

기업구조조정촉진법의 효율성 및 형평성

법무법인 세종 변호사 박 용 석

1. 기촉법의 효율성

가. 도산절차의 효율성

- 도산절차의 효율성이라 함은 회생절차 또는 파산절차로 인하여 발생하는 비용을 최소화하여 채권자에 대한 분배를 극대화함을 의미함
- 재무상태가 부실화된 채무자는 재무적 파탄을 피하기 위하여 위험사업에 과다하게 투자하는 유인을 갖게 되는 과다투자비용이 발생함. 즉, 도산절차의 신청을 지체할수록 채무자의 재무상황은 악화됨
- 금융자본과 산업자본의 분리, 회계제도 및 공시제도의 미비 등으로 인하여 채권자의 Agency Cost는 상대적으로 높음. 도산절차의 신청이 지연될수록 채권자의 손실은 증가함
- 이에 반하여 대기업의 경우에도 소유와 경영이 분리되지 않은 우리나라의 현실에서 대주주의 Agency Cost는 상대적으로 낮음. 즉 도산절차의 신청이 지연된다고 하여 대주주에게 불리하지 아니함
- 이러한 상황에서 도산절차의 효율성을 제고하기 위하여는 도산절차를 조기에 신청하도록 인센티브를 제공해야 함. 그 인센티브는 경영진 뿐만 아니라 소유와 경영이 분리되지 아니한 대주주에 대하여도 제공해야 함

나. 기촉법의 효율성

- 회생절차는 원칙적으로 DIP 제도를 도입하였지만 일정한 경우 제3자 관리인이 선임될 수 있음에 반하여 기촉법의 경우 경영권을 보장하므로 기촉법절차 중에 경영권이 바뀌는 일은 없음
- 회생절차의 경우 법원의 감독을 받으므로 대주주는 어떠한 권한도 행

사할 수 없고, 인가시에 대부분 대주주의 지위를 상실하지만 기촉법의 경우 대주주는 계속하여 대주주의 권한을 행사할 수 있고 출자전환으로 대주주의 지위를 잃는다고 할지라도 경영권까지 박탈당하지는 아니함

- 회생절차와는 달리 기촉법 절차는 신규자금을 지원받을 수 있는 강력한 인센티브가 있으며, 동질의 소수의 채권자하고만 협상을 하면 되므로 절차가 신속하게 진행될 수 있음
- 이와 같이 기촉법은 핵심적인 부분에서 회사의 경영과 대주주에 대하여 인센티브를 제공하고 있으므로 매우 효율적인 도산절차의 모습을 가지고 있음

다. 기촉법의 비효율성

(1) 비국내금융채권자의 Hold-out 가중

- 외국금융기관 및 비금융채권자는 구조조정에 응할 이유 없음.

(2) 구조조정에 대한 법적 뒷받침 미비

- 자본감소, 출자전환 등을 위해서는 채무자회사의 주주총회의 특별결의를 받아야 하며, 주주의 의결권 강요, 경영진의 경영권포기각서의 강요여부, 근로자의 구조조정 동의서 등에 대한 적법성 여부가 문제될 수 있음.

(3) M&A 활성화를 위한 법적 뒷받침 미비

- 기촉법 절차는 회생절차와는 달리 실권제도, 부인권 제도가 없으므로 기촉법의 적용을 받는 채무자회사의 부외부채 문제가 해결되지 않으므로 기촉법 절차 중에 M&A가 이루어질 수 없음
- 또한 채무자회사가 추후에 회생절차나 파산절차를 신청할 경우 기존의 거래는 부인권의 대상이 될 수 있음.
- 이러한 문제로 기촉법의 적용을 받는 부실징후기업에 대하여 M&A가 순조롭게 이루어지지 않고 있음

(4) 낮은 이행가능성

- 채권자의 무리한 요구 및 채무자의 경영권 확보를 위한 변제조건
의 비현실성 등으로 변제조건이 이행되는 사례가 아주 낮다는
화의제도에 대한 비판이 기촉법에도 그대로 적용될 수 있음
- 부실경영에 책임이 있는 경영진도 기촉법상 경영권을 유지할 수
있으므로 부실화 가능성이 더욱 커질 수 있음

(5) 채무자가 추후에 회생절차를 신청하는 경우 채무자 및 채권금융기
관 부실화 가속

- 기촉법을 법적 도산제도의 전치주의로 활용하게 됨으로 인한 부
실기업 처리기간의 장기화
- 신규자금으로 비금융기관 부채 모두 상환하는 결과가 발생
- 채권양도의 제한으로 부실채권 처리 제한
- 기촉법으로 인하여 주채권은행 및 채권금융기관은 상법상 채무
자회사에 대한 영향력 행사자로 인정될 가능성이 커짐(상법 제
401조의 2 참조). 따라서 주채권은행의 업무지시로 채무자회사
의 이사가 일정한 업무를 함으로써(예컨대, 회생절차 신청, 자금
관리단의 승인 하에 신규자금 집행 등) 회사 또는 제3자에게 손
해를 입힌 경우 상법상 사실상 이사 책임을 부담하게 될 가능성
이 있음
- 불법적인 방법에 의한 채무자협조 도출, 각종 결정에 대한 항고
제도의 미비, 불확실한 개념의 사용 등으로 인하여 당사자간에
분쟁이 발생하는 경우 신속하게 해결할 수 없게 됨

2. 기촉법의 형평성

가. 헌법상 평등의 원칙

- 헌법재판소에 의하면 평등원칙의 위반 여부에 대한 헌법재판소의 판단은 단지 자의금지원칙을 기준으로 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사함(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 결정)
- 일부 사건에서는 자의금지원칙에 의한 심사 외에 비례의 원칙에 기하여도 평등심사를 한 것으로 이해되지만 아직 그 내용은 명확하지 않음. 비례의 원칙은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 차별적 취급으로 기본권의 중대한 제한을 초래하는 등 예외적인 사례에서 적용되는 것으로 이해됨 (남녀 평등 위반, 제대군인 가산점 등). 가족법에서의 평등의 원칙 문제는 국민 일반에 대한 재산권 침해 문제라기 보다는 특정한 상황에 처한 채무자의 일부 채권자에 대한 문제이므로 비례의 원칙은 적용되지 않을 것으로 보임
- 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있음. 한편, ①요건에 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 됨(헌재 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45 결정).

나. 도산절차의 형평성

- 회생절차가 개시되면 모든 채권자는 자신의 채권에 기한 개별적 행사가 금지되고 회생계획에 따라서만 변제받을 수 있음
- 다만, 예외적으로 (1) 채권자가 중소기업자로서 채무자에 대하여 소액채권을 보유할 경우 이러한 소액채권의 변제를 받지 아니하고서는 중소기업자의 사업의 계속에 현저한 지장을 초래할 우려가 있을 경우, (2) 회생채권을 변제하지 아니하고서는 채무자의 회생에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 예외적으로 우선변제를 허용하고 있음
- 이는 다른 회생채권자 사이에 형평을 저해하지만 이러한 불평등은 합

리적이거나 전체 채권자의 이익을 위한 것이므로 평등의 원칙에 반한다고 해석되지 아니하고 있음

다. 기촉법의 평등의 원칙 위반

(1) 기촉법상 평등의 원칙 위반 문제

- 기촉법의 적용대상을 국내채권금융기관으로 한정된 것이 자의금지원칙을 준수한 것인지 여부가 문제될 수 있음.
- 먼저, 기촉법 제2조 제1호가 채권금융기관을 "해당 기업에 대하여 신용공여를 한 자"라고 정의하고 있으며, 기촉법은 기본적으로 채권자에 대한 상환을 극대화하기 위한 것이므로 기촉법 규정의 의미와 목적에 비추어 볼 때 신용공여를 한 채권자는 외국 금융기관이든, 비금융기관이든 본질적으로 동일한 입장에 있다고 보아야 할 것임. 따라서 본질적으로 동일한 채권자들을 달리 취급하는 것이 자의적인지 여부가 문제가 될 것임.

(2) 입법 취지

- 금융위 자료(기촉법 관련 참고자료 2010. 9. 금융위원회 기업재무개선지원단, p.14)에 의하면 기촉법은 공정한 손실분담의 원칙하에 금융회사간 협의를 통해 구조조정을 신속히 추진함으로써 국가 경제의 안정에 기여하는 등 공익적 목적을 달성하고자 하는 것이 입법 취지라고 함
- 금융회사의 전문성, 공공성 등에 비추어 볼 때 일반 채권자를 달리 대우하는 것이 부당하다고 보기 어렵고, 국가 경제 안정이라는 입법 목적을 해외채권자에게까지 요구하기는 곤란한 측면이 있다고 설명하고 있음

(3) 기촉법의 공익성

- 종전에는 고용안정, 경제안정과 같은 도산절차의 공익성을 강조하여 채권자에 대한 상환극대화보다는 채무자의 회생을 강조하기도 하였음

- 하지만 그 결과 대마불사의 현상이 발생하고, 그러한 정책이 오히려 국가경제를 위기에 빠뜨리는 결과를 초래하였음. 경제위기 이후 우리나라의 도산절차는 공익성을 배제하고 경제성을 강조하여 채권자에 대한 상환극대화에 어긋나는 채무자의 희생은 허용되지 않고 있음
- 기촉법도 제1조에서 “기업구조조정이 신속하고 원활하게 추진될 수 있도록 필요한 사항을 규정함으로써 시장기능에 의한 상시적인 기업구조조정이 촉진될 수 있도록 함을 목적으로 한다”고 규정함으로써 기촉법의 목적이 시장기능을 도와주기 위한 것이지만 국가 경제 안정을 위하여 정부가 관여하는 것이 아님을 천명하고 있음

(4) 위헌성 여부

- 기촉법의 목적에 규정된 바와 같이 시장기능에 의한 상시적 기업구조조정 촉진함에 있어서 외국 금융기관 및 비금융기관 채권자와 국내 금융기관을 차별화하기 위하여는 합리적인 이유가 있어야 함.
- 먼저, 국내 금융기관만이 국가경제의 안정에 기여한다는 주장은 합리적인 이유가 될 수 없음. 외국금융기관이 국내에 투자할 때에는 국내 법령을 준수하면서 국내금융기관과 동일 또는 유사한 규제를 받으면서 사업활동을 하고 있으며, 비금융기관도 규모에 따라서는 국가경제에 미치는 영향이 금융기관보다도 클 수 있으므로 외국금융기관 및 비금융기관도 국가경제의 안정에 기여할 수 있다고 할 수 있음
- 다른 합리적인 이유로는 ① 외국금융기관의 경우 거리나 언어로 인한 회의 참석의 어려움을 생각할 수 있고 ② 비금융기관 채권자의 경우 다수의 소액채권자들이므로 그 의견을 조율하기가 어려워 신속한 경영정상화에 방해된다는 점을 생각할 수 있음
- 하지만 비행수단, 통신수단이 발달된 요즘 상황에서 외국금융기관이 거리 문제 때문에 회의에 참석할 수 없어서 신속한 의사결정에 방해된다는 것은 생각하기 힘들. 오히려 국내 채권에 투자한 외국금융기관은 국내에 지점이나 대리인을 두고 있거나 국

내 경제사정에 정통한 경우가 많을 것임. 만일 거리를 기준으로 차별한다면 국내 금융기관의 경우에도 거리상의 제약이 따를 수 있으므로 외국금융기관만 배제하면 안될 것임. 이와 같이 외국금융기관을 국적 또는 거리를 기준으로 차별대우를 하는 것은 자의금지원칙에 반하는 것으로 보임.

- 비금융기관 채권자의 경우에도 소액이며, 다수이므로 신속한 의사결정에 방해될 수 있지만 이 경우 다액의 채권을 보유한 비금융기관 채권자를 배제할 이유가 없음. 거리 면에서도 국내 금융기관보다 가까운 곳에 거주하고 있을 수 있고, 재무적인 면에서도 금융기관보다 훨씬 우량한 비금융기관 채권자가 있을 수 있음. 따라서 회생절차와 같이 채권액 규모나 채권자의 경제사정을 고려하지 않고 비금융기관이라는 이유만으로 적용대상에서 차별화하는 것은 자의적이라고 할 수밖에 없음.
- 즉, 차별을 합리화 하려면 회생절차와 같이 채권액이나 채권자의 경제사정, 채무자의 회생 필요성 등을 고려하여야 할 것으로 보임. 부실징후기업에 대한 채권회수의 극대화를 추구하는 점에서 본질적으로 동일한 채권자들을 채권자의 국적에 따라 차이를 두거나 금융기관 등록 여부에 따라 법령상의 취급을 달리하는 것은 자의적인 차별이라고 할 수밖에 없을 것 같음.

3. 결론

현행 기촉법은 위헌성이 너무 강하므로 이를 유지하는 것은 타당하지 않음. 다만, 기촉법의 효율적인 부분을 고려한다면 기촉법의 장점을 통합도산법에 포함할 수는 있을 것으로 보임. 예컨대, 일정 규모 이상의 주요 채권자들의 동의가 있는 경우(국내금융기관에 한정하지 아니함) 채무자는 경영권을 유지하고, 대주주는 지분을 유지할 수 있도록 하며, 이 경우 경제성 원칙이나 법원의 감독을 완화하는 제도를 통합도산법에 두는 것이 타당할 것이라고 생각됨. 물론 가결절차에 참여하지 않는 이해관계인들의 권리는 당사자들의 동의없이 침해되어서는 아니될 것임.