

## 김동규 변호사가 들려드리는 회생·파산 이야기(8) 8호. 도산해지조항과 근저당권의 피담보채권 확정

법무법인(유) 세종 기업금융분쟁그룹 도산팀 김동규 변호사입니다. 2003년부터 2024년까지 20여 년을 판사로 재직하면서 서울회생법원 등에서 회생 및 파산 사건을 담당하며 쌓은 경험을 바탕으로 12회에 걸쳐 도산절차에 관한 이야기를 연재합니다. 오늘은 여덟 번째로 ‘도산해지조항과 근저당권의 피담보채권 확정’에 관하여 말씀드리려고 합니다.

### 8호. 도산해지조항과 근저당권의 피담보채권 확정

이번에도 사례를 가지고 설명 드리려 합니다.

① A회사는 B회사로부터 B회사 소유 건물을 임차한 후 보증금과 월차임을 지급하면서 그 건물을 사용하였는데, 임대차계약 당시 A회사의 지급정지, 회생절차 개시신청, 파산신청 등이 있으면 B회사가 임대차계약을 해지할 수 있도록 약정하였습니다. ② A회사는 C회사로부터 물품을 공급받으면서, 물품대금을 담보하기 위하여 C회사에게 A회사 소유 토지에 대한 1순위 근저당권을 설정해주었습니다. 그런데 얼마 후 A회사는 경영이 악화되자 회생절차 개시신청을 하여 회생절차 개시결정을 받았습니다. A회사는 회생절차 개시결정을 받은 후에도 B회사 소유 건물을 사용하고 있고, C회사로부터 물품을 공급받고 있습니다.

위 각 사례에서 B회사는 위 약정에 따라 임대차계약을 해지할 수 있을까요? 그리고 C회사가 회생절차 개시결정 후 A회사에 공급한 물품의 대금채권도 위 근저당권의 피담보채권에 포함되는 것일까요? 위 각 사례가 바로 도산해지조항, 근저당권의 피담보채권 확정과 관련된 것입니다.

계약 당사자가 계약을 체결할 때, 일방의 재산상태 악화를 대비하여 일방의 지급정지, 회생절차 개시신청, 파산신청 등의 사실이 발생하면, 상대방이 계약을 해지할 수 있는 권한을 가지거나 계약의 당연해지 사유로 삼는 조항을 넣는 경우가 드물지 않은데, 그러한 조항을 ‘도산해지조항’이라고 합니다.

계약 당사자 입장에서는 상대방의 재산상태가 악화되는데도 계약관계를 유지한다는 게 불안하기 때문에 계약에 도산해지조항을 넣게 되는데, 계약 목적이 고가이거나 계약 규모가 클 때 더욱 그렇습니다. 그런데 도산해지조항의 효력을 인정할 경우, 재정적 위기 상태에 빠진 채무자가 재기를 위하여 한 회생절차 개시신청이 오히려 재기의 걸림돌로 작용하는 형국이 될 수 있습니다. 왜냐하면, 회생절차 개시신청을 함으로써 도산해지조항에 따라 바로 재기의 기반이 될 수 있는 계약 목적물을 더 이상 사용할 수 없게 되거나 계약이 더 이상 효력이 없게 되어 사업에 큰 지장을 초래할 수 있기 때문입니다.

이와 같은 도산해지조항의 효력을 인정할 것인가에 대하여 여러 견해가 대립하지만, 도산해지조항의 효력을 부정하는 견해가 대세입니다.

그런데 대법원은, 회생절차의 목적과 취지에 반한다는 이유만으로 도산해지조항을 일률적으로 무효라고 할 수는 없다고 하면서도, 쌍방 미이행 쌍무계약의 경우에는 계약의 이행이나 해제 또는 해지에 관한 관리인의 선택권을 부여한 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 규정의 취지에 비추어 도산해지조항의 효력을 부정할 여지가 있다고 판단하였습니다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결 참조). 여기서 말하는 ‘쌍방 미이행 쌍무계약에서의 관리인의 선택권’은 제4호에서 이미 설명드린 바 있습니다. 결국 대법원도 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 한은 도산해지조항의 효력을 인정하기 어렵다고 본 것이라고 평가할 수 있지 않을까 싶습니다.

한편 채무자에 대한 회생절차가 개시되면 채무자 재산에 설정된 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되는지에 대해서도 견해가 대립합니다. 그렇지만 회생절차개시에 의하여 채무자 사업의 경영 및 재산의 관리처분권이 관리인에게 전속되고, 이때를 기준으로 법률관계가 새로운 단계에 들어간다는 점을 중시하여 회생절차 개시결정으로 근저당권의 피담보채권은 확정된다고 보는 확정설이 주류입니다.

대법원도 근저당권의 피담보채권은 특별한 사정이 없는 한 회생절차 개시결정을 기준으로 확정되는 것으로 보아야 하므로, 그 이후의 거래관계에서 발생한 채권은 근저당권에 의하여 담보될 여지가 없다고 판단하였습니다.

이제 위 예로 돌아가 살펴봅시다. 먼저 위 ①의 예에서, 임차인인 A회사에게는 임대인에게 월차임을 지급하고 임대차기간 종료 시에 임대인에게 목적물인 건물을 인도하여 반환할 의무가 남아 있고, 임대인인 B회사에게는 임대차기간 종료 시까지 임차인이 목적물을 계속하여 사용하게 해 줄 의무가 남아 있습니다. 따라서 위 임대차계약은 쌍방 미이행 쌍무계약인 관계로 위와 같은 도산해지조항의 효력이 부정되어 B회사는 A회사와의 임대차계약을 해지할 수 없다고 보아야 합니다.

다음으로 위 ②의 예에서, A회사의 회생절차 개시결정으로 그 시점에 위 근저당권의 피담보채권은 확정되므로, C회사가 회생절차 개시결정 후 A회사에게 공급한 물품의 대금채권은 근저당권의 피담보채권에 포함되지 않습니다. 다만 이 대금채권의 경우 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제179조 제1항 제2호의 ‘회생절차 개시 후의 채무자의 업무 및 재산의 관리와 처분에 관한 비용청구권’으로서 공익채권에 해당할 수는 있습니다.

위에서 살펴본 바와 같이, 회생절차를 포함한 도산절차에서는 그 절차와 도산 관련 규정의 취지를 중시하여 계약 당사자 사이의 계약 내용을 그대로 인정하지는 않는 경우가 있다는 걸 명심하셔야 합니다.

## 관련구성원

**김동규**

변호사

02-316-4035

dkkim@shinkim.com