

계열회사에 대한 채무보증의 법적 효력

—사법적 효력을 중심으로—

임지웅* · 김도경**

I. 들어가는 말

우리나라의 경우 대기업의 계열회사들이 국내에서 금융 관련 거래를 하는 경우, 대부분 당해 대기업이 계열회사¹의 금융거래상의 채무에 대하여 보증을 제공하고 있는 것으로 보인다. 이와 관련하여 2008년 7월에는 글로벌 경기 위축으로 인해 국내 상장회사들이 해외 계열사의 차입금에 무더기 채무보증을 썼다는 소식이 보도되기도 하였다.² 그리고 요즘 극도로 위축된 국내·외 금융 환경하에서 모기업들의 급증한 보증채무의 이행으로 인하여 우량기업의 재무구조 악화에 이은 연쇄도산의 우려도 전혀 배제할 수 없는 것으로 판단된다. 이 글에서는 통상 모회사³의 계열회사에 대한 채무보증과 관련하여 문제가 되는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 공법상 쟁점이나, 보증을 제공하는 회사 이사의 배임과 같은 형사법상의 쟁점 또는 부당행위계산 부인과 같은 법인세법상의 쟁점은 논외로 하고, 계열회사에 대한 채무보증의 사법적 효력과 관련되어 문제가 되는 사항들에 대하여 검토해 보았다. 구체적으로 ㉠ 계열회사에 대한 채무보증을 규제하는 국내 법률 및 이를 위반한 경우 당해 보증의 사법적 효력, ㉡ 계열회사에 대한 채무보증

을 제공하는 모회사에 대하여 파산 또는 회생절차(이하 총칭하여 '도산절차')가 진행되는 경우 당해 보증의 사법적 효력, ㉢ 민법상 보증의 형태를 지니고 있지 않으나, 실질적으로 보증과 동일하거나 유사한 법률적 효과를 의도한 법률행위의 사법적 효력에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 계열회사의 채무보증을 규제하는 국내 법률과 이를 위반한 경우 당해 보증의 사법적 효력

1. 서설

모회사의 계열회사 채무에 대한 보증을 규제하고

* 법무법인 율촌 변호사

** 법무법인 율촌 변호사

1 통상 계열회사라고 하면 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법') 제2조 제3호에서 정의하고 있는 계열회사를 의미하는 것으로 보인다.

2 2008년 7월 2일자 파이낸셜 뉴스 참조.

3 이 글에서 언급하는 모회사, 자회사의 명칭은 공정거래법상의 지주회사, 자회사에 대한 정의에 따른 법적 개념은 아니고, 일반적으로 통용되는 명칭으로서의 모회사, 자회사를 말한다.

있는 국내 법규들에서 언급하는 ‘보증’은 민법 제 428조 내지 제448조에서 규정하는 ‘보증채무’만을 의미하는 것은 아닌 것으로 보인다. 각 개별 법률에서 별도로 보증에 대한 정의를 하고 있는 것은 아니지만, 규제의 목적상 감독 당국에서는 개별적인 법률행위의 내용을 검토하여 사실상 보증과 유사한 신용공여의 기능을 하는 경우,⁴ 해당 거래를 개별 법령상 규제의 대상인 보증으로 해석하는 것으로 보인다. 이러한 해석이 불가피한 이유는, 국제적인 금융거래에서 계약의 준거법이 한국법이 아닌 경우가 대부분이고, 외국법을 준거법으로 하는 보증과 유사한 법률행위들을 민법상 보증채무로 그 법적 성질을 모두 귀속시키기가 어렵기 때문일 것으로 생각된다.

계열회사에 대한 보증을 규제하고 있는 국내 법률은 공정거래법, 증권거래법, 외국환거래법 정도가 있는 것으로 보이고, 일반적인 보증의 가능 여부에 관하여 민법상 법인의 권리능력 범위에 관한 규정을 고려해 볼 수 있을 것이다. 이 글에서는 특정한 인·허가를 취득하거나 특수한 법률에 따라 일정한 목적을 가지고 설립되어 일반적으로 보증 자체가 금지되는 법인을 규제하는 법률⁵은 따로 고려하지 않았다.

2. 민법상 법인의 권리능력 범위 문제

법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다(민법 제 34조⁶). 따라서 모회사가 계열회사의 채무에 대하여 보증을 하는 것이 모회사의 정관의 목적범위를 벗어나는 경우, 당해 보증의 효력이 없는 것은 아닌지 문제가 된다. 또한 보증계약의 준거법이 외국 법인 경우에도 당사자의 권리능력은 당사자의 본국법(또는 설립의 준거법)에 의하기 때문에⁷ 계약의 준거법과 관계없이 보증을 제공하는 모회사가 대한민국 회사인 경우에는 대한민국 법에 따라 당해 회사의

권리능력 여부를 판단하여야 한다. 따라서 보증계약의 준거법과 상관없이 보증인이 대한민국 법인인 경우 계열회사에 대한 보증이 보증인의 정관의 목적범위를 벗어나는 것은 아닌지 검토할 실익이 있다.

민법 제34조에 규정된 정관으로 정한 목적에 의한 법인의 권리능력 제한이 영리법인인 회사에 적용될 수 있는가에 대하여 우리나라의 통설은 이를 부정하고 있는 것으로 보인다.⁸ 하지만 판례는 이를 긍정하고 있고, 대신 어떤 법률행위가 정관의 목적범위 내에 속하느냐의 여부에 대한 판단에서 “정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라, 그 목적을 수행하는 데 있어 직접, 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되고, 목적수행에 필요한한지의 여부는 행위의 객관적 성질에 따라 판단할 것이고 행위자의 주관적·구체적 의사에 따라 판단할 것은 아니다”라고 하여 포괄적인 해석을 하고 있는 것으로 보인다.⁹ 또한 과거 대법원은 법인이 타인 간의 계약에 대하여 보증을 한 경우 그 보증행위가 법인의 목적범위 내에 속하는지의 여부에 관하여 심리함이

4 민법상 보증채무는 아니나 보증채무와 유사한 법률행위의 효력에 대하여는 아래 IV 이하 참조.

5 예컨대 간접투자자산운용업법(이하 ‘간투법’)상의 자산운용회사의 고유재산 운용제한, 동법에 따른 사모투자전문회사, 투자회사의 보증제한(간투법 제144조의8, 제16조, 제89조), 보험회사의 채무보증제한(보험업법 제113조), 상호저축은행의 채무보증제한(상호저축은행법 제18조의2) 등.

6 법인의 권리능력에 관한 현행 민법 제34조는 (구)민법 제43조와 동일하고, 이는 영국의 판례법상 ‘ultra vires doctrine(능력 외 법리)’을 일본 민법이 도입한 것에 그 기원을 두고 있다. 전통적으로 영미법에서는 목적이나 대상을 통하여 법인의 권리능력의 범위가 제한되었음에 반하여 독일법상 법인의 권리능력은 원래부터 무제한적이라고 한다. 민법주해 I (이주홍 집필부분), 박영사, 2000, 484면, 488-489면 참조.

7 국제사법 제11조, 제16조.

8 권기범, 현대회사법론 제2판, 삼지원, 2005, 62면 참조.

9 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결, 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다2488 판결 외 다수, 대법원 1987. 10. 13. 선고 86다카522 판결에서는 “그 행위의 객관적인 성질에 비추어 ‘추상적으로’ 판단할 것이다”라고 판시하고 있다.

없이 법인의 보증책임을 인정할 수 없다고 판시한 바 있고,¹⁰ 동일한 사실관계에서 회사의 대표이사인 회사가 회사를 대표하여 타인의 극장 위탁경영으로 인한 손해배상의무를 연대보증한 것이 회사의 사업목적범위에 속하지 아니하여 회사를 위하여 효력이 있는 적법한 보증이 아니고, 따라서 회사는 손해배상책임이 없다고 판시한 바 있다.¹¹ 하지만 그 이후 별개의 판결에서는 목적수행에 필요한지의 여부에 대한 판단에서 “거래행위를 업으로 하는 영리법인으로서 회사의 속성과 신속성 및 정형성을 요체로 하는 거래의 안전을 충분히 고려하여야 할 것인바, 회사가 ‘거래관계 또는 자본관계’에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는 그것이 상법상의 대표권 남용에 해당하여 무효로 될 수 있음은 별로 오히려 하더라도, 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위라고 봄이 상당하다 할 것이다”라고 판시하여 법인의 대주주이자 대표이사였던 개인의 주채무에 대하여 법인이 보증을 한 당해 보증은 법인의 목적수행에 필요한 행위라고 판시한 바 있다.¹² 두 번째 판결의 판시 내용을 따른다면 자회사가 모회사의 채무에 대하여 보증하는지(이하 ‘upstream guarantee’), 모회사가 자회사의 채무에 대하여 보증하는지(이하 ‘downstream guarantee’)와 관계없이 대부분의 계열회사 간 상호 보증은 특별한 사정이 없는 이상 회사의 목적수행에 간접적으로 필요한 행위로서 회사의 목적범위 내의 행위라고 해석해야 될 것이다.

일본에서는 제2차 세계대전 후 어느 행위가 목적범위 밖이라 하여 무효로 판시된 적이 한 번도 없다고 하며, *ultra vires doctrine*의 모태인 영국에서도 *ultra vires doctrine*을 제거하려는 목적으로 EU이사회 제1지침(Publicitatzrichtlinie, 68/151/B/G)에 따라 1972년 회사법을 개정(European Community Act 1972)하여 *ultra vires doctrine*을 대폭 제한한 바 있고, 1989년의 추가 개정으로 사실상 위의 법리를 폐기하였고, 미국에서도 주회사법 및 모법회사법은 *ultra*

*vires doctrine*을 회사의 내부관계에 극히 제한적으로만 적용하는 등 그 존재가 사실상 유명무실하다고 한다.¹³

생각건대 상법에 특별한 규정이 없고 상관습도 없는 경우 민법의 규정을 따라야 하는 점(상법 제1조), 민법 제34조의 규정은 법인 일반의 권리능력에 관한 규정인 점에 비추어 거래안전의 목적상 권리능력 제한을 부정할 필요성은 충분하다고 생각되나, 민법이 개정되지 않는 이상 일단 영리법인인 회사가 자신의 계열회사의 채무에 보증을 제공하는 법률행위에도 법인의 권리능력 범위에 관한 민법 제34조의 규정은 적용되어야 할 것으로 보인다. 즉, 동규정에 위반된 회사의 보증은 효력이 없다고 보아야 한다. 다만 회사는 대부분의 정관에서 그 목적을 한정적으로 열거하지 않고, 열거한 사업에 부수한 기타 사업을 그 목적으로 정하고 있는 점, 자회사의 이익은 종국적으로 그 주주인 모회사에게 배당, 잔여재산 배분 등으로 귀속되므로 자회사의 채무에 대한 모회사의 보증은 모회사의 자본투자라는 사업의 일종으로 볼 수 있는 점, 대기업의 경우 자회사를 설립하고 생산라인을 분리하여 원가를 절감¹⁴ 할

10 대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결 참조.

11 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다479 판결 참조. 동 대법원 판결의 원심 판결인 서울고등법원 1975. 5. 30. 선고 75나200 판결에서는 회사의 정관상 사업목적이 (1) 토목, 건축, 수도, 전기, 통신 및 기계정부업, (2) 광산(철광) 개발, 개량사업, (3) 염전 축조공사 청부업, (4) 노력(勞力) 및 물자공급, (5) 내외무역 위탁 판매업, (6) 수도물료 판매업, (7) 위 호에 관련된 일체의 부대사업인바, 극장위탁경영으로 인한 손해배상을 보증한 행위는 회사의 목적이나 목적을 달성함에 필요한 범위 내가 아니기 때문에 권리능력 없는 법률행위가 되어 연대보증의 효력은 없다고 판시하였고, 원고(보증채권자)가 상고하였으나 원심 판결이유를 유지하면서 상고를 기각하였다.

12 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결 참조.

13 권기법, 앞의 책, 63-65면 참조.

14 예를 들어 자회사를 분리하지 않을 경우 회사의 명성으로 인하여 단순한 작업도 높은 인건비가 소요되나 자회사로 사업을 분리하는 경우 인건비를 절약할 수 있고, 이는 곧 원가절감으로 이어질 것이다.

수 있는 등 여러 가지 수익의 극대화 목적에서 자회사를 설립하고, 자회사의 채무에 대하여 보증을 제공하는 것은 모회사의 수익창출을 위한 것으로, 결국 특별한 사정이 없는 이상 ‘downstream guarantee’는 정관상 목적범위 내의 행위로 볼 수 있는 가능성이 많다고 판단된다. 반면 자회사의 모회사의 채무에 대한 보증은 모회사가 자회사의 지분을 전부 보유하고 있지 않은 이상 모회사의 이익이 반드시 자회사의 이익과 일치된다고 보기는 어렵고, 아무런 대가관계나 사업과 관계없이 특정주주만의 이익을 위하여 자회사가 보증을 한다면 이러한 보증은 다른 주주의 이익을 해하는 것이므로 이러한 경우까지 무조건적으로 자회사의 목적범위 내라고 판단하기는 어려운 것으로 생각된다. 따라서 ‘upstream guarantee’는 모회사의 자회사에 대한 보증에 비하여 상대적으로 정관상 목적범위 내라고 판단하기 쉽지 않을 것으로 생각된다.

3. 계열회사에 대한 채무보증을 규제하는 국내 법률 및 이를 위반한 채무보증의 사법상 효력

(1) 서설

어떠한 법률행위가 효력을 발생하려면 당해 법률행위의 목적이 확정되어 있거나 확정할 수 있는 것이어야 하며, 실현 가능하고 적법하며, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않아야 한다. 위의 요건 중 하나라도 갖추지 못하는 경우, 당해 법률행위에 대하여는 효력이 발생하지 아니한다. 따라서 계열회사에 대한 채무보증을 규제하는 국내 법률을 위반한 법률행위가 적법하지 않다면 당해 법률행위는 사법상 효력이 없다고 보아야 한다. 여기서 적법하다고 하는 것은 어떠한 법률에라도 위반되어서는 안 된다는 의미는 아니고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 법률규정에 반하지 않는다는 의미로 판

단된다.¹⁵ 따라서 계열회사에 대한 채무보증을 규제하는 국내 법률이 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 법률규정(이하 ‘강행규정’)에 해당한다면 이를 위반한 보증은 사법상 효력이 없을 것이나 해당 규정이 강행규정이 아니라면 이를 위반한 보증의 사법상 효력은 영향을 받지 않을 것이다.

그렇다면 구체적으로 어떠한 규정이 강행규정이고 어떠한 규정이 임의규정인지에 관하여 법률에 명확한 규정을 두지 않은 경우에는 어떠한 기준으로 이를 판단해야 하는지 문제가 된다.¹⁶ 이는 결국 어떠한 것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 법률규정인지에 대한 판단기준인데, 계열회사에 대한 보증은 선량한 풍속과는 크게 연관성이 있는 것 같아 보이지는 않는다. 따라서 계열회사에 대한 보증을 규율하는 개별 법규가 사회질서에 관한 것인지의 여부가 계열회사에 대한 보증의 사법상 효력을 좌우하는 기준이 될 것으로 판단된다. 어떤 것이 사회질서에 관한 것인지를 판단하는 기준으로는 당해 규제 목적의 공법상 입법취지가 사회질서를 회복시키기 위하여 공법상 제재는 물론 사법상 법률행위

15 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 법률규정의 경우 당사자의 다른 의사가 있거나 의사가 없더라도 다른 관습이 있는 경우 당해 관습이 우선한다(민법 제105조, 제106조). 이러한 법률규정을 임의규정이라고 하고, 이와 반대되는 법률규정의 경우 당사자의 다른 의사가 있다고 하더라도 법률의 규정이 다른 의사에 우선하므로 당해 의사를 포함하는 법률행위는 무효가 된다. 이러한 법률을 강행규정이라고 한다(민법 제289조와 제652조에는 강행규정이라는 용어를 쓰고 있다). 또한 학계 및 실무에서는 임의규정, 강행규정과 별도로 ‘단속규정’이라는 용어를 사용하는데, 이는 당해 행위를 금지하는 법률규정은 있지만 그것이 사법상 법률행위를 무효로까지는 만들지 않는 행위로 보고 있다. 학계에서는 강행규정, 단속규정, 효력규정의 정의에 대하여 그 분류가 일관되지 않은 것으로 보이고, 대법원 판례 역시 용어를 일관되게 사용하지는 않는 것으로 보인다.

16 개별 법령상 사법상 법률행위의 효력을 명시적으로 무효로 삼고 있는 대표적인 규정으로는 명의신탁약정과 이에 기한 물권변동을 무효로 정하고 있는 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률 제4조가 있다.

를 무효로 만들기 위한 목적을 포함하는지, 아니면 단순한 공법상 제재만으로 족한 것인지, 위반행위에 대한 사회적 비난, 사법상 법률행위를 무효로 할 경우 사회에 미치는 영향, 입법의 형태 등 다양한 요소를 고려하여 판단해야 할 사항이라고 보인다.¹⁷

다만 국내 법인이 계열회사를 위하여 외국 법인에게 보증을 제공하고 당해 보증계약의 준거법이 외국법인 경우에는 조금 달리 생각할 필요가 있다고 보인다. 국제사법 제29조에 따르면 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 국제사법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다. 다만 이와 같이 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에 그 당사자는 계약에 동의하지 아니하였음을 주장하기 위하여 그의 상거소지법을 원용할 수 있을 따름이다. 즉, 대한민국 법인이 외국 법인과 외국 법을 준거법으로 보증계약을 체결하고, 당해 준거법의 선택이 유효한 경우 당해 보증계약의 성립 요건과 효력 발생 요건은 당해 계약의 준거법인 외국 법을 따르게 된다. 물론 국제사법에서 예외적으로 열거하고 있는 규정들¹⁸은 당해 국제사법에서 정한 준거법을 따르겠지만, 그 이외의 경우는 유효하게 인정된 준거법을 따라야 할 것이다. 따라서 계열회사의 채무보증에 대하여 규제하고 있는 개별 법령에서 당해 채무보증의 사법적 행위를 무효로 한다는 명백한 규정이 없는 한, ① 당해 보증행위가 민법 제103조나 제104조 기타 법률행위의 성립이나 효력을 무효로 하는 강행규정에 위반하여 무효가 되는 경우나, ② 당해 보증계약의 유효한 준거법인 외국법에 비추어 보증인의 설립지법상 보증을 규제하는 개별 법령 또는 국제적인 조약을 위반하는 경우를 당해 외국법상 보증계약의 효력이 없는 경우로 해석할 수 있는 경우는 별론으로 하고, 계열회사 보증을 규제하는 국내 법규를 위반하였다고 하여 그 사법적 효력을 부정하기는 어려울 것으로 보인다.^{19·20}

(2) 공정거래법상 규제위반

공정거래법상 시장구조 개선을 위한 경제력 집중 억제제의 일환으로 채무보증제한기업집단에 속하는 회사는 일정한 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 국내 계열회사에 대하여 채무보증을 하여서는 아니 되고(공정거래법 제10조의2), 이 규정에 위반한 자는 형사처벌의 대상이 된다(동법 제66조 제1항 제6호). 또한 채무보증에 부당성이 인정되는 경우 거래형태 개선을 위하여 금지하고 있는 불공정거래행위의 유형 중 부당지원행위에 속할 수 있으며(공정거래법 제23조 제1항 제7호), 이러한 불공정행위에 대하여서는 공정거래위원회의 시정조치 및 과징금 부과가 가능하다(동법 제24조, 제25조).

1998년 2월 24일 개정되기 이전의 채무보증제한 기업집단의 계열회사 채무보증은 일정한 채무보증

17 대법원 판례는 별다른 이유의 설시 없이 특정한 규정을 강행규정 내지 효력규정이라고 판시한 판례도 다수 있고(대법원 1997. 3. 14. 선고 96다55693 판결, 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다 75 판결 등), 아래에 별도로 언급하겠지만 입법취지와 이익형량을 통하여 이를 판단한 사례도 있으며, 강행법규에 위반하여 사법상 효력이 무효가 되더라도 해당 행위가 선행한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않는다고 판시한 경우도 있다(대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1837 판결).

18 강행규정에 관한 국제사법 제7조, 사회질서에 반하는 외국법의 규정에 관한 제10조, 권리능력 및 행위능력에 관한 동법 제2장의 규정들, 물권에 관한 동법 제4장의 규정들, 동법 제6장 이하의 규정들 등 참조.

19 국제사법 제7조에서 말하는 “준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정”에 계열회사 보증을 규제하는 대한민국의 공법을 포함한다고 해석하더라도 당해 규정에서 사법상의 효력을 부인하는 규정을 두고 있지 않은 이상 해당 공법이 규율하는 법률관계는 국가 등 공적인 주체와 보증을 제공하는 사적인 주체 간의 공법상 법률관계일 것이다.

20 석광현, “외환허가를 받지 아니한 국제보증과 관련한 국제사법상의 문제점,” 국제사법과 국제소송 제1권, 박영사, 2001, 41면에서는 법정지의 강행법규에 위반한 행위의 효력은 그 강행법규의 입법취지와외의 관련하에서만 제대로 판단할 수 있다는 점에서 당해 강행법규와 불가분의 관계에 있으므로 이는 준거법이 아니라 법정지법인 한국법에 의할 사항이라고 한다.

한도액을 두고 이를 초과하지 못하는 정도의 규정이었으나, 계열회사 채무보증인 IMF 위기 당시 대기업 연쇄도산의 촉매제가 되었다는 점 등이 부각되어 위의 개정으로 채무보증제한 기업집단의 계열회사 채무보증은 전면적으로 금지되었다. 즉, 한정된 국내 금융자원이 대규모 기업집단에 대한 편중여신으로 경제력집중이 심화되는 것을 억제하여 능력 있는 중소기업의 여신 이용 기회를 제공하고, 경쟁력을 상실한 한계기업의 퇴출을 가로막아 기업집단 전체의 부실화를 초래하는 것을 예방하며, 개별기업의 재무구조의 악화를 방지하는 것이 계열사 간 채무보증금지의 입법취지로 보인다.

하지만 현행 채무보증제한제도의 취지는 금융기관이 스스로의 신용조사 및 대출심사능력을 향상시키고 기업의 신용평가를 정확하게 하며 금융감독원 등에서 이에 대한 업무감독을 강화한다면 대체적으로 충족될 수 있는 것이고, 금융기관 스스로 해결할 수 없는 국가경제적 불합리가 발생하는 경우에 비로소 국가가 이에 개입하는 것이 순리일 것이라는 측면에서 예외를 넓게 인정하고 있고, 공법상 규제를 위한 판단 자체도 제한되어야 하는 것으로 보이므로 나아가 이러한 계열회사 채무보증의 사법적 효력을 부인한다는 것은 입법취지와는 맞지 않는 것으로 판단된다. 즉, 공법상의 제재를 통하여 자발적으로 계열회사 보증을 축소시켜 나가는 것이 공정거래법상 계열회사 채무보증 제한의 취지로 판단되므로 이 규정은 민법상 임의규정에 불과하다고 판단되므로 공정거래법상 계열회사 채무보증제한규정을 위반하여 체결한 보증계약도 제3자에 대하여 사법적으로는 유효하다고 판단된다.

(3) 증권거래법상 규제

주권상장법인 또는 코스닥 상장법인은 당해 법인의 주요 주주²¹·이사 또는 감사를 상대방으로 하거나 그를 위하여 채무의 이행을 보증하는 행위를 하

여서는 아니 된다(증권거래법 제191조의19 제1항). 위의 규정상 주권상장법인 또는 코스닥 상장법인의 주요 주주에는 계열회사가 포함되므로 이러한 제한은 계열회사 간 보증에도 역시 적용된다. 다만 위의 규정은 그러한 보증이 '정상적인 경영활동을 수행하기 위하여 필요한 행위'인 경우 예외적으로 허용하고 있다(증권거래법 시행령 제84조의24). 예외에 해당하는 정상적인 경영활동을 수행하기 위하여 필요한 행위가 무엇인지에 대하여 증권거래법령에서 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 다만 이와 관련하여 금융감독원이 발행한 기업공시 실무안내²²에 따르면, 정상적인 경영활동인지의 여부는 당해 기업의 경영활동 내용, 행위의 성격 및 필요성, 업무처리절차의 적정성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 정상적인 경영활동으로 볼 수 있는 조건으로는 ① 당해 행위가 업무상 연관성이 있을 것, ② 해당 법인이 한계기업이 아닐 것, ③ 공정거래법 제10조의2 제1항 단서에 의하여 허용되고 있는 보증행위 및 이에 준하는 금전 등의 대여·담보제공과 국내 및 해외에서의 입찰, 납세, 공사·건설, 생산·판매, 연구·개발, 임대차, 공익활동 등을 위해 필요한 금전대여·담보제공·지급보증 등을 예시적으로 열거하고 있다. 또한 동 규정의 위반에 대하여는 형사처벌규정이 있다(증권거래법 제207조의3).

상장법인의 특성상 공시 여부를 불문하고 주요 주주 또는 임원에게 금전을 대여하거나 채무이행을 보증하도록 한다면 이는 대상 회사의 부실화 및 이로 인한 대상 회사 주식의 유통에 악영향을 미칠 수 있고, 투자자 보호의 이념에 반할 수 있다.²³ 따라서

21 주요 주주의 정의는 증권거래법 제2조 제20항 제2호에서 별도로 규정하고 있다.

22 금융감독원, 기업공시 실무안내(2008. 7), 174면 참조.

23 마치 upstream guarantee만을 규제하는 것처럼 보이지만 주요 주주에 주요 주주의 특수관계인을 포함하고, 특수관계인은 공정거래법에 따른 계열회사를 모두 포함하므로 사실상 금지되는 채무보증은 downstream guarantee를 포함하는 것으로 보인다. 증권거래법 제2조 제20항 제1호, 동법 시행령 제2조의8 참조.

원칙적으로 증권거래법에서는 이를 금지하면서도 일상적인 경영활동에서 발생하는 거래까지 금지하는 경우 상장법인의 경영활동이 위축될 수 있다는 우려가 있어서 예외 사유를 상당히 폭넓게 규정한 것으로 보이고, 감독 당국도 증권거래법상 주요 주주에 대한 보증금지 규정을 위반한 것을 이유로 하여 적극적인 조사, 감독, 제재를 하고 있는 것처럼 보이지는 않는다.²⁴ 오히려 상장법인의 계열회사에 대한 보증의 사법상 효력을 쉽게 부정하는 경우, 상장법인은 사법상 효력이 없음을 근거로 무분별한 보증을 남발할 우려도 있고, 그렇게 되는 경우 오히려 상장법인이 보증을 한다고 하더라도 그 사법상 효력이 없어질 것을 우려한 나머지 사실상 상장법인의 보증을 제공받는 상대방 당사자는 거래를 하지 않으려고 할 가능성이 있다. 또한 상장법인의 보증을 신뢰하고 거래한 상대방의 이익을 고려할 때, 특히 보증을 제공받은 법인도 상장법인이라고 가정해 볼 때, 상장법인에 대하여 증권거래법에서 주요 주주의 채무에 대한 보증을 금지하고 있다고 하더라도 이를 근거로 당해 보증의 사법상 효력이 부정된다고 볼 수는 없을 것으로 판단된다.

(4) 외국환거래법상 규제

거주자인 모회사의 계열회사가 비거주자와 일정한 자본거래를 하고 이에 대하여 거주자인 모회사가 비거주자에게 보증을 제공하는 경우, 일정한 예외 사유에 해당하지 않는 이상 모회사는 한국은행 총재 또는 지정거래 외국환은행의 장에게 신고를 하여야 한다.²⁵ 이러한 신고의무를 이행하지 않고 거래 또는 행위를 한 경우, 외국환은행의 장에 대한 신고의무를 이행하지 않은 경우는 3개월 이내의 범위 내에서 관련 외국환거래 또는 지급 등이 정지 및 제한되며, 한국은행 총재에 대한 신고의무를 이행하지 않은 경우는 3개월 이상 6개월 이내의 범위 내에서 관련 외국환거래 또는 지급 등의 정지 및 제한

의 행정재제가 취해질 수 있고,²⁶ 신고를 하지 않고 자본거래를 한 자는 형사처벌에 처해질 수 있다.²⁷ 실무에서는 대부분의 거래에서 변호사의 검토를 거치거나 당사자들이 직접 외환 당국에 문의를 하고 신고를 하여 거래를 진행하므로 문제가 되지 않는 경우가 많으나, 외국환거래 규정의 잦은 변경과 해석의 다름으로 필요한 외국환 신고를 하지 않고 보증거래를 하는 경우도 있고, 이러한 경우 당해 보증의 효력이 문제가 된다.

대법원은 과거 외국환관리법상 허가를 받도록 한 규정을 효력규정으로 보아 외국환관리법을 위반한 거래의 사법상 효력을 부인하였으나,²⁸ 그 이후 전원 합의체 판결로 그 견해를 바쳐 “외국환관리법은 외국환과 그 거래 기타 대외거래를 관리하여 국제수지의 균형, 통화가치의 안정과 외화자금의 효율적인 운용을 기하는 그 특유의 목적을 달성하기 위하여 그에 역행하는 몇 가지 행위를 제한하거나 금지하고 그 제한과 금지를 확실히 하기 위하여 위반행위에 대한 벌칙규정을 두고 있는바, 위 제한규정에 위반한 행위는 외국환관리법의 목적에 합치되지 않는 행위일 뿐 그것이 바로 민법상의 불법행위나 무효행위가 되는 것은 아니다”라고 하여 외국환관리법²⁹을 위반한 거래의 사법상 효력은 인정하고

24 금융감독원 공시 시스템을 조회해 보면 수많은 계열회사 보증 공시가 있으나 필자들이 확인한 바에 따르면 현재까지 증권거래법 제191조의19 제1항을 위반한 것을 이유로 금융감독원이 적발을 하거나 형사처벌된 사례는 없는 것으로 보인다.

25 외국환거래법 제18조, 외국환거래규정 제7-17조 내지 제7-19조, 제8-2조.

26 외국환거래법 제19조, 동법 시행령 제35조 제2항 제4호, 외국환거래당사자에 대한 제재규정 별표 외국환거래당사자에 대한 행정처분 세부운용기준 참조.

27 외국환거래법 제28조 참조.

28 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2399 판결 참조.

29 두 판례 모두 외국환거래법의 제정 전 외국환관리법하의 판결이다. 1998년 9월 16일 외국환관리법은 폐지되었고, 같은 날 제정된 외국환거래법은 1999년 4월 1일부터 시행되고 있다.

있다.³⁰

현재 우리나라의 외환제도는 1999년 4월 1일부터 시행된 외국환거래법에 근간을 두고 있으며, 외환위기 발생 후 외국환거래제도를 국제적 수준으로 제고하기 위하여 개인 및 기업의 외환거래를 대부분 자유화하였다. 또한 동법의 제정 당시 자본거래에 관한 허가제도는 유효기간을 2005년 12월 31일로 한정³¹하여 한시적으로 적용하도록 하였고, 현재는 유효기간이 만료되어 외국환거래법상 자본거래, 특히 보증거래에 대하여는 허가를 받을 필요가 없고 신고로 족한 상황이다.

이러한 입법취지와 현재까지의 변화과정에 비추어 본다면, 계열회사의 비거주자에 대한 채무에 대하여 거주자가 보증거래를 진행하고자 할 때 외국환거래법에서 신고는 외국환 관리의 목적상 필요한 것이지 이를 위반한 행위의 사법적 효력을 부정하고자 하는 것은 아닌 것으로 보인다. 따라서 외국환거래법상의 신고를 하지 않고 모회사가 계열회사의 비거주자에 대한 채무에 대하여 보증을 하였다고 하더라도 당해 보증의 사법적 효력은 존속한다고 보아야 할 것이다.^{32·33}

III. 계열회사의 채무에 보증을 제공한 모회사의 도산과 채무보증의 사법상 효력

1. 서설

최근 전 세계적인 금융위기로 인하여 계열회사의 채무에 대하여 보증을 한 모회사든지 주채무자인 계열회사든지 도산의 위기에 있는 것은 마찬가지의 사정일 것이다. 계열회사의 채무에 대하여 보증을 한 모회사에 대하여 도산절차가 개시되는 경우 보증의 사법적 효력과 관련하여 문제가 될 수 있는 부분은 ① 모회사의 계열회사의 채무에 대한 보증이

부인권의 행사의 대상이 되어 그 사법상 효력이 소멸되는지의 여부, ② 모회사가 국제적인 영업망을 구비하여 국내뿐만 아니라 외국에서도 도산절차가 병행하여 진행되는 경우 국내 도산절차에서 부인권의 행사로 모회사의 보증이 소멸되었으나 외국의 도산절차에서는 부인권의 효력이 인정되지 않는 경우 당해 보증의 사법상 효력, ③ 부인권 행사의 대상이 되지 않는 경우 보증채권의 도산절차에서의 취급이다. 또한 주채무자인 계열회사에 대하여 도산절차가 개시되는 경우 보증의 사법적 효력과 관련하여 문제될 수 있는 부분들이 있으나,³⁴ 이 글에서는 모회사에 대하여 도산절차가 개시된 경우에만 한해서 살펴보겠다.

30 대법원 1975. 4. 22. 선고 72다2161 전원합의체 판결 참조.

31 외국환거래법 제18조 제2항, 제3항 참조.

32 다만 사법적 효력의 의미에 관하여 국제금융거래에서 법률자문사가 일반적으로 발행하는 법률의견서(소위 legal opinion)상 전형적으로 언급되는 당해 거래가 적법하고(legal) 유효하며(valid) 집행가능하다(enforceable)는 의견 중 집행가능성과 관련하여서는 당해 거래가 외국환거래법상 위반이 있는 경우 외국환 당국 등이 당해 거래와 관련된 자금의 이체 송금 등을 제한할 여지가 있다는 의미에서는 문제의 소지가 있을 수 있다.

33 석광현, 앞의 책, 37-42면에서는 국제조약인 IMF 협정우리나라는 1988년 11월 1일자로 제8조국이 되었는데, IMF의 견해에 따르면 제8조는 모든 가맹국에게 적용되며 제8조 사이에서만 적용되는 것은 아니다) 제8조 2(b)에서는 국제통화제도의 협력을 위하여 회원국에게 다른 회원국의 외환에 관한 법규를 적용할 의무를 부과하고 있고(Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member), 위 조약을 적용하는 경우 (구)외국환관리법을 위반한 행위의 사법상 효력이 문제될 가능성이 있다고 언급하고 있다.

34 신고기간 내에 신고하지 아니하여 실권된 주채무자의 채권자가 보증인인 모회사에게 보증채권을 행사하는 것이 가능한지의 여부, 주채무자의 채권자가 도산절차 개시 후에 보증인으로부터 일부 변제를 받은 경우 이러한 채무의 일부 소멸은 보증채무에 어떠한 영향을 미치는지의 여부 등이 문제될 수 있다.

2. 모회사의 계열회사의 채무에 대한 보증이 부인권의 행사의 대상이 되어 그 사법상 효력이 소멸되는지의 여부

계열회사의 채무에 대하여 보증을 한 모회사에 대하여 파산절차나 회생절차가 개시되는 경우 주로 문제되는 점은 이러한 모회사의 보증행위를 파산관재인이나 관리인이 부인할 수 있는지의 여부³⁵이다. 특히 여러 가지 부인의 유형 중 모회사의 행위가 '채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후(회생절차의 경우 '지급의 정지 등이 있는 후') 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위'(이하 '무상부인')에 해당되는지의 여부라고 보인다.

대법원의 경우, 정리회사가 의무 없이 타인을 위하여 한 보증 또는 담보의 제공은 그것이 채권자의 주채무자에 대한 출연의 직접적인 원인이 되는 경우에도 정리회사가 그 대가로서 경제적 이익을 받지 아니하는 한 무상행위에 해당한다고 해석함이 상당하고, 이러한 법리는 주채무자가 소위 계열회사 내지 가족회사라고 하여 달리 볼 것은 아니라고 하여 모회사의 계열회사에 대한 보증을 무상부인의 대상이 되는 행위라고 판단하고 있다.³⁶ 또한 정리회사의 보증행위와 이로써 이익을 얻은 채권자의 출연과의 사이에는 사실상의 관계가 있음에 지나지 않고, 정리회사가 취득하게 될 구상권이 언제나 보증행위의 대가로서의 경제적 이익에 해당한다고 볼 수도 없으며, 나아가 정리회사가 계열회사를 위하여 위와 같은 보증을 한 경우에도 당해 정리절차는 계열회사와는 별개로 정리회사의 정리재건과 이를 통한 총채권자의 만족을 목적으로 하여 행하여지는 것이라는 점에 비추어 보면, 주채무자가 계열회사라는 사정만으로는 주채무자의 경제적 이익이 곧 보증인인 정리회사의 경제적 이익이라고 단정할 수 없고, 따라서 정리회사가 보증의 대가로서 직접적이고도 현실적인 경제적 이익을 받지 아니하는 한

그 행위의 무상성을 부정할 수는 없다고 판시하고 있다.³⁷

하지만 일반적인 보증의 경우에 대한 대법원 판례의 취지에는 공감하지만 계열회사에 대한 보증의 경우에는 조금 달리 보아야 하지 않을까 생각된다. 즉, 다른 측면은 전혀 고려하지 않고 오로지 경제적 측면만 고려한다면 보증료를 징구하지 않는다고 하더라도 모회사가 계열회사의 채무에 대하여 보증을 제공한다는 것은 그 자체로 이미 경제적 실익이 있다고 볼 수 있기 때문이다. 즉, 회사가 계열회사를 설립하고, 별개의 자회사들을 거느리며 사업을 분리하는 이유는 결국 자신의 수익구조를 극대화시키기 위한 것에 불과하고(특정한 사업을 수행하기 위하여 특수목적법인을 설립한 경우는 더욱 그러하다), 경제적으로 보아서는 동일한 실체를 가지고 있기 때문이라고 판단된다. 즉, 아무런 보증료를 징구하지 않고, 계열회사의 채무에 대하여 보증을 하더라도 당해 보증으로 인하여 제공받은(당해 보증이 없었다면 제공받지 못하였을) 자금이나 기타 재화, 용역으로 특정한 목적의 사업을 수행하여 모회사로부터 제공받았던 보증에 대한 가치(보증료) 이상의 수익을 창출하고, 자신이 제공받은 재원을 모두 상환한 뒤 남은 수익을 모회사에게 배당이라는 형태로 배분한다면, 이는 결국 모회사가 계열회사의 미래의 현금흐름을 기대하고서 투자한 것으로 무조건 무상이라고 판단하기는 어렵지 않나 생각된다. 또한 부인권의 행사로 보증의 효력이 부인되는 경우, 대부분 계열회사

35 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하 '통합도산법') 제100조 및 제391조.

36 대법원 1999. 3. 26. 선고 97다20755 판결 참조.

37 학설도 대법원 판례에 동의하는 것이 일반적인 것으로 보인다. 자세한 것은 민중기, "정리회사의 계열회사의 채무에 대한 보증 또는 담보제공이 부인의 대상인 무상행위에 해당하는지 여부," 대법원 판례해설 제32호, 법원도서관, 1999; 최주영, "타인의 채무의 보증과 회사정리법 제78조 제1항 제4호의 무상부인," 상사판례연구 제5권, 박영사, 1999 참조.

에 대한 금융계약(대출계약)상 차입한 자금도 조기 상환하여야 할 것이고,³⁸ 결국 부인권 행사로 인하여 계열회사도 조달한 자금을 적기에 상환하지 못하고, 연쇄도산의 위기에 빠지게 될 가능성이 많다. 이렇게 계열회사도 연쇄도산되는 경우 모회사가 가지고 있는 총채권자를 위하여 처분하여야 할 자산인 계열회사의 주식 및 계열회사의 미래의 현금흐름을 사실상 모두 상실하는 결과를 초래할 것으로 보인다.

따라서 직접 보증료를 청구하지 않는다고 하여 모회사에게 경제적 이익이 없다고 판단하고, 계열회사의 채무에 대한 보증에 대하여 무상부인권을 행사하여 보증을 소멸시켜 버린다면, 이는 결론적으로 총채권자를 위해서도, 회사를 위해서도, 거래의 안전을 위해서도 반드시 타당한 결론이라고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 계열회사 보증의 경우에는 직접적인 보증료의 청구가 없다고 하여 구체적인 판단 없이 무상부인을 무조건 인정하는 것은 재고의 여지가 있다.

3. 모회사에 대한 국제도산 절차의 개시와 부인권 행사로 인한 부수적 문제점

현재 계열회사를 거느리고 있는 국내 모회사들은 대부분 해외에도 자신의 영업망을 가지고 지점 내지 영업소를 통하여 일정한 영업을 하거나 해외 자산을 가지고 있는 경우가 많다. 판례의 견해대로 모회사의 계열회사의 채무에 대한 보증을 파산관재인 또는 관리인이 부인하여 그 사법적 효력이 부인되는 경우, 국내 부인권의 행사로 인한 효력이 해외에도 미치는지가 문제가 된다. 생각건대 공법적 성질을 가지고 있는 통합도산법에서 보증계약의 사법적 효력을 부인한다고 하더라도 별도의 조약관계가 있거나 상대방 당사자가 거주하고 있는 국가에서 이러한 외국 법률에 따른 보증계약의 사법상 효력의 부인을 받아들이는 법제나 판례가 없는 이상 동법

에서 정하는 보증에 대한 사법적 효력의 부인은 보증채권자가 있는 비거주자의 국가의 법에 따를 경우에는 인정되지 않을 가능성이 많은 것으로 판단된다.

물론 대한민국 법에 근거해 보았을 때 부인의 효력은 대세적이고 부인의 상대방이 외국인이거나 비거주자라고 하여 달라질 문제는 아닌 것으로 보인다. 구체적으로 문제가 될 수 있는 점에 대하여 분류를 해보면, 보증을 제공한 모회사에 대하여 국내 도산절차가 진행되고 부인권이 행사되었으나, ① 외국에서는 도산절차가 개시되기 전이고, 외국에 존재하는 재산으로 보증채무의 이행이 이루어진 경우³⁹ 또는 외국에서 도산절차가 개시되었으나 보증채권이 도산절차에 구속을 받지 않는 채권이어서 도산절차 밖에서 강제집행이 된 경우, ② 모회사의 파산관재인이나 관리인이 외국에서 개시된 도산절차에서 보증채무에 대한 한국의 통합도산법에 따른 부인권의 행사로 그 효력이 소멸되었다고 주장하였으나 외국의 법원에서 보증계약의 사법상 효력을 인정하고, 신고된 비율대로 보증채권자에게 배당할 한 경우로 나누어 볼 수 있다.

38 대부분의 보증을 수반하는 대출약정서나 리스계약 기타의 금융 관련 계약에서 보증의 효력의 소멸은 본 금융거래에 따른 계열회사 채무의 기한의 이익상실 사유를 구성하는 것으로 보인다.

39 이런 경우는 도산절차가 개시되면 모회사의 재산에 대하여는 파산관재인이나 관리인의 관리에 따를 것이므로, 임의 변제가 아닌 사법절차를 통한 강제집행으로 보증채권이 변제된 경우가 대부분일 것이다. 또한 파산관재인이나 관리인이 당해 외국 사법절차에서 국내 도산절차의 승인 등의 절차를 신청하여 진행하는 경우를 상정해 볼 수 있을 것이나, 이 글에서는 파산관재인이나 관리인이 그러한 절차를 취하지 못하였다는 것을 전제로 하였다.

(1) 외국에서는 도산절차가 개시되기 전이고,
외국에 존재하는 재산으로 보증채무의
이행이 이루어진 경우 또는 외국에서
도산절차가 개시되었으나 보증채권이
도산절차에 구속을 받지 않는 채권이어서
도산절차 밖에서 강제집행이 된 경우

이미 위 Ⅲ 2에서 언급하였지만 비록 외국에서는 유효한 보증채무의 이행이라고 하더라도 통합도산법에 따른 부인권 행사에 의한 보증의 사법적 효력의 부인은 대세적인 것으로 판단된다. 그렇다면 해당 채권자는 법률상 원인 없이 보증인의 재산으로 이익을 얻고, 보증인에게 손해를 가한 것으로 부당이득반환채무를 부담하는지가 문제가 될 것이다. 국제사법상 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 부당이득은 그 법률관계의 준거법을 따른다.⁴⁰ 따라서 당해 보증의 준거법이 외국법이고 외국법에 따라 적법한 사법절차에 따라 보증채무에 대한 변제가 이루어진 것이라면, 통합도산법상 부인권의 행사로 보증의 효력이 소멸하였다고 하더라도 당해 외국법상 달리 통합도산법의 부인권의 효력을 인정하지 않는 이상 당해 외국법에 비추어 볼 때 법률상 원인은 있는 것이고, 따라서 부당이득이 발생하지 않았다고 보는 것이 타당하다는 주장이 있을 수 있다. 하지만 국제사법 제7조에서는 국제사법의 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 국제사법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용된다고 하고 있고, 따라서 그러한 강행규정은 국제사법의 준거법 지정에 우선하는 점, 도산절차상 부인권은 형성권으로 그 행사에 따른 결과는 대세적으로 미치고 이는 준거법과 무관하게 공법관계에서 사법적 관계의 효력을 규율하는 강행규정으로 볼 수 있는 점⁴¹ 등에 비추어 보면, 원칙적으로 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 부당이득은 그 법률관계의 준

거법을 따르지만, 통합도산법(강행규정)에 의하여 국내법을 준거법으로 하지 않는 계약의 “사법상 효력이 부인된 경우” 준거법인 외국법상은 당해 보증이 유효하다고 하더라도, 부당이득을 판단함에 있어서 “법률상 원인”은 부인권의 행사로 강행규정에 의하여 없어졌다고 보아야 하고, 이에 따라 보증인은 보증채권자에 대하여 부당이득반환청구권을 가진다고 보아야 할 것으로 생각된다.⁴²

(2) 외국에서 개시된 도산절차에서 신고된 비율대로 배당을 받은 경우

이미 위 ④에서 살펴본 바와 같이 외국의 사법절차를 통하여 보증채권을 회수하였다고 하더라도 한

40 국제사법 제31조.

41 석광현, “국제적인 신디케이트론 거래와 어느 대주은행의 파산,” 국제사법과 국제소송 제3권, 2004, 562-564면에 따르면 도산사건의 실체법적 사항(도산절차의 국제사법 또는 도산자촉법, 견해에 따라 도산사건의 모든 실체법적인 사항이 아니라 도산절차에 내재하는 구성요건에 의하여 발생하고 도산절차의 목적을 달성하기 위하여 필요한 도산전형적(倒産典型的)인 법률효과에 대하여 도산법정지법을 적용하는 근거로 도산절차에서는 절차와 실체가 밀접하게 관련되어 있다는 점, 도산법정지법을 적용함으로써 채권자들의 평등 취급이라는 국제도산의 이념과 정의에 보다 충실할 수 있다는 점을 들고 있다. 또한 총채권자의 평등, 공평한 만족 내지 도산적 사법절서의 유지라고 하는 도산제도의 목적을 실현하기 위하여 도산법이 특별히 규율하고 있는 사항은 도산개시국의 공서에 해당한다고 볼 수도 있다고 한다.

42 이에 관하여는 아직 국내에서 깊이 있는 연구는 없는 것으로 보이고, 도산자촉법적인 연구를 포함하여 학술적으로 깊이 있는 연구가 선행되어야 할 것으로 보인다. 부인에 관한 내용은 아니나 한 민, “국제금융과 국제도산법에 관한 소고 2—hotchpot rule에 관하여,” BFL 제28호(2008. 3), 서울대학교 금융법센터, 128면 및 129면에서는 외국 도산법제에 참여하지 않고 채권자가 개별적으로 강제집행이나 임의변제에 의한 변제를 받음으로써 국내 도산법의 금지에 적극적으로 위반하여 국내의 다른 채권자에 앞서서 우선변제를 받는 경우, 이러한 변제는 통합도산법에 위반하여 효력이 없고 관리인 또는 파산관재인은 해당 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다는 견해가 있을 수 있다고 한다.

국법에 따라 부인되어 사법적 효력을 상실한 보증채권에 대하여 외국에서 채무자로부터 변제를 받았다면, 채무자는 해당 보증채권자에 대하여 부당이득반환청구권을 갖는다고 보아야 한다. 외국에서 변제되는 사유에는 물론 외국의 도산절차에서 배당받는 것을 포함한다고 할 것이다. 그런데 당해 보증채권자가 채무자에 대하여 보증채권 이외의 채권을 가지고 있고, 국내 도산절차에 참여하는 경우 부인권의 행사로 효력이 없어졌지만, 외국의 도산절차에서 배당받은 금원은 어떻게 볼 것인가가 통합도산법 제642조의 해석과 관련하여 추가적으로 문제될 수 있다. 동조에 따르면 채무자를 공동으로 하는 국내 도산절차와 외국 도산절차 또는 복수의 외국 도산절차가 있는 경우 외국 도산절차 또는 채무자의 국외재산으로부터 변제받은 채권자는 국내 도산절차에서 그와 같은 조 및 순위에 속하는 다른 채권자가 동일한 비율의 변제를 받을 때까지 국내 도산절차에서 배당 또는 변제를 받을 수 없다고 규정하고 있다. 이 규정상 외국 도산절차는 우리나라에서 승인된 도산절차일 것을 요하지는 않는다.⁴³ 부인권이 행사된 보증채권에 대하여 외국에서 채무자의 국외재산으로 배당받은 경우를 통합도산법 제642조에서 말하는 ‘변제’로 볼 수 있는지가 문제가 될 것인데, 결론적으로 이는 동법 동조에서 말하는 ‘변제’로 볼 수는 없다고 판단된다. 변제의 대상이 되는 보증채무는 이미 부인권의 행사로 그 사법적 효력을 상실하였기 때문에 외국 도산절차에 따른 배당은 변제가 아니라 법률상 원인 없이 지급된 금원에 불과하다. 이러한 결론은 해당 외국 도산절차가 통합도산법에 따라 승인된다고 하더라도, 동법 제633조에서 외국 도산절차의 승인결정은 통합도산법에 의한 절차의 개시 또는 진행에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있고, 동법 제633조에서 채무자를 공동으로 하는 외국 도산절차와 국내 도산절차가 동시에 진행되는 경우 법원은 ‘국내 도산절차를 중심으로’ 지원결정 등을 할 수 있는 점 등에 비추어

달라지지 않는다고 보인다. 따라서 부인된 보증채권에 대하여 외국 도산절차에서 배당받은 금원은 통합도산법 제642조에 따른 배당조정의 대상이 되는 금원은 아니라고 판단된다.

4. 부인권 행사의 대상이 되지 않는 경우 보증채권의 도산절차에서의 취급

보증인에 대하여 회생절차가 개시되면 해당 채권자는 회생절차 개시 당시에 가진 채권의 전액으로 회생채권자로서 권리를 행사할 수 있고, 파산이 선고된 경우 채권자는 파산선고시에 가진 채권의 전액에 관하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다(통합도산법 제127조, 제429조).⁴⁴

IV. 기타 계열회사 채무보증의 실질을 가지나 다른 구조를 이루고 있는 금융거래에 대한 사법상 효력과 관련한 문제점

1. 서설

금융거래에서 직접적인 보증은 아니지만 그와 인접한 것으로 중요한 의미를 가지는 것으로는 콤포트 레터(comfort letter), 손해담보, 자금보증약정이 있다. 콤포트 레터는 통상적으로 당사자들 간에 일종의 명성을 담보로 제공할 뿐 어떤 사법상 효력은 없는 것으로 알려져 있고, 손해담보는 주채무의 존재

43 석광현, “채무자회생 및 파산에 관한 법률(이른바 통합도산법)에 따른 국제도산법,” 국제거래법연구 제15집 제2호, 2006, 370면

44 보증인에 대하여 파산이 선고된 시점에서 파산관재인이 보증채권자에 대하여 변제기 미도래를 이유로 우발채무로 인정한다는 조건부 시인을 하였으나, 이는 법률적으로 아무런 의미가 없고 단순 시인한 것과 동일하게 취급하여야 한다. 서울지방법원 2001. 9. 5. 선고 2000가합56773 판결 참조.

를 전제하지 않는 이행약정으로 손해담보라는 명칭 이외에도 독립적 보증, 이행보증, 선수금환급보증, 보증신용장 등 여러 가지 명칭을 가지고 금융거래에서 사용되고 있으며, 자금보충약정은 프로젝트 금융거래에서 직접적인 자금의 공급이 아닌 특수목적회사에 금전을 공급하여 간접적으로 여신제공자들의 특수목적회사에 대한 채권을 상환하도록 하는 약정을 말한다. 모두 일반적인 보증의 형태가 아니기 때문에 각각의 형태별로 그 사법상 효력 및 그와 관련하여 문제되는 점들에 관해서 살펴보도록 하겠다.

2. 킴포트 레터(Comfort Letter)

우리나라가 IMF 위기에 처하기 전까지는 모회사의 자회사에 대한 신용보강의 수단으로 직접 보증을 하기보다 모회사가 자신의 시장에서의 명성, 신용을 근거로 금융거래의 상대방을 안심(comfort)시키는 정도의 보장을 하는 킴포트 레터⁴⁵를 교부하는 예가 많았다. 하지만 IMF 위기 이후 직접적인 차입거래에서는 킴포트 레터를 사용하는 예가 많이 줄어든 것이 현실이다. 또한 현재 전 세계적인 금융위기로 인하여 더욱 직접적인 차입거래에서 킴포트 레터만을 받고 거래를 진행하는 경우는 드물 것으로 보인다. 하지만 직접적인 차입거래가 아닌 리스거래, 다른 신용보강 수단이 충분한 경우 등에서는 여전히 킴포트 레터가 자회사의 신용보강 수단으로 사용되고 있는 것으로 보인다. 따라서 그 사법적 효력에 대한 논의의 필요성은 충분하다고 여겨진다.

킴포트 레터는 대부분의 거래에서 협상의 대상이 되므로 구체적인 상황에 따라 다양한 내용으로 작성되고 있다. 대부분의 킴포트 레터에서 통상적으로 들어가 내용은 채무부담 사실의 인식, 지분의 유지, 주채무자에 대한 지원 등을 들 수 있으나,⁴⁶ 킴포트 레터의 사법상 효력과 관련하여 가장 문제되는 부분은 “we will procure that the Borrower...” 또는 “we shall cause the Borrower to...”로 표현되

는 부분이다. 한글로 번역하자면 “주채무자로 하여금 일정한 내용을 하도록 하겠다”는 부분(이하 ‘이행약정’)으로 판단된다. 주채무가 어떠한 계약인지에 따라서 “일정한 내용”이 무엇인지는 차이가 있으나 대부분 주채무자에 대한 대주주로서 주채무자에 대한 경영권을 장악하고 있다는 것을 전제로 일정한 내용을 하도록 하겠다는 것으로 보인다.⁴⁷

킴포트 레터의 준거법이 외국 법인 경우에는 그 사법상 효력의 발생 여부는 외국법에 따라서 판단해야 할 것으로 보인다.⁴⁸ 하지만 킴포트 레터가 국내법을 준거법으로 하는 경우, 또는 명시적으로 준거법에 대한 언급은 없더라도 국제사법상 국내법을 준거법으로 볼 수 있는 경우, 이러한 킴포트 레터가 국내법에 따를 때 사법적 효력이 있는지의 여부는

45 킴포트 레터(comfort letter)는 일반적으로 자회사나 공공단체가 금전의 차입 등으로 인하여 채무를 부담하는 경우에 모회사나 정부가 대주에 대하여 지급보증서의 형태로 보증하는 것과는 달리 단지 자기의 명예나 신용 등을 근거로 하여 그 채무의 이행을 보장하는 법적 구속력이 약화된 형태의 보증으로 이해되고 있는 것으로 보인다. 킴포트 레터에 대하여는 박원일, “킴포트 레터의 법적 성질,” 비교사법 제9권 제3호; 김양곤, “킴포트 레터(comfort letter)의 법적 효력—한국, 미국, 영국 및 호주의 사례비교,” BFL 제5호(2004. 5), 서울대학교 금융법센터 참조.

46 Philip, R. Wood, “Law and practice of international finance, Comparative law of security and guarantees,” Sweet & Maxwell, 1995, 346-348면.

47 “일정한 내용”에 들어가는 내용의 예를 들자면 “maintain its corporate existence and to carry on and conduct its business or businesses as now being conducted”, “maintain sufficient working capital and tangible net worth at all times at such levels as will enable the Borrower to promptly pay when due all and any sums which are or at any time may become payable by the Borrower to the Lender under Facility”, “Lessee forthwith redelivers the Aircraft to Lessor and not interfere (or allow Lessee to interfere) with the Lessor’s efforts to repossess the Aircraft” 등.

48 이 글에서는 별도로 준거법이 외국법인 경우의 킴포트 레터의 효력에 대하여는 논의하지 않기로 한다. 준거법 별로 킴포트 레터의 효력에 대한 자세한 설명은 김양곤, 앞의 논문, 11면 내지 17면 참조.

법률행위의 효력 발생 요건 중 목적의 확정성 요건 및 법률행위 해석의 문제인 것으로 보인다. 따라서 당사자의 목적, 관습, 임의법규, 신의성실의 원칙 등에 비추어 당사자의 의사가 사법상 효력을 부여하지 않는다는 것으로 해석되거나 목적이 확정되지 않는다면 컴포트 레터는 사법상 효력은 없을 것이라고 판단된다. 컴포트 레터의 효력과 관련하여 대법원⁴⁹은 “자회사나 공기업이 금전을 대출받거나 그 밖에 금전지급의무를 부담하는 국제금융거래에 있어 모회사 또는 정부가 대주에 대하여 일정한 확인이나 보장을 하게 되는 경우가 많고, 이러한 보장은 대체적으로 법적 구속력을 가지는 보증의 형태로서 이루어지는 것이 보통이나, 때로는 이행을 보장하는 자의 명예나 신용 등에 일임할 뿐 거기에 법적 구속력을 부여하지 아니하는 서면, 즉 자회사에 대한 지분의 확인 및 유지에 대한 언급, 자회사가 체결하는 계약에 대한 인식 및 승인, 자회사의 자력 또는 이행능력을 뒷받침할 방침의 선언 등을 담은 서면(이하 ‘letter of comfort’)의 작성·교부에 그칠 수도 있을 것이고, 그 주된 내용은 위와 같이 여러 가지가 있을 수 있으며, 그 내용과 보장 문언의 해석에 따라서는 자회사의 계약상 채무에 관한 모회사의 보증책임을 인정할 수 있는 경우도 전혀 없다고는 단정할 수 없겠으나”라고 하는 컴포트 레터의 사법상 효력에 대한 일반론을 제시한 뒤 구체적인 사안에서 “자회사가 금전을 대출받거나 그 밖에 금전지급의무를 부담하는 국제금융거래에 있어 모회사가 대주(貸主)에게 보증의 의사를 추단할 문구가 전혀 없이 단지 모회사가 자회사의 지분을 보유하고 있다는 사실의 확인과 자회사의 계약 체결을 인식 또는 승인하였다는 등의 내용을 담은 서면을 작성·교부한 데 그친 경우, 자회사가 모회사를 대리하여 계약을 체결하였다거나 자회사가 체결한 계약상 채무를 모회사가 보증하였다고 해석할 수 없다고 판시하였다. 문제가 된 사안의 컴포트 레터의 내용에는 사실의 확인만이 있을 뿐이고 문제가 되는

이행약정에 대한 언급은 전혀 없었기 때문에 위의 대법원 판결은 당연한 귀결이라고 판단된다.

또한 이행약정과 유사한 문구 및 컴포트 레터의 내용은 피고은행의 공식적인 보증은 아니라는 내용이 컴포트 레터에 함께 포함되어 있는 사안에서 하급심 판결⁵⁰은 “이 사건 컴포트 레터의 각 문언의 내용, 이 사건 컴포트 레터가 작성되게 된 동기 및 경위, 당사자 간에 이 사건 컴포트 레터의 작성 및 교부를 통해 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 피고은행이 원고은행들에 대하여 (자)회사가 본 약정에 따른 채무를 이행할 수 있게 경영되고, 재정적으로 운용되도록 할 것이며, (자)회사가 본 약정에 따른 채무를 이행할 수 없는 경우 (자)회사가 채무를 이행하는데 필요한 자금을 보유할 수 있도록 피고은행이 노력할 것이라고 진술한 것은 법적으로는 그러한 의무를 부담할 수는 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지라고 할 것이어서, 이와 같은 문구들만으로는 피고은행이 원고은행들에게 법적인 구속력이 있는 의무를 이행하기로 약정하였다고 인정하기에 부족하고, 피고은행이 또한 (자)회사가 본 약정에 따른 채무를 이행할 수 있도록 하는 것은 당행의 방침이라고 진술하고 있으나 이는 이 사건 컴포트 레터 작성 당시의 피고은행의 경영 방침을 진술한 것에 불과하며, 경영환경의 변화에 따라 그러한 방침이 변경될 수도 있으므로 이와 같은 문구만으로는 장래에 대한 법적 구속력이 있는 의무를 부담하기로 약정하였다고 인정하기에도 부족하고, 오히려 피고은행이 이 사건 컴포트 레터의 내용이 공식적인 보증을 구성하는 것이 아니라는 문언을 명백히 첨가하여 (자)회사를 통해 원고은행들에게 제출되도록 하였고, 원고은행들도 위와 같은 문언이 첨가된 이 사건 컴포트 레터를 받고도

49 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결

50 서울지방법원 2002. 4. 26. 선고 2001가합29150 판결

(자)회사에 대출을 하여 준 점을 고려해 보면 원고 은행들과 피고은행 간에는 이 사건 컴포트 레터가 법적인 구속력이 없다는 점에 대하여 의사의 합치가 있었다고 보아야 할 것이다”라고 판시하여 컴포트 레터의 사법상 효력을 부정한 바 있다. 본 하급심 판결에서는 사법상 효력에 관하여 문제가 되는 이행약정이 단순한 이행이 아닌 노력하겠다는(we shall “endeavor” to cause the Borrower to have the necessary funds available to meet its obligation to you) 내용이었으므로 이러한 “노력하겠다”는 의사표시는 어떤 사법상 효과를 가져오는 목적이 확정된 의사표시가 아닌 사실상의 의사표현에 불과하여 사법상 효력이 없다고 보는 것이 타당하다고 판단된다.

하지만 “노력하겠다”는 문구가 없이 단순히 “자회사로 하여금 하도록 하겠다(“shall cause” or “shall procure”)”는 문언만 있다면 이는 어떻게 보아야 할 것인가? 또한 위의 문언과 함께 컴포트 레터는 보증이 아니라는 내용을 명시해 둔 경우 과연 이러한 단순 이행약정에 사법상 효력이 없다고 보아야 할 것인가? 상황에 따라 다양한 결론이 도출될 수 있지만 이러한 컴포트 레터는 주채무를 전제로 하는 보증은 아니라고 하더라도 아래에서 살펴볼 손해담보에는 해당할 가능성이 많다고 보인다. 물론 실제로 손해담보가 성립될 수 있기 위해서는 모회사가 자회사의 대주주로서 자회사를 shall cause하거나 shall procure할 실질적인 능력이 있어야 하고, 모회사가 주주총회를 통하여 또는 주주총회를 통하여 선임한 임원을 통하여 자회사의 채무이행을 금지하거나, 자회사가 채무이행을 하지 않으려고 하는 사실을 알고 있음에도 불구하고 이를 방조하는 등의 구체적인 사정이 전제되어야 할 것이다. 또한 실질적으로 법인격이 형해화된 해외 자회사와 같은 경우⁵¹ 컴포트 레터가 아니더라도 법인격 부인의 이론에 의해 실질적인 채무를 부담하는 경우도 있을 수 있다고 보인다.

3. 손해담보계약

당사자의 일방이 타방에 대하여 일정한 사항에 관한 위험을 인수하고, 그로부터 생기는 손해를 담보하는 것을 목적으로 하는 계약을 손해담보계약이라고 한다. 손해담보계약은 주채무에 대한 부종성과 보충성이 없는 점에서 보증계약과 구별되고, 채무관계로부터 독립된 제3자로서 어떤 위험을 인수한다는 점에서 연대채무와 구별된다. 또한 일정한 보증료 등의 대가를 징구하는 경우 쌍무, 유상계약이고, 그렇지 않은 경우는 편무, 무상계약으로 볼 수 있다.⁵² 대법원⁵³은 “손해담보계약이라 함은 주채무의 존재를 전제로 하지 않고 독립하여 존재하는 손해보증의 일종으로서, 이에 는 주채무에 대한 부종성과 보충성이 없는 것을 특징으로 하는 것”이라고 정의하고 있다. 독립적 보증, 이행보증, 선수금환급보증, 보증신용장 등의 그 명칭은 여러 가지지만 주채무를 전제로 하지 않는 위와 같은 계약들은 그 법적 성질을 손해담보계약의 일종으로 보아야 할 것으로 생각된다. 또한 위와 같은 금융상품 이외에도 금융계약 중 일정한 내용에 대하여 진술 및 보장(representation and warranty)을 하고 이를 위반하는 경우 상대방(indemitee)이 입은 손해, 비용 등에 대하여 상대방을 면책(indemnify)시켜 주겠다는 약정을 하는 것도, 계약의 준거법이 국내법인 경우, 경우

51 이러한 명목상 해외 자회사를 설립하는 경우에는 보통 모회사가 직접 주식을 보유하지 않고, 해당 국가의 nominee shareholder service와 같이 주주의 역할을 해당 국가의 국민이 대신해 주는 주주대행서비스를 이용하는 경우가 많은 것으로 보이고, 이런 경우에는 법인격 부인론을 직접 적용하기는 어려울 것으로 보인다. 따라서 이러한 경우에는 컴포트 레터가 의미가 있는 경우가 있을 수 있을 것으로 보이나 이와 같은 거래에서는 대부분 컴포트 레터가 아닌 직접적인 보증을 제공하는 것으로 보인다.

52 “손해담보계약” 민법주해 X(강용현 집필부분), 1999, 519-520면.

53 대법원 1974. 4. 9. 선고 72다2008 판결, 대법원 1973. 2. 13. 선고 72다1959 판결 외 다수.

에 따라서 손해담보계약의 일종으로 볼 수 있다고 보인다.⁵⁴

손해담보계약 법적 성질과 관련하여서 손해담보계약의 대가로 일정한 수수료를 징구하는 경우 이는 대가관계에 있게 되므로 보험계약⁵⁵으로 판단된다. 판례는 손해담보계약의 일종인 보증보험과 관련하여 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로 성질에 반하지 않는 한 민법의 보증에 관한 규정이 보증보험계약에도 적용된다고 본다.⁵⁶ 또한 예를 들어 앞에서 살펴본 키포트 리더에 사법상 효력을 인정할 수 있는 경우 등 손해담보계약에 아무런 반대급부가 없는 경우, 이러한 손해담보계약은 손해가 발생하는 것을 정지조건으로 하는 증여계약의 일종에 해당할 수 있다고 보인다.

그런데 이러한 구분되는 보험료는 없지만 전체 거래관계에서 볼 때 일정한 대가성을 가지는 경우, 특히 금융거래에서의 진술 및 보장 위반에 대한 면책 중 손해담보의 성질을 강하게 지니고 있는 경우, 당해 진술과 보장이 해당 금융거래관계를 성립하는데 기여를 하였으나 이를 가치로 측정하는 것은 사실상 힘들 것인데, 이러한 종류의 손해담보의 법적 성질은 무엇인지 문제된다. 보험료의 지급이 없으므로 보험계약은 아닌 것으로 보인다. 또한 대가성이 없는 것은 아니므로 조건부 증여로 볼 수도 없다고 판단된다. 그렇다면 무형의 대가는 부담에 대하여 부담부 조건부 증여로 볼 가능성은 있는가? 부담부 증여의 경우 증여가 주(主)고 부담은 종(從)이므로 증여가 무효이면 부담도 당연히 무효가 되어야 하는데, 진술, 보장 및 면책은 오히려 종(從)이고, 금융거래의 체결이 주(主)가 되므로 부담부 조건부 증여로 볼 수도 없다고 보인다. 따라서 이러한 경우의 손해담보만을 독립적인 법적 성질을 지닌 비전형계약으로서의 손해담보로 보아야 하지 않을까 생각된다.

4. 자금보충특약

국내 프로젝트 금융의 경우, 해당 프로젝트의 건설을 위해 컨소시엄으로 사업에 참가한 건설사(이하 '건설출자자')는 프로젝트의 대주단(이하 '재무출자자')과 함께 출자하여 특수목적회사를 설립하고, 당해 특수목적회사는 프로젝트에 소요되는 자금의 일부를 재무출자자로부터 차입한다. 이런 프로젝트 금융구조에서 건설출자자는 특수목적회사의 재무출자자에 대한 차입금 채무에 대하여 직접적인 보증을 하지 않고, 특정한 사유(예를 들어 예상하지 못했던 비용의 증가가 발생한 경우 흔히 'cost overrun'이라고 한다)가 발생하는 경우 자회사에게 일정한 금원을 후순위대출⁵⁷이나 추가 출자로 보충하겠다는 특약을 하는 경우가 많다(이하 '자금보충특약'). 건설출자들이 이러한 자금보충특약을 하는 이유는 프로젝트 추진 초기에 재무출자자들은 대부분 예상되는

54 특히 계약상 당사자가 아닌 제3자가 입은 손해, 비용 등에 대하여 제3자를 면책하겠다는 약정을 하는 경우(이른바 3rd party indemnity, '제3자 면책조항'), 이러한 약정은 제3자를 위한 손해담보계약으로 보아야 할 것으로 생각된다. 참고로 외환당국은 제3자 면책조항을 외국환거래법에 따른 자본거래 중 보증으로 보아 외국환거래규정에 따른 신고의무를 부과하고 있다. 다만 매매계약(부동산, 주식 등)에서의 진술과 보장은 목적물에 대한 확인일 경우에는 손해담보라기보다 하자담보책임으로 해석할 가능성이 많아 보인다. 허영만, "M&A계약의 진술보장 조항," BFL 제20호(2006. 11), 서울대학교 금융법센터 참조.

55 상법 제638조, 강용현, 앞의 책, 521면.

56 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다20265 판결. 보증보험의 법적 성질에 관하여는 차영민, "보증보험의 법적 성질," 민사판례연구 28권, 박영사, 2006; 장 조, "보증보험의 법적 성질에 대한 의문의 제기," 보험법연구 4, 보험법연구회, 2002; 정경영, "보증보험에서 보험자의 구상권," 21세기 한국상사법학의 과제와 전망: 심당 송상현 선생 화갑기념논문집, 2002; 지원림, "보증보험 및 선급금의 법률관계," 비교사법 12권 4호, 한국비교사법학회, 2005 참조.

57 프로젝트 금융에서 후순위대출에 관하여는 김도경, "프로젝트 파이낸스의 자금조달문제 중 후순위대출과 담보확보에 관한 몇 가지 법적 문제점," 상사법연구 24권 2호(2005. 8), 363-377면 참조.

수익률을 산정하여 이를 토대로 자신의 대출조건과 출자의 정도를 결정하는데, 위와 같이 예상치 못한 사유가 발생하면 원래 의도했던 수익률을 얻을 수 없기 때문이다. 또한 건설출자자의 경우 공사를 완료하여 도급금액을 모두 수령하면 사실상 특수목적 회사에 출자한 자본금 이외에는 해당 프로젝트에 대한 이해관계는 상대적으로 줄어드는 반면, 재무출자자는 프로젝트가 완성되고 운영이 되어 자금이 최종 상환될 때까지 계속하여 자금을 제공하고 있으므로 대출금이 전액 상환될 때까지 해당 프로젝트와 계속하여 이해관계를 갖게 된다. 따라서 중국적으로 볼 때 건설출자자(또는 해당 프로젝트를 운영하는 운영출자자가 별도로 있는 경우 해당 운영출자자 포함, 이하 같음)는 재무출자자에 대하여 제한된 자금보충특약을 하는 것은 특수목적회사가 재무출자자에 대한 대출금을 상환하지 못하는 경우를 대비한 것이므로, 경제적 효과 면에서 보자면 제한된 범위의 보증, 결국 계열회사에 대한 보증과 동일하다고 판단된다. 이러한 자금보충특약에 어떠한 사법적 효력이 부여될지의 여부는 자금보충특약의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지와 연관되어 있다.

통상 자금보충특약은 추후 설립될 특수목적회사의 주주가 될 재무출자자와 건설출자자 간의 법률관계를 규율하는 계약인 주주간 계약(이하 '주주협약')의 내용으로 포함된다. 하지만 그 형식은 위에서도 언급한 바와 같이 건설출자자가 자금보충사유가 발생한 경우 재무출자자가 아닌 향후 설립될 특수목적회사에게 후순위대출이나 추가 출자할 것을 약정하는 형식이 된다. 통상적인 보증의 경우라면 건설출자자는 재무출자자에게 보증채무를 이행하고 그 뒤에 특수목적회사에게 구상권을 취득할 것 이나(물론 사전구상권을 행사할 수 있는 경우도 있을 것이다), 자금보충특약을 하면 그 순서가 뒤집어지고(특수목적회사에 대한 채권 또는 자본을 먼저 취득하고 특수목적회사가 그 자금으로 대출금 상환을 하는 모양), 통상적인 보증의 경우라면 건설출자자는 보증채무

를 이행하고 난 뒤 일반적인 회사의 채권자와 동등한 순위의 채권을 취득할 것이나, 자금보충특약의 경우 후순위채권 또는 자본금을 취득하게 되어 보증의 범위가 동일하다면 오히려 직접적인 보증보다는 경제적인 관점에서는 재무출자자에게 더 유리한 담보수단이 될 수도 있을 것으로 보인다.⁵⁸ 그렇다면 이러한 형식의 자금보충특약을 사법적 관점에서 분석해 보면 어떠한 법적 성질을 가지고 있는지, 금전소비대차관계와 출자관계는 그 성격을 달리하므로 아래에서 별도로 이를 검토해 보겠다.

(1) 후순위대출 형식의 자금보충특약

후순위대출 형식의 자금보충특약을 사법적 관점에서 분석해 보면 재무출자자를 요약자로, 건설출자자를 낙약자로, 특수목적회사를 수익자로 하고, 자금보충 사유의 발생을 정지조건으로 하는 제3자를 위한 금전소비대차계약 정도로 해석할 수 있을 것으로 보인다. 금전소비대차계약은 편무계약이 아닌 쌍무계약으로 제3자인 특수목적회사는 인출된 대출금과 이자를 상환할 의무를 부담하게 된다. 그런데 대부분의 경우 자금보충특약은 특수목적회사가 설립되기 전에 건설출자자와 재무출자자 간에 체결되고, 특수목적회사가 존재하지 않는 관계로 또는 주주가 아니라는 이유로 자금보충특약을 포함하는 주주협약의 당사자가 되지 않는 경우가 많은 것으로 보인다. 하지만 특수목적회사가 주주협약의 당사자가 되지 못하여 자금보충특약에 동의하지 않는 경우, 이는 곧 제3자에게 채권을 발생케 하면서 동시에 제3자의 동의 없이 채무를 부담케 하는 제3자를 위한 계약의 효력이 있는지의 문제와 직결된다. 관

58 구상권을 행사하게 된다면 재무출자자의 자본금보다는 앞서 변제받게 될 것이나 후순위채권이나 추가출자를 통해 재무출자자의 자본금보다 후순위로 해당 자금을 상환하게 되는 경우도 있는 것으로 보인다.

례⁵⁹는 “제3자를 위한 계약이 단순히 제3자에게 권리를 수여하는 계약에 한하지 않고 제3자에게 권리를 수여하는 동시에 그 제3자에게 반대급부를 부담케 하는 계약을 포함한 것이라고 볼 것이다. 따라서 제3자를 위한 매매의 예약도 유효하며 제3자가 이를 승낙하고 수익의 의사표시를 함으로써 제3자는 직접 동 예약상의 권리를 취득하는 것이다”라고 하여 일응 이를 인정하고 있는 것으로 보이고, 학설도 사적 자치의 원칙에 따라 이러한 제3자를 위한 계약은 유효하다고 하는 것이 다수설인 것으로 보인다.⁶⁰ 하지만 이와 동시에 제3자를 위한 계약으로 제3자가 의무만을 부담하는 계약은 무효라고 하는 데에는 이견이 없는 것으로 보인다.⁶¹ 제3자를 위한 계약에 관한 규정인 민법 제539조는 “제3자에게 이행할 것”을 약정하는 것으로 제3자가 어떠한 의무를 부담하는 것에 관하여는 규정을 하고 있지 않다. 하지만 제3자가 그러한 주(主)된 이행을 받기 위하여 종(從)된 부담을 부담하는 것을 약정하는 것은 위의 규정상으로도 그 효력을 인정할 수 있을 것으로 보인다. 즉, 종된 부담이 무효라도 주된 이행은 무효가 아니나 주된 이행이 무효인 경우 종된 부담도 무효가 되는 것이라면, 그러한 부담은 제3자를 위한 계약에서도 유효할 것이라고 보인다. 하지만 이를 넘어서 제3자도 낙약자에 대하여 주된 이행과 대가관계를 이루는 채무를 부담하는 쌍무계약까지 유효하다고 보는 것은 타당하지 않다고 판단된다. 이는 제3자가 의무만 부담하는 것은 무효라고 하는 것과도 일치하지 않는 입장인 것으로 이해된다. 통상 후순위대출의 경우 여러 가지 상황에 대한 제한이 있기 때문에 높은 이자율이 적용되므로 쌍무계약에 해당하고 따라서 특수목적회사가 동의하기 전에는 이러한 자금보충특약은 효력이 없는 것으로 보아야 한다. 따라서 프로젝트 금융거래에서 특수목적회사가 설립된 이후에 가급적 빠른 시일 내에 특수목적회사는 자금보충특약에 대한 동의를 의사표시를 할 필요가 있다고 판단된다.⁶² 또한 특수목적회사가 자

금보충특약에 대하여 동의를 하지 않는 한, 건설출자자가 특수목적회사에 자금을 대여하지 않는다고 하더라도 자금보충특약의 효력이 없으므로 건설출자자는 요약자인 재무출자자에 대한 관계에 있어서 채무불이행 책임을 지지 않는다고 판단된다.

(2) 추가 출자 형식의 자금보충특약

추가 출자 형식의 자금보충특약은 후순위대출과는 형식뿐만 아니라 그 실질에 있어서도 차이가 난다. 통상 특수목적회사는 주식회사의 형태를 고 있는바, 추가 출자 형식의 자금보충은 특수목적회사의 신주 발행 결의에 따라 건설출자자는 신주인수권을 행사하고, 재무출자자는 신주인수권을 포기하는 형식을 취하게 된다. 따라서 건설출자자는 회사에 대한 관계에 있어서는 신주인수권을 가질 뿐이고 어떠한 의무를 부담하지는 않는다.⁶³ (물론 건설출자자가 청약을 한 이후에는 특수목적회사가 건설출자자에 대하여 주금납입청구권을 가지게 될 것이다). 즉, 간접투자자산운용업법상 사모투자전문회사나 합자회사와 같이 출자약정금을 정하고 출자의무를 이행해야 할 의무(이른바 **capital call**에 따른 출자이행의무)를 부담하는 것이 아니라, 회사가 유상증자를 결의

59 대법원 1957. 3. 16. 선고 4289민상536 판결, 대법원 1965. 11. 9. 선고 65다1620 판결 참조.

60 박준서, 주석 민법 채권각칙(1), 1999, 435면.

61 박준서, 앞의 책, 434면.

62 실질적으로 재무출자자가 회사의 경영권을 장악하고 있는 경우는 문제가 되지 않을 것이나 그렇지 못한 경우 특수목적회사가 자금보충특약에 대하여 동의를 하지 않을 경우도 있을 수 있다. 물론 그렇게 되는 경우 특수목적회사는 재무출자자에 대하여 기존 대출금의 기한의 이익을 상실하게 될 것이나 극단적인 상황에서 건설출자자들은 자신의 자본금을 회생하는 것이 자금보충을 하는 것보다 유리하다고 판단하는 경우 마치 도마뱀이 꼬리를 끊어 버리듯 특수목적회사의 도산을 각오하고 자금보충특약에 동의를 하지 않도록 특수목적회사의 경영권을 행사할 가능성을 배제할 수 없다고 보인다.

63 이철승, 회사법강의 제12판, 2005, 683면.

한 경우 신주인수를 할 수 있는 권리를 가질 뿐이다. 따라서 추가 출자 형식의 자금보충특약은 건설출자가 특수목적회사의 유상증자에서 신주인수권을 행사하여 증자에 참여하기로 하는 채무출자자와의 약정으로, 특수목적회사의 유상증자 결의를 정지조건으로 하는 특수한 유형의 계약으로 판단되고, 특별히 강행규정에 위반하거나 별도의 사법상 효력을 인정하지 않을 사정은 없는 것으로 보인다.

V. 맺음말

계열회사의 보증과 관련하여 주로 사법상 효력이 문제되는 부분 중 실무에서 문제가 되거나 문제가 될 만한 내용들을 두서없이 검토해 보았다. 일부 주제의 경우 충분한 비교법적인 연구와 검토 없이 무리하게 논리가 전개된 부분이 있음을 부인할 수 없을 것 같다. 하지만 평소에 당연히 받아들여지고 있

는 내용들도 그렇게 받아들여질 수 있는 근거는 무엇인지 필자들 스스로에게도 반추할 수 있는 기회가 되었다. 최근의 전 세계적인 금융위기로 인하여 사실상 전 세계적으로 금융권의 신용공여는 극히 위축된 상황이고, 점진적으로 나아진다고 하더라도 상당한 수준의 담보를 제공받거나 신용이 아주 좋은 회사의 보증을 수반하지 않는 이상 그러한 신용공여를 기대하기는 어렵지 않나 생각해 본다. 또한 유동성 부족이 계속되는 경우 기존에 제공한 보증의 사법적 효력을 부인하려고 하는 예들도 많아질 것으로 보이며, 도산절차와 관련해서도 여러 가지 상황에 따라 보증의 사법적 효력이 문제될 경우도 많아질 것으로 생각된다. 따라서 이 글에서 단순히 열거한 사항들 이외에도 계열회사의 채무에 대한 보증으로 인하여 발생할 수 있는 사법적인 문제는 많이 있을 것으로 생각되고 앞으로도 계열회사의 보증에 대한 사법적 효력과 관련한 깊이 있는 논의와 연구가 계속되기를 기대한다.

