

채무자회생법상 파산면책의 정당화 근거*

우 세 나

서원대학교 시간강사

< 目 次 >

- I. 들어가며
- II. 私法上 원칙과 예외
- III. 채무자회생법상 채무면책의 정당화 근거
- IV. 맺음말

I. 들어가며

최근 들어 경기침체가 장기화되면서, 개인파산 신청자가 급격하게 증가하고 있다고 한다. 무엇보다도 60세 이상의 고령 파산자가 늘고 있어, 이에 대해 대책을 마련하는 것이 시급하다고 한다.¹⁾ 1997년 외환위기가 불어 닥치고, 1998년 우리 경제가 IMF 체계로 접어들면서, 우리 경제와 사회는 그 이전까지는 겪어보지 못했던 현상을 경험하게 되었다. 즉 대기업과 은행들이 무너지거나 구조조정의 대상이 되었고, 이로 인해 많은 수의 실업자가 양산되었다. 이와 더불어, 대량의 “신용불량자”가 생겨나게 되었고, 이에 비례하여 파산법과 회사정리법 등과 같은 이른바 “도산법”의 역할과 의미는 증대되어 갔다. 그 가운데서도 개인파산제도가 주목을 받게 되었다. 그 이유는 파산제도가 마련하고 있는 ‘파산면책’ 때문이다.

지난 2005년 3월 31일에 제정된 “채무자 회생 및 파산에 관한 법률”²⁾은 제556조 아래에서 “면책”에 관해 규정하면서, 같은 법 제566조에서 “면책의 효력”에 관

* 심사위원 : 김경욱, 배병일, 배성호

1) 『법률신문』 2006년 10월 2일자, 1쪽.

2) 이하 이 법은 ‘채무자회생법’으로 약칭한다.

해 다음과 같이 규정한다. “면책을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다.” 이 규정은 신용불량자로서 더 이상 채무를 변제할 능력이 안 되는 채무자들에게 심중한 의미를 갖는다. 왜냐하면, 파산신청과 이에 따른 면책결정을 통해 채무자는 파산절차에서 이루어진 배당을 제외한 나머지 채무에 대해서는 모두 면책을 받을 수 있기 때문이다. 물론 채무자회생법 제566조 단서는 이러한 면책에서 제외되는 청구권을 몇 가지 인정하고 있다.³⁾ 이에 따르면, (1) 조세, (2) 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료, (3) 채무자가 고의로 가한 불법행위로 인한 손해배상, (4) 채무자가 중대한 과실로 타인의 생명 또는 신체를 침해한 불법행위로 인하여 발생한 손해배상, (5) 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금, (6) 채무자의 근로자의 임치금 및 신원보증금, (7) 채무자가 악의로 채권자목록에 기재하지 아니한 청구권⁴⁾, (8) 채무자가 양육자 또는 부양의무자로서 부담하여야 하는 비용은 면책에서 제외된다.⁵⁾ 여하간 파산채무자가 부담하는 채무를 전부 면책시켜주는 면책제도는 신용불량자들에게는 큰 희망이 아닐 수 없다. 왜냐하면, 신용불량자들은 이러한 면책제도를 통해 새 출발을 할 수 있는 기회를 제공받기 때문이다.

그러나 바로 이러한 점 때문에, 파산면책 제도는 법적인 측면뿐만 아니라, 사회적인 측면에서 곱지 않은 시선을 받고 있다. 우선 법적인 측면에서 볼 때, 파산면책제도는 “약속은 지켜야 한다”(pacta sunt servanda)는 기본적인 법원칙에 맞지 않는다. 민법이 인정하는 기본원칙에 따르면, 채무자는 “채무내용에 좇은 이행”을 하여야 한다(민법 제390조). 만약 이러한 의무를 이행하지 않으면, 채무자는 손해배상책임을 져야 한다. 그런데 파산면책제도는 바로 이러한 민법상 기본원칙에 정면으로 반하는 제도이다. 과연 이를 어떻게 설명할 수 있을까? 나아가 이러한 법적인 문제와 맞물려 사회적으로도 파산면책을 그리 반감지 않게 바라보는 시선이 적지 않다. 채무자가 신용불량자가 된 것은 그가 무절제하게 소비행위를 했기 때문인데, 그러한 신용불량자를 왜 국가가 나서서 도와주어야 하는 지가 주된 비

3) 말하자면 채무자회생법 제566조 단서는 일종의 “법정 일부면책”을 인정하고 있는 셈이다. 이러한 “법정 일부면책” 개념에 대해서는 우세나, “도산절차에서 일부면책의 가능성과 범위”, 『민사소송』 제10권 제1호(2006), 384쪽 아래.

4) 다만 이 경우에도 채권자가 파산선고가 있음을 안 때에는 면책 대상이 된다. 채무자회생법 제566조 제7호 단서.

5) 이러한 청구권들을 면책에서 제외시키는 것은, 이들 청구권을 면책에 포함시키는 것이 면책제도의 기본취지에 합치하지 않기 때문이다.

판 요지이다.

하지만 이러한 곱지 않은 시선에도 파산면책제도는 미국 등을 비롯한 선진 국가들이 도입하고 있다. 그 이유는 무엇일까? 이 글은 이러한 문제에 대해 한 가지 대답을 제공하고자 한다. 즉 채무자에 대한 탈규제를 뜻하는 파산면책제도를 어떻게 정당화할 수 있는지 보여주려 한다. 이를 위해 우선 사법은 채무자가 채무를 이행하지 않은 경우, 이를 어떻게 취급하는지에 대한 원칙과 예외를 간략하게 정리한 후(Ⅱ), 채무면책의 정당화 근거를 ‘법철학적 정당화’, ‘법경제학적 정당화’, ‘헌법적 정당화’로 나누어 고찰하도록 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 私法上 원칙과 예외

1. 원칙으로서 채무이행원칙

이미 위에서도 언급하였듯이, 채무자는 채권관계(계약)의 구속력에서 비롯하는 채무이행원칙에 따라 ‘채무내용에 좇은’ 이행을 하여야 한다(민법 제390조 본문). 채권관계의 가장 대표적인 발생원인인 계약은 계약 당사자가 청약과 승낙에 따른 합의에 도달한 이상, 한편으로는 ‘자기구속의 원칙’에 따라⁶⁾, 다른 한편으로는 계약 당사자 상호간의 신뢰에 따라 구속력을 발생시킨다.⁷⁾ 이 구속력에 따라 각 당사자는 서로에 대해 채권을 주장할 수 있고 이와 동시에 채무를 이행해야 한다.

2. 사법상 채무이행원칙의 예외

그러나 사법, 즉 실정 민법은 이러한 원칙에 대해 몇 가지 예외를 인정하고 있다. 우선적으로 민법은 과실책임원칙에 따라 채무자가 고의나 과실로써 채무를 이행하지 않은 경우에만 채무불이행책임을 인정한다(민법 제390조 본문). 따라서

6) 이에 대해서는 K. Larenz, *Richtiges Recht* (양창수 역, 『정당한 법의 원리』 박영사, 1990, 49쪽 아래) 참고.

7) 이 문제에 대한 연구로는 고영남, 『고전적 계약법이론의 한계에 관한 연구』, 고려대 법학박사 학위논문(2000) 참고.

채무자가 고의나 과실 없이 채무를 이행하지 않은 경우에는, 채권자는 채무자에게 채무불이행책임에 따른 손해배상을 청구할 수 없다(민법 제390조 단서).

또한 민법은 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 학설과 판례는 이른바 ‘행위기초론’ 또는 ‘사정변경의 원칙’에 따라 일정한 경우에 채권관계의 구속력을 면제하고 있다. 물론 이런 사정변경의 원칙을 일반적으로 인정할 것인가에 관해서는 견해가 통일되어 있지 않다. 그런데도 이미 판례는 계속적 보증의 경우에 계속적 보증이 성립하는 데 기반이 된 행위기초, 즉 신뢰관계가 여러 사정으로 변경된 경우에는 해지권을 인정하고 있다.⁸⁾ 이는 곧 판례가 부분적으로 사정변경의 원칙을 수용하고 있음을 보여준다.

이와 관련하여 “배상액의 감경청구”라는 표제를 달고 있는 민법 제765조는 “① 본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 생계를 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 감경을 청구할 수 있다 ② 법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 재산상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 감경할 수 있다”고 규정한다. 비록 이 규정은 채무불이행에 따른 손해배상을 다루는 것이 아니라, 불법행위책임에 따른 손해배상을 다루고 있는 것이기는 하지만, 채무자의 주관적 요소인 과책이나, 행위기초라는 객관적 상황에 바탕을 두지 않고, ‘채무자의 재산상태와 손해의 원인’을 바탕으로 하고 있다는 점에서 다소 이례적인 것이라 할 수 있다. 그러나 바로 이러한 점 때문에, 민법 제765조는 도산제도가 인정하고 있는 ‘면책주의’와 통하는 점이 있다고 말할 수 있다. 왜냐하면, 도산법상의 면책주의 역시 채무자의 과책이나 행위기초의 변경이 아닌 다른 요소를 근거로 하여, 잔여채무를 면제시키고 있기 때문이다.

이 민법 제765조는 스위스 채무법 제44조 제2항에서 비롯된 것으로서⁹⁾, 형평법

8) 이에 관한 지도적인 대법원 판결로는 대법원 78. 3. 28, 77다2298(집 2601, 237)을 들 수 있다. 이 문제를 다루고 있는 문헌으로, 양창수, “계속적 보증에서 보증인의 해지권과 책임제한,” 『민법연구』, 제6권, 박영사, 2001, 419쪽 이하 참고.

9) 양창수, “민법 제765조 : 잊혀진 규정?,” 『민법연구』, 제5권, 박영사, 1999, 252쪽 이하; 한편 스위스 채무법 제44조 제2항은 다음과 같이 규정한다: “손해를 고의 또는 중대한 과실 없이 야기한 배상의무자가 배상을 이행한다면 공박에 빠지게 되는 경우에는, 법원은 이를 이유로 하여서도 배상의무를 감경할 수 있다”(Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermässigen). 번역은 양창수 교수의 번역을 따랐다.

상 구체수단이라고 한다.¹⁰⁾ 다시 말해, 민법 제765조는 ‘손해의 공평한 부담이라는 구체적 타당성’¹¹⁾을 실현하는데 기여한다는 것이다. 그러나 이 규정이 민법의 기본원칙, 즉 자유주의적인 과실책임원칙에 합치하는지에 관해서는 의문이 없지 않다. 가령 이미 스위스 채무법 제44조 제2항에 대해서 스위스 민법학에서도 비판이 제기되고 있으며¹²⁾, 국내 학설에서도 이를 비판하며 장차 입법론적으로 폐지해야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹³⁾ 이러한 비판론은 민법이 지닌 기본적인 특성, 즉 개인주의적 자유주의에 바탕을 두고 있으며, 따라서 배분적 정의보다는 평균적 정의를 더욱 우선하고 있다는 특성에 비추어 볼 때 수긍이 간다고 생각한다.

사법상의 원칙과 예외라는 법적 관점을 사회적인 관점으로 확장시켜 미국에서도 면책제도의 이론적 근거에 대한 논의가 있었다. 미국에서도 면책제도의 이론적 근거에 대해 다음과 같은 논의가 있다. 대표적으로 잭슨(Thomas H. Jackson) 교수는 면책제도의 이론적 근거에 대해 ① 인간의 본성, 특히 인간의 나약함과 부주의함에 착안하여 의지적(volitional) 정당화와 인지적(cognitive) 정당화, ② 가족들의 심리적 고통이나 사회적 생산력 감소라는 부정적 효과에 대한 외부효과(externality)의 방지, ③ 실업보험, 의료보호, 사회보험과 같은 사회보장제도의 하나로 이해하는 사회적 안전망 이론(Social Safety Nets theory), ④ 공리주의적 관점(utilitarian paradigm)을 들고 있다.¹⁴⁾ 본고에서는 도산법상 면책주의의 근거를 법철학적 정당화, 법경제학적 정당화, 헌법적 정당화의 측면에서 살펴보기로 한다.

III. 채무자회생법상 채무면책의 정당화 근거

1. 면책주의와 비면책주의

10) 양창수, 앞의 논문(주9), 248쪽.

11) 오종근, “민법 제765조상의 배상액경감청구,” 『비교사법』, 제4권, 제1호, 1997, 272쪽.

12) 양창수, 앞의 논문(주9), 253쪽.

13) 양창수, 앞의 논문(주9), 278-282쪽.

14) Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, BeardBooks, 2001; 서경환, “우리 나라 소비자파산제도의 개선방안 : 미국 소비자파산제도의 도입을 중심으로,” 『외국사법연구논집』(22), 법원도서관, 2002.

파산면책 제도를 정당화하려는 시도는, 파산면책이 일반인의 ‘법감정’에 그리 합치하지 않는다는 어려움과 마주해야 한다. 이 점 때문에, 비교법적으로 보면, ‘면책주의’를 취하지 않은 법체계가 존재했다. 독일의 구 파산법(Konkursordnung)이 대표적인 경우라 할 수 있다. 독일의 구 파산법은 “잔여채무면책”을 인정하지 않았기 때문에, 파산채권자는 파산절차가 종료한 이후에도 아직 변제받지 못한 잔여채권을 아무런 제한 없이 청구할 수 있었다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 태도는 면책주의를 취하고 있던 영국·미국·프랑스의 파산법체계와 비교해 볼 때 아주 가혹한 것이었다. 그 때문에 독일은 1994년 10월 5일 새롭게 “통합도산법”(Insolvenzordnung)을 제정하면서, 기존의 파산법과는 달리 면책주의를 수용하여 “잔여채무면책” 제도를 도입하였다.

이렇게 독일의 파산법체계가 비면책주의에서 면책주의로 전환한 것은, 비교법적인 측면에서 볼 때 파산면책을 정당화하는 데 한 근거가 된다. 전통적으로 비면책주의를 고수하던 독일마저도 면책주의를 돌아선 것은, 그만큼 파산면책이 전체 법질서에서 긍정적인 기능을 수행하고 있음을 시사하기 때문이다. 하지만 이것만으로는 왜 파산면책을 정당한 것으로 보아야 하는지 아직 분명하게 증명했다고 볼 수 없다.

2. 법철학적 정당화

파산면책을 정당화하는 근거로서 우선 법철학적 정당화 근거를 생각할 수 있다. 이에 관해서는 민법 제765조가 좋은 시사를 한다. 민법 제765조가 담고 있는 관점, 즉 형평 혹은 배분적 정의라는 이념 아래서 ‘손해의 공평한 분배라는 구체적인 타당성’을 실현하고자 하는 관점은 비록 민법상 불법행위책임을 설명하기에는 타당하지 않지만, 도산제도를 설명하기에는 설득력이 있다고 생각한다. 이미 언급하였듯이, 도산법은 일정한 경우에 채무자에게 과실을 인정할 수 있는 경우에도¹⁶⁾ 채무자의 채무이행의무를 면책시키고 있다. 그렇다면 이를 어떻게 정당화시

15) 김진현, “독일 신도산법상의 면책제도”, 『강원법학 : 현대법학의 제문제』, 제10권, 1998, 94쪽.

16) 그러나 채무자가 고의로 도산상태에 빠진 경우에는 잔여채무면책을 인정하지 않는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면, 이런 경우에도 잔여채무를 면책시킨다면, 고의로 도산제도를 남용하는 사례가 빈번해질 우려가 있기 때문이다.

킬 수 있을 지가 문제될 수 있다. 이러한 문제에 대해 앞에서 언급한 민법 제765조의 관점은 중요한 시사를 한다고 생각한다. 도산제도는 손해를 채무자뿐만 아니라, 총채권자에게도 분배하여 구체적 타당성을 실현하려는 일종의 형평법적 법적 장치라고 이해할 여지가 있는 것이다. 다시 말해, 민법상 채무이행원칙이 교환적 정의 또는 법적 안정성을 실현하고자 하는 것이라 한다면, 도산법상 잔여채무면책주의는 배분적 정의 또는 구체적 정의를 실현하고자 하는 것이라고 이해할 수 있다.¹⁷⁾

이와 더불어 법적 안정성, 즉 사회적 평화라는 관점에서 도산제도를 정당화할 수도 있을 것이다.¹⁸⁾ 앞에서 언급한 배분적 정의라는 관점이 채무자를 염두에 두고 있다면, 사회적 평화라는 관점은 채무자뿐만 아니라, 총채권자의 사정도 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 즉 도산제도를 통해 채무자에 대한 채권추심을 일률적으로 처리함으로써, 그렇지 않은 경우 자칫 발생하기 쉬운 무익한 소송을 일거에 제거하고, 이로써 사회적 분쟁을 억제한다는 것이다. 이러한 사회적 평화라는 관점은 라드브루흐가 제시한 정의 이념 중에서 ‘법적 안정성’에 해당하는 한 유형으로 이해할 수 있다고 생각한다. 또한 다음에서 보겠지만, 이 사회적 평화라는 관점은 법경제학에서 말하는 ‘거래비용’과도 밀접하게 연관된다고 생각한다.

그러나 이러한 설명에 대해서는 다시 몇 가지 문제를 제기할 수 있을 것이다. 첫째 구체적으로 과연 어떤 근거에서 도산제도가 손해를 공평하게 배분하는 데, 다시 말해 배분적 정의를 실현하는 데 기여하는지 문제가 될 수 있다. 둘째 이렇게 법철학적으로 도산제도의 면책주의를 긍정할 수 있다고 하더라도, 다시 이를 실정법적으로 정당화할 수 있는가라는 의문을 제기할 수 있을 것이다. 여기에서는 첫 번째 문제에 대해서는 법경제학적 관점으로, 두 번째 문제에 대해서는 헌법적인 관점으로 해석해 보고자 한다.

3. 법경제학적 정당화

17) 교환적 정의와 배분적 정의라는 범주는 아리스토텔레스에게서 비롯한다. 이에 관해서는 K. Seelmann, Rechtsphilosophie (윤재왕 옮김, 『법철학』, 지산, 2000, 169-170쪽) 참고; 한편 독일의 법철학자 라드브루흐에 따르면, 구체적 타당성뿐만 아니라, 법적 안정성 역시 넓은 의미의 정의에 포함되는데, 이 두 가지 이념은 필연적으로 이율배반 관계에 서게 된다. 즉 양 이념 사이에는 필연적으로 긴장관계가 존재하는 것이다. 라드브루흐의 정의이론에 관해서는, Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, Heidelberg 1999, S. 73 ff.

18) Ludwig Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1998, S. 20 ff.

나아가 도산제도는 법경제학의 관점¹⁹⁾을 빌어 정당화할 수 있다. 물론 법경제학의 관점만이 도산제도를 정당화하는 유일하고도 설득력 있는 근거가 되는 것은 아니다. 도산제도라는 법적 제도를 ‘경제적 분석’²⁰⁾이라는 관점만으로 보는 것은 자칫 도산제도가 지닌 법적 성격을 잃어버릴 염려가 있다.²¹⁾ 그러므로 법경제학적 관점뿐만 아니라, 다른 법적인 정당화 근거를 모색할 필요가 있을 것이다. 그런데도 법경제학적 관점은 도산제도의 존재의의 그리고 그 정당성을 설명하는 데 한 가지 유용한 근거가 된다고 생각한다.

그렇다면 과연 어떤 경제학적 근거에서 도산제도는 정당성을 획득할 수 있는가? 가장 우선적으로 ‘거래비용’을 거론할 수 있을 것이다.²²⁾ 도산제도에 따르면, 기본적으로 총채권자가 도산법이 인정하는 절차와 방법을 통해서만 ‘공동으로’ 그리고 ‘평등하게’²³⁾ 채권을 추심할 수 있다(개별행사금지 원칙). 만약 그렇지 않는다면, 각 채권자는 개별적으로 채무자를 대상으로 하여 소송으로써 채권을 추심해야 한다. 그러나 이러한 방법은 다음과 같은 이유에서 ‘비효율적’이다. 다시 말해 거래비용을 증가시킨다. 그 이유는 통상 도산의 대상이 되는 채무자의 경우에는 다수의 채권자가 관련되어 있기 때문이다. 이런 경우에 보통 소송은 다수당사자 소송이라는 형태를 띠게 된다. 그러나 민사소송법학이 잘 시사하는 것처럼, 다수당사자 소송은 아주 복잡한 실체법적·소송법적 문제를 낳는다.²⁴⁾ 말하자면, 민사소송법학의 관점에서 볼 때 이론적으로 아주 복잡해진다는 것이다. 또한 이러한 소송의 경우에는 자칫 소송기간이 장기화될 우려가 농후하고, 그 때문에 소송비용이 아주 증가할 가능성이 높다. 더군다나 이 경우에는 소송만으로 문제가 해

19) 법경제학에 관해서는 기본적으로, 박세일, 『법경제학』, 박영사, 1994.

20) 호워드(Margaret Howard) 교수는 면책제도가 채무자의 경제적 갱생(economic rehabilitation), 즉 경제적 효율성을 높이는 제도라고 설명하면서 면책제도에 대해서 기능적·경제적 분석(functional economic analysis)을 하였다.; Magaret Howard, A Theory of Discharge in Consumer Bankruptcy, 48 Ohio St. L.J. 1047(1987), p.1061-1062.

21) 이를 지적하는 Ludwig Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1998, S. 74. 또한 법경제학과 책임법의 관계를 심도 있게 분석하고 있는 Jochen Taupitz, “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht: Eine Zwischenbilanz” AcP 196 (1996), S. 114 ff. 참고.

22) 거래비용에 관해서는, 박세일, 앞의 책(주19), 78쪽 이하 참고.

23) 이는 채권자 평등원칙으로 구체화된다.

24) ‘다수당사자 소송’에 관해서는, 정동윤, 『민사소송법』, 법문사, 2000, 880-972쪽; 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2004, 603-688쪽; “복수의 소송주체”라는 이름으로 호문혁, 『민사소송법』 법문사, 2002, 724-827쪽 참고.

결되는 것이 아니다. 더 나아가 제한된 채무자의 재산을 대상으로 하여 다수의 채권자가 강제집행을 해야 하는 집행법상의 복잡한 문제도 야기한다. 그 결과 거래비용이 아주 증가하게 됨으로써, 채권을 만족시키기 위해 아주 비효율적으로 높은 거래비용을 부담해야 하는 불합리한 결과가 나타나게 된다. 바로 이러한 이유에서 도산제도가 필요한 것이다. 다시 말해, 도산제도를 통해 복잡한 소송 그리고 강제집행에서 야기되는 거래비용을 축소시킴으로써, 손해의 공평한 분담, 자원의 효율적 배분을 통해 구체적 타당성을 실현할 수 있는 것이다. 물론 도산제도는 이른바 잔여채무를 면책시킴으로써, 언뜻 보기에 자원의 효율적 배분이라는 이념에 합치되지 않는 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 언제 변제될지 모르는 잔여채무를 위해 계속해서 채권추심을 인정하게 되면, 이는 다시 무익한 소송을 유발하여 거래비용을 증가시킬 우려를 낳게 된다. 이러한 관점에서 볼 때 잔여채무를 면책시키는 도산제도의 기본원칙 역시 '자원의 효율적 배분'에 합치할 수 있다.²⁵⁾

나아가 도산제도를 인정하면, 비효율적인 채권·채무관계가 형성되는 것을 막을 수 있다. 최근의 우리 현실이 보여주는 것처럼, 만약 일률적인 도산제도를 인정하지 않으면, 예를 들어 각 부실기업들은 부도가 되는 것을 막기 위해 계속해서 금전소비대차계약 등을 통해 새롭게 채권·채무관계를 형성할 것이다. 그 동안 부도처리 되었던 많은 대기업들의 실상이 이를 잘 설명한다. 그러나 이렇게 부도를 막기 위해 무익하게 채권·채무관계를 만드는 것은, 그야말로 밑 빠진 독에 물 붓기라고 말할 수 있을 것이다. 더군다나 이는 장차 변제하기 어려운 채권을 계속 만드는 것으로서, 자원의 효율적 배분이라는 측면에서 보더라도 타당하지 않다. 그러므로 이러한 경우에는 차라리 도산제도를 통해 채권·채무관계를 일률적으로 정리하고, 그 이후에 새롭게 법적·경제적 활동을 할 수 있도록 하는 것이 더욱 효율적이라고 말할 수 있다고 생각한다.

또한 도산제도는 채무자가 경제적인 파국상태에서 회생하여 새롭게 경제적인 생산활동을 가능하게 한다는 점에서도 그 의미가 있다. 이는 바꿔 말해, 도산제도가 경제성장에 필수적인 '수요'를 새롭게 창출하는 데 기여함을 뜻한다. 넓게 보

25) 아이젠버그(Theodore Eisenberg) 교수는 면책제도는 재정적 파탄의 위험(risk)을 채권자와 채무자 사이에 배분하는 기술을 제공하는 것이라고 설명하며 위험분배분석이론(risk allocation analysis)을 주장한다. Theodore Eisenberg, Bankruptcy Law in Perspective, 28 UCLA L. Rev. 963(1981); 천대엽, "미국 파산법상 개인 채무자에 대한 면책제도 개관," 『재판자료』, 제93집, 법원도서관, 2001, 270쪽.

면, 도산법이 속하는 사범은²⁶⁾ ‘자본의 유동화를 통한 자본주의 성장·유지에 기여하는 법’이라고 말할 수 있다. 그런 점에서 자유자본주의적인 시장질서와 밀접하게 연관되어 있는 사범의 한 부분을 이루는 도산법이 자본주의적 시장과 긴밀하게 연결되어 있고, 그 결과 법경제학적인 관점²⁷⁾에서 경제성장에 이바지한다고 보는 것이 정당하다고 생각한다.

4. 채무자 면책의 헌법적 정당화

그러나 이미 언급하였듯이, 도산법상 면책을 법경제학적 관점에서 정당화할 수 있다고 해서, 이것이 곧바로 잔여채무면책이라는 법적 제도를 정당화할 수 있는 것은 아니다. 경제학이라는 존재(Sein)의 측면에서 뿐만 아니라, 규범이라는, 다시 법이라는 당위(Sollen)라는 측면에서도 이 면책제도를 정당화할 수 있어야 한다. 도산법상 면책제도를 헌법으로써 정당화할 수 있다면,²⁸⁾ 이 제도는 그 정당성을 획득할 수 있다. 왜냐하면, 도산법 역시 실정법인 이상 헌법을 정점으로 하는 법 체계에 속하는 것이기 때문이다.²⁹⁾

그렇다면 과연 어떻게 도산법상 면책제도를 헌법으로써 정당화할 수 있는가? 이는 사회국가원칙이라는 측면 그리고 도산법상 이익이 대립하고 있는 채무자와 총채권자의 기본권이라는 측면에서 각기 검토할 수 있다.

우선 도산법상 면책제도는 우리 헌법이 규정하고 있는 사회국가원리를 구체적으로 표현하는 한 가지 제도로 이해할 수 있다.³⁰⁾ 사회국가원칙에 따르면, 국가는 기본적으로 사회의 자율성을 인정하되, 사회의 자율성, 즉 사적자치가 여러 가지

26) 헤제마이어(Häsemeyer)에 따르면 도산법은 사범의 한 부분을 이룬다. Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1998, S. 8 ff.

27) 법경제학자인 포스너(Richard Posner) 교수는 채권자가 우월한 위험부담자라고 주장하며, 주식회사의 유한책임이론을 개인에 유추적용 하여 면책은 개인을 위한 유한책임의 형태라고 설명한다(limited liability for individuals). 이에 대해서는 Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, BeardBooks(2001) 참고; 서경환, “우리 나라 소비자파산제도의 개선방안 : 미국 소비자파산제도의 도입을 중심으로,” 『외국사법연수는 집』 (22), 법원도서관, 2002.

28) 파산면책에 헌법적합성에 대한 논의로는, 김경욱, “파산면책의 헌법적합성,” 『민사소송』 제8권 제1호(2004) 참고.

29) Ludwig Häsemeyer, a.a.O., S. 8.

30) 계희열, 『憲法學(中)』, 박영사, 2000, 488쪽 이하 참고.

사정으로 제대로 작동할 수 없을 경우에는 이를 교정하기 위해 국가가 사회에 개입해야 한다. 이러한 관점을 도산법에 적용하면, 도산법 역시 사적자치에 바탕을 둔 채무이행원칙 그리고 시장질서가 제대로 작동하지 못하는 경우에 국가는 이를 교정하기 위해 마련한 일종의 법적 장치라고 이해할 수 있다고 생각한다. 국가는 이러한 도산법, 특히 면책제도를 통해 사적자치를 일정부분 보완하고, 이를 통해 손해를 공정하게 분배하며 거래비용을 줄여 ‘공공복리’를 증진시키려고 하는 것이다.

다음으로 면책제도는 채무자의 기본권을 실현하는 데 도움이 된다. 면책은 채무자가 장래 취득할 수도 있는 사법상 권리, 즉 재산권(헌법 제23조)을 소극적으로 보장한다는 점에서 그 의미가 있다. 나아가 면책제도는 채무자의 최저생활, 생존권, 달리 말해 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조)를 보장한다. 이를 통해 면책제도는 헌법상 기본권 가운데서 가장 핵심적인 인간의 존엄(헌법 제10조)을 실현하는 데 기여한다. 이렇게 도산법상 면책제도는 채무자의 기본권을 보장한다는 점에서, 정당성을 획득한다. 물론 그렇다고 해서 반드시 면책제도를 인정해야 하는 것은 아니다. 다시 말해, 면책제도를 인정하지 않는다고 해서, 이것이 곧 헌법에 위반되는 것은 아니다.³¹⁾ 도산법에서 면책제도를 인정할 것인가, 말 것인가 하는 문제는 일종의 범정책적 문제라고 할 수 있을 것이다.

하지만 정작 문제는 총채권자의 기본권에서 발생한다. 그 이유는 도산법상 면책제도는 총채권자의 기본권인 재산권을 중대하게 제한하는 것이기 때문이다. 물론 우리 헌법에 따르면, 모든 기본권은 일정한 요건과 방법에 의해 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항). 그러므로 총채권자의 재산권이라고 해서 제한할 수 없는 것은 아니다. 나아가 헌법 제23조 제1항 후단은 재산권 보장과 관련하여 ‘그 내용과 한계는 법률로 정한다’고 규정한다(기본권 형성적 법률유보). 여기서 파산법을 비롯한 각종 도산법은 ‘법률’에 해당하므로, 이러한 도산법으로써 채권자의 재산권을 제한한다고 해서 곧바로 헌법에 위반하는 것은 아니다. 그렇다면 남은 문제는 면책제도가 헌법 제37조 제2항이 정한 ‘기본권 제한요건’을 준수하고 있는가 하는 점일 것이다.

한편 도산법상 면책은 일종의 ‘기본권 충돌’에 해당하는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면, 면책을 통해 채무자와 채권자의 기본권이 서로 대립하기 때문이다. 이런

31) 같은 의견으로 김경욱, 앞의 논문(주28), 10쪽.

경우에 헌법학에서는 기본권 충돌을 해결하기 위한 방안으로 ‘실제적 조화’³²⁾ 혹은 ‘규범조화적 해석’을 제시한다. 즉 양 당사자의 기본권을 최대한 실현할 수 있는 방안을 모색해야 한다는 것이다. 이러한 관점은 곧 기본권 제한 방법인 비례성 원칙과 합치한다. 결국 문제는 도산법상 면책제도가 일종의 ‘최적화 명령’³³⁾으로 이해되는 비례성 원칙³⁴⁾에 합치하는 지가 된다. 이러한 관점에서 도산법상 면책을 보면, 우선 면책제도는 “공공복리”에 기여한다는 점에서 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한 요건을 충족한다. 그렇다면 현행 도산법상 면책제도는 비례성 원칙을 충족하는가? 그러나 이 문제는 여기서 판단하기에는 부적절하다고 생각한다. 왜냐하면, 이 문제는 개별 실정법 규정을 해석하면서 판단해야 할 문제이기 때문이다. 그런데도 우리는 여기서 도산법상 면책제도의 정당화에 관해 한 가지 해답을 발견한다. 즉 도산법상 면책제도가 실제적 조화 혹은 비례성 원칙에 합치하는 한, 그것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 하는 점이다.

IV. 맺음말

이상에서 살펴본 것처럼, 채무자회생법상 파산면책은 법철학·법경제학·헌법의 측면에서 정당화할 수 있다. 파산면책 제도는 사법이 천명하는 채무이행원칙에 반하는 것이긴 하지만, 이것은 우리 사회의 경제체계를 지탱하는 데 아주 유용한 제도라 말할 수 있다. 그런데도 여전히 남는 문제는, 이 파산면책이 일반 채권자의 법감정에 합치하지 않을 수 있다는 점이다. 이는 파산면책을 대하는 일종의 근본적인 가치결단에 해당한다고 말할 수 있는데, 파산면책을 어떤 시각에서 보는가에 따라 파산면책에 대한 법정책의 방향도 달라질 수 있다. 만약 우리가 파산면책 제도가 갖고 있는 긍정적인 면을 강조해서 본다면, 그만큼 파산면책을 인정할 여지가 더욱 커질 것이다. 이와 반대로, 파산면책을 부정적으로 보면, 파산면책 역시 제한적으로만 인정할 것이다. 그러나 법경제학적 논증이 보여주는

32) 계희열, 앞의 책(주30), 107-109쪽 참고.

33) 최적화 명령(Optimierungsgebot)에 대한 내용으로는, 계희열, 앞의 책(주30), 623쪽 참고.

34) 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형”, 『공법연구』, 제29집, 제1호(2000), 110쪽; 또한 김경욱, 앞의 논문(주28), 16쪽.

것처럼, 파산면책은 자본주의 사회를 유지하고 지탱하는 데 필수불가결한 제도로 이해하는 것이 더욱 바람직하지 않을까 한다. 잭슨 교수가 적절하게 지적한 것처럼, 파산면책 제도는 우리가 현대 금융자본주의 체계를 유지하기 위해 어쩔 수 없이 지불해야 하는 일종의 ‘보험료’로 파악해야 하지 않을까 한다.

주제어 : 도산법, 파산면책, 배분적 정의, 법경제학, 최적화 명령

[Zusammenfassung]

Rechtfertigungsgründe für die Restschuldbefreiung im koreanischen Insolvenzrecht

Woo, Se-Na
Lecturer, Seowon Univ.

Zur Zeit steht die Restschuldbefreiung der koreanischen Insolvenzordnung in Südkorea im Vordergrund. Der Grund hierfür ist, dass in dieser Zeit manche Schuldner, vor allem Verbraucher immer mehr in Insolvenz geraten. Für sie ist die Institution der Restschuldbefreiung sehr von Bedeutung. Jedoch ist die Restschuldbefreiung auch in Zweifel gezogen, weil sie gegen den Grundsatz des Privatrechts "Pacta Sunt Servanda" ist. Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich daher damit, aus welchen Gründen man die Restschuldbefreiung rechtfertigen kann.

Zunächst geht der vorliegende Aufsatz darauf ein, den Grundsatz und die Ausnahmen des Privatrechts aufzuklären (II). Danach behandelt er die Rechtfertigungsgründe für die Restschuldbefreiung (III). Nach der vorliegenden Untersuchung sind drei Rechtfertigungsgründe sichtbar: zunächst ein rechtsphilosophischer Grund, danach ein rechtsökonomischer Grund, zum Schluss ein verfassungsrechtlicher Grund.

Letztendlich geht der vorliegende Aufsatz zu dem Ergebnis: die Restschuldbefreiung ist notwendig, um das heutige kapitalistische Gesellschaftssystem zu gewährleisten. Man kann sagen, dass die Restschuldbefreiung eine Art von "Sozialversicherung" ist.

Schlüsselwörter : Insolvenzrecht, Restschuldbefreiung, Auteilende Gerechtigkeit, Ökonomische Analyse des Recht, Optimierungsgebot