

# 국제도산절차와 포럼 쇼핑 문제\*

박 환 일\*\*

## 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 채무자회생법 상의 국제도산절차
- III. 국제도산사건에서의 포럼 쇼핑 문제
- IV. 결 론

## I. 문제의 제기

최근 국내 기업들은 제품을 해외에 수출하는 데 머물지 않고 생산기지를 해외로 이전<sup>1)</sup>하는 등 해외영업을 지속적으로 확대하고 있다. 오늘날 국제적인 기업 특히 다국적기업(multinational corporation)들은 생산원가 절감과 세계판매망 확충을 위해 인적·물적 자원의 국제적 분산과 글로벌 소싱에 박차를 가하고 있다. 그 결과 국제적인 기업이 도산하는 경우에는 세계 여러 나라에서 도산절차가 진행될 수밖에 없는데, IMF(국제통화기금) 위기 직후 우리나라는 물론 세계 여러 곳에서 회사정리 또는 매각, 청산 등의 절차가 진행된 사례가 있었다. 우리나라의 도산법제는 그 동안 국제도산에 관한 규정이 미비되어 있었으나, 통합도산법(「채무자회생 및 파산에 관한 법률」: 이하 “채무자회생법”)이 2006년 4월 1일부터 시행되면서 제5편에 국제도산절차에 관한 규정을 신설하였다.

종래 우리나라의 파산법, 회사정리법, 화의법은 도산절차가 국내에 있는 재산에 대해서만 효력이 미치는 屬地主義(territorialism)를 취하였으나 새로 제정된 채무자회생법은 수정된 普遍主義(modified universalism)<sup>2)</sup>를 택하고 있다. 즉, 제628조 이하에서 글로벌 스탠더드에 부합하는 국제도산절차를 신설함으로써 국경을 넘어 채권자의 유

\* 이 연구는 2007년도 경희대학교 연구비지원에 의한 결과로서, UCLA 로스쿨의 패컬티 멘터인 로푸키 교수로부터 국제도산절차에 관한 참고문헌과 본고에 대한 코멘트를 받은 것에 감사 드린다.

\*\* 경희대학교 법과대학 부교수, 법학박사.

1) 포스코는 120억달러를 투자해 인도 동북부에 연산 1200만톤 규모의 일관 제철소를 건설하고 있으며, 삼성전자는 휴대폰의 주력생산공장을 구미공단에서 베트남으로 옮기고 해외생산비중을 60% 이상으로 높이기로 했다. 조선일보, “국가대표 기업마저 탈한국 대열에… 삼성 휴대폰 ‘에니콜’ 주력공장 베트남 이전키로”, 2007.5.16.

2) 채무자의 주된 영업소 소재지에서 개시되는 하나의 도산절차 만을 허용하고, 그 효력을 전세계적으로 인정하며 모든 채권자들에게 그 절차에의 참가를 강제하는 순수한 의미의 普遍主義는 현실적이지 않다. 따라서 立法論으로서 보편주의와 속지주의를 절충한 ‘수정된 보편주의’가 바람직하다. 석광현, “국제도산법에 관한 연구—입법론을 중심으로—”(이하 “국제도산법입법론”), 「국제사법과 국제소송」 제3권, 박영사, 2004, 256면.

효하고 공평한 구제를 도모하고 채무자 기업의 실효성 있는 회생을 지원하도록 하고 있다. 도산절차는 한 나라의 司法權 행사이므로 그 효과가 절차가 개시된 나라에 그치는 것이 원칙이지만, 기업과 개인의 경제활동이 국경을 넘어 국제화하는 마당에 도산사건의 처리를 국내문제로 한정할 수 없게 되었다. 속지주의를 엄격히 적용하면 도산기업의 해외재산의 散逸을 초래하여 채권자에게 피해를 줄 수도 있기 때문이다.

좀더 자세히 살펴보면 채무자회생법은 외국도산절차의 승인과 지원에 대하여 규정하는 한편(제631~637조), 국내도산관리인의 대외적 권한을 명시하고(제640조), 병행도산 시 법원과 관리인간의 공조 및 조정을 규정하였으며(제638조, 제639조, 제641조), 배당조정 방법으로서 ‘하치팟 원칙’(hotchpot rule)을 채용하였다(제642조). 채무자회생법 제5편은 UN국제거래법위원회(UNCITRAL)가 1997년에 채택한 「국제도산에 관한 모델법」(Model Law on Cross-Border Insolvency)<sup>3)</sup>(이하 “모델법”)과, 2001년 4월에 발효된 일본의 「外國倒産處理手續의 承認援助에 관한 法律」(이하 “승인원조법”)<sup>4)</sup>의 영향을 많이 받은 것으로 보인다.<sup>5)</sup>

미국은 전국파산검토위원회(NBRC)<sup>6)</sup>의 권고를 받아들여 2005년 「도산남용방지 및 소비자보호법」<sup>7)</sup>을 통해 모델법을 미국에 도입하였다. 유럽연합(EU)에서도 모델법과 같이 보편주의를 채택한 「도산절차규정」(EU Regulation on Insolvency Proceedings)<sup>8)</sup>을 2002년부터 시행하고 있다. 현재 국제도산법제에 있어서는 미국과 영국, 일본, EU가 보편주의를 도입하였고, UNCITRAL에서도 보편주의에 입각한 모델법을 각 회원국에 권장하고 있기에 보편주의가 하나의 大勢를 이루고 있는 것처럼 보인다. 그런데 보편주의를 취할 경우 도산기업이 자기에 유리한 법정지(venue)를 선택하여 도산절차를 개시함으로써(이른바 “포럼 쇼핑”) 채권자들과 주주들에게 불이익을 줄 수 있다는 로푸키 교수의 강력한 批判論<sup>9)</sup>이 제기되었다.

3) UNCITRAL의 홈페이지를 보면 2007년 5월 현재 미국, 일본, 영국 등 13개국이 채택한 것으로 나와 있다. 모델법의 영문본은 <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>> 참조.

4) 일본은 외국도산절차의 對內的(inbound) 효력은 승인원조법에서, 일본내 도산절차의 대외적(outbound) 효력은 개별적으로 파산법, 민사재생법, 회사갱생법 등에서 규율하는 구조를 취하고 있다.

5) 채무자회생법은 수정된 보편주의를 지향하고 결정승인제를 취하는 등 UN모델법을 수용하였지만 이를 충실하게 따른 것은 아니다. UN모델법은 외국도산절차의 승인시 주절차와 종절차를 구분하여 주절차에는 자동적 효력(제20조)과 재량적 효력(제21조)을, 종절차에는 재량적 효력(제21조)만을 인정하나, 채무자회생법은 양자의 구별 없이 법원이 승인결정과는 별도의 결정에 의하여 지원하고 있다. ‘지원’이라는 개념은 승인원조법의 ‘원조’를 도입한 것이다. 승인원조법은 주절차, 종절차의 개념 자체를 다소 수정하여 수용하고 있다. 석광현, “[補論] 2002년 통합도산법시안 중 국제도산법에 대한 의견”(이하 “통합도산법안 의견”), 「국제사법과 국제소송」 제3권, 박영사, 2004, 295~296면.

6) National Bankruptcy Review Commission <<http://govinfo.library.unt.edu/nbr/cont.html>>.

7) Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No.109-8 §§801-02 (2005). 이에 따라 연방파산법에 제15장이 신설(11 U.S.C. §1501 *et seq.*)되었으며 2005년 10월 17일자로 발효되었다.

8) Council Regulation (EC) No.1346/2000, O.J. (L.160). 회원국들의 입법절차를 거칠 필요없이 2002년 5월 31일 Opt-out권을 행사한 덴마크를 제외하고 EU 전역에 통용되는 법률로서 발효되었다.

우리나라의 채무자회생법에서 채택하고 있는 수정된 보편주의는 어떤 내용으로 되어 있는지 알아보고(II), 비관론자들이 우려하는 자의적인 법정지 선택, 즉 국제적인 포럼 쇼핑(international forum shopping)의 폐단을 방지하려면 무엇을 어떻게 할 것인지 보편주의와 속지주의를 비교 검토한다(III). 끝으로 채무자회생법의 규정과 보편주의에 대한 로푸키 교수의 비판을 중심으로 대책<sup>10)</sup>을 강구해보기로 한다(IV).

## II. 채무자회생법 상의 국제도산절차

### 1. 외국도산절차의 승인

#### 가. 승인대상

보편주의 하에서는 국제적인 기업의 본국(home country) 법원에서 도산절차가 개시되면 다른 곳의 법원에서는 도산절차를 중지하거나 본국 법원에서의 도산절차를 지원하여야 한다. 그런데 모델법은 채무자 기업의 ‘주된 이익의 중심’(centre of the debtor’s main interests: COMI)이 있는 국가에 국제재판관할을 인정하고 그곳에서 개시되는 절차를 주된 절차(main proceeding)라 하고 그밖의 국가에서 진행되는 절차를 종된 절차(non-main proceeding)라 하고 있다(제2조 b호, c호). 주된 이익의 중심(COMI)이란 일반적으로 주된 영업소가 있는 곳을 의미하므로 이를 관할하는 국가가 본국이 된다고 말할 수 있다.<sup>11)</sup>

채무자회생법은 외국도산절차에 대한 승인절차를 마련하고 이를 승인한 때에는 외국도산절차의 대표자<sup>12)</sup>가 국내도산절차의 개시를 신청하거나 진행 중인 국내도산절차에 참가할 수 있게 하고 있다(법 제634조). 그런데 채무자회생법은 외국도산절차의 승인과 관련하여 모델법에서 말하는 주된 절차와 종된 절차를 구분하지 않고 있다. 다만, 채무자를 공통으로 하는 복수의 외국도산절차가 승인된 경우 법원은 승인 및 지

9) Lynn M. LoPucki, "Universalism Unravels," 79 Am. Bankr L.J. 143 (2005). 미국 UCLA 로스쿨의 로푸키 교수는 1980년대 이후 미국 대기업의 도산사례를 DB로 구축한 BRD (Bankruptcy Research Database)를 개인 홈페이지<<http://lopucki.law.ucla.edu>>에 운영하고 있으며 왕성한 연구저술활동을 통해 미국 도산법제의 현안 문제점을 날카롭게 파헤치고 있다.

10) 본고는 2005년 미국 파산법원판사들의 학술연구단체인 National Conference of Bankruptcy Judges에서 계간으로 펴내는 The American Bankruptcy Law Journal에 나란히 실린 버포드 판사와 로푸키 교수의 논문을 토대로 우리나라 채무자회생법의 관점에서 기술하였음을 밝혀둔다.

11) 본국이란 국제사법 상 개인의 (가장 밀접한 관련이 있는) 國籍(국적이 없는 경우에는 常居所)이 있는 국가를 말한다(법 제3조). 기업인 경우에는 설립준거법에 따르는데(법 제16조), 일반적으로 ‘주된 영업소가 있는 국가’를 의미한다. 본고에서는 로푸키 교수의 상기 논문에서와 같이 ‘본국’이라고 부르기로 한다. 임치용 변호사는 병행도산을 가정하여 ‘주도국’이라고 번역하고 있다.

12) 외국도산절차의 대표자(representative)란 외국법원에 의하여 외국도산절차의 관리자 또는 대표자로 인정된 자를 말한다(법 제628조 5호).

원절차의 효율적 진행을 위하여 채무자의 주된 영업소 소재지 또는 채권자보호조치의 정도 등을 고려하여 주된 외국도산절차를 결정할 수 있고(법 제639조 2항), 이 경우 주된 외국도산절차를 중심으로 지원을 결정하거나 변경할 수 있다고 하여(법 동조 3항) 주된 절차와 종된 절차의 개념을 전혀 도외시하는 것은 아니다.<sup>13)</sup>

채무자회생법은 주된 절차와 종된 절차를 구분하거나 효력을 달리 하지 않으므로 한국 법원이 승인결정을 할 때 양자를 구별할 필요는 없다. 그러나 복수의 외국도산절차를 승인한 때에는 양자를 구별할 실익이 있으므로 어느 것이 주된 절차이고 종된 절차인지 확실히 해 두어야 한다. 일본의 승인원조법은 승인의 효력에 관하여 양자를 구별하지 않는 대신 양자의 개념에 대한 정의 조항을 두고 있다(제2조).<sup>14)</sup> 채무자회생법에서는 주된 영업소 소재지와 채권자보호조치의 정도 등을 고려하여 주된 절차를 결정하도록 하고 있는데 그 운용에 있어 개념을 좀더 명확히 할 필요가 있다고 본다.

#### 나. 승인기준

채무자회생법에 의하면 ‘채무자의 영업소·사무소 또는 주소가 있는 국가’(법 제631조 1항)의 법원에 신청된 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 및 이와 유사한 절차(임시절차를 포함)를 외국도산절차라고 한다(법 제628조 1항 1호). 따라서 외국에 주요한 재산이 소재하는 것만 가지고는 외국도산절차로서 승인받을 수 없다.

이는 채무자회생법이 국내 도산사건에 있어서 채무자의 주된 사무소 또는 영업소(외국에 주된 사무소 또는 영업소가 있는 때에는 대한민국에 있는 주된 사무소 또는 영업소)의 소재지를 관할하는 지방법원본원 합의부의 전속관할로 하는 것(법 제3조 1항)과 동일한 기준이다. 채무자가 개인이거나 채무자의 사무소 또는 영업소가 없는 때에는 채무자의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원본원의 관할에 전속한다. 이러한 기준으로도 관할법원이 없는 때에는 채무자 재산의 소재지(채권의 경우에는 재판상의 청구를 할 수 있는 곳을 그 소재지로 간주)를 관할하는 지방법원본원의 관할에 전속한다(법 제3조 3항).

외국도산절차의 승인 및 지원사건은 서울중앙지방법원 합의부의 전속관할로 하되, 절차의 효율적인 진행이나 이해당사자의 권리보호를 위하여 필요한 때에는 당사자의 신청에 의하거나 직권으로 외국도산절차의 승인결정과 동시에 또는 그 결정 후에 채무자의 주된 사무소·영업소 등을 관할하는 법원으로 사건을 이송할 수 있다(법 제630조).

#### 다. 승인절차

13) 석광현, “채무자회생 및 파산에 관한 법률(이른바 統合倒産法)에 따른 國際倒産法”, 국제거래법연구 제15집 제2호, 2006. 12., 330면.

14) 석광현, “통합도산법안 의견”, 297면.

외국도산절차의 승인은 모델법(제15조 이하), 일본 승인원조법(제17조 이하)과 같이 법원의 재판에 의하여 승인하는 ‘결정승인제’를 취하고 있다. 외국판결의 승인하는 경우(민사소송법 제217조)와 같이 일정 요건이 구비되면 별도의 절차를 거치지 않고 승인하는 자동승인제와 다르다. 외국판결이야 본안을 심리할 필요 없이 국제재판관할이 있는지, 적법절차를 따랐는지, 공서양속에 반하지 않는지 등 몇 가지 요건을 따져보는 것만으로 그 효력을 인정할 수 있지만, 도산절차는 매우 복잡한 절차와 재판을 거치게 되며 채무자와 채권자, 이해관계인 등에 대한 파급효과가 크고 승인시점을 명확히 할 필요가 있다는 점에서 결정승인제가 타당하다.<sup>15)</sup>

외국도산절차의 대표자는 외국도산절차가 신청된 국가에 채무자의 영업소·사무소 또는 주소가 있는 경우에 일정 서면을 첨부하여<sup>16)</sup> 한국 법원에 외국도산절차의 승인을 신청할 수 있다. 법원은 비용의 미납, 서면의 미제출 또는 불충분, 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우를 제외하고는 1개월 이내에 승인 여부를 결정한다(법 제632조). 외국도산절차가 승인되면 외국도산절차의 대표자는 국내도산절차의 개시를 신청하거나 국내에서 진행중인 도산절차에 참가할 수 있다(법 제634조). 법원은 외국도산절차를 승인함과 동시에 또는 승인한 후 이해관계인의 신청에 의하거나 직권으로 채무자의 업무 및 재산이나 채권자의 이익을 보호하기 위하여 채무자에 대한 소송 또는 행정절차의 중지, 각종 보전절차의 금지 또는 중지, 채무자의 변제금지 또는 채무자재산의 처분금지, 국제도산관리인의 선임 기타 필요한 처분 등 외국도산절차의 지원에 관한 결정을 할 수 있다(법 제636조).

#### 라. 승인의 효력

채무자회생법은 외국도산절차의 효력이 우리나라에 그대로 적용되는 것을 방지하기 위해 법원으로 하여금 개별적으로 지원 여부를 결정하게 하고 있다(법 제636조). 다시 말해서 외국도산절차를 승인하더라도 EU 도산절차규정처럼 당해 외국법상의 효력이 국내에 확장되거나 국내법상으로 도산절차의 효력이 생기는 것이 아니다. EU에서는 회원국간의 상호관계에 따라 다른 회원국의 도산절차 효력을 그대로 받아들여야 하지만 우리 법원은 외국도산절차에 대한 승인결정을 토대로 지원 여부를 결정하는 것이 타당하며, 일본 승인원조법에서도 같은 입장을 취하고 있다.<sup>17)</sup>

15) 위의 논문, 298면.

16) 외국도산절차의 승인을 신청할 때 법원에 제출하여야 하는 서면은 ▷외국도산절차 일반에 대한 법적 근거 및 개요에 대한 진술서, ▷외국도산절차의 개시를 증명하는 서면, ▷외국도산절차의 대표자의 자격과 권한을 증명하는 서면, ▷승인을 신청하는 그 외국도산절차의 주요 내용에 대한 진술서(채권자·채무자 및 이해당사자에 대한 서술을 포함), ▷외국도산절차의 대표자가 알고 있는 그 채무자에 대한 다른 모든 외국도산절차에 대한 진술서 등이다. 이 경우 외국어로 작성된 서면에는 번역문을 붙여야 한다.

17) 석광현, “통합도산법안 의견”, 299면.

모델법에서는 외국의 주된 도산절차를 승인하는 경우 도산절차개시의 기본적 효력을 자동적으로 부여하고 있는 바, 우리 법원이 승인결정을 할 때 이러한 보편주의의 취지를 고려하여 직권으로 지원조치를 하면 될 것이다. 외국도산절차의 승인에 따른 지원조치는 어디까지나 법원의 재량에 속하므로(법 제636조) 법원이 채무자의 업무 및 재산에 대한 금지조치를 취하지 않는 한 채무자는 여전히 한국내 재산을 관리처분할 수 있고 채권자는 그에 대하여 강제집행도 할 수 있다.

종래 일부 하급심 판결<sup>18)</sup>에서는 속지주의에도 불구하고 외국도산절차의 관재인에게 당사자적격(standing)을 인정한 사례가 있었다.<sup>19)</sup> 법원이 국제도산관리인<sup>20)</sup>을 선임한 경우 국제도산관리인은 채무자 업무의 수행 및 재산의 관리·처분권을 가지므로(법 제637조 1항) 당연히 當事者適格을 갖는다. 국제도산관리인은 한국 내에 있는 채무자의 재산을 처분 또는 국외로의 반출, 환가·배당 기타 법원이 정하는 행위를 할 수 있으나 법원의 허가를 받아야 한다(법 제637조 2항).

## 2. 국내도산절차의 대외적 효력

채무자회생법의 보편주의가 종전의 속지주의와 확연하게 차이가 나는 것은 파산재단의 범위이다. 파산자가 파산선고 시에 가진 모든 재산은 파산재단에 속하는데(법 제313조 2항) 보편주의 하에서는 소재지에 관계없이 모두 파산재단을 구성하게 된다. 나아가 채무자회생법은 “국내도산절차의 관리인·파산관재인 그밖에 법원의 허가를 받은 자 등은 외국법이 허용하는 바에 따라 국내도산절차를 위하여 외국에서 활동할 권한이 있다”고 규정하고 있다(법 제640조). 물론 국내도산절차의 관리인 등의 권한은 해당 외국법에 따라 정해지지만 그 나라의 도산법제가 보편주의를 취하는 한 외국법원에 국내도산절차의 승인 및 지원을 신청하는 등 우리 법제와 비슷한 활동을 보장받을 것이다. 다만, 담보권의 준거법은 목적물 소재지 법이 적용되므로 이는 倒産國際私法의 문제가 된다.

## 3. 병행도산절차 간의 조정과 공조

국제적인 기업의 도산절차는 여러 나라에서 비슷한 시기에 진행될 수 있다.<sup>21)</sup>

18) 서울지방법원 1996.6.28. 선고 96가합27402 판결, 서울지방법원 2002.9.4. 선고 2001가합79063 판결, 대법원 2003.4.25. 선고 2000다64359 판결도 이러한 판결의 연장선상에 있다. 위의 논문, 299면 각주 6).

19) 석광현 교수는 외국도산관재인이 당사자적격을 가지려면 우리 법원의 승인결정이 필요하므로 채무자회생법 하에서 위 판결들은 유지될 수 없다고 한다. 위의 논문, 299면.

20) 일본 승인원조법에서는 ‘承認管財人’(recognition trustee)이라 한다.

21) 병행도산절차(concurrent/parallel bankruptcy proceedings)에 있어서 채무자회생법은 모델법과 같이

첫째, 채무자를 공통으로 하는 외국도산절차와 국내도산절차가 동시에 진행되는 경우에는 법원은 국내도산절차를 중심으로 承認前命令(법 제635조), 외국도산절차에 대한 지원(법 제636조)의 규정에 의한 지원을 결정하거나 이를 변경 또는 취소할 수 있다(법 제638조). 외국도산절차를 승인하는 경우에도 채무자회생법에 의한 절차의 개시 또는 진행에 영향을 미치지 않으므로(법 제633조) 국내도산절차가 개시될 수 있다. 현실적으로 법원이 어떠한 결정을 할지는 그 재량에 달려 있으나, 적어도 법적으로는 외국도산절차와 관계없이 주도적으로 국내도산절차를 개시하거나 진행할 수 있게 하고 있다.

둘째, 채무자를 공통으로 하는 여러 개의 외국도산절차의 승인신청이 있는 때에는 법원은 이를 병합심리하고(법 제639조 1항), 이들 여러 개의 외국도산절차가 승인된 때에는 법원은 승인 및 지원절차의 효율적 진행을 위하여 채무자의 주된 영업소 소재지 또는 채권자보호조치의 정도 등을 고려하여 주된 외국도산절차를 결정할 수 있도록 하고 있다(법 제639조 2항). 이때 법원은 주된 외국도산절차를 중심으로 지원 여부(법 제636조)를 결정하거나 이를 변경할 수 있다(법 제639조 3항).

셋째, 채무자가 동일하거나 상호 관련이 있는 도산사건인 때에는 국내도산절차 및 외국도산절차, 또는 복수의 외국도산절차가 동시에 진행되는 경우 우리 법원(즉 도산사건의 담당재판부)으로 하여금 외국법원 및 외국도산절차의 대표자와 共助<sup>22)</sup>하도록 하여 각 도산절차의 원활하고 공정한 진행을 도모하고 있다(법 제641조).

#### 4. 외국도산절차 대표자의 지위

채무자회생법에 의하면 외국도산절차가 승인된 때에는 외국도산절차의 대표자는 국내도산절차의 개시를 신청하거나 진행 중인 국내도산절차에 참가할 수 있다(제634조). 외국도산절차의 대표자가 우리나라에서 국내도산절차의 개시를 신청하는 것은 채무자의 국내재산에 대한 강제집행을 저지할 긴급한 필요가 있거나, 진행 중인 국내도산절차에 참가함으로써 외국의 이해관계인들의 이익을 보호하기 위함이다.

채무자회생법은 법원에 의한 외국도산절차의 승인을 전제로 하고 있으나, 모델법은 사전승인을 요하지 않고(제11조), 일본의 개별 도산법에서도 승인을 요구하지 않고 있

---

국내도산절차와 승인된 외국도산절차, 승인된 외국도산절차 간의 병행에 관한 규정을 두고 있다. 이와 달리 일본의 승인원조법은 국내도산절차와 승인원조절차 간, 또는 복수의 승인원조절차간의 병행은 인정하지 않고 '1 채무자 1 절차'의 원칙을 채용하여 한 절차만 진행하고 다른 절차는 중지한다. 석광현, "통합도산법안 의견", 300~301면.

22) 법원이 공조하여야 할 사항은 의견교환, 채무자의 업무 및 재산에 관한 관리 및 감독, 복수 절차의 진행에 관한 조정, 그 밖에 필요한 사항이다. 일본의 승인원조법은 법원 간의 공조 의무는 규정하지 않고 개별 도산법에서 관재인 간의 협력만을 규정하고 있다. 석광현 교수에 의하면 법원행정처를 통한 국제민사사법공조법상의 共助 수준에 비하면 획기적이라고 한다. 위의 논문, 301면.

다.<sup>23)</sup>

### III. 국제도산사건에서의 포럼 쇼핑 문제

#### 1. 보편주의와 포럼 쇼핑의 가능성

국제적인 기업이 도산한 경우 보편주의 하에서는 포럼 쇼핑의 문제가 생길 수 있다. 특히 미국에서는 회사의 설립지와 본사의 소재지가 다른 경우가 많기 때문에 국내 도산사건에 있어서도 채무자가 자기에 유리한 대로 법정지를 선택하는 포럼 쇼핑이 자주 발생하고 있다.<sup>24)</sup> 예컨대 델라웨어 회사법에 의하여 설립되고 델라웨어주에 등록된 대기업이 본사를 뉴욕에 둔 경우 도산절차는 채권자나 주주보다도 도산기업의 경영진에게 유리한 주의 파산법원을 골라 신청하므로 많은 문제가 야기된다는 것이다. 같은 연방법원에 속하지만 해당 주의 법원간에 도산기업의 사정을 봐주는 등 선심성 경쟁(competition)이 벌어지는 일조차 있다고 한다. 로푸키 교수는 미국이 모델법을 채택하고<sup>25)</sup> 국제도산절차에 있어서 보편주의를 시행하게 됨에 따라 이러한 포럼 쇼핑의 폐단이 종전보다 더 심화(virulent)될 것을 우려하고 있다.<sup>26)</sup>

우리나라도 새로 시행 중인 채무자회생법이 보편주의를 채택하고 있는 만큼 국내 기업들이 전세계로 진출함에 따라 외국의 법원에서 도산절차가 개시되는 상황을 배제할 수 없게 되었다.<sup>27)</sup> 문제는 도산사건의 법정지가 달라짐으로써 채권자의 배당순위가 바뀌고 주주들의 회수가능액이 크게 줄어들 가능성이 있다는 점이다. 그렇다면 현행 채무자회생법에도 국내 채권자와 주주들을 보호할 수 있는 장치가 마련되어 있는지, 법원이 不純(fraudulent)한 포럼 쇼핑의 의도를 미연에 방지할 수 있는 방도가 있는지, 아니면 종전의 속지주의로 환원하는 게 좋을지 다각적인 검토를 요한다고 본다.

#### 2. 보편주의 하에서 본국 결정의 기준

---

23) 채무자회생법은 보편주의를 채택하면서도 우리 법원이 주도적인 입장을 취하도록 하고 있으나, 석광현 교수는 이는 국제적인 흐름에 맞지 않으므로 수정을 요한다고 지적한다. 위의 논문, 297면.

24) Lynn M. LoPucki, *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, 2005.

25) 앞의 각주 7) 참조.

26) LoPucki, *supra* note 9), at 143.

27) 국내기업의 외국인지분이 증가하고 외국인 이사의 수가 늘어남에 따라 삼성전자와 같은 경우 종종 해외에서도 이사회를 열고 있으며, 외국인 투자자들은 기업가치의 상승을 위해 본사를 해외로 이전하기를 원한다는 설이 있다. 이와 같이 국내기업들이 글로벌 전략을 추진하고 해외사업 비중이 커짐에 따라 후술하는 바와 같이 도산절차가 먼저 개시된 외국 법원이 COMI가 있음을 주장한다면 포럼 쇼핑이 현실화될 가능성도 없지 않다고 본다.



### 가. 본국 결정의 기준

국제적인 기업이나 다국적기업의 경우 본국(home country)이 어디냐에 따라 전세계 점포망의 도산절차에 적용할 법률이 달라진다. 여기서 본국을 결정하는 기준이 명확하지 않다면 그 본국법을 어느 나라 법으로 할 것인지 도산절차를 심리할 법원간에競爭이 벌어질 소지가 크다. 보편주의 하에서 채권자들은 채무자가 어느 곳에서 도산절차를 진행할지 이를 접수한 법원이 그에 대한 결정을 내릴 때까지는 확신할 수 없으므로<sup>28)</sup> 채권자의 입장에서는 예측불허의 상황이 상당 기간 지속된다.

보편주의의 지지자들은 본국의 개념을 명확히 하는 한 포럼 쇼핑의 문제는 생기지 않는다고 주장한다. 일반적으로 ‘채무자가 주된 이익을 갖는 중심지’(COMI)가 본국이 된다. 그러나 로푸키 교수에 의하면 세계적으로 점포망(network)을 가진 다국적기업의 경우 다음 세 가지 질문에 대한 답을 내놓지 못한다면 보편주의는 실질적으로 별 의미가 없고 혼란을 조장할 뿐이다.

첫째, 주된 재산의 소재지, 영업장소, 본사의 소재지, 설립지가 각기 다른 나라에 속한 경우 무엇을 기준으로 本國을 정할 것인가?

둘째, 본국은 그룹 전체에 해당하는가, 아니면 개별 기업 단위로 정하는가?

셋째, 대출이 이루어진 후에 본국이 바뀔 경우에는 무슨 규정을 적용할 것인가?<sup>29)</sup>

대부분의 경우에 본국 문제는 분명히 정할 수 있다. 예를 들어 포스코나 삼성전자 등의 법정지가 서울임은 확실하다. 보편주의 지지자들은 극히 일부의 사례에서나 본국이 문제가 될 수 있고 그것도 무시할 정도라고 하지만<sup>30)</sup> 현실은 그렇지 않다. EU가 보편주의를 채택한 도산절차규정<sup>31)</sup>을 2002년부터 시행하자마자 대형 사건에 대한 법원간의 경합이 벌어지고 있다.<sup>32)</sup> 본국을 정할 때에는 일반적으로 법인설립지(place of incorporation)보다 주된 영업소(principal place of business)를 기준으로 하는데, 미국에서는 본사의 소재지를 가지고 결정하는 경향이 있으므로 일률적으로 정하기 곤란하다. 사실 설립지와 주된 영업소 중 어느 것을 선택할 것인가 하는 문제는 여러 가지 요소를 복합적으로 고려해야 하는 다차원적(multidimensional)인 문제인 것이다.

그러므로 본국을 결정하는 문제는 그리 녹록치가 않다. 기업활동이 국경을 넘나들고 경영관리와 재산 및 영업활동의 분리현상이 심화되면서 어느 것이 연결요소(connecting factor)로 작용할 것인지 분명치가 않기 때문이다. 일반적으로 유럽 대륙

28) LoPucki, *supra* note 9), at 143.

29) Lynn M. LoPucki, "The Case for Cooperative Territoriality In International Bankruptcy," 98 Mich. L. Rev. 2216, 2217 (2000).

30) Andrew T. Guzman, "International Bankruptcy: In Defense of Universalism," 98 Mich. L. Rev. 2177, 2207 (2000).

31) 앞의 각주 8) 참조.

32) 로푸키 교수에 의하면 Enron Directo, Eurofood, DaisyTek 사건에서 이러한 현상이 나타났다고 한다. LoPucki, *supra* note 24), at 223-25.

에서는 경영관리(administration)가 이루어지는 곳<sup>33)</sup>이 기업의 두뇌 내지 신경센터에 해당하므로 기업의 주요 의사결정 및 통제가 이루어지는 본사를 기준으로 한다. 그런데 본사가 무엇을 하는 곳이나를 따져보면 이사들이 업무를 수행하는 곳으로 할지, 주주들이 회의를 열고 의사결정을 하는 곳으로 할지 명백한 의견일치를 보지 못하고 있는 실정이다. 채권자들과 주된 거래가 이루어진 곳으로 하자는 견해는 주목을 받지 못하고 있다.<sup>34)</sup>

이와 같이 보편주의가 허다한 문제를 내포하고 있음에도 불구하고 미국은 모델법에 따라 보편주의를 채택하였으며, 많은 나라들이 뒤따를 것으로 예상된다. 보편주의의 입장에 서서 이 문제에 대한 해결방안을 적극적으로 모색하고 있는 미국 캘리포니아 중부 연방파산법원의 버포드 판사<sup>35)</sup>는 기업그룹의 경우 본국은 계열사들의 공동의 영업이익의 중심지가 이에 해당한다고 본다.<sup>36)</sup> 채무자의 영업이익의 중심지가 달라질 경우에는 새로 바뀐 나라가 적어도 반년에서 1년은 중심지가 되어야 할 것이라고 말한다. 다만, 보편주의가 제대로 시행되려면 주된 영업소의 결정은 주된 도산절차가 진행되어 그 나라의 법이 채권자들의 권리를 대부분 결정하는 곳이라는 인식이 있어야 할 것이다. 다만, 법정지(venue)는 너무 중요한 문제이므로 모든 이해관계인의 진술을 듣기 전에는 미리 결정할 수 없다고 본다.<sup>37)</sup>

로푸키 교수가 제기한 두 번째 문제에 대하여 버포드 판사는 기업그룹의 개별 기업 단위별로 본국을 정해야 할 것이라고 답한다.<sup>38)</sup> 그에 따르면 다국적기업의 경우 여러 곳의 법정에서 회사의 재건과 청산이 엇갈려 진행될 수도 있을 것이다. 로푸키 교수의 세 번째 문제는 EU 규정이나 모델법에서도 규정하고 있지 않은데 대출이 이루어진 후에 본국이 달라지는 것은 채권자로서는 예상하거나 대처하기 어려운 문제이다. 다국적기업은 얼마든지 도산절차를 신청하기 전에 본국을 변경함으로써 채권은행의 채권회수에 대한 권리나 우선순위를 정하는 법에 대한 예상과 기대를 뒤집을 가능성이 많다.

#### 나. 도산사건에 대한 관할권 주장

도산사건을 심리하는 법원의 입장에서 보편주의는 “全部 아니면 無”(all or nothing)

33) See Recital 13 of the preamble to the EU Regulation.

34) LoPucki, *supra* note 9), at 146.

35) Samuel L. Bufford, "Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki," 79 Am. Bankr. L.J. 105 (2005).

36) 버포드 판사에 의하면 미국 파산법은 모델법을 채택한 제15장이 신설될 때까지 주된 이익의 중심지(COMI)라는 개념을 몰랐고, 제304조에 의하여 외국도산절차를 지원하기 위한 보조절차(ancillary proceeding)를 인정하였을 뿐이다. *Id.*, at 126.

37) *Id.* at 132.

38) *Id.*

라 할 수 있다. 어느 법원이 다국적기업의 도산사건을 접수하였을 때 전 세계에 걸쳐 도산절차를 진행하거나, 아니면 본국의 법원이 주도하는 대로 절차를 중지하거나 이송하여야 한다. 그런데 문제는 아무도 어느 곳에 법정지를 두고 어느 나라 법을 적용할 것인지 결정할 권한이 없다는 것이다. 현실적으로는 제일 먼저 사건이 접수된 법원에서 도산절차의 진행 여부를 결정하게 될 것이다. EU 규정에서도 최초의 법원에서 도산절차가 개시되면 다른 회원국의 법원은 최초의 법원의 결정을 심사할 수 없고 그 결정을 인정할 것을 요구하고 있다. 다시 말해서 채무자와 그의 법률고문이 사실상 법정지를 결정할 권한을 갖는 셈이다. 근본적으로 처음 사건을 접수시킨 당사자가 일방적으로(*ex parte*) 법정지를 선택하고 주장을 하면 당해 법원은 본국 법원임을 내세워 사건을 놓치지 않고 심리를 진행하는 것이 보통이다.<sup>39)</sup>

다국적기업의 경우 채권자와 주주들에게 도산사건이 접수된 사실을 통지한 후 적어도 40일 동안<sup>40)</sup>에는 공식적으로 불확실성(*official uncertainty*)이 존재한다. 버포드 판사는 適法節次(*due process*)의 원칙에 비추어 어느 법원도 이 기간 중에는 전세계적으로 관할을 주장할 수 없을 것이라고 한다. 그렇다면 이 기간 중에는 속지주의 원칙을 따라야 하므로 외국에 소재하는 재산이나 영업활동에 대하여는 관할을 주장할 수 없다. 잘만 하면 이 기간 중에 변제의 우선적 효력이 인정되는 대출을 받을 수 있고 사전정리계획안(*prepackaged plan*)을 이용할 수도 있다.

다만, 버포드 판사의 적법절차 제안이 통용될 수 있는 것은 다국적기업이 도산절차에 들어가는 초기의 시작단계에 불과한 것이 그 한계점이다. 도산기업으로서는 종업원이나 납품업체에 지불을 하고 운영자금을 빌려 써야 하는데 그 우선순위가 법정지가 어디냐에 따라 달라진다면 낭패가 아닐 수 없다. 이렇게 보면 40일 동안에는 아무 것도 할 수 없다는 결과가 된다.

그러나 이 기간은 채무자에게는 황금 같은 시간(*crucial period*)이다. 예컨대 종업원들에게 밀린 임금을 지급하거나 운영자금을 마련하려면 은행대출을 받아야 하는데, 어느 은행이 본국법이 어디인 줄도 모르고 채권회수의 우선권을 보장받지 못하면서 도산기업을 계속 관리운영하는 채무자(*debtor-in-possession*: DIP)에게 대출해줄지 의문이다. 더욱이 경우에 따라서는 채무자(DIP)가 다른 나라의 파산관재인으로 교체될 가능성도 있다. 도산기업의 운영에 있어서 부동산 소유자나, 납품업체와의 未履行쌍무계약(*executory contract*) 상의 채권채무관계는 무슨 법에 의하여 규율되고 인정되거나 기각될지 많은 문제가 속출할 수 있다.<sup>41)</sup>

39) LoPucki, *supra* note 9), at 148.

40) 40일이라는 기간은 채권자들에게 도산절차의 신청이 있음을 통지하고 이해관계인의 진술을 듣는 데 약 30일이 소요되고, 전세계에 있는 채권자와 주주들에게 통지하는 데 추가로 10일이 필요할 것이라는 상정에 입각한 것이다. LoPucki, *supra* note 9) FN 28, at 148.

41) LoPucki, *supra* note 9), at 149.

국제도산절차에서 법정지의 결정(venue decision)은 매우 중요한 문제이므로 한 쪽 당사자가 일방적으로 결정해서는 안된다. 그러나 도산기업은 마치 병원에 실려 온 응급환자와 같아서 즉각 처치를 받아야지 그들에게 40일 기다리라는 것은 죽으라는 말이나 다름없다. 따라서 로푸키 교수는 버포드 판사가 말하는 보편주의는 본질적으로 통용될 수 없다고 주장한다.<sup>42)</sup>

보편주의를 채택한 EU에서는 이미 회원국들의 법원 사이에 쟁탈전이 벌어지고 있다. 부족한 증거를 가지고 서둘러 결정하는 데 따른 폐단인가. 절차상의 적법절차(procedural due process)만 가지고 법원간의 경쟁(court competition)을 불식하기에는 역부족이다. 영국 법원은 데이시테크(Daisytek), 엔론 디렉토(Enron Directo) 사건에서 도산기업의 재산과 영업이 다른 곳에서 이루어지고 있음에도 영국이 본국이라는 我田引水격 결정을 내렸다. 유로푸드(Eurofood) 사건에서는 아일랜드와 이태리의 법원들이 각기 자기네 나라가 본국이라고 주장하였다. 시리오 델 몬테(Cirio Del Monte) 사건에서는 이태리 법원이 화란 자회사에 대하여 이태리가 본국이라고 결정하였다.<sup>43)</sup> 팔이안으로 굶는다고 사건을 접수한 법원들은 자기네에 관할권이 있음을 확인하고, 어느 사건에서도 관할권이 없다는 결정은 내리지 않았다. 버포드 판사도 유로푸드, 데이시테크 사건에서는 신문(hearings) 절차가 불충분한 증거만 가지고 일방적으로 행하여졌음을 지적한 바 있다.

왜 이런 일이 일어나는가? 도산 전문변호사들은 법원이 상세한 정보를 가지고 판단을 할 수 있도록 법원에 정보를 제출해야 함에도 불구하고 고객을 위하여 증거를 왜곡하기 일쑤이다. 예컨대 데이시테크 사건에서 영국의 리이즈(Leeds) 법원이 판단한 것은 단지 절차상의 문제만이 아니었고, 대부분의 회사재산과 영업이 다른 나라에 있음에도 이를 도외시하였다.

결국 ‘주된 이익의 중심지’에 대한 판단이 송두리째 빠진 셈인데 이것은 이 용어를 처음 사용한 기초위원들이 정의하지 않았기에 충분히 예상할 수 있는 일이었다. 그 결과 법원은 경제적으로 중요한 케이스(economically important case)는 약간 무리해서라도 자국에서 심리하고자 하는 것이다. 그러니 새로운 절차에서 증거조사, 신문, 변론이 행해진다 할지라도 한 번 내린 결론은 좀처럼 바뀌지 않을 것이다. 국제적인 도산사건에서는 국내 사건보다 더 엄청난 이해관계(stakes)가 걸려 있기 때문이다.<sup>44)</sup>

42) *Id.*, at 150. 로푸키 교수는 속지주의 의에서는 이러한 문제는 생기지 않고 관할법원이 판단하여 곧바로 재건 또는 청산절차에 들어갈 수 있음을 강조한다.

43) 버포드 판사는 로푸키 교수가 예로 시리오 델 몬테 케이스는 보편주의에 입각한 새로운 법제가 적용되기 전의 사건이므로 사례로서 적절치 않다고 지적한다. Bufford, *supra* note 35), at 125.

44) 국내에서는 예컨대 델라웨어 법원이 텍사스 사건을 심리하여도 텍사스 변호사들이 법정에서 나오면 같은 미국법과 절차가 적용되므로 구제수단이나 채권자들의 우선순위가 크게 달라지지 않는다. 그러나 데이시텍 케이스에서 영국 법원이 프랑스 도산사건을 심리할 때에는 프랑스 변호사나 프랑스법은 설 땅이 없어지고, 구제수단이나 채권자들의 우선순위도 예측할 수 없게 된다. 다시 말해서 사건을 접수

이와 같이 보편주의는 관련 당사국들이 나쁜 거래(bad deal)를 하게 만든다. 법원이 나 국가나 자기 나라에서 벌어진 일에 더 많은 관심을 갖게 마련이다. 보편주의는 다른 나라에서 벌어진 일에 관할권을 갖는 대가로 자국 내에서 일어난 일에 대해서는 관할을 포기해야 하는 경우가 종종 생긴다. 보편주의에 입각하여 선택을 했다가는 보편주의가 불가능하게 될 수도 있다.

보편주의는 도산사건에 대하여 모든 것을 심리하거나 아니면 아무 것도 손댈 수 없게 되므로 법원으로서의 당해 도산기업의 영업활동에 대하여 전세계적인 관할권을 주장하거나 국내영업에 대한 관할권을 포기해야(all or nothing) 한다. 그러므로 보편주의는 매우 불안정하고 예측불가능한 제도가 될 수 있다. 과연 도산사건을 다루는 법관들은 공평무사하고 불편부당(disinterested and unbiased)할까? 대형 도산사건에 있어서 어김없이 재판관할권을 주장하는 것을 보면 그렇지 않은 것 같다. 도산기업의 경영진이나 변호사들은 바로 이러한 성향을 노리고 여러 후보지 중에서 전략적으로 자기네한테 유리한 법원에 도산사건을 접수시키고 있음을 알 수 있다.

#### 다. 기업 그룹의 경우

보편주의 지지자들은 한 법원이 도산기업을 전세계적으로 재건이든 청산이든 해결을 시도하고 그룹 전체를 재건하든가 아니면 하나의 단위로 매각할 수 있다는 것을 장점으로 내세운다. 그리함으로써 계속기업가치를 높이거나 청산가치를 극대화할 수 있으므로 국내 채권자들이 더 많은 배당을 받을 수 있게 한다는 것이다.

그러나 문제는 EU 규정이나 모델법이 全社적으로 재건을 하거나 처분을 하도록 규정을 두고 있지 않다는 데 있다.<sup>45)</sup> 다국적기업의 경우 여러 나라에 걸쳐 많은 독립된 기업을 두고 있는데, 각각의 기업에 대하여 주된 이익의 중심지를 찾아 보면 각각의 자회사마다 서로 다른 법원이 도산사건을 처리할 가능성이 커진다. 이렇게 되면 어느 한 법원이 전세계적으로 재건이든 청산이든 결정을 내리기는 힘들며 보편주의의 장점을 살릴 수 없게 된다.<sup>46)</sup>

로푸키 교수의 두 번째 질문은 그룹 전체적으로 도산사건을 처리할 수는 없는가 하는 것이었다. 버포드 판사는 이에 대하여 경제적으로 통합하여 운영되는 계열기업들

---

한 법원은 그 나라 전문가들에게 큰 사업기회를 제공하는 동시에 자국의 채권자들을 우대하는 것을 당연시할 것이다. LoPucki, *supra* note 9), at 151.

45) UNCITRAL은 이러한 문제점을 인식하고 2006년 제39차 총회에서 제5 실무작업반(Working Group V)으로 하여금 도산절차에 있어서 기업그룹을 어떻게 취급할 것인가(treatment of corporate groups in insolvency)의 문제를 심의하고 그 해결방안을 추천해줄 것을 요청하였다. 다만, 그 내용은 기존 도산법 입법지침(Legislative Guide on Insolvency Law)이나 모델법(UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency)을 수정·대체하는 것이 아닌 보완하는 형식이 될 것으로 예상된다. See A/CN.9/622. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html)>

46) LoPucki, *supra* note 9), at 152-53.

(economically integrated group members)은 一括하여, 그리고 독립적으로 운영되는 기업은 個別的으로 처리할 것을 제안하였다.<sup>47)</sup> 그러나 이렇게 하면 본국을 결정하는 문제가 더욱 복잡해진다. 그룹에 속하는 기업들이 경제적으로 통합되어 있는지 여부를 판단하는 것 자체가 쉽지 않기 때문이다.

#### (1) 경제적 통합의 주관성

경제적 통합(economic integration)이란 명확한 정의를 내리기는 어렵지만 문제의 기업이 독자적으로 운영될 수 있느냐하는 것이 기준이 될 수 있다. 이 경우 법정지를 결정하는 것은 무슨 재산과 자원을 가지고 재건 또는 청산할 것인가가 기준이 된다. 예컨대 MCI가 재정적으로나 운영 면에서 월드콤(Worldcom)과 결합되어 있어 법원이 이를 분리시킬 수 없다면 경제적으로 통합되어 있다고 말할 수 있다. 엔론사의 송유관도 하나의 網으로서 회생시킬 수 있는지 아니면 하나씩 분리하여 매각할 것인지 도산기업의 경영진과 전문가들이 채권자, 주주들과 협의하고 협상을 하면서 결정하게 된다. 사태의 진전을 보아가며 결정하기도 하고, 경우에 따라서는 버포드 판사가 말한 것처럼 도산절차 신청일로부터 40일 동안 법원이 심사숙고하여 결정한다.

이 문제의 판단은 매우 주관적(subjective)이지만 법관이 적법절차나 평등한 보호와 같이 일상적으로 내려야 하는 결정에 속한다.<sup>48)</sup> 보편주의 하에서는 법관들이 자국 정부나 여론으로부터 회생이든 청산이든 국내 경제에 영향을 미치는 다국적기업에 대한 관할권을 놓치지 말라는 압력을 받을 수 있다.<sup>49)</sup> 경제적 통합이란 다소 애매한 용어는 이들 법원에서 사건을 붙잡아두기 위한 훌륭한 구실이 될 수 있다. 40일의 기간이 끝나기 전에 여러 나라의 법원에서는 주어진 사건에 대하여 해당되는 연결고리를 찾아내 도산사건을 제기한 사람들의 선택을 받고자 할 것이다. 사건을 유치하기 위해 그 나라의 법원과 정부는 경쟁관계에 있는 다른 법원이나 정부가 제시하는 것보다 유리한 조건을 제시할 수도 있을 것이다.

그 결과 채권자의 입장에서는 도산사건을 신청하는 기업관계자들이 그네들의 企圖가 성공(winning bid)했음을 공표할 때까지는 도산절차의 법정지가 어느 곳이 될지, 또 어느 나라의 법률이 적용될지 알 수 없는 문제가 생긴다.

#### (2) 법정지를 조작하기 위해 바뀌는 주된 이익의 중심지

다국적기업의 주된 이익의 중심지를 결정함에 있어서 ‘주된 이익의 중심지’를 쉽게 바꿀 수 있음을 주목할 필요가 있다. 드레코 에너지(Dreco Energy)의 경우 본사 및

47) Bufford, *supra* note 35), at 136.

48) *Id.*, at 138.

49) LoPucki, *supra* note 9), at 154. 버뮤다, 케이만 제도, 델라웨어주가 되도록 많은 도산사건을 유치하려고 애쓰는 것은 이미 널리 알려진 사실이다.

영업거점을 캐나다에서 미국으로 이전하고, 싱어사(Singer N.V.)는 파산신청을 앞두고 본사를 홍콩에서 미국으로 옮겼다. BCCI 은행은 설립지가 룩셈부르크였는데 파산신청을 하기 직전에 본사를 런던에서 아부다비로 옮겼다.<sup>50)</sup>

그럼에도 EU 규정이나 모델법에서는 이에 대비한 규정이 없다. 도산기업이 제멋대로 본사 및 영업거점을 옮기고 새로운 본국에서 도산절차를 개시하도록 내버려두어야 할 것인가? 버포드 판사는 이에 대하여 거주성의 원칙(residency rule)에 따라 결정하면 된다고 한다. 그리고 미국 파산법에서와 같이 180일이라는 기간을 기준으로 판단하자고 제안한다.<sup>51)</sup> 그 기간을 어떠한지 간에 도산기업으로서는 능히 거주성의 기준을 충족할 수 있는 기간을 기다렸다가 도산절차를 신청할 수 있다. 오히려 더욱 당당하게 자기네들이 원하고 반대자들에게는 불리한 법제와 법정을 선택하려 할 것이다. 어느 기업은 합병이나 분할, 통합, 분리를 통해 주된 이익의 중심지를 바꾸고 몇 달간의 여유를 찾을 것이다.

예컨대 더비 사이클(Derby Cycle)이 2001년 도산위기에 직면하였을 때 주된 이익의 중심지는 본사가 있는 영국이나 주요 재산이 있는 게이젤(Gazelle) 자회사가 소재하는 네덜란드가 될 공산이 컸다. 그러자 더비는 게이젤을 매각하고 본사를 미국으로 옮긴 후 몇 달 안 되어 미국에서 도산절차를 신청하였다. 버포드 판사의 기준을 적용한다면 법정지는 본래 네덜란드여야 했는데, 더비로서는 6개월씩이나 기다릴 수 없고 당장 긴급유자를 받아야 했으므로 법정지를 미국으로 옮기기 위해 비상조치를 취하였던 것이다.<sup>52)</sup> 이는 극단적인 경우이지만 거주성을 기준으로 하면 이런 일이 다반사로 일어나게 될 것이다.<sup>53)</sup>

버포드 판사는 미국의 GM, IBM, GE사가 본사를 미국 밖으로 옮기는 일은 쉬운 일이 아니므로 주된 이익의 중심지를 옮기는 폐단은 심각한 문제가 아니라고 한다.<sup>54)</sup> 그러나 다국적기업은 전세계적으로 많은 자회사를 두고 있는 까닭에 내부적으로 주식교환방식을 통해 얼마든지 외국 기업으로 둔갑시킬 수 있다. 이러한 사례는 節稅의 목적으로 읍쇼어 거점을 두고 있는 다국적기업에서 많이 찾아볼 수 있다.<sup>55)</sup> 버포드

---

50) *Id.*, at 34, 219, 227.

51) Bufford, *supra* note 35), at 139.

52) LoPucki, *supra* note 24), at 229-30.

53) LoPucki, *supra* note 9), at 156.

54) Bufford, *supra* note 35), at 137.

55) 로푸키 교수는 이러한 사례로 Tyco, Ingersoll-Rand, Global Crossing, Fruit of the Loom의 예를 들고 다국적기업이 본사를 역외지역으로 이전하는 가상 사례를 설명하고 있다. 본래 미국내 자회사와 역외센터를 거점으로 한 해외 네트워크를 갖고 있는 미국에 본사를 둔 다국적기업이 어떤 필요에 의하여 외국 기업(foreign corporation)이 되는 방법은 의외로 간단하다. 역외거점을 미국 및 해외 네트워크를 총괄하는 본부로 하고 종전의 본사를 당해 외국 기업의 미국내 자회사의 본부로 만들면 모든 재산과 인력, 영업형태를 그대로 유지한 채 외국 기업으로 탈바꿈할 수 있다는 것이다. LoPucki, *supra* note 9), at 157.

판사가 제시한 거주성의 기준이 실효성은 떨어지지만 국제적인 도산사건에서 전혀 소용이 없는 것은 아니다. 국내 도산사건은 어느 곳에서 재판을 받는지에 관계없이 동일한 법률에 의하여 처리되지만, 국제 사건은 주된 이익의 중심지가 달라지면 법제는 물론 언어마저 바뀌기 때문이다.<sup>56)</sup>

앞서 말한 경제적 통합 기준과 거주성 기준을 함께 적용하면 어떻게 될까? 일반적으로 도산에 직면한 기업들은 회사 재산을 합치거나 분할하는 방법으로 법정지를 선택한다. 월드컴이 MCI를 인수한 직후에 그리하였던 것처럼 다른 기업의 재산과 실질적으로 결합(substantive consolidation)하는 방식으로 통합의 목적을 달성할 수 있다. 거주성의 기준을 철저히 따질 경우에는 파산법원의 입장에서 도산기업의 어느 사업부분을 합쳐 당장 이를 재건 또는 청산할 것인가 결정하기보다 그 부분이 6개월 전에 거주성을 갖추었는지부터 판단해야 하는 이상한 결론에 이르게 된다.<sup>57)</sup>

### 3. 보편주의와 속지주의의 비교

국제적인 도산사건에서 가장 중요시되는 것은 예측가능성(predictability)이다. 채권자의 입장에서 가장 알고 싶은 것은 채무자 기업이 도산하였을 때 어느 나라 법과 절차에 의하여 채권을 회수할 수 있는가 하는 것이다. 만일 예상치 못한 법제가 적용될 경우에는 배당순서나 기준이 기대에 훨씬 못 미치는 채권을 회수하는 데 그쳐야 한다. 보편주의는 쉽게 알 수 있는 본국법에 의하므로 예측가능성을 높일 수 있다.

주된 이익의 중심지를 기준으로 본국법을 결정하는 경우 채권자들은 자신들에게 유리한 법정(favorable forum)에서 재판을 받으려고 競走(race of creditors)를 벌일 것이다. 그러나 한 개 이상의 법정 후보지가 있을 때 그곳이 주된 이익의 중심지임을 입증하여 받아들여져야 법정지가 될 수 있는 것이다. 앞서 말한 기업 그룹의 복잡한 구조를 감안한다면 어느 곳이 본국인지 쉽게 결정할 수 없고 그만큼 예측가능성이 떨어지게 된다. 대부분의 다국적기업들은 전세계적인 영업망을 갖고 있고 각 나라에는 특수한 자회사를 두고 있다. 이 경우 그 자회사의 본국을 본사가 자회사를 관리하는 곳으로 할지, 자회사가 설립된 곳으로 할지, 아니면 실질적으로 재산이 소재하고 영업활동이 이루어지는 곳으로 할지 결정하기는 쉽지 않다.<sup>58)</sup>

하기야 모델법에도 특별한 경우에는 속지주의로 돌아가는 규정(*ad hoc return to territoriality*)이 있기는 하다.<sup>59)</sup> 만일 메르세데스 벤츠사가 파산하였을 경우 설령 독일

56) *Id.*

57) *Id.*, at 158.

58) 로푸키 교수는 그의 대표적인 사례로 DaisyTek, Eurofood, Ciro Del Monte, Enron Directo를 들었다. LoPucki, *supra* note 9), at 159.

59) 모델법 제5조에 의하면 도산관리인은 관련 외국법이 허용하는 바에 따라 그 나라에서 행위할 권한을



법원에서 독일법을 적용하여 도산사건을 처리하더라도 미국의 채권자와 종업원들은 미국에서 다시 소송을 제기할 타이므로 결국은 속지주의로 회귀한다고 볼 수 있다. 이것은 한 법원이 전세계적으로 파산사건을 관할하고 심리한다는 보편주의의 長點이 크게 퇴색하는 것이며 보편주의의 不可測性을 시인하는 결과가 된다. 위의 사례에서 미국내 채권자들은 미국에서 소송이 제기되기 전에는 자신들의 채권이 어떻게 처리될지 알 수 없다. 버포드 판사가 제안하는 것처럼 일정 기간 국제 도산사건의 관할법원 및 본국법을 결정하는 것이 유보되고, 더욱이 경제적 통합 및 거주성 여부까지 따져야 한다면 불확실성은 크게 증대될 것이다.

이에 비하면 속지주의는 그 결과를 예측하기가 훨씬 쉽다. 다국적기업이 도산하였을 때 그 나라에 있는 자회사의 재산과 영업활동은 그 나라 법의 규율을 받고 그 채권자들도 당연히 그렇게 생각한다. 도산 직전에 재산의 이동이 있었다면 보편주의의 경우에는 채무자의 전체 재산에 대하여 배당순위가 바뀌겠지만, 속지주의의 경우 이전된 재산에 한하여 채권자의 배당순위가 바뀔 수 있다.<sup>60)</sup> 속지주의 하에서는 채권자들이 재산의 국외이전으로 손해를 입게 되므로 이를 방지할 수 있는 장치<sup>61)</sup>를 적극 활용한다.

버포드 판사는 보편주의를 취하면 도산절차를 하나로 통합할 수 있으므로 도산절차의 참가비 내지 관리비용을 줄일 수 있다고 한다.<sup>62)</sup> 보편주의에 의하더라도 도산기업이 재산을 갖고 있는 나라마다 종된 도산절차를 개시해야 하므로 나라마다 주된 절차(main proceeding)를 개시하는 속지주의에 비해 도산절차 관리비용을 얼마나 절감할 수 있을지는 알 수 없다.<sup>63)</sup>

여러 나라에 분산되어 있는 도산기업의 재산을 함께 처분하는 경우에는 각국에 산재한 도산관리인간의 협조를 강화할 필요가 있다. 실제로 여러 나라의 법원간에 사법공조를 위한 도산절차의정서<sup>64)</sup>(protocols)에 합의한 사례가 있다.<sup>65)</sup> 예컨대 스톨닝턴

---

갖는다. 이 경우 그 나라에서 도산관리인의 행위의 효력을 인정할 것인지 여부는 당해 외국법이 결정할 문제이고 그 효력이 제한될 가능성도 없지 않다. 결국 속지주의에 의하여 효력이 좌우될 수밖에 없는 것이다.

60) LoPucki, *supra* note 9), at 160.

61) ‘하치팟 원칙’(hotchpot rule)을 예로 들 수 있다. 이는 외국의 도산절차에서 배당을 받은 채권자는 국내도산절차에서 같은 종류의 채권자들이 국내도산절차로부터 외국도산절차에서 배당을 받은 채권자만큼 배당을 받을 때까지 기다렸다가 배당을 받는 것을 말한다. 이 원칙에 의하면 도산기업에 소송을 통해 채권을 회수하는 채권자는 당해 기업의 회생에 의하여 채권을 회수하는 채권자만큼의 배당(creditor entitlements)을 기대할 수 있게 된다. 채무자회생법에서는 채무자간 공평한 배당을 위하여, 채무자를 공통으로 하는 국내도산절차와 외국도산절차 또는 복수의 외국도산절차가 있는 경우 동일한 채권자가 외국도산절차에서 배당받은 액 또는 채무자의 국외재산으로부터 변제받은 액을 고려하여 국내도산절차에서 배당받을 액을 정하도록 하였다(제642조). 보다 적극적으로는 사기적인 재산이전행위라 하여 그 취소를 구하고 도산절차를 강행할 수 있으나 그 판단은 용이하지 않을 것이다.

62) Bufford, *supra* note 35), at 111.

63) LoPucki, *supra* note 9), at 161.

사건에서 미국 제3지구 고등법원과 벨기에의 법원은 미국과 벨기에 법상의 채권 우선 순위 다툼을 해결하는 데 양국 법원간 프로토콜의 효력을 인정하였다.<sup>66)</sup> 이러한 프로토콜은 당사국의 대표가 상호 유익한 방향으로 절차법 및 실체법상의 조치에 관하여 합의한 것이다. 미국-캐나다 프로토콜에서는 미국 파산법 제304조에 의하여 미국측의 협력을 얻는 방법을 규정하고 있다.

이러한 견지에서 많은 나라가 수정된 보편주의(modified universalism)를 입법화하는 것은 모델법이 지향하는 것처럼 국제적으로 도산절차가 효율적으로 진행될 수 있게 하자는 것이다. 버포드 판사가 해당 국가간의 협력이 없어 속지주의가 실패한 사례로서 소개한 일본의 마루코 사건<sup>67)</sup>을 알아본다. 이 사건은 일본과 미국에서 나란히 도산절차(parallel bankruptcy proceedings)가 개시되었다. 미국 법원이 역외 도산절차의 정지(extraterritorial stay)를 선언함에 따라 호주의 채권은행은 골드 코스트 지역에 소재하는 마루코의 호텔재산에 대한 강제집행을 중지하였다. 미국에서도 영업을 하고 있는 호주의 채권은행은 호주내 재산에 대한 미국 법원의 自動中止(automatic stay)<sup>68)</sup> 조치를 준수하는 편이 상책이라고 여겼기 때문이다. 결과적으로 호주 은행은 미국법에 의하여 보편주의에 의한 배당을 받는 것이 속지주의를 취하는 일본법에 의하여 배당을 받는 것보다 훨씬 유리하였다.<sup>69)</sup>

이상 보편주의와 속지주의를 비교하여 보면 세계 여러 나라가 채택하여 장점이 많은 줄로만 알았던 보편주의가 그 운용 여하에 따라서는 되레 폐단을 가져올 수 있음

64) “protocol”을 석광현 교수는 독일의 용례(Insolvenzverwaltungsvertrag)에 따라 “도산관리계약”이라고 번역하였으나(석광현, “국제도산법개관”, 414면 각주 37), 일국의 국가기관이 외교상으로 관여하는 점에서 “의정서”라고 하는 게 맞다고 본다. 그러나 요즘에는 서로 다른 시스템이 통할 수 있게 하는 규약이라는 의미에서 프로토콜이라는 말이 널리 쓰이고 있으므로(예: Internet protocol) 여기서도 “프로토콜”이라 부르기로 한다.

65) 로푸키 교수는 Maxwell Communications, Commodore International, ICO Global Communications, Iverworld, Olympia & York, Everfresh, Solvex, Loewen Group의 국제도산 사례를 소개하고 있다. LoPucki, *supra* note 9), at 162.

66) *Stonington Partners, Inc. v. Lernout and Hauspie Speech Products, N.V.*, 310 F.3d 118 (3d Cir. 2002). 사법공조에 관한 상세한 해설은 임치용, “국제파산절차와 사법공조”(이하 “사법공조”), 『파산법연구』, 박영사, 2006 참조. 병행도산절차에 있어서의 프로토콜 사례는 국제도산연구소(International Insolvency Institute)의 웹사이트에서 다수 찾아볼 수 있다. <<http://www.iiiglobal.org/international/protocols.html>>

67) Bufford, *supra* note 35), at 116. 임치용, “사법공조”, 497~499면. 마루코 사건은 일본의 주거래은행이 미국의 채권자들에게 양보하는 선에서 재판상화해로 끝났다.

68) 미국 연방파산법 제342조에 의하여 채무자의 파산선고(보호) 신청이 있으면 채권자에 의한 일체의 채권회수행위가 금지되는 것을 말한다. “moratorium”이라고도 한다.

69) LoPucki, *supra* note 9), at 163-64. 로푸키 교수는 같은 속지주의 하에서도 일본이 아니라 호주에서 도산사건을 처리하였어야 했다고 말한다. 만일 호주 법원에 의하여 호주내 마루코의 재산을 강제집행하였더라면 호주의 채권은행은 미국 법원의 위협에도 굴하지 않고 미국법에 의한 것보다 결코 적지 않은 배당을 받았을 것이라고 한다. 왜냐하면 호주법에 의하면 저당권부 채권자가 두텁게 보호를 받기 때문이다.

을 알았다. 그렇다고 다시 속지주의로 되돌아가야 하는가 하는 의문이 생긴다. 로푸키 교수는 당사국 법원과 도산관리인 간의 원활한 협력관계를 통한 협조적 속지주의 (cooperative territorialism)를 주장하고 있다.

그러나 서로 국경을 막은 가운데 대화를 원활히 한다는 것은 한계가 있으므로 수정된 보편주의에 입각하여 주된 절차와 종된 절차의 상호협력을 도모하는 편이 나올 것이다. 포럼 쇼핑의 폐해를 방지하기 위해 다시 속지주의로 돌아간다면, 여러 나라에 소재한 기업의 영업활동과 재산이 서로 분리되고 해체되는 결과 전체적인 기업가치가 급락하여 결국 채권자와 투자자들이 손해를 입게 될 것이다.<sup>70)</sup> 우리나라의 경우에도 경제의 국제화, 기업의 글로벌화가 진전될수록 기업 자체는 물론 채권자와 주주, 투자자 보호의 견지에서 보편주의의 문제점을 예상하고 적극적으로 이를 미연에 방지하는 노력을 기울일 필요가 있다.

#### IV. 결 론

우리나라는 종래 속지주의를 따랐던 파산법, 회사정리법, 화의법을 통합하여 새로 채무자회생법을 제정하면서 수정된 보편주의에 입각한 국제도산에 관한 규정을 두었다. 국내 기업의 글로벌화가 진행됨에 따라 국경을 넘어 벌어지는 도산사건의 국제적 성격 및 국제협력의 필요성을 받아들여야 했기 때문이다. 다만, 보편주의가 제대로 적용되기 위해서는 주된 재산, 영업활동, 본사, 회사등록지가 각기 다른 나라에 속하더라도 과연 본국이 어디인지 쉽게 판단할 수 있어야 한다. 오늘날 다국적기업과 소재지 국가와의 관계는 갈수록 희박해지고 있다. 유대관계가 약화되는 만큼 본국을 지정하기도 어려워지고 있으며, 그만큼 포럼 쇼핑의 가능성도 커지는 셈이다.

미국의 경우 연방파산법이 바뀌지 않았음에도 1980년대 초반 해도 20~30% 수준에 불과하던 포럼 쇼핑 사례가 최근 들어 60~70%로 급증하고 있는 실정이다.<sup>71)</sup> 로푸키 교수는 보편주의의 문제점으로서 주된 이익의 중심지(COMI)라는 개념이 모호한 데다 이를 기화로 각국 법원이 대형 사건을 유치하려는 경쟁관계가 심화되고 있음을 지적하고 있다. 이러한 포럼 쇼핑에서 혜택을 보는 사람은 도산기업의 경영진, 전문변호사, 도산신청 후에 대출해 준 은행들이다.<sup>72)</sup> 이들은 회사의 이익을 도모하기보다는 자신들의 이해관계에 따라 움직이는 경향이 있다. 그렇다고 도산법원이 이들을 제재할 수 있는 방법도 없다. 만일 제재하려고 하면 다른 법원으로 옮겨갈 것이기 때문이다.<sup>73)</sup> 반면 손해를 보는 사람은 채권자와 투자자들, 종업원과 협력업체, 무엇보다도

70) 임치용, “사법공조”, 485면.

71) LoPucki, *supra* note 9), at 166.

72) *Id.*

최대의 피해자는 당해 도산기업 자신과 사건을 빼앗긴 파산법원의 법관들이다.<sup>74)</sup> 따라서 국제적인 도산사건에 있어서는 당사국 법원간의 공조, 특히 문서화된 프로토콜이 중요하며, 도산법원의 균형잡힌 판단(balanced decision)이 요청되고 있다.

이와 관련하여 UNCITRAL이 나서서 국제도산절차에 관한 국제규범을 마련한 것의 의미를 과소평가해서는 아니될 것이다. 전세계 도산법제의 調和(harmonization)를 도모하는 동시에 國際禮讓(international comity)<sup>75)</sup>의 정신을 살릴 필요가 있다. 모델법은 이러한 취지를 제8조(해석)에서 “모델법을 해석함에 있어서는 그의 국제적 연원과 적용상의 통일성 및 신의성실의 준수를 촉진할 필요성을 고려해야 한다”고 규정하였다.<sup>76)</sup>

그렇다면 새로운 도산법제 하에서 우리나라 법원은 어떠한 입장을 취해야 할까. 일단 한국법에 의하여 처리해야 할 도산사건에 대하여는 국내 채권자의 보호를 위해 마땅히 한국 법원이 관할권을 행사해야 할 것이다.<sup>77)</sup> 채무자회생법은 병행도산을 전제로 하고 주된 절차와 종된 절차의 개념이나 효력을 구별하지 않고 있으나 굳이 모델법에 따라 법을 개정할 필요는 없다고 본다.<sup>78)</sup> 그러므로 우리나라에 영업소가 있다면 외국에서 주된 도산절차가 개시되기 전이나 후를 막론하고 우리나라에서 도산절차를 개시할 수 있는데 이는 근로자들과 담보권자 등 지역채권자(local creditors)를 보호하고 否認權을 행사할 필요가 있기 때문이다.<sup>79)</sup> 사실 美國과 英國이 보편주의와 속지주의에 관한 구체적인 논의도 없이 모델법을 채택한 것은 보편주의가 이론적으로 우

73) *Id.*

74) *Id.*, at 166-67.

75) 국제예양이란 자국민 또는 자국법의 보호를 받는 자의 권리를 고려하면서 국가의 국제적 의무에 입각하여 자국 영토 내에서 다른 나라의 입법·행정·사법적 행위를 허용하는 것을 말한다.

76) 로푸키 교수는 국제협력의 관점에서 당사자들은 관련국가에서 병행도산사건을 개시하고 공동관리를 위한 프로토콜을 체결하거나, 종된 절차를 승인하고 상대방과 협력을 약속할 것을 제안한다. LoPucki, *supra* note 9), at 167. 한편 버포드 판사는 보편주의 하에서 주된 절차의 관할권을 갖는 법원은 이해관계인들에게 충분히 고지를 하고 진술할 기회를 주어야 하며, 통합된 경제단위로서의 기업그룹에 대하여는 단일 법정지를 정하기 위한 모델법 및 EU 규정의 개정이 필요하다고 말한다. Bufford, *supra* note 35), at 140.

77) 채무자회생법은 우리 법원이 그의 裁量으로 주도권을 행사할 수 있는 장치를 마련해 놓고 있다. 외국도산절차의 승인 및 지원에 관한 사건은 서울중앙지방법원 합의부의 전속관할에 속한다(법 제630조)고 하고, 우리 법원이 외국도산절차의 승인 여부를 결정하게(법 제631조, 632조) 하는 한편, 법원이 외국도산절차의 승인결정을 하더라도 채무자회생법에 의한 절차의 개시 또는 진행에 영향을 미치지 아니한다고 규정하였다.

78) UNCITRAL 홈페이지에서는 모델법을 채택한 국가 명단(콜롬비아, 에리트리아, 일본, 멕시코, 뉴질랜드, 폴란드, 루마니아, 몬테네그로, 세르비아, 남아프리카, 영국, 영령 버진아이랜드, 미국) 중에서 한국을 빼놓고 있다. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html)>

79) 석광현, “[보론] 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이른바 통합도산법)에 따른 국제도산법의 개관”, 『국제사법과 국제소송』 제4권, 박영사, 2007, 400~401면. 임치용 변호사도 법적 안정성을 중시하여 주절차의 관할권을 주된 이익의 소재지 법원에 인정한다 할지라도 그와 관련한 병행파산절차의 관할권은 융통성 있게 고려할 수밖에 없다고 한다. 임치용, “사법공조”, 501면.

수하다거나 하는 확신이 있어서가 아니라 현실적으로 양국의 법제와 전문 법조인력이 이니셔티브를 잡을 자신이 있다고 믿은 데 기인한다. 이러한 견지에서 한국의 법원과 변호사들의 입지가 넓어질 수도 있지만, 상대국이 어디냐에 따라서는 크게 위축될 가능성도 있다고 생각된다.

채권자, 특히 은행의 입장에서 외국 법원이나 채권자들이 국제적인 도산사건에 어떻게 나올 것인지, 그들의 압력에 어떻게 대응할 것인지 미리 대비할 필요가 있다. 대부분의 경우에 담보의 유무, 채권금액에 따른 多數決의 원칙(majority rule)으로 결정이 되더라도, 채권자 본인의 이해관계를 다른 채권자들이나 법원에 충분히 전달하여야 할 것이다. 채무자 기업의 경영진이 전문변호사들과 짜고 도산절차를 신청할 가능성도 염두에 두어야 한다.

국내 법원이 보편주의에 입각하여 외국도산절차의 승인결정을 할 때 고려할 사항은 채무자기업이나 그의 DIP 경영진, 전문변호사 이상으로 채권자와 주주들의 이익을 고려해야 한다는 점이다. 앞서 말한 바와 같이 국제예양에 입각하여 도산절차의 질서를 유지하고 상대방의 양보를 얻어내는 전략을 모색하도록 한다.

지금 우리 정부는 한·미 자유무역협정(FTA) 타결을 계기로 미국의 도산법제와 비교하여 현행 채무자회생법을 개선할 사항은 없는지 검토작업에 들어갔다.<sup>80)</sup> 미국의 각주에서는 포럼 쇼핑이 자주 일어나 채무자기업의 채권자와 주주들에게 손해를 끼치는 사례가 많다는 지적이 있는 만큼 미국이 모델법을 도입하였다고 하여 우리도 100% 보편주의에 입각하여 도산절차를 운영할 것은 아니다. 의도적인 포럼 쇼핑으로 인하여 한국에서 처리해야 할 도산사건을 미국 등 외국의 법원에 선수를 뺏길 가능성도 배제할 수 없으므로 이러한 경우에는 시뮬레이션을 통하여 채권자와 주주들이 얼마나 피해를 입게 될지 예측해 보는 것이 좋을 것이다. 이를 위해서는 국제도산사건이 벌어졌을 때 그 사정에 밝은 전문인력을 중심으로 해당 국가 도산법제의 장단점을 파악하고 이에 관한 데이터베이스를 확충해 나갈 필요가 있다. 그리고 구체적인 경우에는 사법공조 프로토콜을 적극적으로 활용하여야 할 것이다.

---

80) 재정경제부는 한·미 자유무역협정(FTA) 타결을 계기로 경제제도 전반을 영미식 중심의 글로벌 규범에 맞게 과감히 수정하기로 전략을 세웠다. 이를 위해 재경부는 최근 국내의 한 대형 로펌에 미국과 한국의 도산법제를 비교, 제도개선 여부를 파악해달라며 자문을 의뢰한 것으로 알려졌다. 서울경제신문 2007.4.24.

## 참고 문헌

- 석광현, “채무자회생 및 파산에 관한 법률(이른바 統合倒産法)에 따른 國際倒産法”, 국  
제거래법연구 제15집 제2호, 2006. 12.
- \_\_\_\_\_, “[補論] 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이른바 통합도산법)에 따른 국제도산  
법의 개관”, 『국제사법과 국제소송』 제4권, 박영사, 2007.
- \_\_\_\_\_, “국제도산법에 관한 연구—입법론을 중심으로—”, 『국제사법과 국제소송』 제3  
권, 박영사, 2004.
- \_\_\_\_\_, “[補論] 2002년 통합도산법시안 중 국제도산법에 대한 의견”, 『국제사법과 국  
제소송』 제3권, 박영사, 2004.
- 임치용, “통합도산법에 의한 회생 및 파산절차”, 『파산법연구』, 박영사, 2006.
- \_\_\_\_\_, “국제파산절차와 사법공조”, 『파산법연구』, 박영사, 2006.
- Bufford, Samuel L., "Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor  
LoPucki," 79 Am. Bankr. L.J. 105 (2005).
- Guzman, Andrew T., "International Bankruptcy: In Defense of Universalism," 98  
Mich. L. Rev. 2177 (2000).
- LoPucki, Lynn M., "Universalism Unravels." 79 Am. Bankr. L.J. 143 (2005).
- \_\_\_\_\_, "The Case for Cooperative Territoriality In International Bankruptcy," 98  
Mich. L. Rev. 2216 (2000).
- \_\_\_\_\_, *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the  
Bankruptcy Courts*, University of Michigan Press, 2005.
- 인터넷 뉴스는 네이버에서 검색 <<http://www.naver.com>>
- 미국 전국파산검토위원회(National Bankruptcy Review Commission)의 홈페이지  
<<http://govinfo.library.unt.edu/nbrc/reportcont.html>>
- 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL) 제5 워킹그룹 보고서 A/CN.9/622.  
<[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html)>
- 국제도산연구소(International Insolvency Institute)의 홈페이지  
<<http://www.iiiglobal.org/>>

[이상 인터넷 자료 2007.7.10 최종 검색]

주제어: 국경을 넘은 도산, 속지주의, 보편주의, 포럼 쇼핑, 본국, 외국도산절차의 승인, 국제예양

Key Words: cross-border bankruptcy, territorialism, universalism, forum shopping, home country, recognition of foreign bankruptcy proceedings, international comity

## [국문초록]

우리나라의 기업들이 해외로 영업기반을 확장함에 따라 국내는 물론 해외에서도 도산절차가 진행될 가능성이 많아졌다. 종전에 우리나라의 도산법제는 도산절차의 효력이 국내에 있는 재산에만 미치는 속지주의를 취하였으나 2006년에 새로 시행된 채무자회생법은 수정된 보편주의를 채택하였다. 채무자회생법 제5편은 UNCITRAL의 「국제도산에 관한 모델법」과 일본 「외국도산처리수속의 승인원조에 관한 법률」의 영향을 많이 받았다.

EU에서는 보편주의에 입각한 도산절차규정을 2002년부터 시행하고 있으며, 미국도 2005년 파산법에 제15장을 신설하여 모델법을 미국에 도입하였다. 오늘날 미국과 영국, 일본, EU가 보편주의를 도입하였고, UNCITRAL에서도 보편주의에 입각한 모델법을 각 회원국에 권장하고 있기에 보편주의가 하나의 대세를 이루고 있는 것처럼 보인다. 그런데 보편주의를 취할 경우 도산기업이 자기에 유리한 법정지를 선택하여 도산절차를 개시함으로써 채권자들과 주주들에게 불이익을 줄 수 있다는 강력한 비판론이 제기되었다.

보편주의 하에서는 국제적인 기업의 본국(home country) 법원에서 도산절차가 개시되면 다른 곳의 법원에서는 도산절차를 중지하거나 본국 법원에서의 도산절차를 지원하여야 한다. 本國은 원칙적으로 채무자 기업의 ‘주된 이익의 중심’(COMI)이 어느 곳이나에 따라 결정된다. 보편주의 하에서는 주된 재산, 영업활동, 본사, 회사등록지가 각기 다른 나라에 속한 경우에 본국이 어디인지 쉽게 판단할 수 없는 경우가 왕왕 발생한다. 오늘날 다국적기업과 소재지 국가와의 관계가 희박해짐에 따라 포럼 쇼핑의 가능성은 더욱 커지고 있다.

게다가 각국 법원이 대형 사건을 유치하려는 경쟁관계가 심화되고 있다. 포럼 쇼핑으로 혜택을 보는 사람은 도산기업의 경영진, 전문변호사, 도산신청 후에 대출해 준 은행들이다. 이들은 회사의 이익을 도모하기보다는 자신들의 이해관계에 따라 움직이는 경향이 있다. 따라서 국제적인 도산사건에 있어서는 당사국 법원간의 공조, 특히 문서화된 프로토콜이 필요하며, 도산법원의 균형잡힌 판단이 요청된다.

포럼 쇼핑의 폐해를 방지하기 위해 다시 속지주의로 돌아간다면 여러 나라에 소재한 기업의 영업활동과 재산이 서로 분리되고 해체되는 결과 전체적인 기업가치가 급락하여 결국 채권자와 투자자들이 손해를 입게 될 것이다. 이러한 맥락에서 전세계 도산법제의 조화를 도모하고 국제예양의 정신을 살린다는 취지에서 국제도산절차를 운용할 필요가 있다.

현재 한미 FTA 타결을 계기로 정부는 미국 도산법제와의 비교를 통하여 우리 도산법제의 개선을 검토하고 있다. 미국내에서 포럼 쇼핑의 폐해가 보고되고 있는 만큼 미국이 모델법을 도입하였다고 하여 우리도 100% 보편주의에 입각하여 도산절차를 운영할 것은 아니다.

채권자의 입장에서는 외국 법원이나 채권자들이 국제적인 도산사건에 어떻게 나올 것인지 미리 대비하고, 법원에서도 외국도산절차의 승인결정을 할 때 채무자기업이나 그의 DIP 경영진, 전문변호사 못지 않게 채권자와 주주들의 이익을 고려하도록 한다. 의도적인 포럼 쇼핑으로 인하여 한국에서 처리해야 할 도산사건을 미국 등 외국의 법원에 선수를 뺏기지 않기 위해서는 지금부터라도 국제도산에 밝은 전문인력을 중심으로 해당 국가 도산법제의 장단점을 파악하고 이에 관한 데이터베이스를 확충해 나갈 필요가 있다. 그리고 구체적인 경우에는 사법공조 프로토콜을 적극적으로 활용하여야 할 것이다.



*Abstract*

## **Universalism in Bankruptcy Proceedings and International Forum Shopping Issue**

Park, Whon-II\*

Since Korean companies are expanding overseas business bases, there are increasing possibilities for Korean businesses to undergo international insolvency proceedings. The former insolvency regime of Korea was based upon the strict territorialism. But the newly established Act on Debtor's Reorganization and Bankruptcy, effective as from April 2006, has adopted the modified universalism. Chapter 5 of the Act was considerably affected by the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the Japanese law relating to the recognition and assistance for foreign insolvency proceedings.

The European Union has implemented its regulation on insolvency proceedings based upon the universalism since 2002. In 2005, the United States adopted the UNCITRAL Model Law by establishing Chapter 15 in the Bankruptcy Code. As Japan and the United Kingdom incorporated the UNCITRAL Model Law into their legal systems, it seems that the universalism prevails in the international insolvency cases. Against this backdrop, Professor LoPucki at UCLA School of Law argues that the universalism allows the insolvent debtor to choose a favorable forum and thus cause economic harm to the creditors and shareholders compared to the cooperative territorialism.

Under the universalist bankruptcy law, when a court at the home country, i.e., the main court of a global company opens the insolvency proceedings, the other courts are required to stay their proceedings or support the main proceeding. The home country is determined on the basis of the center of debtor's main interests (COMI). When the main assets, business operations, headquarters or registered place of incorporation are respectively located in different countries, it would be difficult to identify the home country. As the relationship between the multinational corporations and the home country is growing diluted, the chances of international venue shopping could be on the increase.

In addition, the competition among the courts of relevant countries is getting tough. The beneficiaries of the forum shopping will be the executives of the

---

\*. Associate Professor of Law at Kyung Hee University.

insolvent company, professional advisors and post-petition lenders. They are inclined to act for the benefits of themselves rather than to preserve the interests of the debtor company. Therefore, international insolvency proceedings are in great need of cooperation between the relevant courts in the form of judicial protocols, and balanced decision of the main court.

Turning back to the territorial system might lead to separating and dismantling of corporate assets and operations piece by piece and thereby lowering the overall value of the whole business. It would bring in a significant loss to creditors and investors alike. In this context, it is required to implement the cross-border insolvency proceedings in such a manner as to enhance the harmonization of international insolvency regimes and to restore the spirit of international comity.

On the occasion of the Korea-U.S. Free Trade Agreement, the Korean government felt it necessary to amend the current insolvency law in conformity with the U.S. bankruptcy law. In view of the potential harm caused by the forum shopping in the United States, it is not advisable to adopt the universalism as provided for in Chapter 15 of the Bankruptcy Code.

From the standpoint of creditors, it is essential to prepare for how the foreign courts and creditors cope with the cross-border insolvency proceedings, while the bankruptcy court properly takes into consideration the individual interests of a debtor company, its debtor-in-possession (DIP) executives, professional lawyers as well as creditors and shareholders. Preventing an intentional forum shopping from transferring the insolvency case to foreign countries calls for the following programs to be carried out immediately:

- to encourage professionals to accumulate databases on cross-border insolvency cases in specific countries;
- to understand the foreign insolvency regimes and the relevant know-hows; and
- to establish international cooperative relationship including judicial protocols.