

# 韓国の倒産手続における保証の扱い

文惠暎 (Moon, Hye Young) \*

## 1. 保証の基本法理

### 1) 民法上の保証

保証において保証人は主たる債務者が債務を履行しない場合に保証債務を履行する責任を負う。このような民法上の保証債務は主たる債務から独立した別個の債務であるが、主たる債務に従属する附従性の性質を持ち、独立性は附従性に抵触しない限度にのみ制限的に認められる。保証債務は債権者と保証人との間の保証契約によって成立するもので、主たる債務者は保証契約の当事者ではなく、主たる債務者が保証人の保証に対して同意したかどうかは保証契約の成立に影響を及ぼさない。ただし、後に行使できる保証人の主たる債務者に対する求償権の範囲が異なる。

### 2) 附従性の問題

保証債務は主たる債務の履行を担保することが目的であるため、前述したように主たる債務に従属する性質である附従性を有する。附従性は、一般的に、成立における附従性、内容における附従性、移転における附従性に分けられる。

まず、成立における附従性によって、主たる債務が無効・取消しにより消滅した時には保証債務も無効になり消滅し、移転における附従性によって、主たる債務者に対する債権が移転すれば保証人に対する債権も当然一緒に移転することになる。

また、内容における附従性により、i) 保証人の負担が主たる債務より重い場合は主たる債務の限度に減縮することになり(民法第 430 条)、ii) 保証人は主たる債務者が債権者に抗弁できる事由で債権者に対抗することができ、主たる債務者が抗弁権を放棄してもその効力は保証人には及ばない(民法第 433 条)、iii) 保証人は主たる債務者の債権による相殺を援用して債権者に対抗することができ(民法第 434 条)、iv) 主たる債務者が債権者に対して取消権、解除権、解約権を有しているときは、保証人は債権者に対する債務の履行を拒むことができる(民法第 435 条)。

保証人の上記の権利のうち、相殺の援用権については、保証人は単に主たる債務者の相殺権を対抗要件として保証債務の履行を拒むことができるにとどまるのではなく、直接主たる

---

\* 法務法人世宗パートナー、成均館大学兼任教授；翻訳：崔廷任  
(早稲田大学院法学研究所博士課程修了)

債務者の相殺権を行使して相殺することができる<sup>1</sup>。他方で、主たる債務者が取消権などを有する場合には、保証人はこれを理由に履行を拒む抗弁権を有するだけであって、直接主たる債務者の取消権などを行使することができるわけではない。

### 3) 補充性の問題

保証債務は、主たる債務者が主たる債務を履行しない場合に、履行する義務を負う債務であるため（民法第 428 条第 1 項）、保証人は主たる債務者に対して二次的な履行義務を負う、といった意味で補充性を有する。債権者が保証人に対して債務の履行を請求する場合、保証人は先に主たる債務者から弁済を受けるように主張する抗弁権を有する（民法第 437 条）

### 4) 保証人の求償権

保証人が債権者に対して保証債務を履行した場合、保証人は、主たる債務者という他人の債務を返済したことになるため、主たる債務者に対して求償権を有することになる。

保証人の求償権は i) 主たる債務者の委託を受けて保証人となった場合（受託保証人）、ii) 主たる債務者の委託を受けずに保証人となった場合、iii) 主たる債務者の意思に反して保証人となった場合、によってその範囲が異なる。

主たる債務者の委託を受けずに保証人となった場合には、主たる債務者は、保証人が保証債務を履行した時を基準に利益を得た限度において保証人に償還しなければならない。主たる債務者の意思に反して保証人となった者は、現存利益の限度でのみ求償権を有するので、主たる債務者は、保証人が保証債務を履行した後、求償権を行使するまでの間に発生した抗弁事由でも保証人に対抗することができる。

受託保証人については、保証人は、弁済した金額<sup>2</sup>のみならず、（保証債務の履行によって）免責された日以後の法定利息と避けられなかった費用その他の損害賠償を含めて（主債務者に）求償権を行使することができる。特に受託保証人の場合には、委託を受けずに保証人になった場合とは異なり、一定の事由が発生すれば、あらかじめ求償権を行使することができる事前求償権が認められる。事前求償権が認められる事由は、i) 保証人の過失なしに債権者に弁済すべき裁判の言い渡しを受けたとき、ii) 主たる債務者について破産手続が開始されたが債権者が破産手続に参加していないとき、iii) 債務の履行期が確定せず、その最長期も確定できない場合に保証契約から 5 年が過ぎたとき、iv) 債務の履行期が到来したときなどである。また、主たる債務者と保証人は約定で、上記の民法上の理由のほかに事前求償権を行使できる事由を追加的に定めることができ、上記の事由の全部または一部を排除することもできる。

---

<sup>1</sup> 大法院2002.10.25宣告2000ダ16251判決参照

<sup>2</sup> ただし、主債務の金額を限度としており、仮に弁済金額が主債務の金額より大きい場合は減額される。

## 2. 倒産手続における保証の効力

### 1) 問題点

民法上の保証の法理は上記で概観した通りであるが、そのような法理は倒産手続では一部修正されなければならない。倒産手続において保証が問題となる場面としては、まず、主たる債務者に対して倒産手続が開始される場合に、債権者の保証人に対する保証債権がどのような影響を受けるかという問題が挙げられが、その他にも、保証人に対して倒産手続が開始される場合に債権者の保証人に対する保証債権がどのような取扱いを受けるかも問題となる。以下、検討する。

### 2) 倒産手続における保証の附従性に対する例外

倒産手続における保証の附従性に対する例外は、主たる債務者に対して倒産手続が開始された場合に問題となる。

民法上の保証債務の附従性により、保証人の負担が主たる債務より重い場合には主たる債務の限度に減縮することは上記で説明した通りである(民法第430条)。ところで、債務者回生及び破産に関する法律(以下「債務者回生法」)においては、「回生計画は、回生債権者又は回生担保権者が、回生手続が開始された債務者の保証人その他の回生手続が開始された債務者とともに債務を負担する者に対して有する権利に影響を及ぼさない」と規定されており(債務者回生法第250条第2項第1号)、主たる債務者に対する回生手続の開始によって債権者の主たる債務者に対する権利が減免されるなどの変更が生じても、債権者の保証人に対する権利は影響を受けないということを明示的に規定している。これによって保証人の附従性の原則は、倒産手続において例外が認められることになる。

したがって、債権者は回生計画によって主たる債務者に対する回生債権の額や弁済期が変更されたとしても、保証人に対しては、いつでも本来の債権を請求して強制執行をすることができる。また、倒産手続において、債権者は、裁判所が定める期間内に債権の届出をしなければその権利を失うことになるが、主たる債務者の倒産手続において債権届出期間内に債権の届出をせず、その権利を失った債権者であっても、保証人に対しては債権を行使することができる<sup>3</sup>。主たる債務者に対して破産手続が開始され、主たる債務が免責された場合にも、上記の場合と同様に、主たる債務者の保証人に対する権利には影響を及ぼさない(債務者回生法第567条)。

一方、保証の附従性と関連して、保証人が依然として主たる債務者の債権による相殺を援用して債権者に対抗できるか(民法第434条)、また、主たる債務者の取消権、解除権、解約権を理由として履行拒絶権を行使できるかどうか(民法第435条)が問題となっている。

---

<sup>3</sup> 大法院2001.6.12宣告99ダ1949判決参照

まず、履行拒絶権との関係では、原則的に保証は民法に基づき附従性を有するところ、その附従性は上記の債務者回生法の規定のように明文で制限しない限り制限されないと見るのが妥当であるため、保証人の履行拒絶権は認められると考えるべきである。ただし、保証人が履行拒絶権を行使し得る根拠となる主たる債務者の取消権、解除権、解約権は、主たる債務者が元から有している権利に限られるので、債務者回生法において特別に認めている管理人による双方未履行双務契約による解除権は保証人の履行拒絶権の根拠とはならない。

また、保証人の相殺援用権は、保証人が直接相殺権を行使し得る権利であるが、事実上主たる債務者の資産(債権者に対する主たる債務者の債権)を利用して主たる債務者の債務(債権者に対する主たる債務者の債務)を弁済する効果があるという点で問題になる。大法院は、債務者回生法第 131 条の規定、つまり回生手続が開始された後には債務者回生法に特別な規定がある場合を除いて回生計画で定めたところによらずに弁済したり、弁済を受けたりするなど、回生債権を消滅させる行為はできないという規定を挙げて、保証人の民法第 434 条による相殺権の行使を否定した<sup>4</sup>。これに対して、仮に債務者に対して回生手続が開始されたとしても、回生債権者は債務者回生法第 144 条の要件を満たす場合は一定の制限の下に相殺権を行使することができるのであるから<sup>5</sup>、保証人もこのような要件を満たす場合には、相殺が認められるべきであるという反論がある。このような反論は一見妥当な側面があるが、債務者回生法は第 131 条により原則的に回生債権の消滅行為を禁止しており、第 144 条は、債務者による相殺ではなく「回生債権者」による相殺を一定の制限の下に許可しているものであるので、保証人の主たる債務者の相殺権の援用は債務者回生法第 131 条により禁止されていると考えるのが妥当である。ただし、保証人の場合にも、第 144 条に準じて、一定の要件を満たす場合には相殺権を援用して行使することを認める規定をおくことを立法的に考慮する必要はあると考えられる。

### 3) 倒産手続における保証の補充性に対する例外-現存額主義

倒産手続における保証の補充性に対する例外は、保証債務者に対して倒産手続が開始された場合に問題となる。

債務者回生法では、数人がそれぞれ全部の履行をすべき義務を負う場合にその全員又は一部について回生手続が開始されたときは、債権者は、回生手続開始時に有する債権の全額について、各回生手続において回生債権者としてその権利を行使することができ、回生手続開始後にその数人のいずれかが債権者に対して弁済等をして、その債権の全額が消滅した場合でない限り、債権者は依然として回生手続の開始時に有する債権の全額についてその権利

---

<sup>4</sup> 大法院2018.9.13宣告2015ダ209347判決参照

<sup>5</sup> その要件は i) 回生債権者が債務者に対して負担する債務が回生手続開始時に既に発生したものであること、 ii) 債権届出期間満了前に相殺適状にあること、 iii) 債権届出期間満了前に管理人に対して相殺の意思表示をすることなどである。

を行使することができる（債務者回生法第126条）。このような債権者の権利を「現存額主義」という。

現存額主義は保証債務の場合にも適用され、保証人に対して回生手続が開始された場合でも、債権者は回生手続開始時に有する債権の全額について回生債権者として権利を行使することができる（債務者回生法第127条）。したがって、民法上の保証人は主たる債務者に先に請求するよう要求できるにもかかわらず、保証人に対して回生手続が開始される場合には、債権者は主たる債務者に請求する前にも債権全額に対して回生債権者として（回生手続に）参加することができ、これは民法上の保証債務の補充性の例外となる。

#### 4) 求償と代位の法理の修正

保証人の事前求償権は民法第442条によって受託保証人に対してのみ、一定の制限のもとで認められるのが原則である。しかしながら、主たる債務者に対して回生手続が開始される場合には例外が認められ、保証人は将来行使する求償権の全額について回生手続に参加することができる<sup>6</sup>。

ただし、仮に債権者が債権全額を持って回生債権者として権利行使をした場合には、将来の求償権行使は排除される（債務者回生法第126条第3項但し書）。債権者が債権の一部についてのみ権利を行使したときは、将来の求償権者である保証人は、残額の範囲内で権利を行使することができ、このとき、定められた期間内に当該権利について債権届出をしなければ権利を失うこととなる。

債権者が回生手続に参加した以後において、将来の求償権を有する保証人が債権者に対して弁済等をして債権全額が消滅した場合には、その保証人は、その求償権の範囲内で債権者が有する権利を行使することができる<sup>7</sup>。しかし、一部のみを弁済した場合には、なお債権者のみが債権の全額について回生債権者としての権利を行使することができ、（保証人は）弁済した価額に比例して債権者ととも回生債権者としての権利を行使することはできない。回生手続において債権者が債権全額について主たる債務者から弁済を受けることは事実上不可能だという点に照らして、妥当な処理方法である<sup>8</sup>。ただし、数人の将来求償権者が（例

---

<sup>6</sup> 債務者回生法第126条第3項は、債務者に対して将来行使する可能性のある求償権を有する者は、その全額について回生手続に参加することができる」と規定している。

<sup>7</sup> 債権届出前に弁済がなされた場合であれば保証人が債権の届出をすることができ、債権届出後であって、回生計画認可前であれば名義変更の届出をして権利を代位行使することができる。

<sup>8</sup> 債権額が500万ウォンである場合、保証人が300万ウォンに対してのみ弁済をした場合、債権者は依然として主たる債務者の回生手続で500万ウォンに対する回生債権者として権利を行使することができる。回生計画案によって債権者の回生債権額が200万ウォンに減額される場合には、保証人は主たる債務者の回生計画案から弁済を受けることができず、全額が回生債権者である債権者の債権弁済に使われ、仮に回生債権額が300万ウォンに減額される場合には回生債権者である債権者が優先的に200万ウォンまで弁済を受け、その後に保証人が残りの100万ウォンの弁済を受けることになる。実務

えば保証人が数人である場合を想定することができる) 共同で債権者の債権全額を弁済した場合には、その数人の求償権者は弁済額に比例して回生債権者の権利を代位行使することになる。

しかし、債権者には担保がなく将来の求償権を有する保証人だけが担保を保有している場合には、債権者は回生債権者の地位を有し、保証人は回生担保権者の地位を有することになるので、この場合の処理が問題となる。この点、債務者回生法第 126 条第 3 項但し書において債権者が債権全額を持って回生債権者として権利行使をした場合に、将来の求償権行使は排除するとしたのは、重複的な権利行使を禁止するという趣旨と解すべきであるので、仮に二つの権利が性格を異にして回生債権と回生担保権に区分されれば、将来求償権者の権利を排除する必要はないと考えられる。この場合の実務は、債権者の回生債権と将来の求償権者の回生担保権の両方を認め、将来求償権者に対しては将来求償権の現実化の可能性を考慮して議決権を付与し、回生計画上の弁済方法もその現実化の可能性を考慮して状況に応じて定める方式で処理している。

#### 5) 主たる債務者に対して倒産手続が開始された場合と保証人に対して倒産手続が開始された場合の効力

主たる債務者に対して倒産手続が開始され、保証人に対しては倒産手続が開始されていない場合には、主たる債務者の倒産手続は債権者の保証人に対する権利行使に影響を及ぼさない。一方、保証人に対して倒産手続が開始される場合には、債権者は主たる債務者に対して先に債務の履行を請求しなければならないことが原則であるにもかかわらず、保証人の倒産手続において債権全額を基準に権利を行使することができる。

すなわち、主たる債務者の倒産手続開始の場合には保証債務の附従性に例外が認められ、保証人の倒産手続開始の場合には保証債務の補充性に例外が認められるのである。結局、倒産手続が開始される場合には、主たる債務と保証債務の独立債務としての性格が強調され、二つの債務の間に認められる附従性や補充性は弱まることになる。

### 3. 弁済充当

#### 1) 倒産手続における DES (出資への転換) の効力と保証人の債務に及ぼす影響

債務者回生法第 250 条第 2 項第 1 号によると、主たる債務者に対して倒産手続が開始された場合にその主たる債務者に対する回生計画は、債権者の保証人に対する権利には影響を及ぼさないので、回生計画によって主たる債務者に対する債権者の回生債権が減免される等の変更が生じて、保証人に対しては債権全額を請求することができる。

---

ではこのような内容を回生計画に明確に整理しておく例がほとんどである。

ところが、主たる債務者の回生計画によって回生債権の全部又は一部が出資に転換される場合にはどのように処理しなければならないのか問題になる。

これは DES（出資への転換）によって主たる債務が消滅するかどうかに関連する問題であるが、これについて学説は、i) DES によって新株を取得することを代物弁済とすると、保証人に対する権利を喪失することになり、債権が免除されるよりむしろ不利な結果がもたらされるため、債権者が新株を通じて現実的な金銭的満足を得るまでは弁済されたとはみることはできないとする不消滅説、ii) DES は現物出資の一手法として、その効力発生時に債権は消滅するので保証債務も消滅するとみる消滅説、iii) DES の対象となる株式の時価を基準に消滅範囲が決まるとみる時価評価額消滅説などに分かれている。

大法院は、回生手続において、回生計画によって回生債権の全部又は一部が出資に転換されることでその回生債権の弁済に代えることとした場合において、新株発行の効力発生日時を基準として、債権者が引受けた新株の時価を評価し、その評価額に相当する部分の債権が弁済されたものと解すべき旨の判示をしており、時価評価額消滅説をとっているものと評価されている<sup>9</sup>。また、大法院は、主たる債務者に対する回生計画で回生債権の弁済に代えて DES を実行することとした場合において、保証人の保証債務は、DES による新株発行の効力発生日を基準として、回生債権者が引受けた新株の時価を評価し、DES で弁済に代えることとした回生債権の額を限度として、その評価額に相当する債務額が弁済されるものと解すべきであると判断し、時価を基準とするが、弁済に代えることとした回生債権額を限度にすべきであることを明らかにした<sup>10</sup>。

このような大法院の態度に従うと、仮に回生債権 1 千万ウォンのうち 400 万ウォンに対して DES を実行することにした場合、その新株発行時の時価が 400 万ウォンより低い 300 万ウォンであるときは 300 万ウォンを基準に保証人の保証債務も消滅することになり、その新株発行時の時価が 400 万ウォンより高い 500 万ウォンであるときは 400 万ウォンを基準に保証人の保証債務が消滅することになると考えられる。DES は、基本的に弁済に代えるものであるため、債権が消滅するとみるのが妥当であるが、債権者の権利保護のために時価を基準に消滅するという折衷的態度をとっているように見える。利害関係を調整するための妥当な態度であると考えられる。ただし、その時価の算定において、上場会社の場合は市場価格が形成されているので大きな問題はないが、非上場会社の場合には問題が生じることもあり得る。しかし、一般的に純資産価値を基準に評価することになり、回生手続が開始される場合の多くは負債が資産を超えているため、実務上その価値評価が問題になることはほとんどない。

---

<sup>9</sup> 大法院2003.1.10.宣告2002ダ12703、12710判決、大法院2003.8.22.宣告2001ダ64073判決、大法院2015.4.9.宣告2014ダ54168判決参照。

<sup>10</sup> 大法院2003.1.10.宣告2002ダ12703、12710判決、大法院2009.11.12.宣告2009ダ47739判決、大法院2012.6.14.宣告2010ダ28383判決参照

## 2) 主たる債権・保証債権の区分と弁済条件の差

保証人の倒産手続において、債権者は、保証債権者であるにもかかわらず、倒産手続開始時の債権の全額を基準に権利を行使することができる。しかしながら、このような保証債権者は他の債権者と区別して弁済条件において差を設けることが一般的である。

旧会社整理法の下では、保証債権である整理債権について、主たる債務者から優先的に弁済を受け、主たる債務者から弁済を受けられないことが確定してから<sup>11</sup>保証債権者に弁済をするように定めており、仮に確定した場合であっても保証債権の場合には免除やDESの割合をあげて債権者と差を設ける方式で処理していた。

ところが、上記のような実務は現在の債務者回生法第243条第1項第4号で定めている「清算価値保障の原則」に反するという問題があり、現行債務者回生法の下では清算価値を保障する方向に変わっている。すなわち、保証債権者に対する現金弁済率を一般回生債権者と同一にしつつ、ただし保証債権者には主たる債務者から先に弁済を受けるようにして、その債務不履行があれば、保証債務者から弁済を受けられる方式に変更された<sup>12</sup>。

## 4. 物上保証

物上保証人の場合にも、保証の場合とほぼ同一扱いをしている。債務者回生法第250条第2項は、債務者以外の者が回生債権者又は回生担保権者のために提供した担保は、回生計画の影響を受けないと定めているので、主たる債務が回生計画によって減免等の権利変更があった場合であっても、物上保証人に対する担保権の実行には影響がない。

物上保証人の求償権行使に関しても保証とほぼ同一であるが、物上保証人が自ら担保として提供した担保物の換価で債権の全額を弁済した場合にのみ回生手続において求償権を行使ことができ、債権者の債権の一部だけ弁済したことで弁済されていない部分が残っている場合には求償権を行使することはできない。

---

<sup>11</sup> 結局、主たる債務者に対しても回生手続又は破産手続が開始され、その手続により弁済を受けられないことが確定してからこの条件が満たされるということであり、主たる債務者に資力がある場合にはこの条件を満たしていると解することは難しい。さらに、主たる債務者に対して回生手続又は破産手続が開始された場合においても、その終結日までは「確定したもの」とみなされなかった。そのため、事実上、旧会社整理法の下では保証債権者が弁済を受けるケースは極めて少なかった。

<sup>12</sup> 回生計画案の一般的な記載方式として、主たる債務者から優先的に弁済を受けるよう定めるものの、主たる債務者の債務不履行状態が回生計画認可日以後1年以上続く場合には弁済を受けられるように定めている。



## 5. 倒産時における保証人の免責の可能性

前述したように主たる債務者に対して倒産手続が開始されたとしても、保証人及び物上保証人に対する債権者の権利は影響を受けないので、主たる債務者が免責されたり債務の減免を受けたりしても、保証人・物上保証人は免責等を受けることができない。

これに関して、保証人が主たる債務の消滅時効の経過による免責を主張できるか否かが問題になるが、大法院は、主たる債務である回生債権者が消滅時効期間の経過前に債務者回生法第 251 条によってその権利を失ったとすれば、これ以上主たる債務の消滅時効の進行や中断が問題になる余地がないため、このような場合、保証人は保証債務自体の消滅時効完成のみを主張することができ、主たる債務の消滅時効の完成を援用することはできないと判断し、これを否定した<sup>13</sup>。

基本的に保証制度は主たる債務者が弁済能力を喪失した際に、これを代わりに弁済するための制度という点に鑑みると、主たる債務者の倒産手続開始で保証人も免責されると解することは難しいと考えられる。したがって、保証人の債務は債権者が主たる債務者から実際に弁済を受けた場合に限定して縮減することが望ましく、倒産手続における保証の扱いはこのような大原則に基づいて設けられたものであると理解できる。

以上

---

<sup>13</sup> 大法院2016.11.9.宣告2015ダ218785判決