

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2009다76362 출자지분확인청구
원고, 상고인	회생채무자 제일지엠비 주식회사의 관리인 원고 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 허보열 외 1인
피고, 피상고인	전문건설공제조합 소송대리인 법무법인 화우 담당변호사 이선애 외 2인
원 심 판 결	서울고등법원 2009. 8. 20. 선고 2009나12650 판결
판 결 선 고	2011. 11. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시 증거를 종합하여, 피고는 건설산업기본

법에 의하여 설립되어 전문건설업자에게 필요한 보증업무와 자금의 융자업무 등을 주된 사업으로 하는 법인인데, 제일지엠비 주식회사(이하 '채무자'라고 한다)는 피고의 조합원으로서 피고에 대하여 200좌의 출자지분을 보유하고 있던 중, 2006. 6. 23. 피고와 한도거래약정을 체결하고 위 200좌 출자지분에 대한 출자증권을 피고에게 담보로 제공하여 질권을 설정하여 준 다음 144,000,000원을 융자받은 사실, 채무자는 2007. 5. 29. 최종 부도가 나고 회생절차 개시신청을 하여 2007. 6. 29. 회생절차개시결정을 받았으며, 원고가 그 관리인으로 선임된 사실, 피고는 2007. 6. 7.경 채무자에게 채무자의 2007. 5. 30.자 당좌거래정지로 인하여 위 융자금 채무의 기한의 이익이 상실되었음을 통지하고, 2007. 6. 28. 질권 실행을 위하여 위 200좌 중 165좌에 대한 출자증권(이하 '이 사건 출자증권')을 취득하여 자신 앞으로 명의개서한 다음, 2007. 7. 2. 채무자에 대한 융자원리금 채권 144,364,410원으로 이 사건 출자증권의 취득대금 145,843,335원에서 취득비용 729,210원을 공제한 145,114,125원의 채무와 대등액에서 상계한다는 취지의 의사표시를 원고에게 통지한 사실을 인정하였다.

그리고 원심은 위 인정사실을 바탕으로, 피고가 채무자의 회생절차개시 신청이 있은 후 이 사건 출자증권을 취득하여 위 융자원리금 채권의 변제에 충당하거나 위 융자원리금 채권으로 이 사건 출자증권 취득대금 채권과 상계한 것은, 그 상계의 의사표시에 채무자의 행위가 전혀 포함되어 있지 아니하고 그 효과를 채무자의 행위와 동일시할 수 있는 것도 아니며, 달리 피고가 채무자와 통모하는 등 피고의 이 사건 출자증권 취득 및 상계를 채무자의 행위와 동일시할만한 사유도 인정되지 아니하고 그로써 채권자 사이의 공평을 해한다고 볼 수도 없어 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제100조 제1항 제2호의 부인의 대상이 될 수 없고, 같은 법 제104조 소정의 집행행위의 부인에 관

한 규정을 유추적용할 필요도 없다는 이유로, 피고의 이 사건 출자증권의 환가 및 위 용자원리금 채권에의 변제충당을 부인한다는 원고의 예비적 주장을 배척하였다.

2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

가. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라고 한다)상의 부인은 원칙적으로 채무자의 행위를 대상으로 하는 것이고, 채무자의 행위가 없이 채권자 또는 제3자의 행위만 있는 경우에는 채무자가 채권자와 통모하여 가공하였거나 기타의 특별한 사정으로 인하여 채무자의 행위가 있었던 것과 같이 볼 수 있는 예외적 사유가 있을 때에 한하여 부인의 대상이 될 수 있다(대법원 2002. 7. 9. 선고 99다73159 판결, 대법원 2004. 2. 12. 선고 2003다53497 판결 등 참조). 그러나 채무자회생법 제104조 후단에 의하면 부인하고자 하는 행위가 집행행위에 의한 것인 때에도 부인권을 행사할 수 있는바, 집행행위를 채무자회생법 제100조 제1항 제2호에 의하여 부인함에 있어서는 반드시 그것을 채무자의 행위와 같이 볼만한 특별한 사정이 있을 것을 요하지 아니한다. 왜냐하면 채무자회생법 제104조에서 부인하고자 하는 행위가 '집행행위에 의한 것인 때'는 집행법원 등 집행기관에 의한 집행절차상의 결정에 의한 경우를 당연히 예정하고 있다 할 것인데 그러한 경우에는 채무자의 행위가 개입할 여지가 없고, 또한 채무자회생법 제100조 제1항 각호에서 부인권의 행사 대상인 행위의 주체를 채무자로 규정한 것과 달리 제104조에서는 아무런 제한을 두지 않고 있기 때문이다. 그리고 이 경우 집행행위라 함은 집행권원이나 담보권의 실행에 의한 채권의 만족적 실현을 직접적인 목적으로 하는 행위를 의미하고, 담보권의 취득이나 설정을 위한 행위는 이에 해당하지 않는다고 볼 것이다.

한편 채무자회생법 제104조의 집행행위는 원칙적으로 집행기관의 행위를 가리키는

것이지만, 집행기관에 의하지 아니하고 질권자가 직접 질물을 매각하거나 스스로 취득하여 피담보채권에 충당하는 등의 행위에 대해서도 집행기관에 의한 집행행위의 경우를 유추하여 채무자회생법 제102조 제1항 제2호에 의한 부인권 행사의 대상이 될 수 있다고 할 것이다. 이와 같이 보지 아니하면 동일하게 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 질권의 실행행위임에도 불구하고 집행기관에 의하는지 여부라는 우연한 사정에 따라 부인의 대상이 되는지 여부가 달라져서 불합리하기 때문이다.

또한 집행행위에 대하여 부인권을 행사할 경우에도 행위주체의 점을 제외하고는 채무자회생법 제100조 제1항 각호 중 어느 하나에 해당하는 요건을 갖추어야 할 것이므로, 제2호에 의한 이른바 위기부인의 경우에는 그 집행행위로 인하여 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 등의 요건이 충족되어야 한다. 이 경우 회생채권자 등을 해하는 행위에 해당하는지 여부를 판단할 때는 회생절차가 기업의 수익력 회복을 가능하게 하여 채무자의 회생을 용이하게 하는 것을 목적으로 하는 절차로서, 파산절차와 달리 담보권자에게 별제권이 없고 회생절차의 개시에 의하여 담보물권의 실행행위는 금지되거나 중지되는 등 절차적 특수성이 있다는 점 및 집행행위의 내용, 집행대상인 재산의 존부가 채무자 회사의 수익력의 유지 및 회복에 미치는 영향 등 제반 요소를 종합적으로 고려하여 정할 것이다.

나. 이러한 법리에 비추어 볼 때, 원심이 확정된 바와 같이 피고가 2007. 6. 28. 이 사건 출자증권을 취득하여 자기 앞으로 명의개서를 하고 2007. 7. 2. 채무자에 대한 유자원리금채권과 이 사건 출자증권의 취득대금 등을 대등액에서 상계하는 의사표시를 통지한 이상, 그로써 이 사건 출자증권에 대한 질권을 확정적으로 실행하였다고 할 것이니, 그에 대해서는 채무자회생법 제104조 후단의 집행행위에 준하여 채무자회생법

제102조 제1항 제2호에 의한 부인권 행사의 대상이 될 수 있다고 할 것이다.

나아가 기록에 의하면 채무자는 유리를 제조·가공하여 건설현장 등에 납품, 시공하는 업체인데, 채무자가 유리 납품계약을 체결하는 등 그 사업을 영위하기 위해서는 피고가 발급하는 입찰보증서, 공사이행보증서, 하자보수보증서 등 각종 보증서가 필요하고, 이 때 피고의 정관 등에 따르면 그 보증서의 보증한도는 해당 조합원이 출자증권에 의하여 보유하고 있는 피고에 대한 출자지분의 금액을 기준으로 정하는 사실을 알 수 있다. 따라서 이 사건 출자증권은 채무자가 영업을 계속하기 위하여 필요한 주요 자산으로서, 피고가 이를 취득함으로써 채무자의 회생에 현저한 지장을 가져올 것임을 쉽게 예상할 수 있으므로, 피고의 이 사건 출자증권 취득행위는 특별한 사정이 없는 한 회생채권자 등을 해하는 것이라고 봄이 상당하다.

그렇다면, 피고가 2007. 6. 28. 이 사건 출자증권을 취득한 행위는 채무자회생법 제100조 제1항 제2호에 의하여 부인될 수 있다고 할 것이고, 그 결과 피고가 2007. 7. 2. 위 용자원리금 채권과 이 사건 출자증권의 취득대금 채무를 상계한 행위는 그 효력이 유지될 수 없음이 분명하다.

다. 따라서 원심이 그 판시의 이유만으로 원고의 예비적 주장을 배척한 것은 채무자회생법상 회생절차에서 부인권 행사의 대상 내지 요건에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 범한 것이라고 할 것이고, 이러한 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박일환

 대법관 신영철

주 심 대법관 박병대