

한일비교연구: 기업회생법상 부인권*

박 승 두**

차 례

- I. 서 론
- II. 부인권 행사의 대상
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 한국
 - 3. 일본
 - 4. 상호 비교
- III. 부인권의 행사방법
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 한국
 - 3. 일본
 - 4. 상호 비교
- IV. 부인권 행사의 효과
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 한국
 - 3. 일본
 - 4. 상호 비교
- V. 부인권의 제한과 소멸
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 한국
 - 3. 일본
 - 4. 상호 비교
- VI. 결 론

* 이 논문은 2013 ~ 2015학년도에 청주대학교 사회과학연구소가 지원한 학술연구조성비(특별연구 과제)에 의해 연구되었음.

** 청주대학교 법학과 교수, 법학박사

접수일자 : 2015. 4. 30. / 심사일자 : 2015. 5. 29. / 게재확정일자 : 2015. 5. 30.

I. 서론

우리나라와 일본은 모두 기업회생절차¹⁾에서 부인권에 관한 규정을 두고 있다. 그 이유는 ‘기업회생’과 ‘부인권’은 필수불가분의 관계에 있기 때문이다. 기업을 회생시키기 위해서는 과거의 불합리한 요소를 걷어내고 향후 생산적인 활동에 주력함으로써 기업의 재무건전성을 확보하여야 하고, 부인권은 과거 잘못된 거래를 무효화시키는 제도이기 때문에 기업회생을 위해서는 불가피한 제도라 해석된다.

부인권을 행사하는 자는 관리인이다. 회생절차의 개시결정과 함께 회사에 대한 경영관리권은 모두 관리인에게 전속된다. 채무자회생법은 미국식 DIP제도²⁾를 채택하여 원칙적으로 기존 경영자가 관리인을 맡아 계속 경영권을 행사하도록 할 뿐만 아니라 관리인을 선임하지 않고 기존 경영자가 그대로 경영권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 이 경우에는 기존의 경영자를 법률상 관리인으로 본다.

일본에서도 회사갱생절차개시의 효력으로, 갱생회사 소속재산에 대한 관리처분권이 갱생관재인에게 전속된다. 회사갱생절차개시 전에는 특별히 보전처분이나 보전관리명령이 내려진 경우를 제외하고, 회사의 재산에 관한 갱생회사의 관리처분권은 아무런 제한도 받지 않으며, 갱생회사가 자신의 재산을 제3자에게 양도하거나 특정의 채권자에게 채무를 변제하는 것을 막을 수 없다. 그러나 갱생회사의 지급불능의 상태, 즉 책임재산을 가지고 자신의 채무를 완제할 수 없을 뿐만 아니라 차입을 통하여 자력을 보충할 수도 없는 상태는, 개시결정 시점에 생기는 것이 아니라 그 이전의 회사갱생절차개시 신청 혹은 지급정지시

1) 우리나라에서는 기업회생절차는 광의와 협의로 구분되는데, 전자에는 ① 채무자회생법상 기업회생절차, ② 기업구조조정촉진법상 절차, ③ 사적 절차인 워크아웃절차(Work Out)를 모두 포함하는 개념이고, 후자는 ①에 한정되는 개념이며, 이 논문에서는 후자만을 연구대상으로 하였다.

일본에서도 마찬가지로 광의의 기업회생절차에는 ① 회사갱생법상 회사갱생절차, ② 민사재생법상 민사재생절차, ③ 회사법상 회사정리절차, ④ 사적 정리를 모두 포함하지만, 이 논문에서는 ①만을 연구대상으로 하였다.

2) DIP는 미국법상 Debtor in Possession(기업에 대한 계속 점유권을 가지는 채무자)을 말하며, 우리법의 구체적인 내용은 미국법과 동일하지 않으므로, 우리법상 제도를 ‘변형DIP제도’ 혹은 ‘유사DIP제도’라 부르는 것이 정확하다. 그러나 전체적으로 유사한 제도라는 점에서 일반적으로 ‘DIP제도’라 부른다. 박승두, 『통합도산법분석』, 법률SOS, 2005, 320쪽.

에 생길 가능성이 있다. 따라서 갱생관재인은 자신이 선임되기 이전의 거래관계를 분석하여 부당하다고 생각되는 것에 대하여 부인권을 행사하여 그 효력을 무효화할 수 있다.³⁾

그러나 실제 부인권을 행사하는 것은 그리 간단한 문제가 아니다. 채무자회생법이 시행된 지도 10년째로 접어들었지만 아직도 부인권의 행사와 관련하여 학설의 대립과 실무의 혼란이 계속되고 있다. 이러한 부인권에 관하여 제기되는 쟁점의 구체적인 내용을 보면, 우선 부인권 행사의 대상에 관하여는 행위의 주체, 집행행위·담보권 실행행위·상계행위 등에서 해석상 문제가 제기되고 있다. 둘째, 법률은 부인권의 행사방법으로 부인의 소, 부인의 항변, 부인의 청구 3가지를 규정하고 있는데, 이 3가지 이외의 다른 방법으로도 행사할 수 있느냐 하는 것이 문제된다. 셋째, 부인권 행사의 효과에 관하여 회사로부터 이탈되었던 재산의 원상회복 방법이 문제된다. 마지막으로, 일정한 경우 부인권 행사를 제한하고, 일정기간이 경과한 후에는 부인권을 행사하지 못하도록 하고 있는데, 그 기준이 문제된다.

이 연구는 이러한 쟁점들에 관하여, 우리법과 우리법의 모법인 일본법을 비교·연구하고자 한다. 역사적으로 보면, 일본의 회사갱생법은 1949년 제정된 후, 1967년 개정을 거쳐 2002년 전면 개정되었다.⁴⁾ 우리나라에서는 1962년 최초로 이 일본의 회사갱생법을 계수하여 회사정리법이 제정되었으며, 2005년 제정된 현재의 채무자회생법에도 상당부분 이 법의 내용이 내포되어 있다. 특히 부인권에 관하여는 2004년 일본의 회사갱생법 개정시 대폭 개정하였고, 우리도 일본법의 계수후 일부 개정하였기 때문에, 처음에는 동일한 제도에서 출발하였으나 현재는 상당부분 차이점이 있다. 따라서 향후 우리법의 합리적인 운용을 위해서는 이에 관한 상호 비교·연구가 필요하다고 생각한다. 이하 ① 부인권 행사의 대상, ② 부인권의 행사방법, ③ 부인권 행사의 효과, ④ 부인권의 제한과 소멸 등 크게 4가지 사항들에 관하여 검토하고자 한다.⁵⁾

3) 伊藤眞, 『會社更生法』, 有斐閣, 2012, 372頁.

4) 宮川勝之·須藤英章, 『新會社更生法解説』(三省堂, 2003)과 徳田和幸, “新會社更生法のあらましと残された課題”(『ジュリスト』, No.1241, 2003.3)는 저서 및 논문의 제목에서 ‘신회사갱생법’이란 용어를 사용하고 있다.

5) 이하 한국법상 부인권에 관하여는 박승두, “기업회생절차상 부인권의 쟁점”, 『한양법학』, 제24권 제1집, 한양법학회, 2013.2 참조.

II. 부인권 행사의 대상

1. 문제의 제기

기업회생법은 부인권을 행사할 수 있는 대상(이하 ‘부인대상행위’라 한다)을 ① 고의행위, ② 무상행위, ③ 비의무 위기행위,⁶⁾ ④ 의무 위기행위⁷⁾ 등으로 구분하고 있다(제100조 제1항).

그러나 일본의 회사갱생법은 크게 ① 사해행위와 ② 편파행위로 규정하고 있다.⁸⁾ 예를 들어, 채무자가 그 재산을 제3자에게 무상으로 증여하거나 시가 이하로 매각하는 것은 원칙적으로 재산권의 자유로운 행사에 의해 제한을 받지 않는다. 그러나 지급능력이 부족한 채무자에게 이러한 행위를 자유롭게 인정하면, 채권자에 대한 책임재산을 더욱 감소시켜 일반 채권자의 이익을 해한다. 또한, 지급능력이 없는 경우에 특정의 채권자에 대해서만 채무자가 변제를 하려는 것을 인정하면, 다른 채권자와의 평등을 해치게 된다. 전자와 같이 채권자 전체에 대한 책임재산을 절대적으로 감소시키는 행위를 ‘사해행위’라 부르며, 후자와 같이 채권자 평등에 반하는 행위를 ‘편파행위’라 부른다.⁹⁾

이러한 부인대상행위의 범위에 관하여는 행위의 주체, 집행행위·담보권 실행행위·상계행위 등에서 해석상 문제가 제기되고 있다.

2. 한국

(1) 부인대상행위의 주체

부인대상행위의 주체에 관하여, 채무자회생법은 “채무자가 ...한 행위”라고 규정하여 법규정만 보면 반드시 채무자의 행위에 한정되는 것처럼 보인다.

6) 이를 비본지행위(非本旨行爲)라 부르기도 하지만, 일본식 용어라 타당하지 않다고 생각한다.

7) 이를 본지행위(本旨行爲)라 부르기도 하지만, 일본식 용어라 타당하지 않다고 생각한다.

8) 일본에서는 2004년 신파산법이 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는데, 부인권에 관한 규정을 대폭 개선하였다. 신파산법은 부인권을 크게 ① 사해행위와 ② 편파행위로 대별하여 규정하였다. 이에 따라 회사갱생법과 민사재생법도 부인권에 관한 규정도 동일하게 변경하였다(파산법의 시행에 따른 관련법률의 정비 등에 관한 법률): 宗田親彦, “更生手續·再生手續における否認權の行使”, 清水 直編著, 『企業再建の眞髓』, 商事法務, 2005, 333~334頁.

9) 伊藤眞, 앞의 책, 372頁.

이에 관하여 해석론으로는 일반적으로 부인권은 과거 채무자의 행위를 부인하는 것이지만, 반드시 채무자의 행위에 한정되느냐에 관하여 학설이 대립하고 있다.¹⁰⁾

우리나라의 학설은 ① 채무자행위필요설과 ② 채무자행위불요설, 그리고 ③ 절충설로 나누어진다.

첫째, 채무자행위필요설은 고의부인의 경우에는 관리인이 내심의 의사인 회사의 사해의사를 직접 입증한다는 것은 현실적으로 어려우므로 간접사실로서 회사의 가공행위 또는 이와 동일시할 수 있는 객관적 사정을 입증함으로써 사해의사의 존재를 추인할 수밖에 없기 때문에, 회사의 행위 또는 적어도 동인이 채권자나 제3자의 행위에 협력가공하였거나 협력가공하였다고 볼 수 있는 객관적 상황이 필요하다고 한다. 그러나 위기부인이 회사의 사해의사를 요건으로 하지 않아도 법문상 회사의 행위를 요건으로 하고 있는 이상 회사의 행위가 전혀 필요없다고 해석하는 것은 너무 지나치지만, 제3자의 행위가 위기부인의 대상이 되기 위하여서는 적어도 그 행위의 효과를 회사의 행위와 동일시할 수 있어야 한다¹¹⁾고 하거나 일반론으로 회사의 행위가 개입되지 않은 경우에도 부인권 행사가 가능하다고 볼 수 없다¹²⁾고 한다.

그리고 채무자행위불요설은 행위주체에 따라 부인대상 여부를 판단하기 보다는 행위의 유형별로 부인의 가능여부를 확정하여야 한다¹³⁾고 주장한다.

마지막 절충설은 고의부인은 채무자의 사해의사를 요건으로 하고 있으므로 채무자의 행위가 필요하다고 보지만, 위기부인은 채무자의 주관적 요건은 문제되지 않으므로 반드시 채무자의 행위일 필요는 없다¹⁴⁾고 한다.

그리고 판례는 채무자행위필요설의 입장이다. 즉 부인은 원칙적으로 채무자의 행위를 대상으로 하는 것이고, 채무자의 행위가 없이 채권자 또는 제3자의

10) 박승두, 앞의 “기업회생절차상 부인권의 쟁점”, 313쪽.

11) 박성철, “회사정리절차 및 화의절차에 있어서의 부인권”, 법원도서관, 재판자료 제86집, 『회사정리법·화의법상의 제문제』, 2000.7.15, 699쪽; 강형모, “통합도산법상 부인권의 요건과 효과에 관한 연구”, 충남대학교 대학원 석사학위논문, 2010, 50~51쪽; 양형우, “회생절차에서의 담보권 실행행위에 대한 부인”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』, 제423호, 2012, 66쪽.

12) 임채웅, “담보권의 임의적 실행행위와 부인권에 관한 연구—대법원 2003.2.28 선고 2000다 50275 판결을 중심으로”, 서울대학교 금융법센터, 『BFL』, 제1호, 2003, 79쪽.

13) 김형두, “담보권의 실행행위에 대한 관리인의 부인권—대법원 2003.2.28 선고 2000다 50275 판결”, 『민사판례연구』(26), 박영사, 2004, 563쪽.

14) 강대성, “부인권의 법리”, 『민사재판의 제문제』(하), 이시윤박사 화갑기념논문집, 1995, 584쪽; 전병서, 『도산법』, 법문사, 2006, 234쪽.

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 있다¹⁵⁾고 한다.

(2) 집행행위 및 담보권 실행행위

먼저 집행행위의 부인에 관하여 보면, 채무자회생법은 부인권은 부인하고자 하는 행위에 관하여 집행력 있는 집행권원이 있는 때와 그 부인하고자 하는 행위가 집행행위에 기한 행위인 때에도 행사할 수 있다(제104조). 집행행위에 대하여 부인하기 위해서는 고의행위, 위기행위, 무상행위 등의 요건을 충족하여야 한다.¹⁶⁾

그리고 채권자의 담보권 실행행위에 관하여는 판례가 나누어져 있는데, 부정적인 판례는 채무자의 행위가 없어 부인의 대상이 되지 않는다¹⁷⁾고 보고, 긍정적인 판례는 회생절차내에서 담보권 실행의 금지, 집행행위에 대한 부인권의 인정 등을 감안할 때 담보권 실행행위도 부인의 대상이 된다¹⁸⁾고 한다. 그리고 담보권 실행과 동시에 상계가 행해진 경우 부인권의 대상이 되느냐에 관하여, 학설은 상계는 채권자의 일방적인 행위이므로 일반적인 방법에 의하여 부인될 수는 없고, 채무자와 통모하였다는 점 등의 특별한 사정이 있어야 비로소 부인될 수 있다¹⁹⁾고 하고, 판례는 과거 상계권의 행사는 부인권의 대상이 되지 않지 않는다²⁰⁾고 해석하였다. 다만 상계적상을 가져오는 채무자의 행위가 부인대상이 되는 경우 이를 부인하면, 실질적으로는 회생채권자의 상계를 부인하는 효과가 발생할 수 있다²¹⁾고 보았다. 그 후 대법원 판례²²⁾는 집행행위가 부인권의 대상이 되므로 담보권 실행행위도 부인권의 대상이 된다는 단순논리로 판단하고 있지만, 이는 타당하지 않다고 본다.²³⁾

15) 대법원 2004.2.12. 선고 2003다53497 판결; 대법원 2011.10.13. 선고 2011다56637, 56644 판결.

16) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다28746 판결.

17) 대법원 2002.7.9. 선고 2001다46761 판결; 대법원 2002.7.9. 선고 99다73159 판결.

18) 대법원 2003.2.28. 선고 2000다50275 판결.

19) 임채웅, “공격방어방법으로서의 부인권 행사에 관한 연구”, 홍익대학교 법학연구소, 『홍익 법학』, 제10권 제3호, 2009, 289쪽.

20) 대법원 2002.7.9. 선고 99다73159 판결; 서울고등법원 2002.5.1. 선고 2001나53570 판결.

21) 대법원 1993.9.14. 선고 92다12728 판결.

22) 대법원 2011.11.24. 선고 2009다76362 판결.

3. 일본

(1) 부인대상행위의 주체

일본에서도 부인대상행위의 주체에 관하여 학설이 대립하고 있다. 먼저 채무자행위필요설은 채무자의 행위가 있어야 한다는 견해²⁴⁾인데, 채무자의 행위가 없더라도 이와 동일시할 수 있는 행위가 필요하다²⁵⁾고 한다. 후자는 원칙적으로 채무자의 행위가 있어야 하지만, 예외적으로 형식상 채무자의 행위가 아니지만 그 행위의 사법상의 효과가 채무자의 행위와 동일시할 수 있을 때에는 채권자 또는 제3자의 행위도 부인의 대상이 된다고 한다.

그리고 채무자행위불요설은 이러한 요건이 필요하지 않다²⁶⁾는 견해이다. 마지막 절충설은 고의부인의 경우에는 채무자의 가공행위 또는 이와 동일시할 수 있는 상황이 필요하지만, 위기부인의 경우에는 필요하지 않다고 한다.²⁷⁾ 이처럼 종전에는 법규정에 충실하게 채무자행위필요설이 통설이었으나, 이제 절충설과 채무자행위불요설이 다수이다.

이에 관하여 판례도 일치되지 않고 있지만,²⁸⁾ 파산법상의 부인에 관한 파산자의 행위에 대한 판례를 보면, 집행행위의 부인을 고의부인으로 보는 경우에는 파산자가 악의로 강제집행을 초래했든가 파산자가 스스로 변제하였다면, 악의를 가지고 했다고 인정되는 상황에 있었는지의 여부를 따져 보아야 한다. 그러나 위기부인을 주장하는 것이라면 파산자의 가공행위 또는 이와 동시되는 상황은 필요하지 않다고 한다.²⁹⁾ 또한, 파산자가 가공하여 채권자의 대물변제완결권 행사를 초래한 경우에도 채권자의 예약완결행위를 위기부인의 대상으로 한

23) 구체적인 내용은 박승두, “상계에 대한 부인권 행사 관련 판결의 부당성-대상판결: 대법원 2011.11.24. 선고 2009다76362판결-”, 『법학논총』, 제29집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2012. 12. 참조.

24) 兼子一, 『強制執行法・破産法』, 弘文堂, 1962, 213頁; 中村宗雄, 『破産法原論』, 風間書房, 1954, 94頁.

25) 伊藤眞, 『破産法・民事再生法』, 有斐閣, 2007, 382~383頁.

26) 加藤政治, 『破産法研究』 第9卷, 有斐閣, 1936, 245頁 이하; 板木郁郎, 『否認權に關する實証的研究』, 立命館出版部, 1943, 22頁; 齊藤 秀夫外編, 『注解 破産法』(上), 青林書院, 1999, 443頁.

27) 山木戸 克己, 『破産法』, 青林書院新社, 1974, 189頁; 谷口安平, 『倒産處理法』, 筑摩書房, 1980, 255頁; 兼子一監修, 『條解會社更生法』(中), 弘文堂, 1999, 24頁.

28) 齊藤 秀夫外編, 앞의 책, 442頁.

29) 日本 最高裁判所, 1962.12.6. 判決, 1973.12.21. 判決, 1982.3.30. 判決.

다³⁰⁾. 다른 한편, 파산자가 행한 채권양도에 대해 행해진 제3채권자의 승낙 혹은 채권자에 의한 상계의 의사표지 등의 위기부인에 관해서는, 파산자의 행위가 인정되지 않기 때문에 부인의 여지가 없다고 한다.³¹⁾ 이러한 판례들은 모두 회사갱생법상 갱생회사의 행위로 대체하여도 마찬가지 일 것이다.

일본의 현행법은, 부인유형으로 고의부인과 위기부인 대신 사해행위부인과 편파행위부인을 규정하였다. 사해행위 부인 가운데 갱생회사의 채권자를 해하려는 의사를 요건으로 하는 경우에는, 이를 인정하기 위한 자료로 갱생회사 자신의 행위 혹은 갱생회사의 가공행위 또는 이와 동일시되는 제3자의 행위가 요구된다. 그러나 사해행위부인에서도 갱생회사의 주관적 요건이 불필요한 경우, 무상행위 부인의 경우 및 편파행위 부인 등의 경우에는, 예를 들어 제3자의 행위이어도 그 효과에 있어서 갱생회사의 행위와 동일시된다고 인정되면 그에 대한 부인의 성립을 인정할 수 있다. 법문으로 보아, 갱생회사의 행위를 전혀 불필요로 하는 것은 해석론으로서 조금 지나치지만, 제3자의 행위가 채무소멸 등의 효과에 있어서 갱생회사의 행위와 동일시된다면, 부인이 인정된다.³²⁾

(2) 집행행위 및 담보권 실행행위

사해행위나 편파행위는 각각 부인의 대상이 되지만, 같은 행위가 집행권원을 가지는 채권자를 수익자로 행해지거나 집행기관에 의한 집행행위를 통해 행해진 경우에도, 갱생채권자 등에 대한 유해성에는 차이가 없다. 여기서 부인대상행위에 대해 집행력이 있는 집행권원이 있거나 그 행위가 집행행위에 의한 경우에도, 부인권을 행사할 수 있다. 다시 말하면, 집행행위의 부인이란 집행행위자체에 대해 새로운 부인의 종류를 둔 것이 아니라, 집행권원이나 집행행위가 개재되더라도 갱생회사 등의 행위에 대한 사해행위부인이나 편파행위부인이 가능한 것은 명백하다. 그리고 집행행위로는 금전집행만이 아니라, 물건의 인도를 요구하는 등의 비금전집행도 갱생회사채산을 감소시키는 것이면 모두 포함된다.

그리고 채권자의 담보권 실행행위에 관하여도 학설의 대립이 있다. 긍정설은 담보권자도 회생절차에 따른 권리행사의 제약을 받게 되므로, 절차개시 전의

30) 日本 最高裁判所, 1968.11.15. 判決.

31) 日本 最高裁判所, 1965.3.9. 判決, 1966.4.8. 判決.

32) 伊藤眞, 앞의 책, 380頁.

담보권의 행사나 담보권자에의 변제를 부인할 수 있다고 해석하고,³³⁾ 이를 지지하는 판례도 있다.³⁴⁾ 그러나 부정설은 담보권자는 담보물의 담보가치에 대하여 배타적 지배권을 지니고 있는 이상 유해성을 가지지 아니하여 부인의 대상이 되지 않는다고 한다.

상계권을 행사하면서 담보로 제공된 예금증서나 출자증권 등을 실행 혹은 처분하는 경우, 채무자회생법상 관리인이 행사하는 부인권의 대상이 되느냐가 문제된다. 이에 관하여 학설은 상계는 채권자의 행위만 있을 뿐 부인의 대상이 되는 채무자의 행위를 포함하고 있지 아니하고, 상계를 부인하여도 원래 채권의 부활로 채권자가 다시 상계를 할 수 있으며, 상계제도는 상계의 기대를 보호하려는 것인데 부인을 인정하게 되면 상계권을 인정할 취지가 상실된다는 이유에서 상계를 부인의 대상으로 보지 아니하거나,³⁵⁾ 상계금지와 부인권은 동일한 목적을 가지지만 회사재산의 보전을 위하여 방어하는 범위를 서로 달리하는 것이므로 전자에 해당하지 않는 이상 상계권의 행사는 후자의 대상이 되지 않는다.³⁶⁾ 상계의 기초가 되는 채권, 채무를 부인할 수 없는 경우에도 상계의 부인을 허용하는 것은 법의 의의를 상실시킨다³⁷⁾고 한다. 그리고 판례도 파산의 경우에 파산채권자가 한 상계권 행사 자체는 파산자의 행위를 포함하고 있지 않으므로 부인권의 대상이 되지 않는다³⁸⁾거나 상계권은 상계제한에는 해당되어도 부인권의 대상은 되지 않는다³⁹⁾고 한다.

4. 상호 비교

부인대상행위의 주체에 관하여, 우리나라와 일본은 모두 ① 채무자행위필요설과 ② 채무자행위불요설, 그리고 ③ 절충설로 나누어진다. 우리나라의 학설과 판례는 ① 채무자행위필요설을 취하면서, 엄격하게 해석하지 않고 원칙적으로 채무자의 행위를 대상으로 하지만, 채무자의 행위가 없더라도 채무자가 채권자

33) 兼子一監修, 앞의 책, 6頁.

34) 大阪地方法院, 1997.12.18. 判決.

35) 谷口安平, 앞의 책, 244頁.

36) 佐藤鐵男, “相殺と否認”, 『倒産判例百選』, 有斐閣, 2002, 81頁.

37) 谷口安平外, 『現代倒産法入門』, 法律文化社, 2002, 144頁.

38) 日本 最高裁判所, 1966.4.8. 判決.

39) 日本 最高裁判所, 1965.4.22. 判決.

와 통모하여 가공하였거나 기타의 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 채무자의 행위가 있었던 것과 같이 확대 해석하고 있다. 일본의 학설과 판례도 과거 우리와 동일하게 해석하였으나, 이제 ② 채무자행위불요설과 ③ 절충설을 더욱 확대된 견해를 취하고 있다.

그리고 집행행위의 부인에 대하여는 부인의 요건을 충족하면 부인의 대상이 된다는 점에서 우리나라와 일본의 해석은 동일하다. 상계에 관하여 우리나라의 학설과 판례는 아직 정립되지 못하고 있으나, 일본에서는 상계의 대상이 되는 것은 부인의 대상이 되지 않는다는 점에 학설과 판례는 일치하고 있다.

Ⅲ. 부인권의 행사방법

1. 문제의 제기

우리나라와 일본 모두 기업회생법은 부인권의 행사방법으로 ① 부인의 소, ② 부인의 항변, ③ 부인의 청구 3가지를 규정하고 있다(회생 제105조 제1항, 일회 제95조 제1항). 이 중 어느 방법을 선택하느냐 하는 것은 관리인의 재량이며, 부인권 행사의 상대방도 수익자 또는 전득자 중 어느 일방 또는 쌍방을 상대로 하여 행사할 수 있다.⁴⁰⁾

그런데 여기서 문제되는 것은, 법률에서 규정한 위 3가지 방법의 구체적인 행사방법은 무엇이나 하는 점과 법률에서 규정한 위 3가지 이외의 다른 방법으로도 부인권을 행사할 수 있느냐 하는 점이다. 즉, 부인권의 방법에 관한 위 법률의 규정이 절대적인 것이냐 아니면 예시규정이냐는 해석에 관한 것이다.

2. 한국

(1) 부인의 소

부인권의 행사방법은 채무자회생법 제105조 제1항⁴¹⁾에서 규정하고 있는데,

40) 수익자와 전득자 쌍방을 상대로 소를 제기하는 경우 필수적 공동소송이 아니라 통상의 공동소송이 된다. 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무』(상), 박영사, 2015, 338쪽.

그 대표적인 것이 소송이다. 그 구체적 방법에 관하여는 견해가 나누어져 있다.

즉 ① 부인의 대상인 행위의 상대방에 대한 형성의 소에 의하여 행사된다는 설, ② 일탈재산의 반환을 구하는 상대방에 대한 형성의 소에 의하여 행사되지만, 동시에 그 결과를 주장하여 이행·확인의 소를 병합할 수 있다는 설, ③ 부인권행사를 전제로 이행·확인의 소에 의한다는 설, ④ 형성의 소에 의할 수도 있고 이행·확인의 소에 의할 수도 있다는 설 등이다. 이에 관하여 판례도 통일되어 있지 아니하다.⁴²⁾

(2) 부인의 항변

부인권은 부인의 항변에 의하여 행사할 수도 있는데, 그 상대방은 부인권을 행사하여야 할 행위의 상대방 또는 전득자이다. 채권양도나 전부명령을 부인하여야 할 경우에 채무자나 제3채무자가 제기한 채무부존재확인의 소에 대하여 부인권행사를 내용으로 하는 항변으로써 대항할 수 없다.

항변에 의한 부인권행사는 구두변론에서의 진술시에 시효중단의 효력이 생긴다(제112조). 부인의 항변은 관리인을 위하여 보조참가한 회생채권자 등에 의하여 제출될 수는 없다.⁴³⁾

(3) 부인의 청구

부인권은 부인의 청구⁴⁴⁾로써도 행사할 수 있다. 이에 관하여 채무자회생법은 부인권행사의 상대방의 이익을 고려하여 결정전에 상대방을 반드시 심문하도록 하고(제106조 제3항), 부인의 청구를 인용하는 결정에 대하여 불복이 있는 자에게는 이에 대하여 1개월 이내에 이의의 소를 제기할 수 있도록 하여 부인권행사에 관한 정규의 재판절차를 받을 기회를 최종적으로 보장함과 함께(제107조 제1항), 법정기간 내에 이의의 소가 제기되지 아니한 경우에는 결정이 확정판

41) 제105조(부인권의 행사방법) ① 부인권은 소, 부인의 청구 또는 항변의 방법으로 관리인이 행사한다.

42) 서울중앙지방법원의 실무는 이행·확인소송설을 따르고 있다: 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 338쪽.

43) 박승두, 앞의 『회사정리법』, 429쪽.

44) 이는 판결절차가 아닌 결정절차로서 간이하게 부인의 목적을 달성할 수 있게 마련한 제도이다: 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 342쪽.

결과 동일한 효과가 있는 것으로 하고 있다(제107조 제5항). 이 기간 경과후에 이의의 소가 취하된 경우도 마찬가지이다.⁴⁵⁾

(4) 화해 등

우리법은 부인권 행사방법으로 부인의 소, 부인의 항변, 부인의 청구의 3가지를 규정하고 있지만, 이외에 재판 밖에서도 행사할 수 있느냐에 관하여, 일반적으로 학설은 부인권은 실체법상의 형성권으로 보기 때문에 재판상 혹은 재판 밖에서 행사할 수 있다⁴⁶⁾고 해석한다. 부인권 행사의 취지는 회생회사 재산의 유지와 갱생의 지원을 효율적으로 실현하기 위한 것이기 때문에, 이를 반드시 판결 기타 재판을 요하는 절차를 고집할 필요는 없다고 본다.⁴⁷⁾

따라서 부인의 소, 부인의 항변, 부인의 청구에 의하여 개시된 절차의 내부에서, 부인에 대한 화해가 성립되고 그 내용이 조서로써 명확히 되면, 이를 부인권행사와 같은 것으로 하여 그 효과를 인정할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

3. 일본

(1) 부인의 소

갱생회사가 행한 사해행위를 부인하여 재산의 반환을 청구하거나 편파행위를 부인하여 금전의 반환을 청구하는 경우에는, 갱생관재인이 원고가 되어 수익자나 전득자를 피고로 하여 소송을 제기한다. 이 소송의 성질에 관해서는 ① 판결주문에 있어서 부인의 선언을 하는 형성소송설⁴⁹⁾과 ② 부인의 선언은 필요하지 않으며 금전의 지급 또는 물건의 반환 등 부인에 의해 발생하는 상대방의 의무만을 판결주문에 기재하면 충분하다는 급부·확인소송설,⁵⁰⁾ ③ 그리고 형성의 소를 완전히 배척할 필요는 없다는 절충설⁵¹⁾의 대립이 있었지만,

45) 박승두, 앞의 『회사정리법』, 430쪽.

46) 전병서, 앞의 책, 266쪽.

47) 박승두, 앞의 “기업회생절차상 부인권의 쟁점”, 318쪽.

48) 박승두, 앞의 『회사정리법』, 430쪽.

49) 日本 大審院, 1932.6.2. 判決.

50) 齊藤 秀夫外編, 앞의 『注解 破産法』(上), 511頁.

51) 兼子一監修, 앞의 『條解會社更生法』(中), 123頁.

최근 일본에서의 판례·통설은 급부·확인소송설을 따르고 있다.⁵²⁾

(2) 부인의 항변

갱생관재인을 피고로 하여 환취권에 의한 물건의 인도청구소송이 제기되거나, 갱생채권자 등으로부터 갱생채권 등 사정의 신청이 행해져, 갱생채권자 사정결정에 대한 이의소송이 제기되거나 갱생채권자 등에 관한 소송의 수계가 행해진 경우에, 갱생관재인은 방어방법으로 인도청구권이나 채권의 발생원인인 계약 자체를 부인할 수 있다. 또한 갱생관재인이 원고가 된 소송에서 재항변으로 부인이 주장되는 것도 있을 수 있다. 예를 들어, 갱생회사에 대해 채무를 지는 자에 대해 갱생관재인이 이행의 청구를 하여, 피고가 면제의 항변을 제출한 경우에, 갱생관재인이 갱생회사에 의한 면제의 의사표시를 부인하는 경우 등이 있다. 또한 부인권을 항변 또는 재항변으로 주장하는 것은 일반적으로 허가사항으로 보지 않는다.⁵³⁾

(3) 부인의 청구

판결절차를 통하여 부인권을 행사하는 경우에는 장기간이 소요되고 비용이 발생된다. 따라서 부인의 청구라 하는 결정절차에 의하여 간편하게 부인권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 물론, 부인권행사에 의해 이미 발생하고 있는 법률효과가 소멸하게 되어 상대방의 법적 지위에 큰 영향을 미치게 되므로, 부인권의 청구를 인정하는 결정에 대하여 이의의 소송을 제기할 수 있게 하여, 판결절차에 의한 상대방의 구제절차를 두고 있다⁵⁴⁾.

(4) 화해 등

이상에서 본 세 가지 방법, 즉 부인의 소, 부인의 항변, 부인의 청구 이외에, 부인권의 재판외 행사가 인정되는지 여부에 관하여는 일본에서도 학설의 대립이 있다.

52) 伊藤眞, 앞의 책, 436頁.

53) 伊藤眞, 위의 책, 438頁.

54) 伊藤眞, 위의 책, 438~439頁.

이에 대하여 통설과 판례는 회사갱생법 제95조의 문언이나 부인요건의 존재가 재판에 의해 확정된다는 점에서 재판외의 부인권 행사를 인정하지 않는다. 다만, 갱생관재인이 재판외에서 부인의 의사표시를 하여, 수익자 등과의 사이에 화해가 성립된 경우에 화해계약의 효력은 인정되지만, 이는 부인의 효과로 보지 않는다.⁵⁵⁾

4. 상호 비교

부인권의 행사방법에 관하여 우리나라와 일본은 동일하게 ① 부인의 소, ② 부인의 항변, ③ 부인의 청구 3가지를 규정하고 있다. 그러나 이 3가지 방법 이외에 재판 밖에서도 부인권을 행사할 수 있느냐에 관한 해석은 서로 다르다.

우리나라에서는 채무자회생법에서 규정한 이 3가지 외 재판 외에서도 행사할 수 있으며 화해가 성립한 경우에도 부인의 효과로 본다. 반면, 일본에서는 부인권을 재판 외에서는 행사할 수 없다고 보며, 당사자간에 화해가 성립되더라도 이는 부인의 효과가 아니라 당사자간의 계약으로 해석한다.

IV. 부인권 행사의 효과

1. 문제의 제기

기업회생절차에서 부인권을 행사하는 목적은 과거의 잘못된 거래의 효력을 부정하고 회사의 재산으로 복원시키는 것이 목적이다. 따라서 부인의 소, 부인의 청구 또는 항변권을 행사하여(제105조 제1항), 이것이 법원에 의하여 인정되면 부인대상행위로 인하여 회사로부터 일탈되었던 재산은 원상으로 회복된다(제108조 제1항).

이에 관하여는, 부인권 행사의 효과로 발생하는 ① 회사재산의 원상복귀에 있어서 수익자 또는 전득자에게 청구하는 경우의 지연배상의 기산점, ② 이에 따른 상대방의 지위가 문제된다.

55) 齊藤 秀夫外編, 앞의 『注解 破産法』(上), 518頁.

2. 한국

(1) 회사재산의 원상복귀

부권이 행사되고 법적으로 인정되면 부인대상행위는 소급하여 효력을 상실하고 당해 재산은 부인대상행위가 있기 전의 상태로 복귀한다. 이 효과는 물권적으로 발생하므로 부인권행사의 결과, 회사재산이 물권적으로 회사에 복귀하는 것이다. 그러나 부인권행사의 효과는 절대적으로 모든 관계인에게 미치는 것은 아니고, 부인권행사의 상대방과의 관계에서 상대적으로 발생함에 그친다.⁵⁶⁾

부인권 행사의 효과는 일탈된 회사재산을 다시 복귀시키는 것이 원칙이다. 그러나 이것이 불가능한 경우 즉, 관리인이 부인권을 행사할 당시 이미 재산이 물리적으로 멸실·훼손되거나 제3자에게 처분하여 현존하지 않는 경우에는 가액배상을 청구할 수 있다.⁵⁷⁾ 채무자회생법에는 가액배상을 직접 규정하고 있지 않지만, 일반적으로 학설 및 판례는 인정하고 있다.⁵⁸⁾

(2) 상대방의 지위

부인권은 회사재산의 부당한 감소를 저지하기 위하여 존재하는 것이며, 그 행사에 의하여 회사재산에 부당하게 이득을 얻게 하기 위하여 존재하는 것은 아니다.⁵⁹⁾ 따라서 회사의 행위가 부인된 경우에는 회사재산을 일탈한 회사의 급부에 대하여 상대방이 한 반대이행은 회사재산으로부터 반환되어야 한다(제 109조). 이 경우 상대방이 가지는 반대이행에 대한 반환청구권은 광의의 부당이득반환청구권의 성질을 가진다.⁶⁰⁾

채무자회생법은 구체적인 반환방법에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 ① 상대방이 한 반대급부가 채무자의 재산 중에 현존하고 있는 경우 상대방은

56) 박승두, 앞의 『회사정리법』, 431쪽.

57) 대법원 2003.2.28. 선고 2000다50275 판결.

58) 법적 근거로는 ① 부인권제도의 취지, ② 선의의 무상취득자의 현존이익반환의무(제108조 제2항), ③ 가액상환에 따른 상대방 채권의 회복(제109조) 등을 든다; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 346쪽.

59) 박승두, 앞의 『회사정리법』, 431쪽.

60) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 348쪽.

그 반환을 청구할 수 있고(제108조 제3항 제1호), 상대방은 관리인에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. ② 상대방이 한 반대급부는 현존하지 않으나 그 반대급부로 인하여 생긴 이익이 현존하고 있으면, 상대방은 그 이익이 현존하는 한도 내에서 공익채권자로서 상환을 청구할 수 있다(제108조 제3항 제2호). ③ 반대급부 자체는 물론 그 반대급부로 인한 이익조차 현존하지 않는다면 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 회생채권자로서의 권리를 행사할 수 있다(제108조 제3항 제3호). ④ 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 재산 중에 현존하는 때에는 그 현존이익의 반환에 관하여는 공익채권자로서, 나머지 차액에 관하여는 회생채권자로서의 권리를 가진다(제108조 제3항 제4호).

3. 일본

(1) 회사재산의 원상복귀

소송의 제기 등의 형식으로 갱생관재인이 부인권을 행사하면, 갱생회사로부터 수익자 등에게 이전된 재산권은 당연히 갱생회사재산에 복귀된다. 이때 복귀는 관념적 의미의 권리이전이기에 때문에, 실제로 갱생관재인이 그 재산권을 관리처분하기 위해서는 상대방으로부터 임의로 목적물을 반환받거나 인도 등을 요구하는 강제집행 등 구체적 행위가 필요하다. 그리고 재산권 자체의 복귀가 불가능 또는 현저히 곤란한 경우에 갱생관재인은 반환대신 그에 상당한 가액의 상환을 요구할 수 있다.

편파행위인 변제의 부인 등의 경우에는, 상대방은 갱생관재인에 대해 갱생회사로부터 수령한 것과 같은 금액을 반환하여야 한다. 그리고 갱생관재인이 물건 또는 권리를 관리처분하기 위해서는 인도를 받거나 갱생회사재산으로의 복귀를 위해 대항요건을 구비하여야 한다.

무상부인은 수익자가 당시 부인대상행위가 갱생채권자 등을 해하는 것과 당시 갱생회사가 지급정지 등의 상태에 있었다는 것에 대하여 선의였다 하더라도 성립한다. 그러나 이러한 선의의 수익자에게도 완전한 원상회복의무를 부담하게 하는 것은 가혹하기 때문에, 행위의 당시 사해의 사실 및 지급정지 등에 대해 선의였던 자는 실제로 받은 이익만을 반환하면 된다.

그리고 수익자 등에 대한 부인의 요건이 정비되어 있어도, 목적물이 멸실되거나

나 제3자에게 양도한 경우에는 목적물 자체를 갱생회사 재산으로 복귀시킬 수 없다. 이러한 경우에 갱생관재인이 목적물에 대신하여 그 가액의 상환을 청구할 수 있는데, 이를 가액상환청구권이라 한다.

(2) 상대방의 지위

사해행위부인의 경우에는, 부인권이 행사되어 목적물이 갱생회사재산에 복귀하는 경우에는, 부인된 행위에 대해 상대방이 갱생회사에 대해 행한 반대급부를 상대방에게 반환할 필요가 있다. 그렇지 않으면, 부인에 의해 오히려 갱생회사 재산이 부당한 이득을 얻게 되기 때문이다. 이 경우 상대방이 가지는 반대이행에 대한 반환청구권은 광의의 부당이득반환청구권의 성질을 가진다.⁶¹⁾

갱생회사가 반대급부가 갱생회사 재산 중에 현존하지 않는 경우에 대해, 상대방의 지위를 어느 정도 보호하는지에 대해서는, 구회사갱생법은 다른 갱생채권자 등과의 평등을 중시하여 갱생채권으로 하였지만, 2004년 개정된 신회사갱생법은 상대방과의 공평을 중시하여, 원칙적으로 공익채권으로 하고 있다.⁶²⁾

그리고 부인권이 행사된 경우 상대방이 그 부인의 대상이 되는 행위에 기하여 받은 이행을 원상회복으로 반환하거나 그 가액을 상환하면 상대방의 채권은 회복된다. 여기서 문제되는 점은, 상대방의 채권이 부활되면, 채무자의 변제에 의하여 소멸되었던 연대채무·보증채무·물상보증 등의 종된 권리도 다시 부활하느냐 하는 문제가 있다. 이에 관하여 일본의 통설⁶³⁾과 판례⁶⁴⁾는 부활긍정설의 입장을 취하고 있다.

61) 兼子一監修, 앞의 책, 185頁.

62) 구체적인 내용은 ① 반대급부가 갱생회사 재산 중에 현존하고 있는 경우에는 상대방이 그 반환을 청구할 수 있다. ② 반대급부가 갱생회사재산 중에 현존하지 않는 경우에는, 반대급부의 가액상환청구권을 공익채권으로 행사할 수 있다. ③ 변제 등 채무소멸에 관한 행위가 편파행위부인의 대상이 되어 상대방이 갱생회사로부터 받은 급부를 반환하거나 가액을 상환한 경우에는, 상대방의 채권이 부활한다. 이때 상대방이 일부의 급부를 반환한 경우에는, 그 비율에 의해 채권도 부활한다.

63) 齊藤 秀夫外編, 앞의 책, 531頁.

64) 日本 最高裁判所, 1973.11.22. 判決.

4. 상호 비교

부인권이 행사되면 기존의 법률행위는 효력이 상실되기 때문에, 해당 법률행위가 없었던 시점으로 복귀하여야 한다. 이에 관하여 ① 회생회사의 입장에서는 회사재산에서 일탈되었던 재산을 회사의 재산으로 원상복귀시켜야 하고, ② 상대방의 입장에서는 부인된 행위로 인하여 회생회사에 대해 행한 반대급부의 반환을 청구할 수 있다는 점은 우리나라와 일본이 동일하다.

우리나라에서는 채무자회생법상 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 회생회사의 재산 중에 현존하는 때에는 그 현존이익의 반환에 관하여는 공익채권자로서, 나머지 차액에 관하여는 회생채권자로서의 권리를 가진다. 그러나 반대급부 자체는 물론 그 반대급부로 인한 이익조차 현존하지 않는다면 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 회생채권자로서의 권리를 행사할 수 있을 뿐이다.

이 점에 관하여 일본의 2004년 개정된 신회사갱생법은 우리와 다른 입장을 취하고 있다. 갱생회사에 대한 반대급부가 갱생회사 재산 중에 현존하지 않더라도, 상대방과의 공평을 중시하여 원칙적으로 공익채권으로 하고 있다. 우리의 채무자회생법과 일본의 구회사갱생법은 회생채권자 상호간의 형평성을 고려하지만, 일본의 신회사갱생법은 갱생회사와 상대방의 형평성을 중시하고 있다.

V. 부인권의 제한과 소멸

1. 문제의 제기

부인권은 과거의 법률행위를 소급하여 효력을 상실시키는 아주 강력한 권한이므로, 이를 무한정 인정할 경우에는 악용될 소지가 있을 뿐만 아니라 부인권의 행사여부가 장기간 확정되지 아니하면 상대방의 법적 지위가 불안정한 상태에 놓이게 된다. 따라서 일정한 경우 부인권 행사를 제한하고, 일정기간이 경과한 후에는 부인권을 행사하지 못하게 할 필요가 있다.

2. 한국

(1) 부인권의 제한

첫째, 회생절차 개시신청 1년 전에 한 행위에 대한 제한이다. 상대방이 회사에 지급정지의 사실이 있음을 알고 한 행위라도 그 행위시부터 회생절차 개시신청 시까지의 사이에 오랜 시일이 경과한 때에는 회사가 지급정지를 당할 위험이 제거되었다고 보여 질 경우가 많고, 또한 지급정지의 사실을 안 것을 이유로 하는 부인권의 행사는 거래의 안전을 해하게 된다.

따라서 행위의 효력을 오랫동안 불안정한 상태에 두는 것을 피하기 위하여, 채무자회생법은 ① 회생절차 개시신청이 있는 날로부터 1년 전에 한 행위는 ② 지급정지의 사실을 안 것을 이유로 하여 부인하지 못한다고 규정하고 있다(제 111조). 지급정지의 사실을 안 것을 이유로 하는 부인권에 관하여서만 이 규정이 적용된다. 상대방이 지급정지의 사실을 알았다는 것을 입증할 책임이 관리인에게 있는 경우뿐만 아니라 상대방 지급정지의 사실을 몰랐다는 것을 증명하여 부인권의 대상에서 벗어날 수 있는 경우도 포함한다.⁶⁵⁾

둘째, 벌금·과료 등과 조세 등의 청구권에 대한 제한이다. ① 제140조 제1항에서 규정하고 있는 회생절차개시 전의 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권과 ② 제2항에서 규정하고 있는 국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 회생채권보다 우선하는 것을 포함한다)에 관하여 그 징수권자에게 대하여 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위를 한 때에는 부인할 수 없다(제100조 제2항).⁶⁶⁾

셋째, 회사로부터 어음의 지급을 받은 자가 그 지급을 받지 아니하였으면 전자 즉 채무자의 일인 또는 수인에 대한 어음상의 권리를 상실하게 되었을 경우에는 부인권을 행사할 수 없다(제102조 제1항). 그 이유는 어음소지인이

65) 박승두, 앞의 “기업회생절차상 부인권의 쟁점”, 323쪽.

66) 제2항의 권리는 회생채권으로 취급되기 때문에 채무자가 징수권자에게 대하여 한 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위도 다른 회생채권자를 해하는 것으로서 부인의 대상이 될 수 있지만, 채무자회생법은 특별히 이를 정책적으로 제외한 것이다; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 299쪽.

채무자에게 어음을 제공함에도 채무자가 이를 수령하지 않을 경우 소구권을 상실하게 되므로 변제를 받을 수밖에 없는데, 나중에 회생절차에서 이 변제에 대하여 부인권이 행사된다면 그 때는 이미 거절증서작성기간이 지나 역시 소구권을 상실하게 되는 불합리가 있게 되므로⁶⁷⁾ 어음거래의 안전을 위하여 부인권 행사대상에서 제외한 것이다.⁶⁸⁾ 이 규정은 어음뿐만 아니라 수표에도 마찬가지로 해석한다.

(2) 부인권의 소멸

첫째, 부인권은 회생절차 개시일로부터 2년, 부인의 대상인 행위의 일로부터 10년⁶⁹⁾을 경과하면, 소멸시효가 완성한다고 규정하고 있다(제112조). 즉 이 두 가지 시효기간 중 어느 하나라도 먼저 경과하면 부인권은 행사할 수 없게 된다.

둘째, 부인권은 회생절차의 종결에 의하여 소멸한다. 비록 회생절차 진행 중에 부인권이 행사되었다고 하더라도 이에 기하여 회사에게로 재산이 회복되기 이전에 회생절차가 종료한 때에는 부인권 행사의 효과로서 상대방에 대하여 재산의 반환을 구하거나 또는 그 가액의 상환을 구하는 권리 또한 소멸한다.⁷⁰⁾ 따라서 부인의 소 또는 부인권의 행사에 기한 청구의 계속중에 회생절차종결결정이 확정된 경우에는 관리인의 자격이 소멸함과 동시에 당해 소송에 관계된 권리 또한 절대적으로 소멸하고 어느 누구도 이를 승계할 수 없다.⁷¹⁾

3. 일본

(1) 부인권의 제한

첫째, 회생절차 개시신청 등의 날부터 1년 전에 한 행위에 대한 제한이다.

67) 최근에는 처음부터 지급거절증서의 작성이 면제되어 있기 때문에, 부인의 경우 바로 소구할 수 있으므로 이 규정이 적용될 가능성은 거의 없게 되었다: 谷口安平外, 앞의 책, 158頁.

68) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 307쪽.

69) 구회사정리법에서는 당초 '20년'이었으나, 1999년 제7차 개정시 '10년'으로 대폭 단축하였다.

70) 대법원 2006. 10.12. 선고 2005다59307 판결; 대법원 2006.10.13. 선고 2005다73365 판결; 대법원 2006.10.26. 선고 2005다75880 판결.

71) 대법원 2006.10.12. 선고 2005다59307 판결.

사해행위부인의 두 번째 유형, 사해적 채무소멸행위부인, 편파행위부인 및 대항요건의 부인에 있어서는, 부인대상행위가 지급정지 후의 것이어야 하고 지급정지에 대하여 수익자가 악의라는 것이 부인의 요건이다. 그러나 지급불능과 달리 지급정지는 계속적 상태가 아니라, 갱생회사의 일시적인 것으로 갱생절차개시로부터 보아 합리적 범위를 넘어 소급하여 인정하게 되면 거래의 안전을 해칠 수 있다.

이러한 이유로, 절차개시보다 소급하여 일정기간을 넘은 행위에 대해서는 지급정지의 사실을 안 것을 이유로 부인할 수 없게 하는 것이 타당하다. 더구나 갱생절차개시신청으로부터 개시결정까지 필요한 시간에 의해 부인의 성립여부가 좌우되는 것은 합리적이지 않으며, 지급정지에 대한 인식뿐만 아니라 지급정지 후의 행위 그 자체에 대해서도 기간제한을 두어야 한다는 점을 고려하여, 갱생절차개시신청 등의 날부터 1년 이상 전에 한 행위는 그것이 지급정지 후의 행위이고 지급정지에 대해 악의였다는 이유로 부인할 수 없다고 하고 있다. 다만, 유해성이 강한 무상부인은, 이 제한의 대상 외이다.⁷²⁾

둘째, 벌금·과료 등과 조세 등의 청구권에 대한 제한이다. 일본 회사갱생법은 “갱생회사가 조세 등의 청구권 또는 제142조 2호⁷³⁾에 규정하는 갱생절차 개시 전의 벌금 등의 청구권에 대해 그 징수의 권한을 가지는 자에 대해 행한 담보의 공여 또는 채무의 소멸에 관한 행위는 적용되지 않는다(제87조 제2항)”고 규정하고 있다. 이에 대하여 위의 모든 부인대상행위에 적용되느냐, 아니면 고의부인에는 적용되지 않고 위기부인과 무상부인에만 적용되느냐 하는 것이 문제된다. 이에 관하여 일본의 학설⁷⁴⁾은 후자를 취하고 있다.

셋째, 어음채무의 지급에 대하여는 부인권 행사의 일정한 제한이 있다. 어음채무의 지급도 채무소멸행위로서 편파행위 부인의 대상이 되는 것은 당연하지만, 어음법률관계의 특성을 고려하여 부인권 행사에 일정한 제한을 가하고 있다.

72) 伊藤眞, 앞의 책, 430頁.

73) (조세 등의 청구권 등의 신청)제142조 다음에 나열하는 청구권을 가진 자는, 연체없이 해당 청구권의 액수, 원인 및 담보권의 내용과 해당 청구권이 공조대상 외국조세의 청구권인 경우에는 그 취지를 법원에 신청해야 한다. 1. 조세 등의 청구권 2. 갱생절차 개시 전의 벌금 등의 청구권(갱생절차 개시 전의 벌금, 전과, 형사소송 비용, 추징금 또는 과료의 청구권으로, 공익채권에 해당하지 않는 것을 말한다).

74) 兼子一監修, 앞의 책, 71頁.

갱생회사가 약속어음의 발행인 또는 환어음의 지급인 혹은 인수인인 경우에, 어음의 소지인이 갱생절차개시 결정전에 갱생회사로부터 어음금의 지급을 받았다고 하면, 편파행위부인의 대상이 될 수 있다. 그러나 어음의 지급을 받은 자가 지급을 받지 않으면, 채무자의 한 명 또는 다수에 대한 어음상의 권리를 잃는 경우에는, 부인의 대상에서 제외된다. 여기서 말하는 채무자의 한 명 또는 다수에 대한 권리란, 어음법상의 소구권을 말한다.

구체적으로 검토하여 보면, 소지인의 입장에서 보면, 어음의 만기가 도래한 경우에, 후에 부인되는 것을 우려하여, 발행인 등에 대한 어음의 제시에 의한 거절증서의 작성을 받지 않으면 배서인에 대한 소구권을 잃게 된다. 반대로 제시를 하여 지급을 받았다고 하더라도 나중에 부인된 경우, 더 이상 거절증서의 작성은 불가능하며 역시 소구권행사의 기회를 상실하게 된다. 즉, 어음의 소지인 으로서는, 한편으로 소구권 보전을 위해서는 지급을 요구할 수밖에 없으며, 다른 한편으로 지급을 받아도 그를 부인하면 소구권을 잃는다는 이율배반상태에 빠진다. 이를 해소하기 위해, 회사갱생법 제87조 제1항은 부인을 제한하기로 한 것이다.⁷⁵⁾

(2) 부인권의 소멸

갱생절차개시의 날(갱생절차개시의 날보다 전에 파산절차 또는 재생절차가 개시된 경우에 있어서는, 파산절차 또는 재생절차개시의 날)로부터 2년간을 경과한 경우 또는 부인의 대상이 되는 행위의 날로부터 20년을 경과한 경우에는, 부인권을 행사할 수 없다. 2년 또는 20년의 기간은 배척기간이기 때문에, 시효원용의 필요가 없으며 중단의 가능성도 없다.

구체적인 기준시점은, 소송이나 부인의 청구에 의한 경우에는 소송제기나

75) 어음금 변제에 대하여 항상 부인권을 제한하는 것은 아니며, 어음의 소지인에 대한 지급이 행해져도 위와 같은 이율배반상태가 인정되지 않는 경우에는, 갱생회사인 발행인에 의한 변제에 대한 부인이 인정된다. 예를 들어, 약속어음의 소지인이 동시에 어음의 수취인인 경우에는, 배서인 등에 대한 소구권의 문제가 존재하지 않으며, 만기 전의 지급 또는 지급제시 기간 경과 후의 지급의 경우에는, 소구권을 보전하기 위해 지급을 요구할 수밖에 없는 상황이 발생하지 않는다. 더구나 일본에서 일반적인 거절증서 작성 면제어음의 경우에는 소구권 행사를 위해 지급제시를 할 수 밖에 없는 사정이 있지만, 부인된 후에 소지인이 어음의 반환을 받아 만기에 있어서 지급이 없었다는 이유로 소구권을 행사할 수 있기 때문에, 역시 갱생회사인 발행인에 의한 변제는 부인의 대상이 된다: 伊藤眞, 앞의 책, 405頁.

신청시, 항변에 의한 경우에는 준비서면의 직송 혹은 송달의 시점, 구두변론에 있어서 진술시가 기간준수의 유무를 결정하는 기준이 된다. 다만, 소송이 기각 또는 취하된 경우에는, 기간준수의 효과는 발생되지 않는다.

부인권은 갱생절차의 목적을 실현하기 위해 인정되어 있는 권리이기 때문에, 절차가 어떠한 사유에 의해 종료되면 소멸된다. 이미 부인권이 행사된 후에 이러한 사유가 생겨, 또한 행사의 결과로 갱생회사재산에 회복된 재산이 현존하면, 이는 부인의 상대방에게 반환된다. 또한, 갱생관재인의 포기에 의해 부인권이 소멸될 수도 있지만, 포기는 상대방과 화해가 성립된 경우 등 갱생채권자 등의 이익에 합치하도록 개별적 사안에 따라야 하며, 법원의 허가를 필요로 하는 것이 일반적이다.⁷⁶⁾

4. 상호 비교

첫째, 우리나라와 일본 모두 ① 회생절차 개시신청 1년 전에 한 행위, ② 회생절차개시 전의 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권, 국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권, ③ 어음채무의 지급에 대하여 부인권을 제한하고 있다는 점은 동일하다.

둘째, 우리나라와 일본 모두 일정기간이 경과한 후에는 부인권 자체가 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 구체적인 내용에는 차이점이 있다. ① 소멸되는 기간이 우리나라에서는 회생절차 개시일로부터 2년, 부인의 대상인 행위의 일로부터 10년이지만, 일본에서는 갱생절차개시일로부터 2년, 부인의 대상이 되는 행위일로부터 20년이다. ② 우리법은 소멸시효로 규정하고, 일본법은 제척기간으로 규정하고 있다.

76) 伊藤眞, 위의 책, 443~444頁.

VI. 결 론

이상에서 고찰한 바와 같이, 첫째 부인대상행위의 주체에 관하여, 우리나라와 일본은 모두 ① 채무자행위필요설과 ② 채무자행위불요설, 그리고 ③ 절충설로 나누어진다. 우리나라의 학설과 판례는 채무자행위필요설을 취하면서, 엄격하게 해석하지 않고 원칙적으로 채무자의 행위를 대상으로 하지만, 채무자의 행위가 없더라도 채무자가 채권자와 통모하여 가공하였거나 기타의 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 채무자의 행위가 있었던 것과 같이 확대 해석하고 있다. 일본의 학설과 판례도 과거 우리와 동일하게 해석하였으나, 이제는 채무자행위필요설보다는 채무자행위불요설과 절충설을 취하여 우리보다 부인의 대상을 더욱 확대하여 해석하고 있다. 그리고 집행행위의 부인에 대하여는 부인의 요건을 충족하면 부인의 대상이 된다는 점에서 우리나라와 일본의 해석은 동일하다. 상계에 관하여 우리나라의 학설과 판례는 아직 정립되지 못하고 있으나, 일본에서는 상계의 대상이 되는 것은 부인의 대상이 되지 않는다는 점에 학설과 판례는 일치하고 있다. 이 점에 관하여는 우리나라에서도 기업회생법에서 상계를 허용함과 동시에 상계를 금지하는 행위는 별도로 규정하고 있으므로, 상계가 허용되지 않는 행위에 대하여 부인권의 대상이 된다고 해석하는 것은 타당하지 않다고 본다.

둘째, 부인권의 행사방법에 관하여 우리나라와 일본은 모두 ① 부인의 소, ② 부인의 항변, ③ 부인의 청구 3가지를 규정하고 있다. 그러나 이 3가지 방법 이외에 재판 밖에서도 행사할 수 있느냐에 관한 해석은 서로 다르다. 우리나라에서는 채무자회생법에서 규정한 이 3가지 외 재판 외에서도 행사할 수 있으며 화해가 성립한 경우에도 부인의 효과로 본다. 반면, 일본에서는 부인권을 재판 외에서는 행사할 수 없다고 보며 당사자간에 화해가 성립되더라도 이는 부인의 효과가 아니고 당사자간의 계약으로 해석한다. 이는 어느 쪽으로 해석하더라도 이론구성에 차이가 있을 뿐 법적 효과에는 특별한 차이가 없다고 본다.

셋째, 부인권이 행사되면 ① 회생회사의 입장에서는 회사재산에서 일탈되었던 재산을 회사의 재산으로 원상복귀시켜야 하고, ② 상대방의 입장에서는 부인된 행위로 인하여 회생회사에 대해 행한 반대급부의 반환을 청구할 수

있다는 점은 우리나라와 일본이 동일하다. 다만, 우리나라와 일본의 차이점은 반대급부 자체는 물론 그 반대급부로 인한 이익조차 회사재산에 현존하지 않는 경우이다. 이 때 우리의 채무자회생법상 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 회생채권자로서의 권리를 행사할 수 있을 뿐이지만, 일본의 2004년 개정된 신회사갱생법은 갱생회사에 대한 반대급부가 갱생회사 재산 중에 현존하지 않더라도, 상대방과의 공평을 중시하여 원칙적으로 공익채권으로 인정하고 있다. 이에 관하여 보면, 부인권의 이념이 특정 채권자에게 부당이득을 주지 않고 채권자 상호간에 공평한 변제를 목적으로 한다. 나아가 채무자인 회생회사가 부당이득을 취하고자 인정된 제도는 아니다. 따라서 우리법에서 반대급부나 반대급부로 인한 이익이 회사재산에 현존하지 않는 경우에 회생채권자로서의 권리를 인정하게 되면 회생계획에서 권리가 대폭 삭감되므로 부당한 결과를 초래하여 회생회사가 부당이득을 취하게 되고, 그 재산에 다른 채권자의 변제를 위한 자원으로 활용된다면 부인당한 상대방을 제외한 다른 채권자에게 부당한 이득을 주게 되어 형평성을 잃게 된다. 따라서 일본법과 같이 공익채권자로서의 지위를 인정하는 것이 타당하다고 본다.

마지막으로, 부인권의 제한과 소멸에 관하여 보면, 우리나라와 일본 모두 ① 회생절차 개시신청 1년 전에 한 행위, ② 회생절차개시 전의 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권, 국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권, ③ 어음채무의 지급에 대하여 부인권을 제한하고 있다는 점은 동일하다. 그리고 우리나라와 일본 모두 일정기간이 경과한 후에는 부인권 자체가 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 구체적인 내용에는 차이점이 있다. 소멸되는 기간이 우리나라에서는 회생절차 개시일로부터 2년, 부인의 대상인 행위의 일로부터 10년이지만, 일본에서는 갱생절차개시일로부터 2년, 부인의 대상이 되는 행위일로부터 20년이다. 거래의 상대방 입장에서 보면 오랜 기간동안 관리인이 부인권을 행사할 것인지의 여부가 불확정인 상태에 놓이게 되면 거래의 안전을 해하게 된다. 또 오랜 기간이 경과한 후에 부인권이 행사되는 경우 법률관계가 복잡하여 해결이 쉽지 않게 된다. 이러한 측면에서 보면 부인권의 소멸을 일본에서 부인의 대상이 되는 행위일로부터 20년은 너무 장기라고 생각한다. 더구나 회생계획의 이행기간이 10년이라는 점을 감안할 때 우리법과 같이 10년 정도가 적절하다고 생각한다.

참 고 문 헌

(국문 문헌)

A. 저 서

- 박승두, 『회사정리법』, 법률SOS, 2000.
 , 『도산법 총론』, 법률SOS, 2002.
 , 『한국도산법의 선진화방안』, 법률SOS, 2003.
 , 『통합도산법 분석』, 법률SOS, 2005.
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무』(상,하), 박영사, 2015.
임채응외, 『파산관례해설』, 박영사, 2007.
임채홍·백창훈, 『회사정리법』(상,하), 한국사법행정학회, 1999.
전병서, 『도산법』, 법문사, 2006.

B. 논 문

- 강대성, “부인권의 법리”, 『민사재판의 제문제』(하), 이시윤박사 화갑기념논문집, 1995.
김형두, “담보권의 실행행위에 대한 관리인의 부인권—대법원 2003.2.28 선고 2000다50275 판결”, 『민사판례연구』(26), 박영사, 2004.
박성철, “회사정리절차 및 화의절차에 있어서의 부인권”, 법원도서관, 재판자료 제86집, 『회사정리법·화의법상의 제문제』, 2000. 7. 15.
박승두, “미국의 파산제도”, 한국산업은행, 『산업경제』, 1998. 7. 31.
 , “미국 파산법상의 회사재건절차”, 한국산업은행, 『산업경제』, 1999. 1. 15.
 , “기업회생절차의 진행단계별 쟁점에 관한 연구”, 『경영법률』, 제22집 1호, 한국경영법률학회, 2011. 10.
 , “상계에 대한 부인권 행사 관련 판결의 부당성-대상판결: 대법원 2011.11.24. 선고 2009다76362판결-”, 『법학논총』, 제29집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2012. 12.
 , “기업회생절차상 부인권의 쟁점”, 『한양법학』, 제24권 제1집, 한양법학회, 2013. 2.
심준보, “회사정리법상 대항요건의 부인”, 『대법원판례해설』, 제49호, 법원도

- 서관, 2004.
- 양형우, “채무자파산에 있어서 상계권”, 『비교사법』, 제10권 3호, 한국비교사법학회, 2003. 9.
- , “독일도산법상의 부인권”, 홍익대학교 법학연구소, 『홍익법학』, 제11권 제3호, 2010.
- , “회생절차에서의 담보권 실행행위에 대한 부인”, 대한변호사협회, 『인권과 정의』, 제423호, 2012. 2. 1.
- 이상균, “회사정리법상 부인권의 대상이 되는 행위—대법원 2002.7.9 선고 2001다46761 판결”, 대구판례연구회, 『재판과 판례』, 제11집, 2002.
- 이진만, “통합도산법상의 부인권—부인의 대상을 중심으로—”, 『민사판례연구』(28), 박영사, 2009.
- 임채웅, “담보권의 임의적 실행행위와 부인권에 관한 연구—대법원 2003.2.28 선고 2000다50275 판결을 중심으로”, 서울대학교 금융법센터, 『BFL』, 제1호, 2003.
- , “도산법상 부인권 해설”, 남효순·김재형 편, 『통합도산법』, 법문사, 2006.
- , “공격방어방법으로서의 부인권행사에 관한 연구”, 홍익대학교법학연구소, 『홍익법학』, 제10권 제3호, 2009.
- 홍성준, “회생절차상 부인권과 회생절차의 종결”, 『민사판례연구』(29), 박영사, 2007.

(외국 문헌)

A. 저서

- 加藤政治, 『破産法研究』 第9卷, 有斐閣, 1936.
- 兼子一, 『強制執行法・破産法』, 弘文堂, 1962.
- 兼子一監修, 『條解會社更生法』(上, 中, 下), 弘文堂, 1998.
- 高木新二郎·伊藤 眞, 「講座倒産の法システム」 第3卷, 「再建型倒産處理手續」, 日本評論社, 2010.
- 谷口安平, 『倒産處理法』, 筑摩書房, 1980.
- 外, 『現代倒産法入門』, 法律文化社, 2002.
- 宮川勝之·須勝英章, 『新會社更生法解説』, 三省堂, 2003.
- 藤原總一郎, 『企業再生の法務』, 金融財政事情研究會, 2003.

- 山木戸 克己, 『破産法』, 青林書院新社, 1974.
- 三木浩一・山本和彦, 『ロ-スク-ル倒産法』, 有斐閣, 2005.
- 小屋敏一編, 『會社更生法』(上,中Ⅰ,中Ⅱ,下), 中央大學出版部, 1978.
- 伊藤眞, 『破産法・民事再生法』, 有斐閣, 2007.
- 伊藤眞, 『會社更生法』, 有斐閣, 2012.
- 田邊光政, 『最新 倒産法・會社法をめぐる實務上の諸問題』, 民事法研究會, 2005.
- 齊藤 秀夫外編, 『注解 破産法』(上), 青林書院, 1999.
- 竹内康二, 『倒産實體法の契約處理』, 商事法務, 2011.
- 中村宗雄, 『破産法原論』, 風間書房, 1954.
- 清水 直, 『企業再建の眞髓』, 商事法務, 2005.
- 板木郁郎, 『否認權に關する實証的研究』, 立命館出版部, 1943.

B. 논문

- 谷口安平, “再建手續としての會社更生の特徴”, 『판례타임즈』 No. 866, 1995. 3. 10.
- 徳田和幸, “新會社更生法のあらましと殘された課題”, 『ジュリスト』, No. 1241, 2003. 3.
- 佐藤鐵男, “相殺と否認”, 『倒産判例百選』, 有斐閣, 2002.
- 宗田親彦, “否認權”, 經濟法令研究會, 『金融・商事判例: 新版 會社更生法』, 1966.
- 宗田親彦, “更生手續・再生手續における否認權の行使”, 清水 直編著, 『企業再建の眞髓』, 商事法務, 2005.

〈국문초록〉

우리나라와 일본은 모두 기업회생절차에서 부인에 관한 규정을 두고 있다. 이는 기업회생을 위하여 관리인이 과거 회생회사의 잘못된 거래를 무효화시키는 강력한 권한인데, 그 행사와 관련하여 학설의 대립과 실무의 혼란이 계속되고 있다. 주요 쟁점은 ① 부인권 행사의 대상, ② 부인권의 행사방법, ③ 부인권 행사의 효과, ④ 부인권의 제한과 소멸 등 크게 4가지인데, 이들에 관하여 우리나라와 일본의 제도를 비교·검토하여 우리법의 합리적인 운영방향을 모색하였다.

첫째, 부인대상행위의 주체에 관하여는 우리나라와 일본은 모두 ① 채무자행위필요설과 ② 채무자행위불요설, 그리고 ③ 절충설로 나누어진다. 우리나라의 학설과 판례는 ① 채무자행위필요설을 취하면서, 엄격하게 해석하지 않고 원칙적으로 채무자의 행위를 대상으로 하지만, 채무자의 행위가 없더라도 채무자가 채권자와 통모하여 가공하였거나 기타의 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 채무자의 행위가 있었던 것과 같이 확대 해석하고 있다. 일본의 학설과 판례도 과거 우리와 동일하게 해석하였으나, 이제 ② 채무자행위불요설과 ③ 절충설을 더욱 확대된 견해를 취하고 있다. 그리고 집행행위의 부인에 대하여는 부인의 요건을 충족하면 부인의 대상이 된다는 점에서 우리나라와 일본의 해석은 동일하다. 그리고 담보권 실행과 함께 상계가 행해진 경우에 부인권의 대상이 되느냐에 관하여, 일본에서는 상계의 대상이 되는 것은 부인의 대상이 되지 않는다는 점에 학설과 판례는 일치하고 있지만, 우리나라의 학설과 판례는 앞에서 본 바와 같이 아직 정립되지 못하고 있다. 이에 관하여는 일본의 해석이 타당하다고 본다.

둘째, 부인권의 행사방법에 관하여 우리나라와 일본은 모두 ① 부인의 소, ② 부인의 항변, ③ 부인의 청구 3가지를 규정하고 있다. 그러나 이 3가지 방법 이외에 재판 밖에서도 행사할 수 있느냐에 관한 해석은 서로 다르다. 우리나라에서는 채무자회생법에서 규정한 이 3가지 외 재판 외에서도 행사할 수 있으며 화해가 성립한 경우에도 부인의 효과로 본다. 반면, 일본에서는 부인권을 재판 외에서는 행사할 수 없다고 보며 당사자간에 화해가 성립되더라도 이는 부인의 효과가 아니고 당사자간의 계약으로 해석한다.

셋째, 부인권이 행사되면 ① 회생회사의 입장에서는 회사재산에서 일탈되었던 재산을 회사의 재산으로 원상복귀시켜야 하고, ② 상대방의 입장에서는 부인된 행위로 인하여 회생회사에 대해 행한 반대급부의 반환을 청구할 수 있다는 점은 우리나라와 일본이 동일하다. 다만, 우리나라와 일본의 차이점은 반대급부 자체는 물론 그 반대급부로 인한 이익조차 회사재산에 현존하지 않는 경우이다. 이 때 우리의 채무자회생법상 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 회생채권자로서의 권리를 행사할 수 있을 뿐이지만, 일본의 2004년 개정된 신회사갱생법은 갱생회사에 대한 반대급부가 갱생회사 재산 중에 현존하지 않더라도, 상대방과의 공평을 중시하여 원칙적으로 공익채권으로 인정하고 있다.

마지막으로, 부인권의 제한과 소멸에 관하여 보면, 우리나라와 일본 모두 ① 회생절차 개시신청 1년 전에 한 행위, ② 회생절차개시 전의 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권, 국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권, ③ 어음채무의 지급에 대하여 부인권을 제한하고 있다는 점은 동일하다.

그리고 우리나라와 일본 모두 일정기간이 경과한 후에는 부인권 자체가 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 구체적인 내용에는 차이점이 있다. ① 소멸되는 기간이 우리나라에서는 회생절차 개시일로부터 2년, 부인의 대상인 행위의 일로부터 10년이지만, 일본에서는 갱생절차개시일로부터 2년, 부인의 대상이 되는 행위일로부터 20년이다. ② 우리법은 소멸시효로 규정하고, 일본법은 제척기간으로 규정하고 있다.

주제어 : 채무자회생 및 파산에 관한 법률(채무자회생법), 일본 회사갱생법, 기업회생절차, 일본 회사갱생절차, 관리인, 부인권, 부인의 소, 부인의 항변, 부인의 청구, 소멸시효

A Comparative Study on the Negation Right on Corporate Rehabilitation Procedures in Korea and Japan

Park, Seung-Du*

This paper aims to study on the Negation Right of Corporate Rehabilitation Procedures in Korea and Japan comparatively. The Negation Right is necessary for the recovery of the declined asset and the company's earning power as retroactively avoidance the effect of previous certain corporate activities by the Custodian after the onset of rehabilitation procedure. This study reviews ① Negational Act, ② Methods to exercise the Negation Right, ③ Effects of the Negation Right, ④ Limits, and Extinction of the exercise.

First, Any custodian may set aside acts falling under any of the following subparagraphs for the debtor's assets after rehabilitation procedures commence: 1. An act performed by the debtor with knowledge that such act damages any rehabilitation creditor or any rehabilitation secured creditor: 2. An act that causes damage to any rehabilitation creditor or any rehabilitation secured creditor, furnishing any security or extinguishing any obligation; 3. The act of furnishing any security or extinguishing any obligation, which is performed by the debtor within 60 days before or after the date on which the debtor suspends his/her payment, etc. and such act does not pertain to the debtor's obligations and the method and the time of such act do not belong to the debtor's obligation: 4. Any gratuitous act or act for valuable consideration that may be deemed identical to the former, which is performed by the debtor before or after 6 months from the date on which the debtor suspends his/her payment.

Second, the methods to exercise the Negation Right are same in Korea and Japan. Those are stipulated one of the following three ways in the law of debtor

* Cheongju University, Department of Law. Professor, Ph. D. in Law

rehabilitation: lawsuit, a claim filed for avoidance or defence. The court may order any custodian to exercise the Negation Right by its inherent jurisdiction or upon receiving an application filed by any rehabilitation creditor, any rehabilitation secured creditor, any shareholder and any equity right holder. The lawsuit and the case of claim for avoidance shall be placed under the exclusive jurisdiction of the rehabilitation court.

Third, the exercise effects of the include avoidance suit, avoidance plea, and avoidance claim by the Custodian, and when the court acknowledges it, the corporate asset can be restored to the original condition. When the corporate act is avoided, any payments deviated from the corporate asset due to the disparate act by the other party must be restored from the corporate asset in Korea and Japan. In this case, the restoration claim for the disparate act by the other party bears a characteristic of broad restoration claim for excessive profits in Korea and Japan.

Finally, for a safe trade, an act taken place one year prior to the commencement date for corporate rehabilitation cannot be subject to a avoidance because of the early recognition of payment suspension in Korea and Japan. Furthermore, the right to set aside shall not be exercised when 2 years lapse from the date on which rehabilitation procedures commence in Korea. The same shall apply to a case where 10 years lapse from the date on which an act provided for in any subparagraph of Article 100 (1) is performed in Korea. But, right to set aside shall not be exercised when 20 years lapse from the date on which an act is performed in Japan. Moreover, when the table for rehabilitation creditors is set up, the existence of the bond cannot be contended with the right to set aside, and expires as the rehabilitation proceeding completes in Korea and Japan.

Key Words : Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act(DRBA), Corporate Reorganization Act in Japan, corporate rehabilitation procedure, corporate reorganization procedure in Japan, Custodian, Negation Right, lawsuit, claim filed for avoidance, claim filed for defence, extinctive prescription