

최근 국내외 신탁실무의 동향

2019년 3월 29일(금) 13:30 ~ 18:00

한국거래소(여의도) 아트리움

■ 주 최 (사) 한국신탁학회

■ 세부일정

- 등 록 : 13:30~13:55
- 개회식 : 13:55~14:00
- 개회사 : 권종호 교수 (한국신탁학회 회장, 건국대 법학전문대학원)

전체사회 : 문상일 교수(한국신탁학회 총무이사, 인천대 법대)

세션	내용	
제1주제 14:00~14:50	2018년 국내 주요 신탁판례의 분석	
	발표자	신영수 변호사 (법무법인 율촌)
	사회자	이중기 교수 (홍익대학교 법학과)
	토론자	조선영 변호사 (KB국민은행)
정소민 교수 (한양대학교 법학전문대학원)		
제2주제 14:50~15:40	최근 일본 주요 신탁판례의 분석	
	발표자	심현치 변호사 (일본 씨티유와 법률사무소)
	사회자	안성포 교수 (전남대학교 법학전문대학원)
	토론자	최수정 교수 (서강대학교 법학전문대학원)
김태진 교수 (고려대학교 법학전문대학원)		
15:40~16:00	- Coffee Break -	
제3주제 16:00~16:50	신탁제도를 통한 재산 승계	
	발표자	김상훈 변호사 (법무법인 바른)
	사회자	전경근 교수 (아주대학교 법학전문대학원)
	토론자	박상빈 팀장 (KEB하나은행)
최준규 교수 (서울대학교 법학전문대학원)		
제4주제 16:50~17:40	부패한 수탁자 : Bishop Estate 사례와 그 시사점	
	발표자	노혁준 교수 (서울대학교 법학전문대학원)
	사회자	최병규 교수 (건국대학교 법학전문대학원)
	토론자	안수현 교수 (한국외국어대학교 법학전문대학원)
이근영 교수 (세명대학교 법학과)		
17:40~18:00	폐 회 식	

[사] 한국신탁학회 춘계학술대회

최근 국내외 신탁실무의 동향

- (일시) 2019년 3월 29일(금) 13:30 ~ 18:00
- (장소) 한국거래소(여의도) 아트리움
- (주최) (사) 한국신탁학회
- 세부일정
 - 등 록 : 13:30~13:55
 - 개회식 : 13:55~14:00
 - 개회사 : 권중호 교수 (한국신탁학회 회장, 건국대 법학전문대학원)

전체사회 : 문상일 교수(한국신탁학회 총무이사, 인천대 법대)

세션	내용	
	2018년 국내 주요 신탁판례의 분석	
제1주제 14:00~14:50	발표자	신영수 변호사 (법무법인 율촌)
	사회자	이중기 교수 (홍익대학교 법학과)
	토론자	조선영 변호사 (KB국민은행)
		정소민 교수 (한양대학교 법학전문대학원)
	최근 일본 주요 신탁판례의 분석	
제2주제 14:50~15:40	발표자	심현치 변호사 (일본 씨티유와 법률사무소)
	사회자	안성포 교수 (전남대학교 법학전문대학원)
	토론자	최수정 교수 (서강대학교 법학전문대학원)
		김태진 교수 (고려대학교 법학전문대학원)
15:40~16:00	- Coffee Break -	
	신탁제도를 통한 재산 승계	
제3주제 16:00~16:50	발표자	김상훈 변호사 (법무법인 바른)
	사회자	전경근 교수 (아주대학교 법학전문대학원)
	토론자	박상빈 팀장 (KEB하나은행)
		최준규 교수 (서울대학교 법학전문대학원)
	부패한 수탁자 : Bishop Estate 사례와 그 시사점	
제4주제 16:50~17:40	발표자	노혁준 교수 (서울대학교 법학전문대학원)
	사회자	최병규 교수 (건국대학교 법학전문대학원)
	토론자	안수현 교수 (한국외국어대학교 법학전문대학원)
		이근영 교수 (세명대학교 법학과)
17:40~18:00	폐회식	

목 차

2018년 국내 주요 신탁판례의 분석	3
최근 일본 주요 신탁판례의 분석	49
신탁제도를 통한 재산 승계	59
부패한 수탁자 : Bishop Estate 사례와 그 시사점	83



2018년 국내 주요 신탁판례의 분석

신영수



2018년 국내 주요 신탁판례의 분석

2019. 3. 29.

법무법인 (유) 율촌
변호사 신영수

목 차

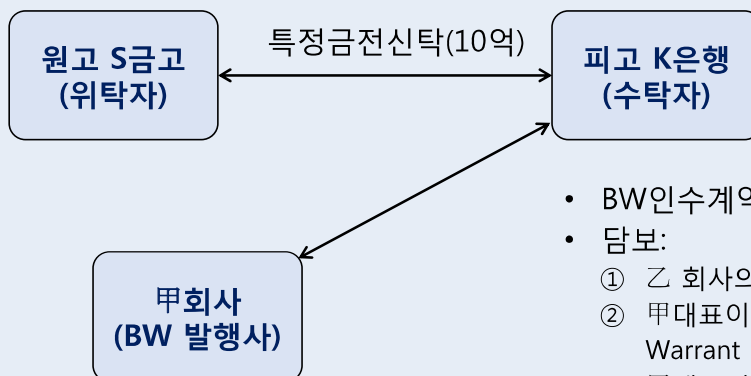
1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결
(특정금전신탁에서 신탁회사의 주의의무의 내용 및 위반의 효과)
2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결
(부동산담보신탁계약의 우선수익권의 법적 성질)
3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결
(수분양자의 분양계약 해제 후 자금관리 대리사무 및 담보신탁 수탁자를 직접 상대로 한 부당이득반환 청구 가부)
4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결
(신탁재산의 제3취득자가 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비 채무를 중첩적으로 인수하는지 여부)
5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결
(체육필수시설에 관한 담보신탁계약에 따른 공매·수익계약으로 시설이 일괄 이전된 경우, 인수인이 회원에 대한 권리·의무도 승계하는지 여부)

1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결 (특정금전신탁에서 신탁회사의 주의의무의 내용 및 위반의 효과)



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

거래구조



- BW인수계약
- 담보:
 - ① 乙 회사의 사채매입 약정
 - ② 甲대표이사 등에 대한 Warrant Put Option 계약
 - ③ 甲대표이사 등 소유의 甲주식에 대한 근질권 설정



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

사안의 개요

- (1) '피고 K은행'에 근무하던 직원은 2008. 2. '원고 S금고'에게 갑 회사가 발행하는 신주인수권부사채 10억 원을 인수하는 목적으로 하는 특정금전신탁계약 체결을 권유함
- (2) 원고 S금고는 투자제안을 받아들여 2008. 2. 22. 피고 K은행 지점에 10억 원을 2009. 2. 20.까지 신탁하는 특정금전신탁계약을 체결함
- (3) 피고 K은행은 신탁계약에 따라 甲 회사에 대한 대출채권을 신탁자산으로 편입하기로 하고 2008. 3. 3. 갑 회사와 사이에 피고 K은행이 원고 S금고의 신탁계약의 신탁금 10억 원으로 신주인수권부사채를 인수하는 내용의 사채인수계약을 체결함



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

사안의 개요

- (4) 피고 K은행은 2008. 3. 3. 코스닥 상장사인 乙 회사와 사이에, 甲 회사가 피고의 조기상환청구권 행사에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 사채만기일에 사채대금을 상환하지 아니하는 경우 등에는 乙 회사가 피고 K은행으로부터 신주인수권부사채를 매입하기로 하는 내용의 사채매입약정을 체결함
- (5) 피고 K은행은 2008. 3. 3. 甲 회사의 대표이사 등과 사이에, 피고 K은행이 신주인수권부사채 중 신주인수권증권을 분리하여 위 대표이사 등에 팔 수 있는 권리('풋옵션')를 피고 K은행에게 부여하는 내용의 풋옵션계약을 체결함
- (6) 피고 K은행은 2009. 3. 5. 피고 K은행을 질권자로, 위 대표이사 등을 설정자로, 채무자 겸 발행회사를 甲 회사로 하여 위 대표이사 등이 보유하는 甲 회사 주식 176,600주에 대하여 근질권을 설정함



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

사안의 개요

- (7) 피고 K은행은 2009. 1. 30. 甲 회사에게 사채인수계약 제10조에서 정한 바에 따라 사채원금의 조기상환을 청구하였으나, 甲 회사가 이를 이행하지 아니하던 중 2009. 3. 31. 폐업함
- (8) 신주인수권부사채를 매입하기로 약정한 乙 회사는 2008. 7. 9. 부산지방법원 2008회합3호로 회생절차개시결정을 받았고, 2009. 1. 29. 위 법원으로부터 회생계획인가결정을 받았음
- (9) 원고 S금고는 2012. 4. 피고 K 은행과 신탁계약을 정산하기로 하고, 피고 K은행으로부터 신주인수권부사채의 인수자로서의 권리, 乙 회사에 대한 사채매입청구권, 대표이사 등에 대하여 보유하던 풋옵션 및 피고 K은행의 근질권자로서의 권리를 양도받아 최종계산서에 따라 피고로부터 16,465,661원(=신탁이익 14,958,904원 + 고유계정대 이자 1,506,757원)을 지급받고, 피고 K은행에게 47,535,717원(=신탁보수 29,720,547원 + 법률 자문료 및 소송비용(이하 총칭하여 '법률비용') 17,815,170원)을 지급하였음



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

(1) 특정금전신탁에서 신탁회사의 투자자보호의무 위반 여부

- ① 특정금전신탁은 위탁자가 신탁재산인 금전의 운용방법을 지정하는 금전신탁으로서 신탁회사는 위탁자가 지정한 운용방법대로 자산을 운용하여야 함. 그 운용과정에서 신탁회사가 신탁재산에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였다면 자기책임의 원칙상 신탁재산의 운용 결과에 대한 손익은 모두 수익자에게 귀속됨(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결 참조)
- ② 그러나 신탁회사가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 그 계약 체결을 권유하는 등 **실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우에는**, 신탁회사는 신탁재산의 구체적 운용방법을 포함한 신탁계약의 특성 및 주요 내용과 그에 따르는 위험을 적절하고 합리적으로 조사하고, 그 결과를 신탁계약의 고객이 이해할 수 있도록 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있음(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다6872 판결 참조)



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

③ 신탁회사가 고객에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 신탁재산 운용방법의 구체적 내용 및 위험도의 수준, 고객의 투자 경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다17674 판결 참조)

→ 피고 K은행이 신탁재산에 대한 심사를 소홀히 하고 운용에 따라 발생할 수 있는 위험성에 관하여 설명을 게을리하여, 원고가 충분한 정보를 바탕으로 한 합리적인 투자판단을 하지 못하게 한 잘못이 있고 손해배상책임이 있다는 원심의 판단은 정당함

- ✓ 甲 회사는 당시 사업 초기 단계에 머무르고 있어 영업이익을 창출하지 못하고 있었기 때문에 다른 투자자로부터 자금을 빌리지 않고서는 만기일에 신주인수권부사채 원리금을 변제할 수 없는 상황이었음. 그런데도 소외 1은 甲 회사의 재산상태를 따로 조사하지 않았고, 추상적이고 불확실한 전망만 기재된 '특정금전신탁 운용 사전협약'을 작성한 것 이외에는 달리 피고 K은행이 갑 회사의 재산상황이나 변제능력 등을 점검한 자료가 보이지 않음
- ✓ 피고 K은행은 신탁계약을 기획하고 체결할 당시 乙 회사의 재산 상황 등에 대하여 충분히 심사하고 검토하였음을 인정할 만한 자료를 찾아보기 어려움
- ✓ 피고 K은행 직원은 원고 S금고의 전 이사장에게 이 사건 신탁계약을 설명하면서 甲 회사의 재무상황 등에 관하여 자세한 설명을 하지 않은 채, 단지 '좋은 상품이 있다', '피고 K은행을 믿어 달라'는 취지로만 설명하는 데 그쳤음



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

(2) 통지의무 및 신탁재산 관리의무 위반 여부

→ 원심이 피고 K은행이 수탁자로서 신탁재산을 관리하면서 지켜야 할 선관주의의무를 다하지 못하였다고 판단한 것은 정당함

- ✓ 신탁재산을 관리하는 업무를 담당하고 있던 피고 K은행은 신탁계약의 만기 두세 달 전에 甲 회사에 전화하여 리파이낸싱을 하고 있다는 답변을 듣고 만기까지 기다리기로 하였을 뿐, 신주인수권부사채 원리금 상환 재원의 확보나 그 진행상황에 대하여는 아무런 점검을 하지 않았음
- ✓ 피고 K은행은 乙 회사가 2008. 7. 9. 회생개시결정을 받고 회생절차에 들어갔음에도 이러한 사실을 제때에 인지하지 못하다가 신탁계약 만기 무렵에서야 알게 되었음. 결국, 피고 K은행은 乙 회사에 대한 사채매입청구권을 회생채권으로 신고조차 하지 못하였고, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 따라 그 권리를 상실하여 乙 회사의 회생절차에서 전혀 변제받을 수 없게 되었음



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

(3) 수탁자의 투자자보호의무 위반으로 인한 손해배상책임의 법적 성격

- ① 신탁회사가 신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 그 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무 불이행에 의한 손해배상책임을 지지는 않음
- ② 상법 제54조의 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니함(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결 참조)
→ 원심이 피고 K은행의 심사의무 및 설명의무 위반이 채무불이행이 된다고 판단한 것은 잘못된 것이고, 이를 전제로 상사법정이율을 적용한 것도 잘못임



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

(4) 신탁보수 및 비용상환청구의 제한

- ① (원칙) 신탁보수약정을 한 경우 신탁사무를 완료한 수탁자는 위탁자에게 약정된 보수액을 전부 청구 가능함. (예외) 다만, 신탁사무처리의 내용 및 경과, 신탁기간, 신탁사무로 인한 위탁자의 손실 규모 및 발생 경위, 그 밖에 변론에 나타난 제반 사정을 고려하여 약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 상당하다고 인정되는 범위로 보수액을 제한 가능함(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결 참조)
- ② (원칙) 수탁자가 신탁의 본지에 따라 신탁사업을 수행하면서 정당하게 지출하거나 부담한 신탁비용 등에 관하여는 신탁자에게 보상을 청구할 수 있음. (예외) 다만, 수탁자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 신탁비용을 지출한 경우에는 이러한 과실로 인하여 확대된 비용은 신탁비용의 지출 또는 부담에 정당한 사유가 없는 경우에 해당함. 수탁자는 비용상환청구를 할 수 없음(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결 등 참조)



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

판시사항

(4) 신탁보수 및 비용상환청구의 제한

- 원심이 신탁보수 전액에 관하여 피고의 보수청구권을 인정하는 것은 그 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다는 이유로 피고가 구할 수 있는 신탁보수를 특정금전신탁계약에서 약정한 신탁보수의 70%로 판단한 것은 정당함
- 원심이 피고가 케이에스피의 관리인을 상대로 소송을 제기하면서 지출한 법률비용은 그 지출에 정당한 사유가 없고, 원고에게 그 비용상환을 청구할 수 없다는 이유로 피고가 받은 법률비용을 원고에게 반환하여야 한다고 판단한 것은 정당함



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(1) 신탁계약 체결 권유 시 자본시장법상 투자권유규제 적용

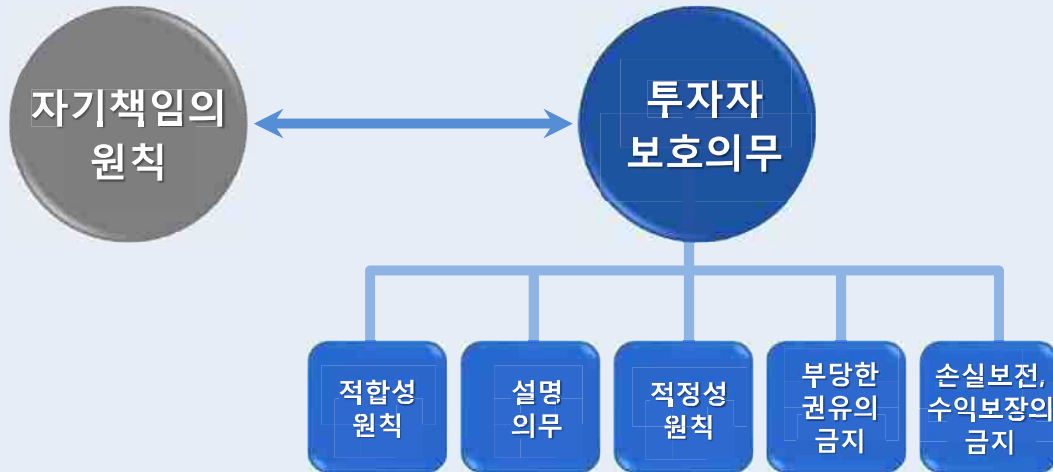
- 자본시장법상 금융투자업자가 일반투자자에게 투자권유를 하는 경우에는 동법 제4장 영업행위규칙하에 마련된 제1절 공통영업행위규칙 이하의 투자권유규제가 적용됨
- 이 경우 동법의 적용을 받는 '투자권유'에는 특정 투자자를 상대로 신탁계약(관리형 신탁계약 및 투자성 없는 신탁계약을 제외함)의 체결을 권유하는 것도 포함(자본시장법 제9조 제4항)
- 따라서 투자성 있는 신탁계약의 체결을 권유하는 경우에는 자본시장법 제46조 제3항의 적합성의 원칙, 제47조의 설명의무 등의 투자권유규제의 대상이 됨
- 다만, 일반투자자가 아닌 전문투자자에 대한 적합성의 원칙, 적정성의 원칙, 설명의무 위반 등의 경우에는 자본시장법 제48조에 따른 손해배상책임이 아닌 민법상 불법행위책임이 문제될 것임



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(2) 자본시장법상 투자자보호의무의 주요 내용



증권
유준
출판

1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(3) 자본시장법이 적용되지 않는 신탁계약에 대해서도 신탁업자에게 투자자보호 의무 인정 가능

- 대법원은 “신탁회사가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 그 계약 체결을 권유하는 등 실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우에는, 신탁회사는 신탁재산의 구체적 운용방법을 포함한 신탁계약의 특성 및 주요 내용과 그에 따르는 위험을 적절하고 합리적으로 조사하고, 그 결과를 신탁계약의 고객이 이해할 수 있도록 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있음(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다6872 판결 참조)”이라고 판시하고 있음. 즉, 대법원은 증권회사, 신탁업자 등의 보호의무를 인정하고 그에 따른 보호의무위반 여부를 불법행위의 위법성 판단기준으로 제시하여 왔음
- 따라서 자본시장법상 투자권유규제 조항이 직접 적용되지 않는 신탁계약이라도 신탁업자는 고객에 대하여 설명의무 등의 내용이 포함된 투자자보호의무를 부담함

증권
유준
출판

1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(4) 신탁업자의 투자자보호의무 위반에 따른 불법행위책임 인정

- 대법원은 자본시장법 시행 이전부터 증권회사 임직원의 부당권유행위금지, 투자신탁 회사 등 임직원의 부당판매행위 금지, 투자자문회사 임직원의 부당행위금지 등 투자 권유자 등의 보호의무라는 개념을 도입하여 불법행위의 위법성 판단기준으로 삼아 왔음
- ✓ 대법원이 증권회사 임직원의 투자권유가 고객에 대한 보호의무위반에 해당한다는 이유로 불법행위로 인한 손해배상책임의 성립을 인정(대법원 1996. 8. 23. 선고 94 다38199)한 이래, 투자권유자의 책임에 관한 보호의무이론과 불법행위 성립을 거듭 확인하고 있음
- ✓ 그리고 투자자보호의무 위반에 대하여 불법행위 책임과 더불어 채무불이행책임이 성립한다는 대법원 판례는 찾아보기 힘들고, 학설에서도 자본시장법상 적합성 원칙 위반 등에서 불법행위가 인정되느냐를 중심으로 논의하고 있을 뿐 채무불이행책임이 추가로 인정될 수 있는지에 대해서는 거의 논의하지 않고 있는 듯함



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(4) 신탁업자의 투자자보호의무 위반에 따른 불법행위책임 인정

- 금융투자업자가 고객의 투자성향에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 투자를 적극적으로 권유한 경우 고객 보호의무 위반에 따른 불법행위 책임을 인정
- ✓ 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006다53344 판결 : 증권회사의 임직원이 고객에게 적극적으로 투자를 권유하였으나 투자 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립되기 위하여는, 이익보장 여부에 대한 적극적 기망행위의 존재까지 요구하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황(재산상태, 연령, 사회적 경험 정도 등), 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후, 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여, 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우라야 한다.
- 따라서 신탁업자가 신탁계약자에 대한 투자자보호의무를 위반한 경우에는 불법행위 책임만이 인정될 수 있고, 본 대법원 판결은 위 법리를 확인한 것임



1. 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결

평석

(5) 책임제한 가능성

- 대법원(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다17220 판결 등)은 전문투자자의 경우에는 상품의 특성, 위험도 수준, 투자자의 투자 경험이나 전문성 등을 고려하여 투자자 보호 의무의 범위와 정도를 달리 판단할 수 있음을 판시하고 있음
- ➔ 따라서 본 사건과 같이 투자자인 원고가 새마을금고인 경우, 기존에 금전신탁이나 신주인수권부사채 등에 투자한 경험이 있는지 여부 등을 파악하여, **과실상계의 사유**로 삼았을 필요가 있음

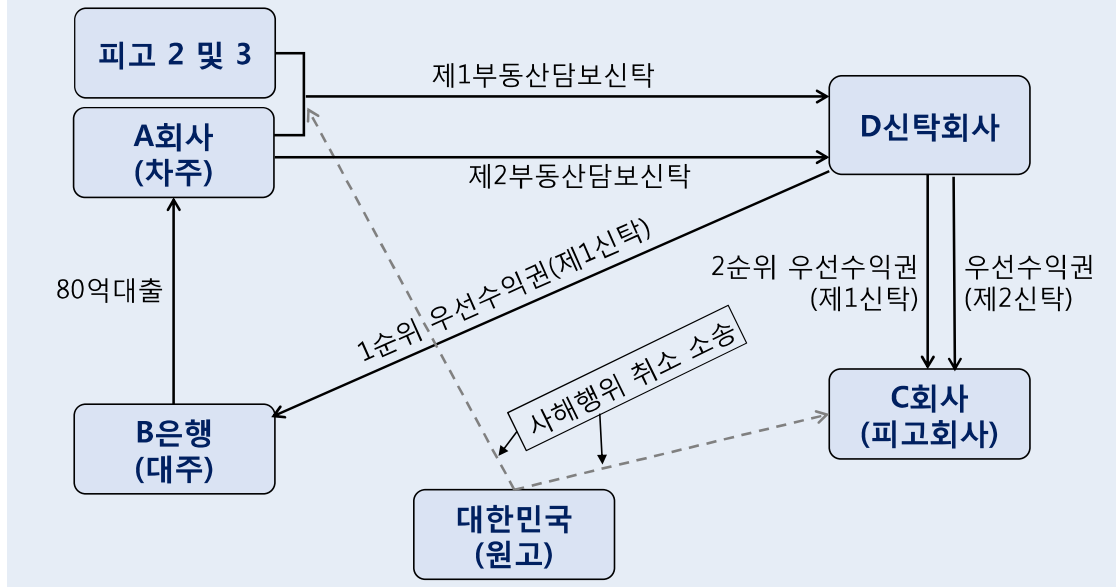


2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결 (부동산담보신탁계약의 우선수익권의 법적 성질)



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

거래구조



법원
서울지방법원

2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

사안의 개요

- (1) A 회사, 그 대표이사인 피고 2 및 그 아들인 피고 3은 서울 송파구 일대에 아파트 (이하 '이 사건 아파트')를 신축·분양하는 사업을 공동으로 시행하기로 하였음
- (2) A 회사는 2006. 4. 5. B 은행으로부터 사업 자금으로 80억 원을 대출받았음(이하 '이 사건 대출')
- (3) 원고 대한민국(이하 '원고')이 A회사를 상대로 부당이득반환 청구소송을 제기하여 제1심에서 'A 회사는 원고에게 38억여원과 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 판결을 선고받았고, 2011. 5. 3. 그 판결이 확정되었음
- (4) 피고 C 회사(이하 '피고 회사')는 2010. 7. 5. B 은행에 이 사건 대출금 채무 중 5억여원을 대위변제하면서, 같은 날 A 회사와 사이에 ① 피고 회사가 A 회사에 위돈을 이자 연 5%, 변제기 2012. 7. 5.로 정해 대여하고(이하 '이 사건 대여금'), ② 이를 담보하기 위하여 A 회사가 이 사건 아파트에 관하여 피고 회사를 우선수익자로 하는 담보신탁계약을 체결하기로 하는 내용의 금전대차계약을 체결함

법원
서울지방법원

2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

사안의 개요

- (4) A 회사와 피고 2 및 피고 3은 2010. 8. 5. D 신탁회사와 이 사건 아파트 중 ○○○동 △△△호(이하 '△△△호') 등 13세대에 관하여 1순위 우선수익자를 B 은행, 2순위 우선수익자를 피고 회사(수익한도금액 각 88억여원, 26억 원. 단 △△△호에 관해서는 피고 회사만 우선수익권을 가지는 것으로 함)로 하는 부동산담보신탁계약(이하 '**제1신탁계약**')을 체결하고, 그 다음 날 D 신탁회사에 신탁등기를 마쳐주었음.
- (5) A 회사는 2011. 9. 28. 제1신탁계약 중 △△△호에 관한 부분을 일시 해지하였다가, 2011. 9. 30. △△△호에 관하여 피고 회사를 우선수익자(수익한도금액 26억 원)로 하는 부동산담보신탁계약(이하 '**제2신탁계약**')을 다시 체결하였음



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

사안의 개요

[부동산담보신탁계약]

- 이 신탁은 신탁부동산의 소유권 관리와 위탁자(A 회사)가 부담하는 채무 이행을 보장하기 위하여 수탁자(D 신탁회사)가 △△△호를 보전·관리하고 채무불이행 시 환가·정산하며 (**제1조**), 이와 더불어 잔금을 모두 납부한 수분양자에 대해서는 우선수익자의 요청이 있는 경우 수탁자가 신탁재산 소유권을 수분양자에게 직접 이전하여 수분양자의 권리를 보호하는 데 그 목적이 있다(**특약사항 제1조**).
- 신탁기간은 신탁등기일로부터 5년이지만, 기간 만료 전에 우선수익자의 요청 등에 의하여 신탁부동산을 처분한 경우에는 양수인이 소유권이전등기를 마친 때에 신탁이 종료한 것으로 본다(**제2조**).
- 우선수익자는 수익권증서에 기재된 수익한도금액의 한도 내에서 수익을 얻을 권리가 있고, 신탁 원본에 대한 우선수익자의 수익권은 수익자의 수익권보다 우선한다(**제7조 제2항, 제3항**). 우선수익자가 갖는 수익권의 유효기간은 이 신탁계약에 따른 우선수익자의 채권 발생일부터 신탁계약 종료일까지로 한다(**같은 조 제4항**).



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

사안의 개요

[부동산담보신탁계약]

- 신탁기간 종료 전이라도 채무자(A 회사)가 우선수익자와 체결한 여신거래 약정을 위반하는 경우 우선수익자의 요청 등에 의하여 신탁부동산을 처분할 수 있다(제18조 제1항). 이 경우 우선수익자 전원의 합의로 매수인을 지정하여 요청하는 경우에는 수익계약에 의하여 처분할 수 있다(특약사항 제7조 제1항).
- 위탁자는 원칙적으로 신탁을 해지할 수 없고, 수탁자가 신탁 해지를 승낙하고 위탁자가 해지로 인한 수탁자의 손해를 부담한 경우 해지할 수 있으나(제24조 제1항), 그 경우에도 우선수익자의 서면 동의가 있어야 한다(특약사항 제12조).
- 신탁계약은 신탁기간 종료, 제24조 제1항에 의한 신탁 해지, 제18조 제1항에 의한 신탁부동산 처분 등으로 종료한다(제25조 제1항). 신탁기간 만료 또는 신탁 해지로 신탁계약이 종료하는 경우에는 위탁자는 수탁자에게 수익권증서를 반환하고 수탁자는 위탁자에게 신탁부동산을 현상대로 인도한다(같은 조 제2항).



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

사안의 개요

- (6) A 회사는 2012. 7. 23. 우선수익자인 피고 회사의 동의서를 첨부하여 D 신탁회사에 제2신탁계약의 해지를 요청하였음. 위 동의서와 해지요청서에는 모두 '신탁계약 특약 제12조에 따라 △△△호에 대하여 해지를 요청합니다.'라는 내용이 기재되어 있음
- (7) A 회사는 2012. 7. 30. △△△호에 관하여 신탁재산 귀속을 원인으로 소유권이 전등기를 마쳤음
- (8) A 회사는 같은 날 피고 회사에 이 사건 대여금 변제에 갈음하여 △△△호를 대물변제하기로 약정하고 피고 회사와 △△△호에 관한 분양계약을 체결한 다음 (이하 위 대물변제계약과 분양계약을 합쳐서 '이 사건 대물변제계약'), 피고 회사에 △△△호에 관하여 소유권이전등기를 마쳐주었음
- (9) 이에 원고 대한민국은 이 사건 대물변제계약에 대한 사해행위취소소송을 제기함



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

판시사항

- 이 사건 대물변제계약이 제2신탁계약에 따른 정산 환가의 일환에 해당하여 신탁계약 종료에도 불구하고 우선수익권이 상실되지 않는 것인지
 - ① 신탁법상 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정한 재산을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산을 관리·처분하게 하는 것임. 이는 위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 체결한 경우에도 마찬가지임(대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 참조)



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

판시사항

- 이 사건 대물변제계약이 제2신탁계약에 따른 정산 환가의 일환에 해당하여 신탁계약 종료에도 불구하고 우선수익권이 상실되지 않는 것인지
 - ② 신탁행위로 정한 바에 따라 수익자로 지정된 사람은 당연히 수익권을 취득함(신탁법 제56조 제1항). 신탁재산에 속한 재산의 인도와 그 밖에 신탁재산에 기한 급부를 요구하는 청구권이 수익권의 주된 내용을 이루지만, 수익자는 그 외에도 신탁법상 수익자의 지위에서 여러 가지 권능을 가지며, 수익권의 구체적인 내용은 특별한 사정이 없는 한 계약자유의 원칙에 따라 신탁계약에서 다양한 내용으로 정할 수 있음

우선수익권은 구 신탁법이나 신탁법에서 규정한 법률 용어는 아니나, 거래 관행상 통상 부동산담보신탁계약에서 우선수익자로 지정된 채권자가 채무자의 채무불이행 시에 신탁재산 처분을 요청하고 그 처분대금에서 자신의 채권을 위탁자인 채무자나 그 밖의 다른 채권자들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 말함



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

판시사항

- 이 사건 대물변제계약이 제2신탁계약에 따른 정산 환가의 일환에 해당하여 신탁계약 종료에도 불구하고 우선수익권이 상실되지 않는 것인지
 - ③ 우선수익권은 수익급부의 순위가 다른 수익자에 앞선다는 점을 제외하면 그 법적 성질은 일반적인 수익권과 다르지 않음. 채권자는 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것이 아니라, 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산 절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리임(대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 참조)
 - ➔ **원심의 판단** : 피고 회사 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지기 전에 잠시 A 회사 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐지기는 하였으나, **이는 신탁계약에 따른 정산, 환가방법의 일환으로 이루어진 것이어서**, 피고 회사의 우선수익권이 상실되었다고도 할 수 없음 ⇒ 대물변제계약은 사해행위 X(↔ **대법원의 판단**)



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

판시사항

- 이 사건 대물변제계약이 제2신탁계약에 따른 정산 환가의 일환에 해당하여 신탁계약 종료에도 불구하고 우선수익권이 상실되지 않는 것인지
 - ➔ **대법원의 판단**
 - ✓ 다음의 사정을 고려할 때, 이 사건 대물변제계약은 제2신탁계약 제18조 제1항 등에 정한 처분·환가의 일환으로 체결된 것이라고 보기 어려움
 - ① A 회사는 2012. 7. 23. 우선수익자인 피고 회사의 동의서를 첨부하여 D 신탁회사에 신탁 해지를 요청하였고(위 동의서와 '해지요청서'에는 모두 '신탁계약 특약 제12조에 따라 해지를 요청합니다.'라는 내용이 기재되어 있음)
 - ② 이에 따라 A 회사가 2012. 7. 30. △△△호에 관하여 신탁재산 귀속을 원인으로 소유권이전등기를 마침
 - ③ 이 사건 대물변제계약 이행을 위하여 작성된 분양계약서에는 매도인이 D 신탁회사가 아닌 A 회사로 기재되어 있음
 - ④ 피고 회사에 △△△호에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 것도 D 신탁회사가 아닌 A 회사임



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

판시사항

- 이 사건 대물변제계약이 제2신탁계약에 따른 정산 환가의 일환에 해당하여 신탁 계약 종료에도 불구하고 우선수익권이 상실되지 않는 것인지

→ 대법원의 판단

- 반면, ① A 회사가 우선수익자들의 '환가처분 요청서'(신탁계약 제18조, 특약사항 제7조에 따라 신탁재산 처분을 요청한다는 내용이다)를 첨부하여 D 신탁회사에 '신탁재산 처분요청'을 하고, ② 이에 따른 처분절차의 일환으로 D 신탁회사가 매수인과 위 부동산에 관한 매매계약을 체결한 다음 매수인에게 직접 소유권이전등기를 마쳐주었으며, ③ 그 매매계약서에는 매매대금 납부계좌로 D 신탁회사의 은행 계좌가 기재된 '제1신탁계약의 신탁부동산의 처분'에 대해서는 신탁계약에 따른 정산·환가의 일환으로 이루어진 것으로 인정함
- 따라서 제2신탁계약은 신탁계약 제24조 제1항, 제25조 제1항, 특약사항 제12조에 따라 2012. 7. 23.자 신탁계약의 해지로 말미암아 종료되었고, 피고 회사는 신탁계약 제7조 제4항에 따라 더 이상 우선수익자로서 수익권을 행사할 수 없게 되었음

⇒ 결국, 이 사건 대물변제계약은 사해행위 O



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

평석

(1) 부동산신탁 수익권의 내용

- 수익권이란, 수익자가 가지는 신탁재산 및 수탁자에 대한 각종 권리의 총체를 의미함
- 수익권의 내용

자익권 (협의의 수익권)

- 수익자가 신탁재산 또는 수탁자에 대하여 기대하는 개인적인 편익과 관련된 권리로, 통상 신탁재산으로부터 급부를 받을 급부수령권(수급권)을 의미함
- ① 추상적 자익권(급부를 수령할 수 있는 지위), ② 구체적 자익권{이미 발생한 구체적 급부청구권 (수익채권, 지분권적 급부청구권 법 제62조)}

공익권 (광의의 수익권)

- 신탁은 신탁재산을 중심으로 이루어진 단체적 법률관계로, 수익자는 신탁의 법률관계를 안정적으로 유지하기 위하여 신탁재산 보존 및 수탁자 감독을 목적으로 하는 단체법적 권리, 즉 자익권에 부수하여 수익자의 이익을 보호하기 위하여 각종의 공익권을 갖고 있음
- ① 수탁자 감독권, ② 신탁재산의 보전권, ③ 신탁운영의 참가권



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

평석

(2) 부동산신탁 수익권 및 우선수익권의 법적 성질

- 수익권의 법적 성질

학설의 대립	판례의 태도
<ul style="list-style-type: none"> 채권설 실질적 법주체성설 (물적 권리설) 제한적 권리이전설 (상대적 권리이전설) 수(隨)물권설 병존설 	<p>대법원 2002.04.12. 선고 2000다70460 판결</p> <p>부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.</p> <p>⇒ 채권설의 입장으로 볼 수 있음</p>



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

평석

(2) 부동산신탁 수익권 및 우선수익권의 법적 성질

- 우선수익권의 법적 성질

우선수익권은 수익권과 우선수익권은 수익급부의 순위가 다른 수익자에 앞선다는 점을 제외하면 그 법적 성질은 일반적인 수익권과 다르지 않고, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리임(대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 참조)

→ 본 대법원 판결은 위와 같은 수익권의 법적 성질과 기존 대법원 판결에 기초하여, 부동산담보신탁계약의 우선수익권은 물권적인 담보권이 아니라 신탁계약에 기초한 채권적 권리라는 점을 다시 한번 확인한 것임



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

평석

(3) 신탁부동산의 소유권 이전과 그 원인

- 처분신탁 등에서 신탁계약상 정해진 처분사유의 발생(예를 들어 매매계약의 체결)하게 되면, 수탁자는 ① 신탁계약에서 정하고 있는 바에 따라 매수인에게 신탁부동산의 소유권 등기를 직접 이전하거나, ② 위와 같은 약정이 없는 경우에는 신탁계약 해지 후 위탁자에게 소유권이전등기를 경료한 후 위탁자가 매수인에게 소유권등기를 이전하여 주는 방식을 취하고 있음
- 담보신탁에서 우선수익자의 신탁부동산 처분 정산요청 등이 있는 경우, 일반적으로 수탁자는 공매절차를 거쳐서 낙찰자에게 신탁부동산의 소유권을 직접 이전등기 하여 줌. 다만, 신탁약정에서 수익자 등에게 수의계약 등의 방식으로 처분 정산할 수 있음을 정하고 있는 경우에는 수탁자가 신탁계약의 처분 정산의 방법 중 하나로서 수익자에게 직접 소유권이전등기를 하여 줄 수도 있을 것임



2. 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결

평석

(3) 신탁부동산의 소유권 이전과 그 원인

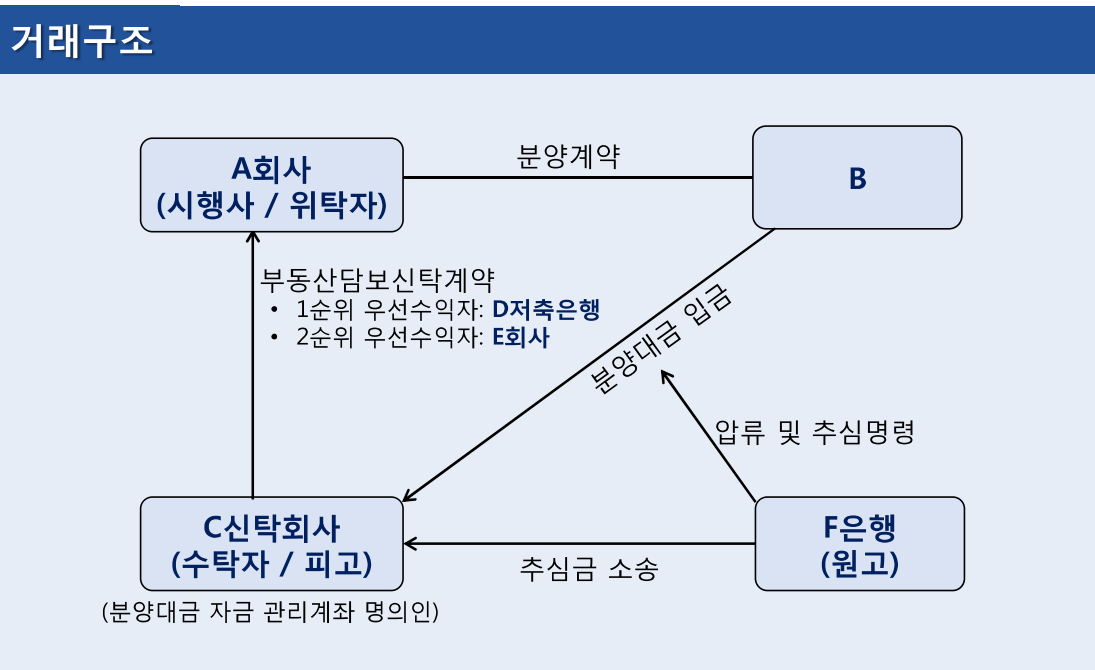
- 한편, 신탁계약이 해지나 여타 약정·법정 사유에 따라 종료된 경우, 수탁자는 위탁자에게 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하여 줌
 - 다만, 신탁부동산의 이전 방식 등은 일률적으로 정해진 것이 없고 신탁계약에서 정한 바에 따라 다양하게 나타날 수 있는바(즉 신탁부동산의 처분시 매수인에게 직접 소유권을 이전할 수도 있고, 위탁자에게 이전등기한 후 위탁자가 매수인에게 이전할 수도 있음), 신탁계약 등 구체적인 사정을 고려하여 신탁부동산 소유권이전의 성질을 판단하여야 할 것임. 즉, 신탁부동산의 소유권 이전의 모습이 전적으로 그 원인을 징표하여 주지는 못함
- 따라서 본 대법원 판결이 신탁부동산의 소유권 이전의 모습이 이외에도 위탁자가 환가처분 요청서가 아니라 신탁해지 요청서를 보내온 점, 신탁부동산에 대한 매매계약 당사자가 수탁자가 아닌 위탁자인 점 등을 종합적으로 고려하여 본건 신탁부동산의 소유권이전은 신탁계약에 따른 처분 정산이 아니라 신탁계약 종료 후 위탁자의 독립적인 법률행위라고 판단한 것은 타당하다고 보임



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결 (수분양자의 분양계약 해제 후 자금관리 대리사무 및 담보신탁 수탁자를 직접 상대로 한 부당이득반환 청구 가부)



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

사안의 개요

- (1) A 회사는 안양시 만안구 (주소 생략) 외 4필지 지상 ○○○○○ 주상복합아파트(이하 '이 사건 아파트')를 신축·분양하는 시행사 겸 시공사임
- (2) A 회사는 피고 C 신탁회사 등과 분양수입금 등 사업과 관련한 수입금 일체를 피고 C 신탁회사 명의의 자금관리계좌에 입금하기로 하는 등의 사업약정(이하 '이 사건 사업약정')과 추가약정을 체결함
- (3) A 회사는 2008. 10. 20. B와 사이에 아파트에 관한 분양계약(이하 '이 사건 분양계약')을 체결함
- (4) A 회사는 사업약정에 따라 이 사건 분양계약에 따른 분양대금을 피고 C 신탁회사 명의의 자금관리계좌로 받음



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

사안의 개요

- (5) 피고 C 신탁회사는 2008. 11. 28. A 회사와 이 사건 아파트에 관하여 A 회사를 위탁자, 피고 C 신탁회사를 수탁자, D 저축은행을 1순위 우선수익자, E 회사를 2순위 우선수익자로 하는 부동산담보신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약')을 체결함
- (6) 분양계약이 해제되었고, 원고 F 은행은 B에 대한 확정판결에 기초하여 B를 채무자, 피고 C 신탁회사를 제3채무자로 하여 'B가 피고 C 신탁회사가 분양한 아파트 제**호에 대한 분양권을 취득함으로써 분양계약이 해제될 경우 지급받을 분양대금반환채권 중 200,045,291원'에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령이 피고 C 신탁회사에게 송달됨
- (7) 이에 원고 F 은행은 피고 C 신탁회사에 대하여 추심금 지급소송을 제기함



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

판시사항

(1) 피고 C 신탁회사의 B에 대한 '부당이득반환의무'의 존부

- B가 이 사건 분양계약에 따라 피고 C 신탁회사의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 피고 C 신탁회사는 A 회사와의 이 사건 사업약정에 따라 B로부터 정당하게 분양대금을 수령한 것임
- 수분양자인 B는 사업약정의 당사자가 아니고, 또한 B와 A 회사의 분양계약이 해제되었다고 하더라도 피고 C 신탁회사와 A 회사가 맺은 사업약정의 효력에 영향을 미치지 않음
- 따라서 분양계약이 해제된 것만으로 곧바로 피고 C 신탁회사가 B로부터 수령한 분양대금을 보유할 원인이 없어지지 않고, 나아가 B에게 분양대금을 부당이득으로 반환할 의무가 생기는 것은 아님



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

판시사항

(2) 피고 C 신탁회사의 B에 대한 '분양대금반환의무'의 존부

- 원고 F 은행은 B와 A 회사 사이에 체결된 이 사건 분양계약이 해제됨에 따라 B가 피고 C 신탁회사에 대하여 직접 분양대금반환채권을 가진다고 주장함
- 계약은 일반적으로 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되지만, 제3자를 위한 계약은 당사자가 자기들 명의로 체결한 계약으로 제3자로 하여금 직접 계약당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약임. 따라서 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지는 당사자의 의사가 그 계약으로 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서, 계약 체결의 목적, 당사자가 한 행위의 성질, 계약으로 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래 관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등을 종합하여 계약당사자의 의사를 합리적으로 해석함으로써 판별할 수 있음(대법원 1997. 10. 24. 선고 97다28698 판결, 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결 등 참조)



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

판시사항

(2) 피고 C 신탁회사의 B에 대한 '분양대금반환의무'의 존부

- 이 사건 신탁계약과 이 사건 사업약정은 A 회사와 피고 C 신탁회사 등 사이에 체결된 것이 분명할 뿐만 아니라, 이 사건 신탁계약과 사업약정 관련 규정의 문언, 체계, 취지 등에 비추어 이 사건 신탁계약 제21조 제1항, 이 사건 사업약정 제20조 제1항은 신탁사업에 드는 비용의 부담주체를 정한 것이거나 비용 지출순서, 지출방법, 절차 등을 정한 것에 불과함. 원고 F은행이 들고 있는 위 조항들은 이 사건 신탁계약 등의 당사자가 아닌 제3자로 하여금 수탁자인 피고 C 신탁회사에 대한 권리를 직접 취득하게 하는 것을 목적으로 한 규정이라고 해석할 수 없음
- 신탁계약 제21조 제1항: 신탁기간 종료 전 우선수익자의 요청으로 신탁부동산을 처분한 경우 처분대금 관련 '신탁계약과 관련된 비용 및 보수'가 정산 1순위로 규정
- 사업약정 제20조 제1항 및 추가약정 제6조: 자금관리계좌에 입금된 자금 관련 '신탁처리비용' 등이 집행 1순위로 규정



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(1) 분양계약 해제시 자금관리 대리사무약정 및 담보신탁계약상 신탁사를 상대로 한 수분양자들의 분양대금반환 청구의 모습

- 담보신탁 및 자금관리대리사무 방식으로 분양사업을 하는 경우, 사업주체인 시행사가 분양계약서에 분양자로서 날인할 뿐 신탁사는 아무런 날인을 하지 않고 이 때 수분양자는 분양대금을 분양자가 아닌 신탁사의 자금관리대리사무계좌에 직접 납입해야 하고 이 경우에 한해 정당한 분양대금 입금으로 인정받는다는 조항이 분양계약서에 삽입되어 있음
- 위와 같은 상황에서, 분양계약이 해제된 경우 수분양자들은 자력이 없는 시행사 대신 신탁회사를 상대로 한 분양대금반환청구를 하기도 하는데, 이러한 수분양자들의 분양대금반환청구 유형은 ① 불법행위에 기한 손해배상을 청구하거나, ② 부당이득의 반환을 청구하는 직접 청구 유형과 ③ 수분양자가 시행사를 상대로 일단 분양계약을 해제한 후 시행사를 대위하여 신탁회사를 상대로 분양대금의 반환을 대위 청구하는 간접 청구 유형으로 구분됨



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(2) 불법행위에 기한 손해배상 청구 가능성

- 신탁법령상 신탁사가 시행사의 분양업무를 감독해야 할 법령상의 의무는 없으며, 분양계약서와 사업약정서 및 자금관리대리사무계약서에 의하더라도 신탁사인 수탁자가 위탁자인 시행사의 분양업무를 감독해야 할 계약상의 의무가 있다고 보기 어려우므로, 수분양자의 신탁사에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구는 인정되지 않음



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(3) 부당이득 반환 청구 가능성

- 계약자 일방이 분양계약을 적법하게 해제하였다고 하더라도 그 계약관계의 청산은 계약의 상대방 사이에 이루어져야 하고 계약 당사자가 아닌 자를 상대로 분양대금 지급이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구할 수는 없음. 즉, 계약의 일방 당사자가 계약 상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약 상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부로서 급부를 한 계약 당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부로도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없음(대법원 2003.12.26. 선고 2001다46730 판결)
- 담보신탁 및 자금관리대리사무 방식에 의한 부동산 개발 사업에서 분양계약의 당사자는 수분양자와 시행사여서 분양계약의 해제로 인한 원상회복의무를 부담하는 자도 계약의 당사자인 시행사임



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(3) 부당이득 반환 청구 가능성

- 따라서, 신탁회사는 신탁업무의 일환으로 수분양자들로부터 분양대금을 수납 받아 자금관리대리사무계약에 따라 이를 보관하고 있는 것에 불과하여 분양계약의 당사자가 아니어서 수분양자가 직접 자신이 지급한 위 분양대금의 반환을 구할 근거가 없고, 수분양자와 분양자인 시행사 사이에 분양계약이 해제되어 실효되었다고 하더라도 신탁사와 시행사 사이의 자금관리대리사무계약의 효력까지 실효되는 것은 아니므로 신탁사가 수분양자의 분양대금을 보유하고 있는 것이 법률상 원인이 없다고 볼 수 없어 수분양자의 신탁사에 대한 부당이득반환청구는 인정되지 않음(서울중앙지방법원 2009. 10. 9. 선고 2008가합109963 판결)
- ➔ 본 대법원 판결은 수분양자가 분양계약을 해제한 후 자금관리대리사무계약의 신탁사를 상대로 분양대금에 대한 부당이득 반환청구할 권리가 없다는 점을 확인하여 주었을 뿐만 아니라 직접적인 계약관계가 없으므로 분양대금 반환의무도 발생하지 않는다는 점을 확인하였다는 점에서 그 중요성이 인정됨



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(4) 시행사를 상대로 일단 분양계약을 해제한 후 시행사를 대위하여 신탁회사를 상대로 상대로 분양대금반환 대위소송 가능 여부

- 수분양자가 분양자인 시행사와 분양계약을 해제한 후 신탁사에게 분양대금의 반환을 대위청구할 수 있는지가 문제됨
- 종전 대법원 판결(대법원 2009. 7. 9. 선고 2008다19034 판결)은 분양대금반환채무를 수익금정산채무보다 우선시하는 취지의 선고를 하였는데, 이에 따를 경우 신탁사에 대한 분양대금 반환의 대위청구가 인정된다고 해석될 여지가 있었음
- 이에 따라 종래 하급심 판결의 결론이 엇갈렸으나 대법원 판결(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다82388 판결, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다26838 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015다228522 판결)에서 수분양자가 분양자인 시행사를 대위하여 신탁사에게 분양대금의 반환을 청구할 수 없다고 판시함으로써 정리됨



3. 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결

평석

(4) 시행사를 상대로 일단 분양계약을 해제한 후 시행사를 대위하여 신탁회사를 상대로 상대로 분양대금반환 대위소송 가능 여부

- 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다82388 판결, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다26838 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015다228522 판결
- ✓ 담보신탁계약과 대리사무 약정은 그 계약 체결의 목적, 당사자, 규율내용이 전혀 다른 별개의 계약으로 보아야 하고, 대리사무 약정에 따라 수탁자가 관리하는 분양수입금은 애초부터 신탁재산인 '신탁부동산의 처분대금이나 이에 준하는 것'에 해당한다고 볼 수 없음
- ✓ 따라서 피고(신탁사)가 담보신탁계약상 신탁원본에 편입되는 분양대금을 취득하였음을 전제로 시행사가 분양계약의 해제시 피고에게 분양대금반환청구를 할 수 있다는 원고(수분양자) 주장은 이유 없음(설령 분양대금이 담보신탁의 신탁원본에 해당한다고 하더라도 담보신탁에서 정한 정산 순위의 제한을 받지 않고 우선 청구할 수도 없음)
- ✓ 대리사무약정이 해지되었거나 분양대금 반환에 관한 별도의 약정이 있지 않는 한, 분양계약이 해제되었다는 사정만을 들어 피고(신탁사)가 분양대금을 시행사에게 반환하여야 한다는 법률관계가 형성된다고 볼 수 없음



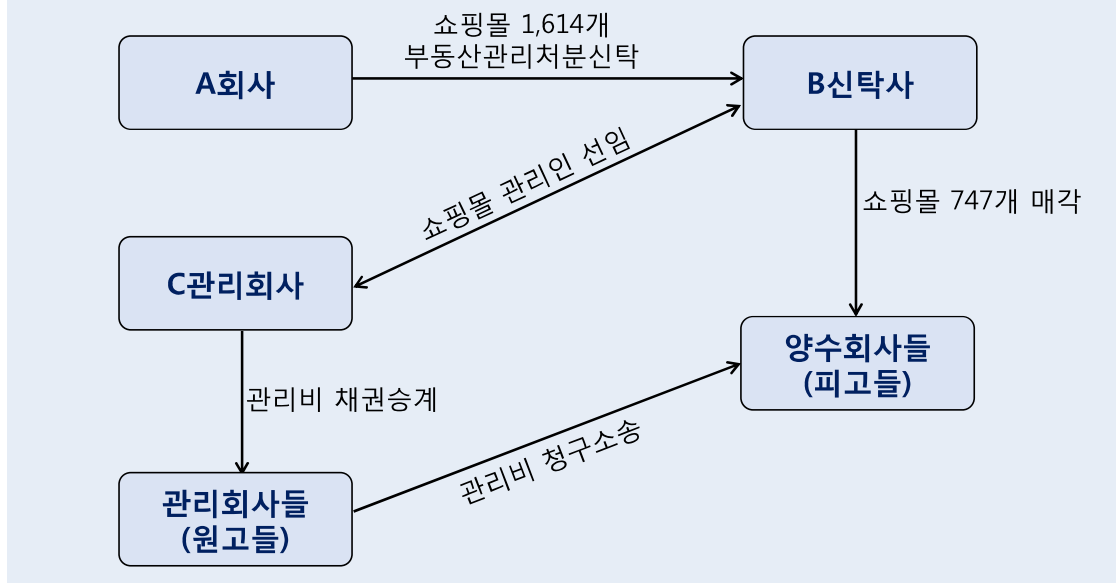
4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

(신탁재산의 제3취득자가 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비 채무를 중첩적으로 인수하는지 여부)



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

거래구조



법원
출판

4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

사안의 개요

- (1) A 회사는 2006. 2. B 신탁사와 토지 및 건물(쇼핑몰, 이하 ‘이 사건 쇼핑몰’)에 관하여 부동산관리처분신탁계약(이하 ‘이 사건 신탁계약’)을 체결한 후, 2006. 2. 6. 이 사건 쇼핑몰에 관하여 집합건물로 구분등기 절차를 마치고, 그와 동시에 수탁자 B 신탁사 앞으로 이 사건 쇼핑몰의 전유부분 1,613개에 관하여 2006. 2. 3.자 신탁을 원인으로한 소유권이전등기를 마침
- (2) 이 사건 신탁계약 제9조 제1항 및 제14조 제1항에 의하면, 위탁자가 신탁부동산인 이 사건 쇼핑몰의 관리비를 부담하도록 규정되어 있고, 신탁등기 신청서에 첨부된 신탁계약서가 신탁등기 경로 당시 신탁원부에 포함되어 건물의 등기부에 편철되어 있었음
- (3) C 관리회사는 2006. 2. 내지 2006. 7.경 쇼핑몰의 관리인으로 선임되었으나 2006. 11.경부터는 쇼핑몰에 대한 관리업무를 수행하지 아니함

법원
출판

4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

사안의 개요

- (4) 이 사건 쇼핑몰에 대한 관리규약은 제6조에서 '건물유지 및 영업관리 관련 공동의 이익을 위해 소요되는 비용 등의 부담 의무'를 구분소유자의 의무 중의 하나로 규정하고 있고, 제7조 제1항에서 등기부상 소유권자는 제6조에서 규정한 구분소유자의 권리의무를 자동으로 승계한다고 규정함
- (5) B 신탁사는 2013년경 신탁계약의 우선수익자들의 요청에 따라 747개 전유부분에 대한 공매절차를 진행하여, 피고 양수회사들은 2014. 6.경 낙찰이나 수의계약 방식으로 위 747개 전유부분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤고, 위 신탁등기는 신탁재산 처분을 원인으로 말소됨
- (6) 원고 관리회사들은 C 관리회사에 대한 각 양수금 및 약정금 채권이나 대납금 반환 채권을 각 취득한 자임
- (7) 원고 관리회사들은 피고 양수회사들에 대하여 A 회사나 B 신탁사가 미납한 공용부분 관리비 채무를 승계한다는 이유로 관리비를 청구하는 이 사건 소를 제기함



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

판시사항

- (1) 구분소유권이 순차로 양도된 경우 각 특별승계인들은 이전 구분소유권자들의 **채무를 중첩적으로** 인수한다고 봄이 타당하므로, 현재 구분소유권을 보유하고 있는 **최종 특별승계인뿐만 아니라, 그 이전의 구분소유자들도 구분소유권의 보유 여부와 상관없이 공용부분에 관한 종전 구분소유자들의 체납관리비채무를 부담함**(대법원 2008. 12. 11. 선고2006다50420 판결 등 참조)
- (2) 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로, 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 **대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전**되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아님(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 등 참조)



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

판시사항

- (3) 집합건물법 제18조의 입법 취지와 공용부분 관리비의 승계 및 신탁의 법리 등에 비추어 보면, 위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써, 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 경우, 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비채무를 중첩적으로 인수한다고 봄이 타당함
- (4) 또한 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 체납관리비채무를 인수한다고 보아야 함

법원
출판

4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

판시사항

- (5) 피고 양수회사들은 이 사건 747개 전유부분의 특별승계인으로서 이전 구분소유권자들인 A 회사와 B 신탁사의 공용부분 관리비채무를 인수한다고 봄이 타당함. 이는 이 사건 신탁등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자인 A 회사가 부담한다는 내용이 기재되어 있었다 하여 달리 볼 것이 아님. 따라서 피고 양수인들은 C 관리회사에 대하여 2006. 11.분까지의 공용부분에 관한 종전 구분소유자들의 체납관리비채무를 부담함

법원
출판

4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

관련 법령 및 관련 법리



집합건물법 제18조 (공용부분에 관하여 발생한 채권의 효력)

공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다.

대법원 2001. 9. 20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결

집합건물의 공용부분은 전체 공유자의 이익에 공여하는 것이어서 공동으로 유지·관리되어야 하고 그에 대한 적절한 유지·관리를 도모하기 위해 소요되는 경비에 대한 공유자 간의 채권은 특히 보장할 필요가 있어 공유자의 특별승계인에게 그 승계인사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 하기 위하여 둔 **특별규정**이다. 전 구분소유자의 특별승계인에게 전 구분소유자의 체납관리비를 승계하도록 한 관리규약 중 공용부분 관리비에 관한 부분은 위와 같은 규정에 터 잡은 것으로 유효하다.



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(1) 신탁원부의 대항력

- 신탁등기를 할 때에는 신탁원부를 작성하여야 하는데(부동산등기법 제81조 제1항), 신탁원부는 등기기록의 일부로 보게 됨(부동산등기법 제81조 제3항)
- 따라서 부동산신탁계약서는 신탁원부로서 등기되어 대항력을 갖게 되는 효과가 있음
- 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다736 판결
신탁당사자간의 계약이라 할지라도 등기가 된 경우는 제3자에게 대항할 수 있는 것
- 현행 신탁법 제4조 제1항
등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다.



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(2) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결(구 신탁법 하에서의 대법원 판례)

- 구 신탁법 제3조는 “등기 또는 등록하여야 할 재산에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다.”고 규정하고, 구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전문개정되기 전의 것) 제123조, 제124조는 신탁의 등기를 신청하는 경우에는 ① 위탁자, 수탁자 및 수익자 등의 성명, 주소 ② 신탁의 목적 ③ 신탁재산의 관리방법 ④ 신탁종료사유 ⑤ 기타 신탁의 조항을 기재한 서면을 그 신청서에 첨부하도록 하고 있고 그 서면을 신탁원부로 보며 다시 신탁원부를 등기부의 일부로 보고 그 기재를 등기로 본다고 규정하고 있다.
- 따라서 위의 규정에 따라 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있다면 수탁자는 이로써 제3자에게 대항할 수 있다.



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(3) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결(구 신탁법 하에서의 대법원 판례)에 대한 (비판적) 견해

- 1설 : 대법원 2012다13590 판결의 입장에 따르면 신탁원부의 대항력이 매우 확대되는데, 수탁자와 거래하는 채권자들이 거래할 때마다 신탁원부를 상세히 확인하고 거래한다는 것은 사실상 기대하기 곤란함. 따라서 수탁자와 채권자가 거래할 때, 신탁종료시 수탁자는 책임지지 않는다는 내용과 같은 면책에 관한 합의를 하지 않으면, 신탁원부에 기재된 면책조항만으로는 수탁자의 신탁사무처리에 따라 발생한 채무가 면책되지 않는다고 보아야 함



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(3) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결(구 신탁법 하에서의 대법원 판례)에 대한 (비판적) 견해

- 2설 : 신탁공시의 대항력이 미치는 범위는 '수탁자에게 이전된 재산이 신탁재산이라는 점'까지만임. 신탁원부는 사실상 위탁자와 수탁자 간의 계약서의 내용에 불과한 것인데, 신탁원부에 기재된 모든 내용을 제3자에게 대항할 수 있다고 하는 것은 법률이 예정한 대항력의 범위를 지나치게 확장시킨 것으로서 거래의 안전이라는 측면에서 바람직하지 않음. 또한, 수탁자와 거래하는 채권자들이 거래할 때마다 신탁원부를 상세히 확인하고 거래한다는 것은 사실상 기대하기 곤란한 상황에서 신탁원부에 광범위한 대항력을 인정하는 것은 의문임
- 3설 : 개정전 신탁법 제3조 제1항 및 제52조의 취지상 신탁원부에 기재된 '신탁의 본지'에 대하여 제3자에 대한 대항력을 인정하는 것은 원칙적으로 찬성함. 다만, 제3자가 불이익을 입거나 기습타를 당하는 일이 없도록 거래의 안전을 고려하여 개별 사안별로 신탁원부의 대항력 유무를 판단해야 할 것임



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(3) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결(구 신탁법 하에서의 대법원 판례)에 대한 (비판적) 견해

- 검토(현행 신탁법 하에서의 해석) : 대법원 2012다13590 판결은 구 신탁법 제3조가 "등기 또는 등록을 할 재산에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다"고 규정함으로써 신탁공시에 대한 효력을 현행 신탁법처럼 신탁공시가 있으면 그 재산이 신탁재산임을 대항할 수 있다는 의미라고 명시하지 않은 데서 비롯된 해석론이므로 현행 신탁법 제4조와는 맞지 않는 해석이라고 보임. 신탁원부는 사실상 위탁자와 수탁자간의 계약서의 내용에 불과한 것으로서 얼마든지 다양한 형태의 내용을 담을 수 있으므로 그 기재내용 전부를 제3자에게 대항할 수 있게 하는 것은 지나친 확대이며 거래안전이라는 측면에서도 바람직하지 않음. 따라서 구 신탁법 하에서도 신탁등기를 하면 제3자에게 대항할 수 있다는 것은 어디까지 그 재산이 신탁재산임을 대항할 수 있다는 뜻으로 봄이 타당함



4. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결

평석

(4) 본 대법원 판결(대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결)의 의미

- 이 사건 신탁계약이 구 신탁법 하에서 체결된 것임에도 불구하고, 신탁원부의 대항력의 범위를 종전 대법원 판결처럼 확대하여 적용하지 않은 것은 최근 학계나 실무의 의견을 같이 하는 것으로 보여서 환영할 만 함
- 앞으로도 신탁원부의 대항력의 범위에 대하여 제한적인 해석과 판시가 이루어질 것으로 전망되고, 이에 따라 신탁회사들도 신탁계약에 권리의무에 관한 사항이 규정되어 있고 이러한 신탁계약이 신탁원부로서 등기되었다는 점만을 신뢰하지 않고 좀더 적극적인 관리를 통해 문제점이 발생하지 않도록 노력할 필요가 있다고 보임
- 다만, 기존 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결도 역시 유효하게 존재하여 본 대법원 판결(대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결)과 상충되는 모습을 보이고 있는 바, 향후 전원합의체 판결 등으로 정리하여 줄 필요도 있다고 보임



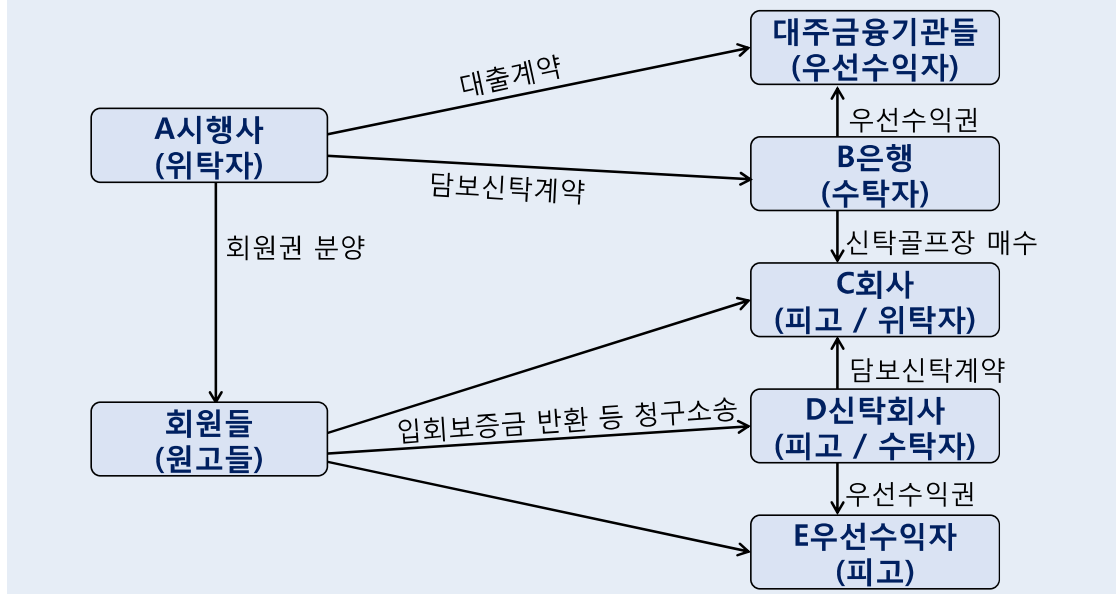
5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원

합의체 판결(체육필수시설에 관한 담보신탁계약에 따른 공매·수익계약으로 시설이 일괄 이전된 경우, 인수인이 회원에 대한 권리·의무도 승계하는지 여부)



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

거래구조



법원
출판

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

사안의 개요 – 베네치아 CC사건

- (1) A 시행사는 사업부지에 00컨트리클럽(이하 ‘골프장’)을 건설하여 운영하는 사업을 진행하는 과정에서 B 은행을 비롯한 금융기관들에 대한 대출금채무를 담보하기 위하여 2007. 11. 수탁자인 B 은행과 사이에 위 금융기관들을 우선수익자로 하여 사업부지에 관한 담보신탁계약을 체결하고, 같은 날 B 은행에 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마침
- (2) 이후 사업부지에 골프장 클럽하우스 등의 건물이 신축되었고, A 시행사는 2012. 7. 골프장의 건물 5동에 관하여도 담보신탁계약을 체결하고, B 은행에 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마침(이하 사업부지 및 골프장 건물 5동을 합하여 ‘신탁부동산’)
- (3) A 시행사가 대출금채무의 이행을 지체하자, B 은행은 신탁부동산에 관한 공매 절차(이하 ‘공매 절차’)를 진행하였음
- (4) B 은행은 2014. 5. 공매 절차에서 1,410,000,000원으로 입찰에 참가하여 낙찰자로 선정된 소외인과 신탁부동산에 관한 매매계약을 체결하였으나 소외인은 그 매매계약을 제대로 이행하지 않았음

법원
출판

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

사안의 개요 – 베네치아 CC사건

- (5) 그 직후인 2014. 5.경 B 은행은 골프장을 운영하고자 하는 피고 C 회사와 매매대금을 1,410,000,000원으로 하여 수의계약 방식으로 신탁부동산에 관한 매매계약을 체결한 다음, 2014. 5. 30. 피고 C 회사에 신탁부동산에 관한 소유권이전등기를 마침
- (6) 그 후 피고 C 회사는 2014. 6. 26. 피고 D 신탁사 등과 피고 E를 우선수익자로 하여 사업부지에 관하여 담보신탁계약을 체결하고, 2014. 6. 27. 피고 D 신탁사에 사업부지에 관하여 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마침
- (7) 한편 A 시행사는 2008. 1. 21. 김천시장으로부터 골프장 설치 사업의 시행자로 지정되어 그 사업의 실시계획 인가를 받고 2013. 12. 5. 경상북도지사에게 체육시설업(골프장업)의 조건부등록을 함
- (8) 원고 회원들은 A 시행사에 회원보증금을 내고 이 사건 골프장의 회원으로 가입한 자임
- (9) 참고로, 이 사건의 경우 인수대금은 약 14억원이나 승계되는 입회보증금반환채무는 약 500억원에 달함



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

- (1) 체육시설법 제27조 제1항은 상속과 합병 외에 **영업양도의 경우에도 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계한다고 정하고**, 제2항은 경매를 비롯하여 이와 유사한 절차로 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설(이하 '체육필수시설')을 인수한 자에 대해서도 제1항을 준용하고 있음
- (2) 위와 같은 방법으로 체육시설업자의 영업이나 체육필수시설이 타인에게 이전된 경우 **영업양수인 또는 체육필수시설의 인수인 등은 체육시설업과 관련하여 형성된 공법상의 권리·의무뿐만 아니라 체육시설업자와 회원 간의 사법상 약정에 따른 권리·의무도 승계함**
- (3) **체육시설업자가 담보 목적으로 체육필수시설을 신탁법에 따라 담보신탁을 하였다가 채무를 갚지 못하여 체육필수시설이 공매 절차에 따라 처분되거나 공매 절차에서 정해진 공매 조건에 따라 수의계약으로 처분되는 경우가 있음. 체육필수시설에 관한 담보신탁계약이 체결된 다음 그 계약에서 정한 공매나 수의계약으로 체육필수시설이 일괄하여 이전되는 경우에 회원에 대한 권리·의무도 승계되는지 여부가 문제임**



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

(4) 체육시설법 제27조의 문언과 체계, 입법 연혁과 그 목적, 담보신탁의 실질적인 기능 등에 비추어 체육필수시설의 인수인은 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함하여 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계한다고 보아야 함

- ① **법률목적** : 체육시설법 제27조는 사업의 인허가와 관련하여 형성된 체육시설업자에 대한 공법상의 관리체계를 영업주체의 변동에도 불구하고 유지하게 하려는 취지와 함께, 체육시설업자와 이용관계를 맺은 다수 회원의 이익을 보호하기 위하여 일반적인 영업양도나 경매 절차 등에 대한 특례를 인정한 것임
- ② **문언해석** : 체육시설법 제27조 제2항 제4호는 “그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차”라는 매우 포괄적인 규정을 두어 같은 항 제1호부터 제3호까지 명시되지 않은 다른 절차도 적용대상이 될 수 있음을 명시하고 있음. “준하는 절차”를 지나치게 좁게 해석할 필요가 없음(① 공매는 채무자인 체육시설업자의 의사와 무관하게 진행되는 강제환가절차를 통한 소유권 이전이라는 점에서 민사집행법에 따른 경매 절차 등과 실질적으로 차이가 없으며, ② 담보신탁계약에 따른 공매 절차가 유찰되어 최종 공매 조건으로 체결되는 체육필수시설에 관한 수익계약도 공매의 경우와 실질적으로 같음)



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

- ③ **입법자의 의사(입법 연혁 및 경위)**: 체육시설법 제정 당시에는 체육시설업자의 영업양도 등에 따른 승계 규정이 없었음
 - 1994. 1. 7. 법률 제4719호로 체육시설법이 전부 개정될 때 제30조 제1항에서 체육시설업자의 영업양도 등에 따른 승계가 규정되기 시작함
 - 2003. 5. 29. 법률 제6907호로 체육시설법이 개정될 때 제30조 제2항이 신설되면서 민사집행법에 의한 경매 등에 따른 승계가 추가됨
 - 그 후 2007. 4. 11. 법률 제8349호로 체육시설법이 전부 개정될 때 위 조항들이 구 체육시설법 제27조 제1항, 제2항으로 개정되면서 현재까지 이르고 있음.
 - 입법과정이나 입법자료를 보면, 체육필수시설이 영업양도, 경매나 이와 유사한 방식으로 이전되는 때에는 체육시설의 회원을 보호하기 위하여 회원에 대한 권리·의무의 승계를 인정하고자 하였던 것임



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

- ④ **실질적인 차이가 없음** : 담보신탁의 기능 등에 비추어 그에 따른 공매 등은 저당권 등 담보권 실행을 위한 경매 절차 등과 구별할 만큼 실질적 차이가 없음
- 채권자의 채권을 변제하기 위해서 채무자의 의사와 무관하게 채무자의 재산을 처분하는 강제적이거나 비자발적인 환가절차임
 - 법원의 감독이나 허가를 받거나 법원 또는 관청이 절차를 주관하는 등 당사자들의 의사만으로 절차의 진행이 좌우되는 것은 아님
 - 우선적으로 불특정 다수를 대상으로 한 공개경쟁입찰방식 등을 거침
 - 일정한 요건 아래에 임의매각이나 수의계약 방식에 의한 처분도 허용됨(채무자 회생법 제492조, 제496조에 따른 임의매각, 국세징수법 제62조에 따른 수의계약, 관세법 제210조 제3항에 따른 수의계약, 지방세징수법 제72조에 따른 수의계약)
 - 수탁자로의 소유권 이전은 신탁재산의 담보가치를 유지·보전하기 위한 조치일 뿐이고, 위탁자가 여전히 신탁재산을 사용·수익하면서 영업 등을 그대로 영위함

법원
판례
음준

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

- ⑤ **이익형량의 관점** : 담보신탁을 근거로 한 공매 절차에서 도산격리 효과를 일부 제한하여 체육필수시설의 인수인에 대해 입회금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 인정하는 것이 이익형량의 관점에서도 타당함
- 체육시설업자의 자력이 부족하여 그 채권자들이 제대로 채권 만족을 얻을 수 없는 상황에서 나아가 지급불능 또는 이에 직면한 상태에 이르러 개시된 파산절차나 회생절차에서도 회원들의 권익을 보호하기 위하여 입회금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 인정함
 - 담보신탁을 근거로 한 공매와 수의계약은 체육시설법 제27조 제2항 제1호에서 제3호까지의 절차와 마찬가지로 예측할 수 있는 공정한 절차임
 - 체육필수시설의 인수인은 체육시설법 제27조 제2항에 따라 승계될 회원규모 등을 충분히 예측할 수 있음
 - 담보신탁을 근거로 한 공매와 수의계약이 체육시설법 제27조 제2항 제4호에서 정하는 절차에 포함된다고 해석하더라도, 담보신탁의 우선수익자에게 예상할 수 없는 손해가 발생한다고 볼 수 없음

법원
판례
음준

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 다수의견 : 승계 ○

⑤ 이익형량의 관점 : 담보신탁을 근거로 한 공매 절차에서 도산격리 효과를 일부 제한하여 체육필수시설의 인수인에 대해 입회금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 인정하는 것이 이익형량의 관점에서도 타당함

- 체육시설에 담보신탁을 설정하는 이유 중 하나는 위탁자인 체육시설업자가 도산상태에 빠진 경우에도 이른바 도산격리 효과에 따라 수탁자와 수익자를 보호하기 위해 일반채권자들이 신탁재산에 대해 채권 행사를 할 수 없도록 하는 것임
- 그러나 담보신탁의 도산격리 효과를 부분적으로 수정해서라도 회원들의 권익 보호라는 체육시설법제27조의 입법 취지를 우선하여 실현하는 것이 이익형량의 관점에서도 타당함
- 따라서 도산격리 효과를 근거로 담보신탁에 따른 공매 절차에서 체육필수시설의 인수인에 대해 입회금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 부정할 수 없음

법원
합의
판결

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 반대의견 : 승계 X

- (1) 담보신탁계약상 공매 또는 수익계약 방식에 의한 매매(이하 '담보신탁을 근거로 한 매매')에 따라 체육필수시설을 인수한 자는 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리의무를 승계하지 않고, 이와 같은 매매 절차는 제4호에서 정하는 "그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차"에도 해당하지 않음
- (2) 담보신탁을 근거로 한 매매는 법적 성격이 제1항의 영업양도나 합병과는 전혀 다름. 또한 제2항 제1호 내지 제3호에서 규정하는 민사집행법에 따른 경매 절차 등과도 그 시행 주체, 절차, 매매대금의 배분 방식 등에서 성격을 달리함
- (3) 채무자의 재산이 어떤 사유로 제3자에게 처분된다고 하더라도, 채무자가 부담하던 의무는 그 재산의 소유권을 취득한 제3자에게 승계되지 않는 것이 일반적인 법 원칙임. 체육시설법 제27조의 승계 규정은 법 원칙에 대한 예외를 정한 것이므로, 예외 규정의 해석이 명확하지 않은 경우 일반적인 법 원칙으로 돌아가야 함. 예외 규정을 확장해석해서는 안됨
- (4) 체육시설법 제27조 제2항 제4호는 같은 항 제1호부터 제3호까지 정한 절차와 본질적으로 유사한 절차를 염두에 둔 규정이므로, 적어도 그 절차 자체에 관하여 법률에 구체적 규정을 두고 있고, 법원, 공적 기관 또는 공적 수탁자가 그 절차를 주관하는 등의 근거를 갖추었을 때 적용된다고 보는 것이 문리해석상으로도 자연스러움

법원
합의
판결

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 반대의견 : 승계 X

[사안의 개요]

- ① A는 2007년경 포천시에 위치한 회원제 골프장인 'F컨트리클럽'(이하 '이 사건 골프장')에 관하여 체육시설법에 따라 피고로부터 골프장업 사업계획을 승인받아 회원을 모집하고, G에게 골프장 조성 공사를 도급하였음
- ② A는 골프장 공사대금 등을 조달하기 위하여 G의 연대보증 아래 국민은행 등 금융회사로부터 자금을 차용함. A는 위 대출채무를 담보하기 위하여 2007. 9. 4., 2010. 10. 15., 2011. 5. 13. 수탁자인 케이비부동산신탁과 이 사건 골프장 부지와 건물에 관한 담보신탁계약을 체결하고 위 금융회사들을 우선수익자로 정했으며, 그 무렵 이 사건 골프장 부지와 건물에 관하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤음
- ③ 한편 G는 위 금융회사들에 대한 연대보증채무를 이행하고, 담보신탁계약의 우선수익자 지위를 승계하였음
- ④ A는 피고(경기도지사)에게 조건부로 체육시설등록을 마치고 2010. 4.경 골프장영업을 개시하였으나, 자금사정이 악화되어 회생절차에 들어감



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

판시사항 – 반대의견 : 승계 X

[사안의 개요]

- ⑤ A가 회생계획을 그대로 수행하기 위해서는 2013. 7. 12.까지 G에 475억 원을 변제하여야 했는데도 이를 연체함
- ⑥ G는 담보신탁계약의 우선수익자로서 2013. 8. 4. 케이비부동산신탁에게 이 사건 골프장 부지와 건물의 환가를 요구함
- ⑦ 케이비부동산신탁은 담보신탁계약에서 정한 공개경쟁입찰방식으로 매각 절차를 진행하였고, 그 절차에서 피고보조참가인(D)이 2013. 11. 4. 이 사건 골프장 부지와 건물을 596억6,290만 원에 낙찰받아 그 소유권이전등기를 마쳤음
- ⑧ 피고보조참가인은 담보신탁재산의 매각 절차를 통하여 이 사건 골프장의 부지와 건물을 인수함으로써 이 사건 골프장의 사업계획 승인에 따른 A의 의무를 모두 승계하였다고 주장하면서, 피고에게 사업계획의 사업시행자를 기존 A에서 피고보조참가인으로 변경하는 것에 대한 승인을 신청하였고, 피고는 사업계획변경을 승인하는 이 사건 처분을 함
- ⑨ A의 관리인은 이 사건 처분의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기함



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

후속판결 : 대법원 2018. 11. 15 선고 2016두45158 판결

[판시사항]

- ① 위 전원합의체 판결에 따라 담보신탁을 근거로 한 공매 절차를 통한 체육필수시설의 인수인은 체육필수시설의 인수만으로 기존 체육시설업자에 대한 사업계획 승인을 승계함으로써 기존 체육시설업자와 회원 간에 체결된 사법상의 약정을 포함하여 그 승인에 따른 권리·의무를 승계한다고 보아야 함
- ② 따라서 피고보조참가인은 이 사건 골프장의 기존 체육시설업자인 A의 사업계획 승인에 따른 권리·의무를 승계하였다고 보아야 함
- ③ 그런데도 원심은 '담보신탁을 근거로 한 공매가 체육시설법 제27조 제2항 제4호에서 정하는 절차에 해당하지 않아 피고보조참가인이 A의 사업계획 승인에 따른 권리·의무를 승계하지 않는다'는 이유로, 이 사건 처분이 실제적 적법성을 갖추지 못하여 위법하다고 잘못 판단함
- ④ 다만, 이 사건 처분은 행정절차법을 위반하여 절차상 하자가 있으므로 위법하여 취소를 면할 수 없으므로, 상고기각판결을 선고함



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

관련 법령



체육시설의 설치·이용에 관한 법률(이하 '체육시설법') 제27조(체육시설업 등의 승계)

- ① 체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 **그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병(合併)에 따라 설립되는 법인**은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자에게는 제1항을 준용한다.
 1. 「민사집행법」에 따른 경매
 2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가(換價)
 3. 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류 재산의 매각
 - 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차**



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(1) 종전 변경전 대법원 판결(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4817 판결)

▪ 사실관계

- ✓ 당해 사안의 체육시설업자는 제3자로부터 건물(이하 '본건 부동산')을 매수하기로 하고 관계 법령에 따른 등록을 마치고 회원들을 모집하여 소위 헬스클럽 형태의 체육시설을 운영하였으나, 매매대금의 지급을 완료하지 못하여 본건 부동산의 소유권은 이전받지 못하였음
- ✓ 해당 부동산의 소유자는 본건 부동산을 신탁하여 자금을 조달하였으나, 결국 도산하여 해당 본건 부동산에 대하여 신탁계약에 따른 공매절차가 개시되었고, 그 공매절차의 결과 다른 제3자인 피고가 매수함
- ✓ 그러자 헬스클럽의 회원들인 원고들은 피고가 체육시설법 제27조 제2항 제4호에 따라 회원들에 대한 의무(입회보증금반환채무)를 승계한다고 주장하면서 그 지급을 구하는 소송을 제기

법원
출판

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(1) 종전 변경전 대법원 판결(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4817 판결)

▪ 판시내용

- ✓ 위 소송에서 본건 부동산의 소유권이 신탁재산의 공매로 이전된 것이 체육시설법 제27조 제2항 제4호에 해당하는지 여부가 주된 쟁점이 되었음
- ✓ 이에 대해, 대법원은 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 해석에 관한 규범적 기준이나 법리를 실시하지 아니하고, "이 사건 계쟁건물 부분에 관한 이 사건 매매계약이 구 체육시설법 제27조 제2항 제4호에서 정한 절차에 포함된다고 볼 수 없다"라고 결론을 내리면서 하급심 판결의 결론을 긍정하였는데, 결국 체육시설(소위 '헬스클럽')이 설치되어 있던 부동산에 관하여 신탁계약상의 공매절차가 진행되고 그 공매절차에서 수회 유찰 후 수의계약으로 부동산을 매수한 제3자에게 체육시설 회원들에 대한 의무(기존 휘트니스센터의 회원권)가 승계되지 않는다고 취지로 판시함

법원
출판

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(2) 종전 변경전 대법원 판결(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4817 판결) 이후 법해석의 혼란

- 종전 대법원 판결의 취지가 특정 체육시설(임차시설이며 헬스클럽인 특징이 있음) 뿐만 아니라 골프장 등 모든 체육시설의 신탁재산의 공매에도 그대로 적용될 수 있는 것인지 여부에 관하여 상당한 논란이 벌어짐
 - ✓ 대법원은 ① 신탁재산의 공매가 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 적용을 받을 수 있는지에 대하여는 명시적으로 설시를 하지 아니하였고, ② “이 사건 매매계약은 해당 조항에서 정한 절차에 포함되지 않는다.”라고만 판시하여 매매계약의 구체적인 특성 때문에 해당되지 않는다는 것인지 아니면 신탁계약상 공매이기 때문에 해당되지 않는다는 것인지가 분명치 않았음
 - ✓ 본건 부동산이 원래부터 체육시설업자의 소유가 아니었음(여타 경우와 상이)
 - ✓ 종전 대법원 판결의 원심인 서울고등법원 판결(서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2011나21268 판결)은 본건 부동산의 매매계약이 “수의계약”이었던 점을 주요한 논거 중 하나로 제시하였고, 1심(서울중앙지방법원 2011. 1. 14. 선고 2010가합27996 판결)은 신탁재산의 공매 여부를 떠나서 “이 사건 매매계약이 수의계약이었던 점”만을 실질적으로 유일한 이유로 하여 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 적용을 부정함

법률
유론

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(2) 종전 변경전 대법원 판결(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012다4817 판결) 이후 법해석의 혼란

- 1설(소수설) : 서울고등법원이 체육시설법의 해석에 관하여 어느 정도 법리를 밝힌 상태에서 대법원이 특별한 이유를 밝히지 않고 상고를 기각하였는데 위 서울고등법원 판결은 신탁재산 공매에 대한 적용 가능성이 낮다는 취지인 점을 중시하여 신탁재산의 공매에 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 적용을 부정함이 타당하다는 입장
- 2설(다수설) : 기본적으로 체육시설법 제27조 제2항 제4호가 신탁재산의 공매에도 적용될 수 있음. 그리고 대법원이 특별한 이유를 설시하지 아니하였고 대상판결 사안의 특성상 체육시설법의 적용은 애초부터 무리였다는 점을 중시하여 신탁재산의 공매에 위 법조항을 적용할 수 있는지 여부에 대해서는 대법원의 판단이 존재하지 않는 것으로 보아야 함

법률
유론

5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(3) 본 전원합의체 판결의 의미

- 본 전원합의체 판결은 체육필수시설에 관한 담보신탁계약이 체결된 다음 그 계약에서 정한 공매나 수의계약으로 체육필수시설이 일괄하여 이전되는 경우도 체육시설법 제27조 제2항 제4호에 해당하여 체육필수시설의 인수인이 기존 회원에 대한 권리·의무(입회보증금반환채무)를 승계한다고 판시함
- 본 대법원 판결은 신탁공매 형태로 골프장시설을 취득한 양수인이 체육시설법 제27조에 따라 신탁 공매 관련하여 회원권의 권리를 승계를 인정한 최초의 판례임
- 본 대법원 판결은 회원들의 권익 보호를 위하여 담보신탁의 이른바 도산격리 효과를 제한하는 것이 타당하다고 판시함에 따라 사실상 신탁부동산에서 회원들의 입회보증금반환채권의 우선변제권을 인정함
- 담보신탁된 체육필수시설이 담보신탁계약에 따라 공매 또는 수의계약에 의해 처분되는 경우 체육필수시설의 매수인이 기존 회원에 대한 입회보증금반환채무 등을 승계하므로 골프장 등 체육시설의 회원의 권리는 한층 두텁게 보호될 수 있음



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(3) 본 전원합의체 판결의 의미

- 그러나 담보신탁된 부동산을 매수하려는 매수자는 기존 회원에 대한 권리·의무가 승계된다는 점에 유의하여 매수 여부 및 매수 가액을 결정하여야 할 것이므로, 담보신탁된 체육필수시설의 매각 가액은 승계되는 기존 회원에 대한 채무를 고려하여 크게 낮아질 것임
- ✓ 앞서 실시한 바와 같이, 이 사건의 경우 인수대금은 약 14억원이나 승계되는 입회보증금반환채무는 약 500억원에 달함
- ✓ 이러한 경우처럼, 골프장의 공매에 참가하여 매수하려는 매수희망자들로서는 신탁재산의 공매에 체육시설법 제27조 제2항 제4호가 적용될 위험이 충분하다고 판단하여 골프장의 공매에 참가함에 있어서 입찰금액에서 입회보증금 총액을 공제할 수밖에 없는데, 그렇게 되면 입찰금액이 "0원"에 가까워지거나 적어도 신탁수익권자들의 희망매도가에는 턱없이 미치지 못하여 신탁수익권자들의 채권회수가 실질적으로 어려워지는 결과가 나올 수도 있음



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(4) 본 전원합의체 판결에 의한 담보신탁의 도산격리효과 제한 발생 및 회생절차에의 영향

- 본 대법원 판결 이전에는 체육시설법상 입회보증금의 우선변제 조항을 배제하기 위하여 담보물(골프장)을 담보신탁하여 채무자의 재산과 분리하고 채무불이행시 이를 공매하여 입회보증금 회원들의 우선변제 권리를 원천적으로 배제함으로써 대출금의 회수가능성을 높게 평가하였고, 이를 근거로 대출을 실행해 왔음
- 그리고 담보신탁의 수익자, 즉 대출금융기관들은 종전 대법원(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결 등)이 판시하여 오고 있는 담보신탁의 도산격리효과에 근거하여 위탁자인 채무자에게 회생절차가 개시되더라도 위탁자의 채권자들인 입회보증금 회원들의 권리와는 무관하게 신탁부동산으로부터 대출금을 우선 회수할 수 있었음



5. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결

평석

(4) 본 전원합의체 판결에 의한 담보신탁의 도산격리효과 제한 발생 및 회생절차에의 영향

- 그러나 본건 대법원 판결에서 담보신탁의 도산격리효과를 제한하고 사실상 신탁부동산에서 회원들의 입회보증금반환채권의 우선변제권을 인정하였는바, 담보신탁된 부동산의 담보로서의 가치는 매우 저하되었고, 향후 회생절차에서도 상당한 영향을 받을 것으로 보임
 - ✓ 대출금융기관으로서의 골프장에 대한 PF대출시 담보신탁 방식 이외의 다른 방법을 추가적으로 모색하여야 할 것임
 - ✓ 위탁자의 회생절차 개시에 따른 담보신탁 부동산의 영향에 대해서 추가적인 판례변경은 아직 없지만, 본건 대법원 판결의 취지에 따른 경우 일정부분 도산격리효과가 배제되는 판시가 나올 가능성을 전혀 배제하기 어려운 상황임



감사합니다



최근 일본 주요 신탁판례의 분석

심현치



최근 일본 주요 신탁판례의 분석

심현치¹

목 차

1. 최고재판소 2016 년 3 월 29 일판결
 2. 도쿄지방법재판소 2018 년 9 월 12 일판결
 3. 도쿄고등재판소 2016 년 10 월 19 일
-

1. 최고재판소 2016 년 3 월 29 일판결

➤ 판시사항

- ✓ 신탁계약의 수탁자가 소유하는 여러 부동산의 고정자산세(固定資産税²)에 관한 채납처분으로서 행해진 상기 부동산 중 신탁재산인 토지와 그 위에 있는 고유재산인 주택에 관한 차임채권의 압류가 적법하다고 인정된 사례

➤ 전제사항

신탁법 제 23 조 제 1 항

신탁재산책임부담채무(信託財産責任負擔債務)에 관한 채권 (신탁재산에 속하는 재산에 대하여 발생한 권리를 포함한다...)에 의한 경우를 제외하고, 신탁재산에 속하는 재산에 대하여는 강제집행, 가압류, 가처분, 담보권의 실행 또는 경매를 하거나...국세채납처분...을 할 수 없다.
--

➤ 사건개요

- ✓ B(2013 년 3 월 사망. X2 가 B 의 유산 전부를 상속.)는 2006 년 6 월 23 일 재산의 관리 및 운용, 처분을 목적으로 하여 B 가 소유하는 토지 3 필(이하 '본건토지')의 소유권을 수탁자 X1 사에게 이전하는 계약을 체결함(이하 '본건신탁계약'). 동월 29 일 신탁을 원인으로 하는 본건토지의 소유권이전등기 절차를 행함.

¹ 일본 씨티유와 법률사무소

² 한국의 재산세에 상당.

- ✓ X1 는 2006 년 7 월 19 일 A 사에게 본건토지와 본건토지 중 토지 1 필위에 있고 X1 사가 D 사에서 매매를 원인으로 취득한 건물(이하 '본건주택')을 임대료 30 만엔/월 및 소비세(消費稅³), 임대기간 2006 년 8 월 1 일부터 5 년간(자동갱신조항 있음)이라는 조건으로 임대차계약을 체결하고 인도했음(이하 '본건임대차계약'). 임대료는 본건토지부분과 본건주택부분을 구분하지 않고 정해짐.
- ✓ X1 이 본건신탁계약의 대상인 본건토지, X1 의 고유재산인 본건주택과 토지에 대한 2006 년도부터 2011 년도까지의 고정자산세를 채납했음. 따라서 채납처분 담당 행정청인 Y가 X1 사에 대하여 2012년 1월 20일자로 채납처분으로서의 채권압류(본건임대차계약의 차임채권의 지불청구권 = 피압류채권. 이하 '본건압류')를 행함.
- ✓ X 들은 본건압류에 대하여 이의신청을 하면서 '신탁재산에 속하는 본건토지의 임대채권을 제외하지 않고 본건임대차계약에 기초한 임대료채권 전액을 압류한 본건압류가 구 신탁법 제 16 조제 1 항⁴에 위반하여 위법하다'고 주장.

➤ 판시내용

- ✓ 본건임대차계약에서는 임대료 중 본건 토지의 임대료 상당액 부분과 본건 주택의 임대료 상당액 부분의 내역에 대하여 명시적으로 합의되어 있지 아니 하되, 구 신탁법 28 조의 규정, 본건토지에 대하여 신탁의 등기가 되어 있는 점등에 비추어 보면, 본건임대차계약의 당사자의 의사를 합리적으로 해석하면, 본건토지 및 본건주택의 경제적 가치의 비율과 사용량 등에 따라 본건임대차계약에 기초한 차임채권에 관하여 본건토지의 임대료 상당액 부분과 본건주택의 임대료 상당액 부분으로 구분되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

그렇다면, 본건 임대료 채권에 대하여도 본건토지의 임대료 상당액 부분을 구분하는 것이 가능하다고 해석되므로, 이 부분은 피상고인 회사가 신탁 재산인 본건토지의 관리행위로서 체결한 본건임대차계약에 기초하여 취득한 것이므로, 구 신탁법 14 조에 따라 신탁재산에 속하는 것으로 된다.

- ✓ 고정자산세의 납세의무자가 동일한 시정촌(市町村)내에 여러 부동산을 갖고 있는 경우에는 ... 과세 기술상 고정자산세는 모든 부동산에 대하여 일체적으로 부과된다. 그러나 각 부동산에 부과되는 고정자산세의 과세 표준은 당해 부동산의 가격을 기준으로 하는 것 (동법 349 조)에 비추어 보면 상기 경우에 부과되는 고정자산세에 대해서는 이를 각 부동산 과세

³ 한국의 부가가치세에 상당.

⁴ 현행 신탁법제 23 조제 1 항.

표준으로 안분(按分)하여 각 부동산의 고정자산세 상당액을 산정할 수 있다고 하여야 한다.

- ✓ 그렇다면, 본건압류에 대하여는 본건채납고정자산세 등 중 본건토지 이외의 부동산의 고정자산세 상당액에 관한 부분에 기초하여 본건차임채권 중 본건토지의 임대료 상당액 부분을 압류하게 되는 점에서 구 신탁법 16 조 1 항과의 관계에 있어서 문제가 있다고 말하지 않을 수가 없으나, 본건채납고정자산세 등 중 본건토지의 고정자산세 상당액에 관한 부분에 기초하여 본건차임채권을 압류하거나, 본건채납고정자산세 등에 기초하여 본건차임채권 중 본건주택의 임대료 상당액 부분을 압류하는 것은 동항에 전혀 반하지 않는다고 해야 한다.
- ✓ 따라서, 본건압류에 있어서 동항과의 관계에서 문제로 되는 부분은 위의 한도에 지나지 않고 국세징수법 63 조가 징수직원이 채권을 압류할 때에는 그 전액을 압류해야 한다고 규정하고 있는 것 등에 비추어 보면, 본건압류의 효력을 즉시 부정할 이유는 없으며, 본건압류를 전체적으로 위법하다고 하는 특별한 사정도 없으므로, 본건압류는 적법하다.

2. 도쿄지방법판소 2018년 9월 12일판결

➤ 판시사항

- ✓ 신탁설정행위가 유류분제도를 잠탈하는 의도에서 행한 것이며 공서양속에 반하며 무효임을 판시한 사례
- ✓ 신탁에 있어서의 유류분 반환 청구는 수익권을 대상으로 하여야 함을 판시한 사례

➤ 사건개요

- ✓ 당사자: 피상속인 A (2015년 2월 18일 사망. 부동산 1~22를 보유)
상속인 장남 X, 장녀 B, 차남 Y
- ✓ 본건은 A의 장남인 X가 차남인 Y에 대하여 A가 사망 13일전에 행한 신탁계약(이하, '본건신탁계약')이 의사능력 또는 공서양속 위반에 의하여 무효임을 주장하여 본건신탁계약에 기초하여 행한 부동산 1~16(이하, '본건부동산')의 소유권이전등기 및 신탁등기의 각 말소등기청구를 행한 사안.
- ✓ A/B 2015년 2월 1일 사임증여계약 체결(대상: A의 재산 전부의 1/3)
A/Y 2015년 2월 1일 사임증여계약 체결(대상: A의 재산 전부의 2/3)
- ✓ A/Y 2015년 2월 5일 아래 내용의 신탁계약 체결

- ✧ 신탁목적: A 사망
- ✧ 신탁재산: 부동산 1~22, 300 만엔
- ✧ 신탁사무: 수탁자는 신탁금전(위 300 만엔)을
- ✧ 위탁자의 권리: 위탁자 사망에 인해 소멸함.
- ✧ 수익자: 처음 수익자를 A,
A 사망 후는 제 1 순위로서 $X=1/6$, $B=1/6$, $Y=4/6$,
제 2 순위로서 Y의 아이들이 균등하게 취득
- ✧ 수익자의 의사결정: 신탁법 105 조에 불구하고 B가 행함
- ✧ 수익자의 권리: 신탁 부동산의 매각대금, 임대료등, 신탁 부동산에
인해 발생하는 경제적 이익을 취득할 수 있음
- ✧ 수익권의 취득청구: 수익자가 복수로 된 경우, 수익자 중 하나는 다른
수익자에 대하여 수익권 지분의 취득을 청구할 수 있음
- ✓ X는 Y에게 2016년 1월 23일 본건사임증여 및 본건신탁계약에 의한 양도에
대하여 유류분반환청구권을 행사했음.

➤ 판시내용

- ✓ 본건신탁이 공서양속에 반하는지에 대하여 다음과 같이 판시했음.
- ✓ 즉 우선 A는 본건신탁에 있어서 A 소유 부동산을 신탁재산으로 하여,
발생하는 경제적 이익을 수익자에게 수익권 비율에 따라 분배하는 것으로
했다. 그러나 A 소유 부동산 중 부동산 11 ~ 16은 이를 매각 또는
임대하여 수익을 내기가 현실적으로 불가능한 물건이며, 부동산 2~5·7·8
대해서도 주차장 부분의 임대료 수입은 부동산 전체의 가치에 맞지 않는
것이며 이를 매각하거나, 또는 전체를 임대하고 그 가치에 맞는 수익을
내지도 못하고 있다. 이러한 상황은 본건신탁 당시로부터 상정된
상황이라고 할 수 있으므로 A는 각 부동산에서 얻을 수 있는 경제적
이익을 분배하는 것을 본건신탁 당시로부터 상정하고 있지 않았다.
- ✓ 또한, 본건에서는 X가 유류분 반환 청구권을 행사할 것으로 예상되는 바,
가령 X가 유류분 반환 청구권을 행사하여 본건신탁에서의 X의 수익권
비율이 증가했다하더라도 대상 부동산에서 발생하는 경제적 이익이 없는
한 X가 증가한 수익권 비율에 상응하는 경제적 이익을 얻는 것은
불가능하다. 그리고 본건신탁에서는 수익권의 취득 청구에 따라 취득한
수익권의 가격은 최신 고정자산세평가액을 기준으로 계산한 금액으로
한다고 하고 있으므로 대상 부동산의 가치에 맞는 경제적 이익을 얻을 수
없다. 그러므로 A가 대상 부동산을 본건신탁의 대상으로 되는 재산에
포함한 이유는 오히려 외형상 X에게 유류분 비율에 상당하는 비율의
수익권을 부여함으로써 당해 부동산에 대한 유류분 반환 청구를 회피하는

- 목적이 있었다고 해석할 수밖에 없다.
- ✓ 따라서 본건신탁 중 경제적 이익의 분배가 상정되지 않는 대상 부동산을 목적 재산에 포함한 부분은 유류분제도를 참탈하는 의도로서 신탁제도를 이용한 것으로서 공서양속에 반하여 무효라고 하여야 한다.
 - ✓ 한편, 본건신탁 중 대상 부동산 이외의 목적 재산에 관한 부분에 대하여는, X 는 신탁 부동산에 의하여 발생하는 경제적 이익을 누릴 수 있는 것이며, 또한 신탁금전 300 만엔에 대해서도 신탁 부동산의 유지 및 관리에 필요한 비용 등에 충당하는 것으로서 합리적이다.
 - ✓ 이상에 의하면, 본건신탁 중 대상 부동산에 관한 부분은 공서양속에 반하여 무효이며, 기타 부동산 및 신탁금전 300 만엔에 관한 부분은 유효하다.
 - ✓ 그리고 유류분 반환 청구의 대상은 신탁재산인지 수익권인지에 대하여 본 판결은 신탁계약에 의한 신탁재산의 이전은 신탁목적 달성을 위한 형식적인 소유권 이전에 지나지 않으므로 실질적으로 권리로서 이전되는 수익권을 유류분 반환 청구의 대상이 되어야 한다고 했다. 따라서 대상 부동산 이외의 본건부동산에 관하여 신탁재산 인계를 원인으로 하는 소유권 이전 등기 절차 및 신탁 재산 인계를 원인으로 하는 신탁등기 말소 등기 청구는 이유가 없다.

3. 도쿄고등재판소 2016 년 10 월 19 일

- 판시사항
 - ✓ 자필증서유언(自筆証書遺言)의 내용이 신탁재산을 유산인 양도제한주식으로, 수탁자를 변호사로, 수익자 겸 잔여재산 귀속 권리자를 미성년자인 손자로, 신탁 종료 사유를 당해 손자의 성인으로 하는 유언신탁이라고 판단한 사례
- 사건개요
 - ✓ 본건은 X1 및 X2 가 제기한 주식회사인 Y 의 주주총회결의에 대한 부존재확인소송 및 취소소송.
 - ✓ A 는 Y 가 발행하는 주식 19 만 7000 주(이하, '본건 A 주식')를 보유하는 주주였으나 2008 년 8 월 17 일 아래와 같은 자필증서유언(이하, '본건유언')을 작성하고 2008 년 9 월 15 일 사망함.
 - ◇ 나의 재산 중 주권은 차남의 아이인 B 에 준다. 197,000 주입니다.
 - ◇ 나의 부동산은 1/6 을 X2 에게, 1/6 을 P5 에게, 4/6 을 F 에게 준다.
 - ◇ C 와 D 는 상속인에서 폐지(廢除)한다.
 - ◇ 주권은 B 가 성인할 때까지 변호사 X1 이 신탁관리하여 주권의

권리행사는 전부 동 변호사가 행사한다.

✧ 변호사 X1 을 유언집행자로서 지정한다. 약속을 지켜주십시오.

법정상속인은 D(A 사망전에 사망한 A 의 장남 E 와 C 의 장녀) 와 F(A 의 차남)의 2 명이였다.

✓ 그 이후 Y 의 주주총회가 개최되었으나 X1 들이 참석을 안 했으므로 주주총회의 부존재 또는 취소 사유가 있다고 해서 소제기.

X1 은 본건 A 주식의 의결권을 행사할 수 있으므로 원고적격이 있다고 주장했음.

➤ 판시내용

✓ 본건유언신탁은 신탁행위(신탁법 2 조 2 항)인 본건유언의 각 조항, 본건유언 중 기타 기재내용 전체와의 관련, 인정된 본건유언 작성시의 사정 및 유언자 A 가 놓여 있었던 상황(본건조합측 인물과의 대립, 참가인인 C 와 D 와의 대립 등) 등을 종합적으로 고려하면 다음과 같은 내용인 것으로 해석하는 것이 상당하다.

✧ 신탁재산: 본건 A 주식

✧ 신탁목적: B 를 위한 본건 A 주식의 보존, 관리

✧ 수탁자: X1

✧ 수익자: B

✧ 수익권의 주된 내용: 일심피고에서 자익권에 관한 배당등을 받아 이를 수익자에 교부(交付)한다. 공익원(의결권, 주주제안권, 장부열람권, 소송제기권등)은 수탁자가 자신에 판단에 따라 행사한다.

✧ 신탁의 종료사유: B 의 성인

✧ 신탁행위에 있어서 지정한 잔여재산 귀속권리자: B

✓ 본건유언의 내용에 따르면 본건유언은 상속개시시에 본건 A 주식을 본건유언신탁의 수탁자인 X1 에 취득시키고 본건유언신탁 종료시에 본건 A 주식을 잔여재산의 귀속권리자인 B 에게 취득시키는 것을 의도한 것으로 추인된다. 그리고 신탁행위에서 정하는 신탁종료사유(B 의 성인)가 발생하기 전에 다른 신탁법 16 조 3 조 소정의 신탁종료사유가 발생한 경우에는 당해 다른 신탁종료사유에 의하여 신탁이 종료하는 것으로 해석된다. 또한 본건유언의 내용에 따르면 본건유언신탁에 있어서 신탁종료사유가 무엇인지에 불구하고 잔여재산의 귀속권리자는 B 임으로 해석된다.

✓ 양도제한주식이라도 일반승계에 의한 주식의 이전시에는 회사의 승인은 필요하지 않다(회사법 133 조 2 항, 174 조 참조). 그러나 유증은 일반승계가 아니므로 유증에 의한 양도제한주식의 이전시에는 회사의 승인이 필요하다.

그리고 본건과 같은 유언신탁은 주식을 유언자에서 유언신탁의 수탁자에게 이전하는 것이고(신탁법 3조 2호) 이것도 일반승계가 아니므로 유언신탁에 의한 양도제한주식의 이전에도 회사의 승인이 필요하다.

- ✓ 상기 인정사실에 의하면, 평성 21년 5월 26일에 개최된 피고 이사회에서 X1에 대한 본건 A 주식 양도 승인 의안이 부결되고, 그 내용이 당해 이사회에 참석하고 이사회의사록에 날인한 X1에게 그 자리에서 통지된 것으로 해석된다. 그렇다면, 본건유언신탁은 X1은 본건 A 주식의 양수를 못하며, 신탁수탁자의 역할을 수행할 수 없으므로 신탁목적의 달성 불능에 의해 종료한 것으로 해석된다(신탁법 163조 1호). 또한 그 이후에 본건 A 주식의 본건유언에 X1에 대한 이전에 대하여 피고의 승인이 있었음을 인정할 수 있는 증거는 없다.

The background features a high-angle, aerial view of a city skyline, likely New York City, with numerous skyscrapers. A semi-transparent green overlay covers the top two-thirds of the image. On the right side of this overlay, there is a network diagram consisting of white dots connected by thin white lines, suggesting a digital or financial network. The text is centered in the middle of the green overlay.

신탁제도를 통한 재산 승계

김상훈

신탁제도를 통한 재산승계

—유언대용신탁의 상속재산성, 특별수익성, 유류분과의 관계—

김상훈*

목 차

- I. 서론
 - II. 유언대용신탁의 개관
 - III. 유언대용신탁의 상속재산성
 - IV. 유언대용신탁의 특별수익성
 - V. 유언대용신탁과 유류분의 관계
 - VI. 결론
-

I. 서론

우리나라가 1961년 신탁법을 제정한 후 무려 50년만인 2011년에 처음으로 신탁법 전면 개정이 이루어졌다(2011. 7. 25. 공포, 2012. 7. 26. 시행). 원래 72개 조문이었던 것을 147개로 확대하였는데, 개정 신탁법은 변화된 경제현실을 반영하고 신탁제도를 글로벌 스탠다드에 부합하도록 개선하기 위해 수익증권발행신탁이나 유한책임신탁 등 새로운 제도들을 도입하였다.¹⁾ 특히 유언대용신탁과 수익자연속신탁을 도입함으로써 민사신탁의 활성화를 위한 입법을 단행하였다.²⁾ 이것은 상속의 대체

* 법무법인(유한) 바른 변호사, 법학박사

- 1) 이하에서는 2011년에 전면 개정된 신탁법을 ‘신탁법’이라고 칭하고, 전면 개정되기 이전의 신탁법을 ‘구 신탁법’이라고 칭한다.
- 2) 상사신탁과 민사신탁의 구별기준에 관하여는 수탁자가 영리를 목적으로 신탁업을 영위하는 자인지 여부에 따르는 것이 일반적이다. 따라서 유언대용신탁이나 수익자연속신탁에서도 수탁자가 증권회사나 은행인 경우에는 이 역시 상사신탁의 범주에 포함시킬 수 있을 것이다. 그러나 역사적으로 볼 때, 상속이나 증여의 수단으로 신탁이 이용된 경우(이른바, ‘가족신탁’)에는 수탁자가 대부분 신탁회사가 아닌 친구나 친지 등 일반 개인이었기 때문에 지금도 이러한 신탁을 관행적으로 민사신탁이라고 부르고 있다. 민사신탁과 상사신탁의 개념 구분에 관한 상세는, 최동식, 『신탁법』, 법문사(2006), 8면 각주 9번 참조.

수단으로 활용될 수 있는 제도들이다. 우리나라의 상속제도는 크게 법정상속과 유언상속으로 대별된다. 이 중에서 피상속인의 의사가 반영되는 상속제도는 유언상속이다. 그런데 피상속인은 자신이 원하는 모든 사항을 유언장에 담을 수 없다. 법률에 규정된 사항에 대해서만 유언을 할 수 있다는 유언법정주의 때문이다. 따라서 이러한 법정사항을 제외하고는 설사 유언자가 유언을 남기더라도 그것은 단순한 유훈(遺訓)에 불과할 뿐 원칙적으로 아무런 법적 효력도 인정되지 않는다. 자신이 사망한 후에도 자신의 재산이 자신의 뜻대로 처분되고 활용되기를 희망하는 소위 ‘사후설계’에 관한 피상속인의 욕구를 해소시켜주고 상속절차의 투명성을 확보하기 위한 수단으로 도입된 것이 바로 유언대용신탁과 수익자연속신탁이다.³⁾ 수익자연속신탁은 아직까지 실무에서 거의 사용되고 있지 않은 반면, 유언대용신탁 상품은 은행이나 증권사 등에서 활발하게 판매되고 있다. 이하에서는 유언대용신탁이 재산승계의 새로운 수단으로서 어떠한 특징을 가지고 있고 얼마나 유용한 것인지에 초점을 맞추고자 한다. 이를 위해 유언대용신탁이 상속재산인지 여부와 특별수익인지 여부, 그리고 유류분반환대상인지 여부 등 상속법상의 주요 쟁점들을 논의한다.

II. 유언대용신탁의 개관

1. 유언대용신탁의 기능

가. 강제집행방지 기능

위탁자가 자신의 재산을 수탁자에게 신탁하면 그 신탁재산은 대내외적으로는 수탁자에게 귀속된다.⁴⁾ 그렇다고 수탁자가 신탁재산을 자기 마음대로 할 수 있는 것은 아니고 신탁목적의 구속을 받는다. 그래서 수탁자는 신탁재산을 자신의 고유재산이나 다른 신탁재산과 분별하여 관리해야 할 의무가 있으며, 신탁재산은 별개의 독립된 재산으로 취급된다. 즉 신탁재산은 위탁자로부터도 독립되고 수탁자로부터

3) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 기업법연구 제29권 제4호(2015/12), 11~12면.

4) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결[“신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.”].

도 독립된다. 이를 신탁재산의 독립성이라 한다.⁵⁾ 이러한 독립성으로 인해 신탁재산에 대해서는 수탁자의 채권자든 위탁자의 채권자든 강제집행이나 경매, 보전처분 또는 채납처분 등을 할 수 없다(신탁법 제22조 제1항). 그리고 사해신탁(신탁법 제8조)은 신탁 설정 당시를 기준으로 사해성 여부를 판단하는 것이므로 위탁자의 채권자들이 신탁재산에 대해 집행을 할 수 없게 된다 하더라도 사해신탁에 해당하지도 않는다.⁶⁾

나. 상속인보호 기능

상속인이 미성년자이거나 낭비벽이 있거나 정신지체 등 장애가 있는 경우 피상속인 입장에서는 상속재산을 아무리 많이 물려주더라도 상속인이 그 재산을 유지, 관리하지 못하고 조기에 탕진하거나 주변사람(친인척, 이혼한 전 배우자 등)에 의해 편취당하는 등 산일시켜버릴 것을 두려워한다. 이렇게 되면 상속인의 생존은 크게 위협받게 된다. 유언대용신탁을 하게 되면 상속인이 성년자가 될 때까지는 신탁원본으로부터 발생하는 수입만 지급하다가 성년자가 된 후에 비로소 원본을 이전시키는 것으로 정할 수도 있다. 상속인에게 정신지체 등의 장애가 있는 경우에는 상속인의 일생동안 생활비와 치료비를 지원하다가 상속인 사후 신탁계약에서 정한 바에 따라 잔여재산을 처리할 수도 있다. 이렇게 하면 신탁을 통해 생활능력이나 재산관리능력이 부족한 상속인의 생존을 보장할 수 있고, 특히 미성년자녀나 장애를 가진 자녀에 대하여 후견역할을 하는 사회보장적 기능까지 수행하게 될 수 있다.⁷⁾

다. 사후설계 기능

사람은 재산을 모으면 모을수록 자신이 사망한 후 자신이 일군 재산이 자신의 의지와 계획대로 관리되고 사용되어지기를 간절히 바란다. 이러한 피상속인의 상속설계 내지 사후설계의 욕구를 해결하기에 가장 적절한 상속방식이 바로 유언대용신탁이다. 유언의 엄격한 요식성이나 유언법정주의로 인해 유언은 피상속인의 의지를 효과적으로 담아내기에는 역부족이다. 그러나 유언대용신탁은 무한한 확장성과 융통성으로 인해 피상속인이 원하는 사항을 거의 모두 구현해 낼 수 있다. 사후수익자가 어느 나이가 될 때까지 또는 어느 조건을 달성할 때까지 신탁수입만을 교부하다가 그 나이나 조건이 성취되면 신탁원본을 이전하는 것도 가능하고, 신탁재산의

5) 이중기, 『신탁법』, 삼우사(2007), 157면; 최수정, 『신탁법』, 박영사(2016), 257면.

6) 광장신탁법연구회, 『주석신탁법』, 박영사(2013), 555면.

7) 김상훈, “새로운 재산승계수단으로서의 보험금청구권신탁”, 사법 제41호(2017/9), 10~11면.

운용방법을 제한할 수도 있다. 자신이 사망할 때까지는 스스로 수익을 누리다가 자신이 사망하면 배우자에게, 배우자도 사망하면 장남에게 수익권을 순차로 이전시키는 수익자연속신탁(신탁법 제60조)도 유언대용신탁이 보여줄 수 있는 확장성의 한 예이다. 이러한 신탁을 통해 피상속인은 사후설계의 욕구를 충족할 수 있게 된다.⁸⁾

2. 유언대용신탁의 종류

유언대용신탁에 관한 신탁법 제59조 제1항의 규정은 일본의 신신탁법 제90조(“위탁자의 사망시에 수익권을 취득할 수 있는 뜻을 정한 신탁등의 특례”)의 규정을 모델로 한 것으로서, 피상속인이 생전에 자기재산을 타인에게 신탁하여 위탁자 자신을 자기 생존 중의 수익자로 하고 자신의 자녀나 배우자 등을 사망 후 수익자로 함으로써 자기 사망 후의 재산분배를 달성하려는 것이다. 생전행위를 가지고 자기의 사망 후 재산승계를 도모하는 사인증여와 유사한 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.⁹⁾

가. 위탁자 사망 시 수익자가 되는 생전신탁(제59조 제1항 제1호)

먼저 제1호의 유언대용신탁을 보자. 법문으로는 “수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁”이라고 되어 있다. 신탁설정 당시에는 아직 수익자가 아니라 ‘수익자가 될 자로 지정된 자’에 불과하다. 위탁자의 생전에는 수익자가 따로 있고(보통 위탁자 본인이 이러한 ‘생전수익자’이다), ‘수익자가 될 자로 지정된 자’는 위탁자의 사망 시에 비로소 수익자가 되어 수익권을 취득하는 것이다(이러한 점에서 이를 ‘사후수익자’라고 부른다). 예를 들면, 위탁자 갑이 수탁자 을과 신탁계약을 체결하면서 신탁의 수입을 갑의 생존 중에는 갑에게 지급하고 갑이 사망하면 신탁원본 및 그로부터 발생하는 신탁수입은 병에게 지급하는 것으로 정하는 것이다. 결국 제1호 유언대용신탁은 “위탁자가 생전의 수익자 지정과는 별도로 위탁자의 사망 시에 수익자가 될 자를 지정한 신탁”을 의미하는 것이라고 볼 수 있다.¹⁰⁾

8) 김상훈, 앞의 논문(주7), 11면.

9) 新井誠 저/안성포 역, 『信託法(제3판)』, 전남대학교출판부(2011), 188면.

10) 김상훈, 앞의 논문(주3), 12~13면.

나. 위탁자 사망 후 수익채권이 발생하는 생전신탁(제59조 제1항 제2호)

다음으로 제2호의 유언대용신탁을 보자. 법문으로는 “수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁”이라고 되어 있다. 이는 위탁자의 사망 이후 어느 시점에 수익자가 신탁재산에 관한 급부를 받는 취지의 정함이 있는 신탁으로, 생전신탁이라는 점에서 제1호의 유형과 마찬가지로, 제2호의 수익자는 신탁설정 당시부터 이미 수익자이며 “수익자가 될 자로 지정된 자”가 아니다. 다만 신탁재산에 관한 구체적 급부청구권(구체적 자익권)은 위탁자의 사망 시점 또는 그 이후의 시점에만 행사할 수 있다. 이러한 수익채권의 구체적인 행사시점은 신탁행위로 정한다. 한편 제2호 신탁의 경우에는 제1호 신탁과 달리 위탁자 생전에 다른 수익자가 존재하지 않고 사후수익자가 유일한 수익자이다.¹¹⁾ 예를 들면, 위탁자 갑이 수탁자 을과 신탁계약을 체결하면서 수익자를 병으로 정하고 신탁의 수익을 갑이 사망한 이후부터 병에게 지급하는 것으로 정하는 것이다. 결국 제2호 유언대용신탁은 “위탁자가 생전의 수익자를 지정하되 그 수익자로 하여금 위탁자가 사망한 이후에만 신탁재산에 기한 급부를 받도록 하는 신탁”을 의미하는 것이라고 볼 수 있다.¹²⁾

제2호 수익자는 위탁자가 사망하기 전에 이미 수익자의 지위에 있으므로 수익자로서의 권리를 행사할 수 있는 것이 원칙이지만, 신탁법은 위탁자가 사망할 때까지는 수익자로서의 모든 권리를 행사하지 못하는 것으로 규정하고 있다(제59조 제2항). 생존한 동안 언제든지 수익자변경권을 행사할 수 있는 위탁자의 권리와 의사를 존중하기 위함이다. 제1호 유언대용신탁의 경우에는 어차피 “수익자가 될 자로 지정된 자”가 위탁자 사망 시까지는 수익자가 아니어서 수익권을 취득하지 못하므로 이러한 문제가 애당초 발생하지 않는다. 수익채권의 발생을 위탁자의 사망 시점 이후의 일정시점으로 정할 경우 제2호 유언대용신탁의 효용가치가 발휘될 수 있다. 예를 들어, 위탁자(유언자)가 자신의 배우자를 수익자로 지정하면서 자신이 사망한 후 3년 내에 재혼을 하지 않은 경우에 비로소 신탁수익을 받을 수 있도록 신탁을 설정하는 것이다. 이 경우 배우자는 위탁자가 사망한 때부터 수익자로서의 감독권(공익권)은 행사할 수 있지만, 사망 후 3년 동안은 신탁재산에 기한 급부를 청구할 수 없다.¹³⁾ 그런데 이러한 제2호 유언대용신탁은 실무상 거의 활용되고 있지 않다. 따라서 이하에서는 제1호 유언대용신탁을 전제로 논의하고자 한다.

11) 법무부, 『신탁법해설』, 법조협회(2012), 488면.

12) 김상훈, 앞의 논문(주3), 13면.

13) 김상훈, 앞의 논문(주3), 13~14면.

3. 유언신탁과의 차이점

새로운 제도인 유언대용신탁이 기존의 제도인 유언신탁과 어떻게 다른 것인지 법문상으로는 분명하지 않다. 유언대용신탁이 도입되기 전에도 유언으로 신탁을 설정할 수 있었는데(구 신탁법 제2조, 신탁법 제3조 제1항 제2호), 이것이 유언신탁이다. 유언대용신탁과 유언신탁은 신탁의 설정방법과 효력발생시기에 있어서 차이가 있다. 유언대용신탁은 위탁자가 생전에 신탁계약 또는 신탁선언¹⁴⁾으로 신탁을 설정하는 것으로서 위탁자의 생전에 이미 신탁이 효력을 발생하는 것이고, 유언신탁은 위탁자의 유언에 의해 신탁이 설정되는 것으로서 위탁자의 사후에 신탁이 효력을 발생하는 것이다. 즉 유언신탁이 사후신탁이라면, 유언대용신탁은 생전신탁(living trust 또는 inter vivos trust)이다. 유언신탁은 유언의 방식으로 이루어지기 때문에 유언의 일반법리가 그대로 적용되지만, 유언대용신탁은 유언이 아니기 때문에 유언의 방식을 갖출 필요도 없고 유언법정주의의 제한도 받지 않는다. 또 유언은 유언자의 사망 시부터 효력이 발생하기 때문에 신탁재산이 위탁자의 사망 이후에 수탁자에게 이전하게 되어, 유언집행절차에 관하여 이해관계인에 의한 분쟁이 생길 수 있다.¹⁵⁾ 이러한 점에서 유언대용신탁이 유언(또는 유언신탁)에 비해 대단히 편리하고 융통성 있는 제도임을 알 수 있다.¹⁶⁾

III. 유언대용신탁의 상속재산성

1. 논의의 필요성

유언대용신탁에 기해 사후수익자로 지정된 상속인이 받게 되는 신탁수익이 상속재산인지 아니면 상속인의 고유재산인지의 문제는, 상속인이 상속을 포기해도 신탁수익만큼은 취득할 수 있는 것인지, 이러한 신탁수익이 특별수익에 해당하는 것인지의 문제 및 유류분반환대상에 해당하는지의 문제와 연결된다.

14) 위탁자가 신탁선언에 의해 유언대용신탁을 설정할 수 있다는 점에 관하여 이견은 없는 것 같다. 김병두, “개정신탁법상 유언대용신탁에 관한 소고”, 민사법학 제64호, 2013, 15면; 정소민, “신탁제도를 통한 재산승계”, BFL 총서 10 신탁법의 쟁점(제2권), 서울대학교 금융법센터(2015), 141면.

15) 新井誠 저/안성포 역, 앞의 책, 188면.

16) 김상훈, 앞의 논문(주3), 14면.

2. 판례

유언대용신탁에서 사후수익자가 받게 되는 신탁수익이 수익자의 고유재산인지 위탁자로부터 받은 상속재산인지의 문제에 관하여는 아직 판례가 없다. 다만 유언대용신탁계약의 구조(위탁자가 수익자를 위해 수탁자와 계약을 체결)가 생명보험계약의 구조(피보험자가 보험수익자를 위해 보험자와 계약을 체결)와 유사하다는 점에서 생명보험금에 관한 판례를 살펴볼 필요가 있다. 피상속인이 생명보험에 가입한 후 보험사고가 발생하여 상속인이 생명보험금을 수령하게 되었을 때 이것이 상속재산인지 상속인의 고유재산인지에 관한 판례를 정리해보면 다음과 같다.

먼저 피상속인이 자신을 피보험자로 하고 특정 상속인을 보험수익자로 지정한 경우, 특정 상속인이 보험금을 수령하는 것은 상속의 효과에 의한 것이 아니라 보험계약의 효과이므로 특정 상속인의 고유재산으로 본다(2001다65755).¹⁷⁾ 그리고 피상속인이 자신을 피보험자로 하고 보험수익자를 단순히 ‘상속인’이라고만 표시한 경우, 이 때 상속인이 보험금을 수령하는 것 역시 상속에 따른 것이 아니라 보험계약에 따른 것이므로 상속인의 고유재산으로 본다.¹⁸⁾ 한편 보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 지정한 경우에도 피보험자의 상속인이 보험금을 수령하는 것은 상속에 의한 것이 아니라 보험계약의 효과이므로 상속인의 고유재산으로 본다.¹⁹⁾ 다만 피상속인이 자기를 피보험자이자 보험수익자로 지정한 경우, 보험금청구권은 상속재산에 속하고 상속인이 이를 상속한다는 것이 판례의 태도이다.²⁰⁾ 피상속인이 사망하는 순간 보험수익자로서 보험금청구권을 취득하고 바로 이어서 그 청구권이 상속인에게 승계된다고 해석한다.²¹⁾ 그러나 이에 대해서는, 사자는 보험금청구권을 취득하지 못하고 상법 제733조 제3항의 유추적용에 따라 상속인의 고유한 권리로서 보험금청구권을 취득한다는 반대견해가 유력하다.²²⁾ 보험사고가 발생하여

17) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다65755 판결.

18) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2000다31502 판결(“생명보험의 보험계약자가 스스로를 피보험자로 하면서, 수익자는 만기까지 자신이 생존할 경우에는 자기 자신을, 자신이 사망한 경우에는 ‘상속인’이라고만 지정하고 그 피보험자가 사망하여 보험사고가 발생한 경우, 보험금청구권은 상속인들의 고유재산으로 보아야 할 것이고, 이를 상속재산이라 할 수 없다.”).

19) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다29463 판결(“보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 하여 맺은 생명보험계약에 있어서 피보험자의 상속인은 피보험자의 사망이라는 보험사고가 발생한 때에는 보험수익자의 지위에서 보험자에 대하여 보험금 지급을 청구할 수 있고, 이 권리는 보험계약의 효력으로 당연히 생기는 것으로서 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산이라고 할 것인데, 이는 상해의 결과로 사망한 때에 사망보험금이 지급되는 상해보험에 있어서 피보험자의 상속인을 보험수익자로 미리 지정해 놓은 경우는 물론, 생명보험의 보험계약자가 보험수익자의 지정권을 행사하기 전에 보험사고가 발생하여 상법 제733조에 의하여 피보험자의 상속인이 보험수익자가 되는 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.”).

20) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000다64502 판결; 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다38848 판결.

21) 김주수/김상용, 『친족상속법(제13판)』, 박영사(2017), 667면; 김윤정, “상속재산분할의 대상성과 관련한 논의”, 사법 제15호(2011), 205면.

구체적인 보험금청구권이 발생했을 때 보험금을 수령하는 사람은 피상속인이 아니라 상속인이다. 피상속인의 소유인 적이 없었던 재산을 상속재산으로 볼 수는 없다. 이 경우는 보험수익자가 보험존속 중에 사망한 때에 해당하여 상법 제733조 제3항의 규정에 따라 보험수익자의 상속인이 보험수익자로 되는 것이므로, 이때의 보험금은 상속인의 고유재산이라고 보는 것이 타당하다. 결국 생명보험금은 언제나 상속재산이 아닌 상속인의 고유재산이라고 보아야 한다.²³⁾

3. 검토

위탁자가 수탁자와 유언대용신탁계약을 체결하면서 상속인 중 특정인을 사후수익자로 지정한 경우, 위탁자가 사망함으로써 상속인이 사후수익권을 받게 되는 것은 상속의 효력으로 인한 것이 아니라 신탁계약의 효력에 따른 것이다. 따라서 유언대용신탁에 의해 상속인이 받는 신탁수익은 상속재산이 아니며 상속인의 고유재산이라고 보아야 한다. 이와 같이 유언대용신탁에 따라 상속인이 받게 되는 신탁수익이 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산이라면, 상속인으로서 그 수익을 받더라도 상속을 포기하거나 한정승인을 할 수 있다. 그리고 상속을 포기한 후 신탁수익을 받더라도 법정단순승인 사유에 해당하지 않는다(민법 제1026조).

IV. 유언대용신탁의 특별수익성

1. 특별수익반환제도의 의의

공동상속의 경우에는 각자의 상속분을 산정해야 하는데, 이 때 상속분 산정의 대상이 되는 재산이 상속재산이다. 그런데 상속분을 산정할 때 무엇을 상속재산으로 보아야 하는지 문제된다. 단순히 상속이 개시된 때 피상속인의 수중에 남아 있는 현존재산만을 상속재산으로 보고 상속분을 산정한다면 상속인 간의 실질적 공평이 저해될 수 있다. 그래서 민법은 상속인 간의 실질적 공평을 확보하기 위하여 특별수익반환제도와 기여분제도라는 변경, 조정요인을 두고 있다.²⁴⁾ 이와 같은 조정을

22) 광윤직, 『상속법(개정판)』, 박영사(2004), 80-81면; 윤진수, 『친족상속법강의』, 박영사(2016), 333면; 홍진희/김판기, “보험계약에 있어서 상속인이 보험금청구권을 취득하는 경우의 법적 문제”, 소비자문제연구 제40호(2011), 193면; 전경근, “상속재산으로서의 보험금청구권”, 가족법연구 제16권 제1호(2002), 205면.

23) 같은 견해로는 윤진수, 앞의 책, 333면.

24) 신영호/김상훈, 『가족법강의(제3판)』, 세창출판사(2018), 371-372면.

거치고 난 후의 가액을 궁극적인 상속재산으로 보고 상속인의 구체적 상속분을 산정한다.

특별수익과 관련하여 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다”고 규정하고 있다. 이를 통상 특별수익반환제도라고 하는데, 실제로 특별수익을 반환하는 것은 아니고 구체적 상속분을 계산함에 있어서 피상속인으로부터 증여 또는 유증을 받은 액수를 상속재산에 포함시켜 상속분을 계산하는 것뿐이다. 그래서 ‘반환’보다는 ‘조정’이라고 부르는 것이 적당하다는 견해가 있다.²⁵⁾ 특별수익에 관하여 이러한 제도를 두는 이유는, 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는데 그 취지가 있다.²⁶⁾ 이처럼 특별수익반환제도의 취지는, 공동상속인 간의 공평과 피상속인의 추정적 의사에 기인한 제도이다.²⁷⁾ 그런데 여기서 피상속인의 추정적 의사라는 것은 피상속인이 모든 상속인을 공평하게 취급하려는 의사를 가졌을 것이라는 추측을 의미하는 것이다. 따라서 공동상속인 간의 공평과 피상속인의 추정적 의사라는 두 가지 근거는 결국 동전의 양면과 같은 것이라고 볼 수 있다.

2. 유언대용신탁의 특별수익성에 관한 사건

사후수익자인 상속인이 신탁계약에 따라 신탁수익을 얻는다면 그것은 특별수익에 해당되어 반환(조정)해야 하는가? 아직 국내에서는 이에 관해 논의하는 학설이나 판례의 명확한 입장은 발견되지 않는다.

생각건대, 민법 제1008조에 의해 반환(조정)의무를 부담하게 되는 것은 피상속인으로부터 유증 또는 증여를 받은 재산이다. 유증은 상속개시 당시 피상속인의 재산에 속해 있는 재산이 그 대상이고, 증여는 과거에 피상속인의 재산에 속해 있었던 재산이 그 대상이다. 사후수익자의 지위에서 상속인이 받는 신탁수익은 그 자체로 특별수익반환대상인 유증 또는 증여 어디에도 해당되지 않는다. 피상속인은 상속인에게 귀속되는 사후수익권을 보유한 적이 없다. 신탁수익과 관련하여 피상속인이 보유하고 있던 것은 생전수익권이고 상속인에게 귀속되는 것은 사후수익권이다. 생전수익권은 만기보험금의 변형이고 사후수익권은 사망보험금의 변형이라고 볼 수 있다.

25) 윤진수, 앞의 책, 365면.

26) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다16571 판결.

27) 신영호/김상훈, 앞의 책, 373면.

물론 피상속인이 생전에 이전시킨 신탁재산에 의해 사후수익자로 지정된 상속인에게 생전증여나 유증이 있었다고 볼 여지도 있기는 하다. 그러나 사후수익자가 받는 것은 유언대용신탁을 통해 수탁자가 신탁계약에 따라 분배해주는 신탁수익으로서 이는 상속인의 고유재산이다. 이것은 상속개시 당시 피상속인이 보유한 적이 없는 재산이기 때문에 유증의 대상이 될 수 없다. 또한 피상속인이 생전에 보유했던 것은 생전수익권이다. 피상속인은 사후수익자인 상속인에게 생전수익권을 증여한 바 없다.

독일이나 일본 등 외국의 입법례를 보더라도 특별수익반환대상이 되는 생전증여는 엄격하게 제한하고 있고, 우리나라에서도 이러한 입법례를 참작하여 해석상 특별수익의 대상이 되는 생전수익의 범위를 제한하여야 한다는 주장이 유력하다.²⁸⁾ 필자도 이러한 주장에 찬성하며, 피상속인의 의사를 존중한다는 측면에서라도 특별수익반환대상인 유증이나 증여는 엄격하게 제한하여 해석하여야 한다. 법리적으로 도저히 증여나 유증으로 볼 수 없는 신탁수익을 억지로 이에 포함시켜 반환시키려는 시도에 반대한다. 결론적으로 상속인에게 귀속되는 신탁수익(사후수익권)은 특별수익이 아니라고 보아야 한다. 한편 특별수익반환제도의 취지는 피상속인이 모든 상속인을 공평하게 취급하려는 의사를 가졌을 것이라는 의사의 추정인데, 특정 상속인을 위해 신탁계약을 체결하는 것은 그 특정 상속인을 다른 공동상속인과 달리 취급하려는 피상속인의 의사가 표현된 것이라고 보아야 한다.

3. 피상속인이 특별수익반환 면제의 의사표시를 한 경우

유언대용신탁에 따른 신탁수익을 특별수익으로 보는 입장에 의하더라도 피상속인이 그것을 특별수익으로 삼지 말라는 의사를 표시한 경우에는 그 의사표시대로 효력을 인정할 수 있는지는 또 다른 문제이다. 즉 피상속인의 의사에 의해 민법 제1008조의 적용을 배제할 수 있는지 문제된다. 독일 민법은 조정의 대상이 되는 독립자금이더라도 피상속인이 다른 의사를 표시한 때에는 조정의 대상이 되지 않는 것으로 규정하고 있으며(제2050조), 일본 민법도 피상속인이 특별수익의 반환(조정)에 관하여 다른 의사를 표시한 때에는 유류분에 관한 규정에 위반하지 않는 범위 내에서 그 효력이 있다고 규정하고 있다(제903조).²⁹⁾ 우리나라 민법에는 이와 같은 명문의 규정은 없으나 피상속인의 명시적인 의사에 반해서까지 특별수익의 반환(조정)

28) 박윤직, 앞의 책, 104-105면; 윤진수, 앞의 책, 368면. 윤진수 교수는 이에 더 나아가 유증을 특별수익반환대상에 포함시키는 것은 피상속인의 의사를 존중한다는 면에서 문제가 있으므로 입법론적으로는 유증을 유류분반환대상으로 하면 충분하다고 주장하고 있다.

29) 특별수익반환면제에 관한 외국의 제도에 관한 자세한 설명은 이은정, “특별수익의 반환기준에 대한 재검토”, 가족법연구 제10호(1996), 528면 이하 참조.

을 인정할 필요는 없다는 이유에서 반환(조정)이 면제된다는 견해가 통설이다.³⁰⁾ 특별수익반환제도는 공동상속인 간의 실질적 공평을 기하기 위한 제도일 뿐만 아니라 피상속인의 추정적 의사에 근거한 것이기도 하다. 따라서 피상속인이 특정 상속인에게 증여나 유증을 한 것이 그것을 상속분의 선급으로서 준 것이 아니라 그 수익을 다른 공동상속인과 달리 그 특정 상속인에게만 보유하게 하려는 의사에 기한 것이라면 그러한 피상속인의 의사는 존중되어야 한다.³¹⁾ 따라서 특별수익반환(조정)의무를 면제시키려는 피상속인의 의사가 표시된 경우에는 그러한 의사에 따라 민법 제1008조는 적용되지 않는다고 보아야 한다.

민법 제1008조를 적용하지 않으려는 피상속인의 의사는 반드시 문서에 의할 필요도 없고 명시적인 언어에 의할 필요도 없다. 피상속인이 유언대용신탁계약을 체결하고 사후수익자로 특정 상속인을 지정한 경우, 피상속인의 의사는 이러한 신탁수익조차 특별수익으로 반환하라는 취지가 아님은 분명하다. 즉, 신탁한 사실이 특별수익 반환(조정)면제 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 만약 이것만으로는 불분명하다는 비판이 제기된다면 신탁계약을 체결할 때 그러한 의사를 명시하면 된다.

V. 유언대용신탁과 유류분의 관계

1. 문제의 소재

위와 같이 유언대용신탁을 하게 되면 사후수익자는 수탁자로부터 받는 신탁수익에 대해 민법 제1008조에 의한 반환 내지 조정의무를 부담하지 않는다. 그런데 만약 그러한 수익이 다른 공동상속인의 유류분을 침해하게 되는 경우에는 어떻게 될까?

유류분제도와 관련하여 먼저 밝혀둘 것은, 유류분은 피상속인의 재산권, 유언의 자유, 사적자치의 원칙 등을 제한하는 예외적인 제도라는 점이다. 유류분제도가 처음 신설될 당시와 비교하여 현재 그 필요성은 점차 감소하고 있는 것도 사실이다. 따라서 유류분반환청구권 또는 유류분반환의 대상이 되는 재산의 범위를 해석함에 있어서는 법이 규정한 문언의 의미를 벗어나서 확대해석해서는 안된다. 대법원도 “유류분제도가 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장한다는 명분 아래 피상속인의

30) 신영호/김상훈, 앞의 책, 373면; 윤진수, 앞의 책, 378면; 홍진희/김판기, 앞의 논문, 208-209면; 이승우, “피상속인의 의사와 상속인의 보호”, 성균관법학 제18권 제3호(2006), 293-294면.

31) 결론에 있어서 유사한 취지로 홍진희/김판기, 앞의 논문, 209면.

자유의사에 기한 자기 재산의 처분을 그의 의사에 반하여 제한하는 것인 만큼 인정 범위를 가능한 한 필요최소한으로 그치는 것이 피상속인의 의사를 존중한다는 의미에서 바람직하다.”라고 판시하면서 유류분 규정의 확대해석을 경계하고 있다.³²⁾

2. 학설의 현황

유언대용신탁은 실질적으로는 유언과 유사한 효과를 발생시키므로 유류분과의 충돌가능성이 문제된다. 그런데 신탁법은 이 문제에 관하여 침묵하고 있다.³³⁾ 피상속인이 유언대용신탁을 통해 재산을 처분함으로써 상속인의 유류분이 침해된 경우에 유류분반환을 청구할 수 있는지 여부에 관하여 국내 문헌은 대부분 유류분반환을 청구할 수 있다고 해석하고 있다.³⁴⁾ 신탁재산을 유류분산정의 기초재산에서 배제하게 되면 유류분제도의 실효성을 잃게 된다는 점을 근거로 든다.³⁵⁾ 사인증여가 생전계약이라는 점에서 유증과 차이가 있으나 민법이 유증의 규정을 준용하고 있는 것(제562조)을 감안하여 유언대용신탁에 있어서도 유증의 규정이 유추적용되는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.³⁶⁾ 일본에서도 유언대용신탁의 목적이 사후의 재산승계인 점에서 유증이나 사인증여와 다를 바 없으므로 유류분제도의 적용대상이 된다는 견해가 유력하다.³⁷⁾ 이러한 견해들은 기본적으로 유류분제도의 입법취지나 존재의의를 살려야 한다는 점에 큰 의미를 두고 있다.³⁸⁾ 이에 더하여 유류분이 유언대용신탁에 우선하는 제도이기 때문에 신탁을 통해 유류분을 잠탈할 수 없다는 주장도 있다.³⁹⁾ 이러한 견해들은 대부분 신탁재산 그 자체를 유류분반환대상으로 삼아야 한다고 주장하는데, 이와 달리 신탁의 원본재산이 아닌 신탁수익권을 증여한 것으로 보아야 한다는 수익권증여설을 주장하는 견해도 있다. 이것은 유언대용신탁의 수익자는 실질적인 의미에서 수익권을 증여받은 것이므로 유류분의 기초재산을 산정할 때 이 수익권의 가치를 평가하여 이를 증여재산으로 가산하여야 한다

32) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다31802 판결.

33) 법무부, 앞의 책, 489면에서는 “유언대용신탁과 상속법과의 관계에 대해 명시적으로 규정을 두는 방안도 생각할 수 있으나, 해석론으로 충돌 없이 해결 가능하므로 별도의 규정을 두지는 않음.”이라고 기술하여 이 문제를 해석론에 맡기고 있다.

34) 최수정, “개정 신탁법상의 재산승계제도-유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, 법학논총 제31집 제2호(2011), 78~82면; 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 법학논총 제32집 제3호(2012/12), 220면; 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2009), 160면; 정소민, 앞의 논문, 148~150면.

35) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 267면.

36) 김판기, “고령화 사회에서 재산관리와 승계수단으로서의 신탁”, 동아법학 제55호(2012), 218면.

37) 新井誠 저/안성포 역, 앞의 책, 190면.

38) 학설의 보다 자세한 내용과 근거들에 관해서는 김상훈, 앞의 논문(주3), 16-17면.

39) 임채웅, 『신탁법연구2』, 박영사(2011), 78면. 그러나 유류분은 유언대용신탁에 대해 우위에 있는 제도가 아니며, 오히려 신탁법이 민법의 특별법이므로 특별법 우선의 원칙에 따라 유언대용신탁이 유류분에 우선하는 것이다. 김상훈, 앞의 논문(주3), 19-20면.

는 견해이다.⁴⁰⁾

3. 신탁재산(신탁원본)의 경우

위에서 언급한 것처럼, 유류분에 관한 규정은 법문의 범위를 벗어나서 유추 확대 해석해서는 안 된다. 그렇다면 과연 민법 제1113조가 규정하고 있는 유류분산정의 기초재산에 유언대용신탁의 신탁재산이 포함되는지 여부를 살펴본다. 유류분산정의 기초재산은 ① 상속개시시에 피상속인이 가진 적극재산과 ② 증여재산이다(민법 제1113조).

우선 유언대용신탁의 신탁재산은 상속개시시에 피상속인이 가진 재산이 아니다. 위탁자가 재산을 신탁하게 되면 그 재산은 그 때부터 위탁자의 소유가 아니라 수탁자의 소유가 되기 때문이다.⁴¹⁾ 그럼에도 불구하고 유언대용신탁의 신탁재산을 상속개시시 피상속인의 재산에 포함시켜야 한다는 견해가 있다. 유언대용신탁을 ‘생전의 처분’이라는 형식적 측면에서 바라보기보다는 실질적인 기능인 ‘유증’으로서의 성격에 기초하여 그 법률관계를 해석하는 것이 합리적이므로, 유증의 경우 유증가액이 피상속인의 재산에 포함되는 것처럼 유언대용신탁의 신탁재산 역시 상속개시시 피상속인의 재산에 포함된다고 해석하는 것이 옳다는 것이다.⁴²⁾ 그러나 이것은 법적 근거가 없는 무리한 해석이다. 유증의 경우에 유증가액이 피상속인의 재산에 포함되는 것은 피상속인이 사망할 당시 유증재산은 아직 피상속인의 소유로 남아 있기 때문이다. 이와 달리 유언대용신탁의 경우에는 신탁의 설정으로 그 재산의 소유권이 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전되어 상속개시시에 피상속인의 재산으로 남아 있지 않다. 따라서 유언대용신탁의 신탁재산은 상속개시시에 피상속인이 가진 재산이 아니라고 해야 한다.⁴³⁾

다음으로 유언대용신탁의 신탁재산이 증여재산에 포함되는지 여부를 따져본다. 피상속인이 수탁자에게 신탁재산을 이전할 때 상속인인 사후수익자에게 이를 증여했다고 볼 수 있을까? 이를 긍정하는 견해가 있다. 유언대용신탁계약은 무상계약이므로 유언대용신탁의 신탁재산은 증여재산에 해당된다고 보아야 한다는 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 민법 제1113조가 말하는 ‘증여재산’이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이다.⁴⁵⁾ 그런데 위탁자가 유언대용신탁을 설정할 때 사후수익자에게 실제로 이전된

40) 임채웅, 앞의 책, 78면.

41) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결.

42) 정소민, 앞의 논문, 150면.

43) 김상훈, 앞의 논문(주3), 18면.

44) 최수정, 앞의 논문, 79~80면; 이근영, 앞의 논문, 224면.

재산은 아무 것도 없다. 상속이 개시되기 전에 사후수익자에게 소유권이 이전된 재산이 없는 것이다. 결국 유언대용신탁의 신탁재산은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산도 아니고 증여재산도 아니므로 유류분산정의 기초재산에 포함시킬 수 없다.

4. 신탁수익권의 경우

이상과 같이 신탁재산을 유류분산정의 기초재산에 포함시키는 것은 법리적으로 곤란하다. 그렇기 때문에 신탁재산 그 자체가 아닌 신탁수익권이 유류분반환대상이라는 주장이 나온 것이다.⁴⁶⁾ 우리가 논의의 대상으로 삼고 있는 제1호 유언대용신탁에서 수익권은 생전수익권과 사후수익권으로 구분된다. 이 중 상속인이 취득하는 것은 사후수익권이다. 사후수익권은 피상속인이 생전에 가지고 있던 자기의 재산이 아니다. 자신이 죽어야 생기는 권리를 자신이 가지는 것은 불가능하다. 피상속인은 생전수익권과 수익자변경권을 가질 뿐이다. 따라서 사후수익권은 상속개시시에 피상속인이 가진 적극재산에 해당한다고 볼 수 없다. 이에 대해서는 위탁자가 생전에 보유하고 있던 생전수익권이 상속재산이라는 반론이 있을 수 있다. 그러나 이것은 생전수익권과 사후수익권이 동일한 것이라는 전제에서나 가능한 주장이다. 생전수익권과 사후수익권은 수익의 내용이나 가액, 기간 등에서 차이가 생길 수 있는 법률적으로는 전혀 별개의 권리이다. 즉 피상속인이 생전에 가지고 있던 생전수익권은 피상속인의 사망으로 소멸하고, 유언대용신탁의 계약 내용에 따라 사후수익권이 발생하여 그것이 상속인에게 귀속되는 것이라고 보아야 한다.

그렇다면 사후수익권을 피상속인이 생전에 상속인에게 증여한 재산이라고 볼 수 있을까? 이것은 사후수익권을 조건부권리나 기한부권리와 같이 보는 경우에 가능한 논의이다. 조건부권리나 기한부권리는 매때나 증여 또는 상속의 대상이 될 수 있는데, 위탁자가 사망하면 비로소 상속인에게 사후수익권이 귀속된다는 점에서 사후수익권은 불확정기한부권리와 유사하다고 볼 여지가 있기는 하다. 그러나 조건부권리나 기한부권리는 법률행위의 효력이 장래에 발생할 뿐 그 권리 자체는 법률행위시에 이미 성립한 것이다. 이것은 조건이 성취되거나 기한이 도래하기만 하면 반드시 효력이 발생하는 권리로서 보호를 받으며 함부로 침해당하지 않는다(민법 제148조). 예컨대 정지조건부로 증여한 토지를 증여자가 그 조건성취 전에 제3자에게 매각한 경우에 수증자는 증여자를 상대로 그 토지의 인도불능에 따른 손해배상을 청구할

45) 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다13682 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결.

46) 임채웅, 앞의 책, 78면.

수 있다.⁴⁷⁾ 그러나 유언대용신탁의 경우에는 위탁자가 마음대로 수익자를 변경할 권리를 가진다(신탁법 제59조). 위탁자가 이와 같이 했다고 하여 애초에 사후수익자로 지정되었던 자가 위탁자를 상대로 손해배상청구를 할 수 없다. 이처럼 사후수익권은 원칙적으로 위탁자에 의해 언제든지 변경이 가능한 것이어서 신탁계약시에 사후수익자에게 그러한 권리가 성립했다고 볼 수 없다. 민법 제1113조가 말하는 ‘증여 재산’이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것이므로 피상속인에 의해 사후수익자로 지정된 것만으로는 증여계약이 이행된 것으로 볼 수 없다. 그리고 사후수익권은 피상속인이 가지고 있던 권리도 아니다. 자기가 가지고 있지 않은 것을 증여하는 것은 법률상 불가능하다. 결국 유언대용신탁의 신탁수익권 역시 유류분산정의 기초재산에 포함시킬 수 없다.

VI. 결론

유언대용신탁에 설정된 재산을 신탁계약에 정한 바에 따라 사후수익자에게 이전하는 것은 신탁계약의 효력이지만 상속의 효력이 아니다. 따라서 유언대용신탁에 의해 상속인이 받는 신탁수익은 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산이다. 그렇다면 상속인은 그 신탁수익을 취득하더라도 민법 제1026조의 법정단순승인 사유에 해당하지 않으므로 상속을 포기하거나 한정승인을 할 수 있게 된다.

한편 유언대용신탁에 의해 사후수익자인 상속인이 취득한 신탁수익이 민법 제1008조의 특별수익으로서 반환 내지 조정의 대상이 되는지를 살펴보면, 상속인이 사후수익자의 지위에서 수탁자로부터 받는 신탁수익은 상속인의 고유재산일 뿐 피상속인으로부터 증여받은 재산이 아니며, 사후수익자가 받는 신탁수익은 상속개시 당시 피상속인이 보유한 적이 없는 재산이기 때문에 유증의 대상이 될 수도 없다. 뿐만 아니라 피상속인이 특별수익반환 면제의 의사를 표시한 경우에는 그 의사대로의 효과를 인정하여야 하는데, 피상속인이 상속설계의 관점에서 유언대용신탁을 설정한 것은 사후수익자로 지정한 상속인으로 하여금 특별수익반환을 면제해주려는 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다. 어느 모로 보나 유언대용신탁에 의해 사후수익자인 상속인이 취득한 신탁수익에 대해서는 특별수익으로 반환(조정)할 의무를 부담하지 않는다.

마지막으로 유언대용신탁을 설정한 경우에 사후수익자인 상속인이 취득한 신탁수익이 유류분산정의 기초재산에 해당하는지를 살펴보면, 우선 유언대용신탁의 신탁

47) 지원림, 『민법강의(제14판)』, 홍문사(2016), 364면.

탁원본은 상속개시시에 피상속인이 가진 재산이 아니라 수탁자가 가진 재산이다. 그리고 상속이 개시되기 전에 사후수익자인 상속인에게 실제로 이전된 재산은 아무 것도 없다. 신탁수익권이 이전되었다고 주장하는 견해도 있으나, 상속개시 전에 수익권(생전수익권)을 가지는 사람은 위탁자인 피상속인 본인이다. 사후수익자로 지정된 상속인은 상속이 개시된 이후에 비로소 신탁계약에 따라 발생하는 사후수익권을 취득할 뿐이다. 결론적으로 유언대용신탁에서 사후수익자로 지정된 상속인이 취득하는 신탁수익은 유류분산정의 기초재산에 포함될 수 없다.

이상과 같이 유언대용신탁을 이용하게 되면 피상속인은 자신이 원하는 상속인에게 재산을 물려줄 수 있게 되고, 사후수익자로 지정된 상속인은 특별수익조정이나 유류분반환의 걱정 없이 피상속인이 설계한 상속계획에 따라 신탁수익을 취득할 수 있게 된다. 또한 피상속인이 채무가 많아서 상속인이 상속을 포기하거나 한정승인을 하더라도 유언대용신탁을 하면 사후수익자로 지정된 상속인은 무사히 신탁수익을 취득할 수 있게 된다. 특별수익조정이나 유류분반환과 관련해서는 공동상속인 간의 공평이라는 관점에서 문제를 제기할 수는 있겠으나, 기본적으로 피상속인이 자신의 재산을 자신의 계획에 따라 처리할 수 있도록 하는 것이 보다 더 중요한 가치라고 생각한다. 이로 인해 사후수익자로 지정받지 못한 다른 상속인들의 생계가 곤란해지는 경우의 해결책은 별도의 입법 등을 통해서 해결해야 할 문제라고 생각한다. 이제는 유류분제도 그 자체에 대한 근본적인 수정과 대안을 모색해야 할 시점이다.

신탁제도를 통한 재산 승계 토론문

최준규*

1. 유언대용신탁의 특별수익성

생명보험금의 상속재산성을 부정하는 것이 압도적 통설이자 관례이지만, ① 생명보험금의 특별수익성 여부, ② 유류분반환대상 여부, ③ 보험계약자의 채권자에 의한 사해행위취소나 부인권 행사 국면에서는 “실질”을 고려하여 보험계약자로부터 보험수익자에게 무상의 재산이전이 있는 것처럼 취급하는 것은 충분히 가능하고, 실제 학설도 긍정하는 견해가 다수임(특별수익 인정 관련).

유언대용신탁의 특별수익성 인정여부도 달리 볼 이유는 없다고 사료됨.

신탁한 것 자체로 특별수익 면제의 의사표시를 인정할 수 있는지에 대해서는 의문이 있음.

2. 유언대용신탁과 유류분

법형식으로만 보면 신탁재산자체를 수탁자에게 증여하였다고 볼 수 있고, 법실질에 주목하면 수익권을 수익자에게 사인증여 또는 유증했다고 볼 수 있음. 발표자와 같이 논리구성을 하여 유류분반환대상에서 아예 제외시키는 것은 - 유류분 제도 자체의 타당성 여부는 별론으로 하고 - 유류분 제도 잠탈을 허용한다는 점에서 의문임. 정책적 판단의 차원에서는 필자도 유류분 제도를 약화시키고 유언대용신탁의 효력을 가급적 인정해야 한다고 생각하지만, 현행법 해석론으로 이를 관철시키는 것에는 한계가 있다고 사료됨.

참고로 생명보험과 유류분의 경우에도 거의 비슷한 논점이 있는데 이에 대한 논의 및 필자의 견해를 참고삼아 소개함.

2. 상정가능한 견해들의 소개¹⁾

가. 제한설

생명보험금청구권의 고유재산성, 생명보험 제도가 갖는 수익자 보장 기능 등 독자적 가치를 강조하여, 수익자에 대한 유류분 행사 등을 제한적으로 허용하는 견해이다. 일본 최고재판소는 보험계약자 겸 피보험자가 제3자를 수익자로 변경하는 행위는 원칙적으로 유류분반환대상인 증여나 유증에 해당하지 않고,²⁾ 보험금의 액수, 보험금이 상속재산 총액에서 차지하는 비율, 보험수익자인 상속인과 다른 상속인들의 관계, 각 공동상속인들의 생활실태 등을 고려해, 공동상속인들

* 서울대 법학전문대학원

1) 논의의 편의상 수익자변경권이 보험계약자에게 유보된 경우만 살펴본다.

사이의 불공평이 특별수익 조정관련 규정의 취지에 비추어 도저히 시인할 수 없을 정도로 심한 경우, 예외적으로 보험금을 특별수익에 준하여 취급할 수 있다는 입장이다.³⁾ 우리 학설 중에도 이러한 일본 판례의 입장에 공감하는 견해가 있다.⁴⁾

프랑스 보험법도 생명보험 수익자에 대한 유류분권 행사를 매우 제한적으로 허용하고 있다. 프랑스 보험법 제132-12조는 수익자에게 지급되는 보험금은 피보험자의 상속재산이 아니라고 규정하고 있고, 이에 이어서 제132-13조 제1항은 보험금은 특별수익 산정시 고려되지 않고, 유류분반환의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있다. 다만, 보험계약자가 지급한 보험료가 그의 자력(資力)에 비추어 명백히 과도한 경우(manifestement exagérées eu égard à ses facultés)에 한해 해당 보험료가 특별수익이나 유류분반환의 대상이 된다(프랑스 보험법 제132-13조 제2항). 이 조항은, 생명보험이 전통적으로 망인의 유족들(특히 부양필요성이 있는 유족들)의 생활을 보장하는 기능을 해왔다는 점을 고려한 정책적 조항이다.⁵⁾ 또한 보험료 중에서도 특별히 과도한 보험료만 반환의 대상으로 본배경에는, 생명보험의 경우 소액 보험료가 장기간, 정기적으로 지급되는 경우가 많고, 이러한 보험료까지 유류분 반환 등의 대상으로 삼는 것은 타당하지 않다는 배려가 놓여 있다고 사료된다.

나. 보험료 기준설

보험계약자 겸 피보험자가 지출한 보험료 상당액을 유류분 반환 및 특별수익의 대상으로 삼는 견해이다.⁶⁾ 보험료 기준설은, A가 자신의 돈으로 100원 짜리 복권을 사서 B에게 주었는데 그 복권당첨금이 1억 원인 경우, A가 B에게 100원을 무상증여했다고 보는 생각과 비슷하다. 이 견해는 생명보험의 ‘실질’을 고려하여 보험계약자 겸 피보험자에게 수익자에게 무상출연을 하였다는 점은 인정하지만, 무상출연의 범위는 보험계약자 겸 피보험자의 재산으로부터 실제 지출된 비용에 한정하는 취지이다.

외국의 경우, 변경되기 전 독일 연방대법원 판례가 보험료 기준설을 택하고 있었고,⁷⁾ 영국,⁸⁾ 이탈리아⁹⁾는 입법을 통해 보험료를 유류분청구 등의 대상으로 보고 있다.

다. 해약환급금 기준설

보험사고 발생시점의 해약환급금 상당액을 유류분청구 등의 대상으로 삼는 견해이다. 보험계약자 겸 피보험자는 보험사고 발생시점까지 해약환급금 상당액을 책임재산으로 갖고 있었으므로, 보험계약자 겸 피보험자가 위 금원을 수익자에게 무상으로 간접출연한 것으로 볼 수 있다는 것이다.¹⁰⁾ 이 견해는 A가 자신의 돈으로 100원 짜리 물건을 사서 B에게 주었는데, A가 그 물건을 B에게 주기 직전 그 물건의 시장가치가 1,000원이었다면 A는 B에게 1,000원을 무상증여했다고

보는 생각과 비슷하다. 누구나 자신이 가진 것 이상을 줄 수 없고 무상출연자도 자신이 가진 것 이상을 줄 수 없다. 그런데 보험사고 발생 전 보험계약자 겸 피보험자는 해당 보험에 대하여 해약환급금채권을 갖고 있었고, 보험사고 발생으로 그의 해약환급금채권이 소멸하고, 수익자가 수익권을 취득하므로, 결과적으로 보험계약자 겸 피보험자는 수익자에게 해약환급금채권 상당액을 무상출연 하였다는 것이다.

스위스 민법은 명문으로 해약환급금 기준설을 택하고 있고(스위스 민법 제476조, 제529조), 독일 연방대법원도 현재 이 입장을 취하고 있다.¹¹⁾

라. 보험금 기준설

보험계약자 겸 피보험자가 수익자에게 보험금 상당액을 무상으로 간접출연한 것으로 볼 수 있다는 견해이다. 이 견해는 A가 자신의 돈으로 100원 짜리 복권을 사서 B에게 주었는데 그 복권당첨금이 1억 원인 경우, A가 B에게 1억 원을 무상증여했다고 보는 생각과 비슷하다. 보험계약자 겸 피보험자는 생전에 한 번도 보험금 상당액을 가져본 적이 없지만 수익자가 보험금 상당의 이익을 무상으로 얻은 이상, 보험금을 유류분반환 및 특별수익의 기준으로 삼는 것이 공평하다는 것이다.¹²⁾

오스트리아 판례,¹³⁾ 미국의 Uniform Probate Code,¹⁴⁾ 캐나다 온타리오 주¹⁵⁾가 보험금 기준설을 취하고 있다.

3. 검토

외국의 사례에서 보는 바와 같이 이 문제에 하나의 정답이 있다고 보이지 않는다. 즉 이 문제는 법이론의 문제라기보다 정책적 문제에 가깝다. 필자로서는 보험금 기준설이 무난하다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

법이론적으로는 보험료 기준설이나 해약환급금 기준설도 설득력이 있다. 내가 가지지 않은 것을 남에게 공짜로 줄 수는 없기 때문이다. 그러나 보험료 기준설에 따르면 유류분제도의 무력화 위험이 여전히 존재한다. 상속인이 아닌 제3자를 수익자로 지정하였고 보험료도 상속개시시점으로부터 1년 전에 지급하였다면, 수익자는 유류분반환의무를 부담하지 않을 수 있기 때문이다(제1114조 참조). 또한 해약환급금 기준설은 수익자의 관점에서 다분히 의제적이다. 보험계약자 겸 피보험자가 해약환급금 상당액의 손실을 입은 것은 분명하지만, 그렇다고 해서 수익자가 해약환급금 상당의 이익을 피보험자로부터 무상으로 받았다고 구성하는 것은 어색하다. 수익자가 얻은 무상의 이익은 보험금 상당액이기 때문이다. 또한 보험의 종류에 따라서는 해약환급금은 소액이지만 보험금은 다액일 수 있는데, 이 경우 해약환급금 기준설에 따르면 유류분제도는 유명무실하게 된다.

법형식이 아닌 실질을 고려하여 해결책을 모색하는 마당에, “내가 가지지 않은 것을 남에게 공짜로 줄 수 없다.”는 법명제에 집착할 이유는 없다고 사료된

다. 실질을 고려하는 이유 중 하나가 유류분제도의 형해화 방지, 규범회피행위의 방지에 있다면, 가급적 수익자가 받은 금액(=보험금)을 기준으로 유류분을 산정함이 타당하다.

또한 필자는 제한설은 우리법 해석론으로 정당화되기 어렵다고 생각한다. 실질적으로 같은 것은 같게 취급해야 한다는 평등의 원칙에 정면으로 반하기 때문이다.¹⁶⁾ 제한설이 강조하는 수익자의 생활보장은, 수익자의 생활보장에 필요한 한도에서 ‘무상성’을 부정하는 방법으로 달성하면 된다(그에 따라 유류분 반환의 대상인 증여나 유증에 해당하지 않고, 특별수익에도 해당하지 않게 된다). 이 문제를 해결하기 위해 원칙적으로 생명보험금은 유류분반환의 대상에서 제외된다고 보면, 목적 달성을 위해 지나치게 과도하고 거친 수단을 사용하는 것이다. 오늘날 생명보험이 유족의 생활보장 기능뿐만 아니라, 금융투자·저축 등 다양한 목적으로 사용되는 점을 고려한다면, 모든 생명보험을 일률적으로 특별히 취급하는 것은 바람직하지 않다.

보험금 기준설을 취한다면, 수익자의 보험금청구권이 압류금지채권에 해당하는 경우에도¹⁷⁾ 유류분산정의 기초재산에 산입하고, 유류분반환의 대상에 포함시켜야 하는지 추가 검토할 필요가 있다. 이는 특정 보험수익자의 생활보장과 유류분권자의 권리 중 무엇을 더 우선할 것인지에 관한 문제이다. 법률에 다른 특별한 정함이 없는 한, 압류금지채권에 해당하는 수익권 부분에 관하여 수익자가 무상이익을 얻지 않았다고 볼 근거는 없다. 그러나 보험계약자 겸 피보험자의 생전 부양의무 이행의 연장선상에서 수익권 상당의 이익을 수익자에게 부여한 것으로 볼 수 있는 경우라면, 해당 부분은 수익자가 무상의 이익을 받은 것이 아니므로 유류분산정의 기초재산에 산입할 수 없다. 이러한 사정이 인정되지 않는 이상 수익권 상당액은 유류분산정의 기초재산에 산입하고, 유류분반환 대상에 포함시키는 것이 원칙이다. 다만, 유류분권자도 수익자에 대한 일반채권자로서 민사집행법상 압류금지규정의 적용을 받으므로, 수익자가 보험자로부터 보험금을 받는 것 자체를 막을 수는 없을 것이다.

2) 日最高判 2002(平14). 11. 5(民集56.8.2069).

3) 日最高判 2004(平16). 10. 29(民集58.7.1979).

4) 홍진희, 김판기 218-219; 홍진희, 김판기 314-315, 317-318; 양희석 249-250.

5) Cécile Pérès, “Will-Substitutes in France”, *Passing Wealth on Death*(2016), 169-171(프랑스 판례가 보험계약을 상속법의 법리와 분리하여 특별취급하는 것은 법리적으로 정당화되기 어렵고, 경제논리 - 가령, 생명보험 가입자들의 자금이 대규모로 국채에 투자되었고, 생명보험을 더 이상 특별 취급하지 않아 개인들의 생명보험 가입 유인이 감소하는 경우 공적 금융에 위협이 될 수 있다는 점 등!) - 가 작동한 결과일 뿐이라고 설명한다).

6) 변동열, “유류분 제도”, *민사판례연구*25(2003), 839.

7) BGHZ 7, 134.

8) 영국의 Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 제10조 제2항 (a), 제7항 참조(망인 사망 시점부터 6년 이내에 지급된 보험료는 반환의 대상이 됨).

9) 이탈리아 민법 제741조(특별수익), 제1923조 제2항(유류분, 기간제한 없음) 참조.

10) 노일석 212; 정구태 288-289; 주석민법 제4판(2015) 상속(2)/김주수·김상용 436; 박병호, 가족법,

- (1999), 477; 이경희, 유류분제도, (1995), 111-112; 이진만 374.
- 11) BGHZ 185, 252. 독일연방대법원이 2003. 10. 23. 판결을 통해 - 종전 판례를 변경하여 - 생명보험 수익자에 대한 부인권 행사시 보험금을 기준으로 원상회복을 명하는 입장을 취함에 따라(BGHZ 156, 350), 유류분반환의 경우에도 보험금을 기준으로 해야 한다는 주장이 있었지만(Claus Elfring, "Das System der drittbezogenen Ansprüche bei der Lebensversicherung NJW 2004, 483; Johannes Kuhn/Hubertus Rohlfing, "Die Lebensversicherung im Erbrecht", ErbR 2006, 11), 독일연방대법원은 - 부인권 행사 국면과는 달리 - 해약환급금기준설을 택하였다.
- 12) 박윤직 191; 김능환 30; 박동섭, 유류분 청구의 이론과 실무, (2011). 69; 조성필, "판례를 중심으로 한 유류분 실무", 인권과 정의466(2017), 88.
- 13) OGH 10.6.1997 4Ob136/97x.
- 14) UPC §2-205(1)(D) 참조.
- 15) Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. S.26, Section 72 (1) (f) 참조.
- 16) 이에 관해서는 프랑스와 마찬가지로 제한설을 취하고 있던 벨기에 보험법에 대하여 2008년 벨기에 헌법재판소가 위헌결정을 내렸다는 점이 시사적이다. Cour const Belge, 26 juin 2008, arrêt n° 96/2008{벨기에 보험법 제124조 - 프랑스 보험법 제132-13조와 거의 동일한 내용을 규율하고 있다. 즉, 보험계약자의 자력에 비해 보험료가 현저히 높은 경우에만 보험료에 대한 유류분 반환이 가능하고, 유류분반환액은 보험자가 지급할 의무가 있는 급부액을 초과할 수 없다고 규정하고 있다(지급보험료 합계가 보험금을 초과하면 유류분반환액은 보험금을 상한으로 한다는 취지) - 가 벨기에 헌법의 평등조항에 위반된다고 판시하였다. 벨기에 보험법 제124조는 원래 ① 생명보험의 보장적 기능을 고려하고, ② 보험료는 정기적으로 적정 금액만 지급되므로 지급된 보험료가 보험계약자의 재산감소에 미치는 영향은 제한적이라는 사정을 고려해서 입법된 것인데, 오늘날 생명보험은 보장기능보다 투자·저축기능이 강조되고 있고, 이로 인해 유류분이 중대하게 침해될 수 있다고 판례는 지적한다. 따라서 피상속인이 생명보험의 형태로 저축을 한 경우 유류분권자가 보험금에 대해서 유류분반환청구를 할 수 없는 것 즉, 유류분반환국면에서 생명보험 수익자를 다른 무상취득자보다 우대하는 것은 정당화될 수 없다고 한다.
- 17) 민사집행법 제246조 제1항 제7호는 "생명, 상해, 질병, 사고 등을 원인으로 채무자가 지급받는 보장성보험의 보험금(해약환급 및 만기환급금 포함)"을 압류금지채권으로 규정하고 있고, 민사집행법 시행령 제6조 제1항 제1호는 사망보험금 중 1천만 원 이하의 보험금에 대한 압류가 금지된다고 규정하고 있다. 참고로 외국 입법례를 보면 보험수익자가 피보험자의 배우자나 직계비속 등인 경우 수익권(또는 수익권 중 일부)을 압류금지채권으로 규정한 경우가 있다. 가령, 퀘벡주 민법 제2457조, 온타리오주 보험법 제196조 제2항 참조. 스위스, 독일, 뉴욕주의 사례에 관해서는 최준규 395-396 참조.

The background of the page is a light green overlay on a grayscale aerial photograph of a city skyline, likely New York City. The skyline features numerous skyscrapers, with the Empire State Building being a prominent feature on the left. Overlaid on the green background are several white circular nodes connected by thin white lines, forming a network or web-like structure. The text is centered in the upper half of the page.

부패한 수탁자 :
Bishop Estate 사례와 그 시사점
노혁준

부패한 수탁자: Bishop Estate 사례와 그 시사점

노혁준*

목 차

- I. 들어가면서
 - II. Bishop Estate의 설립배경과 분쟁의 경과
 - III. 수탁자의 충실의무 위반의 점
 - IV. 수탁자의 주의의무 위반 등의 점
 - V. 공동수탁자와 신탁구조의 점
 - VI. 신탁변경의 점
 - VII. 결론
-

I. 들어가면서

아무리 유능한 사람이라도 그가 처리할 업무를 일일이 직접 다루기는 쉽지 않다. 이는 업무환경이 복잡, 다기해지는 현대 사회에서는 더욱 그러하다. 이 때 자신을 대신하여 해당 사무를 처리할 자를 필요로 하게 되는데, 그 중 독립적으로¹⁾ 업무를 담당하는 자의 전형이 영미법상 수탁자이다. 이 때 위탁자와 수탁자 사이에 신인관계(fiduciary relationship)가 성립하게 되며, 영미법이 발전시킨 신탁에서의 신인의무론은 주식회사 이사의 지위 등 법의 다른 분야에도 큰 영향을 미치고 있다.

수탁자는 신인관계에 따른 엄격한 의무를 부담하지만, 이에 위반하여 신탁재산에 관한 권한을 함부로 행사할 가능성은 상존한다. 이렇듯 ‘부패한 수탁자’가 문제된 전형적 사례가 1990년대 후반에 불거진 이른바 “Bishop Estate”²⁾ 스캔들이다. 후술하듯 하와이 왕국의 최후 상속인인 비숍 공주(Princess Bernice Pauahi Bishop)의 유

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

1) 이 점에서 단순히 지시만을 수행하는 피고용인과 차이가 있다. 다만 독립성이 무엇을 뜻하는지에 관하여는 논란이 있을 수 있다. 예컨대 Paul B. Miller, “The Fiduciary Relationship” in *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (Ed. by Andrew S. Gold and Paul B. Miller), Oxford Univ. Press (2014), 69면은 신인의무관계란 수임인이 위임인의 중요한 실질적 이해관계에 관해 재량권(discretionary power)을 행사하는 관계라고 정의하면서 수임인의 재량권을 중요한 요소로 들고 있다.

2) 신탁의 정식 명칭은 the Estate of Bernice Pauahi Bishop이지만 이하에서는 “Bishop Estate”로 약칭하기로 한다.

언에 따라 1884년 설정된 공익신탁³⁾인 Bishop Estate는 하와이 지역에 막대한 부동산을 보유해 왔다. 설정 당시의 375,000 에이커가 지금도 대체로 유지되고 있는바,⁴⁾ 위 토지는 한 때 하와이 사유지의 15.6%에 달했으며,⁵⁾ 1995년에는 하버드 대학 및 예일 대학의 신탁재산 합계보다도 많은 자산을 보유한 미국 최대의 공익신탁으로 평가받기도 했다.⁶⁾ 현재도 Bishop Estate는 115억 달러로 평가되는 자산을 보유한⁷⁾ 세계 10위권 내의⁸⁾ 대규모 공익신탁이다. 이러한 규모와 역사에도 불구하고, Bishop Estate는 수탁자들의 불투명한 신탁재산 운영 및 권한남용으로 인해 ‘신탁의무 위반의 세계기록’이라는 비판을 받으면서⁹⁾ 주요 신탁 교과서에 그 사례가 기술될 정도로¹⁰⁾ 부침을 겪었다.

이 글은 위 Bishop Estate의 사례에서 문제된 신탁법상 쟁점들을 상세히 살펴 보면서 이를 분석하기 위한 것이다. 위 스캔들이 논란이 된지 이미 20년 가까이 되었지만 아직 위 사례 및 관련 법리를 국내에 소개한 문헌은 없다. 사안에서 문제된 쟁점 대부분은 일반 신탁법리에 관한 것이어서 향후 우리나라에서의 신탁법리 정립에도 크게 도움이 될 것이다. 이하의 논의 순서는 다음과 같다. II에서는 법리 검토에 앞서서 먼저 Bishop Estate의 설립 배경과 분쟁의 경과를 살펴본다. 다음으로 III, IV는 수탁자의 신인의무 위반을 살펴본다. III에서는 주로 충실의무 측면을 살펴보고 나머지는 IV에서 검토하게 된다. V는 공동수탁자와 신탁구조의 점이다. 위탁자가 수탁자의 업무수행 견제장치로서 공동수탁자를 규정하는 경우가 많아지고 있는바, Bishop Estate

-
- 3) Bishop Estate는 미국법상 “charitable trust”이다(www.ksbe.edu). 이를 자선신탁으로 번역하는 경우도 있으나, 우리 공익신탁법상 공익사업(제2조 제1호 참조)을 하는 신탁에 해당하는 것이므로 이하에서는 공익신탁으로 부르기로 한다.
 - 4) Kamehameha Schools, Report on Financial Activities: July 1, 2016 - June 30, 2017에 따르면 2017. 6. 30. 현재 Bishop Estate 보유 토지의 면적은 363,627 에이커에 달한다. (http://www.ksbe.edu/about_us/publications_and_resources/annual_reports/)
 - 5) Cliton T. Tanimura & Robert M. Kamins, A Study of Large Land Owners, Legislative Reference Bureau (1957)에 의하면 Cliton T. Tanimura & Robert M. Kamins, A Study of Large Land Owners, Legislative Reference Bureau (1957), p.1에 의하면 1955년 기준으로 Bishop Estate 소유 토지는 하와이 사유지의 15.6%, 하와이 전체 토지의 9%를 점하고 있다.
 - 6) Samuel P. King and Randall W. Roth, Erosion of Trust, August 2007 ABA Journal (2007), 49면 참조.
 - 7) 2017 Kamehameha Schools Annual Report: July 1, 2016 - June 30, 2017 자료 참조. (http://www.ksbe.edu/about_us/publications_and_resources/annual_reports/)
 - 8) Worldatlas.com에 의하면 Bishop Estate는 Bill&Melinda Gates Foundation, Stichting Ingka Foundation, Wellcome Trust, Howard Hughes Medical Institute, Ford Foundation에 이은 6대 공익신탁이고 (<https://www.worldatlas.com/articles/which-are-the-wealthiest-charitable-foundations-worldwide.html>). Wikipedia에 의하더라도 Bishop Estate는 세계 8위권 공익신탁에 해당한다. (https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_wealthiest_charitable_foundations)
 - 9) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4면. (https://media.law.wisc.edu/s/c_40/q5nzb/randyroth-selected_legal_and_ethical_issues_in_bishop_estate_scandal_4-27-2010.pdf)
 - 10) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, Wills, Trusts and Estates (10th Ed.), Wolters Kluwer (2017), pp.799-803.

에서도 공동수탁자간의 법률관계, 나아가 그들간 견해 충돌이 있는 경우 변호사와의 관계를 어떻게 볼 것인지가 문제된바 있다. VI.은 신탁변경에 관한 것이다. 특히 Bishop Estate와 같이 130여년 이전에 설정된 신탁을 어떻게 현실에 맞게 운용할 것인지가 논란이 된 바가 있다. 마지막 VII은 결론이다. Bishop Estate가 공익신탁이고 실제 일부 공익신탁에 특유한 사항¹¹⁾이 쟁점이 되기도 했으나, 이 글의 초점은 신탁의 일반적 법리에 맞추어져 있다. 다만 이른바 최근사 원칙(cy pres doctrine)¹²⁾은 공익신탁에 특유한 것이기는 하지만, 형평법상 수정(equitable deviation)과 동일선상에서 논의되고 있으므로 VI. 신탁변경에서 함께 논의하기로 한다.

동일한 영미법계라 하더라도 신탁을 바라보는 미국과 영국의 시각에는 다소간 차이가 있다. 대표적으로 신탁변경에 관하여 미국은 가급적 위탁자의 뜻을 존중하려는 클래플린(Claflin) 원칙에 의한다. 즉 모든 수익자들이 동의하더라도 신탁의 변경은 위탁자가 설정한 신탁의 주요목적(material purpose)에 반하지 않는 범위 내에서만 가능하다.¹³⁾ 반면 영국의 손더스(Saunders) 원칙 하에서는 모든 수익자가 동의하면 신탁의 주요목적은 불문하고 신탁변경이 가능하게 된다.¹⁴⁾ Bishop Estate는 미국 신탁법의 적용을 받았고 이에 따라 논의가 전개된 점을 감안하여 이하의 검토는 미국에 서의 그것을 중심으로 한다.

II. Bishop Estate의 설립배경과 분쟁의 경과

1. 설립배경

Bishop Estate의 설립자 비숍 공주는 하와이 왕국을 통일한 카메하메하(Kamehameha) 대왕의 증손녀이다.¹⁵⁾ 비숍 공주의 생존 당시 하와이 원주민들의 삶

11) 예컨대 공익신탁에 관련된 소의 원고적격 등 공익신탁을 누가, 어떻게 감독해야 할 것인지의 문제도 제기된바 있다. Robert Mahealani M. Seto and Lynne Marie Kohm, Of Princess, Charities, Trustees and Fairytales: A Lesson of the Simple Wishes of Princess Bernice Pauahi Bishop, 21 U. Haw. L. Rev. 393 (1999), pp.411-412; Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 11면; Samuel P. King and Randall W. Roth, Erosion of Trust, 51 면 참조.

12) 후술하듯이 영미 신탁법상 개념이면서도 단어 자체는 프랑스어에서 기원하는바, 그 발음은 영미에서도 '씨프레' {임채웅 역, 미국신탁법, 박영사 (2011), 251면 참조}, '싸이프레이', '싸이프레스' 등 다양하다. 여기에서는 그 의미를 잘 전달할 수 있는 '최근사 원칙' {최수정, 신탁법, 박영사 (2016), 572면} 이라는 표현을 쓰기로 한다.

13) Claflin v. Claflin, 20 N.E. 454 (Mass. 1899); Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 729면.

14) Saunders v. Vautier 41 Eng. Rep. 482 (1841); Ronald Chester, Modification and Termination of Trusts in the 21st Century: The Uniform Trust Code Leads a Quiet Revolution, 35 Real Prop. Prob & Tr. J 698, 710 (2000).

은 날로 어려워지고 있었다. 쿡 선장(captain James Cook)이 최초로 하와이에 도착했을 당시(1778년) 약 300,000명이던 하와이 원주민의 숫자는 비숍 공주가 태어날 즈음(1831년) 124,449명으로 줄어들었고 공주가 41세 되던 해(1872년)에는 51,531명으로 급감했다.¹⁵⁾ 어려서부터 미국식 교육을 받은 비숍 공주는 무엇보다도 교육의 중요성을 절감하고 있었고, 이에 유언을 통해 카메하메하 학교를 설립하고 관리할 공익신탁을 설립할 것을 결심하였다. 그녀는 1883. 10. 31. 부모 및 친척들로부터 물려받은 막대한 재산을 공익신탁에 출연하는 유언을 작성하였고, 이후 1884. 10. 그 내용을 보완하는 유언보충서(codicil) 2통을 추가 작성하였다. 신탁은 비숍 공주가 사망한 1884. 10.에 발효되었고, 카메하메하 학교(남학교¹⁷⁾)는 준비기간을 거쳐 1887년에 37명의 학생, 4명의 교사로 출범하였다.

유언 중 제13조와 제14조가 공익신탁에 관해 규정하고 있다.¹⁸⁾ 그 중 제14조는 수탁자의 선정에 관한 것인바, 비숍 공주의 남편인 찰스 비숍(Charles R. Bishop) 등 5인을 공동수탁자로 하되, 수탁자의 다수 즉 적어도 3인 이상의 합의로 모든 사무를 처리하도록 하고 있다. 만약 5인의 수탁자 중 결원이 발생한 경우 최고법원의 재판관들(Justices of the Supreme Court) 다수로 이를 정하되 개신교도 중에서 수탁자를 선임하도록 하고 있다. 비숍 공주가 사망한 후 하와이는 왕정을 폐지하고 미 합중국에 편입되었으므로, 하와이주 대법원의 대법관들이 위 선임권을 갖는 것으로 운영되어 온바 있다.

한편 유언 제13조는 ① 카메하메하 학교라는 이름으로 남학교, 여학교를 설립, 운영할 것, ② 재산의 1/2을 넘지 않는 범위에서 학교 부지구입, 빌딩건축, 설비의 구비를 위해 사용할 것, ③ 잔여재산은 가장 적절하다고 판단되는 곳에 투자하고 연간 수입을 학교의 유지관리(교사들의 급여, 건물수리 및 다른 부대비용)에 지출하고 그 중 일부를 고아 및 가난한 이들을 위해 사용할 것(이 때 하와이 원주민 및 그 자손들에게 우선권을 부여), ④ 수탁자들이 모든 수입과 비용의 연간보고서를 작성하여 최고법원의 재판장에게 제출함으로써 매년 재산상태를 알리고, 호놀룰루에서 발간되는 신문에 이를 공표할 것을 규정하고 있다.

한편 유언보충서 2통 중 제1편은 수탁자의 재산관리 권한의 폭을 넓히고 있다. 동문서 제17조에 따르면 “나는 내 유언에 적시된 수탁자들에게 내 재산 중 토지 및 다

15) Samuel P. King and Randall W. Roth, Broken Trust, University of Hawaii Press (2006), pp.12-13.

16) Robert Mahealani M. Seto and Lynne Marie Kohm, 앞의 글, 400-401면.

17) 이후 1894년 카메하메하 여학교도 설립되었다가 남녀공학의 시대적 추세를 반영하여 1960년대에 하나의 학교로 통합되었다. Samuel P. King and Randall W. Roth, Broken Trust, 32, 54면.

18) 이하 유언 및 유언보충서의 원문은 Appendix B: The Will of Bernice Pauahi Bishop, 21 U. Haw. L. Rev. 679(1999)에 의하였다.

른 부분을 매각 또는 처분하고 그 토지를 교환 기타 처분하고, 토지를 매입하고 필요한 경우 리스를 하고 나아가 상당하다고 판단하는 투자를 일반적으로 실행할 수 있는 할 가장 넓은 권한을 부여한다.”고 규정하고 있다.

2. 분쟁의 경과

Bishop Estate는 하와이 주민의 존경을 받는 설립자 비숍 공주의 명망과 학교 운영이라는 사회적 공헌으로 인해 지역사회의 사랑을 받아왔다. 그러나 관련법 개정으로 인해 보유 토지를 매각하면서 발생한 20억 달러 등 유동성의 확대,¹⁹⁾ 정치논리에 따른 수탁자 선임²⁰⁾ 등으로 운영의 순수성에 금이 가기 시작하였다.

Bishop Estate의 문제점이 널리 알려지게 된 결정적 계기는 5명의 지식인들이 1997. 8. 9. 호놀룰루 지역지(Honolulu Star Bulletin)에 기고한 “Broken Trust”라는 글이다.²¹⁾ 연방지방법원의 시니어 판사, 주항소법원 퇴임 판사, 카메하메하 학교의 전임교장, 저명 공익신탁(Queen Lilookalani Trust)의 수탁자 및 하와이 법대 교수²²⁾ 명의로 된 6,400자 분량의 위 글은 Bishop Estate의 운영상 문제점과 수탁자의 의무위반을 조목조목 지적하였다. 당시의 수탁자는 리차드 웡(Richard Wong), 헨리 피터스(Henry Peters), 로켈라니 린지(Lokelani Lindsey), 제라드 저비스(Gerard Jervis), 오스왈드 스텐더(Oswald Stender) 5인으로 구성되어 있었는데, 이 중 오스왈드 스텐더를 제외한 4인, 특히 교육을 주관하고 있던 로켈라니 린지의 비리와 전횡에 대한 카메하메하 학교 측 문제제기가 이루어지고 있던 상태였다.

이에 하와이 주지사(Benjamin Cayetano)는 1997. 8. 12. 주 검찰총장(Magery Bronster)에게 특별조사를 지시하였다. 이어 1997. 12. 20. 하와이주 대법관 5인 중 4명은 향후 Bishop Estate 수탁자 선임을 주관하지 않을 것이라고 선언하였다. 한편 법원에서 공익신탁을 관장하는 특별담당관(Colbert Matsumoto)은 1998. 8. 7. Bishop Estate의 연간보고서에 관하여 1993-1996년 사이 신탁재산에 2억 4,240만 달러의 대규모 손실이 발생하였음을 지적하였다. 같은 해 9. 9. 주 검찰총장은 수탁자들이 의무를 위반하고 전략적인 결정을 수립, 실행하지 못하는 등 교육목적을 제대로

19) Phil Brand, James Dellinger and Karl Crow, Racial Separatism in the Aloha State: The Bishop Estate Trust and Hawaii's Kamehameha Schools, Foundation Watch May 2008, Capital Research Center (2008), p3.

20) 대표적으로 논란이 되었던 것이 1971년의 Matsuo Takabuki 선임이다. 하와이 대법원 대법관들은 그들을 지명했던 당시 주지사 Jack Burns의 요청을 받아들여, 그의 최측근이면서 자금책임자였던 Matsuo Takabuki를 수탁자로 지명하였다. Samuel P. King and Randall W. Roth, Broken Trust, 65-66면.

21) Samuel P. King and Randall W. Roth, Broken Trust, 160면.

22) 순서대로 Samuel King, Walter Heen, Gladys Brandt, Charles Kekumano, Randall Roth가 그들이다. Samuel P. King and Randall W. Roth, Broken Trust, 156-157면.

수행하지 못하고 있다고 지적하면서 오스왈드 스텐더를 제외한 4인의 수탁자 해임을 요구하는 조사결과를 발표하였다.

한편 위 신문 기고문 이전부터 미국 연방 국세청(IRS, 이하 “국세청”)은 Bishop Estate의 공익단체로서의 과세특례 자격을 검토하고 있었는데, 이와 관련하여 검인법원(probate court²³)의 케빈 창(Kevin Chang) 판사는 1999. 2. 4. 국세청과의 협의, 조사업무로부터 기존 수탁자 5인을 배제하는 결정을 내렸다. 국세청은 같은 해 4. 27. Bishop Estate에게 만약 5인의 수탁자들이 사퇴하지 않을 경우 Bishop Estate의 과세특례 지위를 박탈할 것을 예고하였다.

Bishop Estate의 존립 자체가 위협받는 상황에도 수탁자들이 자리를 보전하려고 시도하는 것에 대한 비판이 거세지는 가운데, 케빈 창 판사는 같은 해 5. 7. 오스왈드 스텐더의 잠정적 사임을 승인하고 나머지 수탁자 4인의 업무를 정지하였다. 이후 8. 20. 제라드 저비스를 시작으로 12. 16. 로켈라니 린지에 이르기까지 5인의 수탁자들 모두가 사임함으로써 Bishop Estate의 운영진은 전면 개편되었다, 그 즈음 1999. 12. 1. Bishop Estate가 국세청에 900만 달러를 납부하는 것을 내용으로 하는 Bishop Estate와 국세청 사이의 합의안이 검인 법원의 인가를 받음으로써 위 사건은 일단락되었다.

III. 수탁자의 충실의무 위반의 점

1. 수탁자의 충실의무 개관

미국 신탁법상 수탁자의 충실의무는 일반적으로 “오로지 수익자의 이익(solely in the interests of the beneficiary)을 위하여” 행위할 의무를 가리킨다.²⁴ 공익신탁의 경우 특정 수익자가 없으므로 “오로지 신탁목적 실현의 이익(solely in the interests of effectuating the trust purposes)을 위하여” 행위할 의무로 규정되며,²⁵ 충실의무의 본질적 내용은 일반 신탁과 동일하다. 충실의무 법리의 핵심에는

23) 미국법상 'probate'는 피상속인의 사망시에 상속인이 재산을 승계할 권원을 부여하고, 피상속인의 채권자를 보호하고, 부채변제후의 잔액을 상속인에게 분배하는 절차를 뜻한다(Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 44면). 따라서 ‘검인 법원’은 우리나라의 검인절차, 즉 유언 등의 유효성과 무관하게 그 존재만을 확인하는 간략한 절차 이외에 다른 업무도 수행하게 되나(임채웅, 앞의 글, 10면), 일반적인 용례에 따라 이 글에서는 “검인 법원”으로 번역하기로 한다. 명순구/오영걸, 현대미국신탁법, 세창출판사 (2005), 122면 참조.

24) UTC 제802조 (a); ALI, Restatement (Third) of the Law Trust vol. 3 (2005) [이하 "Restatement"] 제78조 (1).

25) UTC 제802조, UTC cmt. p.134; Restatement 제78조 (1)은 이를 “solely in the furtherance of its charitable purpose”로 표현하고 있다.

이른바 “사유불문 원칙(No Inquiry Rule)”이 있다. 신탁재산을 대표하는 수탁자와 수탁자의 특수관계인 간 거래는 별론으로 하고,²⁶⁾ 신탁재산과 수탁자 개인 간의 거래는 수익자(공익신탁의 경우 검찰총장 등)가 이를 취소할 수 있다.²⁷⁾ 설사 수탁자가 선의이거나 거래조건이 공정한 경우에도 사유를 불문하고 취소대상이라는 점에서 “사유불문 원칙”으로 불린다.²⁸⁾ 이렇듯 일률적 기준을 규정한 것은 신탁재산과 수탁자 개인 간 거래는 그 왜곡 가능성이 현저하므로, 차라리 일률적으로 이를 규제하는 것이 개별사안 별로 공정성을 판단하는 것보다 효율적이라는 점에 근거한다.²⁹⁾

나아가 충실의무의 적용범위는 좁은 의미의 ‘거래’에 한정되지 않고 널리 신탁재산과 수탁자 사이에 이익충돌이 발생하는 경우를 포괄한다. Restatement 제78조 제2항은 “자기거래를 포함하는 거래 또는 달리 수탁자의 신인의무와 개인적 이익간 충돌을 포함하거나 발생시키는 거래”라고 하여 그 범위를 넓게 규정한다. 신탁재산에 귀속될 사업기회를 수탁자가 차지하는 행위,³⁰⁾ 신탁재산 운영과 관련하여 제3자로부터 별도의 보수, 수수료 등을 수령하는 행위³¹⁾ 등도 당연한 적용대상이다.

전통적으로 사유불문 원칙이 배제되는 예외사항으로는 (i) 신탁행위에서 허용된 경우, (ii) 수익자 전원이 승인한 경우, (iii) 법원이 허용한 경우의 세 가지가 있다.³²⁾ 그 밖에 엄격한 위 원칙의 예외로 널리 인정되는 것으로는 다음의 것들이 있다. ① 수탁자에 대한 합리적인 보상,³³⁾ ② 수탁자가 금융기관인 경우 신탁재산인 금전을 수탁자에게 예치하거나³⁴⁾ 수탁자 또는 그 계열사가 관리하는 투자상품에 투자³⁵⁾하는 것,³⁶⁾ ③ 신탁 보호를 위한 수탁자의 자금출연,³⁷⁾ ④ 위탁자가 어떤 회사 주식을 신탁재산으로 출연하면서 해당 회사 이사를 수탁자로 지정하는 등 신탁의 구조 자체에서 이익충돌 가능성이 내재된 경우³⁸⁾ 등이다.

26) UTC 제802조 (c)에 따르면 신탁재산을 대표하는 수탁자와 수탁자의 처, 자손 등 또는 수탁자가 이해관계를 갖는 회사 등과 거래하는 경우에는 제802조 (b)와 달리 이해충돌이 있는 것으로 추정할 뿐이므로 이를 복명할 여지가 있다.

27) UTC 제802조 (b)

28) UTC 제802조, UTC cmt. p.134; Austin W. Scott, William F. Fratcher and Mark L. Ascher, Scott and Ascher on Trust vol. 3 (5th ed.), Wolters Kluwer (2007), 1080면.

29) Robert H. Sitkoff, Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency, 28 J. Corp. L. 565, 573-574 (2003).

30) UTC 제802조 (e), UTC cmt. p.136.

31) Restatement 제78조 cmt. p.104. Austin W. Scott, William F. Fratcher and Mark L. Ascher, 앞의 글, p.1077면, George G. Bogert, 앞의 글, 363면도 수탁자 재직기간 동안 부수적인 수입을 취할 수 없는 것이 원칙이라고 설명한다.

32) UTC 제802조 (b). 나아가 이 조문에는 수익자가 동법 제1005조의 기간 내에 취소권을 행사하지 않은 경우, 해당 거래가 수탁자로 되기 이전에 이미 이루어진 경우도 예외사항으로 포함되어 있다.

33) UTC 제802조 (h)(2)

34) UTC 제802조 (h)(4).

35) UTC 제802조 (f).

36) 이에 관한 설명으로 Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 601면.

37) UTC 제802조 (h)(5).

38) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 601면. 위 예에서 수탁자는 해당 회사 주주총

1. Bishop Estate에서의 쟁점

가. 문제의 소재

Bishop Estate의 수탁자들은 여러 면에서 수탁자의 충실의무에 위반한 것으로 판명되었다. 먼저 그들이 수령한 막대한 급여가 문제되었다. 현재 미국의 신탁법제는 과거의 무보수원칙을 벗어나 별도 신탁조항이 없더라도 수탁자의 보수청구권을 인정한다.³⁹⁾ Bishop Estate의 수탁자들은 주법상 보수상한 조항을 그들에게 유리하게 해석하여 매년 900,000달러의 보수를 받았다. 굳이 하와이의 경쟁 사립학교 수탁자들의 무료봉사와 비교하지 않더라도 이는 매우 과도한 수준이었다. 수탁자 보수를 규제하기 위한 주법상 ‘수입(revenue)’, ‘일반이익(general profit)’ 등 개념이 오히려 과도한 수탁자 보수를 정당화할 수 있다는 비판이 제기되었고, 위 조항들은 “여러 여건상 합리적인(reasonable under the circumstances)”이라는 추상적 표현으로 대체되었다.⁴⁰⁾

두번째로 수탁자들 중 자산관리 담당 수탁자가 자산관리회사의 이사로 활동하면서 별도의 보수를 수령한 것 역시 충실의무 위반이었다. 앞서 언급한 바와 같이 수탁자는 신탁과 관련하여 제3자로부터 별도의 수수료 등을 수취할 수 없다.⁴¹⁾ 감독 목적상 이러한 이사채직이 필요하다고 인정되는 경우에도, 자산관리회사로부터 받은 보수는 수탁자로서의 보수로부터 차감되어야 하는 것이다.⁴²⁾

세번째로 수탁자들은 신탁재산 중 일부를 자신들에게 불리한 입법을 막기 위한 로비자금으로 활용하였는바, 이 역시 충실의무 위반이다. 1995년 국세청은 공익단체에 부조리가 있는 경우 공익단체의 과세특례 지위를 박탈하는 대신 비리행위자 개인의 책임을 물을 수 있도록 하는 입법안을 제시하였다. 미국 내 대부분의 공익단체 운영진이 위 법안에 찬성하였지만, Bishop Estate의 수탁자들은 위 입법을 막기 위한 로비에 신탁재산 100만 달러를 사용하였다.⁴³⁾ 이러한 방해 노력에도 불구하고 위 법안은 통과되었다. 위 지출은 신탁 자체를 위한 것이라고 보기는 어렵고, 위 입법을 통해 수탁자 자신에게 개인적으로 부과될 수 있는 제재를 피하기 위한 것이었으므로, 충실의무 위반이다.⁴⁴⁾

회에서 이사채선임 안건 표결에 참여할 수 있다. 다만 의결권 행사는 신탁의 이익을 관점에서 이루어져야 할 것이다.

39) UTC 제709조.

40) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 2면.

41) Restatement 제78조 cmt. p.104.

42) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 2면.

43) Phil Brand, 앞의 글, 4면.

44) 수탁자가 신탁재산을 개인 목적(his own purpose)을 위해 사용해서는 안 된다는 것은 Yates v.

위의 위반사례들은 충실의무 위반의 전형적인 유형이라고 할 수 있다. Bishop Estate 사건에서는 그밖에도 다소 특이한 형태들이 충실의무 위반과 관련하여 논란이 되었다. 이하 수탁자의 개인적 추가투자 문제와 수탁자의 의무해태 관련 분쟁시의 업무처리 문제를 차례로 살펴본다.

나. 수탁자의 개인적 추가투자

Bishop Estate에서는 후술하듯이 적절한 사전 심의 및 평가 없이 고위험 사업에 투자한 사례가 있었다. 그 중 하나가 메탄가스 개발사업에 1,200만 달러를 투자한 것이었다. 충실의무와 관련하여 문제된 것은 위 투자 이후 수탁자가 해당 사업에 추가적으로 개인자금을 투자한 점이다. 이후 위 개발사업이 어려움에 봉착하자 수탁자는 신탁재산의 추가투입을 지시하였고, 결국 Bishop Estate는 8,000만 달러의 투자금을 제대로 회수하지 못하게 되었다.⁴⁵⁾

수탁자의 개인적 추가투자에 대하여 명시적인 법원의 판단이 이루어지지 않는다고, 학계에서도 깊은 논의가 이루어지지 않고 있다. 이미 신탁재산이 투입되어 있는 사업에 수탁자 개인 재원을 투자하는 것 자체가 이익충돌을 창출하는 행위로서 충실의무 위반이라고 할 것이다. 개인적 추가 투자의 가장 큰 문제점은 이후 신탁재산의 계속 투자여부 판단 시에 개인적 이해관계가 개재될 우려가 있다는 점이다.⁴⁶⁾ 이미 개인적 이해관계가 있는 사업에 신탁재산을 투입하는 것이 이익충돌로서 금지되는 것처럼, 이미 신탁재산이 투입된 사업에 추가로 수탁자의 개인적 투자를 하는 것 역시 금지되어야 할 것이다.

다. 수탁자의 의무해태 관련 분쟁시의 업무처리

원래 수탁자는 그 주의의무(duty of care)의 한 내용으로서 신탁재산에 포함된 청구권을 적절히 행사하는 한편, 신탁재산에 대한 각종 분쟁에 효과적으로 대응할 의무가 있다.⁴⁷⁾ 만약 수탁자의 의무위반 여부가 쟁점이 되어 신탁재산이 영위하는 업무의 인허가 등이 문제될 소지가 있는 경우에는 어떠한가? 이러한 때에 수탁자의 주의의무

Yates, 292 S.C. 49, 354 S.E.2d 800(App.1987) 이래 일관된 미국 판례의 입장이다. George G. Bogert, Dallin H. Oaks, H. Reese Hansen and Stanley D. Neeleman, Cases and Text on the Law of Trusts (9th Ed.), Foundation Press (2012), p.356.

45) Phil Brand, 앞의 글, 4면.

46) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 1면은 이러한 수탁자의 개인적 추가투자를 co-investment라고 부르면서 충실의무 위반의 한 형태로 설명한다.

47) UTC 제811조는 “A trustee shall take reasonable steps to enforce claims of the trust and to defend claims against the trust”라고 규정한다.

(duty of care)에 따른 위 대응이 혹시 이익충돌을 창출하여 충실의무(duty of loyalty)를 위협하는 것은 아닌가? 실제 Bishop Estate 사건에서는 위 쟁점이 다루어졌다. 수탁자들 중 처음부터 소수파였던 오스왈드 스텐더 및 뒤늦게 그에 동조한 제라드 저비스는 검인 법원에 국세청 세무조사 건에 수탁자들 전체가 관여할 수 없도록 (이른바 limited board removal) 결정해 줄 것을 신청하였다. 논거는 국세청 판단이 결국 수탁자들의 과거 행위를 뒤집는 것이 될 수 있어 수탁자들이 Bishop Estate보다는 스스로의 이익 관점에서 방어할 가능성이 높으므로, 이익충돌 상황이라는 것이었다.⁴⁸⁾ 법원은 위 신청을 인용하였다. 즉 Bishop Estate와 수탁자들의 개별적 이해관계 사이에 “실질적이고, 명백하고, 상반되고 중요한 충돌(actual, apparent, adverse and material conflicts)”이 있다는 점을 들어 수탁자들이 국세청 조사에 대응하지 못하고 다른 Bishop Estate 담당자들이 이를 처리하도록 하였다.⁴⁹⁾

위 결정의 당부는 이후 학계에서 활발한 논의 대상이 되었다. 이를 비판하는 James R. McCall 교수는 사안에서 수탁자들의 방어행위는 신탁재산 관련 분쟁에 대한 일상적 대응에 불과하다고 본다.⁵⁰⁾ 만약 이러한 사유에 기한 업무처리권한 배제를 일반화한다면, 수탁자의 고의, 과실로 인한 신탁재산의 제3자에 대한 책임이 문제되는 모든 경우에 수탁자의 대응이 불가능하게 된다. 실질적으로 보아도 사안에서 수탁자들의 이익과 신탁재산 자체의 이익은 충돌하지 않는다고 본다. 국세청 조사를 적절히 방어함으로써 제재를 피하는 것은 수탁자들 및 신탁재산 모두에 이익이 되기 때문이다.⁵¹⁾ 반면 위 결정에 찬성하는 Randall W. Roth 교수는 MaCall 교수의 위 주장이 성급한 일반화에 불과하다고 본다. 즉 위 결정은 신탁재산에 대한 분쟁 일반에 관한 것이 아니라, 신탁재산에 대한 위협은 과세특례 지위의 취소로서 매우 심각한 반면 수탁자들의 이해관계는 상대적으로 개인적인 것에 불과한 사안에 관한 것이다.⁵²⁾ 이러한 경우에 수탁자와 신탁재산의 이익이 동질적이라고 하기는 어렵다는 것이다.⁵³⁾

48) James R. McCall, Endangering Individual Autonomy in Choice of Lawyers and Trustees - Misconceived Conflict of Interest Claims in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation, 21 U. Haw. L. Rev. 487, 494 (1999).

49) Minute Order Regarding Trustees Oswald Stender and Gerard Jervis' Petition for Approval of Voluntary Recusal with Respect to Pending Tax Audit and for Appointment of a Panel of Special Administrators with Respect to Pending Tax Audit and Trustees' Petition for Instructions and Approval of Appointment of IRS Dispute Advisory Panel, In re Estate of Bishop, Equity No. 2048 (Haw. Prob. Ct. Feb. 4, 1999). 상세한 내용은 James R. McCall, Endangering Individual Autonomy in Choice of Lawyers and Trustees - Misconceived Conflict of Interest Claims in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation, 21 U. Haw. L. Rev. 487, 505 (1999).

50) James R. McCall, 앞의 글, 505-506면.

51) James R. McCall, 앞의 글, 508면.

52) Randall W. Roth, Understanding the Attorney-Client and Trustee-Beneficiary Relationships in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation: A Reply to Professor McCall, 21 U. Haw. L. Rev. 511, 525 (1999).

생각건대 분쟁의 성격에 따라 그 가운데 이익충돌의 발생 우려가 있는 경우는 충실의무가 적용된다고 보아야 한다. 사안에서 수탁자들이 그들의 위법행위에 대한 개별적 제재를 피하면서 신탁재산에 손해를 입히는 방식으로 국세청과 협의를 진행할 위험성이 상존하였다. 이러한 점에서 볼 때 법원의 판단은 설득력이 있다고 생각된다. 수탁자의 방어권 또는 방어 의무의 범위와 충실의무 사이의 경계를 어디까지로 확정할 것인지는 개별 사안별로 판단할 문제라 할 것이다.

1. 우리나라에의 시사점

우리 신탁법 제33조는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다”고 하여 수탁자의 충실의무를 규정한다. 자본시장법 제102조 제2항⁵⁴⁾에도 거의 동일한 내용을 규정되어 있다. 위 충실의무와 신탁법 제32조의 선관의무 사이에 어떠한 관계가 있는지는 논란이 있으나, 위 제33조가 주로 수탁자와 수익자간 이익충돌 상황을 전제로 한 것이라는 점에는 큰 이견이 없다. 신탁법 제33조의 추상적 표현은 신탁법 제34조 이익상반행위 금지,⁵⁵⁾ 제36조 이익향수금지 등 개별조문을 통해 구체화되고 있다. 나아가 신탁법 제47조는 수탁자의 보수청구권을 규정한다. 한편 공익신탁의 경우 신탁법을 일반적으로 준용하는 공익신탁법 제29조, 이익상반행위를 금지한 제11조 제3항, 수탁자 보수청구권을 규정한 제13조 등에 의하여 수탁자와 신탁재산 내지 신탁목적간 이익충돌이 규율된다고 할 것이다.

Bishop Estate에서 지적된 충실의무 위반의 점 중 수탁자에 대한 과도한 보수는 신탁법 제47조에 의해 규율된다. 즉 사정 변경으로 인해 신탁사무의 성질 및 내용에 비추어 수탁자 보수가 과도하게 된 경우 법원은 위탁자, 수익자 또는 수탁자의 청구에 의해 보수를 감액할 수 있다(동법 제3항). 수탁자가 부수적 수입을 취한 경우 신탁법 제36조의 이익향수금지에 위반하는 것이 되고, 수탁자는 신탁법 제43조 제3항에 따라 그 이득 일체를 신탁재산에 반환하여야 한다. 또한 수탁자가 개인적 이익을 위해 신탁재산을 지출한 경우 신탁법 제33조의 충실의무위반일 뿐 아니라 제32조의 선관주의의무 위반이라고도 볼 수 있을 것이다. 수탁자는 이로 인한 신탁재산의 손해 또는 수탁자의 이익을 신탁재산에 반환하여야 한다(신탁법 제43조 제1항, 제3항).

논란이 되었던 수탁자의 개인적 추가투자의 점과 수탁자의 의무해태 관련 분쟁시의 업무처리의 점은 어떠한가? 이에 관한 국내에서의 논의는 없지만 신탁법 제33조

53) Randall W. Roth, Understanding the Attorney-Client and Trustee-Beneficiary Relationships in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation: A Reply to Professor McCall, p.524.

54) “신탁업자는 수익자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다.”

55) 자본시장법 제104조는 신탁법 제34조의 특례라고 할 수 있다.

에 의하여 의율될 수 있을 것이다. 신탁법 제33조는 수익자와의 이익이 충돌하는 경우를 포괄적으로 규율하고 있기 때문이다. 특히 수탁자의 고의, 과실이 논란이 되는 신탁재산 관련 분쟁 시 수탁자의 권한 행사는 주의를 요한다. 앞서 언급한대로 일반적으로 수탁자를 분쟁 대응으로부터 배제하는 것은 타당하지 않으므로 이익충돌을 주장하는 쪽에서 이를 입증해야 할 것이다. 위 이익충돌이 인정된다면, 신탁법 제17조 제1항⁵⁶⁾에 따라 선임된 신탁재산관리인이 위 분쟁대응에 관해 수탁자 역할을 수행하게 될 것이다.

Bishop Estate 사건에서는 수탁자의 충실의무 위반에도 불구하고 수탁자들의 사임, 해임에 그치고 손해배상책임(damage), 이익토출책임(disgorgement) 추궁이 뒤따르지 않았다.⁵⁷⁾ 우리 신탁법상 당연한 손해배상청구 또는 이익반환청구 대상이라고 할 것인바(신탁법 제43조), 신수탁자가 그 청구를 게을리하는 경우 그 자체로 선관주의의무 위반이 문제될 수 있을 것이다.

III. 수탁자의 주의의무 위반 등의 점

1. 수탁자의 주의의무와 공평의무 개관

가. 수탁자의 주의의무

미국 신탁법상 수탁자의 주의의무(duty of care⁵⁸⁾ 또는 duty of prudence⁵⁹⁾는 수탁자가 신탁재산을 관리함에 있어서 합리적인 주의, 기술 및 조심성(care, skill, caution)을 기울여야 함을 뜻한다.⁶⁰⁾ 수탁자는 신탁의 목적, 조건 등에 부합하는 신중한 행위자로 신탁을 관리해야 한다.⁶¹⁾ 해당 만약 수탁자가 특별한 재능을 갖고 있는 경우 신탁재산 관리에 이를 활용하여야 한다.⁶²⁾ 수탁자의 주의의무는 수탁자 의무

56) "... 수탁자와 수익자 간의 이해가 상반되어 수탁자가 신탁사무를 수행하는 것이 적절하지 아니한 경우 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 신탁재산관리인의 선임이나 그 밖의 필요한 처분을 명할 수 있다..."

57) 그 배경에는 검인 법원이 수탁자들의 사임을 승인하면서 손해배상, 상환 등을 일체 언급하지 않은 점, 신수탁자들이 로펌으로부터 구 수탁자들을 상대로 한 제소가 부적절하다는 법률의견을 받았다는 점이 있다. 그러나 이에 대하여는 100만 달러를 들여 이러한 법률의견을 받아낸 것 자체가 신수탁자들의 신인의무 위반이라는 비판도 제기되고 있다. Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4, 13면.

58) Tamar Frankel, Fiduciary Law, Oxford Univ. Press (2011), 169면.

59) Restatement 제77조의 표현이다.

60) UTC 제804조; Restatement 제77조 제2항.

61) UTC 제804조.

62) Restatement 제77조 제3항.

의 핵심을 구성하는 것이다.⁶³⁾ 다만 그 위반, 즉 수탁자의 전문성 결여, 부주의 또는 무능을 입증하는 것은 충실의무 위반을 입증하는 것보다 어려운 것이 보통이다. 특히 수탁자의 전문성에 기해 그에게 사무를 맡긴 경우 업무수행의 품질을 판단하기 어려운 경우가 많다.⁶⁴⁾

신탁재산의 규모가 상당한 경우 수탁자의 주의의무와 관련하여 문제되는 것 중의 하나는 신탁재산의 운용 및 투자 문제이다. 종래 미국 신탁법은 '신중한 사람의 원칙(prudent man rule)'에 따라 보수적, 소극적으로 재산을 관리하도록 요구했으나,⁶⁵⁾ 1992년 제3차 Restatement 제90조는 명시적으로 '신중한 투자자의 원칙(prudent investor rule)'으로 전환하였다. 이에 따르면 수탁자는 "목적, 조건, 배분요건 및 그 밖의 사정을 참작하여 신중한 투자자로서 신탁재산을 투자, 관리"하여야 한다. 이후 1994년 Uniform Prudent Investor Act는 위 원칙을 구체화하였다. 이에 따르면 수탁자는 원칙적으로 투자대상 재산의 제한 없이 투자여부를 결정할 수 있고 투자에 대한 평가는 개별자산이 아닌 포트폴리오 전체로서 이루어지게 된다(동법 제2조). 또한 특별한 사정이 없는 한 투자대상은 다각화하여야 한다(동법 제3조). 예컨대 어떤 회사 지분 5% 이상에 투자하는 경우 뚜렷한 근거가 필요하다.⁶⁶⁾ 수탁자의 주의의무 및 신중한 투자자의 원칙은 공익신탁에도 그대로 적용된다.⁶⁷⁾

나. 수탁자의 공평의무

수탁자의 공평의무(duty of impartiality)는 다수 수익자가 있는 경우 각 수익자에게 적절할 몫을 부여해야 함을 뜻한다.⁶⁸⁾ 수탁자의 공평의무는 수탁자와 수익자들 사이의 문제라는 점에서 이를 충실의무의 한 유형으로 보기도 하지만, Bishop Estate에서는 재원의 투자, 활용이 문제되었으므로 수탁자의 주의의무와 함께 살펴보기로 한다.

특히 문제되는 영역은 원본수익자(principal beneficiary), 즉 신탁재산 원본에 대

63) UTC 제804조, UTC cmt. p.139.

64) Tamar Frankel 앞의 글, 171면.

65) 그 이전에는 투자대상 목록을 한정하는 이른바 법정 목록(legal list) 방식에 의하다가 Harvard College v. Amory (26 (Mass.) 446, 461(1830))에서 신중한 사람의 원칙으로 전환하였다. Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 626면.

66) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 640면. 통상 20개 이상의 관련성이 없는 회사에 투자할 때 분산되지 않은 위험이 제거된다고 보기 때문이다.

67) 거의 모든 주가 채택한 Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act 제3조가 신중한 투자자 원칙에 의하고 있다. 나아가 ERISA 역시 위 원칙에 바탕하고 있다. Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 626면.

68) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 667면은 실제 수탁자가 수익자들을 동일하게 취급해야 하는 것이 아니라 수익자들 각자의 적정한 몫을 부여할 의무를 부담할 뿐이므로 공평의무라는 용어는 적절하지 않다고 본다.

해 수익권을 갖는 자와 수입수익자(income beneficiary), 즉 신탁재산 원본으로부터 발생하는 수입에 대해 수익권을 갖는 자 사이의 충돌 문제이다. 만약 배당금, 이자 등⁶⁹⁾ (신탁재산 원본의 증가 대신) 신탁재산으로부터 파생된 수입이 많이 발생하는 투자상품에 투자한다면 수입수익자에게 유리하게 되는 반면, 자산가치 자체는 증가하지만 임대료 등 수입을 기대할 수는 없는 대상에 투자한다면 원본수익자에게 유리하게 된다. 공평의무 법리에 따라 수탁자는 가급적 원본수익자와 수입수익자 사이의 형평을 유지할 의무를 진다. 다만 투자대상 선정시 원본수익자와 수입수익자 사이의 기계적 균형은 오히려 전체 신탁재산 수익률을 떨어뜨릴 수 있고, 이는 신중한 투자자의 원칙상 포트폴리오 전체의 이익 향상 관점과 배치된다.⁷⁰⁾ 이러한 난점을 해결하기 위해 1997년 개정된 Uniform Principal and Income Act 제104조 (a)는 수탁자에게 일응 전체 신탁재산 수익률 제고 관점에서 투자한 다음 그 결과물인 원본과 수익을 수익자들간 형평의 관점에서 조정할 수 있는 조정권(power to adjust)을 규정하고 있다.⁷¹⁾

2. Bishop Estate에서의 쟁점

가. 주의의무 위반

주의의무는 수탁자로서의 업무수행시 합리적인 주의, 기술 및 조심성을 갖출 것을 요구하는바, 공동수탁자들인 경우 동료 수탁자의 부적절한 행위에 대한 감시하고 이를 예방할 의무가 포함된다.⁷²⁾ Bishop Estate의 수탁자들 중 비리 및 전횡에 직접 가담하지 않은 오스월드 스텐더의 경우에도 제소 등을 통해 동료 수탁자들의 위법행위를 저지하지 않은 이상 주의의무 위반이 문제될 소지가 있었다.⁷³⁾ 또한 불필요한

69) 원본과 수입의 구분에 관하여 UPIA 제401조 (c) 참조. 주식의 경우 이른바 Massachusetts Rule에 따라 현금배당은 수입으로 주식배당은 원금으로 분류된다. 다만 다른 회사 주식을 현물배당하면 수입이다. George G. Bogert, 앞의 글, 411면; UPIA 제401조 (c).

70) Langbein이 The Uniform Investor Act and the Future of Trust Investing(1996); Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 670면.

71) 이러한 조정권은 (i) 수탁자가 신탁재산을 신중한 투자자의 원칙에 따라 투자하고 있고, (ii) 전통적 의미의 수입에 대한 수입수익자의 청구권이 신탁행위에 명시되어 있으며, (iii) 신탁행위 및 수탁자의 재량에 따라 분배한 결과 수익자들간 공평을 기할 수 없는 경우에 행사가능하다. 조정권 행사요건에 관한 설명으로 Uniform Principal and Income Act 제104조 (a) 주석, 12면.

72) 공동수탁자간 감시의무에 관한 조문으로서 UTC 제703조 (g), Restatement 제81조 (2) 참조(관련 판례로서 In re Mueller's Trust, 28 Wis. 2d 26, 135 N.W. 2d 854 (1965)). 다만 George G. Bogert, 앞의 글, 347면은 Dyer v. Riley, 51 N.J.Eq. 124, 26 A. 327(1893) 판결 등을 예로 들면서 단순히 공동수탁자로서 활발히 활동하지 않은 점만으로 의무위반이 인정되기는 어려울 수 있다고 설명한다.

73) 다만 오스월드 스텐더는 동료 수탁자를 상대로 소를 제기할 것을 검토하였으나 200만 달러 정도를 개인적 비용으로 지출하여야 하고 승소가능성도 확실하지 않다는 변호사의 권고에 따라 이를 포기한

비용을 발생시키는 등 방만하게 신탁재산을 관리한 것도 주의의무 위반이다. 일례로 명목상 고문인 상원의원의 부적절한 법인카드 사용이 문제되어 그에 대한 상황을 요구해야 할 상황이 되자, 수탁자들은 위 상원의원에 대해 소급적 보너스(retroactive bonus)를 지급함으로써 상황액 대부분을 보전해 준 경우도 있었다.⁷⁴⁾

실제로 막대한 자산규모를 갖는 Bishop Estate에서 가장 논란이 된 것은 수탁자들이 신탁재산의 투자에 적절한 주의를 기울였는지의 여부였다. 물론 앞서 살펴본 바와 같이 비숍 공주의 유언 및 유언보충서는 수탁자에 폭넓은 투자재량을 허용하고 있었다. 즉 수탁자들은 신탁재산으로 토지를 매도, 매입, 교환할 수 있을 뿐 아니라 상당하다고 판단하는 투자를 일반적으로 실행할 수 있는 할 가장 넓은 권한을 부여받고 있었다(유언보충서 제1편 제17조). 그러나 이러한 폭넓은 재량 부여가 수탁자의 주의의무 감면을 뜻하지는 않는다. 수탁자들은 아래와 같이 신중한 투자자의 원칙에 반하는 투자를 지속적으로 단행했다.

먼저 수탁자들은 다양한 포트폴리오 구성에 실패했다. 앞서 Uniform Prudent Investor Act 제3조가 명시하고 있는 것처럼 신탁재산 투자의 기본은 다각화이다. 기존 부동산 처분이 매수주체 선정, 지역주민들의 반발 등으로 단기간에 이루어지기 어렵다 하더라도, 신탁재산 투자수익으로 부동산을 추가구매한 것은 신중한 투자자의 행동으로 정당화하기 어렵다.⁷⁵⁾

투자대상의 선정에 있어서도 충분한 검토와 분석이 이루어지지 않았다. 앞서 언급한 메탄가스 개발사업에의 8,000만 달러 투자실패 건 이외에도 중대한 투자결정이 급작스럽게, 주로 수탁자들과 상대방 사이의 개인적 인연에 기하여 이루어지는 예가 많았다.⁷⁶⁾ 로버트 루빈이 클린턴 정부의 재무장관이 되면서 골드만 삭스에 보유지분을 매각할 때에 Bishop Estate는 약간의 수수료를 받고 매각대금 지급을 보증하였는바, 이 때 수탁자들은 Bishop Estate가 감당하여야 할 위험성 등에 대한 아무런 고려도 없이 단지 개인적 친분에 따라 위 보증에 나선바 있다.⁷⁷⁾ 법원의 명령에 따라 사후적으로 Bishop Estate의 투자행태를 점검한 Arthur Andersen도 Bishop Estate에 투자계획이 빈약하고 이러한 계획조차도 제대로 지켜지지 않는다고 문제점을 지적한바 있다.⁷⁸⁾

것이므로 이러한 사정을 참작할 여지는 있다. Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4면.

74) Randall W. Roth, Overview of the Bishop Estate Controversy, The International Journal of Not-for-profit Law, vol. 1, Issue 2 (1998), p.6.

75) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4면.

76) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4면.

77) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 4면.

78) Randall W. Roth, Overview of the Bishop Estate Controversy, The International Journal of Not-for-profit Law, vol. 1, Issue 2, p.4.

나. 공평의무 위반

비숍 공주의 유언 제13조는 원본과 수입의 사용에 관하여 규정하고 있다. 이에 따르면 원본은 적절한 곳에 투자되고, 수입은 학교의 유지관리 또는 고아 및 가난한 이들을 위해 사용된다. 사안에서 수탁자들의 공평의무가 문제된 지점은 Bishop Estate 신탁재산 으로부터의 임대료 등 수입의 많은 부분이 현재의 교육환경 개선 대신에 신탁재산 자체의 성장을 위해 축적되고 투자되었다는 점이다. 당시 카메하메하 학교는 14:1의 경쟁률을 보일 정도로 입학이 어려운 곳이었는바,⁷⁹⁾ 장래 세대의 교육을 위해 신탁재산을 축적하는 것보다 현재 세대 교육의 기회를 넓히는 것이 타당했다는 지적이 제기되었다. 즉 본건에서 수탁자는 수입금 재투자를 통해 실질적으로 장래 세대(future generation)를 현재 세대(current generation) 보다 우선하는 결정을 한 것인바, 이는 곧 수탁자의 공평의무 위반이라는 주장이다.⁸⁰⁾

수탁자의 충실의무 위반, 신중한 투자자 원칙 위반 등 다른 중대한 의무위반이 조명을 받는 바람에 위 쟁점은 크게 논의되지 않았다. 유언 제13조가 수입의 사용처로 명시한 ‘학교의 유지관리’의 범위가 불분명하여 수탁자들로부터의 반론의 여지를 남기는 부분도 있었다. 공익신탁에는 수익자 개념이 없는바, 신탁목적에 의하여 간접적으로 혜택을 받는 수혜자들간 공평 역시 공평의무의 내용인지 논란의 소지가 있다. 설사 공평의무의 범위를 이렇게 넓히더라도, 공익신탁에 있어서 자금집행의 시기를 늦추는 것을 그 혜택 대상인 현재 세대를 불리하게 취급하는 행위로서 수탁자의 의무위반이라고 단정하기는 쉽지 않을 것이다.

3. 우리나라에의 시사점

우리 신탁법 제32조는 “수탁자는 선량한 관리자의 주의로 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만 신탁행위로 이를 제한할 수 있다”고 하여 수탁자의 선관주의의무를 규정한다. 공동수탁자간의 감시의무는 신탁법 제51조 제2항이 규정하고 있다. 자본시장법 제102조 제1항⁸¹⁾도 신탁법 제32조와 유사한 내용을 규정하면서 다만 단서를 배제함으로써 신탁행위를 통해서도 선관주의의무가 감면될 수 없음을 밝히고 있다. 우리 선관주의의무는 탄력적, 포괄적인 원칙이므로 실제로 미국식 신중한 투자자의 원칙에

79) 이러한 높은 경쟁률은 다른 명문 사립학교에 비할 때 카메하메하 학교의 등록금은 매우 낮은 수준이라는 점에도 기인한 것으로 보인다. 예컨대 2018-2019학년도를 기준으로 푸나후 학교(Punahou School), 이올라니 학교(Iolani School)의 연간 등록금이 각기 \$24,780, \$23,450인데 반하여 카메하메하 학교는 \$5,570에 불과하다. Star Advertiser, Heading Up, 제1면 기사 (2018. 7. 8).

80) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 5면.

81) “신탁업자는 수익자에 대하여 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 운용하여야 한다.”

따른 경우 굳이 선관주의의무 위반으로 의율할 필요는 없을 것이다. 다만 우리 신탁법 제41조는 신탁재산으로서 금전의 투자대상을 국채, 예금 등으로 한정하고, 자본시장법 제105조, 제106조 역시 신탁법 보다는 범위가 넓기는 하지만 그 대상을 한정하고 있다. 이는 미국의 초기 법정 목록 방식에 의한 것이다. 이에 따르면 특히 신탁법을 적용받는 경우 포트폴리오 이론에 따른 투자이더라도 신탁법 위반이 될 수 있다. 향후 투자대상을 유연화하는 방향의 입법적 개선이 필요하다. 한편 Bishop Estate 사건에서 수탁자들의 무모한 투자결정 및 방만한 재산관리는 우리나라에서도 주의의무 위반으로 의율될 것이다. 다만 수탁자의 감시의무의 범위와 그 실행방법에 대하여는 아직 국내 논의가 많지 않은바 Bishop Estate 사례는 시사점을 부여한다고 할 수 있다. 동료수탁자 또는 직원의 부정행위를 알게 되었고 신탁재산의 피해회복을 위해 소송 등이 필요한 상황이라면 적어도 승소가능성 및 비용 등에 대하여 면밀하게 분석하고 대응방안을 검토하여야 비로소 감시의무 이행을 주장할 여지가 생긴다.

신탁법상 공평의무는 제35조에서 규정한다. 이에 따르면 신탁행위에서 별도로 정한 경우를 제외하고 수탁자는 복수 수익자를 공평하게 다루어야 한다. 나아가 이러한 공평의무를 공익신탁에 대하여도 확대할 수 있는지에 대하여는 별다른 논의가 없는바, 위 Bishop Estate에서의 논란이 참조될 수 있을 것이다.

V. 공동수탁자와 신탁구조의 점

1. 공동수탁자의 의무

미국에서는 수탁자로서의 업무를 한 사람 또는 하나의 회사에 맡기지 않고 이를 다수로 하여금 관장하도록 하려는 경향이 강해지고 있다.⁸²⁾ 구체적인 방식으로 위임(delegation), 지정권한(power of appointment) 부여, 지시신탁(directed trust) 등도 있으나⁸³⁾ 이하에서는 공동수탁자(co-trustee) 방식을 살펴보기로 한다.

공동수탁자로 지정된 경우, 수탁자들은 신탁행위에서 별도의 정함이 없는 이상 신탁재산에 관한 모든 업무에 함께 관여하여야 한다.⁸⁴⁾ 구체적으로 UTC 제703조 (e)는

82) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 658면.

83) 위임은 수탁자의 판단에 따라 일정 사항을 타인에게 맡기는 것이고, 지정권한 부여는 위탁자가 수탁자 이외의 자에게 분배기능을 감독할 권한을 부여하는 것이며(이때 지정권한을 받은 신인의무를 부담하지는 않음), 지시신탁은 위탁자가 수탁자에 분배, 투자, 운영에 대해 지시할 별도의 자를 지정해 두는 것을 가리킨다(UTC 제808조 (d) 참조). Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 659-662면.

84) Restatement 제81조 (1).

수탁자들로 하여금 함께 실행할 것으로 위탁자가 합리적으로 기대한 기능의 수행(the performance of a function the settlor reasonably expected the trustees to perform jointly)은 공동수탁자 사이에 위임할 수 없다고 규정한다. 만약 위탁자가 각 수탁자의 전문성에 따라 공동수탁자의 역할을 구분하였다면, 각 분야에 관한 공동수탁자간 위임이 가능하다고 볼 여지가 있다.⁸⁵⁾ 이러한 경우를 제외하고 전체 신탁재산 관리 및 운영에 관여하는 것은 공동수탁자들의 권리이자 의무이다.⁸⁶⁾ 한편 공동수탁자 사이의 감시의무에 대하여는 주의의무와 관련하여 앞서 언급한 바 있다.

비숍 공주는 유언 제14조에서 5명의 공동수탁자 체제를 규정하면서 역할분담에 대하여는 별도로 명시하지 않았다. 의사결정에 관한 다수결 원칙만을 정해두었을 뿐이다.⁸⁷⁾ 공동수탁자간 역할분담에 관한 앞서의 논의에 따르면 Bishop Estate에서도 수탁자 5인은 모든 업무에 함께 관여해야만 했다. 하지만 수탁자 5인은 이른바 대표수탁자(lead-trustee) 체제를 취했다. 5명의 수탁자들이 교육, 투자, 대외관계 등 다섯 영역으로 나누어 사무를 관장하면서 실제로 담당 영역에서 거의 전권을 행사하였다. 서로 각자의 분야에만 집중하면서 공동수탁자들간 상호 정보교환이나 의견수렴도 제대로 이루어지지 않았다.⁸⁸⁾ 이러한 공동수탁자간 업무집행 방식은 유언상 근거가 없는 것으로서 공동수탁자의 의무에 위반된 것이라고 하겠다.⁸⁹⁾

우리나라 신탁법은 제56조에서 공동수탁자의 업무집행을, 제51조에서 공동수탁자의 연대책임을 규정한다. 신탁재산은 공동수탁자의 합유인바(제50조 제1항), 공동수탁자들은 개별적으로 보존행위를 할 수 있으나, 일반적인 신탁사무의 처리는 수탁자들이 공동으로 행한다(제50조 제3항). 여기에서의 ‘공동으로’는 공동수탁자들 전원의 동의를 뜻하는 것으로 해석된다.⁹⁰⁾ 신탁법 제50조 제5항은 “수탁자가 여럿인 경우 신탁행위로 다른 수탁자의 업무집행을 대리할 업무집행수탁자를 정할 수 있다”고 규정한다. 이는 Bishop Estate의 ‘대표수탁자’와 유사한 형태를 정한 것이라 할 수 있다. 조문에서 나타나는 바와 같이 업무집행수탁자의 선정은 ‘신탁행위’상 근거가 있어야 한다. 결국 우리나라에서도 공동수탁자들이 신탁행위상 근거 없이 각 분야를 관장할 대표수탁자 체제를 만든 Bishop Estate 방식은 위법하다고 할 것이다.

85) George G. Bogert, 앞의 글, 340면은 예컨대 위탁자가 공동수탁자 중 1인은 투자전문성을, 다른 1인은 수익자와의 관계를 고려하여 선정한 것이라면, 책임 구분에 관한 위탁자 의도를 추정할 수 있고, 따라서 수탁자들 사이의 위임이 가능하게 된다고 설명하고 있다.

86) Restatement 제81조 cmt. p.172.

87) 관련 유언 원문은 “I direct that a majority of my said trustees may act in all cases and may convey real estate and perform all of the duties and powers hereby conferred; but three of them at least must join in all acts”라고 되어 있다.

88) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 3면.

89) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 3면.

90) 최수정, 앞의 글, 91면.

2. 신탁의 구조: 신탁 변호사의 의뢰인은 누구인가?

가. 문제의 소재

신탁재산의 규모가 큰 경우 수탁자는 당연히 외부전문가를 고용하여 신탁재산 관리, 운용에 관한 주요사항 결정에 도움을 받게 된다. 신탁업무 법률자문을 위해 신탁재산의 비용으로 변호사(Trust Counsel: 이하 “신탁 변호사”라고 한다)를 고용한 경우 신탁 변호사의 의뢰인은 신탁 자체(신탁설) 또는 수탁자(수탁자설) 중 누구인가? 이는 신탁의 법률구성에 관해 이론적으로도 흥미로운 부분이지만, Bishop Estate 사건에서는 소송진행상 변호사 특권과 관련하여 중요한 쟁점으로 다루어졌다. 원래 변호사 특권(Attorney-Client Privilege)이란 미국 연방증거법 제502조 (g)(1)⁹¹⁾에 근거한 증거법상의 규칙이다. 특권 부여의 요건으로는 통상 (i) 의사소통이 있을 것 (communication), (ii) 특권을 가진 자들간의 의사소통일 것(made between privileged persons), (iii) 비밀정보일 것(in confidence), (iv) 의뢰인을 위해 법적 조언을 얻거나 부여하려는 목적일 것(for the purpose of obtaining or providing legal assistance for the client)이 제시되고 있다.⁹²⁾ Bishop Estate이 단독 수탁자 체재였다면 신탁설과 수탁자설의 논의 실익이 크지 않았을 것이다. 사안에서는 공동 수탁자들간 다툼이 발생한 상황에서 소수파 수탁자의 증거개시 요청에 대해 다수파 수탁자 및 신탁 변호사가 위 변호사 특권을 주장하였다. 만약 신탁 자체가 의뢰인이라면 신탁의 의사는 다수파 수탁자들에 의해 결정되므로 위 특권 주장은 정당하다. 반면 개별 수탁자들을 신탁 변호사의 의뢰인으로 본다면, 신탁 변호사는 의뢰인들 중 일부로부터는 공개요구를 다른 일부로부터는 비공개요구를 받는 이해충돌 상황이므로 변호사 특권을 주장할 수 없게 된다.⁹³⁾

나. 견해의 대립과 법원의 판단

신탁설의 논거는 다음과 같다. ① 공동수탁자가 대외적 업무를 처리할 때 다수결로 전체 의사를 결정한 다음 이에 따라 법률행위에 나서는 것이므로, 개별수탁자는 의뢰인으로 볼 수 없고 신탁 자체를 의뢰인으로 보아야 한다. 실질적으로 공동수탁자 다수가 변호사 위임계약을 발효하고 실효적인 지시가 가능한바, 개별수탁자들을 모두

91) “변호사-의뢰인 특권이란 변호사와 의뢰인 사이의 의사소통에 관해 관련법이 부여하는 보호를 가리킨다.”

92) Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, 제68조 (2000).

93) James R. McCall, 앞의 글, 494면.

의뢰인으로 보는 것은 무리라는 지적이다.⁹⁴⁾ ② 법조윤리상 일반적으로 받아들여지고 있는 조직 이론(entity theory)에 따르면, 변호사가 수임을 할 때 그 상대방은 해당 대표자가 아니라 조직 자체이다. 사안에서 Bishop Estate의 경영주체(governing body)는 5인의 수탁자로 구성된 이사회(board)이므로 실제로 그 다수 수탁자들의 의사가 조직의 의사라고 할 수 있다. ③ 사전적으로(ex ante) 보더라도 공동수탁자 체제에서 일부 수탁자의 이견이 있는 경우 신탁업무에 관한 변호사의 비밀 의사소통을 증거로 제출해야 한다면 신탁에 관한 효과적인 법률자문이 불가능해질 우려가 있다. 신탁설은 소수파 수탁자들에 의한 이익제기는 일종의 대표소송(derivative suit)에 유사한 것으로서 신탁 자체의 대표자로서의 권한 행사는 아니기 때문에, 어느 모로 보나 이에 대응한 특권은 유지되어야 한다고 보았다.

반면 수탁자설의 반박 논거는 다음과 같다. ① 신탁의 기본적 구조를 단순한 조직 이론으로 설명하는 것은 적절하지 않다. 주식회사 등과 달리 신탁에 의해 창설되는 것은 (법인격 등이 아니라) 수탁자를 중심으로 한 개별적 권리, 의무관계에 불과하다.⁹⁵⁾ 신탁설은 마치 신탁이 수탁자를 떠난 별도의 주체인 것처럼 설명하는 점에서 신탁 법률관계를 오도하고 있다. ② 신탁의 궁극적 존재 이유는 수탁자의 이익이 아닌 수익자의 이익이므로 수익자 또는 공동수탁자 중 1인으로부터 소송이 제기된 경우 변호사 특권은 인정되지 않는 것으로 보아야 한다.⁹⁶⁾ ③ 공동수탁자 중 1인이 정보를 요청하는 경우 변호사 특권이 부인된다고 결정되더라도, 이러한 결정이 사전적으로 수탁자들과 변호사들간 의사소통에 걸림돌이 되지 않는 것이다.⁹⁷⁾

하와이 검인 법원은 수탁자설을 택하였다.⁹⁸⁾ 즉 소수파 수탁자들과 다수파 수탁자들간 분쟁이 신탁 변호사에게 이해충돌을 일으키고 있으므로 변호사 특권이 작동되지 않는다고 판단하였다.

94) James R. McCall, 앞의 글, 498면.

95) Randall W. Roth, Understanding the Attorney-Client and Trustee-Beneficiary Relationships in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation: A Reply to Professor McCall, p.514.

96) Randall W. Roth, Understanding the Attorney-Client and Trustee-Beneficiary Relationships in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation: A Reply to Professor McCall, p.522.

97) Randall W. Roth, Understanding the Attorney-Client and Trustee-Beneficiary Relationships in the Kamehameha Schools Bishop Estate Litigation: A Reply to Professor McCall, p.514.

98) Discovery Master's Order Granting Motion to Compel Deposition of Nathan Aipa, In re Estate of Bishop, Equity No. 2048, at 2 (Haw. Prob. Ct. Oct. 15, 1998).

다. 검토

하와이 검인 법원의 판단은 신탁의 이론적 분석에 충실한 것이다. 신탁재산을 중심으로 한 별도의 법적 주체가 존재하지는 않고 수탁자 또는 수탁자들이 대외적 법률관계의 주체라는 된다는 점을 확인한 것이다.

우리나라에서도 변호사 수임계약의 상대방이 문제되었다면 유사한 결론이 내려졌을 것으로 생각된다. 계약서 자체에도 신탁 자체가 아닌 수탁자(들)가 선임계약의 주체로 명시될 것이다. 이 때 사후에 계약의 진행 및 내용을 둘러싸고 수탁자들 사이에 내부 갈등이 발생한다면 공동소유 관계⁹⁹⁾의 내부 분쟁에 관한 일반 법리가 적용될 것이다.

VI. 신탁변경의 점

1. 문제의 소재

위탁자가 원래 설정하였던 신탁의 목적과 운영방식이 상황 변동에 따라 부적절하게 되는 것은 흔히 발생할 수 있다. 특히 최초 신탁설정 이후 장기간의 경과한 경우는 더욱 그러하다. Bishop Estate는 하와이가 아직 왕국이던 1884년에 성립되어 지금까지 130년 이상의 세월이 흘렀다. Bishop Estate는 하와이주 대법관들이 선임하는 5인의 수탁자가 카메하메하 학교의 운영을 관장하는 공익신탁으로 설정되었다. 후술하듯이 수탁자 선정 방식 뿐 아니라 특정 학교 운영에 한정된 신탁목적 역시 변경할 필요가 있다는 주장이 계속적으로 제기되어 왔다. 나아가 일부 급진적인 주장으로서 그 법적 성격을 공익신탁에서 공익적인 회사(not-for-profit corporation)으로 바꾸어야 한다는 견해도 제기된바 있다.¹⁰⁰⁾

이하에서는 먼저 미국 신탁법상 신탁변경의 일반적 요건을 살펴본 다음 구체적으로 Bishop Estate의 신탁목적, 수탁자 선정절차 변경 가능성을 검토한다.

99) 앞서 언급한 바와 같이 신탁법 제50조 제1항은 공동수탁자 사이의 신탁재산 소유 형태를 합유로 규정한다. 이를 신탁행위 등을 통해 공동수탁자 1인의 단독소유 또는 공동수탁자들의 공유로 할 수 있는지에 대하여 신탁법 해석상 어렵다고 보는 견해로서 최수정, 앞의 글, 90면.

100) 그 근거는 법원에 의한 수탁자 선정 관여 가능성을 배제하고 Bishop Estate가 상황 변동에 따라 탄력적으로 그 업무를 수행할 수 있다는 점이다. Samuel P. King and Randall W. Roth, Erosion of Trust, 50면 참조.

2. 미국에서의 신탁변경 유형별 요건

위탁자가 신탁설정 행위에서 신탁의 변경방식 또는 변경권자 등을 지정해 둔 경우에 신탁변경은 그 절차 및 요건에 따라 이루어진다.¹⁰¹⁾ 나아가 철회가능신탁(revocable trust)인 경우 위탁자는 특별한 조항 없이도 신탁을 철회하거나 변경할 권리를 갖는다(UTC 제602조 (c)). 철회불능신탁인 경우에도 (i) 위탁자 및 수익자 전원이 동의하는 경우(UTC 제411조 (a)), (ii) 수익자 전원이 동의하면서 그 변경이 위탁자의 주요 목적(material purpose)에 반하지 않는 경우(UTC 제411조 (b)),¹⁰²⁾ (iii) 수익자의 일부만이 동의한 상태이지만, 만약 수익자 전원이 변경가능한 사안으로서 수익자를 위한 충분한 보호장치가 마련되어 있다고 법원이 인정한 경우(UTC 제411조 (e))¹⁰³⁾에는 신탁변경이 가능하다.

이하에서 논의하는 것은 사정변경 등에 따라 법원이 신탁변경 결정을 하는 경우이다. 대표적인 것으로서 형평법상 수정(equitable deviation)을 들 수 있다(UTC 제412조).¹⁰⁴⁾ 이는 형평법상 일반적인 사정변경 법리를 신탁에 적용한 것이라고 할 수 있다. 따라서 공익신탁이든 사익신탁이든 모두 그 적용대상인 된다.¹⁰⁵⁾ 반면 최근사 원칙(cy pres doctrine)은 공익신탁에 한한다. 최근사 원칙은 어떤 공익신탁의 목적이 부적절하게 된 경우 일정 요건 하에 법원으로 하여금 다른 목적의 공익신탁으로 존속시킬 있도록 한 것이다. 형평법상 수정은 주로 신탁의 운영조항(administrative term)을 변경대상으로 하는 반면 최근사 원칙은 위탁자가 설정한 목적(stated purpose)을 변경대상으로 하는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다. 이하 두 가지 변경법리를 차례로 살펴본다.

101) 나아가 최근에는 수탁자에게 신탁재산에 관한 배분재량권이 있는 경우 수탁자가 이를 활용하여 원래의 신탁을 형해화하고 새로운 신탁을 설립하는 형태도 나타나고 있다. *Morse v. Kraft*, 992 N.E.2d 1021 (Mass. 2013). 이를 신탁 디캔팅(trust decanting)이라고 부른다. 상세는 Robert H. Sitkoff, *The Rise of Trust Decanting in the United States*, *Trusts & Trustees* vol. 23, No. 10 (2017) 참조.

102) 이는 앞서 언급한 *Clafflin* 원칙에 따른 것이다. 다만 UTC와 달리 Restatement 제65조 제2항은 법원이 신탁변경 사유가 주요 목적보다 중요한지를 형량하도록 하는 이른바 'balance test'를 도입하고 있다("... with authorization of the court if it determines that the reason(s) for termination or modification outweigh the material purpose"). Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 733면 참조.

103) 다만 Restatement 제65조에서는 수익자 일부만이 동의하는 경우 반대 수익자들에 대해 보호장치가 부여되었다 하더라도 신탁변경을 허용하지 않는다.

104) 법원에 의한 변경에는 형평법상 수정 이외에도 오류수정(UTC 제415조), 위탁자의 세금목적을 위한 변경(UTC 제416조)도 있으나 *Bishop Estate* 사안과 무관하므로 상론하지 않는다.

105) Ronald Chester, 앞의 글, 701면.

가. 형평법상 수정(equitable deviation)의 법리

UTC 제412조는 형평법상 수정을 조문화한 것이다. Restatement 제66조도 거의 비슷한 내용을 포함하고 있다. UTC 제412조의 구체적인 내용은 다음과 같다.

제412조 예측 못했던 상황 또는 신탁을 효율적으로 관리할 수 없음을 이유로 한 변경 또는 종료

- (a) 위탁자가 예측하지 못했던 상황 때문에 변경 또는 종료를 통하여 신탁목적에 달성하게 되는 경우, 법원은 신탁의 관리 또는 분배조항(administrative or dispositive terms)을 변경하거나 신탁을 종료할 수 있다. 변경은 가급적 위탁자의 상정가능한 의도와 일치하여야 한다.
- (b) 기존 조항을 유지하는 것이 비현실적이거나 낭비적이거나(impracticable or wasteful) 또는 신탁의 관리를 해하는(impair the trust's administration) 경우, 법원은 신탁의 관리조항을 변경할 수 있다.
- (c) 이 조에 의한 종료 시에 수탁자는 신탁목적에 부합하는 방식으로 재산을 분배하여야 한다.

형평법상 수정의 기능은 위탁자의 당초 설정 목적을 무시하려는 것이 아니라 이를 좀 더 잘 반영하는 것이다.¹⁰⁶⁾ 전통적으로 변경의 대상은 신탁의 관리에 관한 조항(distributive terms)에 한정되었고, 위 (b)는 적용범위를 관리조항으로 제한한다. 다만 위탁자의 설정 의도를 제대로 살리기 위한 변경 필요성은 관리조항 뿐 아니라 분배조항(dispositive terms)에도 제기될 수 있으므로, (a)항은 이를 분배조항에도 적용하고 있다.¹⁰⁷⁾ 법원은 통상 분배조항 보다는 관리조항의 변경을 좀 더 너그럽게 인정한다.¹⁰⁸⁾

신탁변경에 관한 (a)와 (b)를 비교할 때, (a)는 분배조항 변경을 포함한다는 점 이외에는 기본적으로 '상황 변동에 따라 위탁자의 의도를 탄력적으로 반영한다'는 형평법상 수정의 법리에 충실한 것이라고 할 수 있다. 따라서 그 변경 범위도 가능한 한 위탁자의 의도를 존중해야 한다((a)항 단서¹⁰⁹⁾). 반면 (b)는 수익자의 이익에 방점이 있다.¹¹⁰⁾ 상황변동과 무관하게 비효율적인 관리로 인해 신탁이 제대로 기능하지 못하고 나아가 수익자의 이익을 침해할 것을 우려한 것이다. 실무상 특히 '비현실적', '낭

106) UTC 제412조, UTC cmt. p.76.

107) 이렇듯 형평법상 수정 법리를 분배조항에도 적용한 최초의 입법은 1990년 개정된 Cal. Prob. Code 제15409조이다. Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 736면.

108) Borison Gary, Chan & Monopoli, Contemporary Approaches to Trusts and Estates, Wolters Kluwer (2011), 395면.

109) 다만 위탁자가 설정한 주요 목적(material purpose)에 반하지 않는 것을 요구하는 UTC 제411조 (b) 보다는 완화되어 있다. Ronald Chester, 앞의 글, 705면.

110) UTC 제412조, UTC cmt. p.77.

비적'이라는 의미의 판단이 문제되는바, 이는 후술하는 최근사 원칙 부분에서 사례를 들어 설명하기로 한다. 실제 적용에 있어서는 (a)와 (b)가 상호 배타적인 것은 아니고 중복하여 적용되는 경우가 많다.¹¹¹⁾

나. 최근사 원칙 (cy pres doctrine)

전통적인 형평법상 수정 법리 이외에 미국 법원이 신탁에 최근사 원칙을 적용한 것은 1867년 Jackson v. Philips 판결¹¹²⁾에서부터이다. “최근사(最近似: cy pres)”란 노먼 프렌치(norman french) 단어인 “*cy pres comme possible*”(as nearly as possible)에서 유래한 것으로서¹¹³⁾ 공익신탁에 법적, 실질적 문제가 발생하더라도 그 목적 변경 등을 통해 가급적 공익적 기능을 수행할 수 있도록 하는 것이다. UTC 제 413조 및 Restatement 제67조는 공익신탁에 관한 최근사 원칙을 명시하고 있다. 논의의 편의상 UTC를 중심으로 살펴보기로 한다.

UTC 제413조상 최근사 원칙의 적용 요건은 크게 세 가지로 세분할 수 있다. (i) 위탁자가 유효한 공익신탁을 설정했어야 한다((a)(1)). 다만 법원은 이 첫 번째 요건을 탄력적으로 해석하고 있으므로 실제로 이를 충족하는 것은 크게 문제되지 않는다.¹¹⁴⁾ (ii) 위탁자가 일반적인 공익목적에 갖고 있어야 한다. 법원은 통상 유언 등 신탁설정 문서 뿐 아니라 모든 관련상황을 종합하여 위탁자가 신탁재산으로 특정 공익사업 뿐 아니라 일반적으로 공익에 기여할 의사가 있었는지를 판단한다.¹¹⁵⁾ 제413조 (b)는 이러한 일반적 공익목적에 인정할 수 없는 경우를 규정한 것이다. 다만 제413조 (a)는 “(b)에서 규정하는 경우를 제외하고...”라는 규정 형식을 취함으로써 실제 위탁자에게 일반적인 공익목적에 있음을 추정하고 있다.¹¹⁶⁾ (iii) 마지막으로 위탁자가 설정한 특정 공익목적에 불법적이거나, 비현실적이거나, 실행불가능하거나 또는 낭비적인 (unlawful, impracticable, impossible to achieve, or wasteful) 것으로 되는 경우여야 한다.¹¹⁷⁾ 이 마지막 요건에 관하여는 논란이 많다. 미국에서의 논의를 살펴보면

111) UTC cmt. p.77.

112) 96 Mass. (14 Allen) 539 (1867). George G. Bogert, 앞의 글, 471면.

113) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 767면.

114) Alex M. Johnson, Jr., Limiting Dead Hand Control of Charitable Trusts: Expanding the Use of the Cy Pres Doctrine, 21 U. Haw. L. Rev. 353, 371 (1999).

115) Alex M. Johnson, Jr., 앞의 글, 374면.

116) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 770면.

117) Restatement 제67조의 해당 요건도 비슷하다. 즉 불법적이거나, 실행불가능하거나, 그 목적을 수행하는 것이 비현실적이거나 그렇게 된 경우 또는 지정목적에 모든 재산을 활용하는 것이 낭비적이거나 낭비적으로 되는 범위에서(it is or becomes unlawful, impossible, or impracticable to carry out that purpose, or to the extent it is or becomes wasteful to apply all of the property to the designated purpose) 최근사 원칙이 적용된다고 규정한다.

다음과 같다. ① ‘불법적인 경우’로서, 척추지압사 교육 연구를 위해 공익신탁을 설립 하였으나 이러한 연구가 주법에 위반되는 것으로 판명된 사안¹¹⁸⁾이 있고, ② ‘비현실적인 경우’로서, 미국 서부에 정착하기 위해 세인트루이스로 오는 모든 가난한 이주자 및 여행객들을 돕기 위해 1849년 설립된 공익신탁의 목적이 비현실적이라고 판단된 바 있다.¹¹⁹⁾ 이러한 대상자들을 파악하는 것이 불가능하지는 않지만 그 비용이 연간 738,000 달러에 달하기 때문이었다(실제 신탁의 재원은 211,000 달러에 불과). ③ ‘실행불가능한 경우’로서, 위탁자가 제공한 신탁재산만으로는 기술학교를 설립할 수 없었던 사안이 있다.¹²⁰⁾ ④ 마지막으로 ‘낭비적인 경우’는 최근 추가된 것으로서 아직 많은 판례가 축적되어 있지는 않다. 이에 대하여 Restatement는 공익신탁의 목적에 비추어 보유 신탁재산이 과다하기 때문에 기존 목적에 모든 신탁재산을 사용하는 것이 가능하기는 하지만 낭비적인 상황을 뜻한다고 설명한다.¹²¹⁾ 여기에서도 나타나듯이 ‘낭비적’이라는 표현의 일반적 의미와 달리 위 요건은 비효율성을 억제하기 위한 것이라기보다는 잉여자금(surplus funds)의 적절한 사용에 초점을 맞추고 있다.¹²²⁾

제413조 최근사

- (a) (b)에서 규정하는 경우를 제외하고 특정 공익목적이 불법적이거나, 비현실적이거나, 실행불가능하거나 또는 낭비적인(unlawful, impracticable, impossible to achieve, or wasteful) 것으로 되는 경우에,
- (1) 신탁은 전체적 또는 부분적으로 무효화하지 않고
 - (2) 신탁재산이 위탁자 또는 그 이해관계 승계자에게 이전되지 않고,
 - (3) 법원은 신탁재산 전부 또는 일부를 위탁자의 공익목적에 부합하는 방식으로 적용 또는 분배되도록 지정함으로써 신탁을 변경 또는 종료하는 최근사를 적용할 수 있다.
- (b) 신탁재산의 비공익 수익자제로의 배분을 초래하는 공익신탁의 조항이 있는 경우 이 조항은 법원이 (a)항에 따라 최근사를 적용하여 신탁을 변경하고 종료할 권한에 우선한다. 다만 해당 조항이 효력을 발할 당시 아래와 같은 상황인 때에만 그러하다.
- (1) 신탁재산이 위탁자에게 반환되어야 하고 위탁자가 아직 생존한 경우 또는
 - (2) 신탁의 설정일 이후 21년이 경과하지 않은 경우

최근사 원칙 적용 요건이 충족된 경우 법원은 이를 다른 공익목적의 신탁으로 변경할 수 있다. 원래 최근사 원칙의 어원적 의미인 ‘최대한 유사하게(as nearly as possible)’에 따른다면 가급적 기존 공익 목적과 비슷한 공익신탁으로 변경되어야 하

118) Wilson v. Smith, 373 S.W.2d 514 (Tex. Civ. App. 1963), cer. Denied, 379 U.S. 973, 85 S.Ct. 663, 13 L.Ed.2d 564 (1965).

119) Thatcher v. Lewis, 335 Mo. 1130, 76 S.W.2d 677 (1934).

120) Kingdom v. Saxbe, 82 Ohio L.Abs. 6, 161 N.E.2d 461 (Prob. 1958).

121) Restatement 제67조, cmt. p.516.

122) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 775면.

지만, 실제로는 ‘기존 목적과 합리적으로 근사한 것(reasonably approximates the designated purpose)’¹²³⁾이면 충분하다고 본다.

3. Bishop Estate에서의 쟁점

먼저 문제될 수 있는 것은 수탁자 선정방식이다. 앞서 언급한 바와 같이 비숍 공주는 하와이주 대법관에게 선정 권한을 부여하였는바(유언 제14조 제3문), 이러한 방식이 수탁자들의 전형에 일조하였다는 비판이 제기되었다.¹²⁴⁾ 대법관들이 정치적 고려에 의해 수탁자들을 선임하였고,¹²⁵⁾ 대법관이 선임한 수탁자들을 검인 법원의 판사 등이 사법적으로 통제하기 쉽지 않았기 때문이다. 위 비판 이후 대법관들이 대중의 냉소적 분위기를 이유로 선임권한을 포기하기로 함으로써,¹²⁶⁾ 결국 위 선임권한은 위 신탁의 감독권자인 검인 법원에게 돌아가게 되었다. 현재는 수탁자에 결원이 발생한 경우, 7인 이상의 위원으로 구성된 선정위원회의 사전심사를 거친 3명의 후보자에 대해 검인 법원이 청문절차를 진행하여 새로운 수탁자를 뽑고 있다.¹²⁷⁾ 기존 선임권자인 대법관들이 권한을 포기하면서 자연스럽게 감독권자인 검인 법원에 그 권한이 넘어간 것이므로 형평법상 수정 또는 최근사 원칙이 심도 있게 논의되지는 않았다. 그러나 과연 연배가 낮은 검인 법원 판사들이 막강한 권한 및 사회적 명예를 갖는 Bishop Estate 수탁자를 외부 압력에 휘둘림 없이 공정하게 선임할 것인지 등 논란이 남아 있으므로, 수탁자 선정방식의 변경 필요성은 아직 논의되고 있다. 수탁자 선임은 신탁 목적 자체와는 무관하고 신탁 관리에 관한 사항이므로 전형적인 형평법상 수정의 법리 적용 대상이라고 하겠다.¹²⁸⁾ 원래 비숍 공주가 선임권자로 의도했던 대법관들의 권한 포기 등 예측하지 못했던 상황이 발생한 것이므로 UTC 제412조 (a)이 적용된다고 볼 수도 있고, 선임구조에 대한 신뢰가 떨어진 상황에서 선임된 수탁자의 적극적인 업무수행에 문제가 발생한다면 신탁 관리에 해가 발생하는 것으로서 UTC 제412조 (b)가 적용된다고 볼 수도 있을 것이다.

더 중요한 쟁점은 신탁목적의 변경이다. 신탁목적의 확장이 문제되는 이유는 Bishop Estate가 단지 학교 설립 및 운영에 국한되기에는 너무도 많은 자산을 보유

123) Restatement 제67조, cmt. p.516.

124) Hezel Beh, Why the Justices Should Stop Appointing Bishop Estate Trustees, 21 U. Haw. L. Rev. 659.

125) Samuel P. King and Randall W. Roth, Erosion of Trust, 50면.

126) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 12면.

127) 카메하메하 학교의 홈페이지에는 수탁자 선임절차가 설명되어 있다. 상세한 내용에 관하여는 https://www.ksbe.edu/about_us/trustees_and_executives/infographic_how_the_trustee_selection_process_works/ 참조.

128) Alex M. Johnson, Jr., 앞의 글, 376면.

하고 있기 때문이다. 먼저 문제된 것은 신탁설정 문서의 해석을 통해 신탁목적의 넓힐 수 있는지 여부였다. 비숍 공주의 유언 제13조는 Bishop Estate의 주요 목적인 카메하메하 학교 설립, 운영 이외에, 수입 중의 일부를 고아 및 가난한 환경에 있는 이들에 대한 지원 및 교육에 쓸 것(to devote a portion of each year's income to the support and education of orphans, and others in indigent circumstances...)을 규정한다. 이를 근거로 특히 빈민 구제 등으로 Bishop Estate의 활동 영역을 확장할 수 있는지가 문제되었다. 그러나 법원은 위 문구가 카메하메하 학교에 관련된 지원 및 교육을 뜻한 것이라고 해석함으로써 신탁목적의 확장 해석하려는 검찰총장의 해석을 제한한 바 있다.¹²⁹⁾ 그렇다면 남는 것은 앞에서 논의한 신탁변경의 법리, 그 중에서도 신탁'목적'의 변경에 적용가능한 최근사 원칙을 활용하는 방안이다.

법원이 최근사 원칙에 의한 신탁목적 변경을 명시적으로 승인하지는 않았으나, 실제 Bishop Estate는 환경, 하와이 문화 보전을 주목적으로 하는 삼림, 토지 구입 등 학교 운영과 크게 관계 없는 곳에 신탁자산을 지출하고 있다.¹³⁰⁾ 생각건대 Bishop Estate는 최근사 원칙이 적용되어야 할 전형적인 사례라고 할 것이다. UTC 제413조(a) 요건과 관련하여 기존 목적이 (불법적, 비현실적, 실행불가능하지는 않지만) 낭비적이라는 점은 부인하기 어렵다. 앞서 언급한 바와 같이 '낭비적'이란 과도한 잉여자금의 존재를 뜻하여 Bishop Estate의 자산 규모는 이에 부합한다. 정책적으로 보더라도 최근사 원칙은 적극적으로 적용할 필요가 있다. 공익신탁은 영구불확정 금지의 원칙(rule against per perpetuities)이 적용되지 않아 영구적으로 존속할 수 있는바, 위탁자의 의사에 어떤 형태로든 적절하게 제한할 필요가 있다.¹³¹⁾ 130년 전에 설정된 공익신탁의 현재의 수요를 정확히 반영한다고 보기에 는 무리가 따른다. 또한 관리조항 변경에 관한 형평법상 수정 법리와 신탁목적 변경에 관한 최근사 원칙을 엄격하게 구분하기가 쉽지 않기 때문에,¹³²⁾ 신탁목적의 변경인 경우에도 탄력적인 운용이 필요하다.

129) Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 13면.

130) 이에 대하여 비숍 공주가 환경이나 하와이 문화에 대하여 별다른 언급이 없었다는 점을 들어 비판하는 견해로서는 Randall W. Roth, Legal and Ethical Issues in the Bishop Estate Scandal, 3면.

131) Alex M. Johnson, Jr., 앞의 글, 385면.

132) Robert H. Sitkoff and Jesse Dukeminier, 앞의 글, 776면. Chester 708-709는 형평법상 수정 법리의 확장으로 인해 최근사 원칙과의 중복이 발생하였다고 지적하고 있다.

4. 우리나라에의 시사점

우리 신탁법도 위탁자, 수탁자 및 수익자의 합의에 의한 신탁변경(제88조 제1항) 이외에 법원에 의한 신탁변경도 규정한다(제88조 제3항). 이에 따르면 “신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정이 발생한 경우 위탁자, 수익자 또는 수탁자는 신탁의 변경을 법원에 청구할 수 있다”고 규정되어 있다. 만약 위탁자가 사망한 경우 수익자와 수탁자만의 합의로 신탁변경이 가능하다고 볼 것이다.¹³³⁾ 한편 공익신탁의 경우 신탁변경 관련 조항은 크게 신탁존속 시의 신탁변경과 신탁 종료시의 신탁변경으로 구분해 볼 수 있다. ① 신탁존속 시의 신탁변경은 공익신탁법 제7조, 같은 법 시행령 제6조¹³⁴⁾의 변경인가 절차에 의한다. 수탁자가 공익사업의 내용 등 인가받은 사항에 대하여 변경신청을 하고 법무부장관이 이를 인가함으로써 공익신탁이 변경될 수 있다. ② 신탁종료 시의 신탁변경과 관련하여 구 신탁법(2014. 3. 18. 법률 제12420호로 개정되기 이전의 것) 제113조는 “공익신탁이 종료되는 경우 신탁재산의 귀속권리자가 없을 때에는 주무관청은 그 신탁의 본래 취지에 따라 유사한 목적을 위하여 신탁을 계속시킬 수 있다”고 하여 최근사 원칙에서 유래한 조항을 두었다. 그러나 신탁법 내의 공익신탁 관련 조항들이 공익신탁법으로 분리되어 2015. 3. 19. 시행되면서, 공익신탁 인가신청서 자체에 인가취소 또는 신탁종료 시에 남은 재산을 유사 공익사업을 목적으로 하는 다른 공익신탁 등이나 국가, 지방단체에 증여한다는 취지를 포함 시키도록 변화되었다(공익신탁법 제4조 제9호 가).¹³⁵⁾

사안과 같이 특히 신탁목적의 시간의 경과에 따라 너무 협소하는 것으로 판명되는 등 적절하지 않게 된 경우는 어떠한가? 공익신탁이 아닌 일반적 신탁인 경우 위탁자, 수탁자, 수익자간 합의가 이루어지지 않으면 신탁법 제88조 제3항에 따른 법원의 결정을 통하여야 변경이 가능하다. 이때에는 “신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정”의 발생 여부가 관건이 된다. 이미 신탁설립 후 130년 이상 경과하고 보유 신탁재산이 원래 목적만을 추구하기에 과다한 것으로 판명된 Bishop Estate 사안의 경우 위 특별한 사정이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 정책적으로도 신탁재산의 효율적 활용을 위해서는 제88조 제3항의 사정을 가급적 넓게 인정하고 법원의 변경 재량을

133) 노혁준, 신탁변경, 수탁자변경과 신탁합병 및 분할, BFL 제62호 (2013), 72면.

134) 공익신탁법 시행령 제6조에 따르면 공익사업 또는 수익사업의 종류 또는 내용을 변경하려는 경우 변경사항 및 그 이유를 기재한 변경인가 신청서를 제출하고(제1항), 첨부서류로서 변경되는 사업의 개시예정일 및 변경사업 개시 이후 2사업연도분의 사업계획서 및 수입·지출 예산서(제2항 제2호)를 제출하여야 한다.

135) 공익신탁법 제24조에 따르면 이와 같이 증여받은 국가, 지방자치단체는 신탁재산을 공익사업에 사용하거나 유사한 목적을 가진 공익신탁 등에 증여, 무상 대부하여야 하고(제4항), 귀속권리자를 정할 수 없거나 해당 귀속권리자가 없는 경우 법무부장관은 신탁재산을 유사한 목적의 공익신탁 등에 증여하거나 무상대부해야 한다(제2항).

탄력적으로 적용할 필요가 있다. 다만 Bishop Estate는 공익신탁이었으므로 실제 우리 법제와 대비되는 부분은 우리 공익신탁법상 변경 요건이다. 위 공익신탁법 제7조, 같은 법 시행령 제6조의 변경인가 절차를 밟아야 할 것이다. 앞서 논의된 공익신탁의 최근사 원칙 또는 위 일반신탁의 신탁변경 법리와 달리 그 변경요건이 전적으로 주무관청인 법무부 장관의 재량에 맡겨져 있다. 특히 신탁목적의 변경의 경우 설사 공익신탁이라 하더라도 위탁자의 의사를 전적으로 무시하는 것은 타당하지 않으므로 기존의 목적이 불법적, 비현실적, 실행불가능, 낭비적인 것으로 판명됨을 요구하는 등 변경재량의 행사요건을 구체화할 필요가 있다.

VII. 결론

절대 권력은 절대 부패한다.¹³⁶⁾ Bishop Estate의 수탁자들은 지역사회의 전통적 신앙과 막대한 신탁재산을 무기로 통제받지 않는 권한을 행사하면서 부패의 길로 접어들었다. 감독 역할을 맡고 있는 주 검찰총장, 법원 등은 오히려 그들과 유착하여 제대로 기능을 행하지 못하였다. 직접적 이해당사자인 수익자가 존재하지 않는 공익신탁이었기에 그 정도가 심했을 뿐, 일반적인 신탁에서 정보 및 능력의 우위에 있는 수탁자가 신의의무를 충실하게 이행하지 않을 가능성은 상존한다.

이 글은 미국 내 최대 공익신탁 중 하나인 Bishop Estate의 문제 사례를 살펴 보면서 그 시사점을 검토하였다. 사안에서 수탁자들의 신인의무 위반 유형은 매우 다양했다. 충실의무 위반과 관련하여 수탁자의 개인적 추가투자, 수탁자의 의무해태 관련 분쟁시의 업무처리가 문제되었는바, 우리나라에 아직 낯선 논의이기는 하지만 일반적 충실의무 위반의 범주에 포섭할 수 있을 것으로 보인다. 주의의무 위반과 관련하여 신탁재산의 투자대상 및 투자결정절차, 나아가 감시의무가 문제되었다. 이 사례에서 직접 문제되지는 않았지만, 투자대상과 관련하여 우리 신탁법 제41조의 법정 목록 방식을 탄력화하여 포트폴리오 투자가 가능하도록 개선할 필요가 있다. 나아가 Bishop Estate와 같이 오랜 역사를 갖는 신탁의 경우 신탁목적의 변경 등 신탁변경의 필요성이 커진다. 신탁변경은 위탁자의 의사와 신탁의 현실적 운영 사이의 긴장이 발생하는 지점이다. 특히 공익신탁의 경우 기부자 의사의 존중이 사전적으로도 기부활동을 활성화할 수 있다는 관점에서 볼 때, 공익신탁법 제7조의 변경인가 요건 중에 신탁목적의 변경이 가능한 사유를 구체적으로 규정할 필요가 있다.

136) John Emerich Edward Dalberg Acton(1834-1902)의 “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”에서 유래한 말로 알려져 있다.