

[사] 한국신탁학회 창립기념학술대회

최근 신탁산업의 현황과 법제도적 과제

- (일시) 2018년 11월 30일(금) 13:30 ~ 18:00
- (장소) 한국거래소(여의도) 국제회의실
- (주최) (사) 한국신탁학회
- (후원) 한국예탁결제원, 한국금융투자협회

- 등 록 : 13:30~13:45
- 개회식 : 13:45~14:00
- 개회사 : 권중호 회장 (건국대 법학전문대학원 교수)
- 축 사 : 이용구 법무부 법무실장
 김학수 금융위 증권선물위원회 상임위원
 권용원 한국금융투자협회 회장

세션	내용	사회
제1주제 14:00~14:35	은행업과 신탁법리의 수용 정순섭 교수(서울대 법학전문대학원)	한 민 교수 (이화여대 법학전문대학원)
제2주제 14:35~15:10	신탁업 활성화를 위한 법적 제언 오영표 이사(신영증권)	
15:10~15:40 - Coffee Break -		
제3주제 15:40~16:15	최근 부동산담보신탁의 법적 쟁점 최수정 교수(서강대 법학전문대학원)	이중기 교수 (홍익대 법대)
제4주제 16:15~16:50	수탁자와 신탁재산의 관계정립 - 관례의 동향과 실무상의 대응 - 안성포 교수(전남대 법학전문대학원)	
종합토론 (패널토론 및 질의응답) 16:50~18:00	토론자 : 구본성 실장(금융연구원) 권 철 교수(성균관대 법학전문대학원) 김태진 교수(고려대 법학전문대학원) 나석진 본부장(한국금융투자협회) 노혁준 교수(서울대 법학전문대학원) 신영수 변호사(법무법인 율촌)	이형규 교수 (한양대 법학전문대학원, 법학전문대학원협 의회 이사장)
18:00	폐 회	

목 차

은행업과 신탁법리의 수용	1
신탁업 활성화를 위한 법적 제언	19
최근 부동산담보신탁의 법적 쟁점	37
수탁자와 신탁재산의 관계정립	49



은행업과 신탁법리의 수용

정순섭

은행업과 신탁법리의 수용

한국신탁학회

2018. 11. 30

정순섭

서울대학교 법학전문대학원 교수

목차

- I. 서론
- II. 은행—고객관계
- III. 예금계약의 당사자 확정
- IV. 신용위험관리
- V. 금융상품의 제조와 판매
- VI. 결론

I. 서론

- 우리나라의 신탁은 제정 당시의 신탁2법체계를 유지하고 있음
 - 입법형식은 신탁법-신탁업법에서 신탁법-자본시장법으로 변화
- 은행업과 신탁법리의 수용사례를 은행-고객관계와 은행의 의무기준, 예금계약의 당사자 확정, 신용위험관리, 금융업 구성단위로 나누어 아래와 같이 정리함
 - 첫째, 은행—고객관계에서 은행의 의무의 기준을 정하는 기준으로서의 역할을 신탁법리에서 확보할 수 있는지
 - 둘째, 금융실명법위반거래와 착오송금을 대상으로 예금계약의 당사자확정기준으로서 신탁법리를 활용할 수 있는지
 - 셋째, 대출참가거래, P2P대출, 담보신탁을 대상으로 신용위험관리를 위한 신탁법리의 활용가능성을 인정할 수 있는지
 - 넷째, 금융업의 구성단위, 금융상품의 제조기구 및 판매채널로의 활용, 금융신탁과 비금융신탁의 구분으로 나누어 금융업 구성단위로서의 신탁업의 확대/축소 가능성을 인정할 수 있는지

2018-11-26

신탁법리의 수용

3

II. 은행—고객관계

1. 일반론

- 은행은 예금, 대출 등 거래를 통하여 은행이용자와 다양한 법률관계
 - 최근 은행의 금융투자상품이나 보험상품 판매로 은행과 은행이용자의 법률관계는 더욱 복잡화
 - 은행과 은행이용자 간에 발생하는 다양한 법률문제를 해결하기 위해 당사자 간의 법률관계, 특히 은행이 은행이용자에 대하여 부담하는 의무의 본질을 이해할 필요
- 은행은 은행이용자에 대하여 독립적인 당사자로서 대등한 지위에 있다고 볼 것인지, 아니면 은행이 은행이용자에 대하여 보호의무나 자문의무를 부담하는지 여부에 대한 판단은 양자 간에 발생하는 분쟁의 해결을 위한 출발점
 - 은행의 공공성이나 공신력을 강조하는 입장에서는 은행의 은행이용자에 대한 의무 수준이 다른 금융회사에 비하여 높다고 볼 것
- 은행이 은행이용자에 대하여 신탁법상 수탁자와 동등한 수준의 의무를 부담하는 것으로 이해할 수 있는지 여부와 관련

2018-11-26

신탁법리의 수용

4

2. 은행의 공공성과 은행 이사의 주의의무

가. 의의

- 국내에서는 은행의 공공성을 은행의 이사의 선관주의의무 또는 은행의 고객에 대한 주의의무의 수준을 높이는 근거로 인식하는 경향
 - <1> “은행의 공공성이 은행 이사의 의무를 일반 주식회사 이사의 의무보다 강화하는 기제가 될 수 있다”
 - “은행의 지급결제나 자금중개기능은 일반사업회사나 비은행금융회사의 기능과는 차원이 다른 공공성을 가지는 것이 명백”
 - <2> 주식회사인 은행 이사의 주의의무를 일반 주식회사와 달리 볼 근거가 없다는 견해
 - 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2017, 1031-1032면.
- 은행의 공신력을 은행에 대하여 “투자를 전문으로 하는 다른 금융기관에 비해 더 무거운 고객 보호의무”를 부담하게 하는 근거로 볼 수 있는지?

나. 사례

(1) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결[대법원판결1]

- 대법원에서 은행의 공공성을 언급한 것은 은행의 기업부실대출에 관하여 은행 임원의 선관주의의무위반을 이유로 한 손해배상을 청구한 제일은행 주주대표소송에 관한 판결이 최초
- “은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있다”고 하고, **은행 이사는 ‘일반 주식회사 이사의 의무’에서 나아가 ‘은행의 그 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선관의무’까지 다할 것이 요구된다**
- “따라서 금융기관의 이사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 할 것이다.”

(2) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결[대법원판결2]

- 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 착오송금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것이 신의칙 위반 내지 권리남용에 해당하는지 여부
- 대법원은 이러한 상계는 “특별한 사정이 없는 한 공공성을 지닌 자금이체 시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 희생하에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없으므로, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것”

2018-11-26

신탁법리의 수용

7

(3) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다 26746 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26 선고 2012다1146 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683 전원합의체 판결[대법원판결3]

- 장외파생상품거래에 대한 대법원판결에서도 은행의 ‘공신력’에 관하여 언급
- “은행은 그 인가요건, 업무범위, 지배구조 및 감독 체계 등 여러 면에서 투자를 전문으로 하는 금융기관 등에 비해 더 큰 공신력을 가지고 있다”고 하고, 이러한 공신력으로 인해 “은행의 권유는 기업의 의사결정에 강한 영향을 미칠 수 있으므로, 은행으로서는 위와 같이 위험성이 큰 장외파생상품의 거래를 권유할 때에는 다른 금융기관에 비해 더 무거운 고객 보호의무를 부담한다”

2018-11-26

신탁법리의 수용

8

3. 평가

- [대법원판결1]에서 말하는 '공공적 성질'은 자금중개기관으로서의 은행의 기능, [대법원판결2]의 '공공성'은 지급결제기관으로서의 은행의 기능, 그리고 [대법원판결3]에서 말하는 '공진력'은 은행규제가 투자를 전문으로 하는 금융기관 등에 대한 규제에 비하여 엄격한 점에 기초한 것으로 판단
 - 문제는 이러한 은행의 공공성에 대한 고려가 은행 이사의 의무를 '일반 주식회사 이사의 의무'에서 나아가 '은행의 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선의의무'까지 확대하거나 은행의 권유는 기업의 의사결정에 가한 영향을 미칠 수 있으므로, 다른 금융기관에 비해 더 무거운 고객 보호의무를 부담하게 하는 근거가 될 수 있는지 여부
- 은행은 은행법에 따른 업무를 취급할 때 은행이용자의 권익을 보호해야 함(52조 1항 본문)
 - 이 규정은 일반적인 원칙을 선언한 것이다. 일반론으로는 은행이 은행이용자와의 모든 거래에서 보호의무를 부담한다고 보기는 어려움
- 영미법상으로는 신인관계(fiduciary relationship)에 해당하는지 여부를 중심으로 논의
 - 영미법상으로도 은행이 은행이용자와의 모든 거래관계에서 신인의무를 부담한다고 보는 것은 아님
 - 우리나라법상으로도 은행이 은행이용자에 대하여 모든 경우에 신탁법상 수탁자와 동등한 수준의 의무를 부담하는 것으로 이해하는 어려움
- 은행과 은행이용자의 관계에서는 개별 상품이나 거래의 기능과 위험 그리고 구조적 특징, 은행 이용자와 거래시실이나 경험을 포함한 전문성 등 다양한 사정을 종합적으로 고려하여 은행의 보호의무의 유무를 판단
- **은행의 의무수준은 공공성 보다는 신탁법상 수탁자에 대한 고도의 신임관계와 동등한 수준의 유무를 기준으로 활용할 필요성 있음**

III. 예금계약의 당사자 확정

1. 일반론

- 금융실명법상 실명확인절차와 예금의 당사자 확정에 관한 해석론상 기준의 제시
- 착오송금에서 수취인계좌에 입금된 금원에 대한 신탁의 성립을 인정하는 방안

2. 금융실명법

가. 비실명예금계약의 효력

• 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001다17565 판결

- “구 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(1997. 12. 31. 법률 제5493호 금융실명거래및비밀보장에관한법률 부칙 제2조로 폐지)이 시행된 후에는 금융기관에 예금을 하고자 하는 자는 원칙적으로 직접 주민등록증과 인감을 지참하고 금융기관에 나가 자기 이름으로 예금을 하여야 하는 것이므로, 예금명의자를 예금주로 보아야 할 것이나, **특별한 사정으로 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있는 경우에는 출연자를 예금주로 하는 금융거래계약이 성립하는 것이고**, 위 긴급재정경제명령이나 금융실명거래및비밀보장에관한법률에서 비실명거래행위를 금지하고, 비실명거래자에게 실명전환의무를 부과하며, 이를 위반하는 경우 금융기관의 임원 또는 직원에 대하여 과태료 부과처분을 하고, 실명전환의무위반자에게 과징금 부과처분을 하도록 규정하고 있더라도 **비실명금융거래계약의 사법상 효력에는 영향이 없다.**”

나. 비실명예금계약의 당사자확정

(1) 학설

- 금융실명법 시행 전 종래의 국내 학설과 판례는 주로 객관설
 - 은행법 논의에서는 출연자를 기준으로 하는 객관설과 예금행위자를 기준으로 하는 주관설, 그리고 원칙적으로 객관설을 그러나 예금행위자가 명시적으로 예금자임을 표시한 경우에는 주관설을 취하는 절충설 등이 소개
- 금융실명법 시행 후에는 예금명의자를 기준으로 보고 있고, 판례도 같은 입장

(2) 판례

- 대법원 2009.3.19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결(같은 취지 대법원 2011.09.29. 선고 2011다47169 판결)

- [다수의견]

- “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 따라 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결하고 그 실명확인 사실이 예금계약서 등에 명확히 기재되어 있는 경우에는, 일반적으로 그 예금계약서에 예금주로 기재된 예금명이나 그를 대리한 행위자 및 금융기관의 의사는 예금명이나 그를 예금계약의 당사자로 보려는 것이라고 해석하는 것이 경험법칙에 합당하고, 예금계약의 당사자에 관한 법률관계를 명확히 할 수 있어 합리적이다.”
- “따라서 본인인 예금명이나 그의 의사에 따라 예금명이나 그의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명이나 그를 예금주로 하여 예금계약을 작성하였음에도 불구하고, 예금명이나 그가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, 금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명이나 그의 예금계약을 부정하여 예금명이나 그의 예금반환청구권을 배제하고 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우로 제한되어야 한다.”

2018-11-26

신탁법리의 수용

13

- [대법관 박시환의 별개의견]

- “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항은 실명확인 절차를 거칠 것을 예금계약의 효력요건으로 규정한 것이고, 위 규정의 취지에 반하는 예금계약의 효력을 부정하는 강행규정이라고 보아야 한다.”
- “따라서 출연자 등이 예금명이나 그의 명의로 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 하면서, 금융기관과의 합의하에 출연자 등을 예금계약상의 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자로 하기로 별도로 약정한 경우 등에는, 그 별도의 약정에 관하여 당사자들이 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거를 남겨 두었는지 여부와 관계없이, 그러한 별도의 약정 자체는 강행규정인 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항에 위반되어 효력이 없는 것으로 보아야 한다.”
- “결국 이러한 경우에는 금융기관과 예금명이나 그의 사이의 예금계약만이 유효하게 성립할 뿐이어서, 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자는 예금명이나 그의 자이다.”

2018-11-26

신탁법리의 수용

14

• [대법관 차한성의 보충의견]

- “예금거래와 같은 금융거래는 국민의 일상생활에서 대량적·반복적으로 이루어지므로 만일 금융실명법에 위반한 예금거래의 효력을 일률적으로 부정할 경우에는 국민의 일상생활과 재산권 행사에 매우 큰 영향을 미치게 된다. 따라서 만일 입법자가 금융실명법 제3조 제1항을 위반한 예금계약의 사법상 효력을 부정할 의도를 가지고 있었다면, 그 중대성과 파급효를 고려하여 당연히 부동산실명법 제4조 제1항과 같이 그 사법적 효력을 부정하는 명문의 규정을 두었을 것이라고 봄이 합리적이다.”
- “그러나 금융실명법은 같은 법 제3조 제1항을 위반한 행위의 사법적 효력을 부정하는 규정을 두지 않고 있다. 이러한 점은 입법자가 위 조항을 강행규정으로 의도하지 아니하였다는 점을 잘 나타낸다.”

(3) 예외의 인정범위

(가) 판례상 극히 예외적인 경우는 신탁의 성립이 인정되는 경우로 한정

- 대법원 판결은 극히 예외적인 경우 출연자 등을 예금자로 인정
 - “본인인 예금명역자의 의사에 따라 예금명역자의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명역자를 예금주로 하여 예금계약을 작성하였음에도 불구하고 예금명역자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 없더라도, 금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명역자와 출연자 사이에 예금명역자를 부정하여 예금명역자의 예금반환청구권을 해제하고 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우”(대법원 2009.3.19. 선고 2008나45828 전원합의체 판결)
- 금융실명법에 위반되는 않는 것으로 소개되는 차명거래사례는 모두 신탁의 성립을 인정할 수 있는 경우에 한정
 - “※ 차명거래이지만 금융실명법 위반에 해당되지 않는 대표적인 사례
 - ① 계·부녀회·동창회 등 친목모임 회비를 관리하기 위하여 대표자(회장, 총무, 간사 등) 명의의 계좌를 개설하는 행위
 - ② 문중, 교회 등 임의단체 금융자산을 관리하기 위해 대표자(회장, 총무, 간사 등) 명의 계좌를 개설하는 행위
 - ③ 미성년 자녀의 금융자산을 관리하기 위해 부모명의 계좌에 예금하는 행위”(전국은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2016.8, 92면)
- 금융실명법상, “실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정”(3조 5항)
 - <1> 묵시적 신탁의 성립이 인정되는 경우로 한정하고
 - <2> 명의자를 수탁자로 출연자 등을 위탁자 겸/또는 수익자로 이론구성해야

(나) 제3자를 위한 예금계약과 신탁

- 은행이 제3자를 위해 일정한 자가 입금한 금전을 보관하는 경우
 - 제3자를 위한 계약으로 보는 견해
 - 은행을 낙약자, 입금자를 요약자, 그리고 제3자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 보는 입장
 - 신탁으로 보는 견해
 - 은행을 수탁자, 입금자를 신탁설정자 혹은 위탁자, 그리고 제3자를 수익자로 하는 신탁계약으로 보는 입장

2018-11-26

신탁법리의 수용

17

• 사채원리금지급대행계약의 법적 성질과 관련하여 묵시신탁을 인정한 사례가 있음

- 보증부사채의 발행인이 사채원리금지급대행은행에 개설한 별단예금계좌로 입금한 사채원리금지급용자금에 대하여 지급대행은행이 발행인에 대한 대출채권과 상계한 사례
- 원심
 - 제3자를 위한 계약으로 보아 수익의 의사표시가 이루어진 시점을 다투었음
- 대법원(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070 판결)
 - 보증사채의 모집 또는 매출에 관한 공시제도의 취지와 사채원리금 지급대행사무를 금융기관의 업무로 하는 취지 및 사채원리금 지급대행계약의 내용 등을 종합하여 보면, 사채원리금 지급대행계약은 신탁계약으로서의 성질을 가지고,
 - 은행이 사채권자의 이익과 관계없이 발행회사의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하거나 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 발행회사에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 않는 상계로서 무효
- 대법원이 신탁의 성립을 인정한 근거에 대해서는 재산의 분별관리를 기준으로 묵시적인 신탁설정의사를 인정한 것
 - 대법원이 당사자들이 명시적인 신탁설정의사를 표시하지 않은 사안에서 신탁의 성립을 인정한 유일한 판례로서 중요한 이론적 가치

2018-11-26

신탁법리의 수용

18

3. 착오입금의 법률관계

가. 예금자의 확정과 부당이득반환청구권 성립

- 원칙적으로 수취인이 예금채권 취득
 - “예금거래기본약관에 따라 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 자금이체를 하여 예금원장에 입금의 기록이 된 때에는 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인과 수취은행 사이에는 위 입금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인이 수취은행에 대하여 위 입금액 상당의 예금채권을 취득”
- 그러나 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않는 경우 부당이득 반환청구권 성립
 - “이때 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 아니함에도, 계좌이체에 의하여 수취인이 계좌이체금액 상당의 예금채권을 취득한 경우에는, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 위 금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 된다”

(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다41263, 41270 판결; 대법원 2014.10.15. 선고 2013다207286 판결)

2018-11-26

신탁법리의 수용

19

나. 임의인출 시 횡령죄 구성

- “어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당(대법원 1968. 7. 24. 선고 1966도1705 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도3929 판결 등 참조)”
 - “이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지”

(대법원 2010.12.09. 선고 2010도891 판결)

2018-11-26

신탁법리의 수용

20

다. 신탁법리의 활용 가능성

- 예금보험공사의 예금보험공사의 착오송금구제계정 도입 방안
 - 1000만원 이하 송금인의 부당이득반환청구권을 일정 가격(80%)으로 매입
 - 소송신탁에 해당할 우려는 진정매매구조로 극복 가능
 - 예금채권이 성립하지 않는 경우와 부당이득반환청구권의 성립 여부 불확실한 경우
 - 첫째, 수취인과 은행 사이의 예금계약의 성립 여부를 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 의하여 좌우되도록 한다고 별도로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 수취인의 수취은행에 대한 예금채권이 발생하지 않음(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결)
 - 둘째, "이 약정에 의한 채무가 있을 때에는 입금된 자금은 자동적으로 대출금변제에 충당"한다는 약정이 있는 마이너스 통장에 마이너스 대출이 있는 상태에서 입금된 경우에는 이에 관한 예금계약이 성립되지 않고 바로 대출금 변제에 충당되므로 수취인의 은행에 대한 예금채권 자체가 발생하지 않는다는 하급심판결(의정부지법 2016. 4. 22. 선고 2015나10708 판결; 의정부지법 고양지원 2015. 8. 13. 선고 2015가단772 판결)
 - 예보의 수취인을 상대방으로 한 소송진행
 - 착오송금에 해당하는지 여부에 대한 판단의 어려움
 - 금융소비자보호라는 관점에서 필요하고 가능한 접근으로 평가됨
- **보완적으로 일정 금액 이하의 착오송금에 대하여 수취인을 수탁자로 하는 신탁으로 이론구성할 가능성**
 - 묵시신탁으로 인정하는 데 한계 - 입법 필요(법정신탁으로)

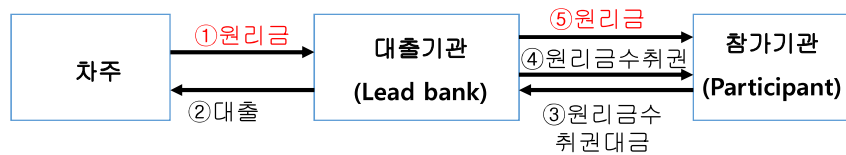
IV. 신용위험관리

1. 일반론

- 신용위험관리수단으로서의 신탁의 특징적 기능
 - 신탁재산의 독립성에 기반
- 대출참가거래나 P2P대출에서 신용위험관리수단으로 적용가능
- 신탁법상 담보신탁에 대해서는 담보법리의 일반이론과 충돌 가능성 해소 필요

2. 대출참가거래

- 대출참가거래(loan participation)는 대출기관(lead bank)이 차주와 대출계약을 체결한 후 그 대출채권 중 원리금을 수취할 수 있는 권능만을 복수의 참가기관(participant)에게 양도하는 거래
 - 대출계약관계는 대출기관과 차주 간에 유지
 - 복수의 참가기관이 관련되고 대출기관이 주간사은행과 대리은행의 역할을 수행하는 것으로 볼 수 있는 점에서 대출참가거래는 신디케이트 대출과 유사성
 - 그러나 참가기관은 차주에게 직접 권리를 행사할 수 없고 대출기관을 통하여 할 수밖에 없는 점에서 신디케이트 대출과 구별
 - 대출에서 대출채권 유통수단으로 사용 가능



- 대출기관(lead bank)이 차주로부터 수취한 원리금을 참가기관에 지급하기 전에 파산한 경우 그 원리금의 대출기관 파산재단에의 귀속 여부가 문제
 - 차주를 위탁자로, 대출기관을 수탁자로, 참가기관을 수익자로 하는 신탁의 성립을 인정함으로써 해결 가능

2018-11-26

신탁법리의 수용

23

3. P2P 대출

- 인터넷에서 차입자와 투자자를 중개하는 P2P업체(플랫폼)가 대출실행을 위한 대부업체를 별도 설립하는 형태



(자료) 금융위

- 대부업체가 차입자로부터 원리금을 수취한 상태에서 파산할 경우 대출참가거래에서와 동일한 문제 발생
 - 차입자를 위탁자로, 대부업체를 수탁자로, 투자자를 수익자로 하는 신탁으로 구성함으로써 해결 가능

2018-11-26

신탁법리의 수용

24

4. 담보신탁

가. 의의

- “위탁자가 수익자에 대하여 부담하는 피담보채무를 담보하기 위해 수탁자에게 신탁재산을 이전하고, 위탁자의 채무불이행시 환가정산하고 채무이행 후 신탁 종료 시에는 그 소유권을 위탁자에게 귀속시키기로 하는 내용의 신탁”(서울고법 2012. 7. 27. 선고 2010나44516 판결)
- 담보신탁의 경우 위탁자에 대한 회사정리절차의 구속을 받지 않는 점에서 **도산절연성이 확보**
 - 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결
 - 다만 담보용부동산관리신탁 또는 분양형 토지신탁에 한정되고 자익신탁형에는 정리담보권자로서 회사정리절차의 구속
 - 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결(“신탁계약시에 위탁자인 정리 전 회사가 자신을 수익자로 지정한 후 그 수익권을 담보 목적으로 제3자에게 양도한 경우에는 그 수익권을 양도 담보로 제공한 것으로서 정리절차개시 당시 회사 재산에 대한 담보권이 된다고 볼 것이다”)
- 담보신탁은 부동산금융 등에서 중요한 신용위험관리수단으로 기능

2018-11-26

신탁법리의 수용

25

나. 제도적 기능과 법적 성질

- 담보신탁의 우선수익권을 법정담보권에 준하여 볼 수 있는지에 대하여 법원은 이를 부정하여 채무자 소유의 수개 부동산에 관하여 공동저당권이 설정된 경우 적용되는 민법 제368조의 법리가 이 사건과 같은 담보신탁의 경우에 유추적용되기 어렵다고 판단(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다79347 판결)
 - 실무상 우선수익권이 담보신탁계약의 피담보채권에 부종하는지 여부에 대한 논란이 지속, 그러나 법원은 이를 부정(대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결)

2018-11-26

신탁법리의 수용

26

• 회생담보권으로 취급??

- 윤진수, “담보신탁의 도산절연론 비판,” 비교사법 제25권 제2호(통권 제81호), 2018.5, 697-748면(담보신탁은 기능 면에서 채무자회생법이 회생담보권으로 규율하고 있는 양도담보와 차이가 없으므로 유추에 의하여 회생담보권으로 취급되어야 한다)
- 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 판결
 - 골프장 회원들이 담보신탁을 근거로 한 공매 등 매각절차에서 골프장 시설을 매수한 자를 상대로 입회보증금반환채무의 승계를 주장한 사건
 - “체육시설업자가 담보 목적으로 체육필수시설을 신탁법에 따라 담보신탁을 하였다가 채무를 갚지 못하여 체육필수시설이 공개경쟁입찰방식에 의한 매각(이하 ‘공매’라 한다) 절차에 따라 처분되거나 공매 절차에서 정해진 공매 조건에 따라 수의계약으로 처분되는 경우가 있다. 이와 같이 체육필수시설에 관한 담보신탁계약이 체결된 다음 그 계약에서 정한 공매나 수의계약으로 체육필수시설이 일괄하여 이전되는 경우에 회원에 대한 권리·의무도 승계되는지 여부”
 - [다수의견] “이러한 경우에도 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 한다.”
 - “소유권 이전의 설정 방식과 관련하여 담보신탁은 소유권 등 권리이전형 담보의 일종인 ‘양도담보’와 유사한 측면이 있다.”
 - “담보신탁을 근거로 한 공매 절차에서 도산절리 효과를 일부 제한하여 체육필수 시설의 인수인에 대해 입회보증금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 인정하는 것이 이익형량의 관점에서도 타당하다.”
 - “**위 판결 자체는 담보신탁 자체의 담보권으로서의 성질과는 구별되는 문제에 대한 판단으로 생각되지만, 담보신탁의 법적 성질에 대한 재논의의 계기가 될 것**”

• <참고조문>

- 체육시설의 설치 및 이용에 관한 법률 제27조(체육시설업 등의 승계) ①체육시설업자가 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 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.
- ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자에게는 제1항을 준용한다.
<개정 2008. 2. 29., 2010. 3. 31., 2016. 12. 27.>
- 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

V. 금융업과 신탁

1. 금융업 단위로서의 신탁

- 현행법상 신탁은 자본시장법상 신탁업의 구성단위로 규정(6조 9항)
 - “2인 이상의 투자자로부터 모은 금전등을 투자자로부터 일상적인 운용지시를 받지 아니하면서 재산적 가치가 있는 투자대상자산을 취득·처분, 그 밖의 방법으로 운용하고 그 결과를 투자자에게 배분하여 귀속시키는 것”을 내용으로 하는 신탁은 자본시장법상 집합투자기구인 투자신탁에 해당하게 되므로 집합투자업 인가를 요함
- 자산관리수단으로서의 신탁업 활성화를 위하여 신탁업 구성단위를 변경할 필요성 및 입법형식의 수정에 대한 요구도 존재
- **신탁업법 분리 등의 입법의 형식이 아니라 집합투자업의 허용 범위에 관한 입법정책적 판단사항임**
- 핀테크의 발전, 공개 API를 통한 금융정보의 활용도 증가 등의 상황에 따라 현재 외국에서 진행되고 있는 금융업의 기능별 인식 필요성 논의도 함께 고려되어야 함

2018-11-26

신탁법리의 수용

29

2. 금융상품의 제조 및 판매수단으로서의 신탁

- 신탁은 금융상품의 제조 기구 및 판매채널로 활용
- 첫째, 다양한 비금융상품인 자산을 신탁재산으로 수탁하고, 그 자산에 대한 수익권을 표시하는 수익증권을 발행함으로써 다양한 재산의 금융투자상품화가 가능(“금융상품의 제조”)
 - 금융상품의 제조기구로서의 신탁의 기능은 신탁법상 수익증권발행가능신탁의 활성화와 연결됨
 - **일반상품의 투자상품화를 위한 수단으로의 활용 가능성도 염두에 두고 제도를 설계할 필요**
- 둘째, 다양한 금융상품을 신탁재산으로 포함하고 그 재산에 대한 수익권을 표시하는 수익증권을 판매함으로써 다양한 금융상품에 대한 판매채널로 기능(“금융상품의 판매”)
 - 금융상품 판매규제의 회수 또는 우회 수단으로 남용될 가능성에 대한 우려를 고려한 규제의 정비가 필요
 - **특정신탁의 경우에도 신탁업자에 대한 고도의 신뢰를 전제로 하는 신탁의 본질상 신탁업자의 재량의 여지를 완전히 부정할 수 없으므로 특정신탁에서 '특정'의 개념과 신탁을 통한 금융상품 '판매' 또는 투자권유의 개념을 명확히 정리할 필요**

2018-11-26

신탁법리의 수용

30

3. 금융신탁과 비금융신탁의 구분 필요성

- 금융신탁과 비금융신탁의 구분이 필요함
 - 자본시장법상 신탁업은 금융투자상품을 개념 요소로 하지 않고 "신탁을 영업으로 하는 것"으로 정의하여 비금융신탁도 업규제의 대상으로 포함(6조 9항)
 - 기존 신탁업을 가감하지 않는다는 자본시장법 제정과정에서의 입법연혁적 이유에 따른 것이지만 금융신탁과 비금융신탁의 구분이 필요
- 자산운용이나 금융상품의 제조 또는 판매를 내용으로 하는 경우를 제외한 가족, 부양 목적 등을 위한 **비금융신탁을 금융규제 중 금융업자 규제의 적용대상에서 제외하는 방안을 검토할 필요**가 있음

2018-11-26

신탁법리의 수용

31

VI. 결론

- 신탁법리는 은행업의 기초법리로 확대발전되어 갈 것
- 첫째, 은행과 은행이용자의 관계에서는 개별 상품이나 거래의 기능과 위험 그리고 구조적 특징, 은행이용자의 거래지식이나 경험을 포함한 전문성 등 다양한 사정을 종합적으로 고려하여 은행의 보호의무의 유무를 판단
 - 은행의 의무수준은 신탁법상 수탁자에 대한 고도의 신임관계 유무를 기준으로 판단할 가능성
- 둘째, 금융실명법상 "실명이 확인된 계좌"에 대하여 명의자를 당사자로 보는 원칙에 대한 예외를 인정하는 것은
 - <1> 목시적 신탁의 성립이 인정되는 경우로 한정하고 <2> 명의자를 수탁자로 출연자 등을 위탁자 겸/또는 수익자로 이론구성해야
 - 일정 금액 이하의 착오송금에 대한 공적구제 노력과 함께 보완적으로 일정 금액 이하의 착오송금에 대하여 수취인을 수탁자로 하는 신탁으로 이론구성할 가능성
 - 목시신탁으로 인정하는 데 한계 - 입법 필요(법정신탁으로)
- 셋째, 대출참가거래나 P2P대출에서 신용위험관리수단으로 적용가능
 - 신탁법상 담보신탁에 대해서는 담보법리의 일반이론과 충돌 가능성 해소 필요
- 넷째, 금융업 구성단위로서의 신탁업의 확대나 축소 가능성은 입법정책적 판단사항으로서 금융상품의 제조기구 및 판매채널로의 활용, 금융신탁과 비금융신탁의 구분도 함께 검토될 필요

2018-11-26

신탁법리의 수용

32



신탁업 활성화를 위한 법적 제언

오영표



신탁업 활성화를 위한 법적 제언

신영증권 변호사 오영표

1 신탁업 현황

2 신탁의 본질과 활용 개괄

3 신탁업 활성화 방안(i)-금융규제적 측면

4 신탁업 활성화 방안(ii)-가족신탁·복지신탁

01 신탁업 현황

I-1. 신탁시장 현황(1) - 은행 및 증권회사

- ① (수탁고) 은행 : 증권회사 : 보험 : 부동산신탁사 = 376조 : 202조 : 17.4조 : 179조 = 49% : 26% : 2% : 23%
- ② 은행의 특정금전신탁: ELT(Equity Linked Trust) 활성화로 수탁고 및 신탁수수료 급증
- ③ 은행의 재산신탁: 금전채권 활성화로 수탁고 증가
- ④ 증권회사의 특정금전신탁: 다양한 신탁상품 활용을 통해 수탁고 증가추세
- ⑤ 증권회사의 재산신탁: 금전채권 수탁고만 증가추세

(단위: 조원)

구분		'12말	'13말	'14말	'15말	'16말	'17말	
은행	금전신탁	불특정 특 정 (퇴직연금)	13.2	13.6	14.1	14.7	15.4	16.1
			96.4	116.7	129.0	152.0	170.2	185.6
		소 계	36.9	46.1	57.4	67.7	77.9	90.0
	재산신탁	소 계	109.5	130.3	143.1	166.7	185.6	201.7
		금전채권	61.7	87.9	89.7	90.1	139.4	140.4
		부동산신탁 (관리신탁)	28.3	24.6	26.1	29.8	29.5	33.7
		(처분신탁)	7.0	6.4	5.8	5.2	3.4	0.7
		(담보신탁)	0.6	0.7	0.3	0.4	0.4	0.2
		유가증권	20.7	17.5	20.0	24.2	25.7	32.8
	기타	유가증권	2.9	2.4	1.5	1.2	1.3	1.0
소 계		92.9	114.8	117.3	121.0	170.2	175.1	
은행신탁계		0.0	0.2	0.3	0.4	0.1	0.1	
은행신탁계		202.4	245.4	260.7	288.2	355.9	376.9	
증권	금전신탁	불특정 특 정 (퇴직연금)	0.0	0.0	0.0	0.1	0.1	0.1
			102.1	115.0	140.7	149.5	172.4	179.8
		소 계	6.9	8.7	12.9	15.4	17.5	20.9
	재산신탁	소 계	102.1	115.0	140.7	149.6	172.5	179.9
		금전채권	4.6	4.4	9.8	11.9	16.3	18.6
		부동산신탁 (관리신탁)	2.7	3.6	1.2	1.2	1.0	0.9
		(처분신탁)	0.2	0.2	0.2	0.3	0.8	0.8
		(담보신탁)	2.5	3.5	1.0	1.0	0.1	0.1
		유가증권	4.0	7.0	4.5	3.8	1.8	3.0
	기타	소 계	11.3	15.1	15.5	17.0	19.1	22.5
증권신탁계		113.4	130.2	156.2	166.7	191.6	202.4	

1-2. 신탁시장 현황(2) - 보험사 및 부동산신탁사

- ① 보험회사: 특정금전신탁과 퇴직연금 위주 신탁업, 수탁고는 미미함
- ② 부동산신탁사: 담보신탁과 토지신탁 중심의 신탁업
- ③ 부동산관리신탁과 담보신탁도 주로 개발사업 전 단계나 개발 완료 후 미분양 준공건물에 대한 담보신탁
- ④ 부동산신탁사의 토지신탁 증가의 함의: 토지신탁은 토지의 개발을 목적으로 수탁하는 신탁으로 개발사업의 사업위험의 대부분을 부담하게 되므로, 위험성이 높은 만큼 수익성도 높은 사업임

(단위: 조원)

구 분		'12말	'13말	'14말	'15말	'16말	'17말
보 험	금전 신탁	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
	불특정 특 정 (퇴직연금)	1.3	1.8	2.7	5.4	10.3	14.1
	소 계	0.7	1.1	1.8	2.8	3.9	5.7
	재산신탁	1.3	1.8	2.7	5.4	10.3	14.1
	보험신탁계	1.8	2.3	3.4	6.5	12.2	17.4
부 동 산 신탁 사	부동산신탁 (토지신탁)	120.9	118.8	125.3	139.8	155.9	178.5
	(관리신탁)	26.0	28.0	31.1	38.3	47.1	56.0
	(처분신탁)	6.4	6.4	7.9	8.9	10.3	11.5
	(담보신탁)	8.2	7.9	6.3	6.2	6.8	5.8
	기타	80.3	76.4	80.0	86.3	91.7	105.2
	부동산신탁계	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
	부동산신탁계	120.9	118.8	125.3	139.8	155.9	178.5

02 신탁의 본질과 활용 개괄

[참고] 신탁 = 영국이 만든 가장 위대한 업적 → “무한한 발전 가능”

“영국인들이 이룩한 가장 빛나고 위대한 업적을 뽑으려면 나는 몇 세기에 걸친 신탁제도의 발전보다 더 좋은 답변을 찾을 수 없다.”

- Frederic William Maitland(1850~1906), 영국 법제사가 및 사회사 연구 부흥자, 저서 <State, Trust and Corporation>에서 인용

“형평법의 업적에 있어 가장 위대하고 중요한 것은 신탁의 발명과 개발이다. 신탁은 고무처럼 매우 탄력적이지만 계약만큼 보편적 성격을 가진 제도이다. 이것은 아마 영국 변호사들이 만든 가장 위대한 업적이라 할 수 있다.”

- Fredric William Maitland, 저서 <Equity also The Forms of action at common law>(1909)에서 인용

신탁재산의 다양화 + 신탁목적의 다양화 → 새로운 신탁상품 & 서비스 제공
(무한한 발전 가능성)

II-1. 신탁의 본질(고유기능) → 다른 목적 달성을 위해 활용



II -2. 신탁재산, 신탁의 유형, 근거법령



03 신탁업 활성화 방안(I) - 자본시장

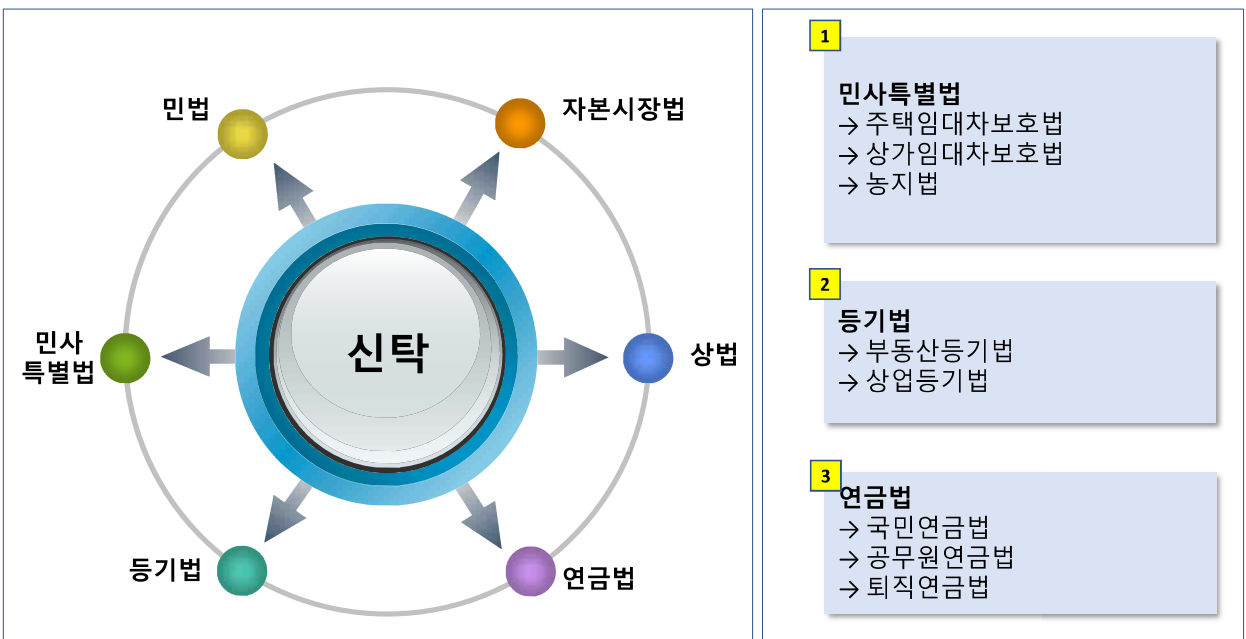
III-1. 신탁의 다양한 스펙트럼과 자본시장규제

- 신탁은 ①수탁자산, ②운용자산, ③기능, ④목적에 따라 다양한 수단으로 활용됨
- 수탁자산이 『금전』이고 기능이 『운용』인 경우는 자본시장규제가 반드시 필요한 영역이나, (i) **재산신탁(A영역)**, (ii) **기능이 처분, 담보, 관리, 보관인 신탁(B영역)** 및 (iii) **금전을 수탁하나 운용자산이 부동산, 금전채권인 신탁(C영역)**은 자본시장규제의 필요성이 적거나 없는 경우임

	① 수탁자산	금전				유가증권	부동산	금전채권	기타
	② 운용자산	유가증권	부동산	금전채권	기타	-	-	-	-
③ 기능	운용	○	△	△	△	-	-	-	-
	처분	-	△	△	△	X	X	X	X
	담보	-	-	-	-	X	X	X	X
	관리	-	-	-	-	X	X	X	X
	보관	-	-	-	-	X	X	X	X
④ 목적	증여	○	△	△	△	X	X	X	X
	상속	○	△	△	△	X	X	X	X
	후견	○	△	△	△	X	X	X	X
	공익	○	△	△	△	X	X	X	X
	가업승계	-	-	-	-	X	-	-	-
	법인대용	-	-	-	-	△	-	-	-

III-2. 신탁을 둘러싼 제반 법령의 정비

신탁계약은 민법뿐만 아니라 민사특별법(주임법, 상임법, 농지법), 등기법(부동산등기법, 상업등기법), 연금법(국민연금법, 공무원연금법, 퇴직연금법) 등 많은 법령과 연관되어 있으므로, 관련 법령의 정비도 필요함

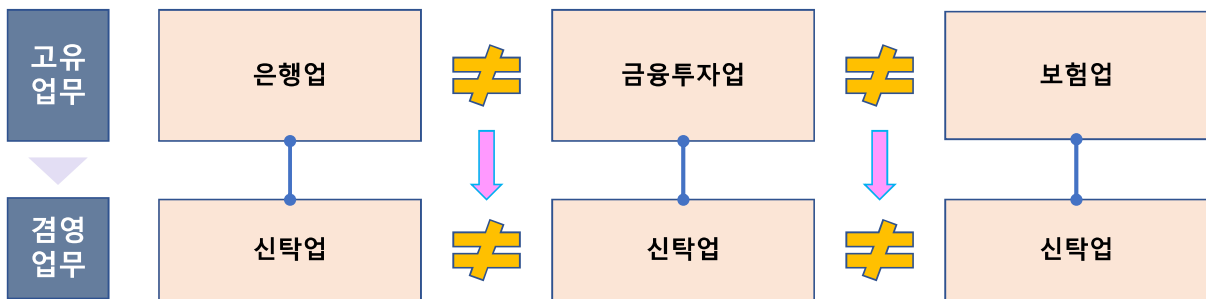


III-3. 신탁 목적 별 법령 정비(개괄)

신탁의 목적	주요 정비 필요 사항	관련법령
1 투자목적	<ul style="list-style-type: none"> • 종합재산신탁 기준 마련 • 경영신탁업자에게 동일규제 적용 • 신탁목적의 다양성 반영한 투자권유규제 적용 • 수익증권발행신탁, 신탁사채발행신탁 허용 	<ul style="list-style-type: none"> • 자본시장법 + 세제 • 자본시장법 • 자본시장법 • 자본시장법 (개정)
2 가족신탁	<ul style="list-style-type: none"> • 주택임대차의 대항력과 우선변제권 확보 • 상가임대차의 대항력과 우선변제권 확보 • 전, 답, 과수원 등 수탁재산확대 • 연금청구권 신탁 허용 • 상속증여 신탁계약에 따른 세제 정비 	<ul style="list-style-type: none"> • 주택임대차보호법 • 상가임대차보호법 • 농지법 • 각종연금법 • 상속세 및 증여세법
3 정책신탁 (복지신탁)	<ul style="list-style-type: none"> • 결혼기피 현상 해결을 위한 결혼양육지원 신탁 • 교육자금증여신탁 • 장애인을 위한 특별부양신탁 • 후견신탁 활성화 • 대를 잇는 중소기업 육성을 위한 가업승계신탁 	<ul style="list-style-type: none"> • 상속세 및 증여세법 • 상속세 및 증여세법 • 상속세 및 증여세법 • 민법과 대법원규칙 • 상속세법 + 자본시장법

III-4. 금융업 경영 신탁업자 간 규제차익 해소

- **고유업무(은행업, 금융투자업, 보험업)에 따라 신탁업무의 범위를 달리 적용하는 것이 타당한가?**
- 전문인력 완비를 전제로 하면, 고유업무와 무관하게 신탁업 간의 차별을 없애는 것이 『**동일기능 동일규제**』라는 자본시장법 취지에 맞는 것으로 판단됨.



대표적인 예로, 신탁업 인가조건상 금융투자업 경영 신탁업자는 ① 신탁재산으로 대출을 하거나 사모사채 인수 수행 불가(인가조건), ② 고유계정 대여금이나 신탁계정 대여 불가, ③ 부동산 담보신탁 및 개발신탁 불가하나, 이를 허용할 필요가 있음.

III-5. 기능별 인가주의, 수탁재산 확대 및 '금전' 운용방법 포괄주의

1 신탁재산의 변동과 신탁재산의 범위(물상대위성 - 신탁법 제27조)



금전신탁에서도, 신탁재산의 운용에 따라 변동(금전→주식→금전→부동산)할 수 있음(물상대위성).

2 (현행) 신탁재산 별 인가주의 + 금전의 운용방법 열거주의

3 (개선) 신탁 상품 및 서비스의 다양화를 위한 제도개선

1 기능별 인가주의

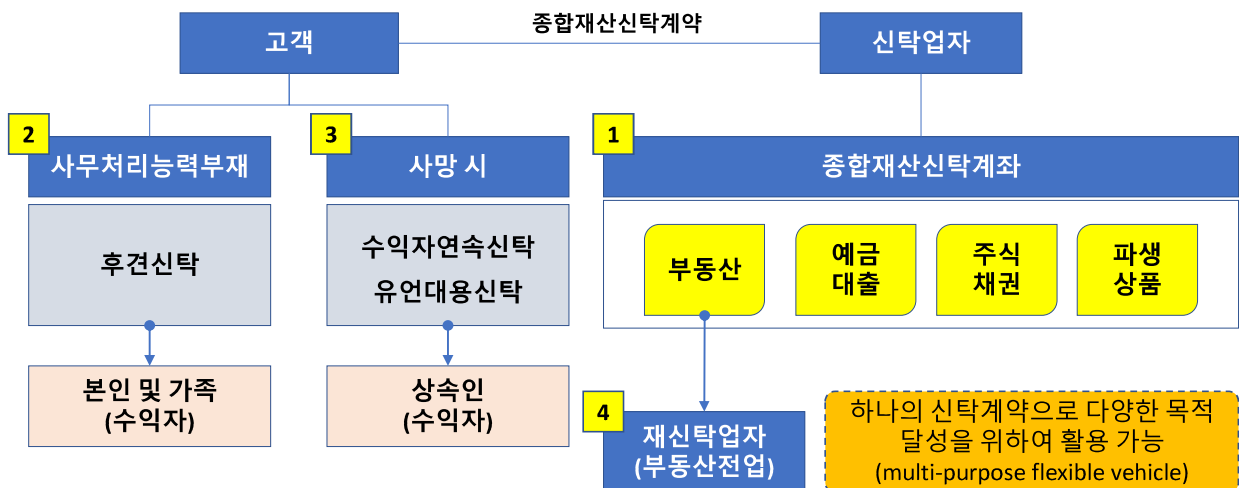
2 금전의 운용방법 열거주의 폐지

3 수탁가능재산 열거주의 폐지

4 전문성 확보를 위한 전문인력 확보의무

III-5. 종합재산관리를 목적으로 하는 『종합재산신탁』 업무기준 마련

- (현행) 자본시장법상 『종합재산신탁』 업무기준 마련을 대통령령에 위임하였으나, 아직 불비.
- (종합재산신탁 업무기준 마련) 예금, 대출, 유가증권, 파생상품, 부동산, 금전채권 등을 하나의 신탁계약으로 운용함으로써 운용의 효율성을 높이고 다양한 목적(재산관리, 후건, 상속증여, 재산보호 등)을 One-Stop으로 해결 → 신탁업자 규제 & 세제정비(비용처리, 손익통산) 마련
- 『재신탁』을 활성화함으로써 운용의 전문성과 효율성 제고





III-6. 기타 불합리한 자본시장규제 개선 방안

Q1. 『유가증권신탁』과 『부동산관리신탁』에도 특정금전신탁의 상품 투자권유규제를 적용해야 한다? → 이미 보유하고 있는 유가증권·부동산을 특정 목적을 위해 신탁하므로 투자권유규제 미적용

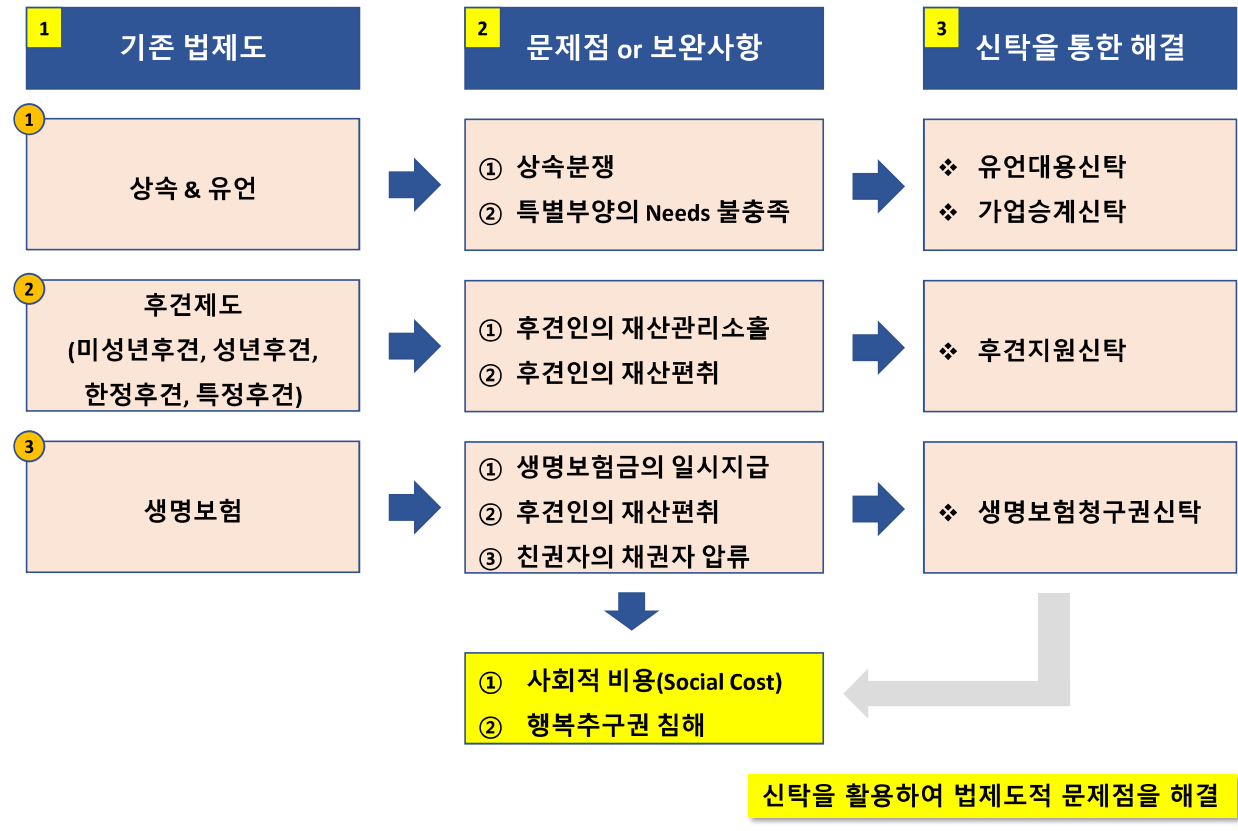
Q2. 특정금전신탁은 『특정(特定)』이므로, 특정금전신탁에서 신탁업자는 『운용재량』이 없다?
→ 특정 = 운용방법의 지정, 지정의 방법은 다양함 → (예) ①S전자 10주 - ②KOSPI 상위 20 종목 - ③주식
(신탁업자가 수취하는 연간 보수 = 신탁업자의 운용 서비스에 대한 대가 ※ 단순 매매중개와 다름)

Q3. 신탁은 1:1 맞춤형이므로, 신탁계약 및 운용지시에 『자필서명』이 반드시 필요하다?
→ 인터넷은행 허용, 비대면 펀드 판매 등 다른 금융업은 비대면 허용 추세와는 다른 방향

Q4. 『전문투자자』의 경우에도 투자위험등급을 선택해야 한다?
→ 전문투자자에 대한 투자권유규제의 적용 배제를 하는 다른 금융투자업과 차별적 취급

04 신탁업 활성화 방안(III) 가족신탁

IV-1. 신탁을 활용한 법제도의 문제점 보완 및 해결



Why 신탁? 가장 완전한 타인의 재산관리를 위한 도구

집합투자업, 투자일임업 등 다른 자산관리업에 비하여, 신탁업은 재산관리기능, 재산전환기능, 도산격리기능에 더하여 맞춤형 서비스기능, 설계의 유연성까지 겸비
 → 다양한 정책목적 달성을 위한 Tool로 활용가능

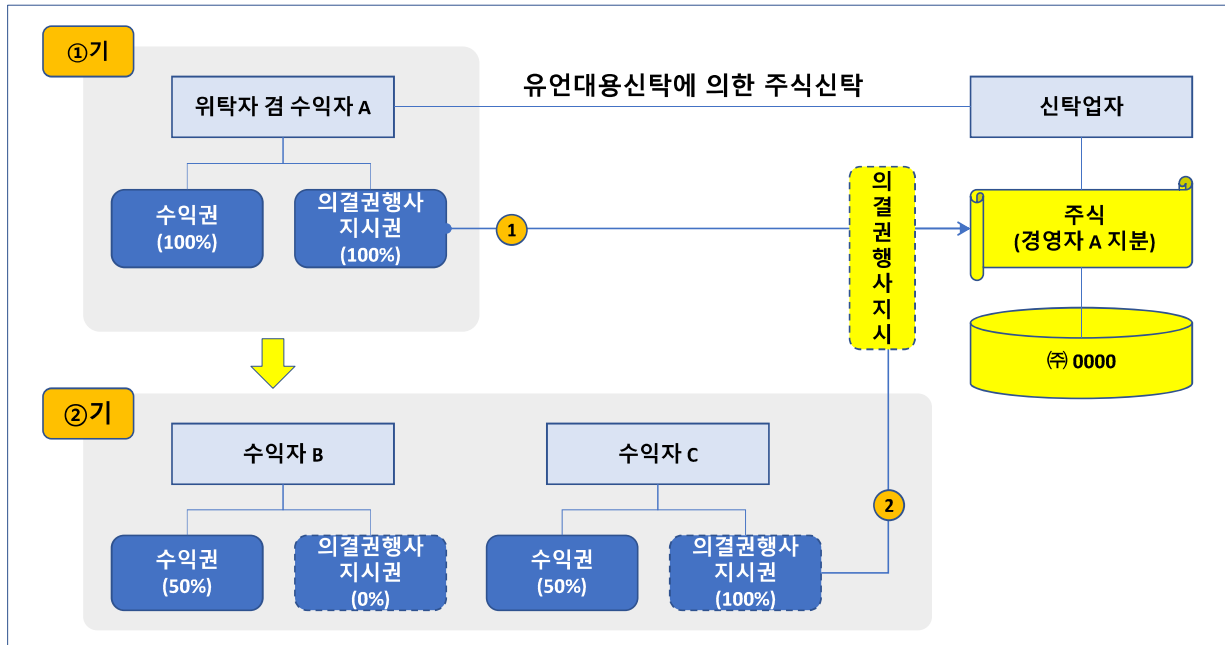
■ 자산관리업 간의 기능 비교

	신탁업	집합투자업	투자일임업
재산관리기능	강함	강함	강함
재산전환기능	강함	중간	없음
도산격리기능	강함	강함	없음
맞춤형 서비스 기능	강함	약함	중간
설계의 유연성	강함	약함	중간

■ (예시) 복지목적 실현을 위한 Tool의 요건

복지목적 실현을 위한 수단은 ① 자산관리기능을 수행할 수 있어야 하고, ② 재산출연자의 의사가 지속적으로 유지될 수 있어야 하며, ③ 복지수혜자의 개인적 현황을 충분히 반영할 수 있는 맞춤형 서비스가 가능하여야 하며, ④ 복지출연자나 금융기관의 도산으로부터 재산이 안전하게 보호될 수 있는 도산격리기능이 있어야 함 → 신탁이 가장 적합한 수단임.

IV-2. 기업승계신탁 : 경영권과 수익권 분리 → 안정적 승계



법률상 신탁업자가 대주주 지분을 소유함으로써, ①금산법 제24조상 금융위 승인, ②자사법상 15% 초과 의결권행사 제한, ③상증법상 기업승계공제 혜택 불가 등 이슈가 있으므로, 이에 대한 해결책이 필요함

[쟁점] 신탁업자 보유주식의 의결권행사 관련 법적 쟁점

■ 관련 조문

자본시장법 제112조(의결권 등) ① 신탁재산으로 취득한 주식에 대한 권리는 신탁업자가 행사한다. 이 경우 신탁업자는 수익자의 이익을 보호하기 위하여 신탁재산에 속하는 주식의 의결권을 충실하게 행사하여야 한다.

③ 신탁업자는 신탁재산에 속하는 주식이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 주식의 의결권을 행사할 수 없다.

1. 동일법인이 발행한 주식 총수의 100분의 15를 초과하여 주식을 취득한 경우 그 초과하는 주식
2. 신탁재산에 속하는 주식을 발행한 법인이 자기주식을 확보하기 위하여 신탁계약에 따라 신탁업자에게 취득하게 한 그 법인의 주식

■ 법적 쟁점

❖ 자본시장법 제112조 제1항이 신탁업자가 위탁자의 의결권행사지시에 따라 의결권을 행사하는 것을 금지하는 조항인지? 신탁업자가 위탁자(겸 수익자)의 지시를 받아 의결권 행사 → 수익자를 위해 가장 충실한 의결권 행사 → 충실의무와 준수 + 소유자인 신탁업자의 의결권 행사(상법 규정 준수)

❖ 신탁업자가 신탁재산으로 취득한 발행주식총수의 15% 초과 의결권행사 금지가 타당한 것인지? **위탁자의 의결권행사지시에 따라 신탁업자가 의결권을 행사**할 경우에도 15% 초과 의결권행사를 금지한 제112조 제3항이 입법정책상 타당한 것인지? → 동 규정의 취지가 신탁업자가 신탁을 활용하여 다른 회사를 우회적으로 지배하는 것을 막고자 하는 것임. 그런데 **위탁자(겸 수익자)의 지시를 받는 경우는 신탁업자가 아니라 위탁자가 실질적으로 주식을 소유·지배를 받는 것임.** → 15% 초과하여 의결권을 행사하더라도 신탁업자가 해당 주식의 발행회사를 지배하는 것이 아님. → **유연대용신탁으로 대주주 지분을 수탁할 경우 『본 조의 예외』로 해석하거나 규정할 필요**가 있음.

신탁업자의『신탁재산으로서 주식 소유』: 경제적 의미와 신탁의 본질

■ 신탁의 목적(본질)

1 위탁자	신탁의 목적 (주식에 대한 관리처분운용의 Out-sourcing)	목적의 다양성
2 수탁자	수탁의 목적 (주식의 관리 → 신탁보수의 취득)	신탁보수 수취 영업 (주가상승 차익: No)
3 수익자	주식으로부터 발생하는 수익 & 원본 수취권	주가상승 차익(Yes)

■ 신탁업자 보유 주식의 경제적 귀속

주식	1 자익권 (배당청구권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권 등)	수익자 (위탁자 겸 수익자)
	2 공익권 (의결권, 이사해임청구권, 회계장부열람권 등)	수익자 (위탁자 겸 수익자)

신탁업자의 역할: 신탁의 목적, 즉 수익자의 이익을 위해 자익권과 공익권을 행사할 뿐 실질적 귀속주체는 『수익자』임

[쟁점] 금융기관의 주식소유규제 관련 법적 쟁점

■ 금융기관의 주식소유규제와 그 취지

1 금산법 (제24조)	의결권 있는 발행주식 총수의 20% 이상 소유 시 금융위원회 승인	(취지) ① 금융자본의 산업자본 지배 금지 ② 다른 회사 부실이 금융기관 부실로 전이되는 현상 방지
2 자본시장법 (제112조)	15% 초과 의결권행사 금지	
3 은행법·보험업법	다른 회사 주식 15% 초과 소유 금지 (예외: 자회사 w/금융위원회 승인)	

■ 금융기관이 신탁업자로 수탁하여 소유하고 있는 주식

손익의 귀속주체	수익자 (위탁자 겸 수익자)
실질적 의결권행사 주체	위탁자 (위탁자 겸 수익자)

신탁의 본질에 비추어 『소유규제의 예외』를 적용하더라도, 규제를 무력화시키지 않음

IV-2. 유연대용신탁과 농지취득자격증명

1 전, 답, 과수원 등은 농지법상 신탁업자가 농지취득증명원을 취득하여야 신탁이 가능하다?

농지법 제8조에 따라 ' 농지를 취득하려는 자 ' 는 농지취득자격증명을 발급받아야 함 → (그대로 적용할 경우) 현재 농지의 소유자인 위탁자가 유연대용신탁계약을 체결하면, 신탁회사로의 신탁등기(등기목적: 소유권의 이전, 등기 사유: 신탁계약)를 하여야 하기 때문에 신탁회사가 농지취득자격증명을 발급받아야 함. → 유연대용신탁은 '생전 자익신탁, 사후 타익신탁 구조'이므로, 현재 위탁자 사망시까지 현재 농지의 소유자인 위탁자가 해당 농지의 사용, 수익, 처분권한을 모두 보유하고 있는 '신탁수익자'이므로, 유연대용신탁계약을 체결하더라도 특별히 신탁업자에게 농지취득자격증명이 필요없는 것으로 농지법을 개정할 필요가 있음.

제8조(농지취득자격증명의 발급) ① 농지를 취득하려는 자는 농지 소재지를 관할하는 시장(구를 두지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농 복합 형태의 시는 농지 소재지가 동지역인 경우만을 말한다), 구청장(도농 복합 형태의 시의 구에서는 농지 소재지가 동지역인 경우만을 말한다), 읍장 또는 면장(이하 "시·구·읍·면의 장"이라 한다)에게서 농지취득자격증명을 발급받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 농지취득자격증명을 발급받지 아니하고 농지를 취득할 수 있다.

1. 제6조제2항제1호·제4호·제6호·제8호 또는 제10호(같은 호 바목은 제외한다)에 따라 농지를 취득하는 경우
2. 농업법인의 합병으로 농지를 취득하는 경우
3. 공유 농지의 분할이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 원인으로 농지를 취득하는 경우

IV-2. 신탁재산인 '주택'과 주택임대차보호법

1 임대차 중인 주택의 소유자인 위탁자가 유연대용신탁계약을 체결하는 경우

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 불과하다고 할 것이다. (중략) 임대차의 목적이 된 주택을 담보목적으로 신탁법에 따라 신탁한 경우에도 수탁자는 주택임대차보호법 제3조 제2항에 의하여 임대인의 지위를 승계한다"라고 하였다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결)

2 유연대용신탁재산인 주택에 대해 임대차계약을 체결하는 경우

주택의 명의신탁자가 임대차계약을 체결한 후 명의수탁자가 명의신탁자로부터 주택을 임대할 권리를 포함하여 주택에 대한 처분권한을 중국적으로 이전받는 경우에 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 이상 명의수탁자는 주택임대차보호법 제3조 제2항의 규정에 의하여 임차인과의 관계에서 그 주택의 양수인으로서 임대인의 지위를 승계하였다고 보아야 한다."라고 판시(98다49753 판결). 이러한 취지에 비추어 보면, 유연대용신탁계약이 체결된 주택에 있어서도 신탁계약서의 내용에 따라 임대권한을 위탁자가 그대로 보유한다면, 위탁자가 임대인으로서 임대차계약을 체결한 경우에도 주택임대차보호법상 보호를 받을 수 있을 것으로 판단됨.

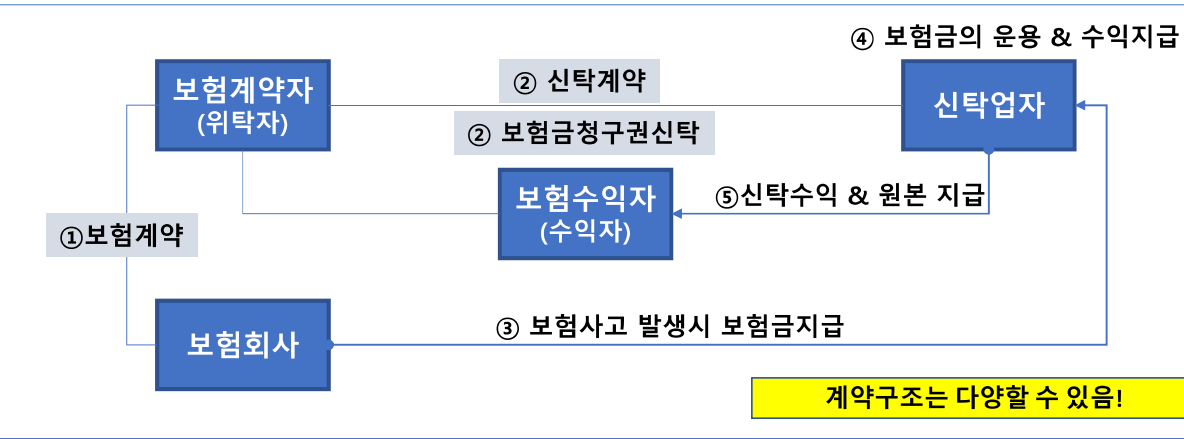
IV-3. 유언대용신탁과 가족의 Privacy 보호 → 등기법 개정

1 유언대용신탁의 신탁재산 배분 및 기타 특약 내용을 모든 사람이 열람할 수 있다????

부동산이 유언대용신탁의 신탁재산인 경우 신탁원부 열람을 통해서 잠정상속인이 상속인간의 신탁재산 분배 내역을 생전에도 확인할 수 있는 문제가 있다. 따라서 부동산등기법 제81조 제2항에 “신탁법 제59조에 의한 유언대용신탁과 제60조의 수익자연속신탁”을 포함시킴으로써 수익자 및 수익권 표기의 예외를 두도록 개정할 필요가 있다. 왜냐하면, 신탁된 사실 및 생전수익자에 대한 정보는 충분히 공시되고, 상속개시 후에는 사후수익자 명의로 소유권이 이전되므로 물권 변동에 대한 공시도 충분히 충족될 것인바, 굳이 사후수익자와 그 배분비율까지 공시하지 않더라도 물권의 존재 및 변동을 외부에서 인식할 수 있도록 공시되어야 한다는 부동산공시제도의 취지는 충분히 달성할 수 있을 것으로 판단되기 때문이다.

부동산등기법 제81조(신탁등기의 등기사항)
 ① 등기관이 신탁등기를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기록한 신탁원부(신탁원부)를 작성하고, 등기기록에는 제48조에서 규정한 사항 외에 그 신탁원부의 번호를 기록하여야 한다. <개정 2014.3.18>
 1. 위탁자(위탁자), 수탁자 및 수익자(수익자)의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지를 말한다)
 2~7. (중략) 8. 「신탁법」 제59조제1항에 따른 유언대용신탁인 경우에는 그 뜻
 9. 「신탁법」 제60조에 따른 수익자연속신탁인 경우에는 그 뜻
 10. 「신탁법」 제78조에 따른 수익증권발행신탁인 경우에는 그 뜻 11~16. (후략)
 ② 제1항제5호, 제6호, 제10호 및 제11호의 사항에 관하여 등기를 할 때에는 수익자의 성명 및 주소를 기재하지 아니할 수 있다.
 ③ 제1항의 신탁원부는 등기기록의 일부로 본다.

IV-4. 보험금청구권신탁: 보험계약 + 신탁계약(보험금청구권)



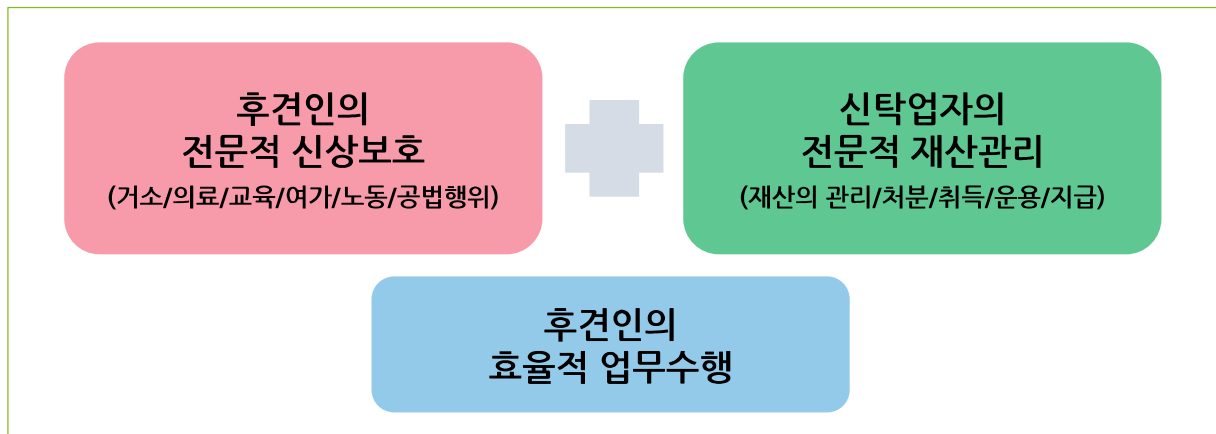
계약구조는 다양할 수 있음!

- ① 보험계약자가 보험회사와 생명보험계약을 체결하면서 본인을 피보험자로 하고 보험금을 수령하는 수익자를 법정상속인 또는 특정인으로 지정
- ② 위탁자가 보험계약에서 발생하는 보험금청구권에 대해 신탁회사와 신탁계약을 체결하면서 보험계약의 수익자를 신탁회사로 변경 (위탁자: 보험계약자 - 보험수익자: 신탁수익자)
- ③ 보험사고 발생시 보험회사는 신탁업자에게 생명보험금을 지급하고, 신탁업자는 신탁계약의 내용에 따라 신탁의 수익 및 원본을 신탁수익자에게 지급함(정기금교부 및 일시금교부)

최근 판매되고 있는 정기금 지급방식의 생명보험금에 비하여 다양한 특별부양의 Needs 충족 가능

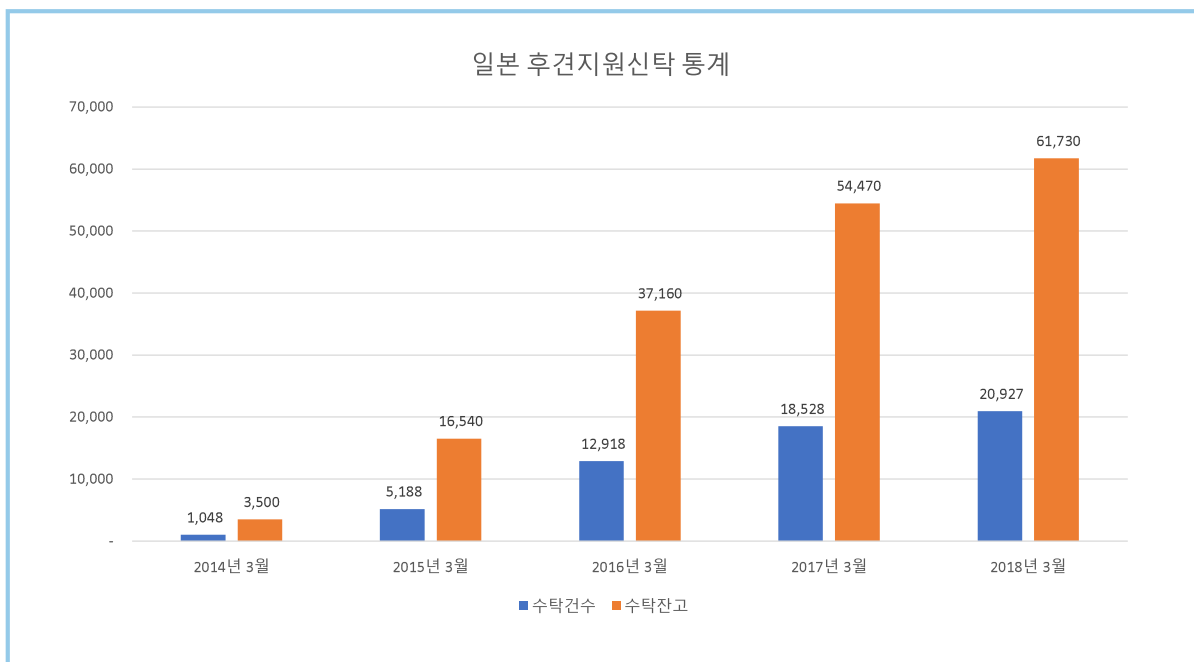
IV-5. 후견과 신탁의 관계: 상호보완관계 + 효율성 증대

전문후견인의 신상보호 전문성과 신탁업자의 재산관리전문성을 결합하여
 피후견인 본인을 위한 최상의 종합서비스(피후견인의 의사결정능력을 최대한
 지원하는 설계의 유연성 보장)를 제공함
 (후견인과 신탁업자의 상호 보완 및 견제 장치 작동으로 안정성 높임)



[참고]일본 후견지원신탁 통계(2018. 03. 기준)

가정법원의 적극적 지원으로 후견신탁 활성화 성공





최근 부동산담보신탁의 법적 쟁점 최수정

최근 부동산담보신탁의 법적 쟁점

서강대학교 법학전문대학원
최수정

1. 서
2. 신탁상 권리로서의 우선수익권
3. 분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환
4. 신탁재산의 처분
 - (1) 수탁자의 처분
 - (2) 위탁자의 처분
5. 결론

1. 서

- 부동산담보신탁의 이용 및 그 비중의 증가
→ 2018년도 6월말 현재 총 신탁수탁고 820.5조 원 중 부동산신탁이 233.2조 원, 부동산담보신탁이 151조 원.
- 부동산담보신탁 관련 분쟁의 증가에 따라 대법원판결도 양적으로 증가하고 그 법리도 중요성을 더해감.
- 최근 선고된 대법원판결을 통해 부동산담보신탁에서의 주요 법적 쟁점과 이에 관한 법리를 검토하고, 그에 상응하는 대안과 조치를 마련하는 것은 이론적으로나 실무적으로 의미가 있을 것.

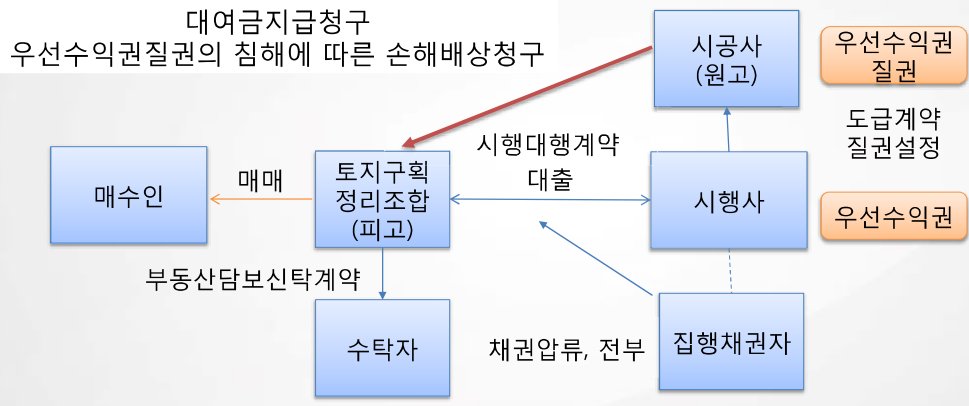
[출처 : 금융감독원]

구분		2015	2016	2017	2018.6 말
신탁	금전				
	신탁				
	불특정	14.8	15.6	16.2	16.2
	특정 (퇴직연금)	306.9	352.8	379.5	404.2
	소계	85.9	99.3	116.7	119.5
	소계	321.7	368.4	395.7	420.4
신탁 업 계	재산				
	신탁				
	금전채권	102.2	156.1	160.0	163.1
	부동산신탁 (토지신탁)	171.5	187.5	215.2	233.2
	(관리신탁)	38.3	47.1	56.0	60.1
	(처분신탁)	15.1	15.7	15.0	16.0
	(담보신탁)	7.6	7.3	6.2	6.1
	유가증권	110.5	117.4	138.0	151.0
소계	5.2	3.3	4.2	3.7	
	소계	278.9	347.0	379.4	400.0
기타	담보부사채등	0.6	0.1	0.1	0.1
총 신탁계		601.2	715.5	775.2	820.5

2. 신탁상 권리로서의 우선수익권

(1) 우선수익권의 성질

- 학설 : 담보물권 ≠ 신탁계약상의 권리
- 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결 :
 - 특별한 사정이 없는 한 우선수익권은 경제적으로 금전채권에 대한 담보로 기능할 뿐 금전채권과는 독립한 신탁계약상의 별개의 권리가 된다.
 - 따라서 우선수익권과 별도로 금전채권이 제3자에게 양도 또는 전부되더라도 그러한 사정만으로 우선수익권이 금전채권에 수반하여 제3자에게 이전되는 것은 아니고, 금전채권과 우선수익권의 귀속이 달라졌다는 이유만으로 우선수익권이 소멸하는 것도 아니다.



- 당사자 합의의 해석상, 위탁자가 대출원리금을 전액 상환하지 않을 경우 우선수익권에 대한 질권자인 원고가 대여금채권의 귀속 주체와 상관없이 우선수익권을 행사할 수 있는 것으로 약정하였다고 봄이 타당하다.

(2) 채권과 우선수익권의 분리에 따른 법률관계

- 의사해석 및 이익분석에 따른 평가

- 채권의 양도 또는 전부

(i) 우선수익권의 포기의 자유

(ii) 채권과 우선수익권의 분리귀속의 경제적 의미와 법률효과

(iii) 우선수익권의 소멸 또는 신탁의 종료

- 우선수익권만의 양도

- 채권질권

- 우선수익권질권

(i) 담보신탁상 우선수익권의 담보가치

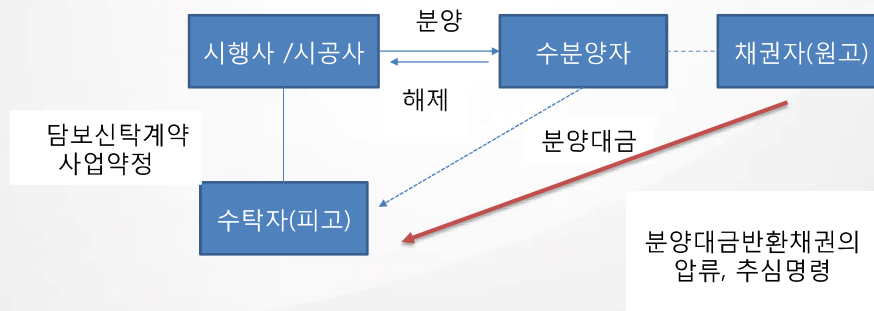
담보물로서 부동산담보신탁상 우선수익권의 특수성 : 무용하거나 질권설정자가 제3채무자에 대한 채권자의 지위를 유지하는 경우에만 효용

→ 채권 및 우선수익권에 대한 질권설정의 필요성

(ii) 우선수익권질권의 실행에 따른 문제점

3. 분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환

(1) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결



- 분양계약에 따라 피고의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 피고는 이 사건 사업약정에 따라 수분양자로부터 정당하게 분양대금을 수령한 것이다. 수분양자는 이 사건 사업약정의 당사자가 아니고, 또한 분양계약의 해제는 사업약정의 효력에 영향을 미치지 않는다.

- 이 사건 신탁계약 및 사업약정은 신탁사업에 드는 비용의 부담주체를 정한 것이거나 비용지출순서, 지출방법, 절차 등을 정한 것에 불과하며, 신탁계약 등의 당사자가 아닌 제3자로 하여금 수탁자인 피고에 대한 권리를 직접 취득하게 하는 것을 목적으로 한 규정이라고 해석할 수 없다.

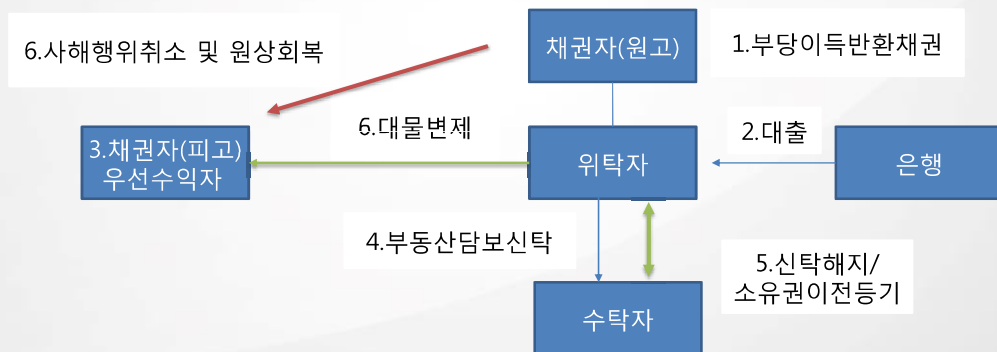
(2) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결

- 분양계약을 해제한 수분양자가 분양자에 대한 분양대금반환청구권의 보전을 위해 분양자와 담보신탁 및 대리사무약정을 체결한 수탁자를 상대로 분양자의 사업비지출요청권의 대위행사 가부

4. 신탁재산의 처분

(1) 위탁자의 처분 : 신탁재산처분행위의 사해성

• 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결



- 원심은 대물변제계약이 신탁계약에 따른 정산·환가의 일환에 해당함을 전제로 당해 부동산은 일반채권자들의 공동담보가 아니었으므로 피고에 대한 대물변제로 제공하였더라도 사해행위에 해당하지 않는다고 판단.
- 대법원은 신탁계약의 해지 및 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기, 대물변제를 위한 분양계약서의 당사자 및 이행도 채무자임을 근거로 원심을 파기.
- 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결
- 위탁자가 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 심화된 경우 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다.

(2) 수탁자의 처분

A. 부가가치세 납세의무자

- 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결
- 부가가치세법상 납세의무자에 해당하는지 여부는 원칙적으로 그 거래에서 발생한 이익이나 비용의 귀속이 아니라 재화 또는 용역의 공급이라는 거래행위를 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 부가가치세의 과세원인이 되는 재화의 공급으로서의 인도 또는 양도는 재화를 사용·소비할 수 있도록 소유권을 이전하는 행위를 전제로 하므로, 재화를 공급하는 자는 별도의 규정이 없는 한 계약상 또는 법률상의 원인에 의하여 그 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 이전하는 행위를 한 자를 의미한다고 보아야 한다.

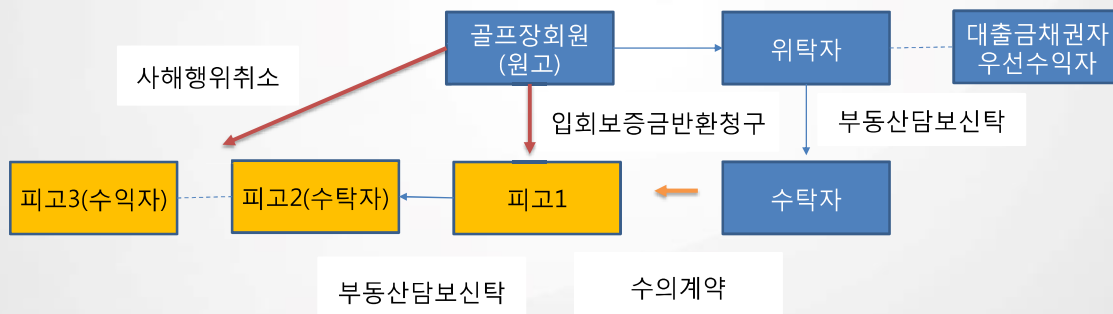
- 수탁자가 위탁자로부터 이전받은 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하는 경우 수탁자 자신이 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리한 것이므로, 부가가치세 납세의무자는 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 그 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자로 보아야 하고, 그 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용이 거래상대방과 직접적인 법률관계를 형성한 바 없는 위탁자나 수익자에게 최종적으로 귀속된다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다.

• 대법원 2017. 11. 14. 선고 2014두47099 판결

- 채무자인 위탁자가 기존 채무의 이행을 담보하기 위하여 수탁자에게 재산을 신탁하면서 채권자를 수익자로 지정하였더라도, 그러한 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 채권자에게 귀속되는 것이어서 위 지정으로 인하여 당초 수탁자에 대한 신탁재산의 이전과 구별되는 위탁자의 수익자에 대한 별도의 재화의 공급이 존재한다고 볼 수 없다.

B. 체육시설법상 채무의 승계 여부

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



체육시설법 제27조(체육시설업 등의 승계) ①체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.

②다음 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
3. 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류 재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차

③제12조에 따른 사업계획 승인의 승계에 관하여는 제1항과 제2항을 준용한다.

• [다수의견] 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 보아, 원심판결을 파기, 환송.

- 회원의 이익보호라고 하는 법률의 목적
※ 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌바197 결정
- 담보신탁의 기능상 저당권과 유사하고, 소유권을 이전하는 점에서 양도담보와 다르지 않으며, 신탁재산의 매각은 경매 등과 절차적으로 유사함
- 신탁재산의 처분은 예측가능한 공정한 절차로서 체육필수시설의 인수인에게 충분한 예측가능성이 있으므로 이익형량의 관점에서 타당함

- [반대의견] 예외규정의 해석이 명확하지 않은 때에는 일반원칙에 의하여야 하며, 신탁재산의 매각은 법규정에서 정한 절차와 상이하고, 거래안전의 보호 내지 관련 당사자 사이의 분쟁을 예방하고 다른 채권자들의 이익을 고려할 때 그리고 신탁재산과 절연된 위탁자의 부담을 제3취득자에게 전가하는 부당함을 초래하지 않기 위해서는 승계를 부정하여야.
- 위 전원합의체 판결은 종래 신탁의 개념과 효과에 관한 학설 및 판례 입장과 불일치
- 기능과 형식의 긴장관계 : 사적 계약관계에서 당사자의 합의는 일차적으로 존중되어야 하고, 부동산담보신탁도 신탁으로서 적절한 법제도의 활용형태인만큼 그 효력을 인정하고 신탁의 고유한 특질을 반영하는 해석이 요구됨.
- 신탁설정시에 수탁자는 회원에 대한 채무를 인수하지 않는데, 이러한 지위에 있는 수탁자로부터 신탁재산을 매수한 자 또한 채무를 승계하지 않는다고 해야.

5. 결론

- 최근 부동산담보신탁 관련 분쟁은 신탁수익권의 성질, 신탁재산의 범위 및 그 처분에 따른 법률효과까지 다양한 영역에서 발생한다. 판례가 부동산담보신탁의 개념 및 우선수익권의 성질을 분명히 한 것은 의미가 크지만, 그 이후의 법률관계에 관한 분석은 과제로 남아 있다. 그리고 이를 토대로 한 우선수익권의 담보가치 평가는 어디까지나 채권자의 몫이다.
- 위탁자의 채권자에 대해 위탁자의 신탁재산 처분이 그 책임재산의 감소를 가져오는 사해행위가 되는지는 위탁자가 가진 수익권에 대한 고려와 더불어 신탁의 해지 및 이로 인하여 회복된 재산의 처분이라고 하는 일련의 행위에 대한 평가가 요구된다.
- 부동산담보신탁에 있어서 수탁자에 의한 신탁의 처분에 하여 법원은 때로 그 법형식에 따라서 또 때로 그 기능에 비추어 서로 다른 법적 평가를 내리고 있다. 이는 예견가능성의 관점에서뿐만 아니라, 특히 신탁의 개념 및 도산격리효, 당사자들의 이익형량의 관점에서 중대한 문제를 야기한다. 당사자의 합의에 따른 신탁제도의 활용에 효력을 인정하고, 그에 따른 만약의 부작용은 신탁법 및 일반법이 정한 제도를 통해 교정하는 것이 바람직하다.



수탁자와 신탁재산의 관계정립

안성포

수탁자와 신탁재산의 관계정립

- 판례의 동향을 중심으로 -

(사) 한국신탁학회 창립 학술대회

2018. 11. 30.

전남대학교 법학전문대학원 교수 안 성 포

내용

- ✓ 서론
- ✓ 신탁법상 신탁의 기본구조
- ✓ 재산이전의 법적 의미
- ✓ 수탁자의 신탁사무 처리 효과
- ✓ 신탁재산의 독립성(1)~(4)
- ✓ 신탁재산에 대한 수탁자의 권한(1)~(3)
- ✓ 신탁 법률관계의 재구성(1)~(6)
- ✓ 결론

The number of purposes for which trusts can be created is as unlimited as the imagination of the lawyers.

– Austin W. Scott –

신탁법상 신탁의 기본구조

❖ 제2조(신탁의 정의)

- "신탁"이란 ……신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 ……신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계이다.

❖ 제31조(수탁자의 권한)

- 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다. 다만, 신탁행위로 이를 제한할 수 있다.

❖ 신탁의 특징

- 신임관계(fiduciary relationship)에 기하여
- 위탁자가 수탁자에게 재산을 이전함
- 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산을 관리·처분함

재산 이전의 법적 의미

❖ 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 임대차보증금반환

- 임대차의 목적이 된 주택을 담보목적으로 신탁법에 따라 신탁한 경우에도 수탁자는 주택 임대차보호법 제3조 제2항에 의하여 임대인의 지위를 승계한다고 한 사례.
- 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 **대내외적으로 소유권**이 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 **관리권**을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁 재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.

❖ 신탁의 효력

- 수탁자 앞으로 신탁재산의 명의를 이전함
- 재산에 대한 위탁자의 **소유권**이 수탁자에게 이전하면서 수탁자는 **관리권**으로 갖게 됨
- 수탁자는 제3자에 대한 관계에서 신탁재산에 대한 완전한 소유권을 행사할 수 있음(신탁계약상의 특약이 있어도)

수탁자의 신탁사무 처리 효과

❖ 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체판결

- 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자가 부가가치세 납세의무자인지 여부(적극)
- 수탁자가 위탁자로부터 이전받은 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하는 경우, 수탁자 자신이 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리한 것이므로, 이때의 부가가치세 납세의무자는 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자로 보아야 한다.

❖ 소결

- 수탁자는 신탁재산의 명의자이고, 신탁재산에 대한 권리의무의 귀속주체임
- 수탁자는 「자기의 명의, 자기의 계산」으로 신탁사무를 처리함
- 수탁자의 행위의 효과는 신탁재산에 귀속되고 직접 수익자에게 미치는 것이 아님
- 수탁자의 권한은 신탁재산에 대한 **물적 관리권, 배타적 관리권**의 성질을 갖게 됨

신탁재산의 독립성(1)

❖ 의의

- 신탁설정과정에서 신탁재산의 명의가 수탁자 앞으로 되어 있기는 하지만 수탁자의 고유재산이 되는 것이 아님
- 타인을 위한 재산관리제도라는 신탁의 본질상 위탁자나 수탁자의 고유재산과는 별개의 재산으로 취급하게 되는 신탁재산의 특성을 「**신탁재산의 독립성**」이라 함
- 신탁재산의 독립성의 보장여하에 따라 수탁자는 위탁자의 간섭에서 벗어날 수 있고, 수탁자 자신의 고유재산과의 관계를 고려하지 않고 신탁 그 자체의 사업수행에 온전히 집중할 수 있음

❖ 신탁법의 규율체계

- 신탁법은 신탁재산의 독립성을 제도적으로 보장하기 위하여 법 제22조 이하에 규정하고 있고, 이와 별도로 신탁재산의 독립성을 제3자에게도 대항할 수 있도록 공시제도(법 제4조)를 규정하고 있음

신탁재산의 독립성(2)

❖ 효능

➤ 재산 분리(asset partitioning)기능

- 신탁재산을 위탁자의 지배로부터 이탈하게 하는 수탁자 앞으로의 명의이전은 회사설립에서와 같은 재산분리기능을 실현할 수 있게 되며, 수탁자는 위탁자로부터 독립하여 재량을 발휘함으로써 수익자의 최선의 이익을 위하여 신탁재산을 관리하게 됨

➤ 도산 절연(bankruptcy remoteness)기능

- 신탁재산을 위탁자의 채권자나 수탁자의 고유재산과 분리하여 취급할 것을 요구함으로써 위탁자나 수탁자의 경제적 사정의 변화에 영향을 받지않고 신탁이 지속되고 수익권이 보장될 수 있음
- 이를 통해 신탁은 위탁자나 수탁자에 대한 도산절차 개시로 인한 위험으로부터 벗어날 수 있는데, 이것을 신탁의 도산절연기능이라고 함

신탁재산의 독립성(3)

❖ 신탁재산의 독립성과 수탁자의 소유권

➤ 민법상 소유권개념

- 소유권은 물건을 전면적·독점적으로 지배할 수 있는 권리로 설명하고 있고, 소유권의 성질 중 전면성은 물권이 갖는 사용가치와 교환가치를 전면적으로 지배할 수 있는 권리를 의미함
- 소유권의 혼일성은 소유권의 각 권능, 즉 사용권능, 수익권능, 처분권능이 각각 독립한 권리로서 소유권이란 이름하에 결합되어 있는 여러 가지 권리의 집합이 아니라 하나의 소유권에서부터 이러한 각각의 권능이 유출되는 성질을 의미하는데, 소유권과 제한물권이 동일인에게 귀속하면 소유권의 혼일성으로 인하여 제한물권은 혼동에 의하여 소멸하게 됨

신탁재산의 독립성(4)

❖ 문제의 제기

- 전면적이고 배타적인 소유권이 신탁설정으로 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전되었는데 왜 신탁재산의 독립성을 논하는가?
 - 재산에 대한 위탁자의 완전한 소유권이 수탁자에게 이전되었는데 왜 수탁자는 관리권을 갖게 되는 것이라고 하는가? 그렇다면 신탁은 소유권의 이전인가? 관리권의 이전인가?
 - 수탁자는 신탁재산의 소유자인가? 관리자인가? 아니면 소유자지만 관리자로 의를하는 것인가?
- 신탁법 제31조에 의하면 수탁자는 신탁재산에 대한 권리의무의 주체인데, 이 규정은 수탁자가 신탁재산의 소유자임을 전제로 하는 규정인가?
 - 소유자가 본인 재산에 대한 법률행위를 하게 되면 소유자(본인)에게 권리의무가 귀속되는 것은 너무도 당연한 것인데, 뭐 할라고 신탁법은 제31조를 규정하고 있는 것일까?
 - 신탁재산에 대한 수탁자의 소유권을 이야기 하면서 신탁이 타인(수익자)을 위한 재산관리제도라고 하는 그 자체가 논리적으로 모순이 아닌가?
 - 수탁자는 신탁재산의 소유자이기도 하고 신탁재산의 명의자이기도 한데, 그렇다면 소유자와 명의자는 동일한 법적 개념인가?

신탁재산에 관한 수탁자의 권한[1]

❖ 신임관계에 의한 제한

- 수탁자는 자신의 이해관계 증진을 위하여 신탁재산을 소유하는 것이 아니라 수익자의 이익을 위하여 이를 소유하는 것이므로, 수탁자의 소유권은 신임관계에 의하여 제한을 받게 됨
- 수탁자는 신임관계에서 발생하는 충실의무를 준수하여야 하므로 신탁재산으로부터 이득을 취할 수 없고(**no profit rule**, 법 제36조), 수익자의 이익과 저촉되는 방식으로 소유권을 행사할 수 없음(**no conflict rule**, 법 제34조)

❖ 신탁목적에 의한 제한

- 수탁자는 신탁의 목적을 달성하기 위하여 신탁재산의 처분을 할 수 있으나 그 처분이 신탁의 목적에 위반되는 경우에는 수익자는 해당 처분을 취소할 수 있음(수익자취소권, 법 75조)

신탁재산에 관한 수탁자의 권한[2]

❖ 신탁재산의 독립성에 의한 제한

- 수탁자 명의로 되어 있는 신탁재산에 대하여 ㉠수탁자의 고유채권자는 이를 책임재산으로 할 수 없고(법 제22조 제1항), ㉡수탁자 파산 시 수탁자의 파산재단을 구성하지 않고, 수탁자에게 개인회생절차가 개시된 경우 개인회생재단을 구성하지도 않으며(법 제24조), ㉢수탁자 사망 시 수탁자의 상속재단에 속하지 않으며 수탁자 이혼 시 재산분할의 대상이 되지 않음(법 제23조)
- 이러한 신탁재산의 독립성은 수탁자가 신탁재산에 관하여 교환가치를 전면적으로 지배하지 못함을 보여주는 것임

❖ 혼동의 법리의 배제

- 수탁자가 저당권 등 제한물권을 가지는 부동산에 관하여 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 경료하는 경우에 혼동의 법리가 배제되어 수탁자의 제한물권은 소멸하지 않음(법 제26조)
- 수탁자가 가지는 소유권의 혼일성이 약화된 것임

신탁재산에 관한 수탁자의 권한[3]

❖ 소결

- 신탁재산에 관한 수탁자의 권한에는 소유권이 가지는 특징이 상당히 약화되어 있는데, 그렇다면 과연 수탁자의 소유권을 어떻게 해석하여야 할 것인가?
- 민법 제211조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 권리가 있다”고 규정하고 있는데, 이것은 소유권의 내용인 권능(power) 중에서 대표적인 것으로 사용·수익·처분을 밝힌 것이고, 다른 한편으로는 소유권이 법률에 의하여 제한될 수 있다는 것을 선언한 것임
- 수탁자가 신탁재산에 대한 소유권을 가진다고 하는 것은 신탁재산의 관리와 관련하여 위탁자를 배제할 수 있는 독립적 관리권의 측면에서 인정되는 것이기 때문에, 수탁자의 소유권은 수익자의 수익권과 신탁관계에서 발생하는 신임의무에 의하여 내재적으로 제한을 받는 소유권으로 보는 것이 일반적임
- 그럼에도 불구하고, 소유자가 본인 재산에 대한 법률행위를 하게 되면 소유자(본인)에게 권리와 의무가 귀속되는 것은 너무도 당연한 것인데, 뭐 할라고 신탁법은 제31조를 규정하고 있는 것일까? 라는 의문은 아직 남아 있음

신탁 법률관계의 재구성[1]

❖ 부동산신탁의 경우 신탁재산의 공시

- 신탁을 등기원인으로 수탁자 명의로 소유권이전등기를 하게 되면 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있음(신탁법 제4조 제1항)
- 부동산을 신탁등기할 때 등기관은 신탁원부를 작성하여야 하고, 신탁원부는 등기기록을 이루게 되므로 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재된 경우 이를 제3자에게 대항할 수 있음
- 부동산신탁의 경우 신탁을 등기원인으로 하는 소유권이전등기는 신탁의 성립요건이 아니므로, 신탁등기로 인하여 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산의 소유권이 이전되는 것이 아니고, 즉 물권의 변동(매매, 상속 등을 원인으로 하는)이 일어나는 것이 아님
- 신탁등기 이후에도 부동산의 등기부(갑구)상 소유자는 여전히 위탁자이고(신탁등기에 앞선 선순위번호를 주말하지 않음), 위탁자의 소유인 부동산이 신탁등기를 통해서 신탁재산으로 공시되었으므로, 위탁자의 부동산에 대한 소유권이 그 부동산의 신탁설정으로 인하여 제한을 받게 되는 것으로 해석할 수 있음(민법 제211조 참조)
- 위와 같은 주장은 “부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전된다”는 명제를 부정하는 것임

신탁 법률관계의 재구성[2]

❖ 담보신탁에서 위탁자가 도산하는 경우

- ▶ 담보신탁이 설정된 후 위탁자에게 회생절차가 개시되더라도 수익자는 회생절차와는 무관하게 자신의 수익권을 행사할 수 있게 되는 이른바 도산격리기능을 인정할 것인가? 아니면 도산격리기능을 부인할 것인가?
- 판례와 통설은 담보신탁의 수익자인 채권자는 채무자회생법이 규정하는 회생담보권자(법 제141조 제1항, 제250조 제2항 2호)에 해당되지 않는다고 하여 담보신탁의 도산격리기능을 인정하고 있음
- 위탁자가 자익신탁을 설정하여 수익권을 취득한 후 그 수익권을 담보목적으로 양도한 경우에는, 위탁자(채무자)가 담보를 제공한 것이 되므로 그 수익권은 회생담보권에 해당하여 회생절차의 제약을 받게 되므로 이런 경우는 도산격리기능을 부인한 것이라고 할 수 있음

신탁 법률관계의 재구성[3]

▶ 도산격리기능의 인정 근거

- 도산격리기능이라는 신탁의 특권적 이익은 걸맞는 내실을 갖춘 신탁에 대해서만 인정되어야 함
- 위탁자가 신탁재산에 대하여 여전히 이해관계를 가지고 있을 때에는 도산격리기능을 무제한적으로 인정할 수 없음
- 담보신탁의 경우 피담보채무가 변제되면 신탁재산은 위탁자에게 복귀하고, 신탁재산이 위탁자의 재산으로부터 분리되는 것은 잠정적인 것에 불과하므로 피담보채무의 변제를 해제조건으로 하는 것이라고 할 수 있음
- 피담보채무가 변제되지 아니하여 수탁자가 신탁재산을 처분하여 피담보채무의 변제에 충당한다고 하는 경우에도 위탁자는 그로 인하여 피담보채무의 소멸이라는 이익을 얻는 것이므로 위탁자는 신탁재산에 대하여 여전히 이해관계를 가진다고 할 수 있음

신탁 법률관계의 재구성(4)

➤ 소결

- 신탁재산이 일단 위탁자의 재산으로부터 분리되었다는 이유 내지 수탁자에게 소유권이 이전되었다는 형식을 중시하여 완전한 도산격리기능을 인정하는 것은 합리적이지 않음
- 위탁자 자신이 신탁재산으로부터 실질적으로 이익을 향수하고 있는 경우에 신탁재산은 여전히 위탁자의 지배영역 내에 머물러 있다고 보아야 하므로 이러한 신탁에 도산격리기능을 인정할 수는 없다고 봄

❖ 비용보상청구권과 수익권의 포기

➤ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다25616 판결

- 자익신탁의 경우, 위탁자 겸 수익자가 수익권 포기를 통해 이미 발생한 비용상환의무를 면할 수 있는지 여부(소극)

신탁 법률관계의 재구성(5)

- 구 신탁법 제51조 제3항이 수익권의 포기를 인정하는 취지는, 수익자는 구 신탁법 제42조 제2항에 따라 비용상환의무를 지게 되므로 수익자가 자기의 의사에 반하여 수익권을 취득할 것을 강제당하지 않도록 하기 위한 데에 있다. 따라서 신탁계약상 위탁자가 스스로 수익자가 되는 이른바 자익신탁의 경우, 위탁자 겸 수익자는 스스로 신탁관계를 형성하고 신탁설정 단계에서 스스로를 수익자로 지정함으로써 그로부터 이익을 수취하려는 자이므로, 신탁의 결과 발생하는 이익뿐만 아니라 손실도 부담하도록 해야 하고, 수익권 포기를 통해 비용상환의무를 면하도록 할 필요가 없다. 그러므로 자익신탁에서 위탁자 겸 수익자는 수익권을 포기하더라도 이미 발생한 비용상환의무를 면할 수 없다.

신탁 법률관계의 재구성[6]

➤ 소결

- 자익신탁인 토지신탁의 경우, 위탁자는 토지개발 후의 임대나 분양 등을 통한 수익의 창출을 목적으로 하는데 이러한 이윤추구행위는 위험을 수반하는 것이고, 위험이 현실화된 경우 수익자가 이를 부담하는 것은 정당함
- 수익자가 임의로 수익권을 포기함으로써 해서 그 비용을 수탁자에게 전가하려 하는 것은 타당하다고 할 수 없음
- 신의칙 내지 금반언으로 임의적인 수익권 포기 여부를 판단하는 원심보다는 자익신탁과 타익신탁을 구분하여 사안을 판단한 대법원의 판단은 보다 합리적인 것이며, 자익신탁의 경우에 수익권포기를 제한하고 있는 일본 신탁법 제99조 제1항 단서규정은 다양한 신탁관계에서 발생할 수 있는 법적 불안정성 내지 불명확성을 해소할 수 있는 구체적인 해결책이라고 생각함

결론

❖ 신탁이란 위탁자가 신탁관계에 기하여 수탁자의 인격을 차용하여 신탁재산에 대한 권리와 의무를 수탁자 명의로 귀속시키는 법률관계

➤ 신탁재산에 대한 소유권의 개념은 유동적인 것임

- 수탁자의 신탁재산에 대한 소유권은 신탁 목적에 따라 신탁법과 신탁행위 또는 신탁계약으로 제한할 수 있는 것임

➤ 신탁재산의 관리를 위하여 위탁자가 수탁자의 인격을 차용하는 것임

- 수탁자는 신탁재산에 대한 관리의무의 귀속주체가 되므로 그 권한을 자기의 명의로 행사하는 것임

Thank You

감사합니다

Danke Schön

