

2019년 (사)한국신탁학회 추계학술대회

부동산신탁의 현황과 과제

| 일시 2019년 11월 29일(금) 11:00 ~ 18:00

| 장소 금융투자협회 볼스홀

| 주최 (사) 한국신탁학회

| 후원 금융투자협회

2019년 (사)한국신탁학회 추계학술대회

부동산신탁의 현황과 과제

- (일시) 2019년 11월 29일(금) 11:00 ~ 18:00
- (장소) 금융투자협회 불스홀
- (주최) (사) 한국신탁학회
- (후원) 금융투자협회

전체사회 : 곽관훈 (사)한국신탁학회 총무이사

- 등 록 : 11:00~11:25
- 개회식 : 11:25~11:30
- 개회사 : 권중호 (사)한국신탁학회 회장

- 주제 발표

1 세 셴	내 용	사 회	토론	
			토론자1	토론자2
기조발제 11:30~12:00	부동산 시장의 현황과 전망 이현석 교수 (한국부동산분석학회 회장)			
제1주제 12:00~12:50	부동산신탁관계에서 위탁자의 채권자의 권리 김지훈 변호사 (광장)	박기웅 변호사 (에이팩스)	최성엽 변호사 (한국투자부동 산신탁)	이상훈 교수 (경북대)
12:50~13:20 - Coffee Break -				
제2주제 13:20~14:10	신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세 과세제도 개선방안 박훈 교수 (서울시립대)	김병일 교수 (강남대)	안성포 교수 (전남대)	강남규 변호사 (가온)
제3주제 14:10~15:00	부동산신탁회사의 부동산 개발 관련 금융기능 강화 경향 최용호 변호사 (김앤장 법률사무소)	한민 교수 (이화여대)	이성수 변호사 (한국토지신탁)	김중서 박사 (하나자산신탁)
2 세 셴	내 용	사 회	토론	
			토론자1	토론자2
제4주제 15:30~16:20	수탁자의 공평의무 -부동산담보신탁을 중심으로- 최수정 교수 (서강대)	김용길 교수 (원광대)	김성욱 교수 (제주대)	김상훈 변호사 (바른)
제5주제 16:20~17:10	유한책임신탁과 책임한정특약의 관계 재정립 허준석 변호사 (법률사무소 제이에스)	김병연 교수 (건국대)	김태진 교수 (고려대)	신영수 변호사 (울촌)
17:10~18:00	폐 회			

- (만찬) 18:00 ~ 20:00

목차

01	기초발제 부동산 시장의 현황과 전망	이현석 교수
33	제1주제 부동산신탁관계에서 위탁자의 채권자의 권리	김지훈 변호사
65	제2주제 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세 과세제도 개선방안	박훈 교수
83	제3주제 부동산신탁회사의 부동산 개발 관련 금융기능 강화 경향	최용호 변호사
109	제4주제 수탁자의 공평의무 부동산담보신탁을 중심으로	최수정 교수
139	제5주제 유한책임신탁과 책임한정특약의 관계 재정립	허준석 변호사

기조발제
부동산 시장의
현황과 전망

이현석 교수

부동산시장의 현황과 전망

건국대학교 부동산학과
교수 이현석

2019.11.29.

KU 건국대학교
KONKUK UNIV.

Table of Contents

I. 부동산시장 환경

1. 인구가구변화
2. 공간구조변화

II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황
2. 토지시장 현황
3. 상업용 부동산시장 현황
4. 부동산금융시장 현황

III. 부동산시장 변화전망

1. 주택시장 전망
2. 질적 전환
3. 용도 전환
4. 기술 발달
5. 고밀화 및 복합화
6. 도심선호 강화

IV. 문제점과 개선방향

1. 문제점
2. 개선방안
3. 향후 방향

I. 부동산시장 환경

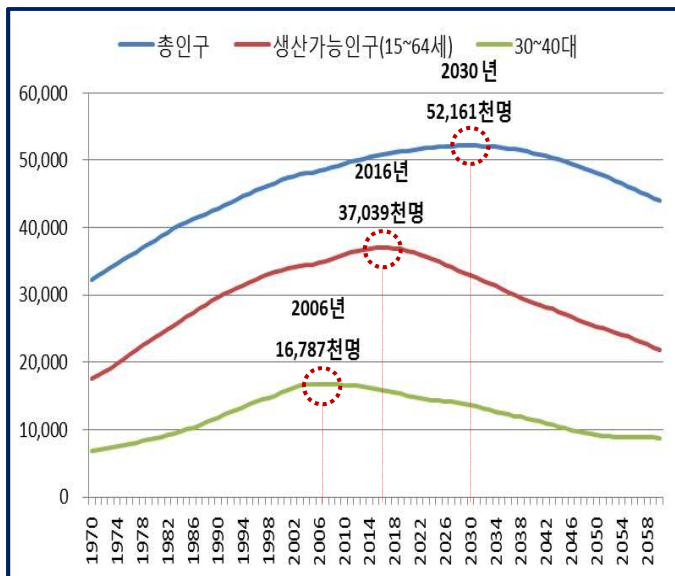
1. 인구가구변화
2. 공간구조변화

I. 부동산시장 환경

1. 인구가구변화

❖ 국내 생산가능인구 변화에 따른 부동산 시장의 영향(저성장 기조)

<생산가능 인구 추이>



생산가능 인구는 2016년 정점으로 하락

주택의 신규수요를 견인한 30~40대 인구가 2006년 정점으로 감소

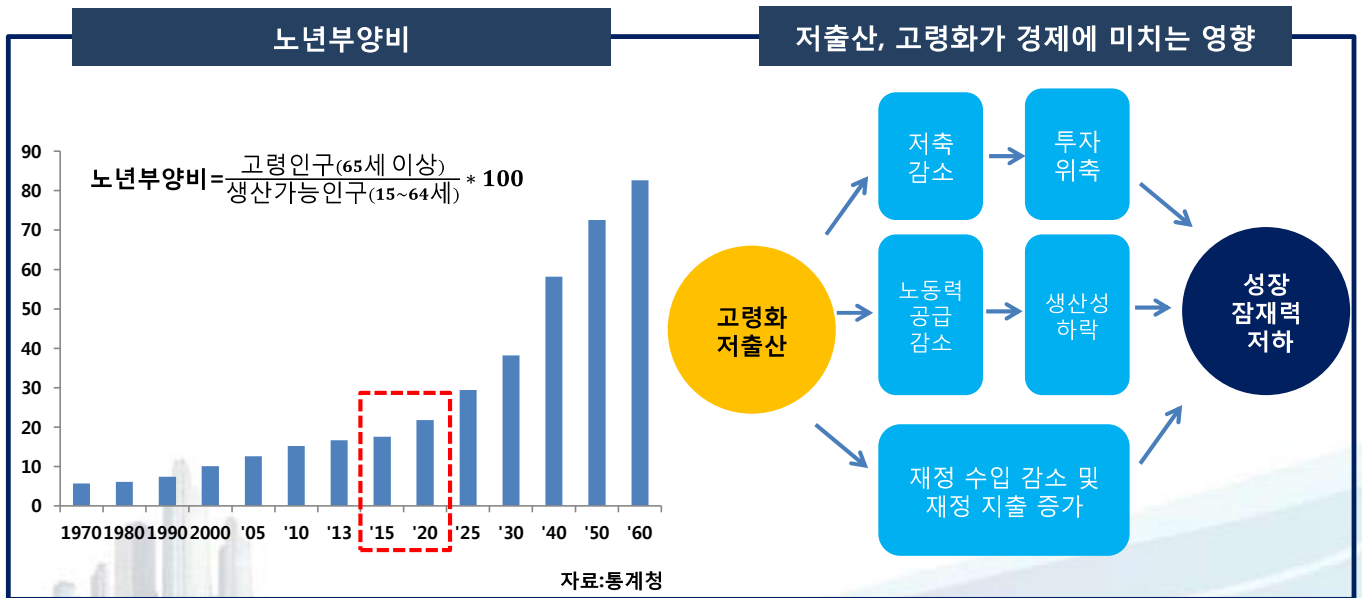
주택가격 하락

일본식 자산 디플레에 대한 우려

I. 부동산시장 환경

1. 인구가구변화

- ❖ 저출산 현상 및 사망률 감소로 **생산가능인구 감소 및 고령화 진행**
- ❖ 잠재적 경제 성장을 하락으로 국가 경쟁력 위축우려



I. 부동산시장 환경

1. 인구가구변화

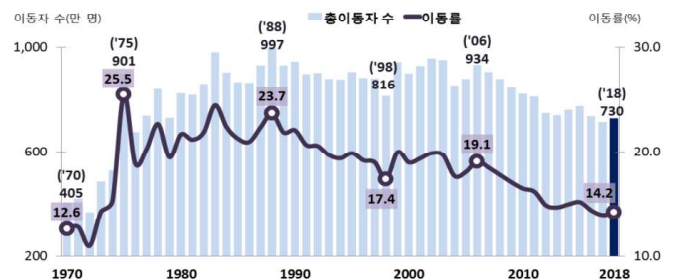
- ❖ 소득과 생활이 안정화 될수록 **주거이동의 변화의 폭은 감소**
 - 소득증가, 생활이 안정될 수록 주거이동률 감소
 - 고령화로 인한 인구이동감소

<국가별 인구 총 이동률>

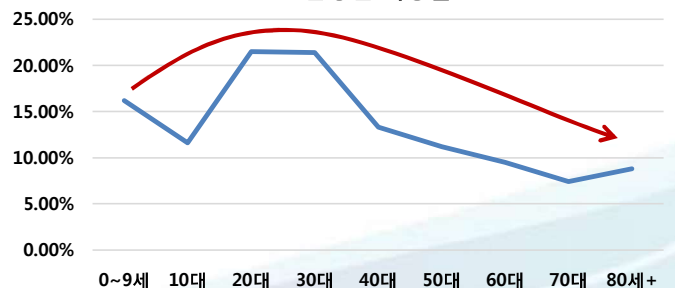
	한국	미국	일본
2005	18.1	13.2	4.4
2006	19.1	13.3	4.4
2007	18.5	12.8	4.4
2008	17.8	11.5	4.3
2009	17.1	12.1	4.2
2010	16.5	12.2	4.0
2011	16.2	11.3	4.0
2012	14.9	11.6	4.0
2013	14.7	11.4	4.0
2014	15.0	11.2	3.9
2015	15.2	11.1	4.0
2016	14.4	10.7	3.9
2017	14.0	10.6	3.9
2018	14.2	9.8	-

자료: 통계청

<총이동자 수 및 이동률 추이, 1970~2018>



<2018년 연령별 이동률>



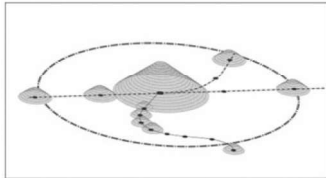
자료: 통계청

I. 부동산시장 환경

2. 공간구조변화

- ❖ 저출산·고령화 사회에 대응하여 광역적인 서비스기능을 담당하는 상업·행정·의료·문화 등의 기능을 집약하는 집약형 도시구조로 진행

(1) 과거의 시가지

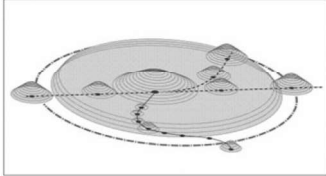


고밀도의 중심지와 저밀도 교외지역

확장기조

시가지화

(2) 현재의 시가지



전면적인 시가지화 진행과정

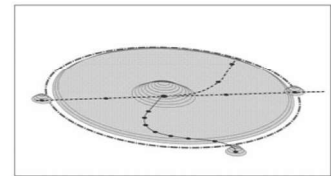
(4) 예상되는 도시구조



수평적 위축, 수직적 고밀화

컴팩트한 거점시가지지를 연결하는 도시구조

(3) 저밀도 시가지 확산결과



저밀도로 확산된 시가지

인구감소

내부 위축

자료 : 都市計劃部會都市交通 市街地整備 小委員會.2006

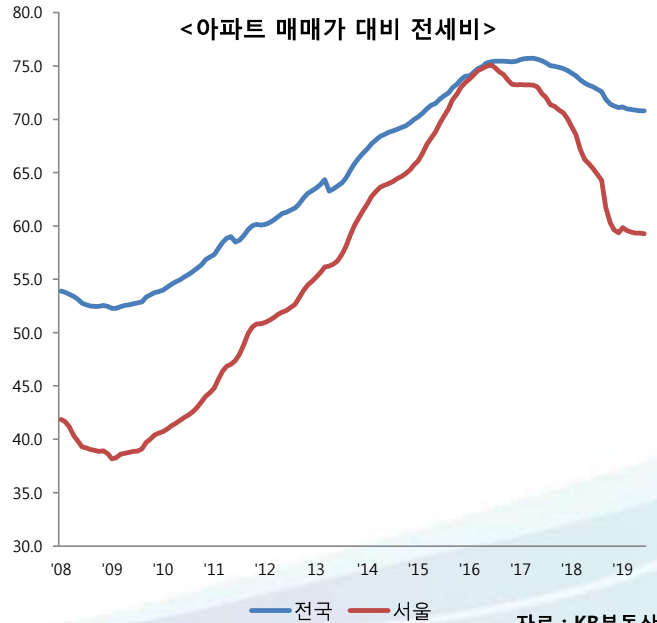
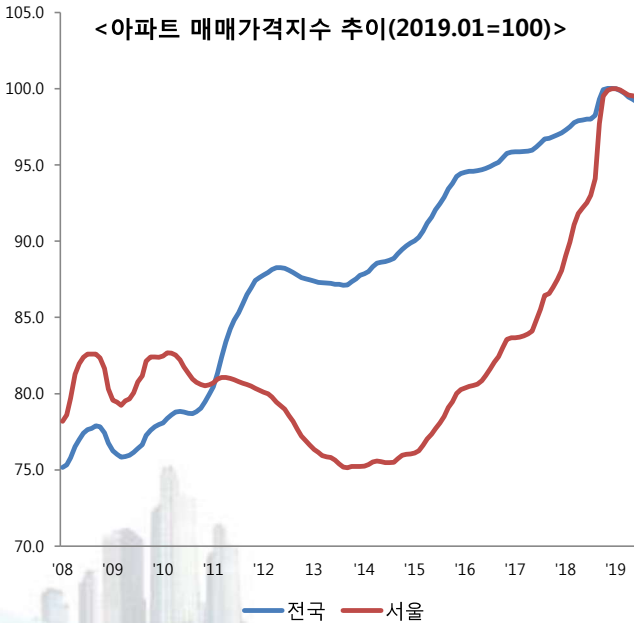
II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황
2. 토지시장 현황
3. 상업용 부동산 현황
4. 부동산금융 현황

II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 매매가격 지역별 차별화 심화, 전세가격은 안정



자료 : KB부동산

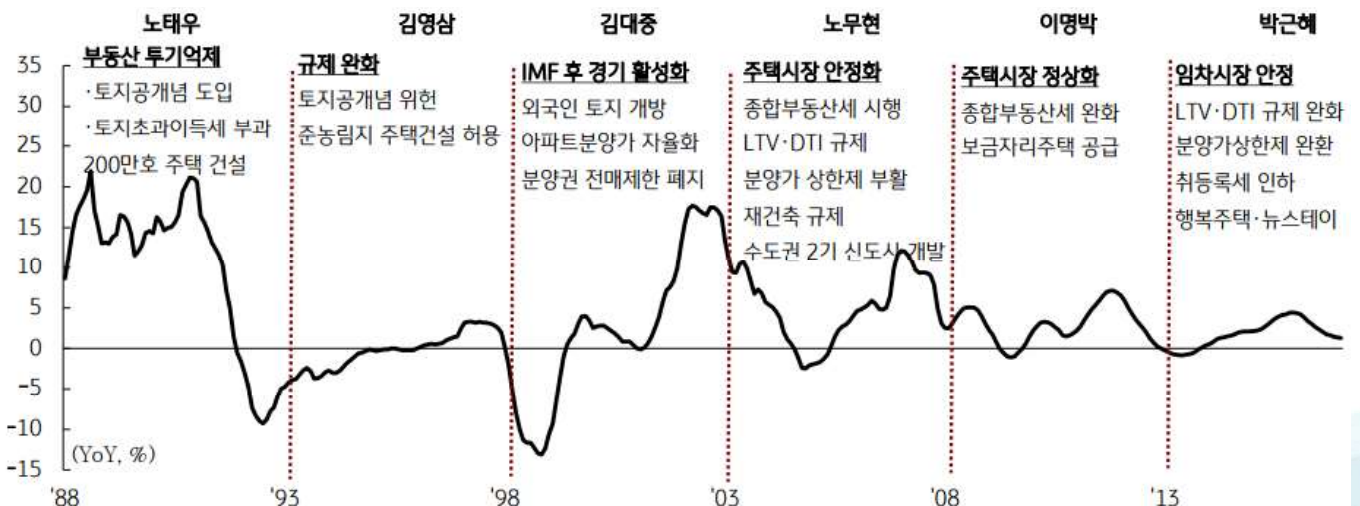
II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 부동산 정책

- 정부의 부동산 정책은 주택시장의 가격을 통제하는 수단 및 실물경제 부양을 위한 용도로 사용

<과거 정부의 부동산 대책과 주택가격 추이>



자료 : KB국민은행, KB경영연구소

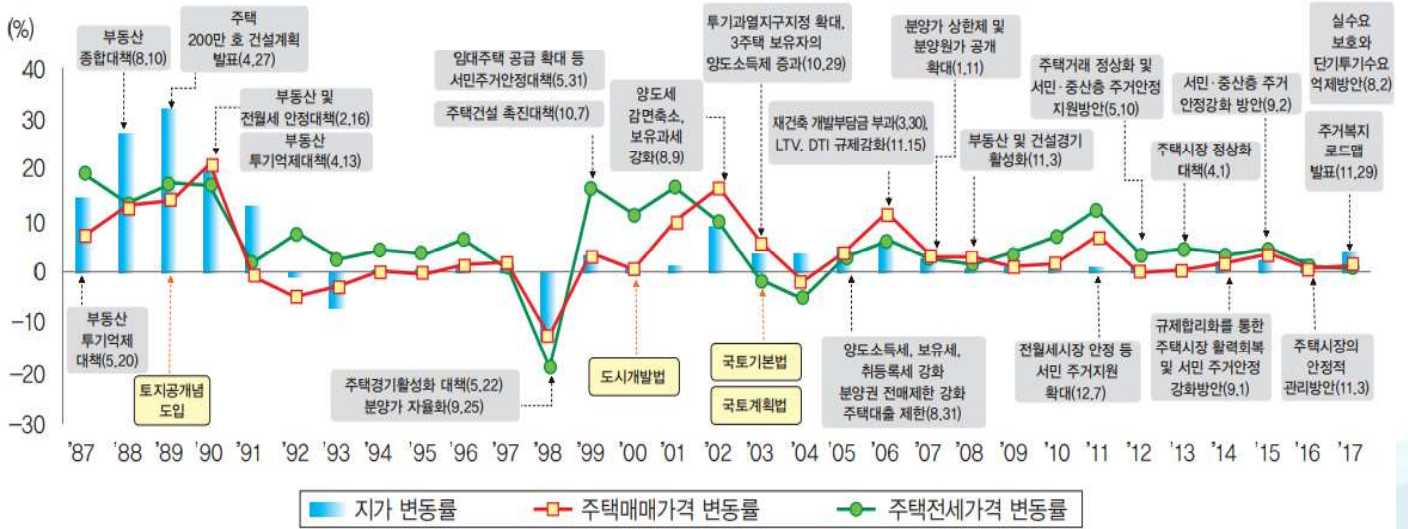
자료 : 한국감정원, NH투자증권리서치센터

II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 최근 10년 부동산 정책

<주요 정책과 주택가격 변동률>



자료 : 국토연구원, 국토정책 Brief 684호 [지표로 본 지난 40년간 부동산정책의 성과와 과제]

KU 한국대학교 KOREAN UNIV.

II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 문재인 정부 부동산 정책

- 정부는 가격 상승으로 인한 시장교란을 막기 위해 투기수요차단을 목적으로 정책 수립
- 기존 수요 규제 뿐만 아니라 신도시 공급확대를 포함한 정책 운영

<현 정부의 부동산 대책과 주택가격 추이>



자료 : KB국민은행, KB경영연구소

KU 한국대학교 KOREAN UNIV.

II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 주택거래량 3년 연속 감소

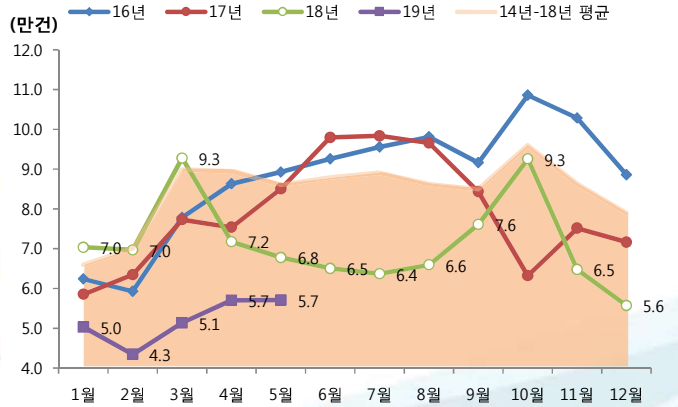
- 2015년 최대 거래량을 기록한 이후 매년 10% 내외의 감소세
- 서울 비롯한 수도권은 매물 부족, 비수도권은 경기위축으로 인한 거래감소

<연도별 주택매매거래량>



자료 : 국토교통부

<월별 전국 주택매매거래량>



자료 : 국토교통부

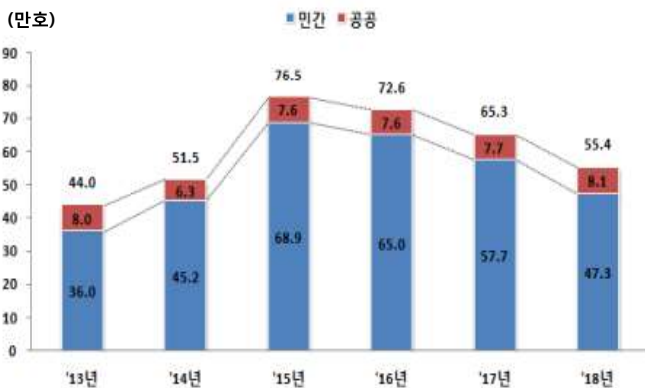
II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 2015년 이후 주택인허가실적 감소

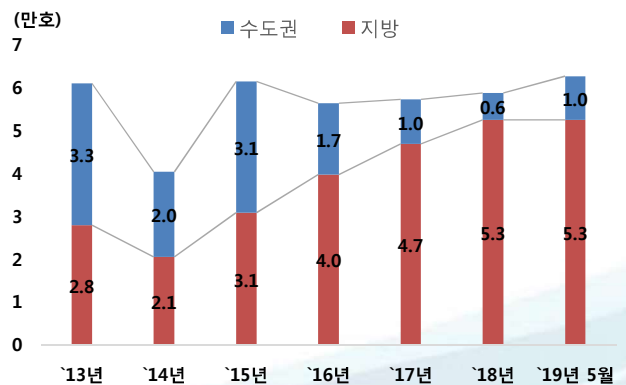
- 18년 연간 인허가는 15~17년 인허가 증가에 따른 기저효과로 전년 및 최근 5년 평균대비 감소
- 다만, 공공은 17년 대비 5.8% 증가, 최근 5년 평균 대비 9.0% 증가
- 미분양 물량은 지방을 중심으로 증가

<주체별 주택 인허가 실적 추이>



자료 : 국토교통부

<전국 미분양 주택 현황>



자료 : 국토교통부

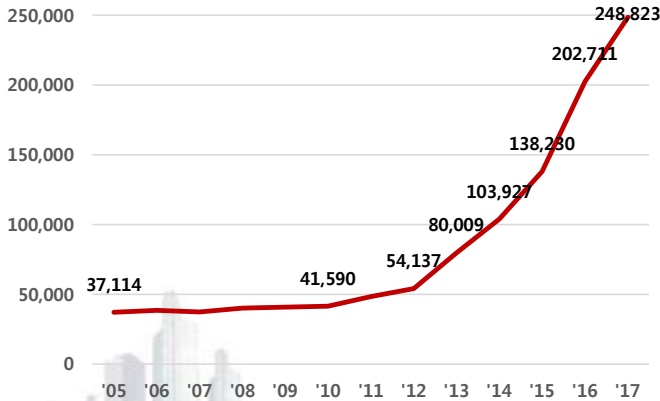
II. 국내 부동산시장 현황

1. 주택시장 현황

❖ 임대주택 현황

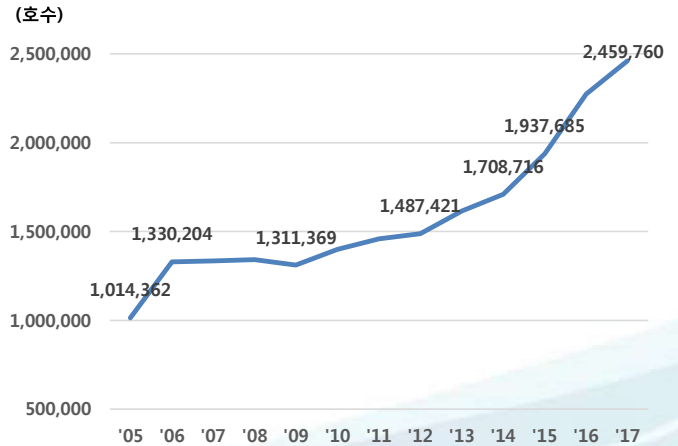
- 등록된 주택임대사업자는 약 25만명, 임대호수는 190.3만호(2017년 기준)로 지속적인 상승세

<연도별 임대주택사업자수>



자료 : 통계청

<연도별 임대호수>



자료 : 통계청

II. 국내 부동산시장 현황

2. 토지시장 현황

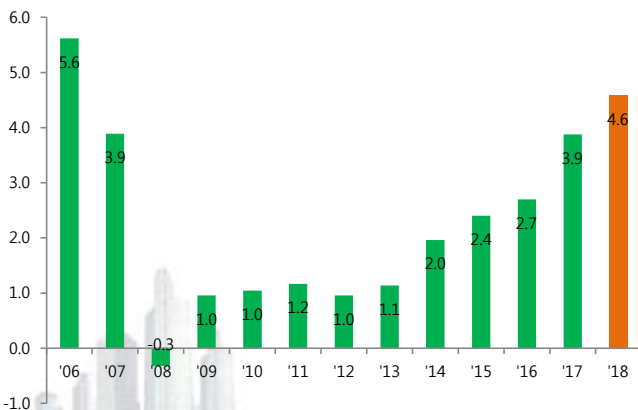
❖ [지가] 2018년 한해 지가는 4.58% 상승하여, 전년(3.88%) 대비 상승폭0.70%p 증가

- 지가는 9.13 대책 이후 시장안정, 금리인상 영향 등으로 10월 최고 기록 후 상승폭 둔화 추세

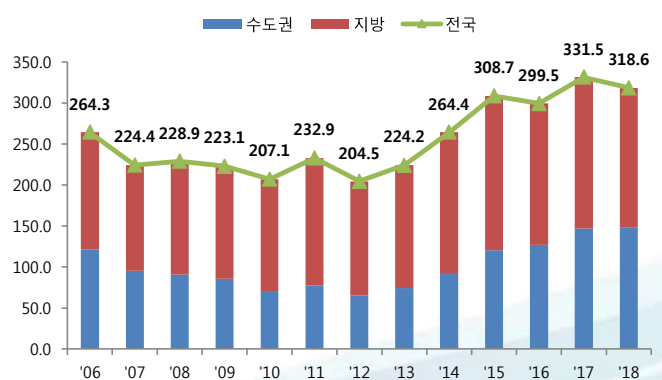
❖ [거래량] 2018 전국 토지 거래량은 약 318만 필지로, 2017년 대비 3.9% 감소

- 거래량은 수도권은 소폭 증가하였으나 지역경기 침체에 따른 부산, 경남, 울산 지역 중심으로 감소

<연도별 연간 지가 변동률>



<연도별 전체 토지 거래량>



자료 : 국토교통부

II. 국내 부동산시장 현황

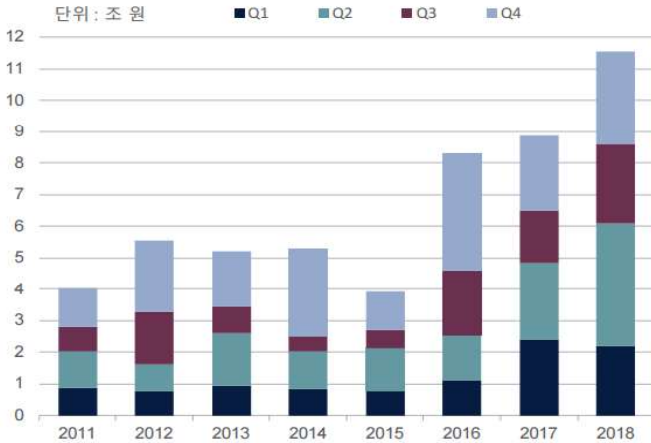
3. 상업용 부동산시장 현황

가. 오피스

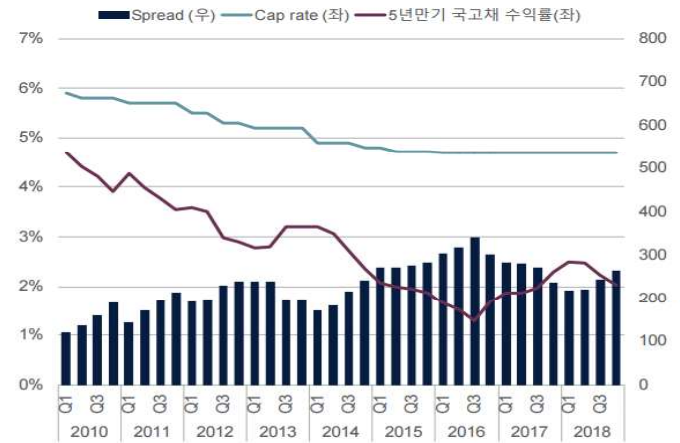
❖ 서울 오피스빌딩 시장 2018년 역대 최대 거래 규모 기록

- 2018년 오피스 투자시장 총 거래금액은 11.6조원으로 역대최고치인 2017년의 기록을 경신
- 2018년 4분기의 Cap. Rate은 마케팅 임대료와 90% 임대율 가정시 4.7% 수준. 렌트프리 및 TI를 감안한 실질 임대율을 고려하면 4% 초반

<오피스시장 거래규모>



<서울 프라임 오피스 Cap.Rate 추이>



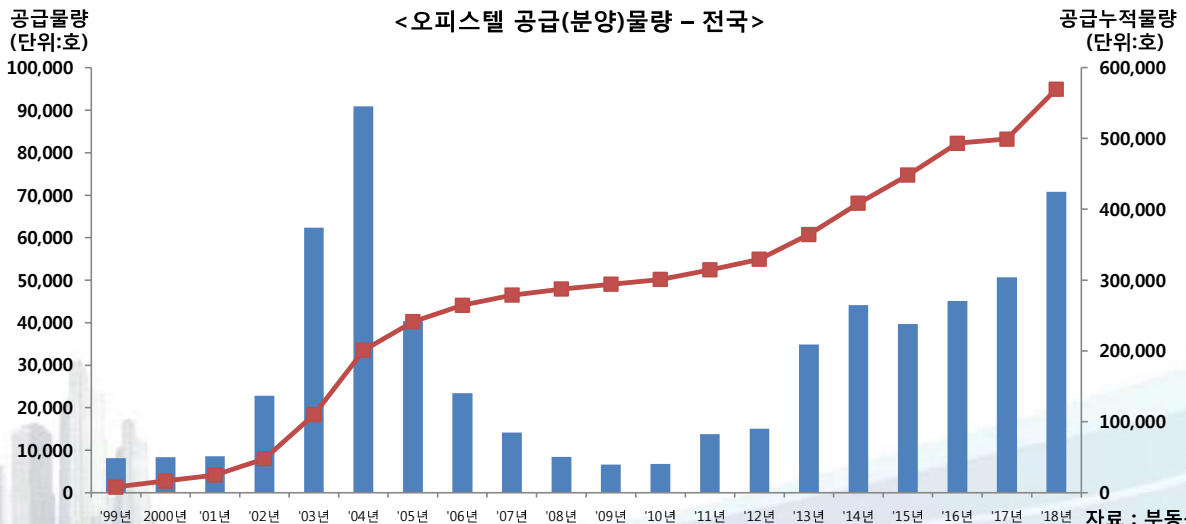
자료 : Savills Korea

II. 국내 부동산시장 현황

나. 오피스텔

❖ 2004년을 정점으로 공급량 감소, 금융위기 저점 이후 지속적 상승세

- 오피스텔은 건축물용도분류상 업무용시설로 분류
- 초기 오피스텔은 업무용 위주로 공급되었고 투자의 성격이 강함
- 최근 1~2인 가구 중심의 원룸구조에서 1.5룸~2룸의 구조를 갖춘 주거형 오피스텔의 공급증가



자료 : 부동산114

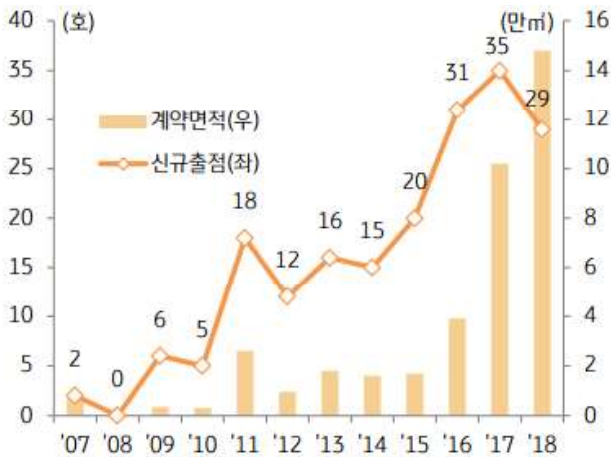
II. 국내 부동산시장 현황

다. 공유오피스

❖ 4차 산업혁명에 대한 인식 제고 이후 1인 기업, 스타트업 등의 저변 확대로 공유오피스 시장 성장

- 2015년부터 형성되기 시작한 국내 공유오피스 시장은 2017년 이후 본격적인 성장 단계 진입
- 대규모 자본을 바탕으로 한 외국계 공유오피스업체의 공격적 시장진출
- 국내 업체도 규모를 지속적으로 확대 중

<공유오피스 임대차 면적 및 출점지점 수>



<공유오피스 누적 출점 현황>



자료 : KB경영연구소

II. 국내 부동산시장 현황

4. 부동산금융 현황

1) 제도 도입 및 유형



1998년 4월 부동산신탁 제도 도입 2001년 부동산투자회사 제도 도입 2003년 5월 부동산펀드 제도 도입 2004년 금융투자회사(PFV)제도 도입

	사모(Private) 시장	공모(Public) 시장
지분투자 (Equity Investment)	<ul style="list-style-type: none"> 주택투자 비주거용 부동산, 직접투자 사모 리츠, 파트너십, 부동산신탁 등 	<ul style="list-style-type: none"> 공모·상장 리츠(지분투자형), 부동산펀드 자산운용사, 공모형 기타 공모형 간접투자상품
채권투자 (Debt Investment)	<ul style="list-style-type: none"> 모기지 대출, 주거용, 비주거용 건설금융(PF대출 등) 부동산대출 보증상품 	<ul style="list-style-type: none"> RMBS, CMBS 공모·상장 리츠(채권 투자형) 공모형 건설금융(PF-ABS 등)

II. 국내 부동산시장 현황

4. 부동산금융 현황

2) 시장 규모

❖ 부동산 PF 발행 규모(2018년 기준 22조원)

구분	2018 (단위: 천, 억원)				
	2013	2014	2015	2016	2017
CDO	380,374	583,722	950,456	1,193,227	1,146,155
대출채권	153,904	103,245	112,338	104,591	100,883
CMBS	-	-	-	-	278
RMBS	219,979	145,046	554,193	347,740	312,723
신용카드	4,439	1,598	3,534	14,958	4,886
리스	8,455	7,970	10,857	3,604	3,762
오토론동	36,983	36,824	37,925	60,130	27,904
NPL	16,611	8,808	9,385	10,189	10,236
부동산 PF	161,028	169,741	328,077	233,007	155,101
기타	14,951	13,654	17,845	24,452	37,228
합계	996,723	1,070,609	2,024,609	1,991,899	1,799,157

주: 오토론동 = 오토론 + 기타소비자금융채권

자료 : 한국기업평가, 2019.

❖ 부동산 펀드 자산규모(2018.10.기준 72조원)

구분	투자선박			투자회사			투자유한회사			합계		
	공모	사모	계	공모	사모	계	공모	사모	계	공모	사모	계
증권	119	119	238	1	1	2	0	0	0	120	120	239
수익	64	17	81	1	1	2	0	0	0	64	18	82
혼합주식	6	4	10	-	-	-	-	-	-	6	4	10
혼합채권	12	7	19	-	-	-	-	-	-	12	7	19
채권	27	72	102	-	-	-	-	-	-	27	72	102
투자계약	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
재간접	11	16	27	-	-	-	-	-	-	11	16	27
단기금융	02	18	20	-	-	-	-	-	-	02	18	20
파생형	20	30	50	-	-	-	-	-	-	20	30	50
부동산(REIT)	2	63	65	1	2	3	4	4	8	2	70	72
특정자산(SAF)	1	60	61	3	4	7	-	-	-	3	64	67
혼합자산	1	22	23	-	-	-	-	-	-	1	22	23
합계	234	313	548	4	5	10	4	4	8	238	323	561

▶ 전체 펀드의 상장원본 561호 중 부동산펀드 상장원본은 72호(12.8%)이며, 상장지수 펀드를 대표하는 주식형펀드 상장원본 92호(16.4%)의 약 10%에 해당하며, 14호 특종자산펀드 상장원본은 9호(2.3%)를 차지

▶ 대체적 성격의 펀드를 대표하는 부동산펀드와 특종자산펀드의 상장원본 합은 약 140호로 전체 펀드의 상장원본(561호)의 약 25%를 차지하고 있으며, 향후 대체적 성격의 펀드에 대한 투자자의 니즈가 증대됨에 따라 그 비중이 점진적으로 증가될 것으로 예상됨

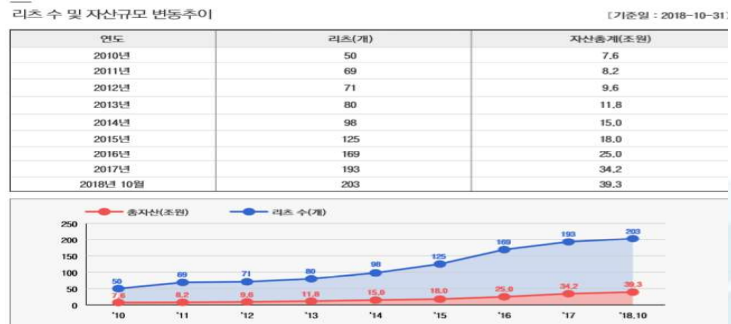
자료 : 금융투자협회, 2018. 10.

❖ 부동산 신탁 자산규모(2018.9.기준 194조원)

<업권별 신탁규모>				
구분	금전신탁	재산신탁		합계
		부동산신탁	재산신탁	
은행	2,466,968	377,444	1,809,804	4,278,225
증권	1,797,196	10,538	259,686	2,057,284
보험	166,434	31,105	43,636	210,070
부동산전업 신탁사	0	1,943,225	1,943,225	1,943,225
합계	4,430,599	2,362,311	4,056,350	8,488,803

자료 : 금융투자협회, 2018. 9.

❖ 리츠 자산규모(2018.10.기준 40조원)



자료 : 리츠정보시스템, 2018. 10.

II. 국내 부동산시장 현황

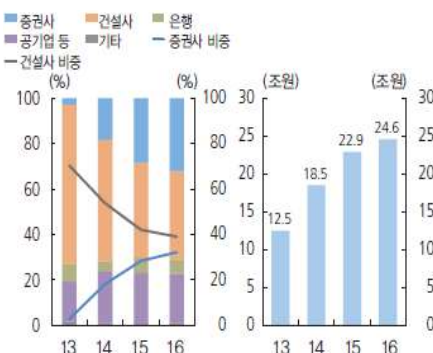
4. 부동산금융 현황

3) PF시장 현황

❖ 증권사 중심의 신용보강

- 자금조달 필요한 시공사, 시장금리 하락으로 수익감소한 증권사
 - 수수료 수익 감소에 대응하여 위험부담은 크지만 고수익원인 우발채무 보증 확대
 - 16년 증권사의 우발채무 규모는 13년 대비 96.8% 증가한 24.6조원
 - 2018년 증권사의 채무보증액 중 부동산PF가 차지하는 비중이 70%이상으로 증가(금융투자협회, 2018. 9.)
 - 부동산PF 채무보증에 힘입어 2018년 1분기 10대 증권사의 채무보증 수수료 697.1%증가

<PF-ABCP 기관별 보증현황 및 우발채무 보증규모> <증권회사의 증류별 우발채무 보증규모> <10대 증권사 채무보증 관련 수수료 수익>



자료 : 한국은행, 2017. 6.

증권사	2018 1H 순위	2017 1H 순위	증감률	증감액
메리츠종합금융증권	94,455	1	0	-
미래에셋대우	56,088	2	0	-
하나금융투자	50,813	3	2,745	3 1175.0%
한국투자증권	32,279	4	14,828	2 117.7%
대신증권	20,720	5	0	-
신협금융투자	17,053	6	0	-
KB증권	15,199	7	20,703	1 -26.6%
삼성증권	9,637	8	0	-
키움증권	8,843	9	0	-
NH투자증권	0	10	0	-
계	305,087		38,276	697.1%

자료 : 금융투자협회, 2018. 9.

단위 = 백만원.

II. 국내 부동산시장 현황

4. 부동산금융 현황

3) PF시장 현황

❖ 신용보강 주체의 변화: 신탁사

- 2013년 이후 부동산신탁 수탁고의 꾸준한 증가로 2018년 6월말 기준 191.9조원 규모까지 성장
- 차입형 토지 신탁의 경우 수탁고가 7.7조원(전년대비 0.3조원 증가), 관리형 토지신탁의 경우 수탁고가 52.4조원(전년대비 3.8조원)증가
- 2016년 주거환경정비법 개정으로 부동산신탁사도 재건축, 재개발 분야의 사업 확대
- 신영, 한투, 대신 등 부동산신탁업 예비인가(19.3.3)를 받은 3개사는 본인가

❖ 부동산신탁 종류별 수탁고 추이(단위 : 조원,%)

구분	2013	2014	2015	2016	2017	2018.6	
토지신탁	차입형토지신탁	2.9	3	3.7	5.4	7.4	7.7
	관리형토지신탁	25	28.1	34.6	41.7	48.6	52.4
	토지신탁 계	27.9	31.1	38.3	47.1	56	60.1
비토지신탁	관리신탁	2	3	2.6	2.5	2.7	2.7
	처분신탁	7.9	6.3	6.2	6.8	5.8	5.7
	담보신탁	75.9	79.7	86	91.6	105.2	114.6
	분양관리신탁	4.4	4.9	6.3	7.8	8.8	8.8
	비토지신탁 계	90.2	93.9	101.1	108.7	122.5	131.8
수탁고 계	118.1	125.0	139.4	155.8	178.5	191.9	

❖ 부동산신탁의 종류별 보수총액(매출액) 추이(단위 : 억원,%)

구분	2013	2014	2015	2016	2017	2018.6	
토지신탁	차입형토지신탁	1,206	1,248	1,708	2,660	4,339	2,206
	관리형토지신탁	457	478	577	881	1,205	839
	토지신탁 계 (비중)	1,663 (70.1%)	1,726 (66.6%)	2,285 (67.6%)	3,541 (74.8%)	5,544 (80.5%)	3,045 (80.6%)
비토지신탁	관리신탁	20	21	24	18	17	8
	처분신탁	71	51	43	42	44	16
	담보신탁	445	608	764	818	911	532
	분양관리신탁	175	187	265	318	368	176
	비토지신탁 계 (비중)	711 (29.9%)	867 (33.4%)	1,096 (32.4%)	1,196 (25.2%)	1,340 (19.5%)	732 (19.4%)
신탁보수 계	2,374	2,593	3,381	4,737	6,884	3,777	

자료 : 금융통계정보시스템 2018. 6.

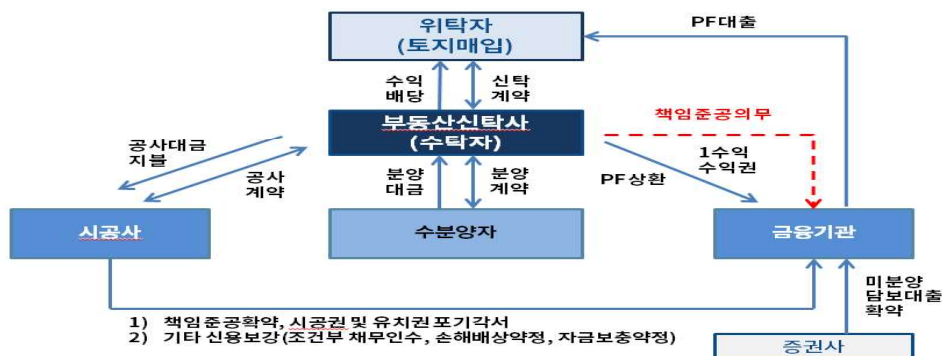
II. 국내 부동산시장 현황

4. 부동산금융 현황

2) PF시장 현황

❖ 신탁사 중심의 신용보강

< 책임준공부 관리형 토지신탁 구조도(예시) >



- 특징: 신용도 낮은 시공사 위주의 개발사업을 부동산신탁사의 신용보강으로 보완
- 2017년 말 기준 31개 사업장 시공사 현황 분석결과, 77%(24개)가 무등급, 16%(5개)가 BBB급, 7%(2개)가 BB급으로 시공사의 신용도는 낮은 수준, 사업, 재무측면에서 열위한 상황
- ↳ 전체 사업장 중 시공능력평가 순위 100위권 밖 시공사가 74%(23개) 차지

자료: 한국기업평가, 2018. 6.

III. 부동산시장 변화전망

- 1. 주택시장 전망
- 2. 질적 전환
- 3. 용도전환
- 4. 기술 발달
- 5. 고밀화 및 복합화
- 6. 도심선호 강화

III. 부동산시장 변화전망

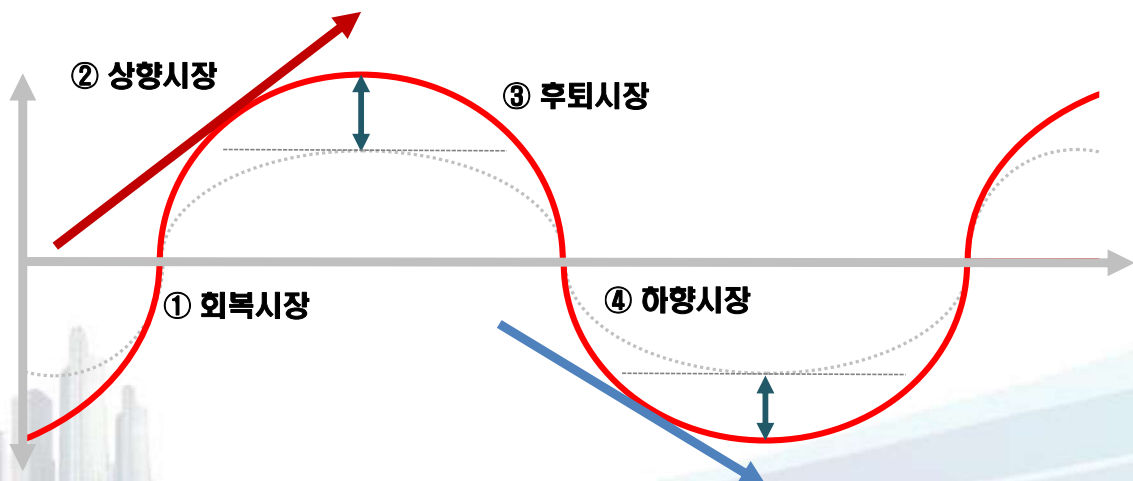
1. 주택시장 전망

❖ 단기 전망

- 근시안적 행태(myopic behavior)
- 심리(sentiment) 영향

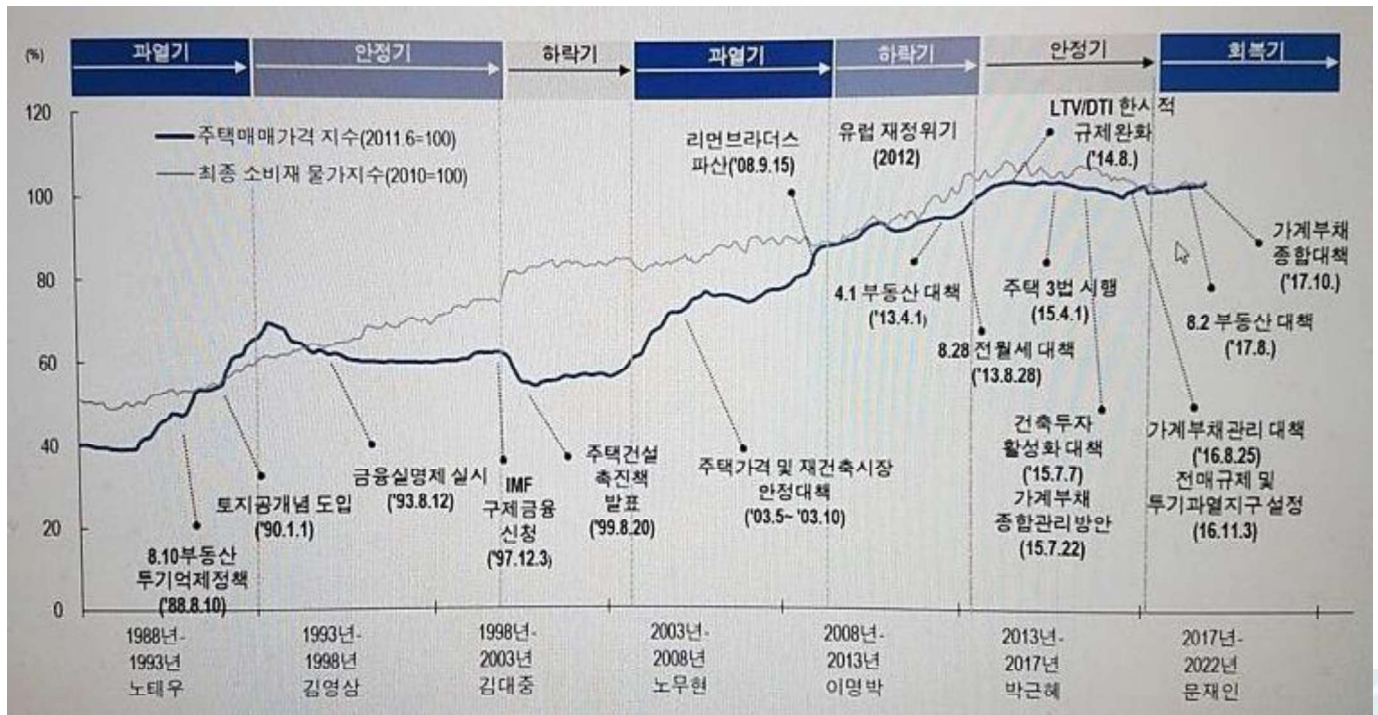
❖ 장기 전망

- 균형으로 회귀(mean reversion)
- 국가 경제성장율, 지역 발전과 함수와 강한 연관관계. 수요 공급 및 유동성과의 함수



III. 부동산시장 변화전망

❖ 주택매매가격지수/최종 소비자 물가지수 및 주요 정부정책



자료 : 한국감정원, 한국은행, NH투자증권 리서치 본부

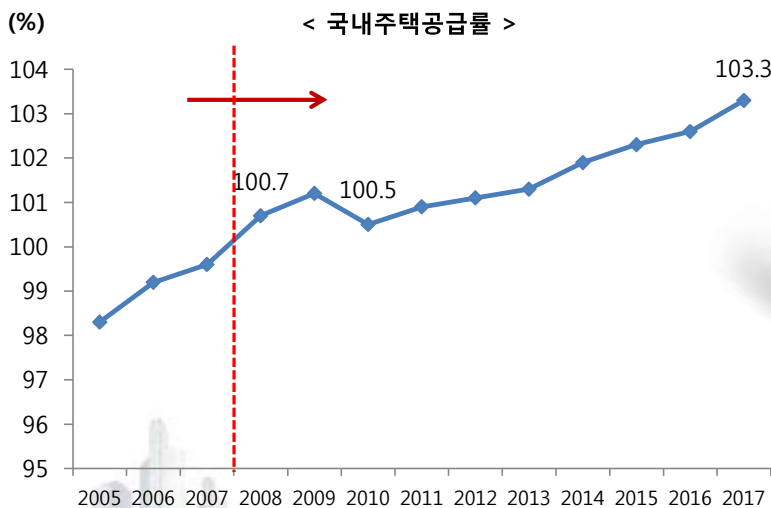


III. 부동산시장 변화전망

2. 질적 전환

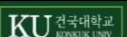
▶ Innovation Challenger 시대의 도립 - 부동산시장

“ 주택공급률 2008년 100% 달성, 양적 성장 한계? ”



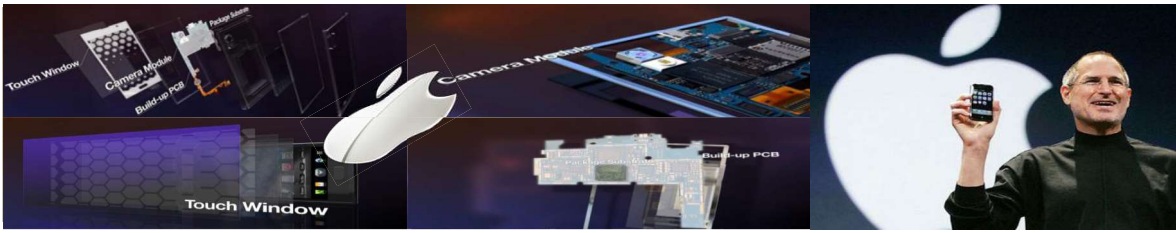
What's The Next ?

(자료 : 통계청) 자료 : 미래 주택산업 비전과 유망사업 전망 세미나, 2014



III. 부동산시장 변화전망

❖ Innovation Challenger 시대의 도립 - Apple



통화 가능
핸드폰 시장

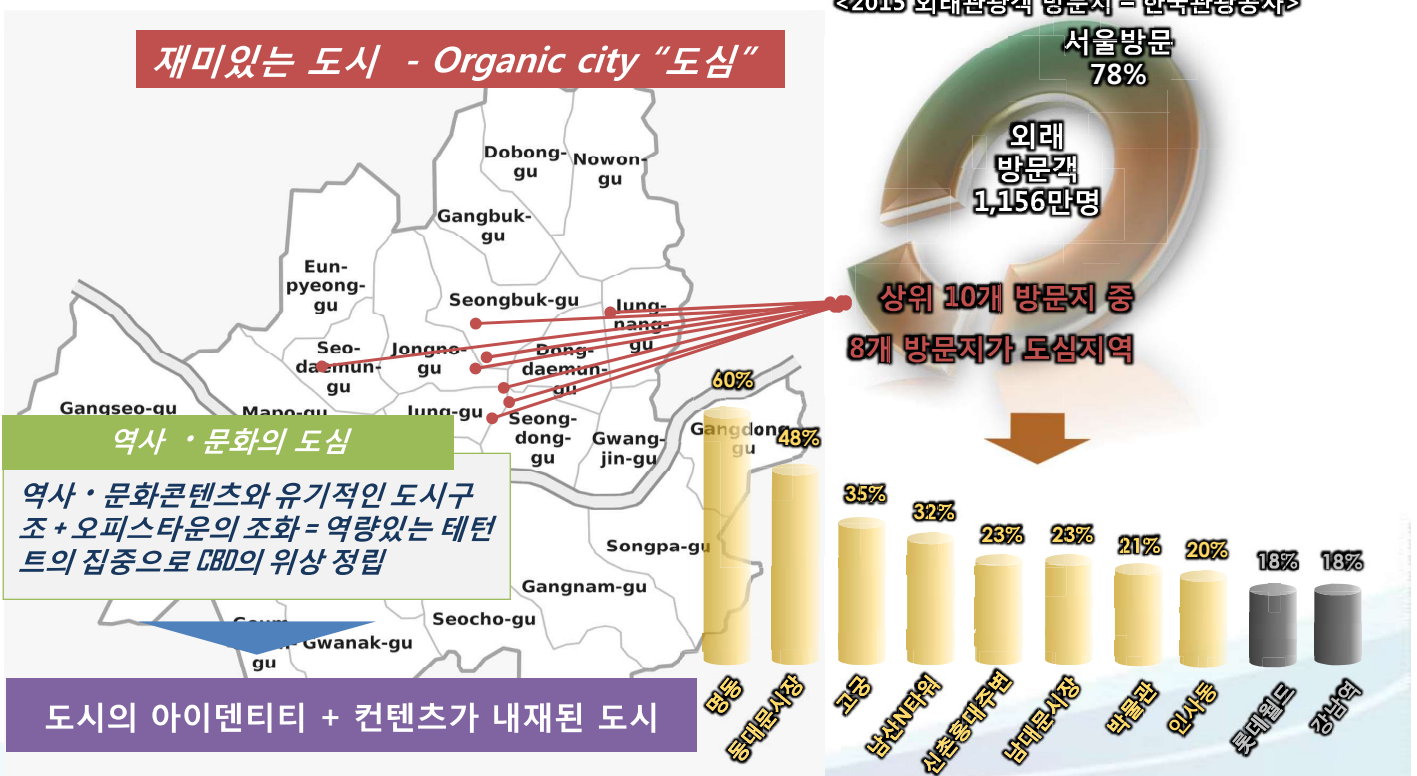


콘텐츠 + Network + 감성, Hardware + Software
스마트폰 시장의 혁신



III. 부동산시장 변화전망

❖ 흡입 매력도의 문제

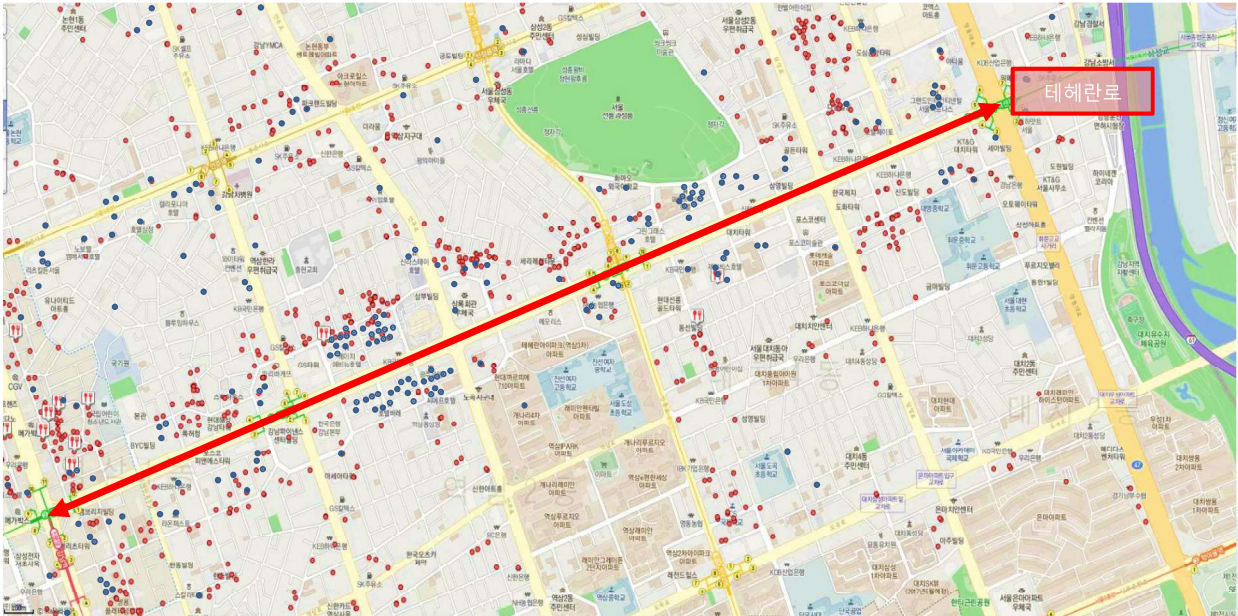


III. 부동산시장 변화전망

❖ 관광접근성 문제: 유흥시설이 높은 밀도 형성

- 테헤란로 대로변을 따라 유흥시설들이 형성되어 있음
- 주로 테헤란로의 이면부에 집중

● : 유흥주점
● : 숙박시설

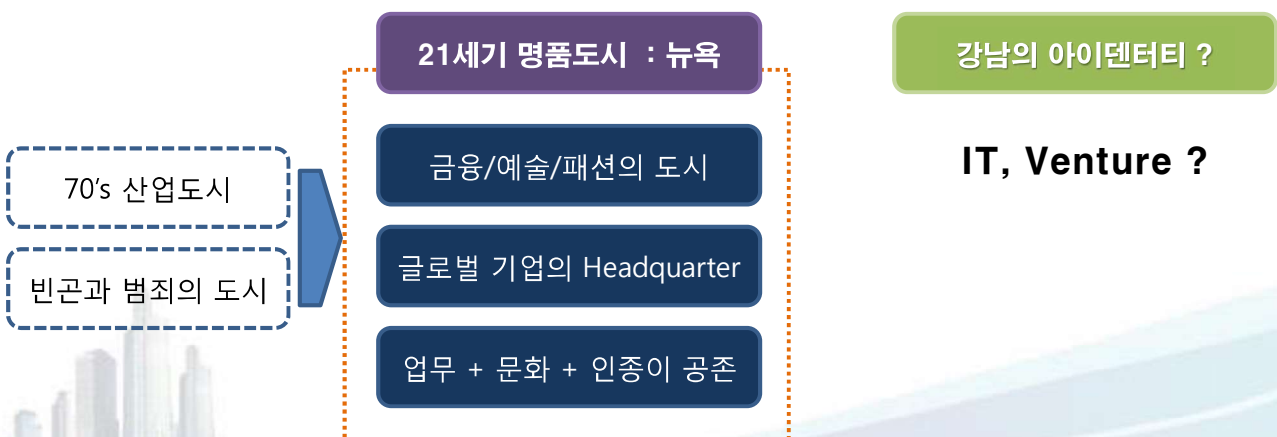


자료 : 다음지도, 2016

III. 부동산시장 변화전망

❖ 다양한 기능과 문화의 조화, 도시의 브랜드화 성공사례 “뉴욕”

- 산업도시였던 뉴욕이 미국의 금융중심도시 재탄생 : I ♥ NY 디자인캠페인을 통해 도시의 브랜드화, 글로벌기업, 문화 단체 등 고급화된 오피스시장 형성
- 오피스산업은 그 도시의 정체성을 형성하고, 그에 의해 발전함
- 격자형 계획도시 “강남”의 정체성은 ?



III. 부동산시장 변화전망

3. 용도 전환

❖ 용도전환 [Conversion] : 기존 오피스를 리모델링하여 다른 용도로 전환

- 1990년대 이후 미국, 일본 등 도시재생의 일환으로 노후 오피스 빌딩을 주거, 상업용도로 변경
- 2010년도 이후 도심 대형 노후 빌딩을 호텔로 용도전환. 중소형 빌딩을 오피스텔이나 도시형생활주택 등 전환



주택 등 용도전환 니즈 증가

- 국내의 경우 **호텔로의 용도전환 활발**, 주거시설 용도로의 전환은 미미
- 노후화된 기존 오피스 빌딩을 **주거로 용도 전환하여 분양, 임대하는 방안 고려**

III. 부동산시장 변화전망

3. 용도 전환

❖ 국내 오피스 용도전환 사례

- Prime급 빌딩의 과잉공급으로 공실률 상승
- 호텔공급부족에 대한 대응으로 도심의 노후화된 오피스를 호텔로 전환하는 사례 다수

건물명	위치	용도변경 전	용도변경 후	객실 수	진행사항
밀리오레빌딩	서울 중구 명동	상가, 오피스	호텔	600실	2014년 9월 오픈
삼윤빌딩	서울 중구 명동	오피스빌딩	호텔	140실	2012년 12월 오픈
M플라자빌딩	서울중구 명동	상가, 오피스	호텔	315실	2015년 9월 오픈
센트럴빌딩	서울중구 명동	오피스빌딩	호텔	312실	2012년 12월 오픈
청방빌딩	서울중구 명동	오피스빌딩	호텔	54실	2014년 8월 오픈
골드타워	서울중구 초동	오피스빌딩	호텔	442실	2013년 2월 오픈
충무로타워	서울 중구 충무로	오피스빌딩	호텔	180실	2013년 9월 오픈
인승빌딩	서울 중구 회현동	오피스빌딩	호텔	419실	2016년 5월 오픈
천마빌딩	서울 중로구 견지동	오피스빌딩	호텔	155실	2012년 11월 오픈

자료: 용도변경 리모델링의 의사결정에 관한 연구, 신문 보도, 2013

III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

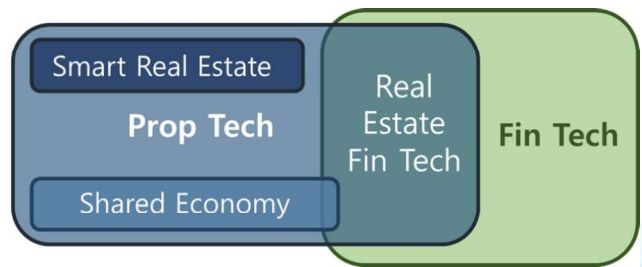
❖ 부동산 산업의 변화 - 프롭테크(PropTech) 시대의 도래

PropTech (Property + Technology)

부동산을 의미하는 Property 와 기술을 의미하는 Technology를 합친 합성어, 4차 산업의 기술들이 부동산과 접목되어 온라인을 통해 온라인의 업무와 연결되는 모든 부분을 일컫는다. 스마트폰이나 인터넷을 이용한 부동산 거래를 비롯해 빅 데이터를 활용한 부동산의 가치평가, 부동산 임대관리 플랫폼 등도 모두 프롭테크의 예

- 최근 부동산 서비스와 IT 기술을 접목시킨 프롭테크가 등장하면서 부동산 산업에 IT를 접목시켜 혁신적인 서비스 제공하는 기업들이 주목받고 있음
- 전세계 4,000여개의 프롭테크 기업 가운데 기업가치 평가액이 10억 달러가 넘는 비상장 스타트업 기업은 6곳
 : 위워크(WeWork, 공유사무실 기업), 하우스(Houzz, 홈리모델링 및 디자인 제공 플랫폼), ESR(e-Shang Redwood, 중국 부동산개발 및 운영회사), 컴파스(Compass), 유어워크(URWORK, 중국 공유사무실 기업), 오픈도어랩스(OpenDoor Labs, 미국 부동산 중개서비스)
 : 프롭테크 기업 투자금 증가 : 2012년 2억624억달러, 2013년 4억118만달러, 2014년 10억 5983만달러, 2015년 14억518억달러, 2016년 24억2602만달러(출처: CBInsight)

< 프롭테크의 개념도 >



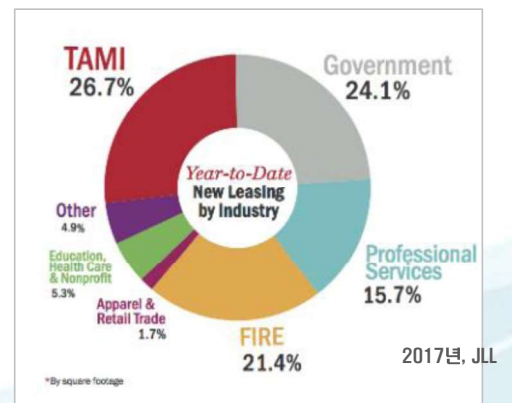
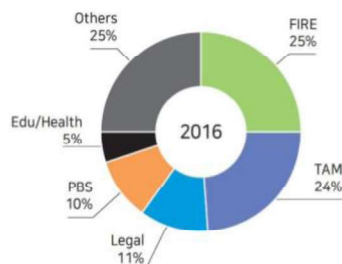
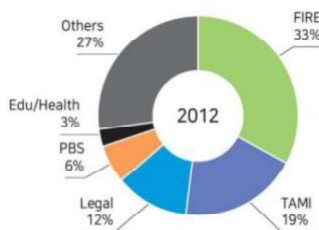
출처 : <https://codetibur.com/real-estate-tech-industry-landscape/>, 후 편집

III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

❖ 중심업종의 변화 : FIRE산업 → TAMI산업

- 4차 산업혁명에 따라 오피스 투자 트렌드 변화, TAMI 산업의 임대공간수요는 지속적 상승
- 기존 FIRE(Finance•Insurance•Real Estate) 산업에서
TAMI(Technology•Advertising•Media and Information) 산업으로 변화 트렌드
- 글로벌 오피스 투자 트렌드가 금융, 로펌 밀집지역에서 기술과 정보 등 TAMI산업 선호지역으로 재편
- 2012년 FIRE 산업은 맨해튼 오피스 임차 수급의 33%를 차지하는 독보적인 산업군을 형성. 2017년은 그 격차가 더 벌어지면서 TAMI 산업이 뉴욕 맨해튼의 주요 임차사업으로 자리매김



자료 : JLL Research, 2016.

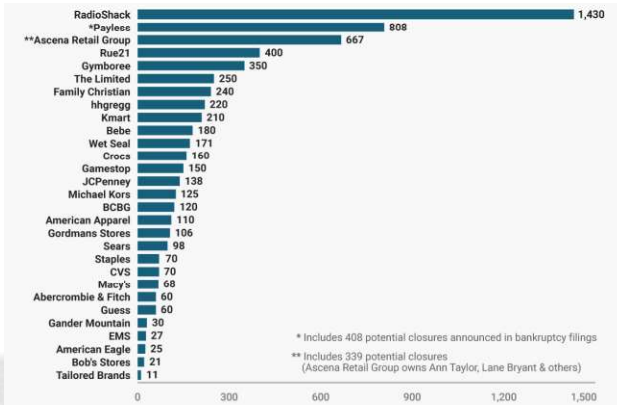
III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

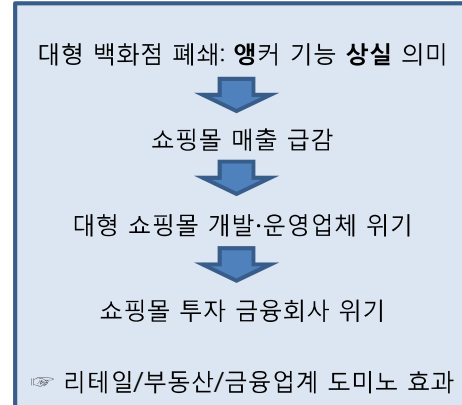
❖ 리테일의 몰락

- 160여 년 전통의 美 Macy's 백화점, 100여 곳의 지점(전체 백화점의 15% 수준) 폐쇄 결정(2016.08)
- Sears백화점의 몰락(지점수 2,073개('13년) → 1,180개('17년)) / J. C. Penny 138개 매장 폐쇄 예정
- 크레딧스위스(CS)는 2020년까지 미국 전체 쇼핑몰의 1/4 폐점 전망(1,100개 中 220~275개 수준)

[2017년 미국 유통업체 브랜드별 폐점수]



자료 : Yahoo Finance(2017)



III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

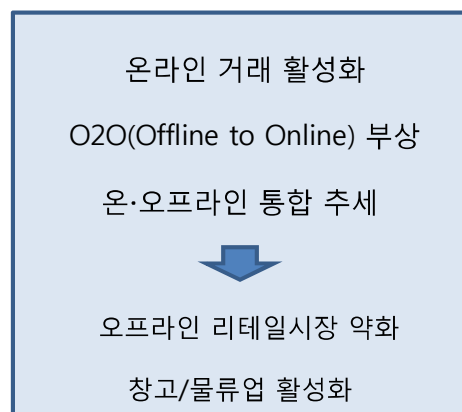
❖ 물류 및 창고의 도심진출

- 18~19C 산업혁명기 유럽에서는 재료 및 상품 운반비 절감 위해 토지의 압축적 활용(공장/창고 고층화)
- 교통 기술의 발달에 기인한 운송비 절감, 운송기술 제약 완화로 도시 외곽으로 이전
- 리테일시장 위기 및 온라인 거래 증가에 따른 배송수요 소화 위해 창고 물류업체의 도심진출 본격화

[세계 전자상거래 규모 및 전망]



자료 : eMarketer(2018)



III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

❖ Smart City의 등장과 발전

- 한정된 공간에 많은 사람들이 모여 살며 다양한 활동이 일어나는 도시에서는 인프라 부족 및 노후화, 교통혼잡, 에너지 소비 확대, 환경오염, 범죄, 재난 등 도시 문제 발생
- 신규 인프라 공급 등 물리적 방식을 통한 문제 해결이 한계에 도달하면서 스마트시티가 대안으로 부각

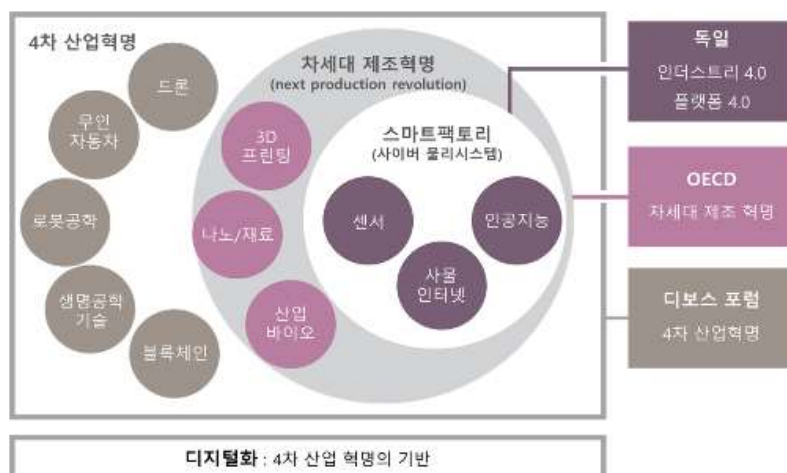


III. 부동산시장 변화전망

4. 기술 발달

❖ 스마트 공장의 등장

- 스마트 공장은 제조업-ICT 융합을 통해 각 공정이 네트워크로 연결되고 생산/유통 정보가 공유되는 지능형, 협업 운영체계
- 제조업의 강자인 독일은 공장의 해외이전, 전문가 인원 감소, 미국의 ICT 기업들이 급성장하면서 자국 기술 경쟁력 약화 현상을 극복하기 위해서 2011년부터 스마트팩토리 추진



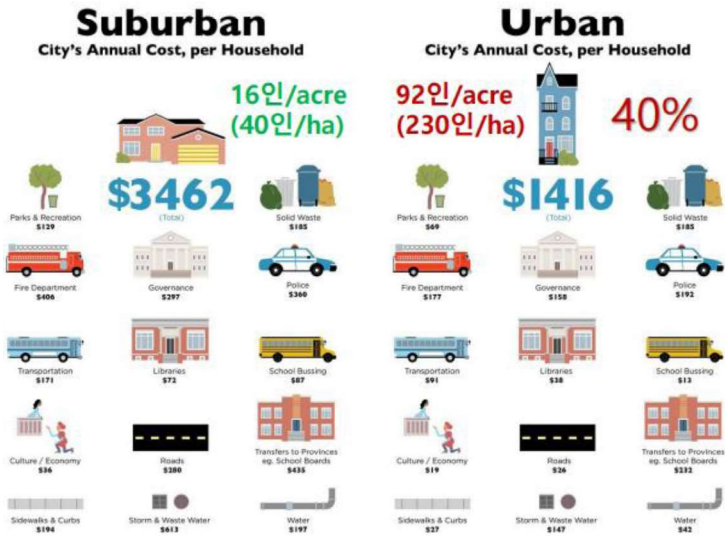
III. 부동산시장 변화전망

5. 고밀화 및 복합화

❖ Compact City (압축도시); Smart Growth

- 기존 도심지역이나 역세권과 같은 특정지역을 주거, 상업, 업무기능 등이 복합된 시설물로 고밀개발
- 주민들의 사회·경제적 활동을 집중시키고 많은 사람들이 그 지역으로 모여들게 하는 개발방식

[컴팩 시티의 비용 효율]



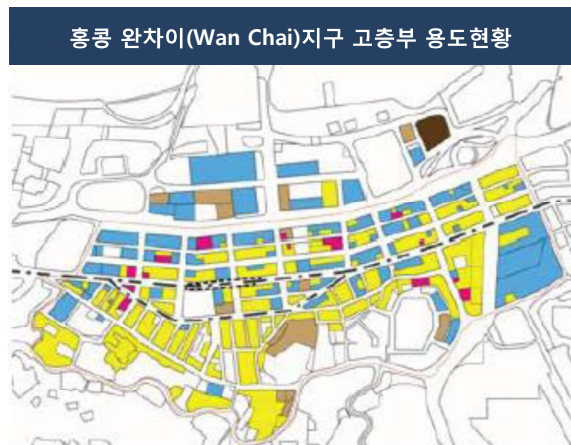
자료 : <http://thecostofsprawl.com>

III. 부동산시장 변화전망

5. 고밀화 및 복합화

❖ 복합개발: 도심공간의 고도화, 고밀화, 복합적 토지이용(Mix Land Use)

- 도시 중심부에 상업, 업무, 주거, 문화시설을 복합 개발함으로써 토지의 효율적 이용
- 많은 도시에서 입체적 복합건축물 및 입체적 교통체계를 통해 직주근접의 압축도시 실현



	건축물(개소)	비율(%)
단일용도	194	43.2
복합용도	257	58.8
합계	451	100

자료 : 컴팩트 시티 이론에 근거한 홍콩 도심부 공간계획 특성에 관한 연구, 2013

III. 부동산시장 변화전망

6. 도심선호 강화

❖ 도시의 부흥: “평평한 세계, 뾰족한 도시”

- 도시의 특성: 인접성, 혼잡성, 친밀성 ☞ 도시민들의 **연결**을 통해 혁신의 속도 상승
- 전자적 상호 교류와 직접 접촉을 통한 상호 교류는 상호 보완적 ☞ ICT 발달과 함께 대면 연결의 가치 증대
- 소득과 소비의 장(場) ☞ 놀고, 먹고, 즐기고, 일하고, 거주하는 즐거운 공간



자료 : 도시의 승리(2011)

사람들은 성공하기 위해서,
그리고 필요한 기술을 얻기 위해서
여전히 도시로 몰려든다.

그러한 기술들이 습득되면서
새로운 아이디어들이 늘어나고,
혁신이 등장한다.

(「도시의 승리(2011)」 본문 中)

III. 부동산시장 변화전망

6. 도심선호 강화

❖ 도시의 부흥

- 즐거운 도시가 성장한다
- ‘런던의 **오락시설**들은 런던이 32명의 억만장자들을 끌어들이는 역할을 했다’
 - ☞ 인재는 계속 **이동**하면서 **생산**하고 **소비**하기에 좋은 장소를 물색
- ‘극장, 오페라하우스, 박물관 등에 드는 고정비용은 그들이 도시에 있을 수밖에 없는 이유가 된다’
 - ☞ 대도시에는 세련된 드라마 제작과 공연에 드는 비용을 감당할 수 있는 많은 **관객**들이 존재
- ‘오늘날 도시에는 현기증이 날 정도로 다양한 요리 스타일과 가격대와 분위기를 제공하는 **레스토랑**이 넘쳐난다’
 - ☞ 최고급 부엌과 우아한 식사 공간 같은 **전문화된 인프라 혜택** 존재
- ‘건물’이 아닌 ‘인간’ 중심의 도시 개혁 ☞ 진정한 도시의 힘은 **사람**으로부터 나온다!
- 인간의 **협력**을 통해 나오는 힘이 문명 발전의 원천이자 도시 존재의 주된 이유. 끝.

IV. 문제점과 개선방향

1. 문제점
2. 개선방안
3. 향후 방향

45

IV. 문제점과 개선방향

1. 문제점

❖ 분양사업 위주의 개발

- 사업유형이 동시에 한꺼번에 움직이는 경향(Lumpy)이 강함
- 단기간에 자금회수가 가능한 분양 위주의 주거용 상품 중심

❖ 단기 중심 개발금융

- 은행의 공사대출 등 단기금융에 의존하는 구조
- 분양매출 의존도가 높아 환경변화에 취약. 단기자금 회수가 가능한 투자상품 위주로 개발(주상복합 등 분양아파트, 오피스텔, 도시형생활주택 등)
- 개발위험이 그대로 수분양자에게 전가

❖ 국내시장의 포화(건설공급, 금융유동성 측면)

- 최근의 공급활황과 3기 신도시 건설 등으로 부동산 및 건설경기 당분간은 유지
- 그러나 장기적으로 신규공급형 건설규모 축소 예상
- 건설회사 및 부동산관련 금융기관의 위기감(건설, 부동산신탁, 생명보험 등)

IV. 문제점과 개선방향

1. 문제점

❖ 관리운영이 핵심인 수익형부동산조차 개발분양 마인드로 접근

- 분양형상가와 호텔이 대표적 사례
- 운영노하우가 부족한 분양자의 피해 우려

❖ 열악한 부동산관리운영 수준

- 비용(Cost) 차원에 초점이 맞춰진, 그리고 개인에게 맡겨진 관리운영
- 가치(Value) 증진을 위한 산업으로서의 관리운영 마인드 필요

❖ 영세한 개발사업자(Developer) 의 개발

- 개발사업자 대부분이 소규모로, 영세하고 수명이 짧음
- 최근 개발사업자 대형화 추세

IV. 문제점과 개선방향

1. 문제점

❖ 프롭테크 등 새로운 부동산기술진보에의 대응 미흡

- 시장에서의 프롭테크 산업 증가세 뚜렷
- 부동산 기술산업에 대한 대응 미흡 및 제도적 한계

❖ 민간내(개발, 건설, 금융), 민간과 공공내 파트너십 미흡

- 개발, 건설, 금융의 불평등 및 불균형 계약관행
- 민간과 공공의 상호 불신 존재

❖ 정부의 과도한 규제

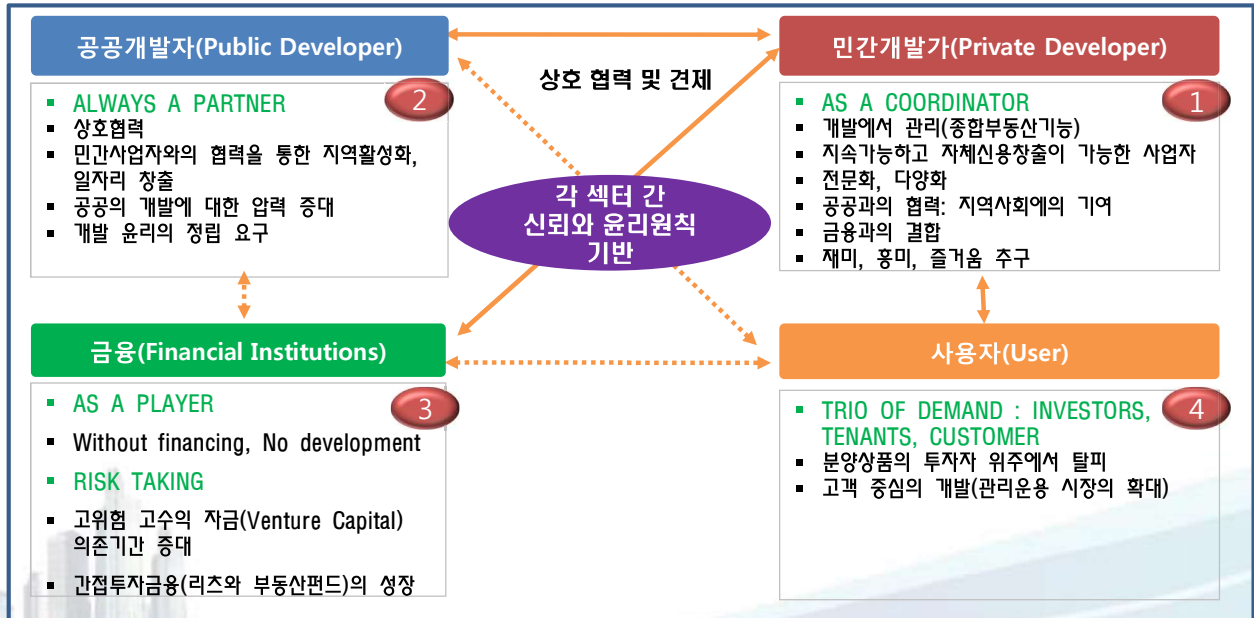
- 주택시장에 대한 정부의 과도한 개입 : 탄력성이 떨어지는 규제위주 정책 및 제도 등으로 시장 혼란가중
- 다주택자에 대한 과도한 규제
- 주택관련 제도가 개인분양자 위주로 기관의 주택임대사업 진입 애로

IV. 문제점과 개선방향

1. 개선방안

1) 파트너십 강화

❖ 공공과 민간, 금융의 긴밀한 파트너십 형성 필요

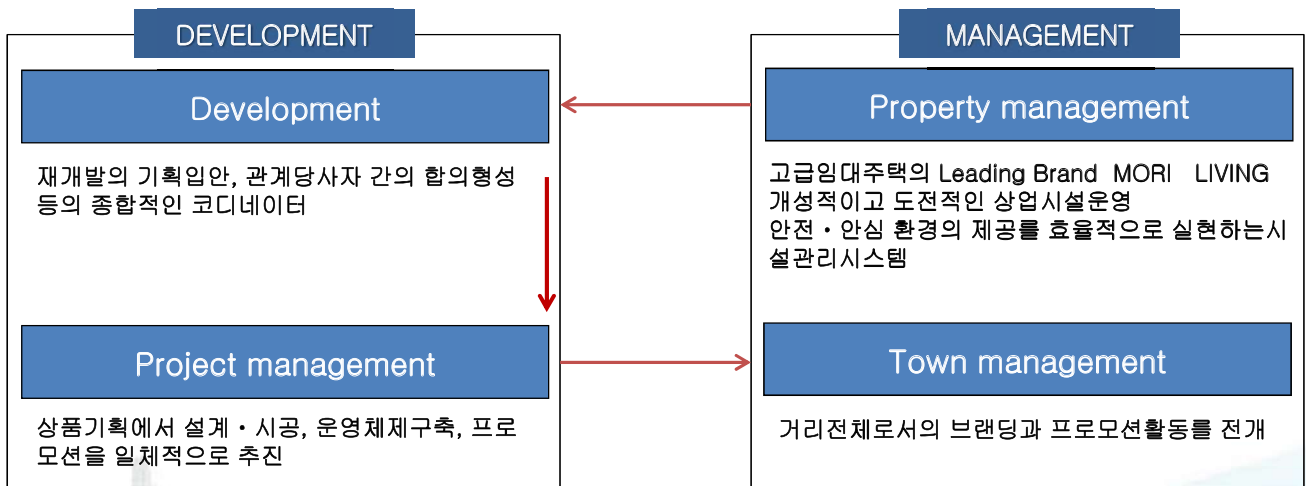


IV. 문제점과 개선방향

2) 개발과 운용관리의 연계

일괄사업방식

- 기획개발 · 설계 · 공사관리 · 리싱 · 운영관리에 이르는 모든 분야를 일괄하여 사업을 진행
- 대규모 복합개발 및 운영관리를 실현할 수 있는 체제를 구축, 유연한 운영관리와 다양한 테넌트의 요구에 신속히 대응



Hardware + Software

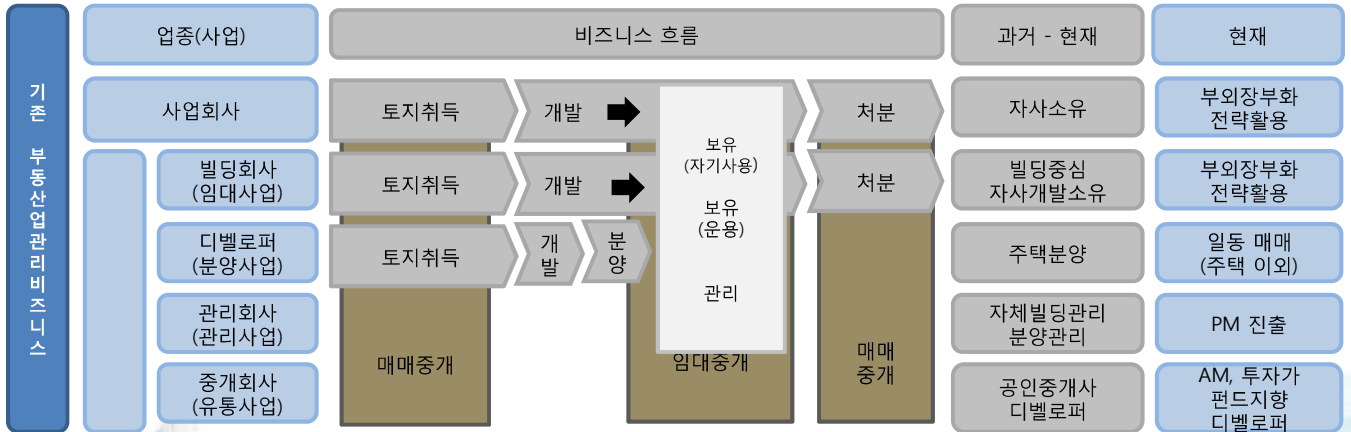
자료 : 일본 대형디벨로퍼의 개발전략 - 모리빌딩 박희윤 이사장

IV. 문제점과 개선방향

2) 개발과 운용관리의 연계

❖ 부동산산업 간의 수직적, 수평적 융복합 구현

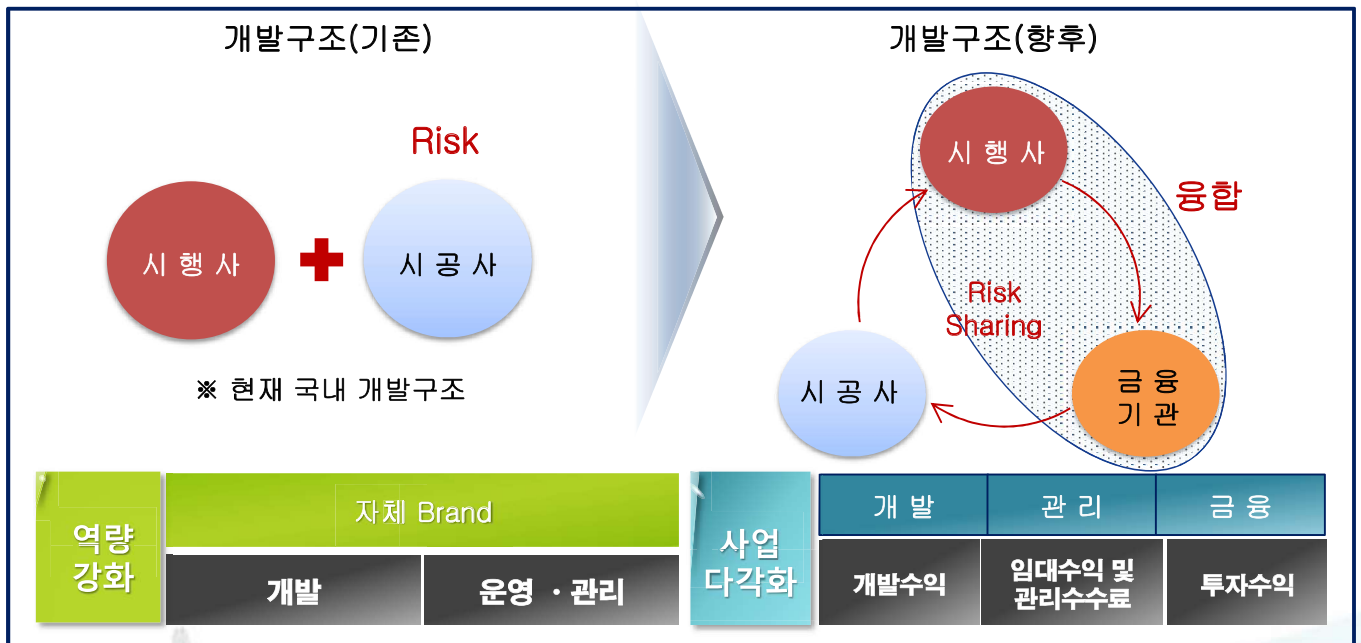
- 부동산개발, 임대, 분양, 관리 등 부동산관련 사업을 일괄수행
- 종합디벨로퍼이면서 자산관리회사로 대규모 부동산 자산을 개발분양, 보유임대, 운영관리



자료: 磯村 幸一郎. 2008. 不動産業界の動向とカラクリがよくわかる本、秀和システム、P.43.

IV. 문제점과 개선방향

3) 종합부동산기능 강화



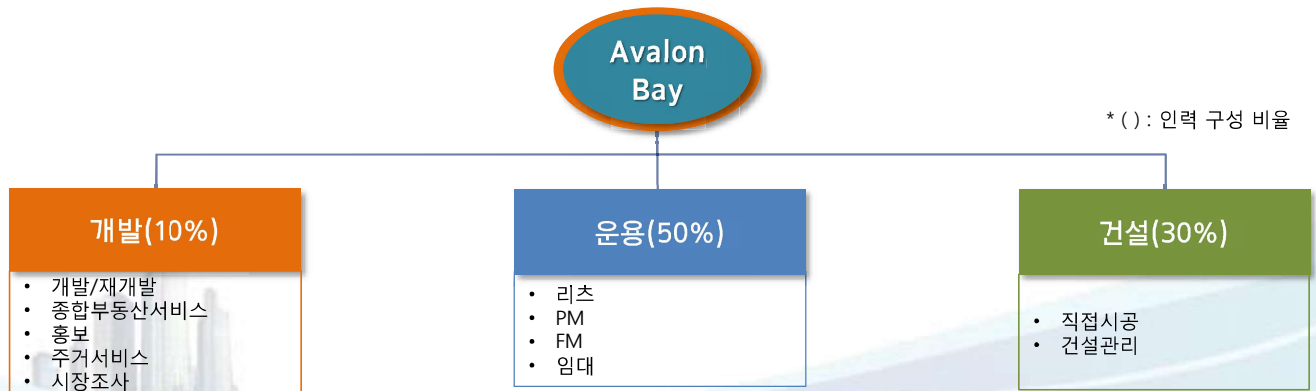
종합 부동산회사 = Development + Management + Finance

IV. 문제점과 개선방향

3) 종합부동산기능 강화

사례: 미국 종합부동산회사

- ❖ AvalonBay는 금융, 개발, 건설, 운용을 내부수행하는 종합부동산회사임(임대주택리츠회사)
 - 미국의 높은 시장진입장벽에도 불구하고 개발, 인수 및 관리에 중점을 둔 리츠회사임
 - 2016년 기준 285개의 공동주택 (83,667개 아파트 포함) 보유 운용함
 - 직원 수는 약 3,000명으로 운용에서 50%, 건설 30%, 개발 10%, 기타 10%의 비율로 근무함
- ❖ 민간임대주택사업에 중점을 두고 경쟁력을 확보함
 - 민간임대주택사업에 주력하며 신개발과 재개발 등 90%이상을 직접 개발 후 임대운영함
 - 부동산종합서비스회사로서의 직접 개발 및 건설을 통한 노하우와 수익, 운용을 통해 경쟁력 확보함

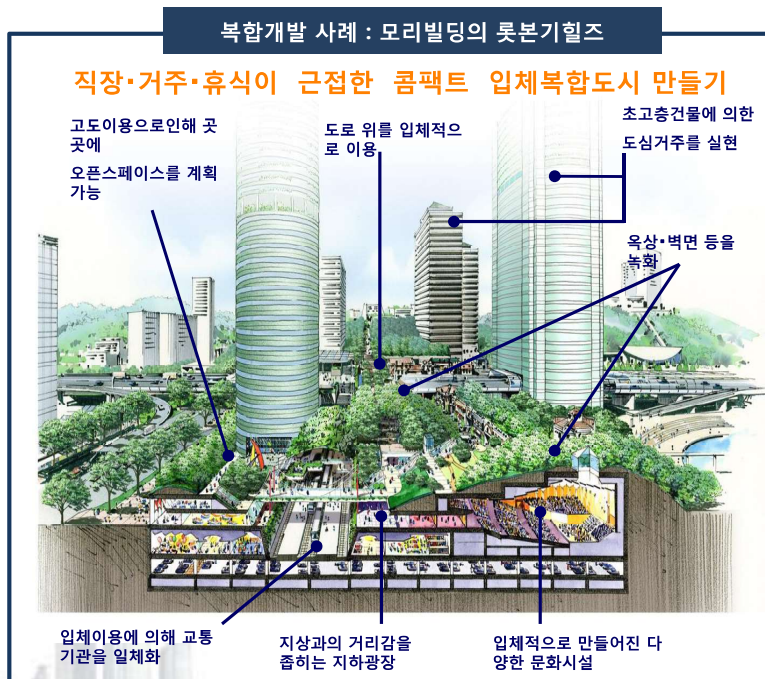


IV. 문제점과 개선방향

4) 도심중심 사업확대 필요

❖ Compact City & Smart Growth (복합개발 확대)

초고층화 + 용도전환(주거, 상업, 업무)



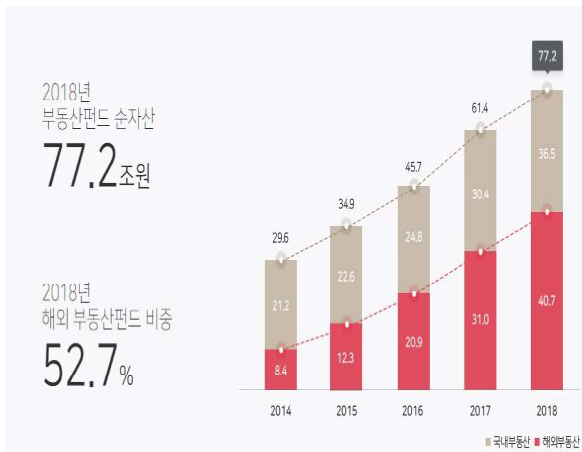
자료 : 일본 대형디벨로퍼의 개발전략 - 모리빌딩 박희훈 이사장

IV. 문제점과 개선방향

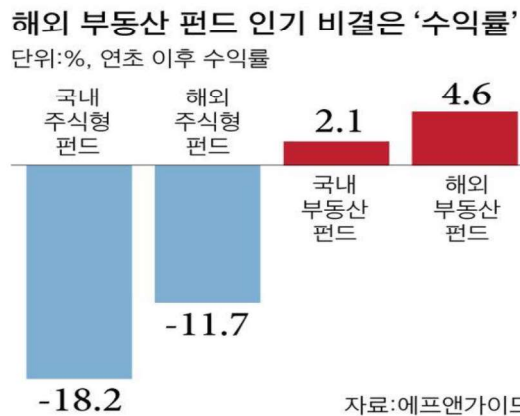
5) 해외진출 및 투자 확대

- 국내 시장규모와 유동성을 고려할 때 활용한 해외투자 확대 불가피
- 전체 부동산펀드 중 해외부동산펀드의 비중이 52.7%를 차지. 해외부동산 펀드의 수익률은 4.6%
- 개발, 건설, 금융의 연계를 통한 해외투자확대 모색

❖ 부동산펀드 자산규모와 해외투자 비중



❖ 해외부동산펀드 수익률



IV. 문제점과 개선방향

3. 향후 방향

1) 길게, 지속가능하게(Long-Term & Sustainable)

❖ 장기적 시각에서의 사업기획

- 단기분양위주의 사고 전환
- 장기적 생존을 전제한 사업기획

❖ 자체 신용창출이 가능한 규모로의 확대: M&A 등을 통한 대형화

- 개발주체인 Developer의 장기 생존을 위해 일정이상 규모 필요
- 금융, 시공, 또는 개발사간 합병 등을 통한 규모 확대

❖ 다양한 유형의 부동산 사업을 통한 포트폴리오 구축

- 다양한 부동산 유형의 투자 및 개발을 통해 포트폴리오 구성 및 위험 헷지 필요
- 개발분양, 보유임대, 관리운영의 포트폴리오 구성



IV. 문제점과 개선방향

2) 분석적이고, 세밀하게(Analytic & Detailed)

❖ 저성장, 저금리 구조 고착화

- 고도성장기의 분양관리 중심에서 저성장기의 운영관리중심 마인드 전환 필요
- 0.1%, 0.01% 또는 그 이상 단위로의 성과측정 시대로 진입

❖ 시장조사 및 분석 능력 강화

- 개발사업 분석기법 개발 및 표준화
- 개발사업사례 추적 및 자료 공유 / 미국 U.I.I. 와 같은 역할

❖ 균형관계 정립

- 개발, 건설, 금융의 불평등 계약관행 개선
- 상호 협력적 관계 구축

IV. 문제점과 개선방향

3) 신뢰있게 & 협력적으로(Trust Worthy & Co-operative)

❖ 신뢰도 제고

- 대공공, 대금융, 대고객에 대한 신뢰도 제고
- 개발사업의 사회경제적 기여에 대한 정성적 정량적 산출 필요
- 개발사업자의 역할에 대한 이미지 제고

❖ 투명성 확대

- 개발사업 등급제 검토 및 개발주체의 경력 및 신용도 공개
- 관련 정보 공개 등 투명성 제고

❖ 공모펀드 혹은 지역사회단체와의 협력

- 공공펀드(개발리츠 등)의 모범사례 구축 필요
- 지역사회단체와의 협업 또는 공동 투자를 통한 개발 및 관리 이익의 공유. 끝.

제1주제

부동산신탁관계에서 위탁자의 채권자의 권리

김지훈 변호사

부동산신탁관계에서 위탁자의 채권자의 권리

김지훈(광장 변호사)

I. 들어가며

우리나라는 부동산을 신탁재산으로 하는 부동산신탁¹⁾의 활용도가 높다. 부동산개발 사업을 진행하는 대부분의 시행사는 소규모로 신용이 낮고, 자금력도 부족하기 때문에 많은 사업 리스크에 노출되는데, 이러한 리스크를 줄이는 방안으로 대출금융기관, 시공사 등에서 신탁을 요구하는 경우가 많다. 대표적인 예가 대출금융기관이 시행사에게 부동산개발사업을 위해 대규모 대출을 해주면서 토지 및 그 지상에 신축될 건축물에 대하여 신탁회사에 신탁을 요구하고, 대출금채권의 담보를 위하여 신탁계약상 우선수익권을 취득하는 형태의 부동산담보신탁이다.

이러한 부동산신탁제도에 대한 시장의 수요가 존재하는 이유는 신탁의 기능 중 '신탁재산의 독립성'과 관련이 깊다. 신탁재산은 신탁의 본질상 위탁자와 수탁자 모두로부터 독립되어 있는 재산이 되므로, 신탁제도를 활용하면 부동산개발 사업의 시행사가 부담하게 될 수많은 리스크를 피하여 안정적인 사업진행이 가능하게 되고 대출금융기관, 시공사 등 다른 이해관계자들의 채권회수도 용이하게 된다.

하지만 이와 같은 부동산신탁의 활용은 필연적으로 시행사의 일반채권자의 채권회수의 곤란을 초래한다. 이러한 일반채권자는 신탁재산의 독립성으로 인하여 신탁재산에 대한 강제집행이 원칙적으로 금지된다(신탁법 제22조 제1항 본문). 그러다보니 일반채권자는 자신의 채권회수를 위하여 수익권에 대한 (가)압류, 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 대한 (가)압류 및 사해신탁취소권 등을 활용하고 있다.²⁾

결국 부동산신탁에서는 신탁관계 내부에 있는 이해당사자들(특히 우선수익자)과 위탁자의 일반채권자³⁾는 긴장 관계에 있을 수밖에 없다. 본고는 부동산신탁관계에서 대표적으로 이해관계가 대립되는 이들 사이의 이익을 조화하는 차원에서, 위탁자의 채권자가 자신의 채권의 만족을 얻기 위해 행사할 수 있는 권리의 종류, 행사 범위, 그 한계 등을 검토해 보도록 하겠다.

이를 위하여, 본고에서는 (a) 신탁재산의 독립성의 의미를 검토한 뒤, 위탁자의 채권자가 채권회수를 위해 활용하고 있는 대표적인 제도인 (b) 수익권의 강제집행과 (c) 사해신탁취소권에 대하여 차례로 살펴보도록 하겠다.

1) 부동산신탁은 위탁자와 수탁자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 부동산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수탁자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계로 정의할 수 있다(신탁법 제2조).

2) 일반적으로 집행절차를 진행하기 이전에 가압류 등 보전조치를 먼저 취한다.

3) 본고에서 논의하는 '위탁자의 채권자'는 위탁자가 수익권을 갖는 형태의 신탁관계에서의 위탁자의 채권자로 한정하는 개념으로 사용하겠다. 물론 아래에서 주로 논의하는 것은 위탁자가 가진 수익권을 활용한 권리주장이므로 '수익자의 채권자'가 보다 정확한 표현이라고 할 수 있으나, 실무상 '수익자의 채권자'라는 표현보다는 '위탁자의 채권자'라는 표현이 더 많이 사용하는 것으로 보여, 이해의 편의상 '위탁자의 채권자'라 하겠다. 또한 본고에서 '위탁자의 채권자'는 특별히 언급한 경우가 아니라면 담보권을 가지지 아니한 위탁자의 '일반'채권자로 한정하겠다. 신탁 이전에 저당권 등 권리를 취득한 경우나 수익권에 질권 등 담보권을 취득한 채권자는 이러한 담보권 등을 실현하여 자신의 채권의 만족을 충분히 얻을 수 있으므로, 본고에서 논의하는 수익권의 집행이나 사해신탁취소권 행사는 큰 의미가 없을 것이다.

II. 신탁재산의 독립성-위탁자로부터의 독립성

1. 신탁재산의 독립성의 의미(특히, 위탁자로부터의 독립성)

신탁재산은 형식적으로 수탁자의 명의로 귀속되어 있지만, 독자적인 신탁 목적의 달성을 위한 관리제도라는 본질상 위탁자와 수탁자 모두로부터 독립되어 있는 재산이라 할 수 있다.⁴⁾

신탁재산의 독립성은 신탁의 본질상, 즉 신탁 목적 달성을 위해 필수적으로 요구되는 원리라고 할 수 있으나, 그 구체적인 내용은 각 나라마다 차이가 있다.⁵⁾ 영미법계 국가들인 영국이나 미국에서는 영미 신탁의 본질에 비추어 신탁재산의 독립성은 당연한 것이지만, 대륙법계 국가들인 독일과 프랑스의 경우 신탁의 본질을 채권설 입장으로 보기 때문에 신탁재산의 독립성은 예외적인 것이라고 한다.⁶⁾

우리나라의 경우, 신탁재산에 대한 강제집행 등의 금지(신탁법 제22조), 신탁재산의 상속재산으로부터의 배제(동법 제23조), 신탁재산의 수탁자의 파산 등으로부터의 배제(동법 제24조), 신탁재산의 상계금지(동법 제25조), 신탁재산에 대한 혼동의 특칙(동법 제26조) 등 신탁법에 신탁재산의 독립성과 관련한 여러 규정을 두고 있다. 나아가 신탁법은 이러한 신탁의 독립성을 제3자에게도 대항할 수 있도록 신탁의 공시에 대한 규정도 두고 있다(신탁법 제4조). 이러한 신탁법의 신탁재산의 독립성을 보장하기 위한 여러 규정들에 비추어 볼 때, 우리나라 신탁법은 신탁재산의 독립성을 신탁의 중요한 원칙의 하나로 취급하고 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.⁷⁾

신탁의 독립성은 수탁자로부터의 독립성뿐만 아니라 위탁자로부터의 독립성도 요구된다. 위탁자로부터 독립성이 인정되지 않는다면 신탁의 목적 달성이 어려울 뿐만 아니라 신탁의 본질에도 부합하지 않는다. 신탁은 대내외적으로 재산의 이전을 수반하므로, 위탁자의 고유재산과 분리해서 다루어야 한다는 것은 당연하다.

2. 위탁자의 채권자의 강제집행의 가능성

신탁법 제22조 본문은 “신탁재산에 대해서는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분(이하 “강제집행 등”이라 한다) 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없다.”라고 규정하고 있어, 신탁재산에 대한 강제집행을 원칙적으로 금지하고 있다. 하지만 강제집행을 금지하고 있는 주체에 대한 언급이 없어, 위탁자의 채권자가 포함되는지 여부와 관련하여 논란이 있을 수 있다.⁸⁾

4) 광장신탁법연구회, 「주석신탁법」 제2판, (박영사, 2016), 131면

5) 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구-본질과 독립재산성”, 법학박사학위논문, (서울대학교, 2016. 2.), 198~210면.

6) 이계정, 앞의 논문, 200면.

7) 이계정, 앞의 논문, 202면. 이 논문에서 필자는 우리나라 신탁법은 신탁재산의 범위를 확장하여 정하고 있고, 영미법상 인정되는 신탁의 추급권과 유사한 수익자취소권을 인정하고 있는 등 신탁재산의 범위를 확장하려고 하고 있으며, 이 점이 우리 신탁법이 영미 신탁과 같이 신탁재산의 독립성을 원칙으로 해석하는 유력한 근거가 된다고 기술하고 있다.

8) 수탁자의 일반채권자가 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 점에는 이견이 없는 것으로 보인다. 다만 신탁전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 대하여는 예외적으로 신탁재산에 대한 강제집행이 허용된다(신탁법 제22조 제1항 단서).

신탁재산의 실질적인 소유주가 위탁자라는 입장에서 위탁자와 수익자가 동일한 자익신탁의 경우 신탁재산이 위탁자에 귀속되므로 강제집행을 인정해도 된다는 견해도 있다고 하나, 신탁의 설정으로 신탁재산이 수탁자에게 이전되면 그 재산은 대내외적으로 수탁자의 소유가 되고, 우리나라 민사집행법은 부동산강제경매를 진행하기 위한 첨부서류(민사집행법 제81조 제1항 제1호)로 “채무자의 소유로 등기된 부동산에 대하여는 등기사항증명서”를 제출하도록 하여, 집행권원상의 채무자와 집행대상인 물건의 소유자가 동일인임을 요구하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 위탁자의 채권자에 의한 강제집행은 금지된다고 할 것이다.⁹⁾ 대법원 판례 역시 같은 견해를 취하고 있다.¹⁰⁾

물론, 위탁자의 채권자가 신탁재산에 관하여 대항력 있는 권리를 취득한 경우라면 수탁자 명의로 신탁재산이 이전되더라도 강제집행이 가능하다. 위탁자의 채권자가 신탁 설정 이전에 저당권 등 담보물권을 설정하거나 압류, 가압류 등 보전조치를 취한 경우라면 신탁법 제22조 제1항 단서의 “신탁 전의 원인으로 발생한 권리”에 해당될 수 있기 때문이다.

3. 위탁자의 채권자에 대한 도산격리기능

신탁재산의 독립성과 관련하여 함께 설명되는 것이 신탁의 도산격리기능(도산절연성)이다. 수탁자가 도산한 경우 수탁자의 채권자는 원칙적으로 신탁재산에 대하여 권리를 행사할 수 없다. 신탁법 제24조에서 “신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다”라고 규정하여, 수탁자의 도산위험으로부터의 격리를 명확히 하였다.

그런데 위탁자가 도산한 경우 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대하여 권리를 행사할 수 있는지 여부에 대해서는 명문의 규정이 없다. 하지만 신탁재산은 위탁자의 일반채권자의 책임재산이 아니므로 위탁자가 도산한 경우에도 마찬가지로 보는 것이 타당하다.

다만, 최근 담보신탁에 대하여 신탁재산의 도산절연성을 인정할지 여부와 관련하여 많은 논란¹¹⁾이 있다. 담보신탁은 기능면에서 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에서 회생담보권으로 취급하고 있는 양도담보와 차이가 없고, 도산절차에서는 형식보다는 실질이 더 중요하다는 점을 근거로 들면서 담보신탁의 경우 도산절연성을 부정해야 한다는 견해¹²⁾도 있으나, 현재 우리

9) 오영준, “신탁재산의 독립성”, 「민사판례연구」 제30권, 한국민사판례연구회, (박영사, 2008. 3. 15.), 859, 860면; 이계정, 앞의 논문, 251면; 광장신탁법연구회, 앞의 책, 132, 133면.

10) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545 판결(원심판결 이유에 의하면, ... (중간생략)... 신탁법상의 신탁재산은 수탁자에게 귀속되는 일방 그 고유재산과도 구별되어 독립성을 갖게 되는 것이어서 이에 대하여는 신탁법 제21조 제1항 본문의 규정에 따라 원칙적으로 강제집행이나 경매가 금지되어 있고 다만 그 단서의 규정에 따라 신탁전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무처리상 발생한 권리에 기한 경우에만 예외적으로 강제집행이 허용되는데 여기에서 위 신탁전의 원인으로 발생한 권리라 함은 신탁전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우 등 신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생되었을 때를 의미하는 것이고 신탁전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함된다고 할 수 없다고 판단하였다. 원심의 위 판단은 정당하다. 소론은 신탁법 제21조 제1항의 규정은 수탁자 개인의 채권자가 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 취지이고, 위탁자의 채권자가 강제집행을 한 경우에는 위 법문에 저촉되지 아니한다는 것이나 이는 독자적인 견해이다. 원심이 판시한 바와 같이 신탁재산은 수탁자의 고유재산으로부터 구별되어 관리될 뿐만 아니라 위탁자의 재산권으로부터도 분리되어 신탁법 제21조 제1항 단서의 예외의 경우에만 강제집행이 허용될 뿐인 것이다).

11) 이에 대하여, 담보신탁의 도산절연성을 비판하는 견해로는, 정소민, “담보신탁의 법리에 관한 비판적 고찰”, 「선진상사법률연구」 85호, (법무부, 2019. 1.); 윤진수, “담보신탁의 도산절연론 비판”, 「비교사법」 제25권 2호, (한국비교사법학회, 2018); 이은재, “신탁과 도산”, 「기업법연구」 제30권 제3호, (한국기업법학회, 2016) 등. 반대로, 신탁의 도산절연성은 긍정해야 한다는 견해로, 이정선, “담보신탁의 특징과 법적 쟁점에 관한 연구”, (고려대학교 대학원, 2017); 이계정, “담보신탁과 분양보증신탁에 관한 연구”, 「사법」 41호, (사법발전재단, 2017); 김상명, “부동산 담보신탁에서 위탁자인 채무자가 도산하는 경우의 취급”, 「법과 정책」 제24집 제2호, (제주대학교, 2018) 등.

나라에서 담보신탁이 널리 활용되고 있는 이유 중 하나가 이러한 도산절연성 때문이라는 현실을 도외시 할 수 없고, 양도담보 설정 시 당사자들의 의사와 담보신탁 설정 시 당사자들 의사를 동일 시 할 수 없다는 점 등에 비추어 볼 때, 담보신탁을 다른 신탁과 구별하여 도산절연성을 달리 볼 이유는 없다고 하겠다. 대법원도 도산절연성을 긍정하고 있는 것으로 보인다.¹³⁾

4. 소결

앞서 검토한 바와 같이 위탁자의 채권자는 신탁의 독립성 때문에 신탁재산에 대한 강제집행을 통하여 자신의 채권을 회수할 수 없다. 즉, 위탁자의 채권자는 위탁자의 고유재산이 신탁재산으로 변경되었다는 이유로 자신의 채권회수에 지장이 생기게 된다. 이처럼 위탁자의 채권자의 권리행사에 제한이 생긴 경우, 위탁자의 채권자는 다른 방법을 통하여 자신의 채권회수를 보장받아야 할 것이다. 이하에서는 이러한 관점에서 위탁자의 채권자가 가질 수 있는 권리에 대하여 구체적으로 알아보도록 하겠다.

Ⅲ. 수익권에 대한 강제집행 가능성

1. 문제의 소재

부동산신탁의 설정으로 인하여 위탁자의 고유재산인 부동산이 수탁자의 신탁재산으로 변경되면서 수익자는 수익권을 취득하게 된다. 이는 부동산의 소유권이 수익권으로 전환되는 것으로 볼 수 있겠다. 위탁자가 신탁을 설정하면서 자신이 유일한 수익자가 되는 경우(완전한 형태의 자익신탁), 또는 자신 뿐 아니라 제3자도 같이 수익자가 되는 경우(자익신탁과 타익신탁의 혼합형)라면, 위탁자 역시 수익권을 취득하게 된다.¹⁴⁾

수익권 역시 재산권의 일종으로 볼 수 있는 이상, 위탁자의 채권자는 부동산인 신탁재산에 대한 강제집행은 어렵지만 위탁자가 가진 수익권에 대해서는 채권 회수를 위한 강제집행 시도는 가능하다고 할 것이다.

아래에서는 먼저, 신탁에서의 수익권의 내용과 그 법적 성질이 무엇인지 알아보고, 그 다음 수익권에 대한 강제집행의 실무 및 그 효력을 살펴보겠다. 마지막으로 최근 대법원 판결인 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018다237329 판결을 검토해 보도록 하겠다.

12) 윤진수, 앞의 논문, 723~733면 참조

13) 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결(신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권설정등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이 전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제3취득자와 같은 지위를 가진다. 따라서 그 후 신탁자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채권자가 신탁부동산에 대하여 갖는 저당권은 채무자회생법 제250조 제2항 제2호의 '채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보'에 해당하여 회생계획이 여기에 영향을 미치지 않는다. 또한 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경되더라도 이로써 실권되거나 변경되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 회생채권 또는 회생담보권에 한하고, 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에는 영향이 없다) 등.

14) 물론 이 글에서 전제할 것은 아니지만, 위탁자가 아예 수익권을 가지는 않는 완전한 형태의 타익신탁도 있다. 이런 경우 신탁의 설정으로 위탁자에게 신탁재산과 관련하여 남아 있는 권리가 아무것도 없으므로 여기서 논의하는 수익권의 강제집행은 아무런 의미가 없다. 이 경우는 다음 항에서 검토하는 사해신탁취소권 행사 여부만 문제될 것으로 보인다.

2. 수익권의 개념 및 법적 성질

(1) 수익권의 개념 및 분류

수익권은 수익자¹⁵⁾가 가지는 신탁재산 및 수탁자에 대한 각종 권리의 총체¹⁶⁾를 의미한다. 이러한 수익권은 자익권(협의를 수익권)과 공익권(광의의 수익권)으로 구별된다. 자익권(협의를 수익권)은 신탁재산 또는 수탁자에 대하여 기대하는 개인적인 편익과 관련된 권리로, 통상 신탁재산으로부터 급부를 받을 수급권을 의미한다.

공익권은 ① 수탁자 감독권과 신탁재산 보전권으로 이루어진 신탁의 감독권과 ② 신탁운영의 참가권으로 구별된다. '수탁자 감독권'은 수탁자가 부과된 신탁사무를 적법하게 잘 처리하고 있는지 여부를 감시하는 권리로, 신탁의무 이행청구권, 수탁자에 대한 유지청구권(신탁법 제77조 제1항), 설명요구권 및 서류의 열람 등 청구권(동법 제40조), 해임권 및 해임청구권(동법 제16조), 신수탁자 선임권(동법 제21조), 수탁자 임무종료 또는 사임시 통지수령권(동법 제12조 제2항, 제13조 제2항, 제14조 제4항), 신탁종료시 계산 승인권(동법 제103조 제1항) 등이 있다.¹⁷⁾ '신탁재산의 보전권'은 신탁재산을 상실위험으로부터 보전하기 위한 권리로, 신탁재산에 대한 강제집행의 이의권(신탁법 제22조), 신탁재산에 대한 원상회복청구권(동법 제43조 제1항), 이익 반환청구권(동법 제43조 제3항) 등이 포함된다.¹⁸⁾ '신탁운영의 참가권'은 신탁재산의 실질적 소유자인 수익자가 신탁에 관한 중요한 사항을 직접 결정해야 한다는 취지에서 인정되는 권리로, 신탁위반 법률행위에 대한 취소(신탁법 제75조 제1항), 신탁의 변경(동법 제88조 제3항), 신탁의 종료(동법 제99조) 등이 포함된다.¹⁹⁾

한편, 수익권은 원본수익권과 수익수익권으로 구분하기도 한다. 원본수익권은 신탁원본의 인도를 구할 수 있는 권리를 의미하고, 수익수익권은 신탁원본으로부터 발생하는 수익의 지급을 구할 수 있는 권리를 의미한다.

또한 수익권의 내용 중 자익권은 급부를 수령할 지위를 의미하는 '추상권 자익권'과 이미 발생한 구체적 급부청구권을 의미하는 '구체적 자익권'으로 구분하기도 한다. 구체적 자익권을 '수익채권'이라고도 하는데, 신탁법에서는 이를 '수익자가 수탁자에게 신탁재산에 속한 재산의 인도와 그 밖에 신탁재산에 기한 급부를 요구하는 청구권'이라고 규정하고 있다(신탁법 제62조).

(2) 수익권의 법적 성질

수익권의 법적 성질에 대한 논의는, 수탁자나 제3자에 대한 수익자의 권리의 범위 및 효력에

15) 수익자와 비교할 개념으로 잔여재산수익자, 귀속권리자 개념도 있다. 신탁행위로 잔여재산수익자를 지정한 경우, 신탁이 종료된 경우 잔여재산수익자에게만 신탁재산이 귀속된다(신탁법 제101조 제1항 본문). 이러한 잔여재산수익자는 수익자로서 신탁 존속 중에 공익권을 행사할 수 있다. 귀속권리자 역시 신탁이 종료한 경우 잔여재산이 귀속되지만 귀속권리자는 수익자가 아니다(신탁법 제101조 제1항 단서). 즉, 귀속권리자는 신탁이 존속 중인 때에는 수익권을 행사할 수 없지만 신탁이 종료한 때에 신탁의 잔여재산 귀속에 대한 기대권을 가지는 자라고 할 수 있다. 광장신탁법연구회, 앞의 책, 391, 392면 참고.

16) 수익자가 갖는 권리뿐만 아니라 의무의 총체는 수익권이 아니라 수익자의 지위라고 할 것이고, 이는 수익권과는 구별된다.

17) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 257면; 법무부(김상용 감수), 「신탁법 해설」, (법무부, 2012), 461, 462면.

18) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 257면; 법무부(김상용 감수), 앞의 책, 462면.

19) 법무부(김상용 감수), 앞의 책, 462면. 신탁운영의 참가권으로 설명되는 권리들을 신탁재산 보전권의 일부로 설명하는 견해로는 이계정, "신탁의 수익권의 성질에 관한 연구", 「민사법학」 제77호, ((사)한국민사법학회, 2016. 12.), 107면 참조.

대한 법적 근거를 설명하는 것이므로, 뒤에서 살펴보게 되는 수익권의 압류가 미치는 효력 범위 및 그 집행과 관련하여 나름의 의미가 있다.

수익권의 법적 성질과 관련하여 우리나라 문헌은 일본에서의 논의를 그대로 차용하여 설명하고 있는 것으로 보인다.²⁰⁾ ‘채권설’은 수익권의 성질을 단순히 채권으로 보는 견해로, 수탁자에게 재산권이 이전되면 신탁재산에 관한 권리는 수탁자에게 완전히 귀속되나 신탁재산을 수익자의 이익을 위하여 관리하여야 하는 채권적 구속을 받는 것이고, 수익자는 단지 수탁자에게 신탁재산으로부터 일정한 수익을 지급하도록 청구하거나 신탁 종료시 신탁재산의 반환을 청구할 수 있는 채권인 수익권을 가질 뿐이라고 설명한다.²¹⁾ 반면에 ‘실질적 법주체성설(물적 권리설)’은 수탁자는 명의와 관리권이라는 권능 또는 자격을 가지는 데 불과하고, 수익자는 수탁자에 대한 채권과 신탁재산에 대한 물권적 권리를 가지는 신탁재산의 실질적인 소유자로 볼 수 있으나, 법형식상으로 수익자를 신탁재산의 소유자로 보는 것이 불가능하므로, 신탁재산은 신탁의 당사자 어느 쪽으로부터도 독립한 실질적인 법주체성을 갖고 있다고 보는 견해이다.²²⁾

나아가 우리나라에서는 수익권이 채권이라는 사실은 인정하나 여기서 채권이라는 것은 신탁재산의 법률상 소유권이 아니라는 소극적 의미에 불과한 것이라고 설명하는 견해,²³⁾ 수익권에는 채권과 물권의 성질이 함께 포함되어 있으므로, 채권설을 기본으로 하면서 물권적 요소도 함께 입법화한 것으로 보아야 한다는 견해,²⁴⁾ 수익권은 채권인 수익채권을 중심으로 하는 권리와 의무의 총체이며, 수익자는 신탁재산에 대한 물권자는 아니지만 수익권 보호를 위한 신탁법 규정에 따라 단순한 채권자 이상의 보호를 받는다는 점을 감안하여 이해해야 하고 단편적으로 채권이나 물권, 또는 막연히 특수한 권리로 분류해서는 안된다는 견해,²⁵⁾ 신탁은 수탁자의 인격을 차용하여 수익자를 수익하게 하는 단체적 법률관계이고, 수익자의 지위는 회사에서의 사원의 지위와 유사한 사원권적 성질을 지닌다고 할 수 있으므로, 수익권 역시 이러한 사원권과 유사한 것으로 보아야 한다는 견해,²⁶⁾ 영미법계의 제도의 수용인 이상 부동산신탁에서의 수익권을 물권으로 이해해야 한다는 견해²⁷⁾ 등 다양한 견해가 있다.

대법원은 채권설 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.²⁸⁾ 대법원 2014. 11. 27 선고 2012두 26852 판결은 “신탁법상 신탁계약이 이루어져 수탁자 앞으로 부동산의 소유권이전등기가 마쳐지면 대내외적으로 그 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자는 신탁의 목적에 따라 신탁재산인 부동산을 관리·처분할 수 있는 권능을 갖게 되고 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁재산을 관리·처분하여야 하는 신탁계약상의 의무만을 부담하며 위탁자와의 내부관계에 있어서 부동산의 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것이 아니므로(대법원 1993.4.27. 선고 92누8163 판결, 대법원 2012.5.10. 선고 2010두26223 판결 등 참조), 신탁법에 따른 신탁등기가 마

20) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 258면; 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, 신탁법의 법률문제, 「BFL」 제17호, 2006. 5. 10~14면. 이 책 및 논문에서 필자는 채권설, 실질적 법주체성설 외에도 제한적 권리이전설, 수물권설, 부동산신탁·금전신탁 분리설이 있다고 소개하고 있다.

21) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 258면.

22) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 258면; 이계정, 앞의 “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 122, 123면.

23) 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 「민사판례연구(XXX)」, (박영사, 2008), 937~939면.

24) 정순섭, 앞의 논문, 14면.

25) 최수정, 「신탁법」, (박영사, 2016), 116, 117면.

26) 이중기, 「신탁법」, (삼우사, 2007), 448면.

27) 류창호, “신탁에서의 물권법정주의에 관한 연구-영미법계와 대륙법계의 소유권을 중심으로-”, 「법학연구」 제24권 제2호, (경상대학교 법학연구소, 2016. 4.), 86면.

28) 이계정, 앞의 “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 125, 126면.

쳐지지 아니한 경우 신탁재산인 부동산에 관한 사실상의 소유자는 수탁자로 보아야 한다.”라고 판시하고 있다.²⁹⁾

3. 수익권의 압류가능성

수익권도 재산권인 이상, 당연히 강제집행의 대상이 될 수 있다고 하겠다. 앞서 논의한 신탁 재산에 대한 독립성 보장을 위하여 신탁법 제22조는 신탁재산에 대한 강제집행을 금지하고 있으나, 이 규정은 위탁자가 가진 수익권에 대한 강제집행마저도 금지하고 있는 것은 아니다. 부동산신탁의 관점에서 볼 때, 위탁자 소유였던 부동산이 신탁재산이 되면서 위탁자의 채권자는 부동산에 대한 강제집행이 어렵게 되었기 때문에, 위탁자의 채권자의 권리보호를 위해 위탁자가 수익자로서 가진 수익권에 대한 강제집행이 허용되어야 할 필요가 있다.

대법원 판례가 수익권의 법적 성질을 채권으로 보고 있고, 신탁법에서 수익권의 양도와 질권 설정을 허용하고 있는 이상(신탁법 제64조, 제66조), 수익권의 압류는 원칙적으로 인정된다고 할 것이다.³⁰⁾

4. 수익권에 대한 강제집행의 방식

위탁자의 채권자가 위탁자에 대하여 가지고 있는 채권을 금전채권이라고 전제하면(대부분의 경우 그러할 것임), 수익권에 대한 강제집행은 금전채권의 실현을 위한 강제집행 방식에 의해야 한다. 즉, 압류, 현금화, 배당의 절차를 거치게 된다. 다만 압류를 어떤 방식으로 할지, 현금화를 어떤 방식으로 할지는 압류의 대상이 된 채무자의 재산이 유체물인가, 무체물인가, 유체물이라도 부동산인가 동산인가에 따라 달라진다.

그런데 여기서 논의하고자 하는 집행의 대상은 “수익권”이므로, 수익권의 강제집행은 “동산에 대한 강제집행” 중 “채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행”에 해당될 것으로 보인다. 그리고 “채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행”에는 다시 “금전채권에 대한 강제집행”, “유체물의 인도청구권 등에 대한 강제집행”, “그 밖의 재산권에 대한 강제집행”으로 다시 나뉜다.

여기서 앞서 논의한 수익권의 내용과 그 법적 성질에 따라 각각의 집행절차에 있어 차이가 발생할 수 있다. 단순히(막연히) “수익권”에 대한 강제집행 절차를 진행한다면(예를 들어, 압류 및 추심명령 또는 압류 및 전부명령 결정문에 “수익권”이라고만 기재된 경우), 이때 수익권은 다시 수익금을 받을 수 있는 권리(수익금채권), 신탁이 종료된 경우의 잔여재산반환청구권, 부동산신탁의 경우 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 등 다양한 권리를 상정할 수

29) 이와 유사하게 채권설을 취한 것으로 볼 수 있는 대법원 판결로는, 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), 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결 등이 있다. 본문에서 인용한 대법원 2014. 11. 27 선고 2012두26852 판결은 이전 판결들에 비하여 명시적으로 “신탁계약상의 의무만을 부담”한다고 판시하여 좀 더 적극적으로 채권설 입장을 취한 것으로 볼 수도 있을 것이다.

30) 김태진, “신탁수익권과 강제집행-수익권에 대한 압류의 효력범위에 관한 고찰-”, 「비교사법」 제24권 2호(통권77호), (한국비교사법학회, 2017. 5.), 421면. 이 논문에서 필자는 연혁적으로나 이론적으로나 신탁법 해석상이나 신탁수익권은 압류가능하다고 하고 있다.

있다.³¹⁾ 또한 수익권을 사원권의 일종으로 보는 견해가 있다는 점도 감안해 볼 수 있다.

그렇다면 “금전채권에 대한 강제집행”, “유체물의 인도청구권 등에 대한 강제집행”, “그 밖의 재산권에 대한 강제집행”이 모두 적용될 가능성을 배제할 수 없어 보인다.

먼저, “금전채권에 대한 강제집행”은 압류, 현금화, 배당의 절차를 거치게 된다. 채권자가 집행법원에 압류명령신청을 하면 집행법원은 압류명령을 발령하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류³²⁾한 후(민사집행법 제227조 제1항), 다시 채권자의 신청에 의하여 추심명령 또는 전부명령을 발령하여 현금화한다(민사집행법 제229조 제1항). 다만 압류한 채권이 추심명령이나 전부명령에 의하여 현금화하기 곤란한 경우, 법원은 채권자의 신청에 의하여 양도명령 등 특별현금화방법을 명할 수도 있다(민사집행법 제241조 제1항).³³⁾

“유체물의 인도청구권 등에 대한 강제집행” 중 유체물이 부동산인 경우 강제집행이 문제될 수 있다. 채무자가 제3자에 대하여 부동산인도청구권을 가지고 있거나 부동산소유권이전청구권 등 부동산에 대한 등기청구권을 가지고 있는 경우에 채권자는 그 부동산으로부터 자기의 금전채권의 만족을 얻기 위하여 채무자의 제3자에 대한 부동산에 관한 위와 같은 청구권을 압류하여 그 청구권의 내용을 실현시키고 그 부동산을 채무자의 책임재산으로 귀속시킨 후 이를 현금화하거나 또는 강제관리를 실시하여 그 매각대금이나 수익금으로부터 채권의 변제를 받을 수 있다(민사집행법 제242조, 244조).³⁴⁾

“사원의 지분에 대한 강제집행”은 압류와 현금화 절차로 진행된다. 사원의 지분권에 대한 압류절차는 민사집행법 제251조 제1항에 따라 같은 법 제227조, 제241조가 준용되어 진행된다. 압류의 효력은 제3채무자에게 송달될 때 발생하고, 압류에 의하여 채무자인 사원은 지분의 양도, 질권설정 등의 처분을 할 수 없게 된다. 이러한 압류는 사원의 장래 이익의 배당 및 지분환급청구권에도 효력이 미치고(상법 제223조) 그 밖에 해산한 경우에 생기는 사원의 잔여재산 분배청구권에도 그 효력이 미친다. 다만 이러한 청구권은 구체적인 액수가 정해져 있지 아니하므로, 구체화되어 그 행사를 할 수 있는 시기가 도래할 때마다 그 채권에 대한 추심명령이나 전부명령을 얻어 채권의 만족을 얻을 수 있다. 또한 압류채권자는 영업연도 말에 당해 사원을 강제로 퇴사시킬 수도 있으므로(상법 제224조 제1항), 이로 인하여 그 사원에게 발생하는 지분환급청구권으로부터 만족을 얻을 수도 있다. 한편, 사원의 지분권은 그 성질에 따라서 적당한 방법으로 현금화한다(민사집행법 제251조 제1항, 제241조). 사원의 지분권의 양도에는 총사원의 승낙이 필요하므로 이와 관련된 승낙서가 신청서에 첨부되어야 가능하지만, 이익배당청구권, 지분환급청구권, 잔여재산분배청구권은 지분권의 압류에 따라 그 효력이 법률규정에 의하여 당연히 생기는 것이므로 다시 압류명령이 필요 없고 추심 또는 전부명령 신청으로 채권의 만족을 얻을 수 있다고 한다.³⁵⁾

5. 수익권 압류의 형태별 효력 범위 및 그 집행

31) 임채웅, “신탁수익권에 관한 민사집행의 연구”, 「서울대학교 법학」 제50권 제4호, (서울대학교, 2009. 12.), 279면. 이 논문에서 필자는 위와 같은 권리는 신탁이 종료된 이후이므로 수익권의 문제가 아니라고 하고 있다. 반면에, 김태진, 앞의 논문, 418면. 이 논문에서 필자는 현행 신탁법 하에서는 달리 정함이 없는 한 수익권의 내용에 이러한 신탁종료 시 잔여재산에 대한 원본수익권도 포함된다고 기술하고 있다. 후자의 입장이 타당하다고 생각되고 본고는 후자의 입장에 따라 기술하겠다.

32) 압류가 되면, 제3채무자는 지급이 금지되고(민사집행법 제227조 제1항), 채무자는 지급과 영수가 금지된다.

33) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행[Ⅲ]-동산, 채권 등 집행-」, (법원행정처, 2003), 290면.

34) 법원행정처, 앞의 책, 426면.

35) 법원행정처, 앞의 책, 458면.

실무에서 위탁자의 채권자가 수익권에 대하여 압류하는 형태는, (1) '수익권' 자체의 압류, (2) 위탁자가 수탁자에 대하여 가지는 '수익금채권'의 압류, (3) '신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권'에 대한 압류가 대표적이다.

일반적으로 압류의 효력 범위는 결정 주문의 내용에 따른다(다만 실질적으로 채권자가 신청서에 기재한 내용에 구속되어 압류명령 주문이 결정되므로, 채권자가 신청서에 피압류채권의 내용을 어떻게 기재하는가도 중요하다). 대법원도 『채권에 대한 압류명령의 대상이 되는 채권의 구체적인 범위는 '주문'과 '압류할 채권의 표시' 등 압류명령에 기재된 문언의 해석에 따라 결정되고, 압류명령에 기재된 문언은 문언 자체의 내용에 따라 객관적으로 엄격하게 해석하여야 하며, 제3채무자가 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 문언을 이해할 때 포함 여부에 의문을 가질 수 있는 채권은 특별한 사정이 없는 한 압류명령의 대상에 포함된 것으로 볼 수 없다(대법원 2016. 6. 23. 선고 2013다58613 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다216273 판결 등 참조)』 라고 판시한 바 있다.

첫째, 압류명령 결정 주문에 “수익권”을 압류한다고 기재된 경우를 살펴보겠다. 수익권의 개념이 신탁재산 및 수탁자에 대한 각종 권리의 총체라고 정의하였으므로, 이때 압류된 것은 의무까지 포함된 수익자의 지위로 해석할 수는 없을 것이다.

수익권을 압류한 경우, 수익권의 내용 중 재산적 성격이 있는 자익권에만 미치는 것인지, 아니면 공익권을 포함한 일체의 권리에 그 효력이 미치는지 논란이 있을 수 있다. 압류는 위탁자가 신탁관계에서 수탁자에 대하여 요구할 수 있는 재산적 성격의 권리에 한정되어야 할 것이다. 따라서 공익적 성격의 수익자의 권리까지는 압류의 효력이 미치지 않을 것이다.

이처럼 수익권 중 자익권적 성질에만 압류의 효력이 미친다고 보는 경우에도 이때 자익권은 단순한 하나의 권리가 아니라 여러 가지 권리가 결합되어 있는 것이다. 즉, 수익금의 교부를 요구할 수 있는 권리, 신탁종료 시 잔여재산의 귀속을 주장할 수 있는 권리 등이 수익권의 내용이 될 수 있다. 그렇다면 수익권이 압류된 경우 어떤 방식으로 강제집행을 진행할 수 있을까.³⁶⁾ 이 부분은 수익권의 법적 성질을 채권설로 볼 것인지, 아니면 사원권적 성질까지 있는 것으로 볼 것인지, 즉 수익권의 본질론과도 어느 정도 연관이 있어 보인다.

실무에서 수익권이 압류된 이후 그 효력범위, 위반여부에 대한 논의가 있으나 압류 이후 현금화 절차가 어떻게 진행되었는지 확인하기가 어렵다. 실제 현금화 절차까지 진행된 경우가 많지 않았기 때문인 것으로 추측된다. 그리고 실무에서 수익권 그 자체의 압류보다 수익권으로부터 구체화된 개별 권리에 대해서 압류한 경우가 많은 것만 보더라도 수익권 압류의 불명확성과 현금화의 곤란이 반영된 것이 아닌가 하는 생각도 든다.

수익권이 여러 가지 권리의 총체인 이상, 앞서 본 강제집행 방식 중 “사원의 지분에 대한 강

36) 김태진, 앞의 논문, 422면. 이 논문에서 필자는 수익권에 대한 현금화절차로 추심명령, 전부명령이 많이 활용되고 있다고 한다. 반면에, 한상곤, “신탁수익권의 집행에 관한 법적 소고”, 『홍익법학』 제15권 제4호, (홍익대학교 법학연구소, 2014), 328면. 이 논문에서 필자는 수익수익권 자체를 의미하는 개념으로 ‘기본적인 수익권’을 상정하고, 이러한 ‘기본적인 수익권’은 민사집행법 제251조에서 규정한 “그 밖의 재산권”에 해당하므로, 이에 대해서는 재산권의 성질에 따라 집행방법이 결정되어야 하는데, 그 성질상 대부분의 경우 통상적인 채권의 현금화절차인 추심명령, 전부명령에 의한 방법으로 집행되기 어렵다고 하면서, 민사집행법 제241조 제1호의 양도명령, 동조 제2호의 매각명령의 방법으로 환가될 것으로 보인다고 하고 있다. 한편, 임채웅, 앞의 논문, 280, 293면. 이 논문에서 필자는 수익권 자체를 ‘기본적인 수익권’, 그 수익권 자체의 내용 중 일부이면서 동시에 신탁이 유지되는 동안 신탁계약의 내용에 따라 수익자에게 교부되는 것에 대한 권리를 ‘구체화된 수익권’이라고 정의하고, 위와 마찬가지로 기본적인 수익권에 대하여는 통상적인 채권의 현금화 절차인 추심명령, 전부명령에 의한 방법으로 집행되기 어렵다고 기술하고 있다.

제집행” 방식과 상당한 유사점이 있어 보인다. 특히 수익권의 성질을 사원권적 성질이 있다고 보는 경우 더욱 그러하다.³⁷⁾

따라서 수익권이 압류된 경우 그 압류의 효력은 수익금채권, 잔여재산반환청구권에 미치고,³⁸⁾ 위 권리가 구체화되어 그 행사를 할 수 있는 시기가 도래할 때마다 별도의 압류가 필요 없이 바로 추심명령이나 전부명령을 얻어 채권의 만족을 얻을 수 있을 것이다.³⁹⁾ 따라서 수익권의 압류 이후 각 개별 권리 즉 수익금채권(금전채권의 일종), 잔여재산반환청구권(부동산신탁의 경우 소유권이전등기청구권)에 맞는 방식으로 현금화 절차를 진행하면 될 것으로 생각된다.

다만 수익권을 채권으로 본다면 당연히, 사원권으로 보더라도 대부분의 권리가 채권이므로, ‘채권에 대한 압류명령’에 대한 원칙은 그대로 적용된다고 할 것이다. 즉, 채권에 대한 압류명령은 압류할 시점에 현실적으로 존재하는 압류된 채권 전체에 미치고 집행채권의 범위에 한정되지 않는다. 또한, 그 목적이 된 채권의 한도에서 효력이 발생하므로 장래의 채권에 대한 압류가 허용되는 경우라도 피압류채권과 동일성이 없는 새로운 원인에 의하여 발생한 채권에는 압류의 효력이 미칠 수 없다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다32214 판결 등). 다만 기본적인 법률관계에 변경이 있는 경우 압류의 효력은 소멸한다.

한편, 수익권의 압류의 효력범위를 상법상 회사의 주식 또는 지분이 압류된 경우의 효력 범위와 유사한 것으로 본다면(사원권의 성질을 강조한다면), 상법상 인적회사와 관련하여 지분압류권자에 대하여 인정되는 퇴사청구권(상법 제224조 제1항)과 유사하게 위탁자의 채권자가 신탁종료권을 행사할 수 있을지 논란이 있을 수 있다.

만일 이를 긍정한다면, 위탁자의 채권자는 신탁계약기간 중이라고 하더라도 신탁종료권을 추심의 방식으로 행사하여 자신의 채권의 만족을 도모할 수 있게 된다. 신탁법 제99조는 신탁행위로 별도로 정하지 않는 이상 위탁자와 수익자는 합의하여 신탁을 종료할 수 있다고 규정하고 있다.

이와 관련하여 완전한 형태의 자익신탁 구조에서 위탁자의 의사표시만으로 신탁을 종료시킬 수 있는 경우에 한하여 위탁자의 채권자는 추심권한을 획득하여 신탁종료권을 행사할 수 있다는 취지의 견해가 있다.⁴⁰⁾ 수익권의 사원권적 성질을 고려해 보고, 추심채권자가 취소권, 해제권도 행사할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 일응 타당한 견해라 생각된다.

나아가, 위탁자가 수익자변경권을 가지는 경우, 수익권이 압류되어 있는 상태에서도 위탁자가 이를 행사하는 것이 가능한지 의문이 생길 수도 있겠다.

수익권이 압류되어 있다고 하더라도 그 기본적인 법률관계의 처분(변동)까지 금지된다고 볼 수 없고, 이로 인하여 수익권이 소멸한다고 하여 압류명령의 위반이라 볼 수 없다. 예를 들어 채무불이행으로 신탁계약이 해지, 해제되어 수익권이 소멸하더라도 이를 두고 압류명령 위반으로 볼 수는 없을 것이다. 여기서 위탁자의 수익자변경권 행사를 수익권의 기초가 되는 법률관

37) 김태진, 앞의 논문, 448면. 이 논문에서 필자는 압류의 효력 범위는 상법상 회사의 주식 또는 지분이 압류된 경우 그 압류의 효력 범위와 유사할 것으로 보고 있다.

38) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다15654 판결(신탁행위로 수익자를 신탁재산의 귀속권리자로 정한 경우 수익자의 채권자가 수익자의 수탁자에 대한 신탁수익권의 내용인 급부청구권을 압류하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 압류의 효력은 수익자가 귀속권리자로서 가지는 신탁원본의 급부청구권에 미친다).

39) “사원의 지분에 대한 강제집행” 방식에서는 사원권을 압류하면 상법 규정에 의하여 이익배당청구권, 지분환급청구권, 잔여재산분배청구권에 대하여 압류의 효력이 생기므로 별도의 추가 압류가 필요 없는 것으로 보고 있는데, 신탁법에서는 수익권의 그 범위에 대하여 구체적인 법규정이 없어 추가적인 압류가 필요한가 의문이 있을 수 있다. 하지만 이 쟁점은 법규정의 존부가 아니라 압류의 효력범위에 대한 문제로 보이므로 법규정의 존부로 판단할 쟁점은 아닌 것으로 생각된다.

40) 김태진, 앞의 논문, 454면.

계 자체의 처분으로 볼 것인지 문제된다.

보통의 압류명령의 경우 위탁자에 대하여 양도, 질권의 설정 그밖의 일체의 처분이 금지되고 있고, 수익자변경권의 행사는 위탁자의 수익권양도와 차이가 없어 압류명령 위반이나 사해행위에 해당될 가능성이 있어 보인다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 피압류채권의 기초가 되는 법률관계의 처분의 자유도 일정한 제한이 있을 수 있고, 수익자변경권은 수익권 자체의 처분과 유사한 것이므로 그 기초가 되는 법률관계의 처분은 아닌 것으로 볼 수도 있어, 위 견해가 타당하다고 생각된다.

둘째, 수익금채권을 압류하는 경우이다. 실무에서 비교적 흔한 형태로 보인다. 이러한 형태의 압류가 많은 것은 단순히 수익권을 압류하는 경우 위에서 본 바와 같이 수익권의 내용, 압류의 범위 등과 관련하여 명확하지 못한 부분이 있어, 이로 인한 리스크를 피하면서 압류범위를 명확히 하는 측면이 있기 때문인 것으로 보인다.

여러 이해관계가 얽혀 있는 부동산신탁에서 수익금채권이 압류된 경우, 신탁계약서에 규정되어 있는 자금집행 규정상 최후순위인 위탁자가 수탁자에 대하여 가지는 수익금채권만 압류된 것으로 본다. 따라서 자금집행의 순서상 선순위에 있는 경우 압류에도 불구하고 자금집행이 가능한 것으로 일반적으로 해석한다.⁴²⁾ 이렇게 해석하지 않는다면 수익금채권의 압류만 있으면 아예 신탁사업의 진행이 불가능하게 될 것이다.

그런데, 수익금채권의 압류만 된 상태에서 신탁이 종료된 경우, 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 그 효력이 미치는 것일까. 이 부분은 수익“금”을 압류한 이상, 금전채권을 압류한 것으로 해석될 수 있으므로, 그 효력이 미치지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다.⁴³⁾ 하지만 만일, 약간 표현을 바꾸어, “신탁수익청구권”을 압류한 것으로 해석된다면, 금전에 한정된 것이 아니고, 수익권 내용 속에 잔여재산반환청구권도 포함될 수 있어, 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 압류의 효력이 미친다고 볼 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

셋째, 부동산신탁에서 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 압류하는 경우⁴⁵⁾도 비교적 흔히 있다. 위탁자의 채권자 입장에서 수익“금”채권만 압류하였다면 위와 같은 소유권이전등기청구권에 그 압류의 효력이 미치지 아니하므로 별도의 압류의 필요성이 있을 것이다. 이 경우 채권자가 채권을 추심하기 위해서는 우선 민사집행법 제244조에서 정한 절차에 따라 해당 부동산에 관하여 채무자 명의로 소유권이전등기를 경료한 다음 다시 그 부동산에 대한 강

41) 김태진, 앞의 논문, 458면.

42) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다7426 판결.

43) 앞에서 예로 든 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다15654 판결 사안에서 피압류 및 피전부 채권은 “이 사건 신탁에 의한 우선수익자로서 신탁부동산에 대한 수익금으로 교부받은 금원 중 50억 원의 청구채권”이라고 기재되어 있던 것을 보인다. 그런데 위 판결은 신청서나 결정문에 명시적인 기재가 없다고 하더라도 잔여재산반환청구권의 내용으로 볼 수 있는 신탁원본으로서의 이 사건 신탁부동산 분양대금의 급부청구권에 압류효력이 미친다고 본 것이다. 즉, 수익권의 내용인 금전채권을 압류하였고, 이러한 압류의 효력은 신탁원본으로서의 금전채권에 압류효력이 미친다고 판시한 것이다.

44) 본고의 뒤에서 설명하고 있는 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018다237329 판결은 수익“금”채권이 아닌 “신탁수익청구권”에 대한 압류여서 수익권에 대한 압류로 해석할 수 있으므로, 금전채권이 아닌 소유권이전등기청구권에 압류의 효력이 미친다고 본 것으로 보인다.

45) 하지만 구 주택법의 입법취지를 고려하여 신탁종료를 원인으로 사업주체가 가지는 소유권이전등기청구권이 구 주택법 제40조 제1항의 처분제한 기간이 지나기 전에는 압류·가압류 대상이 될 수 없다고 판단한 적도 있다. 대법원 2014. 6. 26 선고 2012다2682 판결(구 주택법 제40조의 입법 취지와 규정 내용, 금지사항 부기등기와 신탁등기의 관계 등에 비추어 보면, 사업주체가 주택건설대지를 피고 회사에 신탁한 경우, 구 주택법 제40조 제1항의 처분제한 기간이 경과하기 전에는 특별한 사정이 없는 한 당해 대지에 관하여 사업주체가 피고 회사에 대하여 가지는 신탁의 종료를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 그 성질상 압류·가압류의 대상이 될 수 없고, 이러한 권리를 대상으로 한 압류·가압류결정은 효력이 없다고 할 것이다) 참고.

제경매를 실시하여 그 경매절차에서 배당받게 된다. 하지만 우선수익자가 있는 부동산담보신탁 구조에서 위와 같은 배당절차가 진행된다면 우선수익자가 배당절차에서 배당받는데 어려움이 있을 것으로 예상된다. 즉, 우선수익자가 배당절차에 참여하더라도 자신의 우선권 있는 채권의 실현은 어려울 것이고, 다른 일반채권자와 함께 평등배당을 받을 수밖에 없을 것으로 보이기도 한다. 하지만 실무상 우선수익자의 동의가 없는 이상 신탁이 종료되지 못하는 경우가 일반적이므로, 실제 이로 인하여 우선수익자가 피해를 보지는 않을 것으로 예상된다.

6. 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018다237329 판결

(1) 문제의 소재

부동산담보신탁의 경우 대출금융기관이 위탁자에게 부동산개발사업을 위해 대규모 대출을 해주면서 토지 및 그 지상에 신축될 건축물에 대하여 신탁회사에 신탁을 요구하고, 대출금채권의 담보를 위하여 신탁계약상 우선수익권을 취득한다. 이때, 위탁자, 수분양자가 분양계약의 당사자가 된다.

그리고 위탁자는 수분양자와 분양계약을 체결한 이후 수분양자가 잔금을 모두 납부한 경우, 소유권이전등기의무의 이행을 위하여 신탁의 일부를 해지시켜 준다. 이 경우 신탁계약에서는 특약으로, 우선수익자(대출금융기관)의 동의를 요건(또는 우선수익자의 요청)으로 하여 수탁자가 수분양자에게 직접 소유권을 이전할 수 있다고 규정하는 경우가 일반적이다.

아래 대법원 판결 역시 이와 유사한 사안에서, 위탁자의 채권자가 “신탁수익권에 대하여 압류 및 추심명령”을 발령받은 경우, 수탁자가 위 특약에 따라 소유권이전등기를 경료해 준 행위가 불법행위가 되는지 여부가 문제되었다.

(2) 사실관계 및 판시내용

<p>1) 사실관계</p> <p>가. 위탁자와 수탁자(피고)는 2015. 3. 20.경 이 사건 오피스텔에 관하여 담보신탁계약을 체결하고 신탁등기를 마쳤다.</p> <p>나. 이 사건 신탁계약 특약사항 제6조 제1항은 ‘분양(매매)대금을 완납한 수분양자(매수자)에 대하여 우선수익자의 수분양자(매수자) 앞 소유권이전 서면요청이 있는 경우, 수탁자는 수분양자(매수자)로부터 불입의 약약서를 징구한 다음, 신탁부동산의 소유권을 수분양자(매수자)에게 직접 이전할 수 있다’ 라고 규정하고 있다.</p> <p>다. 위탁자의 채권자(원고)는 이 사건 오피스텔에 관하여 위탁자가 수탁자에 대하여 가지는 신탁수익청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받았고, 위 압류 및 추심명령은 2016. 7. 11. 수탁자에게 송달되었다.</p> <p>라. 위탁자는 2016. 10. 18. 이 사건 오피스텔을 매수인들에게 매도하였고, 위탁자와 우선수익자는 수탁자(피고)에게 특약사항 제6조 제1항을 근거로 매수인들에 대하여 소유권을 직접 이전하여 줄 것을 요청하였다.</p> <p>마. 이에 수탁자(피고)는 2016. 10. 18. 매수인들에게 해당 호실 오피스텔에 대한 이 사건 소유권이전 등기를 마쳐 주었고, 위탁자는 매수인들로부터 수령한 매매대금 중 일부를 우선수익자에 대한 채무변제와 신탁보수 지급에 사용하였다.</p> <p>2) 판시내용</p> <p>대법원은 『 부동산 신탁계약에서 분양대금에 의한 우선수익자의 채권 변제가 확보된 상태에 이르르면, 위탁자인 시행사는 매수인에게 분양된 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주기 위하여 그</p>
--

부분에 관한 신탁을 일부 해지할 수 있고, 우선수익자는 그 신탁 일부 해지의 의사표시에 관하여 동의의 의사표시를 하기로 하는 묵시적 약정을 한 것으로 볼 수 있다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다81289 판결 참조). 그리고 이와 같이 신탁계약이 해지된 후에는 ‘신탁재산귀속’을 원인으로 하여 위탁자 앞으로 소유권이전등기를 한 다음 다시 ‘분양계약’을 원인으로 하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 이루어지게 된다. 그런데 신탁계약상 ‘우선수익자의 서면요청이 있는 경우 수탁자는 매수인으로부터 확약서를 징구한 다음 신탁부동산의 소유권을 매수인에게 직접 이전할 수 있다’는 취지의 특약사항의 의미는 수탁자로 하여금 분양목적물에 관한 소유권이전등기를 위탁자에게 하는 대신 매수인에게 직접 하게 하는 것도 허용하는 취지를 규정하는 것일 뿐이다. 이와 달리 위 특약사항을 매수인에게 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 직접 취득하게 하기 위한 규정으로 볼 수는 없다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다19433 판결 참조). 한편 신탁행위로 수익자를 신탁재산의 귀속권리자로 정한 경우 수익자의 채권자가 수익자의 수탁자에 대한 신탁수익권의 내용인 급부청구권을 압류하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 압류의 효력은 수익자가 귀속권리자로서 가지는 신탁원본의 급부청구권에 미친다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다15654 판결 참조).』라는 법리를 기초로 하여,

『이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 신탁계약 특약사항 제6조 제1항은 신탁계약의 종료에 따른 소유권이전의 절차를 간편하게 처리하기 위한 합의사항에 불과할 뿐 이를 수탁자(피고)에게 신탁부동산의 처분권을 부여하는 조항으로 해석할 수는 없다. 따라서 이 사건 소유권이전등기는 특약사항 제6조 제1항에 의하여 신탁계약의 종료에 따른 수탁자(피고)의 위탁자에 대한 소유권이전등기의무와 이 사건 매매계약에 따른 위탁자의 매수인들에 대한 소유권이전등기의무가 단축되어 이행된 것에 불과하고, 그와 달리 수탁자(피고)가 신탁계약에서 정한 바대로 이 사건 오피스텔을 처분하여 그에 따른 소유권이전등기를 한 것으로 볼 수는 없다. 그런데 이 사건 압류 및 추심명령의 효력은 위탁자의 이 사건 오피스텔에 관한 소유권이전등기청구권에 대하여 미치므로, 결국 압류 및 추심명령이 수탁자(피고)에게 송달된 후 수탁자(피고)가 매수인들에게 이 사건 소유권이전등기를 마쳐준 것은 압류 및 추심명령의 효력을 위반한 불법행위에 해당한다.』라는 취지로 판시하였다.

(3) 대법원 판결의 의미와 영향

본 건 대법원 판결은 비교적 최근 판결인 관계로 아직 충분한 논의⁴⁶⁾가 없으나, 수분양자에 대한 사전분양을 전제로 한 대부분의 담보신탁구조가 동일하여 실무에 적지 않는 영향을 미칠 것으로 생각된다.

위 대법원 판결은 수익권의 압류범위와 관련하여 신탁수익청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받은 경우, 그 효력이 수익자가 귀속권리자로서 가지는 신탁원본의 급부청구권에 미친다는 점을 명확히 한 데 나름의 의의가 있다. 하지만, 위탁자의 채권자가 위와 같이 압류를 한다면 위탁자의 채권자의 채권이 변제되지 않는 이상 위 대법원 판결로 인하여 수분양자에 대한 소유권이전등기 절차 진행에 있어 상당한 제한이 있을 것으로 예상된다.

물론 위 대법원 판결은 법리적인 차원에서 분석해 볼 때 분양계약의 법률관계나 신탁계약 해석에 있어 큰 잘못을 저지른 점은 일견 없어 보인다. 또한 손해의 범위와 관련하여 수탁자의 위법행위가 없었을 경우 압류채권자가 수탁자에 대하여 추심할 수 있었던 신탁수익 상당액을 손해액으로 보면서, 이러한 손해액은 신탁재산의 처분정산에 관한 규정에 따라 산정된다는 점을 명확히 하여, 매매대금에서 우선수익자의 채권액과 수탁자의 보수를 제외한 금액만을 손해

46) 임기환, “담보신탁 관련 최근 판례 동향”, 민사판례연구회 하계세미나 발표문, (2019. 8. 24.), 28~31면; 노혁준, “최근 주요 부동산신탁판례의 검토”, 부동산신탁의 최근 현안, 「BFL」 제94호, (서울대학교 금융법센터, 2019. 3.), 104면 참고.

로 산정하였다.⁴⁷⁾ 이러한 손해액 산정은 형평의 관점에 비추어 보더라도 부당한 것은 아니다.

하지만 위 대법원 판결로 인하여 앞으로 수탁자는 우선수익자의 동의뿐만 아니라 수익권에 대한 압류가 해결되기 전에 신탁해지 절차를 진행하는데 있어 상당한 부담을 가질 것으로 보인다. 위탁자가 분양대금을 지급받음과 동시에 위 분양대금은 우선수익자에 대한 대출금, 신탁보수, 신탁비용 뿐만 아니라 수익권압류 해결을 위한 비용으로 지급되는 것을 전제로만 수탁자는 신탁을 일부해지하고 수분양자 앞으로 소유권이전등기 절차를 진행할 수 있게 될 것이다. 분양계약에 따른 분양대금을 수탁자가 통제하고 있는 경우(별도의 자금관리대리사무계약을 체결한 경우)라면, 수탁자는 우선수익권자에 대한 변제에 우선충당하고 변제가 완료된 이후에도 수익권압류를 이유로 위탁자에 지급해야 할 금원을 유보⁴⁸⁾하면서 수분양자에게 소유권이전등기를 경료해 주는 방안을 생각해 볼 수 있겠다.⁴⁹⁾ 하지만 이 경우라도 수탁자의 불법행위 성립이 부정되는 것이 아니라 단지 손해액을 미리 유보해 둔 것에 불과하여 근본적인 해결책으로 보기는 어렵다. 만일 자금통제가 되지 않는 담보신탁 구조라면 수탁자로서는 수익권 압류 효력의 위반 시점을 특정할 수가 없고, 위탁자가 함부로 분양대금을 사용할 위험까지 존재하게 될 것이다.

이러한 상황에서, 수탁자가 과연 불법행위 및 그에 따른 손해배상의 위험을 부담하고서 선뜻 신탁해지, 소유권이전등기 절차의 이행에 나설지 매우 의문스럽다. 결국 이로 인한 피해는 고스란히 수분양자에게로 전가될 것으로 우려된다. 수분양자가 잔금지급의무를 다한 경우 우선수익자 역시 자신의 채권침해가 예상되지 않는 사항이라면 소유권이전을 동의해 줄 의무까지 부담하는 현실에서 위탁자의 채권자의 수익권 압류로 수분양자의 권리실현을 막는 게 과연 신탁관련자들의 이해관계를 충분히 고려한 판결인지 여부도 의심스럽다. 위 대법원 판결의 논리대로라면, 수탁자는 이제부터 담보신탁 구조에서도 수분양자와 분양계약을 직접 체결하는 방안을 생각해 볼 수 있는데, 이는 담보신탁의 본질과도 맞지 않고 이렇게 된다면 수탁자의 리스크가 과도하게 증가되어 신탁의 거래비용 역시 증가하게 될 것이다.⁵⁰⁾ 또 다른 방안으로 지금의 실

47) 대상 판결의 제1심인 서울중앙지방법원 2017. 10. 17. 선고 2016가합568673 판결 판시 사항 참고.

48) 유보를 하더라도 이는 신탁재산이 아니라 자금관리대리사무계약상 위탁자가 수탁자에 위임한 금전에 불가하여, 손해가 발생하지 않았다고 볼 수 있을지 의문이다.

49) 우선수익권 총액이 100억 원이고, 수분양자에 대한 잔금 채권 총액이 150억 원이 있다고 가정해 보면, 잔금납부가 100억 원에 이르기까지는 우선수익자 동의만 있으면 수분양자에게 소유권이전등기 경료가 가능하지만, 100억 원을 초과할 때부터는 소유권이전등기에 대한 압류가 해결되지 않는 이상 소유권이전등기 절차이행이 어려울 것으로 보인다. 그런데 과연 수탁자가 그 시점을 정확히 파악할 수 있을지 매우 의문이다.

50) 위 대법원 판결을 수분양자 측면에서도 한 번 살펴보자. 주택법, 건축물 분양에 관한 법률 등의 적용을 받지 못하는 수분양자의 경우 사적자치의 지배를 받는 계약 일반 원칙을 벗어나서까지 특별한 혜택을 줄 수는 없을 것이다(졸저, “분양계약 해지 시 담보신탁 법률관계와 관련한 대법원 판결의 동향”, 부동산신탁의 최근 현안, 「BFL」 제 94호, (서울대학교 금융법센터, 2019. 3.), 62면). 하지만 대법원 2008. 7. 8. 선고 2008다19034 판결은 우선수익자 및 수탁자에 의해 공매절차가 진행되는 경우 분양계약 해지에 따른 수분양자의 분양대금반환채권을 우선적으로 공매대금에서 상계하더라도 신탁계약 상 정산사무 위반이 아니라고 판시한 바 있다. 수분양자의 분양계약이 유지되는 상황에서 공매로 분양계약이 이행불능이 된 경우 그에 따른 분양대금반환청구권을 보호해 주기 위한 취지로 이해된다. 또한 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다81289 판결은 수분양자가 잔금지급의무를 다한 경우 우선수익자 역시 자신의 채권침해가 예상되지 않는 사항이라면 소유권 이전을 동의해 줄 의무까지 부담한다고 판단하기도 하였다. 이러한 판결들에 비추어 볼 때, 수분양자의 분양대금이 결국 신탁재산 형성에 기여한 측면을 어느 정도 고려하여 신탁계약 등 관련 계약을 해석하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 수분양자의 권리는 사전에 우선권을 획득한 우선수익자에게는 미치지 못하겠지만 위탁자의 일반채권자보다는 우선해야 한다는 방향으로 신탁계약 등 관련 계약의 적극적 해석도 가능하지 않을까 하는 생각도 든다.

이러한 차원에서 본건 대법원 판결 사안을 돌이켜 본다면, 대법원 판결은 신탁의 일부 해지 및 그에 따른 법률관계에 너무 집착한 측면이 있다. 차라리 신탁이 유지되는 상황에서 자금집행의 선순위처럼 신탁계약 조항(본건의 경우 특약사항 제6조 제1항)에 따라 수분양자에게 소유권이전등기 절차를 이행해 주는 것으로 하고(예를 들어 공사대금 등 선순위 자금을 집행해 주는 것처럼), 단지 그 결과 신탁이 일부 해지된 것으로 법리를 구성하는 것도 가능하지 않았을까 생각해 본다. 본건 대법원 판결 선고 이전의 판결이기는 하나 서울고등법원 2012. 4. 25. 선고 2011

무와 같이 분양계약은 위탁자와 수분양자가 체결하지만 그 매매대금은 신탁재산에 편입하도록 별도의 규정을 두는 것인데, 이러한 방안 역시 담보신탁 구조 및 부동산신탁업 규제와 어울릴 수 있는지 좀 더 연구가 필요할 것으로 생각된다.

한편, 위 대법원 판결이 담보신탁 외 다른 신탁구조에도 그대로 적용될 수 있을지 의문이 있을 수 있다. 처분신탁은 수탁자의 처분을 전제로 하므로 위 대법원 판결의 적용 가능성이 아예 없어 보이나, 분양관리신탁의 경우 건축물 분양에 관한 법률에 따라 수분양자 보호가 우선시 되고 있어, 위 대법원 판결이 그대로 적용될 수 있을지 논란이 있을 수 있다. 이 부분은 추후 법원의 입장을 지켜보아야 할 것으로 생각된다.

7. 소결론

부동산신탁이 설정되면, 위탁자의 고유재산인 부동산이 신탁재산이 되므로 위탁자의 채권자는 더 이상 신탁재산에 대하여 강제집행을 하지 못한다. 하지만 위탁자가 신탁관계에서의 권리 즉, 수익권을 취득하는 경우, 그 권리에 대하여 강제집행을 실시하여 자신의 채권을 회수할 수 있다.

하지만 위탁자의 채권자의 권리실현은 위탁자가 가진 수익권의 범위 내이고, 이는 다른 이해관계자의 권리와 조화, 균형이 필요하다고 할 것이다. 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018다237329 판결도 그 타당성을 위와 같은 차원에서 재검토할 필요성이 있을 것으로 생각된다.

IV. 부동산신탁에 있어서의 사해신탁취소권의 행사

1. 문제의 소재

위탁자의 채권자가 수익권에 대한 강제집행에서 별 실효성을 얻지 못하는 경우, 선택할 수 있는 가장 강력한 권리구제 수단은 “사해신탁취소권”이다. 사해신탁취소권은 신탁 자체를 취소시키는 것이므로 신탁의 독립성은 당연히 더 이상 작동할 수 없어, 신탁재산 역시 위탁자의 채권자가 집행할 수 있는 재산이 되게 된다.

부동산신탁에 있어, 위탁자의 채권자가 사해행위취소권에 기하여 신탁부동산에 처분금지처분을 신청하는 경우가 많고, 일부 법원에서 가처분이 잠정적이고 임시적인 처분이라는 이유로

나54602 판결은 “수분양자들에게 소유권이전등기를 하여 준 것은 이러한 신탁계약에 따른 것일 뿐 신탁계약 종료로 인한 것이 아니”라는 취지로 판단하기도 하였다.

나아가, 계약이 유지되는 상황에서 우선적으로 권리가 확보되는 자가 있는 경우(자금집행에 있어 선순위자) 그 계약이 해제되는 경우에도 보호의 필요성이 있으면, 그 권리를 보호해 주는 것으로 해석하는 방안도 한 번 고민해 필요가 있을 것이다. 비슷한 관점의 문제로 자금관리대리사무계약만 체결되어 있는 지역주택조합을 생각해 볼 수 있다. 지역주택조합의 조합가입자는 조합가입계약을 하면서 조합원분담금과 업무추진비를 따로 신탁회사에 입금하고 신탁회사 역시 계좌를 별도로 관리한다. 또한 조합규약이나 자금관리대리사무계약에 분담금은 지역주택조합이 설립되는 등 일정요건 하에서만 분담금을 사용할 수 있고, 그 이전에 사업이 진행되지 않거나 조합가입계약이 해제, 해지되는 경우 조합원분담금을 바로 회수할 수 있도록 정하고 있다. 그런데 대부분의 지역주택조합은 조합이 설립되지 못하고 추진위원회 단계에서 좌초되는 경우가 많고, 이때 추진위원회의 일반채권자는 추진위원회가 가진 신탁회사의 채권을 (가)압류하는 경우가 많다(추진위원회, 업무대행사가 서로 짜고서 만들어낸 허위채권인 경우도 빈번하다). 이때, 자금관리대리사무가 해지, 해제되는 경우 조합가입자는 조합원분담금을 반환받을 수 있을 것으로 기대하여 조합가입계약을 체결한 것이므로, 조합가입자의 분담금에 대해서는 신탁회사를 상대로 직접 청구권을 행사할 수 있는 것으로 적극적 해석을 시도해 봄직하다. 조합가입계약, 조합규약 및 조합가입자 보호 등을 종합하여 고려해볼 때도 그러하다.

인용해 주는 경우가 종종 있었다. 하지만 이러한 가처분이 인용되는 순간 부동산개발 등을 위한 신탁사업은 더 이상 진행할 수 없게 되어, 부동산신탁의 수많은 이해관계자들이 회복불능의 피해를 보는 경우도 많다.

아래에서는 사해신탁취소제도를 개관해 보고, 부동산신탁에서 사해행위의 기준 등을 살펴본다. 위탁자의 채권자의 권리구제 수단으로서의 사해신탁취소제도가 제 역할을 할 수 있는 방안을 모색해 보고자 한다.

2. 사해신탁취소 제도의 개관

(1) 개념 및 의의

‘사해신탁’이란 위탁자가 자신의 채권자를 해함을 알면서도 신탁제도를 이용하여 자기소유의 재산에 신탁을 설정하는 것을 의미한다. 이러한 신탁이 설정되면, 위탁자의 책임재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 위탁자의 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는데, 이때 채권자를 보호하기 위하여 위탁자의 책임재산을 유지, 보전할 수 있는 권리를 채권자에게 인정한 것이 바로 신탁법 제8조의 취지이다.

(2) 성립 요건

사해신탁이 성립하기 위해서는, ① 피보전채권, ② 신탁행위로서 사해행위, ③ 사해의사를 필요로 한다.

먼저, ‘피보전채권’은 위탁자의 채권자가 위탁자에 대하여 가지는 채권이다. 사해신탁취소권은 채권에 부수하는 권리이므로 취소권의 전제로 피보전채권이 존재해야 한다. 이때, 피보전채권은 금전채권이나 종류채권이어야 한다.

다음, ‘신탁행위로서 사해행위’란 위탁자의 신탁설정행위로 위탁자의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없는 상태, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아지거나 그 정도가 심화되는 것을 의미한다.⁵¹⁾ 따라서 재산감소행위는 적극재산을 감소시키는 행위뿐만 아니라 소극재산을 증가시키는 행위도 포함한다. 또한 단순히 손해발생의 위험만으로는 부족하고 현실적인 손해가 있어야 한다.

마지막으로 사해신탁이 성립하기 위해서는 ‘신탁관계인(위탁자, 수익자)의 사해의사’도 필요하다.⁵²⁾ 위탁자에게 사해의사가 있어야 한다는 데는 의문의 여지가 없다. 위탁자는 사해신탁의 설정으로 자신의 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하는 경우에만 사해신탁취소권이 성립할 수 있다.⁵³⁾ 이러한 사해의사는 변제능력이 부족하게 된다는 소극적인 인식으로 충분하며, 일반채권자에 대한 관계에서 있으면 되고 특정채권자를 해한다는 인식이 있어야 하는 것은 아니다.⁵⁴⁾ 민법상 채권자취소권과 관련하여 판례는 채무자가 상대방과 통모한 경우에는 당연히 사해행위가 된다고 하고,⁵⁵⁾ 채무

51) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 60면.

52) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 66~71면.

53) 법무부, 앞의 책, 80면.

54) 법무부, 앞의 책, 80면.

55) 대법원 1977. 6. 28. 선고 77다105 판결.

자가 유일한 재산인 부동산을 상당하지 아니한 가격으로 매도하거나 무상양도한 경우,⁵⁶⁾ 채무 초과상태의 채무자가 유일한 재산인 부동산을 특정채권자를 위한 담보로 제공한 경우⁵⁷⁾에는 사해의 의사가 추정된다고 하였고,⁵⁸⁾ 이러한 법리는 사해신탁이라고 다르지는 않을 것이다.

나아가, 수탁자, 수익자의 사해의사의 존재가 사해신탁의 성립요건인지 문제될 수 있다. 신탁법은 수탁자는 이익을 향수하는 자가 아니라는 점과 외국의 입법례 등을 참작하여 '수탁자'의 선의, 악의를 고려함이 없이 사해신탁의 취소를 청구할 수 있는 것으로 규정하였다. 다만 신탁법 제8조 제3항은 위탁자의 채권자가 동조 제1항 본문에 따라 사해신탁취소권을 행사하는 경우 "채권자는 선의의 수탁자에게 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있다"라고 규정하여, 원상회복의 범위를 한정하여, 위탁자의 채권자와 선의의 수탁자에 대한 보호의 조화를 기하고 있다고 할 것이다.

반면, 신탁법은 수익자의 사해신탁에 대한 악의를 취소권 행사의 요건으로 규정하고(신탁법 제8조 제1항 단서), 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 취소권을 행사할 수 있도록 규정하였다(동법 제8조 제2항). 이때 수익자의 채권자를 해함을 알지 못한 데 있어 과실 여부는 묻지 않는다.⁵⁹⁾

한편, 신탁법 제8조 제1항 단서는 수탁자에 대한 언급 없이 선의의 수익자에 대하여 사해신탁취소를 구할 수 없다고만 규정하고 있어, 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사할 수 있을지 여부와 관련하여 해석상 논란이 있을 수 있다.⁶⁰⁾ 즉, 위탁자의 채권자는 위 단서 규정과 상관 없이 수탁자에 대하여는 언제나 사해신탁취소권을 행사할 수 있다고 해석할 수도 있고, 이와 달리 수익자가 선의이면 수탁자의 선의, 악의에 상관 없이 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사할 수 없다고 해석할 가능성도 있다. 이와 관련하여 전자의 견해를 택하는 경우 구 신탁법에서 제기되었던 비판의 상당수가 여전히 해소되지 않아 신탁법 개정의 취지가 무색해진다는 견해⁶¹⁾가 있으며, 신탁업을 영위하는 신탁업자에 대한 보호 조치의 필요성 등을 고려해 볼 때, 후자의 견해가 좀 더 타당성이 있어 보인다.⁶²⁾

나아가 복수의 수익자들이 있고 일부만 악의인 경우, 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사할 수 있는지 논란이 생길 수도 있다. 이와 관련하여 복수의 수익자 중 악의의 일부 수익자에 대하여는 사해신탁취소권이 성립한다고 하더라도 선의의 수익자가 존재하는 이상 선의의 수익자의 이익을 보호할 필요성이 있으므로 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사할 수 없

56) 대법원 1966. 10. 4. 선고 66다1535 판결; 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24762 판결.

57) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카23186 판결.

58) 채무초과 상태에 있는 채무자가 채권자 중 한 사람과 모의하여, 그 채권자의 채권 만족을 목적으로 부동산을 그 채권자에게 매각하는 행위에 대해, 대법원은 매매가격이 상당한 경우에도 다른 채권자를 해하는 사해행위로 보고 있다(대법원 1994. 6. 14. 선고 94다2961 판결 등). 이와 관련한 논의로는 이종기, 앞의 책, 69면. 이 책에서 필자는 처분대금이 적절하면 채무자의 적극재산에는 감소가 없는 것이고, 처분대금을 어떻게 사용하는가는 처분의 상대방이 간접할 사항은 아니기 때문에, 이러한 신탁설정을 사해행위로서 취소하는 것은 지나치다고 하면서, 특히 적정 가격에 의한 재산처분이 사해행위로서 취소될 수 있다면, 재정적 위기에 처한 기업이 재산의 처분 방식으로 재무구조를 개선하고자 하는 노력은 큰 위기에 봉착할 수 있으므로, 명시적으로 사해성 요건에서 적정가격에 의한 재산처분을 배제할 필요가 있다고 한다.

59) 민법 제406조의 수익자 또는 전득자의 선의에 대하여 과실유무는 문제되지 않는다고 보는 것이 통설적 견해로 보인다[편집대표 관윤직(김능환 집필 부분), 「민법주해 채권(2), (박영사, 2004. 12.), 827면].

60) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 71면.

61) 김태진, "사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성", 「선진상사법률연구」 59호, (법무부, 2012), 193~195면.

62) 최수정, 앞의 책, 217면. 이 책에서 필자는 신탁법 제8조 제1항의 본문과 단서의 규정방식에 비추어 볼 때도 수익자가 선의인 때에는 수탁자에 대해서도 사해신탁취소권을 행사할 수 없다고 설명하고 있다.

다고 보아야 할 것이다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 다만, 사해신탁취소권의 행사가 불가능하도록 하기 위해 일부러 다수의 수익자들 중에서 선의의 수익자 1인을 포함시키는 경우에도 위 견해가 타당할 수 있을지는 의문이 있다.⁶⁵⁾

(3) 행사 요건 및 효과

위탁자의 채권자는 사해신탁취소권이 성립하는 경우, 민법상 채권자취소권(민법 제406조 제1항)의 법리에 따라 취소와 원상회복을 청구할 수 있다.

그리고 사해신탁취소권은 반드시 소로써만 그 권리를 행사할 수 있고, 이때 소송의 상대방은 수탁자와 수익자 모두라고 할 것이다.⁶⁶⁾ 또한 사해신탁취소권은 채권자취소권의 제척기간이 그대로 적용된다.⁶⁷⁾

사해신탁취소권의 효력과 관련하여서는 채권자취소권과 마찬가지로 상대적 효력설로 설명되고 있다.⁶⁸⁾ 취소소송을 제기한 위탁자의 채권자와 소송의 상대방인 수탁자 또는 수익자 사이에서만 상대적으로 신탁행위가 취소될 뿐이다.⁶⁹⁾ 원상회복의 방식은 원물반환이 원칙이고 예외적으로 가액배상에 의하는 것이지만, 부동산신탁의 경우 사정에 따라 탄력적인 해석이 필요할 것으로 생각된다.⁷⁰⁾

3. 부동산신탁의 사해성 판단의 기준⁷¹⁾

(1) 일반적 기준

앞서 살펴본 바와 같이 부동산신탁은 많은 이해관계를 가지고 있어 그 사해성 판단에 있어

63) 김태진, 앞의 “사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성”, 195, 196면.

64) 최수정, 앞의 책, 217면, 이 책에서 필자는 수익자가 다수이면 모든 수익자가 악의인 경우만 수탁자를 상대로 사해신탁취소권을 행사할 수 있다고 설명하고 있다.

65) 광장신탁법연구회, 앞의 책, 71면.

66) 이와 관련하여, 사례를 들어 설명해 보겠다. 위탁자 겸 수익자의 신탁행위가 사해행위이지만 우선수익자가 선의인 경우를 가정해 보자. 이때 위탁자의 채권자가 전략적으로 수탁자만을 상대로 사해행위취소 소송을 제기한 경우, 위탁자의 채권자는 그대로 승소할 것인가? 이때 수탁자는 우선수익자의 선의를 주장하여 사해신탁취소권을 회피할 수 있다고 보아야 하겠다. 수탁자의 이러한 항변은 선관주의의무의 내용이 아닐까 생각된다. 따라서 수탁자는 이런 상황에서 곧바로 우선수익자에게 소송고지를 하여 우선수익자로 하여금 자신의 수익권을 보호할 기회를 보장해야 할 것이다.

67) 사해신탁의 원인을 안 날로부터 1년, 신탁행위가 있는 날로부터 5년의 제척기간이 적용된다.

68) 상대적 효력설은 신탁법 제8조 제4항과 조화되지 않는 면이 있다. 신탁법 제8조 제4항은 위탁자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도에서 이행책임을 부담시키고 있는데, 이는 신탁재산이 위탁자에게 귀속되었음을 전제로 하는 것인바, 이는 상대적 효력설로 설명하기가 어렵다.

69) 만일 위탁자의 채권자가 수탁자만을 상대로 사해신탁취소권을 행사하는 경우, 수익자의 수익권에는 아무런 영향이 없다고 볼 것인가? 이 점과 관련한 논의로는 최수정, 앞의 책, 223, 224면. 이 책에서 필자는 위탁자의 채권자와 수탁자 사이에서만 신탁행위 취소의 효력이 발생하더라도 수익자는 원상회복된 재산으로부터 이익을 향수할 수 없다고 하면서 이는 신탁의 특수한 구조에 따른 것으로 상대적 효력설과는 상충되는 것이 아니라고 설명하고 있다. 채권자취소제도 내지 사해신탁취소제도의 상대적 효력이 등기의 효력으로 인하여 제한되는 측면(사해행위로 취소로 소유권이전등기말소가 되는 경우, 그 등기의 효력은 상대적인 것이 아니라 모든 이해관계자에 그 효력이 발생하게 된다)을 생각해 보면, 신탁의 특유한 구조로 인하여 상대적 효력설이 제한될 수 있음은 충분히 이해가능하다.

70) 이와 관련하여 한상곤, “사해신탁취소권의 행사에 관한 법적 고찰”, 「경희법학」 제49권 제3호, (경희대학교 법학연구소, 2014), 97면. 이 논문에서 필자는 신탁의 여러 이해관계를 고려하여 원물반환원칙보다 가액배상이 필요한 경우가 많으므로, 원물반환원칙이 완화되어야 한다고 기술하고 있다. 하지만 수탁자 입장에서 가액배상은 자신의 고유재산으로 우선 지급하고 그 대신 신탁재산인 부동산의 처분 리스크를 떠안게 되어, 원물반환을 선호하는 경우가 더 많기 때문에, 일률적으로 결정할 문제는 아닌 것으로 보인다.

71) 줄고, “부동산신탁의 사해성 판단”, 「국제법무」 제8집 제1호, (제주대학교 법과정제연구원, 2016). 아래 글은 위 논문의 일부 내용을 재정리하였다.

좀 더 신중할 필요가 있다. 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다42874 판결 등에서는 “신탁행위의 사해성 여부는 신탁계약 당시의 채권채무관계를 비롯하여 신탁의 경위 및 목적과 경제적 의미, 신탁을 통하여 제공받은 자금의 용처 등 관련 사정들을 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단해야 한다”라고 판시하고 있다. 하지만 위 대법원 판결의 판시내용은 그동안 채권자취소권과 관련하여 실시한 대법원 판결의 판시 내용⁷²⁾과 크게 다르지 않다고 할 수 있다. 아래에서는 각 부동산신탁의 유형에 따라 사해성의 판단 기준을 좀 더 구체적으로 살펴보도록 하겠다.⁷³⁾

(2) 부동산관리신탁의 경우

부동산관리신탁의 경우, 부동산의 소유명의가 수탁자에게로 이전됨에 따라 위탁자의 채권자가 더 이상 부동산에 대하여 강제집행을 할 수 없게 되므로, 사해성이 긍정된다고 볼 여지가 있다.⁷⁴⁾

그런데 완전한 자익신탁(위탁자와 수익자 동일) 형태의 부동산관리신탁이라면, 위탁자는 수탁자에게 부동산의 관리를 위하여 그 명의를 대내외적으로 이전하기는 하나, 위탁자는 유일한 수익권자로서 부동산에 대한 지배력을 그대로 유지하고 있으므로, 총재산의 변동이 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 부동산관리신탁의 경우는 자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위에 해당한다고 할 것이므로, 이러한 관점에서 사해성을 판단하는 것이 타당할 것이다. 즉, 위탁자가 보유하였던 부동산의 소유권이 수익권으로 변동함에 따라 강제집행이 곤란하게 되었는지 여부를 살펴보아야 할 것인데, 대부분의 신탁이 신뢰성이 높은 공인된 신탁회사를 통하여 진행되고 있고, 신탁법 제4조에 따라 부동산신탁의 목적, 내용 등 대부분 사항이 공시된다는 측면을 고려해 볼 때, 비록 부동산 자체에 대한 강제집행은 더 이상 어렵게 되었다 하더라도, 위탁자가 가진 수익권 등 신탁 관련 권리에 대한 집행을 진행함으로써 동일한 효과를 거둘 수 있고, 재산이 은닉된 것도 아니므로 사해성이 반드시 높은 경우로 볼 수 없을 것으로 생각된다.

(3) 부동산처분신탁의 경우

부동산처분신탁의 경우, 신탁에 의하여 부동산의 소유권이 수탁자에게 이전된 이후 신탁기간 동안은 수탁자가 대내외적인 소유권자이므로 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대한 강제집행이

72) 예를 들면, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결(채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다).

73) 사해행위의 유형화는 매매, 대물변제 등 법률행위의 종류에 따른 것이 일반적이다. 하지만 이와 다른 시도로, (1) 증여나 재산의 무상양도행위와 같이 적극재산의 감소 또는 소극재산의 단순 증가만 발생하는 경우(‘제1유형’), (2) 채무자가 일부 특정 채권자에게 재산으로 대물변제하거나 재산을 기존 채권에 대한 담보로 제공하는 등으로 특정 채권자에게 우선변제권을 줌으로써 채무자의 총재산에는 변동이 없으나 결과적으로 채권자 전체의 공동담보에 부족을 초래하는 경우(우선변제적 법률행위 내지 편파행위, ‘제2유형’), (3) 채무자가 자신의 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 등 채무자의 총재산에 변동은 없으나 부동산을 유동자산으로 전환하는 경우(자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위, ‘제3유형’)로 나누는 견해도 있다(고경우, 채권자취소권의 객관적 요건으로서의 사해성과 사해행위의 유형별 고찰, 판례연구 20집(부산판례연구회), 2009, 541~560면; 김미리, 사해행위의 판단기준과 대물변제의 사해성 판단, 대법원판례해설 85호(2010 하반기), 법원도서관, 2011, 116면).

74) 진상훈, “부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법”, 「민사집행법연구」 제4권, (한국민사집행법학회, 2008), 321, 322면. 이 논문에서 필자는 서울중앙지방법원 2005. 3. 17.자 2005카합654 결정을 그 예로 들고 있다.

곤란하게 되고, 신탁부동산이 처분된 이후에는 위탁자는 신탁재산의 처분대가로 보통 금전을 받게 되므로, 결국은 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 경우와 동일하다고 볼 여지가 있다.⁷⁵⁾ 그렇게 본다면 부동산처분신탁은 자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위에 해당하고, 신탁목적에 따라 처분이 되고 나면 은닉하기 쉽고 집행하기 곤란한 금전으로 교부된다는 점에서 사해성이 다소 높다고 볼 여지가 있다. 다만 처분신탁이 정당한 변제를 위해서 이루어지고, 실질적인 책임재산의 증가를 통하여 채권자들에게 더 이익을 주려는 것이면, 사해성이 부정될 수도 있을 것이다.

(4) 부동산담보신탁의 경우

(가) 판단 기준

부동산담보신탁의 경우, 위탁자가 채무자로서 채권담보를 목적으로 신탁부동산을 수탁자에게 이전하면서, 그의 채권자에게 그 신탁부동산으로부터의 수익을 우선적으로 변제받을 수 있는 권리를 부여하고, 위탁자가 피담보채무를 완제한 경우 위탁자에게 그 소유권을 환원시켜 주는 것이므로, 실질은 부동산을 담보로 제공하는 저당권설정과 유사하다.

먼저, 위탁자가 자신의 기존채무를 담보할 목적으로 부동산담보신탁을 설정하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 소유권이 대내외적으로 수탁자에게 이전되므로 위탁자의 총재산의 변동이 있다고 볼 여지도 있으나, 위탁자가 자신의 채권자에게 우선수익권을 부여한 부분을 제외한 나머지 신탁재산에 대한 권리는 위탁자가 수익권의 형태로 여전히 보유하고 있으므로, 실질적으로는 우선수익권의 가치만큼만 기존채무의 채권자에게 이전된 것으로 볼 수 있고, 이는 기존채무에 대한 담보제공과 매우 유사하다고 할 것이다. 따라서 채무자의 총재산에 변동이 없이 특정의 채권자에게 일종의 우선변제적 행위를 한 것으로 볼 여지가 있고, 사해성도 긍정될 가능성이 높아 보인다.

다음, 신규채무를 담보할 목적으로 한 부동산담보신탁을 진행하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 담보신탁설정 역시 소유권이전 측면에 초점을 맞추어 보면 총재산의 변동이 있는 것으로 볼 여지가 있겠지만, 채권자로부터 신규자금을 제공받고 이에 대한 대가로 채권자에게 우선수익권을 부여해주는 것이므로 실질적으로는 부동산자산인 부동산의 소유권이 이전되지만 이에 대한 반대급부로 유동자산인 신규자금을 취득한 것과 같다고 할 것이다. 즉, 이러한 신탁의 설정은 자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위에 해당된다고 할 것이다.

대법원은 채권자취소권 사안에서 이와 같은 유형에 대하여 사해성을 일응 인정하면서도, 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받은 경우 담보 제공행위는 사해성이 부정된다고 보고 있다. 이러한 법리는 신규채무를 담보할 목적으로 한 부동산담보신탁의 경우에도 그대로 적용되고 있다.

(나) 담보신탁의 사해성에 대한 구체적인 판례의 판시 내용

대법원 2011. 5. 23.자 2009마1176 결정에서는 갑 회사가 담보신탁을 통하여 회사의 전 재산인 골프장 부지와 시설에 관한 소유 명의를 을에게 이전한 행위가 사해행위에 해당하는지 문제된 사안에서, 『신규 자금의 조달을 통한 골프장 시설 개선을 하지 않고는 영업을 계속할 수

75) 진상훈, 앞의 논문, 323면.

없는 상황에서 골프장 부지 등을 담보신탁의 목적물로 제공하고 이를 통해 융통한 자금으로 영업시설을 개선하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반 채권자들에 대하여도 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하여 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 볼 수 있고, 위탁자인 갑 회사 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 등 그에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권만족의 가능성이 남아 있으며, 특히 채권자의 갑 회사에 대한 대여금채권은 위 회사의 설립목적에 따른 제한으로 신탁계약 전에도 개별적인 지급청구나 이를 위한 강제집행 등 권리행사를 할 수 없도록 정관에 규정되어 있었던 이상 위 신탁으로 집행상 새로운 장애가 발생하였다고 볼 수도 없으므로, 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다.』고 판시하였다.

대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다33718 판결은, 사업시행자가 피고로부터 사업자금을 차용하면서 피고와의 사이에 사업부지 등에 관하여 근저당권자를 피고로 하는 근저당권설정계약 및 수익자를 사업시행자로 하는 신탁계약을 체결하고, 위 수익권에 관하여 피고를 1순위로 하는 근질권을 설정해 준 사안⁷⁶⁾과 관련된 것인데, 여기서 대법원은 채권자취소권의 사해성 판단과 마찬가지로 『자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하거나 이를 신탁하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정 내지 신탁행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 할 것이다.』라고 판시하였다.⁷⁷⁾ 위 사안에서는 관리처분신탁계약이 체결된 것으로 보이나, 실질적으로 대법원은 담보신탁과 동일한 기준으로 평가한 것으로 보인다.

(다) 프로젝트 파이낸싱과 부동산담보신탁

실무에서 부동산담보신탁은 프로젝트 파이낸싱과 연관하여 빈번히 이용되고 있다. 즉, 프로젝트 파이낸싱을 이용하여 대규모 건설 사업을 진행하는 경우, 사업시행자는 토지를 확보한 후 그 토지매매대금과 향후 시공사에게 지급해야 할 공사대금 상당을 대출기관으로부터 대출받고, 이에 대한 담보를 위하여 토지에 관하여 금융기관을 우선수익자로 지정하는 담보신탁계약을 체결한다. 그 후 건물이 완공되면 건물에 대하여 대출기관을 위하여 추가담보신탁을 체결하는 것이 일반적이다.

사업 초기에 진행되는 토지에 관한 담보신탁계약에 대하여, 위탁자의 일반채권자가 사해신탁이라고 주장하는 경우가 많다. 그러나 실무에서는 신탁의 내용이 모두 공시되고, 공신력을 갖춘 신탁회사에 신탁재산이 수탁되며, 위탁자가 대개 신탁종료 후 신탁재산에 귀속권(수익권)을 가지고 있는 점 등을 고려하여, 대부분 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이

76) 진상훈, 앞의 논문, 326면.

77) 이와 유사한 결정으로는 대법원 2012. 10. 11. 자 2010마2066 결정(채무초과상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 할 것이나, 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하거나 신탁하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정 내지 신탁행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결 등 참조).

라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 신탁한 것으로 판단하여 사해성을 부정하는 경우가 많은 것으로 보인다.

나아가 위탁자의 채권자는 건물의 완공 이후 건물에 대한 추가담보신탁계약을 체결한 것을 두고서 사해신탁이라고 주장하는 경우도 있다. 하지만 이러한 추가담보신탁계약의 경우 사업초기에 업무약정 등을 통하여 미리 예정되어 있던 계약을 체결한 것에 불과하다. 따라서 추가담보신탁계약 체결 당시에 채무초과 상태에 있었다고 하더라도 사업초기 업무약정 당시 사해성이 인정되지 않는 이상, 쉽게 사해성을 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

(5) 토지신탁의 경우

(가) 판단기준

토지신탁은 신탁의 인수 시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고, 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분, 임대 등 부동산 사업을 시행하면서 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁으로, 수탁자가 신탁재산의 소유자인 동시에 부동산개발사업의 주체가 된다는 점에 그 특징이 있다. 초기에 주로 활용되었던 차입형 토지신탁의 경우, 신탁회사가 그 자신의 책임 하에서 금융기관으로부터 신규자금을 차용하는 신탁구조이므로, 금융기관에게 우선수익권을 부여한 뒤 이를 담보로 하여 신규자금을 융통하는 담보신탁과는 구조면에서 차이가 있다.

하지만 대부분 토지신탁의 사해성이 문제되는 경우는 사업시행자가 자신의 토지 위에 건물을 짓다가 자금난으로 공사를 추진하지 못하게 되자 그 토지를 신탁회사에게 위탁하고 신탁회사에게 사업을 진행하도록 하는 경우이다. 즉, 소유권이전방식을 통하여 사업에 필요한 자금을 융통받는 것이므로, 궁극적인 목적은 프로젝트 파이낸싱에서 담보신탁을 이용하는 경우와 큰 차이가 없다고 할 것이다. 따라서 토지신탁은 사해성을 판단하는 기준에 있어서 담보신탁과 별반 차이가 없다고 보는 견해도 있으며,⁷⁸⁾ 나름 타당성이 있다고 생각된다.

한편, 최근에 활용되는 관리형 토지신탁의 경우, 자금조달의무는 위탁자가 부담하면서 단지 사업시행의 명의를 수탁자가 가지고 있는 구조이므로, 담보신탁이 아니라 관리신탁과 유사한 구조로 볼 여지가 있다. 하지만 대부분의 관리형 토지신탁의 경우 담보신탁과 결합된 형태로 금융기관이 우선수익권을 부여받고 위탁자에게 대출을 해 주는 구조를 취하고 있으므로, 사해성 판단에 있어 담보신탁의 판단 기준이 여전히 의미 있을 것이다.

(나) 토지신탁의 사해성에 대한 구체적인 판례의 판시 내용

임대형토지신탁계약이 체결된 사안에서, 서울고등법원 1998. 7. 24. 선고 97나48878 판결은 『기본적으로 (구)신탁법 제21조 제1항의 규정에 의하면 신탁재산에 대하여는 강제집행 또는 경매를 할 수 없게 되어 있으므로 이 사건 신탁계약이 실행된다면 위탁자의 채권자인 원고들로서는 위 신탁계약의 대상이 된 이 사건 부동산에 관하여 그 신탁계약 기간인 5년 동안 더 이상 강제집행 등의 방법으로 채권의 만족을 받을 수 없고, 나아가 이 사건 신탁계약과 같이 수탁자인 피고회사에게 이 사건 신탁부동산을 임대할 권한뿐만 아니라 제3자에게 분양하여 처분하는 권한까지 부여된 경우에는 결국 그 신탁계약 종료시에 위탁자인 피고 ○○○에게 신탁재산이 금전으로 교부될 수 있어, 실질적으로 위탁자인 채무자가 자신의 유일한 재산인 부동산을 처분하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 동일하다고 할 것이므로, 비록 위 신탁계약

78) 진상훈, 앞의 논문, 337면.

의 기본 목적이 위탁자인 피고 ○○○의 신탁재산을 관리 운용하여 주는데 있다고 할지라도, 앞에서 인정한 바와 같은 이 사건 신탁계약은 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 되는 것이라』고 판단하였고, 상고심인 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결에서도 위 원심을 그대로 인정하여 사해성을 긍정하였다. 위 판결은 토지신탁을 자산구조변환형 법률행위에 해당하는 것으로 본 후 별다른 분석 없이 사해성을 인정한 것으로 보인다.

대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결에서는 『이 사건 신탁은 채무자가 이 사건 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도, 공정률 45.8%의 상태에서 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자, 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁업법상의 신탁회사인 피고와의 사이에 이 사건 신탁계약을 체결한 것으로서, 자금난으로 공사를 계속할 수 없었던 채무자로서는 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었으며 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 판단되므로, 사해행위에 해당되지 않는다고 볼 여지가 충분히 있다.』라고 판단하여, 사해성을 긍정한 원심을 파기하였다. 좀 더 자세히 판결이유를 살펴보면, 사해행위인지 여부와 관련하여 대법원은 『① 이 사건 신탁은 토지신탁이기 때문에 건축중인 건물의 건축주명의로 그 대지의 소유명의로가 수탁자로 변경되지만 위탁자는 수익권을 취득하고 되고, 건물이 완공되지 않는 경우 책임재산이 줄어들고 채무만 증가될 가능성이 있는 반면에 완공되어 분양하는 경우 분양수익이 기대되고, 실제 완공가능성도 있었다는 점, ② 이 사건 신탁은 신탁업법상 신탁이므로 신탁법의 여러 규정들에 의하여 독립성이 있고 수탁자가 신탁재산을 신탁의 본지에 위반하여 처분하는 경우 이를 취소할 수 있으며, 신탁종료시 신탁재산이 다시 채무자에게 귀속되는 점, ③ 수탁자는 신탁업법에 의하여 설립된 회사여서 관련 법에 의하여 위탁자, 수익자의 보호를 위한 제도적 장치가 마련되어 있는 점, ④ 신탁원부를 통하여 신탁에 관한 모든 사항이 공시되어 있는 점』 등을 그 근거로 들면서, 『이 사건 신탁계약이 사해행위에 해당하는지 여부에 대한 판단을 하기 위해서 이 사건 건물의 신축공사가 45.8% 정도 진행된 상태에서의 집행가능한 책임재산으로서의 이 사건 토지 및 미완공 건축물의 가치와 채무자가 이 사건 신탁을 통하여 이 사건 토지 위에 이 사건 건물을 완공·분양함으로써 얻을 수 있는 재산적 가치에 대하여 심리하여 이를 비교형량하였어야 할 것이다』라고 판단하였다. 나아가 이 판결은 사해의사에 대해서도 별도로 판시하고 있는데, 이와 관련해서는 채무자가 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각한 것으로 인정하여 사해의사가 없다고 판단하였다.

본 사안에서 사해성이 문제된 신탁계약은 “자산구조변환형 법률행위”에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 대법원 판결은 사해행위와 사해의사를 분리하여 실시하면서 사해행위 판단에 있어 신탁 전 집행가능한 책임재산과 신탁 이후 장래 기대되는 재산적 가치를 비교형량해야 된다고 판시하고 있다. 이러한 판시내용은 신탁 후 책임재산 고려 시 장래 기대 이익을 고려해야 된다는 점에서 나름 의미가 있다고 할 것이다.⁷⁹⁾ 사해의사와 관련한 판단은 신규차입을 위해 담보

79) 이우재, “개발신탁의 사해행위 판단방법”, 「대법원판례해설」 46호, (법원도서관, 2004), 527면. 위 논문에서 필자는 “그 동안 채무자의 처분행위가 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법일 경우에는 사해행위가 되지 아니한다는 판결이 있었는데, 이러한 판결의 취지는 신탁행위에도 적용되어야 할 것이지만, 과연 특정 신탁행위가 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이었는지를 판단하는 방법을 제시하지 못했는바, 본 판결은 신탁행위에 관하여 기존의 판결 취지 안에서 위와 같은 사항에 대한 판단방법을 제시함과 아울러 신탁의 법리가 집행절차 내에서 어떻게 작용하는지를 밝히고, 여기에 민법상의 사해행위법리와 신탁법 제8조 제1항의 조화로운 해석론을 제시한 데 그 의의가

를 제공하는 경우 변제력 확보를 위한 경우 사해성을 부정하고 있는 대법원의 기존 판결내용과 일치한다. 그런데 신탁 후 장래 기대 이익을 고려한다는 것은 결국 신탁 직후는 책임재산의 변동이 있다고 하더라도 궁극적으로 사업이 완료되면 변제력이 높아질 것이라는 의사 내지 인식을 가지고 신탁설정행위에 나간 것과 일맥상통하므로, 굳이 사해행위와 사해의사를 분리하여 판단할 실익이 높아 보이지는 않는다.

한편 분양형토지신탁계약을 체결한 사안에서, 인천지방법원 2004. 11. 17. 선고 2003가합13044 판결은 『이 사건 신탁계약은 피고 ○○산업이 이 사건 상가건물을 신축하여 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 위 상가건물의 일부가 분양된 상태에서 자금난으로 인하여 공사를 중단할 위기에 처하자 위 상가건물의 신축공사를 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 원고들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고 사업을 계속하기 위한 방법으로 체결된 것으로, 자금난으로 인하여 공사를 계속할 수 없었던 피고 ○○산업으로서는 이 사건 신탁계약이 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었으며, 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 할 것이어서 결국 이 사건 신탁계약은 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다』라고 판시한 바도 있다. 위 판결 역시 토지신탁과 관련하여 신규차입을 위해 담보를 제공하는 경우와 같이 변제력 확보를 위한 경우 사해성을 부정하고 있는 기존 대법원 판례들과 동일한 판단을 하고 있다.

이와 같이 토지신탁의 사해성 판단과 관련하여서는 기존 채권자취소권과 관련하여 논의된 사해성 판단기준이 그대로 적용되고 있는 것으로 보인다. 다만 토지신탁의 경우 토지를 이용하여 건물의 완공 등 부동산개발사업을 위한 신탁이므로 여러 이해관계자들이 나올 수밖에 없고, 대부분 사업의 완성이 재산의 증가를 가져오는 경우가 많으므로, 실제 사해성이 부인되는 사례가 많을 것으로 보인다.

4. 부동산신탁의 사해성 판단의 기준과 관련된 대법원 2016. 9. 23. 선고 2015나223480 판결⁸⁰⁾

(1) 사실관계 및 판시내용

1) 사실관계

가. 이 사건 사업약정은 시행사 겸 차주로 A건설이, 시공사로 피고가, 대주로 B은행 외 4개 금융기관이, 자금관리자로 B은행이 당사자가 되어 2006. 5. 15. 체결된 것으로서, 이 사건 주상복합건물의 신축, 분양 사업과 관련하여 시행사 겸 차주가 사업부지 취득과 공사대금(당초 872억 원이었다가 1,202억 3,500만 원으로 증액되었다) 등에 필요한 자금 조달을 위하여 대주로부터 합계 1,650억 원(이후 2006. 9. 27.자 1차 변경계약에서 1,840억 원으로 증액되었다. 그 중 B은행의 대출약정금은 1,000억 원이다)을 대출받고 대주는 대출금에 대한 담보를 설정받는 등 대출과 관련한 사항을 정하는 것을 주된 내용으로 한다.

나. 이 사건 사업약정에 의하면, 차주(A건설)는 대출금에 대한 담보로 사업부지에 대하여 부동산신탁회사와 담보신탁계약을 체결하고(제10조 제1호. 그에 따라 사업부지에 대하여 A건설과 B은행 사이에 부동산신탁계약이 체결되었다), 이 사건 사업의 분양 부진으로 주상복합건물의 사용승인 일까지 상환되지 아니한 대출원리금 및 미지급 공사대금이 존재하는 경우 미분양 건축물 등에

크다고 할 것이다.”라고 기술하고 있다.

80) 김세용, “대주단의 자금으로 진행되는 건물신축분양사업에서 시행사가 대주단 및 시공사와의 일련의 사업약정에 따라 건물을 담보신탁한 것이 사해행위가 되는지 여부”, 「대법원판례해설」 제109호 2016년 하, (법원도서관, 2017), 90~126면.

대하여 ‘대주가 지정하는 자’에게 담보신탁 또는 처분신탁을 설정하기로 되어 있다(제10조 제2호, 제15조 제5항). 또한 이 사건 사업약정은 미분양 건축물 등에 대한 신탁계약에 관한 우선 수익자 및 그 수익권을 상세하게 정하였고, 그 처분방법에 관하여 대주는 시공사와 협의하여 할인분양 등의 방법으로 처분할 수 있다고 정하였다(제15조 제6항). 한편 이 사건 사업약정은 제10조에서 사업부지에 대한 담보신탁계약(제1호), 미분양 건축물 등에 대한 추가신탁의 설정(제2호) 외에도 예금채권근질권설정계약(제3호), 차주 주주의 주식근질권설정(제4호), 차주 대표이사의 연대보증(제5호) 등 차주의 다양한 담보제공의무를 규정하고 있다.

- 다. 그 후 이 사건 사업약정에 관하여 2009. 6. 8. 기존 대출의 만기를 연장하는 2차 변경계약이 체결되었으나 A건설이 이 사건 주상복합건물의 사용승인일까지 대출금 등을 상환하지 못하고 연장된 대출 만기가 다가오자, 2009. 7. 2. 만기를 재연장하는 3차 변경약정이 체결됨과 아울러 미분양 건축물 등에 대하여 이 사건 신탁계약이 체결되었다.
- 라. 이 사건 신탁계약은 A건설이 부담하는 채무의 이행을 보장하기 위하여 B은행이 신탁부동산을 관리하면서 일정한 경우 이를 환가하여 채무를 정산하는 것을 목적으로 체결된 것이다. 이 사건 신탁계약은 사업부지에 대한 신탁계약과 마찬가지로 이 사건 사업약정상의 시행사 겸 차주인 A건설과 대주이자 자산관리자인 B은행 사이에서 체결되었는데, 이는 이 사건 사업약정이 차주는 미분양 건축물 등에 대하여 ‘대주가 지정하는 자’에게 신탁을 설정하기로 정한 것에 따른 것이다. 또한 이 사건 신탁계약에서 정한 우선수익자 및 그 수익권은 이 사건 사업약정에서 정한 것과 동일하고, 이 사건 신탁계약의 목적 부동산도 이 사건 사업약정이 예정한 미분양 건축물 등의 범위에 따른 것으로 보인다.

2) 판시내용

대법원은, 『가. 이 사건 사업약정상의 최대 대주이자 자금관리자인 B은행은 이 사건 사업약정에 따라 사업부지에 대한 신탁계약의 수탁자가 되었음은 물론 그 후 ‘대주가 지정하는 자’로서 이 사건 신탁계약의 수탁자가 되었던 것으로 보이고, 이 사건 사업약정에 신탁재산을 ‘대주가 지정하는 자’에게 신탁하도록 되어 있다는 사정만으로 이 사건 사업약정과 이 사건 신탁계약의 당사자가 다르다고 할 수 없다.

나. 이 사건 신탁계약은 신탁계약의 내용을 특정하는 핵심적 요소인 신탁목적, 신탁부동산, 우선수익자 및 그 수익권에 관하여 이 사건 사업약정이 예정한 신탁계약과 동일한 내용으로 체결되었다. 비록 이 사건 사업약정에서 원심이 지적하는 것처럼 신탁기간, 신탁부동산의 처분사유, 처분가격, 처분방법, 절차 등이 구체적으로 정하여져 있지 아니하더라도 이러한 사정만으로 이 사건 사업약정에서 이 사건 신탁계약의 핵심적인 내용이 특정되어 있지 아니하거나 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있지 아니한 것으로 볼 수 없다. 또한 신탁기간을 제외하고 이 사건 신탁계약이 정한 신탁부동산의 처분사유, 처분가격, 처분방법, 절차 등은 일반조항에 가까운 것이거나 이 사건 사업약정에서 예상되는 신탁계약 내용의 범위를 벗어나는 것으로 보기도 어렵다.

다. 한편 이 사건 사업약정 제15조 제5항의 ‘본건 사업의 분양 부진으로 사용승인일까지 상환되지 아니한 대출원리금 및 미지급 공사대금이 존재하는 경우’는 미분양 건축물 등에 대한 신탁계약 체결의 ‘조건’ 이라기보다는 이 사건 사업약정이 차주의 담보제공의무에 관하여 정한 다양한 담보제공방법의 하나를 특정하는 요소에 가깝다.』는 사정을 근거로 하여, 『이 사건 주상복합건물은 처음부터 A건설이 스스로의 자력으로 소유하고 있던 재산이 아니라 일련의 사업약정 및 신탁계약과 이를 통하여 융통한 자금으로 만들어진 것이라고 할 수 있으므로, 이러한 전체적인 취득과정을 고려하지 아니한 채 이 사건 신탁계약을 분리하여 그 직전과 직후의 일반 채권자의 지위를 비교하는 것만으로 사해행위성을 판단하는 것은 타당하다고 볼 수 없다(대법원 2012. 10. 11.자 2010마2066 결정 참조). 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 신탁계약이 이 사건 사업약정과 별개의 계약이라고 보고 양자 사이의 관계나 그를 전후하여 이루어진 자금 융통의 과정, 이를 통한 사업의 계속 등의 사정은 고려하지 아니한 채, A건설이 채무초과의 상태에서 그 소유의 미분양 건축물 등에 대하여 B은행과 이 사건 신탁계약을 체결하고 소유권이전등기를 마쳐주었음을 들어 이 사건 신탁계약이 사해행위에 해당한다고 보았으니, 이러한 원심의 판단에는 사해행위와 채권자취소권의 대

상에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.』라는 취지로 판시하였다.

(2) 대법원 판결의 의미와 영향

위 대법원 판결은 앞서 “프로젝트 파이낸싱과 부동산담보신탁”에서 논의한 것과 유사한 사안이다. 사업약정(업무약정) 등 일련의 사업관련 계약에서 신탁을 하기로 예정하고 있는 경우, 사해성은 신탁계약 하나로만 판단해서는 안되고, 건물의 전체적인 취득과정 등을 고려하여 판단해야 된다고 판시한 점에 의의가 있다.

대법원 2012. 10. 11. 자 2010마2066 결정은 『채무자의 사해의사를 판단함에 있어 사해행위 당시의 사정을 기준으로 하여야 할 것임은 물론이나, 사해행위라고 주장되는 행위에 이르게 된 경위, 그 행위 이후의 채무자의 변제 노력 등도 사해의사의 유무를 판단함에 있어 다른 사정과 함께 고려되어야 하는 경우가 있다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99다31940 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결 등 참조)』고 하면서, 『이 사건 리조트는 처음부터 신청의 회사가 스스로의 자력으로 소유하고 있던 재산이 아니라 위 일련의 신탁계약과 이를 통해 융통한 자금으로 만들어진 것이라고 할 수 있으므로 이러한 전체적 취득과정을 도외시한 채 이 사건 2 신탁계약을 분리해 내어 그 직전과 직후의 일반 채권자의 지위를 비교하는 것만으로 사해행위 성을 판단하는 것은 타당하다고 볼 수 없다』고 판시하여 사해성을 인정한 원심을 파기하였다.

위 대법원 판결 역시 위 2010마2066 결정과 같은 입장의 판단을 한 것으로 볼 수 있겠다. 위 대법원 판결은 이 사건 사업약정에서 예정한 신탁계약과 실제 체결된 신탁계약을 비교하여, 당사자, 신탁목적, 신탁부동산, 우선수익자 및 수익권의 내용의 동일성 유무를 주요 판단근거로 삼았다. 한편, 위 대법원 판결은 2010마2066 결정에서 이유로 든 “갱생목적의 신탁행위” 법리를 언급하지 아니한 점에서 나름 의의가 있다는 견해⁸¹⁾도 있다.

5. 보론 - 신탁재산인 부동산을 위탁자가 처분하는 것이 사해행위인지 여부와 관련된 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결

(1) 위탁자의 처분행위의 사해성 관련 사례

지금까지 신탁행위의 사해성을 판단하기 위한 기준과 관련된 실무 입장을 분석하여 보았다. 다만 최근 신탁행위가 아니라 담보신탁된 부동산에 대한 위탁자의 처분행위가 민법 제406조의 사해행위에 해당될 수 있는지 여부가 문제되었던 사례가 있어, 사해신탁과 관련하여 논의해 볼 필요가 있어 보인다.

(2) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결의 내용⁸²⁾

81) 김세용, 앞의 논문, 125, 126면.

82) 원심인 인천지방법원 2016. 4. 8. 선고 2015나3488 판결은 『채무자의 재산처분 행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되어야 할 것인바, 채무자가 채무초과 상태에서 재산처분 행위를 하였다고 하더라도, 그로 인하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되지 않았다면 채무자의 재산처분 행위는 사해행위에 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이다. 한편 압류금지재산은 채권의 공동담보가 될 수 없으며(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결 참조), 신탁법상의 신탁재산은 수탁자의

1) 사실관계

- 가. 원고는 2005. 1. 3. 주식회사 A(이하 ‘A’ 라고 한다)에 원심판결 별지 5 목록 기재 토지 및 그 지상 건물을 8,900,000,000원에 매도하여 계약금 400,000,000원 및 중도금 4,500,000,000원은 지급 받았으나 나머지 잔금 4,000,000,000원(이하 ‘이 사건 잔금’ 이라고 한다)은 A에 위 토지 및 건물에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 이후 A가 시행하는 부동산 개발사업의 완료시점에 받기로 약정하였다.
- 나. A는 2006. 11. 29. B 등 6개 금융기관 및 주식회사 C건설과 사이에 원심판결 별지 5 목록 기재 토지 및 부천시 소사구 (주소 생략) 지상에 ○○○○○○○○이라는 집합건물(이하 ‘이 사건 집합 건물’ 이라고 한다)을 신축하는 사업 시행을 위하여 시공사를 주식회사 C건설, 대주단을 B 등 6개 금융기관으로 하는 사업약정(이하 ‘이 사건 사업약정’ 이라고 한다)을 체결하였다.
- 다. A는 2006. 12.경부터 이 사건 집합건물에 관한 사전분양을 시작하였으나 그 분양이 저조하여 이 사건 집합건물에 대한 사용승인이 이루어진 2009. 8. 21.까지 대주단에 대한 대출원리금을 전부 상환하지 못하였다. 이에 A는 2009. 10. 22. D신탁 주식회사(이하 ‘D신탁’ 이라고 한다)와 사이에 이 사건 사업약정에 따라 이 사건 집합건물 중 미분양분(이하 ‘이 사건 미분양분’ 이라고 한다)에 관하여 우선수익자를 대주단으로, A를 수익자로 하여 부동산담보신탁계약(이하 ‘이 사건 신탁계약’ 이라고 한다)을 체결하고, 같은 날 이 사건 미분양분에 관하여 A 앞으로 소유권보존등기를 한 다음 신탁을 원인으로 D신탁 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.
- 라. 그 후 대주단은 대출원리금 미상환 등을 이유로 이 사건 미분양분을 공매로 처분하고자 하였으나 계속 유찰되어 이를 매각할 수 없게 되자 A 등과의 정기회의를 통하여 이 사건 미분양분에 해당하는 이 사건 각 부동산을 할인분양하기로 하였다. 이에 A는 그 대표이사 소외인의 딸인 피고에게 이 사건 미분양분 중, 2011. 4. 1. 원심판결 별지 2 목록 기재 부동산(이하 ‘제106호’ 라고 한다)을 1,673,400,000원에, 2011. 8. 1. 별지 1 목록 기재 부동산(이하 ‘제105호’ 라고 한다)을 500,000,000원에, 2011. 10. 13. 별지 3 목록 기재 부동산(이하 ‘제107호’ 라고 한다)을 840,000,000원에, 2011. 10. 13. 별지 4 목록 기재 부동산(이하 ‘제108호’ 라고 한다)을 720,000,000원에 각 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다(이하 위 부동산들을 ‘이 사건 각 부동산’, 이들 매매계약을 ‘이 사건 각 매매계약’ 이라고 한다). 한편 A는 2010년 및 2011년 모두 부채가 자산을 초과하는 상태에 있었다.
- 마. A는 이 사건 신탁계약의 우선수익자인 대주단의 동의를 받아 D신탁과 사이에 이 사건 각 부동산에 대한 신탁계약을 해지한 후 이 사건 각 매매계약에 따라 2011. 5. 12. 제106호에 관하여, 2011. 8. 25. 제105호에 관하여, 2011. 10. 28. 제107호 및 제108호에 관하여 신탁재산의 귀속을 원인으로 A 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 이어서 같은 날 피고 앞으로 이 사건 각 매매계약을 원인으로 하여 각 소유권이전등기를 마친 다음 근저당권자 E회사, 채무자 피고로 된 각 근저당권설정등기를 하였다.
- 바. 원고는 2013. 5. 27. 인천지방법원 부천지원 2013가합5236호로 A 등을 상대로 이 사건 잔금의 지

고유재산으로부터 구별되어 관리될 뿐만 아니라 위탁자의 재산권으로부터도 분리되어 독립성을 갖게 되는 것이고, 위 신탁재산은 신탁법 제21조 제1항 본문의 규정에 따라 원칙적으로 강제집행이나 경매가 금지되어 있으며, 다만 그 단서의 규정에 따라 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무처리상 발생한 권리에 기한 경우에만 예외적으로 강제집행이 허용되는데 여기에서 위 신탁 전의 원인으로 발생한 권리라 함은 신탁 전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우 등 신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생되었을 때를 의미하는 것이고 신탁 전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함된다 할 수 없다(대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545, 86다카2876 판결 등 참조). 이와 같은 견지에서 살피건대, 소외 회사가 이 사건 건물 신축사업 시행을 위하여, 원고로부터 별지 5 목록 기재 토지를 매수한 뒤 이 사건 건물을 신축하여, 2009. 10. 22. 그 중 이 사건 미분양분에 관하여 A 신탁에 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐준 사실은 앞서 본 것과 같다. 따라서 원고가 이 사건 각 부동산에 관한 신탁 전에 이미 이 사건 부동산 자체를 목적으로 하는 채권을 가지고 있었다는 점에 관한 아무런 주장·입증을 하지 않고 있는 이상, 이 사건 각 부동산은 원고를 비롯한 채권자의 강제집행의 대상이 될 수 없다. 그렇다면 이 사건 각 부동산은 이 사건 매매계약 당시 이미 소외 회사의 적극재산에 포함될 수 없는 것이어서, 이 사건 매매계약으로 인하여 원고의 소외 회사에 대한 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되었다고 보기 어렵다.』라고 판시하였다.

급을 구하는 소를 제기하였고, 2014. 11. 12. A는 원고에게 4,000,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 판결이 선고되었고, 이 판결은 그대로 확정되었다.

사. 원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 각 부동산은 이 사건 각 매매계약 당시 D신탁에 담보신탁이 되어 있어서 A의 소유가 아니었던 만큼 A의 적극재산에 포함될 수 없는 것이므로 이 사건 각 매매계약으로 인하여 A에 대한 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되었다고 보기 어렵고, 이 사건 각 매매계약이 원고를 포함한 A의 일반채권자를 해할 의사로 한 법률행위에 해당하기 어렵다고 판단하였다.

2) 판시내용

대법원은, 『위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 해 둔 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다111401 판결 참조). 위탁자가 위와 같이 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. 그 경우 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법으로 제3자 앞으로 마쳐진 소유권이전등기를 단순히 말소하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니한 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 된다. 이때는 그 부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있던 담보신탁계약상 수익권의 평가금액 한도 내에서 위탁자의 법률행위를 취소하고 그 가액의 배상을 명하여야 한다.』라는 법리를 기초로 하여,

『앞에서 본 사실관계를 위와 같은 법리에 비추어 보면, A가 이 사건 각 부동산을 D신탁에 담보신탁하여 둔 상태에서의 책임재산은 이 사건 각 부동산에 대한 이 사건 신탁계약상의 수익권이라 할 것이다. 그리고 A가 담보신탁된 이 사건 각 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자인 대주단 및 수탁자인 D신탁의 동의를 받아 피고에게 처분하고 이 사건 각 부동산에 관하여 신탁계약 해지에 따른 신탁재산 귀속을 원인으로 A 앞으로 소유권이전등기를 마친 다음 피고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 일련의 행위로 인하여 A의 책임재산인 이 사건 각 부동산에 대한 위 수익권이 소멸하게 되었다. 이로써 A의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 A도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이 사건 각 매매계약은 A의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다고 할 것이다』라는 취지로 판시하였다.

(3) 대법원 판결의 의미와 영향

이 대법원 판결은 담보신탁된 부동산의 처분행위가 사해행위를 구성할 수 있음을 판단한 최초의 판결⁸³⁾이라고 한다. 이로써 위탁자의 채권자는 신탁행위가 사해행위가 아니거나 제척기간 도과 등의 이유로 이에 대한 취소가 불가능한 경우에도, 위탁자의 처분행위에 대한 사해성⁸⁴⁾을

83) 박정제, “위탁자가 담보신탁된 부동산을 제3자에게 처분하는 것이 사해행위를 구성하는지 여부(2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결: 공2017상, 18), 「대법원판례해설」 제109호 2016년 하, (법원도서관, 2017), 127~141면 참고.

84) 최근의 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결(갑 주식회사가 을 주식회사에 대한 채무를 담보하기 위해 신탁회사인 병 주식회사와 갑 회사 소유의 아파트에 관하여 우선수익자를 을 회사로 하는 부동산담보신탁계약을 체결하였는데, 그 후 갑 회사가 을 회사의 동의를 받아 신탁계약을 해지하고 갑 회사 명의로 아파트에 관한 소유권이전등기를 마친 다음, 같은 날 을 회사와 대물변제계약을 체결하여 을 회사에 아파트에 관한 소유권이전등기를 마쳐주자, 갑 회사의 채권자인 국가가 대물변제계약이 사해행위에 해당한다며 을 회사를 상대로 사해행위취소를 구한 사안에서, 대물변제계약의 이행을 위하여 작성한 분양계약서에 매도인이 병 회사가 아닌 갑 회사로 기재되어 있는

다룰 수 있게 되었다.

이 사안과 달리, 만일 수탁자가 신탁계약에 따라 직접 처분행위를 하는 경우, 위탁자의 채권자는 자신의 채권 회수를 위하여 어떤 조치를 취할 수 있을까. 위 대법원 판결 사안은 위탁자에게 신탁재산이 귀속된 이후의 처분이 문제된 것이고, 수탁자가 신탁계약에 따라 직접 처분한 경우라면 위탁자의 채권자로서는 위탁자를 뛰어넘어 수탁자에게 권리행사가 가능해야 하므로, 상당한 어려움이 있을 것으로 예상된다. 이 경우, 위탁자의 채권자는 처분 이후 처분대금의 정산단계에서 위탁자가 수탁자에 대하여 가지는 잔여재산반환청구권에 대한 압류 등을 통하여 집행절차를 진행하는 것이 가장 일반적인 권리구제 방안으로 보인다. 다만, 신탁계약에 수익계약 조항이 있고, 위탁자와 수탁자가 공모로 위탁자의 채권자에게 피해를 입히고자 하는 사해의사가 있는 경우라면 불법행위 성립 가능성을 적극적으로 고려해 볼 수 있을 것이다.⁸⁵⁾

6. 소결론

부동산신탁은 다양한 이해관계자들이 모여 복잡한 법률관계를 형성하고 있다. 따라서 사해신탁취소권은 매우 신중히 제한적으로만 인정되어야 할 것이다. 실무 경향 역시 사해신탁취소소송에서 위탁자의 채권자가 승소하는 경우나 처분금지가처분이 인용되는 경우가 많지 아니한 것으로 보인다.

그렇다고 하여, 위탁자가 자신의 채권자의 채권회수를 피하기 위해 일부러 신탁을 설정하는 경우, 위탁자의 채권자의 권리를 무시해서는 안될 것이다. 따라서 신탁관계의 안정과 위탁자의 채권자의 권리 보호의 균형의 관점에서 부동산사해신탁의 판단기준도 정해져야 할 것으로 생각된다.

V. 결어

위탁자의 채권자는 원칙적으로 부동산신탁관계에서 '외부인'이라고 할 수 있다. 이들은 오로지 자신과 채권채무관계를 가진 위탁자에 대하여만 권리를 행사할 수 있고 위탁자가 가진 재산만이 강제집행의 대상이 된다.

위탁자가 신탁을 설정한 경우, 신탁의 본질, 신탁재산의 독립성 등에 대한 논쟁이 있기는 하나, 우리 신탁법 해석상 신탁재산은 대내외적으로 수탁자에게 이전된 것인 이상 위탁자의 재산이 될 수 없다.

그렇다면 위탁자의 채권자로서는 위탁자가 신탁관계에서 가진 재산적 권리(수익권)가 유일한 강제집행 대상이 된다고 할 것이다. 신탁의 설정으로 위탁자의 재산은 수익권으로 전환되는 것이므로, 주목할 것은 바로 '수익권'이라고 하겠다. 이러한 수익권은 신탁의 설계에 따라 위탁자

점, 을 회사에 아파트에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 것도 병 회사가 아닌 갑 회사인 점 등에 비추어 대물변제계약이 신탁계약에서 정한 처분·환가의 일환으로 체결된 것이라고 보기 어렵고, 오히려 신탁계약이 해지로 종료하여 '우선수익자가 갖는 수익권의 유효기간은 신탁계약에 따른 우선수익자의 채권발생일부터 신탁계약 종료일까지로 한다'는 내용의 신탁계약 조항에 따라 을 회사가 더 이상 우선수익자로서 수익권을 행사할 수 없는 데도, 이와 달리 보아 대물변제계약이 사해행위에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에 부동산담보신탁계약의 해지 및 종료 사유와 우선수익권의 법적 성질 등에 관한 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례)도 유사성이 있어 보인다.

85) 물론 정상적인 신탁계약에서 수탁자의 처분행위가 불법행위에 해당될 가능성은 별로 없어 보인다. 처분신탁이었다면 애초 처분신탁의 사해성의 평가로 문제를 해결하면 될 것으로 보이고(제척기간이 경과한 경우도 있을 것임), 담보신탁이라면 디폴트 사유가 발생하여 신탁부동산을 처분하고 우선수익자에게 먼저 변제하는 것은 당연한 것이다.

에게 모두 귀속되는 경우(완전한 형태의 자익신탁), 위탁자 및 제3자에게 귀속되는 경우(자익신탁과 타익신탁의 혼합형), 제3자에게만 귀속되는 경우(완전한 형태의 타익신탁)로 나눌 수 있겠다.⁸⁶⁾ 이러한 신탁의 설정으로 만들어진 법률관계가 매매와 같은 처분행위로 만들어진 법률관계에 비하여 위탁자의 채권자에게 반드시 불리하기만 한 것도 아니다. 위탁자가 수익권을 가지고 있는 이상, 오히려 매매와 같은 처분행위보다 신탁설정이 위탁자의 채권자에게 유리할 수도 있다.

다만, 신탁의 유연성으로 인하여 신탁설계에 따라 위탁자가 가진 수익권의 모습은 너무나 다양할 수 있어, 강제집행에 있어 위탁자의 채권자가 일정 부분 어려움을 겪는 것도 사실이므로, 신탁의 본질론에 관한 논의보다는 오히려 수익권 집행 방식에 대한 논의와 연구가 향후 필요할 것으로 생각된다.

한편, 신탁의 설정이 채무면탈 등 사해행위인 경우 위탁자의 채권자는 이를 취소하여 위탁자의 책임재산으로 만들어 자신의 채권 만족을 도모할 수도 있을 것이다. 이러한 사해신탁취소권의 사해성 판단은 원칙적으로 민법상 채권자취소권과 아예 다른 기준이 적용되는 것은 아니다. 다만 부동산개발행위가 결부되는 등 복잡한 이해관계가 얽혀 있는 부동산신탁과 관련하여 사해성 판단에 있어서는 독자적 기준을 고려해 볼 수 있을 것인바, 이 부분 역시 향후 연구가 필요할 것으로 보인다.

결론적으로, 위탁자의 채권자는 위탁자가 신탁을 설정하였다는 이유만으로 권리보호에 있어 다른 법률관계와 달리 취급되어서는 안될 것이다. 즉, 위탁자의 채권자가 다른 채권자보다 더 보호되어서도 덜 보호되어서도 안된다. 다만 위탁자의 채권자 중에서도 대규모 건설사업의 수분양자와 같이 신탁관계의 외부인이지만 신탁관계와 밀접한 연관을 가지는 자들의 경우, 신탁계약, 사업약정 등 관련 계약해석을 통하여 이들의 권리보호에 대하여 좀 더 신중한 접근이 필요할 것으로 생각된다. 물론 그렇다고 하여 계약해석의 원칙을 벗어나서까지 이들을 보호해 주어야 한다는 취지는 아니다. 이것은 입법의 영역일 뿐이다.

86) 본고에서의 논의를 신탁 관련 법률관계를 중심으로 하여 종합적으로 정리해 보겠다. 신탁 관련 법률관계를 ① 신탁설정 단계, ② 위탁자의 수익권 취득, 행사 단계, ③ 수탁자의 신탁재산 처분 단계, ④ 신탁의 종료로 인한 신탁재산 귀속 및 위탁자의 처분 단계로 편의상 나누어서 본다.

먼저, 완전한 형태의 자익신탁의 경우, 위탁자의 채권자는 ① 단계에서 사해신탁을 주장할 수 있으나 사해성은 상당히 낮다고 볼 수 있다(IV. 3. 부동산신탁의 사해성 판단의 기준 참고). 오히려 ② 내지 ④ 단계에서의 권리행사가 중요할 것이다. ② 단계에서 위탁자의 채권자는 수익권에 대한 강제집행이 가능할 것이고(III. 5. 수익권의 압류의 형태 별 효력 범위 및 그 집행), ④ 단계에서도 수익권에 압류 등을 해두었다면 불법행위 주장(III. 6. 대법원 2018다237329 판결) 및 위탁자의 처분행위의 채권자취소권 주장(IV. 5. 대법원 2016다20732 판결)이 가능할 것으로 보인다. 다만 ③ 단계는 신탁계약의 취지, 목적 등을 고려하여 제한적으로 불법행위 성립을 주장해 볼 수 있을 것이다.

다음, 자익신탁과 타익신탁 혼합형의 경우에도 권리행사는 위에서 살펴본 완전한 형태의 자익신탁의 경우와 동일할 것이다. 다만, ① 단계에서의 사해성은 높아지겠지만, 나머지 단계에서는 다른 수익권자의 수익권(보통의 경우 우선수익자)을 고려해야 하므로, 이들의 수익권을 제외한 범위에서만 위탁자의 수익권의 침해가 문제될 수 있는바, 위탁자의 채권자 역시 그 범위에서만 권리행사가 가능할 것이다.

마지막으로, 완전한 형태의 타익신탁은 본고의 논의에서 제외하였으나, 이 경우는 사실상 매매와 동일하므로, ① 단계에서의 사해성은 매우 높겠지만, 신탁설정 이후 위탁자의 책임재산이 아니므로 ② 내지 ④ 단계에서 권리행사는 문제될 여지가 없다고 할 것이다.

제2주제

신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세 과세제도 개선방안

박훈 교수

신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세 과세제도 개선방안

박훈(서울시립대 교수)

I. 서설

신탁에 대한 과세제도의 이해는 신탁에 대한 법제도가 선행될 필요가 있다. 신탁에 관한 사법적 법률관계를 규정하고 있는 「신탁법」은 1961년 제정 이래 내용에 대한 대대적인 개정(전면개정)이 2011. 7. 25.(2012. 7. 26. 시행)된 바 있고, 2014. 3. 18에는 공익을 목적으로 하는 신탁의 설정·운영 및 감독 등에 관하여 「신탁법」에 대한 특례를 규정하고 있는 「공익신탁법」이 제정(2015. 3. 19 시행)된 바 있다. 신탁법 전면개정, 공익신탁법 제정이전에도 신탁세제에 대한 논의가 세법학계에서 있어 왔지만,¹⁾ 신탁에 대한 법제도의 변화에 따라 신탁의 합병·분할, 수익증권, 신탁사채, 유한책임신탁 등에 대한 과세문제를 검토할 필요가 있게 되었다. 자익신탁, 위탁자의 유언에 의한 신탁(유언대용신탁), 수익자 지정권·변경권 유보부 신탁 등 위탁자 관련 새로운 신탁유형의 경우도 마찬가지이다.²⁾ 신탁에 대한 과세문제의 불확실성은 신탁제도 활성화에 악영향을 줄 수 있다.

그런데 신탁재산 원본과 수익은 위탁자, 수탁자, 수익자, 신탁재산 자체 누구의 것이고 언제 그렇게 되는지에 따라 과세가 달라질 수 있다. 특히 지방세법이 2014. 1. 1. 개정되어 신탁재산에 대한 재산세의 납세의무자가 위탁자에서 수탁자로 변경되었다. 입법을 통해 신탁재산의 보유단계의 납세의무자가 바뀐 것이다(지방세법 제 107조 제1항 3호). 그 이후 신탁재산의 재산세를 수탁자에게 과세하는 개정 지방세법이 2014년 1월 1일 시행되기 이전에 체결한 신탁계약에도 개정법을 적용해 수탁자에게 재산세를 내게 하더라도 관련 개정 지방세법 규정이 합헌이라는 헌법재판소 결정³⁾도 나온바 있다. 그렇지만 부동산 보유세제중 하나인 재산세의 납세의무자를 위탁자에서 수탁자로 개정된 것을 놓고 여전히 학계와 실무에서 평가가 갈려 있다.

이번 학술대회에서 신탁에 대한 다양한 법영역의 전문가들의 논의를 통해 신탁법제의 큰 틀과 관련된 세제, 여기에서는 종합부동산세 및 재산세의 합리적인 개선방안을 도출해 보고자 한다. 이를 위해 먼저 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세의 현행 제도(II), 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세에 대한 세부논쟁(III) 등에 대해 살펴본다.

1) 박훈, “부동산 간접투자의 법적 구조와 세제에 관한 연구: 부동산투자회사를 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2003.2; 이종교, “신탁법상의 신탁에 관한 과세상 논점”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009.12 등이 그 예이다.

2) 이에 대해서는, 김병일·김종해, “신탁법상 위탁자 과세제도에 관한 연구”, 「조세연구」 제11권 제3집, 한국조세연구포럼, 2011, pp.281-329 참조.

3) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바127, 2015헌바185, 241, 345, 346, 347, 348, 350, 351(병합), 2015헌바308(병합) 결정.

II. 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세의 현행 제도

1. 신탁재산 관련 과세의 기본제도

신탁은 신탁설정자(위탁자)와 신탁을 인수하는 자(수탁자)와 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법률관계를 말한다(신탁법 제1조 제2항). 신탁등기에 대한 세부적인 실무적인 사항은 신탁등기사무처리에 관한 예규(등기예규 제1618호, 개정 2017. 3. 20., 시행 2017. 3. 20.)에 규정되어 있는데, 신탁재산에 속하는 부동산의 신탁등기는 수탁자가 단독으로 신청하고, 신탁등기의 신청은 해당 신탁으로 인한 권리의 이전 또는 보존이나 설정등기의 신청과 함께 1건의 신청정보로 일괄하여 하여야 한다. 다만 수익자나 위탁자가 수탁자를 대위하여 신탁등기를 신청하는 경우에는 그러하지 아니하다.

이러한 신탁에 대한 과세는 특정의 재산권의 취득, 보유, 처분시 위탁자, 수탁자, 수익자별로 나누어질 수 있다. 신탁재산이 현금, 부동산, 주식 등 어떠한 재산의 종류인지에 따라서도 세부적인 과세문제가 달라질 수 있다.

과세기준일에 신탁재산인 부동산의 소유자에 대해 부과하는 재산세, 종합부동산세의 경우 소유자가 누구인지가 중요하다. 사법상 소유자와 세법상 소유자가 달라질 수도 있는데, 재산세와 종합부동산세라는 부동산보유세의 경우에는 신탁재산과 관련해서는 어떻게 보고 있는지 아래 현행 지방세법, 종합부동산세법의 경우를 살펴본다.

2. 종합부동산세법상 신탁재산 관련 종합부동산세의 기본내용

과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억원을 초과하는 자는 종합부동산세를 납부할 의무가 있다(종합부동산세법 제7조 제1항). 2008. 12. 26 종합부동산세법 개정시 헌법재판소의 위헌결정(2008. 11. 13. 2006헌바112 등)에 따라 주택분 및 종합합산대상 토지분 종합부동산세 과세방식을 세대별 합산 방식에서 개인별 합산방식으로 변경한 바 있다.⁴⁾

과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 종합합산과세대상인 경우에는

4) 종합부동산세에 대한 다양한 위헌논의에 대해서는, 이동식·박훈·이상신, “종합부동산세법의 헌법합치성에 관한 소고”, 『조세법연구』 제13권 제2호, 한국세법학회, 2007.8, pp.414-440 참조; 위 헌법재판소의 종합부동산세 세대별 합산과세의 위헌결정에 대해서는, 문병효, “헌법재판소의 종합부동산세 세대별 합산과세의 위헌결정에 대한 비판”, 『민주법학』 제39권, 민주주주의법학연구회, 2009.3, pp.237-279 참조.; 위 헌법재판소 결정에 따라 종합부동산세를 환급받는 대상은 약 8만명 정도, 환산금 추계액은 6,300억원선이었다. 국세청, “종부세 세대별 합산과세 위헌에 따른 대책 발표”, 2008.11.19.자 참조.

국내에 소재하는 해당 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 5억원을 초과하는 자, 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 해당 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 80억원을 초과하는 자가 해당 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다(종합부동산세법 제12조 제1항).

위에서 보듯 주택 및 토지에 대한 종합부동산세의 납세의무자는 주택분 재산세의 납세의무자, 토지분 재산세의 납세의무자와 같다. 재산세와 종합부동산세의 경우 비주거용 건물, 분리과세대상 토지 등은 재산세 과세대상은 될 수 있지만, 종합부동산세 과세대상은 되지 않는다. 또한 주택, 종합합산과세대상 토지, 별도합산과세대상이 재산세 과세대상만이 아니고 종합부동산세의 과세대상이 될 수 있지만, 일정금액을 초과하는 경우에 한한다. 그렇지만 주택 및 토지에 대한 납세의무자로서는 종합부동산세와 재산세를 동일하게 보고 있기 때문에 종합부동산세의 신탁재산 주택 및 토지의 납세의무자에 대해서는 위탁자, 수탁자 누구인지에 대해서는 신탁재산 관련 재산세의 납세의무자를 살펴볼 필요가 있다.

3. 지방세법상 신탁재산 관련 재산세의 기본내용

지방세법에 따르면 재산세 과세기준일 현재 재산을 “사실상 소유하고 있는 자”는 재산세를 납부할 의무가 있다(지방세법 제107조 제1항 본문). 그런데 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우 위탁자별로 구분된 재산에 대해서는 그 “**수탁자**”가 재산세 납세의무자가 된다. 이 경우 위탁자별로 구분된 재산에 대한 납세의무자는 각각 다른 납세의무자로 본다(지방세법 제107조 제1항 단서, 제3호). 토지와 건물을 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기·등록한 경우 수탁자를 “사실상 소유하고 있는 자”로 보는 것과 같은 과세상 결과이다.

지방세 재산세 납세의무자는 사실상 소유하고 있는 자라는 것을 원칙으로 하면서, 공유재산인 경우, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우, 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에 각각 납세의무자를 별도로 규정하고 있다. 그리고 사실상의 소유자를 알 수 없을 경우 등에 대해 재산세 납세의무자가 누구인지를 6가지로 나누어 각각 규정(지방세법 제107조 제2항)하면서 재산세 과세기준일 현재 소유권의 귀속이 분명하지 아니하여 사실상의 소유자를 확인할 수 없는 경우에는 그 사용자가 재산세를 납부할 의무가 있다는 일반적인 규정도 두고 있다(지방세법 제107조 제3항). 이처럼 재산세 납세의무자에 대해서는 지방세법 제107조 제1항 본문, 제107조 제1항 단서 및 각호, 제2항, 제3항 등 크게 4가지 경우로 나누어져 있음을 알 수 있다.

4. 다른 신탁 관련 세제와의 비교

위에서 보듯 신탁재산 관련 재산세와 종합부동산세는 「신탁법」에 따라 수탁자

명의로 등기·등록된 경우 수탁자가 그 납세의무자로 되어 있다.

부동산 취득에 대해 과세되는 취득세의 경우에는 신탁(「신탁법」에 따른 신탁으로서 신탁등기가 병행되는 것만 해당한다)으로 인한 신탁재산의 취득으로서 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우, 신탁의 종료로 인하여 수탁자로부터 위탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우, 수탁자가 변경되어 신수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우에는 취득세를 부과하지 않는다(지방세법 제9조 제3항 본문, 1호~3호). 취득세 납세의무자를 논하기 이전에 원칙적으로 신탁시 취득세 비과세를 하고 있는 것이다. 그런데 신탁재산의 취득 중 주택조합등과 조합원 간의 부동산 취득 및 주택조합등의 비조합원용 부동산 취득에는 취득세가 과세되므로 취득세 납세의무자가 문제될 수 있다(지방세법 제9조 제3항 단서). 「주택법」 제11조에 따른 주택조합과 「도시 및 주거환경정비법」 제35조제3항 및 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법」 제23조에 따른 재건축조합 및 소규모재건축조합(주택조합등)이 해당 조합원용으로 취득하는 조합주택용 부동산(공동주택과 부대시설·복리시설 및 그 부속토지를 말한다)은 그 조합원이 취득한 것으로 보고 취득세 납세의무를 지운다(지방세법 제7조 제8항 본문). 위 경우 조합원에게 귀속되지 아니하는 부동산(비조합원용 부동산)은 조합원이 취득하는 것으로 보지 아니한다(지방세법 제7조 제8항 단서). 취득세에 대한 위 지방세법 규정에 따르면, 신탁(「신탁법」에 따른 신탁으로서 신탁등기가 병행되는 것만 해당한다)으로 인한 신탁재산의 취득으로서 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우 수탁자에게 취득세를 과세하지 않으면서 재산세는 과세하는 결과를 가져온다.

그리고 2015. 12. 29. 법률제13636호 개정으로 신설된 지방세법 제7조 제15항은 위탁자 지위의 이전을 취득세 과세대상으로 명시하면서 다만 위탁자 지위 이전에도 불구하고 실질적 소유권 변동이 있다고 보기 어려운 경우에는 취득으로 보지 않는다는 취지로 규정하고 있다. 지방세법시행령 제11조의2에서는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 부동산집합투자기구의 집합투자업자가 그 위탁자의 지위를 다른 집합투자업자에게 이전하는 경우, 이에 준하는 경우로서 위탁자 지위를 이전하였음에도 불구하고 신탁재산에 대한 실질적인 소유권의 변동이 없는 경우를 소유권 변동이 없는 위탁자 지위의 이전범위로 보고 있다.

신탁재산의 취득에 대응하는 것이 신탁재산의 양도, 상속 또는 증여라 할 수 있다. 신탁재산이 이전한다면 이전하는 자와 이전받는 자 각각의 과세가 생길 수 있고, 이전받는 자는 취득세 문제가, 이전하는 자는 양도소득세, 상속세 및 증여세 문제가 생길 수 있는 것이다. 신탁법 또는 신탁업법에 의하여 신탁등기하는 것은 소득세법 제88조에서 규정하는 양도에 해당하지는 않지만, 신탁재산인 사실을 등기한 부동산을 사실상 유상으로 이전하고 신탁원부의 수익자명의를 변경하는 것은 양도에 해당하여 양도소득세가 과세된다. 신탁부동산의 사실상 유상이전 없이 신탁이익을 타인에게 수익하게 하는 것은 상속세 및 증여세법 제33조의 규정에 의하여 신탁이익을 받을 권리를 증여한 것으로 보아 증여세가 과세된다.⁵⁾

신탁재산을 보유 자체만으로도 과세가 되는 재산세 및 종합부동산세가 있지만, 보유시 이익이 있을 때 소득세가 과세될 수 있다. 소득세법에서는 신탁재산에 귀속되는 소득은 그 신탁의 수익자(수익자가 특별히 정해지지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우에는 신탁의 위탁자 또는 그 상속인)에게 귀속되는 것으로 본다(소득세법 제2조의2 제6항).⁶⁾ 신탁재산 원본이 아닌 수익의 귀속자를 원칙적으로 수익자로 보는 것이다. 위탁자도 수탁자도 아닌 것이다. 신탁재산 원본의 경우 수탁자에게 취득세를 원칙적으로 과세하지 않고 재산세 및 종합부동산세는 과세하고, 신탁재산 수익은 수익자에게 과세한다고 볼 수 있다.

한편 신탁재산의 관리 및 처분에 대해서는 부가가치세 과세도 문제될 수 있다. 부가가치세법에 따르면, 신탁재산을 수탁자의 명의로 매매할 때에는 「신탁법」 제2조에 따른 **“위탁자”**가 직접 재화를 공급하는 것으로 본다. 다만, 수탁자가 위탁자로부터 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제103조제1항 제5호 또는 제6호의 재산을 위탁자의 채무이행을 담보하기 위하여 수탁으로 운용하는 내용으로 체결되는 신탁계약을 체결한 경우로서 수탁자가 그 채무이행을 위하여 신탁재산을 처분하는 경우에는 수탁자가 재화를 공급하는 것으로 본다(부가가치세법 제10조, 동법시행령 제21조의2). 부가가치세의 경우 신탁재산의 관리 및 처분에 대해 위탁자를 원칙적인 납세의무자로 하고 있다. 2017. 12. 19 부가가치세 개정시 신설된 조문에 따른 것이다. 이때 부가가치세와 관련된 체납을 방지하기 위하여 부가가치세와 관련된 본세, 가산금 또는 체납처분비를 체납한 납세의무자에게 신탁재산이 있는 경우로서 그 납세의무자의 다른 재산에 대하여 체납처분을 집행하여도 징수할 금액에 미치지 못하는 경우에는 그 신탁재산의 수탁자에게 체납액을 납부할 의무가 있음을 명확하게 규정하였고(부가가치세법 제3조의2 신설),⁷⁾ 신탁재산 소유권 이전으로서 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우나 신탁계약의 종료로 신탁재산을 수탁자로부터 위탁자에게 이전하는 경우 등에는 실질적인 재화의 공급에 해당하지 아니하는 것으로 보아 과세대상에서 제외하는 것도 신설하였다(부가가치세법 제10조 제9항 제4호 신설). 수분양자가 중간지급조건부로 부동산을 분양받아 잔금을 납부하였으나 위탁자에게 제한권리 사항이 존재하여 수탁자가 수분양자와 소유권이전만을 위한 별도의 매매계약을 체결하고 수분양자에게 소유권을 이전한 경우 부가가치세 납세의무자는 위탁자라는 예규도 있다.⁸⁾

5) 재산46014-894 , 2000.07.21

6) 신탁관련 소득세에 대해서는, 한원식, “신탁소득의 납세의무자에 대한 연구”, 「조세법연구」 제19권 제2호, 한국세법학회, 2013.8, pp.245-282 참조.

7) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결에서는 수익자 또는 위탁자를 납세의무자로 보아야 한다는 종전의 판결을 수정하여 우선수익권자가 있는 담보신탁의 신탁재산 처분 시 납세의무자를 수탁자로 보아야 한다고 판결하였다. 이에 반해 2017. 12. 9 부가가치세법 개정은 위탁자 또는 수익자를 원칙적인 납세의무자로 보아 종전과 같은 실무를 유지하였다. 다만 이러한 경우 발생하는 가장 큰 문제점인 신탁재산을 대상으로 하는 체납처분을 신탁재산의 한도 내에서 가능하도록 보완하였다. 이러한 개정 내용에 대한 비판적인 견해로는, 김성균, “신탁관계에 있어서의 부가가치세 납세의무자- 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 -”, 「법학논문집」 제41집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2017.8, pp.332-333 참조.

8) 부가, 사전-2018-법령해석부가-0440 [법령해석과-2068] , 2018.07.18

재산세 및 종합부동산세는 “수탁자” 중심으로 하면서, 부가가치세는 “위탁자” 중심으로 과세를 하고 있다고 할 것이다. 이는 각 세목의 특수성을 반영한 것이라 할 수도 있지만, 세법 전체적으로 보면 납세의무자를 위탁자, 수탁자 등 어느 한쪽으로 일관되게 보고 있지 않다고 할 수 있다.

Ⅲ. 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세에 대한 세부논쟁

1. 납세의무자 변경 관련 법령 개정시 논의사항

2014. 1. 1. 지방세법 개정시 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자가 “위탁자”에서 신탁재산의 소유자인 “수탁자”로 변경되었다(지방세법 제106조 제3항 신설 및 제107조 제1항·제2항).

종전 지방세법에 따르면, 수탁자명의로 등기·등록된 신탁재산의 재산세 납세의무자는 위탁자로 되어 있으며 수탁자는 납세관리인으로 규정되어 있었다. 신탁재산의 경우 법률상 소유자는 수탁자이나 재산세 납세의무자는 위탁자로 되어 있어, 납세의무자가 재산세를 체납하더라도 다른 재산이 없는 경우 신탁재산에 대하여 체납처분을 할 수 없었고, 「신탁법」 제22조 제1항에 따라 신탁재산에 대한 강제집행도 제한되었다. 당시 신탁재산 체납액은 2012년까지 2,823억원에 달했다.

재산세 납세의무자의 수탁자로 변경시 장단점은 다음과 같다. 장점으로는, 「지방세법」 제107조 제1항에 따르면, 재산을 사실상 소유하고 있는 자에게 재산세 납세의무가 있으므로 신탁재산의 대내외적인 소유자인 수탁자에게 납세의무를 부과하는 것은 법체계상 타당하다는 점, 신탁재산에 대한 조세채권 확보와 징세비용 절감에 도움이 된다는 점을 들 수 있다. 이에 반해 단점으로는, 신탁제도 이용이 감소할 우려가 있다는 점, 수탁자별로 과세할 경우 특정지역에 부동산을 편중하여 소유하고 있는 위탁자는 여러 명의 수탁자를 고용하여 재산을 신탁할 경우 재산세 누진과세를 피할 수 있다는 점 즉 위탁자가 조세회피 수단으로 악용할 가능성이 있다는 점 등을 들 수 있다.⁹⁾ 지방세법 개정은 전자에 더 무게를 둔 것으로, 그 개정전후 조문비교를 하면 다음과 같다.

[표] 2014.1.1. 지방세법상 신탁재산 관련 재산세 개정 전후 비교

개정전	개정후
제 107 조(납세의무자) ① 재산세 과세 기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가	제 107 조(납세의무자) ----- -----

9) 국회 안전행정위원회, “지방세법 일부개정법률안 심사보고서”, 2013.12, pp.39-40 참조.

개정전	개정후
<p>있다. 다만, 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 그 주택에 대한 산출세액을 제4조제1항 및 제2항에 따른 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.</p>	<p>----- ----- 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 각 호의 자를 납세의무자로 본다. <개정 2014.1.1.></p>
<p><신 설></p>	<p>1. 공유재산인 경우: 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대해서는 그 지분권자</p>
<p><신 설></p>	<p>2. 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우: 그 주택에 대한 산출세액을 제4조제1항 및 제2항에 따른 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산(按分計算)한 부분에 대해서는 그 소유자</p>
<p><신 설></p>	<p>3. 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우: 위탁자별로 구분된 재산에 대해서는 그 수탁자. 이 경우 위탁자별로 구분된 재산에 대한 납세의무자는 각각 다른 납세의무자로 본다.</p>
<p>② 제1항에도 불구하고 재산세 과세기 준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. <개정 2013.1.1, 2013.3.23></p>	<p>② ----- ----- ----- -----</p>
<p>1. ~4. (생략)</p>	<p>1. ~4. (현행과 같음)</p>
<p>5. 「신탁법」에 따라 수탁자명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에는 위탁자(다만, 「주택법」 제2조제11호</p>	<p>5. 삭제<2014.1.1.></p>

개정전	개정후
<p>에 따른 지역주택조합·직장주택조합이 조합원이 납부한 금전으로 매수하여 소유하고 있는 신탁재산의 경우에는 해당 지역주택조합·직장주택조합). 이 경우 수탁자(지역주택조합·직장주택조합의 경우에는 조합원)는 「지방세기본법」 제 135 조에 따른 납세관리인으로 본다.</p>	
6. (생략)	6. (현행과 같음)
③ (생략)	③(현행과 같음)
<p><신설></p>	<p>제 119 조의 2(신탁재산에 대한 특례) 「신탁법」에 따라 수탁자 명의로 등기된 신탁재산에 대한 재산세가 체납된 경우에는 「지방세기본법」 제 91 조에도 불구하고 재산세가 체납된 해당 재산에 대해서만 압류할 수 있다. 다만, 재산세가 체납된 재산이 속한 신탁에 다른 재산이 있는 경우에는 그 다른 재산에 대하여 압류할 수 있다.</p>

2. 판례상 논의사항

(1) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결

이 판례는 2014. 1. 1. 지방세법이 개정되기 전 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에는 위탁자가 재산세 납세의무를 부담한다고 명확하게 규정하고 있을 때의 구 지방세법하의 것이다. 그런데 이 대상판결에서는 수탁자가 부동산에 대한 소유권이전등기를 마쳤으나, 신탁법에 따른 신탁등기를 마치지는 아니한 경우 재산세 납세의무자가 누구인가가 다투어졌다.

사실관계를 먼저 살펴본다. 이 사건 6개 지역주택조합이 연합하여 서울 동작구 상도동 일원에 아파트를 신축할 목적으로 그 조합원들로부터 금전을 신탁받아 토지와 주택을 취득하거나 부동산을 신탁받아 대표조합인 134제일지역주택조합 명의로 소유권이전등기를 하였으나 신탁법에 의한 신탁등기가 마치지지는 않았다. 134제일 지역주택조합은 2005. 12. 15. 과세기준일 당시 보유하고 있던 이 사건 토지와 주택을 합산배제대상으로 분류하여 2005년도 종합부동산세와 농어촌특별세를 신고하였다. 이 사건 6개 지역주택조합이 내부 분쟁 등으로 2006. 9.경 및 2006. 10.경 모두 해산하자 기존 조합원을 포함한 1,242명이 아파트 신축사업을 승계하기 위해 원고를 결성

하고 2007. 2. 22. 동작구청장으로부터 주택조합설립인가를 받아 2010. 11. 19. 그 명의로 이 사건 토지와 주택에 관한 신탁등기를 마쳤다. 그런데 피고는 이 사건 토지는 종합합산과세대상이고 이 사건 주택은 합산배제대상에 해당하지 않는다고 보아 2010. 5. 3. 원고에게 2005년도 종합부동산세 등 합계 1,021,705,030원을 부과하는 이 사건 처분을 하였다. 1심¹⁰⁾과 2심¹¹⁾에서는 위탁자인 조합원들이 사실상 소유자로서 납세의무자로 보았고, 대법원에서는 수탁자인 원고가 납세의무자로 보았다.¹²⁾

대법원은 위탁자가 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자라는 규정은 신탁법에 따른 신탁등기를 한 경우에만 적용된다고 보았다. 신탁등기가 마쳐지지 않은 경우에는 위 지방세법의 규정이 적용되지 않는다는 것이다. 이 경우 신탁법에 따른 신탁등기나 등록이 마쳐지지 아니한 신탁재산에 관한 재산세 또는 종합부동산세 납세의무자는 구 지방세법 제183조 제1항에 따라 결정되어야 한다. 대법원은 “신탁법상 신탁계약이 이루어져 수탁자 앞으로 부동산의 소유권이전등기가 마쳐지면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자는 신탁의 목적에 따라 신탁재산인 부동산을 관리·처분할 수 있는 권능을 갖게 되고 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁재산을 관리·처분하여야 하는 신탁계약상의 의무만을 부담하며 위탁자와의 내부관계에 있어서 부동산의 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것이 아니므로, 신탁법에 따른 신탁등기가 마쳐지지 아니한 경우 신탁재산인 부동산에 관한 사실상의 소유자는 수탁자로 보아야 한다.” 고 판단하였다. 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에는 위탁자가 재산세 납세의무를 부담한다는 명문의 규정하에서 신탁재산이 신탁법에 따른 신탁등기나 등록이 마쳐지지 아니한 경우에는 수탁자가 재산세 납세의무자라고 판단한 것이다.

2014.1.1. 지방세법 개정으로 신탁재산의 재산세 납세의무자로 수탁자로 보게 되었고, 신탁재산에 관하여는 재산세의 과세표준을 위탁자별로 산정하여야 한다는 것도 명확하게 되었다. 다만 신탁등기가 마쳐지지 않은 신탁재산의 재산세 납세의무자를 판단할 때 여전히 신탁재산인 부동산에 관한 사실상의 소유자가 누구인지에 대해 해석상 다툼이 될 수 있는데, 구지방세법하이지만 이 경우 수탁자라는 판단을 한 위 판례는 여전히 해석상 의미를 갖는다.¹³⁾

10) 서울행정법원 2012. 1. 13. 선고 2011구합11174 판결

11) 서울고법 2012. 11. 2. 선고 2012누4670 판결

12) 1심과 2심 모두 원고승소판결을 하였고, 과세관청인 피고가 상고를 하였다. 그런데 대법원은 1심 및 2심과 달리 납세의무자를 판단하였지만, “위탁자인 조합원별로 구분하여 그들이 보유한 부동산의 종합부동산세 과세표준을 각각 산정한 후 그 종합부동산세액을 합산하여 원고에게 부과하지 아니한 채 수탁자인 원고가 신탁재산인 이 사건 토지와 주택을 모두 보유한 것으로 보아 하나의 종합부동산세 과세표준을 산정하여 종합부동산세액을 부과한 이 사건 처분은 그 정당한 세액을 초과하는 범위 내에서 위법하다”고 보아 상고기각을 하였다. 대법원은 종합부동산세의 납세의무자인 수탁자는 위탁자별로 산정한 각각의 종합부동산세액과 자신의 고유재산에 관하여 산정한 종합부동산세액을 합산한 금액을 납부할 의무가 있다고 보아야 한다는 입장인 것이다.

13) 이 판례에 따를 때 재산세의 과세관청인 지방자치단체는 신탁계약에 기하여 납세의무가 없는 수탁자에게 세액 상당 금액의 우선지급을 구할 수 없게 되지만, 이는 신탁재산의 독립성, 조세채권의 특성, 그리고 신탁계약의 해석 등에 관한 법리를 고려할 때 적절한 것이라는 견해도 있다. 류지민, “신탁 부동산의 보유세 납세의무자와 담보신탁계약에 따른 당해세 우선정산의 문제 - 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다224961 판결에 대한 고찰 -”, 「서울법학」 제27권 제1호, 서울시립대 법학연구소,

(2) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016두50846 판결

이 판결은 2014. 1. 1. 지방세법이 개정되기 전 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치고 전 신탁재산의 재산세 납세의무자가 누구인지가 다투어진 사안이다.

사실관계를 먼저 살펴본다. 원고는 서울 영등포구 일대 토지(이 사건 사업부지)에서 24평형과 32평형 아파트 512세대를 건립하는 내용의 아파트개발사업(이 사건 사업) 시행을 목적으로 설립된 단체이나, 주택법상 지역주택조합 설립인가를 받은 적은 없다. 주식회사 뉴훼미리는 2001년 후반기부터 이 사건 사업을 계획하면서 이 사건 사업부지를 대상으로 하는 지역주택조합을 설립하여 지역주택조합으로부터 시행대행자로 선정받는 방식을 구상하였고, 그에 따라 소외인을 내세워 지역주택조합 설립을 준비하였다. 소외인은 2001년 말경부터 ‘가칭 신길7동지역주택조합’의 조합규약을 마련하여 시공사를 물색하는 등의 준비를 하다가 2003. 4. 30. 원고 명의로 뉴훼미리와 원고를 이 사건 사업의 시행자로 하고 뉴훼미리를 시행대행자로 하는 시행대행계약을 체결하였다. 시행대행사인 뉴훼미리, 시공예정사인 주식회사 중앙건설, 주식회사 하나다울신탁(변경전 상호: 주식회사 다울부동산신탁)은 2004. 5. 28.경 이 사건 사업부지를 매수하여 하나다울신탁에 처분신탁하기로 하는 사업약정을 체결하였다. 뉴훼미리는 2002년 11월경부터 2005년 6월경까지 이 사건 사업부지에 속하는 토지와 건물을 매입하였고, 하나다울신탁은 사업약정에 따라 2005년 11월경까지 이 사건 사업부지 중 뉴훼미리가 종전 소유자들로부터 매입한 96필지 토지 6,817.33㎡에 관하여 각 소유권이전등기와 신탁등기를 마쳤다. 그 신탁기간은 신탁계약 체결일부터 2010. 12. 31.까지로 정하였고, 각 신탁계약은 각 토지의 종전 소유자를 위탁자와 수익자로 하여 체결되었다. 원고의 조합원들은 2004. 6. 22.부터 같은 해 11. 12.까지 또는 2005. 4. 28.부터 같은 해 12. 20.까지 시행사 원고, 업무대행사 뉴훼미리와 조합원가입계약을 체결하였다. 그 내용은 조합원들이 조합원 분담금 2억 500만 원(24평형) 또는 2억 8,500만 원(32평형)을 납부하고 아파트 1세대를 공급받는 것이다. 서울특별시는 2006. 10. 19. 이 사건 사업부지를 포함한 ○○○동 일대를 재정비촉진지구로 지정하고, 영등포구청장이 2007. 5. 2. 공람공고한 신길재정비촉진지구 재정비촉진계획(안)에서 이 사건 사업부지는 재정비촉진구역으로, 사업의 종류는 주택재개발사업으로 지정됨으로써 지역주택조합 방식에 따른 아파트건설사업은 불가능하게 되었다. 원고는 2011. 1. 3. 서울중앙지방법원 2011가합400호로 하나다울신탁과 종전 소유자 등을 피고로 하여 각 신탁부동산에 관한 신탁자·수익자명의변경 등을 구하는 소를 제기하였다. 위 법원은 2012. 5. 25. 각 신탁계약의 수익자를 원고로 변경한다는 의사표시를 하라는 내용 등의 화해권고결정을 하였고, 원고와 일부 피고들은 이의신청을 하지 않았으나, 하나다울신탁을 비롯한 나머지 피고들은 이의신청을 하였다. 위 법원은 2013. 5. 16. 하나다울신탁에 대하여 원고에게 각 신탁부동산에 관하여 2011. 1. 1. 신탁관계 종료를 원인으로 한 신탁등기의

2019.5. pp.207-261 참조.

말소등기절차와 2011. 1. 1. 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 판결을 선고하였고, 그 판결이 2013. 7. 26. 확정되었다. 원고는 위 해권고결정을 받고 나서 2012. 8. 28. 피고에게 서울 영등포구 토지 외 33필지 토지를 포함한 49건의 부동산에 대한 취득세를 신고·납부하였다. 피고는 2013. 9. 24. 원고에게 서울 영등포구 토지 외 33필지 토지를 포함한 58필지 토지(이 사건 각 토지)에 관한 2013년 귀속 재산세 34,784,700원, 도시지역분 9,903,290원, 지방교육세 6,956,940원을 부과하였다(이 사건 처분). 피고는 이 사건 처분의 세액을 산정하면서 과세표준을 원고의 조합원별로 구분하여 각각 산정한 다음 그 세액을 합산하는 방식이 아니라, 이 사건 각 토지 중 종합합산과세대상과 별도합산과세대상만을 구분하여 합산하는 방식으로 산정하였다.

2심¹⁴⁾은 과세기준일인 2013. 6. 1. 현재 이 사건 각 토지에 대한 재산세 납세의무자는 구 지방세법 제107조 제2항 제5호 본문에 따라 실질적 위탁자인 원고라고 판단한 다음, 재산세 과세표준을 원고의 조합원별로 구분하여 각각 산정하지 않고 납세의무자인 원고만을 합산 단위로 하여 산정한 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다. 대법원은 과세기준일인 2013. 6. 1. 현재 이 사건 각 토지에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 마친 적이 없으므로, 이 사건 각 토지는 원고와 조합원들 사이에서 신탁법상 신탁재산으로 편입되2015헌바127지 않았고, 이 사건 각 토지에 관하여 원고와 조합원들 사이에 신탁법상 신탁관계가 없음을 전제로 한 원심 판단은 옳다고 판단하였다.

이 판결은 과세기준일 당시 해당 부동산에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 마친 적이 없어 이 사건 각 토지는 원고와 조합원들 사이에서 신탁법상 신탁재산으로 편입되지 않은 경우이다. 따라서 과세기준일 당시 해당 부동산에 관하여 수탁자인 지역주택조합 명의로 소유권이전등기를 마친 경우로서 해당 부동산이 신탁법상 신탁재산으로 편입된 사안인 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결과는 쟁점이 다르다 할 수 있다. 위탁자와 수탁자 사이에 소유권이전등기도 안된 경우, 소유권이전등기는 되었는데 신탁등기가 안된 경우 각각 과세문제가 다를 수 있다.

(3) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바127, 2015헌바185, 241, 345, 346, 347, 348, 350, 351(병합), 2015헌바308(병합) 결정

이 헌법재판소 결정은 지방세법(2014. 1. 1. 법률 제12153호로 개정된 것) 제107조 제1항 제3호, 지방세법 부칙(2014. 1. 1. 법률 제12153호) 제17조 제1항의 위헌여부에 대한 것이다. 헌법재판소는 재판관 전원 일치 의견으로, 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자를 위탁자에서 수탁자로 변경한 지방세법 제107조 제1항 제3호 및 지방세법 개정 전에 체결한 신탁계약에 의한 신탁재산에 대하여는 종전 규정을 적용하도록 하는 경과조치를 두지 아니한 부칙 제17조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

14) 서울고등법원 2016. 8. 10. 선고 2015누66204 판결

사실관계를 먼저 살펴본다. 청구인 신탁회사는 개정 지방세법 시행일인 2014. 1. 1. 이전에 위탁자와 신탁재산에 대하여 신탁계약을 체결하고 신탁 등기를 마쳤으며, 청구인 유동화회사는 위 신탁계약에 따른 우선수익권 및 피담보채권을 양수하여 이를 보유하고 있다. 지방세법이 2014. 1. 1. 개정되어 신탁재산에 대한 재산세의 납세의무자가 위탁자에서 수탁자로 변경됨에 따라 해당 과세관청은 청구인 신탁회사에게 그 신탁재산에 대한 재산세를 부과하였다. 이에 청구인들은 재산세 부과처분 취소소송을 제기하였고 그 소송계속 중 지방세법 제107조 제3호, 부칙 제1조, 제17조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 각하 또는 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 개정 지방세법 규정이 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자를 위탁자에서 수탁자로 변경한 것은 신탁재산에 대한 압류 등 체납처분을 할 수 있도록 하여 세수를 확보하고자 하는 것이고, 대내외적으로 완전한 소유권자인 수탁자에게 과도한 조세부담을 지우는 것이라고 보기는 어려우며, 신탁재산에 대한 재산세에 기한 압류는 신탁재산에 대해서만 할 수 있고 수탁자의 고유재산에 대해서는 할 수 없도록 하는 등 수탁자의 재산권이 필요 이상으로 침해되지 않도록 제도적 장치를 마련하고 있으므로 수탁자에게 신탁재산에 대한 재산세를 과세하는 조항이 과잉금지원칙에 위배하여 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 나아가 위탁자가 납세의무자라는 개정 전 규정이 개정 지방세법 시행 이전에 체결된 신탁계약에 대해서 적용될 것이라는 신뢰는 주관적인 기대에 불과하고, 달리 재산세 과세기준일 당시 신탁재산의 명의인인 수탁자에게 재산세를 부과하도록 정한 부칙조항이 신뢰보호원칙에 위반된다고 할 수도 없다고 판단하였다.

헌법재판소는 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자를 위탁자에서 수탁자로 변경한 개정 지방세법을 그 시행 이전에 체결된 신탁계약에도 적용되는 것을 인정하였다. 수탁자를 대내외적으로 완전한 소유권자로 인정하고 있다.

IV. 신탁재산 관련 종합부동산세 및 재산세의 구체적인 개선방안

1. 위탁자 과세로의 전환 가능성

2014. 1. 1. 지방세법 개정시 신탁재산에 대한 재산세 납세의무자가 “위탁자”에서 신탁재산의 소유자인 “수탁자”로 변경되었다(지방세법 제106조 제3항 신설 및 제107조 제1항·제2항). 지방세법 개정이후의 판결이기는 하지만 구지방세법하에서 재산세 납세의무자에 대한 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결에서는 수탁자가 부동산에 대한 소유권이전등기를 마쳤으나 신탁법에 따른 신탁등기를 마치지는 아니한 경우 수탁자가 재산세 납세의무자라고 판단한 바 있다. 현행 지방세법하에서는 수탁자가 부동산에 대한 소유권이전등기를 마치고 신탁법에 따른 신탁등

기를 마친 경우나 그렇지 못한 경우나 모두 수탁자가 재산세 및 종합부동산세의 납세의무자라 할 수 있다.

그런데 재산세 및 종합부동산세의 재산세 및 종합부동산세 과세기준일 현재 “재산을 사실상 소유하고 있는 자”가 신탁재산의 경우 위탁자인가 수탁자인가는 세법 이외에 사법상으로도 검토해 볼 필요가 있다. 신탁재산의 경우 실질적인 소유권이 위탁자에게 있고 수탁자는 단지 형식상 소유명의만을 보유하는 것으로 이해한다면, 위탁자가 재산세 납세의무자가 되는 것이 체계상 더 부합된 것이라 할 수 있을 것이다.¹⁵⁾

2. 신탁과세의 위탁자 과세 또는 수탁자 과세로 통일 가능성

현행 세법하에서는 재산세 및 종합부동산세는 “수탁자” 과세를, 부가가치세는 “위탁자” 과세를 하고 있다고 할 수 있다. 재산세 및 종합부동산세를 2014.1.1. 개정 전 위탁자 과세로 다시 전환한다면 신탁과세의 납세의무자의 통일성을 높이는 효과를 가져올 수는 있다.

그런데 신탁과세에 대해서는 신탁을 어떻게 보는지에 대해 신탁실체설과 신탁도관설로 크게 나뉘어진다. 신탁실체설에 따르면 수탁자 또는 신탁재산 자체를 중심으로 납세의무자를 정하고, 신탁도관설에 따르면 위탁자 또는 수익자 중심으로 납세의무자를 정한다. 다양한 신탁을 모두 이러한 신탁이론에 일관되게 설명하는 것이 쉽지 않지만, 부동산의 경우에는 부동산이전등기 및 신탁등기가 이루어지는 경우 그 명의자가 되는 수탁자를 세법상 소유자로 볼지 여부에 따라 비교적 일관되게 위탁자 또는 수탁자 어느 쪽으로 일관된 납세의무자를 정할 수 있을 것이다.

부동산의 취득단계의 취득세, 상속세, 증여세, 보유단계의 재산세, 종합부동산세, 처분단계의 양도소득세, 부가가치세 등의 경우 해당 세목의 특성에 따라 납세의무자가 달라지는 것이 더 타당하는 경우도 있을 수는 있다. 명의자와 실질소유자가 다르다는 것을 전제로 하는 경우 명의자 우선과세와 실질소유자 우선과세 어느 것이 해당 세목에서 선택하고 있는지에 따라 수탁자과세와 위탁자과세가 세목마다 달라질 수 있는 것이다. 신탁재산 자체를 과세단위로 해서 법인의 경우처럼 취급한다면 납세의무자의 일관성을 확보할 수 있지만, 신탁을 법인처럼 취급하는 경우 신탁이 갖는 제도적 장점을 잃을 수 있고 법인의 경우에도 조세특례제한법상 동업기업과세의 경우처럼 법인이 아닌 구성원과세를 선택할 수 있어 신탁재산 자체에 대한 과세를 법인과세와 동일시한다고 법인단계만 과세를 의미하지는 않는다는 것도 고

15) 신탁재산에 대한 법적 소유자는 수탁자라 할지라도 사실상 소유자는 위탁자로 보아야 하므로 위탁자에게 재산세 납세의무를 부과하는 것이 실질과세의 원칙에 부합한다는 견해도 있다. 김상훈, “신탁재산에 대한 재산세 납세의무자 - 지방세법 제107조 제1항의 문제점과 개선방안을 중심으로 -”, 「저스티스」 제149호, 한국법학원, 2015.8, pp.136-164 참조. ; 재산세의 경우 수탁자는 납세의무자로 그대로 두고, 다만 위탁자에게 연대납세의무를 인정하는 방식으로 법 개정의 의한 파생 문제점을 보완하는 방식이 적절하다는 견해로는, 김성균, “부동산 신탁 관련 재산세 및 부가가치세 검토”, 「원광법학」 제33권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2017.3, pp.153-174 참조.

려할 필요가 있다.

또한 부동산 취득세 및 양도소득세 등 거래단계의 세금이 높은 상황에서 위탁자에서 수탁자로 명의이전만으로 과세계기로 인정하는 경우에는 신탁을 이용하는 다른 장점이 있더라도 이를 이용하기 쉽지 않다. 수탁자 과세가 문제가 되는 것도 이 때문이다. 수탁자 과세의 경우라도 신탁 설정단계는 취득과 양도의 개념에서 제외하는 것은 가능하고, 현행 지방세법, 소득세법상으로도 그러하다. 위탁자 과세 시에는 이러한 비과세 인정 또는 개념상 제외를 따로 할 필요는 없다.

V. 결어

재산세 및 종합부동산세의 경우 2014.1.1. 지방세법 개정으로 위탁자 과세에서 수탁자 과세로 전환되는데 반해, 부가가치세의 경우는 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두 22485 전원합의체 판결에서 수탁자 과세로 해석한 것을 2017. 12. 9 부가가치세법 개정을 통해 판례를 뒤집어 위탁자 과세로 전환을 하였다. 부동산보유세로서 재산세 및 종합부동산세와 소비세로서 부가가치세의 특수성에 맞게 납세의무자를 정한 것이라 볼 수 있지만, 재산세 및 종합부동산세의 경우 사실상 소유자를 위탁자로 볼 여지가 있고 세목마다 통일성 있게 납세의무자를 정하는 것이 납세의무자나 과세관청 모두에게 예측가능성을 높일 수 있다는 점에서 위탁자 과세로 통일성 있는 전환을 생각해 볼 수 있다. 더욱이 2014.1.1.과 2017.12.9. 각각 지방세법, 부가가치세법 개정으로 종전 납세의무자를 서로 거꾸로 입법함으로써 과세상 혼란을 가져온 점은 문제로 지적할 수 있을 것이다.

세법내 통일성 있는 신탁재산의 납세의무자를 정하는 것과 세법과 「신탁법」, 「공익신탁법」, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(중전 신탁업법 등 포함; 2009.2.3. 시행) 등 신탁 관련 법률과의 이론적 정합성을 달성하는 것은 학계 및 실무계의 여전한 과제라 할 수 있다. 이 글에서는 신탁관련 재산세 및 종합부동산세의 법령 및 판례상 논의를 통해 이러한 문제를 제기하였다는 점에 의의가 있다고 할 수 있다.

참 고 문 헌

- 국세청, “중부세 세대별 합산과세 위헌에 따른 대책 발표”, 2008.11.19.자.
- 국회 안전행정위원회, “지방세법 일부개정법률안 심사보고서), 2013.12
- 김병일·김중해, “신탁법상 위탁자 과세제도에 관한 연구”, 「조세연구」 제11권 제3집, 한국조세연구포럼, 2011
- 김상훈, “신탁재산에 대한 재산세 납세의무자 - 지방세법 제107조 제1항의 문제점과 개선방안을 중심으로 -”, 「저스티스」 제149호, 한국법학원, 2015.8
- 김성균, “부동산 신탁 관련 재산세 및 부가가치세 검토”, 「원광법학」 제33권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2017.3
- 김성균, “신탁관계에 있어서의 부가가치세 납세의무자- 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 -”, 「법학논문집」 제41집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2017.8
- 류지민, “신탁부동산의 보유세 납세의무자와 담보신탁계약에 따른 당해세 우선정산의 문제 — 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다224961 판결에 대한 고찰 —”, 「서울법학」 제27권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2019.5
- 문병효, “헌법재판소의 종합부동산세 세대별 합산과세의 위헌결정에 대한 비판”, 「민주법학」 제39권, 민주주주의법학연구회, 2009.3
- 박훈, “부동산 간접투자의 법적 구조와 세제에 관한 연구 : 부동산투자회사를 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2003.2
- 이동식·박훈·이상신, “종합부동산세법의 헌법합치성에 관한 소고”, 「조세법연구」 제13권 제2호, 한국세법학회, 2007.8
- 이종교, “신탁법상의 신탁에 관한 과세상 논점”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009.12
- 한원식, “신탁소득의 납세의무자에 대한 연구”, 「조세법연구」 제19권 제2호, 한국세법학회, 2013.8

제3주제

부동산신탁회사의 부동산 개발 관련 금융기능 강화 경향

최용호 변호사

부동산신탁회사의 부동산 개발 관련 금융기능 강화 경향

최용호(김앤장 법률사무소 변호사)

목 차

- I. 서 론
- II. 부동산 개발사업에서 신탁이 선호되는 원인
 - 1. 법률적 원인: 신탁의 도산절연
 - 2. 기타 원인
- III. 부동산신탁회사의 부동산 개발사업에서의 역할
 - 1. 부동산담보신탁
 - 2. 부동산처분신탁
 - 3. 관리형토지신탁
 - 4. 차입형토지신탁
- IV. 부동산신탁회사의 금융기능 및 그 강화 경향
 - 1. 자본시장법상 부동산신탁회사의 다른 금융업무 제한
 - 2. 차입형토지신탁에서 부동산신탁회사의 금융기능
 - 3. 책임준공보장부 관리형토지신탁
- V. 맺음말

I. 서 론

현재의 국내 부동산 개발사업은 부동산담보신탁, 관리형토지신탁, 차입형토지신탁 등을 통해 부동산신탁회사가 참여하는 방식으로 대부분 이루어지며, 부동산신탁회사가 참여하지 아니하는 부동산 개발사업은 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 재건축·재개발 등 정비사업, 「도시개발법」에 의한 도시개발사업 정도를 제외하면 찾기 어려운 것이 현실이다. 이는 정비사업이나 도시개발사업의 경우 통상 토지등소유자로 이루어진 조합을 사업시행자로 하여 추진되고, 특히 정비사업의 경우에는 통상 조합원들이 부동산을 위

조합에 신탁하게 되기 때문이다. 한편 2015. 9. 1. 「도시 및 주거환경정비법」이 개정됨에 따라 신탁업자가 사업시행자가 되는 정비사업 진행방식이 허용되었으며, 현재는 신탁회사가 사업시행자가 되어 진행되고 있는 재건축·재개발 사업을 어렵지 않게 찾을 수 있다. 이와 같이 현재의 부동산 개발사업 및 부동산 PF 거래에서 신탁회사의 참여는 너무나 당연한 것으로 받아들여지고 있다.

한편 신탁회사의 부동산 개발사업 및 부동산 PF 거래에서의 업무가 확대되어감에 따라 금융회사들의 부동산신탁회사와의 연계 영업을 통한 수익 창출 시도가 지속적으로 이루어지고 있으며, 그 일환으로 최근 몇 개의 부동산신탁회사가 대형 금융회사에 인수되었다. 또한 최근 3개의 부동산신탁회사 신규 인가가 이루어졌고, 이를 통해 한국금융지주, 대신증권, 신영증권이 부동산신탁업에 진출하게 되었다.

부동산신탁회사의 부동산 개발사업 및 부동산 PF 거래에서의 업무가 확대되어 가는 과정에서 최근 고유계정 대여금의 PF 대출에 대한 신용보강적 기능을 강화한 차입형태지 신탁, 부동산신탁회사가 PF 대주에 대하여 책임준공의무를 부담하는 관리형태지신탁 등을 통한 부동산신탁회사의 위험 부담 및 그에 상응하는 높은 수익을 추구하는 사례가 증가하고 있음은 주목할 만 하다. 이는 주로 그러한 위험을 부담할 재력이 있는 대형 부동산신탁회사 내지 대형 금융지주에 속한 부동산신탁회사 위주로 이루어지고 있다. 반면 그러한 부동산신탁회사의 위험 부담 행위가 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」¹상 허용되는지에 관한 법률상 논의는 충분하지 않아 보이며, 이에 관한 금융감독당국의 입장도 아주 분명하지는 않아 보인다. 이는 주로 자본시장법 제103조 제3항, 자본시장법 시행령 제104조 제1항이 금지하고 있는 신탁업자의 수탁한 재산에 대한 손실 보전, 이익 보장행위 해당성과 관련하여 논의되고 있다.

본 발표문에서는 부동산 PF 거래에서 신탁이 선호되는 원인에 대해 먼저 살펴보고, 부동산 개발사업에서 신탁회사가 통상 하게 되는 역할, 영업 형태에 대해 본 후, 부동산 개발사업에서 신탁회사가 가지는 금융기능 및 최근 그 기능의 강화 경향을 살펴보면서 그에 대한 법률적인 검토를 하고자 한다.

II. 부동산 개발사업에서 신탁이 선호되는 원인

1. 법률적 원인: 신탁의 도산절연

가. 신탁의 도산절연

¹ 이하 ‘자본시장법’이라 한다.

부동산 PF 거래에서 PF 대주의 부동산에 대한 담보 확보 방법으로 신탁이 선호되는 법률상 원인은 신탁재산은 위탁자의 도산위험에서 절연된다는 데에 있다. 신탁법 제22조는 신탁재산에 대한 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분, 국세 등 채납처분을 할 수 없음을 규정하여 위탁자(채무자)의 일반채권자로부터 신탁재산이 보호됨을 규정하고 있으며,² 신탁법 제24조는 신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차 관리인이 처분권을 가지는 재산을 구성하지 아니함을 규정하여 수탁자의 도산위험에서도 절연됨을 규정하고 있다.³ 관련하여 대법원은 ‘당사자 사이에 신탁법에 의한 신탁관계가 설정되면 신탁재산은 수탁자에게 귀속되고 신탁 후에는 위탁자의 재산으로 볼 수 없다’는 입장을 확고히 하고 있다(대법원 1996. 10. 15. 선고 96다17424 판결⁴ 등).

반면 저당권의 경우는 저당권설정자의 일반채권자가 이를 중복으로 압류, 경매할 수 있어 그 처분권이 오로지 저당권자에게만 있는 것은 아니다. 또한 저당권자의 경우에는 원칙적으로 소유권 자체의 이전 및 추가적인 제한물권의 설정을 막을 수 없는 반면, 신탁은 소유권 이전의 형식을 취하므로 그 법률상 처분권이 오로지 수탁자에게 귀속하게 된다. 그리고 저당권을 설정한 채무자에 대하여 회생절차가 개시되는 경우 저당권자는 저당권으로 담보되는 채권의 가치 범위에서 회생담보권자가 되고 회생계획에 따라서만 변제를 받을 수 있다.⁵

나. 담보목적 신탁의 도산절차에서의 취급

² 신탁법 제 22 조(강제집행 등의 금지)

- ① 신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분(이하 "강제집행등"이라 한다) 또는 국세 등 채납처분을 할 수 없다. 다만, 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 위탁자, 수익자나 수탁자는 제 1 항을 위반한 강제집행등에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제 48 조를 준용한다.
- ③ 위탁자, 수익자나 수탁자는 제 1 항을 위반한 국세 등 채납처분에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 국세 등 채납처분에 대한 불복절차를 준용한다.

³ 신탁법 제 24 조(수탁자의 파산 등과 신탁재산) 신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다.

⁴ 대법원 1996. 10. 15. 선고 96 다 17424 판결

위탁자가 수탁자에게 부동산의 소유권을 이전하여 당사자 사이에 신탁법에 의한 신탁관계가 설정되면 단순한 명의신탁과는 달리 신탁재산은 수탁자에게 귀속되고, 신탁 후에도 여전히 위탁자의 재산이라고 볼 수는 없으므로, 위탁자에 대한 조세채권에 기하여 수탁자 명의의 신탁재산에 대하여 압류할 수 없다.

국세기본법 제 35 조에 의하여 인정되는 국세의 우선권은 납세자의 재산에 대한 강제집행, 경매, 채납처분 등의 강제환가절차에서 국세를 다른 공과금 기타 채권에 우선하여 징수하는 효력을 의미할 뿐 그 이상으로 납세자의 총재산에 대하여 조세채권을 위한 일반의 선취특권이나 특별담보권을 인정하는 것은 아니므로, 국세의 우선권을 근거로 이미 제 3 자 앞으로 소유권이 이전된 재산권을 압류할 수는 없고, 이는 당해 재산에 대하여 부과된 국세의 경우도 마찬가지이다.

⁵ 다만 파산절차의 경우에는 저당권자에게 별채권이 인정된다.

한편 앞서 본 대법원 판례와 같이 신탁재산의 소유권은 수탁자에게 귀속되고 그 결과 위탁자의 도산에서 절연되는 것이 원칙이지만, 채권자에 대한 담보제공 목적의 신탁에서도 그러한 원칙이 유지되어야 하는지에 대해서는 이를 부정해야 한다는 유력한 견해가 존재한다. 담보신탁에도 도산절연을 인정하게 되면 담보제공의 방법에 따라 회생절차에서 채권자의 취급이 달라지는 결과가 발생하고, 기능 면에서 담보신탁과 유사한 양도담보권자, 저당권자와 비교할 때 채권자간 형평에 반하는 면이 있으며, 채무자가 그 대부분의 재산을 담보 목적으로 신탁한 경우에까지 도산절연의 원칙을 일관하여 적용한다면 담보신탁된 재산의 처분으로 인하여 채무자의 회생이 실질적으로 어려워지는 결과가 발생할 수도 있음을 근거로 한다.⁶

이에 관하여 대법원은 우선수익자를 위한 담보 제공 목적 신탁의 경우에도 이를 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제250조 제2항 제2호⁷에 따라 회생계획의 영향을 받지 아니하는 “채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보”로 보아 그 신탁재산이 채무자의 도산에서 절연된다는 입장을 분명히 하고 있다(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267판결⁸, 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결⁹ 등).

⁶ 윤진수, 「담보신탁의 도산절연론 비판」, 비교사법 제 25 권 제 2 호(2018. 5.), 비교사법학회

⁷ 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제 250 조 (회생계획의 효력범위)

② 회생계획은 다음 각호의 권리 또는 담보에 영향을 미치지 아니한다.

1. 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가 개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리
2. 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보

⁸ 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001 다 9267 판결: 신탁법상의 신탁은 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법률관계를 말하므로, 신탁자가 어음거래약정상의 채무에 대한 담보를 위하여 자기 소유의 부동산에 대하여 수탁자와 담보신탁용 부동산관리·처분신탁계약을 체결하고 채권자에게 신탁원본 우선수익권을 부여하고서, 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였다면, 위탁자의 신탁에 의하여 신탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되었다고 할 것이고, 그 후 신탁자에 대한 회사정리절차가 개시된 경우 채권자가 가지는 신탁부동산에 대한 수익권은 회사정리법 제 240 조 제 2 항에서 말하는 '정리회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보'에 해당하여 정리계획이 여기에 영향을 미칠 수 없다고 할 것이므로 채권자가 정리채권 신고기간 내에 신고를 하지 아니함으로써 정리계획에 변제의 대상으로 규정되지 않았다 하더라도, 이로써 실권되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 정리채권 또는 정리담보권에 한하고, 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 수익권에는 아무런 영향이 없다고 할 것이다.

⁹ 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015 다 47327 판결: 신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정하고 저당권설등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제 3 취득자와 같은 지위를 가진다. 따라서 그 후 신탁자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채권자가 신탁부동산에 대하여 갖는 저당권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제 250 조 제 2 항 제 2 호의 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 회생계획이 여기에 영향을 미치지 않는다. 또한 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경되더라도 이로써 실권되거나 변경되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 회생채권 또는 회생담보권에 한하고, 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에는 영향이 없다.

부동산담보신탁뿐 아니라 뒤에서 볼 관리형토지신탁, 차입형토지신탁의 경우에도 그 신탁재산은 우선수익자를 위한 담보로서의 기능을 하게 되는데, 신탁재산이 채무자(시행사)의 도산절차에서 절연된다는 점에서 부동산 개발사업에 관여하는 PF 대주 및 시공사는 사업시행자에 대한 채권을 담보하기 위하여 저당권 설정이 아닌 신탁을 요구할 법률상 실익이 있다.

2. 기타 원인

가. 담보실행의 용이성·신속성

실무상 부동산신탁이 담보 목적으로 사용되는 큰 원인 중 하나는 실행의 용이성·신속성이다. 저당권 실행은 법원에 의한 경매절차에 의하여야 하고, 그 절차 진행 자체에 채권자가 개입할 여지가 적음에 반하여, 부동산신탁의 경우 신탁회사에 의한 공매절차에 의하며, 채권자가 공매기일의 지정 등에 관여할 수 있다. 특히 경매절차와 비교할 수 없이 신속하게 진행될 수 있는 점이 채권자에게는 상당히 유리하다. 부동산신탁회사에 의한 공매절차에서는 하루에 수 회의 공매기일을 잡고, 수 일 연속하여 공매기일을 잡는 경우를 흔히 볼 수 있으며, 신탁계약서에 근거하여 수 회 유찰 후 수의계약도 가능하다. 그러나 경우에 따라서는 이러한 채권자에게 유리한 점이 채무자에게는 불리하게 작용할 수도 있을 것이다.

나. 비용

부동산 PF와 같이 대출규모가 상당한 경우에는 부동산신탁에 소요되는 비용이 저당권 설정 비용에 비해 낮은 점도 실무적으로는 많이 고려된다. 신탁등기의 경우 등록면허세가 매우 소액이므로,¹⁰ 실질적인 비용은 신탁회사에 지급할 신탁보수가 거의 전부이다. 반면 저당권의 경우 채권액(근저당권의 경우 채권최고액)의 0.24%에 해당하는 등록면허세(지방교육세 포함)를 납부하여야 하며,¹¹ 채권액의 1%에 해당하는 국민주택채권도 매입하여야 한다.¹² 이와 같은 고액의 등록면허세는 부동산 PF 거래에서 근저당권을 설정하기 어려운 요인이 된다. 특히 근저당권을 설정할 필지가 다수일 경우에는 더욱 그러할 것이다.

¹⁰ 신탁등기의 경우 지방교육세를 포함한 등록면허세는 부동산 1 건당 7,200 원이다(지방세법 제 9 조 제 3 항 제 1 호, 제 28 조 제 1 항 제 1 호 마목, 제 151 조 제 1 항 제 2 호).

¹¹ 지방세법 제 28 조 제 1 항 제 1 호 다목의 2, 제 151 조 제 1 항 제 2 호

¹² 주택도시보증법 제 8 조 제 1 항 제 2 호, 제 2 항, 동법 시행령 제 8 조 제 2 항. 다만 통상 국민주택채권은 매입 즉시 매도하는 것이 일반적이며, 따라서 실제로는 매입 및 매도 당시의 할인율이 적용된 금액만이 소요된다.

다. 관리형토지신탁 등 토지신탁사업을 통한 사업시행권 확보 및 분양수입금 관리

신탁은 신탁행위의 내용을 구성하는 신탁계약을 통해 단순한 담보설정에서 나아가 부동산 개발사업에 관한 당사자간 역할 및 이해관계를 정할 수 있다. 그리고 그 대표적인 것이 바로 관리형토지신탁이라 할 것이다. 관리형토지신탁을 하는 경우 사업 관련 인·허가를 신탁회사 명의로 변경하는 인·허가를 받게 되므로, PF 대주 입장에서는 사업의 인·허가도 담보 목적으로 확보한 것과 같은 결과가 된다. 그리고 저당권이나 부동산담보신탁의 경우에는 수분양자들로부터 받는 분양수입금이 그 목적물이 되지 못하지만, 관리형토지신탁은 신탁회사가 사업시행자가 되고 분양의 주체가 되는 것이므로, 수분양자들로부터 받는 분양수입금도 신탁재산이 되며, 완성된 건물 역시 신탁회사가 원시취득자가 되어 신탁재산이 된다.

이러한 관리형토지신탁의 여러 가지 사업 진행을 위한 담보장치 역시 부동산 개발사업 및 부동산 PF 거래에서 신탁, 특히 관리형토지신탁이 선호되는 원인이다. 기타 관리형토지신탁의 특징에 대해서는 후술한다.

III. 부동산신탁회사의 부동산 개발사업에서의 역할

1. 부동산담보신탁

부동산담보신탁은 위탁자가 수탁자에게 부동산의 소유권을 신탁을 원인으로 이전하고 위탁자가 신탁의 우선수익자를 지정함으로써 우선수익자에게 실질적인 담보권을 부여하게 되는 담보적인 기능을 하는 부동산신탁이다. 뒤에서 볼 관리형토지신탁과 분양형(차입형)토지신탁 역시 위탁자의 채권자를 우선수익자로 지정함으로써 부동산담보신탁으로서의 기능도 가지는 것이 일반적이다.

부동산담보신탁계약에는 우선수익자의 채권의 내용, 우선수익권의 수익한도금액, 우선수익자의 신탁재산 공매요청권, 공매요청 사유 등을 정하게 되는데, 통상 우선수익자에 대한 위탁자의 채무의 기한의 이익이 상실된 경우 우선수익자의 요청에 의해 수탁자가 신탁재산을 공매하여 이를 금전화한 후 우선수익자에게 우선수익권에 기한 수익을 지급하게 되며, 이를 통해 우선수익자는 신탁된 부동산에 대해 담보권을 가지고 있는 것과 유사한 결과를 얻게 된다.

참고로 「주택법」에 따른 공동주택 개발사업의 경우 분양을 하기 위해서는 대지상에 설정된 저당권 등 담보물권, 가압류, 가처분 등을 말소하여야 하고, 처분 제한에 관한 부기등기를 하여야 하며, 그러한 제한은 입주가능일로부터 60일의 기간 동안 유지되므

로,¹³ 위탁자가 채권자를 위해 건축 대지에 대한 부동산담보신탁을 한 경우 그 신탁을 해지하여야 한다. 그 결과 부동산 PF의 대주는 건축물 완공 후 미분양물에 대해 담보를 목적으로 한 신탁등기가 이루어질 때까지는 부동산에 관한 무담보 상태가 되며, 이것이 부동산 PF에서 관리형토지신탁이 광범위하게 이용되고 있는 중요한 원인이 된다. 그 결과 순수한 부동산담보신탁만을 하는 부동산 PF는 드물게만 볼 수 있으나, 여전히 신탁회사가 사업시행자가 되기 어려운 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지 개발사업 등에는 부동산담보신탁이 이용되고 있다.

2. 부동산처분신탁

통상의 부동산처분신탁은 위탁자가 부동산을 처분할 목적으로 부동산의 소유권을 신탁회사에 이전하고, 신탁회사는 이를 매각하여 매수인에게 소유권을 이전하며 그 매매대금을 수익자에게 지급하는 내용으로 이루어진다. 즉 신탁회사의 공매 기능을 통해 부동산을 원활하게 매각하는 것이 원래의 부동산처분신탁의 목적이다.

부동산 개발사업에서 부동산처분신탁은 부동산 PF의 전 단계인 이른바 토지작업 단계에서 광범위하게 사용된다. 사업시행자는 사업부지 내의 부동산소유자와 매매계약을 체결하는 방식으로 토지작업을 하는데, 사업부지에 포함된 부동산 필지가 다수이고 소유자도 많은 경우 그 토지작업에 상당한 시간이 소요된다. 그 과정에서 지가의 상승이 이루어지고, 먼저 매매계약을 체결한 토지소유자가 변심하여 매매대금의 증액 요구, 매매계약의 해제 요구, 잔금 수령 거절 등을 하는 경우가 많다. 이러한 경우 매수인인 사업시행자가 부동산의 소유권을 확보하려면 매매대금 잔금을 공탁하고 소유권이전등기소송을 제기하는 방법밖에 없게 되는데, 부동산처분신탁이 있는 경우 이러한 소송절차에 의하지 아니하고서도 소유권을 확보할 수 있게 된다.

사업시행자의 토지작업에서 이용되는 부동산처분신탁은, 매도인이 위탁자로서 신탁회사에 소유권을 이전하고, 사업시행자를 지정매수자로 지정하며, 사업시행자가 매도인에게 매매대금 잔금을 지급하거나 이를 공탁하는 경우 수탁자는 부동산의 소유권을 지정매수자인 사업시행자에게 이전함을 정하게 된다. 이를 통해 사업시행자는 매도인의 변심에도 불구하고 매매계약의 이행을 확보할 수 있게 되는 것이다.

3. 관리형토지신탁

가. 관리형토지신탁의 의의

¹³ 주택법 제 61 조 제 1 항 내지 제 3 항, 주택공급에 관한 규칙 제 16 조

자본시장법 및 동법 시행령과 금융위원회 규정인 금융투자업규정에 관리형토지신탁이 무엇인지 구체적으로 규정하고 있는 내용은 존재하지 아니한다.¹⁴ 그러나 자본시장법 제108조 제9호,¹⁵ 동법 시행령 제109조 제3항 제4호,¹⁶ 금융투자업규정 제4-92조 제4항¹⁷에 의해 순차로 권한을 위임받은 한국금융투자협회가 제정한 금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정¹⁸ 제2-65조 제6항¹⁹ 및 위 규정 별표 15²⁰는 관리형토지신탁과 관련하여, 토지신탁(신탁의 인수시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분·임대 등 부동산 사업을 시행하고 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁)의 한 종류로서, 사업비의 조달의무를 위탁자가 부담하는 신탁이라고 정하고 있다.

¹⁴ 자본시장법 제3조 제1항 제2호, 제117조의2에서 “관리형신탁”을 규정하고 있으나, 관리형토지신탁이 이에 해당할 수 있음은 별론으로, 이를 관리형토지신탁의 근거로 보기는 어려울 것이다.

¹⁵ 자본시장법 제108조(불건전 영업행위의 금지) 신탁업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 수익자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 이를 할 수 있다.

9. 그 밖에 수익자 보호 또는 건전한 거래질서를 해할 우려가 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

¹⁶ 자본시장법 제109조(불건전 영업행위의 금지)

③ 법 제108조제9호에서 “대통령령으로 정하는 행위”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

4. 수익자(수익자가 법인, 그 밖의 단체인 경우에는 그 임직원을 포함한다) 또는 거래 상대방(거래 상대방이 법인, 그 밖의 단체인 경우에는 그 임직원을 포함한다) 등에게 업무와 관련하여 금융위원회가 정하여 고시하는 기준을 위반하여 직접 또는 간접으로 재산상의 이익을 제공하거나 이들로부터 재산상의 이익을 제공받는 행위

¹⁷ 금융투자업규정 제4-92조(신탁업자의 이익제공·수령 기준)

① 영 제109조제3항제4호에서 “금융위원회가 정하여 고시하는 기준”이란 신탁업자(그 임직원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 신탁계약의 체결 또는 신탁재산의 운용과 관련하여 수익자(수익자가 법인, 그 밖의 단체인 경우 그 임직원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 거래 상대방(거래 상대방이 법인, 그 밖의 단체인 경우 그 임직원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)등에게 제공하거나 수익자 또는 거래 상대방으로부터 제공받는 금전·물품·편익 등의 범위가 일반인이 통상적으로 이해하는 수준에 반하지 않는 것을 말한다.

④ 협회는 제1항부터 제3항까지의 시행을 위하여 필요한 구체적 기준을 정할 수 있다.

¹⁸ 이하 ‘금융투자회사 업무규정’이라 한다.

¹⁹ 금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정 제2-65조

⑥ 신탁회사(신탁업을 영위하는 금융투자회사를 말한다. 이하 같다)가 토지신탁(신탁의 인수시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분·임대 등 부동산 사업을 시행하고 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁을 말한다. 이하 같다) 업무와 관련하여 신탁수익(토지비 및 사업이익을 말한다. 이하 같다)을 수익자에게 선지급할 경우에는 별표 15의 “토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준”에 의한 선지급 금액을 초과할 수 없다. 이 경우 제1항 및 제5항의 규정은 적용하지 아니한다.

²⁰ 금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정 별표 15 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준

1. 관리형토지신탁

목적 및 정의 : (목적) 관리형토지신탁(사업비의 조달의무를 위탁자가 부담하는 신탁을 말한다)에서 토지비 대출원리금의 상환 등을 목적으로 신탁수익을 신탁종료 전에 선지급 할 경우 안정적인 사업관리가 가능한 선지급 범위를 정함

이에 의하면 관리형토지신탁이란, 사업부지를 소유한 위탁자가 부동산 개발사업의 추진을 위하여 그 토지를 신탁회사에 신탁하고, 신탁회사는 토지의 소유자이자 해당 부동산 개발사업의 대외적인 사업시행자가 되어 사업을 진행하되, 사업비는 여전히 실질적인 사업주체인 위탁자가 조달하며, 신탁회사는 그 부동산 개발사업의 사업수익을 수익자에게 배분하는 내용의 신탁으로 정의 가능할 것이다.

나. 관리형토지신탁에서의 신탁회사의 법률적 지위 및 그 대외적 권리관계

관리형토지신탁에서 신탁회사는 신탁재산인 토지의 소유자가 된다. 그리고 이에 더하여 해당 사업부지에서 추진되는 부동산 개발사업의 사업시행자가 된다. 이러한 개발사업 인·허가권은 공법상 인정된 권리이므로, 일반적으로 사인 간의 계약에 의해 양도·이전할 수는 없다. 따라서 예를 들어서 주택법에 따른 공동주택건설사업의 경우 사업시행자였던 위탁자는 관할관청에 주택건설사업계획의 사업시행자를 위탁자에서 신탁회사로 변경하는 주택건설사업계획변경승인을 신청하게 되고, 관할관청이 그 변경승인을 함으로써 신탁회사는 사업시행자가 된다. 이를 위해서 신탁회사가 사업부지의 소유권, 주택건설사업 등의 등록 등 관련법령상 요구되는 사업시행자의 요건을 모두 갖추어야 함은 물론이다.

신탁회사가 사업시행자가 된다는 의미는 신탁회사가 분양의 주체(공급자)가 되고, 건축주로서 완성된 건물의 원시취득자가 됨을 의미한다. 이는 부동산담보신탁과 비교할 때 부동산 PF 대주, 시공사 등 채권자에게 상당한 의미를 가지게 되는데, 이는 대략적으로 다음과 같다.

- ① 신탁회사가 분양주체(공급자)가 된다는 것은 곧 수분양자들이 납부할 분양대금이 신탁회사에 귀속된다는 것을 의미한다. 따라서 수분양자들이 납부하는 분양대금 역시 신탁재산으로 관리되며, 이에 대해서도 앞서 본 도산절연의 효과가 발생한다. 부동산 PF는 분양수입금으로 상환되는 것을 목표로 하므로, 분양수입금의 신탁회사에 의한 관리 및 도산절연은 대주에게 담보확보 면에서 큰 의미를 가지게 된다.
- ② 신탁회사가 부동산 소유자이자 사업시행자의 지위에서 분양을 하는 것이므로, 앞서 본 주택법 제61조 제1항, 주택공급에 관한 규칙 제16조의 소유권 확보 및 담보물권 등 말소의무가 신탁회사를 기준으로 모두 준수된 것이 된다. 따라서 분양시에도 신탁을 해지할 필요가 없으며, 이는 곧 부동산담보신탁의 경우와 달리 분양이 있는 경우에도 부동산 PF의 대주 등 채권자가 담보권을 그대로 보유할 수 있는 결과가 된다.
- ③ 신탁회사가 사업시행자로서 완성된 건물의 원시취득자가 되므로, 건물은 별도의 신탁행위 없이 신탁재산이 된다. 이는 미완성인 건축 중의 건물인 경우에도 마찬가지이다. 반면 부동산담보신탁에 의하는 경우에는 완성된 건물이 당연히 신탁

탁재산이 되는 것이 아니며, 준공 및 소유권보존등기 후에 별도의 신탁행위, 신탁을 목적으로 한 소유권이전등기를 하여야 한다.

다. 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 제한

관리형토지신탁에서는 신탁회사가 사업시행자가 되고 수분양자들에 대하여 건축물을 공급할 자의 지위에 있게 되므로, 건축물의 완성은 신탁회사에게도 중요한 의미를 가질 수 밖에 없다. 만일 분양수입금을 사업비에 사용하지 아니하고 위탁자의 채권자인 우선수익자에 대한 수익 지급에만 사용한다면 사업비 부족으로 인해 건물이 준공되지 않을 수 있고, 이는 신탁회사의 수분양자들에 대한 법적 책임 부담 및 부실화로 이어질 수 있다. 따라서 금융투자회사 업무규정은 관리형토지신탁의 신탁종료 전 수익 지급을 엄격한 기준에 의하여 허용하고 있다. 관리형토지신탁에서 신탁종료 전 수익 지급이 허용되는 구체적인 기준은 금융투자회사 업무규정 별표 15가 정하고 있는데, 그 주요 조건은 다음과 같다.

- ① 신용등급 BBBO 이상인 시공사의 책임준공(신용등급 BBB- 이하의 시공사 책임준공의 경우 신용등급 BBB+ 이상 시공사의 책임준공보증)
- ② 토지비 대여자가 수익권 질권자 또는 우선수익자 지위에 있는 경우에 한하여 선지급 가능
- ③ 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준을 신탁계약서에 명시
- ④ 분양계약서에 분양대금이 토지비, 공사비에 사용될 수 있음을 명시
- ⑤ 선지급금액은 지급시점에 기 수납된 분양수입금 중 총 사업비(토지비 + 사업비)에서 토지비가 차지하는 비율을 한도로 함
- ⑥ 사용승인일 이후에는 제한 없음

위 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준에 의해 관리형토지신탁에서의 사용승인 전 PF 대출 상환은 실제 입금된 분양수입금 중 전체 사업비에서 토지비가 차지하는 비율에 한하여 가능하다. 따라서 분양율이 상당히 높은 사업장의 경우 충분한 사업비 확보가 예상되는 상황에서도 잉여 현금으로 PF 대출을 일부밖에 상환하지 못하는 경우가 존재한다. 이와 같은 문제점을 감안하여 부동산 PF 실무에서는 대출을 한도 조건으로 설정하고, 그때그때 필요한 금액만을 인출하며, 분양수입금 입금 정도에 따라 대출한도를 차감하는 방식을 흔하게 볼 수 있다.

라. 부동산 PF에서 관리형토지신탁이 선호되는 이유

위에서 본 바와 같이 관리형토지신탁은 PF 대주와 시공사에게 부동산담보신탁에 비하여 비교할 수 없을 정도로 안정적인 담보수단을 제공한다. 이에 더하여 PF 대주와 시공사 입장에서는 사업시행자 지위가 신탁회사로 이전되어 있다는 점에서 시행

사와의 의견 불일치, 시행사의 비협조 등으로 인한 갈등시 신탁회사의 사업시행자 지위에서의 업무 수행을 통해 자신들의 의견을 관철할 수 있는 수단도 가질 수 있게 되고, 극단적으로 시행사가 도산상태에 빠진 경우에도 사업을 진행할 수 있는 가능성도 생긴다.²¹ 시행사 입장에서 관리형토지신탁에 의하는 경우 사업의 안정성이 확보되고 그에 상응하는 금융비용을 절감할 수 있으므로, 관리형토지신탁이 시행사에게 불리한 것으로는 보기 어렵다. 따라서 부동산 PF 실무에서 관리형토지신탁을 선호하는 것은 너무나도 당연한 현상으로 보인다.

4. 차입형토지신탁

가. 차입형토지신탁의 의의

관리형토지신탁과 마찬가지로, 분양형(차입형)토지신탁²²에 대해 구체적으로 정하고 있는 규정은 금융투자회사 업무규정이다. 금융투자회사 업무규정 제2-65조 제6항 및 위 규정 별표 15²³는 차입형토지신탁과 관련하여, 토지신탁(신탁의 인수시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분·임대 등 부동산 사업을 시행하고 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁)의 한 종류로서, 사업비의 조달의무를 신탁회사가 부담하는 신탁이라고 정하고 있다.

이에 의하면 차입형토지신탁이란, 사업부지를 소유한 위탁자가 부동산 개발사업의 추진을 위하여 그 토지를 신탁회사에 신탁하고, 신탁회사는 토지의 소유자이자 해당 부동산 개발사업의 대외적인 사업시행자가 되어 자신이 사업비를 조달해가면서 사업을 진행하되, 그 부동산 개발사업의 최종적인 사업수익을 수익자에게 배분하는 내용의 신탁으로 정의 가능할 것이다. 차입형토지신탁은 부동산 개발사업이라는 회사의 영업 자체를 신탁하는 것과 유사한 결과를 가져온다고 볼 수 있다.

나. 관리형토지신탁과 차입형토지신탁의 비교

²¹ 시행사가 사업시행자로서의 공법적인 지위를 가지고 있지 아니하므로, 이른바 ‘도장 값’을 받는 행위를 막을 수 있다. 그리고 부동산 PF 실무상 시행사의 사업시행권 포기각서 등을 징구하는 사례가 많은데, 관리형토지신탁에서는 이론적으로 그러한 각서가 필요하지 않게 된다.

²² 이하에서는 ‘차입형토지신탁’이라 한다.

²³ 금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정 별표 15 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준
2. 차입형토지신탁

목적 및 정의 : (목적) 차입형토지신탁 관리형토지신탁(사업비의 조달의무를 신탁사가 부담하는 신탁을 말한다)에서 토지비 대출원리금의 상환 등을 목적으로 신탁수익을 신탁종료 전에 선지급 할 경우 안정적 사업관리가 가능한 선지급 범위를 정함

차입형태지신탁에서도 신탁회사가 부동산 개발사업의 사업시행자가 되므로, 앞서 본 관리형태지신탁에서의 신탁회사의 지위 및 대외적 법률관계는 차입형태지신탁에도 그대로 적용된다.

차입형태지신탁이 관리형태지신탁과 다른 점은 신탁회사가 사업비 조달의무를 부담한다는 점이다. 통상 사업비는 신탁회사의 고유계정에서 신탁계정으로 자금을 대여하는 방식으로 조달된다. 따라서 차입형태지신탁에서 신탁회사는 사업비를 대출하는 PF 대주와 유사한 지위를 가지게 되고, 대출금 미상환 등 사업의 위험에 노출된다. 자신의 고유계정 대여금이 상환 위험에 놓이게 되는 만큼, 신탁회사는 관리형태지신탁에서 단순히 사업시행자의 명의만을 가지고 형식적인 업무만을 하는 것과 달리 실제 사업의 당사자로서 모든 업무를 위탁자 등 관계자와 협의하여 주도적으로 처리하며, 상당한 결정권한을 가지게 된다. 그리고 그러한 위험 부담에 상응하는 상당히 높은 수준의 신탁보수와 차입금 이자로 인한 이익을 얻게 된다.

차입형태지신탁에서 신탁회사의 고유계정 대여금과 토지비 대출(우선수익자) 간 상환 순위는 신탁회사의 고유계정 대여금이 우선하는 것이 일반적이다. 고유계정 대여금 원리금은 신탁비용으로 취급되는데, 차입형태지신탁계약에서는 이러한 신탁비용의 지급 완료 후 우선수익자에 대한 수익 지급을 규정하는 경우가 거의 대부분이기 때문이다. 따라서 아래에서 보는 신탁종료 전 수익 지급 기준에도 불구하고, 신탁회사의 고유계정 대여금 상환 전에 우선수익자에 대한 수익 지급을 통해 토지비대출을 상환하는 예는 많지 않다.

다. 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 제한

차입형태지신탁에서는 신탁회사가 사업비를 조달하게 되고, 자신의 자력으로 사업 진행을 담보하게 되므로, 신탁종료 전 수익 지급이 허용되는 범위는 관리형태지신탁에 비교할 수 없이 넓다. 어차피 신탁회사 자신이 사업 진행을 담보하는 조건으로 사업을 수주한 것이고, 자신의 이익을 위해 사업 위험을 감수한 것이므로, 굳이 신탁종료 전 수익 지급을 좁게 허용할 이유가 없기 때문이다. 차입형태지신탁에서 신탁종료 전 수익 지급이 허용되는 구체적인 기준 역시 금융투자회사 업무규정 별표 15에서 정하고 있는데, 그 주요 조건은 다음과 같다.

- ① 토지비 대여자가 수익권 질권자 또는 우선수익자 지위에 있는 경우에 한하여 선 지급 가능
- ② 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 기준을 신탁계약서에 명시
- ③ 분양계약서에 분양대금이 토지비, 공사비에 사용될 수 있음을 명시

- ④ 선지급금액은 지급시점에 기 체결된 분양계약에 따른 기 수납 및 예정 분양수입금 총액에서 사업비(기 지출 사업비 및 향후 예상되는 사업비, 토지비 제외)를 공제한 금액을 한도로 함
- ⑤ 사용승인일 이후에는 제한 없음

위 지급기준은 선지급 한도 부분에서 관리형토지신탁과 가장 큰 차이를 보인다. 차입형토지신탁에서는 건축물 사용승인 전에 수납이 예정된 분양수입금 총액에서 토지비를 제외한 총 사업비를 공제한 금액을 한도로 분양수입금을 수익 지급에 사용할 수 있다.²⁴

라. 차입형토지신탁에 의해 진행되는 부동산 개발사업

실무상 차입형토지신탁은 주로 소규모 개발사업에서 이용되는 경우가 다수인 것으로 보인다. 소규모 개발사업의 경우 이른바 1군 시공사들이 참여하지 아니하는 경우가 많고, 따라서 사업비 조달을 위한 PF 대출도 성사되기 어려운 경우가 많다. 차입형토지신탁은 이러한 소규모 부동산 개발사업의 자금조달을 위한 해결책이 될 수 있으며, 동시에 신탁회사에게는 위험에 상응하는 높은 수익을 창출할 수 있는 기회로 작용하게 된다.

한편 관리형토지신탁의 경우 분양율이 상당히 높아 충분한 사업비 확보가 예상되는 상황에서도 토지신탁수익의 신탁종료 전 지급 제한으로 인해 잉여 현금으로 PF 대출을 일부밖에 상환하지 못하는 경우가 존재함은 앞서 본 바와 같은데, 그 해결책으로 차입형토지신탁이 이용되는 사례가 있다. 관리형토지신탁에서 사업비에 충당하고도 상당한 잉여 현금이 있는 경우 토지신탁 수익 지급의 엄격한 제한을 받지 않을 목적으로 관리형토지신탁계약을 차입형토지신탁으로 전환하는 사례이다.²⁵ 이 경우 차입형토지신탁임에도 불구하고 신탁회사가 실제 사업비를 부담할 일은 거의 없을 것이므로, 당사자들은 사실상 위탁자의 PF 대출 조기상환을 통한 금융비용 절감을 주된 목적으로 이러한 신탁계약 변경을 하게 되는 것으로 보인다.

²⁴ 예를 들어서 토지비가 300 억 원, 토지비를 제외한 사업비가 500 억 원인 사업을 가정하고, 이 때 분양계약이 체결된 총 분양매출이 1 천억 원이고, 이 중 기 수납된 계약금과 중도금이 200 억 원이라고 하면, 차입형토지신탁에서는 위 분양수입금 200 억 원을 전부 토지비 대출 상환을 위해 사용할 수 있는 것이다[선지급 한도 = 1 천억 원 - 500 억 원]. 반면 관리형토지신탁의 경우라면 기 수납된 분양수입금에서 전체 사업비 대비 토지비 비율만큼 상환이 가능하므로, 분양수입금 200 억 원 중 75 억 원만을 토지비 대출 상환을 위해 사용할 수 있다[선지급 한도 = 200 억 원 x 300 억 원 / (300 억 원 + 500 억 원)].

²⁵ 이 경우 차입형토지신탁임에도 불구하고 신탁계약상 신탁회사의 사업비 조달 한도를 매우 낮게 정하는 경우가 다수이며, 이를 실무에서는 ‘한정차입형토지신탁’이라고 하는 것으로 보인다.

IV. 부동산신탁회사의 금융기능 및 그 강화 경향

1. 자본시장법상 부동산신탁회사의 다른 금융업무 영위 제한

부동산 PF와 관련하여 일반적으로 금융업무라고 한다면 시행사에 대한 PF 대출업무, 대출채권 보유를 목적으로 한 PF 대출채권 매입업무, PF 대출에 대한 보증 등 신용공여 업무를 들 수 있을 것이다. 그리고 부동산 PF에 참여하는 대주, 신용공여기관, 시공사 등은 위와 같은 신용공여를 통해 위험을 부담하고 그에 상응하는 높은 수익을 얻게 된다. 그런데, 현행 자본시장법 및 관련법령상 여신기능과 보증기능이 없는 금융투자업자(신탁업자)인 부동산신탁회사가 부동산담보신탁을 통한 담보 확보업무, 관리형토지신탁을 통한 사업 관리 및 PF 대출금, 분양수입금 등 자금관리 업무, 차입형토지신탁을 통한 자금조달 업무를 넘어서 위와 같은 신용공여적 성격의 금융업무를 본격적으로 영위하는 것은 가능하지 않아 보인다.

자본시장법은 금융투자업자가 영위할 수 있는 금융업무와 금융투자업자의 다른 금융업무 영위를 엄격하게 제한하고 있다. 특히 자본시장법 제40조,²⁶ 동법 시행령 제43조는²⁷ 금융투자업자가 영위할 수 있는 다른 금융업무(겸영업무)를 정하고 있는데, 이에 의

²⁶ 자본시장법 제 40 조(금융투자업자의 다른 금융업무 영위)

금융투자업자(겸영업투자업자, 그 밖에 대통령령으로 정하는 금융투자업자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 금융업무로서 다음 각 호의 금융업무를 영위할 수 있다. 이 경우 금융투자업자는 제 2 호부터 제 5 호까지의 업무를 영위하고자 하는 때에는 그 업무를 영위하고자 하는 날의 7 일 전까지 이를 금융위원회에 신고하여야 한다.

1. 이 법 또는 대통령령으로 정하는 금융관련 법령에서 인가·허가·등록 등을 요하는 금융업무 중 「보험업법」 제 91 조에 따른 보험대리점의 업무 또는 보험중개사의 업무, 그 밖에 대통령령으로 정하는 금융업무
2. 이 법 또는 대통령령으로 정하는 금융관련 법령에서 정하고 있는 금융업무로서 해당 법령에서 금융투자업자가 영위할 수 있도록 한 업무
3. 국가 또는 공공단체 업무의 대리
4. 투자자를 위하여 그 투자자가 예약한 투자자예탁금(제 74 조제 1 항의 투자자예탁금을 말한다)으로 수행하는 자금이체업무
5. 그 밖에 그 금융업무를 영위하여도 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 업무로서 대통령령으로 정하는 금융업무

²⁷ 자본시장법 시행령 제 43 조(금융투자업자의 업무범위)

⑤ 법 제 40 조제 5 호에서 "대통령령으로 정하는 금융업무"란 다음 각 호의 업무를 말한다. 다만, 제 4 호의 업무는 증권에 대한 투자매매업을 경영하는 경우만 해당하고, 제 5 호의 업무는 해당 증권에 대한 투자매매업 또는 투자중개업을 경영하는 경우만 해당하며, 제 6 호의 업무는 증권 및 장외파생상품에 대한 투자매매업을 경영하는 경우만 해당하고, 제 7 호 및 제 8 호의 업무는 채무증권에 대한 투자매매업 또는 투자중개업을 경영하는 경우만 해당한다.

1. 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산관리자의 업무와 유동화전문회사업무의 수탁업무
2. 투자자계좌에 속한 증권·금전 등에 대한 제 3 자 담보권의 관리업무
3. 「상법」 제 484 조제 1 항에 따른 사채모집의 수탁업무
4. 법 제 71 조제 3 호에 따른 기업금융업무, 그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 업무와 관련한 대출업무

하면 신탁업자는 대출업무, 지급보증업무, 대출채권의 매매업무를 겸영업무로서 영위할 수는 없다. 따라서 부동산신탁회사가 부동산 개발사업, 부동산 PF 거래와 관련하여 신탁업의 본질적 업무를 넘어서는 대출, 보증, 신용공여 등 금융업무를 영위하는 것은 자본시장법령의 개정을 통해서만 가능한 것으로 보인다.

다만, 앞서 본 바와 같이 자본시장법 제108조 제9호, 동법 시행령 제109조 제3항 제4호, 금융투자업규정 제4-92조 제4항에 의해 순차로 권한을 위임받은 한국금융투자협회가 제정한 금융투자회사 업무규정 제2-65조 제6항 및 별표 15는 차입형태지신탁의 경우 신탁회사의 자금조달을 명시적으로 허용하고 있고, 최근 관리형태지신탁의 부동산신탁회사가 책임준공의무를 부담하여 신용을 공여하는 사례가 다수 있는바, 이하에서는 부동산신탁회사의 위와 같은 업무를 통한 금융기능 강화에 대해 검토한다.

2. 차입형태지신탁에서 부동산신탁회사의 금융기능

가. 차입형태지신탁에서 부동산신탁회사의 대주로서의 지위

차입형태지신탁에서는 신탁회사가 사업비의 조달의무를 부담하며, 이는 앞서 본 바와 같이 신탁회사의 고유계정에서 자금을 차입하는 형태로 이루어진다. 그리고 이를 통해 신탁회사는 높은 수준의 신탁보수와 고유계정 대여금에 대한 이자를 신탁재산 또는 위탁자에게서 회수할 수 있다. 결과적인 면에서 보면, 차입형태지신탁에서의 신탁회사는 PF 대주의 역할을 겸하게 되는 것이다. 이는 자본시장법령이 명시적으로 허용하고 있는 부동산신탁회사의 신용공여업무라는 점에서 큰 의미를 가진다.

한편 실질적으로 PF 대주에 상응하는 지위를 가지게 됨에도 불구하고 신탁회사는 신탁의 우선수익자가 될 필요가 없다. 신탁회사는 신탁사무의 처리에 관하여 지출한 비용을 신탁재산이나 수익자에게서 상환받을 수 있고,²⁸ 그 비용 충당을 위해 신

-
5. 증권의 대차거래와 그 중개·주선 또는 대리업무
 6. 지급보증업무
 7. 원화로 표시된 양도성 예금증서의 매매와 그 중개·주선 또는 대리업무
 8. 대출채권, 그 밖의 채권의 매매와 그 중개·주선 또는 대리업무
 9. 대출의 중개·주선 또는 대리업무
 10. 그 밖에 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해칠 염려가 없는 금융업무로서 금융위원회가 정하여 고시하는 금융업무

²⁸ 신탁법 제 46 조(비용상환청구권)

- ① 수탁자는 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 신탁재산에서 지출할 수 있다.
- ② 수탁자가 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 고유재산에서 지출한 경우에는 지출한 비용과 지출한 날 이후의 이자를 신탁재산에서 상환(상환)받을 수 있다.
- ③ 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 자기의 과실 없이 채무를 부담하거나 손해를 입은 경우에도 제 1항 및 제 2항과 같다.

탁채산을 매각할 수도 있으므로,²⁹ 차입형태지신탁계약서에 신탁회사의 고유계정으로 부터의 차입금은 신탁사무처리를 위한 비용으로서 우선수익자, 수익자에 대한 수익 지급보다 우선하여 신탁채산에서 상환이 이루어진다는 점을 명시함으로써 그 채권 상환을 확보할 수 있기 때문이다.³⁰

나. PF 대출과 고유계정 대여금간 상환순위 및 고유계정 대여금의 후순위 상환

일반적인 차입형태지신탁의 경우 토지비 대출만 있을 뿐 PF 대출은 별도로 이루어 지지 않는 사례가 다수이나, 위탁자가 사업비 목적의 PF 대출을 받는 것이 포함되는 형태의 차입형태지신탁도 존재한다. 차입형태지신탁이 신탁회사가 사업비 조달의무를 부담하는 토지신탁 형태라고 하더라도, 위탁자가 사업비를 조달하는 것을 금지하는 것은 아니고, 그 것은 당사자간 합의로 얼마든지 가능하기 때문이다. 이 경우 신탁회사의 고유계정 차입금은 예비적 자금조달 방법으로 기능하는 경우가 많을 것으로 보이고, 따라서 분양 호조 등의 경우에는 고유계정에서의 차입이 일어나지 않는 경우도 있을 것이다.

PF 대출과 신탁회사의 고유계정 대여금이 둘 다 존재하는 경우에는 PF 대주와 신탁회사가 공동의 대주단을 형성한 것과 유사한 형태가 되며, 따라서 필연적으로 상호간 대출상환의 우선순위를 정할 수 밖에 없을 것이다. 물론 신탁회사의 고유계정 차입금이 신탁사무처리비용으로서 우선수익자인 PF 대주의 대출보다 먼저 상환됨을 신탁계약에 정하는 것이 일반적이나, 이와 달리 PF 대출과 고유계정 대여금의 상환을 비율로 안분하여 이루어지도록 정하거나, 이에서 더 나아가 고유계정 대여금 중 일부의 상환을 PF 대출의 상환보다 후순위로 이루어지도록 정하는 것이 가능한지에 대해서는 검토가 필요하다. 차입형태지신탁에서 위탁자가 사업비 목적 PF 대출을

④ 수탁자는 신탁채산이 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있을 때에는 수익자에게 그가 얻은 이익의 범위에서 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있다. 다만, 수익자가 특정되어 있지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우 또는 수익자가 수익권을 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 자기의 과실 없이 입은 손해를 전보(전보)하기에 신탁채산이 부족할 때에도 제 4 항과 같다.

⑥ 제 1 항부터 제 5 항까지의 규정에서 정한 사항에 대하여 신탁행위로 달리 정한 사항이 있으면 그에 따른다.

²⁹ 신탁법 제 48 조(비용상환청구권의 우선변제권 등)

① 수탁자는 신탁채산에 대한 민사집행절차 또는 「국세징수법」에 따른 공매절차에서 수익자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 신탁의 목적에 따라 신탁채산의 보존, 개량을 위하여 지출한 필요비 또는 유익비(유익비)의 우선변제를 받을 권리가 있다.

② 수탁자는 신탁채산을 매각하여 제 46 조에 따른 비용상환청구권 또는 제 47 조에 따른 보수청구권에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있다. 다만, 그 신탁채산의 매각으로 신탁의 목적을 달성할 수 없게 되거나 그 밖의 상당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

³⁰ 이석·오지현, 「부동산금융의 최신 동향」, BFL 제 90 호(2018. 7.), 서울대학교 금융법센터

받은 후 신탁회사의 고유계정 대여금 중 일부의 상환을 PF 대출의 상환보다 후순위로 이루어지도록 하는 거래구조는 현재 이미 실무에서 시도되고 있는 것으로 파악된다. 이 것이 법적으로 가능하다면 신탁회사는 부동산 PF의 실질적인 후순위 금융기능을 하게 되어 금융기능을 강화할 수 있게 되고, PF 대주는 신탁회사의 후순위 상환으로 인한 위험 부담을 기초로 PF 대출의 미상환 위험을 줄인 상태에서 안정적인 부동산 PF 거래 참여가 가능하게 되며, 시행사 입장에서는 부동산 PF 거래에 수반되는 관리형토지신탁 구조와 부동산 PF 없이 부동산신탁회사에서 자금을 차입하는 차입형토지신탁 구조 중에서 하나를 선택하는 것이 아니라 두 구조의 장점을 절충한 구조를 선택할 수 있게 될 것이다.

우선 신탁사무처리비용을 우선수익자에 대한 수익 지급 후에 상환하도록 신탁계약에 정하는 것은 신탁법상 허용된다. 신탁법 제46조 제6항이 신탁회사의 비용상환청구권과 관련하여 신탁행위로 달리 정한 사항이 있으면 그에 따르도록 하고 있기 때문이다.³¹ 그러나 신탁법에 따라 이러한 신탁행위가 사법상 가능하다고 하더라도 자본시장법상 이러한 신탁행위가 허용되는지는 별도로 검토되어야 하며, 이는 자본시장법 제103조 제3항,³² 동법 시행령 제104조 제1항³³이 신탁업자가 수탁한 재산에 대하여 손실의 보전이나 이익의 보장을 하여서는 아니되는 것으로 정하고 있는 것과 관련하여 검토되어야 할 것이다. 차입형토지신탁에서 PF 대출금을 신탁사무처리비용인 고유계정 차입금보다 우선하여 상환함으로써 신탁업자가 고유계정 대여금 미상환의 손실을 보는 상황에서 PF 대출금은 상환되는 경우가 발생할 수 있고, 이 경우 경제적으로 보면 신탁업자가 우선수익자인 PF 대주의 손실을 보전해주거나 이익을 보장해주는 것과 유사한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.

이러한 신탁계약이 허용되는지 여부는 앞서 본 금융투자회사 업무규정 별표 15와 관련하여 생각해볼 필요가 있다. 위와 같이 차입형토지신탁에서 PF 대출금을 신탁사무처리비용인 고유계정 차입금보다 우선하여 상환함을 신탁계약상 정한다고 하더라도, 그 신탁계약에는 위와 같은 지급순위에도 불구하고 금융투자회사 업무규정 별표 15에 따라 허용되는 한도에서만 우선수익자에 대한 신탁 수익 지급이 가능함이 동시에 규정될 것이고, 신탁회사는 실제 이를 준수하는 한도에서만 우선수익자인 PF 대주에게 신탁수익을 지급하게 될 것이기 때문이다.

³¹ 각주 28 참조

³² 자본시장법 제 103 조(신탁재산의 제한 등)

③ 제 1 항 각 호의 재산의 신탁 및 제 2 항의 종합재산신탁의 수탁과 관련한 신탁의 종류, 손실의 보전 또는 이익의 보장, 그 밖의 신탁거래조건 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

³³ 자본시장법 시행령 제 104 조(신탁업무의 방법 등)

① 신탁업자는 수탁한 재산에 대하여 손실의 보전이나 이익의 보장을 하여서는 아니 된다. 다만, 연금이나 퇴직금의 지급을 목적으로 하는 신탁으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 손실의 보전이나 이익의 보장을 할 수 있다.

자본시장법 제108조는 신탁업자의 불건전 영업행위를 금지하면서 제9호에서 그 밖의 금지되는 영업행위를 시행령에 위임하였고, 자본시장법 시행령 제109조 제3항 제4호는 수익자 또는 거래상대방 등에게 업무와 관련하여 금융위원회가 정하여 고시하는 기준을 위반하여 직접 또는 간접으로 재산상의 이익을 제공하거나 이들로부터 재산상의 이익을 제공받는 행위가 금지됨을 정하면서 그 기준을 금융위원회에 위임하였으며, 금융위원회는 금융투자업규정 제4-92조에서 위와 같이 위임받은 사항을 구체화하면서 제4항에서 신탁업자의 이익제공 및 수령이 허용되는 구체적 기준을 한국금융투자협회에 다시 위임하였는바,³⁴ 한국금융투자협회가 위와 같은 구체적인 위임을 받아 제정한 금융투자회사 업무규정 제2-65조 제6항 및 별표 15에 의해 허용되는 신탁수익의 선지급이라면 이는 자본시장법상 허용되는 신탁업자의 우선수익자에 대한 이익 제공행위이고, 불건전 영업행위에 해당하지 않는다고 해석된다. 따라서 금융투자회사 업무규정 별표 15의 기준을 준수하는 한도에서 이루어진 신탁회사 고유계정 대여금 상환 전 PF 대출금의 변제를 위한 신탁수익 지급이라면, 이는 자본시장법상 명시적으로 허용되는 신탁업자의 이익제공 행위이므로, 이를 두고 동시에 자본시장법이 금지하는 손실 보전 내지 이익 보장 행위로 규율하기는 어렵다고 봄이 자본시장법의 합리적인 해석 방법일 것으로 보인다.

아울러 법률상 금지규정은 엄격하게 해석되어야 하는데, ① 위와 같은 토지신탁수익의 지급 기준이 준수되고 있는 것이라면, PF 대출과 고유계정 차입금간 상환순위 조정으로 인해 경제적인 면에서 신탁회사가 우선수익자의 수익 지급을 보장하게 되는 면이 있더라도, 여전히 우선수익자의 PF 대출금 상환은 사업 성과에 따라 결정되는 것이어서 이를 신탁업자가 손실을 보전하거나 수익을 보장하는 것과 법률상 동일하다고 평가하기는 어려운 면이 있는 점, ② 위와 같은 상환순위라면 신탁회사의 고유계정 차입금은 PF 거래에서의 후순위대출과 경제적으로 유사한 지위를 가지게 되는데, 후순위대주가 선순위대주의 위험을 감소시키는 역할을 하는 면은 있으나, 이를 넘어서 거래관념상 후순위대주가 선순위대주의 손실을 보전하거나 이익을 보장한다고는 이해하지 아니하는 것이 통상적인 점도 고려할 필요가 있을 것이다.

3. 책임준공보장부 관리형토지신탁

가. 책임준공보장부 관리형토지신탁의 의의

현재 부동산 PF 실무에서는 관리형토지신탁의 신탁회사가 PF 대주들을 위한 책임준공의무를 부담하는 사례가 다수 존재한다. 규모가 크지 않은 개발사업의 경우 현실적으로 신용도가 높은 시공사가 참여하기 어렵고, 따라서 시공사의 책임준공의무 부

³⁴ 각주 15 내지 19 참조

담을 주요 신용보강으로 하여 이루어지는 부동산 PF가 성사되기 어려운 면이 있다. 이러한 소규모 개발사업이 차입형태지신탁의 대상이 되는 경우가 많음은 앞서 본 바와 같다. 그런데 신용도가 낮은 시공사가 참여하는 부동산 개발사업에 신용도가 높은 부동산신탁회사가 책임준공의무를 부담하게 된다면 PF 대주 입장에서는 이에 의존하여 PF 대출을 취급할 수 있게 된다.

부동산신탁회사의 책임준공의무 부담을 수반하는 관리형태지신탁은 위와 같은 상황에서 부동산 개발사업 당사자 상호간 필요에 의해 발생한 것으로 보인다. 우선 시행사는 이를 통해 PF 자금을 조달할 수 있게 되고, 신탁회사에 지급하는 책임준공보장 및 관리형태지신탁에 관한 수수료는 통상 차입형태지신탁의 신탁보수보다 많이 저렴하며, PF 대출의 금리 역시 차입형태지신탁의 고유계정 차입금 금리보다 낮은 것이 보통이므로, 금융비용도 상당히 절약할 수 있게 된다.³⁵ PF 대주는 당초 시공사의 신용도상 PF 대출을 취급할 수 없었던 사업에도 PF 대출을 할 수 있게 되어 영업 기회와 투자 대상이 확대된다. 시공사 입장에서도 자신의 신용도만으로는 PF 방식의 부동산 개발사업에 참여하기 어려웠는데, 부동산신탁회사의 신용보강으로 인해 PF 방식의 개발사업에 참여하여 단순 도급공사보다 높은 이익을 얻을 수 있게 된다. 부동산신탁회사 입장에서는 사업시행자와 PF 대주, 시공사 등 이해관계인들에게 관리형태지신탁과 차입형태지신탁 외에 그 이점을 절충한 또 다른 사업 형태를 제시할 수 있게 되고, 그로 인해 영업 기회가 확대되며 수익도 창출할 수 있다. 특히 차입형태지신탁은 부동산신탁회사 고유계정의 자금 대여가 예정되어 있는 반면, 책임준공보장부 관리형태지신탁의 경우 사업비 목적의 PF 대출도 있고, 시공사가 부동산신탁회사에 앞서 책임준공의무를 부담하므로, 관리형태지신탁계약 체결 시점에 실제 부동산신탁회사의 자금 지출이 예상되지 않고, 실제로도 부동산신탁회사의 자금 지출 없이 종료되는 경우도 많을 것이다.³⁶ 따라서 부동산신탁회사는 이를 통해 자신의 자금 지출 없이 책임준공의무 부담이라는 신용공여 및 위험부담 자체에 의한 수익을 얻을 수 있다. 이러한 신탁회사의 책임준공보장부 관리형태지신탁은 주로 신용도가 높은 금융지주에 속한 부동산신탁회사 위주로 이루어지고 있다. 이는 신탁회사의 책임준공의무 부담이 신용도 높은 시공사의 그 것을 대체할 목적으로 이루어지는 것이기에 경제적으로 당연한 것으로 보인다.

³⁵ 다만 관리형태지신탁에서의 PF 대출에 대한 이자비용이 차입형태지신탁에서의 고유계정 차입금에 대한 이자비용보다 항상 낮은 것은 아니다. 대출이자율 자체는 PF 대출이 신탁회사의 고유계정 차입금보다 낮은 것이 보통이나, 관리형태지신탁에서는 충분한 분양수입에도 불구하고 PF 대출을 조기상환하지 못하는 경우가 있는 반면, 차입형태지신탁에서 고유계정 차입금은 분양수입금으로 항상 상환 가능하므로, 분양이 잘 된 사업장을 기준으로서는 차입형태지신탁의 고유계정 차입금 총 이자비용이 관리형태지신탁의 PF 대출 총 이자비용보다 낮아지는 경우도 있을 것이다.

³⁶ 실제로 부동산신탁회사는 해당 사업의 사업성을 분석하여 PF 대출금과 분양수입금만으로 사업비의 충분한 확보가 가능하다고 판단하는 경우에, 다시 말해 자신이 책임준공의무 이행을 위해 고유계정 자금을 투입하게 될 가능성이 낮다고 판단하는 경우에 책임준공보장부 관리형태지신탁을 수주하는 것으로 이해된다.

한편 부동산신탁회사가 책임준공의무를 실제 이행하여야 하는 경우, 그 이행 방식은 부동산신탁회사의 고유계정 자금을 신탁계정에 투입하는 방식으로 이루어지고, 부동산신탁회사는 그 자금을 신탁사무처리비용으로 회수하게 된다.³⁷ 다만 부동산신탁회사의 책임준공의무는 PF 대출에 대한 신용공여적 성격으로 이루어지는 것이므로, 그 비용 상환은 PF 대출금이 전부 상환된 후에 하도록 신탁계약에 정하는 것이 일반적이다.

나. 책임준공의무의 법적 성격

책임준공의무는 통상 “천재지변 등 불가항력적인 사유가 발생한 경우를 제외하고, 시행사의 의무 불이행, 시행사의 부도, 공사비 미지급, 인·허가 미비, 하수급인 등 제3자의 의무불이행, 민원 등 어떠한 경우에도 일정 기간 내에 건축물을 준공하고 사용승인(준공검사)을 받을 의무”로 계약서에 표시된다. 이러한 책임준공의무는 시공사가 부담하는 것이 보통이나, 시공사가 자신의 능력으로 할 수 있는 ‘하는 채무’를 약정하는 것은 아니다. 예를 들어 인·허가가 미비되거나 건축주가 관할관청에 사용승인 신청을 하지 않는 경우 사업시행자가 아닌 시공사로서는 책임준공의무를 이행할 마땅한 방법이 없고, 그에 관한 귀책사유도 없을 것이나, 책임준공의무 미이행으로 인한 법적 책임을 PF 대주에게 부담하여야 한다. 이와 같이 책임준공의무는 애당초부터 특정 시점까지 건물이 준공되고 사용승인이 나지 않으면 그로 인한 PF 대주의 대출금 미상환 위험을 자신의 신용으로 담보하겠다는 의미인 것이지, 특정 시점까지 자신이 사용승인을 받겠다는 ‘하는 채무’는 아닌 것이다.

책임준공의무는 정한 기일까지 건축물이 준공되지 아니할 경우 그로 인한 위험을 부담하는 ‘위험 부담’, 타인의 위험을 담보하기 위해 자신의 신용을 공여하는 ‘신용공여’의 실질을 가진다고 보아야 한다.³⁸ 따라서 부동산 PF 거래에서는 통상 시공사가 책임준공의무를 부담하나, 책임준공의무를 시공사 외의 제3자가 부담하는 것은 전혀 이상한 것이 아니다. 실제 공사를 할 의무가 아니라 사업의 미준공 위험을 담보하는 것이므로, 시공사가 아닌 누구라도 책임준공의무를 부담하는 것은 당연히 가능하고, 책임준공의무를 부담하는 자가 PF 대주가 신뢰할 만한 신용도를 갖춘자인지 여부가 관건이 될 뿐이다.

³⁷ 이 점에서 책임준공의무를 이행하게 된 상황에서의 신탁사업은 차입형태지신탁사업과 유사한 실질을 가지게 된다.

³⁸ 책임준공의무를 부담하는 시공사 등은 통상 사업 인·허가가 완료되고 현장의 지장물 철거도 완료되어 착공이 가능한 상태에서, 준공의 법적·사실적 장애 가능성이 낮다는 판단 하에 책임준공의무를 부담하므로, 책임준공의무는 책임준공을 약정한 시공사 등에게는 현실적으로 시행사의 자금 부족시 자신이 사업비를 대신 지출할 의무(시공사의 경우 이른바 외상 공사를 할 의무)로서의 경제적 의미를 가지게 된다.

대법원은 2015. 10. 29. 선고 2014다75349 판결에서 책임준공의무의 신용공여적 성격을 정면으로 인정하였는데, 그 사실관계는 다음과 같다.

- ① 금융기관인 PF 대주를 위해 시공사가 책임준공약정을 한 후 「구 기업구조조정 촉진법」에 따른 채권금융기관협의회 공동관리절차에 돌입하였고, 기한 내에 준공을 하지 못하여 책임준공의무를 위반함.
- ② 시공사의 채권금융기관협의회는 채권금융기관이 시공사에게 가지는 PF 보증채권을 전액 출자전환하는 것으로 채무조정 결의함.
- ③ 해당 사업의 PF 대주는, 자신은 PF 보증채권을 보유하고 있는 채권금융기관이 아니므로(다시 말해 책임준공의무 위반으로 인한 손해배상채권은 PF 보증채권에 해당하지 아니하므로), 위 채권금융기관협의회 의결에 구속되지 않는다고 주장하면서 시공사를 상대로 책임준공의무 위반으로 인한 손해배상(미상환 대출원리금 상당액)을 청구함.
- ④ 시공사는 책임준공의무 위반으로 인한 손해배상채권도 「구 기업구조조정 촉진법」상 ‘신용공여’³⁹에 해당하는 것이어서, ‘신용공여’로 인한 채권을 보유한 PF 대주들은 채권금융기관협의회 의결에 구속되는 채권금융기관에 해당하고,⁴⁰ 따라서 PF 대주가 가지는 책임준공의무 위반으로 인한 손해배상채권은 채권금융기관협의회 의결에 구속되어 출자전환 대상이라고 항변함.

위 사안의 1심 판결은 책임준공의무는 시설을 준공하겠다는 내용의 ‘하는 채무’를 부담한 것이므로 PF 대주의 손해배상채권이 「구 기업구조조정 촉진법」상 ‘신용공여’에 해당하지 아니한다고 판단하여 PF 대주의 청구를 전부 인용하였다.⁴¹ 그러나 항소심에서 서울고등법원은, 책임준공의무는 그 경제적 실질이 보증에 준하는

³⁹ 구 기업구조조정 촉진법(2014. 1. 1. 법률 제12155호로 제정된 것) 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. "신용공여"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것으로서 금융위원회가 정하는 것을 말한다.

가. 대출

나. 어음 및 채권 매입

다. 시설대여

라. 지급보증

마. 지급보증에 따른 대지급금의 지급

바. 거래상대방의 지급불능 시 이로 인하여 금융기관에 손실을 초래할 수 있는 거래

사. 금융기관이 직접적으로 가목부터 바목까지의 규정에 해당하는 거래를 한 것은 아니나 실질적으로 그에 해당하는 결과를 가져올 수 있는 거래

⁴⁰ 구 기업구조조정 촉진법(2014. 1. 1. 법률 제12155호로 제정된 것) 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "채권금융기관"이란 해당 기업에 대하여 신용공여를 한 자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

<이하 각목 생략>

⁴¹ 서울중앙지방법원 2013. 9. 26. 선고 2012 가합 57854 판결

것이어서 「구 기업구조조정 촉진법」상 ‘신용공여’에 해당하고, 원고인 PF 대주들이 채권금융기관협의회 공동관리절차 참여를 거부하였다고 하더라도 원고들 및 그 손해배상채권은 채권금융기관협의회 결의에 구속되며, 따라서 원고들의 손해배상채권은 출자전환의 대상이라고 판단하여 원심판결을 파기하고 원고들의 청구를 전부 기각하였다.⁴² 그리고 대법원은 책임준공의무는 비록 그 법적 형식이 ‘하는 채무’이지만, 대출채무에 대한 보증으로서의 기능이나 경제적 실질을 가진다고 보아 PF 대주의 상고를 기각하고 위 항소심 판결을 확정하였다.⁴³

다. 부동산신탁회사의 책임준공의무 부담이 자본시장법상 허용되는지 여부

위와 같이 책임준공의무는 PF 대주에 대한 신용공여의 실질을 가진다. 그런데 앞서 본 바와 같이 신탁업자가 수탁한 재산에 대하여 손실의 보전이나 이익의 보장을 하는 것은 자본시장법 제103조 제3항 및 동법 시행령 제104조 제1항⁴⁴에 의해 금지된다. 따라서 관리형토지신탁에서 부동산신탁회사가 PF 대주를 위하여 책임준공의무를 부담하는 것이 이에 해당하는 것인지에 대해서는 법률적으로 검토할 필요가 있다.

부동산신탁회사가 책임준공의무를 부담하는 경우 PF 대주는 건물의 준공 및 그로 인한 담보가치를 확보할 수 있으므로 이 것이 우선수익자에 대한 손실 보전, 이익 보장적 측면이 있음을 완전히 부정하기는 어려운 것으로 보인다. 이에 관한 확립된 결론은 존재하지 아니하는 것으로 보이나, 부동산신탁회사의 책임준공의무 부담은 수익자에 대한 손실의 보전이나 이익의 보장에는 해당하지 않는다는 견해가 실무의 다수설인 것으로 파악되며, 그 주된 논거는 다음과 같은 것으로 보인다.

- ① 관리형토지신탁의 부동산신탁회사는 대외적인 사업시행자이자 분양계약상 공급자이므로, 수분양자들에게 건물을 완성하여 인도할 의무를 부담한다. 따라서 부동산

⁴² 서울고등법원 2014. 9. 26. 선고 2013 나 75283 판결

⁴³ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75349 판결: 원고들을 포함한 대주단이 제이아이디에 이 사건 대출을 함에 있어 신용과 자력을 갖춘 피고가 시공사로서 대주단에 대하여 예정준공일까지 공사를 완성하겠다고 약속하는 이 사건 책임준공약정에 따른 의무는 비록 그 법적 형식이 향후 이 사건 대출의 물적 담보가 될 이 사건 시설을 준공하겠다는 내용의 ‘하는 채무’이지만, 이러한 책임준공의무 위반으로 공사완성 여부에 관한 위험이 현실화되면 프로젝트 파이낸스 대출을 한 금융기관이 그 책임준공의무의 이행을 강제하여 완성된 물적 담보로부터 대출원리금을 회수하기보다는 시공사로 하여금 책임준공의무 위반으로 금융기관이 입은 손해를 배상하게 함으로써 그 한도 내에서 대출원리금 상당액을 직접 회수하는 것이 일반적이다. 이러한 책임준공약정의 특수성과 이 사건 책임준공약정에서 ‘준공보증확약’이라는 문언을 사용한 점 등을 고려하면, 이 사건 책임준공약정은 적어도 피고가 그 약정을 위반하는 경우에는 사실상 제이아이디의 대출채무에 대한 보증으로서의 기능이나 경제적 실질을 가지는 것이고, 나아가 대주단과 피고 사이에서 이러한 기능이나 경제적 실질을 고려하여 체결된 것이라고 봄이 타당하다.

⁴⁴ 각주 32, 33 참조

산신탁회사가 책임준공의무를 부담한다고 하더라도 그 의무의 상대방에 PF 대주가 추가되는 것일 뿐, 실질적으로 당초 부담하는 의무의 부담이나 위험이 가중되는 것으로 보기는 어렵다.

- ② 책임준공의무는 건물의 미준공 위험만을 부담하는 것이어서, PF 대주는 여전히 완성된 건물의 가치 변동에 따른 위험을 부담하므로, 책임준공의무를 PF 대출을 직접적으로 보증하거나 그 위험을 인수하는 것과 동일시하기는 어렵다.
- ③ 책임준공의무 위반으로 인해 부동산신탁회사가 손해배상 등을 통해 PF 대출을 대위변제하는 결과가 발생하더라도, 이는 법적으로 부동산신탁회사의 의무 위반 결과 발생한 손해배상책임이지 보증책임이 아니다.

한편 이에 관한 금융감독당국의 명시적인 입장은 확인되지 아니하나, 금융감독원은 2016. 11.경 부동산신탁사 준법감시인 간담회에서 신탁회사의 책임준공약은 신탁업자 본인의 채무에 해당하고 수탁받은 재산의 손실을 직접 보전하는 것은 아니므로 과도한 손해배상 약정 등이 아니라면 지급보증이나 손실보전에 해당하지 않는다는 입장을 밝힌 것으로 이해되는 점,⁴⁵ 금융위원회는 최근 부동산신탁회사가 자신의 대주주 및 그 특수관계인에 대해 책임준공의무를 부담하는 것은 자본시장법 제34조 제2항⁴⁶이 금지하는 대주주 및 그 특수관계인에 대한 신용공여에 해당할 소지가 있다는 취지의 법령해석을 한 것으로 보이는 점,⁴⁷ 또한 금융감독원은 부동산신탁회사의 책임준공의무 부담으로 인한 위험을 영업용순자본비율(NCR)에 반영하도록 하는 내용의 기준 변경 및 재무건전성 감독 강화를 추진 중인 것으로 보이는 점⁴⁸을 감안하면, 금융감독당국의 기본적인 입장은 신탁회사의 책임준공의무 부담 자체는 자본시장법상 금지된 신탁재산에 대한 손실 보전, 이익 보장 행위에 해당되는 것이 아니나, 그로 인한 위험 관리를 적절하게 할 필요가 있다는 취지로 이해된다.

부동산신탁회사가 책임준공의무를 부담하는 조건의 관리형토지신탁은 이미 널리 이용되고 있으며, 이에 의존하여 수 많은 PF 대출이 실행되고, 부동산 개발사업이 진행되고 있다. 이러한 상황에서 이에 대해 자본시장법 위반을 주장하는 것은 조심스

⁴⁵ 금융감독원 자산운용국의 2016. 11. “부동산신탁사 준법감시인 간담회 자료”

⁴⁶ 자본시장법 제34조(대주주와의 거래 등의 제한)

② 금융투자업자는 대주주(그의 특수관계인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여 신용공여(금전·증권 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권의 매입, 그 밖에 거래상의 신용위험을 수반하는 직접적·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래를 말한다. 이하 이 절에서 같다)를 하여서는 아니 되며, 대주주는 그 금융투자업자로부터 신용공여를 받아서는 아니 된다. 다만, 금융투자업자의 건전성을 해할 우려가 없는 신용공여로서 대통령령으로 정하는 신용공여의 경우에는 이를 할 수 있다.

⁴⁷ 더벨 2019. 8. 7.자 기사 “책임준공신탁 막힌 부동산신탁사”, 팍스넷뉴스 2019. 7. 30.자 기사 “동일계열 신탁·증권사, 책임준공신탁 불가능” 등

⁴⁸ 더벨 2019. 5. 29.자 기사 “양호한 수준 유지한 부동산신탁사...엇갈린 NCR 변화”, 데일리안 2019. 10. 21.자 기사 “부동산신탁사 경쟁 가열...밥상 줄고 리스크 쑥” 등

러울 수 밖에 없을 것이다. 사건으로는, 앞서 본 긍정론의 근거들에 더하여, 신탁회사가 책임준공의무의 이행을 위해 고유계정 자금을 투입하는 것은 결과적인 면에서 자본시장법상 허용되는 차입형태지신탁과 유사한 면이 있다는 점에서, 이를 자본시장법상 금지되는 수탁한 재산에 대한 손실 보전, 이익 보장 행위로 보는 것은 한정적으로 해석되어야 하는 금지규정을 너무 넓게 해석한 것이라고 생각한다.

V. 맺음말

부동산 개발사업 및 이를 위한 부동산 PF 거래에서 부동산신탁회사의 역할은 매우 커지고 있으며, 부동산신탁회사가 당사자로 참여하지 아니하는 부동산 개발사업은 법령상 허용되지 아니하는 경우를 제외하면 생각하기 어렵게 되었다. 이와 같이 활발한 시장 참여 과정에서 부동산신탁회사들은 자신들의 사업영역 확대, 그를 통한 수익 창출 시도를 지속적으로 하고 있으나, 그러한 시도의 법률적 성격 및 허용 여부에 대해서는 논의가 활발하지 않은 것이 사실이다.

자본시장법의 규제 및 금융감독당국의 감독을 받는 금융투자업과 관련하여 부동산신탁업계 실무에서 이미 이루어지고 있는 거래구조가 그 적법성에 의문이 제기될 수 있는 상태로 계속되는 것은 법적 안정성 면에서 바람직하지 않을 것인바, 이에 대해서는 향후 부동산신탁업계, 금융감독당국, 학계 등의 법령 개정까지 포함한 심도 깊은 논의가 이루어져야 할 것으로 생각한다.

* * * * *

제4주제
수탁자의 공평의무
부동산담보신탁을 중심으로

최수정 교수

수탁자의 공평의무

- 부동산담보신탁을 중심으로 -

최수정(서강대 교수)

I. 서론

1. 공평의무의 의의

신탁법은 수탁자의 선관의무(제32조)와 더불어 충실의무(제33조)를 선언하고, 그 구체적인 의무형태의 하나로 공평의무를 명시하고 있다(제35조).¹⁾ 공평의무의 성질에 대해서는 종래 이를 선관의무의 하나로²⁾ 또는 충실의무의 하나로 설명하였으며,³⁾ 충실의무(duty of loyalty) 자체도 선관의무에 포함시키는⁴⁾ 등 견해가 일치하지 않는다. 그런데 수탁자는 수익자와의 신임관계(fiduciary relationship)에 기초하여 충실의무를 부담하게 되는데, 충실의무는 타인을 위해 사무를 처리하는 자가 타인을 위해 판단(judgement)을 함에 있어서 재량(discretion)을 가지는 때 인정되는 특별한 의무로서, 이로부터 타인의 이익을 위해 행동하고 서로 다른 수익자 사이에서 공평하게 사무를 처리할 의무들이 도출된다.⁵⁾ 즉 수탁자의 다수 수익자에 대한 각 충실의무 사이의 긴장관계를 규율하는 것이 바로 공평의무라고 할 수 있다. 따라서 공평의무는 일반적인 선관의무라기보다는 충실의무의 하나라고 보는 것이 타당하다. 다만 수탁자의 위반행위가 신탁위반인지 아니면 신임의무 내지 충실의무위반인지에 따라서 형평법상의 구제수단이 인정되는 등 그 효과에서 차이가 있는 법제와 달리, 우리법상 각 의무위반에 따른 효과는 신탁행위, 특히 신탁법의 정함에 의한다. 그리고 공평의무의 위반이 있는 때에도 수탁자가 선관의무나 신탁상의 정함에 위반한 행위로 신탁재산 자체에 손해가 발생한 때에는 그에 따른 책임이 전면에서 문제되고, 충실의무로서의 공평의무의 성질상 그 위반행위는 위 책임에 포섭되는 경우가 많을 것이다.

2. 공평의무 유형에의 접근

1) 이하에서 별도로 범명 표기가 없는 조문은 신탁법의 규정이다.
2) 이종기, 충실의무와 선관의무의 작동방식: 충실의무의 선관의무 보충역할에 대하여, 홍익법학 제16권 제4호, 2015, 346면.
3) 법무부, 신탁법해설, 2012, 295면.
4) 선관의무와 충실의무의 관계에 대한 견해대립은 이철송, 선관주의의무와 충실의무에 관한 이론의 발전과 전망, 비교사법 제22권 1호, 한국비교사법학회, 215.2, 11면 이하.
5) Penner, The Law of Trusts, 10.ed., Oxford, 2016, p.319.

신탁법은 공평의무라는 원칙을 선언할 뿐 어떻게 신탁사무를 처리하는 것이 공평한지에 대하여 구체적인 기준을 정하고 있지 않다. 신탁 내지 수익권의 내용은 위탁자의 의사에 따라서 얼마든지 다양하게 설계될 수 있기 때문에 단편적인 기준을 제시하기 쉽지 않은 것이 사실이다. 하지만 수탁자가 공평의무를 부담한다고 해서 모든 수익자가 동일한 신탁이익을 받아야 하는 것은 결코 아니다. 공평의무는 모든 수익자를 획일적으로 동일하게 취급할 것을 요구하는 것이 아니다. 수탁자가 근거 없이 다른 수익자의 손실로 특정 수익자 또는 수익자군에게 이익을 주는 것을 금지하는 것이며, 신탁의 목적 및 정함에 따라서 수익자들을 형평에 맞게 취급할 의무를 의미한다.⁶⁾ 그런데 다수의 수익자가 존재하거나 다수의 신탁을 인수한 수탁자로서는 공평의무위반에 따른 만약의 책임 등을 고려할 때, 신탁 및 수익권의 내용에 따른 공평성 판단을 위한 보다 구체적인 기준이 당연히 필요하다. 이는 수익자가 수익권의 행사를 통해 신탁이익을 향수하고 수탁자를 감독함에 있어서도 다르지 않다. 수탁자의 공평의무에 관한 기준을 망라하는 것은 방대한 작업이 될 것이나, 공평의무에 대한 본격적인 논의는 드물다. 반면 영국과 미국에서는 원본수익자(capital beneficiary)와 수입수익자(income beneficiary) 사이에서 신탁재산으로부터 발생하는 이익과 손실을 어떻게 귀속시킬 것인가에 대한 논의와 판례가 집적되었고, 영국에서는 일찍이 배분법(Apportionment Act 1870)이 그리고 미국에서는 최근 개정된 원본·수입에 관한 표준법(Uniform Fiduciary Income and Principal Act 2018)이 보다 상세한 기준을 제시하고 있다. 이는 그만큼 공평의 내용과 기준을 찾기가 쉽지 않음을 반증하는 것이기도 하다.

수탁자의 공평의무에 있어서 원본수익권과 수입수익권 사이의 공평의무가 중요한 비중을 차지하는 것은 사실이지만, 실무에서 최근 관심의 대상이 되는 부동산담보신탁에서 공평의무는 이와 다른 내용을 가질 수밖에 없다. 하지만 종래 판결에서는 수탁자의 공평의무위반이 문제됨에도 불구하고 당사자와 법원이 이를 간과하거나 단순히 선관의무위반으로 취급한 것을 볼 수 있다. 그래서 본고는 부동산담보신탁에서 공평의무가 어떻게 적용될 수 있고 또한 그에 따른 책임이 문제될 수 있는지를 분석한다. 이를 통해 공평의무라고 하는 추상적인 규정의 해석을 위한 단서를 제시하고, 실무에서 이에 대한 구체적인 조치를 마련하는 계기를 제공할 수 있게 될 것이다.

II. 판결에서 나타난 공평의무와 그 유형

6) 최수정, 신탁법, 2019, 324면. 이연갑, 개정 신탁법상 수탁자의 권한과 의무, 책임, 신탁법의 쟁점 제 1권(BFL 총서), 소화, 2015, 338면도 공평은 평등과는 다른 의미로, 수탁자는 동종의 수익권을 가지는 수익자를 공평하게 대해야 함은 물론, 서로 다른 종류의 수익권이 있는 경우 구체적인 사정을 고려하여 판단하고, 다른 구체적인 기준이 없는 경우에는 수탁자가 재량에 따라 공평하다고 생각되는 바에 따라 취급하면 된다고 한다.

1. 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다59797,59803 판결

(1) 사실관계

2007. 3. 28. X 빌라 각 호의 소유자 甲 등은 인접한 Y 토지의 소유권을 취득한 乙과 X를 철거한 후 이들 부지 위에 빌라를 신축하는 이 사건 재건축사업계약을 체결하였다. 2007. 3. 28. 乙은 丙 은행으로부터 이 사건 재건축사업을 위한 대출약정에 따라 106억 원을 대출받았으며, 甲 등은 乙의 채무에 대해 연대근보증을 하였다. 그리고 2007. 4. 13.과 같은 해 12.경 甲 등과 乙은 丁 신탁회사와 위탁자별로 각각 부동산담보신탁계약을 체결하고, 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

X 빌라는 철거되었으나 재건축사업이 진척되지 않으면서, 乙이 丙에 대한 대출자의 지급을 연체하였다. 丙은 2009. 1. 14. 丁에 대해 사업부지에 대한 공매를 요청하였으며, 이 사건 공매에서 이 사건 사업부지는 200억 2천만 원에 매각되었다. 한편 戊는 乙에게 이 사건 재건축사업을 위한 자금을 제공하였고, 그 과정에서 작성된 집행력 있는 약속어음 공정증서에 기초하여 2009. 1. 15. 乙의 丁에 대한 이 사건 공매로 인한 정산금 채권 중 77억 원에 대하여 채권 압류 및 전부명령을 받았고, 그 무렵 丁에게 송달, 확정되었다.

丁은 2009. 5. 18. 이 사건 사업부지에 관한 수익금 중 비용을 공제한 총 200억 4천만 원 중 丙에게 이 사건 대출금으로 119억 6천만 원, 戊에게 10억 5천만 원을 각각 배분하고, 나머지 70억 3천만 원은 甲과 乙 등에게 각각 정산배분하는 방식을 정할 수 없다는 이유로 피공탁자를 甲 등과 戊로 하여 공탁하였다. 그러자 甲 등과 戊는 공탁금출급권자확인을 구하는 이 사건 소를 각각 제기하였다.

(2) 당사자의 주장과 원심 판결⁷⁾

甲 등은 위탁자별 수익금 비율에 따라 丙의 대출금을 안분한 금액으로 대출금을 상환할 것이 아니라, 주채무자인 乙이 받을 수익금 130억 원에서 대출원리금 119억 6천만 원을 우선 상환해야 하고, 이와 같은 방식으로 甲 등과 戊에게 분배될 수익금을 계산하면 甲 등에게 귀속되는 공탁금출급청구권이 있을 뿐 戊에게는 공탁금출급청구권이 없다고 주장하였다. 반면 戊는 위탁자별 수익금 비율에 따라 丙의 대출금을 안분한 금액으로 대출금을 상환한 후 나머지 수익금을 甲 등과 戊에게 반환해야 하므로, 이 사건 공탁금 중 42억 원이 乙에 대한 전부채권자인 戊에게 귀속되므로, 戊에게는 위 금원 상당의 공탁금출급청구권이 존재한다고 주장하였다.

원심은 “부동산담보신탁은 신탁의 형식을 취하고 있지만 경제적인 실질은 담보라고 할 수 있는바, 이 사건과 같이 채무자뿐 아니라 제3자가 신탁부동산을 제공함으로써 위탁자가 수인이 되는 경우 신탁재산을 매각하고 그 공매대금을 우선수익자

7) 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010나52982,52999 판결. 대법원은 원심 판결의 설시를 그대로 인용하였으므로, 원심 법원의 판단근거를 자세히 살펴볼 필요가 있다.

인 채권자의 채권에 충당하고 남은 잔액을 위탁자들 사이에서 어떠한 방식으로 정산하여야 하는지에 관하여는 신탁법에서 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 신탁계약에서도 따로 정함이 없는 경우에 어떠한 법리와 기준을 적용하여야 하는지가 문제된다. 더욱이 이 사건과 같이 일부 위탁자의 일반 채권자가 수탁자로부터 받을 당해 위탁자의 수익금에 대하여 압류 전부명령 등을 받았을 경우 수익금 정산을 어떻게 하느냐에 따라 압류 전부명령의 효력이 미치는 금액의 범위가 달라지게 되어, 새로운 이해관계를 맺게 되는 제3자 입장에서도 공매대금 배분에 적용되는 법리나 기준의 내용은 매우 중요하므로, 수탁자가 위탁자들에게 분배될 정산금을 마음대로 정할 수는 없다고 할 것이고, 부동산담보신탁의 실질적 측면이나 수탁자의 선관주의의무 등 여러 가지 사정을 고려하여 가장 합리적이고도 공평타당하게 적용될 법리와 기준을 마련할 필요가 있다” 고 하였다.

그러면서 甲 등은 주채무자인 乙이 부담하는 이 사건 대출금 채무를 담보하기 위해 자신들의 부동산을 담보로 제공한 물상보증인에 유사한 지위에 있다고 보고, 甲 등과 乙의 입장에서 이 사건 신탁계약에 나타나는 목적의 상이함, 이 사건 대출약정이나 재건축계약에 의한 이 사건 신탁계약의 위탁자와 수익자의 지위와 관계, 자신의 채무를 담보하기 위하여 신탁계약을 체결하는 위탁자는 자신이 신탁한 재산의 매각대금이 주채무 변제에 충당되는 것을 당연히 전제하는 것인 반면, 타인의 채무를 담보하기 위하여 신탁계약을 체결하는 위탁자는 주채무자가 신탁한 재산의 매각대금으로 주채무가 완제되면 자신이 신탁한 재산이나 그에 갈음하는 대위물은 자신에게 반환되는 것을 전제한다고 보는 것이 계약당사자의 의사에 부합하는 점을 근거로, 이 사건 사업부지 중 乙 소유 토지의 공매대금으로 丙에 대한 대출원리금을 우선 상환하는 것이 신탁법상 수탁자가 부담하는 공평의무 내지 선관주의의무에 부합한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(3) 대법원 판결

戊는 신탁계약에서 별도로 수익자간의 우선순위나 수익비율을 정하지 않았다면 수탁자인 丁은 수익자들인 甲 등과 乙의 수익권의 내용을 공평하게 정하여야 하고, 어느 한 사람에게 유리하게 신탁재산인 이 사건 사업부지를 관리, 처분 등을 해서는 안 되고, 丁이 공매대금 정산업무를 처리함에 있어서 수익자인 甲 등과 乙을 공평하게 취급하여야 하므로, 이 사건 신탁계약의 위탁자별 수익금 비율에 따라 우선 수익자인 丙에 대하여 대출금을 안분하여 상환한 다음 나머지 각 수익금을 甲 등과 乙에게 동등하게 반환하여야 한다고 주장하며, 상고하였다.

그러나 대법원은 원심의 판단을 그대로 인용하면서 선관의무와 공평의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다고 하여 戊의 상고를 기각하였다.

(4) 분석

가. 공평의 의미

위 판결은 수탁자의 공평의무로 검색되는 유일한 대법원 판결이다. 위 판결은 선관의무도 함께 언급하고 있지만, 이 사건에서는 수탁자의 공평의무가 핵심적인 쟁점이다. 그리고 戊가 주장하는 공평의 의미와 법원이 보는 공평의 의미는 분명 차이가 있다. 부동산담보신탁에서 수익권은 신탁계약에 따라 다양하게 설계될 수 있는데, 예컨대 선순위 우선수익권과 후순위 수익권으로 계층화된 경우 수익자는 각각의 순위에서 권리를 행사할 수 있다. 선순위 수익권의 행사에 있어 후순위 수익권의 존재가 장애가 되지 않는 반면, 후순위 수익권은 항상 선순위 수익권의 제한을 받게 된다. 수탁자가 선순위 우선수익자에게 신탁이익을 우선적으로 지급함으로써 후순위 수익자에게 수익급부를 할 수 없거나 일부만 하게 되더라도, 그것이 당연히 후순위 수익자에 대한 공평의무위반이 되는 것은 아니다.

이 사건에서 대출채권자인 丙은 우선수익자이고, 甲 등과 乙은 丙의 채권을 담보하기 위해 신탁을 설정한 위탁자 겸 수익자이다. 丙이 신탁재산인 부동산의 환가를 요청하고 그 대금으로부터 우선적으로 수익급부를 받음에 있어서 甲 등과 乙의 후순위 수익권의 존재는 고려사항이 아니며, 어느 부동산의 처분대금으로부터 수익금을 받는지도 丙의 관심사항이 아니다. 반면 甲 등과 乙에게 이 부분은 수익권의 향수에 있어서 중요한 의미를 가진다. 그런데 신탁부동산의 처분대금을 우선수익자인 丙에게 지급하고 남은 대금을 배분함에 있어서 신탁계약상 甲 등과 乙은 동순위의 수익자이며, 신탁계약에는 이에 관한 아무런 정함이 없다. 이때 수탁자의 공평의무에 대해 원심 법원은, 수탁자가 모든 수익자를 항상 똑같이 취급해야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, “신탁계약의 내용에 따라 실질적으로 수익자를 공평하게 취급해야 하는 의무” 라고 해석하였다. 그리고 甲 등이 물상보증인에 유사한 지위에 있는 점, 양자의 입장에서 신탁계약에 나타나는 목적이 상이한 점, 이전에 체결된 대출약정이나 재건축계약에 의할 때 신탁계약상 위탁자와 수익자의 지위와 관계, 신탁계약을 체결하는 양자의 서로 다른 전제를 근거로, 주채무자인 乙 소유 토지의 공매대금에서 우선수익자의 수익금을 지급하는 것이 공평의무에 부합한다고 판단하였고, 대법원도 이를 정당하다고 보았다.

나. 공평의무에 따른 수익금의 배분

동순위 수익자 사이의 수익금 배분에 있어서 신탁상 정함이 일차적인 기준이 됨은 물론이다. 그러한 정함이 없는 경우 수탁자는 계약해석 내지 의사해석에 따라서 실질적인 공평을 기할 수 있는 기준을 찾아야 한다. 이 사건에서는 신탁계약에서 위탁자 겸 수익자에게 수익금을 지급하는 방법을 정하고 있지 않았다. 하지만 당사자나 원심 법원은, 동순위 수익자에게 일괄적으로 동일한 금액을 지급하는 것이 아니라, 공매대금에서 각 위탁자별 지분에 따라 일차적으로 수익금을 계산하였는바, 이미 이러한 산정방법은 당사자들의 의사해석에 따른 것이다. 그리고 동일한 근거에서 선순위 우선수익자에게 지급할 수익금은 채무자인 수익자의 수익금에서 일차적으로 공제하고, 만약 부족분이 발생하였다면 후순위 수익자의 수익금에서 안분하

여 공제해야 할 것이다. 그것이 부동산담보신탁계약을 체결한 당사자의 의사에 합치하는 해석이라고 할 수 있기 때문이다.⁸⁾ 이는 공동저당권이 설정된 다수의 부동산이 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인 소유인 경우 각 부동산의 경매대가를 동시배당하는 때, 민법 제368조 제1항이 적용되지 않고, 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한해 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하는 것과 그 취지가 동일하다.⁹⁾ 물론 부동산담보신탁상 수익권은 담보물권이 아니지만, 채무자와 채무자 아닌 자가 부동산담보신탁을 설정한 경우, 각 당사자의 이익상태와 기대는 공동저당권이 설정된 경우와 다르지 않기 때문이다.

이 사건에서는 신탁부동산 전부가 처분되고 수익금의 배분만 문제되었지만, 채무자 아닌 위탁자 겸 수익자가 신탁한 부동산이 먼저 처분되고, 이로부터 채권자가 우선수익자로서 수익금을 지급받았다면, 채무자 아닌 자는 이제 타인의 채무를 자신의 부동산의 환가대금으로 변제하게 된 만큼 채권자의 채권 및 이를 담보하는 우선수익권을 대위할 수 있다.¹⁰⁾ 반면 채무자가 신탁한 부동산이 처분되었더라도, 이는 자신의 채무에 대한 책임을 진 것에 지나지 않기 때문에 구상은 문제되지 않는다. 그리고 채무 전부가 소멸하였다면, 부동산담보신탁은 종료하고, 채무자 아닌 위탁자 겸 수익자가 원본수익자로서 신탁부동산을 이전받게 될 것이다.

2. 대법원 2013.6.27. 선고 2012다79347 판결

(1) 사실관계

A 등 16인은 2004. 11. 5. 자신들이 1/16지분씩 공유하는 이 사건 11개 건물에 관하여 B와 신탁계약을 체결하였다. 이에 따르면 A 등이 이 사건 11개의 건물을 B에게 신탁하고, B는 C 건설이 D 은행에 부담하는 채무의 이행을 보장하기 위해 이 사건 11개 건물의 소유권을 보전 관리하며, 채무불이행 시에는 이를 환가·정산하고, 채무이행 후 신탁종료 시에는 그 소유권을 C에게 귀속시키기로 하였다. D는 신탁계약에 따라서 이 사건 11개 건물에 관하여 제1순위 우선수익자가 되었고, 2004. 11. 8. 이 사건 11개 건물에 관하여 B 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

한편 C는 2004. 11. 8. 이 사건 11개 건물 중 이 사건 3개 건물(102호, 105호, 106

8) 그밖에 이상주, 채무자와 그 외의 자가 각각 동일한 채권을 담보하기 위하여 담보신탁을 설정한 경우 신탁재산들의 처분대금에서의 채권충당의 방식, 대법원판례해설 제99호, 법원도서관, 2014. 152면은 戊의 주장과 같이 채무자와 그 외의 자가 신탁한 부동산의 수익금비율에 따라 채권액을 안분하여 상환한다면 이후 정산관계가 복잡해지는 문제점이 있다고 지적한다.

9) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결; 대법원 2016. 3. 10. 선고 2014다231965 판결.

10) 변제자대위의 효과로서 변제자는 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있으며, 후자에는 질권, 저당권이나 보증인에 대한 권리 등과 같이 전형적인 물적·인적 담보뿐만 아니라, 채권자와 채무자 사이에 채무의 이행을 확보하기 위한 특약이 있는 경우에 그 특약에 기하여 채권자가 가지게 되는 권리도 포함된다(대법원 1997. 11. 14. 선고 95다11009 판결). 그러므로 타인 채무의 담보를 위해 담보신탁을 설정한 위탁자 겸 수익자가 채권자를 대위하여 선순위 우선수익권을 행사할 수 있다.

호)에 관하여 B와의 사이에, D에 이은 제2순위 우선수익자(5억 원)로 E를 추가하는 이 사건 변경계약을 체결하였다. 이 사건 변경계약에는 특약사항 제9조가 추가되었는데, 그 내용은 “B는 102호 매각 시 1억 5,000만 원, 105호 매각 시 1억 7,500만 원, 106호 매각 시 1억 7,500만 원을 제2순위 우선수익자에게 변제하기로 한다”는 것(제1항)과 “제1항에도 불구하고 제1순위 우선수익자의 채무변제 및 부대비용 집행 후 잔여금액이 호수별 변제금액에 미달하는 경우 제2순위 우선수익자에게 잔여금액 범위 내에서 채무를 변제하되, 수탁자는 동 신탁부동산 또는 타 신탁부동산 처분대금으로 제2순위 우선수익자의 채무가 완제될 수 있도록 제2순위 우선수익자에게 최대한 협조하여야 한다”는 것(제2항)이다.

이후 C는 B와 사이에, 2005. 2. 24. 이 사건 11개 건물 중 이 사건 3개 건물을 제외한 나머지 건물 8개 중 2개 건물(지하 101호, 지하 102호)에 관하여 제2순위 우선수익자로 F를 추가하고, 2005. 3. 15. 이 사건 8개 건물 중 3개 건물(201호, 202호, 701호)에 관하여 제2순위 우선수익자로 G를 추가하는 내용의 담보신탁변경계약을 각각 체결하였다.

이 사건 8개 건물은 2004. 12. 14.부터 2005. 4. 26.까지 사이에 처분되었는데, 그 처분대금 합계 24억 5,900만 원 중 11억 원만이 D의 채권에 대한 우선변제에 충당되었고, 나머지 13억 5,900만 원은 C에게 지급되었다. B는 2008. 2. 19. 이 사건 3개 건물 중 102호 및 105호를 공매절차에 의해 매각하였는데, 2008. 4. 30. 그 매각대금에서 제반 비용을 공제한 잔액 6억 8,000만 원을 D에게 지급하였으며, 106호에 대한 공매는 현재까지 이루어지지 않고 있다.

이에 E는 이 사건 소를 제기하면서, 첫째, B에게 특약에서 정한 약정금으로 이 사건 3개 건물 중 일부의 처분대금에서 변제받지 못한 5억 원의 지급을 구하였다. 둘째, 제2순위 우선수익자인 E가 이 사건 3개 건물의 처분대금에서 수익권을 행사할 수 있도록 B가 이 사건 8개 건물의 처분에 동의하지 않거나 처분에 동의하더라도 그 처분대금을 D에게 우선적으로 급부하는 등의 선관의무를 부담함에도 불구하고 이를 위반하여 채권을 완제받지 못한 D가 이 사건 3개 건물의 처분대금에서도 우선변제받음으로써 E가 5억 원의 손해를 입었으므로, B는 E에게 선관의무위반 또는 업무상 배임의 불법행위로 인한 5억 원의 손해배상의무가 있고, D는 B의 배임행위에 공모 또는 적극 가담하였으므로 B와 연대하여 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다. 셋째, E와 D는 공동저당권자와 유사한 지위에 있어 민법 제368조가 유추적용되는데, 이 사건 8개 건물의 처분대금 중 일부를 C에게 지급한 것은 우선수익권을 일부 포기한 것에 해당하고, 이로써 이 사건 3개 건물의 처분대금 중 E가 대위할 수 있었던 한도에서 E가 우선하여 권리를 행사하지 못하게 되었고 B 또한 잘못된 정산방법으로 D에게 대금을 지급하였으므로, 이 사건 3개 건물의 처분대금 중 5억 원에 대해 연대하여 부당이득반환의무를 부담한다고 주장하였다.

(2) 원심 판결11)

원심은 이 사건 8개 건물의 처분이 C와 D의 요청에 따라 B가 공매가 아닌 수의 계약 방식으로 직접 매각하였고, 그 처분대금의 정산도 B에 의하여 이루어진 것이라고 보았다. 그리고 특약사항 제9조의 해석상 B가 법적인 의무를 부담하는 것은 아니지만, 그 취지에 따라 B는 사건 11개 건물 전체의 감정평가금액을 고려하면서 이 사건 8개 건물의 처분대금 정산과정에서 E의 채권변제 가능성이 침해될 위험성을 최소화시키는 방향으로 최대한의 노력할 ‘신의칙상 보호의무’를 부담한다고 설시하였다. 하지만 B는 이 사건 8개 건물의 처분대금을 정산하면서 E의 제2순위 우선수익권이 침해되지 않도록 제1순위 우선수익자인 D에 우선적으로 금액을 배분할 의무가 있었음에도 불구하고, 이에 위반하여 C에게 반 이상의 금액이 배분되도록 한 결과, 이 사건 3개 건물 중 2개나 처분되고도 E에게 제2순위 우선수익금이 전혀 배당되지 못하는 손해가 발생하였으므로, B는 위와 같은 채무불이행으로 인하여 E가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다. 그러나 신의칙상의 보호의무는 B가 E에 대해 부담할 뿐 제1순위 우선수익자인 D가 부담하는 의무가 아니고, B의 배임행위에 가담한 것이라고 보기는 어려우며, 또한 공동저당권에 관한 민법 제368조가 담보신탁의 경우에 유추적용된다고 보기 어렵다고 하여, D에 대한 이 부분 원고의 청구를 배척하였다.

(3) 대법원 판결

(i) 먼저 사실판단에 있어서 대법원은 원심과 달리 이 사건 8개 건물에 관하여 C나 D가 B에게 그 처분을 요청하였든가 B가 구체적인 처분절차를 밟았다고 인정할 만한 증거가 없다고 보았다. 오히려 D가 B에게 건물이 분양되었다는 등의 이유로 이 사건 8개 건물에 관한 신탁을 해지하여 달라는 등의 요청을 하였던 점, 이 사건 8개 건물 중 일부 건물에 대한 제2순위 우선수익자인 F와 G가 이에 동의한 점, 일부 건물에 관해서는 A 등이 매도인으로 된 공급계약서가 작성되었던 점, 이 사건 8개 건물의 처분대금이 B에게 입금된 흔적이 없는 점 등에 비추어, 이 사건 8개 건물의 처분은 C에 의하여 이루어졌고 다만 B는 C와 우선수익자들 전원의 해지 요청에 따라 신탁계약을 해지해 준 것에 불과하다고 볼 여지가 크고, 비록 이 사건 8개 건물 중 일부에 관한 등기부등본에 신탁등기의 말소원인이 ‘신탁재산처분’이라고 기재되어 있기는 하지만, 그러한 사정만으로 B가 이 사건 8개 건물을 처분한 것이라고 단정하기는 어렵다고 하였다.

(ii) 특약사항 제9조의 취지를 고려하더라도, B가 E의 이익을 고려하여 이 사건 8개 건물의 처분시 제1순위 우선수익자인 D에게 우선적으로 금액이 배분되도록 하였어야 한다면 D의 신탁계약 해지요청을 거절하였어야 한다고 보기는 어렵다고 하였다. 위 특약사항 제9조 제2항의 취지는, 이 사건 3개 건물의 처분시 선순위 권리자의 존재로 인하여 E에 대한 변제금액이 제1항에서 정한 각 변제금액에 미달하는 경우에 B는 이 사건 3개 건물 중 나머지 건물 또는 이 사건 8개 건물의 처분대

11) 서울고등법원 2012. 7. 27. 선고 2010나44516 판결.

금에서 E가 그 부족분을 변제받을 수 있도록 최대한 협조하겠다는 것으로 보이는데, 일반적으로 “최대한 협조한다”는 것은 당사자가 그러한 의무를 법적으로 부담하지는 않고 다만 사정이 허락하는 한 그 이행을 하겠다는 취지에 불과하다는 것이다. 따라서 E가 제2순위 우선수익권을 보유한 신탁재산은 이 사건 3개 건물에 한정되고, B가 이 사건 8개 건물의 처분대금에서도 E의 채권을 지급하기로 약정한 사실을 인정할 증거가 없으므로, B가 E에게 약정금을 지급할 의무는 없다고 판단하였다.

(iii) 다만 이 사건 11개 건물의 처분 순서 및 처분대금의 채무변제 총당금액에 따라 E의 채권이 이 사건 3개 건물의 처분대금에서 변제될 수 있는지가 달라지므로, E는 이 사건 8개 건물의 처분 및 처분대금 총당 등에 대해서 큰 이해관계가 있고, 이러한 사정에 비추어 B는 E의 이익을 고려하여야 할 수탁자로서의 의무가 있다고 볼 여지는 있다고 하면서도, 이 사건 8개 건물의 감정가는 24억 5,000만 원, 이 사건 3개 건물의 감정가는 12억 2,000만 원이었고 당시 D의 채권액은 17억 원이었던 점을 고려할 때, D가 이 사건 8개 건물의 처분대금에서 11억 원을 변제받고, 이 사건 3개 건물의 처분대금에서 6억 원을 변제받기로 하는 것이 E에게 과도하게 불리한 것이라고 보이지는 않는 점, 이 사건 8개 건물 중 5개 건물(감정가 14억 4,000만 원, 실제 처분가 14억 6,900만 원)에는 F, G의 총 7억 5,000만 원의 2순위 우선수익권이 설정되어 있었는데, B가 이들의 이익을 도외시한 채 이 사건 8개 건물의 처분대금에서 D의 대출금 전액이 우선적으로 변제되도록 조치할 수는 없었을 것으로 보이는 점, 이 사건 8개 건물이 처분되었을 당시만 해도 이 사건 3개 건물의 감정가는 12억 2,000만 원이었고 D의 잔여 채권은 원금 6억 원에 불과하였으므로, 이 사건 11개 건물이 동시에 처분되는 경우와 비교해 보더라도 E의 지위가 크게 열악하게 되었다고 단정하기는 어려운 점 등을 종합하여, B가 이 사건 8개 건물의 처분대금으로 D의 채권이 우선적으로 변제되도록 하지 않았거나 D의 신탁계약 해지 요청을 거절하지 않았다고 하여 그것이 E에 대한 관계에서 채무불이행이 된다고 단정하기는 어렵다고 하였다.

(iv) 한편 채무자 소유의 수 개의 부동산에 관하여 채권자들을 선순위 또는 후순위 우선수익자로 한 담보신탁계약이 체결된 경우, 당사자 사이의 약정 등 특별한 사정이 없는 한, 선순위 우선수익자가 어느 부동산의 처분대금에서 자신의 채권을 회수함에 있어 각 부동산에 존재하는 후순위 우선수익자들 사이의 형평까지 고려하여야 할 제약을 받는다고 볼 근거는 없으며, 선순위 우선수익자가 특정 부동산에서 다액의 채권을 회수함으로써 후순위 우선수익자들 사이에서 불공평한 결과가 발생하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 선순위 우선수익자가 특정 후순위 우선수익자에 대한 관계에서 부당이득을 취하였다고 볼 수도 없다고 하였다. 따라서 원심이 민법 제368조의 유추적용을 주장한 E의 주장을 모두 배척한 것은 정당하다고 판단하였다.¹²⁾

12) 파기환송 후 서울고등법원 2013.10.11. 선고 2013나44456 판결은 E의 항소를 기각하였는데, 다시

(4) 분석13)

가. 신탁변경계약의 당사자

애초에 B와 신탁계약을 체결한 당사자는 A 등인데, 신탁변경계약은 B와 C 사이에서 체결되었다. 그러므로 이러한 계약의 효력에 당연히 의문시되는데, 당사자들이나 법원은 이를 전혀 문제삼지 않았다. 여기에는 이 사건 11개 건물이 기존 연립주택의 재건축을 통해 신축된 구분건물의 일부로서 수급자인 C에게 공사대금의 대물변제로 제공되었고, 유치권 등의 문제로 분양에 어려움을 겪던 중 신탁계약이 체결된 일련의 사정이 반영된 것으로 보인다. A 등은 공사대금채무에 대한 대물변제로 이 사건 11개 건물의 소유권을 이전함으로써 채무를 면하게 되므로 이후의 법률관계에는 무관심할 수밖에 없다. 반면 C는 A 등으로부터 위 건물의 소유권을 직접 이전받는 대신 A 등으로 하여금 신탁을 설정하도록 하고 이에 대한 신탁수익권을 취득함으로써 동일한 효과를 얻음과 동시에, 다른 채권자들에게 우선수익권을 수여함으로써 보다 효율적으로 자금을 조달할 수 있다. 따라서 B와 C 사이의 신탁변경계약이 이러한 실체적인 이해관계에 부합하는 것이라고 볼 수는 있으나, 법률상 이는 신탁의 변경에 해당한다. 위 사안에 적용된 구신탁법은 제한된 요건하에 신탁재산관리방법의 변경을 법원에 청구할 수 있다고 정할 뿐, 일반적인 신탁변경제도를 알지 못하였다(구신탁법 제36조). 현행 신탁법에 의하더라도 신탁의 변경 가부와 방법 등은 신탁상 정함이 일차적인 기준이 되며, 정함이 없는 때에는 위탁자, 수탁자, 수익자의 합의가 필요하다(88조 제1항). 이 사건에서는 아마도 신탁상의 정함에 따라서 B와 C 사이에 변경계약이 체결된 것으로 추측되지만, 유사한 배경에서 신탁계약을 체결할 경우 변경계약의 효력에 관한 법적 불확실성 내지 불필요한 분쟁을 배제하기 해서는 이에 관한 명시적인 정함을 둘 필요가 있을 것이다.

나. 신탁의 일부 해지

원심은 우선수익자 등의 요청에 따라서 수탁자가 이 사건 8개 건물을 환가한 것이라고 보고, 이 과정에서 수탁자의 선관의무위반 여부를 판단하였다. 반면 대법원은 이 사건 8개 건물에 대한 신탁계약이 해지되었고, 이는 C에 의해 처분되었다고 보았다(i). 그러므로 수탁자의 공평의무위반 여부를 판단함에 있어서, 원심 법원에 의할 경우에는 신탁재산의 환가 및 그 대금의 배분이 대상이 되는 반면, 대법원에 의할 경우에는 신탁의 일부 해지가 그 대상이 된다.

그런데 이 사안에 적용되는 구신탁법 제57조 및 제58조에 의하면, 신탁상 정한 바가 없는 한 수익자가 신탁이익 전부를 향수하는 경우 신탁재산으로써가 아니면

E가 상고한 데 대해 대법원 2014.3.27. 선고 2013다101029 판결은 심리불속행기각을 하였고, 2014. 4. 1. 확정되었다.

13) (ii)는 일반적인 계약해석 법리에 따른 것이고, (iv)는 부동산담보신탁상 수익권의 성질과 관련된 문제로서 이미 판례는 타당하게도 이를 담보물권이 아닌 신탁상의 권리로 보고 있으므로, 이하에서는 이를 제외한 부분에 관해서만 살펴본다.

그 채무를 완제할 수 없거나 기타 정당한 사유가 있을 것을 요건으로 법원이 수익자 또는 이해관계인의 청구에 의해 신탁의 해지를 명할 수 있었다. 현행 신탁법도 타익신탁의 경우 신탁상 달리 정한 바가 없으면 수익자들의 합의에 의해 신탁을 종료할 수 없다(제99조 제1항, 제2항 및 제4항). 영미에서와 달리 우리법상 위탁자는 신탁행위의 당사자로서의 지위를 가지므로 신탁의 종료를 포함한 개개의 장면에서 위탁자에게 일정한 권능이 인정되며, 영국에서와 같이 위탁자의 의사에 우선하여 수익자의 합의만으로 신탁을 종료시킬 수 있는 법리(Saunders v Vautier)는 없다. 그러므로 B의 신탁해지는 적어도 A, D, F, G의 합의가 있거나(제99조 제1항) 신탁상 정함이 있는 때에만 적법하다. 이 사안에서는 후자에 의한 것으로 추정되지만, 이 경우에도 다른 수익자에 대한 관계에서의 의무위반 여부에 대해서는 별도의 판단이 필요하다.

다. 공평의무의 내용과 범위

원심은 B가 이 사건 11개 건물 전체의 감정평가금액을 고려하면서 위 건물들의 처분대금을 정산하는 과정에서 E의 “채권변제 가능성이 침해될 위험성을 최소화시키는 방향으로 최대한의 노력을 하는 신의칙상 보호의무”를 부담하는 것으로 보았다. 그리고 대법원은 이 사건 11개 건물의 처분 순서 및 처분대금의 채무변제 총당 금액에 따라서 E의 이해관계가 달라지기 때문에 B는 이러한 “E의 이익을 고려하여야 할 수탁자로서의 의무”가 있다고 볼 여지가 있다고 하였다. 원심과 대법원이 공통적으로 시인하고 있는 수탁자의 의무, 즉 원심이 신의칙상의 보호의무라고 표현하고 대법원이 제1순위 우선수익자의 수익권행사에 있어서 다른 제2순위 우선수익자의 이익을 고려하여야 할 의무라고 실시한 것은 다름 아닌 공평의무를 가리킨다. 그렇다면 각 법원의 사실판단에 의할 경우, 무엇이 수탁자의 공평의무에 따른 신탁사무의 처리인지를 확인해보아야 한다.

첫째, 대법원이 판단한 것처럼 신탁의 일부가 해지되었다면, 이것이 과연 다른 일부 신탁재산의 후순위 수익자에 대한 관계에서 공평의무위반이 되는가? 먼저 신탁상 정함에 따라서 일부 신탁재산에 대한 수익자들이 신탁의 일부 종료 내지 해지를 요구하였다면, 수탁자에게 해지 여부에 대한 재량은 없으며, 이를 거부하고 신탁을 존속시키는 것은 곧 신탁위반이 된다. 공평의무의 성질상 수탁자의 재량과 판단이 전제되므로, 이 사건에서처럼 신탁상 정함에 따라서 일부 해지되었다면, 더 이상 공평의무위반은 문제되지 않는다고 해야 한다. 그렇지 않으면 수탁자에게 일부 수익자에 대한 신탁위반의 책임과 다른 일부 수익자에 대한 공평의무위반의 책임 중 선택을 강제하는 결과가 되어 부당하다.

둘째, 원심 법원처럼 수탁자에 의해 신탁부동산이 처분되고 수익금이 배분되었다면, 수탁자가 후순위 수익자를 이유로 선순위 우선수익자에게 수익금의 일부만을 지급하거나 선순위 우선수익자에게 지급함으로써 후순위 수익자에게 일부만을 지급하는 것은 공평의무위반이 되는가? 수탁자가 동종, 동순위의 수익자들을 공평하게

취급한다고 해서 항상 동일한 급부를 해야 하는 것은 아님은 위 1번 판결에서도 확인하였다. 그리고 수익권에 우선, 열후의 순위가 정해진 때에는 수탁자는 그 순위에 따라 급부를 해야 하며, 이는 수익권의 담보가치로서 평가, 반영된다. 우선수익자가 수익권을 행사하는 방법과 시기 등은 우선수익자 자신의 선택에 달린 문제이며, 후순위 수익자의 이익을 고려하거나 배려해야 할 일반적인 의무는 없다.¹⁴⁾ 그리고 후순위 수익자는 이에 상응하는 권리만 가질 뿐이므로, 그 이상의 보호를 수탁자에게 요구할 근거도 없다. 그러므로 수탁자가 신탁사무의 처리로서 신탁부동산을 환가하고 그 대금을 배분함에 있어 우선수익권의 실현에 따라서 후순위 수익자에게 수익금의 일부만을 지급하거나 아예 지급하지 못하게 되었다고 하더라도, 이것이 후순위 수익자에 대한 관계에서 공평의무위반이 되는 것은 아니다. 선순위 우선수익권이 행사되는 경우에도 수탁자에게 후순위 수익자의 이익을 고려할 수 있는 여지가 있는 때, 비로소 그 범위에서 공평의무가 작동하기 때문이다.¹⁵⁾ 오히려 우선수익자가 자신의 채권액 전부에 상응하는 수익급부를 요구하였음에도 불구하고 수탁자가 다른 신탁재산의 후순위 수익자를 이유로 그 요구를 거절하고 대금 일부만 지급한다면, 이는 우선수익자에 대한 의무위반이 된다.

대법원도 각 건물들의 감정가 내지 처분금액과 우선수익자들의 우선수익권의 금액을 전반적으로 고려할 때 D의 우선수익권행사가 E에게 과도하게 불리한 것이 아닌 점, 이 사건 8개 건물 중 일부에 대한 F, G의 이익을 무시하고 D의 대출금 전액이 우선적으로 변제되도록 조치할 수는 없는 점을 들어,¹⁶⁾ B가 이 사건 8개 건물의 처분대금으로 D의 채권이 우선적으로 변제되도록 하지 않은 것이 E에 대한 관계에서 “채무불이행”¹⁷⁾이 된다고 단정하기는 어렵다고 보았다(iii). 즉 수탁자가 신탁부동산의 처분대금을 배분하였다고 보더라도, 수탁자는 서로 다른 신탁재산에 대한 각 우선, 열후의 수익자들의 이익조정을 통해 공평하게 사무를 처리하였다고 평가할 수 있는 만큼 공평의무위반은 없는 것이다.

III. 공평의무위반의 효과

1. 공평의무위반행위의 효력

14) 이 사건에서 E가 민법 제368조의 유추적용을 주장하며 D에 대해 부당이득반환을 청구한 데 대해, 대법원도 그 유추적용을 부정하면서 위와 동일한 취지를 실시하였다.

15) 만약 이 경우 우선수익자에게 전액을 지급함으로써 후순위 수익자에게 수익금의 일부만을 지급하거나 지급할 수 없게 된 것이 공평의무위반이라면, 역시 수탁자에게 신탁위반과 공평의무위반 중 선택을 강요하는 결과가 되어 부당하다.

16) 이 사건에서는 B가 일부 대금은 D에게 지급하고 나머지를 제2순위 우선수익자인 F, G가 아닌 잔여재산수익자 C에게 지급한 것이 문제될 수 있는데, F, G가 수익권을 포기한 것으로 보이지 않는 상황에서 대법원은 신탁해지에 F, G가 동의한 것에 비추어 C가 수령한 일부가 F, G에게 지급되었을 가능성이 크다고 보았다.

17) 대법원은 이를 채무불이행이라고 표현하였지만, 그 내용이 공평의무위반을 가리키는 물론이다.

견해에 따라서는 공평의무위반행위가 신탁의 대내적 효력을 갖는데 그치기 때문에 무효로 보아도 별문제가 없다고 한다.¹⁸⁾ 그런데 일반적으로 위반행위의 효력이란 그 법률행위의 유무효를 가리키는데, 공평의무위반행위의 전형인 불공평한 수익 급부 자체는 법률행위가 아니다.¹⁹⁾ 그리고 적법한 변제로서 채무소멸의 효과가 발생하는지는 당해 채무의 내용에 비추어 판단하며, 다른 채권자와의 관계에서 상대적으로 평가하지 않는다.²⁰⁾ 또한 공평의무는 다수 수익자에 대하여 수탁자가 신탁 재산을 관리, 운용, 처분하는 과정에서도 적용되므로 단순히 대내적 관계에만 국한되지 않으며, 이때 수탁자가 제3자와 행한 거래를 모두 무효로 하는 것이 타당하지 않음은 물론이다. 충실의무의 중심적인 내용인 이익상반행위금지에 대해 제34조는 이를 금지할 뿐 그 효력을 명시하고 있지 않고 개별 유형에 따라 판단하도록 하였는데, 이와 비교해볼 때에도 공평의무를 선언한 규정만을 근거로 그 위반행위를 전적으로 무효라고 하는 것은 균형이 맞지 않는다.

예컨대 2번 판결에서처럼 일부 신탁부동산에 각각 후순위 수익자가 있는 경우 먼저 처분되는 신탁부동산의 후순위 수익자는 불리할 수 있다. 그러나 수탁자가 우선 수익자의 지시에 따라 처분할 의무를 부담한다면, 그 의무의 이행이 곧 공평의무위반이 되는 것은 아니다. 만약 수탁자가 처분 대상 부동산을 선택할 재량이 있다면, 수탁자가 각 후순위 수익자의 이익을 고려할 의무를 다하지 못한 경우 불이익을 받은 수익자에 대해 공평의무위반이 문제되지만, 이 경우에도 신탁부동산의 처분 자체가 공평의무위반인지 아니면 그 처분에 따른 수익금의 배분에서 공평의무위반이 발생하는지의 문제는 남는다. 그리고 그로 인한 손해는 정산과 변제자대위와 같은 일련의 과정 이후에 비로소 확정될 수 있으며, 보다 직접적인 구제수단들도 존재하는 만큼, 신탁부동산의 처분행위를 전부 무효로 하는 것은 지나치게 법률관계를 불안하게 만들고 거래안전을 위협하게 된다는 점에서 바람직하지 않다. 따라서 공평의무에 위반한 행위는, 그것이 여타의 신탁위반 내지 충실의무위반으로 무효가 되는 것과는 별개로, 그리고 대내적으로나 대외적으로, 유효하다고 할 것이다.

2. 수익자의 구제수단

(1) 다른 수익자에 대한 권리

가. 수익자취소권의 가부

문헌에서는 불이익을 받은 수익자는 수익자취소권을 행사할 수 있다고 한다.²¹⁾

18) 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007, 306면.

19) 변제의 법적 성질에 대해서는 견해가 대립하지만 대체로 법률행위가 아니라는 데 견해가 일치한다. 양창수/김재형, 민법 I: 계약법, 제2판, 박영사, 2015, 300면 이하; 지원림, 민법강의, 제16판, 홍문사, 2019, 950면 이하; 송덕수, 신민법강의, 제11판, 박영사, 2018, 944면.

20) 수탁자의 불공평한 급부가 당연 무효라면, 불이익을 받은 수익자는 수탁자에 대해 공평한 급부를 청구하면 충분하므로, 여타의 구제수단이라는 것도 별다른 의미를 가지지 않을 것이다.

21) 광장신탁법연구회, 주식신탁법, 제2판, 박영사, 2016, 186면; 최현태, 신탁법상 공평의무에 관한 연구, 법학논총 제34집 제1호, 한양대학교법학연구소, 2017.3, 372면.

원래 영미신탁법에서는 수탁자의 신탁위반행위로 인해 신탁재산에서 일탈된 재산 또는 그 대상에 대해 수익자가 일종의 물권적인 권리(proprietary claim)로서 이를 신탁재산으로 회복시킬 수 있다. 그런데 영미에서는 수익권 내지 수익자가 가지는 권리가 보통법과 형평법의 구분을 전제로 한 두 개의 소유권 개념(dichotomy of ownership)에 기초한 반면, 우리법상 수익자의 권리로서 수익자취소권은 어디까지나 제75조의 해석에 의한다. 수익자취소권은 신탁목적의 위반, 신탁재산에 대한 법률행위, 수탁자와 거래한 상대방이나 전득자의 신탁목적위반에 대한 악의 또는 중과실 있는 선의를 요건으로 하므로(제75조 제1항), 공평의무위반행위가 이러한 요건을 충족하는지를 검토해보아야 한다.

첫째, 신탁목적 및 그 위반 여부는 신탁의 해석에 의한다. 그런데 수탁자의 의무 위반은 어떠한 의미에서도 신탁목적위반과 연결될 수 있으며, 특히 수익자신탁에서 수익자의 이익은 신탁의 최종 목적이기도 하다. 하지만 그렇다고 해서 일부 수익자에게 불이익을 가져오는 모든 행위를 신탁목적위반이라고 단정하는 것은 지나치게 포괄적인 해석이 아닐 수 없으며, 애초에 수익자취소권을 인정한 취지에 비추어볼 때에도 타당하지 않다.

둘째, 공평의무위반행위가 신탁재산에 관한 것인 때에도 그것이 법률행위가 아니라면 수익자취소권은 인정되지 않는다. 예컨대 수탁자가 특정한 수익자 또는 수익자군에게 보다 많은 수익급부를 한 경우, 이는 수익채권의 행사에 따른 변제에 지나지 않기 때문에 취소의 대상이 될 수 없다. 그리고 가령 배당을 많이 해서 주가 상승이 작은 주식에 투자하는 대신 배당을 적게 하고 주가 상승이 큰 주식에 투자함으로써 원본수익자에게 유리한 투자를 한 경우, 신탁상 정함에 따른 투자행위 자체는 법률행위이지만, 신탁목적위반 여부는 별개의 문제이다.

셋째, 수익권을 행사하여 수익급부를 받는 것을 수탁자와의 거래라고 볼 수는 없으므로, 수익자는 수탁자와 거래한 상대방이나 전득자에 해당하지 않고, 그의 주관적 요건도 더 이상 문제되지 않는다. 만약 일정한 수익자 또는 수익자군이 수탁자와 공모하여 다른 수익자 등에 비해 부당하게 유리한 급부를 받는 등의 특별한 사정이 있다면, 불이익을 받은 수익자는 이들에 대해 공동불법행위에 따른 책임을 물을 수 있다.

이상에서와 같이 공평의무위반행위는 제75조 제1항이 정한 수익자취소권의 요건을 충족하기 어려우므로, 위반행위라는 이유만으로 막연히 수익자취소권을 구제수단으로 들 것은 아니다.

나. 부당이득반환청구권

공평의무위반의 전형적인 형태는 수익자 사이의 불공평한 수익급부인데, 이 경우 수탁자로부터 공평에 반하여 초과이익을 받은 수익자에 대해 불이익을 받은 수익자는 부당이득의 반환을 청구할 수 있다. 학설은 공통적으로 이를 긍정한다.²²⁾ 가령

22) 최동식, 신탁법, 법문사, 2006, 226면; 광장신탁법연구회, 위의 책, 187면; 이계정, 신탁의 기본 법

근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 그 부동산에 대한 경매절차에서 배당받지 못한 근저당권자는 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환청구로서 그 배당금의 한도 내에서 근저당권설정등기가 말소되지 않았더라면 배당받았을 금액의 지급을 구할 수 있다.²³⁾ 배당을 받은 채권자는 자신의 권리에 기해 배당을 받은 것이므로 법률상 원인 있는 이득을 얻은 것이지만, 선순위 저당권자가 배당을 받았더라면 그 부분만큼은 배당을 받지 못했을 부분을 받은 것이기 때문에, 이는 선순위 저당권자에 대해 부당이득이 되는 것이다.²⁴⁾ 그리고 수탁자의 공평의무위반에 따라 초과이익을 얻은 수익자의 경우에도 다르지 않다. 수익자의 반환청구권의 성질에 대해서는 수익권의 성질에 기초한 설명이나,²⁵⁾ 수익권의 종류와 내용에 따라 결정해야 한다는 주장이 있지만,²⁶⁾ 불리한 취급을 받은 수익자가 가지는 부당이득반환청구권은 재산의 귀속을 교정하는 민법상의 법정채권일 뿐이며 그것으로 충분하다. 이를 굳이 수익권의 성질과 연결시킬 필요는 없다.

한편 그 범위와 관련하여, 유리한 취급을 받은 수익자가 선의·무중과실인 때에는 원상회복의무를 지지 않는다는 주장이 있지만²⁷⁾ 이는 부당이득법의 법리에 반한다. 부당이득의 반환범위는 민법 제748조에 의한다. 이때 초과이익을 얻은 수익자가 선의라면 현존이익만을 반환하게 되므로, 불이익을 받은 수익자가 완전히 반환받지 못하게 될 경우를 고려하여 수익자 사이의 완전한 공평을 실현하고 물건화된 수익권을 충실하게 보호하기 위해서는 선의의 수익자의 반환범위에 관한 민법 제748조 제1항의 적용을 배제하는 입법이 타당하다는 주장도 있다.²⁸⁾ 그러나 판례는 취득한 것이 금전상 이득인 경우 그 소비여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정하고,²⁹⁾ 취득한 것이 성질상 계속적으로 반복하여 거래되는 물품으로서 곧바로 판매되어 환가될 수 있는 금전과 유사한 대체물인 경우에도 동일하게 취급한다.³⁰⁾ 그러므로 실제로는 그 밖의 반환대상에 대해서만 현존이익의 반환이 문제되는데, 이 경우를 위하여 위 규정이 선의의 수익자를 보호하는 취지를 번복하고 수익자보호라고 하는 신탁법의 중요한 정책을 훼손하면서까지 반환범위를 달리 정하는 것이 타당한지는 의

리에 관한 연구, 경인문화사, 2017, 198면. 반면 이중기, 충실의무법, 삼우사, 2016, 542면은 수익을 한 자가 손실을 본 수익자에게 반환할 의무를 지는 것은 아니라고 하는데, 그 근거는 분명하지 않다.

23) 대법원 1998. 10. 2. 선고 98다27197 판결; 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다59678 판결.

24) 나아가 최근 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결은 “경매목적물의 매각대금이 잘못 배당되어 배당받을 권리 있는 채권자가 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는, 배당금을 수령한 다른 채권자는 배당받을 수 있었던 채권자의 권리를 침해하여 이득을 얻은 것이 된다. 위와 같이 배당금을 수령한 다른 채권자는 그 이득을 보유했던 정당한 권원이 없는 이상 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다”고 하여, 배당이의 여부나 배당표 확정 여부와 무관하게 배당받을 수 있었던 채권자가 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다고 본 종래 판례의 입장을 유지하였다.

25) 가령 최동식, 위의 책, 228면.

26) 최현태, 위의 논문, 371면.

27) 이중기, 위의 책, 307면.

28) 이계정, 위의 책, 199면.

29) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다32881 판결; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다60297, 60303, 60310, 60327 판결 등.

30) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다20440,20457 판결.

문이다. 그리고 손실을 온전히 회복할 수 없게 된 수익자는 의무를 위반한 수탁자에 대한 구제수단을 통해 권리를 확보할 수 있기 때문에 특별히 불이익한 결과가 강제되는 것도 아니다. 따라서 초과이익을 받은 수익자에 대한 부당이득반환청구는 민법상 일반적인 부당이득반환법리에 의할 것이다.

(2) 수탁자에 대한 권리

가. 원상회복청구 등

학설은 공평의무위반에 대한 구제수단으로 수탁자에 대한 원상회복, 손해배상청구권을 든다. 그러나 제43조에 따른 원상회복, 손해배상청구권은 수탁자의 의무위반으로 신탁재산에 손해가 발생할 것을 요건으로 한다. 따라서 신탁재산 자체에 대한 손해가 아닌 불공평한 수익급부가 문제된 상황에서는 위 규정에 따른 원상회복, 손해배상청구권은 인정되지 않는다. 그리고 신탁재산에 손해가 발생한 많은 경우 수탁자의 신탁위반, 선관의무위반 등 다른 의무위반에 따른 손해가 전면에서 문제될 것이므로, 공평의무위반은 그에 포섭될 것이다. 그렇다면 공평의무위반에 따라 불이익을 받은 수익자로서는 신탁재산에 대한 손해 발생 여부와 무관하게 그리고 초과이익을 얻은 수익자의 주관적 요건과 상관없이 인정되는 이득반환청구권(제43조 제3항)을 행사하는 것이 보다 효과적이다. 다만 위 청구권들은 수탁자로 하여금 불이익을 받은 수익자가 아닌 신탁재산에 대해 원상회복, 손해배상, 이득반환을 하도록 하는 것이므로, 불이익을 받은 수익자는 초과이익이 신탁재산에 반환된 후 이로부터 수익급부를 받을 수 있다.

나. 유지청구권

위의 사후적인 구제수단 외에 신탁법은 사전적인 조치로서 유지청구권을 정하고 있다(제77조 제2항). 수탁자가 공평의무에 반하여 일부 수익자에게 초과급부를 계속하거나 그럴 염려가 있고, 이로 인하여 다른 일부 수익자에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 때에는 수탁자에게 그 행위의 금지를 청구할 수 있다. 유지청구권의 행사방법에 제한은 없지만, 유지청구권은 원활한 신탁사무의 처리와 신탁목적의 달성을 위해 한정된 범위에서 허용되는 권리이다.³¹⁾ 그러므로 공평의무위반에 따른 유지청구권도 위 요건이 충족되는 제한된 범위에서만 행사가능하다고 해야 한다.

IV. 결론

개정된 신탁법이 수탁자의 공평의무를 명시하였지만, 그 구체적인 내용이나 기준에 대하여는 논의가 충분하지 않은 것이 사실이다. 하지만 이미 개별 사안에서는

31) 법무부, 위의 책, 581면.

공평의무위반 여부가 다투어지고 있으며, 이와 관련한 분쟁은 앞으로 얼마든지 다양하게 제기될 수 있다. 따라서 공평의무의 성질에 비추어 개별 신탁유형에 상응하는 공평의무의 내용을 구체화할 필요가 있다. 특히 부동산담보신탁에서 수탁자의 공평의무는 다수 수익자들 사이의 긴장관계를 조정하는 중요한 역할을 하는데, 위 두 개의 판결에서 제시된 기준은 향후 수탁자의 공평의무위반 여부를 판단하는 유효한 기준이 될 것이다. 즉 신탁상 동순위 수익자에 대한 수익금의 배분에 관하여 정함이 없는 경우 신탁을 설정한 위탁자 겸 수익자의 의사에 비추어 채무자인 수익자의 수익금에서 우선수익자에 대한 수익금을 먼저 공제하는 것이 수탁자의 공평의무에 부합하며, 수탁자가 가진 재량과 판단의 범위에 따라서 신탁의 일부 해지도 공평의무위반이 될 수 있고, 또한 신탁부동산의 처분대금을 배분함에 있어서 수탁자는 공평의무에 기하여 신탁부동산의 처분대금과 수익자들이 가진 채권액 등을 전반적으로 평가하여 우선수익자는 물론 후순위 수익자의 이익도 고려하여야 한다. 다만 수탁자의 공평의무위반은 신탁상 정함에 따른 수탁자의 사무처리에 우선하는 것이 아니므로, 신탁재산의 처분이나 수익금의 배분이 신탁상의 정함에 따른 것인 때에는 적어도 공평의무위반은 문제되지 않는다. 그리고 선순위 수익자는 후순위 수익자와의 관계에서 우선하는 권리를 가질뿐 후순위 수익자의 이익을 배려할 의무는 없는 까닭에, 비록 선순위 수익권의 행사에 따라서 후순위 수익자가 불이익을 받게 되는 때에도 이에 대해 선순위 수익자가 부당이득을 하는 것은 아니다. 그리고 수탁자의 공평의무위반으로 불이익을 받은 수익자는 신탁법이 정한 구제수단의 요건 충족 여부에 따라 초과이익을 받은 수익자 또는 수탁자에 대해 그 권리를 행사할 수 있다.

[토론문]

수탁자의 공평의무

- 부동산담보신탁을 중심으로 -

김성욱(제주대 교수)

최수정 교수님께서서는 종래 신탁관련 연구논문을 다수 발표하신 전문가로 알고 있으며, 오늘 발표주제인 ‘수탁자의 공평의무’에 대해서도 관련쟁점을 면밀하게 분석하고 있는 것으로 보입니다. 따라서 발표문의 전반적인 내용부분에 대해서는 특별한 의문이 없고, 다만 발표문의 내용 중에서 약간의 부연설명을 듣고 싶은 몇 가지 부분에 대하여 말씀을 드리겠습니다.

첫째, 발표문의 서론부분을 살펴보면, 수탁자의 공평의무는 수인의 수익자를 전제로 하면서(신탁법 제35조), 일반적인 선관의무라기 보다는 충실의무의 하나로 보아야 하고, 충실의무는 일정한 재량이 있는 특별한 의무인데, 이로부터 수인의 수익자 사이에서 수탁자가 공평하게 사무를 처리할 의무가 도출되는 것으로 기술하고 있습니다. 그렇다면 공평의무도 원칙적으로 수탁자의 재량권이 인정되는 상황을 전제하여 논의되는 법적 의무인 것으로 보입니다. 만약 그러하다면 III. ‘1. 공평의무위반 행위의 효력’ 마지막 문장에서, “공평의무에 위반한 행위는, 그것이 여타의 신탁위반 내지 충실의무위반으로 무효가 되는 것과는 별개로, 그리고 대내적으로나 대외적으로, 유효하다고 할 것이다.” 라고 기술하고 있습니다. 그런데 공평의무 위반행위가 곧 충실의무위반으로서 무효가 되는 중첩적 상황에 있다면, 공평의무도 재량적 행위의 연장선상에서 그 효력에 일정한 영향을 받아야 되는 것은 아닌지가 궁금합니다. 이에 대하여 부연설명을 해 주시면 감사하겠습니다.

둘째, 신탁법상의 수익자취소권은 민법상의 채권자취소권과 효력 및 반환범위에 차이가 있는 것으로 보입니다. 수익자취소권은 신탁재산에 관한 법률행위를 대상으로 하고 있는데, III. 2. (1) ‘가. 수익자취소권의 가부’ 부분을 살펴보면, “만약 일정한 수익자 또는 수익자군이 수탁자와 공모하여 다른 수익자 등에 비해 부당하게 유리한 급부를 받는 등의 특별한 사정이 있다면, 불이익을 받은 수익자는 이들에 대해 공동불법행위에 따른 책임을 물을 수 있다.” 라고 기술하고 있습니다. 그런데 예를 들어 수익자가 수탁자와 공모하여 신탁재산에 관한 법률행위를 통하여 부당한 급부를 받았다면 수익자취소권의 대상이 되지 않는 것인지, 이 경우에는 공동불법행위책임만 부담하게 된다는 것인지에 대하여 답변을 해 주시면 감사하겠습니다.

셋째, 예를 들어 민법 제362조는 “저당권설정자의 책임있는 사유로 인하여 저당

물의 가액이 ‘현저히 감소’ 된 때에는 저당권자는 저당권설정자에 대하여 그 원상 회복 또는 상당한 담보제공을 청구할 수 있다.” 라고 규정하고 있습니다. 여기서 ‘현저히 감소’란 단순히 채무초과의 상황이면 이에 포섭되는 것으로 이해하고 있습니다. 그런데 발표문 III. 2. (2) “나. 유지청구권” 부분을 살펴보면, “수탁자가 공평의무에 반하여 일부 수익자에게 초과급부를 계속하거나 그럴 염려가 있고, 이로 인하여 다른 일부 수익자에게 ‘회복할 수 없는 손해가 발생할 우려’가 있는 때에는 수익자는 수탁자에게 그 행위의 금지를 청구할 수 있다.” 라고 기술하고 있습니다. 밑줄 친 표현에서 ‘회복할 수 없는 손해가 발생할 우려’라는 의미가 단순히 ‘초과급부’ 상황을 전제한 것으로 이해하면 되는지에 대하여 답변을 해 주시면 감사하겠습니다.

제5주제

유한책임신탁과 책임한정특약의 관계 재정립

허준석 변호사

유한책임신탁과 책임한정특약의 관계 재정립

- 상호 비교를 통한 분석 -

허준석(법률사무소 제이에스 변호사)

I. 본 연구의 개요

우리 신탁법은 2013년 개정을 통해 유한책임신탁제도를 도입하였다. 이후 부동산 신탁 등의 특정 신탁사업 분야에서는 활발히 사용되고 있으나, 도입 당시 기대했던 새로운 사업 형태의 기구(instrument)로서의 활용은 크게 이루어지지 않고 있다. 또한, 활용되고 있는 분야에서도 유한책임신탁이라는 기구에 대한 이해를 바탕으로 다양한 목적으로 활용되고 있다기 보다는, ‘등기를 통해 대세효를 가진 수탁자 책임 한정 특약’ 정도의 의미로 기계적으로 사용되고 있는 경우가 대부분이라고 해도 과언이 아닐 것이다. 이러한 시각은 특히나 유한책임신탁과 책임한정특약의 관계에서 더 혼동을 유발하게 된다.

신탁의 보다 다양한 활용은 보다 다양한 종류의 신탁을 기반으로 한다. 신탁의 목적과 특성에 따라 신탁 재산 - 수탁자 - 거래상대방인 제3자 사이의 다양한 구조의 위험배분은 충분한 이해를 바탕으로 사용될 경우 신탁의 다양화와 활성화에 도움이 될 것이다. 따라서, 신탁의 위험배분 구조의 핵심이 되는 수탁자의 책임에 대한 한정 장치들을 비교하여 그 차이를 확인하는 것은 신탁의 다양한 활용을 위해서 필수적인 선결 과제라고 보아야할 것이다.¹⁾²⁾

II. 수탁자의 책임과 책임 한정성의 필요성

1. 제3자에 대한 수탁자의 무한책임

신탁을 주식회사의 구조에 비추어 평가할 때, 수탁자는 주식회사의 이사회에 가까운 것으로 자주 언급된다. 이는 업무집행기관으로서의 이사회와 신탁재산의 관리

1) 유한책임신탁제도에 대한 비교법적인 소개와 개별 조문에 대한 확인은 이미 많은 국내 문헌에서 훌륭하게 연구가 이루어졌으므로, 본 발표문에서는 주제 전달에 필수적이지 않은 세부적인 부분에 대해서는 기존 관련 연구들을 소개하는 것으로 갈음하도록 한다.

2) 본 발표문은 발표만을 위해서 만들어진 자료로서, 그 형식과 용어정리, 인용 표시 등에서 부족함이 많다. 본 발표문의 작성에 많은 도움이 된 기존 국내외 연구 자료들에 대한 표시와 감사는 이후의 작업에서 정리하도록 하겠다.

및 처분을 하는 수탁자의 유사성에 주목한 것인데,³⁾ 이러한 관점에서 볼 때 주식회사의 이사회와 수탁자의 차이에 있어서 가장 두드러지는 것은 책임 한정의 차이라고 볼 수 있을 것이다.

이사회는 일반적으로 범죄, 고의, 중과실에 의한 것이 아닌 한 주주에 대해서 책임을 지지 않는다. 마찬가지로 신탁에서도 우리 신탁법 제38조는 “수탁자는 신탁행위로 인하여 수익자에게 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 진다”고 명시하여 수탁자의 수익자에 대한 유한책임을 인정하고 있다.

그러나, 제3자⁴⁾에 대한 책임에 있어서는 차이가 존재한다. 주식회사에서 이사회는 외부 제3자와의 거래 주체가 아니다. 거래의 주체는 주식회사 법인 자체이지 이사회나 대표이사는 아니기 때문에 특별한 경우가 아닌 한 일반적으로 이사회는 제3자에 대해서 그 책임이 한정된다. 그러나, 신탁의 대외관계에 있어서 신탁 재산 자체가 거래의 주체가 되는 것이 아니라,⁵⁾ 수탁자가 거래 주체가 되는 것이기 때문에,⁶⁾ -그것이 수탁자 개인의 고유 업무이든, 수탁자의 자격에서 신탁의 관리 과정에서 발생한 거래이든- 수탁자는 거래 상대방에 대해서 무한 책임을 지는 것이 원칙이다.⁷⁾⁸⁾

2. 수탁자의 무한 책임의 근거와 이유

이러한 수탁자의 제3자에 대한 무한책임을 우선 신탁의 구조적인 측면에서 보도

3) 이사는 이사회 구성원으로 독자적인 기관이라 할 수 없고, 실무상 이사회 업무집행 기능은 대표이사에 대한 감독 기능이 중심이라고 보아야 할 것이다. 즉, 엄밀히 보자면 회의체 기관인 이사회보다는 업무집행의 사실행위를 하는 대표이사가 수탁자에 보다 가깝다고 보아야 할 수도 있다. 그러나, 이러한 실질상의 차이는 있다고 하나, 수탁자의 특성에 대한 비교라는 맥락에 있어서 의미전달에는 큰 문제가 없으므로, 본 발표문에서는 이사, 이사회, 대표이사의 실질적 차이를 강조하지는 않고, 비교 맥락에서 단순히 '이사회'라는 용어를 주로 사용하도록 한다. 이사, 이사회, 대표이사에 대한 설명으로는 송옥렬, 상법강의 제4판, 홍문사, 2013, 948-949면

4) 본 발표문에서 '제3자'는 따로 표기하지 않는 한 신탁사무의 처리에서 발생하는 거래의 상대방인 제3자를 의미한다.

5) “신탁은 회사와 달리 법인격을 가지고 있지 않다.” Geraint Thomas & Alastair Hudson, *The law of trusts* (2nd ed. 2010). at 614

6) “수탁자는 본인을 위해 계약을 하는 대리인과는 달리, 그 자신이 계약의 주체이다.” Allen Hunter White, *Trustee's Avoidance of Personal Liability on Contracts*, 3 *Temp. L.Q.* 117 (1929). at 119

7) “수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 채권자(신탁법 제21조 제1항)에 대하여 부담하는 채무에 관한 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미치는 것으로 보아야 한다.” 대법원 2004. 10. 15 선고 2004다31883 판결; 대법원 2010. 6. 24 선고 2007다63997 판결

8) 이는 영미신탁의 경우에도 당연한 원칙이다. Austin Wakeman Scott, William Franklin Fratcher & Mark L. Ascher, *SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS* volume 4 (Fifth ed. 2006). at 1870-1871; Thomas and Hudson, *supra* note 5. at 614-615; William P. McEniry, *Trusts—Personal Liability of Trustee for Torts*, 31 *Marq. L. Rev.* 157 (1947). at 157

록 하자. 신탁의 수익권은 수익자에게 있다고 하더라도, 신탁 재산의 법적인 소유권은 수탁자에게 있는 것이고, 수익자와의 대내 관계가 아닌 수탁자와 거래 상대방인 제3자와의 대외관계에서는 수탁자가 신탁 재산의 소유권자이자 거래의 주체로서 책임을 지는 것이 신탁의 원칙적인 구조에는 부합하는 것이라 할 것이다.⁹⁾

이는 초기 신탁의 형태와도 관련이 있다. 신탁은 기본적으로 수탁자에 대한 의무이고, 현대 이전까지 영미의 신탁의 대부분이 부동산을 대상 재산으로¹⁰⁾ 하는 명의 신탁에 가까운 형태였다. 이에 따라 신탁의 목적도 신탁재산의 보관이나 분배에 그쳤기 때문에, 신탁 목적 자체에서 수탁자가 신탁 재산의 관리를 위해서 제3자와 거래하는 것을 크게 상정할 필요가 없었다. 중요한 것은 신탁의 성립 여부, 즉 신탁 재산의 수익권이 존재하는지 여부와 수탁자가 의무를 위반하여 수익자의 이익을 침해하는 것을 방지하는 것이었다.¹¹⁾

3. 현대 신탁에서의 무한 책임의 한정의 필요성

그러나, 이는 현대에 들어서 달라진 신탁의 목적과 환경에는 -특히나 상사신탁에는- 부합하지 않는 측면이 있다. 현대 이전 신탁의 경우 대부분 가족 구성원 또는 가까운 지인을 수탁자로 하는 수동적인 운용의 신탁이 대부분이었다면, 현대의 신탁은 전문가인 수탁자가 위탁자와 체결한 유상 계약을 바탕으로 한 신탁이 주를 이룬다.

이 때 제3자에 대한 수탁자의 무한책임은 수탁자에게는 비용이 된다. 수탁자에게 비용상환청구권이 인정된다고 하더라도, 제3자에 대한 1차 책임을 부담하는 비용은 분명히 존재하며, 신탁 재산이 수탁자가 부담한 책임에 못 미칠 경우의 위험과 이에 대한 비용 또한 수탁자가 부담하게 된다. 즉, 제3자에 대한 수탁자의 책임을 한정하지 않을 경우, 신탁 재산의 신용 위험은 최종적으로 수탁자가 부담하게 되는 것이다.

이러한 수탁자가 부담하는 위험과 비용은 위탁자와 수탁자간의 신탁 계약에서 신

9) 동일 취지의 설명으로 Scott, Fratcher, and Ascher, *supra* note 7. at 1870

10) M. W. LAU, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS* (2011). at 2-3

11) 이와 동일한 이유로 수탁자의 관리의무(선관의무)는 초기 신탁에서는 수탁자의 주된 의무로 인식되지 않았다. 신탁의 초기 형태인 13세기 후반의 유스(use)는 토지의 명의보관 장치로 기능했고, 현대의 명의신탁에 가까운 목적으로 사용되었기 때문에 수탁자의 능동적인 관리(active management)는 필요하지 않았다. 유스(use)자체가 보관(custody)의 수동적인 형태에 해당하였고 이러한 쓰임새가 중세와 근대 초기까지도 계속되었다. 수탁자에게 일정한 재량권이 부여된 것은 16세기 초나 되어야 나타난 현상이다. 신탁에 있어서 수탁자의 관리의무가 인식되기 시작한 것은 17세기부터이고, 이에 대한 본격적인 논의가 이루어진 것은 19세기부터이다. Joshua Getzler, *Duty of Care*, in *BREACH OF TRUST* 41-74 (Peter Berks & Arianna Pretto eds., 2002). at 43; R. P. Austin, *Moulding the Content of Fiduciary Duties*, in *Trends in Contemporary Trust Law* 153-176 (A J Oakley ed., 1996). at 169, (재인용) 허준석 신탁 성립에 관한 연구 - 성립 요건과 범위를 중심으로-, 서울대학교 법학박사논문, 2019, 153면

탁 계약의 비용으로 위탁자에게 또는 수익자에게¹²⁾ 이전될 가능성이 높다. 수탁자는 자신이 부담하는 위험만큼을 자신의 보수에 반영할 것이기 때문이다. 즉, 제3자에 대한 수탁자의 무한책임은 신탁 계약 체결의 비용을 일정부분 증가시키는 효과가 있다고 보아야 할 것이다.¹³⁾

또한, 이는 수익자의 기대 수익에도 영향을 미친다. 현대의 신탁은 신탁 재산의 수동적인 관리를 넘어선 적극적인 운용과 수익 추구를 요구하고 있다. 수익의 추구는 이에 상응하는 리스크의 증가를 수반할 수밖에 없는데, 수탁자가 제3자에 대한 무한책임을 지는 것은 수탁자의 리스크 회피 유인을 증가시킬 수밖에 없기 때문이다.

평균적인 시장에서 기대 수익의 크기는 당사자가 감당하는 리스크의 크기에 비례한다. 즉, 보다 높은 수익을 위해서는 보다 큰 리스크를 감내해야 한다. 수탁자가 신탁 재산의 운용과정에서 발생하는 제3자에 대한 책임을 모두 부담하게 될 경우, 수탁자는 리스크 회피적인 성향을 가지게 될 가능성이 높다. 수탁자의 이러한 성향은 저수익 저위험 형태의 신탁 재산 운용으로 이어지게 되고, 이는 수익자의 기대 수익을 낮추는 결과로 귀결될 수 있다.¹⁴⁾

따라서, 현대 신탁의 발전과 활용 분야 및 목적의 확대에 따라 제3자에 대한 수탁자의 무한책임을 한정할 필요가 생겼고, 영미 신탁은 이에 대한 대응으로 수탁자와 제3자간의 책임한정특약¹⁵⁾을 인정해 왔다.¹⁶⁾ 또한, 뒤에서 살펴보겠지만, 우리 신탁법은 이러한 책임한정특약과 함께 일본 신탁법의 한정책임신탁제도를 참고하여 유한책임신탁제도를 도입하였다.

III. 책임한정특약

1. 책임한정특약의 근거

12) 신탁 보수의 방식에 따라 위탁자 또는 수익자가 부담하게 된다.

13) 물론, 제3자에 대한 수탁자의 무한책임은 수탁자가 보다 신중하게 위험을 회피할 가능성을 높여서 수익자와 수탁자간의 대리인 비용을 낮추어, 신탁 전체의 비용을 낮추는 효과가 있을 수도 있다. 하지만, 이는 적극적인 수익을 목적으로 하는 신탁에는 적합하지 않다.

14) 이는 수탁자의 관리의무(선관주의의무) 위반에 대한 패널티 문제와도 연관된다. 관리의무 위반에 대한 패널티가 너무 강하고, 대리인에 대한 보상에 긍정적 결과에 대한 인센티브는 없고, 부정적 결과에 대한 인센티브만으로 이루어져 있는 경우에는 대리인은 리스크 회피적인 성향을 가지게 된다. 이는 본인의 잠재적인 손해로 이어질 수도 있다. 동지의 논의로 Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045-1075 (1991) at 1062-1064

15) 본 발표문에서 '책임한정특약'은 특별한 언급이 없는 경우 제3자와 수탁자 사이의 특약을 의미한다.

16) Thomas and Hudson, *supra* note 5. at 614; Scott, Fratcher, and Ascher, *supra* note 7. at 1870-1886; 영미권의 책임한정특약에 대해서 자세히 소개한 국내 문헌으로는 김태진, 유한책임신탁에 대한 검토와 신탁법 개정을 위한 시사점, 중앙법학 제11집 제3호, 2009.3, 299-307면

영미신탁에서 책임한정특약은 계약자유의 원칙과 사적자치의 원리상 당연히 허용되는 것으로 인식되고 있다. 만약 수탁자와 계약의 타방 당사자인 제3자가 해당 거래로 발생하는 책임을 신탁 재산으로 한정하고, 수탁자의 책임을 제한하는 것에 대해서 합의하는 경우에는¹⁷⁾ 이는 합의 내용에 따라 ‘당사자인 제3자와 수탁자 사이에서는’ 효력이 있게 된다.

수탁자는 보통법상 신탁 재산의 소유자이기 때문에 이를 처분할 수 있고, 제3자는 자신의 잠재적인 채권에 대한 상대방의 책임 재산의 범위와 종류의 한정에 대해 동의할 수 있는 당연한 권한이 있기 때문이다. 예를 들어 A는 B에게 A 소유의 자동차 X의 수리를 맡기면서, A가 B에게 부담해야 하는 수리비에 대해서 X에 담보권을 설정하고, 수리비가 얼마가 나오든 B는 X에 대한 담보권 행사 이상은 할 수 없음을 약정할 수 있다. 이는 사적자치의 원리에 따라 유효하며 신탁의 책임한정특약도 구조에 있어서는 이와 크게 다를 것이 없다.

물론, 수탁자의 과산으로부터 격리되는 신탁 재산의 독립성 등의 강력한 신탁 재산 보호 효과들을 감안할 때, 수탁자가 자신의 책임을 제한하고, 원래는 제3자가 만족을 얻을 수 없었던 신탁 재산으로 책임을 한정하는 것이 가능한지에 대해서는 의문이 있을 수는 있다. 그러나, ① 수탁자가 신탁의 관리 과정에서 지출한 비용은 신탁 재산에서 보상을 받을 수 있는 것이기 때문에, 원래부터 신탁 관리에 따라 발생한 채무의 최종 책임은 신탁 재산에 부과되는 것으로 볼 수 있으며,¹⁸⁾ ② 수탁자가 신탁 재산의 운용 과정에서 신탁 재산에 대한 담보 설정이 가능하다는 점을 생각해 보면, 이러한 수탁자의 책임한정특약이 금지될 이유는 찾기 어렵다고 보아야 할 것이다.

오해해서는 안되는 점은 이러한 책임한정특약의 책임한정 내용이 반드시 수탁자의 책임을 제한하고, 신탁 재산으로 책임을 한정하는 형태만을 의미하는 것은 아니라는 것이다. 수탁자는 신탁 재산에서 ‘도’ 제3자가 직접 채권의 만족을 얻을 수 있게 할 수 있다는 것이지, 신탁 재산도 수탁자의 고유 재산도 아닌 다른 담보제공자가 제공한 담보 재산만으로 책임을 한정하는 것도 제3자의 동의만 있으면 가능한 것이고, 수탁자의 고유 재산의 일부분만으로 한정하는 것도 불가능하지는 않다. 다만, 이러한 책임한정특약의 내용에 공서양속에 반해서는 안된다는 제한은 당연히 존재한다. 이에 대해서는 우리법을 중심으로 이하에서 살펴보도록 한다.

2. 우리법에서의 책임한정특약

17) 19세기 초반의 미국 판례의 경우에는 상대방이 ‘수탁자’이고 ‘신탁의 사무’로서 거래를 하는 것임을 알았다 하더라도, 책임한정의 ‘합의’가 없다면 책임은 한정되지 않는다는 취지의 판례들이 많이 존재한다. Allen Hunter White, *Trustee's Avoidance of Personal Liability on Contracts*, 3 Temp. L.Q. 117 (1929). at 118

18) Scott, Fratcher, and Ascher, *supra* note 7. at 1877-1878

(1) 민법에서의 책임한정특약

우리 민법상 면책특약, 책임한정특약 등 채권자와 채무자가 책임을 한정하는 특약을 체결하는 것은 허용된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾ 이는 계약 자유의 원칙에 따라 당연히 가능하며,²⁰⁾ 계약에 따른 책임뿐만이 아니라 불법행위로 인한 책임 또한 한정하는 것이 가능하다. 독일의 경우 당사자들의 사적인 합의를 통한 불법행위책임 면책의 유효성에 대한 논의가 있었던 적도 있으나, 이는 불법행위책임을 형벌적 성격으로 파악했던, 민사법과 형사법의 구별이 분명하지 않았던 시기의 논의일 뿐이며, 현대에 있어서 이러한 논의의 실익은 크지 않다.²¹⁾

현대 독일에서 불법행위책임에 대한 면책특약과 관련한 논의의 대상은 주로 당사자의 계약책임의 면책특약이 불법행위책임에 대한 면책까지를 포함하는 것인지 여부에 대한 것이며, 우리나라에서의 논의 또한 불법행위책임에 대한 면책 가능 여부에 대한 논의는 실질적으로 많이 이루어지지 않고 있고, 독일과 마찬가지로 계약책임에 대한 면책특약이 불법행위책임까지 확대될 수 있는 것인지에 여부에 대한 논의를 중심으로 이루어지고 있다.²²⁾

이는 실상 적지 않은 경우 계약의무의 위반은 동시에 불법행위이기 때문에, 계약책임의 면책만으로는 채무자의 실질적인 책임 한정이 달성되지 않을 수 있기 때문이다.

이와 관련하여 우리 대법원의 판례는 “운송계약상의 채무불이행 책임에 관하여 법률상 면책의 특칙이 있거나 또는 운송계약에 그와 같은 면책특약을 하였다고 하여도 일반적으로 이러한 특칙이나 특약은 이를 불법행위책임에도 적용하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 한 당연히 불법행위 책임에 적용되지 않는 것이나,” 라고 판시하여, 계약책임에 대한 면책특약이 당연히 불법행위 책임에까지 확대 적용되는 것은 아니라고 판시하면서, 해당 사례에서는 당사자의 의사가 불법행위 책임 또한 면책 대상에 포함하는 것이었다고 판시하여 면책의 범위에 불법행위 책임을 포함시켰다.²³⁾

19) 독일에서의 면책특약에 대한 판례 및 학계의 논의를 소개한 국내 문헌으로는 윤석찬, 불법행위책임과 위험책임에서의 책임면제 및 책임제한 이론에 관한 연구, 법학연구 제51권 제4호 통권 66호, 부산대학교 법학연구소, 2010

20) 이에 대해서는 반대 의견은 찾기 어려운 것으로 보인다. 김형배, 김규완, 김명숙, 민법학강의 15판, 신조사, 912면; 지원림, 민법원론, 홍문사, 517면

21) 윤석찬, 113-114면

22) 면책특약과 관련한 다른 쟁점들로는 이행보조자 내지 피용자의 면책의 포괄, 면책약관의 제3자에 대한 주장, 다른 연대채무자에 대한 효력, 면책합의와 배상재 대위 등이 있다. 보다 자세한 내용은 이병준, 면책약정의 법적 성질과 그 적용범위, 법조 2016.4(vol 715), 54-56면; 하경효, “면책합의의 허용한계와 제3자적 효력”, 고시계(제41권 제10호), (1996), 116면 이하 참조

23) “운송물의 권리를 양수하여 선하증권을 교부받아 그 소지인이 된 자는 운송계약상의 권리를 취득함과 동시에 목적물의 점유를 인도받은 것이 되어 운송물의 소유권을 취득하여 운송인에 대하여 채무불이행 책임과 불법행위 책임을 아울러 추궁할 수 있게 되는 점에 비추어 볼 때 운송인이 선하증권에 기재한 면책약관은 채무불이행 책임만을 대상으로 한 것이고 당사자 사이에 불법행위 책임은 감수할 의도였다고 볼 수 없으므로 불법행위책임에 적용키로 하는 별도의 명시적, 묵시적 합의가 없다

따라서, 제조물책임법 제6조²⁴⁾와 같이 면책특약을 금지하는 규정이 없는한 계약 책임과 불법행위책임에 대한 책임을 한정하는 특약은 가능하다고 할 것이다. 다만, 책임 한정의 내용에 대한 제한은 당연히 존재한다.

(2) 민법에서의 책임한정특약

내용의 제한과 관련하여서는 주로 채무자의 고의에 의해서 발생한 채무도 면책이 가능한 것인지가 문제가 된다. 독일 민법 제276조 제3항²⁵⁾은 채무자의 고의에 의하여 발생한 책임은 사전에 면책될 수 없다고 적시하고 있으나, 우리 민법은 이와 같은 규정을 가지고 있지는 않다. 다만, 해석론으로 고의에 대한 면책²⁶⁾ 또는 고의, 중과실에 대한 면책²⁷⁾은 민법 제103조에 위반되어 무효라는 학설이 지배적이다. 또한, 책임한정특약이 약관의 형태이거나 약관의 일부분일 경우에는 이는 당연히 약관규제법의 규율을 받게 되고, 이에 따라 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항은 무효가 된다.²⁸⁾

IV. 신탁법에서의 책임한정특약

1. 근거

라도 당연히 불법행위 책임에도 그 효력이 미친다.”라는 본 판례의 해당 문구는 자칫 오해가 유발될 수 있는 부분이 있으나, 판시 전체 취지에 비추어볼 때, 불법행위 책임에 대한 면책의 묵시적 합의가 있는 것으로 판단한 것으로 보인다. 대법원 1983. 3. 22 선고 82다카1533 전원합의체 판결; 이와는 달리 명시적 묵시적 합의가 없어서 불법행위 책임에 대한 면책을 인정하지 않은 판례로는 대법원 1999. 7. 13 선고 99다8711 판결

24) 제6조(면책특약의 제한) 이 법에 따른 손해배상책임을 배제하거나 제한하는 특약(特約)은 무효로 한다. 다만, 자신의 영업에 이용하기 위하여 제조물을 공급받은 자가 자신의 영업용 재산에 발생한 손해에 관하여 그와 같은 특약을 체결한 경우에는 그러하지 아니하다.

25) § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

26) 고의에 대한 면책은 무효라는 의견의 예로는 김형배, 김규완, 김명숙, 전게서 20, 912면

27) 고의 또는 중과실에 대한 면책은 무효라는 의견의 예로는 지원림 전게서 20, 518면

28) 약관규제법 제7조(면책조항의 금지) 계약 당사자의 책임에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.

1. 사업자, 이행 보조자 또는 피고용자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항
2. 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항
3. 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항
4. 상당한 이유 없이 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항

[전문개정 2010. 3. 22.]

우리 신탁법은 수탁자의 의무에 대해서는 대부분 임의규정의 형식으로 규정하고 있으며, 수탁자의 제3자에 대한 무한책임을 강제하는 규정이나 이에 대한 면책이나 한정을 금지하는 규정을 가지고 있지는 않다. 따라서, 뒤에서 논할 유한책임신탁과의 정합성의 문제는 우선 논외로 하고, 신탁법의 규정 자체만으로는 수탁자의 제3자에 대한 책임을 한정하는 것은 가능하다고 보아야 할 것이다.

앞서 논하였듯이 수탁자는 신탁 재산의 소유자이며, 신탁 목적에 따라 처분할 수 있기 때문에, 수탁자가 신탁 재산의 운영에서 발생한 책임을 신탁 재산으로 한정하는 특약을 체결하는 것은 가능하다. 또한, 수탁자가 자발적으로 리스크를 감내하여 자신이 부담할 필요가 없는 책임을 부담하는 것도 가능하다 할 것이다.²⁹⁾

2. 예상되는 문제

그렇다면, 수탁자의 책임한정특약의 실무상의 문제는 어떤 것이 있을까. 현재까지 우리나라의 경우 수탁자 책임한정특약의 실무나 이와 관련한 판례가 많이 축적되지는 않아서, 아직 구체적인 쟁점에 대한 논의가 많이 진행되지는 않았다. 하지만, 기존 책임한정특약의 민사 판례들과 영미에서의 논의를 참고하면, 예상되는 문제들을 몇 가지 확인할 수 있다.

(1) 책임한정특약의 확인

우선, 책임한정특약의 성립과 존재를 어떻게 확인할 수 있는가가 문제가 된다. 단순히, 신탁의 수탁자로서 계약을 체결하는 것임을 명시하면 되는 것인지, 이와 함께 책임 한정의 내용을 분명히 적시하여야만 하는 것인지가 문제가 될 것이다.

영국의 관련 주요 판례들은 단순히 수탁자의 자격으로(as a trustee) 거래하는 것을 표시하는 것만으로는 부족하고, 당사자들간에 수탁자의 책임을 한정하기로 하는 상호 합의의 증거가 있어야 한다고 한다.³⁰⁾ 그러나, 실상 이러한 태도가 일관된 것도 아니며, 상호 합의의 증거를 확인하는 방법이나 기준이 구체적인 개별 사례마다 동일하게 적용되기는 어렵다.

우리 신탁법 또한 수탁자의 책임한정특약에 대한 특별한 조문이나 성립 기준 등을 제시하고 있지는 않다. 따라서, 우리 신탁 실무에서도 판례가 일정 수준으로 축적될 때까지는 이와 관련한 문제는 있을 수밖에 없다. 물론 부동산신탁회사와 같은 전문 수탁자의 경우에는 문제가 발생할 확률이 적다고 하더라도,³¹⁾ 일반적인 민사

29) 이는 유한책임신탁과 책임한정특약을 병용하는 경우 의미가 있을 수 있다. 이는 해당 부분에서 논하도록 한다.

30) Thomas and Hudson, supra note 5. at 614; 영국, 호주의 관련 판례를 소개한 글로는 김태진, 전개논문 16, 305-306면

31) 몇몇 국내 부동산신탁회사에 대한 인터뷰 결과, 적지 않은 경우 -책임한정특약을 체결하고 있다는 구체적인 인식없이- '발생되는 채무는 신탁재산만으로 책임진다'는 취지의 계약 내용을 계약서에 기계적으로 포함시키고 있는 것으로 확인되었다. 이러한 행위의 취지가 거래 상대방에게 유한책임신탁

신탁의 수탁자의 경우에는 문제가 발생할 가능성이 충분하다고 보아야 할 것이다.

(2) 불법행위책임 포함 여부

두 번째 문제는 첫 번째 문제와 일정부분 연결되어 있다. 앞서 설명하였듯이 우리법의 판례를 따를 경우 계약책임에 대한 한정이 무조건 불법행위책임에 대한 한정을 포함한 것은 아니기 때문에, 불법행위책임에 대한 한정은 그에 대한 합의가 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야만 한다. 예를 들어 ‘신탁 재산과 관련한 거래로 발생한 채무를 신탁 재산을 한도로만 책임을 진다’ 라던가 ‘갑은 본 계약으로 인해 발생한 채권에 대해서 수탁자인 을에게 개인적인 책임을 물을 수는 없다’ 라는 식으로 합의를 할 경우, 당사자들의 책임한정 합의가 불법행위책임을 포함하는 것인지가 불분명할 수밖에 없다. 이때 불법행위로 인해서 발생한 채무가 신탁 재산을 초과할 경우, 제3자는 책임한정특약이 성립하지 않았음을 또한, 만약 성립하였다 고 하더라도 이는 계약책임에 대한 한정특약일 뿐이고 불법행위책임은 한정하고자 한 것이 아니라고 주장할 가능성이 높다.

미국의 표준신탁법전(Uniform Trust Code; UTC)³²⁾은 위의 문제들에 대해서 좀 더 정리된 방법을 제시하고 있다. UTC 1010조³³⁾ a항은 “다르게 계약에서 규정하지 않았다면, 수탁자가 계약에서 수탁자의 지위를 (거래 상대방에게) 표시하고, 수탁자의 지위에서 적절하게 체결한 계약에 대해서는 수탁자는 개인적으로 책임을 부담하지 않는다 “고 명시하여,³⁴⁾ ‘수탁자 지위의 명시만으로’ 책임한정특약이 보다 균일하고 간명하게 체결되도록 하고 있다. 이러한 방식은 유사한 법규정이³⁵⁾ 없는 한

임을 명시하는 것인지 책임한정특약을 명시하는 것인지도 불분명한 측면이 있다.

32) 표준신탁법전을 소개하는 국내 문헌으로는 大塚正民, 樋口範雄編, 「현대미국신탁법」(명순구, 오영결 역), 2005, 6-14면

33) Section 1010. Limitation of Personal Liability of Trustee

(a) Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity.

(b) A trustee is personally liable for torts committed in the course of administering a trust, or for obligations arising from ownership or control of trust property, including liability for violation of environmental law, only if the trustee is personally at fault.

(c) A claim based on a contract entered into by a trustee in the trustee's fiduciary capacity, on an obligation arising from ownership or control of trust property, or on a tort committed in the course of administering a trust, may be asserted in a judicial proceeding against the trustee in the trustee's fiduciary capacity, whether or not the trustee is personally liable for the claim.

34) 해당 조항은 기존의 표준유산관리법(Uniform Probate Code, UPC)의 영향을 받은 것으로, UPC는 이외에도 수탁자의 책임을 제한하는 다른 규정들을 갖추고 있고, 이는 통일신탁법전을 비롯한 기타 관련법들에 영향을 준 것으로 평가된다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 Scott, Fratcher, and Ascher, supra note 7. at 1875-1878; 표준신탁법전의 해당 조항을 설명하는 국내 문헌으로는 김태진, 전계논문 16., 301-305면; 김봉철, 왕석동, 신탁법상 유한책임신탁의 내용과 문제점에 관한 고찰. 법학논고법학논고 44, 2013.11, 213-238, 221-223면

우리 신탁 실무에서는 적용하기 어려운 방법으로 생각된다.

따라서, 현재의 신탁법의 규정만으로는 ① 수탁자 책임한정특약의 성립·존재 여부 ② 책임한정특약의 불법행위책임 포함 여부에 대해서는 실무상 일정 혼란이 있을 수 있는 것으로 예상된다.

(3) 부동산등기와의 문제

또 다른 문제로는 부동산등기 제도와 관련된 쟁점이 있다. 위탁자와 수탁자가 체결한 신탁계약에서 수탁자의 제3자에 대한 책임을 제한하는 내용을 포함한 경우, 이는 당연히 제3자에게는 영향이 없다. 하지만, 미국 판례에서는 제3자가 이러한 신탁문서상의 책임한정 조항의 존재를 인지하고 거래를 한 경우에는 수탁자의 책임의 한정을 인정할 사례가 있다.³⁶⁾ 우리 신탁법상 이러한 신탁계약상의 책임한정특약이 제3자에 대해서도 효력이 있기는 어려울 것으로 생각된다. 하지만, 신탁계약의 내용이 등기될 경우에는 문제의 양상이 달라지게 된다.

우리 부동산등기법 제81조³⁷⁾는 신탁의 당사자, 목적, 관리 방법 등의 주요 내용들

35) 이와 관련하여, 우리나라에서도 책임한정특약 성립 기준 등을 명시한 법규정이 필요하다는 논의도 존재하지만, 반대로 유한책임신탁 제도가 도입된 이상, 구태여 책임한정특약에 대한 규정의 신설 필요성이 높지 않다는 견해도 존재한다.

36) Scott, Fratcher, and Ascher, *supra* note 7. at 1878-1879

37) 제81조(신탁등기의 등기사항) ① 등기관이 신탁등기를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기록한 신탁원부(信託原簿)를 작성하고, 등기기록에는 제48조에서 규정한 사항 외에 그 신탁원부의 번호를 기록하여야 한다. <개정 2014. 3. 18.>

1. 위탁자(委託者), 수탁자 및 수익자(受益者)의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지를 말한다)
2. 수익자를 지정하거나 변경할 수 있는 권한을 갖는 자를 정한 경우에는 그 자의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지를 말한다)
3. 수익자를 지정하거나 변경할 방법을 정한 경우에는 그 방법
4. 수익권의 발생 또는 소멸에 관한 조건이 있는 경우에는 그 조건
5. 신탁관리인이 선임된 경우에는 신탁관리인의 성명 및 주소(법인인 경우에는 그 명칭 및 사무소 소재지를 말한다)
6. 수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁인 경우에는 그 뜻
7. 「신탁법」 제3조제5항에 따라 수탁자가 타인에게 신탁을 설정하는 경우에는 그 뜻
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. 「공익신탁법」에 따른 공익신탁인 경우에는 그 뜻
12. 「신탁법」 제114조제1항에 따른 유한책임신탁인 경우에는 그 뜻
13. 신탁의 목적
14. 신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 방법
15. 신탁종료의 사유
16. 그 밖의 신탁 조항

을 신탁원부로 작성하도록 하고, 이러한 신탁원부를 등기의 일부로 본다고 규정하고 있고, 이에 따라 실무에서는 신탁원부에 신탁계약서 자체를 첨부하는 것이 관행으로 되어있다고 한다. 이와 관련한 판례로 대법원은 “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.” 고 판시하여서 신탁계약상 수탁자의 일부 의무를 한정된 수탁자와 위탁자간의 책임한정 합의를 제3자에게 대항할 수 있게 하였다.

물론 해당 조항과 판례에 대한 비판적인 견해들이 존재하고는 있으나,³⁸⁾ 현행 부동산등기법과 상기 판례의 태도를 따를 경우 위탁자와 수탁자간의 부동산 신탁에 대한 계약에 수탁자의 제3자에 대한 책임을 한정하는 내용이 포함되어 있고, 이러한 계약서가 신탁원부의 일부로 등기된다면, 상황에 따라선 위탁자와 수탁자간의 제3자에 대한 책임한정특약이 이에 명시적으로 동의하지 않은 제3자에게도 효력이 인정될 수 있다. 그러나, 이는 뒤에서 설명할 우리 신탁법상의 유한책임신탁 제도가 유한책임신탁임을 등기하고(제114조 제1항), 거래상대방에게 유한책임신탁이라는 뜻을 명시하고 그 내용을 서면으로 교부하여야 할 것(제116조 제1항)을 요구하고 있는 것과는 균형이 맞지가 않는다. 따라서, 이에 대해서는 부동산등기법의 해당 조항에 대한 개정이 요구된다 할 것이다.

3. 소결: 책임한정특약의 의의

수탁자의 제3자에 대한 책임한정특약은 경제학적으로 간략히 이야기하자면, 거래 당사자의 합의에 따라 최종담보자산의 신용위험을 상대방에게 이전한 것이라고 보아야 할 것이다.³⁹⁾ 이는 위탁자의 입장에서든 수탁자의 위험 비용을 경감시켜 위탁자 또는 수익자에게 이전되는 신탁의 거래 비용을 낮추는 효과가 있다. 다만, 거래

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.

[전문개정 2013. 5. 28.]

38) 신탁과 관련한 부동산등기의 해당 쟁점에 대한 보다 자세한 논의는 오상민, 부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토, 저스티스, 131-152, 2016

39) 앞서 설명하였듯이 이는 책임한정의 내용에 따라 달라질 수 있다.

상대방인 제3자의 입장에서는 신탁 재산이 책임에 못 미칠 경우 이에 대한 위험을 부담하는 문제가 있으나, 애당초 이러한 책임의 한정이 제3자와의 합의에 의해 이루어진 것이라면 문제가 없고, 그렇기 때문에 책임한정특약은 합의의 당사자에게만 효력이 있는 것이 당연한 원칙이다. 위험을 부담하는 당사자 사이의 합의를 바탕으로 하기 때문에 당사자 사이에서는 유연한 형태를 가질 수 있고, 납세 책임 등을 포함한 당사자가 아닌 상대에 대한 책임에는 효력이 없을 수밖에 없다. 그러나, 이제부터 설명할 유한책임신탁은 이와는 다른 구조와 경제적 합의를 취하고 있다.

V. 유한책임신탁

1. 유한책임신탁제도의 배경과 취지

우리 신탁법의 유한책임신탁은 일본 신탁법의 한정책임신탁 제도를 참조하였다. 그리고, 우리법의 유한책임신탁과 일본법의 한정책임신탁 모두 영미신탁에서 시작된 책임한정특약과는 다른 목적과 시작 지점을 가지고 있다.

이러한 차이는 신탁의 도입 배경에서부터 그 이유를 찾을 수 있다. 영미의 신탁은 가족법과 민사를 중심으로 활용되다가, 금융, 부동산개발 등의 상업적 목적으로 확대·발전해왔다. 그러나, 동아시아의 신탁은 영미의 신탁과 달리 거꾸로 부동산 담보 신탁과 금융거래를 위한 신탁을 중심으로 도입·발전하여, 이후 가족법과 민사신탁으로 확대되어 왔다.⁴⁰⁾ 우리 신탁법에 많은 영향을 준 일본 또한 금융조달을 목적으로 신탁을 도입하였고,⁴¹⁾ 현재까지도 신탁은 단순한 민사적 영역보다는 금융 및 부동산 영역에서의 기구(instrument)로서 보다 활발히 활용되고 있다.

앞서 설명하였듯이 영미 신탁에서 신탁의 목적과 운영 형태가 다양해짐에 따라 책임한정특약이 나타난 것은 지극히 자연스러운 일이었고, 이는 사적자치의 원칙과 계약 자유의 원칙에 따라 거래의 당사자들이 형성해 온 것이다. 하지만, 일본 신탁법의 한정책임신탁 제도는 거래의 당사자들이 형성해 온 것이 아니라, 정책적 목적에 따라 새로운 기구를 만든 것에 가깝다. 그리고, 그렇기 때문에 한정책임신탁과 그 영향을 받은 우리 신탁법의 유한책임신탁은 책임한정특약과는 그 근본적인 취지와 목적에서부터 차이점을 보인다.

40) Masayuki Tamaruya, JAPANESE LAW AND THE GLOBAL DIFFUSION OF TRUST AND FIDUCIARY LAW, 103 Iowa Law Rev. at 2260-2261

41) 일본의 경우도 신탁 제도 도입의 중요한 목적 중의 하나는 외자 도입이었다. "신탁"이라는 문구가 법문상에 처음 등장한 것은 메이지 33년 일본흥업은행법(日本興業銀行法, 메이지 33년 법률 70호) 제9조 제4호였지만, 이 법에 의해 신탁이 실질적으로 활발하게 기능하고 있었다는 증거는 보이지 않고 있다고 한다. 본격적인 신탁 제도의 도입은 메이지 38년 "담보부사채신탁법(担保附社債信託法, 메이지 38년 법률 52호)"으로 보는 것이 타당하며, 이는 새로운 산업 발전을 위해서 외자 도입이 매우 중요한 국가적 과제였던 러일 전쟁 종료 시의 국가적 요구를 반영한 것이라고 한다. 新井 誠, 信託法(第4版 ed. 2014).. at 15~17

신탁을 도입하는 대륙법계 국가에서 신탁을 가장 쉽게 이해하고 활용하는 방법은 신탁을 주식회사에 대입하는 것이다. 그리고, 이러한 대입의 결과로 신탁 재산을 하나의 주체나 법인에 유사한 기구로 바라보는 시각이 생겨나기도 한다. 신탁이 생각보다 활성화되지 않은 이유는 신탁이 생소하기 때문이고, 신탁의 생소한 부분이란 것은 결국은 주식회사와 다른 부분이다. 따라서, 신탁의 생소한 부분을 변경하거나 축소하여 주식회사에 가까운 형태를 만들 수 있다면, 신탁이 보다 넓게 활용될 가능성은 높아지게 된다. 그리고, 수탁자의 제3자에 대한 무한책임은 신탁을 주식회사와 같은 구조로 이해하고 활용하려는 시각에서는 큰 문제가 된다.

물론, 책임 한정특약을 통해서 수탁자의 책임을 한정할 수는 있으나, 이는 합의 당사자 사이에만 효력이 있고, 대세효는 없기 때문에 주식회사에서의 이사에 대한 책임의 한정과는 근본적으로 다를 수밖에 없다. 그렇다고 해서, 신탁의 당사자나 거래의 당사자들의 합의만으로 합의에 참가하지 않은 제3자들의 이익에 영향을 미치는 효력을 발생시킬 수 있는 방법은 없다. 때문에, 입법을 통해서 기존의 신탁과는 다른 ‘주식회사에 보다 가까운 새로운 기구’를 만들게 된 것이다.

이러한 보다 주식회사에 가까운 새로운 신탁 기구를 만들고자 한 의도는 제도 도입시의 논의에서 쉽게 확인할 수 있다. 일본의 한정책임신탁제도의 도입 논의를 살펴보면, 기존의 회사제도 보다 가볍게 움직일 수 있는 사업 기구로의 활용(사업 신탁)이나, 전문적인 능력이나 기술이 필요하면서도 한편으로는 막대한 자금이 투입될 가능성이 있는 프로젝트 사업에서의 활용 그리고, 부동산 신탁을 중심으로 한 자산 유동화 등의 경우에 더 활발하게 이용될 것을 기대한 것으로 보인다. 이러한 한정책임신탁제도의 도입 필요에 대한 논의는 정확히 우리 신탁법의 유한책임신탁제도 도입 논의에도 적용된다. 우리 또한 유한책임신탁제도 도입의 필요성의 근거로 ① 유사 회사 구조로의 활용과(수익권 증권화 또는, 사업 신탁 등) ② 부동산 신탁 등의 영역에서의 활용 확대 ③ 수탁자가 신탁 재산에서 비롯된 위험에 대한 예상이나 지배 등이 어려운 경우에서의 활용 등이 주로 제시되었다.⁴²⁾

2. ‘회사화 된 신탁’

이러한 취지와 목적을 위해서 유한책임신탁제도는 거래 당사자의 합의가 아닌, 법이 정한 등기 등의 일정 요건의 충족을 통해서, 수탁자의 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임을 지도록 한정하고(제114조 제1항), 신탁채권에 기하여 수탁자의 고유재산에 대하여 강제집행등이나 국세 등 체납처분을 할 수 없도록 하는(제119조 제1항) -수탁자의 책임이 대세적으로 한정된- 신탁을 만들 수 있

42) 우리법의 유한책임신탁제도와 일본의 한정책임신탁제도의 도입 논의에 대한 자세한 설명으로는 김태진, 김태진, 전계논문 16, 297-299면, 307-310면; 오영준, 특집 - 신탁제도 개혁의 과제와 전망: 유한책임신탁 - 2009. 10. 27. 입법예고된 신탁법 전면개정안을 중심으로 -, BFL 제39호, 2010. 1. 25-26면;

게 하였다.

‘신탁의 주식회사化’는 유한책임신탁제도 곳곳에서 나타난다. 유한책임신탁은 등기를 통해서 그 효력이 발생하며(제114조 제1항, 일본 신탁법 제216조), 주식회사의 이사와 마찬가지로 유한책임신탁의 수탁자는 일정한 회계서류의 작성의무를 지며(제117조 제1항, 일본 신탁법 제222조), 주식회사와 마찬가지로 수익증권을 발행한 유한책임신탁과 직전 사업연도 말의 신탁재산의 자산총액 또는 부채규모가 일정 기준 이상인 경우에는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」의 예에 따라 감사를 받아야 한다.(제117조 제2항, 일본 신탁법 제248조) 또한, 주식회사 주주에 대한 이익 배당가능액에 대한 제한과 마찬가지로 유한책임신탁의 수탁자는 수익자에게 신탁재산에서 대통령령에 따라 산정한 급부가 가능한 한도를 초과하여 급부할 수 없으며,(제120조, 일본 신탁법 제225조) 유한책임신탁은 일반적인 신탁과는 달리 종료시 주식회사의 청산과 유사한 청산 절차와 채권자 보호 절차를 거쳐야만 한다.(제132조~제139조, 일본신탁법 제229조~제231조)

이를 간단히 표현하면, 주식회사의 장점(수탁자 납세책임 등을 포함한 책임한정의 대세효)을 가지기 위해서, 주식회사 만큼의 비용(서류 작성, 감사 등)을 지출해야하는 신탁이다. 그리고, 이러한 유한책임신탁의 수탁자의 책임한정의 내용도 주식회사에 가까운 형태로 일반적인 책임한정특약의 범위와는 차이를 보인다. 이는 이하에서 설명하도록 한다.

VI. 유한책임신탁과 책임한정특약

1. 책임 한정의 범위와 내용의 차이

앞서 살펴보았듯이 책임한정특약은 거래당사자 사이에 계약책임과 불법행위책임에 대해서 한정을 할 수 있고, 납세책임 등 거래당사자 사이에서 발생하지 않은 책임에 대해서는 한정할 수 없다. 또한, 이러한 책임 한정은 민법 103조에 의해서 수탁자의 고의, 중과실⁴³⁾에 의한 책임을 포함할 수는 없다.

유한책임신탁은 당사자 사이의 합의에 의해서가 아닌 법의 요건을 충족시킴에 따라 법이 부여한 수탁자에 대한 책임한정이고, 그렇기 때문에 대세효를 가지며, 납세의무에 대한 책임도 면책을 할 수 있다.⁴⁴⁾ 그리고, 제3자에 대한 수탁자의 책임 한

43) 앞서 설명하였듯이 계약책임의 중과실에 대한 면책 가능 여부에 대해서는 서로 다른 의견들이 존재한다.

44) 신탁법 제119조(고유재산에 대한 강제집행 등의 금지) ① 유한책임신탁의 경우 신탁채권에 기하여 수탁자의 고유재산에 대하여 강제집행등이나 국세 등 체납처분을 할 수 없다. 다만, 제118조에 따른 수탁자의 손해배상채무에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 수탁자는 제1항을 위반한 강제집행등에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제48조를 준용한다.

③ 수탁자는 제1항을 위반한 국세 등 체납처분에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 국세 등 체납

정의 범위와 내용도 일반적인 책임한정의 특약과는 사뭇 다르다.

유한책임신탁의 제3자에 대한 책임한정의 내용과 범위와 관련한 가장 중요한 조문은 신탁법 제118조이다.

제118조(수탁자의 제3자에 대한 책임) ① 유한책임신탁의 수탁자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 그 수탁자는 유한책임신탁임에도 불구하고 제3자에게 그로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 제3호 및 제4호의 경우 수탁자가 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하였을 때에는 그러하지 아니하다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 경우
2. 고의 또는 과실로 위법행위를 한 경우
3. 대차대조표 등 회계서류에 기재 또는 기록하여야 할 중요한 사항에 관한 사실과 다른 기재 또는 기록을 한 경우
4. 사실과 다른 등기 또는 공고를 한 경우

② 제1항에 따라 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 수탁자가 여럿인 경우 연대하여 그 책임을 진다.

해당 조문은 일본 신탁법 제224조를 참조한 것으로 보이는데, 특히 제118조 제1항 제1호의 의미가 문제가 된다. 해당 규정에 따르면 수탁자가 “고의 또는 중대한 과실로 그 ‘임무’를 게을리한 경우 수탁자는 유한책임신탁임에도 불구하고 제3자에게 그로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있는데, 수탁자가 게을리한 ‘임무’의 대상이 무엇인지가 문제가 된다.

이는 애당초 해당 조항과 유사한 기능을 하는 상법 제401조에서도 발생한 문제이다.⁴⁵⁾ 상법 제401조 제1항의 ‘이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다’는 규정에서의 고의·중과실에 의한 임무해태가 회사에 대한 이사의 임무를 의미하는 것인지(법정책임설), 제3자에 대한 가해의 고의·중과실을 의미하는 것인지(불법행위책임설) 등의 의견이 있으나, 다수설과 판례는 회사에 대한 임무라고 보고 있다.⁴⁶⁾

신탁법 제118조 제1항 제1호 또한, 규정의 명문의 내용을 보면, 고의 또는 중대한 과실은 제3자에 대한 가해행위와 관련된 것이 아니라, 신탁행위에서 정한 의무 위반, 선관주의의무 위반, 충실의무 위반 등의 경우와 같이 수탁자가 신탁사무 처리에 있어서 그 임무를 해태한 고의 또는 중과실을 의미하는 것으로 해석된다.⁴⁷⁾

따라서, 해당 규정의 의의는 제3자의 채권의 책임재산인 신탁 재산에 대한 보호를 통해서 채권자인 제3자를 보호하고자 하는 조항이지, 수탁자와 제3자의 거래에서 발생할 수 있는 계약책임에 대한 한정을 주요 취지로 한 것이 아니다.⁴⁸⁾

처분에 대한 불복절차를 준용한다.

45) 해당 조항은 상법 제401조상 이사의 제3자에 대한 책임과 유사한 책임을 부과할 필요가 있어서 개정된 것이라 한다. 법무부, 신탁법 해설, 2013, 846면

46) 상법 제401조는 이사가 회사에 잘못을 해서 제3자가 손해를 본 것에 대한 책임을 지게 하는 규정으로 애당초 일본에만 있던 특이한 구조의 조문이라고 한다. 송옥렬, 전거서 3, 1046-1048면

47) 법무부, 전거서 45, 847면

예를 들어, 수탁자가 신탁 목적에 따라 수익자의 이익을 위해서 제3자와 체결한 계약을 고의로 불이행하는 경우를 상정해보자. 이때 신탁 계약의 내용에 따라 수탁자는 임무를 위배하지 않은 것일 수 있어서, 신탁법 제118조 제1항 제1호 고의 또는 중대한 과실에는 해당하지 않고, 이에 따라 수탁자의 제3자에 대한 고의의 불이행으로 인하여 발생한 계약책임은 신탁재산으로 책임이 한정되고(제114조), 제3자는 수탁자의 고유재산에 대해서 압류할 수 없게 된다(제119조). 하지만, 책임한정특약의 경우에는 민법 103조에 의해 애당초 수탁자의 제3자에 대한 고의로 발생한 계약책임을 면책할 수는 없다.

차이는 불법행위책임에서도 나타난다. 신탁법 제118조 제1항 제2호는 “고의 또는 과실로 위법행위를 한 경우” 이러한 불법행위책임에 대한 수탁자의 책임을 면책하고 있지 않고, 토양오염책임이나 공작물 등의 소유자책임 등의 일부 무과실 법정책임에 대해서만 수탁자의 책임을 한정하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서, 통상적인 과실에 의한 수탁자의 제3자에 대한 불법행위책임은 유한책임신탁에서는 면책되고 있지 않다.

2. 책임한정특약의 병용과 보완

유한책임신탁제도가 도입된 이후에도 여전히 수탁자와 제3자에 의한 책임한정특약이 가능한 것인가에 대해서는 이에 반대하는 의견도 있으나, 앞서 설명하였듯이 신탁법에서 이를 금지하고 있지 않는 한 책임한정특약은 가능하다고 보아야 할 것이다.

더 나아가, 유한책임신탁으로 등기한 신탁의 수탁자가 거래상대방인 제3자와 책임한정특약을 추가로 체결할 수 있는가에 대해서도 논의가 필요하다. 이를 위해서는 ① 이를 금지하는 규정이 있는지, ② 이러한 병용이 유한책임신탁제도의 취지를 몰각시키는 것은 아닌지, ③ 그러한 병용에 실익은 있는 것인지에 대한 확인을 중심으로 이루어져야 한다.

우선, 신탁법의 유한책임신탁편을 보면 책임한정특약을 금지하는 것으로 해석되는 규정은 보이지 않는다.

두 번째로 유한책임신탁은 수탁자의 책임을 한정하고, 제3자의 채권에 대한 책임재산을 신탁 재산으로 한정하는 제도이고, 신탁 재산에 대한 보호를 통해서 채권자인 제3자를 보호하는 구조를 취하고 있다. 따라서, 수탁자의 책임이 늘어나거나, 제3자가 자발적으로 위험을 인수하는 것은 유한책임신탁제도의 취지와는 충돌하지 않는다고 보아야 할 것이다. 물론, 신탁법 제118조에 의한 수탁자의 책임을 책임한정특약을 통해서 더 강하게 면책하는 것을 상정해볼 수는 있으나, 애당초 고의, 중과실

48) 거래주체가 회사인 상법의 제401조를 거래주체가 수탁자인 신탁법에 차용한 일본 신탁법과 우리 신탁법의 방식에 대해서는 추후 논할 필요가 있는 것으로 생각된다.

49) 법무부, 전거서 45, 847-848면

에 의한 책임은 면책할 수 없으므로, 책임한정특약을 통해서 신탁재산의 부담을 증가시킬 수 있는 방법은 없다. 따라서, 책임한정특약이 병용된다고 해서 책임한정특약의 당사자가 아닌 다른 거래상대방들의 이익을 침해할 가능성은 높지 않다.

세 번째로 앞서 살펴보았듯이 유한책임신탁으로는 수탁자의 제3자에 대한 고의에 의한 계약책임을 수탁자에게 물을 방법이 없다. 또한, 수탁자의 과실에 의한 불법행위책임을 면책할 수 있는 방법도 없다. 따라서, 책임한정특약이 유한책임신탁제도의 취지를 몰각시키지 않는다면, 보다 다양한 위험분배 구조를 위해서 병용이 허용되어야 할 것이다.

반대로, 유한책임신탁의 수탁자가 신탁 재산의 신용을 보장하기 위해서 개인 자격으로 특정 거래 상대방에게 담보를 제공하거나, 해당 거래에 대해서는 자산의 무한책임을 인정하면 이는 어떻게 보아야 할까. 이때 유한책임신탁의 수탁자임을 인지하고 신탁과 관계가 없는 거래를 한 상대방의 입장에서는 유한책임의 수탁자로서 책임이 한정되는 것을 신뢰하여 거래를 한 것이기 때문에 수탁자의 위험인수는 허용되어서는 안 된다고 주장할 수도 있을 것이다. 하지만, 어차피 대부분의 거래에서 거래 상대방의 채권-채무 관계는 모두 공시되지 않으며, 주식회사의 이사의 거래 상대방이 이사가 회사의 채무에 대해서 연대보증을 하는 것을 막을 수 있는 법적 권리가 없는 것과 비교하면, 이 또한 추후 논의가 있어야 할 부분으로 생각된다.

3. 책임한정특약 구별의 문제

유한책임신탁과 책임한정특약의 병용이 가능하다고 판단하더라도, 실무상에는 여러가지 문제가 있을 수 있다. 앞서 설명한 책임한정특약의 실무상의 문제들은 이 경우에도 여전히 존재하게 되고, 특히나 책임한정특약의 존재 확인의 문제가 더 크게 발생할 수밖에 없다.

신탁법 제116조 제1항은 “수탁자는 거래상대방에게 유한책임신탁이라는 뜻을 명시하고 그 내용을 서면으로 교부하여야 한다”고 규정하고 있고, 실무에서 대부분의 부동산신탁회사들은 거래 상대방과의 계약서에 ‘수탁자의 모든 책임은 신탁 재산으로 한정되고 수탁자는 책임이 없다’는 취지의 내용을 포함시키고 있다. 이때 거래의 맥락과 계약서의 전체 문맥에 따라서는 해당 내용이 책임한정특약으로 해석될 여지가 없는 것은 아니다. 물론, 단순한 유한책임신탁의 명시가 아닌 이례적인 책임한정특약으로의 해석은 가급적 보수적으로 이루어질 것으로 예상되나, 이에 대해서는 향후 실무에서 주의가 필요한 것으로 판단된다.

VII. 결론

본 발표문에서 살펴보았듯이 책임한정특약은 거래 당사자들의 합의를 통한 위험

의 배분 계약이고, 유한책임신탁은 보다 신탁을 회사에 가깝게 사용할 수 있게 하기 위해서 법으로 만든 ‘회사화 된 신탁’ 기구이다. 책임한정특약과 유한책임신탁 모두 수탁자의 책임을 한정하는 것이긴 하지만, 구체적으로 그 범위와 내용은 다르다. 법에 의해서 고정화된 유한책임신탁을 사용하면서도, 특정 거래에 있어서는 상황에 맞추어 책임한정특약을 병용하여 위험의 배분과 이를 통한 전체 거래 비용의 절감을 추구할 수도 있다.

신탁의 다양한 활용은 신탁의 다양한 변용을 통해서 달성될 수 있고, 이는 신탁 제도에 대한 이해를 전제로 한다. 신탁 제도는 그 자체만으로는 아직도 우리에게 완전히 친숙하다고는 보기 어렵다. 하지만, 회사화 된 신탁인 유한책임신탁과 책임한정특약의 관계와 활용에 대한 논의를 통해서 보다 신탁을 친숙하게 이해하고 활용할 수 있게 될 수 있을 것이라 생각한다.

따라서, 이후에도 실무에서의 활용에 대한 주의 깊은 관찰이 지속되어야만 할 것이다.

