한국신탁학회

2021년 (사)한국신탁학회 하계학술대회

신탁법제의 주요 쟁점과 과제

| 일 시 |

2021년 6월 18일(금) 13:40 ~ 18:00

| 장 소 |

건국대학교 법학전문대학원 5층 교수회의실

| 주 최 |

한국신탁학회

2021년 (사) 한국신탁학회 하계학술대회

신탁법제의 주요 쟁점과 과제

□ (일시) 2021년 6월 18일(금) 13:40 ~ 18:00

□ (장소) 건국대학교 법학전문대학원 5층 교수회의실

* 코로나19 상황을 고려해 현장 참여 인원을 일부 발표자 등으로 제한하고, 줌을 활용하여 학술대회를 진행할 예정

* Zoom 회의 참가 https://sunmoon.zoom.us/j/4570915799
회의 ID: 457 091 5799
암호: 2345

□ (주최) (사) 한국신탁학회

- 개회식 : 13:40~14:00
- 개회사 : 권종호 (사)한국신탁학회 회장

□ 주제발표

세 션	내 용	사 회	토론	
제1주제 14:00~14:50	**보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고** 안성포 교수 (전남대)	정순섭 교수 (서울대)	최병규 교수 (건국대)	유주선 교수 (강남대)
제2주제 14:50~15:40	**공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계** **-동산과 유가증권을 중심으로-** 이중기 교수(홍익대)		이영경 변호사 (김앤장)	김병연 교수 (건국대)
15:40~16:00	- Coffee Break -			
제3주제 16:00~16:50	**분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안** 이계정 교수 (서울대)	한민 교수 (이화여대)	최수정 교수 (서강대)	신영수 변호사 (법무법인 율촌)
제4주제 16:50~17:40	**영미법상 수탁자의 이득토출책임의 연원 및 개념** 송지민 영국변호사		권재열 교수 (경희대)	이승아 변호사 (KB증권)
17:40~18:00	**폐 회**			

□ 코로나19로 인해 만찬은 생략하는 점 양해 부탁드립니다.

한국신탁학회

목 차

01 | 제1주제 | 안성포 교수

보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고

17 | 제2주제 | 이중기 교수

공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계
-동산과 유가증권을 중심으로-

47 | 제3주제 | 이계정 교수

분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안

81 | 제4주제 | 송지민 영국변호사

영미법상 수탁자의 이득토출책임의 연원 및 개념

한국신탁학회

| 제1주제 |

보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고

안성포 교수

보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁에 관한 소고

안 성 포
(전남대학교 법학전문대학원)

I. 서론

보험금청구권신탁은 보험금청구권을 신탁재산으로 한다. 우리나라에서는 2003년 보험업법시행령의 개정으로 보험회사의 신탁업겸영이 허용되었고, 2010년 5월 12일 금융위원회가「자본시장법 제103조 제1항 제3호의 "금전채권"이 확정적인 권리일 것을 요구하고 있지 아니하므로 보험금청구권도 제3호의 "금전채권"에 해당한다」라고 유권해석함에 따라 몇 개의 보험회사들에 의해 보험금청구권신탁의 상품화가 추진된바 있었다. 그러나 2013년 6월 26일 법무부는「보험계약자이자 피보험자인 위탁자가 장래에 발생할 생명보험금청구권을 수탁자에게 위탁하기 위하여 수탁자를 보험수익자로 신규 지정하는 행위, 위탁자가 본인을 보험수익자로 지정한 후 보험수익자를 위탁자에서 수탁자로 변경하는 행위를 신탁법 제2조의 "특정의 재산의 이전" 또는 "그 밖의 처분"으로 볼 수 없다」고 유권해석함에 따라 실질적으로 보험금청구권신탁이 이루어지지 못하고 있다.

보험제도는 장해, 사망 등 갑작스런 위험으로 인한 피보험자와 유족의 경제생활의 안정확보를 목적으로 하는 것이지만, 보험금을 수령한 이후 유족에 의한 재산의 탕진이나, 보험기간 중 피보험자의 고령화와 치매 등 능력상실에 따른 생활보장 및 장기간병 등의 문제를 해결함에 있어서는 보험의 역할이 제한적일 수밖에 없다. 한편, 2011년 개정 신탁법에 도입된 유언대용신탁은 위탁자 자신이 사망한 때에 수익자에게 수익권을 귀속시키거나 위탁자가 사망한 때부터 수익자가 신탁이익을 취득할 수 있는 수익권을 부여하는 형태의 신탁으로, 위탁자(유언자)가 자신의 의사표시로 생전에 사망 후 신탁재산의 귀속을 정한다는 점에서 민법상 유증이나 사인증여에 비하여 탄력적인 제도로서 위탁자의 의사를 보다 적극적으로 반영하여 위탁자의 재산승계와 고령화 사회에서 고령자의 재산관리와 승계를 설계할 수 있다.[1)]

여기서 보험과 신탁을 접목시켜보기 위해서, 보험금청구권을[2)] 신탁재산으로 하는 유언대용신탁(이하 "보험금청구권신탁"이라 한다)의 법적 구성을 시도해보고자 한

1) 법무부, 신탁법해설, 동강, 2012, 487면.
2) 여기서의 보험금청구권은 손해보험의 보험금청구권을 제외한다. 손해보험은 피보험자에게 발생하는 보험목적물에 대한 실제의 재산적 손해를 전보하기 위한 것으로(상법 제665조), 본인의 능력상실이나 사망에 따른 본인 또는 유족의 재산관리, 생활안정을 위한 보험금청구권신탁의 대상으로 하기에 적절하지 않기 때문이다.

다. 보험금청구권신탁에서는 보험사고가 발생한 이후에도 보험금을 신탁재산으로 귀속시켜 수탁자가 일정기간 운영하게 되므로, 즉 위탁자(피보험자)는 보험금을 일단 신탁재산으로 귀속시켜 투자·관리의 경험이나 능력이 부족한 배우자나 자녀가 지급받은 보험금을 탕진해버리는 위험을 피할 수 있다. 또한 위탁자(피보험자)가 치매 등 질병이나 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 육체적, 정신적 제약으로 스스로 사무를 처리할 능력이 부족하게 될 때, 수탁자가 보험금을 수령, 운영하면서 위탁자(피보험자)의 생활을 보호하고, 위탁자(피보험자) 사망 후 유족의 생활안정을 도모하며 재산을 보호하고 재산의 사후관리까지 달성할 수 있게 하는 효용성을 가지게 된다.

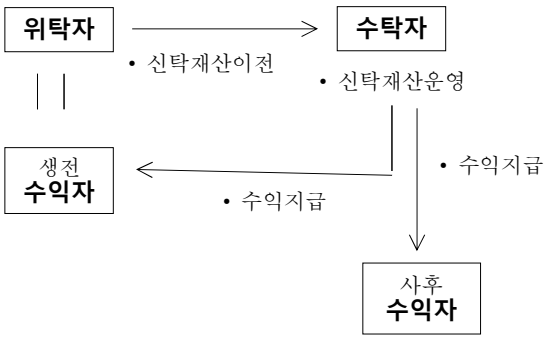
이하에서는 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁의 유형과 구조, 보험금청구권의 신탁재산 적격여부, 신탁재산의 귀속방법, 유류분반환청구와 유언대용신탁의 상속세 등의 법적 쟁점을 검토한다.

Ⅱ. 유언대용신탁의 종류

1. 유언대용신탁 I형(자익신탁+타익신탁형)

유언대용신탁 I형이란, 위탁자가 생전에 수탁자와 신탁계약을 체결하면서 수익자에게 남겨주고 싶은 재산을 수탁자에게 이전하고, 위탁자가 생존하는 동안에는 신탁재산으로부터 발생한 이익을 위탁자 자신을 생전수익자로 하여 지급받지만(자익신탁), 위탁자가 사망한 시점부터는 사후수익자가 수익권을 취득하도록 하여(타익신탁) 수익자에게 신탁재산의 원본 또는 그로부터 발생하는 이익을 지급하라는 내용으로 정하는 것이다. 즉 유언대용신탁 I형은 수익자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 내용의 신탁이다(신탁법 제59조 제1항 제1호).

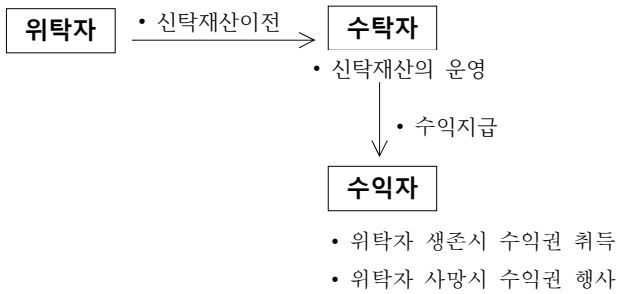
◆ 유언대용신탁 I 형(자익신탁+타익신탁형)



2. 유언대용신탁 Ⅱ형(타익신탁형)

유언대용신탁 Ⅱ형이란, 위탁자가 생전에 수탁자와 유언대용신탁을 설정하고, 수익자가 유언대용신탁계약의 효력발생과 동시에 수익권을 취득하지만 그 수익권의 행사는 오로지 위탁자가 사망할 때부터 가능하도록 정하는 것이다. 이 경우에 위탁자가 사망할 때까지 신탁재산의 원본으로부터 발생하는 이익은 모두 신탁재산의 원본에 편입시켜 신탁재산의 규모를 늘리고, 위탁자가 사망할 때 수익자는 자신이 보유하고 있었던 수익권을 행사할 수 있게 된다.[3] 즉 유언대용신탁 Ⅱ형은 수익자가 위탁자 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 것을 내용으로 하는 신탁이다(신탁법 제59조 제1항 제2호). 따라서 수익자는 위탁자의 생존 중에는 수익자로서의 권리를 행사할 수 없다(신탁법 제59조 제2항). 다만 신탁계약상 위탁자가 수탁자의 감독 등을 위해 수익자에게 일정한 권능의 행사를 허용한 때에는 그에 따른다(신탁법 제59조 제2항 단서). 만약 위탁자의 생존 중 수익자가 위탁자의 의사에 반하는 권한을 행사하는 경우, 위탁자는 수익자를 변경하려 할 것이다. 유언대용신탁에서는 위탁자가 언제든지 수익자를 변경할 수 있기 때문이다(신탁법 제59조 제1항 본문).[4]

◆ 유언대용신탁Ⅱ형(타익신탁형)



3. 유언대용신탁과 수익자연속신탁의 결합형

신탁법상 "수익자"는 1인이거나 다수일 수 있고, 동시에 존재하거나 순차적으로 존재할 수도 있다. 더욱이 현존하지 않을 수도 있으며 반드시 특정되어 있어야 하는 것도 아니다(신탁법 제67조 제1항). 그러므로 유언대용신탁을 설정함에 있어서도, 위탁자는 다수의 수익자들이 순차적으로 수익권을 취득하도록 설계할 수 있다. 즉 유언대용신탁을 통해서 최초의 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로운 수익자로서 수익권을 취득하도록 하는 뜻을 정할 수 있

3) 오영걸, 신탁법, 홍문사, 2021, 31면.
4) 유언대용신탁 I형에서는 사후수익자로 지정된 자가 위탁자 사망 시까지 수익권을 취득하지 못하므로 이러한 문제가 발생하지 않는다.

고(신탁법 제60조 제1문), 이 경우 수익자의 사망에 의하여 차례로 타인이 수익권을 취득하는 방식으로 유언대용신탁이 설정될 수 있다(신탁법 제60조 제2문). 이처럼 수익자가 연속적으로 이어지는 신탁을 수익자연속신탁이라 한다.

Ⅲ. 유언대용신탁에 적합한 보험금청구권의 범위

1. 위탁자와 피보험자가 동일한 보험금청구권

유언대용신탁은 위탁자의 생존과 사망을 요건으로 하는 신탁이므로, 위탁자와 피보험자는 동일인이어야 한다. 보험계약에 있어서 위탁자가 보험계약자가 되는 경우 위탁자 즉, 보험계약자와 피보험자가 불일치하는 보험계약은 타인의 보험계약이 된다. 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 피보험자의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다(상법 제731조 제1항). 그리고 서면에 의한 동의를 한 피보험자는 계약의 효력이 유지되는 기간 중에는 언제든지 서면동의를 장래를 향해 철회할 수 있다(생명보험 표준약관 제29조 제2항). 동의는 타인의 사망보험계약에 내재하는 위험의 감경을 위한 것이므로 그러한 잠재적 위험이 현재화되는 등 피보험자가 동의를 철회할 상당한 이유가 있는 때, 철회를 허용하는 것은 타당하다. 그러나 위탁자 아닌 제3자의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하고, 보험금청구권을 신탁한 뒤 피보험자인 제3자가 임의로 동의를 철회한다면, 신탁계약의 안정성을 침해하게 된다. 보험금청구권신탁은 위탁자가 자신의 능력상실 또는 사망 이후 본인이나 가족의 생활안정 등을 목적으로 하는 것이므로, 위탁자를 피보험자로 하는 것이 취지에 맞고, 따라서 위탁자와 피보험자는 동일인이어야 한다.[5)]

2. 보험금청구권신탁의 대상

(1) 생명보험

생명보험은 피보험자의 사망, 생존, 사망과 생존을 보험사고로 하는 것이므로(상법 제730조), 생명보험금청구권은 유언대용신탁에 매우 적합하다. 사망보험은 피보험자의 사망을 보험사고로 보험금을 지급하며, 피보험자의 사망의 시기를 묻지 아니하고 보험자의 보험금지급책임을 인정하는 종신보험과 일정기간 안의 사망만을 보험사고로 하는 정기보험으로 나뉜다. 생존보험은 피보험자가 보험기간이 끝날 때까지 생존한 때 보험금을 지급하는데 주로 생존연금보험이 활용된다. 생사혼합보험은 일정기간까지 생존하면 생존보험금을, 사망하면 사망보험금을 지급하기로 하는 보험으로 활용되고 있고 만기보험금과 사망보험금에 차이를 두어 사고에 대한 보장

5) 양희석, “보험금청구권신탁의 법적 문제”, 서울대대학원 법학석사 학위논문, 2019, 73면.

성을 높이는 방식이다.

(2) 상해보험, 질병보험, 장기간병보험과 생사혼합보험의 결합

복지신탁만을 추구한다면 상해보험, 질병보험, 장기간병보험의 보험금청구권을 신탁하는 것으로 충분할 것이다. 다만 질병, 상해보험 중 그때그때 소요되는 비용을 지급하는 손해보험성격의 비정액보험금보다는 정액의 보험금이 보험금 지급과 관련된 분쟁, 신탁법상 이해충돌 등의 문제를 발생시킬 우려가 적고, 수탁자가 이들 수취하여 운영, 지급하여 신탁의 목적을 실현하는데 보다 적합하다. 따라서 보험금청구권의 신탁대상으로 적절한 것은 생명보험과 상해, 질병보험의 보험금청구권 중 정액보험의 보험금청구권이다. 사망보험금이나 치매간병보험금 등의 정액보험은 고령화 사회에 대비한 복지신탁의 대상으로서 그 필요성이나 활용가능성도 클 것으로 예상되지만, 유언대용신탁은 위탁자의 생존과 사망을 조건으로 하는 것이기 때문에, 상해보험, 질병보험, 장기간병보험과 생사혼합보험이 결합한 보험금청구권이 가장 이상적이다.

3. 보험금청구권신탁의 유형

(1) 사망보험금청구권신탁의 법적 구조

사망보험금청구권을 신탁재산으로 하는 보험금청구권신탁으로 위탁자가 보험계약자, 피보험자, 보험수익자가 되는 방식이다. 위탁자가 자신을 피보험자 겸 보험수익자로 하는 보험계약을 체결하고, 이와 동시에 또는 순차적으로 위탁자로서 사망보험금청구권을 신탁재산으로, 제3자를 신탁수익자로 하여 수탁자와 신탁계약(타익신탁)을 체결하면서, 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 변경한다(상법 제731조 제2항). 위탁자는 신탁계약에 따라 자신의 보험금청구권을 수탁자에게 이전할 의무가 있고, 이에 따라 보험금청구권을 수탁자에게 양도한다.

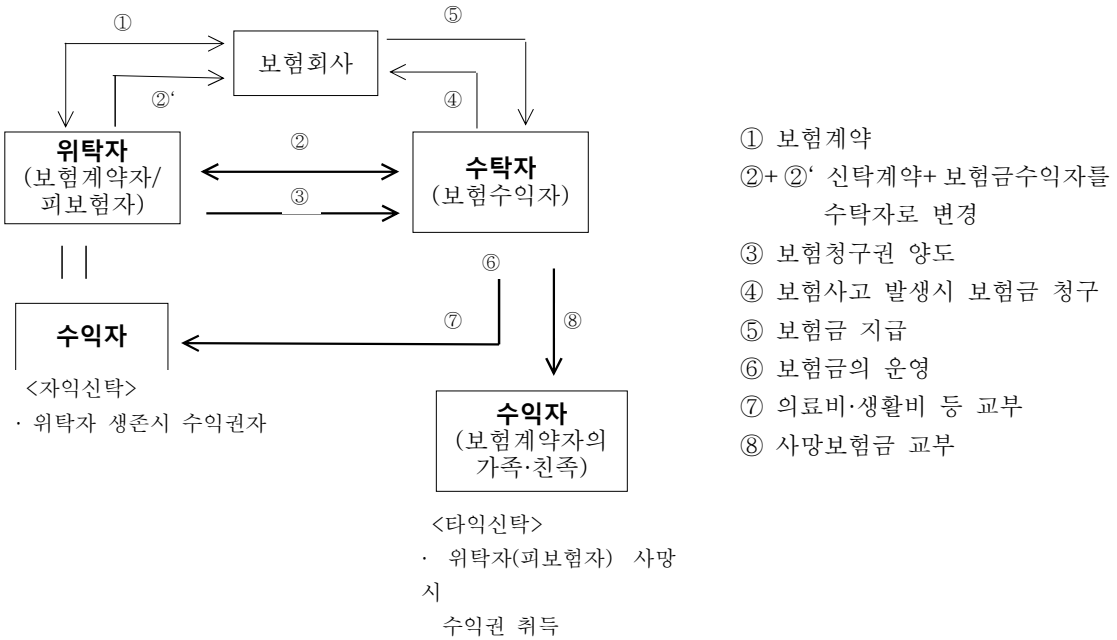
사망보험금청구신탁은 유언대용신탁Ⅱ형(타익신탁형)의 법률관계에 근거하는 것이므로, 위탁자(피보험자)가 사망할 때까지 이익수익권을 가지지 않는 방식이다. 즉 위조자(피보험자)가 사망한 후에는 물론이고 그가 생존하고 있는 동안에도 수익자가 존재하지만, 실제로 수익자가 수익권을 행사하여 보험금을 수령할 수 있는 시기만큼은 위탁자인 피보험자가 사망한 후로 미룰 수 있게 된다.

위탁자(피보험자)의 사망으로 사망보험금이 수탁자에게 일시금으로 지급되더라도 신탁계약을 통해 수익자 및 지급 방식의 다양화를 도모할 수 있다. 수탁자가 매달 일정한 금액을 교육이나 생활자금, 간병비 등으로 지급하도록 하되, 여행이나 수술치료 등 특별한 사유가 발생하였을 때 필요 금액을 적절하게 지급하도록 수 있다. 예를 들어, 위탁자 사후 사망보험금을 미성년자녀의 생활비와 교육비로 매달 200만

원씩 지급하도록 하고 여행이나 대학진학 등 사유가 있을 때 필요 금액을 추가로 지급하도록 하며, 25세가 된 때 원본수익의 50%를, 30세가 된 때 나머지 50%의 원본수익을 지급하도록 할 수 있다. 자녀 등이 성장하여 정상적으로 재산을 관리할 수 있을 때까지 원금을 보호하고 법정후견인에 의한 사망보험금 편취 및 유용을 방지함과 동시에 사정변경에 신축적으로 대응하여 자녀 등을 실질적으로 보호해줄 수 있고 법원의 감시로 안정적이고 공정한 집행을 담보할 수 있다.

신탁수익을 바로 배분하지 않고 원본에 합산하거나 새로운 재산에 투자하도록 함으로써 신탁수익의 향수기간을 장래로 미룰 수도 있고, 일정기간 또는 상속인 사망시까지 그 상속인(제1수익자)에게 매달 일정금액을 지급하게 하고 이후에는 다른 상속인(제2수익자)에게 지급하거나 소유권을 귀속하게 하는 등 수익자연속신탁을 통하여 사후의 재산승계까지 설계할 수 있다.

◆ 사망보험금청구권신탁

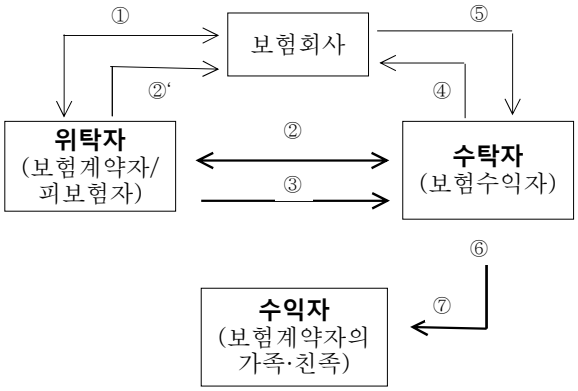


(2) 생사혼합보험금청구권신탁의 법적구조

상해보험, 질병보험, 장기간병보험과 생사혼합보험이 결합한 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 보험금청구권신탁으로, 위탁자가 보험계약자 및 피보험자이고 수탁자는 보험수익자가 되는 방식이다. 위탁자가 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 수탁자와 체결하고, 이미 체결된 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 변경한다. 위탁자가 생존하는 동안에는 상해보험, 질병보험, 장기간병보험 그리고 생존보험의 보험금청구권으로부터 발생한 보험급부를 위탁자 자신을 수익자로 하여 지급받지만(자익신탁), 위탁자가 사망한 시점부터는 위탁자의 유족이 수익권을 취득하

도록 하여 수익자인 유족에게 보험급부를 교부하라는 내용으로 정하는 것이다(타익신탁).

◆ 생사혼합보험금청구권신탁



① 보험계약
②+②' 신탁계약+보험수익자를 수탁자로 변경
③ 보험청구권 양도
④ 보험사고 발생시 보험금 청구
⑤ 사망보험금 지급
⑥ 사망보험금의 운영
⑦ 생활비·학비 등 보험금 교부

Ⅳ. 보험금청구권신탁에 관한 법적 쟁점

1. 보험금청구권의 양도가능성

신탁법 제2조에 의하면, 신탁이란 … 위탁자가 … <u>특정의 재산을</u> 수탁자에게 <u>이전</u>하거나 … <u>그 밖의 처분</u>을 하고 수탁자로 하여금 … 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발 그 밖에 신탁목적의 달성을 위해 필요한 행위를 하게 하는 법률관계이다. 이 규정과는 별도로 제3조에서 신탁설정방식으로 (i) 위탁자와 수탁자 간의 계약(신탁계약), (ii) 위탁자의 유언(유언신탁), (iii) 신탁의 목적, 신탁재산, 수익자 등을 특정하고 자신을 수탁자로 정한 위탁자의 선언(신탁선언)을 규정하고 있다. 이 3가지의 신탁설정방식은 모두 ① 위탁자의 신탁설정의 의사표시(청약), ② 신탁인수에 관한 수탁자의 의사표시(승낙), ③ 위탁자로부터 수탁자로의 재산이전이라는 진행과정을 거치게 되는데, 이들 사이에 시간적 괴리가 생길 수 있기 때문에, 어느 때에 신탁이 설정되는가 하는 문제가 생긴다. 이는 신탁당사자 간의 의사표시의 합치시점과 신탁재산의 이전 기타 처분이 실질적으로 행해지는 시점 사이에 신탁의 성립시점을 어디로 할 것인가의 문제이기도 하다.

신탁계약의 경우, 신탁의 성립시점은 위탁자와 수탁자 사이의 계약체결시로 파악한다(낙성계약설). 즉, 신탁인수에 관한 수탁자의 의사표시를 위탁자의 청약에 대한 승낙으로 보아 계약체결시점이 당사자의 의사표시가 합치한 시점이 된다.[6] 이 단계에서 신탁계약은 성립했지만 신탁재산은 아직 위탁자에게 있다. 신탁은 수탁자에

6) 최수정, 신탁법, 박영사, 2019, 176면.

의한 신탁재산의 운영을 전제로 하는 것이므로, 이는 위탁자의 재산이 수탁자에게 귀속되어야 가능하다. 따라서 위탁자는 신탁계약을 이행하기 위해서 수탁자에게 신탁재산을 이전하여야 한다. 이 과정을 신탁법 제2조에서 "재산의 이전" 또는 "그 밖의 처분"으로 규정하고 있다. 이처럼 신탁재산은 위탁자의 재산이전의무와 위탁자의 처분행위에 의해 형성되므로 신탁재산은 수탁자에게 이전될 수 있는 재산이어야 한다. 즉, 신탁재산은 양도가능한 것이어야 한다.

보험금청구권은 보험사고 발생을 조건 또는 기한으로 하는 추상적인 채권이고 보험사고 발생시 구체적인 채권이 된다. 보험수익자는 수익자로 지정된 때부터 수익의 의사표시가 없어도 보험사고를 조건 내지 기한으로 하는 확정성 있는 조건부·기한부 권리인 보험금청구권을 취득하며, 보험금청구권은 양도 당시에는 금액이 구체적으로 명시되어 있지 않더라도 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있으므로 특정성 있는 조건부·기한부 권리로서 양도 가능하다.[7]

상법 제731조에 의하면, 타인의 생명보험의 경우 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자 아닌 자에게 양도하기 위해서는 보험계약 체결시와 마찬가지로 피보험자의 서면동의를 얻어야 한다. 여기에서 말하는 보험계약으로 인하여 생긴 권리에는 보험금청구권이 당연히 포함되므로 이 규정은 간접적으로 보험금청구권의 양도가능성을 규정하고 있는 것이다.

그리고 민사집행법 제246조는 보험사고 발생 전의 보험금청구권이 압류 가능함을 전제로 보험금청구권의 특수성을 고려하여 보장성보험의 보험금청구권의 그 압류범위를 일부 제한하고 있다. 이를 반대해석하면 민사집행법이 정하는 압류금지의 범위를 초과하는 보험금청구권의 압류를 인정하는 것이므로 보험사고 발생 전 보험금청구권을 양도할 수 있다고 할 것이다.

2. 자본시장법상 신탁재산의 제한

자본시장법은 신탁회사가 인수할 수 있는 재산의 종류로서 금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전청구권, 그 밖의 부동산관련 권리, 무체재산권(지적재산권을 포함)으로 한정하고 있다(자본시장법 제103조 제1항). 이를 위반하여 다른 재산을 수탁한 신탁업자는 징역 1년 이하 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해진다 자본시장법 제446조 제18호).

신탁의 가장 큰 특징이자 장점이 유연성인데 자본시장법에서 수탁가능한 신탁재산을 한정하는 것은 신탁의 활용에 큰 제약이 된다. 신탁업의 다양화・활성화를 도모하기 위해서는 수탁재산의 제한과 같은 사전예방적인 규제보다는 행위규제, 감독조치와 같은 사후규제를 강화하여 수탁가능재산의 범위 제한을 철폐하고 포괄주의

7) 장래의 채권 또는 조건부 채권이라도 사회통념상 양도 목적 채권을 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도이면 그 채권은 특정된 것으로 보아야 할 것이고, 채권양도 당시 양도 목적 채권의 채권액이 확정되어 있지 아니하였다 하더라도 채무의 이행기까지 이를 확정할 수 있는 기준이 설정되어 있다면 그 채권의 양도는 유효한 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 7. 25. 선고 95다21624 판결).

로 전환하여 재산권 일반을 수탁 가능한 재산으로 하는 입법이 필요하다.

보험금청구권은 자본시장법상 신탁업자가 수탁할 수 있는 재산 가운데 하나인가? 보험금청구권은 자본시장법 제103조 제1항의 신탁가능한 재산으로 열거되어 있지는 않으므로 신탁은 불가한 것인가?

그러나 보험계약은 보험자와 보험계약자 사이에 이루어지는 채권계약으로서 보험료와 보험금은 대가관계를 이루는 유상계약이고 쌍무계약이다. 보험금청구권은 채권의 일종이므로 보험금청구권이 금전의 인도를 목적으로 하는 경우, 즉 보험급부를 금전으로 약정한 경우는 금전채권에 해당한다. 자본시장법 제103조 제1항 제3호의 금전채권신탁은 신탁재산으로 수탁하여 이를 관리 추심하고 신탁 만기시 추심대전 등을 수익자에게 지급하는 신탁으로서, "금전채권"은 양도가능하고, 제3자에 대하여 채권회수가 보장되는 채권이어야 한다고 설명되고 있다. 현재 신탁재산으로서 대출채권, 신용카드채권, 리스채권, 할부채권, 건설공사대금채권 등이 활용되고 있다.

보험사고가 발생하기 이전의 보험금청구권은 추상적 권리이고 조건부, 기한부의 장래채권이기는 하나 양도가능하고 보험회사에 대한 강제집행가능성, 소구가능성 있는 채권으로 추심이 보장되는 채권이므로 자본시장법 제103조 제1항 제3호의 "금전채권"에 해당한다. 금융위원회도 위 "금전채권"은 확정적인 권리일 것을 요구하는 것은 아니므로 보험금청구권도 신탁재산인 금전채권에 해당할 수 있다고 유권해석을 한바 있다(2010. 5. 12.자 유권해석).

3. 신탁재산으로 보험금청구권의 귀속방법

(1) 보험금청구권의 양도방법

상법은 보험금청구권의 양도 방법에 대해서 특별히 규정하고 있지 않으므로 민법의 일반원칙에 따라 지명채권양도방식에 따라야 한다. 지명채권의 양도는 종래의 채권자와 새로운 채권자 사이에서 채권을 새로운 채권자에게 이전하기로 하는 내용의 계약이 있어야 하고, 채무자에의 통지는 채권양도의 대항요건일 뿐 채권이전의 요건은 아니다(민법 제450조 제1항). 따라서 위탁자와 수탁자 사이에 보험금청구권을 수탁자에게 이전하기로 하는 의사표시의 합치로 보험금청구권은 수탁자에게 이전되고, 다만 채권양도인인 위탁자가 보험금청구권의 채무자인 보험자에게 보험금청구권양도 사실을 통보하여야 보험자에게 대항할 수 있다. 권리관계를 명확히 하고 분쟁을 예방하기 위해서는 제3자에 대한 대항요건으로서 확정일자 있는 증서에 의한 보험자에 대한 통지 또는 보험자의 승낙에 의하는 것이 필요할 것이다(민법 제450조).

채권양도계약의 체결과 동시에 채권은 동일성을 유지하면서 새로운 채권자에게 이전된다. 채무자가 양도인에게 가지고 있던 모든 항변권이나 이의권도 그대로 양

수인에 대해서 존속한다. 따라서 보험자는 보험금청구권 양수인인 수탁자에게 보험금청구권양도 후 위탁자의 보험료 미납, 보험금청구권발생의 면책사유 존재 등의 사유를 들어 대항할 수 있다할 것이다.

(2) 보험수익자의 지정 또는 변경

위 두 유형의 보험금청구권신탁은 보험계약자가 수탁자와 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 체결하고, 기존의 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 변경하는 방식이다.

이때 보험금청구권은 보험수익자인 수탁자의 권리이므로, 위탁자가 그 보험금청구권을 신탁재산으로 신탁계약을 체결하는 것이 마치 타인의 재산을 신탁재산으로 하여 신탁계약을 체결하는 것과 마찬가지가 아닌지 의문이 있을 수 있다. 특히, 2013. 6. 26.자 법무부 업무질의에 대한 회신에 의하면, “보험계약의 보험수익자를 수탁자로 지정 또는 변경하더라도 보험수익자로 확정되는 것이 아니라 언제든지 보험수익자가 변경될 수 있는 불안한 지위에 놓이게 된다는 점, 보험계약자가 자신을 보험수익자로 지정한 후 보험사고 전에 보험수익자를 제3자로 변경하는 경우 보험계약자의 보험금청구권이 소멸하고 제3자는 변경권 행사의 효과로 새로운 보험금청구권을 취득하는 점에 비추어볼 때, 보험계약자의 보험수익자 지정 또는 변경행위는 통상의 재산의 이전 또는 처분과 다르므로, 보험계약자이자 피보험자인 위탁자가 장래에 발생할 생명보험금청구권을 수탁자에게 위탁하기 위하여 수탁자를 보험수익자로 신규 지정하는 행위, 위탁자가 본인을 보험수익자로 지정한 후 보험수익자를 위탁자에서 수탁자로 변경하는 행위를 신탁법 제2조의 “특정의 재산의 이전” 또는 “그 밖의 처분”으로 볼 수 없다“고 유권해석한 바 있다.

그러나 보험금청구권은 보험수익자인 수탁자의 권리이므로 위탁자가 타인의 재산을 신탁재산으로 신탁계약을 체결하는 것이라고 보는 것은 전후가 바뀐 것이다. 애당초 수탁자가 보험금청구권을 취득하는 것 자체가 신탁계약의 이행으로서 이루어진 것이기 때문이다. 즉 기존에 보험계약이 체결되어 있었다면 위탁자는 수탁자와 사이에 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 체결한 후 보험금청구권양도의 방법으로서 자신이나 제3자로 지정된 수익자를 수탁자로 변경할 것이고, 보험계약이 체결되어 있지 않았다면 위탁자가 위와 같이신탁계약을 체결한 후 그 이행의 방법으로서 보험계약을 체결하고 보험수익자를 수탁자로 지정하는 것이다. 따라서 수탁자 소유의 보험금청구권을 신탁계약의 이행을 위하여 수탁자를 보험수익자로 지정하고 수탁자는 그 지정에 따라 보험금청구권을 취득하는 것이다.

신탁법 제2조는 신탁이란 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 “이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분”을 하는 것이라고 규정하고 있는바, 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 체결한 후 보험계약의 수익자로 수탁자를 지정·변경하는 것은 신탁재산인 보험금청구권을 수탁자에게 ‘이전’ 또는 적어도 ‘그 밖의

처분’에 해당하는 것이다. 위탁자가 자신을 수익자로 지정하여 보험금청구권을 취득한 후 보험금청구권을 수탁자에게 양도하는 절차를 거치는 대신 이를 단축하여 수탁자를 보험계약의 수익자로 지정·변경하는 형식을 취하는 것이므로 실질적으로 신탁재산인 보험금청구권의 ‘이전’에 해당한다고 볼 수 있다. 설령, 보험수익자 지정을 보험금청구권이라는 채권의 양도와 같이 ‘이전’에 해당한다고 볼 수 없다고 하더라도, 위탁자가 재산권에 대하여 처분권한을 가지고 이를 수탁자에게 귀속시킨다면 신탁을 설정할 수 있으므로 보험계약자가 보험수익자를 지정할 수 있는 권한을 가지고 있고, 이를 행사하여 보험수익자인 수탁자에게 보험금청구권을 귀속시켰다면 ‘그 밖의 처분’으로서 보험금청구권에 신탁을 설정한 것으로 볼 수 있다.

4. 보험금청구권신탁(유언대용신탁)과 유류분반환청구권

(1) 유류분반환청구권의 인정근거

피상속인이 신탁을 통하여 재산을 처분함으로써 상속인의 유류분이 침해된 경우에 상속인이 유류분반환을 청구할 수 있는지 여부에 관하여 대부분의 국내 문헌은 유류분반환을 청구할 수 있는 것으로 해석하고 있다.[8] 그 이유로는 신탁재산을 위탁자인 피상속인의 적극재산이 아니라고 하여 유류분 산정의 기초재산에서 배제하게 되면 유류분권리자에게 상속재산의 일정비율을 확보해 주고자 하는 유류분제도의 실효성을 잃게 된다는 점을 든다.[9] 사인증여가 생전계약이라는 점에서 유증과 차이가 있으나 민법이 유증의 규정을 준용하고 있는 점(민법 제562조)을 감안하여 유언대용신탁에 있어서도 유증의 규정이 유추적용되는 것으로 보아야 한다는 견해,[10] 유언대용신탁의 경우 수익자는 실질적인 의미에서 수익권을 증여받는 것이므로 유류분의 기초재산을 산정할 때 이 수익권의 가치를 평가하여 이를 증여재산으로 가산하여야 하지만, 유언신탁의 경우 신탁재산이 되어야 할 재산 그 자체이지 수익권이 아니라는 견해가[11] 있다.

(2) 유류분반환청구의 상대방

유류분반환청구의 상대방은 반환청구의 대상이 되는 증여나 유증의 수증자 또는

---

8) 최수정, “개정 신탁법상의 재산승계제도 -유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로」’,「법학 논총」제31집 제2호, 2011, 78-82면; 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”,「법학논총」 제32집 제3호, 2012, 220면; 임채웅, “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”,「신탁법연구2」, 박영사, 2011, 78면; 이연갑, 신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2009, 160면; 정소민, 앞의 논문, 148-150면.

9) 광장신탁법연구회, 주석신탁법, 박영사, 2013, 267면.

10) 김판기, “고령화 사회에서 재산관리와 승계수단으로서의 신탁'「동아법학」제55호, 2012, 218면.

11) 임채웅, 앞의 책, 79면.

수유자, 그 포괄승계인이다. 다만, 유언집행자가 있는 경우에는 유증에 대한 반환의 의사표시를 유언집행자에 대하여 하여도 무방할 것이다.[12] 그리고 유증을 먼저 반환받고 부족이 있을 때 비로소 증여에 대하여 반환청구를 할 수 있으며(민법 제 1116조), 증여와 유증을 받은 자가 다수인 때에는 각자 얻은 유증가액 및 수유가액에 비례하여 반환청구를 할 수 있다(민법 제 1115조 제2항).

그런데 유언대용신탁의 경우 가령 위탁자가 생전에 유일한 수익자였고 위탁자 사망 후 다수의 수익자가 원본수익권을 취득한다면, 유류분권리자가 수익자를 상대로 각 수익권의 가액에 비례하여 반환청구권을 행사하는 데는 어려움이 없을 것이다. 하지만 유언대용신탁은 물론 유언신탁에서도 수익자가 연속되고 수익권의 내용이 다양하게 설계된 경우, 유류분권리자로서는 단기소멸시효가 완성되기 이전에 누구를 상대로 얼마만큼을 반환청구할 수 있는지 파악하는 것조차 용이하지 않다. 또한 아직 현존하지 않거나 확정되지 않은 수익자는 어떻게 취급할 것인지, 제3자에게 수익자변경권을 수여한 경우 이러한 요소들을 어떻게 반영할 것인지도 불분명하다.

신탁재산으로부터 이익을 향수하는 자는 결국 수익자이므로, 유류분권리자는 원칙적으로 수익자를 상대로 반환청구를 하여야 할 것이다. 그러나 유언신탁이나 유언대용신탁에서 수익자와 수익권의 내용이 연속적 · 다각적인 때에는 수익자에 대한 청구가 어려운 경우들이 얼마든지 발생할 수 있다. 수익자에 대한 반환청구를 고집한다면 유류분반환청구 자체가 유명무실하게 될 위험이 있다. 그렇다면 유류분의 확보와 유류분반환청구권의 실효성이라고 하는 관점에서는, 이러한 경우 유류분을 침해하는 수익권의 기초가 되는 신탁재산으로부터 유류분을 반환받도록 할 필요가 있다. 그러므로 유류분반환청구의 상대방은 원칙적으로 수익자이지만, 수익자가 존재하지 않거나 확정할 수 없는 경우와 같이 수익자에 대한 반환청구를 기대하기 어려운 때에는 신탁재산의 관리인인 수탁자가 그 상대방이 된다고 하겠다.[13]

(3) 하급심 판례(수원지방법원 성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489)

이 판결은 유언대용신탁과 유류분반환청구의 관계에 관한 우리나라 최초의 판례라는 점에 의미가 있다. 판결의 핵심은 다음과 같다.

- 유언대용신탁에 있어서 피상속인이 수탁자에게 이전한 신탁재산도 증여재산으로 보아야 한다. 따라서 신탁재산은 유류분산정의 기초가 되는 재산을 구성한다.
- 그런데 이는 수탁자에 대한 재산이전이 피상속인 사망 1년 내에 이루어졌거나, 혹은 피상속인 사망 1년 전에 이루어진 것이라 하더라도 수탁자가 유류분의 침해사실에 대하여 악의인 경우에 한한다(민법 제1114조). 그러나 수탁자인 하나은행이 이 사건 신탁계약으로 인하여 유류분 부족액이 발생하리라는 점을 알았다고 볼 증거가 없다.

12) 김주수 · 김상용, 앞의 책, 865면.
13) 최수정, 앞의 책, 517면.

- 따라서 원고의 유류분반환청구의 소를 기각한다.

원고는 이에 대하여 항소를 제기하였으나 수원고등법원은 유류분에 부족액이 발생하지 않았다는 이유로 이를 기각하였다(수원고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나11380). 원고측은 신탁수익자가 취득한 수익권이 원고의 유류분을 침해하는 상속재산에 해당하는지 여부에 대해서는 아무런 주장도 하지 않았는데, 개인적으로 왜 그랬는지 의문이다. 결국 법원은 유언대용신탁과 유류분반환청구에 대해서는 판단을 하지 않았다.

(4) 소결

유언대용신탁의 신탁재산은 상속개시 시 피상속인(위탁자)이 가진 재산에 포함된다. 형식적으로는 신탁재산이 위탁자로부터 수탁자에게 이전되었지만, 유언대용신탁의 경우에는 일반 신탁과는 다른 특징을 가진다. 위탁자는 원칙적으로 자유롭게 수익자를 변경할 수 있다(신탁법 제59조 제1항). 또한 생전신탁의 경우 위탁자가 신탁이익의 전부를 누리는 자익신탁에 해당하여 위탁자는 언제든지 신탁을 종료할 수 있다(신탁법 제99조 제2항). 한편 위탁자가 유언대용신탁을 설정하면서 생전 수익권을 누구에게도 부여하지 않고 위탁자의 사망 후 수익자가 될 자만을 정하거나(신탁법 제59조 제1항 제1호), 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받기 시작하도록 정한 경우에 그 수익자는 원칙적으로 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사할 수 없으므로(신탁법 제59조 제1항 제2호 및 제2항) 위탁자는, 신탁행위로 달리 정하지 않는 한, 언제든지 유언대용신탁을 종료시키고 신탁재산을 위탁자 명의로 복귀시킬 수 있다. 결국 유언대용신탁의 위탁자는 실질적인 의미에서 여전히 신탁재산을 지배하고 소유권에 견줄 수 있는 권리를 가진다고 보아야 한다. 그러므로 유언대용신탁의 신탁재산은 상속개시 시 피상속인(위탁자)이 가진 재산에 포함되어 유류분산정의 기초재산이 된다고 본다.[14]

5. 유언대용신탁과 수익자연속신탁에 대한 상속세

신탁법상 유언대용신탁과 수익자연속신탁은 위탁자 또는 직전 수익자의 사망을 원인으로 수익자가 수익권을 취득한다는 점을 감안하여 2020. 12. 29. 세법 개정에서 상속세 과세대상으로 규정하였다. 유언대용신탁의 경우 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자 사망 시 수익권을 취득하거나, 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁을 말하고, 수익자연속신탁은 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로 수익권을 취득하도록 하는 뜻을 미리 정한 신탁(수익자의 사망에 의해 차례로 타인이 수익권을 취득하는 것을 포함)을 말한다(상증법 제2조 1호).

14) 정소민, “신탁을 통한 재산승계와 유류분반환청구권”, 한양법학 제28권 제2집(통권 제58집) 2017, 225면.

위탁자가 사망한 경우 신탁재산이나 신탁이익이 위탁자 혹은 수익자에게 귀속되며(상증법 제9조 제1항), 수익자가 사망한 경우 수익자가 보유하던 신탁수익권도 상속재산에 포함된다(상증법 제9조 제2항).

수익자연속신탁의 수익자가 사망함으로써 타인이 새로 수익권을 취득하는 경우 그 타인이 취득한 신탁의 이익을 받을 권리의 가액은 사망한 수익자의 상속재산에 포함한다(상증법 제9조 제3항). 사망을 계기로 피상속인의 재산이 상속인에게 이전된다는 점에서 유증이나 사인증여와 동일하므로 이를 상속재산에 포함시킨 것이다.

V. 결 론

우리나라는 전세계에서 가장 빠른 속도로 고령화가 진행되고 있는데도 치매노인, 장애인의 보호문제가 공공복지가 아니라 개인적인 문제로 가족의존형으로 처리되고 있으며 이를 대비하기 위한 법적 지원이나 금융제도가 미비한 상황이다. 노령화와 핵가족화가 급속히 진행됨에 따라 보호가 필요한 본인에 대한 장기간병의 문제, 반대로 보호자가 사망한 후 건강상 문제, 치매, 장애가 있거나 생활능력 또는 재산관리능력이 부족한 유족의 보호 문제는 점점 더 심각한 사회문제로 현실화되고 있다.

보험금청구권을 신탁재산으로 하는 유언대용신탁이란 본인의 능력상실이나 사망을 대비하여 본인 또는 유족의 생활안정을 위해 (생명보험 및 상해·질병보험계약의) 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁이라고 정의할 수 있다. 보험금청구권을 행사하여 현실적으로 수령한 보험급부는 보험수익자의 고유재산으로 바로 귀속되어 버리므로 구분하여 관리할 수 없고 피상속인 또는 유족의 채권자의 강제집행에서 자유롭지 못하며, 사망보험금의 경우에는신탁 여부를 강제할 수 없으나 보험금청구권을 신탁하게 되면 위탁자가 수익자의 다른 재산과 구분되어 독립성을 유지하고 위탁자의 의도대로 사후의 재산설계가 가능하다.

유언신탁과 유언대용신탁과 결합한 보험금청구권신탁의 활용으로 위탁자 사망 뒤 유족의 생활보호 및 재산관리설계, 위탁자의 치매 등 능력상실에 따른 생활보장 및 장기간병에 매우 효과적인 제도가 될 수 있을 것으로 기대한다.

한국신탁학회

| 제2주제 |

공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계

-동산과 유가증권을 중심으로-

이중기 교수

공시의 이행방법과 분별관리의무의 이행방법으로서 분별관리와 신탁재산표시, 그 관계 : 동산과 유가증권을 중심으로

이중기
(홍익대학교 법과대학)

국문요약

이 글에서는 특히 “등기 등록할 수 없는 재산권”의 대표적인 예인 동산과 유가증권에 대하여 신탁의 대항요건으로서의 공시방법과 분별관리의무의 이행방법 및 그 상호연관성을 각각 검토해 보았다.

해석상 공시요건은 “신탁재산의 표시”이고, 그 방법으로서 분별관리가 인정되는데 비해, 분별관리의무의 이행요건은 “분별관리”와 “신탁재산임의 표시”이고 이 두 가지가 모두 이행가능한 경우 두가지를 중첩적으로 이행하여야 한다. 따라서, 수탁자는 공시의 이행방법 혹은 분별관리의 이행방법으로서 분별관리 혹은 신탁재산의 표시를 한 경우 그러한 분별관리 혹은 신탁재산표시가 동시에 분별관리의무 혹은 공시의 요건을 충족시킬 수 있는지, 또한 중첩적으로 효력을 발휘할 수 있는지 여부가 문제된다.

먼저 동산과 관련해 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나누고, 또 각 상황을 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나누어, 각 상황에서 분별관리 혹은 신탁재산표시가 신탁공시의 요건을 충족시키는지 혹은 분별관리의무 이행으로 인정되는지 여부를 검토해 보았다.

다음으로 유가증권에 대해 살펴보았는데, 유가증권의 경우 “등기 등록할 수 있는” 유가증권이 존재하고, 이러한 유가증권에 대해서는 등기 등록이 공시 및 분별관리의 방법이 된다. 하지만 “등기 등록할 수 없는” 유가증권에 관해서는 동산과 같이 취급될 수 있다. 따라서 “등기 등록할 수 없는” 유가증권과 관련해 분별관리와 신탁재산의 표시와의 관계도 크게 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나누고, 또 각 상황을 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나누어, 각 상황에서 분별관리 혹은 신탁의 표시가 신탁공시의 요건을 충족시키는지 혹은 분별관리의무의 이행으로 인정되는지 여부를 검토해 보았다.

주제어

신탁의 공시, 분별관리, 신탁재산의 표시, 동산, 유가증권

I. 문제제기

“등기 등록할 수 없는 재산권”과 관련하여 신탁법 제4조 제2항은 “다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다”고 선언한다. 신탁법은 수탁자 등이 신탁재산임을 제3자에게 대항하기 위한 공시방법이 “분별관리등에 의한 신탁재산의 표시”임을 분명히 하고 있는 것이다.[1)]

한편 신탁법 제37조 제1항은 수탁자에 대하여 분별관리의무를 부과하면서 “수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 한다”고 선언한다. 신탁법은 대내적으로 수탁자에 부과된 분별관리의무의 이행방법이 “분별관리와(AND) 신탁재산의 표시”임을 구체화하고 있는 것이다.

이와 같이 신탁의 대외적 공시방법과 대내적 분별관리의무의 이행방법이 약간 다르게 규정되어 있기 때문에, 수탁자가 분별관리 혹은 신탁재산의 표시를 한 경우 수익자 기타 신탁관계자 혹은 신탁채권자는 수탁자가 신탁의 공시요건을 충족하였는지 혹은 분별관리의무를 이행하였는지 여부에 대해 의문이 생길 수 있다.

이 글에서는 특히 “등기 등록할 수 없는 재산권”의 대표적인 예인 동산과 유가증권에 대하여 신탁의 대항요건으로서의 공시방법과 대내적 의무로서의 분별관리의무 이행방법을 각각 검토해 보고자 한다. 특히 공시의 이행방법 혹은 분별관리의 이행방법으로서 분별관리 혹은 신탁재산의 표시를 한 경우 그러한 분별관리 혹은 신탁재산표시가 동시에 중첩적으로 효력을 발휘할 수 있는지 상호간의 영향을 검토해 본다.

II. 동산의 공시방법과 분별관리의무 이행방법

1. 동산의 공시방법 ; “등기 등록할 수 없는 재산권”의 공시방법

제4조(신탁의 공시와 대항) ② 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 관하여는 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다. ③ 제1항의 재산권에 대한 등기부 또는 등록부가 아직 없을 때에는 그 재산권은 등기 또는 등록할 수 없는 재산권으로 본다. ④ 제2항에 따라 신탁재산임을 표시할 때에는 대통령령으로 정하는 장부에 신탁재산임을 표시하는 방법으로도 할 수 있다.

1) 신탁공시 원칙에 대한 자세한 분석으로는, 이연갑, “공시원칙과 신탁법 개정안”, 전남대학교 법학논총 제31집 제2호 (2011) 89면 (이하 “이연갑”) 참조.

(1) ‘분별’과 ‘표시’의 의미

개정 신탁법에 의하면 “등기 또는 등록할 수 없는 재산권”에 관한 대항의 원칙은 “신탁재산의 표시”이고, “분별관리”는 신탁재산표시의 한 예시이다. 따라서 ‘분별관리’를 하지 않더라도 다른 방법으로 신탁재산임을 표시할 수 있다면, 수탁자 혹은 수익자는 신탁재산임을 대항할 수 있게 된다.[2] 물론 ‘분별관리’가 있는 경우에는 통상 신탁재산임이 표시되는 경우이므로, 수탁자나 수익자는 분별에 의한 신탁재산의 표시로서 신탁재산임을 쉽게 대항할 수 있게 된다.

(2) 공시방법으로서의 신탁재산 ‘표시’의 적절성 문제

제3자에 대한 대항요건으로서 “신탁재산의 표시” 방법이 적절한가가 문제된다. 즉 “내부적인 관리상황에 불과한 분별관리에 대하여 공시성을 부여하는 것은 타당하지 않”으며, 또한 분별관리는 “등기 또는 등록과 달리 수탁자가 언제나 임의로 변경이 가능하므로, 고유재산을 신탁재산으로 표시해 둠으로써 수탁자의 일반채권자가 그 재산권에 대하여 집행할 수 없게 되는 역효과도 우려”되기 때문이다.”[3]

그런데, “등기 등록할 수 없는 재산권의 경우 공시방법으로서 분별관리 외의 대안을 찾기는 쉽지 않다”. 그리고 “신탁재산의 종류나 내용에 따라서 그 구체적인 방법은 다양할 수 밖에 없어서 법률규정이 이를 세부적으로 정하기는 어렵다”.[4] 특히 “[신탁재산 표시]를, 단순히 신탁재산을 고유재산 또는 다른 신탁재산과 물리적으로 구별하는 것만을 의미하는 것은 아니고, 더 나아가 당해 재산권이 신탁재산에 속하는 사실을 표시하는 것까지 포함하는 의미로 이해한다면, 불완전하기는 하지만 공시성이 인정될 수도 있”을 것이다.[5]

특히 “분별관리되지 않더라도 단순히 신탁재산의 입증으로서 제3자에게 대항할 수 있”었던 개정전 통설의 입장과 비교할 때 증명책임의 기준을 제시한 점에서는 의미가 있다고 본다.

(3) 신탁재산 ‘표시’의 다양성과 판단기준

앞서 언급한 것처럼, 신탁공시와 관련해 신탁재산의 표시가 중요하게 되는데,[6] “등기·등록할 수 없는 재산”에 대한 신탁재산표시의 구체적인 방법과 정도는 신탁재산인 물건 혹은 권리의 종류에 따라 개별적으로 결정될 것이다.[7] 예를 들어, 분

---

2) 이중기, 신탁법 (2007) (이하 “이중기, 신탁법”) 117면.
3) 이연갑 106면; 동일한 취지로, 이근영, “신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법”, 토지법학 제29권 제2호 (2013) 285면, 304면.
4) 최수정, 신탁법 (개정판) (2019) (이하 “최수정”) 254면.
5) 이연갑 107면.
6) 이근영 304면.

별관리 등의 방법에 의한 신탁재산의 특정[8] 등의 방법으로 신탁표시가 될 수 있다면, 제3자에 대해 신탁재산임을 대항할 수 있다.

구체적 사안에서 신탁재산표시가 이루어졌는가를 어떻게 판단하는가가 문제되는데, 일반적 기준으로서는 제3자가 신탁재산임을 인식할 수 있을 정도의 표시면 충분하다[9]고 볼 것이다.

1) 동산, 은행계좌

동산에 신탁의 표시를 하거나 은행계좌에 신탁의 명칭을 부기하는 경우와 같이, 수탁자가 분별관리를 위해 신탁재산에 대해 '신탁재산의 표시'를 해 놓은 경우 신탁재산의 특정[10]은 어렵지 않고, 따라서 신탁재산임을 쉽게 주장할 수 있다. 하지만, 신탁재산이 분별관리되지 않아 특정되기 어려운 때에는 신탁재산임을 주장하기 어려운 경우도 있을 것이다.

일단 신탁재산의 특정을 통해 신탁재산임을 입증하면 신탁관계인은 신탁재산인 사실을 모든 제3자에 대해 주장할 수 있다. 수탁자의 일반채권자가 선의인 경우에도 마찬가지이다.[11]

2) "등기 등록할 수 없는 동산"의 범위

동산 중에서도 자동차, 선박과 같이 등록 혹은 등기 제도가 구비되어 있는 경우가 있다. 하지만 이 경우에도 소유권이전 목적의 등기 등록은 가능하지만, 신탁재산 대항목적의 신탁등록 혹은 신탁등기가 가능하지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에도 해당 동산은 등기 등록할 수 없는 동산으로 취급된다(제4조 제3항).[12]

2. 분별관리의무의 이행방법

제37조(수탁자의 분별관리의무) ① 수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 한다. ② 여러 개의 신탁을 인수한 수탁자는 각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야 한다. ③ 제1항 및 제2항의 신탁재산이 금전이나 그 밖의 대체물인 경우에는 그 계산을 명확히 하는 방법으로 분별하여 관리할 수 있다.

(1) '분별관리'의 의미・방법 : '표시'를 포함하는 분별관리

7) 최수정 254면.
8) 신탁재산의 특정에 대해서는 이중기, 신탁법 96면 이하.
9) 이근영, 305면; 최수정 253면.
10) 신탁재산의 특정에 대해서는 이중기, 신탁법 96면 이하.
11) 한민・박종현, "신탁과 도산법 문제", BFL 제17호 (2006), 38면.
12) 최수정 253면.

수탁자의 분별관리의무와 관련해 신탁법이 규정하고 있는 '분별'관리 혹은 '구별'관리는 수탁자가 신탁재산을 다른 재산으로부터 '물리적으로 분리'해 관리하는 것[13]으로 해석되고 있다. 즉, 제37조의 관리는 어디까지나 소극적인 관리의 경우에 한정되고, 그 이상의 적극적인 '운용' 혹은 '투자'는 포함하지 않는다. 이러한 점에서 '관리'라는 용어에 신탁재산의 운용·투자가 포함되는 제31조의 수탁자의 권한상의 '관리'와는 구별된다.

분별관리와 신탁재산의 표시와의 관계가 문제되는데, 수탁자가 부담하는 이러한 '관리'의무에는 신탁재산의 표시의무도 포함된다.[14] 따라서 앞서 본 것처럼, 신탁재산표시도 분별관리의무에 당연히 포함된다. 그런데 이러한 분별관리의 의미는 신탁재산의 종류에 따라 달라진다.

(2) 분별관리의 이행방법

1) 토지, 건물

토지나 건물을 분별관리한다는 것은 수탁자가 자신의 토지나 건물 혹은 다른 신탁에 속한 토지나 건물을 물리적으로 분리해 관리한다는 것을 의미한다. 또, 단순한 물리적 분별관리뿐만 아니라 신탁재산의 공시까지 해야 한다.[15]

토지나 건물을 물리적으로 분리해 관리하고, 신탁공시까지 하면 의무위반방지, 선의취득 방지, 특정성 확보 등의 관점에서 긍정적으로 작용하기 때문이다. 그렇지만, 위탁자와 수탁자 사이의 합의로써 분별관리의무를 면제하는 것은 가능하다. 따라서 토지신탁 등에서 이러한 합의가 있으면 신탁등기를 생략할 수 있다.

2) 동 산

동산을 분별관리한다는 것은 수탁자가 자신의 동산 및 다른 신탁에 속하는 동산으로부터 물리적으로 분리해 관리하는 것이므로, 다른 유사한 동산으로부터 물리적으로 분리해 관리하면 된다. (또 이러한 물리적 분별관리는 등기 또는 등록할 수 없는 동산의 경우 신탁공시를 이행할 수 있게 한다(제4조 제2항)).

나아가 수탁자의 분별관리의무는 자신의 고유재산으로 오해되지 않도록 '신탁재산의 표시'까지 할 것을 요구한다(예: 신탁재산인 동산의 표면 혹은 신탁재산을 보관하는 창고의 입구에 보관중인 물품이 신탁재산인 사실의 표시). 하지만, 신탁의 표시가 신탁재산의 처분에 불편함을 야기하는 경우 신탁행위로서 그 표시의무를 면하게 하는 것은 가능하다.[16]

---

13) 최수정, 315면; 이중기, 신탁법 316면.
14) 이연갑 107면; 이중기, 신탁법 314면; 최수정 315면.
15) 최수정 315-316면, 이중기 317면.
16) 이중기 317면.

3. 동산의 공시방법과 분별관리의무 이행방법의 비교

(1) 분별관리, 신탁재산의 표시가 신탁공시 혹은 분별관리의무의 이행에 미치는 영향

앞서 본 것처럼 신탁법 제4조는 신탁의 공시방법으로서 "분별관리 등의 방법으로 신탁재산임을 표시"하도록 하여, 분별관리가 신탁재산임을 표시하는 방법 중 하나인 것으로 정하고 있다. 반면에 신탁법 제37조에서는 관리의무의 이행방법으로서 "분별관리를 하고 신탁재산임을 표시"할 것을 요구하여 분별관리 외에 신탁재산의 표시가 가능하면 신탁표시를 할 것을 요구한다.[17]

따라서, 해석상 공시요건은 "신탁재산의 표시"이고, 그 방법으로서 분별관리가 인정되는데 비해, 분별관리의무의 이행요건은 "분별관리"와 "신탁재산임의 표시"이고 이 두 가지가 모두 이행가능한 경우 두가지를 중첩적으로 이행하여야 한다. 따라서, 수탁자는 어떻게 해야 이러한 각각의 요건을 충족시킬 수 있는지가 문제된다.

동산과 관련해 분별관리와 신탁재산의 표시와의 관계는 크게 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나눌 수 있고, 또 각 상황은 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나눌 수 있다. 그리고, 각 상황에서 분별관리 혹은 신탁재산표시가 신탁공시로서 대항할 수 있는지 혹은 분별관리의무의 이행으로서 인정되지 여부가 문제된다.

동산	공시대항 (표시) 여부	분별관리의무 : (분별 + 표시) 이행여부
A. 분별관리가 가능한 경우로서, 신탁재산을 분별관리만 한 경우	하나의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]	하나의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]
	수개의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]	수개의 신탁 : x [신탁재산간 분별 x]
B. 분별관리가 가능한 경우로서, 분별관리 없이 신탁재산표시만 한 경우	하나의 신탁 : 0 [혼장 재산의 신탁 비율 표시]	하나의 신탁 : x [분별 x]
	수개의 신탁 : 0 [신탁 비율 표시]	수개의 신탁 : x [분별 x]
C. 분별관리가 불가능한 경우로서, 신탁재산 표시를 한 경우	하나의 신탁 : 0	하나의 신탁 : 0 [표시로서 분별관리]
	수개의 신탁 : 0	수개의 신탁 : 0

17) 이연갑 107면; 이중기, 신탁법 314면; 최수정 315면.

D. 분별관리 불가능한 경우로서, 신탁재산 표시를 안한 경우	하나의 신탁: x	하나의 신탁 : x
	수개의 신탁 : x	수개의 신탁 : x

(2) 상황 A : 분별관리가 가능한 경우에 분별관리만 한 경우

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 하나의 신탁을 인수한 경우를 상정해 보자. 이 경우 신탁재산에 속하는 동산과 고유재산에 속하는 동산은 분별관리가 가능한데, 수탁자가 물리적인 분별관리만 하고 따로 신탁재산임을 표시하지 않은 경우에 대해서 살펴보자.

예) 여러 창고에 재산을 보관하면서 신탁재산인 동산을 따로 창고 A에 보관하고, 자기재산인 동산은 창고 B, C, D에 보관하면서, 창고 B, C, D 입구에 자기재산이라는 표시를 하였으나, 창고 A에는 신탁재산이라는 것을 표시하지는 않은 경우

(가) 신탁공시의 요건과 충족여부

이 경우 신탁의 공시요건은 "신탁재산의 표시" 인데, 분별관리는 신탁재산 표시의 방법으로서 인정되므로, 분별관리 되면, 신탁재산이 표시된 것으로 인정된다.[18] 신탁재산의 표시는 분별관리로서 소극적으로 나타날 수 있기 때문이다. 따라서 특별히 분별해 모아놓은 신탁동산에 대해서는 신탁재산의 표시가 없더라도 수탁자가 자기재산의 표시로서 신탁재산을 구별한 경우이므로 동산에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 볼 수 있다. 따라서, 신탁공시의 목적상 수익자는 "제3자에 대해" 신탁재산임을 대항할 수 있다.

(나) 분별관리의무이행의 요건과 충족여부

수탁자의 분별관리의무의 이행은 "분별관리" 와 "신탁재산의 표시" 라는 두가지 요건으로 규정[19]되어 있는데, 앞서 본 것처럼 "하나의" 신탁만 인수한 상황에서는 고유재산과 구별하는 분별관리를 하면 분별로서 신탁재산이 표시될 수 있고, 따라서 분별관리로서 신탁표시도 될 수 있다. 예를 들어, 자기 동산에 대해 분별하고 자기재산임을 표시한 수탁자는 분별된 신탁 동산에 대해 신탁표시를 하지 않더라도 분별과 관리가 되므로, "수익자에 대해" 분별관리의무의 이행을 주장할 수 있다.

18) 이근영 305면; 최수정, 253면.
19) 최수정, 315면.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

그런데, 수탁자가 수개의 신탁을 인수해 다른 신탁재산이 있는 경우에는 고유재산으로부터 신탁재산을 분리관리하는 것만으로 두가지 요건을 모두 충족시킬 수 없게 된다. 즉 수탁자가 신탁재산과 고유재산을 분별관리한 경우, 분별관리로서 "신탁의 표시"는 가능하므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 있다.

하지만 분별관리의무는 "각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야" 하므로(제37조 제2항), 고유재산과 구별되는 분별관리는 했으나, 어느 신탁재산인지가 구별되지 않는 경우에는 분별관리의무를 다한 것이 되지 못한다.

(3) 상황 B : 분별관리가능한 경우에 신탁재산표시를 한 경우

다음으로 물리적 분별관리가 가능한 경우에 신탁재산의 표시를 한 경우에 대해 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 하나의 신탁을 인수한 경우 신탁재산에 속하는 동산과 고유재산에 속하는 동산은 분별관리가 가능한데, 수탁자가 물리적인 분별관리 대신 신탁재산임을 표시한 경우에 대해서 살펴보자.

예) 창고에 신탁재산인 동산과 고유재산인 동산을 혼장 보관하면서 입구에 신탁재산의 비율을 표시한 경우

이 경우 신탁의 공시요건은 "신탁재산의 표시"인데, 혼장 보관한 재산에 대해 신탁재산의 비율을 표시했으므로 신탁재산의 표시는 있는 것으로 인정될 수 있다. 따라서 이 경우 동산에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 된다.

그런데, 이 경우 분별관리의무의 이행방법은 "분별관리"와 "신탁재산의 표시"인데, 앞서 본 것처럼 물리적인 분별관리가 되지 않으므로 혼장 보관 동산에 대해서는 분별관리의무를 다하지 못한 것으로 된다. 단 신탁재산이 "금전 기타 대체물"인 경우에는 계산을 명확히 하는 방법으로 분별하여 관리할 수 있다(제37조 제3항).

2) 수개의 신탁의 인수 상황

그런데, 수탁자가 수개의 신탁을 인수해 다른 신탁재산이 있는 경우에는 고유재산으로부터 신탁재산을 분리관리하는 대신 혼장 보관한 재산에 대해 각 신탁재산의 비율을 표시하면 어떻게 되는가?

즉 수탁자가 신탁재산과 고유재산을 분별관리하는 대신 비율적으로 각 "신탁재

산의 표시”를 한 경우, 각 신탁재산이 표시되어 있으므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 있다.

하지만 분별관리의무는 “각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야” 하므로(제37조 제2항), 신탁재산의 비율표시만으로는 분별관리의무를 충족시키지 못하게 된다. 물론 금전 기타 대체물의 경우에는 계산의 방법으로 분별관리할 수 있다.

즉 여러 신탁재산에 대해 각 신탁표시가 비율적으로 되어 있으면, 신탁공시로서는 충분하나, 분별관리의무의 이행으로서는 불충족하게 되고, 분별관리의무를 이행하기 위해서는 각 신탁재산이 다른 신탁재산으로부터 분리까지 되어야 한다. 단 금전 기타 대체물은 계산으로서 충분하다.

(4) 상황 C : 분별관리가 불가능한 경우에 신탁재산의 표시를 한 경우

이제 물리적 분별관리가 불가능한 경우에 수탁자가 “신탁재산의 표시”를 한 경우에 대해서 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

사업신탁을 영위하는 수탁자가 하나의 신탁을 인수하고 신탁금전과 고유금전으로 기계와 같은 동산을 공동매수한 경우 그 동산에 대한 물리적 분별은 불가능하다. 이 경우 수탁자가 물리적인 분별관리 대신 신탁재산임을 표시한 경우에 대해서 살펴보자.

예) 기계를 수익자의 동의를 얻어 신탁금전과 고유금전으로 공동매수한 후, 기계를 보관하면서 표면에 신탁재산의 비율을 표시한 경우

이 경우 신탁의 공시요건은 “신탁재산의 표시”인데, 보관한 재산에 대해 신탁재산의 비율을 표시했으므로 신탁재산의 표시는 있는 것으로 인정될 수 있다. 따라서 이 경우 동산에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 된다.

또, 이 경우 관리의무의 이행방법은 “분별관리”와 “신탁재산의 표시”인데, 물리적 분별이 불가능한 경우, 신탁재산의 표시는 최선의 관리 방법으로 생각되므로, 이 때 비율의 표시 등의 방법으로 신탁재산임을 표시하면 “분별관리의무”는 이행되었다고 보아야 한다. 즉 물리적인 분별관리가 불가능한 공동매수 기계에 대해서는 분별관리의무의 이행은 신탁의 표시로서 할 수 있다.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

그런데, 수탁자가 수개의 신탁을 인수해 다른 신탁재산이 있는 경우 각 신탁의 수익자의 동의를 얻어 고유금전과 각 신탁의 신탁금전으로 기계를 공동으로 구매하

였다고 하자. 이 경우 고유재산으로부터 신탁재산을 분리관리하는 것 및 각 신탁재산을 분리관리하는 것이 불가능한데, 이 경우 보관한 공유재산에 대해 각 신탁재산의 비율을 표시하면 어떻게 되는가?

이와 같이 수탁자가 각 신탁재산과 고유재산을 분별관리하는 대신 비율적으로 각 "신탁재산의 비율표시"를 한 경우, 각 신탁재산의 표시가 있으므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킨다고 볼 수 있다.

또 분별관리의무는 "각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야" 하는데(제37조 제2항), 이 경우 신탁재산의 분별이 불가능하므로 신탁재산의 표시만으로 분별관리의무의 이행은 이루어진 것으로 볼 수 있다.

즉 물리적 분별이 불가능한 경우, 여러 신탁재산에 대해 각 신탁재산의 표시가 비율적으로 되어있으면, 신탁공시 뿐만 아니라 분별관리의무도 충족하게 된다.

(5) 상황 D : 분별관리가 불가능한 경우에 신탁재산의 표시도 안한 경우

이제 물리적 분별관리가 불가능한 경우에 수탁자가 "신탁재산의 표시"를 하지 않은 경우에 대해서 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 하나의 신탁을 인수하고 신탁금전과 고유금전으로 동산을 공동매수한 경우 그 동산의 물리적 분별은 불가능한데, 수탁자가 신탁재산의 비율표시도 하지 않은 경우에 대해서 살펴보자.

예) 기계를 수익자동의를 얻어 신탁금전과 고유금전으로 공동매수한 후, 기계를 보관하면서 신탁재산의 비율을 표시하지 않은 경우

이 경우 신탁의 공시요건은 "신탁재산의 표시"인데, 보관한 재산에 대해 신탁재산의 비율을 표시하지 않았으므로 신탁재산의 표시는 없는 것으로 된다. 따라서 이 경우 동산에 대한 신탁의 공시요건은 일단 충족되지 않는다(하지만, 이 때 "신탁재산의 추정" 문제가 생기는데, 그 증명과정과 신탁공시에 대해서는 아래에서 살펴본다).

또, 이 경우 분별관리의무의 이행방법은 "분별관리"와 "신탁재산의 표시"인데, 앞서 본 것처럼 물리적인 분별이 불가능하므로 보관한 기계에 대해서는 신탁재산의 표시만 하면 되는데, 이러한 표시도 하지 않았으므로 분별관리의무를 이행하지 않은 것이 된다.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

수탁자가 수개의 신탁을 인수한 경우 각 신탁의 수익자의 동의를 얻어 고유재산과 각 신탁의 신탁재산으로 기계를 공동으로 구매한 경우에도 동일한 문제가 발생한다. 수탁자가 고유재산으로부터 각 신탁재산을 분리관리하는 것이 불가능한 재산에 대해 각 신탁재산의 비율도 표시하지 않으면 어떻게 되는가?

수탁자가 신탁재산과 고유재산에 대해 비율적으로 각 "신탁의 표시"도 하지 않은 경우, 각 신탁재산의 표시가 없었으므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 없게 된다(하지만, 이 때에도 "신탁재산의 추정" 문제가 생기는데, 그 증명과정과 신탁공시에 대해서는 아래에서 살펴본다).

또 분별관리의무는 "각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야" 하는데(제37조 제2항), 신탁재산의 표시를 하지 않았으므로 분별관리의무도 충족시키지 못하게 된다.

즉 물리적 분별이 불가능한 경우 여러 신탁재산에 대해 각 신탁재산의 표시가 비율적으로 되어있어야 하는데, 이를 이행하지 않았으므로 신탁공시 뿐만 아니라 분별관리의무도 충족하지 못하게 된다.

(6) "추정 신탁재산"에 대한 신탁의 공시 문제

그런데 수탁자가 분별관리를 이행하지 않아 "신탁재산과 고유재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 그 재산은 신탁재산에 속한 것으로 추정한다(제29조 제1항)". 그런데, 이와 같이 귀속관계가 불명이어서 신탁재산으로 추정되는 재산에 대해서도 신탁공시의 효력은 인정되는가?

등기등록할 수 없는 재산권에 대한 신탁공시방법은 분별관리 등에 의한 "신탁재산의 표시"인데, "재산의 표시"는 어떤 재산이 다른 고유재산 혹은 신탁재산으로부터 분별될 수 있으면 인정될 수 있다. 따라서 "추정 신탁재산"이 잘 분별된 다른 고유재산 혹은 다른 신탁재산과 분별될 수 있으면 "재산의 표시"가 된다고 볼 수 있다.[20] 이와 같이 "추정 신탁재산"에 대해서도 추정 신탁재산의 공시가 인정된다고 생각된다.

1) 물리적 분별이 되지 않아 귀속관계를 구분할 수 없는 경우

다음의 예를 들어 보자. 창고 A에는 신탁재산인 보리를 보관하고, 창고 B 에는 고유재산인 보리를 보관하고, 창고 C에는 고유재산인 보리와 신탁재산인 보리를 함께 보관하였다고 하자. 이 때 창고 C의 보리와 관련해 수탁자가 분별관리를 이행하지 않아 신탁재산인 보리와 고유재산인 보리가 혼장되어, 신탁재산과 고유재산의 귀속관계를 구분할 수 없는 경우가 생길 수 있는데, 이 혼장된 보리는 신탁재산과 고유재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없으므로, 신탁법 제29조가 적용되어 신탁재

20) 신탁재산의 귀속 추정에 대해서는, 이중기, "수탁자의 분별관리의무, 신탁재산의 귀속추정, 신탁의 공시", 홍익법학 제16권 제2호 (2015) 273면, 292-293면.

산에 속한 것으로 추정된다.

즉 이러한 상황에서는 수익자가 창고 C에 신탁재산인 보리가 있다는 사실을 주장 입증하면, 혼장된 보리 전부는 일단 신탁재산으로 추정되고, 수탁자가 추정 신탁재산 중 자신의 고유재산인 보리가 있고 그 량이 얼마인가를 반증하여야 한다.

그리고, 창고 C의 "추정 신탁재산"인 보리 전부는 창고 A의 신탁재산인 보리 및 창고 C의 고유재산인 보리와 잘 분별될 수 있으므로 "추정 신탁재산"인 보리에 대해서도 "신탁재산"의 표시가 있다고 볼 것이다.

2) 물리적 분별이 불가능하지만 신탁재산표시는 할 수 있는데, 신탁표시도 하지 않은 경우

다음으로 사업신탁을 영위하는 수탁자가 신탁금전과 고유금전으로 공동구매한 기계를 관리하는 경우에 대해 살펴보자. 신탁금전과 고유금전으로 공동구매한 기계에 대해 물리적 분별은 불가능하지만 신탁재산의 비율표시는 가능하므로 공동구매한 신탁재산 비율을 표시하여 신탁의 공시를 할 수 있다. 하지만 수탁자가 신탁재산의 비율을 표시하지 아니한 경우 기계에 대해서는 신탁재산과 고유재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없게 되는데, 이 때 신탁법 제29조에 의한 신탁재산의 추정이 적용될 수 있다.

따라서, 이와 같은 상황에서 수익자가 기계의 구입에 신탁금전이 투자되었다는 사실을 주장 입증하면, 귀속관계 구분이 어렵게 된 기계는 일단 신탁재산에 속하는 것으로 추정되고, 수탁자가 추정 신탁재산인 기계에 대해 자신의 고유금전이 투자되었고 그 금액이 얼마인가를 증명하여야 한다.

그리고, "추정 신탁재산"인 기계는 신탁재산인 기계, 및 고유재산인 기계와 분별될 수 있으므로 "추정된 신탁재산"에 대해서도 "신탁재산"의 표시가 있다고 볼 것이다.

3) 수개의 신탁재산이 투자된 경우

이처럼 고유재산과 신탁재산 간의 귀속관계를 구분할 수 없는 경우에는 신탁재산으로 추정하는데, 이 때 수탁자가 수개의 신탁재산으로 문제의 재산을 매수하는 경우가 있다. 이 경우 "서로 다른 신탁재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 그 재산은 각 신탁재산 간에 균등하게 귀속된 것으로 추정"(제29조 제2항)하므로, 수개의 신탁 사이에서는 균등한 비율로 귀속된 것으로 추정한다.

따라서, 신탁재산 간 "균등귀속이 추정된 신탁재산", 예를 들어 창고 C의 보리 혹은 기계에 대해 수개의 신탁금전이 투자되었다고 한다면, "균등귀속 추정 신탁재산"인 보리/기계는 고유재산인 보리/기계 및 '특정 신탁의 신탁재산'인 보리/기계와는 분별될 수 있으므로 "균등귀속 추정 신탁재산"에 대해서도 "신탁재산"의 표시가 있다고 볼 수 있다.

4. 수탁자 변경과 신탁공시, 분별관리의 계속적 이행

수탁자의 변경이 있는 경우 이전 수탁자가 행한 분별관리, 혹은 신탁재산의 표시는 신 수탁자에 대해 어떤 영향을 미치는가? 신수탁자는 이전 수탁자가 행한 분별관리 혹은 신탁재산의 표시를 계속 주장할 수 있다.[21] 따라서, 수탁자 변경에도 불구하고, 동산 혹은 계좌의 분별관리에 의한 신탁재산의 표시가 있는 경우 신수탁자가 신탁재산임을 주장하고, 분별관리의무를 이행하였다는 사실을 주장하는 데에는 별문제가 없다.

Ⅲ. 유가증권의 공시방법과 분별관리의무 이행방법

1. 유가증권 공시방법 : 개정 신탁법의 태도

신탁설정시 신탁재산이 유가증권인 경우, 위탁자는 수탁자에 대해 증권을 배서·교부함으로써 그 권리를 양도한다. 또 수탁자는 신탁재산임을 제3자에게 대항하기 위해서 신탁공시의 방법을 갖추어야 한다.

2012년 개정 전 신탁법은 유가증권의 경우 신탁재산의 표시의 방법으로 신탁의 공시를 하도록 하고 있었다. 또, 주권이나 사채권의 경우는 주주명부와 사채원부에 신탁재산의 기재까지 하여야 제3자에게 대항할 수 있도록 하였다(구 신탁법 제3조 제2항). 그러나 유가증권에 대하여 이러한 신탁의 공시를 이행하는 것은 몹시 번거롭고, 특히 대량으로 유가증권을 매매하는 신탁의 경우 거의 불가능하며, 이러한 점에서 수익자 보호에 오히려 불리하다는 비판[22]이 있었다.

2012년 개정 신탁법은 이러한 비판을 받아들여 유가증권의 대항요건에 관한 구 신탁법 제3조 제2항을 삭제하고 유가증권에 대한 별도의 조항을 두지 않기로 하였다. 금융 분야에서 신탁의 유연성을 활용한 대량유통 목적의 신탁을 활성화할 수 있도록 하고, 필요한 경우 위탁자가 신탁행위로 구법 제3조 제2항에 따른 공시방법을 요구할 수 있으므로, 유가증권도 분별관리 기타 "신탁재산 표시"의 방법으로 대항이 가능하도록 규정한 것이다.[23]

(1) 유가증권에 대한 "신탁재산 표시"의 다양성

증권의 경우 "신탁재산 표시"의 방법은 적어도 다음 세가지 방법이 있다. 하나는 주권이나 사채권의 경우와 같이 주주명부나 사채원부가 있는 경우이다. 이러한

21) 이중기, 신탁법 118면.
22) 이중기, 신탁법 123-124면.
23) 최수정 252면.

증권의 경우, 구법상의 신탁공시방법인 주주명부나 사채원부 등에 신탁재산의 기재를 하는 것은 “신탁재산임을 표시하는 것”에 해당한다.

증권에 대한 또다른 신탁재산 표시방법은 증권면에 신탁재산의 표시를 하는 것이다. 이러한 신탁재산 표시방법도 물론 “신탁재산임을 표시하는 것”에 해당한다.

마지막으로 유가증권을 물리적으로 분별함으로써 신탁재산을 표시하는 방법이 있다. 즉 주주명부나 증권면에 표시하지 않더라도, 신탁재산인 증권을 물리적으로 분별관리(예, 특별금고의 사용 등)를 하는 것도 신탁재산의 표시에 해당한다. 이 경우 유가증권에 대하여 “다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시”한 것이라는 입증책임은 수탁자가 부담하게 된다.

(2) 등기 등록할 수 있는 유가증권 : 예탁증권, 등록공사채의 경우 신탁공시의 특칙

신탁법은 유가증권의 공시방법에 대한 별도 규정을 두지 않고, 크게 등기·등록할 수 있는 재산권인지 여부에 따라 대항요건을 정하게 하였다. 따라서, 유가증권에 대해서도 등기·등록할 수 있는 유가증권인 경우에는 등기·등록함으로써 제3자에게 대항할 수 있게 된다(신탁법 제4조 제1항). 예를 들어, 상법의 증권전자등록제도에 따라 전자등록부에 등록한 유가증권은 등기·등록할 수 있는 재산권에 해당하므로 제3자에게 신탁재산임을 대항하기 위하여 전자등록부에 신탁의 등록이 필요하게 된다.[24]

또, 예탁결제원에 예탁된 증권의 경우, 예탁증권등의 신탁은 예탁자계좌부 또는 투자자계좌부에 신탁재산의 뜻을 기재하여야 제3자에게 대항할 수 있게 된다(자본시장법 제311조 제3항). 마찬가지로, 등록공사채의 경우 무기명식이면 신탁재산으로 위탁한 때 등록하지 아니하면 공사채의 발행자 기타 제3자에게 대항하지 못하고(공사채등록법 제6조 제1항), 기명식이면 신탁재산으로 위탁한 때 등록하고 발행자가 비치하는 공사채원부에 그 뜻을 기재하지 아니하면 공사채의 발행자 기타 제3자에게 대항하지 못하게 된다(공사채등록법 제6조 제2항).

(3) 등기 등록할 수 없는 유가증권 : 신탁재산의 표시에 의한 신탁공시

하지만, 등기·등록할 수 없는 유가증권인 경우에는 “신탁재산임을 표시”하는 방법으로 공시요건을 구비하여야 한다. 이 점에서 유가증권은 동산과 동일한 취급을 받게 되나, 앞서 본 것처럼, 유가증권에 대해서는 신탁재산의 표시방법이 더 다양해 질 수 있다.

(4) 신탁공시에 대한 특약

24) 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부 (2012), 53면

그런데 실무상 유동성이 높은 유가증권의 경우, 신탁공시의무를 면제할 필요가 있다[25] 즉 대량의 유가증권을 매수 매도하는 펀드의 경우 신탁공시를 하지 않는 것이 필요한 때에 즉시 처분할 수 있으므로 편리하다. 따라서, 예탁원에 예탁된 주식의 경우, 현물주권은 예탁결제원이 보관하는데, 예탁원을 이용하는 것에 대한 합의가 신탁당사자 사이에 있으면 신탁공시에 대한 특약이 있는 경우가 보통이다.

2. 유가증권 분별관리의무의 이행방법 : 분별관리와 신탁재산표시

(1) '분별관리'의 의미・방법 : '표시'를 포함하는 분별관리

앞서 본 것처럼 수탁자가 부담하는 '분별관리' 의무에는 신탁재산의 표시의무도 포함된다.[26] 따라서 유가증권에 대한 신탁재산표시도 분별관리의무에 당연히 포함된다. 또 이러한 분별관리의 의미는 유가증권의 종류에 따라 달라진다.

1) 등기 등록할 수 없는 유가증권

유가증권을 분별관리한다는 것은 수탁자가 신탁유가증권을 자신의 유가증권 및 다른 신탁의 유가증권으로부터 물리적으로 분리해 관리하는 것이므로, 수탁자는 물리적으로 분리(예를 들어, 신탁유가증권을 별도의 금고에 보관)해 관리하면 된다. 나아가 분별관리의무에는 표시의무도 포함되므로 동산에서와 같이 유가증권의 경우에도 "신탁재산임을 표시"하여야 한다. 이를 위해 증권에 신탁재산인 사실을 표시하여야 하고, 주권과 사채권의 경우 주주명부와 사채원부에도 신탁재산인 사실을 기재하여야 한다.[27]

특별한 금고를 사용하여 분별관리의무를 이행하는 것은 가능한가? 신탁재산인 증권을 물리적으로 분별관리(예, 특별금고의 사용 등)를 하는 것은 신탁재산의 표시에 해당할 수 있다.[28] 하지만 이 경우 유가증권에 대하여 "다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시"한 것이라는 입증책임은 수탁자가 부담하게 된다. 앞서 본 것처럼, 고유재산에 속한 유가증권에 대해 적극적으로 고유재산 표시를 하는 방법으로 나머지 유가증권을 신탁재산으로 표시했다[29]는 주장이 가능할 것이다.

2) 등기 등록할 수 있는 유가증권

한편 유가증권이 전자등록부에 등록되었거나 예탁결제원에 예탁된 경우와 같이

---

25) 이중기, 574면.
26) 앞의 II. 2. (1) 참조.
27) 주주명부에 대해서는 상법 제352조, 사채원부에 대해서는 제488조 참조.
28) 앞의 III. 1. (1) 참조.
29) 앞의 II. 3. (2) 1) 가) 이하 참조.

물리적인 분별관리가 불가능한 경우에는, 가능한 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 분별관리의무를 이행할 수 있다. 이를 위해 수탁자는 신탁의 등기·등록을 할 수 있는 경우에는 신탁등기·등록을 하여야 한다. 예를 들어 예탁결제원에 예탁된 증권의 경우 예탁자계좌부 또는 투자자계좌부에 신탁재산의 뜻을 기재해야 하고, 주권과 사채권의 경우 주주명부와 사채원부에도 신탁재산인 사실을 기재하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시하여야 한다.

3) 당사자 간의 특약이 있는 경우

앞서 본 것처럼 유가증권의 경우, 유동성이 높아 신탁공시를 하지 않는 것이 처분에 편리하므로, 신탁공시의무를 면제할 필요가 있는데,[30] 신탁의 공시에 있어서와 마찬가지로 수탁자의 분별관리의무의 정도·방법에 대해서도 당사자간에 특약하는 것이 가능하다. 실제로 예탁된 주식의 경우, 현물주권은 예탁결제원이 보관하는데, 예탁원을 이용하는 것에 대한 신탁당사자 사이의 합의를 통해 신탁공시 혹은 신탁재산표시의무를 생략하는 특약이 많이 행해진다.

3. 유가증권의 공시방법과 분별관리의무 이행방법의 비교

(1) 분별관리, 신탁재산의 표시가 신탁공시 혹은 분별관리의무의 이행에 미치는 영향

"등기 등록할 수 없는" 유가증권과 관련한 분별관리와 신탁재산의 표시와의 관계도 크게 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나눌 수 있고, 또 각 상황은 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나눌 수 있다. 그리고, 각 상황에서 신탁공시로서 대항할 수 있는지 혹은 분별관리의무의 이행이 있었는지 여부가 문제된다.

동산	공시대항 (표시) 여부	분별관리의무 : (분별 + 표시) 이행여부
A. 분별관리가 가능한 경우로서, 신탁재산을 분별관리만 한 경우	하나의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]	하나의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]
	수개의 신탁 : 0 [분별이 표시로 인정]	수개의 신탁 : x [신탁재산간 분별 x]
B. 분별관리가 가능한 경우로서, 분별관리 없이 신탁재산표시만 한 경우	하나의 신탁 : 0 [혼장 재산의 신탁 비율 표시]	하나의 신탁 : x [분별 x]

30) 이중기, 123-124면.

	수개의 신탁 : 0 [신탁 비율 표시]	수개의 신탁 : x [분별 x]
C. 분별관리가 불가능한 경우로서, 신탁재산 표시를 한 경우	하나의 신탁 : 0	하나의 신탁 : 0 [표시로서 분별관리]
	수개의 신탁 : 0	수개의 신탁 : 0
D. 분별관리 불가능한 경우로서, 신탁재산 표시를 안한 경우	하나의 신탁: x	하나의 신탁 : x
	수개의 신탁 : x	수개의 신탁 : x

(2) 상황 A : 분별관리가 가능한 경우에 분별관리한 경우

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 하나의 유가증권 신탁을 인수한 경우를 상정해 보자. 이 경우 신탁재산에 속하는 유가증권과 고유재산에 속하는 유가증권은 분별관리가 가능한데, 수탁자가 물리적인 분별관리만 하고 따로 신탁재산임을 표시하지 않은 경우에 대해서 살펴보자.

예) 금고에 신탁재산인 유가증권을 따로 보관하면서 외부에 신탁재산이라는 것을 표시하지는 않은 경우

(가) 신탁공시의 요건과 충족여부

이 경우 신탁의 공시요건은 “신탁재산의 표시” 인데, 분별관리는 신탁재산의 표시방법으로 인정되므로, 분별관리 되면, 신탁재산이 표시된 것으로 인정될 수 있다. 신탁재산의 표시는 분별관리로서 소극적으로 나타날 수 있기 때문이다.[31] 따라서 이 경우 유가증권에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 된다. 따라서, 수익자는 “제3자에 대해” 신탁재산임을 대항할 수 있다.

(나) 분별관리의무이행의 요건과 충족여부

또 이 경우 분별관리의무의 이행은 “분별관리” 와 “신탁재산의 표시” 라는 두 가지 요건으로 규정되어 있는데, 앞서 본 것처럼 하나의 신탁을 인수한 상황에서는 고유재산과 구별하는 분별관리를 하면 그로 인하여 신탁재산이 표시되므로, 분별관리로서 신탁표시도 된다. 따라서 수탁자는 유가증권에 대해서 분별관리의무를 다한 것으로 된다

31) 앞의 II. 3. (2) 1) (가) 참조.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

그런데, 수탁자가 수개의 신탁을 인수해 다른 신탁재산이 있는 경우에는 고유재산으로부터 신탁재산인 유가증권을 분리관리하는 것만으로 두가지 요건을 모두 충족시킬 수 없게 된다.

즉 수탁자가 신탁재산과 고유재산을 분별관리한 경우, 분별관리로서 "신탁의 표시"는 가능하므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 있다.

하지만 분별관리의무는 "각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야" 하므로(제37조 제2항), 어느 신탁재산인지가 구별되지 않는 경우에는 분별관리의무를 다한 것이 되지 못하고, "수익자에 대해" 분별관리의무이행을 주장할 수 없다.

(3) 상황 B : 분별관리가능한 경우에 신탁재산표시를 한 경우

다음으로 분별관리가 가능한 경우 신탁재산의 표시를 한 경우에 대해 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 하나의 신탁을 인수한 상황에서 신탁재산에 속하는 유가증권과 고유재산에 속하는 유가증권은 분별관리가 가능한데 수탁자가 물리적인 분별관리 대신 신탁재산임을 표시한 경우에 대해 살펴보자.

예) 금고에 신탁재산인 유가증권과 고유재산인 유가증권을 혼장 보관하면서 외부에 신탁재산의 비율을 표시한 경우

신탁의 공시요건은 "신탁재산의 표시"인데, 혼장 보관한 재산에 대해 신탁재산의 비율을 표시했으므로 신탁재산의 표시는 행해진 것으로 인정될 수 있다. 따라서 이 경우 유가증권에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 된다.

그런데, 이 경우 분별관리의무의 이행방법은 "분별관리"와 "신탁재산의 표시"인데, 앞서 본 것처럼 물리적인 분별관리가 되지 않았으므로 혼장 보관 유가증권에 대해서는 분별관리의무를 다하지 못한 것이 된다.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

수탁자가 수개의 신탁을 인수해 다른 신탁재산이 있는 경우에 고유재산으로부터 신탁재산을 분리관리하는 대신 혼장 보관한 유가증권에 대해 신탁재산의 비율을 표시하면 어떻게 되는가?

수탁자가 신탁재산과 고유재산을 분별관리하는 대신 비율적으로 "신탁의 표시"를 한 경우, 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 있다.

하지만 분별관리의무는 "각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산

임을 표시하여야” 하므로(제37조 제2항), 신탁재산의 표시만으로는 분별관리의무를 충족시키지 못하게 된다.

즉 어느 신탁재산에 대하여 각 신탁의 표시가 비율적으로 되어있으면, 신탁공시요건은 충족될 수 있으나, 분별관리의무는 충족하지 못하게 된다.

(4) 상황 C : 분별관리가 불가능한 경우에 신탁재산의 표시를 한 경우

이제 유가증권의 물리적 분별관리가 불가능한 경우 수탁자가 “신탁재산의 표시”를 한 경우에 대해 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 한개의 신탁을 인수하고 신탁재산과 고유재산으로 유가증권을 공동매수한 경우와 같이 공유 유가증권의 분별관리가 불가능하여, 수탁자가 물리적인 분별관리 대신 신탁재산의 비율을 표시한 경우에 대해서 살펴보자.

예) 유가증권을 신탁금전과 고유금전으로 공동매수한 후, 금고에 보관하면서 금고 외부 혹은 유가증권 표면에 신탁재산의 비율을 표시한 경우

이 경우 신탁의 공시요건은 “신탁재산의 표시”인데, 금고에 비율적으로 “신탁의 표시”를 하거나, 혹은 각 유가증권의 표면에 보관한 재산에 대한 신탁재산의 비율을 표시했으므로 신탁재산의 표시는 있는 것으로 인정될 수 있다. 따라서 이 경우 유가증권에 대한 신탁의 공시요건은 충족된 것으로 된다.

또, 이 경우 분별관리의무의 이행방법은 “분별관리”와 “신탁재산의 표시”인데, 물리적 분별이 불가능하므로, 신탁재산의 표시로서 분별관리의무를 이행한 것으로 된다.

따라서 이 때 비율의 표시 등의 방법으로 신탁재산을 표시하면 “분별관리의무”도 이행되었다고 보여진다.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

그런데, 수탁자가 수개의 신탁을 인수하고 고유재산과 서로 다른 신탁재산으로 유가증권을 공동매수한 경우, 분별관리가 불가능한 공유 유가증권에 대해 고유재산과 각 신탁재산의 비율을 표시하면 어떻게 되는가?

공유 유가증권에 대한 물리적 분별은 불가능하므로 수탁자가 금고에 비율적으로 각 “신탁의 표시”를 하거나, 혹은 각 유가증권의 표면에 각 신탁의 비율을 표시한 경우, 각 신탁재산의 표시가 있으므로 신탁재산의 공시요건은 충족시킬 수 있다. 또 분별관리의무는 “각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야” 하는데(제37조 제2항), 이 경우 신탁재산의 물리적 분별이 불가능하므로

각 신탁재산의 표시만으로 분별관리의무를 충족시키게 된다.

즉 분별이 불가능한 경우 공유 신탁재산에 대해 각 신탁의 표시가 비율적으로 되어있으면, 신탁공시 뿐만 아니라 분별관리의무도 충족하게 된다.

(4) 상황 D : 분별관리가 불가능한 경우에 신탁재산의 표시를 안한 경우

이제 유가증권의 물리적 분별관리가 불가능한 경우에 수탁자가 "신탁재산의 표시"도 하지 않은 경우에 대해서 살펴보자.

1) 하나의 신탁의 인수 상황

수탁자가 한개의 신탁을 인수하고 신탁재산과 고유재산으로 유가증권을 공동매수하여 공유 유가증권에 대한 물리적 분별관리가 불가능한 경우에 대해 살펴보자. 이때 수탁자는 물리적 분별관리는 불가능하지만 신탁재산의 표시는 할 수 있다. 하지만, 이도 하지 않은 경우 어떻게 되는가?

예) 유가증권을 신탁금전과 고유금전으로 공동매수한 후, 금고에 보관하면서 신탁재산의 비율도 표시하지 않은 경우

신탁의 공시요건은 "신탁재산의 표시"인데, 보관한 공유 유가증권에 대해 신탁재산의 비율을 표시하지 않았으므로 신탁재산의 표시는 없는 것으로 된다. 따라서 이 경우 유가증권에 대한 신탁의 공시요건은 일단 충족되지 않는다(하지만, 이 때 수익자가 신탁금전의 투자 사실을 주장 증명하면 "신탁재산의 추정" 문제가 생기고, 추정 신탁재산은 신탁공시될 수 있다).[32]

또, 이 경우 분별관리의무의 이행방법은 "분별관리"와 "신탁재산의 표시"인데, 앞서 본 것처럼 물리적 분별이 불가능하므로 신탁재산의 표시만 하면 되는데, 이러한 표시를 하지 않았으므로 분별관리의무를 이행하지 못한 것이 된다.

2) 수개의 신탁의 인수 상황

수탁자가 수개의 신탁을 인수하고 서로 다른 신탁재산으로 유가증권을 공동매수한 경우에도 유가증권의 분별관리는 불가능한데, 공유 유가증권에 대해 신탁재산 비율도 표시하지 않으면 어떻게 되는가?

수탁자가 공유 유가증권에 대해 보관금고에 비율적으로 각 "신탁의 표시"를 하거나, 혹은 각 유가증권의 표면에 각 신탁의 비율을 표시할 수 있는데, 이러한 각 신탁재산의 표시가 없으면, 원칙적으로 신탁재산의 공시요건은 충족되지 않는다 (하지만, 이 때에도 수익자가 신탁재산의 투자사실을 주장 증명하면 신탁재산으로 추정되는데, 서로 다른 신탁재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 신탁간 "균

32) 앞의 II. 3. (6) 1) 참조.

등 귀속의 추정” 문제가 생기고, 균등귀속 추정 신탁재산도 신탁공시될 수 있다).[33]

또 분별관리의무는 “각 신탁재산을 분별하여 관리하고 서로 다른 신탁재산임을 표시하여야” 하는데(제37조 제2항), 이 경우 신탁재산의 분별이 불가능하므로 신탁재산의 표시만 하면 분별관리의무를 충족시키게 된다. 하지만, 각 신탁의 표시를 비율적으로 하지 않았으므로 분별관리의무도 충족되지 않은 것이 된다.

4. 보유기간에 따른 물리적 분별의 필요성 여부

상사신탁의 경우는 물론 민사신탁의 경우에도 단기보유할 증권은 증권면에의 신탁의 표시없이 분별관리로써 신탁의 재산임을 입증하면 족하다. 하지만 장기보유할 증권은 어느 종류의 신탁이나 물리적인 분별관리보다는 주주명부의 기재나 증권면에의 표시 등과 같은 신탁의 공시를 하는 것이 수익자에게 더 유리하다. 따라서 장기보유할 증권에 대해서 수탁자가 단순히 분별관리로서 계속 보유하는 경우, ‘제3자에 대한 관계’에서 신탁재산임을 주장할 수 있는 신탁공시의 효력은 있지만, ‘수익자에 대한 관계’에서는 증권에 대한 적절한 분별관리를 다하였는가와 관련하여 분별관리의무의 위반가능성을 배제할 수는 없다.

5. 수탁자변경과 신탁공시 혹은 분별관리의 계속적 이행 방법

수탁자의 변경이 있는 경우 (i) 실물발행된 유가증권의 경우 전수탁자는 신수탁자에게 증권을 배서교부하고, (ii) 등록발행 또는 예탁결제원에 예치된 유가증권의 경우에는 상법상 전자등록부, 예탁자계좌부 또는 고객계좌부, 공사채등록부 등에 신수탁자로 명의변경을 하여야 한다. 어느 경우이든 신탁재산임을 제3자에게 대항하기 위해서 신탁공시의 방법을 갖추어야 하는데, 전수탁자가 이미 증권에 대한 신탁재산의 표시, 신탁의 등기 또는 등록을 하였으므로 신수탁자가 다시 행할 필요는 없다.[34]

Ⅳ. 정리의 말

“등기 등록할 수 없는 재산권”과 관련하여 신탁법 제4조 제2항은 “다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다”고 함으로써 수탁자 등이 신탁재산임을 제3자에게 대항하기 위한 공시방법이 “신탁재산의 표시”임을 분명히 하고 있

33) 앞의 II. 3. (6) 3) 참조.
34) 앞의 II. 4. 참조.

다. 한편 신탁법 제37조 제1항은 수탁자에 대하여 분별관리의무를 부과하면서 “수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 한다”고 함으로서 수탁자의 분별관리의무 이행방법이 “분별관리와(AND) 신탁재산의 표시”임을 구체화하고 있다.

이와 같이 신탁의 공시방법과 분별관리의무의 이행방법은 다르게 규정되어 있기 때문에 수탁자가 분별관리 혹은 신탁재산표시를 한 경우 수익자 기타 신탁관계자 입장에서는 수탁자가 신탁의 공시요건을 충족하였는지 혹은 분별관리의무를 이행하였는지 여부에 대한 의문이 생길 수 있다.

이 글에서는 특히 “등기 등록할 수 없는 재산권”의 대표적인 예인 동산과 유가증권에 대하여 신탁의 대항요건으로서의 공시방법과 분별관리의무의 이행방법 및 그 상호연관성을 각각 검토해 보았다.

해석상 공시요건은 “신탁재산의 표시”이고, 그 방법으로서 분별관리가 인정되는데 비해, 분별관리의무의 이행요건은 “분별관리”와 “신탁재산임의 표시”이고 이 두 가지가 모두 이행가능한 경우 두가지를 중첩적으로 이행하여야 한다. 따라서, 수탁자는 공시의 이행방법 혹은 분별관리의 이행방법으로서 분별관리 혹은 신탁재산의 표시를 한 경우 그러한 분별관리 혹은 신탁재산표시가 동시에 분별관리의무 혹은 공시의 요건을 충족시킬 수 있는지, 또한 중첩적으로 효력을 발휘할 수 있는지 여부가 문제된다.

먼저 동산과 관련해 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나누고, 또 각 상황을 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나누어, 각 상황에서 분별관리 혹은 신탁재산표시가 신탁공시의 요건을 충족시키는지 혹은 분별관리의무 이행으로 인정되는지 여부를 검토해 보았다.

다음으로 유가증권에 대해 살펴보았는데, 유가증권의 경우 “등기 등록할 수 있는” 유가증권이 존재하고, 이러한 유가증권에 대해서는 등기 등록이 공시 및 분별관리의 방법이 된다. 하지만 “등기 등록할 수 없는” 유가증권에 관해서는 동산과 같이 취급될 수 있다. 따라서 “등기 등록할 수 없는” 유가증권과 관련해 분별관리와 신탁재산의 표시와의 관계도 크게 (i) 분별관리가 가능한지 여부에 따라 두가지 상황으로 나누고, 또 각 상황을 (ii) 분별관리를 했는지 혹은 신탁재산의 표시를 했는지 여부에 따라, 다시 두가지 상황으로 나누어, 각 상황에서 분별관리 혹은 신탁의 표시가 신탁공시의 요건을 충족시키는지 혹은 분별관리의무의 이행으로 인정되는지 여부를 검토해 보았다.

참고문헌

김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부 (2012)
이중기, 신탁법 (2007)
최동식, 신탁법 (2006)
최수정, 신탁법 (개정판) (2019)

이근영, “신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법”, 토지법학 제29권 제2호 (2013) 285면
이연갑, “공시원칙과 신탁법 개정안”, 전남대학교 법학논총 제31집 제2호 (2011) 89면
이중기, “수탁자의 분별관리의무, 신탁재산의 귀속추정, 신탁의 공시”, 홍익법학 제16권 제2호 (2015) 273면
한민・박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL 제17호 (2006)

신탁공시와 분별관리의무의 이행을 위한 분별관리와 신탁재산표시 토론문

김・장 법률사무소, 이영경 변호사

2012년 개정 신탁법은 신탁공시에 관한 제4조를 개정하여 등기 또는 등록할 수 없는 재산권은 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 제3자에게 대항할 수 있도록 하였습니다(제4조 제2항). 이와 함께 제37조에서는 수탁자의 분별관리의무를 규정하고 있는데, 이 두 조항의 해석에 대하여는 혼란이 생길 수 있어 보입니다. 제4조 제2항은 "등기 또는 등록할 수 없는 재산권은 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다"고 규정하고, 제37조 제1항은 "수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 한다"고 규정합니다. 제37조 제2항은 수탁자가 인수한 신탁재산이 복수인 경우 각 신탁재산별로 분별관리하고 신탁재산임을 표시할 것을 요구합니다. 즉 제4조 제2항에서는 분별관리가 신탁재산표시의 대표적인 방법인 것으로 정하고 있는 반면, 제37조에서는 분별관리와 신탁재산표시를 별개로 취급하여 두 가지를 모두 요구하고 있는 것처럼 보입니다. 발표문은 이러한 문제를 지적하고 다양한 사례를 통하여 법적 문제점과 해석론에 대하여 면밀한 검토를 하고 있습니다. 자칫 간과할 수 있는 문제점을 심도있게 분석한 훌륭한 연구라 생각됩니다. 발표자의 깊은 연구에 감사드리며, 이 두 조항을 조화롭게 해석할 필요가 있지 않을지, 만약 그렇다면 해석론으로 그것이 가능할지, 아니면 입법론으로 해결하여야 할 것인지에 대하여 토론하고자 합니다. 그 밖에 몇 가지 해석문제에 대하여 질문을 드리고 고견을 여쭙겠습니다.

1. 해석론

제4조 제2항 및 제37조는 일견 상충되는 것으로 보이는데, 이에 관한 해석론은 다양하게 있을 수 있을 것 같습니다. 크게 보아 두 조항을 상충되는 것으로 보는 입장과 조화롭게 해석하려는 입장이 가능할 것이며, 구체적으로 다음과 같이 생각해볼 수 있을 것입니다.

(1) 제4조 제2항과 제37조를 상충되는 것으로 보는 견해

제4조 제2항과 제37조는 서로 상충하며, 신탁공시를 위하여는 물리적 분별관리로

서 충분하지만 분별관리의무 이행을 위하여는 물리적 분별관리 외에 신탁재산표시도 중첩적으로 하여야 한다는 견해가 있을 수 있습니다. 이와 같이 해석하는 것이 각 조항의 문언상 자연스럽다고 볼 수 있기 때문입니다. 이 견해에 따르면, 물리적 분별관리가 가능한 경우에는 신탁재산과 고유재산을 물리적으로 분별관리를 하기만 하면 신탁공시가 인정되지만, 분별관리의무 이행을 위하여는 추가로 신탁재산표시를 하여야 합니다. 물리적 분별관리가 가능하지 않은 경우에는 다른 방법으로 신탁재산표시를 하면 신탁공시 및 분별관리의무이행이 인정됩니다.

(2) 제4조 제2항과 제37조를 조화롭게 해석하려는 견해

제4조 제2항과 제37조를 조화롭게 해석하려는 입장이 있을 수 있습니다. 제37조에서 분별관리의무 이행을 위하여는 물리적 분별관리 이외에 신탁재산의 표시까지 요구하므로 분별관리란 이 두 가지를 다 포함하는 것이고, 따라서 제4조 제2항의 신탁공시에서 요구하는 분별관리에서도 이 두 가지를 모두 구비하여야 한다고 보는 입장입니다. 즉 제4조 제2항에서 "다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써"에서 "분별하여 관리하는"의 의미를 제37조과 같이 "분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시"하는 것으로 해석하는 것입니다. 즉 신탁공시로 인정되는 분별관리란 수탁자가 분별관리의무를 이행하는 것을 전제로 한다고 보는 것입니다. 그리고 물리적 분별관리가 불가능한 경우에는 다른 방법으로 신탁재산임을 표시하여야 하므로 "분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시"한다는 문구를 적은 것으로 생각해 볼 수 있습니다. 이 견해에 따르면, 물리적 분별관리가 가능한 경우에도 추가로 신탁재산표시를 하여야 신탁공시 및 분별관리의무 이행을 다한 것으로 인정됩니다. 물리적 분별관리가 가능하지 않는 경우에는 다른 방법으로 신탁재산표시를 하여야 신탁공시 및 분별관리의무 이행이 인정됩니다. 다만 신탁공시에서는 대외적으로 "신탁재산임을 표시"하는 것이 중요하기 때문에 물리적 분별관리를 하지 않더라도 다른 방법으로 신탁재산임을 표시하였다면 신탁공시 자체는 이루어진 것으로 보게 될 것입니다.[1)]

(3) 소결

결론적으로, (1)의 입장에 따르면 신탁공시 방법과 분별관리의무 이행방법에 차이가 생깁니다. 반면 (2)의 입장에 따르면 두 가지 사항에 대하여 모두 "신탁재산의 표시"가 요구된다는 점에서 일치하게 됩니다. 각 조항의 법문의 자연스러운 해석을 중시하면 (1)의 입장을 취하게 될 것이지만, 두 조항을 조화롭게 해석하고 통일

1) 예컨대 신탁재산에 속하는 유가증권과 고유재산인 유가증권을 동일한 장소에 보관하였는데, 신탁재산인 유가증권의 권면에 신탁재산임을 표시한 경우에는, 신탁공시는 되었지만 수탁자의 분별관리의무는 이행되지 않은 것으로 평가하여야 할 것입니다.

된 기준을 적용하기 위하여는 (2)의 입장을 취할 필요가 있을 것입니다. 신탁공시와 수탁자의 분별관리의무는 다른 측면의 제도이기 때문에 반드시 동일한 기준을 적용할 논리적 필연성이 있는 것은 아니지만, 신탁공시에서 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 대하여 분별관리를 공시방법으로 인정한 이상 수탁자의 분별관리의무 이행방법과 신탁공시 이행방법 사이에 괴리가 생기는 것은 바람직하지 않다고 생각됩니다. 특히 신탁공시제도의 취지를 고려할 때 단순한 물리적 분별관리에 나아가 신탁재산임을 표시할 필요가 있다고 생각되어, (2)의 견해를 취할 수 있을지 검토할 필요가 있을 것 같습니다. 이에 대하여 발표자 분께서 어떻게 생각하시는지 말씀해주시면 감사하겠습니다.

2. 입법자의 의도와 입법론

앞서 (1)의 견해에 의하면 신탁공시 방법과 분별관리의무 조항이 상충되고 서로 다른 기준을 적용하게 됩니다. 그렇게 법조항을 만든 이유가 무엇일지, 어떠한 정책적 이유로 달리 정한 것인지 입법자의 의도가 궁금합니다. 분별관리는 내부적인 것이어서 그 외의 방법으로 신탁재산임을 표시해두지 않으면 대외적으로는 그것이 신탁재산인지 고유재산인지 알기 어려울 것입니다. 그런데도 신탁공시 방법에서는 분별관리를 신탁재산표시로 인정하면서 대내적인 분별관리의무의 이행에 대하여는 분별관리와 신탁재산표시를 모두 이행하도록 요구하는 것이 합리적인지 의문이 생깁니다. 대내적인 관계에서 더 엄격한 의무를 부과한 것이라고 볼 수도 있겠지만, 대외적인 관계에서 신탁공시 목적상 신탁재산임을 따로 표시할 필요성도 크다고 생각됩니다. 본래 공시라는 것이 등기 등 번거로움이 수반되는데, 신탁재산표시가 과도한 부담이 되지 않는다면 신탁공시에서도 이것을 중첩적으로 요구하는 것이 바람직할 것 같습니다. 예컨대 등기·등록할 수 없는 동산의 경우에 동산을 분별관리한 후 분별관리한 장소(창고나 금고 등)에 신탁재산임을 표기하는 것은 그리 어렵지 않을 것입니다. 만일 해석론으로서 신탁공시에 대하여도 분별관리에 더하여 신탁재산표시를 요구하는 것이 어렵다면 입법론으로서 검토할 필요가 있을 것 같습니다. 이에 대한 발표자분의 견해를 말씀해주시면 감사하겠습니다.

3. 기타 발표문에 대한 질의사항

(1) 수탁자의 분별관리의무의 이행

발표문에서는 수탁자가 하나의 신탁재산을 관리하는 경우와 복수의 신탁재산을 관리하는 경우를 나누어 검토하고 있습니다. 전자의 경우에는 고유재산과 분별관리함으로써 분별관리의무를 이행한 것으로 볼 수 있지만, 후자의 경우에는 신탁이 복수이기 때문에 고유재산과 분별관리하는 것에 나아가 신탁재산 별로 분별관리를 하

여야 한다고 보고 있습니다. 그런데 전자의 경우에 고유재산과 신탁재산을 분별관리하면서 고유재산에 고유재산임을 표시하고 신탁재산에는 신탁재산임을 표시하지 않은 경우를 상정하는데, 이 경우 고유재산을 표시하였고 하나의 신탁만 있기 때문에 역으로 신탁재산임이 표시되는 결과가 된 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 만약 고유재산과 신탁재산을 분별관리 하였는데 어느 쪽이 고유재산이고 어느 쪽이 신탁재산인지 아무런 표시를 하지 않는다면 어떻게 될지 궁금합니다. 수탁자가 하나의 신탁을 인수한 경우에도 고유재산과 신탁재산을 물리적으로 분별관리 하는 것에 나아가 추가로 신탁재산표시를 하지 않는다면 제37조의 분별관리의무를 미이행한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

(2) 보유기간에 따른 물리적 분별의 필요 여부

발표문에서는 단기보유할 증권은 신탁의 표시없이 분별관리로써 신탁재산임을 입증하면 족하지만, 장기보유할 증권은 신탁재산임을 표시하는 편이 수익자에게 유리하므로 단순히 분별관리만 하여 계속 보유하는 경우 신탁공시의 효력은 있지만 분별관리의무 위반가능성을 배제할 수는 없다고 하고 있습니다. 그런데 신탁법 제37조에서 분별관리의무의 이행을 위하여 분별관리에 나아가 신탁재산표시의무를 지우고 있는데, 단기보유의 경우에도 제37조에 따르면 신탁재산임을 표시하여야 하지 않을까 하는 생각이 듭니다. 신탁재산의 보유기간이 단기인지 장기인지에 따라 달리 취급할 수 있는지에 대하여 여쭙습니다.

한국신탁학회

| 제3주제 |

분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안

이계정 교수

분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안*

▌이계정**

Ⅰ. 서론

1. 우리나라는 일정한 요건을 충족하는 경우에 완공 전에라도 장차 완공될 건축물에 대한 분양을 허용하는 선분양제를 인정하고 있다. 이러한 선분양제는 분양사업자로 하여금 용이하게 수분양자로부터 건설자금을 조달하게 함으로써 많은 자금을 투여함이 없이 건설업을 영위할 수 있게 하는 장점이 있다. 실제 이러한 선분양제가 건설경기의 활성화에 상당한 기여를 하여 경제발전의 동력으로 역할을 해 왔다. 그러나 이러한 선분양제는 분양 이후 입주할 때까지 시공과정에서 발생할 수 있는 다양한 사업리스크, 예를 들면 사업부도로 인한 공사중단의 피해를 수분양자에게 전가시키는 문제를 가지고 있다.

이러한 문제를 최소화하기 위하여 신탁제도가 널리 활용되고 있다. 신탁은 수탁자 앞으로 재산이전을 통해 신탁재산이 위탁자의 채권자의 공취력의 대상이 되지 않도록 함으로써 '도산절연성'을 확보할 수 있는 장점이 있는바,[1] 건축물 선분양에서도 신탁의 이러한 장점을 활용하고 있다. 건축물의 분양에 관한 법률(이하 '건분법'이라고만 한다)은 분양관리신탁을 해야 시행사가 건축물을 선분양할 수 있음을 명확히 하고 있다.[2] 분양관

---

*

** 서울대학교 법학전문대학원 부교수·민법학박사.

1) 이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구 – 본질과 독립재산성, 경인문화사(2017), 257면 이하.

2) 건분법 제4조 제1항 제1호. 통상 주택의 분양과 관련하여서는 주택법이, 주택 이외의 건축물(오피스텔, 상가건물 등)의 분양에 대하여는 건분법이 적용된다. 다만, 주택 이외의 건축물에 대하여 건분법이 항상 적용되는 것은 아니다. 건분법은 ① 분양하는 부분의 바닥면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 건축물이나 ② 오피스텔, 생활숙박시설에 해당하는 것으로 30실 이상인 건축물에 한하여 적용되기 때문이다(건분법 제3조 제1항, 동법 시행령 제2조 제1호). 따라서 소규모 건축물에 대해서는 건분법이 적용되지 않는다. 주택건설사업자의 신탁에 대하여는 주택법 제61조 제6항, 주택 이외의 건축물 분양사업자의 신탁에 대하여는 건분법 제4조, 동법

리신탁은 건분법에 의거하여 위탁자(분양사업자, 시행사[3])가 사업 부지와 시공된 건축물을 수탁자(신탁업자) 앞으로 소유권을 이전함으로써 수분양자를 보호하고, 위탁자가 채무를 이행하지 않는 경우 신탁부동산을 환가·처분하여 그 처분대금에서 수분양자가 지급한 분양대금을 우선 반환하는 내용의 신탁이다.[4] 건분법은 분양관리신탁과 대리사무계약이 같이 체결되도록 법적으로 강제하고 있는데,[5] 뒤에서 상술하겠지만 대리사무계약은 시행사가 분양주체로서 건축물을 분양하는 것을 전제로 시행사가 대출받은 금원이나 수분양자로부터 지급받은 분양대금 등을 신탁업자가 관리하는 것을 목적으로 하는 계약이다.[6]

한편, 건분법이 적용되지 않는 건축물에 대해서는 법적으로 강제되는 것은 아니나 통상 담보신탁과 대리사무계약을 통해 이해관계인을 보호하고 있다. 담보신탁에서 위탁자는 자신의 재산을 채권자의 담보 목적으로 수탁자 앞으로 소유권을 이전하고, 우선수익자는 이를 담보로 위탁자에게 대출을 하거나 위탁자에 대한 채권을 발생시키는 계약을 하게 된다.[7] 담보신탁에서 대출기관이 우선수익자가 되는바, 우선수익자는 위탁자(채무자)의 채무불이행이 있는 경우 수탁자에게 신탁재산의 환가를 요구할 수 있고, 환가가 이루어진 경우 환가대금의 교부를 요구함으로써 자신의 채권에 대한 만족을 꾀할 수 있다. 담보신탁의 주요한 목적은 대출기관의 채권 회수에 있다는 점에서 수분양자에 대한 보호를 주목적으로 하는 분양관리신탁과 구별된다.

2. 본 논문에서는 건축물 선분양과 관련된 문제로서 수분양자가 분양대금을 납부한 후 적법하게 분양계약을 해제한 경우에 분양대금의 반환을 누구에게 구해야 하는지 건분법이 적용되는 분양계약을 중심으로 살펴하고자 한다. 건분법이 적용되는 경우 시행사는 신탁업자와 사이에 신탁업자에게 분양대금채권을 양도하는 대리사무계약을 체결하여야 하는데,[8] 신탁업자가 채권양수인으로서 수분양자로부터 분양대금을 받은 후 수분양자가 시행사와 체결한 분양계약을 해제한 경우에 분양대금의 반환을 계약당사자인 시행사에

시행령 제3조 제1항이 각 규정하고 있다. 이러한 신탁은 분양보증과 결부되어 이루어지기도 하는데, 이 점에 대하여는 이계정, "담보신탁과 분양보증신탁에 관한 연구", 사법 제41호(2017), 110면 이하.

3) 건분법은 건축물을 분양하는 자를 '분양사업자'로 정의하나 실제 거래에서는 '시행사'라는 용어를 더 많이 사용하고 있으므로 본 논문에서는 가급적 익숙한 용어인 '시행사'로 칭하기로 한다.

4) 건분법 시행령 제3조 제1항 참조.

5) 건분법 시행령 제3조 제2항, 건분법 시행규칙 제2조.

6) 서희경, "시행사와 수분양자간의 분양계약이 해제된 경우 시행사와 담보신탁 및 자금관리대리약정을 체결한 신탁회사의 분양대금반환책임", 재판과판례 제26집, 대구판례연구회(2017), 214-215면.

7) 담보신탁에 관한 설명으로는 이계정(주 2), 99면 이하.

8) 건분법 시행령 제3조 제2항 제2호 참조.

게 구해야 하는지 아니면 채권양수인인 신탁업자에게 구할 수 있는지 문제가 된다. 위 문제에 대해서 적정하게 결론을 도출하기 위해서는 분양관리신탁계약과 대리사무계약에 대한 정확한 이해가 필수적인바, 위 두 계약을 중심으로 건축물 선분양의 법률관계에 관하여 선행적으로 검토하고자 한다. 끝으로 수분양자가 신탁업자에게 부당이득의 반환을 구할 수 없고 시행사에 대해여만 부당이득 반환청구를 해야 한다면, 시행사가 무자력인 경우에 수분양자가 취할 수 있는 구제수단에는 어떤 것이 있을 수 있는지 논의하고 입법론을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 건축물 선분양의 법률관계

1. 문제점

분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안을 논하기 위해서는 우선적으로 건축물 선분양의 법률관계를 명확히 이해할 필요가 있다. 이하에서는 건분법이 적용되는 건축물 분양을 중심으로 분양관리신탁과 대리사무계약의 내용, 법적 성질 등에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 분양관리신탁과 대리사무계약

2003년 시행사가 대지소유권이 미확보된 상태에서 상가를 사전분양 한 후 분양대금을 유용하여 약 3,200명의 수분양자에게 총 3,735억원 상당의 피해를 입힌 ‘굿모닝시티 사건’이 있었고, 위 사건이 도화선이 되어 건분법이 제정되었다. 이에 따라 건분법은 수분양자를 보호하기 위한 방안으로 분양관리신탁과 대리사무계약을 강제하고 있다. 실제 분양관리신탁과 대리사무계약에 의하여 건분법이 수분양자를 어떻게 보호하고 있는지 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 분양관리신탁

(가) 시행사는 착공신고 후 신탁업자와 분양관리신탁계약 및 대리사무계약을 체결한 다음 건축물을 분양하여야 한다. 앞서 본 바와 같이 분양관리신탁은 시행사가 사업 부지와 시공된 건축물을 신탁업자 앞으로 소유권을 이전함으로써 수분양자를 보호하고, 위탁자가

채무를 이행하지 않는 경우 신탁부동산을 환가·처분하여 그 처분대금에서 수분양자가 지급한 분양대금을 우선 반환하는 내용의 신탁이다.[9] 구체적으로 보면 시행사가 소유하는 사업부지와 시공된 건축물을 신탁업자에게 이전하고, 신탁업자는 이전받은 신탁부동산의 소유권관리 등에 대하여 선량한 관리자로서 주의의무를 부담한다.[10] 관리신탁은 '부동산 소유자가 신탁계약을 통해 부동산의 소유권을 수탁자에게 이전하면, 수탁자는 신탁계약에서 정한 바에 따라 부동산에 대한 소유권 등의 관리를 수행하고 그로부터 발생하는 신탁수익을 수익자로 지정된 자에게 교부하는 것' 을 말하는데,[11] 분양관리신탁은 위와 같은 점에서 관리신탁의 성격을 가지고 있다. 이처럼 사업 부지와 시공된 건축물을 신탁업자 앞으로 이전하면 시행사의 채권자가 사업 부지와 건축물에 대하여 강제집행을 할 수 없는바(신탁법 제22조 제1항 본문 참조), 건축 공사가 안정적으로 진행되게 함으로써 수분양자를 보호할 수 있는 것이다.

한편, 분양관리신탁은 담보신탁의 성질도 가지고 있다. 담보신탁은 채무자인 위탁자가 채권자를 우선수익자로 하여 수탁자에게 부동산의 소유권을 이전하고 채무자가 채무를 불이행하면 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 매각대금으로 채권자인 우선수익자의 채권을 변제하는 신탁을 의미한다.[12] 건축물 선분양에 있어서 금융기관으로부터 대출을 받아 건축 공사가 진행되는바, 신탁업자 앞으로 이전된 사업부지와 건축물은 금융기관의 대출금 채권에 대한 담보의 성격을 가지고 있다. 이에 시행사의 사업의 진행이 어려워 대출금을 변제하지 못할 가능성이 많은 경우에 수탁자는 신탁재산을 처분하여 그 매

---

9) 실제 케이비부동산신탁주식회사(이하 'KB신탁')의 분양관리신탁계약의 핵심내용을 소개하면 다음과 같다. https://kbret.co.kr/File/KONG/%EB%B6%84%EC%96%91%EA%B4%80%EB%A6%AC%EC%8B%A0%ED%83%81%EA%B3%84%EC%95%BD%EC%84%9C.pdf (2021. 4. 23. 방문).

제1조(신탁목적) 이 신탁계약은 "건축물의 분양에 관한 법률"에 의거하여 위탁자가 신탁부동산상에 건물을 신축 또는 증축하여 분양하는 사업에 있어 수탁자가 신탁부동산(완공된 건축물이 추가 신탁된 경우를 포함한다)의 소유권을 보전 관리하여 피분양자를 보호하고, 위탁자(채무자가 따로 있는 경우에는 이를 포함한다)가 부담하는 채무 불이행 시 신탁부동산을 환가·처분하여 정산함에 그 목적이 있다. 제12조(피분양자의 보호) ② 위탁자의 부도, 파산 등으로 사업추진이 불가한 경우 또는 기타 사유로 중도에 신탁계약을 해지하여 정산하는 경우에는 신탁부동산의 처분대금 등 신탁재산에서 우선수익자 등 다른 권리자에 우선하여 피분양자의 분양대금반환에 우선 지급한다.

10) KB신탁 분양관리신탁계약서 제3조, 제14조 제1항. 시공된 건축물에 대해서 위탁자 앞으로 소유권보존등기를 경료하자마자 신탁업자에게 소유권을 이전한다.

11) 신영수·윤소연, "부동산신탁의 쟁점", BFL 제62호(2013. 11), 47면; 고일광, "부동산신탁에 관한 회생절차상 취급 - 부동산담보신탁의 경우를 중심으로", 사법 제9호, 사법연구지원재단(2009), 65-66면.

12) 이계정(주 2), 99면 이하. 전형적인 담보신탁의 표지는 ① 채권담보의 목적일 것, ② 채권자가 수익자가 되는 타익신탁일 것, ③ 수익자에게 처분요청권이 부여될 것이다.

각대금으로 우선수익자인 금융기관의 대출금채권을 변제하게 된다.[13] 다만, 이 경우에도 '수분양자 보호'라는 건분법의 취지가 관철되어야 한다. 따라서 신탁부동산의 처분대금에서 우선수익자의 피담보채권보다 수분양자의 분양대금반환채권이 먼저 변제되도록 신탁업자가 자금집행을 하여야 한다.[14]

한편, 수분양자가 시행사와 분양계약을 체결하고 분양대금을 약정에 따라 납부한 경우에는 해당 분양목적물에 대하여는 우선수익자의 환가권이 제한된다고 보아야 한다.[15] 판례가 밝힌 바와 같이 수분양자가 약정에 따라 분양대금을 납부한 경우에 시행사는 수분양자에게 분양목적물에 대한 소유권이전등기를 마쳐주기 위하여 그 부분에 대한 신탁을 일부 해지할 수 있고, 우선수익자는 신탁일부해지의 의사표시에 동의의 의사표시를 하기로 하는 묵시적 약정을 하였다고 보아야 하기 때문이다.[16] 해당 분양목적물에 대해서 수분양자가 분양대금을 납부한 이상 해당 분양목적물에 대하여 이미 환가가 이루어진 것이므로 우선수익자는 더는 해당 분양목적물에 대하여 권리를 주장하지 않기로 약정하였다고 볼 수 있다. 따라서 우선수익자인 금융기관은 시행사가 대출금을 제때 변제하지 않는다고 하더라도 해당 분양목적물에 대해서 처분요청을 할 수 없고, 이에 따라

13) KB신탁 분양관리신탁계약서 제19조, 제24조.

14) 이러한 내용의 분양관리신탁은 건분법 시행령 제3조 제1항 제3호에 의하여 법령상 강제되는 사항이다. 이에 KB신탁 분양관리신탁계약서 제12조 제2항, 제24조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제12조 제2항
>
> 위탁자의 부도, 파산 등으로 사업추진이 불가한 경우 또는 기타 사유로 중도에 신탁계약을 해지하여 정산하는 경우에는 신탁부동산의 처분대금 등 신탁재산에서 우선수익자 등 다른 권리자에 우선하여 피분양자의 분양대금반환에 우선 지급한다.
>
> 제24조 제1항
>
> 수탁자가 신탁부동산을 처분 환가하여 정산하는 경우의 순위는 다음 각 호에 의한다.
>
> 1. 법령에 의한 각종 제세공과금 및 부담금 신탁사무처리와 관련하여 발생된 제비용 및 신탁보수 임대차보증금
> 2. 수분양자가 분양대금의 반환을 요구하는 경우 수분양자가 사업약정 및 대리사무계약에 따라 기납부한 분양대금
> 3. 잔존 대리사무보수
> 4. 우선수익자의 피담보채권
> 5. 시공사의 공사대금채권 및 본 분양사업과 관련한 제반비용
> 6. 기타 수익자의 권리에 우선하는 채권
> 7. 정산 후 잔액은 수익자에게 교부

15) 유현송, "담보신탁계약과 대리사무계약의 상호관계", 인권과 정의 통권 제438호(2013. 12), 122면.

16) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다81289 판결(공 2011상, 105). 통상 분양관리신탁계약에는 '신탁계약은 위탁자, 수탁자 및 우선수익자 전원의 합의로 해지할 수 있다.'는 조항이 있는바(KB신탁 분양관리신탁계약서 제26 제1항 참조), 시행사가 수분양자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주기 위하여 신탁을 일부 해지하는 경우에 우선수익자는 위와 같이 해지에 동의할 의무가 있으므로 신탁의 일부 해지를 통한 수분양자 앞으로 소유권이전등기가 가능해지는 것이다.

수탁자도 우선수익자의 채권 회수를 위하여 처분을 할 수 없다고 보아야 한다. 이에 따라 수탁자는 신탁의 일부해지가 이루어지면 즉시 수분양자에게 소유권이전등기를 마쳐줄 수 있다.[17]

(나) 앞서 본 바와 같이 건분법이 적용되지 않는 건축물에 대해서는 분양관리신탁 대신에 담보신탁이 활용되고 있다. 앞서 본 바와 같이 분양관리신탁은 담보신탁의 성격을 가지고 있으므로 건분법이 적용되는 경우의 분양관리신탁과 건분법이 적용되지 않는 경우의 담보신탁 사이에 본질적인 차이가 있는 것은 아니다. 다만, 건분법이 적용되지 않은 담보신탁의 경우 분양관리신탁과 달리 신탁재산의 처분대금에서 우선수익자로 지정되는 금융기관이 우선변제를 받고, 수분양자는 분양대금반환채권을 변제받을 수 없도록 신탁조항이 구성되어 있다.[18] 따라서 건분법이 적용되지 않는 경우의 담보신탁은 대출기관의 채권회수에 주된 방점이 찍혀 있다고 할 수 있다.[19]

건분법이 적용되지 않는 건축물에 대해서 수분양자가 약정에 따라 분양대금을 납부한 경우에 건분법이 적용되는 건축물과 마찬가지로 우선수익자의 환가권이 제한된다고 보아야 할 것이다.[20] 우선수익자가 더는 해당 분양목적물에 대하여 권리를 주장하지 않기로 하는 묵시적 약정이 마찬가지로 인정될 수 있기 때문이다.[21]

---

17) KB신탁 분양관리신탁계약서 제27조 제2항.

18) 실제 KB신탁의 담보신탁계약서를 소개하면 다음과 같다. https://kbret.co.kr/File/KONG/%EB%8B%B4%EB%B3%B4%EC%8B%A0%ED%83%81%EA%B3%84%EC%95%BD%EC%84%9C.pdf (2021. 4. 23. 방문).

제22조 (처분대금 등 정산) ① 수탁자가 신탁부동산을 환가하여 정산하는 경우의 순위는 다음 각 호에 의한다. 1. 신탁계약 및 처분절차와 관련하여 발생된 비용과 신탁보수 2. 제3호에 우선하는 임대차보증금 3. 신탁계약 체결전 설정된 저당권자 등의 채무(채권최고액 한도내) 4. 수탁자 명의로 임대차계약 체결된 임차인의 임차보증금 5. 수탁자가 발행한 수익권증서상의 우선수익자의 채권(수익권리금 한도내) 6. 제1호 내지 제5호의 채무를 변제한 후 잔여액이 있을 경우 위탁자에게 지급

19) 건분법이 적용되지 않는 담보신탁에서도 신탁재산이 시행사에서 신탁업자로 이전됨으로써 건축 공사가 안정적으로 진행할 수 있는바, 이를 통해 수분양자가 보호가 되나 담보신탁의 주된 목적이라고 보기 어렵다.

20) 유현송(주 15), 121면. 필자가 개인적으로 입수한 주식회사 무궁화신탁이 사용하고 있는 담보신탁계약서에는 "신탁부동산"의 일부 또는 전부에 대하여 신탁해지를 할 필요가 있는 경우, "위탁자"가 "우선수익자"의 사전동의를 받아 "수탁자"에게 요청하여야 하며 "수탁자"는 법령상의 제한이 없는 한 신탁해지 절차를 진행하기로 한다."라는 조항이 있는바, 위와 같은 취지를 반영한 것으로 이해할 수 있다.

21) 이와 달리 분양계약이 해제된 경우에는 우선수익자에게 위와 같은 묵시적 약정을 인정하기 어렵다. 따라서 수분양자가 분양대금을 납부한 후 분양계약이 해제된 경우에 해당 분양목적물에 대해서 처분이 이루어진 경우에 우선수익자는 여전히 자신의 우선수익권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 대법원 2009.

(2) 대리사무계약

(가) 대리사무계약은 시행사가 건축물 분양사업을 함에 있어 대출받은 금원이나 수분양자로부터 지급받은 분양대금 등을 신탁업자가 관리·집행하기로 하는 내용의 계약이다. 건분법 시행령 제3조 제2항은 대리사무계약에 포함되어야 할 사항을 정하고 있는데, 이에 따라 대리사무계약에 들어갈 핵심 내용은 다음과 같다.

(1) 자금관리계좌 개설 조항 : 신탁업자는 분양대금과 대출금을 관리하기 위한 계좌(이하 '자금관리계좌'라고만 한다)를 개설한다.

(2) 분양대금채권 양도 조항 : 시행사는 수분양자에 대하여 가지는 분양대금채권을 신탁업자에게 양도하여 신탁업자는 수분양자로 하여금 자금관리계좌로 분양대금을 입금하게 하는 방법으로 분양대금을 수납한다.

(3) 대출기관 동의에 의한 자금 집행 조항 : 자금관리계좌에 입금된 금원이 해당 분양사업과 관련된 용도로만 사용될 수 있도록 시행사는 자금집행을 위한 증빙서류를 첨부하여 대출기관의 동의를 받아 신탁업자에게 서면으로 요청하고, 신탁업자는 이러한 자금지급 요청이 상당하다고 판단되는 경우에는 시행사에게 지급하거나 시행사가 지급하고자 하는 제3자에게 직접 지급할 수 있다.

한편, 건분법 시행규칙 제3조 제2호는 수분양자 보호를 위하여 '부도·파산 등으로 사업 추진이 불가능한 경우 분양수입금 관리계좌의 남은 금액은 분양받은 자에게 우선하여 지급하여야 한다는 사항을 포함한 분양대금의 지출 원칙, 방법 및 용도'가 대리사무계약에 편입되어야 함을 명기하고 있다. 이에 따라 대리사무계약에는 자금의 집행 순서에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.[22)]

자금의 집행순서 조항 : 신탁업자는 자금을 집행함에 있어 자금청구의 경합이 있는 경우

7. 9. 선고 2008다19034 판결(공 2009하, 1413)은 이와 다른 취지에서 위와 같이 처분으로 얻은 대금을 수분양자에게 지급한 행위가 우선수익자의 우선수익권을 침해한 것이 아니라고 판시하였는바, 법리의 타당성에 대하여 상당한 의문이 있다. 필자와 같이 위 판결에 비판적인 견해로는 김지훈, "분양계약 해제 시 담보신탁 법률관계와 관련한 대법원 판결의 동향", BFL 제94호(2019. 3), 59면 이하.

22) 필자가 개인적으로 입수한 주식회사 무궁화신탁이 사용하고 있는 사업약정 및 대리사무계약서(이하 '무궁화신탁 대리사무계약서'라고 약칭한다)를 기준으로 적시하였다.

다음 각 호의 우선순위에 따라 지급한다.

1. 계약이 해제된 경우 반환할 분양대금, 신탁재산의 제세공과금, 등기 및 소송비용, 대리사무보수 및 신탁보수, 신탁사무처리비용 및 대리사무처리비용, 대출기관에 대한 대출이자
2. 사업추진비(설계비, 감리비, 분양대행수수료 및 모델하우스 등 분양 관련 제경비, 광고홍보비 등)
3. 대출기관에 대한 대출원금 상환
4. 시공사의 공사비
5. 위 항목 외의 기타사업비

(나) 대리사무계약과 분양관리신탁계약과의 관계가 문제된다. 대리사무계약은 사업자금이 적정하고 투명하게 이루어질 수 있도록 체결된 것으로 대리사무계약의 대상이 되는 재산은 분양대금과 대출금으로 구성된 사업자금이다. 반면, 분양관리신탁계약은 그 대상이 되는 재산이 사업부지와 시공된 건축물로 대리사무계약과 그 대상이 되는 재산이 다르고, 그 목적에 있어서도 수분양자 보호뿐만 아니라 대출기관의 대출금 회수도 포함되는바, 대리사무계약과 분양관리신탁계약은 별개의 계약이라고 할 것이다. 이에 따라 수분양자가 납부한 분양대금은 분양관리신탁계약의 신탁재산이 되지 않는다.[23] 실제에 있어서 시행사와 신탁업자 사이에 위 두 계약이 동시에 체결되는 것이 통상이지만, 경우에 따라서는 대리사무계약은 A 신탁업자와 사이에, 분양관리신탁계약은 B 신탁업자와 사이에 체결되는 것도 가능하다.

대리사무계약과 분양관리신탁계약은 위와 같이 대상이 되는 재산과 목적이 다르므로 그 내용이 일치하지 않는다. 다만, 건분법에 따른 두 계약 모두 분양사업이 정상적으로 진행되게 함으로써 수분양자가 분양목적물을 현실적으로 분양받게 하는 데 그 목적이 있으므로 최대한 그 취지를 살리는 해석이 필요하다. 예를 들면 앞서 본 바와 같이 대리사무계약에 따라 수분양자가 자금관리계좌로 분양대금을 납부한 경우에는 해당 분양목적물에 대하여는 분양관리신탁계약에 따른 우선수익자의 환가권이 제한된다고 해석해야 할 것이다.

한편, 대리사무계약의 법적 성질이 문제가 된다. 당사자가 계약서에 신탁이라는 문언

23) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다26838 판결 참조. 오상민, “담보신탁 및 자금관리대리사무에서 신탁회사의 분양대금반환책임”, 판례연구 제29집 제2호(2016. 1), 서울지방변호사회, 244면.

을 쓰지 않았더라도 ① 위탁자의 수탁자에 대한 재산의 이전, ② 수탁자의 일정한 목적에 따른 재산의 관리, ③ 신탁설정의사가 인정되는 경우에는 신탁의 성립을 인정할 수 있다.[24] 신탁설정의사를 확인할 수 있는 지표 중의 하나는 상대방으로 하여금 이전된 재산을 상대방의 고유재산과 분별하여 관리하게 함으로써 상대방의 도산위험으로부터 이전된 재산을 보호하고자 하는 것이 당사자의 의사인지 여부이다.[25] 신탁재산은 수탁자의 고유재산과 별개의 재산으로 취급되어야 하므로 도산절연성이 인정된다는 점, 즉 신탁재산의 독립성은 신탁의 법률관계를 다른 법률관계와 구별하게 하는 핵심표지이기 때문이다.

이러한 맥락에서 대리사무계약을 분석하면 ① 대리사무계약의 중요한 목적은 수분양자가 납부한 분양대금의 보호에 있는바, 수분양자가 신탁업자에게 납부한 분양대금은 신탁업자의 고유재산과 분별되어 관리되어야 하므로 신탁업자에게 자금관리계좌를 개설하게 하고 위 계좌에 입금된 금원에 대하여 분별관리의무를 부과하고 있는 점,[26] ② 신탁업자에게 부과된 분별관리의무는 신탁업자의 재산상태의 변동과 관계없이 자금관리계좌에 입금된 금원을 보호하기 위함이므로 위 금원에 대하여 도산절연성을 의도하였다고 볼 수 있는 점, ③ 건분법이 대리사무계약에 따라 자금관리를 할 수 있는 자를 '신탁업자'로 한정한 것은 신탁의 위와 같은 도산절연성 기능을 염두에 둔 것으로 볼 수 있고, 대리사무계약의 당사자인 시행사와 신탁업자 등[27]도 신탁의 도산절연성 기능을 고

24) 정순섭, "사채원리금 지급대행계약의 법적 성질론", 증권법연구 5권1호(2004년), 332면 이하.

25) 허준석, "신탁 성립에 관한 연구 - 성립 요건과 범위를 중심으로", 박사학위논문, 서울대학교(2019. 8), 274면 이하. 대법원이 사채원리금 지급대행계약을 신탁계약이라고 판단하면서 "사채원리금 지급대행계약은 발행회사가 발행한 사채의 사채권자에게 그 원리금을 지급하기 위하여 발행회사가 사채원리금 지급 자금을 은행에게 인도하고 은행은 이를 인도받아 보관, 관리하면서 사채권자에게 그 사채원리금을 지급하는 것을 목적으로 하는 것으로서 신탁계약으로서의 성질을 가지고, 그렇다면 발행회사가 은행에게 인도하는 사채원리금 지급자금은 신탁재산에 해당하고 수익자인 사채권자의 이익 향수(향수)의 의사는 추정되는 것이므로, 은행은 발행회사로부터 인도받은 사채원리금 지급자금을 그 신탁의 본지에 따라 관리할 의무가 있고, 은행이 사채권자의 이익과 관계없이 발행회사의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하거나 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 발행회사에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다."라고 판시한 것은 위와 같은 맥락으로 이해할 수 있다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070 판결).

26) 건분법 시행령 제3조 제4항은 '신탁업자가 분양받은 자로부터의 입출금, 분양계약의 해제, 주소 관리 등 분양업무를 수행하는 경우에는 그 관리 내용을 공정하고 투명하게 전산으로 관리하여야 함'을 규정하고 있고, 무궁화신탁 대리사무계약서에는 "신탁사는 자금관리계좌의 자금을 본 사업의 용도 이외에 사용할 수 없으며 제3자에게 질권을 설정하거나 양도할 수 없다"라고 규정하여 분별관리의무를 명확히 하고 있다(제20조 제3항).

27) 대리사무계약에 시행사, 신탁업자 이외에 시공사, 대출기관도 참여하나 시공사, 대출기관은 핵심 당사자는 아니며, 시공사, 대출기관으로서도 신탁의 도산절연성 기능이 발휘되는 것이 자신에게 유리하므로 이를 의도하여 계약에 참여하였다고 볼 수 있다.

려하여 계약을 체결한 것으로 볼 수 있는 점 등에 비추어 신탁설정의사가 인정된다. 실제 대리사무계약을 보면 "계약의 해제 등 기타사유로 분양계약이 종료된 경우 수분양자가 분양한 분양대금은 대리사무계약이 정한 절차에 따라 신탁재산 한도 내에서 반환될 수 있으며, 신탁재산으로 분양대금을 반환할 수 없거나 부족한 경우 분양대금 반환에 대한 책임은 시행사가 부담한다." 고 하여 신탁재산의 독립성을 명확히 하고 있다(밑줄-필자).[28]

따라서 ① 시행사로 하여금 신탁업자에게 수분양자에 대한 분양대금채권을 양도하게 하고 대출기관으로부터 받은 대출금을 자금관리계좌에 입금하게 함으로서 재산의 이전이 있는 점(신탁재산의 이전), ② 사업자금의 적정하고 투명한 집행을 목적을 위하여 재산이 이전된 것인 점(수탁자의 재산 관리의 목적), ③ 앞서 본 바와 같이 신탁설정의사가 인정되는 점에 비추어 대리사무계약은 신탁계약으로 보아 신탁의 법리를 적용하는 것이 타당하다.

이 경우에 대리사무계약의 수익자가 누구인지 문제가 된다. 신탁의 목적이 일정한 자에게 신탁재산으로부터의 이익을 귀속시키기 위한 것인 때 그 일정한 자가 수익자에 해당하는바,[29] 수익자가 누구인지는 계약해석의 문제이다. 앞서 본 바와 같이 자금의 집행순서에 있어 분양계약이 해제된 경우 수분양자에게 반환할 분양대금이 우선순위로 되어 있다는 점을 가지고 수분양자가 수익자라고 볼 수 있는지 문제가 된다. 그런데 자금의 집행순서 조항은 자금관리계좌에 입금된 금원에 대한 적정한 지출순서에 관한 것으로 수탁자가 자금관리에 있어서 주의해야 할 의무를 규정한 것에 불과하므로 이를 두고 수분양자에게 수익자로서 수익권을 부여한 것이라고 보기 어렵다. 이와 같이 해석하는 것이 대리사무계약의 당사자의 의사에도 부합한다.[30]

결국 특별한 사정이 없는 한, 대리사무계약의 수익자는 시행사로 보는 것이 타당하므로 자익신탁이라고 보아야 할 것이다. 실제 대리사무계약을 보면 "사업 정산시 발생한 사업손익은 시행사에게 귀속된다" 는 조항이 포함되어 있다.[31]

---

28) 서울중앙지방법원 2020. 7. 15. 선고 2019가합574716 판결에서 설시하고 있는 대리사무계약의 내용이다.
29) 최수정, 신탁법, 개정판, 박영사(2019), 99면.
30) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결(공 2018하, 1597)은 건분법이 적용되는 사안은 아니나 '자금관리계좌 자금의 집행순서에 관한 계약 조항이 계약 당사자가 아닌 제3자로 하여금 수탁자에 대한 권리를 직접 취득하게 하는 것을 목적으로 한 규정이라고 해석할 수 없다'는 취지로 판시하여 자금관리계약은 제3자를 위한 계약이 아니라고 결론을 도출하였는바, 같은 맥락으로 이해할 수 있다.
31) 무궁화신탁 대리사무계약 제26조 제2항.

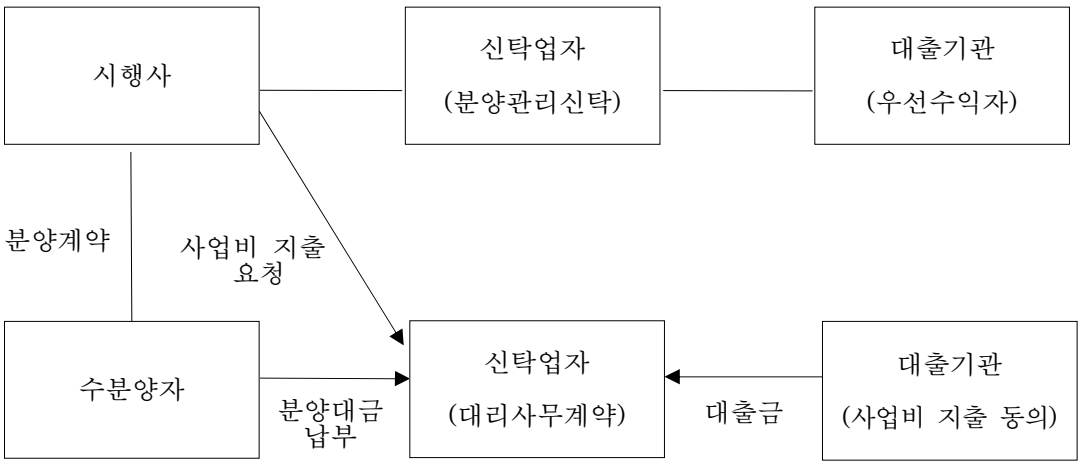
(다) 건분법이 적용되지 않는 건축물에 대해서도 대리사무계약이 체결되어 신탁업자가 시행사가 대출받은 금원이나 수분양자로부터 지급받은 분양대금 등을 관리하는 경우가 많다. 그런데 위와 같은 경우 건분법에서 요구하는 분양대금채권 양도 조항이 반드시 포함되어야 하는 것은 아니므로 신탁업자는 채권양수인으로서 수분양자로부터 분양대금을 받는 것이 아니라 시행사로부터 자금관리의 위임을 받아 분양대금을 수납하는 것이다. 또한, 건분법이 적용되지 않으므로 자금의 집행순서에서 '분양계약 해제로 인한 수분양자의 분양대금반환채권'은 대출기관의 채권보다 열후한 순위가 된다.[32)]

그러나 건분법이 적용되지 않는 대리사무계약은 건분법이 적용되는 대리사무계약과 마찬가지로 사업자금의 적정한 관리를 위하여 신탁업자에게 사업자금을 이전하는 것으로 신탁업자에게 분별관리의무가 인정되고 신탁업자의 자금관리계좌에 입금된 금원에 대하여도 도산절연성을 인정해야 할 것이므로, 건분법이 적용되는 대리사무계약과 마찬가지로 신탁계약으로 보아야 할 것이다. 이 경우의 수익자가 누구인지는 계약 해석의 문제이나 앞서 본 바와 같이 자금관리계좌 자금의 집행순서에 관한 계약 조항은 수익자 획정에 있어서 의미를 가지기 어려우므로 시행사로 보아야 할 것이다.

현재까지 주요하게 논의한 건분법이 적용되는 경우의 선분양의 법률관계를 그림으로 정리하면 아래와 같다.

32) 서울중앙지방법원 2012. 9. 6. 선고 2011가단304273 판결의 사실관계를 보면 건분법이 적용되지 않는 대리사무계약의 자금의 집행순서는 '1순위 : 대출금 이자, 2순위 : 신탁재산의 제세공과금, 신탁처리비용 및 신탁보수, 대리사무보수, 사업추진비(분양대행수수료, 분양제비용 등), 3순위 : 대출원금, 4순위 : 미지급 공사비, 5순위 : 기타 사업비'인바, 분양계약 해제로 인한 수분양자의 분양대금반환채권은 5순위(기타 사업비)에 해당한다고 볼 수 있다.

[그림 1] 건분법이 적용되는 선분양의 법률관계



Ⅲ. 분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계

1. 문제점

앞서 본 바와 같이 건분법이 적용되는 대리사무계약의 경우에 시행사는 신탁업자에게 수분양자에 대한 분양대금채권을 양도해야 하는 분양대금채권 양도 조항이 포함되어야 한다. 이에 따라 수분양자는 시행사와 분양계약을 체결하지만 채권양수인인 신탁업자의 자금관리계좌로 분양대금을 납부해야 한다. 그런데 후에 수분양자가 분양계약을 해제한 경우에 수분양자는 누구에게 분양대금의 반환을 구해야 하는지 문제가 된다. 특히 시행사가 무자력인 경우에 문제가 된다. 위 문제에 대하여는 종래부터 채권양도가 있은 후 양도인과 채무자 사이의 계약(이하 '기본계약'이라고만 한다)이 해제된 경우에 부당이득의 반환상대방이 누구인지에 대해서 활발한 논의가 있어왔는바, 이에 대하여 살펴보기로 한다.

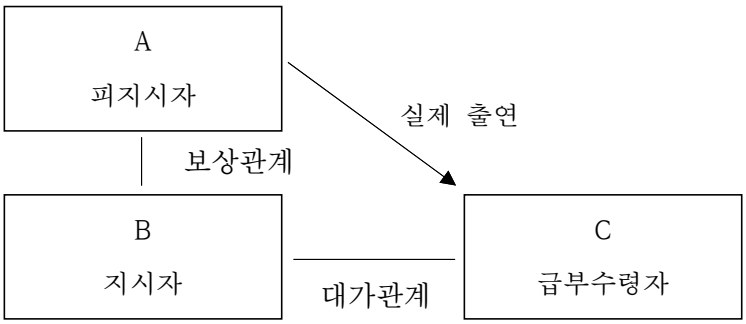
2. 견해의 대립의 배경 - 지시관계에서의 부당이득 법률관계[33)]

채권양도 후 기본계약 해제 시 부당이득의 법률관계에 대한 견해의 대립을 이해하기 위해서는 지시관계에서의 부당이득의 법리를 우선 살펴볼 필요가 있다.

33) 지시관계에서의 부당이득 법률관계에 대하여는 이계정 "삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무", 법조 제721호(2017. 2), 632면 이하. 이하의 내용은 위 논문을 요약한 것이다.

지시관계란 C가 B에 대하여 일정한 급부를 청구할 권리(대가관계)를 가지고 있고, B는 A에 대해서 같은 종류의 급부를 청구할 수 있는 권리(보상관계)를 가지고 있는 경우에 이 3자 사이의 결제를 간편하게 하기 위해서 B(지시자)가 A(피지시자)에 대해서 C(급부수령자)에게 일정한 출연을 지시(Anweisung)하고, 이에 따라 A가 C에게 급부를 한 경우를 의미한다. 지시관계의 주요 특징은 동시이행효와 재산의 경유적 이동이다. 지시에 따라 A가 C에게 급부를 한 경우, A의 B에 대한 채무와 B의 C에 대한 채무는 동시에 변제되는 것이며(동시이행효), 그 결과 재산이동은 A(피지시자)로부터 C(지시수령자)에게로 직접 이루어졌지만 관념적인 재산의 이동은 B(지시자)를 경유한 것으로 의제되는 것이다(재산의 경유적 이동).

[그림 2] 지시관계에서의 부당이득의 법률관계



이러한 지시관계에 의한 출연에서 보상관계가 흠결이 된 경우에 A(피지시자)가 C(급부수령자)를 상대로 부당이득을 할 수 있는지 문제가 된다. 그런데 지시관계에 의한 급부관계는 동시이행효과 재산의 경유적 이동에 비추어 급부의 이동은 A(피지시자)에서 B(지시자)로, B(지시자)로부터 C(급부수령자)로 이루어진 것으로 보되, 지시에 의하여 A(피지시자)로부터 C(지시수령자)로 단축급부가 이루어진 것으로 보아야 한다. 따라서 보상관계가 무효가 된 경우에 A가 B에게 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐 C에게 부당이득반환청구를 할 수 없다.[34]

34) 대법원의 다음과 같은 판시, 즉 "계약의 일방 당사자가 계약 상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약 상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부로써 급부를 한 계약 당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부로도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를

이러한 지시관계에서의 부당이득 법리가 제3자를 위한 계약에서도 마찬가지로 적용되는지 문제가 된다. 대법원은 보상관계가 해제된 사안에서 "제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다." 라고 하여 지시관계에서의 부당이득의 법리를 적용하였다(요약자반환설).[35]

문제는 지시관계에서의 부당이득 법리가 채권양도의 경우에도 확장되어 적용될 수 있는지 여부이다. 채권양도의 경우에 채무자의 채무 변제 시점에 지시관계의 대가관계에 대응하는 채권양도인과 양수인 사이의 채권관계가 존재하지 않는 특징이 있다. 또한, 채권양도인은 채권을 양도함으로써 채무자에 대한 채권을 상실하고, 채무자에 대한 권리가 전적으로 양수인에게 귀속하는 특징도 있다(즉 지시관계의 보상관계에 해당하는 것이 없다). 이러한 특징 때문에 견해의 대립이 있을 수밖에 없다.

3. 견해의 대립

(1) 양도인반환설[36]

양도인반환설은 지시관계에서의 부당이득 법리가 채권양도의 경우에도 확장되어 적용될 수 있음을 전제로 기본계약 해제 시 채무자는 양도인을 상대로 부당이득반환을 구해

할 수 없다."는 판시는 위와 같은 맥락이다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결(공 2004상, 207)).

35) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결(미간행).

36) 양도인반환설을 지지하는 견해로는 최수정, "지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환", 민사법학 제30호(2005. 12.), 319면 이하; 제철웅, "보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향", 저스티스 제33권 제1호(2000. 3), 142면 이하; 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사(2003), 328면 이하; 배성호, "채권이 양도된 후 보상관계가 해제된 경우 부당이득반환청구의 상대방", 법학연구 통권 제37집(2012. 12), 전북대학교 법학연구소, 284면 이하; 김창희, "지명채권양도 후 기본관계가 해제된 경우 부당이득반환", 원광법학 제27권 제3호(2011), 259면 이하; 정태윤, "민법 제548조 제1항 단서의 제3자의 범위", 민사판례연구 제31권(2009), 356면 이하; 이상훈, 유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구, 경인문화사(2017), 169면 이하. 기본적으로 양도인반환설을 따르면서도 구체적인 사안의 이익상황을 고려해 예외를 인정하자는 견해로는 장보은, "계약의 해소와 부당이득반환의 문제: 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로", 저스티스 통권 제171호(2019. 4), 302면 이하. 채무자의 양수인에 대하여 변제하는 시점을 기준으로 양도인과 양수인 사이에 기본관계가 전제되어 있고, 양수채권의 변제와 기본관계에 기초한 변제가 동시에 이루어지는 경우에는 단축급부로 평가하여 양도인반환설에 따라야 한다는 견해로는 윤지영, "채권양도와 부당이득", 민사판례연구(41), 박영사(2019), 648면 이하. 독일 연방대법원도 양도인반환설의 입장에 있다(BGHZ 122, 46 = NJW 1993, 1578). 독일의 학설 대립에 대해서는 MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 812 Rn. 241ff. 양도인반환설을 지지하는 대표적인 견해로는 Claus-Wilhelm Canaris, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München, Beck, 1973, S. 799ff.

야 한다고 주장한다. 양도인반환설의 핵심 논거는 다음과 같다.

① 계약의 일방당사자의 무자력위험은 그를 계약상대방으로 선택한 타방당사자가 부담하여야 하고 제3자에게 전가하여서는 아니 되고, 계약관계의 청산에서도 같은 법리가 적용되어야 한다. 따라서 설령 양도인이 무자력이더라도 채무자는 양도인을 계약상대방으로 선택한 이상 그 위험을 부담해야 하고 양수인에게 부당이득반환청구를 할 수 없다.

② 양수인을 반환상대방으로 인정하게 되면 동시이행의 항변권과 같이 양도인이 기본계약에 근거하여 채무자에 대하여 가지는 대항사유를 우회하는 것을 허용하게 되는바, 채무자를 근거 없이 우대하는 것이다.

③ 채무자가 채권자의 지시에 의하여 제3자에게 그 채무를 직접 이행을 한 것이나 제3자를 위한 계약에 따라 낙약자가 제3자에게 채무를 이행한 경우나 채권자가 제3자에게 채권을 양도하여 채무자가 제3자에게 채무를 이행한 경우나 모두 그 이익상황에서 차이가 없다.[37] 따라서 채권자의 지시에 의하여 채무자가 제3자에게 이행을 한 경우에 채권자와 채무자 사이에 보상관계가 흠결이 있다고 하더라도 채무자는 제3자에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 제3자를 위한 계약에서 기본계약의 흠결이 있다고 하더라도 낙약자는 제3자에게 부당이득반환청구를 할 수 없듯이 채권양도 사안에서 채무자는 양수인에게 부당이득반환청구를 할 수 없다.

(2) 양수인반환설[38]

양수인반환설은 지시관계에서의 부당이득 법리가 채권양도의 경우에는 확장되어 적용될 수 없음을 전제로 채무자는 기본계약 해제 시 양수인을 상대로 부당이득을 구해야 한다고 주장한다. 양수인반환설의 핵심 논거는 다음과 같다.

① 채권양수인으로서는 양수 당시에 계약이 해제될 수도 있다는 사실을 충분히 예상

37) 채권양도 통지 이후에 채무자가 양수인에게 채무를 이행한 경우에는 채무자는 양수인에게 민법 제451조 제2항에 기한 항변을 할 수 없는바, 이점은 제3자를 위한 계약에서 낙약자가 제3자에게 채무 이행 후에는 기본계약이 해제되더라도 이에 기하여 제3에게 부당이득반환청구를 할 수 없다는 점과 동일하므로 제3자를 위한 경우 계약이나 채권양도나 부당이득반환관계는 동일하게 처리하는 것이 타당하다는 주장(제철웅(주 36), 143면)도 같은 맥락이다.

38) 양수인반환설을 지지하는 견해로는 윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", 서울대학교 법학 제55권 제3호(2014. 9), 137면 이하; 이동진, "채권양도, 부당이득, 동시이행", 비교사법 제22권 제1호(2015. 2), 296면 이하; 김동훈, "채권양도와 계약해제", 고시연구(2003. 6), 289면 이하; 박세민, "삼각관계상의 부당이득", 박사학위논문, 서울대학교(2007. 2), 299면 이하. 독일에서 양수인반환설을 지지하는 대표적인 견해로는 Köndgen, Wandlungen im Bereicherungsrecht, Festchrift für Josef Esser(1975), S. 66ff.

할 수 있었고, 따라서 양수인을 제3자로서 보호하지 않고 그에게 계약 해제로 인한 위험을 부담시킨다고 하여 불합리한 것은 아니다.

② 물권행위의 유인론을 취하는 우리 법체계에서는 기본계약이 해제된 경우 원물반환을 위하여 채무자가 양수인에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 있는바, 부당이득반환청구권도 같은 상대방을 지향하게 해야 하므로 양수인에 대하여 할 수 있다고 보아야 한다.

③ 양도인이 현실적으로 변제를 받은 것은 아니므로 양도인에게는 반환의 대상이 될 수 있는 이득이 존재한다고 보기 어려운바 양도인반환설은 타당하지 않다.

4. 판례

대법원은 분양대금채권 중 미수금채권에 대한 양도가 이루어져 채무자가 양수인에게 채무를 이행하였는데 분양계약이 해제된 사안에서 "민법 제548조 제1항 단서에서 규정하고 있는 제3자란 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하고, 계약상의 채권을 양수한 자는 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다고 할 것인바, 계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다."라고 판시하면서 채무자는 양수인에게 분양대금의 반환을 구할 수 있다고 판시하였다.[39] 그런데 위 판결은 지시관계에서의 부당이득 법리가 채권양도의 경우에도 확장되어 적용될 수 있는지에 대해서는 판단하지 아니한 채 민법 제548조 제1항 단서의 취지만을 고려하여 결론을 도출하였다는 점에서 양수인반환설의 입장이라고 단정하기 어려운 면이 있었다.

그런데 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결(공 2017하, 1607)은 지시관계에서의 부당이득 법리에 근거하여 달리 판시하였다. 위 판결은 건분법에 따라 분양사업이 이루어져 시행사가 대리사무계약에 기하여 신탁업자에게 수분양자에 대한 분양대금채권을 양도한 사안으로, 수분양자가 신탁업자에게 분양대금을 납부한 다음 신탁업자를 상대로 분양계약 해제 또는 분양계약 취소를 원인으로 분양대금의 반환을 구하였다. 대법원은

39) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결(공 2003상, 685).

수분양자가 신탁업자 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 이 경우 신탁업자는 대리사무계약에 근거하여 분양대금을 수령한 것이므로 신탁업자에 대하여 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 판시하였다.[40]

5. 검토 - 양도인반환설의 타당성

(1) 이른바 '삼각관계에서의 부당이득 법률관계'[41], 특히 계약에 기한 채무이행이 계약상대방이 아닌 제3자에게 이루어졌는데 기본관계(보상관계)에 흠결이 있거나 지시에 흠결이 있는 경우에 부당이득반환의무자가 누구인지 문제가 된다.

이에 관하여 우리의 삼각관계에서의 부당이득 법률관계에 많은 영향을 끼친 독일의 논의를 살펴볼 필요가 있다.[42] 재산이동이 직접적이었는지 여부에 따라 부당이득반환의무자를 정하자는 '직접적 인과관계설'을 극복하기 위하여 급부관계설(목적적 급부개념론)이 주장되었다.[43] 급부관계설에 따르면, A(피지시자)가 C(급부수령자)에게 채무를 이행한 목적은 B(지시자)에 대한 채무를 변제하기 위한 것으로 B(지시자)의 재산을 증대시키기 위한 것이었으므로 A(피지시자)가 B(지시자)에 대해서 급부한 것으로 평가된다. 따라서 보상관계가 흠결된 경우에 A(피지시자)는 C(급부수령자)에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 없고 B(지시자)에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다는 결론에 도달하게 된다.

급부관계설의 이론적 강점에도 불구하고, 급부관계설이 지시관계 이외에 삼각관계 전부를 포괄하는 이론적 틀을 제공하고 있는지에 대해서는 강한 비판이 있었다.[44] 이에

---

40) 위 판결은 "앞서 본 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 사안을 달리하므로 이 사건에 원용될 수 있는 것이 아니다"라고 판시하였다.

41) 계약에 기한 채무이행이 계약상대방이 아닌 제3자에게 이루어지는 경우에 기본관계(보상관계)나 대가관계에 흠결이 있거나 지시에 흠결이 있어서 발생하는 부당이득 법률관계를 '삼각관계에서의 부당이득 법률관계'라고 하며, 계약상대방의 지시, 제3자를 위한 계약, 채권양도, 제3자에 대한 변제 사안 등에서 발생하는 부당이득 법률관계를 총칭한다.

42) 독일의 삼각관계 부당이득 법률관계에 대한 논의로는 편집대표 곽윤직, 민법주해(17), 채권(10), 박영사(2005), 205면 이하(양창수 집필부분); 이계정(주 33), 633면 이하; 박세민, 삼각관계상의 부당이득, 한국학술정보(주)(2009), 131면 이하; 김형배(주 36), 281면 이하.

43) 직접적 인과관계설에 따르면 지시관계에서의 부당이득 법률관계에 있어서 A(피지시자)로부터 C(급부수령자)로 직접적인 재산이동이 이루어졌으므로 보상관계가 흠결된 경우에 A(피지시자)는 C(급부수령자)에게 부당이득반환청구가 가능하다는 결론에 도달한다. 이러한 결론은 지시관계에 의한 급부관계의 특징, 즉 동시이행효과와 재산의 경유적 이동을 반영하고 있지 못하다는 점에서 많은 비판을 받았다.

44) 예를 들면, 제3자를 위한 계약에서는 낙약자가 수익자에게 이행을 하는 것은 동시에 요약자에 대한 채무도 이행이 되는데 여기서 낙약자는 두 개의 급부목적을 가지므로, 낙약자는 누구를 상대로 부당이득반환청구를

카나리스(Canaris)는 급부개념에 의존하여 부당이득반환의무자를 결정하려는 종래의 태도를 비판하면서, 삼각관계에서 누가 부당이득반환의무를 부담하는지 여부는 다음과 같은 3개의 기준에 의하여 평가되어야 한다고 주장하였다.[45]

「① 하자 있는 원인관계의 각 당사자는 상대방에 대한 항변사유(유치권, 시효 등)를 그대로 보유하여야 하며, 제3자가 부당이득관계의 상대방이 됨으로써 항변사유를 주장할 기회를 박탈하여서는 아니 된다.

② 당사자는 그의 계약상대방이 제3자와 맺은 법률관계에서 발생하는 항변권(계약의 무효 주장 등)으로부터 보호되어야 한다.

③ 무자력의 위험은 정당하게 분배되어야 한다. 계약 당사자는 계약 상대방을 선택하였고 상대방의 재산 상태를 제3자보다 잘 인식할 수 있는 지위에 있었으므로, 계약 상대방의 무자력위험을 부담하여야 하며, 이를 제3자에게 전가하여서는 아니 된다.」

카나리스의 실질적 평가기준설은 계약관계의 청산은 각 당사자 사이에 이루어져야 하며 제3자에게 청산 의무를 전가하여서는 아니 된다는 '계약법의 기본원리'에 부합하고, 삼각관계의 부당이득에 관여하고 있는 자 사이의 적정한 이익형량을 통해 복잡한 부당이득 법률관계를 관통하는 선명한 틀을 제시하고 있다는 점에서 타당성을 인정할 수 있다. DCFR(유럽민사법 공통참조기준안)이 삼각관계의 부당이득 사안을 위와 같은 계약법의 기본원리에 입각하여 단일모델을 구축하고 있는 것도 실질적 평가기준설의 영향에 따른 것으로 이해할 수 있다.[46]

다만, 우리 법이 독일과 달리 물권행위 유인론을 채택하고 있다는 점에서 원물 반환의 법률관계에서는 다소의 조정이 필요하다는 주장이 있을 수 있으나,[47] 적어도 금전의 급부를 원인으로 한 삼각관계 부당이득 법률관계와 관련하여서는 금전의 점유자가 금전의 소유자라는 법리에 비추어[48] 실질적 평가기준설을 적용하는 것이 타당하다. 그동안 대

할 수 있는지 급부관계설에 의하여 설명하기 어려운 한계가 있다.

45) Claus-Wilhelm Canaris(주 36), 802f.

46) DCFR Ⅶ.-2:102 손실자가 제3자에게 부담하는 채무 또는 추정 채무의 이행의 결과로 수익자가 이득을 얻은 경우, 다음의 경우 그 이득은 정당화된다:

(a) 손실자가 임의로 행한 경우; 또는

(b) 이득이 단순히 채무이행의 부수적인 결과의 경우

위 조항에 대한 자세한 설명은 이상훈(주 36), 139면 이하 참조.

47) 가령 정태윤, "다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례의 검토", 민사법학 제52호(2010. 12), 512면 이하.

법원은 지시관계에 의하여 피지시자가 급부수령자에게 금전을 직접 급부한 경우에 피지시지가 급부수령자에게 보상관계의 흠결을 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다는 판결,[49] 제3자를 위한 계약관계에서 기본관계가 해제된 경우라도 낙약자는 금전을 수령한 제3자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다는 판결[50]을 선고하여 왔는바, 그 판결의 핵심 논거로 '계약 관계의 청산은 계약 당사자 사이에 이루어야 한다', '계약 관계 이외의 제3자에게 부당이득반환청구를 인정하면 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권을 침해하게 된다'는 점을 언급하였는바, 앞서 본 실질적 평가기준설의 타당성을 받아들인 결과로 이해될 수 있다.

(2) 그럼 실질적 평가기준설에 입각하여 쟁점이 되는 '채권양도가 있은 후 기본계약이 해제된 경우의 부당이득의 법률관계'를 살펴보자.

양도인(매도인)과 채무자(매수인) 사이에 체결된 기본계약이 매매계약이고 양도인(매도인)이 채무자(매수인)에 대하여 가지는 매매대금채권을 제3자(양수인)에게 양도하였고, 이에 채무자(매수인)가 제3자(양수인)에게 매매대금을 지급하고 목적물을 인도받았는데 매매계약이 해제된 경우 채무자(매수인)가 제3자(양수인)를 상대로 대금반환을 구할 수 있는가? 양수인반환설에 따르면 이를 긍정해야 할 것이다. 그러나 양도인(매도인)과 채무자(매수인)는 매매계약의 당사자로 매매계약이 해제된 경우에 원상회복의무에 대하여 동시이행의 항변을 가진다. 즉 양도인(매도인)의 매매대금반환의무와 채무자(매수인)의 목적물인도의무는 동시이헹관계에 있다. 그런데 채무자(매수인)가 제3자(양수인)를 상대로 대금반환을 구할 수 있다고 보는 경우에 제3자(양수인)는 매매계약의 당사자가 아니므로 동시이행의 항변, 즉 자신의 대금반환의무와 채무자(매수인)의 양도인(매도인)에 대한 목적물인도의무가 동시이행관계에 있다는 항변을 하지 못한다.[51] 제3자(양수인)가 부당이득관계의 상대방이 됨으로써 기본계약의 당사자인 양도인(매도인)이 항변사유를 주장할 기회가 박탈되게 되고 채무자(매수인)에게 동시이행의 항변을 우회할 수 있는 수단을 열어주는 것이 된다. 이러한 불합리한 결과를 방지하기 위하여 실질적 평가기준설이

48) 곽윤직・김재형, 물권법[민법강의 Ⅱ], 제8판(전면개정)보정, 박영사(2015), 162면
49) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결(공 2008하, 1330).
50) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결(미간행).
51) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결(공 2003상, 685). 위 법리에 찬성하는 견해로는 이동진(주 38), 311면. 반대하는 견해로는 양창수, "매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전반환의무는 매수인의 목적물인도의무와 동시이행관계에 있는가?", 민법연구 제7권, 박영사(2005), 374면.

계약관계의 청산은 각 당사자 사이에 이루어져야 한다는 점을 강변하고 있는 것이다. 이 점에서 양수인반환설보다는 양도인반환설이 타당하다.

다음으로 무자력의 위험의 분배 관점에서도 양도인반환설이 타당하다. 채권양도는 양도인과 양수인 사이의 약정에 의하여 이루어지는 것일 뿐 채무자는 관여하지 않는다. 양수인반환설에 의하면 채무자가 양수인의 무자력의 위험을 부담해야 하는데 채무자가 자신의 관여하지 않은 채권양도에 의하여 양수인의 무자력의 위험을 부담하는 것은 타당하지 않다.[52] 오히려 채무자가 양도인을 계약 상대방으로 선택하였다는 점에서 양도인의 재산 상태를 잘 인식할 수 있는 지위에 있었으므로 채무자에게 양도인의 무자력의 위험만을 부담하게 하는 것이 타당하다. 이점을 반영하여 실질적 평가기준설은 계약 당사자는 계약 상대방의 무자력의 위험을 부담해야 하며 이를 제3자에게 전가하여서는 아니 된다는 점을 강조하고 있는 것이다.

(3) 이러한 양도인반환설은 실정법과도 부합한다. 민법 제548조 제1항 본문은 "당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 <u>각 당사자는 그 상대방에 대하여</u> 원상회복의 의무가 있다."라고 규정하고 있다(밑줄-필자). 즉 원상회복의무, 계약의 청산은 매매계약 당사자 사이에서 이루어져야 함을 강조하고 있다. 다만, 해제는 계약을 소급해서 무효로 하므로(물권적 직접효과설) 위 계약에 이해관계를 맺은 제3자의 보호가 문제가 되는바, 민법 제548조 제1항 단서는 "제3자의 권리를 해하지 못한다."라고 규정하여 위 문제를 다루고 있는 것이다. 즉 민법 제548조 제1항 단서는 계약청산의 상대방을 정하는 조항이 아니며 이는 본문에 의해서 결정되어야 한다.[53] 또한, 앞서 본 바와 같이 금전의 급부를 원인으로 한 삼각관계 부당이득 법률관계와 관련하여서는 금전의 점유자가 금전의 소유자라는 법리가 인정되므로 물권적 직접효과설이 적용되기 어려운바, 제548조 제1항 단서에 의해서 부당이득반환의무자를 정할 이유가 없다. 결국 제548조 제1항 단서는 ① 물권적 직접효과설에 의하여 소급적으로 물권을 상실하는 제3자를 정함으로써 채무자가 물권적 청구권을 행사할 수 있는 인적 범위를 정하거나, ② 제3자를 위한 계약에서 제3

52) 양수인반환설을 주장하는 입장에서는 양수인이 무자력이어서 양수인에 대하여 부당이득반환청구권을 실현할 수 없을 때에는 채무자는 양도인의 해제를 원인으로 한 반대급부 반환청구에 대하여 이득소멸의 항변을 할 수 있다고 주장하나, 이득소멸의 항변의 개념에 비추어 타인의 무자력을 가지고 이득소멸 항변이 가능한지에 대해서 상당한 의문이 있다. 이득소멸 항변의 개념에 대하여는 이계정, "송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준 - 부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로", 민사판례연구(35), 박영사(2013), 594면 이하; 四宮和夫, 事務管理·不當利得·不法行爲 上卷, 青林書院(1995), 88-89頁.

53) 同旨 이상훈(주 36), 170면.

자가 지급을 구하는 경우에 낙약자가 지급을 거절할 수 있는 근거가 되거나, ③ 채권양도가 있은 후 양수인이 지급을 구하는 경우에 채무자가 지급을 거절할 수 있는 근거가 되나[54] 부당이득반환의무자가 누구인지를 정하는 규정은 아닌 것이다. 대법원도 "제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제 시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론이나, 그렇다고 당연히 계약해제로 인한 원상회복의무를 부담해야 하는 것은 아니다."라고 판시하였는바, 위와 같은 점을 염두에 둔 판시로 이해할 수 있다.[55]

또한 우리 법은 계약 상대방 아닌 제3자에게 부당이득반환의무를 부담하게 함에 있어 엄격한 제한을 가하고 있다는 점도 고려해야 한다. 민법 제747조 제2항은 수익자가 그 수익을 반환할 수 없을 경우에는 수익자로부터 무상취득을 한 악의의 제3자에 대하여 부당이득반환의무를 지우고 있다. 즉 부당이득의 반환을 구하는 자가 원래의 반환의무자에 대하여 자신의 청구권을 관철할 수 있는 한 제3자에 대한 청구를 인정하지 않을 뿐만 아니라 예외적으로 인정하는 경우라도 악의의 무상취득을 요구하는바, 급부수령자의 신뢰를 보호해야 한다는 점과 계약 청산은 원칙적으로 계약 당사자들 사이에서 이루어져야 한다는 점을 강조하고 있다.[56] 채권양수인은 악의의 무상취득자가 아닐 뿐만 아니라 채권양수인의 신뢰는 보호되어야 하는바, 민법 제747조 제2항의 취지에 비추어 계약상대방을 넘어서 제3자인 채권양수인에 대하여 부당이득반환의무를 지우는 해석은 타당하지 않다.

(4) 지시관계에서의 부당이득의 법률관계와 채권양도에서의 부당이득의 법률관계는 차이점보다 유사점이 더 많다. 즉 지시관계에서의 부당이득의 법률관계에서 A(피지시자)가 C(급부수령자)가 아니라 B(지시자)에 대하여 부당이득반환청구를 구해야 하는 이유 중의 하나는 B(지시자)가 A(피지시자)에 대하여 지시(Anweisung)를 하였더라도 A(피지시자)와 B(지시자) 사이에 계약은 그대로 존속하고 A(피지시자)는 B(지시자)와의 계약의 목적을 실현하기 위하여 C(급부수령자)에게 급부를 이행한 것이기 때문이다. 이는 채권양도에서도 마찬가지이다. 채권양도가 이루어졌다고 하더라도 양도인과 채무자 사이의 기본계약

54) 민법 제451조 제2항은 채무자는 채권양도통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로 양수인에게 대항할 수 있다고 규정하고 있어 채권양도통지 후에 해제가 된 경우에 채무자가 양수인의 이행청구에 대항할 수 있는지 문제가 되나 민법 제548조 제1항 단서에 기하여 대항할 수 있는 것이다.
55) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결(미간행).
56) 김형석, "지급지시·급부관계·부당이득", 서울대학교 법학 제47권 제3호(2006. 9), 295-297면.

은 유효한 것으로 채무자는 기본계약의 목적을 실현하기 위하여 변제를 한 것이다. 따라서 기본계약이 해제된 경우에 지시관계에서의 부당이득 법률관계와 마찬가지로 채무자는 기본계약의 당사자인 양도인에게 부당이득반환을 구하는 것이 논리정합적이다.[57]

앞서 본 바와 같이 지시관계에 의한 급부관계는 동시이행효과 재산의 경유적 이동에 비추어 재산의 이동을 A(피지시자)에서 B(지시자)로, B(지시자)로부터 C(급부수령자)로 보아야 하나, 채권양도의 경우 재산의 이동을 A(채무자)에서 C(양수인)으로 보아야 하는 차이가 있다. 그러나 A→B→C의 경로를 거쳐 C가 급부를 취득한 경우와 C가 채권을 양수하여 급부를 취득한 경우를 비교하면, C의 급부보유에 대한 신뢰의 정도가 다르지 않다는 점에서 후자만이 C가 받은 급부를 반환할 의무가 있다고 차별성을 둘 합리적 이유가 없다(오히려 후자의 경우 C는 채권양도계약이라는 적극적 행위에 기하여 급부를 수령한 것이므로 급부보유에 대한 신뢰가 더 크다고 볼 수 있다).[58]

(5) 양수인반환설은 앞서 본 바와 같이 원물반환을 위하여 채무자가 양수인에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 있는바, 부당이득반환청구권도 같은 상대방을 지향해야 한다는 점을 가지고 양도인반환설을 비판한다. 즉 양도인반환설에 따르면 부당이득반환청구권은 양도인에게, 물권적 청구권은 양수인에게 행사해야 하는 문제가 있다는 것이다. 그러나 이러한 결과는 우리 민법이 물권과 채권을 준별하여 채권적 부당이득반환청구권과 물권적 청구권을 경합하여 인정하고 있기 때문에 발생한 논리적 결과일 뿐 양도인반환설의 논리적 결함은 아닌 것이다.[59] 나아가 금전채권을 양수하여 양수인이 변제를 받은 경우에 금전의 점유자가 금전의 소유자라는 법리가 인정되므로 양수인에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 없는바, 금전의 부당이득 법률관계와 관련하여 위와 같은 비판이 설 자리가 없다.

또한, 양도인반환설에 대하여 앞서 본 바와 같이 양도인이 현실적으로 변제를 받은 것은 아니므로 양도인에게는 반환의 대상이 될 수 있는 이득이 존재한다고 보기 어렵다는

57) MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 812 Rn. 242. 제3자를 위한 계약에서 낙약자는 제3자가 아닌 요약자를 상대로 부당이득반환을 구해야 한다는 요약자반환설에 대하여도 같은 논거를 들 수 있다.

58) 정태윤 교수는 "물건의 취득과정이 갑→을→병의 경로를 거친 경우와 을의 갑에 대한 목적물 인도청구권을 병이 양도받아서 이행받은 경우의 이익상황은 다를 것이 없고, 또 현재 병이 그 물건의 소유권을 취득하였으므로 보호규정이 적용되기 위한 요건을 갖춘 상태이므로 굳이 그 보호에 차이를 둘 이유는 없다고 할 것이다. ... 목적물이 금전인 경우도 마찬가지라 할 것이다."라고 설득력 있게 기술하고 있다(정태윤, "독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가?", 비교사법 제14권 제4호(2017. 12), 245면).

59) 이상훈(주 36), 172면.

비판이 있다. 그러나 급부부당이득은 재화의 이동에 관한 법(Recht der Güterbewegung)에 속하는 제도로 잘못된 급부를 청산·교정하는 기능을 한다.[60] 따라서 급부부당이득에서는 급부를 중심에 두고 손해를 파악하면 되는바, 급부가 있었으나 법률상 원인이 흠결된 경우에는 그 급부가 수익자의 이득이자 손실자의 손해인 것이다.[61] 따라서 채무자의 양수인에 대한 출연 그 자체가 수익자인 양도인의 이득인 것이다.[62] 또한, 양수인의 급부 수령은 채무자와 양도인 사이의 계약에 근거하여 이루어진 것인바, '해제로 인한 원상회복의무'는 계약당사자 사이에 해제된 계약에 근거하여 이루어진 급부의 반환을 명하는 것으로 반드시 그 급부가 상대방에 대해서 이루어져야 함을 요구하지 않는다는 점에서 양도인에게 양수인이 수령한 급부의 반환을 명하여도 논리적으로 문제가 되지 않는다. 제3자를 위한 계약관계에서 기본계약이 해제된 경우에 낙약자가 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 요약자에 대하여 제3자가 수령한 급부의 반환을 명할 수 있는 이유가 여기에 있다.

(6) 요컨대, 양도인반환설은 실질적 평가기준설이 제시한 기준에 부합하는 점, 실정법적 근거를 갖추고 있는 점, 지시관계에서의 부당이득의 법률관계와 강한 유사성이 인정되는 점, 양도인반환설에 대한 기존의 비판은 충분히 극복가능하다는 점 등에 비추어 타당하다.

다만, 채무자가 양수인에게 부당이득반환청구를 할 수 있는 예외적 상황도 있다. 즉, 채무자가 착오로 양수인에게 채무액보다 과다한 금액을 지급한 경우, 채권양도가 없었음에도 채무자가 양수인에게 지급한 경우와 같이 부당이득반환문제를 야기한 흠이 채무자와 양수인 사이에 존재하는 경우에는 채무자는 양수인에 대하여 반환청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.[63] 학설에 따라서는 양도인이 이득소멸의 항변을 할 수 있는 경우에는 채무자가 양수인에게 부당이득반환청구를 할 수 있다는 견해도 있으나[64] 양도인의 이득소멸의 항변을 이유로 양수인에 대한 부당이득반환청구권의 부여라는 채무자에 대한 혜택이 과연 정당화될 수 있는지 의심스럽다는 점에서 쉽게 따르기 어렵다.

---

60) 반면 침해부당이득은 물권적 청구권과 같이 재화를 보호하는 기능을 담당한다. v. Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", Festschrift für Ernst Rabel, Bd 1. (1954), S. 353.

61) 이계정, "집합건물 공용부분 무단사용자에 대한 관리단의 부당이득반환청구 가부", 법조 제70권 제1호(2021. 2), 380-381면.

62) 해제의 경우에 수익자가 누구인지 여부는 앞서 본 바와 같이 민법 제548조 제1항 본문에 의하여 결정되어야 하는바, 수익자는 양도인이다.

63) MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 812 Rn. 252, 253; 최수정(주 36), 323-324면.

64) Claus-Wilhelm Canaris(주 36), S. 835f.

6. 분양계약이 해제된 경우 원상회복의무자 - 시행사

(1) 건분법이 적용되는 대리사무계약의 경우에 수분양자가 채권양수인인 신탁업자의 자금관리계좌로 분양대금을 납부한 이후에 분양계약이 해제된 경우 양도인반환설에 따라 수분양자는 신탁업자가 아닌 시행사에 대하여 분양대금의 반환을 구해야 한다.

신탁업자가 분양대금을 반환해야 한다는 해석론은 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 시행사는 대리사무계약에 따른 자금의 집행순서와 관련된 항변을 수분양자에게 주장할 수 없는 문제가 있다. 앞서 본 바와 같이 대리사무계약에 의하면 분양대금 반환과 신탁보수의 지급은 자금의 집행순서에 있어서 같이 1순위이다. 그런데 신탁업자가 자금관리계좌에 입금된 금원을 분양사업을 위하여 정상적으로 지출한 결과 잔존한 금원이 분양대금 반환과 신탁보수를 모두 충족할 수 없는 경우를 가정하면, 신탁업자를 분양대금 반환의무자로 인정하는 경우 신탁업자는 수분양자에 대하여 자신의 신탁보수와 안분해야 한다는 항변을 할 수 없게 된다. 예를 들면 자금관리계좌에 1억 원만 남은 상황에서 수분양자가 반환을 구하는 분양대금이 1억 원이고 신탁업자가 받아야 할 보수가 1억 원이라면 자금관리계좌에 남은 1억 원의 자금집행은 분양대금 5,000만 원, 신탁보수 5,000만 원으로 안분하여 집행되어야 할 것이다.[65] 그러나 자금의 집행순서 조항은 대리사무계약의 당사자인 시행사와 신탁업자 등만을 구속하는 것이므로 신탁업자가 대리사무계약의 당사자가 아닌 수분양자에게 주장할 수는 없는 것이다. 따라서 양수인반환설에 따라 신탁업자에게 수분양자에 대한 분양대금반환의무를 인정하게 되면, 신탁업자는 위와 같이 부당이득관계의 상대방이 됨으로써 시행사 등에게 할 수 있었던 주장을 수분양자에게 할 수 없게 되는 불이익이 있다.

둘째, 수분양자가 분양 목적물을 사용한 상황에서 분양계약이 해제된 경우에 동시이행의 항변권과 관련하여 문제가 발생한다. 위와 같은 경우에 분양계약 해제를 원인으로 한 수분양자의 목적물 인도의무와 사용이익반환의무는 분양대금반환의무와 동시이행관

65) 본 바와 같이 대리사무계약의 법적 성질을 신탁계약으로 보아야 하므로 신탁업자는 자신의 의무를 신탁재산 한도 내에서 부담한다. 따라서 만약 자금관리계좌에 남은 1억 원인데 반환할 분양대금이 2억 원인 경우 양수인반환설을 취한다고 가정하면, 신탁업자는 2억 원을 반환해야 하는 것이 아니고 신탁재산 한도 내인 1억 원만을 반환해야 한다. 타인을 위한 재산관리제도라는 신탁의 본질상 신탁재산은 수탁자의 고유재산과는 별개의 재산으로 취급하여야 한다는 '신탁재산의 독립성'은 대세적으로 주장할 수 있는 항변이기 때문이다(신탁법 제22조 제1항 본문 참조).

계에 있다. 그런데 만약 수분양자가 신탁업자에 대해서 분양대금의 반환을 구할 수 있다면 신탁업자는 분양계약의 당사자가 아니므로 수분양자에게 동시이행의 항변을 할 수 없게 되는바, 신탁업자에게 부당이득반환의무를 지우는 해석론은 타당하지 않다.

셋째, 수분양자는 시행사를 분양계약의 상대방으로 선택하였는바, 시행사의 재산 상태를 잘 인식할 수 있는 지위에 있었다. 시행사가 무자력이라고 하여 신탁업자에 대한 분양대금 반환청구를 허용하는 것은 수분양자 자신이 부담해야 하는 무자력 위험을 신탁업자에게 전가하는 것이 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이 앞서 본 실질적 평가기준설이 제시한 기준에 비추어 보면, 분양계약 해제 시 수분양자는 계약 당사자인 시행사에게 분양대금반환청구를 하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 시행사가 분양대금을 직접 수령한 것이 아니라는 점에서 시행사가 취득한 이득이 분양대금이 아니라고 주장할 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 양수인인 신탁업자가 취득한 이득을 양도인인 시행사의 이득으로 볼 수 있다. 또한, 시행사는 분양계약을 통해 수분양자에 대하여 분양대금채권을 취득하였고, 시행사는 신탁업자에게 금전 대신에 분양대금채권 양도의 방법으로 입금을 하였고, 실제 신탁업자가 수분양자로부터 분양대금을 납부받음으로써 분양대금채권이 현실화되었다는 점에서 수분양자는 시행사에게 분양대금 상당액의 반환을 구할 수 있는 것이다.

(2) 이에 대하여 분양대금은 경제적으로 신탁업자의 것이 아니라 시행사의 자산으로 보아야 하므로 형식적으로 분양대금의 반환 주체가 신탁업자가 된다고 하더라도 이를 신탁업자의 경제적 출연이라고 보기 어렵다는 이유로 수분양자는 시행사뿐만 아니라 신탁업자를 직접 상대방으로 하여 분양대금반환청구를 할 수 있다는 견해가 있다.[66] 이에 대하여는 신탁회사의 자금관리계좌에 입금된 금원은 신탁재산으로 시행사나 신탁업자의 고유재산과는 독립된 재산으로서 신탁채권자와 수익자를 위한 책임재산이 되므로, 막연히 시행사의 자산인 분양대금을 신탁업자가 반환하는 것이라고 보는 것은 무리라는 비판이 있다.[67] 신탁재산은 위탁자로부터 독립된 재산이므로 수탁자의 신탁재산은 위탁자의 재산과 분리하여 사고하여야 한다는 '신탁재산의 독립성'은 신탁의 본질에 해당하는 부분이라는 점에서 이를 존중하는 해석이 필요하고,[68] 자금관리계좌에 입금된 금원은 오로지 시행사를 위한 금원이 아니라 대출기관 등 분양사업과 관련된 이해관계인을

66) 장보은(주 36), 306면.
67) 최수정, "분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환", 인권과 정의 제484호(2019. 9), 65면.
68) 신탁재산의 독립성이 신탁의 본질이라는 점에 대하여는 이계정(주 1), 243면 이하 참조.

위하여 특정목적 하에 수탁된 금원이라는 점에서 위와 같은 비판은 타당하다.

한편, 앞서 본 바와 같이 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결은 수분양자가 신탁업자 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당한다고 설시하였다. 그러나 시행사는 엄연히 별개의 권리주체인 신탁업자에게 채권을 양도하였고, 신탁업자는 채권양수인으로서 수분양자로부터 급부를 수령한 것으로 이는 '단축급부'가 될 수 없다(채권양도의 경우 채권을 양도함으로써 채무자에 대한 권리가 전적으로 양수인에게 귀속된다). 따라서 결론에 있어서는 위 판결이 타당하지만, 위와 같은 법리 설시는 타당하지 않다.

(3) 앞서 본 바와 같이 건분법이 적용되지 않는 건축물 분양에 대해서도 대리사무계약이 체결되어 신탁업자가 시행사가 대출받은 금원이나 수분양자로부터 지급받은 분양대금 등을 관리하는 경우가 많다. 이 경우에 분양대금채권 양도 조항이 있는 경우에는 위에서 본 바와 같이 양도인반환설에 따라 분양계약이 해제되는 경우에 수분양자는 시행사에 대하여 분양대금의 반환을 구해야 할 것이다.

만약 분양대금채권 양도 조항이 아니라 시행사의 지시에 의하여 수분양자가 신탁업자에게 분양대금을 납부한 경우에는 앞서 본 지시관계에서의 부당이득 법률관계가 적용된다. 따라서 위와 같은 경우에도 마찬가지로 수분양자는 시행사에 대하여 분양대금의 반환을 구해야 할 것이다.[69]

Ⅳ. 분양대금 반환을 위한 수분양자 보호방안

1. 문제점

건분법은 수분양자를 보호하기 위하여 마련된 것이므로 앞서 본 바와 같이 대리사무계약의 자금집행순서에서도 분양계약 해제 시 수분양자가 반환받을 분양대금이 1순위로 집행되도록 규정되어 있다. 그러나 앞서 타당성을 논증한 양도인반환설에 따르면 시행사가 무자력인 경우에 수분양자가 분양대금을 반환받는 데 현실적인 어려움이 따를 수 밖에 없다. 이하에서 시행사가 현실적으로 자력이 없는 경우에 수분양자가 신탁업자로부터 분양대금을 반환받을 수 있는 방안이 있는지 검토하기로 한다.

69) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결(공 2004상, 207); 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결(공 2018하, 1597).

2. 수분양자의 신탁업자에 대한 직접 청구 인정 여부

(1) 우선 대리사무계약을 제3자를 위한 계약으로 보아 수분양자가 신탁업자에 대하여 직접 분양대금의 반환을 구할 수 있는지 문제가 된다.

어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지는 당사자의 의사가 그 계약으로 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서, 계약 체결의 목적, 당사자가 한 행위의 성질, 계약으로 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래 관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등을 종합하여 계약당사자의 의사를 합리적으로 해석함으로써 판별할 수 있다.[70]

대리사무계약의 자금의 집행순서에 있어 분양계약 해제 시 수분양자에게 반환할 분양대금이 우선순위로 집행되도록 규정되어 있으나, 이는 앞서 본 바와 같이 자금관리계좌에 입금된 금원에 대한 적정한 지출방법에 관한 것으로 수탁자가 자금관리와 관련하여 시행사 등 대리사무계약의 당사자에게 부담해야 할 주의의무를 규정한 것에 불과한바, 수분양자에게 직접 권리를 부여하는 내용이라고 보기 어렵다. 따라서 대리사무계약을 제3자를 위한 계약으로 해석하여 수분양자에게 신탁업자에 대한 직접 청구권을 인정하기 어렵다.[71]

(2) 분양관리신탁계약서에는 "위탁자의 부도, 파산 등으로 사업추진이 불가한 경우 또는 기타 사유로 중도에 신탁계약을 해지하여 정산하는 경우에는 신탁부동산의 처분대금 등 신탁재산에서 우선수익자 등 다른 권리자에 우선하여 피분양자의 분양대금반환에 우선 지급한다." 라고 하여 신탁부동산의 처분대금에서 수분양자의 분양대금반환채권이

---

70) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결(공 2006하, 1717); 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결(공 2018하, 1597).

71) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결(건분법이 적용되는 사안은 아니지만, 자금관리계좌 자금의 집행순서에 관한 계약 조항이 계약 당사자가 아닌 제3자로 하여금 신탁업자에 대한 권리를 직접 취득하게 하는 것을 목적으로 한 규정이 아니라고 판시). 앞서 본 바와 같이 '시공사의 공사비'도 자금의 집행순서 조항에서 4순위에 해당하는바, 위 조항을 가지고 시공사의 신탁업자에 대한 지급청구권을 인정하기 어려울 것이다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결 참조). 다만, 이와 달리 제3자를 위한 계약으로 본 하급심 판결로는 광주고등법원 2020. 2. 5. 선고 2019나22516 판결(미상고로 2020. 2. 20. 확정)이 있으나 설득력이 있다고 보기 어렵다. 위 판결은 '계약의 해제 등 기타 사유로 계약이 종료된 경우 수분양자가 납부한 분양대금은 대리사무계약이 정한 절차에 따라 신탁업자가 신탁재산 한도 내에서 반환될 수 있으며, 신탁재산으로 분양대금을 반환할 수 없거나 부족한 경우 분양대금 반환에 대한 책임은 시행자가 부담한다.'고 약정한 점을 강조하고 있으나(밑줄-필자), 이는 신탁업자의 신탁재산 범위 내에서 의무를 부담한다는 신탁의 법리를 강조한 것일 뿐 수분양자에게 권리를 취득하게 하는 약정으로 보기 어렵다.

먼저 변제되어야 함을 명시하고 있다. 이를 근거로 위 조항이 수분양자에게 직접 권리를 부여하는 이른바 '제3자 약관'이라는 주장이 있다.[72]

그러나 위 조항은 각주 14에서 기재한 신탁부동산 처분대금의 집행순서를 구체화한 규정인바, 처분대금의 집행순서 조항은 앞서 본 바와 같이 수탁자가 자금관리에 있어서 주의해야 할 의무를 규정한 것에 불과하다고 보아야 하는 점, 수분양자는 분양관리신탁의 수익자는 아니라는 점[73] 등에서 위 주장이 타당하다고 보기 어렵다. 설령, 위 조항을 '제3자 약관'으로 보더라도 시행사의 부도, 파산 등으로 사업추진이 불가하게 되는 등의 사유로 그 계약당사자가 중도에 신탁계약을 해지하여 정산하는 경우에 적용되므로 수분양자가 분양계약을 해제한 경우에는 위 규정이 적용되지 않는다. 따라서 위 주장에 따르더라도 수분양자는 신탁업자에게 직접 분양대금반환청구를 할 수 없다.

(3) 신탁업자는 수분양자가 납부한 분양대금과 수분양자에게 분양된 분양목적물을 둘 다 보유하게 되는 이중의 이익을 누리므로 분양계약 해제 시 수분양자는 신탁업자에 대해서 부당이득을 원인으로 분양대금반환청구를 할 수 있다는 주장이 있을 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 대리사무계약과 분양관리신탁계약은 별개의 신탁계약이고, 수분양자가 납부한 분양대금은 대리사무계약의 신탁재산이고 수분양자에게 분양된 분양목적물은 분양관리신탁계약의 신탁재산으로 구별하여 파악하여야 한다. 수탁자가 복수의 신탁을 수탁하고 있는 경우에는 관리하는 각 신탁재산 각각에 독립성이 인정되므로 각 신탁재산별로 실질적인 별개의 인격성이 존재하고 있는 것으로 보아야 하기 때문이다.[74] 특히 대리사무계약의 신탁재산인 분양대금은 건축사업이 진행되면서 사업추진비, 시공사 공사비 등으로 소진되므로 신탁업자가 분양대금과 분양목적물 모두를 보유한다고 보기 어렵다.

따라서 대리사무계약의 신탁재산과 분양관리신탁계약의 신탁재산을 분리하지 않는 전제에서 하는 위와 같은 주장은 타당하지 않다.[75]

---

72) 최수정(주 67), 58면; 남궁주현, "수분양자의 신탁회사에 대한 분양대금반환청구에 관한 소고", 기업법연구 제34권 제3호(2020. 9), 228면.

73) 앞서 본 바와 같이 분양관리신탁의 수익자는 대출기관(우선수익자), 시행사(수익자)로 보아야 할 것이다.

74) 新井 誠, 信託法, 第4版, 有斐閣, 2014, 357頁.

75) 건분법이 적용되지 않는 건축물 분양 사안이기는 하나 필자와 같은 결론의 판결로는 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다26838 판결(원심은 '담보신탁계약과 대리사무계약은 규율내용이 전혀 다른 별개의 계약으로 보아야 하므로 신탁업자가 수분양자로부터 대리사무계약에 따라 수령하게 되는 분양대금은 담보신탁계약에서 정하고 있는 '신탁부동산의 처분대금이나 이에 준하는 것'에 해당하지 않아 담보신탁계약의 신탁재산이 되지 않는다'는 취지로 판시하면서 신탁업자가 이중의 이득을 얻고 있다는 수분양자의 주장을 배척하였다. 대법원

3. 수분양자의 채권자대위권 행사

수분양자가 시행사에 대하여 가지는 분양대금반환채권을 피보전권리로 하여 시행사의 신탁업자에 대한 권리에 대하여 채권자대위권을 행사하여 위 피보전채권을 만족시킬 수 있는지 문제가 된다.

대리사무계약의 당사자는 시행사와 신탁업자인바, 시행사는 앞서 본 '대출기관 동의에 의한 자금 집행 조항'[76]에 근거하여(Ⅱ.2.(2)(가) 참조) 신탁업자에게 자금지급을 요청할 수 있는 권리가 있다(이하 '사업비 지출 요청권'라고만 한다). 특히, 분양계약 해제 시 신탁업자는 수분양자에게 반환해야 할 분양대금을 1순위로 자금집행할 의무를 부담하므로, 시행사가 위 대금의 지급을 위한 사업비 지출 요청권을 행사한 경우에 신탁업자로서는 특별히 이를 거부할 사유가 없는 한 그 대금 상당액을 신탁업자에게 지급하거나 직접 수분양자에게 지급해야 한다.

그런데 여기서 문제가 되는 것은 크게 두 가지이다.

첫째, 시행사가 무자력이 아닌 경우 시행사의 사업비 지출 요청권을 대위행사할 수 있는지 여부이다. 그러나 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다.[77] 대리사무계약의 중요한 목적이 수분양자에 보호에 있고, 사업비 지출 요청권 행사 시 분양대금 반환에 대하여 신탁업자에게 우선 집행의무를 부담시키고 있는바, 피보전권리인 분양대금반환채권과 피대위권리인 사업비 지출 요청권은 밀접하게 관련되어 있을 뿐만 아니라 사업비 지출 요청권의 대위행사는 분양대금반환채권의 현실적 이행을 적절하게 확보하기 위하여 요청된다고 할 수 있다. 따라서 시행사가 무자력인지 여부는 문제가 되지 않는다. 대법원도 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결(공 2015상, 103)을 통해 같은 취지로 판시를 한 바 있다.

은 위와 같은 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다).

76) 대리사무계약서에 "자금관리계좌에 입금된 금원이 해당 분양사업과 관련된 용도로만 사용될 수 있도록 시행사는 자금집행을 위한 증빙서류를 첨부하여 대출기관의 동의를 받아 신탁업자에게 서면으로 요청하고, 신탁업자는 이러한 자금지급요청이 상당하다고 판단되는 경우에는 시행사에게 지급하거나 시행사가 지급하고자 하는 제3자에게 직접 지급할 수 있다."라고 명시하고 있다.

77) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결(공 2001하, 1323); 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결(공 2013하, 1098).

둘째, 수분양자가 사업비 지출 요청권을 대위 행사하는 경우 그것만으로 신탁업자에게 자금집행의무가 발생하는지 문제가 된다. 앞서 본 바와 같이 시행사가 사업비 지출 요청을 하는 경우에 대출기관의 동의를 받아야 하기 때문에 문제가 된다. 대리사무계약의 중요한 목적 중의 하나가 대출금의 적정한 관리와 집행에 있으므로 자금집행에 있어서 대출기관의 동의를 무시할 수는 없다. 따라서 수분양자가 시행사의 사업비 지출 요청권을 대위 행사하는 경우에 대출기관의 동의를 받지 아니하였다면 신탁업자는 자금을 집행할 의무가 없다.[78]

그렇다면 수분양자가 사업비 지출 요청권을 대위행사하면서 어떻게 대출기관의 동의를 받아야 하는지 문제가 된다. 신탁업자의 자금집행에 대출기관의 동의를 요하도록 한 이유는 사업자금의 적정한 지출을 감독하기 위한 것인바, 신탁업자가 대리사무계약에 따라 적절하게 자금집행을 하려는 경우에는 대출기관은 이에 동의할 의무가 있으며 만약 대출기관이 동의하지 않는 경우에는 시행사는 대리사무계약에 근거하여 대출기관에 동의를 구할 수 있다.[79] 특히, 앞서 본 바와 같이 분양계약 해제 시 신탁업자는 수분양자에게 반환해야 할 분양대금을 1순위로 자금집행하기로 대리사무계약에 명시되어 있고 대출기관도 대리사무계약의 당사자인 점, 대출기관은 분양목적물에 관하여 우선수익권을 행사할 수 있는 점 등에 비추어 특별한 사정이 없는 한 수분양자가 시행사를 대위하여 대출기관에 자금집행의 동의를 구하는 경우에 대출기관은 이에 동의의 의사표시를 할 의무가 있다.[80]

결국 수분양자는 분양대금반환채권을 보전하기 위하여 시행사를 대위하여 ① 신탁업자를 상대로 사업비 지출 요청권을 행사하고 ② 대출기관을 상대로 동의의 의사표시를 구함으로써 신탁업자에게 분양대금의 반환을 구할 수 있다. 다만, 앞서 본 바와 같이 대리사무계약은 신탁계약이므로 신탁업자는 신탁재산 한도 내, 즉 자금관리계좌에 보유하고 있는 잔고 범위 내에서 위 청구에 응할 의무가 있음을 항변할 수 있다.[81]

---

78) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결(공 2015상, 103).

79) 同旨 최수정(주 67), 67면.

80) 청구취지는 "피고 금융사는 피고 신탁업자의 원고에 대한 ... 금전지급에 대하여 동의의 의사표시를 하라"로 구성할 수 있다. 한편, 건분법이 적용되지 않는 대리사무계약의 경우 앞서 본 바와 같이 수분양자에게 반환해야 할 분양대금은 후순위로 집행하게 되어 있다. 따라서 신탁업자가 보유한 사업자금으로 선순위 대상이 되는 채권을 모두 만족시키고도 계산상 잔고가 있다는 사정이 없는 한 대출기관이 이러한 자금집행에 동의할 의무가 있다고 보기 어렵다.

81) 앞서 본 바와 같이 대리사무계약의 자금의 집행순서에서 분양대금 반환과 신탁보수는 자금의 집행순서에 있어서 같이 1순위이므로, 신탁업자가 자금관리계좌에 입금된 금원을 정상적으로 지출한 결과 잔존한 금원이 분양대금 반환과 신탁보수를 모두 충족할 수 없는 경우를 가정하면, 신탁업자는 자신의 신탁보수와 안분해야 한다는 항변을 할 수 있다.

4. 수분양자의 분양대금 반환 보장을 위한 입법론

위에서 논의한 바와 같이 건분법이 수분양자를 보호하기 위하여 마련되었음에도 수분양자가 시행사의 채무불이행을 원인으로 계약을 해제한 경우 납부한 분양대금을 반환받는 것이 쉽지 않다. 이는 계약법의 법리에 따라 수분양자가 계약상대방인 시행사의 무자력 위험에 고스란히 노출된 결과이다.[82] 그러나 수분양자 보호라는 건분법의 취지가 몰각되지 않도록 다음과 같은 입법을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

첫째, 건분법에 수분양자의 직접 청구권을 창설하는 것이 필요하다. 앞서 본 바와 같이 현재의 해석론으로는 수분양자는 신탁업자에 대한 직접 청구가 인정되지 않아 채권자대위권의 행사라는 우회로를 이용할 수밖에 없고 그 과정에서 여러 가지 예측하지 못한 장애가 발생할 수 있다. 수분양자가 신탁업자에 납부한 분양대금에 대하여 직접 반환을 구할 수 있는 권리를 법으로 인정하는 것이 수분양자 보호의 취지에 부합한다고 볼 수 있다.[83] 다만, 그 경우에도 신탁업자는 신탁재산 한도 내에서 지급할 의무가 있다는 점 등 신탁업자의 항변사유를 명확히 하는 것이 필요하다. 한편, 대리사무계약이 신탁계약이라는 점을 염두에 두면 수분양자를 우선수익자로 하는 내용의 계약을 법적으로 강제하는 방법도 대안이 될 수 있다.

둘째, 건분법은 시행사가 건축물을 선분양하기 위해서는 신탁계약 및 대리사무계약을 체결하거나 분양보증을 받을 것을 요구하고 있는데, 수분양자의 분양대금 반환 보장을 위한 가장 확실한 방법은 분양보증을 받도록 요구하는 것이다. 따라서 시행사의 분양대금반환채무와 관련하여 분양보증을 받도록 하는 입법을 검토할 수 있다. 분양보증은 제3자를 위한 계약의 성격을 가지므로[84] 수분양자는 분양보증을 한 금융기관에 대하여 직접 분양대금반환을 구할 수 있으며 실제 주택분양보증에서 효과적으로 활용되고 있다.

Ⅴ. 결론

본 논문에서는 건축물 선분양과 관련된 문제로서 수분양자가 분양대금을 납부한 후

82) 최수정(주 67), 66면.
83) 수분양자의 직접청구권과 관련하여 하수급인의 도급인에 대한 직접청구권을 규정한 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조를 참고할 수 있을 것이다.
84) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다45267 판결(공 2006하, 1115).

적법하게 분양계약을 해제한 경우에 분양대금의 반환을 누구에게 구해야 하는지 건분법이 적용되는 분양계약을 중심으로 살펴보고, 수분양자의 보호방안에 대하여 검토하였다. 본 논문의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 건분법이 적용되는 경우 시행사는 신탁업자와 사이에 신탁업자에게 분양대금채권을 양도하는 대리사무계약을 체결하여야 하는데, 신탁업자가 채권양수인으로서 수분양자로부터 분양대금을 받은 후 수분양자가 분양계약을 해제한 경우에 계약상대방인 시행사에게 분양대금반환청구를 하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 이는 지시관계에서의 부당이득의 법리가 채권양도의 경우에도 확장되어 적용될 수 있는지의 문제로 양도인반환설이 실질적 평가기준설이 제시한 기준에 부합하는 점, 실정법적 근거를 갖추고 있는 점, 지시관계에서의 부당이득의 법률관계와 강한 유사성이 인정되는 점 등에 비추어 타당하기 때문이다.

둘째, 시행사가 무자력인 경우 수분양자가 시행사로부터 분양대금을 반환받는 데 현실적인 어려움이 따를 수밖에 없으므로 수분양자가 신탁업자로부터 분양대금을 반환받을 수 있는 방안이 강구되어야 한다. 현재로서는 수분양자가 신탁업자에 대하여 분양대금의 반환을 직접 구할 수는 없으며 분양대금반환채권을 보전하기 위하여 시행사를 대위하여 신탁업자에 대하여 사업비 지출 요청권을 행사하고 대출기관을 상대로 동의의 의사표시를 구함으로써 신탁업자에게 분양대금의 반환을 구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 입법론으로 건분법에 수분양자의 직접 청구권을 창설하는 것이 필요하다.

한국신탁학회

| 제4주제 |

영미법상 수탁자의 이득토출책임의 연원 및 개념

송지민 영국변호사

영미법상 수탁자의 이득토출책임의 연원 및 개념[1)]

초록

본 논문은 신탁법 제43조 제3항의 이득토출책임의 성격을 파악하고 그 반환범위를 획정하기 위해 그 연원인 영미법의 이득토출책임을 살펴보았다. 이는 향후 신탁법 제43조 제3항에 관한 해석상 지침을 마련하기 위함이다. 2012년 신탁법 전면개정 시 제43조 제3항에서 이득토출책임을 도입하였지만, 아직 해당 조항이 적극적으로 활용된 바가 없다. 즉 신탁법에서 이득토출책임을 표면적으로 도입하였지만, 토출할 이익의 구체적인 범위나 법적 성격에 대한 논의는 여전히 부족한 실정이다. 따라서 본 논문에서 영미법상 이득토출책임의 연원 및 그 개념을 검토하여 향후 신탁법상 이득토출책임 적용에 길잡이를 마련하고자 한다.

특히 본 논문은 영미법상 이득토출책임의 개념에 사용하는 Disgorgement와 Account of profits 용어의 연원에 초점을 두고 살펴보았으며, 이득토출책임의 근거를 검토하고, 이득토출책임과 관련된 법경제학적인 논의를 살펴보았다. 또한 영미법상 이득토출책임의 법적 성격(물권적 혹은 채권적 성격)에 대한 학계의 견해를 살펴보고, 이득토출책임과 구별되는 개념 및 이득토출책임의 적용범위를 검토하였다. 영국과 미국에서 이득토출책임을 구제수단으로 하는 수탁자의 의무의 범위가 상이하지만, 본 논문은 충실의무 및 하부 룰(sub-rules) 위반에만 이득토출책임을 부과하는 것이 보다 타당하다고 생각한다. 또한 영미법에서는 이득토출책임을 부과할 신인의무자의 범주를 명확하게 하고 있지 않지만, 본 논문은 재산에 대한 법적 소유권자 및 이에 준하는 재량 및 권한을 행사하는 신인의무자로 한정하여야 한다고 생각한다.

영미법상 이득토출책임은 억지와 예방의 목적을 달성하기 위해 엄격한 이득토출책임, 즉 충실의무 위반으로부터 신인의무자인 수탁자가 취득한 모든 이득을 토출하는 것을 원칙으로 한다. 하지만 구체적인 판례를 검토해보면. 이득토출책임 금액은 개별 사실관계에 크게 의존하고 있으며 수탁자에게 가혹한 책임이 되는 것을 방지하기 위하여 인과관계, 공제 등을 적용하여 그 엄격성을 일부 완화하고 있음을 확인할 수 있다.

주제어: 이득토출책임, 신인의무, 충실의무, 수탁자 책임, 원상회복책임.

1) 이 글은 필자의 박사학위 논문 중 “수탁자의 이득토출책임- 영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로 -”(서울대학교 대학원 법학과, 2021)의 3장을 기초로 수정 보완한 것임.

[차례]

I. 들어가며

Ⅱ. 영미법상 이득토출책임의 의의
1. 이득토출책임의 개념 및 연원
1.1. Account of profits
1.2. Account of profits와 Disgorgement의 구분
2. 이득토출책임의 근거
2.1. 철학적 근거
2.2. 위법행위와 억지(抑止)
2.3. 1차적 귀속원칙
2.4. 법경제학적 논의

Ⅲ. 영미법상 이득토출책임의 법적성격과 구별개념
1. 이득토출책임의 법적 성격
1.1. 수익권의 성격
1.2. 물권적 구제수단의 효과
1.3. 학계의 견해 및 판례의 흐름
1.4. 파산시 우선권과 물권적 성격
1.5. 부수적 이득과 물권적 성격
1.6. 정리
2. 영미법상 이득토출책임의 구별개념과 적용범위
2.1. 구별개념
2.2. 적용범위

Ⅳ. 우리 신탁법에의 시사점

I. 들어가며

수탁자는 대표적으로 영국법상 신인의무자에 해당하는 자로 수탁자로부터 회사의 이사에 대한 법리가 발생하였다고 할 수 있을 정도로 영국에서 중요한 위치를 차지한다. 수탁자는 회사의 이사와 같이 실질적인 소유자인 수익자와 신탁재산을 관리하는 수탁자가 분리되어 있기에 대리인 비용이 발생하는데, 수탁자의 대리인 비용을 최소화하기 위한 방법의 일환으로 엄격한 충실의무를 부담한다. 충실의무는 수탁자가 본인을 위해 행위하도록 하기 위해 마련한 장치이지만, 충실의무를 부과하는 것만으로는 충실의무 이행에 대한 유인이 충분하지 않다. 따라서 영미 신탁법에서는 충실의무를 위반을 억지하기 위해 이득토출책임을 부담하도록 한다.

민법상 손해배상책임이 일반적인 책임인 것을 미루어보면, 수탁자의 충실의무 위반에 대한 이득토출책임은 극히 예외적인 구제수단이다. 이득토출책임에 대한 선행연구들을 살펴보면, 영미법상 이득토출책임의 고유한 특성을 파악하여 그 자체로 수용하려는 논의보다는 민법의(예를 들면 준사무관리, 부당이득법리) 유사한 법리를 발견하고 이를 적용하여 이득토출책임을 이해할 수 있는지 여부에 초점을 두어왔다. 본 논문은 이득토출책임을 신탁법상 특별 규정으로 이해하고, 이에 대한 해석의 틀을 마련하기 위해 영미법상 이득토출책임을 자세히 살펴보는 데에 초점을 두고자 한다. 본 논문의 구성은 다음과 같다. 우선 영미법상 이득토출책임의 개념, 연원 및 근거(II)를 살펴보고, 이득토출책임의 법적성격 및 이와 구별되는 개념 및 적용범위(III)에 대하여 검토한 후에 우리 신탁법에 대한 시사점을 평가한 후(IV) 본 논문을 마치고자 한다.

II. 영미법상 이득토출책임의 의의

1. 이득토출책임의 개념 및 연원

우선 이득토출책임의 용어와 개념을 먼저 살펴보면, 이득토출책임(Disgorgement)은 위법행위로 인한 구제수단으로 위법행위자가 얻은 이득을 토출하는 책임이다.[2)]

---

2) 선행연구에서 이득토출책임이라는 표현을 사용하는 문헌은 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출책임 위법행위를 이유로 한 원상회복을 중심으로”, 서울법학 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016, 이득반환책임을 사용하는 문헌은 이중기, *충실의무법*, 삼우사, 2016, 최수정, *신탁법,* 개정판, 박영사, 2019이 있고 그 외에 토해내기(새라 워딩턴, 임동진 역, *형평법*, 소화, 2009), 게워내기(최수정, *신탁법*, 박영사, 2006) 및 인도청구(최동식, *신탁법,* 법문사, 2006), 수익전부반환책임(진도왕, “미국침해부당이득법에서의 수익전부반환책임과 초과수익의 반환- 반환범위의 획정 기준으로서 인과관계 등의 문제”, 민사법 이론과 실무, 제20권, 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.12)) 등의 용어를 사용한다. ‘disgorgement of profits’를 번역하기 위해서는 우선 ‘profits’의 번역이 선행되어야 하는데 선행연구에서는‘이익’, ‘이득’ 및 ‘수익’ 등 다양한 용어로 번역되고 있다. 표준국어대사전에 의하면 이득(利益)을 1) 이익을 얻음 또는 그 이익으로 정의하고, 이익(利益)은 1) 물질적으로나 정신적으로 보탬이 되는 것, 2) 일정기간의 총 수입에서 그것을 위해 소요된 비용을 뺀 차액으로 정의한다. 수익(收益)은 1) 이익을 거두어들임 또는 그 이익, 2) 기업이 경제 활동의 대가로서 얻은 경제 가치로 정의한다. 본 논문은 수익은 첫 번째 정의로 사용되는 경우에는 이득과 유사한 의미이나, 두 번째 정

수탁자의 이득토출책임은 원칙적으로 신탁재산에 손해가 발생하지 않았더라도 위반 행위로부터 발생한 이익 전부를 신탁재산에 반환하도록 한다. 영미 문헌을 검토하다보면, 이득토출책임을 일컫는 용어로 Disgorgement 뿐 아니라 Account of profits[3]이라는 용어를 사용하는 것을 발견할 수 있다. 두 용어의 연원을 통하여 이득토출책임을 일부 이해할 수 있기에 아래에서는 Account of profits의 연원에 대하여 설명하겠다.

1.1. Account of Profits

역사적으로 영국 보통법(Common Law)에서는 계산을 청구할 수 있는 권리(Right to seek an account)가 존재하였지만 그 소송절차가 복잡하였고 극히 예외적인 상황에서만 해당 청구권을 행사할 수 있었다.[4] 따라서 영국 형평법원은 보통법상 요건을 만족하지 않더라도 이득토출청구권을 행사하는 것을 허용하게 되었고 이후 1760년경에는 형평법상 청구권이 보통법상 이득토출청구권을 대체하게 되었다.[5] 초기 형평법에서는 Account of profits라는 용어를 주로 사용하였고, 신탁재산에서 발생한 이익을 제대로 된 계정에 표기한다 혹은 계산한다(taking of account)는 의미에서 발생하였다.[6] 하지만 엄격하게 구분하면 올바른 계정에 계산하는 과정(account taking process)과 이득을 토출하는 것(the order to pay)은 별개의 개념이고 이 두 개념을 통합하는 과정에서 Account of profits라는 용어가 이득토출책임 구제수단으로 발전하였다고 보아야 한다.[7] 즉 신탁계정에 제대로 표기 및 계산하는 과정에서 결과적으로 산인의무자가 위법한 이익을 취득한 것을 파악할 수 있고 따라서 위법 이익을 취득한 피고로부터 해당 이익을 박탈하는 구제수단으로 발전한 것으로 추정할 수 있다. 위와 같은 연원을 배경으로 하기 때문에 Account of profits 라는 용어는 단순

의에 의한 통상의 용례에 따르면 과실물만을 함의할 수 있기에 제외하였다 이익과 이득은 큰 의미의 차이는 없으나 포괄적인 용어인 이득이라는 단어를 선택하였다. 다만 해당 용어를 설명하는 경우에는 문맥에 따라'이득을 토출한다' 혹은 '이익을 토출한다'라고 표현하였다.

3) 각주 2에서 설명한 바와 같이 선행연구에서는 Account of profits 역시 Disgorgement와 마찬가지로 이득토출책임, 이익환수책임, 이득반환책임, 이득청구 및 인도청구 등 다양하게 번역하고 있지만 본 논문에서는 이득토출책임으로 동일하게 번역하였다. 다만, Account of profits의 연혁을 설명하는 경우에만 영문으로 표기하였다.

4) John McGee, *Snell's Equity,* 13th Edition, Sweet & Maxwell, 2000, para. 44.01, Jessica Palmer, "Availability of Allowances in Equity", New Zealand University Law Review, 2004, p.149.

5) Meager, R. P., J.D. Heydon, M.J. Leeming, *Meager, Gummow & Lehane's Equity's Doctrine and Remedies*, 4th Edition, LexisNexis Australia, 2002, para 25-005; Jessica Palmer(2004), 앞의 글, p.149.

6) 중세 보통법에서부터 존재하던 영국 신탁법의 수탁자의 의무 중에 하나인 Duty to account에서 비롯되었다고 보기도 한다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단으로 accounting of profits을 인정하였다. Samuel Bray, "Fiduciary Remedies", *Oxford Handbook of Fiduciary Law* (E. Criddle, P. Miller & R. Sitkoff eds., Forthcoming 2018), UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 18-04 (2018), p.6. Account of Profits 연혁에 대한 논문은 Samuel Stoljar, "The Transformations of Accounts", Law Quarterly Review, Vol.80, (1964), pp.203-224, 1964; Douglas Laycock, Modern American Remedies, 4th Edition, Aspen Publisher, (2010), p.661.

7) Matthew Harding in Andrew Robertson & Hang Wu Tang, *The Goal of Private Law*, Hart Publishing, 2009, p.341.

히 구제수단만을 의미하는 것이 아니라 소권 자체를 의미하기도 하고, 이득토출책임을 계산하기 위한 방법으로 보는 견해도 있다.[8)9)]

1.2. Account of Profits와 Disgorgement의 구분

위와 같은 연원 때문에 영국 형평법상 수탁자의 이득토출책임에는 주로 Account of profits 용어를 사용하고 보통법상 예를 들면 계약법이나 불법행위법 등에서는 이득토출책임(Disgorgement)이라는 용어를 주로 사용하여 왔다. 따라서 영국의 이득토출책임(Disgorgement)은 신인의무 위반 뿐 아니라 계약법 위반 및 불법행위에서 이득을 박탈하는 구제수단을 포괄한다. 즉 Disgorgement는 반드시 신인의무자의 이득토출책임에 제한하여 사용하는 용어가 아니다. 이후 영연방 국가로 해당 개념이 확대되어 적용되면서 영국을 제외한 국가에서는 형평법의 역사가 명확하지 않은 연유에서 기능상 유사함을 근거로 두 개념을 혼용하여 사용하게 되었다.

일군의 학자들은 Account of profits과 이득토출책임(Disgorgement)에 대하여 전자는 이득토출책임을 부과하는 개념뿐 아니라 누구에게 이익을 토출하는 지(즉, 수익자, 본인)에 대한 내용을 포함하는 반면, 후자의 경우는 토출하는 행위 자체만을 의미하기 때문에 두 용어를 구분하여 사용해야 한다고 주장한다.[10)] 반면 두 개념의 연원에서 차이가 존재함에도 불구하고 호주의 에델만(Edelman) 대법관은 Disgorgement와는 별개로 Account of profits라고 지칭하는 것은 혼동을 가중시킨다고 주장한다. 이어서 이득을 박탈하는 구제수단을 의미할 때에는 통칭하여 이득토출책임(Disgorgement)라고 명명하는 것이 타당하다는 견해이다.[11)] 즉 영국의 Account of profits의 역사적 연원을 알고 형평법과 보통법의 구제수단을 구분하는 경우에는 두 개념을 구분하는 것이 타당하지만, 미국 및 영연방 국가에서는 두 개념이 미묘한 차이에 불과하므로[12)] 개념을 일원화시키자는 주장이다. 본 논문 역시 Account of Profits와 이득토출책임(Disgorgement)가 다른 연원을 바탕으로 하지만, 궁극적으로 용어를 일원화하는 것이 혼동을 피할 수 있을 것이라는 에델만 대법관의 입장에 동의한다.

2. 이득토출책임의 근거

---

8) Jessica Palmer(2004), 앞의 글, p.149.

9) 종종 Account of profits은 account, accounting으로 표현하기도 하는데, 동일한 표현으로 이득토출책임이 아니라 손실에 대한 책임(account for deficiency), 즉 손해배상을 의미하는 경우도 있어서 혼란을 가중한다. 수탁자의 일반적인 의무, 주의의무 등을 위반한 경우에 구제수단으로 사용된 용어인 account는 문맥에 따라 손실을 배상하는 책임으로 이해하는 것이 타당하며, 수탁자의 절대적 의무, 즉 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 사용하는 경우에는 주로 이득토출책임을 표현한다. Simon Gardner, *An Introduction to the Law of the Trusts,* 3th Edition (2010), pp.240-259.

10) Samuel Bray(2018), 앞의 글, p.10; Meagher, Gummow and Lehane's Equity(2002), p.916; Joshua Getzler in Evan Criddle et al, *The Oxford Handbook of Fiduciary*, 2019.

11) James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger, *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks,* Oxford University Press (2006), p.148.; James Edelman, Gain-based damages, contract, tort, equity and intellectual property, Hart Publishing, 2002

12) Samuel Bray(2018), 앞의 글, p.10.

2.1. 철학적 근거

영미법상 이득토출책임은 민법에서 기초로 하는 손실자의 손실의 한도에서 손해배상을 하는 구제수단과는 양립할 수 없는 개념이기에 기존의 사법상 원리로 설명하기 어려운 측면이 있고 궁극적으로 신탁법의 특별규정으로 수용하였다. 따라서 이득토출책임을 수용하기 위해서 영미법상 근거를 파악하는 것은 이 법리를 수용하는 데에 도움이 될 것이다. 영미법상 이득토출책임에 대한 근거로 예방과 억지가 가장 일반적으로 언급되지만, 근원적인 논의, 예를 들면 철학적, 이론적 논의는 영미법에서도 부족한 실정이다. 이는 이득토출책임이 대륙법 학자들에게는 생소한 법리이지만 영미법상 신인의무자의 이득토출책임은 오랜 역사를 통해 영미 사법체계 일부분으로 당연하게 수용하였기 때문으로 파악된다.[13]

어니스트 와인립(Ernest Weinrib)교수는 이득토출책임을 정의론과 연관지어 연구한 독보적인 학자이다. 아래에서는 어니스트 와인립(Ernest Weinrib) 교수의 교정적 정의를 이득토출책임의 근거로 설명하는 견해,[14] 이에 대한 비판 및 칸트의 사상을 살펴보겠다. 이어서 이득토출책임의 일반적인 근거인 억지 및 예방, 1차적 귀속원칙을 살펴보고 나아가 이득토출책임에 대한 법경제학적 견해도 함께 살펴보겠다.

2.1.1. 교정적 정의와 이득토출책임 및 그에 대한 비판

아리스토텔레스의 정의론에 따르면 교정적 정의(Corrective Justice)는 정당하지 않은 행위에 의해 권리를 침해당한 자에게 부여되는 손해배상으로 부정의(injustice)를 원상회복(undo)시키는 것이다.[15] 여기서 원고가 주장하는 구제수단과 피고의 위법행위 관계는 특히 중요하다. 피침해자는 자신이 입은 손해만큼 이득의 반환을 구할 권리가 있고 침해자는 해당 손해만큼 이득을 반환할 의무가 있다. 따라서 해당

---

13) Paul Miller, “Justifying Fiduciary Remedies”, 63 University of Toronto Law Journal, 2013, p.571, p.586. 폴 밀러(Paul Miller)교수는 영미법상 놀라울 정도로 신인의무 위반시 이익에 기반한 구제수단(즉, 이득토출책임)을 부과하는 것에 대한 정당성에 대한 논의가 주목을 받지 못하였다고 설명한다. 이득토출책임을 별도로 설명하기보다 사법을 연구하는 학자들은 권리, 위법행위와 구제수단의 관계에 대한 일반론으로 이득토출책임을 이해한다는 견해로는 Ernest J Weinrib in Charles Rickett, *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, 2008, Stephen A Smith in Charles Rickett, *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, 2008. 어떠한 위법행위에 이득토출책임을 부과하여야 하는지에 대한 만족할만한 이론이 정립된 바 없다고 비판한다. 나아가 어떤 경우에 이득의 전부를 박탈하여야 하는지 어떤 경우는 일부의 이득만 박탈하여도 되는지에 대한 이론 역시 발견할 수 없다고 견해로는 Sarah Worthington, “Reconsidering Disgorgement for Wrongs”, The Modern Law Review Volume 62, Issue 2 (1999), p.218.

14) 와인립(Weinrib)교수는 전반적인 사법 체계를 교정적 정의로 이해하려는 연구를 하였는데 그 과정에서 와인립(Weinrib)교수는 정의론과 이익에 기반한 구제수단의 관계에 대한 논의는 Ernest Weinrib, Deterrence and Corrective justice”, 50 UCLA Law Review 621, 2002a; Ernest Weinrib, “Corrective Justice in a Nutshell”, 52 University of Toronto Law Journal, 2002b; Ernest Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, No. 1, 2003; Ernest Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012. 위의 연구와 별도로 1975년 신인의무에 대한 논문인 Ernest Weinrib(1975)을 출판하였는데 이를 바탕으로 신인의무 위반시 이득토출책임과 교정적 정의의 관계를 이해하려는 논의는 Ernest Weinrib, “Restitutional Damages as corrective justice”, 1 Theoretical Inquiries in Law 1, 4-7, 2000.

15) Ernest Weinrib(2000), 앞의 글, p.3.

이득의 반환을 통하여 균형이 회복된다고 보았다.[16] 즉, 아리스토텔레스의 교정적 정의는 손실자의 권리와 침해자의 의무가 서로 상관관계(correlativity)가 있음을 강조한다.[17]

충실의무 위반과 이득토출책임의 상황을 적용해보면, 수탁자의 정당하지 않은 행위인 충실의무 위반에 의해 권리를 침해당한 수익자가 입은 손해에 대하여 이득의 반환을 구할 권리가 생긴다. 하지만 수익자의 손해에 해당하지 않은 부분까지 반환하는 경우 즉 이득토출책임을 부과하는 경우, 그 균형이 회복된다고 볼 수 있는지 의문이다. 이에 대하여 와인립(Weinrib)교수의 설명은 원상회복책임에 초점이 맞추어져 있다. 영미법상 원상회복의 개념에는 원래 원고에게 귀속되어 있던 것을 다시 원고에게 돌려주는(give back)개념과 피고가 이익을 돌려주는(give up) 개념을 포괄하는데, 와인립 교수의 설명은 전자에 초점이 맞춰져 있다. 즉 수탁자가 타인인 수익자의 재산을 사용하거나 양도한 경우에 해당 재산의 회복을 정당화할 수 있고 여기에는 수익자가 얻을 수 있었던 잠재적인 이익을 포함하기 때문에 교정적 정의를 통해 원고는 피고가 원고의 재산을 사용 및 양도하여 실현한 이익까지 회복할 수 있다고 주장한다.[18]

와인립(Weinrib) 교수의 견해는 다음과 같은 이유에서 수용하기 어렵다. 우선, 아리스토텔레스의 상관관계가 손해와 이익의 상관관계를 포함하는지 개념인지, 아니면 의무와 권리의 상관관계만을 의미하는지 정확하지 않다. 매튜 도일(Matthew Doyle) 역시 와인립(Weinrib) 교수의 논문에서 상관관계가 정확하게 무엇을 의미하는지 대한 논의가 결여되었다고 비판한다.[19] 두 번째, 피고가 얻은 모든 이익을 수익자의 잠재적인 기회의 상실을 손해로 보아야 한다는 주장은 수탁자가 이득토출책임을 부담하는 모든 상황에 적용되지 않는다. 예를 들어 이 주장은 수탁자가 신탁재산을 처분하여 이익을 취득한 경우, 혹은 신탁의 기회를 유용한 경우 및 경업 등에는 적용할 수 있겠지만, 그 외에 수탁자가 뇌물을 수령한 경우까지 수익자의 잠재적인 기회상실로 볼 수 있는지 의문이다. 마지막으로 앞서 언급한 바와 같이 와인립(Weinrib)교수의 견해는 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득토출책임을[20] 명확하게 구분하지 않는다는 한계가 있다. 따라서 와인립(Weinrib) 교수의 설명은 주로 재산권 침해에 의한 원상회복책임에 대한 논의에 적용할 수 있을 수 있겠지만, 신인의무자의 이득토출책임에 대한 근거로 수용하기는 어렵다.

2.1.2. 칸트의 사상과 이득토출책임

앞서 살펴본 교정적 정의는 주로 재산권의 침해가 발생한 경우, 원상회복책임에 대한 논의이다. 하지만 와인립(Weinrib)교수는 재산권의 침해가 아닌 경우에도 이득

---

16) Francesco Giglio, *The Foundations of Restitution for Wrongs,* Hart Publishing, (2004),pp.150-151; 이계정, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점-반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로 전환”, 저스티스 통권 제169호, 한국법학원, 2018, 74면.

17) 이계정(2018), 앞의 글, 74면.

18) Ernest Weinrib(2000), 앞의 글, pp.17-18; 이계정(2018), 앞의 글, 74면.

19) Matthew Doyle, "Corrective Justice and Unjust Enrichment," University of Toronto Law Journal 62, No. 2, 2012, p.253.

20) 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득토출책임의 구분에 대한 설명은 본 논문의 III.2.1.3 참고.

에 기반한 구제수단을 활용할 수 있다고 주장한다. 예를 들면 해당 관계의 기존의 성격 혹은 피고의 특정 행위에 대한 대응방식으로 이득토출책임을 부과할 수 있다고 주장한다.[21] 와인립(Weinrib)교수는 신인의무 위반으로부터 이득토출책임을 부과하는 경우가 언제나 재산권침해에 해당하는 것은 아니고 신인관계의 객관적인 성격으로부터 이익에 기반한 구제수단이 발현되는 경우도 있다고 설명한다.[22] 와인립(Weinrib) 교수의 신인관계의 성격에서 이득토출책임을 적용한다는 견해에 따르면 신인관계는 칸트의 사상을 반영한다.[23][24] 칸트의 사상에 따르면 권리의 체계를 이루는 사법은 인간을 타인의 수단이 아니라 그 자체로 목적으로 보는 사고에 기초하여야 한다.[25] 따라서 수탁자와 수익자 관계와 같이 일방의 이해관계가 타방의 재량에 의해 전적으로 좌우되는 경우에는 해당 법적구조는 재량을 가진 자에게 충실의무를 부과해야 하며 신인의무자의 **충실의무는 해당 관계의 목적이자 수익자의 권한(entitlement)에 해당한다.** 충실의무는 수탁자가 해당 관계에서 이익을 향수할 수 없음을 내포하기에 와인립(Weinrib)교수는 **충실의무 위반에서 발생한 이익은 그 의무 위반의 실질적인 전형, 구현(embodiment)에 해당**한다고 주장한다. 즉 수탁자가 향수한 이익은 자신의 의무를 매도하여 취득한 것이고 따라서 수익자는 수탁자의 충실의무 위반으로 발생한 이익에 대해 권한이 있다는 주장이다.

정리하면 와인립(Weinrib) 교수는 이득토출책임은 아리스토텔레스의 정의론 중 교정적 정의에서 그 근거를 발견하고자 하였으나 이 논의는 신인의무자의 재산권 침해가 연관되지 않는 경우의 위반을 설명할 수 없었다. 따라서 와인립(Weinrib)교수

---

21) Ernest Weinrib(2000), 앞의 글, p.33.

22) Ernest Weinrib(2000), 앞의 글, p.33.

23) Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals 63* (Gregor trans 1991)는 Ernest Weinrib(2000), pp.32-33 에서 재인용. 백종현, 윤리형이상학정초- 임마뉴엘 칸트, 대우고전총서, 2012

24) 이득토출책임까지 논의를 연장하지는 않지만, 칸트의 윤리학과 엄격한 신인의무를 연관지어 설명하는 다른 학자로는 이릿 사멧(Irit Samet) 교수가 있다. 이릿 사멧(Irit Samet)교수는 윤리적 측면에서 신인의무를 이해하여야 한다고 주장하는데 타인과의 관계에서 자신의 이익을 우선시 하거나 신인의무자로서의 지위에서 발생한 기회를 유용하는 것은 타인을 목적이 아니라 도구로 활용하는 것이므로 윤리적 의무에 반한다는 설명이다. 반면 본인의 최선의 이익을 위해 행위하는 신인의무자는 인류에 대한 존중을 의미한다고 설명한다. 이러한 칸트의 사상을 바탕으로 이릿 사멧(Irit Samet)교수는 신인의무자의 엄격한 이익충돌책임을 인간의 자기기만(self-deception)의 위험에 대한 대응방식으로 설명한다. 즉 신인의무는 칸트의 자율성(autonomy)에 대한 의무를 구체화한 것으로, 칸트가 말하는 자율성을 지닌 인간이 실제로 자율적인 동시에 도덕적일 수 있는지에 대한 대답을 찾는 과정에서 인간이 지닌 자기 기만적 성격으로 말미암아 자율성에 대한 '의무'를 부여하여 도덕적인인간이 될 수 있다고 설명한다. 수탁자와 수익자 사이에는 정보의 불균형이 존재하기 때문에 의무를 부과하지 않으면 수익자는 수탁자의 염결성(integrity)에 기반할 수 밖에 없는데 자기기만이 존재하기에, 신인의무자의 내부적 견제는 역할을 제대로 할 수 없고 자신의 거래를 무해한 거래(harmless)로 간주하고 승인하게 된다. 특히 신인관계의 특성인 신인의무 적용에의 광범위한 재량 및 신인의무자와 본인 간의 권한의 차이가 신인의무자의 지위를 남용하게 유혹하고 따라서 이익충돌이 본인에게 손해가 되어도 허용하는 자기기만의 상황이 늘어난다. 따라서 이러한 위험은 규칙의 엄격 적용에 의해서만 피할 수 있고 다른 기준은 허용되지 않는다고 설명한다. Irit Samet, "Guarding the Fiduciary's Conscience- A Justification of a Stringent Profit-Stripping Rule", Oxford Journal of Studies, Vol. 28, No. 4, 2008, pp.763-781; Irit Samet in Andrew Gold & Paul Miller, *Philosophical Foundations of Fiduciary Law,* Oxford University Press, 2014, pp.125-140.

25) Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* 63 (Gregor trans 1991), p.62는 Ernest Weinrib(2000), 앞의 글, p.33에서 재인용.

는 신인관계에 대하여는 칸트의 교정적 정의 개념을 적용하여 이득토출책임의 근거를 발견하려 하였다. 와인립(Weinrib) 교수는 신인의무 위반으로부터 발생한 이득토출책임이 정의론에 근거한다고 설명하는 거의 유일한 학자이다. 이후 Weinrib교수의 주장에서 용어의 사용 및 논리에 의문을 제기하였으며 정의론에 근거한 이득토출책임에 대한 논의를 이어간 학자를 발견할 수 없다. 와인립(Weinrib)교수의 주장에 대해 제임스 고들리(James Gordley)교수는 와인립(Weinrib) 교수가 원상회복책임 혹은 이득반환책임을 아리스토텔레스의 전통 내에서 제대로 설명하지 못한다고 비판하며, 교정적 정의를 통해 고의가 아닌 신인의무자가 본인이 결코 취득할 수 없었던 이득까지 토출해야 하는 근거를 발견할 수 없다고 반박한다.[26]

2.2. 위법행위와 억지(抑止)[27]

2.2.1. 이득토출책임과 억지

신인의무자 뿐 아니라 영미법상 이득토출책임을 부과하는 사실관계의 공통점은 위법행위의 억지를 목적으로 한다는 것이다. 즉 위법행위자가 고의로 혹은 반복적으로 위법행위를 한 경우 이득토출책임을 부과하여 위법행위자가 다시 위법 행위를 하지 못하도록 억지하는 역할을 한다. 또한 위법행위를 한 개인이 위법행위를 억지할 뿐 아니라 사회 전반에 걸쳐 해당 위법행위를 하는 경우에 이득토출책임을 부담하는 것을 알게 하여 일반 대중에게도 억지 기능을 이행한다. 전자를 특정대상 억지(specific deterrence), 후자를 일반적 억지(general deterrence)라고 지칭한다.[28]

일군의 학자들은 위법행위에서 이득토출책임보다 더 낮은 수준으로 책임을 부과하면 적법한 행위를 이행할 인센티브가 충분하지 않기 때문에 이득토출책임을 부과하여야 한다고 주장한다.[29] 특히 수탁자의 경우에는 엄격한 신인의무를 적용한다고 할지라도 신인의무를 위반하여 취득한 이익을 박탈하지 않으면 해당 수탁자가 신인의무를 재위반하지 않도록 억지하지 못하기 때문이다. 이득토출책임의 정책적 근거로 억지만을 내세우면, 법이 규율하는 위반 행위 중에 억지의 필요성이 없는 위반 행위가 무엇이 있는지 반문할 수도 있다.[30] 계약 위반이나 불법행위 등 법적 책임을 부과하는 모든 행위는 일정수준 억지 목적을 띄기 때문이다. 하지만 계약 위반

---

26) James Gordley, “The Purpose for Awarding Restitutional Damages: A Reply to Professor Weinrib”, Theoretical Inquiries in Law, 2000, p.58.

27) 본 논문에서 영미 문헌상 deterrence를 억지(抑止)로 번역하였다. 표준 국어대사전에 따르면, 억지는 억눌러 못하게 함으로 정의하고, 억제는 감정이나 욕망, 충동적 행동 따위를 내리눌러서 그치게 함, 정도나 한도를 넘어서 나아가려는 것을 억눌러 그치게 함으로 정의한다. 따라서 사전의 정의에 따르면 억제(抑制) 역시 큰 차이는 없으나, 선행연구에서 신인의무자의 이익억지설로 표현하고 있어서 이를 따른다.

28) Lionel Smith, “Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations”, 7 Journal of Equity, 2013, p.88; James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), 앞의 글, p.149.

29) 니콜라스 맥브라이드(Nicholas McBride)는 이득토출책임보다 낮은 수준의 책임을 부과하면 억지의 인센티브의 역할을 하지 못한다고 주장하며 이를 ‘Dangerous Incentive Argument’라고 지칭한다. Nicholas McBride in Charles Mitchell & William Swadling, *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, 2013, pp.263-265.

30) Lionel Smith(2013), 앞의 글, pp.87-88.

이나 불법행위에 이득토출책임을 적용하는 것은 극히 예외적인 상황으로 제한하는 반면[31] 신인의무자에게 이득토출책임은 신인의무 위반에 대한 일반적인 구제수단이다. 따라서 신인의무자의 억지의 근거를 이해하기 위해서는 궁극적으로 신인관계의 특성에 다시 기인한다고 볼 것이다.[32]

2.2.2. 수탁자의 고의 여부와 억지 효과

수탁자의 이득토출책임을 설명하기 위한 근거로 억지가 가장 일반적임에도 불구하고 이 설명의 취약점은 수탁자의 이득토출책임을 부과하는 상황은 고의적인 의무 위반에 한정하지 않으며, 본인이 손해를 입지 않은 경우 및 수탁자가 선의로 의무를 위반한 경우에도 이득토출책임을 부과한다는 것이다. 신인의무 위반이 고의가 아닌 경우, 그 위반을 억지하는 것이 가능한지 의문이다. 일반적으로 행위자에게 영향을 미치기 위해서는 행위자가 행위의 의도를 파악할 수 있어야 하기 때문이다.

생각건대 고의를 띄지 않은 경우, 해당 수탁자의 의무 위반을 억지할 수는 없겠지만, 사회 전반적인 억지의 기능을 이행할 수 있다. 즉, 특정대상에 대한 억지는 불가능하지만 일반적 억지는 가능하다고 볼 수 있다. 본인은 신인관계의 특성상 고도의 권리보호가 필요하고 수탁자가 무고한지 여부에 무관하게 충실의무 위반으로부터 이익을 취득할 수 없다는 것을 수탁자들이 알아야 하기 때문에 고의가 아닌 신인의무 위반조차 이득토출책임을 부과하여야 한다.[33]

2.2.3. 억지와 징벌적 이득토출책임

일견 수탁자의 고의 여부와 무관하게 모든 이득을 박탈하게 하는 이득토출책임이 수탁자에게 너무 가혹한 책임으로 보일 수도 있다. 하지만 영미 학계의 일군의 학자들은 보다 과격한 주장으로 신인의무 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하더라도 수탁자는 신인의무를 위반하지 않는 경우와 동일한 상황에 놓이게 하므로 이득토출책임은 충분한 억지 효과를 발휘할 수 없다고 본다.[34] 이들에 따르면 억지 효과를 제대로 발휘하기 위해서는 수탁자가 신인의무를 위반한 경우에 충실의무를 준수한 경우보다 더 불리한 위치에 놓이도록 하여야 한다. 또한 이득토출책임이 충실의무 위반의 억지 기능을 제대로 이행하기 위해서는 충실의무 위반 자체의 적발 가

---

31) 억지는 사법의 일반적인 역할이 아니고 사법의 기능은 위법행위에 대하여 이미 발생한 부정의를 사후적으로 바로잡는 역할을 한다는 설명은 다음의 논문 참조. Lionel Smith(2013), 앞의 글, p.91.

32) 학자마다 신인관계를 정의할 때 강조하는 특성 및 징표는 상이하지만, 권한과 재량, 신뢰와 신임, 역할 위임과 권한 남용 가능성 및 그로 인한 본인의 취약성 등이 신인의무의 특성 및 징표로 볼 수 있음. 신인관계에 대한 자세한 설명은 다음의 논문을 참조. 송지민, 수탁자의 이득토출책임에 관한 연구 - 영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-서울대학교 박사학위 논문, 2021, 7-11면; 반면, 신인관계에 국한하지 않고 일반적인 이득토출책임을 부과할 때 해당 이득토출책임이 위반행위를 억지할 수 있는지 여부 뿐 아니라 위반의 심각성 등을 통합적으로 고려하여야 한다는 견해로는 Craig Rotherham, "Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits", Oxford Journal of Legal Studies 32(3), 537-562, 2012, pp.541-562.

33) James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), 앞의 글, pp.149-150.

34) Daniel Kelly, "Double Deterrence"(April 14, 2017). 106 Iowa L.Rev.(2021), Iowa Law Review, Vol. 106, 2021, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2952755, 2021, pp.25-35; Lionel Smith(2003), 앞의 글, p.8; Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), 앞의 글, p.1051.

능성이 높아야 하는데, 만약 적발 가능성이 높지 않다면 이득토출책임 자체로는 억지 효과가 떨어진다. 따라서 징벌적 이득토출책임을 부과해야 한다는 주장이다.[35] 예를 들어 수탁자가 충실의무를 위반하여 적발될 확률이 70%라고 가정하면, 수탁자가 적발되어 이득 전부를 토출하는 책임을 부과하더라도 모든 위반 행위에 대해 평균적으로는 충실의무 위반으로부터 발생한 30%의 이익은 수탁자가 보유하게 되는 결과가 된다. 따라서 일반적인 이득토출책임은 의무 위반에 대한 억지 효과는 크지 않다는 견해이다.[36]

사견으로는 이득토출책임만으로 억지 효과가 부족하다는 주장은 이론적으로는 설명력이 있지만 통계적으로 의무 위반에 대한 적발가능성에 대한 분석이 선행되어야 한다는 견해이다. 또한 영미에서도 징벌적 이득토출책임을 도입에 대한 논의는 있으나 입법 등의 시도는 아직 부족하고 징벌적 이득토출책임과는 별개로 학계에서 일반적인 이득토출책임 조차도 과도한 책임이 아닌지에 대한 논의를 바탕으로 공제 등을 허용하는 추세임을 미루어 보아 징벌적 이득토출책임에 대한 도입은 요원해 보인다.

2.3. 1차적 귀속원칙

앞서 언급한 위법행위의 억지 근거와 함께 1차적 귀속원칙 역시 신인의무 위반에 대한 이득토출책임에 대해 근거로 자주 언급된다. 대표적으로 리오넬 스미스(Lionel Smith)교수는 충실의무 중 이익향수금지 원칙(No-Profit Rule)을[37] 위반할 때 이득토출책임을 부과하는 것을 1차적 귀속원칙(Primary Rule of Attribution)으로[38] 설명한다.[39] 1차적 귀속원칙은 신인관계가 형성되면, 수탁자는 전적으로 수익자의 이익을 위하여 행위하여야 하기 때문에 수탁자의 행위로 인한 이익은 수익자에게 당연히 귀속된다는 원칙이다.[40] 여기에는 수탁자의 의무 위반으로 인하여 발생한 추가적인 이익 역시 포함된다. 1차적 귀속원칙에 따르면 위법행위에 대한 억지 목적으로 이

---

35) 이득토출책임과 징벌적 손해배상을 모두 부과하여 억지 기능을 이중으로 부과할 필요가 있다는 견해로는 Daniel Kelly(2021), 앞의 글, pp.33-35; 법경제학적 접근을 통해 이득토출책임에 추가적으로 징벌적 요소가 필요하다는 주장은 Robert Cooter & Bradley Freedman, “The Fiduciary Relationship: Its economic Character and Legal Consequences”, 66 N.Y.U L. REV., 1045, 1991, p.1051. 국내에서 이득토출책임뿐 아니라 징벌적 요소를 추가해 책임을 추궁하자는 주장을 소개한 문헌으로는 이중기(2016), 앞의 책, 85 면.

36) Lionel Smith, “The Motive, Not the Deed, Rationalizing Property, Equity and Trusts”,: Essays in Honour of Edward Burn, ch.4, J. Getzler, ed., Butterworths, 2003, p.8.

37) 충실의무의 구체적인 원칙으로 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)과 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 들 수 있는데 이익충돌금지 원칙은 수탁자가 자신의 의무와 이익이 충돌하는 상황에서 자신을 위해 행위하는 것을 금지하고, 이익향수금지 원칙은 수탁자의 지위로 인하여 혹은 수탁자의 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이익을 취득하는 것을 전면적으로 금지한다. Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992, pp.27-30.

38) 1차적이라는 의미는 이익향수금지 원칙의 이득토출책임은 위법행위 여부와 무관하게 발생한다는 의미이다. Lionel Smith(2013), 앞의 글, pp.102-103.

39) Lionel Smith(2013), 앞의 글, p.87, pp.101-104; Lionel Smith, “Fiduciary Relationship: Ensuring the loyal Exercise of Judgement on behalf of another”, 130 Law Quarterly Review 608, 2014, p.628-631.

40) 동일한 취지의 주장으로 이중기 교수의 신탁재산 회복설을 들 수 있다. 이중기(2016), 앞의 책, 312 면.

득토출책임을 부과하는 것이 아니고 처음부터 수탁자가 향수하는 모든 이익은 수익자의 것이다. 따라서 애초에 해당 이익을 박탈하여야 하는지에 대한 설명 자체가 불필요하고[41] 수탁자가 향수한 이익이 의무 위반으로부터 발생하였는지 인과관계를 입증할 필요도 없다.[42]

1차적 귀속원칙을 각 유형별로 따져보면 이익향수금지 원칙의 첫 번째 유형인 신탁재산을 유용하여 수탁자가 이익을 향수한 경우에는[43] 해당 이익이 수익자에게 귀속되어야 한다는 주장에는 반론의 여지가 없다. 문제는 두 번째 유형인 정보나 기회를 통한 이익을 취득한 경우와 세 번째 유형인 뇌물이나 비밀 수수료와 같이 승인을 받지 않고 수탁자가 이익을 취득한 경우에 대해서도 동일하게 1차적 귀속원칙을 적용하여 설명할 수 있는 지이다. 리오넬 스미스(Lionel Smith)교수는 1차적 귀속원칙을 두 번째와 세 번째 유형으로 확장 적용할 수 있다는 견해를 피력한다. 그 근거로 두 번째 및 세 번째 유형에도 신탁재산의 관리 비용 등을 수익자가 부담하며 신인의무자는 수익자에게 신탁과 관련된 모든 정보를 제공할 의무가 있기 때문에 해당 이익은 수익자에게 귀속한다고 설명한다. 비록 수탁자가 활용한 정보나 기회 자체에 대해 수익자가 물권적 기반을 갖지 않고 누구나 사용할 수 있지만, 수탁자가 정보제공 의무가 있으며 해당 이익이 발생하기 위한 비용을 수익자가 부담하기 때문에 일정 수준의 이익은 수익자에게 귀속된다는 설명이다.[44]

사견으로는 수익자가 신탁재산의 비용을 부담하고 수탁자가 수익자에 대해 정보제공 의무가 존재한다고 하여, 신탁과 관련된 정보나 기회에서 발생한 이익 및 뇌물, 수수료 등을 신탁에 1차적으로 귀속한다는 견해는 논리가 비약하다고 생각한다. 설령 리오넬 스미스(Lionel Smith)교수의 의견을 일부 수용하더라도 1차적 귀속원칙으로 수탁자의 비용부담 및 정보제공 의무로부터 어느 수준의 이익을 귀속시킬 수 있는지도 의문이다.

2.4. 법경제학적 논의

앞서 수탁자의 이득토출책임을 부과하는 근거로 억지, 예방 및 1차적 귀속원칙 등을 살펴보았다. 반면 미국에서 발달한 법경제학적 논의는 일견 이득토출책임의 도입에 반론을 제기하는 견해처럼 보이기도 한다. 아래에서는 법경제학적 논의와 이득토출책임이 양립할 수 있는지 검토하겠다.

---

41) Lionel Smith(2013), 앞의 글, pp.102-103.
42) Lionel Smith(2014), 앞의 글, p. 628.
43) 이익향수금지원칙의 유형은 다음과 같이 세 가지 유형으로 구별한다. 1) 수탁자가 신탁재산을 사용하여 이익을 향수하는 경우 2) 수탁자가 신인의무자의 지위로 인해 획득한 정보나 기회를 활용하여 이익을 향수하는 경우 3) 수탁자가 신인의무자의 지위 등을 활용하여 제 3 자로부터 이득을 수령하는 경우, 이중기(2016), 앞의 책, 280-281 면, Graham Virgo, *The Principle of Equity and Trusts*, Oxford University Press, 2012, pp.505-510, Virgo 교수는 신탁 재산의 사용(use of claimant's property), 간접 이익(Indirect Profit) 및 기회의 남용(exploitation of opportunities)으로 구분한다. 내용상 간접 이익은 본문 유형 중에 두 번째 유형과 동일하다. Sarah Worthington, Fiduciary Duties and Proprietary Remedies-addressing the Failure of Equitable Formulae", The Cambridge Law Journal Vol.72, Issue 3, 2013, pp.721-736.
44) Lionel Smith(2013), 앞의 글, pp.100-101.

2.4.1. 신인의무와 계약론자

우선 법경제학자들은 신인의무를 보는 관점 자체가 전통적인 견해와[45] 상이하다. 즉 신인의무를 수탁자에게 부과하는 특별한 의무라고 보는 관점을 취하지 않는다. 대표적으로 이스터 브룩(Easterbrook)판사와 피쉘(Fischel)교수는 "Contract and Fiduciary Duty" 논문에서 신인의무는 계약상 의무와 별개로 존재하는 특별한 의무가 아니라는 견해를 피력한다.[46] 즉 이들은 신인의무는 계약 작성 비용을 고려하지 않는다는 가정 하에 계약 조항을 정교하게 작성하였다면 포함하였을 조항 중 하나로 본다. 다만 계약 조항을 정교하게 작성하는 데에는 고비용이 소요되므로 신인의무는 계약 당사자가 합의하였을 것으로 추정되는 조항을 법원이 후견적으로(paternalistic) 부과한 것으로 본다.[47] 즉 이들의 관점에 따르면 신인의무가 본인을 보호하기 위한 목적이 아니라 당사자들의 공공의 복지를 증진시키기 위한 역할을 한다고 파악하였다.[48] 이러한 법경제학적 주장을 바탕으로 신인의무를 계약 조항과 구분되는 특별한 의무가 아니라고 주장하는 학파를 '계약론자(contractarian)'라고 명명한다.[49]

2.4.2. 법경제학자들의 이득토출책임 수용

계약론자들은 기본적으로 계약 이행시 혜택보다 비용이 더 큰 경우, 해당 계약을 이행하지 않는 것을 허용하여야 한다는 입장이고 비용-혜택 분석을 고려하는 계약 조항에는 신인의무를 포함한다.[50] 따라서 이스터 브룩(Easterbrook)판사와 피쉘

---

45) 신인의무에 대한 전통적인 견해는 영국의 Bristol and West Building Society v Mothew[1998] Ch. 1, 18 판례에서 Millet 판사는 신인의무는 신인의무자에게 부과되는 독특한 의무로 이 의무는 다른 의무의 위반과는 다른 법적 결과를 야기하는 의무라고 정의한 바 있다.

46) Frank Easterbrook & Daniel Fischel, "Contract and Fiduciary Duty", The Journal of Law & Economics 36(1), 1993, pp.425-446. 따라서 이스터브룩(Easterbrook)판사와 피쉘(Fischel)교수는 신인의무를 당사자의 의사에 따라 계약에 포함시키거나 배제할 수 있다고(opt in, opt-out) 보는 사적 자치를 강조한다. 신인의무가 본인을 보호하는 역할을 하기에 절대적 성격을 띄는지 혹은 해당 당사자들의 공공의 이익을 실현하는 역할을 이행하기에 사적 자치에 따라 변경가능한지 여부가 신인의무에 대한 전통론자들과 계약론자들의 의견이 갈리는 부분이다.

47) Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, p.425.

48) 단, 계약론자들은 법원이 신인의무자에게 신인의무를 부과하는 이유를 당사자의 공동이익을 실현하기 위한 계약의 보충적 역할을 한다고 보는 것에 대한 비판적 견해로 계약 당사자와 비교하면 법원은 계약에 대한 정보가 부족하고 법원이 당사자의 의사를 추정할 수 있다고 보는 것은 타당하지 않을 수도 있다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, pp.431-432.

49) 신탁에서 계약적 측면을 설명하는 논의는 John Langbein, "The Contractual Basis of the Law of Trusts", 105 Yale Law Journal 165, 1995.

50) 이스터브룩(Easterbrook)판사와 피쉘(Fischel)교수에 의하면 계약론자들은 신인의무자는 자신의 역할을 이행하는 데에 비용을 보상받는데 이 역시 비용-혜택 분석에 포함된다. 다시 말하면 신인의무자가 신인의무를 이행하는 대가로 수익자는 비용을 지급해야 하고 이 비용은 신인의무자간 경쟁이 존재하면 비용이 증가한다고 본다. 해당 비용에는 a) 법에서 규정한 의무를 이행하기 위한 추가적인 비용과 b) 수익자의 승인 취득 금액 중에 더 적은 비용을 포함할 것이라고 본다. 계약론자들은 협상비용 및 감시비용이 높다고 가정하기 때문에 일반적으로 후자를 더 큰 금액으로 본다. 따라서 신인의무자는 법이 부과한 신인의무를 이행하는 비용을 추가적으로 보상받기를 원한다. 궁극적으로 수익자가 신인의무 이행에 대한 가치를 자신들이 지급하는 비용보다 높다고 판단하는 경우에는 당사자들은 계약에 의해 신인의무이행으로 인한 가치를 제공받을 것이고 반대의 경우에는 법원의 목표와는 달리 이행되지 않을 것으로 본다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, p.431.

(Fischel)교수는 이득토출책임은신인의무 위반의 효율성과 무관하게 원칙적으로 계약이행을 강제화하기 때문에 손해배상책임이이득토출책임 보다 우월한 구제수단이라고 주장한다.[51] 하지만 이스터브룩(Easterbrook)판사와 피쉘(Fischel)교수마저도 무조건적 억지가 요구되는 특정 의무의 경우에는 이득토출책임의 필요성을 배제하지는 않는다.[52]

쿠터(Cooter)와 프리드만(Freedman)교수는 "The Fiduciary Relationship: The Character and Legal Consequences" 논문에서 다른 접근법을 취한다. 이들은 신인의무를 주의의무와 충실의무로 구분하여 분석한다.[53] 이들은 주의의무에 대하여는 손해배상책임을 구제수단으로 하더라도 적절한 수준의 주의를 기울이도록 유인하기 충분하다고 본다.[54] 반면 충실의무는 신인관계의 성격상 그 의무 위반을 파악하기 어렵기 때문에 손해배상책임으로 충실의무 위반을 억지하지 못하고 손해배상은 손해의 배수로 하여야 한다고 설명한다. 쿠터(Cooter)와 프리드만(Freedman)교수는 신인의무자의 계약의 경우, 엄격한 충실의무와 이득토출책임 역시 당사자가 거래비용이 없었더라면 당사자들이 계약에서 체결할 때에 포함되었을 조항으로 파악한다.[55] 즉 계약론자의 견해를 따르더라도 충실의무의 엄격성과 이득토출책임은 계약에 포함되며 의무위반으로 간주되는 상황에서 의무위반을 발각할 수 있는 가능성을 높이는 역할을 한다고 주장한다.[56]

Ⅲ. 영미법상 이득토출책임의 법적성격과 구별개념

영국에서 이득토출책임이 물권적 성격을 띄는지 아니면 채권적 성격을 띄는지에 대한 질문에는 오랫동안 일관된 답을 찾기가 어려웠다. 또한 물권적 책임을 인정한 경우에는 언제나 의제신탁이 성립한 것으로 보아야 하는지 아니면 이득토출책임을 부과하고 의제신탁과 동일한 물권적 성격을 인정할 수 있는지에 대한[57] 논리적인

---

51) 그 대표적인 예로 앞서 언급한 Boardman v Phipps 판례를 든다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, pp.442-443.

52) 이스터브룩(Easterbrook)판사와 피쉘(Fischel)교수는 무조건적 억지를 요구하는 특정의무가 충실의무라고 적시하고 있지는 않지만, 논문의 전반적인 논의에 신인의무자가 충실의무위반에 이득토출책임을 부담하는 것을 포함하기에 신인의무자의 충실의무 위반에 이득토출책임을 적용하는 것을 허용하는 견해로 볼 수 있을 것이다. 논문의 원문은 다음과 같다. Profits-based remedies discourage the transaction, and often it is better to accept some risk of transgression than to extirpate a category oftransaction. We could avoid this problem only by limiting the category of violations of duty to cases in which we seek unconditional deterrence for then no remedy of the defendant's wealth is too high. (밑줄은 필자) Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, pp.442-443.

53) 미국학계의 견해이므로 신인의무에 충실의무와 주의의무 등이 포함되는 것으로 본다.

54) Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), 앞의 글, pp.1056-1064.

55) Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), 앞의 글, pp.1048-1056.

56) 예를 들어 100불을 절취한 절도범이 발각될 확률이 1/3이라면, 적어도 300불의 벌금을 부과하면, 절도로 인한 벌금이 예상 수익과 동일해 지는 것과 마찬가지로 충실의무의 위반에 대한 책임도 신인의무자의 이익을 초과하여 억지 효과가 있는 금액만큼 부과하여야 한다고 주장한다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), 앞의 글, p.441, 다만 해당 주장은 신인의무자의 이득토출책임의 억지와 제재 및 징벌 역할을 혼용하여 사용한다는 단점이 있다.

57) 의제신탁은 당사자의 신탁설정의사에 기초하지 않고 신탁관계를 설정하는 경우에 성립되는 신탁이

대답을 발견하기 어렵다. 아래에서 살펴보겠지만 본 논문은 이득토출책임에 물권적 책임을 부과할 수 있다면 해당 경우에는 의제신탁과 동일한 효력을 부여할 수 있다고 생각한다. 또한 이득토출책임을 물권적 책임인지 채권적 책임으로 양분할 문제가 아니라 해당 사실관계에 따라 다르게 취급해야 한다는 견해가 현재로서는 타당하다고 생각한다.

1. 이득토출책임의 법적 성격

1.1. 수익권의 성격

이득토출책임의 채권적, 물권적 성격에 대한 논의를 살펴보기 앞서 수익권의 법적 성격에 대해 먼저 살펴보겠다. 이는 영미법상 물권적, 채권적 성격을 설명할 때 '물권적 기반(proprietary base)있기 때문에 물권적 효력이 있다'는 표현을 사용하는 데 이를 먼저 이해하기 위함이다. 수익자가 신인의무 위반에 대하여 이득토출책임을 청구할 수 있는 데에는 기본적으로 수익자가 수익권을 갖기 때문이다.[58]

영미법의 수익권의 성격을 이해하기 위해서는 보통법과 형평법의 재산권의 분화(혹은 물권의 분화)를 먼저 이해하여야 한다. 영국에서 신탁이 설립되면 신탁 재산의 법적 소유권(legal owner, legal interest)은 수탁자가 보유하지만 신탁재산의 형평법적 소유권(equitable interest)은 수익자가 보유하여 재산권이 분화되는 구조를 띄게 된다.[59] 신탁재산의 경제적 소유권자는 수익자이고 수익자는 형평법상 소유권(물권)을 보유하고 있다. 영미법의 소유권은 배타적인 성격을 띄지 않기에 수탁자가 신탁재산에 대해 물권적 권리를 갖는 동시에 신탁재산의 형평법적 소유권(혹은 수익권) 역시 물권적 성격을 띌 수 있다.[60] 따라서 수익자는 수탁자가 신탁재산을 신탁의 목적에 반하여 사용하거나 처분하면, 거래의 상대방이 선의의 유상취득자인 경우를 제외하고 해당 재산이 신탁재산임을 주장할 수 있고 수탁자의 채권자, 상속인 등을 배제할 수 있는 권한을 갖는다. 수탁자가 파산시 파산관재인이 신탁재산을 파산 재원으로 사용하려고 하면, 수익자는 신탁재산에 대한 우선권을 주장할 수 있다.[61]

반면 신탁재산에 대한 형평법상 소유권자인 수익자가 존재함에도 불구하고 수탁자는 신탁재산의 법적 소유권자로서 신탁재산을 이용하여 스스로 이익을 취득하거

다. 의제신탁은 형평법원의 관할이기 때문에 법원에 의사에 따라 의제신탁 성립 여부를 결정하는데, 수탁자가 충실의무를 위반하여 이익을 취득한 경우 대표적으로 의제신탁이 성립한다. 오영걸, 의제신탁의 이해, 비교사법 제19권 제4호, 2011.11, 1266면; Sarah Worthington(2006), p.69-70. AG for Hong Kong v Reid[1994] 1 A.C. 324 (PC) 이 판례는 의제신탁을 부과하였기 때문에 물권적 성격이라는 견해와 이득토출책임에 물권적 성격을 부과하였다는 두 가지 견해가 있다.

58) 수익자의 수익권에 대한 자세한 논의는 다음의 논문 참조. 이계정, 신탁의 수익권의 성질에 관한 연구", 민사법학 제77호, 한국 민사법학회, 2016a; 이연갑, 신탁법상 수익자의 지위", 민사판례연구(XXX), 박영사, 2008, vol. 30, 2008; 이연갑, 신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구", 서울대학교 박사학위논문, 2009.

59) 물권 및 소유권에 대한 영미법과 우리 법과의 차이에 대한 설명은 이연갑(2009), 앞의 글, 147면 이하 참고.

60) 이연갑(2009), 앞의 글, 156-157면.

61) 이계정(2016a), 앞의 글, 103-148면.

나 제3자가 이득을 취하도록 할 수 있는 지위에 있다.[62] 따라서 수익권에 반하여 수탁자가 신인의무 위반으로 신탁재산을 처분한 경우, 원물추급을 하거나, 혹은 그 신탁재산의 가치가 표상하는 대체물을 파악하여 대체물 추급할 수 있고 이는 수익자에게 물권적 기반(proprietary base)이 있기 때문이다.

1.2. 물권적 구제수단의 효과

이득토출책임이 물권적(proprietary) 혹은 채권적(personal) 성격을 띄는 경우에 그 효과 측면에서 어떠한 차이가 있는지 간단히 살펴보도록 하겠다. 영미법에서 물권적 성격을 부여하면 민법상 물권과 유사하게 대세효, 파산시 우선권 등을 인정한다. 반면 민법과 달리 영미법상 물권적 책임은 우선 특정 재산에 대한 권한을 인정하기 때문에 추급권을 인정한다.[63] 영미법상 추급권은 원물추급(following)과 대위물추급(tracing)으로 두 가지 유형으로 구분할 수 있다.[64] 원물추급권은 원물의 소유자인 수익자가 타인이 보유하고 있는 원물을 식별하여(identify) 권리를 주장(claiming)하는 것이다. 신인의무 위반시 신탁재산을 원래 상태로 되돌려 신탁을 계속 운영하는 것이 수익자 권리 보호에 가장 적절한 구제수단이라는 점에서 원물추급권은 그 목적에 가장 부합한다.

반면, 대위물추급권은 원물을 소유한 자가 원물을 이전하고 수령한 대위물이나 그 대가 등 원물의 가치에 대한 대상을 추적하여 권리를 주장하는 권리이다. 앞서 언급한 바와 같이, 영미법상 물권적 구제수단의 가장 큰 특성은 특정 재산에 부여된 구제수단이라는 점에서 특정재산이 아니라 그 대체물을 식별하여 다른 재산에 권리를 주장하는 데에 대한 논쟁의 소지가 있을 수 있지만, 대위물추급 역시 원물에 대한 물권적 기반(proprietary base)을 바탕으로 하기에 대위물추급권에도 물권적 성격을 인정한다. 이상 살펴본 물권적 성격을 바탕으로, 이득토출책임에 대하여 물권적 성격에 대한 학계의 논의 및 판례의 흐름을 아래에서 살펴보겠다.

1.3. 학계의 견해 및 판례의 흐름

1.3.1. 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수의 견해

사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수는 이득토출책임의 채권적, 물권적 성격에 대해 연구한 대표적인 학자이다. 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수의 초기 견해는

---

62) 해당 논리에 따르면, 우리 법과 같이 재산권의 분화가 없이 신탁 재산의 소유권이 전적으로 수탁자에 이전된 경우에 수탁자의 책임은 보다 강조되어야하다. 영미법의 재산권의 분화가 있어 수익자가 형평법적 소유권이 있는 것에 반해 우리 법에서는 수익자는 소유권을 갖지 않고 채권을 보유하기 때문에 수탁자가 수익자에 반하는 행위를 할 수 있는 가능성이 더 크다.

63) A proprietary remedy is one which attaches to specific property as opposed to a personal remedy ie a damages claim for money. Lexisnexis 정의 참고 https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/proprietary-remedies-including-following-tracing [최종검색일: 2021.5.24.] 물권적 성격을 정의할 때, 대세효 혹은 파산시 우선권 보다 먼저 언급되는 것이 특정재산에 부여된 구제수단이라고 언급한다.

64) 추급권에 대한 정의는 다음의 문헌을 참조. 이계정, 형평법상 추급권과 신탁의 법리", 저스티스, 한국법학원, 2016. 12, 114-150면

65) 이득토출책임에 물권적 성격을 부과하는 것은 논쟁의 소지가 있다고 보았다. 신인의무자에게 이득토출책임을 부과하는 목적은 충실의무 위반을 예방 및 억지하기 위한 것이다. 따라서 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수는 억지 기능을 제대로 이행하기 위해서는 이득토출책임에 물권적 성격을 부여하는 것까지 요하지 않고 채권적 성격으로도 충분한 억지 효과가 있다고 설명한다. 이득토출책임의 근거는 원고가 해당 재산을 보유하는 데에 있는 것이 아니라 피고인 신인의무자가 그 재산을 보유하지 못하게 하는 데에 있다. 따라서 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수는 물권적 성격을 부여하여 신인의무자의 파산 상태에서 수익자가 다른 채권자들보다 우선하는 근거를 발견하기 어렵다고 보았다.[66]

이후 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수는 기존 논의를 일부 수정하여 신인의무자의 충실의무 위반 형태에 따라서 물권적 성격과 채권적 성격을 띄는 경우로 구분할 수 있다고 하였다.[67] 신인의무자의 이득토출책임이 물권적 혹은 채권적 성격을 띄는지 이분법적으로 판단하는 것은 이득토출책임이 발생하는 다양한 상황을 제대로 이해하지 못한 결과라고 보았다.[68] 사라 워딩턴(Sarah Worthington)교수는 영국의 Sinclair v Versailles[69] 판례를 통해서 충실의무 위반의 사실관계를 아래와 같이 구분하고, 1), 2)의 사실관계에 해당하는 충실의무 위반은 신인의무자의 직무 범위 내에 발생한 것이기에 물권적 청구권을 인정하는 반면, 3)의 경우는 신인의무자의 지위에서 파생된 기회에서 취득한 이득이므로 채권적 청구권만을 인정하여야 한다고 주장하였다.[70]

1) 본인의 재산을 활용하여 이익을 향수하는 경우
2) 본인을 대신하여 신인의무자의 노력으로 발생한 기회로부터 얻은 이익
3) 신인의무자의 역할에서 발생한 기회에서 발생하는 이익
(예: 지위의 남용으로 인한 이익, 예를 들면 뇌물이나 비밀 수수료 수령 등)

이 견해는 사라 워딩턴(Sarah Worthing)교수의 견해이자 다수의 학자들의 견해에 해당한다. 과거 유형을 구분하지 않고 이득토출책임이 채권적 성격을 띈다고 주장하는 학자들의 견해도 동일하게 이득토출책임이 물권적 성격을 띄기 위해서는 수익자가 물권적 기초를 지니고 있어야 한다고 설명하였다.[71] 따라서 위와 같이 구분하여 신인의무자가 신탁재산을 활용하여 발생한 이익에는 물권적 성격을 부과할 수 있다고 주장하여도 과거 채권적 성격만을 주장하는 견해와 일치한다.[72]

---

65) Sarah Worthington(2006), pp.134-138.
66) Westdeutsche Landesbank Gitozentrale v Islington LBC [1996] AC 669(HL) 판례에서 Lord Goff 는 피고가 물권적 청구권을 부담하면 발생하는 추가적인 혜택 예를 들면 피고의 파산시 우선권 등의 혜택을 원고가 누려야 하는가라는 질문을 던졌는데, 제임스 에델만(James Edelman)대법관은 채권적 청구권은 원고가 물권에 대한 권리가 있을 때처럼 충분한 구제수단이 되지 못하고 파산 시 우선권과 같은 혜택은 그 자체로 목적이 아니라 위의 목적을 달성하는 과정에 따르는 결과라고 설명한다.
67) Sarah Worthington(2013), 앞의 글, pp.721-736.
68) Sarah Worthington(2013), 앞의 글, p.726.
69) [2011] EWCA Civ 347.
70) 각주 42의 이익향수금지 원칙의 구분과 일치한다. Graham Virgo(2012), 앞의 책, pp.505-510.
71) Peter Birks, An Introduction to the Law of Restitution, revised ed. Oxford, 1989, pp.387-389, 473-474
72) Jill Martin, Hanbury and Martin: Modern Equity,17th Edition, Sweet & Maxwell, 2005,

1.3.2. 학계의 견해와 판례의 충돌

앞서 살펴본 바와 같이 학계에서는 Sinclair v Versailles 판례를 기초로 하여, 그 유형에 따라 이득토출책임을 물권적 청구권과 채권적 청구권으로 구분하였다. 문제는 판례는 위의 기준과 다른 방향으로 판시하고 있다는 것이다. Sinclair v Versailles 판례 이전 뿐[73] 아니라 이후에도 수익자의 물권적 기반이 명확하지 않은 뇌물을 수령한 경우에도 물권적 책임을 인정하였다. 특히, Sinclair v Versailles 항소법원 판례 이후, 영국 대법원 판례인 FHR European Ventures LLP v Mankarious에서[74] 신인의무자가 비밀 수수료를 수령한 경우에도 이득토출책임을 물권적 책임이라고 판시하였지만 그 근거를 명확하게 제시하지 않고 있다.

1.3.3. 피터 데본셔(Peter Devonshire)교수의 견해

살펴본 바와 같이 기존 학계에서는 뇌물이나 비밀 수수료를 수탁자가 수령한 경우에는 수익자는 뇌물이나 비밀수수료는 물권적 기반이 없다는 견해였다. 하지만 판례는 뇌물이나 비밀 수수료에 대하여 물권적 책임을 부과한 바 있어서, 학계와 판례가 견해의 일치를 이루지 못하였다. 이에 대하여 피터 데본셔(Peter Devonshire)교수는 수탁자가 뇌물수수행위와 관련하여 물권적 기반이 있는지 판단할 때, 제3자가 수탁자에게 뇌물을 전달한 이후, 해당 제3자가 향후 신탁재산과 관련된 거래가 있는 경우와 아닌 경우로 구분하여 분석한다. 피터 데본셔(Peter Devonshire)교수는 전자와 같이 추가적인 거래가 있는 경우에는 물권적 기반이 있는 것으로 볼 여기가 있다고 주장한다.[75] 예를 들어 수탁자가 제3자로부터 뇌물을 수령한 이후, 해당 제3자에게 신탁재산 매도를 하였는데 뇌물 수령으로 말미암아 매도가격을 낮춘 경우에는 신탁재산에 해당 금액만큼 손해가 발생하였기 때문에 물권적 기반이 있다는 설명이다. 피터 데본셔(Peter Devonshire)교수의 견해는 뇌물을 수령한 경우에 물권적 책임을 부과하는 판례의 흐름에 대한 근거를 제시한다는 측면에서 의미가 있다. 하지만 뇌물로 인해 신탁재산 거래가 있어서 직접적인 영향력이 있는 경우와 그 외 경우로 구분하는 것이 현실적으로 가능한 지 및 일반적인 뇌물과 특정 거래를 목적으로 한 뇌물을 다르게 취급하는 것이 타당한 지는 의문이다.

1.4. 파산시 우선권과 물권적 성격

신인의무자의 이득토출책임을 물권적, 채권적 성격으로 구분하는 것은 신인의무

---

pp.630-633.

73) 단 3)의 분류에 속하는 경우에도 의제신탁 및 이득토출책임의 물권적 책임을 인정한 판결이 있다. AG for Hong Kong v Reid [1994] 1 A.C. 324 (PC) 해당 판례는 신인의무자의 이득이 분별가능하면 물권적이라고 판시하였다.

74) [2014] UKSC 45; Sarah Worthington, Four Questions on Fiduciaries", Canadian Journal of Comparative & Contemporary Law, 2016, p.74

75) Peter Devonshire, "The Remedial Response to Bribes and Secret Commissions in Fiduciary Relationship", 65 NILQ 23, 2014, pp.23-37.

자가 파산한 경우에 직접적으로 연관성이 있다. 신인의무자가 파산한 경우, 만약 수익자에 대한 이득토출책임을 물권적 책임이라고 보면 수익자가 신인의무자의 채권자보다 우선권을 가지므로 신인의무자의 채권자에게 과도하게 불공평한 결과가 될 수 있다. 신인의무자가 위법행위로 이익을 취득한 경우에 신인의무자가 이익을 취할 권한이 없는 것은 당연하다. 다만 신인의무자가 파산한 경우에 정책적으로 신인의무자의 위법행위로 인한 이익이 누구에게 귀속되어야 하는지는 별개의 문제이다. 이 경우 신인의무자의 채권자는 적극적 권한을 갖는 데에 비해, 신인의무자의 수익자는 소극적 권한을 가진다. 따라서 신탁의 수익자는 신인의무자의 파산시, 신인의무자의 일반 채권자보다 우선할 필요는 없으며 따라서 채권적 책임으로 충분하다는 입장에 찬동한다.[76]

1.5. 부수적 이득과 물권적 성격

이득토출책임은 기본적으로 채권적, 물권적 성격과 무관하게 수탁자가 취득한 모든 이득을 토출하는 것을 원칙으로 하고, 그 범위에는 부수적 이익도 포함된다. 하지만 Attorney-General for Hong Kong v. Reid[77] 판결에서 물권적 청구권을 부과해야 하는 근거로 부수적 이익을 토출하도록 하기 위한 것이라고 설시하여 이후 혼란을 야기하였다. 앞서 살펴본 바와 같이, 해당 판례에서는 신인의무자가 뇌물을 수령한 경우, 해당 뇌물금액을 토출하는 것이 아니라 해당 뇌물로 토지를 매입한 경우, 물권적 성격을 인정하여 해당 토지를 추급하도록 하였다. 따라서 해당 판결에서 부수적 이익은 뇌물로 토지를 매입한 경우 토지의 가치상승분을 의미한다. 사견은 해당 판결에서 물권적 성격은 해당 토지를 반환시키기 위한 목적이지만 채권적 성격을 부과하더라도 당시 해당 토지가액만큼 책임을 인정하는 것이 타당하다. 즉 부수적 이익이 수탁자의 책임에 포함되는지 여부는 물권적, 채권적 성격과는 무관하다고 보는 것이 논리적이다.

윌리엄 스와들링(William Swadling)교수는 이득토출책임을 채권적 청구권으로 보더라도 그 범위에 간접적 수익을 포함할 수 있다고 설명한다.[78] 따라서 마치 물권적 청구권, 의제신탁을 부과해야 하는 이유가 추가적 이득까지 토출하도록 하기 위한 것이라는 주장은 적절하지 않다고 주장하고 해당의견에 찬동한다.

1.6. 정리

학계의 견해 및 판례에서 신인의무자의 이득토출책임에 물권적 성격을 띈다는 견해 및 그 반대 견해가 존재하는 까닭은 물권적 성격을 띌 때에 갖는 특징의 다양성에 기인한다. 즉 물권적 성격을 부과하는 근거를 해당 신탁재산을 복원하기 위한 목적인지, 신인의무자의 파산시 우선권 부여하기 위한 목적인지 혹은 부수적 이익

76) Sarah Worthington(2013), 앞의 글, p.749.
77) [1993] UKPC 2; [1994] 1 All ER 1; [1994] 1 AC 324.
78) William Swadling, “Constructive trusts and breach of fiduciary duty”, Trusts & Trustees, Vol.18, Issue 10, 2012, p.992.

까지 토출하기 위한 목적인지에 따라 학자들은 다른 주장을 내세운다. 생각건대 신탁재산 자체를 복원하기 위해 추급권을 부과하는 물권적 성격은 부여하는 것이 타당하다. 반면, 신인의무자의 이득토출책임에 물권적 책임을 부과하여 신인의무자의 채권자보다 우선하기 위한 목적이라면 이득토출청구권이 신인의무자의 채권자보다 우선할 근거는 미비하다고 생각한다. 마지막으로 부수적 이득까지 토출하기 위하여 물권적 책임을 부과하여야 한다는 판례 및 의견은 이해하기 어렵다. 채권적 성격을 띄는 이득토출책임에서도 부수적 이익을 토출하는 것을 원칙으로 하되 그 범위는 인과관계, 공제 등의 적용여부에서 결정된다고 보는 것이 타당하다.

2. 영미법상 이득토출책임과 구별개념과 적용범위

2.1. 구별개념

2.1.1. 이익향수금지 원칙(no-profit rule)과 이득토출책임

언급한 바와 같이 충실의무 중 구체적인 의무 중 하나인 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 해당 지위로부터 사전에 승인받지 않은 이익을 수령하여 향수하는 것을 차단하는 원칙이다. 만약 이득토출책임을 명시하지 않고 이익향수금지 원칙만이 존재하는 경우를 가정해보자. 이 경우에도 동일하게 수탁자는 해당 이익을 향수하지 못하기 때문에 굳이 이득토출책임을 명시하여야 하는가 하는 의문이 들 수 있다. 즉, 이익향수금지 원칙은 이득토출책임과 동일한 개념인가? 이에 대한 학계의 구체적인 논의를 발견하지는 못하였지만 이익향수금지 원칙이 해당 규정 이행을 촉구하거나 구제수단까지 포함하는 역할을 하지 못하였다고 보는 것이 타당할 것이다.

또한 이익향수금지 원칙은 수탁자가 충실의무 위반으로 인한 해당 이익을 향수할 수 없음을 의미하지만, 해당 이익을 누구에게 토출해야 하는지에 대한 내용을 내포하지 않는다. 해당 이득토출책임과 동일하게 이익은 신탁재산에 토출될 수도 있지만 수익자에게 개인적으로 토출될 수도 있고 혹은 국가에 환수될 수도 있다. 따라서 이익향수금지 원칙과는 별개로 이득토출책임에 대한 규정은 필요하다고 볼 것이다.

2.1.2. 부당이득법과 이득토출책임

영미법상 부당이득법제(Unjust Enrichment)에 따른 원상회복책임(Restitution)과 이득토출책임은 종종 동일한 효과처럼 보이기도 하고 표현을 혼용하여 사용하기도 한다. 이는 영미법상 원상회복책임 개념이 원래 원고에게 귀속되어 있던 것을 원고에게 돌려주는 개념(give back)뿐 아니라 피고가 획득한 이익을 포기하게 하는 개념(give up)을 포괄하였기 때문이다. 광의의 원상회복책임을 명확히 구별하면, 전자를 원상회복책임으로, 후자를 별도의 이득토출책임으로 지칭하여야 한다.[79] 수탁자의 이득토출책임은 대표적으로 후자에 속하는 개념이다. 충실의무의 위반으로 이익이

79) Peter Devonshire, *Unjust Enrichment*, Clarendon Law Series, 2nd Edition, OUP, 2005. p.282.

발생하는 형태가 다양하기 때문에 단순한 거래의 경우에는 원상회복책임과 이득토출책임의 동일한 효과가 초래되기도 한다. 대표적으로 신탁재산을 고유재산으로 처분한 경우는 원상회복책임을 부과하든 이득토출책임을 부과하든 동일한 결과가 될 것이다. 하지만 신탁재산의 처분이 없는 경우, 예를 들면 수탁자가 신탁의 기회를 유용하거나, 수탁자가 뇌물을 수령한 경우는 원상회복책임을 적용하는 경우, 이득토출책임과 동일한 결과를 야기하지 않는다. 따라서 해당 개념은 구분하여 사용하는 것이 타당하다.

2.1.3. 징벌적 손해배상과 이득토출책임

이득토출책임이 징벌적 기능을 이행하는지에 대한 논의와 더불어 다수의 학자들은 이득토출책임을 징벌적 손해배상(punitive damages, exemplary damages)과 비교한다.[80] 징벌적 손해배상은 가해자를 징벌하고 가해자의 행위를 교정하며 나아가서 사회 공동체 구성원에게 본보기를 보여 사회 전체적으로 불법행위를 억지하는 기능을 한다.[81] 징벌적 손해배상 역시 원고의 손실과 연관되지 않은 구제수단이며 위법행위자가 위법이익을 보유하지 않도록 하여 억지 기능을 수행하기도 한다.[82] 따라서 일견 징벌적 손해배상은 이득토출책임과 유사한 측면이 있고 개념적으로 억지와 징벌은 종종 상호 교환하여 사용하기도 한다.[83]

하지만 징벌적 손해배상은 억지 기능뿐 아니라, 가해자의 행위의 "고의"에 초점을 두고 악의적이고 반사회적인 상황에서 징벌과 제재를 가하는 데에 보다 근본적인 기능이 있다. 반면 신인의무 위반은 선의, 악의여부를 막론하고 이득토출책임을 부과한다. 또한 이득토출책임이 피고에게 실제로 발생한 이득을 토출하는 것과 달리 징벌적 손해배상의 배상액은 3배 손해배상(Treble damages) 등을 부과하는 등 배상액과 책임 사이에 연관성이 없이 임의적이라는 차이점이 있다.

영국 형평법은 징벌적 기능을 내포하지 않는 것을 원칙으로 표명한다. 따라서 영국에서 이득토출책임이 징벌적 역할을 하지 않기 위해서 그 금액이 극단적인 양상을 띄지 않게 하기 위해 반환할 이득의 범위를 일부 조정한다.[84] 반면 미국에서는 원칙적으로 징벌적 손해배상을 허용하지 않는다는 영국의 견해를 수용하였지만, 점

---

80) 징벌적 손해배상 외에도 국가에 의한 환수(confiscation)와 비교하여 이득토출책임의 징벌적 성격을 논의하는 문헌으로는 Peter Jaffey, "Disgorgement and Confiscation (Halifax Building Society v Thomas)", Restitution Law Review, 1996, pp.92-100.

81) Michaell Polinsky & Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 Harvard Law Review 869, 1998, pp.904-947; 김정환, 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2019, 12면.

82) Ewould Hondius and Andrew Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p.477.

83) 이득토출책임이 억지 기능을 이행하기 위해서는 일반적 이득토출책임으로 충분하지 않으며 수탁자가 의무위반으로부터 적발될 확률을 고려하여 징벌적 이득토출책임을 부과해야 한다는 논의는 본 논문의 II. 2. 2.2 참고.

84) 이득토출책임은 징벌적인 기능은 하지 않는다는 것이 일반적인 의견이다. Peter Devonshire, *Account of Profits,* Thomson Reuters, 2013, pp.59-63; 수탁자에게 의무 위반을 억지하기 위하여 징벌적 손해배상이 필요한 지에 대한 논의 Samuel Bray, "Punitive Damages Against Trustees?", *Research Handbook on Fiduciary Law* (D. Gordon Smith & Andrew S. Gold, eds., Forthcoming); UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 16-17. (August 17, 2016), p.214.

차적으로 판례에서 신인의무자의 충실의무 위반에도 징벌적 손해배상을 허용하는 추세에 있다.[85]

2.2. 적용범위

2.2.1. 국가별 적용 범위

영국 신탁법에서는 신탁조항 위반이나 주의의무 위반에는 이득토출책임을 적용하지 않고[86] 충실의무에만 이득토출책임을 적용하는 것을 원칙으로 한다. 즉 영국은 신인의무를 충실의무와 동일시하여 충실의무 위반에만 이득토출책임을 부과하는 반면, 그 외 의무 위반 등에는 형평법상 손해배상책임(Damages), 원상회복책임(Restitution) 및 금지명령(Injunction)등 다른 구제수단을 활용한다.[87] 반면 미국에서 충실의무 뿐 아니라 수탁자가 부담하는 의무 및 신탁증서 조항 위반까지 포함하여 포괄적으로 이득토출책임을 인정한다.[88] 하지만 미국에서 주의의무 및 신탁증서 조항 위반에 이득토출책임을 부과하는 별도의 근거는 찾아보기 힘들고 실제로 이득토출책임을 부과한 판례를 발견하지 못하였다. 신인의무자가 부담하는 의무를 신인의무로 보는 미국의 입장에 따라 신인의무 전반에 이득토출책임을 부과할 수 있도록 조문을 구성하였지만, 실제 적용은 충실의무 위반 외에 손해를 발생하지 않고 수탁자가 이득을 취득하는 경우가 거의 발생하지 않을 것이다.[89]

2.2.2. 신인의무자별 적용여부

신인관계는 본인이 신인의무자에게 부여한 신뢰와 신임, 신인의무자가 재량과 권한을 보유하고 이로 인해 본인의 취약성, 보호의 필요성을 요건으로 하고, 본 논문은 이 요소들을 골고루 만족하여야 신인의무자에게 신인의무를 부담할 수 있다는 견해이다. 위의 요소들은 타인의 재산을 자신의 법적 명의로 이전받은 수탁자를 표상으로 하여 발전하였고, 수탁자를 신인의무자를 표상으로 하여, 충실의무 위반시 이득토출책임을 부담하는 법리가 발전하였다.

문제는 신인의무의 징표는 정성적인 요건들이기 때문에 요건을 만족하는 기준을 어떻게 지정하는 지에 따라 신인관계의 성립을 광범위하게 인정할 수도 있고 협의로 인정하는 것도 가능하다. 신인관계의 범위를 좁게 해석하여 재산 처분에 준하는 재량 및 권한을 갖는 자만을 신인의무자로 정의하면, 신인의무자의 충실의무위반에 대하여 엄격한 수준의 의무를 부과하게 될 것이고 이득토출책임을 부과할 수 있다. 반면, 신인의무의 징표들을 느슨하게 해석하여, 비재산적 재량이나 권한이 있는 자

85) Peter Devonshire(2013), pp.59-61; 미국에서 수탁자의 신인의무 위반에 대해 징벌적 손해배상을 수용한 것에 대하여 이득토출책임이 수익자의 입증책임의 부담이 적고, 원상회복을 구하는 책임이기 때문에 보다 타당하다는 견해로는 Cooter & Freedman(1991), 앞의 글, p.1069.

86) Sarah Worthington, *Equity,* Clarendon Series, 2nd Edition, OUP, 2006, p.134.

87) 개정 신탁법은 주의의무 위반에는 이득토출책임을 인정하고 있지 않아서 영국의 법리를 따른다.

88) Samuel Bray(2018), 앞의 글, p.2; 미국에서는 신중의무(Duty of Prudence) 위반의 경우에도 최적의 구제수단은 이득토출책임과 손해배상 중에 선택하는 것이라는 견해로는 Daniel Kelly(2021), 앞의 글, pp.30-31.

89) 미국에서 실제로 충실의무 외에 다른 의무를 위반한 경우에 이득토출책임을 부과한 판례를 찾아보려고 하였으나 아직은 발견하지 못하였다.

(예를 들면 의사), 혹은 타인의 재산에 재량이나 권한을 행사하지만 처분 등과는 무관한 경우(예를 들면 임치의 경우)까지 신인의무자로 해석하면 신인관계와 비신인관계의 경계가 모호해지고 따라서 이익충돌금지 및 이익향수금지를 축으로 하는 충실의무 및 이득토출책임의 신인의무법리를 적용하기 어려워진다.

사견은 신인관계의 원칙적 확장성은 인정하되 이익충돌금지 및 이익향수금지를 두 축으로 하는 충실의무와 그 위반에 대한 이득토출책임을 적용하기 위해서는 재산에 대한 법적 소유권자 및 이에 준하는 재산처분에 대한 재량 혹은 권한을 행사할 수 있는 신인의무자로 한정하여야 한다.[90]

Ⅳ. 우리 신탁법에의 시사점

이상과 같이 본 논문은 영국의 이득토출책임의 개념 및 근거를 중심으로 개관하였다. 영국의 이득토출책임은 위법행위로 인해 위법행위자가 얻은 이득을 토출하는 책임이고 이는 손해의 발생여부와 무관하다. 또한 본래 수익자에게 귀속되었던 것만을 돌려주는 개념(give back)이 아니라, 피고인 수탁자가 획득한 이익을 포기하는 개념(give up)을 포괄하기 때문에 전자를 부당이득법리에 따른 원상회복책임라고 볼 수 있는 반면, 후자는 이득토출책임이라고 지칭하는 것이 타당하다. 이득토출책임의 연원과 개념에서 살펴본 바와 같이 영미법상 이득토출책임은 부당이득법리와는 전혀 다른 법리를 바탕으로 하여 발달하였기에 우리 신탁법에서도 부당이득법리로 이해하려고 하기보다는 영미법상 이득토출책임 그 자체로 수용하려는 노력이 필요하다.

개정 신탁법 역시 "(...)신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제3자가 얻은 이득의 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다"고 규정하고 있다.(제43조 제3항) 이에 따르면 우리 신탁법상 규정도 영미법의 이득토출책임을 수용한 것으로 영미법상 이득토출책임의 법적 성격에 대한 학계의 논의 등을 검토함에 따라 향후 이득토출책임을 적용의 기준점을 제시한다. 이득의 '전부'라고 규정하고 있지만, 영미법 역시 수탁자가 취득한 이득의 전부를 어떻게 해석할 것인지에 대한 해석은 여전히 불분명한 측면이 있다. 이에 대한 해석은 영미법에서도 그 판례의 사실관계에 따라 인과관계, 공제 여부를 상이하게 적용하지만 기본적으로 이득토출책임은 충실의무의 엄격성을 바탕으로 하기 때문에, 인과관계를 적용하여 수탁자가 취득한 이익의 전부를 토출한다고 볼 것이고, 특정 요건을 만족하는 경우에 공제를 허용한다고 보는 것이 타당하다.

우리 신탁법상 수익권과 이득토출청구권은 채권적 성격을 띨 수 밖에 없지만, 영미법상 수익권의 성격과 이득토출책임의 법적 성격과 관련된 논의를 통해서 수익자의 이득토출청구권과 신인의무자가 파산시 채권자 중에 우선권이 무엇인지 고민해

90)예를 들면 신인의무자 중 회사의 이사의 경우는 회사의 재산의 처분에 대한 권한을 행사할 수 있다는 측면에서 이득토출책임을 확대적용할 수 있다는 견해이다. 그 외의 신인의무자의 경우 이득토출책임을 적용할지 여부는 사실관계에 따라 유연하게 적용가능성을 고려해볼 수 있지만 지나치게 확장적용은 경계해야 한다.

볼 거리를 제공한다. 또한 부수적이득은 이득토출책임의 법적 성격과 무관하게 이득토출책임의 범위에 포함할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

본 논문은 수익자의 이득토출책임에 대한 논의에 초점을 두고 있지만, 그 적용범위를 재산에 대한 법적 소유권자 및 이에 준하는 재산처분에 대한 재량 및 권한을 행사할 수 있는 신인의무자에 확장할 수 있다는 견해인 만큼, 회사의 이사에게도 적용할 수 있다는 견해인데, 향후 이에 대한 연구가 활발해지기를 기대한다.

참고문헌

1. 국내문헌

김정환, 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2019

백종현, 윤리형이상학정초- 임마뉴엘 칸트, 대우고전총서, 2012

서종희, 영미 부당이득법상 이득토출책임 위법행위를 이유로 한 원상회복을 중심으로, 서울법학 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016,

새라 워딩턴, 임동진 역, 형평법, 소화, 2009

오영걸, 의제신탁의 이해, 비교사법 제18권 제4호, 한국비교사법학회, 2011.11

이계정, 형평법상 추급권과 신탁의 법리, 저스티스, 한국법학원, 2016. 12,

이계정, 부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점-반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로 전환”, 저스티스 통권 제169호, 한국법학원, 2018

이연갑, 신탁법상 수익자의 지위, 민사판례연구(XXX), 박영사, 2008, vol. 30, 2008;

이연갑, 신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2009.

이중기, 충실의무법, 삼우사, 2016,

진도왕, 미국침해부당이득법에서의 수익전부반환책임과 초과수익의 반환- 반환범위의 획정 기준으로서 인과관계 등의 문제, 민사법 이론과 실무, 제20권, 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.12

최동식, 신탁법, 법문사, 2006

최수정, 신탁법, 박영사, 2006

최수정, 신탁법 개정판, 박영사, 2019

2. 외국문헌

Peter Birks, An Introduction to the Law of Restitution, revised ed. Oxford, 1989

Samuel Bray, Fiduciary Remedies, Oxford Handbook of Fiduciary Law, E. Criddle, P. Miller & R. Sitkoff eds., Forthcoming 2018

Samuel Bray, “Punitive Damages Against Trustees?”, *Research Handbook on Fiduciary Law* (D. Gordon Smith & Andrew S. Gold, eds., Forthcoming); UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 16-17. (August 17, 2016)

Robert Cooter & Bradley Freedman, The Fiduciary Relationship: Its economic Character and Legal Consequences”, 66 N.Y.U L. REV., 1045, 1991

Peter Devonshire, Account of Profits, Thomson Reuters, 2013,

Peter Devonshire, Unjust Enrichment, Clarendon Law Series, 2nd Edition, OUP, 2005.

Peter Devonshire, The Remedial Response to Bribes and Secret Commissionsin Fiduciary Relationship”, 65 NILQ 23, 2014

Matthew Doyle, “Corrective Justice and Unjust Enrichment,“ University of Toronto Law Journal 62, No. 2, 2012.

Frank Easterbrook & Daniel Fischel, Contractand Fiduciary Duty”, The Journal of Law & Economics 36(1), 1993

James Edelman, Gain-based damages, contract, tort, equity and intellectual

property, Hart Publishing, 2002
James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger, *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks,* Oxford University Press, 2006
Simon Gardner, An Introduction to the Law of the Trusts, 3th Edition, 2010.
Francesco Giglio, The Foundations of Restitution for Wrongs, Hart Publishing, 2004.
James Gordley, The Purpose for Awarding Restitutional Damages: A Reply to Professor Weinrib" , Theoretical Inquiries in Law, 2000.
Matthew Harding in Andrew Robertson & Hang Wu Tang, The Goal of Private Law, Hart Publishing, 2009.
Ewould Hondius and Andrew Janssen, Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World, Springer, 2015.
Peter Jaffey, Disgorgement and Confiscation (Halifax Building Society v Thomas)" , Restitution Law Review, 1996.
Daniel Kelly, "Double Deterrence" (April 14, 2017). 106 Iowa L.Rev. __ (2021), Iowa Law Review, Vol. 106, 2021, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2952755, 2021.
John Langbein, The Contractual Basis of the Law of Trusts" , 105 Yale Law Journal 165, 1995
Douglas Laycock, Modern American Remedies, 4th Edition, Aspen Publisher, 2010.
Jill Martin, Hanbury and Martin: Modern Equity,17th Edition, Sweet & Maxwell, 2005,
Nicholas McBride in Charles Mitchell& William Swadling, The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment Critical and Comparative Essays, Hart Publishing, 2013,
John McGee, Snell' s Equity, 13th Edition, Sweet & Maxwell, 2000,
Meager, R. P., J.D. Heydon, M.J. Leeming, *Meager, Gummow & Lehane' s Equity' s Doctrine and Remedies*, 4th Edition, LexisNexis Australia, 2002.
Paul Miller, Justifying Fiduciary Remedies" , 63 University of Toronto Law Journal, 2013.
Jessica Palmer, Availability of Allowances in Equity, New Zealand University Law Review, 2004, .
Michaell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis" , 111 Harvard Law Review 869, 1998.
Craig Rotherham Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits" , Oxford Journal of Legal Studies 32(3), 537-562, 2012.
Irit Samet, Guarding the Fiduciary' s Conscience- A Justification of a Stringent Profit-Stripping Rule" , Oxford Journal of Studies,Vol. 28, No. 4, 2008.
Irit Samet in Andrew Gold & Paul Miller, *Philosophical Foundations of Fiduciary Law,* Oxford University Press, 2014.
Lionel Smith, The Motive, Not the Deed" ,Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn, ch.4, J. Getzler, ed., Butterworths, 2003.
Lionel Smith, Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations" , 7 Journal of Equity, 2013.
Lionel Smith, Fiduciary Relationship: Ensuring the loyal Exercise of Judgement on behalf of another, 130 Law Quarterly Review 608, 2014.

Samuel Stoljar, The Transformations of Accounts, Law Quarterly Review, Vol.80, 1964.
William Swadling, Constructive trusts and breach of fiduciary duty", Trusts & Trustees, Vol.18, Issue 10, 2012.
Graham Virgo, *The Principle of Equity and Trusts,* Oxford University Press, 2012
Ernest J Weinrib in Charles Rickett, Justifying Private Law Remedies, Hart Publishing, 2008.
Ernest Weinrib, Deterrence and Corrective justice", 50 UCLA Law Review 621, 2002a.
Ernest Weinrib, Corrective Justice in a Nutshell", 52 University of Toronto Law Journal, 2002b.
Ernest Weinrib, Punishment and Disgorgement as Contract Remedies",Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, No. 1, 2003.
Ernest Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012.
Ernest Weinrib Restitutional Damages as corrective justice", 1Theoretical Inquiries in Law 1, 4-7, 2000.
Sarah Worthington, Equity, Clarendon Series, 2nd Edition, OUP, 2006.
Sarah Worthington, Fiduciary Duties and Proprietary Remedies-addressing the Failure of Equitable Formulae", The Cambridge Law Journal Vol.72, Issue 3, 2013.
Sarah Worthington, Four Questions on Fiduciaries", Canadian Journal of Comparative & Contemporary Law, 2016.

Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992,

- The Origin and Concept of Disgorgement of Profits in Anglo-American Jurisprudence

Jeemin Song[91)]

Article 43(1) of the Korean Trust Act, enacted in 2012, states: "Where a trustee has violated his duties incurring any loss to the trust property, the settlor, beneficiary, or other trustees where a number of trustees exist, may request the relevant trustee to restore, reinstate the trust property: *Provided*, that where it is impossible or substantially impracticable to reinstate the trust property, or excessive expenses are incurred in such reinstatement, or where any special ground exists making reinstatement inappropriate, a claim for damages may be raised."Furthermore, article 43(3) of the Korean Trust Act states that "where a trustee is in breach of a duty of loyalty stipulated in Articles 33 through 37, he should disgorge all the profits acquired by himself or a third party to the trust property, even if no loss has incurred to the trust property."

The disgorgement remedy set out in Article 43(3) provides exceptional relief, preventing the trustee from realizing any gains resulting from a breach of the trustee's fiduciary duty. Yet, this powerful gain-based remedy has not been applied by courts in South Korea. Thus, it is difficult to understand a clear rule for determining disgorgement of profits case.

Before the enactment of article 43(3), there have been debates by legal scholars whether any legal basis already existed for disgorgement of profits in South Korea. "Unjust enrichment" and "management of another's affairs(negotiorum gestio)" were traditional remedies available to an injured party, however the legal basis for disgorgement of profits was tenuous. Thus, the legislature found it necessary to specially enact Article 43(3) to be able to impose this remedy. However, no case law has been developed so far and Article 43(3) is often overlooked due to its obscurity. The purpose of this dissertation is to clarify the nature and function of a trustee's fiduciary duty and the disgorgement of profits under Article 43(3) by analyzing the origin and concept of disgorgement of profits and accounts of profits remedies.

The vitally important duty of loyalty is not self-enforcing, and when a breach occurs, the remedy should be in conformity with the duty. The philosophical

---

91) Solicitor in England and Wales, Lawyer qualified in D.C(USA), Ph.D, in Commercial Law

grounds for disgorgement of profits, the corrective justice are tenuous. The rationale for disgorgement of profits is to deter a breach of the duty of loyalty. Deterrence and prophylaxis are the strongest rational for disgorgement of profits. The quantification of illegally gained profits must reflect the nuances of the fiduciary relationship and the manner in which the duty was breached; the uneasy interplay between causation, remoteness and allowances must be considered. In ordering a disgorgement of profits, a court should factor in the fiduciary's skill and effort in determining the amount of the profits that should be disgorged. Disgorgement of profits is a harsh remedy, and its effectiveness as a deterrent depends on its proportionality to the wrongs.

This paper also examines whether it is plausible to apply the disgorgement of profits remedy to a corporation's board of directors. In Anglo-American jurisprudence, a director of a corporation is categorically treated as a status-based fiduciary who owes a fiduciary duty to the corporation. If unauthorized profits are made by a director in breach of his fiduciary duty to the corporation, the director should be required to disgorge the profits just as a disloyal trustee is required to disgorge profits under the Trust Act in South Korea.

Keywords: Disgorgement of Profits, Account of Profits, Fiduciary Duty, A Duty of Loyalty, Restitution, Unjust Enrichment