

(사)한국신탁학회 2023년 동계학술대회

가족신탁 활성화를 위한 법적 과제

2023년 12월 8일 **금요일** 13:30-18:00
연세대학교 광복관 별관 1층 국제회의장

주최



한국신탁학회
KOREA TRUST ASSOCIATION



연세대학교
YONSEI UNIVERSITY

법학연구원

(사)한국신탁학회 2023년 동계학술대회

프로그램

구분	시간	내용	사회
등록	13:00-13:30	등록 및 접수	
개회식	13:30-13:50	개회사 이중기 한국신탁학회 회장	총무이사 권용수 교수 (건국대)
	13:50-14:00	기념 촬영 및 장내 정리	
		학술대회	연구이사 최수정 교수 (서강대)
제1주제	14:00-14:50	주제: 공공수탁서비스의 현황과 법적 과제 부제: 국민연금의 재산관리서비스 발표: 정경화 (국민연금 부장) 토론: 장명 교수 (서강대)	권종호 교수 (건국대)
제2주제	14:55-15:45	주제: 가족신탁과 민법(민사특별법 포함)의 교착에 대한 법적 검토 발표: 서종희 교수 (연세대) 토론: 오영표 변호사 (신영증권)	
	15:45-16:00	휴식	
제3주제	16:00-16:50	주제: 해외 후견신탁 연구와 국내 시사점 발표: 배광렬 변호사 (사단법인 온율) 토론: 박인환 교수 (인하대)	안성포 교수 (전남대)
제4주제	16:55-17:45	주제: 가족신탁 실무와 세제 발표: 강남규 변호사 (법무법인 가온) 토론: 박훈 교수 (서울시립대)	
폐회식	17:45-18:00	폐회사: 이중기 한국신탁학회 회장 석식 안내 및 이동	총무이사 권용수 교수 (건국대)

제1주제

공공수탁서비스의 현황과 법적 과제

3

발표 정 경 화 (국민연금 부장)
토론 장 명 (서강대 교수)

제2주제

가족신락과 민법(민사특별법 포함)의 교착에 대한 법적 검토

39

발표 서 중 희 (연세대 교수)
토론 오 영 표 (신영증권 변호사)

제3주제

해외 후견신락 연구와 국내 시사점

75

발표 배 광 열 (사단법인 온을 변호사)
토론 박 인 환 (인하대 교수)

제4주제

가족신락 실무와 세제

99

발표 강 남 규 (법무법인 가온 변호사)
토론 박 훈 (서울시립대 교수)

제 1 주제

공공수탁서비스의 현황과 법적 과제

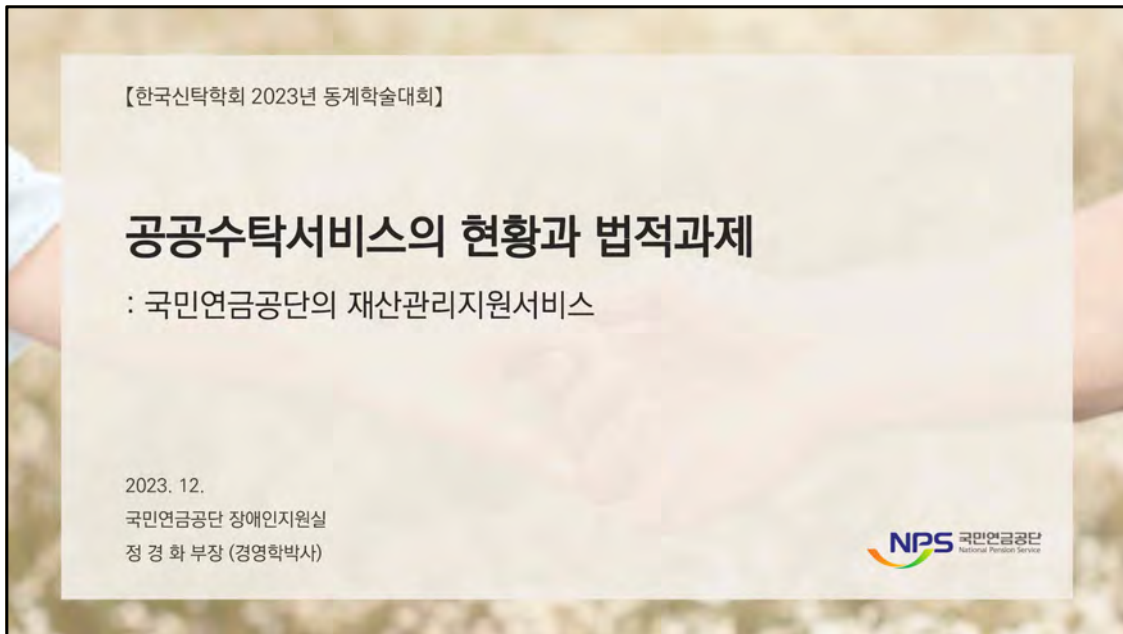
발표 정 경 화 (국민연금 부장)

토론 장 명 (서강대 교수)

공공수탁서비스의 현황과 법적 과제

국민연금의 재산관리서비스

정 경 화*



* 국민연금 부장

0 장애인 사업에 대한 이해

장애의 개념 및 유형

● 장애인복지법 제2조(장애인의 정의 등)

- ① "장애인"이란 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다.
- ② 이 법을 적용받는 장애인은 제1항에 따른 장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다.
 - 1. "신체적 장애"란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다.
 - 2. "정신적 장애"란 발달장애 또는 정신질환으로 발생하는 장애를 말한다.



법정 장애유형(15가지)

- 1. 신체적 장애: 외부기관 장애(지체장애, 뇌병변장애, 시각장애, 청각장애, 언어장애, 안면장애)
내부기관 장애(신장장애, 심장장애, 간장애, 호흡기장애, 장루·요루장애, 뇌전증장애)
- 2. 정신적 장애: 발달장애(지적장애, 자폐성장애), 정신장애

0 장애인 사업에 대한 이해

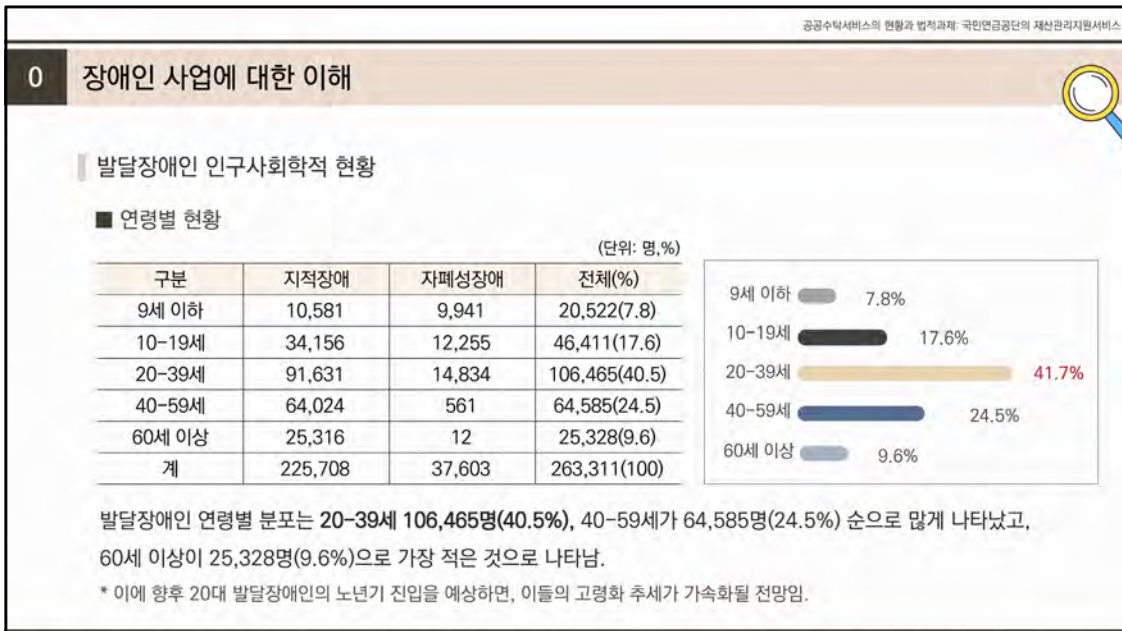
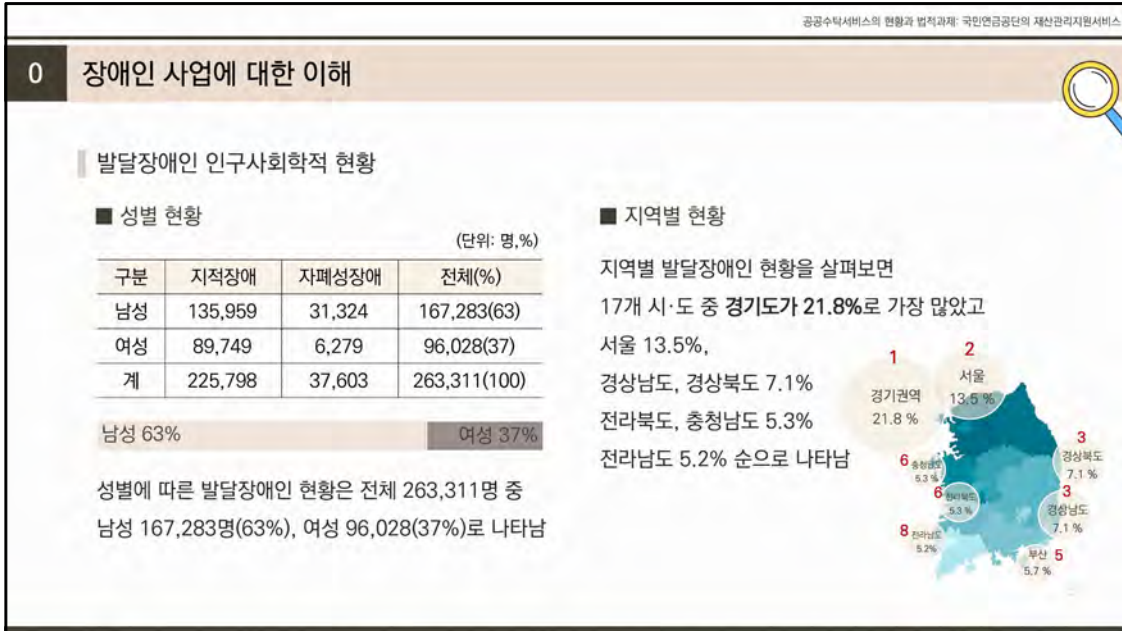
전체 장애인 현황



2022년 12월 말 기준, 국내 장애인 현황을 살펴보면
전체 등록장애인은 2,652,860명이며(보건복지부, 2023),

발달장애인은 총 263,311명으로 등록장애인의 9.9%를 차지하고,
 지적장애인 225,708명(8.5%), 자폐성장애인 37,603명(1.4%)으로 나타남

- **지적장애** | 정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람
- **자폐성장애** | 소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람



공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

0 장애인 사업에 대한 이해

국민연금공단의 장애인지원사업 소개

NPS 국민연금공단
National Pension Service
“지속가능한 연금과 복지서비스로 국민의 생활 안정과 행복한 삶에 기여”

- 장애인사업기획부** · 행정지원 및 대외협력, 사업계획수립 및 성과평가, 발달장애인 재산관리지원서비스
- 장애인서비스지원부** · 경영평가 관리, 서비스지원 종합조사 및 활동지원서비스, 장애인 개인예산제
- 근로능력평가부** · 근로능력 활동능력평가 및 의학적평가 관리
- 장애심사지원부** · 장애등록심사 기준관리, 장애정도 판정기준 및 지침 수립
- 이의신청심사부** · 장애등록심사 이의신청심사, 장애정도심사위원회 운영

국민연금공단 장애인지원실

[장애심사] 무결점 장애심사로 장애인 권익보호 선도

[장애인 서비스 지원] 수요자 맞춤형 서비스 고도화로 장애인복지 선택권 강화

NPS 국민연금공단

01.

발달장애인 재산관리지원서비스 소개

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 도입 필요성

2015년 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」이 시행되었으나 발달장애인을 위한 전문적인 재산관리지원제도 부재

지속적 돌봄이 필요한 발달장애인의 증가, 부모 생전 또는 사후 대비 평생 소득보장체계 구축 등 복지사회 실현을 위한 국가 책임론 대두

이에 발달장애인 평생케어 종합대책(2018.9.) 발표로 발달장애인 소득보장체계 구축을 위한 공공신탁제 도입 명시

공공신탁제도의 구현
**발달장애인
재산관리지원서비스**

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 도입 필요성

발달장애인은 인지장애 특성상 월 수입, 보험금 및 증여와 상속으로 유입된 목돈 등을 안전하게 보관하기 어렵고, 경제적 착취에 노출되어 자신의 재산을 갈취와 사기로부터 보호 및 관리하기 어려운 실정임

또한 금전 관련 개념 및 사용 경험의 부족으로 재산규모를 반영해 개인의 욕구와 필요를 반영한 적절한 사용에 한계가 있음

경제적 착취

노동력 착취와 공적 급여를 포함한 재산 갈취 및 편취, 재산 관리나 금전관리에서 장애를 이용하여 손해를 입히는 행위 (중앙장애인 권익옹호기관, 2020)

발달장애인을 대상으로 한 학대 유형

학대 유형	비율 (%)
경제적 착취	25.4
신체적 학대	23.9
중복학대	23.1
정서적 학대	12.8
성적 학대	10.5
방임	4.3

출처: 2020 장애인학대 현황보고서

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 추진 경과

- (2018) 발달장애인 공공신탁 시범사업 기본계획(안) 수립
- (2019) 한국형 발달장애인 공공신탁 모형 개발 등 연구과제 수행
- 공공신탁 이론 소개, 제도 모형 개발, 시범사업 체계 등
- (2020) 시범사업 추진 합동 TFT 구성 및 운영
- 보건복지부, 공단, 학계 등 참여
- (2021) 시범사업 추진을 위한 업무매뉴얼 개발 등 연구과제 수행
- 수요조사(현황 및 해외사례 등), 업무지침 개발
- 수탁기관, 지원기관, 지원인을 위한 업무매뉴얼 및 교육교재 개발
- (2022) 발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 시행
- (2023) 발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 효과성 분석을 위한 연구용역 수행




공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 개요


- 국가 책임 아래 위탁자와 수탁자 간 신탁 계약에 기반해 발달장애인에게 제공하는 **재산관리 및 사용지원 사회서비스**
 - (국민연금공단) 발달장애인과 신탁 계약 체결 및 개인별 욕구 등을 반영한 재정지원계획에 따라 신탁재산 관리·지급
 - (지원기관) 발달장애인의 욕구 등을 반영한 개인별재정지원계획 수립, 의사결정 및 신탁자금 사용 지원



재산보호

- 경제적 착취 및 재산 갈취 등의 위험으로부터 재산 보호


+



사용지원

- 발달장애인 개인별 욕구 등을 반영한 합리적 사용지원

=




**발달장애인
재산관리지원서비스**

- 소득보장체계 구축
- 지역사회 자립역량 강화

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업



- (사업대상) 만19세 이상 성인 발달장애인 120명
 - 이용대상별 서비스 욕구 및 이용 패턴을 중심으로 3개 모형 비교분석
 - 부모와 살면서 재산관리지원이 필요하거나 독립을 준비하는 발달장애인 시설에 살거나 시설에서 나와서 지역사회 자립을 준비하는 발달장애인
 - 보건복지부 탈시설 자립지원 시범사업 참여 발달장애인
- (사업기간) 2022년 5월~2023년 12월 (20개월)
- (사업목적) 「공공기관-민간기관 협업 모델」 서비스 전달체계 검증
 - 보건복지부 사업 총괄
 - 국민연금공단을 수탁기관, 비영리단체를 지원기관으로 선정

1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 주요 원칙

- 발달장애인 중심의 계획 수립과 집행
 - 생애주기에 기반하여 개인의 욕구와 특성을 개별적으로 판단
- 강점관점 기반의 계획 수립과 집행
 - 발달장애인의 개인적 역량과 더불어 가족, 지역사회 등 주변 강점 활용
- 계획수립 및 집행의 전 과정에서 발달장애인의 참여, 자기결정권 보장
 - 발달장애인을 주체로서 인식하고 참여 지원
- 발달장애인 특성을 반영한 의사소통 지원
 - 발달장애인의 기능 수준을 고려해 다양한 방법으로 참여의사 확인
- 발달장애인의 지역사회통합 지향
 - 발달장애인의 금전적 자립역량 향상을 통한 지역사회통합 지원



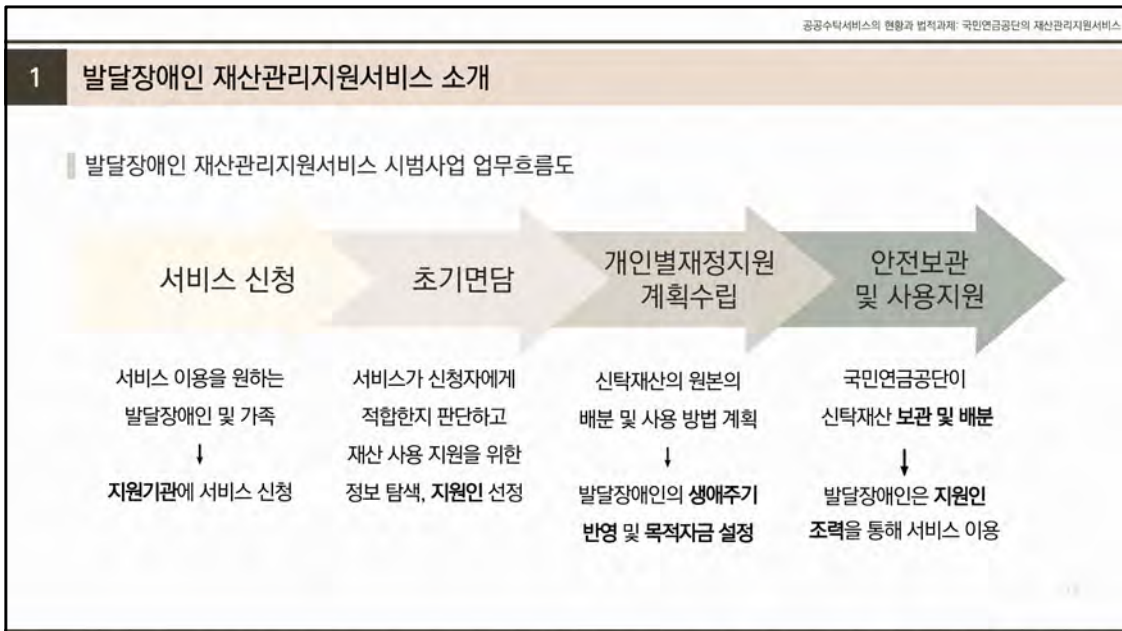
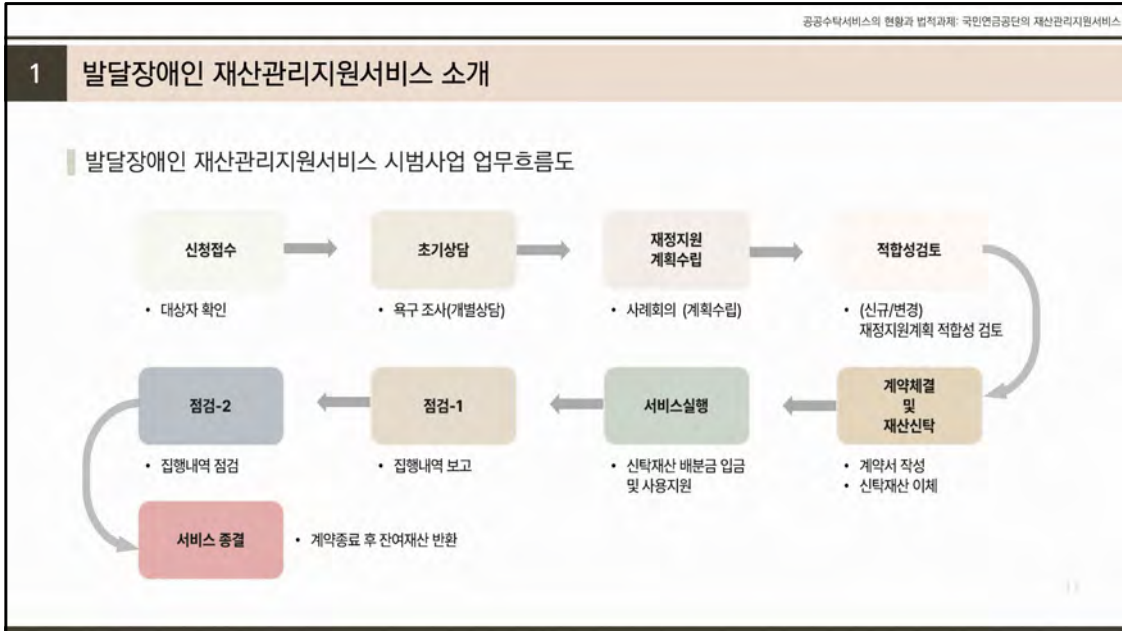
1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업

보건복지부	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 사업 총괄, 관련 법령 제·개정 등 제도 설계
국민연금공단 (수탁기관)	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 재산관리지원서비스위원회 설치·운영 등 ◦ 신탁계약 검토 및 체결, 신탁재산 관리 ◦ 월별 사용계획에 따른 배분금 집행 ◦ 재정 집행의 적정성 점검
비영리단체 (지원기관)	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 재산관리지원서비스 시범사업 대상자 발굴 추진 ◦ 개인별재정지원계획 수립(생애주기별, 연간, 월간) ◦ 지원인에 대한 행정 지원
지원인	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 재산관리지원서비스 계약에 따라 선임 ◦ 수익자의 재산관리 지원



【발달장애인 재산관리지원서비스 수행체계】



1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 사례

사례 1

안전보관 사례

자립주택 거주 기간 만료를 앞두고 있는 발달장애인 A씨는 자립주택 퇴소 이후 안정적으로 생활할 수 있는 거주지와 자립생활에 필요한 생활용품 구입 등 비용 마련이 필요함

발달장애인 부인 B씨의 원가족으로부터 재산갈취 위험이 있어 이를 방지하고자 재산관리지원서비스를 신청함

▶ 신탁재산 내역

- 자립정착금: 1,000만원
- 당사자 보유 예금: 약 1,300만원
- 총액 2,300만원 신탁

▶ 재정 배분 계획

- 당사자 주거지 마련 시 임대보증금으로 활용
- 생활비 혹은 의료비 지출 시 실비 지급

▶ 목표 목적자금

- 부인 B씨의 재산과 합산하여 총 2,800만원 확보



1 발달장애인 재산관리지원서비스 소개

발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 사례

사례 2

사용지원 사례

아버지의 폭언, 금전 갈취로 인해 아버지와의 분리를 희망하는 발달장애인 B씨는 새로운 주거지 확보를 위한 비용 마련이 필요함

이에 수급비 등 본인의 월 고정수입을 신탁해 매주 생활비 관리를 받고 잔액은 저축하여 목적자금 확보를 위해 재산관리지원서비스를 신청함

▶ 신탁재산 내역

- 수급비 및 장애연금: 68만원 (매월 5일 신탁)

▶ 재정 배분 계획

- 생활비(식비, 생활용품 구입비 등) 주 1회 11만원 배분

▶ 목표 목적자금

- 주간 생활비 배분 후 잔액을 저축해 주거지 마련을 위한 목적자금 확보



02. 재산관리지원서비스 이용 실태

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 이용자 일반적 특성

- 성별 분포는 남성과 여성 모두 60명으로 동일함
- 평균 연령은 38.9세이며, 만 19~29세가 34.2%로 가장 높게 나타남
- 지역 분포는 서울이 35.0%로 가장 높았고, 경상 25.0%, 경기도는 23.3% 순으로 나타남
 - 서울, 경기, 경상 비율이 80% 이상을 차지하고 있어 지역편중 현상이 나타남

■ 성별

남성	여성
50.0%	50.0%

■ 연령대

19~20세	34.2%
30~39세	17.5%
40~49세	24.2%
50~59세	16.7%
60세이상	9.0%

평균 연령 **38.9세**

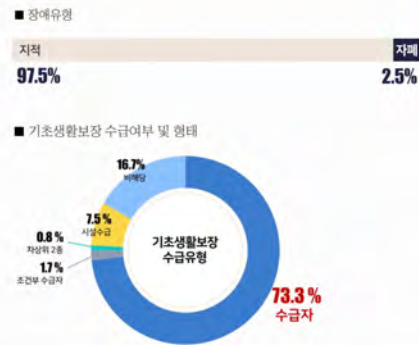
■ 지역

서울권역	35.0%
경기권역	23.3%
강원권역	5.0%
충청권역	2.5%
경상권역	25.0%
전라권역	4.2%
제주	5.0%

2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 이용자 일반적 특성

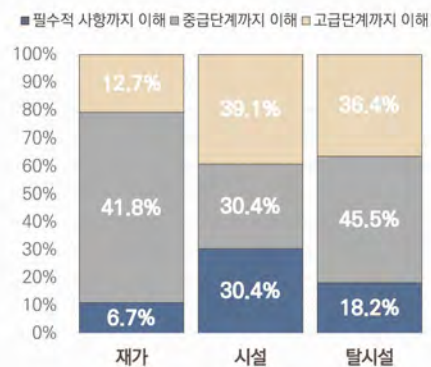
- 발달장애인은 지적·자폐성장애인을 통칭하는 개념이며, 재산관리지원서비스 이용자는 지적장애 117명(97.5%), 자폐성장애 3명(2.5%)으로 나타남
- 발달장애인 서비스 이용자의 기초생활보장수급 여부는 수급자가 88명(73.3%)으로 나타났으며, 조건부수급, 차상위 등을 포함하면 전체 서비스 이용자 중 83.3%가 다양한 형태로 기초생활보장 급여를 받는 것으로 나타남

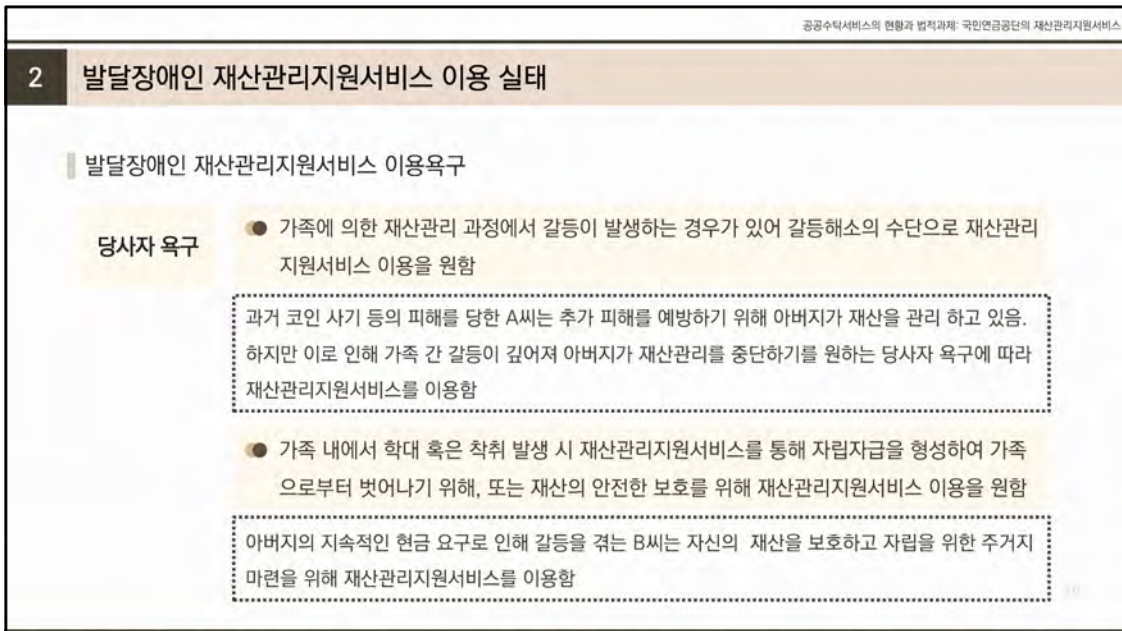
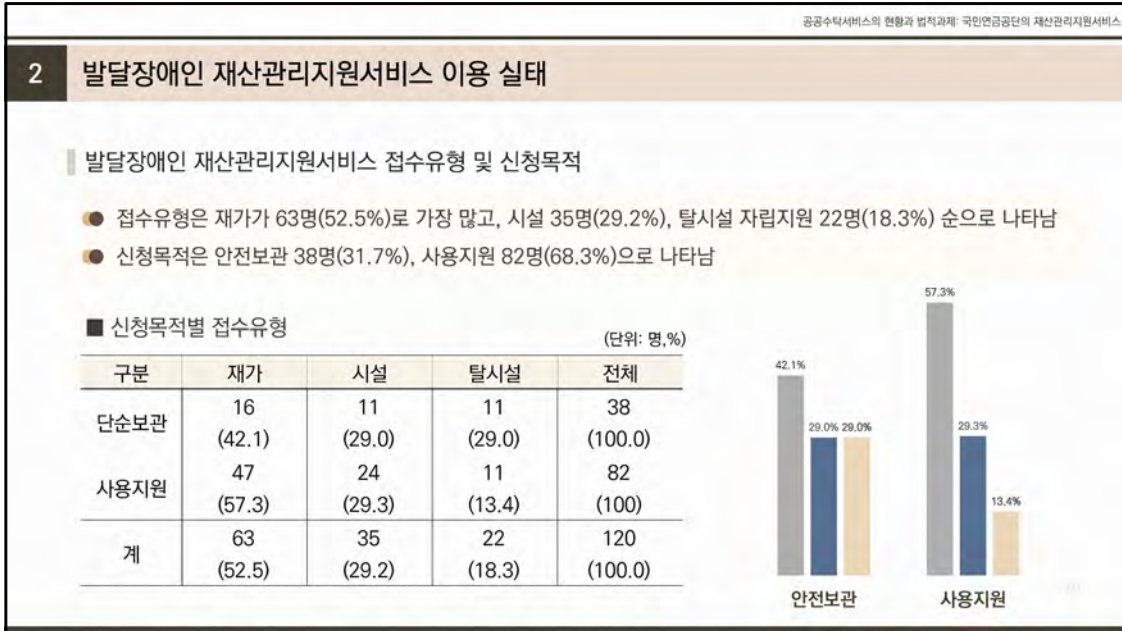


2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 이용자 일반적 특성

- 본 서비스를 이용하는 발달장애인은 **모두 의사결정 능력이 있는 것으로 조사됨**
 - 재산관리지원서비스는 계약체결이라는 법적 행위가 수반되므로 최소한의 의사결정능력이 있어야 서비스를 이용할 수 있음
- 필수적 사항: 금전 개념 이해 및 지출 관련 욕구 표현
- 중급단계: 재산관리지원서비스에 대한 이용 동의
- 고급단계: 재산규모에 따른 계획적 소비의 필요성 이해





2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 이용요구

가족 욕구

- 발달장애인 자녀(형제)가 가족 전체의 재산을 유용한 경우로, 가족 내에서 발생한 금전 관련 문제 해결을 위해 외부의 개입을 요청하였음

C와 D는 발달장애인 형제로 현재 가족과 거주하고 있음. 수급비 등 소득 전액을 어머니가 관리하고 있었으며, 당사자는 이를 통제 못 받아들이며 가족 간 갈등이 발생함. 충동적 소비 경향이 있는 형제는 함께 공모하여 어머니가 모아놓은 40,000,000원을 어머니의 스마트폰을 사용해 전액 인출하였고, 이를 중고마켓 거래에 모두 사용하였음. 해당 사건을 계기로 부모 사후 자녀의 안정적인 생활을 보장하고 일상 생활에서 용돈 및 생활비 사용 훈련을 경험하고자 재산관리지원서비스를 이용함

2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 이용요구

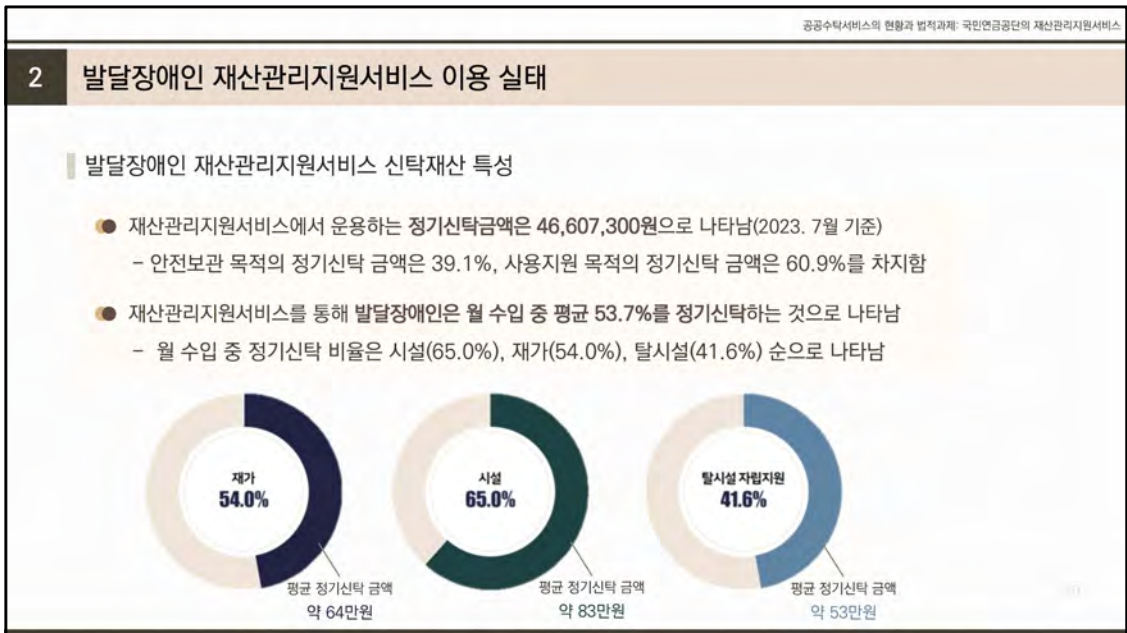
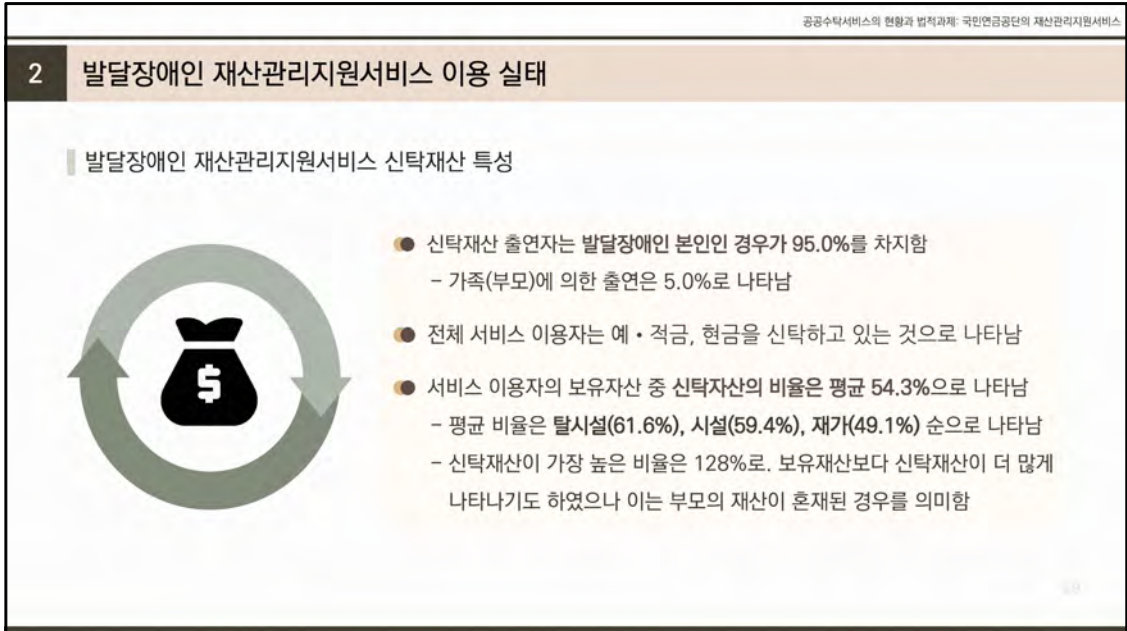
지원인 욕구

- 발달장애인 당사자는 편취로 인식하지 못하지만 지원인 관점에서 편취로 인식하거나 편취의 위험을 감지한 상황이 있어 재산관리지원서비스 이용을 원함

거주시설에서 생활하는 E씨는 가족과 단절되었으나, 가족이 거주시설에 방문하여 E씨의 통장을 요구하였음. 이에 시설 종사자는 E씨의 근로소득 등 착취 방지와 자립을 위한 주거보증금 보호를 위해 재산관리지원서비스를 신청함

- 후견대체 수단으로 재산관리지원서비스 이용을 원함

무연고 발달장애인 F씨는 특정후견인이 선임되어 있으나, 특정후견 종료 시 후견인은 F씨의 재산을 관리할 권한이 없고, 거주시설 종사자도 재산관리를 맡는 것에 부담이 있음. 이에 H씨의 재산을 안전하게 보호하고, 추후 필요한 곳에 신탁재산을 활용하고자 재산관리지원서비스를 신청함



2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 신탁재산 정기지출

구분	빈도 (명,%)	주거		교육	문화여가				의료	저축보험			금융비용	이성교제 등	기타 (용돈)
		주거비	생활비		교통비	통신비	취미활동	종교활동		기부금	보험	저축1			
전체 (N=74)	평균(원)	266,667	361,104	117,683	60,000	52,667	266,667	65,000	190,000	95,858	178,333	298,040	400,000	-	215,938
	min	100,000	200,000	64,800	30,000	10,000	150,000	60,000	80,000	50,000	20,000	16,000	400,000	-	20,000
	max	350,000	660,000	300,000	100,000	130,000	500,000	70,000	300,000	127,430	400,000	1,150,000	400,000	-	500,000

- 재산관리지원서비스 이용자가 신탁재산에서 가장 많이 활용하는 정기지출은 **신탁저축(83.8%)**으로 나타났으며, 생활비(64.9%), 기타(43.2%) 등으로 나타남
- 안전보관 목적의 신탁저축을 제외하면, 사용지원 측면에서 생활비와 용돈이 주로 지출되고 그 외 지출비목은 적어 발달장애인이 신탁을 통한 다양한 소비생활을 하지 못하고 있음을 알 수 있음

2 발달장애인 재산관리지원서비스 이용 실태

발달장애인 재산관리지원서비스 신탁재산 비정기지출

구분	빈도 (명,%)	주거		경조사	문화여가		의료	기타
		의료 및 신발 구입	내구 소비재 구입		영화관람	이미용		
전체 (N=74)	평균(원)	63,333	-	-	90,000	28,333	25,000	-
	min	20,000	-	-	80,000	15,000	20,000	-
	max	150,000	-	-	100,000	50,000	30,000	-

- 재산관리지원서비스 이용자가 신탁재산에서 가장 많이 활용하는 비정기지출은 **이미용비(12.2%)**으로 나타났으며, 의료 및 신발구입(8.1%) 순으로 나타남
- 발달장애인 당사자는 계획된 정기지출 외에도 추가 생활비, 의료비 등 추가 금액 필요 시 비정기 배분 교부 요청을 통해 지급받고 있음

신탁재산 배분금 (비정기) 교부 요청서

구분	내역	입금원인	금액(원)
1	생활비	생활비	
2	의료비	의료비	
합계			

신탁재산 배분금 (비정기) 교부 요청 결과

구분	비정기 배분금	비정기 배분금
1		
2		
합계		

국민연금공단 이사장 귀하

03. 재산관리지원서비스 성과 분석

공공수탁서비스의 현황과 법적 과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

3 발달장애인 재산관리지원서비스 성과 분석

조사개요

- 발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 효과성 분석을 위한 설문조사 실시
 - 발달장애인 당사자와 지원인을 대상으로 각각 실시
- 설문조사 기간: 2023년 8월 1일 ~ 2023년 8월 31일
 - 2023년 7월 31일 기준, 발달장애인 재산관리지원서비스를 신청하고 계약한 발달장애인 당사자 120명, 지원인 95명을 대상으로 함
(지원인 1명이 복수의 발달장애인을 지원하는 경우가 있어 지원인 수가 상대적으로 적음)
- 설문조사를 통해 수집된 사례 수는 발달장애인 당사자 66건, 지원인 68건
 - 지원인이 복수의 발달장애인을 지원하는 경우 당사자별로 별도의 응답 요청

```

            graph TD
            A[내용분석] --> B[발달장애인 당사자 설문조사]
            A --> C[지원인 설문조사]
            B --> D[재산관리지원서비스 성과 분석]
            C --> D
            
```

3 발달장애인 재산관리지원서비스 성과 분석

발달장애인 당사자의 삶의 변화

(단위: 명,%)

구분	응답				평균 (표준편차)
	전혀 그렇지 않다	그렇지 않다	그렇다	매우 그렇다	
시범사업에 참여하면서 돈(재산)을 필요한 곳에 더 쉽게 사용할 수 있게 되었다.(N=65)	5(7.7)	3(4.6)	22(33.8)	35(53.8)	3.34 (0.89)
시범사업에 참여하면서 돈(재산)을 더 안전하게 관리할 수 있게 되었다.(N=65)	1(1.5)	1(1.5)	16(24.6)	47(72.3)	3.68 (0.59)
시범사업에 참여하면서 내 돈(재산)으로 참여할 수 있는 사회활동(취업, 여가문화 등)이 증가하게 되었다.(N=66)	3(4.5)	13(19.7)	22(33.3)	28(42.4)	3.14 (0.89)
시범사업에 참여하면서 일상생활이 더 편리해졌다.(N=66)	2(3.0)	7(10.6)	22(33.3)	35(53.0)	3.36 (0.80)
시범사업 참여 전에 생각했던 서비스 욕구가 이 서비스를 통해서 충족되었다.(N=65)	2(3.1)	6(9.2)	22(33.8)	35(53.8)	3.38 (0.78)

- 재산관리지원서비스 시범사업 이용 후 발달장애인 당사자가 인식하는 삶의 변화는 효과성 분석과 밀접한 관련이 있음
 - 돈(재산)을 더 안전할 수 있게 되었다 응답이 3.68점으로 가장 높게 나타남
 - 내 돈(재산)으로 참여할 수 있는 사회활동이 증가하게 되었다 응답이 3.14점으로 가장 낮게 나타남
- 모든 질문에 3.14점(4점 만점) 이상을 기록하여 다수의 응답자가 긍정적 삶의 변화가 있다고 생각하는 것으로 나타남

3 발달장애인 재산관리지원서비스 성과 분석

발달장애인 당사자의 시범사업 만족도 및 추천여부

(단위: 명,%)

구분	응답				평균 (표준편차)	
	전혀 그렇지 않다	그렇지 않다	그렇다	매우 그렇다		
만족도	나는 '발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업'에 대해 만족한다.(N=65)	2(3.1)	4(6.2)	24(36.9)	35(53.8)	3.42(0.75)
서비스 추천	나는 '발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업'을 주위의 다른 발달장애인에게 추천하고 싶다.(N=64)	3(4.7)	4(6.3)	26(40.6)	31(48.4)	3.33(0.80)
서비스 재신청	나는 내년에도 '발달장애인 재산관리지원서비스 사업'을 신청할 것이다.(N=66)	4(6.1)	4(6.1)	20(30.3)	38(57.6)	3.39(0.86)

- 재산관리지원서비스 시범사업 만족도는 평균 3.42점(4점 만점)을 기록하였고, 재산관리지원서비스 추천 여부는 평균 3.33점(4점 만점)을 기록하였고, 재산관리지원서비스 지속적 참여 여부는 3.39점(4점 만점)을 기록함
- 재산관리지원서비스 참여 발달장애인의 만족도가 높고, 시범사업 이후에도 지속적인 참여 욕구가 있는 것으로 나타남

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

3 발달장애인 재산관리지원서비스 성과 분석

지원인이 인식한 발달장애인 당사자의 변화 (단위: 명.%)

구분	응답		응답		평균 (표준편차)
	전혀 그렇지 않다	그렇지 않다	그렇다	매우 그렇다	
귀하가 지원하는 발달장애인이 시범사업 참여로 돈(재산)을 필요한 곳에 더 적절하게 사용할 수 있게 되었다고 생각하십니까?(N=68)	1(1.5)	3(4.4)	9(13.2)	22(32.4)	4.22 (0.94)
귀하가 지원하는 발달장애인이 시범사업 참여로 돈(재산)을 관리하는 것에 이전보다 안전해졌다고 생각하십니까?(N=68)	-	2(2.9)	2(2.9)	12(17.6)	4.68 (0.68)
귀하가 지원하는 발달장애인이 시범사업에 참여하면서 자기의 돈(재산)으로 참여할 수 있는 사회활동(취업, 여가문화 등)이 증가하게 되었다고 생각하십니까?(N=68)	-	7(10.3)	24(35.3)	20(29.4)	3.69 (0.89)
귀하가 지원하는 발달장애인이 시범사업 참여로 일상생활을 하는 데 있어 더 편리해졌다고 생각하십니까?(N=68)	-	2(2.9)	16(23.5)	27(39.7)	4.04 (0.84)
귀하가 지원하는 발달장애인이 시범사업에서 기대하던 서비스 욕구가 충족되었다고 생각하십니까?	-	1(1.5)	11(16.2)	29(42.6)	4.21 (0.76)

- 모든 질문에 **3.69점(4점 만점) 이상**을 기록하여 지원인도 서비스를 통해 발달장애인의 삶이 긍정적으로 변화하였다고 인식하는 것으로 나타남
 - 돈(재산)을 관리하는데 이전보다 안전해졌다고 생각하는가? 에 대한 응답이 4.68점으로 가장 높게 나타남
 - 서비스를 통해 참여할 수 있는 사회활동이 증가했다고 생각하는가? 에 대한 응답이 3.69점으로 가장 낮게 나타남


공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

3 발달장애인 재산관리지원서비스 성과 분석

발달장애인 재산관리지원서비스 효과

- 가족 및 시설의 돌봄 부담 해소**
 - 부모 사후 대비 재정관리 지원체계 구축, 투명한 재정관리로 시설 거주 발달장애인 지원에 대한 종사자의 업무 부담 경감 가능

- 실효성 있는 서비스 구현**
 - 월 소득이 많지 않은 발달장애인도 별도의 서비스 비용 지급 없이 소액재산 신탁으로 안정적인 재정관리 가능



- 인권 가치 달성**
 - 발달장애인을 존엄한 인간으로 인정하고, 자신의 재산을 스스로 의미있는 재화와 서비스에 지출할 수 있도록 지원 가능

- 국가 정책모델 반영**
 - 국가의 사회정책 형성 및 발전과정에서 발달 장애인(및 가족)이 참여하는 '참여형 복지' 구현 가능

04. 재산관리지원서비스 제도화 방안

공공신탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 필요성

- 적절한 돌봄 체계 부재로 인한 경제적 학대 및 착취 위험 노출, 부모 사후를 대비한 제도적 안전장치의 사회적 수요를 반영해 성년후견제도가 재산관리 분야를 대응하였으나, 본인의 의사에 의하지 않은 강제적 개입, 공공후견의 제도 취지의 이해나 재산관리분야의 전문성 부족으로 지원이 체계적으로 제공되지 못함
- 이에 재산관리지원서비스를 통해 기존 성년후견제도의 취약성을 보완하고 발달장애인의 소득 관리 및 소비생활 전반에 미치는 재산관리를 발달장애인 권리보장체계에 통합하여 사회서비스로 제공하는 방안이 필요함

40

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 제도적 설계

재산관리지원
서비스 개요

목적

- 발달장애인이 보유한(또는 가족으로부터 신탁된) 재산을 활용해 당사자가 필요한 물품과 서비스를 효율적으로 조달받을 수 있도록 지원하여 지역사회 독립에 기여

성질

- 발달장애인을 위해 사용될 재산을 보유하고 있는 당사자, 가족 등이 수탁기관과 서비스 이용계약을 체결한 후 재산을 이전하여 개시됨
- 발달장애인에 대한 합리적 편의의 제공, 보편적 사회서비스로서 발달장애인의 사결정지원 서비스에 속함

41

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 제도적 설계

<p style="text-align: center; background-color: #d9ead3; padding: 5px; margin-bottom: 10px;">민간신탁</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 일정규모 이상의 확보된 자원과 정기적 신탁 보수 지급이 있어야 서비스 이용이 가능하므로 소액의 재원으로는 금융권에서 제공하는 민간신탁 문턱을 넘기 어려움 <ul style="list-style-type: none"> - 발달장애인은 국가의 보편적 기초생활보장체계에 대한 의존도가 높음 ● 장애인체 등이 수탁기관인 민간신탁은 재산관리지원 서비스의 안정성, 투명성에 대한 사회적 신뢰 확보에 한계가 있음 	<p style="text-align: center; background-color: #d9ead3; padding: 5px; margin-bottom: 10px;">공공신탁</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 사회적 신뢰도가 매우 높은 공적기관인 국민연금 공단이 수탁기관으로 함으로써, ● 서비스의 지속적 안정성 및 재산관리에 있어 산일, 부정, 비리 등에 대한 우려를 불식하고 서비스 대상 범위 확장 등 제도 이용 촉진과 활성화에 유리한 기반을 확보할 수 있을 것으로 기대됨
---	---

42

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 제도적 설계(수탁기관)



- 이전된 재산을 효율적으로 관리하고 발달장애인의 수요 및 욕구에 적합한 금전 지급
- 수탁기관의 역할 및 임무
 - 신탁계약상 수탁자로서 재산의 양수(수탁) 및 관리 운영, 배분 집행
 - 개인별재정지원계획에 의거하여 수익자(발달장애인)의 욕구를 반영한 재산 분배 방침 결정
 - 재산 분배 및 사용에 대한 감독, 시정조치
 - 지원기관 선정 및 관리 감독
 - 재산관리지원서비스위원회 설치 및 운영 지원

재산관리지원서비스위원회

사회복지, 법학, 회계 분야의 전문가 10명(위원장 포함)으로 구성되어 재산관리지원서비스 운영 기준 등 중요사항을 논의하고, 수립된 개인별재정지원계획에 대한 적합성과 비정기 교부금(300만원 이상)에 관한 심의 진행

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 제도적 설계(지원기관 및 지원인)



- 서비스 이용계약 체결 및 신탁재산의 지급과 사용 과정에서 발달장애인의 권익 옹호, 의사결정 지원
 - 재산관리지원서비스에 관한 계약 체결 지원, 홍보 및 상담
 - 당사자, 부모, 지원인(및 후견인)과 협의하여 개인별재정지원계획 수립
 - 의사결정지원 원칙에 입각한 지원인 활동에 대한 지원과 감독



- 신탁재산의 지급 및 사용 등의 과정에서 발달장애인의 권익 옹호, 의사결정 지원
 - 발달장애인 당사자 생활상 개입할 수 있는 일정한 법률적 지위와 권한 필요
 - 사무 위임계약을 체결하여 본인 수권에 의해 지원인으로서의 지위 및 권한 부여
 - 역할에 상응하는 일정 보수 지급 고려

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스 입법 방안

- 재산관리지원서비스 제도화를 위해 재산관리지원서비스 제공의 기본원칙 및 구조, 각종 참여주체(수탁기관, 지원기관, 재산관리지원서비스위원회 등)의 역할과 기능에 대한 법률상 근거 마련이 필요함

발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률 (발달장애인법) 개정

현재 발달장애인 재산관리지원서비스는 발달장애인만을 대상으로 진행되고 있기에 타 장애유형 또는 미성년자, 치매 노인 등 재산관리에 대한 수요가 있는 모든 사회취약계층을 위한 보편적 서비스로의 확장이 필요함

단, 재산관리지원서비스 입법을 위한 공감대 형성 등에 시간이 필요하므로 우선 **발달장애인을 위한 서비스로 시작하여** 추후 각 방향에 부합하는 입법 방안으로 **기존 법률을 개정하는 방안**을 고려할 수 있음

13

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스와 타 제도와의 연계

공공후견
지원사업

계좌관리
제도

발달장애인
지원센터

기초생활
보장제도

- 발달장애인 재산관리서비스는 현행 발달장애인 공공후견지원사업을 대체·보완하는 서비스로서 기능 가능
- 경우에 따라서 공공후견인의 재산관리에 수반된 부담 완화를 위해 재산관리에 관한 부분은 재산관리지원서비스를 이용하는 방향 제안
 - 재산관리지원서비스 이용계약 체결 이후 남아 있는 재산의 처분, 시설 입소, 손해배상소송의 제기 등 대리권이 필요한 사무가 예정되어 있는 경우, 공공후견인으로 **활동하면서 재산관리지원서비스상 지원인의 역할을 수행**하는 경우도 고려 가능함

14

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스와 타 제도와의 연계



- 강제적/임의적 대체
 - 일정한 조건을 갖춘 발달장애인 등 계좌관리인 제도 이용자에 한해 **일률적/선택적**으로 재산관리지원서비스를 제공하여 해당 제도를 대체하는 방안
- 재산관리지원서비스 제도의 정착 추이를 살펴가며 단계적으로 임의적 대체가 가능하도록 하고, 추후 제도 안착 후 해당 제도를 재산관리지원서비스로 통일해가는 방향을 고려 가능함

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스와 타 제도와의 연계



- 발달장애인법에 의거해 발달장애인지원센터는 사회서비스의 연계 및 권익옹호(공공후견 등) 서비스를 제공하고, 재산관리 영역은 일률적으로 재산관리지원서비스 이용(연계) 제안
- 다만, 생애주기별 발달장애인의 생활상 수요를 조사하고 당사자의 욕구에 적합한 자원의 활용이 가능하다는 측면에서 발달장애인지원센터에서 제공하는 **개인별 지원계획**에 재산관리지원서비스 내 **개인별재정지원계획**을 연계 및 통합하여 제공하는 방안을 고려 가능함

공공수탁서비스의 현황과 법적과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

4 발달장애인 재산관리지원서비스 제도화 방안

발달장애인 재산관리지원서비스와 타 제도와의 연계

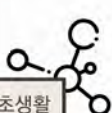
공공후견
지원사업

계좌관리
제도

발달장애인
지원센터

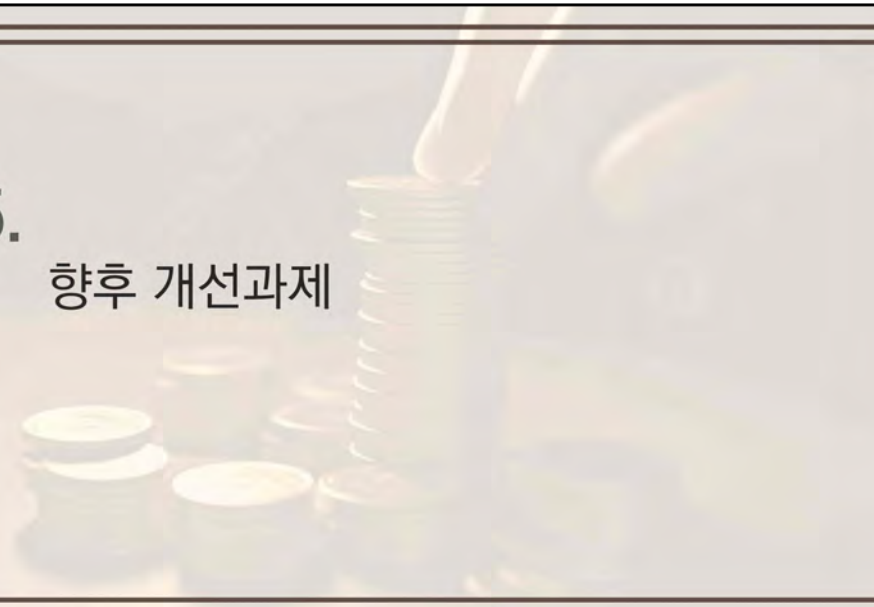
기초생활
보장제도

- 국민기초생활보장체계의 수급 이용과 재산관리지원서비스를 양립하고자 하는 사회적 수요에 대응하여 기초생활 수급자격 기준이 되는 소득인정액의 산정(국민기초생활보장법 제6조의3)에 특례를 제공하는 방안에 대한 검토가 필요함(Special Needs Trust의 도입과 연계)
- 다만, 다른 조세상 특례와 함께 검토될 필요가 있으며, 형평성 등 사회적 수용성을 고려해 신탁재산 규모에 따라 탄력적으로 조정하여 사회적 공감대의 형성을 용이하게 하는 방안이 고려 필요함



05.

향후 개선과제



5 향후 개선과제

재산관리지원서비스 이용계약 체결 지원

- 발달장애인 재산관리지원서비스는 **의사결정능력이 있는 발달장애인만을 대상으로 함**
 - 민간신��은 의사소통 불가자(또는 의사결정능력 제한자), 미등록장애인도 신��계약을 체결해 서비스를 이용할 수 있어 대상자 선정과 서비스 제공절차가 매우 유연하고 가변적인 형태임
 - * 단, 의사결정능력 제한자는 가족의 동의 또는 1년 이내 후견인 선임 등을 특약조건으로 하여 신��계약 체결
- 민간신��에서 운영하는 서비스 방식은 현행 법으로 보호받을 수 없는 계약이나 **당장 금전적 갈취 위험에 노출된 발달장애인을 보호할 수 있는 기제로 작용할 수 있음**



재산관리지원서비스의 기본원칙을 준수하여 발달장애인이 이해할 수 있도록 의사결정을 지원하였음에도 불구하고 서비스 이해 부족 등 의사결정능력이 제한된 당사자의 경우, 서비스 이용계약 체결을 위해 **성년후견 이용지원사업(공공후견)에 의한 특정후견개시 연계가 필요함**

* 서비스 이용계약 체결을 위한 공공후견인 선임절차를 깊이 신속하게 처리하는 방안에 대하여 가정법원과 협의가 필요함

11

5 향후 개선과제

출연재산 유형의 확대

- 발달장애인 재산관리지원서비스는 **신��할 수 있는 재산이 현금과 예금으로 한정되어 있음**
 - 민간신��은 토지, 원룸, 건물을 수탁 받은 경험이 있으며, 이 경우 건물 인테리어·건물관리·임대차와 월세 수납까지 맡아 처리하여 매우 번거로운 업무였음을 보고함



재산관리지원서비스 이용 촉진을 위해 부동산 출연을 전제로 하는 수탁재산 관리규정 신설을 고려할 수 있고, 출연 부동산이 발달장애인(또는 가족)이 거주 중일 경우 한국주택금융공사의 주택연금(역모기지)과 같이 부동산을 담보로 종신 정기금 형태의 수익을 제공하는 등의 방안 필요함

12

5 향후 개선과제

지원기관 선정방법 및 육성 관련

- 시범사업에서 1개 지원기관의 선정됨으로써 **지역적 편중성에 대한 문제**가 제기되었음
 - 선정된 지원기관에 각 지부가 존재하나, 조직 대부분의 기능이 수도권에 편중되어 있어 민간기관의 강점인 지역사회 네트워크 활성화에 한계가 발생함
 - * 실제로 시범사업 이용자 분포에서 전라권이 적고, 지원기관이 서울에 있어 지방 이용자에게 충분한 상담 제공이 어려움



재산관리지원서비스는 지역 내 사회복지서비스 연계를 포함하는 지역 네트워킹이 필요하다는 점에서 지역 기반이 우수한 기관 또는 단체를 지역별로 선정해야 하며, 기존 기관에서 재산관리지원서비스를 제공하는 지원기관으로서의 역량을 갖춘 기관을 선정하는 것에 한계가 있으므로 향후 발전 가능성이 있는 기관 및 단체를 육성하는 방향을 고려할 수 있음. 이에 지역별 지원기관이 육성되기 전까지 수탁기관이 전문인력의 채용을 전제로 직접 개별 지원인을 관리·감독하는 방안까지 검토 가능함

5 향후 개선과제

지원인 확보 및 보수 지급

- 발달장애인의 주변인 중 지원인이 선임되어 서비스 이용계약을 체결하였으나, **적절한 지원인을 선임하지 못해** 서비스 이용에 어려움을 겪는 경우가 발생함
 - 지원인 역할과 임무에 대한 이해 부족으로 당사자 경제생활에 대한 전반적 지원에 한계가 있음
- 지원인 활동에 대한 **별도의 보수가 책정되지 않아** 일정한 임무를 부여하기 어려움



지원인에 대한 교육 프로그램, 자격요건에 대한 검토를 통해 매뉴얼 등 표준적인 임무 모델을 제시하여 발달장애인에 적합한 의사결정 지원과 이에 근거한 권한의 범위 및 행사 방법을 명확히 해야함. 또한 지원인 확보를 위해 공공후견인과의 연계를 고려하고, 적합한 지원인을 찾을 수 없는 경우를 대비해 지원기관 소속 직원 및 자원봉사자 등을 중심으로 **지속적인 지원인 육성·관리 방안**을 모색해야 함. 공공후견인의 보수 등을 참조해 지원인에 대한 활동 경비 지급을 검토할 수 있음

5 향후 개선과제

신탁재산의 이전 및 보호대책 마련

- 발달장애인은 인지장애 특성상 주변인에 의한 금전 갈취 위험이 상존하고 있어 재산관리지원서비스 기간 만료 또는 해지 후 신탁재산의 활용처와 재산관리 방안에 대한 모색이 필요함
 - 재산관리지원서비스 계약에서 중도해지를 제한하는 것도 가능하나, 발달장애인 당사자의 자율성 존중 측면에서 중도해지를 인정할 수 있음



발달장애인 당사자로부터 서비스 해지 의사를 명확히 확인하고, 이로 인해 신탁재산의 착취 및 수탈의 위험성이 예견된 경우 안전한 재산관리를 위한 상담과 조언을 필수적으로 제공해야 함. 단, 협의에 응하지 않거나 과도한 위험을 감수할 시에는 지자체와 협의하여 공공후견을 연계해 지원하는 방법 등을 검토할 수 있음.

5 향후 개선과제

신탁재산의 사후처리 기준 제시

- 서비스 이용자인 발달장애인 사망 시 신탁재산 사후처리에 관한 쟁점이 제기됨
 - 현재 재산관리지원서비스는 대부분 자익신탁의 형태로 제공되고 있으며, 무연고 발달장애인인 경우가 많아 향후 신탁재산 사후처리에 관한 기준이 필요함




발달장애인 사망 시에 대비한 신탁재산 처리 방안을 재산관리지원서비스 이용계약에 명시하고, 부득이한 경우에는 법정상속인에게 이전하는 등 각종 기준을 수립하여 사후 처리에 대한 불명확성 배제가 필요함. 이용계약상 정함이 있는 경우는 그에 따라 처리하고, 이용계약상 정함이 없는 경우 다음의 기준을 적용해 처리하는 방안을 고려할 수 있음 ① 상속인이 있는 경우(상속인에게 이전) ② 상속인을 찾을 수 없는 경우 (민사상 상속인 부존재의 경우에 준해 상속인을 수색하고, 공지를 통해 국고 귀속 가능)

공공수탁서비스의 현황과 법적 과제: 국민연금공단의 재산관리지원서비스

5 향후 개선과제

발달장애인 재산관리지원서비스 2차 시범사업 도입(2024)



- 발달장애인 재산관리지원서비스 시범사업 효과성 분석을 위한 연구용역을 통해 참여자의 만족도 및 개선사항을 도출함
 - 서비스를 이용 중인 발달장애인의 90.7%가 시범사업에 만족하였으며, 사례관리에서도 재산관리지원서비스를 통해 경제적 착취 상황에서 보호받고, 개별화된 재정지원으로 안정적인 자립생활을 향유하는 것으로 분석됨
- 이에 '24.1월부터 2차 시범사업을 도입하여 1차 시범사업과 마찬가지로 성인 발달장애인을 대상으로 재산관리지원서비스를 제공할 예정임
 - 연구용역을 통해 도출된 개선사항을 통해 지원인 교육, 매뉴얼 수정 등 완성도 높은 서비스를 구현하고자 함

감 사 합 니 다

모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고,
평등한 존엄성과 권리를 가지고 있다.

- 넬슨 만델라

[토론문]

“공공수탁서비스의 현황과 법적 과제 (부제: 국민연금의 재산관리서비스)”에 관한 토론문

장 명*

정경화 부장님의 발제문을 통하여 발달장애인과 관련한 재산관리지원서비스의 현황이나 성과를 전반적으로 이해하고, 정책적으로 공공수탁서비스가 활용될 수 있는 가능성을 확인하는 한편, 현행 재산관리지원서비스의 한계나 개선 방안 등에 관하여 고민할 수 있는 기회를 가질 수 있었습니다. 훌륭한 발제문을 통하여 배움의 기회를 주셔서 감사드립니다.

부장님께서서는 발달장애인에 대한 재산관리지원서비스에 관한 전문가이시고, 누구보다 실무에 관하여 잘 알고 계신 분이시기 때문에 오늘의 토론은 제가 가진 생각을 개진하기보다는 재산관리지원서비스를 포함한 공공수탁서비스가 나아갈 방향과 그 과정에서 발생할 수 있는 다양한 문제를 실무적인 관점에서 어떻게 하면 현명하게 대처할 수 있는지에 관하여 부장님의 고견을 여쭙는 것으로 부족한 토론을 갈음하고자 합니다.

공공신탁은 신탁의 공익적 기능을 담당하는 신탁으로 장애인복지신탁, 고령자복지신탁, 후견지원신탁 등이 그 대표적인 예에 해당합니다. 공공신탁이 도입이 되어 활성화되면, 장애인이나 고령자의 안정적인 삶의 기틀을 마련하는데 일조할 수 있을 뿐만 아니라, 사적 재원의 투입을 통하여 국가의 예산부담을 절감할 수 있는 효과를 기대할 수 있고, 신탁의 장점을 활용하여 불필요한 분쟁을 방지함으로써 사회적 효용을 증가시키는 기능을 수행할 것이라 기대됩니다. 종래의 복지 제도는 장애인이나 고령자가 최소한의 삶의 수준을 유지하는데 초점을 맞추고 있었습니다. 그러나 최근의 복지개념은 장애인이나 고령자와 같은 사회적 약자들이 인간다운 삶을 영위하고 사회의 구성원으로서 독립적으로 생활할 수 있도록 지원하는 방향으로 확장되어 가고 있는 상황입니다. 개별 장애인이나 고령자의 삶에 대한 만족감을 고취시키고, 인간다운 삶을 보장하기 위하여 필요한 복지서비스의 종류나 내용은 개별 장애인 및 고령자마다 상이할 수 밖에 없음에도 불구하고, 기존 복지시스템은 국가가 복지대상자를 일정한 기준에 따라 획일적으로 선별하고, 복지서비스의 내용을 일방적으로 결정한다는 측면에서 복지대상자의 개별적인 특성을 적절히 반영하여 서비스의 내용을 탄력적으로 조정할 수 없다는 점에서 한계를 지니고 있습니다. 위와 같은 문제점을 해결하기 위하여 향후 공공신탁은 신탁의 장점을 부각하여 복지대상자의 니즈와 욕구를 정확히 파악하고 이를 복지서비스의 내용에 반영함으로써 맞춤형 복지서비스를 제공하는 적극적인 기

* 서강대 법학전문대학원 교수

능을 수행하는 중요한 역할을 담당하여야 한다고 생각하고 있습니다. 싱가포르의 SNTC(Special Needs Trust Company)는 미국의 집합특별수요신탁의 장점을 적극 활용하여 장애인과 고령자의 보호 및 복지문제에 모범적으로 대처하고 있습니다. SNTC는 싱가포르의 유일한 비영리 신탁 회사로, 직원들은 주로 사회복지업무에 종사하는 사람들로 구성되어 있는데, 직원들의 인건비 등 운영비용은 대부분 정부(Ministry of Social and Family Development)의 지원으로 충당하고 있습니다. SNTC는 의향서(Letter of Intent)와 돌봄계획(Care Plan)을 토대로 수익자의 최선의 이익을 위하여 신탁사무를 처리합니다. 위탁자가 이전한 신탁재산은 공공수탁자청(the Public Trustee)이 운용을 하고, 신탁재산의 원금은 싱가포르 정부가 보장함으로써 장애인과 고령자를 위한 사회적 안전망으로서 역할을 수행하고 있습니다.

이러한 점을 고려하면, 발달장애인을 위한 재산관리서비스는 공공신탁의 활성화를 위한 그 첫 걸음이라는 점에서 중요한 의미를 지니지만, 향후 개선해 나아가야 할 부분도 아직 적지 않다고 생각하고 있습니다.

우선 부장님께서 발표문에서 언급(발표문 24면)하여 주신 것과 같이 현재 해당 서비스를 이용하는 발달장애인은 모두 의사결정 능력이 있는 사람입니다. 재산관리지원서비스가 일종의 법률행위라는 점을 고려하면, 최소한의 의사결정능력이 전제가 되어야 한다는 점은 충분히 수긍할 수 있습니다. 다만 의사결정능력이 중대하게 제한되거나, 의사결정능력이 없는 발달장애인이야말로 재산취득 등을 방지하기 위하여 공공신탁 서비스를 제공받을 필요가 크다는 점을 감안하면, 복지의 사각지대를 최소화하기 위하여 이들을 서비스의 대상에 포함시킬 수 있는 방안이 적극 강구되어야 한다고 생각합니다. 현재는 의사결정능력 제한자의 가족이 동의하거나 1년 이내 후견인 선임 등을 특약조건으로 하여 신탁계약이 체결되는 것으로 보이는데(발표문 51면), 발달장애인의 의사능력이 중대하게 제한되어 있고, 발달장애인의 재산을 보호할 필요성이 매우 큰 예외적인 상황 등에서는 발달장애인의 기초수당 등에 관하여는 법정신탁을 인정하여 국가가 개입할 수 있는 여지를 확장할 필요가 있다고 생각하는데, 이 부분에 관한 부장님의 고견을 여쭙고 싶습니다.

다음으로 현재 신탁재산 출연자는 발달장애인 본인인 경우가 대부분인 것으로 파악됩니다(발표문 29페이지). 그 결과 신탁재산의 규모가 크지 않고, 발달장애인이 신탁을 통하여 다양한 소비생활이나 문화생활 등 개인적 욕구를 충족시키는데 한계가 있는 것으로 보입니다. 이러한 점을 해결하기 위해서는 발달장애인의 가족이나 친척, 나아가 제3자의 재산출연이 보다 확대되어야 한다고 생각합니다. 가령 조금 전 말씀드린 싱가포르의 SNTC는 수익자를 위하여 후원자를 물색하거나, SNTC 자체적으로도 후원을 받고 있습니다. 혹시 이와 관련하여 실무적으로 국민연금공단에서 고민하고 있거나, 향후 예정되어 있는 부분이 있는지 여쭙보고 싶습니다.

마지막으로 발달장애인에 대한 재산관리지원서비스가 어느 정도 정착한 이후에는 장애인을 넘어서 고령자 복지신탁을 포함하는 포괄적인 공공신탁을 운용하는 방안을 강구할 필요가 있다고 생각합니다. 다만 이를 위해서는 넓게는 공공신탁의 필요성과 효능에 관하여 사회구성원들을 적

극적으로 설득함으로써 공공신탁 제도 자체가 사회 저변으로 확대될 필요가 있고, 좁게는 필요 예산의 확보, 관련 전문가의 양성, 지속적인 업무의 추진과 관리 등을 수행할 수 있는 인력과 조직이 필요할 것으로 생각합니다. 이미 국민연금공단에서 그 역할을 충분하게 수행하고 있다는 생각되지만, 공공신탁을 보다 확대하고, 전문적인 역량을 길러내기 위해서는 싱가포르처럼 공공수탁청이나 독자적인 비영리법인 등과 같은 공공신탁을 위한 별도의 조직을 설립하고 운영하는 방안도 충분히 고려해볼 수 있을 것 같습니다. 이 부분에 관하여 부장님의 고견을 말씀해주시면 감사하겠습니다.

이상으로 토론을 마치고자 합니다. 귀중한 토론의 기회를 주셔서 깊이 감사드립니다.

제 2 주제

가족신탁과 민법(민사특별법 포함)의 교착에 대한 법적 검토

발표 서 종 희 (연세대 교수)

토론 오 영 표 (신영증권 변호사)

가족신탁에 있어 신탁법과 민사법의 교착*

서 종 희**

I. 들어가는 말

2012년 개정 신탁법에 도입된 가족신탁이란 노후 자금 마련, 자산 및 가업 승계, 상속 분쟁 예방, 증여 재산 보존 등을 목적으로 자산을 가진 위탁자와 금융회사·법률가 등 수탁자가 맺는 계약이다. 이는 위탁자가 명의까지 포함해 재산에 대한 일체 권한을 완전히 수탁자에게 맡기고 자녀 등을 수익자로 지정하여 자녀 등이 수익권을 취득하는 구조이다.¹⁾

다른 신탁과 마찬가지로 가족신탁의 경우에도, 즉 **부동산신탁의 경우 수탁자 앞으로 부동산의 소유권이전등기를 마치게 되면 그 소유권은 대내외적으로 수탁자에게 완전히 이전된다고 보는 것이 판례의 일관된 입장이다.**²⁾ 즉 판례는 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 등에서 “신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.”고 판단하였다. 이러한 논리를 일관되게 전개하면 위탁자가 부동산을 신탁한 경우 위탁자는 더 이상 아무런 물권적 권한도 보유하지 않는다.³⁾

신탁법은 수탁자에게는 소유권을, 수익자에게는 수탁자와 양립이 가능한 권리를 부여하고 있다. 위탁자가 신탁을 설정하여 연고자 하는 것은 수익자에게 신탁재산의 소유권을 넘기지 않은 채, 그 신탁재산을 위탁자의 채권자와 분리하여 신탁재산에서 생기는 이익을 수익자에게 향유하게 해주고 싶은 것이다. 그리고 이것이 가능한 것은 신탁이 설정되면 신탁재산은 신탁법의 여러 규정들을 통해서 신탁의 목적에 따른 독립적인 지위를 강력하게 보장받게 되기 때문이다. 신탁재

* 발제를 위한 작성한 초고에 불과하며 부족한 부분은 향후 수정보완할 예정입니다. 인용 등을 삼가주시면 감사하겠습니다.

** 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 가족신탁의 장점에 대한 소개는 오영표, “자녀가 상속 재산 거덜낼까 걱정되면 가족 신탁 쓰세요”, https://www.chosun.com/economy/economy_general/2023/12/04/K3K2VJYPZRF6JAAHZMOMBI2NSQ/(최종 검색일 2023. 12. 3.) 및 오영표, 가족신탁 이론과 실무(제2판), 조세통람, 2023 참조.

2) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다47621 판결 등 다수.

3) 장형룡, 신탁법개론, 육법사, 1991, 168면에서는 수익권을 관리권과 가치권으로 나누고 전자는 수탁자에게 후자는 수익자에게 귀속된다고 본다.

산의 독립성이란 신탁법상 신탁재산은 대내외적으로 그 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되더라도 수탁자의 채권자는 그 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없고(신탁법 제22조), 그 신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하지 않으며, 수탁자의 이혼에 따른 재산분할의 대상이 되지 않는다(신탁법 제23조)는 것을 의미한다. 그리고 수탁자의 파산재단, 개인회생재단을 구성하지 않는다(신탁법 제24조).

본고에서는 신탁법과 민사법의 교착문제로 수탁자의 임대인의 지위승계 및 임차권에 기한 대항력문제, 저당권설정자로서의 수탁자가 피담보채무를 부담하는지 여부의 문제 및 유류분의 문제를 순서대로 고찰해 보고자 한다.⁴⁾

II. 수탁자의 임대인의 지위승계 및 임차권에 기한 대항력

1. 위탁자의 주택을 임대한 후 임차인이 대항력을 취득한 상태에서 위탁자가 임대주택을 신탁한 경우에 수탁자가 임대인의 지위를 승계하는지 여부

주택임대차 보호법 제3조 제4항⁵⁾ 및 상가건물 임대차보호법 제3조 제2항에 의하면, “임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다. 이 조항은 임차인이 취득하는 대항력의 내용을 정한 것으로, 주택 및 상가건물의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 취득한 다음 임차건물의 양도 등으로 소유자가 변동된 경우에는 양수인 등 새로운 소유자(이하 ‘양수인’이라 한다)가 임대인의 지위를 당연히 승계한다는 의미이다.⁶⁾ 소유권 변동의 원인이 매매 등 법률행위든 상속·경매 등 법률의 규정이든 상관없이 이 규정이 적용되므로, 상속에 따라 임차건물의 소유권을 취득한 자도 위 조항에서 말하는 임차건물의 양수인에 해당한다.⁷⁾

요컨대 임대차의 목적이 된 주택을 담보목적으로 신탁법에 따라 신탁한 경우에도 수탁자는 주택 임대차보호법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한다. 따라서 대항력을 갖춘 임차인은 임대인의 지위를 승계한 수탁자에게 임대차보증금반환 및 대항력, 우선변제권을 주장할 수 있다.

2. 수탁자와 임대차계약을 체결한 임차인의 대항력 취득여부

신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁

4) 유류분에 관한 논의는 선행연구가 다수 이루어졌다는 점에서 선행연구를 정리하고 검토하는 것으로 같음 하고자 한다.

5) 1983. 12. 30. 이 조항이 신설될 당시에는 주임법 제3조 제2항이었으나, 그 후 2013. 8. 13. 개정될 때 동일한 내용이지만 같은 법 제3조 제4항으로 위치만 변경되어 현재에 이르고 있다.

6) 임차인이 대항력을 주장할 수 있는 제3자에게 임대인 지위를 승계시킴으로써, 대항력 문제와 임대차계약의 당사자 문제를 일치시켜 임차인보호를 위한 규정이다. 민유숙, “매매계약의 해제와 임대인 지위의 승계”, 『대법원판례해설』 46호, 법원도서관, 2004, 624면.

7) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2015다59801 판결.

자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니다.

따라서 주택에 관한 신탁계약(특히 부동산담보신탁계약)을 체결한 경우 임대권한은 특별한 약정이 없는 한 수탁자에게 있는 것이 일반적이다.⁸⁾ 즉 수탁자와 임대차 계약을 체결하고 전입신고 및 확정일자를 받았다면 임차인은 대항력 및 우선변제권을 취득한다. 그리고 그 경우에 특별한 사정이 없는 한 임대인은 수탁자가 될 것이다. 만약 임차인과 임대인이 합의에 의해 제3자를 임대인으로 한 경우에는 그자에게 적법한 임대권한이 없는 한 임차인은 신탁부동산인 주택에 대한 대항력과 우선변제권을 취득할 수 없을 것이다.

3. 신탁 후 위탁자가 무단으로 임대차계약을 체결한 위탁자가 소유권을 회복한 경우에 있어 임차인의 대항력 취득여부

주택임대차보호법 제3조 제1항이 적용되는 임대차는 반드시 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우에 한정되지는 않고, 주택의 소유자는 아니지만 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한(적법한 임대권한)을 가진 임대인과 사이에 임대차계약이 체결된 경우도 포함된다.⁹⁾

주택에 관한 부동산담보신탁계약을 체결한 경우 임대권한은 특별한 약정이 없는 한 수탁자에게 있는 것이 일반적이지만, 위탁자가 수탁자의 동의 없이 임대차계약을 체결한 후 수탁자로부터 소유권을 회복한 때에는 임차인은 임대주택에 대한 대항력을 취득하게 된다. 예컨대 甲 주식회사가 乙 신탁회사와 甲 회사의 소유인 주택에 관하여 부동산담보신탁계약을 체결하고 乙 회사에 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 乙 회사의 승낙 없이 丙과 임대차계약을 체결하였고, 丙은 같은 날 위 주택을 인도받고 전입신고를 마쳤는데(1시점), 그 후 甲 회사가 위 주택에 관하여 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고(2시점), 丁 신용협동조합이 같은 날 위 주택에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤으며(3시점), 이후 丁 조합이 신청한 임의경매절차에서 戊 주식회사가 위 주택을 매수(4시점)한 사안에서, 우리 판례는 "丙은 甲 회사가 위 주택에 관하여 소유권이전등기를 마친 즉시 임차권의 대항력을 취득하였고, 丁 조합의 근저당권설정등기는 丙이 대항력을 취득한 다음에 이루어졌으므로, 丙은 임차권으로 주택의 매수인인 戊 회사에 대항할 수 있다."고 보았다.¹⁰⁾ 요컨대 위 사안의 경우에는 1시점에는 丙이 임차권에 기한 대항력을 취득하지 못하였으나 2시점에 대항력을 취득하게 되며, 3시점에 저당권을 취득한 자는 시간상 후 순위이므로 제4시점에 민사집행법 제91조 제2항 및 제3항에 따라 임차권은 소멸하지 않는다. 더 나아가 경매에 의해 임차권은 소멸하지 않고 임차인 丙의 대항력은 유지되므로 경락인 戊가 임대

8) 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다44879 판결에서도 확인된다.

9) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908, 38915 판결; 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다44879, 44886 판결.

10) 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다44879, 44886 판결.

인의 지위를 승계한다(주택임대차 보호법 제3조 제4항). 즉 판례는 신탁자가 소유권이 없던 상태에서 적법한 임대권한이 없이 임대한 경우조차도 그가 그 후에 소유권을 취득하여 그 권한을 갖 추었다면 그 임차인은 주택의 새로운 양수인에 대하여 임차권을 대항할 수 있다는 태도를 취한다. 따라서 丙은 경락인 戊를 상대로 임대차보증금반환을 주장할 수 있고 임대주택에 대한 대항력을 가진다.

4. 신탁 후 위탁자가 수탁자의 동의를 얻어 임대차계약을 체결한 경우에 있어 임차인의 대항력 취득여부

(1) 소유자 아닌 자와의 임대차에 기한 대항력 취득여부

대법원은 일찍부터 주택임대차 보호법상의 대항력은 임대인이 주택의 소유자가 아니더라도 적법하게 그에 관하여 임대차계약을 체결할 수 있는 권한(적법한 임대권한)을 가진 경우에도 인정된다는 태도를 취하여 왔다. 먼저 **대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결**을 살펴보면 다음과 같다.

명의신탁된 주택을 원고가 신탁자인 피고로부터 임차하였는데 그 후에 그 수탁자가 소유권을 甲에게 양도하였다(모두 부동산실명법 시행 전에 발생한 사안으로 명의신탁약정 및 물권변동은 유효하다). 원고가 이 사건에서 피고를 상대로 임대차보증금의 반환을 청구하였다. 피고는 갑이 주택의 양수인으로서 당시의 주임법 제3조 제2항(현재의 동조 제4항)에 기하여 임대인의 지위도 당연히 그에게 이전하였고, 자신은 더 이상 임대인의 지위에 있지 않으므로 보증금반환채무도 부담하지 않는다고 주장하였다. 원심은 "주임법에 의하여 대항력을 가지는 것은 등기부상 소유자와의 임대차계약에 의하여 취득한 임차권에 한한다"고 전제하고, "대외적 소유권을 가지는 등기명의자가 아니고 명의신탁자에 불과한 피고와의 사이에 체결된 임대차계약에 기한 임차권은 대항력을 취득할 수 없다"고 판단하고, 피고의 위 주장을 받아들이지 않았다. 반면에 대법원은 "주택의 소유자는 아니지만 주택에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한(적법한 임대권한)을 가진 임대인과 사이에 임대차계약이 체결된 경우"에도 주임법이 적용되므로, "임대인인 피고가 비록 주택의 소유자가 아니라고 하더라도, 주택의 명의신탁자로서 사실상 이를 제3자에게 임대할 권한을 가지는 이상, 임차인인 원고는 등기부상 주택의 소유자인 명의수탁자에 대한 관계에서도 적법한 임대차임을 주장할 수 있다"고 설시하고, 원심판결을 파기하였다. 요컨대 임대차계약의 당사자는 명의신탁자이므로 그가 보증금반환채무를 지고 수탁자는 그 채무를 지지 않음에도 수탁자로부터의 양수인에 대하여 임차인이 대항력을 가진다고 판시하였다.

한편 주택을 매수하고 인도를 받았으나 아직 등기를 이전받지 아니한 참가인으로부터 피고가 그 일부분을 임차한 사안에서 **대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908 판결**은 위 1995년 대법원판결의 판시를 인용하고 나서, 매수인에게 사용수익권이 있다는 전제하¹¹⁾에 피고가 주임법상의

11) 대법원 1971. 3. 31. 선고 71다309 판결은 "매수인이 아직 등기를 받지 아니하였어도 매매계약의 이행으로 인도받은 매매목적물을 사용·수익할 수 있는 권한이 있으며, 이러한 지위의 매수인은 그 물건을 타인에게 적법히 임대할 수 있고 단지 목적물의 사용·수익을 청구할 수 있는 채권만을 가진다고 할 수

대항력요건을 갖춘 후에 원래의 주택매매계약이 해제되었음(그리하여 원래의 주택매도인이 피고를 상대로 건물의 명도를 청구하였다)에도 임차권의 대항력을 긍정하였다.¹²⁾ 참고로 **대법원 1995. 12. 12. 선고 95다32037 판결**에서는 주된 매매계약에 부수하여 매매대금 수령 이전에 매수인에게 임대권한을 부여한 경우에 이는 매매계약의 해제를 해제조건으로 한 것이라 보고, ‘매도인으로부터 매매계약의 해제를 해제조건부로 임대권한을 부여받은 매수인이 제3자에게 매매 목적물을 임대한 후 그 매매계약의 해제조건이 성취된 경우 임차인은 무권리자와 임대차계약을 체결한 자와 마찬가지로 매도인에 대한 관계에서 그 주택의 사용수익권을 주장할 수 없으므로 매도인의 명도청구에 대항할 수 없고 이는 임차인이 주임법 소정의 대항요건을 갖추었다고 하더라도 마찬가지이다’라고 판시한 것에 대하여, 주택의 소유자인 매도인으로부터 별도의 임대권한을 부여받지 않은 경우, 매수인이 매매계약에 따른 사용수익권에 기초하여 임대할 수 있더라도 그 임대권한은 임대인에 대한 채권적인 것에 불과하므로, 이를 기초로 한 임차인은 제3자인 양수인에 대하여 그 지위를 주장할 수 없다고 한다.¹³⁾

요컨대 대법원 재판례들은, 임대인이 목적물의 소유자가 아니라고 하더라도 임차인이 임차권을 소유자에 대하여 주장할 수 있는 경우(민법 제213조 단서의 '점유할 권리'를 가져서 소유자의 물건인도청구를 저지할 수 있는 경우)에는, 임차인은 민법상 또는 주임법상의 대항력요건을 갖추어서 대항력을 취득하고, 소유자뿐만 아니라 임대인의 지위를 승계한 소유자로부터의 양수인에 대하여도 임차권을 관철할 수 있다는 태도를 밝히고 있다.¹⁴⁾ 생각건대 소유자에게 대하여 임차인에게 민법 제213조 단서의 "점유할 권리"가 인정되었고 그에 따라 대항력을 취득하였다면 소유자로부터 임대목적물을 양수한 자에게도 대항할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.¹⁵⁾

(2) 소유권자인 수탁자의 동의를 얻은 위탁자의 임대행위와 임차권의 대항력

보통 신탁원부에 공시된 신탁계약서의 내용 중 임대차와 관련된 부분의 일부만 표시하면 다음과 같다.

제1조(신탁목적) 이 신탁은 위탁자가 부담하는 채무내지 책임의 이행을 보장하기 위하여 수탁자를 통해 신탁부동산의 소유권 및 담보가치를 보전하고 위탁자의 채무불이행 시 환가 정산하는데 그 목적이 있다.

제8조(신탁부동산의 소유권 이전 및 신탁등기)

없다"고 본다.

- 12) 대항력을 갖춘 임차인은 계약 해제의 효과에 관한 민법 제548조 제1항 단서의 '제3자'에 해당하여 보호된다. 이 판결을 지지하는 견해는 박형준, “매매계약의 해제와 임차인의 대항력”, 『판례연구』, 부산판례연구회, 2010, 52면.
- 13) 지원림, 『민법강의』 제18판, 홍문사, 2021, 1424면은 이 판결에 대해 지지한다.
- 14) 양창수, “신탁자와의 임대차계약과 수탁자로부터의 양수인에 대한 대항력”, 법률신문 2022. 4. 11, <https://www.lawtimes.co.kr/news/177712>(최종 검색일 2023. 12. 3.).
- 15) 이동진, “매매계약이 해제된 경우 미등기 매수인이 한 임대차의 운명”, 『민사법학』 68호, 한국민사법학회, 2014, 704면; 김송, “신탁등기의 대항력과 주택임대차보호법상 대항력”, 법학논총 제55집, 송실대학교 법학연구소, 2023, 21면 이하.

- ① 위탁자는 신탁계약 체결 즉시 신탁부동산의 소유권을 수탁자에게 이전하여야 한다.
- ② 제1항의 경우 위탁자는 등기필증, 인감증명서, 위임장 등 소유권이전등기 및 신탁등기에 필요한 제반 서류를 수탁자에게 제공하여야 한다. 이때 소요되는 제비용은 위탁자가 부담한다.

제9조(신탁부동산의 보전관리 등)

- ① 위탁자는 신탁부동산을 사실상 계속 점유 사용하고 신탁부동산에 대한 실질적인 보존과 일체의 관리행위 및 이에 따른 비용 일체를 부담한다.
- ② 위탁자는 수탁자의 사전승낙이 없는 경우에는 신탁부동산에 대하여 임대차 등 권리의 설정 또는 그 현상을 변경하는 등의 방법으로 가치를 저감하는 행위를 하여서는 아니 된다.

[...]

제10조(임대차 등)

- ① 이 신탁계약 이전에 위탁자와 임차인간에 체결한 임대차계약이 있을 경우 그 임대차계약은 그 상태로 유효하며 임대차보증금의 반환의무, 기타 임대인으로서의 책임 및 권리 등 위탁자가 임대인의 지위를 계속하여 유지하는 것으로 한다. 단, 임대차계약상 임대인의 명의를 수탁자로 갱신하고 임대차보증금을 위탁자와 수탁자간에 인수·인계하는 경우에는 임대인의 지위를 수탁자가 승계하는 것으로 한다.
- ② 제1항의 경우 임대차보증금 외에 임차인이 위탁자에게 지급하는 차임이 있을 때에는 그 차임은 위탁자가 계속 수령하는 것으로 하며, 위탁자가 수령하는 차임은 이 신탁계약과 관련하여 우선수익자와 주채무자간의 여신거래계약 및 보증채무계약상 원리금 상환에 우선적으로 충당함을 원칙으로 한다. 단, 위탁자가 물상보증인인 경우에는 보증 채무가 발생한 경우부터 그러하다.
- ③ 신탁기간 중 임대차 계약기간의 만료 또는 임대차계약의 해지 등으로 인하여 임대인 명의를 위탁자로 하는 새로운 임대차 계약을 체결하는 경우 제9조 제2항에 따라 수탁자의 사전승낙을 득하여야 한다. 이 경우 수탁자는 임대차계약과 관련하여 권리의무를 부담하지 않으며, 제18조의 경우에 임차인에 대한 명도청구 등 수탁자의 조치사항을 임대차계약서에 명기하여야 한다.
- ④ 제3항의 규정에 불구하고 위탁자가 임의로 체결한 임대차계약은 이로써 수탁자에게 그 효력을 주장할 수 없으며, 그로 인해 발생하는 일체의 손해를 위탁자는 수탁자에게 배상하여야 한다.
- ⑤ 제3항의 규정에 의하여 위탁자 명의로 새로운 임대차 계약을 체결하는 경우 임차인의 요구가 있으면 위탁자와 수탁자가 공동날인 한다.
- ⑥ 신탁계약기간 중 임대인 명의를 수탁자로 하는 새로운 임대차계약을 체결하는 경우에는 위탁자와 수탁자간에 별도의 특약을 체결하여 그에 따르기로 한다.
- ⑦ 신규 임대차보증금 또는 재임대차보증금이 기 임대차 보증금보다 많을 경우에는 수탁자가 우선수익자와 협의하여 그 결과에 따라 처리하거나 위탁자와 수탁자간 특약을 체결하여 그에 따라 수탁자가 관리하도록 한다.

제18조(신탁부동산 처분시기)

수탁자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 신탁 기간 종료전이라도 우선수익자의 청구에 의하여 신탁부동산을 처분할 수 있다.

[...]

이 부동산담보신탁에 의하면 위탁자는 임차인과 임대차계약을 체결하는 경우 수탁자의 사전승낙을 얻어야 한다. 그러나 수탁자가 임대차계약을 체결하는데 승낙을 하였다고 하더라도 수탁자는 임대차계약과 관련하여 권리의무를 부담하지 않는다. 신탁원부에 공시된 것과 같이 수탁자가 임차인에 대한 임대차보증금반환채무를 부담하지 않는다는 것이 어떠한 의미를 가지는지, 예컨대 임차인은 수탁자 및 수탁자로부터의 양수인에게 임차권에 기하여 대항할 수 있는지 등이 문제된다. 이하에서 보겠지만 대법원은 **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**을 통해서 ‘신탁계약의 내용’이 신탁등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 기재되면 제3자에게 대항할 수 있다고

판시하며 학계의 비판을 받고 있다.¹⁶⁾ 이러한 법원의 판결이 변경되지 않는 한 등기신청을 대리하는 변호사나 등은 앞으로도 신탁계약서를 스캔하여 신탁원부로 공시할 것이다.

1) 판례의 입장

대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결에서 이 문제를 다룬다. 사실관계를 정리하면 다음과 같다.

1) A 회사는 2007년 6월 이 사건 주택(이하 단지 '본건 주택')에 관하여 B 토지신탁회사를 수탁자로 하는 부동산담보신탁계약(이하 단지 '신탁계약')을 체결하고 B 앞으로 소유권이전등기를 경료하여 주었다. 신탁계약상의 B의 사전 승낙 아래 A는 그 명의로 목적물을 임대하기로 정하여졌고, 이는 본건 주택에 관한 신탁원부에 기재되어 있다.

2) 피고는 2007년 7월 A로부터 본건 주택을 임차하는 계약을 체결하고 보증금을 지급한 다음 그에 거주하면서 주민등록을 본건 주택의 주소로 이전하고 임대차계약서에 확정일자를 받았다(피고는 2017년 9월에 본건 주택에서 퇴거하였다). 한편 원고는 2016년 8월 B로부터 본건 주택을 매수하여 소유권이전등기(이하 단지 '등기')를 경료받았다.

3) 이 사건 제1심에서 원고는 본건 주택의 인도 및 소유권 취득시부터의 차임 상당 부당이득금의 지급을 청구하였다. 이들 청구는 제1심법원에서 기각되었다. 항소심에서 원고는 건물인도청구 부분을 취하하여 부당이득금 부분만이 남았는데, 피고는 임대차보증금(이하 단지 '보증금')의 반환을 구하는 반소를 제기하였다.

4) 원심법원은 원고의 남은 본소청구 및 피고의 반소청구를 모두 기각하였다. 피고의 상고에 대하여 대법원은 "이 사건 신탁계약에서 수탁자의 사전 승낙 아래 위탁자 명의로 신탁부동산을 임대하도록 약정하였으므로 임대차보증금반환채무는 위탁자에게 있다고 보아야 하고, 이러한 약정이 신탁원부에 기재되었으므로 임차인에게도 대항할 수 있다. 따라서 본건 주택에 관한 부동산담보신탁 이후에 위탁자인 A로부터 이를 임차한 피고는 임대인인 A를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 있을 뿐 수탁자인 B를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 없다. 나아가 B가 임대차보증금 반환의무를 부담하는 임대인의 지위에 있지 아니한 이상 그로부터 본건 주택의 소유권을 취득한 원고가 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계하여 임대차보증금 반환의무를 부담한다고 볼 수도 없다."고 보아 상고를 기각하였다.¹⁷⁾

요컨대 대법원은 신탁계약에서 수탁자의 사전 동의 아래 신탁자가 자기 명의로 신탁부동산을 임대하기로 약정하고 그 취지가 신탁원부에 기재되어 있는 경우에는 신탁자로부터 임차인은 수탁자 및 그로부터의 목적물 양수인에 대하여 주택임대차보호법(이하 단지 '주임법')에서 정하는 임

16) 김승, "신탁등기의 대항력과 주택임대차보호법상 대항력-대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 (본소), 2019다300101(반소) 판결을 중심으로-", 법학논총 제55집, 송실대학교 법학연구소, 2023, 1면 이하; 장보은, "신탁등기의 대항력에 관한 소고 - 판례의 태도와 이에 대한 비판을 중심으로 -", 서울대학교 법학 제207호, 서울대학교 법학연구소, 2023, 99면 이하.

17) 이 판결에 대한 부정적인 견해로는 양창수, "신탁자와의 임대차계약과 수탁자로부터의 양수인에 대한 대항력", 법률신문 2022. 4. 11, <https://www.lawtimes.co.kr/news/177712>(최종 검색일 2023. 12. 3.).

차권의 대항력을 가지지 못한다고 일반적으로 선언하고 있다. 특히 양창수 교수는 “신탁자가 수탁자와의 합의 아래 자기 명의로 임대한 경우에는 임차인은 수탁자로부터의 양수인에 대하여 임대차권의 대항력을 주장할 수 있고, 따라서 임차인은 그 양수인에 대하여 보증금반환청구권을 가진다고 하여야 할 것이다. 즉, 이 사건에서와 같이 수탁자(즉 소유자)로부터의 임대권한 부여에 기하여 임대차계약이 체결되었으면, 수탁자로부터의 소유권양수인에 대하여 임차권의 대항력이 주장될 수 있어야 한다. 이는 수탁자가 임대인계약의 당사자가 아니어서 임대차계약의 효력이 미치지 않고 따라서 애초 보증금반환채무를 지지 않는다고 해도 다를 바 없다.”는 입장을 실시하면서 위 판결에 반대한다.

2) 검토

신탁법 제4조 제1항(구 신탁법 제3조 제1항)은 신탁재산이 공시방법을 갖춘 경우 제3자에게 대항할 수 있다고 정하고 있는데, 부동산등기법 제81조 제1항 및 제3항에 따라 부동산등기의 일부로 보는 신탁원부에 대하여 전면적으로 대항력이 인정되는지에 대하여는 논란이 계속되어 왔다. 학설의 다수입장은 신탁법 제4조 제1항에서 의미하는 대항력은 당해 재산이 신탁재산에 속한다는 사실에 한정되는 것으로 신탁원부의 다른 내용에는 미치지 않는다는 견해이다.¹⁸⁾ 신탁법 제4조 제1항에서 의미하는 대항력은 당해 재산이 신탁재산에 속한다는 사실에 한정되는 것으로 신탁원부의 다른 내용에는 미치지 않는다는 견해이다.¹⁹⁾

대법원 2004. 4. 16. 선고 2002다12512 판결은 신탁원부에 신탁재산인 부동산의 임대로 인하여 발생한 보증금반환채무가 신탁종료시 위탁자에게 귀속된다는 내용이 기재되어 있다면 위탁자는 이로써 임차인에게 대항할 수 있다고 판시하였다. 다만 구체적인 사실관계에서, 위탁자와 수탁자가 공동임대인으로 원고와 임대차계약을 체결할 당시 아직 피고 명의의 소유권보존등기 및 신탁등기가 마쳐지지 않았기 때문에, 신탁원부의 내용으로써 원고에게 대항할 수 없다고 보았다. **대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결**은 집합건물의 공용부분 관리비를 수탁자가 부담하여야 하는지가 문제된 사안에서 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있다면 수탁자는 이로써 구 신탁법 제3조에 따라 제3자에게 대항할 수 있다고 판시하였다.

그런데 **2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결**은 위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인

18) 오영걸, 신탁법(2판), 홍문사, 2023, 153면; 최동식, 신탁법, 법문사, 2007, 90면; 최수정, 신탁법, 박영사, 2017, 256면; 이연갑, “신탁등기의 대항력 -대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결에 대한 평석-”, 서울법학 제27권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 150면; 김상훈, “신탁공시와 대항력의 범위: 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결에 대한 평석”, 상속신탁연구, 법무법인 바른 상속신탁연구회, 2016, 149면; 오상민, “부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토”, 저스티스 제154호, 2016, 150면.

19) 오영걸, 신탁법(2판), 홍문사, 2023, 153면; 최동식, 신탁법, 법문사, 2007, 90면; 최수정, 신탁법, 박영사, 2017, 256면; 이연갑, “신탁등기의 대항력 -대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결에 대한 평석-”, 서울법학 제27권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 150면; 김상훈, “신탁공시와 대항력의 범위: 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결에 대한 평석”, 상속신탁연구, 법무법인 바른 상속신탁연구회, 2016, 149면; 오상민, “부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토”, 저스티스 제154호, 2016, 150면.

으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 사안에서, “등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관 없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 체납관리비채무를 인수한다고 보아야 한다.”라고 판시하였다. 이는 집합건물 공용부분 관리비의 특수성과 공익성에 비추어 수탁자가 신탁원부의 내용에 불구하고 관리비채무를 부담한다는 취지를 판시한 것으로 이해된다.

대법원은 과거 신탁원부의 대항력을 폭넓게 인정하는 입장을 취해왔다. 위와 같은 판결들은 구 신탁법 하에서 내려진 것이었고, 현행 신탁법이 시행된 이후의 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결은 신탁원부의 대항력에 대한 입장이 불분명했고 이에 대해 다양한 해석이 제기되었다. 이러한 상황에서 내려진 **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**은 현행 신탁법 하에서 신탁원부의 대항력을 명시적으로 인정함으로써 신탁원부의 대항력에 관한 논란을 상당 부분 해소하였다는 점에서 그 의미가 크다. **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결에 따르면,** 앞으로도 신탁과 거래하는 당사자나 신탁부동산에 관한 이해관계자들은 부동산등기의 일부인 신탁원부의 주요한 내용을 반드시 사전에 확인한 후에 계약체결여부를 검토해야 할 것이다.

그러나 **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**은 **대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결** 등과 비교하면 평가적으로 모순이라는 비판으로부터 자유로울 수 없을 것이다. 물론 대내적 소유권 등을 가지거나 사실상 사용수익권을 취득한 자에 의한 임대차와 수탁자의 동의를 얻은 위탁자의 임대차가 다르다고 볼 여지도 있다. 후자의 경우에는 동의를 얻은 것이 바로 위탁자에게 사용수익권이 있다고 해석할 수 없기 때문이다. 요컨대 위탁자가 수탁자의 동의를 얻었다는 의미를 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결에서의 대내적 소유권을 가진 명의신탁자와 같은 지위에 있다고 볼 수 있는지²⁰⁾, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908(본소), 2007다38915(반소) 판결에서와 같이 매도인으로부터 점유를 인도받아 **매매목적물을 사용·수익할 수 있는 권한을 취득한 매수인의 지위와 동일한 평가를 받을 수 있는지에 대한 평가가 필요할 것이다.**²¹⁾

생각건대 **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**은 신탁원부에 의한 공시의 대항력을 지나치게 관철시켜 민사법의 대항력의 원리를 몰각시켰다는 점에서 문제가 있다. **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**은 “이 사건 신탁계약에서 수탁자의 사전 승낙 아래 위탁자 명의로 신탁부동산을 임대하도록 약정하였으므로 임대차보증금 반환채무는 위탁자에게 있다. 이러한 약정이 신탁원부에 기재되었으므로 임차인에게도 대항할 수 있다. 따라서 피고는 임대인인 위탁자 A를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 있을 뿐 수탁자인 B를 상대로 그 반환을 구할 수 없다”라고 판시하고 있다. 위탁자 명의로 임대차계약을 체결할 경우 위탁자가 임대차보증금을 지급할 채무를 부담하는 것은 당연한 것이고 이는 신탁등기에 기재되지 않아도 된다. **오히려 신탁**

20) 남궁주현, “신탁원부에 기초한 신탁등기 대항력의 인정 범위에 관한 소고”, 『상사판례연구』 제35권 제3호, 한국상사판례학회, 2022, 213면은 위 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결은 명의신탁에 관한 사안으로서 신탁법상 신탁관계에 곧바로 적용할 수 있는지에 관해서는 추가적인 논의가 필요하다고 한다.

21) 김송, 앞의 논문, 23면 이하, 36면 이하에서는 같은 평가를 받아야 한다는 입장이다.

탁원부에 의한 공시는 임차인의 입장에서 수탁자의 동의를 얻은 임대차라는 “하나의 신뢰”를 부여할 여지도 있다. 즉 신탁등기의 내용이 임대인인 위탁자가 임대차보증금을 부담하기로 하였다는 것은 보증금반환채무는 수탁자가 아닌 위탁자가 부담한다는 것에 대한 공시이자 임차인 입장에서는 소유권자가 아닌 위탁자도 임대권한을 가진다는 것에 대한 공시일 수 있다. 예컨대 담보지상권 설정등기가 경료된 경우에 그 공시로부터 사용수익권은 담보지상권 설정자에게 있으므로 임차인은 임대차를 체결하면서 대항력을 취득할 있다는 신뢰를 형성하는 것과 같은 것이다.²²⁾ 신탁원부에서 위탁자에게 임대권한이 있도록 하는 내용을 공시하였음에도 추후 임차인이 수탁자 및 그자의 양수인에게 대항할 수 없다는 식의 해석은 임차인 입장에서 보면 “앞문 열어주고 뒷문 닫는 격”이다. 이는 타당하지 않다.

설사 신탁원부에 위탁자가 그 명의로 임대차계약을 체결한다고 기재되어 있다는 내용에 대항력이 부여된다고 하더라도 그로부터 곧바로 위탁자 이외의 사람 즉 수탁자 및 그로부터의 양수인에게 임차권으로 대항할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다고 보는 해석 또한 논리비약이다.²³⁾ 신탁법상의 신탁원부에 의한 대항력이 임차인을 보호하기 위해 형성된 모든 법리를 예외 없이 무너뜨릴 만큼의 힘을 가지고 있는 것인지에 대해서는 재평가가 필요하다. 특히 주임법상의 대항력이 가지는 실질적 기능과 보증금반환채무를 부담하는 자와 대항력을 일치시키기 위한 주임법 제3조 제4항의 입법적인 취지, 그리고 다른 판결과의 정합성 등을 모두 고려한다면 **대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095 판결**은 신탁의 순기능에 치중한 나머지 민사법의 주요한 법리를 버리는 교각살우(矯角殺牛)의 우를 범한다고 평가할 수 있다.²⁴⁾ 특히 일반적으로 신탁등기실무에서 신탁계약서가 그대로 신탁원부가 되는데 신탁계약서가 공시되었다는 이유만으로 신탁계약서의 모든 내용에 대하여 대항력을 인정하게 된다면 이는 지나치게 넓은 범위까지 대항력을 인정하는 결과를 가져온다. 신탁계약서가 신탁원부로 공시되면 그 모든 내용을 위탁자의 거래 상대방은 모두 인지해야 할 탐지의무가 발생하고 이는 전적으로 거래비용에 해당할 것이므로 모든 신탁계약의 내용을 확인하도록 하는 것은 타당하지 않다. 구체적인 개별사안에 있어서는 해당 거래의 법적 성질에 따라 제 자가 민법의 일반원칙에 의하여 가지는 권익에 비추어 불이익을 입거나 기습타를 당하는 등 거래의 안전을 해치지 않도록 하여야 할 것이므로 신탁조항이 일방적으로 제3자를 구속하는 효력의 존부 및 범위에 관하여는 개별사안별로 신중히 검토할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 저당권설정자로서의 수탁자가 피담보채무를 부담하는지 여부

신탁부동산에 근저당권이나 전세권을 설정할 때, 저당권 및 전세권 설정행위는 처분행위에 해당하므로 처분권한 있는자의 설정행위가 아니면 무효가 된다. 신탁의 경우에 목적부동산에 대한

22) 경매에 의해 임차권이 소멸의 문제는 민사집행법 제91조에 의한 적용의 결과일 뿐이다.

23) 남궁주현, 앞의 논문, 217면 또한 같은 비판을 하고 있다.

24) 김송, 앞의 논문, 37면에서는 “대상판결은 신탁의 순기능에 치중한 나머지 그 그늘에 가려진 사회적 약자보호를 간과한 것이 아닌가 생각되고, 대상판결의 입장이 임차인보호를 위하여 대항력을 인정한 법의 취지, 임대인지위승계 법리에 관한 입법연혁, 법률 상호간의 체계성과 정합성 등의 관점에서 부당하다.”고 평가한다.

처분권한은 수탁자가 가지므로 당연히 수탁자가 근저당권설정자나 전세권설정자가 되어야 한다. 그런데 수탁자는 신탁재산의 수탁자로서 신탁재산에 대한 제한물권 설정자의 지위를 가지므로 피담보채무를 부담하지 않고 물상보증인 지위에 머무르게 되는지가 문제된다. 요컨대 저당권 설정 계약서에 명시적으로 수탁자는 피담보채무를 부담하지 않는다고 규정할 수 있는지, 만약 그렇다면 누가 피담보채무를 부담하는지, 채무자 없는 저당권설정행위를 인정할 수 있는지 등에 대한 검토가 필요하다.

대법원 1981. 9. 8. 선고 80다1468 판결에서는 "근저당권 설정계약상의 채무자 아닌 제3자를 채무자로 하여 된 근저당권 설정등기는 채무자를 달리 한 것이므로 근저당권의 부종성에 비추어 원인 없는 무효의 등기이다." 이라는 점을 명확히 하고 있다. 요컨대 피담보채무의 존재하지 않는다면 저당권 또한 부종성의 법리에 비추어 무효가 된다는 것이다. 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결은 "매매잔대금 채무를 지고 있는 부동산 매수인이 매도인과 사이에 소유권이전등기를 경료하지 아니한 상태에서 그 부동산을 담보로 하여 대출받는 돈으로 매매잔대금을 지급하기로 약정하는 한편, 매매잔대금의 지급을 위하여 당좌수표를 발행·교부하고 이를 담보하기 위하여 그 부동산에 제1 순위 근저당권을 설정하되, 그 구체적 방안으로서 채권자인 매도인과 채무자인 매수인 및 매도인이 지정하는 제3자 사이의 합의 아래 근저당권자를 제3자로, 채무자를 매도인으로 하기로 하고, 이를 위하여 매도인이 제3자로부터 매매잔대금 상당액을 차용하는 내용의 차용금증서를 작성·교부하였다면, 매도인이 매매잔대금 채권의 이전 없이 단순히 명의만을 제3자에게 신탁한 것으로 볼 것은 아니고, 채무자인 매수인의 승낙 아래 매매잔대금 채권이 제3자에게 이전되었다고 보는 것이 일련의 과정에 나타난 당사자들의 진정한 의사에 부합하는 해석일 것이므로, 제3자 명의의 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 엄연히 존재하고 있어 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기라고 볼 수 없다."고 판단하였다.

이와 같이 피담보채무가 없다면 저당권 또한 무효가 되므로, 수탁자가 신탁재산에 저당권설정행위를 하는 경우에 저당권이 유효이기 위해서는 분명히 피담보채무를 전제로 해야 하며 누가 피담보채무를 부담하는지가 명확해야만 한다. 저당권설정자는 채무부담을 하지 않는 제3자(물상보증인)이 될 수 있는 것이 자명하므로 수탁자가 피담보채무를 부담하는지와 별개로 물상보증인은 될 수 있을 것이다. 문제는 누가 피담보채무를 부담하는지인데, 이는 계약의 해석문제로서 저당권자, 저당권 설정자, 채무부담의사를 가지는 자 등을 의사를 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.

1. 신탁재산에 대해 강제집행을 할 수 있는 자

(1) 신탁이전의 위탁자의 채권자에 의한 신탁재산에 대한 강제집행

신탁재산이 수탁자의 명의로 이전되면 수탁자는 이제 신탁재산의 관리자가 되고 위탁자는 신탁재산과 비로소 분리된다. 그 결과 신탁재산은 더 이상 위탁자의 재산이 아니기 때문에 위탁자로부터 독립성을 갖게 되고 원칙적으로 위탁자의 채권자는 위탁자의 재산이 아닌 신탁재산에 강제집행을 할 수 없다. 다만 '신탁 전의 원인으로 발생한 권리' 또는 '신탁사무의 처리상 발생한 권

리'에 기한 경우에는 신탁재산에 대한 강제집행등이나 체납처분이 가능하다는 예외를 인정하고 있다(신탁법 제22조 제1항 단서).²⁵⁾

판례 또한 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545,86다카2876 판결 등에서 "신탁법상의 신탁재산은 수탁자에게 귀속되는 일방 그 고유재산과도 구별되어 독립성을 갖게 되는 것이어서 이에 대하여는 신탁법 제21조 제1항 본문의 규정에 따라 원칙적으로 강제집행이나 경매가 금지되어 있고 다만 그 단서의 규정에 따라 **신탁전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무처리상 발생한 권리에 기한 경우에만 예외적으로 강제집행이 허용되는데** 여기에서 위 신탁전의 원인으로 발생한 권리라 함은 신탁전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우등 신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생되었을 때를 의미하는 것이고 신탁전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함된다고 할 수 없다."고 판단하였다.

여기에서 '신탁 전의 원인으로 발생한 권리'라 함은 신탁재산이 수탁자에게 귀속되기 전에 이미 대항력 있는 권리가 신탁재산 위에 터잡고 있는 경우를 의미한다. 대법원은 '신탁 전의 원인으로 발생한 권리'에 대해서 판례는 "신탁 전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우 등 **신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생되었을 때를 의미하는 것이고** 신탁 전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함된다고 할 수 없다"고 본다. 예컨대 예를 들어 신탁재산이 이전되기 전부터 설정되어 있던 저당권, 대항력을 갖춘 임차인의 보증금, 압류·가압류된 채권 등이 있다. 그러나 위탁자에게 부과된 부가가치세, 재산세 및 종합부동산세의 체납을 원인으로 신탁재산을 압류한 사안에서 대법원은 신탁이 이루어지기 전에 그 당시 체납된 부가가치세, 재산세 및 종합부동산세 채권에 기하여 신탁재산을 압류하지 아니한 것으로 보이는 이상 신탁 전의 원인으로 발생한 권리에 해당된다고 볼 수 없다고 판단하였다.²⁶⁾ 이를 달리 해석하면 신탁설정 이전에 발생한 채권이라도 공시하는 등의 대항력을 취득하지 못하면 신탁재산은 그 채권으로부터 독립성을 갖는다.

(2) 수탁자의 신탁채권자에 의한 신탁재산에 대한 강제집행

저당권설정행위가 신탁사무를 처리하면서 부담하는 채무를 담보하기 위한 것이라면 신탁사무처리의 채무자는 수탁자가 되는 것이 일반적일 것이다. 수탁자가 신탁사무를 처리하는 과정에서 채권을 취득한 신탁채권자는 신탁법상 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에는 강제집행등을 할 수 있다고 규정(신탁법 제22조 제1항 단서)하고 있으므로 신탁채권자는 신탁재산에서 강제집행등이 가능하다.²⁷⁾ 이 경우에 신탁사무를 처리하는 자는 수탁자이고 수탁자가 채무를 부담한

25) 위탁자가 신탁이익의 전부를 누리는 자익신탁의 경우 위탁자는 언제든지 신탁을 종료할 수 있다(신탁법 제99조 제2항). 따라서 위탁자의 채권자는 신탁재산에 직접적으로 강제집행 등을 할 수는 없지만 위탁자의 신탁해지권을 대위행사해 신탁을 종료한 후 위탁자 앞으로 복귀한 신탁재산을 책임재산으로 하여 강제집행을 하는 것이 가능하다. 위탁자 자신이 수익자가 되는 이른바 자익(自益)신탁으로서 특별한 사정이 없는 한 "위탁자가 신탁이익의 전부를 향수하는 신탁"에 해당하므로, [...] 원칙적으로 위탁자가 언제든지 해지할 수 있고 [...] 신탁이 해지된 때에는 신탁재산이 수익자 겸 위탁자인 피고의 조합원들에게 귀속되는 것이다(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다47467 판결).

26) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011두24491 판결; 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다224961 판결.

27) 대법원 2014. 10. 21., 자, 2014마1238, 결정.

다는 점은 자명할 것이다. 더 나아가 신탁사무처리에 있어 신탁자가 채무를 부담하므로 신탁채권자는 수탁자의 고유재산에도 강제집행등이 가능할 여지가 발생하게 된다. 먼저 유한책임신탁²⁸⁾의 경우 신탁채권에 기하여 수탁자의 고유재산에 대하여 강제집행등을 할 수 없다(신탁법 제119조 제1항 전단). 그렇다면 유한책임신탁이 아닌 경우(유한책임신탁을 설정하고 유한책임신탁의 등기를 한 경우)를 제외하면, 신탁채권자는 신탁재산뿐만 아니라 수탁자의 고유재산에 대해서도 강제집행등이 가능하다는 해석도 가능하다. 판례 또한 “신탁사무의 처리상 발생한 채권을 가지고 있는 채권자는 수탁자의 일반채권자와 달리 신탁재산에 대하여도 강제집행을 할 수 있고(신탁법 제21조 제1항), 수탁자의 이행책임이 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것은 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 한정되는 것이므로(신탁법 제32조), 수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미치는 것으로 본다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890 판결 등 참조).”고 하여 신탁채권자는 신탁재산과 수탁자의 고유재산에도 강제집행등이 가능하다고 본다.²⁹⁾ 요컨대 신탁채권자는 수탁자가 신탁사무의 처리상 발생한 권리자로서 신탁재산에 대하여 강제집행할 수 있고, 수탁자가 파산한 경우 파산선고 당시의 채권 전액에 관하여 파산재단에 대하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있을 뿐만 아니라 수탁자의 고유재산에 대해서도 강제집행을 할 수 있다.

(3) 저당권자와 수탁자의 합의로 수탁자의 채무를 면하게 한 경우에 피담보채무는 누가 부담하는가?

만약 수탁자가 신탁사무를 처리하면서 자신은 피담보채무를 부담하지 않기로 하는 약정을 한 경우에 그러한 약정의 효력은 가능할 것이다. 다만 그러한 경우에 저당권의 효력이 문제되는데 그 경우에는 분명히 누군가는 채무자가 되어야 하며 그 경우에 저당권설정자와 저당권자의 합의로 채무자를 위탁자로 할 수 있을 것인지가 문제된다. 이는 계약해석의 문제이므로 누구를 피담보채무자로 할 것인지에 대한 판례의 해석에 대한 간단히 살펴 볼 필요가 있다.

1) 대법원 1999. 7. 22.자 99마2870 결정에서는 자기 소유 부동산을 타인에게 명의신탁³⁰⁾한 명의신탁자가 제3자와의 거래관계에서 발생하는 차용금 채무를 담보하기 위하여 위 부동산에 제3자 명의로 근저당권을 설정함에 있어서 당사자 간의 편의에 따라 명의수탁자를 채무자로 등재한 경우 위 부동산의 근저당권이 담보하는 채무는 명의신탁자의 제3자에 대한 채무로 보아야 한다.³¹⁾ 같은 맥락에서 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다17840 판결에서도 “명의수탁자 甲이 乙 등에게 근저당권설정등기를 경료해주는 방법으로 수탁부동산을 처분한 사안에서, 근저당권설정자 甲과 근저당권자 겸 채권자인 乙 등이 근저당권설정계약을 체결함에 있어 그 근저당권에 의하여

28) 유한책임신탁이란 신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임지는 신탁을 말한다(신탁법 제114조 제1항 전단).

29) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007다63997 판결.

30) 유효인 명의신탁으로서 대내적 소유권은 신탁자에게 대외적 소유권은 수탁자에게 있는, 즉, 소유권의 관계적 분열이 일어난 사안이다.

31) 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다1822 판결 참조.

담보되는 피담보채무와 그 채무자 등을 명의신탁자 丙 등의 乙 등에 대한 채무로 지정하기로 의사가 합치되었으나, 다만 근저당권설정계약서상의 채무자를 명의신탁자 丙 등이 아니라 당시 소유자로 등재되어 있던 명의수탁자 甲으로 기재하였을 뿐이므로, 위 근저당권설정계약에 기해 경료된 근저당권설정등기는 유효하고, 그 근저당권의 피담보채무는 근저당권설정계약서나 등기부상 채무자로 등재된 甲의 乙 등에 대한 채무가 아닌 丙 등의 그것으로 볼 여지가 충분하다.”고 보았다.

2) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결의 다수의견은 “근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이고, 한편 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수 부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다.”고 본다.³²⁾

3) 계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다(소위 ‘자연적 해석’). 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다(소위 ‘규점적 해석’).³³⁾ 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자 내심에 있는 의사가 어떠한지와 관계없이 서면의

32) 참고로 위 판결의 반대의견은 “매도인이 부동산을 매도하면서 잔대금 채권의 지급확보를 위하여 매도인과 제3자 사이에 아무런 금전 대차관계가 없음에도 불구하고 형식상 제3자로부터 금전을 차용한다는 내용의 차용금증서를 작성하고 그 제3자 명의의 근저당권을 설정하였다면, 아무리 당사자들의 일련의 행위를 종합적으로 파악하더라도 이를 가리켜 ‘매도인이 차용금증서를 작성·교부하는 방법으로 매매잔대금 채권을 제3자에게 양도하고 채무자는 그 양도를 승낙함으로써 그 매매잔대금 채권이 제3자에게 이전’되었다고 해석할 수는 없다 할 것이다. 한편, 근저당권설정등기에 ‘본래 채권자라고 되어야 할 소유자인 자가 채무자로 되는 것’을 허용하게 되면 이는 마치 우리 민법이 채택하지 않은 독일 민법의 유통저당권이나 토지채무제도를 승인하는 것과 같은 결과로 되므로, 이 때에는 부종성의 관점에서 그 근저당권을 무효라고 보아야 하고 이를 유효로 하는 것은 비록 당사자 간의 의사의 합치가 있다 하더라도 그에 의한 새로운 제도의 창설을 금지하는 물권법의 대원칙인 물권법정주의에 반하게 되어 허용될 수 없다 할 것이다. 그리고 다수의견이 채권자 아닌 제3자를 근저당권 명의로 하여 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권이 제3자에게 이전 또는 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있으면 제3자 명의의 설정등기도 유효하다고 보는 것은 부동산실권리자명의등기에관한법률이 규정한 부동산 물권에 관한 명의신탁금지를 잠탈하는 것으로 보아야 할 것이다.”고 판단하였다.

33) 일반적으로 계약을 해석할 때에는 형식적인 문구에만 얽매어서는 안 되고 당사자 사이의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구해야 한다. 계약 내용이 명확하지 않은 경우 계약서의 문언이 계약 해석의 출발점이지만, 당사자 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석해야 한다. 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사 해석이 문제되는 경우에는 계약의 형식과 내용, 계약이 체결된 등기와 경위, 계약으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사, 거래 관행 등을 종합적으로 고려해서 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 한다. 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다260299 판결.

기재 내용에 따라 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 합리적으로 해석해야 한다. 이 경우 문언의 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다.³⁴⁾ 만약 저당권 설정자인 신탁자가 채무부담의사를 가지고 있지 않은 경우에도 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 따라 저당권자 입장에서는 수탁자를 채무자로 보는 것이 일반적인 해석일 것이다. 요컨대 저당권설정자와 저당권자의 합의가 없는 한 계약서상에 채무자로 표기된 자가 피담보채무를 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다.

4) 그런데 만약 저당권자와 저당권설정자인 수탁자가 합의에 의해 형식적으로 채무자 란에 수탁자를 기입한 경우 또는 수탁자는 피담보채무를 부담하지 않는다고 명시적으로 실시하였다면, 누가 피담보채무를 부담하는지에 대한 평가가 필요하게 된다. 당사자가 수탁자를 피담보채무자로 보지 않기로 하는 합의가 있었다면 수탁자는 피담보채무를 부담하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 문제는 피담보채무 없이 저당권만이 존재할 수는 없기 때문에 부종성의 법리에 의해 저당권이 유효이기 위해서는 피담보채무를 누군가는 부담해야 할 것이고 저당권 또한 그 누군가의 피담보채무를 담보하기 위해 설정된 것으로 해석이 되어야 할 것이다.

먼저 계약의 체결하는 행위자가 자신의 이름으로 법률행위를 하였음에도 불구하고 제3자에게 법률행위의 효력을 귀속시키기 위해서는 당사자가 제3자를 법률행위 당사자로 보았다는 합의가 필요하다. 요컨대 저당권자와 저당권 설정자인 수탁자가 합의로 피담보채무를 위탁자가 부담하는 것으로 합의하였다면 일단 계약의 당사자는 저당권자와 위탁자가 될 것이며, 그 계약의 효력여부에 따라 저당권의 무효여부 또한 달라질 것이다.

다음으로 수탁자가 계약을 체결하면서 위탁자 이름으로 법률행위를 한 경우를 생각해 보자. 판례는 “계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대법원 1995. 9. 29. 선고 94다4912 판결, 2001. 5. 29. 선고 2000다3897 판결 등 참조).”고 본다. 이에 판례는 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자가 된다고 본다.³⁵⁾ 그러나 신탁계약에서 신탁사무를 처리함에 있어 수탁자가 위탁자의 수권행위에 의해 대리인이 된 것으로 이해하기는 어려울 것이다. 물론 신탁계약의 체결하면서 위탁자가 수탁자에게 신탁사무 등을 처리함에 있어 수권행위를 통해 포괄적인 대리권을 수여하였다면 수탁자가 자신의 이름으로 법률행위를 하였지만 상대방 또한 그 효과가 수탁자가 아닌 위탁자와 거래를 하는 것으로 이해하였다면 계약당사자는 수탁자가 아닌 위탁자로 보아야 할 것이다. 결국 대리권의 존부(표현대리까지 포함)에 따라 그 법률행위의 유효·무효여부는 달라질 것이고, 그에 따라 저당권의 무효여부 또한 달라질 것이다.

34) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결 등.

35) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44059 판결.

또한 수탁자가 위탁자의 수입인으로서 법률행위를 통해 채무를 부담하고 수탁자인 수입인이 피담보채무를 부담하지 않기로 하는 저당권자와의 합의를 수입인의 위임인에 대한 민법 제688조 제2항에 의한 대변제청구권의 행사로 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 대변제청구권으로 보기 위해서는 위임관계가 인정되어야 한다. 위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제680조). 신탁과 위임계약의 유사한 점은 수탁자와 수입인이 사무를 처리하여야 할 계약상의 의무가 존재한다는 점, 본래 취지에 따라 선량한 관리자의 주의(이하 “선관주의”)로 사무처리를 처리하여야 한다는 점, 부득이한 사유없이 제3자에게 사무를 위임할 수 없는 점, 위임의 보고의무(민법 683조)와 신탁의 장부 및 그 밖의 서류의 열람 또는 복사를 청구하거나 설명을 요구할 수 있는 권리(신탁법 제40조 제1항), 위탁자와 위임인의 신뢰를 바탕으로 하기 때문인 수탁자와 수입인은 어느 정도 재량을 가지고 독립적으로 사무를 처리하게 된다는 점 등이다.³⁶⁾ 위임계약의 내용으로 처분되는 재산은 여전히 위임인의 소유이고 수입인에게 재산이 이전되지 않는다는 점은 신탁과의 차이로 볼 수 있다.³⁷⁾ 위임사무로 인한 이득은 위임인이 가져가지만 신탁사무로 인한 이득은 위탁자나 수탁자가 아닌 수익자에게 귀속된다는 점을 강조하면 위임은 위임인 중심의 제도라고 할 수 있고 신탁은 수익자 중심의 제도라고 할 수 있다. 그러나 위탁자와 신탁자가 신탁관계에 있다고 하여 위임관계가 당연히 배제되지는 않을 것이다. 따라서 신탁사무처리 중 일부에 대해서는 위임관계에 놓이는 것으로 해석할 여지도 있다. 그런데 위탁자와 수탁자가 위임관계에 놓인다는 전제가 성립하는 경우에도 수탁자가 피담보채무를 부담하지 않는다는 의사에서 대변제청구권을 행사한 것으로 볼 것인지는 다른 차원의 문제이고 특별한 사정이 없는 한 그러한 해석을 도출하기는 어려울 것이다.

마지막으로 수탁자가 피담보채무를 부담하지 않기로 하는 저당권자와의 합의를 수탁자가 저당권자에게 부담하는 채무를 위탁자가 면책적으로 인수한 것으로 볼 수는 없는지 등이 문제된다. 그러나 면책적 채무인수(이하 ‘채무인수’)는 위탁자와 수탁자가 합의를 해야 하며, 그에 대한 채권자의 승낙이 필요하게 되는데 채무가 발생하기도 전에 그러한 면책적 채무인수계약의 합의를 할 수 있을 것인지가 문제된다. 생각건대 장래에 발생할 채무에 대한 채무인수계약의 합의도 충분히 가능하다고 판단된다. 그런데 어느 경우에 수탁자와 위탁자 사이에 수탁자가 부담하는 채무를 위탁자가 채무를 인수한 것으로 볼 것인지가 애매하며, 수탁자가 피담보채무를 부담하지 않기로 하는 합의를 채무인수의 승낙으로 볼 수 있을 것인지에 대한 해석이 필요하게 된다. 특별한 사정이 없는 한 위탁자의 채무인수합의를 인정하기는 어려울 것이며, 채권자의 채무인수에 대한 승낙 또한 엄격하게 해석할 필요가 있다는 점에서 채무인수법리에 의해 수탁자가 채무로부터 면책되기는 어려울 것이다.

36) 수탁자가 부담하는 선관주의의무와 재량 등이 수입인이 부담하는 그것보다 재량의 범위는 넓고 신뢰의 정도는 깊으며 선관주의의무는 고도의 것이라고 한다(이연갑, “위임과 신탁: 수입인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제22권 제1호, 한국사법학회, 2015, 29면).

37) 신탁과 위임의 차이점은 이연갑, “위임과 신탁: 수입인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제22권 제1호, 한국사법학회, 2015, 24면 이하 참조.

2. 파산면책의 법리의 유추: 자연채무로의 전환(사건)

자연채무란 합의나 형평에 따라 처음부터 소권이 없거나 민사채무의 소권이 박탈된 형태일 뿐 여전히 채무자는 자연채무를 이행할 수 있고 채권자는 이를 수령할 수 있다.³⁸⁾

자연채무의 개념을 부정하는 견해도 있으나 일부 학설³⁹⁾과 판례는 자연채무 개념을 인정한다. 자연채무 개념을 긍정하는 견해에서도 자연채무의 효력에 대하여는 여러 논의가 있다. 그러나 어느 경우든 채무자가 임의로 이행한 급부의 반환을 부당이득으로 청구하지 못한다고 한다. 또한, 자연채무를 기초로 한 상계·담보의 설정·경개나 준소비대차 계약의 체결·채권양도와 채무인수를 인정하는 견해가 다수의 견해로 보인다.⁴⁰⁾

우리나라에서는 자연채무의 유형으로 부채소 합의를 한 채권·채무의 존재에도 불구하고 채권자가 입증을 하지 못하여 패소판결이 확정된 채무·승소의 종국판결 이후에 채권자가 소를 취하한 채무·소멸시효가 완성한 채무 등이 논의되고 있다.

대법원은 “본안에 대한 종국판결이 있는 후 소를 취하한 자는 동일한 소를 제기하지 못한다. 그러나 그 실체법상의 권리가 소멸하는 것은 아니고 단지 상대방에 대하여 의무의 이행을 소구할 수 없을 뿐이다. 따라서 상대방이 실체법상의 의무를 면하게 되었음을 전제로 하는 부당이득반환 청구는 부당하다”라고 판시함으로써 자연채무의 법적 성질에 대해 실시하였다.⁴¹⁾ 서울지방법원 북부지원은 “가집행선고부 승소 판결이 있는 후 소를 취하하면 그 승소판결은 실효되어 다시 소구할 수 없게 된다. 그러나 채무 그 자체가 소멸하는 것이 아니므로 채무자가 임의로 이행하면 유효한 변제가 되고, 채권자는 그 채권을 자동채권으로 상계할 수 있는 등 소위 자연채무로 남는다고 할 것이다. 따라서 채무자가 이행한 급부가 부당이득이 된다고 할 수 없다”라고 하여 자연채무의 개념을 정면으로 사용하였다.⁴²⁾

한편 채무자회생법에 따라 회생절차·개인회생절차·개인파산절차를 마친 채무는 면책된다. 그러나 채무자회생법은 면책의 효력에 관해 “책임을 면한다”라고 규정하고 있을 뿐이어서 그 법적 의미에 대해 견해의 차이가 있다. 자연채무설은 채무자를 면책하는 결정이 있더라도 면책채무의 책임만이 소멸하는 결과 자연채무의 형태로 존속한다고 본다. 반면 채무소멸설은 면책 결정으로 채무 그 자체가 소멸한다고 해석한다. 면책의 효력에 관한 두 견해의 차이는 면책채무를 둘러싼 실제적·절차적 법률관계에 광범위한 영향을 미친다. 자연채무설은 책임의 면제에 관한 법문의 규정에 주목한다. 즉 회생절차·파산절차·개인회생절차를 거쳐 면책 결정을 받은 채무(이하 ‘면책채무’라 한다)는 책임만이 소멸하여 소구력과 집행력이 박탈된 결과 자연채무의 형태로 존속한다고 한다. 반면 채무소멸설은 채권자의 현실적인 추심의 위험성과 채무자의 구제에 방점을 두어 채무자를 면책하는 결정이 있으면 책임 아닌 채무 그 자체가 소멸한다고 본다. 즉 자연채무설은 채무자

38) Fenet(P. A.), 『Recueil complet des travaux préparatoire du Code Civil』, t.1, 1968, p. 280 ff.; Brinz(Alois), 『Lehrbuch der Pandekten』, 3.Aufl., Bd.2, 1884, §219.

39) 곽윤직, 『채권총칙(제6판)』, 박영사, 2020, 61면; 김상용, 『채권총론』, 화산미디어, 2016, 80면; 송덕수, 『채권법총론』, 박영사, 2013, 26면; 장경학, 『채권총론』, 교육과학사, 1992, 89면.

40) 상세한 설명은 서순택, 『자연채무에 관한 연구』, 성균관대학교 박사학위논문, 2007, 187면 이하.

41) 대법원 1969. 4. 22. 선고 68다1722 판결.

42) 서울지방법원 북부지원 1985. 11. 7. 선고 84가합1090 판결.

를 면책하는 합의나 법원의 결정이 있으면 채무 그 자체가 아니라 책임만이 소멸한다는 견해이다.⁴³⁾ 책임소멸설이라고 부르기도 한다. 이 견해에 따르면 면책채무는 자연채무가 되어 채권자는 채무자에게 그 이행을 강제할 수 없다. 다만 책임이 면제된다는 의미가 소구력만을 잃는다는 것인지 집행력도 함께 잃는다는 것인지는 불분명하다. 우리나라에서 자연채무 긍정설을 취하는 경우 책임 중에서 소구력이 없는 채무를 자연채무로, 집행력이 없는 채무를 책임 없는 채무로 부르기 때문이다.⁴⁴⁾

대법원은 구 회사정리법상 정리계획 인가 결정에 따른 면책의 효력에 관하여 “채무 자체는 존속하지만 회사에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미라고 봄이 상당하다. 정리채권의 신고 기간 내에 정리채권 신고를 하지 아니하고 정리계획 인가 결정이 되면 정리채권은 실권된다. 따라서 채권자의 채권은 채무자에 대한 관계에서 자연채무 상태로 남게 된다.”라고 하여 자연채무설의 입장에서 서 있다.⁴⁵⁾ 대법원은 구 도산 3법인 파산법·화의법·회사정리법이 2005. 3. 31. 채무자회생법으로 통합된 이후에도 “채무자회생법 제566조 본문에서 말하는 면책이란 채무 자체는 존속하지만, 파산채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미이다. 따라서 파산채무자에 대한 면책 결정이 확정되면 면책된 채권은 통상의 채권이 가지는 소 제기 권능을 상실한다”라고 판시하여 자연채무설의 태도를 견지하였다.⁴⁶⁾ 헌법재판소는 “정리채권자가 정리채권을 법원이 정한 신고 기간 내에 신고하지 않아 정리계획에 포함되지 않은 채 채무자가 면책되는 경우의 법률 효과에 관하여는 채무가 절대적으로 소멸한다는 견해와 채무 자체는 존속하나 회사에 대하여 이행을 강제할 수 없는 자연채무로 남는다는 견해가 대립한다. 채무자에게 면책 결정이 있더라도 보증인이 회사에 대해 부담하는 채무는 아무런 영향을 받지 않으므로, 면책채무는 자연채무의 형태로 존속한다고 봄이 타당하다. 따라서 채권자의 채권이 실권되었다고 하더라도 여전히 자연채무의 형태로 존속하는 이상 그에 대한 압류 및 추심명령이 무효라고 단정할 수 없다”라며 학설의 대립에 관한 부분까지 상세히 판시하였다.⁴⁷⁾

그렇다면 자연채무에 대하여 담보권을 설정·이전·실행할 수 있는가. 이 문제는 민법·민사소송법·민사집행법 전반에 걸친 어려운 문제이다.

채무자회생법은 인적·물적 담보권에 관해 여러 특별한 규정을 두고 있다. 즉 회생절차·개인파산

43) 노영보, 『도산법 강의』, 박영사, 2018, 473면; 전대규, 『채무자회생법(제3판)』, 법문사, 2019, 1189면.

44) 곽윤직, 앞의 책, 61면.

45) 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다3122 판결.

46) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다28173 판결. 나아가 서울고등법원은 “채무자에 대한 면책 결정이 있으면 채무자는 채권자에 대한 채무에 관하여 책임이 면제된다. 이에 따라 채권자의 채권은 자연채무가 되어 통상의 채권이 가지는 소제기의 권능과 집행력을 상실하게 되었다 할 것이다”라고 하여 면책채무는 소구력 외에 집행력도 상실한다고 판시하였다. 서울고등법원 2015. 7. 17. 선고 2015나2019672(미상고 확정).

47) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바59 전원재판부 결정. 헌법재판소 역시 구 회사정리법상 미신고 채권의 실권 규정에 관하여 “정리채권자가 신고 기간 내에 책임 있는 사유로 신고를 하지 아니함으로써 정리계획에 포함되지 아니한 정리채권과 확정된 정리계획의 규정에 의하여 감면되거나 변경된 정리채권에 대하여만 예외적으로 회사가 채무의 전부 혹은 일부에 대한 이행책임을 면할 뿐이다. 따라서 면책된 정리채권은 자연채무의 형태로 존속하고, 보증인·물상보증인 등 회사와 함께 채무를 부담하는 자에 대한 권리는 정리계획에 의하여 아무런 영향을 받지 아니하고 언제나 그 전부를 행사할 수 있다”라고 판시하여 자연채무설을 채택하였다. 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 93헌바5·58 전원재판부 결정.

절차·개인회생절차에서 채무자를 면책하는 결정이 있더라도 채권자의 보증인과 물상보증인에 대한 권리에는 영향을 미치지 않는다(채무자회생법 제250조 제2항, 제567조, 제625조 제3항).

개인파산절차에서 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·동산 및 채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 담보권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가진다(채무자회생법 제411조). 그리고 별제권자는 파산절차에 의하지 아니하고 별제권을 행사할 수 있다(채무자회생법 제412조). 그런데 채무자회생법은 회생절차와 달리 개인파산절차에서 별제권의 면책 또는 소멸 여부에 대한 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이에 대해 판례는 “채무자회생법 제566조는 ‘면책을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다.’라고 규정하면서 같은 법 제411조의 별제권자가 채무자에 대하여 가지는 파산채권을 면책에서 제외되는 청구권으로 규정하고 있지 아니하므로, 같은 법 제564조에 의한 면책 결정의 효력은 별제권자의 파산채권에도 미친다. 따라서 별제권자가 별제권을 행사하지 아니한 상태에서 파산절차가 폐지되었다고 하더라도, 같은 법 제564조에 의한 면책 결정이 확정된 이상, 별제권자였던 자로서는 담보권을 실행할 수 있을 뿐 채무자를 상대로 종전 파산채권의 이행을 소구할 수는 없다.”라고 판시하였다.⁴⁸⁾ 즉 별제권자는 피담보채권이 면책되어 채무자에게 이행의 청구를 할 수는 없고, 단지 별제권을 행사(담보권의 실행)할 수 있을 뿐이다.

현재 우리 판례의 파산면책에 관한 대법원 판례의 법리를 고려하면 저당권설정자인 수탁자와 저당권자의 합의로 수탁자가 채무를 부담하지 않는다는 명문의 규정을 두는 경우에는 저당권자에 의한 면책으로 보고 그 채무는 자연채무가 되므로 저당권자는 수탁자에게 소구할 수는 없으나 담보권인 저당권은 소멸되지 않아 담보권 실행을 하는데 지장을 주지 않는다는 정도의 해석을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

IV. 가족신탁과 유류분

유류분 제도는 법정상속주의와 유언자유주의의 절충안으로서 유류분이란 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하여 법률상 상속인 등에게 귀속되는 것이 보장된 상속재산 중의 일정비율, 즉 상속재산 중 상속인 등에게 유보되는 몫을 의미한다. 유류분권은 위와 같이 유보된 몫을 취득할 수 있는 지위로서 상속이 개시되기 전에 있어서는 이를 피보전권리로 하는 보전처분을 청구할 수 없고, 유류분권에 기한 가등기를 할 수도 없으며, 양도 및 포기할 수도 없다. 유류분의 부족(또는 침해)은 피상속인의 증여 또는 유증의 결과 유류분권자의 유류분에 부족이 생기게 된 것, 즉 유류분권자가 상속에 의하여 실제로 취득하는 재산의 가액이 유류분액에 미달하게 되는 것을 뜻하고, 유류분반환청구는 피상속인의 증여 및 유증으로 인하여 유류분권을 가지는 상속인의 유류분에 부족이 생긴 경우에 그 부족한 한도 내에서 증여 및 유증재산의 반환을 청구하는 것을 의미한다.⁴⁹⁾ 한편, 유류분권자의 이러한 권리는 신탁을 통한 상속의 경우에도 보장된다. 신탁을 통한

48) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다27219 판결.

상속은 상속법의 영역 안에서 허용되는 것이고 상속법이 예정한 질서를 벗어나는 결과를 가져오는 것은 허용되지 않는다는 것이 다수의 견해이다⁵⁰⁾. 현행 신탁법은 2012년 신탁법 개정으로 가족신탁의 유형으로 사후신탁이라는 유언신탁 외에 생전신탁이라 불리는 유언대용신탁을 입법화하였다. 신탁법 개정시에도 유언대용신탁의 경우 사실상 유언과 동일한 효과를 발생시키므로 상속법과의 충돌이 문제될 수 있다는 것이 대두되었고, 이에 대해 상속법과의 관계에 대해 명시적으로 규정을 두는 방법도 생각할 수 있으나, 해석론으로 충돌 없이 해결 가능하므로 별도의 규정을 두지 않았다고 한다⁵¹⁾. 결국 신탁으로 인한 상속으로 인해 유류분이 침해된 경우에 유류분 부족액을 어떻게 계산해야 하는지, 유류분반환청구의 상대방은 누구인지, 유류분반환청구의 대상은 무엇인지에 대해 다양한 해석론이 전개되고 있으며 이에 대해서는 확립된 대법원 판례⁵²⁾나 다수설도 없다⁵³⁾. 이하에서는 각 신탁의 유형에 대해 간략히 살펴본 후 각 신탁방식에 따른 유류분 부족액 산정방식, 유류분반환청구의 상대방, 유류분반환청구의 대상에 대해 지금까지 정리된 학설을 바탕으로 논의하기로 한다.⁵⁴⁾

- 49) 조성필, “판례를 중심으로 한 유류분 실무”, 인권과 정의 제466호, 대한변호사협회, 2017, 82면.
- 50) 권재문, “연이은 유증과 수익자연속 신탁의 관계: 유류분 반환의 법률관계를 중심으로”, 입법과 정책 제7권 제2호, 국회입법조사처, 2015, 338면; 이근영, “신탁법상 재산승계제도와 상속”, 법학논총 제32집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 220면; 임채웅, “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”, 인권과 정의 제397호, 대한변호사협회, 2009, 139면; 정소민, “신탁을 통한 재산승계와 유류분반환청구권”, 한양법학 제28권 제2집, 한양법학회, 2017, 218면; 최수정, “개정신탁법상의 재산승계제도-유언대용신탁과 수익자연속신탁을 중심으로-”, 법학논총 제31집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 78면; 엄복현, “신탁제도와 유류분반환청구권과의 관계”, 가족법연구 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 176면 이하; 이관형, “상속형 신탁과 유류분의 관계”, 법학논고 제79집, 2022, 101면 이하. 반면에 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 기업승계”, 기업법연구 제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015, 20면에 의하면 신탁의 종류가 유언신탁인지 또는 유언대용신탁인지에 따라 유류분제도의 적용 여부가 달라질 수 있다고 한다. 상세한 것은 후술 참조.
- 51) 법무부, 신탁법 개정안 해설, 2010(이하 ‘신탁법 개정안 해설’이라 한다), 469-470면.
- 52) 1심 판결(수원지방법원 성남지원. 2020. 1. 10. 선고 2017가합408489 판결)에서 신탁재산은 유류분 반환청구의 대상이 되지 않는다는 결론을 내린 바 있으나, 2심(수원고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나11380 판결)에서는 그 부분에 대한 판단을 유보하였다. 즉 2심은 “이 사건 신탁재산이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되는지 여부와 무관하게 어떠한 경우라도 원고들의 유류분 부족액이 발생하지 않는다”고 보아서 원고청구를 기각하였고, 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 이 사건 신탁재산이 포함되는지 여부를 따로 판단하지 않았다. 이 판결에 대한 평석은 최수정, “유언대용신탁과 유류분의 관계-한국과 일본의 하급심판결에 대한 비교검토를 통하여”, 人權과正義 제493호, 대한변호사협회, 2020 및 이관형, 앞의 논문 참조.
- 53) 이러한 활발한 논의는 유언대용신탁과 관련하여 활발하게 이루어지고 있다.
- 54) 김상훈, “유언대용신탁의 현황과 과제 : 유류분과의 관계를 중심으로”, 가족법연구 제35권 제1호, 한국가족법학회, 2021, 150면에서는 “상속형 신탁은 체결 당시 위탁자, 즉 피상속인의 의사대로 자유롭게 사전에 자산승계를 설계할 수 있다는 이점이 있어 전통적인 자산승계 방식인 증여 및 유증보다 활용도가 높을 것으로 기대하였으나, 유류분과의 충돌문제에서 특별한 차이점이 존재하지 않고, 무엇보다도 유연하고 다양한 신탁유형에 적용되는 세계 제도의 미비 때문에 활성화하기 어렵다.”고 지적하였다.

1. 신탁유형

(1) 유언신탁(신탁법 제3조 제1항 제2호)

제3조(신탁의 설정)

① 신탁은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 설정할 수 있다. 다만, 수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁(이하 "목적신탁"이라 한다)은 「공익신탁법」에 따른 공익신탁을 제외하고는 제3호의 방법으로 설정할 수 없다.

2. 위탁자의 유언

유언은 유언자가 자기의 사망과 동시에 재산관계나 신분관계에 대하여 일정한 법률효과를 발생시킬 목적으로 일정한 방식에 따라 행하는 단독의 의사표시이다. 위탁자는 유언의 방법으로도 수탁자, 신탁재산, 수익자 등을 정하여 신탁을 설정할 수 있다⁵⁵⁾. 이러한 신탁을 유언신탁이라고 하며, 유언신탁은 2012년 신탁법 개정 이전에도 신탁법에서 규정하고 있던 신탁이다. 신탁법은 유언신탁의 방법에 대하여 특별한 요건을 요구하지 않으나, 민법 제1060조는 “유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생기지 아니한다.”라고 규정하여 법정방식주의를 채택하고 있으므로, 유언신탁 역시 이에 따라야 할 것으로 보인다⁵⁶⁾. 유언신탁도 민법상 유증과 마찬가지로 신탁할 특정의 재산을 지정하는 형태와 신탁재산 전부 또는 그 중 일정한 비율을 정하여 신탁하는 형태 모두 가능하다⁵⁷⁾. 유언은 민법 제1108조에 따라 유언자가 생존 중에 언제든지 자유롭게 유언의 전부 또는 일부를 철회할 수 있으므로, 유언신탁의 경우에도 위탁자가 사망할 때까지 철회 또는 변경이 가능하다⁵⁸⁾. 유언은 민법 제1073조 제1항에 의하여 “유언자가 사망한 때”에 효력이 발생하므로, 유언신탁도 ‘위탁자가 사망한 때’에 효력이 발생하고, 정지조건이 있는 경우에는 정지조건이 성취된 때 효력이 발생한다(민법 제1073조 제2항)⁵⁹⁾. 유언신탁은 신탁재산이 위탁자 사망 후 유언이 집행됨으로써 수탁자에게 이전된다는 점에서 후술하는 유언대용신탁과 구별된다.

(2) 유언대용신탁(신탁법 제59조)⁶⁰⁾

제59조(유언대용신탁)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 신탁의 경우에는 위탁자가 수익자를 변경할 권리를 갖는다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

55) 신탁법 개정안 해설, 28면.

56) 이근영, 앞의 논문, 212면; 임채용, 앞의 논문, 135면.

57) 신탁법 개정안 해설, 29면; 이근영, 위의 논문, 212면.

58) 신탁법 개정안 해설, 29면; 이근영, 위의 논문, 212면.

59) 신탁법 개정안 해설, 29면; 이근영, 위의 논문, 212면.

60) 상세한 내용은 오영표, “언대용신탁의 활용과 실무상 쟁점”, 신탁연구 제2권 제2호, 2020, 58면 이하 참조.

1. 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁
 2. 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁
- ② 제1항제2호의 수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

상속절차의 투명성 확보, 전문적인 상속재산의 관리 등을 위하여 상속(유증)의 대체수단으로 신탁을 이용할 수 있도록 허용할 필요성이 대두됨에 따라 2012년 개정 신탁법은 유언대용신탁⁶¹⁾과 수익자연속신탁을 신설하였다. 먼저 유언대용신탁이란 위탁자가 자신이 사망한 때에 수익자에게 수익권을 귀속시키거나 수익자가 사망한 때부터 신탁이익을 취득할 수 있는 수익권을 부여하는 형태의 신탁을 의미한다. 위탁자(유언자)가 자신의 의사표시로 생전에 사망 후 상속재산의 귀속을 정한다는 점에서 민법상 유증과 동일한 효과를 낼 수 있다⁶²⁾. 유언대용신탁은 유언대용의 생전신탁(신탁법 제59조 제1항 제1호)과 위탁자 사망 후 수익채권이 발생하는 생전신탁(같은 항 제2호)으로 구분된다. 유언대용의 생전신탁은 위탁자의 사망 시점에 사후수익자가 수익권을 취득하는 취지의 정함이 있는 신탁으로, 위탁자의 생전에는 수익자가 따로 있고(피상속인 위탁자가 수익자인 경우가 많을 것임) 사후수익자는 위탁자의 사망 시에 비로소 수익자가 된다. 앞서 살펴 보았듯이 유언신탁과의 차이는 유언대용신탁에서 신탁은 위탁자의 생전에 이미 효력이 발생하여 존재하는 생전신탁이라는 점에 있다⁶³⁾. 위탁자 사망 후 수익채권이 발생하는 생전신탁이란 위탁자의 사망 이후에 사후수익자가 신탁재산에 관한 급부를 받는 취지의 정함이 있는 신탁이다. 생전신탁이라는 점에서는 유언대용의 생전신탁과 마찬가지로, 위탁자의 생전부터 수익자가 있는 유언대용의 생전신탁과 달리 사후수익자가 유일한 수익자이지만 신탁재산에 관한 급부청구권은 위탁자의 사망 이후에만 행사할 수 있다⁶⁴⁾.

(3) 수익자연속신탁(신탁법 제60조)

제60조(수익자연속신탁)

신탁행위로 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로 수익권을 취득하도록 하는 뜻을 정할 수 있다. 이 경우 수익자의 사망에 의하여 차례로 타인이 수익권을 취득하는 경우를 포함한다.

수익자연속신탁이란 수익자 사망시에 당해 수익권이 소멸하고, 다른 자가 새로이 수익권을 취득하거나 순차적으로 다른 자에게 수익권이 귀속되는 형태의 신탁을 의미한다. 수익자연속신탁

61) 한편, 새로 도입된 신탁을 유언대용신탁이라고 명명하는 것이 타당한지에 관한 논의도 있으나, 신탁법에서 위 신탁을 ‘유언대용신탁’이라고 규정하고 있고 다수의 견해도 ‘유언대용신탁’이라고 표현하므로 이하에서는 ‘유언대용신탁’이라는 용어를 사용하기로 한다. 위 논의에 대한 상세한 내용은 최수정, 앞의 논문, 69-70면; 이근영, 위의 논문, 214-216면 참조.

62) 신탁법 개정안 해설, 467-468면.

63) 신탁법 개정안 해설, 468면.

64) 신탁법 개정안 해설, 469면; 최준규, “유류분과 신탁”, 민사판례연구 38, 박영사, 2016, 1130면.

에서 수익자는 반드시 신탁 설정 시에 특정되어 있거나 현존할 필요가 있는 것은 아니므로, 수익자의 수익자가 순차적으로 연속하는 형태의 신탁도 허용된다⁶⁵⁾. 또한, 수익자연속신탁은 유언신탁의 방법으로도 가능하고 유언대용신탁의 방법으로도 가능하다. 수익자연속신탁이 가능한지 여부에 대해 개정전 신탁법상에서는 명문의 규정이 없어 논의가 있었다. 즉, 위탁자가 살아 있는 생전신탁의 경우에는 수익자가 연속하는 형태의 신탁을 인정하는데 별 문제가 없으나, 위탁자가 죽은 후의 재산관계를 규율하는 유언형의 수익자연속신탁의 경우 민법상 유증 규정 등을 고려하여 허용할 것인지 견해의 대립이 있었다. 그러나 개정 신탁법은 수익자연속신탁에 관한 위와 같은 학설상 논란을 입법적으로 해결하기 위해 수익자연속신탁이 가능하다는 명시적 규정을 신설하였다⁶⁶⁾.

2. 유류분반환과 관련된 문제

(1) 유언대용신탁

가. 유류분 부족액의 산정방법

1) 논의의 전제

우리 민법상 유류분 부족액 산정방법은 다음과 같다.

유류분 부족액 = 유류분액[유류분 산정의 기초가 되는 재산(A) × 유류분권자의 유류분을(B)] - 유류분권자의 특별수익액(C) - 유류분권자의 순상속액(D)

A = 상속개시시의 적극재산 + 증여재산 - 상속채무액

유류분 산정의 기초가 되는 재산(A)은 상속개시시의 적극재산에 증여재산을 더하고 여기에 상속채무액을 공제한 것을 의미한다. 상속개시시의 적극재산(이하 ‘상속재산’이라 한다)에는 상속인과 제3자에 대한 유증, 미이행증여⁶⁷⁾, 사인증여⁶⁸⁾가 모두 포함되며, 증여재산에는 상속인에 대한 이행증여와 제3자에 대한 상속개시 전 1년 이내에 행한 이행증여⁶⁹⁾가 포함된다. 한편, 유언대용신탁에서 유류분 산정의 기초가 되는 재산을 신탁재산으로 볼 것인지 아니면 수익권으로 볼

65) 신탁법 개정안 해설, 473면.

66) 신탁법 개정안 해설, 473-474면.

67) 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다13682 판결.

68) 유류분반환청구에 있어 사인증여의 경우에는 유증의 규정이 준용될 뿐만 아니라 그 실제적 기능도 유증과 달리 볼 필요가 없으므로 유증과 같이 보아야 할 것이다(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001다6947 판결).

69) 유류분권자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여는 상속개시 1년 이전에 행한 증여이더라도 포함된다(민법 제1114조 후문).

것인지가 문제된다.

2) 학설

가) 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 해당하지 않는다는 견해(이하 '1설')⁷⁰⁾

이 견해는 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 상속재산에 포함되지 않고 증여재산으로 볼 수도 없으므로 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 아예 포함되지 않는다고 한다. 위탁자가 재산을 수탁자에게 신탁하게 되면 그 재산은 그 때부터 위탁자의 소유가 아니라 수탁자의 소유가 되므로 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 상속개시시에 피상속인(위탁자)이 가진 재산이 아니라고 한다. 또한 유언대용신탁에 있어서 신탁재산을 위탁자가 수탁자에게 증여한 재산으로 볼 수도 없다고 한다. 민법 제1113조가 말하는 '증여재산'이란 상속개시 전에 이미 증여계약이 이행되어 소유권이 수증자에게 이전된 재산을 가리키는 것인데⁷¹⁾, 위탁자가 유언대용신탁으로 수탁자에게 신탁재산을 이전할 때 사후수익자에게 실제로 이전된 재산은 아무 것도 없다는 측면에서⁷²⁾ 신탁재산을 위탁자가 사후수익자에게 증여한 재산으로 볼 수도 없다고 한다.

여기에 더하여 유류분의 제한을 받게 되는 유언신탁이 기존에 신탁법상에 존재하였음에도 불구하고 개정 신탁법에서 유언대용신탁을 신설한 취지, 유류분 제도가 헌법상의 원칙이나 기본권에 해당하지 않으므로 민법과 신탁법의 우열관계는 일반적인 법률의 충돌 및 해석의 문제로 해결해야 한다는 점, 신탁법은 사법적 법률관계를 규율하는 민법의 특별법인 점(특별법 우선의 원칙) 등에 비추어 보면, 유언대용신탁이 유류분에 우선하는 특별한 제도라고 한다.

나) 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 해당한다는 견해

이 견해는 유류분 산정의 기초가 되는 재산이 신탁재산인지 또는 수익권인지에 따라 크게 신탁재산설과 수익권설로 구분되며, 각 학설 안에서도 신탁재산 또는 수익권을 상속재산으로 볼지 또는 증여재산으로 볼지에 따라 견해가 나뉜다.

① 신탁재산설

(가) 신탁재산이 상속재산에 포함된다는 견해(이하 '2설')

70) 김상훈, 앞의 논문, 17-20면; 김순석, "신탁을 활용한 중소기업의 경영권 승계 방안에 관한 연구-유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 활용을 중심으로", 법학논총 제36집 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 394면.

71) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결.

72) 사후수익자는 단지 피상속인(위탁자)의 사후에 수익을 얻을 수 있는 기대권을 받았을 뿐이라고 한다.

이 견해는 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 상속개시시 피상속인(위탁자)이 가진 재산에 포함된다는 견해이다. 비록 형식적으로는 유언대용신탁 설정에 따라 신탁재산이 위탁자로부터 수탁자에게 이전되었지만, 위탁자가 원칙적으로 자유롭게 수익자를 변경할 수 있는 점, 위탁자는 신탁행위로 달리 정하지 않는 한 언제든지 유언대용신탁을 종료시키고 신탁재산을 위탁자 명의로 복귀시킬 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 결국 유언대용신탁의 위탁자는 실질적인 의미에서 여전히 신탁재산을 지배하고 소유권에 견줄 수 있는 권리를 가진다고 한다. 그러므로 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 상속개시시 피상속인(위탁자)이 가진 재산에 포함되어 유류분산정의 기초재산이 된다고 한다.⁷³⁾

(나) 신탁재산은 상속재산에 포함되지는 않으나 증여재산에 포함된다는 견해(이하 ‘3설’)

이 견해는 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 이미 수탁자에게 이전되었고 이러한 신탁재산은 위탁자인 피상속인의 고유재산과도 구분되는 독립성을 가진다는 점에서 위 신탁재산은 피상속인(위탁자)이 상속개시시 가지고 있던 재산에 포함되지 않는다고 한다. 그러나 신탁계약도 신탁재산의 이전이라고 하는 측면에서는 무상·편무계약이므로, 피상속인(위탁자)이 상속개시전의 1년 간에 신탁을 설정하거나 유류분권리자에게 손해가 될 것을 알고서도 설정하였다면 신탁재산은 증여재산으로서 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되어야 한다고 한다.⁷⁴⁾

② 수익권설

(가) 수익권이 상속재산에 포함된다는 견해(이하 ‘4설’)

이 견해도 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 이미 수탁자에게 이전되었고 이러한 신탁재산은 위탁자인 피상속인의 고유재산과도 구분되는 독립성을 가진다는 점에서 위 신탁재산은 피상속인(위탁자)이 상속개시시 가지고 있던 재산에 포함되지 않는다고 한다. 그러나 유언대용신탁에서 위탁자는 실질적으로 수익자에게 수익권을 유증 또는 사인증여한 것이므로, 수익권의 가액이 상속재산에 포함된다고 한다⁷⁵⁾⁷⁶⁾.

73) 정소민, 앞의 논문, 224-225면.

74) 이근영, 앞의 논문, 224면; 최수정, 앞의 논문, 79-80면.

75) 임채웅, “신탁과 유류분에 관한 연구”, 사법 41호, 사법발전재단, 2017, 132면; 최준규, 앞의 논문, 1133-1141면; 엄복현, 앞의 논문, 176면 이하. 한편, 위 견해를 소개하면서 임채웅 변호사, 최준규 교수의 견해도 ‘5설’라고 소개하는 문헌이 있다(정구태, “신탁제도를 통한 재산승계-유류분과의 관계를 중심으로-”, 인문사회 21 제9권 1호, (사)아시아문화학술원, 2018, 660면; 정소민, 앞의 논문, 225면). 그러나 임채웅 변호사, 최준규 교수의 논문에서 수익권의 가액을 증여재산에 포함시킨다고 명백하게 언급한 부분은 없다. 두 논문 모두 신탁재산이 아닌 수익권의 가액이 유류분 산정의 기초재산이라고만 설시할 뿐이다. 오히려 두 논문 모두 수익자에게 수익권을 유증 또는 사인증여한 것이라고 보고 있는데, 유류분 부족액 산정방식에서 살펴보면 유증 또는 사인증여되는 재산은 증여재산이 아닌 상속재산에 해당하므로, 논리의 흐름상 위 두 논문은 수익권을 증여재산이 아닌 상속재산에 포함시킨 것으로 보고 있다고 여겨진다.

76) 최준규 교수는 원칙적으로 이 견해를 취하되, 이 견해를 따르는 것이 불가능하거나 유류분권자에게 현저히 부당하다는 등의 특단의 사정이 있는 경우에는 신탁재산을 증여재산에 포함시키고, 유언대용신탁의

(나) 수익권은 상속재산에 포함되지 않으나 증여재산에 포함된다는 견해(민법 제1114조 적용부정설, 이하 '5설')

이 견해도 유언대용신탁에 있어서 신탁재산은 이미 수탁자에게 이전되었고 이러한 신탁재산은 위탁자인 피상속인의 고유재산과도 구분되는 독립성을 가진다는 점에서 위 신탁재산은 피상속인(위탁자)이 상속개시시 가지고 있던 재산에 포함되지 않는다고 한다. 그러나 수익자가 수익권을 증여 받은 것으로 보아 이를 유류분 산정의 기초가 되는 재산액(A)에 산입하게 되는데, 이 때 산입될 증여는 '수익자가 취득한 수익권의 가치'로 보아야 한다고 한다. 수익자가 유언대용신탁을 통해 수익권을 취득하는 시기는 위탁자의 사망 시이므로 실질에 있어서 사인증여와 유사하고, 따라서 신탁이 피상속인(위탁자) 사망 1년 이내에 이루어졌는지 여부는 중요하지 않고 언제나 수익자의 수익권은 산입될 증여에 해당한다고 한다⁷⁷⁾.

3) 검토

가) 1설에 대한 비판적 검토

1설은 기존에 유언신탁이라는 제도가 있음에도 불구하고 개정 신탁법이 유언대용신탁을 규정한 취지를 적극 고려하고, 신탁재산 자체는 생전신탁에 의해 수탁자에게 이미 이전되었으므로 상속재산이 아니라고 한 점을 명확히 하였다는 점에서 의미가 있다.

그러나 이 견해는 신탁계약을 통해 궁극적으로 이득을 얻는 자는 수탁자가 아니라 수익자라는 점, 즉 피상속인(위탁자)으로부터 무상으로 재산을 이전받는 자는 수익자인 점, 수익자는 그 수익권을 실질적으로 승계 받는 것이므로 그 수익권을 상속재산에 간주하여 포함시킬 수 있다는 점을 간과하고 있는 것으로 보인다⁷⁸⁾. 또한 이 견해를 취할 경우 유언대용신탁이 유류분을 회피하는 수단으로 악용되어 유류분제도가 형해화 될 염려가 있다⁷⁹⁾.

실질을 고려해 신탁재산의 이전시점을 불문하고 증여재산으로 산입하여야 한다고 주장한다. 자세한 사항은 최준규, 앞의 논문, 1141면 이하 참조.

77) 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구-본질과 독립재산성”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2016, 276-277면(이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할 - 신탁의 공익적 기능에 주목하여”, 서울대학교 법학 제61권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2020 또한 참조); 정구태, 앞의 논문, 661-663면. 이 견해는 민법 제1114조 적용을 부정하고 있기 때문에 결론에 있어서는 실질적으로 4설과 동일하다. 한편, 수익권은 상속재산에 포함되지 않으나 증여재산에 포함된다고 하면서 민법 제1114조의 적용을 긍정하는 견해는 찾지 못하였다.

78) 임채웅, 앞의 논문(주69), 136면; 최준규, 앞의 논문, 1136면. 한편, 정소민, 앞의 논문, 230면도 수익자에게로 승계되는 실질을 수익권이 아닌 신탁재산으로 보고 있기는 하지만, 유언대용신탁의 실질을 주목하여야 한다고 주장한다.

79) 1설도 이와 같은 점을 인식하여 유언대용신탁이 중소기업의 가업승계 수단으로 활용되는 경우에 한해 서만 유류분이 적용되지 않는 것으로 입법화할 필요가 있다고 한다. 다만, 현재는 입법이 되지 않았으므로 가업승계 뿐만 아니라 모든 상속에 있어서 유언대용신탁이 유류분제도를 피해갈 수 있게 되었다고 하면서, 유류분제도의 잠탈 목적으로 유언대용신탁이 이루어진 경우 공서양속에 반하는 것으로 볼 여지도 있다고 한다. 자세한 내용은 김상훈, 앞의 논문, 20-21면 참조.

나) 2설에 대한 비판적 검토

이 견해는 유언대용신탁의 경우 위탁자의 사망시 해당 신탁재산이 상속재산으로부터 이탈되는 것이 확정되므로⁸⁰⁾ 그 실질은 사인증여와 유사하다는 생각과 일맥상통한다⁸¹⁾. 즉 이 견해는 유언대용신탁에 있어서 신탁재산의 이전을 생전의 처분이라는 형식적인 측면이 아닌 유증 또는 사인증여라는 실질적인 측면에서 접근하였다는 점에서 의미가 있다. 또한, 이 견해에 의하면 신탁계약에 따른 등기시점에 따라 신탁재산이 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입되는지 여부가 달라지는 불합리한 결과도 피할 수 있다.⁸²⁾

그러나 이 견해는 유언대용신탁의 설정에 의해 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전된다는 신탁법상의 법리를 경시한 점이 있다. 즉, 유언대용신탁의 경우 이미 피상속인의 재산은 수탁자에게 이전되었고, 이와 같은 신탁재산은 위탁자인 피상속인은 물론 수탁자의 고유재산과도 구분되는 독립성을 가진다. 그러므로 신탁재산은 피상속인이 상속개시시에 가지고 있던 재산에 포함될 수 없다⁸³⁾.

다) 3설에 대한 비판적 검토

이 견해 역시 2설처럼 유언대용신탁에 있어서 신탁재산의 이전을 생전의 처분이라는 형식적인 측면이 아닌 유증 또는 사인증여라는 실질적인 측면에서 접근하였다는 점에서 의미가 있다. 또한, 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전된다는 신탁법상의 법리도 존중하고 있다는 점에서도 의미가 있다.

그러나 이 견해의 전제는 신탁계약을 신탁재산의 이전이라는 측면에서 무상·편무계약으로 보고 있다는 것인데, 신탁계약을 통한 신탁재산의 이전을 무상처분으로 볼 수는 없다⁸⁴⁾. 수탁자는 신탁행위에 의해 허용된 특수한 경우가 아닌 한 신탁재산을 고유재산으로 할 수 없고(신탁법 제34조 제1항 제1호), 신탁의 이익을 누릴 수도 없으며(신탁법 제36조), 잔여재산 수익자나 귀속자의 지위를 겸하는 특수한 경우가 아닌 한 신탁이 종료되면 신탁재산의 소유권을 상실하게 된다. 이와 같은 신탁법리에 의할 때 수탁자가 신탁재산을 취득한 것을 무상취득이라고 보기는 어렵다⁸⁵⁾.

80) 위탁자는 생전에는 언제든지 유언대용신탁을 종료시키고 신탁재산을 위탁자 명의로 복귀시킬 수 있기 때문이다.

81) 최준규, 앞의 논문, 1138-1139면.

82) 최준규, 앞의 논문, 1140면.

83) 김상훈, 앞의 논문, 18면; 이계정, 앞의 논문, 276면; 정구태, 앞의 논문, 662면; 최수정, 앞의 논문, 80면. 이에 대해 이 견해를 취하는 정소민 교수는 일반적으로 신탁재산의 독립성을 중시하는 해석론이 타당하지만 유언대용신탁의 경우는 그 특수성을 고려해야 한다고 반박한다. 자세한 내용은 정소민, 앞의 논문, 226-227면 참조.

84) 김상훈, 앞의 논문, 18면.

85) 권재문, 앞의 논문, 349면; 최준규, 앞의 논문, 1143면.

라) 4, 5설에 대한 비판적 검토 및 소결

위와 같은 1 내지 3설의 비판점과 유언대용신탁의 실질, 신탁법과 민법 법리의 조화 등을 고려할 때 유언대용신탁에 있어서 유류분 산정의 기초가 되는 재산은 신탁재산이 아닌 수익권(그 중에서도 4설)이라고 보는 것이 현재의 입법론 및 해석론상으로 그나마 최선인 것으로 생각된다.

물론 수익권설 역시 다음과 같은 비판을 받는다.

첫째, 수익권이 유류분 산정의 기초재산이 되면 신탁재산이 유류분 산정의 기초재산이 되는 경우보다 유류분 산정의 기초재산이 적어지게 되어 유류분권리자 보호에 미흡하다는 비판이 있을 수도 있다. 그러나 이에 대해서는 수익권의 가액의 신탁재산의 가액보다 항상 낮다고 단정할 수 없다는 취지의 반론이 가능하다⁸⁶⁾. 나아가 유언대용신탁이라는 제도를 신설한 취지를 감안할 때, 수익권에 대한 유류분 반환청구가 가능한 상태에서 유류분권자를 더 두텁게 보호하기 위해 유언대용신탁이 형해화될 수 있을 정도로 유류분 반환청구를 인정하는 것이 반드시 타당한 결론인지도 의문이다.

둘째, 유언대용신탁에서 수익자에게 발생하는 수익권은 위탁자 사후에 발생하는 권리(또는 재산)으로서 한 번도 위탁자의 재산에 속한 적이 없으므로, 수익자가 위탁자로부터 수익권을 사인증여 받았다고 보기 어렵다는 비판이 있을 수도 있다. 이에 대해서는 위탁자가 수익자변경권을 갖고 있었으므로 위탁자 사망 후 발생할 수익권 상당의 경제적 가치가 위탁자 사망 직전에 위탁자의 상속재산을 구성하다가 수익자가 확정적으로 수익권을 취득하는 즉시 수익자에게 이전한다고 보는 것이 가능하다는 취지의 반론이 가능하다⁸⁷⁾.

셋째, 수익자가 없는 공익신탁이나 목적신탁의 경우 수익권설을 따르면 유류분반환청구가 불가능하다는 비판이 있을 수 있다. 이에 대해서는 위탁자가 귀속권리자를 지정한 경우라면 공익신탁 종료시 그에게 잔여재산이 귀속될 것이므로 원본수익자가 지정된 경우에 준하여 수익권설을 적용할 수 있다는 반론이 가능하다⁸⁸⁾. 나아가 공익신탁이나 목적신탁으로 인해 유류분권리자가 보호받지 못한다고 하여 신탁재산을 무리하게 유류분 산정의 기초재산으로 삼는 것이 과연 타당한지에 관해서도 의문이 있다. 유류분 제도의 취지를 고려해볼 때 유류분 산정시 고려되는 증여(유증, 사인증여를 포함하여)인지를 판단하는 국면에서 중요한 것은 재산이전 자체의 무상성보다는 재산이전을 통해 누가 무상의 이익을 얻었는지인데⁸⁹⁾, 공익신탁이나 목적신탁의 경우 수탁자가 무상의 이익을 얻었다고 보기도 어렵고, 수익자가 특정되어 있다고 보기도 어렵다. 특히 유언대용신탁은 생전신탁으로서 위탁자가 사망하기 수십년 전에 설정하는 것도 가능한데, 수십년 전에 공익신탁이 행해졌음에도 불구하고 신탁재산이라는 이유로 유류분반환청구가 가능하도록 하는 것은 위탁자의 의도나 신탁법의 취지를 지나치게 훼손하는 것이라고 생각된다.

한편, 수익권설 중 5설은 수익권을 증여재산으로 보되, 민법 제1114조의 적용을 부정하므로 결론에 있어서는 4설과 동일하다. 앞에서 보았듯이 5설은 ‘수익자가 유언대용신탁을 통해 수익권

86) 권재문, 앞의 논문, 344면.
87) 최준규, 앞의 논문, 1146면.
88) 권재문, 앞의 논문, 344면.
89) 최준규, 앞의 논문, 1142면.

을 취득하는 시기는 위탁자의 사망 시이므로 실질에 있어서 사인증여와 유사하고, 따라서 신탁이 피상속인(위탁자) 사망 1년 이내에 이루어졌는지 여부는 중요하지 않고 언제나 수익자의 수익권은 산입될 증여에 해당한다'고 한다. 이러한 이론 구성은 결국 유언대용신탁의 실질을 수익권의 유증 또는 사인증여로 보는 것인데, 유증 또는 사인증여라면 위탁자의 사망시 수익권으로 표창되는 가치가 위탁자의 재산에 포함되어 있었다는 것이다. 그렇다면 수익권을 증여재산으로 산입하는 것은 논리상 일관되지 않는다고 생각한다.

따라서 수익권을 상속재산으로 산입하는 4설의 견해를 취하기로 하되, 공익신탁 등으로 유류분권자에게 불리한 경우가 있더라도 신탁재산을 유류분 산정의 기초재산으로 봄 없이 4설의 견해를 유지하는 것이 타당하다고 생각된다. 이 경우 수익권의 가치를 평가하는 방법은 민법 제 1113조 제2항을 준용하여 감정인에 의하여 평가할 수 있다.

나. 유류분반환청구의 상대방

4설을 따를 경우 논리의 흐름상 수익자를 상대로 유류분반환청구를 하는 것이 타당한 것으로 생각된다⁹⁰⁾. 신탁재산설(2, 3설)을 취하더라도 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 자는 결국 수익자이므로, 유류분권자는 원칙적으로 수익자를 상대로 반환청구를 하는 것이 타당하는 견해가 다수인 것으로 보인다⁹¹⁾.

다. 유류분반환청구의 대상

4설을 따를 경우 논리의 흐름상 수익자를 상대로 수익권 중 일부 지분의 이전을 청구하는 것이 타당하다. 유류분반환청구시 원물반환이 원칙인 점을 고려할 때 수익권을 원물로 보아 해당 지분을 이전받는 것이 타당한 것으로 생각된다⁹²⁾. 신탁재산설을 취하더라도 신탁목적의 달성을 어렵게 만들어 신탁의 종료를 초래하게 하는 것은 신탁의 존속이라는 관점에서 타당하지 않으므로 신탁재산의 원물반환이 아닌 가액반환을 주장하고 있는데⁹³⁾, 결국 가액반환이라는 것은 수익권의 평가와 크게 다르지 않은 것으로 생각된다⁹⁴⁾.

90) 이계정, 앞의 논문, 277면; 임채웅, 앞의 논문, 139면; 정구태, 앞의 논문, 663면; 최준규, 앞의 논문, 1153면.

91) 정소민, 앞의 논문, 230면; 최수정, 앞의 논문, 81면. 반면에 형식적으로는 수탁자가 신탁재산을 취득하는 것이고, 유류분반환청구의 대상도 신탁재산의 이전이므로, 유류분반환청구의 상대방도 수탁자라는 견해에 대해서는 이근영, 앞의 논문, 226면 참조.

92) 이계정, 앞의 논문, 279면; 임채웅, 앞의 논문, 138면; 정구태, 앞의 논문, 665면; 최준규, 앞의 논문, 1134면.

93) 이근영, 앞의 논문, 227-228면; 정소민, 앞의 논문, 231면; 최수정, 앞의 논문, 82면.

94) 물론 여기서의 가액반환은 신탁재산의 가액이긴 하나, 신탁재산의 가액과 수익권의 가액이 큰 차이가 나는 경우는 많지 않을 것으로 생각된다.

(2) 유언신탁

가. 유류분 산정의 기초가 되는 재산

유언신탁의 효력은 유언의 효력발생시기인 유언자의 사망한 때 발생한다. 유언자가 사망하면 상속인은 신탁재산을 포함한 피상속인의 상속재산을 포괄적으로 승계하되, 유언의 효력이 발생함에 따라 유언신탁의 내용대로 수탁자에게 신탁재산을 이전할 의무를 부담한다. 즉, 유언신탁에서는 신탁재산이 상속재산에 언제나 포함된다는 것은 상속의 법리상 명백하다. 따라서 유언신탁에 있어서 유류분 산정의 기초가 되는 재산은 신탁재산이다⁹⁵⁾⁹⁶⁾.

나. 유류분반환청구의 상대방 및 반환대상

위탁자의 사망 시에 신탁재산이 상속재산에 포함되어 있었고, 신탁으로 인해 신탁재산이 수탁자 앞으로 이전되어 신탁재산의 가치만큼 상속재산의 감소가 있었다는 점에 비추어 볼 때, 유류분권자는 수탁자에게 신탁재산의 가치에 대하여 유류분반환청구를 할 수 있다고 보아야 한다⁹⁷⁾.

다만, 위와 같은 입장을 취하면서도 유류분권자가 수익자를 상대로 수익권 반환청구를 하는 것을 굳이 불허할 이유도 없다는 견해도 있다. 앞의 입장을 고수할 경우 신탁재산을 수탁자와 유류분권자가 공유하게 되는 경우가 발생하고 이로 인하여 위탁자가 신탁을 통해 의도하였던 바를 달성하지 못하는 중대한 장애가 발생할 수 있기 때문에 신탁재산을 온전히 보전하고 신탁의 법률관계를 안정적으로 유지하기 위하여 수익자를 상대로 수익권 반환청구를 하는 것을 선택적으로 허용하자는 것이다⁹⁸⁾.

그러나 유언신탁의 경우 유류분산정의 기초가 되는 재산이 신탁재산이라고 하였음에도 불구하고 선택적으로 수익권에 대한 반환청구가 가능하다고 하는 것은 논리적으로 타당하지 않은 것으로 생각된다. 예를 들어, 신탁재산의 가치가 수익권의 가치보다 큰 경우에 유류분산정의 기초가 되는 재산은 신탁재산의 가치로 평가한 후 유류분반환청구로 수익권의 반환을 구하게 될 경우 수익자는 과도하게 수익권을 침해당할 염려도 발생한다⁹⁹⁾. 또한, 신탁법의 개정으로 유언대용신탁

95) 이계정, 앞의 논문, 282-283면; 정소민, 앞의 논문, 220면; 최준규, 앞의 논문, 1154-1155면.

96) 이에 대하여 유언신탁의 경우에도 유류분 산정의 기초가 되는 재산은 신탁재산이 아닌 수익권이라는 견해도 있다. 이 견해에 따르면 부동산을 유증한 경우, 상속개시 당시에는 부동산 그 자체가 상속재산으로 남아 있다고 하더라도, 결국에는 수유자에게 이전되고 그 부동산이 원물반환의 대상이 되는 것처럼, 신탁재산이 되어야 할 재산이 상속 당시에는 아직 신탁재산이 아니고 상속재산으로 남아 있다고 하더라도 이후 신탁이 결정되면 그에 따른 수익권이 유류분 청구 대상이 되어야 한다고 한다. 자세한 것은 임채웅, 앞의 논문, 136면 참조.

97) 이계정, 앞의 논문, 286면; 정소민, 앞의 논문, 222면; 최준규, 앞의 논문, 1155면.

98) 이계정, 앞의 논문, 287면; 정소민, 앞의 논문, 223, 239면; 최준규, 앞의 논문, 1156면.

99) 예를 들어, 신탁재산(이것이 상속재산의 전부이고, 다른 채무 등은 없음)의 가치가 100, 수익권의 가치가 50이고, 유류분권자가 직계비속 1명(수익자는 상속인이 아님)인 경우를 상정해 보자. 이 때 유류분권자의 유류분액을 신탁재산의 가치에 따라 산정할 경우 50이므로, 유류분권자가 수익자를 상대로 수익권을 유류분반환청구하게 될 경우 수익자는 가진 수익권 전부를 유류분권자에게 반환하여야 하는 불합리함이 발생한다. 이와 같은 불합리함을 막고자 유류분반환청구시 수익자에게 수익권 반환청구를 할 경우에

탁을 취하게 되면 충분히 신탁의 취지를 고려한 법률관계의 형성이 가능해진 상황에서 기존의 유언신탁에 대해서도 위와 같이 신탁의 법률관계를 중요시하는 해석이 필요한지도 의문이다.

(3) 수익자연속신탁

수익자연속신탁은 앞서 살펴보았듯이 유언신탁의 경우로도 가능하고, 유언대용신탁의 경우로도 가능하다. 따라서 수익자연속신탁의 경우 그 설정 방식에 따라 유언신탁이나 유언대용신탁과 유류분에 관한 일반적인 논의가 그대로 적용된다.

다만, 유언대용신탁으로 수익자연속신탁을 설정한 경우 수익권설에 따르면 제2수익자의 수익권의 가치도 유류분산정의 기초가 되는 재산에 해당하는지, 제2수익권자도 유류분반환청구의 상대방이 되고 반환의무를 부담하는지에 관하여 견해의 대립이 있다¹⁰⁰⁾.

비록 상속개시 시에 제2수익자가 수익권을 취득하지는 않았지만 재산적 가치를 갖는 기대권을 취득하였으므로, 가치평가에 어려움이 있다고 하더라도 제2수익자의 수익권 가치도 유류분산정의 기초재산으로 산입하는 것이 타당하다고 생각된다¹⁰¹⁾. 또한, 제2수익자는 현재 기대권만 취득하였을 뿐 실제 수익을 얻은 것은 아니므로 제2수익자에게도 실제 유류분반환청구가 가능한지 의문이 있으나, 수익권을 유류분산정의 기초재산으로 보고 수익권을 유류분반환청구의 대상으로 삼는 이상 제2수익자에게도 유류분반환청구는 가능하다고 보아야 한다. 다만, 제2수익자는 실제 수익을 얻은 것이 아니므로 제2수익자에게 그의 고유재산에 의한 유류분반환을 강제하는 것은 타당하지 않고¹⁰²⁾, 추후 제2수익자가 취득하게 될 수익권의 가치를 평가하여 이에 대하여 이전하는 형식이 바람직한 것으로 생각된다¹⁰³⁾.

3. 검토

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

유언대용신탁의 경우 유류분산정의 기초가 되는 재산은 수익권이며, 유언대용신탁의 실질은 수익권의 유증 또는 사인증여이므로 위 수익권은 상속재산에 해당하게 된다. 반환청구의 상대방은 수익자이고, 그 대상은 수익권의 이전청구 형태가 됨이 타당하다. 유언대용신탁의 도입 취지 등을 고려할 때 공익신탁과 같이 수익자가 존재하지 않거나 유류분권자에게 불합리한 경우가 존

는 유류분산정의 기초가 되는 재산을 수익권으로 하고, 수탁자에게 신탁재산 반환청구를 할 경우에는 유류분산정의 기초가 되는 재산을 신탁재산으로 하자고 할 수도 있으나, 이와 같은 선택적 유류분반환청구가 가능하다고 할 이론적 근거를 쉽게 찾기는 어려울 것으로 생각된다.

100) 신탁재산설을 취하는 견해는 신탁재산을 유류분산정의 기초재산으로 보고, 수탁자에게 유류분반환청구가 가능하므로 수익자연속신탁에서 제2수익자 여부가 유류분반환청구에 있어서 큰 문제가 되지 않을 것으로 보인다.

101) 임채웅, 앞의 논문, 146면; 최준규, 앞의 논문, 1159면.

102) 임채웅, 앞의 논문, 146면.

103) 이와 같은 번거로움을 피하고자 수익권설을 취하면서도 위와 같은 경우에는 예외적으로 수탁자에 대한 신탁재산의 반환청구를 허용해야 한다는 견해에 대해서는 최준규, 앞의 논문, 1160면 참조.

재하더라도 수탁자에 대한 신탁재산 이전청구 방식으로 유류분반환청구를 허용하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

유언신탁의 경우 유류분산정의 기초가 되는 재산은 신탁재산이고, 이는 상속재산에 해당하게 된다. 반환청구의 상대방은 수탁자이고, 그 대상은 신탁재산의 이전청구 형태가 됨이 타당하다.

수익자연속신탁의 경우 설정 방식에 따라 유언신탁 또는 유언대용신탁의 논의가 그대로 적용될 수 있다. 제2수익자의 수익권 가치도 유류분산정의 기초가 되는 재산에 해당되고, 유류분권자는 제2수익자에 대하여 장래 발생할 제2수익권의 이전을 구할 수 있다.

살펴보았듯이 신탁제도와 유류분 관련하여서는 다양한 해석론이 존재한다. 신탁법 개정시에도 특히 유언대용신탁의 경우 사실상 유언과 동일한 효과를 발생시키므로 상속법과의 충돌이 문제될 수 있다는 것이 대두되었고, 이에 대해 상속법과의 관계에 대해 명시적으로 규정을 두는 방법도 생각할 수 있으나, 해석론으로 충돌 없이 해결 가능하므로 별도의 규정을 두지 않았다고 한다¹⁰⁴⁾. 그러나 신탁제도가 새로운 재산승계의 방법으로 널리 이용되기 위해서는 신탁과 유류분의 관계에 대한 명확한 입법이 반드시 필요하다고 생각된다.

104) 신탁법 개정안 해설, 469-470면.

[토론문]

가족신탁에 있어 신탁법과 민사법의 교차에 관한 토론문

오 영 표*

* 별 첨 *

* 신영증권 변호사

제 3 주제

해외 후견신탁 연구와 국내 시사점

발표 매 광 렬 (사단법인 온을 변호사)

토론 박 인 환 (인하대 교수)

해외 후견신탁 사례와 국내 시사점

배 광 열*

I. 들어가며

신탁은 안전한 재산관리 수단으로서 다른 제도와 비교하기 어려운 장점들을 지니고 있다. 같은 이유로 판단능력이 부족해 스스로 자신의 재산을 관리하기 어려운 사람들이 신탁을 활용하면, 안전하고, 자신에게 필요한 곳에 재산을 사용할 수 있을 것이다. 같은 목적으로 판단능력이 부족한 사람이 자신의 의사대로 안정적으로 생활할 수 있게 지원하는 제도로 성년후견제도가 존재한다. 후견인은 피후견인이 자신의 뜻대로 자신의 삶에 대한 결정을 할 수 있게 지원하고, 만약 피후견인이 그와 같은 결정을 하기 어렵다면, 보충적으로 그를 대리하는 방식으로 지원한다. 요컨대, 신탁은 안전한 “재산관리”에 초점을 맞추고 있다면, 후견은 안전한 “재산관리와 생활”에 초점을 맞추고 있는 것이다. 이 때문에 후견제도와 신탁은 상호 보완하거나 보충적인 성격을 갖고 있고, 양자를 적절히 활용하려는 시도가 계속되고 있다. 대표적으로 후견인이 권한을 남용하여 피후견인의 재산을 유용하는 등 부정행위를 저지르지 않도록 통제하는 수단으로 신탁을 활용하려는 시도가 있고, 피후견인의 권리를 과도하게 제한하는 후견제도를 최대한 회피하면서 피후견인이 안전하게 생활할 수 있는 수단으로 신탁을 활용하려는 시도가 있다. 우리나라 역시 양자의 관점에서 창의적으로 신탁을 활용하려는 시도가 계속되고 있다. 이에 본고에서는 후견인의 부정방지를 목적으로 일본에서 시행되고 있는 후견제도지원신탁과 후견을 사용하지 않더라도 장애인의 재산을 자신의 뜻대로 안전하게 사용할 수 있게 하는 미국의 특별수요신탁을 간단하게 살펴보고, 필자가 경험한 후견과 연관된 신탁사례들을 소개하고자 한다. 그리고 일천한 경험과 지식에도 불구하고, 감히 현재 이와 관련한 우리나라의 신탁 실무의 문제점을 지적하고, 개선방안을 제안하고자 한다.

II. 해외 후견신탁 및 후견대체제도로써 신탁제도 활용 현황

1. 일본 후견제도지원신탁 등

(1) 후견제도지원신탁 도입배경 및 의의

* 사단법인 온을 변호사

일본은 2012년경부터 전문가가 아닌 후견인에 의한 부정행위가 사회적인 문제로 대두되기 시작했다. 한 해 후견인에 의한 피해액이 약 50억 엔(한화 약 500억 원)에 이르게 된 것이었다. 그러나 가정재판소의 한정된 자원으로 충실한 후견감독을 실시하는 것은 무리가 있다는 평가가 이어졌고, 성년후견이나 미성년후견이 개시된 경우, 후견인의 부정방지를 위해 피후견인의 재산을 신탁하도록 하는 후견제도지원신탁이 도입되었다¹⁾²⁾. 가정재판소가 성년후견이나 미성년후견을 개시하면서 후견인에게 후견제도지원신탁 가입을 명하면, 후견인은 일상생활에 필요한 비용을 제외한 나머지 돈을 신탁하게 된다. 그리고 신탁재산을 사용하기 위하여는 별도로 가정법원의 지시서³⁾를 받아야 한다⁴⁾. 일단 피후견인의 일상생활과 관련한 비용을 제외한 다른 재산을 신탁하고, 법원의 지시서를 받아야만 사용할 수 있게 통제함으로써 후견인의 부정행위 시도를 상당수 차단할 수 있었다. 그 결과 일본에서 후견인의 부정행위 건수와 피해액 모두 급감하였으며, 2022년에는 총 191건, 피해액은 7.5억 엔(한화 약 75억 원)에 불과하여, 2014년 총 831건, 피해액 56.7억엔(한화 약 567억 원)과 비교하면 피해건수는 약 1/4, 피해액은 약 1/8수준으로 감소하였음을 알 수 있다⁵⁾.

표 1 일본 후견인 부정사례(2011-2022, 괄호는 피해액)

연도	2011	2012	2013	2014	2015	2016
전문가	6 (1.3억엔)	18 (3.1억엔)	14 (0.9억엔)	22 (5.6억엔)	37 (1.1억엔)	30 (0.9억엔)
전문가외	305 (32.1억엔)	606 (45억엔)	648 (44억엔)	809 (51.1억엔)	484 (28.6억엔)	472 (25.1억엔)
합계	311 (33.4억엔)	624 (48.1억엔)	662 (44.9억엔)	831 (56.7억엔)	521 (29.7억엔)	502 (26억엔)
연도	2017	2018	2019	2020	2021	2022
전문가	11 (0.5억엔)	18 (0.5억엔)	32 (2억엔)	30 (1.5억엔)	9 (0.7억엔)	20 (2.1억엔)
전문가이외	283 (13.9억엔)	232 (10.8억엔)	169 (9.2억엔)	155 (6.4억엔)	160 (4.6억엔)	171 (5.4억엔)
합계	294 (14.4억엔)	250 (11.3억엔)	201 (11.2억엔)	185 (7.9억엔)	169 (5.3억엔)	191 (7.5억엔)

1) 杉山文洋, 森本健, 「大阪家庭裁判所における「後見制度支援預金」の利用状況等」, 『實踐 成年後見』제78호, 2019.1., p.12.

2) 참고로 후견인의 부정행위 방지를 위해 후견제도지원신탁과 더불어 일본은 후견인을 원칙적으로 제3자 전문가를 선임하는 실무가 확립되었다. 이에 2022년 개시된 후견사건 39,546건 중 친족이 후견인으로 선임된 것은 7,560건에 불과하고, 제3자가 선임된 것은 32,004건으로 전체의 81%를 차지한다. 제3자는 변호사 8,682건, 사법서사(법무사) 11,764건, 사회복지사 5,849건, 사회복지협의회 1,432건, 시민후견인 271건, 기타 법인 2,259건으로 구성되어 있다[일본 최고재판소 사무총국 가정국 『成年後見關係事件の概況-令和4年1月~12月-(성년후견관계사건의 현황-2022년1월~12월-)』, 2023, p.10]

3) 한국에서 후견인이 법원의 허가를 받는 것과 같은 절차이다.

4) 일본 최고재판소 사무총국 가정국, 『後見制度支援信託等の利用状況等について-令和3年1月~12月-(후견제도지원신탁등의 이용현황 등에 대하여 - 2021년1월~12월)』, 2022

5) 일본 최고재판소 사무총국 가정국, 『後見人等による不正事例(후견인 등의 부정사례)』, 2022

표 2 일본 후견인 부정사례 현황

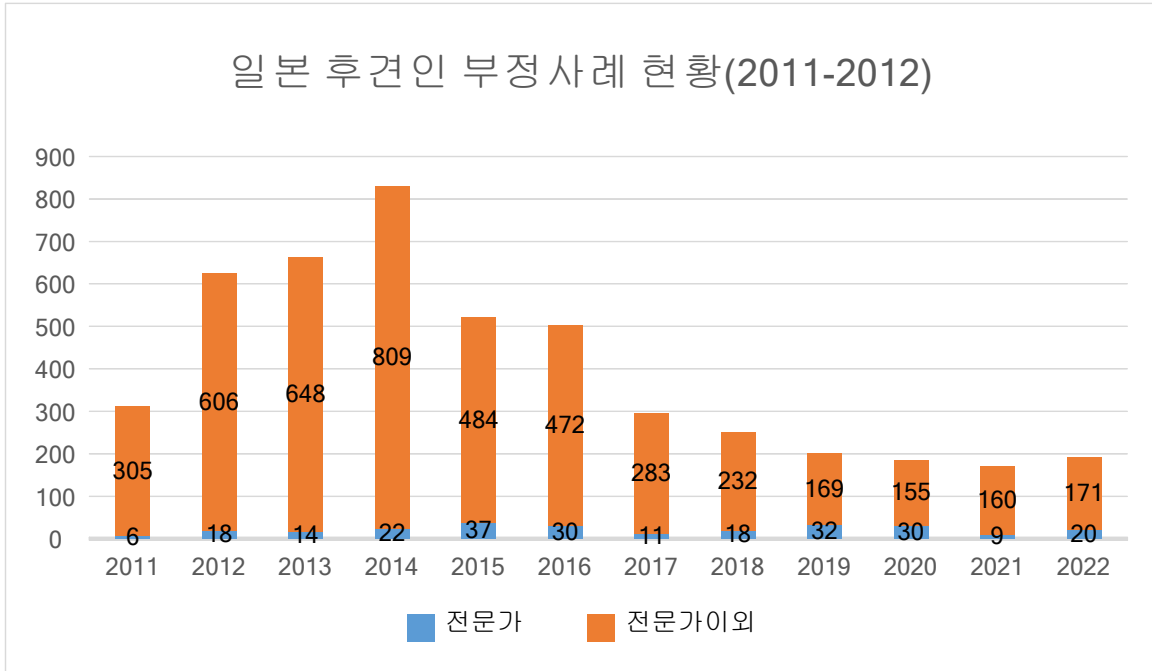
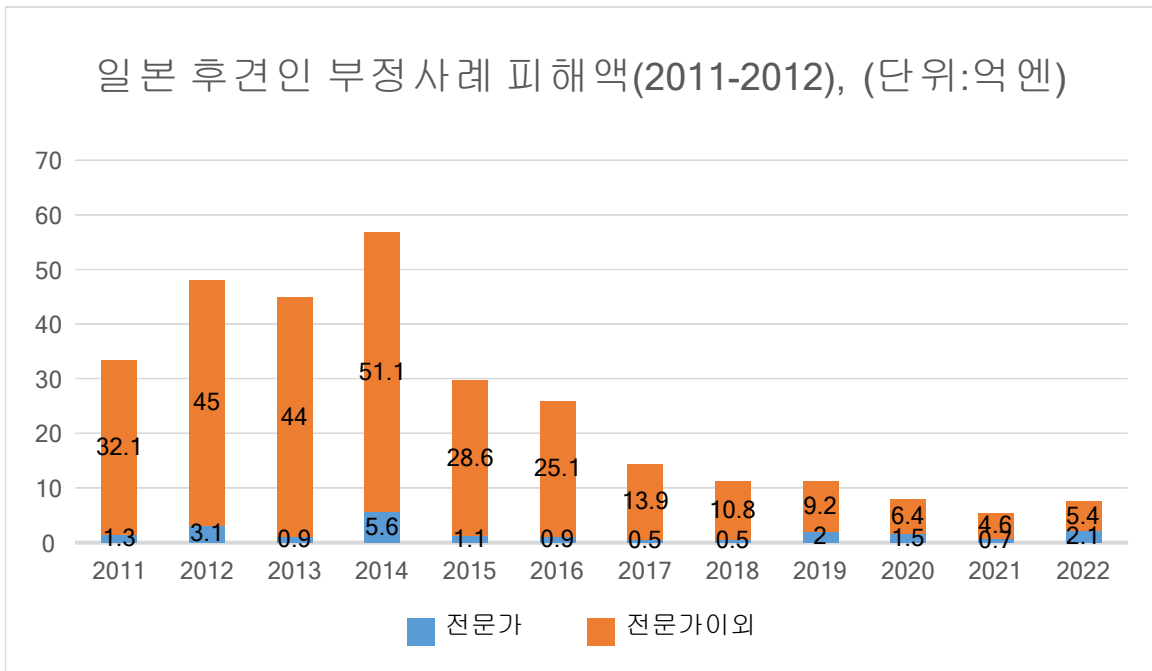


표 3 일본 후견인 부정사례 피해액



참고로 후견제도지원신탁은 성년후견과 미성년후견에만 적용되고, 보조나 보좌에는 적용되지 않는다. 그러나 일본의 경우 성년후견이 전체의 72%를 차지하고 있기 때문에⁶⁾ 성년후견에 적용하

1. 6) 2022년 12월 31일 기준 일본에서 후견이 개시된 자는 총 245,087명인데, 그 중 성년후견이 개시된 자는 178,316명(약72%), 보좌가 개시된 자는 49,134명, 보조가 개시된 자는 14,898명, 임의후견이 개

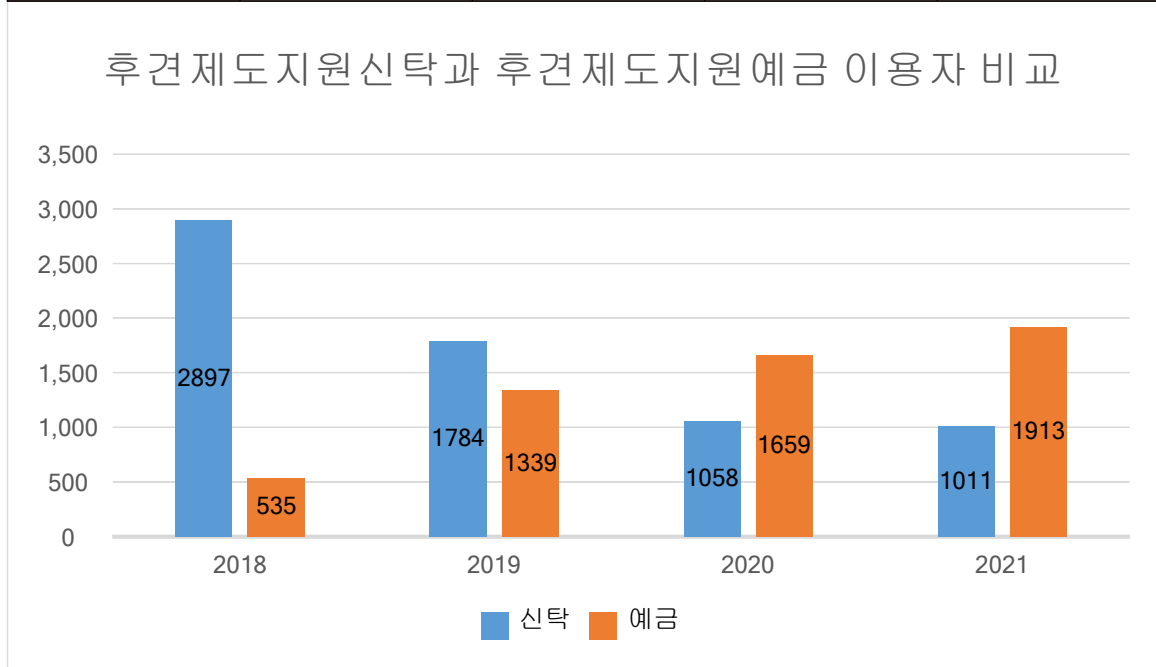
는 것만으로도 후견인의 부정방지에 큰 영향을 미치고 있다.

(2) 일본 후견제도지원예금

후견제도지원신탁은 일본의 신탁은행들이 수탁자가 되어야 하는데, 신탁은행들이 대도시에만 소수의 지점을 운영하여 대도시에 거주하지 않는 자들은 이용하는 것이 곤란하다는 지적이 지속적으로 이루어졌다⁷⁾. 이에 일본 법원은 전국에 존재하는 신용조합 등 금융기관들과 협약을 맺고, 후견제도지원예금을 개발하였다⁸⁾. 후견제도지원예금의 내용은 후견제도지원신탁과 대부분 동일하나, 신탁계약을 체결하는 대신 “후견제도지원예금” 상품에 가입해야 한다는 정도의 차이가 있다. 후견인이 후견제도지원예금에 예치된 금전을 사용하기 위하여는 법원의 지시서가 필요하고, 성년 후견과 미성년후견만 적용되며, 보좌나 보조, 임의후견은 적용대상이 아니라는 점도 후견제도지원신탁과 동일하다. 이 때문에 후견제도지원예금이 도입된 이후부터 일본에서는 후견제도지원신탁보다 후견제도지원예금이 더 많이 활용되고 있다.

표 4 후견제도지원신탁과 후견제도지원예금 이용자 비교

연도	2018	2019	2020	2021
신탁	2,897명	1,784명	1,058명	1,011명
예금	535명	1,339명	1,659명	1,913명



시된 자는 2,739명이다[일본 최고재판소 사무총국 가정국 『成年後見關係事件の概況-令和4年1月~12月 - (성년후견관계사건의 현황-2022년1월~12월-)』, 2023, p.13].

7) 平田 晃史, 「成年後見における預貯金管理に関する勉強会報告書の概要」, 『實踐 成年後見』제78호, 2019.1., p.6.

8) 예컨대, 오사카의 경우 오사카의 5개 신용협동조합과 협약을 체결하였다고 한다[杉山文洋, 森本健(주) p.13.]

(3) 후견제도지원신탁 및 후견제도지원예금 이용현황

성년후견제도지원신탁에 2021년 1월부터 12월까지 1년간 신규로 가입한 자⁹⁾는 총 1,011명이고, 신탁재산액은 약 417억 4,600만 엔이며, 1인당 평균 신탁재산액은 약 4,129만 엔이라고 한다. 2012년 2월부터 2021년 12월까지 후견제도지원신탁을 이용한 사람의 누계는 총 28,273명이다.

성년후견제도지원예금에 2021년 1월부터 12월까지 1년간 신규로 가입한 자는 총 1,913명이고, 예금재산액은 약 527억 5,000만 엔이며, 1인당 평균 예금액은 2,757만 엔이라고 한다. 후견제도지원예금이 도입된 2018년 1월부터 이 상품을 이용한 사람의 누계는 총 5,446명이다.

성년후견제도지원신탁이나 예금에 가입된 재산액의 누계는 약 1조 1,090억 7,500만 엔(한화 약 11조907억 5,000만 원)에 이른다.

참고로 후견제도지원신탁의 보수는 신탁은행마다 다른데, 무보수로 운용하는 곳이 다수를 점하고, 일부 수수료를 수취하더라도 월 3-4만 원 선으로 저렴한 편이다¹⁰⁾.

표 5 후견제도지원신탁 및 예금 이용자수

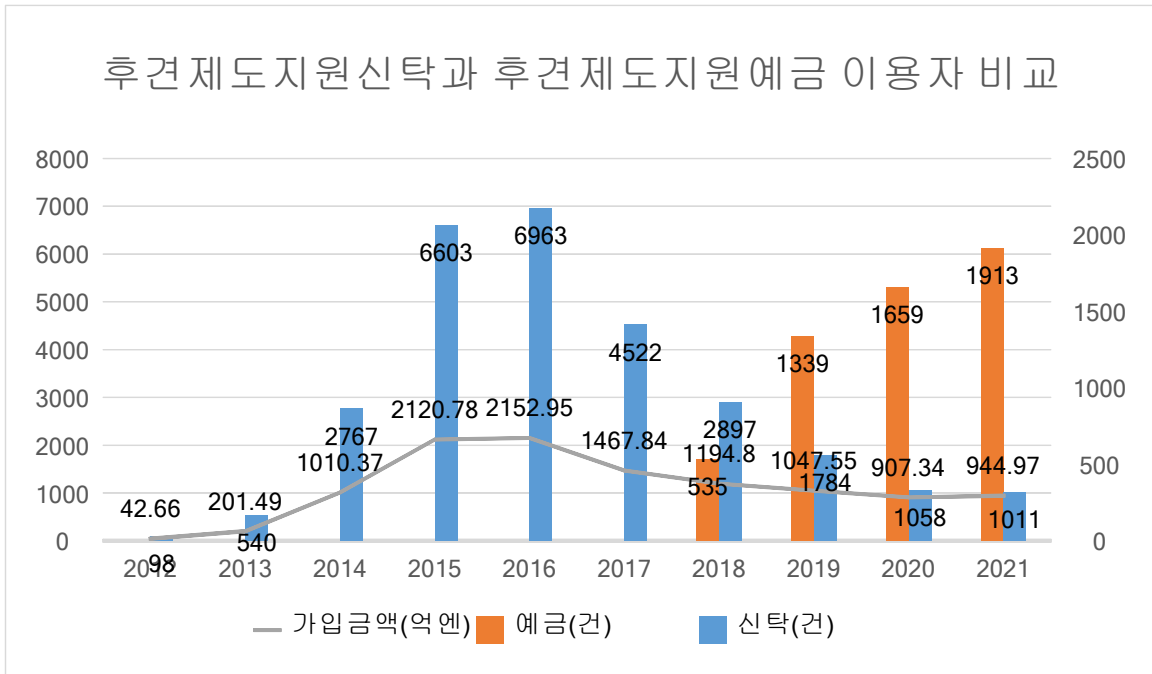
연도	2012	2013	2014	2015	2016
신탁	98명	540명	2,767명	6,603명	6,963명
예금	-	-	-	-	-
연도	2017	2018	2019	2020	2021
신탁	4,552명	2,897명	1,784명	1,058명	1,011명
예금	-	535명	1,339명	1,659명	1,913명

표 6 후견제도지원신탁, 예금 가입금액

연도	2012	2013	2014	2015	2016
가입액	42억6,600만 엔	201억4,900만 엔	1,010억3,700만 엔	2,120억7,800만 엔	2,152억9,500만 엔
누적액	42억6,600만 엔	244억1,500만 엔	1,254억5,200만 엔	3,375억3,000만 엔	5,528억2,500만 엔
연도	2017	2018	2019	2020	2021
가입액	1,467억8,400만 엔	1,194억8,000만 엔	1,047억5,500만 엔	907억3,400만 엔	944억9,700만 엔
누적액	6,996억1,000만 엔	8,190억9,000만 엔	9,238억4,500만 엔	1조145억7,900만 엔	1조1,090억7,500만 엔

9) 성년후견이나 미성년후견이 개시된 자

10) 미쓰이 스미토모 신탁은행, 미쓰비시 UFJ신탁은행, 주고쿠 은행은 무보수로 상품을 운용하고 있고, 미즈호 신탁은행은 신탁재산이 1,000만 엔 이상인 경우에는 무보수로, 미만인 경우에는 32,400엔의 관리보수를 수취하며, 리소나 은행과 치바은행은 계약시 162,000엔, 계약 중 월 3,240엔을 보수로 받는다고 한다 (<https://isansouzoku-guide.jp/koukenseidosiensintaku> 최종확인: 2023.11.18.).



(4) 시사점

일본 후견제도지원신탁과 후견제도지원예금은 후견인의 부정행위 예방 및 법원의 감독부담을 경감하기 위해 신탁을 활용한 시도라는 점에서 의미가 있다. 그러나 일본 신탁은행에 대한 접근성이 낮다는 점에서 비판이 이어지자, 접근성이 좋은 신용금고에서 후견제도지원예금을 개발함으로써 보완이 이루어졌다. 후견제도지원예금이 도입되자 후견제도지원신탁의 이용비율은 확연하게 감소하고 있고, 도입 3년째인 2020년부터 후견제도지원예금 이용건수가 후견제도지원신탁을 따라잡았으며, 2021년에는 그 격차가 더욱 커졌다. 후견제도지원신탁 대신 후견제도지원예금을 널리 활용하려는 실마가 앞으로 더욱 공고해질 것으로 예상된다는 점은 우리나라의 후견과 신탁 분야에도 시사점을 준다.

만약 한국의 후견실무에 이와 비슷한 제도를 도입한다면 다음과 같은 점들에 대한 검토가 필요할 것이다. 먼저 일본의 후견제도지원신탁은 법원의 감독부담을 금융기관에 분담한 것이라는 점에서 적정한 것인지 의문이 없지 않다. 둘째, 전문가를 후견인으로 선임하고, 후견제도지원신탁 또는 예금을 가입하게 하는 것은 부정행위 방지를 위한 두터운 대책이라고 하기보다는 옥상옥(屋上屋)에 해당할 여지가 크다. 셋째, 후견신탁에 대한 보수와 전문가 후견인에 대한 보수를 중복으로 발생할 경우, 양자 모두 피후견인 재산에서 지출하게 될 것인데, 피후견인의 부담이 지나치게 커진다. 넷째, 일본은 후견개시심판시 전문가를 후견인으로 선임하고, 그로 하여금 후견제도지원신탁 또는 예금을 가입함으로써 재산관리의 안전을 확보한 뒤, 전문가는 사임하고 친족이 후견인으로 선임되는 형식으로 실무가 운영되고 있는데, 한국 역시 그와 같은 실무는 도입할만하다. 예를 들어 후견개시시점에서 친족들 사이에 분쟁이 있어 전문가를 후견인으로 선임하였더라도, 그 후 분쟁이 해결되거나 냉각된 경우에는 전문가로 하여금 피후견인의 주요 재산을 신탁하게 한 뒤 사

임하게 하고, 피후견인의 신상을 충실히 보호할 수 있는 친족을 후견인으로 선임하는 방법이 그것이다. 다만, 이를 위해서는 후견신탁상품을 취급하는 금융기관에 대한 신뢰와 신탁보수에 대한 일응의 합의가 필요할 것이다. 신탁보수가 전문가 후견인의 보수보다 비싸다면 법원이나 피후견인 입장에서 굳이 신탁을 활용할 필요가 없고¹¹⁾, 그렇다고 일본의 경우와 같이 무보수나 낮은 비용으로 신탁을 운영한다면, 신탁회사 입장에서 매력적이지 않을 수 있을 것이다.

1. 미국의 특별수요신탁(Special Needs Trust)

(1) 의의

미국의 특별수요신탁(Special Needs Trust, 이하 “SNT”이라고만 함)은 미국의 사회보장법 등 관계법률에 따라 제공되는 공적부조, 가령 사회보장급여, 장애연금, 의료보험급여 등을 지급하는 장애인에 대하여 그와 같은 공적부조로는 충족되지 못하는 추가 수요를 보충할 수 있는 제도로서, 그런 목적으로 형성된 장애인의 재산을 신탁하는 것을 말한다¹²⁾. SNT의 가장 큰 특징은 장애인이 공적부조 지급 자격을 유지하면서 신탁을 통해 필요한 지원을 받을 수 있다는 점이다. 요컨대 추가적인 욕구를 충족하기 위해 장애인이 재산을 직접 소유할 경우, 공적부조 지급 자격을 박탈당할 수 있는데, 신탁을 함으로써 그 자격을 유지할 수 있게 된다는 것이다¹³⁾. 이는 신탁의 법리에 따라 신탁을 설정할 경우, 신탁재산은 위탁자나 수익자의 재산으로 평가되지 않기 때문이다¹⁴⁾.

11) 분쟁이 해결되거나 냉각된 사건의 경우, 필자가 소속된 후견법인은 피후견인의 재산규모와 큰 관계없이 연 보수로 500만 원 미만을 수여받고 있다.

12) 제철웅, 최윤영, 「중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성」, 『비교사법』제21권 3호(통권66호), 2014, p.1166, 한국자폐인사랑협회 연구보고서, 『신탁을 활용한 성인기 발달장애인의 소득보장 및 재정·재산관리 운영방안 연구』, 2017.6., p.50

13) 제철웅, 최윤영(주 13) p.1167, 한국자폐인사랑협회(주13), p.72

14) 영미법에서는 수익자가 수익권(재산권)을 보유하지 않는 재량신탁도 인정되고, 특별수요신탁도 재량신탁의 일종이라고 한다[제철웅, 최윤영(주13) p.1167].



그림 1 SNT의 구조

(2) 유형

SNT는 크게 자익신탁형 SNT(First-Party SNT), 타익신탁형 SNT(Third-Party SNT), 집합신탁형 SNT(Pooled SNT)로 나뉜다. 자익신탁형 SNT는 장애인 또는 부모, 조부모, 후견인, 법원 등이 장애인의 재산을 신탁하는 것을 뜻한다. 연방 사회보장법에 따라 공적부조 자격을 유지하기 위해서는 신탁 설정 당시 위탁자가 65세 미만이어야 하고, 장애인이 65세 이상이 된 뒤부터 신탁재산을 추가할 수 없으며¹⁵⁾, 수익자가 사망한 뒤에도 신탁재산이 남아 있는 경우에는 잔존 신탁재산액을 상한으로 하여 그를 위해 지급된 의료급여액을 국고로 반환한다는 특약이 포함되어야 한다¹⁶⁾. 자익신탁형 SNT의 수탁자는 금융기관, 신탁회사, 부모나 조부모 등 친족, 그 밖의 개인도 될 수 있다.

타익신탁형 SNT는 제3자가 자신의 재산으로 수익자인 장애인을 위해 신탁을 설정하는 것을 말한다. 수익자가 사망한 후 신탁재산이 남아 있는 경우더라도, 국고로 반환하지 않는다.

집합신탁형 SNT는 비영리법인만이 수탁자가 될 수 있는데, 개별 장애인에 대한 신탁재산¹⁷⁾을 집합하여 자산을 운용할 수 있는 것이 가장 큰 특징이다. 다만, 일리노이주의 경우 2012년 7월 일부러 시행한 “SMART ACT”에 따라 65세 이상인 개인을 위해 집합신탁이 설정된 경우 “공정한 시장가치보다 낮게 재산을 이전”한 것으로 보고, 공적부조 자격이 없는 것으로 간주한다¹⁸⁾.

(3) 공적부조 자격을 유지하기 위한 조건

SNT가 수익자인 장애인의 재산으로 평가되지 않기 위해서는 엄격한 요건들을 충족해야 한다. 먼저 SNT는 철회불가능해야 하고, 절대적 재량신탁이어야 하며, 이를 통해 수익자가 신탁 원본이

15) Dutton Casey & Mesoloras, 『A GUIDE TO SPECIAL NEEDS TRUST』, 2017(<https://duttonelderlaw.com/wp-content/uploads/2018/11/Dutton-Casey-Mesoloras-Attorney-s-at-Law-Special-Needs-Trusts.pdf> 최종확인 : 2023.11.21.)

16) 제철웅, 최윤영(주13) p.1167

17) 반드시 자익신탁일 필요는 없다고 한다[제철웅, 최윤영(주13) p.1168].

18) Dutton Casey&Mesoloras(주16)

나 수익에 대한 재산권을 갖지 않아야 한다. 즉, 수익자의 보충적 수요를 충족하기 위해 신탁재산을 지급할 것인지 여부는 수탁자가 결정하는 것이지, 그에 대한 권한이 수익자에게 주어지지 않는 것이다¹⁹⁾. 수익자가 신탁재산에 대한 재산권을 보유하지 않으므로 수익권을 양도할 수 없고, 수탁자의 채권자 역시 신탁재산에 대한 강제집행을 할 수 없다. 둘째, 신탁재산 원본 또는 수익이 현금으로 수익자에게 지급되어서는 안 되고, 수익자의 욕구를 충족하기 위한 현물이나 서비스의 공급자에게 직접 지급되어야 한다²⁰⁾. 수탁자가 공급자에게 신탁재산에서 대가를 지불함으로써 수익자는 현물 또는 서비스를 제공받는 것이다. 수익자가 현물이나 서비스를 받을 경우, 이에 대하여는 소득세가 부과될 수 있다.

(4) 신탁재산의 사용처

SNT의 신탁재산은 공공부조나 의료급여 등 공적부조로 충족될 수 있지 않는 추가적이고 보충적인 욕구를 충족하기 위해 사용된다. 대표적인 지출처로는 의료급여나 기타 보험이 적용되지 않는 진료행위, 악기 레슨비, 소송비용, 자동차 구입, 카메라 구입, 의류 구입, 애완동물 돌봄 비용, 치과 진료 비용, 헬스장 사용료, 휴가 비용 등이 있다.



그림 2 SNT 사용처

(5) 시사점

미국의 특별수요신탁은 장애인이 공공부조를 받을 수 있는 자격을 유지하면서, 그것만으로 충족되지 않는 욕구, 선호를 실현하는, 장애인의 인간다운 삶을 보장하는 제도라는 의미가 있다. 아울러 장애인의 재산을 신탁하여 수탁자가 안전하게 관리하면서 장애인의 선호에 맞게 사용할 수 있다는 장점이 있다. 이는 후견인에 의한 부정행위 가능성, 후견인에 의한 피후견인의 권리 제한 또는 침해, 후견인이 피후견인의 의사결정을 대행한다는 점 등 후견제도가 지닌 한계에 대한 대

19) 제철웅, 최윤영(주13) p.1169

20) 제철웅, 최윤영(주13) p.1169

안으로 활용될 가능성도 크다고 할 것이다²¹⁾.

Ⅲ. 한국 후견신탁 시사점

1. 들어가며

한국 역시 일본의 후견제도지원신탁을 모방하여, 후견인의 부정방지 수단으로 후견신탁 도입 필요성을 말하는 실무가나 학자들이 적지 않았다(이하 일본 후견제도지원신탁과 유사하게 후견인의 부정행위를 방지하기 위한 목적의 신탁을 “후견신탁”이라고만 한다). 그에 반해, 실제 후견신탁이 활용된 사례는 많지 않은 것으로 보인다. 전술한 것과 같은 문제점들 때문에 법원도 후견인의 부정행위가 발생하거나, 의심되는 상황에서 후견신탁을 활용하기 보다는 전문가를 후견인으로 선임하는 것이 실무로 정착하였기 때문이다²²⁾. 이 때문에 필자 역시 본연의 의미의 후견신탁을 활용한 경험은 없다.

한편으로는 성년후견제도가 피후견인의 권리를 과도하게 제한하고, 우리나라도 비준가입한 UN 장애인권리협약에 위반된다는 비판과 성년후견제도를 최후의 수단으로 활용해야 한다는 후견의 보충성 원칙에 따라 후견제도 대신 신탁제도를 활용하자는 목소리도 적지 않다. 전술한 미국의 특별수요신탁을 참고한 시도가 그것이다(이하 특별수요신탁과 유사한 신탁을 “후견대체신탁”이라고만 한다).

나아가 후견인의 부정행위 방지보다는 후견종료 이후에도 피후견인 재산의 안전한 보호 및 활용을 위해 신탁을 활용하는 시도도 존재한다. 필자가 경험한 대부분의 사례가 여기에 해당한다.

그 밖에도 유언대용신탁을 체결한 뒤 후견이 개시된 사례(이하 “신탁 후 후견사례”이라고만 한다)도 존재하는데, 후견인으로서 가장 난처한 사례라고 할 수 있다.

이하에서는 필자가 경험한 후견과 신탁이 연계된 사례들을 간단히 소개하도록 하겠다.

2. 한국 후견신탁 활용 사례

(1) 후견신탁 무산 사례

전술한 것과 같이 필자는 후견인의 부정행위를 방지하기 위한 목적의 신탁사례를 경험한 적은 없다. 다만, 필자가 소속된 후견법인(이하 “필자”이라고만 한다)이 후견인으로 선임된 사례 중 피후견인을 둘러싼 분쟁을 모두 해결한 뒤 피후견인의 일상생활비 지출사무가 주요한 후견사무인 사

21) 제철웅, 「발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안」『법학논총』제32권 4호, 2015, p.442

22) 물론, 이와 같은 실무는 후견인의 부정행위가 사회적인 문제가 되는 상황에서는 언제든지 변화할 수 있고, 그 때는 일본의 실무를 우선으로 고려할 것임에는 분명하다. 다만, 전술한 것과 같이 필자는 후견신탁을 도입하는 것이 후견실무나 신탁실무에 비추어 적합한지에 대해 의문이 없지 않다.

례에서 이를 적극적으로 검토한 적이 있었다. 필자가 후견인에서 사임하고, 피후견인을 돌보고 있는 자녀 중 1인을 후견인으로 선임하되, 피후견인이 보유한 재산을 모두 신탁하는 것을 계획했다. 그러나 필자가 후견인 후보자로 지목한 자녀부터 이를 거절하였고, 피후견인의 가족들 모두 필자가 계속 후견인으로 남아있길 희망하여 지금까지 후견인을 사임하지 못하고 있다.

또한, 비슷한 사례에서 가정법원에 필자가 신탁계약을 체결한 뒤 후견인에서 사임하고, 피후견인의 자녀 중 1인을 후견인으로 선임해달라고 밝힌 사안도 있었다. 그러나 가정법원은 필자가 후견인에서 사임하고, 추천한 자녀를 후견인으로 선임하되, 필자를 후견감독인으로 선임하였다. 재판부가 그와 같이 결정한 구체적인 이유는 알지 못하나, 신탁보다는 필자를 감독인으로 둬으로써 법원이 친족후견인을 충실히 감독하는 것이 적절하다는 판단이었을 것이라고 예상하고 있다.

(2) 후견신탁과 후견대체신탁 혼합 사례

조현병이 있는 장남이 모친과 지적장애가 있는 여동생이 뱀파이어로 보인다고 하여 모친을 살해하고, 여동생은 살해하려다 미수로 그친 사안에서 필자와 인천지방검찰청, 하나은행은 우리나라 최초로 “범죄피해자 지원을 위한 후견신탁 모델을 개발”하였다²³⁾. 지적장애인에 대해 3년간 특정 후견을 개시하고, 필자가 후견인으로 선임되었으며, 가정법원의 허가를 받아 필자를 대리하여 지적장애인이 수령하는 범죄피해구조금을 하나은행에 신탁하였다. 특정후견이 후견기간 만료로 종료되더라도, 신탁은 계속 유지되고, 신탁계약에서 인천지방검찰청이 지정하는 자를 신탁관리인으로 선임하고, 신탁관리인이 신탁재산의 지급 등을 관리하도록 정해두었다. 현재 후견은 종료되었으나, 필자가 신탁관리인으로 지정되어 계속 신탁재산에 대한 지급 동의 등 신탁계약에서 정한 사무를 수행하고 있다.

23) 이 사례의 구체적인 내용과 시사점 등에 대하여는 배광열, 허정훈, 「판단능력이 부족한 범죄 피해자를 위한 의사결정지원모델 모색」 『후견』, 한국후견신탁연구센터, 2020.1. 참조

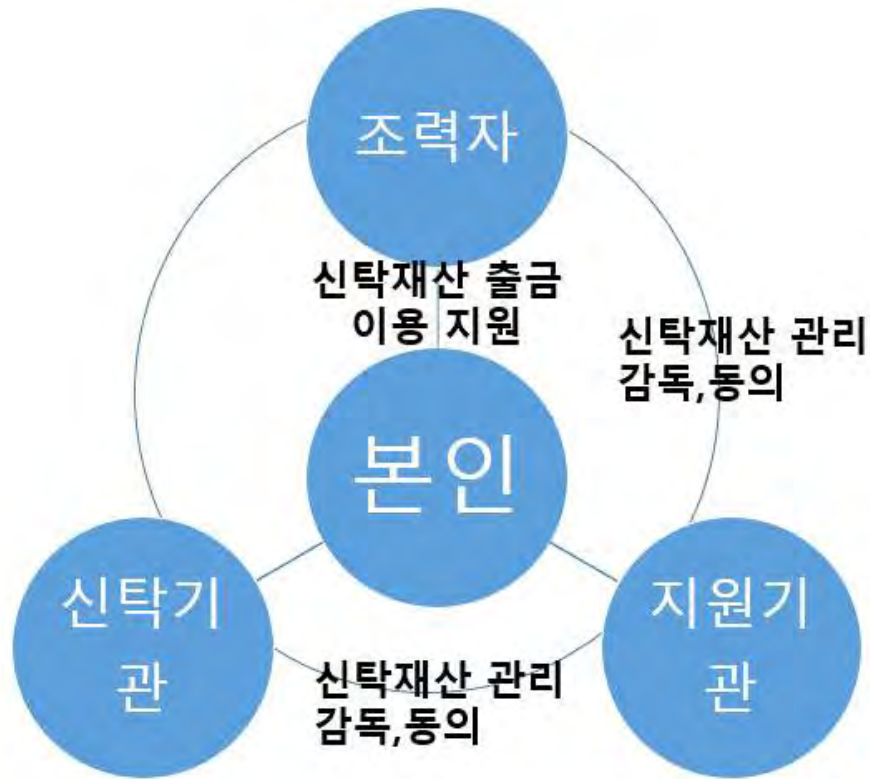


그림 3 후견종료 후 신탁 운용 구조

그 밖에도 조부가 손자의 미성년후견인으로 선임된 사례에서, 조부가 손자를 위해 오랜기간 모아둔 예금을 신탁한 사례가 있었다. 손자가 성인이 된 뒤에 이 돈을 낭비할 것을 조부가 우려하고 있었고, 필자의 도움을 받아 손자가 만30세가 된 이후에 신탁재산을 지급받을 수 있도록 신탁계약을 체결하여 두었다. 대신, 만 30세가 되기 전이라도 위탁자인 조부가 손자를 위해 필요하다고 하여 지급을 요청하면, 그 비용은 신탁재산에서 지급할 수 있도록 하였다.

(3) 후견대체신탁 사례

요양원에 거주하는 중증 치매가 있는 부모님과 멀리 떨어져 지내는 자녀가 매번 요양원 관계자에게 부모님에게 필요한 간식, 의복, 기타 취미활동 등을 위한 비용을 지급하거나, 물품을 구입해 제공하는 것이 부담스러워 신탁을 체결한 사례도 존재한다. 미국 타익신탁형 SNT와 유사한 형태인데, 자녀가 매월 약 100만 원을 비영리법인인 수탁자에게 신탁하고, 수탁자가 요양원 관계자와 협의하여 비용을 지급하고 있다. 만약, 신탁을 활용하지 않았다면, 자녀는 부모님에 대한 후견을 개시하고, 후견인으로 하여금 자신이 하기 어려운 일들을 할 수 있도록 부탁했어야 할 것이다. 그리고 이를 위해 상당한 후견인 보수까지 부담해야 했을 수도 있는데, 신탁을 통해 효율적으로 문제를 해결하였다는 점이 주목할만하다.

그 밖에도 한국 자폐인사랑협회는 2015년부터 아산복지재단으로부터 사업비 지원을 받아 발달장

애인을 위한 특별수요신탁 시범사업을 실시하였고²⁴⁾, 2022년부터는 국민연금공단이 뒤를 이어 “장애인재산관리서비스” 시범사업을 실시하고 있다²⁵⁾.

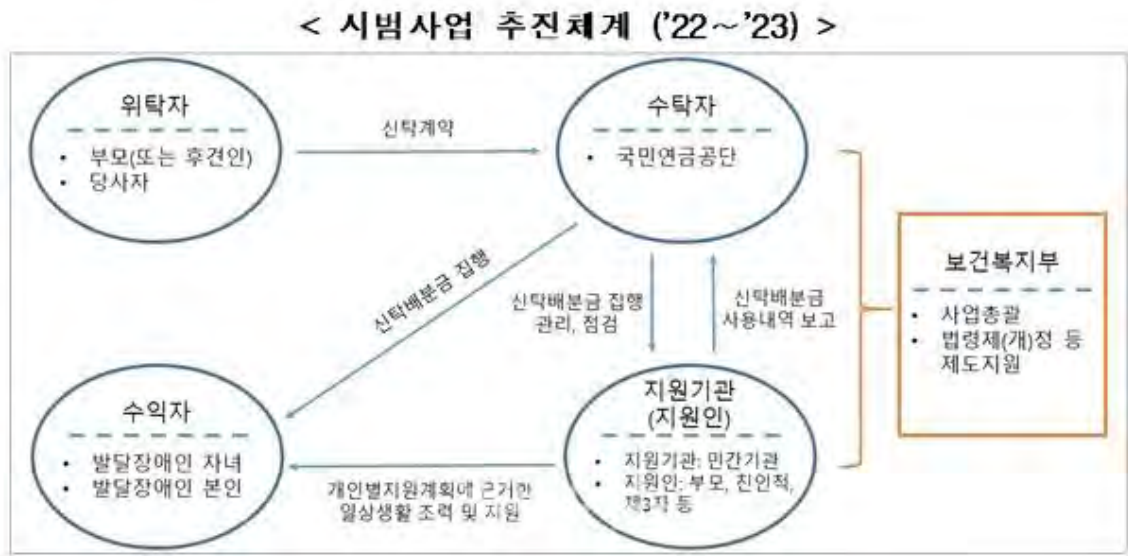


그림 4 장애인재산관리서비스 추진체계도²⁶⁾

(4) 신탁 후 후견사례

위탁자에 대해 후견개시가 이루어질 때로부터 비교적 근접한 시점에 신탁계약이 체결되는 사례가 있다. 그 경우 뒤에 선임된 후견인으로서의 피후견인이 신탁계약을 체결할 당시 의사능력이 없었다는 점이 명백한 경우가 아닌 이상 신탁계약의 효력을 다투야 할 것인지에 대해 고민하지 않을 수 없게 된다. 이와 관련하여 필자가 경험한 두 가지 사례를 소개한다.

먼저, 경증 치매가 있던 위탁자(피후견인, 이하 “피후견인”이라고만 함)가 자신이 자녀 중 1인과 동거하는 아파트와 보유하는 예금 약 5억 원을 A은행에 신탁한 뒤, 피후견인에 대하여 성년후견이 개시된 사례가 있었다. 자녀 중 1인이 부모의 재산을 합부로 사용하려 하는 등 지속적인 문제를 일으키자 다른 자녀들이 부모를 설득하여 신탁계약을 체결하였다. 피후견인 생전에는 자익신탁으로 하고, 피후견인이 사망한 경우, 자녀들 전원이 법정상속지분의 비율로 사후수익자가 되는 형태로 계약을 체결했고, 피후견인 생전이더라도 신탁계약 해지를 위해서는 사후수익자 전원의 동의가 필요하다는 특약도 함께 체결하였다. 그 후 자녀 중 1인이 경증 치매인 피후견인을 설득하여 수탁자를 상대로 신탁계약 무효 또는 신탁계약 해지를 원인으로 한 소유권이전등기말소 등 소송을 제기하였으나, 신탁계약이 무효라고 볼 수 없고, 신탁계약에 따라 사후수익자 전원의 동의가 없으므로 신탁계약을 해지할 수 없다고 하여 원고 청구를 기각한 판결이 확정되었다(서울고등법원 2019.2.13. 선고 2015나2065231 판결)²⁷⁾.

24) 한국자폐인사랑협회(주13) p.44

25) 이에 대한 구체적인 소개는 제1주제 발표에서 상세히 다루고 있으므로, 본고에서 생략하도록 한다.

26) 보건복지부 보도자료(2022.4.25. “발달장애인의 금전관리를 지원하기 위해 신탁재산을 관리한다.”)

27) 항소심 진행 중에 피후견인에 대해 성년후견이 개시되었고, 이미 진행 중인 소송을 취하할 수는 없으니

위 판결 이후 기존 후견인이 사임하고, 필자가 후견인으로 선임되었는데, 위탁자의 신탁재산을 살펴보니 쌍방 소송비용으로 거액이 지출되어 있었다. 이는 신탁계약상 신탁재산에 대한 소송비용은 신탁재산에서 지급한다고 규정되어 있었기 때문인데, 사실상 “내(위탁자)가 내 재산(신탁재산)을 놓고 나(의 대리인이나 다름없는 수탁자)를 상대로 한 소송”이므로, 쌍방의 소송비용이 모두 신탁재산에서 지급된 것이었다.

소송이 끝나고 3년여가 지난 뒤 신탁재산 중 예금은 모두 소진되었고, 피후견인이 거주하는 부동산을 활용하여 생활비 등을 마련할 수밖에 없는 상황이 발생하였다. 수탁자는 부동산을 처분하거나, 담보로 대출을 받는 사무 등을 수행하는 것을 부담스러워했고, 필자는 수탁자와 협의를 거친 뒤 피후견인 자녀들 전원의 동의를 받아 신탁계약을 해지했다. 그리고 그 부동산은 제3자에게 임대하고, 피후견인은 그 돈 중 일부를 활용하여 다른 주거지를 확보하였으며, 남은 돈으로 생활을 하고 있다. 추후 이 돈을 모두 소진할 경우, 위 부동산을 매각할 계획이다.

두번째 사례는 경증치매가 있는 피후견인이 자신이 거주하던 건물을 매각한 뒤, 대금 중 절반은 자녀 중 1인에게 증여하고, 나머지 절반은 신탁하되, 자신이 사망하였을 때 남은 신탁재산에 대하여는 같은 자녀를 사후수익자로 지정한 사안이었다. 신탁계약이 체결되고 얼마 지나지 않아 다른 자녀에 의해 후견심판청구가 제기되었으나, 1심은 피후견인이 정신적 제약으로 사무처리능력이 결여되어 있거나, 부족하다고 볼 수 없다면서 청구를 기각하였다. 그러나 항고심에 이르러 피후견인의 치매가 심해지면서 한정후견이 개시되고, 필자가 후견인으로 선임되었다.

필자가 후견인으로 선임된 뒤 각종 정황들을 살펴보더라도 신탁계약 체결 당시에 피후견인의 인지능이 저하되어 신탁계약의 내용을 이해하기 어려웠다고 보기는 힘들었고, 신탁계약의 효력 자체를 문제삼지는 않기로 하였다. 문제는 사후수익자인 자녀의 태도였다. 자신이 미리 증여받은 재산으로는 거액의 부동산을 매입하여 두고, 피후견인과 동거하면서 피후견인의 신탁재산에서 나오는 돈으로 함께 생활하고 있었던 것이다. 피후견인이 사망하면 어차피 자신의 돈이 될 것이라는 생각 때문인지 신탁재산에서 지급되는 돈으로 자신이 함께 생활하는 것이 무엇이 문제되는지 이해할 수 없다는 태도를 지금까지도 유지 중이다. 그러나 필자가 신탁계약 당시 피후견인의 의사를 추정해보면, 피후견인 생전에는 그 자녀가 증여받은 재산으로 생활하고, 본인 사후에 신탁재산을 취득하길 바랬을 것이지, 증여한 돈은 자녀의 자산증식에 활용하고, 신탁재산으로 자신과 자녀가 함께 생활하려고 했다고 보기는 어려워 보였다.

이에 필자는 신탁재산에서 지급되는 수익금의 지출처를 피후견인을 위한 목적으로만 엄격하게 제한하고 있고, 그로 인해 사후수익자인 자녀와는 상당한 갈등을 빚고 있다.

3. 한국 후견신탁 실무상 문제점

전술한 것과 같이 후견인의 부정방지를 위해 설정되는 “후견신탁”은 사례가 많지 않은 것으로 추정된다. 필자가 소개한 후견신탁 무산 사례와 같이 법원도 아직까지는 후견인의 부정방지가 필요할 경우, 후견감독인을 선임하거나 전문가를 후견인으로 선임하는 것을 선호하는 것 같기도 하

후견인으로서도 항소심을 계속 진행했던 것으로 보인다.

다. 일본이 후견제도지원신탁보다 후견제도지원예금을 더 많이 활용하는 것도 참고하였을 것이다. 그럼에도 불구하고, 필자가 후견대체신탁, 혼합사례, 신탁 후 후견사례에서 겪은 어려운 점을 간단히 소개하면 다음과 같다.

첫째, 신탁을 하면 신탁하지 않은 경우보다 절차가 훨씬 복잡하고 어렵다는 점이 가장 큰 걸림돌이다. 특별히 신탁계약상 제한하고 있는 거래가 아닌 이상, 본인이 본인 계좌를 직접 관리하는 것과 비교해서 더 비효율적이거나 불편해서는 안 될 것이다. 그러나 창구직원의 이해부족으로 간단한 지급거래를 하려고만 해도 본점의 신탁부에 연락하여 몇 번이고 절차를 확인한 뒤에 진행하거나, 애당초 신탁계약을 체결한 지점에서만 거래가 가능한 등 불편이 크다. 필자가 후견인으로 선임된 경우를 비교해보더라도, 마찬가지로이다. 후견인이 피후견인을 대리하여 예금거래를 하는 것은 일용 금융기관의 실무가 정착되어 있는데 반해, 후견인이 위탁자 겸 수익자인 피후견인을 대리하여 신탁재산에 대한 지급업무를 하는 것은 지정된 지점에서만 가능하고, 그 지점에서도 담당자마다 편차가 크다.

둘째, 부동산을 신탁하였을 때는 신탁의 이점이 거의 느껴지지 않는다. 물론 후견이 개시되지 않은 상황이라면, 부동산을 신탁할 이점은 분명히 있다. 부동산을 안전하게 관리하겠다는 목적만으로 후견을 개시하는 것이 본인에게는 지나친 권리 제한이 될 수 있으므로, 후견이 개시되지 않은 경우라면, 신탁을 적극적으로 고려할 필요가 있다. 그렇다고 하더라도 부동산을 신탁하는 것은 수탁자에게 소유권이 이전되어 안전하게 소유권을 “지킬 수 있다”는 것 외에 특별한 이점이 없다. 그 밖의 부동산과 관련한 모든 업무들이 위탁자에게 맡겨지기 때문이다. 위탁자의 관점에서 매각하거나, 담보대출을 받는 것 모두 부동산을 신탁한 경우와 그렇지 않은 경우 중 어느 것이 더 이점이 있다고 보기는 어렵다²⁸⁾.

만약, 후견이 개시되었다면, 부동산 신탁의 이점은 더욱 찾기 힘들다. 일단 피후견인에게 후견이 개시되면, 부동산을 처분하거나, 담보로 제공하기 위해서는 반드시 법원의 허가를 받아야 하는 통제를 받기 때문이다. 즉, “안전한 부동산 관리”라는 목적을 달성하기 위한 부동산 신탁과 후견 개시는 옥상옥(屋上屋)이라고 할 수 있다. 제3자가 후견인으로 선임된 경우라면 신탁보수와 후견인 보수가 이중으로 지출되는 문제까지 발생한다.

셋째, 유언대용신탁의 실무와 관련한 문제들이 존재한다. 유언대용신탁은 본질적으로 유언과 동일한 성격을 지니므로, 실무 역시 최대한 유언의 성격에 반하지 않게 운용되어야 할 것이다. 그런데 지금까지 필자가 경험한 모든 유언대용신탁에서 정하고 있는 “위탁자 생전 신탁계약 해지시 사후수익자 전원의 동의로 신탁계약을 해지할 수 있다.”는 조항은 유언의 철회, 변경의 자유가 수익자에게 맡겨지는 것과 동일하다는 점에서 유언의 성격이나 위탁자의 의사에 반한다고 할 것이다²⁹⁾. 이 때문에 신탁법 역시 위탁자 생전에는 사후수익자가 수익자로서의 권리를 행사할 수

28) 위탁자 기준으로 가령 매각을 할 때 일반 매매를 한다면, 오히려 신탁이 더 불편할 수 있다. 매수인이 일반인이라면, 부동산 신탁에 대해 설명하고 안심시켜야 하기 때문이다. 신탁사 공매를 통해 매각을 한다고 하더라도, 불특정 다수를 상대로 광고를 할 수 있다는 장점이 있을지 모르겠으나 일반 매매보다 비용이 저렴하다거나, 이점이 있다고 보기는 어려울 것이다. 대출을 받을 때도 마찬가지이다. 담보신탁의 형태로 대출을 받을 수는 있을 것이나, 그것이 채무자인 위탁자 입장에서 신탁하지 않았을 때와 비교해서 특별히 이점이 있다고 보기는 어렵다.

29) 같은 취지, 김수정, 『신탁법』, 박영사, 2019., p.513

없는 것을 원칙으로 하되, 신탁행위로 달리 정할 수 있다고 정하고 있는 것인데(신탁법 제59조 제2항), 예외가 원칙처럼 활용되는 현재의 실무가 적절하다고 보기 어렵다³⁰⁾.

나아가 일단 유언이 유효하게 성립한다면, 성년후견인이나 한정후견인은 이를 취소할 수 없는바(민법 제1062조), 후견인이 법원의 허가를 받고, 사후수익자 전원의 동의 아래 유언대용신탁을 해지할 수 있다는 해석은 유언의 성격에 반한다고 하지 않을 수 없다. 그런데 실무상 이 문제에 대한 진지한 고민이 이루어지지 않는 것으로 보인다.

4. 개선방안

먼저 이용자들이 신탁을 활용하는 것의 이점을 보다 분명히 느낄 수 있게 실무가 개선될 필요가 있다. 최소한 위탁자가 자신의 재산을 신탁하지 않았을 때보다 절차가 복잡하여서는 안 될 것이다. 만약 위탁자에 대해 후견이 개시된 경우도 마찬가지이다.

둘째, 부동산을 신탁하는 경우, 위탁자가 이점을 느낄 수 있도록 수탁자의 적극적인 태도가 요구된다.

셋째, 유언대용신탁에 대한 기준을 확립하는 것이 필요하다. 위탁자가 특별히 본인의 뜻으로 달리 정하지 않는 이상, 유언의 성격에 부합하고, 신탁법에서 정하는 원칙적인 모습에 따라 신탁의 내용이 정해지는 것이 타당할 것이다.

IV. 결론

후견과 연관된 신탁으로 필자는 크게 후견인의 부정방지를 위한 후견신탁, 후견의 대체수단인 후견대체신탁, 양자를 결합한 신탁, 유언대용신탁 중 신탁계약 체결 후 후견이 개시된 사안을 소개했다. 먼저 후견신탁은 실무상 많이 활용되고 있지 않다. 일본과 같이 후견인의 부정행위가 사회적인 문제로 비화되지 않았기 때문일 수도 있으나, 한편으로는 일본 역시 후견제도지원신탁의 비효율성을 지적하며 이용율이 급감하고 있다는 점을 감안하면, 앞으로도 후견신탁이 활성화되기는 어려울 것으로 보인다. 그와 달리 후견대체신탁은 민간에서 시범사업을 펼치던 것이 제도로 발전하여 국민연금공단에서 장애인재산관리서비스를 제공하는 등 우리나라도 널리 활용될 가능성이 보인다. 다만, 미국의 SNT와 같이 공적부조만으로는 충족되지 않는 장애인의 욕구를 충족하기 위한 수단으로도 신탁이 활용될 수 있도록 하는 논의가 필요할 것이다. 다만, 전술한 신탁이 활성화되기 위해서는 신탁실무가 보다 이용자들이 편리함을 느낄 수 있음과 동시에, 본연의 성격에 반하지 않는 방향으로 운용될 수 있도록 개선될 필요가 있다.

30) 과연 위탁자가 신탁계약 체결 당시에 그 사실을 정확히 이해하고, 스스로 그와 같은 결정을 하였을지 의문이 없지 않다. 본인의 뜻대로 본인 사후에 재산을 물려주기 위해 유언대용신탁까지 하는 사람들 대부분이 애써 체결한 유언대용신탁의 운명을 사후수익자들에게 기꺼이 맡기려고 했을 것이라고는 보기 어렵기 때문이다.

참 고 문 헌

- 김수정, 『신탁법』, 박영사, 2019.
- 배광열, 허정훈, 「판단능력이 부족한 범죄 피해자를 위한 의사결정지원모델 모색」 『후견』, 한국후견신탁연구센터, 2020.1.
- 이근영, 「법정후견제에서 후견인의 재산부정사용 문제와 후견제도지원신탁」, 『법학논총』 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017
- 제철용, 최운영, 「중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성」, 『비교사법』 제21권 3호(통권66호), 2014
- 제철용, 「발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안」 『법학논총』 제32권 4호, 2015
- 한국자폐인사랑협회 연구보고서, 『신탁을 활용한 성인기 발달장애인의 소득보장 및 재정·재산관리 운영방안 연구』, 2017.6.
- 보건복지부 보도자료(2022.4.25. “발달장애인의 금전관리를 지원하기 위해 신탁재산을 관리한다.”)
- 杉山文洋, 森本健, 「大阪家庭裁判所における「後見制度支援預金」の利用状況等」, 『實踐 成年後見』 제78호, 2019.1.
- 平田 晃史, 「成年後見における預貯金管理に関する勉強会報告書の概要」, 『實踐 成年後見』 제78호, 2019.1.
- 日本最高裁判所事務總局家庭局 『成年後見關係事件の概況-令和4年1月~12月-』, 2023
- 日本最高裁判所事務總局家庭局, 『後見制度支援信託等の利用状況等について-令和3年1月~12月-』, 2022
- 日本最高裁判所事務總局家庭局, 『後見人等による不正事例』, 2022
- Dutton Casey & Mesoloras, 『A GUIDE TO SPECIAL NEEDS TRUST』, 2017(<https://duttonelderlaw.com/wp-content/uploads/2018/11/Dutton-Casey-Mesoloras-Attorneys-at-Law-Special-Needs-Trusts.pdf> 최종확인 : 2023.11.21.)
- <https://isansouzoku-guide.jp/koukenseidosiensintaku> 최종확인: 2023.11.18.\

[토론문]

“해외 후견신탁 사례와 국내 시사점”에 대한 토론

박 인 환*

배광열 변호사님의 발표는 근래 후견과 연계되거나 이를 대체하기 위한 신탁 제도의 활용이 모색되는 가운데 해외의 제도는 물론 국내 관련 사례를 소개 검토하여 문제점과 개선방향을 지적한 것으로, 시사적입니다. 특히 국내에서 후견관련 신탁 활용 사례는 장차 우리 사회에서 고령자나 의사결정능력에 장애가 있는 사람들을 보호하고 지원하는 데에도 신탁제도가 활용되어 발전할 수 있는 가능성을 확인할 수 있었습니다. 대체로 발표자의 논지에 공감하면서 몇 가지 저의 소감을 말씀 드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

발표에서 검토의 대상이 되는 후견 또는 신탁의 수요는 고령자나 정신적 장애인과 같이 스스로 재산을 관리하거나 신상에 관한 사무를 처리하기 어려운 사람들이 그 대상이 됩니다. 후견 관련 신탁은 주로 전자, 즉 재산관리와 관련하여 후견을 보완하거나 대체하는 수단으로 활용가능성이 있다고 생각됩니다. 일본의 후견제도지원신탁의 예가 그렇습니다. 발표문에서도 소개되어 있듯, 일본의 후견제도지원신탁은 후견인에 의한 부정행위(특히 친족후견인)를 방지하기 위한 대책의 하나로 마련된 것입니다. 곧바로 현금화가 가능한 예저금의 형태로 되어 있는 재산을 신탁으로 묶어서 후견인이 쉽사리 인출·처분하지 못하도록 함으로써 부정행위를 방지하겠다는 것이 제도의 취지입니다. 이는 일본 가정재판소에 있어서 후견감독 기능의 포화와 관련됩니다. 후견감독인의 임의기관화에 따른 일상적 후견감독의 공백을 메우기 위하여 일본 가정재판소 실무에서는 후견개시사건을 전수 후견감독사건으로 입건하여 일상적 감독사무를 처리하고 있습니다(이는 우리 법원의 사정과도 같습니다). 그런데, 가정법원의 일상적 감독기능이 포화에 이르자, 특히 친족후견인 등에 의한 부정행위가 빈발하였고, 그 대안으로 변호사, 사법서사 등 전문직 후견인의 선임과 함께 후견제도지원신탁이 강구되었습니다. 따라서 피후견인 본인의 생활상의 니즈를 충분히 고려한 신탁제도의 활용이라는 측면보다는 피후견인의 재산을 동결시키는 데에 중점을 둔 제도라고 말씀드릴 수 있습니다. 이런 이유로 일본의 사회복지 현장이나 현장 활동가들 사이에서는 비판도 적지 않습니다. 후견지원예금제도 도입 이후에는 후견제도지원신탁제도가 퇴조하고 있는 것도 같은 재산동결 이외에 신탁제도 본연의 가능성이 충분히 활용되지 못한 데에도 이유가 있지 않으나 생각됩니다.

물론 재산을 안전하게 보관하는 것은 실상 후견제도 이용의 주된 목적 가운데 하나입니다. 우리나라에서 후견개시의 가장 주된 이유가 재산관리를 둘러싼 가족 간 분쟁에서 비롯된다는 점에서 고령자들에게 있어서 본인이 재산관리능력이 저하를 대비하여 신탁계약을 체결하는 것은 불필요한 후견수요를 억제하는 후견대체수단으로서 적극적으로 권장되어야 할 필요가 있습니다. 이러한

* 인하대 법학전문대학원 교수

경우 정신능력 저하로 인한 재산관리의 수요는 신탁으로 준비하고, 신상보호사무는 가족의 도움을 받거나 여의치 않은 경우 신상보호 중심의 후견계약을 체결하는 것이 하나의 제도 활용의 모델이 될 수 있을 것입니다. 이와 관련하여 일본에서는 이른바 민사신탁이라는 이름으로 개별적 니즈에 따라 고령자나 장애인을 위한 가족 간 신탁의 활용도 모색되고 있습니다만, 그 실태에 대해서는 국내에는 충분히 소개되어 있지 않아 그 활용의 장단점은 잘 알 수가 없습니다. 앞으로 이러한 동향에 대해서도 조사 연구가 보완이 되면 좋을 것 같습니다.

다른 한편으로 비교적 젊은 장애인들에게 있어서는 재산의 유지 보존을 위한 관리보다는 본인의 자립적 생활을 위한 재산의 효과적인 활용에 중요하기 때문에 보다 적극적으로 신탁을 활용하는 방안을 모색할 필요가 있습니다. 이러한 관점에서는 발표에서 소개된 미국의 SNT 제도의 국내 도입가능성을 보다 적극적으로 검토할 필요가 있습니다. 이와 관련하여 발달장애인과 그 부모들에게 있어서 SNT는 매우 강한 잠재적 수요가 있다고 생각합니다. 특히 발달장애인 부모들은 본인 사후 남겨진 자녀의 삶에 대한 걱정과 우려가 매우 큼니다. 얼마간이라도 저축한 재산을 장애 자녀를 위해 남기고 싶어 하지만, 장애 자녀에게 상속시키더라도 재산관리능력이 없기 때문에 어려움을 겪게 됩니다. 가령, 종교단체에서 운영하는 시설에 자녀를 맡기며 기부를 하거나 비장애 자녀에게 장애가 있는 형제자매를 돌볼 것을 부탁하기도 하지만, 어느 것도 안심할 만한 것은 못 된다는 것이 부모님들의 경험입니다. 특히 상속재산으로 인하여 기초생활보장체계에서 탈락할 수 있기 때문에 장애 부모들의 고민은 더 커질 수밖에 없습니다. 이러한 우리나라 장애 부모들에게 SNT는 새로운 대안이 될 수 있으리라고 생각합니다. 기초생활에 대한 수요의 충족은 기초생활보장체계의 도움을 받되, 장애 자녀의 특유의 수요와 더 나은 삶을 위하여 그 부모가 남긴 재산을 활용할 수 있기 때문입니다. 이와 관련하여 역시 발표문에서 소개되어 있는 자폐인사랑협회의 발달장애인 재산관리 신탁서비스는 선구적으로 제도 활용의 모델을 제시해 주었고 이제는 하나의 공공서비스로서 국민연금공단의 발달장애인 재산관리서비스 시범사업이 진행되고 있습니다. 이 제도의 특징은 신탁을 통한 재산관리와 그 사용을 위한 의사결정지원 서비스가 결합되어 있다는 점입니다. 이점에 있어서 연금공단의 재산관리지원서비스는 후견대체제도로서의 기능을 모두 갖추고 있다고 할 수 있습니다. 따라서 발달장애인 재산관리지원서비스는 발달장애인에게만 국한될 것이 아니라 고령인지장애인을 포함하여 보편적 사회서비스로 제공될 필요가 있다고 생각합니다. 재산관리를 위한 재산관리지원서비스, 의료요양에 관한 사전지시서(Advance directives) 그리고 이를 집행하고 지원하기 위한 후견계약 등을 적절히 결합하여 이용하는 경우, 성년후견 수요의 상당수를 흡수할 수 있을 것으로 기대됩니다.

이를 적극적으로 활용하기 위해서는 적절한 조세법상으로나 기초생활보장체계에 있어서 SNT를 적극적으로 우대하는 정책도 유용해 보입니다. SNT에 있어서 수익자인 장애인의 처분권을 제한하여 공적 요소를 강화하고, 그 보상으로 증여세 등 조세법상의 우대와 기초생활보장법상 수급자격에 있어서 SNT를 보유 재산에서 일정액의 한도에서 공제하는 등의 조치를 생각해 볼 수 있을 것입니다. 이러한 우대 조치는 SNT가 최소한 기초생활보장을 넘어서는 특별수요를 위한 재정적

기반이 된다는 점에서 재정과 민간 재원의 기능적 분담 활용을 통하여 이들 사회적 약자의 인간다운 삶을 보장하는 사회복지의 향상이라는 공적 이익에 기여할 수 있을 것으로 기대되기 때문입니다. 산일되거나 은폐되기 쉬운 장애인 부모들의 재원을 장애인들의 기초생활을 초과하는 특별한 니즈를 충족하는 데에 활용함으로써 재정의 부담을 덜면서 복지 수준을 높일 수 있다는 점에서 재정 정책적 측면에서도 설득력이 있다고 생각합니다. 이것이 결코 소수를 위한 특권을 부여하는 것이 아니라 사회적 약자가 우리 사회에서 평등하게 함께 살아가는 데에 필요한 최소한을 확보하기 위한 조치라는 점에 대하여 보다 넓은 사회적 공감대를 형성해나갈 필요가 있다고 생각합니다.

오늘 신탁학회에서의 이 발표가 그러한 계기가 되기를 기대합니다.

제 4 주제

가족신탁 실무와 세제

발표 강 남 규 (법무법인 가온 변호사)

토론 박 훈 (서울시립대 교수)

가족신탁 활성화를 위한 법적 과제 - (제4주제) 가족신탁 실무와 세제

가
운
법
률
법
인

신탁세제, 무엇이 고쳐졌고 무엇을 더 고쳐야 하나

- 실무 관점에서 바라본 신탁 활용의 tax 포인트와 전망 -

법무법인 가운
대표변호사 강남규

2023. 12. 8. 한국신탁학회 동계 학술대회

GYON LAW GROUP
www.gyonlaw.com
02-555-1111
02-555-1112
02-555-1113
02-555-1114
02-555-1115
02-555-1116
02-555-1117
02-555-1118
02-555-1119
02-555-1120

가
운
법
률
법
인

신탁과세 개편안에 관한 소고

INDEX

- I. 인사말 (최근 실무의 동향)
- II. 신탁을 권할 때 마주하게 되는 의문들
- III. 지난 해 도입된 신탁세제 풀어보기
- IV. 앞으로 고쳐 나가려고 하는 쟁들
- V. 맺음말

법무법인 가온 소개

가온
법무법인

01 조세 부티크

- <Legal Times> 선정, '2022 올해의 한국 로펌'
- <Legal Times> 선정, 2022 Tax 분야 Tier 1
- 조세 자문, 세무조사 대응, 조세소송 등 불복 대리



02 패밀리오피스 센터

- <한경 머니> 선정, '2022 대한민국 상속·증여팀' 3위
- 상속, 증여, 신탁, 가업승계, 후견 및 가족간 분쟁의 예방과 해결 등 one-stop 서비스 제공



신탁가능 재산에 채무 추가...신탁활성화법 발의

2023.11.29 18:06



어연정 기자

3월14일



김희곤 "중소기업 자금난 해소...조각투자 시장 확대"



김희곤(국회법제처) 위원

신탁이 가능한 재산에 채무와 담보권을 추가하는 내용의 법안이 발의됐다.

국회 청무위원회의 소속 김희곤 국회사법 의원은 29일 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 개정안을 대표발의했다.

구체 기준 위반을 채무담보권 등으로 확대하고 비금융 전문기관의 신탁 업무 위탁 허용, 미집행재산의 신탁수익증권 발행 재도입 등 신탁제도를 활성화하는 게 골자다.

현재는 신탁가능 재산으로 공판, 중환, 금전채권, 동산, 부동산, 부동산 권역 권의, 무체재산의 7개지종 한창에 신탁이 활성화되지 못하고 있다.

특히 채무의 신탁이 허용되지 않아 담보대출 등으로 채무가 증가한 채무자 재산에 신탁을 설정하기 어려운 것이 문제였다.

이에 법안은 신탁 가능재산에 '채무'를 추가하도록 했다. 다만 신탁의 목적되는 것을 방지하기 위해 채무액의 50%를 채무(주채)와 주담(대담)에 신탁한 허용액도 규정했다.

조례청에서는 담보권 신탁대출을 위해 위탁자가 담보권만 부여할 신탁할 수 있도록 허용하는 내용이 담겼다.

법원, 법무법인, 회계법인, 세무법인, 특허법인 등 전문기관이 신탁 업무 일부를 위탁받아 전문화된 서비스를 제공할 수 있도록 하는 내용도 포함됐다.

현재 법률 전문기관이 신탁업자의 주탁자권을 관리하기 위해서는 친밀유언이 높은 신탁인자가 필요해 해당 서비스가 제공되지 못했다.

자본시장법 개정안 발의

가온
법무법인

부동산처분형 유언대용신탁의 상속취득세 사건

기
훈
법
원
판
결

1 신탁 설정 배경

사후수익자(원고가가족들)

- 고령의 자매들이 **해외에 거주**(미국 이민)하고 있어, 상속절차 진행에 어려움이 예상되었음.
- 피상속인이 원고가가족들에게만 상속하길 원하였기에, **상속분쟁 위험**이 있었음.
- 1개 물건(이 사건 아파트)을 조카들에게 지분으로 나눠주면, 조카들간 **공유물 분쟁 위험**도 있었음.
- 피상속인이 이 사건 아파트에 계속 거주할 필요도 있었음.

➔ 신탁회사에 이 사건 아파트 소유권을 이전해두고, 사후수익자들에게 금전을 지급하는 신탁 설정

부동산처분형 유언대용신탁의 상속취득세 사건

기
훈
법
원
판
결

2 신탁의 구조와 사법(私法)상 법률관계

사후수익자

조카1	조카2	조카3	올케
43%	24%	24%	9%

- 수탁자는 "이 사건 아파트"(신탁재산)에 관한 **대내외적 소유권자**가 되므로, (대판 2020다278170 등)
- "이 사건 아파트"는 사법(私法)상 위탁자의 "**상속재산**"이 아님.
- 수탁자는 "**사후수익자의 동의 없이 단독으로**" "이 사건 아파트"를 처분할 수 있음. (신탁계약서 조항 명시)
- 사후수익자는 수탁자에 대하여 **금전채권만** 가짐. (대판 2020다278170 등)(신탁계약서 조항 명시)

부동산처분형 유언대용신탁의 상속취득세 사건

가
훈
법
원
판
결

3 부과처분의 내용 및 근거

- 부과처분: 청구인에 대한 2021.0.0.자 취득세 및 지방교육세 0000000원(가산세 포함) 고지
- 처분사유: 상속인/사후수익자들(대표상속인 조카1)이 상속개시일에 피상속인으로부터 “이 사건 아파트”를 **상속취득**했다.
- 근거 법령

지방세법 제6조 [정의]	지방세법 제7조 [납세의무자 등]
취득세에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다. 1. ‘취득’이란 매매, 교환, 상속 , 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 개수(改修), 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성 등과 그 밖에 이와 유사한 취득으로서 원시취득(수용재결로 취득한 경우 등 과세대상이 이미 존재하는 상태에서 취득하는 경우는 제외한다), 승계취득 또는 유상·무상의 모든 취득을 말한다.	① 상속 (피상속인이 상속인에게 한 유증 및 포괄유증과 신탁재산의 상속을 포함한다 . 이하 이 장(취득세)과 제3장(등록면허세)에서 같다)으로 인하여 취득하는 경우에는 상속인 각자가 상속받은 취득물건(지분을 취득하는 경우에는 그 지분에 해당하는 취득물건을 말한다)을 취득한 것으로 본다. 이 경우 상속인의 납부의무에 관하여는 「지방세기본법」 제44조 제1항 및 제5항(공유지 등의 관대납세의무) 규정을 준용한다.

- 근거 유권해석: 신탁법에 따라 신탁된 부동산의 위탁자가 사망한 경우 해당 부동산은 **상속인(수익자)에게 상속에 따른 취득세 납세의무가 성립하는 것** (지원세운경과-290, 2015. 1. 28.)

7

신탁종료 청구 및 신탁변경 청구 사건

가
훈
법
원
판
결

사안의 내용과 경과



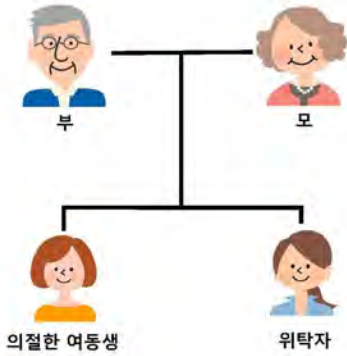
- ① 신탁관리인이자 아파트 유지관리책임자인 D가 그 역할을 이행하지 않음.
- ② 쟁점 아파트의 임대차 기간 만료가 다가오는데 보증금 반환 등 관리 주체가 불분명해짐.
- ③ 피상속인 A 사망 후 C의 친권자가 된 E가 신탁종료 청구
- ④ 이에 수탁자인 신탁회사 B는 신탁변경 청구로 대응
- ⑤ 신탁종료 청구 기각, 신탁변경 청구 인용
- ⑥ 신탁관리인은 E, 아파트 유지관리책임자는 C로 변경

신탁법 제100조(법원의 명령에 의한 신탁의 종료) 신탁행위 당시에 예속하지 못한 특별한 사정으로 신탁을 종료하는 것이 수익자의 이익에 적합함이 명백한 경우에는 위탁자, 수탁자 또는 수익자는 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있다.

신탁법 제88조 제3항 신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정이 발생한 경우 위탁자, 수익자 또는 수탁자는 신탁의 내용을 변경할 수 있다.

8

수익자연속신탁에 대한 유류분반환청구 사건



유언대용신탁 내용

- 생전수익자: 위탁자(생활비, 치료비 등 사용)
- 사후수익자: 모친(생활비 월400 외 치료비 등 지급)
- 1차 연속수익자: 부친(생활비 월400 외 치료비 등 지급)
- 2차 연속수익자: 공익법인(잔여 신탁재산 기부)
- 신탁목적: 의절한 여동생에게 상속되지 않도록 하면서, 부모님의 사망시까지 노후 봉양

유류분반환 청구

- 원고: 부모님
- 피고1: 수탁자(신탁 후 1년 내 사망하였음을 이유로)
- 피고2: 공익법인(별도로 생전기부된 재산에 대하여)

목적적 신탁관계를 인정한 최근 사례

1 서울행정법원 2022구합59578 판결



법원의 판단 MOU에 따른 법률관계 = 신탁

- MOU에 따른 법률관계는 중소기업에 대한 지원 등이라는 특정 목적을 위하여 신탁자(前회장)가 수탁자(티브로드)에게 신탁재산(금전 100억 원)을 이전하고, 수탁자가 이를 관리·처분하는 내용의 법률관계 ⇒ 신탁 또는 그와 유사한 성질을 가진 비전형계약
- 당사자들이 MOU에 신탁임을 명시하지 아니하였더라도 신탁계약으로서 성질 O ⇒ **목적신탁 인정**
- 위 MOU는 신탁법 제3조 제1항 단서에 의하여 인정되는 수익자가 없는 이른바 '목적신탁'에 해당함

목시적 신탁관계를 인정한 최근 사례

가
운
법
원
판
결

2 서울행정법원 2022구합59578 판결

• MOU의 주요 내용 (B: 티브로드, C: 前회장)

B와 C은 중소기업 지원 사업을 통한 중소기업의 발전과 방송생태계 활성화를 위하여 다음과 같이 협약(MOU)을 체결한다.

제1조(목적)

본 협약은 국내 방송 산업 진흥과 국제 경쟁력 강화를 위하여 C이 기부한 100억 원을 중소기업 양육사업에 대한 네트워크와 다년간 콘텐츠 지원 사업의 유관 결함을 보유한 B의 관리, 지원을 통하여 중소기업의 창의적인 방송콘텐츠 발굴과 제작, 운영 지원에 사용하는 것을 목적으로 한다.

제2조(역할의 분담)

- C은 국내 방송 산업 진흥을 위하여 100억 원을 기부한다.
- B는 **성실한 관리자의 의무를 이행하여 C이 기부한 금액이 국내 중소기업 사업 내 공동성립, 동반성장에 기여하는 데 사용될 수 있도록 기부자의 기부목적에 따라 관리한다.**
- C이 기부한 금액은 다음의 목적으로만 사용할 수 있다.
 - 중소기업의 창의적인 방송 콘텐츠 제작비 지원
 - 중소기업의 방송 제작 장비 지원
 - 중소기업의 운영자금 지원
 - 중소기업 종사자를 위한 교육과정 운영 및 지원
 - 기타 중소기업이 직접적 수혜를 목적으로 한 지원 사업

- C이 기부한 금액의 투명성을 위하여 별도의 F위원회를 구성하여 동 위원회가 기부금의 운용에 대한 독립적인 의사결정 권한을 가진다. B는 동 위원회를 지원하기 위하여 G기금운용본부로 구성 운영한다.
- F위원회는 중소기업상생사업의 심사, 승인 및 지원단체의 결정과 사업 평가 등을 수행하는 독립적이고 실질적 결정 권한을 가진 최종 결정 기구 역할을 수행한다. 동 위원회의 구성은 실무위원 1인, 실무위원 4.6명으로 시회적인 명칭을 위주로 구성 운영한다. 동 위원회는 기부금의 사용이 완료되는 시점에 해산한다.
- B의 G기금운용본부는 동 위원회를 보좌하며, 국내 방송 산업 진흥과 국제 경쟁력 강화에 기여하는 일관으로 중소기업의 산업 내 다양성 회복에 기여하며 동반성장할 수 있도록 상생아이템을 발굴하고 승인 사업의 실무적 집행을 지원하는 역할을 수행한다.

제3조(기부금 납부 등에 관한 사항)

- C은 본 협약 당일 B에 100억 원을 중소기업 지원금으로 입금한다.
- 동 기부금의 입금처는 B이나 C이 B에 기부하는 것이 아님을 명확하게 한다. B는 동 금액을 어떠한 경우에도 B를 위한 용도로 사용할 수 없다.
- B의 G기금운용본부는 **선정된 관리자로 별도의 계좌를 활용하여 C이 지급한 금액을 제2조의 위원회의 결정에 따라 관리 및 집행할 의무가 있다.**

제4조(효력)

이 협약의 효력은 협약 대표자가 기명·날인한 날로부터 발생하며, **발효 이후에는 어떠한 경우에도 그 효력이 상실되지 않는다.**

11

목시적 신탁관계를 인정한 최근 사례

가
운
법
원
판
결

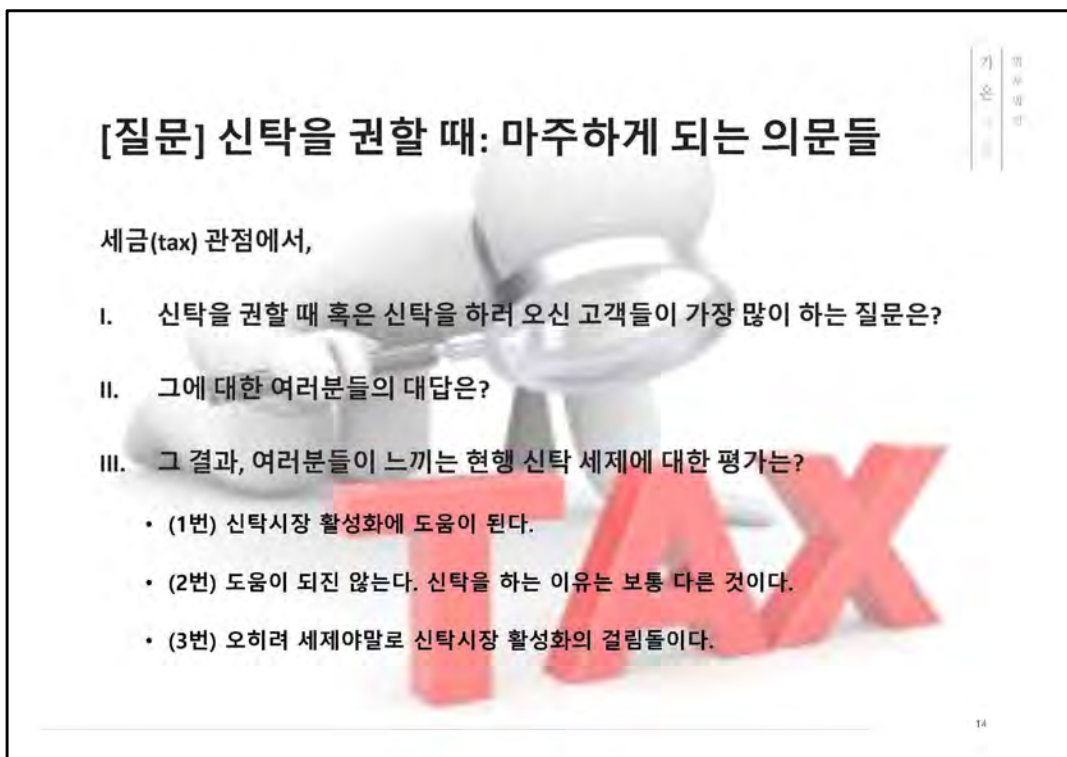
3 서울행정법원 2022구합59578 판결



법원의 판단 MOU에 따른 금액: 기부사무 처리를 위한 일종의 신탁재산 이전, 티브로드의 익금X

- 티브로드는 MOU에 정한 목적에 따라 위 금액 관리, 집행만 하였을 뿐 자기를 위한 용도로 사용X, 티브로드의 고유재산과 분리되어 별도로 집행, 관리되었고, 티브로드의 자산으로 회계 처리되지도 않음
⇒ 사용·수익 내지 처분 측면에서 현실로 위 금액을 지배·관리하며 향수하였다고 인정 **불가능**
- 법인세법 제5조는 신탁재산에 귀속되는 소득에 대해서는 그 신탁의 이익을 받을 수익자가 그 신탁재산을 가진 것으로 본다 고 규정하고 있음 → 기본적인 입법 태도가 신탁 자체를 도관으로 이해
- 실제로 MOU에 정한 바에 따라 중소기업 등을 위하여 지출되었고, 남은 정산금도 반환됨

12



기본 개념 1	신탁과세 개편안에 관한 소고 INDEX	I. 인사말 II. 신탁을 관할 때 마주치게 되는 의문들 III. 지난 해 도입된 신탁세제 훑어보기 IV. 앞으로 고쳐 나가려고 하는 쟁점들 V. 맺음말
---------------	---------------------------------	---

지난 해 도입된 신탁과세 훑어보기

1 기본적인 사례

```

                graph TD
                A["A (위탁자/수익자)"] -- "상가 신탁" --> B["B (수탁자)"]
                B -.->|"수익권"| G["갑 (수익자)"]
                G -.->|"수익권"| E["을 (수익자)"]
            
```

1 위탁자 생전	-생전 수익에 대한 소득세 납세의무자 문제 -소득세와 증여세의 이중 과세 조정 문제
2 위탁자 사망	-위탁자 A 사망시 상속세 부담 여부
3 수익자 사망	-선순위 수익자 갑 사망시 후순위 수익자 을의 상속세 부담 여부
4 기타	-신탁재산의 유류분반환청구 대상 여부

[기초 사실관계]

- 위탁자 A는 배우자 갑, 자녀 을을 두고 있으며, 본인 소유인 시가 10억 상당의 상가를 소유하면서 매달 100만원의 임대수익을 얻고 있음
- A는 B에게 위 상가를 신탁하면서 생전에는 자신을 수익자로 하되,
 - ✓ 본인 사후에는 배우자 갑이 임대료 수입을 얻고,
 - ✓ 갑의 사후에는 다시 아들 을이 상가의 소유권을 취득하는 내용의 신탁을 설정하고자 함

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

2 국면별 과세문제 검토

위탁자 생전 과세문제

1. 문제점

■ 아래 요건 모두 만족시 위탁자에게 소득세 과세

- ① 위탁자가 신탁을 해지할 수 있는 권리, 수익자를 지정하거나 변경할 수 있는 권리, 신탁 종료 후 잔여재산을 귀속 받을 권리를 보유하는 등 위탁자가 신탁재산을 실질적으로 지배·통제할 것
- ② 신탁재산 원본을 받을 권리에 대한 수익자는 위탁자로, 수익을 받을 권리에 대한 수익자는 그 배우자 또는 같은 주소 또는 거소에서 생계를 같이 하는 직계존비속으로 설정했을 것

원본 귀속	수익 귀속	소득세	증여세/상속세
위탁자	자녀	위탁자(수익 발생시점)	자녀 증여세(수익 수령시점) 원본은 추후 상속시 상속세 부과
자녀	자녀	자녀(수익 발생시점)	자녀(수익 수령시점, 원본 수령시점)
자녀	배우자	배우자(수익 발생시점)	배우자 증여세(수익 수령시점) 자녀(원본 수령시점)
자녀 (배우자 사후)	위탁자(생전) 배우자(위탁자 사후)	위탁자(수익 발생시점) 사후 배우자(수익 발생시점)	배우자 상속세(위탁자 사망시점) 자녀 상속세(배우자 사망시점?)

17

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

2 국면별 과세문제 검토

위탁자 사망 시점의 과세문제

1. 문제점

- 타익신탁에서 수익자가 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우, 그 이익에 상당하는 가액은 상속재산으로 보지 아니함(상증세법 제9조 제1항 단서)
- 또한 수익자로 지정된 자가 그 이익을 받기 전에 해당 신탁재산의 위탁자가 사망한 경우에는 위탁자가 사망한 날을 증여시기로 봄(상증세법 시행령 제25조 제1항 제1호)
- 위탁자 사망시 과세 방법(증여세/상속세)에 대하여 논란이 있어 왔음

2. 개정안

- 개정안은 "상속"의 범위에 유언대용신탁과 수익자연속신탁을 추가하고(제2조 제1호 라목, 마목)
- 유언대용신탁 및 수익자연속신탁에 의하여 신탁의 수익권을 취득한 자를 "수유자"에 포함하여(제2조 제5호 다목)
- 유언대용, 수익자연속신탁의 경우, 위탁자 또는 수익자 사망시 "증여세"가 아닌 "상속세"로 과세하도록 함

3. 평가

- 개정안에 따라 유언대용신탁 및 수익자연속신탁이 "상속"의 범위에 포함되고(2조 제1호 라목, 마목), "증여"의 개념에서 제외된 이상(제2조 제6호 단서), 상속세 과세로 해석하는 것이 타당해 보임

18

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

2 국면별 과세문제 검토

수익자 사망 시점의 과세문제

1. 문제점

- 선순위 사후수익자인 배우자 갑이 사망하는 경우, 배우자의 수익권도 상속세법 제9조에 따라 배우자의 상속재산의 과세가액에 포함되는 것인지,
- 아니면 아들 을(후순위 사후수익자)의 수익권은 위탁자가 사망할 때 이미 을에게 귀속되었고, 다만 그 행사시점만 갑의 사망시점까지 유보된 것으로 보아 갑 사망시점에는 상속세 문제가 없는지 문제될

2. 개정안

- 개정안은 수익자연속신탁의 수익자가 사망함으로써 타인이 새로 신탁의 수익권을 취득하는 경우, **그 타인이 취득한 신탁의 이익을 받을 권리의 가액을 사망한 수익자의 상속재산에 포함하도록 규정함(제9조 제3항).**
- 즉, 배우자 갑 사망시 그 신탁 수익권을 갑의 상속재산에 포함하여 아들 을에게 상속세 과세됨

3. 평가

- 신탁상 수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득하는바(신탁법 제56조 제1항 본문), 아들 을 또한 이미 (갑의 사망을 조건으로) 수익권을 취득한 것으로 볼 여지도 있음
- 그렇다면, 최초 위탁자 A 사망시 후순위 사후수익자인 아들 을이 이미 상속세를 부담하고 수익권을 취득한 것으로 보아, 갑의 사망으로 다시 상속세를 부담하지 않는다고 해석할 여지도 있어 보임

가
운
세
제

지난 해 도입된 신탁과세 훑어보기

2 국면별 과세문제 검토

기타 과세문제

1. 수익자 연속신탁에서 위탁자 사망시 원본수익권 상속재산 포함 여부

- 수익자연속신탁은 신탁재산의 수익권을 원본수익권과 수입수익권으로 구분하여 위탁자 또는 전 수익자가 사망시 (원본수익권은 신탁에 유보한 채) 수입수익권을 제1수익자, 제2수익자의 순으로 취득할 수 있도록 설계 가능
- 이 경우 상속재산의 범위에 원본수익권을 포함시켜야 하는지 불분명함. 즉 위탁자 사망시 위탁자의 상속재산에 배우자의 수입수익권은 포함되는 것이 명확하나, 여전히 원본수익권은 신탁에 유보되어 있는 상태이므로 원본수익권까지 위탁자의 상속재산에 포함시켜야 하는지 불분명함

2. 세대생략 할증 과세 문제

- 수익자연속신탁을 이용할 경우 상속법 제27조에서 규정한 세대를 건너뛴 상속에 대한 할증과세를 회피할 수 있는 가능성
- 예컨대 수입수익권에 대한 제1수익자를 자녀로 설정하고, 자녀 사후 원본수익권의 수익자를 그 자녀의 후손으로 설정할 경우, 또는 신탁 종료 시 잔여재산이 자녀2의 후손에게 귀속되는 경우,
- 실질적으로는 원본자산을 위탁자의 손자에게 상속하는 효과를 얻을 수 있지만 상속세 할증과세를 적용받지 않을 여지가 있음

가
운
세
제

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

3 짚어볼 만한 Tax Points (1)

가
운
세
법
학

증여세 과세 기준시점 = 신탁 설정 시 과세 vs. 수익 지급 시 과세

1. [비교대상] 일본의 경우 (=신탁설정시 과세방식)

- 일본 상속세법 제9조의2(증여 또는 유증에 의해 취득한 것으로 의제하는 신탁에 관한 권리) 제1항: 신탁(퇴직연금의 지급을 목적으로 하는 신탁 그 외의 신탁으로 정령에서 정하는 것을 제외한다. 이하 같다)의 효력이 발생한 경우에 있어서, 적정한 대가를 부담하지 않고 당해 신탁의 수익자등(수익자로서의 권리를 현재 가지는 자 및 특정위탁자를 말한다. 이하 이 절에서 같다)으로 되는 자가 있는 때에는 당해 신탁의 효력이 발생한 때에 당해 신탁의 수익자등으로 되는 자는 당해 신탁에 관한 권리를 당해 신탁의 위탁자로부터 증여(당해 위탁자의 사망에 기인하여 당해 신탁의 효력이 발생한 경우에는 유증)에 의해 취득한 것으로 의제한다.
- 수익권 배분을 통한 누진세율 적용회피, 과세의 이연 등으로 인한 조세회피 방지?

2. 우리나라 (=수익실현시 과세방식)

- 우리나라가 애초 수익실현시 과세방식을 취한 이유는 납세자의 담세능력을 고려한 결과: 국회본회의 회의록 제17차 제14회 기록(1952. 11. 10.) 19~20면. 상속인들이 상속받은 재산으로부터 세금을 거두겠다는 것이 당시 입법자의 의사였다고 추측되며, 이러한 제제가 현행 제도에도 관철되고 있음
- 과연 과세이연의 효과가 있는 것인지? (종래 위탁자 중심의 소득세 과세방식과도 연결하여 고민할 필요)

41

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

3 내가 본 Tax Points (2)

가
운
세
법
학

존속기한 제한규정의 부재와 세대생략 합증규정의 적용 여부에 관한 loophole(?)

1. [비교대상] 일본의 경우 존속기한 제한규정(=30년)을 두고 있음

- 수익자연속신탁의 존속기간: 당해 신탁이 이루어진 때로부터 30년을 경과한 이후에 현재 존재하는 수익자가 정함에 따라 수익권을 취득한 경우로 당해 수익자가 사망하기까지 또는 당해 수익권이 소멸하기까지
- 미국의 경우 영구구속금지의 원칙(rule against perpetuities)에 따라 '위탁자 사망 후 21년'

2. 존속기한의 제한이 없는 우리나라에서의 수익자연속신탁 설계 가능성

- 이른바 dynasty trust의 설정 가능성. 원본수익권에 대한 과세를 영구히 이연할 수 있는가?
- 세대생략 합증배제: 수입수익권에 대한 제1수익자를 자녀로 설정하고, 자녀 사후 원본수익권의 수익자를 그 자녀의 후손으로 설정할 경우, 또는 신탁 종료 시 잔여재산이 자녀의 후손에게 귀속되는 경우, 실질적으로는 원본자산을 위탁자의 손자에게 상속하는 효과를 얻을 수 있지만 상속세 합증과세를 적용받지 않을 해석상 여지가 있음
- 일본과 같은 수익자연속신탁에 대한 수익권 평가특례(일본 상속세법 제9조의3, 재판평가기본통달, 상속세법기본통달)이 없음. 원본수익권의 가치평가가 일률적으로 이루어짐으로써 발생하는 loophole?

42

2021년 도입된 신탁과세 훑어보기

3 짚어볼 만한 Tax Points (3)

법인과세 신탁의 활용가능성

1. 법인과세 신탁의 과세와 이점

- 법인세법 제5조(신탁소득) 제2항: ① 수익증권 발행신탁, 목적신탁, 유한책임신탁, "그밖에" 등 ② 신탁계약에 따라 그 수탁자가 법인세를 납부할 수 있다. (위탁자 신탁의 경우는 위탁자가 "법인세" 를 납부할 의무가 있음)
- 법인세법 제75조의11(신설): 수탁자는 신탁별로 구분하여 법인세 납부, 수익자가 부족분 한도 제2차 납세의무, 수익배분은 배당으로 의제
- 법인세법 제75조의14(신설): 수익배분은 배당으로 하고 **소득금액에서 공제**

2. 법인과세 신탁의 확장 가능성(=미국에서는 신탁 과세의 원칙, 국내에서도 여러 학자가 주장)

- 법인과세 신탁: 수탁자는 귀찮을 수 있지만, 설정자에게는 상당한 과세상 이익이 있음(법인세 과세, 배분 시까지 소득 과세 이연, 실 배분 시 소득공제)
- 법인세법에 열거된 신탁 형태 외에, 시행령에 위임되어 있는 "그밖에 유사한 신탁"을 지속적으로 확대해 나가면서 활용방안을 적극적으로 모색해 볼 필요가 있음

가
운
법
률
소
식

48

신탁과세 개편안에 관한 소고

INDEX

- I. 인사말
- II. 신탁을 권할 때 마주치게 되는 의문들
- III. 지난 해 도입된 신탁세제 훑어보기
- IV. 앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들
- V. 맺음말

가
운
법
률
소
식

49

앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들

1 신탁설정 시 양도소득세 과세규정 폐지

개정 신탁세제의 도입으로 "위탁자의 지배를 벗어나는 경우" 신탁 설정 시 양도세 과세

1. 원칙: 신탁재산 양도 시 위탁자를 양도자로 보아 과세
2. 예외: 위탁자의 지배를 벗어나는 경우 >> 수탁자에게 실질적으로 이전한 경우
 - 신탁계약 해지권, 수익자변경권, 해지 시 신탁재산 귀속권 등이 위탁자에게 부여되지 않아, 신탁재산이 수탁자에게 실질적으로 이전한 경우
3. 신탁 설정 시 양도세 과세규정 폐지 (근거)
 - 신탁의 설정행위는 명목상의 타이틀 이전으로 양도소득세 내지 취득세의 과세대상에서 제외되어 왔음: 갑자기 소득세법상 "양도"의 정의규정에 양도소득세 과세가 가능한 경우를 입법하여 혼란을 야기
 - 특히, 요건에 불확정 개념("신탁재산이 수탁자에게 실질적으로 이전한 경우")을 써 설정 시부터 과세리스크 대두
 - 신탁의 설정행위는 민법상 소유권의 이전이지만, 세법상으로는 대가가 없는 무상의 행위로서, 대가를 전제로 하는 "양도"의 개념 및 그에 따른 양도소득세와는 개념적으로 일치될 수 없음: 수탁자는 '신탁을 받은 자'이지 '양수인'이 아니고, 대가가 지불된 바 없으므로 양도소득세의 과세표준을 무엇으로 잡아야 하는지 의문임.
 - 나아가, 다른 규정에 의하여 신탁 수익자에게 동일한 재산에 관하여 증여세나 소득세가 과세될 경우 명백한 이중과세의 위험이 있음. (취득원가 step-up만으로는 이러한 과세리스크가 제거되지 아니함)

앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들

2 위탁자 과세신탁 요건규정 명확화 (개정)

"위탁자가 신탁재산을 실질적으로 지배, 통제하는 등"(소득세법 제2조의3 제2항)

1. 분쟁의 소지를 제거할 필요가 있음
 - 법령에 있는 판단의 기준을 모호하고 불확정적이며 판단의 재량이 넓은 개념을 사용하면 안됨 (조세법률주의, 과세요건명확주의 등에 위배) >> 법경제학적으로도 분쟁의 소지가 크게 넓어지므로 제도 자체의 사회적 비용(사중손실)이 크게 증가하는 결과로 이어짐
 - 다만, "and" 요건으로 원본을 받을 권리에 대한 수익자는 위탁자로, 수익을 받을 권리에 대한 수익자는 그 배우자 또는 같은 주소 또는 거소에서 생계를 같이 하는 직계비속으로 한정하고 있어, 위탁자 과세의 적용 폭을 제한하고 있음
 - 이에 대하여는, "제1항에도 불구하고 수익자가 특별히 정하여지지 아니하거나 존재하지 아니하는 신탁"과 "아래 각 호의 요건을 모두 충족하는 신탁"으로 나누어 위탁자 신탁의 판단기준을 명확하게 법령에 제시하여 신탁의 설정 및 과세에 관한 법적 안정성을 제공할 필요가 있음
2. 위탁자 과세의 요건 (안) - 아래 요건에 해당하지 아니하면 수익자 과세원칙으로 돌아감
 - 위탁자가 신탁 설정을 자유롭게 해지할 수 있는 경우
 - 해지 시 신탁재산의 귀속이 위탁자에게 복귀하도록 미리 약정되어 있는 경우
 - 위탁자가 신탁의 수익자를 제약 없이 변경할 수 있는 경우
 - 위탁자의 사망 시까지 신탁의 유일한 수익자가 위탁자인 경우

앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들

3 세법상 철회불능신탁(irrevocable trust)의 도입과 증여시기 규정 정비

위탁자 과세신탁과 정 반대로, 위탁자로부터 미리부터 분리가 확정된 신탁개념의 설정

1. 철회불능신탁(=위탁자로부터 이탈한 신탁)

- 위에서 본 "위탁자 과세신탁"의 대칭되는 개념으로, 위탁자에게 신탁재산이 돌아갈 수 없는 신탁을 말함
- 미국에서는 위탁자의 의사에 따라 신탁을 철회가능 또는 철회불능으로 설정할 수 있는데 위탁자의 의사가 명백하지 않은 경우에는 철회불능신탁으로 봄(common law). 즉, 미국에서는 철회불능신탁을 원칙으로 보는 셈이지만, 캘리포니아주와 UTC는 반대로 규정하고 있음

2. 세법상 의의(=증여시기의 확정=신탁 설정 시, 또는 늦어도 최초 지급 시)

- 철회가 불가능하고 따라서 위탁자로의 선택재산의 위탁자 복귀도 법률상 불가능하다면, 일본과 같이 신탁의 설정시점에 수익자 등에게 증여세 과세를 확정하는 것이 타당함
- 예컨대, 철회불능신탁이고 그 수익자가 자녀라면 수익권은 설정 당시 (내지 적어도 최초 수익 지급 시) 증여로 과세하고 이후 소득과세도 수익자에게 하는 것이 법리적으로 일관성이 있으며, 이후 수익권의 양도에 대하여 양도소득세를 과세하도록 정비한 개정내용(소득세법 제94조)과 부합함
- 다만, 이 경우에는 위탁자의 신탁 설정 시에 양도소득세를 매겨야 한다는 생각을 어떻게 회피할 것인지 고민

47

앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들

4 소득세와 증여세 이중과세 제거 내지 완화규정 도입

이중과세의 발현 국면과 제거방안에 관한 제언

1. 소득세와 증여세의 이중과세 문제

- 아래 두 경우를 비교하면, 오히려 신탁을 설정하여 증여하는 경우가 더 많은 과세리스크에 노출
 - **건물을 자녀에게 직접 증여하는 경우:** ① 자녀가 수증자로서 받는 시점에 건물에 대한 증여세 납부 ② 이후 수익하는 건물 임대료에 대하여 해당 시점에 소득세 납부
 - **자녀를 수익자로 하여 건물을 신탁하는 경우:** ① 위탁자의 신탁 설정 시 실질지배 여부에 따라 양도소득세 납부(위 폐지 건의안) ② 임대료가 발생하는 시점에 수익자(자녀) 혹은 위탁자 소득세 과세 ③ 실제 임대료 수익자에게 지급하는 시점에 자녀에게 증여세 과세(위 개정 건의안) ④ 신탁으로부터 원본을 수령하는 시점에 자녀에게 증여세 또는 상속세 과세
 - 위 경우 ①과 ②, ②와 ③, ③과 ④는 이중과세의 위험에 노출되어 있음. 이 중 신탁시장 활성화에 가장 크게 저해되는 이중과세 문제는 ②와 ③ 부분임.

2. 입법대안

- 제1안: 상충세법 제4조의2 제3항 우선 적용방안(소득세만 과세)
- 제2안: 소득세 기 납부액 상속세/증여세 공제방안 (이준봉, 2013)
- 제3안: 상속세/증여세 과세시점에 세금을 부담한 수익권 평가액을 세무상 취득원가로 취급하여 소득이 이를 초과할 때부터 과세하는 방안(손영철, 이한우, 2019)

48

앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들

가
운
법
원

7 상속, 기부, 기업승계 등 지원을 위한 신탁의 활용가능성 확대

기존 제안들 및 일본의 신상품 소개

1. 기업승계 지원 관련 세제 및 배우자 공제 등도 신탁 상속증여세에 동일하게 적용됨을 명문화
2. 일본의 교육자금증여신탁, 양육비지원신탁, 출산장려용 결혼, 육아지원신탁 등 도입
 - 세제혜택 부여
 - 치매환자 등 노력의 단독기구를 예비한 목적신탁 및 공익신탁 등에 대한 세제지원

29

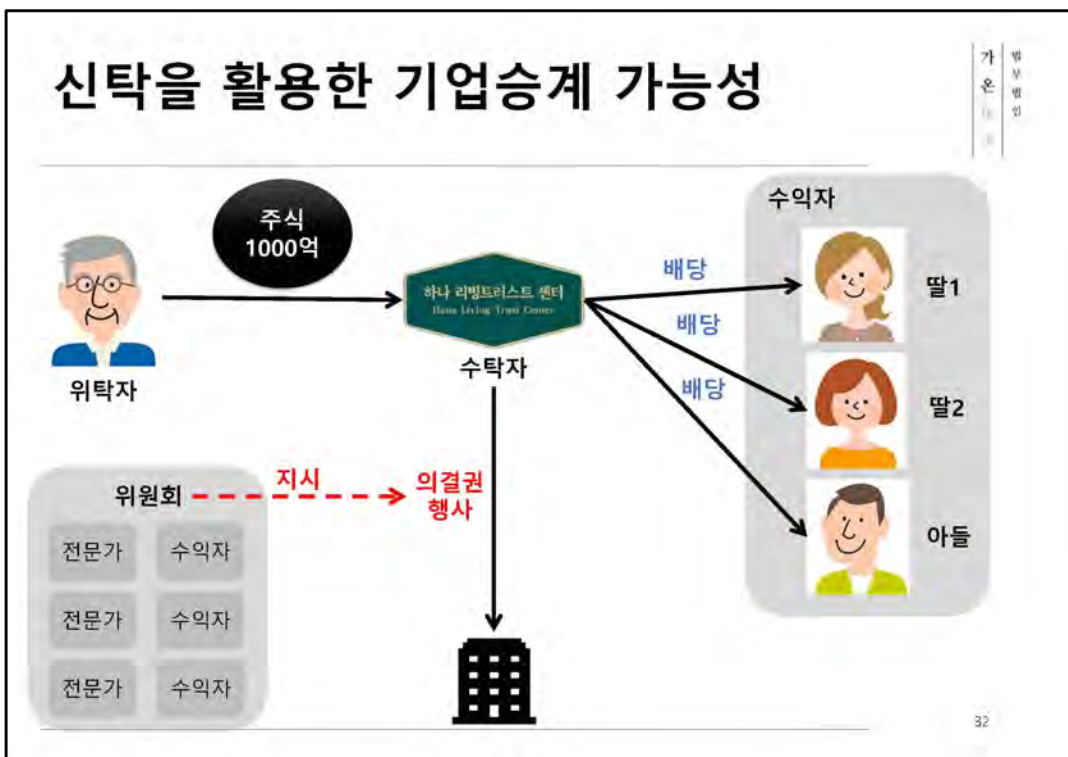
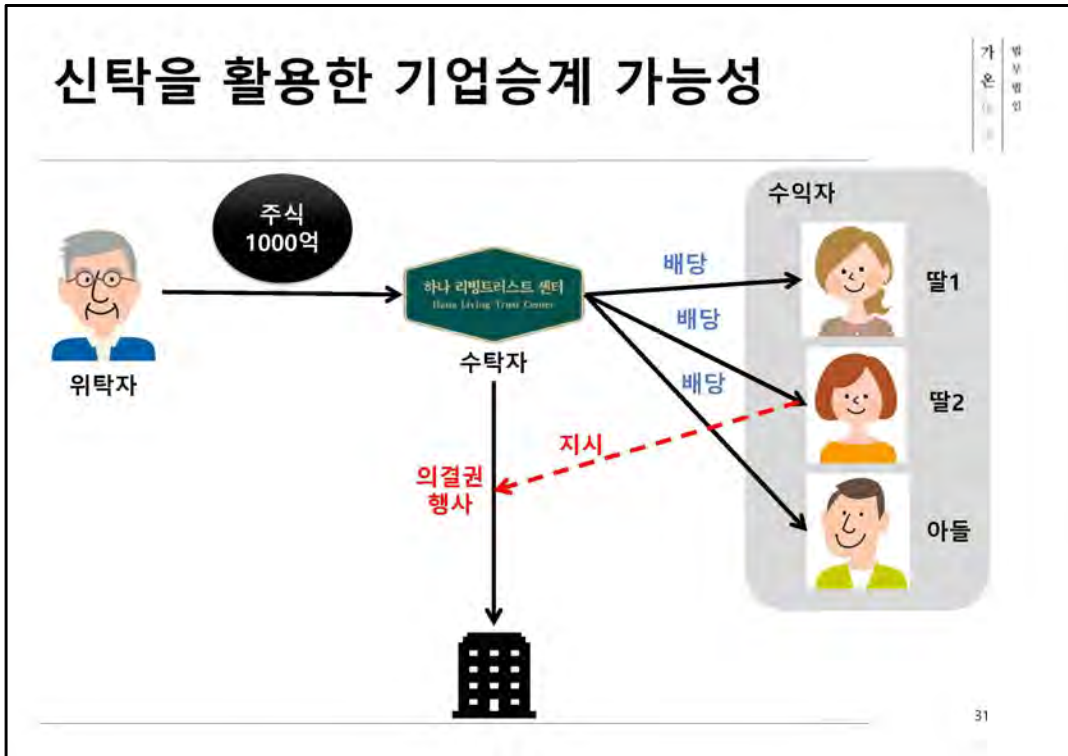
2022. 10. 13.자 금융위 신탁업 혁신안

가
운
법
원

- ① **(기업승계신탁)** 중소·중견기업이 신탁을 활용해 안정적으로 가업을 승계할 수 있도록, 의결권 행사 관련 제도 등 정비
 - 중소·중견기업 기업승계 목적으로 설정된 신탁*에 편입된 주식은 온전히 의결권 행사*가 가능하도록 허용
 - * 현자본법은 신탁업자의 신탁을 통한 우회적 지분 취득을 막기 위해 의결권 행사를 15%로 제한
⇒ 중소중견기업 기업승계신탁의 경우에도 의결권 행사가 15%로 제한돼 제도 활용에 어려움

※ [예] ① 중소·중견기업 사주가 위탁자이고 생전 수익자일 것, ② 사주가 자사주를 신탁할 것
 ③ 경영권 승계 목적으로 위탁자 생전에 설정된 신탁일 것
 ④ 신탁업자가 기업승계신탁의 명칭으로 신고한 약관에 따라 체결된 신탁일 것

30



법
무
법
인
가
온
|
|
|

신탁과세 개편안에 관한 소고

INDEX

- I. 인사말
- II. 신탁을 권할 때 마주치게 되는 의문들
- III. 지난 해 도입된 신탁세제
- IV. 앞으로 고쳐 나가려고 하는 점들
- V. 맺음말

197

[토론문]

가족신탁 실무와 세제에 관한 토론문

박 훈*

* 별 첨 *

* 서울시립대 교수