신탁법 개정 제안

최 수 정*

차 례

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 신탁의 성립과 효력
1. 신탁선언에 의한 신탁
2. 사해신탁의 취소
Ⅲ. 신탁관계인
1. 수탁자
2. 신탁재산관리인
3. 수익자와 수익권
4. 신탁관리인
Ⅳ. 신탁재산
1. 강제집행 등의 금지
2. 수탁자 사망시 신탁재산의 귀속
3. 공동수탁자의 신탁재산의 소유
Ⅴ. 신탁사무의 처리
1. 신탁사무의 위임과 수임인의 책임
2. 이익상반행위의 효력
Ⅵ. 신탁의 종료
1. 종료사유
2. 잔여재산의 귀속
Ⅶ. 결론

* 서강대학교 법학전문대학원 교수
접수일자 : 2018 4. 30. / 심사일자 : 2018. 5. 24. / 게재확정일자 : 2018. 5. 29.

Ⅰ. 문제의 제기

2011. 7. 25. 법률 제10924호에 따라 전면 개정된 신탁법이 2012. 7. 26. 시행된 이래, 신탁법리는 그 어느 때보다 관심의 대상이 되고 있다. 최근 실무에서 신탁의 이용이 확대되고 관련 판결이 대폭 증가한 현상이 이를 대변한다. 변화된 경제현실을 반영하여 법체계를 전면적으로 수정함으로써 신탁의 활성화를 위한 법적 기반을 마련하고자 한 전부개정의 취지에 상응하는 결과가 아닐 수 없다.

그러나 제한된 기간에 종래의 논의가 충분하지 못한 상태로 전부개정을 하면서, 그리고 법 개정 과정에서 세심한 검토가 이루어지지 못한 까닭에, 여러 문제점들도 드러났다. 먼저 신탁법 제66조 제3항[1]은 수익권질권의 설정에 관하여 수익권양도의 대항요건과 수탁자의 항변사유에 관한 제65조를 준용하면서, “제65조 중 "양도인"은 "수익자"로, "양수인"은 "질권자"로 보고, 같은 조 제1항 중 "수익권의 양수 사실"은 "수익권에 대하여 질권이 설정된 사실"로 본다”. 국회에 제출된 법무부 신탁법개정안 제65조 제1항은 채권양도 통지의 주체로 양도인뿐만 아니라 양수인도 인정하면서, “수익권의 양수 사실을 증명한 경우”를 요건으로 하였다. 그러나 국회 심의과정 중 통지권자에서 양수인이 삭제되었음에도 불구하고 제66조 제3항에서 해당 부분이 삭제되지 않은 결과, 현행과 같은 명백한 오류가 남게 되었다. 시급한 개정이 요청된다.

그리고 입법과정에서 의식적으로 판례와 해석에 맡겨놓은 부분도 있다. 예컨대 수익자취소권은 수탁자의 신탁목적에 위반한 행위에 대하여 신탁재산을 확보하기 위한 수익자의 고유한 권리로서, 신탁행위로도 제한할 수 없다(제61조 제6호). 수탁자의 신탁위반에 대하여 제43조는 원상회복의무와 손해배상의무를 정하고 있지만, 수익자취소권은 이에 대한 보다 적극적인 구제수단이라고 할 수 있다.[2] 하지만 수익자취소권의 성질이나

1) 이하에서 별도의 법명 표기가 없는 것은 신탁법의 규정이다.

2) 수익자는 수탁자에 대하여 수익채권을 가진 채권자로서 민법상의 채권자취소권을 행사할 수 있지만, 그것과 별개로 제75조의 취소권을 행사할 수 있다. 수익자취소권은 수탁자의 무자력과 사해의사를 요건으로 하지 않으며, 수익자의 피보전채권을 한도로

효과에 대하여 신탁법은 충분한 기준을 제시하고 있지 않다. 특히 취소의 효과에 대하여 제75조 제2항은 수익자가 여럿인 경우 1인의 취소가 다른 수익자에게도 효력이 미친다고 정할뿐, 그 밖의 구체적인 효과에 대하여는 정함이 없다. 그래서 이를 둘러싼 학설이 대립하는데,[3] 이러한 법률관계의 불명확성은 결국 수익자의 중요한 권리의 행사를 차단하게 될 것이다. 종래 판결들에서 위탁자의 채권자에 의한 사해행위취소가 쟁점이 된 반면, 수익자취소권 자체가 다투어진 경우는 드문 것을 보아도 그러하다. 때문에 제75조에서 그 효과를 명시할 필요가 있다.

이와 더불어 담보권신탁의 법적 근거가 명확함에도 불구하고(제2조), 실제 담보권신탁의 설정에 따른 효과와 관련한 법규가 미비한 까닭에 법률관계에 대한 불확실성이 여전히 남아있다. 나아가 담보수단으로서 부동산담보신탁상 우선수익권이 활발히 이용되는 것에 상응하여 기존의 담보권과 대비되는 효과, 특히 피담보채권과의 관계에 대한 해명이 필요하다. 판례는 최근 우선수익권이 담보물권과는 성질을 달리하는 신탁상 권리임을 분명히 하였다.[4] 이는 매우 타당하지만, 그 이후의 효과에 대하여는 기존 담보법리와의 관점에서 근본적인 고찰과 함께 입법적인 조치가 필요하다.[5] 신탁수익권이 그 피담보채권과는 별개의 권리라고 해서 양자를 각각 유통시킬 수 있는지, 그에 따른 당사자의 지위를 어떻게 판단할 것인지의 문제이다. 담보수단으로서 신탁에 대한 수요가 증폭되고, 향후 이를 둘러싼 분쟁이 증가할 것이 충분히 예상되는 만큼, 법적 기준을 마련할 필요가 있을 것이다.

이상에서 살펴본 것은 법규의 단순한 오류, 불분명함 내지 구체적인 규정의 미비, 새로운 규율을 위한 과제의 단편에 지나지 않는다. 개정된 신탁법이 6년 가까이 시행된 지금, 그동안의 성과를 돌아보고 그 과정에서 드러난 문제점을 개선하기 위한 노력을 강구할 시점이다. 신탁법제에서

하지 않고, 재판상 행사해야 하는 제한도 없기 때문에, 채권자취소권과는 차이가 있다.

3) 최수정, 신탁법, 박영사, 2016, 369쪽 이하 참조.

4) 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결; 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다52589 판결.

5) 그밖에 기존 법리에 비추어 이론적인 관심과 궁리가 요구되는 부분으로 수탁자의 의무위반에 따른 이득반환의무(제43조 제3항)를 들 수 있다.

가장 기본적인 법률이 신탁법인 만큼, 그 본래의 개정 취지를 적극적으로 실현하고 현재의 수요에 부합하는 법리를 제공하기 위한 입법적인 조치가 요구된다. 이에 본고는 우리법 체계에 상응하는 신탁관계의 합리적 규율을 위하여, 신탁법의 주요 규정을 중심으로 그 개정을 위한 근거와 방안을 제시하고, 이를 통해 신탁법의 개정을 촉구함과 동시에 가시적인 논의의 계기를 마련하고자 한다.

Ⅱ. 신탁의 성립과 효력

1. 신탁선언에 의한 신탁

제3조 제2항은 신탁선언에 의한 신탁에 있어서 “신탁을 해지할 수 있는 권한”의 유보를 금지하고 있다. 그러나 신탁선언은 단독행위이며, 해지는 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 계약당사자의 일방적 의사표시이다. 그리고 신탁이 계약에 의해서만 설정되는 것은 아니다. 제98조 이하도 신탁의 종료라는 용어를 사용할 뿐, 그 밖의 규정에서 해지라는 용어를 사용하지 않는다. 그러므로 해지의 본래적인 의미에 비추어서나 신탁법의 체계적인 규율을 위해서도 제3조 제2항에서는 “신탁을 종료시킬 수 있는 권한”이라고 하여야 한다.

그리고 그 표제로부터 분명한 것처럼 제3조는 신탁설정에 관한 규정이다. 그럼에도 불구하고 제3항은 신탁선언에 의한 신탁에 대해 이해관계인이 종료를 청구할 수 있음을 정하고 있다. 그 취지에는 의문이 없으나, 신탁의 종료에 관한 부분에서 정함을 두는 것이 신탁법 체계에 부합한다. 제100조는 법원의 명령에 의한 신탁의 종료를 정하고 있는바, 제2항을 신설하여 위 규정의 내용을 옮겨서 정하는 것이 타당하다.

2. 사해신탁의 취소

개정전 신탁법 제8조는 수탁자와 수익자의 선의·악의를 묻지 않고 사해신탁의 취소를 인정하였다. 이에 대해서는 자산유동화 구조를 안정적으로 유지하는 것이 어렵고, 투자자에게 불측의 손해를 줄 수 있으며, 민법상의 채권자취소권과 비교하여 수탁자 또는 수익자의 보호가 부족하다는 비판이 있었다.[6] 그러나 현행 제8조 제1항은 수탁자가 선의라도 사해신탁의 취소를 구할 수 있도록 함으로써 종래의 요건을 유지하였다. 그 취지에는 동의할 수 있지만,[7] 그 밖의 새로운 요건과 효과는 여전히 불명확하거나 문제를 야기할 수 있어서 해석론을 넘어선 입법적인 조치가 필요하다.

(1) 요건

제8조 제1항은 수탁자 또는 수익자에 대한 사해신탁의 취소를 인정하면서도, 단서에서 "수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다"고 한다. 이때 "그러하지 아니하다"의 의미가 당해 수익자에 대해서만 취소할 수 없다는 것인지, 아니면 수탁자에 대해서도 취소할 수 없다는 것인지는 그리 명확하지 않다. 이에 대해 학설은 나뉜다. 일본 신탁법을 근거로 선의의 수익자가 1인이라도 있는 때 수탁자에 대한 사해신탁의 취소를 인정하지 않는 것은 바람직하지 않다거나,[8] 반대로 수익자가 모두 악의인 때에만 수탁자를 상대로 한 사해신탁의 취소가 가능하다고 한다.[9]

제8조 제1항의 본문과 단서라고 하는 규정방식에 비추어볼 때, 그리고

---

6) 법무부, 신탁법 해설, 2012, 76쪽.

7) 수탁자는 신탁재산으로부터의 이익향수가 금지되므로 민법 제406조의 '수익자'에 해당하지 않는다. 그러므로 사해신탁의 취소에서 수탁자의 선의·악의는 요건이 아니다(이연갑, "신탁법 개정의 쟁점", 「성균관법학」 제21권 제3호, 성균관대학교비교법학연구소, 2009, 604쪽).

8) 김태진, "사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성", 「선진상사법률연구」 제59호, 법무부, 2012.7, 196쪽 이하.

9) 최수정, 위의 책, 216쪽.

동조 제2항의 해석상, 일부 수익자가 선의라면 악의의 수익자만을 상대로 사해신탁을 취소할 수 있을 뿐 수탁자에 대해서는 취소할 수 없다고 해야 한다. 만약 수탁자에 대한 사해신탁의 취소를 허용한다면, 예컨대 이미 수익자에게 수익급부를 한 수탁자로서는 가액반환의 형태로 원상회복을 해야 하는데, 이는 수탁자에게 가혹하다.[10] 무엇보다 선의의 수익자에게 수익급부를 하지 않은 상태에서 수탁자에 대한 사해신탁의 취소 및 원상회복이 인정된다면, 더 이상 신탁재산이 존재하지 않으므로 수익권이 무의미하게 된다. 따라서 선의의 수익자를 보호하고자 하는 단서의 취지에 비추어, 수탁자에 대한 취소는 허용되지 않는다고 해야 한다. 악의의 수익자를 상대로 한 취소가 가능하므로 취소채권자에게도 특별히 부당하지 않다. 하지만 이러한 해석론과는 별개로, 법규정의 해석을 둘러싼 다툼이나 불확실성을 제거하기 위해서는 단서에서 수탁자 및 선의의 수익자에 대한 사해신탁의 취소가 허용되지 않음을 분명히 할 필요가 있다.[11]

한편 제8조 제1항 단서 및 제2항은 “수익권을 취득할 당시”를 기준으로 수익자의 선의 또는 악의를 판단한다. 신탁상 정함에 따른 수익권은 신탁의 효력이 발생함으로써, 수익자지정권 또는 수익자변경권의 행사에 따른 수익권은 그 권한 행사시에(제56조 제1항), 그리고 수익권양도에 있어서는 수익권을 양수한 때, 각각 수익권을 취득하게 된다.

그런데 신탁상 수익자로 지정되었더라도 수탁자로부터 통지를 받은 때 비로소 그 사실을 알게 되는 경우도 있다. 또 수익자지정권 등의 행사는 수탁자에 대한 의사표시 또는 유언에 의하므로, 동일한 사태가 발생할 수 있다. 이때 수익권의 취득 시점과 수익자임을 안 시점 사이에 간격이 발생하고, 전자의 경우 선의였더라도 후자의 경우에는 악의일 수 있다. 이 경우에도 제8조 제1항 단서 및 제2항에 의하면 수익자는 선의이기 때문

10) 수탁자가 사해신탁의 설정을 공모, 교사, 방조하였다면, 제8조 제6항에 의해 책임을 물을 수 있음은 별개의 문제이다.

11) 예컨대 일본 신탁법 제11조는 수탁자에 대한 사해신탁의 취소와 수익자에 대한 취소를 항을 나누어 규정하기 때문에 위와 같은 해석상의 문제는 발생하지 않는다. 즉 동조 제1항은 수탁자에 대한 취소청구를 규정하면서 선의의 수익자가 있는 때에는 예외를 인정하고, 동조 제4항은 수익급부를 받은 수익자를 상대로 한 취소청구를 규정하면서 수익자가 선의인 때에는 예외를 인정한다.

에, 당해 수익자는 물론 수탁자에 대해서도 사해신탁을 취소할 수 없다. 그러나 수익자로 지정된 사실을 알지 못하였다면 통상 사해신탁임을 알지 못할 것이며, 수익권의 취득 사실을 안 때 악의라면 이러한 수익자 보다는 채권자의 보호가 우선되어야 한다.[12] 따라서 이러한 시차를 고려하고, 보호이익 있는 당사자를 보호한다는 관점에서는, 수익권취득시가 아니라 "수익자로 지정된 사실을 안 때 또는 수익권을 양수한 때"를 기준으로 해야 한다.

(2) 효과

1) 위탁자의 책임

신탁법은 신탁의 구조에 비추어 사해신탁의 취소에 따른 특수한 효과를 정하고 있다. 특히 취소된 신탁과 관련하여 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대해 위탁자는 원상회복된 신탁재산을 한도로 책임을 진다(제8조 제4항). 그런데 이 규정은 사해신탁취소의 효과라고 하는 관점에서나 위탁자가 책임을 지는 상대방인 채권자의 범위와 관련하여 어려운 문제를 야기한다.

첫째, 판례와 다수의 학설은 사해행위취소에 대해 상대효를 인정한다. 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 효력이 발생하므로, 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 인하여 그 법률관계에 영향을 받지 않는다.[13] 그러므로 수탁자에 대해 사해신탁이 취소되면 그 효력은 취소채권자와 수탁자 사이에만 미치고, 채무자인 위탁자나 신탁채권자에 대한 관계에서는 신탁행위가 유효하게 존속한다. 즉 위탁자는 신탁재산을 취득하지 않으며, 신탁재산이 원상회복되기 전이라면 신탁채권자는 여전히 당해 신탁재산을 책임재산으로 파악하

12) 한민, "사해신탁의 취소와 부인", 「BFL」 제53호, 서울대학교금융법센터, 2012.5, 12쪽도 이러한 수익자를 보호하는 것은 적절하지 않다는 근거에서 악의의 수익자로 취급하고자 한다.

13) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결 등.

여 강제집행을 할 수 있고, 원상회복의 모습이 가액배상인 때에는 원래의 신탁재산은 그대로 수탁자에게 존속하므로 이에 대해 역시 강제집행 등을 할 수 있다.[14] 원상회복된 재산에 대하여 취소채권자가 강제집행을 한 경우에도, 수탁자는 위탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 가진다.[15] 그리고 바로 이 부당이득반환청구권이 본래의 재산에 갈음한 신탁재산이 된다(제27조). 따라서 신탁채권자는 이를 책임재산으로 파악할 수 있다. 이처럼 사해행위취소의 효과에 관한 일반 법리를 사해신탁의 취소에 적용해보면, 과연 제8조 제4항이 사해신탁취소의 효과가 미치지 않는 위탁자에게 신탁채권자에 대한 책임을 지우는 근거가 무엇인지 의문이다.

둘째, 그럼에도 불구하고 상대적 효력설의 특칙으로서 위탁자의 의도 여하에 따라서 사실상 신탁재산이 감소하게 되는 경우 불측의 손해를 받을 수 있는 선의의 신탁채권자를 보호하고자 한다면, 신탁채권자의 범위를 재고하여야 한다. 제8조 제4항은 “수탁자와 거래한” 채권자를 대상으로 하기 때문에, 수탁자는 이에 해당되지 않는다. 그러나 수탁자는 신탁재산에 대하여 비용상환청구권을 가지며, 이는 수탁자의 고유재산에 속한 권리이다.[16] 수탁자도 신탁에 대하여 채권자의 지위를 가지며, 더욱이 다른 채권자에 우선한다(제48조). 다른 신탁채권자와 수탁자를 구분하여야 할 설득력 있는 근거를 찾기 어려운 만큼, “선의의 신탁채권자”로 규정하여 수탁자도 포함될 수 있도록 할 것이다.

---

14) 사해행위취소의 경우 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 우열을 판단함에 있어서 판례는 상대적 효력설을 그대로 적용하는데, 이에 관해 학설은 대립한다. 오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 「민사판례연구」 ⅩⅩⅥ, 민사판례연구회, 2004, 168쪽 이하; 박춘기, “수익자의 고유채권자에 대한 사해행위취소의 효력 - 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 -”, 「판례연구」 제18집, 부산판례연구회, 2007, 217쪽 이하 참조.

15) 취소의 상대효라고 하는 근거에서 학설은 채권자에 대한 채무의 소멸이라는 채무자의 이익은 부당한 것이어서 수익자 또는 전득자에 대하여 부당이득이 된다고 본다(송덕수, 신민법강의, 제10판, 박영사, 2017, 1079쪽; 지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017, 1168쪽).

16) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결도 수탁자의 신탁재산에 대한 비용상환청구권은 수탁자가 개인적으로 갖는 권리로서 독립성을 인정할 수 있으므로 양도될 수도 있고 권리질권의 목적도 될 수 있다고 보았다.

2) 수익권양도청구권

제8조 제5항은 악의의 수익자에 대한 수익권양도청구권을 정하고 있다. 그런데 수익권양도청구권의 성질과 요건은 명확하지 않으며, 오히려 혼란을 야기한다. 그 원인은 신탁법 개정과정에서 애초의 개정안이 변경되었으나 수익권양도청구권에 대해서는 변경된 내용에 상응하는 조정이 이루어지지 않은 데 있다. 국회에 제출된 신탁법개정안에 의하면,[17] 선의의 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하거나 선의의 수익자가 유상으로 수익권을 취득한 경우 사해신탁의 취소를 구할 수 없었다. 하지만 악의의 수익자가 신탁이익을 향수하도록 하는 것은 타당하지 않으며, 위탁자가 이러한 점을 악용할 수도 있다. 그래서 채권자가 사해신탁을 취소할 수는 없더라도 악의의 수익자 또는 수익권의 무상취득자에 대해 수익권 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있도록 하였다. 사해신탁의 취소가 불가능한 경우 채권자는 이에 갈음하여 수익권양도청구권을 통해 책임재산을 확보할 수 있는 것이다.

그러나 현행 제8조 제1항은 신탁의 인수 또는 수익권의 취득이 유상 또는 무상인지를 묻지 않을뿐더러, 제2항은 악의의 수익자에 대한 사해신탁의 취소를 인정하며, 제5항은 신탁이 취소되지 못한 경우를 요건으로 하지 않는다. 그 결과 사해신탁의 취소와 수익권양도청구권의 관계 및 수

17) 신탁법개정안 제8조(사해신탁) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자나 수익자에게 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하거나 수익자가 유상으로 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.
③ 선의의 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하여 신탁이 취소되지 못한 경우 채권자는 악의의 수익자나 수익권의 무상취득자에게 그가 취득한 수익권 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다.
④ 선의의 수익자가 유상으로 수익권을 취득하여 신탁이 취소되지 못한 경우 채권자는 악의의 수탁자에게 그가 받은 보수 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다.
⑤ 제3항 또는 제4항의 경우 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.

익권양도청구권의 행사방법이 문제된다. 먼저 악의의 수익자에 대하여 사해신탁이 취소되면 수익권도 존재할 수 없기 때문에, 채권자는 악의의 수익자에 대하여 둘 중 하나의 권리만을 행사할 수 있다고 해야 한다. 만약 수익자가 수익급부를 받았다면 채권자는 사해신탁의 취소와 원상회복을 구하고, 수익급부를 받지 않았다면 수익권양도청구권을 행사할 것이다. 그리고 수탁자에 대하여 사해신탁이 취소되면 악의의 수익자도 더 이상 수익권을 가지지 않는다.[18] 그러므로 수탁자에 대해 사해신탁을 취소하면서 동시에 악의의 수익자에 대해 수익권양도청구권을 행사한다는 것은 모순이다. 이러한 해석론이 가능하다고 하더라도, 현행과 같은 규정하에서는 불확실성이 문제될 수 있기 때문에, 입법적인 보완이 필요하다.[19]

그리고 권리행사방법에 관하여 제8조 제5항 2문은 단순히 민법 제406조 제2항을 준용할 뿐이며, 이에 대한 해석은 일치하지 않는다. 수익권양도청구권을 원상회복의 방법에 지나지 않는다고 보는 견해는 사해신탁취소의 방법에 의하여야 한다고 한다.[20] 반면 법률이 소로써 할 것을 명시하고 있지 않기 때문에 행사방법에는 제한이 없다고 보기도 한다.[21] 그러나 수익권양도청구권 자체가 사해신탁의 취소에 있어서 채권자에게 인정되는 선택적 권리이고, 그 요건에 대한 엄격한 판단이 필요한 만큼, 동일한 절차가 요구된다고 할 것이다. 그리고 수익권양도청구권의 성질을 단순한 청구권이 아니라 형성권으로 새기는 것이 책임재산의 확보를 위한 제도의 취지에도 부합한다. 그렇다면 수익권양도청구권도 재판상 행사하도록 할 것이며, 제8조 제5항 2문이 민법 제406조 제2항을 준용하는 것은

18) 수탁자에 대한 사해신탁취소의 효력은 당해 신탁재산으로부터의 이익을 향수하는 수익자에게 미칠 수밖에 없다. 이는 신탁의 구조에 따른 효력이므로, 판례와 다수의 학설이 취하는 사해행위취소의 상대적 효력설에 상치되는 것은 아니다.

19) 학설은 수익권양도청구권이 원상회복의 방법에 지나지 않는다거나(한상곤, "사해신탁취소권의 행사에 관한 법적 고찰", 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교법학연구소, 2014, 88쪽 이하), 신탁법상 인정되는 특별한 청구권으로서 사해신탁취소와 선택적 또는 병행하여 행사할 수 있다고 한다(김태진, 위의 글, 203쪽 이하). 이처럼 법률규정이 명확하지 않고 그 해석을 둘러싼 대립이 있는 경우, 실무상 제도의 이용을 기대하기는 어렵다. 그러므로 취소채권자의 보호를 위한 제도의 취지를 뒷받침하기 위해서는 법 개정이 반드시 필요하다.

20) 한상곤, 위의 글, 90쪽.

21) 김태진, 위의 글, 205쪽.

단순히 1년 또는 5년이라고 하는 시간적인 한계만을 준용하는 것이 아니라 제소기간을 준용하는 것이라고 해야 한다. 이러한 수익권양도청구권의 성질 및 행사에 관한 규율을 분명히 하기 위해서는, 제8조 제5항을 삭제하면서 동조 제2항 2문에서 악의의 수익자에 대해 선택적으로 수익권양도청구권을 행사할 수 있음을 명시하는 것이 타당하다.

Ⅲ. 신탁관계인

1. 수탁자

(1) 수탁능력

제11조는 수탁능력에 대한 소극적 요건으로 금치산자 및 한정치산자가 아닐 것을 요구한다. 그런데 종래 무능력자제도를 대체하는 성년후견제도를 도입하는 민법개정이 2011. 3. 7.(법률 제10429호) 있었고, 그 규정은 2013. 7. 1.부터 시행되었다(부칙 제1조).[22] 그러므로 이러한 제도의 변경에 따른 신탁법의 개정도 시급하다. 이미 2015. 7. 20. 민법의 개정내용을 반영하여 수탁자의 결격사유 중 금치산자와 한정치산자를 피성년후견인과 피한정후견인으로 하고, 신탁관리인의 임무종료 사유 중 수익자가 금치산선고, 한정치산선고의 취소심판을 받은 경우를 각각 수익자가 성년후견종료 또는 한정후견종료의 심판을 받은 경우로 변경하는 신탁법 일부개정법률안(의안번호 16141)이 제출되었으나, 임기만료로 폐기되었다. 그리고 2016. 11. 11. 제안된 신탁법 일부개정법률안(의안번호 2003510)도 동일한 취지에서 제11조 및 제67조에서 금치산자와 한정치산자를 각각 피성년후견인과 피한정후견인으로 대체하고 있다.

22) 경과조치로서 법 시행 당시에 이미 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 자에 대해서는 종전의 규정을 적용하지만, 금치산 또는 한정치산자에 대하여 개정 법률에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견이 개시되거나 임의후견감독인이 선임된 경우 또는 법 시행일부터 5년이 경과한 때에는 금치산 또는 한정치산의 선고는 장래에 향하여 효력을 잃는다(부칙 제2조). 법 시행 당시 신탁법상의 금치산 또는 한정치산에 대해서는 성년후견 또는 한정후견을 받는 사람에 대하여 위 5년 기간에 한정하여 성년후견 또는 한정후견을 인용한 것으로 의제된다(부칙 제3조).

그런데 종래의 무능력자제도에는 금치산과 한정치산의 구분만 있었다. 현행 성년후견제도에서 이에 상응하는 것이 성년후견과 한정후견이라고 할 수 있지만, 그밖에 특정후견과 임의후견의 유형이 신설되었다. 그리고 심신미약 또는 심신상실 상태에 있는 사람의 보호를 위해 그의 행위능력을 포괄적, 전면적으로 박탈하는 것을 내용으로 하던 무능력자제도와 달리, 성년후견제도는 요보호자의 자기결정권을 승인하고 그 잔존능력을 활용할 수 있도록 하는 제도이다. 그래서 요보호자를 위한 능동적이고 적극적인 방안으로, 성년후견, 한정후견, 특정후견, 임의후견 각 유형에서 행위능력의 제한 여부 및 그 범위를 개별적으로 정하도록 하였다. 때문에 위 일부개정법률안과 같이 금치산자와 한정치산자를 단순히 피성년후견인 및 피한정후견인으로 대체하는 것으로 충분한지에 대해서는 검토가 필요하다. 제한된 범위에서 행위능력을 가지는 피성년후견인, 특히 피한정후견인에 대하여 수탁능력을 인정할 수 없는지, 피특정후견인이나 임의후견이 개시된 본인은 어떻게 취급할 것인지의 문제이다.

수탁자의 지위는 신탁재산의 귀속주체로서 신탁상의 정함에 따라 사무를 처리하고, 그에 따른 권리를 취득하고 의무를 부담하며, 신탁위반에 대하여 엄격한 책임을 진다. 수탁자는 신탁목적의 달성, 특히 수익자의 보호를 위한 제도적 장치이며, 위탁자나 수익자와 달리 수탁자에 대해서만 별도로 수탁능력을 요구하는 것도 그 때문이다.[23] 따라서 지속적이고 포괄적인 정신적 제약으로 성년후견심판 또는 한정후견심판을 받은 자가 제한된 범위에서 유효하게 행위할 수 있다고 하더라도 곧 수탁능력을 인정하기는 어렵다.[24] 같은 맥락에서 수탁능력이 있는 수탁자가 성년후견이

23) 대리인에 대해서도 행위능력이 요구되지 않는데(민법 제117조), 이는 대리행위의 효과가 대리인을 선임한 본인에게 귀속되기 때문이다. 반면 행위능력이 제한된 수탁자를 선임함으로 인한 효과는 신탁재산 및 수익자에게 돌아가게 되고, 이는 신탁을 설정한 목적에도 반하는 결과를 초래할 수 있다. 그리고 제한능력자에 대하여 수탁능력을 인정한다면, 그 법정대리인에 의한 수탁사무의 처리 가부, 그로 인한 효과, 특히 제한능력자의 책임이라고 하는 문제를 야기하게 된다.

24) 법제사법위원회 검토보고서도, 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁의 목적 달성을 위해 필요한 행위를 하게 되므로 사무처리 능력이 부족한 경우 수익자에게 직접적으로 재산상 손해를 끼칠 개연성이 높다는 점에서, 피성년후

나 한정후견개시의 심판을 받았다면, 수탁자의 임무는 종료한다고 해야 한다. 따라서 제11조의 “금치산자, 한정치산자”를 “피성년후견인, 피한정후견인”으로 개정하고, 제12조 제1항 제2호의 “금치산선고 또는 한정치산선고를 받은 경우”도 “성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 받은 경우”로 각각 개정할 필요가 있다.

그런데 질병, 장애 등으로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원이나 특정사무에 대한 후원이 필요하여 특정후견의 심판을 받은 피특정후견인에 대해서는 특정후견의 기간이나 사무의 범위가 정해지고(민법 제14조의2 제1항 및 제3항), 법원은 특정후견인의 선임을 포함하여 피특정후견인의 후원을 위해 필요한 처분을 하게 된다(민법 제95 9조의8 및 제959조의9 제1항). 즉 특정후견심판이 있는 때에도 피특정후견인의 행위능력은 원칙적으로 제한되지 않는다. 그리고 일시적 또는 부분적 후원이라고 하는 관점에서도 특정후견은 성년후견이나 한정후견과는 차이가 있다. 신탁사무가 특정후견을 통한 후원 대상과 일치하지 않거나 시차가 발생하는 경우 또는 중복되더라도 신탁사무에 직접적인 영향이 없는 경우들도 있을 수 있다. 때문에 피특정후견인의 수탁능력 자체를 부정할 것은 아니다. 만약 수탁자에 대해 특정후견심판이 있게 된다면, 수탁자의 사임이나 해임을 통해 신수탁자를 선임할 수 있다. 그러므로 당사자들의 선택에 맡겨두는 것이 합리적이며, 이를 일반적인 수탁능력이나 법정임무종료사유로 정하는 것은 적절하지 않다.

한편 임의후견제도는 정신적 제약에 따르는 재산관리와 신상보호에 본인이 보다 적극적으로 대비하는 제도이지만, 신탁목적 내지 수익자를 위한 법적 장치인 수탁자의 지위를 이러한 상태에 있는 본인에게 허용할 것인지에 대해서는 별도의 판단이 필요하다. 단순히 후견계약을 체결한 것만으로는 그 효력이 발생하지 않으므로 수탁능력을 문제 삼을 이유는 없다. 하지만 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상태에서 법원이 임의후견감독인을 선임함으로써 후견계약의 효력이 발생하면(민법 제959조의14 제3항, 제959조의15 제1항),[25] 임의후견인이 위탁사무에 대하여 본인

견인과 피한정후견인에게 수탁능력을 인정하지 않은 것은 문제가 없다고 평가한다.

을 대리하게 된다. 임의후견이 개시된다고 해서 본인의 행위능력이 제한되는 것은 아니며, 대리행위의 범위가 신탁사무와 일치하지 않는 한 본인이 수탁자로서 신탁사무를 처리하는 것이 불가능하지도 않다. 그러나 질병, 장애, 노령 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있는 본인에게 수탁자로서의 임무와 그 위반에 따른 책임을 묻는 것은 적절하지 않다. 성년후견제도는 요보호자 본인의 보호를 목적으로 하는 반면, 신탁제도는 신탁목적, 특히 수익자의 보호를 중요한 정책으로 한다. 이러한 제도의 취지와 신탁상 수탁자의 지위가 가지는 무게에 비추어 볼 때, 임의후견이 개시된 본인에 대하여는 원칙적으로 수탁능력을 부정하는 것이 타당하다.[26] 위탁자가 요보호상태에 있는 자를 수탁자로 선임하고자 하는 것은 통상 그와의 인적신뢰관계 때문인데, 이 경우에는 수탁자가 아니라 신탁관리인으로 선임하여 신탁에 개입시킬 수 있다. 그러므로 임의후견이 개시된 본인에 대해 수탁능력을 부정하는 것이 위탁자의 의사를 전적으로 무시하거나 제약하는 입법방향은 아니다.

(2) 신수탁자의 선임 요건

제21조 제3항은 유언신탁에 있어서 수탁자로 지정된 자가 신탁을 인수하지 않거나 인수할 수 없는 경우 동조 제1항 및 제2항에 따라 신수탁자를 선임할 수 있도록 한다. 그런데 제21조 제3항은 이미 유언자가 수탁자를 지정한 경우를 전제로 하기 때문에, 유언자의 신탁설정 의사가 확인됨에도 불구하고 수탁자를 지정하지 않은 경우의 처리가 문제된다. 물론 제21조 제3항을 유추적용하는 방법도 있지만, 제21조 제3항에서 유언에서 수탁자를 지정하지 않은 경우도 함께 정하는 것이 보다 명확하다.

---

25) 후견계약은 요식행위로서 공정증서에 의하여야 하며(민법 제959조의14 제2항), 등기를 통해 공시된다(후견등기에 관한 법률 제26조).

26) 특히 '임의후견의 우선성'에 기하여 법원은 본인의 이익을 위해 특별히 필요한 때에만 성년후견 등의 심판을 할 수 있으며(민법 제959조의14 제2항), 본인이 피성년후견인 등인 때에는 본인의 이익을 위한 특별한 필요가 인정되지 않는 한 종전의 성년후견 등의 종료심판을 하여야 한다, 이러한 경우를 고려할 때에도 임의후견이 개시된 본인에 대하여는 수탁능력을 부정할 필요가 있다.

2. 신탁재산관리인

(1) 필수적 신탁재산관리인의 선임 요건

신탁법상 신탁재산관리인은 임의적 신탁재산관리인과 필수적 신탁재산관리인으로 분류된다. 제18조 제1항은 필수적 신탁재산관리인의 선임 요건으로 각호의 사유 외에, 신수탁자가 선임되지 않거나 다른 수탁자가 존재하지 않을 것을 정하고 있다.

그러나 신수탁자가 선임되었다면 더 이상 신탁재산관리인의 선임이 문제되지 않으므로, 전자는 요건으로서의 의미를 가질 수 없다. 그리고 공동수탁자는 원칙적으로 신탁사무를 공동으로 처리하므로(제50조 제3항 본문), 신수탁자가 선임되지 않았더라도 다른 수탁자가 존재한다면, 그 수탁자에 의한 신탁사무의 계속을 기대할 수 있다.[27] 각 수탁자가 해당 업무를 분장하는 경우에도 임의적 신탁재산관리인을 선임할 수 있으며, 이는 이미 제17조 제1항 단서가 예정하고 있는 바이다. 그리고 필수적 신탁재산관리인은 수탁자의 임무가 종료하였으나 아직 신수탁자가 선임되지 않음으로써 신탁재산의 보관과 신탁사무의 인계 등에 공백이 생기는 것을 방지하기 위해 관련 절차에서 그 선임이 강제되는 것이다. 그렇다면 임의적 신탁재산관리인에 대한 규정과의 관계 및 필수적 신탁재산관리인의 취지에 비추어, 제18조 제1항은 "신수탁자가 선임되지 아니하거나 다른 수탁자가 존재하지 아니할 때"가 아니라, "신수탁자가 선임되지 아니하고 다른 수탁자도 존재하지 아니할 때"로 그 요건을 바로잡아야 한다.

(2) 임의적 신탁재산관리인과 필수적 신탁재산관리인의 구분

필수적 신탁재산관리인은 수탁자가 존재하지 않는 경우 기왕의 절차에서 그 선임이 강제된다는 점에서, 청구권자의 청구에 의해 선임되는 임의

27) 결국 제18조 제1항은 공동수탁자의 존재를 망각한 규정이라고 할 수밖에 없다. 그리고 수탁자의 임무종료와 관련한 규정들에서도 공동수탁자를 배려하지 않은 까닭에 규율의 공백이 발생한다. 제12조 제4항은 "신수탁자나 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지"로 정하고 있지만, 공동수탁자가 있는 경우를 위하여 "다른 수탁자"를 추가하여야 한다. 이는 제15조와 제16조 제5항에서도 다르지 않다.

적 신탁재산관리인과 구분된다. 하지만 제17조와 제18조를 제외하면 신탁법은 양자를 구분하지 않고 '신탁재산관리인'이라고만 칭한다. 신탁재산관리인은 수탁자에 갈음하여 신탁재산을 보호하기 위해 선임된 법정재산관리인으로, 그 임시적 지위 및 역할에 비추어볼 때 어떤 유형의 신탁재산관리인인가에 따라 임무를 구분할 필요는 없을 것이다.

그런데 제18조 제3항은 필수적 신탁재산관리인에 대하여 임의적 신탁재산관리인에 관한 제17조 제3항, 제5항 및 제6항을 준용한다. 따라서 필수적 신탁재산관리인은 즉시 수익자에게 선임 사실을 통지하여야 하고, 신탁재산에 관한 소송에서 당사자가 되며, 법원은 필요에 따라 신탁재산에서 적당한 보수를 줄 수 있다. 그러나 제18조 제3항은 제17조 제2항 및 제4항을 준용하지 않으므로, 법원은 필수적 신탁재산관리인에 대하여 허가를 받아야 하는 사항을 정할 수 없는지, 필수적 신탁재산관리인은 선임된 목적범위 내에서 수탁자와 동일한 권리·의무가 없는지, 도대체 필수적 신탁재산관리인과 임의적 신탁재산관리인의 지위가 다른 것인지에 대한 의문이 제기된다.

임의적 신탁재산관리인도 수탁자의 임무종료에 따라 선임된 경우 그 주된 임무는 신수탁자가 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지 신탁재산을 보호하는 것이다. 이는 필수적 신탁재산관리인의 경우에도 다르지 않다. 반면 수탁자와 수익자간의 이해상반에 따른 경우에는 이해상반이 발생한 사무에 관하여 신탁재산관리인의 적극적인 사무처리가 요구된다. 그러므로 임의적 신탁재산관리인이라고 하더라도 선임사유에 따라서 그 임무범위나 내용은 상이할 수밖에 없으며, 또 개개의 사안에서 법원의 처분에 따라 신탁재산관리인의 임무 범위는 달라진다. 그래서 제17조 제4항도, 어떠한 사유에 의해 선임된 신탁재산관리인인지를 묻지 않고, 선임된 목적범위 내에서 수탁자와 동일한 권리·의무가 있다고 선언할 뿐이다. 그러므로 단순히 임의적 신탁재산관리인 또는 필수적 신탁재산관리인이라고 하는 구분에 따라서 그 임무를 구분하는 것은 설득력이 없다. 그리고 제19조 제4항에 따라서 법원이 새로운 신탁재산관리인을 선임한 경우, 이는 임의적 신탁재산관리인인지 아니면 필수적 신탁재산관리인인지, 따라서

제18조 제3항에 따른 임무의 범위를 달리 보아야 하는지는 명확하지 않다. 신탁재산관리인과 거래하는 상대방의 입장에서도 그 신탁재산관리인이 어떠한 유형에 해당하는지를 파악하기 어렵고, 관심사항도 아닐뿐더러, 개개의 사무를 성질상 구분하는 것도 쉽지 않다. 임의적 신탁재산관리인이나 필수적 신탁재산관리인 모두 법원에 의해 선임되고, 법원은 신탁재산관리인이 법원의 허가를 받아야 하는 사항을 포함한 필요한 처분을 명할 수 있다고 해야 하는 만큼, 양자의 지위에 차별을 두어야 할 근거는 없다. 그러므로 제18조 제3항에서는 제17조 제2항 및 제4항도 함께 준용하여야 한다.

3. 수익자와 수익권

(1) 수익권의 개념

제2조는 수익자의 이익을 신탁목적의 하나로 들고 있으며, 제56조 제1항 본문에 따라 수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득한다. 개정전 신탁법과 마찬가지로 현행 신탁법은 수익권 자체에 대한 정의를 하고 있지 않다. 수익자가 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 직접적인 권리인 수익채권이 당연히 수익권의 주된 내용이 된다. 그리고 이를 확보하기 위한 여러 권능들도 수익권의 내용을 이루며, 신탁법은 일정한 권리에 대하여 신탁행위에 의한 제한을 금지함으로써 수익자를 보호한다(제61조). 뿐만 아니라 신탁상 별도의 정함이 없는 한 수익자는 비용상환청구권 및 보수청구권의 상대방이 된다(제46조 제4항, 제47조 제4항). 수익권을 가지는 자가 수익자로서 신탁법상의 의무를 부담한다는 점에서, 종래 수익권은 권리와 의무의 총제로 해석되었다. 그리고 신탁법 개정시에 이를 변경하기 위한 조치는 없었던 만큼, 현행 신탁법도 동일한 개념을 전제로 하고 있다고 보아야 한다.

그러나 수익권의 성질로부터 당연히 의무도 포함된다고 할 근거는 없으며, 입법례는 오히려 수익권을 권리로만 개념하고 있다. 영국 수탁자법(Trustee Act 2000) 제31조는 신탁비용에 대하여 신탁재산으로부터 상환받

거나 신탁재산에서 지급할 것을 정할뿐, 수익자에 대한 상환청구는 예정하고 있지 않다.[28] 그리고 미국 표준신탁법(Uniform Trust Code 2010) 제709조는 수탁자의 신탁재산에 대한 상환청구권을 정하고 있을 뿐이다. 미국 신탁법 제2차 리스테이트먼트 제249조 제1항도 수탁자가 수익자와의 비용상환에 관한 계약이 있는 때에만 청구를 할 수 있다고 함으로써, 비용과 보수는 별도의 합의에 맡겨놓았다. 또한 일본 신탁법 제2조 제7항도 수익권을 수익채권과 이를 확보하기 위한 권리의 총체로 정의한다.[29]

수익권을 어떻게 정의할 것인가는 입법적 선택의 문제이지만, 만약 수익권을 수익자지위에 따르는 권리와 의무의 합으로 파악한다면, 수익권이 문제되는 장면에서는 항상 권리 외에 의무의 취급도 함께 고려하지 않으면 안 된다. 그러나 이 경우 수익권에 관한 신탁법 규정을 일관되게 해석하기 어렵고, 수익권양도나 수익권질권, 수익권포기에서도 일반적인 권리의 양도나 입질, 포기와는 다른 검토가 필요하게 된다. 그러므로 법률관계를 간명하게 하고 법해석을 명확하게 하기 위해서도 수익권을 권리로만 개념할 필요가 있다. 이를 위해서는 단순히 해석론에 맡겨두기 보다는 종래와 다른 수익권에 대한 정의규정을 신설할 것이다. 제56조 제1항에서 수익권을 수익채권을 중심으로 한 권리임을 명시하고, 제2항과 제3항에서 현행 제1항과 제2항을 각각 옮겨 규정하는 것이 적절하다.

---

28) 이는 수탁자법(Trustee Act 1925) 제30조도 마찬가지였다. 다만 판례(Hardoon v Belilio [1901] AC 118과 Balkin v Peck (1998) 43 NSWLR 706)는 일정한 경우 수익자에 대한 상환청구를 인정하였다. 그러나 이를 예외적인 것으로 보는 견해(Penner, The Law of Trust, 11.ed., Oxford, 2010, p.23)는 주주와 수익자가 제한된 책임을 부담한다는 점에서 유사하다는 근거로부터 수익자에 대한 상환청구를 부정한다. 반면 수익자는 신탁으로부터 이익을 향수할 기회를 가졌으며, 이익뿐만 아니라 손실의 가능성에 대해서도 인식한 채로 수익권을 취득하였으므로, 형평상 수익자가 부담해야 한다는 근거에서 위 판례의 태도를 원칙적인 것으로 보는 견해도 있다(Bogert/Bogert/Hess, The Law of Trusts and Trustees, 3.ed., West Group, 2011, §718).

29) 일본 구 신탁법에서는 수익자가 비용상환의무와 보수지급의무를 부담한다는 점에서 수익권을 권리와 의무의 총체로 해석하였다. 그러나 이러한 수익권의 개념에 대하여는 문제가 제기되었던바, 법 개정을 통해 수익권에 대한 정의규정을 신설하고, 이를 권리로만 파악하면서 의무는 별도의 계약에 의하도록 하였다(法務省民事局參事官室, 信託法改正要綱試案 補足說明, 126頁).

(2) 공동수익자

제36조는 수탁자의 이익향수를 금지하면서, 수탁자가 수익자의 지위를 겸하는 때에는 예외를 인정한다. 이 경우 수탁자는 수익자로서 신탁이익을 향수하는 것이므로, '수탁자'의 이익향수는 문제되지 않기 때문이다. 그런데 제36조는 "공동수익자"라는 용어를 사용하고 있다. 이러한 용례는 신탁법 전체에서 제36조가 유일하다. 신탁법은 수익자가 여럿인 경우 그 의사결정에 관한 보충적인 규정을 두고 있지만, 그밖에 각 수익권의 내용에 상응하는 신탁이익을 향수함에 있어 여러 수익자간의 관계가 특별히 문제되지는 않는다. 그러므로 공동수탁자의 경우와 달리, 별도의 법률관계가 전제되지 않는 공동수익자의 개념은 공허하며, 오히려 의문을 야기할 수 있다. 제10조 제2항도 위탁자지위의 이전에 있어서 위탁자가 여럿인 때 다른 위탁자의 동의를 받도록 하지만, 굳이 이를 '공동위탁자'라고 부르지 않는다. 그러므로 신탁법 전체의 개념설정 및 규율방식에 비추어 볼 때, 제36조에서는 공동수익자를 삭제하고, "여러 수익자"로 바꾸어 규정하는 것이 바람직하다.

(3) 수익자변경권

위탁자는 신탁상 수익자변경권자를 지정할 수 있으며, 위탁자 자신이 수익자변경권을 유보할 수도 있다. 그리고 유보된 수익자변경권이 행사된 경우, 기존의 수익자는 비록 그의 사실상의 희망에는 반하지만 수익권을 잃게 된다. 그러나 애초에 수익자변경권이 유보된 수익권을 취득한 만큼 특별히 부당한 결과는 아니다. 반면 수익자변경권이 유보되지 않은 경우, 신탁재산은 수탁자의 소유이므로 비록 신탁재산을 출연한 위탁자라도 임의로 그 재산상 이익을 기존 수익자로부터 빼앗아 제3자에게 수여할 수 없다. 제3자를 위한 계약에서도 제3자가 수익의 의사표시를 하면 그 권리는 확정적으로 귀속되고, 요약자와 낙약자의 합의에 의해 제3자의 권리를 변경·소멸시킬 수 있음을 미리 유보하였거나 제3자의 동의가 있는 경우가 아니면, 계약당사자가 그 권리를 변경 또는 소멸시키지 못하는 것(민법 제541조)에 비추어보아도 그러하다.[30] 신탁상 수익자로 지정된 자는

당연히 수익권을 취득하며(제56조 제1항), 수익권을 포기하지 않는 한 권리의 귀속은 확정적이다. 그러므로 위탁자라도 수익자변경권이 유보되지 않은 한 수익자를 변경할 수 없다.

한편 재산승계를 위하여 설정된 생전신탁은 유증과 동일한 기능을 한다. 유언자는 유언 철회의 자유가 있으며 이러한 철회권은 포기하지 못한다(민법 제1108조). 유증은 종의처분으로 최종적인 의사만이 기준이 된다. 그래서 제59조 제1항은 이러한 관점에서 수익자로 지정된 자가 위탁자 사망시에 수익권을 취득하거나, 수익자가 위탁자의 사망 이후에 비로소 신탁재산으로부터 급부를 받는 때, 수익자변경권이 유보되지 않았더라도 위탁자는 수익자를 변경할 권리를 가지는 것으로 정하였다. 제59조는 수익자변경권이 유보된 때에만 수익자를 변경할 수 있음을 전제로 하여, 그 예외로서 재산승계 목적의 신탁에서는 원칙적으로 위탁자에게 수익자변경권을 허여한 것이다. 따라서 제59조의 내용을 압축, 대표하는 개념은 위탁자의 수익자변경권이다.[31] 그리고 유언대용신탁이라는 표제에도 불구하고 제59조는 유언대용신탁 자체를 정의하거나 요건 또는 효과와 같은 내용을 정하고 있지 않다. 위탁자의 수익자변경권이 인정되는 것으로부터 유증에 갈음하는 신탁의 한 유형을 확인할 수 있을 뿐이다. 신탁법 시행 이후 제59조에 기하여 유언대용신탁이라고 하는 용어가 실무에서도 통용되고 있지만, 이와 별개로 제59조의 표제로서 유언대용신탁이라는 용어에 대해서는 재고가 필요하다.

4. 신탁관리인

(1) 선임과 임무종료

신탁에서 수탁자를 감독하는 자는 일차적으로 수익자이다. 그런데 수익자가 존재하지 않거나 제한능력자임으로 해서 수탁자에 대한 적절한 감

30) 계약당사자가 제3자의 권리를 임의로 변경·소멸시키는 행위를 한 경우, 이는 제3자에 대하여 효력이 없다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다30285 판결).

31) 이는 신탁법의 체계상 제59조가 수익자지정권 및 수익자변경권 다음에 위치한 것으로부터도 명백하다.

독을 기대할 수 없는 경우, 수탁자의 감독에 공백이 생기고, 신탁목적의 달성 또는 수익자의 보호가 문제된다. 만약 신탁상 정함이 없다면, 법원은 이해관계인의 청구에 의해 또는 직권으로 신탁관리인을 선임할 수 있다(제67조 제1항 및 제2항). 제67조 제2항은 종래 무능력자제도하에서 "한정치산자 또는 금치산자"라고 정하였으나, 성년후견제도에 따른 개정이 필요하다. 이때 한정치산자를 피한정후견인으로, 금치산자를 피성년후견인으로 대체하는 것으로 충분한지에 대해서는 검토가 필요하다.

먼저 특정후견심판이 있거나 임의후견이 개시된 경우에도 피특정후견인 및 본인에 의한 수탁자의 감독이 문제될 수 있다. 그러나 피특정후견인이나 본인의 행위능력 제한 여부는 개별적으로 판단되므로, 피성년후견인이나 피한정후견인과 동일하게 취급하기는 어렵다. 더욱이 제67조 제2항은 "그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우"로 포괄적으로 정하고 있다. 때문에 특정후견심판이나 임의후견의 개시를 별도로 명시하지 않더라도, "그 밖의 사유"의 하나로서 수탁자에 대한 감독이 어려울 때에는 신탁관리인을 선임할 수 있다.[32]

그런데 수익자가 피성년후견인 또는 피한정후견인인 경우, 성년후견인 또는 한정후견인과 신탁관리인의 관계가 문제된다. 왜냐하면 성년후견인은 피성년후견인의 법정대리인이 되며(민법 제938조 제1항), 피성년후견인의 재산을 관리하고, 그 법률행위를 대리한다(민법 제949조 제1항). 또한 한정후견인도 대리권을 가질 수 있으며(민법 제959조의4 제1항), 그 사무에 관하여는 성년후견인에 관한 규정이 준용된다(민법 제959조의6). 한편 신탁관리인은 수익자의 이익이나 목적신탁의 목적달성을 위해 자신의 명의로 수익자의 권리에 관한 재판상·재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다(제68조 제1항). 그러므로 수탁자에 대한 감독과 관련하여 이들 후견인과 신탁관리인의 경합 내지 우열의 문제가 제기된다.

첫째, 신탁관리인 선임의 재판에 있어서 성년후견인 등의 존부와 그 대리권 내지 사무범위는 신탁관리인의 선임 여부를 판단하는 데 중요한 기

32) 이에 상응하여 제69조 제2항의 신탁관리인의 임무종료사유에서도 특정후견심판의 취소나 임의후견의 종료는 제3호의 "그밖에 수익자가 수탁자에 대한 감독능력을 회복한 경우"에 해당할 것이므로 별도의 규정은 필요하지 않다.

준이 된다. 만약 성년후견인 등에 의한 수탁자의 감독이 가능하다면, 신탁관리인을 선임할 필요는 없다. 이는 수익자에 대하여 성년후견개시심판이 있는 경우에도 다르지 않다. 법원은 수익자의 재산을 이루는 신탁수익권과 관련한 사무에 대하여 처분을 하게 되며, 이와 관련하여 성년후견인은 후견감독인과 법원의 감독을 받는다. 따라서 제67조 제2항에서 정한 "수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우"에 해당하지 않는다. 즉 신탁관리인 선임의 요건이 충족되지 않으므로, 수탁자의 감독을 둘러싼 성년후견인 등과 신탁관리인의 경합의 문제는 발생하지 않는다. 이는 신탁관리인이 선임된 후 수익자에 대해 성년후견개시심판이 있는 때에도 마찬가지이다. 신탁수익권과 관련하여 신탁관리인에 의한 수익자의 권리가 행사되고 있는 한, 법원은 이를 고려하여 성년후견인의 권한범위를 정할 것이기 때문이다.

둘째, 성년후견사건은 라류 가사비송사건으로(가사소송법 제2조 제1항), 피성년후견인 주소지의 가정법원의 전속관할이다(가사소송법 제44조 제1의2호). 반면 신탁사건은 수탁자의 보통재판적이 있는 지방법원의 관할이다(비송사건절차법 제39조 제1항). 그래서 양 절차가 동시에 진행되는 등의 사유로 각 법원에서 해당 요소들이 충분히 고려되지 않거나, 제한능력자인 수익자를 위하여 위탁자가 신탁상 신탁관리인을 지정한 때에는, 후견인과 신탁관리인의 관계에 대한 문제가 발생할 수 있다. 물론 사후적으로 법원이 후견인의 법정대리권의 범위를 변경할 수 있지만(민법 제938조 제4항), 그러한 조치가 적절히 이루어지지 않는 경우 해석론으로서는 피후견인의 재산 일반에 관한 사무를 처리하는 후견인 보다는 특정 수익권만을 대상으로 하는 신탁관리인의 역할이 우선한다고 할 것이다. 하지만 역할과 권한이 중복되는 당사자를 각각의 절차에서 선임하는 것은 바람직하지 않으므로, 관할법원간의 내부적인 절차기준을 명시함으로써 사전에 조율할 필요가 있다.[33]

33) 위 법제사법위원회 검토보고서도, 후견감독 업무를 담당하는 가정법원과 신탁관리인을 선임하는 지방법원 사이에서 사건의 계속 등을 간과하는 일이 없도록 조치를 마련할 필요가 있으며, 이를 위해서는 비송사건절차법 제39조 제6항처럼 별도의 관할을 정하거나 법원 내부적으로 신탁관리인 선임 재판을 하는 경우 해당 지방법원에서 후견감독 업무를 수행하는 가정법원에 통지하도록 하는 등의 추가 방안을 마련

한편 신탁관리인의 해임에 있어서, 제70조 제4항은 그 주체로서 “신탁관리인을 선임한 법원 또는 수익자”를 들고 있다. 그래서 신탁상 정함에 따라서 신탁관리인이 선임된 경우(제67조 제1항 단서 및 제2항 단서)에는 해임이 불가능한지, 가능하다면 누가 어떤 방식에 의하여야 하는지가 문제된다. 위 규정에 의하면 법원은 당해 신탁관리인을 선임하지 않았기 때문에 해임할 수 없다. 그리고 수익자에 의한 수탁자의 감독이 어려울 것을 대비하여 신탁행위로 신탁관리인을 지정한 만큼, 수익자가 적시에 해임할 것을 기대할 수도 없다. 하지만 신탁관리인에 임무위반 등 부적임 사유가 있는 때에는 위탁자 등 이해관계인의 청구에 의해 법원이 해임할 수 있어야 함은 물론이다. 이때 그 근거를 법원의 일반적인 감독규정(제105조 제2항)에서 찾기 보다는, 해임에 관한 제70조 제4항에 함께 정하는 것이 명확하다.

(2) 신탁관리인의 분류

제67조는 신탁관리인이 선임되는 세 가지 유형을 정하고 있다. 수익자가 특정되어 있지 않거나 존재하지 않는 경우(제1항), 수익자가 제한능력자 그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우(제2항), 수익자의 의사결정에 의한 경우(제3항)가 그것이다. 그런데 제67조 제3항의 신탁관리인은 그 취지나 실질에 있어서 다른 유형의 신탁관리인과는 차이가 있다. 후자는 수익자에 갈음하여 수탁자를 감독함으로써 수익자를 보호하기 위한 제도인 반면, 전자는 다수 수익자들의 효율적인 권리행사를 위한 제도이다. 그래서 후자의 경우 법원이 신탁관리인을 선임하는 것과 달리, 전자의 경우는 다수 수익자들의 의사결정에 의한다. 그럼에도 불구하고 신탁법은 서로 다른 성질의 신탁관리인을 모두 신탁관리인으로 부르는 까닭에, 법 규정의 해석 및 운용에서 문제가 제기된다.

문헌에 따라서는 제67조 제3항의 신탁관리인을 일본 신탁법상 수익자대리인제도와 유사하다고 한다.[34] 그러나 일본 신탁법상 수익자대리인은

할 필요가 있음을 지적하고 있다.

34) 법무부, 위의 책, 534쪽.

신탁행위에서 대리할 수익자를 정하고 수익자대리인을 지정한 경우에만 인정되며, 수익자대리인에 의해 대리되는 수익자는 별도의 정함이 있는 권리를 제외하고는 권리를 행사할 수 없다(일본 신탁법 제138조 내지 제140조). 그러므로 다수의 수익자가 의사결정을 용이하게 하기 위해 선임하고, 이 경우에도 수익자의 권리행사 등은 제한되지 않으며, 오히려 신탁관리인보다 우선하는(제68조 제7항) 우리법의 신탁관리인과는 분명히 다르다.

제67조 제3항의 신탁관리인은 그 취지에 비추어 성질과 법률관계를 해석하여야 한다. 다수의 수익자 내지 종류수익자가 의사결정의 편의를 위하여 신탁관리인을 둔만큼, 이는 위임에 해당하며 당사자들의 법률관계는 그 계약에 의하여 규율된다.[35] 신탁관리인의 권한은 계약의 해석에 따라 판단되며, 제68조 제1항에서와 같이 신탁관리인이라는 이유만으로 수익자의 권리에 관한 모든 행위를 할 권한을 수여할 필요는 없다. 그리고 신탁관리인은 수권받은 범위 내에서 수익자들을 대리하기 때문에, 굳이 제68조 제2항에서 수익자와 동일한 지위를 가지는 것으로 의제할 이유도 없다. 이러한 관점에서 제68조 제5항, 제6항 및 제7항도 별다른 의미를 가질 수 없다. 다수의 신탁관리인이 존재하는 경우 그 사무처리는 계약에 의하며(민법 제119조 참조), 대리권을 수여한 본인의 행위능력도 제한되지 않기 때문이다.[36] 또한 제70조 제4항도 위임 법리 일반과 다르지 않다. 이와 더불어 제70조 제1항은 단순히 신탁관리인이라고만 하고 선임의 원인을 묻지 않기 때문에, 다수 수익자에 의해 선임된 신탁관리인에도 적용된다. 그러나 위임의 경우 상호해지의 자유가 있음에도(민법 제689조 제1항) 불구하고 신탁관리인이라는 이유로 사임이 제한되어야 할 이유는 없으며, 수익자의 승낙이 없다고 해서 법원의 허가를 요구하는 것도 납득하기 어렵다(제70조 제2항). 더욱이 제70조 제6항은 사임허가결정을 한

35) 제69조가 신탁관리인의 임무종료와 관련하여 제67조 제1항 및 제2항에 따른 신탁관리인에 대해서만 정한 것도 이러한 차이점을 인식한 것으로 볼 수 있다.

36) 이와 더불어 제67조 제1항 및 제2항에 의해 선임된 신탁관리인은 그 권한이나 사무처리방법에 있어서 차이가 없음에도 불구하고 제68조 제3항과 제4항은 이를 구분하고 서로 다른 내용을 정하고 있다. 따라서 이들 규정도 함께 통일적으로 정할 필요가 있다.

법원으로 하여금 새로운 신탁관리인을 선임하도록 강제하는바, 새로운 신탁관리인의 선임은 애초에 신탁관리인을 선임한 다수 수익자의 의사에 맡기는 것이 타당하다. 즉 제67조 제3항의 신탁관리인에 대한 이상의 규정들은 다수 수익자들이 신탁관리인을 선임한 취지를 넘어서 과도하게 사적 관계에 개입하는 결과를 가져오는 만큼, 입법적인 개선이 필요하다.[37] 수탁자의 감독을 위한 제67조 제1항 및 제2항의 신탁관리인과 구분하여 규정하고, 그 법률관계는 당사자의 계약의 의하면 충분하다.

Ⅳ. 신탁재산

1. 강제집행 등의 금지

신탁에 있어서 신탁목적의 구속을 받는 신탁재산은 그 요체이며, 별도의 법인격을 갖지 않는 신탁재산을 보호하기 위한 중요한 법리가 신탁재산의 독립성이다. 제22조 제1항은 신탁재산의 독립성을 근거로, 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 것이 아닌 한, 신탁재산에 대한 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분, 국세 등 체납처분을 금지한다. 그리고 담보권 실행 등을 위한 경매에는 일반적으로 저당권, 질권, 전세권 등 담보물권의 실행을 위한 실질적 경매와 각 법률에 따른 현금화를 위한 형식적 경매가 포함된다고 한다.[38]

그러나 위탁자가 신탁설정시에 담보물권이 설정된 재산을 이전하였다면, 수탁자는 이미 담보물권의 부담이 있는 재산을 신탁재산으로 취득하였기 때문에, 그것이 실행된다고 해서 신탁재산의 독립성을 해하는 것은

37) 안성포, "집합투자기구로서 신탁제도의 적합성에 관한 고찰", 「법제연구」 제33호, 한국법제연구원, 2007, 197쪽은 일본 신탁법의 구분에 따라서 수익자가 현존하는 경우에도 수익자를 위해 수탁자를 감독하는 신탁감독인과 수익자를 위해 수익자의 권리를 행사하는 신탁대리인을 선임할 수 있는 제도의 창설을 주장하였다. 그러나 수익자가 존재하지 않는 경우의 신탁관리인과 신탁감독인을 구분할 필요성이나 수익자의 대리인을 신탁대리인이라고 부르는 데 대해서는 의문이 없지 않다.

38) 법무부, 위의 책, 186쪽.

아니다. 수탁자가 신탁사무로서 신탁재산에 담보물권을 설정하였다면, 담보권자가 이를 실행하는 데에는 아무런 장애가 없으며, 역시 신탁재산의 독립성과 무관하다. 이는 각각 제22조 제1항 단서에서 정한 “신탁전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우”에 해당한다. 만약 수탁자가 신탁재산의 소유자로서 신탁재산을 환가하는 방법으로 형식적 경매를 하였다면, 예컨대 공유물의 지분을 신탁재산으로 취득한 수탁자가 공유물분할을 위한 경매를 한 경우, 그 환가대금이 본래의 신탁재산에 갈음하는 신탁재산이 된다. 그러므로 이 또한 신탁재산의 독립성과는 무관하며, 형식적 경매가 신탁위반 내지 수탁자의 의무위반인가는 별개의 문제이다. 그렇다면 금지되는 담보권 실행 등을 위한 경매가 무엇인지 의문이 아닐 수 없으며,[39] 해석상의 오해나 의문을 야기할 수 있는 이 부분은 삭제할 필요가 있다.

2. 수탁자 사망시 신탁재산의 귀속

제12조 제1항 제1호는 수탁자의 사망을 임무종료사유로 정하고 있다. 수탁자가 사망한 경우 수탁자의 상속인은 수탁자의 지위를 승계하지 않으며, 신탁재산은 상속재산에 속하지 않는다(제23조). 수탁자의 상속인은 신수탁자 등이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지 신탁재산을 보관하고 신탁사무의 인계에 필요한 행위를 할 뿐이다(제12조 제4항). 이때 수탁자의 임무가 종료하는 여타의 사유와 달리, 다른 공동수탁자가 존재하지 않는 한, 신수탁자가 신탁재산을 이전받을 때까지 신탁재산의 귀속이 문제된다. 예컨대 신탁재산인 부동산에 관하여 수탁자가 사망함으로써 임무가 종료된 경우, 신수탁자는 단독으로 당해 부동산에 관한 권리이전등기를 신청할 수 있지만(부동산등기법 제83조 제1호), 신수탁자가 선임되기까지는 시간이 소요된다. 그래서 비록 경과적이기는 하지만 그 신탁재산은 무주물이 되는 것이다.

사실 이와 유사한 법률관계는 상속인이 없는 상속재산의 처리에서도 발생한다. 상속인 부존재시에 상속재산은 상속재산관리인에 의한 관리,

39) 개정전 신탁법 제21조 제1항은 신탁재산에 대한 “강제집행 또는 경매”를 금지하였다.

공고, 청산, 분여의 일련의 절차를 거쳐 종국적으로 국가에 귀속되는데(민법 제1058조), 그 시점에 관하여는 국가인도시설과 상속개시시설이 대립한다.[40] 그런데 상속재산의 경우에는 권리자에게의 귀속만이 문제되고 그것으로 충분한 반면, 신탁재산은 신탁목적의 달성을 위하여 관리, 처분, 운용, 개발되어야 하는 대상이다. 그러므로 상속재산의 경우를 들어 신탁재산이 무주물 상태가 되더라도 무방하다거나, 수탁자의 상속인에 의한 보관으로 충분하다고 할 수는 없다. 또 신수탁자가 신탁재산의 인도나 등기 등을 통해 권리를 취득한 때 그 시점을 소급할 근거도 없다. 더욱이 신탁재산은 단체가 아니며 단순히 귀속주체의 공백만 문제된다는 점에서, 단체로서의 구성을 갖춘 채 법인격만 취득하지 않은 비법인재단으로 취급하는 것도 적절하지 않다. 따라서 신탁재산이 독립한 재산이기는 하지만 그 자체에 법인격이 인정되지 않는 만큼, 경과적인 귀속상태를 창설하거나 신수탁자가 취득하면 전수탁자 사망시로 그 시점을 소급하는 것과 같은 입법적인 조치가 필요하다.[41]

3. 공동수탁자의 신탁재산의 소유

제50조 제1항은 공동수탁자가 신탁재산을 소유하는 형태를 합유로 정하고 있다. 합유는 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 공동소유의 한 유형으로(민법 제271조 제1항), 신탁법에 별도의 규정이 없는 만큼 그 법률관계에는 민법이 적용된다. 즉 합유자는 합유지분을 가지지만 합유 상태에서 그 지분은 잠재적이며 조합체 구성원의 지위와 함께 하는 것이므로, 합유지분의 처분이 금지되고(민법 제273조 제1항), 합유물의 분할을 청구

40) 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016, 464쪽; 송덕수, 친족상속법, 제3판, 박영사, 2017, 400쪽 참조. 판례는 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 국가인도시설을 취하는 것으로 해석된다(대법원 1999. 2. 23. 선고 98다59132 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다23860 판결; 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다46654·46661 판결 등).

41) 가령 일본 민법은 상속인의 존재가 불분명한 때 상속재산을 법인으로 하고, 상속인의 존재가 분명하게 된 때에는 법인이 성립하지 않은 것으로 본다(일본 민법 제951조 및 제955조). 이러한 제도를 일본 신탁법도 받아들여 수탁자 사망시에 신탁재산을 법인으로 하고, 법원으로 하여금 이해관계인의 신청에 따라 신탁재산관리인으로 하여금 관리하도록 한다(동법 제784조 제1항 및 제2항). 그리고 신수탁자가 선임되면 신탁재산법인은 성립되지 않은 것으로 본다(동조 제4항).

하지 못한다(민법 제273조 제2항). 무엇보다 합유물의 처분이나 변경에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다. 그러므로 위탁자는 공동수탁자를 선임하여 신탁재산을 합유하게 함으로써 일부 수탁자가 임의로 신탁재산을 처분, 변경하는 것을 방지하고, 신탁사무 처리에 있어서 수탁자간의 견제와 감독을 도모할 수 있는 것이다.

그러나 공동수탁자는 합유가 전제하는 조합체로서의 성격을 갖지 않으며, 따라서 조합체의 해산 및 합유물 분할시에 구체화되는 합유지분이라고 하는 개념도 생각하기 어렵다. 예컨대 신탁재산에 대한 지분처분은 그 실질에 있어서는 수탁자의 변경에 해당하기 때문에, 민법 제273조 제1항을 반대해석하여 다른 수탁자 전원의 동의가 있으면 지분을 처분할 수 있다고 해서는 안 된다. 그리고 수탁자의 임무종료시에 그 지분의 계산(민법 제719조)도 문제되지 않는다. 무엇보다 신탁재산의 귀속을 포함한 신탁사무의 처리에 있어서 신탁재산의 소유형태를 합유로 강제할 이유가 없다. 신탁행위로 합유를 정할 수 있음은 물론이지만, 신탁목적달성을 위하여 다수의 수탁자로 하여금 각 신탁재산의 종류에 따른 사무를 분담하도록 한 경우 합유는 오히려 효율적인 사무의 처리에 장애가 된다. 또한 거래상대방에게도 불필요한 부담을 야기할 수 있다. 예컨대 합유부동산에 관한 소유권이전등기청구소송의 법적 성질은 고유필요적 공동소송이므로 합유자인 공동수탁자 전원을 피고로 하여야 하는 것이다.[42] 더구나 전형적으로 합유가 발생하는 조합계약에 있어서도(민법 제704조), 판례는 공동이행방식의 공동수급체가 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지므로 공동수급체가 도급인에 대하여 가지는 채권은 공동수급체의 구성원에게 합유적으로 귀속하지만, 명시적·묵시적 합의에 의해 채권이 공동수급체가 아닌 구성원 각자에게 지분비율에 따라 구분 귀속될 수 있다고 본다.[43]

그렇다면 신탁목적의 달성 및 공동수탁자를 선임한 취지 등에 비추어 신탁재산의 소유는 1인 수탁자의 단독소유나 일부 수탁자의 공유, 또는 합유 중 신탁행위로 정한 바에 의하도록 하는 것이 타당하다. 이를 위해

42) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다23238 판결.

43) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결; 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011다60759 판결.

서는 제50조 제1항에 “신탁상 달리 정한 바가 없으면”을 추가함으로써 임의규정임을 명시하여야 한다.[44]

Ⅴ. 신탁사무의 처리

1. 신탁사무의 위임과 수임인의 책임

수탁자는 자기집행의무를 부담하므로, 신탁상 정함이 없는 한 신탁사무의 처리를 위탁할 수 없다. 그러나 신탁목적의 달성을 위해 또는 효율적인 신탁사무의 처리를 위해서는 제3자로 하여금 특정 사무를 처리하도록 할 필요가 있다. 그래서 제42조 제1항은 예외적으로 정당한 사유와 수익자의 동의를 요건으로 신탁사무의 위임을 허용한다. 신탁사무의 위임에 따른 실질적인 영향은 수익자에게 미치므로, 정당한 사유를 적시하여 수익자의 동의를 받는다면 신탁사무의 위임을 허용하지 않을 이유가 없을 것이다.

그런데 신탁사무의 위임에 있어서 수탁자는 선임·감독에 대하여만 책임을 지고(제42조 제2항), 수탁자에 갈음하여 신탁사무를 처리하는 수임인이 수탁자와 동일한 책임을 진다(제42조 제3항). 견해에 따라서는 수임인이 수탁자와 같은 선관의무, 충실의무, 분별관리의무 등을 부담하며, 그 위반에 대해서는 위탁자나 수익자 등에게 직접 책임을 질뿐더러, 신탁채권자에 대하여 고유재산으로도 책임을 진다고 한다.[45] 그러나 수임인은 수탁자와의 계약에 의하여 신탁사무를 처리하는 자로서, 위임계약상의 주

44) 제50조 제1항의 해석론으로서 단독소유 또는 공유도 가능하다고 할지 모른다. 하지만 신탁법의 다른 규정들이 “신탁상 달리 정한 바가 없으면” 또는 “신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다”와 같이 임의규정임을 분명히 한 것과 달리 제50조 제1항은 “합유로 한다”고만 되어 있다. 또한 신탁재산이 부동산인 경우 부동산등기법 제84조 제1항은 수탁자가 여러 명인 경우 등기관은 신탁재산이 합유인 뜻을 기록하도록 하고 있으며, 판례는 합유인 부동산이 1인의 명의로 보존등기된 경우 이를 원인무효의 등기(대법원 1970. 12. 29. 선고 69다22 판결) 또는 명의신탁(대법원 2006. 4. 13. 선고 2003다25256 판결)으로 본다. 그러므로 공동수탁자가 신탁재산을 소유하는 법형식에 관한 일반원칙인 제50조 제1항을 개정할 필요가 있다.

45) 법무부, 위의 책, 344쪽 이하.

의의무와 책임을 진다. 이를 넘어서 수탁자가 선임·감독에 대해서만 책임을 짐으로써 발생하는 책임의 공백을 메우기 위해 수임인에게 책임을 확대, 전가하는 것은 정당한가?

수임인은 수탁자와의 계약에 의해 위탁받은 사무를 처리할 뿐, 수탁자가 아니다. 계약의 상대방이 수탁자라는 이유만으로 수임인이 수탁자가 되는 것은 아니며, 수탁자와 동일한 내용의 책임을 강제하는 것도 타당하지 않다. 수익자의 보호를 위한 조치로 보이지만, 사실상 신탁사무의 위임을 어렵게 만들고 비용을 증가시켜 오히려 신탁재산의 보호 내지 수익자의 이익에 반하는 결과를 초래할 것이다.[46] 만약 책임의 공백이 염려된다면 당해 사무를 처리하기 위한 공동수탁자를 선임하면 된다. 그리고 신탁상 정함에 따른 위임이라면 이미 그에 따른 위험을 예정한 것이며, 수익자의 동의를 받았다면 동의를 한 수익자가 그로 인한 불이익을 감수하기로 한 것이다. 신탁사무의 위임에 따른 이익은 누리면서 그 불이익은 제3자인 수임인에게 전가하는 것은 부당하다. 그러므로 제42조 제3항은 삭제되어야 한다.

2. 이익상반행위의 효력

수탁자는 누구의 명의로든 신탁이익을 향수할 수 없으며(제36조) 이익상반행위는 금지된다(제34조 제1항). 그런데 수탁자의 이익상반행위의 효력에 대해 신탁법은 정함이 없다. 종래 상세한 논의가 없는 상태에서 이를 입법화하기 보다는 학설과 판례에 맡겨둔 것으로 보인다.[47] 하지만 이익상반행위의 금지는 신탁재산의 소유자로서 신탁사무를 처리하는 수탁자에게 요구되는 충실의무 중 하나로서, 신탁재산의 보호는 물론 거래안전과도 연결된다. 이익상반행위의 양태가 다양하기 때문에 모든 이익상반행위의 효력을 직접 정할 수는 없더라도, 기본적인 유형에 대한 효력은 명시

46) 제42조와 같은 내용을 정한 일본의 구 신탁법에 대해서도 학설이 나뉘었고 제3자에 대하여 위임계약상의 책임과는 별도로 법정책임을 부가하는 것은 적절하지 않다는 비판이 있었다. 그래서 현행 일본 신탁법 제35조는 수탁자의 선임감독에 관한 의무만 정하고 있다.

47) 법무부, 위의 책, 270쪽.

하는 것이 그 규정의 취지나 중요성에 비추어 바람직하다.

개정전 신탁법 제31조 제1항[48]에 관하여 판례는 특별한 사정이 없는 한 누구의 명의로든 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못할 뿐만 아니라, 고유재산을 신탁재산이 취득하는 것도 허용되지 않고,[49] 이에 위반한 거래는 무효라고 보았다.[50] 이러한 유형의 이익상반행위가 중대한 의무위반으로서 그 효력이 부정되어야 함은 현행법의 해석에서도 다르지 않다. 그러나 제34조 제1항은 제1호에서 제4호까지 이익상반행위의 유형을 분류하고, 제5호에서는 그밖에 수익자의 이익에 반하는 행위를 포괄적으로 금지한다. 그리고 제34조 제2항은 신탁행위에서 허용한 경우, 수익자의 승인을 받은 경우, 법원의 허가를 받은 경우에 각각 예외를 허용한다. 따라서 종래와 같이 위 규정을 강행규정으로 보아 이에 반하는 모든 이익상반행위를 무효로 볼 근거는 없다. 이제 각 이익상반행위 유형의 효력을 개별적으로 판단하여야 한다. 하지만 이를 해석에만 맡겨두는 것은 법률관계를 불안하게 만들 위험이 있으며, 의무위반의 중대성에 비추어보거나 신탁재산의 보호 및 제3자의 이익이라고 하는 관점에서도 그 효력에 관한 기준을 명시할 필요가 있다.

첫째, 신탁재산과 고유재산간의 거래 또는 신탁재산간의 거래는 무효라고 해야 한다. 이러한 행위의 효력 자체를 부정하는 것은 이익상반행위에 대한 강력한 억제수단이 된다. 둘째, 제3자의 신탁재산에 대한 행위에서 제3자를 대리하는 행위는 비록 그 행위의 효과가 본인인 제3자에게 귀속되더라도, 실제 수탁자 혼자서 거래를 한 것으로 자기계약 또는 쌍방대리와 유사하다. 그러므로 그 효력은 부정되어야 한다. 이때 본인인 제3자의 보호는 대리권 수여의 기초된 법률관계에 기한 수탁자의 책임을 통해 도모될 수 있을 뿐이다. 셋째, 그밖에 수익자의 이익에 반하는 행위로서 간

48) 개정전 신탁법 제31조 (수탁자의 권리취득의 제한) ① 수탁자는 누구의 명의로 하든지 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못한다. 단, 수익자에게 이익이 되는 것이 명백하거나 기타 정당한 이유가 있는 경우에는 법원의 허가를 얻어 신탁재산을 고유재산으로 할 수 있다.

49) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결.

50) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결; 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결; 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다230317,230324 판결.

접거래는 다양한 형태로 이루어질 수 있는데, 이를 일괄적으로 무효로 한다면 거래안전을 크게 해하게 될 것이다. 그리고 거래행위를 모두 무효로 하지 않더라도 수익자취소권에 의해 신탁재산 자체를 회복할 수 있으며, 이득반환청구권을 통해 신탁재산에 손해가 생기지 않은 때에도 수탁자나 제3자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 귀속시킬 수 있다. 그러므로 신탁재산의 보호와 거래안전이라고 하는 이익교량하에 간접거래의 효력은 유효라고 할 것이다. 넷째, 수탁자의 기회유용행위나 경업행위는 그 효과를 수탁자의 고유재산에 귀속시키고자 한 것이므로, 이에 따른 수탁자의 책임과는 별개로, 거래행위 자체는 유효하다고 해야 한다. 그리고 이상의 이익상반행위의 효력을 명시하기 위해서는 제34조에서 제1항 제1호 내지 제4호의 행위가 무효임을 명시하는 항을 신설할 필요가 있다.

Ⅵ. 신탁의 종료

1. 종료사유

(1) 법정 종료사유

제98조의 법정종료사유 중 다음 각 호에 대하여는 보다 명확한 규정 또는 오류를 수정하기 위한 개정이 필요하다. 첫째, 신탁이 합병된 경우 합병 전의 신탁재산에 속한 권리·의무는 합병 후의 신탁재산에 존속한다(제93조). 이는 신탁의 분할 또는 분할합병의 경우에도 다르지 않다(제97조 제1항). 즉 신탁의 합병, 분할, 분할합병에 있어서 이전의 신탁이 종료하는 것은 동일한데, 제98조 제2호는 합병된 경우만을 종료사유로 들고 있다. 사실 합병 등이 이루어진 경우 기존의 신탁은 더 이상 존재하지 않더라도 그에 속한 권리·의무는 각 계획서에 따라서 존속하기 때문에, 여타의 종료사유와 같이 완전히 신탁관계가 소멸하는 것은 아니다. 그리고 합병만을 종료사유로 정해야 할 특별한 사정은 찾기 어렵다. 그렇다면 제98조 제2호를 삭제하여도 무방하며, 만약 존속시킨다면 합병에 이어 분할, 분할합병도 함께 정할 것이다.

둘째, 제98조 제3호는 제138조에 따라 유한책임신탁에서 신탁재산에 대한 파산선고가 있는 경우 신탁이 종료한다고 한다. 그러나 제138조는 유한책임신탁이 종료하여 청산중에 파산신청이 이루어지는 경우이다. 제98조 제3호는 이미 종료한 유한책임신탁을 다시금 종료시키고 있는 것이다. 명백한 입법적 오류이다. 유한책임신탁재산으로 지급 또는 변제를 할 수 없는 경우 법원은 신청에 의해 결정으로 파산을 선고하며(채무자회생법 제578조의4), 청산중인지 여부를 묻지 않는다. 그렇다면 유한책임신탁에 대한 신탁의 종료사유는 “유한책임신탁에서 신탁재산에 대한 파산선고가 있은 경우”로 정하면 충분하다.

셋째, 제98조 제4호에 의하면 수탁자의 임무가 종료된 후 신수탁자가 취임하지 않은 상태가 1년간 계속된 때 신탁은 종료한다. 그러나 공동수탁자 중 1인의 임무가 종료하고 그에 갈음하는 신수탁자가 취임하지 않더라도 다른 공동수탁자에 의한 신탁재산의 소유 및 신탁사무의 처리는 가능하다. 공동수탁자의 존재를 고려하지 않은 규정이다. 동일한 취지를 표명하기 위해서는 “수탁자의 임무가 종료된 후”를 “수탁자가 없는 때”로 정하여야 한다.

(2) 법원의 명령에 의한 종료

제100조는 수익자신탁을 전제로 하여 신탁행위시에 예측하지 못한 사정의 발생 및 신탁의 종료가 수익자의 이익에 적합함이 명백할 것을 요건으로, 법원의 명령에 의한 신탁의 종료를 정하고 있다. 그런데 목적신탁의 경우에도 신탁행위시에 예측하지 못한 사정으로 인하여 신탁을 종료할 필요가 있을 것이나, 위 규정방식에 의하면 제100조는 적용되지 않는다. 이 경우 제98조에서 정한 목적달성 또는 목적달성의 불능에 해당할 수 있고, 제105조 제2항에 의한 처분으로서 법원이 신탁의 종료를 명할 수도 있을 것이다. 그러나 굳이 이러한 일반적인 규정에 의지할 것 없이, 그리고 제100조가 법원의 명령에 의한 신탁의 종료를 명시하고 있는 만큼, 수익자신탁과 나란히 목적신탁에 대하여도 규정을 두는 것이 타당하다. 즉 목적신탁에서 신탁행위 당시에 예측하지 못한 특별한 사정으로 신

탁을 종료하는 것이 상당한 때, 위탁자, 수탁자 또는 신탁관리인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있음을 명시하는 것이다.

2. 잔여재산의 귀속

신탁이 종료하면 신탁재산은 수익자(잔여재산수익자), 귀속권리자에게 귀속되고(제101조 제1항), 이를 위한 법정신탁이 존속한다(제101조 제4항). 그럼에도 불구하고 잔여재산의 귀속이 정해지지 않은 때, 제101조 제5항은 상속인이 없는 재산에 대한 귀속을 정한 민법 규정을 참고하여[51] 국가에 귀속시킨다. 귀속이 정해지지 않은 잔여재산을 최종적으로 누구에게 귀속시킬 것인가는 입법적 선택의 문제이지만, 국가에 귀속시키는 것에 대해서는 재고를 요한다.

먼저 제101조 제5항은 단순히 잔여재산이 국가에 귀속된다고만 할뿐, 그 절차나 내용에 대하여는 침묵하고 있다. 상속재산의 경우 민법 제1053조 이하에 따라서 재산관리인의 선임, 청산, 상속재산관리인의 선임공고, 청산공고, 상속채무의 변제, 상속인수색의 공고와 같은 절차를 거쳐[52] 국가가 잔여재산을 취득하지만, 그에 따르는 의무는 부담하지 않는다. 이러한 일련의 절차를 정한 명시적인 규정 또는 최소한의 준용규정도 없는 상태에서, 그리고 소극재산의 처리에 대한 아무런 방침도 없이, 막연히 상속재산의 귀속에 관한 규정이 유추적용된다고 할 수 있는지는 의문이다.[53] 신탁재산의 소유자로서 신탁사무를 처리하면서 신탁채권자에 대해 무한책임을 지는 수탁자가 주의의무를 다하여도 잔여재산의 권리자를 찾을 수 없다면, 이제 그 잔여재산은 수탁자에게 돌아간다고 하는 것이 합리적이다. 물론 수탁자는 신탁재산으로부터 이익을 향수할 수 없다. 그러나 이미 신탁이 종료한 후 잔여재산의 귀속만 정해지지 않은 상태라면, 더 이상 이익향수금지 원칙에 집착하여 수탁자에게의 귀속을 반대할 것

51) 법무부, 위의 책, 764쪽.

52) 관리인의 선임 및 공고와 재산관리에 관한 처분, 상속인 수색의 공고, 상속재산의 분여는 가사비송사건 라류사건으로 가정법원 전속관할이다(가사소송법 제2조 제2호 가목).

53) 법무부, 위의 책, 764쪽은 국고귀속절차에 대해 민법 제1053조 이하가 유추적용된다고 하지만, 이는 유추적용의 한계를 넘는 것이다.

은 아니다. 오히려 수탁자에게 잔여재산 전부를 귀속시키는 것이 청산절차를 강제하지 않는 신탁법하에서 법률관계를 간명하고 효율적으로 처리하는 방법이다. 우리법과 달리 청산절차를 거치도록 하는 일본 신탁법이 잔여재산을 청산수탁자에게 귀속시키고 있는 것을 보아도(동법 제182조 제3항) 그러하다.

Ⅶ. 결론

신탁법의 전면 개정은 신탁제도에 대한 관심을 증대시키고 제도의 다양한 활용을 가능하게 하는 법적 근거를 제공하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 이제는 법 시행 이후 제기된 문제들에 대한 적극적인 조치와 함께 신탁법리의 이론적 체계를 구축하기 위한 노력이 경주되어야 한다. 그리고 신탁법제의 발전을 위한 가장 기본적인 임무로서 신탁법 개정의 주요 쟁점과 방안에 대한 검토가 필수적이다. 다만 개정이 필요한 모든 요소들을 망라적으로 열거하기에는 지면의 제약이 있으므로, 이상에서는 조속한 개정이 요구되는 주요 법리와 쟁점들을 선택적으로 고찰하였다.

먼저 입법상의 명백한 오류를 바로잡고, 성년후견제도의 시행에 상응하는 법 개정이 시급하다. 그리고 신탁법의 체계에 상응하는 규정의 정비 내지 조정이 필요하다. 또한 법 규정의 불명확성에 따른 법률관계의 불안정 및 제도이용의 기피를 방지하기 위해서는 보다 구체적인 기준을 제시하는 법 개정이 이루어져야 한다. 이와 더불어 신탁관계인 사이의 이익교량을 통하여 합리적인 입법적 선택이 이루어지도록 해야 한다. 나아가 신탁제도가 가지는 장점을 이용한 다양한 활용방식에 대한 법적인 검토는 앞으로 계속되어야 할 과제이다.

[개정 제안 개괄]

조문	현행 규정	개정 제안
제3조	② 신탁을 해지할 수 있는 권한 ③ [생략]	② 신탁을 종료시킬 수 있는 권한 ③ [삭제]
제8조	① 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 제1항 본문의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. ④ 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다. ⑤ [생략]	① 수익자가 수익자로 지정된 사실을 안 때 또는 수익권을 양수한 때 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 수탁자 및 수익자에 대하여 그러하지 아니하다. ② 일부가 수익자로 지정된 사실을 안 때 또는 수익권을 양수한 때 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 제1항 본문의 취소 및 원상회복을 청구하거나, 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. ④ [삭제] 또는 위탁자는 취소된 신탁에 대한 선의의 신탁채권자에게 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다. ⑤ [삭제]
제11조	미성년자, 금치산자, 한정치산자 및 파산선고를 받은 자는	미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인, 임의후견이 개시된 본인 및 파산선고를 받

		은 자는
제12조	① 2. [생략] ② 수탁자의 상속인, 법정대리인 또는 청산인은 ④ 수탁자의 상속인, 법정대리인 또는 청산인은 신수탁자나 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지	① 2. 수탁자가 성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 받거나 임의후견이 개시된 경우 ② 수탁자의 상속인, 법정대리인, 임의후견인 또는 청산인은 ④ 수탁자의 상속인, 법정대리인, 임의후견인 또는 청산인은 다른 수탁자나 신수탁자, 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지
제15조	신수탁자나 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지	다른 수탁자나 신수탁자, 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지
제16조	⑤ 신수탁자나 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지	⑤ 다른 수탁자나 신수탁자, 신탁재산관리인이 신탁사무를 처리할 수 있을 때까지
제18조	① 신수탁자가 선임되지 아니하거나 다른 수탁자가 존재하지 아니할 때에는 ③ [생략]	① 신수탁자가 선임되지 아니하고 다른 수탁자도 존재하지 아니할 때에는 ③ 선임된 신탁재산관리인에 관하여는 제17조 제2항, 제3항, 제4항, 제5항 및 제6항을 준용한다.
제21조	③ 유언에 의하여 수탁자로 지정된 자가 신탁을 인수하지 아니하거나 인수할 수 없는 경우에는	③ 유언에서 수탁자를 지정하지 않았거나 수탁자로 지정된 자가 신탁을 인수하지 아니하거나 인수할 수 없

		는 경우에는
제22조	① 신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분(이하 "강제집행등"이라 한다) 또는 국세 등 체납처분	① 신탁재산에 대하여는 강제집행, 보전처분(이하 "강제집행 등"이라 한다) 또는 국세 등 체납처분
제34조	[신설]	④ 제1항 제1호부터 제4호까지에서 정한 행위를 한 때, 그 행위는 무효이다.
제36조	수탁자가 공동수익자의 1인인 경우에는	수탁자가 여러 수익자 중 1인인 경우에는
제42조	③ [생략]	③ [삭제]
제50조	① [생략]	① 수탁자가 여럿인 경우 신탁상 달리 정한 바가 없으면 신탁재산은 수탁자들의 합유(合有)로 한다.
제56조	[신설] ① [생략] ② [생략]	① 수익권은 신탁행위에 의하여 수탁자에게 신탁재산에 속한 재산의 인도와 그밖에 신탁재산에 기한 급부를 요구하는 채권 및 이를 확보하기 위하여 법률상 인정되는 권리를 말한다. ② [좌동] ③ [좌동]
제59조	(유언대용신탁)	(위탁자의 수익자변경권)
제66조	③ [생략]	③ 수익권을 목적으로 하는 질권의 설정에 관하여는 수익권 양도의 대항요건과 수탁자의 항변사유에 관한 제65조를 준용한다.

제67조	② 수익자가 미성년자, 한정치산자 또는 금치산자이거나 그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우 ③ [생략]	② 수익자가 미성년자, 피성년후견인 또는 피한정후견인이거나 그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우 ③ [삭제]
제68조	③ [생략] ④ [생략] ⑤ [생략] ⑥ [생략] ⑦ [생략] [신설]	③ [삭제] ④ 신탁관리인이 여럿인 경우 신탁행위로 달리 정한 바가 없으면 공동으로 사무를 처리한다. 신탁관리인이 개별 수익자를 위하여 각각 선임된 경우에는 각 신탁관리인은 해당 수익자를 위하여 단독으로 사무를 처리한다. ⑤ [삭제] ⑥ [삭제] ⑦ [삭제] 제70조의2 (수익자에 의해 선임된 신탁관리인) ① 수익자가 여럿인 경우 수익자는 제71조의 방법에 따른 의사결정으로 신탁관리인을 선임할 수 있다. 수익권의 내용이 다른 여러 종류의 수익권이 있고 같은 종류의 수익권을 가진 수익자가 여럿인 경우에도 또한 같다. ② 신탁관리인의 권한, 사무처리 및 임무종료에 관하

		여는 수익자와 신탁관리인의 계약에 의한다.
제70조	[신설]	④ 신탁행위로 지정된 신탁관리인의 임무위반이 있는 때 이해관계인의 청구에 의하여 법원은 그 신탁관리인을 해임할 수 있다.
제98조	2. 신탁이 합병된 경우 3. 제138조에 따라 유한책임신탁에서 신탁재산에 대한 파산선고가 있은 경우 4. 수탁자의 임무가 종료된 후 신수탁자가 취임하지 아니한 상태가 1년간 계속된 경우	2. [삭제] 3. 유한책임신탁에서 신탁재산에 대한 파산선고가 있은 경우 4. 수탁자가 없는 때 신수탁자가 취임하지 아니한 상태가 1년간 계속된 경우
제100조	[신설]	② 목적신탁에서 신탁행위 당시에 예측하지 못한 특별한 사정으로 신탁을 종료하는 것이 상당한 경우에는 위탁자, 수탁자 또는 신탁관리인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있다. ③ 위탁자가 집행의 면탈이나 그 밖의 부정한 목적으로 제3조 제1항 제3호에 따라 신탁을 설정한 경우 이해관계인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있다.
제101조	⑤ 잔여재산은 국가에 귀속된다.	⑤ 잔여재산은 수탁자에 귀속된다.

참고문헌

법무부, 신탁법 해설, 2012
송덕수, 신민법강의, 제10판, 박영사, 2017
송덕수, 친족상속법, 제3판, 박영사, 2017
윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016,
지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017
최수정, 신탁법, 박영사, 2016

김태진, “사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성”, 「선진상사법률연구」 제59호, 법무부, 2012.
박춘기, “수익자의 고유채권자에 대한 사해행위취소의 효력 - 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 -”, 「판례연구」 제18집, 부산판례연구회, 2007.
안성포, “집합투자기구로서 신탁제도의 적합성에 관한 고찰”, 「법제연구」 제33호, 한국법제연구원, 2007.
오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 「민사판례연구」 ⅩⅩⅥ, 민사판례연구회, 2004.
이연갑, “신탁법 개정의 쟁점”, 「성균관법학」 제21권 제3호, 성균관대학교비교법학연구소, 2009.
한민, “사해신탁의 취소와 부인”, 「BFL」 제53호, 서울대학교금융법센터, 2012.
한상곤, “사해신탁취소권의 행사에 관한 법적 고찰”, 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교법학연구소, 2014.

Bogert/Bogert/Hess, The Law of Trusts and Trustees, 3.ed., West Group, 2011.
Penner, The Law of Trust, 11.ed., Oxford, 2010

<국문초록>

전면 개정된 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호)이 2012. 7. 26. 시행된 이래, 신탁법리는 그 어느 때보다 관심의 대상이 되고 있다. 최근 실무에서 신탁의 이용이 확대되고 관련 판결이 대폭 증가한 현상이 이를 대변한다. 그러나 제한된 기간에 종래 논의가 충분하지 못한 상태로 전면 개정이 이루어지면서, 그리고 법 개정 과정에서 세심한 검토가 미흡했던 까닭에, 여러 문제점들도 드러났다. 법규의 단순한 오류뿐만 아니라 규정의 불분명함을 바로잡고 관련 법률을 보완할 필요성과 함께, 새로운 규율을 위한 과제에 직면해 있다. 이에 본고는 우리법 체계에 상응하는 신탁관계의 합리적 규율을 위하여, 신탁법의 주요 규정을 중심으로 그 개정을 위한 근거와 방안을 제시하고, 이를 통해 신탁법의 개정을 촉구함과 동시에 가시적인 논의의 계기를 마련하고자 한다.

신탁법리에 상응하는 개념을 정비하고(제3조 제2항, 제36조, 제59조), 오류를 바로잡을 것이다(제18조 제1항, 제21조 제3항, 제22조 제1항, 제66조 제3항). 다른 법률과의 관계에서 개정이 시급한 규정(제11조, 제67조 제2항) 또는 일반 법리에 비추어 문제가 제기되는 규정(제8조 제4항, 제67조 제3항)을 재고하여야 한다. 그리고 신탁법의 체계에 상응하여 규정의 위치를 조정할 필요가 있으며(제3조 제3항), 보다 상세한 명시적 기준을 제시함으로써 해석상의 의문이 제기되지 않도록 하여야 한다(제8조 제1항, 제8조 제5항, 제18조 제3항, 제34조, 제56조, 제75조, 제98조, 제100조). 이와 더불어 보다 합리적인 규율을 위해(제42조 제3항, 제50조 제1항) 또는 신탁 관계인의 이익교량의 관점에서 조정이 필요하다(제8조 제4항, 제101조 제5항). 그밖에 신탁법상 제도의 활용을 위해서는 관련 법규의 보완이 절실하다.

주제어 : 신탁법개정, 수탁능력, 신탁재산관리인, 수익권, 신탁관리인, 신탁재산의 독립성, 이익상반행위, 신탁의 종료

Proposal for Revision of Trust Act

Choi, Su-Jeong*

The Trust Act, which was first enacted back in 1961, was fully revised on 25. July 2011 and enacted on 26. July 2012. The Act is a fundamental norm governing trust relation, so the revision was expected to play an important role to promote trust institutions. However many problems were also revealed after the enactment. The Act has already inherent limitations because the previous discussions were not enough and the amendment process was not meticulously reviewed. Now it is needed to consider the comprehensive amendment of the Act reflecting detailed legal doctrines developed hitherto by the courts and the legal academia.

This paper aims to call for the revision of the Act and to propose the ways and the grounds for revision. The purpose of the revision is to rectify obvious errors on several provisions, to minimize legal uncertainty by presenting detailed rules on many issues, to enhance the coherence and consistency between the rules along with supplementing the relevant laws, and to strike a proper balance between the parties.

Key Words : revision of trust act, trusteeship, beneficial interest, trust fund, conflict of interests

* Professor of Law, Sogang University.