



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

수탁자의 비용상환청구권에
관한 연구

A Study on the
Trustee's Right to Indemnity

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 상법전공

유 원 주

수탁자의 비용상환청구권에 관한 연구

지도교수 노 혁 준

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2017년 12월

서울대학교 대학원
법학과 상법전공
유 원 주

유원주의 법학석사 학위논문을 인준함
2018년 1월

위원장 김 노 디 (인)

부위원장 김 미 시 (인)

위원 노 혁 준 (인)

국문초록

본 논문은 개정 신탁법상 수탁자 비용상환청구권의 성립요건, 상대방, 행사방법 등을 구체적으로 분석함으로써 실무상 당사자의 합의에 따라 다양하게 운영되고 있는 비용상환청구권에 관한 해석상 지침을 마련하는 것을 목표로 하였다. 신탁법상 수탁자는 대내외적인 소유자이자 거래의 직접 상대방으로서 무한책임을 부담하지만, 본질적으로 타인을 위한 재산관리자이므로, 수탁자의 비용상환청구권을 연구함에 있어서는 이러한 신탁의 특성을 염두에 두었다. 또한 비용상환청구권과 관련된 논점마다 영미의 신탁법제와 판례의 태도, 일본의 新신탁법 법제를 비교법적으로 연구하였다.

제1장 및 제2장에서는 신탁의 일반론과 함께 신탁계약에 의해 변형된 비용상환청구권의 현황을 중점적으로 살펴본다. 신탁법상 비용상환청구권은 임의규정으로서 신탁행위로 다르게 정할 수 있는데, 거래상 신탁계약서에 의하면, 신탁사무 처리 과정에서 발생한 비용 등의 부담주체를 위탁자 또는 수익자로 하고, 위탁자 또는 수익자가 위 비용 등을 상환하지 못할 경우 신탁재산을 수탁자의 재량에 따라 매각할 수 있도록 하며, 수익자에 대한 비용상환청구의 범위를 수익의 한도로 한정하지 않고, 수익권의 포기를 제한하는 등의 내용을 두고 있다. 이는 신탁법 법문과는 다른데, 본 논문에서는 이러한 개별계약의 법률관계와 효과, 그 문제점과 한계를 짚어보고, 신탁법상 비용상환청구권의 원칙적인 모습을 탐구함으로써 신탁계약의 해석상 기준점을 정립하고자 하였다.

제3장에서는 비용상환청구권 행사의 대상을 검토한다. 먼저, 신탁재산에 대한 비용상환청구권에 관하여는, 수탁자가 신탁재산으로부터 비용을 지출할 권한이 있는 지 여부, 신탁재산에 대한 구상의 근거 및 법적 성질, 상환 대상에 포함되는 비용 및 채무의 종류, 수탁자가 고유계정에서 신탁계정으로 대여하면서 덧붙인 가산이자에 비용에 해당하는지 여부, 수탁자가 비용을 상환 받기 위한 요건으로서 합리적인 범위 내에서의 적절한 지출인지에 관한 판단 기준, 수탁자의 선관의무와 비용상환청구권

의 관계, 수탁자가 책임재산한정특약을 체결하거나 유한책임신탁을 설정하였음에도 고유재산으로 비용 등을 변제한 경우에 비용상환청구권의 인정여부 등을 살펴보았다.

다음으로, 수익자에 대한 비용상환청구권에 관하여는, 신탁법의 기본적인 구조 및 수익권의 성격과 수익자에 대한 비용상환청구권 인정 근거를 연결하여 판단하고자 하였고, 존재 자체로 비용을 발생시키는 신탁재산에 대한 비용상환청구권과 달리 기본적으로 수익자에 대한 비용상환청구는 타당하지 않다는 의견을 피력하였다. 즉, 위탁자가 수익자를 겸하는 자익신탁의 경우 스스로 신탁설정행위에 따라 수익자가 된 것이므로 비용에 대한 위험을 부담하도록 하는 것이 형평에 부합할 수 있지만, 위탁자가 수익자를 겸하지 않는 타익신탁의 경우 수익자에게 수탁자가 고유재산으로 지출한 비용을 상환하도록 하는 것은 바람직하지 않다.

제4장에서는 비용상환청구권 행사의 구체적인 모습을 분석한다. 수탁자는 동시이행과 유치권능을 통해 신탁재산의 이전을 거절할 수 있고, 나아가 수탁자는 신탁재산을 매각하여 그 매각대금으로 비용상환청구권의 변제에 충당할 수 있다. 한편, 비용선급청구권의 인정 여부나 대물변제의 가능 여부에 관하여는 견해가 대립한다. 신탁재산의 처분을 통한 비용충당의 방법에는 임의매각과 강제집행 절차에서의 우선변제가 있는데, 먼저 임의매각의 방법을 살펴보면, 신탁법에서는 구체적인 매각 방법이나 시기상의 정함은 없고, 신탁계약에서 신탁재산의 평가나 매각 절차에 관하여 별도로 정하는 경우가 많다. 이와 관련하여 우리 판례는 신탁법에 따른 매각권(법정자조매각권)과 신탁계약으로 정한 매각권(약정자조매각권)의 효과를 다르게 취급하지만, 그 근거가 부족하다고 본다. 다음으로 강제집행의 방법을 살펴보면, 수탁자의 재임 중에 수탁자가 강제집행을 신청할 수 있는지 문제되는데, 이를 인정하는 견해도 있으나 민사집행법의 형식적 엄격성에 의할 때 부정함이 타당하다. 이러한 임의매각과 강제집행의 요건 및 절차상 차이를 고려할 때, 임의매각을 통한 신탁재산의 유동자산화가 더 효과적인 비용상환청구권의 확보방안으로 판단된다.

제5장에서는 비용상환청구권의 개선방안을 제언한다. 신탁법의 법문상 신탁재산에 관한 비용상환청구와 수익자에 대한 비용상환청구권의 규정 형식이 다른데, 이에 대한 입법적 정비가 필요하다. 또한 수익자가 수익권을 포기하면 수익자의 지위에서 소급적으로 탈퇴함으로써 해당 수익자는 비용상환의 부담에서 벗어나게 되는데, 스스로 수익의 취득을 의욕하고 신탁계약을 체결한 자익신탁의 수익자에게도 수익권 포기를 인정하는 것은 타당하지 않다는 의견을 제시하였다.

비용상환청구권은 신탁재산의 귀속권리자에 대한 수탁자의 방어수단이 되고, 비용의 배분과 최종적인 부담자의 확정은 신탁 당사자의 이해관계에 영향을 미치는 중요한 쟁점이다. 신탁제도는 도산격리기능과 체계의 유연성을 기반으로 하여 더욱 활성화될 것으로 예상되는데, 신탁의 활용빈도에 비례하여 비용의 배분을 둘러싼 분쟁 역시 증가할 것으로 보인다. 따라서 상사신탁이든 민사신탁이든 신탁의 종류에 상관없이 관통하여 적용되는 비용상환청구권의 척도가 필요하고, 이 글이 수탁자의 비용상환청구권에 관한 의사해석의 길잡이가 되었으면 한다.

주요어 : 신탁계약, 수탁자의 충실의무, 수탁자의 신탁재산에 대한 비용상환청구권, 수탁자의 수익자에 대한 비용상환청구권, 수익권의 포기, 자조매각권, 우선변제권

학 번 : 2016-21395

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적과 필요성	1
I. 신탁 비용의 책임 귀속 문제	1
II. 신탁법상 비용상환청구권 규정의 의의	5
제 2 절 논문의 구성	8
제 2 장 신탁의 일반론과 비용상환청구권 현황	10
제 1 절 신탁의 연혁	10
I. 형평법(Equity)에 의한 발전	10
II. 미국 신탁법의 법원(法源) 및 본 논문의 기초자료	11
III. 우리 신탁법의 연혁	12
제 2 절 신탁의 기본적 구조	13
I. 영미신탁에서 신탁의 본질	13
II. 영미신탁의 계수에 따르는 이론적 난점	14
III. 우리 신탁법상 신탁설정행위	16
제 3 절 비용상환청구권의 현황	20
I. 신탁행위에 따른 비용상환청구권의 모습	20
II. 거래상 신탁계약서의 분석	21
III. 거래상 신탁계약서에 따른 효과 및 한계	26
IV. 소결	32
제 3 장 비용상환청구권의 대상에 관한 고찰	33
제 1 절 신탁재산에 대한 비용상환	33
I. 규율 태도 및 인정 근거	33
II. 신탁재산의 범위와 독립성	43
III. 신탁재산에 대한 비용상환청구권의 법적성질	47
IV. 인정 요건	48

V. 수탁자의 의무와 비용상환청구권의 관계	78
VI. 수탁자의 책임제한과 비용상환의 문제	82
VII. 비용의 증당	88
제 2 절 수익자에 대한 비용상환	90
I. 문제의 제기	90
II. 신탁의 본질과 수익권의 성격에 관한 논의	91
III. 수익자에 대한 비용상환청구권의 인정 여부	102
IV. 수익자에 대한 비용상환청구권의 인정 요건	114
V. 행사방법	116
VI. 수익자의 상환의무 배제	117
제 4 장 비용상환청구권의 구체적 행사에 관한 쟁점	125
제 1 절 개관	125
제 2 절 일반적인 행사방법	127
I. 사전구상권 인정 여부	127
II. 유치권	128
III. 동시이행	131
제 3 절 신탁재산의 처분에 따른 행사방법	132
I. 문제의 제기	132
II. 대물변제	133
III. 임의매각(자조매각)	135
IV. 강제집행	157
V. 정리 및 소결	161
제 4 절 수탁자 지위의 변동과 비용상환	162
I. 공동수탁자 관계	162
II. 수탁자의 변경	163
III. 수탁자의 파산	163
제 5 절 비용상환청구권 행사의 제한	164
I. 신탁재산의 구분에 따른 제한	164
II. 신의칙에 의한 상환범위의 제한 여부	165

제 5 장 비용상환청구권의 개선방안	166
I. 수익자에 대한 비용상환청구의 문제점과 개선안	166
II. 수익자에 대한 비용상환청구권의 입법적 정비 필요성 ...	168
III. 자익신탁에서 수익권의 포기 제한	169
제 6 장 결론	171
별첨 1-1	174
별첨 1-2	177
별첨 1-3	184
별첨 1-4	185
별첨 2	186
참고문헌	187
Abstract	193

표 목 차

[표 1] 신탁업자의 업무위탁 허용범위	54
-----------------------------	----

그 립 목 차

[그림 1] 신탁채무(신탁채권)의 비용상환청구 가능성	55
-------------------------------------	----

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적과 필요성

I. 신탁 비용의 책임 귀속 문제

우리나라에서의 신탁은 은행의 영업신탁을 중심으로 하는 금융업의 한 부분으로서 금전신탁이 주로 이용되어 왔고¹, 부동산개발사업 등에서 자금조달을 위한 금융기법으로 활용되면서 그 빛을 발하고 있다. 이는 신탁의 여러 장점² 중 특히 도산격리기능에 기인한다. 신탁을 통해 강제집행, 도산, 조세 기타 여러 위험으로부터 격리되고, 전문성 있는 수탁자에 의한 재산의 관리가 가능하여 수익자에게 상당한 신뢰를 제공할 수 있다³. 또한 신탁제도에 있어서 신탁재산에 대한 일체의 권한은 그 명의까지 포함하여 수탁자에게 이전되는 데, 이를 통하여 수탁자는 위탁자로부터 독립하여 상당한 재량을 가지고 수익자의 최선의 이

¹ 안성포, “신탁의 기본구조와 그 법리- 일본에서의 강의를 중심으로-”, 중앙법학 제9집 제2호(2007. 8), 747면 참조. 이에 따라 신탁업무는 은행업무와 경합하게 되므로, 은행업무와 신탁업무를 균형있게 발전시키고 수익자의 권리를 보호하기 위해 정부가 신탁업에 대해 감독을 하게 되었고, 이것은 신탁제도의 이용에 현실적으로 많은 제약을 따르게 하였다.

² John H. Langbein, “The secret life of the Trust: The Trust as an instrument of Commerce”, 107 Yale L. J. 165, 179~185 (1997) 참조. 첫째, 수탁자가 파산하는 경우에도 신탁은 수익자의 이익을 보호할 수 있는 도산절연기능(insolvency protection)을 가진다. 둘째, 세법상 수익자가 취하는 이익에 대하여만 과세를 하고 수탁자는 명목상 신탁재산을 소유하고 있다는 이유로 수탁자에 대하여 과세를 하지 않는다(conduit taxation). 셋째, 신탁이 성립하는 경우 수탁자로 하여금 위탁자의 이익을 위해서 자신의 권한을 행사하여야 하는 제한이 가하여져 수탁자의 권한을 제한할 수 있는 신임관계가 형성되고 신탁법이 이를 강제하고 있다(creation of fiduciary regime). 넷째, 신탁은 신탁당사자의 의사를 최대한 존중하는 체계의 유연성(flexibility in design)을 가지고 있다{이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성, 경인문화사(2017. 7), 3면}.

³ 선명법무법인·선명회계법인, 부동산신탁 ABC, (주)선명비아이(2012. 11), 44~45면.

익을 위하여 권한을 행사할 수 있다⁴. 이처럼 신탁은 위탁자가 수탁자에게 신탁재산을 맡기고, 수탁자에게 신임관계에 기하여 신탁재산을 관리할 의무를 지우며, 수익자가 수탁자의 권한남용을 통제하는 구조로⁵, 독특하고 완전한 재산관리제도라 할 수 있다.

그런데 수탁자가 신탁재산을 관리하고 신탁사무를 처리하는 과정에서는 필연적으로 비용이 발생하고, 개발신탁과 같이 수탁자가 토지개발사업의 주체가 되어 자금을 투입하는 사업에서는 외부차입으로 인한 신탁비용의 규모도 상당하다. 신탁재산의 명의자인 수탁자가 거래의 주체가 되어 그 고유재산에서 대외적인 비용 등을 지출하였는데, 신탁채무가 신탁재산을 초과하게 되었다면, 수탁자가 해당 비용 등에 관한 구상권을 갖는 지, 수탁자의 구상권이 성립된다면 구상권을 누구에게 행사할 수 있는지의 문제가 발생한다. 신탁상 발생한 비용의 배분과 신탁종료시의 최종적인 비용 부담의 확정은 신탁 당사자 사이의 이해관계에 영향을 미치는 중요한 쟁점으로서, 소송상 분쟁으로 이어지기도 한다.

위와 같은 신탁 비용의 부담에 관하여 우리 신탁법은 명문의 규정을 두고 있다. 개정 전 신탁법(법률 제12420호로 전부 개정되기 전의 신탁법으로, 이하 ‘舊 신탁법’이라 한다)은 제42조에서 ‘수탁자의 비용, 손해보상청구권’이라는 제목 하에 수탁자의 비용상환을 인정하고 있었고, 개정 신탁법(법률 제12420호, 2011. 7. 25. 전부 개정, 2012. 7. 26. 시행, 이하 ‘신탁법’ 또는 ‘법명생략’)은 제46조에서 ‘비용상환청구권⁶’이라는 제목 하에 舊 신탁법 규정을 보다 명확히 하였다. 개정 신탁법 제46조에

⁴ 이계정, “담보신탁과 분양보증신탁에 관한 연구”, 사법 제41호(2017. 9), 85면.

⁵ 이계정, 앞의 논문, 85면.

⁶ 舊 신탁법 제42조는 “수탁자의 비용, 손해보상청구권”의 제목을 두었으나, 개정 신탁법 제46조는 “비용상환청구권”이라는 제목으로 새로이 규정하였는 바, 본 논문에서는 개정 신탁법에 따라 수탁자의 비용에 관한 구상권을 비용상환청구권이라고 쓰되, ‘상환’ 또는 ‘보상’이라는 용어를 함께 사용하였다.

의하면, 수탁자가 신탁사무의 처리 중 고유재산으로 지출한 필요비, 과실 없이 부담한 채무 또는 입은 손해에 관하여 신탁재산에서 상환받을 수 있고(동 조 제1항 내지 제3항), 보충적인 요건 하에 수익자에 대하여도 상환받을 수 있는 것으로 규정함으로써(동 조 제4항 및 제5항), 수탁자의 신탁재산 또는 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정하고 있다⁷.

그런데 비용상환청구권에 관하여는 거래의 실무상 다르게 정하는 경우가 대부분이고(신탁법 제46조 제6항), 舊 신탁법 하에서부터 수탁자 비용상환청구권의 법규정 및 합의된 조항의 해석에 관한 판례⁸가 축적되어 왔으나, 비용상환청구권의 성립, 범위, 행사방법, 행사시기 등에 관하여 명쾌하게 정립되지 못한 부분이 많다. 그리고 수탁자의 비용상환청구권을 고찰하고 있는 우수한 선행 연구가 있으나⁹, 舊 신탁법의 법문을 해석하거나 판례를 분석한 것이 대부분이어서, 개정 신탁법상 수탁자의 비용상환청구에 관한 논의는 미흡한 실정이다. 또한 신탁은 영미에서 기원한 제도로서, 미국의 근대적인 신탁제도를 계수한 일본¹⁰에서는 수탁자의 비용상환청구권의 법적 성질, 행사 대상에 관한 논의가 신탁의 본질 및 수익자 권리의 법적 성격과 연계되어 활발히 전개

⁷ 본 논문에서는 개정 신탁법의 해석에 초점을 맞추면서, 舊 신탁법 하에서의 논의와 해석론이 개정 신탁법에서도 그대로 유지된다고 생각하는 경우 그에 따랐다.

⁸ 본문에서 후술하는 바와 같이, 본 논문에서는 개정 신탁법의 해석을 위주로 하면서, 舊 신탁법 하에서의 판례가 개정 신탁법 하에서도 유지된다고 판단되는 경우 인용하였다. 다만 개정 신탁법에서 결론이 달라진다고 판단되는 판례에 관하여는 해당 부분에서 자세히 논의하였다.

⁹ 가령 이연갑, “수탁자의 보상청구권과 충실의무”, 민사판례연구(XXX), 박영사(2008); 이근영, “신탁수탁자의 보상청구권에 관한 고찰”, 재산법연구 제26권 제3호(2010); 이중기, “수익권 포기의 개념, 절차 및 비용보상책임에 대한 효과: 신탁종료시의 포기를 중심으로”, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 최수정, “신탁상 발생한 비용의 배분-서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결을 계기로”, 비교사법 제19권 2호(통권 57호)(2012), 임채웅, “신탁법상 수탁자의 자조매각권 및 비용상환청구권에 관한 연구”, 홍익법학 제10권 제2호(2009), 이중기, “신탁채권자에 대한 수익자의 책임 가능성: 수탁자 보상청구권의 대위 및 보상청구권의 포기약정을 중심으로, 법학연구 제7호 (2005) 등이다.

¹⁰ 新井 誠 저, 안성포 역, 신탁법, 제3판, 전남대학교출판부(2011. 11), 17면.

되어 왔으나, 우리의 경우 신탁이 상거래에 이용되는 제도에 머물러 있었기 때문에 영미의 신탁제도를 계수한 데 따른 이론적 모순 내지 충돌이 그다지 부각되지 않았고¹¹, 신탁제도를 활용할 때 발생할 수 있는 수탁자의 비용상환청구권 문제를 쟁점화하여 분석한 구체적인 연구를 찾기가 어렵다. 이에 본 논문은, 舊 신탁법과 개정 신탁법상 비용상환청구권의 차이점을 인식하고 개정 신탁법상 비용상환청구권에 관하여 외국의 입법례와 사례를 분석하며, 쟁점들을 추출하는 방법으로 심도 있는 논의를 펼쳐보고자 한다.

본론에서 살펴보겠지만, 실무가 비용상환청구권을 법규정과 다르게 운용하고 있다면, 그 원인을 분석하고 해당 신탁행위의 해석 기준을 제시하여 줄 필요가 있다. 그리고 신탁행위의 일차적인 해석 도구는 우리 신탁법 제46조가 되어야 하므로, 신탁법 제46조에 관한 연구가 선행되어야 한다. 그러므로 신탁법 제46조의 대상, 요건, 행사방법 등을 분설하여 보고, 실무상 비용상환청구권이 신탁법 제46조와는 어떠한 점에서 다르게 운용되는지와 신탁법을 변형시키고자 하는 당사자들의 의도를 파악한 다음 그에 따른 법률효과를 분석하고자 한다. 나아가 본 논문에서는 신탁 제도의 모태인 영미 신탁법¹²을 비교법적으로 연구하는데, 미국 신탁법을 중심으로 분석하면서 미국과는 다른 영국 신탁법의 법리 역시 살펴본다. 또한 우리 신탁법이 모체로 삼은 일본 신탁법을 함께 고찰한다. 이와 같이 외국의 신탁법리에 관한 비교·분석을 통해 현행 신탁법상 비용상환청구권의 문제점을 짚어보고, 그 개선방안을 제시하여 본다.

¹¹ 이연갑, 신탁법상 수익자 보호의 법리, 경인문화사(2014. 3), 4면.

¹² 후술하는 바와 같이, 신탁은 영국에서 발원하였고 미국에서 이를 계수하였지만, 영국과 미국은 신탁에 관한 내용이 다르고, 미국 내에서도 주마다 규율하는 바가 다르다(이계정, 앞의 책, 각주 14 참조). 본 논문에서는 기본적으로 미국 신탁법을 중심으로 분석하면서, 미국과는 다른 영국 신탁법의 법리 역시 논하는데, 법체계를 영미법과 대륙법으로 구분하는 전통적인 분류에 따라(이계정, 앞의 책, 각주 14 참조), 미국 신탁법과 영국 신탁법을 통칭하여 “영미 신탁법”이라고 하였다.

II. 신탁법상 비용상환청구권 규정의 의의

본론에서 후술하는 바와 같이, 우리 신탁법이 수탁자의 비용상환청구권을 인정한 이유는, ‘수탁자는 신탁행위에 따라 신탁재산을 관리하는 자에게 불과할 뿐 실질적으로 신탁재산의 이익을 취득하는 자는 아니므로 수탁자에게도 수임인과 마찬가지로 비용상환청구권을 인정할 필요가 있기 때문’이라고 한다¹³. 일반적으로 비용상환청구권에 관한 규정은 우리 민법상 여러 조문에서 찾아 볼 수 있는 데, 점유자와 회복자 사이에서 점유자의 상환청구권(민법 제203조), 위임에서 수임인의 비용상환청구권(민법 제688조), 사무관리에서 관리인의 비용상환청구권(민법 제739조) 등이 있다¹⁴.

그런데, 민법상 비용상환에 관한 규정으로도 수탁자의 비용상환에 관한 제문제를 포괄할 수 있다면 신탁법상 비용상환청구권 규정은 확인적인 규정이라고 볼 여지가 생긴다. 특히, 신탁은 신임관계(fiduciary relationship)¹⁵를 바탕으로 형성되는 관계라는 점에서 민법상 전형계약 중 위임계약과 공통점¹⁶을 가지므로 민법상 위임의 규정으로 수탁자의 비용상환청구권을 규율하는 것이 가능해 보이고, 수탁자가 신탁재산을 점유하다가 신탁관계의 종료 시 위탁자 또는 수익자에게 회복하는 경

¹³ 신탁법 개정안 해설, 법무부(2010. 2), 358면; 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 376면.

¹⁴ 이은희, 비용상환청구권, 아세아여성법학 제19호(2016), 183면 : <물권법>에는 제203조(점유자의 상환청구권), 제310조(전세권자의 상환청구권), 제325조(유치권자의 상환청구권), 제343조(동산질권자의 상환청구권), 제367조(저당물의 제3취득자의 비용상환청구권)가 있다. <계약법>에는 제562조(사인증여의 경우 상환청구권), 제594조(환매목적물의 매수인 또는 전득자의 상환청구권), 제611조(사용차주의 상환청구권), 제626조(임차인의 상환청구권)가 있고, 그 밖에 제1081조(유증의무자의 비용상환청구권)가 있다. 이 중 제203조는 제367조, 제594조에서 준거규정으로 언급되고, 제594조는 다시 제611조에서 준거규정으로 언급되며, 제325조는 제343조와 제562조, 제1081조에서 준거규정으로 언급된다.

¹⁵ 신임관계에 관하여는 제3장 제1절 V.항에서 상술한다.

¹⁶ 이연갑, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 22(1), 한국비교사법학회(2015. 2), 25면.

우에는 민법상 점유자의 상환청구권 규정을 준용하는 것도 가능해 보인다. 이와 관련하여, 하급심 판례는 “민법 제688조 제1항에 의하면 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에게 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있고, 민법 제441조에 의하면 수탁보증인이 과실 없이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 주채무자에게 구상권이 있고, 그 구상권에는 면책된 날 이후의 이자도 포함된다. 이처럼 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 비용을 지출한 경우 지출한 비용 및 그에 대한 이자를 청구할 수 있는 것은 비단 신탁관계에 특유한 법리가 아니라 위임이나 수탁보증과 같이 타인을 위하여 사무를 처리하는 경우에 일반적으로 인정되는 법리이다”라고 판시한 바 있다¹⁷.

하지만 신탁은 민법상 전형계약과는 본질적으로 다른 점이 있다. 먼저, 신탁은 ‘신탁재산의 소유권’을 수탁자에게 완전히 이전한다는 점에서 ‘사무처리’를 위탁하는 위임과 다르다. 또한 민법상 위임에서는 선관주의의무를 위임인에게 부담하는 것이지만, 신탁법상 신탁에서는 위탁자뿐만 아니라 수익자에 대해서도 충실의무를 부담하는 것으로 규정되어 있다¹⁸. 수탁자는 선관주의의무 위반에 대하여 금전에 의한 손해

¹⁷ 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 판결 참조. 신탁이 타인을 위한 재산관리제도라는 본질을 갖는 점에서 개정 신탁법 하에서도 타당한 판시라고 본다.

¹⁸ 한편, 우리 신탁법 제33조의 충실의무와 민법 제681조의 선관주의의무 간 관계에 대하여는, ①선관주의의무가 충실의무보다 넓은 개념으로서 충실의무는 이익상반행위 또는 신탁재산에 대한 이익취득 금지와 같이 선관주의의무의 특화된 형태라는 견해와 ②충실의무는 특정수탁자가 이해충돌상황에 있는지 여부에 따라 상대적으로 인정되는 개별적인 의무인데 반하여, 선관주의의무는 수탁자라는 지위에서 객관적으로 요구되는 일반적인 의무라고 보아 별개의 것으로 보는 견해가 대립한다(김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 267면). 신탁법 제33조의 규정이 없더라도 위탁자에 대한 관계에서 수탁자에게 신탁사무 처리에 관한 선관주의의무를 인정할 수 있다는 점에서(이연갑, 앞의 논문(주 16), 29면), 위 ①의 견해가 타당하다고 생각된다. 또한 본 논문에서는 우리 신탁법상 선관주의의무(제32조), 충실의무(제33조), 이익상반행위금지(제34조)를 총칭하여 ‘신임의무’로 파악하였다. 자세한 내용은 제3장 제2절 V.항에서 후술한다.

배상책임, 계약에 기한 채무불이행책임에서 더 나아가 신탁재산의 감소 또는 변경이 있는 경우 그 원상회복의 책임도 부담한다¹⁹.

또한 신탁은 담보목적으로 재산을 이전하여 소유권의 대·내외적인 분리를 인정하고 채권자의 사용·수익을 허용하지 않는 비전형계약인 양도담보와 다르다. 이와 관련하여 우리 판례는 “신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권²⁰을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산을 관리·처분하게 하는 것이므로, 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대·내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다²¹.

이와 같이 수탁자는 신탁재산의 귀속주체로서 그에 대한 관리처분권을 가지므로 단순히 대리권이 수여된 경우와 다르고, 위탁자가 신탁을 설정하는 목적은 수익자에게 신탁재산의 관리처분에 따른 이익을 누리게 하는데 있다는 점²²에서 민법상의 규정들 만으로는 수탁자의 권리를 포괄하기 힘든 면이 있다. 그렇기 때문에 신탁법은 신탁 법률관계의 특수성을 고려하여 비용상환에 관한 규정을 특별히 두고 있는 것으로 판단된다. 따라서 수탁자의 비용상환청구권을 특별히 규정한 신탁 법률관

¹⁹ 이연갑, 앞의 논문(주 16), 23~24면.

²⁰ 이는 舊 신탁법 하에서의 판시로서, 舊 신탁법 제1조(목적과 정의)에서는 ‘특정의 재산권’을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하는 것으로 규정하였으나, 개정 신탁법 제2조(신탁의 정의)에서는 ‘특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)’을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하는 것으로 규정함으로써, 신탁 가능 재산의 범위를 확장하였다.

²¹ 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결, 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 등 참조. 신탁은 명의신탁과 달리, 위탁자로부터 수탁자에게로 재산을 완전히 이전시키면서 동시에 수탁자에게 신탁 목적에 따라 신탁재산을 관리 처분하도록 구속하는 법률관계라는 점에서 개정 신탁법 하에서도 타당한 판시라고 본다.

²² 이연갑, 앞의 논문(주 16), 26면 참조. 위임이 위임인 중심의 제도라면, 신탁법상 신탁은 수익자 중심의 제도이다.

계의 특이점과 함께 수탁자의 비용상환청구권의 요건, 대상, 시기 및 행사방법을 분석하는 것은 의미 있는 작업이 될 것이다.

제 2 절 논문의 구성

제2장에서는 먼저 신탁에 관한 일반론을 개괄한다. 신탁은 영미법에서 활성화되어 정립된 역사적 산물로서 대륙법체계의 틀에서는 이질적인 면이 많고²³, 법체계의 정합성의 관점에서 신탁법 규정을 일관성 있게 해석하기 위하여 많은 논의가 전개되어 왔는데²⁴, 비용상환청구권을 연구하는데 필요한 범위 내에서 영미 신탁법의 연혁과 우리 신탁법의 도입과정, 신탁의 기본구조를 연구할 필요가 있다. 또한 해당 장에서는, 실무상 비용상환청구권의 현황을 살펴본다. 신탁계약상 비용상환청구권이 신탁법상 비용상환청권과 어떻게 다르게 운영되는지를 알아보기 위하여 시중의 부동산신탁계약서 및 금전채권신탁계약서상 주요 특징들을 분석하고, 이에 따른 법률관계와 효과를 살펴보며, 그 문제점과 한계를 짚어본다.

제3장에서는 비용상환청구권 행사의 대상을 신탁재산에 대한 비용상환과 수익자에 대한 비용상환으로 나누어 검토한다. 먼저, 신탁재산에 대한 비용상환청구에 관하여는, 영미신탁과 우리 신탁법상 규율태도와 수탁자의 비용지출권한 유무, 신탁재산에 대한 구상의 근거 및 법적성질, 상환 대상에 포함되는 비용, 채무 등의 종류와 범위, 적절하고 합리적인 범위 내의 지출인지에 관한 판단기준, 수탁자 고유계정에서 신탁

²³ 이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성, 경인문화사(2017. 7), 6면; 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2016. 2), 4면.

²⁴ 이계정, 앞의 책, 109면.

계정으로서의 대여와 비용상환의 문제, 수탁자의 신임의무와 비용상환청구권의 관계, 수탁자의 책임제한과 비용상환의 문제, 수탁자의 책임제한과 비용상환의 논점 등을 살펴본다.

다음으로, 수익자에 대한 비용상환청구권의 인정 근거와 요건은 신탁재산에 대한 비용상환청구권과는 다른 양상을 보이는데, 신탁의 본질과 수익권의 성격을 살펴본 후 수익자에 대한 비용상환청구권의 인정 여부와 그 타당성에 관하여 검토한다. 또한 수익권의 포기의 요건과 효과, 자익신탁에서의 수익권 포기 가능성을 살펴본다.

제4장에서는 비용상환청구권 행사의 구체적인 모습을 연구한다. 먼저, 일반적인 행사방법으로서 사전구상권의 인정여부, 유치권능과 동시이행의 항변권에 관하여 살펴본 다음, 신탁재산을 처분하여 비용에 충당하는 방법에 관하여 상세히 논의한다. 신탁재산의 처분방법에는 수탁자의 임의매각과 강제집행 절차에서의 우선변제권이 있는데, 임의매각의 방법과 시기, 수탁자의 책임 중 강제집행 신청의 가능성 등에 관하여 우리 판례의 비판적 분석을 통해 검토하여 본다. 나아가 대물변제 인정 여부 등 수탁자가 가장 효과적으로 비용상환을 받는 방법을 모색한다.

마지막 장에서는 현행 비용상환청구권 규정의 문제점을 찾아보고, 그 개선안을 제언하여 본다.

제 2 장 신탁의 일반론과 비용상환청구권 현황

제 1 절 신탁의 연혁

I. 형평법(Equity)에 의한 발전

신탁(Trust)은 영국에서 발원한 법적 유산으로 보통법(common law)을 보완하기 위하여 등장한 형평법(Equity)에 의하여 발전되었다²⁵. 형평법은 보통법이 가지는 지나친 엄격성에 대한 반성적 고려로 발전된 법제도로, 보통법에 비하여 유연하고 탄력적인 규칙과 구제수단의 집합체이다²⁶. 미국은 기본적으로 영국의 신탁제도를 계수하였지만 독자적인 신탁제도를 발전시켜 신탁을 활성화하였고²⁷, 민사·상사, 영리·비영리를 가리지 않고 거의 모든 분야에서 신탁이 널리 이용되고 있다²⁸.

신탁개념은 내용적인 특징이 다양하기 때문에 단편적으로 정의하기에는 어려움이 있지만²⁹, 영미법상 신탁은 수탁자가 보통법상 권원(legal title)을 부여받은 특정 재산에 관하여 의도적으로 설정된 신임관계

²⁵ 박종찬, “미국신탁법에 관한 연구”, 강원법학 18(2004. 6), 1면.

²⁶ 이계정, 앞의 책, 22면; Sarah Worthington, Equity, 2nd ed., Oxford University Press(2006), p.9.

²⁷ 이계정, 앞의 책, 33면; 오쓰카 마사타미/히구치 노리오 저, 명순구/오영걸 역, 현대미국신탁법, 세창출판사(2005), 25면 참조 : 철회가능신탁(revocable trusts), 낭비자신탁(spendthrift trusts) 등 독자적인 신탁제도를 발전시켰다.

²⁸ 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2009. 2), 1면.

²⁹ Wills & Trusts, Robert L. Mennell & Sherri L. Burr 저, 임채웅 역, 미국신탁법-유언과 신탁에 대한 새로운 이해, 박영사(2011. 1), 195면.

(fiduciary relationship)로 정의할 수 있다³⁰. 신탁의 구성요소를 살펴보면, ① 독립한 그러나 법인격을 갖지 않는 신탁재산이 존재하고, ② 위탁자가 해당 재산을 수탁자에게 이전함으로써 그 귀속주체는 수탁자가 되며, ③ 수탁자는 위탁자의 의사나 법률이 정한 범위에서 신탁목적 달성을 위한 행위를 할 권능을 가지고 의무를 부담하고, ④ 수익자는 그에 상응하는 권리를 가진다는 것³¹을 내용으로 한다³².

II. 미국 신탁법의 법원(法源) 및 본 논문의 기초자료

미국 신탁법에서 1차적인 법원(primary authority)은 판례이고³³, 2차적인 법원(secondary authority)으로 중요한 것은 미국법률협회(The American Law Institute)에 의해 발간된 신탁법 리스테이트먼트(Restatement of Trust, 이하 ‘Res’)와 표준주법위원회전국회의(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 이하 ‘NCCUSL’)에서 제정된 통일신탁법전(Uniform Trust Code, 이하 ‘UTC’)이라고 할 수 있다³⁴. 신탁법 리스테이트먼트는 주마다 다른 판례법을 일목요연하게 정리하여 판례법의 통일에 기여

³⁰ 임채웅, 앞의 책(주 29), 195~197면 참조 : 신탁관계는 수익자의 수익을 위하여 수탁자에게 신인적(fiduciary) 의무를 부여한다. 이러한 신인적 의무는 관계의 근원(life-blood)이다. 신탁은 재산의 소유자가 다른 사람에게 소유자로서의 부담을 넘김으로써 그 부담에서 발생하는 수익을 분리할 때 발생한다. 신인의무를 제공하는 것은 보통법상 권원과 형평법상 권원의 분리이다.

³¹ 최수정, 신탁법, 박영사(2016. 2), 2~3면.

³² 임채웅, 앞의 책(주 29), 213면 참조 : 위탁자가 수익자의 이익을 위해 재산을 수탁자에게 이전하면 신탁이 설정된다(The transfer of the res by the settlor to the trustee for the beneficiary’s benefit creates a trust).

³³ 임채웅, 앞의 책(주 29), 194면 참조 : 신탁의 많은 부분은 의도적으로 모호하다. 법원은 해당 주체가 계속 발전할 수 있도록 여지를 남겨두었다. 신탁법을 법제화하고 명확하게 하기 위한 노력의 결과가 리스테이트먼트(제3차)와 통일신탁법(UTC)이다. 유언이 주로 법령에 기초하여 규율됨에 반하여, 신탁은 판례법에 더 의존한다. 신탁은 형평법원의 아들이며, 그 흔적들을 보여주고 있다. 세부적인 원칙보다는 넓은 원칙이 더 강조되는 점, 경계선상에 있는 문제에 대해 넓은 범위의 불명확성이 있는 점, 그리고 모든 문제를 해결하기 위한 명확한 기준을 설정하기 보다는 사안별로 판단하는 것들이 바로 그러한 점들이다.

³⁴ 이계정, 앞의 책, 35~36면.

하고자 하였고, 통일신탁법전 역시 주마다 법의 규율내용이 달라서 발생하는 문제점을 시정한 것으로 평가 받는다³⁵. 특히 통일신탁법은 신탁에 관한 기존 법리를 체계화하면서도 신탁의 발전을 위하여 기존과는 다른 법리를 제시하고 있는데³⁶, 이를 전부 또는 부분적으로 이를 채택한 주(州)가 33개에 이르는 중요한 법원이라고 할 수 있다³⁷.

본 논문에서는 영미 신탁법리를 연구함에 있어, 최근의 발전된 법리가 제시되어 있는 미국 통일신탁법을 해석의 기초로 삼아, 성문법인 우리의 신탁법과 비교하여 보고자 하였다. 또한 미국 판례의 태도를 파악할 수 있는 신탁법 리스테이트먼트를 함께 살펴보고, 미국 판례를 소개한다. 아울러 앞서 언급한 바와 같이³⁸ 필요한 부분에서 영국의 판례를 살펴본다.

III. 우리 신탁법의 연혁

우리나라는 영미의 신탁법리가 갖는 장점을 살리면서 대륙법의 개념을 이용한 실정법을 제정하는 방법을 채택하여³⁹, 1961년에 舊 신탁법과 신탁업법을 제정하였는데, 미국의 신탁법을 모법으로 하여 제정된 일본 신탁법의 영향을 강하게 받았다⁴⁰. 최근 변화된 경제현실을 반영하기 위하여 2011. 7. 25. 전면 개정되었고, 2012. 7. 26. 개정 신탁법이 시행되고 있다. 또한 2007. 8. 3. 자본시장과 금융투자에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)의 제정으로(2009. 2. 4. 시행) 신탁업법이 폐지되고, 현재 신탁업

³⁵ 명순구/오영걸, 앞의 책, 7~8면.

³⁶ 이계정, 앞의 책, 36면 참조 : UTC는 그 동안 신탁에 관하여 법원이 내린 판결을 존중하는 차원에서 신탁에 관한 기존 법리를 체계화하면서도 동시에 신탁의 발전을 위하여 기존과는 다른 법리를 제시하는 등 미국 신탁법의 현재와 미래를 파악할 수 있는 중요한 법원이다.

³⁷ 이계정, 앞의 책, 36면.

³⁸ 제1장 제1절 I. 참조.

³⁹ 이연갑, 앞의 논문(주 28), 국문초록.

⁴⁰ 박종찬, 앞의 논문, 2면.

은 금융투자업의 하나로 분류되어 규율을 받고 있다(자본시장법 제6조 제1항 제6호, 제8항, 제2편 제4장 제2절 제4관 등). 따라서 자본시장법이 시행된 이후에 체결된 상사신탁계약의 경우 자본시장법의 적용을 받고, 그 이전에 체결된 상사신탁계약의 경우 舊 신탁법의 적용을 받는다.

한편, 우리나라에서의 신탁은 영미와는 달리 금융기관이나 신탁회사가 영업으로 하는 상사신탁으로 출발하였는데⁴¹, 이러한 연혁의 차이가 수익자의 지위를 논함에 있어 고려되어야 할 것으로 판단된다. 또한 상사신탁계약이 체결된 시점에 따라 비용상환청구권의 성립 및 범위가 달라질 수 있으므로, 수탁자의 외부차입금에 관한 비용상환의 범위를 확정하는 부분에서 후술하기로 한다⁴².

제 2 절 신탁의 기본적 구조

I. 영미신탁에서 신탁의 본질

영미법상 신탁의 가장 큰 특징은 소유권의 분할을 인정하여, 수탁자에게 신탁재산의 처분권이라는 보통법상의 소유권(legal ownership)을, 수익자에게 신탁재산을 향유할 수 있는 형평법상의 소유권(equitable ownership)을 분속시킨다는 점이다⁴³. 또한 법률행위가 아닌 신임관계(fiduciary relationship)⁴⁴에 기초하여 수탁자의 의무가 형성되고, 수탁자는

⁴¹ 이연갑, 앞의 논문(주 28), 1면.

⁴² 제3장 제1절 IV. 2. 참조.

⁴³ 이계정, 앞의 책, 20~32면.

⁴⁴ Res 2nd §2. Definition of Trust : A trust, as the term is used in the Restatement of this Subject, when not qualified by the word 'charitable', 'resulting' or 'constructive', is a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises

수익자에 대한 형평법상 의무를 부담한다⁴⁵. 수익자는 수탁자에게 자기의 이익을 위하여 관리할 것을 요구할 수 있는 대인적인 권리(personal right)가 있고, 나아가 수탁자가 소유자로서 신탁재산을 임의로 처분할 위험성에 대비한 추급권⁴⁶, 수탁자의 채권자에 대한 이익권 등 대물적인 권리(proprietary right, right in rem)에 근접한 권리를 부여 받고 있다⁴⁷.

II. 영미신탁의 계수에 따르는 이론적 난점

그러나 위와 같은 영미의 신탁법리를 대륙법의 일부로 받아들이는 데에는 상당한 어려움이 따른다⁴⁸. 이처럼 영미 신탁과 우리 신탁은 크게 신탁설정행위, 신탁재산의 소유자, 신탁위반에 대한 수익자 보호 정책에서 차이가 있고, 이러한 차이점은 비용상환청구권의 해석에도 영향을 미치게 된다.

1. 신탁의 설정

영미법의 세계에서는 법률행위의 개념이 낯설고⁴⁹, 신탁행위는 물건

as a result of a manifestation of an intention to create it.

Res 3rd §2. Definition Of Trusts : A trust, as the term is used in this Restatement when not qualified by the word “resulting” or “constructive”, is a fiduciary relationship with respect to property, arising from a manifestation of intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of charity or for one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee.

⁴⁵ 이계정, 앞의 책, 20면.

⁴⁶ 이계정, 앞의 책, 69~76면 참조 : 추급권에는 팔로잉(Following, 원물추급)과 트레이싱(Tracing, 대위물추급)이 있다. 자세한 논의는 이계정, “형평법상 추급권과 신탁의 법리”, 저스티스 통권 제157호(2016. 12), 114~150면 참조. 원물추급은 원물의 소유자가 타인의 점유 하에 있는 원물 그 자체(the same asset)를 식별하는 과정이고, 대위물추급은 원물의 소유자가 그 대위물이나 그 대가 등 원물의 가치를 표상하는 물건(the new asset)을 추적하는 과정을 의미한다(이계정, 위 논문, 116면).

⁴⁷ 안성포, “신탁방식에 관한 비교법적 검토-소유권개념과 수익권의 법적성질을 중심으로”, 법학논총 37(1)(2017. 2), 168면.

⁴⁸ 이연갑, 앞의 논문(주 28), 128면 이하; 이연갑, 앞의 책, 7~25면.

⁴⁹ 임채웅, 신탁법연구1, 박영사(2009), 4면. : 영미법에서는 법률행위 개념 자체가 낯설

법(Law of Property)의 일부로서, 신탁을 물권적으로 구성하여 채권적인 계약과는 구별되는 것으로 본다⁵⁰. 영미의 신탁은 위탁자와 수탁자 사이의 신탁계약에 기한 산물이라기 보다는 위탁자가 일정한 목적을 위하여 수탁자에게 신탁재산을 이전함으로써 발생하는 관계(relationship)에 의하여 형성된 것이다⁵¹. 그러므로 영미 신탁의 법률관계는 대륙법 체계와 달리 계약에 기한 채권채무관계로 환원하여 보기 어려운 면이 많다⁵².

2. 신탁재산의 귀속

대륙법계의 소유권 개념은 원칙적으로 하나의 소유권이 분할되어 다수에게 속하는 것을 인정하지 않는다. 소유권은 여러 권능의 집합이 아니라 완전하고 전면적인 지배권이며(전면성), 영속적이고(영구성), 분할할 수 없고(혼일성), 언제나 동일한 내용을 가진다(추상성)⁵³. 따라서 영미법상 이중소유권(double ownership)의 관념을 수용하기가 곤란하다⁵⁴. 또한 영미에서는 수익자에게 급부청구권을 넘어서 물권적인 성격(proprietary nature)을 부여하여 특수하게 취급하여⁵⁵, 수탁자가 신탁에 위반하여 신탁재산을 처분한 경우에 수익자는 수탁자로부터 그 재산의 보통법상의 권원을 취득한 자에 대하여 형평법상의 권원을 주장하여 이를 신탁재산으로 회복시킬 수 있다. 그러나 소유권의 분할을 인정하지 않고, 물권법정주의를 취하고 있는 대륙법계 제도 하에서 수익자의 권리를 물권적으로 볼 수 있는지에 관한 논란이 있다.

고 그에 해당하는 영어로 된 용어가 아예 없다고 한다.

⁵⁰ 박종찬, 앞의 논문, 6~8면.

⁵¹ 이계정, 앞의 책, 136면.

⁵² 이계정, 앞의 책, 136~137면.

⁵³ 이연갑, 앞의 논문(주 28), 131면; 이연갑, 앞의 책, 7면.

⁵⁴ 이연갑, 앞의 논문(주 28), 131면; 이연갑, 앞의 책, 7면.

⁵⁵ J. E. Penner, *The law of Trusts, Core Text Series*, 5th ed., Oxford University Press(2010), p.285.

3. 수탁자의 신탁위반과 수익자의 보호

우리 신탁법은 신탁이 일정한 사유로 종료한 경우 법정신탁을 인정하는데 불과한 반면, 영미법계에서는 수탁자가 신탁목적에 위반하여 신탁재산을 위법하게 처분한 경우 등에도 의제신탁(constructive trust)을 통해 부당한 이득을 얻은 자로부터 그 이득의 반환을 받을 수 있도록 하고 있다⁵⁶. 즉, 수탁자가 신탁의무를 위반하여 신탁재산을 제3자에게 처분하거나 또는 자신의 고유재산으로 편입한 경우에 선의유상취득자(bona fide purchaser)에게 귀속되지 않는 한, 수익자는 신탁재산을 추급하여 그 물건 자체를 회수할 수 있고, 신탁재산을 회수할 수 없는 경우에는 신탁재산의 변형물에 대하여 추급권을 갖는다⁵⁷.

III. 우리 신탁법상 신탁설정행위

1. 신탁 설정 방법으로서의 신탁계약

신탁은 당사자들의 신탁행위에 의하여 설정될 수도 있고(임의신탁), 법의 정함에 따라 형성될 수도 있다(법정신탁). 설정신탁의 경우 법률행위의 해석상 원칙적으로는 명시적인 법률행위에 의한 신탁(명시신탁)뿐만 아니라 묵시적인 신탁(묵시신탁)도 인정할 수 있다⁵⁸. 개정 신탁법

⁵⁶ 박종찬, 앞의 논문, 6~8면.

⁵⁷ 박종찬, 앞의 논문, 7면; 이계정, 앞의 논문, 117~118면 : 형평법상 원물추급권은 수탁자가 신탁의 취지에 반하여 신탁재산에 속하는 물건을 제3자에게 처분한 경우에 수익자는 제3자에 대하여 수익권을 주장할 수 있음을 의미하고, 형평법상 대위물추급권은 수탁자가 신탁재산에 속하는 물건을 처분한 경우에 그 처분 대가 또는 그 대가로 취득한 물건 등 신탁재산의 대위물에 관하여 수익자가 그 권리를 주장할 수 있음을 의미한다.

⁵⁸ 이근영, “신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법”, 한국토지법학회 토지법학 제 29-2호(2013), 286면.

은 ‘신탁행위’에 대한 정의규정을 두고 있지 않지만, 일반적으로 신탁 행위를 법률행위의 일환으로 포섭한다⁵⁹. 따라서, 신탁행위란 ‘신탁설정을 위한 법률행위(신탁설정행위)’를 의미하고, 의사표시이론으로 설명하게 된다⁶⁰. 우리 신탁법은 신탁을 설정하는 방법으로 ① 위탁자와 수탁자 간의 계약, ② 위탁자의 유언, ③ 신탁의 목적, 신탁재산, 수익자 등을 특정하고 자신을 수탁자로 정한 위탁자의 선언에 의하여 설정할 수 있다고 규정하고 있는데(신탁법 제3조), 신탁행위 중 기본적으로 ‘신탁관계자 사이의 계약’에 의하여 신탁이 설정된다고 볼 수 있다.

한편, 우리 신탁법의 해석에 있어서도 신탁을 계약관계로만 설명하려는 것은 한계가 있다는 견해가 대두되고 있다⁶¹. 개정 신탁법이 신임관계와 그에 따른 신임의무⁶², 충실의무(제2조, 제33조, 제43조, 제75조 등), 수익자의 공익권(제40조, 제16조 제3항, 제77조 등), 법원의 신탁관계에서의 개입(제105조 등), 신탁선언에 의한 신탁의 도입(제3조 제1항 제3호), 신탁재산의 독립성 보장(제22조, 제23조, 제24조 등)을 위한 많은 규정을 두고 있음에 따라, 영미 신탁에서 계약관계로 환원할 수 없는 고유한 특징이 우리 신탁법에도 상당부분 도입되었다는 것이다⁶³. 앞서 살펴본 바와 같이, 영미의 신탁은 신탁계약에 기한 산물이라기 보다는 신탁 관계에 의해 형성되고, 수탁자의 의무의 핵심인 신임관계는 계약에 기하여 발생한 것이라기 보다는 신탁의 독특한 구성요소인 소유권의 분할에서 파생되었으므로⁶⁴, 우리 신탁법의 해석에 있어서도 영미 신탁의 해석론을 염두에 둘 필요가 있다.

하지만, 신탁 체계의 유연성에 따라 당사자 간 합의를 통해 다양한

⁵⁹ 임채웅, 앞의 책(주 49), 4면.

⁶⁰ 이근영, 앞의 논문(주 58), 286면.

⁶¹ 이계정, 앞의 책, 134~139면.

⁶² 신임관계와 신임의무에 관한 상세한 내용은 제3장 제1절 V.항에서 후술한다.

⁶³ 이계정, 앞의 책, 139~143면.

⁶⁴ 이계정, 앞의 책, 136면.

유형의 신탁을 만들 수 있다는 점에서 신탁의 법률관계에서 계약적 토대를 무시할 수 없고⁶⁵, 신탁이 가지는 제도적 특수성으로 인하여 신탁계약에 뒤따르는 우리 신탁법상 특별한 규율 역시 계약법의 일반원리를 전제로 한다고 보아야 한다⁶⁶. 따라서 우리 신탁법상 신탁은 타인을 위한 재산관리제도로써, 그 기본형태는 발전된 형태의 계약이라고 판단된다. 다만, 일반 계약법 법리와 비교할 때 신탁계약이 가지는 특수성을 명확히 하여야 하고, 신탁의 특수성으로 인하여 발생하는 신탁계약의 한계가 존재하는 지도 살펴볼 필요가 있다고 본다. 신탁행위로 달리 정할 수 있는 부분의 한계에 관하여는 제3절 수탁자의 비용상환청구권의 현황에서 후술한다.

2. 신탁계약의 법적 성질 및 효력발생시기

신탁행위 중 신탁유언의 경우에는 의사표시만으로도 성립하는 낙성행위인데, 신탁계약의 경우에는 신탁의 의사표시 합치 외에 현실적인 재산권이전 등을 필요로 하는 요물행위인지 여부에 관하여 논란이 있고(요물계약설과 낙성계약설로 나뉜다)⁶⁷, 신탁의 효력발생시점이 언제인가에 대하여 관하여 견해대립이 있다⁶⁸.

⁶⁵ 이계정, 앞의 책, 136면.

⁶⁶ 최수정, 앞의 책(주 31), 174면.

⁶⁷ 이근영, 앞의 논문(주 58), 289면.

김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 28면 : i) 구법 제1조(개정법 제2조)가 “재산권의 이전 기타의 처분”을 신탁의 성립요건으로 규정하고 있는 점, ii) 신탁재산의 독립성, 신탁재산에 대한 강제집행금지 등 신탁의 재산법적 효과를 인정하기 위해서는 단순한 민법상 계약관계와 달리, 당사자간에 재산의 처분이 이루어져 신탁이 실체를 갖추는 것이 필요하다.

임채웅, 앞의 책(주 49), 15~16면 : 설정이란 신탁관계가 형성됨을 의미하는 것이며, 위탁자의 구체적인 의무이행으로 수탁자에게 재산권이 이전되면, 그 때 비로소 설정행위에 따른 이행으로 인하여 신탁이 구체적으로 효력을 발생하는 것이다.

⁶⁸ ① 안성포, 앞의 논문(주 1), 754면 : 단순히 당사자간의 합의만 있고 재산의 실질적이전이 없는 경우에는 신탁의 효력이 발생하지 않는 것으로 해석하는 견해도 유력하나, 이러한 견해를 취하게 되면, 위탁자는 인도할 때까지 언제라도 의사표시의 철회

검토하건대, 신탁계약은 계약의 원칙적인 모습인 낙성계약이고, 신탁 행위 시에 신탁의 효력이 발생한다고 보는 것이 타당하다고 판단된다. 이 경우 신탁유언과 신탁계약의 발생시기를 차이 없이 설명할 수 있다. 또한 신탁재산이 이전되어야 비로소 신탁의 효력이 발생한다고 본다면, 장래의 재산인 미발생의 권리에 대하여는 재산권의 이전이 있을 수 없으므로 신탁으로서의 법률효과는 발생하지 않게 되는데, 이는 계약당사자의 의사에 어긋날 수 있다. 물론 신탁은 신탁재산을 중심으로 하는 법률관계인 만큼 신탁재산의 이전 등이 있을 때 그 주된 효과들이 현실적으로 발생할 것이지만, 신탁계약으로부터 발생하는 권리, 의무는 그에 한정되지 않는다⁶⁹. 신탁계약이 체결되면 수탁자는 신탁재산의 이전을 구할 수 있고, 신탁재산의 이전을 위한 위탁자의 의무가 발생한다고 볼 수 있다. 또한 수익자 지정(신탁법 제56조)이 일어나는 신탁계약의 체결 시로부터 수탁자는 충실의무를 부담하며, 수탁자의 의무사항, 위탁자의 보장사항 및 수익자의 준수사항 역시 신탁계약 체결 시로부터 유효하게 발동되는 것으로 보아야 한다⁷⁰.

회가 가능하게 되어 이해관계자의 기대에 어긋날지도 모른다는 우려가 있다. 또한 조기에 신탁의 효력을 발생시킨다면, 수탁자에게 충실의무 등의 각종 의무도 발생하게 되므로 수익자의 이익이 될 수 있다.

② 최수정, 앞의 책(주 31), 176면 : 굳이 재산권의 이전 기타 처분을 기다려 그 때 비로소 계약의 성립과 효력을 인정하기 보다는, 당사자의 합의만으로 신탁계약으로서의 효력이 발생한다고 하는 것이 위탁자의 의사실현이라고 하는 신탁제도의 취지에 부합한다.

⁶⁹ 최수정, 앞의 책(주 31), 176면.

⁷⁰ 이와 관련하여, 일본 新신탁법을 참고할 수 있는 데, 일본 新신탁법은 신탁의 효력 발생시기를 명시하고 있다. 즉 신탁계약에 의한 경우에는 신탁계약의 체결에 의하여 그 효력이 발생하는 것으로 규정하면서(新신탁법 제4조 제1항), 계약체결 후에 신탁의 효력이 발생하는 것으로 해야 할 특단의 필요가 있는 경우에는 그 취지를 특약(정지조건, 시기)으로 정할 수 있도록 하고 있다(新신탁법 제4조 제4항).

제 3 절 비용상환청구권의 현황

I. 신탁행위에 따른 비용상환청구권의 모습

위에서 본 바와 같이, 신탁은 주로 신탁계약에 따라 설정되고, 당사자들은 체계의 유연성이라는 신탁의 장점을 활용하여 사적자치의 영역을 넓히고자 의도하게 된다. 우리 신탁법의 대다수 규정은 임의규정으로 당사자 간에 달리 정할 수 있는데, 수탁자의 비용부담에 대한 상환청구권 역시 신탁행위로 달리 정할 수 있다(신탁법 제46조 제6항). 실제로는 신탁행위로 신탁상 권리, 의무를 신탁법과 다르게 정하는 경우가 대다수이므로, 본 절에서는 그러한 신탁계약서의 유형을 분석하고자 한다. 다만, 우리나라의 신탁은 상사신탁 위주로 발전해 온 만큼 상거래 당사자의 계약을 중점적으로 살펴보기로 한다.

상거래의 실무를 개괄적으로 살펴보면, 신탁상 발생한 채무에 관하여는 수탁자 개인의 책임을 배제하거나, 신탁재산으로부터 보상받을 수 있는 범위 내에서만 고유재산으로 변제하기로 하는 특약을 체결하는 경우가 대부분인 것으로 파악된다. 또한 신탁재산의 임의매각 시기나 방법에 관하여 미리 정하여두고, 사전구상권을 인정하는 예도 많다. 수탁자의 비용상환청구권에 관한 신탁법 규정을 변형하고 있는 개별계약의 주요 특징을 아래 II.에서 살펴보고, 공통되는 운용 현황과 그에 따른 법률관계를 정리하여 본다⁷¹.

⁷¹ 신탁대상을 부동산과 채권으로 구분하여, 부동산신탁계약서와 금전채권신탁계약서를 살펴보았다. 부동산신탁에서는 부동산 신탁업을 인가받은 부동산신탁회사의 계약서 위주로 분석하였고, 금전채권신탁은 금전채권의 신탁이 가능한 은행, 증권회사 및 보험회사의 계약서를 검토하였다. 특히 본 절에서는 수탁자의 지위에 따라, 수탁자가 이익을 얻을 목적으로 계속적, 반복적 방법으로 신탁을 인수하는 행위를 하는 경우인 상사신탁 계약서를 위주로 살펴보았다. 계속적이거나 반복적인 방법이 아닌 특정목적의 비영업 신탁의 인수는 민사신탁이다. 상사신탁과 민사신탁의 구분은 수탁자의 지위를 기준으로 하므로, 상사신탁계약에 관한 본 절의 논의는 민사신탁계

II. 거래상 신탁계약서의 분석

1. 부동산신탁에서 비용상환청구권 현황

부동산신탁은 위탁자로부터 토지와 그 정착물인 부동산을 신탁받아 신탁목적에 따라 수탁자가 관리, 운용, 처분 및 개발하는 신탁으로, 부동산신탁의 종류에는 담보신탁, 개발신탁, 분양관리신탁, 관리 및 처분 신탁이 있다.

가. 담보신탁

담보신탁은 담보의 목적으로 채무자인 위탁자가 채권자를 수익자로 하여 수탁자에게 소유권을 이전하고 채무자가 채무를 불이행하면 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 매각대금을 채권자인 수익자에게 반환하는 방법의 신탁이다⁷². 저당권을 설정과 유사한 담보 효과를 거두면서도 저당권 설정보다 소요되는 비용이 적고, 채무자의 채무불이행 시에 경매절차를 거칠 필요가 없어 채권회수나 담보물의 처분에 이점이 있다⁷³.

담보신탁계약(그 상세한 내용은 <별첨 1-1> 참조)에서는, 수탁자의 책임 없는 사유로 발생한 비용과 손해를 ‘위탁자’의 부담으로 하거나, ‘수익자’에게 직접 부담지우거나, ‘위탁자 및 수익자’에게 함께 청구하며, 위탁자에게 먼저 청구한 다음 부족하면 수익자에게 청구하는 경우도 있는 것으로 파악된다. 위탁자 또는 수익자가 비용 등을 지급시기에 납부하지 않는 경우에는 수탁자가 대신 납부하며, 이 경우 수탁자는 그

약에 관하여도 기본적으로 적용 가능할 것으로 판단된다.

⁷² 이계정, 앞의 논문, 86면.

⁷³ 이계정, 앞의 논문, 86면.

지급일로부터 상환일까지의 법정 또는 약정 이율에 의하여 산정한 이자⁷⁴를 수탁자에게 지급하여야 한다. 위탁자 또는 수익자가 의무를 불이행할 경우 수탁자는 단독으로 신탁재산의 일부 또는 전부를 환가처분하여 비용에 충당하게 된다. 또한 수탁자는 대지급금과 지연손해금을 신탁이익에 우선하여 공제하거나 수취할 수 있고, 대지급금의 조달의 위하여 신탁재산을 담보로 제공할 수 있는 것으로 합의하고 있다. 한편, 신탁부동산의 지목, 형질, 용도 변경의 가능성이 있는 경우에는 위탁자 또는 수익자가 사전에 예상 소요 비용을 수탁자에게 예치한다.

나. 개발신탁

개발신탁은 위탁자가 부동산의 효율적인 개발을 통해 수익을 실현할 목적으로 부동산을 신탁회사에 신탁하고, 신탁회사는 신탁계약에서 정한 바에 따라 개발자금의 조달, 사업 인·허가, 건축물의 건설, 임대, 분양, 건축물의 유지·관리 등 일체의 부동산개발사업을 수행하고 그로부터 발생하는 신탁수익을 수익자에게 교부하는 방식의 신탁이다⁷⁵. 토지 신탁의 유형 중에서는 차입형 토지신탁(수탁자가 사업에 관한 인허가를 얻고, 직접 자금을 조달하여 사업을 진행)과 관리형 토지신탁(수탁자가 사업주체이나 위탁자가 자금조달의무를 부담하고, 수탁자는 대외적 사업주체로서 명의보유 및 자금관리업무만 진행하는 방식)이 빈번하게 이루어지고 있다⁷⁶.

개발신탁 관련 계약은 부동산의 개발과 신축, 임대 또는 분양 방법을 자세히 정하기 위하여 사업약정이 함께 체결되는 경우가 많다. 또한 토지 개발 및 그로 인한 수익의 발생으로 소요자금을 상환하는 목적을

⁷⁴ 수탁자의 신탁계정대 이율, 국세청장이 지정·고시하는 당좌대월이자율

⁷⁵ 신영수/윤소연, “부동산신탁의 쟁점”, BFL 제62호(2013. 11), 47면.

⁷⁶ 선명법무법인, 앞의 책, 53면.

반영하여 비용의 종류를 비교적 자세히 기술하고 있다(그 상세한 내용은 <별첨 1-2> 참조). 비용상환청구권에 대한 규율방식은 차입형 토지신탁계약과 관리형 토지신탁계약이 기본적으로 동일하다.

주요 특징을 살펴보면, 사업비를 수탁자가 조달하는 경우가 있음을 감안하여 ‘비용’의 종류에 ‘차입금 등의 상환금 및 그 이자’를 명시하고, 수탁자가 제비용을 수탁자의 고유계정에서 신탁계정으로 대여하여 지급하는 경우에는 당해 대여금 및 이에 대한 수탁자 내부규정에 따른 이율⁷⁷에 의하여 산정한 이자를 신탁재산 또는 수익자에게 청구할 수 있도록 하고 있다. 또한 신탁부동산의 임대 또는 분양이 일어남에 따라 ‘임대보증금 등의 상환 및 그 이자’, ‘임대 및 분양 사무처리에 필요한 비용(분양 촉진을 위한 중도금대출이자 포함)’, ‘분양계약 해지시 환불금(위약금)’, ‘설계, 감리비용 및 공사대금’ 등을 예시하고 있다.

비용부담주체는 위탁자 또는 수익자이며, 필요한 경우에는 미리 위탁자 또는 수익자에게 상당한 금액을 예치하도록 하고 있다. 신탁사업 추진 중에 발생하는 비용 이외에, 사업종료 후에 신탁사업과 관련하여 발생하는 제세금 및 공과금 역시 수탁자의 명의로 부과되더라도 위탁자 또는 수익자의 부담으로 돌린다. 한편, 신탁계약에 따라 수익자가 받을 수익이 발생하지 않거나 해당 수익자가 수익권을 포기하더라도 그 수익자는 비용부담의무를 포함하여 신탁계약에 따라 부담하는 제반의무 및 책임을 면책 받지 못한다. 수탁자는 신탁재산에 속하는 금전으로 비용 등을 지급하기 부족한 경우에는 그 부족금액을 위탁자 또는 수익자에게 청구하고, 그래도 부족하다면 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분(근저당 등 담보제공, 임대, 매각 등을 포함함)하여 충당할 수 있다. 미처분시에는 10%씩 순차 차감한 금액으로 공매하거나 할인분양의 방법으로 처분한다. 수탁자가 대물변제의 방법으로 처분하는 데 동의하는

⁷⁷ 조달 금리, 조달 비용, 리스크 비용, 교육세 비용 등을 합산하여 결정.

경우도 있다.

다. 분양관리신탁

‘건축물의 분양에 관한 법률’에 따라 일정 면적 이상의 상가나 오피스텔을 선분양 하고자 하는 경우에는 사업부지의 소유권과 분양에 따른 자금관리를 신탁회사에서 보전, 관리하도록 하는 신탁으로, 건축물 분양과정의 투명성과 수분양자 보호를 위하여 도입된 제도이다⁷⁸. 비용상환청구에 관한 합의내용은 담보신탁과 기본적으로 유사하다(그 상세한 내용은 <별첨 1-3> 참조).

라. 관리 및 처분신탁

신탁회사가 소유자를 대신하여 임대차관리, 시설 유지관리, 세무관리 등 일체의 관리를 해주고 그 수익을 수익자에게 교부하거나 수탁재산의 소유권을 관리하여 주는 것을 목적으로 하는 관리신탁 (단순히 신탁 부동산의 명의만 관리하는 ‘을종관리신탁’과 소유권관리는 물론 임대차관리, 시설물관리, 세무관리, 법무관리 및 신탁부동산에서 발생한 금전의 운용 등 일체의 종합관리업무를 수행하는 ‘갑종관리신탁’이 있다)⁷⁹ 과 ②처분방법이나 절차상 복잡성을 가진 부동산을 신탁회사의 공신력과 영업망을 통하여 신속하게 적정가격으로 처분하여 그 처분대금을 수익자에게 지급하는 처분신탁이 있다⁸⁰. 비용상환청구에 관한 기본적인 합의내용은 담보신탁과 비슷하다(그 상세한 내용은 <별첨 1-4> 참조).

⁷⁸ 임택수 감수, 법무법인 지평 건설부동산팀 저, 부동산PF 개발사업법, 박영사(2016), 157면; 신영수/윤소연, 앞의 논문, 47면.

⁷⁹ 임택수 감수, 법무법인 지평 건설부동산팀 저, 앞의 책, 157면; 송두일, 알기쉬운 신탁상품 이야기, 금융투자협회(2012. 2), 106~108면.

⁸⁰ 송두일, 앞의 책, 106~108면.

2. 금전채권신탁에서 비용상환청구권 현황

금전채권신탁은 금전의 급부를 목적으로 하는 금전채권을 신탁재산으로 인수한 후 수탁자가 신탁계약에서 정한 바에 따라 신탁된 금전채권의 관리, 추심업무 및 추심된 자금의 운용업무 등을 수행하는 신탁을 말한다⁸¹.

수탁자는 금전채권의 명의상 채권자가 되어 채권 지급금의 수령, 시효중단, 독촉 기타 채권보전에 필요한 일체의 업무를 맡고, 회수된 금전과 그 운용수익을 수익자에게 교부한다. 금전채권신탁은 부동산담보신탁과 마찬가지로 위탁자의 자금조달에 있어 담보의 역할을 하고 신탁재산 운영을 통한 상환을 목적을 이루어지는 경우가 많은데, 비용에 대한 상환청구권의 기본 틀은 부동산신탁과 다르지 않은 것으로 파악된다(그 상세한 내역은 <별첨 2> 참조). 수탁자는 신탁 관련 조세 및 신탁사무처리의 제비용을 일차적으로 신탁재산으로부터 지급받고, 필요한 경우 위탁자 또는 수익자에게 별도로 청구하여 받을 수 있다.

3. 기타 신탁상 비용상환청구권 현황

한편, 개정 신탁법은 유언대용신탁(신탁법 제59조), 수익자 연속신탁(신탁법 제60조)을 도입하였고, 신탁제도는 가족신탁, 증여신탁, 상속신탁, 후견지원신탁 등 여러 민사 분야에서 활성화 될 것으로 기대되고 있다⁸². 앞서 살펴본 부동산신탁 및 금전채권신탁이 금융과 결합되어 금융규제를 받는 신탁이라고 본다면, 가족, 상속 분야의 신탁은 금융규제를 받지 않는 신탁이라고 말할 수 있는데, 이러한 신탁에서도 수탁자

⁸¹ 송두일, 앞의 책, 92면.

⁸² 김종원, “민사신탁의 위탁자 지위에 관한 연구”, 재산법연구 제33권 제1호(2016. 5), 185면.

의 비용상환청구권은 쟁점화 될 수 있다.

이와 관련하여, 시중 은행의 유언대용신탁계약서상 수탁자의 비용상환청구권은 부동산 또는 금전채권 신탁계약서와 크게 다르지 않은 것으로 파악된다. 신탁사무의 운용에 따라 발생하는 비용은 신탁재산에서 차감하거나 수익자에게 따로 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

제16조 (조세 및 비용)

수탁자의 귀책사유 없이 발생하는 신탁재산에 대한 조세 및 공과금과 본 계약과 관련한 신탁사무 처리에 수반되어 발생하는 비용은 신탁재산에서 차감하거나 수익자에게 따로 청구할 수 있다.

III. 거래상 신탁계약서에 따른 효과 및 한계

1. 비용상환청구권에 관한 신탁계약서의 공통된 합의 내용

이상에서 살펴본 바와 같이, 신탁의 목적과 신탁재산의 종류에 따라 신탁계약이 다양하게 체결되고 있고, 수탁자의 비용상환청구권 역시 신탁법의 문언에 얽매이지 않고 유연하게 운용되고 있음을 알 수 있다. 수탁자의 비용상환청구권에 관하여 거래 계에서 체결되는 계약의 주요 내용은 크게 다음과 같이 정리할 수 있다.

- ① 수탁자는 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 채무에 대하여 위탁자를 대신하여 수탁자의 고유재산으로 납부할 의무를 부담하지 아니한다.
- ② 수탁자의 책임 없는 사유로 발생한 손해는 ‘위탁자 또는 수익자’가 부담하며, 수탁자는 해당 채무의 지급의무를 부담하지 아니한다.
- ③ 필요한 경우 미리 수익자에게 상당한 금액을 예치하도록 요청할 수 있다.

- ④ 비용은 기본적으로 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구할 수 있으며, 수익자로부터 금원을 수령할 수 없다면 수탁자는 매각권한을 갖는다.
- ⑤ 위 매각은 수탁자가 단독으로 신탁재산을 환가·처분하여 충당하는 방법이다.
- ⑥ 고유계정에서 대여하여 지급하는 경우, 당해 대여금 및 수탁자의 내부규정에 따른 이율에 의해 산정한 이자를 신탁재산에서 지급받는다.
- ⑦ 수익자가 수익권을 포기하더라도 신탁계약에 따라 부담해야 할 제반 의무는 면책되지 아니한다.

2. 신탁계약서에 따른 효과 및 법률관계

위와 같이 신탁법 제46조는 개별계약에 의하여 변형되는데, 당사자들의 목표는 수탁자의 책임을 제한하고 수탁자의 구상권을 강화하는 데 있음을 알 수 있다.

먼저, 수탁자가 고유재산으로 책임을 부담하는 것을 면제 또는 제한하는 특약에 따라, 신탁채권자가 대외적인 거래 주체인 수탁자에게 채무의 이행을 청구하였을 때 수탁자는 신탁재산이 부족함을 근거로 채무 이행을 배척할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 이러한 합의는 책임 한정특약에 해당하며, 수탁자와 직접 계약을 체결한 채권자와의 관계에서만 적용된다⁸³.

다음으로, 수탁자의 구상권이 신탁법 제46조 보다 강화되어 있는데, 눈에 띄는 차이점은 수익자에 대한 비용상환청구를 인정하고, 경우에 따라 위탁자에 대하여도 비용상환청구를 인정하고 있다는 점이다. 신탁

⁸³ 책임한정특약에 관하여는 후술한다(제3장 제1절 VI 참조).

법 제46조에 관하여는 이하에서 구체적으로 살펴보겠지만, 우리 신탁법은 수탁자가 신탁재산이 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있을 때 ‘보충적으로’ 수익자에게 그가 ‘얻은 이익의 범위’에서 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있는 것으로 규정한다(제46조 제4항). 또한 신탁법은 비용상환청구의 주체에 위탁자를 포함하고 있지 않다. 반면, 개별계약에서는 위탁자 또는 수익자 모두를 비용부담의 주체로 정하고, 신탁재산이 부족한 경우 수익자에게 해당 부족 비용을 모두 청구할 수 있는 것으로 합의하고 있다. 따라서 신탁채무가 신탁재산을 초과하여 수탁자가 고유재산으로 해당 채무를 이행한 경우 수탁자는 수익자에게 개별 계약을 근거로 구상할 수 있게 된다. 그런데 구상의 범위는 수익자의 이익의 한도로 제한되지 않으므로, 지출한 비용 및 지출한 날 이후의 이자가 될 것으로 보인다.

나아가, 개별계약에서는 수탁자가 효과적으로 비용을 상환받을 수 있는 방법을 구체적으로 정하고 있다⁸⁴. 신탁비용의 선급, 신탁재산의 처분방법으로서 공매나 대물변제 등을 허용하는 것이다. 이러한 합의에 따라 수탁자는 위탁자 또는 수익자에게 예상되는 신탁비용을 미리 예

⁸⁴ 한편, 신탁업자는 유형화된 기본계약서를 미리 작성하여 두고, 당사자 간에 기본계약에 대한 특약의 형태로 신탁계약을 체결하는 경우가 많다. 신탁업자가 각 마련하고 있는 기본계약서의 기본 틀이 유지되면서 특약이 체결되는 경우, 해당 신탁계약 조항이 ‘약관의 규제에 관한 법률’상 약관에 해당하는 것이 아닌지 문제될 수 있다. 그런데 신탁계약은 매우 다양한 목적에 의해 체결되고, 신탁재산의 특징, 신탁재산의 운용방법, 수익자, 수익권의 범위, 신탁보수 등 중요한 내용이 당사자들 사이의 개별 합의에 의하여 정하여지므로, 이러한 신탁계약서는 약관이 아닌 개별약정으로 보는 것이 타당하다고 본다. 이와 관련하여 하급심 판례 역시 약정자조매각권에 관한 조항의 약관성이 문제된 사안에서, “신탁계약을 체결하기 위해서는 당사자 간 신탁부동산의 특징, 자금차입 방법, 시공 및 분양 방법(시공사 선정, 공사금액의 확정, 분양대행사 선정 등), 수익자, 수익권의 범위, 신탁보수, 수탁자가 대지급을 하는 경우 그에 대한 이율 등 계약의 중요한 내용에 관하여 먼저 합의가 이루어져야 하는 점, 그 외 이 사건 신탁계약의 체결 경위나 신탁계약서의 내용에 비추어볼 때, 이 사건 신탁계약 제19조는 약관이 아니라 개별약정에 의하여 정하여진 내용으로 보아 타당하다”라고 판시한 바 있다(서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 참조).

치하도록 하거나 신탁사무의 처리에 비용을 요하는 때에는 이를 선급 받을 수 있게 된다. 또한 신탁재산으로부터 비용상환을 받지 못할 경우 신탁재산으로 대물변제를 받거나 신탁재산을 수탁자가 적절한 방법으로 처분하여 변제에 충당할 수 있는 것이다. 이처럼 개별계약은 수탁자가 최대한 효율적으로 비용상환청구권을 행사할 수 있도록 권한을 부여하고 있음을 알 수 있다.

3. 문제점 및 한계

신탁제도의 강점이 체계의 유연성에 있는 만큼 당사자들은 그 유연성을 최대한 활용하여 이익을 도모할 수 있는 것이지만, 신탁법의 취지를 고려하여 사적 자치의 한계 내에서 그 변형이 일어나야 할 것으로 판단된다. 예를 들어, 우리 신탁법 규정은 원칙적으로 임의규정이지만, 신탁의 기본구조에 반하는 행위나 신탁의 계속성, 건전성과 관련된 권리 등은 신탁행위로도 제한할 수 없도록 하고 있고⁸⁵, 신탁행위로도 제한할 수 없는 수익권의 권리가 규정되어 있다(신탁법 제61조⁸⁶). 그리고 수탁자의 충실의무와 같이 신탁의 본질적인 부분에 해당하는 신탁관계

⁸⁵ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 498면.

⁸⁶ 신탁법 제61조(수익권의 제한 금지) 다음 각 호에 해당하는 수익자의 권리는 신탁행위로도 제한할 수 없다.

1. 이 법에 따라 법원에 청구할 수 있는 권리
2. 제22조제2항 또는 제3항에 따라 강제집행등 또는 국세 등 채납처분에 대하여 이의를 제기할 수 있는 권리
3. 제40조제1항에 따라 장부 등의 열람 또는 복사를 청구할 수 있는 권리
4. 제43조 및 제45조에 따라 원상회복 또는 손해배상 등을 청구할 수 있는 권리
5. 제57조제1항에 따라 수익권을 포기할 수 있는 권리
6. 제75조제1항에 따라 신탁위반의 법률행위를 취소할 수 있는 권리
7. 제77조에 따라 유지를 청구할 수 있는 권리
8. 제89조, 제91조제3항 및 제95조제3항에 따라 수익권의 매수를 청구할 수 있는 권리
9. 그 밖에 신탁의 본질에 비추어 수익자 보호를 위하여 필요하다고 대통령령으로 정하는 권리

인의 권리·의무는 신탁행위로도 제한할 수 없다고 보아야 한다.

이러한 관점에서 볼 때, 개별계약은 다음과 같은 문제점이 있다. 먼저 위탁자에게 일반적으로 비용상환의무를 지울 수 있는 것인가 하는 점이다. 위탁자는 신탁설정단계에서는 신탁행위의 당사자로서 주도적인 역할을 담당하나, 신탁이 설정된 후에는 신탁행위로 자신을 수탁자나 수익자로 정하지 않는 한 신탁 관계의 주된 당사자는 아니다⁸⁷. 그러나 위탁자는 신탁 목적 달성에 대하여 이해관계를 갖고 있는 자로서 이를 위하여 수익자 및 신탁재산에 대한 감독권을 가지며⁸⁸, 신탁행위의 내용에 따라 계약상 의무를 부담할 수 있는 데, 계약상 의무에는 위탁자의 추가적 출연의무도 포함될 수 있다⁸⁹. 하지만 위탁자가 신탁재산을 넘는 신탁채무까지 일반적으로 부담하는 것은 위탁자의 지위에 비추어 바람직하지 않다고 본다. 이와 관련하여, 판례는 “신탁법이 수탁자의 위탁자에 대한 비용상환청구권을 규정하지 않은 것은, 위탁자는 신탁재산에 대하여 아무런 관리처분권을 가지고 있지 않으므로 위탁자에게 신탁재산 이상의 비용 등을 부담시키는 것은 타당하지 않다는 입법정책적 판단의 산물”이라고 판시한 바 있다⁹⁰. 따라서 위탁자가 수익자를 겸하는 자익신탁 사안과 달리, 위탁자가 수익자를 겸하지 않는 타익신

⁸⁷ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 99면. 한편, 위탁자의 지위를 신탁 구조에서 찾아보면, 신탁상 위탁자는 수탁자에게 재산을 이전하고 나면 중여자나 마찬가지로 그 재산에 대해서는 권리가 없다. 이에 영국은 위탁자의 이탈을 원칙으로 하고, 명시적인 철회권 유보가 신탁설정에 포함되어 있지 않으면 위탁자가 신탁을 철회할 수 없다. 다만 미국은 위탁자의 신탁상 관여권을 보장함으로써 신탁 목적 달성에 실효성을 확보하고자 하였고, 재산관리에 관한 유연이 원칙상 철회 가능한 것처럼 그 대체 수단인 신탁 역시 명시적 조항이 없더라도 철회가능한 것으로 전환하였다. 이는 영국의 신탁이 보통법상의 폐해를 최대한 줄여 수익자의 권익을 보호하고자 하는 형평법상 법철학을 구현한 것인 반면, 미국에서는 회사 구조를 대체하는 투자구조로서의 신탁 특성에 집중하면서 위탁자가 자익신탁의 당사자가 아니라 하여도 신탁 단계에 지속적으로 관여하는 것을 원칙적인 모습을 설정한 것에 기인한다고 한다(김종원, 앞의 논문, 188~189면; 명순구/오영길, 앞의 책, 135면).

⁸⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 101면.

⁸⁹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 101면.

⁹⁰ 서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결 참조. 위 판례에 관하여는 제3장 제2절 VI.에서 후술한다.

탁 사안에서는, 개별계약의 체결 시 위탁자에 대한 비용상환청구권의 인정에 보다 주의를 기울여야 한다고 본다.

다음으로, 수익자에 대한 비용상환청구권 인정의 문제이다. 후술하는 바와 같이, 본 논문에서는 자익신탁에서는 수익자에 대한 비용상환청구는 일반적으로 인정할 수 있지만, 타익신탁의 경우에는 기본적으로 수익자에 대한 비용상환청구를 부정하는 입장에 있다. 이는 위에서 위탁자에 대한 비용상환청구권의 인정의 당부와의 관련이 있는 논의이다. 특히 우리 신탁법은 수익자의 수익의 한도 범위 내에서만 비용상환청구를 인정함에 비하여, 개별계약은 신탁재산으로 충당하기 부족한 비용을 모두 수익자에게 청구할 수 있도록 하고 있다. 당사자 간 의사합치에 따라 이러한 개별계약은 효력이 있지만, 수탁자 보호에 기울어진 측면이 있어 일반적으로 적용되는 원칙이 될 수는 없다고 본다.

위탁자 또는 수익자에게 비용선급을 받는 부분에서도 문제점이 발견된다. 민법상 위임의 법리에 의하면 수임인은 위임인에 대하여 비용의 선급을 청구할 수 있는 것이지만, 신탁에서는 수익자를 수탁자의 위임인이라고 볼 수는 없다. 또한 신탁설정행위의 당사자인 위탁자에게 수탁자가 유동자금의 예치를 요청할 수는 있겠으나, 마찬가지로 위탁자가 신탁재산을 초과하는 채무를 부담하게 되는 위험이 발생한다.

한편, 수탁자가 비용상환을 받을 수 있는 비용의 범위에 관하여도 사적 자치의 한계가 존재한다. 수탁자의 비용상환청구권을 인정하는 취지가 신탁채무 등의 비용을 수탁자가 대신 변제하였을 경우 그 구상을 인정하는 것인데, 비용이 아닌 것을 비용으로 보는 약정을 체결하더라도, 실제 비용인지 여부는 그 실질에 따라 결정되어야 한다. 그렇지 않으면 수탁자가 비용상환청구권 행사를 통해 해당 금원을 우선변제 받을으로써, 신탁채권자의 이해를 침해할 수 있기 때문이다.

IV. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 신탁의 목적과 신탁재산의 종류에 따라 다양한 신탁계약서가 체결되고 있고, 수탁자의 비용상환청구권 역시 신탁법의 문언에 얽매이지 않고 유연하게 운용되고 있음을 알 수 있다⁹¹. 그러나 신탁계약은 신탁법상 비용상환청구권의 취지와 사적 자치의 한계에 비추어 해석되어야 한다. 이하에서는 이러한 개별계약상 비용상환청구권의 현황을 염두에 두면서, 우리 신탁법이 규정하는 수탁자 비용상환청구권의 모습을 분석하여 보고, 현행 신탁법상 비용상환청구권의 개선방안을 제시해보고자 한다.

⁹¹ 한편, 신탁업자는 유형화된 기본계약서를 미리 작성하여 두고, 당사자 간에 기본계약에 대한 특약의 형태로 신탁계약을 체결하는 경우가 많다. 신탁업자가 각 마련하고 있는 기본계약서의 기본 틀이 유지되면서 특약이 체결되는 경우, 해당 신탁계약 조항이 ‘약관의 규제에 관한 법률’상 약관에 해당하는 것이 아닌지 문제될 수 있다. 그런데 신탁계약은 매우 다양한 목적에 의해 체결되고, 신탁재산의 특징, 신탁재산의 운용방법, 수익자, 수익권의 범위, 신탁보수 등 중요한 내용이 당사자들 사이의 개별 합의에 의하여 정하여지므로, 이러한 신탁계약서는 약관이 아닌 개별약정으로 보는 것이 타당하다고 본다. 이와 관련하여 하급심 판례 역시 약정자조매각권에 관한 조항의 약관성이 문제된 사안에서, “신탁계약을 체결하기 위해서는 당사자 간 신탁부동산의 특징, 자금차입 방법, 시공 및 분양 방법(시공사 선정, 공사금액의 확정, 분양대행사 선정 등), 수익자, 수익권의 범위, 신탁보수, 수탁자가 대지급을 하는 경우 그에 대한 이율 등 계약의 중요한 내용에 관하여 먼저 합의가 이루어져야 하는 점, 그 외 이 사건 신탁계약의 체결 경위나 신탁계약서의 내용에 비추어볼 때, 이 사건 신탁계약 제19조는 약관이 아니라 개별약정에 의하여 정하여진 내용으로 보아 타당하다”라고 판시한 바 있다(서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 참조).

제 3 장 비용상환청구권의 대상에 관한 고찰

수탁자의 비용상환청구권에는 크게 신탁재산에 대한 비용상환청구권과 수익자에 대한 비용상환청구권이 있다. 본 장에서는 비용상환청구권을 구분하여 구체적으로 분석한다.

제 1 절 신탁재산에 대한 비용상환

I. 규율 태도 및 인정 근거

1. 미국 신탁법

가. 규율 태도

미국 통일신탁법은 수탁자는 신탁 목적 수행에 필요한 비용을 적절하게 발생시킬 수 있고 그 비용은 적절한 이자와 함께 신탁재산(trust property)으로부터 상환 받을 수 있다고 규정하고 있다(UTC §709(a)(1)). 그리고 비용상환청구권을 확보하기 위하여, 수탁자는 수익자에게 수익을 분배함에 있어 비용에 상응하는 부분을 제외한 나머지만 교부할 수 있다(UTC §709 comment Subsection(a)(1)). 비용에는 세금, 수리비 및 개량비, 중개인 수수료, 적절하게 고용된 대리인에 대한 임금 등이 포함되며, 수탁자는 이러한 비용을 지출할 권한이 있다(UTC §816(15)).

[Uniform Trust Code] Section 709. Reimbursement Of Expenses (a) A trustee is entitled to be reimbursed out	[통일신탁법전] 제709조. 비용의 상환 (a) 수탁자는 아래의 비용과 관련하여
--	--

<p>of the trust property, with interest as appropriate, for.</p> <p>(1) expenses that were properly incurred in the administration of the trust; and</p> <p>(2) to the extent necessary to prevent unjust enrichment of the trust, expenses that were not properly incurred in the administration of the trust.</p> <p>(b) An advance by the trustee of money for the protection of the trust gives rise to a lien against trust property to secure reimbursement with reasonable interest.</p>	<p>적절한 이자와 함께 신탁재산으로부터 상환을 받을 권리가 있다.</p> <p>(1) 신탁의 운영에 있어서 적절하게 발생한 비용</p> <p>(2) 신탁의 운영에 있어서 적절하게 발생한 비용은 아니지만, 신탁에 대한 부당이득을 방지하는 데 있어서 필요한 한도 내에서 지출한 비용</p> <p>(b) 합리적인 이자와 함께 비용 상환을 보장해 주기 위하여, 신탁의 보호를 위하여 수탁자가 사전에 비용을 지출한 경우에는 신탁재산에 대하여 우선특권을 가진다.</p>
---	---

또한 신탁법 리스테이트먼트에서는 수탁자 비용상환청구(indemnity)의 방법으로, ① 비용의 지급에 신탁재산을 사용함으로써 개인적으로는 채무를 부담하지 않는 방법(exoneration)과 ② 고유재산으로 비용을 부담함으로써 신탁재산에 대하여 구상하는 방법(reimbursement)이 있음을 설명하고 있다(Res 3rd §38, Res 2nd §244 comment b., indemnity by way of exoneration or reimbursement). 아울러 수탁자가 비용을 발생시키고 지급할 수 있는 권한이 있음을 명시한다(Res 3rd §88).

<p>[Restatement (Third) of Trusts]</p> <p>Section 38. Trustee's Compensation And Indemnification</p> <p>(1) A trustee is entitled to reasonable compensation out of the trust estate for service as trustee, unless the terms of the trust provided otherwise or the trustee agrees to forgo compensation</p> <p>(2) A trustee is entitled to indemnity out of the trust estate for expenses properly incurred in the administration of the trust.</p> <p>Section 88. Power to incur And Pay Expenses</p> <p>A trustee can properly incur and pay</p>	<p>[제3차 신탁법 리스테이트먼트]</p> <p>제38조. 수탁자의 보수와 배상</p> <p>(1) 신탁 조건이 다르게 규정되거나 수탁자가 보수의 포기에 동의하지 않는 한, 수탁자는 신탁 재산으로부터 수탁자로서의 서비스에 대한 합리적 보수를 받을 수 있다.</p> <p>(2) 수탁자는 신탁관리로부터 적절하게 발생하는 비용에 대해, 신탁재산으로 배상을 받을 수 있다.</p> <p>제88조. 비용을 지출하고 지급할 수 있는 권한</p> <p>수탁자는 신탁의 목적과 상황뿐만 아</p>
--	--

<p>expenses that are reasonable in amount and appropriate to the purposes and circumstances of the trust and to the experience, skills, responsibilities, and other circumstances of the trustee.</p>	<p>니라 수탁자의 경험과 능력, 책임, 기타 상황에 적합한 합리적 금액의 비용을 적절하게 지출하고 지급할 수 있다.</p>
---	---

<p>[Restatement (Second) of Trusts]</p> <p>Section 244. Expenses Properly Incurred Except as otherwise provided by the terms of the trust, the trustee is entitled to indemnity out of the trust estate for expenses properly incurred by him in the administration of the trust.</p> <p>Section 245. Expenses Not Properly Incurred</p> <p>(1) Except as stated in Subsections (2) and (3), the trustee is not entitled to indemnity out of the trust estate for expenses not properly incurred by him in the administration of the trust, unless it is otherwise provided by the terms of the trust.</p> <p>(2) Although an expense is not properly incurred in the administration of the trust, the trustee is entitled to indemnity out of the trust estate for such expense to the extent that he has thereby conferred a benefit upon the trust estate, unless under the circumstances it is inequitable to allow him such indemnity.</p> <p>(3) Although an expense is not properly incurred in the administration of the trust, the trustee is entitled to indemnity out of the trust estate for the full amount of the expense, if the transaction in which the expense is incurred is of such a character that the beneficiary is in a position either to reject or accept it and he accepts it.</p> <p>Section 246. Liability upon Contract The rules stated in §§244 and 245 are applicable to liabilities upon contracts incurred by the trustee in the course of the administration of the trust.</p> <p>Section 247. Liability For Tort The rules stated in §§244 and 245 are applicable to liabilities in tort incurred by the trustee in the course of the</p>	<p>[제2차 신탁법 리스태이트먼트]</p> <p>제244조. 적절하게 발생된 비용 신탁 조건에 다르게 규정된 경우를 제외하고, 수탁자는 신탁의 운영 과정에서 적절하게 발생된 비용에 대하여, 신탁재산으로부터 배상을 받을 수 있다.</p> <p>제245조. 적절하게 발생된 비용이 아닌 경우</p> <p>(1) (2) 및 (3)항에 언급된 경우를 제외하고, 신탁 조건에서 다르게 정한 경우가 아니라면, 수탁자는 신탁의 운영에 있어 부적절하게 발생한 비용에 대하여 신탁재산으로부터 배상 받을 수 없다.</p> <p>(2) 신탁의 운영에 있어 부적절하게 발생된 비용이라 할지라도, 수탁자에게 배상을 인정하는 것이 부적절한 경우가 아니라면, 수탁자는 신탁재산에 이익을 준 한도에서 신탁재산으로부터 배상받을 수 있다.</p> <p>(3) 신탁의 운영에 있어 부적절하게 발생된 비용이라 할지라도, 해당 비용의 발생이 수익자가 거절하거나 승낙할 수 있는 성질의 것이고 수익자가 이를 승낙하였다면, 수탁자는 발생된 비용의 전액을 신탁재산으로부터 배상받을 수 있다.</p> <p>제246조. 계약상 채무 제244조 및 제245조에 명시된 규칙은 신탁의 운영에서 체결된 계약에 따른 채무에 적용된다.</p> <p>제247조. 불법행위상 채무 제244조 및 제245조에 명시된 규칙은 신탁의 운영 과정에서 수탁자가 초래한 불법행위에 대한 채무에 적</p>
---	---

<p>administration of the trust.</p> <p>Section 248. Liability As Title Holder The rules stated in §§244 and 245 are applicable to liabilities incurred by the trustee by reason of holding title to the trust property.</p>	<p>용된다.</p> <p>제248조. 소유권 명의자로서의 채무 제244조 및 제245조에 명시된 규칙은 수탁자가 신탁재산의 소유권 명의자라는 이유로 부담하게 된 채무에 적용된다.</p>
---	--

나. 수탁자가 비용을 발생시킬 권한

위와 같이 미국 신탁법에서는 ‘수탁자가 비용을 발생시키고 지출할 권한이 있음’을 명시하고 있는데, 법으로 인정하지 않는 이상 수탁자에게 비용을 지출할 권한이 없는 것인지, 반대로 수탁자에게는 법이 명시적으로 인정하는 권한만을 갖는 것인지 의문이 제기된다.

중전에 영미에서는, 수탁자는 신탁설정행위에 명기하지 않은 권한을 행사할 수 없다는 경향이 강하였다⁹². 이는 형평법원이 신탁(유스) 제도에 있어서 수탁자의 권한을 제한하여 온 전통에서 비롯된 것이라고 한다⁹³. 이로 인하여 영국은 여러 법령을 통해 수탁자의 권한을 매우 자세하게 규정하였고, 미국도 같은 경향을 보였다⁹⁴. 그러나 현재는 수탁자가 장기간 재산관리를 하도록 하기 위하여 수탁자의 권한을 가능한 광범위하게 인정하는 것이 필요하다는 견해가 대두되었다⁹⁵. 이에 따라 통일수탁자권한법(Uniform Trustee’ Powers Act : UTPA, 1964년)이 제

⁹² 이계정, 앞의 책, 56면; Austin W. Scott, William F. Fratcher, Mark L. Ascher, The Law of Trusts(이하 “Scott & Ascher on Trusts”), Vol. 3, Aspen Publishers(2006), pp.1022~1024.

⁹³ 이계정, 앞의 책, 56면; Scott & Ascher on Trusts, Vol. 3, pp.1022~1024. 한편, 유스(use) 제도란 상속 제한을 회피하기 위하여 영국에서 등장한 제로도, 신탁의 기원이다(이계정, 앞의 책, 23면).

⁹⁴ 이계정, 앞의 책, 56면; Scott & Ascher on Trusts, Vol. 3, pp.1022~1024, 1267~1272 : Traditionally, and especially in England at common law, trustees’ power were severely restricted. Basically, a trustee had only those powers specifically conferred by the terms of the trust.

⁹⁵ 이계정, 앞의 책, 56면; Scott & Ascher on Trusts, Vol. 3, p.1024, pp.1267~1272 : Over time, it has become clear that trustees often need a variety of powers, even when the trust purposes are quite basic..... The law is thus well on its way to doing a complete about face. Whereas a trustee once had only those powers expressly conferred by the trust instrument, it is now coming to be true that a trustee has almost every conceivable power unless the terms of the trust or applicable law provides otherwise.

정되었고⁹⁶, Res 3rd §85(1)(Extent Of Trustees' Powers)와 UTC §815(a)(General Powers of Trustee)에서는 수탁자에게 포괄적인 권한을 인정하고 있다. 또한 UTC §816(Specific Powers of Trustee)은 수탁자의 구체적 권한을 열거하고 있다((1) ~ (23)).

[Uniform Trust Code]	[통일신탁법전]
<p>Section 815. General Powers of Trustee</p> <p>(a) A trustee, without authorization by the court, may exercise:</p> <p>(1) Powers conferred by the terms of the trust; and</p> <p>(2) Except as limited by the terms of the trust:</p> <p>(A) All powers over the trust property which an unmarried competent owner has over individually owned property;</p> <p>(B) Any other powers appropriate to achieve the proper investment, management, and distribution of the trust property; and</p> <p>(C) Any other powers conferred by this [Code].</p> <p>(b) The exercise of a power is subject to the fiduciary duties prescribed by this [article].</p>	<p>제815조. 수탁자의 일반적 권한</p> <p>(a) 수탁자는 법원의 허가가 없다 하더라도 아래의 권한을 행사할 수 있다.</p> <p>(1) 신탁조항에서 부여한 권한.</p> <p>(2) 아래에서 규정한 권한. 그러나 신탁조항에서 제한하고 있는 경우를 제외한다.</p> <p>(A) 신탁재산에 대하여 가지는 모든 권한으로서 미혼의 행위능력 있는 소유자가 개인적으로 소유하는 재산에 대하여 가지는 권한과 동일한 권한.</p> <p>(B) 신탁재산의 적절한 투자, 관리 및 분배를 달성하는 데 있어서 적합한 기타 권한.</p> <p>(C) 이 [법전]에 의하여 부여된 기타 권한.</p> <p>(b) 권한의 행사는 이 [편]에 의하여 규정된 신의의무에 따라야 한다.</p>
<p>Section 816. Specific Powers of Trustee</p> <p>Without limiting the authority conferred by Section 815, a trustee may;</p> <p>(15) pay taxes, assessments, compensation of the trustee and of employees and agents of the trust, and other expenses incurred in the administration of the trust;</p>	<p>제816조. 수탁자의 구체적 권한</p> <p>수탁자는 아래에서 규정하고 있는 권한을 행사할 수 있다. 그러나 이것이 제815조(수탁자의 권한)에 의하여 부여된 권한을 제한하는 것은 아니다.</p> <p>(15) 신탁운영에 있어서 발생하는 조세 비용, 세금, 수탁자, 피용자 및 대리인의 보수 그리고 신탁운영으로 인하여 발생한 기타비용을 지급하는 권한.</p>

⁹⁶ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 3, p.1270.

이와 관련하여, 미국 <United States v. Swope, 16 F.2d 215 (8th Cir. 1926)> 판결을 참고하면, 미 연방정부가 그 소유 토지를 일정한 목적 하에 주(州)에 신탁하였는데, 주 정부 공무원이 주의 행정적인 비용을 지불할 목적으로 신탁 토지의 수익금을 사용하자, 미 연방정부는 주가 법적인 근거 또는 규정 없이 비용을 지출하였다는 이유로 소송을 제기하였다. 미 법원은 “법률문서로 표현되든 그렇지 않든, 신탁재산이 모든 비용과 신탁의 집행에 드는 경비를 상환해야 한다는 것은 수탁자의 직무의 본질이다⁹⁷⁾” 라고 판시하면서 미 연방정부의 주장을 기각하였다. 신탁관리 비용, 신탁실행에 필요한 경비는 신탁재산으로부터 지출될 수 있음을 확인한 것이다.

다. 인정 근거- 수탁자의 무한책임과 형평법

수탁자가 신탁사무 처리과정에서 제3자와 체결한 계약을 위반하거나 불법행위로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 경우, 수탁자 본인이 부담하여야 하는 책임의 범위가 문제되는데, 영미 신탁에서는 그 발생된 책임(liability)에 대하여 수탁자 개인이 부담하는 것을 원칙으로 한다⁹⁸⁾. 수탁자는 계약 및 불법행위에 의한 청구권, 재산을 소유함(property ownership)에서 비롯되어 발생하는 청구권에 관하여 제3자에게 개인적으로 책임진다(personally liable)⁹⁹⁾. 이는 수탁자가 신탁재산에 대하여 보통법(common law)상의 권리인 형식상 소유권(legal title)을 가지므로 대외적으로 법적 책임의 주체가 되기 때문이다¹⁰⁰⁾. 다만 수탁자는 자신의 고

⁹⁷⁾ It is in the nature of the office of a trustee, whether expressed in the instrument or not, that the trust property shall reimburse him all the charges, and expenses incurred in the execution of the trust.

⁹⁸⁾ Geraint Thomas & Alastair Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford University Press(2004), p.609.

⁹⁹⁾ 임채웅, 앞의 책(주 29), 338~340면.

¹⁰⁰⁾ Geraint Thomas & Alastair Hudson, p.609; 류창호, “신탁법상 수탁자의 책임재산에 관한 연구”, 충남대학교 법학연구소(2016. 4), 73면.

유재산에서 채무를 변제한 후 그 지급이 신탁의 적정한 집행으로 인정되는 경우(부적정한 경우 그 행위에 의해 이익을 얻은 한도 만큼)에 한하여 구상(reimbursement)의 형태로 신탁재산에서 보상받을 수 있다¹⁰¹.

다시 말해, 보통법에 따라 신탁사무를 처리하는 수탁자의 재산은 수탁자의 고유재산과 신탁재산으로 구성되고 계약위반책임 및 불법행위 책임은 수탁에게 귀속되지만¹⁰², 형평법이 작동함에 따라 신탁재산이 책임을 지는 구조이다. 따라서 수탁자의 비용상환청구권은 형평법이 근거가 된다고 할 수 있다.

2. 우리 신탁법

가. 규율 태도

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제46조(비용상환청구권)</p> <p>① 수탁자는 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 신탁재산에서 지출할 수 있다.</p> <p>② 수탁자가 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 고유재산에서 지출한 경우에는 지출한 비용과 지출한 날 이후의 이자를 신탁재산에서 상환(償還)받을 수 있다.</p> <p>③ 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 자기의 과실 없이 채무를 부담하거나 손해를 입은 경우에도 제1항 및 제2항과 같다.</p>	<p>제42조(수탁자의 비용, 손해비용상환청구권)</p> <p>① 수탁자는 신탁재산에 관하여 부담한 조세, 공과기타의 비용과 이자 또는 신탁사무를 처리하기 위하여 자기에 과실없이 받은 손해의 보상을 받음에 있어서 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수 있다.</p>

우리 신탁법은 수탁자가 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 신탁재산에서 지출할 수 있고(신탁법 제46조 제1항), 그 비용을 고유재

¹⁰¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1621.

¹⁰² 류창호, 앞의 논문, 75면.

산에서 지출한 경우에는 지출한 비용과 지출한 날 이후의 이자를 ‘신탁 재산’에서 상환 받을 수 있으며(신탁법 제46조 제2항), 수탁자가 과실 없이 채무를 부담하거나 손해를 입은 경우에도 신탁재산으로부터 그 상환을 받을 수 있다고 규정하고 있다(신탁법 제46조 제3항).

나. 수탁자가 비용을 발생시킬 권한

우리 신탁법은 제31조에서, 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다고 규정한다¹⁰³. 수탁자의 권한을 열거적으로 명시한 영미법과 달리 포괄적인 권한을 부여하고 있으므로, 수탁자는 신탁재산의 운용과정에서 필요한 비용을 발생시키고 적절하게 지출할 권한이 있다.

우리 신탁법이 수탁자에게 넓은 권한을 부여한 것은 수탁자에게 소유권이 완전히 이전됨을 전제하였기 때문인 것으로 판단된다. 우리 대법원 역시 수탁자 앞으로 대·내외적인 권리가 이전되고, 신탁을 통한 거래의 당사자는 위탁자가 아니라 수탁자임을 확인하였다¹⁰⁴.

- ① 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대·내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 수탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 수탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁

¹⁰³ 개정 전 신탁법은 수탁자의 의무에 관한 규정만 두고 수탁자의 권한에 대해서는 명시적으로 규정하지 않았기에, 수탁자의 권한이 신탁재산의 관리행위 및 처분행위에 한정되는 것으로 오해될 여지가 있었다. 이에 개정 신탁법은 수탁자의 권한에 대한 규정(제31조)을 신설하여 수탁자의 권한범위를 명확히 하였다(김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 249면).

¹⁰⁴ 개정 전 신탁법이 적용되는 사안에 관한 판례이지만, 신탁법의 기본 법리에 관한 것으로서 개정 신탁법 제31조의 취지에 부합하므로, 개정 신탁법에서도 적용되는 판시라고 판단된다.

자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결, 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결).

- ② 대내적으로는 목적물의 소유권이 담보설정자에게 유보되어 있는 담보목적의 채권양도 내지 신탁과는 달리, 신탁법이 적용되는 신탁은 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되는 것이고, 신탁재산의 관리권도 수탁자가 보유하게 되는 것이므로, 회생절차개시 결정으로 채무자의 업무 수행과 재산의 관리 및 처분권한이 모두 관리인에게 전속하게 된다고 하더라도 신탁계약에 의하여 채권발생과 동시에 소유권 및 관리권이 수탁자에게 이전되는 이 사건 카드매출채권에 대하여는 관리인에게 어떠한 권한이 존재한다고 볼 수 없다(서울중앙지방법원 2016. 5. 20. 선고 2014 가합 562 831 판결).
- ③ 증권투자신탁계약에 따른 신탁재산의 대외적 소유명의자는 수탁회사이고, 위탁회사는 내부적인 의사결정자일 뿐 그에 따른 대외적 법률행위는 수탁회사를 통하여 하여야 하므로, 위탁회사 자신이 신탁재산에 관한 법률행위의 주체가 되거나 이행책임을 부담할 수 없다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2001다38593 판결).
- ④ 수탁자가 위탁자로부터 이전받은 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하는 경우 수탁자 자신이 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속 주체로서 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리한 것이므로, 이 때의 부가가치세 납세의무자는 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 그 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자로 보아야 하고, 그 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용이 거래 상대방과 직접적인 법률관계를 형성한 바 없는 위탁자나 수익

자에게 최종적으로 귀속된다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다(대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 판결).

다. 인정 근거- 수탁자의 무한책임과 형평의 원칙

영미와 마찬가지로 우리 신탁법 역시, 수탁자가 신탁사무 처리를 위해 행하는 대외적 거래에서 비용 등의 채무가 발생한 경우 신탁재산 이외에 자신의 고유재산으로도 책임을 진다는 무한책임의 기본으로 하고 있다.

먼저, 개정 신탁법 제46조 제2항의 규정만으로는 수탁자가 신탁사무 처리과정에서 부담하는 채무에 관한 책임재산이 신탁재산으로 한정되는지, 아니면 고유재산까지 포함되는지 분명하지 않다. 하지만 수탁자에게 절대적인 완전한 권리가 이전되고 수탁자가 대외적으로 거래당사자가 된다는 점에서 신탁재산과 고유재산이 모두 책임재산이 된다고 보는 것이 논리적이며, ‘신탁재산에 속하는 채무에 대한 책임이 신탁재산만으로 한정되는 경우’에는 신탁재산에 속하지 아니하는 채권과 신탁재산에 속하는 채무를 상계하지 못한다고 규정한 신탁법 제25조 제2항 및 ‘신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임지는 신탁(이하 ‘유한책임신탁’)을 설정할 수 있다’고 규정한 신탁법 제114조 이하의 규정을 해석하여 볼 때, 신탁사무 처리상 발생한 비용 또는 채무는 기본적으로 수탁자 개인에게 귀속됨을 알 수 있다¹⁰⁵. 우리 판례도 “수익자 이외의 신탁채권자에 대한 수탁자의 책임은 신탁재산 한도로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에도 미친다”라고 판시하고 있다¹⁰⁶.

¹⁰⁵ 이계정, 앞의 책, 155면 각주 369; 이중기, “신탁채권자에 대한 수탁자의 책임의 범위”, 민사판례연구(XXVII), 박영사(2006), 500면 이하 참조.

¹⁰⁶ 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다

이와 같이 수탁자가 신탁채무에 관하여 무한책임을 지는 이유는 수탁자가 신탁재산에 대한 소유자로서의 거래 주체가 된다는 점에 기인한 것이지만¹⁰⁷, 신탁사무를 행하면서 대외적으로 정당하게 지출한 비용 등의 채무는 실질적으로 신탁법률관계에 귀속되는 신탁재산의 채무이므로, 신탁사무의 처리를 위해 필요한 비용을 고유재산으로 부담하게 하는 것은 형평에 반한다¹⁰⁸. 그렇기에 신탁법은 신탁사무 처리 비용을 고유재산으로 변제한 수탁자는 신탁재산으로부터 보상받을 수 있도록 규정한 것이며, 신탁재산은 조세, 공과 등 비용을 발생시킨다는 점에서 신탁재산을 보상청구의 대상으로 삼는 것은 신탁의 성질상 내재된 것으로 볼 수 있다¹⁰⁹. 우리 판례 역시, “신탁사무 처리 비용은 실질적으로 신탁재산의 채무이기 때문에 자신의 고유재산으로써 이를 변제한 수탁자는 신탁재산으로부터 보상을 받을 수 있어야 한다¹¹⁰”고 판시하고 있다.

3925 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007다63997 판결 등 참조. 한편, 수탁자의 무한책임 원칙은 제3자(거래상대방)에 대한 책임에 관한 것이며, 수탁자는 신탁행위로 인하여 수익자에게 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 진다(신탁법 제38조, 물적유한책임).

¹⁰⁷ 이계정, 앞의 책, 155면 각주 369; 이증기, “신탁채권자에 대한 수탁자의 책임의 범위”, 민사판례연구(XXVII), 박영사(2006), 500면 이하 참조, 최수정, “신탁상 발생한 비용의 배분”, 비교사법 제19권 2호(통권57호)(2012. 5.), 647면 : 학설은 수탁자의 신탁채권자에 대한 무한책임의 근거로 수탁자가 신탁재산의 소유자로서 대외적인 행위를 하는 점, 신탁이 수탁자의 신용이나 명성을 이용하는 제도인 점, 수탁자의 비용상환청구권은 수탁자가 신탁사무의 처리로서 제3자에 대하여 책임을 진 경우 그 보상을 위한 근거라는 점을 들거나, 수익자의 보호와 거래상대방의 보호를 들기도 한다.

¹⁰⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 376면.

¹⁰⁹ 최수정, 앞의 논문(주 107), 675면 : 신탁재산이 수탁자에게 신탁사무처리에서 발생한 모든 부담과 비용을 상환하여야 한다는 것은 신탁 내지 수탁자 지위의 본질에 비추어 명백하다.

¹¹⁰ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결 참조. 개정 전 신탁법에서도 수탁자의 비용상환청구권을 명시하고 있었고, 개정 신탁법은 비용상환청구권의 인정범위, 행사방법, 신탁재산 및 수익자에 대한 비용상환청구권의 상관관계 등에 대하여 더 명확히 하였으므로(김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 375면), 위 판례는 개정 신탁법 하에서도 그대로 적용된다고 본다.

II. 신탁재산의 범위와 독립성

1. 신탁재산의 범위

‘신탁재산으로부터’ 지출 또는 ‘신탁재산에 대한’ 보상청구를 위하여 신탁재산의 범위를 확정할 필요가 있다. 수탁자가 신탁사무를 처리하는 과정에서 신탁재산은 증감·변동할 수 있기 때문이다. 먼저, 신탁 가능한 재산에 관하여, 개정 신탁법 제2조는 과거 “재산권”이라는 표현에서 “재산”이라는 표현을 사용함에 따라 적극재산 외 소극재산도 신탁재산임을 분명히 하여 신탁 가능재산을 확대한 것으로 평가 받는다. 한편, 신탁업자의 경우 수탁 가능 재산의 범위가 한정된다(자본시장법 제103조¹¹¹).

또한 우리 신탁법은 신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손, 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속하는 것으로 규정한다(신탁법 제27조). 따라서 수탁자의 관리, 처분, 개발 및 운용 등의 관리사무에 의하여 신탁재산에 양적, 질적 변화가 발생하거나 수탁자 또는 제3자의 불법행위에 의하여 신탁재산이 멸실, 훼손되어 손해배상 청구권이 발생하는 등 수탁자가 신탁재산과 관련하여 새로운 재산을 취득한 경우, 그 신탁재산에 갈음한 재산은 신탁재산으로서의 동질성을

¹¹¹ 자본시장법 제103조(신탁재산의 제한 등)

① 신탁업자는 다음 각 호의 재산 외의 재산을 수탁할 수 없다.

1. 금전
2. 증권
3. 금전채권
4. 동산
5. 부동산
6. 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리
7. 무체재산권(지식재산권을 포함한다)

상실하지 않고 신탁재산에 포함된다¹¹². 이는 신탁재산을 당초의 신탁원본에 한정한다면 수탁자는 부당한 이익을 얻고 수익자는 손해를 입게 될 수 있기 때문에 인정되는 법리이다¹¹³.

한편, 영미 신탁법의 경우 신탁업자에 대한 수탁재산의 제한은 두고 있지 않으며¹¹⁴, Res 3rd §40에서는 불법이거나 공서양속에 반하지만 않으면 수탁자가 어떤 유형의 재산에 대한 어떤 권리라도 신탁재산으로 취득할 수 있도록 하고 있다(any property may be trust property)¹¹⁵. 대상물이 독립된 상태이고 양도가능한 상태로 존재하기만 하면, 부동산 또는 동산, 유형 또는 무형 등 어떠한 유형의 재산이라도 신탁재산이 될 수 있다¹¹⁶.

2. 신탁재산의 독립성

위와 같이 신탁재산을 넓게 인정하는 근거로, 신탁재산은 신탁 목적에 위하여 내부적으로 결합된 통일성과 개별 재산의 변동에 의해서도 변하지 않는 자기동일성¹¹⁷을 갖고 있고, 수탁자의 고유재산으로부터 독립성을 갖는다는 점을 들 수 있다. 신탁재산은 수탁자의 명의로 되어 있지만, 타인을 위한 재산관리제도라는 신탁의 본질상 수탁자의 고유재산과는 별개의 재산으로 취급되는데, 이러한 신탁재산의 특성을 ‘신탁재산의 독립성’이라고 한다¹¹⁸.

¹¹² 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 228면.

¹¹³ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 228면 : 민법상 물상대위와의 차이에 관하여는 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 227면 각주 280 참조.

¹¹⁴ 김진우, “신탁재산의 특수성”, 법조 연구논문(Vol.553)(2002. 10), 203면.

¹¹⁵ 임채웅, 앞의 책(주 29), 219면.

¹¹⁶ 임채웅, 앞의 책(주 29), 219면.

¹¹⁷ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 228면

¹¹⁸ 오영준, “유한책임신탁”, BFL 제39호(2010. 1), 24면; 이계정, 앞의 책, 209면 : 신탁재산을 위탁자의 재산이나 수탁자의 고유재산과 분리하여 취할 것을 요구함으로써 위탁자나 수탁자의 경제 사정의 변화에 영향을 받지 않고 신탁이 지속되고 수익권이 보장될 수 있고, 위탁자나 수탁자에 대한 도산절차 개시로 인한 위협으로부터 벗어

신탁재산의 독립성은 신탁의 목적 달성과 수익자 보호를 위하여 필수적으로 요구되는 데, 대법원은 “위탁자 또는 수탁자의 고유재산으로부터 신탁재산의 독립성을 보장하려는 것이 신탁법의 고유의 목적”이라고 판시하였다¹¹⁹. 우리 신탁법은 이러한 신탁재산의 독립성 보장을 위해, ① 신탁재산에 대한 강제집행 금지(제22조), ② 수탁자 파산시 파산재단에서의 배제(제24조), ③ 신탁재산의 상계 제한(제25조), ④ 신탁재산에 관한 혼동의 특칙(제26조), ⑤ 수탁자의 분별관리의무(제37조) 등의 조문을 두고 있다.

위와 같은 신탁재산의 독립성을 수탁자의 비용상환청구권과 관련지어 보면, 수탁자의 비용상환청구권은 수탁자의 고유재산에 속하기 때문에 신탁재산의 독립성을 보장하기 위하여 마련된 신탁법의 제한을 받지 않는다고 볼 수 있다. 예를 들어, 신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하지 않는 채무의 상계는 금지되고(신탁법 제25조 제1항), 신탁재산에 속하지 않는 채권과 신탁재산에 속하는 채무의 상계는 허용되는데(신탁법 제25조 제2항의 반대해석), 수탁자의 비용상환청구권은 신탁재산에 속하지 않는 채권으로서 수탁자가 위탁자 또는 수익자에 대하여 이행하여야 하는 신탁상 채무와 상계할 수 있는 것이다. 이와 관련하여 대법원은 “수탁자 개인이 수익자에 대하여 갖는 고유의 채권을 자동채권으로 하여 수익자가 신탁종료 시에 수탁자에 대하여 갖는 원본반환채권 내지 수익채권 등과 상계할 수 있다”고 판단한 바 있다¹²⁰.

다만, 신탁재산에 대하여 독립성이 인정된다 하더라도 신탁재산에 별도의 법인격까지는 부여하지 않는 것이 일반적인 견해이다. 우리 판례

날 수 있다(도산절연기능). 그리고 신탁재산이 독립됨에 따라 수탁자는 위탁자의 간섭에서 벗어날 수 있고, 수탁자 자신의 고유재산과의 관계를 고려하지 않고 신탁 그 자체의 사업 수행에 집중할 수 있다.

¹¹⁹ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결 참조. 신탁의 기본법리인 신탁재산의 독립성에 관한 판시로서, 개정 신탁법에서도 그대로 적용된다고 본다.

¹²⁰ 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다48956 판결 참조. 한편, 수익자에 대한 비용상환청구와 관련하여서는 제2절에서 다룬다.

역시, “신탁재산 독립의 원칙은, 신탁재산 자체가 그 소유자 내지 명의자인 수탁자와 구별되는 별개의 법인격을 가진다는 것까지 의미하는 것은 아니”라고 보았다¹²¹.

III. 신탁재산에 대한 비용상환청구권의 법적성질

신탁재산에 대한 보상청구권의 법적 성격에 관하여는 영미에서는 별다른 논의가 없고, 일본에서는 다음과 같은 견해를 찾을 수 있다¹²².

① 비용상환청구권을 채권적 청구권으로 보아, 원래 신탁재산이 지급하여야 할 것을 수탁자가 채당지급한 후 신탁재산으로부터 구상받을 수 있는 구상금채권이라는 견해, ② 신탁재산 자체로부터 직접 보상액을 공제받을 수 있으므로 형성권으로 보아, 수탁자가 신탁재산에 속하는 금전을 직접 보상청구권의 변제에 충당할 수 있다는 견해, ③ 수탁자가 재임 중에는 일종의 형성권이나, 수탁자의 임무가 종료한 후에는 신탁재산에 대한 청구권이라는 견해가 있다.

우리 대법원은 舊 신탁법 하에서, “원래 신탁재산이 지급해야 할 것을 대체지불(채당지급)한 후, 신탁재산으로부터 구상받을 수 있는 구상금채권”이라고 보았고¹²³, 하급심에서는 “(구 신탁)법 제42조가 그 표제를 ‘수탁자의 비용, 손해보상청구권’이라고 명시하고 있는 점 등에 비추어 수탁자는 신탁재산에 대한 소유자 내지 관리자로서의 지위와 고유재산의 소유자로서의 지위를 겸유하고 있다고 볼 여지가 있고, 그렇다면 위 비용상환청구권은 수탁자의 신탁재산에 대한 청구권으로서의

¹²¹ 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다48956 판결 참조.

¹²² 이연갑, “수탁자의 보상청구권과 충실의무”, 민사판례연구(XXX), 박영사(2008), 288면 이하; 이근영, “신탁수탁자의 보상청구권에 관한 고찰”, 재산법연구 제26권 제3호(2010), 239~241면.

¹²³ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 참조. 수탁자의 비용상환청구권을 인정하는 취지를 고려할 때, 개정 신탁법 하에서도 적용되는 판시라고 본다.

성질을 갖는다. 다만, 수탁자가 위 두 지위를 겸유하는 관계로 수탁자 책임 중에는 개인으로서의 수탁자가 신탁재산의 명의자인 수탁자에 대하여 갖는 채권적 청구권이면서 동시에 신탁재산을 임의로 매각할 수 있는 형성권적 성질도 갖는다”라고 판시하였다¹²⁴.

생각건대, 수탁자가 신탁재산 중 금전으로부터 직접 비용을 지출하는 것은 수탁자의 권한에 포함되고, 수탁자가 신탁사무의 처리 과정에서 발생한 채권·채무의 당사자이기 때문에 고유재산으로 먼저 비용을 지출하였다면, 수탁자는 고유재산의 소유자로서 신탁재산의 소유자에 대하여 구상채권을 갖는다고 봄이 타당하다. 즉, 신탁재산과 고유재산은 분리되며 혼동이 발생하지 않으므로, 신탁재산에 대한 비용상환청구권은 고유재산의 소유자의 지위에 있는 수탁자가 신탁재산의 소유자의 지위에 있는 수탁자에 대하여 기지는 채권¹²⁵이고, 신탁재산인 금전을 직접 고유재산화 할 수 있는 것은 비용상환청구권의 변제방법이 된다¹²⁶.

IV. 인정 요건

이하에서는 비용상환청구의 대상이 되는 비용, 이자, 채무 및 손해를 하나씩 살펴보기로 한다.

1. 고유재산에서 지출한 비용

가. 비용 및 이자

먼저 수탁자는 고유재산으로 지출한 ‘비용’에 대한 보상을 받을 수 있다. 비용에는 신탁재산에 부과된 조세나 공과금, 신탁재산에 관하여

¹²⁴ 서울고등법원 2003. 8. 29. 선고 2002나51106 판결 참조.

¹²⁵ 이근영, 앞의 논문(주 122), 242면.

¹²⁶ 이근영, 앞의 논문(주 122), 240면.

체결한 보험의 보험료, 신탁재산의 보존·개량을 위한 비용, 신탁사무의 처리에 필요한 대리인 등의 고용·위임 등에 따른 보수, 신탁의 사무처리에 관한 소송을 유지하거나 방어하기 위한 비용 등이 있다¹²⁷. 신탁재산인 채권의 추심비용, 신탁재산인 부동산의 관리비용, 토지 또는 증권에 따른 소개비, 사업신탁에서 상품의 생산·판매, 서비스의 제공 등에 따르는 비용 등 필요비와 유익비가 포함 된다¹²⁸. 미국 신탁법 리스테이트먼트에서도, 소송비용, 고용인 비용, 운영비용, 수리와 개량에 필요한 비용을 예로 들고 있다(Res 2nd §188 comment b.~f. 참조).

다음으로 수탁자가 지급한 금전에 대한 이자가 보상의 범위에 포함되는 지에 관하여, 영국의 판례는 이를 부정하나¹²⁹, 미국 통일신탁법(UTC §709(a))은 이자도 보상의 범위에 포함시키고 있으며, 일본 신탁법 역시 당해 비용의 지출일 이후의 이자를 상환받을 수 있다고 규정한다(일본 신탁법 제48조 제1항). 마찬가지로 우리 신탁법은 수탁자가 비용을 지출한 이후부터 변제 받을 때까지 ‘신탁행위로 정한 이율’ 또는 ‘법정이율’에 따른 ‘이자’의 상환을 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 비용의 지출에 따른 손실 보전으로서의 이자(기회비용에 대한 대가)는 당연히 수반되는 것이므로 이자도 보상청구의 범위에 포함된다고 봄이 타당하다. 한편, 수탁자가 비용을 지출한 날에 비용을 청구할 수 있을 것이므로 비용을 지출한 날이 변제기가 될 것이나, 변제기 전에 변제한 경우의 이자는 지출일부터 기산하는 것이 아니라 변제기부터 기산한다¹³⁰.

¹²⁷ 이연갑, “개정 신탁법상 수탁자의 권한과 의무”, BFL(제62호), 서울대학교 금융법센터 (2013. 11), 18면.

¹²⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 379면.

¹²⁹ Graham Moffat, Rebecca Probert, Gerry Bean, *Trusts Law*, 4th ed., Cambridge U. Press(2005), chapter 21. Right of Trustees, p.616(Gondon v. Trail(1829), Forster v. Spencer) : A right of reimbursement, for instance, where the trustee discharges the relevant liability out of his own resources, he is entitled to be reimbursed out of the trust fund. The trustee is not generally entitled to charge interest in such circumstances.

¹³⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 380면.

나. 합리적인 범위 내에서의 정당한 지출 및 증명

1) 정당한 지출

비용은 신탁사무의 처리에 필요한 것으로서 수탁자의 신탁위반 내지 의무위반에 해당하지 않는 정당한 것(authorized expense)이어야 한다. 수탁자는 비용 지출에서도 선관주의의무를 부담하기 때문에, 수탁자가 지출한 비용의 내역, 지출하게 된 경위 등을 따져서 그것이 신탁재산의 보호 내지 신탁사무의 처리를 위해 반드시 필요하였다고 볼 수 있는 경우에만 보상의 범위에 포함 된다. 대법원도 “수탁자가 신탁의 본지에 따라 신탁사업을 수행하면서 정당하게 지출하거나 부담한 신탁비용에 한하여 비용상환청구권의 범위에 포함된다”라고 일관되게 판시하고 있다¹³¹. 또한 “수탁자가 선량한 관리자의 주의를 반하여 신탁비용을 지출한 경우, 그로 인하여 확대된 비용은 신탁비용의 지출 또는 부담에 정당한 사유가 없는 때에 해당하므로 비용상환청구가 인정되지 않는다”고 본다¹³².

비용이 적절하게 발생한 것인지 판단하기 위해서는¹³³, (1) 수탁자가 약의로 비용을 발생시켰는지, (2) 수탁자가 비용 지출이 부당하다는 것을 알았는지, (3) 수탁자의 비용 지출이 신탁재산의 보존을 하여야 하는지, (4) 비용 지출이 이익 창출의 결과를 낳았는지, (5) 보상을 함으로써 신탁의 목적 달성이 어려워지거나 불가능해지는 것은 아닌지 등을 고려해야 한다. 통상적으로 수탁자가 소송에서 방어를 하여 지출한 변호

¹³¹ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조. 비용상환청구권에 관한 근본 법리로서, 개정 신탁법에서도 그대로 적용되는 판시라고 본다.

¹³² 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532,7549 판결, 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다47651 판결 등 참조. 비용상환청구권에 관한 근본 법리로서, 개정 신탁법에서도 그대로 유효하다.

¹³³ 이계정, 앞의 책, 66면.

사 비용이나 소송비용은 비용상환청구권의 범위에 속한다(UTC §709 comment, Res 2nd §245 comment g. 참조)¹³⁴.

따라서 수탁자가 권한 없이 또는 권한을 남용하여 사무처리를 한 경우, 신탁법이 정한 의무를 위반하여 사무처리를 한 경우(공동수탁자 중 일부가 단독으로 한 경우), 신탁행위로 달리 정한 경우(신탁행위에서 수익자의 사전 동의를 얻도록 되어 있으나 이를 얻지 않고서 한 경우¹³⁵), 기타 선관주의의무를 위반한 경우 등에도 신탁재산으로부터 비용을 지출하거나 고유재산으로 지출한 비용의 보상을 받을 수 없다¹³⁶. 다만, 필요한 비용인지 여부는 객관적인 표준만을 가지고 판단할 것이 아니라 수탁자가 선관주의의무를 다하여 과실 없이 한 판단을 표준으로 하므로, 실제 신탁재산에 이익이 발생하였는지 여부와는 상관없이 비용 지출 당시에 필요하다고 인정되면 충분하고 사후적으로 불필요한 것이 되었더라도 무방하다¹³⁷.

비용이 신탁기간 중의 신탁사무 또는 신탁종료 후의 잔존 신탁사무의 처리 내지 종결을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 정당하게 지출 내지 부담한 것이라고 인정되는 한 그것이 신탁종료 전에 발생한 것인지 혹은 신탁종료 후에 발생한 것인지 여부에 관계없이 그 비용의 보상을 청구할 수 있다¹³⁸.

2) 합리적인 범위

¹³⁴ UTC §709 Subsection(a)(2), Restatement (Second) of Trusts § 245 comment g. Appropriate grounds include: (1) whether the trustee acted in bad faith in incurring the expense; (2) whether the trustee knew that the expense was inappropriate; (3) whether the trustee reasonably believed the expense was necessary for the preservation of the trust estate; (4) whether the expense has resulted in a benefit; and (5) whether indemnity can be allowed without defeating or impairing the purposes of the trust.

¹³⁵ 이근영, 앞의 논문(주 122), 242면.

¹³⁶ 이연갑, 앞의 논문(주 127), 19~20면.

¹³⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 406면.

¹³⁸ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461판결 참조.

수탁자가 비용의 상환을 구할 수 있는 범위는 수탁자가 지출한 비용 전부가 아니라 지출 내역, 경위 등에 비추어 신탁사무처리에 필요하고 합리적이라고 판단되는 범위이어야 하므로¹³⁹, 초과비용에 대하여는 상환청구가 인정되지 않는다. 초과비용은 수탁자의 고유재산에 귀속하고, 그 비용 지출로 인하여 신탁재산에 이익이 생겼다면, 부당이득법리에 따른 반환청구는 가능하다¹⁴⁰.

미국 통일신탁법 역시 정당한 범위 내의 비용이 아니더라도, 그것이 신탁에 이득을 준 한도에서는 상환청구가 가능함을 명시하고 있다(UTC §709(a)(2), Res 2nd §245(2)). 즉, 수탁자가 부적절하게 비용을 지출하였다라도 그로 인해 신탁재산에 이득을 준 경우, 수탁자에게 비용상환청구를 인정하는 것이 불공정하지 않다면 수탁자의 비용상환청구권이 인정된다. 이는 수탁자의 권한 범위를 넘은 행위를 정당화하는 것이 아니라, 신탁재산으로부터 부당이득을 제거하기 위함이다¹⁴¹.

한편, 수탁자가 위와 같은 비용으로 보상받기 위하여는 신탁사무의 처리를 위하여 실제로 정당하게 지급하거나 부담하게 되었음을 주장·입증하여야 하고, 막연히 비용이 지출되었을 것이라는 점만으로 그 비용의 보상 청구를 인정할 수는 없다¹⁴².

3) 비용 발생시기

비용의 발생시기와 관련하여 비용상환청구권은 신탁 종료 전에 발생한 비용에 한정되지 않는다. 이와 관련하여, 대법원은 “비용이 신탁기간 중의 신탁사무 또는 신탁종료 후의 잔존 신탁사무의 처리 내지 중

¹³⁹ 이연갑, “신탁재산에 강제집행할 수 있는 채권자”, 중앙법학 제11집 제4호(2009), 288면.

¹⁴⁰ 최수정, 앞의 책(주 31), 406면.

¹⁴¹ 최수정, 앞의 책(주 31), 406면.

¹⁴² 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결 등 참조.

결을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 정당하게 지출 내지 부담한 것이라고 인정되는 한 그것이 신탁종료 전에 발생한 것인지 혹은 신탁종료 후에 발생한 것인지 여부에 관계없이 귀속권리자로 지정된 수익자에게 그 비용의 보상을 청구할 수 있다”라고 판단하고 있다¹⁴³.

다. 부적절한 지출의 예

수탁자의 부적절한 관리 또는 의무의 불이행으로 인하여 신탁재산 보존을 위한 비용이 발생하였다면, 그에 대한 비용상환을 청구할 수 없다. 따라서 소송을 남발한 경우 수탁자가 소송 비용을 부담해야 하고, 소득 신고서를 과실로 제출하지 않거나 늦게 제출하거나 또는 부적절하게 제출하여 이자, 벌금 또는 법적 책임을 발생시킨 수탁자는 신탁재산으로부터 비용 상환을 청구할 수 없다¹⁴⁴.

또한 수탁자는 필요한 용역을 제공받기 위하여 대리인을 고용하고 그에 따라 발생한 비용의 상환을 청구할 수는 있지만, 수탁자 자신이 수행해야만 하는 업무를 맡기기 위하여 대리인을 고용한 경우라면 대리인의 고용으로 발생한 비용의 상환을 청구하지 못한다¹⁴⁵. 이와 관련하여, 자본시장법은 일정한 요건 하에 신탁업자가 겸영업무 및 부수업무의 일부를 제3자에게 위탁하는 것을 인정하고 있으므로(자본시장법 제6조 제1항 제6호, 제42조 제1항 및 제2항, 동법 시행령 제46조, 금융투자업규정 제4-4조), 수탁자가 업무위탁의 필요성과 기대효과 등의 요건을 충족하여 업무를 위탁한 경우라면 그에 따른 비용은 신탁재산으로부터 지출하거나 고유재산으로 지출한 경우 그 상환을 받을 수 있을 것이다. 그러나 신탁업자의 핵심업무(준법감시업무, 내부감사업무, 위험

¹⁴³ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조. 한편, 수익자에 대한 비용상환청구권에 관하여는 제2절에서 상술한다.

¹⁴⁴ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1632.

¹⁴⁵ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1632.

관리업무, 신용위험의 분석·평가업무¹⁴⁶)는 위탁이 금지되고(자본시장법 제42조 제4항), 핵심업무를 제외한 본질적 업무는 위탁할 수 있지만 위탁 받는 자가 업무 수행에 필요한 인가를 받거나 등록을 한 자이어야 하므로, 수탁자가 이러한 자본시장법 규정을 위반하여 업무를 위탁한 경우라면 그에 따른 비용은 상환을 청구할 수 없을 것이다.

[표 1] 신탁업자의 업무위탁 허용범위¹⁴⁷

	금융투자업자 공통	신탁업
핵심업무(위탁금지)	<ul style="list-style-type: none"> • 준법감시인 업무 • 내부감사 업무 • 위험관리업무 • 신용위험 분석·평가업무 <p>* 다만, 해당업무 관련 의사결정 권한까지 위탁하지 않은 경우에는 위탁 가능</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 투자신탁계약체결·해지, 투자 회사·조합 등 설립업무 • 투자자문계약 체결·해지업무 • 투자일임계약 체결·해지업무 • 신탁계약 체결·해지 업무 • 원화자산 운용(금융투자업자에게 20% 이내 위탁하는 경우 제외) <p>신탁재산(예탁증권 및 외화자산은 제외)의 보관·관리업무</p>
본질적 업무 (수탁자 자격 제한)	-	<ul style="list-style-type: none"> • 신탁계약 체결·해지 업무 • 집합투자재산 보관·관리계약 체결·해지업무 • 신탁재산 및 집합투자재산 보관·관리업무(채권추심업무제외) <p>신탁재산 및 집합투자재산 운용업무</p>
재위탁 가능업무	<ul style="list-style-type: none"> • 위탁한 업무와 관련한 단순 업무 <p>* 고지서 발송, 보관, 조사 분석, 법률 검토, 회계관리, 채권추심, 접수 등</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 외화자산 운용업무 • 외화자산의 보관·관리업무 • 신탁재산 및 집합투자재산 보관과 관련한 채권추심업무

¹⁴⁶ 금융감독원, 금융투자업자의 업무위탁 매뉴얼(2015. 4), 2~4면.

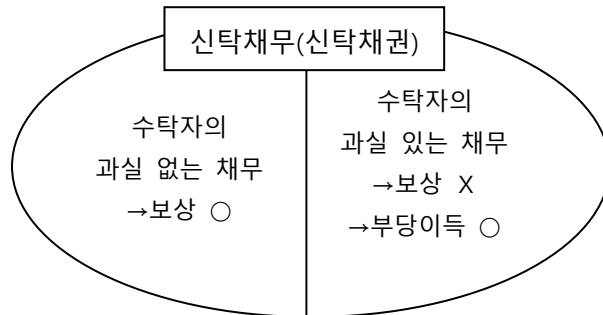
¹⁴⁷ 금융감독원, 금융투자업자의 업무위탁 매뉴얼(2015. 4), 4면.

2. 수탁자에게 발생한 채무나 손해

신탁사무의 처리과정에서 수탁자가 부담하게 된 채무는 신탁재산에 속하는 채무이므로, 그 채무의 변제는 신탁재산에서 이루어져야 하고, 수탁자가 고유재산으로 변제하였다면 신탁재산에 대하여 상환청구를 할 수 있다¹⁴⁸. 이는 위임인에게 위임사무 처리 중 발생한 채무에 대한 대변제 의무를 인정하고 있는 민법 제688조 제2항의 취지를 고려하여¹⁴⁹, 수탁자가 신탁사무 처리에 따라 부담하는 채무를 변제하면 그 비용을 신탁재산에 대하여 상환청구를 하게 되는 복잡한 내부 구상절차를 거칠 필요가 없도록 신탁재산으로부터 수탁자가 채무를 변제 받도록 허용한 것이라고 한다¹⁵⁰.

한편, 수탁자가 고유재산으로 부담한 채무 중 보상을 청구할 수 있는 대상은 수탁자가 과실 없이 부담한 신탁재산에 속하는 채무이어야 하므로, 아래에서 상환청구의 대상이 되는 채무의 범위를 살펴보기로 한다.

[그림 1] 신탁채무(신탁채권)와 비용상환청구 가능성



¹⁴⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 406면.

¹⁴⁹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 382~383면.

¹⁵⁰ 한편, 이는 신탁재산은 법인격이 존재하지 않고, 수탁자 자신이 신탁재산의 귀속주체이므로, 수탁자는 신탁재산에서 채무를 변제할 수 있고, 고유재산에서 변제를 하거나 손해를 입은 때에는 고유재산이 신탁재산에 대하여 비용의 상환 또는 손해의 보상을 청구하는 형태가 되는 것이다(최수정, 앞의 책(주 31), 407면). 그러므로 수탁자의 수익자에 대한 비용상환 청구에 있어서는 수탁자에게 위임인과 같은 대변제청구권을 인정할 수 없다고 보아야 한다.

가. 수탁자가 과실 없이 부담한 신탁채무의 범위

신탁채무의 전형적인 예로는, 신탁재산을 수리한 경우 그 비용에 관한 채무, 신탁목적의 수행을 위하여 수탁자가 적법하게 차용한 경우 그 차입채무를 들 수 있다¹⁵¹. 또한 신탁재산 자체로부터 유래한 의무로서, 신탁재산에 관한 조세, 공과금채무, 처분한 신탁재산의 하자로 인한 하자담보책임, 신탁재산과 타인 재산의 침부에 의하여 생긴 물건이 수탁자에게 귀속한 경우 상대방의 구상권(민법 제261조)도 신탁채무에 해당한다¹⁵².

한편, 개발신탁(관리형토지신탁, 차입형토지신탁)에서 수탁자가 분양자 또는 임대인의 지위에 있게 되는데, 대법원은 ①수탁자가 분양계약상 의무를 위반하여 입점이 지연되어 지체상금이 발생한 경우에 수분양자의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상채권¹⁵³, ②신탁재산을 관리하는 과정에서 발생한 제3자의 부당이득반환채권¹⁵⁴, ③수탁자가 수분양자와 분양계약을 체결하였으나 분양계약이 해제되어 제3자가 갖는 매매대금반환채권¹⁵⁵ 등을 신탁채권으로 본 바 있다¹⁵⁶.

따라서 개발신탁에서 분양계약 또는 임대차계약이 해제, 취소, 무효로 됨에 따라 분양자가 부담하게 되는 분양대금반환채무나 임대차보증금반환채무는 신탁채무에 속하며, 해당 계약의 해제 또는 취소에 ‘수탁자의 귀책사유가 없는 경우’라면 수탁자는 신탁재산에서 이를 지출하거

¹⁵¹ 이계정, 앞의 책, 248~249면.

¹⁵² 이계정, 앞의 책, 248~249면.

¹⁵³ 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31906판결 등 참조. 개정 전 신탁법 사안이지만, 비용상환청구권에 관한 기본적인 법리는 변함이 없으므로 개정 신탁법 하에서도 적용된다고 본다.

¹⁵⁴ 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다5454 판결 참조.

¹⁵⁵ 대법원 2014. 10. 21.자 2014마1238결정 참조.

¹⁵⁶ 이계정, 앞의 책, 248~249면.

나 상환받을 수 있을 것이다. 또한 위탁자로부터 아파트 건설·분양을 목적으로 토지를 신탁받은 수탁자가 시공사와 공사도급계약을 체결하고, 시공사가 아파트를 시공하면서 사업계획변경승인 없이 일부 공사를 변경 시공하였는데, 변경 시공된 공사부분에 대한 하자보수금이 신탁비용에 해당하는지 문제된 사안에서, “이 사건 신탁계약에 따라 분양을 목적으로 공동주택을 분양한 사업주체인 피고는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2005. 5. 26. 법률 제7502호로 개정된 것) 제9조 제1항, 민법 제667조 내지 제671조에 의하여 이 사건 아파트의 구분소유자들에 대하여 하자담보책임을 부담하므로, 위 하자담보책임을 이행하기 위하여 지출한 하자관련비용은 이 사건 신탁계약 제19조 제1항의 ‘분양(처분) 및 임대사무 처리에 필요한 비용’으로서 원칙적으로 수익자인 원고들이 부담할 비용에 해당한다”라고 판단한 바 있다¹⁵⁷.

나. 수탁자의 고유계정에서 신탁계정으로의 대여 관련

1) 차입형 토지신탁과 비용상환 범위의 문제

신탁회사가 부동산 개발 사업에 관한 행정청의 인·허가를 득하고 직접 자금을 조달하여 사업을 진행하는 경우¹⁵⁸, 신탁회사는 각 신탁사업에 필요한 자금을 사업별로 조달하는 방식을 취하지 않고, 신탁사업 전체를 기준으로 소요예상자금을 미리 차입하여 고유계정에 보관하고 있다가¹⁵⁹, 자금을 필요로 하는 개별 신탁사업의 신탁계정으로 대여하는

¹⁵⁷ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다47651 판결 참조. 한편, 수익자에 대한 비용상환청구에 관하여는 제2절에서 후술한다.

¹⁵⁸ 위탁자가 토지 등의 신탁재산을 수탁자에게 신탁하고, 수탁자가 그 토지 상에 건물을 건축하여 이를 신탁재산으로 관리 및 분양(처분)하여 그 수입으로 투입비용을 회수하고, 위탁자 또는 수익자에게 수익을 교부한 다음, 신탁기간이 만료하면 위탁자 또는 수익자에게 신탁재산을 교부하는 구조이다.

¹⁵⁹ 수탁자의 자금 조달 방식으로는 회사채 발행, 기업어음 발행, 금융기관으로부터 일

방식을 취하게 되는 데¹⁶⁰, 그 유효성에 관하여는 신탁업법과 자본시장법의 취급이 다르므로 이를 살펴볼 필요가 있다. 수탁자의 고유계정에서 신탁계정으로의 대여가 허용된다면, 수탁자는 이자부 금전소비대차계약의 체결을 청구원인으로 하여 대출원리금 및 이자의 상환을 받을 수 있을 것이나, 수탁자의 금전적 자기거래가 무효라면, 수탁자가 비용상환청구권을 행사할 수 있는 구체적인 범위를 확정하여야 하며, 수탁자가 신탁사무를 처리하면서 실제로 정당하게 지출한 비용에 한하여 상환 받을 수 있게 된다¹⁶¹.

또한 신탁회사는 외부에서 고유계정으로 차입할 당시의 평균금리에 일정 비율을 더한 금리를 적용하여 이자를 산정(가산이자)하는 경우가 많은데¹⁶², 외부로부터의 대출원리금은 신탁채무이므로 수탁자가 신탁재산으로부터 비용상환을 받을 수 있을 것이지만, 고유계정에서 신탁계정으로 대여하는 과정에서 발생하는 <가산이자> 역시 상환청구권의 범위에 포함되는 지에 관하여는 논의가 필요하다.

이하에서는 먼저 수탁자의 고유계정에서 신탁계정으로의 대여의 유효성을 논의한 후, 비용상환청구의 인정범위에 관한 판례의 태도를 살펴보기로 한다. 아래의 판례들은 개정 전 신탁법이 적용되는 사안에 관한 판단이지만, 수탁자의 이익상반행위가 금지되는 취지는 개정 신탁법 하에서도 여전하므로 분석의 의의가 있다.

반대출(신용대출) 등이 있다(서울고등법원 2015. 5. 27. 선고 2014나2043906판결 참조).
¹⁶⁰ 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 29면; 임우섭/주준하, “부동산신탁회사의 자금관리에 관한 법률적 쟁점-대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482판결을 중심으로-”, 법조 Vol. 691(2014. 4.), 279~280면 ; 서울고등법원 2006. 8. 16. 선고 2005나28269 판결 : 이러한 방식에 의하게 되면 신탁회사가 위탁자에 비해 유리한 조건으로 자금을 조달할 수 있고, 각 사업별로 자금이 필요할 때 즉시 자금의 집행이 가능하며, 신탁계정에서 고유계정으로 자금을 상환하는 경우 중도상환수수료가 면제되어 자금차입에 수반하는 비용을 최소화하는 장점이 있다. 신탁회사는 고유계정에 다양한 원천의 자금을 혼입하여 관리하게 된다.

¹⁶¹ 임우섭/주준하, 앞의 논문, 285~286면, 304면.

¹⁶² 임우섭/주준하, 앞의 논문, 280면.

2) 수탁자의 이자부 금전소비대차 거래의 유효 여부

개정 전 신탁법 하에서 관례는, 신탁법상 수탁자는 누구의 명의로 하든지 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못한다는 점(舊 신탁법 제31조 제1항), 신탁업법 제12조 제1항의 규정에 의하면 舊 신탁법 제31조 제1항 단서마저 그 적용이 배제되어 수탁자의 이익상반행위에 대하여 매우 엄격한 규제가 이루어지고 있다는 점을 근거로 하여, 신탁회사에 의한 고유계정과 신탁계정 사이의 이자부 소비대차거래는 무효라고 해석하였다¹⁶³.

개정 신탁법에서도 수탁자의 이익상반행위는 금지되는데(개정 신탁법 제34조 제2항), ①신탁행위로 허용한 경우, ②수익자에게 그 행위에 관련된 사실을 고지하고 승인 받은 경우, ③법원의 허가를 받은 경우(개정 신탁법 제34조 제2항 각호)에 해당하지 아니하는 한 수탁자의 이익상반행위는 무효로 보아야 한다¹⁶⁴. 고유계정에서 신탁계정으로의 대어는 ‘고유재산의 신탁재산화 또는 고유재산에 대한 신탁의 권리 취득’(신탁법 제32조 제1항 제2호)에 해당하거나 ‘그 밖에 수익자의 이익에 반하는 경우(신탁법 제32조 제1항 제5호)’에 해당하여 무효로 취급될 가능성이 크다고 판단된다. 나아가 자본시장법은 ‘신탁법 제34조 제2항은 신탁업자에게는 적용되지 아니한다’는 규정을 두고 있으므로(자본시장법 제104조 제1항, 신탁법 부칙(2011. 7. 25. 제10924호) 제3조 제5항), 신탁업자는 예외적으로도 이익상반행위를 할 수 없다.

다만, 자본시장법 및 동법 시행령은 부동산신탁업자로 하여금 신탁의

¹⁶³ 서울고등법원 2017. 2. 9. 선고 2016나3135 판결 참조.

¹⁶⁴ 개정 전 신탁법 제31조는 금지되는 이익상반행위로 신탁재산의 고유재산화와 신탁재산에 대한 권리취득만 규정하고 있고, 신탁재산의 고유재산화에 대해서는 법원의 허가를 얻어 예외적으로 가능하도록 하면서도 권리의 취득행위에 대해서는 이와 같은 규정을 두고 있지 아니하여 해석상 논란이 있었다. 개정 신탁법은 이익상반행위의 유형을 추가하고 예외적 허용사유를 정비하였다(김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 260면).

계산으로 그 신탁업자의 고유재산으로부터 금전을 차입할 수 있도록 하는 규정을 마련하고 있다(자본시장법 제105조 제2항, 동법 시행령 제106조 제4항¹⁶⁵). 따라서 법령의 요건을 충족을 전제로 부동산신탁회사의 금전적 자기거래가 허용될 수 있고, 아래에서 분석하는 판례의 결론은 자본시장법의 적용 하에서는 달라질 수 있음을 밝혀둔다.

3) 관련 판례의 분석

가) 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 판결¹⁶⁶

[사실관계]

위탁자 및 수탁자는 1996. 8. 31. 위탁자 소유인 토지를 수탁자에게 신탁하고, 수탁자는 신탁재산인 토지 지상에 건물을 건축 및 분양하여 수

¹⁶⁵ 자본시장법 제105조(신탁재산 등 운용의 제한)

② 신탁업자는 제103조 제1항 제5호 및 제6호의 재산만을 신탁 받는 경우, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 신탁의 계산으로 그 신탁업자의 고유재산으로부터 금전을 차입할 수 없다.

자본시장법 시행령 제106조(신탁재산의 운용방법 등)

④ 법 제105조 제2항에서 "대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 법 제103조제4항에 따라 부동산개발사업을 목적으로 하는 신탁계약을 체결한 경우로서 그 신탁계약에 의한 부동산개발사업별로 사업비(제104조 제7항에 따른 사업비를 말한다)의 100분의 15 이내에서 금전을 신탁받는 경우
2. 다음 각 목의 요건을 모두 충족하는 경우로서 금융위원회의 인정을 받은 경우
가. 신탁계약의 일부해지 청구가 있는 경우에 신탁재산을 분할하여 처분하는 것이 곤란할 것
나. 차입금리가 공정할 것

¹⁶⁶ 제1심 판결 수원지방법원 성남지원 2005. 6. 22. 선고 2004가합3594판결 참조.

환송전판결 서울고등법원 2006. 8. 16. 선고 2005나58269 판결 참조.

환송판결 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조.

재환송전판결 서울고등법원 2010. 12. 30. 선고 2009다15215 판결 참조.

재환송판결 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결 참조.

익을 얻고, 위탁자가 그 수익의 일정 비율에 해당하는 금액을 신탁수익으로 취득하며, 신탁계약이 종료하면 수탁자가 위탁자에게 신탁재산 및 수익을 반환하기로 하는 내용의 분양형 토지신탁계약을 체결하였다(자익 신탁).

이 사건 신탁계약상, 수탁자가 신탁사무의 처리를 위해 제비용을 대지급한 경우에는 그 대지급금 및 이에 대한 이자를 신탁재산에서 받을 수 있다고 규정하고, 신탁재산으로 대지급금을 충당하기 부족한 경우에는 그 비용을 수탁자에게 청구하거나 자조매각권을 행사하여 충당할 수 있다고 규정하고 있었다. 수탁자는 특정 신탁사업에 필요한 자금을 사업별로 조달하는 방식을 취하지 않고 수탁자가 수행하고 있는 신탁사업 전체를 기준으로 소요 예상자금을 미리 차입하여 고유계정에 보관하고 있다가 필요할 때마다 그 자금을 개별 신탁사업에 투입하는 방식을 취하였는데, 신탁재산에 자금이 부족하거나 위탁자가 신탁사무 처리비용을 지급하지 아니함에 따라 수탁자가 고유계정에 보관된 자금으로 신탁채권자에게 그 비용을 직접 지급하였다. 한편, 이 사건 신탁계약상 수탁자가 제비용을 대지급한 경우에는 당해 대지급금 및 이에 대한 이자를 신탁재산에서 받고, 수탁자가 제비용을 대지급하는 경우에 이자율은 외부에서 차입하는 이자율을 적용하고 외부차입금이 발생하지 않는 경우에는 상환기간 3년의 은행보증 회사채 유동수익률에 1.5%를 가산한 이자율로 한다고 규정하였다.

한편, 이 사건 건물의 미분양으로 신탁차입금 전액이 상환되지 못하자, 수탁자는 수익자에게 신탁차입금 등 개발비용을 상환하라고 통보하였고, 수익자가 이를 이행하지 않자, 위 개발비용을 상환하지 않으면 신탁재산을 환가하여 개발비용을 회수할 것임을 통보하였다.

(1) 고유계정에서 신탁계정으로의 대여는 무효

대법원은 (구) 신탁법 제31조 제1항 본문 및 신탁업법 제12조 제1항을 위반하여 행한 신탁재산과 고유재산 간의 거래는 무효이고, 그 거래가 수익자에게 이익이 된다는 사정만으로는 그와 같은 거래를 유효하다고 볼 수 없다고 판단하였다¹⁶⁷.

¹⁶⁷ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조. 이에 반해 환송 전 판결은 신탁회사가 자기자금과 외부차입금을 고유계정에 혼입하여 보관 중 자기자금으로 신탁계정에 대여하는 경우 그 대여금 상당을 다른 신탁사무 처리에 투입하거나 신탁회사

다만, 이 사건 신탁계정에 수입이 발생한 경우 이로부터 기지출한 신탁사무 처리비용을 상환 받은 거래만 있었을 뿐 이 사건 신탁계정과 고유계정 사이에 ‘대여’로 인한 자금이동이 있다고 볼 수 없고, 실제로 자금이 신탁계정을 거쳐 지출되지 않은 사실에 비추어 수탁자가 위탁자에게 대여한 사실이 존재하지 않는 것으로 판단하였다. 설령 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 필요한 비용을 대지급한 것이 아니라 고유계정에서 신탁계정으로 대여한 것이어서 그 대여금에 대하여 약정이자를 가산한 것이 舊 신탁법 제31조 제1항에 위반되어 무효라고 보더라도, 수탁자가 고유계정에서 신탁사무 처리를 위해 지출한 비용은 대지급금에 해당한다고 보았다¹⁶⁸.

(2) 비용상환청구의 범위 : 차입비용 O, 가산이자 X

대법원은, 신탁회사가 외부에서 자금을 차입하여 고유계정을 거쳐 신탁계정으로 대여하였다고 하더라도 그 외부에서 차입한 자금이 최종적으로 신탁계정에 입금되어 이로써 신탁사무 처리에 지출된 이상, 신탁회사가 외부에서 자금을 차입하면서 부담하게 된 이자, 수수료, 할인료 등 비용 상당액은 결국 신탁사무의 처리를 위해 부담하게 된 비용에 해당한다고 보았다¹⁶⁹.

의 자체 사무 처리에 이용하지 못하게 됨에 따라 결국 외부로부터 자금을 차입하여야 한다는 이유로, 피고가 고유계정에서 신탁계정에 대여한 돈이 자기자금인 경우에도 외부차입금과 같은 차입비용을 신탁재산에 관한 비용으로 인정하였다(서울고등법원 2006. 8. 16. 선고 2005나58269 판결).

¹⁶⁸ 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 참조.

¹⁶⁹ 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결 참조. 한편, 위 판결은 자기자금과 외부차입금을 구분하여 판단하고 있다. 위 판결의 결론은, 외부차입금에 대한 시중금리는 쉽사리 비용으로 의제할 수 있지만, 자기자금을 대한 시중금리를 비용으로 인정하려면 구체적인 입증을 요한다는 의무로 이해될 수 있다(임우섭/주준하, 앞의 논문, 314면). 하지만, 수탁자는 고유계정에 외부차입금과 자기자금을 혼용하여 보관하므로, 회계단위에 계상된 금원의 원천이 다르다는 이유로 법적인 판단을 달리할 이유가 없다고 판단된다(임우섭/주준하, 앞의 논문, 314면). 위 판례 이후의 하급심 판례

신탁법은 수탁자가 신탁사무 처리에 필요한 비용을 고유재산에서 지출한 경우(대지급한 경우)에는 지출한 비용(대지급금)과 그 이자를 신탁 재산에서 상환받을 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 자금의 출처가 외부차입금인지 수탁자의 자기자금인지를 구별하지 않고, 따라서 외부차입금이 신탁사무의 처리를 위해 지출된 이상 수탁자가 자금을 차입하면서 부담하게 된 이자, 수수료, 할인료 등의 차입비용은 신탁사무 처리를 위하여 정당하게 부담하게 된 비용에 해당하므로, 위탁자는 위 차입비용을 수탁자에게 상환할 의무가 있다고 판단하였다. 따라서 <대여금 및 그에 대한 이자>의 청구 자체는 부정되나, <대지급금 및 그에 대한 이자>의 청구는 비용상환청구로서 인정하였다.

그러나, 비용상환액을 산정함에 있어 신탁회사가 고유계정에서 신탁계정으로 대여하면서 가산한 이자는 제외하여야 한다고 판단하였다. 민법 제739조 제1항의 사무관리 규정에 따라 가산이자 상당의 비용보상을 청구할 수 있다는 수탁자의 주장에 대하여는, “수탁자는 의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 자가 아니라 신탁계약에 따라 수익자를 위하여 신탁사무를 관리하는 자이고, 이에 따라 신탁사업을 위하여 수탁자의 능력 범위 내에서 가장 유리한 조건으로 자금을 차입하는 것 또한 수탁자의 의무에 포함되므로 민법 제739조 제1항에 따른 사무관리자의 비용보상청구권은 인정되지 않고, 수탁자가 위와 같은 방법으로 자금을 차입하면서 차입금 이자 외에 추가 비용을 지출하였다 하더라도 위 가산이자 전부가 유리한 조건으로 자금을 차입한 데 따른 필요비 또는 유익비로 의제된다고는 할 수 없다”라고 보아 그 주장을 배척하였다. 또한 수탁자는 자신의 능력범위 내에서 가장 유리한 조건으로 자금을 차입할 의무가 있고, 이는 당사자가 신탁계약을 체결하게 된 원인이기도 하므로, 수익자 자신이 직접 차입하였을 경우의 이자와 신탁

{아래 나)에서 살펴보는 판례}는 자기자금과 외부차입금을 구분하지 않고 있다.

회사가 대신 차입한 경우의 이자 차액을 부당이득 하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

나) 서울고등법원 2017. 2. 9. 선고 2016나3135 판결

[사실관계]

수탁자와 위탁자 사이에 2008. 10. 30. 분양형 토지신탁계약 체결하였다(자익신탁)¹⁷⁰. 신탁계약에서는 사업비의 50% 범위 내에서 수탁자의 차입금으로 소요자금을 조달하기로 하되, 차입금에 대한 이자율은 수탁자가 외부 금융기관으로부터의 평균조달금리를 기준으로 부대비용을 가산하여 산정한 금리를 적용하며, 세부적인 기준 및 기타 차입조건을 수탁자의 내부 규정에 의하기로 약정하였다.

(1) 고유계정에서 신탁계정으로의 대여는 무효

① 舊 신탁법 제31조 제1항 본문에 의하면, 수탁자는 특별한 사정이 없는 한 누구의 명의로든 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못할 뿐만 아니라, 고유재산을 신탁계정에서 취득하는 것도 허용되지 아니하여¹⁷¹, 위 규정에 위반하여 이루어진 거래는 무효라고 볼 것인 점¹⁷², ② 금전신탁 이외의 신탁에 있어서 수탁자가 신탁회사인 경우에는, 구 신탁업법 제12조 제1항의 규정에 의하여, ‘단, 수익자에게 이익이 되는 것이 명백하거나 기타 정당한 이유가 있는 경

¹⁷⁰ 이 사안에서 판례는, “자본시장법은 2009. 2. 4. 시행되었고, 이 사건 신탁계약은 2008. 10. 30. 체결되었는데, 당시 제정된 자본시장법에 별도의 소급규정이 존재하지 않는 이상 이 사건 신탁계약에 자본시장법이 적용된다고 볼 수 없고, 자본시장법 시행 이후에 이 사건 신탁계약에 대한 변경계약이 체결되어 그 이후 수탁자의 고유계정에서 신탁계정으로의 차입이 이루어졌다고 하더라도, 위 차입과 관련된 조항이 변경된 것도 아니고, 변경된 사항 이외의 내용은 이 사건 신탁계약을 따르기로 정한 사실이 인정되므로 자본시장법의 적용을 받지 않는다”고 보았다.

¹⁷¹ 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결 등 참조.

¹⁷² 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461판결 등 참조.

우에는 법원의 허가를 얻어 신탁재산을 고유재산으로 할 수 있다'고 규정하고 있는 舊 신탁법 제31조 제1항 단서마저 그 적용이 배제되어, 이 익상반행위에 대하여 매우 엄격한 규제가 이루어지고 있는 점, ③ 수탁자는 수익자를 위하여 신탁사무를 관리하는 주체로서, 이 사건 사업을 위해 그 능력 범위 내에서 가장 유리한 조건으로 자금을 차입하여야 할 의무를 부담하는 점 등을 근거로 신탁회사에 의한 고유계정과 신탁계정 사이의 이자부 소비대차거래는 무효라고 보았다.

(2) 비용상환청구의 범위 : 차입비용 O, 가산이자 X

수탁자가 舊 신탁법 제31조 제1항을 위반하여 행한 신탁재산과 고유재산 간의 거래는 허용되지 않으므로, 원칙적으로 외부조달비용(대출원리금)을 제외한 나머지 가산이자는 인정될 수 없다고 보았다. 또한 가사 위 사안이 자본시장법이 적용되어 제105조 제2항이 고유계정 차입의 근거 규정이 될 수 있다고 하더라도, 수탁자가 자신의 내부규정에 따라 가산 이자 상당액을 수취하는 것까지 당연히 유효하다고 볼 수 없다고 보았다.

다) 서울고등법원 2015. 5. 27. 선고 2014나2043906 판결¹⁷³

[사실관계]

수탁자와 위탁자 사이에 2010. 11. 22. 분양형 토지신탁계약을 체결하였다(자익신탁). 수탁자의 기본 차입 한도를 정해놓고, 이를 초과하게 될

¹⁷³ 자본시장법이 적용되는 사안으로, 항소심에서 확정되었다. 본 판결은 위탁자 겸 수익자가 수탁자의 의무위반 또는 신탁보수과다수취를 이유로 손해배상을 청구한 사안이고, 수탁자가 비용상환을 청구한 사안은 아니지만, 수탁자가 외부로부터 돈을 차입한 후 고유계정에서 신탁계정으로 대여할 때 가산하는 금리의 산정에 관하여 의미 있는 판단을 하고 있으므로 살펴볼 필요가 있다.

경우 차입금 증가에 따른 위험관리보수를 지급하기로 약정하였다. 또한 수탁자의 고유계정으로부터 자금을 차입하는 것과 관련하여, 차입금액, 상환기간 및 조건 등은 위탁자에게 불리하지 않는 범위 내에서 수탁자가 결정하고, 필요 시 수탁자는 위탁자와 협의한다고 규정하였다. 차입금의 이자율은 수탁자가 외부 금융기관으로부터 평균적으로 조달하는 금리를 적용하고, 차입금 실행절차, 차입 이자율의 계산, 차입금 상환방식과 절차 등 세부적인 기준은 수탁자의 내부기준에 따르기로 하였다. 또한 수탁자의 자금업무예규에 의하면, 고유계정 가중평균 조달금리 방식으로 차입금의 금리를 산정하게 되어 있었다.

위탁자는 수탁자가 주의의무와 충실의무를 위반하여 손해를 입히거나 신탁보수를 과다하게 수취하였음을 이유로 손해배상을 청구하였다.

(1) 고유계정에서 신탁계정으로 대여는 유효

위 사안에서는 舊 신탁법의 특별법인 자본시장법이 우선 적용되었다. 판례는, 자본시장법 제105조 제2항은 ‘신탁업자는 제103조 제1항 제5호(부동산) 및 제6호(지상권, 전세권 등)의 재산만을 신탁받는 경우, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 신탁의 계산으로 그 신탁업자의 고유재산으로부터 금전을 차입할 수 없다’고 규정하고 있는데, 분양형 토지신탁의 경우에도 자본시장법 제105조 제2항 및 동법 시행령 제106조 제4항의 문언과 입법 취지에 비추어 수탁자가 고유재산으로부터 금전을 차입할 수 있다고 보았다.

(2) 수탁자가 수취한 금리의 적정 여부

수탁자가 자금을 조달하는 방법은 회사채 발행, 기업어음 발행, 금융기관으로부터의 일반대출(신용대출) 등으로 구분되고, 수탁자의 자금업무예규에 의하면, 고유계정 가중평균 조달금리 방식으로 차입금의 금리를 산정하게 되어 있었다. 대법원은 이와 같은 산정의 기준이 되는 ‘차입금총액’은 고유계정으로부터 신탁계정으로의 차입금이 지출된 날을

기준으로 산정되는 금액이고, 일반적인 신탁사업에 사용할 수 없는 차입금의 경우 고유계정 차입금 총액 및 이자총액을 산정할 때 제외되어야 한다고 보았다. 또한 수탁자가 회사채 발행 등으로 자금을 조달할 경우, 회사채 발행비용 등이 조달금리에 반영되어야 하고, 이에 따라 회사채의 표면금리 외에 비용을 반영하여 조달금리를 산정하는 것이 타당하다고 보았다. 나아가 수탁자가 외부로부터 돈을 차입한 후 고유계정에서 신탁계정으로 대여할 때 고유계정 보관에 따른 손실이 발생하는 바 이 또한 금리에 반영되어야 한다고 판단하였다(예대마진 손실율).

4) 판단

(1) 자본시장법 하에서 부동산신탁회사의 금전적 자기거래는 유효

앞서 살펴본 바와 같이, 자본시장법의 규율 하에서는 부동산신탁업자는 신탁의 계산으로 그 신탁업자의 고유재산으로부터 금전을 차입할 수 있다(자본시장법 제105조 제2항). 따라서 위 판례 사안들을 자본시장법에 비추어 판단하여 보면, 자본시장법상 예외요건이 인정됨을 전제로 부동산신탁회사의 고유계정과 신탁계정 사이의 금전소비대차 거래가 유효하다고 인정될 가능성이 크다¹⁷⁴.

(2) 가산이자 비용에 포함되는 지 여부

부동산신탁회사의 고유계정에서 신탁계정으로의 대여가 유효하다면, 수탁자는 금전소비대차를 원인으로 하여 대여원리금(차입금 및 그에 대한 약정이자)를 청구할 수 있을 것이다. 수탁자가 금전소비대차에 기하

¹⁷⁴ 임우섭/주준하, 앞의 논문, 295~299면.

여 <대여금 및 그에 대한 이자(시중금리)>를 청구하는 경우에는 해당 대여가 신탁 목적이나 수탁자의 충실의무에 반하는 과도한 것(민법, 이자제한법 위반 등)인 아닌 이상 인정될 것으로 보인다.

그런데, 위 대여원리금이 수탁자가 정당하게 지출한 비용 또는 채무로 인정되는 경우라면, 수탁자는 신탁법상 비용상환청구권을 원인으로 한 청구권 역시 행사할 수 있다고 보아야 하고, 대여금반환청구권과 비용상환청구권은 경합하는 청구권이라고 판단된다. 다만, 수탁자가 비용상환청구에 기하여 <대지급금 및 그에 대한 이자(시중금리)>를 청구하는 경우에는 해당 비용이 적절하였고 합리적이었음을 입증하고, 지출증빙을 제출하여야 하므로, 수탁자로서는 소비대차를 청구원인으로 하는 것이 입증책임상 유리하다. 뿐만 아니라, 비용상환을 청구하는 경우에는, 시중금리에 덧붙인 ‘가산이자’까지 비용으로 인정받을 수 있는지가 별도로 판단되어야 하는 문제점이 있다. 이러한 관점에서 위에서 살펴본 판례의 타당성을 검토하면 아래와 같다.

- ① 먼저, 해당 이자부 소비대차거래가 무효라서 수탁자가 비용상환청구권에 기하여 가산이자를 구하는 것이라면, 해당 가산이자에 대한 특약은 비용상환의 범위에 대한 약정으로 볼 수 없으므로, 그 가산이자는 별도의 입증으로 통해서만 비용으로 인정될 수 있다. 하지만 해당 이자부 소비대차거래가 유효하다면, 수탁자는 약정에 따라 해당 가산이자 역시 청구할 수 있다. 따라서 위 가), 나) 판례의 결론은 타당하다고 본다.
- ② 비용상환청구권에 기하여 가산이자를 구하는 경우, 가산이자가 비용인가는 그 실질에 따라 결정되어야 할 것이다. 가산이자의 실질이 고유계정으로 보관하다가 신탁계정으로 대여하는 기간 사이에 대출금리와 예금금리의 차이로 인하여 발생하는 손실, 수탁자가 차입할

때 수반하는 각종 비용, 제세공과금 등 기타 부대비용에 해당한다면 이는 비용에 포함되는 금원 이라고 본다. 다만, 가산이자의 실질이 신탁사무의 처리를 위해 실제로 지출된 금원이 아니라 리스크 프리미엄을 감안한 일종의 수수료의 성격을 갖는다면 가산이자에 대한 약정은 비용상환청구권에 대한 약정이 아니라 일종의 보수에 관한 약정이라고 보아야 하므로, 비용에 포함되지 않는다고 판단된다.

따라서, 위 다) 판례는 수탁자의 고유계정으로부터의 자금 차입이 유효함을 전제로 한 것이지만, 해당 판례에서 고유계정 차입금이자에는 차입시 수반하는 비용과 예대마진 손실율이 포함되는 것으로 보고, 수탁자가 차입금이자를 과다하게 수취하였다는 주장을 배척한 것은 타당한 판시라고 본다.

- ③ 결론적으로, 신탁행위로 가산이자를 ‘비용’에 포함시키기로 하는 약정을 한 경우라고 할지라도, 가산이자가 비용인지 여부는 그 실질에 따라 검토되어야 하고, 가산이자가 실제로 수수료 또는 보수에 준하는 것으로 판단된다면, 법원이 그 과다여부에 따라 증감할 수 있어야 한다고 본다(신탁법 제47조 제2항). 그렇지 않다면 가산이자를 비용에 포함시키는 약정이 있다는 이유만으로 수탁자가 해당 가산금을 우선적으로 변제받을 수 있게 되어(신탁법 제48조 제1항), 신탁상 채권자의 이익을 해할 수 있기 때문이다.

3. 불법행위로 인한 채무의 경우

가. 문제의 제기

수탁자의 무한책임원칙에 따라 기본적으로 수탁자의 이행책임은 고유재산에도 미치며, 수탁자에게 과실이 없다면 대내적인 구상권을 행사할 수 있음을 살펴보았다. 그런데 신탁사무의 처리과정에서 제3자에게

피해가 발생한 경우, 피해자의 손해배상청구권이 신탁채무에 포함된다고 볼 수 있는 지가 문제된다. 기본적으로 수탁자가 선량한 관리자의 주의를 위반하여 비용이 발생하였거나 수탁자의 위법행위로 인하여 손해가 발생한 경우라면 수탁자는 고유재산으로 책임을 부담하며 신탁재산에 대하여 비용상환을 구할 수 없는데, ① 불법행위를 원인으로 하는 손해배상채권을 신탁채권으로 보아 수탁자의 고유재산뿐만 아니라 신탁재산에 대하여 강제집행이 가능하다고 볼 것인지, ② 불법행위에 기한 손해배상채권임에도 불구하고 수탁자가 이를 고유재산으로 변제한 후 신탁재산에 대하여 구상할 수 있는 사안에는 어떠한 것이 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

나. 피해가 신탁재산으로부터 유래한 경우

1) 일반론

수탁자가 선량한 관리자의 주의를 위반하여 지출한 비용 또는 과실로 인하여 확대된 비용은 정당한 사유가 없는 경우에 해당하여 수탁자는 비용상환청구를 할 수 없다¹⁷⁵. 이러한 수탁자의 권한 남용 또는 의무위반행위는 위탁자에 대한 신탁계약상 채무불이행 또는 불법행위를 구성할 여지도 있다.

그러나 신탁재산에 대한 점유자 또는 소유자 책임(민법 제758조)을 수탁자에게 최종적으로 지우기는 어려울 것으로 판단된다. 이는 수탁자의 관념적 용태인 고의, 과실에서 기인한 것이 아니라 신탁재산의 성질상 하자로 인해 발생한 불법행위이기 때문이다. 즉, 공작물책임과 같이 물건의 소유자로서 수탁자가 부담하는 불법행위책임에 있어서는 수탁

¹⁷⁵ 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결 참조.

자의 고유재산은 책임재산이 되지 않고, 신탁재산만이 그 책임재산이 된다¹⁷⁶. 따라서 수탁자가 지출한 소송비용이나 제3자에게 지급한 손해배상액을 신탁재산으로부터 상환받을 수 있을 것이다. 아래에서 이와 관련된 미국 신탁법의 태도 및 사례를 살펴보기로 한다.

2) 환경법 위반으로부터의 수탁자 보호

미국 통일신탁법 역시 신탁재산 자체로부터 유래한 하자로부터 수탁자를 보호하는 규정을 두고 있는데, 통일신탁법 제1010조는 환경법¹⁷⁷ 위반으로부터 수탁자를 보호하고 있다(UTC §1010(b))¹⁷⁸. 이는 토지오염과 같이 수탁자에게 위탁되는 재산의 숨은 하자까지 파악하는 것은 곤란하므로 이러한 경우까지 수탁자에게 의무를 부과하는 것은 적절하지 않다는 정책적 배려에 의한 것이라고 한다¹⁷⁹.

<p>Section 1010. Limitation On Personal Liability Of Trustee</p> <p>(b) A trustee is personally liable for torts committed in the course of administering a trust, or for obligations arising from ownership or control of trust property, including liability for violation of environmental law, only if the trustee is personally at fault.</p>	<p>1010조. 수탁자의 개인책임의 제한</p> <p>(b) 수탁자는, 환경법 위반으로 인한 책임을 포함하여 신탁을 운영하는 과정에서 범한 불법행위, 신탁재산의 소유 또는 지배로부터 발생한 의무에 관하여 개인적으로 책임을 부담하는 데, 이는 수탁자에게 과실이 있는 경우에 한다.</p>
--	--

¹⁷⁶ 이계정, 앞의 책, 253면.

¹⁷⁷ 종합환경대책보상 및 부담법(Comprehensive Environmental Response, Comprehensive Liability Act, 1980 : CERCLA), 이후 SARA(Superfund Amendment and Reauthorization Act, 1986)로 개정.

¹⁷⁸ 다만, 이는 수탁자의 과실여부를 불문하고 수탁자에게 책임을 부과하였던 Res 2nd §264와는 상치된다.

Res 2nd §264. Liability of Trustee for Tort

The trustee is subject to personal liability to third persons for torts committed in the course of the administration of the trust to the same extent that he would be liable if he held the property free of trust.

¹⁷⁹ 김태진, “유한책임신탁에 대한 검토와 신탁법 개정을 위한 시사점”, 중앙법학 11(3), 305면.

다만, 수탁자로 지명된 자는 수탁자로서의 직무를 인수하지 않고도 환경법, 다른 법률 또는 다른 목적의 위반으로 인한 손해배상책임의 가능성을 판단하기 위한 신탁재산의 검사 또는 조사행위를 할 수 있고 (UTC §701(c)(2)), 수탁자는 환경법 위반에 관한 책임을 부담할 가능성이 있는 경우에 신탁재산을 검사, 조사, 환경법의 사실적 위반 또는 잠재적 위반을 방지하거나 중지시키는 권한, 환경법을 준수하기 위한 조사 비용, 검사 비용, 위반제거비용 또는 기타 처리 비용을 지급할 권한이 있다(UTC §816(13)). 이 규정에 따른 수탁자의 면책은 수탁자에게 과실이 없음을 전제로 하므로, 수탁자로 지명된 자가 신탁재산에 관한 검사를 소홀히 하거나, 위험발생 가능성을 알고도 그 위반 제거 조치에 이르지 않았다면 수탁자가 면책되기 어려울 것으로 판단된다.

3) 미국의 사례

가) *Benett v. Wyndham*

적절하게 신탁관리를 수행하던 수탁자가 사유지에 고용된 토지관리인에게 나무를 베도록 지시하였고, 그 관리인은 사유지에 고용된 벌목공을 보냈다. 벌목공이 나무를 베는 과정에서, 지나가는 행인이 넘어지는 나무에 부딪혀 부상을 입었고 그 행인은 수탁자를 상대로 손해배상을 청구하였다. 이에 수탁자는 손해를 배상한 다음, 신탁재산으로부터 비용 상환을 구하였다. 고등항소법원은 수탁자에게 개인적인 잘못이 없기 때문에 상환이 적절하다고 판시하였다¹⁸⁰.

나) *In re Raybould*

¹⁸⁰ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, pp. 1638~1639 : The trustee paid the judgment and sought reimbursement from the estate.

유언자는 유언집행자에게 여러 개의 탄광들을 신탁하였다. 그 중 하나를 운영하던 수탁자는 토지의 표면을 낮추었고, 그로 인하여 인근 토지소유자의 재산을 침해하였다. 토지소유자는 수탁자를 상대로 손해배상을 청구한 후, 신탁재산으로부터 그 배상을 추구하고자 하였다. 법원은 그 토지소유자의 청구를 인정하였다. 또한 법원은 탄광의 운영이 합리적이었고 수탁자에게 잘못이 없다는 사실을 발견하였고, 수탁자는 비용상환청구권을 행사함으로써 면책될 수 있었다¹⁸¹.

다) Matter of Lathers

유언자는 아파트 한 채를 신탁하였다. 수탁자들은 대리인을 통해 이 아파트를 관리하였다. 화재가 일어났고 두 명이 부상을 입었다. 부상자들은 수탁자들을 상대로 손해배상을 청구하여 수탁자들이 이를 지급하였다. 수탁자의 책임과 관련된 소송에서 법원은 수탁자들에게 상환청구권을 인정하였다. 피해자들은 비상계단을 찾지 못한 대리인의 과실로 인해 부상을 당한 것으로 보였으나, 법원은 수탁자들에게 개인적인 잘못이 없다고 판시하였다¹⁸².

다. 피해가 신탁재산 관리자의 행위로부터 발생한 경우

1) 불법행위로 인한 손해배상채권의 신탁채권 해당 여부

먼저, 불법행위로 인한 손해배상채권도 신탁채권에 해당하는 지에 관

¹⁸¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, pp. 1638~1639 : The trustee was entitled to indemnity for any liability to the owner, who could avail himself of the trustee's right of indemnity.

¹⁸² Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, pp. 1638~1639 : The court held that the trustees were not personally at fault.

한 견해의 대립을 살펴보면¹⁸³, ① 부정설은 i)신탁은 신탁재산과 수탁자 사이의 신뢰에 기초하여 형성되는 것으로 수탁자가 위법행위를 한 경우에는 위와 같은 신뢰를 인정할 수 없으므로 신탁재산이 책임을 부담하지 않는다거나 ii) 수익자 보호를 위하여 신탁채권은 엄격하게 해석하여야 하고, 수탁자에게 귀책사유가 있는 경우에는 수탁자가 비용상환 청구권을 행사할 수 없는 점 등에 비추어 수탁자가 고의, 과실로 불법행위를 저지른 경우에 제3자의 채권은 신탁채권이 아니라고 한다¹⁸⁴. ② 반면, 긍정설은 법인의 경우 그 대표자나 종업원의 불법행위가 법인의 사업과 관련하여 행하여진 경우에는 법인 자신이 법인의 재산을 가지고 책임을 부담하는 것과 마찬가지로, 수탁자가 신탁사무의 집행에 관하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 수탁자 개인과 함께 신탁재산도 책임을 부담하여야 한다고 주장한다.

일본 新신탁법과 미국 통일신탁법은 불법행위로 인한 제3자의 채권도 신탁채무로 보는 입장인 바, ① 일본 新신탁법은 “수탁자가 신탁사무를 처리함에 있어 불법행위에 의해 발생한 권리는 신탁재산책임부담채무가 된다”고 규정하고(일본 新신탁법 제21조 제1항 제8호), ② 미국 통일신탁법은 “신탁재산의 운영과정에서 발생한 불법행위에 기한 타방 당사자의 손해배상채권과 관련하여, 채권자는 수탁자가 그것에 대하여 개인책임을 부담하는지 여부와 상관없이, 수탁자의 지위에 있는 자에게 소송절차를 제기할 수 있다”고 규정한다(UTC §1010(c)).

<p>Section 1010. Limitation On Personal Liability Of Trustee</p> <p>(C) A claim based on a contract entered into by a trustee in the trustee's fiduciary capacity, on an obligation arising from ownership or</p>	<p>1010조. 수탁자의 개인책임의 제한</p> <p>(C) 수탁자가 수탁자의 자격으로 정당하게 체결한 계약에 기초한 타방 당사자의 채권, 신탁재산의 소유나</p>
---	--

¹⁸³ 이계정, 앞의 책, 249~250면.

¹⁸⁴ 이연갑, “신탁재산에 강제집행할 수 있는 채권자”, 중앙법학 제11집 제4호(2009), 291면 이하.

<p>control of trust property, or on a tort committed in the course of administering a trust, may be asserted in a judicial proceeding against the trustee in the trustee's fiduciary capacity, whether or not the trustee is personally liable for the claim.</p>	<p>관리로 인하여 발생한 타방 당사자의 채권 또는 신탁재산의 운영과정에서 발생한 불법행위에 기한 타방 당사자의 손해배상채권과 관련하여, 채권자는 수탁자가 그것에 대하여 개인책임을 부담하는지 여부와 상관없이, 수탁자의 지위에 있는 자에게 소송절차를 제기할 수 있다.</p>
---	--

우리 대법원 역시, “신탁사무의 처리상 발생한 채권에는, 신탁재산의 관리 또는 처분 등 신탁업무를 수행하는 수탁자의 통상적인 사업활동상의 행위로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 경우 피해자인 제3자가 가지는 불법행위에 기한 손해배상채권도 포함된다”고 판시한 바 있다¹⁸⁵. 즉, 대법원은 ① 신탁재산에 속하는 공작물의 숨은 하자에서 생기는 불법행위에 기한 손해배상채권 뿐만 아니라 ② 신탁재산에 기인하지 않은 불법행위로 인한 손해배상채권 중 그 불법행위로 증가된 신탁재산의 가치와 채권자의 손실 사이에 어떠한 대가적인 관련이 없는 경우라 할지라도 채권에 해당한다고 본다.

검토하건대, 오늘날 수탁자는 단순한 재산 관리의 수준을 넘어서 활발한 대외적 활동을 하고 있으므로 피해자를 보호할 필요성이 있고¹⁸⁶, 신탁 목적 달성을 위한 수탁자의 업무처리과정에서 발생한 불법행위에 대하여는 신탁재산에 책임을 귀속시킬 수 있다¹⁸⁷고 보는 것이 형평에 부합하는 것으로 보인다. 다만, 신탁재산의 책임범위가 지나치게 확대될 경우 수익자 보호에 미흡할 수 있으므로, 사용자책임(민법 제756조)

¹⁸⁵ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결 참조 : 분양형 토지신탁계약에 따라 수탁자가 신탁재산인 토지상에 아파트를 신축한 다음 이를 일반 분양하는 과정에서 허위 내지 과장광고로 수분양자들에게 불법행위를 저지른 경우에, 수분양자들의 불법행위에 기한 손해배상채권을 신탁채권으로 본 바 있다.

¹⁸⁶ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결 참조 : 신탁재산의 독립성을 감안하더라도, 오늘날 수탁자의 사무가 전통적인 영역이 단순한 재산관리의 수준을 넘어서서 활발한 대외적인 활동을 수반하기에 이른 만큼, 그에 상응하여 피해자에 대한 보호방안의 필요성을 외면하기 어렵다.

¹⁸⁷ 이계정, 앞의 책, 252~253면.

에서 적용되는 외형이론을 수탁자의 불법행위에 대하여 적용함에 있어 다소 엄격한 해석이 요청된다¹⁸⁸.

이와 같이 신탁재산의 운용과정에서 발생한 불법행위에 따른 손해배상청구권을 갖는 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는데, ① 수탁자의 고의 또는 과실이 인정되는 경우라면 신탁재산으로 해당 채무를 이행하고 위탁자 또는 수익자가 수탁자에게 손해배상을 청구할 수 있을 것이고, 수탁자의 고유재산으로 이행하였다면 신탁재산에서 보상받을 수 없다. 반면 ② 수탁자의 고의 또는 과실이 인정되지 않는 경우라면 신탁재산으로 해당 채무를 이행할 수 있고, 고유재산으로 이행하였다면 신탁재산으로부터 보상받을 수 있을 것으로 판단된다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

2) 수탁자에게 고의 또는 과실이 없는 경우

신탁관리 중 제3자에 대한 불법행위를 지출하게 된 경우, 그러한 행위가 적절한 신탁관리 수행 중에 일어났고, 수탁자의 개인적인 잘못에 의해 발생한 것이 아니라면 수탁자는 비용상환을 받을 수 있는 여지가 있다. 예를 들어, 수탁자가 고용한 자가 불법행위를 저지른 경우 수탁자의 관리책임이 면책되는 경우를 생각해 볼 수 있다(민법 제756조).

미국 신탁법에서도 신탁사무 처리 중 제3자에게 불법행위가 지출된 경우, 그러한 행위가 수탁자의 개인적인 잘못에 의해 발생한 것이 아니라면 수탁자는 비용상환을 청구할 수 있다고 한다. 예를 들어, 신탁관리 중에 적법하게 고용된 대리인이 불법행위를 저질렀고 수탁자에게 고의 또는 과실이 없는 경우, 제3자에 대한 손해배상은 신탁재산으로부터

¹⁸⁸ 이계정, 앞의 책, 252~253면.

터 이루어진다¹⁸⁹.

3) 수탁자에게 고의 또는 과실이 있는 경우

이에 반해, 개인적인 잘못으로 불법행위를 저지른 수탁자는 통상적으로 신탁재산으로부터 보상을 청구할 수 없다. 예를 들어, 세입자에게 비상계단을 제공하지 못하여 세입자가 부상을 당한 경우 수탁자에게 과실이 인정되므로 수탁자는 신탁재산에 대한 보상을 주장할 수 없다¹⁹⁰. <Smith v. Rizzuto> 사건에서, 신탁관리대상인 아파트의 세입자가 아파트 현관에 넘어져서 부상을 당했고, 법원은 수탁자의 개인적인 책임이 있다고 언급하면서, 만약 수탁자에게 개인적인 책임이 없었다면 비용상환청구권을 가진다고 판시하였다.

또한 적절한 신탁관리의 범위를 벗어난 활동 중 불법행위가 발생하였다면 불법행위 자체에 과실이 없더라도 비용상환을 청구할 수 없다. 예를 들어, 무허가로 건물을 지은 수탁자는 건축 중 공사의 하자로 발생한 불법행위에 대하여 책임을 지며, 비용상환을 청구하지 못한다¹⁹¹. 마찬가지로, 허가 받지 못한 사업을 수행하던 중 수탁자의 고용인이 불법행위를 저지른 경우, 수탁자는 면책을 주장하지 못한다¹⁹².

다만, 앞서 살펴본 바와 같이, 미국 신탁법은 수탁자에게 개인적인 책임이 있다고 하더라도 결과적으로 신탁재산의 가치 증가에 기여한 경우라면 부당이득의 제거 차원에서 수탁자의 보상청구를 인정한다 (UTC §709(a)(2), Res 2nd §245(2)). 예를 들어, <In re Hunter> 사건에서, 수탁자는 건물을 임차하여 위탁자 소유인 물품을 판매하는 일을 하였고 해

¹⁸⁹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1637.

¹⁹⁰ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1637 : He would have a right of indemnity if he was not personally at fault.

¹⁹¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1637.

¹⁹² Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1637.

당 물품을 모두 팔기 위하여 임대차기간 만료 후에도 임대목적물을 반환하지 않음으로써 임대인에게 배상책임을 지게 되었다. 그러나 해당 물품을 모두 판매함에 따라 중국적으로 위탁자에게 이익이 되었기 때문에 법원은 임대인에게 발생한 손해에 대하여 수탁자가 보상을 받을 수 있다고 보았다¹⁹³.

V. 수탁자의 의무와 비용상환청구권의 관계

1. 수탁자의 의무에 관한 일반론

신탁이 설정되면 신임관계(fiduciary relationship)라는 특수한 법률관계가 형성되고¹⁹⁴, 수탁자는 신임의무(fiduciary duty)를 진다¹⁹⁵. 신임의무란 수익자를 보호하기 위하여 형평법이 부여한 개념으로, 수탁자가 신탁조건을 엄밀히 준수해야 하고, 수탁자의 관리권 행사방법에 제약을 가하며, 수탁자가 수익자의 이익을 우선하도록 하면서, 관리의무를 태만히 한 경우에는 법적 책임을 부과하는 내용을 갖는다¹⁹⁶. 유사한 맥락에서 통일신탁법은 수탁자는 성실하게 그리고 신탁목적에 적합하게 행동하여야 하고(UTC §105(b)(1)), 신탁과 신탁조항이 수익자의 이익을 위한 것이어야 한다(UTC §105(b)(2))고 규정하며, 수탁자의 신임의무는 강행규정(mandatory rule)으로, 당사자가 신탁조항으로 배제할 수 없다고 규정하고 있다(UTC §105).

이러한 신임의무는 오늘날 충실의무(duty of royalty, UTC §802)를 의미

¹⁹³ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1639.

¹⁹⁴ 이계정, 앞의 책, 134~135면.

¹⁹⁵ 이계정, 앞의 책, 134면 : 영미법은 신탁에서 수탁자의 신임의무는 신탁계약에 기하여 생기는 것이 아니라 앞서 본 신탁의 특유한 관계, 즉 신탁재산의 이전을 통해 보통법상의 소유권과 형평법상의 소유권이 분할되는 특유한 관계로부터 생기는 것이다. 이 때문에 영미신탁에서는 당사자들 사이에 신탁계약이 없다고 하더라도 신임관계를 인정할 수 있고, 신탁의 설정을 인정할 수 있는 것이다.

¹⁹⁶ 이계정, 앞의 책, 134면.

하고, 충실의무의 두 가지 모습인 이익상반금지원칙(no conflict rule), 이익취득금지원칙(no profit rule)을 의미하는 것으로 이해되고 있다¹⁹⁷. 즉, 수탁자는 개인적인 이익과 수익자의 이익이 충돌하거나 충돌할 우려가 있는 상황에 자신을 두어서는 아니 된다(이익상반금지원칙). 그리고 수탁자는 직접 또는 간접적으로 신탁사무의 수행과정에서 또는 신탁재산을 이용하여 이익을 취하여서는 아니 된다(이익취득금지원칙). 우리 신탁법 역시 수탁자의 신임의무로서, 선관주의의무(제32조), 충실의무(제33조), 이익상반행위금지(제34조) 등을 규정하고 있다.

이처럼 수탁자의 소유권은 신탁관계에서 발생하는 신임의무에 의하여 내재적으로 제한을 받는데, 수탁자의 비용상환청구권은 수탁자의 신임의무와 조화를 이루어야 할 것이므로, 비용상환청구권이 신임의무와 충돌될 수 있는 모습을 살펴본다.

2. 선관주의의무와 비용상환

수탁자는 선량한 관리자의 주의(注意)로 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다(신탁법 제32조). 통일신탁법 역시 수탁자로서의 직무를 인수함에 있어서 수탁자는 신탁조항, 신탁목적, 수익자의 이익 그리고 통일신탁법에 따라 성실하게 신탁을 운영하여야 한다고 규정하고 있다(UTC §801)¹⁹⁸.

그런데 신탁재산이 비용상환에 불충분한 경우에도 수탁자가 반드시 비용을 지출할 의무를 갖는지가 선관주의의무와 관련하여 문제될 수 있다. 신탁재산으로는 비용상환이 곤란함에도 불구하고 비용의 지출을 강제한다면, 적절한 신탁관리를 통해 자비를 지출하거나 책임을 부담한

¹⁹⁷ 이계정, 앞의 책, 56면.

¹⁹⁸ UTC §801. Duty to administer trust : Upon acceptance of a trusteeship, the trustee shall administer the trust in good faith, in accordance with its terms and purposes and the interests of the beneficiaries, and in accordance with this Code.

수탁자는 불안한 지위에 있게 된다.

그러므로, 수탁자는 이러한 상황에서 반드시 개인적 책임을 발생시키거나 보상청구를 위한 담보 없이 자비로 비용을 지불할 필요가 없는 것으로 해석된다. 일례로, <McClure v. Middletown Trust Co.>에서 법원은 수탁자가 신탁재산을 반환 받기 위한 소송을 위하여 자비를 지출할 의무가 없다고 판시하였다. 신탁재산이 수탁자의 비용상환에 불충분한 상태에서, 수탁자가 수익자들에게 그 비용상환을 통지하였음에도 수익자들이 수탁자에 대한 상환을 거부하였다면, 수탁자가 소송 제기를 거부하는 것은 신탁의 위반이 아니라는 것이다¹⁹⁹.

3. 이익향수금지원칙과 비용상환

수탁자는 공동수익자 중 1인인 경우가 아닌 한, 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다(신탁법 제36조). 그런데 수탁자가 신탁재산으로 비용을 지출하고 채무를 부담할 수 있음에도 고유재산으로 비용을 지출하고 채무를 부담한 다음, 신탁재산으로부터 비용을 상환받는 행위가 수탁자의 이익향수금지원칙에 반하는 것은 아닌지 문제될 소지가 있다. 신탁행위로 정한 이율이 법정이율보다 높은 경우 등을 상정해 볼 수 있다.

수탁자가 신탁의 보호를 위하여 자신의 자금으로 비용을 선 지급하였다면(advances the trustee's own funds), 수탁자는 그 비용뿐만 아니라 이자의 상환을 청구할 수 있는 데, 이러한 점이 항상 자기거래금지원칙에 반하는 것은 아니지만 수탁자가 고유자금을 투자할 기회로 삼아 이익을 편취하지 못하는 것으로 본다²⁰⁰. 따라서 위탁자가 수탁자에게 신탁

¹⁹⁹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, pp.1621~1624, Scott & Ascher on Trusts, Vol. 3, p.1021 : When we say that the trustee has the power to do something, we mean that the trustee is under no duty to the beneficiaries not to do it.

²⁰⁰ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1625.

사무 집행을 위해 충분한 신탁자금을 사용할 권한을 부여하였음에도 불구하고 수탁자가 고유재산으로 비용을 지출하였다면, 그 비용에 관한 이자를 청구할 수 없다²⁰¹.

4. 비용상환청구권 행사의 전제로서 수탁자의 의무 이행

수탁자는 원상회복의무(신탁법 제43조) 및 분별관리의무 위반에 대한 면책증명(신탁법 제44조)을 행한 후가 아니면 비용상환청구권을 행사할 수 없다(신탁법 제49조). 수탁자로서의 의무위반에 따른 책임을 다하지 않은 수탁자가 자신의 권리부터 행사하는 것은 충실의무(신탁법 제33조)에 반하기 때문이다. 이에 우리 신탁법은 수탁자의 원상회복의무 등을 권리행사의 전제로 삼음으로써 수탁자의 책임을 다하도록 강제하고 있다²⁰².

다만, 신탁이 종료한 경우에는 신탁관계인의 수탁자에 대한 비용상환의무와 수탁자의 신탁재산 이전의무가 동시이행의 관계에 있게 되는데²⁰³, 수탁자의 권리행사의 전제요건을 규율하고 있는 본 규정은 신탁계약이 목적 달성에 이르거나 중도에 해지되지 아니한 채 그대로 유지되는 동안에 적용되는 것으로 보아야 하고, 신탁이 종료한 경우에까지 적용되는 것은 아니라고 한다²⁰⁴.

²⁰¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1625.

²⁰² 최수정, 앞의 책(주 31), 408면.

²⁰³ 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532, 7549 판결 참조.

²⁰⁴ 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다9685 판결 참조.

VI. 수탁자의 책임제한과 비용상환의 문제

1. 무한책임원칙의 수정 요청

앞서 살펴본 바와 같이, 기본적으로 신탁재산은 독립성이 있어 수탁자의 고유재산과는 구별되는 특징이 있으나, 신탁재산 자체가 신탁재산은 법인격을 가지지 않기 때문에 결국 권리·의무의 귀속 주체는 수탁자가 된다²⁰⁵. 수탁자가 신탁재산의 소유 명의인으로서 대외적으로 채권·채무자인 이상 고유재산도 신탁재산과 함께 책임을 지는 것이 원칙이다(무한책임원칙)²⁰⁶.

그러나 과거와 달리 수탁자의 신용보다는 신탁재산자체의 가치를 더 중요시하거나, 수탁자가 신탁재산을 운용하는 데에 따르는 대외적 책임이 거액에 달하는 경우가 증가하여, 기존은 무한책임원칙을 수정하여야 할 필요성이 실무상 제기되었다²⁰⁷. 아래에서 서술하는 책임한정특약과 유한책임신탁을 통해 수탁자의 무한책임원칙이 수정되는 경우, 수탁자가 고유재산에서 해당 비용 등을 지출할 필요가 없으므로 비용상환청구권에 어떠한 영향을 미치는지 살펴볼 필요가 있다.

2. 책임한정특약과 유한책임신탁

가. 책임한정특약

수탁자의 개인적 책임을 원칙으로 하는 전통적인 영미법의 법리는 수탁자가 충분한 자력이 있고, 이를 통하여 수탁자가 적극적으로 계약

²⁰⁵ 오영준, 앞의 논문, 24면; 최동식, 신탁법, 법문사(2006), 292~293면.

²⁰⁶ 김봉철/왕석동, “신탁법상 유한책임신탁의 내용과 문제점에 관한 고찰”, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제44집(2013. 11), 216면.

²⁰⁷ 김봉철/왕석동, 앞의 논문, 216면.

을 맺고 신탁을 관리, 운용하는 경우에만 가능한 것이었다²⁰⁸. 또한 신탁재산이 충분하지 못한 경우 수탁자는 고유재산으로 변제하였음에도 신탁재산으로부터 구상 받지 못하는 위험을 감수하여야 하였다²⁰⁹.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 영미의 신탁법리는 수탁자가 제3자와 사이에 수탁자의 개인적인 책임을 제한하거나 배제하는 내용으로 계약을 체결하거나 그러한 거래를 하는 것을 허용하였고²¹⁰, 신탁사업의 수탁자로서의 자신의 신탁거래상 책임을 한정하는 특약을 하는 경우 그 약정은 효력이 있다²¹¹. 구체적으로 어떠한 경우에 수탁자의 개인책임이 면제되는 것인가에 관하여는 판례법에 의해 기준이 제시되고 있다²¹². 판례에 의하면, “계약서에 수탁자의 개인책임을 면제하는 취지가 명시되어 있다면 수탁자는 명백하게 개인책임을 면하지만, 단순히 수탁자라는 사실만이 명시되어 있는 것만으로는 수탁자의 개인책임을 면할 수 없다”라 한다²¹³. 또한 수탁자는 계약서에서 자신을 수탁자로 표시하거나 수탁자로서 계약서에 서명한 것만으로는 개인책임을 면할 수 없다²¹⁴.

또한 미국 통일신탁법은 수탁자의 제3자에 대한 책임과 관련하여 기존에 계약상 특칙으로 존재하여 왔던 수탁자의 책임한정특약을 명문화하였다. 즉 계약에서 ‘수탁자로서의 자격(the trustee’s fiduciary capacity)을 표시한 수탁자’는, 신탁의 운영에 있어서 수탁자의 자격으로 적절하게

²⁰⁸ 김봉철/왕석동, 앞의 논문, 220면.

²⁰⁹ 김봉철/왕석동, 앞의 논문, 220면.

²¹⁰ 김태진, 앞의 논문, 301면.

²¹¹ 김태진, 앞의 논문, 301면.

²¹² 명순구/오영걸, 앞의 책, 214면.

²¹³ A trustee may avoid personal liability on a contract he makes on behalf of the trust, if the contract contains an agreement that he shall not be personally liable. ; 명순구/오영걸, 앞의 책, 214면; J. Alfred Dolben v. Herbert E. Gleason 292 Mass. 511.

²¹⁴ The mere description in the contract of himself as "trustee" is not enough to constitute such a stipulation and does not affect the right of the party with whom he contracts to hold him personally liable, even though the name of the trust estate may be mentioned therein. ; 명순구/오영걸, 앞의 책, 214면; J. Alfred Dolben v. Herbert E. Gleason 292 Mass. 511.

체결한 계약에 대하여 개인적으로 책임을 부담하지 않는다(UTC §1010 (a)). 그리고 위 IV. 3.에서 살펴본 바와 같이, 수탁자는 신탁사무의 처리 과정에서 발생한 불법행위(신탁재산의 소유로 인하여 발생하는 책임 포함)에 대하여 개인적으로 과실이 없다면 개인으로 책임을 지지 않는다(UTC §1010(b)). 따라서 수탁자의 피용자가 불법행위를 지른 경우에 수탁자가 대위책임(respondent superior) 법리에 따라 무조건 책임을 지는 것이 아니라 수탁자가 개인적으로 과실이 있는 경우에만 ‘개인적으로’ 손해배상책임을 부담한다²¹⁵.

<p>Section 1010. Limitation On Personal Liability Of Trustee</p> <p>(a) Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity.</p>	<p>1010조. 수탁자의 개인책임의 제한</p> <p>(a) 계약에서 다르게 규정되어 있는 경우를 제외하고, 계약에서 수탁자로서의 자격을 표시한 수탁자는, 신탁의 운영에 있어서 수탁자의 자격으로 적절하게 체결한 계약에 대하여 개인적으로 책임을 부담하지 않는다.</p>
--	--

일본 新신탁법도 마찬가지로 “신탁재산 책임부담채무”에 관하여 “수탁자가 신탁재산에 속한 재산으로써 이행할 책임을 부담하는 의무”라고 정의하고(일본 新신탁법 제2조 제9항), 신탁사무의 처리과정에서 수탁자의 채무불이행 및 불법행위책임은 수탁자 개인에게 귀속되는 것을 원칙으로 하면서도 신탁채권자와의 사이에서 신탁재산만 대상으로 그 이행책임을 부담하는 취지의 합의가 있는 경우의 신탁채권은 그 합의대로 효력이 인정된다고 규정하고 있다(일본 新신탁법 제21조 제2항 제4호).

우리나라의 경우에도 실무상 수탁자의 전문적인 능력, 기술동향의 변화를 신속하게 판단하는 능력이 필요한 사업, 자산유동화사업 등의 분

²¹⁵ 이계정, 앞의 책, 63면.

야에서 수탁자가 제3자에 대하여 부담하는 채무의 책임재산을 신탁재산에 한정하는 취지의 거래가 이루어졌고, 학설은 ‘수탁자가 신탁사무로서 부담하는 채무에 관하여는 신탁재산의 범위만으로 책임을 부담하는 계약, 즉 ‘수탁자의 책임재산이 신탁재산에 한정된다고 하는 집행제한계약’이라고 해석하고 그 유효성을 인정하고 있다²¹⁶.

나. 유한책임신탁

그런데 위와 같은 책임한정특약은 개별적인 사안마다 특약을 체결하여야 하고, 이러한 특약은 그 거래 상대방과의 사이에서만 효력을 가지므로, 책임한정의 내용이 당사자 별로 각각 달라질 우려가 있고, 신탁을 통하여 신탁의 수익권을 증권화하거나 상신탁을 사업신탁으로 발전시키는데 한계가 있었다²¹⁷. 또한 신탁재산이 채무초과 상태인 경우 채권자 간의 공평을 담보하기 위하여 ‘신탁재산’에 대하여 파산절차를 개시할 필요성이 있다는 논란이 있었고, 수탁자의 의무 위반으로 신탁재산이 감소한 경우 채권자보호에 미흡하다는 문제점이 제기된 바 있다²¹⁸. 이에 개정 신탁법은 유한책임신탁제도를 도입하였다(신탁법 제11장). 책임한정특약의 한계를 입법적으로 극복한 것으로 평가된다²¹⁹.

3. 수탁자의 책임제한과 비용상환

가. 책임한정특약의 경우

책임한정특약은 개별적인 사안에서 해당 계약의 당사자 사이에서만

²¹⁶ 오영준, 앞의 논문, 28면.

²¹⁷ 김태진, 앞의 논문, 305면.

²¹⁸ 오영준, 앞의 논문, 29면.

²¹⁹ 류창호, 앞의 논문, 87면.

효력을 갖게 될 것인 데, 이러한 계약을 체결하지 아니한 채권자의 경우 신탁재산이 부족하다면 수탁자에게 고유재산으로 해당 채무를 이행할 것을 청구할 수 있다. 수탁자는 책임한정특약을 체결하지 아니한 채권자에 대하여는 무한책임을 부담하므로 고유재산으로도 채무를 이행할 의무를 부담하고, 고유재산으로 그 이행을 하였다면 신탁법상 비용상환청구권 규정에 따라 신탁재산으로 보상받을 수 있다. 또한 수탁자는 신탁재산이 필요한 비용을 충당하기에 부족할 우려가 있다면 수익자에게 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있고, 고유재산으로 먼저 이행한 경우 수익자에 대하여도 비용상환을 구할 수 있다(수익자에 대한 비용상환청구에 관하여는 제2절에서 후술).

한편, 수탁자가 책임한정특약을 체결한 채권자에 대하여 고유재산으로 해당 채무를 이행하였다면, 수탁자가 신탁법상 비용상환청구권 규정에 기해 신탁재산 또는 수익자에게 구상할 수 있는 지의 문제가 발생한다. 이는 아래에서 살펴보는 유한책임신탁에서도 동일하게 적용되는 쟁점이다. 신탁법이 수탁자에게 비용상환청구권을 인정하는 근거가 수탁자의 무한책임원칙에서 비롯된 것이라면, 수탁자가 책임한정특약에 따라 유한책임을 지는 경우에는 신탁법 제46조의 조항이 적용되지 않고, 민법의 일반법리에 따라 해결되어야 할 것으로 판단된다. 자세한 내용은 아래 나.항에서 함께 기술하기로 한다.

나. 유한책임신탁의 경우

유한책임신탁은 등기를 하여야 그 효력이 발생하므로(신탁법 제114조 제1항), 신탁상 모든 채권자들에게 공시가 된다. 따라서 채권자는 신탁재산이 부족한 경우에도 채권자는 수탁자에게 고유재산으로 이행할 것을 청구하지 못하고, 수탁자는 고유재산으로 해당 채무를 이행할 의무

가 없다.

그런데, 책임한정특약이 적용되는 채권자와의 관계에서와 마찬가지로, 수탁자가 고유재산으로 위 채무를 이행한 경우의 법률관계가 문제된다. 신탁법이 수탁자에게 비용상환청구권을 인정하는 근거를 수탁자의 무한책임원칙에서 찾는다면, 수탁자가 유한책임을 지는 경우에는 신탁법 제46조의 조항이 적용되지 않는다고 생각된다(그리고 신탁법상 비용상환청구권으로 청구하는 경우와 민법상 구상권으로 청구하는 경우 그 구상범위는 달라질 수 있을 것이다). 수탁자의 유한책임에도 불구하고 고유재산으로 이를 이행하였음을 이유로 신탁재산에 구상한다면 상계, 우선변제권, 자조매각권 등으로 신탁채권자보다 우위를 갖게 되어 신탁채권자의 권리를 해할 가능성이 있기 때문이다.

그렇다면 수탁자는 유한책임을 지므로 고유재산으로 채무를 이행할 의무가 없고, 따라서 수탁자의 채무 이행은 제삼자의 변제에 해당한다(민법 제469조). 그렇다면 수탁자는 ①채무자와 사이에 위임 기타의 계약관계가 있다면 그에 기하여 구상할 수 있고(민법 제688조 제1항에 따라 지출한 필요비 및 그 이자를 청구할 수 있다), ②이러한 계약관계가 존재하지 않는다면 사무관리에 따라 구상할 수 있다(민법 제 739조 제1항에 따라 필요비 또는 유익비의 상환을 구할 수 있고, 본인의 의사에 반하는 경우에는 본인의 현존이익의 한도에서 구상할 수 있다).

그런데 여기에서 두 가지의 의문점이 제기된다. 첫 번째는, ‘채무자’가 누구인지이다. 신탁재산은 법인격을 갖지 않으므로 신탁재산을 채무자로 삼을 수는 없다. 수탁자의 유한책임의 취지가 수탁자 보호에 있고, 우리 신탁법 제46조 제4항이 최종적인 상환의무를 수익자에게 부담시키려는 것으로 해석한다면, 수익자를 ‘채무자’로 볼 수 있을 것으로 판단된다. 두 번째는, 이해관계 없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여

변제하지 못하는데(민법 제469조 제2항), 우리 판례는 ‘이해관계²²⁰’를 좁게 해석하므로 수탁자가 ‘이해관계 있는 자’에 해당하는지 명확하지 않고, 채무자인 수익자의 반대의사가 명확한 경우에 변제의 효력도 문제가 된다²²¹.

만일 수탁자의 제삼자 변제가 효력이 있다면, 이는 임의변제에 해당하므로 수탁자는 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있고, 수탁자는 변제자 대위에 의하여 수익자에게 최종적인 보상을 받을 수 있을 것으로 보인다(신탁법 제46조 제4항이 아닌 민법 제481조에 의거한 수익자에 대한 구상).

VII. 비용의 충당

1. 문제의 제기

수탁자가 신탁재산으로부터 비용을 상환 받는 경우, 신탁재산 중 어느 부분으로 충당할 것인지 문제된다. 비용의 분담 내지 충당 문제는 비용상환청구 단계뿐만 아니라 신탁재산에서 비용을 지출하는 때에도 발생한다²²². 수탁자가 신탁재산으로부터 비용을 상환 받게 되면, 그에 상응하여 수익자에게 돌아갈 신탁이익은 감소할 수밖에 없다. 또한 수탁자는 공평의무를 지는데(UTC §803²²³, 신탁법 제35조), 원본 또는 수

²²⁰ ‘이해관계’ 있는 자라 함은 변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나 또는 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는 지위에 있기 때문에 변제함으로써 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상 이익을 가지는 자를 말하고, 단지 사실상의 이해관계를 가진 자는 제외된다(대판 1991. 7. 12. 선고 90다17774, 17781 판결 참조).

²²¹ 한편, 대법원은 제삼자의 변제에 반하는 채무자의 의사는 제삼자가 변제할 당시의 객관적인 제반사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하며 함부로 채무자의 반대의사를 추정함으로써 제삼자의 변제효과를 무효화시키는 일은 피하여야 한다고 보고 있다(대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카1644, 공보 1988, 1464 판결 참조).

²²² 최수정, 앞의 책(주 31), 411면.

²²³ UTC §803 IMPARTIALITY : If a trust has two or more beneficiaries, the trustee shall act impartially in investing, managing, and distributing the trust property, giving due regard to the

입 중 어디에서 지출 또는 충당하는지에 따라서 원본수익자와 수입수익자의 각자의 지위나 수익권의 가치가 달라진다²²⁴. 신탁상 정함이 있다면 그에 따르고, 정함이 없는 때에는 신탁의 목적에 비추어 신탁재산의 운용의 전반적인 예상수지 고려하여 원본수익자와 수입수익자에게 공평하게 비용이 배분되도록 하여야 한다²²⁵.

2. 미국의 원본·수입에 관한 표준법

이와 관련하여, 미국에서는 원본과 수입의 할당 또는 비례적 분담과 관련된 많은 문제들을 해결하기 위하여 원본·수입에 관한 표준법 (Uniform Principal and Income Act : UPIA)을 제정하였다²²⁶. UPIA §501은 ①보수의 1/2, ②회계, 재판절차 그 밖에 수입 및 잔여권을 포함하는 사항과 관련된 비용의 1/2, ③신탁재산의 보존, 관리 및 수입의 배분과 관련한 통상적인 모든 비용, ④원본 재산의 손실이나 재산으로부터 발생하는 수입이 손실과 관련하여 주기적으로 발생하는 보험료는 수입에서 충당하도록 한다²²⁷.

그리고 §502(a)는 ①보수의 1/2, ②원본을 기초로 산정된 수탁자의 상

beneficiaries' respective interests.

²²⁴ 최수정, 앞의 책(주 31), 411면.

²²⁵ 최수정, 앞의 책(주 31), 411~412면.

²²⁶ 임채웅, 앞의 책(주 49), 321면.

²²⁷ §501. DISBURSEMENTS FROM INCOME

A trustee shall make the following disbursements from income to the extent that they are not disbursements to which Section 201(2) (B) or (C) applies:

- (1) one-half of the regular compensation of the trustee and of any person providing investment advisory or custodial services to the trustee;
- (2) one-half of all expenses for accountings, judicial proceedings, or other matters that involve both the income and remainder interests;
- (3) all of the other ordinary expenses incurred in connection with the administration, management, or preservation of trust property and the distribution of income, including interest, ordinary repairs, regularly recurring taxes assessed against principal, and expenses of a proceeding or other matter that concerns primarily the income interest; and
- (4) recurring premiums on insurance covering the loss of a principal asset or the loss of income from or use of the asset.

환청구, ③원본에 속하는 채무의 이행, ④신탁의 해석 내지 신탁재산의 보호를 포함하여 주로 원본과 관련한 절차에서 발생하는 비용, ⑤신탁이 소유자이고 수익자인 보험에서 수입에서 지출되지 않은 보험료, ⑥상속 세나 양도세, ⑦환경과 관련한 지출은 원본에서 충당하도록 한다²²⁸.

제 2 절 수익자에 대한 비용상환

I. 문제의 제기

우리 신탁법은 신탁재산이 신탁사무 처리에 필요한 비용이나 수탁자가 과실 없이 입은 손해를 충당하기 부족하게 될 우려가 있는 때에는 수익자로부터 비용상환을 받을 수 있는 것으로 규정한다(신탁법 제46조 제4항, 제5항). 신탁재산에 대한 보상청구와 달리 수익자에 대한 보상청

²²⁸ §502. DISBURSEMENTS FROM PRINCIPAL

- (a) A trustee shall make the following disbursements from principal:
- (1) the remaining one-half of the disbursements described in Section 501(1) and (2);
 - (2) all of the trustee's compensation calculated on principal as a fee for acceptance, distribution, or termination, and disbursements made to prepare property for sale;
 - (3) payments on the principal of a trust debt;
 - (4) expenses of a proceeding that concerns primarily principal, including a proceeding to construe the trust or to protect the trust or its property;
 - (5) premiums paid on a policy of insurance not described in Section 501(4) of which the trust is the owner and beneficiary;
 - (6) estate, inheritance, and other transfer taxes, including penalties, apportioned to the trust; and
 - (7) disbursements related to environmental matters, including reclamation, assessing environmental conditions, remedying and removing environmental contamination, monitoring remedial activities and the release of substances, preventing future releases of substances, collecting amounts from persons liable or potentially liable for the costs of those activities, penalties imposed under environmental laws or regulations and other payments made to comply with those laws or regulations, statutory or common law claims by third parties, and defending claims based on environmental matters.
- (b) If a principal asset is encumbered with an obligation that requires income from that asset to be paid directly to the creditor, the trustee shall transfer from principal to income an amount equal to the income paid to the creditor in reduction of the principal balance of the obligation.

구는 신탁의 성질로부터 당연히 도출되는 것은 아님에도²²⁹, 우리 신탁법은 이를 인정하고 있는 것이다.

수탁자가 신탁행위에서 허용된 거래 또는 투자를 하였는데 신탁재산의 가치가 하락하여 부채금액이 신탁재산의 가치를 초과한 채무초과상태가 발생한 경우, 수익자에게 최종적인 상환의무를 지울 것인지에 관하여 채권자 보호 가치와 수익자 보호 가치가 충돌하는데²³⁰, 수익자가 비용상환의무를 부담한다는 것은, 수탁자의 대외적 신탁채무에 대하여 간접적인 무한책임을 부담하는 것과 같다²³¹.

물론 신탁행위로 수익자에게 비용상환청구를 할 수 있도록 합의하는 것은 사적 자치에 따라 가능하겠으나, 신탁행위로 합의한 바가 없더라도 법률에 의해 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정하는 것이 타당한지에 관하여는 논의가 필요하다. 후술하는 바와 같이 우리 신탁법은 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정하고 있지만, 그 타당성에 관하여는 의문이 있다.

따라서 본 절에서는, 수익자에 대한 비용상환청구권과 관련한 외국의 입법례를 개관하고 우리 신탁법 규정의 당부에 관하여 검토한다. 또한 수익권의 성격을 선제적으로 살펴보기로 한다.

II. 신탁의 본질과 수익권의 성격에 관한 논의

1. 영미에서의 논의

수익권이 대인적 권리인지(personal right), 대물적 권리(proprietary right)

²²⁹ 최수정, 앞의 책(주 31), 413면.

²³⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 384면

²³¹ 이근영, 앞의 논문(주 122), 257면

인지에 대하여 영미에서조차 견해의 대립이 있다²³². 그리고 영미신탁의 수익권의 성질에 관하여는 물권적 권리로 파악하는 것이 논리적이라는 견해가 있다²³³. 수탁자가 신탁재산을 처분하더라도 수익자에게 제3자에 대한 추급권 행사가 인정되고, 수탁자의 파산 시 수익자가 이익권을 행사함으로써 대륙법계의 환취권 행사와 같은 효과를 내며, 수익자와 제3자 사이에 의제신탁이 성립하여 제3자에게 수익권을 주장할 수 있다는 점에 비추어, 채권적 권리와는 가장 구별되는 배타성(excludability)이 있기 때문이다²³⁴.

영미법에서는 ‘관계’에 의한 권리의무관계의 창설을 대륙법체계에 비하여 넓게 인정하는 경향이 있으므로²³⁵, 영미법상 신탁관계를 대륙법계 차원에서의 채권적 관계인지 또는 물권적 관계인지로 단정짓기는 곤란한 점 있다²³⁶. 하지만 영미신탁에서 형평법원이 수익자에 대한 지위를 강화해 온 역사적 배경과 수익자에게 형평법상 추급권을 인정하는 점에 비추어 볼 때²³⁷, 영미신탁에서 수익권은 대물적 권리로 해석할 수 있다고 본다.

²³² 이계정, 앞의 책, 76~82면, 139면 각주 374; Scott & Ascher on Trusts, Vol. 1, pp.3~4 : 신탁을 물권법으로 접근하려는 가장 대표적인 학자가 Scott 교수이다. Scott 교수는 신탁을 계약으로 보려는 F. W. Maitland의 견해(the trust is an institute of great elasticity and generality: as elastic, as general as contract)에 반대하면서, 물권법적 시각에서 ‘신탁은 재산을 처분하는 제도(the trust is a device for disposing of property)’라고 설명한다. Res 2nd §197. comment b.에서는, “신탁의 성립은 계약이라기 보다는 신탁재산을 대상으로 한 수익권의 이전으로 파악하여야 한다(The creation of a trust is conceived of as a conveyance of the beneficial interest in the trust property rather than a contract)”라고 설명하고 있다.

²³³ 이계정, 앞의 책, 82면; 이계정, 앞의 논문, 70~71면; 이연갑, 신탁법상 수익자의 지위, 민사판례연구(XXX), 박영사(2008), 918면 이하; 류창호, “신탁에서의 물권법정주의에 관한 연구- 영미법계와 대륙법계의 소유권을 중심으로”, 법학연구 제24권 제2호 (2016. 4), 경성대학교 법학연구소, 86면.

²³⁴ 이계정, 앞의 논문, 70~71면.

²³⁵ 임채웅, 앞의 책(주 29), 198면 각주 16.

²³⁶ 임채웅, 앞의 책(주 29), 198면 각주 16.

²³⁷ 이계정, 앞의 책, 82면.

2. 일본에서의 논의

영미의 신탁법을 수입한 일본에서는 신탁의 본질 내지 수익권의 성격에 관하여 끊임없이 논의가 있었다. 이러한 논의는, 일본 사법체계의 기본법인 민법규정이 대륙법의 규정에 그 기원을 두고 있는데 반하여 신탁법의 법제사적 기원은 영미법상 이용제도이기 때문에, 체계적 정합성의 문제에서 시작되었다²³⁸. 논의를 개괄하면 아래와 같다.

1) 채권설²³⁹

물권과 채권의 준별이라는 판택텐 체계에 충실하게 해석하여, 수익자의 권리를 수탁자에 대한 채권으로 본다. 신탁은 ① ‘재산권의 이전 기타의 처분’과 ② ‘일정한 목적을 위한 관리·처분’이라는 두 가지 개념요소로 이루어져 있는데, 전자를 물권적 효력으로, 후자를 채권적 효력으로 규정한다. 신탁재산에 관한 물권적 성질의 권리는 신탁법에 따라 인정된 특별법상 권리라고 본다²⁴⁰.

2) 실질적 법주체성설²⁴¹

물권과 채권의 준별이라는 사상을 가지고 있지 않은 영미법상 신탁 제도를 이해하는 데 있어, 양자의 준별을 전제로 하는 대륙법적 구조를

²³⁸ 안성포, 앞의 논문(주 1), 755~769면. 일본에서는 신탁제도를 “물위에 떠있는 기름과 같은 이질적인 존재”로 평가하기도 한다(四宮和夫).

²³⁹ 정순섭/노혁준, 신탁법의 쟁점1, BFL 총서 10, 小花(2015), 32~33면; 안성포, 앞의 논문(주 1), 756면 각주 16 : 채권설은 일본 신탁법 제정 초기부터 유력하게 주장되어 온 학설이며, 현재까지도 일본에서 통설적 지위를 가지고 있다고 평가되고 있다. 池田寅二郎, 青木徹二, 入江眞太郎 등이 대표적으로 채권설을 주장하는 학자이다.

²⁴⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 463면.

²⁴¹ 정순섭/노혁준, 앞의 책, 34~35면; 안성포, 앞의 논문(주 1), 756면 각주 26 : 四宮和夫, 信託法(有斐閣, 1958)에서 전개된 견해이다.

원용한다는 것 자체에 문제가 있다고 보고, 수탁자는 신탁재산에 대한 (배타적)관리자로서의 명의 및 관리권을 갖고, 수익자는 수탁자에 대한 채권과 신탁재산에 대한 물적 권리를 보유한다는 입장이다. 신탁재산의 실질적 법주체성의 승인(신탁재산의 독립성 강조), 수탁자의 관리자적 성격의 승인(수탁자의 소유자성 부인), 수익권의 물적 권리성의 승인(수익권의 단순한 채권성 부인)을 요체로 한다.

3) 제한적 권리이전설²⁴²

수탁자에게 완전권이 귀속한다는 채권설의 기본명제를 비판하면서, 소유권은 대내적으로는 수익자에게 귀속하지만, 대외적으로는 수탁자에게 귀속한다고 주장하거나(소유권의 대내외적 분리에 기초한 제한적 권리이전), 수탁자의 신탁재산에 대한 권리는 신탁 목적이 관리인 경우에는 관리권으로, 처분인 경우에는 처분권으로 보아야 한다고 주장한다(신탁 목적에 의한 제한적 권리이전).

4) 수물권설²⁴³

수탁자는 대외적으로 무한책임을 부담하므로 대외적으로 소유자와 동일한 법적 지위에 있다고 보고, 수익권의 대물적 권리성을 부정한 후 수익권을 ‘수물권’이라는 특수한 채권으로 본다. 여기서 수물권이란 “물의 성질에 따라 변화하는 채권”으로서, 일본 민법상 수물권의 개념과 동질의 권리를 찾아본다면 “등기된 부동산임차권”을 예로 들 수 있다.

²⁴² 정순섭/노혁준, 앞의 책, 35~36면; 안성포, 앞의 논문(주 1), 756면 각주 31 : 岩田新, 信託法新論(有斐閣, 1933)에서 전개된 견해이다.

²⁴³ 정순섭/노혁준, 앞의 책, 36~37면; 안성포, 앞의 논문(주 1), 756면 각주 32 : 大阪谷 雄, 信託法の研究(信山社, 1991)에서 전개된 학설이다.

한편, 일본 新신탁법은 수익권을 “신탁행위에 기초하여 수탁자가 수익자에 대하여 부담하는 채무로서 신탁재산에 속한 재산의 인도와 그 외 신탁재산에 관한 급부와 관련된 채권, 그리고 이것을 확보하기 위하여 이 법률의 규정에 의하여 수탁자와 그 외의 자에게 일정한 행위를 구할 수 있는 권리”로 정의하고 있다(일본 新신탁법 제2조 제7항). 채권설의 입장에 있다고 해석될 여지가 많지만 다른 설을 배제하는 적극적인 근거가 되기는 어려운 것으로 보인다²⁴⁴.

3. 우리나라에서의 논의

우리나라에서는 일본에서의 논의의 연장선상에서 수익권의 성질에 대한 설명이 이루어지고 있다²⁴⁵.

1) 채권설²⁴⁶

수익자의 지위를 채권자로 파악하는 것이 우리 신탁법의 체계상 적절하다고 주장하는 견해이다. 수탁자를 신탁재산의 소유자로 보아야 하는 이상 수익자의 지위는 채권자로 파악하여야 하며, 수익자가 가지는 강력한 권리들은 신탁제도의 특성상 수익권의 보호를 위해 신탁법이 명시적으로 수여한 권리들로 이해한다.

2) 수정된 채권설²⁴⁷

²⁴⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 467면.

²⁴⁵ 이계정, 앞의 책, 116~125면.

²⁴⁶ 최수정, “수익자취소권 재고”, 법조 제693호(2014), 177~180면.

²⁴⁷ 이연갑, 앞의 책, 63~67면; 이연갑, 앞의 논문(주 28), 195면; 이근영, “신탁법상 수익자의 수익권의 의의와 수익권 포기 : 신탁법 제42조 제3항을 중심으로”, 민사법학 제30호(2005), 197면.

수익권에 부여된 권리는 채권이지만, 이는 신탁재산의 법률상 소유권이 아니라는 소극적인 의미에 불과하다고 보는 견해이다. 수탁자가 신탁 목적에 반하여 제3자에게 신탁재산을 처분한 경우에 제3자로부터 이를 되찾아올 수 있고, 수탁자의 채권자에 의한 강제집행의 대상에서 제외시킬 수 있다는 점에서 물권에 가깝게 강화된 채권을 가진다고 설명한다.

3) 사원권설²⁴⁸

이 견해의 출발점은, 채권설이나 물권설로는 수익권의 전부를 설명할 수 없기 때문에 수익자의 법적 지위로부터 수익권의 성질을 규명해야 한다는 것이다²⁴⁹. 신탁은 수탁자의 인격을 차용해 수익자로 하여금 수익하게 하는 단체적 법률관계이기 때문에, 신탁에서의 수익자의 지위는 회사에서의 사원의 지위와 유사한 사원권적 성질을 가진다는 견해이다. 수익자는 신탁이라는 단체에서 재산의 실질적 소유자로서의 지위(사원권적 지위)를 가지고, 그에 기하여 여러가지 이익과 권리를 향유하며(자익권), 단체의 대표권과 업무집행권을 행사하는 수탁자를 감시, 감독하며(수탁자 감독권능), 중요한 사항에 대해서는 신탁의 의사를 결정하는 지위(신탁운영권)를 갖는다고 주장한다.

4) 가치지배권설²⁵⁰

²⁴⁸ 이중기, 신탁법, 삼우사(2007), 448~453면.

²⁴⁹ 안성포, “신탁방식에 관한 비교법적 검토-소유권개념과 수익권의 법적 성질을 중심으로”, 법학논총 37(1)(2017), 173면.

²⁵⁰ 이계정, 앞의 책, 118면. 가치지배권설에 대한 자세한 내용은, 장현옥, “부동산 신탁에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교(1997. 12), 108면 참조. 일본의 다나카 미노루(田中實)가 信託法入門(有斐閣, 1992)에서 전개하던 견해이기도 하다(이계정, 앞의 책, 118면 각주 336).

신탁재산권을 기능상으로 관리권과 가치지배권으로 나누어, ‘관리권’은 수탁자에게 귀속하고 ‘가치지배권’은 수익자나 위탁자에게 귀속한다고 보는 견해이다. 관리권은 재산권을 관리, 운영함으로써 가치생산기능을 갖고, 가치지배권은 그 생산한 가치를 지배하는 기능을 갖는다.

5) 물적 상관관계설²⁵¹

수익권은 일반적으로 수탁자에 대한 채권이지만, 실질적으로 신탁재산에 대한 채권이고, 신탁재산에 대한 물적 상관관계(物的 相關關係)를 가지는 물적 권리라고 보는 견해이다.

6) 물권화된 채권설²⁵²

수익자에게 형평법상의 소유권을 인정할 수 없지만, 그에 상응하는 물권화된 지위를 인정할 수 있다는 견해이다. 개정 신탁법은 영미 신탁의 기본구조에 충실하게 수익자의 권리를 강화하였고, 형평법상의 소유권이라는 개념으로 수익권을 보호해 온 영미의 전통이 우리 신탁법에서는 변형된 형태로 도입되어 있다고 볼 수 있으므로, 수익자의 권리를 단순히 채권이라고 말할 수 없다고 주장한다. 따라서 이 견해는 물권법 정주의에 비추어 수익권을 물권이라고 하기는 어려우나, 수익권에 관한 물권적 보호를 염두에 두고 수익권이 신탁원부를 통해 공시된다는 점을 고려하여 수익권을 ‘물권화된 채권’으로 본다.

²⁵¹ 최동식, 앞의 책, 328면. 일본의 四宮교수의 견해를 따르는 보인다.

²⁵² 이계정, 앞의 책, 143~152면 : 이 견해에 의하면, 우리 민법상 ‘물권화된 채권’의 개념을 인정하는 것이 결코 이례이라고 보기 어렵다고 한다. 채권인 임차권에 대해서 통설은 공시방법을 갖춘 경우에 방해배제청구권을 인정하고 있으며, 주택임차보호법, 상가건물임차보호법 제정을 통해 임차권의 물권화가 진행되어 임차인의 대항력, 우선변제권, 소액임차인의 최우선변제권에 대하여 이른바 법정담보물권의 성격까지 부여하고 있을 정도로 물권적 보호를 하고 있음을 예로 들 수 있다.

7) 물권설²⁵³

신탁법이 수익권이라는 새로운 물권을 창설하여 물권법정주의의 원칙을 수정한 것으로 보는 견해이다. 수익자는 신탁재산의 독립성에 따라 수탁자의 개인 채권자의 집행에 대항할 수 있고, 수익자의 철회권이 인정되는 데, 위 권리는 모두 대세적 효력과 배타적 효력을 가진다는 점에서 수익권은 물권에 해당한다고 주장한다.

8) 판례

우리 판례는 수탁자의 완전한 소유권을 인정한다는 점에서, 기본적으로 채권설에 입각한 것으로 해석된다²⁵⁴.

- ① “부동산의 신탁에 있어서 신탁자의 위탁에 의하여 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 경료하게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 신탁기간의 만료 등 신탁종료의 사유가 발생하더라도 수탁자가 수익자나 위탁자에게 목적부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하게 됨에 불과할 뿐, 당연히 목적부동산의 소유권이 수익자나 위탁자에게 복귀된다고 볼 수는 없다.”(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결)
- ② “부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 수탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 수탁자에게 유보되어 있는 것은 아

²⁵³ 류창호, 앞의 논문(주 235), 86면. 부동산신탁에서의 수익권을 물권으로 이해하는 견해에 찬동하는 견해이다.

²⁵⁴ 이계정, 앞의 책, 121~125면.

나라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.”(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결)

4. 판단

신탁은 영미법에서 기원한 제도이지만, 법적 안정성을 위하여 우리 법체계에 따라 조화롭게 해석하여 운용하는 것이 바람직하다고 판단된다²⁵⁵. 이질적인 역사와 법문화를 토대로 발전된 제도를 도입함에 있어, 해당 국가의 법체계에 맞추어 변용하는 것은 불가피한 작업이고, 서로 다른 법리적 기반을 둔 법제를 정치하게 일치시키는 것은 매우 어려운 일이다. 따라서 우리 사법체계에 따라 수익권의 성질을 규명하면, 수익권은 기본적으로 채권이라고 판단된다.

먼저, 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다(신탁법 제31조)는 점에서 신탁법상 신탁재산의 귀

²⁵⁵ ①최수정, 앞의 논문(주 248), 178면 : 수익권은 애초부터 완결된 형태의 권리가 아니었으며, 오랜 세월 형평법원에 의하여 구체적인 상황에서 그 권리가 형성, 확장, 강화되어왔다. 그러므로 역사, 제도적 배경을 달리하는 현재의 우리 법체 계에서 수익권의 성질을 이론으로 정치하게 해명하려는 시도가 어려움에 봉착하는 것은 오히려 자연스러운 일일지 모른다. 그리고 수익권의 법적성질이 신탁의 구조를 이해하고 신탁법을 해석함에 있어서 유용하기는 하지만 필수불가결한 것은 아니다.

②김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 467면 : 수익권의 법적 성질에 관한 견해가 일치하지 않는 상황에서 신탁법이 직접 그 성질을 명시하는 것도 적절하지 않은 바, 신탁법은 구신탁법과 마찬가지로 수익권 자체의 개념이나 성질을 정의하는 규정을 두지 않았다.

③임채웅, 앞의 책(주 49), 3면 : 우리나라에도 신탁제도가 도입되어 신탁에 관한 기본법이라 할 수 있는 신탁법이 있고, 그 외에도 신탁과 관련된 법령들이 정비되어 있다. 따라서 이제는 우리의 제도라고 할 수 있는 데, 우리의 제도가 된 이상 우리의 법체에 맞추어 수용되고 해석되어야 할 것이다.

속주체는 수탁자이다. 또한 개정 신탁법이 수익자의 지위를 강화한 한 것은 사실이지만²⁵⁶, 신탁재산의 강제집행에 대하여 제3자 이익을 할 수 있는 주체에는 수익자뿐만 아니라 위탁자와 수탁자가 포함되고(신탁법 제22조), 원상회복청구권을 행사할 수 있는 주체에도 위탁자 및 수탁자가 포함되며(신탁법 제43조)²⁵⁷, 수익자 취소권(신탁법 제75조)이 행사되면 신탁재산이나 그 대위물은 수탁자에게 물권적으로 귀속하고 수익자는 수익권에 기하여 반환청구권을 대위행사할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다는 점에서, 우리 신탁법상 수익자의 취소권 또는 원상회복청구권은 채권적 청구라고 해석할 수 있다고 생각된다.

한편, 일반적으로 수익권의 내용에는 ① 신탁행위로 정한 바에 따라 신탁의 운용 수익을 지급받을 권리, 신탁이 종료되었을 경우 신탁재산 및 그 운용수입에서 비용상환청구권 등의 제비용을 차감한 신탁수익을 한도로 수익을 지급받을 수 있는 권리{수익금, 수입수익권(*income beneficiary*)}와 ② 신탁종료 시 신탁재산의 귀속을 구할 수 있는 청구권{소유권이전등기청구권, 원본수익권(*capital interest*)} 등이 포함된다고 할 수 있다. 이 경우 수입수익권을 가지는 수익자는 수탁자에 대하여 일정한 시기에 신탁원본으로부터 발생한 수입의 지급을 청구할 수 있는 데 이는 여타의 채권과 다르지 않고, 원본수익권의 경우에도 수익자가 신탁재산의 소유자인 수탁자에 대하여 그 이전을 구하는 권리는 채권이다²⁵⁸.

또한, 신탁행위로서 일반 수익자에 우선하는 우선수익자를 정할 수 있고, 같은 종류의 수익권을 가진 것이 아니라 다른 종류의 수익권을

²⁵⁶ 영미 신탁법의 수익자에 관한 물권적 권리 부여를 우리 신탁법이 수용한 것으로 이해되는 조문에 관한 자세한 설명은, 이계정, 앞의 책, 139~143면 참조.

²⁵⁷ 수익자에게 제3자 이익권, 원상회복 청구권이 인정된다는 사실에 비추어 수익자가 일반적인 계약상 채권자와 달리 강화된 지위를 갖는 것이지만, 위탁자와 수탁자 역시 해당 권리의 주체라는 점에서, 우리 신탁법은 신탁 목적에 따라 신탁이 운영될 수 있도록 신탁의 기능에 초점을 맞춘 것이 아닌가 생각된다.

²⁵⁸ 최수정, 앞의 논문(주 248), 179면.

가지는 경우도 있다. 신탁법이 강행규정으로 둔 수익자의 권리(신탁법 제61조)는 배제할 수 없겠으나, 수익자가 가진 수익권의 내용이 다르더라도 그 내용을 외부의 제3자가 분명히 알 수 있는 것은 아니다. 신탁재산의 공시와 관련하여, 등기·등록이 가능하지 않은 재산(동산, 금전, 채권)의 신탁의 경우에는 공시가 어렵고, 신탁재산이 부동산인 경우에도 등기원인 외에 신탁원부를 별도로 발급받아야 하는 수고로움이 있기 때문이다. 그러므로 수익권은 기본적으로 채권이라고 보는 것이 거래안전에 도움이 된다.

개정 신탁법이 영미 신탁법을 다수 참고하여 수익자 보호를 위한 제규정을 마련한 것은 사실이나, 영미 신탁의 기원과 우리 신탁의 도입과정 및 발전모습은 다른 양상을 띠고 있기 때문에 우리의 사법체계상 수익자의 지위를 강하게 보호하여야 할 필요성에 관하여도 의문이 있다. 또한 수익권에 물권성을 일반적으로 인정하게 되면, 신탁이 발생한 이후 수탁자가 수익자의 동의를 얻어 신탁재산에 담보물권, 용익물권 또는 임차권을 설정하는 경우에 해당 담보물권, 용익물권, 임차권 및 수익권의 순위를 정함에 있어 혼란이 초래될 가능성이 있다.

따라서 수익자가 갖는 신탁법상 강화된 권리는 수탁자가 대외적으로 완전한 재산권을 갖는데 대응하여 신탁법이 수익자를 보호하기 위하여 특별히 부여한 권리로 봄이 타당하다고 판단된다. 수익권은 채권이지만, 수탁자의 신탁위반으로부터 강한 보호를 받는, 신탁법에 의하여 보호되는 채권이라고 말할 수 있을 것이다²⁵⁹.

²⁵⁹ 이상과 같이 본 논문은 우리 민사법 체계에 친화적인 채권설을 따르고 있다. 한편, 수탁자의 소유권은 중국적으로 신탁 목적과 충실의무에 의해 내재적인 제한을 받고, 수익자의 권리는 신탁의 최종 목적 달성을 위하여 강화되어 있다. 이러한 신탁의 본질을 대륙법계의 사고만으로는 설명하기 어려운 것이 사실이다. 제한된 수탁자의 소유권과 확장된 수익자의 권리 사이의 상관관계를 고려한다면, 결국 수익자의 권리는 채권을 기본으로 하면서도 물권성을 겸유하고 있다고 볼 수 있다. 신탁의 본질을 채권설로만 풀기 위하여는 수탁자의 충실의무, 신탁재산의 강제집행 불능, 수익자 취소권 등 수익권의 고유한 특성이 모두 신탁법에 의해 창설된 것으로 해석하

III. 수익자에 대한 비용상환청구권의 인정 여부

1. 입법례

가. 미국의 경우

1) 통일신탁법 및 신탁법 리스데이트먼트의 규율태도

[Uniform Trust Code]	[통일신탁법]
<p>Section 709. Reimbursement Of Expenses</p> <p>(a) A trustee is entitled to be reimbursed out of the trust property, with interest as appropriate, for: expenses that were properly incurred in the administration of the trust; and to the extent necessary to prevent unjust enrichment of the trust, expenses that were not properly incurred in the administration of the trust.</p> <p>(b) An advance by the trustee of money for the protection of the trust gives rise to a lien against trust property to secure reimbursement with reasonable interest.</p>	<p>제709조. 비용의 상환</p> <p>(a) 수탁자는 아래의 비용과 관련하여 적절한 이자와 함께 신탁재산으로부터 상환을 받을 권리가 있다. 신탁의 운영에 있어서 적절하게 발생한 비용 신탁의 운영에 있어서 적절하게 발생한 비용은 아니지만, 신탁에 대한 부당이득을 방지하는 데 있어서 필요한 한도 내에서 지출한 비용</p> <p>(b) 합리적인 이자와 함께 비용 상환을 보장해주기 위하여, 신탁의 보호를 위하여 수탁자가 사전에 비용을 지출한 경우에는 신탁재산에 대하여 우선특권을 가진다.</p>
<p>Section 816. Specific Powers of Trustee</p> <p>Without limiting the authority conferred by Section 815, a trustee may;</p> <p>(15) pay taxes, assessments, compensation of the trustee and of employees and agents of the trust, and other expenses incurred in the administration of the trust;</p>	<p>제816조. 수탁자의 구체적 권한</p> <p>수탁자는 아래에서 규정하고 있는 권한을 행사할 수 있다. 그러나 이것이 제815조(수탁자의 권한)에 의하여 부여된 권한을 제한하는 것은 아니다.</p> <p>(15) 신탁운영에 있어서 발생하는 조세비용, 세금 사정액, 수탁자, 피</p>

게 된다. 따라서 수정된 채권설과 물건화된 채권설은 경청할만한 타견이라고 생각하며, 채권설은 수익권의 특수성을 제대로 설명하지 못하는 한계가 있음을 밝힌다.

	용자 및 대리인의 보수 그리고 신탁운영으로 인하여 발생한 기 타 비용을 지급하는 권한.
--	--

<p>[Restatement (Second) of Trusts]</p> <p>Section 250. Indemnity From The Beneficiary Personally</p> <p>(1) Although the trust estate is not sufficient to indemnify the trustee for expenses properly incurred by him in the administration of the trust, he is not entitled to indemnity from the beneficiary personally, unless there was an agreement either in specific words or otherwise between the trustee and the beneficiary that the beneficiary would indemnify the trustee.</p> <p>(2) If the trustee is entitled to indemnity out of the trust estate for expenses incurred in the administration of the trust and conveys the trust estate to the beneficiary without deducting the amount to which he is entitled as indemnity, he is entitled by to indemnity from the beneficiary personally to the extent of the property so conveyed, unless he manifested and intention to forego his claim to indemnity, or unless the beneficiary has so changed his position that it is inequitable to compel him to indemnify the trustee.</p>	<p>[제2차 신탁법 리스테이트먼트]</p> <p>제250조. 수익자로부터의 개인적 상환</p> <p>(1) 신탁관리로부터 적절하게 발생한 비용에 대하여, 신탁 재산이 수탁자에게 상환하기에 충분하지 않더라도, 수탁자와 수익자 간에 수익자가 수탁자에게 상환한다는 합의나 다른 조건이 없는 한, 수탁자는 수익자로부터 개인적으로 상환 받을 수 없다.</p> <p>(2) 만일 수탁자가 신탁관리로부터 발생한 비용에 대하여 신탁재산으로부터 상환을 받을 수 있음에도 상환 금액의 공제 없이 신탁 재산을 수익자에게 양도한 경우, 수탁자가 상환에 대한 자신의 권리를 포기한다는 의사를 표명하지 않는 한, 또는 수탁자에게 상환을 강제하는 것이 불공평하다고 수익자에 의하여 주장되지 않는 한, 수탁자는 양도된 재산의 범위 내에서 수익자 개인으로부터 상환을 받을 수 있다.</p>
---	---

미국 통일신탁법 하에서 수탁자는 자신의 권능 하에서 적법하게 지출한 비용에 대하여 신탁재산으로부터 상환받을 수 있고(UTC §709), 적절하게 발생한 비용을 공제하고 수익자에게 신탁 재산을 양도할 수 있다(Res 2nd §249(2)의 해석). 그러나 신탁관리로부터 적절하게 발생한 비용에 대하여 신탁재산이 수탁자에게 상환하기에 충분하지 않더라도, 수탁자와 수익자 간에 수익자가 수탁자에게 상환하기로 하는 합의나 조건이 없는 한, 수탁자는 수익자 개인으로부터는 상환을 받을 수 없는 것이 원칙이다(Res 2nd §249(1)).

미국 판례 역시 수익자와 수탁자 사이의 약정이 없는 한 수익자로부터

터 보상받을 수 없다고 본다. 일례로, <Coffman v. Gates> 사건에서 수익자이기도 한 수탁자는 신탁재산과 관련된 소송을 방어하기 위해 비용을 지출하였다. 패소한 그는 다른 수익자들을 상대로 적절한 비율의 비용 상환을 청구하였다. 미 법원은, “수탁자는 신탁재산과 스스로의 이익을 보호하기 위해 자신의 자금을 투입하였으므로, 신탁재산의 분할 매각대금으로부터 적절한 비율의 비용 즉, 그가 지급한 금액의 2/3에 대해 상환을 청구할 수 있다. 그러나 신탁재산의 분할 매각 대금은 비용상환청구 금액을 충족시키기에 부족하기 때문에 수탁자는 신탁 재산의 분할 매각대금 뿐만 아니라 각 수익자를 상대로 한 개인적인 손해배상금을 청구하고 있는바, 수탁자의 비용을 상환하기 위한 명시적이거나 묵시적인 합의가 없는 상태에서 수탁자가 수익자들 개인에게 비용 상환을 청구할 수는 없으며, 그러한 청구는 신탁재산에 한정된다²⁶⁰.”라고 보아, 수탁자가 수익자를 상대로 한 개인적 비용상환은 청구할 수 없다고 판시하였다²⁶¹.

하지만 미국에서도 수익자에 대한 상환청구를 인정하여야 한다는 지적이 유력하며, 그 근거에 관하여는 영국의 사례를 참조하고 있으므로, 이하에서 살펴본다.

2) 신탁재산을 먼저 이전한 경우

²⁶⁰ The trustee paid for himself and for the other parties interested in the lands, and on both principle and authority, it seems to us, that having thus paid out his own money to protect the trust fund or property as well as his own interest, he had a right to look to the trust property for a proportionate reimbursement, that is, for reimbursement of two-thirds of the amount he was out. But the distributive shares of the respondents in the fund are insufficient to meet this demand and appellant asks not only for the whole of the trust fund represented by the distributive shares of respondents arising from the partition sale but for personal judgments against the respective respondents for balances over and above each of their distributive shares. In the absence of any agreement, express or implied, to reimburse appellant, we do not think that he is entitled in this proceeding to look to the cestui que trust individually for reimbursement but is confined to the trust property.

²⁶¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1643.

한편, 수탁자가 신탁재산으로부터 비용을 상환받을 수 있었음에도 불구하고 먼저 신탁재산을 수익자에게 이전하였다면, 그 범위에서는 수익자에 대한 상환청구가 가능하다. 그러나 이 경우에도 수탁자가 비용상환청구권을 포기하거나, 수익자의 지위가 변경되어 비용 상환을 강제하는 것이 형평에 반하는 때에는 상환청구가 인정되지 않는다(Res 2nd §249(2)).

예를 들어, 수탁자가 수익자에게 실수로 과다지급한 경우이다. <Equitable Trust Co. v. Kingsley> 사건에서, 수탁자는 1916년에 신탁재산을 수익자에게 반환하였고, 1918년 회계에서 (이후에 수탁자가 납부해야 했던) 양도세를 공제하지 않은 채 최종 합의를 하였다. 수탁자가 지불한 금액에는 세금뿐만 아니라 법으로 요구되는 시간 내에 미지급함으로 인한 체납금이 포함되어 있었다. 법원은 세금 및 체납금을 반환하라는 수탁자의 청구에 대하여, “수탁자는 수익자들로부터 세금을 해당되는 금액을 회수할 수 있지만 체납 벌금은 회수할 수 없다”라고 판시하였다²⁶².

나. 영국의 경우

<p>[Trustee Act 2000]</p> <p>Section 31. Trustee' expenses</p> <p>(1) A trustee-</p> <p>(a) is entitled to be reimbursed from the trust funds, or</p> <p>(b) may pay out of the trust funds, expenses properly incurred by him when acting on behalf of the trust.</p>	<p>[영국 수탁자법 2000]</p> <p>제31조 수탁자의 비용</p> <p>(1) 수탁자는 신탁 사무를 처리할 때 자신에 의해 적절하게 지출된 비용에 대해,</p> <p>(a) 신탁재산으로부터 상환을 받을 수 있다.</p> <p>(b) 신탁재산으로부터 지급할 수 있다.</p>
--	---

²⁶² Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, p.1644; Equitable Trust Co. v. Kingsley, 197 N.Y.S. 267 (It is, however, entitled to recover the amount of the tax only, and the plaintiff may have a decree directing the repayment to it of the tax heretofore paid, without the penalty).

영국 수탁자법 §31에 의하면, 수탁자가 신탁 사무를 위하여 지출한 비용에 대하여 신탁재산으로부터 상환받거나, 신탁재산으로부터 지급할 수 있다고 하나, 수익자에 대한 보상청구 가부에 관하여는 규정하고 있지 않다. 또한 영국에서 수탁자는 선취특권(equitable lien)에 의해 담보되는 상환청구권을 가지나²⁶³, 이는 어디까지나 신탁재산이 그러한 비용 등을 상환할 수 있는 경우에 한정된다²⁶⁴. 그렇기 때문에 수탁자가 신탁재산으로부터 상환을 받지 못한 부분을 수익자에게 청구할 수 있는지에 관하여는 견해가 나뉜다. 아래에서 살펴보기로 한다.

다. 일본의 경우

일본 舊신탁법에서는 신탁사무의 처리와 관련한 비용에 대하여 수탁자는 수익자에게 보상을 청구할 수 있고, 수익자는 수익권을 포기함으로써 그 의무를 면할 수 있었다. 그러나 일본 新신탁법은 수익자가 수탁자에 대하여 비용 등의 보상책임을 지지 않음을 원칙으로 삼았다. 수탁자는 신탁재산으로부터 비용을 충당하거나 상환 받으며(일본 新신탁법 제49조 내지 제50조), 신탁재산이 부족한 경우 수탁자는 위탁자 및 수익자에 대해 통지를 하고 상당한 기간을 경과하여도 위탁자나 수익자로부터 비용 등의 상환 또는 선급을 받지 못한 때에는 신탁을 종료시킬 수 있다(일본 新신탁법 제52조 제1항). 다만 수탁자는 수익자와 합의에 의해서 당해 수익자로부터 비용 등의 보상을 받을 수 있다(일본 新신탁법 제48조 제5항). 이러한 합의는 위탁자와 수탁자간에 체결되는 신탁계약 자체는 아니며, 그와 별도로 체결되는 것으로 신탁계약에 종

²⁶³ 최수정, 앞의 책(주 31), 412면; Charles Mitchell, Hayton & Mitchell, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 12th ed., Sweet & Maxwell(2005), p.692. 同書의 개정판으로는 Charles Mitchell, Hayton & Mitchell, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 13th ed., Sweet & Maxwell(2010) 참조.

²⁶⁴ 최수정, 앞의 책(주 31), 412면.

된 권리이다²⁶⁵.

이와 같이 일본이 수익자에게 비용보상책임을 부담시키지 않는 것을 원칙으로 채택한 이유는, 신탁행위에 관여하지 않은 수익자에게 비용부담의 위험을 지게 하는 것은 수익자의 의사에 반하고, 수탁자와 수익자가 개별적인 합의를 통하여 비용부담의 리스크를 합리적으로 분배할 수 있다고 보았기 때문이다²⁶⁶.

라. 우리의 경우(제46조 제4항 및 제5항)

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제46조(비용상환청구권)</p> <p>④ 수탁자는 신탁재산이 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있을 때에는 수익자에게 그가 얻은 이익의 범위에서 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있다. 다만, 수익자가 특정되어 있지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우 또는 수익자가 수익권을 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>⑤ 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 자기의 과실 없이 입은 손해를 전보(填補)하기에 신탁재산이 부족할 때에도 제4항과 같다.</p> <p>⑥ 제1항부터 제5항까지의 규정에서 정한 사항에 대하여 신탁행위로 달리 정한 사항이 있으면 그에 따른다.</p>	<p>제42조(수탁자의 비용, 손해비용상환청구권)</p> <p>② 수탁자는 수익자에게 전항의 비용 또는 손해의 보상을 청구하거나 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다. 단, 수익자가 특정되어 있지 아니하거나 존재하지 아니하는 때에는 예외로 한다.</p> <p>③ 전항의 규정은 수익자가 그 권리를 포기한 경우에는 적용하지 아니한다.</p>

일본 新신탁법과 달리, 우리 신탁법은 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정하고 있다. 다만, 수익자 보호를 위하여 신탁재산으로부터 상환

²⁶⁵ 최수정, 앞의 논문(주 107), 682면.

²⁶⁶ 최수정, 앞의 논문(주 107), 681면.

받을 수 없을 때의 보충적 권리로 규정하고 있다(신탁법 제46조 제4항). 이 규정에 따라 수익자는 수탁자와 사이에 비용 또는 손실부담의 약정 없이도 수익자의 지위에서 그와 같은 부담을 지게 된다. 수익자는 원칙적으로 신탁채권자에 대하여 직접적인 책임을 부담하지 않지만, 신탁법 제46조 제4항이 신탁사무처리를 한 수탁자의 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정함으로써, 수탁자의 보상청구권 행사를 통하여 사실상 수익자가 신탁채권자에게 책임을 부담하는 결과에 이를 수 있다²⁶⁷. 이러한 경우 수익자는 수익권을 포기함으로써 그 책임을 면할 수 있는데(신탁법 제46조 제4항 단서), 결국 신탁재산의 부실화로 인한 최종 책임은 수탁자의 부담으로 남게 된다²⁶⁸.

수익자에게 비용상환청구권을 인정하는 이유에 관하여, 법무부는 수익자가 신탁재산으로부터 이익을 취득하는 자로서 신탁재산과 관련하여 발생한 비용 등을 부담하는 것이 공평한 점, 수탁자가 보수를 받지 않는 신탁을 원칙으로 하고 있는 점(제47조 제1항), 신탁행위로 수익자에 대한 비용상환청구권을 배제하면 되는 점 등을 들고 있다²⁶⁹.

2. 수익자에 대한 비용상환청구권의 타당성 여부

가. 영국에서의 논의

1) 판례

수탁자의 수익자에 대한 비용상환청구권에 관하여, 영국의 판례는 ① 자익신탁에서 상환청구권에 관한 합의하에 수탁자가 신탁을 인수한 경

²⁶⁷ 송현진/유동규 공저, 이종훈 감수, 조해 신탁법- 이론·판례·실무, 진원사(2014), 411면.

²⁶⁸ 송현진, 유동규, 앞의 책, 411면

²⁶⁹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 385면. 한편, 수익증권발행신탁의 경우 수익자는 수익증권 취득의 대가에 대한 책임만 부담하는 것을 기대할 것이므로, 수익자에 대한 비용상환청구권은 인정되지 않는다(신탁법 제85조 제7항).

우, ② 수익자가 행위능력자로서 수익권의 전부를 가지는 단독수익자인 경우, ③ 복수의 수익자가 모두 행위능력자이고 그들 외에는 다른 수익권자가 없는 경우 등의 사안에서 긍정적인 바 있다²⁷⁰. 이와 관련하여 <Hardoon v. Belilios>(1901) 사례를 살펴본다²⁷¹.

[사실관계]

주식중개회사(A share brokerage firm)는 그 직원인 Hardoon(이하 ‘원고’)의 명의로 주식을 취득하여(대금 미납), 원고의 이름으로 주식의 일정한 지분을 제공하였다. 이후 주식에 대한 수익권은 대출에 대한 담보로서 최종적으로 Belilios(이하 ‘피고’)에게 양도되었다. 원고는 피고에게, 원고 명의의 지분을 가져갈 것을 요구하였으나 피고는 이를 거절하였다. 이후 중개회사는 파산하였고, 원고는 주식 매입에 대한 대금을 지급한 후 수익자인 피고에게 그 상환을 청구하였다.

하급심 법원(The trial court)은 상환에 관한 계약이 없었으므로, 수익자는 상환의무가 없다고 판단하였으나, 상급심(the Judicial Committee of the Privy Council)은 이를 파기하면서 수탁자의 이러한 권리는 이미 확고한 것이라고 판시하였다.

“정의의 가장 분명한 원칙들에 따르면, 재산의 모든 이익을 얻는 수익자는 (자신의 수탁자가 부담해야 하는 합리적 이유를 입증하지 않는 한) 부담을 받아들여야 한다. 그러한 부담은 법적 의무가 아니지만 공평하며, 그러한 의무를 부정하는 법적 판결은, 그러한 의무를 부과하는 계약이나 관습이 없는 한, 부적절할 뿐만 아니라 과녁을 빗난 것이다. 신탁재산이 양도되는 경우에도, 신탁재산으로부터 비용을 상환 받을 수 있는 수탁자의 권리는 분명하며 논박의 여지가 없다. (.....) 수익자가 성년에 도달한 경우, 신탁재산의 보유로부터 발생하는 책임에 대해 면

²⁷⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 377면; Hayton & Mitchell, pp.692~693.

²⁷¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4, pp.1641~1642. 이후 <Balkin v. Peck>(1998) 사례에서도 동일한 판단이 유지되고 있다(최수정, 앞의 책(주 31), 413면 각주 287.)

책을 요구할 수 있는 수탁자의 권리는 결코 신탁재산에만 한정되는 것이 아니다. 더 나아가 수탁자를 면책시키기 위한 형평상의 의무가 수익자에게 부과된다²⁷².”

2) 학설

① 부정설은 위 판례를 예외적인 것으로 보는 견해로, 신탁은 회사와 같이 인격을 가지 않지만 주주와 수익자는 제한된 책임을 부담한다는 점에서 유사하다는 근거에서 원칙적으로 수익자에 대한 상환청구권을 부정한다²⁷³. 반면, ② 긍정설은 신탁재산이 충분하지 않은 경우 수탁자는 수익자로부터 보상을 받을 수 있고, 이 때 자익신탁인지 타익신탁인지는 문제되지 않는다고 보며, 위 판례의 입장에 찬성한다²⁷⁴. 긍정설은 수탁자가 신탁상 적법하게 차입한 금액이 신탁사업의 실패 등으로 적극재산을 초과하는 경우 수탁자에게 유용하다²⁷⁵.

²⁷² The plainest principles of justice require that the cestui que trust who gets all the benefit of the property should bear its burden unless he can show some good reason why his trustee should bear them himself. The obligation is equitable and not legal, and the legal decisions negating it, unless there is some contract or custom imposing the obligation, are wholly irrelevant and beside the mark. But where the only cestui que trust is a person sui juris, the right of the trustee to indemnity by him against liabilities incurred by the trustee by his retention of the trust property has never been limited to the trust property; it extends further, and imposes upon the cestui que trust a personal obligation enforceable in equity to indemnify his trustee.

²⁷³ J. E. Penner, p.23 : Although the trust has no separate personality like a company does, notice the parallel 'limited liability' of shareholders and beneficiaries. (...) The position of beneficiaries is similar, in that they are not generally bound to indemnify a trustee for the debts he may incur in carrying out the trust business- the trustee has an indemnity out of the trust fund, but to the extent that is insufficient, he cannot go after the beneficiaries themselves to make up the shortfall.

²⁷⁴ 최수정, 앞의 책(주 31), 413면 각주 289(Bogert/Borgert/Hess, The Law of Trusts and Trustees, 3ed. West Group, 2011, §718.)

²⁷⁵ Hayton & Mitchell, pp.692~693 : This can prove very useful where a trustee for such beneficiaries properly borrows money to carry out authorised trading or investing and the borrowings exceed the assets when things go dreadfully wrong.

나. 미국에서의 논의

미국의 경우 비용상환청구권이 인정되고 그 이행이 법정담보권에 의해 확보된다는 점에서는 영국의 경우와 같으나, 영국과 달리 수익자의 동의를 없는 한 수익자에게 비용상환청구를 할 수 없다²⁷⁶는 것이 판례이다²⁷⁷.

그러나 현재는 미국에서도 수익자에 대한 상환청구를 인정하여야 한다는 견해가 다수인 것으로 판단된다. 즉, 회사의 주주는 출자액을 넘어서 책임을 지지 않지만 신탁에서는 이러한 법기술이 적용되지 않고, 사업신탁이 아닌 경우에도 수탁자는 대리인과 유사한 지위에 있고, 신탁거래로 인하여 개인적으로 수익할 수 없으며 수익해서도 안 되기 때문에, 수탁자가 불이익을 입어서는 안 된다고 한다²⁷⁸. 오히려 신탁이익을 받는 수익자가 신탁재산의 상황 등을 조사하여 수탁자가 적법하게 신탁사무를 처리하는 과정에서 체결한 계약이나 다른 유사한 부담으로부터 발생하는 모든 비용이 충당될 수 있는지를 확인하여야 한다²⁷⁹. 수익자가 신탁이익을 향수함에 있어서는, 신탁사무의 적절한 처리로부터 발생하는 모든 비용 내지 손실로부터 수탁자가 보호된다는 데 대한 수익자의 동의가 전제된다고 본다²⁸⁰. 만약 최종적으로 수탁자 또는 수익자 중 누군가에게 비용을 부담시켜야 한다면, 그것은 타인을 위해 정당하게 행동한 단순한 대표자에 지나지 않는 수탁자가 아니라, 신탁재산

²⁷⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 377면.

²⁷⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 414면 : 다만, 미국 판례는 ㉠사업을 통한 이익추구를 목적으로 신탁선언에 의해 신탁을 설정하고 투자자에게 수익증권에 포함된 수익권을 취득시키는 신탁사업, ㉡수탁자가 신탁재산을 보유하지만 실제로는 수익자가 신탁재산에 대한 실질적인 지배권을 가지고 신탁사무에서 주도적인 역할을 하는 토지신탁과 같은 경우에는, 신탁과 대리관계의 존재를 인정하면서 수탁자(대리인)의 행위에 대하여 수익자(본인)가 책임을 진다는 법리를 만들어 온 바 있다.

²⁷⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 413면 각주 313(Bogert/Borgert/Hess, *The Law of Trusts and Trustees*, 3ed. West Group, 2011, §718)

²⁷⁹ 최수정, 앞의 책(주 31), 414면.

²⁸⁰ 최수정, 앞의 책(주 31), 414면.

의 실질적인 소유자라고 할 수 있는 수익자라는 것이다²⁸¹.

다. 우리의 경우

舊 신탁법 하에서 수익자에 대한 비용상환이 타당한지에 관하여는, 이를 긍정하는 견해와 부분적으로만 긍정하는 견해가 있었다²⁸².

① 긍정설은, 신탁사무처리에 의한 위험은 신탁사무처리에 의한 이익을 향수하는 수익자가 부담하는 것이 상당하므로, 신탁행위로 별도의 정함이 없더라도 수익자는 보상의무를 부담해야 한다고 본다²⁸³. 이에 의하면 수익자에 대한 비용상환청구권이 있기 때문에, 수탁자는 신탁재산의 일시적인 채무초과나 자금조달의 곤란을 겪더라도 신탁의 파탄을 방지하기 위한 조치를 취할 수 있게 된다. 이는 신탁이 계속되기를 희망하는 수익자의 이익에도 들어맞는 것이고, 대외적 관계에서도 신탁재산에의 신뢰를 높이는데 기여한다고 본다.

반면, ② 부분 긍정설은 타익신탁의 경우에는 긍정하지만, 간접투자상품 또는 퇴직연금상품에서와 같이 상품구매자가 대가를 지불하는 금융상품에 신탁의 구조가 이용된 경우에는 부정하는 견해이다²⁸⁴. 대가가 지불되는 신탁의 경우에는 신탁재산에 대하여만 구상하여야 하고, 수익자에 대해 추가부채를 야기하는 구상의무를 인정하여서는 안 된다고 본다.

3. 판단

수익권에 관한 채권설의 논리에 일관하면, 수탁자가 신탁재산의 완전

²⁸¹ 최수정, 앞의 책(주 31), 414면.

²⁸² 이근영, 앞의 논문(주 122), 257면.

²⁸³ 이근영, 앞의 논문(주 122), 257면.

²⁸⁴ 이근영, 앞의 논문(주 122), 257면; 최동식, 앞의 책, 280면.

한 권리자이므로 신탁재산에 대한 채무와 책임은 수탁자가 부담하고, 신탁재산 및 수익자는 원칙적으로 이를 부담하지 않는다고 보게 된다²⁸⁵. 또한 수탁자가 수익자에게 신탁 수익을 지급하는 것은 수탁자 자기의 사무이거나 위탁자인 타인의 사무라고 볼 수 있는 점, 수익자는 수익자로 지정되면 수익권을 취득하고 수익의 의사표시가 필요하지 않으므로 신탁계약의 당사자가 아니어도 된다는 점에서 수익자에게 비용상환을 청구하는 것은 타당하지 않다고 본다(반면, 자익신탁에서는 위임 또는 사무관리의 법리와 마찬가지로 위탁자 겸 수익자에게 비용상환청구가 가능할 것이다).

한편, 신탁이익을 받는 수익자가 신탁재산 상황 등을 조사하여 수탁자가 적법하게 신탁사무를 처리하는 과정에서 체결한 계약이나 다른 유사한 부담으로부터 발생하는 모든 비용이 충당될 수 있는지를 확인하여야 한다는 논리는, 영리신탁에서 수익자가 합리적인 경제인인 경우에만 타당한 견해라고 생각한다. 또한 영리신탁에서는 수탁자 역시 신탁재산에 관한 평가 및 관리를 전문적 지식 하에 할 수 있으므로 신탁재산을 초과하지 않는 범위에서 신탁을 운용할 수 있다고 본다.

반면, 비영리신탁에서 수익자의 지위는 매우 다양할 수 있고, 수익자의 이익 실현이라는 신탁의 최종 목적을 달성하기 위하여는 수익자에 대한 적절한 보호 장치가 필요하다. 또한 수익자와 적격과 달리 수탁능력은 신탁법 제11조에서 정해져 있고, 신뢰할만한 자가 수탁자로 선정될 가능성이 크며, 수탁자는 고도의 충실의무를 부담한다. 따라서, 원칙

²⁸⁵ 반면, 수익권을 물권적으로 보는 견해에 의하면 신탁에 관한 채무 및 책임은 최종적으로 신탁재산의 실질적 소유자인 수익자에게 귀속되어야 하므로 수익자에 대한 비용상환은 신탁의 기본구조상 당연한 권리가 된다. 또한 실질적 법주체성설에 의하면 신탁재산에 관한 채무 및 책임은 실질적 법주체인 신탁재산이 원칙적으로 부담하므로 수익자에 대한 책임추급은 예외적인 법규정이 있어야만 특별히 인정될 수 있게 된다. 다만, 신탁의 본질(수익권의 성격)과 수익자에 대한 비용상환청구의 인정 여부가 정치하게 연결되지는 않는 것으로 보인다. 본문에서 살펴본 바와 같이, 수익권의 물권적 성격이 보다 두드러지는 미국에서도 수익자에 대한 비용상환청구권 인정에 소극적인 모습을 보이기 때문이다.

적으로 수익자가 위험을 부담하지 않도록 하는 것이 바람직하고, 수탁자와 수익자가 사이의 이해관계의 조정은 개별적인 합의를 통하여 해결할 수 있다고 판단된다.

다만, 우리 신탁법은 보충적으로 수익자가 이익을 받은 한도에서 수익자에 대하여도 비용상환청구를 인정하고 있는 데(신탁법 제46조 제4항 및 제5항), 이는 수탁자의 비용 지출은 신탁재산의 관리 및 운용 목적을 갖는 점, 신탁제도가 타인재산관리라는 본질을 갖는 점, 최종적인 이익은 수익자에게 귀속된다고 보아야 하는 점, 경제적 변화에 따라 신탁재산도 예측하지 못한 변동을 겪을 수 있으므로 수탁자에게 모든 부담을 지우는 것은 가혹한 면이 있는 점 등을 고려하여 특별히 둔 규정으로 판단된다²⁸⁶.

IV. 수익자에 대한 비용상환청구권 인정 요건

1. 비용 또는 손해의 발생

수탁자가 신탁사무 처리와 관련하여 필요비를 지출하거나, 수탁자가 과실 없이 손해를 입어야 한다. 그런데 신탁재산에 대한 비용상환청구권과 달리 ‘채무’에 대하여는 정함이 없다. 이는 수탁자가 채무를 부담할 뿐 구체적인 비용이 발생하지 않은 때에는 수익자에게 채무액을 청

²⁸⁶ 즉, 채권설에 의할 때 수익자는 원칙적으로 비용상환의무를 부담하지 않는다. 그러나 수익자가 신탁재산으로부터 이익을 향수한다는 점에서, 신탁재산의 관리처분에 필요한 비용과 수탁자의 과실 없이 받은 손실을 수탁자에게 전적으로 부담 지우는 것은 형평에 맞지 아니하므로, 신탁행위로 특별히 정하거나 신탁법상 명시적인 규정을 통해 수탁자에게 상환청구권을 부여함으로써, 이러한 채무 및 책임을 수익자에게 이전하여 신탁관계에서의 당사자의 형평을 유지하게 된다. 자세한 내용은 최수정, 앞의 논문(주 107), 680~681면 참조. 수익권의 성격과 수익자에 대한 비용상환청구권 인정여부에 관한 각 학설의 입장은 四宮和夫, 信託法(1989), 289면 이하; 新井誠, 財産管理制度と民法·信託法(1999), 26면 이하; 星野豊, 信託法理論の形成と應用(2004), 303면 이하 참조.

구하는 것이 부당하기 때문에 허용되지 않는다고 보거나²⁸⁷, 수익자에 대한 비용상환청구권이 보충적이기 때문에 실제로 지출이 발생하지 않은 채무부담에 대하여는 비용상환청구권을 인정하지 않은 것²⁸⁸이라고 설명된다²⁸⁹.

그러나 채무도 넓은 의미에서 비용이고²⁹⁰, 비용 역시 채권채무관계에 기초하여 발생한 것이기 때문에, 비용과 채무의 개념 구분이 수탁자의 상환청구권 인정 여부를 판단하는 기준이 되기는 어렵다²⁹¹. 신탁법상 수탁자의 비용상환청구권은 사후구상의 성질을 갖고(사전구상권의 인정 여부에 관하여는 제4장 제2절에서 후술), 수익자에 대한 상환청구는 신탁재산에 대한 상환청구에 보충적인 성질을 갖는 점에 비추어 볼 때, 민법상 위임인의 대변제청구권이나 비용선급청구권과 같이, 수익자로 하여금 신탁채무를 변제하도록 청구하거나 수익자에게 변제할 금액을 받아서 그 채무를 이행할 수는 없다고 생각된다²⁹². 따라서 수탁자가 단순히 채무를 부담하고 있는 것만으로는 수익자에게 그 채무액의 변제를 청구할 수 없고, 수탁자가 비용 등의 채무를 이행하거나 손해를 입었음에도 신탁재산으로 구상받지 못할 경우에만 수익자에게 그 상환을 청구할 수 있는 권리라고 할 수 있다.

2. 신탁재산이 비용 등을 충당하기에 부족하거나 부족할 우려가 있을 것

수탁자를 보호하기 위하여 수익자에 대한 비용상환청구권을 보충적

²⁸⁷ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 386면.

²⁸⁸ 광장신탁법연구회, 주석 신탁법(제2판), 박영사(2016), 228면.

²⁸⁹ 최수정, 앞의 책(주 31), 416면.

²⁹⁰ 최수정, 앞의 책(주 31), 407면.

²⁹¹ 최수정, 앞의 책(주 31), 416면.

²⁹² 최수정, 앞의 책(주 31), 416면. 이에 의하면, 신탁법 제46조 제3항이 채무를 명시한 것은 그것이 신탁재산에 대한 상환청구에서 별도로 문제가 되기 때문이 아니라, 수익자에 대한 상환청구에서 채무를 제외하기 위한 입법기술이다.

권리로 정하였으므로, 수탁자는 신탁재산으로 비용을 충당하기에 부족하거나 수탁자가 입은 손해를 전부 보상하기에 부족한 경우에만 수익자에게 비용상환을 청구할 수 있다. 신탁재산의 파산 등 신탁재산이 비용을 충당하기에 부족한 경우뿐만 아니라 주된 신탁재산이 부동산인데 현금이 부족한 경우 등과 같이 비용 등을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있는 경우에도 수익자에 대한 비용상환청구권이 인정된다²⁹³.

3. 상환 범위

수익자는 신탁재산의 원본 또는 이익 중 일부를 향유하므로 수탁자 개인에게 자신이 받는 수익을 넘어 신탁사무로 인한 전체 비용을 부담하도록 하는 것은 부당하므로, ‘수익자가 얻은 이익은 범위 내’에서 상환의무를 부담한다²⁹⁴.

V. 행사방법

1. 기본적 행사방법

수탁자는 수익자에게 ‘비용 또는 손해의 상환을 청구’하거나 ‘상당한 담보를 제공하도록 요구’할 수 있다. 담보를 제공할 경우, 담보는 인적 담보이든 물적 담보이든 무관하며, 담보의 확실성에 관한 다툼은 법원의 결정에 따라야 한다²⁹⁵.

2. 공동수익자

²⁹³ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 386면.

²⁹⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 386면.

²⁹⁵ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 386면.

수익자가 이익을 받은 범위 내에서 비용이나 손해를 상환하도록 규정하고 있으므로, 수익자가 여럿인 경우에는 비용 등 전액에 대하여 연대의무를 부담하는 것이 아니라 자신의 이익 범위 내에서 상환의무를 부담한다²⁹⁶.

한편, 영미 신탁에서는, 수익자가 다수 존재하는 경우 각 수익자는 자신의 수익비율에 상응하여 비용상환의무를 부담하며, 1인의 수익자가 지급불능상태가 된 경우 그 부분은 다른 수익자가 아닌 수탁자에게 돌아가는 것으로 해석되고 있다²⁹⁷.

3. 수익자 변경

신탁기간 중 수익자가 변경된 경우, 변경 전 수익자와 변경 후 수익자의 비용보상 의무가 문제될 수 있다. 수익자는 수익을 얻은 한도에서만 비용보상 책임을 지므로, 변경 후 수익자와 수탁자 사이에 특별한 합의가 없는 이상, 수탁자는 이미 발생한 비용 중 신탁재산으로 충당하기 어려운 금액을 변경 전 수익자에게 청구해야 할 것으로 판단된다.

VI. 수익자의 상환의무 배제

1. 수익자의 불특정 또는 부존재

목적신탁(제3조 제1항 단서)의 경우, 수익자지정권이 행사되지 않은 경우(제58조), 수익자가 사망하고 그 상속인이 존재하지 않는 경우 등 수익자가 특정되지 않거나 존재하지 않은 때에는 수익자에게 상환청구

²⁹⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 387면.

²⁹⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 413면; J. W. Broomhead (Vic.) Pty. Ltd(in liq.) v. J.W. Broomhead Pty. Ltd, [1985] V.R. 891. : Beneficiaries were only liable to indemnify the trustee to the extent that they benefited from the trust and were not required to make up the shortfall cause by one beneficiary's insolvency.

를 할 수 없다²⁹⁸.

2. 수익권의 포기

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제57조(수익권의 포기)</p> <p>① 수익자는 수탁자에게 수익권을 포기하는 취지의 의사표시를 할 수 있다.</p> <p>② 수익자가 제1항에 따른 포기의 의사표시를 한 경우에는 처음부터 수익권을 가지지 아니하였던 것으로 본다. 다만, 제3자의 권리를 해치지 못한다.</p> <p>제61조(수익권의 제한 금지)</p> <p>다음 각 호에 해당하는 수익자의 권리는 신탁행위로도 제한할 수 없다.</p> <p>5. 제57조 제1항에 따라 수익권을 포기할 수 있는 권리</p>	<p>제51조(수익자의 이익향수)</p> <p>① 신탁행위에 의하여 수익자로 지정된 자는 신탁이익의 향수를 승낙한 것으로 추정하여 신탁이익을 향수한다. 단, 신탁행위에 특별한 정함이 있는 경우에는 그 정함에 의한다.</p> <p>② 수익권이 부담 있는 경우에는 수익자로 지정된 자의 신탁이익향수의 의사표시가 있어야 한다.</p> <p>③ 수익자는 수익권을 포기할 수 있다.</p>

가. 의의 및 취지

우리 신탁법은 수익자의 수익권 포기를 인정하고 있다. 이는, 수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득하므로(신탁법 제56조 제1항), 자기 의사에 반하여 수익권을 취득할 것을 강제 당하지 않도록 하기 위한 취지를 갖는다²⁹⁹. 또한 수익권을 포기할 수 있는 권리는 신탁행위로도 제한할 수 없다(신탁법 제61조 제5호).

나. 수익권 포기의 소급효과 제3자 보호

舊 신탁법 하에서는 수익권의 소급효과에 관한 규정이 없어서, 수익권

²⁹⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 387면.

²⁹⁹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 475~479면.

포기에 소급효를 인정할 경우 수익자의 수익채권에 대해 압류·전부명령을 받은 제3자 등 수익권에 기초하여 새로운 법률관계를 맺은 제3자의 권리를 침해할 우려가 있으므로 장래효만 부여하자는 견해와 수익권 포기의 기한제한을 두자는 견해가 나뉘었다³⁰⁰. 이와 관련하여 판례³⁰¹는 “수익자가 구 신탁법 제51조 제3항에 따라 수익권을 포기하면 이미 발생한 비용 또는 손해에 관한 상환의무도 소급적으로 소멸한다”고 보았고, 다만 “수익권의 포기가 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 수익권 포기의 소급효가 제한된다”고 해석하였다.

반면, 개정 신탁법은 수익권 포기는 단순한 권리의 포기가 아니라 수익자의 지위를 포기하는 것이므로 원칙적으로 소급효를 인정할 필요가 있고, 소급효의 효력을 제한하는 것으로 제3자를 충분히 보호할 수 있음을 근거로 수익권 포기의 소급효를 원칙으로 하고 있다³⁰². 따라서 수익자가 수익권을 포기하면 처음부터 수익권을 갖지 않는 것이 되므로, 수익채권에 기해 취득한 이익은 부당이득이 된다³⁰³. 다만 제3자의 권리를 해할 수 없다(신탁법 제57조 제2항)³⁰⁴. 그러므로 신탁으로부터 이익을 수령한 기간 동안 발생한 신탁채무에 관하여는 상환의무를 부담한다고 봄이 상당하다³⁰⁵. 이 경우 수탁자가 ‘제3자’에 해당하는 지 여부

³⁰⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 478면.

³⁰¹ 서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결 참조.

³⁰² 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 478면.

³⁰³ 최수정, 일본 신탁법, 진원사(2007), 129면; 광장신탁법연구회, 앞의 책, 264면.

³⁰⁴ 송현진/유동규, 앞의 책, 464면 각주 265 : 예를 들어, 제3채권자가 수익자의 수익권을 압류하였는데, 수익자가 이를 포기하여 소급적으로 수익권을 갖지 않게 되었다면 제3채권자는 압류의 이익을 보전할 수 없게 된다. 따라서 이러한 경우에는 제3채권자의 수익권에 대한 압류의 효력이 유효하다고 할 것이다.

³⁰⁵ 송현진 송현진/유동규, 앞의 책, 408면 : 이에 대하여는 수익권의 포기란 수익자 지위의 포기이고, 수익자 지위의 포기의사에는 소급적인 효력이 있으므로 상환의무도 소급적으로 소멸한다는 입장이 있다(이중기, 신탁법, 403면; 문형배, “토지신탁상 수탁자의 손해배상의무와 보상청구권”, 판례연구 19집, 부산판례연구회(2008. 2), 160면 각주 54.)

가 문제되는데³⁰⁶, ‘제3자’는 당사자 이외의 자를 뜻하므로 신탁관계의 당사자인 수탁자는 이에 해당하지 않고, 수익권에 기초하여 새로운 이해관계를 맺은 자를 제3자로 새겨야 한다³⁰⁷. 그렇다면 수탁자는 수익권을 포기한 자에 대하여 포기시까지 발생한 비용의 상환도 구할 수 없게 된다³⁰⁸.

이처럼 수익권 포기의 소급효에 관한 규정이 없었던 舊 신탁법 하에서는 판례가 수익권 포기의 소급효를 인정하고 일정한 경우 신의칙 또는 금반언의 원칙을 근거로 소급효를 제한함으로써 구체적 타당성에도 모한 것으로 판단된다. 반면, 개정 신탁법은 수익권 포기의 소급효를 명시하면서 제3자의 권리를 침해할 수 없도록 규정한 바, 그 제3자에는 수탁자가 포함되지 아니하므로, 수익자의 비용상환의무와 관련하여 여전히 신의칙 또는 금반언의 원칙을 근거로 수익권 포기의 소급효를 제한할 수 있는지의 검토가 필요하다.

다. 자익신탁에서 수익권의 포기 가능성

1) 문제의 제기

수익자는 수익권을 포기함으로써 그 지위에 따르는 권리를 상실함과 동시에 의무도 면하게 된다³⁰⁹. 그런데 수익권 포기로 인하여 신탁재산을 초과하는 비용이 수탁자의 부담으로 돌아갈 수 있기 때문에³¹⁰, 타익신탁에서 수익자의 경우 그 지위에서 벗어날 수 있도록 포기권을 부여할 필요성이 인정되지만, 자익신탁으로 스스로 지위를 취득한 수익자의

³⁰⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 387~388면.

³⁰⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 419면.

³⁰⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 124면.

³⁰⁹ 최수정, 앞의 논문(주 107), 698면.

³¹⁰ 최수정, 앞의 논문(주 107), 698면.

경우에도 그 수익권의 포기를 인정할 것인가가 문제된다³¹¹.

2) 자익신탁에서 수익권의 포기 가능성

가) 舊 신탁법 하에서의 판례

① 舊 신탁법 하에서, 우리 판례는 자익신탁인지 타익신탁인지에 관계없이 수익자의 수익권 포기를 인정하였다. 자익신탁의 경우 수익권 포기가 불가능하다는 주장에 대하여, “수익자는 (구)신탁법 제51조 제3항에 따라 수익권을 포기할 수 있다고 봄이 상당한 점, 신탁법상 자익신탁의 경우 수익권 포기를 제한하는 취지의 규정이 없는 점, 신탁법은 수탁자의 수익자에 대한 비용상환청구권을 규정하고 있을 뿐 위탁자의 위탁자에 대한 비용상환청구권을 규정하고 있지 않은바(이는 위탁자는 신탁재산에 대하여 아무런 관리처분권을 가지고 있지 않으므로 위탁자에게 신탁재산 이상의 비용 등을 부담시키는 것은 타당하지 않다는 입법정책적 판단의 산물로 보아야 한다), 위탁자와 수익자가 동일한 자익신탁의 경우 수익권 포기를 부정하는 것은 결론적으로 위탁자로 하여금 신탁재산 이상의 비용을 부담시키는 결과를 초래하여 수탁자의 위탁자에 대한 비용상환청구권을 규정하고 있지 않은 취지에도 반하는 점 등에 비추어 볼 때, 수익자는 당해 신탁계약이 자익신탁인지 타익신탁인지에 관계없이 수익자로서의 권리를 포기할 수 있다고 봄이 상당하다”라고 판시하였다³¹².

② 다만, 舊 신탁법이 적용되는 사안에서 최근의 대법원은, “신탁법이

³¹¹ 한편, 자익신탁은 위탁자가 수익자의 지위를 겸하는 형태이고, 타익신탁은 위탁자가 아닌 제3자가 수익자가 되는 형태이다. 하지만 실제로는 위탁자를 포함한 다수의 수익자가 존재하기 때문에 자익신탁과 타익신탁이 공존한다고 볼 수 있다(최수정, 앞의 책(주 31), 33면).

³¹² 서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결 참조.

수익자의 수익권 포기를 인정하는 취지는 수익자가 신탁법에 따라 비용상환의무를 지게 되므로 수익자가 자기의 의사에 반하여 수익권을 취득할 것을 강제 당하지 않도록 하기 위한 데 있다. 신탁계약상 위탁자가 스스로 수익자가 되는 이른바 자익신탁의 경우, 위탁자 겸 수익자가 수익권 포기를 통해 이미 발생한 비용상환의무를 면하도록 할 필요가 없으므로, 자익신탁에서 위탁자 겸 수익자는 수익권을 포기하더라도 이미 발생한 비용상환의무를 면할 수 없다”라고 판시한 바³¹³, 자익신탁에서는 비용상환의무를 면하도록 할 필요성이 없음을 확인하고 있음을 알 수 있다.

나) 입법과정 및 검토

자익신탁의 경우 위탁자 겸 수익자가 신탁계약의 당사자로서 신탁재산에서 생기는 이익을 향유하므로 그에 대한 위험 역시 모두 부담하는 것으로 여기는 것이 공평의 견지에서 타당하기 때문에, 위탁자 겸 수익자에게 수익권 포기를 인정할 필요성은 낮다고 본다. 이와 관련하여, 법무부 신탁법 개정안 제57조 제1항 단서는 ‘수익자가 신탁행위의 당사자인 경우’에는 수익권의 포기를 제한한 바 있다³¹⁴. 이는 신탁행위의 당사자인 위탁자나 수탁자가 수익자인 경우에는 신탁의 설정, 인수 등의 단계에서 자기의 의사로 수익권을 취득한 자이므로 다시 이를 포기할 기회를 부여할 별도로 부여할 합리적인 근거가 없다는 이유에서였다³¹⁵. 그러나 입법과정에서, 자신의 의사로 권리를 취득한 때라도 그 권리는 언제든지 그 주체가 포기할 수 있는 것이고, 권리 취득 이후의 사정에 의해 수익권을 포기하는 것을 금지할 이유가 없다는 지적에 따

³¹³ 대법원은 2016. 3. 10. 선고 2012다25616 판결 참조.

³¹⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 476면.

³¹⁵ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 476면; 최수정, 앞의 책(주 31), 120면.

라 현행과 같이 단서 조항은 삭제되었다³¹⁶.

비록 위 단서조항은 삭제되었지만, 현행법상으로 위 단서조항과 같은 해석이 가능하다고 판단된다³¹⁷. 일반적으로 수익자는 수탁자로부터 수익자로 지정된 사실을 통지 받으면(신탁법 제56조 제2항), 이를 승인하고 수익자의 지위를 유지할 것인지 아니면 포기함으로써 그 지위를 벗어날 것인지를 선택할 수 있는 데³¹⁸, 자익신탁으로 스스로 수익권을 확정적으로 취득하였음에도 언제든지 이를 번복하여 포기할 수 있도록 하는 것은 법적 안정성을 해하기 때문이다. 특히 수익권 포기로 인한 비용부담은 종국적으로 수탁자에게 귀속될 수밖에 없는데, 이를 조정하기 위한 방안으로 법 일반원칙이나 관련 규정의 유추해석 등을 통해 일정한 경우 수익권 포기를 제한하려는 시도가 행해진 것이다³¹⁹.

나아가 일본의 新신탁법 규정을 참조할 만하다. 일본에서는 수익자에 대한 비용상환청구는 수익자의 동의가 있는 경우에만 가능하므로, 수익자의 의사에 기하여 수익자의 비용상환의무가 인정된다. 그리고 일본의 新신탁법 제99조 제1항 단서는 수익자가 신탁행위의 당사자인 경우에는 수익권을 포기할 수 없도록 하고 있다. 여기서 '수익자가 신탁행위의 당사자'인 경우란, 위탁자가 수익자인 경우, 수탁자가 수익자인 경우, 위탁자 또는 수탁자가 수익권을 취득한 경우를 포함하는 것으로 해석할 수 있다³²⁰. 따라서 자익신탁에서 수탁자가 수익자에게 비용상환청

³¹⁶ 국제 법제사법위원회, “신탁법 전부개정법률안 검토보고서”(2011. 6), 31면; 최수정, 앞의 책(주 31), 120면.

³¹⁷ 최수정, 앞의 논문(주 107), 695면.

³¹⁸ 최수정, 앞의 책(주 31면), 120면.

³¹⁹ 최수정, 앞의 책(주 31면), 121면.

³²⁰ 안성포, “분양형 토지신탁의 비용보상청구권과 수익권의 포기”, 법률신문 연구논단, 2012-06-11. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View?serial=2089> (2018. 1. 15. 방문). 2010년 5월 14일 일본 오사카고등법원의 판결(NBL 937호 [2010年] 10·17면)에 의하면, 「이른바 타익신탁의 수익자는 신탁계약의 당사자가 아니며, 해당 수익자가 신탁행위의 정함에 따라 채무를 부담하게 되는 것은 수익자에게 의외의 손실을 입히는 것이 될 수도 있으므로, 타익신탁의 경우에 舊 신탁법 제36조 제2항(수탁자의 수익자에 대한 비용보상청구권)을 적용하는 것은 제한적으로 이루어

구를 하는 경우에, 수익자는 수익권을 포기할 수 없으므로 수익자는 비용상환의무를 부담하여야 하고, 타익신탁에서는 수탁자와 수익자가 합의하는 경우에만 수탁자가 수익자에게 비용상환을 청구할 수 있으며 이 때 수익자는 수익권을 포기함으로써 비용상환의무를 면할 수 있게 된다³²¹.

요컨대, 본 논문에서는 수탁자의 수익자에 대한 비용상환청구는 원칙적으로 인정되지 않는 성질의 것으로 파악하지만, 자익신탁에서는 수익자에 대한 비용상환청구를 인정하여도 무방하다고 본다. 이는 수익자가 신탁계약의 당사자가 되고, 위탁자 겸 수익자와 수탁자간에 신탁계약 체결 시에 합의점을 도출할 수 있기 때문이다. 이와 연결하여 볼 때, 신탁사업이 예정과 다르게 진행되어 비용이 적극재산을 초과하는 때에는 수탁자는 그 비용을 신탁재산 및 수익을 향수한 수익자로부터 상환을 받을 수 있어야 하고, 수익자가 임의로 수익권을 포기함으로써 인하여 그 비용을 수탁자에게 전가하려는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 그러므로 자익신탁의 경우 수익권 포기를 인정하면서 신의칙 내지 금반언으로 수익권 포기의 소급효를 제한³²²하거나, 수익권 포기의 효과를 제한³²³하기 보다는 일본 新신탁법 제99조 제1항 단서규정과 같이 자익신탁에서는 수익권 포기를 제한하는 규정을 두는 것이 법적 불명확성을 해소할 수 있는 구체적인 해결책이 될 것으로 보인다.

저야 한다. 이른바 자익신탁에서는 수익자가 신탁계약의 당사자이고 신탁재산에서 생기는 이익을 향유하는 것이기 때문에, 불이익에 대해서도 수익자가 모두 부담하는 것으로 해석하는 것이 공평의 견지에서 타당하고, 舊 신탁법 제36조 제2항(수탁자의 수익자에 대한 비용보상청구권)을 제한적으로 적용할 근거가 없기 때문에, 자익신탁에서는 비용보상청구권을 배제하는 특별한 규정이 없는 한, 수탁자인 두 은행은 舊 신탁법 제36조 제2항에 따라 수익자인 현(縣)에 대하여 비용보상청구권을 행사할 수 있다」라고 판시한 바 있다(위 인터넷 참고자료 참조).

³²¹ 안성포, “분양형 토지신탁의 비용보상청구권과 수익권의 포기”, 법률신문 연구논단, 2012-06-11. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View?serial=2089> (2018. 1. 15. 방문)

³²² 서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결 참조.

³²³ 대법원은 2016. 3. 10. 선고 2012다25616 판결 참조.

제 4 장 비용상환청구권의 구체적 행사에 관한 쟁점

본 장에서는 이상에서 인정되는 비용상환청구권을 확보하기 위한 수탁자의 권리 행사방법과 요건에 관하여 고찰한다.

제 1 절 개관

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제48조(비용상환청구권의 우선변제권 등)</p> <p>① 수탁자는 신탁재산에 대한 민사집행절차 또는 「국세징수법」에 따른 공매절차에서 수익자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 신탁의 목적에 따라 신탁재산의 보존, 개량을 위하여 지출한 필요비 또는 유익비(有益費)의 우선변제를 받을 권리가 있다.</p> <p>② 수탁자는 신탁재산을 매각하여 제46조에 따른 비용상환청구권 또는 제47조에 따른 에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있다. 다만, 그 신탁재산의 매각으로 신탁의 목적을 달성할 수 없게 되거나 그 밖의 상당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제42조(수탁자의 비용, 손해비용상환청구권)</p> <p>① 수탁자는 신탁재산에 관하여 부담한 조세, 공과기타의 비용과 이자 또는 신탁사무를 처리하기 위하여 자기에 게 과실없이 받은 손해의 보상을 받음에 있어서 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수 있다.</p> <p>② 수탁자는 수익자에게 전항의 비용 또는 손해의 보상을 청구하거나 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다. 단, 수익자가 특정되어있지 아니하거나 존재하지 아니하는 때에는 예외로 한다.</p> <p>③ 전항의 규정은 수익자가 그 권리를 포기한 경우에는 적용하지 아니한다.</p>

수탁자의 비용상환청구권 중 필요비와 유익비는 전체 신탁재산에 대한 공익적 비용에 해당하므로, 경매절차 등에서 저당목적물의 제3취득자의 비용상환청구권과 같이 일반 담보물권보다 우선하여 변제받을 권능이 인정된다(신탁법 제48조 제1항).

또한, 수탁자는 신탁재산을 매각하여 비용상환청구권에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있다(신탁법 제48조 제2항). 신탁재산이 금전인 경우

별도의 매각절차가 필요하지 않으므로 신탁계정에서 수탁자의 고유계정으로 이전하면 되고, 신탁재산이 금전 이외의 재산인 경우에는 임의 매각 또는 강제집행 등의 방법으로 상환청구권을 행사할 수 있다³²⁴.

한편, 영미 신탁법에서도 수탁자에게는 보상청구권에 대하여 형평법상 우선특권(equitable lien)³²⁵이 인정되고³²⁶, 보상을 받을 때까지 신탁재산을 유치할 수 있으며, 경우에 따라 신탁재산을 매각하거나 담보로 제공하고 차용한 금전으로부터 채권의 만족을 얻을 수 있다³²⁷. 즉, 적절하게 지출된 비용에 대한 상환이나 면제를 청구할 수 있는 수탁자는 자신의 청구가 만족될 때까지 신탁재산을 수익자 또는 수탁자 승계인에게 신탁재산을 양도하지 않을 수 있으므로, 수탁자는 신탁재산에 대한 담보 이익을 갖는다(UTC §709(b)). 한편, 형평법상 우선특권(equitable lien)은 보통법상 우선특권(Common law lien)과 달리 비점유담보권(non-possessory security interest), 즉 재산의 점유를 상실하더라도 우선권이 인정되는 점에 특징이 있다³²⁸.

또한, 신탁 합의나 적용 법률에 의해 수탁자가 법원의 승인 없이 신탁재산을 매각하거나 저당을 설정할 수 있다면 수탁자는 그러한 권한

³²⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 411면.

³²⁵ 새라 워딩턴 지음, 임동진 역, 형평법, 小花(2009), 154~155면 : 보통법은 저당권(mortgages), 질권(pledges), 보통법상 유치권(common law liens) 등으로 담보권을 정비하고 있는 데, 이러한 장치는 보통법상의 소유권 내지 점유권을 적당히 수정한 권리 개념에 터잡고 있다. 이에 비하여 형평법은 소유권이나 점유권과 완전히 다른 새로운 형태의 물권 개념을 창설해 낸 바, 형평법은 채무자가 보통법상 가지는 권리들의 다발을 채권자들을 위하여 여러 개의 작은 다발로 속아내고, 이들 각 권리를 충분히 보호해줌으로써 재산권으로 분리 독립될 수 있게 만들었다. 이것이 계약에 의해 창설되었을 때에는 형평법상 담보권(equitable charges)으로, 법률 규정에 의하여 창설되었을 때에는 형평법상의 우선변제권(equitable liens)으로 알려져 있다.

³²⁶ 이계정, 앞의 책, 66면, 각주 176 : 우선특권에는 보통법상의 우선특권, 형평법상의 우선특권, 법정 우선특권 등이 있는데, 보통법상의 우선특권은 채권이 변제될 때까지 계속 해당 재산을 점유할 수 있는 권리를 의미한다(우리법상 유치권과 유사하다). 형평법상 우선특권은 형평법에 근거하여 발생하는 우선특권으로 그 권리 행사에 있어 해당 재산의 점유에 의존하지 않는다. 끝으로 법정 우선특권은 법령에 의하여 발생하는 우선특권을 의미한다.

³²⁷ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1627~1628.

³²⁸ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 291면 각주 25.

을 행사할 수 있다³²⁹. 즉, 신탁설정행위로 수탁자에게 신탁재산의 매각권(power to sale)이 부여된 경우에는 수탁자가 법원의 허가 없이도 신탁재산을 매각하거나 담보로 제공하고, 차용한 금전으로부터 채권의 만족을 얻을 수 있다³³⁰. 다만, 그 매각이나 저당 등에 의한 자금 모집이 신탁 목적의 달성을 크게 훼손한다면 수탁자는 그러한 권한을 행사할 수 없다³³¹.

이하 본 장에서는 수탁자가 비용상환청구권을 행사하는 일반적인 모습과 신탁재산을 처분하여 그 매각대금으로 비용에 충당하는 방법에 관하여 살펴보고, 수탁자가 가장 효과적으로 비용상환청구권을 실현하는 행사방법을 검토해 보기로 한다.

제 2 절 일반적인 행사방법

I. 사전구상권 인정 여부

제46조 제2항의 비용상환청구권은 신탁재산에서 지출되어야 할 비용을 수탁자가 고유재산에서 지출한 이후에 행사하는 사후구상권인 바, 위임계약에서 위임인의 비용선급청구권(민법 제687조)이 인정되는 것과 마찬가지로 수탁자가 위탁자 또는 수익자에게 필요한 비용의 선급을 구할 수 있는 사전구상권이 인정되는지 문제된다.

우리 신탁법이 신탁재산으로부터의 선급을 규정하지 않은 이유는, 사전구상권은 수탁자에게 부여되는 충실의무, 자기거래금지원칙 및 이익향수금지원칙의 취지에 위배될 우려가 있고, 사전구상권이 인정되면 수

³²⁹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1627~1628.

³³⁰ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 291면 각주 25.

³³¹ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1627~1628.

탁자는 항상 사전구상권만 이용하게 될 것이며, 필요한 경우 신탁행위로 사전구상권을 허용할 수 있기 때문이라고 한다³³².

반면 일본 新신탁법은 수탁자가 신탁재산으로부터 비용을 사전에 지불받을 수 있다고 규정하고(일본 新신탁법 제48조 제2항), 이 경우 수익자에 대해 사전지불을 받은 액수 및 그 산정근거를 통지할 의무를 부과하고 있다(일본 新신탁법 제48조 제3항).

검토하건대, 신탁은 위임과 달리 신탁재산이 중심이 되고, 수탁자가 일차적으로 신탁재산에서 비용을 지급할 수 있으므로 위임에서의 비용선급청구권과 같은 사전청구권을 일반적으로 인정할 필요는 없을 것으로 판단된다. 신탁재산이 부동산인 경우처럼 유동성이 낮은 경우에는 비용의 선급이 특히 문제되나, 이러한 경우에는 신탁행위로 사전구상에 관한 정함을 두는 것이 가능할 것이다³³³.

마찬가지의 이유로 수탁자는 위임임과 같은 대변제청구권(민법 제688조 제2항)이 인정되지 않는 것으로 보아야 한다. 이를 인정하게 된다면, 신탁재산이 부족한 상태에서 수탁자가 신탁 채무를 고유재산으로 변제하지 않았음에도, 수탁자의 채권자들이 수탁자를 대위하여 수익자에 대하여 대변제청구권을 행사할 여지가 생기기 때문이다.

II. 유치권

1. 영미 신탁법의 경우

영미 신탁에서도 신탁재산에 대해 수탁자가 유치권을 갖는 경우, 신탁재산으로부터 발생한 이익은 수익자보다 수탁자에게 먼저 돌아가는 것으로 해석한다. 수익자는 수탁자가 비용상환을 받을 때까지 신탁재산

³³² 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 381면.

³³³ 최수정, 앞의 책(주 31), 411면.

에 대한 분배를 청구하지 못하며, 이는 수익권의 양수인에게도 적용된다³³⁴. 따라서 수익자가 담보물을 가지면 그러한 담보물에도 수탁자의 유치권이 적용된다. 비용은 궁극적으로 원금을 상대로 청구될 수 있지만, 수탁자는 수입에도 유치권을 가진다³³⁵.

2. 우리 신탁법의 경우

[개정 신탁법]

제54조(전수탁자의 우선변제권 등)

- ① 전수탁자의 비용상환청구권에 관하여는 제48조 제1항 및 제49조를 준용한다.
- ② 전수탁자는 제46조의 청구권에 기한 채권을 변제받을 때까지 신탁재산을 유치(留置)할 수 있다.

신탁관계가 존속하는 동안에는 수탁자가 대·내외적인 소유권자이므로, 논리적으로 타물권인 유치권을 행사할 수 없을 것이다(상법 제58조 및 민법 제320조). 다만, 우리 신탁법은 신탁이 종료하는 경우, 전수탁자는 비용상환청구권에 기한 채권을 변제받을 때까지 신탁재산에 대한 유치권 행사가 가능한 것으로 규정하고 있다(신탁법 제54조 제2항). 이는 민법 제320조 내지 제328조까지의 규정에 따라 인정되는 민사유치권에 대한 특칙으로³³⁶, ①전수탁자에게 비용상환청구권이 발생하여야 하고, ②전수탁자가 신탁재산에 속하는 개별 재산을 점유한 경우에 인정되며, 채권과 유치물 간의 견련성 등은 필요하지 않다³³⁷.

또한 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있으므로(민법 제324조 제1항, 상법 제1조), 수탁자는 신탁재산을 유치하면 비용상환청구권에 충당할 수도 있을 것이다. 이 경우 과실은 먼저 비용 등의 이자에 충당하고, 그 잉여가 있

³³⁴ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1621~1624.

³³⁵ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1621~1624.

³³⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 449면.

³³⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 428면.

으면 원본에 충당한다(민법 제324조 제2항, 상법 제1조).

한편, 신탁재산인 목적물을 유치할 권리가 인정됨은 이견이 없으나, 민법 제322조 제1항의 경매신청권 및 동법 제322조 제2항의 간이변제충당권도 인정되는 지에 관하여는, ① 민사유치권에 대한 특별법상 권리이므로 민사유치권에 인정되는 경매신청권, 간이변제충당권 등도 인정된다는 견해와 ② 이 규정의 유치권은 민사유치권과 같은 담보물권을 인정한 것이 아니라 비용상환청구권의 구상이 끝날 때까지 신탁재산의 인도를 거절할 수 있는 권한을 부여한 것에 불과하다는 견해가 대립한다³³⁸.

검토하건대, 신탁이 종료되고 수탁자가 바뀌었는데, 전수탁자가 신탁재산의 소유자 명의를 계속 가지고 있으면서 신탁재산을 점유하는 경우에는 유치권과 같은 타물권이 성립되기 어려운 점에서 본 규정을 특별히 둔 것으로 판단된다. 그러므로 자기 물건에 대한 경매신청권은 인정되기 어려우며, 간이변제충당을 위하여 법원에 청구하는 것 역시 절차상 어려울 것으로 판단된다. 따라서 동 규정은 단순히 유치할 수 있는 권리만 부여한 것으로 보아야 한다. 다만, 전수탁자가 신탁재산의 소유 명의를 이전하였으나 신탁재산을 계속하여 점유하는 경우에는 신탁법상 인도 거절 권능 이외에 상법 및 민법의 규정을 모두 적용 받을 수 있을 것으로 판단된다. 따라서 법원에 경매를 신청하거나 간이변제충당을 청구할 수 있는 여지가 있다. 다만, 신탁재산의 일부 또는 전부에 대한 처분이 신수탁자를 중심으로 하는 신탁의 목적에 반하는 경우에는 받아들여지기 곤란할 것이다.

³³⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 451면.

III. 동시이행

대법원은 위탁자 또는 수익자가 부담하는 신탁비용 지급의무와 신탁종료 시에 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에 대하여 부담하는 신탁재산이전의무는 동시이행관계에 있는 것으로 본다³³⁹. 그 근거로는, ① 양자가 모두 신탁관계에서 발생한 채무인 점, ② 수탁자가 신탁종료 전에는 비용상환청구권에 관하여 신탁재산을 매각하여 그 매각대금으로 다른 권리자에 우선하여 변제에 충당할 수 있고, 신탁종료 후에는 신탁재산이 수익자 등에게 귀속한 후라도 비용상환청구권에 기하여 신탁재산에 대하여 강제집행하거나 경매할 수 있고 이를 위하여 신탁재산을 유치할 수 있는 점, ③ 신탁비용 지급의무는 적어도 신탁관계를 청산하는 신탁재산의 반환시까지의 변제됨이 형평에 맞다는 점을 든다³⁴⁰.

다만, 아래 제3절에서 기술하는 약정자조매각권에 관한 특약이 있는 경우에는 수익자 겸 귀속권리자의 비용보상의무는 수탁자의 소유권이 전등기의무보다 선이행되어야 한다고 판단한 바 있다³⁴¹. 약정자조매각권에 의하여 신탁비용 지급의무가 선이행의무로 전환되는 근거에 관하여는 여러 논의가 있는데³⁴², 수탁자가 신탁종료시에 약정자조매각권을 갖는 경우, 그 자조매각권에 수반하는 신탁재산 이전의무에 대한 이행거절 권능이 수익자의 동시이행항변을 저지하고, 그 결과 신탁 비용 지급의무는 신탁재산 이전의무보다 선이행의무가 된다는 견해가 타당하

³³⁹ 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532, 7549 판결 등 참조.

³⁴⁰ 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결 참조.

³⁴¹ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조.

³⁴² 박제인, “신탁비용지급의무와 신탁종료시 신탁재산이전의무의 선후관계”, BFL 제72호(2015), 84면 이하. ①양도담보를 유추하는 입장, ②권리의무의 선후관계에 근거하는 입장, ③자조매각권의 존부는 신탁 비용 지급의무와 신탁재산 이전의무의 동시이행관계 여부와는 별개의 문제라는 입장 등이 있다.

다고 생각된다³⁴³. 신탁 비용 지급의무와 신탁재산 이전의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부에 따라 수탁자가 상환받을 수 있는 비용의 범위가 달라진다는 점에서³⁴⁴, 신탁계약에서 합의된 자조매각권 조항의 해석 시에 동시이행관계 여부를 판단할 실익이 있다.

제 3 절 신탁재산의 처분에 따른 행사방법

I. 문제의 제기

신탁재산이 금전이라면 수탁자의 고유재산으로 이전하면 된다(자기거래금지 원칙에 대한 예외). 신탁재산이 금전 이외의 것일 경우, ① 신탁재산으로 대물변제를 하거나 ② 임의의 방법으로 매각하여 그 대금을 보상청구권의 변제 충당하거나, ③ 민사집행법의 절차에 따르는 세 가지들을 고려할 수 있다³⁴⁵.

신탁재산만으로는 비용을 충당하지 못하는 경우, 수탁자는 신탁재산을 처분한 매각대금으로 비용 등을 상환받는 방법을 강구할 수 있을 것이다. 우리 신탁법은 수탁자가 신탁재산을 매각하여 비용상환청구권에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있는 것으로 규정한다(신탁법 제48조 제2항). 또한 수탁자는 제3자의 신청에 따라 신탁재산에 대한 민사집행절차 또는 국세징수법에 따른 공매절차가 개시된 경우, 그 절차에 참여하여 수익자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 필요비 또는 유익비를 변제받을 수 있다(신탁법 제48조 제1항).

³⁴³ 박제인, 앞의 논문, 89면.

³⁴⁴ 박제인, 앞의 논문, 83면 : 동시이행의 관계인 경우라면 신탁 비용에 대한 지연손해금은 발생하지 않지만, 신탁 비용 지급의무가 선이행의무인 경우라면 신탁이 종료되어 수탁자의 신탁재산이전 의무가 발생하더라도 신탁비용 지급의무 불이행으로 인한 지연손해금은 지속적으로 발생하게 된다.

³⁴⁵ 최동식, 앞의 책, 285면; 임채웅, 앞의 책(주 49), 270면.

먼저, 자조매각으로 비용상환청구권을 행사하는 경우 대물변제 방식이 인정되는 지 여부, 수탁자가 가장 효과적으로 비용을 상환받기 위한 매각방법과 적정가격에 매각하기 위한 신탁재산 평가의 문제, 수탁자의 충실의무와의 관계 등을 고려하여야 하고, 자조매각권 행사 가능 시기의 제한 여부가 문제된다.

다음으로, 신탁재산의 경매 또는 공매로 비용상환청구권을 행사하는 경우, ① 수탁자에게 경매신청권이 있는지와 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자에게 신탁재산을 이전한 다음 신탁재산에 경매를 신청할 수 있는지가 문제되고, ② 제3자가 어떠한 경우에 신탁재산에 강제집행이 가능한지와 제3자에 의해 붙여진 경·공매 절차에서 수탁자가 상환받을 수 있는 비용의 범위 및 절차를 검토할 필요가 있다.

II. 대물변제

수탁자가 신탁재산에 속하는 금전을 고유재산으로 이전하는 대신 신탁재산에 속하는 물건을 고유재산에 귀속시킬 수 있는지 문제된다.

이에 대하여 긍정설은, 대물변제가 수익자에게 불리하지 않은 경우 시장가격에 따른 평가과정을 거친다면 허용된다 본다³⁴⁶. 또한 수탁자가 임의로 신탁재산을 매각할 수 있다면 대물변제하는 것과 차이가 없고, 수탁자의 임의 매각 시 고의, 과실이 있다면 책임을 부담하는 것과 마찬가지로 대물변제에 있어서도 마찬가지로 책임을 지면 되는 것으로 본다³⁴⁷. 반면, 부정설은 대물변제가 수익자에게 불리하지 않은지 여부에 대한 판단이나 시장가격에 따른 평가는 전적으로 수탁자에 의해 이루어지므로, 그러한 평가의 적정성은 의심받을 수 있고, 수탁자의 충실

³⁴⁶ 이증기, 앞의 책, 396면.

³⁴⁷ 임채웅, 앞의 책(주 49), 270면.

의무에 반하는 결과를 낳을 수 있다고 한다³⁴⁸.

검토하건대, 민법 제466조의 대물변제는 ‘채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급여를 한 때에는 변제와 같은 효력이 있다’라고 규정하고 있다. 여기서 우리 신탁법상 비용상환청구권의 채무자에 해당하는 자는 ‘신탁재산’ 또는 ‘수익자’라고 할 수 있을 것인 데, 신탁재산은 법인격이 없으므로 종국적으로 ‘위탁자’ 또는 ‘수익자’와 같이 신탁재산의 귀속권리자가 되는 자가 비용상환 의무를 진다고 볼 수 있다. 그렇다면, 신탁재산의 본래 소유자인 위탁자와 신탁재산에 대한 소유권이전등기청구권을 가지는 수익자가 대물변제의 의사로서 신탁재산을 본래 급부의 변제에 갈음하기로 하였고, 이에 따라 수탁자가 해당 의사표시에 승낙하였다면, 이는 수익자에게도 불리하지 않은 것으로 판단된다(아울러 피담보채권의 원인이 소비대차가 아닌 이상 민법 제607조 및 제608조, 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되지 않는다). 또한 신탁재산이 수탁자의 비용상환청구권을 만족시키지 못하는 경우에도 수탁자의 승낙이 있으면 대물변제가 가능하고 이로써 비용상환청구는 변제되어 소멸된다는 이점이 있다. 그러므로 위탁자 및 수익자 모두의 의사합치에 따라 대물변제가 가능한 것으로 구성한다면 비용상환청구권의 변제방법으로서 대물변제를 인정할 수 있다고 본다.

또한 대물변제는 요물계약이므로 위탁자 또는 수익자로의 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기 및 대물변제를 원인으로 한 수탁자 명의로의 소유권이전등기가 완료되어야 한다. 이처럼 위탁자 또는 수익자로의 신탁재산을 귀속시키는 것이 우선되어야 한다는 점에서 수탁자에 대한 절차적 통제가 가능할 것으로 보인다. 다만, 대물변제 의한 비용상환채무의 변제는 신탁의 종료를 전제로 하므로 신탁관계인

³⁴⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 410면, 이연갑, 앞의 논문(주 122), 283면; 문형배, “토지신탁상 수탁자의 손해배상 의무와 비용상환청구권”, 판례연구 제19집(부산판례연구회), 163면 각주 164.

사이에 신탁의 종료에 관한 합의가 우선되어야 하며, 신탁법 제48조 제2항 단서 조항과 같은 사유가 있다면 대물변제는 부정될 수밖에 없을 것이다.

한편, 영미 신탁법은 신탁재산 자체를 고유재산으로 하는 방법(즉 귀속청산의 방법) 채권의 만족을 얻는 것은 허용되지 않는 것으로 본다

349

III. 임의매각(자조매각)

1. 자조매각의 의의 및 근거

가. 영미 신탁법

1) 수탁자의 매각권한

전술한 바와 같이 미국 신탁법은 수탁자의 권한을 가능한 한 광범위하게 인정하려는 경향을 띠고, UTC §815에서는 수탁자에게 포괄적인 권한을, UTC §816에서는 수탁자의 구체적 권한을 열거하고 있는데, 수탁자는 공개된 매매 또는 당사자가 한정된 매매를 통해 신탁재산을 취득하거나 매각하는 권한을 갖는다(UTC §816(2),(10)). 통상적으로 신탁재산을 매각할 수 있는 권한은 신탁계약에서 정하는데, 명시적으로 그러한 권한이 부여되어 있지 않더라도 매각을 금지하는 특별한 조항이 없다면, 수탁자의 매각권한은 ‘재산을 생산적으로 만들어야 하는 의무’로부터 추론될 수 있다고 한다³⁵⁰.

한편, 수탁자의 매각을 금지하는 조항은 효력이 인정되고, 신탁재산

³⁴⁹ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 291면 각주 25, James M. Fischer, *Understanding Remedies*, 2nd ed., Lexis Nexis(2006), p.416.

³⁵⁰ 임채웅, 앞의 책(주 29), 279~280면.

을 매각하지 않도록 하겠다는 당사자들의 의도는 신탁계약, 재산의 성격 및 관련되는 상황으로부터 추론될 수 있다고 한다³⁵¹. 다만 사정변경에 따라 법원은 매각을 금지하는 조항의 변형(deviation)을 허용하게 된다³⁵².

<p>[Uniform Trust Code]</p> <p>Section 816. Specific Powers of Trustee</p> <p>Without limiting the authority conferred by Section 815, a trustee may;</p> <ul style="list-style-type: none"> (2) acquire or sell property, for cash or on credit, at public or private sale; (3) exchange, partition, or otherwise change the character of trust property; (5) borrow money, with or without security, and mortgage or pledge trust property for a period within or extending beyond the duration of the trust; (10) grant an option involving a sale, lease, or other disposition of trust property or acquire an option for the acquisition of property, including an option exercisable beyond the duration of the trust, and exercise an option so acquired; 	<p>[통일신탁법전]</p> <p>제816조. 수탁자의 구체적 권한</p> <p>수탁자는 아래에서 규정하고 있는 권한을 행사할 수 있다. 그러나 이것이 제815조(수탁자의 권한)에 의하여 부여된 권한을 제한하는 것은 아니다.</p> <ul style="list-style-type: none"> (2) 현금에 의하든 신용에 의하든지 간에, 공개된 매매 또는 당사자가 한정된 매매에서 재산을 취득하거나 매각하는 권한; (3) 신탁재산의 교환, 분할 또는 기타의 방법으로 그 성질을 변경하는 것; (5) 신탁의 존속기간 내에서 또는 그 이상의 기간 동안, 담보를 제공하거나 담보 제공 없이 금전을 차용하는 권한 그리고 신탁재산을 저당권 또는 질권에 제공하는 권한; (10) 신탁재산의 매매, 임대차 또는 처분과 관련된 선택권을 부여하는 권한 또는 취득하는 권한, 그리고 그렇게 취득한 선택권을 행사하는 권한;
--	--

2) 비용상환청구권의 행사를 위한 신탁재산의 매각

그리고 수탁자는 지출한 비용과 경비를 회수하기 위하여 신탁재산을 매각할 수 있다³⁵³. 다만, 경우에 따라 수탁자는 법원의 허가가 필요한

³⁵¹ 임채웅, 앞의 책(주 29), 280면.

³⁵² 임채웅, 앞의 책(주 29), 280면.

³⁵³ Geraint Thomas & Alastair Hudson, p.617.

경우가 있다³⁵⁴. 예를 들어, 매각으로 신탁 목적이 심각하게 훼손되는 경우에는 법원이 매각 명령을 내릴 수 없으나, 법원은 수탁자를 보호하기 위하여 할 수 있는 조치를 취하게 된다³⁵⁵.

이 때 수탁자의 매각권한은 완전히 자유로운 재량은 아니다. 수탁자는 합리적이고 신중한(prudent) 방식으로 행위 하여야 하고, 공정한 가격을 얻어야 하며, 재산을 시장에 노출시켜야 하고, 오직 현금 또는 합리적으로 담보가 된 대가만을 받아야 한다³⁵⁶. 또한 수탁자는 스스로 가까운 친척에게 신탁재산을 매각할 수 없다³⁵⁷.

나. 우리 신탁법

우리 판례와 학설은 수탁자가 신탁재산을 매각하여 그 대금으로부터 비용을 상환 받는 것을 ‘자조매각권’이라 칭한다³⁵⁸. 자조매각권은 수탁자가 신탁재산의 명의인으로서 ‘관리처분권’을 가지는 데에 근거한 것으로³⁵⁹, 수탁자가 신탁재산의 관리인인 점을 고려하여 수탁자에게 간단한 환가방법을 인정한 것이라고 한다³⁶⁰. 또한 자조매각권이 수탁자의 관리처분권에 근거한 것인 만큼 수탁자의 비용상환청구권에 관한 질권자라고 하더라도 자조매각권을 직접 행사할 수는 없고³⁶¹, 신탁목적에 따라 신탁재산을 처분하여야 하는 제한이 따르는 만큼 일종의 일신전속적 권리로서 수탁자의 채권자가 대위행사도 할 수 없다는 견해가 있

³⁵⁴ Geraint Thomas & Alastair Hudson, p.617.

³⁵⁵ Geraint Thomas & Alastair Hudson, p.617.

³⁵⁶ 임채웅, 앞의 책(주 29), 280면.

³⁵⁷ 임채웅, 앞의 책(주 29), 280면.

³⁵⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 421면. 본 논문에서는 수탁자가 신탁재산을 매각할 수 있는 권리를 자조매각, 임의매각이라는 용어로 혼용해서 사용한다.

³⁵⁹ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결 참조. 개정 전 신탁법 하에서의 판례이지만, 자조매각권의 취지와 근거는 개정 신탁법 하에도 동일하게 유지된다고 본다.

³⁶⁰ 이중기, 앞의 책, 296면.

³⁶¹ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결 참조.

다³⁶². 생각건대, 수탁자의 임의매각은 일종의 자력구제³⁶³에 해당하므로 수탁자의 지위에서 행사할 수 있는 일신전속적 권리로 봄이 타당하다.

수탁자의 자조매각권 행사와 관련하여 법원의 허가가 필요한지 여부가 문제되는데, 법원의 허가를 받는데 장시간이 걸려서 신탁재산을 적시에 매각하지 못하여 오히려 신탁재산의 감소를 가져올 수 있고, 사적 거래에 법원의 허가라는 규제를 도입하면 신탁의 유연화라는 개정 목적에 반한다는 이유에서 개정 신탁법은 법원의 허가를 요건으로 삼고 있지 않다³⁶⁴.

2. 자조매각의 방법

가. 고유계정으로 이전 및 현금화

신탁재산이 금전인 경우에는 물건의 성질과 가치로서의 성질을 동시에 갖기 때문에³⁶⁵, 그 금액만큼 신탁계정에서 수탁자의 고유계정으로 이전하는 것으로도 신탁재산의 매각 요건을 충족시킨다. 수탁자가 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위는 이익상반행위로서 금지되지만(신탁법 제34조 제1항 제1호), 비용상환청구권의 행사는 그 예외가 된다³⁶⁶.

신탁재산이 금전 이외의 재산인 경우, 수탁자는 신탁재산을 매각하여 현금화할 수 있는 데, 수탁자는 임의매각에 있어 신탁상 요구되는 주의 의무를 다하여야 한다³⁶⁷. 한편, 매각 방식과 관련하여 강제집행이 가능

³⁶² 임채웅, 앞의 책(주 29), 275면; 최동식, 앞의 책, 288면.

³⁶³ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 295면.

³⁶⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 410면; 광장신탁법연구회, 앞의 책, 238면, 송현진/유동규, 앞의 책, 422면.

³⁶⁵ 이중기, 앞의 책, 395면.

³⁶⁶ 최수정, 앞의 책(주 31), 409면.

³⁶⁷ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결 참조.

한지 여부가 문제되는데, 아래 나.에서 자세히 살펴보기로 한다.

나. 매각 방식으로서 강제집행 가부

1) 신탁재산에 대한 강제집행 가능성

우리 신탁법은 신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없다고 규정하고 있다(신탁법 제22조 제1항 본문). 다만, ‘신탁 전의 원인으로 발생한 권리’ 또는 ‘신탁사무의 처리상 발생한 권리’에 기한 경우에는 강제집행이 가능하다(신탁법 제22조 제1항 단서). 따라서 수탁자의 비용상환청구권은 ‘신탁사무의 처리상 발생한 권리’에 해당하므로 수탁자가 비용상환청구권을 기초로 집행권원을 얻어 신탁재산에 대한 강제집행을 신청할 여지가 있다.

한편, 영미 신탁법은 전통적으로 우리 신탁법과 달리, 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다고 보았다. 이는 채권자가 당해 계약이 신탁사무처리의 일환으로서 체결되었다는 것을 알 수 있었던 경우에도 변함이 없다³⁶⁸. 신탁사무 처리과정에서 체결한 계약에 기해 발생한 채무에 관하여 수탁자는 원칙적으로 계약의 상대방에 대해 개인책임을 부담하므로 채권자는 상대방인 수탁자에 대한 판결을 얻고 수탁자의 개인재산에 대하여 강제집행을 할 수 있을 뿐이다³⁶⁹. 그 이유는 다음과 같이 설명된다³⁷⁰. 보통법(Common law)에 있어서는 한 사람으로서의 개

³⁶⁸ 명순구/오영걸, 앞의 책, 208면; George. T. Bogert, Trusts, 6th ed. Hornbook Series, West Publishing Co.(1987), p.450 : It there is a breach of the contract by the trustee, the other parity can recover a judgment against the trustee and collect it out of his individual property, but not out of the trust property, even though the person contracting with the trustee knew of the trust and knew that the trustee was making the contract for the benefit of the trust.

³⁶⁹ 명순구/오영걸, 앞의 책, 208면.

³⁷⁰ 명순구/오영걸, 앞의 책, 209면.

인과 수탁자라고 하는 두 개의 자격을 병존하여 인정하지 않으므로, 상대방은 수탁자 개인에 대하여 판결을 얻게 되고, 상대방은 수탁자 개인에 대한 판결에 기초하여 수탁자의 개인재산에 대하여 집행할 수는 있지만, 신탁재산에 대하여 집행할 수는 없다. 왜냐하면 보통법상 신탁재산은 법주체성(legal entity)을 가지지 않기 때문이다³⁷¹. 신탁재산이 법주체가 아닌 이상 수탁자는 대리인과 달리 계약에 의해 신탁재산으로 하여금 제3자에 대하여 직접 책임을 부담하도록 할 수 없다고 한다³⁷².

그런데, UTC는 수탁자가 신탁재산의 대표자의 지위도 가진다고 보아 신탁재산의 대표자 수탁자를 피고로 삼아 소를 제기하여야 하며, 그 판결에 기하여 신탁재산에 대하여 직접 강제집행을 할 수 있다는 취지로 규정하고 있다(UTC §1010(c)). 전통적으로 수탁자는 개인적 지위만을 가진다고 보았고, 신탁재산의 대표자로서의 지위는 가지지 않으므로 신탁재산의 대표자 지위에서 소를 제기하거나 피소될 수 없다고 보았지만, 위 UTC의 입장은 이러한 전통적인 입장을 변경한 것이다³⁷³. 그러므로 채권자는 수탁자가 파산하더라도 위와 같이 신탁재산에 대한 집행이 가능하게 되어 신탁재산으로부터 만족을 얻을 수 있다³⁷⁴.

2) 임의매각 방식으로서 수탁자의 강제집행 신청 가능성

매각 방식에는 경매뿐만 아니라 임의매각이 모두 포함된다³⁷⁵. 그런데

³⁷¹ 명순구/오영걸, 앞의 책, 209면.

³⁷² 명순구/오영걸, 앞의 책, 209면.

³⁷³ UTC §1010 Comment. (Subsection(b) is contrary to Res 2nd §264 which imposes liability on a trustee regardless of fault. Subsection(c) alters the common law rule that a trustee could not be sued in a representative capacity if the trust estate was no liable), Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., p.1896; 이계정, 앞의 책, 64면.

³⁷⁴ 이계정, 앞의 책, 64면.

³⁷⁵ 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다11134 판결 참조. 개정 전 신탁법 하에서의 판례이나, 매각 방식을 유연화하는 것이 신탁관계인의 이해관계에 부합하고, 수탁자는 신임의무를 부담하고 있으므로, 동 판시는 개정 신탁법 하에서도 유지된다고 본다.

수탁자의 재임 중에는 신탁재산의 명의자가 수탁자 자신이기 때문에, 민사집행법 등 집행 관련 법령에 소유자가 자기 명의의 재산에 대하여 경매를 신청하거나 집행권원을 취득할 수 있는 방법은 없다는 점을 고려하면, 신탁재산에 대한 강제집행 방법에 의한 비용상환은 수탁자의 재임 중에는 허용되지 않는다고 보아야 한다³⁷⁶.

판례 역시 “수탁자가 재임 중에는 신탁재산의 관리인이 수탁자 자신 이어서 신탁재산에 대하여 비용상환청구권 강제집행과 같은 방법으로 행사할 수는 없고, 신탁재산을 매각하여 그 매각대금으로 다른 권리자에 우선하여 비용상환청구권의 변제에 충당할 수 있을 뿐이다”라고 판시한 바 있다³⁷⁷. 또한 우리 신탁법은 신탁이 종료된 경우 신탁재산이 귀속될 자에게 이전될 때까지 그 신탁이 존속하는 것으로 보는데(신탁법 제101조 제4항), 위 법리에 의하면 법정신탁 하에서도 수탁자가 여전히 관리자의 지위에 있는 것이므로 경매신청은 인정되지 않게 된다.

수탁자의 경매청구권을 인정하지 않는 태도에 대하여는, 신탁재산과 고유재산은 구분되고, 제3자가 신탁재산에 강제집행을 실시할 경우 수탁자는 비용상환청구권에 기해 배당요구를 할 수 있고 법원은 배당을 해주어야 하므로, 수탁자가 직접 강제경매를 청구하는 경우와 구별할 필요가 없다는 비판이 있다³⁷⁸. 또한 비용상환청구권이 인정되는 이상 수탁자가 비용상환청구권자로서 원고가 되어 신탁재산관리자로서의 수탁자를 상대로 본안소송을 제기할 수 있고, 그 본안소송에 터잡은 집행도 불가능하지 않다는 견해도 있다³⁷⁹. 이 경우 특별대리인을 선임함이

³⁷⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 408면.

³⁷⁷ 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059판결 참조. 개정 전 신탁법과 마찬가지로 개정 신탁법은 비용상환청구권에 근거한 경매청구권을 인정하지 않으므로, 개정 신탁법 하에서도 유지되는 판시이다.

³⁷⁸ 이중기, 앞의 책, 396면.

³⁷⁹ 임채웅, 앞의 책(주 49), 280면 이하.

타당하다고 한다³⁸⁰.

검토하건대, 민법은 소유자담보권을 인정하지 않고³⁸¹, 민사집행법은 엄격한 절차에 따라 형식적으로 진행되어야 하므로 부정하는 것이 타당한 것으로 판단된다(이를 인정하게 되면 사법상의 청구권을 국가권력으로 강제적으로 실현하는 민사집행법상 혼란을 가져올 수 있다). 따라서 수탁자의 재임 중에는 임의매각 외에 경매신청은 인정되지 않으므로, 수탁자가 강제집행을 하기 위하여는 신탁재산을 귀속권리자에게 이전하는 절차가 선행되어야 한다.

다. 매각절차, 신탁재산의 평가 및 정산

우리 신탁법은 수탁자의 임의매각을 인정하고 있을 뿐, 신탁재산의 평가나 매각절차에 관하여는 규율하고 있지 아니한다. 따라서 신탁재산 처분 가능 사유, 매각방법, 신탁재산의 평가 및 정산에 관하여는 신탁행위로 정할 수 있을 것으로 판단된다. 실무상 대부분의 신탁계약서에서는 신탁부동산의 처분사유를 정해두고, 처분방법과 예정가격, 처분대금 납부기한 및 처분대금 등 정산순서를 미리 규정하는 경우가 많다(그 상세한 내용은 <별첨 1-1> 내지 <별첨 1-4> 참조).

먼저, 신탁재산 <처분사유>로 수탁자의 비용상환청구의 구상을 위한 처분을 인정하지 않을 수 있는가 문제된다. 우리 신탁법상 수탁자의 자조매각권에 관한 규정은 임의규정에 해당하므로, 수탁자가 비용상환청구의 보상을 위해 신탁재산을 매각하는 것을 금지할 수 있을 것으로 보인다.

또한 <처분방법>으로는 경쟁계약과 수의계약이 모두 가능할 것으로 보인다. 대부분은 실무계약서는 공개시장에서의 경쟁을 통하여 처분하

³⁸⁰ 임채웅, 앞의 책(주 49), 281면.

³⁸¹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 408면.

는 것을 원칙으로 하며, 예정가격 이상을 제시한 매수희망자 중 가장 높은 금액을 제시한 자를 신탁부동산의 매수인으로 결정한다.

<신탁재산의 평가>는 시장가격에 의하면 될 것이다. 시장가격에는 개별공시지가, 시가표준액으로 계산된 객관적인 금액과 함께, 현재 시점에서 예상되는 해당 부동산의 미래가치가 반영될 것이므로, 평가의 적정성에 문제가 없다고 본다. 이는 신탁재산이 동산이 경우에도 마찬가지이다. 만일 수탁자가 최저매도가격을 결정하기 위하여 감정평가 비용을 투입한 경우라면, 이러한 비용 역시 수탁자가 구상할 수 있는 비용에 포함된다고 보아야 할 것이다.

<처분대금의 정산>과 관련하여서는, 신탁계약에서 정한 여하한 사유로 신탁재산을 처분한 경우에는 부동산의 보전, 관리 및 매각절차에 따른 비용과 신탁사무처리비용의 부담에 따른 제비용, 신탁보수를 최우선 순서로 정산한다.

3. 자조매각의 효과

舊 신탁법은 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수 있도록 함으로써 수탁자의 우선권을 명시하였으나, 개정 신탁법은 ‘신탁재산의 매각대금을 비용상환청구권에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있다’ 라고만 규정하여(신탁법 제48조 제2항), 종래와 같은 수탁자의 우선적인 지위는 인정하지 않는다³⁸². 그러므로 신탁재산에 부속되어 있는 담보권, 용익물권, 임차권의 소액보증금 등에 우선할 수는 없을 것으로 판단된다.

하지만 수탁자가 신탁재산을 적절한 시기에 임의 매각하여 이로부터 비용 등을 상환받을 수 있는 권능 자체는 여타의 신탁채권자에 비하여

³⁸² 최수정, 앞의 책(주 31), 424면.

유리하며³⁸³, 해당 매각대금은 신탁재산이므로 수탁자가 이를 고유계정으로 이전하거나 고유재산인 비용상환청구권과 상계하는 등으로 신탁계정으로의 이전을 부인함으로써 사실상 우선변제의 효과를 누릴 수 있을 것이다.

4. 자조매각의 제한

자조매각권은 그 행사로 인하여 신탁목적에 달성할 수 없게 되거나 그 밖에 상당한 이유가 있는 경우에는 행사할 수 없다(신탁법 제48조 제2항). 따라서 신탁재산을 매각함으로써 신탁목적에 달성할 수 없게 된다면 신탁은 종료하므로(신탁법 제98조 제1항), 이러한 때에는 신탁이 존속하는 한 수탁자는 신탁재산을 매각할 수 없다. 여기에서 신탁목적이란, 위탁자가 신탁을 설정함으로써 이루고자 하는 바를 뜻한다. 신탁재산의 매각으로 인해 신탁 목적의 달성을 크게 훼손하는 경우에는 이러한 매각이 허용되지 않는데, 다음과 같은 사례들을 살펴볼 수 있다.

1) Darke v. Williamson

신탁조건은 침례교 예배당의 수탁자들에게 낡은 건물을 허물고 새로운 건물을 짓도록 허가하면서 그들의 면책을 인정하였다. 수탁자들은 예배당을 다시 지었지만 그 비용은 수중의 자금을 초과하였다. 그들은 계약자들에게 지급하기 위한 비용을 차용하였고, 결국 수탁자들 중 한 사람이 자신의 자금으로 그 차용금을 지급하였다. 그 수탁자의 사망 후 그의 개인적 대리인은 잔존 수탁자들을 상대로 소송을 제기하면서, 선불과 관련하여 신탁재산에 대한 유치권을 청구할 수 있고 압류나 매각

³⁸³ 최수정, 앞의 책(주 31), 424면.

을 행사할 수 있다고 주장하였다. 법원은 예배당의 매각은 신탁목적에 훼손한다는 이유로 즉각적인 매각은 거부하였으나, 사망한 수탁자의 상속인은 비용상환청구권과 그 상환을 담보하기 위한 유치권을 가진다고 판시하였다³⁸⁴.

2) Board of Trustees v. Palmore

수탁자들은 학교의 건립을 위한 기부금을 모집하였고, 그 기부금은 교육구(school district)를 위한 신탁으로 보유되었다. 기부금이 일부 모집된 후, 수탁자들은 건설을 진행하면서 \$10,000를 차용하였다. 이후 수탁자들은 교육구를 상대로, (선급금의 변제에 충당할 목적으로) 학교 건물 인도소송을 제기하였다. 법원은, 수탁자들이 선급금을 보존하기 위해 학교 구내에 유치권을 행사할 수 있지만, 수탁자들의 비용을 상환하기 위한 다른 방법이 없다는 점이 확실해질 때까지 그 건물은 매각될 수 없다고 판시하였는데, 미지급 기부금을 모집하거나 학교 구내를 임대하여 기금을 모을 수 있을 것으로 판단되었기 때문이다. 법원은 만일 기금 모집이 가능하지 않다면, 수탁자들이 학교 구내를 매각하기 위한 소송을 제기할 수 있다고 보았다³⁸⁵.

5. 신탁행위로 자조매각권을 부여한 경우

가. 법정자조매각권과 약정자조매각권

³⁸⁴ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1627~1628 : The court refused to direct the trustees to make an immediate sale, since doing so would destroy the trust. The court held, however, that the estate of the deceased trustee was entitled to repayment and to a lien to secure its claim.

³⁸⁵ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., p.1628 : The court held that the the trustees had a lien on the premises to secure the amount of the advance, but that the property would not be sold until it was clear that there was no other way to indemnify the trustees.

우리 신탁법 제48조 제2항에 따른 권리를 ‘법정자조매각권’이라 한다 면, 이를 신탁계약에 의해 별도로 정한 경우를 ‘약정자조매각권’이라 부른다³⁸⁶. 신탁행위로 법정자조매각이 인정되지 않는 범위까지 자조매각권을 확장하는 것도 가능하고, 약정의 내용이 일차적인 기준이 된다³⁸⁷. 우리 판례는 ‘신탁이 존속하는 동안이나 종료된 이후에 신탁재산에 관한 비용 등을 수익자에게 청구하였음에도 수익자가 이를 지급하지 않을 경우에는 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 대금으로 신탁재산에 관한 비용 등의 변제에 충당할 수 있도록 하는 신탁계약상의 규정’을 수탁자에게 자조매각권을 부여하는 특약으로 해석한다. 한편, 우리 판례는 법정자조매각권과 약정자조매각권을 행사 가능 시기에 있어 다르게 취급하고 있다. 그 타당성에 관하여 아래에서 살펴본다.

나. 신탁종료 후 자조매각권의 행사가능성

1) 신탁종료 후의 법률관계

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제101조(신탁종료 후의 신탁재산의 귀속)</p> <p>① 제98조 제1호, 제4호부터 제6호까지, 제99조 또는 제100조에 따라 신탁이 종료된 경우, 신탁재산은 수익자(잔여재산수익자를 정한 경우에는 그 잔여재산수익자를 말한다)에게 귀속한다. 다만, 신탁행위로 신탁재산의 잔여재산이 귀속될 자(이하 ‘귀속권리자’라 한다)를 정한 경우에는 그 귀속권리자에게 귀속한다.</p> <p>② 수익자와 귀속권리자로 지정된 자가 신탁의 잔여재산에 대한 권리를 포기한 경우 잔여재산은 위탁자와 그</p>	<p>제59조 (신탁종료후의 신탁재산의 귀속)</p> <p>제56조 또는 제57조의 규정에 의하여 신탁이 해지된 때에는 신탁재산은 수익자에게 귀속한다.</p> <p>제60조 (동전)</p> <p>신탁이 종료된 경우에 신탁재산의 귀속권리자가 신탁행위에 정하여 있지 아니한 때에는 그 신탁재산은 위탁자 또는 그 상속인에게 귀속한다.</p> <p>제61조 (동전)</p> <p>신탁이 종료된 경우에 신탁재산이 그 귀</p>

³⁸⁶ 임채웅, “신탁법상 수탁자의 자조매각권 및 비용상환청구권에 관한 연구”, 홍익법학, 제10권 제2호(2009. 6.), 384면.

³⁸⁷ 임채웅, 앞의 논문(주 386), 384면.

<p>상속인에게 귀속한다.</p> <p>③ 제3조 제3항에 따라 신탁이 종료된 경우 신탁재산은 위탁자에게 귀속한다.</p> <p>④ 신탁이 종료된 경우 신탁재산이 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 귀속될 자에게 이전될 때까지 그 신탁은 존속하는 것으로 본다. 이 경우 신탁재산이 귀속될 자를 수익자로 본다.</p>	<p>속권리자에게 이전할 때 까지는 신탁은 존속하는 것으로 간주한다. 이 경우에는 귀속권리자를 수익자로 간주한다.</p>
--	---

가) 법정신탁의 발생

신탁이 종료하거나 해지된 경우에도 신탁재산이 귀속권리자에게 이전될 때까지는 귀속권리자를 수익자로 하는 신탁이 존속하는 것으로 간주되는 데(신탁법 제101조 제4항), 이는 신탁재산에 대한 귀속권리자의 권리보호를 신탁법적 방법으로 구성한 것으로 법정신탁의 일종이다³⁸⁸. 이러한 법정신탁은 신탁행위에서 귀속권리자를 정하고 있을 경우에는 기존 신탁의 연장으로서의 성격을 가지는 반면, 그렇지 않을 경우에는 복귀신탁으로서의 성격을 가진다³⁸⁹.

이 규정의 취지에 대하여 대법원은, “신탁이 종료하여도 그 잔여재산을 귀속권리자에게 완전히 이전시킬 때까지 상당한 시일이 걸리므로, 귀속권리자의 권리를 보호하고 신탁의 나머지 업무를 마치도록 하기 위한 것에 불과하고, 특히 귀속권리자가 위탁자 또는 그 상속인일 때에는 수탁자는 위탁자 또는 그 상속인이나 이들이 지시하는 자에게 남은 재산을 이전하거나 대항요건 등을 갖추도록 하는 직무권한만 갖는다고 할 것이므로, 위 법 조항에서 존속하는 것으로 간주되는 신탁은 그 목적에 한정하는 법정신탁이다”라고 판시한 바 있다³⁹⁰.

다만, 귀속권리자를 위한 법정신탁이 기존 신탁의 연장으로서의 성격

³⁸⁸ 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나64944 판결 참조.

³⁸⁹ 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나64944 판결 참조.

³⁹⁰ 대법원 2002. 3. 26. 선고 2000다25989 판결 참조.

을 가지는 경우에는 신탁목적이 신탁재산의 청산과 청산 후 재산의 귀속권리자에 대한 인도를 목적으로 한다는 점, 수탁자의 권한행사가 기존 신탁목적에 따른 관리·운용이 아니라 소극적인 청산목적에 따른 변제처분으로 변경된다는 점(다만, 수탁자의 권한범위는 신탁사무의 종결을 위해 필요한 것인지 여부에 따라 결정되므로, 예컨대 신탁채무의 변제를 위해 신탁재산의 처분이 필요한 때에는 환가를 위한 처분권이 인정될 수 있다)을 제외하고는 기존 신탁과 별반 다를 바가 없다³⁹¹.

나) ‘신탁 종료’와 ‘귀속 한다’의 의미

[개정 신탁법]	[舊 신탁법]
<p>제98조(신탁의 종료사유) 신탁은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 종료한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 신탁의 목적을 달성하였거나 달성할 수 없게 된 경우 2. 신탁이 합병된 경우 3. 제138조에 따라 유한책임신탁에서 신탁재산에 대한 파산선고가 있는 경우 4. 수탁자의 임무가 종료된 후 신수탁자가 취임하지 아니한 상태가 1년간 계속된 경우 5. 목적신탁에서 신탁관리인이 취임하지 아니한 상태가 1년간 계속된 경우 6. 신탁행위로 정한 종료사유가 발생한 경우 	<p>제55조 (신탁의 종료) 신탁행위로 정한 사유가 발생한 때 또는 신탁의 목적을 달성하였거나 달성할 수 없게 된 때에는 신탁은 종료한다.</p>

우선 신탁종료의 의미가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 즉, 신탁계약상 신탁기간이 만료된 경우에 i) 그 신탁기간의 만료자체를 의미하는 것인지, ii) 신탁기간 만료 후에 신탁사무가 실질적으로 종료된 시기를

³⁹¹ 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나64944 판결 참조.

의미하는 것인지 의문이 있다³⁹².

신탁법 제98조의 신탁 종료사유 및 제101조의 신탁종료 후 신탁재산의 귀속 규정을 종합하여 볼 때, 신탁계약상 신탁기간이 만료되는 경우 신탁은 종료되고, 다만 신탁이 종료된 후에도 신탁재산이 그 귀속될 자에게 이전될 때까지는 신탁이 존속하는 것으로 의제된다는 것이 신탁법의 의도이므로, ‘신탁종료’란 신탁기간의 만료자체를 의미하는 것으로 판단된다³⁹³.

또한 우리 신탁법은 신탁종료 시 신탁의 잔여재산은 원칙적으로 수익자에게 귀속되는 것으로 정하고 있는 데, 이는 신탁이 설정된 후에는 신탁재산의 실질적, 경제적 소유권은 수익자에게 이전되기 때문이라고 한다³⁹⁴. 그리고 ‘귀속된다’는 의미는 그 귀속권리자에게 신탁재산이 물권적으로 귀속한다는 것이 아니라 신탁재산에 대한 수익권이 생긴다는 것에 불과하다고 해석된다³⁹⁵. 이를 물권적 귀속의 의미로 해석하면 특별한 의사표시가 없음에도 물권변동이 발생하여 그 시기가 불명확해질 우려가 있고, 법정신탁을 인정한 취지에도 반하기 때문이다³⁹⁶.

2) 법정신탁에서 자조매각권의 행사 가능성

그렇다면, 신탁이 종료되어 법정신탁의 효력이 발생한 상황에서도 기존 신탁의 수탁자가 법정자조매각권을 행사할 수 있는 지 또는 약정자조매각권의 행사가능성은 다르게 판단할 것인지가 문제되는데, 항을 바꾸어 논의하기로 한다.

³⁹² 박제인, 앞의 논문, 79~81면.

³⁹³ 박제인, 앞의 논문, 79~81면.

³⁹⁴ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 760면.

³⁹⁵ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 764면.

³⁹⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 764면.

6. 법정신탁과 자조매각권

가. 약정자조매각권의 경우

우리 판례는, 귀속권리자를 위한 법정신탁의 수탁자는 신탁재산의 소유명의가 자신에게 남아있어 자신이 신탁재산의 관리처분권을 가지고 있는 경우 “신탁비용 및 신탁보수를 회수하기 위하여 신탁재산에 대하여 약정자조매각권을 행사할 수 있다”는 해석을 정립하고 있다³⁹⁷. 판례가 약정자조매각권을 부여한 것으로 보는 조항에는 다음과 같은 예가 있다.

[약정 자조매각권 부여의 예]³⁹⁸

제19조 (신탁재산 환가에 의한 제비용의 충당)

신탁재산에 속하는 금전으로 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 피고의 과실 없이 받은 손해, 기타 신탁사무처리를 위한 제비용 및 피고의 대금지급을 충당하기에 부족한 경우에는 수익자에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 피고가 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로서 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다.

신탁법은 임의규정이고, 사적자치의 원칙에 비추어 신탁계약으로 자조매각권의 시기를 제한하거나 권한을 부여하여 신탁재산에 관한 비용 회수에 편의를 도모하는 것은 얼마든지 가능할 것이다. 그렇다면 우리 신탁법상으로 신탁이 종료되어 법정신탁의 효력이 발생한 상황에서는

³⁹⁷ 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003다47621 판결, 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다84003 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 등 다수.

³⁹⁸ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 : 이 사건 신탁계약서 제19조는 수탁자가 이 사건 신탁이 존속하는 동안이나 이 사건 신탁이 종료된 이후에 신탁재산에 관한 비용 등을 수익자에게 청구하였음에도 수익자가 이를 지급하지 않을 경우에는 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 대금으로 신탁재산에 관한 비용 등의 변제에 충당할 수 있게 함으로써 신탁재산에 관한 비용 등의 회수에 편의를 도모하기 위함에 그 목적이 있다 할 것이다. 그러므로 비록 舊 신탁법 제61조에 의하여 이 사건 신탁이 종료한 수 신탁재산이 그 귀속권리자에게 이전할 때까지는 귀속권리자를 수익자로 보는 신탁이 존속하는 것으로 간주된다고 하더라도, 수탁자로서는 이 사건 신탁계약서 제19조에 좇아 거기서 정한 방법에 따라 차입금을 비롯하여 신탁사무처리를 위한 제반 비용을 회수할 수 있다 할 것이다.

법정자조매각권을 행사할 수 없는 것으로 해석되는 것인지, 그렇기 때문에 법정신탁 하에서 수탁자가 비용상환청구권 행사의 일환으로 자조매각권을 행사하기 위해서는 반드시 별도의 신탁계약으로 정해 놓아야만 하는 것인지 의문시된다.

나. 법정자조매각권의 경우

1) 부정설 : 서울고등법원 2006. 8. 16. 선고 2005다58269 판결(서울고등법원 2010. 12. 30. 선고 2009나15215 판결)

[사실관계]

① 원고와 피고 신탁회사는 1996. 8. 31. 원고가 자기 소유인 이 사건 토지를 피고에게 신탁하고, 피고는 이 사건 토지 지상에 건물을 건축하여 이를 신탁재산으로 삼아 분양하여 수익을 얻고, 피고가 그 중 일정 비율에 해당하는 금액을 신탁수익으로서 취득하며 계약이 종료하면 피고가 원고에게 신탁재산 및 수익을 반환하기로 하는 내용의 분양형 토지신탁계약을 체결하였다. ② 피고는 신탁계약에 따라 이 사건 토지에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 마치고, 빌딩을 준공하여, 이 사건 건물에 관하여 피고 명의의 신탁등기와 소유권보존등기를 경료하였다. ③ 이 사건 신탁계약은 2000. 12. 31. 기간만료로 종료하였고, 이 사건 건물은 모두 분양되었다. ④ 원고는 신탁 종료를 원인으로 하여 신탁계약에 따라 피고에 대해 이 사건 각 부동산에 대해 각 신탁등기의 말소 및 2000. 12. 31. 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구하였다.

위 원심판결은 다음과 같은 근거 하에, 신탁관계가 종료된 후 수탁자는 자조매각권을 행사할 수 없고, 수탁자가 변경된 경우의 전수탁자와 마찬가지로 강제집행권, 경매권 및 유치권만이 인정된다고 판단하였다.

“① 신탁법은 수탁자의 비용비용상환청구권 등의 만족 방법으로 제42조 제1항(개정 신탁법 제48조 제2항)에서 자조매각권 및 우선권을, 제49조(개정 신탁법 제48조 제1항)에서 강제집행권 경매권 및 유치권을

규정하고 있는데, 제49조는 수탁자가 변경된 경우 전수탁자의 비용비용상환청구권의 집행을 위한 규정인 점, ② 신탁종료 후의 법률관계에 관한 신탁법 제62조(개정 신탁법 제102조)는 전수탁자의 강제집행권 등에 관한 제49조만을 준용하고 있을 뿐 수탁자의 자조매각권에 관한 제42조를 준용하지 않고 있는 점, ③ 신탁관계가 종료되면 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계가 소멸하고 수탁자는 수익자에 대하여 신탁재산을 반환할 의무를 부담하게 되는데, 이러한 상황에서 수탁자에게 자조매각권을 인정하게 되면 수탁자가 임의로 비용을 과다 계상하는 등 수익자에게 손해를 입힐 우려가 있어 수탁자에게 자조매각권을 인정하는 것은 공평의 관념상 타당하지 않다는 점 등을 종합하면, 신탁법은 신탁 관계가 종료된 후의 수탁자에게는 그 비용상환청구권 등의 만족을 위한 자조매각권은 인정하지 않고, 수탁자가 변경된 경우의 전 수탁자와 마찬가지로 강제집행권, 경매권 및 유치권만을 부여하고 있다고 할 것이다.”

다만, 위 원심판결은 자조매각권에 관한 규정은 당사자 사이에서 얼마든지 다르게 정할 수 있으므로 약정자조매각권을 인정하였다. 원심판결에 대하여 대법원은 법정자조매각권에 관한 원심판결의 당부에 관하여는 판단하지 않고, 약정이 있음을 이유로 원심판결을 받아들였다³⁹⁹.

이러한 대법원의 태도와 관련하여, 대법원은 신탁 종료 후에는 법정자조매각권 행사를 부정하는 취지라고 해석하는 견해가 있다. 즉, 대법원은 “위탁자 또는 수익자가 부담하는 신탁비용 및 신탁보수 지급의무와 신탁종료 시에 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에

³⁹⁹ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결, 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결 참조. 원심은 이 사건 신탁계약서 제19조를 근거로 한 피고의 주장을 받아들여 수탁자인 피고가 이 사건 신탁종료 이후에도 비용보상 등을 받기 위하여 이 사건 신탁재산을 매각할 수 있음을 이미 인정하고 있다. 따라서 이와 별도로 신탁법 제42조 제1항에서 정한 자조매각권에 기하여 이 사건 신탁재산을 매각할 수 있다는 피고의 상고이유의 주장은 판결에 영향을 미칠 수 없는 사유를 주장하는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없다.

대하여 부담하는 신탁재산을 이전할 의무는 모두 신탁관계에서 발생된 채무들인바, 수탁자가 신탁종료 전에는 신탁법 제42조 제1항, 제43조에 의하여 비용 및 에 관하여 신탁재산을 매각하여 그 매각대금으로 다른 권리자에 우선하여 변제에 충당할 수 있고, 신탁종료 후에 신탁재산이 수익자등에게 귀속한 후라도 신탁법 제62조, 제49조에 의하여 비용상환청구권 또는 보수청구권에 기하여 신탁재산에 대하여 강제집행을 하거나 경매를 할 수 있으며 이를 위하여 신탁재산을 유치할 수 있는 점에 비추어...”라고 실시하고 있는데⁴⁰⁰, 이는 법정자조매각권은 신탁 종료 전에 행사할 수 있고, 신탁종료 후에는 행사할 수 없음을 전제하고 있다는 것이다⁴⁰¹.

나아가, 위 원심판결의 근거에 동의하면서, 舊 신탁법 제42조의 문언이 ‘수탁자’라고 규정되어 있는데, 신탁이 종료되면 수탁자는 더 이상 수탁자라고 할 수 없고, 종래의 수탁자가 신탁재산을 점유하거나 지배하지 않고 있는 경우는 물론, 계속하여 점유하거나 지배하고 있다고 하더라도 그러한 지배나 점유는 원래의 신탁에 따른 수탁자로서 신탁재산을 점유하고 있는 것이라 할 수 없으므로, 舊 신탁법 제42조 제1항에서 말하는 ‘신탁재산을 매각하여 (...) 행사할 수 있는 권리’라 할 수 없다는 견해가 있다⁴⁰².

2) 긍정설 : 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나64944 판결

[사실관계]

① 위탁자인 원고 A, B 및 C(이하 원고 등)와 수탁자인 파산선고 전 신탁회사는 1996. 8. 7. 원고 등 소유인 이 사건 토지를 파산 전 신탁회사에 신탁하고, 파산 전 신탁회사는 그 지상에 이 사건 건물을 건축하여 이를 분양하여 얻은 분양수입금에서 조세, 공사비, 차입금 기타 제비용과 신탁보

⁴⁰⁰ 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532 판결 등 참조.

⁴⁰¹ 박제인, 앞의 논문, 79면.

⁴⁰² 임채웅, 앞의 논문(주 386), 382면.

수를 공제한 나머지를 신탁수익으로 하여 신탁종료시에 원고 A, B에게 교부하기로 하는 분양형토지신탁계약을 체결하였다. ② 파산 전 신탁회사는 이 사건 신탁계약에 따라 이 사건 건물을 신축하여 그 명의로 신탁 원인 소유권이전등기를 경료함. 이 사건 신탁계약은 2001. 8. 17. 약정한 신탁기간이 경과하여 종료됨. 원고 등은 2003. 3. 18. 파산 신탁회사를 상대로 이 사건 토지에 관한 신탁종료에 따른 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송 및 이 사건 건물의 인도청구소송을 제기하였고, 소송 계속 중인 2003. 6. 2. 신탁재산인 이 사건 토지가 아직 귀속권리자에게 이전되지 아니한 상태에서 신탁회사가 파산선고를 받았다. ③ 파산채무자인 신탁회사의 파산관재인이 2006. 5. 19. 선임되고, 피고 파산관재인은 수익자인 A, B에게 수 차례 걸쳐 이 사건 토지를 이전 받음과 동시에 신탁비용과 신탁보수를 지급하여 줄 것을 요청하였으나, A, B는 이를 지급하지 아니하였다. ④ 이에 피고 파산관재인은 2010.7. 1. 법원의 허가를 받아 D에게 이 사건 토지와 건물을 매각하였고, 2010. 11.경 그 대금 중 일부로 신탁비용과 신탁보수의 변제에 충당하고 나머지는 신수탁자에게 반환하였다. ⑤ 이에 원고 등은 피고 파산관재인의 이 사건 부동산 매각행위는 무권리자의 처분행위로서 무효라고 주장하면서, 피고 파산관재인을 대위하여 D에게 소유권이전등기의 말소를 구하였다.

위 원심판결은 신탁종료 후 신탁재산이 귀속권리자에게 이전되기 전의 상황에서, 신탁계약에 따른 약정자조매각뿐만 아니라 舊 신탁법 제 42조 제1항 및 제43조에 따른 법정자조매각권을 행사할 수 있다고 판시하였다.

- ① 우리 판례상 기존 신탁의 수탁자의 법정자조매각권 행사가 긍정되는 이유는 수탁자가 신탁재산의 소유명의자로서 관리처분권을 보유하고 있기 때문이므로, 귀속권리자를 위한 법정신탁에서도 신탁재산의 소유명의가 수탁자에게 남아 있어 수탁자가 이에 대한 관리처분권을 보유하고 있는 경우에는 수탁자의 법정자조매각권 행사를 긍정함이 논리적 일관성의 측면에서 타당할 뿐만 아니라 이를 부정하게 되면 수탁자는 위와 같은 경우 신탁재산에 대한 비용상환청구권 강제집행조차 불가능하므로, 수익자에게 신탁재산을 이전하여 준 후

수익자를 상대로 이행소송을 제기하는 등으로 집행권원을 얻은 후에야 신탁재산에 대한 강제집행을 하여 비용 등 상환청구권의 실행과 만족을 얻을 수밖에 없어 수탁자에게 지나치게 가혹하고 불합리한 결과를 초래하게 되는 점,

- ② 기존 신탁의 수탁자는 신탁재산은 물론 자신의 고유재산까지 책임 재산으로 하여 신탁채권자에 대하여 무한책임을 부담하므로(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890 판결 참조), 기존 신탁이 종료 하더라도 신탁재산의 소유자 내지 관리자로서의 수탁자가 신탁채권자의 채권 또는 고유재산 소유자로서의 수탁자 개인의 비용등상환청 구권을 신탁재산으로 변제하여 소멸시킨 후 잔여재산을 귀속권리자 에게 이전하는 것을 인정함이 공평·타당한 점,
- ③ 舊 신탁법 제62조(신탁종류후의 신탁재산의 귀속)는, 제27조(강제집 행의 속행)와 제49조(전수탁자의 강제집행권)의 규정은 신탁의 종료 로 인하여 신탁재산이 수익자에게 귀속한 때에 준용한다고 규정하고 있는데, 이는 기존 신탁이 종료한 후 신탁재산이 수익자에게 완전히 이전된 경우를 염두에 둔 규정이라고 해석함이 상당한 점(신탁종료 후 신탁재산이 수익자에게 이전되면, 수탁자는 신탁재산의 소유자 내지 관리자로서의 지위를 상실하므로 더 이상 법정자조매각권 행사 가 불가능해 지고, 따라서 강제집행, 경매 및 유치권밖에 행사할 수 없다. 바꾸어 말하면, 신탁종료 후 신탁재산이 아직 수탁자 명의로 남이 있던 경우 수탁자 자신이 자신에 대하여 강제집행을 하는 것이 법률상 불가능했던 것이 그 소유명의자가 수익자로 바뀔으로써 이제 는 강제집행이 가능해지게 되는 것이다) 등을 종합적으로 고려해 보 면, 귀속권리자를 위한 법정신탁의 수탁자는 법정자조매각권도 행사 할 수 있다고 해석하는 것이 당해 법조의 문언내용과 형식, 舊 신탁 법의 전반적인 체계와 취지·목적 등에 부합한다.

이에 대하여 대법원은 역시 법정자조매각권에 관한 원심판결의 당부에 관하여는 판단하지 않고, 약정자조매각권을 행사할 수 있다는 이유로 원심판결을 받아들였다⁴⁰³.

다. 판단

검토하건대, 법정신탁은 신탁종료 후 그 잔여재산을 귀속권리자에게 완전히 이전시킬 때까지는 상당한 시일일 걸리므로, 귀속권리자의 권리를 보호하고 신탁의 나머지 업무를 마치도록 하기 위한 취지를 갖는다. 이는 위임종료의 경우 급박한 사정이 있는 때에는 위임인이 그 사무의 처리를 계속하도록 하여 위임이 존속하는 것으로 보는 민법 제691조의 규정, 상법상 이사의 원수를 결한 경우 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 존속하는 것으로 보는 상법 제386조의 규정의 취지와도 유사해 보인다. 그러므로 신탁기간의 만료로 신탁이 종료되었다고 하여도 법정신탁 하에서 수탁자로서의 권리, 의무를 갖는다고 보아야 한다.

또한 통상적으로 비용 부담에 관한 문제는 신탁이 존속 중인 경우보다 신탁이 종료한 후에 부상하게 되므로, 신탁기간의 만료로 신탁이 종료한 경우 수탁자는 비용상환청구권을 확보하기 위하여 자조매각권을 행사할 수 있어야 한다. 이를 부정한다면 수탁자는 자조매각권을 행사할 수도 없고, 신탁재산이 수탁자 명의로 남아있음으로 인하여 해당 신탁재산에 대하여 강제집행을 신청할 수도 없어 수탁자에게 가혹하다⁴⁰⁴.

⁴⁰³ 대법원 2013. 10. 31. 선고 2012다110859 판결 참조 : 수탁자가 파산선고를 받은 후에는 수탁자의 파산관재인은 파산재단에 속하지 아니하는 신탁재산에 대하여 舊신탁법 제42조에서 정한 자조매각권을 행사할 수 없다는 취지이나, 피고 파산관재인이 이 사건 신탁계약서 제19조를 근거로 자조매각권을 행사할 수 있다는 원심의 판단이 정당한 이상, 이는 판결에 영향을 미칠 수 없는 사유를 주장하는 것에 불과하므로 받아들일 수 없다고 판단하였다.

⁴⁰⁴ {舊신탁법 제42조에서 규정하고 있는 수탁자의 비용상환청구권은 수탁자가 신탁사

나아가 법정자조매각이든 약정자조매각이든 신탁 목적 달성이 불가능하다면 그 행사는 제한을 받는 것인 바, 법정자조매각권과 약정자조매각권을 달리 취급할 합리적인 근거가 부족하다. 따라서 시기에 관계없이 요건에 부합하는 경우 수탁자는 임의매각권한을 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.

IV. 강제집행(우선변제권)

1. 우선변제의 의의 및 근거

다른 신탁채권자가 신탁재산을 압류 또는 체납 처분한 경우에, 수탁자는 그 집행절차에서 배당요구를 행사할 수 있고(민사집행법 제88조 제1항), 수탁자는 필요비 또는 유익비를 수익자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제받을 수 있다(신탁법 제48조 제1항).

민법은 소유자담보권을 인정하지 않고 있고, 비용상환청구권에 근거한 우선변제권은 수탁자가 자기 명의의 신탁재산에 대하여 취득한 법정담보권의 성질을 갖는 것은 아니지만, 신탁법은 비용상환청구권의 변제를 확실하게 보장하기 위하여 우선변제권을 인정한 것이다⁴⁰⁵. 수탁자의 비용상환청구권은 신탁채권에 해당하고, 신탁채권은 수익채권에는 우선하지만(신탁법 제62조) 다른 신탁채권과의 관계에서 우열이 당연히

무의 처리에 있어서 정당하게 부담하게 되는 비용 또는 과실 없이 입게 된 손해에 관하여 신탁재산 또는 수익자에 대하여 보상을 청구할 수 있는 권리라고 할 것인바, 수탁자가 채입 중에는 신탁재산의 관리인이 수탁자 자신이어서 신탁재산에 대하여 비용상환청구권 강제집행과 같은 방법으로 행사할 수는 없고(수탁자의 임무가 종료한 후에는 신수탁자를 상대로 비용상환청구권을 행사하여 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다), 같은 조 제1항에서 규정하고 있는 바와 같이 신탁재산을 매각하여 그 매각대금으로 다른 권리자에 우선하여 비용상환청구권의 변제에 충당할 수 있을 뿐이다(대법원 2005. 12. 22. 2003다55059 판결 참조).

⁴⁰⁵ 송현진/유동규, 앞의 책, 419면.

판단되는 것은 아닌데⁴⁰⁶, 우리 신탁법 규정에 따라 비용상환채권이 우선하게 된다⁴⁰⁷.

다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 수탁자의 재임 중에는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없으므로, 수탁자는 수익자나 다른 신탁채권자가 신탁재산에 대한 강제집행을 신청한 경우에 해당 절차에 참여할 수 있을 뿐이고, 수탁자가 신탁재산에 직접 강제집행을 신청하기 위하여는 신탁의 종료 및 신탁재산의 귀속이 전제되어야 한다. 또한 수탁자의 비용상환청구권은 일반채권에 해당하므로 수탁자가 경매를 신청하기 위해서는 집행권원을 얻어야 한다⁴⁰⁸.

2. 우선변제의 요건

가. 필요비 또는 유익비의 지출

신탁사무 처리 비용 중 신탁재산의 객관적 가치 증대에 기여하여 공익적인 성격을 갖고 있는 필요비 및 유익비의 상환청구권에 대해서만 우선변제권능이 인정된다⁴⁰⁹. ‘필요비’란 물건의 보존을 위하여 지출한 비용과 같이 물건 자체에 기여하기 위한 비용으로, 비용을 지출할 당시

⁴⁰⁶ 최수정, 앞의 책(주 31), 421면.

⁴⁰⁷ 한편, 舊 신탁법 하에서 우선권의 효력에 대하여 다음과 같이 학설이 나뉘었다. ① 단순히 신탁채권자보다 우선적으로 신탁재산에서 변제를 받을 수 있다는 견해(최동식, 앞의 책, 286면), ②비용이나 손해가 본래 신탁재산이 부담해야 할 것이고 수탁자가 신탁재산의 관리자임을 고려하여 신탁법이 수탁자에게 간이한 환가방법을 인정하는 것이라는 점에서 특수한 담보권이라는 견해(이재욱/이상호, 신탁법 해설, 166면 이하), ③일반채권자의 권리보다는 우선하지만 다른 담보권자의 권리보다는 후순위라는 견해(임채웅, 신탁법 연구1, 269면), ④채권자의 유형을 구분하여 일반채권자보다는 우선하고, 신탁 전의 원인으로 발생한 권리를 갖는 자보다는 우선하지 않지만, 그 중 신탁재산에 대하여 신탁설정 전에 저당권설정등기를 하거나 대항력 있는 임차권을 가지는 자는 우선권의 영향을 받지 않으며, 신탁설정 후 수탁자 자신이 설정해 준 담보권의 담보권자에 대하여는 우선권을 주장할 수 없다는 견해(이중기, 신탁법, 398면) 등이다.

⁴⁰⁸ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 406~407면.

⁴⁰⁹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 407면.

의 인식 가능한 객관적 사정에 따라 판단되며, 지출의 결과와는 무관하게 인정되는 비용이다. 보존비, 수리비, 동물의 사육비, 공조공과 등이 포함된다⁴¹⁰. ‘유익비’란 물건을 개량하기 위하여 지출한 비용과 같이 물건의 가치를 증대시키는 비용으로, 물건의 변경에까지 이른 경우의 비용은 포함되지 않는다⁴¹¹.

그러므로, ‘우선변제권이 인정되는 비용’의 범위는 수탁자가 상환청구를 할 수 있는 ‘신탁사무의 처리에 필요한 비용’의 범위 보다 작다고 보아야 한다.

나. 민사집행절차 또는 공매절차의 개시

수탁자의 우선변제권은 신탁재산에 대한 민사집행절차 또는 국세징수법에 따른 공매절차에서 인정된다. 수탁자가 직접 신탁재산에 강제집행을 할 수 있는지에 관하여는, 앞서 살펴본 바와 같이 신탁법은 수탁자의 비용상환청구권에 기한 경매청구권을 명시하고 있지 않고, 견해대립은 있으나 집행 관련 법령상 수탁자 자신이 소유하는 신탁재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없는 것으로 본다⁴¹². 따라서 수탁자의 임무가 종료한 때에 신탁재산관리인이나 신수탁자, 공동수탁자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있으며 신탁재산을 귀속권리자에게 이전한 다음 신탁재산에 강제집행을 할 수 있을 것이다⁴¹³. 또한 민사집행법상 집행의 방법으로는 강제집행과 담보권실행 등을 위한 경매제도가 있는데, 비용상환청구권은 일반채권이므로 담보권이라고 보기는 어려우므로 집행권원을 얻는 강제집행만 가능하다고 보아야 한다⁴¹⁴.

⁴¹⁰ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 407면.

⁴¹¹ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 407면.

⁴¹² 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 408면.

⁴¹³ 최수정, 앞의 책(주 31), 425면.

⁴¹⁴ 임채웅, 신탁법연구2, 박영사(2011), 271면.

한편, 신탁재산에 대하여는 원칙적으로 강제집행 등이 금지되므로(신탁법 제22조 제1항 본문), 신탁 전의 원인으로 발생한 권리의 채권자, 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 채권자의 신청에 의하여서만 집행절차가 개시될 수 있고, 수탁자는 동 절차에 참여하여 배당을 요구할 수 있을 것이다.

다. 수익자나 그 밖의 채권자의 의미

① 수익자는 신탁재산에 대한 직접적인 권리가 없고, 수익채권은 신탁채권보다 후순위이므로(신탁법 제62조), 수탁자는 수익자보다 우선하여 비용상환청구권에 기하여 변제받을 수 있다. ② 그 밖의 채권자는, 신탁재산에 대하여 집행할 수 없는 수탁자의 개인채권자(신탁법 제22조 제1항 본문)는 제외되고, 신탁사무의 처리에 따라 발생한 신탁채권을 취득한 신탁채권자 및 신탁 전의 원인으로 발생한 권리를 갖는 자 중에서 담보권이 없거나 수탁자의 비용상환청구권보다 후에 발생한 후순위담보권자 등이 해당된다(신탁법 제22조 제1항 단서).

3. 우선변제의 효과

다른 담보권자 등(민법상 저당권, 질권 등)의 권리 상호간의 관계가 문제되는데, 수탁자의 비용상환청구권은 제3취득자의 비용상환청구권(민법 제367조)과 같이 신탁 재산 자체의 가치를 보존, 증가 시키는 것이어서 모든 이해관계인을 위한 공익비의 성격을 갖고 있으므로, 집행비용 이외의 모든 우선변제권에 대하여 우선한다⁴¹⁵. 그러므로 국세기본법 제35조 제1항 제4호 및 제5호의 우선변제권보다 우선한다고 보아야 한다⁴¹⁶.

⁴¹⁵ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 409면; 송현진/유동규, 앞의 책, 421면.

⁴¹⁶ 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012), 409면; 송현진/유동규, 앞의 책, 421면.

V. 정리 및 소결

신탁재산을 처분하여 그 매각대금으로 비용상환에 충당하는 방법에 관한 논의를 도식화하면 아래 표와 같다.

비교		임의매각	강제집행
수탁자의 직접 행사 가능성	신탁 존속 중	가능	불가능(견해대립).
	신탁 종료 후	약정자조매각권 행사 가능. 법정자조매각권 견해 대립	신탁재산을 수익자 등에 게 이전한 후 집행권원 얻어 가능
제3자의 행사 가능성		직접행사? 불가능(수탁자가 관리인으로서 갖는 권리).	신탁 전의 원인으로 발생 한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기 한 경우 강제집행 신청 가능.
		대위행사? 불가능(수탁자의 일신전속적 권리).	
신탁재산의 평가		시장가격	감정인의 평가액을 참작 하여 최저매각가격 결정
매각절차		매매(경쟁계약, 수의계약 등). 대물변제(견해대립), 공경매(견해대립).	공경매, 공매
집행권원		불요	필요
행사범위		비용, 채무, 손해를 모두 구 상할 수 있는 것으로 해석됨.	필요비 및 유익비에 관하 여만 인정됨.
우선변제		신탁행위로 정하여 비용상환 채권을 우선 변제받을 수 있 음. 그러나 법령에서 정한 우 선 변제 채권에 우선하지 아 니함.	필요비 및 유익비에 관하 여 우선변제를 인정함. 집 행비용 이외의 모든 우선 변제권에 대하여 우선함.

이와 같은 정리에 의할 때, 수탁자로서는 임의매각이 허용되는 만큼 자신을 상대로 한 집행권원을 얻어 강제집행에 이를 실익이 크지 않을 것으로 판단된다. 수탁자는 강제집행보다는 자조매각을 통해 보다 효율적으로 비용상환채권을 변제받을 수 있다. 또한 수탁자 명의 재산에 대한 강제집행 가능성에 관하여 견해대립이 있는 만큼 실무상 수탁자가

강제집행에 나아가기는 곤란할 것으로 보인다⁴¹⁷.

제 4 절 수탁자 지위의 변동과 비용상환

I. 공동수탁자 관계

수탁자가 여러 명인 신탁에서 수탁자 중 1인이 신탁사무 처리와 관련하여 채무를 부담하는 경우, 공동수탁자는 연대채무를 부담하므로(신탁법 제51조 제1항), 그 수탁자는 비용상환청구권을 가질 뿐만 아니라 다른 수탁자에게 부담부분에 대한 구상권을 행사할 수 있다(민법 제425조).

둘 이상의 수탁자들이 있는 상태에서 그들 중 한 사람이 신탁을 위반하고 다른 수탁자들에게는 책임이 없는 경우, 신탁을 위반한 수탁자는 비용 상환을 청구하지 못하는 반면, 책임이 없는 수탁자들은 신탁 관리에 적절하게 지출된 비용의 상환을 청구할 수 있다⁴¹⁸.

신탁에 관한 미국의 관례법에서는, 신탁조항에 특별히 정해진 것이 없으면서 수탁자가 복수인 때에는, 신탁재산의 관리행위 등에 관해서는 수탁자 전원이 공동으로 행위할 것을 요구하는 공동행위의무가 부과되어 있기 때문에⁴¹⁹, 다수결로 결정하는 것과 대표를 두는 것은 원칙적으로 허용되지 않는 것이 원칙이다⁴²⁰. 다만, UTC §703은 이러한 원칙을 변경하여, 다수결에 의한 행위를 인정하고 있다⁴²¹.

⁴¹⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 321면.

⁴¹⁸ Scott & Ascher on Trusts, Vol. 4., pp.1621~1624.

⁴¹⁹ George T. Bogert, Trusts, 30, p.98(5th ed. 1987) : where trust powers are vested in two or more trustees of a private trust, and the settlor does not indicate an intent to the contrary, the powers are ordinarily held jointly by the trustees and all must unite in their exercise.

⁴²⁰ 명순구/오영걸, 앞의 책, 172면.

⁴²¹ 명순구/오영걸, 앞의 책, 172면.

II. 수탁자의 변경

한편, 비용상환청구권은 수탁자의 고유재산에 속한 권리이므로, 수탁자가 그 지위를 상실한 때에도 소멸하지 않는다. 수탁자의 지위 상실에는 신탁계약상 정한 바에 따른 종료, 수탁자의 파산, 사임, 해임 등이 있을 것이다. 수탁자의 지위에 있는 때에는 신탁재산의 관리인이 수탁자 자신이므로 신탁재산에 대하여 비용상환청구권을 강제집행과 같은 방법으로는 행사할 수 없을 것이지만, 수탁자의 임무가 종료한 후에는 신수탁자를 상대로 신탁재산에 대한 강제집행을 할 수 있고, 비용상환청구권을 피담보채권으로 하여 신탁재산을 유치할 수 있다(신탁법 제54조 제2항). 또한 비용상환청구권을 확보하기 위하여 수탁자는 신탁채권자를 대위할 수 있다⁴²².

III. 수탁자의 파산

수탁자의 파산은 수탁자의 임무 종료 사유에 해당한다(신탁법 제12조 제1항 제3호). 그러나 신탁재산은 수탁자의 파산재단을 구성하지 아니한다(신탁법 제24조). 다만 기본적으로 파산자가 파산선고 시 가진 모든 재산은 파산재단을 구성하고, 그 파산재단을 관리 및 처분할 권리는 파산관재인에게 속하므로 파산관재인은 파산선고를 받은 수탁자의 포괄승계인과 같은 지위에 있게 된다. 따라서 파산관재인은 신탁재산에 대하여 관리처분권이 있는지 여부와 관계없이 파산선고 당시 수탁자가 가지고 있던 약정자조매각권을 행사하여 신탁재산을 매각하고 그 대금으로 비용상환청구권의 변제에 총당할 수 있다⁴²³. 약정자조매각권과 마찬가지로, 수탁자가 파산선고를 받기 전에 신탁비용 및 신탁보수를 지

⁴²² 최수정, 앞의 책(주 31), 409면.

⁴²³ 대법원 2013. 10. 31. 선고 2012다110859 판결 참조.

급받기 위하여 신탁재산에 대해 법정자조매각권을 갖고 있었다면, 파산 관재인도 신탁재산을 자조매각하여 그 매각대금으로 파산재단에 속하는 비용 등 상환청구권의 변제에 사용할 수 있고, 수탁자가 갖는 자조매각권이 수탁자의 파산선고를 이유로 소멸하는 것은 아니라고 보아야 한다.

제 5 절 비용상환청구권 행사의 제한

I. 신탁재산의 구분에 따른 제한

영미 신탁법상 신탁조건에 의해 신탁재산의 특정 부분에 대하여는 수탁자의 비용상환청구권이 제한될 수 있다고 본다. 따라서 사업신탁에서 수탁자가 진행 중인 사업과 관련된 사업자산 및 그 외의 신탁재산을 함께 보유할 때, 수탁자는 일반적으로 사업 중 발생한 비용을 사업자산으로부터만 청구할 수 있다. 만일 위탁자의 지시에 따라 신탁재산 전체를 사업 위험에 노출되도록 할 경우 비로소 수탁자는 신탁재산 전체로부터 비용상환을 청구할 수 있다. 따라서 신탁재산이 분리되어 있는 경우, 이는 두 개의 신탁으로서, 그 중 하나의 신탁재산의 관리에 비용을 지출한 수탁자는 다른 신탁재산으로부터는 비용상환을 청구하지 못한다⁴²⁴.

또한 수탁자가 신탁재산 중 매각할 재산을 임의로 선택할 수 있는지, 아니면 비용상환청구권이 발생한 당해 재산만 매각할 수 있는지에 관하여는 우리 신탁법상 규정이 없는데, 수탁자는 충실의무를 위반하지 않는 범위 내에서 매각할 재산을 선택할 수 있다고 본다⁴²⁵. 그리고 수탁자는 선관주의의무를 발휘하여 매각할 신탁재산을 선택함에 있어 신탁목적과

⁴²⁴ 문형배, 앞의 논문, 164면.

⁴²⁵ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 296면.

의 관련성, 당해 신탁재산의 수익성, 전체 신탁재산에서 차지하는 중요성 등을 모두 고려하여야 한다⁴²⁶.

II. 신의칙에 의한 상환범위의 제한여부

舊 신탁법 하에서 대법원은 수탁자의 비용상환청구를 신의칙과 공평의 원칙을 고려하여 수탁자의 비용상환청구액을 일정한 한도로 제한하는 경우가 있었다. 예컨대, 대법원2006. 6. 9. 선고 2004다24557판결에서 “토지 개발신탁에서 수탁자가 부동산신탁을 업으로 하는 전문가로서 보수를 지급받기로 한 후 전문지식에 기초한 재량을 갖고 신탁사업을 수행하다가 당사자들이 예측하지 못한 경제상황의 변화로 그 사업이 중단됨으로써 위탁자가 막대한 신탁비용채무를 부담하게 된 사정이 인정되는 경우, 이러한 사정도 신탁비용의 지출 또는 부담에서의 수탁자의 과실과 함께 고려하여 신의칙과 손해의 분담이라는 관점에서 상당하다고 인정되는 한도로 수탁자의 비용상환청구권의 행사를 제한할 수 있다”라고 판시하였다.

위 판결은 수익자에 대한 비용상환청구 범위를 제한하지 않았던 舊 신탁법하에서의 판단으로서, 신탁사업에서 발생한 손실을 수탁자와 수익자 간에 배분한 것으로 보인다⁴²⁷. 그러나 현행 신탁법에서는 수익자가 신탁 재산으로부터 수익한 것 이상의 비용을 부담하지는 않기 때문에 신의칙과 손해의 분담을 근거로 수탁자의 비용상환청구권을 제한하는 일은 드물 것으로 판단된다.

⁴²⁶ 이연갑, 앞의 논문(주 122), 296면.

⁴²⁷ 최수정, 앞의 책(주 31), 420~421면.

제 5 장 비용상환청구권의 개선방안

이상에서 비용상환청구권의 현황, 대상 및 구체적 행사방법을 고찰하였다. 본 장에서는 문제의식을 가지고 있는 쟁점들을 정리하고, 그 개선점을 찾기 위하여 일본의 입법례를 참조하고자 한다.

I. 수익자에 대한 비용상환청구의 문제점과 개선안

우리 신탁법 제46조 제4항은 ‘수탁자는 신탁재산이 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있을 때에는 수익자에게 그가 얻은 이익의 범위에서 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있다’라고 규정하고 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 수익자에 대한 비용상환청구권은 부정하는 것이 바람직하다고 생각되며, 그 개선안을 함께 고찰하여 본다.

① 신탁의 기본적 구조 및 수익권의 본질과 관련하여 견해의 대립은 있으나, 본 논문은 수익권을 밀받침하고 있는 기본적인 속성은 채권이라고 보며, 우리나라의 논의 역시 채권을 바탕으로 하면서 점유하고 있는 물권적 성격의 강도에 따라 견해가 나뉘는 것으로 파악하였다. 따라서 수탁자 신탁재산에 관한 완전한 소유자임을 전제한다면, 신탁사무 처리과정에서 채무 등을 부담하더라도 수익자에 대한 비용상환청구는 원칙적으로 인정되지 않는다.

② 신탁계약의 체결에 있어 위탁자가 수익자를 겸하면서 계약의 당사자인 경우도 있겠으나, 수익자가 계약의 당사자는 아니지만 수익자로 지정됨으로써 수익권을 취득하는 경우도 있다. 이처럼 수익자는 수익자로 지정되면 수익권을 취득하고(신탁법 제56조) 수익의 의사표시가 필

요하지 않으므로, 수익권의 취득에 수동적이었던 수익자에게 신탁비용의 상환을 구하는 것은 예기치 못한 불이익을 줄 수 있다. 그러므로 수익자가 신탁설정행위에 참여하여 능동적으로 수익권 취득을 의욕한 경우가 아닌 한, 수익자에 대한 비용상환청구권은 인정되지 않는다고 본다.

③ 수탁자의 비용상환청구권은 수탁자가 충실의무를 위반하지 않았음을 전제로 인정되는 권리로서, 수탁자는 신탁 비용 등이 신탁재산을 넘지 않도록 신탁사무를 운용하여야 하여야 하고, 영리신탁에서는 수탁자 역시 신탁재산에 관한 평가 및 관리를 전문적 지식 하에 할 수 있으므로 신탁재산을 초과하지 않는 범위에서 신탁을 운용할 수 있을 것으로 판단된다. 즉 수탁능력이 신탁법 제11조에서 정해져 있고, 신뢰할 만한 자가 수탁자로 선정될 가능성이 크며, 수탁자는 고도의 선관주의 의무를 부담하므로 신탁사무처리 운영에 주의를 기울일 수 있는 반면, 수익자의 지위는 매우 다양할 수 있다. 수익자가 미성년자 또는 성년후견인이거나 기타 사회적 보호가 필요한 약자일 수 있는 것이다. 따라서 원칙적으로 수익자가 위험을 부담하지 않도록 하는 것이 타당하고, 수탁자와 수익자 사이의 이해관계의 조정은 개별적인 합의를 통하여 해결할 수 있다고 본다.

④ 한편, 현행 신탁법은 수익자가 수익을 얻은 한도에서만 비용을 부담하는 것으로 규정하여, 신탁사무에 발생하는 손실이 수탁자와 수익자 사이에서 배분되도록 하고 있다. 따라서 중국적으로 전보되지 못한 경제적 손실은 수탁자가 부담하게 되는 데, 이는 무보수 또는 일정한 보수를 받고 신탁사무를 처리하는 수탁자에게 가혹한 결과가 될 수 있다. 그러므로 수익자에 대한 비용상환청구권을 인정하면서 공평의 원칙상 수익의 한도에서 비용을 부담하도록 규정하기 보다는, 수익자에 대한 비용상환청구권을 원칙적으로 부정하되, 신탁상 소극재산이 적극재산을

초과하는 시점에서 신탁을 종료시킬 수 있도록 하고, 비용의 부담은 당사자가 신탁계약으로 합리적을 정할 수 있도록 열어두는 것이 신탁의 목적과 사적자치의 원칙에 부합한다고 본다.

⑤ 이와 관련하여, 일본의 입법례를 참조하면 도움이 된다. 일본 新신탁법은 일본 舊 신탁법과 달리, 원칙적으로 수익자가 수탁자에 대해 비용 등의 보상책임을 지지 않는 것으로 보았다. 일본 新신탁법의 개정 과정에서는, 원칙적으로 수탁자는 수익자에게 보상받을 권리가 있지만 신탁행위에서 달리 정할 수 있도록 하는 안과 수익자는 비용보상에 대한 책임을 지지 않지만 수탁자와 수익자 간의 별도의 합의가 가능하도록 하는 안으로 견해가 나뉘었는데, 일본 新신탁법은 후자를 택하였다⁴²⁸. 이에 따라 일본 新신탁법 제52조 제1항은 신탁재산에서 비용 등의 상환을 받고자 할 때 신탁재산이 부족한 경우 위탁자 및 수익자에 대해 ① 신탁재산이 부족하여 비용 등의 상환을 받을 수 없는 취지와 ② 수탁자가 정한 상당한 기간 내에 위탁자 또는 수익자로부터 비용 등의 상환 또는 비용의 사전지불을 받을 수 없을 때에는 신탁을 종료시키는 취지를 통지하고, 상당한 기간을 경과하여도 위탁자 또는 수익자로부터 비용 등을 상환 받지 못한 때에는 신탁을 종료시킬 수 있다고 규정하고 있다.

II. 수익자에 대한 비용상환청구권의 입법적 정비 필요성

수익자에 대한 비용상환청구권을 유지할 경우에는 문장의 정비가 필요하다고 판단된다. 현재 수익자에 대한 비용상환의 요건으로 신탁재산이 비용충당에 ‘부족하게 될 우려가 있을 때’라고 규정되어 있으나, 신

⁴²⁸ 최수정, 앞의 책(주 31), 69면.

탁재산이 비용충당에 ‘부족한 경우’한 경우에도 수익자에게 부족비용을 수익의 한도에 따라 청구할 수 있음은 해석상 당연하고, 오히려 신탁법 제46조 제5항과 같이 ‘신탁재산이 부족할 때’라고 명시하는 것이 더 정확할 것으로 보인다. ‘부족하게 될 우려가 있을 때’라는 규정은 수익자에 대한 사전구상권 또는 대변제청구권을 인정할 수 있는 듯한 어조를 풍기기 때문에 우리 신탁법은 사후구상권의 성격을 갖는다는 해석과 모순될 수 있다.

또한 신탁재산에 대한 상환에서의 상환 대상과 수익자에 대한 상환에서의 상환 대상이 법문상 다르게 규율되어 있는데, 이를 정비할 필요가 있다. 신탁재산에 대한 비용상환에서는 지출한 비용, 이자, 과실 없이 부담한 채무 및 과실 없이 입은 손해를 신탁재산에서 지출할 수 있고, 고유재산에서 지출한 경우에는 신탁재산으로부터 상환받을 수 있는 것으로 규정하면서도, 수익자에 대한 비용상환에서는 지출한 비용, 과실 없이 입은 손해만을 규정하고 있기 때문이다. 우리 신탁법이 수익자에 대한 비용상환청구를 인정하는 것이 손해의 공평 타당한 분담을 위한 것이라면, 지출한 비용에 대한 이자와 과실 없이 부담하고 그 이행을 마친 채무를 제외할 이유는 없다고 본다. 특히 수익자에 대한 비용상환청구에서 ‘채무’를 명시하지 않은 것은 수탁자가 신탁재산으로부터 이를 지출하는 경우와는 다르게 보충적인 비용부담자인 수익자로부터 사전 구상을 받는 것을 부정하는 취지라고 설명되는데(제3장 제2절 IV. 1. 참조), 법규정을 정비하여 수익자에 대한 비용상환청구의 요건을 명확히 하는 것이 타당하다고 본다.

III. 자익신탁에서 수익권의 포기 제한

수익자로 지정되어도 이를 강제할 수는 없으므로 수익자에게 포기의

기회가 제공되는데, 제3장 제2절 VI. 2.에서 살펴본 바와 같이 수익자가 신탁행위의 당사자인 경우에는 스스로 수익권을 취득한 것이므로, 수익자의 지위에서 탈퇴할 권리를 부여할 필요는 없다고 생각된다. 물론 자익신탁에서 수익자가 수익권을 포기하기 전에 취득한 수익은 법률상 원인이 없는 이득에 해당하여 수탁자에게 반환되어야 하고, 자익신탁과 타익신탁이 공존하여 수익자가 여럿인 경우에는 수익권을 포기한 수익자가 기 취득한 수익은 다른 수익자에게 반환되어야 할 것이다. 그리고 이 때 그 반환 범위는 악의의 수익자의 반환 규정(민법 제748조 제2항)에 따라야 할 것으로 판단된다. 하지만 부당이득의 반환이라는 후속절차를 밟기 보다는 처음부터 위탁자가 수익자를 겸하는 경우에는 수익권을 포기를 제한하고, 신탁행위로 달리 정하도록 하는 것이 법률관계를 간명하게 하고 신탁관계인의 의사에 부합한다고 생각된다. 관련하여 일본 新신탁법은 수익자는 신탁계약의 당사자가 아닌 한, 수탁자에 대하여 수익권 포기의 의사표시를 할 수 있는 것으로 규정한다(일본 新신탁법 제99조 제1항).

제 6 장 결 론

신탁재산은 신탁제도의 본질적 요소이고 재산은 비용을 발생시키므로, 수탁자의 지위에 비추어 수탁자가 신탁재산에서 비용을 지출할 수 있는 권한은 신탁제도에 내재된 권한이라 말할 수 있다. 따라서 수탁자가 신탁사무의 운용과정에서 발생한 비용 등을 고유재산으로 부담하였다면 그에 대한 구상권 행사의 일환으로 비용 등을 상환 받을 수 있어야 한다. 이는 타인을 위한 재산관리제도의 본질상 당연하기 때문에 민법의 일반법리에 기하여 수탁자는 해당 비용 등을 상환받을 수 있을 것이다. 그럼에도 우리 신탁법이 비용상환청구권 규정을 특별히 두고 있는 이유는 수탁자가 신탁재산의 대·내외적 소유자로서 신탁재산뿐만 아니라 고유재산으로도 책임을 부담하기 때문인 것으로 판단된다. 그러므로 신탁법상 비용상환청구권 규정은 수탁자가 무한책임을 지는 경우에 적용되는 민법의 특별법적 규정이고, 수탁자가 고유재산으로는 책임 지지 않기로 하는 책임재산한정특약을 체결하거나 유한책임신탁을 설정한 경우라면, 수탁자가 고유재산으로 비용 등을 지출하였다도 그 구상권의 행사는 신탁법 제46조가 아닌 민법의 부당이득반환 또는 사무관리의 법리에 따라 해결하여야 할 것으로 보인다.

신탁재산으로부터 비용을 모두 상환받기 어렵다면, 신탁의 최종 수혜자인 수익자에 대하여 비용상환청구가 가능한지가 문제되는데, 영미 신탁에서는 견해가 대립하나 기본적으로 수익자에 대한 비용상환청구를 부정하는 역사를 지니고 있고, 일본 新신탁법 역시 이를 부정하고 있다. 반면, 우리 신탁법은 수익자가 이익을 받은 범위 내에서 보충적으로 비용을 부담할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이에 관하여 본 논문은 신탁의 기본 구조와 수익자의 지위에 관하여 채권설을 전제로 하면서, 수익자는 별도의 승낙이 없이도 당연히 수익자가 되는 점, 당사자

간 경제적 편익을 따져 신탁행위로 별도로 정할 수 있는 점 등에 비추어 수익자에 대한 비용상환청구는 원칙적으로 부정됨이 타당하다고 보았다. 이러한 관점에서 우리 신탁법상 수익자에 대한 비용상환청구권 규정은 수탁자와의 형평을 고려하여 특별히 둔 규정으로 판단된다.

비용상환청구권의 구체적 행사와 관련하여서는 일반적으로 신탁재산 이전의무에 대응한 동시이행항변권이나 신탁재산의 인도를 거절할 유치권이 인정되는 데, 수탁자가 현실적으로 비용 등을 전보 받기 위하여는 신탁재산을 매각하는 방법이 가장 효과적일 것이다. 신탁재산의 임의처분의 방법으로는 대물변제, 강제경매, 자조매각이 있다. 대물변제의 경우 수탁자의 충실의무에 반하므로 허용되지 않는다는 견해도 있으나, 신탁재산의 귀속권리자와 수탁자 쌍방의 의사합치가 있고, 시장가격에 따른 평가를 거친다면 대물변제도 가능하다고 본다. 아울러 신탁재산의 평가문제는 수탁자의 임의매각(자조매각)에서도 동일하게 제기되는 문제이고, 신탁재산의 매각으로 신탁 목적을 달성할 수 없거나 그 밖에 신탁목적에 비추어 매각을 부정할 상당한 이유가 있다면 임의매각이 부정되는데, 대물변제도 자조매각의 일종으로 규율할 수 있다고 본다.

다음으로, 수탁자의 강제경매 신청이 가능한 지가 문제되는 데, 신탁재산의 소유자와 고유재산의 소유자 지위는 혼동되지 않으므로 법리상 불가능하지 않다는 견해가 있으나, 소유자담보권을 인정하지 않는 우리 민사집행법의 형식성에 비추어 부정된다고 봄이 타당하다. 현행 민사집행법 하에서는 수탁자 자신의 명의로 된 재산에 대하여 강제집행신청이 받아들여질지 불투명하므로, 수탁자는 신탁재산의 귀속 권리자에게 재산을 이전한 후에야 해당 재산에 강제집행을 할 수밖에 없을 것이다. 따라서 수탁자가 매매계약이나 공매처분으로 신탁재산을 현금화하는 방법이 비용상환청구권을 확보하는 가장 효과적인 방법이라고 할 수 있다.

한편, 비용상환청구권의 현황에서 알 수 있듯이, 신탁의 당사자들은 비용상환청구권에서의 비용의 종류, 비용의 부담주체, 수탁자가 고유재산으로 이행한 경우 그에 대한 이자의 계산법, 수탁자가 신탁재산을 매각할 수 있는 요건 등에 관하여 미리 정하여둔 다음 문제상황이 발생하면 해당 계약조항에 따라 비용상환청구권을 실현하는 경우가 많다. 그런데 분쟁이 발생하였을 때 당사자 간 의사표시를 해석함에 있어서의 지침은 신탁법이 되어야 하며, 계약자유 원칙을 존중하면서도 신탁법의 취지에 반하는 약정이 등장할 가능성을 최소화시킬 필요가 있다. 예를 들어, 수탁자가 지출된 금액이 자발적으로 이루어진 재산가치의 희생인 비용이 아님에도 비용으로 포함시킨 경우, 수탁자가 민법에 따라 구상권을 행사할 수 있음은 별론으로 하더라도 신탁법에 의한 비용상환청구권은 행사할 수 없다고 보아야 한다. 그러므로 신탁제도가 사적자치의 영역으로서 그 효용범위를 넓히기 위하여는 더욱 신탁법 규정의 요건에 대한 구체적인 안내서가 필요하다. 신탁은 그 체계에 있어서 유연성을 강점으로 하므로, 당사자가 합의를 통해 다양한 유형의 신탁을 만들어낼 수 있고, 신탁의 법률관계의 세부적인 면을 조정할 수 있는 것이지만⁴²⁹, 신탁법의 취지와 한계를 염두에 두어야 한다.

이상으로 본 논문에서는 수탁자의 비용상환청구권에 관하여 영미의 신탁법제와 일본의 신탁법제를 비교·분석하면서 우리 신탁법상 비용상환청구권의 대상, 요건 및 구체적 행사방법에 있어서의 논점을 짚어 보았다. 신탁제도는 사회의 요청을 탄력적으로 받아들일 수 있는 도구로서, 금융상품을 비롯하여 다양한 사회제도가 발현될 것이 예상되는데, 본 논문이 수탁자의 비용상환청구권의 해석에 있어 하나의 이정표가 되었으면 한다.

⁴²⁹ 이계정, 앞의 책, 136면.

부동산 담보신탁계약서

<기본 계약서>

[1]

(비용의 부담)

- ① 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금, 부담금 등 준조세, 관리비, 금융비용, 소송비용, 법률자문료, 임대차보증금반환채무, 민법 제758조의 공작물 등의 소유자 책임, 지료부담, 수탁자가 소유자지위에 기하여 부담하는 제반 비용, 기타 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무 처리에 있어서의 수탁자의 책임 없는 사유로 발생한 손해는 위탁자 및 수익자가 부담하며, 수탁자는 본항과 관련된 채무(지급의무)를 부담하지 않는다.
- ② 신탁재산에 속하는 금전이 제1항의 제비용 등의 지급에 부족하고 위탁자로부터 그 부족금액을 받을 수 없을 경우에는 수탁자는 신탁부동산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다.
- ③ 위탁자가 제1항의 비용 등을 지급시기에 납부하지 않는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있으며, 이 경우에 위탁자는 그 지급일로부터 상환일까지의 지연손해금을 기획재정부령으로 정하는 당좌대출이자율에 의한 지체상금으로 수탁자에게 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 지연손해금을 위탁자 또는 우선수익자에게 지급할 금전 또는 재산중에서 이를 우선 공제, 수취할 수 있다.

[2]

(비용의 부담)

- ① 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금, 유지관리비 및 금융비용 등과 기타 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무 처리에 있어서의 수탁자의 책임 없는 사유로 발생한 손해는 위탁자가 부담한다.
- ② 신탁재산에 속하는 금전으로 제1항의 제비용 등을 지급함에 부족하고 위탁자로부터 그 부족금액을 받을 수 없을 경우에는 수탁자가 상당하다고 인정하는 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분하여 지급에 충당할 수 있다.
- ③ 위탁자가 제1항의 비용 등을 지급시기에 납부하지 않는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있으며, 이 경우에 위탁자는 그 지급일로부터 상환일까지의 수탁자의 신탁계정대 이율에 의하여 산정한 이자를 수탁자에게 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 이자를 위탁자 또는 우선수익자에게 지급할 금전 또는 재산 중에서 이를 우선 취득할 수 있다.

[3]

(신탁사무처리비용의 부담)

- ① 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산에 관한 조세 공과금, 신탁보수, 신탁부동산의 유지관리비, 금융비용, 그 밖의 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무처리에 있어서 수탁자가 과실 없이 받은 손해는 수익자의 부담으로 한다.
- ② 수탁자는 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구하여 수령한 금원으로 지급한다. 수익자로부터 금원을 수령할 수 없는 경우, 수탁자는 상당하다고 인정한 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 매각하여 위 비용에 충당할 수 있다.
- ③ 수익자가 제1항의 규정에 의한 비용 등을 지급시기에 납부하지 아니하는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있고, 이 경우 수익자는 그 지급일로부터 국제청장이 지정 고시하는 당좌대월이자율에 의한 지연손해금을 수탁자에게 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 지연손해금을 수익자 또는 우선수익자에게 지급할 신탁이익 보다 우선하여 공제하거나 수취할 수 있다.
- ⑤ 수탁자는 제3항의 대지급금을 조달하는 데 있어 신탁재산인 신탁토지와 준공 후의 신탁건물에 근저당권을 설정할 수 있다.

[4]

(비용의 부담)

- ① 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금, 유지관리비 및 금융비용 등 기타 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무 처리에 있어서의 수탁자의 책임없는 사유로 발생한 손해는 위탁자가 부담한다.
- ② 신탁재산에 속하는 금전으로 제1항의 제비용 등의 지급에 부족하고 위탁자로부터 그 부족금액을 받을 수 없는 경우에는 수탁자가 상당하다고 인정하는 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분하여 지급에 충당할 수 있다.
- ③ 위탁자가 제1항의 비용 등을 지급시기에 납부하지 않는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있으며, 이 경우에 위탁자는 그 대지급일 익일부터 상환일까지 수탁자 고유계정의 연체대출금 이자율을 기준으로 산출한 이자를 원금에 포함하여 수탁자에게 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 지연손해금을 위탁자 또는 우선수익자에게 지급할 금전 또는 재산 중에서 이를 공제 수취할 수 있다.
- ⑤ 위탁자 또는 수익자가 이 신탁에 기인하여 부담할 제비용 및 수탁자가 대지급한 비용 등을 수탁자의 청구에도 불구하고 계속 지체 또는 거부하는 경우에는 위탁자 및 수익자에게 신탁계약의 해지 예정을 통지한 후 수탁자가 적정하다고 인정하는 방법으로 신탁재산을 처분하여 충당할 수 있다.

<특약 사항>

(비용의 부담)

- ① 신탁종료 이후 기본계약 제○조 제○항의 비용 발생이 예상되는 경우 그 예상액은 신탁재산에서 유보하고 사후 정산하기로 한다. 신탁재산의 유보기간은 수탁자가 해당비용부담에서 면책된다고 판단하는 시점까지로 한다.
- ② 기본계약 제○조 제○항의 비용을 포함한 신탁사무처리비용은 위탁자 및 수익자가 지급하여야 하며, 위탁자 및 수익자가 불이행시 수탁자는 단독으로 신탁재산을 환가처분하여 충당한다. 이에 위탁자, 수익자, 우선수익자는 동의하며 이의를 제기하지 않는다.
- ③ 토지사용권, 대지권 등에 관한 분쟁발생으로 토지 또는 대지사용료 등이 발생하는 경우 위탁자 및 우선수익자가 해당비용을 부담하며 수탁자에게 청구되는 경우 제2항을 준용하여 충당한다.
- ④ 신탁부동산에 전세권 내지 근저당 설정, 신탁관계인의 채권자에 대한 (우선)수익권 질권설정 등의 업무수행시 비용이 발생하는 경우 비용발생의 원인을 제공한 자 또는 해당행위로 이익을 받는자가 관련비용을 부담하여야 하며, 수탁자의 업무량 및 기회비용을 고려하여 적정보수를 산정후 수탁자가 보수를 수취할 수 있다.
- ⑤ 관할관청 등에 신탁부동산의 지목, 형질, 용도 등을 변경 신청함에 있어 취득세 등 제세공과금이 수탁자에게 부과될 가능성이 있는 경우에는 위탁자 또는 우선수익자의 부담으로 예상비용을 사전에 수탁자에게 예치한 후 변경신청하기로 한다.

개발신탁 계약서

1. 차입형 토지신탁

[1]

(제비용의 지급)

- ① 신탁재산에 관한 다음 각 호의 채무와 비용을 포함하여 신탁사무의 처리에 필요한 비용 그리고 신탁사무 처리에 있어서 수탁자의 고의나 과실 기타 책임 없는 사유로 발행한 손실 등은 위탁자가 부담한다.
 1. 신탁부동산에 대한 조세, 공과금 및 등기비용
 2. 설계·감리비용 및 공사대금
 3. 차입금, 임대보증금 등의 상환금 및 그 이자
 4. 신탁부동산의 수선, 보존, 개량비용 및 화재보험료
 5. 분양(처분)사무처리에 필요한 비용
 6. 기타 전 각호에 준하는 비용
- ② 수탁자는 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구, 수령하여 지급할 수 있다.
- ③ 수탁자가 신탁사무 처리 과정에서 과실 없이 받은 손해에 대하여도 비용으로 간주하여 제2항과 같이 처리한다.
- ④ 수탁자는 전 각항의 제비용을 대지급한 경우에는 당해 대지급금 및 이에 대한 이자를 신탁재산에서 지급받고, 지급받을 수 없는 경우에는 위탁자 및 수익자가 수탁자에게 지급하여야 한다.

제20조 (신탁재산 환가에 의한 제비용의 충당)

신탁재산에 속하는 금전으로 제○조의 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 수탁자의 과실없이 받은 손해(수탁자가 본 사업과 관련하여 부담하는 변호사 보수 등 소송비용과 판결 금원을 포함), 기타 신탁사무 처리를 위한 제비용과 수탁자의 대지급금을 충당하기에 부족한 경우에는 수탁자는 그 부족금액을 위탁자에게 청구하고 그래도 부족한 경우에는 미리 약정한 방법 또는 관련 법규가 정하는 방법에 따라 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다. 이 경우 수탁자는 감정평가 전문기관의 감정평가액을 기준으로 미처분시 10%씩 순차 차감한 금액으로의 공매, 상당한 가격으로의 할인분양 등의 방법으로 신탁재산을 처분할 수 있다.

[2]

(신탁사무처리비용의 부담)

- ① 다음 각 호의 비용은 수익자의 부담으로 한다.
 1. 신탁부동산에 대한 조세, 공과금, 등기비용 및 신탁보수
 2. 설계, 감리비용 및 공사대금
 3. 차입금과 그 이자 및 임대차보증금 등의 상환금
 4. 신탁부동산의 수선, 보존, 개량 관리비용 및 화재보험료
 5. 분양(처분)사무처리에 필요한 비용
 6. 수탁자가 신탁계약에 따른 신탁사무의 처리에 필요한 법률자문비용
 7. 수탁자가 신탁사무 처리과정에서 과실 없이 받은 손해
 8. 관계법령에 의거 수탁자에게 수반되는 보증비용
 9. 그 밖에 전 각 호에 준하는 비용
- ② 수탁자는 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구하여 수령한 금원으로 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 미리 위탁자 또는 수익자에게 그에 상당한 금액을 예치하게 하거나, 수탁자가 그에 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로서 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다.
- ③ 수익자가 제1항의 비용 등을 지급시기에 납부하지 아니하는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있고, 이 경우 수익자는 수탁자에게 대지급금과 이에 대하여 대지급일로부터 상환일까지 기획재정부령으로 정하는 당좌대출이자율에 의한 금원을 지연손해금으로 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 지연손해금을 수익자 또는 우선수익자 등 다른 권리자에 우선하여 공제하거나 수취할 수 있다.
- ⑤ 수탁자는 제3항의 대지급금을 조달하는 데 있어 신탁재산인 신탁토지와 준공 후 신탁건물에 근저당권을 설정할 수 있다.

2. 관리형 토지신탁

<사업약정>

(비용부담의 원칙)

1. 본 사업에 소요되는 모든 사업비는 본 약정상의 다른 규정에도 불구하고 신탁재산에서 우선 충당하고 신탁재산이 부족한 경우 위탁자가 부담하기로 한다.
2. 위탁자가 제1항에 따라 비용을 부담할 수 없거나 부담하지 아니하여 시공사 또는 수탁자가 그 비용을 부담한 경우 신탁재산에서 이를 지급받기로 하고(단, 대출약정서에 따른 대출원리금을 포함한 피담보채무 및 시공사의 신탁사무처리비용 전액 상환 이후에 지급받기로 한다), 신탁 정산 결과 부족한 경우 위탁자로부터 상환 받기로 한다.
3. 시공사는 계약상대방과 협의하여 제1항의 내용을 공사도급계약서 및 용역계약서에 반영할 수 있다.

<기본 계약>

[1]

(제비용의 지급)

- ① 다음 각 호의 비용은 수익자의 부담으로 한다.
 1. 신탁재산에 대한 조세, 공과금 및 등기비용
 2. 설계, 감리비용 및 공사대금
 3. 차입금, 임대보증금 등의 상환금 및 그 이자
 4. 신탁부동산의 수선, 보존, 개량비용 및 화재보험료(재산종합보험료)
 5. 분양(처분)사무처리에 필요한 비용
 6. 신탁사무 수행과 관련하여 발생한 소송비용(변호사보수 및 패소시 지급할 판결원리금 등 포함)
 7. 기타 전 각호에 준하는 비용
- ② 을은 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구·수령하여 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 미리 수익자에게 상당한 금액을 예탁하게 할 수 있다.
- ③ 을이 신탁사무처리 과정에서 과실 없이 받은 손해에 대하여도 비용으로 간주하여 제2항과 같이 처리한다.
- ④ 수탁자는 전 각항의 제비용을 수탁자의 고유계정에서 대여하여 지급하는 경우에는 당해 대여금 및 이에 대하여 수탁자 내부규정에 따른 이율(조달금리, 조달비용, 리스크비용, 교육세비용 등을 합산하여 결정)에 의하여 산정한 이자를 신탁재산에서 받고, 받을 수 없는 경우에는 수익자에게 청구할 수 있다.
- ⑤ 이 신탁계약에 따라 갑이 받을 수익이 발생하지 않거나 갑이 수익권을 포기하더라도 갑의 제1항 내지 제4항에 따른 비용부담의무를 포함하여 이 신탁계약에 따라 갑이 부담해야 할 제반의무 및 책임은 면책되지 아니한다.

(신탁재산 환가에 의한 제비용의 충당)

신탁재산에 속하는 금전으로 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 을이 과실 없이 받은 손해, 기타 신탁사무처리를 위한 제비용 및 을의 대지급금을 충당하기에 부족한 경우에는 수익자에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 을이 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다.

[2]

(제비용의 지급)

- ① 다음 각호의 비용을 포함하여 신탁사업에 소요되는 모든 비용은 위탁자 및 수익자(이하 본조 및 다음 조에서 “위탁자 등”이라 한다)의 부담으로 하며, 수탁자는 본 항과 관련된 채무(지급의무)를 부담하지 않는다.

1. 신탁등기비용(신탁재산에 대한 권리확보비용 포함)
 2. 신탁재산에 대한 조세, 공과금 및 신탁보수, 관리비, 신탁재산관련 소송비용
 3. 설계, 감리비용, 광고홍보비, 분양수수료 등 분양 제 경비
 4. 공사대금
 5. 신탁사업 관련 차입금, 임대보증금 등의 상환금
 6. 신탁부동산의 수선, 보존, 개량비용 및 화재보험료
 7. 분양(처분) 및 임대사무 처리에 필요한 비용(분양촉진을 위한 중도금 대출이자 포함), 분양계약 해제 시 환불금(위약금 포함)
 8. 기타 전 각호에 준하는 비용
- ② 수탁자는 제1항 각호의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 신탁재산이 부족하여 이를 지급할 수 없는 경우에는 위탁자 등이 지급하여야 한다. 수탁자는 위탁자 등에게 제1항의 비용을 청구, 수령하여 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 미리 위탁자 등에게 상당한 금액을 예치하게 할 수 있다.
- ③ 수탁자가 신탁사무 처리과정에서 과실 없이 입은 손해에 대하여도 신탁사업에 소요된 비용으로 간주하여 제2항과 같이 처리한다.
- ④ 수탁자가 전 각항의 제비용을 수탁자의 고유재산으로 대신 지급한 경우, 당해 대지급금 및 이에 대한 이자도 제2항과 같이 처리한다.
- ⑤ 신탁사업의 추진에 따라 부과되는 제세공과금(재산세, 사업소득세, 건물의 보존등기에 따른 취득세·등록세, 각종 부담금 등 사업진행 중 및 사업종료 후에 신탁사업과 관련하여 발생 하는 제세금 및 공과금 포함)은 수탁자의 명의로 부과되는 것이라도 위탁자 등의 부담으로 하고 본 조에 따라 처리한다.
- ⑥ 신탁종료, 신탁정산, 처분대금배당 이후 본 조의 신탁사무처리비용 등 제비용이 수탁자에게 부과되는 경우 배당받은자, 위탁자, 수익자가 해당비용을 납부하고 수탁자를 면책시킨다.
- ⑦ 신탁사업의 자금집행은 제1항의 순서에 따라 집행함을 원칙으로 하되, 신탁사업관계인 사이에 달리 정한 것이 있으면 그에 의한다.

(신탁재산 환가에 의한 제비용 충당)

수탁자는 신탁재산에 속하는 금전으로 제○조의 비용들을 지급하기에 부족한 경우에는 그 부족금액을 위탁자 등에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 미리 약정한 방법 또는 관련법규가 정하는 방법에 따라 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분(근저당 등 담보제공, 임대, 매각 등을 포함한다)하여 그 지급에 충당할 수 있다. 이 때, 수탁자는 신탁부동산을 할인 분양하거나 대물변제 등의 방법으로 처분할 수 있다. 이에 대하여 위탁자, 수익자, 우선수익자는 동의한 것으로 본다.

<특약 사항>

[1]

(신탁재산에 관한 조세공과금 등)

- ① “본 사업”의 추진에 따라 부과되는 제세공과금과 각종 분담금 및 부담금은 수탁자 명의로 부과되는 것이라도 위탁자의 부담으로 한다.
- ② 전항의 비용이 발생한 경우 수탁자는 관련비용을 신탁재산에서 납부할 수 있으며, 신탁재산에서 납부할 수 없는 경우 위탁자가 직접 납부하여야 한다.
- ③ 수탁자는 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 조세공과금 또는 체납처분 등에 대하여 위탁자를 대신하여 수탁자의 고유재산으로 이를 납부할 의무를 부담하지 아니한다.
- ④ 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 조세공과금이 체납되어 해당 신탁재산에 대한 체납처분 등이 발생한 경우에도 수탁자는 수탁자의 귀책사유가 없는 한 그 책임을 지지 아니한다.
- ⑤ 수탁자의 납부의무가 발생한 신탁재산 관련 조세공과금(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않은 조세공과금을 포함한다)을 신탁재산으로 납부하기 전에 위탁자(수익자를 포함한다)이 신탁해지를 요청하는 경우, 수탁자는 신탁재산에서 해당 조세공과금 납부에 필요한 금전을 제외한 잔여 신탁재산을 신탁재산의 귀속권리자에게 교부한다.
- ⑥ 수탁자는 신탁재산에 속하는 금전으로 수탁자를 납부의무자로 하는 신탁재산 관련 조세공과금(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않은 조세공과금을 포함한다)을 납부할 수 없는 경우, 위탁자(수익자를 포함한다)이 해당 조세공과금 납부를 위해 필요한 금전을 수탁자에게 지급하는 경우에 한하여 관련 신탁재산을 귀속권리자에게 교부한다.
- ⑦ 수탁자는 신탁부동산을 처분(공매에 의한 환가를 포함한다)하는 경우 처분대금에서 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 조세공과금(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않은 조세를 포함한다)을 우선적으로 납부하며, 신탁기간 종료 이후에 납부기한이 도래하는 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 조세공과금이 존재하는 경우 수탁자는 해당 조세공과금 납부를 위해 필요한 금전을 제외한 잔여 신탁재산을 신탁재산의 귀속권리자에게 교부한다.
- ⑧ 위탁자가 해당 신탁재산에 대한 지방세 완납증명서를 제출하지 못하여 신탁등기 설정 지연으로 손해가 발생하는 경우, 수탁자는 수탁자의 귀책사유가 없는 한 그 책임을 지지 아니한다.
- ⑨ 수탁자는 세무법인을 선임하여 본 사업과 관련된 세무신고 관련 업무를 수행하게 할 수 있으며 이에 따라 발생하는 비용은 신탁재산에서 지급한다.
- ⑩ 신탁이 종료된 이후에 과세기관의 세무조사 등을 통해 수탁자에게 추가로 납부할 신탁재산 관련 조세공과금(가산세 및 가산금 포함)이 부과되는 경우, 추가로 부과되는 조세공과금은 위탁자(수익자를 포함한다) 및 시공사가 연대하여 부담하기로 한다.

(개발부담금 등의 납부의무)

- ① 본 사업의 시행과 관련하여 발생하는 개발부담금 등 일체의 분·부담금(이하 “개발부담금 등”이라 한다)의 납부의무자는 신탁계약의 종료 전·후를

불문하고 위탁자며(“시공사”는 이에 대한 연대책임을 부담), 본 사업에 관한 사업시행자의 지위가 수탁자에게 이전되더라도 개발부담금 등에 관한 위탁자의 납부의무(채무)는 수탁자에게 승계되지 않고 위탁자가 납부의무를 부담한다.

- ② 신탁계약 종료 이후에 개발부담금 등이 부과될 것으로 예상되는 경우 수탁자는 신탁계약이 종료하더라도 개발부담금 등의 납부를 위하여 이에 상당하는 신탁재산의 정산(귀속)을 유보할 수 있다.

[2]

(제세공과금의 처리)

1. “본 사업”의 추진에 따라 부과되는 제세공과금 (종합토지세, 사업소득세 또는 양도소득세, 건물의 보존등기에 따른 취득·등록세, 개발부담금, 교통지출부담금 등“본 사업”과 관련하여 발생하는 일체의 제세금 및 공과금)은 수탁자의 명의로 부과되는 것이라도 위탁자의 부담으로 한다.
2. 제1항의 비용이 발생한 경우수탁자는 관련 비용을 신탁재산에서 납부할 수 있으며, 신탁재산에서 납부할 수 없는 경우 위탁자가 직접 납부하여야 한다.
3. 본 조 및 “특약사항” 제○조(신탁재산의 조세 등)와 관련하여 위탁자는 “본 사업” 종료 전·후를 불문하고 “본 사업”과 관련하여 위탁자의 명의로 납부(또는 납부 예상)되는 세액 및 분·부담금 전체(취득세, 재산세, 종합부동산세 등을 포함하며, 이에 국한하지 아니함)에 대하여 수탁자를 면책 시키며, “본 사업” 해지 전 수탁자의 면책이 확인될 수 있도록 관할관청으로부터 서면 확인 받아 수탁자에게 제출하여야 하며, 이를 충족하지 못할 시 수탁자가 요구하는 유보 금원(준공 건물 관련 취득세의 경우 납부세액의 30% 등)을 예치 후 해지하기로 한다. 이에 위탁자는 동의하였다.

(신탁재산의 조세 등)

1. 수탁자는 수탁자가 납부의무를 부담하는 신탁재산 관련 조세 또는 체납처분 등에 대하여 위탁자를 대신하여 수탁자의 고유재산으로 이를 납부할 의무를 부담하지 아니하며, 신탁재산에 대한 체납처분 등이 발생한 경우에도 수탁자는 수탁자의 귀책사유가 없는 한 그 책임을 지지 아니한다.
2. 납부의무가 발생한 신탁재산 관련 조세(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않는 조세를 포함한다)를 신탁재산으로 납부하기 전에 위탁자(“정”을 포함한다)이 신탁해지를 요청하는 경우, 수탁자는 신탁재산에서 해당 조세납부에 필요한 금전을 제외한 잔여 신탁 재산을 신탁재산의 귀속권리자에게 교부한다.
3. 수탁자는 신탁재산에 속하는 금전으로 수탁자를 납부의무자로 하는 신탁재산 관련 조세(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않는 조세를 포함한다)를 납부할 수 없는 경우, 위탁자(“정”을 포함한다)이 해당 조세 납부를 위해 필요한 금전을 수탁자에게 지급하는 경우에 한하여 관련 신탁재산을 귀속권리자에게 교부한다.

4. 수탁자는 “신탁부동산”을 처분(공매에 의한 환가를 포함한다)하는 경우, “신탁계약”의 다른 조항에도 불구하고 처분대금에서 신탁재산 관련 조세(납부의무는 성립하였으나, 납부기한이 도래하지 않는 조세를 포함한다)를 우선적으로 납부하며, 신탁기간 종료 이후에 납부기한이 도래하는 신탁재산 관련 조세가 존재하는 경우, 수탁자는 해당 조세 납부를 위해 필요한 금전을 제외한 잔여 신탁재산을 신탁재산의 귀속 권리자에게 교부한다.
5. 위탁자가 해당 신탁재산에 대한 지방세 완납증명서를 제출하지 못하여 신탁등기 설정 지연으로 손해가 발생하는 경우, 수탁자는 수탁자의 귀책사유가 없는 한 그 책임을 지지 아니한다.

별첨 1-3.

분양관리신탁계약서

(비용의 부담)

- ① 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금, 유지관리비 및 금융비용 등과 기타 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무 처리에 있어서의 수탁자의 책임 없는 사유로 발생한 손해는 위탁자가 부담한다.
- ② 신탁재산에 속하는 금전으로 제1항의 제비용 등을 지급함에 부족하고 위탁자로부터 그 부족금액을 받을 수 없을 경우에는 수탁자가 상당하다고 인정하는 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분하여 지급에 충당할 수 있다.
- ③ 위탁자가 제1항의 비용 등을 지급시기에 납부하지 않는 경우에는 수탁자가 대신 납부할 수 있으며, 이 경우에 위탁자는 그 지급일로부터 상환일까지의 수탁자의 신탁계정대 이율에 의하여 산정한 이자를 수탁자에게 지급하여야 한다.
- ④ 수탁자는 제3항의 대지급금과 이자를 위탁자 또는 우선수익자에게 지급할 금전 또는 재산 중에서 이를 우선 취득할 수 있다.

(신탁사무처리비용의 부담)

“신탁계약본문” 제○조에도 불구하고 수탁자가 대지급하는 비용은 그 지급일로부터 상환일까지 수탁자가 정하는 신탁계정대 이자율을 적용하여 수익자가 수탁자에게 상환하여야 한다.

별첨 1-4.

관리 및 처분신탁계약서

(비용의 부담)

- ① 신탁재산에 관한 제세공과금, 등기비용 등 신탁사무 처리에 필요한 제비용은 위탁자 또는 수익자가 부담하기로 합니다. 다만, 수탁자가 제비용을 대지급한 경우 대지급한 비용에 대하여는 위탁자 또는 수익자는 대지급일 익일부터 상환일까지 수탁자 고유계정의 연체대출금 이자율을 적용하여 산출한 이자를 원금에 포함하여 수탁자에게 지급하여야 합니다.
- ② 위탁자 또는 수익자가 본 계약에 기인하여 부담할 제비용과 제1항의 대지급금 및 이자 등을 수탁자의 청구에도 불구하고 계속 지체 또는 거부하는 경우에는 수탁자가 적정하다고 인정하는 방법으로 신탁재산을 처분하여 충당할 수 있습니다.

별첨 2.

금전채권신탁계약서

제12조 (조세 및 비용)

수탁자는 신탁과 관련하여 발생하는 조세 및 신탁사무를 수행하기 위하여 지출한 제비용을 신탁재산으로부터 지급받도록 한다.

제13조 (조세 및 비용)

수탁자는 신탁과 관련하여 발생하는 조세 및 신탁사무를 수행하기 위하여 지출한 제비용을 신탁재산으로부터 지급받도록 합니다.

제14조(조세 및 비용)

신탁재산에 관한 조세, 법적절차 비용, 기타 신탁업무처리에 필요한 비용은 신탁 재산 중에서 취득한다. 다만, 필요한 경우 은행은 위탁자 또는 수익자에게 이를 별도로 청구하여 받을 수 있다.

제13조(조세 및 비용)

본 신탁과 관련하여 발생하는 조세 및 법적절차와 관련하여 발생하는 비용, 기타 신탁업무의 처리와 관련하여 발생하는 제 비용은 위탁자에게 청구하거나 신탁재산으로부터 취득할 수 있다.

제 15 조 (조세 및 비용)

수탁자의 책임 있는 사유 없이 발생한 신탁재산에 대한 조세, 기타 신탁사무 처리에 필요한 비용은 신탁재산 중에서 사용한다. 다만, 신탁재산에서 지급할 수 없을 때는 수탁자는 이를 위탁자 또는 수익자에게 청구할 수 있다.

제13조(조세 및 비용)

수탁자는 신탁재산에 관한 조세, 법적절차 비용, 기타 신탁업무처리와 관련하여 발생하는 제 비용을 수익자에게 청구하거나 신탁재산으로부터 취득한다.

* 당사자의 의사합치에 따라 금전채권신탁계약서에 대한 특약이 개별적으로 체결됨.

참 고 문 헌

국어문헌

단행본

- 김상용 감수, 신탁법 해설, 법무부(2012)
- 신탁법 개정안 해설, 법무부(2010. 2)
- 광장신탁법연구회, 주석 신탁법(제2판), 박영사(2016)
- 선명법무법인·선명회계법인, 부동산신탁 ABC, (주)선명비아이(2012. 11)
- 송두일, 알기쉬운 신탁상품 이야기, 금융투자협회(2012. 2)
- 송현진/유동규 공저, 이종훈 감수, 조해 신탁법- 이론·판례·실무, 진원사
(2014)
- 이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성, 경인문화사
(2017. 7)
- 이중기, 신탁법, 삼우사(2007)
- 이연갑, 신탁법상 수익자 보호의 법리, 경인문화사(2014. 3)
- _____, 신탁법상 수익자의 지위, 민사판례연구(XXX), 박영사(2008)
- 임채웅, 신탁법연구1, 박영사(2009)
- _____, 신탁법연구2, 박영사(2011)
- 임택수 감수, 법무법인 지평 건설부동산팀 저, 부동산PF 개발사업법, 박
영사(2016)
- 정순섭/노혁준, 신탁법의 쟁점1, BFL 총서 10, 小花(2015)
- 정순섭/노혁준, 신탁법의 쟁점2, BFL 총서 10, 小花(2015)
- 최동식, 신탁법, 법문사(2007)
- 최수정, 신탁법, 박영사(2016)

- _____, 일본 신신탁법, 진원사(2007)
- 오쓰카 마사타미/히구치 노리오 저, 명순구/오영걸 역, 현대미국신탁법, 세창출판사(2005)
- 新井 誠 저, 안성포 역, 신탁법, 제3판, 전남대학교출판부(2011. 11)
- Wills & Trusts, Robert L. Mennell & Sherri L. Burr 저, 임채웅 역, 미국신탁법-유언과 신탁에 대한 새로운 이해, 박영사(2011. 1)
- 새라 워딩턴(Worthington, Sarah) 지음, 임동진 역, 형평법, 小花(2009)

논문

- 김봉철/왕석동, “신탁법상 유한책임신탁의 내용과 문제점에 관한 고찰”, 법학논고 44, 2013. 11.
- 김종원, “민사신탁의 위탁자 지위에 관한 연구”, 재산법연구 제33권 제1호(2016. 5)
- 김진우, “신탁재산의 특수성”, 법조 연구논문(Vol.553)(2002. 10)
- 김태진, “유한책임신탁에 대한 검토와 신탁법 개정을 위한 시사점”, 중앙법학 11(3), 2009. 10.
- 김형두, “부동산을 목적물로 하는 신탁의 법률관계”, 민사판례연구 제30집, 민사판례연구회
- 고승현/이창석, “부동산개발사업의 분양제도 개선방안에 관한 연구”, 2013.
- 노혁준, “주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰”, 증권법연구 14(2)(2013)
- _____, “수탁자의 의무위반 행위의 사법적 효력과 수익자 취소권”, 증권법연구, Vol. 17(2)(2016)
- 류창호, “신탁법상 수탁자의 책임재산에 관한 연구”, 충남대학교 법학연구 18(2016. 4)
- _____, “신탁에서의 물권법정주의에 관한 연구- 영미법계와 대륙법계의

- 소유권을 중심으로”, 법학연구 제24권 제2호(2016. 4), 경상대학교 법학연구소
- 문기주, “수익권 양도시 수익자의무의 이전 여부 및 범위”, BFL 제65호, 2014. 5.
- 문형배, “토지신탁상 수탁자의 손해배상의무와 보상청구권”, 판례연구 19집, 부산판례연구회(2008. 2)
- 박종찬, “미국신탁법에 관한 연구”, 강원법학 18(2004. 6)
- 박제인, “신탁비용지급의무와 신탁종료시 신탁재산이전의무의 선후관계”, BFL 제72호(2015)
- 신영수/윤소연, “부동산신탁의 쟁점”, BFL 제62호(2013. 11)
- 안성포, “신탁의 기본구조와 그 법리- 일본에서의 강의를 중심으로-”, 중앙법학 제9집 제2호(2007. 8)
- _____, “신탁방식에 관한 비교법적 검토-소유권개념과 수익권의 법적성질을 중심으로”, 법학논총 37(1)(2017. 2)
- 이계정, “신탁의 기본 법리에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2016. 2.
- _____, “형평법상 추급권과 신탁의 법리”, 저스티스 통권 제157호(2016. 12)
- 이근영, “신탁법상 수익자의 수익권의 의의와 수익권 포기 : 신탁법 제42조 제3항을 중심으로”, 민사법학 제30조(2005)
- _____, “신탁수탁자의 보상청구권에 관한 고찰”, 재산법연구 제26권 제3호(2010)
- _____, “신탁법상 신탁행위와 신탁재산의 공시방법”, 한국토지법학회 토지법학 제29-2호(2013)
- 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2009. 2)

- _____, “수탁자의 보상청구권과 충실의무”, 민사판례연구(XXX), 박영사 (2008)
- _____, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 22(1), 한국비교사법학회(2015. 2)
- _____, “개정 신탁법상 수탁자의 권한과 의무”, BFL(제62호), 서울대학교 금융법센터(2013. 11)
- 이은희, 비용상환청구권, 아세아여성법학 제19호(2016)
- 이중기, “수익권 포기의 개념, 절차 및 비용보상책임에 대한 효과: 신탁 종료시의 포기를 중심으로”, 홍익법학 제13권 제1호(2012)
- _____, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전, 회사법, 금융법의 충실의무를 중심으로”, 홍익법학 제12권 제1호(2011)
- _____, “신탁채권자에 대한 수탁자의 책임의 범위”, 민사판례연구 (XXVII), 박영사(2006)
- _____, “신탁채권자에 대한 수익자의 책임 가능성: 수탁자 보상청구권의 대위 및 보상청구권의 포기약정을 중심으로, 법학연구 제7호 (2005)
- 임우섭/주준하, “부동산신탁회사의 자금관리에 관한 법률적 쟁점-대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482판결을 중심으로-”, 법조 Vol. 691 (2014. 4)
- 임채웅, “신탁법상 수탁자의 자조매각권 및 비용상환청구권에 관한 연구”, 홍익법학 제10권 제2호(2009)
- 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, BFL 제17호(2006. 5)
- 최수정, “신탁상 발생한 비용의 배분-서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2010나84835 판결을 계기로”, 비교사법 제19권 2호(통권57호)(2012)
- _____, “개정 신탁법상의 수익권”, 선진상사법률연구 통권 제59호(2012. 7)
- _____, “일본 신탁개정안으로부터의 고찰-민사신탁을 주로 염두에 둔

규율관계를 중심으로”, 서강법학 8(2006)
_____, “수익자취소권 재고”, 법조 제693호(2014)

영어문헌

단행본

- Restatement of the law of trusts, the American Law Institute(1935)
Restatement of the law, second, trust 2d., the American Law Institute(1959-1987)
Restatement of the law, trusts, the American Law Institute(2003-2007)
Austin W. Scott, William F. Fratcher, Mark L. Ascher, The Law of Trusts(이하
“Scott & Ascher on Trusts”), Vol. 1-4, Aspen Publishers(2006)
George. T. Bogert, Trusts, 6th ed. Hornbook Series, West Publishing Co.(1987)
J.E. Penner, The law of trusts, Oxford University Press(2006)
Pettit, Philip H. Equity and the Law of Trusts, 12th ed, Oxford University
Press(2012)
Geraint Thomas & Alastair Hudson, The Law of Trusts, Oxford University
Press(2004)
Charles Mitchell, Hayton & Mitchell, Commentary and Cases on the Law of
Trusts and Equitable Remedies, 12th ed., Sweet & Maxwell(2005).
개정판으로는 Charles Mitchell, Hayton & Mitchell, Commentary and Cases on the
Law of Trusts and Equitable Remedies, 13th ed., Sweet & Maxwell(2010) 참조.
Graham Moffat, Rebecca Probert, Gerry Bean, Trusts Law, 4th ed., Cambridge U.
Press(2005)

논문

- John H. Langbein, “The secret life of the Trust: The Trust as an instrument of
Commerce”, 107 Yale L. J. 165, (1997)

기타 참조자료

안성포, “분양형 토지신탁의 비용보상청구권과 수익권의 포기”, 법률신문 연구논단, 2012-06-11. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View?serial=2089> (2018. 1. 15. 방문)

국제 법제사법위원회, “신탁법 전부개정법률안 검토보고서”(2011. 6)

금융감독원, 금융투자업자의 업무위탁 매뉴얼(2015. 4)

Abstract

A Study on the Trustee's Right to Indemnity

Yoo, Wonjoo

Law Department

The Graduate School

Seoul National University

This study aims to prepare interpretative guidelines for the trustee's right to indemnity, operated differently according to the agreement of the persons directly involved in practice by analyzing the requirement for establishment, the opposite party and the method of exercise for the trustee's right to indemnity on the revised trust act specifically, having the singularity of the trust system in mind. For this purpose, this study comparatively investigates the legislation and the trust act and the attitude of precedents in the U.K. and the U.S. and the legislation of the new trust act in Japan for each issue appearing concerning the right to indemnity.

Chapter 1 and Chapter 2 investigates the present state of the right to indemnity transformed by trust contract along with the general view of the trust. According to the trust contract on transactions, the subject of liability for expenses incurring during the delegation of trust affairs is taken as a settlor or beneficiary, and if the settlor or beneficiary cannot repay the above expenses, etc., trust property may be sold according to

a trustee's discretion, and the scope of the beneficiary's claim for the reimbursement of expenses is not set as the limit of profit, while the waiver of beneficiary status is limited. Therefore, this chapter investigates effects according to the trust contract and legal relationships and addresses problems and limitations.

Chapter 3 examines the target of the exercise of the right to indemnity. First, concerning the right to reimbursement out of trust property, this chapter investigates whether trustees have a right to spend expenses from trust property, the grounds for the indemnity and legal nature, the types of costs and debts included in the target of repayment, whether the additional interest that trustees add when they lend money from their inherent account to a trust account comes under expenses, the standards for judgment of whether the expenses are appropriate as reimbursement of expenses within a reasonable range, the relationship between trustees' fiduciary duty and the right to indemnity, and about the limited liability trusts.

Next, concerning the indemnity from beneficiaries, this chapter would judge the basic structure of the trust act and the nature of beneficiary right in connection with the grounds for the acknowledgment of indemnity from beneficiaries and expresses an opinion that basically, beneficiary's claim for the reimbursement of expenses is not desirable, unlike the right to indemnity of trust property, which incurs expenses by itself. In other words, in the settlor-beneficiary trust, in which settlor also serve as beneficiary, the settlor become the beneficiary himself according to trust settlements, so it may be fair to make them bear the risk of expenses, while in the third-party beneficiary trust in which settlor do not serve as beneficiary, it is not desirable that trustees ask beneficiaries to repay expenses with inherent property.

Chapter 4 analyzes the specifics of the exercise of the trustee's right to indemnity. Trustees may reject the transfer of trust property through simultaneous performance and

lien, and furthermore, trustees may sell trust property and cover the repayment of the trustee's right to indemnity with the price of sale. In contrast, there are conflicting opinions about the acknowledgment of the claim to advance payment of expenses or the possibility of payment in a substitute. The exercise of the trustee's right to indemnity through the disposal of trust property includes the method of arbitrary sale and the method of preferential payment in compulsory execution proceedings. First, to examine the arbitrary sale method, the trust act does not provide specific selling method or period, while often, trust contract separately provides the procedures for the evaluation or sale of trust property. Regarding this, precedents treat power of sale (Legal right to sell trust property) according to the trust act and the effect of the power of sale (Provisional right to sell trust property) provided by trust contract differently, but it seems that it lacks grounds. Next, to examine the method of compulsory execution, whether a trustee can apply for compulsory execution during the trustee's term of office becomes problematic, and some acknowledge this, but it is reasonable to deny it, according to the formal rigidity of Civil Execution Act. In addition, considering differences in the requirements and procedures of arbitrary sale and compulsory execution, it is judged that making trust property into a current asset through arbitrary sale is a method of securing the most effective right to request the reimbursement of expenses.

Chapter 5 proposes measures for the improvement of the trustee's right to indemnity. On the trust act, the form of regulation on the claim for the reimbursement out of trust property is different from that on the beneficiaries, which needs legislative modification. In addition, if a beneficiary waives beneficiary status, the relevant beneficiary gets out of the burden of reimbursement of expenses by retrospectively breaking away from the status of beneficiary, and this chapter suggests an opinion that it is not reasonable to acknowledge waiver of beneficiary status also for the beneficiary of settler-beneficiary trust, who concluded a trust contract, willing to acquire profit.

The trustee's right to indemnity is a trustee's defensive measure against the right holder of trust property, and the distribution of expenses and the confirmation of the person finally responsible are important issues affecting the interest between the trust parties. It

is expected that the trust system will be further vitalized based on the function of insolvency protection and the flexibility of the system, and it seems that disputes over the allocation of costs will also increase in proportion to the frequency of use of the trust. Therefore, a measure of the trustee's right to indemnity is needed, which applies penetrating, regardless of the types of trust, whether business trust or personal trust, and hopefully, this study can be a guide for the interpretation of the intention of trustees' right to indemnity.

keywords : Trust contract, Trustees' Fiduciary Duty, the trustees' right of reimbursement out of the trust property, the trustee's indemnity from beneficiaries, Waiver of beneficiary status, Lien for Indemnity(Power of Sale), Right to preferential payment

Student Number : 2016-21395