



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](#)

法學碩士學位論文

사해신탁에 대한 연구

2013년 2월

서울대학교 大學院

法學科

文 惠 暎

# 國文抄錄

## 사해신탁에 대한 연구

文惠暎

사해신탁이란, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정하는 것을 말한다. 민법은 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위, 즉 사해행위를 한 경우에는 채권자에게 채권자취소권을 인정하고 있는데, 신탁에 있어서의 사해행위는 ‘사해신탁’으로서 신탁법 제8조에서 별도로 규정하고 있다.

사해신탁에 대하여 민법의 일반규정이 아닌 신탁법의 규정으로 별도로 규정하는 것은 신탁행위가 일반적인 법률행위와는 다른 특수성이 있기 때문이다. 신탁법상의 신탁이란 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분 등을 하게 하는 법률관계를 말하는데, 위탁자의 신탁행위의 상대방은 수탁자임에 반하여 그러한 신탁행위로 인하여 이익을 받는 자는 수탁자가 아니라 수익자가 된다. 이러한 특수성을 고려하여 신탁법은 1961년 제정 당시부터 지금까지 사해신탁에 관하여 별도로 규정하고 있다.

그런데, 1961년에 제정된 신탁법은 제정 이후 몇 차례의 개정을 거치기는 하였으나 실질적인 내용에 대한 개정이 거의 이루어지지 않고 있었다. 이는 영미법계를 중심으로 발달한 신탁의 법리가 국내에서는 다소 생소하였고, 신탁을 실제로 활용하는 예가 그다지 많지 않았던 것이 원인이었던 것으로 생각된다. 그러나, 최근 금융기법이 발달하면서 자산유동화거래 및 프로젝트파이낸스거래 등에서 신탁이 많이 활용되면서, 신탁법을 최근 경제현실에 맞추어 개정하여야 한다는 요구가 늘어나게 되었다.

특히 사해신탁 규정은 이익을 받는 자의 선의를 고려하는 민법상 채권자취소권 규정과는 달리, 수익자의 선의가 전혀 고려되고 있지 않았는데, 이에 대해서는 신탁의 안정성을 해하여 신탁을 활용한 거래구조를 마련하는데 제약이 된다는 많은 비판이 있었다.

2012. 7. 26.부터 시행되고 있는 개정된 신탁법은 이러한 개정 요구를 반영하여, 수익자가 수익권을 취득할 당시에 선의인 경우에는 취소권을 행사할 수 없도록 규정하였다. 이러한 개정에 따라 신탁의 안정성이 높아지고 신탁의 활용도가 좀 더 높아질 것이 기대된다.

그러나, 개정된 신탁법은 수익자가 악의인 경우에 수익자가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 수익권 양도 청구권과 사해신탁의 취소권의 관계가 분명치 않다는 문제가 있다. 규정의 취지상 수익권 양도 청구는 사해신탁의 취소를 전제로 하지 않는 별도의 절차로 이해하는 것이 타당할 것으로 판단되는데, 이와 관련하여 사해신탁의 취소권과의 형평성을 고려하여 소로써만 제기할 수 있도록 규정상 명시하는 것이 필요할 것으로 생각되고, 동일한 신탁 내에

서 위탁자의 채권자로 하여금, 수익자의 일부에 대하여 선택적으로 사해신탁의 취소권을 행사할 수 있거나, 수익권의 양도를 청구할 수 있도록 하는 것은 금지하는 방향으로 수정되는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

또한, 사해신탁의 해석에 있어서, 신탁행위의 특수성을 고려하여 사해행위의 판단이 달라져야 할 것으로 생각되고, 사해신탁의 취소권의 행사에 따른 원상회복에 있어서도 원물반환의 원칙을 완화할 필요성이 있다고 생각된다. 신탁의 경우에는 신탁자산을 기초로 여러 이해관계인이 얽혀 있는 경우가 대부분이므로, 원물반환의 원칙을 강조하는 경우 선의의 피해자가 양산될 수 있다. 따라서 사해신탁의 경우에는 원물반환의 원칙을 완화하여 해석하는 것이 바람직하다.

**주요어** : 사해신탁, 신탁법 개정, 신탁, 수익자의 선의, 사해행위, 수익권 양도 청구권

**학 번** : 2002-21900

## <目 次>

### 제 1 장 서 론

1. 문제의 소재 .....	1
2. 논문의 구성 .....	3

### 제 2 장 사해신탁의 의의

1. 민법상 채권자취소권과의 관계 .....	5
가. 사해신탁에 대한 민법상 채권자취소권 규정의 적용 .....	5
1) 의의 .....	5
2) 사해신탁의 취소를 소로써 행사하여야 하는지 여부 .....	6
3) 사해신탁취소권의 피보전권리 문제 .....	7
4) 사해신탁취소권의 제척기간 .....	7
5) 사해신탁취소권 행사의 효과 .....	8
나. 사해신탁 규정과 민법상 채권자취소권의 관계 .....	9
2. 신탁법상 사해신탁 규정의 의의 .....	10
가. 사해신탁 규정의 필요성 .....	10
나. 신탁법상 신탁의 개념 및 특수성 .....	10
다. 사해신탁 규정의 의의 .....	12
라. 사해신탁 규정의 개정 필요성 .....	13

### 제 3 장 개정 신탁법상 사해신탁 규정의 변경

1. 구 신탁법상 사해신탁 규정 및 개정 논의 .....	15
가. 구 신탁법상 사해신탁 규정 .....	15
나. 개정 논의 .....	16

2. 개정 신탁법상 사해신탁 규정 .....	17
--------------------------	----

## 제 4 장 사해신탁의 성립 요건

1. 피보전채권의 발생 .....	19
2. 신탁의 설정 .....	20
3. 사해성 .....	20
가. 문제의 제기 - 구 신탁법상 사해성과 개정 신탁법상 사해성 .....	20
나. 민법상 채권자취소권에서의 사해성의 의미 .....	21
다. 사해신탁의 사해성 판단의 특수성 .....	23
1) 의의 .....	23
2) 부동산신탁 .....	24
3) 자산유동화거래에 따른 신탁 .....	28
라. 신탁형태에 따른 사해성의 문제 .....	30
1) 자익신탁 .....	30
2) 자기신탁 .....	34
3) 담보신탁 .....	37
4. 수탁자 및 수익자의 선의 .....	40
가. 문제의 제기 .....	40
나. 수탁자의 선의 .....	40
1) 구 신탁법 및 신탁법 개정 당시의 수탁자의 선의에 관련한 논의 ...	40
2) 수탁자의 선의를 고려하는 것이 타당한지 여부 .....	43
다. 수익자의 선의 .....	48
1) 구 신탁법 및 신탁법 개정 당시의 수익자의 선의에 관련한 논의 ..	48
2) 수익자의 선의 및 유상성을 고려하는 것이 타당한지 여부 .....	49

## 제 5 장 사해신탁취소권의 행사

1. 문제의 소재 .....	51
2. 취소권 행사의 상대방의 문제 .....	51
가. 문제의 제기 .....	51
나. 수탁자에 대한 취소권의 행사 .....	55
1) 수익자가 전원이 악의인 경우 .....	55
2) 수익자의 일부가 악의인 경우 .....	55
다. 수익자에 대한 취소권의 행사 .....	57
1) 수익자가 전원이 악의인 경우 .....	57
2) 수익자의 일부가 악의인 경우 .....	57
3. 개정 신탁법 제8조 제5항에 따른 수익권 양도 청구권 .....	58
가. 수익권 양도 청구권의 의의 .....	58
1) 개정 신탁법 제8조 제5항 .....	58
2) 수익권 양도 청구권 인정의 필요성 및 의의 .....	58
나. 수익권 양도 청구의 요건 .....	62
1) 사해신탁 취소가 전제되어야 하는지 여부 .....	62
2) 수익권 양도 청구를 소로써 행사하여야 하는지 여부 .....	63
3) 사해신탁취소권 행사의 요건이 준용되는지 여부 .....	65
다. 수익권 양도 청구와 사해신탁취소권과의 관계 .....	66
1) 문제의 소재 .....	66
2) 수익자 전원이 악의인 경우 .....	66
3) 수익자 일부가 악의인 경우 .....	68
4. 취소의 범위 .....	69
가. 문제의 제기 .....	69
나. 사해신탁에서의 원상회복 .....	69



다. 민법상 채권자취소권에서 가액배상의 문제 .....	70
라. 사해신탁에서 원물반환 원칙의 완화 가능성 .....	72

## 제 6 장 채무자회생법상 부인권과의 문제

1. 채무자회생법상 부인권 .....	73
가. 채무자회생법상 부인권의 요건 .....	73
나. 부인권과 민법상 채권자 취소권과의 관계 .....	74
2. 부인권과 사해신탁의 문제 .....	74
가. 신탁과 도산절차의 관계 .....	74
나. 담보신탁의 도산절연에 관한 판례 검토 .....	75
다. 사해신탁과 부인권의 관계 .....	78

## 제 7 장 결 론

참고문헌(參考文獻)

Abstract

# 제 1 장 서 론

## 1. 문제의 소재

사해신탁이란, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정하는 것을 말한다. 민법은 제406조에서 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위, 즉 사해행위를 한 경우에는 채권자에게 채권자취소권을 인정하고 있는데, 신탁에서의 사해행위는 ‘사해신탁’으로서 신탁법 제8조에서 별도로 규정하고 있다.

사해신탁은 신탁법이 1961. 12. 30. 제정되던 당시부터 별도로 신탁법에 규정되고 있었으나, 신탁법은 제정 이후 약 50년간 실질적인 내용에 대한 개정이 거의 이루어지지 않고 있어, 사해신탁에 관한 규정도 약 50년 동안 변경이 없었다.

그 동안, 신탁법에 대한 개정이 없었던 것은 영미법계를 중심으로 발달한 신탁의 법리가 국내에서는 다소 생소하였고, 신탁을 실제로 활용하는 예가 그다지 많지 않았던 것이 그 이유일 것으로 생각된다. 실제로 신탁의 법리는 국내 법학계에서도 다른 법리에 비하여 그다지 활발하게 논의되어 오지 않은 것이 사실이었던 것으로 보인다.

그런데, 우리나라도 1980년대 이후 급속한 경제발전을 이루고, 해외의 금융기법들이 많이 도입되면서, 최근 각종 금융거래에서 신탁제도가 활발히 이용되고 있는 실정이다. 특히 자산유동화거래<sup>1)</sup>나 프로젝트파이낸스거

---

1) 자산유동화라 함은, 채권 또는 부동산과 같은 자산을 보유하고 있는 자가 보유 자산을 양도 또는 신탁하는 방식으로 이전하고, 이전받은 자는 양도 또는 신탁받은 자산을 기초로 하여 사채, 수익권 증서 등의 유동화증권을 발행하거나 대출을 받음으로써, 자산보유자가 보유자산을 현금화하

래<sup>2)</sup>에서는 신탁이 많이 활용되고 있다. 그에 반해, 제정 이후 실질적인 개정이 없었던 신탁법은 변화된 경제현실에 부합하지 못한다는 지적과 비판이 있어 왔고, 국제적인 경제현실에 맞추어 신탁법을 개정하여야 할 필요성이 제기되었다.

이에 법무부에서는 2009. 1. 9. 신탁법 개정 특별분과위원회를 발족하여 2009. 11. 11.까지 모두 25차례의 회의를 거쳐 신탁법 전면 개정안을 마련하여 2010. 2. 24. 이를 국회에 제출하였다. 이후 국회에서 추가적인 논의 및 수정을 거친 후, 2011. 7. 25. 개정 신탁법이 마련되어 공포되었고, 2012. 7. 26.부터 개정된 신탁법이 전면 시행되고 있다. 개정된 신탁법은 총 147개의 조문으로 이루어져, 신설된 조문도 많고, 기존의 내용이 대폭 변경된 조문도 많아 거의 새로운 제정의 수준으로 개정되었다(이하에서는 개정 전의 신탁법을 “구 신탁법”으로, 개정된 신탁법을 “개정 신탁법”으로 지칭하기로 하겠다).

이러한 개정 신탁법 규정 중 특히, 그동안 논란이 많았던 사해신탁에 관한 제8조도 대대적으로 변경되었는데, 이러한 변경으로 기존 사해신탁

---

는 것을 말한다. 자산유동화에 관한 법률이 1998년에 제정되면서, 이러한 자산유동화거래가 활발하게 이루어지고 있는데, 자산유동화에 관한 법률은 증권화방식의 자산유동화만을 규율하고 있으나, 본 논문에서의 자산유동화거래는 자산유동화에 관한 법률에 따른 자산유동화에만 한정하지 않고, 증권화방식이 아닌 소위 자산담보부대출(Asset Backed Loan)을 비롯하여 자산유동화에 관한 법률에 의하지 않은 자산유동화거래를 모두 포괄하는 개념으로 사용하고자 한다. 자산유동화의 개념과 관련해서, 자산유동화의 개념은 매우 모호하고 그 정의도 다양하다고 언급하면서, 자산유동화에 관한 법률은 자산유동화거래를 엄격히 구분하여 일일이 나열하고 있는데 이러한 방식으로 규정하는 것은 자산유동화거래의 발전에 장애가 될 수 있다고 보는 견해가 있다. 김재형, “「자산유동화에 관한 법률」의 현황과 문제점”, 민법론 I, 박영사, 2004, 415면 참조.

2) 프로젝트파이낸스(project finance)의 개념과 관련하여 광의의 프로젝트파이낸스는 신규 대규모 특정 투자사업에 대한 여러 가지 형태의 장기 금융조달을 의미한다고 하고, 협의의 프로젝트파이낸스는 프로젝트 자체의 현금흐름을 상환재원으로 하고, 프로젝트 자산을 담보로 하되, 사업주에 대한 소유권은 제한되면서, 특수목적회사에게 제공되는 금융을 의미한다고 한다. 반기로, 프로젝트파이낸스, 한국금융연수원, 2012, 4면 참조.

본 논문에서는 협의의 프로젝트파이낸스, 즉 특정 사업 프로젝트 자체의 경제성을 상환재원으로 하여 해당 프로젝트에 필요한 자금을 조달하는 금융방식을 지칭하는 개념으로 사용하고자 하며, 이러한 개념에 대해 프로젝트파이낸싱(project financing) 또는 프로젝트 금융이란 용어도 함께 쓰이고 있는데, 본 논문에서는 프로젝트파이낸스라는 용어로 통일하여 사용하고자 한다.

규정 하에서 제기되던 많은 문제점이 해소될 수 있을 것으로 기대되고 있다.

본 논문에서는 특히, 이러한 사해신탁에 관한 규정과 관련하여, (i) 새로운 사해신탁 규정에서의 사해신탁의 요건은 어떠한지, (ii) 이러한 변경이 있기까지 어떠한 논의 및 문제제기가 있었는지, 그리고 (iii) 개정된 사해신탁 규정에도 불구하고 아직 남아있는 문제점은 무엇이 있는지에 중점을 두고 검토해보고자 한다.

## 2. 논문의 구성

첫째로, 기존의 사해신탁에 관한 규정을 간략히 살펴보고, 기존 사해신탁 규정과 관련하여 어떠한 논란 및 문제제기가 있었는지를 검토한 후, 이에 대한 개정 논의는 어떻게 진행되었는지, 어떠한 내용을 중심으로 사해신탁에 관한 규정이 개정되었는지 여부를 살펴보도록 하겠다.

둘째로, 현행 사해신탁에 관한 규정상 사해신탁의 성립 요건을 살펴보도록 하겠다. 사해행위의 판단 기준 등에 대해서는 개정 신탁법에서 특별히 구체적으로 규정하고 있거나, 구 신탁법에서 변경하여 규율하고 있는 바는 없으나, 신탁에서의 사해행위는 민법상의 채권자취소권에서의 사해행위와는 다소 다른 측면이 있으므로, 이에 대해서 좀 더 깊이 있게 검토를 하도록 하겠다. 또한, 개정 신탁법에서 도입된 자기신탁에서의 사해행위를 포함하여 신탁의 형태에 따른 사해행위의 판단을 검토하도록 하겠다. 그리고 특히 구 신탁법상 가장 논란의 대상이 되었고, 개정 신탁법에서 가장 크게 변경된 부분이라 할 수 있는 수익자 및 수탁자의 선의에 관한 요건을 중점적으로 검토하도록 하겠다.

셋째로, 사해신탁의 취소권을 행사하는 경우의 그 상대방 및 그 행사

범위에 대해 검토를 하도록 하겠다. 구 신탁법은 사해신탁취소권을 행사할 수 있는 상대방에 대하여 명문으로 규정하고 있는 바가 없어 논란의 여지가 있었는데, 개정 신탁법은 수탁자 또는 수익자에게 선택적으로 행사할 수 있도록 명백히 규정하였다. 이와 관련하여, 사해신탁취소권의 행사 상대방에 대한 그 동안의 논의를 살펴보고, 현행 개정 신탁법상, 수익자가 전부 선의인 경우와 수익자의 일부만이 선의인 경우 사해신탁의 행사 상대방이 어떻게 결정되어야 하는지, 그리고 이와 관련하여 어떠한 문제점이 있는지에 대하여 검토하도록 하겠다. 또한, 사해신탁 취소에 따른 원상회복과 관련하여, 원물반환의 원칙이 엄격하게 지켜질 경우 신탁에서 발생하는 문제점에 대하여 검토해보고자 한다.

마지막으로, 개정된 신탁법의 사해신탁 규정이 추후 신탁을 이용한 거래에 있어 어떠한 영향을 미칠지를 간략히 예상하여 보고, 최근의 신탁법 개정에도 불구하고 남아있는 문제점은 어떠한 것이 있는지를 살펴보고자 한다.

## 제 2 장 사해신탁의 의의

### 1. 민법상 채권자취소권과의 관계

가. 사해신탁에 대한 민법상 채권자취소권 규정의 적용

#### 1) 의의

신탁법 제8조는 사해신탁의 요건을 갖춘 경우 채권자는 “민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 문구는 신탁법 제정 당시부터 현행 신탁법까지 동일하게 규정되고 있는 문구로서, 이는 결국 사해신탁의 경우에도 원칙적으로는 민법상의 채권자취소권의 내용이 동일하게 적용된다는 점을 전제로 하고 있는 것이라 하겠다.

판례 또한 사해신탁과 민법상 채권자취소권을 엄격히 구분하여 판단하고 있는 것으로 보이지는 않으며, 사해신탁에 관한 사안에 대하여 민법 제406조만을 인용하여 판단하고 있는 판례도 있다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결<sup>3)</sup> 참조). 그리고, 사해신탁에 따른 취소가 가능한 경우에도 민법상 채권자취소권의 적용이 배제되는 것은 아니라고 보는 견해도 있다.<sup>4)</sup>

---

3) 해당 판례는 채무자가 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁업법상의 신탁회사와 사이에 신탁계약을 체결하고 건물의 신축공사를 완료한 사안이다. 이러한 신탁행위가 사해행위에 해당하는지 여부에 대하여 신탁행위의 특수성을 인정하여 사해행위에 해당하지 않음을 인정하면서도 신탁법 제8조의 사해신탁 규정을 참조 조문으로 인용하지 않고 있다.

4) 임재웅, “사해신탁의 연구”, 법조 통권 600호, 법조협회, 2006. 9. 14면 참조.

이러한 학설 및 판례의 태도에 비추어볼 때 신탁법에서 특별히 규정하고 있지 않은 사항에 대해서는 채권자취소권에 관한 규정이 적용된다고 보아야 할 것으로 생각된다.

## 2) 사해신탁의 취소를 소로써 행사하여야 하는지 여부

민법 제406조 제1항은 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여, 채권자취소권은 법원에 소로써만 청구할 수 있음을 분명히 하고 있다.

그런데, 신탁법상의 사해신탁의 경우에도 소로써 청구하여야만 하는지 문제되는데, 신탁법 제8조는 명시적으로 ‘민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복 청구’라고 규정하고 있으므로, 위와 같은 민법 제406조 제1항의 규정은 사해신탁에 직접적으로 적용된다고 하겠다.

따라서, 사해신탁에 따른 취소권의 행사는 법원에 대한 소로써 해야 한다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각되며, 이에 대해서는 특별한 이론<sup>5)</sup>은 없는 것으로 파악된다. 하급심 판례 또한 사해신탁의 취소는 법원에 소를 제기하는 방식으로 청구하여야 하는 것이지, 소송상의 공격 또는 방어방법으로는 주장할 수 없다고 해석하고 있다.<sup>6)</sup>

---

5) 법무부, 신탁법해설, 도서출판 동강, 2012, 88면; 최동식, 신탁법, 법문사, 2007, 101면(해당부분에서는 명시적으로 사해신탁을 소로써 행사하여야 한다고 서술하고 있지는 않으나, 이를 전제로 사해신탁 취소의 소의 피고에 관하여 설명하고 있다).

한편, 신탁법은 사해신탁의 취소권을 재판상 행사할 것을 강제하지 않지만, 신탁설정행위도 법률행위의 한 형태이므로, 법률행위의 취소를 재판상 행사하도록 규정한 민법 제406조와의 균형을 생각하면 소송에 의해서만 행사할 수 있도록 하는 것이 타당하며 사해신탁취소권을 본질적으로 채권자취소권의 하나라고 본다면 재판상 행사는 필수적이라고 보는 견해도 있다. 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007, 77-78면 참조.

### 3) 사해신탁취소권의 피보전권리 문제

사해신탁취소권의 피보전권리와 관련해서도, 대법원은 사해신탁에 대해서도 민법상의 채권자취소권이 적용된다는 전제 하에, “신탁법 제8조 소정의 사해신탁의 취소는 민법상의 채권자취소권과 마찬가지로 책임재산의 보전을 위한 것이므로 피보전채권은 금전채권이어야 하고, 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하여,<sup>7)</sup> 채권자취소권의 경우와 동일하게 판단하고 있다.

피보전채권 성립시기와 관련해서도, 민법상의 채권자취소권의 경우와 동일하게 사해행위 전에 성립할 것이 요구된다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한, “사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다”고 보는 판례는,<sup>8)</sup> 비록 민법상 채권자취소권에 관한 것이기는 하나, 사해신탁에도 동일하게 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

### 4) 사해신탁취소권의 제척기간

---

6) 대구고등법원 2008. 12. 26. 선고 2008나4361 판결. 해당 판결은 사해신탁의 취소의 경우에도 민법 제406조 제1항에 따른 채권자취소권 규정이 당연히 적용된다는 전제 하에, 채권자취소권에 관한 대법원 판례(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다8393 판결 등)를 인용하며 위와 같이 판단하였다.

7) 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다32236 판결 참조.

8) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다37821 판결 참조.



신탁법 제8조는 “민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고만 규정하고 있어 민법 제406조 제2항의 제척기간에 관한 규정<sup>9)</sup>이 사해신탁에도 적용되는지 문제된다. 그런데, 하급심 판례에서도 신탁법에 규정된 사해신탁은 민법상의 사해행위와 그 본질적인 성격이 같고, 신탁법 제8조는 민법 제406조 제1항에 대한 특칙의 형태로 규정되어 있는데, 제척기간에 대하여는 별도의 특칙이 없으므로 민법의 제척기간에 관한 규정이 당연히 적용된다고 해석함이 상당하다고 판시하여, 제척기간에 관한 규정도 사해신탁에 당연히 적용된다고 본 바 있으며,<sup>10)</sup> 사해신탁 취소의 경우에도 민법상 채권자취소권의 행사의 경우와 같이 1년의 제척기간이 적용된다고 보는 것이 일반적인 견해인 것으로 보이므로,<sup>11)</sup> 사해신탁에서도 민법상 채권자취소권에서의 제척기간이 적용된다고 보는 것이 타당한 것으로 생각된다.

#### 5) 사해신탁취소권 행사의 효과

위에서 살핀 바와 같이, 신탁법상의 특별한 규정이 없는 한, 민법상의 채권자취소권에 관한 규정 및 해석이 신탁법상의 사해신탁에도 그대로 적용될 수 있다는 점에 비추어볼 때, 민법 제407조의 채권자취소와 원상회

9) 채권자는 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.

10) 해당 하급심 판례는 “신탁법 제8조가 규정하고 있는 사해신탁의 취소도 민법상의 채권자취소권과 마찬가지로 책임재산의 보전을 위한 것이므로 피보전채권은 금전채권이어야 하고, 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는 점, 위 신탁법 규정에서도 '민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복 청구'라고 명시하고 있는 점 등에 비추어 보면, 신탁법에 규정된 사해신탁도 민법상의 사해행위와 그 본질적인 성격을 같이 한다 할 것이고, 또한 신탁법 제8조는 민법 제406조 제1항에 대한 특칙의 형태로 규정되어 있는바, 제척기간에 대하여 이러한 특칙의 규정이 없는 이상 오히려 민법의 제척기간에 관한 규정이 당연히 적용된다고 해석함이 상당하다”고 판시하였다(인천지방법원 2004. 11. 17. 선고 2003가합13044 판결). 이와 관련한 대법원 판례는 아직 없으나, 신탁법 규정은 민법상 채권자취소권의 특칙으로 보는 것이 타당할 것이므로, 신탁법 상 제척기간에 대한 특별한 규정이 없는 한은 민법상의 제척기간 규정이 적용된다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

11) 법무부(주 5), 89면.

복은 “모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다”는 규정 또한, 신탁법 제8조에 따른 사해신탁 규정에도 동일하게 적용된다고 보는 것이 타당한 것으로 생각된다. 따라서, 사해신탁취소권을 행사하여 원상회복된 재산은 원칙적으로 사해신탁취소권을 행사한 해당 채권자뿐 아니라 모든 채권자를 위하여 그 효력이 있다고 보아야 할 것으로 생각된다.

#### 나. 사해신탁 규정과 민법상 채권자취소권의 관계

사해신탁의 경우에도 민법상 채권자취소권의 규정이 당연히 적용된다고 본다면, 사해신탁의 경우에 신탁법에 따른 사해신탁의 취소권을 행사하지 않고 민법상의 채권자취소권을 행사하는 것이 가능할 것인지 문제된다.

이에 대하여, 수탁자에 대한 채권자취소권의 행사는 신탁법에 따른 사해신탁취소소송으로 하여도 좋고, 민법상 채권자취소소송으로 하여도 좋다고 설명하는 견해도 있다.<sup>12)</sup>

그런데 신탁법상의 사해신탁 규정은 민법상 채권자취소권 규정에 대한 특칙이라고 보아야 하고,<sup>13)</sup> 특별법 우선의 원칙에 따라 특칙이 있는 경우에는 그 특칙이 우선적으로 적용되고, 일반 규칙은 보충적으로 적용되는 것이므로, 사해신탁에 관한 취소권을 행사하는 경우에는 신탁법 제8조가 우선적으로 적용되어야 하고, 신탁법에서 규정하고 있지 않은 사항에 대해서만 보충적으로 민법이 적용되어야 할 것으로 생각된다.

따라서, 채무자가 신탁행위를 통하여 채권자를 해한 경우에는 우선적으로 신탁법 제8조에 따른 사해신탁에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

12) 이중기(주 5), 90면.

13) 하급심판례 또한 신탁법 제8조는 민법 제406조 제1항에 대한 특칙의 형태로 규정되어 있다고 판시한 바 있다. 인천지방법원 2004. 11. 17. 선고 2003가합13044 판결 참조.

만약 채무자의 채권자가 사해신탁취소권이 아니라 민법상의 채권자취소권을 행사하는 경우에도, 당연히 신탁법 제8조를 우선적으로 적용하여 판단한 후, 보충적으로 민법상의 채권자취소권 규정을 적용하여야 할 것으로 판단된다.

## 2. 신탁법상 사해신탁 규정의 의의

### 가. 사해신탁 규정의 필요성

위에서 살핀 바와 같이, 기본적으로 사해신탁의 경우에도 채권자취소권의 규정이 적용되는 것이라면, 신탁법에서 별도로 사해신탁에 관한 규정을 두어야 할 필요성이 있는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다.

민법상 채권자취소권에서의 취소의 대상이 되는 법률행위는 일반적으로 채무자가 자신의 재산을 제3자에게 매도하거나 증여하는 행위 등이 될 것인데, 이러한 경우 그 법률행위의 상대방이 해당 재산의 소유권을 취득하게 되므로, 그 법률행위의 상대방이 그 행위로 인하여 이익을 받은 자, 즉 수익자에 해당하는 것이 일반적이다.

그런데, 신탁법상 사해신탁취소에서 취소의 대상이 되는 법률행위는 신탁법상의 신탁행위인데, 이는 일반적인 법률행위와는 다른 점이 있다. 이하에서는, 사해신탁 규정의 독자적인 필요성 여부를 판단하기 위해서 신탁법상의 신탁의 개념이 일반적인 법률행위와 어떠한 점에서 다른지 살펴 보도록 하겠다.

### 나. 신탁법상 신탁의 개념 및 특수성

신탁법상의 신탁이란, 신탁을 설정하는 자(위탁자)와 신탁을 인수하는 자(수탁자) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다(개정 신탁법 제2조 참조).<sup>14)</sup> 따라서, 신탁행위는 위탁자와 수탁자 간의 법률관계로 이루어지므로, 위탁자의 법률행위의 상대방은 수탁자가 된다.<sup>15)</sup>

그런데, 수탁자는 신탁행위의 상대방이기는 하나 신탁재산은 수탁자의 고유재산에 속하지 않으며, 수탁자는 자신의 고유재산과 신탁재산을 분리하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 할 의무를 부담하고(개정 신탁법 제37조 참조), 신탁재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니하며(개정 신탁법 제24조 참조), 수탁자는 공동수익자의 1인인 경우를 제외하고는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못하므로(개정 신탁법 제36조 참조), 수탁자는 민법상 채권자취소권에서의 “그 행위로 인하여 이익을 받는 자”에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 그러나, 신탁재산의 소유권은 대내외적으로 위탁자에서 수탁자로 이전되므로,<sup>16)</sup> 사해

14) 이에 대하여 신탁의 성립요건은 (i) 위탁자의 수탁자에 대한 재산권의 이전 기타의 처분, (ii) 수탁자의 일정한 목적에 따른 재산권의 처분 또는 관리, (iii) 신탁설정의사로 이루어진다고 설명하는 견해도 있다. 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, BFL 제17호, 서울대학교 금융법센터, 2006. 5., 14면 참조.

15) 이와 관련하여 신탁은 위탁자가 출연한 목적재산을 매개로 수탁자와 수익자가 유기적으로 결합된 단체관계라고 인식될 수 있으므로, 신탁재산이 수탁자 명의로 나타나고, 수탁자가 충실의무자로서 수익자를 위해 신탁재산을 관리, 운용할 권리와 의무를 갖는 단체적 관계라고 설명하는 견해도 있다. 이중기, “신탁의 정의방법과 신탁성립에 관한 제문제”, 민사판례연구 제30집, 민사판례연구회, 2008. 3., 811면 참조.

16) 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교, 2009. 2., 195면 참조. 해당 논문은 수탁자가 신탁재산에 대한 소유권을 가지는 것은 수익자의 보호를 위한 것이라고 하면서도 수탁자는 수익자에 대하여도 신탁목적에 따라 관리 처분하는 한은 소유권을 주장할 수 있다고 설명하고 있다.

행위의 취소의 상대방은 수탁자가 되어야 할 필요성이 있다.

그리고, 신탁행위는 단순한 채권행위가 아니라 원인행위와 처분행위의 성격을 모두 갖는 것으로서, 물권행위와 채권행위가 모두 포함되는 것이라는 특수성을 가진다.<sup>17)</sup> 또한, 신탁행위 중 하나인 신탁계약은 위탁자와 수탁자 사이의 계약이기는 하나, 일반 계약과는 본질적으로 다른 것으로서, 민법상의 계약의 원칙규정이 적용되지 않는 경우가 있어,<sup>18)</sup> 일반적인 법률행위와는 다른 특징이 있다.

#### 다. 사해신탁 규정의 의의

위에서 살핀 바와 같이, 신탁행위의 상대방인 수탁자는 채권자취소권에서의 이익을 받는 자, 즉 수익자에 해당한다고 보기는 어려우나 신탁행위의 상대방으로서 채권자취소권의 행사의 상대방이 되어야 할 필요성이 있다.

또한, 채권자취소권 행사의 상대방은 수익자 또는 전득자인데, 신탁행위로 인하여 사실상 이익을 받는 자에 해당하는 신탁에서의 수익자는 신탁행위의 상대방이 아니어서 채권자취소권에서의 수익자와는 다르며, 수익자로부터 이익을 양수받은 자라고 보기도 어려우므로 채권자취소권에서의 전득자에 해당한다고 보기도 어렵다는 문제가 있다.<sup>19)</sup>

이러한 이유로 신탁법은 채권자취소권에 대한 특칙인 사해신탁취소권에

---

17) 임채웅, 신탁법연구, 박영사, 2009, 7면; 최동식(주 5), 62면.

18) 예를 들면, 신탁의 종료에 관하여 수탁자의 사임, 해임이나 신수탁자의 선임 등 특수한 절차가 정하여져 있어, 일반적인 계약해지와는 달리 취급되고 있다. 최동식(주 5), 62면 참조.

19) 이와 관련하여, 신탁의 수익자가 채권자취소권에서의 전득자와 유사한 지위에 있는지 여부에 대해 논란이 있을 수 있으나, 채권자취소권에서 전득행위는 사해행위의 상대방과 전득자 사이의 독립된 법률행위이지만, 신탁수익자는 기본적으로 수탁자와 사이에 별도의 법률행위를 필요로 하지 않는다는 점에 비추어 볼 때, 구별된다는 견해가 있는데, 타당한 견해인 것으로 판단된다. 오창석, “개정신탁법이 신탁실무에 미치는 영향”, BFL 제39호, 서울대학교금융법센터, 2010. 1., 66면 참조.

관한 규정을 별도로 둘 필요성이 있었고 이를 반영하여 구 신탁법에서는 사해신탁에 관한 규정을 제8조에 별도로 두고 있었던 것으로 생각된다. 구 신탁법은 “채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고 규정하여 수탁자에 대하여 사해신탁 취소를 행사할 수 있다는 점을 명시하고 있었는데, 이렇게 규정한 것은 민법상의 채권자취소권에서의 “이익을 받는 자”에 해당한다고 보기 어려운 수탁자에 대해 채권자취소권의 행사가 가능하다는 점을 명시하기 위한 것으로 판단된다.<sup>20)</sup>

#### 라. 사해신탁 규정의 개정 필요성

그런데, 위에서 언급한 문제 외에도, 신탁에서의 수탁자 및 수익자의 선의를 고려하여야 하는지, 그리고 취소권 행사의 상대방에 수익자를 포함하여야 할 것인지 등 신탁계약의 특수성으로 인하여 민법상의 채권자취소권의 법리로 해결할 수 없는 여러 문제들이 있으나, 구 신탁법 상의 사해신탁 규정은 2개 조항에 불과하여 너무 간단하고 단순하여, 신탁의 특수성을 반영하고 관련한 문제점을 명확하게 해결하기에는 부족한 점이 많았다. 이러한 이유로 그동안 사해신탁의 해석에 있어 불필요한 많은 논쟁이 있었고, 이에 신탁법을 개정하여야 할 필요성이 지속적으로 대두되었다.

이러한 이유로, 사해신탁에 관한 신탁법 제8조는 이번 개정을 통하여

---

20) 구 신탁법은 “수탁자 또는 수익자에게” 취소권을 행사할 수 있다고 명시적으로 규정한 개정 신탁법과는 달리 취소의 상대방에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않아 확실상 논란이 있었다. 다만, 이러한 논란에도 불구하고 “수탁자”에 대하여 취소권을 행사할 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없는 것으로 보인다. 명확하지는 않지만, “수탁자의 선의에도 불구하고 취소를 청구할 수 있다”는 법규정의 해석에 비추어보아도 수탁자에 대해서는 취소권을 행사할 수 있다는 취지라고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 구 신탁법상의 취소권 행사의 상대방에 관한 논의는 아래의 제5장 2. 가. 이하에서 자세히 논의하도록 하겠다.

그 동안의 논의를 정리하고, 불명확했던 부분을 보완하는 방식으로 대대적으로 개정되었고, 조항도 기존의 2개 조항에서 6개 조항으로 크게 보완되었는데, 바람직한 개정방향이라고 생각된다.

이하에서는, 개정 신탁법의 개정 내용을 중심으로, 사해신탁 규정의 각 요건을 검토하면서, 신탁에서의 사해신탁취소권에는 어떠한 특수성이 있는지, 그리고 이러한 특수성이 사해행위의 해석에 있어 어떠한 영향을 미치는지, 또한 개정 신탁법이 이러한 특수성을 어느 정도 반영하고 있는지를 중심으로 살펴보도록 하겠다.

### 제 3 장 개정 신탁법상 사해신탁 규정의 변경

#### 1. 구 신탁법상 사해신탁 규정 및 개정 논의

##### 가. 구 신탁법상 사해신탁 규정

구 신탁법상 사해신탁 규정은 다음과 같다.

###### 제8조 (사해신탁)

- ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.
- ② 전항의 규정에 의한 취소와 원상회복은 수익자가 이미 받은 이익에 영향을 미치지 아니한다. 단, 수익자가 변제기가 도래하지 아니한 채권의 변제를 받은 경우 또는 수익자가 그 이익을 받은 당시에 채권자를 해함을 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못한 경우에는 예외로 한다.

구 신탁법 규정은 채무자가 사해신탁 행위를 한 경우에는 수탁자가 선의인 경우뿐만 아니라, 수익자가 선의인 경우에도 민법상의 채권자취소권에 따른 취소 및 원상회복을 청구할 수 있도록 규정하고 있었는데, 이에 의하면 수익자는 위탁자의 사해행위에 대하여 전혀 알지 못하는 경우에도 위탁자의 채권자에 의하여 원상회복 청구를 받을 수 있으며, 단지 선의의 수익자인 경우에는 이미 받은 이익에만 영향을 받지 않을 뿐이었다.

이러한 구 신탁법 규정은 수익자에 대하여 예상치 못한 손해를 가하는



것으로서 특히나 수익권의 취득의 대가를 지급한 유상의 수익자에 대해서는 공평하지 못하다는 비판이 있어 왔다.<sup>21)</sup>

또한 구 신탁법 규정은 사해신탁취소권의 행사 상대방에 대하여 명확히 규정하고 있지 않아, 논란의 대상이 되었는데, 특히 수탁자에 대하여 취소권을 행사할 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없었으나, 수익자를 상대로 취소권을 행사할 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있었다.<sup>22)</sup>

#### 나. 개정 논의

이에 대하여 법무부는 개정안을 마련하면서, (i) 수익자의 선의 여부를 사해신탁 취소의 요건으로 고려할 것인지, (ii) 수탁자의 선의 여부를 고려할 것인지, (iii) 수익자 또는 수탁자가 유상의 수익자 또는 수탁자인 경우에 그 취급을 달리할 것인지 여부에 대하여 많은 논의를 하였다.

실제로 법무부에서 2010. 2.에 국회에 제출한 신탁법 개정안의 경우에는 현행 신탁법과는 달리 유상의 수탁자의 선의 여부를 사해신탁 취소시 고려하였다.<sup>23)</sup>

참고적으로 법무부가 2010. 2. 에 국회에 제출한 신탁법 개정안 중 사해신탁에 관한 규정의 전문은 다음과 같다.

##### 제8조(사해신탁)

- ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자나 수익자에게 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있

21) 오창석, “개정신탁법상 사해신탁법상 사해신탁제도에 관한 소고”, 한국금융법학회 2009년 동계 학술발표회 자료집 “금융법의 현안과 과제”, 한국금융법학회, 2009. 12., 120-121면.

22) 이에 대한 구체적인 논의는 아래의 제5장 2. 가. 이하 부분에서 자세히 설명하도록 하겠다.

23) 법무부의 신탁법 개정안은 제1항 단서에서 수탁자가 유상으로 신탁을 인수할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 취소권을 행사할 수 없다고 규정하였다.

다. 다만, 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하거나 수익자가 유상으로 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

- ② 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.
- ③ 선의의 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하여 신탁이 취소되지 못한 경우 채권자는 악의의 수익자나 수익권의 무상취득자에게 그가 취득한 수익권 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다.
- ④ 선의의 수익자가 유상으로 수익권을 취득하여 신탁이 취소되지 못한 경우 채권자는 악의의 수탁자에게 그가 받은 보수 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다.
- ⑤ 제3항 또는 제4항의 경우 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사, 방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임이 있다.

법무부안이 현행 개정 신탁법과 가장 크게 다른 점은 수탁자 또는 수익자의 유상성 여부를 사해신탁 취소의 요건으로 하였다는 점이다. 그런데, 이에 대해서는 (i) 사해신탁 취소에 있어 수탁자의 선의나 유상성을 고려하는 것은 타당하지 않다는 비판 및 (ii) 수익자의 유상성을 고려하는 것은 그 유상성이 미미한 경우 등에 비추어 볼 때 타당하지 않다는 비판이 있었다.<sup>24)</sup>

## 2. 개정 신탁법상 사해신탁 규정

24) 이에 대해서는 아래의 제4장 4. 이하에서 자세히 논하도록 하겠다.

위 법무부안에 대한 비판의 의견을 수용하여, 개정 신탁법은 수탁자의 선의는 원상회복의 범위에서만 고려하기로 하고, 사해신탁 취소 요건에서는 수익자의 선의만을 고려하며, 수탁자 및 수익자의 유상성은 고려하지 않는 내용으로 사해신탁 규정을 정리하였다.

개정 신탁법상 사해신탁 규정의 전문은 다음과 같다.

<p>제8조(사해신탁)</p> <p>① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자가 선의일지라도 수탁자나 수익자에게 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항 단서의 경우에 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 제1항 본문의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 제1항 본문의 경우에 채권자는 선의의 수탁자에게 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.</p> <p>⑤ 채권자는 악의의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. 이때 민법 제406조 제2항을 준용한다.</p> <p>⑥ 제1항의 경우 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사 방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.</p>
---

이하에서는 이와 같은 개정 신탁법의 사해신탁 규정을 중심으로, 사해신탁의 요건 및 그 행사 범위에 대하여 검토해보도록 하겠다.

## 제 4 장 사해신탁의 성립 요건

### 1. 피보전채권의 발생

신탁법상의 사해행위취소권도 민법상의 채권자취소권과 마찬가지로 채권자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리이다. 따라서 신탁법상의 사해행위취소권을 행사하기 위해서는 위탁자에 대하여 채권을 보유하는 자일 것이 요구된다.

이 때, 이러한 피보전채권은 민법상의 채권자취소권의 경우와 같이, 사해신탁행위 이전에 발생하고 있어야 함이 원칙이나, 예외적으로 (i) 사해신탁행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, (ii) 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, (iii) 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 피보전채권이 될 수 있다고 보고 있다.<sup>25)</sup>

또한 위에서 언급한 바와 같이, 사해신탁 취소는 책임재산의 보전을 위한 것이므로 피보전채권은 금전채권에 관한 것이어야 하고 소유권이전등기청구권과 같이 특정물에 대한 청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다고 보는 것이 대법원의 일관된 태도이므로,<sup>26)</sup> 특정물채권만을 가진 채권자의 경우에는 사해신탁취소권을 행사할 수는 없다고 해석된다.

25) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결 참조.

26) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결; 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다32236 판결 등 참조.

## 2. 신탁의 설정

신탁법상의 사해행위취소권이 문제되는 이유는, 신탁법에 따라 신탁이 적법, 유효하게 설정된 경우, 신탁재산은 위탁자의 재산권으로부터 분리되어 독립성을 갖게 되고, 위탁자의 책임재산에서 분리되기 때문이다.<sup>27)</sup> 신탁이 적법, 유효하게 설정되는 경우에는 위탁자의 채권자는 신탁 전의 원인으로 발생한 저당권, 질권 등의 권리가 있지 아니하는 한 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다.

만약 위탁자의 신탁이 신탁법에 따른 적법, 유효한 신탁이 아니라고 판단되는 경우에는, 신탁 자체가 존재하지 않게 되고, 신탁된 재산은 여전히 위탁자의 책임재산으로 남게 되어 위탁자의 채권자는 해당 재산에 대하여 강제집행을 하는 등 권리를 행사할 수 있기 때문에, 사해신탁 취소의 문제 자체가 발생하지 않게 된다. 이와 같이, 신탁법상의 적법한 신탁이 설립될 것이 요구되는 것은 민법상 채권자취소권의 요건과 차별되는 요건이다.

이 때, 설정되는 신탁의 형태에 따라 사해신탁취소권의 행사에 있어 영향을 미치는지 여부와 관련해서는, 아래에서 자세히 검토하도록 하겠다.

## 3. 사해성

### 가. 문제의 제기 - 구 신탁법상 사해성과 개정 신탁법상 사해성

---

27) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545, 86다카2876 판결; 대법원 1996. 10. 15. 선고 96다17424 판결 등 참조.

신탁법의 규정상 사해신탁은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정할 것이 요구되며 이러한 내용은 구 신탁법의 규정과 개정 신탁법의 규정이 동일하다. 즉, 구 신탁법이나 개정 신탁법이나 모두 위탁자의 행위에 채권자를 해하는 “사해성”이 있어야 하며, 그러한 의사 즉 “사해의사”가 있어야 한다.

이 중 사해의사의 경우에는 채무자의 재산처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하는 것을 의미하고, 그러한 인식은 일반채권자에 대한 관계에서 있으면 충분하고 특정의 채권자를 해한다는 인식이 있어야 하는 것은 아니라고 보고 있으며,<sup>28)</sup> 사해행위가 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 사해의사는 추정되는 것이므로, 본 항에서는 사해의사에 대해서는 특별히 논의하지 않고, 사해신탁에서의 사해성의 문제에 대해서 검토하도록 하겠다.

그리고, 사해성에 관해서는 구 신탁법이나 개정 신탁법에서의 차이는 없고, 개정 논의 과정에서도 사해성에 대해서는 특별한 논의가 없었던 것으로 파악되므로, 이하에서는 구 신탁법과 개정 신탁법을 구분하지 않고, 신탁에서의 사해성 판단의 특수성에 관해 논의하도록 하겠다.

#### 나. 민법상 채권자취소권에서의 사해성의 의미

민법 제406조 제1항의 채권자취소권 또한 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때” 사해행위 취소를 할 수 있

---

28) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결; 이중기(주 5), 70면; 오창석(주 21), 5면; 진상훈, “부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법”, 민사집행법 연구 제4권, 한국민사집행법학회, 2008. 2., 319면.

다고 규정하고 있어, 사해성을 그 요건으로 하고 있다.

민법상 채권자취소권에서의 사해성에 관한 문구와 신탁법상 사해신탁에서의 사해성에 관한 문구는 모두 “채무자가 채권자를 해함을 알고”라고 규정하고 있어 동일하며, 위에서 살핀 바와 같이 사해신탁에서도 원칙적으로는 채권자취소권에 관한 규정이 적용되는 것이므로, 민법상 사해행위 취소에 관한 판례에서 사해성 판단의 기준은 신탁법상의 사해성 판단에서도 그 기준이 될 수 있을 것으로 판단된다.

민법상 채권자취소권에서의 사해성이란 채무자의 행위로 채무자의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없는 상태, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아지거나 그 정도가 심화되는 것을 의미한다.

이와 관련하여, 대법원은 채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반 채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지와 관련하여, 목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반 채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지에 따라 최종 판단하여야 한다고 그 기준을 제시한 바 있다.<sup>29)</sup>

그리고, 채무자가 연속하여 수개의 재산행위를 한 경우에는 채권자취소권에 관하여 각 행위별로 그로 인하여 무자력이 초래되었는지 여부에 따

---

29) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결 참조.

라 사해성을 판단하는 것이 원칙이지만,<sup>30)</sup> 그 일련의 행위들을 하나의 행위로 볼 특별한 사정이 있는 때에는 이를 일괄하여 전체로서 사해성이 있는지 판단하여야 하며, 이 때 그러한 특별한 사정이 있는지 여부는 행위의 상대방의 동일성, 각 재산행위의 시간적 근접성, 채무자와 상대방의 관계, 행위의 동기 내지 기회의 동일성 여부 등을 기준으로 결정되어야 한다고 한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다23857 판결<sup>31)</sup> 참조).

## 다. 사해신탁의 사해성 판단의 특수성

### 1) 의의

일반적으로 민법상의 채권자취소권이 문제되는 경우는 채무자가 특정 채권자에게만 변제를 하거나, 특정채권자를 위하여 채무자의 자산을 담보로 제공하거나, 채무자의 자산을 처분하는 것이 문제된다.

그런데 신탁법상의 신탁의 경우에는, 위탁자가 수탁자에게 위탁자의 재산을 신탁하여 위탁자의 책임재산으로부터 분리되기는 하나, 그렇다고 하여 신탁된 재산이 수탁자의 고유재산으로 이전되는 것은 아니고, 수탁자의 책임재산과도 분리된다. 또한 신탁에 있어 수익자로 지정되는 자 또한, 그러한 수익권이 위탁자의 신탁재산 전체에 대하여 무조건적으로 미치는 것은 아니며, 신탁계약이 정하는 내용에 따라 제한적으로 그 수익권을 향

---

30) 대법원 2001. 4. 27. 2000다69026 판결 참조.

31) 해당 판례는, 채무자가 연속하여 수개의 재산처분행위를 하였으나 그 상대방이 모두 다르고 상당한 시간적 간격이 있으며 특정인을 제외하고는 그 상대방들이 채무자와 사이에 특별한 관계가 없고 처분기회가 동일하거나 관련되어 있다는 자료도 없으며 채권자도 채무자의 처분행위 중 특정인에 대한 처분행위만을 사해행위라고 주장하고 있는 점 등에 비추어 채무자의 수개의 재산처분행위를 하나의 행위로 보아 사해성 여부를 판단할 수는 없다고 판시하여, 특별한 사정을 인정하지 않은 사례다.



수할 수 있을 뿐이다.

그리고, 일반적으로 신탁계약상의 신탁의 목적이 달성되는 경우에는 신탁이 종료되고, 잔여재산이 있는 경우에는 해당 재산은 위탁자에게 반환되는 것을 그 내용으로 하는 경우가 많고, 금융거래에서 신탁이 활용되는 경우에는 위탁자가 후순위 수익권자로 지정되어 신탁재산에 대하여 일정한 권리를 가지게 되는 것이 일반적이다.

따라서, 신탁행위는 일반적인 민법에서의 처분행위와는 다른 특수성이 있으므로, 사해성의 판단에서도 신탁행위의 특수성이 고려되어야 한다.

대법원 또한 신탁법상의 신탁에서의 신탁재산은 위탁자의 재산권으로부터 분리될 뿐만 아니라 수탁자의 고유재산으로부터 구별되어 관리되고 수탁자 고유의 이해관계로부터 분리되며, 신탁의 공시를 한 신탁재산을 수탁자가 신탁의 본지에 위반하여 처분한 때에는 수익자는 상대방 또는 전득자에 대하여 그 처분을 취소할 수 있다는 점 등을 고려하여야 한다고 판시하여, 사해성의 판단에 있어 신탁행위의 특수성을 인정하고 있다.<sup>32)</sup>

이하에서는 이러한 신탁의 특수성을 고려하여, 신탁행위에서의 사해성의 판단은 단순한 채권자취소권에서의 사해성의 판단과 어떠한 점에서 달라져야 하는지의 문제에 대하여 좀 더 심도 있게 검토해보도록 하겠다.

## 2) 부동산신탁

---

32) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 참조. 또한 대구지방법원 2009. 5. 29. 선고 2008가단92463 판결은 “신탁법상의 신탁의 경우 신탁재산은 수탁자의 고유재산으로부터 구별되어 관리되고 수탁자 고유의 이해관계로부터도 분리되므로 수탁자의 책임재산이 되는 것이 아니라 여전히 위탁자 또는 수익자의 책임재산으로서의 성질을 보유하고, 또한 수탁자가 사인이 아니라 신탁회사인 경우에는 신탁업법에 의하여 그 자격요건과 업무에 대한 감사가 엄격히 규정되어 위탁자나 수익자의 보호가 철저한 점 등에 비추어 신탁법상의 신탁이 사해행위인가 여부를 판단함에 있어서는 위탁자가 채무초과인 상태에서 당해 신탁행위로 인하여 위탁자 명의의 책임재산 또는 공동담보가 감소되었는가를 일면만 보아서는 아니되고, 실질적으로 신탁으로 말미암아 책임재산의 가치의 감소가 있었는가를 고려하여야 할 것이고, 이는 결국 신탁계약의 목적과 내용을 통하여 판단하여야 한다”고 명시적으로 신탁행위의 특수성을 인정하고 있다.

부동산신탁이란 위탁자가 수탁자에게 신탁하는 목적물인 신탁대상자산이 토지 또는 건물 등의 부동산인 경우를 말한다. 이러한 부동산신탁에서의 사해성이 특히 문제되는 이유는, 민법상의 채권자취소권의 경우 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하는 행위는, 적정한 가격으로 매각하는 경우라고 하더라도, 채무자의 자산인 부동산을 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위로서 사해행위에 해당한다고 판단하고 있기 때문이다.<sup>33)</sup>

그런데, 신탁은 수탁자에게 대외적으로 소유권이 이전되지만 수탁자의 고유재산이 되는 것은 아니라는 점을 고려할 때, 부동산을 매각하는 것이 아니라 신탁하는 경우에도 위와 같은 논리를 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이 있다. 물론 위탁자가 부동산을 신탁하고 수익자를 제3자로 지정하면서 수익자로부터 신탁의 대가를 전혀 지급받지 않는 경우에는 이러한 신탁행위는 무상 증여행위와 유사하여 채권자를 해하는 행위로 판단될 가능성이 매우 높을 것이다.

그러나, 위탁자가 신탁의 대가로 일부는 금전으로 지급받고 일부는 수익권을 취득하는 형태로 유일한 부동산을 신탁하는 경우에는 해당 신탁행위가 사해행위에 해당하는지 여부가 문제된다.

특히 부동산개발신탁의 경우에는 부동산개발사업을 위하여 대주로부터 자금을 차입하면서, 그 차입금 상환을 담보하기 위하여 사업 관련한 부동산을 신탁한 후 그 수익자로 대주를 지정하는 경우가 있는데 이 때 이러한 신탁행위가 사해행위에 해당하는지 여부는 단정하기 어렵다. 특히 이러한 부동산개발행위를 하는 시행사의 경우에는 사업관련 부동산이 그 시행사의 유일한 재산인 경우가 많은데, 이러한 부동산을 신탁하고 사업을

---

33) 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전하여 주는 행위는 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대하여 사해행위가 된다고 볼 것이므로 채무자의 사해의 의사는 추정되는 것이고, 이를 매수하거나 이전 받은 자가 악의가 없었다는 입증책임은 수익자에게 있다고 할 것이다. 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결 등 참조.

위한 자금을 조달하는 행위가 유일한 자산인 부동산의 신탁으로서 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하는 것인지 여부가 문제된다.

이와 관련하여 한 하급심 판결은, 어느 건설회사가 신탁계약 당시 채무 초과 상태에서 자신의 유일한 자산인 미분양아파트를 신탁회사에 신탁하고 프로젝트파이낸스 대주를 우선수익자로 지정한 사례에서, “채무자의 사해의사를 판단함에 있어서는 신탁행위 당시의 채권채무관계를 비롯하여 신탁의 경위 및 목적과 경제적 의미, 신탁을 통하여 제공받은 신규자금의 용처, 신탁계약의 전후를 비교하여 채무자의 재산 상태나 일반채권자들의 처지에 어떠한 변동이 초래되었는지 여부 등 제반사정을 종합적으로 고려하여야 하고, 사해행위라고 주장되는 행위 이후의 채무자의 변제 노력과 채권자의 태도 등도 사해의사의 유무를 판단함에 있어 다른 사정과 더불어 간접사실로 삼을 수도 있다”고 판시한 바 있다.<sup>34)</sup>

이러한 판례의 태도에 비추어볼 때, 신탁의 경우에는 민법상의 채권자 취소권의 경우와는 달리, 유일한 자산인 부동산을 신탁하였다는 사정만으로 사해행위에 해당한다고 획일적으로 판단할 수는 없을 것으로 생각된다. 결국, 위탁자가 해당 부동산을 신탁하게 된 배경, 그리고 신탁 이후의 자금사정 및 위탁자의 변제의 노력 등을 종합적으로 고려하여, 부동산 신탁의 사해성을 판단하는 것이 옳을 것으로 생각된다.

한편, 프로젝트파이낸스거래에서 부동산의 신탁의 경우, 일단 시행사가 대주들로부터 자금을 차입한 후 사업부지를 매입하여 해당 사업부지만을 일단 신탁한 후, 조달한 자금으로 사업부지 위에 건물 등을 신축하고, 해당 건물이 완공되면 이를 추가 신탁한 후 기존 대주들을 수익자로 지정하여, 해당 건물의 분양 수입으로 대주들의 차입금을 상환하는 방식을 취하는 경우가 많다. 그런데, 이러한 건물의 추가 신탁은 대주들로부터 자금을

---

34) 광주고등법원 2012. 6. 14. 선고 2011나35 판결 참조.

차입할 당시에 이미 위탁자와 대주와의 사이에 체결되는 사업및대출약정서에서 예정하고 있는 경우가 일반적이데, 이러한 방식으로 이루어지는 2단계의 신탁을 별개의 신탁행위로 보아 각각 사해성 여부를 판단하여야 하는지 여부도 문제된다.

이에 대하여, 추가 신탁계약은 사업약정서에 따라 이루어진 일련의 법률행위의 이행에 불과한 것으로서 이를 별도로 사해행위라 하여 채권자취소권의 대상으로 삼을 수는 없다고 보는 견해가 있다.<sup>35)</sup>

이에 반해 대법원은 사업약정서는 시행사와 대주, 시공사 사이에 체결된 것으로서 수탁자는 그 당사자가 아니고, 1차 신탁계약은 토지에 대한 부동산관리신탁에 지나지 않으며, 사업약정서는 대주에 대한 채무가 완제되지 않을 경우를 조건으로 신탁계약을 체결할 의무를 부과하는 약정에 불과하여 향후 체결할 담보신탁계약의 신탁재산, 신탁기간, 수익자 등 구체적 내용에 관하여 전혀 정하는 바가 없으므로, 추가 신탁계약과 종전의 일련의 약정은 동일한 법률행위라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>36)</sup>

위 사항에서 살핀 바와 같이, 대법원은 채무자가 일련의 행위를 한 경우, 행위의 상대방의 동일성, 각 재산행위의 시간적 근접성, 채무자와 상대방의 관계, 행위의 동기 내지 기회의 동일성 여부 등을 기준으로 그 일련의 행위들을 하나의 행위로 볼 특별한 사정이 있는 경우에만 하나의 행위로 볼 수 있다고 보고 있다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다23857 판결 참조).

그런데, 프로젝트파이낸스거래에 있어 사업부지에 이은 신축 건물의 신탁은 사업및대출약정서라는 계약에 따라 이루어지는 경우가 일반적이데, 사업및대출약정서의 계약 당사자에는 수탁자가 제외되어 있고, 신탁 사업

35) 최영수, “신축건물에 대한 추가신탁의 사해신탁 해당 여부”, 판례연구, 제25(1)권, 서울지방변호사회, 2011. 9., 304면 참조.

36) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결 참조.

부지와 관련된 수탁자와 신규 신축건물과 관련된 수탁자는 다를 수도 있으므로 행위의 상대방이 동일할 것이라는 요건을 충족하지는 못한다는 문제점이 있다. 대법원에서도 이러한 이유에서 사업부지의 신탁과 신축 건물의 신탁을 별개의 행위로 보고 있는 것으로 생각된다.

그러나, 프로젝트파이낸스거래에서 대주들이 자금을 대출할 때에는 해당 사업부지에 대한 담보력만을 보는 것이 아니라 건물이 신축되어 분양됨에 따른 사업수익 자체를 보고 대출을 실행하는 것이고, 만약 신축되는 건물을 신탁하는 조건이 아니라면, 대출 자체를 실행하지 않았을 것이므로, 건물의 추가 신탁하는 것이 기존의 채권자에 대한 추가적인 법률행위라고 보기는 어려운 점이 있다.

또한, 사업및대출약정서의 계약 당사자에는 수탁자가 제외되어 있고, 신탁 사업부지와 관련된 수탁자와 신규 신축건물과 관련된 수탁자는 다를 수도 있으므로 행위의 상대방이 동일할 것이라는 요건을 충족하지는 못하나, 신탁행위에 있어 수탁자는 이익을 향유하는 자가 아니고 단순히 신탁행위의 상대방에 불과하므로, 신탁행위에 대해 “행위의 상대방의 동일성” 요건을 엄격하게 적용하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다.

따라서, 프로젝트파이낸스거래에서의 일련의 신탁행위는 그 전체를 하나의 행위로 보아 사해성을 판단하는 것이 타당하며, 추가적인 신탁행위 시를 기준으로 다시 사해신탁 여부를 판단하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다.

### 3) 자산유동화거래에 따른 신탁

자산유동화거래는 자산보유자가 보유자산을 특수목적법인에 매매를 통하여 양도하는 방식으로 이루어지거나, 신탁업자에게 신탁하는 방식으로

이루어지게 되는데,<sup>37)</sup> 신탁 방식으로 이루어지는 자산유동화거래는 위탁자가 자신의 자산을 수탁자에게 신탁하고, 수탁자가 특수목적법인에게 수익권을 발행하면, 해당 특수목적법인은 수익권을 기초로 자산담보부기업어음 또는 자산담보부증권을 발행하거나, 자산담보부대출을 받고, 이러한 발행 또는 대출로 조달한 자금으로 수익권 인수대금을 납입하고, 이러한 인수대금은 수탁자가 수령하는 즉시 위탁자에게 지급하는 방식으로 이루어지는 것이 일반적이다.<sup>38)</sup>

이러한 거래에서는 주로 위탁자는 일정 자산을 신탁하는 대가로 일정 대금을 지급받고, 위탁자 자신도 위 특수목적법인 등에 대한 후순위의 수익권의 지위를 가지게 되는데, 이 때, 신탁하는 자산의 가치와 지급받는 대금 및 후순위 수익권의 가치 간의 차이가 사해신탁에 해당하는지 여부에 있어 그 기준이 될 것으로 생각된다.

그런데, 일반적으로 자산유동화에 사용되는 위탁자의 자산은 채권인 경우가 많고, 이러한 채권 또한 부실채권이거나, 그 가치가 확정되지 않은 장래의 채권인 경우가 많아, 그 신탁의 대가가 적정하였는지 여부를 판단하기 어렵다는 문제가 있다.

---

37) 일반적으로, 신탁을 자산유동화에 이용하는 경우를 신탁형 자산유동화라고 하고, 신탁을 이용하지 않고 유동화전문회사가 유동화자산을 양도받아 자산유동화를 하는 것을 매매형 자산유동화라고 부른다고 한다. 강울리, “신탁을 이용한 자산유동화에 관한 법적 문제점”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006. 5., 80-82면 참조.

38) 본 논문에서의 자산유동화거래는 자산유동화에 관한 법률에 따른 자산유동화에만 한정하는 것은 아니나, 참고적으로 자산유동화에 관한 법률에서 들고 있는 신탁방식에 의한 자산유동화거래는 (i) 위탁자가 유동화자산을 수탁자에게 신탁하고 수탁자가 이를 기초로 유동화증권을 발행하는 것, (ii) 신탁업자가 유동화증권을 발행하여 신탁받은 금전으로 자산보유자로부터 유동화자산을 양도받아 당해 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 유동화증권의 수익금을 지급하는 것, (iii) 유동화전문회사 또는 신탁업자가 다른 유동화전문회사 또는 신탁업자로부터 유동화자산 또는 이를 기초로 발행된 유동화증권을 양도 또는 신탁받아 이를 기초로 하여 유동화증권을 발행하고 당초에 양도 또는 신탁받은 유동화자산 또는 유동화증권의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 자기가 발행한 유동화증권의 원리금·배당금 또는 수익금을 지급하는 것이 있다.

아직까지 자산유동화에 따른 신탁에 대하여 사해신탁이 다투어진 판례는 없는 것으로 파악되는데, 자산유동화에 있어 사해신탁이 문제되는 경우에는, 해당 자산인 채권의 액면 가치를 그대로 판단할 것이 아니라, 그 자산의 실질 가치 및 향후 그 가치의 유지 가능성, 그리고 장래 채권에 따른 이익의 현재화에 따른 가치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것으로 생각된다.

그리고, 자산유동화거래는 자산보유자가 보유하고 있는 자산을 활용하여 현금 유동성을 높이고자 하는 필요에 의하여 고안된 거래이고, 장래의 가치를 현재화하는 측면이 있다는 점을 고려한다면, 신탁을 통한 자산유동화거래를 통해 자산보유자가 취득하게 되는 신탁의 대가와 후순위 수익권의 가치가 그 신탁대상 자산에 비추어 현저히 낮다는 등의 특수한 사정이 없다면, 사해신탁에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

## 라. 신탁형태에 따른 사해성의 문제

### 1) 자익신탁

자익신탁이란 위탁자가 위탁자의 재산을 수탁자에게 신탁법상의 신탁을 한 후 그 수익자를 위탁자 자신으로 지정하는 것을 말한다.

금융거래에서 프로젝트파이낸스거래를 할 때 위탁자가 사업부동산을 신탁하는 방식을 취하는 경우, 1순위 수익자는 프로젝트파이낸스 대주로 지정하고 2순위 수익자는 위탁자로 지정하는 경우가 대부분이다. 이는 부동산 개발사업에 따른 이익으로 우선 대주들에 대한 대출금을 상환한 이후에는 그 후의 개발이익은 위탁자가 가져가기 위해서 흔히 사용되는 방법이다.

자산유동화거래의 경우에도, 위탁자가 자산유동화에 사용하는 기초자산을 신탁한 후 1순위 수익자는 자산유동화를 위한 특수목적회사로 지정하고, 2순위 수익자는 위탁자 자신으로 지정하는 경우가 대부분이다. 1순위 수익자로 지정되는 특수목적회사는 자산담보부증권이나 자산담보부기업어음을 발행하여 투자자들로부터 자금을 조달받아 1순위 수익권에 대한 대가를 지급하고, 해당 대가는 위탁자에게 다시 지급되는데, 투자자들의 투자자금은 위탁자가 위탁하는 기초자산의 가치보다 작은 것이 일반적이어서 신탁재산에 대한 나머지 수익을 위탁자가 다시 향유할 수 있도록 하는 것이다.

특히 장래의 매출채권을 신탁하여 유동화하는 자산유동화거래의 경우에는 장래의 현금흐름을 특정할 수 없으므로 위탁자가 2순위 수익자로서의 지위를 가지는 것이 필요하고, 위탁자는 2순위 수익자로서 1순위 수익자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 신탁재산으로부터의 수익을 그 때 그 때 지급받는 방식을 취하는 경우도 많다.<sup>39)</sup>

그런데, 이러한 방식으로 위탁자가 수익자로 지정되는 것도 자익신탁으로 볼 수 있는지와 관련하여, 위탁자가 수익자로 지정되더라도, 다른 제3자가 수익자로 있는 경우에는 자익신탁이 아니라 타익신탁으로 보아야 할 것으로 판단된다. 판례 또한 자익신탁은 “위탁자가 신탁이익의 전부를 향수하는” 것이라고 보고 있으므로<sup>40)</sup>, 위탁자 외에 다른 제3자가 공동으로 수익권을 가지는 경우에는 자익신탁으로 볼 수 없을 것으로 판단된다.

다만, 위에서 언급한 프로젝트파이낸스거래나 자산유동화거래에서, 위탁

---

39) 좀더 구체적으로 설명하면, 1순위 수익자는 신탁계약이 정하는 바에 따라 특정 지급일에 1순위 수익권자로서의 수익을 지급받게 되는데, 만약 신탁재산으로부터의 이익의 회수가 원활하게 이루어져서 지급일에 1순위 수익권자의 수익을 지급하는 것이 충분할 것이 예상되는 경우라거나 해당 지급금액이 이미 적립되어 있는 상태라면, 1순위 수익권자가 수익을 전부 상환받기 전이라도 2순위 수익권자에게 수익을 지급할 수 있도록 신탁계약에서 정하는 경우가 있다. 일반적으로 이러한 신탁계약상 규정을 2순위 수익권자에 대한 가지급 규정이라고 한다.

40) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다1272 판결 참조.



자가 일단 1순위 수익자도 자신으로 지정하고, 2순위 수익자도 자신으로 지정한 후에 위탁자가 보유하고 있는 1순위 수익권을 프로젝트파이낸스 대주에게 양도하거나, 담보로 제공하거나, 또는 특수목적법인에게 양도하는 방식으로 거래하는 경우도 있다.

이 경우에는 일단 신탁행위 자체는 자익신탁에 해당할 것이고, 이후 양도행위나 담보행위가 민법상의 채권자취소권에 따른 사해행위에 해당하는지 여부에 대한 판단과는 별개로 신탁행위 자체는 자익신탁임을 전제로 그 사해성을 판단해야 할 것으로 생각된다.

그런데, 이러한 자익신탁의 경우에는 신탁의 이익을 위탁자가 전부 향수한다는 점에서, 과연 채권자를 해하는 행위에 해당하는 것인지 여부가 의문이 될 수 있다.

이와 관련하여, 자익신탁을 설정하는 경우, 당연히 담보재산이 줄어드는 것이 아니며, 특히 부동산신탁을 설정하는 경우에도 부동산의 처분과 달리 위탁자의 재산을 현금화하는 것이 아니라는 점, 현실적으로 위탁자는 자신의 수익권을 증서로 만들어 담보로 활용하고, 위탁자의 채권자들은 위 수익권에 대하여 강제집행을 할 수 있다는 점 등을 들어 사해신탁이 성립될 수 없다는 견해가 있다.<sup>41)</sup>

이에 반하여, 직접적 지배권인 소유권이 신탁상의 수익권으로 변경되고, 현재의 권리가 장래의 수익권으로 변경되어 현재 가치의 측면에서 무자력으로 해석될 여지가 있는 점 등을 고려할 때, 자익신탁의 경우 사해신탁이 전면적으로 적용될 수 없다고 해석되기는 어렵다는 견해가 있다.<sup>42)</sup>

자익신탁의 경우, 위탁자가 신탁의 이익을 전부 향수하기 때문에 일견 사해성이 없는 것으로 판단될 수 있으나, 채권자의 입장에서는 위탁자의 고정 자산이 장래의 수익권으로 변동되는 것은 불리할 수 있다.

---

41) 이재욱, 이상호, 신탁법 해설, 한국사법행정학회, 2000, 106-107면.

42) 이증기(주 5), 68-69면.

예를 들어, 위탁자가 만약 100억원 가치를 가지는 부동산을 신탁한 후 위탁자 자신이 수익자로 지정된 경우를 상정하면, 위탁자의 입장에서는 해당 수익권을 담보로 활용하거나, 대주들에게 양도하여 자금을 조달한 후 해당 부동산을 개발하여 대출금을 상환한 후 나머지 개발이익을 향수하게 되므로 장기적으로는 보다 유리할 수 있다. 그러나 채권자의 입장에서는 당장 강제집행을 통하여 100억원으로 환가할 수 있는 부동산이 수익권으로 변경된 것이고, 해당 수익권을 현재 매각하는 경우 그 가치는 100억원에 미달할 수 있다. 이 경우에는 자익신탁의 경우에도 채권자에 대해서는 사해행위가 인정될 수 있다 하겠다.

반면, 위탁자가 10년간 고정적인 매출을 상정했을 때 약 1000억원의 가치를 가지는 장래의 매출채권을 신탁한 경우라면, 해당 수익권은 장기적으로는 1000억원의 가치를 가지는 것이지만, 이러한 1000억원의 가치는 장래의 가치로서 아직 현실화되지 않은 것이고, 이러한 매출채권을 현재 시점에서 매각한다면, 결국 매각 시점에서 확정적으로 발생한 매출채권 부분만 환가할 수 있을 것이고, 장래에 발생할 가능성이 있는 매출채권 부분은 거의 평가되지 못할 것이다. 그런데, 장래의 매출채권 신탁에서 수익권의 가치는 해당 채권의 장래 가치까지 평가하여 그 가치가 산정될 것이므로, 채권자의 입장에서는 오히려 장래의 가치가 수익권이라는 현재의 가치로 변경되는 것이 더 유리할 수도 있다.

따라서, 자익신탁의 경우에도 무조건적으로 사해행위에 해당하지 않는다고 보기는 어려울 것으로 생각되고, 결국 구체적인 사안을 살펴 판단하여야 할 것으로 생각된다.

다만, 타익신탁의 경우와 비교하여 보았을 때, 신탁의 이익을 위탁자가 전부 향수하여 그 수익권이 위탁자의 채권자의 책임재산으로 되는 자익신탁의 경우에는 사해성이 인정될 가능성이 상대적으로 낮을 것으로 생각된다.

다.

## 2) 자기신탁

자기신탁이란 위탁자가 자기 소유의 재산 중에서 특정한 재산을 분리하여 그 재산을 자신이 수탁자로서 보유하고 수익자를 위하여 관리, 처분한다는 것을 선언함으로써 설정하는 신탁으로서, 신탁을 설정하는 행위에 초점을 맞추어 ‘신탁선언’이라고도 한다. 자기신탁이 설정되게 되면 위탁자와 수탁자가 동일하게 된다.<sup>43)</sup>

구 신탁법 상으로는 이러한 신탁선언 방식의 자기신탁의 설정이 허용되는지 여부에 대하여 학설이 나뉘었는데, (i) 긍정설은, 구 신탁법상 신탁선언 행위를 금지하는 명문 규정이 없고, 위탁자와 수탁자는 그 지위를 의미하는 것이지 특정인을 표시하는 것은 아니므로 동일인에게 그 지위가 귀속될 수 있으며, 신탁설정에 의한 실질적인 권리는 수익자에게 이전되는 것이므로 신탁선언에 의한 신탁이 적법하게 성립하였다면 신탁재산을 집행면탈재산이라고 볼 수 없다는 이유로 신탁선언에 의한 신탁이 가능하다고 하고 있으며,<sup>44)</sup> (ii) 부정설은, 구 신탁법은 신탁선언을 명시적으로 인정한 바도 없고, 구 신탁법 제1조와 제2조는 위탁자와 수탁자가 다른 자임을 전제하고 있으며, 위탁자가 집행면탈 등을 목적으로 자기 재산을 신탁재산으로 정하여 채권자를 해할 위험이 있고, 신탁선언의 경우 법률관계가 불명확해진다는 점을 들어 신탁선언이 인정되지 않는다고 하고 있

---

43) 이와 관련하여 자기신탁은 위탁자가 수탁자를 겸하는 관계인데, 그 수탁자가 반드시 1인이어야 할 필요는 없으므로, 위탁자 겸 수탁자는 1인이나, 위탁자는 겸하지 아니하면서 그와 공동수탁자가 되는 사람이 있을 수 있다는 견해도 있다. 임채웅, 신탁법연구 2, 박영사, 2009, 19면 참조. 그런데, 자기신탁은 위탁자가 스스로 신탁선언에 의하여 자신을 수탁자로 하여 설정하는 신탁이므로, 추가적으로 제3자를 공동수탁자로 선임하는 경우라면 자기신탁에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

44) 이종기(주 5), 34-36면.

었다.<sup>45)</sup>

이 중, 부정설이 다수설로서, 신탁법상으로는 자기 신탁 방식에 의한 신탁은 허용되지 않는 것으로 해석되고 있다. 또한, (i) 자산유동화에 관한 법률 제16조 제2항은 “신탁업자는 자산유동화계획에 따라 유동화자산을 양도 또는 신탁함에 있어, 신탁법 제3조 제1항, 민법 제563조 및 제596조의 규정에 불구하고 자기계약을 할 수 있다”고 규정하고, (ii) 한국주택금융공사법 제32조 제1항은 “공사는 신탁법 제3조 제1항에도 불구하고 채권유동화계획에 따라 자신을 수탁자로 하는 신탁을 설정하여 주택저당증권을 발행할 수 있다”고 규정하고 있어, 신탁법상으로는 자기신탁이 인정되지 않는다는 점을 분명히 하고 있었다.

다만, 위 특별법의 규정에 따라 자산유동화 거래에서 자기신탁의 구조가 활용되고 있었는데, 특히 한국주택금융공사는 타 은행들로부터 주택저당채권을 양도받아, 이러한 주택저당채권을 다시 자기 자신에게 신탁한 후, 이를 기초로 주택저당채권 및 주택저당채권담보부채권을 발행하는 거래를 지속적으로 해오고 있었다.

그런데, 신탁법이 개정되면서, 제3조 제1항 제3호가 신설되어 “신탁의 목적, 신탁재산, 수익자(제106조의 공익신탁의 경우에는 제67조 제1항의 신탁관리인을 말한다) 등을 특정하고 자신을 수탁자로 정한 위탁자의 선언”을 신탁의 설정 방식의 하나로 인정하게 되었으며, 다만 단서조항을 신설하여 “수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁은 제106조의 공익신탁을 제외하고는 제3호의 방법으로 설정할 수 없다”고 규정하게 되었다.<sup>46)</sup>

---

45) 최동식(주 5), 54면; 임채용, “신탁행위의 연구”, 저스티스 통권 제99호, 한국법학원, 2007. 8. 94면.

참고적으로, 일본의 경우에도 신신탁법 제3조 제3호에서 명문으로 신탁선언을 규정하기 전에는 신탁선언은 구 신탁법 제1조에서 “타인으로 하여금” 재산의 관리 또는 처분을 하게 하는 것에 해당하지 않으며, 그밖에 신탁선언을 예정한 규정이 없고, 사인의 의사표시에 의해 집행면탈재산을 만들어내는 것을 허용해서는 안된다는 근거에서 신탁선언을 부정하는 것이 다수설이었다. 최수정, 일본신신탁법, 진원사, 2007, 16면 참조.

46) 여론으로, 이러한 신탁법의 개정으로, 자산유동화에 관한 법률 제16조 제2항 및 한국주택금융

이러한 자기신탁의 도입과정에서, 집행면탈 수단으로 악용될 우려 등의 이유로 부정적인 견해가 있었으나, 영미법의 경우 신탁선언을 인정하고 있고, 일본에서도 2006년 12월에 신탁법을 개정하여 신탁선언을 도입한 점 등을 고려하여 신탁선언을 인정하게 되었다.<sup>47)</sup>

다만, 자기신탁을 강제집행 면탈 등의 목적으로 악용하는 것을 방지하기 위하여, (i) 공익신탁을 제외하고는 수익자가 없는 특정의 목적을 위하여 설정하는 목적 신탁을 설정할 수 없도록 하고 있고, (ii) 위탁자가 집행의 면탈이나 그 밖의 부정한 목적으로 자기신탁을 설정한 경우 이해관계인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있으며, (iii) 신탁선언에 의하여 신탁을 설정하는 경우 반드시 ‘공증인법’에 따라 공정증서를 작성하는 방법으로 설정하여야 하고, (iv) 신탁을 해지할 수 있는 권한을 유보할 수 없도록 하고 있다.

이와 같이 자기신탁이 개정 신탁법에서 본격적으로 도입됨에 따라, 자기신탁에서의 사해성에 대한 검토도 필요하게 되었는데, 원칙적으로 사해신탁 취소는 위탁자로부터 수탁자로의 신탁재산의 이전행위에 대한 취소이므로, 자기신탁과 같이 위탁자와 수탁자가 동일한 경우로서 신탁재산의 소유권이 여전히 위탁자에게 남아있는 경우에도 사해행위가 성립할 수 있는지에 대한 문제가 있다.<sup>48)</sup>

그러나, 자기신탁의 경우에도 위탁자이자 수탁자의 지위를 가지는 자는 자신의 고유재산과 신탁재산을 분리하여 관리하여야 하며, 위탁자의 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다. 따라서, 위탁자의 채권자

---

공사법 제32조 제1항의 “신탁법 제3조 제1항의 규정에도 불구하고” 부분은 변경되어야 할 것으로 생각된다. 다만, 신탁법상 자기신탁이 전면적으로 허용됨에 따라, 위 특별법상의 특례규정 자체가 필요없게 된 것인지 여부와 관련해서는, 신탁법상의 자기신탁의 경우에는 신탁법에 따른 제한이 적용되므로, 여전히 특례규정에 따른 예외를 인정해야할 필요성은 있는 것으로 보인다.

47) 법무부(주 5), 31면.

48) 자기신탁의 경우에는 구 신탁법상 인정되지 않는다는 견해가 다수설이었고, 특별법에 의한 자산유동화의 경우에만 제한적으로 활용되어 왔으므로, 관련한 판례는 파악되지 않았다.

의 입장에서는 책임재산에서 분리되는 것이므로, 위탁자의 자기신탁행위가 책임재산의 감소를 초래하는 것으로 판단되는 경우에는 사해신탁취소권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

다만 위에서 살핀 바와 같이 자기신탁의 경우 개정 신탁법 제3조 제3항에 의해 위탁자가 집행의 면탈이나 그 밖의 부정한 목적으로 자기신탁을 설정한 경우 이해관계인은 법원에 신탁의 종료를 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 사해신탁취소권을 행사할 실익은 그다지 많지 않을 수 있다.

그러나 위 규정은 단순히 신탁의 종료를 청구할 수 있음에 그치기 때문에, 수익자가 자기 신탁을 통하여 이미 수익을 취득한 경우에는 해당 수익자로부터 수익의 원상회복을 구할 필요성이 있으므로, 자기신탁에서도 사해신탁취소권은 여전히 그 실익이 있을 것으로 생각된다.

덧붙여, 자기신탁은 위탁자와 수탁자가 동일하다는 형태상의 특징이 있을 뿐이므로, 자기신탁이라고 하여 사해성이 인정되기 어려운 사정이 특별히 있다고 보기도 어려울 것으로 생각된다.

### 3) 담보신탁

담보신탁은 채무자의 피담보채무를 담보하는 것을 신탁의 목적으로 하여 설정하는 신탁으로서, 일반적으로 위탁자는 자신 또는 제3자의 채무를 담보하기 위하여 일정 재산을 신탁하고, 위 피담보채무에 관하여 기한의 이익상실 사유가 발생하거나 채무자가 변제기에 채무를 변제하지 못하는 경우 신탁회사는 신탁재산을 처분하는 등의 방법으로 지급받은 금원으로 피담보채무의 변제에 사용하고, 남은 금원은 위탁자에게 지급하며, 피담보채무가 전액 변제된 후 신탁재산이 남아있는 경우에는 이를 위탁자에게

반환하는 것을 내용으로 한다.

특히 담보신탁은 프로젝트파이낸스거래를 하는 경우 많이 이용되고 있는데, 이러한 프로젝트파이낸스거래는 사업자가 금융기관으로부터 자금을 대여받아 사업관련 부동산의 구입 자금 및 해당 사업의 운용비용 등으로 사용하고, 사업자는 사업 관련한 부동산 및 사업에 따라 신축할 건물 등을 담보신탁한 후, 그 신탁에 따른 수익권을 프로젝트파이낸스거래에서 자금을 대여한 금융기관들에게 부여하는 방식으로 이루어지는 경우가 많다.

그런데, 대법원은 위탁자인 갑이 담보신탁을 통하여 회사의 전 재산인 골프장 부지와 시설에 관한 소유 명의를 을에게 이전한 행위가 사해행위에 해당하는지 문제된 사안에서, “신규자금의 조달을 통한 골프장 시설 개선을 하지 않고는 영업을 할 수 없는 상황에서 골프장 부지 등을 담보신탁의 목적물로 제공하고 이를 통해 융통한 자금으로 영업시설을 개선하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반 채권자들에 대하여도 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하여 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 볼 수 있고, 위탁자인 갑 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 을 등에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권만족의 가능성이 남아 있으며, 특히 채권자의 갑 회사에 대한 대여금채권은 위 회사의 설립목적에 따른 제한으로 신탁계약 전에도 개별적인 지급청구나 이를 위한 강제집행 등 권리행사를 할 수 없도록 정관에 규정되어 있었던 이상, 위 신탁으로 집행상 새로운 장애가 발생하였다고 볼 수도 없으므로, 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다”고 판시한 바 있다.<sup>49)</sup>

위 판결은 위탁자의 채권자가 신탁계약 이전에도 위탁자에 대하여 강제 집행을 할 수 없었던 특수한 상황에 있었기는 하나, 해당 판례가 (i) 담보 신탁을 통해 자금을 조달하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이었는지 여부, (ii) 위탁자에게도 신탁수익을 향유할 권리가 있었는지 여부를 사해성 판단에 있어 고려하였다는 점은 주목할 만하다.

다만, 담보와 관련한 이러한 대법원의 태도는 신탁에 국한된 것은 아닌데, 대법원은 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖는 최선의 방법이라 생각하고 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 신규 자금을 추가로 융통받은 경우에는, 이러한 채무자의 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 본 바 있다.<sup>50)</sup>

즉, 판례는 자산을 단순히 매각하여 현금화한 경우와는 달리, 자금난을 해소하기 위하여 신규자금을 조달하고 이를 위해 자산을 담보로 제공한 경우에는 그 사해성을 인정하지 않은 사례가 많은 것으로 보이며, 이러한 판례의 태도는 담보 목적으로 신탁하는 담보신탁의 경우에도 동일하게 적용되는 것이라고 생각된다.

다만 담보신탁의 경우에는, 결국 위탁자가 신규 자금을 조달하여 사업을 보다 원활하게 영위하기 위한 목적으로 담보를 제공한다는 사정에 더하여, 자금 조달의 대주보다 후순위이기는 하나 자신을 후순위 수익자로 지정하여 신탁수익을 담보기간 동안에도 향유할 수 있도록 하는 구조를 취하는 것이 일반적이라는 점을 고려하면, 부동산을 단순히 담보로 제공한 경우보다 담보신탁한 경우에 그 사해성을 인정하기는 좀 더 어려울 것으로 생각된다. 이러한 측면에서, 담보신탁의 경우에는 사해신탁의 인정

---

49) 대법원 2011. 5. 23.자 2009마1176 결정 참조.

50) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다70701 판결; 2002. 3. 29. 선고 2000다25842 판결; 2001. 10. 26. 선고 2001다19134 판결.



여부에 있어 좀 더 신중한 결정이 내려져야 할 것으로 보인다.

#### 4. 수탁자 및 수익자의 선의

##### 가. 문제의 제기

구 신탁법상 사해신탁 규정에 의하면, 위탁자의 채권자는 수탁자 및 수익자가 선의일지라도 신탁을 취소할 수 있었으며, 다만 수익자가 선의인 경우에는 이미 받은 이익만을 보호받을 수 있을 뿐이었다.

그런데, 신탁법이 개정되면서, “수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”는 단서조항을 신설하여, 수익자가 선의인 경우에는 보호받을 수 있도록 규정하였다.

이하에서는 신탁법이 개정되는 과정에서의 논의를 살펴보고, 개정된 신탁법 하에서 수탁자 및 수익자의 선의, 악의 여부에 따라 사해신탁의 범위가 어떻게 달라지는지를 살펴본 후, 수탁자 및 수익자의 유상성 여부를 고려대상으로 하는 것이 필요할 것인지 여부에 대하여 검토해보고자 한다.

##### 나. 수탁자의 선의

###### 1) 구 신탁법 및 신탁법 개정 당시의 수탁자의 선의에 관련한 논의

구 신탁법은 수탁자가 선의인 경우에도 사해신탁취소권을 인정하고 있었는데, 이에 대해서는 다음과 같이 학설이 나뉘었다.

수탁자의 선의 여부를 고려할 필요가 없다는 견해는, (i) 수탁자는 신탁

재산으로부터 실질적인 수익을 하지 않는 신탁재산에 대한 명의자 또는 관리자에 지나지 않으므로 취소의 효과에 따라 손해가 발생하지 않는 점, (ii) 실제 사건에서 수탁자가 선의인 경우에 취소를 인정하여도 부당한 사례를 찾기 어렵다는 점 등을 들고 있다.<sup>51)</sup>

한편, 수탁자의 선의를 고려하여야 한다는 견해는, (i) 구 신탁법에서는 수탁자의 선의가 고려대상이 아니어서 사해신탁의 취소가 쉽게 인정되어 왔고, 이러한 결과는 신탁업법상의 신탁회사의 파산에도 한 원인을 제공하였다는 점,<sup>52)</sup> (ii) 사해신탁을 근거로 한 취소소송 및 처분금지가처분으로 수탁자인 신탁회사 등이 불안정한 지위에 놓이게 되는 점,<sup>53)</sup> (iii) 부동산신탁의 경우 수탁자는 단순히 수탁수수료만 받고 운용하는 것이 아니라 신탁재산인 부동산에 건물을 신축하는 등 투자를 하여 그로부터 얻은 수익에서 수입을 얻고 있으므로 신탁재산으로부터 이익을 얻을 지위가 없다는 이유만으로 신탁의 취소를 허용하는 것은 부당하다는 점<sup>54)</sup> 등을 들고 있다.

법무부가 2010년 2월에 국회에 제출한 신탁법 전면개정안의 경우에는 이러한 수탁자의 선의를 고려하여야 한다는 견해를 일부 수용하여, 선의의 수탁자가 유상으로 신탁을 인수한 경우에는 사해신탁취소권을 행사할 수 없도록 규정하였었다.

이러한 수탁자의 악의를 사해신탁취소권 행사의 요건으로 할 것인지 여부가 신탁법 개정 관련 논의 중 가장 논란이 많았던 부분인데, 총 25회에 걸친 신탁법 개정 특별분과위원회 회의 중 사해신탁 규정에 관해 논의되었던 3차례의 회의<sup>55)</sup>에서의 논의도 대부분 수탁자의 악의를 사해신탁의

---

51) 이중기(주 5), 76면 참조; 이재욱, 이상호(주 41), 104면.

52) 이우재, “개발신탁의 사해행위 판단방법”, 대법원관례해설 제46호(2003년 하반기), 법원도서관, 2004, 555면.

53) 오창석(주 21), 119-120면.

54) 이재욱, “부동산신탁 및 부동산뮤추얼펀드 등의 함정”, 법률신문 제2905호, 2000, 법률신문사, 14면.

요건으로 하여야 하는지 여부였다. 그런데, 실무상 사해신탁이 취소되는 경우 수탁자도 손해가 발생할 수 있으므로 수탁자의 선의를 고려해야 한다는 의견이 조금 우세하여,<sup>56)</sup> 수탁자의 선의를 고려하는 내용으로 법무부의 개정안이 마련되었다.

이러한 법무부의 개정안에 대하여 법무부는, “수탁자가 신탁설정에 대해 대가를 지불하거나 투자한 경우 또는 영업 목적의 신탁은행과 같이 신탁의 인수를 통해 보수를 취득하는 경우에는 이러한 신탁설정의 취소로 인해 수탁자가 이미 받은 신탁보수와 장래에 받을 신탁보수를 상실하게 되고, 선의의 수탁자가 신탁재산 원본을 선의의 수익자에게 모두 양도하여 신탁재산을 보유하고 있지 않음에도 수탁자에 대한 취소권 행사와 원상회복청구권이 가능한 부당한 사안이 발생할 수 있으므로 개정안에서는 수탁자가 유상으로 신탁을 인수할 때 선의인 경우에는 사해신탁의 취소를 배제함”이라고 설명하고 있다.<sup>57)</sup>

그런데 이에 대해서는 (i) 신탁에서 신탁행위의 상대방은 수탁자이지만 수탁자는 신탁의 이익을 향수하는 자가 아니므로 민법 제406조에서 말하는 “이익을 받은 자”에 해당하지 않기 때문에 채무자의 사해행위의 상대방으로서 선의, 악의가 문제될 여지가 없고, (ii) 입법례에 비추어 보아도 영미에서 사해신탁은 채권자취소제도에 의하여 취소될 수 있고 목적의 불법성을 이유로 무효로 될 수도 있으나 수탁자가 선의인지 악의인지에 따라 사해신탁의 취소여부를 달리 보는 입법례는 없으며, 그보다는 수익자

---

55) 2010. 4. 3. 자 제6차 회의, 2010. 5. 15. 자 제9차 회의, 2010. 9. 12. 자 제24차 회의에서 사해신탁에 관한 논의가 이루어졌다. 법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I, II, 법무부 법무실, 2010. 3. 참조.

56) 신탁법 개정 특별분과위원회는 김상용 위원장, 김태진 위원, 송두일 위원, 심인숙 위원, 안성포 위원, 오창석 위원, 이연갑 위원, 이중기 위원, 최수정 위원의 총 9명의 위원으로 이루어졌는데, 위 사안에 대하여 김태진 위원, 심인숙 위원, 이연갑 위원, 최수정 위원의 4명이 수탁자의 선의를 고려할 필요가 없다는 입장이었고, 김상용 위원장, 송두일 위원, 안성포 위원, 오창석 위원, 이중기 위원의 5명이 선의의 수탁자를 보호해야 한다는 입장이었다.

57) 법무부, 신탁법 개정안 해설, 법무부, 2010, 제74면.

의 이익을 어떻게 보호할 것인가가 중요하게 다루어지고 있으므로 수익자의 선의 또는 악의를 기준으로 취소 여부를 가리면 충분하다고 하는 법원 행정처의 반론이 있었다.<sup>58)</sup>

이에 따라 현행 개정 신탁법은 수탁자의 선의 여부를 불문하고 사해신탁취소권을 행사할 수 있도록 하고, 다만 선의의 수탁자의 경우에는 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있도록 하는 내용으로 규정하게 되었다.

## 2) 수탁자의 선의를 고려하는 것이 타당한지 여부

실제로, 금융위원회로부터 신탁업의 인가를 받아 신탁을 영업행위로 하는 신탁회사의 경우에는 수탁자 또한 수탁수수료 등을 지급받고 영업으로서 수탁행위를 하는 것이기 때문에 수탁자에게 신탁행위에 따른 이익이 없다고 보기는 어렵고, 이러한 수탁수수료는 결국 신탁된 재산으로부터 지급받는 것이기 때문에 신탁행위가 사해신탁으로 취소되는 경우 수탁자의 이해관계에도 영향을 미치게 된다.

다만, 신탁법상 수탁자는 신탁재산을 자신의 고유재산과 분리하여 관리하는 자로서 신탁재산에 대하여 직접적인 이해관계를 가지는 자가 아니고, 신탁법은 수탁자가 신탁의 이익을 누리는 것을 명문으로 금지하고 있다.<sup>59)</sup>

따라서, 신탁행위에 대하여 직접적인 이해관계를 가지지 않는 수탁자의 경우에는 그 선의 여부를 고려하지 않고 사해행위취소권을 인정하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

---

58) 법무부(주 5), 82면.

59) 개정 신탁법 제36조는 “수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동수익자의 1인인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

앞에서 언급한 바와 같이 영업으로서 신탁행위를 하는 수탁자의 경우 수탁에 따른 수수료의 수취가 주된 영업의 하나인 경우가 있어, 선의의 수탁자의 경우에도 사해행위취소권을 인정한다면, 이러한 신탁업자로서의 수탁자에게 불측의 손해를 주게 되는 측면은 있다.

그러나, 현행 신탁법은 선의의 수탁자의 경우 현존하는 이익의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있도록 하고 있으므로, 선의의 수탁자의 경우에는 이미 지급받은 수탁수수료를 반환할 필요는 없을 것이고, 다만, 향후 신탁재산 관리를 통해 지급받을 수 있었던 수탁수수료에 대한 장래의 이익만을 잃게 될 것인바, 이러한 현행 규정 하에서는 선의의 수탁자에게 수탁수수료와 관련하여 불측의 손해를 지우고 있다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

한편, 통상의 신탁방법인 금전신탁에서는 수탁자의 선의를 규정하지 않는 것이 타당하나, 단순한 금전의 수수 이외에 시공사, 금융기관, 수분양자, 하도급업자 등의 복잡한 당사자관계를 부담하게 되는 부동산을 목적으로 하는 신탁의 경우에는 달리 보아야 한다는 견해가 있다.

부동산 신탁은 수탁받은 부동산에 건물을 신축하여 이를 분양하여 처분하는 복잡한 관계가 형성되는 것을 주된 내용으로 하며, 이러한 과정에서 수탁자는 신탁재산을 담보로 하여 금전을 차용하고 건물 신축에 관한 도급계약을 시공사와 체결하고, 신축되는 건물에 대해 일반인을 상대로 분양계약을 체결하는 복잡한 관계를 형성하며, 이러한 과정에서 수탁자는 시공사, 금융기관, 수분양자등에 대해 일정한 채무를 부담하고, 이러한 채무부담에 대해서는 신탁재산으로부터 그 비용을 상환받도록 되어 있기 때문에, 수탁자가 선의인 경우에도 신탁이 취소되는 경우에는 수탁자는 시공사, 금융기관, 수분양자 등에 대한 채무는 상존하면서, 이러한 채무부담을 인한 비용 등을 상환받을 수 있는 신탁재산은 사라지게 되는 불합리성

이 발생하게 된다는 것이다.<sup>60)</sup>

신탁법상 수탁자는 신탁재산과 고유재산을 철저히 분리하여 관리하여야 하며, 신탁행위로 인하여 수익자에게 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 지도록 되어 있다.<sup>61)</sup>

그런데, 수탁자의 책임이 신탁재산만으로 한정되는 것은 수익자에 대한 관계에서만으로 제한되므로, 수탁자가 신탁재산을 운용하면서 제3자와 계약관계를 맺는 경우에는 그러한 계약관계로 인하여 부담하는 채무에 대해서는 수탁자의 고유재산으로도 책임을 지게 된다. 이것은 수탁자가 계약의 주체이고, 수탁자에게 신탁재산의 명의가 귀속하며, 수탁자 개인의 신용이 대외관계에서 중요한 역할을 갖는 것에서 유래한다고 한다.<sup>62)</sup>

대법원 또한 “신탁사무의 처리상 발생한 채권을 가지고 있는 채권자는 수탁자의 일반채권자와는 달리 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는데, 한편 수탁자의 이행 책임이 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것은 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 한정되는 것이므로, 수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미치는 것으로 보아야 한다”고 판시하여 이 점을 명백히 하고 있다.<sup>63)</sup>

따라서, 부동산을 개발하는 개발신탁은 물론이고, 다른 신탁의 경우에도 수탁자가 신탁계약이 정하는 바에 따라 신탁재산을 운용하는 방식인 경우에는 사해신탁의 취소에 따라 수탁자에게 불측의 손해가 발생할 가능성이 있을 것으로 생각된다.

---

60) 이재욱(주 54), 14면.

61) 구 신탁법 제21조, 현행 신탁법 제38조.

62) 안성포, “유동화에 따른 신탁재산의 독자성에 관한 소고”, 증권법연구 제7권 제2호, 한국증권법학회, 2006. 12., 299면.

63) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31906 판결; 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890 판결 참조.

그런데, 수탁자의 손해의 문제는, 수탁자가 책임재산한정특약을 맺는 방법 등으로 수탁자 자신의 책임을 신탁재산에 한정하는 경우에 해결될 수 있으며,<sup>64)</sup> 개정 신탁법은 유한책임신탁제도를 신설하여,<sup>65)</sup> 거래 상대방과 일일이 개별적인 책임재산한정 특약을 체결하여야 하고, 그에 따라 건별로 책임한정의 내용이 달라질 수 있는 위험을 제거하였으므로, 이러한 유한책임신탁제도를 활용하는 경우에는 상당부분 해소될 수 있는 문제인 것으로 생각된다.

다만, 이러한 책임재산한정 특약이 있는 경우이거나 신탁이 유한책임신탁으로 설정된 경우에는 신탁재산과 거래한 채권자가 불측의 손해를 입을 위험이 있다는 문제가 있는데, 개정 신탁법 제8조 제4항은 “신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다”고 규정하고 있어, 이러한 선의의 신탁채권자를 보호하고 있다.

또한, 위와 같이 선의의 채권자가 원상회복된 신탁재산에 대해서도 권리를 행사할 수 있게 됨에 따라 수탁자가 책임재산한정특약이나 유한책임신탁을 하여 자신의 책임을 신탁재산으로 한정하지 않은 경우라고 하더라도, 신탁재산에 대한 선의의 채권자는 위 규정에 따라 신탁재산에 대하여 청구를 할 수 있으므로, 수탁자가 부담하는 채무가 경감되는 효과가 있을 것으로 생각된다.

---

64) 최동식(주 5), 300면.

65) 개정 신탁법은 114조부터 139조까지 유한책임신탁에 관한 규정을 신설하였다. 유한책임신탁이란, 신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임을 지는 신탁을 설정하는 것을 말하며(개정 신탁법 제 114조 제1항), 등기를 그 효력발생요건으로 하고, 목적, 명칭, 위탁자 및 수탁자의 성명 또는 명칭 및 주소 등을 정하여야 하고(개정 신탁법 제114조), 유한책임신탁이라는 명칭을 사용하여야 한다(개정 신탁법 제115조). 이러한 유한책임신탁의 경우 신탁채권에 기하여 수탁자의 고유재산에 대하여 강제집행등이나 국세 등 채납처분을 할 수 없게 되어(개정신탁법 제119조), 수탁자가 제3자에 대하여 자신의 고유재산으로도 변제책임을 부담하는 원칙에 제한을 가하게 된다.

그리고, 위에서 살핀 바와 같이 개발 신탁과 같은 특수한 형태의 신탁의 경우에는, 그 사해성의 판단에 있어, 그러한 신탁의 특수성이 충분히 고려될 수 있으므로, 이러한 이유로 수탁자의 선의가 사해신탁 취소에서 반드시 고려되어야 한다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

다른 입법례를 살펴보아도, 일본 신신탁법은 “위탁자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우, 수탁자가 채권자를 해한다는 사실을 알았는지 몰랐는지와 상관없이, 채권자는 수탁자를 피고로 하여 민법 제424조 제1항 규정에 의해 취소를 법원에 청구할 수 있다”고 규정하여 수탁자의 선의 여부를 묻지 않음을 분명하게 규정하고 있다. 이러한 일본 신신탁법에 대해서는 수탁자는 채무자인 위탁자로부터 재산의 처분을 받은 자에 지나지 않으므로 그 자신이 신탁의 이익을 향수하지 않고 신탁재산에 고유한 이해도 갖지 않기 때문이라고 설명하고 있다.<sup>66)</sup>

미국 표준신탁법(Uniform Trust Code)<sup>67)</sup>의 경우에는 505조에서 위탁자의 채권자에 대한 일반적인 권리를 규정하고 있을 뿐, 사해신탁에 대하여 구체적으로 규정하고 있는 바는 없는데, 미국 Restatement of Trusts 제 63조<sup>68)</sup>는 신탁설정의 목적이 채권자를 해하는 것이면 그 신탁은 무효로 하되, 수익자가 신탁설정 당시 채권자를 해하는 사실을 알지 못하였으면 위탁자의 채권자의 이익을 침해하지 않는 한도에서 수탁자에게 신탁의 이행을 강제할 수 있다고 규정하고 있다.

따라서, 위와 같은 현행 개정 신탁법의 다른 규정 및 다른 입법례에 비추어볼 때, 사해신탁의 취소의 요건으로서는 수탁자의 선의를 고려할 필요는 없을 것으로 생각되고, 이러한 규정이 수탁자는 원칙적으로 신탁재

---

66) 최수정(주 45), 25면.

67) 이러한 표준신탁법을 채택한 미국의 주(州)는 8개주에 이른다고 한다. 박종찬, “미국신탁법에 관한 연구-특히 기본적 구조에 대한 비교법적 관점을 중심으로”, 강원법학 제18권, 2001, 29면 참조.

68) American Law Institute, Restatement (Third) of Trusts § 63 (2003).



산에 대한 관리자에 불과하다는 대전제에 부합하는 것으로 생각된다.

다만, 개정 신탁법 제8조 제4항과 관련하여, 수탁자가 신탁재산의 채권자에 대하여 위 규정에 따른 권리를 먼저 행사할 것을 요구할 수 있는지 여부를 규정하고 있지 않은데, 선의의 수탁자를 보호하기 위해서는 신탁재산에 관한 채권자에 대하여 선의의 수탁자가 신탁재산에 대하여 먼저 집행을 할 것을 청구할 수 있도록 규정하는 것이 타당하지 않을까 생각된다.

#### 다. 수익자의 선의

##### 1) 구 신탁법 및 신탁법 개정 당시의 수익자의 선의에 관련한 논의

구 신탁법은 선의의 수익자의 경우에도 원칙적으로 사해신탁의 취소가 인정되었는데, 이는 수익권의 취득이 무상인 경우가 보통이므로, 수익자의 이익을 해하는 경우는 적다고 생각하였기 때문이라고 설명되고 있다.<sup>69)</sup>

그런데, 이러한 구 신탁법의 규정에 대해서는 수익권을 선의로 취득한 수익자를 보호할 필요성은 민법상의 채권자취소권에서의 선의의 수익자와 다르지 않으며, 수익자에게 불측의 손해를 줄 수 있고 신탁제도를 불안정하게 한다는 관점에서 비판이 있어 왔다.<sup>70)</sup>

일본의 구 신탁법 또한 수익자의 선의를 고려하지 않고 사해신탁의 취소를 인정하여 왔는데, 이에 대해서 (i) 신탁에서 선의의 수익자 보호의 필요성이 민법에서 선의의 수익자보다 약하다고 볼 수 없으므로 이것은 양자의 관계에서 균형을 상실한 것이고, (ii) 수익권은 애당초 물권적인 강한 효과를 받는 것이므로 수익권 취득시에 선의의 수익자가 보호되지 않

69) 법무부(주 5), 83면; 임채웅(주 4), 24면; 최동식(주 5), 101면.

70) 최수정(주 45), 24-25면.

는다면 논리적으로도 맞지 않으며, (iii) 수익자는 신탁의 이익을 향수하는 자이므로 수익자의 선의를 고려하여야 하고, (iv) 신탁을 이용한 자산유통 구조를 불안하게 할 수 있다는 비판이 있어왔다고 하고 있다.<sup>71)</sup>

법무부가 2010. 2.에 국회에 제출한 신탁법 전면개정안의 경우에는 수익자의 선의 여부를 사해신탁 취소의 요건으로 정하기는 하였으나, “수익자가 유상으로 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는” 이라고 규정하여, 수익자가 유상으로 취득한 경우에만 사해신탁취소권을 인정하지 않았다. 이에 대하여 법무부는 무상으로 수익권을 취득한 자의 경우에는 신탁이 취소되어도 신탁에 대한 장래의 기대이익만을 상실하는 것이므로 이익의 침해가 크지 않다는 점이 그 이유라고 설명하고 있다.<sup>72)</sup>

하지만 이에 대해서는 수익자가 수익권의 취득을 위하여 대가를 지급한 경우라고 하더라도 그 대가가 신탁재산에 비하여 현저히 균형을 잃을 정도로 미약한 경우에는 이를 유상 인수로 보아 취소대상에서 배제하는 것은 타당하지 않다는 반대 견해가 있었다.<sup>73)</sup>

이에 따라 개정 신탁법은 수익자의 유상 여부에 따라 사해행위 취소의 적용 여부를 달리하는 것은 적절하지 않다는 판단에서 법무부안을 수정하여, 수익자의 사해행위에 대한 악의만을 취소권 행사의 요건으로 규정하였다.

## 2) 수익자의 선의 및 유상성을 고려하는 것이 타당한지 여부

신탁에서의 수익자는 신탁의 이익을 향유하는 자라는 점에서 민법의 채권자취소권에서의 수익자와 동일한 지위를 가지는 자라고 판단된다. 따라

---

71) 안성포, “사해신탁의 취소와 수익자보호-일본 신탁법을 중심으로-”, 증권법연구 제9권 제2호, 한국증권법학회, 2008. 12.

72) 법무부(주 57), 75면.

73) 법무부(주 5), 84면.

서 원칙적으로 신탁에서의 수익자가 민법에서의 수익자와 다른 취급을 받아야 할 특별한 이유를 찾기는 어려운 것으로 생각된다.

이와 관련하여, 채권자로 하여금 수익자의 무상, 유상 여부에 따라 사해 신탁취소권의 행사를 가능하게 하는 것은 민법상의 채권자취소권보다 그 행사를 어렵게 하는 것이고, 유상, 무상 여부를 행사의 요건으로 하는 것은 사해신탁취소소송의 본질을 오해한 것이라는 비판이 있었다.<sup>74)</sup>

수익자의 무상, 유상 여부를 고려할 필요가 있는지와 관하여, 유상인지 무상인지 여부가 수익자의 보호에 있어 중요한 요소라고 보기는 어렵고, 그 유상의 대가가 크지 않은 경우에는 특별히 구별하여 취급할 실익이 없으며, 채권자취소권에서도 수익자의 유상성에 따라 다르게 취급하고 있는 바는 없으므로, 수익자의 유상성 여부는 사해신탁의 요건에서 고려할 필요는 없는 것으로 생각된다.

따라서, 유상, 무상을 불문하고, 수익자의 악의만을 사해신탁의 취소요건으로 정한 개정 신탁법의 태도는 타당한 것으로 생각된다.

---

74) 안성포, “신탁법의 개정방향 - 법무부 2009년 신탁법 전면개정안을 중심으로”, 법학연구 제51권 제1호(통권 63호), 마산대학교, 205-206면 참조.

## 제 5 장 사해신탁취소권의 행사

### 1. 문제의 소재

구 신탁법은 “채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고만 규정하고 있어, 사해신탁의 취소의 경우 누구에 대하여 언제까지 어느 범위로 취소권을 행사할 수 있는지 여부가 불분명한 문제가 있었다.

이에 따라, 사해신탁의 경우 취소권 행사의 상대방은 누구로 하여야 하는지, 취소의 범위를 어떻게 정해야 하는지에 대하여 논의가 있었는데, 이하에서는 이에 대하여 자세히 검토하도록 하겠다.

### 2. 취소권 행사의 상대방의 문제

#### 가. 문제의 제기

민법 제406조 제1항은 채권자취소권의 상대방이 수익자와 전득자임을 전제로 규정하고 있는데 반하여, 구 신탁법은 사해신탁취소권의 행사 상대방이 누구인지에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않다.

이에 따라, 구 신탁법의 해석상 사해신탁 취소의 상대방을 누구로 볼 것인가에 대하여 (i) 수탁자에 대하여만 취소권을 행사할 수 있다는 견해,

(ii) 수탁자 및 수익자에 대한 취소권을 인정하는 견해로 나뉘고 있었다.

수탁자에 대하여만 취소권을 행사할 수 있다는 견해는 구 신탁법은 명문으로 “수익자에 대해 취소할 수 있다”고 규정하고 있는 바가 없고, 선의의 수익자 보호에 관한 구 신탁법 제8조 제2항의 규정은 수익자에 대해 별도로 독립적으로 취소권을 행사할 수 있다는 것이 아니라, 수탁자에 대한 취소권의 행사와 동시에 또는 그에 대한 취소권행사의 성공 이후의 법률관계에 관하여 규정한 것이라고 해석한다.<sup>75)</sup> 그러면서 (i) 수익권 취득은 별개의 법률행위로 이루어지는 채권자취소권에서의 전득자의 전득과는 다르며, 위탁자와 수탁자 사이의 신탁행위의 효력에 지나지 않는다는 점, (ii) 수익자는 신탁의 설정으로 인하여 추상적인 권리를 취득하는 것이고 수익권은 수탁자의 신탁행위에 종속되는 권리이며, (iii) 특정 수익자에 대한 취소는 수익자 사이의 형평 문제를 야기하며 소송경제적 측면에서도 바람직하지 않다는 점을 그 논거로 들고 있다.<sup>76)</sup>

한편 수탁자 및 수익자에 대한 취소권을 인정하는 견해는 민법의 채권자취소권에 관한 법리는 신탁법 제8조의 일반법으로서 보충적으로 적용된다고 하면서, 민법의 채권자취소권에 관한 판례이론에 비추어, 이득반환의 당사자인 수탁자 또는 수익자를 상대로 하여야 한다고 하고 있다.<sup>77)</sup>

일본 신신탁법의 경우에는 원칙적으로는 위탁자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우, 수탁자가 채권자를 해한다는 사실을 알았는지 몰랐는지와 상관없이, 채권자는 수탁자를 피고로 하여 취소를 법원에 청구할 수 있다고 하고, 수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때에는 채권자는 수익자를 피고로 하여 신탁의 취소를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 이원적인 규정을 하고 있기 때문에, 수탁자

---

75) 임채웅(주 4), 32면.

76) 이중기(주 5), 72-73면; 임채웅(주 4), 31-36면.

77) 최동식(주 5), 101면.

에 대하여 취소를 하는 경우에는 수익자 전원이 악의이어야 하지만, 수익자에 대해 취소를 행사하는 때에는 개개의 수익자에 대한 행사인 만큼 취소를 통해 재산의 반환을 구하는 상대방인 수익자만 악의이면 충분하다고 한다.<sup>78)</sup>

구 신탁법의 경우와 같이 수익자의 악의가 사해신탁의 취소의 요건이 아니었을 경우에는 수탁자만을 취소의 상대방으로 제한하자는 견해도 상당히 설득력이 있는 것으로 보인다.

그러나, 수익자의 수익권이 위탁자와 수탁자 간의 신탁계약에 의하여 수익자로 지정됨에 따라 그 효과가 발생하는 것은 맞지만, 일반적으로 수익자의 수익권의 내용은 단순히 일방적으로 위탁자와 수탁자간의 계약에 따라 수동적으로 결정되는 것이라고 보기는 어렵다.

부동산신탁계약이나 자산유동화거래에서의 신탁계약을 살펴보면 수익자로 지정되는 자도 계약의 당사자로서 계약의 내용에 직접적으로 구속되는 경우가 대부분이며, 실제 거래가 진행되는 과정에서는 수익자의 이해관계가 해당 계약 내용에 상당히 반영되곤 한다. 이러한 상황에서 수익자의 수익권이 단순히 신탁행위의 효력에 따른 추상적인 권리로만 볼 수 있을지 의문이다.

오히려, 수탁자는 신탁행위로 인하여 직접적으로 수익을 향유하는 자가 아니라라는 점을 고려하면, 민법상 채권자취소권에서의 수익자의 지위와 유사한 지위를 가지는 자는 오히려 수탁자가 아니라 수익자라고 생각된다. 다만, 수탁자는 이익을 향유하는 자는 아니지만 신탁재산의 소유권을 취득하는 자라는 신탁관계의 특수성 때문에 사해신탁 취소의 상대방으로 인정되는 것이라고 생각된다.

수익자에 대한 사해신탁의 취소를 인정하는 경우 수익자 간에 형평성이

---

78) 최수정(주 45), 26면.

문제된다는 점에 대해서는 채권자취소권에서 수익자나 전득자가 수인인 경우 일부 수익자 또는 전득자에게만 채권자취소권을 행사하는 경우와 동일하며, 사해신탁의 경우에만 특별히 문제되는 것이라고 보기도 어렵다.

따라서, 수익자에 대해서도 사해신탁의 취소를 청구할 수 있도록 규정하는 것이 타당한 것으로 생각되고, 일본 신탁법의 규정과 같이 이원적으로 규정하여야 할 필요성도 특별히 없다고 생각된다. 일본 신탁법이 위와 같이 이원적으로 규정하고 있는 취지는 아마도, 수익자가 신탁재산으로부터 급부를 받기 전에는 수탁자에 대해서만 하도록 하는 것이 법률관계의 통일성 및 소송의 효율성 등을 고려할 때 바람직하다는 판단, 그리고 수익자가 신탁재산으로부터 수익을 지급받기 전에는 취소할 이익이 없다는 판단에서인 것으로 생각된다. 그러나, 수익자의 수익권 취득 자체가 신탁행위에 따른 이익으로 보아야 할 것이므로, 수익자로 지정되는 순간부터 취소할 이익은 있는 것으로 생각되고 이 때의 취소의 대상은 수익자 지정의 취소가 될 것으로 판단된다.

법무부는 신탁의 법률관계는 회사와 같은 단체관계로 획일적 확정이 필요하고, 채권자의 재판청구권을 부당하게 제한하는 것은 부당하며, 수익자가 신탁재산으로부터 수익을 받은 경우에는 이에 대한 강제집행을 인정할 필요도 있으므로, 개정법에서는 위탁자의 채권자로 하여금 수탁자와 수익자 모두를 피고로 하여 취소 및 원상회복을 구할 수 있도록 규정하였다고 설명하고 있다.<sup>79)</sup>

이에 따라 개정 신탁법은 “수탁자나 수익자에게” 취소를 청구할 수 있다고 명문으로 규정하여, 수탁자 또는 수익자에게 선택적으로 사해신탁취소권을 행사할 수 있도록 규정하였다.

---

79) 법무부(주 5), 87면. 다만 이와 관련하여 획일적 확정을 위하여 수탁자와 수익자를 공동피고로 하는 필요적 공동소송으로 강제하자는 견해가 있었으나 채권자에게 과도한 부담이 될 수 있다는 이유로 그렇게 규정하지 않았다고 설명하고 있다.

이하에서는, 개정 신탁법의 규정에 비추어, 수익자의 전부 또는 일부가 악의인 경우 사해신탁취소권의 상대방이 어떻게 정해져야 할지에 대하여 자세히 검토해보도록 하겠다.

#### 나. 수탁자에 대한 취소권의 행사

##### 1) 수익자가 전원이 악의인 경우

개정 신탁법은 “수탁자나 수익자에게” 취소를 청구할 수 있다고 규정하고 있으며, “다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있으므로, 수익자의 전원이 악의인 경우, 위탁자의 채권자는 선택적으로 수탁자에게 취소권을 행사하거나, 수익자에게 취소권을 행사할 수 있음에 의문의 여지가 없다.<sup>80)</sup>

따라서, 수익자가 전원이 악의인 경우에는 위탁자의 채권자는 수탁자에 대하여 사해신탁의 취소권을 행사하여 신탁재산의 원상회복을 구할 수 있다.

##### 2) 수익자의 일부가 악의인 경우

수익자의 일부가 악의인 경우, 수탁자에 대하여 사해신탁의 취소권을

---

80) 이에 대하여, 본문에서 수탁자에 대한 사해신탁 취소청구의 가능성을 언급하면서도 단서에서는 수탁자에 대한 언급은 일절 없으므로, 수익자에 대하여는 선의, 악의 여부를 구분하여 사해신탁 취소청구를 할 수 있지만, 수탁자에 대하여는 수익자의 선의 악의 여부를 불문하고 무조건, 언제나 사해신탁취소권을 행사할 수 있다고 보는 입장이 있을 수 있다고 보는 견해가 있다. 김태진, “사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성”, 선진상사법률연구 통권 제59호, 법무부, 2012. 7., 194면 참조.

그러나, 단서 규정은 당연히 본문 전체에 적용되는 것으로 보아야 하고, 법무부 또한 신탁법 해설에서 수익자의 사해행위에 대한 악의를 취소권 행사의 요건으로 규정하고 있다고 설명하고 있음에 비추어볼 때, 위와 같은 주장을 하기는 어려울 것으로 생각된다. 법무부(주 5), 85면 참조.



행사할 수 있는 것인지와 관련하여, 개정 신탁법은 단서 조항으로 “다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”고 하고 있어 일부가 악의인 경우에도 수탁자에게 취소를 청구할 수 있는 것으로 해석될 여지가 있다.

그런데 개정 신탁법은 제8조 제2항으로 “제1항 단서의 경우에 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고 규정하였다.<sup>81)</sup>

따라서 이러한 규정에 비추어볼 때, 개정 신탁법상 수익자의 일부만 악의인 경우에는 위탁자의 채권자는 수탁자에 대하여 사해신탁의 취소권을 행사하지 못한다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.<sup>82)</sup>

이에 대해서는, 수익자의 일부가 선의인 경우에도 수탁자에 대하여 가액배상 등을 통하여 신탁재산의 일부만에 대하여 취소를 하도록 하는 것도 가능하지 않느냐는 주장도 가능할 것으로 생각된다.<sup>83)</sup> 그러나 신탁재산의 일부가 취소되어 신탁재산에 부족이 생기는 것은 단순한 해당 부분만의 손실로 보기 어렵고, 선의의 수익자에 대해서도 손해가 가해질 수 있다는 점을 고려하면, 선의의 수익자의 보호를 위해서는 일부 수익자가 선의인 경우에는 수탁자에 대한 취소권의 행사는 가능하지 않도록 하는 것이 타당한 것으로 생각된다.

---

81) 해당 규정은 원래 법무부가 2010. 2. 에 국회에 제출한 신탁법 개정안에는 없던 규정이다. 이와 관련하여 특별히 설명하고 있지는 않으나, 수익자의 일부만 악의인 경우에도 수탁자에게 취소권을 행사할 수 있다는 견해가 생기는 등 불필요한 논란의 여지를 없애기 위하여 수익자의 일부만 악의인 경우에는 수탁자에 대해서는 취소권을 행사할 수 없다는 점을 분명히 하기 위하여 새로이 신설한 것으로 생각된다.

82) 법무부는 해당 규정은 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 취소권을 행사할 수 있도록 한 규정이라고 설명하고 있다. 법무부(주 5), 85면 참조.

83) 이는 필자가 가정적으로 생각한 반론이다.

## 다. 수익자에 대한 취소권의 행사

### 1) 수익자가 전원이 악의인 경우

위에서 살핀 바와 같이, 수익자의 전원이 악의인 경우, 위탁자의 채권자는 선택적으로 수탁자에게 취소권을 행사하거나, 수익자에게 취소권을 행사할 수 있다.

그런데, 수익자의 전원이 악의인 경우 일부의 수익자에 대해서만 취소권을 행사할 수 있는지 여부와 관련하여, 개정 신탁법은 수익자 전원에 대하여 취소권을 행사하여야 한다고 제한하고 있는 바도 없고, 법무부 또한 개정 논의 과정에서, 수탁자와 모든 수익자를 공동피고로 하는 필요적 공동소송으로 강제하자는 견해가 있었으나,<sup>84)</sup> 이에 따르면 수익자가 다수인 경우, 특히 수익증권발행신탁의 경우에 채권자에게 과도한 부담이 될 수 있으므로 필요적 공동소송으로 규정하지 않았다고 설명하고 있음<sup>85)</sup>에 비추어 볼 때, 일부 수익자에 대해서만 취소소송을 제기하는 것이 가능한 것으로 해석된다.

### 2) 수익자의 일부가 악의인 경우

위에서 살핀 바와 같이, 수익자의 일부만이 악의인 경우에는 해당 악의의 수익자만을 상대로 사해신탁의 취소를 청구하여야 한다. 이 때 악의의 수익자 전원을 상대로 취소를 청구하여야 하는지와 관련해서는 위 1)에서

---

84) 신탁법 개정안의 초안 당시에는 “수탁자와 수익자를 피고로 하여”로 정하고 있었으나, 안성포 위원이 전부 필수적 공동소송으로 하는 경우 재판상, 절차상 실현이 상당히 어렵다는 이유로 “수탁자 또는 수익자들”로 수정할 것을 건의하였으며, 이러한 견해가 반영되어 법무부 개정안에서는 “수탁자나 수익자에게” 청구할 수 있다고 규정하게 되었다.

85) 법무부(주 5), 87면.

살핀 바와 같이 해당 규정이 전원을 대상으로 하도록 강제하고 있는 바도 없으므로, 악의의 수익자 중 일부에 대해서만 취소를 청구할 수 있는 것으로 판단된다.

그리고, 수익자의 일부만이 악의인 경우에는 수탁자에 대해서는 사해신탁취소권을 행사할 수 없음은 위에서 검토한 바와 같으므로, 해당 악의의 수익자만을 상대로 사해신탁의 취소를 하여야 할 것으로 판단된다.

### 3. 개정 신탁법 제8조 제5항에 따른 수익권 양도 청구권

#### 가. 수익권 양도 청구권의 의의

##### 1) 개정 신탁법 제8조 제5항

개정 신탁법 제8조 제5항은 “채권자는 악의의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. 이 때 민법 제406조 제2항을 준용한다”고 규정하고 있는데, 이 규정과 악의의 수익자에 대한 사해신탁의 취소에 관한 개정 신탁법 제8조 제2항의 관계가 문제된다.

해당 규정은 일본 신신탁법 제11조 제5항의 “위탁자가 그 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에, 채권자는 수익자를 피고로 하여 그 수익권을 위탁자에 양도할 것을 소구할 수 있다. 이 경우 전항 단서의 규정을 준용한다”는 규정을 참고하여 규정한 것으로 생각된다.<sup>86)</sup>

##### 2) 수익권 양도 청구권 인정의 필요성 및 의의

---

86) 법무부 발간 신탁법 해설에서는 제8조 제5항의 규정 취지에 대해서는 별도로 언급하고 있지 않다.

일본 신신탁법의 경우에는 위 가항에서 언급한 바와 같이 이원적으로 규정하여, 악의의 수익자의 경우에도, 수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때에만 수익자를 피고로 하여 취소권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받기 전에는 수탁자에 대해서만 취소권을 행사할 수 있고, 다만 채권자는 위 규정에 따라 수익권을 양도할 것을 소구할 수 있을 뿐인 것이다.

그런데, 개정 신탁법의 경우에는 위탁자의 채권자는 수익자가 신탁재산으로부터 수익을 받았는지 여부와 관계없이, 언제든지 선택적으로 수익자에 대하여 사해신탁의 취소권을 행사할 수 있으므로, 개정 신탁법 제8조 제5항과 같은 별도의 규정이 필요한 것인지 의문이다.

이에 대하여, 개정 신탁법 하에서도, 수익자가 아직 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 전혀 수령하지 않은 상태에서는 원상회복시켜야 할 대상이 존재하지 않으므로, 원상회복청구는 수익자가 신탁재산으로부터 어떠한 형태로든 급부를 받은 것이 전제가 되어야 한다고 보는 견해가 있다.<sup>87)</sup> 그러나 이러한 견해는 아래와 같은 이유로 타당하지 않은 것으로 생각된다.

우선, 일본 신신탁법과 같이 명문으로 “수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때”로 제한하고 있지 않음에도, 개정 신탁법 상의 악의의 수익자에 대한 사해신탁취소권을 제한적으로 해석할 이유는 없을 것으로 생각된다.

또한, 수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때에만 원상회복할 대상이 존재한다고 하나, 재산의 급부를 받지 않은 경우

---

87) 김태진(주 80), 202면 참조.

라도, 수익자로서의 지위는 존재하므로 원상회복할 대상이 존재하고, 이 경우 사해신탁의 취소 및 원상회복의 방법은 해당 수익자에 대한 수익자 지정의 취소 및 수익권증서 또는 수익증권의 반환이 될 것으로 생각된다.

그리고, 일부의 수익자는 선의이고, 일부의 수익자는 악의이며, 악의의 수익자는 신탁재산으로부터 전혀 급부를 받은 바가 없는 경우에, 위탁자의 채권자에게 사해신탁 취소를 청구하여 해당 수익자의 수익자 지정을 취소하지 못하게 하고 다만 수익권의 양도만을 청구할 수 있다고 제한적으로 해석한다면, 이러한 경우의 채권자는 신탁에 따른 수익권을 취득하는 방법으로만 책임재산의 회복이 가능하게 된다. 그런데, 채권자의 입장에서는 수익권을 취득하는 것보다 책임재산을 회복하는 것이 더 유리할 수 있다는 점을 고려하면,<sup>88)</sup> 이러한 제한적 해석은 채권자에게 불리한 해석인 것으로 생각된다.

좀 더 구체적으로 설명하면, 사해행위 취소가 가능하다면, 위탁자의 채권자는 해당 악의의 수익자의 수익자 지정을 취소할 수 있고, 그에 따라 신탁재산으로부터 나머지 선의의 수익자에게 지급되어야 할 수익만이 전액 지급되고 나면, 해당 신탁은 종료하고 신탁재산이 위탁자에게 다시 반환될 수 있음에도 불구하고, 이 경우에도 위탁자의 채권자에게 해당 수익자의 수익권을 양도받는 방법만으로 책임재산을 확보하도록 강요하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다.

따라서, 일본 신신탁법과 같은 이원적인 규정보다는 개정 신탁법과 같이 악의의 수익자에 대하여 제한 없이 사해신탁취소권을 행사할 수 있도록 규정하는 것이 더 타당하며, 일본 신신탁법과 같이 명문의 규정이 없음에도 불구하고 개정 신탁법을 수익자가 수익을 지급받은 것을 전제로

---

88) 앞에서 살핀 바와 같이, 위탁자만이 신탁의 수익을 모두 향유하는 자의 신탁의 경우에도 채권자의 입장에서는 책임재산이 수익권의 형태인 것보다 신탁된 재산 자체로 있는 것이 더 유리할 수 있다는 점을 고려하면 사해행위가 될 수 있다. 이와 같은 맥락에서, 채권자 입장에서는 수익권을 양도받는 것이 수익자 지정을 취소하는 것보다 불리할 수 있다.

하여야 한다고 제한적으로 해석하는 것 또한 타당하지 않다고 생각된다.

한편, 현행 개정 신탁법 이전의 법무부가 2010년 2월에 국회에 제출한 신탁법 개정안의 경우에는, 선의의 유상 수탁자가 신탁을 인수한 경우에는 사해신탁취소권을 행사하지 못하였다. 이에 따라 위탁자의 사해신탁 설정 사실을 알고 있는 수익자나 증여 등으로 수익권을 무상 취득한 수익자에 대하여도 아무런 책임을 인정하지 않으면, 위탁자가 자신의 가족, 친지 등을 이용하여 사해신탁을 유지하는 수단으로 악용할 우려가 있다는 고려에 따라, “선의의 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하여 신탁이 취소되지 못한 경우 채권자는 악의의 수익자나 수익권의 무상취득자에게 그가 취득한 수익권 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다”고 규정한 바 있었는데, 위 규정이 현행 개정 신탁법 제8조 제5항의 규정과 같이 수익권 양도 청구권을 인정하는 규정이다.

그런데, 법무부의 개정안의 경우에는 수익자는 악의임에도 불구하고 수탁자가 선의의 유상 수탁자여서 사해신탁의 취소권을 행사할 수 없는 경우가 발생하게 되므로, 악의의 수익자로부터 사해신탁의 취소권 행사 대신 수익권 양도 청구권을 행사해야 할 필요성이 있었다.

그러나, 현행 개정 신탁법에서는 수익자가 악의인 경우에는 위에서 살핀 바와 같이 아무런 제한 없이 사해신탁의 취소권을 행사할 수 있다고 해석되므로, 개정 신탁법 제8조 제5항과 같이 별도로 수익권 양도 청구권을 인정할 필요가 있는지 의문이다.

다만, 위탁자의 채권자로 하여금, 사해신탁취소권을 행사하는 대신 수익자의 수익권을 양도받는 방식으로 책임재산을 확보할 수 있는 방안을 추가적으로 부여하여, 보다 유리한 방안을 선택적으로 행사할 수 있도록 하는 것이 해당 규정의 취지였다면, 별도의 존재 의의는 있다고 볼 여지가 있을 것으로 생각된다.

이와 관련하여, 법무부가 위 규정을 도입한 취지가 어떠한 것이었는지를 명확히 언급하고 있는 자료는 없어 경제적인 실질을 고려하여 채권자에게 선택권을 인정하려는 취지였는지는 분명치 않다. 그러나, 채권자의 입장에서는 신탁행위를 취소하고 원상회복을 시키는 것보다, 수익권을 책임재산으로 확보하는 것이 더 유리한 경우도 있을 수 있을 것이므로 개정 신탁법 제8조 제5항의 규정을 별도로 두는 것은 필요할 것으로 생각된다.

다만, 수익권 양도 청구가 정확히 어떤 요건 하에서 행사할 수 있는 권리이며, 사해신탁취소권과의 관계는 어떠한지 여부가 개정 신탁법상 명확하지 않아 문제인데, 이하에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 개정 신탁법에서 새로이 도입한 수익권 양도 청구권에 관하여 검토해보도록 하겠다.

#### 나. 수익권 양도 청구의 요건

##### 1) 사해신탁 취소가 전제되어야 하는지 여부

먼저, 개정 신탁법 제8조 제5항에 따른 수익권의 양도 청구를 위해서는 사해신탁의 취소가 전제되어야 하는지 여부가 문제되는데, (i) 개정 신탁법 제8조 제1항은 “민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는데 반하여, 제8조 제5항은 취소라는 표현을 사용하고 있지 않고, (ii) 사해신탁 취소의 대상은 신탁행위라 할 것인데, 신탁행위를 취소하면서 신탁행위에 따른 수익권의 양도를 청구한다는 것은 논리적으로도 맞지 않는 것으로 생각되며, (iii) 해당 규정은 민법 제406조 제2항을 준용한다고 특별히 규정하고 있는데, 사해신탁의 취소도 결국 406조 제1항에 따른 채권자취소권을 행사하는 것이고, 이에 따라 제406조 제2항

이 “적용”된다고 보는 것이 일반적인 견해라는 점을 비추어보면, 민법 제 406조 제2항이 “준용”된다고 규정하고 있는 것은 수익권 양도 청구는 사해신탁의 취소와는 별개의 권리라는 점을 전제로 하고 있는 것으로 판단된다.

따라서, 개정 신탁법 제8조 제5항에 따른 수익권 양도 청구권을 행사하기 위해서는 사해신탁의 취소가 전제되어야 한다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

이와 관련해서는 아직 명확한 해석이 없고, 법무부의 신탁법에 대한 해설에서도 특별한 언급은 없으나, 수익권 양도 청구는 원래 신탁은 유효하게 유지되는 것을 전제로 마련한 제도라고 하면서, 사해신탁 취소가 선행되지 않아도 수익권 양도 청구만을 단독으로 행사할 수 있다고 보는 견해가 있으며,<sup>89)</sup> 이러한 해석이 타당하다고 생각된다.

## 2) 수익권 양도 청구를 소로써 행사하여야 하는지 여부

사해신탁의 취소의 경우에는 민법 제406조 제1항에 따른 취소를 하도록 규정하고 있으므로, 소로써 청구하여야 한다는 점에 대해서는 의문이 없음을 위에서 살핀 바와 같다.

그런데, 개정 신탁법 제8조 제5항은 “채권자는 악의의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다”고 단순히 규정하고 있다. 해당 규정 후단에서 “민법 제406조 제2항을 준용한다”고 규정하여 “전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다”는 규정이 준용되기는 하나, 적용되는 것이 아니라 준용되는 것이므로, 단지 제척기간이 적용된다는 의미로

---

89) 김태진(주 80), 204-205면.



서 해당 청구를 위 기간 내에 하여야 한다는 것으로만 해석될 여지도 있다. 따라서, 위 준용 규정이 있음을 이유로 수익권 양도 청구 또한 소로써 청구를 하여야 한다고 단정하기는 어려울 것으로 생각된다.

이와 관련하여, 법문에서 규정하고 있지 않음에도 불구하고 이것이 사해신탁취소권에 갈음하는 것이라는 이유로 소송에 의한 행사만 허용된다고 보는 것은 의문이며, 개정 신탁법 하에서는 소송 이외의 방법으로 행사할 수 있다고 해석된다고 보면서 소송 이외의 방법으로 청구할 수 있다는 점이 위 규정의 존재 의의라고 보는 견해가 있다.<sup>90)</sup>

그런데, 개정 신탁법 상 수익권 양도 청구권에 관한 규정과 유사한 일본 신탁법 제11조 제5항은 “그 수익권을 위탁자에 양도할 것을 소구할 수 있다.”고 규정하여 수익권 양도 청구권도 소로써 청구할 수 있음을 분명히 하고 있다.

채권자취소권을 재판상 행사하도록 하는 것은 취소의 효과가 제3자의 이해에 중대한 영향을 미치므로 법원에서 취소권행사의 요건을 판단하도록 하고, 이를 다른 채권자에게 공시하도록 하기 위한 것이라고 설명되고 있는데, 이에 비추어볼 때, 법률행위의 취소가 수반되지 않는 수익권 양도 청구의 경우에는 반드시 소로써 청구해야 한다고 제한할 필요성이 없다고 볼 수도 있다.

그러나, 수익권 양도 청구는 사해신탁취소권의 행사에 갈음하여 청구할 수 있는 권리이고, 사실상 사해신탁취소권과 동일한 효과를 가져올 수 있는 권리라는 점에서, 수익권 양도 청구의 경우에만 소로써 청구하지 않아도 되도록 하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다.

개정 신탁법 제8조 제5항에서 소로써 청구하여야 한다는 명문 규정을 두고 있지 않은 것이 단순한 입법의 미비인 것인지, 수익권 양도 청구의

---

90) 김태진(주 80), 205면.

경우에는 소로써 청구하지 않아도 되는 것으로 규정하고자 한 것인지 여부가 분명치 않으며,<sup>91)</sup> 현행 개정 신탁법의 규정 상으로는 반드시 소로써 청구해야 한다고 해석하기도 어려울 것으로 판단된다.

그러나, 사해신탁의 취소권과의 형평을 고려한다면 수익권 양도 청구도 소로써 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것으로 생각되고, 해당 규정을 개정하여 수익권 양도 청구는 소로써 청구하여야 한다는 점을 분명히 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

### 3) 사해신탁취소권 행사의 요건이 준용되는지 여부

위에서 살핀 바와 같이 수익권 양도 청구는 사해신탁취소권의 행사가 전제되지 않고 사해신탁취소권과는 별개로 인정되는 것인바, 이 경우 사해신탁취소권을 행사하기 위하여 필요한 요건들, 즉 (i) 피보전채권이 금전채권이어야 하고, (ii) 피보전채권이 사해행위 전에 성립한 것이어야 하며, (iii) 무자력의 상태에서 사해의사를 가지고 사해행위를 하였을 것 등의 요건이 요구되는지 여부가 문제된다.

일본 신신탁법 제11조 제5항의 경우에는 “위탁자가 그 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에” 행사할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있으며, 해당 규정은 실질적으로 사해신탁취소권과 동일한 기능을 가지므로 수익권 양도 청구에 있어 사해신탁취소권을 행사하기 위한 기본 요건이 모두 충족되어야 한다고 해석되고 있다.<sup>92)</sup>

개정 신탁법에서의 수익권 양도 청구 또한 사해신탁 취소와 동일한 기능을 부여하기 위하여 인정되는 권리이므로, 일본 신신탁법상의 수익권

---

91) 이와 관련해서는 법무부의 신탁법 해설에서도 언급이 없으며 국회 의안정보에서도 특별한 언급이 없다.

92) 임채웅(주 4), 50면; 최수정(주 45), 27면.

양도 청구권에서의 해석과 동일하게, 사해신탁취소권을 행사하기 위한 기본 요건을 모두 충족하여야 한다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

다만, 개정 신탁법은 일본 신신탁법과는 달리 “위탁자가 그 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에” 행사할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있지 않은데, 수익권 양도 청구는 사해신탁의 취소와 동일한 기능을 가지는 권리이나, 사해신탁 취소가 전제되는 권리가 아니고 별개의 권리이므로, 개정 신탁법 제8조 제5항에서도 “위탁자가 그 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에” 행사할 수 있음을 명시적으로 규정하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

#### 다. 수익권 양도 청구와 사해신탁취소권과의 관계

##### 1) 문제의 소재

개정 신탁법 제8조 제5항에 따라 악의의 수익자에 대하여 수익권 양도 청구를 행사할 수 있으나, 사해신탁취소권과의 관계가 어떻게 되는지 여부가 개정 신탁법상 분명치 않다는 점이 문제다. 이하에서는 수익자의 전원이 악의인 경우와, 수익자의 일부가 악의인 경우로 나누어, 사해신탁취소권 행사와 수익권 양도 청구의 관계를 살펴보도록 하겠다.

##### 2) 수익자 전원이 악의인 경우

먼저, 수익자 전원이 악의인 경우에는 수탁자 또는 악의의 수익자에 대하여 선택적으로 사해신탁취소권을 행사할 수 있음은 위에서 살핀 바와 같다.

그런데, 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사하는 경우에는 신탁행위 전체가 취소되는 것이므로, 악의의 수익자에 대하여도 사해신탁취소권을 행사하는 것은 가능할 것이나, 악의의 수익자에 대하여 수익권 양도 청구권을 행사하는 것은 가능하지 않을 것으로 생각된다. 왜냐하면, 수익권 양도 청구권은 신탁 자체는 유효하게 존속하는 것을 전제로 하는 것인데, 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사하는 경우에는 신탁 자체가 전부 취소되게 되므로, 양도 청구할 수익권 자체가 없는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다. 따라서, 위탁자의 채권자가 수탁자에 대하여 사해신탁취소권을 행사하는 경우에는 악의의 수익자에 대하여 개정 신탁법 제8조 제2항에 따른 사해행위 취소권만을 행사할 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

수탁자에 대하여는 사해신탁취소권을 행사하지 않고, 악의의 수익자에 대하여만 사해신탁취소권을 행사하는 경우에는 일부의 악의의 수익자에게는 사해신탁의 취소 및 원상회복을 청구하고, 일부의 악의의 수익자에 대하여는 수익권 양도 청구가 가능할 것인가.

이에 대해서는 사해행위 취소의 효력이 그 청구의 상대방에 대해서만 미친다는 상대적 무효설이 다수설이자 판례의 태도<sup>93)</sup>이고, 이러한 법리는 사해신탁에서도 동일하다고 보는 것이 타당하다고 할 때, 사해신탁 취소의 효력은 해당 청구를 한 일부의 수익자에 대해서만 미치는 것이므로, 사해신탁 취소의 상대방이 아닌 다른 수익자에 대해서는 수익권 양도 청구를 하는 것이 가능하다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

그런데, 일부의 수익자에게는 사해신탁취소권을 행사하고, 일부의 수익자에게는 수익권의 양도 청구권을 행사할 수 있도록 하는 것이 타당한 것인지의 의문이 있다.

---

93) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결 참조.

위에서 검토한 바와 같이, 개정 신탁법은 일본 신탁법과는 달리 악의의 수익자에 대하여 제한 없이 사해신탁취소권을 행사할 수 있으므로, 위 규정의 존재 의의는 위탁자의 채권자로 하여금 경제적 실질에 따라 보다 유리한 방안을 선택할 수 있도록 하는 것으로 생각되는데, 동일한 신탁의 경우에는 그 경제적 실질 또한 동일할 것이므로 동일 신탁 관계에서 일부 수익자에게는 수익권의 양도를 청구하고, 일부의 수익자에게는 사해신탁취소권을 행사할 수 있도록 하는 것은 위 취지에도 맞지 않고, 수익자 간의 형평성에도 어긋나며, 위탁자의 채권자에게 불필요하고 과도한 선택권을 부여하는 것이 되며, 신탁관계의 안정성 또한 해하게 될 것으로 판단된다.

따라서, 개정 신탁법 제8조 제5항은 하나의 신탁 내에서 일부 수익자에 대해서만 수익권 양도 청구를 하는 것은 금지되는 방향으로 개정되는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

### 3) 수익자 일부가 악의인 경우

수익자 중 일부만이 악의인 경우에는 수탁자에 대해서는 사해신탁취소권을 행사하지 못하므로, 위탁자의 채권자는 수익자에 대하여 수익권 양도 청구 또는 사해신탁취소권을 선택적으로 행사할 수 있을 것으로 판단된다.

다만 이 경우에도, 동일 신탁에서 일부 수익자에 대해서만 수익권 양도 청구를 하고, 일부 수익자에 대해서는 사해행위 취소권을 행사하는 것은 바람직하지 않은 것으로 판단되므로, 이를 규제할 수 있는 개정 방안을 고민해보는 것이 필요할 것으로 생각된다.

## 4. 취소의 범위

### 가. 문제의 제기

사해신탁의 취소의 경우에도 원칙적으로 민법상의 채권자취소권의 법리가 적용되는 것이므로, 위탁자의 채권자는 원칙적으로 자신의 피보전권리의 채권액에 한정하여 사해신탁의 설정행위를 취소할 수 있다고 해석된다. 판례 또한 취소의 범위에 대하여 사해신탁의 경우를 특별히 취급하고 있는 예는 없는 것으로 보인다. 따라서 이 부분에 대해서는 채권자취소권에 대한 논의와 다를 바가 없을 것으로 생각되므로 자세한 검토는 생략하기로 한다.

그런데, 취소권 행사에 따른 원상회복과 관련하여서는 신탁과 관련하여 특수성이 인정되어야 할 필요성이 있을 것으로 판단되는데, 이에 대해서는 이하에서 검토하도록 하겠다.

### 나. 사해신탁에서의 원상회복

민법상 채권자취소권과 마찬가지로, 사해신탁에서도 원상회복은 신탁재산 또는 그 대위물을 위탁자에게 반환하는 원물반환이 원칙이며, 거래 관념상 원물 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 가액반환의 방법으로 하여야 한다고 해석되는 것이 일반적인 것으로 보인다.

그런데 이와 관련하여, 신탁을 설정한 이후에 수탁자의 자금이 투입되어 목적물의 가치가 달라진 경우에는 원상회복을 명하는 것은 부당하고, 원래의 가치만큼만 가액배상이 명해져야 한다고 보는 견해가 있다.<sup>94)</sup>

---

94) 이재욱, 이상호(주 41), 107-108면; 임채웅(주 4), 27면 참조.

하급심판결에서도 “사해행위의 취소는 거래의 안전에 미치는 영향이 크므로 취소의 범위는 책임재산의 보전을 위한 범위 내로 한정되어야 하는 바, 이 사건의 경우 신탁계약체결 당시의 목적 부동산이 대지 및 건축 중인 건물이었다고 그 후 수익자인 피고가 자본을 투하하여 건축공사를 완료함으로써 이 사건 건물은 당초 신탁계약 체결 당시와 비교하여 볼 때 그 가치가 크게 증가되었을 뿐 아니라 이 사건 대지의 소유권도 집합건물에 대한 대지권으로 바뀌었고 그 중 상당 부분이 분양되어 선의의 전득자가 생겼으므로 위 목적 부동산 전부를 원래의 상태로 회복시키는 것이 적절하지 아니하므로, 위 목적 부동산 자체의 반환에 갈음하여 원고들의 피보전 채권액을 한도로 하여 사해행위를 취소하고 그 취소부분에 상당하는 가액배상만을 허용할 수밖에 없다”고 판시한 바 있다.<sup>95)</sup>

위와 같은 견해 및 판례의 태도에 비추어, 신탁의 경우에는 원물 반환의 원칙이 민법상의 채권자취소권에서의 원물반환의 원칙보다 더 완화될 여지는 없는 것인지 문제된다.

#### 다. 민법상 채권자취소권에서 가액배상의 문제

민법상 채권자취소권에 있어 원상회복이란 채무자의 책임재산을 사해행위가 없었던 상태로 회복시키는 것으로서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 원물반환이 원칙이다.<sup>96)</sup> 여기서, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우란, (i) 목적물이 멸실되거나 금전과 같이 일반재산에 혼입되어 특정성을 상실하는 경우와 같이 사실상 불가능한 경우, (ii) 저당권부 부동산의 양도 후 저당권의 소멸로 인하여 공평의 관념에서 원물반환이 불가능한 경우 등을 들고 있다.<sup>97)</sup>

95) 부산고등법원 2001. 7.31. 선고 99나11557 판결 참조.

96) 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 민법론 II, 박영사, 2004, 26-27면.

원물반환이 불가능한 경우에는 가액배상을 하게 되는데 민법 제406조와 제407조는 가액배상에 관하여 아무런 정함이 없으므로, 채권자취소권의 원상회복으로서 가액배상이 인정되는 근거가 문제된다. 그런데, 이에 대해서는 채권자취소권의 목적은 채무자의 책임재산을 회복하기 위한 것이지 일탈된 재산 자체를 그대로 회복하는 것은 아니므로, 가액배상으로 채무자의 책임재산이 회복되는 것도 원상회복의 일종으로 보아야 한다고 한다.<sup>98)</sup>

그런데, 가액배상이 인정되게 되면 해당 채권자가 직접 금전을 수령할 수 있게 되고, 이를 채무자에게 상환하지 않고 자신의 채권과 상계를 하게 된다면 사실상 우선변제를 받는 결과가 되는데, 현재 통설과 판례<sup>99)</sup>는 취소권을 행사하는 채권자에게 이러한 방식의 사실상의 우선변제권을 인정하고 있다. 이러한 사실상의 우선변제권이 인정되는 경우에는 다른 채권자들과의 형평성이 문제되며, 민법 제407조에 따른, “채권자취소권은 모든 채권자를 위하여 효력이 있다”는 원칙에 반한다는 문제가 있다.

이와 관련하여, 채권자취소권에서 원물반환의 원칙을 취하는 이유는 가액배상을 널리 허용할 경우 취소판결을 받은 채권자가 상계 등에 의하여 사실상 우선변제받게 되므로, 채권자취소권의 행사가 모든 채권자를 위하여 효력이 있다는 것과 부합하지 않는다는 이유에서라고 보는 견해도 있다.<sup>100)</sup>

따라서, 민법상 채권자취소권의 경우에도 가액배상이 널리 인정되고 있기는 하나, 원칙적으로는 원물반환을 하도록 하여야 할 것으로 생각되고, 만약 가액배상을 하는 경우에는 공탁을 하게 하는 등 절차 규정을 마련하는 것이 타당할 것으로 생각된다.<sup>101)</sup>

97) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결 참조.

98) 김재형(주 96), 32면.

99) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결; 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결.

100) 김홍규, “채권자취소권행사의 효과”, 재산법연구 5-1, 한국재산법학회, 1988, 216면.



## 라. 사해신탁에서 원물반환 원칙의 완화 가능성

위에서 살핀 바와 같이, 채권자취소권에서는 원물반환이 원칙으로 지켜지는 것이 필요할 것으로 생각되나, 이러한 사실상의 우선변제의 문제에도 불구하고 아래와 같은 사례를 고려하면, 신탁의 경우에는 원물반환의 원칙을 민법상이 채권자취소권보다 좀 더 완화하여 해석할 필요가 있다고 생각된다.

수탁자는 신탁재산의 관리자로서 신탁재산을 운용하고 관리하게 되며, 이러한 경우 신탁재산에 대하여 수탁자가 제3자와 계약관계를 맺는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우 중 특히 수탁자가 선의인 경우에 무조건적으로 원물반환의 원칙을 고수한다면, 자신의 고유재산으로 제3자에 대하여 책임을 져야 하는 수탁자에게 불측의 손해가 발생할 수 있다. 물론, 신탁재산 관련 채권자는 원물반환이 된 경우에도 신탁재산에 대하여 권리를 행사할 수 있으나, 신탁재산에 대하여 우선적으로 권리를 행사하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니므로, 수탁자의 입장에서는 손해가 발생할 수 있다.

따라서, 이러한 신탁의 특수성을 고려하여, 위 나항에서 살핀 경우와 같이 신탁 이후 신탁재산의 가치가 상승한 경우와 선의의 수탁자가 제3자와 계약을 체결하여 원물반환시 불측의 손해가 발생할 수 있는지 여부도 고려하여 원물반환을 제한적으로 해석하고, 최대한 가액배상의 방법으로 원상회복을 명하여 수탁자를 보호하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

그리고, 다른 채권자와의 형평성 문제는 위에서 언급한 바와 같이 가액배상을 받는 경우에는 공탁을 하게 하는 등, 절차 규정을 마련함으로써 해결하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

---

101) 김재형(주 96), 33면.

## 제 6 장 채무자회생법상 부인권과의 문제

### 1. 채무자회생법상 부인권

#### 가. 채무자회생법상 부인권의 요건

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(본 논문에서는 “채무자회생법”이라 지칭하기로 한다)은 (i) 채무자가 회생채권자 회생담보권자를 해하는 것을 알고 한 행위, (ii) 채무자가 지급의 정지, 회생절차개시의 신청 또는 파산의 신청이 있는 후에 한 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위, (iii) 채무자가 지급의 정지 등이 있는 후 또는 그 전 60일 이내에 한 담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위로서 채무자의 의무에 속하지 아니하거나 그 방법이나 시기가 채무자의 의무에 속하지 아니한 행위, (iv) 채무자가 지급의 정지 등이 있는 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위를 부인할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 부인은 일반적으로 (i) 고의부인, (ii) 본지행위부인, (iii) 비본지행위부인, (iv) 무상부인으로 분류되고 있으며, 특히 고의부인의 경우에는 채무자의 사해의사를 요건으로 하는 부인으로서 민법상의 채권자취소권과 그 실질을 같이 한다고 해석된다.<sup>102)</sup>

따라서, 고의부인의 경우 회생채권자를 해하는 행위가 있어야 하고 채무자가 행위 당시 그 행위에 의하여 회생채권자 등을 해한다는 사실을 알고 있어야 한다. 또한 부인권에서의 사해성 판단에서 사해행위의 취소에

---

102) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상), 제3판, 박영사, 2011, 280면.

관한 판단과 특별히 다른 기준을 세우고 있는 것으로는 보이지 않는다.<sup>103)</sup>

#### 나. 부인권과 민법상 채권자취소권과의 관계

회생절차 상의 부인권과 민법 제406조의 채권자취소권은 총 채권자의 이익을 위하여 채무자의 사해행위에 의하여 손상된 책임재산의 회복을 도모한다는 점에서는 그 취지를 같이 하나, 채권자취소권이 개별적으로 행사되며, 그 취소대상의 행위나 행사 방법 등이 제한적인 반면, 회생절차 상의 부인권은 채권자간의 공평한 처우를 기본으로 하여 그 권한은 관리인에게 전속하고, 그 행사 요건, 방법 등이 완화되어 있다.

그에 따라 채무자회생법은 회생절차개시 당시 민법 제406조 제1항의 규정에 의하여 회생채권자가 제기한 소송이 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단된다고 규정하고 있고(채무자회생법 제113조 참조), 채무자회생법 상의 회생절차가 개시된 이후에는 각 채권자는 개별적인 채권자취소소송을 제기하지 못하도록 하여, 채무자회생법상 부인권으로 통일하여 행사하도록 정하고 있다.

## 2. 부인권과 사해신탁의 문제

### 가. 신탁과 도산절차의 관계

신탁법상의 신탁을 통하여 위탁자 소유의 재산을 신탁목적으로 이전하

---

103) 회생사건실무에서도 사해행위 취소에 관한 판례를 그 사해성의 판단기준에 있어 인용하고 있다. 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(주 102), 294면 참조.

면, 신탁재산은 대내외적으로 위탁자로부터 수탁자로 완전히 이전하게 되고, 신탁된 재산은 위탁자의 재산을 구성하지 않게 되어, 위탁자의 채권자는 신탁된 재산에 대하여는 더 이상 강제집행할 수 없으며, 신탁재산은 위탁자의 채무자회생법상 회생절차 또는 파산절차에 구속되지 않게 되어 위탁자의 도산절차와는 절연되게 된다.

또한 신탁재산이 수탁자에게 이전된다고 하더라도 수탁자의 채권자는 신탁재산에 대하여는 강제집행할 수 없고(개정 신탁법 제22조 참조), 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 가지고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니하므로(개정 신탁법 제24조 참조), 신탁재산은 수탁자의 채무자회생법상 회생절차 또는 파산절차에도 구속되지 않게 된다.

따라서, 신탁재산은 위탁자 및 수탁자의 도산절차와도 절연되므로, 사해 신탁으로서 부인권 행사의 대상이 되지 않는 한은 신탁재산은 도산절차와는 절연되게 된다.

특히, 판례는 담보신탁에서도 위탁자의 도산절차와 절연된다고 보고 있는데, 이에 대해서는 다음 항으로 자세히 검토하도록 하겠다.

#### 나. 담보신탁의 도산절연에 관한 판례 검토

먼저 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결은, 채무자가 채무의 담보를 위하여 자기 소유의 부동산을 수탁자에게 수탁하고 그 수익권을 채권자에게 부여한 후, 위탁자에 대하여 구 회사정리법상 회사정리절차가 개시된 사안인데, “신탁법상의 신탁은 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법

를관계를 말하므로, 신탁자가 어음거래약정상의 채무에 대한 담보를 위하여 자기 소유의 부동산에 대하여 수탁자와 담보신탁용 부동산관리처분신탁계약을 체결하고, 채권자에게 신탁원본 우선수익권을 부여하고서, 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였다면 위탁자의 신탁에 의하여 신탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되었다고 할 것이요”라고 판시하여, 담보신탁의 경우에도 그 소유권은 수탁자에게 대내외적으로 이전된다는 점을 명확히 하였으며, “신탁자에 대한 회사정리절차가 개시된 경우 채권자가 가지는 신탁부동산에 대한 수익권은 회사정리법 제240조 제2항에서 말하는 ‘정리회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 정리계획이 여기에 영향을 미칠 수 없다”고 판시하여, 그러한 담보신탁에 따른 수익권의 경우에도, 위탁자가 제공한 담보로 볼 수 없다는 점을 명확히 하였다.

위 판결에 더하여 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결의 경우에는 “신탁법상의 신탁을 함에 있어서는 그 위탁자가 당연히 수익권자가 되는 것이 아니고 위탁자와 전혀 별개의 존재인 수익자를 지정하여야만 하는 것이며, 위탁자가 자신을 수익자로 지정하는 경우에도 위탁자와 수익자의 지위는 전혀 별개의 것이라고 보아야 할 것이므로, 특히 담보신탁이 아니라 분양형 토지(개발)신탁의 경우에 신탁계약시에 위탁자인 정리전 회사가 제3자를 수익자로 지정한 이상, 비록 그 제3자에 대한 채권담보의 목적으로 그렇게 지정하였다 할지라도 그 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 그 제3자에게 귀속한다 할 것이요, 위탁자인 정리전 회사에게 귀속되어야 할 재산권을 그 제3자에게 담보 목적으로 이전하였다고 볼 수는 없는 것이어서, 그 경우 그 수익권은 정리절차개시 당시 회사 재산이라고 볼 수 없다 할 것이요”라고 판시하면서, 수익권을 취득한 채권자가 희생담보권자의 지위를 가지지 않는다고 판시하였다.<sup>104)</sup>

또한 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결의 경우에는 “채무자가 자기 소유의 부동산에 대하여 수탁자와 부동산관리신탁계약을 체결한 후 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 후 수탁자로 하여금 신탁부동산에 관하여 다시 신탁자의 채권자의 채권을 위하여 근저당권설정등기를 경료하도록 한 사안에서, 위 판결과 동일한 논리로 수탁자는 물상보증인과 같은 지위를 가지게 되어, 회사정리법 제240조 제2항에서 말하는 ‘정리회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 정리계획이 여기에 영향을 미칠 수 없다”고 판시하였다.

결국 이러한 판례의 일관된 태도는 담보신탁의 경우에도 신탁재산은 대내외적으로 수탁자에게 이전되는 것이므로, 수탁자가 신탁자의 채권자에 대하여 신탁자의 채권에 대한 담보목적으로 신탁재산 또는 신탁재산에 대한 수익권을 제공하더라도 이는 수탁자가 제공한 것으로 보아야 한다는 취지인 것으로 이해된다.<sup>105)</sup>

사실상은 위탁자가 채권자에 대한 담보목적으로 법률행위를 한 것이 실질이라고 하더라도, 신탁의 법리상, 신탁재산은 수탁자에게 귀속되는 것이고, 다만, 이러한 위탁자의 신탁행위가 채권자를 해하는 행위인 경우에는,

104) 해당 판결은 “물론 신탁계약시에 위탁자인 정리 전 회사가 자신을 수익자로 지정한 후 그 수익권을 담보 목적으로 제3자에게 양도한 경우에는 그 수익권을 양도담보로 제공한 것으로서 정리절차가 개시 당시 회사 재산에 대한 담보권이 된다고 볼 것이다”라고 판시하여, 위탁자가 자익신탁을 설정하여 자신을 수익자로 지정한 후 이를 채권자에게 양도담보 목적으로 제공한 경우에는 해당 채권자는 회생담보권자가 된다고 보고 있는데, 위탁자가 일단 수익자로 지정되어 해당 수익권이 위탁자의 재산이 된 다음에 담보로 제공한 경우에는, 당연히 이를 채무자가 제공한 담보로 보아야 할 것이라는 점에서 타당한 판단인 것으로 보인다.

105) 이와 관련하여, 이 경우 정리담보권으로 보아야 한다는 견해가 없는 것은 아니나, 위탁자의 신탁에 의하여 신탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되므로, 이는 정리담보권은 아니며, 신탁 후 신탁자에 대하여 회사정리절차가 개시되었다고 하더라도 채권자가 수탁자에 대하여 가지는 권리는 아무런 영향이 없다고 보는 견해가 더 우세하다고 판단되고, 대법원 판례 역시 이 경우 정리담보권 부정설을 취하고 있다고 설명하는 견해가 있다. 김상준, “신탁자에 대한 회사정리절차가 개시된 경우 토지신탁회사가 신탁자를 위하여 기존에 제공한 물상담보의 효력”, 대법원판례해설 통권 제44호, 법원도서관, 561면 참조.

사해신탁에 대하여 부인권을 행사함으로써 다룰 수 있을 뿐인 것이므로, 이와 같은 판례의 태도는 타당한 것으로 생각된다.

이와 관련하여, 결국 채권담보를 위하여 신탁계약을 이용할 경우에 채무자에 대한 회생채권은 회생절차에 따라야 하지만 담보권에 대한 도산절차상의 제약을 피할 수 있으며, 최근 금융실무에서 담보신탁, 나아가 신탁의 법리가 주목받고 있는 이유 중의 하나가 이 점에 있다고 설명되고 있는데,<sup>106)</sup> 실무상 담보신탁이 활발하게 이용되고 있는 것은 이러한 판례의 태도에 기반한 것이라고 볼 수 있을 것으로 생각된다.

#### 다. 사해신탁과 부인권의 관계

위에서 살핀 바와 같이, 채무자회생법은 회생절차개시 당시 민법 제406조 제1항의 규정에 의하여 회생채권자가 제기한 소송이 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단된다고 규정하고 있는데(채무자회생법 제113조), 신탁법 제8조 제1항은 민법 제406조 제1항에 의한 취소를 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 신탁법에 따른 사해신탁의 취소의 경우에도, 회생절차가 개시되는 경우에는 그 절차가 중단된다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.<sup>107)</sup>

따라서, 사해신탁의 경우에도 채무자회생법상의 도산절차가 개시된 이후에는 부인권으로만 다루어야 할 것으로 생각되나, 채무자회생법상의 부인권에 관한 규정은 민법상 채권자취소권만을 염두에 두고 있는 것으로 보여, 신탁의 특수성을 전혀 고려하지 않고 있다는 점이 문제될 것으로 생각된다.

특히, 고의 부인의 경우 “다만 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위

106) 김재형, “도산절차에서 담보권자의 지위”, 민사판례연구 XXVIII, 박영사, 2006, 1120면 참조.

107) 한민, 박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006. 5., 35면.

당시 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는데, 사해신탁 관련해서는 “이로 인하여 이익을 받은 자”가 누구인지 여부가 문제된다.

이와 관련하여, 수탁자는 “신탁행위로 인하여 이익을 받은 자”로 보기는 어려우므로, 수익자를 기준으로 선의, 악의를 판단하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>108)</sup> 수탁자는 신탁행위의 상대방일 뿐 신탁행위로 인하여 이익을 받은 자로 보기는 어렵다는 점에 동의하므로, 위 규정을 적용하는 경우에는 수익자를 기준으로 판단하여야 한다는 위 견해에 찬성한다.

그러나, 수익자가 수인인 경우에는 일부의 수익자만이 선의인 경우가 있을 수 있는데, 이 경우에는 어떠한 방식으로 처리하여야 하는지 여부가 문제된다. 그리고 부인의 상대방을 누구로 정할 것인지와 관련해서도, 수탁자는 “이익을 받은 자”라고 보기 어려움에도 사해신탁 취소의 상대방이 되는 신탁의 특수성을 부인권에서도 고려하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

따라서, 채무자회생법상 부인에 관한 규정의 경우에도 신탁의 특수성을 고려하여 법률행위가 신탁인 경우의 특칙을 마련하는 등의 방법을 고려하여야 할 것으로 생각된다.

이와 관련하여, 정부에서는 2011. 3. 14. 채무자회생법 개정안을 제안하여, (i) 채무자가 신탁법에 따라 위탁자로서 한 신탁행위를 부인할 때에는 수탁자, 수익자 또는 전득자를 상대방으로 하도록 하고, (ii) 신탁재산은 수탁자와 수익자 모두를 상대방으로 하여 신탁행위가 부인된 경우에만 수탁자로부터 채무자의 재산으로 원상회복되도록 하고, 신탁행위가 부인된 경우 상대방인 수탁자, 수익자 또는 전득자는 그가 받은 이익을 반환하거나 그 가액을 상환하도록 하는 내용을 국회에 제출한 바 있으나, 해당 국

---

108) 한민, 박종현(주 107), 35면.



회의 임기 만료 전에 가결되지 못하고 폐기되었다.<sup>109)</sup>

109) 참고적으로 해당 개정안은 개정 신탁법을 반영한 것이 아니라, 개정 신탁법 이전의 법무부 개정안을 바탕으로 마련된 것이었는데, 그 구체적인 내용을 참고적으로 소개하면 다음과 같다.

제113조의2(신탁행위의 부인에 관한 특칙)

- ① 채무자가 「신탁법」에 따라 위탁자로서 한 신탁행위를 부인할 때에는 수탁자, 수익자 또는 전득자를 상대방으로 한다.
- ② 신탁행위가 제100조 제1항 제1호의 행위 또는 같은 항 제2호 중 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 행위에 해당하여 부인하는 경우 제100조 제1항 제1호 단서 또는 제2호 단서를 적용할 때에는 “이로 인하여 이익을 받은 자”를 부인의 상대방인 수탁자 또는 수익자로 본다.
- ③ 수탁자가 무상으로 신탁을 인수하거나 수익자가 무상으로 수익권을 취득한 경우 신탁행위가 제100조 제1항 제1호의 행위 또는 같은 항 제2호 중 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 행위에 해당하여 부인할 때에는 제100조 제1항 제1호 단서 또는 제2호 단서를 적용하지 아니한다.
- ④ 제108조 제1항에도 불구하고 신탁재산은 수탁자와 수익자(수익자의 전득자가 있는 경우에는 그 전득자를 말한다) 모두를 상대방으로 하여 신탁행위가 부인된 경우에만 수탁자로부터 채무자의 재산으로 원상회복된다.
- ⑤ 신탁행위가 부인된 경우 상대방인 수탁자, 수익자 또는 전득자는 그가 받은 이익을 반환하거나 그 가액을 상환하여야 한다. 이 경우 제4항에 따른 원상회복을 할 수 없을 때에는 관리인은 상대방인 수익자(수익자의 전득자가 있는 경우에는 그 전득자를 말한다)에게 그가 취득한 수익권을 자신에게 양도할 것을 청구할 수 있다.
- ⑥ 신탁행위의 부인에 관하여는 제108조 제2항과 제110조 제2항은 적용하지 아니한다.
- ⑦ 신탁행위가 부인되어 신탁재산이 수탁자로부터 채무자의 재산으로 원상회복된 경우 그 신탁과 관련하여 「신탁법」에 따른 신탁채권을 가지는 채권자는 다음 각 호의 구분에 따른 권리를 원상회복된 신탁재산의 가액 한도에서 행사할 수 있다.
  1. 신탁채권자가 그 채권을 취득할 당시 신탁행위에 부인의 원인이 있음을 알지 못한 경우: 다음 각 목의 구분에 따른 권리
    - 가. 신탁채권자의 반대급부가 신탁재산 중에 현존할 때: 그 반대급부의 반환을 청구하는 권리
    - 나. 신탁채권자의 반대급부가 신탁재산 중에 현존하지 아니할 때: 공익채권자로서 반대급부의 가액상환을 청구하는 권리
  2. 신탁채권자가 그 채권을 취득할 당시 신탁행위에 부인의 원인이 있음을 안 경우: 다음 각 목의 구분에 따른 권리
    - 가. 신탁채권자의 반대급부가 신탁재산 중에 현존할 때: 그 반대급부의 반환을 청구하는 권리
    - 나. 신탁채권자의 반대급부에 의하여 생긴 이익의 전부가 신탁재산 중에 현존할 때: 공익채권자로서 현존이익의 반환을 청구하는 권리
    - 다. 신탁채권자의 반대급부에 의하여 생긴 이익이 신탁재산 중에 현존하지 아니할 때: 회생채권자로서 반대급부의 가액상환을 청구하는 권리
    - 라. 신탁채권자의 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 신탁재산 중에 현존할 때: 공익채권자로서 그 현존이익의 반환을 청구하는 권리와 회생채권자로서 반대급부와 현존이익의 차액의 상환을 청구하는 권리

제113조의3(사해신탁취소소송의 중단)

- ① 회생절차개시결정이 있는 경우 「신탁법」 제8조에 따라 회생채권자가 제기한 소송의 소송절차는 중단된다.
- ② 제1항에 따른 소송절차의 중단에 관하여는 제59조 제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다. 이

이에 정부에서는 채무자회생법 개정안을 다시 마련하여 2012. 8. 20.에 다시 국회에 제출하였는데, 해당 개정안의 내용 중 사해신탁과 부인권과 관련된 규정의 개정안을 살펴보면 다음과 같다.

제113조의 제목 “(채권자취소소송의 중단)”을 “(채권자취소소송 등의 중단)”으로 하고, 같은 조 제1항 중 “「민법」 제406조(채권자취소권) 제1항의 규정에 의하여”를 “「민법」 제406조 제1항이나 「신탁법」 제8조에 따라”로 하며, 같은 조 제2항 후단 중 “같은 조 제2항 및 제3항”을 “제59조제3항 및 제4항”으로 한다.

제113조의2(신탁행위의 부인에 관한 특칙)

- ① 채무자가 「신탁법」에 따라 위탁자로서 한 신탁행위를 부인할 때에는 수탁자, 수익자 또는 전득자를 상대방으로 한다.
- ② 신탁행위가 제100조 제1항 제1호, 제2호 또는 제3호의 행위에 해당하여 수탁자를 상대방으로 하여 신탁행위를 부인할 때에는 제100조 제1항 제1호 단서, 제2호 단서 또는 제3호 단서를 적용하지 아니한다.
- ③ 신탁행위가 제100조 제1항 제1호 또는 제2호의 행위에 해당하여 수익자를 상대방으로 하여 신탁행위를 부인하는 경우 제100조 제1항 제1호 단서 또는 제2호 단서를 적용할 때에는 “이로 인하여 이익을 받은 자”를 부인의 상대방인 수익자로 본다.
- ④ 관리인은 수익자(수익권의 전득자가 있는 경우에는 그 전득자를 말한다) 전부에 대하여 부인의 원인이 있을 때에만 수탁자에게 신탁재산의 원상

경우 제59조 제3항 및 제4항 중 “채무자”는 “회생채권자”로 본다.

이와 관련하여, 특히 113조의 2 7항의 경우에는 신탁채권자가 그 채권을 취득할 당시 신탁행위에 부인의 원인이 있음을 안 경우에도 (i) 신탁채권자의 반대급부가 신탁재산 중에 현존할 때 그 반대급부의 반환을 청구하는 권리 또는 (ii) 신탁채권자의 반대급부에 의하여 생긴 이익의 전부가 신탁재산 중에 현존할 때 공익채권자로서 현존이익의 반환을 청구하는 권리를 가지도록 한 것은 조금 의문이었다. 이에 이번에 새로 마련된 개정안에서는 선의의 채권자의 경우에만 공익채권자로서 행사할 수 있도록 규정하였는데, 이러한 개정 방향은 바람직하다고 생각된다.

회복을 청구할 수 있다. 이 경우 부인의 원인이 있음을 알지 못한 수탁자에게는 현존하는 신탁재산의 범위에서 원상회복을 청구할 수 있다.

⑤ 관리인은 수익권 취득 당시 부인의 원인이 있음을 알고 있는 수익자(전득자가 있는 경우 전득자를 포함한다)에게 그가 취득한 수익권을 채무자의 재산으로 반환할 것을 청구할 수 있다.

⑥ 채무자가 위탁자로서 한 신탁행위가 부인되어 신탁재산이 원상회복된 경우 그 신탁과 관련하여 수탁자와 거래한 선의의 제3자는 그로 인하여 생긴 채권을 원상회복된 신탁재산의 한도에서 공익채권자로서 행사할 수 있다.

위 개정안을 살펴보면, 채무자회생법 제113조는 민법 제460조에 따른 채권자취소권에 대해서만 소송절차가 중단된다고 명문으로 규정하고 있어, 사해신탁 소송의 경우에는 채권자취소권에 준하여 소송절차가 중단되는 것인지에 대하여 논란의 여지가 있었는데, 이를 보완하기 위하여, 제113조를 개정하여 사해신탁의 경우에도 회생절차가 개시되면 그 절차가 중단된다는 것을 명시하고 있는데, 이는 바람직한 개정 방향인 것으로 생각된다.

개정안 제113조의 2를 각 항별로 검토하면, 제1항의 경우에는 부인권 행사의 상대방을 수탁자, 수익자 또는 전득자로 정하는 것으로서 타당한 것으로 생각된다.

제2항 및 제3항의 경우에는 채무자회생법 제100조 제1항 제1호 단서 또는 제2호 단서, 즉 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 사실을 알지 못한 경우에는 부인권을 행사하지 못한다는 단서 조항을 수탁자에 대하여는 적용하지 않고 수익자에 대하여 적용할 때에는 “이로 인하여 이익을 받은 자”를 부인의 상대방인 수익자로 본다고 규정하고 있는데 수탁자의 악의 여부를 문제 삼지 않고

수익자의 악의 여부만을 요건으로 하는 개정 신탁법의 규정에 따른 적절한 변경인 것으로 생각된다.

제4항, 제5항은 수익자 전원이 악의인 경우와 수익자의 일부가 악의인 경우를 나누어, 수익자 전원이 악의인 경우에는 수탁자를 상대로 하여 수탁자로부터 채무자의 재산으로 원상회복 할 수 있도록 하고, 개정 신탁법 제8조 제5항에 따른 수익권 양도 청구를 부인권 행사의 경우에도 행사할 수 있도록 한 것으로서 타당한 개정안인 것으로 생각된다. 다만, 악의의 각 수익자에 대해서 수익자 지정 취소 및 이익 반환의 부인권을 행사할 수 있다는 점 또한 명확히 규정하는 것이 더 바람직할 것으로 생각된다.

제6항의 경우에는 개정 신탁법 제8조 제4항의 “신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.”는 규정을 반영한 것으로서 타당한 개정안인 것으로 보인다.

위와 같이, 채무자회생법 상의 부인권 규정도 신탁의 특수성을 고려하고 개정 신탁법을 반영하는 방향으로 개정안이 마련되고, 국회에 제출되었는데, 바람직한 방향인 것으로 판단된다. 특히, 사해신탁의 경우에 부인권 행사와 관련하여 현재 채무자회생법 상의 규정으로 명확하지 않았던 부분이 상당 부분 해결될 수 있을 것이라는 점에서 기대가 크다.

지난 개정안은 임기 만료 전에 결의되지 못했으나, 채무자회생법상의 부인권 규정의 경우에도 신탁의 특수성을 고려한 특칙이 마련되어야 함을 인식하여, 속히 개정 신탁법을 반영한 위 개정안이 통과되어 시행되어야 할 것으로 생각된다.

## 제 7 장 결 론

개정 신탁법은 구 신탁법상 가장 문제되고 있던, 선의의 수익자의 보호 문제를 해결하여, 신탁제도를 안정화시켰으므로, 앞으로 신탁을 이용한 투자가 좀 더 활발해질 것이 기대된다.

특히 단순히 사해성의 제한 해석 등을 통해 약간이나마 보호되고 있던 부동산개발신탁의 경우에는 좀 더 활발한 이용이 기대되고, 자산유동화 거래에서도 신탁구조를 이용하는 투자자들이 좀 더 안정적으로 투자를 결정할 수 있을 것으로 생각되며, 이는 신탁구조를 이용한 자산담보부 기업어음이나 자산담보부증권의 신용등급을 좀 더 유리하게 할 수 있는 요인이 될 수도 있을 것으로 생각된다.

다만, 위에서 언급한 바와 같이, 아직도 몇 가지 측면에서 현행 개정 신탁법 상의 사해신탁 규정은 좀 더 보완이 필요할 것으로 생각된다.

첫째, 수익권 양도 청구권과 관련하여 사해신탁취소권과의 형평성을 고려하여 소로써만 제기할 수 있도록 제한하는 것이 필요할 것으로 생각된다. 또한, 동일한 신탁 내에서 위탁자의 채권자로 하여금, 수익자의 일부에 대하여 선택적으로 사해신탁취소권을 행사할 수 있거나, 수익권의 양도를 청구할 수 있도록 하는 것은, (i) 경제적 실질을 고려하여 선택권을 부여한 취지에도 부합하지 않으며, (ii) 수익권자들간의 형평성에 비추어도 불합리한 것으로 판단되고, (iii) 신탁의 안정성에 혼란을 초래하는 것으로 생각된다. 따라서 수익권 양도 청구권과 사해신탁취소권을 선택적으로 행사할 수 없도록 하는 내용으로 수정되는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

둘째, 신탁행위의 특수성을 고려하여 원상회복 시 원물반환의 원칙을 완화하여 적용할 필요성이 있다고 생각된다. 신탁의 경우에는 신탁자산을

기초로 여러 이해관계인이 얽혀 있는 경우가 대부분이므로, 원물반환의 원칙을 강조하는 경우 선의의 피해자가 양산될 수 있다. 따라서 단순한 채권자취소권의 경우와는 달리 사해신탁의 경우에는 원물반환의 원칙을 완화하여 해석하는 것이 바람직하다.

셋째, 채무자회생법 관련하여 사해신탁에 관한 특칙을 반영한 개정안이 마련되어 국회에 계류 중에 있는데, 이러한 규정이 조속히 통과되어 시행되어야 할 것으로 생각된다.

2012년 7월부터 시행된 개정 신탁법은 50년만의 전면 개정으로서, 그동안 수없이 논의되던 문제점들을 반영하고, 새로운 경제환경과 국제기준에 맞춘 신탁제도를 도입하였다는 점에서 그 의의가 크다.

그에 따라, 그 동안 다른 분야에 비해서 그 활용도가 낮고, 또 그로 인하여 연구 및 논의도 많지 않았던 신탁법 분야가 좀 더 많은 논의와 활용의 대상이 되지 않을까 기대해 본다.

아직은 개정 신탁법이 시행된지 일년도 되지 않은 시점이고, 개정 신탁법에 따라 변경된 사안이 무엇인지, 그리고 개정된 규정을 어떻게 해석하여야 할지에 대해서 명확하고 구체적인 논의가 많이 이루어지지 않는 상태이다.

또한, 유언신탁이나 유한책임신탁 등 변경된 신탁법으로 새로 도입된 신탁의 유형 등을 이용한 새로운 신탁 상품의 개발 등이 아직까지는 활발히 이루어지지 않은 상태인 것으로 보인다.

그러나, 사해신탁에 관한 규정의 변경은 개정 신탁법 시행 이후에 설립되는 신탁에 대해서는 바로 적용될 것이므로,<sup>110)</sup> 즉각적인 효과가 기대된다고 하겠다.

앞으로 변경된 사해신탁 규정에 따라, 신탁을 이용한 거래구조가 보다

---

110) 개정 신탁법 부칙 제2조에 따라, 개정된 규정은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 않는다.

안정적으로 인식되어, 신탁이 각종 금융거래에 좀 더 활발하게 활용되기를 기대해 본다.

## 참고문헌(參考文獻)

### 1. 단행본

- 반기로, 프로젝트파이낸스, 한국금융연수원, 2012
- 법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록, 법무부 법무실, 2010. 3
- 법무부, 신탁법 개정안 해설, 법무부, 2010
- 법무부, 신탁법 해설, 도서출판 동강, 2012
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상), 제3판, 박영사, 2011
- 이재욱, 이상호, 신탁법 해설, 한국사법행정학회, 2000
- 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007
- 임채웅, 신탁법연구, 박영사, 2009
- 임채웅, 신탁법연구2, 박영사, 2009
- 최동식, 신탁법, 법문사, 2006
- 최수정, 일본 신탁법, 진원사, 2007

### 2. 논문

- 강울리, “신탁을 이용한 자산유동화에 관한 법적 문제점”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006. 5.
- 김상준, “신탁자에 대한 회사정리절차가 개시된 경우 토지신탁회사가 신탁자를 위하여 기존에 제공한 물상담보의 효력”, 대법원판례해설 통권 제44호, 법원도서관, 2004
- 김재형, “도산절차에서 담보권자의 지위”, 민사판례연구 XXVIII, 박영사, 2006
- 김재형, “「자산유동화에 관한 법률」의 현황과 문제점”, 민법론 I, 박영사, 2004
- 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 민법론 II, 박영사, 2004



- 김태진, “사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성”. 선진상사법률연구 통권 제59호, 법무부, 2012. 7.
- 김홍규, “채권자취소권행사의 효과”, 재산법연구 5-1, 한국재산법학회, 1988
- 박종찬, “미국신탁법에 관한 연구 - 특히 기본적 구조에 대한 비교법적 관점을 중심으로-“, 강원법학 제18권, 2001
- 안성포, “사해신탁의 취소와 수익자보호 - 일본 신탁법을 중심으로”, 증권법연구 제9권 제2호, 한국증권법학회, 2008. 12.
- 안성포, “신탁법의 개정방향 - 법무부 2009년 신탁법 전면개정안을 중심으로”, 마산대학교 법학연구 제51권 제1호, 2010. 2
- 안성포, “유동화에 따른 신탁재산의 독자성에 관한 소고”, 증권법연구 제7권 제2호, 한국증권법학회, 2006. 12.
- 오창석, “개정신탁법상 사해신탁제도에 관한 소고”, 한국금융법학회 2009년 동계 학술발표회 자료집 “금융법의 현안과 과제”, 한국금융법학회, 2009. 12.
- 오창석, “개정신탁법이 신탁실무에 미치는 영향”, BFL 제39호, 서울대학교금융법센터, 2010. 1.
- 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교, 2009. 2.
- 이우재, “개발신탁의 사해행위 판단방법”, 대법원판례해설 46호(2003년 하반기), 법원도서관, 2004. 1.
- 이재욱, “부동산신탁 및 부동산뮤추얼펀드 등의 함정”, 법률신문(제2905호), 법률신문사, 2000
- 이중기, “신탁의 정의방법과 신탁성립에 관한 제문제”, 민사판례연구 제30집, 민사판례연구회, 2008. 3.
- 임채웅, “사해신탁의 연구”, 법조통권 600호, 법조협회, 2006. 9
- 임채웅, “신탁행위의 연구”, 저스티스 통권 제99호, 한국법학원, 2007. 8
- 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006. 5.
- 진상훈, “부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법”, 민사집행법연구 제4권, 한국

민사집행법학회, 2008. 2.

최영수, “신축건물에 대한 추가신탁의 사해신탁 해당 여부”, 판례연구, 제25(1)권,  
서울지방변호사회, 2011. 9.

한민, 박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006.

5.

## Abstract

# A Study on the Fraudulent Trust

Moon, Hye Young

Civil Law, Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

A fraudulent trust refers to a trust created by an obligor who knows that such creation of trust would be prejudicial to obligee's interests. The Civil Act recognizes the right of an obligee to rescind such fraudulent act if the obligor conducts a legal act, such as a fraudulent act, to obtain a property right knowing that it would be prejudicial to the obligee. Such fraudulent act in connection with a trust is specified separately in Article 8 of the Trust Act as a 'fraudulent trust'.

The fraudulent trust is separately specified under a provision in the

Trust Act, instead of a general provision in the Civil Act, due to its particularity which is different from a general legal act. The term “trust” under the Trust Act means a legal relation that a settlor transfers a specified property to a trustee, establishes a security right, or makes any other disposition, and has the trustee manage and dispose of the right to such property in the interests of a beneficiary or for a specified purpose. While the other party of a trust act of the settlor is a trustee, a person who gets benefits from such trust act is not a trustee but a beneficiary. Considering such particularity, the Trust Act separately sets out a fraudulent trust since its enactment in 1961.

The Trust Act enacted in 1961 has been amended several times, but the amendments of substantial substances of the Trust Act have not been made. As the principles of trust developed based on English common law were foreign to Korean law, a trust was not an instrument commonly used in Korea. However as more trusts have been created and used in asset-backed securitization transactions, project financing transactions and other similar transactions due to the recent development of financing techniques, there has been a need of amending the Trust Act to make it more suitable and appropriate for the recent economic reality.

There was a general view that while the right of the obligee to rescind under the Civil Act protects a bona fide person who gets

interests, the provision of the fraudulent trust, particularly, does not protect the interests of bona fide beneficiary. This has attracted criticism that such insufficient protection undermines the stability of trust which imposes a limit on a transaction structure by using a trust.

The amendment of the Trust Act which has come into since July 26, 2012 specifies by reflecting the demand for amendment that the obligee should not exercise the right to rescind if a beneficiary is a bona fide beneficiary at the time when the beneficiary acquired the beneficiary right. The amendment expects to increase the stability of trust and make better use of such trust.

However, if the beneficiary has ill will, the amendment of the Trust Act prescribes that the obligee may demand the beneficiary to assign the beneficiary right acquired by the beneficiary. A problem is that the relations between the right of claim to assign the beneficiary right and the right to rescind fraudulent trust are unclear. It is judged that it will be proper to understand the claim to assign the beneficiary right under the purpose of the provision as a separate procedure that does not set the rescission of the fraudulent trust as a precondition. It is believed that it is necessary to specify a provision to file such claim only by a lawsuit considering the equity with the right to rescind fraudulent trust and it will be desirable to amend the provision to prohibit the obligee from exercising the right to rescind fraudulent

trust or claiming the assignment of the beneficiary right selectively regarding part of the beneficiary in the same trust.

Furthermore, it is considered that the fraudulent trust must be judged differently in consideration of the particularity of the trust act and it is necessary to make the principle of returning the original object less strict even in the restoration to an original condition by exercising the right to rescind fraudulent trust. As most of trust assets are complicated with many interested persons, if the principle of returning the original object is emphasized, victims of goodwill may be increased. Accordingly, in case of the fraudulent trust, it is desirable to apply the principle of returning the original object less strict.

**Keywords : Fraudulent trust, The amendment of the Trust Act, Trust, Bona fide beneficiary, Fraudulent act, The right of claim to assign the beneficiary right**

**Student Number : 2002-21900**