

신탁법 개정에 따른 부동산신탁업 발전방향

고 재 석*

목 차

I. 서 론	2. 일본 부동산신탁 현황
II. 부동산신탁업의 현황	IV. 부동산신탁과 관련한 개정 신탁법 검토
1. 부동산신탁업의 도입배경	1. 사해신탁 관련 문제
2. 부동산신탁업의 현황	2. 비용보상청구권 관련 문제
III. 일본 부동산신탁의 검토	3. 하자담보책임과 관련한 문제
1. 일본 신탁제도 및 신탁법 개정	V. 향후 부동산신탁업의 발전방향

I. 서 론

법무부는 2009년 1월 9일 신탁법개정특별분과위원회를 발족 이후 현 신탁제도를 글로벌 스탠더드에 부합하도록 현행법 체계를 전면 수정하는 신탁법 개정안을 2010년 2월에 상정하였다. 특히 신탁법은 현 부동산 신탁과 신탁업의 발전에도 불구하고 1961년 제정된 이래 현재까지 실질적인 개정 없이 72개의 조문만으로 유지되고 있어 경제발전에 따른 법의 공백에 대하여 불필요하고 소모적인 논쟁이 있어 왔다. 이번 신탁법 개정의 주요 내용은 신탁재산의 확대, 신탁의 합병, 분할, 수익증권, 수익권의 양도, 신탁사채, 신탁선언을 통한 신탁의 설정 및 재신탁 등을 포함하여 신탁법 전반에 걸쳐 146개 조문으로 개정되었다. 이번 개정에서는 주로 신탁이라는 특성을 고려하여 강행규정화 되어 있던 부분을 신탁제

* 대한토지신탁 상무이사

약에 의하여 변경할 수 있도록 임의규정화 하였으며, 이러한 과정에서 과거 신탁법과 비교할 때 수익자의 권리가 강화되었다. 특히 수익권과 관련하여 기존의 투자신탁, 담보부사채신탁 등과 달리 수익권에 대한 명확한 규정이 없어 다수의 수익자의 권리관계나 수익증권발행신탁 등에 관한 논란이 있어왔으나, 이번 개정에 따라 입법상으로 해결되었다. 그러나 반면 수익자의 권리를 강화하는 관계에서 수탁자의 관리의무가 강화되었거나 부동산신탁의 사업진행방식을 고려할 때 아쉬운 부분이 있는 것은 사실이다. 부동산신탁과 관련된 신탁법 개정의 주요내용을 살펴보고 이와 관련된 일본 부동산신탁의 사례를 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 부동산신탁업의 현황

1. 부동산신탁업의 도입배경

우선 우리나라 부동산신탁이 도입된 배경과 과정을 살펴보기로 한다. 우리나라 부동산신탁의 도입과정을 보면 1991년 토지의 효율적인 이용을 위한 정책적인 과제로서 부동산신탁이 도입되었으며, 현재 토지의 개발, 채무의 담보 등 여러 가지 형태로 발전되었다. 특히 현재 부동산신탁은 관리신탁이나 담보신탁과 같은 형태의 전통적인 신탁업의 형태와는 달리 부동산개발사업의 PF 대출금 회수의 확실성과 더 나아가 적극적으로 부동산신탁회사를 통한 자금지원을 할 수 있는 토지신탁¹⁾에까지 다양한 방식으로 이용되고 있다. 이러한 부동산신탁이 발전하기까지 신탁의 최초 국내 도입과정과 부동산신탁의 도입배경에 대하여 순차적

1) 토지신탁은 부동산신탁회사가 시행자(사업주체)가 되어 수탁 받은 토지를 개발하면서 소요되는 건설자금 등 사업비를 직접 조달하여 신탁목적을 달성하고, 이에 따라 일정한 수수료를 받는 신탁을 말한다.

으로 보기로 하자.

1.1 신탁의 도입과정

우리나라에 신탁이 도입된 것은 1931년 조선민사령 개정에 따라 일본 신탁법을 의용하면서 시작되었다. 서구 문물을 받아들이는 과정에서 영미에서 발달한 신탁제도를 도입한 일본신탁법을 다시 우리나라에 도입하면서 이루어진 것으로 1910년 일본인이 설립한 후지모토 합자회사가 투자신탁, 농업개발신탁, 부동산관리경리업무를 시작한 이후 1931년 6월 조선민사령을 개정하면서 본격적으로 신탁이라는 제도가 도입되기 시작한 것이다.

일본의 신탁제도가 일본의 근대화 시절 산업자본의 원활한 보급을 위하여 도입되었던 것과 달리 우리나라의 신탁은 기본적으로 금전신탁을 주축으로 강제저축 등 전쟁비용을 충당하기 위한 것으로 시작되었다. 1932년 조선신탁주식회사를 설립하여 강제저축과 국채를 발행하는 등의 업무를 수행하였으나 해방 이후에는 조선신탁주식회사를 조선신탁은행으로 개칭하고 은행업무와 겸영하여 신탁과 은행업무를 겸영하여 운영되어 왔다.

이후 1961년 12월에 신탁법과 신탁업법이 제정되고, 1962년 1월 담보부사채 신탁법이 제정되면서 신탁업은 은행의 부수업무로 운영되어왔으나, 1968년 12월에 일반은행의 신탁겸영이 금지되면서 신탁업무는 새로 설립한 한국신탁은행에서만 운영토록 하였다. 한국신탁은행은 금전신탁, 부동산신탁, 증권투자신탁업무를 수행하였으나 경영상의 어려움으로 1976년 서울은행과 합병하여,²⁾ 신탁업무는 서울신탁은행이 유일하게 신탁업무를 담당하였다. 하지만 1983년부터 금융정책의 수정으로 전 금융기관이 신탁업무를 겸영할 수 있도록 하였다.

2) 이재욱/이상호, 신탁법 해설(한국사법행정학회, 2000), 32쪽.

부동산신탁은 1991년 부동산투기억제책으로 도입되었으며 기존 금융기관과는 별도로 부동산신탁회사를 설립 이를 통하여 관리, 처분신탁 등 업무를 수행하여 왔다. 이후 금융기관과의 관계에서 부동산신탁과 기타 금융업과는 일정한 간격을 유지한 채 발전하였으나 IMF 이후 경제 위기극복과 금융 및 기업의 구조조정 촉진을 위하여 기업보유의 부동산 매각을 효과적으로 추진하기 위하여 1998년 상반기 은행도 부동산신탁을 도입할 수 있도록 허가하였다.

1.2 부동산 신탁의 도입의 정책적 배경

부동산신탁은 앞서 본 바와 같이 금전신탁의 도입과 함께 이루어진 것이 아니라 정책인 이유에 따라 전격적으로 도입되었으며, 그 설립 주체도 민간이 주축이 된 것이 아닌 정부주도의 도입이었다. 부동산신탁 도입당시의 정책적인 배경을 살펴보기로 한다.

1986년부터 비롯된 3저 호황에 힘입은 국제수지 흑자의 지속과 1987년에 두 차례의 선거로 인한 통화증가로 시중의 유동자금이 급격히 증가하면서 1980년대 부동산 시장은 유례없는 가격폭등을 겪고 있었다. 특히 1987년 하반기부터 선거공약에서 제시된 지역개발사업은 해당 지역들의 투기 붐을 일으켰으며, 전국적으로 지가상승을 초래한 요인이 되었다. 주택보급률 또한 약 60%로 하락하여 주택공급부족과 과잉유동성으로 인하여 부동산 경기는 점차 과열되기 시작하였다. 이후 제6공화국에서 민주화와 더불어 근로자들의 높은 임금요청, 소득분배구조 개선 등 주요 사회적 이슈들이 복합적으로 현안이 되면서 부동산 시장은 투기적인 세력까지 가세하여 혼탁함을 더하였다. 이러한 시대적인 상황에서 정부는 1988년 부동산투기 근절을 위한 장단기종합대책인 ‘8.10 부동산 종합대책’(이른바 8.10 조치), 이듬해인 1989년 5월의 ‘200만 호 주택건설 추진계획(1988~1992)’를 실시하였으며, 한정된 국토에서 토지를 효율

적으로 이용하기 위하여 1990년대 토지공개념을 도입하였다. 이를 통하여 공급확대와 초과이익에 대한 환수조치 등을 통한 부동산시장 안정화를 꾀하고자 하였다.

이러한 시대적 배경에서 정부는 투기적인 수요를 억제하고 산업의 생산비 절감과 금융자금의 흐름을 정상화시키기 위한 목적으로 1990년 ‘4.13 부동산 투기억제대책’을 실시하였고 그 대책의 일환으로 부동산신탁제도를 도입하였다. 토지에 대한 개인의 소유권은 인정하되 그 이용은 공공복리의 관점에서 규제한다는 기본방향을 설정하여 추진하였으며, 이러한 정책목적에 따라 부동산신탁사는 주로 정부투자기관 등의 공공적인 성격을 지닌 기관의 자회사로 설립되었다. 기존 신탁업의 인가는 재정경제부 장관의 인가를 받아 주식회사의 형태로 운영되었는데 자본금은 금전신탁의 경우에는 자본금 250억 이상인 주식회사, 금전을 제외한 재산의 신탁 업무인 경우에는 100억 원 이상이었다. 구신탁업법상 특별히 부동산만을 신탁하는 회사는 인가되지 않았으나, 1990년 4월 13일해야 비로소 정책적인 이유로 부동산만을 신탁하는 회사가 출현하게 되었다. 최초의 부동산 신탁회사는 1991년 5월 성업공사(현 자산관리공사)와 한국감정원의 자회사 형태로 대한부동산신탁과 한국부동산신탁회사가 설립되었다. 부동산신탁회사의 업무도 초기에는 부동산관리, 처분신탁과 부수업무를 기본으로 사업이 인가되었으며, 토지신탁은 1992년 11월, 담보신탁은 1993년 2월에 허용되었다.

부동산신탁의 도입과정에서 볼 수 있듯 우리나라 부동산신탁은 기본적으로 금전신탁을 중심으로 발전하여 왔으며, 부동산자체를 다른 사람 명의로 이전하는 부동산신탁은 대륙법계에 속하는 우리나라의 법감정상 그리 친숙하지 않았던 것으로 보인다. 그 결과 부동산신탁은 최초에는 주로 주택개발에 따른 투명한 자금조달과 그에 따른 개발이익을 공공적인 방향에서 규제할 수 있도록 모델링 되었으나, 시간이 지남에 따라 공공 정책적인 목적보다는 수익성을 위하여 위험성이 크지만 수수료가

비싼 토지신탁 중심으로 영업이 전개되었다. 이후 금융기관의 PF활성화로 인하여 부동산신탁사업에 대한 메리트가 점차 상실되고, 시장참여자도 자본시장법 이후 급속하게 늘어나게 되었다.

2. 부동산신탁업의 현황

2.1 IMF 이전 부동산신탁업 현황

국내 부동산신탁업은 앞서 말한 바와 같이 정부투자기관의 자회사로 출발한 대한부동산신탁과 한국부동산신탁을 필두로 하여 1996년 4월 한국토지공사가 한국토지신탁을, 1996년 12월에 주택은행이 주은부동산신탁(현 KB 부동산신탁)을 설립하였으며, 1997년 12월에는 주택사업 공제조합이 주택공제부동산신탁(현 대한토지신탁)을 설립하였다. 이후 1998년 11월에 삼성, 교보, 흥국생명 등 생명보험회사가 출자하여 생보 부동산신탁이 설립되었다. 그러나 이후 부동산신탁사의 영업이 토지신탁을 중심으로 전개가 되다 보니, 외환위기 과정에서 한국부동산신탁과 대한부동산신탁(코레트신탁)이 채무 상환 불능상태가 발생하면서 부실화 문제가 불거졌다. 이러한 부실화 원인은 기존의 관리, 처분, 담보신탁에서 발생된 것이 아니라 과도한 토지신탁 수주와 무리한 사업확장에 따른 것이었다.

초기 부동산신탁사의 업무별 영업수익은 최초 토지신탁의 비중이 16% 밖에 되지 않았으나 93년부터 외환위기 직후인 98년까지 누적합계 1113.72억 원으로 전체 영업이익의 71%를 차지하게 되었다.

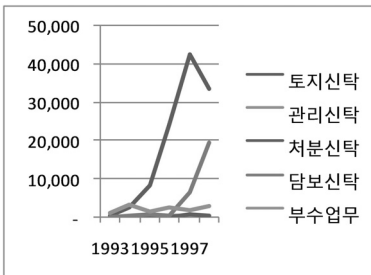
〈부동산신탁사 상품별 영업수익³⁾〉

(단위 : 백만 원)

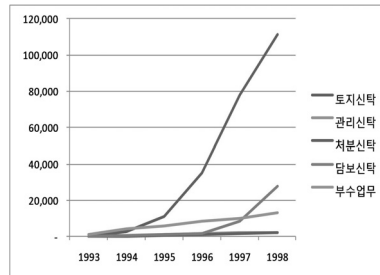
구분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	합계
토지신탁	258	2,321	8,371	24,223	42,659	33,540	111,372 (71.0%)
관리신탁	81	222	740	560	466	326	2,395 (1.5%)
처분신탁	139	220	307	320	928	497	2,411 (1.5%)
담보신탁	38	433	828	338	6,582	19,313	27,532 (17.6%)
부수업무	1,077	3,438	1,434	2,466	1,671	2,964	13,050 (8.3%)
합계	1,593	6,634	11,680	27,907	52,306	56,640	156,760

그래프로 이를 보면 98년 IMF를 기점으로 토지신탁 영업은 급감하였으나, 누적 영업수익은 94년 이후 지속적으로 늘어난 것으로 볼 수가 있다. 이와 더불어 담보신탁은 96년부터 지속적으로 증가하였는데 이는 초기 토지신탁의 자금조달을 위하여 기존의 저당제도 대신 담보신탁을 이용한 사례가 많아졌기 때문이었다. 그러나 관리, 처분신탁은 그 수요가 매우 미비하였으며 수수료 또한 낮았다.

〈연도별 상품별 영업수익〉



〈연도별, 상품별 누적 영업수익〉



3) 건설산업연구원, 신탁제도를 통한 부동산신탁의 활성화방안(건설산업연구원, 2000), 110쪽.

토지신탁과 관련하여 IMF 이후 문제가 된 점은 다음과 같다. 첫째로 사업성이 취약한 개발사업의 토지신탁 수탁, 둘째 수수료에 비하여 과다한 리스크, 셋째 신탁사업간의 부실의 전이 등이다. 물론 외환위기에 따라 부동산경기가 급작스럽게 침체되었고 고금리에 따른 사업부담이 큰 이유도 있었겠으나, 주택사업자체를 신탁하는 과정에서 신탁에 대한 이해도가 낮아서 당시 현행법상 신탁에 대한 배려가 전혀 되어 있지 않았으며, 이러한 상태에서 무리한 토지신탁 수주를 통하여 단기적으로 수익성을 제고하려 했던 이유에서 근본적인 원인을 찾을 수 있다.

토지신탁 사업의 경우 특히 사업지의 사업성이 취약한 경향이 있는데, 시공순위가 높거나 자금력이 풍부한 시공사의 경우 자체적으로 자금 조달이 가능하므로 토지신탁보다는 자체사업을 통하여 이익을 극대화하려는 경향이 있다. 또한 신탁회사의 경우 수동적으로 사업성과 관련된 부분, 즉 분양율, 평형설계 등에 대한 부분을 위탁자의 의지에 따라 진행하는 경우가 많아 창의적으로 사업수주가 어려운 부분이 있어 신탁회사의 리스크는 큰데 반하여 실제 선택할 수 있는 사업은 매우 제한적이었다. 더욱이 신탁회사의 경우 수수료의 요율산정은 대부분 사업비 전체에 대비하여 5% 미만인데 비하여 당시 수주하였던 토지신탁의 대부분은 사업비가 신탁회사의 자본금액을 초과하는 것이 대다수였다.

IMF 이후 최초의 두 신탁회사가 부실화된 이후 토지신탁제도는 금융감독당국의 정책적인 변화에 따라 여러 가지 제한사항들이 신설되었기에 따라 ‘설립 2년 이후 토지신탁 수주가능’, ‘토지 매입비 지급 제한’ 등 안정적인 사업을 위한 제어장치가 마련되었다. 대한부동산신탁과 한국부동산신탁은 영업정지조치를 통하여 청산절차에 들어갔으며, 이에 자산관리공사에서 국민자산신탁(현 한국자산신탁)을 2001년 3월 23일 설립하여 우량물건만을 이전받고, 나머지 신탁회사는 청산조치를 밟게 되었다.

2.2 IMF 이후 부동산신탁업 현황

IMF 이후 부동산신탁업은 공기업 또는 안정적인 대주주의 자회사로 운영되어 왔다.⁴⁾ 그러나 2004년 2월 27일 다올부동산신탁이 인가되면서 최초로 민간에게 부동산신탁회사 설립의 길이 열리게 되었다. 이후 2006년 3월 24일 코람코자산신탁, 2007년 8월 24일 아시아신탁, 2007년 11월 9일 국제자산신탁, 2009년 8월 26일 무궁화신탁, 2009년 12월 29일 새한자산신탁(현 코리아신탁)등 민간자본에 의하여 설립된 부동산신탁업이 생기게 되었고, 이로써 부동산신탁회사는 총 11개 회사가 설립되었다. 더욱이 2009년 시행된 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(이하 자본시장법)에 따라 신탁업법이 폐지되고 신탁회사가 자본시장법 안으로 편입되면서 경쟁이 더욱 가열되기 시작하였다. 기존의 기업구조조정을

〈신탁회사 현황〉

구 분	개수	회 사 명	인가단위		
			종합	금전	부동산
은행	17	신한, 우리, SC제일, 하나, 외환, 씨티, 국민, 대구, 부산, 광주, 경남, 산업, 기업, 농협, 수협	○		
		전북, 제주		○	
	3	도이치, 홍콩상하이, 뉴욕멜론		○	
증권사	17	신한, 교보, 대신, 대우, 하나대투, 동양증권, 삼성, 미래에셋, 우리투자, 한국투자, 현대, NH투자, 한화, 메리츠, 신영, 유진투자, HMC투자	○		
보험사	5	미래에셋, 삼성, 대한, 흥국	○		
		교보생명		○	
부동산 신탁회사	11	한국토지신탁, KB부동산신탁, 대한토지신탁, 생보부동산신탁, 한국자산신탁, 하나다올신탁, 코람코자산신탁, 아시아신탁, 국제신탁, 무궁화신탁, 코리아신탁			○
계	53				

※ 출처 : 금융감독원 2010. 9. 6.'10. 상반기 신탁회사 영업실적 분석

※ 부동산 신탁업무 영위가능 회사는 인가단위가 '종합', '부동산'으로 총 47개사임.

4) 한국토지신탁(한국토지공사), 대한토지신탁(군인공제회), KB부동산신탁(KB은행), 한국자산신탁(자산관리공사), 생보부동산신탁(교보생명, 삼성생명)

위하여 은행에 점영되었던 신탁부문과 증권사에게도 부동산신탁 시장이 개방되어 토지신탁을 제외한 나머지 신탁상품들은 은행, 증권사와 경쟁해야 하는 처지에 놓이게 되었다.

시장참여자의 증가로 부동산신탁사의 수탁고는 증가하고 있으나 부동산경기 침체와 더불어 수익성은 악화되고 있다. 2010년 3/4분기말 현재 11개 부동산신탁회사의 전체 수탁고는 137.7조 원으로 2009년 동기간 대비 25.6조 원(22.8%) 및 2010년 6말 대비 5.4조 원(4.1%) 증가하였으나 영업손익은 2010년 3/4분기말 2,657억 원 대비 2009년 동기간 2,302억 원으로 355억 원(13.4%)감소하였다. 또한 영업비용 측면에서는 2010년 3/4분기말 2,558억 원으로 2009년 동기간 1,792억 원 대비 766억 원(42.7%)나 증가하였다.

〈부동산신탁회사 손익현황〉

(단위 : 억원, %)

구 분	2009년		2010년		증감(율)			
	3/4분기	4/4분기	2/4분기	3/4분기	전년동기대비		직전분기대비	
영업수익	2,657	3,616	1,564	2,302	△355	(△13.4)	738	(47.2)
1. 신탁보수	1,161	1,641	758	1,117	△44	(△3.8)	359	(47.4)
(토지신탁)	580	793	398	572	△8	(△1.4)	174	(43.7)
(관리신탁)	23	31	12	17	△6	(△26.1)	5	(41.7)
(처분신탁)	72	118	33	51	△21	(△29.2)	18	(54.5)
(담보신탁)	377	536	233	358	△19	(△5.0)	125	(53.6)
(분양관리신탁)	109	163	82	119	10	(9.2)	37	(45.1)
2. 부수업무수익	513	670	186	272	△241	(△47.0)	86	(46.2)
3. 신탁계정대이자	686	937	414	638	△48	(△7.0)	224	(54.1)
4. 기타수익	297	369	206	275	△22	(△7.4)	69	(33.5)
영업비용	1,792	2,430	1,325	2,558	766	(42.7)	1,233	(93.1)
영업이익	865	1,187	240	△256	△1,121	(△129.6)	△496	(△206.7)
당기순이익	703	906	208	△182	△885	(△125.9)	△390	(△187.5)

※ 금융감독원, 10년 3분기(1월~9월) 부동산신탁회사 영업실적 분석

이는 부동산신탁사가 수탁고 대비 영업이익은 감소하여 출혈 경쟁이 심화되고 있음을 보여준다. 보다 더 중요한 사실은 영업비용의 증가로, 이는 주로 일반관리비에서 발생하는 비용보다는 토지신탁의 미분양증가와 부실사업의 증가에 따른 대손상각 비용의 증가분이다.

결과적으로 급속한 시장참여자 증가와 토지신탁의 위험성 증가로 2010년 3/4분기 신탁회사 전체 당기순이익은 -182억 원을 기록하였다.

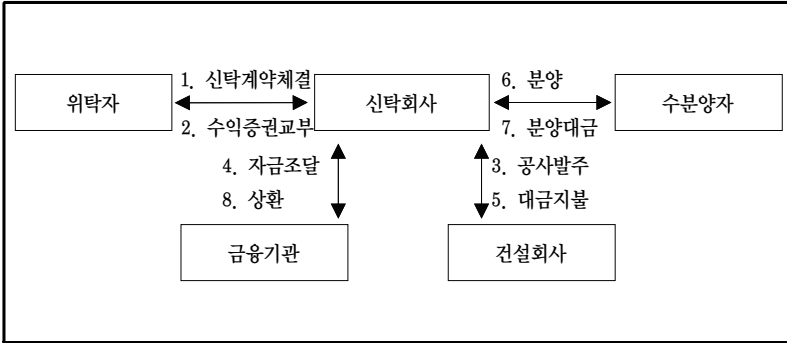
부동산경기악화에 따른 외부 환경적인 요인도 있지만, 부동산신탁회사의 경우 공기업 민영화에 따른 공공성 약화, 자본시장법 도입에 따른 급속한 경쟁체제로의 변화로 인한 영향이 크다. 특히 부동산신탁의 특성상 기초가 되는 부동산관련 법령이 개정되지 않는 한 새로운 신규 상품을 출시하는 것이 극히 어려운 상황에서 단시간 내의 경쟁자의 기하급수적인 증가는 부동산신탁회사에게 치명적일 수밖에 없다.

2.3 신탁사업과 관련한 문제점

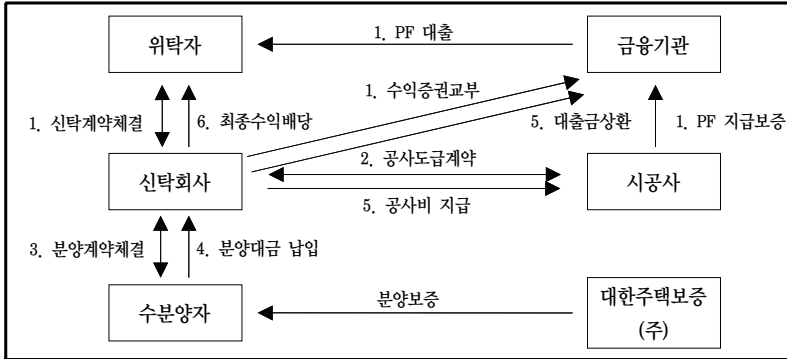
최근 신규 부동산신탁사들의 진입으로 새로운 틈새상품에 대한 연구가 활발하다. 그 중 ‘관리형 토지신탁’ 상품이 그것인데, 이는 기존의 개발신탁이 신탁사무의 일환으로 자금조달 등의 의무를 지고 있었다면 이 상품은 신탁사의 차입의무를 원칙적으로 부담하지 않고 시행사의 역할 중 일부만을 소극적으로 수행하는 상품이다. 즉 건설자금 등의 사업비 조달책임은 토지소유자인 위탁자가 부담하며, 시공사는 책임준공과 지급보증을 통하여 사업비 조달에 협조하는 방식이다. 기존의 위탁자의 자금력이 그리 충분하지 않은 현 실태를 감안할 때 관리형토지신탁 상품의 성공여부는 실질적으로 시공사의 시공능력과 자금력에 달려 있다.

개발형(차입형) 토지신탁과 관리형 토지신탁의 사업개발방식은 아래의 그림을 참조하기 바란다.

〈개발형 토지신탁〉※



〈관리형 토지신탁〉※



※ A신탁사 홈페이지 상품소개설명서

그러나 관리형 토지신탁의 경우에도 형식적이거나 신탁회사가 사업의 시행주체로 들어가게 되고, 이는 주택법상 ‘시행주체’로서의 분양업무에 관한 책임과, 사용승인조건의 이행책임, 하자보수책임을 부담하는 점에서 여전히 리스크에 노출되어 있다고 봐야할 것이다. 사업 자체의 미분양으로 인한 자금부족이야 위탁자와 시공사가 부담한다는 의미에서 단기적으로는 신탁회사의 부담은 줄었으나, 장기적으로 위탁자와 시공사가 부도, 파산이 되었을 경우 수분양자에 대한 최종적인 책임과 준공에 대한 책임, 하자 보수에 대한 책임은 시행사인 신탁사의 몫으로

돌아갈 가능성이 크다. 또한 소극적인 신탁회사의 관리자세로 인한 사업장의 부실이 더 크게 확대될 가능성도 상존하고 있다.

더욱 중요한 부분은 최종 부도 시 수분양자에 대한 책임문제이다. 설사 이 신탁상품에서 위탁자나 시공사가 부도난다고 할지라도 수분양자 보호는 대한주택보증에서 보증하니 문제가 없다고 하나, 신탁회사의 책임회피는 어려울 것으로 판단된다. 이는 현재 관리형 토지신탁 뿐 아니라 차입형 토지신탁도 마찬가지이다. 수분양자에 대한 책임을 대한주택보증(주)에서 보증한다고 할지라도 형식적이나 시행자가 살아 있는 상황에서 대한주택보증에서 수분양자에 대한 책임을 미리 이행할지 여전히 의문으로 남는다.⁵⁾

이러한 위험에서 벗어났다고 하더라도 시공사가 부도, 파산되었을 경우 장기적인 하자보수책임에 대한 문제가 남아있다. 이는 관리형 토지신탁 뿐 아니라 차입형(개발형) 토지신탁에도 발생할 수 있는 문제이다. 즉 시공사, 위탁자가 부도, 파산되었을 경우 신탁목적인 준공이 끝났음에도 불구하고 사업주체로서의 신탁회사의 지위는 여전히 존속하고 있으며, 준공 후 10년차 하자에 대한 부담주체가 신탁회사가 될 수 있는 가능성이 존재한다.

토지신탁과 관련된 문제로 또한 사해신탁이 있다. 현행법상 사해신탁의 경우 수탁자의 선의나 악의에 상관없이 신탁을 해지할 수 있다. 인허가부터 분양, 준공 및 사용승인까지 개발업무 일체를 부담하는 차입형 토지신탁이나, 제한적인 범위에서 사업시행을 맡고 있는 관리형 토지신탁의 경우에 신탁사무처리를 하는 과정에서 여러 가지 채권, 채무 관계를 맺게 된다. 이러한 경우 판례는 ‘신탁사무처리에 관하여 발생한 채권을 가지고 있는 채권자는 수탁자의 일반채권자와는 달리 신탁재산에

5) 대한주택보증의 분양보증은 ‘사업주체가 파산 등의 사유로 분양계약을 이행할 수 없게 되는 경우’ 당해 주택의 분양의 이행 또는 납부한 계약금 및 중도금의 환급(입주자의 3분의 2 이상이 원하는 경우에 한함)을 책임지는 보증이다. 사업주체에는 시행자인 신탁회사도 포함된다고 봐야 할 것이다.

대하여도 강제집행을 할 수 있는데(신탁법 제21조 제1항) 수탁자의 이행 책임이 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것은 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 한정되는 것이므로(신탁법 제32조), 수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행 할 수 있는 채권자에 대하여 부담하는 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미친다고 보아야 한다.⁶⁾고 한다. 이러한 취지의 판결에서 볼 때 사해신탁에 따라서 수탁자의 선, 악에 불문하고 신탁이 해지된다고 하면, 수탁자인 신탁회사는 신탁채권자에 대하여 무한의 책임을 지는 것이 되고, 위탁자 또는 수익자에게는 청구할 수 없는 경우가 발생한다. 설사 청구가 가능하다 하더라도 이미 위탁자인 시행법인은 파산직전에 있는 경우가 대다수이므로 일정한 수수료만을 받고 신탁업무를 대행해주는 신탁회사에게는 가혹한 처사라 할 수 있다.

Ⅲ. 일본 부동산신탁의 검토

우리나라 신탁법의 발전과 부동산신탁업의 현황과 비교를 위하여 일본신탁제도 및 부동산신탁제도를 살펴보기로 한다.

1. 일본 신탁제도 및 新신탁법 개정

1.1 일본 신탁제도

일본신탁제도는 명치시대 후반부에 들어서 도입되었다. 당시 일본의 근대화작업의 일환으로 신탁제도가 소개되었다. 이 당시에는 일반적인

6) 대법원 2004. 10. 15. 선고, 2004다31883, 31890 판결.

신탁보다는 근대화에 충당할 산업자본의 조달목적에 부합하는 담보부 사채신탁이 먼저 도입되었다. 1900년에 제정된 일본흥업은행법에서 ‘지방채증권, 사채권 및 주권에 관한 신탁업무’가 제정된 이후, 1905년 담보부사채신탁법 제정을 근거로 사채발행, 주식모집 등을 간편화하여 손쉽게 산업자본을 공급하였던 것이다.⁷⁾ 이후 신탁업무를 본격적으로 취급하는 신탁회사로 1906년 4월 동경신탁주식회사가 설립되었으며, 이후 1907년 13개사, 1921년 488개사에 이르는 신탁회사가 생겼으나 실제로 이들 대부분은 대부업자 등 자본력과 신용력이 약소한 회사가 신탁이라는 간판만을 내건 것이 대부분이었다. 이후 대장성 및 사법성의 주도로 1922년 4월 신탁업법과 신탁법을 제정하고 종래의 약소 신탁회사를 정리하고 대자본에 의한 유력 신탁회사를 중심으로 발전토록 유도하였는데, 당시 정부에서 주로 상정한 모범적인 방안은 기존의 공신력이 약한 신탁회사를 대신하여 사회적인 신용도가 높은 주식회사가 개인재산을 중심으로 하여 신탁을 받고 이를 개별적으로 관리, 운용하는 것을 목적으로 공공적이며, 비영리적인 성격이 강한 미국의 신탁제도를 모태로 한 것이었다.

이후 1928년 대공황과 함께 1941년 이후 전시 체제에 대응하기 위하여 1943년 ‘보통은행 등 저축은행업무 또는 신탁업무를 겸영 등에 관한 법률’이 제정되면서 보통은행에서 신탁을 겸영토록 하는 신탁업계 재편안이 나왔다. 이를 통하여 신탁은 은행에 의하여 흡수합병 되면서 신탁회사의 수는 더욱 급감하였다. 전후에는 신탁회사의 기존 고객층인 유산계급과 이자생활자들이 몰락하면서 금전신탁을 주로 영업활동을 전개하였지만 1948년 증권거래법이 제정되면서 신탁회사의 사채의 인수, 주식의 모집, 매출업무 등이 제한되고, 신탁회사는 유가증권의 대리매매 등의 제한적인 업무만을 수행할 수 있게 되었다. 이후 신탁은 연합군총사령부의 제안에 따라 은행업무를 겸영토록 하는 재건정비계획에 따라

7) 일본 사단법인 신탁협회, 역자 금융투자협회, 신탁업무기초강좌, 11쪽.

신탁은행으로 사명을 바꾸면서 고율배당과 원금보장을 주로 하는 금전 신탁 판매에 치중하였다.

신탁업의 활성화에 대한 갈망이 높아지던 중 합동운영 지정금전신탁의 일종인 대부신탁이 1952년 국회에서 가결됨에 따라 신탁회사는 장기 자금수요에 대응할 수 있는 대부신탁 판매를 시작하였고, 이는 전후시절 산업계에 장기적이고 안정적인 자금의 공급수단과 일반 대중에게는 고율의 저축수단으로 널리 사용되어, 현재까지 일본신탁업의 독자적인 업무를 대표하는 신탁으로 자리 잡았다.

대부신탁이 활성화됨에 따라 신탁을 은행으로부터 분리하여 독립하려는 움직임이 강해졌으며 1954년을 기점으로 신탁은 은행으로부터 분리되어 독자적인 상품개발과 판매를 통한 종합적인 재산관리기관으로서 자리매김하기 위하여 노력하였다.

일본의 신탁제도는 외국문물과 함께 명치시대에 일본에 도입되면서 전후 장기적인 산업발전을 위한 대부신탁의 활성화에 커다란 역할을 하였다. 신탁에 대한 인식도 우리나라에서 받아들이는 것과는 달리 금전 신탁을 중심으로 자연스럽게 생활 속으로 파고들었으며, 더욱 다양한 형태로 고객 니즈에 만족할 수 있도록 2006년 신탁법을 개정 추진하였다.

1.2 일본 新신탁법

일본은 2006년 12월에 영미의 신탁제도를 대륙법체계에 따라 독특하게 변형하여 구성한 新신탁법을 개정하였다. 일본신탁법 역시 1922년 제정된 이래 실질적인 개정 없이 80년 이상 유지되어, 신탁은행과 투자 목적의 상사신탁을 기초로 발전시켜왔던 기존 신탁법으로는 다양한 경제환경에 대응하기가 쉽지 않았고 이에 따라 2005년에 개정된 미국 통일 신탁법과 2000년에 개정된 영국 수탁자법 등을 고려하여 새로운 신탁법을 개정기로 하였다.

일본 신탁법은 2004년 3월 규제개혁, 민간개방추진 3개년 계획에서 ‘변화하는 신탁스킴의 활용에 도움이 되는 상사신탁관련법제의 검토’과 제로 ‘신탁법개정요강시안’을 2005년 7월 15일 발표하였다. 이 신탁법개정요강시안은 사회경제정세의 변화에 비추어 신탁법제에 있어 수탁자의 의무, 수익자의 권리 등에 관한 규정을 정비하는 외에, 신탁의 병합 및 분할, 위탁자가 스스로 수탁자가 되는 신탁, 수익증권발행신탁, 한정책임신탁, 수익자의 정함이 없는 신탁 등의 새로운 제도를 도입함과 동시에 국민이 이해하기 쉬운 법제로 만들기 위해 이를 현대용어로 표기하는 등의 신탁법 개정 방향을 설정하였다.⁸⁾ 이후 2006년 법제심의회 총회에서 신탁법 개정요강을 발표한 후 2006년 新신탁법이 선포되었다.

新신탁법 개정방향은 수탁자의 업무를 합리적으로 개선하였으며, 수익자의 권리행사를 강화하고, 더 나아가 다양한 신탁의 이용형태에 대응하기 위한 제도를 정비하는 것이었다.

수탁자의 업무의 합리적인 개선방향으로 우선 사적자치를 넓게 인정토록 하였다. 강행규정이었던 수탁자의 의무조항들을 기본적으로 계약당사자의 의사에 따라 정할 수 있도록 임의규정화하여 다양한 신탁형태에 유연하게 대응할 수 있도록, 수탁자의 충실의무를 완화하고 이를 계약에 따라 정할 수 있도록 하였다. 또한 신탁목적과 부합할 경우 신탁사무처리의 위탁도 폭넓게 인정하였다.

수익자의 권리행사 부분은 지금까지 계약당사자가 아닌 제3자의 입장에서 최종적으로 수익을 인수하던 피동적인 수익자의 모습에서 벗어나 권리행사 부분을 강화하였다. 수탁자는 정기적으로 수익자에게 신탁재산에 대하여 정보를 제공해야 하며, 수탁자의 위법행위 금지를 사전에 방지할 수 있는 청구권이 규정되었다.

이와 더불어 신탁의 유연성을 제고하기 위하여 다양한 신탁의 이용형태를 규정하였는데 지금까지의 일본신탁이 대부신탁, 투자신탁, 연금신

8) 최수정, 新신탁법(진원사, 2007), 7쪽.

탁 등 이자를 위한 형태가 주류였다면, 개정 신탁법은 다양한 금융환경이 반영될 수 있도록 수익증권발행신탁, 한정책임신탁, 자기신탁, 유언대용신탁 등 부분 등을 대폭 개정하였으며, 특히 사업신탁이 가능하도록 수탁가능재산의 범위를 적극재산 뿐 아니라 소극재산에까지 확대하였다. 일본 新신탁법은 지금까지의 금전신탁을 위주로 하여 발전해 온 신탁시장에 사적 자치의 영역을 넓히면서 더욱 다양한 금융상품의 출현과 이에 유연하게 대응할 수 있도록 하였다.⁹⁾

〈일본 신탁제도의 변천〉

시기	법제도개정	내 용
1992년	금융제도 개혁법	은행이 증권, 신탁자회사를 통하여 타업종 진출
1993년	신탁대리점제 도입	지방고객들에게 신탁서비스 제공
2001년	신탁겸영법	도시, 장기신용은행, 농림중앙금고도 신탁업 진출
2004년	신탁업법 개정	비금융업자 신탁업 허용
2006년	신탁법 개정	사업신탁, 목적신탁 등 다양한 상품 가능

2. 일본 부동산신탁 현황

금전신탁을 위주로 발전하였던 일본의 부동산신탁상품과 현황을 살펴보기로 한다. 부동산 신탁은 목적에 따라 부동산관리신탁, 부동산설비신탁, 부동산처분신탁 및 토지신탁으로 나눌 수 있다.¹⁰⁾

부동산관리신탁은 부동산의 관리를 목적으로 하는 신탁으로 주로 집세나 임대료 등을 징수하여 재산세, 보험료 지급 등의 관리업무를 하는 것으로 신탁회사는 보수관리 뿐 아니라 소유권자로서의 포괄적인 업무를 수행한다. 이러한 관리신탁은 특별장애자부양신탁에서 일정한 조건하에 신탁재산을 수탁한 이후 장애자를 수익자로 하는 형태로 운영되거

9) 사단법인 신탁협회, 역자 금융투자협회, 앞의 책, 22-28쪽 요약.

10) 사단법인 신탁협회, 역자 금융투자협회, 위의 책, 40-80쪽 요약.

나, 또는 고령자를 위한 노후생활자금마련을 보완하기 위하여 역모기지
와 같은 상품에서 관리신탁을 체결하여 임대료, 집세 등 관리업무를
신탁회사가 도맡아 하는 형태로 운영되기도 한다. 특히 전쟁 이후 일본
내에서 재산 등을 관리해줄 사람이 필요하여 신탁의 형태로 재산을 관
리, 운영하였던 사례가 있었다. 부동산 설비신탁은 부동산설비의 소유자
가 부동산을 신탁하고 그 수익권을 제3자에게 매각하여 자금화 하는
것으로 토지소유자가 임차인의 발주에 따라 건설회사가 건물을 건축하
여 신탁은행에 수탁한 후 그 신탁수익권을 제3자에게 매각하는 형태이다.

부동산처분신탁은 부동산을 제3자에게 처분하는 것을 목적으로 하는
신탁이나 일본에서는 주로 관리신탁과 함께 관리, 처분신탁이 함께 이용
되며 처분신탁만을 수탁하는 사례는 거의 없다.

일본의 토지신탁제도는 1965년 초부터 도시개발의 한 방법으로 이용
할 수 있는 방안이 검토되기 시작하였으며 1983년부터 토지신탁제도의
장점이 알려지면서 ‘국토의 이용에 관한 연차보고’에서 토지신탁의 활
용을 권장하는 취지가 실린 이래로 1984년 3월 1호 토지신탁이 탄생하였
다. 일본의 토지신탁은 신탁회사가 토지소유자로부터 토지를 신탁 받아
신탁목적에 따라 그 토지의 이용계획, 분양계획을 책정하고 공사의 발
주, 자금조달, 건물관리 등의 부동산임대사업과 분양사업을 일괄적으로
실시하는 신탁으로 일반적인 부동산신탁과 달리 적극적으로 신탁회사
의 역할이 중축이 되는 신탁이다. 특히 신탁회사가 자금을 조달하여
주체적으로 사업을 하는 사업집행형 신탁이라는 점에서 다른 신탁과
차이가 있다고 할 수 있다.

그러나 토지신탁은 금전신탁 등의 타 신탁과는 달리 부동산, 임대시
장의 불경기로 수탁건수와 수탁잔고는 미비한 편이다(2010년 3월 현재
토지신탁 17,688억 엔으로 전체 수탁고의 0.2%). 일본신탁은 미국에서
유래되긴 하였으나 기업신탁(유가증권신탁 및 금전채권신탁)이 발달한
미국과 달리 금전신탁 위주로 성장해왔다. 영미법에서 주로 재산이 기

업, 개인, 연금 등 위탁자를 중심으로 나누어지고 수탁물건은 종합적으로 관리되었던 반면 일본의 경우 장기적인 산업발전의 자금조달 등을 목적으로 한 대부신탁이 성행하였으며, 1994년 이후 고이율의 배당을 위한 금전신탁이 가장 큰 비중을 차지하고 있다.¹¹⁾ 부동산신탁이나 개발신탁의 경우 그 사례는 점차 줄어들어 현재에는 수탁고도 작은 편이나, 종합재산신탁인가 이후에는 금전과 부동산을 혼합하여 운영하는 신탁이 주류를 이루고 있다.

〈일본 신탁회사의 신탁종류별 수탁고〉

(2010. 3. 현재, 단위 : 억 엔, %)

구 분		수탁고	구성비	전년대비증감
금전신탁	금전신탁	1,615,763	21.3	17,602
	연금신탁	320,687	4.2	△16,528
	재산형성급부신탁	404	0.0	△9
	대부신탁	5,028	0.1	△3,370
	투자신탁	1,024,955	13.5	44,047
	금전신탁이외기타신탁	127,129	1.7	△10,773
	소 계	3,093,968	40.8	30,968
금전외신탁	유가증권신탁	523,855	6.9	26,136
	금전채권신탁	316,623	4.2	△14,533
	동산신탁	362	0.0	△12
	토지신탁	17,688	0.2	△1,417
금전외신탁	토지 임차권 신탁	28	0.0	△17
	포괄신탁	3,638,999	47.9	138,013
	기타신탁	48	0.0	△13
	소 계	4,497,606	59.2	148,154
합 계		7,591,575	100.0	179,122

※ 일본 사단법인 신탁협회 발간 신탁통계자료(<http://www.shintaku-kyokai.or.jp>)

11) 미국신탁의 경우 기업신탁, 개인신탁, 연금형 신탁의 3가지 종류로 나누어지며 종합 관리가 수행됨.

〈연도별 일본 신탁회사의 토지신탁 수탁건수〉

(단위 : 건)

연도	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09
건수	1,406	1,407	1,371	1,323	1,262	1,156	1,029	925	811	699	645	583	521

※ 일본 사단법인 신탁협회 발간 신탁통계자료(<http://www.shintaku-kyokai.or.jp>)

Ⅳ. 부동산신탁과 관련한 개정 신탁법 검토

1. 사해신탁 관련 문제

부동산 개발사업에서 신탁제도 활용이 증가됨에 따라 사해신탁 취소 관련 분쟁도 증가하고 있다. 현행 사해신탁관련 규정은 수탁자와 수익자가 위탁자의 사해행위에 대하여 선의인지 여부와 상관없이 사해신탁 설정취소를 인정하고 있으며, 민법상 채권자취소권(제406조)에 비하여 사해신탁의 수탁자 또는 수익자 보호가 부족하다는 지적이 있어왔다. 현행 사해신탁 관련 규정을 중심으로 이를 고찰해보기로 한다.

1.1 사해신탁의 성립

사해신탁은 현행 신탁법 제8조¹²⁾에 따라 민법 제406조¹³⁾의 채권자

12) 신탁법 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.

13) 민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.

취소권을 행사할 수 있는 권리를 말한다. 사해신탁이 성립하기 위하여 우선 객관적인 요건으로 사해행위가 있어야 하며, 주관적인 요건으로 사해행위에 대한 사해의사가 있어야 한다.

객관적인 요건인 사해행위는 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위이다. 사해행위는 일반적으로 채무자의 법률행위로 인하여 그의 일반재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기고 채권자에게 완전히 변제를 할 수 없게 되는 것을 말한다. 사해신탁이 성립하기 위하여 현행법상 피보전채권은 금전채권¹⁴⁾이어야 하며, 취소채권자의 채권은 사해행위 이전에 성립하고 존재해야 한다.

주관적인 요건으로서 사해의사는 채무자의 악의가 있어야 한다. 즉 채무자의 법률행위로 인하여 채권의 공동담보에 부족이 생겨 완전한 변제를 할 수 없게 된다는 것에 대한 인식을 말하는 것이고 이러한 채무자의 사해행위는 채권자가 입증해야 한다. 여기서 민법상의 채권자 취소권과 다른 점은 사해신탁의 취소가 수탁자의 악의를 요건으로 하지 않으므로 채권자는 수탁자의 선악에 불문하고 수탁자를 상대로 하여 사해신탁을 취소할 수 있다는 것이다. 이러한 취소소송의 경우 민법상 채권자 취소권의 경우 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자를 상대로 하여 그 취소를 청구하는 소송을 제기해야 하나, 신탁법상 사해행위 취소는 수탁자의 경우 수탁자의 선의 악의에 상관없이 취소가 가능하다는 데 동의한다.

그러나 신탁수익자에 대하여 독립적인 취소가 가능한지에 대하여 이

그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.

- 14) 신탁법 제8조 소정의 사해신탁의 취소는 민법상의 채권자취소권과 마찬가지로 책임 재산의 보전을 위한 것이므로 피보전채권은 금전채권이어야 하고, 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2001. 12. 27. 선고, 2001다32236 판결).

론이 있다. 긍정설의 경우 위탁자의 채권자가 수탁자와 수익자 중 취소 상대방을 선택하여 수익자에게도 독립적으로 취소가 가능하다고 한다. 이는 민법상 채권자 취소권을 유추적용 하는 설로 채권자 취소권과 사해 신탁취소권은 모두 채무자의 재산회복을 목적으로 하는 점에서 공통점이 있기 때문이라고 한다. 부정설의 경우 수탁자에 대해서만 취소권을 행사하여야 하고 신탁 수익자에 대하여는 독립적으로 취소권을 행사할 수 없다는 견해이다. 다만 신탁수익자에 대한 독립적인 취소권은 인정하지 않더라도 수탁자에 대하여 사해행위를 취소하면 신탁수익자의 수익권을 보유할 권원이 없어지며, 장래에 받을 채권에 대하여 기대가능성이 없어진다. 이 부정설에 의할 경우 신탁법 제8조 제2항에 따른 해석도 자연스럽게 기존의 받은 이익의 경우에는 반환하지 않는 것으로 해석한다.

1.2 토지신탁 관련 사해신탁의 취소소송

개별신탁상품에 따른 사해신탁의 인정은 판례에 따라 다양하게 나타난다. 특히 이러한 사해신탁 취소소송과 관련하여 문제가 되는 것은 토지신탁과 관련한 소송이다. 토지신탁의 경우 사해의사 판단 시 사해행위 이후의 채무자의 변제 노력, 채권자의 태도를 간접사실로 고려하고 있고, 공사 중단 후 신탁을 하여 건물을 완공하려고 한 경우 미완공 건물 가치와 건물 완공으로 얻을 수 있는 재산적 가치를 비교형량하여 실질적인 책임재산의 증가여부를 고려¹⁵⁾하여 사해신탁의 성립여부를 검토해야한다고 판시하였다. 또한 채무자가 건물이 90% 정도 완성된 상태에서 토지 및 건물을 개발신탁한 사안에서 채무자가 채권자에게 채무를 부담하고 있으면서도 이를 변제하지 아니한 채 채무자의 유일한 재산을 개발신탁한 것을 사해행위¹⁶⁾라고 판시한 사례도 있다.

15) 대법원 2003. 12. 12. 선고, 2001다57884 판결.

16) 대법원 1999. 9. 7. 선고, 98다41490 판결.

토지신탁의 경우 사해신탁의 판단이 대단히 어려운 경우가 많고 특히 수탁자의 입장에서도 수탁자의 이름으로 신탁사무처리를 하는 과정에서 발생하는 수많은 신탁채권자들과의 관계에서 토지신탁을 수탁한 이후 이를 사해신탁으로 취소하게 되면 여러 가지 사회적 문제가 발생할 여지가 있다. 특히 사해신탁이 설정된 이후 수탁자와 거래한 제3자가 수탁자의 ‘신탁사무의 처리상 발생한 권리’에 해당하는 채권을 가지고 있을 경우 선의의 제3자는 신탁재산뿐만 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 강제집행을 할 수 있다. 즉 선의의 제3자인 신탁채권자는 신탁재산을 사해신탁에 따라 채무자에게 회복시킨 경우 신탁재산에 대하여는 강제집행을 할 수가 없고 자신의 채권을 만족하기 위하여 수탁자의 고유재산에까지 미친다는 점이다.¹⁷⁾

토지신탁의 경우 일반적인 관리, 처분신탁과는 달리 사업집행을 대행하는 성격이 강한 신탁이다. 그러나 토지신탁의 수탁의 개시 당시에 수탁자에게 위탁자의 재산 상황에 대하여 조사하거나, 사해신탁으로부터 면책될 수 있는 예외가 없는 상황에서 일단 수탁을 한 이후 발생하는 많은 권리 의무관계를 수탁자의 고유재산으로 변제하여야하는 것은 심히 부당하다고 할 수 있다. 특히 토지신탁의 경우 주택법상 시행자로서의 강력한 의무가 부과되어 있어 사업시행자로서의 책임은 무한정으로 늘어가는 경우가 많아, 이러한 사해신탁의 책임은 일정부분 제한해야 할 필요가 있다고 본다.

17) 신탁사무의 처리상 발생한 채권을 가지고 있는 채권자는 수탁자의 일반채권자와 달리 신탁재산에 대하여도 강제집행을 할 수 있는데, 한편 수탁자의 이행책임이 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(대법원 2004. 10. 15. 선고, 2004다31883 판결).

1.3 일본의 사례 검토

일본 新신탁법에서는 사해신탁의 취소의 경우 수탁자의 선의, 악의와 상관없이 취소를 청구할 수 있으나, 단 수익자가 현존하는 경우, 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로 지정된 것을 안 때 또는 수익권을 양수받은 때 채권자를 해하는 사실을 알지 못하는 경우 그러지 않는 것으로 규정하였다.¹⁸⁾ 이는 구 신탁법 제12조 규정에 따라 수탁자의 주관적 요건을 묻지 않고 취소권을 행사할 수 있는 조항에 비하여 완화된 규정이다. 특히 신탁 수익권을 유동화 할 필요가 많은 일본 사례에서 신탁의 수익권을 취득한 SPC(Special Purpose Company)등을 통하여 수익권을 유동화 하는 경우에 기초자산인 신탁 수익권이 사해신탁을 이유로 취소

18) 일본 新신탁법 제11조(사해신탁의 취소 등) ① 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. 단 수익자가 현존하는 경우, 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로 지정된 것을 안 때 또는 수익권을 양수 받은 때 채권자를 해하는 사실을 알지 못한 경우에는 그러지 아니한다.

② 전항의 규정에 의한 청구를 인용하는 판결이 확정된 경우, 신탁재산책임부담채무에 관한 채권을 가진 채권자(위탁자인 경우를 제외한다)가 당해 채권을 취득한 때 채권자를 해하는 사실을 알지 못한 때에는, 위탁자는 당해 채권을 가진 채권자에 대해 당해 신탁재산책임부담채무에 대해 변제할 책임을 진다. 단 동항의 규정에 따른 취소로 인하여 수탁자로부터 위탁자로 이전되는 재산의 가액을 한도로 한다.

③ 전항의 규정을 적용함에 있어, 제49조 제1항의 규정에 의해 수탁자가 가지는 권리는 금전채권으로 본다.

④ 위탁자가 그 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우, 수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때에는 채권자는 수익자를 피고로 하여 민법 제424조 제1항의 규정에 의한 취소를 법원에 청구할 수 있다. 단, 당해 수익자가 수익자로 지정된 사실을 안 때 또는 수익권을 양수받은 때에 채권자를 해함을 알지 못한 경우는 그러하지 아니하다.

⑤ 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.

된다면 유동화에 따른 안정적인 채권발행 등이 심각한 타격을 입을 것으로 판단된다. 이에 따라 일본 新신탁법의 경우 수익권의 양도 사실을 안 때에는 취소하지 못하도록 규정을 개정하였다.

이를 정리하면 다음과 같다. 우선 수탁자를 대상으로 위탁자의 채권자가 사해행위취소권을 행사할 수 있다. 수탁자는 선의 악의 상관없이 채권자 취소의 대상이 되나 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로 지정된 것을 안 때, 또는 수익권을 양수받을 때 수익자가 선의 인 경우에는 설령 실제 급부할 시에 수익자가 악의일지라도 위탁자의 채권자는 채권자 취소권을 행사할 수 없다.

또한 수탁자를 대상으로 할 경우이라도 수익권이 아닌 신탁재산책임 부담채무에 대한 채권을 갖는 채권자(위탁자인 경우를 제외)가 선의일 경우에는 위탁자는 이 신탁재산부담채무에 대하여 변제할 책임을 지되 수탁자로부터 위탁자로 이전되는 재산가액을 한도로 책임진다(新신탁법 제11조 제2항). 이 경우 수탁자가 신탁재산으로부터 보상받을 권리는 금전채권으로 간주된다(新신탁법 제11조 제3항).

수익자가 수탁자로부터 신탁재산에 속한 재산의 급부를 받은 때에는 채권자는 수익자를 대상으로 사해행위취소를 청구할 수 있으나, 수익자가 수익자로 지정된 사실을 안 때 또는 수익권을 양수받은 때에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 취소청구를 할 수 없다.

〈일본 新신탁법상 사해신탁〉

수탁자	원칙	선의 악의 상관없이 채권자는 취소권 청구 가능
	예외	① 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로 지정된 것을 안 때 수익자가 선의 ② 수익권을 양수받은 때 수익자가 선의
위탁자	채권자 취소권 인용된 경우 신탁재산 책임 부담부 채무에 대한 채권자에 대하여 수탁자로부터 이전되는 신탁재산을 한도로 변제	
수익자	원칙	수탁자로부터 신탁재산에서 속하는 재산의 급부를 받은 때 채권자 취소권 청구
	예외	① 당해 수익자가 수익자로 지정된 사실을 안 때 선의 ② 수익권을 양수 받은 때 선의

또한 수익자의 전부가 아닌 일부가 악의일 경우에는 악의의 수익자를 보호할 필요가 없으므로 악의의 수익자의 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 소구할 수 있다(新신탁법 제11조 제5항).

1.4 개정 신탁법의 검토

사해신탁과 관련하여 기존 신탁법은 수탁자와 수익자가 위탁자의 사해행위에 대하여 선의인지 여부를 고려하지 않고 사해신탁설정의 취소를 인정하고 있는데, 이에 대하여 자산유동화 구조를 안정적으로 유지하는 것이 불가능하고, 투자자에게 예측할 수 없는 손해를 줄 수 있으며, 수익자 또는 전득자에 비하여 사해신탁의 수탁자 또는 수익자의 보호가 부족하다는 점에서 이론상 비판이 있어 위탁자의 채권자와 신탁의 보호를 적절하게 조화시킬 필요가 있다고 한다.¹⁹⁾

개정안 논의과정에서 수탁자 및 수익자의 주관적 요건으로서 앞서 본바와 같이 수탁자는 신탁재산의 명의자, 관리자에 지나지 않으므로 수탁자가 선의인 경우에도 취소를 인정하여도 부당한 사안이 없다는 태도와²⁰⁾ 사해신탁을 근거로 취소소송과 처분금지가처분 등을 통하여 수탁자인 신탁회사가 불안정한 지위에 놓이게 되는 점과 단지 수수료만을 얻고 있을 뿐인 유상수탁자의 경우 신탁재산으로부터 이익을 얻을 지위에 없다는 이유로 신탁의 취소를 허용하는 것은 부당하다는 견해²¹⁾가 대립하였으나, 최종 개정안 제출에서는 선의의 수탁자의 경우 신탁설정행위의 취소로 인하여 기수취한 신탁보수와 장래 수취할 신탁보수를 상실하게 됨은 물론 선의의 수탁자가 신탁재산을 선의의 수익자에게 양도한 경우 신탁재산을 보유하지 않고 있음에도 불구하고 수탁자에게

19) 법무부, 신탁법개정안해설(법무부 상사법무과, 2010. 2), 70쪽.

20) 안성포, 한국금융법학회 2009년 동계학술발표회 토론문; 임채웅, “사해신탁의 연구”, 24-26쪽.

21) 이종기, 신탁법(삼우사, 2007), 76-77쪽.

사해행위를 원인으로 하는 취소권과 원상회복청구를 할 수 있는 부당한 경우가 발생할 수 있어 유상 수탁자의 경우에는 사해신탁의 취소를 배제토록 하였다. 또한 유상수익자의 경우에도 마찬가지로 선의의 수익자가 예측할 수 없는 손해를 방지하기 위하여 ‘수익권을 취득할 당시’ 수익자가 선의인 경우 사해신탁취소권을 인정하지 않았다.

또한 기존의 사해신탁의 상대방에 있어서 사해신탁 취소권의 행사 상대방에 대한 견해의 대립이 있었으나, 이번 신탁법 개정안은 위탁자의 채권자에게 수탁자와 수익자 모두를 피고로 하여 취소 및 원상회복을 구할 수 있도록 규정하였다.

앞서 살펴본 선의의 신탁채권자의 경우도 사해신탁이 취소되어 원상회복되면 예측할 수 없는 손해를 입을 수 있으므로 신탁법 개정안에서는 선의인 신탁채권자를 보호하기 위하여 위탁자로 하여금 신탁채권에 대한 이행책임의 한도를 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임지도록 하였다.

이를 정리해보면 다음과 같다. 원칙적으로 채권자 취소권 청구가 가능하되, 선의 유상인 경우에는 수탁자와 수익자 모두에게 채권자 취소권 및 원상회복을 할 수 없도록 하였다.

그러나 신탁법 개정안은 그 논의 과정에서 ① 수탁자의 ‘유상’ 인수 여부에 따라 취소여부를 달리하는 것이 부당하고 ② 실제 수익을 누리는 수익자의 선의 또는 악의를 기준으로 취소여부를 가리면 충분하는 주장

〈신탁법 개정안 사해신탁〉

수탁자	원칙	① 채권자 취소권 청구 ② 선의 유상수익자로부터 채권자 취소 안된 경우 악의 수탁자의 보수 및 이익을 위탁자 양도
	예외	선의 유상으로 신탁을 인수한 경우
위탁자	수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산 한도 내 책임	
수익자	원칙	① 채권자 취소권 청구 ② 악의 수익자, 무상취득자는 선의 유상수탁자로부터 받은 이익을 위탁자에게 양도 청구
	예외	수익자가 유상으로 수익권을 취득할 당시 선의인 경우

을 반영하여 최종적으로는 수탁자가 선의일지라도 취소권을 청구할 수 있으나 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러지 아니한 것으로 수정 의결하였다.²²⁾

최종 개정된 신탁법을 정리해보면 수탁자의 경우 수익자가 수익권을 취득할 약의인 경우 당시 수탁자의 선의, 약의를 불문하고 채권자 취소권의 대상이 되나 수탁자가 선의인 경우에는 신탁재산 범위 내에서만 원상회복토록 하고, 위탁자는 원상회복된 신탁재산 한도 내에서 선의의 제3자에 대하여 책임을 지도록 하였다.

22)	개 정 안	수 정
	제8조(사해신탁) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자나 수익자에게 「민법」 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수탁자가 유상(有償)으로 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 약의의 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 약의의 수탁자에게 그가 받은 보수 및 그 밖의 이익을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. ⑤ 제3항 또는 제4항의 경우 위탁자와 사해신탁(詐害信託)의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.	제8조(사해신탁) 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. ② 제1항 단서의 경우에 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 약의의 수익자만을 상대로 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. ③ 제1항 본문의 경우에 채권자는 선의의 수탁자에게 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구 할 수 있다. ④ 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다. ⑤ 채권자는 약의의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. 이때 「민법」 제406조 제2항을 준용한다. ⑥ 제1항의 경우 위탁자와 사해신탁(詐害信託)의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.

〈개정 신탁법 사해신탁〉

수탁자	원칙	① 수익자가 악의인 경우 수탁자의 선의 악의 불문 채권자 취소권 청구 ② 선의의 수탁자인 경우 현존하는 신탁재산 범위 내 원상회복
	예외	수익자가 수익권을 취득할 당시 선의
위탁자	수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산 한도 내 책임	
수익자	원칙	① 수익자가 수익권을 취득할 당시 수익자가 악의인 경우 ② 수익자가 다수인 경우 악의의 수익권 취득시 악의인 수익자
	예외	수익자가 수익권을 취득할 당시 선의

최초 신탁법 개정안과 개정 신탁법의 가장 큰 차이는 수탁자의 유상성과 주관적인 요건이 취소권 청구의 요건이 되느냐에 따른 것인데 개정 신탁법은 수익자 중심의 신탁관계에서 수탁자는 수익자를 위한 중립적인 입장에서 단지 보관, 관리중인 신탁재산을 공평하게 분배, 관리할 의무만을 보유하고 있고 유상의 대가가 취소권의 행사의 이익과 비교하였을 경우 균형을 잃을 정도로 미약한 경우 취소대상에서 배제하는 것은 타당하지 않은 것이라는 입장에서 기존 신탁법의 사해행위의 요건을 그대로 유지하고 있는 것으로 판단된다.²³⁾

그러나 부동산 개발신탁의 경우 일단 신탁이 설정되면 위탁자의 신탁재산은 완전하게 수탁자로 이전되고 수탁자는 부동산 개발행위와 관련한 모든 공법상의 시행주체가 된다. 수탁자는 이러한 위치에서 수많은 신탁사무처리를 하게 되는데 기본적으로 공사도급을 통한 시공계약을 맺게 되고, 또 분양계약을 통하여 수분양자들에게 건축물을 완공해서 인도할 의무를 부담하게 된다. 이러한 과정에서 자금의 과부족이 발생하게 되면 신탁회사는 자신의 고유재산으로부터 차입을 하는 등의 방식으로 신탁목적 달성을 위하여 신탁사무처리를 하게 되는데, 이 경우 시공사나 수분양자는 신탁계약상의 수분양자가 아니라 공사도급계약과 분양계약에 따

23) 법제사법위원회, 신탁법 전부개정법률안 검토보고(법제사법위원회, 2011. 6), 23-26쪽.

른 신탁채권자들에 더 가깝게 된다. 이러한 경우 기초 신탁 재산인 부동산을 출현하는 신탁설정계약을 취소하거나 원상회복하는 경우에는 수탁자의 보수만의 문제가 아닌 신탁채권자들의 피해가 문제될 수 있다.

또한 개정 신탁법에서 예상하고 있는 수익증권발행신탁의 경우 유통을 전제로 하는 유가증권인 수익증권을 발행할 경우 다수의 수익자가 신탁관계에 존재하게 되고 이러한 과정에서 악의의 수익자와 선의의 수익자를 선별하여 선택적으로 취소권을 행사하는 것이 무의미한 경우가 발생할 수 있다.

최초 신탁법 개정안에서 언급한 바와 같이 수탁자의 유상성은 신탁업자로서 다수의 신탁채권자나 수익증권 보유자와의 관계를 전제로 하는 것이고 이 경우 신탁관계 설정 이전의 위탁자의 채권자의 권리보다 일반 거래 안전성이 더욱 중시된다고 판단된다. 개정신탁법에 대한 추가적인 논의를 통하여 신탁업자와의 관계에 있어서는 장기간 다른 채권자와 수익자의 관계가 형성되는 신탁재산인 경우 일정한 시기나 공고를 통하여 사해신탁의 청구를 제한하는 것도 고려해봐야 할 사항이라고 생각된다.

2. 비용보상청구권 관련 문제

보상청구권은 신탁관계에서 수탁자가 신탁재산에 관하여 부담한 조세, 공과 기타 비용과 이자, 신탁사무의 처리를 위하여 과실 없이 받은 손해의 보상을 수익자에게 청구하거나 상당한 담보의 제공을 청구할 수 있고, 그 보상을 받음에 있어서 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수 있는 권리이다. 이는 수탁자가 신탁재산에 대하여 행사하는 자조매각권을 행사함에 있어 신탁사무를 처리한 경우 이와 관련된 비용은 최종적으로 신탁재산 또는 수익자에게 부담시키되 신탁재산의 관리인으로서 신탁의 목적에 따라 신탁재산을 처분할 것을 말한다.

2.1 비용보상청구권의 일반

보상청구권의 대상은 수탁자가 신탁업무를 처리하기 위하여 지출한 비용과 신탁업무 처리상 입은 손해이다. 이러한 신탁비용 수탁자가 신탁의 목적에 따라 신탁사업을 수행하면서 정당하게 지출하거나 부담한 신탁비용으로 수탁자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 신탁비용을 지출한 경우 또는 과실로 인하여 확대된 비용은 보상청구권의 대상이 아니라고 할 것이다.²⁴⁾ 이러한 보상청구권의 기본취지는 신탁재산과 최종적으로 수익을 받는 수익자에게 무한책임을 묻고자 하는 것이다. 수탁자는 어디까지나 정해진 보수를 받고 사무를 처리해줄 뿐이고, 신탁사업으로 인한 이윤이 최종적으로 귀속되는 주체가 책임도 지는 것이다.

보상청구권은 크게 신탁재산에 대하여 우선하여 변제받을 수 있는 권리와 수익자에 대하여 보상청구를 할 수 있는 권리로 나눌 수 있다.

신탁재산에 대하여 우선하여 변제받을 수 있는 권리는 다른 권리자에 우선하여 권리를 행사할 수 있는 것으로 신탁법이 수탁자에 대하여 인정하고 있는 법정 담보권이라고 할 것이다. 판례에서는 “신탁비용 및 신탁보수 지급의무는 적어도 신탁관계를 청산하는 신탁재산의 반환 시까지 변제됨이 형평에 맞다는 점을 참작하여 보면, 위탁자 또는 수익자가 부담하는 신탁비용 및 신탁보수 지급의무와 신탁종료 시에 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에 대하여 부담하는 신탁재산을 이전할 의무는 이행상 견련관계에 있다고 인정되고 따라서 양자는 동시이행의 관계에 있다”²⁵⁾고 한다.

수익자에 대하여는 앞서 본 바와 같이 수익자가 신탁이익의 최종적인 귀착자이므로 수익자에 대하여 보상청구를 할 수 있으며, 이는 신탁재산에 대한 우선변제권과 임의로 선택하여 행사할 수 있다고 보아야 한다.²⁶⁾

24) 대법원 2006. 6. 9. 선고, 2004다24557 판결.

25) 대법원 2006. 6. 9. 선고, 2004다24557 판결.

2.2 비용보상청구권 행사의 문제점

그러나 현실적으로 각종 토지신탁 사업의 진행시 수탁자는 부동산 개발사업에 필요한 공사도급계약, 각종 용역계약, 분양계약 등을 체결하고 이행하는 과정에서 공사비 등 집행 자금이 없는 경우 고유계정에서 비용을 집행할 수밖에 없는 상황이 발생한다. 그러나 이러한 사업집행신탁과 같은 토지신탁의 경우 위탁자는 보통 수익자를 겸하게 되고 이러한 위탁자들은 대부분 자력이 크지 않은 상황이다. 또한 위탁자 대부분이 자력이 없다 보니 금융기관으로부터 PF 대출을 받기 어려워 실질적인 사업진행 시 주로 신탁회사의 신용을 빌어 시행사업을 시작하기 위한 초기자금을 충당하게 된다.

최근 부동산신탁사가 급증하고 시장에서 경쟁이 과열되다보니 실질적인 사업성 검토 없이 부실한 사업들을 수탁하게 되는데 이러한 경우 보상청구권과 관련하여 여러 가지 문제가 발생할 수 있다.

주로 신탁원본이 되는 부동산은 가치가 별로 크지 않고, 향후 들어올게 될 분양수입금에 기초하여 사업을 진행하게 되는 경우 이러한 문제들이 발생한다. 신탁사무처리 상 발생된 비용과 과실 없이 받은 손해, 채무에 대하여 보상청구를 할 경우 이를 청구할 위탁자의 자력이 크지 않거나, 부도 또는 파산되었을 경우 신탁재산으로부터도 신탁비용을 충당할 수 없는 경우가 발생한다. 이러한 신탁사업은 특히 부동산신탁사가 사업의 시행주체로 들어가 있다 보니 주택법상에서 시행자의 의무이행 즉 강제로나마 준공을 시켜야 하는 상태에 들어가게 되어, 중도에 위탁자가 부도, 파산될 경우 신탁회사는 신탁목적을 달성할 수 없음에도 불구하고 이러한 사업을 고유계정으로부터 지급하면서 마무리를 지어야 하는 상황에 놓이는 것이다.

26) 현행 신탁법상 보상청구권에 관하여 신탁재산과 수익자에 대한 보상청구권의 순위에 관하여 아무런 규정이 된바가 없다.

이와 관련하여 현행법상 발생할 문제점들을 정리해보기로 한다.

2.2.1 우선수익자의 문제

주로 대주단의 경우 수익자가 아닌 ‘우선수익자’라는 형태로 사업에 참여하게 되는데 이 ‘우선수익자’는 법률상의 용어는 아니나 실무상 수익자의 선순위에서 수익을 수취할 수 있는 권리를 말하고 있다. 그런데 최근 시장경쟁이 심화되면서 업계에서 관리형 토지신탁²⁷⁾ 상품 수주가 급증하였는데 이는 건설경기 하락에 따른 부도위험으로부터 수분양자를 보호하고, 시행자 파산으로 인한 사업장의 연쇄부실을 막기 위하여 은행 등 금융기관의 요청, 또는 자본이 풍부한 시공사의 요구에 따른 것이다. 그런데 이런 관리형 토지신탁의 수주 시 은행 등 금융기관의 경우 ‘신탁이익선지급’ 또는 ‘가배당’ 등의 특약을 넣어 최종적인 정산이 끝나기도 전에 신탁재산으로부터 투입한 원금과 이자를 지급받아가는 계약을 체결하는 경우가 많다. 또한 관리형 토지신탁은 신탁사가 사업에 대한 자금조달의무를 지지 않기 때문에 대부분 시공사의 자력이 중요하게 되고, 특히 시공사의 책임준공, 지급보증²⁸⁾이 사업의 성공을 결정하는데 가장 중요한 부분이 된다.

그런데 문제는 이 경우 사업부실화 등 여러 가지 이유로 분양이 지지 부진할 경우 우선수익자인 금융기관에서는 PF 자금을 신탁이익의 선지급이라는 형태로 모두 수취하게 되면, 이에 따른 자금 부족을 결국 시공사가 부담하게 되는 것이다. 자금력이 풍부한 시공사의 경우 특별하게 문제가 발생되지 않으나, 최근 건설경기 하락 등과 같은 환경적인 요인에 의하여 자금이 부족하여 부도, 파산된 경우 자금에 대한 부담이 없는 사업관리를 목적으로 하는 관리형 토지신탁이지만 현행 주택법상 사업주체로서의 책임을 면하기 어렵게 되는 경우가 발생한다. 즉 사업장의

27) 관리형 토지신탁 : 부동산신탁회사가 사업자금의 조달에 따른 부담을 제외하고 시행자를 대신하여 사업을 주도하는 토지신탁.

책임준공에 대한 문제가 결국 신탁회사의 몫으로 남게 되는 것이다. 이 경우 신탁회사가 고유계정을 차입하게 되면 신탁의 목적을 넘어서게 되는 것이고, 이러한 신탁의 목적을 넘어서 공사를 준공한 이후에도 사업비 및 기타 신탁사무처리를 위하여 소진한 비용을 보상청구 할 대상이 무자력인 위탁자만 남아 있거나 이마저도 파산된 경우 이는 고스란히 신탁회사의 리스크로 남게 되는 것이다.

2.2.2 수익권의 포기 문제

신탁법 제42조 제3항의 경우 “전항의 규정(수탁자의 비용, 손해보상 청구권)은 수익자가 그 권리를 포기한 경우에는 적용하지 아니한다”고 한다. 위탁자와 수익자가 동일한 자익신탁의 경우, 위탁자가 사업 실패에 따른 경우 수익권을 포기하기만 하면 모든 비용상환의무에서 벗어날 수 있는 것처럼 규정되어 있다. 토지신탁과 같은 사업신탁의 경우 앞서 본바와 같이 실질적으로 중도에 신탁회사가 시행자의 사업지위를 제3자 또는 위탁자에게 이전하는 것이 매우 힘들고(수분양자들과 분양계약서 문제, 주택사업자의 시행자로서의 문제 등) 실제 위탁자 겸 최종 수익자의 몫으로 돌아가야 할 신탁사무처리비용은 역시 신탁회사의 리스크로 잔존하게 된다.

2.2.3 신탁종료 후 발생한 비용의 보상청구권

이는 뒤에서 좀 더 자세하게 논의되어야 할 것이나 우선 신탁기간의 만료 등 신탁이 종료한 후에 기존의 수탁자가 법정신탁의 상태에 있거나 또는 신탁이 종료된 이후일지라도 신탁의 목적과 연속되는 신탁사무의 처리를 위하여 금융비용등을 지출하게 되는 경우 이러한 비용에 대한 처리문제이다. 판례는 “신탁법 제61조의 규정의 해석상 신탁이 종료한 경우에는 수탁자는 귀속권리자에게 남은 재산을 이전하거나 대항요건 등을 갖추도록 하는 직무권한만을 갖는다 할 것이므로, 위 법조항에서

존속하는 것으로 간주되는 신탁은 그 목적에 한정하는 법정신탁이므로, 그 신탁목적의 달성에 필요한 비용만 그 법정신탁 기간 중의 비용으로 귀속권리자가 상환하여야 하고, 원래의 신탁기간 중에 발생한 비용의 대출이자 등 금융비용은 신탁법 제61조에 의하여 존속하는 것으로 간주되는 법정신탁의 목적달성에 필요한 비용이라고 볼 수 없다²⁸⁾고 판시한 경우도 있으며, “차입금을 비롯한 신탁비용이 신탁기간 중의 신탁사무 또는 신탁종료 후의 잔존 신탁사무의 처리 내지 종결을 위하여 선풍한 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 있다²⁹⁾고 판단하기도 한다.

2.3 일본 사례의 검토

일본 舊신탁법은 신탁재산과 관련하여 부담한 조세, 공과 그 밖의 비용 또는 신탁사무를 처리하기 위해 자신의 과실 없이 입은 손해에 대해 신탁재산 및 수익자로부터 보상을 받을 수 있고 이러한 권리가 다른 권리자에 우선하도록 규정하고 있었다. 또한 앞서 지적한 바와 같이 수익자가 수익권을 포기함으로써 보상의무를 면할 수 있다고 해석하는 것에 대한 타당성 문제가 제기 되어 이를 新신탁법에 반영해야 할 필요가 있었다.

일본 新신탁법에서 보수청구권은³⁰⁾ 제48조(신탁재산에서의 비용 등

28) 대법원 2002. 3. 26. 선고, 2000다25989 판결.

29) 대법원 2009. 6. 11. 선고, 2008다64959 판결.

30) 일본 新신탁법 제48조(신탁재산의 비용 등의 상환 등) ① 수탁자는 신탁사무를 처리하는데 필요하다고 인정되는 비용을 고유재산에서 지출한 경우 신탁재산에서 당해 비용과 지출일 이후의 이자의 상환을 받을 수 있다. 단 신탁행위에 별도의 정함이 있는 경우에는 그 정함에 의한다.

의 상환 등)에서 정하고 있는데 기본적으로 신탁행위의 별도의 정함이 있는 경우 우선적으로 이에 따르도록 함으로써 보상청구권의 결정을 사적 자치에 따라 정하도록 하였다.

또한 신탁채권자가 강제집행 등을 실행하였을 경우 수탁자의 비용 등 보상에 관한 우선권을 일정범위에서 인정토록 하였다. 즉 각 채권자의 공동이익을 위하여 이루어진 신탁재산에 속한 재산의 보존, 청산 또는 배당에 관한 비용 등은 다른 채권자에 비하여 이를 우선하도록 하였으며, 또한 신탁재산에 속한 재산의 가치를 유지하기 위하여 필요한 비용 즉 필요비와 유익비의 경우에도 우선권을 인정하였다.³¹⁾ 이와 별

② 수탁자는 신탁사무를 처리하기 위하여 비용이 필요한 경우 신탁재산에서 사전에 지불받을 수 있다. 단 신탁행위에 별도의 정함이 있는 경우는 그 정함에 의한다.

③ 수탁자는 전항 본문의 규정에 의해 신탁재산에서 비용을 사전에 받을 경우에는 수익자에 대해 사전 지불 받을 금액 및 그 산정근거를 통지하여야 한다. 단 신탁행위에 별도의 정함이 있는 경우에는 그 정함에 의한다.

④ 제1항 또는 제2항의 규정에도 불구하고 비용 등의 상환 또는 비용의 사전지불은 수탁자가 제40조의 규정에 의해 책임을 부담하는 경우에는 이것을 이행한 후에만 받을 수 있다. 단 신탁행위의 별도의 정함이 있는 경우에는 그 정함에 의한다.

⑤ 제1항 또는 제2항의 경우에 수탁자가 수익자간의 합의에 근거하여 당해 수익자로 부터 비용 등의 상환 또는 비용의 사전지불을 받는 것을 방해하지 않는다.

- 31) 일본 新신탁법 제49조(비용 등의 상환 등의 방법) ⑥ 각 채권자(신탁재산책임부담채무에 관한 채권을 가진 채권자에 한한다)의 공동이익을 위하여 이루어진 신탁재산에 속한 재산의 보존, 청산 또는 배당에 관한 비용 등에 대해 제1항의 규정에 의해 수탁자가 가지는 권리는 제4항의 강제집행 또는 담보권 실행절차에서 다른 채권자(당해 비용 등이 모든 채권자에게 유익하지 않은 경우에는 당해 비용 등에 의해 이익을 받지 않는 자를 제외한다)의 권리에 우선한다. 이 경우 그 순위는 민법 제307조 제1항에 규정된 선취특권과 같다.

⑦ 다음 각 호에 해당하는 비용 등과 관련하여 제1항 규정에 의해 수탁자가 가지는 권리는 당해 각호에 든 구분에 따라 당해 각호의 재산에 관한 제4항의 강제집행 또는 담보권의 실행절차에서 당해 각호에 정한 금액에 대해 다른 채권자의 권리에 우선한다.

1. 신탁재산에 속한 재산의 보존을 위하여 지출한 금액 외에 당해 재산의 가치를 유지하기 위하여 필요하다고 인정되는 것, 그 금액
2. 신탁재산에 속한 재산의 개량을 위하여 지출한 금액 그 외 당해 재산의 가치를

도로 신탁사무처리 시 손해를 받은 때, 과실이 없는 경우 당해손해액에 대해, 그리고 제3자의 고의나 과실에 의해 손해를 받았다면 당해 제3자에게 손해배상청구를 할 수 있는 금액에 대해 신탁재산으로부터 배상을 받을 수 있다.³²⁾

그리고 舊신탁법에서 신탁사무의 처리와 관련한 비용에 대하여 수익자에게 보상을 청구할 수 있고(舊신탁법 제36조 제2항), 수익자는 수익권을 포기함으로써 그 의무를 면할 수 있던 규정(舊신탁법 제36조 제3항)을 개정하여 新신탁법에서는 수익자가 수탁자에 대해 비용 등 보상책임이 없는 것을 원칙으로 삼되 수탁자와 수익자의 합의에 의하여 결정하도록 하였다.

2.4 개정 신탁법의 검토

비용상환청구권과 관련하여 개정 신탁법은 제46조 비용상환청구권, 제47조 보수청구권, 제48조 비용상환청구권의 우선변제권 등으로 세분화하였다.

우선 신탁재산에 대한 비용상환청구권을 살펴보면 신탁사무와 관련하여 발생한 채무에 대하여 수탁자가 신탁재산에 대하여 비용과 그 ‘이자’를 신탁재산에서 임의변제 할 수 있음을 명시하였다. 또한 이러한 비용에 대하여 신탁재산의 자조매각권을 인정하여 금전 이외의 재산인 경우에는 임의매각, 대물변제 또는 강제집행의 방법으로 상환청구권을 행사할 수 있다고 규정하였다. 이 비용상환청구권 중 필요비와 유익비는

증가시키기 위하여 필요하다고 인정되는 것 그 금액 또는 현존하는 증가액 중 낮은 금액

32) 일본新신탁법 제53조(신탁재산으로부터의 손해배상) ① 수탁자는 다음 각호에 든 경우에는 당해 각호에 정한 손해금액에 대해 신탁재산에서 그 배상을 받을 수 있다. 단 신탁행위에 별도의 정함이 있으면 그 정함에 의한다.

1. 수탁자가 신탁사무를 처리하기 위하여 자기과실 없이 손해를 받은 때 당해 손해금액
2. 수탁자가 신탁사무를 처리하기 위하여 제3자의 고의 또는 과실에 의해 손해를 받은 때 당해 제3자에 대해 배상을 청구할 수 있는 금액

전체 신탁재산에 대한 공익적 비용에 해당하여, 경매절차 등에서 저당목적물의 제3취득자의 비용상환청구권과 같이 일반담보물권보다 우선하여 변제받을 수 있으며, 유치권 행사도 가능하도록 하였다. 이는 신탁으로 발생한 비용뿐만 아니라 신탁사무처리와 관련하여 부담하게 된 계약상 채무, 불법행위로 인한 손해배상채무, 조세채무 등이 포함되며, 신탁사무 처리를 하는 과정에서 과실 없이 받은 손해는 신탁재산으로 보상토록 하였다.

이와 관련하여 수탁자가 신탁재산뿐만 아니라 수익자에게도 비용상환청구를 할 수 있는지에 대하여 개정 신탁법 제46조는 “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 있으나, 수익자가 특정되어 있지 않거나, 수익자가 수익권을 포기한 경우에는 그렇지 않다”로 개정하였다.

기본적으로 신탁재산으로부터 자조매각권을 인정하는 것은 일본의 사례나 우리나라의 사례가 동일하다. 그러나 최종적인 수익자에게 비용청구를 할 수 있는가에 대하여 일본신탁법은 기본적으로 청구할 수 없되 계약에 의하도록 하였다. 개정 신탁법은 우선적으로 신탁재산으로부터 비용상환을 받고 이에 부족함이 있을 경우 수익자가 얻은 이익의 범위 내에서 비용을 받을 수 있도록 하였다. 그러나 여전히 수익자가 특정되지 않거나 수익자가 수익권을 포기할 경우 이를 청구할 수 없도록 하였다. 또한 개정신탁법의 경우에도 이를 임의규정화 하였다.

그러나 이러한 개정에 대하여 일반 금전신탁과 달리 토지신탁 등 사업신탁의 경우는 조금 달리 봐야할 것으로 판단된다. 금전신탁과 관련하여 신탁사무의 처리는 대부분 채권, 채무관계를 많이 발생시키는 경우가 없으나, 토지신탁과 같은 개발형 신탁의 경우 거액의 공사도급계약 및 수분양자들에 대한 채무를 지게 된다. 최종적인 이익을 향수하는 수익자

의 경우 보통 위탁자를 겸하고 있는데 이러한 위탁자의 경우 자신에게 거액의 손해가 날 경우 손쉽게 이익을 포기함으로써 이러한 채무관계로부터 벗어나려할 수 있으며, 이러한 모럴해저드 현상이 일어날 경우 일정한 수수료만을 수취하는 신탁회사의 경우 거액의 채무를 고유계정으로부터 지출해야 한다. 물론 계약에 의하여 자유롭게 정할 수 있으나, 현 실태와 같이 경쟁이 심화된 시장에서는 당기간의 이익향상을 위하여 이러한 계약을 체결할 가능성도 높다. 향후 이와 관련하여 자본시장법 등에서 추가적인 논의가 필요할 것이라고 본다.

3. 하자담보책임과 관련한 문제

하자담보책임은 공동주택의 경우 사업주체에 대하여 주택법 및 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 집합건물법)과 민법이 보충적으로 적용된다. 주택법 제46조에 따라 사업계획승인을 받아 건설되는 공동주택 등의 경우에는 사업주체가 하자보수의 책임을 부담한다.³³⁾ 여기서

33) 주택법 제46조(담보책임 및 하자보수 등 <개정 2005. 5. 26>) ① 사업주체(건축법 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조 제2항 제2호에 따른 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 같다)는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 민법 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용하도록 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조에도 불구하고, 공동주택의 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말한다) 또는 건축법 제22조에 따른 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(침하)·파손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 “입주자대표회의등”이라 한다)의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다. <개정 2009. 2. 3, 2010. 4. 5>

1. 입주자
2. 입주자대표회의
3. 관리주체(하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표회의를 대행하

사업주체란 주택법에 근거한 주택건설사업등록자 또는 주택건설사업을 시행하는 자를 말한다. 하자보수의 책임을 부담하는 사업주체는 건축법 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주, 공동주택을 신축, 증축, 개축, 대수선 또는 리모델링하는 행위를 한 시공자를 포함한다.

하자담보책임의 기간은 공동주택의 사용검사일 또는 사용승인일로부터 공동주택내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 주택법시행령³⁴⁾에서 정하고 있는 기간으로 한다. 이와 달리 집합건물법에 의한 건축물(집합건물, 분양상가 등)을 분양한자의 담보책임은 민법 제667조 내지 제671조를 준용한다.³⁵⁾ 그러나 2005년 5월 25일 이후 준공된 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 개정 집합건물법의 부칙에 따라 주택법 제46조의 규정이 정하는 바를 우선적으로 적용하게 되었다.³⁶⁾ 이러한 하자담보책임기간 내에 시공상의 잘못으로 인한 균열, 침하, 파손 등의 하자가 발생하면 입주자, 입주자대표회의, 관리주체 등이 사업주체에게 하자의 보수청구나 보수에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있도록 되어 있다.

그런데 최근 아파트 보급률이 증가와 함께 아파트에 대한 품질에 대

는 관리주체를 말한다)

4. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 따른 관리단

34) 주택법이 개정된 2005년 5월 25일을 기준으로 이전의 공동주택은 민법 및 집합건물법이 우선적으로 적용되어 공종별 구분 없이 10년이 획일적으로 적용되며, 이후 준공된 공동주택은 공종별로 1~3년, 5년, 10년 등 구분 적용됨.

35) 집합건물법 제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한자의 담보책임에 관하여는 민법 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용한다.

② 제1항의 분양자의 담보책임에 관하여 민법에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다.

36) 집합건물법 부칙 제6조(주택법과의 관계 <개정 2005. 5. 26>) 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다. 다만, 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다.

한 기대감도 높아지고, 이에 따른 시민들의 의식수준도 높아져 하자보수 관련 소송이 증가하고 있다. 이러한 분위기에 편승하여 하자기획소송이라는 형태의 새로운 하자관련 소송들이 확산되고 있는데, 이는 하자에 대한 보수 또는 하자보수보증제도를 통한 보상보다는 대부분 거액의 손해배상을 바라는 경우가 대부분이다. 이러한 소송이 증가하는 이유는 우리나라 주택법과 집합건물법 등 관련 법령간의 부조화와 충돌로 인한 사각지대가 존재하고, 하자에 대한 명확한 정의나 규정이 없고 또한 정책당국의 경우 하자심사분쟁조정위원회를 설치하여 운영하고 있지만 실제 인허가관청들도 민원이 발생하게 되면 최우선적으로 민원인에 대하여 감정적인 판단을 하게 되어 시공사나 시행사를 압박하는 경우가 많기 때문이다. 법원의 경우도 실제 판결 상 주택소비자와 시공사, 시행사와의 다툼에서 주택소비자를 경제적인 약자로 의식하여 명확한 판단의 근거가 없이 단순히 법원 감정인의 의견에 따라 판결을 내리는 경우가 많아 이러한 소송은 더욱 증가하고 있다.

이러한 하자와 관련하여 부동산신탁회사 역시 커다란 리스크에 노출되고 있는데, 최근 연구보고서에 따르면 상위 주택사업자 4개 회사에서 3년차 하자보수 종결한 39개 사업장에 대상으로 실시한 결과 단지별 하자보수 종결에 따른 비용은 평균적으로 3.76억 원에 이르는 것으로 나타났다.³⁷⁾ 최근 일부 법무법인에서 승소한 사례를 보면 하자보수보증금대비 최고 1800%에 달하는 손해배상을 한 경우도 있다.³⁸⁾

문제는 이러한 하자보수와 관련하여 부동산신탁사의 경우 주요 고객이 자금력이 미약한 시행사이거나, 중견 시공사이다 보니 10년차 하자소송을 시작하였을 경우 실제 하자보수를 청구해야 할 대상인 시공사와 위탁자는 모두 없어지거나, 부도가 난 상태이고 결국 당시 시행사였던

37) 서덕석 외, “실적자료에 기초한 공동주택 하자보수보증금 사용실태 분석연구”, 한국건축시공학회 논문집 제10권 제2호(한국건축시공학회, 2010. 4), 81-88쪽.

38) 한국건설산업연구원, “토지신탁상품의 하자보수책임효율적 관리방안”(한국건설산업연구원, 2010. 12), 112쪽.

신탁회사를 상대로 하여 소송이 진행되게 된다. 부동산신탁회사의 경우 최근 늘어난 시장참여자와 부동산 경기하락에 따른 시장참여자간의 과열경쟁으로 실제 토지신탁 보수요율은 전체 사업비 대비 2~3%도 되지 않는다. 부동산신탁에서 신탁방식으로 개발한 공동주택이나 기타 건축물의 경우에 부동산신탁사는 사업주체로서 약 10년간의 하자보수책임의 위험에 노출되어 있다고 보아야 할 것이다.

이번 비용상환청구권을 계약에 따라 정하도록 하는 개정 신탁법과 관련하여 토지신탁의 신탁목적에 대한 한계가 준공이후 10년에 이를 정도이고, 이에 대한 사무처리를 신탁사가 수행해야 한다면 신탁 수수료의 적정한 요율산정과 함께 비용상환청구권의 인정범위에 대하여 기존의 판례의 입장도 바뀌어야 할 것으로 보인다. 특히 신탁기간이 종료하고 법정신탁 또는 신탁이 종료된 상태에서 하자보수와 관련한 사업주체로서의 책임을 물어오는 경우 이에 대한 소송 리스크는 엄청난 금액으로 추산된다. 특히 하자 관련 소송은 2009년 기준으로 600여건 이상이 법원에 계류 중이며 총 소송금액만 해도 1조원에 달한다.³⁹⁾

앞서 지적한 바와 같이 합리적인 수준에서의 비용의 상환청구 또는 보수의 청구권을 인정하는 범위에서 이러한 하자보수 청구에 관한 부분에 분명히 논의가 되어야 할 것이다.

V. 향후 부동산신탁업의 발전방향

우리나라 부동산 신탁사의 역사는 토지공개념의 도입과 과열된 부동산 투기를 위한 정책적인 목적에서 도입되었으며 금전신탁과 분리되어 장기간 발전해왔다. 2009년 신탁업법이 폐지되고 자본시장법으로 통합되면서 과거 부동산신탁회사가 가지고 있던 정책적 이점들이 사라지고

39) 건설경제신문, 2009년 5월 11일자

이제 무한 경쟁시대에 돌입하고 있다. 그러나 신탁업법이 폐지되면서 과거 신탁법이 가지고 있던 한계점은 여전히 자본시장법상 남아 있는 상태이다. 특히 자본시장법이 증권, 선물거래와 같은 자산운용에 관한 내용을 주로 다루다 보니 유연함과 사적 자치를 인정하는 방향보다는 안정적인 투자자의 보호와 금융제도의 보호라는 부분에 입각하여 규율하고 있는 부분이 많다.

그러나 신탁이라는 것의 본질은 개인이 가지고 있는 법률적인 한계를 넓혀 외연을 연장시켜주고 다양한 사회적인 필요에 따라 이를 개인 간의 계약에 따라 설정할 수 있는 유연함이라고 생각한다. 앞서 우리는 국내 부동산신탁의 도입배경과 현황 및 문제점, 그리고 일본의 신탁제도의 연혁과 부동산신탁의 현황을 검토하면서 국내 신탁법 개정에 따른 부동산 신탁의 관련 문제들을 검토하였다.

이러한 과정에서 신탁이라는 제도가 다양한 사회 구성원의 요청을 반영하여 이를 개선하고 구체화시키는 과정에서 서로 비슷하지만 다른 모습으로 발전하는 것은 그 사회의 시대적인 상황과 환경변화에 민감하게 반응하는 것이라고 생각한다.

부동산신탁의 경우에도 좀 더 다양한 상품과 외연이 넓혀져 그 원래의 도입목적과 부합할 수 있도록 발전되었으면 하는 바람이다.

(투고일 2011년 12월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 신탁법, 부동산신탁업, 일본부동산신탁, 수익권, 사해신탁, 비용보상청구권, 하자담보책임

참고문헌

1. 단행본

- 법무부, 신탁법개정안해설, 법무부 상사법무과, 2010.
- 법제사법위원회, 신탁법전부개정법률안 검토보고, 2011.
- 이재욱/이상호, 신탁법 해설, 한국사법행정학회, 2000.
- 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007.
- _____, 신탁제도의 개선에 관한 용역, 홍익대학교 법학연구소, 2008.
- 최수정, 신신탁법, 진원사, 2007.
- 한국건설산업연구원, 신탁제도를 통한 부동산신탁의 활성화 방안, 2000.
- _____, 토지신탁상품의 하자보수책임 효율적 관리방안, 2010.

2. 논문

- 서덕석 외, “실적자료에 기초한 공동주택 하자보수보증금 사용실태 분석연구”, 한국건축시공학회 논문집 제10권 2호, 한국건축시공학회, 2010.
- 임재웅, “사해신탁의 연구”, 법조, 법조협회, 2006.

[Abstract]

A Real Estate Trust Business Development Direction along the Trust Act Revision

Jae-Seuk Ko*

The trust Act hasn't been changed in its original form since 1961. Therefore, the Korea Trust Act has been criticized as outdated and insufficient to deal with modern environment especially real estate part. In 2009 Ministry of Justice has been working on the revision of the Korea Trust Act. As all of this endeavor, the Korea Trust Act is passed in 2011. 7.

This paper is written based on the draft prepared by the Trust Act Reform Committee of the Ministry of Justice, and the amended the Korea Trust Act.

Chapter II of this article introduces the historical background of real estate trust business in Korea. and reviews the actual condition of real estate trust business. In chapter III, this article reviews the Japan trust system focused on real estate trust business. In chapter IV, this article studies new Korea Trust Act concerning real estate. In this part, this article considers three important parts of new Korea Trust Act, which are fraudulent transfer in trust, trustee compensation and indemnification, and guarantee against defect. Finally, this article makes a suggestion development of real estate trust in future.

Key Words : The Trust Act, Real Estate Trust Business, A Japanese Real Estate Trust, A Beneficiary Right, A Fraudulent Act Trust, Cost Compensation Demand Right, Defect Collateral Responsibility

* Managing Director, Daehan Real Estate Trust Inc.