

신탁재산의 유동화에 있어 사해신탁취소권과 도산절연 부인권에 대한 고찰

A Study on the Right to Revoke of Fraudulent Trust and Deny of Insulation from
Bankruptcy for Securitization of the Trust Asset

손 동 진 (Son, dongjin)*

이 현 석 (Lee, Hyunseok)**

< Abstract >

Once new trust is created, the created trust asset is insulated from the truster and any bankruptcy of the trustee, while it does not belong to the truster's asset. Hence, the general creditor of truster and trustee are not able to collect a debt from the trust asset which has a strong legal advantage by an independent protection regardless of any bankruptcy or reorganization process. However, this advantage will be effective only on the assumption that the trust was established without any flaws during the establishing process. When a fraudulent act happens, a creditor or a bankruptcy administrator can revoke fraudulent act or fraudulent trust and incapacitate the effect of insulation from bankruptcy by means of a right to deny. That's why it is required to apply a law for a harmony of benefit and balance among truster, trustee, creditor and administrator to avoid abuse of a right from each interested parties. If the rule of enforcing a law is not definite, it could be difficult to secure a legal stability due to many victims. Our trust law and the Supreme Court precedents have constantly recognized the interest of trust and assured the protection and independence of the trust asset up to date. This study reviewed the Supreme court precedents and legal experts' opinions, then proposed an alternative about the issue.

주 제 어 : 사해신탁취소권, 도산절연, 신탁재산유동화, 부동산신탁

key word : Avoidance of fraudulent trusts, Bankruptcy Insulation, Trust Assets Backed Securities,
Real Estate Trust

* 건국대학교 부동산학과 박사과정 수료, sdj2793@naver.com (주저자)

** 건국대학교 부동산학과 교수, hsl3@konkuk.ac.kr (교신저자)

I. 서론

1. 문제의 제기

신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 국세 등 채납처분을 할 수 없고(신탁법 제22조 제1항), 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니하여(신탁법 제24조), 신탁재산은 위탁자 및 수탁자의 도산으로부터도 절연된다. 그 결과 위탁자 및 수탁자의 일반채권자는 신탁재산으로부터 채권의 만족을 얻을 수 없게 되고 또한 위탁자 및 수탁자에 대하여 ‘채무자회생 및 파산에 관한 법률’(이하 ‘도산법’)에 의한 ‘파산절차나 회생절차’(이하 ‘도산절차 등’)가 개시되더라도 신탁재산은 동 절차에 구속되지 아니하는 법상 강력한 강점을 가지게 된다.

그러나 이와는 상반되는 사항으로 채무자가 사해신탁을 설정한 경우에는 채권자가 취소 및 원상회복을 청구할 수 있도록 하고 있으며(신탁

법 제8조 제1항), 관리인이나 파산관재인(이하 ‘관리인 등’)이 채무자에 의한 사해행위나 편파행위에 대하여 부인권을 행사하여 도산절연 효과를 무력화 할 수 있도록 규정하고 있다(도산법 제100조, 제391조).

2012. 7. 26 개정 시행된 현행 신탁법은 수탁자가 선의인 경우에는 사해신탁취소소송을 제한

하여 구 신탁법이 수탁자의 선·악에 관계없이 수탁자에 대하여 신탁행위취소 및 원상회복의무를 부여한 것에 비하여 수탁자의 부담이 상당히 완화된 측면이 있다. 그러나 <표 1>에서 보는 바와 같이 선의의 수탁자에 대한 사해신탁취소소송을 제한하는 것이 사해신탁취소소송 자체를 줄이거나 막을 수 있는 상황은 아니며 오히려 경제구조의 발전과 다양화로 기업의 도산관련 사건은 많은 증가세를 보이고 있다. 또한 사해행위취소소송의 경우 최종 소송결과가 나오기 까지 평균 약 1년 4개월여가 소요되고 소송 전 처분금지가 처분, 위탁자로의 소유권이전청구권가압류 등 보전처분에 따른 기간을 포함하면 상당한 기간 동안은 신탁해지 및 신탁사업처분 등이 제한을 받아 사업진행에 차질이 발생하게 되며 이로 인한 이해관계자(금융기관, 수분양자, 수익자 등)들의 손해발생은 불가피한 상황이 된다. 따라서 사전에 사해신탁의 여지를 최소화하고 피해를 미연에 방지하기 위해서는 신탁에 대한 더 많은 이해와 정밀한 제도적 장치가 요구된다.

따라서 본 연구에서는 신탁방식으로 유동화 하는 경우에 있어서 신탁의 효과를 무력화시키는 사해신탁취소권과 위탁자 및 수탁자의 도산에 따른 관리인 등의 도산절연 부인권에 대하여 살펴봄으로써, 유동화 과정에서 이해관계자들의 신탁 제도 오남용 유혹을 경계하고 거래의 안전을 확보하는 건전한 투자관리·방안을 제시하는데 목적이 있다.¹⁾

1) 부동산신탁제도는 1990년대 초기 ‘4.13 부동산 투기억제대책’의 일환으로 토지의 효율적인 이용증대를 도모하기 위하여 토지공개념 정책으로 도입되었고, 그 후 1997년 말 외환위기사 까지 과도한 차입의존 구도의 사업으로 많은 신탁사업이 파산에 이르렀고 이로 인해 선발 2개 신탁사의 부실과 수많은 이해관계자의 피해를 초래하였다. 자산유동화제도는 외환위기 직후 부동산가격 폭락과 고금리·자금경색 등 부동산시장과 금융시장의 급격한 변화에 대처하기 위해 1998년에 도입되었고, 부동산투자회사(REITs)와

<표 1> 사해행위취소소송 및 도산관련 사건 추이

구분	'06년	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년
사해행위취소소송(건)	6,496	6,330	6,526	6,869	6,745	6,845	7,947
기업회생사건(건)	117	215	581	1,192	1,227	1,390	1,530
법인파산사건(건)	132	132	191	226	253	312	396
소송 평균소요기간(월)	17	17	16	15	15	15	17

출처 : 대법원, 사법연감

* 사해행위취소소송(1심 기준), 기업회생사건, 법인파산사건은 접수건수, 소송 평균소요기간은 3심까지임

이를 위해서 제2장에서는 ‘자산유동화에 관한 법률’(이하 ‘자산유동화법’)상의 유동화 대상자산인 채권·부동산 기타의 재산권 중에서 부동산을 기준으로 한 신탁법상의 사해신탁취소권에 대하여, 제3장에서는 도산법상 신탁재산의 도산절연 부인권에 대하여 관련 판례와 선행연구 및 법률 전문가의 견해를 중심으로 알아보고 유동화 과정에서의 쟁점사항과 대안제시를 모색해 본다. 제4장에서는 각 쟁점사항을 종합하고 결론을 정리한다.

2. 자산유동화의 법적근거

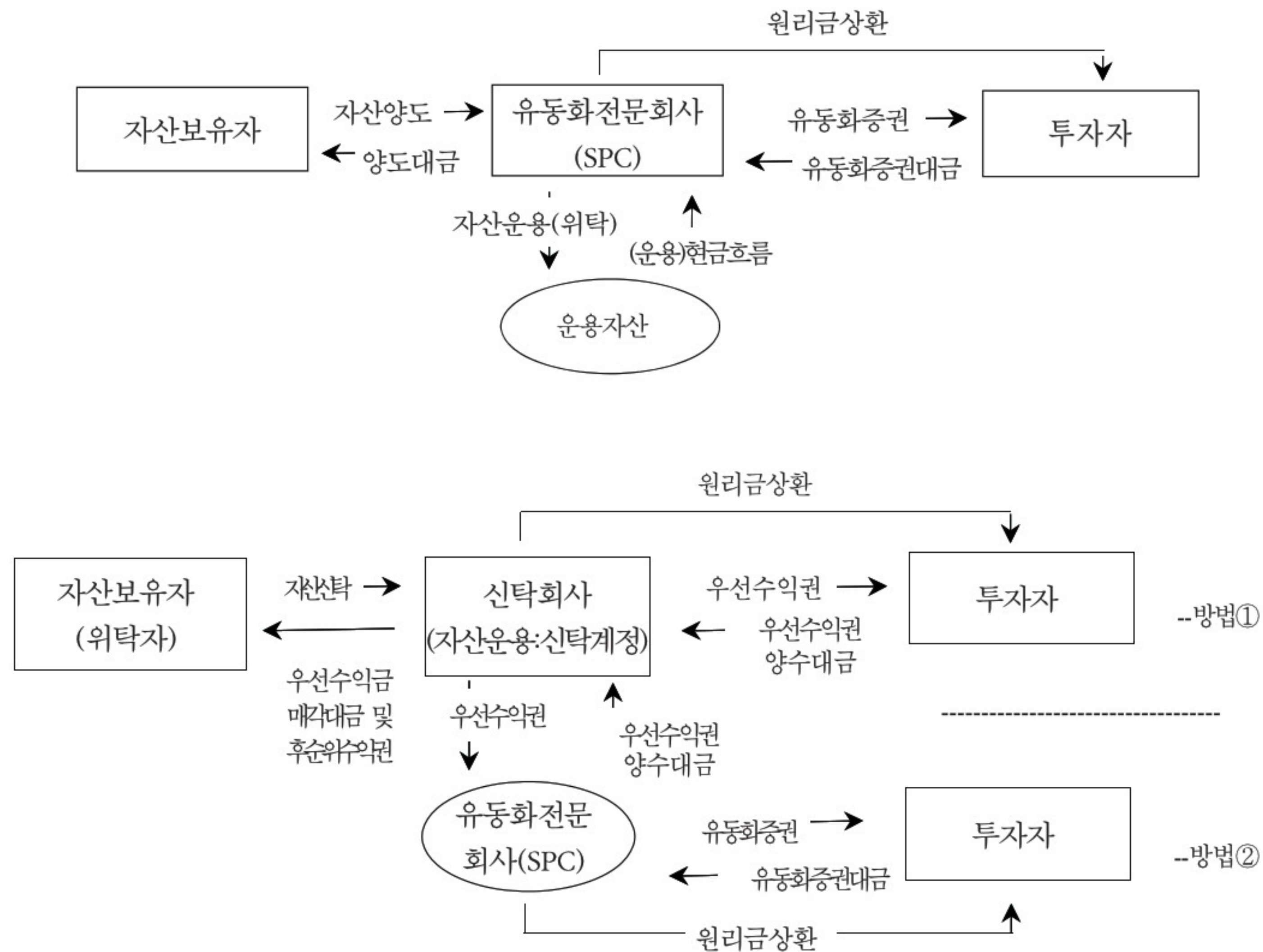
‘협의적 개념’의 자산유동화는 자산유동화법에 따른 유동화전문회사가 자산보유자의 자산을 금융 감독기관에 등록절차를 거쳐 유동화하는 것으로써 이는 동 법상의 특례사항인 (i)채권양도의 대항요건 특례, (ii)저당권 등 취득에 관한 특례, (iii)유동화 전문회사에 대한 조세감면(법인세 감면)특례 등의 효과를 얻고자 하는 유동화로 정의한다. 이에 대해 ‘광의적 개념’의 유동화는 자산

유동화법상의 유동화와 비슷한 구조와 절차를 취하지만 자산유동화법에 따르지 않고 하는 일련의 유동화 과정 전체를 이르는 것으로 정의한다. 금융기관, 일반기업이 보유한 비유동자산을 판매 가능한 증권의 형태로 변환시켜 이를 시장에 판매하여 현금화하는 일련의 과정으로 여기에는 일반 ‘상법’에 따라 유한회사 및 주식회사가 부동산 PF(Project Financing)관련 ABS(Asset Backed Securities)나 ABCP(Asset Backed Commercial Paper) 발행을 통한 유동화를 포함하고, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(이하 ‘자본시장법’)에 따라 부동산신탁(Real Estate Trust)과 부동산집합투자기구가 부동산투자신탁(Real Estate Fund)을 통하여 자금을 조달하는 유동화 및 ‘부동산투자회사법’에 따른 부동산투자회사(REITs: Real Estate Investment Trusts)가 부동산에 투자하는 경우를 포함하는 개념으로 정의한다.

자산유동화의 기본이 되는 구조는 <그림 1>의 양도방식과 <그림 2>의 신탁방식이다(자산유동화법 제2조 제1호). 양도방식은 유동화전문회사

부동산투자신탁(REF)제도는 외환위기 경제하에서 기업의 구조조정을 촉진하고 일반국민들도 소액자금으로 대규모 부동산에 투자할 수 있는 기회를 제공하고자 2001년과 2004년에 각각 도입되었다. 이러한 유동화관련 제도는 기업구조조정촉진과 자산유동화에 많은 기여를 해왔고 구조화금융의 발달과 더불어 더 많은 역할이 기대되어 이에 상응한 거래의 안전과 투자자보호가 요구되고 있다. 따라서 이들 자산유동화관련제도들 간에 공통적인 신탁제도를 활용한 유동화거래에 있어서 거래안전과 투자자보호 측면에서는 실무적으로 동일한 작동원리를 구현할 필요가 있다.

〈그림 1〉 양도방식의 기본구조



(SPC: Special Paper Company)가 유동화자산에 대한 권리를 확보하는 방법으로 자산보유자로부터 직접 매수하는 구조이며, 신탁방식은 자산보유자가 신탁회사에 기초자산을 신탁하고 이를 기초로 신탁회사가 유동화 증권을 직접 발행하거나 (방법①), SPC를 통해 수익권증서를 양수하게 하는 방식(방법②)²⁾으로 구분할 수 있다. 이는 자산유동화법을 따르지 않는 유동화구조에서도 비슷한 구조와 절차를 따른다.

현재까지 자산유동화법은 IMF 금융위기에서

금융기관과 공공기관이 보유하고 있던 부실자산의 처리와 유동화에 초점이 맞추어진 목적상의 한계를 가지고 있으며 공적인 유동화성격에 강한 면이 있다 보니 현재의 구조화금융이 발달된 자산유동화구조에 적용하기에는 그 적용범위에 한계가 있다.³⁾

자본시장법에 근거를 두는 부동산신탁업과 집합투자업(부동산투자신탁)은 부동산과 관련한 유동화증권(수익권양도⁴⁾, 수익증권)을 통하여 자산유동화의 수단으로 많이 활용되고 발전하여 왔

2) ‘재유동화’ 또는 ‘2단계 유동화’(출처; 금융감독원, <http://www.fss.or.kr>, ‘자산유동화 실무안내’, 2013, 3쪽 참조)

3) 자산유동화법에 따르지 않는 ABS, ABCP 등 비등록유동화의 발달과 신용파생거래를 기초로 한 유동화에 한계 등(‘자산유동화 10년의 회고와 전망’, 「BFL」 제31호, 서울대학교 금융법센터, 2008, 9-14쪽 참조)

4) 개정 신탁법에서는 기존에 해석상 인정되던 수익권의 양도성에 대하여 구체적인 규정을 두게 되었으며 (제64조 내지 제66조), 수익권의 성질이 양도를 허용하지 않는 경우를 제외하고는 원칙적으로 자유롭게

<표 2> 재산신탁 종류별 수탁고 추이

(단위: 조원)

구분			'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년
신탁업	재산신탁	금전채권	62.1	46.1	51.2	54.7	66.6	92.5
		부동산신탁	29.2	156.7	175.7	179.2	151.9	147.3
		(토지신탁)	2.6	16.8	19.2	23.2	26.0	28.0
		(관리신탁)	10.4	17.1	17.9	16.5	13.6	13.2
		(처분신탁)	4.3	19.6	21.3	17.3	11.4	12.1
		(담보신탁)	11.9	103.2	117.2	122.3	100.9	94.0
		유가증권	4.3	8.2	4.7	5.3	7.0	9.4
		합계*	95.6	210.9	231.6	239.2	225.5**	249.2

출처: 금융감독원

* 은행, 증권, 보험, 부동산신탁사 합계

** 회계처리방식 변경으로 '12년중 30.1조원 감소(금전신탁 포함)

<표 3> 부동산투자신탁(REF) 수탁고 추이

(단위: 억원)

구분	'07년	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13년
전체	62,090	77,602	105,856	132,789	155,089	189,576	232,319
(공모)	10,505	5,952	3,465	4,347	3,642	6,771	6,092
(사모)	51,585	71,650	102,391	128,442	151,447	183,805	226,227

출처: 금융투자협회

다. <표 2>는 부동산신탁 수익권증서 발행의 근거가 되는 재산신탁 수탁고 추이이고, <표 3>은 집합투자기구가 부동산투자신탁 수익증권 발행의 근거가 되는 수탁고 추이이다.

종전의 '신탁업법'에서는 금전신탁의 경우에만 수익증권을 발행할 수 있도록 규정하고 있었으나, 자본시장법으로 편제된 이후에는 수익증권의 범위를 금전신탁뿐만 아니라 처분·이용·개량행위가 가능한 신탁의 수익권이 표시된 것도 수익증권의 범주에 포함시킴으로써 부동산신탁의 수익

권증서도 금융투자상품에 포함시키고 있다(자본시장법 제3조제1항 제2호).

한편, 수익권의 양도에 관하여 신탁법(제64~68조), 자본시장법(제110조, 제189조), 자산유동화법(제32조)이 각각 그 목적에 따라 내용을 다르게 규정하고 있다. 신탁법에서는 수익권증서 양도양수시 당사자의 사적자치가 강조되고, 자본시장법과 자산유동화법에서는 거래의 안전과 투자자보호가 강조되고 있다.

여기서 첫 번째 논의사항으로 살펴볼 점은 부

수익권을 양도할 수 있도록 하고, 수익권 양도의 방식은 지명채권양도의 경우에 준하여 규정하고 질권의 설정에 대하여도 같은 취지의 규정을 두어 기존의 현실을 반영하고 있다(출처; 이상호 변호사 네이버 블로그, <http://blog.one21.co.kr/60159948415>).

동산신탁사가 발급하는 수익권증서도 자본시장법(제4조 제5항)상의 ‘수익증권’ 범주에 포함할 수 있으나 문제이다. 현행 자본시장법은 금전신탁계약에 의한 수익권(제110조)과 집합투자업자가 발행하는 수익권(제189조) 그리고 ‘그 밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권이 표시된 것’을 수익증권으로 분류하여 발행관련 사항을 규정하고 있지만 부동산신탁계약에 의해 발행하는 신탁의 수익권에 대해서는 명확한 내용이 없기 때문이다. 부동산신탁사가 발행하는 수익권증서가 ‘그 밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권이 표시된 것’으로 해석 가능한가 여부이다. 부동산신탁의 수익권증서를 금융투자상품으로 포함하고 있고(자본시장법 제3조), 부동산신탁업도 그 영업인가의 근거가 자본시장법이기에 집합투자업자가 수익권을 발행하는 절차와 마찬가지로 일정한 형식과 절차에 의해 유동화계획을 등록하는 방법으로 발행할 수도 있는 것으로 보이는데, 신탁법(제64~68조)에 따라 양도 양수하는 경우가 통상적이다. 그래서 집합투자증권이나 유동화법상의 유동화증권에 비해 투자자나 선의의 수익자 보호에 미진한 부분이 발생할 수 있고 이러한 미진한 부분이 이해관계자의 피해로 귀착될 개연성도 있어 부동산신탁 수익권증서 발행과 양도 양수에 대한 신탁자의 관리와 주의가 더욱 요구된다. 신탁자는 신탁물건별로 수익권증서 발행현황과 양도 양수현황을 투자자나 양수자 등이 확인할 수 있도록 관련서류를 회사내 비치하거나 해당 홈페이지

이지 등을 통해 공시할 필요가 있다.

이와 연계된 두 번째 논의사항은 수익권증서 발행금액의 기초가 되는 신탁재산 원본가액 산정 기준에 대한 현실화 문제이다. 현재 자산유동화법(제33조)상 유동화법에 따른 유동화계획은 신탁받은 유동화자산의 매입가액 또는 평가가액 총액범위 내에서 발행가능 하도록 하고, 부동산을 유동화 하는 경우에는 원칙적으로 양도가액에서 채무인수액(임차보증금 등)을 제외한 가액을 유동화증권의 발행한도가액으로 규정하고 있다. 이와 비교하여 신탁재산은 자본시장법 제114조에 따른 금융감독원 ‘회계처리기준(기업회계기준서 제105호)’에 의하여 인수시점에 공정가치⁵⁾로 인식하도록 되어있다. 문제점은 현재 개별공시지가 및 시가표준액으로 적용하는 경우 수익권증서 발급을 원하는 우선수익자 및 위탁자가 요청하는 기준금액인 대출금액, 매매금액, 분양금액 등 실무현실과 괴리가 있다는 점이다. 2008년 금융위기 전·후에 저축은행 등 제2금융권의 부동산PF 대출 대출금액에 맞춘 수익권증서 발행요청과 이러한 수요에 응한 신탁자의 수익권증서 발행사례가 문제점으로 부각된 면이 있었다. 이러한 괴리를 좁히는 현실에 맞는 수익권증서 발급관리가 필요하다. 예를 들어, 자산유동화법에서 규정하는 내용과 같은 맥락의 위탁자의 장부가액, 매매(분양)가액, 감정평가액, 공시지가 및 시가표준액으로 그 적용순서를 현실에 맞게 조정할 필요가 있다.⁶⁾

5) (i)토지는 부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제11조에 따른 당해 연도 개별공시지가로 평가한다. 다만, 개별공시지가가 없는 경우에는 감정평가액으로 한다. (ii)건물은 지방세법 제111조에 따른 시가표준액으로 평가한다. (iii)공사진행중인 부동산을 인수하는 토지신탁의 신탁재산은 인수시점의 취득원가로 평가한다(출처; 금융감독원 홈페이지, <http://www.fss.or.kr>).

6) 위탁자의 장부가액은 법인 위탁자의 경우 매년 회계감사를 통해 공정가치 기준으로 자산의 재평가가 이루어지고 장부가가 매년 조정되어 회계감사보고서에 반영되므로 이를 확인하는 방법으로, 매매가액은

자본시장법의 집합투자업자도 자산유동화법의 자산보유자 자격을 가지므로 집합투자업자가 신탁의 기구를 이용하는 신탁형 집합투자기구도 자산유동화법상의 자산유동화 개념으로 볼 수 있다. 그러나 집합투자업자는 다양한 구조화금융의 설계필요에 의해 자산유동화법이 아닌 자본시장법에 따라 금융감독원에 집합투자기구를 사전에 등록하고 집합투자증권을 발행하는 방법으로 유동화를 한다.

실무적 구조는 일반기업 등 현금조달을 필요로 하는 수요자가 대상자산을 집합투자업자가 설정하는 부동산집합투자기구(부동산투자신탁OO호)와 양도(매매)계약을 체결하고(1단계), 부동산집합투자기구는 투자자로부터 자금을 모아 대상자산을 유동화함과 동시에 그 대상자산을 신탁업자에게 위탁보관하는 신탁계약을 체결한다(2단

계). 여기서 1단계와 2단계 작업이 동시에 이루어지면서 1단계의 양도(매매)계약은 신탁형 유동화구조에서는 보완적인 조치로 보인다.⁷⁾ 그리고 2단계에서 투자자와의 관계를 고려할 때, 동 신탁의 법적성격에 대하여 여러 학설⁸⁾이 있다. 첫째, 위탁자(부동산집합투자기구)와 신탁업자(신탁재산보관자)간의 신탁관계와 둘째, 위탁자(부동산집합투자기구)와 수익자(투자자)간의 관계를 어떻게 이해하느냐에 대한 문제이다.

전자는 외연적으로 나타나는 실질적인 신탁계약에 의한 신탁관계이고, 후자는 부동산집합투자기구와 투자자간에 이루어지는 내부적인 신탁관계로 정형화된 집합투자규약을 통하여 전자의 신탁계약에 터 잡은 신탁의 효과를 누리면서 투자이익을 거두고자 신탁구도에 참여하는 집단적 조직계약설로 이해하는 것이 타당해 보인다. 자본시장법에 근거한 이러한 신탁형 유동화구조에서

현재 실거래가격 신고가 의무화 되어 있고 등기부에 실거래가를 명시하는 현실을 고려할 때 매매가액을 신탁재산 가액으로 하고 그 한도 내에서 수익권증서 발급을 관리하는 것도 객관적일 수 있다.

- 7) 또 다른 해석 가능성은 신탁형 유동화가 아니라 부동산집합투자기구가 자산보유자와 체결하는 부동산매매계약서에 터 잡은 매매형 유동화 형태이고 2단계에서의 신탁은 단순한 자산보관 신탁으로만 볼 수도 있는 문제이다. 그러나 양도(매매)계약을 원인으로 유동화하는 경우에는 회사형 부동산집합투자기구를 취하면 될 것을 굳이 신탁형 집합투자기구를 취하는 것은 신탁의 효익을 염두에 둔 점과 진정한 매매에 상응하는 ‘진정한 신탁’을 보완하는 조치로 보이며, 회사형 설립이 시간적·절차적 번거로움이 있기 때문으로 보인다.
- 8) (i)단순신탁설은 위탁자(부동산투자집합기구를 말함)가 집합투자재산에 대한 관리·처분권을 보유하고 수탁자(신탁자산을 보관하는 신탁업자)는 신탁재산의 형식적인 명의자가 될 뿐이라는 견해(백태승, 2001), (ii)실질신탁설은 위탁자와 신탁업자간에 체결되는 신탁계약에 투자신탁의 중심개념을 두고 수익자는 수익증권을 매입함으로써 수익자로서의 법적효과를 받으면서 투자신탁 계약내용을 추인하는 형식으로 투자신탁관계에 가담하게 된다는 견해로 투자신탁의 제1차적인 법률관계는 수익자와 집합투자재산의 운용을 위탁받은 수탁자간에 신탁관계이며, 수익자와 위탁자간에는 실질적인 관계에 있어 신탁유사관계가 존재하는 이원적인 구조를 가지게 된다는 견해(현대투자신탁증권, 2002), (iii)이중적 신탁설(법적 신탁설)은 위탁자인 집합투자업자와 신탁업자의 관계뿐만 아니라 수익자와 위탁자 사이의 관계도 신탁관계라는 입장(김건식·정순섭, 2009), (iv)조직계약설 입장은 위탁자와 수탁자가 수익자산(유동화대상자산) 보유도구로서 신탁이라는 수단을 채택하여 마련한 투자신탁계획에 수익자가 참여하는 집단적 조직계약으로 이해하는 견해(이중기, 2000) 등이 있다.

도 대상자산의 ‘신탁재산’화에 대한 쟁점으로 사해신탁의 문제와 자산보유자(위탁자)나 수탁자의 도산시 파산재단과의 도산절연에 대한 문제가 공통적으로 발생할 수 있다.

또 다른 형태의 유동화에 대한 법적근거로는 부동산투자회사법에 따른 부동산투자회사이다. 부동산투자회사는 회사형으로만 설립할 수 있으므로 양도에 따른 진정매매의 쟁점은 있을 수 있으나 신탁형 유동화에 따른 신탁재산의 사해신탁 문제는 발생하지 않는다. 그럼에도 불구하고 부동산투자회사가 매입하는 자산이 부동산신탁 수익증권 또는 수익권증서가 되는 경우⁹⁾에는 사해신탁과 도산절연 부인권에 노출될 수 있다.

II. 사해신탁취소권 문제

IMF 경제난을 거치는 과정에서 시행사 등 자산보유자 대부분이 자신들의 유일한 재산일 수도 있는 개발사업지를 신탁방식으로 개발하거나 금융을 일으키는 원천으로 담보를 제공하여 유동화하였다. 이는 자산보유자들의 다른 채권자들과의 형평성에 있어 사해신탁여부에 대한 많은 논란의 원인이 되었고, 이로 인한 무분별한 사해신탁취소소송과 수많은 처분금지가처분신청 등 보전처

분은 신탁사업의 진행중단과 지연을 초래하고 예기치 않은 금융비용을 증가시켜 신탁사의 경영난과 위탁자의 파산요인으로 작용하였다.¹⁰⁾ 그러므로 신탁재산의 유동화 과정에서 나타날 수 있는 핵심 리스크는 위탁자의 채권자가 사해신탁취소권 행사로 인한 이러한 제반 제약과 신탁의 법률효과가 부인될 가능성이다. 따라서 사해신탁취소권에 대하여 구체적으로 검토하여 유동화과정에서 발생 가능한 리스크를 효율적으로 통제함으로써 안전성을 확보할 필요가 있다.

채권자취소권과 사해신탁취소권의 관계는 신탁법상 사해신탁은 조문자체에서 민법의 채권자취소권을 행사할 수 있다고 하고 있으므로 이것도 채권자취소권의 일종이고 민법상의 그것에 대한 특별규정이라 할 수 있을 것이다(임채웅, 2006). 민법상 채권자취소권은 채무자의 재산 감소행위의 효력을 부인하고 이탈된 재산을 다시 찾아 채권의 공동담보를 보전·유지하기 위해 마련된 제도로써, 불성실하고 악의적인 채무자로부터 대인적·상대적 권리에 불과한 채권을 보호하기 위한 제도이고,¹¹⁾ 신탁법상 사해신탁취소권 역시 이러한 민법의 일반원칙인 채권자평등의 원칙을 실현하는 하나의 수단으로 활용되어 오고 있다.

민법상 채권자취소권과 현행 신탁법상 사해신탁취소권의 차이로는 첫째, 전자가 사해행위를 행사대상으로 하는 것이라면 후자는 ‘신탁의 설

9) 부동산투자회사법시행령 제31조 제2항 제14호에 따르면, 부동산신탁 수익권에 대한 투자도 가능하며 결국 국 부동산신탁 수익증권(또는 수익권증서)을 매입하는 경우에도 사해신탁과 도산절연 이슈에 노출될 수 있다.

10) IMF 경제위기 직전·후 차입에 의존한 개발신탁사업으로 신탁사업의 현금흐름불일치 등이 원인이 되어 다수의 신탁계정 파산과 한국부동산신탁의 파산절차 및 대한부동산신탁의 공적자금을 투입을 통한 회생절차(현재 민영화된 한국자산신탁의 전신)가 진행된다.

11) 채권자취소권을 실현하는 수단인 ‘사해행위 취소소송’에 대하여는 법무법인 해마루, 「사해행위 취소소송연구」, 한국학술정보(주), 2011 참고.

정' 행위로서 채권자를 해하는 것을 행사대상으로 한다. 둘째, 전자의 경우 민법에서 수익자 또는 전득자가 선의인 때에는 채권자는 취소권을 가질 수 없으나, 후자는 수탁자가 선의인 경우에도 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있도록 하고 있다.

1. 사해신탁취소권의 행사요건

첫째, 피보전 채권이 성립하고 있어야 한다. 사해신탁을 취소하기 위해서는 피보전 채권이 (i)사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, (ii)가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 고도의 개연성이 있으며, (iii)실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에도 피보전 채권이 될 수 있다.¹²⁾

둘째, 위탁자의 사해의사와 사해성이 있어야 한다. 사해행위의 주관적 요건인 위탁자(채무자)의 사해의사는 채권의 공동담보에 부족이 생기는 것을 인식하는 것으로서 채권자를 해할 것을 기도하거나 의욕 하는 것을 요하지 않는다.¹³⁾ 그리고 사해행위의 객관적 요건인 사해성은 위탁자의 총재산에 감소를 초래하는 것으로 위탁자의 신탁설정으로 그의 일반재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 책임재산이 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자에

대한 변제가능성이 더 줄어드는 것을 말한다.¹⁴⁾

이와 관련하여, 토지(개발)신탁 중 특히 자익신탁의 경우에 신탁설정으로 위탁자가 수익권을 가지므로 당연히 담보재산이 줄어드는 것이 아니라는 점 등을 들어 사해신탁이 성립하지 않는다는 견해(이재욱·이상호, 2000), (이중기, 2007b), (오창석, 2009)가 있다. 판례¹⁵⁾는 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁회사와 신탁계약을 체결한 것은 채무자로서 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법인 경우는 사해행위에 해당하지 않는다고 판시하고 있어 정당한 사유가 있으면 사해성을 부정하고 있다.

타익신탁의 경우에도 사업추진을 위해 부득이하게 특정한 채권자를 수익자로 하는 타익신탁의 설정은 사회적으로 필요하고 정당성이 인정될 때에는 사해성을 부정하여야 한다(양형우, 2012). 타익신탁 설정은 제3자에게 수익권을 취득시키는 것이므로 이로 인해 채무초과상태가 초래되면, 사해성이 추정되거나 사해성을 충족시킬 가능성이 높아진다(이중기, 2007b), (오창석, 2009). 판례¹⁶⁾ 이미 채무초과의 상태에 빠져 있는 위탁자가 그의 유일한 재산인 부동산을 수탁자에게 이전하고 채권자 중 1인에 대한 채무를 담보하기 위해 그를 신탁수익자로 하는 행위는 그 한도에서 다른 채권자들의 공동담보를 감소케 하는 것

12) 대법원 2004. 11. 12. 선고, 2004다40955 판결; 2009. 11. 12. 선고, 2009다53437 판결.

13) 대법원 1997. 5. 9. 선고, 96다2606, 2613 판결.

14) 대법원 2001. 10. 12. 선고, 2001다32533 판결.

15) 대법원 2001. 10. 26. 선고, 2001다19134 판결; 대법원 2003. 12. 12. 선고, 2001다57884 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2008다70701 판결.

16) 대법원 2007. 2. 23. 선고, 2006다47301 판결; 대법원, 2007. 10. 11. 선고, 2007다45364 판결.

이므로 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한 사해신탁행위가 된다고 보고 있다.

이러한 사례와 해석은 개발형 부동산투자신탁(REF)이나 개발형 부동산투자회사(REITs)에 적용하더라도 동일한 해석이 가능하며, 이미 채무초과상태의 위탁자가 유일한 부동산을 개발하는 과정에서 부득이하게 제3자에게 수익권을 취득시키는 경우 사해성 판단에 있어 사회적으로 필요하고 정당성이 인정되지 않는 경우에는 사해신탁행위가 될 수 있다.

이 부분에서 세 번째 논의사항으로, 판례에서 제시된 채무초과상태 확인에 대한 논의이다. 실무에서 객관적으로 무엇을 기준으로 어느 수준까지 확인하여야 하는지 대법원 판례에서는 제시되어 있지 않다. 보편적인 실무 처리기준이 필요하다. 예를 들면, 위탁자가 법인인 경우 수탁자는 신탁계약 체결시 법인의 채무초과상태 여부를 판단하기 위하여 법인의 재무제표 확인을 통한 순자산이 최소한 많은 것으로 확인하는 수준이면 되는지 아니면 더 적극적으로 각종 채납사항과 소송중인 예정된 법률리스크 등을 반영하여야 하는지 여부 및 위탁자가 개인인 경우에는 어떻게 확인하면 되는지 등 공통된 판단기준이 필요하다.

그리고 확인결과 채무초과상태를 확인했더라도 신탁으로 진행하여 일반채권자를 해하지 않는 것으로 되면 사해신탁으로 되지 않는데,¹⁷⁾ 이렇게 채무초과상태의 위탁자 재산을 수탁하여 신탁사업을 진행하는 경우 일반채권자를 해하지 않아

야 하는 정당한 내용이 신탁계약서에 반영되어야 하고 이는 신탁구도내의 다른 이해관계자들과의 순위 등 이해 조율에 상당한 정밀작업과 관리를 요한다. 이미 채무초과상태이거나 신탁대상 재산에 선순위 저당권 등이 있다면 사해신탁으로 발전할 개연성 상당히 높으므로 신탁사 입장에서는 영업의 위축이 불가피하지만 이러한 상태의 신탁인수에는 매우 조심스러워야 한다.

사해성의 판단 문제는 사해신탁 문제에 국한되는 것이 아니고 도산절차 등에 의한 도산절연부인권 문제에서도 중요한 쟁점이 되므로 이와 관련된 내용은 III장에서 후술한다.

셋째, 신탁설정 행위가 존재하여야 한다. 사해신탁은 그 대상이 되는 신탁이 성립요건을 갖추어서 설정되어 있어야 한다. 신탁이 설정되지 못한 경우에는 신탁자체가 존재하지 않기 때문에 사해신탁에 해당될 여지가 없다.

넷째, 수탁자의 악의가 전제되어야 한다. 개정 전 신탁법은 수탁자가 선의인 경우에도 사해신탁을 이유로 신탁행위를 취소할 수 있었다. 현행 신탁법은 수탁자가 이익을 향수하는 자가 아니라는 점 등을 고려하여 수탁자가 선의인 경우에는 신탁행위취소는 구하지 못하고 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복만을 청구할 수 있도록 제한하여 위탁자의 채권자와 선의의 수탁자에 대한 보호와 조화를 기하고 있다(신탁법 제8조 제3항).

다섯째, 수익자도 악의가 전제되어야 한다. 개정 전 신탁법에서는 사해신탁취소소송을 행사하

17) 회원제 스포츠센타에 대한 신탁계약에서 선순위 저당권의 피담보채무액과 체육시설법령에서 정한 임회금액으로서 경매절차에서 매수인 등이 승계하게 되는 회원보증금 반환채무액 부분은 채무자(위탁자)의 책임재산(신탁재산)의 범위에서 공제되어야 할 것이고, 책임재산의 범위에서 공제되는 합계금액이 부동산가액을 초과하고 있으므로 채무자(위탁자)가 채무초과상태에서 신탁하였다고 하여 이를 두고 사해행위에 해당한다고 할 수 없다고 판시하고 있다(대법원 2013.11.28. 선고, 2012다31963 판결 참조).

는데 수익자의 선의 여부에 대해 아무런 언급이 없어 수익자의 선악 여부를 사해신탁취소소송의 요건으로 하지 않고 선악여부에 관계없이 독립적인 취소권 행사가 가능하였으며¹⁸⁾ 신탁설정이 취소되는 경우에만 수익자의 원상회복 범위를 결정함에 있어서 수익자의 선악여부가 중요하였다.

그 결과 유상으로 선의의 수익자가 된 경우에는 불측의 손해를 입을 수 있고 그 책임은 결국 투자에 대한 본인의 책임으로 귀착 될 수밖에 없는 가혹한 것이어서 수익자의 선악여부도 사해신탁취소소송의 요건으로 삼아야 한다는 의견이 제기되었다.¹⁹⁾

이에 현행 신탁법은 수익자의 사해행위에 대한 악의를 취소권 행사의 요건으로 규정하였고(신탁법 제8조 제1항), 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 악의의 수익자만을 상대로 취소권을 행사 할 수 있도록 하고 있다(신탁법 제2항).²⁰⁾

한편, 신탁법 제8조 제1항 단서 부분의 해석과 관련하여 수익자가 선의라면 수탁자에 대하여도(심지어 수탁자가 악의라고 하더라도) 사해신탁으로서 취소할 수 없다고 해석하는 견해(김태진, 2012)²¹⁾가 있다. 수익자가 선의이고 수탁자가 악

의인 경우 수탁자는 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 책임이 있는 때에 해당되어 위탁자와 연대하여 위탁자의 채권자에 대하여 손해배상책임을 부담하게 되므로(신탁법 제8조 제6항), 선의의 수익자 보호와 거래의 안전을 위하여 개정 신탁법의 취지에 부합되는 해석이라고 생각한다.

네 번째 논의사항으로 수탁자 및 수익자 선의 여부와 관련하여, 수탁자와 수익자의 선의에 대한 판단기준 부분이다. 앞서 채무초과상태에 대한 확인 방법과 같은 맥락으로 수탁자가 신탁계약 시 어떠한 관련서류를 어느 수준까지 파악해야 선관주의의무를 다했고 선의로 추정될 수 있으나 하는 문제로 대법원 판례에는 구체적인 내용에 대한 언급이 없다. 채무초과상태를 확인하기 위하여 법인 위탁자의 재무제표와 최근 감사보고서를 확인하는 것, 신탁재산에 대한 기존 수분양자의 존재여부를 파악하는 것, 위탁 법인의 체납사항을 확인하는 것 등 여러 사항이 있을 수 있다. 또한 개인 위탁자에 대하여는 어떤 서류를 어떤 방법으로 확인해야 하는지 문제와 수익자가 수익권을 양도 양수할 경우에도 최소한의 공통 확인사항과 방법에 대한 실무적인 가이드라인 제

18) 이에 대하여, 신탁수익자에 대한 독립적인 취소권을 인정하지 않는다는 의견(임채웅, 2006)도 있으며, 자신의 부정설이 처음 주장되는 것이라고 단언하기에는 매우 조심스럽다고 설명하고 있다.

19) 법무부 홈페이지, <http://www.moj.go.kr>(신탁법 개정 공청회, 2009. 9. 25. 자료 참조).

20) 이에 비해, 일본의 신탁법은 수인의 수익자중 1인 이라도 선의이면 악의의 수익자에 대해서도 청구 할 수 없도록 규정하고 있으며(제11조 제1항 단서), 악의의 수익자에 대하여는 별도의 수익권양도 청구를 할 수 있게 규정(제11조 제5항)을 두고 있다(출처; 일본법무성, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/>).

21) 이에 따르면, 이 부분에 대한 문제점을 지적한 문헌이 전혀 없어 이점에 대한 분석에 있어 조심스러움을 나타내면서 사해신탁취소권의 성립(본문)+성립을 저지하는 사유로서 수익자의 선의(단서)의 구조인데, 단서는 굳이 그 적용범위를 본문의 특정 범위로 제한하지 않는 한 본문 전체에 대한 것으로 보는 것이 옳으며 법문의 표현상 굳이 수탁자를 상대방으로 한 경우는 제외한다는 의미로 해석하기는 어렵다. 따라서 개정 신탁법의 해석상 수익자가 선의인 경우에는 수탁자에 대하여도 사해신탁취소권을 행사할 수 없다고 본다.

시가 필요하다.

수탁자 및 수익자의 선·악에 대한 입증책임은 개정 전 신탁법에서와 같이 위탁자의 채권자가 수탁자 및 수익자의 이익을 받은 사실과 수익자의 악의·중과실에 대한 입증을 하여야 한다는 의견(임채웅, 2006; 이중기, 2007b)과 법이 개정된 이상 개정 신탁법 제8조 제1항의 구조가 민법의 제406조 제1항(채권자 취소권)의 구조와 동일하여 선의·유상의 입증책임은 수탁자 또는 수익자에게 있다고 보아야 한다는 의견이(오창석, 2009) 있다. 일본에서는 수익자의 선의에 대한 입증책임은 수탁자가 선관주의의무의 일환으로 부담하는 것으로 보고, 수탁자 측이 수익자중 적어도 1인은 선의 및 무과실이라는 것을 증명하는 것으로 해석하고 있다. 이는 실질적으로 수익자(수익권취득자)와 위탁자의 채권자간의 이익균형을 도모하는 기능을 가지는 것으로 이해된다(안성포, 2008 재인용).²²⁾

수탁자가 신탁계약 시 실무가이드라인에 따라 필수적으로 확인할 사항을 확인·점검하고 주의를 다해 수탁 받았다면 선의로 추정되어야 한다고 본다. 수익자의 경우도 선의의 수탁자로부터 수익권을 양수 받은 때와 악의의 수탁자로부터 양수 받은 때라도 수익자 본인이 수탁자의 선·악을 판단하기 위해 가이드라인에 따라 확인할 수 있는 필요한 행위를 하였다면 선의로 추정되

어야 한다고 본다. 예를 들면, 수탁자가 신탁계약 시 위탁자를 선의로 추정한 근거서류에 대한 확인으로 위탁자 및 수탁자가 선의였고, 수익자 본인도 그것을 확인하고 믿은데 과실이 없다면 선의로 추정되어야 한다는 것이다. 이러한 확인절차를 위해서는 수탁자가 확인한 서류들을 수익권 양수자 등이 확인할 수 있도록 수탁자 회사내 비치의무로 하고 양수자 등이 이를 확인하였는지 여부를 기준으로 판단하는 것도 한 방법일 것이다.

2. 사해신탁취소권의 행사 상대방

사해신탁 취소권을 누구에게 행사하여야 하는지에 대하여 법무부는 신탁의 법률관계는 회사와 같이 단일관계로 획일적 확정 필요하고 채권자의 재판청구권을 부당하게 제한하는 것은 부당하며, 수익자가 신탁재산으로부터 수익을 받은 경우에는 이에 대한 강제집행을 인정할 필요도 있음을 이유로 개정 신탁법에서 위탁자의 채권자로서 하여금 수탁자와 수익자 모두를 피고로 하여 취소 및 원상회복을 구할 수 있도록 보완하였고, 다수의 수익자로 인한 소송 경제적 측면을 고려하여 필요적 공동소송은 규정하고 있지 않다. 그리고 수탁자가 신탁재산을 제3자에게 양도한 경우²³⁾에 위탁자의 채권자는 민법 제406조 제1항에 따라 악의의 전득자²⁴⁾를 상대로 사해행위 취

22) 松尾弘, “信託法理における債權者取消權制度の展開--詐欺信託取消權と受益者取消權を中心に”, 「信託法の新展開」, 米倉明編著, 商事法務, 2007, 90頁.

23) 여기서의 신탁재산 양도는 신탁관계의 종료를 의미하고 전득자가 양수하는 재산은 신탁관계가 종료된 재산을 의미한다. 그렇지 않고 신탁관계가 존속하는 상태에서의 신탁재산 양도 양수는 정확히는 수익권의 양도 양수가 되어서 전득자가 아닌 수익자가 상대방이 되기 때문이다.

24) 민법상의 채권자취소권에서는 채무자와 사해행위를 한 상대방으로 피고가 되는 자를 수익자라 하고, 수익자로부터 대상물을 넘겨받는 자를 전득자라 하는데, 신탁법상의 사해신탁취소의 상대방은 수탁자와 신탁수익자이고, 신탁수익자는 수탁자와 별도의 법률행위를 필요로 하지 않지만, 전득자는 수탁자와 독

소 및 원상회복을 청구 할 수 있다는 의견(이중기, 2007b; 양형우, 2012; 한민, 2012; 김태진, 2012)과, 악의의 전득자에 대하여 채권자취소권과 사해신탁취소권 모두 가능하다는 의견(임채웅, 2006) 및 모두 가능하다는 의견에 대해 이는 특별법우선원칙에 반한다는 견해(양형우, 2012)가 있다. 이러한 의견들에 대해, 전득자는 신탁관계를 종료시키면서 신탁되었던 재산을 양수하는 자로서 신탁관계가 종료되는 이상 전득자를 상대로는 사해신탁취소권 행사는 불가능하고 사해행위 취소 및 원상회복청구만 가능한 것으로 보인다.

3. 사해신탁취소권의 행사와 효과

사해신탁취소권의 행사는 민법의 사해행위 취소와 마찬가지로 소로써만 행사 가능하다. 소송의 상대방은 전술한 바에 따라 신탁법에서는 수탁자, 수익자 모두를 선택적으로 할 수 있고 행사기간은 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 신탁행위를 한 날로부터 5년 내 제기하여야 한다(신탁법 제8조 제5항).

사해신탁취소의 효과로는 사해신탁에 대한 취소결과 그 효력에 대하여 역시 개정 전 신탁법에는 별다른 규정을 두고 있지 않아 민법의 사해행위취소의 효과를 그대로 원용할 수 있는지의 문제가 있었다. 이에 대하여 민법 제406조의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하여(민법 제407조) 취소채권자가 다른 채권자에 비하여 절대 우월한 지위에

있지 않음을 확인하고 있다. 판례²⁵⁾ 역시 취소채권자의 우선변제권을 인정하지 않고 있다. 이러한 해석이 사해신탁취소에도 그대로 적용되며, 신탁이 취소되어 반환된 신탁재산은 위탁자의 모든 채권자에게 동등한 책임재산이 된다. 여기서 이러한 채권자평등의 원칙이 적용되는 채권자의 범위에는 사해행위 당시부터 채권을 가지고 있던 자는 포함되지만, 사해행위 이후에 채권을 취득한 자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니하므로²⁶⁾ 사해행위취소 및 원상회복으로 회복된 채무자의 재산에 대한 경매절차에서는 채권자가 사해행위 이후 채권을 취득하였는지 여부를 따져 배당 여부를 결정하여야 할 것이다(법무법인 해마루, 2011).

사해신탁으로 신탁설정이 취소되면 취소의 상대방인 수탁자뿐만 아니라 수익자에게도 영향이 미친다. 수익자는 취소의 상대방이 아니더라도 신탁재산이 반환되는 결과 더 이상의 신탁수익이 창출되지 않게 되고 수탁자에 대한 취소의 효력은 수익자에게 직접 미치게 된다. 개정된 현행 신탁법에 따르면 악의의 수익자인 경우에는 신탁행위가 취소되면 원상회복의 의무를 부담하는 소급효가 인정된다(신탁법 제8조 제2항).

선의의 수탁자는 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복 의무를 지고(신탁법 제8조 제3항), 위탁자는 선의의 제3자에게 원상회복된 신

립적 법률행위로써 목적물 자체를 다시 취득하는 자로서 수탁자나 신탁수익자에 해당하지 않는다(양형우, 2012).

25) 대법원 2005. 8. 25. 선고, 2005다14595 판결.

26) 대법원 2009. 6. 23. 선고, 2009다18502 판결.

〈표 4〉 채권자취소권과 사해신탁취소권

구분	채권자취소권	사해신탁취소권
관련법	· 민법 제406조	· 신탁법 제8조
대상 행위	· 사해행위	· 사해신탁행위
행사 요건	· 채무자의 사해행위 · 채무자 및 수익자 (전득자)의 사해의사	· 위탁자의 사해행위 · 위탁자의 사해의사 · 신탁의 설정
행사 상대방	· 악의 수익자 · 악의 전득자	· 수탁자(선·악 모두) · 악의 수익자
행사 효과	· 상대적 무효 · 원상회복(반환) · 반환된 범위내 부당 이득반환청구(선의 수익자·전득자 => 채무자)	· 상대적 무효 · 모든 신탁재산반환 (악의) · 현존 신탁재산 범위 내 원상회복(선의) · 원상회복된 신탁재산 한도내 책임 (위탁자 => 선의 제3자)

탁재산의 한도 내에서 책임을 진다(신탁법 제8조 제4항). 그리고 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다(신탁법 제8조 제6항).

선의의 제3자 보호와 관련하여, 다섯 번째 논의사항을 살펴본다. 선의의 수탁자가 현존하는 신탁재산 범위 내에서 원상회복을 하면 원상회복된 후 위탁자의 채권자는 어느 수준에서 채권만족을 얻지만 선의의 제3자의 경우에는 위탁자에게 손해배상 등 별도의 청구절차가 필요하며, 위탁자가 무자력 상태에 있거나 위탁자 채권자의 채권실행으로 무자력 상태가 되어버리면 선의의

제3자는 피해를 볼 수 있다는 점이다. 이러한 피해를 최소화하기 위해서는 위탁자의 채권자가 사해행위취소소송을 제기하기 위해 신탁재산에 보전처분을 하거나 소송을 제기한 사실을 수익권 양도 양수시 이해관계자가 열람 확인할 수 있게 관련내용을 관련법에 저촉되지 않는 범위에서 공시하게 하는 방안이 필요하다.

Ⅲ. 도산절연 부인권 문제

신탁재산의 유동화 과정에서 나타날 수 있는 두 번째 핵심 리스크는 사해신탁과 연관되어 위탁자 및 수탁자의 도산절차에서 관리인 등이 행사하는 도산절연에 대한 부인권의 행사로 신탁의 효력이 부인되는 상황이다. 신탁재산의 유동화 이후 위탁자나 수탁자가 도산하는 경우 유동화자산이 신탁의 형식으로 소유권이 이전 되었음에도 불구하고 신탁이 담보목적의 신탁 및 사해신탁으로 해석되는 경우에는 유동화증권에 투자한 투자자는 일반채권자와 동일한 지위에 있는 것으로 취급되어 도산절차 등에 참가하여 채권을 회수해야 하는 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이는 앞서 I장에서 언급한 광의적 개념의 자산유동화에서 재무구조가 취약한 기업이 파산가능성이 높아진 상태에서 보유자산을 신탁으로 유동화 하는 경우에는 더욱 중요하게 다루어야 하는 문제로 대두되었다.²⁷⁾

27) 우리 신탁법과는 다르게, 일본 신탁법에서는 (i)파산자가 파산 채권자를 해함을 알고 위탁자로 신탁을 한 경우에는 파산관재인이 수익자를 피고로 그 수익권을 파산재단에 반환 할 것을 소로써 청구 할 수

1. 신탁과 도산절연 부권리의 관계

신탁은 도산절연을 가장 효과적인 방법으로 실현하는 수단이기때 신탁의 효과를 이용하여 매매형 유동화구조에서 일어날 수 있는 진정매매에 대한 문제를 피해갈수 있는 수단으로 활용될 수도 있다.²⁸⁾

도산절연은 다른 사람의 재산으로 인하여 자신의 권리의무 관계가 부권리의 영향을 받지 않는다는 의미(부권회피기능)와 수익자가 취득한 권리가 회생채무자에 대한 회생절차로 인하여 회생담보권으로 취급되지 않는다는 것을 의미(담보회피기능)한다(임채웅, 2008).

그리고 도산절차 등에서 부권리는 도산법상 회생절차 과정의 부권리와 파산절차 과정의 부권리로 구분될 수 있으며 여기에는 목적과 부권 대상 등에서 양자의 차이²⁹⁾가 존재하는 것은 사실이나 본 연구에서는 신탁재산의 유동화와 관련된 공통적인 내용 위주로 위탁자 및 수탁자의 도

산절차에서 관리인 등이 행사 할 수 있는 부권리에 대하여 살펴본다.

2. 부권리의 유형과 행사요건

관리인 등이 부권할 수 있는 행위는 도산법 제100조 및 제391조에 4가지로 규정하고 있다. 이를 유형화하면 고의부권, 위기부권, 무상부권으로 분류된다. 고의부권은 채무자가 회생채권자·회생담보권자·파산채권자(이하 ‘회생채권자 등’)를 해한다는 사실을 알면서 한 행위에 대하여 부권하는 것으로 그 객관적 요건으로는 회생채권자 등을 해하는 행위가 있어야 하고(사해행위), 주관적 요건으로는 채무자가 행위 당시 그 행위에 의하여 회생채권자 등을 해한다는 사실을 알고 있어야 한다(사해의사). 이 요건에 대한 해석은 민법상 채권자취소권에 대한 것과 같다(사법연수원, 2010). 위기부권은 채무자가 위기에 한 회생채권자 등을 해하는 행위를 부권하는 것으로 채무

있고(제12조 제2항), (ii)회생채무자가 회생채권자를 해함을 알고 위탁자로 신탁을 한 경우에는 거부 권한을 가진 감독위원 또는 수탁자는 수익자를 피고로 그 수익권을 회생채무자 재산에 반환 할 것을 소로써 청구 할 수 있도록 규정(12조 제4항)하여 사해신탁의 부권리 조항을 별도로 두고 있다(출처: 일본법무성, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/>).

- 28) 실무에서 대체로 사해신탁만 아니면 유동화신탁으로서 문제가 없다고 보는 것 같다고 언급하면서, 신탁이라는 형식만을 갖추었다고 하여 모든 경우에 특혜를 받도록 하는 것은 문제라고 지적하고 진정한 신탁의 기준조항을 만들어 신탁에서도 진정한 신탁을 판단하여야 한다(강울리, 2006)는 견해와 미국에서의 신탁형 유동화거래에서 기초자산의 양도에 대하여 매매형 자산유동화에서와 동일하게 진정매매를 판단하고 있는 반면, 우리나라는 현재 실무상 그러한 판단을 하지 않으며 이에 대한 별다른 이의제기가 되지 않는 부분에 대하여 신탁을 설정하기만 하면 도산절연이 용이하게 실현된다는 문제에 대해 향후 민법과 신탁법의 재검토가 필요하다(함대영, 2010)는 견해가 있다.
- 29) 파산절차상의 부권리는 일탈된 재산을 회복하여 채권자들 간의 공평과 더 많은 배당을 목표로 하나, 회생절차상의 부권리는 기업의 유지 재건을 위하여 기업가치의 회복을 목적으로 한다. 그리고 파산절차상의 담보권자는 별채권자로서 파산절차와 별개로 권리행사가 가능하여 파산절차 개시 전에 담보권을 실행하여도 부권의 대상이 되지 않으나, 회생절차상에서는 담보권자도 권리행사의 제약을 받으므로 부권의 대상이 되는지 논란이 있다. 판례는 부권긍정설 입장이다(사법연수원, 2010).

자의 사해의사를 요하지 않는다는 점에서 고의부인이나 사해신탁취소와 구별되고, 무상부인은 채무자가 한 무상행위나 이와 동일시되는 유상행위를 부인하는 것으로 상대방의 악의도 요건으로 하지 않는다(양형우, 2012).

종래에는 부동산의 매각행위에서 부당한 가격으로 매각한 경우뿐만 아니라 적정한 가격으로 매각한 경우에도 소비하기 쉬운 금전으로 환가한 것은 채권자의 공동 담보력을 감소시키는 것으로 보고 부인의 대상이 될 수 있다고 해석했으나 최근에는 채무자의 자체적인 구조조정 행위를 막아 경제적 위기를 극복할 길을 막아 버린다는 점을 고려하여 그 매각가격이 염가에 이루어진 것이 아닌 한 매각의 목적, 대금사용처 등 종합적으로 고려하여 신중한 결정을 할 필요가 있다는 입장을 취하고 있다. 또한 기존채무에 대한 담보권의 설정행위가 부인대상행위에 해당함은 당연하나 다만, 사업계속을 위한 필요에서 신규차입과 함께 하는 담보권설정행위가 부인의 대상이 되지 않는다고 해석하는 것은 사해행위취소에서와 같다(사법연수원, 2010).

3. 부인권의 행사와 효과

부인권의 행사는 관리인 등이 부인의 소, 부인의 청구 또는 항변의 방법으로 행사하고(도산법 제105조), 부인권 행사의 상대방은 부인할 수 있는 행위로 인해 ‘이익을 받은자’를 대상으로 행사하여야 한다(도산법 제100조 제1항 제1,2호 및 제391조 제1,2호의 각 단서).

여기서 신탁행위에 대해 부인권을 행사하는 경우 신탁의 ‘이익을 받은자’를 누구로 보느냐에 대하여 여러 견해³⁰⁾가 있으며, 도산법에서는 전득자에 대하여도 일정한 조건하에서 부인권을 행사할 수 있도록 하고 있다(도산법 제110조 제1항 및 제403조 제1항). 부인권의 행사시한은 회생절차 개시일 부터 2년 이내에 행사하여야 하고, 제100조 제1항 각호의 행위를 한 날 부터 10년 이내에 행사하여야 한다(도산법 제112조).

부인권 행사로 인한 효과는 사해신탁취소권과 마찬가지로 관리인과 부인의 상대방 사이에서만 발생하고 제3자에게는 효력이 미치지 않는 상대적 무효설이 다수설이고 판례의 입장이다.

부인권 행사로 채무자의 재산은 원상으로 회복되어 위탁자에게로 복귀된다. 부인권 행사로 복귀되어야 할 재산이 멸실, 훼손, 기타 제3자에게 처분되어 현존하지 않는 경우에는 가액배상을 청구할 수 있고, 사해신탁취소의 범위는 취소채권자의 채권액을 기준으로 하지만 도산절차 등에서는 채권자의 채권액을 기준으로 하지 않고 부인대상 행위의 목적물 전부에 부인의 효과가 미친다.

4. 신탁관계에서 부인권의 적용

1) 위탁자의 도산

개정 전·후 신탁법에서는 위탁자의 도산시 신탁재산이 파산재단을 구성하지 않는다고 명시한 조항은 없다. 그러나 대법원 판례에 의하여 신탁이 적법·유효하게 설정되면 신탁재산은 위

30) 수탁자 및 수익자 모두를 상대방으로 보아야 한다는 견해(양형우, 2012)와 수탁자를 중심으로 선의 악의를 판단하여야 하고 필요시 추가적으로 신탁수익자에 대하여도 선·악 판단을 하여야 한다는 견해(이중기, 2007a), 그리고 수익자를 상대방으로 보아야 한다는 견해(한민·박종현, 2006) 등이 있다.

탁자의 재산권으로부터 분리되어 도산절연 효과를 적용받게 된다.³¹⁾ 또한 채권 담보 목적으로 채권자에게 교부한 신탁 수익권이 위탁자(채무자)의 회사정리 계획에 영향을 받지 않는다고 판시³²⁾하여 담보목적의 신탁도 위탁자의 도산에 대해 절연효과가 인정되어 부인권의 대상으로 하고 있지 않다.

이러한 판례와 더불어 학자들 다수의 견해는 II장 ‘사해신탁취소권의 요건’에서 살펴본 바와 같이 정상적인 상황에서 설정된 토지(개발)신탁의 경우 부인권의 대상이 되지 않는 것으로 보고 있으며, 담보신탁의 경우에도 도산절연성을 인정함은 신탁의 법리에 부합된다고 보는 의견(이중기, 2007a)과 양도담보로서의 재산이전과 동일하여 도산절연이 인정될 수 없다는 의견(함대영, 2010)이 있다.

미국에서 담보신탁과 유사한 기능을 하는 담보신탁증서(deed of trust)는 기존 모기지의 기능과 본질적으로 구별할 수 없고 수탁자는 이해관계자일 뿐이지 수탁재산의 관리자가 아니며 (Langbein, 1997), 채무자의 도산시 수탁자는 신탁재산을 채권자에게 넘기면서 잔여재산을 채무자에 되돌려 주어야 하는 제한이 있는 조건부 신탁이다(Schwarcz, 2003)는 이유로 도산절연의 효과를 부인하고 있다.

결론적으로 신탁재산의 유동화와 관련하여, 토지(개발)신탁을 비롯한 부동산신탁재산의 경우 제3자에게 유동화 된 신탁재산(또는 우선수익권)은 사해신탁 여부에 따라 도산절연 가능성이 결정될 것이며, 위탁자에게 환원이 가능한 후순위 수익권은 강제집행의 대상이 될 수 있고 도산절연이 인정되지 않는 것으로 보아야 한다.

담보신탁은 부동산관리·처분신탁계약(담보신탁용)에서 그 관리·처분 권한이 수탁자에게 주어지므로 수탁자를 기준으로 해석되어야 하고, 또한 현행 신탁법 역시 담보권설정 목적의 신탁도 신탁의 법률관계가 적용됨을 분명히 하고 있어(신탁법 제2조) 그 간의 도산절연의 효과를 의심받는 논란에서 벗어날 것으로 기대된다.

관리신탁은 특히 자익신탁 상태의 을중관리신탁은 위탁자의 재산도피나 장기 해외체류, 고령자, 미성년자 등 부동산을 직접관리 하기가 곤란한 경우에도 신탁할 수 있으므로 신탁설정의 목적과 동기, 수익권 양도 양수시의 상황 등이 고려되어 도산절연 여부가 결정되어야 한다.

처분신탁은 신탁재산으로 인수한 부동산을 불특정 다수 또는 1인에게 처분하고 그 처분대금을 수익자에게 교부하는 신탁으로 처분을 전제로 하고 있으며, 분양관리신탁은 ‘건축물의 분양에 관한 법률’³³⁾에 근거하여 일정한 조건에서의 선분

31) 대법원 1996. 10. 15. 선고, 96다17424 판결; 대법원 2002. 3. 15. 선고, 2000다52141 판결; 대법원 2002. 12. 26 선고, 2002다49484 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고, 2003다18685 판결; 대법원 2005. 7. 28. 선고, 2004두8767 판결.

32) 대법원 2001. 7. 13. 선고, 2001다9267 판결.

33) 2003년 6월 이른바 ‘굿모닝시티’ 분양사건은 일반건축물의 허위·과장 광고나 기만적 분양 및 분양대금의 전용 등 분양사건 피해의 총집합체라 할 수 있다. 이로 인해 정부는 무질서한 건축물분양제도를 정비하고 공정한 분양거래질서를 구축하고자 2004년 ‘건축물분양에 관한 법률’을 제정·시행하게 된다. 이때 신탁을 이용하는 방안을 포함하여 입법을 하였으며, 수분양자 등 투자자를 보호하기 위하여 후분양을 원칙으로 하되 사업 부지를 신탁하고 개발신탁사업으로 진행하는 경우에는 선분양 할 수 있도록

양을 위한 도구로 활용되는 신탁으로써 선분양 받는 불특정 다수의 수분양자 보호를 목적으로 하고 있다. 따라서 처분신탁과 분양관리신탁은 신탁설정 당시부터 수탁자에게 처분권이 유보되거나, 제3자(투자자, 수분양자 등)를 수익자로 하는 타익신탁의 경우가 많고 이를 보호대상으로 하므로 그 목적에 맞게 신탁의 효력으로 도산절연이 인정되어야 한다.

2) 수탁자의 도산

수탁자의 도산절연과 관련하여, 신탁법은 신탁 재산은 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다고 규정하여(신탁법 제24조) 수탁자의 도산과 절연됨을 명확히 하고 있다.

이상 신탁재산 유동화에 있어 관리인 등의 부인권의 행사가능성은 사해신탁여부에 따른 신탁의 효력발생 여부와 밀접하게 연결되어 있고 그 내용은 II장 사해신탁취소권 문제에서 살펴본 바와 같다.

IV. 결 론

신탁법과 대법원 판례를 통해 형성되어온 신탁재산의 강제집행금지와 도산절연의 법률적 효과는 신탁을 도관체로 이용하는 자산유동화를 발전시켜 왔고 앞으로도 많이 이용되리라 예상되면서 시장에서는 신탁제도의 오남용 유혹과 거래안전 위협에 항상 노출되어 있다. 지금까지 이러한

<표 5> 사해신탁취소권과 도산절연 부인권

구분	사해신탁취소권	도산절연 부인권
관련법	· 신탁법 제8조	· 도산법 제100조, 제391조 (신탁법 제24조)
목적	· 책임재산의 보전 · 채권자에게 개별적으로 인정되는 권리	· 채권자간 평등 회복 · 포괄적 집행절차 (모든 채권자)
대상 행위	· 사해신탁행위	· 사행행위 · 사해신탁행위 · 편파행위
행사 요건	· 위탁자의 사해 행위와 사해의사 · 신탁의 설정	· 고의부인: 채무자의 사해행위와 사해의사 · 위기·무상부인: 채무자의 사해 행위만 필요
적용 범위	· 취소채권자의 채권액 범위내	· 부인대상자산 전체
행사 상대방	· 수탁자(선·악 모두) · 악의수익자	· 이익을 받은 자 · 전득자(선·악 모두)
행사 기간	· 취소원인 안 날로부터 1년 이내 · 법률행위일로부터 5년 이내	· 회생절차 개시일 (또는 파산선고일) 부터 2년 이내 · 행위 한 날로부터 10년 이내
행사 효과	· 상대적 무효 · 모든 신탁재산 반환 (악의) · 현존 신탁재산 범위 내 원상회복(선의)	· 상대적 무효 · 원상회복 · 현존이익반환 (선의 전득자)

우려사항과 거래안전 방안에 대하여 살펴보았고 그 내용을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 신탁회사는 부동산신탁 수익권증서 유통에 있어 거래안전성을 보완할 필요가 있다. 자산

유동화법(제9조)에서 자산유동화계획 및 등록서류를 일반인이 열람 가능하도록 작성 비치의무를 부담하는 것과 같이 현행 신탁법상의 수익권증서 양도 양수에 대해서도 실무적인 보완조치로 수탁자의 수익권증서 발행관리기준 같은 공통적인 자율기준 마련이 필요하다. 그 자율기준에는 각 신탁재산별 수익권증서 발행한도금액, 발행현황, 양도 양수 내역 등 투자거래시 안전에 관계되는 내용을 포함하여 적절한 공시방법이 강구되어야 한다. 공모를 통한 수익증권 발행의 경우는 자본시장법상의 등록절차 등을 따르면 될 것으로 보인다.

둘째, 금융 감독당국과 업계는 수익권증서 발행금액의 기초가 되는 수탁재산 원본가액 산정기준에 대하여 재검토할 필요가 있다. 현행 자산유동화법(제33조)과 같은 취지의 내용으로 수탁 받은 유동화자산의 위탁자 장부가액, 매매(분양)가액, 감정평가액, 공시지가 및 시가표준액의 총액 범위 내에서 발행가능 하도록 하고 그 적용순서를 현실에 맞게 유연하게 조정할 필요가 있다.

셋째, 대법원 판례에서 제시된 사해신탁 요건인 ‘채무초과상태’ 확인 등에 대한 실무기준안 마련이 있어야 한다. 예를 들어, 위탁자가 법인인 경우 재무제표에 나타난 순자산 등 확인의무와, 위탁자가 개인인 경우에는 별도로 확인할 서류가 마땅하지 않으므로 채무보다 자산이 많다는 위탁자 본인증명의 확인서 징구 같은 절차가 강구되어야 한다.

넷째, 신탁법 개정으로 법원의 수탁자 및 수익자 선·악의 판단에 대비한 수탁자의 Best practice가 요구된다. 신탁회사가 사해신탁여부를 사전에 완벽하게 파악하기는 현실적으로 불가능하고, 사해신탁의 개연성이 있을 것으로 의심되

거나 추측되는 경우를 영업대상에서 제외한다면 영업신탁은 상당히 입지가 좁아지게 된다. 특히 개발신탁의 경우 의뢰되는 신탁물건들이 사업성과 재무구조면에서 취약한 시행사나 시공사의 사업이 다수여서 결국은 대법원 판례내용을 기준으로 구체적인 체크사항을 마련하여 선관주의의무를 다하도록 노력하여야 한다.

다섯째, 선의의 제3자 피해를 최소화하는 방안 마련이다. 선의의 수탁자가 현존하는 신탁재산 범위에서 원상회복할 자산이 남아 있지 않는 경우에는 위탁자의 채권자가 손해를 입을 수 있고, 원상회복을 하면 일정한 수익이 예상되던 선의의 3자가 손해를 입을 수 있다. 위탁자 상대 손해배상소송은 별개로 하더라도 위탁자가 무자력 상태가 되면 손해가 발생 할 수 있어 이로 인한 피해를 최소화 하는 방안이 필요하다. 이를 위해서는 이해관계자들이 신탁재산에서 발생하는 각종 보전처분내역과 수익권에 대한 압류처분현황 등을 필요시 실시간으로 확인할 수 있도록 하여야 한다.

지금까지 정리한 이러한 내용들은 (i)신탁법 및 관계법령을 보완하는 방법, (ii)금융당국의 감독규정 및 감독기관의 지도·감독을 통한 방법, (iii)실무적 관행을 보완하는 방법, (iv)관련 협회를 통해 자율적으로 운영하는 방법 등이 있을 수 있으며 무엇보다도 신탁제도가 이해관계자의 균형적인 이해조정과 지속적인 발전을 이룰 수 있는 효율적인 방법으로 반영되어 운영되기를 바란다.

논문접수일 : 2014년 4월 9일

논문심사일 : 2014년 4월 17일

게재확정일 : 2014년 6월 23일

참고문헌

- 강윤희, “신탁을 이용한 자산유동화에 관한 법적 문제점”, 「BFL」 제17호, 서울대학교 금융법센터, 2006, pp.80-89
- 김건식·정순섭, 「자본시장법」, 두성사, 2009
- 김태진, “사해신탁취소권에 관한 개정 신탁법의 해석과 재구성”, 「선진상사법률연구」 통권 제59호, 법무부, 2012, pp.180-217
- 백태승, “증권투자신탁의 본질과 수익증권 환매제도”, 「인권과 정의」 제302호, 대한변호사협회, 2001, pp.1-17
- 법무법인 해마루, 「사해행위 취소소송연구」, 한국학술정보(주), 2011
- 법무부, 「신탁법 해설」, 법무부, 2012
- 사법연수원, 「도산처리법」, 사법연수원, 2010
- 안성포, “사해신탁의 취소와 수익자 보호 -일본 신탁법을 중심으로”, 「증권법연구」 제9권 제2호, 한국증권법학회, 2008, pp. 155-183
- 양형우, “사해신탁과 부인권의 관계” 「민사법학」 제6호, 한국민사법학회, 2012, pp.333-372
- 오창석, “개정신탁법상 사해신탁제도에 대한 소고”, 「금융법연구」 제6권 제2호, 한국금융법학회, 2009, pp.113-144
- 이재욱·이상호, 「신탁법 해설」, 한국사법행정학회, 2000
- 이중기, “투자신탁제도의 신탁적 요소와 조직 계약적 요소”, 「한림법학」 제9권, 한림대학교, 2000, pp.59-108
- 이중기, 「신탁법」, 삼우사, 2007a
- 이중기, “사해신탁에 대한 취소와 원상회복”, 「비교사법」 제14권 1호(통권36호), 한국비교사법학회, 2007b, pp.593-624
- 임채웅, “사해신탁의 연구”, 「법조」 Vol.600, 법조협회, 2006, pp.11-56
- 임채웅, “도산격리의 연구”, 「민사소송」 제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008, pp.422-463
- 서울대학교, “자산유동화 10년의 회고와 전망” 「BFL」 제31호, 서울대학교 금융법센터, 2008, pp.6-44
- 한민·박종현, “신탁과 도산법 문제”, 「BFL」 제17호, 서울대학교 금융법센터, 2006, pp.23-45
- 한민, “사해신탁의 취소와 부인”, 「BFL」 제53호, 서울대학교 금융법센터, 2012, pp.6-20
- 함대영, “신탁형 자산유동화에서의 진정양도 판단 - 민법과 신탁법의 교차영역에 대한 고찰의 일환”, 「BFL」 제44호, 서울대학교 금융법센터, 2010, pp.66-84
- 현대투자신탁증권, 「투자신탁의 이론과 실무」, 도서출판 무한, 2002
- 금융감독원 홈페이지, www.fss.or.kr
- 대법원 홈페이지, www.scourt.go.kr
- 법무부 홈페이지, www.moj.go.kr
- 이상호 변호사 네이버 블로그, www.blog.one21.co.kr
- Steven L. Schwarcz, "Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery", *The Business Lawyer*, Vol. 58, 2003, pp.559-585
- John H. Langbein, "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce", *The Yale Law Journal*, Vol. 107, 1997, pp.165-189
- 松尾弘, "託託法理における債權者取消權 制度の展開- 詐害信託取消權と 受益者 取消權を中心に-", 「信託法の新展開」, 米倉明編著, 商事法務, 2007
- 일본법무성, www.japaneselawtranslation.go.jp/law