



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 원 저작자를 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 권리와 책임은 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

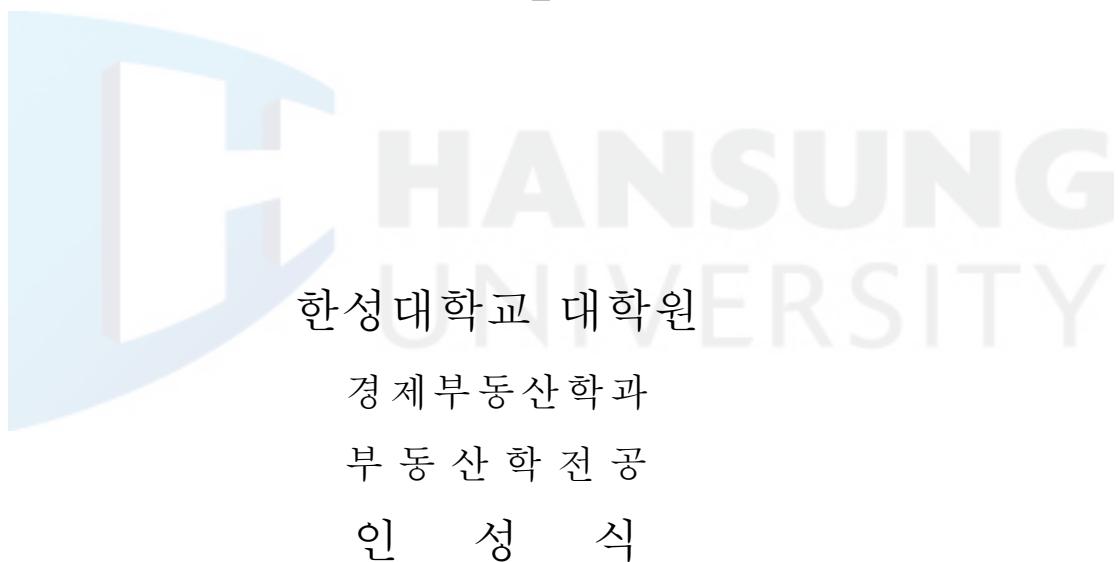
[Disclaimer](#)



박사학위논문

토지신탁의 구조와 위험분석에
관한 연구

2013년



박사학위논문
지도교수 민태욱

토지신탁의 구조와 위험분석에
관한 연구

A Study on Structure and Risk Analysis of Real Estate
Land(Development)Trust

2012년 12월 일

한성대학교 대학원

경제부동산학과
부동산학전공
인성식

박사학위논문
지도교수 민태욱

토지신탁의 구조와 위험분석에
관한 연구

A Study on Structure and Risk Analysis of Real Estate
Land(Development)Trust

위 논문을 부동산학 박사학위 논문으로 제출함

2012년 12월 일

한성대학교 대학원

경제부동산학과

부동산학전공

인성식

인성식의 부동산학 박사학위논문을 인준함

2012년 12월 일

심사위원장 _____ 인

심사위원 _____ 인

심사위원 _____ 인

심사위원 _____ 인

심사위원 _____ 인

국 문 초 록

토지신탁의 구조와 위험분석에 관한 연구

한성대학교 대학원
경제부동산학과
부동산학전공
인 성 식

토지신탁은 해를 거듭할수록 토지의 활용도를 높이는 방향으로 전개되고 있으나, 수탁자 명의로 건축주 및 사업시행자의 지위에서 개발업무를 수행하게 되므로, 수탁자가 체결한 모든 업무는 책임을 수반하게 되며, 책임이 발생할 경우 수탁자는 신탁재산의 범위 내에서 전보할 수 없는 부분에 대해서, 자기의 고유재산으로 이행하여야 하는 책임을 부담하게 되는 무한책임성을 부여받고 있다. 부동산신탁사가 수개의 토지신탁사업을 진행하는 중 우량한 사업장이나 수익성이 낮은 사업장이 혼재될 수 있으며, 수익성이 낮은 사업장에서 발생하는 무한책임은 부동산신탁사의 존재를 위협할 수 있기 때문에 우량사업장까지도 영향을 받게 된다. 토지신탁의 신탁재산은 수탁자인 부동산신탁사에 의해서 구현되는 불가분의 관계로 건전한 수탁자에 의해서 신탁재산이 보호되고 그 결과 수익자의 이익이 극대화되는 점을 감안하여 볼 때, 본 연구는 수탁자인 부동산신탁사가 수탁한 토지신탁은 강한 신탁재산의 독립성을 주장하면서도 법인격을 가지지 못하므로 인하여 토지신탁사업의 안정성을 확보하는데 많은 어려움이 있기 때문에 실무상 어려움을 겪고 있는 다음의 문제점에 대하여 판례 및 사례를 통해 중점적인 연구를 하였다. 첫째, 토지신탁 운영과정 중 적용되는 세법적용상 문제점, 둘째, 부동산신탁사 입장에서 토지신탁사업비의 조달에 따른 무한책임 문제점, 셋째, 토지신탁의 종료 후의 매도담보책임 문제점, 넷째, 부동산신탁사의 제3채권자에 대한 무한책임 문제점, 다섯째,

불특정 다수인으로부터 재산을 수탁받아 위탁자의 신탁목적에 부합하도록 관리, 처분, 운용, 개발행위를 하여야 하는 부동산신탁사 임·직원으로서 갖추어야 할 전문인력 규정 도입에 따른 체질강화 등이 있다.

본 연구는 토지신탁의 문제점을 해소하기 위한 대안으로 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’와 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’를 제시하였다. 먼저 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’ 도입에 따른 효과 등을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 신탁법에서의 ‘유한책임형 부동산투자신탁’의 설치·운영은 신탁법 제118조(수탁자의 제3자에 대한 책임)·제119조(고유재산에 대한 강제집행 등의 금지) 및 제87조(사채발행)에서 유한책임신탁으로 공시할 경우 토지신탁 등을 충실히 수행할 수 있는 적합한 도입이라 판단된다.

둘째, 토지신탁의 구조적 위험 중 부가가치세법 상의 신탁재산 감소원인으로 작용하는 편취 가능성 문제를 제외한 모든 문제는 해소될 것으로 판단된다. 그 이유는 토지신탁 사무처리상 발생하는 모든 책임은 신탁재산만으로 책임재산이 되기 때문이다.

다음으로 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’ 도입에 따른 효과 등을 정리하면 다음과 같다.

첫째, ‘자(子)토지신탁회사’가 부가가치세법상 납세의무자로서 부동산신탁사가 직접 납세의무를 이행하기 때문에 부가가치세 편취 가능성 문제는 해소 될 것이다.

둘째, 위탁자의 사업부지가 투자회사에 현물출자 등을 할 경우 취득과 관련하여 추가적인 제세금 등의 부담이 새로이 발생하게 된다. 신설법인의 경우 지방세법상 대도시내 법인설립에 따른 등기와 부동산등기에 대한 중과세 문제는 조세특례제한법에서 중과세 제외적용을 규정하고 있으나, 이는 2012. 12. 31까지 등기 또는 취득하는 부동산에 한정하는 한시법으로 규정되어 있으므로 지방세법에서 규정화가 필요하다.

셋째, 자(子)토지신탁회사에 의한 토지신탁사업이 이루어 질 경우 개발사업 과정의 모든 개별계약이 자(子)토지신탁회사 명의로 이루어지고, 부동산신탁사가 법인이사로서 직접 운용 및 관리하기 때문에 제3자와의 직접적인 책임소재

는 없어지게 된다.

끝으로 위탁자 및 수익자는 사업부지를 부동산신탁사에 위탁한 입장에서 더욱 전문인력을 필요로 할 것이므로, 토지신탁사업의 참여자 모두는 책임분담의 일환으로 철저한 사업성 분석 및 자금조달의 방안 등을 대비하여야 할 것이며, 무분별한 토지신탁사업의 수주를 선별할 수 있는 능력을 배양할 수 있도록 신탁법 및 자본시장법에 신탁업자의 전문인력 규정을 보완함으로써 부동산신탁사의 설립취지 및 국가경제에도 순기능을 제공하여야 할 것이다.

본 연구의 한계로는 조세의 일반원칙인 실질과세 원칙의 재검토를 통해 부가가치세법 상의 명의자과세를 적용할 경우 조세법상의 문제점은 해소될 것이다, 이의 적용은 세법의 개정이 수반되어야 하는 한계가 있다. 또한 시노미야(四宮)(1989)의 실질적 법주체성설 주장, 영·미법에서의 신탁재산은 그 자체가 독립된 주체라는 주장, 미국 ‘통일신탁법(2005년)’의 신탁재산이 투자회사의 정관에 따라 운용 등은 신탁법의 세계적 표준화 추세에 따라 토지신탁의 구조적 위험을 완화하는 방안으로써 신탁재산의 법인격을 부여하는 연구도 계속되어야 할 것이다.

【주요어】 부동산신탁사, 토지신탁, 신탁재산, 무한책임성, 법주체성, 유한책임형 부동산투자신탁제도, 자(子)토지신탁회사,

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
1. 연구의 배경	1
2. 연구의 목적	3
제 2 절 연구의 범위와 방법	5
1. 연구의 범위	5
2. 연구의 방법	5
3. 연구의 체계	6
 제 2 장 부동산신탁의 일반구조와 법리	7
제 1 절 부동산신탁의 의의 및 종류	7
1. 부동산신탁제도의 도입배경	7
2. 부동산신탁의 법적근거	8
3. 부동산신탁사의 취급업무	9
4. 우리나라의 신탁업 현황	11
 제 2 절 신탁재산	16
1. 신탁재산의 의의	16
2. 신탁재산의 법적 성질	16
3. 신탁재산의 독립성	17
4. 신탁재산의 보존	18

제 3 절	신탁관계 당사자	21
1.	위탁자	21
2.	수탁자	24
3.	수익자	32
제 4 절	부동산신탁의 법적 성격	40
1.	채권설	40
2.	실질적 법주체성설	43
3.	상대적 권리이전설	47
4.	수물권설	48
5.	소 결	49
제 5 절	해외사례 및 신탁법의 세계적 표준화 추세	51
1.	해외사례	51
2.	신탁법의 세계적 표준화 추세	61
제 3 장	토지신탁의 구조와 위험	71
제 1 절	토지신탁의 구조	71
1.	토지신탁의 의의	71
2.	토지신탁과 조세	74
3.	토지신탁의 유형 및 구조	79
4.	개별계약 체결	81
제 2 절	토지신탁의 구조적위험 및 사례분석	87
1.	토지신탁의 리스크관리	87
2.	토지신탁과 부가가치세의 구조적 위험	94
3.	토지신탁 조달사업비의 무한책임	104
4.	토지신탁종료 후의 무한책임	111
5.	임차인의 임차보증금 반환책임	114

6. 수탁자의 제3채권자에 대한 무한책임	117
7. 부동산신탁 전문인력제도 미비에 따른 위험	120
8. 타 신탁상품의 구조적 위험	126
제 4 장 토지신탁의 구조적위험 완화방안	131
제 1 절 신탁법의 활용을 통한 리스크 개선방안	132
1. 신탁법을 통한 적용성 검토	132
2. 계약형부동산투자신탁제도	139
3. 자본시장법상 투자신탁	142
4. 유한책임형 부동산투자신탁제도 도입	145
5. 소 결	148
제 2 절 투자회사 모델을 통한 리스크 개선방안	148
1. 투자회사의 적용성 검토	148
2. 자본시장법상 투자회사의 모델	151
3. 자본시장법상 투자회사의 도입	159
제 3 절 기타 개선방안	172
1. 투자자 보호방안	172
2. 부동산신탁사의 전문인력규정 도입	182
제 4 절 제도도입의 효과 및 한계	184
1. 리스크 개선방안의 효과	184
2. 조세법 적용의 한계	185
3. 투자회사의 도입의 한계	186
제 5 장 결 론	191
제 1 절 연구의 요약	191

제 2 절 시사점 및 연구의 한계 193

【참고문헌】 195

【부 록】 202

ABSTRACT 212



【 표 목 차 】

[표 1] 신탁회사 현황	12
[표 2] 수탁고 추이	12
[표 3] 신탁재산별 수탁고 추이	13
[표 4] 신탁회사별 신탁보수 추이	14
[표 5] 신탁회사별 수탁고 추이	15
[표 6] 우리나라와 일본의 토지신탁 유형 비교	51
[표 7] 신·구 신탁법의 구성체계 비교	62
[표 8] 신탁계정대여금의 대손충당금 적립기준	90
[표 9] 토지신탁심의위원회 심의내용	92
[표 10] 부동산신탁사의 사업비 조달원	107
[표 11] 계약형부동산투자신탁의 활용사례	141
[표 12] 집합투자기구의 구조적 형태	143
[표 13] 투자신탁과 투자회사의 비교	159
[표 14] 투자자 보호를 위한 제도	179
[표 15] 각 회사설립법의 전문인력 용어 현황	182
[표 16] 연구의 유효성 비교	184

【 그 립 목 차 】

<그림 1> 토지신탁의 구조	81
<그림 2> 토지신탁의 사업비 조달구조	106
<그림 3> 부동산담보신탁의 구조	127
<그림 4> 부동산관리신탁의 구조	129
<그림 5> 부동산처분신탁의 구조	130
<그림 6> 계약형부동산투자신탁의 구조	140
<그림 7> 자본시장법상 투자신탁의 구조	144
<그림 8> 유한책임형 부동산투자신탁의 구조	147
<그림 9> 자본시장법상 투자회사의 구조	154
<그림 10> 토지신탁의 기준 모델	160
<그림 11> 신 모델의 업무흐름도	164
<그림 12> 신 모델의 중간 모형	165
<그림 13> 신 모델의 최종 모형	166



제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경 및 목적

1. 연구의 배경

1980년대 말 이후 부동산가격의 비정상적인 상승이 국민경제에 부담요인으로 작용하자 1990. 4. 13. 정부는 “4.13 부동산 특별조치”에서 부동산투기 억제 대책의 일환으로 토지거래를 수반하지 않고도 아파트, 주택, 상가 및 업무용 건물 등을 효율적으로 개발할 수 있도록 1991. 2월 부동산신탁제도의 도입을 확정하였으며, 1991년 5월 부동산신탁을 전업으로 하는 신탁회사(이하 ‘부동산신탁사’라 한다)의 설립을 허용하였다. 부동산신탁 역시 신탁의 목적물이 부동산일 뿐 ‘신탁’이라는 계약관계에 기초한 법률관계로서 일반적으로 적용범위가 넓은 법 원리이다.

우리나라의 구 신탁법에서 신탁이란, ‘신탁설정자(위탁자)와 신탁을 인수하는 자(수탁자)와의 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법률관계를 말한다’(구신탁법 제1조제2항)라고 정의하고 시행되어 왔다.

그러던 중 2011. 7. 25(법률 제10924호)(이하‘신탁법’이라 한다)로 전면 개정되어 2012. 7. 25부터 개정신탁법이 적용되며, ‘위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 그 재산의 관리·처분·운용·개발·그 밖의 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계(신탁법 제2조)’라고 정의함으로써 토지신탁의 취급근거를 명확히 하였으며, 재산권에 부채까지도 포함하는 개념으로 신탁재산의 범위를 확대하였다.

그러나 부동산신탁제도가 도입된 지 20여년이 경과하였음에도 불구하고 특히 부동산토지(개발)신탁(이하 ‘토지신탁’이라 한다)과 관련하여 신탁법에 관한 사법적 체계에 대한 연구는 활발하였으나, 실무적인 면에서의 연구는 많이

미흡함에 따라 위탁자, 수익자, 제3채권자(정부, 지방자치단체 포함) 등 이해관계인 간의 법적분쟁이 빈발하게 되고, 특히 신탁법에서 정의한 ‘특별한 신임관계’에 있어야 할 신탁행위의 당사자인 위탁자와 수탁자 간의 신의칙이 손상을 입게 되는 경우가 발생하고 있다.

이와 같이 문제를 야기하는 실무사례를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 신탁기간이 3~5년의 장기간에 걸친 토지개발과정을 거치면서 IMF 등과 같은 부동산시장의 침체기와 접하게 되면 위탁자겸 수익자는 투자금의 조기 회수를 위하여 불법행위를 두려워하지 않게 되는 경우가 발생한다. 그 실례로는 부가가치세법상 위탁자겸 수익자가 건설용역의 공급받는 자가 되기 때문에 부동산신탁사가 건설사에게 건설용역 대가(부가가치세 포함)를 지급하게 된다. 이 경우 위탁자겸 수익자는 제3자와의 개인채무를 위장하여 제3자가 채권자로 확정되어 법원의 집행문을 부여받고, 부동산신탁사의 국세환급청 구권을 압류하게 된다. 이 경우 장래에 발생할 국세환급금은 제3자의 압류의 효력에 따라 건설대가와 함께 지출된 부가가치세는 제3자에게 환급됨으로써 신탁재산의 감소를 초래하게 되고 그 금액이 부동산신탁사의 손실을 초래할 수 있다.

둘째, 부동산신탁사의 토지신탁 사업을 정상적으로 종료하고 난 후 건축물의 의무하자보수기간(최장 15년) 동안 발생하는 제반 하자에 대하여 건설사가 하자보증서를 인·허가권자에게 제출한 다음 사용검사를 받은 후 수분양자는 입주 등을 하게 된다. 이후 건설사가 부도 등에 의하여 폐업된 경우 수분양자가 건축물의 하자에 터 잡아 하자보수 등을 청구하게 되면 부동산신탁사는 분양자의 위치에서 피고로서 소송에 임하여야 한다. 이 경우 피소금액이 하자보증금액을 초과하게 된다면 그 초과되는 금액은 부동산신탁사의 무한 손실로 귀착하게 된다.

셋째, 토지신탁은 수탁자가 대외적으로 토지소유권을 취득하고, 대외적인 관계에 있어서 부동산신탁사 명의로 자금조달업무 등 제반 개발업무를 수행하게 되므로, 수탁자가 체결한 모든 업무는 책임을 수반하게 되며, 책임이 발생할 경우 수탁자는 신탁재산의 범위 내에서 전보할 수 없는 부분에 대해서, 자기의 고유재산으로 이행하여야 하는 무한책임을 부담하게 된다(수탁자의 고유재

산도 책임재산으로 된다).

부동산신탁사의 토지신탁이 부동산신탁사 고유계정의 자산건전성을 위협하는 리스크로 작용하는 원인으로써 다음과 같은 문제점을 안고 있다고 볼 수 있다. 첫째, 토지신탁과 관련한 분쟁은 신탁법 등 관련법의 규정이 미비하여 법원의 판결에 의존해야 하는 경우가 많기 때문에 법적 안정성 및 예측 가능성이 어려운 면이 있으며 둘째, 토지신탁의 위탁자는 대체로 영세한 부동산개발업자가 선호하는 상품으로써, 토지신탁에서 요구하는 ‘제한물권이 설정되지 아니한 토지의 확보’에 어려움이 있는 관계로 건설사의 지급보증 등에 의존해서 토지를 확보하는 등 이해관계인이 다수 관여하게 된다. 따라서 건설회사와 위탁자 및 수탁자의 잣은 갈등이 표면화되고 있으며 셋째, 토지신탁은 신탁법 및 자본시장법의 태생적 한계인 금전신탁위주의 법제도로서 제정·운영됨으로써 법 규정의 미흡 및 운영상의 통일성을 기하지 못하여 토지신탁사업의 안정성을 확보하는데 어려움이 많아 부동산신탁사의 기피 상품으로 전락하는 면이 있다.

2. 연구의 목적

토지신탁은 해를 거듭할수록 토지의 활용도를 높이는 방향으로 전개되고 있으나, 토지주 또는 위탁자 입장에서 건설경기가 호황일 경우에는 토지주와 시공사 간의 건설도급계약에 의해 개발이 이루어지고 있으며, 불황기에는 완전한 자금조달자로서의 무한책임을 부담하는 부동산신탁사를 찾는 경향이 있다. 부동산신탁사의 설립취지에 부응한다면, 위탁자의 수요를 수용하기 위하여 제도적 미비점을 완비하여 부동산신탁사가 안정적으로 토지신탁을 취급할 수 있는 기회제공이 필요하다.

이에 본 연구는 토지신탁이 수탁자 명의로 건축주 및 사업시행자의 지위에서 개발업무를 수행하게 되므로, 수탁자가 체결한 모든 업무는 책임을 수반하게 되며, 책임이 발생할 경우 수탁자는 신탁재산의 범위 내에서 전보할 수 없는 부분에 대해서, 자기의 고유재산으로 이행하여야 하는 책임을 부담하게 되는 무한책임성을 부여받고 있다. 신탁법 제38조에서는 ‘수탁자가 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 진

다.’고 규정하고 있으며, 이는 수탁자와 수익자의 관계에 대한 규정이며 수탁자와 제3자와의 관계에는 적용되지 않는다. 또한 신탁법 제13조에서는 ‘수탁자는 수탁행위에 특별한 정함이 없는 한 수익자와 위탁자의 승낙 없이 그 임무를 사임할 수 없다. 다만 수탁자에게 정당한 이유가 있는 경우 법원의 허가를 받아 사임할 수 있다’고 규정한다. 따라서 부동산신탁사는 수익성이 낮은 사업장이라 하여 신탁행위 도중 임의로 개발사업을 중단할 수 없는 것이다. 부동산신탁사가 수개의 토지신탁사업을 진행하는 중 우량한 사업장이나 수익성이 낮은 사업장이 혼재될 수 있으며, 수익성이 낮은 사업장에서 발생하는 무한책임은 부동산신탁사의 존재를 위협할 수 있기 때문에 우량사업장까지도 영향을 받게 된다. 이러한 현상은 과거 퇴출된 한국부동산신탁(주) 및 대한부동산신탁(주)¹⁾에서 경험한 바 있다.

토지신탁의 신탁재산은 수탁자인 부동산신탁사에 의해서 구현되는 불가분의 관계로 건전한 수탁자에 의해서 신탁재산이 보호되고 그 결과 수익자의 이익이 극대화되는 점을 감안하여 볼 때, 본 연구는 수탁자인 부동산신탁사가 수탁한 토지신탁은 강한 신탁재산의 독립성을 주장하면서도 법인격을 가지지 못하므로 토지신탁사업의 안정성을 확보하는데 많은 어려움이 있다. 실무상 어려움을 겪고 있는 다음의 문제점에 대하여 판례 및 사례를 통해 중점적인 연구를 하였다. 첫째, 토지신탁 운영과정 중 적용되는 세법적용상 문제점, 둘째, 부동산신탁사 입장에서 토지신탁사업비의 조달에 따른 무한책임 문제점, 셋째, 토지신탁의 종료 후의 매도담보책임 문제점, 넷째, 부동산신탁사의 제3채권자에 대한 무한책임 문제점, 다섯째, 불특정 다수인으로부터 재산을 수탁받아 위탁자의 신탁목적에 부합하도록 관리·처분·운용·개발행위를 하여야 하는 부동산신탁사 임·직원으로서 전문인력 규정 도입에 따른 부동산신탁사의 체질강화 등이 있다.

본 연구는 신탁법 및 조세법 틀에서 토지신탁실무상 발생하는 불합리한 법규 및 제도보완 등을 구명(究明)함으로써 부동산신탁사가 안정적으로 토지신탁업무를 수행하도록 하는 것이 부동산신탁제도 도입취지 및 국민경제에 순기능을 할 것으로 기대되므로 지속적인 연구의 필요성을 제언하고자 한다.

1) 코레트신탁(구 대한부동산신탁)은 2002.7.1, 한국부동산신탁은 2002.8.24로 부도에 의거 부동산신탁업인가가 취소되었다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

부동산신탁사가 취급하는 부동산신탁의 상품은 부동산토지신탁, 부동산담보신탁, 부동산관리신탁, 부동산처분신탁으로써 신탁업감독규정 제2조에서 정하고 있다. 또한 신탁관계인을 살펴보면, 위탁자, 수탁자, 수익자, 신탁관리인, 신탁재산관리인으로 구성되어 있으며, 신탁재산은 신탁의 대상물로서 수탁자를 통해 보호되고, 신탁이 종료될 경우 잔존하는 신탁재산은 수익자에게 환원된다. 따라서 본 연구의 범위로는 부동산신탁상품 중 토지신탁 업무에서 발생하는 문제점에 대한 연구이므로 이에 범위를 한정하였으며, 신탁관계인 중 수익자와 수탁자로 한정하고, 부동산신탁의 대상물인 신탁재산을 연구의 범위로 한정하였다.

2. 연구의 방법

우리나라 신탁법은 태생적으로 캘리포니아 민사법전(California Civil Code, 1872) 및 인도 신탁법(Indian Trust Act, 1882)을 모범으로 하여 제정한 ‘일본 신탁법(대정11년 법률 제62호)’의 영향을 강하게 받고 있다.²⁾ 따라서 우리나라의 사법체계와는 이질적인 요소를 많이 내포하고 있다.³⁾ 영·미에서는 사업, 재산상속, 재산보호, 부동산개발, 자선 및 투자 등에 신탁제도가 널리 이용되고 있으며, 특히 미국의 신탁법은 회사 이외의 영업형태인 사업신탁 및 신탁 관계를 기초로 한 투자가 이루어질 때 이를 규율하는 투자회사법의 일반법 원리로 발전해 오고 있다.⁴⁾ 우리나라 신탁법은 영·미법에서 생성·발전한 제도로서 우리나라와 같은 대륙법계와는 달리 다른 법체계 속에서 법률구성 및 이론이 발전한 것이라고 할 수 있다.

한편 우리나라에서는 신탁법(1961년 12월 30일, 법률 제900호)제정 이후 일반적으로 일본의 통설을 따라 이른바 독일법적인 채권설로 법리를 구성하여

2) 박종찬, 「미국신탁법에 관한 연구」, 강원대학교, 2001. p.2.

3) 김성필, 「신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구」, 한양대학교 대학원 박사학위 논문, 1997, p.1.

4) 안성포, 「신탁의 기본구조와 그 법리」, 『중앙법학』 제9집 제2호, 2007, p.1.

신탁을 설명하고 있다.⁵⁾

본 연구는 현재 우리나라에서 적용되고 있는 신탁법의 적용원리 및 모순점을 구명하기 위해서 국내·외의 선행연구를 살펴보고, 연구의 목적에서 제시한 문제점의 발생원인 및 이의 해결방안을 모색하고자 신탁의 일반이론, 신탁재산의 법적이론, 위탁자·수탁자·수익자와 신탁재산의 법적 지위 및 신탁법을 재조명함으로써 신탁관계를 새로운 시각에서 토지신탁실무에 맞추어 대안을 제시하였다.

3. 연구체계

본 연구는 다음과 같이 구성되어 있다. 먼저 제2장에서는 부동산신탁의 일반구조와 법리로써 부동산신탁의 의의 및 종류, 신탁재산, 신탁관계 당사자를 살펴보고, 부동산신탁의 법적 성격으로서의 법적이론을 고찰하였으며, 해외사례 및 신탁법의 세계적 표준화 추세를 살펴봄으로써 실무상 적용성을 연구목적으로 검토한다.

제3장에서는 토지신탁의 구조와 위험으로써 토지신탁의 구조, 토지신탁의 구조적위험을 살펴보고. 이에 따른 토지신탁의 위험발생에 관한 국·내외 사례를 조사·분석하여 연구목적에서 열거한 문제점을 도출하고자 하였다.

제4장에서는 제3장에서 도출된 토지신탁의 구조적 위험을 완화할 수 있는 방안을 찾고자 하였다. 이에 신탁법을 활용을 통한 리스크 개선방안으로 ‘유한 책임형 부동산투자신탁제도’ 및 투자회사 모델을 통한 리스크 개선방안으로 자본시장법상 ‘투자회사제도’의 도입을 위해 신탁법 및 자본시장법과 국내의 유사사례를 수집·분석하여 적용성을 연구하였으며, 그 결과로 효율적인 토지신탁의 구조적 위험을 완화할 수 있는 방안을 제시하였다. 또한 기타 개선방안으로 투자자 보호방안과 부동산신탁사의 전문인력 도입을 통한 토지신탁의 효율성 제고 등을 중심으로 연구하였다.

제5장에서는 결론으로써, 연구결과를 요약하고 본 연구의 시사점과 한계점에 대하여 서술하였다.

5) 장현옥, 「부동산신탁에 관한 연구」, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1997, p.102.
김성필, 전계논문, p.45.

제 2 장 부동산신탁의 일반구조와 법리

제 1 절 부동산신탁의 의의 및 종류

1. 부동산신탁제도의 도입배경

우리나라는 그동안 경제개발계획에 따른 급속한 경제성장을 하면서 인구와 산업의 도시집중 등으로 많은 문제를 야기하였다. 특히 1980년대 후반의 토지 및 택지가격이 급등함에 따라 정부에서는 토지초과이득세, 개발부담금, 택지 초과소유부담금, 세법상 비업무용부동산 규제, 부동산 실명제 등의 토지공개념 도입과 규제적 조세를 신설하게 되었다. 이러한 부동산의 투기적 현상을 막기 위해 1990. 4. 13. 정부는 “4.13 부동산 특별조치”에서 부동산투기 억제 대책의 일환으로 1991. 2월 부동산신탁제도의 도입하게 되었으며, 이 제도를 통해 토지의 적극적인 유효 활용으로 의식을 전환하는 계기를 마련하였다. 이러한 현상은 실수요자의 취향변화(취득에서 임차로의 변화)로 이어졌으며, 정부에서도 공공투자에 따른 재정압박을 줄이고자 민간의 풍부한 자금과 우수한 기술 · 경영능력 등을 이용할 필요성이 증대하게 되었다. 이러한 시대적 필요성에 따라 태동한 부동산신탁제도는 사회적 필요에 의하여 자금력과 전문적인 지식 및 경험이 풍부한 인력을 갖추고 신탁업의 인가를 받은 신탁회사가 출현할 수 있는 법적 장치⁶⁾를 갖추게 되었으며, 이로서 부동산신탁회사⁷⁾가 등장하게 되었다.

-
- 6) 자본시장과금융투자업에관한법률 제12조(금융투자업의 인가) ① 금융투자업을 영위하려는 자는 다음 각 호의 사항을 구성요소로 하여 대통령령으로 정하는 업무 단위(이하 "인가업무 단위"라 한다)의 전부나 일부를 선택하여 금융위원회로부터 하나의 금융투자업인가를 받아야 한다. <개정 2008.2.29>
1. 금융투자업의 종류(투자매매업, 투자증개업, 집합투자업 및 신탁업을 말하되, 투자매매업 중 인수업을 포함한다)
 2. 이하 생략.
- 7) 신탁업감독규정 제2조(정의) ①이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.
1. "신탁회사"라 함은 법 제3조의 규정에 의하여 신탁업의 인가를 받은 회사를 말한다.
 2. "신탁겸영은행"이라 함은 법 제3조의 규정에 의하여 신탁업의 인가를 받은 은행법에 의한 금융기관을 말한다.
 3. "부동산신탁회사"라 함은 법 제3조의 규정에 의하여 법 제10조제1항 제4호 내지 제6호의 재산에 대한 신탁업무 및 그 부대업무만을 영위하는 조건으로 인가를 받은 신탁회사를 말한다.

최근에는 토지보유에 따른 과세부담의 증가와 개발이익에 대한 기대상승으로 전문적인 신탁회사에 의뢰하여 재산을 관리함으로써 재산관리 및 증식이 가능하다고 인정한데에 기인한 것이다. 기존의 재산관리 · 보전업무에만 한정되어 있던 부동산신탁이 임대 및 개발 등을 통해 재산증식형 신탁으로 발전하고 있다. 특히 부동산신탁의 경우에 금융공학의 발달 및 금융시장 복잡화의 영향으로 부동산이 유동화, 증권화되어 유통되면서 다양한 형태의 모습을 하게 되었다. 이상과 같은 부동산신탁제도 도입의 효과는 한정된 토지자원이 효율적 · 균형적 이용을 촉진함으로써 국가경제발전에 기여하는 한편 서민주택의 원활한 공급 등을 통해 사회안정화에 기여하고 있다고 볼 수 있다.

2. 부동산신탁의 법적근거

부동산신탁이란 ‘위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 그 재산의 관리. 처분. 운용. 개발. 그 밖의 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계(신탁법 제2조)’를 말한다. 부동산신탁도 그 법리에 있어서는 보통의 신탁과 같다. 그런데 민사신탁은 신탁법 제정 이래 오늘에 이르기까지 거의 활용되지 않고 있다고 해도 과언이 아니다. 다만 금전신탁과 증권투자신탁 등 영업신탁만이 활용되어 오다 1991년 5월 부동산신탁전업회사의 출현으로 부동산신탁이 활발하게 이용되어 발전하고 있다. 따라서 부동산신탁은 영업신탁으로서 현재 행하여지고 있는 부동산신탁 상품인 토지신탁, 관리신탁, 처분신탁, 담보신탁, 국·공유지토지신탁으로 구별하여 검토하는 것이 현실성이 있다고 생각한다.

그러나 구 신탁법은 신탁재산의 관리와 처분만을 예정하고 있어서(구 신탁법 제1조 제2항) 관리신탁과 처분신탁의 근거규정은 될 수 있으나 그 이외의 부동산신탁에 관해서는 어떠한 근거규정도 없었으나, 현행 신탁법 제2조에서 ‘신탁 재산의 관리. 처분. 운용. 개발. 그 밖의 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다.’라고 정의함으로써 토지신탁, 국·공유지 토지신탁 및 담보신탁의 취급근거를 명확히 하였다.

3. 부동산신탁사의 취급업무

부동산신탁전업회사는 금융위원회의 승인을 받아 설립되며, 동 회사의 정관에 목적을 정하게 된다.⁸⁾ 이 경우 한정적인 경우로서 종합재산신탁을 허용하고 있다고 볼 수 있다.⁹⁾ 여기서 종합재산신탁은 하나의 신탁계약에 의하여 위탁자로부터 자본시장법 제103조의 수탁재산 중 2 이상의 재산을 종합하여 신탁을 인수하는 것을 말한다. 부동산신탁사는 신탁계약에 의하여 위탁자로부터 서로 다른 재산 중 둘 이상의 재산을 종합하여 수탁할 수 있도록 허용하였으며, 다만 부동산개발사업을 목적으로 하는 토지신탁의 경우에는 그 신탁계약에 의한 부동산개발사업별로 금전재산을 개발사업비¹⁰⁾의 100분의 15이내에서 최초 신탁재산 수탁과 함께 수탁¹¹⁾할 수 있도록 제한하고 있다.

부동산신탁사가 취급할 수 있는 업무는 다음과 같다. ①부동산신탁에는 관리신탁, 처분신탁, 담보신탁, 토지신탁, ②동산신탁, ③용익물권신탁에는 지상

8) KB부동산신탁(주) 정관 제2조(목적) 회사는 신탁업법(현 자본시장법)에 의한 다음 업무를 영위함을 목적으로 한다.

1. 토지와 그 정착물의 신탁 및 이와 관련된 다음의 업무
 - 가. 토지신탁을 수행하기 위한 건설사업
 - 나. 건축물, 시설물의 유지 · 관리업
 - 다. 부동산 임대업 및 판매업
 - 라. 기타 부동산 개발과 관련된 일체의 업무
2. 지상권, 전세권 및 토지임차권의 신탁
3. 부동산 담보신탁
4. 동산의 신탁
5. 신탁업에 부수하는 다음의 업무
이하 생략

9) 자본시장과금융투자업에관한법률 제103조(신탁재산의 제한 등)

- ① 신탁업자는 다음 각 호의 재산 외의 재산을 수탁할 수 없다. <개정 2011.5.19>
 1. 금전 2.증권 3.금전채권 4.동산 5.부동산 6.지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기 청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리 7.무체재산권(지식재산권을 포함한다)
 - ② 신탁업자는 하나의 신탁계약에 의하여 위탁자로부터 제1항 각 호의 재산 중 둘 이상의 재산을 종합하여 수탁할 수 있다.
 - ③ 제1항 각 호의 재산의 신탁 및 제2항의 종합재산신탁의 수탁과 관련한 신탁의 종류, 손실의 보전 또는 이의의 보장, 그 밖의 신탁거래조건 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
 - ④ 신탁업자는 부동산개발사업을 목적으로 하는 신탁계약을 체결한 경우에는 그 신탁계약에 의한 부동산개발사업별로 제1항제1호의 재산을 대통령령으로 정하는 사업비의 100분의 15 이내에서 수탁할 수 있다.
- 10) 자본시장과금융투자업에관한법률시행령 제104조(신탁업무의방법 등) 제⑥ 범 제103조제4항에서 "대통령령으로 정하는 사업비"란 공사비, 광고비, 분양비 등 부동산개발사업에 드는 모든 비용에서 부동산 자체의 취득가액과 등기비용, 그 밖에 부동산 취득에 관련된 부대비용을 제외한 금액을 말한다.
- 11) 부동산신탁회사 회계처리기준(금융감독원 제정) 제13조에서 신탁사업예수금계정으로 처리한다.

권신탁, 전세권신탁, 임차권신탁, ④금전신탁(자본시장법 제103조에 한함)등이 있다. 또한 자본시장법 상의 신탁상품은 신탁재산의 종류에 따라 ‘금전의 신탁’과 ‘금전이외의 신탁’으로 대별되며, 은행 및 증권회사와 보험회사도 신탁업을 겸영할 수 있도록 허용하였다.

1) 금전이외의 신탁과 부동산신탁

금전이외의 신탁은 수탁자가 신탁을 인수할 때에 수탁하는 재산이 금전이외의 재산을 수탁하는 것을 말하며, 신탁종료 시에는 신탁재산을 운용한 결과 그대로 수익자(또는 위탁자)에게 교부하는 신탁으로써 부동산신탁의 취급근거가 된다. 따라서 신탁재산이 원본잠식의 우려가 없는 금융자산에 투자하여 얻는 신탁의 이익은 이자소득에 가깝고, 원본잠식의 우려가 있는 증권이나 과생금융상품, 부동산, 실물자산 등에 투자하는 경우에는 신탁의 이익은 배당성격을 갖으며, 특히 부동산신탁에서는 토지신탁이 유일할 것이다.

2) 부동산신탁의 이익분배금의 세법상 소득구분

금융자산에 대한 이자소득인지, 배당소득인지의 소득구분 실익에 대한 논란이 있으나¹²⁾, 신탁의 이익에 대해서는 부동산신탁은 신탁의 목적물이 부동산이란 점에 있어서 배당소득을 구성한다. 그러나 신탁의 목적물이 금전일 경우에는 금전신탁으로, 금전이외의 것인 경우에는 금전이외의 신탁으로 분류하고 있다. 부동산신탁에 있어 자금조달의 한 방편으로 위탁자로부터 최초 수탁 시 총 사업비의 100분의 15 범위 내에서 금전을 수탁할 경우, 최초 수탁 받은 금전의 운용이 부동산개발에 운용되었다 하더라도 당초 수탁 시 신탁재산은 금전이므로 이를 부동산신탁이라고 분류하지는 아니 한다.¹³⁾ 따라서 당초 수탁된 금전의 운용이익은 이자소득으로 보아야 하지만, 토지신탁은 부동산의 개발이 주목적이므로 사업소득으로 보아 수익자 또는 위탁자의 각 사업년도 소득으로의 구분이 필요하다.

금전의 수탁을 허용한 이유는 위탁자 입장에서 부동산개발과정에 소요되는 사업비의 조달이 금융기관 등으로부터 차입에 의존하기 때문에 시중의 대출금리를 신탁재산에서 부담하게 된다. 그러나 여유자금이 있는 경우 수익자의 지위를 겸하고 있는 위탁자로서는 여유자금의 금융기관 예치에 따른 이자소득

12) 이창희, 『세법강의』, 박영사, 2006, p411.

13) 장현옥, 전계논문, p.147.

보다 높은 대출이자를 부담함으로써 신탁재산의 감소, 즉 수익의 감소를 감수하여야 한다. 따라서 신탁재산의 보호조치로서 허용하게 되었다.

3) 부동산신탁사의 부수업무

부수업무로는 부동산신탁사의 정관이나 업무방법서 등에 정하여 진 경우로 써 부동산컨설팅, 부동산중개, 부동산종합서비스, 부동산대리사무 등의 업무를 수행하고 있다.

4. 우리나라의 신탁업 현황

1) 신탁회사 현황

자본시장법의 시행 이후 금융업역의 개방으로 인한 신탁업의 시장은 확대일로에 있으며, 2011. 6말 현재 신탁업을 영위하고 있는 금융회사는 모두 57개사로써 2010년 말 보다 1개사(증권사 1개) 증가하였다. 증권사는 2011년 상반기 중 SK증권('11.3.2.)이 신탁업 인가를 받아 총 21개사, 은행은 20개사, 보험 5개사가 신탁업을 영위 중이며, 부동산신탁사는 자본시장법 시행 이후 인가받은 2개사(무궁화신탁, 코리아신탁)를 포함하여 11개사가 영업 중에 있다. 이처럼 신탁업역의 확대로 인해 신탁업을 영위하는 금융기관수 증가와 더불어 부동산신탁사 역시 꾸준히 증가하는 추세이다. 그러나 토지신탁을 취급하는 부동산신탁사는 한국토지신탁, 대한토지신탁, KB부동산신탁, 한국자산신탁, 하나다올신탁, 코람코자산신탁, 아시아신탁 등 7개사에 불과하다. 이는 차입형(분양형 및 임대형) 토지신탁의 리스크가 크게 상존하기 때문에 회피하는 결과로 판단된다. 특히 경영은행에서는 신탁업을 영위하면서도 토지신탁을 취급하지 못하는 이유는 전업부동산신탁사를 대상으로 한 상품으로써 취급을 제한하는 감독당국의 행정지도에 기인한다.¹⁴⁾ 따라서 부동산신탁사는 생존을 위해 토지신탁을 제외한 부동산담보신탁 상품 및 부수업무에서 치열한 경쟁을 하게 되는 것이 현실이며, 오히려 부동산신탁제도의 도입취지에 부응하지 못하는 면도 있다고 판단된다.

현재 신탁업을 수행하는 신탁회사는 <표 1> 과 같다.

14) 금융감독원, 복합금융감독국(2009. 2. 4).

〈표 1〉 신탁회사 현황

구 분	개 수	회 사 명	인가단위		
			종합	금전	부동산
은 행	국내은행	신한, 우리, SC제일, 하나, 외환, 씨티, 국민, 대구, 부산, 광주, 경남, 산업, 기업, 농협, 수협 전북, 제주	○		
		외은지점	○	○	
	증권사	도이치, 홍콩상하이, 뉴욕멜론 신한, 교보, 대신, 대우, 하나대투, 동양종금, 삼성, 미래에셋, 우리투자, 한국투자, 현대, NH투자, 한화, 메리츠, 신영, 유진투자, HMC투자, 동부, SK 하이, IBK	○	○	
보험사	5	미래에셋, 삼성, 대한, 흥국	○		
		교보		○	
부동산 신탁회사	11	한국토지, KB부동산, 대한토지, 생보부동산, 한국자산, 하나다온, 코람코자산, 아시아, 국제자산, 무궁화, 코리아			○

〈출처 : <http://www.fss.or.kr>

2) 신탁회사의 수탁고 추이

2011. 6말 현재 57개 신탁회사(겸영 46사, 부동산신탁회사 11사)의 총 수탁고는 395.5조원으로 전년 말 대비 24.8조원(6.7%) 증가하였으며, 은행이 41.9%(165.7조원)로 가장 비중이 높고, 부동산신탁사 39.0% (154.4조원), 증권사 18.9%(74.7조원), 보험사 0.2%(0.7조원) 등 모두 증가하였다. 2011. 상반기 중 증권사는 전년 말 대비 11.6조원(18.4%) 증가하였고, 부동산신탁사는 전년 말 대비 12.3조원(8.7%)이 증가하는 등 괄목할 만한 성장을 하였다.

신탁회사의 수탁고 현황은 다음 〈표 2〉 와 같다.

〈표 2〉 수탁고 추이

(단위 : 조원, %)

구 分	'10년말 (A)	'11.6말 (B)	비율	증감 (B-A)	증감률 (B-A)/A
겸 영 사	은 행	165.0	165.7	41.9	0.7
	증 권	63.1	74.7	18.9	11.6
	보 험	0.5	0.7	0.2	40.0
	소 계	228.6	241.1	61.0	12.5
부동산신탁회사	142.1	154.4	39.0	12.3	8.7
합 계	370.7	395.5	100.0	24.8	6.7

〈출처 : <http://www.fss.or.kr>

3) 신탁재산별 수탁고 추이

신탁회사별로는 금전신탁 151.7조원(38.4%), 재산신탁 243.7조원(61.6%)으로 전년 말 대비 각각 9.2% 및 5.2%가 증가하였다. 또한 금전신탁의 수탁고 비중은 2010년 말 37.5%에서 2011년 6월 말 현재 38.4%로 0.9%가 증가하였다. 현재 수탁고의 비중은 금전신탁 수탁고 보다 재산신탁의 수탁고가 상당한 비중을 차지하고 있으며, 그 차이는 <표 3>에서 보는 바와 같다.

<표 3> 신탁재산별 수탁고 추이

신탁재산		'10년말 (A)	'11.6말 (B)	비율	증감 (B-A)	증감률 (B-A)/A
금전 신탁	불특정	15.8	14.8		-1.0	-6.3
	특 정	123.1	136.9		13.8	11.2
	소 계	138.9	151.7		12.8	9.2
재산 신탁	금전채권신탁	51.2	49.5	12.5	-1.7	-3.3
	유가증권신탁	4.7	8.3	2.1	3.6	76.6
	부동산신탁	175.7	185.9	47.0	10.2	5.8
기타	소 계	231.6	243.7	61.6	12.1	5.2
	담보부사채 등	0.2	0.0	0.0	-0.2	-100.0
	총 계	370.7	395.5	100.0	24.8	6.7

<출처 : <http://www.fss.or.kr>>

4) 신탁회사별 신탁보수 추이

2011년 상반기 중 신탁회사의 신탁보수는 총 3,098억원으로 전년 동기(2,678억원) 대비 420억원(15.7%) 증가하였으며, 은행, 증권사 및 보험사는 영업규모 확대에 따라 신탁보수가 각각 346억원(21.1%), 38억원(13.6%) 및 1억원(33.3%) 증가하였다. 또한 부동산신탁사는 담보신탁 수탁고 증가에 주로 기인하여 신탁보수가 증가(36억원, 4.8%)하였으며, 특히 담보신탁에 치중하면서 상대적으로 담보신탁수탁고 추이가 2010년 말 95.8조원에서 2011년 6월말 현재 106.7조원으로 증가함에 따른 것으로 신탁회사별 신탁보수 추이는 <표 4>에서 보는 바와 같다.

〈표 4〉 신탁회사별 신탁보수 추이

(단위:
억원, %)

구 분	'10.상반기 (A)	'11.상반기 (B)	증감액 (B-A)	증감률 (B-A)/A
겸 영	은 행	1,639	1,985	346
	증 권 사	279	317	38
	보 험 사	3	4	1
소계		1,921	2,305	384
부동산신탁회사		757	793	36
계		2,678	3,098	420
				15.7

(주) 증권사, 보험사(3월 말 결산법인) 4. 1 ~ 6. 30 기간에 대한 (잠정)실적임
 <출처 : <http://www.fss.or.kr>>

5) 신탁회사별 수탁고 추이

최근 총 수탁고 대비 특정금전신탁 비중이 지속적으로 증가하는 등 신탁업이 자산운용방법의 하나로 자리 잡고 있음에 따라 특정금전신탁 수탁고의 비중이 2008년 말 29.6%에서 2009년 말 30.8%으로, 2010년 말에는 33.2%로 2011년 6월 말 현재는 34.6%로 점차 증가하는 추세이다. 특히 전업 부동산신탁사의 차입형 토지신탁의 수탁고는 2011. 12월 기준으로 1,141억원으로 나타났다. 실무자의 인터뷰에 따르면, 차입형 토지신탁이 이처럼 급증한 것은 부동산경기 침체와 저축은행 부실 등으로 은행권의 프로젝트파이낸싱대출이 크게 감소했기 때문으로써 일종의 풍선효과로 보는 견해이다. 차입형 토지신탁의 신탁계정 대여금리는 은행권의 프로젝트파이낸싱대출 보다 높지만 시공사 등의 지급보증 등을 요구하지 않기 때문에 위탁자인 개발업자들이 선호하는 상품으로써 토지신탁이 안고 있는 리스크에 우려감은 높아지고 있다고 판단된다. 이러한 토지신탁에 대해 감독기관에서는 부동산신탁업이 타 금융투자업과 차별화된 자산운용수단으로 정착될 수 있도록 투자자에 대한 설명의무 강화, 약관 정비 등 부동산신탁업 제도를 지속적으로 검토·정비하여 부동산신탁업의 건전한 성장을 지원하여야 할 것이다.

신탁회사별 수탁고 추이는 〈표 5〉에서 보는 바와 같다.

〈표 5〉 신탁회사별 수탁고 추이 (단위 : 조원)

구 분			'10말(A)	'11.6말(B)	증 감(B-A)
신 탁 업 계	금전 신탁	불특정	15.8	14.8	-1.0
		특 정 (퇴직연금)	123.1	136.9	13.8
		18.7	23.7	5.0	
		소 계	138.9	151.7	12.8
	재산 신탁	금전채권	51.2	49.5	-1.7
		부동산신탁 (토지신탁)	175.7	185.9	10.2
		(관리신탁)	19.2	20.3	1.1
		(처분신탁)	17.9	17.5	-0.4
		(담보신탁)	21.3	20.4	-0.9
		유가증권	117.2	127.6	10.4
		소 계	4.7	8.3	3.6
	기타	담보부사채등	231.6	243.7	12.1
	총신탁계		370.7	395.5	24.8
은 행	금전 신탁	불특정	15.8	14.8	-1.0
		특 정 (퇴직연금)	65.0	71.7	6.7
		15.0	19.0	4.0	
		소 계	80.8	86.5	5.7
	재산 신탁	금전채권	49.1	45.7	-3.4
		부동산신탁 (관리신탁)	30.7	29.8	-0.9
		(처분신탁)	8.8	8.6	-0.2
		(담보신탁)	0.4	0.3	-0.1
		유가증권	21.5	20.9	-0.6
		소 계	4.2	3.8	-0.4
		84.0	79.3	-4.7	
	기타	담보부사채등	0.2	-	-0.2
	은행신탁계		165.0	165.7	0.7
증 권	금전 신탁	불특정	0.0	0.0	0.0
		특 정 (퇴직연금)	57.6	64.6	7.0
		3.4	4.3	0.9	
		소 계	57.6	64.7	7.1
	재산 신탁	금전채권	2.1	3.8	1.7
		부동산신탁 (관리신탁)	2.9	1.7	-1.2
		(처분신탁)	0.1	0.3	0.2
		유가증권	2.8	1.5	-1.3
		소 계	0.5	4.5	4.0
		63.1	74.7	11.6	
보 험	금전 신탁	불특정	0.0	0.0	0.0
		특 정 (퇴직연금)	0.5	0.6	0.1
		0.3	0.4	0.1	
		소 계	0.5	0.6	0.1
	재산신탁		0.0	0.0	0.0
부 동 산 신 탁 사	보험신탁계		0.5	0.7	0.2
	재산 신탁	(토지신탁)	19.2	20.3	1.1
		(관리신탁*)	9.0	8.7	-0.3
		(처분신탁)	18.1	18.6	0.5
	부동산신탁계	(담보신탁)	95.8	106.7	10.9
		142.1	154.4	12.3	

(주) 분양관리신탁 수탁고는 관리신탁 수탁고에 합산하였음

〈출처 : <http://www.fss.or.kr>

제 2 절 신탁재산

1. 신탁재산의 의의

신탁재산은 신탁목적에 따라 관리·처분·운용·개발할 대상을 말한다. 구 신탁법에서는 ‘재산권’으로 규정되었으나, 현행 신탁법에서는 ‘재산’으로 변경(신탁법 제2조)하였다. 이는 금전적 가치를 갖는 모든 것을 포함하는 개념으로 ‘재산권’이라고 부를 만큼 성숙한 것이어야 하는 것은 아니다. 특허권 등의 지적재산권은 물론 특허를 받을 권리, 외국의 재산권 등은 포함되지만 위탁자의 생명, 신체, 명예와 같은 인격권은 포함되지 않는다. 그리고 적극재산과 더불어 소극재산의 이전도 가능하다. ‘재산’은 물권, 채권, 채무의 총체인 사업신탁도 가능하지만, 적극재산이 소극재산 보다 적은 경우에도 신탁설정은 가능하다.¹⁵⁾ 따라서 재산을 수탁자가 위탁자로부터 자기이름으로 양수하거나 처분 받아 신탁의 목적재산이 부동산일 경우 부동산신탁재산을 신탁부동산이라고도 한다.¹⁶⁾

신탁부동산의 소유권은 위탁자로부터 수탁자에게 이전되어 형식상 수탁자에게 귀속되지만 실질적으로는 신탁목적에 따라서만 신탁부동산을 관리·처분·운용·개발할 수 있다. 그리고 신탁행위는 일반적으로 무상행위이기 때문에 신탁행위에서 특별히 정한 경우를 제외하고는 위탁자 및 그 상속인은 신탁부동산의 하자에 대한 담보책임을 지지 않는다.

미국 신탁법 제3차 리스트레이트(2003) §40조는 불법이거나 공서양속에 반하지만 않으면 수탁자가 어떤 유형의 재산에 대한 어떤 권리라도 신탁재산으로 취득할 수 있도록 하고 있다. 신탁은 특정되고 양도 가능한 물건에 대한 관계에서만 존재할 수 있다.¹⁷⁾

2. 신탁재산의 법적 성질

우리나라를 포함한 대륙법계에서의 소유권개념에 의하면 특정한 물건에 관

15) 최수정, 『일본 신신탁법』, 진원사, 2007, p.14.

16) 김상용, 「부동산 신탁제도 개관」, 『대한부동산학회지』, 제6권, 1988, p.89.

17) 임채웅 역, 『미국신탁법』, 박영사, 2011, p.219.

하여 배타적이며 절대적인 완전권으로서의 소유권만 인정되고, 영·미신탁법에서 말하는 ‘한정된 소유권(limited ownership)’이라는 개념은 인정되지 않는다. 즉 대륙법계에서의 소유권자는 자기에게 귀속하는 모든 객체를 사용·수익·처분할 수 있는 무제한의 권리를 갖는다. 그러나 이러한 법적구성을 절대적으로 적용하게 되면 신탁이라는 법적인 수단에 의해서 특정의 재산권을 양도하는 것은 불가능하다.¹⁸⁾ 그러므로 영·미법계는 이러한 대륙법적 소유권 개념의 도입을 곤란하게 여긴 것으로 여겨진다. 신탁의 핵심내용은 ‘특정한 객체(specific objects)’의 관리라기보다는 오히려 계속적 실체(continuing entity)로서의 ‘신탁기금(trust fund)’의 관리이다. 즉 ‘그 내용은 변화하여도 그 동일성(identity)은 유지한다’는 것이다. F. W. Maitland(1909)는 신탁기금은 일종의 「법인화된 객체(incorporated thing)」로서 취급되고 원형은 변하여도 그 동일성을 유지한다. 영·미신탁에서 핵심적 지위를 차지하는 것은 이러한 신탁기금으로서의 성격을 가지는 「신탁재산(trust res)」이고, 그것이 없이는 신탁관계가 존재할 수 없다¹⁹⁾고 명언하고 있다.

3. 신탁재산의 독립성

신탁재산은 신탁목적의 독립성을 반영하여 각 관계당사자, 특히 수탁자 개인으로부터 독립된 지위를 가진다. 따라서 신탁재산은 수탁자의 고유재산으로부터 분별하여 관리하지 않으면 안 될(신탁법 제37조) 뿐만 아니라, 실질적으로도 수탁자의 고유재산과는 독립한 것으로 취급된다. 이와 같이 신탁재산이 실질적으로 수탁자의 고유재산으로부터 구별되는 그 특성을 신탁재산의 독립성이라 한다.²⁰⁾ 이처럼 신탁재산이 형식적으로는 수탁자에게 귀속되어 있더라도 수익자나 위탁자를 위하여 관리·처분하여야 하므로 그 재산관리에서 생기는 이익은 모두 수익자에게 귀속된다. 마찬가지로 신탁상 관리·처분에 따른 손실

18) F. H. Lawson, *A Common Lawyer looks at the Civil Law*, Ann Arbor : University of Michigan Law School, 1953, p.202.

19) F. W. Maitland, *Lectures on Equity*, Cambridge University Press, 1909, p.112.

20) 그러므로 이 신탁재산의 독립성에 기하여 신탁은 〈재산의 안전지대〉라고 불리며, 또한 신탁재산 목적의 법주체성(이에 관한 자세한 설명은, 四宮和夫, 『信託法(新版)』, 有斐閣, 1989, p.69. ; 장형룡, 『신탁법개론』, 육법사, 1991, p.69, p.124.)도 상정할 수 있다고 한다. (四宮和夫, 『信託法(新版)』, 有斐閣, 1989, p.181.)

도 모두 수익자에게 귀속된다. 따라서 수탁자의 신탁재산에 대한 지위는 외형상 형식적인 것에 불과하고 내용상 실질적으로는 신탁재산에 대한 관리권을 가질 뿐이다. 그러므로 신탁재산과 수탁자의 고유재산을 분명히 구별하고, 신탁재산이 고유재산에 대하여 독립성을 가진다는 뜻을 신탁법에서 다음과 같이 규정하고 있다. ①수탁자는 원칙적으로 신탁재산을 자기 고유재산과 구별하여 관리해야 하며(신탁법 제37조), ②신탁재산은 등기·등록할 수 있는 한 공시방법을 갖추어야 하며(신탁법 제4조), ③신탁재산을 수탁자의 개인 채무담보로 삼을 수 없으며(신탁법 제25조), ④수탁자가 사망하더라도 신탁재산은 수탁자의 상속 재산에는 속하지 않을 뿐만 아니라 수탁자의 이혼에 따른 재산분할의 대상이 되지 않으며(신탁법 제23조), ⑤수탁자가 과산하더라도 신탁재산은 수탁자의 과산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다(신탁법 제24조). 특히 신탁법은 수탁자로부터 수탁자에게로의 점유승계에 관하여 수탁자는 위탁자의 점유의 하자를 승계한다고 규정하고 있다(신탁법 제30조).

4. 신탁재산의 보존

1) 신탁재산의 물상대위성

신탁재산은 물상대위성이 인정되어 신탁재산이 관리·처분·운용·개발·멸실·훼손이나 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산을 구성한다(신탁법 제27조). 신탁재산의 물상대위성은 민법상 담보물권의 성질인 물상대위와는 정확히 일치하는 개념은 아니다. 즉 신탁법 제19조의 물상대위성은 단순한 신탁재산의 변형물 뿐만 아니라 널리 수탁자가 신탁상 관리나 처분 등으로 얻은 모든 재산이 그 대상이다. 예컨대, 신탁재산에서 생기는 모든 과실(천연·법정)이 신탁재산에 포함되며, 적극재산은 물론이고 소극재산도 신탁재산에 포함된다. 이러한 신탁재산의 물상대위성은 신탁재산의 통일성에 기초하고 있다.

또한 신탁법 제29조에서는 신탁재산과 고유재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 그 재산은 신탁재산에 속한 것으로 추정하며, 서로 다른 신탁재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 그 재산은 각 신탁재산 간에 균등하게 귀속된 것으로 추정한다는 규정을 신설함으로써 신탁재산을 한층 보강하는 조

치를 강구하였다.

2) 신탁재산 독립성의 보전

신탁재산의 독립성을 구체적으로 보전하기 위하여 신탁법은 다음과 같은 명시규정을 두고 있다. ①신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하지 않는 채무는 상계적상에 있더라도 상계할 수 없으며, 신탁재산에 속하는 채무에 대한 책임이 신탁재산만으로 한정되는 경우에는 신탁재산에 속하지 아니하는 채권과 신탁재산에 속하는 채무는 상계하지 못한다(신탁법 제25조). 이 규정은 신탁재산의 독립성을 강조하는 조치이다. ②신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없다(신탁법 제22조). 이에 위반하여 신탁재산에 대한 강제집행 등에 대하여는 위탁자·그 상속인·수익자·수탁자는 이의를 신청할 수 있다(신탁법 제22조제2,3항). ③수탁자가 파산하더라도 이미 수탁자 고유재산으로 바뀐 것 말고는, 그 신탁재산은 수탁자 개인의 파산재단을 구성하지 않는다(신탁법 제24조). ④신탁재산이 소유권 이외의 권리인 경우에 수탁자가 그 목적인 재산을 취득하여도 그 권리는 혼동으로 인하여 소멸하지 않는다(신탁법 제26조). 이것은 신탁재산의 독립성을 보장하기 위한 당연한 규정이다. ⑤신탁재산에 관하여 부합, 혼화 또는 가공이 있는 경우에는 각 신탁재산과 고유재산은 각각 다른 소유자에게 속한 것으로 민법 제256조 내지 제261조의 규정을 준용한다(신탁법 제28조). ⑥신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하지 않으며, 수탁자의 이혼에 따른 재산분할의 대상이 되지 않는다(신탁법 제23조).

그러나 예외적으로 신탁재산에 대하여 강제집행 등을 할 수 있는 경우는 신탁전의 원인으로 발생한 권리인 때와 신탁사무의 처리상 발생한 권리인 때로 한정하고 있으며, 이에 대한 다양한 견해와 우리나라 대법원의 판례는 다음과 같다.

첫째, 신탁전의 원인으로 발생한 권리인 때로써 「신탁전의 원인」이라는 것은 「신탁행위 전」이라는 의미가 아니라 「어떤 신탁행위에 관하여 신탁관계가 발생하기 이전」이라는 의미이고, 예컨대, 신탁사무의 처리에 의하여 저당권을 부담하는 부동산을 신탁재산으로 취득한 경우 그 저당권은 여기서

말하는 권리에 해당한다.²¹⁾ 또한 「신탁 전」은 「신탁행위 전」이 아니고, 「신탁관계에 들어가기 전」이라고 해석하는 견해가 있다. 따라서 신탁행위 이전이라도, 예컨대 신탁법 제27조(물상대위성)의 원인으로 취득한 재산에 대해서는 신탁재산에 발생한 권리에 대해서도 강제집행 할 수 있다는 것과 같이 「신탁 전」과는 별개이기 때문에 신탁재산에 대한 강제집행을 부당하게 제한하지 못하도록 넓게 해석해야 된다는 것이다.²²⁾ 이와 관련하여 우리 대법원은 “신탁전의 원인으로 발생한 권리라 함은 신탁 전에 신탁부동산에 대하여 저당권 등이 설정된 경우 등, 신탁재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생한 경우를 말하는 것이고, 신탁 전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함되는 것은 아니다”²³⁾라고 판시하고 있다. 그러나 이 판례는 신탁 전의 의미를 지나치게 좁게 해석함으로써 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대한 강제집행을 함에 있어 부당하게 이를 제한하고 있다는 연구²⁴⁾도 있으나, 이는 신탁재산을 보호하려는 신탁법의 취지 및 토지신탁의 실무 과정 중 많은 숨은 이 해당사자의 출현 등으로 토지신탁사업을 저해할 소지가 많으므로 확대해석은 위험하다고 판단된다.

둘째, 신탁사무의 처리상 발생한 권리인 때이다. 신탁사무의 처리상 발생한 권리는 수탁자의 사무처리 행위에 의하여 생긴 권리(예, 신탁재산의 수리에 의한 채권)와 신탁재산 자체에서 유래하는 권리(예, 신탁재산에 관한 조세, 공과금, 신탁사무처리로 매각된 신탁재산의 숨은 하자로 인한 담보책임(민법 제580조), 신탁재산에 속한 공작물의 하자에 기한 소유자의 책임, 신탁재산과 타인의 재산과의 첨부에 의하여 발생한 물건이 수탁자에게 귀속한 경우에 있어서의 부당이득반환의무(민법 제261조)에 대응하는 상대방의 권리 등)를 말한다. 또한 신탁목적수행을 위해서 적법하게 차입한 상대방의 채권도 이에 포함된다.²⁵⁾

셋째, 신탁사무처리 기간 중 수탁자의 통상적인 사업활동 상의 행위로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 때이다. 수탁자의 사무가 단순한 신탁재산의 관

21) 四宮和夫, 전계서, p.183. ; 장형룡, 전계서, p.137.

22) 大版谷公雄, 『信託法』, 東京:信託法研究會, 1990, p.309.

23) 대법원 1987. 5.12. 선고 1986다545, 86다카 2176.

24) 장현옥, 전계논문, p.144.

25) 四宮和夫, 전계서, pp.183~184.

리 수준을 넘어서서 활발한 대외적인 활동을 수반하기 때문에 그에 상응한 피해자에 대한 보호방안의 필요성을 인정할 수밖에 없고, 또한 대리인이나 고용인이 그 자신의 일반적인 권한 내에서 행동한 경우 본인이나 사용자에게 책임을 귀속시킬 수 있듯이 그 자신의 일반적인 권한 내에서 행동하는 수탁자는 비록 신탁자 개인에게 책임을 귀속시킬 수 없다고 하더라도 신탁재산에 대하여는 책임을 귀속시킬 수 있다고 보는 것이 공평에 부합하다고 볼 수 있을 것이다. 이는 신탁사무처리 상 발생한 권리와는 별도로 ‘신탁재산에 기인하지 않은 불법행위로 인한 손해배상채권’ 중에서 그 불법행위로 증가된 신탁재산의 가치와 채권자의 손실 사이에 어떠한 대가적인 관계가 없는 경우라 할지라도 ‘신탁사무의 처리상 발생한 채권’에 해당하지 않는다고 보아 신탁재산에 대하여 강제집행이 허용되지 않는다고 볼 수 없다고 대법원은 판시²⁶⁾하고 있다.

이상과 같이 신탁재산은 수익자를 위하여 존재해야 할 중요한 재산으로써 신탁재산이 소멸하면 신탁관계도 신탁의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당되어 해지되어야 한다. 따라서 신탁법에서도 신탁재산의 독립성을 구체적으로 보전하기 위한 명시규정을 두고 있다.

제 3 절 신탁관계 당사자

1. 위탁자

1) 위탁자의 지위

신탁에 있어 위탁자는 그가 수익자를 위하여 수탁자에게 신탁재산에 관한 신인의무를 부여함으로써 신탁을 설정하는 의사로 신탁재산을 이전할 때까지만 중요하다. 의사표시를 하고 재산을 이전한 뒤에는 위탁자는 연혁적 권리만을 갖는 전(前) 소유자와 비슷하게 된다. 이러한 면에서 위탁자는 회사의 설립자와 유사하다. 회사가 설립되면, 설립자는 그 뒤로는 아무런 역할도 맡지 않는다. 동일한 사람이 위탁자이면서 수익자 또는 수탁자가 될 수 있는 것과 마찬가지로, 동일한 사람이 설립자이면서 동시에 이사나 주주가 될 수 있음을 당연하다. 그래서 위탁자의 역할과 관련된 관심분야는 위탁자가 재산을 이전

26) 대법원 2007.6.1. 선고 2005다5843.

할 능력이 있는가와 신탁설정의사를 형성할 수 있는가에 초점이 맞추어진다. 그러므로 위탁자는 다음과 같은 요건이 갖추어져야 한다.²⁷⁾

첫째, 위탁자는 재산의 소유자이거나 그것을 이전할 법적 자격을 갖추어야 한다. 둘째, 위탁자는 재산이전을 하고, 신탁을 설정할 의사를 형성함에 필요한 능력을 갖추어야 한다. 셋째, 위탁자가 신탁설정의 의사를 표시하여야 한다. 수익자 및 수탁자에 대한 위탁자의 의사에 대해 알리지 아니하고도 신탁이 설정될 수 있으나, 서면으로서 또는 제3자를 통해 그의 의사를 외부에 표현할 것이 요구된다. 신탁을 형성할 드러나지 않은 내심의 의사를 불충분하다.

미국 통일신탁법 상의 위탁자는 커먼로상의 권리이나 수익권의 전부 또는 일부를 보유할 수 있으나, 형평법상에는 둘 모두를 보유할 수 없는데 그 이유는 신탁이란 수익권에서 커먼로상의 권리와 분리함으로써 설정되는 것이기 때문이다. 신탁선언의 경우에는 위탁자가 커먼로상의 권리를 보유한다. 이 경우 수익권의 전부 또는 그 일부는 다른 사람에게 주어져야 한다. 또한 위탁자는 철회권을 가지게 되며, 신탁을 변경하거나 수탁자를 통제할 권한까지도 포함한다. 일반적으로 신탁은 철회가능한 것으로 명백히 선언되어 있지 아니하는 한, 철회불가능한 것으로 추정된다. 그러나 통일신탁법 §602조(a)항은 다음과 같은 추정을 규정하고 있다. ‘신탁은 달리 설정되지 않는 한, 철회가능하다’. 이 조항은 ‘그 신탁이 철회불가능한 것으로 명백히 규정하지 않는 한, 위탁자는 신탁을 철회하거나 변경할 수 있다’라고 규정하고 있다.²⁸⁾

2) 위탁자 권리의 제한

구 신탁법에는 위탁자의 권리 제한에 관한 명문의 규정이 없어 권리제한 가능 여부에 관하여 견해가 대립되었으나, 현행 신탁법에서는 위탁자의 권리의 제한에 관하여 명시적으로 규정하였다. 신탁행위로 위탁자의 전부 또는 일부가 신탁법에 따른 위탁자의 권리의 전부 또는 일부를 갖지 아니한다는 뜻을 정할 수 있으며, 목적신탁의 경우에는 신탁행위로 신탁법에 따른 위탁자의 권리를 정할 수 있도록 하였다(신탁법 제9조). 이는 목적신탁의 경우 위탁자는

27) 임채웅 역, 전계서, p.227.

28) 임채웅 역, 전계서, p.229.

수탁자의 감독자로서 중요한 지위에 있기 때문에 위탁자의 권리의 제한하는 것은 타당하지 않으므로, 위탁자의 권리를 제한할 수 없도록 하였으나, 일반 신탁의 경우에는 위탁자의 권리에 대한 규정은 임의규정이므로 신탁의 본질에 반하지 않는 한 신탁행위로 위탁자의 권리를 제한할 수 있도록 하였다.

3) 위탁자 권리의 성질

위탁자의 권리는 수탁자의 신탁사무에 대한 감독권한이 중심이 되고, 위탁자 자신은 그 권리의 행사로 경제적 이익을 받는 지위에 있는 자가 아니므로 원칙적으로 위탁자의 채권자는 위탁자의 권리를 대위 행사할 수 없다. 그러나 위탁자가 신탁의 이익을 전부가지는 경우의 신탁은 위탁자나 그 상속인이 언제든지 신탁을 종료할 수 있고(신탁법 제99조제2항), 수익자와 귀속권리자로 지정된 자가 신탁의 잔여재산에 대한 권리를 포기한 경우 잔여재산은 위탁자와 그 상속인에게 귀속되는 바(신탁법 제101조 제2항), 이 때에는 위탁자에게 경제적 이익이 있다고 볼 수 있으므로 위탁자의 채권자에 의한 권리의 대위행사가 가능하다고 볼 수 있다.

4) 위탁자의 지위 이전

위탁자의 지위이전에 관해 신탁법은 ‘신탁행위로 정한 방법에 따라 제3자에게 이전할 수 있다(신탁법 제10조 제1항)’고 규정하고 있다. 부동산담보신탁 및 투자신탁 등에서 위탁자의 지위이전 필요성이 있으므로 이를 명문으로 인정하여 이해관계인의 보호 및 신탁의 활성화를 도모하고 있다. 위탁자 지위 이전을 허용함에 따라 기존의 부동산담보신탁에서 가장 큰 문제였던 부동산개발사업 시행사의 파산의 경우 -부동산담보신탁 수익권증서를 소유한 채권금융기관 등이 수익권증서에 터잡아 이를 환가 요청할 경우 부동산신탁사는 공매 등의 방법으로 새로운 시행사를 구하고 다시 새로운 시행사가 이를 신탁할 것인지 또는 신탁을 하지 않을 것인지의 불확정 상태에서 수분양자의 지위를 보호할 수 있을지 확신할 수 없게 되는 것- 제3자로의 위탁자 변경이 가능함에 따라 수분양자를 보호할 수 있고, 투자신탁 등에서 수익증권양도가 용이해져서 신탁의 활용도가 높아지게 되었다. 또한 이전의 방법이 정하여지지 않은 경우에

는 수탁자와 수익자의 동의를 받아 제3자에게 이전할 수 있으며, 위탁자가 다음일 때에는 다른 위탁자의 동의를 받도록 하고 있다. 실무적으로 부동산토지신탁에 있어 사업부지의 소유자가 다수인 경우 위탁자 중 1인의 지위 이전은 다른 위탁자의 이해관계에 직접적으로 영향을 미치게 되므로 다른 위탁자의 이익을 보호하기 위해 위탁자 지위이전에 대한 동의권을 신탁행위에서 유보할 필요성이 있다고 본다.

2. 수탁자

1) 수탁자의 법적 지위

수탁자란 신탁설정자인 위탁자의 상대 당사자로 신탁인수자를 말한다. 즉, 위탁자로부터 신탁목적인 재산권을 이전 또는 처분에 따라 양수하여 그 신탁재산을 신탁목적에 따라 관리하거나 처분하는 자를 말한다. 수탁자로서 신탁을 인수할 수 있는 지위 내지 자격을 수탁능력이라 하며 자연인과 법인에 대하여 다음과 같은 제한이 있다.

첫째, 영업으로 신탁을 인수하는 자는 건전한 업으로 이를 영위하기 충분한 재산적 기반을 소유하며 사회적으로도 높은 신용을 갖고 있어 장기간에 걸쳐 업무를 계속 유지할 수 있는 자이어야 한다. 그러므로 영업신탁의 수탁자는 신탁업을 영위하는 것에 대해 금융위원회의 인가를 받아야 한다(자본시장과금융투자업에관한법률 제12조). 이처럼 영업으로서 신탁을 인수하는 자의 자격을 제한하는 이유는 우선 신탁업은 공공성이 강한 성격을 가진 신용사업이기 때문에 그 경영기초를 튼튼히 하여 위탁자나 수익자 등 거래자들을 보호하기 위함이고, 다음으로 수탁자를 주식회사로만 한정한 것은 행정상으로 감독하는데 편리하기 때문이며 또한 영속적인 법인격도 보장할 수 있기 때문이다.²⁹⁾

둘째, 자연인은 미성년자, 금치산자, 한정치산자 및 파산선고를 받은 자는 수탁자가 될 수 없다(신탁법 제11조)고 규정함으로써 권리능력뿐만 아니라 행위능력이 있어야 함은 당연하다. 만약 자연인이 수탁자로 된 후에 수탁자가 파산 등으로 수탁능력을 상실한 때에는 수탁자의 임무는 종료된다(신탁법 제12조 제1항).

29) 장현옥, 전계논문, pp.114~115.

이처럼 수탁자의 수탁능력이 그 신탁재산에 대한 관계에 있어서 어떠한 법적지위를 갖게 되는 것인가? 이 점에 관하여 대륙법적인 입장과 영·미법적인 입장에서 이론구성을 다르게 하고 있으며, 이를 절충코자 하는 이론구성을 살펴본다.

첫째, 대륙법적인 입장에서 ① 수탁자는 신탁재산의 귀속주체이지만 동시에 그 신탁재산을 수익자의 이익을 위해서 관리할 의무도 함께 가지고 있는 것으로 법리구성을 하는 것이다. 이 경우 수익자는 수탁자에 대해서 상대적인 대인권(채권적 청구권)을 가지는 것에 불과하다³⁰⁾는 설과 ② ①과는 반대로 수익자에게 완전권이 귀속하는 것으로 하고 그 관리권만 수탁자에게 부여하는 것으로 법리구성을 하는 것이다. 이 경우 수탁자는 재산권과 직접적인 관계가 없고 신탁재산의 명의조차 가지고 있지 않으며 수익자에게 귀속한 재산권을 위임에 의해서 관리·사용하는 것으로 법리구성을 하는 것이다.³¹⁾

둘째, 영·미법계 입장에서는 대륙법적 입장의 어느 쪽의 입장도 채용하지 않고 수탁자와 수익자는 서로 다른 재산권을 가지는 것으로 법리구성을 하고 있다. 즉 수탁자 및 수익자의 어느 쪽도 객체를 전면적으로 지배하는 권리인 대륙법적인 소유권을 가지고 있지 않고, 수탁자는 신탁재산에 대하여 Common Law상의 재산권(legal interest, legal estate)을 취득하고, 수익자는 Equity상의 재산권(equitable interest, equitable estate)이라는 서로 다른 재산권을 가지고 있는 것으로 하고 있다.³²⁾ 이러한 법적인 사고 하에서는 누가 객체(physical object)를 소유한다는 생각 자체가 불합리하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 소유권의 대상으로 된 1개의 객체에 대하여 복수의 재산권이 존재하기 때문이다. 즉, 신탁에 있어서 한편으로 수탁자는 토지를 관리하는 것을 목적으로 하는 Common Law상의 재산권을, 다른 한편으로 수익자는 토지의 이익을 향유하는 Equity상의 재산권을 각각 가짐으로써 하나의 동일한 신탁재산에 대하여 서로 다른 재산권을 가지는 것이다.³³⁾ 이러한 재산권의 분할은 어떤 사람은 이익을 향유하고, 다른 사람은 그 관리권을 가지는 것으로 하는 신탁의

30) F. H. Lawson, op.cit., pp.77~78.

31) F. W. Maitland, op.cit., pp.350~353.

32) F. H. Lawson, op.cit., p.203.

33) F. H. Lawson, op.cit., p.78.

경우 특히 발생한다. 이렇게 수탁자가 한편으로는 신탁재산의 名義를 가지고, 다른 한편에서는 신탁재산에 대한 관리권을 가짐으로써 발생하는 신탁재산에 대한 수탁자의 권리의 분열을 막기 위하여 고안된 것이 수탁자의 충실의무를 미국신탁법 Restatement 제170조에서 ‘수탁자는 오로지 수익자의 이익을 위해서 신탁재산을 관리해야할 의무를 부담한다’라고 규정함으로써 그 의미를 잘 설명하고 있다.³⁴⁾³⁵⁾

셋째, 대륙법적 입장과 영·미법적 입장은 절충코자 하는 이론구성은 재산권의 형식적 귀속과 재산의 관리가 분리되는 것으로 인하여 재산관리권의 문제가 발생하기 때문에 양자의 결합을 매개하는 충실의무를 그 핵심내용으로 하는 재산관리권의 개념이 필요하게 되고, 아울러 신탁재산에 대한 실질적인 법률주체와의 관계를 어떻게 정립할 것인가에 대한 문제가 대두된다. 따라서 영·미의 신탁법은 대륙법의 계약과 소유권과의 중간적인 “財產管理權”(trusteeship)이라고 할 수 있는 독자적인 대물적 권리를 창안하여 발전시켰다.³⁶⁾ 영·미의 신탁법은 이러한 제3의 법적 카테고리(kategorie)인 재산관리권을 소유와 계약 사이의 매개체로 활용함으로써 대륙법계에서 계약과 소유권에 의한 법적구성을 통해서 통일성을 이루고 있다.

-
- 34) A. W. Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 Calif. L. Rev.Inc., 1949, p.539, p.541. Restatement(Second) of Trusts §170 (1). 또한 *Id.* at §170(2)는 「The trustee in dealing with the beneficiary on the trustee's own account is under a duty to the beneficiary to deal fairly with him and to communicate to him all material facts in connection with the transaction which the trustee knows or should know」라고 규정하고 있다. See also *id.* at §§171-185. 또한 四宮和夫, 「受託者の忠實義務」, 英米私法論集(未延三次先生還歴記念), 1963, p.129은, 1항과 2항의 관계에 관한 「수탁자의 충실의무에 관해서는, 신탁재산(실질적 법주체로서의)에 대한 면과, 그 배후에 있어서 이익을 받을 수익자에 대한 면과의 2개의 면이 생각된다. Restatement §170의 1항과 2항은, 이 구별에 대응하는 것이라고 해야 할 것이다」(p.132)라고 하고, 더욱이 신탁재산에 대한 충실의무에 관해서, 「수탁자의 충실의무의 기초는, 신인(信認)을 받아서 타인의 사무를 처리하는 것(受認者)은, 그 타인의 이익을 위해서만 행동해야 한다고 하는 원칙이다. 이 근본원칙의 コロラ리로서의, 수탁자는 신탁재산(收益者)의 이익 즉 수탁자의 의무와 수탁자 개인의 이익이 충돌하는 것 같은 위치에 있어서는 안 된다고 하는 원칙(제1원칙), 수탁자는 신탁사무의 처리에 갈음해서 자기이익을 얻는 것은 안 된다고 하는 원칙(제2원칙), 및 수탁자는 신탁사무의 처리에 갈음해서 제3자의 이익을 피하는 것은 안 된다고 하는 원칙(제3원칙)이 도출 된다」(p.133)고 한다. See also Calif. Civil Code §§2228-2234; Indian Trust Act, 1882 §§14, 51-52.
- 35) A. W. Scott, *The Law of Trusts*, Vol. I -IV, 3rd ed., Boston : Little, Brown and Company, 1967. Supplement, Vol. I -IV, 1984, 4th ed., p.169.
- 36) F. H. Lawson, op.cit., p.10. 이하에서 “수탁자는 수탁재산의 관리자(the managers of the property)”라는 취지로 기술하고 있다.

2) 수탁자의 법적 권리

(1) 보수청구권

신탁은 당사자 사이의 특별한 신임에 기초한 것으로써 특별한 합의가 없는 한 무상이 원칙이다. 이것은 우리 신탁법이 영·미법의 전통에 따라 신탁의 무상주의 원칙을 채용했기 때문이다. 그러므로 신탁은 무상이 원칙이지만 다음 두 경우는 예외적으로 보수를 청구할 수 있다. 우선 수탁자가 신탁을 영업으로 인수했을 때에는 그 행위를 상행위로 보아 당연히 보수를 청구할 수 있으며, 신탁행위에서 정함이 있는 경우(신탁법 제47조)로 한정하고 있다.

대법원은 ‘신탁보수약정이 있는 경우에 신탁사무를 완료한 수탁자는 위탁자에게 약정된 보수액을 전부 청구할 수 있는 것이 원칙이지만, 신탁사무가 중도에 종료된 경우에는 신탁사무처리의 내용 및 경과, 신탁기간, 중단된 신탁사무로 인하여 발생하는 위탁자의 손실, 기타 제반사정을 고려하여 약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다’고 판시하고 있다.³⁷⁾ 이는 ‘신탁보수가 사정의 변경으로 신탁사무의 성질 및 내용에 비추어 적당하지 아니하게 된 경우 법원은 위탁자, 수익자 또는 수탁자의 청구에 의하여 수탁자의 보수를 증액하거나 감액할 수 있다(신탁법 제47조 제3항)’고 신설 규정을 도입하는 계기가 되었다고 본다.

신탁법에서 수탁자는 신탁사무의 성질과 내용에 비추어 적당한 금액의 보수를 지급받을 수 있다(신탁법 제47조 제2항)고 규정하면서도 적당한 보수에 대한 규정이 없어 신탁행위로 보수액을 정하였다 하더라도 거래관행과 사회통념에 따라, 수탁자의 노력의 정도, 신탁사무의 성질, 타인이 얻은 이익 등을 종합적으로 고려하여 수익자의 이익의 한도 내로 감액될 수 있는 유동성이 있다.

(2) 비용 또는 손해보상청구권

수탁자는 신탁재산에 관하여 부담한 조세·공과금이나 기타 비용과 이자 또는 신탁사무를 처리하기 위하여 자기에게 과실없이 받은 손해의 보상을 받음

37) 대법원 2006.6.9. 선고 2004다24557.

에 있어서 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 변제받을 수 있으며, 수탁자는 수익자에게 이러한 비용 또는 손해의 보상을 청구하거나 이에 상당하는 담보를 제공하게 할 수 있다(신탁법 제46조). 그러나 이 규정은 수익자가 그 권리를 포기했을 경우에는 적용되지 않는다(신탁법 제46조 제4항)라고 규정함으로써 급격한 부동산경기의 악화로 인한 토지신탁사업의 부실화는 신탁비용·손해보상청구권 및 신탁보수의 수급권을 포기하여야 할 것이며, 결국 부동산신탁사의 재무구조를 악화시키는 결과를 초래한다.

또한 수탁자가 보수·비용·손해보상을 청구하려면 그 의무를 먼저 이행하여야 한다(신탁법 제43조)고 규정함으로써 수탁자가 신탁재산을 적절히 관리하지 아니하여 신탁재산을 멸실·감소시키거나, 그 밖에 손해를 생기게 한 때 또는 신탁목적에 반하여 신탁재산을 처분하거나, 분별관리의무를 위반했을 때(신탁법 제44조)에는 그 손해를 보상하거나 신탁재산을 회복한 뒤에야 그 보수·비용·손해보상을 청구할 수 있도록 하여 수탁자에 대한 신탁재산관리의무와 청구권 사이의 균형을 유지하고 있다. 또한 구 신탁법에서는 신탁보수를 신탁사무를 처리하기 위한 비용으로 인정되어 우선변제권을 인정하고 있으나, 현행 신탁법에서는 수탁자는 신탁목적에 따라 신탁재산의 보존, 개량을 위하여 지출한 필요비 또는 유익비는 신탁재산에 대한 민사집행절차 또는 국세징수법에 따른 공매절차에서 수익자나 그 밖의 채권자 보다 우선하여 변제를 받을 권리를 인정하고(신탁법 제48조 제1항) 있으면서도 신탁보수는 필요비 또는 유익비에 해당되지 않아 본 규정과는 관계가 없다. 여기에서 ‘필요비’란 물건의 보존을 위하여 지출한 비용과 같이 물건 자체에 기여하기 위한 비용으로서, 비용을 지출할 당시의 인식가능한 객관적 사정에 따라 판단되며, 지출의 결과와는 관계없이 인정되는 비용이다. 한편, ‘유익비’란 물건을 개량하기 위하여 지출한 비용과 같이 물건의 가치를 증대시키는 비용으로서, 물건의 변경에까지 이른 경우의 비용은 포함되지 않는다³⁸⁾고 규정함으로써 향후 필요비와 유익비에 대한 추상적 정의에 따른 다툼이 발생할 경우 소송 등에 의해 판별될 수밖에 없다고 본다.

38) 송현진.유동규, 『해설신탁법』, 진원사, 2012, p.418.

3) 수탁자의 법적 의무

신탁법상 수탁자의 의무에 관한 규정은 원칙적으로 임의규정이므로 신탁행위로 수탁자의 의무를 가감할 수 있다는 점에는 의문이 없다. 하지만 신탁행위에 의해 그러한 의무를 완전히 배제할 수 있는지 또는 수탁자의 의무를 전제하지 않는 신탁도 가능한지 등의 문제가 있다. 그런데 신탁법에서의 임의법규는 민법 일반의 임의법규와 동일하게 취급하기는 어려울 것이다. 수탁자에 대한 신뢰를 근간으로 하는 신탁의 본질에 비추어볼 때, 이에 반하는 내용을 신탁행위로 정하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 민법상의 임의법규와 다른 의미에서의 임의법규인 것이다.³⁹⁾ 그러면 신탁으로 성질규정을 하기 위해서는 최소한 어느 정도의 내용이 포함되어야 하는가가 문제인데, 이를 규정하고 있는 법규는 충실의무로 표현될 수 있는 사항으로 다음과 같이 정리 할 수 있을 것이다.

신탁은 위탁자가 수탁자에게 준 신뢰이며 수탁자와 수익자 내지 신탁재산 간의 신뢰관계이기 때문에 수탁자에 대하여 엄격한 의무들을 부과하고 있지만 그 중에서도 가장 핵심이 되는 것은 충실의무(duty of loyalty)이다. 그러나 우리 신탁법에는 수탁자의 선관의무(신탁법 제32조), 이익향수금지(신탁법 제36조), 신탁재산의 분별관리의무(신탁법 제44조), 수탁자의 권리취득의 제한(신탁법 제34조) 등을 규정하면서도 충실의무를 직접 규정한 일반 조문은 없었다. 이에 현행 신탁법 제33조에서 ‘수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다’는 규정을 신설하였다. 또한 수탁자의 관리권이란 단순히 신탁재산을 관리만 하고 신탁목적에 따라 처분만을 할 수 있는 권한을 말하는 것이 아니라 광의의 관리권(예를 들어 신탁재산과 관련하여 권리의 취득할 수 있는 행위, 채무부담행위, 소송행위 등을 할 수 있는 권한)을 의미한다 하겠다.⁴⁰⁾

4) 수탁자의 재산관리권의 법적성질

수탁자의 법적의무에서와 같은 재산관리권에 대한 별상은 수탁자 개인에 대한 신뢰를 기초로 하고, 수탁자에게 신탁재산의 명의를 부여하는 것을 승인하

39) 小野傑/深山雅也, 『新しい信託法解説』, 三省堂, 2007, p.107. ; 최수정, 전계서, p.88.

40) 부동산신탁업협회, 『부동산신탁실무』, 2007, p.38.

면서 또한 그 이면에 수탁자의 법인격과는 별개의 신탁재산의 실질적 법인격을 가정하고 있는 것이다. 더 나아가, 수익자가 준물권적권리를 가지는 것으로 법리구성을 하는 경우에도 신탁재산은 수익자의 일반재산으로부터 분리시켜서 특정한 목적을 위해서 관리시키는 것이기 때문에, 이러한 경우에 신탁재산 자체의 법인격을 인정해야 하는 것이 아닌가 하는 의문도 생긴다. 이 경우에 영국에서는 수탁자와 신탁재산 사이에 법인격과 같은 추상적 인격(an abstract person)을 개재시킬 필요는 없다고 본다.⁴¹⁾ 또한 미국의 전통적인 입장도 제3자는 수탁자에 대하여 訴를 제기하여 신탁재산에 직접적으로 집행하는 것을 원칙적으로 허용하고 있지 않다.⁴²⁾ 그러나, 미국에서는 이 원칙에 대하여 다음과 같은 예외를 인정하고 있다(Restatement(Second) of Trust §268~§271). 첫째, 수탁자가 신탁사무의 처리와 관련하여 개인적으로 부담한 책임에 관해서, 그 채권자인 제3자가 수탁자의 고유재산으로부터 채권의 변제를 받을 수 없게 되는 경우, 둘째, 채권자인 제3자가 신탁재산에 대해서 이익을 주었으나 수탁자의 고유재산을 가지고는 그 채권의 만족을 얻는 것이 불가능한 경우, 셋째, 신탁사무의 처리에 있어서 수탁자가 제3자에 대해서 의무를 부담한 때에 그 제3자가 자신의 권리의 만족을 얻기 위한 지분상의 소송을 신탁재산에 대하여 행하는 것이 가능하다는 뜻의 약관이 신탁조항에 정해진 경우, 넷째, 수탁자가 정당한 신탁사무처리로써 제3자와 계약을 체결하면서 수탁자는 계약상의 의무에 관하여 개인적으로 책임을 부담하지 않고 제3자는 신탁재산에 관해서만 책임을 추급할 수 있다는 뜻의 약정을 하고 있는 경우이다. 이러한 예외적인 경우에 한해서 제3자는 그 계약상의 권리에 대해서 지분상의 소송으로써 신탁재산에 대해 직접 책임을 추급하는 것이 가능하다.

5) 수탁자의 재산관리권변경의 법적성질

수탁자의 고유한 의무인 신탁재산의 관리권이 신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정으로 신탁재산의 관리방법이 수익자의 이익에 적합하지 아니하게 된 때에는 위탁자, 그 상속인, 수익자 또는 수탁자는 그 변경을 법원에 청구할 수 있다(신탁법 제88조)고 규정하고 있으며, 이는 법 규정과 같은 사정변

41) F. H. Lawson, op.cit, p.31.

42) Restatement(Second) of Trust §267, Comment a.

경이 있는 경우에 원래의 관리방법대로의 구속력을 인정하는 것은 신의칙 및 공평의 원칙에 반하는 결과가 되기 때문에 법원의 재판에 의한 관리방법의 변경을 인정한 것으로서, 정해진 관리방법 자체가 적합하지 아니하게 된 것이 아니라 수탁자가 정해진 관리방법에 위반하여 재산을 관리한 결과 수익자의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 생긴 것에 불과한 경우는 여기서 말하는 '예견하지 못한 특별한 사정'에 해당한다고 할 수 없다⁴³⁾고 판시한 것은 IMF 와 같은 급격한 환경변화에 직면했을 경우 원래의 관리방법이 현 상황과 맡지 않기 때문에 이를 변경하고자 하는 경우라고 볼 수 있다.

또한 신탁법 제36조 제1항에 의한 관리방법의 변경을 하는 경우에도 신탁법의 취지나 신탁의 본질에 반하는 내용의 변경을 할 수는 없다고 할 것인데, 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이어서(신탁법 제1조 제2항), 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하므로, 신탁재산에 관하여는 수탁자만이 배타적인 처분·관리권을 갖는다고 할 것이고, 위탁자가 수탁자의 신탁재산에 대한 처분·관리권을 공동행사하거나 수탁자가 단독으로 처분·관리를 할 수 없도록 실질적인 제한을 가하는 것은 신탁법의 취지나 신탁의 본질에 반하는 것이므로 법원은 이러한 내용의 관리방법 변경을 할 수는 없다⁴⁴⁾고 판시하였으며, 이는 신탁법 제31조에서와 같이 '수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리·처분 등을 하고 신탁 목적달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다'고 규정함으로써 수탁자의 신탁재산관리권에 위탁자 및 제3자의 개입을 허용하고 있지 않는 취지에 따른 판결이라 하겠다. 다만 수탁자가 신탁법의 취지 및 본질에 위반한 관리인 경우에만 한정적으로 법원의 판결을 통한 신탁재산관리방법변경을 청구할 수 있음을 천명한 것이다.

그러나 현행 신탁법 제88조 제1항에서는 '특별한 사정이 있는 경우 이외에

43) 대법원 2003.1.27. 선고 2000마2997.

44) 상계 판결, 2000마2997.

는 위탁자, 수탁자 및 수익자의 합의로 신탁을 변경할 수 있다'는 규정을 신설함으로써 신탁변경을 당사자 간의 신뢰에 기초한 유연성을 보강하기 위한 조치이다.

3. 수익자

1) 수익자의 법적지위

수익자는 신탁행위에 따라 이익을 받으며 신탁계약이 종료되면 나머지 신탁재산을 받을 수 있는 신탁재산에 대한 기본적인 권리를 갖는다. 이러한 뜻에서의 수익권은 일반적으로 채권적요소와 물권적요소를 함께 갖는 신탁의 특유한 권리이다. 수익자는 수탁자의 신탁관리 · 처분행위에 따라 이익을 받으며 신탁을 마친 때에 남은 신탁재산을 받을 권리를 기본으로 하여, 신탁재산관리를 요청할 수 있는 권리와 이러한 권리를 보전하고 신탁재산 내지 수익자 자신의 이익을 지키기 위한 여러 가지 권리가 가진다. 따라서 수익자의 법적지위는 중요한 위치에 있으면서도 법적 지위를 갖는 데는 아무런 제한이 없다. 미성년자, 한정치산자, 금치산자, 파산자 등 어떠한 제약사항이 없으며, 단지 권리능력만을 가지면 된다.

미국 제3차 신탁법 리스테이트(2003) §43조에 의하면, '신탁재산으로 의도되는 재산에 대한 Common Law상의 권원을 취득하여 보유할 능력이 있는 자는 누구나 그 재산에 의한 신탁의 수익자가 될 능력이 있다. 보통은 재산에 대한 Common Law상의 권원을 보유할 능력이 없는 자는 신탁수익자가 될 수 없다.'고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 일반적으로 사익신탁의 수익자는 신탁을 실행할 수 있을 만큼 확정되어 있어야 한다. 또한 신탁에 있어서의 다른 역할(위탁자 또는 수탁자)를 겸할 수 있다. 그러나 유일한 수탁자는 유일한 수익자가 될 수 없다고 규정하고 있다. 이는 수탁자와 수익자 관계에 따른 의무가 존재할 수도 없고, 실행될 수도 없기 때문이다.

현행 신탁법상 신설된 '신탁선언에 의한 신탁의 설정 방법'은 미국 신탁법(2003)에 비추어 실무적용상 검토가 필요한 부분이다.

45) 임채웅 역, 상계서, p.235.

2) 수익권의 의의

신탁행위에 의하여 수익자로 지정된 자는 신탁이익을 가지게 되며, 신탁의 이익을 가지게 되는 권리를 수익권이라 한다. 수익권을 표시하는 방식은 ‘수익권증서’와 ‘수익증권’으로 나뉘어 운용되고 있으며, 이 둘의 차이를 보면, 신탁법상 수익권증서는 수익권을 표시하는 증거증권으로서 관련법상 유통성이 부여된 유가증권은 아니지만 주로 부동산신탁상품에서 통용되는 지명채권을 표창하는 증서로서 기능을 하고 있으며, 수익증권은 유통성이 부여된 유가증권으로서의 법적 성질을 가지고 있다는 점에서 구별된다. 기존 신탁관련 법령은 이러한 수익권증서와 관련하여 별도의 명문규정은 없으나, 실무상 부동산신탁사는 신탁계약내용에 수익권증서의 발행에 관한 규정을 명시하여 사용하고 있다. 그러나 현행 신탁법상 신설된 수익증권발행신탁(신탁법 제78조 제2항)은 수익권의 유가증권화를 통해 대규모 자금을 미리 융통할 수 있도록 도입하였으며, 수익권은 신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정하면(신탁법 제78조 제1항 전단) 수익증권 발행을 위한 별도의 요건을 정할 필요 없이 수익증권을 발행할 수 있도록 하였으나, 현재 부동산신탁사에서는 아직 관련 규정의 미비로 시행되고 있지 않다.

3) 수익권의 성질

일반적으로 신탁의 법률적 구조를 위탁자가 특정한 재산에 대한 완전한 소유권을 수탁자에게 주어서 그 수탁자에게 신탁목적에 따라 수익자를 위하여 그 재산권을 관리해야 할 채무를 지우는 제도라 생각하면 신탁재산은 수탁자의 완전한 지배하에 놓이며 수익자는 수탁자를 통해서만 그 신탁재산에서 이익을 받을 수 있다. 그러나 신탁의 수익권이 단순한 채권에 그치지 않고 물권적요소를 포함한다는 견해로는 ①수익권은 신탁재산에 대한 이행청구권이라는 채권적 성질을 가지지만 그 채권의 객체, 즉 채무자는 채권설에서와 같은 수탁자가 아니라 실질상의 법주체로서의 신탁재산 그 자체라고 생각한다. ②수익권은 신탁재산에 대한 물적권리라는 형식으로 물권의 성질을 가지며 이때의 권리객체는 실질적 법주체로서의 신탁재산이 아니라 신탁관리 대상으로서의 객체인 신탁재산이라고 한다.

수익권의 채권적 성질과 물권적 성질이라는 단순한 채권적 권리와 물권적 권리가 수익권 안에 병존한다는 뜻이 아니라 서로 내적으로 관련하여 수익권이라는 신탁의 독특한 권리를 형성한다고 본다. 따라서 신탁재산에 대한 채권이면서도 동시에 신탁재산에 대한 물적권리를 포함하는 수익권은 신탁재산이 변동함에 따라 그 내용도 변동하는 관계를 신탁재산에 대한 수익권의 물적상 관관계라고 한다. 이는 법주체성설에 따른 이론이다.

수익권은 수익채권과 이를 확보하기 위한 권리의 총체이다. 수익자가 신탁 행위에 따라 신탁재산에서 받을 수 있는 모든 권리와 이익을 포괄한 권리를 의미하며, 신탁행위로도 수익권의 권리를 제한할 수 없는 강행규정을 두어 신탁법상 열거된 수익권의 권리를 신탁행위로 다른 내용을 정하면 무효이다(신탁법 제61조).

4) 수익권의 제한 금지

구 신탁법에는 법률에 규정된 수익자의 권리가 제한할 수 있는지 여부에 관한 명시적 규정이 없었으나, 현행 신탁법 제61조에서는 수익자의 권리를 신탁 행위로도 제한할 수 없는 사항을 열거하고 있다.

첫째, 법원에 청구할 수 있는 권리(신탁법 제61조 제1호)로는, ①수탁자 지위에 관한 권한으로 수탁자의 해임신청권(신탁법 제16조 제3항), 신수탁자의 선임신청권(신탁법 제21조 제1항), 수탁자의 보수변경신청권(신탁법 제47조 제3항)을 두어 수익자를 위해서 신탁재산을 관리하는 등 신탁사무를 처리할 의무가 있는 수탁자의 선임, 해임 등에 관하여 법원의 개입을 요청하는 권리규정을 두고 있다. ②신탁재산관리인의 지위에 관한 신청권한으로 신탁재산관리인의 선임 및 그 밖의 처분신청권(신탁법 제17조 제1항), 신탁재산관리인의 해임신청권(신탁법 제19조 제3항)을 두어 수탁자를 대신하여 임시적으로 신탁사무를 처리하는 신탁재산관리인을 감독할 수 있는 권리규정을 두고 있다. ③신탁의 존속여부에 관한 신청권한으로써 신탁의 변경신청권(신탁법 제88조 제3항), 신탁의 종료명령신청권(신탁법 제100조)을 두어 신탁당사자의 합의가 이루어지지 않는 경우, 수익자의 이익을 해할 우려가 있기 때문에 수익자의 이익을 보호하기 위해 법원의 판단에 따르도록 하기 위함이다. ④그 밖의 신청권한으로는 신탁

의 변경 등에 반대하는 수익자를 보호하고, 신속한 신탁사무처리를 위해 반대수익자의 수익권매수신청시 수익권의 매수가액 결정신청권(신탁법 제89조 제4항), 수탁자의 권한남용 등으로부터 신탁재산과 수익자를 보호하기 위한 최후적 수단인 법원의 감독신청권(신탁법 제105조 제2항) 등이 있다.

둘째, 강제집행 또는 국세 등 체납처분에 대하여 이의를 제기할 수 있는 권리(신탁법 제61조 제2호)를 두어 신탁재산과 고유재산의 분별관리라는 신탁의 본질적 특성에 따라 신탁재산을 수탁자의 채권자로부터 보호하여 수익권을 유지하기 위한 제도적 장치를 마련하였다.

셋째, 수익권 중 수탁자 감독과 신탁재산유지라는 공익권의 본질적 권리로써 신탁재산장부 등의 열람 · 복사청구권(신탁법 제61조 제3호), 신탁을 위반한 수탁자에 대한 원상회복청구권 등(신탁법 제61조 제4호), 신탁목적을 위반한 수탁자의 법률행위취소권(신탁법 제61조 제6호), 수탁자의 위반행위에 대한 유지청구권(신탁법 제61조 제7호)을 두어 수탁자의 신탁사무를 감독하고 수탁자의 일탈을 방지하기 위함이다.

넷째, 수익권의 포기권(신탁법 제61조 제5호)을 인정하는 규정을 두어 수익자가 수익자로서의 의무 및 부담부 수익권의 부담을 부담하지 않도록 하여 수익자를 보호하기 위함이다.

다섯째, 반대수익자의 수익권매수청구권(신탁법 제61조 제8호) 규정에 따라 신탁의 변경 · 합병 또는 분할에 반대하는 수익자가 신탁관계로부터 탈퇴할 기회를 보장하기 위한 조치로써 반대수익자가 신탁에 중대한 결정사항으로 위험부담을 일방적으로 부담하는 것을 보호하기 위함이다.

5) 수익권의 취득시기

일반적으로 계약에 의해서 당사자 이외의 자에게 불이익을 줄 수 없음은 물론 이익도 강제할 수 없다. 신탁행위로 정한 바에 따라 수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득한다(신탁법 제56조 제1항 본문). 수익자는 별도의 수익의 의사표시 없이도 수익권이 발생한 시점에 수익권을 취득하게 된다. 그리고 위탁자와 수탁자는 수익권의 내용을 임의로 변경할 수 없으나, 수탁자에 대해 각종의 의무를 지울 수 있다. 이는 수익자의 편의나 합리적 의사에도 부합하

는 것이기 때문이다.

또한 수익자지정권 등의 행사에 의하여 수익자로 지정된 자의 경우, 수익권이 발생한 시점, 즉 수익자지정권 등을 가진자가 행사한 지정권 등의 효력발생시점에 수익권을 당연히 취득한다(신탁법 제58조). 이는 신탁설정 이후의 수익자 지정과 변경의 경우를 충족시키기 위해 수익자 지정권 또는 수익자 변경권을 신탁행위로 정할 수 있도록 하여, 관련 당사자의 이해관계를 보호하고 조정할 수 있는 합리적인 절차를 마련한 것이라 해석된다.

6) 수익권의 포기

수익자는 수탁자에게 수익권을 포기하는 취지의 의사표시를 할 수 있다(신탁법 제57조)고 규정하고 있다. 수익권의 포기는 수익자로 지정된자가 수탁자에 대하여 수익권을 포기한다는 의사표시를 하는 방법으로 할 수 있고, 2인 이상의 수익자가 있는 경우에는 각 수익자가 개별적으로 수익권 포기 여부를 따로 결정할 수 있다(신탁법 제71조 제1항 단서, 신탁법 제61조 제5호). 수익자의 수익권 포기로 수익자를 특정할 수 없고, 신탁의 변경이 불가능한 경우에만 수익자가 없어 신탁의 당연종료 사유가 된다. 그리고 수익권 포기의 의사표시를 할 수 있는 기간의 제한은 없다고 본다.

또한 수익권의 포기는 단순히 권리의 포기가 아니라 수익자의 지위를 포기하는 것으로 원칙적으로 소급효를 인정할 필요가 있으며, 소급효의 효력을 제한하는 것은 제3자를 해할 우려가 있으므로 당연한 규정이라 하겠다(신탁법 제57조 제2항). 토지신탁의 경우에는 타익신탁이 아닌 자익신탁으로만 취급되기 때문에 수익권의 포기에 따른 부동산신탁사의 불측의 손실에 대해 수익자가 얻은 수익의 범위 내에서 추급할 수 있으며, 부동산신탁사는 토지신탁과 관련하여 지출한 필요비 또는 유익비에 대해 신탁재산에 우선적 권리를 갖는 외에 수익자에게도 신탁과 관련하여 지출한 비용을 청구하거나 그 비용의 변제목적으로 담보제공을 요구할 수 있다(신탁법 제46조 제4항, 제5항). 수익권을 포기한자는 그 이전에 수익권에 기하여 받은 이득을 민법에 따라 부당이득으로 반환하여야 하므로, 수익권 포기는 수익자가 신탁으로 인한 손해를 최종 부담한다는 의미이고, 대외적 채무에 대해 무한책임을 진다는 의미이므로 수익자로서

의 권리를 포기할 수 있는 기회를 주어야 할 필요성이 있기 때문이다.⁴⁶⁾

일본 신신타법 제99조 (1)은 ‘수익자는 수탁자에게 수익권을 포기하는 취지의 의사표시를 할 수 있다. 단 수익자가 신탁행위의 당사자인 경우에는 그러하지 아니하다. (2)수익자는 전항의 규정에 의해 의사표시를 한 경우, 애초부터 수익권을 가지고 있지 않았던 것으로 본다. 단, 제3자의 권리를 해할 수 없다.’고 정하고 있다.⁴⁷⁾

우리나라 신탁법에서도 소급효의 예외를 인정하여 제3자의 이익을 해할 수 없도록 하여, 수익권 포기의 의사표시 이전에 이해관계를 갖게 된 제3자의 권리를 보호하는 규정을 두었다(신탁법 제57조 제2항).

7) 수익권의 양도

수익권의 양도는 신탁의 유연성을 부여할 필요성과 수익권에 관련된 거래 당사자의 이해를 조정하는데 중요한 제도이다. 수익권은 일종의 재산권이므로 수익자의 일반 다른 재산과 같이 원칙적으로 양도하거나, 질권을 설정할 수 있으며 상속도 할 수 있다. 또한 수익자의 채권자가 압류하거나 전부명령의 목적으로 삼을 수도 있다. 그러나 구 신탁법에서는 수익권에 관한 아무런 규정이 없었으나, 현행 신탁법에서는 이를 법제화하였다(신탁법 제64조).

수익권은 민법상 지명채권과 유사한 성질을 가지므로 수익자는 수탁자나 위탁자의 승낙없이도 자유롭게 수익권을 양도할 수 있다. 다만, 수익권을 양적으로 나누어 그 일부를 양도하여 그 결과 신탁의 변경에 해당하는 경우에는 신탁의 변경에 관한 절차를 따라야 할 것이다. 이와 관련하여 대법원은 ‘신탁계약상 수익자는 신탁의 이익을 향수할 권리(受益權)를 포함하여 신탁법상의 여러 가지 권리·의무를 가지게 되므로, 이러한 지위에 있게 되는 수익자를 정하는 것은 위탁자와 수탁자 간의 신탁계약 내용의 중요한 요소에 해당하는 것이어서, 수익자의 변경에는 계약당사자인 위탁자와 수탁자의 합의가 있어야 하고, 미리 신탁계약에서 위탁자에게 일방적인 변경권을 부여하는 취지의 특약을 하지 않는 한 수탁자의 동의 없이 위탁자가 일방적으로 수익자를 변경할 수 없다’⁴⁸⁾

46) 송현진·유동규, 전제서, p.461.

47) 최수정, 전제서, p.125.

48) 대법원 2007.5.31. 선고 2007다13312.

라고 판단하였다.

반면, 수익자는 수탁자에 대하여 보충적으로 비용 등의 상환의무를 부담하는 데, 수익권 양도시 이미 발생한 비용 등의 상환의무도 양도에 수반하여 양수인에게 이전되는지 여부가 문제된다. 수익권 양도시점에서 장래채무는 수익권의 이전에 수반하여 양수인에게 부담지우는 것이 타당하지만, 변제기가 도래한 구체적인 비용 등의 상환채무 등은 양도인의 개인채무이지 수익권의 내용을 구성하지 않는 것으로 보아야 할 것이므로, 기 발생된 채무는 달리 약정이 없는 한 양도인이 부담하여야 할 것이다. 또한 다수인의 수익자가 있는 경우에는 다수인의 수익자가 연대채무인지 여부, 의무분담비율을 어떻게 정할 것인지 여부에 관해서도 상세히 정할 필요가 있다⁴⁹⁾고 판시하고 있다.

그리고 수익권양도와 관련하여 신탁행위로 달리 정한 경우에는 수익권의 양도를 금지하거나 일정한 제한을 가할 수 있다(신탁법 제64조 제2항 본문). 다만, 그 정함이 거래의 안전을 위하여 선의의 제3자에게는 대항하지 못하도록 규정하였다(신탁법 제64조 제2항 단서).

8) 수익권의 질권

부동산신탁 상품 중 부동산담보신탁의 경우 수익자의 수익권을 담보로 제공하고 금융거래를 할 때, 채권자는 부동산담보신탁수익권증서상에 제1순위 우선수익권자 또는 제2순위 우선수익권자 등으로 차순위의 우선수익권자를 둘 수 있다. 이는 근저당권을 설정하는 경우와 같이 제1순위 근저당권자 또는 제2순위 근저당권자 등과 같이 표기하는 예와 같다. 그러나 토지신탁의 경우에는 미확정수익을 제3자에게 담보로 제공되는 경우에는 부동산토지신탁수익권증서 면에 제1순위 질권자 또는 제2순위 질권자 등과 같이 표기하여 운용하였다. 이는 구 신탁법상 명문의 규정이 없었음에도 불구하고 수익권의 재산권적 성질을 인정하여 수익자의 채권자가 수익권에 대하여 질권을 설정하는 실무례를 인정하여, 현행 신탁법에서는 수익권에 대한 질권을 설정할 수 있는 명문의 규정을 신설하고, 질권의 효력범위, 다른 권리와의 우선관계 등을 명백히 하였다(신탁법 제66조).

49) 송현진.유동규, 전계서, p.489.

수익권에 대한 질권의 설정은 계약자유의 원칙에 따라 자유로이 설정할 수 있으나, 수익권의 성질이 질권의 설정을 허용하지 아니하는 경우에는 수익권을 목적으로 한 질권을 설정할 수 없다(신탁법 제66조 제1항 본문). 또한 수익권의 양도와 마찬가지로 수익권의 질권설정을 금지하거나 일정한 제한을 가할 수 있음을 물론 선의의 제3자에 대항요건 또한 같다(신탁법 제66조 제2항 단서).

수익권의 질권자는 직접 수탁자로부터 금전을 지급받아 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제에 충당할 수 있다(신탁법 제66조 제5항). 질권자의 채권 변제기에 이르지 아니한 경우 질권자는 수탁자에게 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있도록 정하고 있으며, 수익권의 질권자는 수익권의 내용 이상의 권리와 취득할 수 없으므로 수탁자의 비용상환청구권, 신탁채권 보다는 후순위에 해당한다는 점을 유의할 필요가 있다.

9) 수익권의 소멸

수익권도 하나의 재산권으로써 채권적이며 물권적인 권리와 가지고 있기 때문에 재산권의 소멸사유, 채권소멸사유, 물권소멸사유에 따라 소멸하는 것은 당연하다. 이에 관한 구 신탁법에는 명문 규정이 없었으나, 현행 신탁법에는 수익자의 지위에서 갖는 권리의 종체인 수익권의 일부인 수익채권의 소멸시효에 관한 명시적인 규정을 신설하였다(신탁법 제63조).

수익채권은 수익자가 수탁자에게 가지는 채권적 청구권이라 할 수 있다. 신탁존속 중에 소멸시효에 걸리지 아니하면 수탁자에게 과도한 업무부담이 될 수 있는 제반사정을 고려하여, 다른 법령에 규정된 ‘채권’의 예에 따르도록 하고 있다. 즉 민사신탁의 경우 수익채권의 시효기간은 10년(민법 제162조 제1항), 상사신탁의 경우 수익채권의 시효기간은 일반적으로 5년(상법 제64조)이 각 적용된다. 또한 신탁법에서 달리 규정이 없는 상황에서는 민법상의 채권의 소멸시효에 관한 모든 규정이 적용되며, 따라서 민법상 시효의 중단, 포기, 효과 등 시효에 관한 다른 규정도 모두 신탁법에 적용된다⁵⁰⁾고 할 수 있다.

민법상 소멸시효의 기산점은 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 진행되고(민법 제162조 제1항), 수익자가 자신이 수익자로 지정된 사실을 알 때까지는 진행

50) 송현진.유동규, 전계서, p.485.

하지 아니하도록(신탁법 제63조 제2항)한 것은 신탁행위에 의하여 수익자로 지정된 자는 별도의 의사표시 없이 당연히 수익권을 취득하므로 수익자가 수익자로 지정된 사실을 알지 못하는 경우도 발생할 수 있기 때문이다. 또한 현행 신탁법에서 제척기간의 규정이 없는 것은 수익자를 보호하기 위한 배려일 것 이지만, 수익자의 주관적 사정에 따라 수탁자의 의무부담 기간이 장기화될 수 있다는 의문이 있으며, 신탁이 종료한 때부터 6개월 내에는 수익채권의 시효가 완성되지 않도록 시효정지 규정을 신설함으로써(신탁법 제63조 제3항) 수익자는 신탁종료 시로부터 6개월의 경과 이전까지는 언제든지 수익채권을 행사할 수 있다.

제 4 절 부동산신탁의 법적 성격

신탁행위의 성격 내지 본질에 대하여는 신탁법의 입법당시부터 현재에 이르기까지 끊임없이 논의가 거듭되고 있다. 그 원인은 신탁법의 체계적 특수성(또는 이질성)에서 찾을 수 있다. 주지하는 바와 같이, 일본 사법체계의 기본법인 민법규정의 대부분은 독일과 프랑스로 대표되는 대륙법의 규정에 그 기원을 두고 있다.

한편, 신탁법의 법제사적 기원은 직접적으로 영·미법상의 이용제도라는 점이다. 일본에서도 신탁제도는 이질적인 존재⁵¹⁾로 평가되기도 하므로, 민법과 신탁법의 이질성을 해석론을 통하여 중화시키거나, 체계적 정합성이라는 시각에서의 논의에 중점을 두어온 것이 신탁법 해석학의 역사라고 할 수 있다. 이에 신탁법상 신탁의 정의 규정의 해석을 둘러싼 학설의 흐름을 파악하여 보기로 한다.⁵²⁾

1. 채권설⁵³⁾

51) 四宮和夫, 전계서, p.3.

52) 일본 학설에 대한 소개는 新井誠, 『信託法』, 第2版, 有斐閣, 2002, p.33. 이하에 정리된 것을 주로 참조하였다.

53) 채권설은 신탁법 제정 초기부터 유력하게 주장되어 온 학설이며, 현재까지도 일본에서 통설적 지위를 가지고 있다고 일반적으로 평가되고 있다. 또한 신탁법의 기초자인 池田寅二郎박사가 채권설

채권설의 특징은 신탁의 법구조 해석에 있어서 일본의 민법체계와의 정합성을 중시하여 일본 민법이 채택하고 있는 판테텐 체계에 충실하게 신탁법을 자리매김하고 있다는 점이다. 판테텐 체계의 특색은, ①재산법과 가족법의 구분, ②물권과 채권의 준별, ③통칙으로서의 총칙규정의 설치 등을⁵⁴⁾ 들 수 있으나, 여기서는 물권과 채권의 준별이라는 특색에 주안점을 둔다. 요컨대 채권설은 일본 신탁법 제1조가 규정하는 신탁행위의 기본구조를 물권과 채권의 준별이라는 일본 민법전의 관점에서 분석하고, 이것에 적합한 해석과 설명을 하려고 시도하고 있다.

위와 같이 신탁행위(일본 신탁법 제1조의 기본구조)는 ①재산권의 이전 또는 기타의 처분과 ②일정한 목적을 위한 관리·처분이라는 2가지 구성요소로 성립한다. 이 점에 관하여 채권설은 ①의 요건을 물권적 관점에서 ②의 요건은 채권적 관점에서 각각 설명하고 있다. 즉, ①의 재산권 이전(기타의 처분)을 신탁행위가 가지는 물권적 효력으로 ②의 일정한 목적을 위한 관리·처분을 신탁행위가 가지는 채권적 효력으로 설명하고 있다. 이러한 설명에 의하면 하나의 신탁행위로 물권적 처분(물권이전의 실현)과 채권적 처분(채권적 구속의 설정)을 하나의 뮤음으로 실현하는 것을 신탁의 특색으로 보는 것이다.⁵⁵⁾

채권설에 의하면 ①의 재산권 이전은 완전권의 이전을 의미한다.⁵⁶⁾ 즉, 신탁행위의 대상으로 된 재산권(신탁재산)에 관하여는 관리권과 처분권뿐만 아니라 그 명의까지 포함하여 위탁자로부터 수탁자에게 법률상 완전히 이전하는 것이다. 통상의 유체물의 경우에 수탁자는 당해 신탁재산의 완전한 소유권을 취득하게 되는 것이라고 한다. 다른 한편으로는 수탁자는 ②의 채권적 구속력을 통하여 신탁재산의 관리·처분에 관한 제약을 받게 된다. 간단하게 말하면, 당해 신탁재산은 어디까지나 수익자의 이익을 위하여 활용되어야만 하는 것이다.⁵⁷⁾ 그러므로 이 구속력은 수익자의 수탁자에 대한 채권적 청구권이라는 형태로 나타나게 된다. 여기에서 채권설의 명칭이 유래한다. 따라서 ‘물권차원의

의 입장을 따랐고, 일본 신탁법의 조문구조도 기본적으로는 채권설적 발상에 가까운 것으로 해석되고 있다. 青木徹二, 入江眞太郎 등이 대표적으로 채권설을 주장하는 학자이다.

54) 前田達明, 『口述債權總論』 第3版, 성문당, 1993, p.8.

55) 新井誠, 전개서, p.35.

56) 青木徹二, 『信託法論』, 財政經濟時報社, 1926, p.35.에서 극단적으로 수탁자란 재산의 소유자로 되는 자라고 표현하고 있다.

57) 青木徹二, 상개서, p.16.

완전권의 이전 + 수탁자에 대한 채권차원의 구속'(물권적 효과와 채권적 효과의 유기적 결합)이라고 하는 도식이 나타나며 채권설에 의한 신탁의 기본 틀이 되는 것이다. 또한 이러한 채권설이 가지는 신탁의 판텍텐적 이해라는 시각은, 학설사적으로 독일법상의 신탁(Treuhand)에 관한 통설적 이해를 계수한 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 설 자체가 로마법상의 Fiducia를 모델로 한 설명(Treuhand의 Fiducia적 구성)이기도 함으로써 채권설의 이론 모델은 멀리 로마법에 까지 소급할 수 있을지도 모른다.⁵⁸⁾

한편, 수탁자에게 명의까지 포함하는 완전권의 이전이라고 하는 채권설의 기본 틀을 전제로 하는 경우, 신탁재산에 대한 수익자의 물권적 차원의 보호방법이 문제로 된다. 예를 들면, 수탁자에 의한 신탁위반, 즉 신탁재산을 제3자에게 자의적으로 처분해 버리는 경우 등은 그 전형적인 예라고 할 수 있다. 이러한 문제에 대하여 채권설은 당사자의 관계가 신탁인 경우에 신탁법은 특별보호를 규정하고 있다고 한다. 그 특별한 보호의 구체적인 예로서 들고 있는 것이 일본 신탁법 제15조(신탁재산의 독립성) 및 제16조(신탁재산에 대한 강제집행 등의 금지)이다.

일본 신탁법 제15조에 의하면, 신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하지 아니 한다. 신탁재산에 대하여 수탁자가 완전권을 취득하고 있다고 본다면, 수탁자가 사망하면 신탁재산은 수탁자의 상속재산으로서 수탁자의 상속인에게 승계되어야 할 것이다. 그러나 본조는 민법의 예외를 규정하여 신탁재산에 수탁자의 재산으로부터의 독립성을 인정하여 수익자 보호를 도모하고 있다.

또한 일본 신탁법 제16조에 의하면, 신탁재산에 관하여 신탁전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 의한 경우를 제외한 신탁재산에 대한 강제집행, 가압류 또는 가처분을 하거나 이를 경매할 수 없다. 신탁재산의 명의가 수탁자에게 이전하기 때문에 곁으로 보면 신탁과는 무관한 수탁자의 개인채권자가 신탁재산에 강제집행을 행할 수 있는 것처럼 보일 수 있으나, 본조는 이것을 배제하여 수탁자의 개인채권자가 신탁재산을 그 채무의 담보로 하는 것을 허용하지 않는 것이다. 여기에서도 수익자를 보호하고 신탁설정의 목적을 달성하기 위해 신탁재산은 수탁자 개인재산으로부터 독립

58) 新井誠, 전개서, p.36.

된 존재로 취급하고 있다.

이와 같이 채권설의 핵심은 신탁관계의 기본 틀을 민법의 판테온 체계에서 분석·설명하고, 동시에 신탁재산의 독립성이라는 영·미법적 기능을 신탁법이라는 특별법에서 명문으로 보장하고 있다는 것이다.

2. 실질적 법주체성설⁵⁹⁾

시노미야(四宮)(1989)의 실질적 법주체성설은 통설인 채권설에 대하여 가장 철저하고 체계적인 비판을 시도한 학설이고, 현재의 학설상 유력설을 형성하고 있고 또한 실무적으로도 높은 지지를 받고 있다.⁶⁰⁾

시노미야(四宮)는 채권설이 근거로 든 법체계적 배경 자체를 비판한다. 본래 물권과 채권의 준별이라는 사상을 가지고 있지 않은 영·미법에서 기원하는 신탁제도를 이해하는데 있어서, 양자의 준별을 전제로 하는 대륙법적 구조를 원용한다는 것 자체가 문제 있는 것으로 보고, 오히려 영·미법적인 구조를 신탁이해의 기본으로 해야 하는 것이라고 주장한다. 그리하여 신탁법이 규정하는 법적 효과에 즉응하는 법적 구성을 도출해 낼 수 있다고 한다. 시노미야(四宮)는 적지 않은 일본 신탁법 규정(제1조, 제4조, 제15조 내지 제20조, 제30조 등)이 채권설의 이론적 명제(수탁자에게 완전권의 이전, 수익자 권리의 채권성)와 친화력이 높다는 점을 인정하면서도, 다른 한편으로는, 수익자의 취소권(추급권)(신탁법 제31조), 신탁재산의 독립성(신탁법 제15조, 제16조 제1항, 제2항 등), 신탁재산의 물상대위성(신탁법 제14조) 등과 같이 수탁자의 완전권에 반하는 규정이나 수익권의 물권적 효력을 인정하는 규정이 존재하는 것을 지적하고, 이를 조항으로부터 도출되는 신탁의 법적 효과에 대해 채권설의 입장에서는 설득력 있게 설명할 수 없는 것이라고 한다.

또한 시노미야(四宮)는 채권설의 주장 배경인, 일본 민법(나아가서는 사법체계 일반)과의 체계적 정합성에 관한 문제에 대하여도, 민법이 채용하는 ‘법률 행위자유의 원칙’을 가지고 충분히 설명할 수 있다고 한다. 즉, 물권과 채권을 준별하고 있는 민법이 알지 못하는 신탁법 독자의(영·미법적인) 권리관계 내

59) 四宮和夫, 信託法, 有斐閣, 1958.에서 전개된 학설이다. 이 책은 1979년 증보판을 거쳐 1989년에 신판이 출간되었다. 본고에서는 1989년 신판을 근거로 한다.

60) 新井誠, 전개서, p.39.

지 법적 개념의 창설도, 그 민법 자체가 인정하는 법률행위 자유의 원칙에 의하여 당연하게 인정되는 것이라고 주장한다. 따라서 시노미야(四宮)의 요점은 다음의 3가지에 있는 것으로 이해된다. 즉, ①신탁재산의 실질적 법주체성의 승인(신탁재산의 독립성의 강조) ②수탁자의 관리자적 성격의 승인(수탁자의 소유자적성의 부정) ③수익권의 물적 권리성의 승인(수익권의 단순채권성의 부인)의 3가지이다.⁶¹⁾

첫째, ①신탁재산의 실질적 법주체성의 승인에 대하여, 시노미야(四宮)은 신탁재산이 법형식상으로는 수탁자에 귀속하기 때문에 수익자를 귀속주체로 할 수 없는 한편, 신탁법상 인정되는 법적 효과 때문에 수탁자에 대한 완전권의 귀속도 부정하여야 하므로, ‘신탁재산은 결국, 실질적으로 그 자체가 독립된 주체로 되지 않을 수 없다’고 주장한다. 더 나아가, 신탁재산에 실질적 법주체성을 인정하는 보다 적극적인 일본 신탁법의 근거로 다음과 같은 점을 지적하고 있다.⁶²⁾ ④신탁재산은 신탁의 관계당사자 모두로부터 독립한 신탁목적에 의하여 구속을 받고 있는 것이므로, 신탁재산에는 내부적 통일성과 독립성이 주어지고 있다는 점 즉, 신탁재산에 관한 물상대위를 긍정(일본 신탁법 제4조)하는 것은 신탁재산의 동일성을 의미하는 것이고, 동시에 신탁목적은 위탁자·수익자·수탁자로부터 독립된 성격을 가지고, 그를 위해 신탁재산에는 독립성이 발생하고 있다(위탁자·수익자의 완전권을 배제하면서, 명의상 귀속주체인 수탁자의 고유재산으로부터도 독립성을 보장하고 있다)고 한다. ⑤신탁재산 자체가 신탁관계당사자로서 법률관계에서 있다고 생각할 수 있다는 점 즉, 일본 신탁법에서 규정하고 있는 부합(신탁법 제30조), 혼동의 배제(신탁법 제18조, 제22조 제2항) 외에, 수탁자의 비용·손실의 구상(신탁법 제36조, 제38조), 수탁자의 배상책임(신탁법 제27조, 제29조)에 관한 규정 등은 실질적으로는 신탁재산과 수탁자의 법률관계의 존재를 긍정하고 있는 것으로 이해할 수 있다고 한다. 또한 수익자와의 관계에 있어서도 신탁법 제19조(한국 구 신탁법 제32조 유한책임)가 표충적으로는 수탁자·수익자간의 급여의무 관계라는 구조를 제시하였으나, 동조는 동시에 수탁자의 물적 유한책임(수탁자는 자기의 고유재산으로는 변제의무를 부담하지 아니한다)을 규정하는 것이고, 실질적으로는

61) 新井誠, 전계서, p.40.

62) 四宮和夫, 전계서, pp.70~74.

신탁재산 자체가 수익자에 대하여 채무와 책임을 부담하고 있는 것으로 보아야 한다고 한다. 또한 제3자에 대한 관계에 있어서도 수탁자는 마치 신탁재산의 기관 내지 대표로서 기능하고 있는 것에 지나지 않고 실질적으로는 신탁재산이 당사자로 되어 있다고 생각해야 한다는 것이다.

즉 수탁자의 기관 내지 대표성의 일환으로서, ‘신탁목적을 수행하는 수탁자의 행위=신탁재산의 행위’라는 구도가 성립하여야 하며, 신탁의 개인적 요소(수탁자에게 신뢰를 주는 것, 그리고 물적 반영으로서, 신탁재산이 수탁자 명의로 이전하기)로 인하여 중대한 수정을 받으면서도, 원칙적으로 수탁자와 신탁재산과의 사이에 성립하고 있다고 생각되는 점. 예컨대 신탁사무의 처리비용에 있어서 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우, 정확하게 신탁법상 수탁자가 제3자에 대한 채무자로 되어야만 하는 것이 예정되어는 있으나(신탁법 제25조 후단, 제36조), 다른 한편으로 신탁재산 자체도 책임을 부담하고 있고(신탁법 제16조), 수탁자의 변경에 구속되지 않고 존속하는 신탁재산의 채무도 인정되고 있다고 할 수 있다(신탁법 제52조 제3항). 따라서 여기에서 수탁자의 채무는 신탁재산 자체의 신용능력이 부족한 경우에 이를 보충하기 위하여 정책적으로 수탁자에게 부담지우는 것으로, ‘부분부담 없는 연대채무에 유사한 채무’에 지나지 않고, 실질적인 채무자는 어디까지나 신탁재산 그 자체라고 주장하는 것이다.

둘째, ②수탁자의 관리자적 성격의 승인에 관하여, 신탁재산에 실질적 법주체성을 승인한다면, 신탁재산에 관한 완전권이 수탁자에게 귀속하는 것이라는 채권설의 논리 구성을 부정하여야 한다. 신탁관계에 있어서는 신탁재산이 어떤 신탁당사자(특히 수탁자 내지 수익자)에게 귀속되는가가 문제로 되는 만큼, 이를 설명하기 위해 시노미야(四宮)은 수탁자가 가지는 것은 완전권이 아닌, 신탁재산에 대한 명의와 관리권이라고 설명하게 된다. 여기서 말하는 관리권은, ‘재산적 사무를 처리하는 권리로써 포괄적 재산 또는 재산을 구성하는 개개의 재산권, 물에 관한 사실행위, 법률행위, 소송행위, 나아가서는 새로운 권리의 취득, 의무의 설정 혹은 기존의 권리의 행사, 처분, 의무의 이행을 포함하는 광범위한 개념’이라고 한다.

이 관리권의 특징으로 다음의 3가지를 들고 있다. ④수탁자의 관리권은 광

의의 관리권이라고 하는 점에서 대리권과 동일한 것이지만, 대리권이 대인적 관계에 있어서 파악된 관리권이라면, 특정 재산권에 대한 물적 관리권이라는 점이다. 따라서 수탁자의 관리권은 외관상 제한물권과 유사하다. ④수탁자의 관리권은 수탁자나 위탁자와의 처분권 경합을 허용하지 않는 배타적 관리권이다. ⑤수탁자의 관리권은 단지 권한만 있는 것이 아니고 의무로서의 성질도 공유하고 있다.

셋째, ③수익권의 물적 권리성의 승인에 관하여, 시노미야(四宮)는 수익자는 신탁재산에 대하여 급여청구권인 채권을 취득한다(이것은 외형적으로는 수탁자에 대한 채권이라는 형태로 표출되지만, 실질적으로는 신탁재산에 대한 채권이다). 그러나 동시에 수익자는 신탁재산(구성물)에 대하여 물적권리도 취득한다고 한다. 이것을 수익권의 입장에서 보면, 수익권이란 신탁재산(내지 외형적으로는 수탁자)에 대한 채권이면서 동시에, 신탁재산에 대한 물적 권리로서의 성질을 함께 가지는 특수한 이면적 권리(채권적 요소와 물권적 요소를 병유하는 복합적 권리)라는 것이다. 여기서 문제시 되는 것은 물적권리성이 어떠한 이유에서 도출되는가 하는 점이다. 이에 관하여 시노미야(四宮)은 신탁재산을 한도로 하는 물적 유한책임규정(신탁법 제19조) 때문에, 불가항력에 의한 신탁재산의 멸실 · 훼손의 위험은 수익자부담으로 된다. 또한 물상대위규정(신탁법 제14조)에 의해, 신탁재산의 물리적 변동은, 원칙적으로 그대로 수익권 내용의 변동으로 연결되어 있다. 그러므로 신탁재산과 수익권간에는 일종의 물적 상관관계가 존재하고 있다. 수익권의 대상인 신탁재산 구성물의 상태변화가 직접적인 형태로 수익권에 연결되고, 그것이 장악하고 있는 권리내용에 직접 반영되는 관계에 있다고 말할 수 있다. 이 물적 상관관계는 공시의 원칙(신탁법 제3조, 제31조)에 따라 제3자에게도 대항할 수 있는 것으로서 규정되어 있기 때문에, 일종의 물권적 성격을 가지고 있는 것으로 해석할 수 있다는 것이다. 다만, 여기서 말하는 물적권리란 완전권을 외부에서 제한하는 제한물권과 같은 것이 아니고, 신탁재산 내에서 목적의 제한이 수익자에게 반영되어 형성된 특수한 것이라는 것이다.

이상을 정리하면 시노미야(四宮)는 신탁재산의 법형식상과 신탁법상 인정되는 법적 효과 때문에 신탁재산은 실질적으로 그 자체가 독립된 주체로 되어야

하며, 신탁재산에는 내부적 통일성(신탁재산의 물상대위성)으로 인해 독립성이 주어지고 있으며, 신탁목적은 위탁자·수익자·수탁자로부터 독립된 성격을 가지고 있기 때문에 신탁재산에는 독립주체성이 발생한다고 주장한다.

3. 상대적 권리이전설⁶³⁾

岩田新(1993)의 상대적 권리이전설은 신탁행위가 결코 단순히 수탁자로 하여금 채권적 급부의무를 부담시키는 것에 그치는 것이 아니라고 주장하면서 채권설을 정면으로 비판한다. 또한 신탁재산의 소유권 귀속문제에 있어서도 수탁자에게 완전권이 귀속하는 것이라는 채권설의 기본명제를 비판한다. 즉 일본 신탁법 제4조(수탁자의 의무) · 제10조(신탁에 의한 탈법행위금지) · 제24조(공동수탁자의 합유) 등의 규정을 분석하면서, 오히려 이러한 모든 조문들은 상대적 권리이전설 내지 제한적 권리이전설의 입장, 즉 소유권은 대내적으로 수익자에게 귀속하지만, 대외적으로는 수탁자에게 귀속하는 것이라는 설명이 보다 더 적절한 분석이라고 주장한다. 예를 들면, 복수의 수탁자가 존재하는 경우 수탁자에게 완전권의 이전을 전제로 하는 채권설의 구조라면, 본래, 복수수탁자의 관계는 단순 공유로서 이해하면 족할 것이고, 복수 수탁자의 소유관계를 합유로 규정하는 신탁법 제24조의 존재는, 상대적 권리이전설의 입장에서야 말로, 신탁관계의 특색을 최대한 선명하게 나타내는 규정으로, 적극적으로 이해할 수 있게 된다고 한다.⁶⁴⁾

다만, 상대적 권리이전설은, 신탁법의 모든 규정을 그 文面으로 보거나, 그 法意로 보거나, 넓은 범위의 법률관계를 포함하는 규정으로 보아, 신탁법의 적용 가능한 신탁관계를 현실의 법 현상 속에서 넓게 인정하는 태도를 보이고 있다고 한다. 그 결과, 수탁자에게 완전한 소유권을 주어 수탁자로 하여금 그로부터 발생하는 일정한 이익을 급여해야 하는 채무를 부담하는 것에 그치는 경우도 있을 수 있고, 그 어떤 의미로 해석해야 하는지는 각 경우에 있어서 당사자의 의사해석 및 실제 사례에 있어서 거래상의 필요에 따라 정하는 것이라고도 설명하고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 반드시 신탁관계의 전부를 상대적 권리이전

63) 岩田新, 『信託法新論』, 有斐閣, 1993.에서 전개된 견해이다.

64) 상계서, pp.98~99.

65) 상계서, pp.99~100.

설의 구도로 설명하려는 취지는 아니라고 생각된다.⁶⁶⁾

4. 隨物權說⁶⁷⁾

오사카다니(1991)가 주장하는 수물권설의 기본적인 출발점은 실질적 법주체성설에 대한 반대명제의 제시에 있다. 그 결과, 수물권설은 실질적 법주체성설과 대립구도를 세우지만 양설의 이론적 대립이 가장 명확하게 되는 쟁점은 다음 두 가지이다.

첫째, 수탁자의 법적 지위에 대한 이해이다. 상술한 바와 같이 시노미야(四宮)는 수탁자를 (배타적)관리권자로 본다. 이에 대하여 오사카다니(大阪谷)교수에 따르면, 수탁자는 대외적으로 소유자와 동일한 권리주체성(소유자적 지위)을 가지고 있다고 주장한다. 즉, 시노미야(四宮)가 주장하는 물적관리권 개념은, 민법의 기본원칙인 물권법정주의에 반할 뿐만 아니라,⁶⁸⁾ 신탁법이 수탁자에게 부여하는 법률효과, 즉, 단순한 권리에 그치지 않고 대외적으로 소유권자와 같은 권리주체로서의 지위와 무한책임을 부여하고 있는 것을 모순없이 설명할 수 없다고 비판한다.⁶⁹⁾ 특히 이 설이 수탁자에게 소유자의 지위를 인정하는 최대의 근거로 드는 것은 수탁자가 대외적으로 부담하는 무한책임이다. 수탁자는 신탁재산과 고유재산이라는 두 가지의 재산을 가지고 있으나, 이 설에 의하면, 대외적인 관계에 있어서 수탁자에게 책임이 발생할 경우 수탁자는 신탁재산의 범위 내에서 전보할 수 없는 부분에 대해서 자기의 고유재산으로 이행하여야 하는 책임을 부담하게 된다(수탁자의 고유재산도 책임재산으로 된다). 예컨대, 수탁자가 신탁사무를 수행하는 과정에서 1억원 상당의 위법한 손해를 입혔다고 하자. 이때 만일 신탁재산의 금전적 가치가 5천만원 밖에 되지 않는다고 하여도, 수탁자의 손해배상책임이 5천만원으로 감면되지 않고, 1억원의 책임을 제3자에 대하여 부담하게 된다. 따라서 이 경우 수탁자는 신탁재산으로 전보할 수 없는 5천만원에 대하여 자기의 고유재산으로 변제하여야 하는 것이다. 이것이 오사카다니(大阪谷)교수가 말하는 수탁자의 무한책임의

66) 新井誠, 전개서, p.38.

67) 大阪谷公雄, 『信託法 の 研究(上)(下)』, 信山社, 1991.에서 전개된 학설이다.

68) 大阪谷公雄, 상개서, pp.288~289.

69) 大阪谷公雄, 상개서, p.565.

의미이다. 따라서 오사카다니(大阪谷)교수는 이 정도의 엄격한 책임을 부담하는 수탁자는 단순한 관리자에 그치는 것이 아니고 통상의 소유자와 동일한 법적지위에 있다고 생각하는 것이다.

둘째, 수익권의 성질에 대한 이해이다. 시노미야(四宮)가 수익권을 단순한 채권이 아닌 물적권리로 파악하는데 대하여, 오사카다니(大阪谷)교수는 수익권에 대인적 권리, 즉 채권이라고 반론한다. 오사카다니(大阪谷)교수에 의하면, 본래 영·미법에 있어서 수익자의 추급력은 선의·유상의 제3자에 대하여는 미치지 않는 것이라고 한다. 즉, 구체적인 신탁재산이 수탁자의 신탁위반행위에 의해 유출된 경우라도, 만일 취득자가 선의이고, 유상의 취득이라면 수익자는 이제 그 신탁재산을 회복할 수 없게 되는 것이다(이것을 일본법의 문맥으로 바꾸어 보면, “수익권의 대항력은 선의·유상의 제3자에게는 미치지 않는다”로 된다). 그러나 물권에는 이른바 대세적 효력이 있어, 그 대항력을 취득자측의 주관적 요인(선의·악의)이나 그 취득방법(유상·무상)에 좌우되지 않는 것이 원칙이다. 그렇다면 수익권의 대항력이 이러한 점에 영향을 받는 이상, 수익권의 본질은 대물적 권리(물권)가 될 수 없다고 주장하는 것이다.⁷⁰⁾

따라서 오사카다니(大阪谷)는 일단 수익권의 대물적 권리성, 즉 물권성을 부정한 후에 수익권을 ‘隨物權’이라는 특수한 채권으로 본다. 여기서 隨物權이란 ‘물의 성질에 따라 변화하는 채권’이라고 한다. 일본 민법상 이러한 隨物權의 개념과 동질의 권리를 찾아 본다면, ‘등기된 부동산임차권’을 예로 들 수 있다. 부동산임차권은 본래 채권이지만, 민법 제605조의 규정에 따라 등기하는 것이 가능하고, 이 등기를 취득한 부동산임차권은 이후 물권취득자에 대하여도 대항력을 취득하게 된다. 이와 마찬가지로 수익권은 본질적으로는 채권이지만, 신탁법 제31조 등의 규정과 같이 일정한 범위 내에서 제3자에 대하여도 대항력을 가지는 등 특별한 성격을 가진 권리로 이해되고 있다.

5. 소 결

신탁제도가 영국으로부터 유래되어 발전해 오는 과정에서 대륙법계와 영 ·

70) 다만, 이와 같이 수익권을 대인적 권리로 이해하는 것은, 어디까지나 오사카다니교수에 의한 이해이며, 반드시 영·미법 학설의 통설적인 견해라고는 말할 수 없다(新井誠, 전개서, p.45.).

미법계에서 서로 다른 이론이 형성되어 왔음은 주지의 사실이다. 대륙법계로 분류되는 우리나라 신탁법은 신탁을 설정하는 당사자의 신탁행위는 법률행위인 계약차원에서 이해되고, 수익자의 권리은 채권으로 보며, 수탁자의 권리은 완전권 즉, 물권으로 이해되고 있다.⁷¹⁾

우리나라와 일본의 신탁법은 신탁을 위탁자와 수탁자의 법률행위(채권계약)에 의하여 설정하는 것으로 규정하고 있기 때문에, 수익자의 권리은 채권적으로 법리구성을 할 수 밖에 없는데, 이는 양자 간의 합의에 의한 제3자를 위한 계약(민법 제539조)이라고 할 수 있다. 그러나 영·미법계에서는 신탁행위를 재산법(Law of Property)의 일부로 보고 있다.⁷²⁾

이와 같이 우리나라와 일본에서 행해지고 있는 신탁행위는 신탁계약으로서 계약법(Law of contracts)의 차원에서 논의되고 있다. 또한 이러한 통설을 따르지 않고 영·미법적 구성을 취하려는 일본의 유력설 조차도 신탁의 전형인 생전신탁((trust inter vivos)의 설정을 위탁자와 수탁자 사이의 ‘계약’으로 설명하고, 신탁행위는 제3자 약관이 붙은 신탁계약으로 법리구성을 하고 있는 것을 보더라도 대륙법적 사고로부터 완전히 벗어났다고 할 수 없을 것 같다.⁷³⁾ 이에 비하여 영·미법계에서의 신탁은 ‘증여’와 함께 물권적으로 구성되어 있어 채권적인 ‘계약’과는 구별되고 있다. 즉, 영미법계에서 ‘신탁계약’이나 ‘증여계약’이라는 용어를 찾아 볼 수 없는 것은 이를 말해주는 증거라고 할 수 있다. 미국의 신탁법 Restatement(Restatement(second) of Trust)도 「제3자를 위하여 하는 계약은 신탁이 아니다」라고 하여 ‘계약’과 ‘신탁’을 구별하는 입장을 취하고 있다. 영·미신탁법에서 신탁법 Restatement가 신탁을 ‘재산권에 관한 신뢰관계(a fiduciary relationship with respect to the property)⁷⁴⁾라고 정의하고, 신탁의무는 신탁관계(the trust relation)로부터 생기는 것이고, 합의(an agreement) 내지 계약(contract)에 기초를 가지는 것은 아니다’라고 하는 것은 영·미법계의 법적사유방법인 관계사상을 단적으로 나타내는 것이라고 볼 수 있다.

71) 장현옥, 전계논문, p.103. ; 홍유석, 『신탁법(전정판)』, 법문사, 1999, p.77.

72) 장형룡, 전계서, pp.67~72.

73) 四宮和夫, 전계서, pp.34~35.

74) Restatement(second) of Trusts §2.

제 5 절 해외사례 및 신탁법의 세계적 표준화 추세

1. 해외사례

1) 일본의 토지신탁⁷⁵⁾

우리나라의 부동산신탁이 일본의 신탁법을 모태로 하여 도입된 것은 주지의 사실이다. 따라서 일본에서 시행되고 있는 신탁의 유형⁷⁶⁾ 중 우리나라의 토지신탁과 구조가 유사한 제도만을 살펴보기로 한다.

우리나라와 일본의 토지신탁 유형 비교는 <표 6>과 같다.

<표 6> 우리나라와 일본의 토지신탁 유형 비교

일 본	우리나라	비 고
관리형신탁	관리신탁	-
토지처분형신탁	처분신탁	-
토지매수형신탁 ⁷⁷⁾	처분신탁	-
건물건설분양형신탁	토지신탁	포괄신탁에 편입
택지조성분양형신탁	토지신탁	이용도가 낮음
건물건설임대형신탁	토지신탁	포괄신탁에 편입
택지조성임대형신탁	토지신탁	이용도가 낮음
밸딩신탁	관리신탁	자산유동화형태
차지권부건물분양형신탁	-	택지조성임대형신탁과 건물건설분양형신탁의 혼합형태
민대제도조합형신탁 ⁷⁸⁾	-	관리형신탁과 민대제도의 혼합형태
등가교환방식조합형신탁 ⁷⁹⁾	-	혼합형토지신탁형태
포괄신탁	종합신탁	부동산과 금전의 동시 수탁

75) 장현옥, 전계논문, pp.83~88.

76) 일본의 토지신탁 유형은 관리형, 매각(분양·처분)형, 임대형, 혼합형으로 대별하고 각 유형별로 세 분화하여 총 12유형으로 운용되고 있다.

77) 토지매수형신탁은 토지소유자로부터 토지를 수탁받아 부동산개발업자에게 개발 인·허가를 받은 후 매각하는 형태로 우리나라의 처분신탁과 유사하나, 단지 개발 인·허가 조건이 추가된다.

78) 민대제도조합형 신탁은 관리형 신탁과 주택·도시정비공원의 민대제도를 혼합한 제도이나, 수탁자가 토지소유자로부터 토지와 민대제도를 이용하여 건설한 건물의 신탁을 받아 관리운용하는 신탁을 말한다.(장현옥, 전계논문, p.87.)

79) 등가교환방식조합형 신탁은 토지소유자의 토지를 신탁하고 개발업자는 신탁토지에 건물을 완성한 후 토지가액 만큼 토지와 건물을 공유하는 형태를 말한다.

위 〈표 6〉에서 살펴본 바와 같이 건물건설분양형신탁 및 건물건설임대형신탁과 포괄신탁이 우리나라의 토지신탁 구조와 유사하다. 종래의 건물건설분양형신탁 및 건물건설임대형신탁이 위탁자의 금전도 사업비의 15%이내에서 부동산과 함께 신탁할 수 있으므로 포괄신탁으로 변환되어 운용되고 있다. 따라서 건물건설분양형신탁과 건물건설임대형신탁은 포괄신탁의 일종으로 건설된 건물을 일반에게 분양을 할 것인지 또는 임대를 할 것인지의 구별만 있을 뿐 모든 과정은 동일하다. 이에 포괄신탁만을 살펴보기로 한다.

보통 신탁에서는 1재산 1계약으로 수탁하는 경우가 많으나 종류가 다른 2개 이상의 재산을 동시에 수탁하는 것도 가능한데 이를 포괄신탁이라 하며, 일반적으로 토지신탁은 토지소유자의 효율적 토지 이용을 위하여 부동산신탁제도를 도입한 것과 같이 토지소유자의 건설자금부족을 수탁자를 이용하여 건설의 목적을 달성할 수 있었다. 그러나 토지소유자의 건설자금 등의 여력이 있는 경우에는 토지와 금전을 함께 신탁하고 수탁자는 이를 기반으로 하여 사업을 시행하게 된다. 포괄신탁에서는 자금도 함께 수탁되므로 그만큼 자금조달비용이 절감되므로 향후 사업성과가 양호하게 되고, 또한 그만큼 수탁자의 리스크도 따라서 줄어들게 된다.

2) 미국의 토지신탁

(1) 토지신탁의 구조

미국의 토지신탁제도는 일본이나 우리나라와 같이 사업신탁으로써 토지를 적극적으로 개발하고자 하는 제도로 출발하였다고 보기는 어렵다. 미국은 REITs(Real Estate Investment Trusts)의 발달로 이의 필요성을 갖지 못하였을 수 있다. 그러나 최근 특정 주법이 그 주에서의 사업신탁 관련법에 맞추어 설정된 상업신탁을 허용하는 경우가 있다.

통일신탁법 §102조에 대한 주석에 따르면, 이러한 사업신탁은 종종 ‘연금을 지급하거나 집합투자를 관리하는 것과 같은 특정 펀드를 관리하기 위하여’ 설정된다. 그 예로써 메사츄세츠 사업신탁은 신탁개념을 기업조직의 영역으로 확장한 것이다. 조합이나 회사를 조직하는 대신 신탁형식이 이용된다. 많은 ‘뮤추얼펀드’는 메사츄세츠 사업신탁으로 조직된다. 투자자는 주식 즉, ‘지분’을

발행받는 대신 거의 같은 것이라 할 수 있는 ‘수익권증서(certificate of beneficial interest)’를 받는다.

또한 일리노이 토지신탁은 부동산을 종이 위의 인적재산(personnal property)으로 전환하는데 사용된다. 매매계약이 아직도 미이행의 유효한 계약 형태로 있음에도, 부동산을 매각하고자 계약을 체결한 자가 이미 매각한 것으로 간주되는 점에서, 부동산이 인적재산으로 바뀌는 전환, 즉 Equity상의 재산권의 형태전환(equitable conversion)⁸⁰⁾이 발생한다. 그리하여 매도인이 법적으로 요구되는 서명과 증서의 인도 및 그 교환으로 대금수령의 업무를 마치기 전에 사망하였더라도, 형평법원은 망인이 물적재산(real property)의 소유자인 것처럼 다룬다. 그리하여 부동산을 신탁에 편입하고 수탁자에게 토지를 매각할 결정적인 의무를 부과함으로써 부동산을 서면을 통해 인적재산으로 전환시킨다. 대부분의 주는 수탁자가 부동산을 즉각 매각하여야 할 의무를 부동산을 매각하는 계약과 비슷하게 취급한다. 양도할 의무는 형평법에 의하여 이미 실행된 것으로 취급된다.

우리나라에서 취급하고 있는 토지신탁과 유사한 미국의 토지신탁 구조⁸¹⁾는 발기인(promoter)이 미개척지를 지주로부터 구입하여, 회사를 설립한다. 이때 발기인과 회사는 동일하다고 보면, 발기인에 의해서 신탁이 설정된다. 이 경우 토지의 소유권은 완전히 수탁자에게 이전한다. 동시에 리스(lease)를 설정해서 임차한다. 이때의 리스기간은 00년으로 상당히 길지만 이것은 미주리(missouri)주의 영구적 지대제도(grand rent system)를 채택한 것이다. 사업을 실질적으로 행하는 사람은 발기인이고 수탁자는 권원(title)을 보유하는데 불과한 것이 통례로서 본래의 영업신탁과는 이 점에서 구분된다. 그리고 수탁자는 수익권을 표창하는 토지신탁증권(Land Trust Certificate)을 발행하여 일반대중에게 매각한다. 수익증권매각대금은 발기인이 취하고, 그 대금으로 발기인은 토지의 조성, 개량, 건물의 건축, 임대 등을 통하여 수익을 얻는다. 발기인은 리스를 설정하였기 때문에 임대료 및 신탁재산에 관한 제비용(예컨대, 보험료,

80) “에퀀티상의 형태전환”이란, 예를 들어 유효한 부동산매매계약이 성립한 경우, 강제이행이 가능하기 때문에 그 시점에서 이미 에퀴티상의 매수인이 부동산의 권리(물적재산)을 취득하고, 매도인은 대금에의 권리(인적재산)를 취득하는 것으로 하는 법리를 말한다. (田中英夫編集代表, 英米法辭典, 東京大學出版部(1991), p.300.)

81) 장현옥, 전계논문, p.59.

수선비 등)을 수탁자에게 지급한다. 수탁자는 발기인으로부터 수령한 임대료 등으로부터 수수료를 공제하고 수익증권소지자에게 상환한다. 발기인은 수익으로 일반대중이 가지고 있는 토지신탁증권을 환수하여 최후에는 발기인이 설립한 회사가 토지에 관한 권한 전부를 취득한다. 발기인이 설립한 회사가 토지를 리스하고 있기 때문에 리스의 권리와 담보로 하여 차지권사채((leasehold bond)를 발행한다. 결국 수익증권에 의한 일반대중으로부터의 자금만으로 충분하지 않기 때문에 사채를 발행하여 토지를 조성 등의 자금을 보충하기 위함이다. 이를 위하여 발기인이 회사를 설립하는 것이다.⁸²⁾

토지신탁은 두 종류의 증서에 의하여 행하여진다. 첫째, 공시된 신탁증서(Deed in Trust)에 의해 보통법 및 형평법상의 모든 권리(title)가 수탁자에게 이전된다. 즉, 보통의 신탁에서는 수익자가 형평법상의 소유권을 가지고 있지만 토지신탁에서는 이중의 소유권이 완전히 수탁자에게 양도된다. 이로써 수탁자에게 부여된 권리의 시장유통성(karketability)이 관철될 수 있는데 이는 처분형을 중심으로 하고 있는 미국 토지신탁의 당연한 요건이다.

둘째, 공시되지 않는 신탁계약서(Trust Agreement Instrument)에 의해 수탁자는 토지의 점유와 수익권을 갖는 수익자의 지시에 따르는 것 이외에 아무런 의무도 없고 어떠한 권리도 행사할 수 없음을 규정한다.⁸³⁾ 결국 수익자는 신탁재산의 관리·처분에 관한 실질적 지배권과 수탁자에 대한 지시권(power of direction)을 갖는 동시에 수익수령권을 보유한다. 수익권은 공시된 신탁증서와 함께 체결되는 비공시의 신탁계약에 따라 신탁재산의 관리·처분에 대해서 수탁자를 지시할 권한과 신탁의 운용으로부터 생기는 수익을 수령하는 권리의 양자를 포함한다. 즉 미국의 토지신탁에서의 수익권은 지시권과 수익수령권으로 구성된다. 일반적으로 신탁계약서에는 수익증권소지자의 수익권(beneficial interests)이 토지의 매각대금(proceeds of the land)으로 간주된다는 것이 내포되어 있다. 이는 토지신탁에서 수익자의 권리가 과세의 목적, 채권자에 의한 접근, 혼인에 의한 권리 및 상속에 있어서 부동산으로 간주된다는 통상적인 원인을 회피하기 위하여 고안된 것이다.⁸⁴⁾

82) 海原文雄, 「ビジネス・トラストと土地信託」, 『信託論叢』東京: 清文社, 1986, pp.143~144.

83) William F. Fratcher, *Property and Trust, International Encyclopedia of Comparative Law* Vol. 6 (Tübingen: Mohr, 1973), p.41.

(2) 미국 통일신탁법(2005년) 규정 폐

미국의 신탁법을 논하기 위해서는 그 법의 기초적 모습을 파악할 필요가 있다. 미국은 연방제 국가이며 법제도 또한 주(州)를 중심으로 하여 구성되기 때문이다. 미국신탁법의 법원(法源)으로서 각 주마다 제정법이 있기는 하지만 그 기초는 판례법이다. 따라서 신탁법을 개정한다 하더라도 50개 주가 동시에 개정하고 시행한다면 몰라도 각주의 의회가 그렇게 되기는 싶지 않을 것이다. 설사 50개주가 동일한 법안을 통과시켰다 하더라도 모든 주의 법원이 동일한 해석을 하도록 하지 않는 한 이 또한 어려울 것이다. 이에 표준신탁법전(Uniform Trust Code)이 필요하였다. 이 법전은 각주가 반드시 준수해야 할 법전이 아니라, 기본적 성격으로서의 ‘임의규정’을 명확히 하고 있을 뿐 신탁을 설정하려는 자는 실제로 표준신탁법전의 규정과 달리 정할 수가 있다. 다만 당사자가 특별히 아무것도 정하지 않은 경우에는 표준신탁법전이 명확한 원칙을 제공하는 역할을 하며, 현재 실무에서도 많이 반영하고 있다. 또한 미국신탁법의 신탁제도가 가지는 특징 중 도산회피기능(insolvency protection), 조세편의기능(conduit taxation), 신뢰체제(fiduciary regime), 내용상의 탄력성(flaxibility in design) 등을 재산거래에서도 편리한 것 이었다.⁸⁵⁾ 따라서 신탁제도는 재산거래 분야에서도 이용되게 되었으며 민사신탁제도로부터 상사신탁제도로 이동하였다고 볼 수 있다.⁸⁶⁾ 최근 미국에서는 상사신탁제도와 회사제도와의 경합은 몇몇 주에서 회사법 개정이나 사업신탁법의 제정 및 활용이라는 현상으로 나타나고 있다.⁸⁷⁾

수탁자의 재산관리권의 법적 성질에 대한 발상의 전환은 이미 ‘수탁자의 재산관리권의 법적성질(제2장 제3절 제2목 4)’에서 살펴본 바와 같이 수탁자에게 신탁재산의 명의를 부여하는 것을 승인하면서 또한 그 이면에 수탁자의 법인격과는 별개의 신탁재산의 실질적 법인격은 가정하고 있는 것이다.

캘리포니아주에서는 ‘수탁자는 신탁재산을 대표하는 포괄적 대리인(a

84) 최종경, 「부동산신탁의 법리 연구」, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2000, p.66.

85) 최동식, 「신탁법상 신탁재산, 수탁자, 수익자의 지위에 관한 연구」, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2006, p.1.

86) John H. Langbein, *The Secret Life of the Trust as an Instrument of Commerce*, 107 Yale L. J. 165, 178 (1997)에 의하면, 미국에 있어서 신탁재산의 90% 이상이 상사신탁이라고 한다.

87) 명순구, 오영걸 역, 『현대미국신탁법』, 세창출판사, 2005, p37.

general agent)이다'라고 하여, '그 권한 내의 행위는 대리인의 행위가 본인을 구속하는 것과 동일한 범위에 있어서 신탁재산을 구속한다'라고 하여 일보 전진된 내용을 보이고 있다.⁸⁸⁾ 이는 반드시 명확한 것은 아니지만 대표적 책임(representative liability)을 확립한 것으로 해석된다. 예컨대, 수탁자의 계약상의 채권자는 Common Law상의 소송으로써 수탁자가 신탁재산의 대표자격을 가지고 있는 것으로 보고 직접 신탁재산에 대해서 책임을 묻는 것이 가능하다는 것이다. 다른 일부의 州에서는 수탁자의 채권자에게 신탁재산의 대표자인 수탁자에 대한 소송원인이 Equity상 부여된 것으로 하여 신탁재산에 대하여 직접 책임을 묻는 것을 판례법에 의하여 허용하고 있다.⁸⁹⁾ 이와 같이 수탁자를 법인인 신탁재산의 대표자로 구성하는 새로운 법적발상은 '통일신탁법(2005년)(Uniform Trust Act)'에서도 수익자가 소송에 참가하라는 통지를 받고, 소송에 참가할 기회를 부여받는 것을 조건으로 하여 인정되고,⁹⁰⁾ 미국법상 그 이론적 정당성이 일반적으로 인정되기에 이른 것이다. 이러한 통일신탁을 채택한 주는 8개주에 이르고 필드(Field)법전을 채택한 주와 그 외 신탁재산에 법인격을 부여하고 있는 주의 수는 50주 중 3분의 1을 넘는다. 이러한 동향을 반영하여 1959년에 공표된 제2차 신탁법 Restatement는 제271A조를 신설하여 '수탁자가 신탁재산을 관리하는 중에 어떤 사람에 대하여 계약상 채무를 부담한 경우 그 계약상의 채권자는 신탁재산으로부터 채권의 변제를 받는 것이 가능하다'고 한다. 이렇게 제2차 신탁법 Restatement는 이러한 대표적 책임을 인정함으로써 최근의 동향을 적극적으로 반영하고 있다. 또한 동조에 대한 주석(comment)에 따르면 대리인 또는 피용자가 일반적 권한의 범위 내에서 법률행위를 한 경우에 본인 또는 사용자가 책임을 부담하는 것과 마찬

88) West's Ann. Calif. Civil Code §2267; Mont. R. C. M. 1947 §§86~507; N. d.-NDRC 1943, 59.0210; S. d. -SDC §59.0209.

89) 박종찬, 전계논문. pp.27~30.

90) Uniform Trust Act §12("Whenever a trustee shall make a contract which is within his powers as trustee, or a predecessor trustee shall have made such a contract, and a cause of action shall arise thereon, the party in whose favor the cause of action has accrued may sue the trustee in his representative capacity, and any judgement rendered in such action in favor of the plaintiff shall be collectible [by execution] out of the trust property."); id. at §14("Where a trustee or his predecessor has incurred personal liability for a tort committed in the course of his administration, the trustee in his representative capacity may be sued and collection had from the trust property,,,"). §12를 채택하고 있는 州는 루이지아나주, 네바다주, 뉴멕시코주, 노스캐롤라이나주, 오클라호마주, 텍사스주, 위성턴주가 있다.

가지로, 수탁자는 자신의 일반적 직무권한의 범위 내에서 법률행위를 한 경우에 직접 신탁재산으로부터 변제하는 것이 가능하다고 한다.⁹¹⁾ 이러한 새로운 법적인 접근은 신탁재산이 실질적으로나 명목적으로 법률관계의 주체적 존재로서 실정법적인 취급을 받고 있다는 것을 시사하고 있다. 미국의 제2차 신탁법(1959년) Restatement 제271A조는 신탁재산에 법주체성을 인정함으로써 자유인격의 원칙, 소유권절대의 원칙 및 계약자유의 원칙을 그 중심으로 하였던 대륙법계의 근대 시민법적 사고에 의해서는 이해하기 어려운 재산중심의 현대적 발상을 정착시키고 있다. 이와 같은 법적 발상의 전환을 가져오는 이 규정은 약속금반언(Promissory estoppel)의 법리에 관한 계약법 Restatement 제90조 및 제조자의 엄격책임에 관한 제2차 불법행위법 Restatement 제402A조에 필적하는 것과 같은 혁신적 규정으로 평가할 수 있을 것이다. 미국에서는 3분의 1 이상의 州가 신탁재산 자체에 독립된 법인격(법주체성)을 인정하고 있고, 이러한 州에서는 수탁자의 채권자는 신탁재산에 대한 직접청구권을 가지며 수탁자를 신탁재산의 관리자로 하여 소송당사자로 인정하기에 이르렀다. 이러한 미국신탁법의 동향은 신탁재산 자체에 법인격을 부여함으로써 수탁자의 권리 를 재산관리권으로 구성하고 있다는 것을 밝히고 있다. 이와 같이 영·미법계에 있어서 신탁의 개념은 계약적 채무라기보다는 오히려 관계적 책임으로써 구성되고, 이는 신탁의 개념이 Property를 ‘물건에 관한 사람과 사람사이의 법적관계’(legal relations between persons with respectto a thing)로 정의한 재산법 Restatement의 근간을 이루고 있는 근본사상과 기본적으로는 동일선상에 있는 것이다. 그 법적관계는 신탁설정당사자의 의사에 의해서 결정되는 것이라기보다는 법의 작용에 의하여 법정되고 있다. 따라서 신탁재산은 독립된 법인격을 가지게 되고, 그것을 중심으로 신탁당사자 뿐만 아니라 제3자도 구속하는 것이 법적으로 가능하게 된다.

3) 독일의 토지신탁

(1) 토지신탁의 유형

현재 독일에서의 신탁에 대한 연구는 크게 보아 다음의 두가지 방향으로 행

91) H. F. Stone, op.cit., p.527.

해지고 있는데, 영·미법상의 신탁법에 관한 비교법적 연구⁹²⁾와 현행 규정속에서 그 법리를 발견하여 이를 발전시키는 것이다.⁹³⁾

독일에서는 일본이나 우리나라의 부동산신탁제도에 상당하는 제도는 존재하지 않는다. 그 이유로 독일민법 제925조의 규정을 들 수 있다. 독일민법 제925조는 토지소유권양도의 물권적합의(Auflassung)에 관한 조문으로, 제1항은 「토지소유권의 양도의 경우에 물권적 합의는 양도인 및 양수인이 동시에 공증인 기타 란트법이 정하는 관공서에 출두하여 행하지 않으면 안 된다」고 하고, 제2항은 「조건 및 기한을 붙인 토지소유권양도의 합의는 무효」라고 규정한다. 따라서 독일민법 제925조는 직접 부동산신탁의 적용배제를 의도한 규정은 아니지만, 그 실체적 기능으로서는 우리나라와 같은 부동산신탁을 설정하는데 장애가 된다고 할 수 있다. 왜냐하면 우리나라에서 행해지고 있는 부동산신탁의 실질적 내용은 언제나 조건이나 기한이 붙은 부동산소유권양도의 합의를 그 본질로 하고 있기 때문이다.⁹⁴⁾ 그러나 독일에서는 부동산관리신탁, 부동산처분신탁은 판례와 학설에 의하여 fiducia라는 신탁으로 구성되어 행해지고 있다. 그리고 도시재개발촉진특별법에 의한 재개발담당자 또는 주거소유권법에 의한 관리자는 그 특별법에 의하여 주택관계에서의 수탁자로서의 역할을 담당하고 있다.⁹⁵⁾ 독일에서는 우리나라의 부동산신탁제도에 상당하는 제도가 없기 때문에 우리나라의 부동산신탁과 그 기능면에서 유사하다고 생각되는 독일의 도시재개발제도를 아래에서 살펴보기로 한다.

(2) 도시재개발(Stadtsanierung)

① 도시건설촉진법(Städtebauförderungsgesetz)의 기본구조⁹⁶⁾

독일의 도시재개발(Stadtsanierung)은 1971년 7월 27일에 특별법으로 제정

92) Helmut, Coing, *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts* I,II, München : verlag C. H. Beck, 1973, pp.51~69.

93) Helmut, Coing, op.cit., p.71.

94) 최종경, 전계논문, p.76.

95) Dieter Liebich, Kurt Mathews, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. Aufl., 1983, S. 370ff.

96) Dieter Liebich, Kurt Mathews, op.cit., 343ff. ; 홍유석, 「토지신탁의 현황과 전망」, 경영법률 제5집, 1992, p.698. ; 廣渡清吾, 「西トイツ都市再開発法における信託法理の利用」, 「民法・信託法理論の展望」『西宮和夫先生古稀記念論文集』, 東京 : 弘文堂, 1986, p.511.

된 도시건설촉진법(Städtebauförderungsgesetz, (이하 ‘촉진법’이라 한다)에 의하여 추진되고 있다. 이 법에 의한 도시재개발사업은 각 지방자치단체(Gemeinde)의 조례에 의하여 지정된 재개발지역에 대하여 그 지방자치단체가 사업주체가 되고 연방 또는 주정부로부터 공적조성을 취득하여 일반도시계획 사업수단(도시계획의 일반법으로는 1960년에 제정된 연방건축법(Bundesbaugesetz)이 있다)보다 강력한 법적인 수단을 가지고 수행되고 있다. 재개발사업은 ‘재개발에 필요한 상태로 하는 것’과 ‘재개발지역을 새로이 형성하는 것(Städtebauförderungsgesetz §12 I 이하 조문 수만 인용한다)’이라는 기반정비사업(Ordnungsmaßnahmen)과 건축사업(Bauamtaßnahmen)의 두 단계로 나누어진다. 첫 단계인 기반정비사업은 지방자치단체가 스스로 필요한 부동산을 취득하는 방식으로 지방자치단체가 담당한다. 다음은 건축사업의 단계(Bauphase)이다. 이 단계에서 건축사업의 실시는 지방자치단체가 담당하지 않고 일정한 사인 또는 사업체에게 재개발사업의 시행을 위탁하는 것을 원칙으로 한다(§25에서 이에 대하여 상세히 규정하고 있다). 다만 지방자치단체는 사업의 신속과 목적에의 적합 여부만을 지도하고 조정한다. 그러나 이것은 원칙이고, 촉진법은 사인에 의한 건축사업이 신속하고 목적에 적합한 시행이 보장되지 아니하는 경우에는 지방자치단체가 스스로 건축사업을 인수해야 한다고 규정하고 있다(§13 III).

한편 촉진법은 지방자치단체의 부담을 덜어주기 위하여 「재개발담당자」(Sanierungsträger)제도를 두고 있다. 즉 지방자치단체는 주정부의 관할관청으로부터 재개발담당자로서의 자격을 승인받는 일정한 사업체에 재개발사업의 시행을 위탁할 수 있다. 이와 같이 1971년 7월 27일 도시건설촉진법은 시·읍면이 도시재개발사업을 하기 위해서 재개발담당자라는 제도를 설치하였는데 그 임무는 첫째, 시·읍면에서 업무를 부여받은 재개발사업 그 자체의 집행과 둘째, 재개발사업의 준비·집행을 위한 토지 또는 토지에 관한 권리의 취득 셋째, 재개발사업을 위한 공적 자산금의 관리·운용이다(§33, §34). 촉진법은 두 가지 유형의 재개발담당자제도를 예정하고 있다(§35 I). 그 하나는 지방자치단체가 위탁한 사업을 「자기의 이름으로, 자기의 계산 하에」 처리하는 재개발담당자의 유형(사업자적 담당자. 재개발사업자)이고, 다른 하나는 「자기의

이름으로, 그러나 지방자치단체의 계산 하에 지방자치단체의 수탁자(Treuhander)로서」 사업을 실행하는 재개발사업자의 유형(수탁자적 담당자. 재개발수탁자)이다. 촉진법은 담당자에 대해서는 「신탁의 법리」를 이용하여 제도화하고 있다.⁹⁷⁾

② 수탁자적 재개발담당자의 법적성격

촉진법에 나타난 수탁자적 담당자와 지방자치단체의 법률관계를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 수탁자적 담당자는 지방자치단체로부터 재개발사업의 시행을 위탁받고 지방자치단체를 위해서 필요한 부동산과 부동산에 관한 권리를 취득(§33 I)하거나, 소비임차계약을 체결하여 필요한 자금을 차입할 수 있다(§36 IV).

둘째, 수탁자적 담당자는 지방자치단체로부터 재개발사업자금을 교부받고 그 자금으로 취득한 부동산 등에 대한 소유권을 취득하지만 그것들은 모두 신탁재산(Treuhandvermögen)을 형성한다. 수탁자적 담당자는 이 신탁재산을 자기의 고유재산과 분별해서 관리해야 되고, 신탁재산에 속한 자금 또는 신탁재산에 관계한 법률행위에 의해서 또는 신탁재산에 속한 권리에 근거하여 또는 신탁재산에 속한 목적물의 물상대위로서 취득하는 것은 모두 신탁재산에 귀속 한다(§33 I ③, §33 II). 신탁재산의 관리에 관하여 어느 정도 제약은 있지만 수탁자적 담당자는 신탁재산에 대한 완전권리자이다. 따라서 신탁재산의 원래의 자산인 사업자금은 위탁자인 지방자치단체로부터 직접 교부되고 있다.

셋째, 수탁자적 담당자는 「자기 이름으로」 행위를 하고(§35 I), 나아가 신탁관계를 증명하는 표시를 해야 한다(§36 I).

넷째, 수탁자적 담당자는 개발사업 시행과정에서 원칙적으로 자기 자신의 경제적 이익을 추구하지 못한다. 수탁자적 담당자가 사업실시를 위해 기반정비의 단계에서 취득한 부동산은 정비종료 후에 지방자치단체의 지시로 법률의 기준에 따라 사인에게 재양도해야 하고, 매매이익이 발생하면 그것은 지방자치단체에 인도해야 한다. 또한 수탁자적 담당자는 원칙적으로 건축사업에는 관계하지 않는다. 기반정비의 단계를 지나 수탁자적 담당자가 계속 보유하는 부동산일지라도 사업이 체결된 경우에는 그 밖의 신탁재산과 함께 그 부동산

97) 최종경, 전계논문, p.79.

을 지방자치단체에 반환해야 한다(§35V, §36 IV). 이것은 수탁자적 담당자가 「지방자치단체의 계산으로」 행위하는(§35 I) 것에 대응하는 것이고, 그것 때문에 지방자치단체는 수탁자적 담당자가 신탁재산을 담보로 하여 부담한 채무에 대해서 이행보증의 책임을 부담하고 또한 신탁재산의 전부가 반환된 후에는 수탁자적 담당자에 대신하여 책임을 부담한다(§36IV, VI). 그러므로 수탁자적 담당자의 경제적 이익은 재개발담당자계약의 충실한 이행에 따라 약정한 수탁자 보수이다.

4) 소 결

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 토지신탁제도가 해외의 토지신탁제도와 적용법이 다르고 법 감정이 다르므로 동일할 수는 없다고 본다. 독일에서는 일본이나 우리나라의 부동산신탁제도에 상당하는 제도는 존재하지 않는다. 또한 미국의 경우에도 일본이나 우리나라와 같이 사업신탁으로써 토지를 적극적으로 개발하고자 하는 제도보다는 REITs(Real Estate Investment Trusts)의 발달로 이의 필요성을 갖지 못하였을 것이다. 그러므로 본 연구에서 제기된 문제점을 일괄적으로 비교·분석하기에는 한계가 있다.

현재의 세계적 자본시장은 토지신탁처럼 부동산 실물을 취득·개발하여 수익을 얻는 것 보다는 수익증권이라는 유가증권에 투자하여 수익을 얻는 금융시장으로 급격히 팽창하고 있다.

따라서 국제간의 교류와 교역의 확대로 신탁관계도 영·미법과 대륙법 간의 섭외사법적인 문제가 발생할 수 있으므로 이를 조정하고 통일적인 신탁관계를 적용할 필요성이 대두되었다. 이에 우리나라는 비준은 안 되었지만 ‘신탁의 준거법 및 승인에 관한 조약’이 신탁의 준거법으로 심의·조약안으로 채택(1984.10)되었다. 향후 국제신탁의 설정도 필요할 수 있으므로 준거법이 필요한 실정이라고 본다.

2. 신탁법의 세계적 표준화 추세

1) 신탁법⁹⁸⁾의 전면개정 배경

98) 신탁법 전면개정(2011.7.25. 법률 제10924호)을 말한다.

우리나라의 신탁법은 2009. 1. 27 ‘수익증권발행신탁 제도 도입 등을 주요 내용으로 하는 신탁법 전면개정안 입법예고’를 통해 2011. 7. 25에 이르러서 공표되었다. 당시 전면개정의 필요성에 관하여는 미국이 2003년 ‘신탁 판례법의 정비’ 및 2005년 ‘통일신탁법’을 제정하였으며, 일본은 2006년에 ‘신탁법’을 전면개정하여 신탁법제의 현대화를 꾀했다. 이러한 세계적 흐름에 편승하여 우리나라에서도 전면개정의 필요성에 따라 신 신탁법의 내용을 신탁 당사자의 자율성을 최대한 높일 수 있도록 불필요한 규제를 완화하고, 개인과 기업이 신탁을 통해 편리하게 자산관리를 할 수 있도록 수익증권발행신탁 등 새로운 제도를 도입하는 등으로 하여 신탁법제의 활성화가 필요한 시기였다. 이러한 개정 신탁법의 특징은 국제경쟁력 강화와 글로벌스탠다드에 부합하는 신탁법 제를 마련하여 신탁법제를 선진화코자 하였다는 점이다.

개정 신탁법에서 추구하는 점은 첫째, 신탁관리인제도, 수익자가 여럿인 경우의 의사결정방법 구체화 등 신탁당사자가 신탁제도를 편리하게 이용할 수 있도록 함으로써 신탁을 활성화시키는 것이며 둘째, 영업일체의 신탁 등 신탁 가능재산의 범위를 확대하고, 유언대용신탁의 인정 등을 통해 기업과 개인이 신탁을 통해 필요에 따라

다양한 형태의 재산관리 수단을 제공하고자 하였으며 셋째, 수익증권발행신탁의 도입, 신탁사채발행의 허용으로 신탁업자가 신탁을 이용해 원활한 자금을 조달할 수 있도록 하였으며 넷째, 신탁선언을 통한 신탁설정의 인정, 유한책임 신탁 제도의 도입 등으로 경제·사회적 필요성에 따라 다양한 유형의 신탁이 개발·이용될 수 있도록 하는 것이다.

2) 신탁법의 주요 내용

본 연구에서 제기한 구 신탁법(‘61.12.30)을 적용함으로써 발생된 문제점에 대하여 개정 신탁법(‘11.7.25)에서 이를 해소할 수 있는지 주요내용을 검토해 보고, 토지신탁의 구조적 위험을 완화할 수 있는 방안을 제시하고자 한다. 먼저 신·구 신탁법의 구성체계 비교 <표 7> 은 다음과 같다.

〈표 7〉 신 · 구 신탁법의 구성체계 비교

구 신탁법 (1961.12.30제정)	신 신탁법 (2011.7.25개정)	비 고
제1장 총칙	제1장 총칙	- 재신탁설정,(법제3조) 신설 및 사해신탁요건 강화(법제8조)
제2장 신탁관계인	제2장 신탁관계인	- 위탁자의 권리 · 지위이전, 신탁관리인의 선임요건 (법제17조~제20조) 신설
제3장 신탁재산	제3장 신탁재산	- 수탁자의 이혼에 따른 재산분할대상 불포함 (법제23조)
제4장 수탁자의 권리 · 의무	제4장 수탁자의 권리 · 의무	- 수탁자의 권한, 충실의무, 공평의무 신설 (법제31, 33, 35조)
제5장 수익자의 권리 · 의무	제5장 수익자의 권리 · 의무	- 수익자지정권 등 및 수익권의 취득과 포기 (법제56조및제57조), 유언대용신탁(법제59조), 수익자연속신탁(법제60조), 수익권의 제한금지 (법제61조), 수익채권과 신탁채권의 관계(법제62조), 수익채권의 소멸시효(법제63조), 수익권의 양도성(법제64조~제66조),수익권의 질권 설정(법제66조), 신탁관리인(법67조~제70조), 수익자의 의사결정방법(법제71조~제74조) 등 신설
신설	제6장 신탁사채	- 신탁사채 신설(법 제87조)
신설	제7장 신탁의 변경	- 신탁의 변경방법 보완 및 신탁의 합병 · 분할 등 신설(법 제88조~제97조)
제6장 신탁의 종료	제8장 신탁의 종료	- 합의에 의한 신탁의 종료 및 신탁의 청산(법 제90조 및 제104조)
제7장 신탁의 감독	제9장 신탁의 감독	-
제8장 공의신탁	제10장 공익신탁	-
신설	제11장 유한책임신탁	- 유한책임신탁 신설(법제114조~제139조)
신설	제12장 별칙	- 별칙 신설(법 제140조~제147조)

다음은 전면개정된 주요 내용을 검토해 보고자 한다.

(1) 신탁선언을 통한 신탁의 설정 및 재신탁 설정(법제3조)

자산유동화 및 재건축조합 등에 활용할 수 있도록 자신을 수탁자로 정한 위탁자의 선언으로 신탁을 설정할 수 있도록 하였으며, 신탁선언의 남용을 방지하기 위하여 이에 따른 신탁의 설정은 공정증서를 작성하는 방법으로만 하도록 하고, 신탁을 해지할 수 있는 권한을 유보할 수 없도록 하였다. 또한 신탁 행위로 달리 정한 바가 없으면 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 경우에는 수탁자가 수익자의 동의를 받아 타인에게 신탁재산에 대하여 신탁을 설정할 수

있도록 하여 재신탁의 근거 규정을 명문화하였다.

(2) 사해신탁(법 제8조)

본 규정은 구 신탁법상 수탁자와 수익자 간의 위탁자의 사행행위에 대하여 선의·악의 여부를 고려하지 않고 사해신탁설정의 취소를 인정함으로써 이해관계인에게 불측의 손해를 줄 수 있기 때문에, 「민법」 상 채권자 취소권이 행사되면 수익자 또는 전득자에 비하여 수탁자 또는 수익자에게 불측의 손해가 크므로 이를 보호할 필요가 있다는 실무상·이론상의 비판을 수용하여 개정 신탁법에 이를 반영하였다고 판단된다. 따라서 개정 신탁법에서는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 위탁자의 채권자는 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우를 제외하고 수탁자나 수익자에게 「민법」 제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있도록 하였다. 또한 수탁자 및 수익자가 여럿인 경우 선의의 수탁자 또는 수익자로 인하여 신탁이 취소되지 못한 경우에는 악의 수탁자 또는 수익자에게 신탁으로 인하여 얻은 이익을 신탁재산으로 반환하도록 하여 사해신탁의 남용을 방지함과 동시에 선의의 수탁자 또는 수익자 및 거래의 안전을 보호하고자 하였다.

(3) 신탁재산관리인제도(법 제17조~20조)

수탁자의 임무가 종료되거나 수탁자와 수익자 간의 이해가 상반되는 경우 법원이 이해관계인의 청구에 의하여 또는 직권으로 신탁재산관리인의 선임이나 그 밖의 필요한 처분을 명할 수 있도록 하여 신탁재산관리인의 선임사유를 확대하였으며, 법원이 수탁자에 대하여 상속재산관리인의 선임결정, 파산선고, 회생절차개시결정, 개인회생절차개시결정, 수탁자의 사임허가결정 또는 해임결정을 하는 경우 그 결정과 동시에 신탁재산관리인을 필수적으로 선임하도록 하여 신탁재산관리에 공백상태가 없도록 하였다.

(4) 수탁자의 충실의무, 이해상반행위의 금지 및 공평의무(법 제33조~제35조)

수탁자는 수익자를 위하여 신탁사무를 처리하여야 하는 충실의무와 이해상반행위의 금지 및 공평의무를 신설하였다.

(5) 수익권의 취득과 포기(법 제56조 및 제57조)

수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득하는 것을 원칙으로 하고, 수익

권에 부담이 있는 경우 수탁자는 수익자로 지정된 자에게 그 사실을 통지하도록 하고, 수익자는 언제든지 수익권을 소급적으로 포기할 수 있도록 하였다. 다만 수익자의 수익권 포기가 제3자의 권리를 해하지 못하도록 하여 신탁과 관련된 법률관계를 조기에 확정함과 동시에 수익자와 제3자의 권리를 보호할 수 있도록 하였다.

(6) 수익권의 양도(법 제64조~65조)

수익권의 성질이 양도를 허용하지 않는 경우를 제외하고는 원칙적으로 자유롭게 양도를 할 수 있도록 하고, 수익권양도의 대항요건, 수익권의 양도시 수탁자의 항변, 이의를 보류하지 않은 승낙의 효력에 대해서는 지명채권 양도의 경우에 준하여 규정함으로써 수익권의 유동화를 통해 대규모 자금조달을 용이하게 하고자 하였다.

(7) 수익권의 질권설정(법 제66조)

수익권의 성질이 질권설정을 허용하지 않는 경우를 제외하고는 원칙적으로 수익권을 질권의 목적으로 할 수 있도록 하고, 질권설정의 방법, 질권설정의 대항요건 및 수탁자의 항변에 관하여는 수익권의 양도에 관한 규정 준용하며, 수익권을 목적으로 하는 질권의 효력이 미치는 범위를 그 수익권에 기한 수익채권과 이 법 또는 신탁행위에 따라 그 수익권을 갈음하여 수익자가 받을 금전이나 그 밖의 재산으로 하고, 질권자의 우선변제권 및 공탁청구권을 인정하였다.

(8) 신탁관리인(법67조~제70조)

수익자가 특정되어 있지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우뿐만 아니라 수익자가 미성년자, 한정치산자, 금치산자이거나 그 밖의 사유로 수탁자에 대한 감독을 적절히 할 수 없는 경우에도 신탁관리인이 선임될 수 있도록 하고, 수익권의 내용이 다른 여러 종류의 수익권이 있고 같은 종류의 수익권을 가진 수익자가 여럿인 경우에도 그 의사결정방법에 따라 종류수익자들을 위한 신탁관리인을 선임할 수 있도록 하고, 신탁관리인이 여럿인 경우 원칙적으로 공동으로 사무를 처리하도록 하되, 개별 수익자를 위하여 또는 종류수익자를 위하여 선임된 신탁관리인은 그를 선임한 자를 위하여 단독으로 사무를 처리할 수 있도록 하고, 이 경우 수익자도 사무를 처리할 수 있도록 함으로써 .신탁재산

관리인의 임무범위를 둘러싼 법률관계를 명확히 하였다.

(9) 수익자의 의사결정방법 신설(법 제71조~제74조)

수익자가 여럿인 경우의 신탁에서 수익자의 의사는 수익자 전원이 동의로 결정함이 원칙이다. 다만 수익자가 가지는 고유한 권리의 개별적으로 행사할 수 있다. 또한 신탁행위로 수익자집회를 두기로 한 경우에는 수익자집회의 소집 및 수익자집회의 의결권과 수익자집회의 결의 등은 신탁법에서 정한 바에 따르도록 하였다.

(10) 수익증권(법 제78조~제86조)

신탁을 활성화하기 위하여 신탁일반에서 신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정할 수 있도록 하고, 기명 및 무기명 수익증권의 발행, 수익증권의 기재사항, 수익자명부제도 도입, 수익증권의 불소지 제도와 기준일 제도 도입, 수익증권의 양도방법 및 대항요건, 수익증권의 효력 등에 대해서는 「상법」의 주권에 준하여 규정하였다.

(11) 신탁사채(법 제87조)

신탁행위로 신탁사채를 발행하기 위해서는 수익증권발행신탁이며, 유한책임 신탁인 경우에 한하여 허용하고 있으며, 발행방법 등은 주식회사의 사채발행에 관한 규정을 준용하도록 하면서도 사채청약서 및 사채와 사채원부 등에 신탁사채임을 명시하도록 하여 투자자를 보호하도록 하고 있다.

(12) 신탁의 변경(법 제88조~제97조)

구 신탁법에서는 법원에 의한 신탁재산 관리방법의 변경에 관한 규정은 있었으나, 신탁내용의 변경 · 신탁목적의 변경을 당사자의 합의에 의해 변경할 수 있도록 하였다. 이는 경제환경변화에 따라 신탁을 변경할 필요가 있을 경우 유연하게 대처할 수 있도록 하기 위함이다. 다만 그러한 신탁의 변경에 반대한 수익자에게 수익권매수청구권을 인정하였다.

(13) 합의에 의한 신탁의 종료 및 신탁의 청산(법 제90조 및 제104조)

신탁의 법정종료사유와 위탁자 · 수탁자 및 수익자의 청구에 의한 법원의 신탁종료결정 외에 위탁자와 수익자의 합의로 신탁을 종료할 수 있도록 하되, 정당한 이유없이 수익자에게 불리한 시기에 신탁을 종료한 경우 그 손해를 배상하도록 하고, 신탁행위 또는 위탁자와 수익자의 합의로 청산절차에 따라 신

탁을 종료하기로 한 경우에는 유한책임신탁의 청산에 관한 규정을 준용하도록 하였다.

(14) 유한책임신탁 신설(법 제114조~제139조)

신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임을 지는 신탁인 유한책임신탁을 설정할 수 있도록 하고, 유한책임신탁의 경우 등기를 그 성립요건으로 하였으며, 유한책임신탁과 거래하는 제3자 보호를 위하여 유한책임신탁 명칭사용의 제한, 수탁자의 거래상대방에 대한 명시·교부의무, 회계서류 작성의무, 수탁자의 제3자에 대한 책임, 고유재산에 대한 강제집행 등의 금지, 수익자에 대한 초과지급의 금지 및 초과지급의 전보책임에 관하여 규정하도록 하였으며, 유한책임신탁의 등기에 대해서는 관할, 신청, 등기사항 및 변경등기·종료등기·합병등기·해산등기의 방법 및 효과, 부실등기의 효과에 관하여 정하고, 이 법에 없는 사항은 「상업등기법」을 준용하도록 하였다. 또한 유한책임신탁은 채무에 대한 이행책임이 신탁재산으로 한정되므로 유한책임신탁의 신탁종료 시 법정절차에 따라 청산을 하도록 강제하고, 청산의 구체적 법률관계에 대하여 규정하였다.

(15) 벌칙(법 제140조~제147조)

신탁사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄, 부실문서행사죄, 권리행사 방해 등에 관한 증뢰·수뢰죄에 대하여 징역형과 벌금형을 병과할 수 있도록 하였으며, 증뢰·수뢰로 인한 이익은 몰수 또는 추징하도록 하였다. 또한 신탁규정에서 정한 신탁관계인이 법규를 위반한 경우에는 과태료를 부과할 수 있도록 하여 의무규정의 실효성을 확보하고자 하였다.

3) 일본 개정 신탁법의 주요 내용

일본은 2006.12에 규제완화 등이 포함된 신탁법의 전면개정이 이루어졌다. 일본 신탁법의 개정은 현대사회의 다양한 요구에 상응하는 조치로써 75개 조문이 271개 조문으로 개개의 규율을 구체화·상세화하였다. 이에 일본 개정신탁법의 주요 특징을 살펴보고자 한다.

첫째, 수탁자의 의무의 합리화와 명확화이다.

수탁자에게 선관주의의무를 원칙적으로 부과하면서도 이를 신탁행위에 가중

하거나 경감할 수 있도록 하였다(법 제29조). 일반적인 충실의무를 규정하고(법 제30조), 형식적으로는 이익상반행위에 해당하는 경우에도 신탁행위에서 허용하거나, 중요한 사실의 지시를 받은 수익자가 승인하거나, 신탁목적달성을 합리적인 경우로서 수익자의 이익을 해하지 아니하는 일정한 경우에는 이해상반행위를 허용한다(법 제31조, 32조). 또한 자기집행의무를 완화하여 신탁행위에서 신탁사무처리의 위탁에 대해 정하고 있는 경우뿐만 아니라, 정하고 있지 않은 경우에도 신탁목적에 비추어 상당하다면 신탁사무처리를 제3자에게 위탁 할 수 있도록 하였다(법 제28조). 이 경우 수탁자는 적임자를 선임하고 적절한 감독을 할 의무를 부담한다(법 제35조)

둘째, 수익자의 보호 규정이다.

개정 신탁법은 수익자의 이익과 권리를 강화하기 위해 수익자의 권리행사와 관련한 규정들을 합리적으로 조정하였다. 우선 신탁행위에 의해서도 제한할 수 없는 수익자의 권리를 명시하고 이를 강행규정으로 하였다(법 제92조). 그리고 신탁의 중요한 변경에 관해 의결에 반대한 수익자에게는 수익권취득청구권을 부여함으로써 그 이익을 보호하고자 하였다(법 제103조). 또한 수익자가 다수인 신탁의 경우 수탁자에게는 공평의무가 부과 된다(법 제33조). 그리고 다수의 수익자간의 의사결정은 원칙적으로 전원일치에 의하지만, 신탁행위에 의해 다수결에 의할 수 있도록 하였다(법 제105조). 이와 더불어 수익자집회제도를 도입하였다(법 제106조 이하). 구 신탁법에서는 수익자가 불특정 또는 부존재시 수익자에 갈음하여 권리를 행사하는 신탁관리인제도를 두었는데, 개정 신탁법은 이러한 신탁관리인에 관한 규정들을 보다 상세히 하였다(법 제123조 이하). 그리고 수익자에 갈음하여 권리를 행사하면서 수탁자를 감독하는 신탁감독인 제도를 도입하였다(법 제131조). 이와 더불어 다수의 수익자의 권리행사를 대리하는 수익자대리인제도를 도입하였다(법 제138조 이하).

셋째, 다양한 신탁의 이용형태에 대응하기 위한 제도도입이다.

개정 신탁법은 신탁이용과 관련한 다양한 수요를 충족하기 위해 구 신탁법에 없던 새로운 유형과 제도를 마련하였다.

(1) 수익증권발행신탁

수익권을 유가증권화하는 방안은 종래 투자신탁이나 대부신탁과 같은 특별

법상 정함이 있는 것에 한정하였다. 그러나 개정 신탁법은 신탁행위에 의해서 수익권을 표시한 유가증권, 즉 수익증권을 발행할 수 있음을 분명히 하고, 구체적인 절차 등을 정하였다(법제185조 이하).

(2) 한정책임신탁

개정 신탁법은 수탁자가 신탁재산으로 이행할 책임을 부담하는 채무, 즉 신탁재산책임부담채무의 범위를 명시하였다(법제21조). 이러한 채무에 대해서는 원칙적으로 신탁재산 및 수탁자의 고유재산이 그 책임재산이 된다. 그러나 신탁행위에 의해 신탁사무처리로 발생한 채무의 책임재산을 신탁재산에 한정할 수 있는데, 이것이 한정책임신탁이다(법제216조). 이때 신탁채권자의 보호가 문제되는데, 개정 신탁법은 한정책임신탁의 등기에 의해 그 효력이 발생하도록 하고, 거래 상대방에 대해 한정책임신탁임을 표시하게 하는(법제219조) 등의 규정들도 함께 마련하였다. 또한 한정책임신탁의 도입과 더불어 신탁재산의 파산도 파산법의 개정을 통해 인정하였다.

(3) 신탁선언

신탁설정방법으로 신탁계약 및 유언신탁 이외에 신탁선언도 허용되는가에 대해서는 구 신탁법 해석상 견해가 대립되었다. 개정 신탁법은 위탁자가 자신의 재산을 신탁재산으로 하여 스스로 관리·처분 등을 행하는 신탁, 즉 신탁선언을 명문으로 허용하였다(법제3조). 다만 사해목적으로 이용되는 것을 방지하기 위해 일정한 형식을 요구하고, 효력발생 요건도 달리하며(법제4조), 강제집행에 대한 특례를(법제23조) 두는 등 여러 가지 장치들도 더불어 규정하였다.

(4) 상속수단으로서의 신탁

민사신탁을 활성화하기 위해 개정 신탁법은 유언대용신탁(법제90조, 제148조)과 연이은 유증형의 수익자연속신탁(법제91조)을 인정하고 그 효력과 효과를 정하였다.

4) 소 결

우리나라의 신탁법이 일본의 신탁법을 모태로 하여 도입된 것은 주지의 사실이다. 그러나 신탁이라는 제도가 영·미법에서 유래하였다는 것도 또한 법

체계를 떠나 실무적으로 활용되는 제도임에는 틀림이 없다. 국제간의 교류와 교역의 확대로 신탁관계도 영·미법과 대륙법 간의 섭외사법적인 문제가 발생 할 수 있으므로 이를 조정하고 통일적인 신탁관계를 적용할 필요성으로 인해 ‘신탁의 준거법 및 승인에 관한 조약’이 신탁의 준거법으로 심의·조약안으로 채택(1984.10)되었다. 우리나라는 아직 비준은 아니 되었지만, 향후 국제신탁의 설정도 필요할 수 있으므로 준거법이 필요한 실정이다.

앞에서 우리나라의 개정 신탁법 및 일본의 개정 신탁법을 살펴 보았듯이 신탁법이 담고 있는 내용은 대동소이하다. 우리나라에 도입된 수익증권발행신탁이나 유한책임신탁은 신탁재산의 유동성을 확보하기 위한 제도로써 유용성이 크다 할 것이다.



제3장 토지신탁의 구조와 위험

제 1 절 토지신탁의 구조

1. 토지신탁의 의의

1) 토지신탁의 개념

넓은 의미에서 토지신탁은 부동산신탁의 대상인 부동산 중에서 건물과 그 정착물을 제외한 토지만의 신탁을 말한다. 이 경우에는 수탁자가 토지의 원형을 그대로 유지하면서 소극적으로 관리·처분하는 형태와 토지의 개발까지를 행하는 적극적 방법으로 관리·처분하는 형태를 포괄한다. 좁은 의미에서 토지신탁은 소극적인 토지의 관리·처분을 제외한 적극적인 토지의 관리·처분을 하는 사업집행형 토지신탁 또는 토지의 개발신탁을 의미한다. 즉 토지를 효율적으로 이용할 목적으로 토지소유자 등이 수탁자에게 토지를 신탁하고 수탁자는 신탁계약에 따라서 당해 토지에 건물을 건설하거나 토지를 용지로 조성하는 등 유효이용가치를 실행한 다음 건물 또는 용지의 임대, 매각 등 부동산사업을 시행하여 그 성과를 토지소유자 등 수익자에게 되돌려 주는 형태의 신탁이다. 토지신탁은 부동산관리신탁에서 일보 진전한 것으로서 부동산신탁사가 수탁자로서 신탁된 토지상에 건물을 신축하는 등 개발행위를 하고, 토지 및 지상건물을 일체로 분양 또는 임대하여 그 수입으로 신탁회사의 투입비를 회수하고 수익을 교부하는 것을 골자로 한다.

토지신탁의 경우 수탁자는 신탁보수만을 받고 위탁자 겸 수익자를 위하여 토지개발업무를 수행하는 것이므로 도급적인 성격을 갖는다고 할 수 있으나, 토지신탁의 경우 수탁자에게 비용·손해보상청구권 및 신탁보수청구권과 관련하여 신탁재산을 매각하여 이를 충당할 수 있는 권한까지 인정하고 있는 신탁법의 취지로 볼 때, 기본적으로는 위임의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

2) 토지신탁의 장점

부동산신탁사는 자본시장법에서 정한 엄격한 법정절차를 거쳐 인가되고 계

속적인 금융감독원의 업무감독을 통한 최선의 신탁사무를 합법적이고 공정하게 처리하며, 부동산에 대한 각종 전문지식과 경험을 갖춘 전문인력이 자기재산과 동일한 주의의무로써 조직적이고 체계적인 방법과 가장 효율적인 방법으로 개발·관리 또는 처분함으로 최대의 수익을 올릴 수 있다. 또한 신탁사업과 관련한 법률, 세무, 금융, 행정 등의 사무를 대신 처리하며 신탁기간 중 제세공과금, 비용의 대납 및 적기에 안정적인 자금지원이 가능하다는 장점을 갖추고 있다.

토지소유자의 측면에서 개발자금의 부담없이 소유토지를 유효하게 활용할 수 있고, 실질적으로 토지를 유휴토지로 방치하지 않고서도 토지를 개발하여 수익을 취할 수 있게 하는 점, 토지개발 내지 부동산사업경영에 대한 기술, 경험, 시간적 여유가 없는 경우에도 수탁자의 전문지식에 의지하여 자기 토지를 유효하게 활용할 수 있는 점, 자기사업을 하는 경우와 마찬가지로 차입금의 지급이나 건물의 감가상각비 등이 세무상 비용상계로 인정되는 점을 들 수 있다.

개발업자(수탁자)의 측면에서 개발업자는 토지매입의 부담없이 토지를 취득할 수 있는 점, 수탁토지를 담보로 개발자금을 융자받을 수 있는 점, 수익자에 대한 수익의 배당은 원칙적으로 신탁사업의 실적 즉, 토지개발로 인한 수익의 범위 내에서 배당하게 된다는 점을 들 수 있다. 토지소유자 및 개발업자의 주변 관계인의 측면에서 보면, 신탁계약은 위탁자(수익자)에게 발생하는 상속·파산 등 개별사정에 영향을 받지 않기 때문에 사업운영 자체가 안정적인 점을 들 수 있다.

토지신탁의 이용측면에서는 유휴토지 또는 이용도가 낮은 토지의 소유자와 자금동원 및 부동산사업능력을 갖춘 수탁자간의 공동사업이라는 점, 토지의 이용을 수탁자인 부동산신탁사의 전문적 지식과 경험에 위임하는 점, 사업집행형 신탁으로서 신탁운영 결과 나타난 실적을 수익자에게 배당하는 점, 주문상품 방식이라는 점을 들 수 있다.

일반적인 장점으로는 첫째, 토지의 소유자가 단순히 토지를 매각하거나 혹은 토지를 임대하는 것이 아니라, 지상건물의 건축을 통하여 토지의 이용 및 부가가치를 향상시키게 된다. 그리고 수탁자는 수익자를 위하여 개발사업을

수행하므로 토지소유자는 일정액의 신탁보수만을 지급하면 스스로 개발하는 경우와 마찬가지로 개발이익 전부를 향수할 수 있다.

둘째, 기획, 자금조달, 건물의 발주, 수분양자의 모집, 관리까지 일체의 업무를 부동산신탁사가 수행하므로, 그와 같은 능력을 가지고 있지 않은 토지소유자로서 부동산의 개발을 함께 있어 부동산신탁사가 가지는 Know-how와 신용력, 거래기반을 이용할 수 있다.

셋째, 토지의 소유자가 다수인 경우 또는 독자적으로 개발하기에는 적은 토지를 각각 소유하고 하는 경우 이를 신탁함으로써 토지, 건물의 명의가 부동산신탁사에 일원화하므로 대외적인 권리관계가 단순하게 된다. 또한 부동산신탁사가 중립적인 입장에서 토지소유자간의 권리조정을 행할 수 있으므로, 다수의 소유권자가 공동빌딩을 건설하는 등 도심지 재개발에 있어서도 토지신탁이 유효한 개발수법으로 유용하다.

또한 국·공유지 토지신탁에 있어 ①국유재산은 국가재산법 제3조와 동법시행령 제1조에 규정된 재산이고 재산의 주체가 국가인 것을 의미하며 ②공유재산은 지방재정법 제72조와 동법시행령 제77조에 규정된 재산으로서 소유의 주체가 시·도, 시·군·구인 것을 뜻한다. 이러한 국·공유재산 중에서 부동산을 처분하지 않고 민간부문의 신탁방식으로 활용하는 방안을 국·공유지 토지신탁이라 한다.

국·공유지 토지신탁은 국·공유지를 처분하지 아니하므로 국·공유지에 대한 장래의 행정수요에 대비할 수 있고, 또한 민간의 기획력, 창의력과 자금력을 활용함으로써 장기적이고 안정적인 개발이익을 국가나 지방자치단체가 향수할 수 있으며, 신탁수익권을 양도하여 재정자원도 확보할 수 있다.

우리나라에서는 1994년 1월 5일 국유재산법 제45조의 2 내지 제45조의 4를 신설하였으며, 동법시행령(1994. 4. 12) 제48조의 2 내지 제48조의 4를 신설하고, 동법시행규칙(1994. 7. 4) 제44조의 2를 차례로 신설하여 국유재산의 잡종재산 중 토지와 정착물을 신탁할 수 있도록 하고 있다. 또한 지방재정법(1999. 1. 21) 제83조의 2(잡종재산의 신탁) 및 동법시행령 제102조의5(잡종재산의 신탁)을 신설함으로써 공유재산의 잡종재산 중 토지와 정착물을 신탁할 수 있도록 하고 있다.

국·공유지 토지신탁의 장점으로는 첫째, 국가나 지방자치단체는 토지의 소유권을 실질적으로 보유하면서 토지의 유효이용을 도모하고 또한 장래의 행정 수요에 대비할 수 있다.

둘째, 건물·시설 등의 건설에 필요한 자금의 조달은 주로 부동산신탁사가 행하고, 통상 그 신탁사업의 수익 중에서 변제하므로 별도의 소요재원이 필요 없다.

셋째, 국가·지방공공단체가 스스로 사업을 영위할 필요가 없으므로, 새로 운 인건비나 제경비 등의 부담이 생기지 않는다.

넷째, 공공시설과 민간시설을 토지신탁으로 일체 개발함으로써, 편리성, 효율성을 고양하고, 시가지정비의 촉진 등을 도모할 수 있다.

2. 토지신탁과 조세

부동산신탁제도가 1991. 5월에 도입되면서 이에 맞는 조세제도의 변화는 없었다. 점차 연수를 거듭하면서 부동산신탁의 시장규모는 급성장하였다. 부동산신탁은 상대적으로 일반화된 금융신탁과는 달리 그 내용이 복잡하고 관련되는 세제가 많아 조세상의 취급에 있어서 신중을 기하여야 한다. 부동산신탁과 관련한 조세의 판별기준으로서는 국세기본법의 실질과세 원칙⁹⁹⁾ 및 지방세기본법의 실질과세¹⁰⁰⁾를 들 수 있다. 신탁된 부동산의 공부상 명의인은 수탁자이지만 수탁자는 형식적인 소유자에 불과하므로 실질적인 소유자인 위탁자 내지 수익자가 그 부동산을 가지고 있는 것으로 보아 위탁자 내지 수익자가 납세의무자이다. 즉 수탁자가 명의자라고 해서 수탁자가 범인세를 납부하는 것이 아니라, 위탁자 내지 수익자가 개인인 경우에는 소득세를 납부하여야 하는 것이

99) 국세기본법 제14조(실질과세) ① 과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.

② 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질내용에 따라 적용한다.

100) 지방세기본법 제17조(실질과세) ① 과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 이 법 또는 지방세관계법을 적용한다.

② 이 법 또는 지방세관계법 중 과세표준 또는 세액의 계산에 관한 규정은 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질내용에 따라 적용한다.

다. 이러한 실질과세의 원칙을 규정하고 있는 명문은 각각의 세법조문에 명시되어 있다. 결국 조세법에서의 신탁구조는 신탁된 재산에서 발생한 수익이 흘러가는 도관(conduit)에 지나지 않는다는 것이다. 비록 수탁자라는 법인(부동산신탁사)이 그 신탁재산을 소유하고 수익을 지급하지만, 그것은 수익자가 직접 그 재산을 운용하여 수익을 얻는 것과 다름이 없다.

1) 신탁설정시의 조세

(1) 일반적인 경우

신탁설정 시의 조세로는 등록면허세, 취득세¹⁰¹⁾, 양도소득세가 있다. 등록에 의한 등록면허세는 2011년도부터 등록세 중 소유권 취득과 관련 없는 등기·등록은 종전 면허세와 통합하여 등록면허세를 신설하였다. 종전 소유권취득 관련한 등기·등록은 취득세에 통합하였고, 따라서 등록면허세는 ‘등록에 대한 등록면허세’와 ‘면허에 대한 등록면허세’로 구분하여 규정하였으며, ‘등록에 대한 등록면허세’는 종전 등록세와 그 내용이 크게 다르지 아니하고, ‘면허에 대한 등록면허세’는 종전 면허세와 크게 다르지 않다. 납세의무자는 과세객체가 발생하도록 신청한 외형상의 권리자, 즉 재산권 등 기타 권리의 취득·설정·보존·이전·변경·처분의 제한 또는 소멸에 대해서 공부에 등기·등록·등재를 한 행위 자체의 외형상 등기 관리자로서 재산권(부동산, 차량 등) 등 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하고자 하는 자이다. 등록면허세는 ‘신탁을 원인으로 한 소유권 이전’ 등기 시에는 신탁의 설정에 의해 위탁자로부터 수탁자에게 소유권을 이전하는 등기로

101) 취득세는 현행 취득세와 등록세 중 과세대상이 중복되는 세원을 취득세로 통합한 세목으로써, 2011년도부터는 그동안 지방세법 하나로 지방세를 모두 규율하였으나 이를 지방세기본법, 지방세법, 지방세특례제한법 등 3법으로 구분하여 제정 및 개정하면서 취득세 및 등록세와 면허세를 전면 개편하였다. 등록세를 폐지하고 소유권과 관련한 등록세는 취득세와 통합하였다. 면허세는 그 세목의 명칭을 등록면허세로 하고 종전의 면허세는 등록면허세에 존속시키면서 소유권과 관련 없는 등기에 대한 등록세를 등록면허세에 포함시켰다. 이로 인해, 2011년부터 소유권과 관련한 등기·등록에 대하여는 취득세로 과세하면서, 종전 등록세의 세율과 종전 취득세의 세율을 단순히 산술적으로 합산하여 규정(취득가액의 4%)하였기 때문에 납세의무자 입장에서는 세부담이 추가적으로 늘어나는 것은 아니다. 다만, 종전에 등록세의 경우 등기·등록하여야 납세의무가 성립하는바, 취득을 하였더라도 등기를 하지 아니하면 등록세는 부담할 필요가 없었으나, 2011년도부터는 특례로 규정한 것 이외는 등기·등록에 불구하고 종전 등록세 해당 세율까지 포함해서 부담하게 된다. 취득세는 부동산, 차량 등의 소유권이 이동하는 유통과정에서 담세력이 노출되는 취득자에게 과세하는 것으로 경제적인 측면에서는 유통세에 속하고 법률적인 측면에서는 행위세에 속하는 세금이다.

써, 신탁을 위하여 재산을 이전하는 것을 목적으로 하는 형식적인 것이기 때문에 비과세 취급된다(지방세법 제9조 제3항). 그러나 부동산신탁등기에 대하여는 건별로 3,000원의 등록세가 과세된다(지방세법 제28조 제1항 제마목). 또한 취득세도 신탁의 설정에 의해 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우 부동산 취득은 형식적인 소유권의 이전이므로 비과세 취급된다(지방세법 제9조 제3항). 한편 양도소득세는 신탁의 설정에 의해 위탁자로부터 수탁자에게 이전하는 신탁재산은 자산의 양도에 해당하지 않으므로 양도소득세 과세문제는 발생하지 않는다.

(2) 특수한 경우

신탁설정시 취득세 중과세제도의 적용상 문제이다. 그 이유는 수탁자인 부동산신탁사의 설립일 기준으로 중과여부를 적용하기 때문이다. 지방세법 제13조(과밀억제권역 안 취득 등 중과)에서 규정한 내용은 다음과 같다. 「수도권 정비계획법」 제6조에 따른 과밀억제권역(이하‘대도시’라 한다)에서 법인의 설립과 지점 또는 분사무소의 설치 및 대도시내로의 법인의 본점·주사무소·지점 또는 분사무소의 전입에 따른 부동산등기와 그 설립·설치·전입 이후 5년 이내의 부동산등기에 대하여 중과세 하는 경우이다. 또한 대도시 내로 공장의 설립·전입·지점의 설치에 따른 등기와 이에 따른 부동산 등기, 대도시 내에서의 공장의 신설·증설에 따른 부동산의 등기에 대하여는 일반등록세율의 100분의 300을 적용한다. 대도시에 대한 이러한 중과는 대도시에 인구 및 산업시설이 밀집하게 됨으로써 환경·교통문제, 국토의 불균형 개발문제 등이 야기되므로 이러한 집중을 억제하기 위하여 대도시내에서 법인의 설립·전입·지점설치 및 관련 부동산등기, 공장의 신·증설에 대하여 과세상 불이익을 주어 집중을 억제하기 위한 제도이다.¹⁰²⁾

대법원에서는 부동산신탁사가 설립 후 5년 이내에 토지신탁을 수주하는 경우, 그 등기 또는 등록의 유·무효나 실질적인 권리귀속의 여부와는 관계없이 신탁법상의 신탁계약에 의하여 수탁자인 부동산신탁사 명의로 등기가 경료된 경우에 그 등기가 구 지방세법 제138조 제1항 제3호(개정 지방세법 제28조 제2항) 소정의 중과세 대상에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 수탁자를

102) 민태숙, 『부동산조세법』, 부연사, 2005, p.180.

기준으로 하여야 할 것이다.¹⁰³⁾

2) 신탁기간 중의 조세

2011년부터 세목체계 간소화로 기존 도시계획세와 재산세를 통합하여 재산세로 개정되었으며, 지역개발세는 공동시설세와 통합되어 지역자원시설세로 변경되었다. 신탁기간 중 건물은 재산세(구 도시계획세¹⁰⁴⁾, 지역개발세¹⁰⁵⁾), 지방교육세¹⁰⁶⁾, 토지는 재산세, 지방교육세, 농어촌특별세가 과세되며, 신탁법에 의하여 수탁자 명의로 등기된 신탁건물의 재산세 납세의무자는 위탁자이며, 신탁토지의 종합토지세 납세의무자 역시 위탁자이다. 또한 부동산신탁으로 건물을 건축하기 위하여 건축허가 신청을 하는 경우 건축허가에 따른 면허세와 건물이 완공되어 소유권 보전등기를 하는 경우 이에 따른 취득세를 납부하여야 하며, 신탁건물을 임대하는 경우 발생한 임대소득에 대하여는 수익자가 개인인 경우는 소득세, 법인인 경우는 법인세와 함께 지방소득세가 부과된다. 그리고 재산의 보유에 대해서는 재산세가 과세되며, 건물에 대한 재산세, 지역자원시설세, 주민세(구 재산할 사업소세)가 과세된다.

신탁기간 중 신탁재산 자체를 양도 또는 분양하는 경우 이는 부동산 또는 주택의 신축 판매업으로써 개인은 사업소득을 구성하고, 법인은 당해년도 각 사업년도의 소득을 구성한다.

또한 신탁기간 중 수익자의 사망, 증여사유의 발생으로 신탁재산 또는 수익권에 대한 상속 혹은 증여가 발생한 경우, 상속인 또는 수증자가 신탁부동산을 상속 또는 증여받은 것으로 보아 상속세 또는 증여세가 과세된다.¹⁰⁷⁾ 그리고 상속·증여에 따른 명의변경 시 취득세가 부과된다.

103) 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두2720 ; 대법원 1983. 2. 22. 선고 82누509 ; 1986. 2. 25. 선고 85누 858 ; 현법재판소 2002. 3. 28. 자 2001현바24, 51.

104) 2011년부터 세목체계 간소화로 기존 도시계획세와 재산세를 통합하여 재산세로 명명하였음.

105) 2011년부터 구 공동시설세와 지역개발세를 통합한 항목.

106) 2011년부터 지방자치제 실시에 따른 지방교육재정 확보를 위해 국세에서 지방세로 전환된 목적 세임.

107) 상속세 및 증여세법 제9조(상속재산으로 보는 신탁재산) ① 피상속인이 신탁한 재산은 상속재산으로 본다. 다만 타인이 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우에는 그 이익에 상당하는 가액을 제외한다.

② 피상속인이 신탁으로부터 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우에는 당해 이익에 상당하는 가액을 상속재산에 포함한다.

3) 신탁종료시의 조세

신탁종료시 신탁재산의 명의를 수익자의 명의로 변경하고 신탁등기를 해지하여야 한다. 이 경우 신탁의 종료로 인한 명의이전은 수탁시와 마찬가지로 신탁에 의한 형식적인 이전이므로 비과세 된다(지방세법 제9조 제3항). 다만, 위탁자와 수익자가 다른 타익신탁의 경우에는 등록세가 과세된다. 취득세 또한 같다.

4) 타익신탁의 조세

신탁계약에 의하여 위탁자가 타인을 수익자로 지정한 경우 수익자가 원본이나 수익을 받은 경우 신탁의 이익을 받을 권리의 가액을 수익자의 증여재산 가액으로 하도록 규정하고 있다(상속세및증여세법제33조). 이는 타익신탁을 이용하여 위탁자의 종합소득과 증여세 간의 소득이 많은 위탁자의 누진세율 등을 회피하기 위한 수단으로 악용될 소지가 있을 수 있다. 이는 토지신탁에 있어서는 위탁자 겸 수익자를 동일인으로 하는 자익신탁을 원칙으로 하며, 부득이 수익권을 양도하는 경우에는 수탁자의 승인을 받도록 하고 있으나, 이를 거절 할 법적근거는 없다고 본다.

5) 토지신탁의 지방세법상 납세의무자

신탁법에 의하여 수탁자 명의로 등기·등록된 신탁재산에 대하여는 위탁자를 납세의무자로 보도록 하는 규정을 두고 있다.

(1) 재산세

재산세 과세기준일 현재 재산세 과세대장에 재산의 소유자로 등재되어 있는 자를 재산세 납세의무자로 규정(지방세법 제107조 제1항)하면서, 같은 조 제5항에서 신탁법에 의하여 수탁자 명의로 등기·등록된 재산에 대하여는 위탁자를 납세의무자로 보도록 하는 규정을 두고 있다. 이는 신탁법에 의한 신탁재산을 수탁자 명의로 등기하는 경우 취득세는 비과세하면서, 재산세 등은 등기 명의자인 수탁자에게 부과하는 것이 실질과세의 원칙에 반한다는 비판을 수용하여 신탁법에 의하여 수탁자 명의로 등기된 경우에는 위탁자에게 재산세 납부의무를 부과하도록 하였다. 신탁법 제4조는 등기 또는 등록하여야 할 재산

권에 관한 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있도록 규정하고 있는 점 등과 아울러 살펴보면, 신탁법에 의한 신탁등기나 등록이 마쳐진 재산에 대하여만 적용되는 예외규정이라 보아야 하므로 신탁재산이라고 하더라도 신탁법에 의한 신탁등기나 등록이 마쳐지지 아니한 것에 대하여는 적용되지 않는다.¹⁰⁸⁾

(2) 지역자원시설세

공동시설로 인하여 이익을 받는 자를 지역자원시설세의 납세의무자로 규정(지방세법 제142조 제1항)하고 있고, 건축물의 경우에는 그 소유자가 공동시설로 인하여 이익을 받는 자에 해당할 것인데, 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것도 아니므로 비록 신탁 목적을 위하여 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌더라도 지역자원시설세의 납세의무자는 수탁자가 된다.¹⁰⁹⁾ 따라서 신탁법에 의한 신탁재산의 경우 실질적 소유자인 수익자가 납세의무자가 아니라 공동시설의 이익을 직접적으로 받고 있는 수탁자인 부동산신탁사를 납세의무자로 하고 있다.

3. 토지신탁의 유형 및 구조.

토지신탁의 유형은 임대형토지신탁, 분양형토지신탁, 관리형토지신탁의 3가지로 구분하며, 자금차입 유무에 따라 차입형 토지신탁과 관리형 토지신탁으로 나눈다. 차입형 토지신탁은 분양형 및 임대형 토지신탁으로써 부동산신탁사의 책임으로 자금차입을 수반하는 토지신탁을 말한다. 그러나 위 3가지의 유형은 모두 신탁의 기본적 절차는 동일하다. 다만 신탁의 수행과정이 신탁행위에서 정한 바에 따라 이행될 뿐이다.

첫째, 분양형 토지신탁은 토지소유자가 부동산신탁사와 토지신탁계약 체결 후 토지를 신탁하고, 부동산신탁사는 택지조성이나 건물건설 등에 필요한 자금을 금융기관으로부터 차입하며, 건설회사와 도급계약을 체결하여 택지조성

108) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2004두8767.

109) 대법원, 상계판결, 2004두8767.

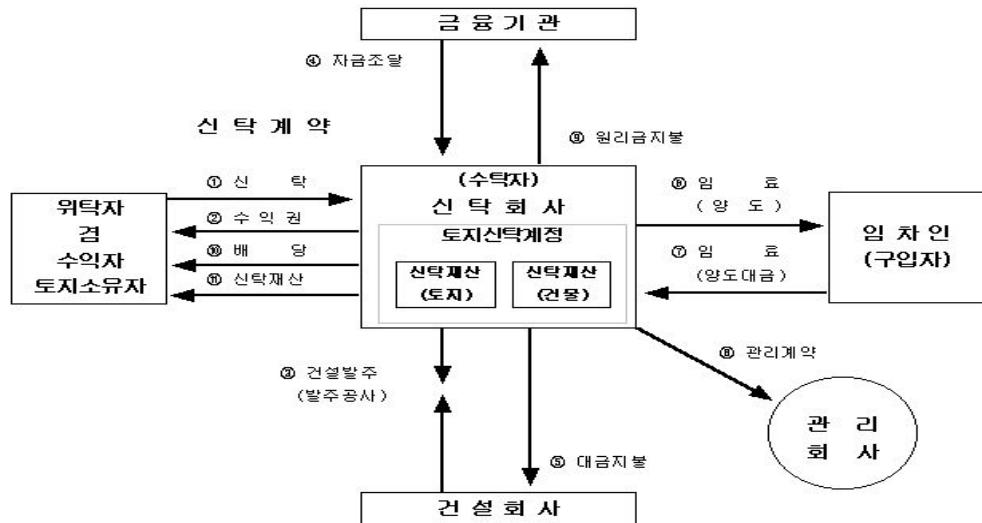
혹은 건물건축공사를 실시하고, 완공된 택지나 건물을 구매자에게 분양하며, 분양대금에서 차입금의 원리금, 제비용, 신탁보수 등을 공제한 잔액을 수익자에게 교부하는 것을 구조로 한다.

둘째, 임대형토지신탁은 토지소유자(위탁자)의 토지에 건축물, 기타 구축물을 개발하여 이를 임대함으로써 장기 안정적인 부동산 임대수익을 실현할 목적으로 이용하는 신탁이다. 부동산신탁사(수탁자)는 신탁계약에 의거해 수탁받은 토지를 효율적으로 개발하여 건축물을 건설하고 이에 대한 임대사업을 수행하게 된다. 또한 임대사업을 통해 발생하는 임대수입에서 개발에 소요된 자금의 상환 및 기타 운용비용을 충당하고, 최종적으로 남게 되는 임대수익은 수익자에게 교부하게 된다. 신탁종료 시 부동산의 현상 그대로를 수익자에게 반환한다.

셋째, 관리형(수탁형)토지신탁은 부동산신탁사의 역할 중 사업비 조달책임(사업비 차입)은 위탁자와 건설사가 부담하기로 하고, 단순히 시행사(사업주체, 건축주) 업무 중 전부 또는 일부만을 수행하는 소극적 토지신탁을 말한다. 따라서 사업비 조달의 책임은 위탁자가 직접 부담하게 되고, 시공사는 책임준공과 지급보증 등을 통해 사업비 조달에 협조하게 되므로 시공사의 사업적 위치 및 역할이 중요하게 되며, 부동산신탁사는 시공사의 재무능력 및 신용도에 따라 참여 여부를 결정하게 된다. 일반적으로 개발사업의 진행 및 종결단계에 있어 신뢰도가 떨어지는 토지소유자인 시행사(사업주체, 건축주)의 인·허가업무 또는 사업승인(건축허가 포함)조건의 불이행 리스크를 감소시키기 위하여 주로 이용된다.

토지신탁의 구조는 <그림 1>과 같다.

〈그림 1〉 토지신탁의 구조도



〈출처〉 www.koreit.co.kr 참조

4. 개별계약 체결

1) 공사도급계약

토지신탁사업의 사업리스크를 최소화하고 부동산신탁사의 자산건전성을 유지하기 위하여 감독기관에서는 토지신탁사업의 시공사선정기준과 토지신탁사업의 심의위원회의 구성 및 운영 등 토지신탁사업의 건전성 제고방안에 관한 내부기준을 마련하도록 권고한 바 있다¹¹⁰⁾.

(1) 시공사 선정기준

토지신탁사업에 있어 분양시장에서의 분양률이 시공사에 따라 크게 좌우될 뿐만 아니라, 시공사의 부도 등 건설회사의 경영 악화는 부실공사의 원인 제공 개연성이 높다. 특히 위탁자가 시공사를 겸하는 경우에는 위탁자가 건설회사인 경우로써 토지신탁의 건설도급공사계약 상 선급금 및 정기적(통상 2~3개월 단위) 기성금 지급 등 사업구도의 안정성을

110) 은감신 6151-00085 “토지신탁사업의 건전성제고방안 시행권고, ('03.4.29)".

이유로 수익성이 양호한 부동산개발사업장을 부동산신탁사에 신탁하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 토지신탁사업장의 순현금흐름이 우량하지 않은 시공사의 타 사업장으로 유출될 경우에는 토지신탁사업이 어려움에 처할 수 있으므로 시공사의 선정기준 마련은 반드시 필요하다. 이러한 기준의 평가항목으로는 시공능력, 기술능력, 경영상태, 신인도 등이 중요하다. ①시공능력은 최근 일정기간 당해 공사와 동일 또는 유사한 종류의 공사실적, 개발유형, 개발지역 등에 적합한 시공능력평가액, 동종 업종간 순위를 평가하게 되고, ②기술능력으로는 당해 공사의 시공에 필요한 기술자 보유현황·설비 및 장비 보유현황, 최근년도 건설부문 기술개발투자액 등을 평가하게 되고, ③경영상태는 최근년도 유동비율(유동자산/유동부채), 부채비율(부채총계/자기자본), 차입금의존도(차입금/총자산) 등 재무비율, 신용평가등급, 감사보고서 상 감사인의 의견 등을 평가하게 되고, ④신인도는 시공업체로서의 성실성, 협력업자와의 협력관계, 건설재해 및 관련 법규에 의한 제재처분 사항 등을 평가하여 토지신탁사업의 신탁재산 보존에 리스크를 최소화해야 할 것이다.

토지신탁의 시공사 역할은 수탁자로부터 공사도급계약을 체결하고 도급계약에서 정한 내용을 이행하는 것이다. 이 경우 시공사가 단독으로 계약당사자가 되는 경우에는 별로 문제시 될 것이 없다. 그러나 토지신탁사업장의 규모 등에 따라 둘 이상의 시공사를 공사도급계약 당사자로 정할 수도 있다. 둘 이상이 공동시공사와 도급계약을 체결하는 경우 공동이행방식과 분담이행방식으로 나누어 공사도급계약을 체결하므로 공사이행책임 등의 한계를 설정함에 주의를 요한다.

(2) 공동시공사 선정

둘 이상이 공동시공사로 계약을 체결하는 경우 공동이행방식과 분담이행방식으로 나뉜다. ①구성원 명의로 계약을 체결하는 경우로써 공동이행방식의 공동수급체로 공사를 할 경우 공동수급체의 구성된 회사는 조합을 형성한 것으로 본다. 따라서 공동수급체가 공사를 위해 하도급계약이나 자재구매계약을 체결할 때에는 조합의 업무집행조합원이라고 보는 대표자 구성원회사가 공동수급체의 명의로 체결하는 것이 원칙이다. 그런데 자재를 매도하는 업체나 하

수급인이 세금처리를 위해 공동수급체가 별도의 사업자등록을 해야 할 필요가 있고 각종 서류의 미비로 개별 구성원 명의로 계약을 체결하게 되는 경우가 종종 있다. 또 형식상으로는 공동이행방식의 공동수급체를 형성했으나 내부적으로는 각자 구성원이 분담이행방식으로 시공하기 때문에 각자 시공하는 구성원 회사의 명의로 계약을 체결하게 되는 경우도 있다. 그리고 형식상으로는 공동수급체를 형성했으나 실질적으로는 1개 업체가 단독으로 시공하는 소위 가장공동수급체의 경우에는 단독으로 시공하는 회사가 홀로 계약을 체결하는 경우도 종종 있다. ② 공동수급체의 대표자인 구성원회사가 계약을 체결한 경우로써 공동수급체의 구성원 회사가 개별적으로 계약을 체결한 경우 계약당사자가 공동수급체로 보아야 하는지, 아니면 구성원회사의 개인으로 보아야 하는지는 ⑦ 하도급공사와 본 공사의 관계 정도 ⑧ 주문서 · 견적서 · 계산서 · 영수증 등 관련서류의 명의자에 공동수급체가 포함되는지 여부 ⑨ 하수급인과 대표자회사와의 관계 등 제반 사정을 고려해 공동수급체의 관련성이 큰 경우에는 공동수급체가 책임을 져야 한다. 또한 공동수급체의 대표자회사가 계약을 체결하는 경우 편의상 대표자인 구성원 회사가 계약을 체결하는 경우와 공동시공범위에 속하는 공사로 대표자가 다른 구성원회사와 협의 없이 계약을 체결하고 나중에 정산할 예정인 경우에는 공동수급체가 공사대금 채무 등의 이행책임을 져야 한다. 공동수급체 구성원사이에 대표자회사의 단독시공 합의가 있어 대표자회사가 단독책임으로 계약을 체결하는 경우가 있다. 이 경우 공동수급체 구성원 사이에서 내부적으로 단독이행방식으로 공사를 진행하는 것은 탈법적이기는 하나, 사법상 무효라고는 할 수 없다. 따라서 원칙적으로는 대표자인 구성원회사가 단독적으로 하도급대금의 지급의무를 지게 된다. 그런데 대표자인 구성원회사가 계약을 체결했으므로 거래의 외관상 · 사실상 공동수급체에 의한 것으로 믿을 만한 사정이 있는 경우에는 표현대리나 명의대여자의 책임에 따라 공동수급체가 책임을 지게 되면 결과적으로 다른 구성원회사도 책임을 지게 될 것이다. 이 경우 하수급인 등에게 그렇게 믿은 데에 과실이 없어야 한다. ③ 대표자가 아닌 구성원이 계약을 체결한 경우로써 일명 가장공동수급체의 경우 실질적으로 단독으로 시공하는 회사가 대표자가 아닐 경우 또는 실질적으로 분담이행방식의 경우 대표자가 아

닌 회사의 시공책임부분에 관해 대표자가 아닌 회사가 단독명의로 계약을 체결하는 경우가 종종 있다. 공동수급체에서 대표자가 아닌 구성원은 대표자의 동의를 얻을 경우 하도급계약을 체결할 수 있다. 가장 공동수급체의 경우나 실질적인 분담이행방식의 경우 대표자회사의 묵시적인 동의가 있었다고 보아 위와 같은 경우에도 공동수급체의 계약으로 인정될 가능성이 있다. 그런데 공동수급체에서 대표자가 아닌 구성원이 계약을 체결하는 것은 예외적인 것이므로 이 경우에 하수급인 등이 대표자가 아닌 구성원이 대표자로부터 동의를 받았거나 공동수급체를 위하여 계약이 체결된 것이라고 믿은 데에 과실이 없어야 공동수급체가 책임지게 될 것이다. 만일 하수급인 등이 대표자가 아닌 구성원회사가 단독 책임으로 공사를 진행한 것임을 알면서 계약을 체결했다면 계약을 체결한 구성원회사가 단독으로 책임져야 할 것이다.

(3) 도급계약 상 계약이행보증금의 성격

토지소유주는 건설회사와 당사자 간 건물 신축에 따른 공사도급계약을 체결하고 그 계약의 이행을 보증하기 위하여 건설사는 토지소유주에게 계약이행금 또는 계약이행보증서를 제출한다. 이 경우 흔히 계약이행보증서를 주로 이용하게 되며, 보증서의 발급기관에서는 보증서의 양도금지 특약을 두고 있다. 이때 공사도급계약이행보증서의 법적 성격을 충분히 숙지하여야 할 것이다. 토지신탁실무에서 토지소유자가 건설회사와 건물 신축에 따른 공사도급계약을 체결하고 그 계약의 이행을 보증하기 위하여 계약이행보증서를 제출받고, 당사자 간 사정에 의하여 -특히 토지신탁의 경우 해당 공정에 따른 공사금액을 기성에 따라 현금으로 수령하는 이익을 가지므로 더욱 선호하게 됨- 부동산신탁사에게 토지신탁을 의뢰하는 경우가 있다. 이 경우 부동산신탁사에서는 위탁자와 토지신탁계약을 체결하고, 부동산신탁사는 위탁자와 도급계약을 체결한 시공사의 도급계약을 승계하게 된다. 이 경우 부동산신탁회사는 도급인, 시공사는 수급인으로서 도급인의 지위가 토지소유자에서 부동산신탁회사로 바뀌게 된다.

또한 도급계약에 있어 계약보증한 보증서의 보증금액을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 없는 경우, 수급인의 채무불이행으로 인하여 도급계약이 해제되었다고 하여 곧 보증서의 계약보증금을 위약

별이나 손해배상예정액으로 보아 계약보증을 한 기관에 대하여 곧바로 그 보증금액을 청구할 수는 없고, 도급인은 수급인의 구체적인 손해배상채무의 존재와 그 채무액을 입증하여 그 범위 안에서 위 보증서의 보증금액을 청구할 수 있을 뿐이다. 또한 공사도급계약에서 계약보증금의 몰취나 귀속에 관한 정함이 없는 경우, 그 공사도급계약에 대하여 계약이행보증서가 발급되었고 그 후 도급인의 지위를 인수하기로 하는 공사도급계약 승계계약에서 그 보증금 몰취규정이 포함되었다는 사정만으로 계약이행보증상의 보증금을 손해배상예정액으로 볼 수 없다고 판시¹¹¹⁾한 예가 있다.

공사도급계약이행의 보증계약에서 보증서의 양도를 금지하는 특약이 있는 경우, 그 특약의 취지는 그 보증계약에 기한 보증서를 주채권과 분리 · 양도하여 환가하는 보증계약의 양도를 금지하는 것이지 그 보증계약의 채권자인 도급인의 지위변동에 수반하는 보증계약의 양도를 금지하는 것은 아니다. 이는 건설사가 제출한 계약이행보증서는 도급인이 건설사의 계약불이행에 따른 불측의 손해를 보전받기 위한 보호수단이기 때문이다. 이 경우 공사도급계약이행보증서는 도급계약서를 첨부하여 발급기관에서 발급받게 되는데 추후 분쟁을 방지하기 위해서는 수탁자와 맺은 도급계약서를 첨부하여 변경된 공사도급계약이행보증서를 받아야 한다.

(4) 선급금 지급 및 정산

선급금을 지급하고자 할 경우에는 공사도급계약체결 시에 채권확보조치, 선급금의 사용, 정산 및 반환청구 등 필요한 사항을 선급금 지급조건으로 명시한다. 또한 선급금은 당해 계약 목적을 달성하기 위한 용도 이외의 다른 목적에 사용하여서는 아니 되며, 당해 공사에 소요될 노무자들에 대한 노임지급 및 자재확보에 우선 사용하도록 해야 한다. 선급금을 지급한 경우에는 기성부분 대가지급 시마다 기성부분의 대가 상당액을 계약금액으로 나눈 비율에 선급금액을 곱한 금액 만큼 정산한 후, 정산금액을 제외한 금액을 지급한다. 사업구도에 따라서는 1회 기성지급 시에 선급금 전액 공제할 수 있으나, 시공사의 재무상태 및 공사의 계속성을 감안하여 판단하여야 하므로 가급적 이러한 선급금 정산방식은 타당한 방법이라 할 수 없다. 선급금을 지급한 후에 공사

111) 대법원 2000.10.27. 선고 99다17357.

도급계약을 해제 또는 해지하는 경우나 선급금 지급조건을 위배한 경우에는 선급금잔액에 대해서 계약당사자에게 지체없이 반환을 청구하여야 한다. 이 경우 선급금 반환과 관련하여 약정이자에 대한 약정이 있고, 계약당사자의 귀책사유에 의하여 선급금을 반환하는 경우, 당해 선급금잔액에 대한 이자상당액을 가산하여 청구한다. 또한 선급금 반환청구 시 기성부분에 대한 미지급액이 있는 경우 선급금 잔액을 그 미지급액에 우선적으로 충당해야 한다.

2) 설계용역계약

설계용역계약을 체결하는 경우 계약문서는 계약서 · 과업지시서 · 산출내역서로 구성되며, 상호 보안적인 효력을 가진다. 국토해양부에서 권장하는 표준 계약서상 설계변경 및 계약금액변경의 사유가 있는 경우에는 무방하지만, 본래 의미에서의 설계변경과 달리 시공사가 공사비를 부당하게 증액하기 위하여 설계변경을 요구하는 경우도 있으므로 설계변경 및 계약금액변경 요건 등에 대하여 위탁자, 설계업체 및 시공사 등 사업관계인들 간의 협의를 거쳐 사전에 확정하고, 공사도급계약서 상 설계변경 사유와도 일치시켜 추후 분쟁의 소지를 방지하는 것이 필요하다.

3) 감리용역계약

신규로 감리용역계약 시 건축법에 의한 상주공사감리의 업무내용에 책임감리의 업무내용을 대부분 포함하여 건축공사감리세부기준 및 감리업무수행지침서의 내용을 감안하여 감리용역계약을 체결하여야 하며, 책임감리에 준하는 수준의 감리업무를 수행하도록 하여야 한다. 위탁자와 감리용역업체 간에 감리용역계약이 기 체결되어 있는 경우 계약당사자를 부동산신탁사로 하는 승계계약을 체결해야 하며, 기존 감리용역계약이 위탁자가 경제적 약자 입장에서 계약이 체결된 경우에는 감리용역업체가 부동산신탁사의 계약내용변경에 관한 요구사항을 수용하지 않는 경우가 대부분이므로 이를 수용할 수 있도록 협의하여 승계계약을 체결하여야 한다.

4) 분양대행계약

각종 개별계약은 경쟁입찰방식으로 선정하는 것이 원칙이나, 위탁자와의 신뢰관계에 의하여 추천받아 선정되는 경우도 있기 때문에, 책임(목표)분양율, 계약이행보증금, 분양대행수수료, 기타 분양대행조건 등에 세심한 주의를 하여 분양대행계약을 체결하여야 한다.

5) 광고대행계약

광고업무의 효율적인 수행을 위하여 광고를 전문적으로 수행하는 광고대행업체에 업무를 위임하는 형태가 일반적이다. 광고문안, 전단, 카다로그제작 및 이벤트행사 계획 등은 전문성이 요구되기 때문에 부동산신탁사가 직접수행하기 보다 광고대행업체를 통하여 수행하는 것이 효율적이다. 광고대행업체선정에 있어 프로젝트 광고 건을 공고하고, 과업내용, 횟수 및 수량, 단가 등을 제안 받아 경쟁방식을 통하여 업체를 선정하며, 업체평가 시 용역금액, 실적 등을 종합적으로 평가하여 산정한다.

6) 소 결

이상 살펴본 바와 같이 토지신탁은 일반 건설사업과 다를 바 없다. 따라서 개별계약은 사안에 따라서 더 많을 수 있으나 계약금액의 점유비가 큰 것만을 살펴보았다. 다만 부동산신탁사는 수탁자의 지위에서 위탁자 겸 수익자의 이익을 위하여 종사하여야 하는 관리권자로서 위탁자가 신탁계약체결 이전에 각 계약 당사자와 계약이 체결된 것을 부동산신탁사가 승계계약을 체결하여야만 하는 경우가 많이 있다. 이 경우 위탁자가 자금이 충분하여 발주자의 역할을 다하는 경우에는 별 문제가 없으나 경제적으로 약자의 입장에 있는 경우에는 각 계약상대방에게 유리하고 위탁자에게 불리한 계약조항을 부동산신탁사가 승계계약을 함에 있어서 타협점을 찾기에 어려움이 많은 경우가 있다.

제 2 절 토지신탁의 구조적 위험 및 사례분석

1. 토지신탁의 리스크관리

토지신탁에서의 리스크는 넓게 보면 ①위탁자 리스크로써 위탁자의 재무능력 및 대외채무 등의 신용도 ②공사 리스크로써 예정시공사의 신용상태, 시공능력 ③민원 리스크로써 공사소음, 분진, 일조·조망권 피해민원 등 ④분양리스크로써 분양성 및 수익성 ⑤조달자금 및 시행사로서의 우발채무 등이 있다. 부동산신탁사는 토지신탁으로 수탁 받은 신탁재산의 개발과정에서 발생할 수 있는 리스크를 최소화하기 위하여 각종 제도적 장치를 마련하고 있다. 이는 위탁자의 소유토지를 최소한의 리스크로써 개발 및 관리하여 최대의 수익을 목표로 하여야 하기 때문이다. 그만큼 부동산개발사업은 리스크가 많다는 의미이기도 하고, 많은 리스크를 해결할 수 있는 능력도 있어야 함은 당연하다. 부동산개발사업이 반드시 효용만 가져다주는 것은 아니다. 기회가 제공됨과 동시에 위험이 존재하기 때문이다. 부동산은 비가역성(한번 개발되면 이를 수정하거나 전환한다는 것이 거의 불가능함)이라는 특성으로 더욱 그러하다. 신탁재산의 건전성 유지는 곧 수탁자인 부동산신탁사의 재무건전성과 직결되는 문제인 것이다. 신탁재산의 부실화는 수탁자의 재무건전성을 해치는 결과를 초래함은 필연의 결과이다. 따라서 부동산신탁사는 자산건전성 제고를 위하여 리스크관리부서 설치, 리스크관리규정 및 상품별 리스크관리지침 제정·시행, 리스크관리위원회 운영 등 다양한 리스크 관리제도를 운영하고 있다.

부동산 개발사업을 전개하는 데 있어서 이러한 위험을 회피할 수 있는 능력을 갖추어야 함은 당연하고 필수적이라 할 수 있다. 단순히 부동산에 대한 지식과 이론만 가지고는 이러한 문제를 해결할 수가 없고, 부동산시장을 통찰할 수 있는 능력, 미래의 환경변화를 예측할 수 있는 능력, 사업적인 관점에서 볼 때 부동산의 보유·매매·개발 등 어느 방법이 가장 유리한지를 판단할 수 있는 능력, 제도나 법률적으로 개발에 유리한 환경을 조성할 수 있도록 선별·기획할 수 있는 능력 등 부동산개발에 필요한 능력이 전문적이고 종합적으로 갖추어져 있어야만 갖가지 위험으로부터 회피하거나 해결할 수 있을 것이다. 이는 신탁재산을 보호하고 그 결과 부동산신탁사의 재무건전성을 확보하는 방안으로써의 조치이며, 토지신탁사업의 수탁단계부터 사업종료 시까지의 전 과정에 대하여 단계별로 리스크를 관리하여 사업수행을 안정적으로 하기 위한 제도정비가 필요하다.

토지신탁의 유형에서 살펴본 임대형토지신탁, 분양형토지신탁에서는 기본적으로 동일한 리스크에 노출되어 있으며, 관리형토지신탁은 토지신탁 수행과정상 부동산신탁사의 자금조달리스크를 경감한다고는 하지만 부동산신탁사가 시행사(사업주체, 건축주)로서 무한책임을 완전히 면하게 되는 구조는 아니고, 실무사례에서는 상당부분 책임을 경감할 수 있는 토지신탁상품으로써 분양업무에 관한 책임, 사용승인 조건 이행책임, 하자보수의 책임을 부담하게 되므로 이에 대한 적절한 리스크 대응방안을 사전 수립해야 한다.¹¹²⁾ 그러나 관리형 토지신탁은 전형적인 토지신탁의 변형으로써 부동산신탁사와 위탁자 및 시공사 간의 협의에 따라 업무 범위가 달라질 수 있다는 점에 유의하여야 한다. 이에 더하여 만일 시공사가 부도 등에 의하여 건설을 중단하게 된 경우에는 승계시공사를 대체하여야 하는데, 기존 시공사의 조건을 모두 수용할 만한 승계시공사를 찾기가 어렵기 때문이다. 경우에 따라서는 당초 조건에만 치중하여 토지신탁사업으로서의 사업성을 간과한 결과 우량하지 않은 토지신탁사업장의 모든 리스크를 부담할 수도 있다.

최근 들어 은행 및 제2금융권의 프로젝트화이낸싱의 부실화로 부동산개발사업에 대한 대출이 어려워지면서 부동산신탁사의 차입형토지신탁을 찾는 경우가 늘어나고 있다. 그 결과 차입형토지신탁 수탁고가 2010년 말 308억원에서 2011년 말 현재 1,141억원으로 833억원이 급증한 현상을 반영하여 금융감독당국에서는 차입형 토지신탁의 리스크를 적정하게 관리하기 위하여 부동산신탁사의 신탁계정대여금의 대손충당금 적립기준을 대폭 강화하는 방안을 강구하였다.¹¹³⁾ 이에 대한 기준은 〈표 8〉과 같다.

112) 한국부동산신탁업협회, 전계서, p.166.

113) 금융감독원 복합금융감독국(2012. 9. 13).

〈표 8〉 신탁계정대여금의 대손충당금 적립기준(2012. 9. 13 현재)

위험정도	현행	개정	적 요
정상	0.5%	2%	-
		3%	최초 대출실행 후 1년이 경과된 신탁계정대여금
요주의	2%	7%	-
		10%	신탁사업장이 아파트인 경우
고정	20%	30%	-
회수의문	50%	75%	-

(출처 : <http://www.fss.or.kr>)

이처럼 감독당국에서는 금융투자업 규정을 통해 건설·부동산경기의 직접 영향을 받는 차입형 토지신탁을 취급하는 부동산신탁사의 재무건전성을 확보하기 위한 조치라 판단된다. 토지신탁의 수탁단계별 리스크관리 체계를 살펴보고자 한다.

1) 토지신탁 수탁 전 리스크관리

신탁관계는 위탁자와 수탁자 간에 특별한 신임관계에 기인하여 설정되므로 수탁자는 신탁행위로 달리 정한 바가 없으면 수익자와 위탁자의 승낙없이 사임할 수 있도록 하고, 또한 수탁자는 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 법원의 허가를 받아야만 사임할 수 있도록(신탁법 제14조) 규정하고 있다. 따라서 특히 토지신탁에 있어서는 토지신탁 과정에서 발생할 수 있는 모든 리스크에 관하여 수탁 전에 충분한 검토가 있어야 한다.

토지신탁 수탁단계에서는 ①위탁자 리스크로써 위탁자의 재무능력 및 대외채무 등의 신용도를 평가하게 된다. ②공사 리스크로써 예정시공사의 신용상태, 시공능력 등을 평가하게 된다. ③분양 리스크로써 분양성, 수익성 등을 평가하게 된다. ④민원 리스크로써 공사소음, 분진, 일조·조망권 피해민원 등을 평가하게 된다. ⑤토지신탁취급의 투명성 및 객관성 확보를 위한 신탁사업심의위원회를 통한 수탁심의·의결을 거치는 검증절차가 필요하다. 여기에서는 수탁 및 사업수행시 발생가능한 제반 리스크의 사전분석을 통해 양질의 토지개발사업을 수탁하고, 원활한 사업수행도모를 목적으로 하며, 사업성 검토,

제 계약, 신탁보수율, 자금수급계획 등에 대한 전반적인 공정성 및 적정성 등에 대한 정밀한 심의를 하게 된다.

이러한 신탁사업심의위원회를 통한 수탁심의 과정에서 철저한 운영지침이 필요할 것이다. 예를 들어, 심의위원 전부가 해당 사업의 심도있는 심의를 위해서는 심의를 상정한 부서의 반복되는 현장조사 및 검토·분석을 통해 수탁심의를 상정할 것이므로 심의위원 전부가 심의상정 부서에 갈음할 정도의 신탁사업 안정성 및 사업성분석을 소화하고 심의에 임할 지는 의문이다. 따라서 본 연구에서는 부동산투자회사법 상의 부동산투자자문회사의 예를 들어 제안코자한다. 부동산투자회사가 개발대상 토지, 개발방법, 부동산자산의 투자·운용에 관한 주주총회 또는 이사회의 의사결정에 필요한 조사, 분석 및 정보제공과 부동산개발사업에 부동산자산의 투자·운용에 관한 자문 및 평가 등의 업무를 포함한 사업계획서를 부동산투자전문회사의 평가를 거쳐야 한다고 규정하고 있다(부동산투자회사법 제26조). 또한 부동산투자자문회사는 부동산투자회사법 제23조에 따라 국토해양부장관의 등록을 받아야만 영업을 할 수 있으며, 회사의 운영에 관한 건설교통부장관의 엄격한 감독을 받게 된다. 따라서 부동산신탁사가 수탁하려는 토지신탁에 대해 회사 내부의 심의를 배제하고 부동산투자자문회사와 같은 외부기관의 엄격한 자문을 거치는 것이 부동산신탁사의 토지신탁사업에 따른 리스크를 최소화하고 재무건전성을 높이는 조치라 판단된다.

이를 정리하면 토지신탁심의위원회의 주요 심의내용은 〈표 9〉 와 같다.

〈표 9〉 토지신탁심의위원회 심의내용

항 목	심 의 내 용
사업구도	. 사업내용 및 방식
기본사항	. 위탁자 신용상태 및 재무상태 . 토지대금지원, 자금차입규모 제한, 수탁고 제한 등 규정위배사항
토지소유권	. 소유권 확보 여부 . 선순위 제한물권 유무 및 해지여부
신탁보수 적정성	. 자금차입규모, 업무범위 등 기여도 고려 . 공사기간 고려
신탁사업계획의 타당성	. 업무참여 범위(인허가, 분양, 사업진행 등) . 자금관리, 자금조달 . 선급금(지급시기, 규모 등) . 시공사선정(지명도 등), 자금지출순서 . 기타 사업계획의 타당성
신탁사업 안정성	. 분양성(초기분양율, 손익분기 분양율) . 사업성(수익성) . 자금 선투입 규모 . 미분양대책 . 사업손실발생 가능성(돌발비용 가능성) . 위탁자, 시공사 부도 시 대책 . 최대 자금차입규모, 자금회임율
신탁사업약정 주요내용	. 기본협정 및 약정 주요내용 적정성 . 토지신탁계약 주요내용 적정성
자금조달	. 자금조달방법 적정성 . 자금차입규모 적정성 . 차입자금상환 타당성 . 차입자금 상환순위
사업성 분석	. 사업성 검토 기준의 타당성 . 수입 및 지출 근거의 타당성 . 분양가 적정성 . 공사비 산출 적정성 . 지출항목 및 산출근거 적정성 . 분기별 분양율 분포 적정성 . Cash-flow(사업수지 흐름표)작성상의 타당성 . (수입금 입금 및 지출금 투입시기 등)
토지신탁 추진이유의 타당성	. 기회비용 등을 고려한 종합적 판단
진행문제점 및 대응방안에 대한 현실성	. 문제점 해결 난이도 . 대응방안 현실성
기타	. 위탁자 및 시공사와의 분쟁소지 . 민원발생 가능성 및 해결방안 타당성 . 기타의견 개진사항

2) 토지신탁 수탁 이후 리스크관리

토지신탁 수탁이후 단계에서는 수탁 전에 검토한 리스크가 적정계획 대로 수행되고 있는지를 항시 감시체계를 갖추어야 한다. 실무에서 리스크관리위원회 운영 등 업무흐름은 다음과 같다. ① 위탁자 및 시공사 등 유관업체에 대한 외부신용평가기관 조기경보서비스에 등록하여 신용상태에 대한 모니터링을 실시하게 되고 ② 신탁사업 진행상황을 상시 모니터링하여 각 사업별 사업진행상황을 주기적으로 분석·관리하며 ③ 사업차질에 따른 손실발생의 예방 및 최소화를 위하여 위 ②사항을 리스크관리위원회에 보고하여 리스크현황 및 대책을 심의를 하게 한다. 리스크관리위원회는 공사리스크(예상공정률과의 차이 분석 등)·분양리스크(분양률, 예상사업이익 등)·환경변화에 따른 리스크·민원리스크·법적리스크·위탁자리스크 등을 주된 리스크관리위원회의 심의대상으로 한다.

3) 토지신탁 공사진행 단계 리스크관리

공사진행 단계에서는 시공사 및 감리자의 관리가 필요하다. 특히 시공사의 부도 등으로 시공 상의 차질이 발생하면 승계시공사의 선정에 따른 절차가 장시간 필요하게 된다. 또한 기존 시공사의 하청업체에 대한 미지급 공사대금이 있는 경우 현장 점거 등 물리적 충돌을 수반하게 되며 또한 절차적으로도 현장의 기성을 대한 분쟁 발생과 재판과정 등의 물리적 시간 부족으로 수분양자와의 입주시기 지연에 따른 지연배상금 등의 문제를 유발하기 때문이다. 따라서 공사기간 중의 리스크를 최소화하기 위한 실무상 업무흐름은 다음과 같다. ① 사업장마다 감리용역계약을 체결하여 감리원으로 하여금 공사진행상황, 자재투입의 적정성, 인·허가 및 변경사항의 적정성 등 공사관련 업무에 대해 철저한 감리가 이루어 질 수 있도록 관리·감독하고, 매 월별·분기별보고서를 제출받아 보고서 내용을 검토 후 문제점 발생시 시정토록 조치하고 있으며, 주요 공사단계별로 부동산신탁사 직원이 공사현장을 방문하여 사업장의 안정성 및 공사진행에 대한 종합점검을 실시하여 공사품질관리에 역점을 두고 있다. ② 공사 기성을 지급시 시공사가 감리원의 확인을 거쳐 제출한 기성확인서 내용을 부동산신탁사 직원이 직접 현장 확인하여 기성과 내용의 적정성

여부를 검토 후 처리하며, 특히 시공사의 신용도에 위험성이 감지되면 시공사의 하청업체에게 직불하는 등의 방법으로 처리하게 된다.

4) 토지신탁 수행 중 유동성 리스크관리

유동성리스크는 자금시장의 급격한 변동에 따라 신탁사업에 필요한 자금을 적기에 조달하지 못하는 위험을 의미한다. 이러한 유동성리스크의 관리 및 대처방안은 부동산신탁사가 조달·운용하는 자금의 유출·입에 영향을 미치는 모든 거래를 관리대상으로 하고 있으며, 매월 유동성비율, 유동성 갭(Gap) 등의 유동성 상태를 측정하여 관리하여야 하며, 또한 차입금의 월별 만기도록 현황 및 토지신탁 사업자금의 월별 지출예상금액을 분석하고, 일일단위로 자금표를 작성하여 점검하고 있으며, 단기조달자금의 차환시 예상되는 돌발사태에 대비하기 위해 당좌대출한도를 설정하여 운영 중에 있다.

2. 토지신탁과 부가가치세의 구조적 위험

1) 토지신탁과 부가가치세

일반적으로 부가가치세는 사업상 독립적으로 재화 또는 용역을 공급하는 자, 즉 사업자가 이를 납부할 의무를 진다(부가가치세법 제2조 제1항). 한편 신탁법상 신탁재산을 관리·처분함에 있어 재화 또는 용역을 공급하거나 또는 공급받는 경우 그 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용은 최종적으로 위탁자에게 귀속하게 되어 실질적으로는 위탁자의 계산에 의한 것이다. 신탁법에 의한 신탁은 위탁매매(부가가치세법 제6조 제5항)와 같이 ‘자기(수탁자) 명의로 타인(위탁자)의 계산에 의하여’ 재화 또는 용역을 공급하거나 또는 공급받는 등의 신탁업무를 처리하고 그 보수를 받는 것이어서, 신탁재산의 관리·처분 등 신탁업무에 있어 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 원칙적으로 위탁자라고 보아야 한다. 다만 신탁계약에서 위탁자 이외의 수익자가 지정되어 신탁의 수익이 우선적으로 수익자에게 귀속하게 되어 있는 타익신탁의 경우에는, 그 우선수익권이 미치는 범위 내에서는 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용도 최종적으로 수익자에게 귀속되어 실질적으로는 수익자의 계산에 의한 것으로 되므로, 토지신탁의 경우 사업자 및 이에

따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자가 아닌 수익자로 본다¹¹⁴⁾고 판시하고 있다.

(1) 위탁자의 사업자등록증

앞에서 살펴본 바와 같이 위탁자는 토지신탁의 수익자로서 사업자등록이 없는 개인의 경우나, 법인의 경우라도 고유목적사업이 다른 경우에는 부동산 개발관련 업종으로 종목추가 등을 하여 일치시켜야 한다.

먼저, 위탁자가 개인인 경우에는 위탁자가 사업자등록을 하고 있지 않거나, 사업자등록이 되어 있더라도 종목이 다른 경우에는 주택신축판매업 또는 부동산매매업으로 되어 있어야 한다. 다음으로 위탁자가 법인인 경우에는 당해 법인의 목적사업(주택 또는 건설업 및 동 판매업)¹¹⁵⁾이 정관에 명시되어 있고 그 내용으로 법인등기부상 사업목적이 정해진 경우 관할 세무서에 법인등기부상의 목적사업을 내용으로 하는 업태 및 종목이 되어 있어야 한다.

(2) 분양수입금액에 대한 과세표준 계산

영리목적의 유무에 불구하고 사업상 독립적으로 재화 또는 용역을 공급하는 자(사업자)는 부가가치세를 납부할 의무가 있다. 따라서 법인이 아파트 등의 공동주택을 신축하여 분양하는 것은 원칙적으로 부가가치세가 과세된다. 그러나 국민들의 주거생활 안정을 위하여 국민주택의 공급은 부가가치세가 면제된다. 고급빌라의 경우에는 전용면적이 국민주택규모를 초과하기 때문에 건물부분에 대해서 당연히 부가가치세가 과세된다. 또한 토지는 부가가치를 창출하는 본원적 생산요소이기 때문에 모든 토지의 공급에 대해서는 부가가치세가 면제된다(부가가치세법 제12조 ①항 12호). 따라서 아파트 등 공동주택을 신축분양 할 경우, 부가가치세 과세대상은 국민주택규모를 초과하는 주택의 분양수입 중에서 토지가액을 제외한 건물가액 상당액이 된다. 국민주택 규모를 초과하는 빌라 등의 분양수입금액은 토지의 공급가액과 건물의 공급가액으

114) 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290. ;대법원 2008. 12. 24. 선고 2006두8372.

115) 소득세법시행령 제32조(주택신축판매업의 범위)①법제19조 제1항 제6호에서 “대통령령이 정하는 주택신축판매업”이라 함은 다음 각호의 것을 말한다.

1. 주택을 건설하여 판매하는 사업
2. 이하 생략

*소득세법시행령 제34조(부동산매매업의 범위)법제19조 제1항 제12호에서 “대통령령이 정하는 부동산 매매업이라 함은” 한국표준산업분류표상의 건물건설업(건물을 자영건설하여 판매하는 경우에 한한다) 및 부동산공급업을 말한다. 다만 제32조의 규정에 의한 주택신축판매업을 제외한다)

로 구성되어 있으므로, 부가가치세 과세표준을 계산하기 위해서는 건물의 공급가액을 구분해야 한다. 토지와 건물을 함께 공급할 때에 부가가치세 과세표준은 당사자 간에 토지가액과 건물가액을 구분하여 거래한 경우에는 당해 실제 거래가액에 따라 구분하는 것은 원칙으로 하되 구분이 불분명한 경우에는 소득세법상 기준시가로 안분 계산한다.

한편 상가의 분양가액에 부가가치세 상당액이 포함되어 있을 경우에는 다음과 같이 건물 공급가액을 계산한다.

건물의 공급가액 =

$$\text{총분양가액(부가가치세포함)} * \text{건물과세시가표준액} / \{(\text{토지과세시가표준액} + \text{건물과세시가표준액}) * 1.1\}$$

(3) 부동산신탁의 세금계산서 발행

부동산신탁에 의한 소유권 이전은 형식적 소유권이전이란 점을 이미 살펴보았다. 따라서 부동산신탁사가 수행하는 토지신탁 역시 위탁자가 당해 토지신탁의 이익을 향수하므로 비록 부동산신탁사의 명의로 사업을 수행한다고 하더라도 개발과 관련된 거래의 당사자는 부동산신탁사가 아닌 위탁자가 되는 것이다. 따라서 이와 관련한 유의사항을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 토지신탁사업과 관련한 세금계산서의 발행 당사자는 위탁자가 되는 것이다. 토지신탁은 위탁자가 수익자의 지위를 겸하고 있는 자익신탁이기 때문에 위탁자가 부도 등에 따라 폐업을 하여도 토지신탁사업장이 있는 한 폐업신고는 받아들여지지 않는다.

둘째, 부가가치세법 시행규칙 제6조 제1항에 규정한 폐업일은 사업자(위탁자)가 그 사업을 실질적으로 폐업하는 것을 말하는 것으로, 신탁법에 따라 신탁계약에 의해 부동산을 부동산신탁사에 신탁한 위탁자가 신탁사업장이 아닌 다른 사업장의 부도로 직권 폐업된 경우라 하더라도 신탁법에 의한 위탁자로서의 지위가 그대로 유지되고 당해 신탁사업이 계속적으로 유지되고 있는 경우에는 폐업으로 보지 아니 한다.¹¹⁶⁾

셋째, 신탁법에 의한 신탁계약에 의거 위탁자인 부동산소유자가 수탁자인 부동산신탁사에 부동산을 신탁하고 부동산신탁회사가 부동산의 개발·관리·처

116) 국세청 예규 부가 46015-520, (2001. 3. 21).

분에 대한 신탁사업을 수행함에 있어 당해 신탁한 부동산과 관련된 세금계산서상의 공급자 또는 공급받는 자는 위탁자 명의로 하는 것이며, 이 경우 세금계산서 비고란에 수탁자 명의를 부기하는 것이다.¹¹⁷⁾

넷째, 위탁자 겸 수익자인 건설회사의 토지를 부동산신탁사에 토지신탁계약에 의해 토지를 신탁하고, 위탁자 겸 건설회사로서 도급을 받아 신축을 하는 경우, 신축에 따른 건설용역을 제공한 대가를 받는 경우(즉, 위탁자와 건설업자가 동일한 경우)에는 세금계산서를 교부하지 아니 한다.¹¹⁸⁾

다섯째, 위탁자 겸 수익자인 건설회사가 부동산신탁사와 건물공급계약을 체결하여 건물을 신축분양 한 후 동 건물을 분양받은 자에게 세금계산서를 교부하였으나, 건설업자의 부도로 관할 세무서장이 직권폐업 조치한 경우 당해 건설업자의 건설업 폐업여부와는 관계없이 부동산신탁계약상 위탁자로서의 사업은 계속되고 있는 것으로 보아야 할 것이므로 세무서장의 직권폐업일 이후에 수분양자들이 교부받은 세금계산서는 폐업일 이후에 교부받는 세금계산서가 아니다.¹¹⁹⁾

여섯째, 위탁자가 다수인인 경우의 부가가치세 업무처리는 토지소유자들이 부동산신탁사에 신탁을 하고 사업을 경영하는 경우에는 다음과 같이 사업자등록, 세금계산서 수수, 기장, 부가가치세 신고를 한다.¹²⁰⁾ ①사업자등록에 있어 공동으로 사업을 경영하는 자가 부가가치세법 제5조의 규정에 의하여 납세의무자로 등록하는 경우에는 공동사업자가 그 지분 또는 손익분배의 비율, 대표자 기타 필요한 사항이 기재된 동업계약서를 제출하여야 하며 소관세무서장은 공동사업장을 1사업자로 보아 대표자명의(예 ○○○외 ○인)로 사업자등록을 교부한다. ②세금계산서 수수는 사업자등록증상에 기재된 대표자명의로 세금계산서를 교부하거나 교부받아야 한다. ③기장은 공동사업장을 1사업자로 보아 동법 제31조의 규정에 의한 기장을 한다. ④부가가치세 신고는 동법 제18조 및 제19조의 규정에 의한 부가가치세의 예정 또는 확정신고에 있어 공동으로 사업을 경영하는 자가 연명으로 하여야 한다.

117) 국세청 예규 부가 46015-520, (2001. 3. 21).

118) 국세청 예규 부가 46015-1323, (1997. 6. 13).

119) 국세청 예규 부가 46015-4609, (1999. 11. 17).

120) 국세청 예규 부가 1235-894, (1979. 3. 31).

2) 부가가치세의 납세의무자

(1) 부가가치세의 공탁금수령권자 확인사례

① 부가가치세는 사업상 독립적으로 재화 또는 용역을 공급하는 자 즉 사업자가 이를 납부할 의무를 지는 것으로서(부가가치세법 제2조제1항), 사업자만이 부가가치세의 납세의무자 및 환급청구권자라고 할 것이고, 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것므로(신탁법 제2조), 수탁자가 신탁재산에 대한 토지개발행위를 하거나 신탁재산을 관리·처분함에 있어 재화 또는 용역을 공급하거나 공급받게 되는 경우 수탁자 자신이 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리하게 되는 것이나, 그 신탁재산의 개발·관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용은 최종적으로 위탁자에게 귀속하게 되어 실질적으로는 위탁자의 계산에 의한 것이라고 할 것이므로 신탁법에 의한 신탁 역시 부가가치세법 제6조 제5항 소정의 위탁매매와 같이 ‘자기(수탁자)명의로 타인(위탁자)의 계산에 의하여’ 재화 또는 용역을 공급하거나 또는 공급받는 등의 신탁업무를 처리하고 그 보수를 받는 것므로, 신탁재산의 개발·관리·처분 등 신탁업무를 처리함에 있어서의 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자라고 봄이 상당하고, 따라서 부가가치세의 신고내용상 매입세액이 매출세액을 초과하는 경우 그 차액 상당의 부가가치세 환급청구권은 당연히 부가가치세 납세의무자인 위탁자에게 귀속된다.

② 구 신탁법 제19조(현행 신탁법 제27조)는 ‘신탁재산의 관리·처분·멸실·훼손 기타의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다’고 규정하고 있으므로, 부가가치세 환급청구권은 일정한 과세기간 동안에 매입세액이 매출세액을 초과하는 경우 사업자에게 그 차액에 상당하는 세액의 환급청구가 인정되는 권리로서, 신탁법상의 신탁에 있어서 신탁재산의 개발·관리·처분 등의 거래에 대한 부가가치세 납세의무자 및 환급청구권의 귀속권자는 사업자인 위탁자이고, 비록 공급하는 자에게 지급한 매입세액 상당액을 수탁자가 신탁재산에 속한 자금으로 지급하였다고 하더라도 그와 같은 이유만으로 부가가치세 환급청구권이 바로 신탁재산의 개발·관리·처분 등으로 수탁자가 얻은 재산이라고

할 수는 없으므로, 이와 같은 경우에 국가에 대하여 가지는 부가가치세 환급 청구권은 위 법조 소정의 신탁재산에 속한다고 할 수 없다¹²¹⁾고 대법원은 판시하고 있다.

부동산신탁사는 부동산개발과정 중 매입부가치세액이 매출부가가치세액 보다 큰 경우로써 통상 부동산개발 초기 또는 분양이 저조한 사업장에서 발생 가능성이 크다. 다만, 부가가치세가 면세용역에 해당하는 국민주택규모 이하의 국민주택 등에는 해당이 없지만, 국민주택규모를 초과하는 주택이나 상가 등에는 항상 위험성이 내재되어 있다고 볼 수 있다.

③ 신탁계약에 따라 신탁재산을 처분하여 수탁자가 얻은 매매대금은 신탁재산에 속하는 것이고(신탁법 제27조), 한편 재화의 공급에 따라 사업자가 공급받는 자로부터 받은 부가가치세액 상당의 금원은 부가가치세 납부의무 이행을 위하여 일시 보관하는 것이 아니라 매매대금과 일체로 되어 사업자의 소유로 귀속되는 것으로서 사업자는 일정한 과세기간 종료 후에 그 기간 동안 발생한 매출세액과 매입세액 여하에 따라 매출세액의 징수 여부에 관계없이 자신의 책임 하에 부가가치세 납부의무를 이행하는 것이므로, 수탁자가 신탁재산의 처분에 따라 매수인으로부터 거래징수한 부가가치세 상당액은 매매대금의 일부로서 신탁재산에 속한다고 보아야 할 것이고, 수탁자가 거래징수한 부가가치세 상당액을 재화의 공급가액과 별도로 부채과목인 예수금계정으로 회계처리한다고 하여 달리 볼 것이 아니다¹²²⁾라고 판시하고 있으나, 사업성이 악화된 사업장의 경우 부동산신탁사는 차입금 상환을 위해 분명 분양가를 할인하는 등 분양촉진에 최선을 기울일 것이고, 반면 위탁자는 신탁재산의 대가를 회수하기 위한 노력으로 부동산신탁사의 할인분양 등을 저지하려고 할 것이다. 결국 위탁자는 신탁토지를 회수하기는 커녕 오히려 신탁사무처리비용의 부족분에 대한 채무도 부담하게 될 것이다. 또한 부가가치세법상 사업자의 지위에서 신탁부동산의 처분에 따른 매출부가가치세를 체납하게 되어, 이는 위탁자와의 분쟁을 심화시킬 여지가 클 뿐만 아니라 경우에 따라서는 탈세범의 범법자로 전락하게 될 개연성이 크다고 판단된다.

121) 대법원, 2003. 4. 25. 선고 2000다33034.

122) 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290.

(2) 부가가치세법상 신탁재산의 감소원인

토지신탁은 신탁기간이 장기간에 걸친 개발과정을 거치게 된다. 이에 따른 위탁자 겸 수익자와의 잣은 마찰을 겪게 되는데, 이는 위탁자 겸 수익자의 경제적인 사업수행능력이 열악하여 시공사 또는 설계자·공사감리자·분양대행사 등에 의지할 수밖에 없게 된다. 그 이유는 그들에게 공사 등 용역을 받도록 하여 주겠다는 약속을 빌미로 그들로 하여금 대여금을 받는 경우가 빈번하다. 위탁자 겸 수익자는 토지신탁으로의 신탁행위 이전에 부동산개발사업의 사업화 과정에서 발생하는 제반 경비에 충당할 목적으로 그들과 사전에 각각의 계약 등을 하게 된다. 토지신탁 전의 위탁자 겸 수익자의 이러한 계약 등을 모르는 부동산신탁사로서는 정상적인 신탁행위에 따른 토지신탁계약을 체결하였다 하더라도 개발과정의 전반에 걸쳐 갈등을 유발하는 요인을 가지게 된다. 또한 신탁행위에 따른 토지신탁계약이 체결되어 부동산개발업무에 차수하게 되면 위탁자 겸 수익자는 토지신탁이 종료되고 정산절차를 거쳐 배당을 받음으로써 투입자금 및 이익이 실현되게 된다. 이 과정을 거치는 기간이 3년 내지 5년 정도의 장기간으로써 위탁자는 자금고갈을 해소할 수 있는 방법으로 부동산신탁사에서 선배당을 통해 지급받을 수 있는 방안이 유일하다. 그것도 용이하지 않다면 불법행위를 유발하게 되는 경우가 빈번하다.

이상과 같이 토지신탁에서 위탁자 겸 수익자가 신탁행위 이전의 각 이해관계자들과의 갈등으로 인해 불법행위를 유발하는 사례를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 위탁자 겸 수익자가 부가가치세환급금을 편취하는 경우이다. 부동산신탁사는 건설사에게 건설용역의 대가(부가가치세를 포함)를 지급하게 된다. 건설용역 이외에도 부동산개발 전 과정에 걸친 제3자와의 용역제공의 경우에도 동일하다. 이처럼 부동산신탁사가 지출한 제반 용역대가에 포함된 부가가치세를 위탁자 겸 수익자에게 환급이 발생하면 당해 환급금은 신탁재산에 편입시켜야 함에도 불구하고 이를 이행하지 않고 편취함으로써 신탁재산을 부당히 감소시키는 결과를 초래한다.

둘째, 위탁자 겸 수익자는 자금의 융통을 위해 또는 자금의 착복을 위해 제3자와의 개인채무를 위장하여 법원의 집행문을 부여받아 부가가치세환급금을

편취하는 경우이다. 부동산신탁사는 토지신탁계약과 동시에 향후 부가가치세 신고 시 마다 국세환급금이 발생하면 이를 신탁재산에 편입시킬 목적으로 국세환급금양도요구서를 미리 필요수량 만큼 징구하였다가 매 신고 시에 국세환급금이 확정되면, 관할세무서에 국세환급금양도요구서를 부가가치세예정(확정) 신고서와 함께 신고하게 된다. 이때 제3자는 확정판결문에 터잡아 부동산신탁사의 국세환급청구권을 암류하게 되며, 부가가치세법상의 납세의무자인 위탁자 겸 수익자에게 장래에 환급될 국세환급금은 암류의 효력에 따라 제3자에게 환급이 이루어진다. 이로써 신탁재산의 감소를 초래하게 되고 그 금액이 부동산신탁사의 손실을 초래할 수 있다. 이러한 경우에는 달리 해결방안이 없다. 그 이유는 부동산신탁사가 향후 신고기간 마다 사용해야 할 국세환급금양도요구서를 미리 받아 두었다가 매 신고기간 마다 완성하여 관할세무서에 제출한다 하더라도 신고기간 전에 제출하는 국세환급금양도요구서는 부가가치세환급금이 결정되기 이전이므로 효력이 없다. 이런 이유로 위탁자가 제3자와 통정에 의해 부가가치세환급금을 착복코자 할 경우에는 확정판결문에 나타난 금액에 달할 때까지 한번의 암류를 통해 계속적 효력이 있기 때문에 관할세무서에 암류결정문 또는 국세환급금양도요구서의 접수일을 기준으로 부가가치세환급금의 수령권자가 달라지는 관계로 부가가치세환급금을 신탁재산에 편입하기는 어려울 것이다.

(3) 자의토지신탁의 부가가치세 환급청구권자

위에서 살펴본 경우와 같이 토지신탁에서 부가가치세환급금이 발생할 경우 동 부가가치세환급금은 토지신탁사업과 관련하여 발생한 것이므로 신탁재산으로 볼 경우 강제집행 등의 금지규정에 따라 부가가치세환급금을 신탁재산에 편입할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 대법원은 부가가치세 환급청구권이 신탁재산에 해당하는지에 분쟁에서 자의신탁의 경우 신탁재산의 관리·처분·멸실·훼손 기타의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다고 규정하고 있다. 그러나 신탁법상의 신탁에 있어서 신탁재산의 개발·관리·처분 등 의 거래에 대한 부가가치세 납세의무자 및 환급청구권의 귀속권자는 사업자인 위탁자이고, 비록 공급하는 자에게 지급한 매입세액 상당액을 수탁자가 신탁재산에 속한 자금으로 지급하였다고 하더라도 그와 같은 이유만으로 부가가치

세의 환급청구권이 바로 신탁재산의 개발·관리·처분 등으로 수탁자가 얻은 재산이라고 할 수는 없는 것이므로 이와 같은 경우에 국가에 대하여 가지는 부가가치세 환급청구권은 위 법조 소정의 신탁재산에 속한다고 할 수 없다고 판시¹²³⁾하고 있다. 이러한 현상은 위탁자를 통제할 수단이 없기 때문에 발생하는 것으로써, 이를 해결할 수 있는 방법은 신탁재산이 독립적인 법인격을 인정할 경우 부가가치세환급금을 부당히 편취 당하는 일은 없을 것이다.

(4) 타익토지신탁의 부가가치세 환급청구권자

토지신탁계약에 있어서 위탁자 이외의 수익자가 지정되어 신탁의 수익이 우선적으로 수익자에게 귀속하게 되어 있는 타익신탁의 경우에는 그 우선수익권이 미치는 범위 내에서는 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용도 최종적으로 수익자에게 귀속되어 실질적으로는 수익자의 재산에 의한 것이 되므로, 이 경우 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자가 아닌 수익자로 보아야 한다. 토지신탁계약에 따라 신탁재산을 처분하여 수탁자가 얻은 매매대금은 신탁재산에 속하는 것이고, 한편 재화의 공급에 따라 사업자가 공급받는 자로부터 받은 부가가치세액 상당의 금원은 부가가치세 납세의무 이행을 위하여 일시 보관하는 것이 아니라 매매대금과 일체로 되어 사업자의 소유로 귀속되는 것으로서 사업자는 일정한 과세기간 종료 후에 그 기간 동안 발생한 매출세액과 매입세액 여하에 따라 매출세액의 징수 여부에 관계 없이 자신의 책임하에 부가가치세 납세의무를 이행하는 것이므로, 수탁자가 신탁재산의 처분에 따라 매수인으로부터 거래정수한 부가가치세액 상당액은 매매대금의 일부로서 신탁재산에 속한다고 보아야 할 것이고, 수탁자가 거래정수한 부가가치세액 상당액을 재화의 공급가액과 별도로 부채과목인 예수금 계정으로 회계처리 하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다라고 판시¹²⁴⁾하고 있다.

(5) 토지신탁의 부가가치세 환급업무처리

부가가치세의 신고처는 위탁자의 사업장소재지 관할 세무서이며, 위탁자가 직접 신고하거나, 위탁자 명의로 수탁자가 대리신고를 해야 한다. 위탁자의 부

123) 대법원 2003. 4. 25. 선고 200다33034.

124) 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290.

도 등으로 사업자등록이 말소된 경우에도 사업자등록 말소 이전에 신탁계약이 체결되고 이미 부가가치세가 신고가 이루어지고 있었다면 사업자등록 말소 이후에 발생된 부가가치세 발생 건에 대해서 사업자등록 말소 이전의 세무로의 제 처리하므로 수탁자 명의로 대리신고가 가능하다. 이 경우 부가가치세의 환급의 경우 국세환급금양도요구서, 계좌개설신고서 등의 신고서류를 제출해야 한다. 특별한 사유가 없는 한 확정신고 기한 경과 후 30일 이내에 환급이 이루어지나, 토지신탁사업의 부가가치세환급과 관련하여 위탁자와의 관계로 인해 환급 관련하여 발생하는 문제에 대한 업무처리는 다음과 같다.¹²⁵⁾

첫째, 위탁자가 부가가치세 불능상태인 경우에는 ①수탁자가 위탁자 명의로 대리신고(환급관련 신고 포함) 및 환급금을 수령한다. 다만, 이 경우 수탁자가 부가가치세법상 위탁자의 납세관리인으로 신고해야 한다. ②부동산신탁사를 부가가치세 납세관리인으로 신고하면 관할세무서는 부동산신탁사를 납세관리인으로 선정이 가능하다.¹²⁶⁾ ③부동산신탁사는 납세관리인 선정신고서를 관할 세무서에 제출한다.

둘째, 위탁자가 환급관련 업무협조를 거부하는 경우에는 ①부가가치세의 환급금이 직접 위탁자의 환급계좌로 입금되기 때문에 신고시점 이전이라도 위탁자에게 환급관련 서류를 받기가 가능한 시점에서 환급관련 서류를 적극적으로 청구한다. ②환급관련서류를 관할세무서에 신고하지 못했을 경우 환급금에 대한 법적조치(가입류, 가처분 등)하여 환급금 지급을 막은 상태에서, 수탁자에게 환급되도록 세무서와 협의진행하고, 소송제기 및 위탁자가 환급금을 가져갈 수 없음을 주지시켜 환급관련서류가 제출될 수 없도록 업무를 진행한다.

셋째, 관할 세무서에서 위탁자의 다른 체납세액과 상계처리하거나, 위탁자의 제3채권자가 환급금에 제한권리를 설정한 경우 또는 위탁자가 환급금채권을 타인에게 양도한 경우에는 법적조치(가입류, 가처분 등)하여 환급금지급을 막고, 소송을 진행하는 동시에 위탁자에 대한 채권확보 절차를 진행한다.

넷째, 위탁자의 다른 사업장 세액이 합쳐질 경우에는 신탁재산 환급분을 별도로 계산하여 위탁자에게 환급금액을 청구해야 한다. 다만, 이와 같은 문제를 해결하기 위하여 위탁자로 하여금 해당 신탁사업에 대하여 별도의 사업장으로

125) 한국부동산신탁업협회, 전계서, pp.232~234.

126) 부가가치세법 제33조 제2항 및 동법시행령 제84조 제1항 제3호.

보아 사업자등록을 하도록 유도한다.

3. 토지신탁 조달사업비의 무한책임

1) 사업비조달 일반

1991년도의 부동산신탁제도 도입 이래 IMF의 금융위기를 겪으면서 부동산신탁사의 경영위기는 토지신탁의 과중한 자금부담과 함께 부동산신탁업계의 동반 신용위험을 초래하게 되었다. 이는 토지신탁에 대한 시장선점 등의 이유로 무분별하게 수주경쟁을 하였던 결과였다. 그로인하여 선발신탁사의 시장퇴출이라는 충격적인 사건이 발생하면서 안정적인 신탁자금의 조달이 급부상하게 되었고, 감독기관에서도 부동산신탁사의 자산건전성이 감독대상으로 부각되었다.

토지신탁은 부동산개발사업을 목적으로 부동산을 신탁하는 것으로서 일반건설사업과 절차상 동일하다. 다만 토지신탁은 위탁자의 토지를 수탁 받아 해당 토지에 적합한 개발을 행하는 주체로서 개발을 위한 막대한 자금이 소요되며 개발자금의 조달과 상환책임은 모두 부동산신탁사가 부담하고 있다. 그 이유는 부동산신탁사가 금융기관으로부터 직접적인 차주 자격으로 조달하기 때문이다. 이와 같은 자금조달구조로 인해 토지신탁사업이 분양부진 등으로 부실화되는 경우 바로 차주인 부동산신탁사의 부실로 이어졌고 동일 신탁사 내의 우량한 사업까지 막대한 지장을 초래하였다.

부동산신탁사의 주도적 자금조달원은 선분양에 따른 분양대금의 유입을 전제로 사업의 수지분석을 하였으며, 토지신탁사업을 수행하던 중 예상분양율 이하로 저조할 경우 부동산신탁사는 상당한 유동성 위기를 맞게 된다. 현재의 시장상황은 최근의 부동산시장에 위협적으로 다가오는 후분양제도의 도입 및 분양원가공개 등 분양시장의 상황을 어렵게 하고 있다. 이러한 분양대금의 유입이 지장을 맞게 되면 결국 부동산신탁사의 자체신용에 의해 자금을 조달할 수밖에 없으며, 시장에서의 유동성위기 등을 빌미로 높은 금리를 부담할 수밖에 없게 된다. 그 이유는 부동산신탁사도 영속기업으로서 매년 신용평가를 받아 신용등급에 따른 조달금리를 적용받기 때문이다. 이를 부동산신탁사의 자금조달에 따른 구조적 위험요인으로 분류해 보면 다음과 같다.

첫째, 과다한 차입의존도이다. 위탁자의 자금력과 담보력이 열악한 경우에는 원활한 토지신탁사업의 수행을 위하여 불가피하게 부동산신탁사가 자체 공신력에 의하여 사업비를 차입할 수밖에 없는 실정이다. 이러한 경우 부동산신탁사는 사업규모에 비하여 자기자본규모가 작아서 외부차입 의존도가 높을 수밖에 없으며, 이로 인하여 과거 IMF등과 같은 시장여건이 악화될 경우 자생력을 잃고 경영악화가 급속히 전전될 가능성을 내포하고 있다. 타인자본 중에서도 직접금융에 의한 자금조달이 전무하여 간접금융에 절대적으로 의존하기 때문에 위험분산효과가 취약하고, 단기차입의존도가 크면 클수록 유동성 위험이 증대되는 구조이다.

둘째, 자금조달 및 운용의 만기불일치에 따른 위험성이다. 차입의존도가 크더라도 조달재원이 다양하게 분산되어 있으면 특정 금융부문으로부터의 자금조달에 따른 리스크는 작아지므로 파급효과가 확산되지 않을 수 있으나, 이와 같은 여건이 마련되지 않음으로 인해 단기차입 후 단기연장하는 방식으로 자금조달을 지속하는 형편이다. 또한 토지신탁사업의 자금운용기간은 일반적으로 2~3년이 소요되므로 자금조달 및 운용의 만기 불일치로 인한 유동성 및 금리위험으로 인해 만성적인 자금부족과 고비용에 노출되어 있다.

셋째, 부동산신탁사의 신용에 의한 차입으로 위험에 항시 노출되어 있다. 부동산신탁사의 토지신탁사업장은 사업장별로 분별관리(신탁법 제37조)되고 있음에도 외부로부터의 자금차입이 사업장별로 이루어 지지 않고 부동산신탁사에 의존하기 때문에 즉, 차입주체가 부동산신탁사이므로 토지신탁사업장 중 하나가 부실화되면 나머지 토지신탁사업장도 영향을 받을 가능성이 크다.

넷째, 부동산시장의 위험에 대한 예측 및 분산기능의 취약이다. 토지신탁의 경우 부동산경기 하락 등으로 인해 개발된 부동산이 분양·임대되지 않고 차입금이자가 누적되어 손실이 계속 발생하면 부동산신탁사의 경영이 악화될 가능성이 크다. 국내 경기상황에 따른 부동산 경기하락 보다 외국의 경기악화 또는 금융위기 등 그 파급여파로 인한 국내 부동산 경기하락을 경험한 상황¹²⁷⁾에서 부동산경기를 적절히 예측하고 분석하는 기능을 갖추지 못한 경우 대규모 손실과 함께 부도위험이 높아지기 마련이다.

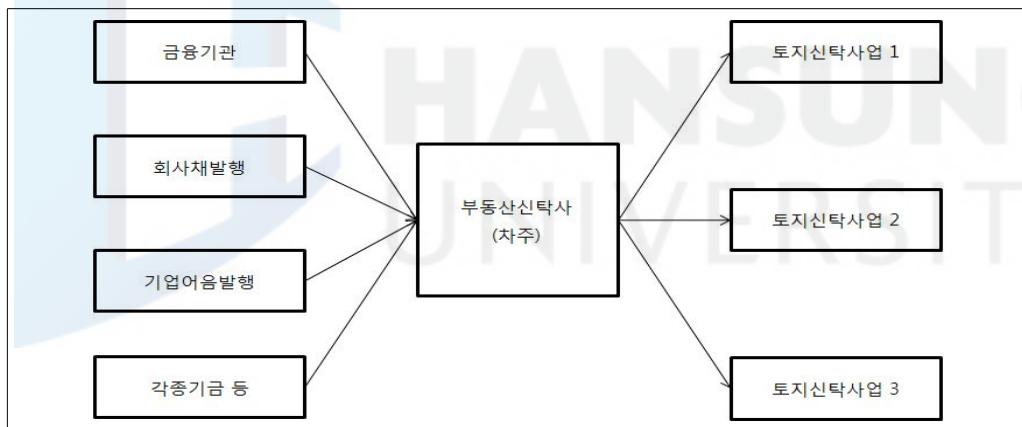
127) 2008년도의 미국발 금융위기 및 2011년 유럽발 금융위기 등으로 국내 부동산경기 하락 및 침체기를 겪은 바 있다.

다섯째, 경영관리상의 문제점 노출이다. 부동산신탁사는 부동산경기예측, 사업평가 및 시장기능 등의 기획기능과 자금관리, 위험관리, 상품개발, 마케팅기능 등의 업무 및 조정기능이 부동산신탁사의 독립적인 판단에 의존하고 있다. 이에 따른 시행착오를 줄이기 위해 전문인력을 확충하고 부동산신탁사 외부의 기능을 최대한 활용할 수 있는 시스템 마련이 중요하다. 또한 부동산신탁사가 금융기관 자회사 형태로 존속하는 경우가 많기 때문에 잦은 경영진의 교체도 이러한 기능을 약화시키는 경향으로 작용할 수 있을 것으로 판단된다.

2) 사업비 조달방법

토지신탁에 소요되는 사업비는 주로 토지신탁 사업의 자체 분양수입금으로 충당하는 것으로 예정되어 있으나, 사업초기 또는 분양이 저조할 경우 부동산신탁사는 자신의 책임으로 금융기관으로부터 대출을 받아 사업비를 조달하거나 부동산신탁사의 신용도를 이용하여 회사채나 기업어음(CP)을 발행하여 조달한다. 부동산신탁사의 토지신탁의 사업비 조달구조는 〈그림 2〉와 같다.

〈그림 2〉 토지신탁의 사업비 조달구조



임대아파트나 아파트형공장과 같은 토지신탁사업의 경우 저리의 국민주택기금이나 중소기업정책자금을 지원받으나 이 또한 부동산신탁사에게 최종적으로 상환책임이 있다. 임대형토지신탁(임대아파트) 사업을 하는 경우 저금리로 조달할 수 있는 창구가 국민주택기금인 점을 감안할 때, 회사채 발행 등을 통한

장기의 자금조달은 주목할 만하다. 또한 부동산신탁사는 토지신탁사업에 소요되는 사업비를 다양한 조달처로부터 조달하게 되는데 각 부동산신탁사의 사업비 조달원을 살펴보면 〈표 10〉과 같다.

〈표 10〉 부동산신탁사의 사업비 조달원

(단위:백만원)

구분	소계	KB부동산신탁	한국자산신탁	대한토지신탁	한국토지신탁
차입금총계	810,407	148,423	120,121	16,695	525,188
1금융권	127,733	35,000	11,803	-	80,930
2금융권	122,299	-	22,299	-	100,000
국민주택기금	269,160	101,798	41,550	16,695	109,117
회사채	267,271	10,000	27,271	-	230,000
기타	23,964	1,625	17,198	-	5,141

(자료 : 부동산신탁업협회 2006. 12말 영업실적자료)

3) 사업비 조달실태

(1) 조달자금의 토지신탁 대여

부동산신탁사는 자신의 책임으로 금융기관으로부터 대출을 받아 사업비를 조달하거나 부동산신탁사의 신용도를 이용하여 회사채나 기업어음(CP)을 발행하여 조달하지만 토지신탁사업의 위험요소나 사업성에 관계없이 각 토지신탁사업에 대하여는 동일한 이자율을 적용받는다. 부동산신탁사는 각 금융기관으로부터 각기 다른 이자율로 사업비를 조달하고, 뿐만 아니라 회사채나 기업어음의 발행이율도 발행시기마다 다르나 동일한 이자율로 대여하고 있다. 보통 부동산신탁사는 평균적으로 조달한 금액의 이자율에 조달에 필요한 경비(가산금리 1~2%)를 더해 다시 토지신탁사업에 대여하게 된다. 따라서 부동산신탁사의 신용도가 좋을 경우 사업비 조달이 용이하거나 보다 낮은 이자율로 자금을 조달하게 된다.

부동산신탁사가 금융기관 등으로부터 조달한 자금은 대부분 부동산신탁사의 신용도에 의해 조달되는데 한국부동산신탁이나 코레트신탁의 경우처럼 부동산신탁사가 내부 또는 외부 환경에 따라 신용도가 떨어지게 되면 자신의 신용도

에 의한 자금차입은 어렵게 된다. 따라서 분양저조 등으로 사업성이 악화된 토지신탁사업 뿐만 아니라 사업성이 우량한 토지신탁사업도 사업진행의 어려움을 겪게 되고 결국 특단의 대책이 없는 경우 신탁사업 전반에 걸쳐 부실화가 진행되며, 부동산신탁사 자체도 부도위기에 직면하게 된다. 부동산신탁사는 현재로서 뚜렷한 위험회피 수단도 가지고 있지 못하고 전통적인 기업금융방식에 의존하고 있다.

부동산신탁사는 신탁법제37조에서 규정한 '수탁자의 분별관리의무'를 충실히 이행하고 있으나 이러한 토지신탁의 사업비 조달실태는 토지신탁사업간 상호 간섭을 일으켜 진정한 분별관리의무를 다하고 있다고 볼 수 없다. 이러한 상황을 보완하기 위해서는 토지신탁사업의 각각에 대한 위험정도의 측정에 따라 평균적으로 조달한 금액의 이자율에 가산금리를 더하는 방식을 개선할 필요가 있다.

부동산신탁사가 수탁한 개별 토지신탁사업에 대한 평균적으로 조달한 금액의 이자율에 대해 사업별 진행정도에 따라(은행의 변동금리 산정방식과 같은) 청산가치를 매월 또는 분기마다 산정해 우량의 정도를 계급별로 구분한 후 평균적으로 조달한 금액의 이자율을 안분하는 방식이 각기 다른 수익자의 이익을 위하는 수탁자의 선관의무라 판단된다.

(2) 위탁자 겸 수익자의 신탁자금 조달

토지신탁사업은 위탁자로부터 인수한 토지를 개발하는 사업으로써 당해 사업에 필요한 자금은 당해 사업에서 충당함이 원칙이나, 예외적으로 위탁자로부터 최초 수탁시 총 사업비의 100분의 15 범위 내에서 금전을 수탁 받아 조달할 수 있으며, 그래도 부족자금이 발생할 경우에는 부득이 외부로부터 차입 할 수밖에 없다. 이 경우 무한정 차입이 아니고 부동산신탁사의 건전성 유지를 위하여 총사업비의 100분의 70(또는 90)으로 제한¹²⁸⁾을 하고 있다. 토지신탁은 제한물권이 설정되지 않은 완전한 토지를 요구하고 있으나, 당해 사업장의 국민주택기금대출을 받기 위한 근저당권 설정은 예외로 하고 있다.¹²⁹⁾

128) 신탁업감독규정 제16조(부동산신탁사업비 차입제한) 부동산신탁회사의 부동산신탁사업별 차입금은 해당사업 소요자금의 100분의 70을 초과할 수 없다. 다만, 임대형 신탁사업의 경우에는 100분의 90을 초과할 수 없다.

129) 이러한 경우 실무에서는 토지신탁계약 당시 국민주택기금의 지원을 받아 건설 중인 분양아파트나 임대아파트의 경우 흔히 볼 수 있다. 이 경우 국민주택기금은 당해사업을 위해 국민주택기금취

(3) ABS 발행에 의한 조달

ABS(Asset-Backed Securities)는 자산담보부증권으로써 부동산신탁사가 보유하고 있는 분양대금채권을 근거로 하여 증권을 발행하고 이를 판매하여 자금을 조달하게 된다.¹³⁰⁾ 긍정적인 측면으로는 새로운 금융기법의 도입으로 자금조달원의 개척이라는데 의의가 있으나, 기존의 대출금을 대환하는 수준의 보조적 역할에 지나지 않으면서 과다한 발행비용으로 신탁사업의 수익을 감소시킬 우려가 높다. 또한 부동산신탁사의 기존 자금조달금리와 ABS에 상환해야 하는 금리차이에 관한 문제로서 통상의 경우 부동산신탁사의 평균금리 보다 ABS의 상환금리가 높다. ABS의 발행에 있어 신뢰도를 향상시키기 위해 신용도가 우량한 금융기관에서 ABS채권에 대한 원리금의 지급보증을 하게 된다.¹³¹⁾ 이러한 지급보증이 없으면 ABS의 발행이 불가능하거나 발행액이 축소될 수밖에 없으며, 발행이 된다하여도 후순위채로 상당부분 인수하여야 할 것이다. 이럴 경우 총 발행액에 대한 비용은 비용대로 커지고, 자금유입액은 후순위채를 제외한 금액만이 조달되므로 초기의 목적 달성을 어렵게 하고 있다.

ABS에 의한 자금조달방안은 IMF 당시 많은 기업들이 담보가치 하락 및 신용경색으로 신규대출이 어렵게 되면서 기존 대출금의 상환불능상태에 도래하는 경우가 있었다. 따라서 부동산신탁사 역시 그러한 현실을 탈피하고자 하는 대안으로 이용된 예는 있으나 근본적인 자금조달 방안으로는 정착되기 어렵다고 판단된다.

4) 사업비조달 방안 개선

통상의 경우 토지신탁수익권증서는 유통가능한 유가증권으로서는 기능을 하지 못하고 있다. 그 이유는 토지신탁수익권증서는 증서상에 금액이 표기되지 않으며, 다만 수익지분만을 표시하기 때문이다. 또한 토지신탁의 수익은

급은행에서 전설비의 선급금이나 기성금으로 지출된 경우 동 대출의 채권보전을 위해 설정된 경우로서 향후 토지신탁계약에 이은 시행사(건축주)명의변경을 통해 부동산신탁사를 새로운 차주로 명의변경을 하고 동 대출금을 면책적채무인수를 하기 때문에 예외로 하고 있다.

130) 한국토지신탁은 '99.12 ABS발행대상 자산을 토지신탁사업에 대여한 2,717억원의 대여금채권으로 발행한 바 있으며, KB부동산신탁은 '00.4 ABS발행대상 자산을 토지신탁사업에 대여한 1,050억원의 대여금채권으로 발행한 바 있다.

131) KB부동산신탁은 '00.4 ABS발행 당시 총 발행액의 95%를 지급보증으로 신용보장을 하였다.

미확정채권으로서 금융기관의 담보목적물에도 부적합하여 정식담보로서는 취급하지 않는다. 따라서 기존의 자금조달원으로서의 방법에 추가하여 현행 신탁법은 수익증권의 발행, 신탁사채의 발행, 수익권증서의 질권설정 방안을 마련하였다.

(1) 수익권에 의한 조달

수익권에 의한 자금조달은 신탁법 제65조 및 제66조에서 수익자가 가지는 수익권을 제3자에게 양도하거나 질권설정을 통해 자금조달 수단으로 강구하고 있다. 수익권증서는 토지신탁의 원본과 수익을 향유할 수 있는 권리가 표창된 증서로서 위탁자 겸 수익자에게 교부한다. 그러나 수익자가 가지는 수익채권 보다 우선하는 신탁채권(토지신탁계약에서 조달자금의 사용처를 토지신탁사업장에 국한한다는 내용이 필요할 것이다.)으로서의 수익증권을 발행하여 자금을 조달하는 방법이다. 이 방법은 현행 신탁법에 신설된 내용이지만 아직 실행되고 있지는 않다.

(2) 신탁사채에 의한 조달

신탁사채는 회사채와 유사한 채권으로 발행을 허용함으로써 대규모 자금조달을 가능하게 한 것이다. 상사신탁의 경우 신탁재산을 근거로 하여 대규모 자금이 필요한 사업을 진행하는데 있어 자금조달을 위탁자 또는 수탁자의 자력과 신용에만 전적으로 의존하게 되면, 대규모 사업 자체가 불가능할 수도 있으므로 회사채와 유사한 채권 발행을 허용할 필요성에서 기인한 것이라고 본다. 이 방법 또한 현행 신탁법에 신설된 내용이지만 아직 실행되고 있지는 않다.

(3) 질권에 의한 조달

위탁자 겸 수익자가 수익권증서를 활용하여 자금을 융통하는 방법으로는 토지신탁수익권은 원칙적으로 재산권의 일종으로서 질권설정¹³²⁾ 또는 양도가

132) 신탁법 제66조(수익권에 대한 질권)

- ① 수익자는 수익권을 질권의 목적으로 할 수 있다.
- ② 제1항에도 불구하고 수익권을 목적으로 하는 질권의 설정에 대하여 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다. 다만, 그 정함으로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
- ③ 수익권을 목적으로 하는 질권의 설정에 관하여는 수익권 양도의 대항요건과 수탁자의 항변사유에 관한 제65조를 준용한다. 이 경우 제65조 중 “양도인”은 “수익자”로, “양수인”은 “질권자”로 보고, 같은 조 제1항 중 “수익권의 양수사실”은 “수익권에 대하여 질권이 설정된 사실”로 본다.
- ④ 수익권을 목적으로 하는 질권은 그 수익권에 기한 수익채권과 이 법 또는 신탁행위에 따라 그 수익

가능하다. 그러나 실무에서는 토지신탁계약서에 수탁자의 동의를 받아야만 가능토록 하고 있다.¹³³⁾ 부동산신탁사가 이를 동의할 경우 동 수익권증서에 질권자 및 질권금액 등을 표기하여 질권설정의 승낙을 얻어야 한다. 이 경우는 위탁자 겸 수익자가 질권증서를 활용하는 방법은 다양(예, 타 담보를 일부 제공하는 방법, 신용이 양호한 제3자를 입보하는 방법 등)할 수 있다. 또한 수익권의 양도에 있어 제3자에게 대항할 수 있는 대항요건을 법정하고 있다.¹³⁴⁾ 이 방법은 토지신탁사업장을 위하여 부동산신탁사가 활용할 수 있는 방법은 아니고 수익자가 수익권증서를 활용하여 자금을 융통할 수 있는 방법에 불과하다.

4. 토지신탁종료 후의 매도담보책임

1) 매도담보책임의 발생원인

매도인의 하자담보책임이란 매매의 목적인 재산권에 하자가 있어서 그 재산권의 전부 또는 일부를 이행할 수 없거나(매도인의 권리하자에 대한 담보책임), 그 재산권의 객체인 물건에 하자가 있는 것을 급부하였을 경우(매도인의 물건하자에 대한 담보책임), 매도인은 이에 대하여 매각대금의 감액, 계약의 해제, 손해배상 등을 하여야 하는 것을 말한다. 일반거래에서 매도자는 하자담보책임으로부터 자유로울 수 없다. 경매에서도 권리하자에 대한 담보책임은

권을 갈음하여 수익자가 받을 금전이나 그 밖의 재산에도 존재한다.

⑤수익권의 질권자는 직접 수탁자로부터 금전을 지급받아 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제에 충당할 수 있다.

⑥질권자의 채권이 변제기에 이르지 아니한 경우 질권자는 수탁자에게 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있다. 이 경우 질권은 그 공탁금에 존재한다.

133) KB부동산신탁 토지신탁표준계약서 제16조(수익권의 양도, 승계, 질권설정) 참조

134) 신탁법 제65조 (수익권 양도의 대항요건과 수탁자의 항변)

①수익권의 양도는 다음 각호의 어느하나에 해당하는 경우에만 수탁자와 제3자에게 대항할 수 있다.

1. 양도인이 수탁자에게 통지한 경우

2. 수탁자가 승낙한 경우

②제1항 각호의 통지 및 승낙은 확정일자 있는 증서로서 하지 아니하면 수탁자외의 제3자에게 대항할 수 없다.

③수탁자는 제1항 각호의 통지 또는 승낙이 있는 때까지 양도인에 대하여 발생한 사유로 양수인에게 대항할 수 있다.

④수탁자가 이를 보류하지 아니하고 제1항제2호의 승낙을 한 경우에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다. 다만, 수탁자가 체무를 소멸하게 하기 위하여 양도인에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고, 양도인에 대하여 부담한 체무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다.

그대로 인정되어 경락대금을 완납한 매수인이 경매목적물의 온전한 권리를 취득할 수 없는 경우에는 채무자에게 계약해제 또는 대금 감액을 청구할 수 있다.¹³⁵⁾ 신탁이 종료되어 귀속권리자에게 신탁재산이 이전된 후에도 발생하는 신탁채무가 있을 수 있다. 이 경우 즉 신탁종료의 절차 중에 정리되지 않은 신탁채무는 어떻게 되는가가 문제이다. 이러한 신탁채무의 채권자는 수탁자에 대하여는 여전히 채권을 가지고 있는 것이 당연하나 신탁종료로 인하여 신탁재산이 귀속권리자에게 이전이 완료된 경우, 이 재산에 대하여도 청구할 수 있는가를 검토하여야 한다.

2) 하자담보책임 사례

K부동산신탁사는 2002. 7. 1 (주)W산업으로부터 분양형 토지신탁을 받아 사업주체가 되었다. K부동산신탁사는 2002. 7. 19 원신탁자인 (주)W산업을 시공자로 선정해 도급계약을 체결하였다. 이후 수분양자로 구성된 입주자대표회 의는 구분소유자들로부터 손해배상청구권을 양수받아 입주 이후부터 시공사인 (주)W산업에 대해 수회에 걸쳐 전반적으로 또는 구체적으로 이 사건 아파트 공유부분 및 전유부분에 발생한 하자를 보수해 줄 것을 요구하였으나, 요구가 충족되지 아니하자 K부동산신탁회사와 건설공제조합을 상대로 하자보수청구 소송을 제기하였다. 이에 K부동산신탁회사는 2005. 12. 21에 분양형토지신탁이 해지됨에 따라 사업시행자로서 하자보수책임이 (주)W산업에게 승계되었으므로 K부동산신탁회사는 입주자대표회의의 하자보수청구에 대해 책임이 없다고 주장하였다. 재판부는 ‘입주자대표회의 측이 시공사인 (주)W산업에 지속적으로 하자보수를 요청한 점에 비추어 이 사건 아파트 구분소유자들에게는 시행사로서 사업주체인 K부동산신탁회사에 대해 하자보수에 갈음한 손해배상청구권이 발생했다’며 ‘아파트 사용승인을 받은 이후 분양형토지신탁계약이 해지되었다는 이유만으로 이미 발생한 시행자로서의 K부동산신탁회사의 손해배상책임이 (주)W산업에게 승계된다고 할 수 없다’며 ‘(주)W산업이 이 사건 아파트 구분소유자들의 동의를 얻어 피고 K부동산신탁회사의 채무를 면책적으로 인

135) 진남영, “경매매각가격과 일반거래가격의 격차에 관한 실증연구”, 한성대학교 대학원 박사학위논문, 2010, p.36.

수했음을 인정할 수 없다'고 판시¹³⁶⁾하였다. 한편 (주)W산업은 건설공제조합과 하자보수 보증계약 체결시 보증계약 내용으로 편입된 약관에 ‘미시공 또는 설계상 잘못으로 인해 보증사고가 발생한 때에는 보증금을 지원하지 않는다’고 약정해 전체 하자보수비 중에서 미시공. 오시공 하자보수비 부분은 제외돼야 한다고 주장했다. 이에 재판부는 ‘감정인의 감정 결과 설계도서와 상이하게 시공 또는 미시공 되었다 하더라도 관련법 규정이나 해당 표준시방서와 일치하고 사용상, 기능상, 안전상 문제가 없고, 재산상 손해가 발생되지 않는다고 판단되는 부분에 대해서는 감정사항에서 제외해 감정했다’며 ‘설계도서와 변경 시공 또는 미시공으로 인해 유지관리가 장기적으로 효율성이 저하되어 누적손실이 예상되는 사항은 전체 재시공 또는 교체 시공하는 것으로 적용해 소요금액을 산출했고, 기능상. 미관상 지장이 없으면서 과다한 비용이 산출되는 하자의 경우는 차액을 계산한 사실을 인정할 수 있다’고 판시하였다.

이는 부동산신탁사가 시행사로서 아파트 사용승인을 받은 이후 위탁자와 분양형 토지신탁계약을 해지했다 하더라도 이미 발생한 하자보수 채무에 대한 책임은 위탁자에게 승계되지 않는다는 판결이다.¹³⁷⁾

신탁종료 후의 신탁채권자는 신탁 존속 중에 신탁재산에 대하여 강제집행을 개시하지 않은 이상 신탁재산이 귀속권리자에게 이전된 이후에는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다. 그 이유는 신탁채권자는 귀속권리자에 대하여 집행권원을 취득할 수 없기 때문이다. 다만, 신탁채권자는 최후 수단으로서 수탁자가 신탁재산에 대하여 가지는 보상청구권을 대위행사할 수 있다고 할 것이다. 이는 신탁법에 명시된 규정은 없지만 신탁종료 후에 표면화된 채무에 관하여도 수탁자에게 채무를 변제할 의무가 있는 한 수익자 내지 귀속권리자에게 보상청구권을 행사할 수 있게 된다고 보는 것이 타당할 것이다.¹³⁸⁾

또한 위 사례와 같은 경우로써, 신탁재산에 속하는 공작물의 숨은 하자에서 생기는 불법행위에 기한 손해배상채권이나 신탁사무처리로써 매각한 신탁재산의 숨은 하자에 대한 담보책임과 같이 신탁재산 자체에서 연유하는 권리와는 달리 수탁자의 허위 내지 과장의 분양광고로 인하여 수분양자인 채권자들에게

136) 서울중앙지방법원, 제29민사부, 2008. 9. 11 선고.

137) 신탁사무처리로 매각된 신탁재산의 숨은 하자로 인한 담보책임(민법 제580조).

138) 최동식, 전계서, p.406.

손해가 발생하였다면 이는 수탁자의 통상적인 사업활동 상의 행위로 인하여 수분양자에게 손해가 발생한 경우, 수분양자들이 가지는 이와 같은 불법행위에 기한 손해배상채권은 그것이 비록 위자료일지라도 신탁사무처리상 발생한 채권이라고 보는 ‘신탁재산에 기인하지 않은 불법행위로 인한 손해배상채권’을 인정한 사례¹³⁹⁾가 있다.

5. 임차인의 임차보증금 반환책임

1) 신탁원부 공시의 한계

신탁재산은 수탁자의 명의에 속하는 것임에도 불구하고 그 일반재산으로부터 독립하여 존재하고, 수탁자의 신탁위반 처분 시에는 수익자의 추급권을 발생하게 한다. 이 경우 제3자에게 영향을 크게 미치는 신탁의 효력을 제3자의 이익을 해치지 않도록 인정하기 위해서는 신탁재산에 관하여 신탁재산이라는 것을 일반에게 공시할 필요가 있다.

민법상 부동산의 소유권을 이전할 경우 등기를 하면 그 효력이 발생한다. 그러나 신탁에 있어서는 신탁계약의 체결과 소유권이전등기를 경료함으로써 효력은 발생이 되었으나 별도의 신탁등기를 하여야만 제3자에게 대항할 수 있게 된다(신탁법 제4조). 이렇듯 민법상으로는 소유권이전등기만을 하게 되면 효력 및 대항요건이 갖추어지나 신탁에 있어서는 별도의 신탁등기를 하여야만 대항요건까지 갖추게 되는 것이다. 그러나 개념적으로는 양자(효력발생 요건과 대항요건)가 분리되어 있으나 신탁등기의 신청은, ‘신탁으로 인한 소유권이전의 등기’의 신청과 동일한 서면으로 하도록 되어 있어,¹⁴⁰⁾ 절차적으로는 일체적으로 되어 있다.

그러나 공시에 관한 신탁원부의 대항력에 관하여 양설이 있다. 첫째, 신탁원부에 수탁자의 책임의 한계(예를 들어 신탁종료시 수탁자의 모든 채권·채무는 위탁자에게 이전한다는 내용)을 공시하기만 하면 그로써 수탁자와 거래하는 상대방에게 대항할 수 있다는 의견과 둘째, 신탁원부에 비록 공시하였다하더라도 사전에 미리 상대방이 수탁자의 책임의 한계에 관하여 동의하지 않으면

139) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843.

140) 부동산등기법 제120조 제1항.

면책되지 아니한다는 주장이 있다. 현재 대법원의 판례의 입장은 신탁원부에 수탁자의 책임의 한계가 명기되어 이것이 공시만 되어 있으면 수탁자는 그로 써 신탁사무처리상 발생한 채무에 관하여 면책이 된다는 입장을 취하고 있으나, 상당한 주의를 요하는 문제이다.¹⁴¹⁾

2) 임차인의 임차보증금 반환책임에 관한 사례

구 신탁법 제3조(현행 신탁법 제4조)는 ‘등기 또는 등록하여야 할 재산에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다’고 규정하고, 부동산등기법 제123조, 제124조는 신탁의 등기를 신청하는 경우에는 ①위탁자, 수탁자 및 수익자 등의 성명, 주소 ②신탁의 목적 ③신탁재산의 관리방법 ④신탁의 종료사유 ⑤기타 신탁의 조항을 기재한 서면을 그 신청서에 첨부하도록 하고 있고 그 서면을 신탁원부로 보며 다시 신탁원부를 등기부의 일부로 보고 그 기재를 등기로 본다고 규정하고 있는 바, 따라서 위의 규정에 따라 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁재산인 부동산의 임대로 인하여 발생한 보증금반환채무가 신탁종료 시 위탁자에게 귀속된다는 내용이 기재되어 있다면 위탁자는 이로써 임차인에게 대항할 수 있을 지라도, 임차인(원고)이 수탁자(피고 겸 부동산신탁사) 및 소외 회사(위탁자)와 임대차계약을 체결 할 당시까지도 이 사건 아파트에 관한 피고 명의의 소유권보존등기 및 신탁등기가 마쳐지지 않았기 때문에 피고로서는 위 신탁등기를 전제로 하는 신탁원부의 내용으로서 원고에게 대항할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 이 사건에서 신탁원부에 기재된 신탁조항에 신탁계약의 종료 시 신탁재산의 임차인에 대한 보증금반환채무가 그 임차인의 동의를 요하지 않고 소외 회사에게 귀속된다는 내용이 포함되어 있다고 보기 어렵다고 할 것이다. 같은 취지에서 신탁원부의 대항력에 의하여 보증금반환채무가 면제되었다는 피고의 항변을 배척한 원심의 조치는 정당하다고 대법원은 판시¹⁴²⁾하고 있다.

이 경우 실무에서는 신탁종료시에 상당한 주의를 요하는 사항이다. 이는 임대형토지신탁의 실무상 건물의 완공 전에 임차인 모집을 위한 행위를 먼저하

141) 한국부동산신탁업협회, 전계서, p.35.

142) 대법원 2004. 4. 16. 선고 2002다12512.

고, 건물이 완공되고 나면 주택사용승인을 얻은 후 위탁자 앞으로 보존등기와 동시에 ‘신탁을 원인으로 한 소유권이전 등기’를 통해 부동산신탁사 앞으로 등기가 완료되기 때문에, 부동산신탁사 앞으로 소유권이전 전에 체결된 임대차 계약서 상의 임대인은 부동산신탁사이므로 판례와 같은 결과를 얻게 되었다. 따라서 신탁원부에 신탁종료 시 위탁자에게 신탁재산이 귀속한다는 내용을 명시하고, 임대차계약서에도 신탁재산의 귀속권리자를 반드시 명기하여 계약을 체결하여야 할 것이며, 신탁종료 전에 신탁재산이 위탁자에게 이전된다는 내용을 임차인 전원에게 통지하여야 할 것이다.

이와 관련하여 임대형토지신탁 실무에서 접하는 문제점으로는 다음과 같다.

첫째, 국민주택기금 명의변경의 어려움이다. 건설임대주택의 조달자금으로 장기저리의 국민주택기금을 지원받게 된다. 동 기금은 향후 동 주택이 의무임대기간이 경과하여 분양전환 될 경우 세대당 국민주택기금액이 수분양자의 대환자금으로 이전되기 때문이다. 정상적으로 토지신탁목적물이 완성되고, 토지신탁을 정산하기 위해 부동산신탁사 명의 임대주택 및 국민주택기금을 위탁자에게 귀속시키고 토지신탁을 종료하고자 할 경우 국민주택기금 취급기관에서는 동 기금의 차주변경이라는 조건변경절차를 거쳐야 하는데, 신용등급이 우량한 부동산신탁사에서 신용등급이 낮은 귀속권리자¹⁴³⁾로 변경하는 것을 승인하는데 어려움이 있다. 따라서 임대형 토지신탁목적물이 완성되고 국민주택기금을 제외한 조달자금, 즉 신탁계정대여금이 변제되었음에도 불구하고 5년 이상의 의무임대기간 동안 관리하면서 사업승인권자로부터 분양전환 승인을 받아 토지신탁을 종료하게 되는 구조적 문제점을 안고 있다.

둘째, 임차인의 반발이다. 부동산신탁사가 임대인의 지위를 유지하는 동안에는 임차인의 사정에 의해 임대차를 종료하고자 할 경우 임차주택 명도일에 임차보증금을 반환 받는 데에는 불편함이 없다. 이는 공신력을 바탕으로 토지신탁사업을 수행하기 때문에 부동산신탁사에서는 당연히 명도일에 임차보증금을 반환한다. 그러나 일반적인 임대차에 있어서는 임대인이 준비된 반환자금이 없는 경우, 임차인이 새로운 임차인을 대체하여 임대차보증금을 회수하는 것

143) 임대주택건설사업계획승인을 받은 자는 사용승인일부터 의무임대기간을 준수하여야 하므로, 의무임대기간 종료 전에 부동산신탁사에서 귀속권리자로 이전되는 경우에는 귀속권리자는 반드시 임대사업자등록이 되어 있어야 한다.

이 관례처럼 운용되고 있음을 볼 때, 위 관례의 지적처럼 임대차계약서를 보완하여 임대차 목적물의 완공 전 체결하는 임대차계약서에 ‘수탁자인 부동산신탁사는 하시라도 임대차계약의 목적물을 귀속권리자에게 이전이 가능하다’고 특약을 명시하였더라도, 실질적으로는 귀속권리자로의 소유권 이전 움직임이 있을 경우, 임차인의 반대에 직면하거나 임대차계약의 집단적 해지를 하는 경우에는 다시 신탁계정대여금이 발생하고, 신탁계약의 종료 또한 미루어 질 수 밖에 없게 되는 경우가 발생된다.

6. 수탁자의 제3채권자에 대한 무한책임

1) 제3채권자의 발생원인

신탁사무의 처리상 발생한 채권을 가지고 있는 제3채권자는 수탁자의 일반채권자와 달리 신탁재산에 대하여도 강제집행을 할 수 있는데(신탁법 제22조), 한편 수탁자의 이행책임이 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것은 신탁행위로 인하여 수익자에 대하여 부담하는 채무에 한정되는 것이므로(신탁법 제38조), 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.¹⁴⁴⁾

2) 도급인이 하수급업체에 물품대금의 지급사례

건설회사가 토지를 부동산신탁사에 신탁하여 신탁회사가 그 위에 아파트를 신축·분양하기로 하는 내용의 토지신탁계약을 체결한 후 부동산신탁사로부터 공사를 도급받아 아파트 신축공사를 시행하던 중 공사현장에 레미콘을 공급하던 납품업체들이 건설회사에 부동산신탁사가 레미콘대금 지급채무를 지급보증한다는 내용의 약속을 받아 줄 것을 요구하자, 부동산신탁사가 건설회사에 ‘납품사실 확인분에 대해서는 당사가 공동시행자의 입장에서 납품업체에 대한 피해가 없도록 조치를 취할 예정’이라는 내용의 회신을 보낸 경우, 위 회신을 보내면서 건설회사에 ‘지급보증’의 문구는 사용할 수 없다고 한 사실

144) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883, 31890.

이 있더라도, 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 사용된 문언에만 구애받는 것은 아니지만, 어디까지나 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 형식과 내용 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것이므로, 부동산신탁사가 위 회신을 작성하게 된 동기 및 경위와 당사자가 위 회신을 작성함으로써 달성하려는 목적과 진정한 의사 등을 종합적으로 고려하여 위 회신의 객관적 의미를 합리적으로 해석하면, 신탁회사가 건설회사를 매개로 하여 건설회사의 레미콘 납품업체들에 대한 레미콘대금 지급채무를 보증하였거나 중첩적으로 인수한 것으로 볼 수 있다¹⁴⁵⁾고 대법원은 판시하고 있다.

이러한 사례는 건설사가 자금력이 부족한 경우 납품업체들이 물품대금을 용이하게 회수하기 위하여 흔히 사용하는 방법이다. 부동산신탁사의 입장에서는 분양을 개시하여 수분양자가 다수 있는 경우 건설회사의 건설기성이 차질을 초래함으로 인해 추후 수분양자에게 지체상금을 물게 되는 상황을 미리 방지하기 위한 부득이한 조치라고 볼 수 있다. 그러나 부동산신탁사에서는 건설사의 자재수급 불능으로 공사가 중단 된다면, 도급계약 불이행을 담보로 받은 계약이행보증금 또는 계약이행보증서 등을 실행할 경우 계약이행보증금의 몰취액 보다 수분양자에게 배상해야 할 지체상금이 더 크게 때문에 건설사의 계약이행을 촉구할 뿐이다. 특히 이러한 사례의 발생원인 중 하나로써 건설사가 기성고에 따른 기성금을 수령하여 하수급인에게 적정하게 지급되었다면 발생할 수 없는 사안이며, 특히 부동산신탁사는 기성금을 지급하고 하수급인의 수령증을 제출받아 기성금의 용도와 사용을 감시하는 일도 중요하다.

145) 대법원 2001.3.23. 선고 2000다40858.

3) 분양대행계약에 따른 손실발생 사례

위탁자인 (주)○○주택이 지역 건설사로서 IMF 상황에서 분양이 저조하고 자체사업의 자금조달이 어려워지자 건설 도중 부동산신탁사에 토지신탁으로 신탁을 하고, 위탁자가 시공사의 지위를 겸하게 되는 공동사업의 형태로 토지신탁사업이 진행되었으며, 분양은 공동으로 수행하는 과정에서 ○○주택은 자신의 채무를 변제할 목적으로 부동산신탁사의 인감이 날인된 분양계약서 용지에 자신의 도장 등을 보충하여 대물변제조로 제3자에게 교부한 분양계약서의 효력을 다투는 사건으로써 분양계약서의 부실관리에 따른 부동산신탁사의 고유재산 손실을 초래한 경우이다.

이 사례에 대한 대법원의 판단은 부동산신탁사(원고)와 ○○주택의 신탁계약으로 인하여 원고에게 대내외적으로 완전히 소유권이 이전되어 그 분양권 역시 원고에게 귀속되고, ○○주택이 이 사건 아파트의 분양업무를 관장하게 된 것은 결국 원고의 소유인 이 사건 아파트에 관한 분양업무를 원고가 ○○주택에 위임하였기 때문인 것이지, ○○주택 자신이 이 사건 아파트를 분양하거나 처분할 권한을 가지고 있기 때문이 아니라고 보아야 할 것이므로, 원고가 ○○주택에 그 자신의 채무의 대물변제조로 이 사건 아파트를 분양하여 줄 권한까지 부여한다는 것은 극히 이례적이고, 또 이 사건 아파트들은 신탁재산으로서 신탁자나 수탁자의 다른 재산과 명백하게 구별되어야 하므로, 신탁자인 ○○주택의 재산과는 전혀 별개로 유지 관리되어야 하며, 신탁재산의 독립성이라는 면에서 신탁재산과 관련 없는 신탁자 자신의 채무 변제에 갈음하여 이 사건 아파트를 제공한다는 것은 허용될 수 없음에 비추어 보아도, 특별한 사정이 없는 한 원고가 ○○주택에 부여한 대리권의 범위에 이 사건 분양계약과 같이 ○○주택이 자신의 채무 변제에 갈음하여 이 사건 아파트를 분양하여 줄 권한까지 포함된 것으로 볼 수는 없다. 따라서 원고가 ○○주택에 그 자신의 채무 변제를 위하여 이 사건 아파트를 대물변제할 수 있는 대리권을 수여한 것으로 보아야 한다는 원심의 판단은 잘못이라고 하지 않을 수 없다. 그러나 원심이 가정적으로 판단한 표현대리 부분에 관하여 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 분양계약 당시의 사정에 관한 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 사실관계가 이와 같다면, 원심이 그 판

시와 같은 사정을 들어 피고로서는 ○○주택이 원고를 대리하여 이 사건과 같은 형태의 분양계약을 체결할 대리권도 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 판단한 것은 정당하고, 원심이 예비적으로 이 사건 분양계약이 표현대리 행위에 해당한다는 피고(분양계약서 수령자)의 주장을 받아들여 표현대리가 성립하는 이상 원심의 판단을 비난하는 상고이유는 받아들일 수 없다. 또한 이 사건 아파트공급계약서 제4조 제1항에 의하더라도, 이 사건 아파트공급계약상 중도금 및 잔금을 반드시 원고 명의 계좌로 무통장 입금하여야만 하는 것으로 볼 수는 없고, 따라서 대물변제로 ○○주택에 중도금 및 잔금을 전부 납입한 것으로 약정한 이상 그 납입의 효력을 부정할 수 없다고 판시¹⁴⁶⁾하고 있다.

사례를 통해 밝힌 바와 같이 분양계약서의 관리가 중요한 문제이다. 모든 분양계약서는 분양계약서 관리대장을 통해 관리하며, 인장이 날인된 분양계약서를 사용할 경우는 일련번호순으로 인출하여 분양계약서 번호를 부여하고, 분양계약서 작성 후 인장을 날인하는 경우 일련번호와 분양계약서 번호의 일치여부를 확인하여 관리한다. 교부된 분양계약서 중 미계약분은 정기적인 점검을 통해 확인하고, 분양계약서의 분실 또는 분양대행사의 임의폐기 등 사고 발생시 분양대행사의 사실확인서를 징구한다. 이러한 상황은 부동산신탁사가 휴일, 야간시간 등으로 분양사무소의 업무관리가 불충분한 경우가 있으므로, 분양대행사에 인장이 날인 된 분양계약서의 일정량을 맡기게 되는 경우로써 분양사고의 개연성이 크다고 볼 수 있으므로 상당한 주의를 요하는 부분이라 할 수 있다.

또한 분양계약서상에 부동문자로 ‘분양계약금, 중도금, 잔금 등을 부동산신탁사의 지정계좌로 입금된 금액만 분양금으로 인정한다’는 문구 역시 주의적 표현으로 밖에 인정이 되지 않으므로 분양금 수령에 관한 대안을 수립·시행하여야 할 것이다.

7. 부동산신탁 전문인력제도 미비에 따른 위험

1) 전문인력제도 도입의 필요성

146) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다52141.

부동산신탁사는 신탁법에 의거 금융감독위원회의 승인을 받아 설립되는 부동산신탁전업회사로서 위탁자의 막대한 재산을 운용 및 관리하면서 제3자가 인정할 수 있는 전문가라고 인정할 정도의 전문성이 요구된다.

부동산개발이란 토지의 잠재력을 극대화시키는 일련의 행위라고 정의할 때, 방치되고 있는 토지상에 개량물을 구축하여 가장 부가가치가 높은 부동산을 만드는 과정이다.

부동산개발은 공간의 조성과 개발효과의 극대화를 도모한다. 여기에 부동산 개발이라는 사업적 의미까지를 포함하는 광의의 개념이다. 부동산개발사업의 목적은 부동산을 하나의 경제적 가치로 평가하고 부동산의 특성, 부동산시장의 구조적 특성, 부동산수요자의 요구수준을 가장 적절하게 반영한 하나의 상품으로 완성하여 부동산으로서의 가치와 효용도를 극대화시키는 적극적인 태도라고 할 것이다.

부동산개발사업의 구조는 부동산의 확보, 사업자금의 조달, 사업의 기획 및 추진을 3대 축으로 하여 시행된다. 첫째, 부동산의 확보는 토지신탁에 의한 개발에 있어 토지상에 법적 장애(저당권, 압류 등 부동산의 이용, 처분 등에 제약이 있는 제한)가 없는 완벽한 토지를 제공받아 시행되므로 토지확보에는 문제가 없다. 둘째, 사업자금의 조달에 있어서는 위탁자에 의한 조달방법과 타인 자본(금융기관 등 차입)의 조달방법으로 구분할 수 있다. 셋째, 사업기획 및 추진방법은 Developer의 능력여부에 가장 중요시되는 부분이다. 아무리 좋은 부동산과 아무리 좋은 자금이 있더라도 이를 사업화하지 못하면 의미가 없기 때문이다. 사업기획이라 함은 상품개발기획, 사업구도설정, 사업추진방향 결정 등이 주된 내용이며 이를 위해서는 부동산에 대한 전문적인 지식과 경험 등이 필요하다.

부동산개발사업과 관련한 전문영역을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 조사분석/통계론

부동산의 개발 잠재력(개발할 수 있는 모든 가능성, 법률, 제도, 세무, 경제, 경영상의 개발가능한 최대한도를 말함)을 평가하는 데는 부동산의 내부적 환경(부동산이 가지고 있는 특성과 잠재력을 평가하는 것)과 외부적 환경(부동산의 주변환경을 분석하는 것)을 정확하게 분석하고 평가하여 하며, 이로써

개발사업의 방향과 방법을 구체화할 수 있다. 분석방법으로는 현장조사를 통하거나, 각종자료를 조사분석하는 방법 등 다양하다. 이러한 조사분석 활동에는 조사분석방법론과 통계론이 반드시 필요하기 때문이다.

(2) 법규론

조사분석을 통해 아무리 훌륭하고 세련된 개발방향을 설정하였다 하여도 현실적으로 법이 허락하지 않으면 추진될 수 없기 때문이다. 부동산 개발사업을 추진하는데 있어서 적용되는 법률로서 주로 인허가 등에 적용되는 법률을 부동산 공법이라 하며 부동산개발관련 법규의 해석 및 적용이 무엇 보다 중요하다. 개발사업의 인허가는 관련법에 의해 사업의 방향, 사업규모의 결정, 사업성판단, 사업화방법 등을 결정하는 기준이기 때문이다.

만약 법률을 제대로 이해하지 못한다면 불필요한 비용이 발생할 수 있으며, 개발 잠재력에 대한 최고최선의 이용을 못 할 수도 있다.

(3) 마케팅론

현재의 부동산시장은 공급자위주의 시장에서 수요자시장으로 바뀐지 오래이다. 따라서 수요자마케팅이 중요하게 대두되었다. 시장에서의 목표고객이 정확하고 세분화되어야 하며 차별화되고 특화되어야 한다. 가격의 차별화, 구조의 차별화, 지역의 차별화 등 수많은 목표고객의 차별화가 되어야 한다.

부동산개발사업에서 상품의 개발·공급·유통·수요·재 유통·이용의 반복 등에 비추어 마케팅 과정상 상품개발의 비중이 가장 중요하고, 이를 공급하여야 하는 입장에서 마케팅의 기능적 요구가 점차 높아가고 있는 것이다.

(4) 재무/회계론

부동산사업의 사업성을 판단하는 기준설정(사업순익의 판단, 자금유동성의 판단, 투자가치의 판단, 수익성의 판단, 자금확보방법의 타당성)은 사업으로서의 가능성을 가늠하는 기준으로 평가하기 위한 것이다.

이는 시장성분석, 수익성분석, 사업성분석, 자금조달가능성의 분석이 핵심이다.

(5) 조세론

세무정책은 부동산의 경제·사회·문화적으로 긍정적인 측면이 있는가 하면 부정적인 측면도 강하기 때문에 공적개념에서 제도적 장치를 마련하여 공

공성을 높이고자 하는 정부정책의 일환이면서 동시에 사회통념의 발로라 하겠다. 따라서 정부는 부동산투기의 억제, 소득 대비 조세율 부과정책을 전개하고 있으며 부동산활동을 제한하고 있는 것이다. 부동산관련 세제는 부동산의 매매 · 소유 · 개발 · 처분 등 어떠한 형태가 되었든 간에 그에 대한 세금이 부과된다. 부동산개발사업에서 세제를 다각도로 검토하는 이유는 첫째, 정확한 원가산출을 위한 것이며 둘째, 전략적인 접근방법(똑같은 개발조건과 결과를 가지고 있는 대안이 있다면 세제면에서 유리한 대안을 최종적으로 선택하게 되는 것)의 모색 때문이다.

(6) 과학기술론

부동산개발사업을 추진하는 데 있어서 필요한 기술분야에 대한 총합이다. 부동산개발사업과 관련하여 경제 · 사회 · 인문 · 자연 등 여러 분야의 접근방안을 현실적으로 표면화하는 것으로서 부동산개발방향을 구체화하고 이를 상품으로 가공 · 포장하는 과정이라 할 것이다. 기술과학 분야는 아이디어를 현실화하는 과정이기 때문에 전문적인 지식과 경험이 필요하다. 자재의 선택 · 시공의 방법 · 규모의 결정 · 상품의 구성 등에서 직접적으로 기술적 이론과 경험이 반영된다. 개발사업의 규모와 범위를 판단하는 과정에서 새롭고 다양한 아이디어가 제공되는데 이를 기술적으로 검증하여야 현실화 될 수 있는 것이다. 이를 업무별로 세분하면 건축 · 토목 · 조경 · 인테리어 · 환경 · 전기 · 기계 등 설비 · 상하수도 등 기간시설 등과 관련 된 기술 · 설계 · 시공 등을 일컫는 것들이며, 이들은 부동산개발이라는 상호 공동적인 목표를 달성하기 위해 유기적인 시스템을 유지하고 있다.

2) 전문인력의 책임비용 사례

(1) 신탁비용 삭감 사례

부동산신탁사가 신탁행위로 정한 신탁보수액이 정당하다고 인정된다고 하더라도 부동산신탁을 전업으로 하는 전문가로서 보수를 지급받기로 한 후 전문지식에 기초한 재량을 가지고 신탁사업을 수행하는 자인데, 이 사건 신탁사업이 종료됨으로써 수익자인 독립당사자참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)이 막대한 신탁비용상환의무를 지게 되는 점 등을 고려할 때 신의칙 및 손해의 공

평분담이라는 취지에서 수익자인 참가인이 상환할 신탁비용액을 상당하다고 인정되는 범위 내로 제한할 여지가 있는지를 살펴보았어야 한다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 이러한 점에 대해 심리. 판단하지 아니한 채 ○○ 신탁사가 지출한 비용 전부를 이 사건 신탁비용액으로 인정하고 말았으니, 원심판결에는 수탁자의 비용상환청구권에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다¹⁴⁷⁾라고 판시함으로써 부동산신탁사의 전문인력에 대한 중요성을 강조한 판례라 할 것이다. 이 판례의 시사점은 구 신탁법에는 비용상환청구권의 범위에 관한 명시적 규정이 없었으나, 현행 신탁법의 제46조 내지 제48조의 개정에 영향을 미친 판례라고 판단된다. 따라서 위 판례의 영향을 받아 개정된 현행 신탁법을 살펴보고자 한다.

첫째, 수탁자는 신탁재산이 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 충당하기에 부족하게 될 우려가 있을 때에는 수익자에게 그가 얻은 이익의 범위에서 그 비용을 청구하거나 그에 상당하는 담보의 제공을 요구할 수 있다(신탁법 제46조 제4항).

둘째, 수탁자는 신탁행위에 정함이 있는 경우에만 보수를 받을 수 있다. 다만 보수가 사정의 변경으로 신탁사무의 성질 및 내용에 비추어 적당하지 아니하게 될 경우 범원은 위탁자·수익자 또는 수탁자의 청구에 의하여 수탁자의 보수를 증액하거나 감액할 수 있으며(신탁법 제47조), 그 적용은 신탁법 제46조 제4항을 준용도록 하고 있다.

셋째, 수탁자는 신탁재산에 대한 공매절차에서 수익자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 신탁의 목적에 따라 신탁재산의 보존·개량을 위하여 지출한 필요비 또는 유익비의 우선 변제를 받을 권리가 있으며(신탁법 제48조 제1항), 수탁자는 신탁재산을 매각하여 비용상환청구권 또는 보수청구권에 기한 채권의 변제에 충당할 수 있다고 정하고 있으나 그 신탁재산의 매각으로 신탁의 목적을 달성할 수 없게 되거나 그 밖의 상당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(신탁법 제48조 제2항)고 규정함으로써 수탁자가 신탁재산의 매각대금에서 우선충당할 수 있는 권리를 제한하는 규정을 두고 있다. 따라서 토지신탁

147) 대법원 2008.3.27. 선고 2006다7532, 7549.

사업이 부실화되어 공매절차를 통해 신탁을 종료하는 경우에는 필요비나 유익비를 제외한 모든 비용(신탁보수 포함) 등을 변제받을 수 없어 부동산신탁사의 손실로 귀착될 수 있으므로 부동산신탁사의 전문인력은 아무리 강조해도 부족하지 않은 절대적 필수요소인 것이다.

(2) 수탁자로서의 선량한 관리의무 사례

① 구 신탁법 제42조(현행 신탁법 제42조)에 의하면, 수탁자가 신탁사무의 처리에 있어서 부담하게 되는 비용 또는 과실 없이 입게 된 손해에 관하여 신탁재산 또는 수익자에 대하여 보상을 청구할 수 있는 한편, 구 신탁법 제44조, 제38조에 의하면, 수탁자가 신탁재산의 관리를 적절히 하지 못하여 신탁재산의 멸실, 감소 기타의 손해를 발생하게 한 경우에는 수탁자는 위탁자 등에게 그 손해를 배상할 의무가 있고, 이러한 손실보상의무를 이행한 후에만 위탁자 등에 대한 비용상환청구권을 행사할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 규정의 취지에 의하면, 수탁자가 신탁의 본지에 따라 신탁사업을 수행하면서 정당하게 지출하거나 부담한 신탁비용 등에 관하여는 신탁자에게 보상을 청구할 수 있지만, 수탁자가 선량한 관리자의 주의를 위반하여 신탁비용을 지출한 경우에는 그 과실로 인하여 확대된 비용은 신탁비용의 지출 또는 부담에 정당한 사유가 없는 경우에 해당하여 수탁자는 비용상환청구를 할 수 없다고 봄이 타당할 것이다¹⁴⁸⁾라고 대법원은 판시하고 있다.

② 토지개발신탁에 있어서는 장기간에 걸쳐 사업이 진행되고 부동산 경기를 예측한다는 것이 쉽지 않은 일이어서 경우에 따라 대규모의 손실이 발생할 수 있는 것인데, 수탁자가 부동산신탁을 전업으로 하는 전문가로서 보수를 지급 받기로 한 후 전문지식에 기초한 재량을 갖고 신탁사업을 수행하다가 당사자들이 예측하지 못한 경제상황의 변화로 신탁사업의 목적을 달성하지 못한 채 신탁계약이 중도에 종료되고, 이로 인하여 위탁자는 막대한 신탁비용채무를 부담하는 손실을 입게 된 사정이 인정된다면, 신탁비용의 지출 또는 부담에서의 수탁자의 과실과 함께 이러한 사정까지도 고려하여 신의칙과 손해의 분담이라는 관점에서 상당하다고 인정되는 한도로 수탁자의 비용상환청구권의 행사를 제한할 수 있다고 할 것이다¹⁴⁹⁾라고 대법원은 판시하고 있다. 이는 신탁

148) 대법원 2008.3.27. 선고 2006다7532, 7549.

비용의 산정에 있어 비용상환청구권의 범위를 얼마로 하여야 하는지에 대해 위탁자와 수탁자 간의 신의칙 및 손해의 공평분담이라는 취지에서 수익자가 상환할 신탁비용액을 상당하다고 인정되는 범위 내로 제한하고자 하는 취지이다.

(3) 수탁자로서의 충실의무 사례

수탁자는 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 관리 또는 처분하여야 하고, 수탁자가 관리를 적절하게 하지 못하여 신탁재산의 멸실 · 감소 · 기타 손해를 발생하게 한 경우 또는 신탁의 본지에 위반하여 신탁재산을 처분한 때에는 수익자 등이 그 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다, 수탁자가 과다한 비용을 지출한 경우에 있어서는, 앞에서 본 법리에 따라 그 비용 중 어느 만큼을 정당한 비용으로 인정하고 어느 범위에서 수익자 등에게 상환의무를 인정할 것인가 하는 비용액 인정만이 문제될 뿐이고, ‘정당한 비용액을 넘는 부분을 수익자 등의 손해로 볼 것은 아니라고 할 것이다’라고 판시¹⁵⁰⁾함으로써 수탁자의 선량한 관리자로서의 의무를 다했는지 또는 신탁법 제33조에 따른 충실의무를 다했는지를 염격히 검증하여 신탁사무처리비용액을 산정해야 한다는 것이다.

또한 주의의무는 민법상 위임에 있어서 수임인의 주의의무와 같은 개념으로 이해할 수 있으며, 따라서 토지신탁계약의 수탁자는 우선적으로 위탁자의 지시에 따라 사무처리를 하여야 하나, 그 지시에 따라 신탁사업을 추진하는 것이 신탁의 취지에 적합하지 않거나 경제성이 없는 것으로 판단되어 위탁자에게 불이익할 때에는 그러한 내용을 위탁자에게 알려주고 그 지시를 변경하도록 조언할 의무를 진다고 판시¹⁵¹⁾하고 있다.

8. 타 신탁상품의 구조적 위험

토지신탁을 제외한 부동산담보신탁 · 부동산관리신탁 · 부동산처분신탁에서도 토지신탁과 같은 구조적위험이 상존하고 있는지를 살펴보고자 한다.

1) 부동산담보신탁

149) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557.

150) 대법원, 상기 판례, 2004다24557.

151) 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다38294.

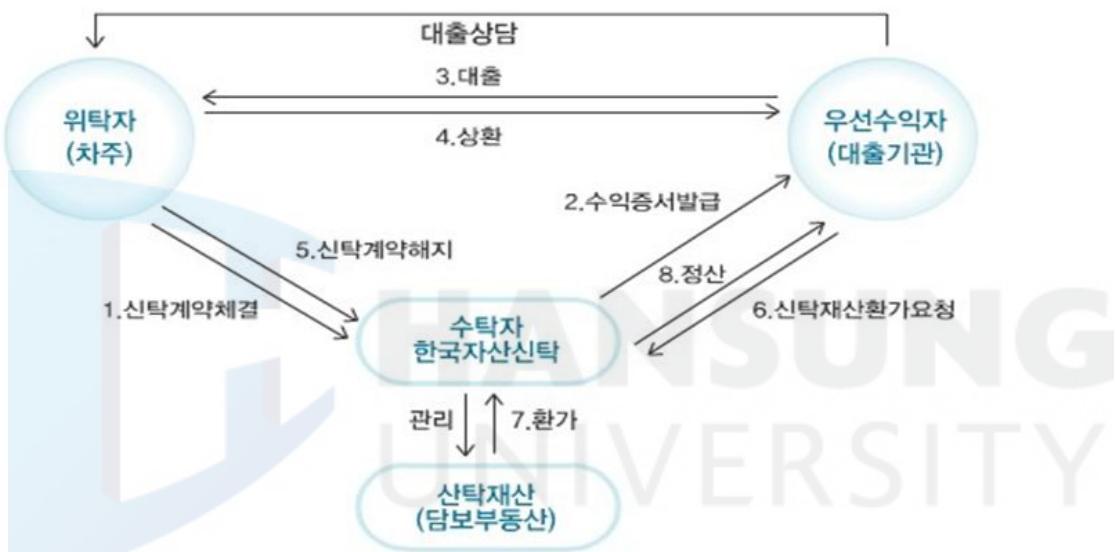
(1) 부동산담보신탁의 의의

담보신탁은 부동산 소유자가 금융기관으로부터 자신의 채무 또는 제3자의 채무이행을 보장하기 위하여 부동산의 소유권을 신탁회사에 이전하고 수익권 증서를 발급받아 담보로 제공하여 필요한 자금을 조달하는 제도로서, 신탁회사는 대출기간동안 신탁부동산을 관리하다가 위탁자가 채무불이행시 신탁부동산을 처분하여 대출금을 완제하고 그 잔여액은 위탁자에게 돌려주는 현행 저당제도를 대신할 수 있는 금융상품의 기능을 한다.

(2) 부동산담보신탁의 구조

부동산담보신탁의 구조는 〈그림 3〉과 같다.

〈그림 3〉 부동산담보신탁의 구조



〈출처〉 www.koreit.co.kr 참조

(3) 부동산담보신탁의 위험

부동산담보신탁에서는 신탁재산의 사용가치 보다는 교환가치에 담보적 효력을 인정하는 제도이기 때문에 위탁자가 신탁부동산을 사실상 계속 점유·사용하고, 신탁부동산에 대한 보존·유지·수선 등 실질적인 관리행위와 이에 소요되는 일체의 비용을 부담하게 된다. 또한 위탁자는 부동산신탁사의 사전 승낙없이 신탁부동산에 대하여 임대차 등 권리설정 또는 신

탁부동산의 현상을 변경하는 방법으로 가치를 저감하는 행위를 하지 못하며, 신탁부동산의 멸실·훼손 등 사고가 발생하거나 발생이 예상되는 경우에는 자체없이 이를 부동산신탁사에 통지하여 신탁부동산의 가치보전 및 처분에 필요한 행위를 할 수 있도록 하여야 한다.

부동산신탁사는 선량한 관리자로서 신탁부동산의 보존·관리 및 기타 신탁사무를 처리하여야 한다. 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금·유지관리비 및 금융비용 등과 기타 신탁사무처리에 필요한 제비용 등을 신탁재산에서 지급하고, 이에 부족금액이 발생하는 경우에는 위탁자에게 청구하고 위탁자가 이를 지급하지 않는 경우에는 부동산신탁사가 대신 납부하여야 하며, 이를 상환받기 위하여 상당하다고 인정되는 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분하여 지급에 충당할 수 있다. 따라서 부동산신탁사가 신탁관련 제비용을 대지급하더라도 그 금액이 토지신탁처럼 다액인 경우가 적어 신탁재산으로 충당함에 있어 위험은 적다하겠다.

2) 부동산관리신탁

(1) 부동산관리신탁의 의의

부동산관리신탁은 고도산업사회에서 복잡 다양한 권리의 보호와 합리적인 운용을 위하여 전문부동산관리자가 부동산소유자를 대신하여 임대차관리·시설의 유지관리·세무관리 등 일체의 관리를 해주고 그 수익을 수익자에게 교부하거나, 수탁재산의 소유권을 관리하여 주는 제도이다.

부동산신탁사는 신탁계약에서 정해진 신탁목적 및 방법에 따라서 부동산을 관리해야 한다. 이때의 관리란 보존행위·개량행위·이용행위를 의미한다. 한정된 범위의 처분행위도 관리행위로써 생각할 수 있으며, 또한 소송행위도 신탁재산의 관리와 관련된 범위 내에서는 수탁자의 재산관리권의 내용에 포함된다.

(2) 부동산관리신탁의 구조

부동산관리신탁의 구조는 <그림 4> 와 같다.

〈그림 4〉 부동산관리신탁의 구조



〈출처〉 www.koreit.co.kr 참조

(3) 부동산관리신탁의 위험

부동산신탁사는 신탁재산에 대한 관리상의 기본적인 의무로써 선량한 관리자의 주의의무·신의성실의무·직접관리의무·공동수탁의 경우 사무처리 공동행위의무·분별관리의무가 있다. 부동산관리신탁에서의 위험은 부동산담보신탁의 경우와 대동소이하다.

3) 부동산처분신탁

(1) 부동산처분신탁의 의의

부동산처분신탁은 부동산의 처분을 목적으로 수탁자에게 소유권을 이전하고 수탁자가 그 부동산을 처분하여 수익자에게 정산하여 주는 제도이다. 즉 대형·고가의 부동산으로써 매수자가 제한되어 있는 부동산, 권리관계가 복잡하여 처분방법이나 절차에 어려움이 있는 부동산, 잔금정산까지 장기간이 소요되어 소유권관리에 안전을 요하는 부동산을 전문성과 공신력을 갖춘 수탁자에게 부동산의 처분을 목적으로 소유권을 이전하고 수탁자로 하여금 그 부동산을 처분하게 하는 신탁이다. 이 제도의 유용성으로는 잔금까지의 기간이 장기인 경우 매도인의 사정변화에 따른 매도이행을 보장할 수 있고, 또한 매매대금의 Escrow기능을 갖기 때문이다.

(2) 부동산처분신탁의 구조

부동산처분신탁의 구조는 <그림 5>와 같다.

<그림 5> 부동산처분신탁의 구조



<출처> www.reitpia.com 참조

(3) 부동산처분신탁의 위험

신탁재산의 처분주체는 부동산신탁사이며 처분행위에 있어서 수탁자의 기본적 의무는 관리신탁의 경우와 동일하다. 처분신탁에 의하여 수탁자가 해당 부동산을 처분하면 실질과세의 원칙에 따라 그 처분 시에 위탁자가 처분한 것으로 간주하여 각종 부동산 조세를 부담하게 된다. 신탁재산의 점유자는 위탁자이기 때문에 신탁부동산의 처분 시 명도책임은 위탁자에게 있으며, 부동산신탁사는 현상 그대로의 부동산을 처분한다는 내용, 대상 부동산의 명도책임 등 매도자로서의 모든 위험을 매각공고, 매각조건에 충분히 고지한다면, 매도자의 하자담보책임, 명도책임 등의 사유로 인한 손해는 적을 것이며, 당해 손해 역시 처분대금에서 위탁자 부담으로 우선 충당할 수 있다. 또한 신탁재산을 처분할 때까지의 관리의무 등은 부동산관리신탁과 같다.

제 4 장 토지신탁의 구조적위험 완화방안

토지신탁의 구조적 위험을 회피하고자 하는 본 연구에서는 제2장 제5절의 해외사례에서 일본, 미국, 독일의 사례 등을 검토하였다. 또한 우리나라 신탁법(2011.7.25) 및 일본 개정 신탁법(2006.12)의 주요 내용을 검토하였다.

미국의 신탁법 적용은 각 주마다 특정 펀드를 관리하기 위하여 설정되며, 조합이나 회사를 조직하는 대신 신탁형식이 주로 이용된다. 투자자는 주식 즉, ‘지분’과 유사한 ‘수익권증서(certificate of beneficial interest)’를 받는다. 그러면서도 신탁재산에 법인격을 부여하고자 하는 노력도 병행되고 있다고 본다. 특히 일부의 州에서는 수탁자의 채권자에게 신탁재산의 대표자인 수탁자에 대한 소송원인이 Equity상 부여된 것으로 하여 신탁재산에 대하여 직접 책임을 묻는 것을 판례법에 의하여 허용하고 있는 경우도 있으며, 수탁자를 법인인 신탁재산의 대표자로 구성하는 ‘통일신탁법(2005년)(Uniform Trust Act)’을 수용하는 주(州)도 늘어감에 따라 본 연구에 정당성을 제공하고 있다.

또한 일본의 경우 본 연구에서 제기된 문제점 중 제3장 제2절 제2목의 ‘토지신탁과 부가가치세의 구조적 위험’에서 적시한 신탁재산의 감소원인을 해소할 방안은 없는 것으로 판단된다. 그 이유는 일본의 세법에서는 우리나라와 같은 부가가치세제가 도입되고 있지 않다. 다만 소비세만이 시행되고 있을 뿐이다.

자본시장법의 시행 이후 금융업역의 개방으로 인한 부동산신탁업의 취급 시장은 확대일로에 있으며, 부동산신탁업을 영위하고 있는 금융회사의 증가 및 신탁회사의 총 수탁고 중 부동산신탁사의 점유율이 매년 증가추세에서도 알 수 있다. 이러한 상황에서 토지신탁업무에서 제기된 문제점을 해소하지 않고서는 더욱 발전하기는 어려울 것이다. 이를 위해서는 부동산신탁이 경제활동의 중요한 일부분으로 자리매김하고 있는 상황에서 부동산신탁사의 구조적 위험을 최소화하고, 국민경제에 순기능을 위해서는 다음과 같은 노력이 필요하다.

첫째, 감독기관에서는 신탁업이 타 금융투자업과 차별화된 자산운용수단으로 정착될 수 있도록 투자자에 대한 보호의무 강화, 약관 정비 등 신탁업 제도를 지속적으로 검토·정비하여 신탁업의 건전한 성장을 지원하여야 할 것이

다.

둘째, 현재 드러나고 있는 토지신탁의 구조적 위험은 토지신탁사업의 전반에 걸쳐 발생하고 있으며, 특히 신탁관계 당사자인 위탁자 또는 수익자의 전횡에 따른 불법적 행위에 기인하는 바가 크므로 이를 해소할 수 있는 제도 개선이 필요하다.

셋째, 부가가치세법상의 납세의무자가 위탁자가 됨으로 인한 조세환급금의 미환수 · 토지신탁사업의 자금조달원이 부동산신탁사로 한정됨에 따른 조달사업비의 무한책임 · 토지신탁 종료 후의 매도담보책임 · 수탁자의 제3채권자에 대한 무한책임 등이 상존하고 있으므로 전문인력제도 도입과 함께 관련법의 보완이 필요하다.

따라서 본 연구에서의 현행 토지신탁의 구조적위험을 경감하기 위한 방안으로 신탁법에서 규정하고 있는 신탁법규 및 자본시장법에서 규정하고 있는 법규를 안에서 방안을 찾고자 한다. 이에 자본시장법에서의 투자신탁제도를 신탁법에서 규정화한 내용을 근거로 한 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’와 자본시장법의 집합투자기구 중 하나인 ‘투자회사제도’를 도입하는 방안으로 나누어 제시하고자 하였다.

제 1 절 신탁법의 활용을 통한 리스크 개선방안

1. 신탁법을 통한 적용성 검토

신탁법(2011.7.25 전면 개정)의 주요 내용은 사해신탁 취소소송의 요건 및 수탁자의 의무를 강화하고, 수익자의 의사결정방법 및 신탁당사자 간의 법률관계를 구체화하며, 신탁의 합병 · 분할, 수익증권발행신탁, 신탁사채, 유한책임신탁 등 새로운 제도를 도입하였다. 그러나 토지신신탁의 자금조달방식의 다원화라는 긍정적인 측면은 있지만 이의 실용성에는 많은 제약이 있다고 생각한다. 따라서 유한책임신탁, 수익증권발행신탁 및 신탁사채에 대한 규정들을 살펴보고 이에 대한 실용성을 검토하고자 한다.

1) 수익증권발행신탁

(1) 수익증권발행신탁의 개요

수익증권발행신탁(신탁법 제78조 제2항)은 수익권의 유가증권화를 통해 대규모 자금을 미리 융통할 수 있어 자금조달이 원활해지고, 수탁자의 수익권 관리비용을 절감할 수 있으며, 수익자는 수익권의 유통성이 증대되므로 투자자 본 및 신탁수익을 조기에 회수할 수 있는 편리성을 이유로 수익증권의 법적근거를 삼고 있다.

(2) 수익증권의 발행

구 신탁법 하에서는 수탁자가 위탁자의 수탁재산에 대한 수익권을 표창하는 증거로써 수익권증서를 수익자에게 발행·교부하고 있다. 이를 현행 신탁법에서는 유가증권으로서의 수익증권을 발행하여 자금조달의 수단으로써 도입하였다.

수익권은 신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정할 수 있다(신탁법 제78조 제1항 전단). 따라서 신탁행위로 정하기만 하면 수익증권 발행을 위한 별도의 요건을 정할 필요 없이 수익증권을 발행할 수 있다. 여기서의 수익권은 자본증권¹⁵²⁾과 유사하다. 이 경우 각 수익권의 내용이 동일하지 아니할 때에는 특정 내용의 수익권에 대하여 수익증권을 발행하지 아니한다는 뜻을 정할 수 있다. 이는 수종의 수익권이 존재하는 신탁의 경우에는 수익권 전부에 대하여 수익증권을 모두 발행하지 아니하고 일부 종류의 수익권에 대해서는 수익증권을 발행하지 아니할 수도 있다는 의미이다.

(3) 수익증권발행신탁의 의무

신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정함이 있는 신탁을 수익증권발행신탁이라 하며, 수탁자는 신탁행위로 정한 바에 따라 지체없이 해당 수익증권에 관한 수익증권을 발행하여야 한다. 이렇게 수익증권을 강제하는 것은 수익증권발행신탁에서 수익증권이 발행되지 아니하면 수익권자가 그 수익권을 양도할 수 없는 불이익을 입게 되므로(신탁법 제81조 제1항), 수탁자에 대하여 지체없이 수익증권을 발행할 의무를 부과한 것이다.

(4) 수익증권의 형식

수익증권은 신탁행위에서 정한 바에 따라 기명식 또는 무기명식으로 한다

152) Equity는 수익자에게 귀속하므로, 현행법상의 물권행위로는 불가능하며 집합재산적 지분권으로 인정하기 때문이다.

(신탁법 제78조 제3항 본문). 신탁행위로 달리 정한 방법이 없으면 수익증권이 발행된 수익권의 수익자는 수탁자에게 기명수익증권을 무기명식으로 하거나, 무기명식을 기명식으로 할 것을 청구할 수 있다. 다만, 부동산담보신탁의 경우 처럼 담보권을 신탁재산으로 하여 설정된 신탁의 경우에는 기명식으로만 하여야 한다(신탁법 제78조 제3항 단서). 이는 담보신탁의 경우 담보권자와 채권자가 실질적으로 분리되지 않도록 수익권양도를 제한할 필요성 때문이다. 그리고 수익증권발행신탁의 경우 수탁자에 대한 통지나 수탁자의 승인 또는 수탁자명부의 명의개서 등의 대항요건을 갖추지 않고 수익증권이 양도될 수 없도록 하기 위해서 담보신탁에서 발행되는 수익증권은 무기명식으로 발행할 수 없도록 규정하였다. 또한 신탁행위로 수익증권발행신탁 또는 수익증권미발행신탁으로 정함이 있는 경우에는 신탁설정 이후 사후적으로 수익증권 발행 여부를 변경할 수 없도록 하고 있다.

(5) 수익증권발행신탁의 한계

현재 수익증권의 발행이 허용되는 경우는 은행의 불특정금전신탁, 투자신탁, 유동화증권(ABS) 등과 같이 특별법에 정함이 있는 경우에 한한다. 현행 신탁법은 수익증권의 발행 법적근거를 명시(신탁법 제78조)함으로써 토지신탁 등에서 자산유동화수단으로 활용코자하였다. 부동산신탁에 있어 수익증권을 취득하는 자는 수익채권자로 하고, 신탁관련 채권자를 신탁채권자로 구분한다. 따라서 토지신탁사업에서 대규모 자금조달을 위해 수익증권을 발행함에 있어 수익증권을 매입한 수익채권자와 수익증권을 매입하지 아니한 신탁채권자 간의 순위관계를 ‘신탁채권은 수익자가 수탁자에게 신탁재산에 속한 재산의 인도와 그 밖에 신탁재산에 기한 급부를 요구하는 청구권(이하‘수익채권’이라 한다) 보다 우선한다(신탁법 제62조)’고 규정하고 있다. 여기서 신탁채권이란 첫째, 신탁전의 원인으로 발생한 권리 및 수탁자의 신탁사무처리로 인하여 발생한 권리(신탁법 제22조 제1항 단서) 둘째, 반대수익자의 수익권매수청구권(신탁법 제89조, 제91조 제3항, 제95조 제3항) 셋째, 신탁의 목적을 위반한 수탁자의 법률행위 중 취소될 수 없거나 취소되지 않은 행위로 발생한 권리(신탁법 제75조) 넷째, 수탁자의 신탁사무처리로 인하여 발생한 불법행위에 기한 권리(신탁법 제43조 제1항 단서) 등이 있다. 이러한 상황에서 수익증권을 발행하는 신탁으로 토지

신탁을 영위코자 할 경우 수익증권의 매각으로 자금조달이 용이할지 의문이다.

2) 유한책임신탁

(1) 유한책임신탁의 개요

현행 신탁법은 수탁자는 신탁사무처리와 관련하여 거래한 제3자에 대해 수탁자의 고유재산으로도 책임을 져야 하는 것이나, 신탁실무에서는 수탁자의 제3자에 대한 채무에 대해 신탁재산에 속한 재산만으로 이행책임을 지는 ‘책임재산한정특약’이 많이 체결되고 있는 실정이다. 이러한 책임재산한정특약은 거래상대방이 이를 승낙하여 거래한 경우에는 그 거래조건으로 유효하다고 볼 수 있으나, 개별적인 사안마다 책임재산한정특약을 체결하여야 하는 번거로움 뿐만 아니라 이러한 특약은 그 거래 상대방과의 사이에서만 효력을 가지는 것 이어서 협상결과에 따라서는 책임한정의 내용이 전별로 달라질 수 있는 위험 이 있으므로 신탁을 이용하여 신탁의 수익권을 증권화하거나 상사신탁을 사업형신탁으로 발전시키는 데는 한계가 있다. 그러나 개정 신탁법 제114에 따른 유한책임신탁의 설정은 신탁재산의 법인격을 가지지 못함으로써 발생하는 수탁자의 무한책임성을 해소하는 계기가 될 수 있을 것이다.

(2) 유한책임신탁의 의의

본래 신탁제도는 신탁재산에 대하여 법인격이 인정되지 않기 때문에 수탁자의 법인격을 차용하는 제도로써, 수익자의 이익을 보호하고 수탁자를 신뢰하여 거래한 제3자의 신뢰를 보호하기 위해서 수탁자의 책임을 강화할 필요성이 있었다. 일반적으로 수탁자가 신탁사무처리를 위하여 행하는 대외적 거래에서 채무가 발생한 경우, 수탁자는 제3자에 대하여 신탁재산을 책임재산으로 하여 변제책임을 부담하게 될 뿐만 아니라 수탁자의 고유재산으로도 변제책임을 부담하는 것이 원칙이다. 그러나 유한책임신탁은 수탁자가 해당 신탁에 관하여 발생한 신탁채무에 대하여 수탁자의 지위에서 신탁재산만으로 변제책임을 부담하며, 수탁자의 고유재산으로는 변제책임을 부담하지 않는 신탁을 말한다.

(3) 유한책임신탁의 도입 필요성

현행 신탁법상의 토지신탁의 경우 수탁자가 신탁재산의 운용과 관련하여 거

액의 대외적 책임을 부담하는 경우가 증가하여 부동산신탁사가 수탁을 기피하는 요인으로 작용하게 되므로 수탁자의 무한책임을 한정할 필요성이 대두되었다. 또한 현재 운용되는 책임재산한정특약의 법률적 근거가 없는 상황에서 당사자간의 특약과는 달리 유한책임신탁제도는 별도의 채권자 보호절차, 수익자에 대한 배당 등에 관한 규제 등을 규정할 필요성이 대두되었다.

(4) 유한책임신탁의 효력발생요건

신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임지는 신탁을 설정할 수 있다. 이 경우 제126조에 따라 유한책임신탁의 등기를 하여야 그 효력이 발생한다(신탁법 제114조 제1항). 이러한 유한책임신탁의 명칭에는 ‘유한책임신탁’이라는 문자를 사용하도록 강제하고 있다(신탁법 제115조 제1항).

(5) 유한책임신탁의 한계

유한책임신탁은 신탁법 제117조(회계서류 작성의무)에 따라 수익증권을 발행할 수도 있고, 그렇지 않을 경우도 가능하다. 토지신탁은 부동산신탁사의 전문인력에 의한 유휴토지의 개발로 최고최선의 토지이용을 도모코자 도입된 제도로서, 유한책임신탁의 도입은 토지신탁의 정의에 부합되는 조치라 판단되나 다음과 같은 비판을 받을 수 있다.

첫째, 수탁자의 책임을 유한책임으로 하는 것은 실질 행위자인 수탁자의 도덕적 해이와 같은 책임성을 희석화 할 가능성이 있다.

둘째, 기존에는 거래상대방이 수탁자의 신용을 고려하여 거래가 이루어진 경우가 있었음을 감안할 때, 유한책임신탁으로 인해 수탁자의 신용을 더 이상 이용할 수 없게 되어 오히려 토지신탁제도가 외면당할 우려가 있다.

셋째, 유한책임신탁을 이용하지 않고 책임재산한정특약을 개별계약에 선택적으로 이용함으로써 사실상 이 제도가 유명무실하게 될 가능성이 크다는 점을 들 수 있다.

그러나 현행 토지신탁은 부동산신탁사의 전문인력 및 토지신탁사업 참여 당사들의 검증을 통해 진행하여야 하지만, 부동산신탁사를 제외한 참여자(이하 ‘기타 참여자’라 한다)들은 향후에 미칠 위험에 대한 보험적 성격으로 부동산신탁사의 무한책임성을 담보로 하고 있기 때문에 충분한 사업성 검토없이

무분별한 수주로 이익을 얻고자 하였다. 동 제도의 도입이 정착되면 토지신탁 참여자들의 신중한 의사결정으로 부실한 토지신탁사업장의 발생을 최소화하고, 참여자의 재무구조를 악화시키는 경우는 거의 없을 것으로 판단된다. 다만 유한책임신탁의 경우 업무취급 상에 토지신탁의 수주단계에서 토지개발의 전 과정에 참여할 관계자를 어떻게 확보하여 수행할 것인가에 대한 검토가 필요하다. 이는 토지개발사업 중에 사업성이 악화되는 경우 향후 공정의 수행이 원만하지 않을 수 있기 때문이다.

3) 신탁사채

(1) 신탁사채의 의의

신탁사채는 수익증권발행신탁으로써 유한책임신탁에 한하여 회사채와 유사한 채권발행을 허용하여 대규모 자금조달을 가능하게 한 것이다. 상사신탁의 경우 신탁재산을 근거로 하여 대규모 자금이 필요한 사업을 진행하는데 있어 자금조달을 위탁자 또는 수탁자의 자력과 신용에만 전적으로 의존하게 되면, 대규모 사업 자체가 불가능할 수도 있으므로 회사채와 유사한 채권 발행을 허용할 필요성에서 기인한 것이라고 본다.

(2) 신탁사채의 발행

신탁법은 명문 규정으로 신탁재산을 근거로 한 사채발행을 허용하고 있으나, 신탁행위로 사채발행이 허용된 경우에만 수탁자는 신탁을 위하여 사채를 발행할 수 있으며, 사채를 발행하는 수탁자는 사채청약서, 채권 및 사채원부에 ‘해당 사채에 대하여는 신탁재산만으로 이행책임을 진다는 뜻’을 명시하도록 하였다(신탁법 제87조 제2항 제4호). 또한 사채권자는 신탁재산의 범위를 고려하여 사채를 인수할 것이므로 사채발행한도를 두지 않았다.

(3) 신탁사채의 한계

신탁사채는 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁의 요건을 갖춘 경우에 한하여 토지신탁사업을 위하여 필요한 자금을 조달하는 방법의 일환으로 제도가 도입되었다.

신탁사채는 수탁자의 명의로 발행되기 때문에 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁의 한계를 모두 가지게 된다. 그 이유는 자금조달이 토지신탁사업 자체에

서 발생하는 유동성을 이용하여 사업을 진행하는 것이 원칙일 것이나, 신탁사채를 발행하여 자금조달을 하여야 할 토지신탁사업장이라면 자체적인 분양대금 등으로 자금조달이 어려운 상황일 것이므로 신탁사채를 발행하여도 이를 매입해 줄 투자자가 있을지 의문이다.

4) 소 결

신탁법에서는 토지신탁사업의 자금조달 방법으로 수익증권발행신탁, 유한책임신탁, 신탁사채를 도입하였다. 위에서 살펴본 바와 같이 이들의 실효성에는 다음과 같은 이유로 많은 연구가 필요한 부분이라 판단된다.

첫째, 수익증권발행신탁의 경우 수익채권자가 신탁채권자 보다 변제 순위가 후순위라는 점에서 실효성을 가질지 의문이다.

둘째, 수익증권의 발행이 허용되면, 위탁자는 신탁을 통한 대규모 자금조달이 가능해지고, 수익권의 유통성이 증대되어 투자가 용이해지며, 수탁자는 수익권관리를 위한 비용을 절감할 수 있는 편의성이 있다는 점을 들고 있으나, 본 규정은 오히려 부동산담보신탁처럼 이미 완성된 건축물의 자산유동화 방안으로 더욱 적합할 것으로 판단되며, 토지신탁의 개발단계에서 완공단계까지의 기간이 장기간 소요되는 미래 불확실성을 근거로 대규모의 자금이 조달될 것인지는 미지수이다.

셋째, 유한책임신탁의 경우 신탁재산을 한도로 책임을 한정하는 것은 신탁재산의 독립성은 인정하지만 법인격을 부여받지 못하는 것과 같으며, 부동산신탁사인 수탁자의 신용을 이용할 수 없는 관계로 결국은 토지신탁사업을 운영하는 데 따른 자금조달에는 문제가 있다고 본다.

다섯째, 신탁사채의 발행 주체가 부동산신탁사인 수탁자이기 때문에 부동산신탁사의 신용이 결여된 상태에서 신탁사채의 매각에 애로가 많을 것으로 판단된다.

결국 신탁법에 규정된 수익증권발행신탁·유한책임신탁 및 신탁사채 등은 수탁자인 부동산신탁사가 스스로 자기의 명의로 발행하므로 부동산신탁사의 신용이 결여된 상태로써는 자금조달에 어려움이 많을 것이라는 한계가 있으나, 오히려 이러한 제도를 통해 실무적으로 사업참여자의 책임을 균분함으로

써, 더욱 사업리스크를 최소화 할 수 있는 대안을 찾아 토지신탁사업이 이루어 질 것으로 판단된다.

2. 계약형부동산투자신탁제도

1) 계약형부동산투자신탁제도의 의의

계약형 부동산투자신탁제도는 프로젝트 파이낸스의 변형된 형태의 제도로써 '98. 4. 1 당시 신탁업법시행령의 개정으로 신탁겸영은행에 대하여 신탁자금을 부동산의 매입 및 개발에 사용할 수 있도록 허용함에 따라 불특정다수의 위탁자로부터 수탁받은 금전을 펀드설정하여 부동산 관련 자산 등에 운용하고 신탁기간 종료시 해당 펀드를 청산하여 수익자에게 실적배당하는 합동운용 불특정금전신탁이다. 이 제도는 거액의 자금이 소요되어 사업주의 신용으로 자금조달이 어렵고 사업의 성패에 따라 상환여부가 확정되는 개발사업이나 인프라사업의 재원조달방식으로 허용되었다.¹⁵³⁾

2) 계약형부동산투자신탁의 구조

계약형부동산투자신탁의 구조는 투자신탁의 설정으로 납입된 신탁자금을 부동산개발사업에 투자하는 경우 신탁재산의 보호를 위하여 가급적 신설법인 등을 택하게 된다. 그 이유는 개발업력이 충분한 경력이 있더라도 그 동안 제3자와의 채권·채무관계(특히, 숨은 채무 등)가 복잡할 경우 부동산개발사업에 투자한 신탁재산이 당해 목적 사업에 투입되지 않을 가능성을 배제하기 위한 조치이다. 사업주가(sponsor)가 자본금을 출자하여 별도의 사업시행회사(project company)를 설립하고 사업시행회사가 차주자격으로 대주단(syndicate)이나 제3자로부터 신탁자금을 차입하여 프로젝트를 수행한다.¹⁵⁴⁾ 이때 차주는 실질적으로 사업을 수행하는 스폰서가 아니라 당해 프로젝트의 수행을 위해 별도로 설립된 사업시행사이다. 즉 프로젝트 파이낸스는 금융기관이 차주의 재산상태가 아니라 프로젝트의 사업성만 평가하여 자금을 공여하고, 대출금의 상환은 당해 프로젝트에서 발생하는 수입을 재원으로 하므로

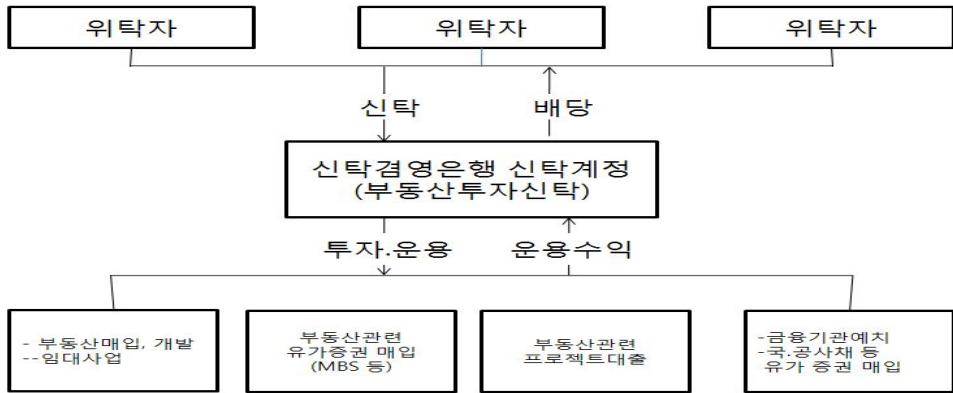
153) 최종경, 전계논문, p.112.

154) 한국금융연구원, 「부동산신탁제도의 활성화방안연구」, 1999, p.103.

프로젝트가 실패하더라도 대주(貸主)는 스폰서에 대해 상환소구권을 행사할 수 없거나 제한을 받게 된다.

계약형부동산투자신탁의 구조는 〈그림 6〉과 같다.

〈그림 6〉 계약형부동산투자신탁의 구조



계약형부동산투자신탁 상품은 자본시장법 개정 전 『신탁업법』에 근거한 신탁겸영은행이 신탁계정의 설정, 자산보관 및 관리와 운용의 주체로서 자산 보관의 기능과 더불어 부동산의 매입과 개발, 그리고 부동산관련 유가증권 운용의 기능을 담당하는 구조이다. 이와 같은 구조는 자산관리 및 운용기능이 신탁겸영은행의 내부에 있다는 점에서 부동산투자회사(REITs)와 유사한 구조를 갖고 있다.

3) 계약형부동산투자신탁의 관리

계약형부동산투자신탁제도는 자산관리 및 운용기능의 소재에 따라 외부관리형과 자기관리형으로 세분할 수 있다. 외부관리형은 신탁겸영은행이 부동산 및 부동산관련 유가증권 운용의 주체로서 전문인력으로 구성된 자산관리회사를 100% 출자하여 자회사로 설립하거나 또는 독립적인 자산관리회사와 계약을 체결하고, 자산관리회사는 신탁계정의 자산관리 및 운용을 위한 별도의 계약구조를 갖는다. 이와 같은 구조는 기본적으로 신탁겸영은행이 부동산투자신탁 업무와 같이 전문화된 자산운용회사의 기능을 내부적으로 보유하는 것이 어렵기 때문이다. 따라서 전문화된 기능분화에 따라 신탁겸영은행은 신탁계정을 통한 자금조달의 기능을 담당하고, 자산관리회사는 조달된 자금을 부동산

투자신탁 업무에 운용하는 것이다. 이와는 달리 자기관리형은 스폰서인 신탁 겸영은행이 자산관리 및 운용기능을 스폰서 조직 내에 갖고 부동산투자신탁업무를 수행하는 방식이다. 그러나 은행 등의 금융기관은 사업실적이 부진할 경우 많은 투자자들로부터 상당한 저항을 불러올 수 도 있으며, 신용의 손실 등도 부담일 수밖에 없다. 따라서 계약형부동산투자신탁상품은 외부관리형으로 운용되고 있다.

4) 계약형부동산투자신탁의 활용사례

IMF 당시 많은 시행사가 자금부족으로 부도 등 어려움을 겪으면서 분양율이 양호한 우량한 사업장 까지도 공사중단의 위기를 겪게 되었다. 수분양자들은 경제적 불안감 때문에 정상적인 중도금의 납입을 지연하거나, 분양해지를 요구하는 경우도 빈번하였다. 따라서 우량한 사업장의 자금조달을 용이하게 해 주기 위해서는 별도의 사업시행회사(project company)가 필요하였으며, 『신탁업법』에서는 신탁겸영은행에게 신탁자금을 모집하여 부동산의 매입 및 개발에 사용할 수 있도록 허용함에 따라 불특정다수의 위탁자로부터 수탁 받은 금전을 펀드설정하여 부동산 관련 자산 등에 운용하기에 이르렀다. 이러한 제도의 운용사례는 다음 <표 11> 과 같다.

<표 11> 계약형부동산투자신탁의 활용사례

상품명	빅맨부동 산신탁1호	빅맨부동 산신탁2호	빅맨부동 산신탁3호	빅맨부동 산신탁4호	하나부동산 신탁1호	CHO부동산 신탁1호	하나부동산 신탁2호
판매은행	국민은행	국민은행	국민은행	국민은행	하나은행	조흥은행	하나은행
펀드모집 시기	'00. 7. 24 (당일매진)	'00. 9. 4 (당일매진)	'00. 9. 4 (당일매진)	'00. 9. 4 (당일매진)	'00. 9. 25 (당일매진)	'00. 9. 29 (당일매진)	'00. 10. 13 (당일매진)
펀드모집 금액	130억원	320억원	300억원	180억원	90억원	650억원	70억원
투자내용	송파구 문 정동 대우 아 파 트 150세대	영등포구 문래동 현 대홈타운 776세대	영등포구 문래동 현 대홈타운 776세대	용인시 죽 전지구 현 대 홈 타운 294세대	산본시 금정 동쌍용아파트 164세대	용산구 도원 삼성아파트 재개발사업 1,992세대	중랑구 상 봉동 태영 레스빌 재 개발사업
시행사	(주)미가세	고산공영	고산공영	신정건설	산본금정쌍용 지역주택조합	도원 재개발조합	재개발조합
시공사	대우건설	현대건설	현대건설	현대건설	남광토건	삼성물산	태영
펀드기간	1년6월	1년	1년6월	1년6월	1년	1년	1년
배당 예상률	12%	11%	12%	12%	11~12.3%	8.7%	9.2%

이 상품의 개요는 첫째, 부동산투자 불특정금전신탁이며, 둘째, 1인당 5백만 원 이상을 펀드가입금액이며, 셋째, 중도해지 불가한 폐쇄형을 가입하며 신탁 금액의 80%이내 수익권담보대출가능한 상품이며, 넷째, 신탁재산의 70%이상 을 부동산관련 자산에 투자하도록 설계되었으며, 다섯째, 예금자보호법 적용제 외로써 실적배당이며 원본손실 발생가능한 집합금융투자상품이다.

5) 계약형부동산투자신탁의 장 · 단점

계약형부동산투자신탁의 장점은 다음과 같다.

첫째, 프로젝트별 또는 특정 프로젝트의 진행 단계별로 차별화된 개별펀드의 조성으로 투자자의 입장에서 투자선택의 폭이 넓고, 상품별로 특화된 투자 대상을 사전에 확정할 수 있다.

둘째, 펀드별로 조성된 자금에 근거하여 독립적으로 운영되므로 관리비용의 절감이 가능할 뿐만 아니라 금융감독기관의 관리 및 감시가 용이하여 거래의 투명성을 확보하기 용이하다.

셋째, 개별신탁계정은 계약에 의한 신탁기간별로 청산할 수 있으므로, 사업 별 성과에 따른 명확한 배분이 가능하다는 점이다.

반면 계약형부동산투자신탁은 신탁겸영은행에서 취급되었던 상품으로 단순히 금융만을 제공하던 입장이었기 때문에 다음과 같은 단점을 가지고 있다.

첫째, 수익증권의 형태로 유통시장에 상장되어 거래될 수 있으나, 주식발행 방법에 비하여 유동성 및 환금성이 떨어지고, 투자자의 권한 행사가 제한되어 추가적인 투자자 보호 장치가 요구된다.

둘째, 현행 법률상 자산관리 및 운영의 주체가 집합투자업자로 한정되어 시장진입이 제한될 뿐만 아니라, 부동산관련 전문지식 및 경험이 부족하다는 점이다.

3. 자본시장법상 투자신탁

1) 집합투자기구의 의의

집합투자기구란 법률상 집합투자를 수행하기 위한 기구를 말하는데, 통상적으로 이 집합기구를 펀드라 한다. 펀드는 투자자로부터 모은 자금을 자산운용

회사가 주식 및 채권 등에 대신 투자하여 운용한 후 그 결과를 투자자에게 돌려주는 간접투자상품이다.

자본시장법이 제정되면서 투자신탁은 집합투자업자인 위탁자가 신탁업자에게 신탁한 재산을 신탁업자로 하여금 그 집합투자업자의 지시에 따라 투자·운용하게 하는 신탁형태의 집합투자기구라고 정의하고 있다(자본시장법 제9조제18항제1호). 따라서 투자신탁은 투자자가 금전 등을 위탁자에게 이전함으로써 동 집합투자재산에 대한 관리·처분권을 위탁자가 보유하게 되고, 위탁자는 투자자의 이익을 위하여 집합투자재산에 대한 관리·처분권을 행사한다는 점에서 신탁법상의 신탁과 그 법적 성질이 동일하다. 그러나 투자신탁은 수익자가 불특정 다수인이며 신탁의 수익권이 균등 분할된다는 점 등에서 차이가 있다.¹⁵⁵⁾

집합투자기구의 종류는 집합투자재산의 운용대상에 따라 증권투자기구, 부동산집합투자기구, 특별자산투자기구, 혼합자산집합투자기구, 단기운용집합투자기구로 구분한다. 또한 집합투자기구를 투자신탁의 신탁형과 투자회사·투자유한회사·투자합자회사의 회사형, 투자조합·투자익명조합의 조합형으로 분류한다. 집합투자기구의 구조적 형태는 〈표 12〉와 같다.

〈표 12〉 집합투자기구의 구조적 형태

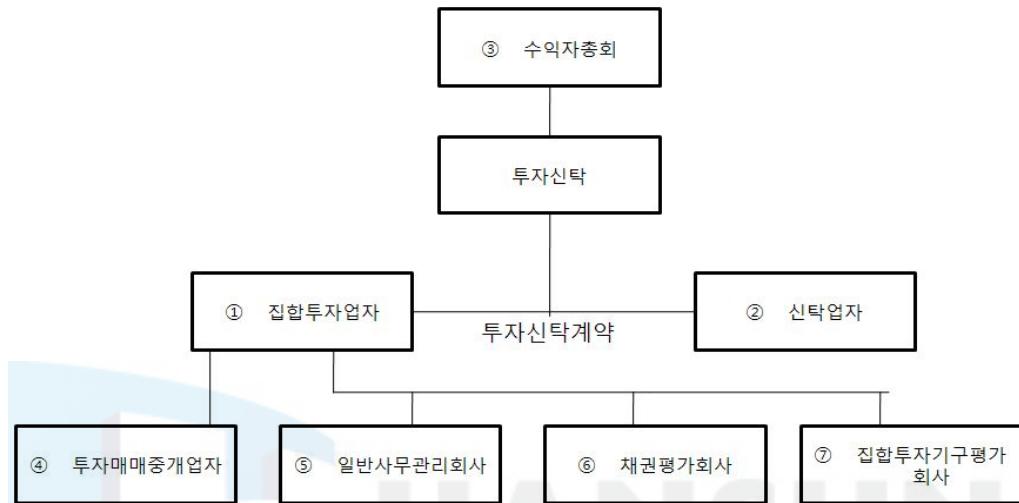
법적형태		내 용
신탁형	투자신탁	집합투자업자인 위탁자가 신탁업자(수탁자)에게 신탁한 재산을 신탁업자로 하여금 그 집합투자업자의 지시에 따라 투자·운용하게 하는 신탁형태의 집합투자기구
회사형	투자회사	「상법」에 따른 주식회사 형태의 집합투자기구
	투자유한회사	「상법」에 따른 유한회사 형태의 집합투자기구
	투자합자회사	「상법」에 따른 합자회사 형태의 집합투자기구
조합형	투자조합	「민법」에 따른 조합 형태의 집합투자기구
	투자익명조합	「상법」에 따른 익명조합 형태의 집합투자기구

155) 재정경제부, 「금융투자업과자본시장에 관한 법률(가칭)제정 방안」, 2006.2.17., p47. : 조상우·이진국, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(안)상 집합투자규제의 주요내용 및 문제점」, BFL 제22호, 서울대 금융법센터, 2007.3, p.33.

2) 집합투자기구의 구조

투자신탁 형태의 집합투자기구는 기본적으로 집합투자업자·신탁업자 및 수익자(투자자)의 3 당사자로 구성되며, 투자자는 판매회사 또는 중개회사를 통해 펀드에 가입하고, 집합투자업자는 신탁업자와 신탁관계를 맺은 다음 신탁업자에게 신탁재산의 투자 및 운용을 지시한다(자본시장법 제184조제2항). 자본시장법상 투자신탁의 구조는 <그림 7>과 같다.

<그림 7> 자본시장법상 투자신탁의 구조



3) 투자신탁의 설정

투자신탁을 설정하고자 하는 집합투자업자는 집합투자업자 및 신탁업자의 상호, 신탁원본의 가액 및 수익증권의 총 좌수에 관한 사항, 투자신탁재산의 운용 및 관리에 관한 사항, 이익분배 및 환매에 관한 사항, 집합투자업자·신탁업자 등이 받는 보수, 그 밖의 수수료의 계산방법과 지급시기·방법에 관한 사항, 수익자총회에 관한 사항, 공시 및 보고서에 관한 사항 등이 기재된 신탁계약서에 의하여 신탁업자와 신탁계약을 체결하여야 한다. 또한 집합투자업자는 투자신탁을 설정하거나 추가로 설정하는 경우 신탁업자에게 해당 신탁계약에서 정한 신탁원본 전액을 금전으로 납입하여야 한다.

4) 투자신탁의 업무처리

자본시장법상 투자신탁의 <그림 8>의 업무처리 절차는 다음과 같다. ① 집합투자업자는 신탁업자와 투자신탁계약체결하고, 신탁계약변경(중요사항은 수익자총회 개최)을 주관하며, 투자신탁재산의 운용 및 운용을 지시하며, 투자신탁재산의 평가를 담당한다. ② 신탁업자는 투자신탁재산의 운용 및 운용지시를 이행하고, 투자신탁재산의 보관 · 관리를 하며, 투자신탁재산 운용 및 운용지시에 대한 감시를 한다. ③ 수익자총회는 전체 수익자로 구성된 투자신탁의 기관으로서 신탁계약 중 중요사항(보수 인상, 신탁업자 변경 등)을 의결하며, 펀드의 합병, 환매연기에 관한 사항 등을 의결한다. ④ 투자 매매 · 중개업자는 집합투자업자와 수익증권 판매·위탁판매계약을 체결하고, 수익증권의 판매 및 환매업무를 담당한다. ⑤ 일반사무관리회사는 집합투자업자와 업무위탁계약을 체결하고, 기준가격의 계산 등 일반사무업무를 처리한다. ⑥ 채권평가회사는 채권 등 집합투자재산이 보유한 재산에 대한 가격정보를 제공한다. ⑦ 집합투자기구평가회사는 집합투자업자로부터 집합투자재산에 대한 정보를 받아 집합투자기구에 대한 평가정보를 투자자에게 제공한다.

4. 유한책임형 부동산투자신탁제도 도입

1) 유한책임형 부동산투자신탁제도¹⁵⁶⁾의 의의

유한책임형 부동산투자신탁제도는 본 연구에서 제기한 부동산신탁사의 책임부분을 신탁재산에 한정하여 책임을 부담하고자 개정 신탁법에 도입된 제도이다. 이는 구 신탁법하에서 부동산신탁사가 토지신탁사무를 처리하는 과정에서 발생하는 직접책임 또는 우발채무 등 사업시행자로서의 무한책임을 부담해야 하는 한계를 극복하기 위한 방안이라 판단된다. 그 이유는 제기된 문제점 중 가장 부동산신탁사를 곤궁에 처하게 하는 원인은 토지신탁사업의 사업비 조달에 대한 무한책임 부분이다. 이는 자칫 부동산신탁사의 존립마저 위협할 수 있는 요인인 때문이다. 따라서 그동안 노출된 문제점을 해소하기 위한 방식으로 기존 계약형부동산투자신탁제도를 변형하여 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’를 방안의 하나로 제안코자 한다. 이 제도는 위탁자별로 토지신탁사업을 부동산신탁사에 의뢰할 경우 위탁자별로 투자신탁을 설정하고 반드시 유한책

156) 본 연구자가 가칭으로 사용한 명칭임을 밝혀 둔다.

임신탁으로 설정하여야 한다. 현행 법규상 ‘신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임지는 신탁을 설정할 수 있다(신탁법 제114조)’고 정하고 있다. 이는 구 신탁법상 ‘책임재산한정특약’이라는 방식으로 부동산신탁사가 자체적으로 문제시 된 무한책임을 회피하기 위한 수단으로 활용되었다. 여기에서 주의해야 할 점은 본 제도의 원칙없는 시행이 제3장 제2절 제7에서 제기한 ‘부동산신탁 전문인력제도 미비에 따른 위험’을 그대로 방치하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 유한책임신탁의 설정에 관하여 개정 신탁법에서는 신탁행위로 정하도록 하고 있다. 부동산신탁사가 원칙적 규정이 없는 상황에서 자의적으로 위탁자별로 각각 운용될 여지가 크기 때문이다.

둘째, 토지신탁사업은 사업기간이 3~5년의 장기간이 소요되는 관계로 부동산신탁사의 CEO의 책임 한계를 벗어 날 수도 있다. 그 이유로는 토지신탁을 수탁할 당시의 CEO의 자의적 판단에 따라 수탁과정에 도덕적 해이 등이 개입을 한다면, 그 결과는 퇴임 후에 나타날 수 있기 때문이다.

셋째, 토지신탁사업의 결과에 대한 Feed-Back을 통해 계획과 결과에 대한 차이분석이 반드시 필요하다. 만일 유한책임신탁사업과 기존방식(무한책임신탁)의 사업에 대한 비교 결과가 기존방식(무한책임신탁)이 부동산신탁사의 재무건정성에 나쁜 결과를 초래하였다면 그에 대한 소명은 부동산신탁사 담당자의 몫이 될 것이다.

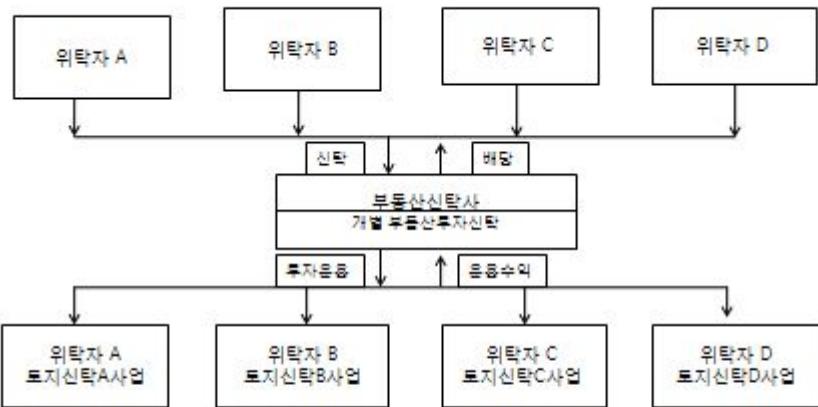
넷째, 위탁자(수익자) 입장에서도 유한책임신탁사업과 기존방식(무한책임신탁)의 사업에 대한 선택을 해야 한다면, 당연히 기존방식(무한책임신탁)을 택하기 위한 노력을 할 것이다. 그 이유로는 부동산신탁사의 신용이 부가된 토지신탁사업의 위탁자 및 수익자를 포함한 참여자는 유한책임신탁에서의 책임 부담이 부동산신탁사의 신용만큼 경감될 수 있기 때문이다.

따라서 본 제도가 유용성을 발휘하여 활성화되기 위해서는 법 규정화가 용이하지 않을 경우 부동산신탁사의 관련 감독규정을 도입해서라도 원칙을 세우는 것이 필요하다고 판단된다.

2) 유한책임형 부동산투자신탁제도의 구조

유한책임형 부동산투자신탁제도는 기존의 계약형부동산투자신탁제도의 변형된 구조로 부동산신탁사 내에 구 신탁법상의 업무구조 내에 위탁자별 투자신탁을 설정하고 위탁자별 토지신탁사업을 운영하는 구조이다. 그 구조는 <그림 8>과 같다

<그림 8> 유한책임형 부동산투자신탁의 구조



3) 유한책임형 부동산투자신탁제도의 효과

유한책임신탁의 도입에 따른 긍정적인 면은 다음과 같다.

유한책임신탁은 구 신탁법상 규정에 없는 ‘책임재산한정특약’이라는 형태의 불안정한 모습으로 토지신탁에서 운용되었다. 토지신탁의 구조적위험을 줄여보고자 하는 취지는 운영상의 자의적 판단에 따른 선택적이라는 경우를 제외하고는 모두 동일하다. 따라서 제3장 제2절의 ‘토지신탁의 구조적 위험 중 토지신탁과 부가가치세의 구조적위험’을 제외한 토지신탁 조달사업비의 무한책임, 토지신탁종료 후의 매도담보책임, 임차인의 임차보증금 반환책임, 수탁자의 제3채권자에 대한 무한책임, 부동산신탁 전문인력제도 미비에 따른 위험을 전부 또는 일부를 경감할 수 있을 것이다.

또한 유한책임신탁의 부정적인 면은 다음과 같다.

‘유한책임신탁’으로 토지신탁이 설정된 경우 시공사, 설계사, 감리사, 분양대행사, 광고대행사 등의 사업참여자들이 기준방식(무한책임신탁)에 비해 소극적일 것이다. 그 이유는 토지신탁참여자들의 용역대가가 결국은 토지신탁사업

자체에서 유입되는 현금흐름으로 지급되어야 하나, 만일 그 유입액이 예상과 다르게 적게 유입된다면 결국 용역대가의 지급이 지연됨으로 인해 오히려 사업진행에 차질이 발생할 수도 있기 때문이다. 설사 결과가 당초예상과 같게 나타났다 하더라도 계약시점에서는 향후 일어날지도 모르는 상황을 보험적 성격으로 라도 보장받기를 원할 수 있기 때문이다. 또한 기존방식(무한책임)보다 더욱 불리해진 계약조건(용역대가 지급의 불확실성)으로 사업에 참여해야 하므로 참여자들의 개별계약 거절로 인해 토지신탁사업의 수탁이 신탁목적달성을 불능을 이유로 토지신탁계약이 해지되는 경우도 빈번히 발생할 수도 있을 것이다. 이는 토지신탁사업의 공정별로 개별계약을 체결하는 업무를 최초 개별계약체결시점에서 모든 당사자를 확정하고 동의가 이루어진 경우에만 가능해질 것이기 때문이다.

5. 소 결

본 연구에서 계약형부동산투자신탁제도 도입이 시사하는 바는 비소구권에 의해 당해 프로젝트가 철저한 유한책임만을 부담한다는 점과 각 신탁부문 내에서도 프로젝트별 유한책임을 진다는 점을 들 수 있다. 각 신탁부문 내의 유한책임문제는 각 사업부문별 분별관리로 인한 프로젝트파이낸싱(Project Financing) 도입을 필요로 하는 것이다. 이는 프로젝트 파이낸싱의 유한책임의 원리를 도입하여, 각 사업부문의 손실이 부동산신탁사에는 영향을 미치지 않기 위함이다. 그 이유는 별개의 독립한 프로젝트회사(SPC)를 설립하고, 그로 하여금 사업을 진행토록하기 때문에 법적으로 모든 권리와 의무는 프로젝트회사에 귀속하기 때문이다. 따라서 동 제도가 본 연구와 유사한 점은 부동산신탁사가 토지신탁 등을 수탁받은 부동산을 별개의 유한책임형 토지신탁사업장으로 분별관리할 것을 전제로 하기 때문이다.

제 2 절 투자회사 모델을 통한 리스크 개선방안

1. 투자회사의 적용성 검토

1) 자본시장법상 투자회사

자본시장법은 기능별로 분류된 6개 금융투자업(투자매매업, 투자증개업, 집합투자업, 투자일임업, 신탁업)을 한 회사 내에서 모두 수행할 수 있도록 겸영을 허용하였다. 투자매매업 · 투자증개업 · 집합투자업 · 신탁업은 금융위원회의 인가가 필요하고, 투자자문업 · 투자일임업은 등록을 하도록 하고 있다. 이를 통해 증권회사, 자산운용사 등도 미국, 영국 등 주요국의 선진 투자은행과 마찬가지로 기업금융, 자산관리, 직접투자, 증권서비스 등 모든 금융투자업을 종합적으로 영위할 수 있게 되었다. 다만, 겸영에 따른 투자자와 금융회사 및 다른 투자자간 이해상충은 정보교류 차단장치 등 이해상충 방지 체계를 의무화함으로써 예방할 수 있도록 하였다.¹⁵⁷⁾ 또한 집합투자업의 경우 집합투자기구(CIS;Collective Investment Scheme)의 법적형태에서 현행 민법 및 상법상 설립가능한 모든 형태를 수용하여 확대함으로써 업계와 투자자의 필요에 따라 탄력적으로 활용할 수 있도록 시장의 자율을 확대하였다.

자본시장법상의 신탁업과 집합투자업은 투자자의 재산에 대한 소유권이 금융투자업자에게 이전되므로 신탁개념에 충실하다. 따라서 본 연구는 자본시장법에서 상정하고 있는 집합투자업자의 집합투자기구인 「투자회사」 제도를 활용하여 새로운 형태의 모델로써 제안하고자 한다.

2) 신탁법상 재신탁과의 관계

(1) 재신탁의 의의

현행 신탁법(2011.7.25 전면 개정)에서 재신탁제도를 도입하였으며, 재신탁이라 함은 수탁자가 인수한 신탁재산을 스스로 위탁자가 되어 다른 수탁자에게 신탁하는 것을 말한다. 신탁법에서 ‘수탁자는 신탁행위로 달리 정한 바가 없으면 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 경우에는 수익자의 동의를 받아 타인에게 신탁재산에 대하여 신탁을 설정할 수 있다’고 규정(신탁법 제3조5항)하고 있다.

수탁자가 신탁재산에 관한 전문가에게 신탁재산의 운용을 맡기는 것이 신탁의 목적달성에 더 유리할 수 있으므로 수탁자가 신탁재산인 금전을 운용하는 방법 중의 하나로 투자신탁의 수익증권 등을 매입하거나, 재건축사업의 시행

157) 변제호 외, 『자본시장법』, 지원출판사, 2009. p.20.

을 위하여 조합원들로부터 부동산을 인수한 재건축조합이 재건축사업 추진의 안정성을 보장하기 위하여 신탁부동산을 다시 부동산신탁사에게 신탁하는 경우가 대표적인 예이다.¹⁵⁸⁾ 이러한 제도의 취지는 전문가를 통한 수익자의 이익을 극대화하기 위한 조치라 판단된다. 한편으로는 수익자의 이익을 보호하기 위해서는 신탁재산을 지키는 것과도 일치한다. 결과적으로 수익자의 이익을 위한다면, 현재 노출되어 있는 토지신탁의 위험을 회피하여 위한 방편으로 재신탁제도의 운용이 필요하다고 본다.

(2) 재신탁의 요건

재신탁이 위탁자와의 신임관계에 위반될 수 있으므로 위탁자가 재신탁을 원하지 않을 경우 신탁행위로써 이를 금지하는 내용을 정할 수 있으나, 그렇지 아니하면 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 경우로서 수익자의 동의를 받아야만 재신탁을 설정할 수 있으므로 이를 위반하면 신탁위반에 해당하게 된다.

한편, 현행 신탁법 이전에는 실무상 신탁법 및 부동산등기법에 근거규정이 없다는 이유로 재신탁등기를 거부한 예가 있으나,¹⁵⁹⁾ 신탁법에 도입된 재신탁 제도를 부동산신탁사의 토지신탁이 가지는 구조적인 위험을 회피하기 위한 수단으로 활용할 수 있는지 검토하고자 한다.

(3) 재신탁제도의 한계

재신탁제도는 신탁재산을 수익자의 동의를 통해서 신탁을 설정할 수 있다. 이를 자본시장법상 투자회사에 적용 가능한지를 여러 가정을 통해 살펴보면 다음과 같다.

- ① 부동산신탁사가 투자회사를 설립하여 집합투자재산을 운용할 경우, 투자회사는 주식회사로 설립되기 때문에 신탁재산을 부동산신탁사가 수탁받은 후 이를 투자회사에 재신탁하는 것은 불가능한 구조이다. 그 이유는 투자회사가 신탁법 및 자본시장법상 신탁업무를 할 수 없기 때문이다.
- ② 투자회사가 재건축조합과 같은 민사신탁제도를 이용하여 투자자로부터 개발사업부지를 수탁 받아 이를 부동산신탁사에 재신탁하는 경우, 개발사업부

158) 재건축사업에서 재건축조합원들로부터 부동산을 수탁한 재건축조합이 신탁회사에 신탁부동산을 개발, 처분신탁을 하는 경우, 재건축조합의 채권자들에 의한 강제집행 또는 파산, 조합집행부의 배임 등으로 재건축사업이 중단되는 것을 미연에 방지할 수 있다.

159) 등기선례 6-465 (1994.4.3, 등기 3402-361 질의회답).

지를 소유한 위탁자가 투자회사에 신탁을 할 경우 동 재산은 신탁재산일 뿐 투자회사의 주주권에 상응하는 투자재산은 아니기 때문에 현행법상 용인되지 않을 것이다.

③ 투자회사의 납입자본금을 현물출자로 설립이 되고, 부동산신탁사에 신탁 할 경우를 상정한다면, 이는 투자회사가 부동산신탁사에 신탁하는 경우일 뿐 재신탁이라고 할 수 없다.

결과적으로 본 연구에서 제기한 문제로 판단할 경우 위(2)의 경우는 재신탁으로 인한 조세법상 부가가치세 평취 등으로 인한 신탁재산의 감소에 따른 문제 및 지방세법상 투자회사 설립 등기의 중과세 부분의 문제가 해소되지 않는다. 이는 신탁법 및 자본시장법상의 투자신탁제도의 효과와 같을 수밖에 없다고 본다. 또한 위(3)의 경우는 재신탁이 성립하지도 않을 뿐만 아니라 오히려 투자회사 설립 및 신탁공시에 따른 비용부담만 가중될 것이기 때문에 수익자에게 실익이 없다할 것이다.

반면에 위(3)의 투자회사 납입자본금에 해당하는 현물출자를 신탁재산의 총 체로 본다면, 주주권에 상응하는 투자재산의 여부는 별개로 하더라도 결국 신탁재산의 법인격 인정이 우선 확정되어야 할 것이다. 미국의 통일신탁법의 규정 끼에서처럼 신탁재산을 하나의 독립된 법인으로 투자회사로 인정되고 있으나, 우리나라에서는 신탁재산에 대한 법인격 부여는 아직 인정되지 아니 하지만, 세계적 추세에 따라 향후 이에 대한 연구가 필요한 부분이라 판단된다.

2. 자본시장법상 투자회사 모델

1) 투자회사의 의의

자본시장법 상 투자회사¹⁶⁰⁾가 유가증권을 매개로 신탁관계를 형성하는데 반해, 투자신탁은 계약과 현물 등 자산의 이전을 통해 법률관계를 형성한다. 두 법률관계는 수탁자로서의 의무가 발생하는 측면에서 동일하다. 이처럼 신탁 및 투자회사 제도는 위탁자가 재산의 소유권을 이전한 후 수탁자의 노력을 이용하여 수익을 향유하는 측면에서 동일한 경제적 효과를 갖지만, 투자회사 제도는 회사법 체계를 신탁관계에 도입한 것이다. 투자회사는 투자자들이 맡긴

160) 일명 ‘뮤추얼 펀드(Mutual Fund)’라 한다.

돈을 운용하여 수익을 돌려주는 간접투자상품이다.

간접투자상품인 뮤추얼펀드는 투자신탁회사의 수익증권이나 은행의 신탁상품과 그 토대는 같지만 여러 가지 점에서 기존의 간접투자 상품과는 성격이 다르다. 우선 투자자가 곧 뮤추얼펀드의 주주가 된다는 점이 가장 큰 특징이다. 투자신탁의 수익증권이나 은행신탁은 금융회사와 투자자가 신탁약관에 따라 계약을 맺고 돈을 맡기는 형태여서 ‘계약형’이라 부른다. 뮤추얼펀드는 각각의 펀드가 하나의 정관에 의해 주식을 발행하는 독립된 회사(예:증권투자회사)로 만들어지고, 투자자는 여기에 출자하는 방식이어서 ‘회사형’으로 분류한다. 증권투자회사는 명목상회사(Paper Company)지만 투자신탁의 펀드처럼 운용이 되고, 회사의 재산을 재산적 가치가 있는 투자대상재산에 투자하여 그 수익을 주주에게 배분하는 집합투자회사로서, 법적 형태는 상법상의 주식회사에 해당한다(자본시장법 제9조제18항제2호).

2) 투자회사의 설립

회사형 집합투자기구는 기본적으로 집합투자업자·신탁업자 및 주주(투자자), 일반사무관리회사, 투자회사 등이 당사자로 구성된다. 투자회사의 가장 특징적인 것은 명목회사로써 상근임원이나 직원을 둘 수 없으며, 본점 이외의 영업소를 설치할 수 없다. 또한 자산운용은 집합투자업자가 법인이사로 참여하며, 일반사무도 투자회사가 직접 수행하지 않고 일반사무관리회사에 위탁하여야 하며(자본시장법 제184조제6항), 투자회사의 자산을 보관하는 업무도 집합투자재산의 보관·관리하는 신탁업자에게 위탁해야 한다는 점이다(자본시장법 제184조제3항).

자본시장법 상 투자회사를 설립하는 절차는 다음과 같다.

첫째, 정관의 작성 및 출자의 이행이다. 상법상 회사의 설립이란 회사의 실체를 갖추어 회사라는 하나의 법인을 성립시키는 법률요건으로 정관작성과 주식인수를 의미한다.¹⁶¹⁾ 자본시장법도 투자회사를 설립하기 위해서는 발기인 전원이 정관을 작성하여 기명날인 또는 서명하여야 하며, 투자회사의 설립시에 발행하는 주식의 총수를 인수하여야 한다고 규정하고 있다. 여기서 주식의

161) 정찬형, 『상법강의(상)』, 2000, p.437.

인수는 상법 제293조에 따른 인수를 말한다. 즉 발기인에 의한 주식총수의 인수를 의미하므로 투자회사의 경우는 발기설립만을 협용한다는 뜻이다. 주식을 인수한 발기인은 지체없이 주식의 인수가액을 금전으로 납입하여야 한다. 다만 자본시장법 제24조의 임원 결격요건에 해당하는 자는 발기인이 될 수 없다는 점을 주의할 필요가 있다. 정관의 기재사항 중에는 최저 순재산에 관한 사항이 있으며, 이는 10억 원 이상이어야 한다. 또한 투자회사의 설립시 자본금은 주식발행가액의 총액으로 하며, 발행하는 주식은 상한과 하한을 두는 방법으로 정할 수 있다.

둘째, 설립경과의 이사회 보고이다. 발기인은 투자회사 설립 시에 발행하는 주식의 인수가액의 납입이 완료된 경우에는 지체없이 의결권 과반수의 찬성으로 이사를 선임하여야 하며, 선임된 이사는 투자회사의 설립에 관하여 법령이나 투자회사의 정관을 위반한 사항이 있는지를 조사하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 한다. 투자회사의 설립절차와 상법상 주식회사의 설립절차를 비교할 때 이사회에 대한 설립경과 조사보고가 있다는 점이 특이하다.

셋째, 상법상 설립등기이다. 회사설립절차의 최종요건으로 회사가 법정된 요건을 갖추어 실체 형성 절차를 완료한 경우에는 본점소재지에서 설립등기를 함으로써 회사가 성립하게 된다.¹⁶²⁾ 자본시장법은 투자회사의 발기인은 등기 사항을 발기인에 의하여 선임된 이사가 설립경과를 이사회에 보고한 날로부터 2주 이내에 일정한 서류¹⁶³⁾를 첨부하여 설립등기를 하도록 규정하고 있다.

넷째, 부동산투자회사 및 선박투자회사 설립제한이다. 투자회사의 발기인은 투자회사재산의 100분의 70을 초과하여 부동산에 투자하는 투자회사, 투자회사재산을 선박에 투자하는 투자회사를 설립하여서는 안 되며, 투자회사 설립 후에도 그 투자회사의 정관을 투자회사재산의 100분의 70을 초과하여 부동산에 투자하는 투자회사, 투자회사재산을 선박에 투자하는 투자회사에 해당하도록 변경하여서는 아니 된다(자본시장법 제194조제11항). 투자회사재산의 100분

162) 정찬형, 전계서, p.440.

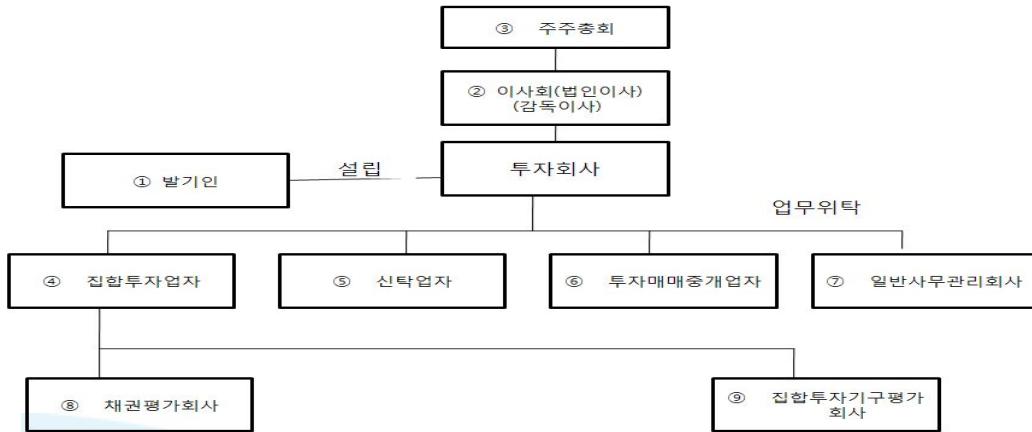
163) 자본시장법시행령 제228조(설립등기의 첨부서류) 법 제194조제10항 각호외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 서류”란 다음 각호의 서류를 말한다.

1. 정관 2. 주식의 인수(상법 제293조에 따른 인수를 말한다)를 증명하는 서면 3. 이사의 조사보고서 4. 이사의 취임승낙을 증명하는 서면 5. 명의개서사무의 위탁을 증명하는 서면 5. 주식대금의 납부를 맡은 은행, 그밖의 금융기관의 주식대금의 납부·보관에 관한 증명서

의 70을 초과하여 부동산에 투자하는 투자회사 등의 설립을 제한하는 이유는 투자결과의 불확실성에 의해 투자금의 원본손실 위험성이 크기 때문이라고 판단된다. 또한 부동산투자회사법과 선박투자회사법이 별도로 이를 규율하고 있다는 점을 감안한 것이다.

자본시장법상 투자회사의 구조는 <그림 9>과 같다.

<그림 9> 자본시장법상 투자회사의 구조



자본시장법상 투자회사 구조도 상의 역할은 다음과 같다. ① 발기인은 투자회사를 설립하는 주체이다. ② 이사회는 법인이사(집합투자업자) 1인과 감독이사 2인 이상으로 구성되며, 법인이사는 투자회사 주요 업무를 집행하고 감독이사는 법인이사의 업무집행을 감독한다. ③ 주주총회는 전체 주주로 구성되며, 정관 중 중요사항(보수 인상, 집합투자업자 변경 등)을 의결하고, 투자회사 합병, 환매연기에 관한 사항 등을 의결한다. ④ 집합투자업자는 투자회사의 법인이사로서 투자회사의 주요 업무를 집행하고, 투자회사의 위탁을 받아 투자회사재산을 운용하고 이를 평가한다. ⑤ 신탁업자는 투자회사재산의 운용에 따른 결재 등을 이행 및 보관 · 관리하며, 투자회사재산의 운용에 대한 감시를 한다. ⑥ 투자 매매 · 중개업자는 투자회사의 위탁을 받아 투자회사 주식의 판매 및 환매업무를 수행한다. ⑦ 일반사무관리회사는 투자회사의 위탁을 받아 투자회사 재산의 계산 및 일반사무업무를 처리한다. ⑧ 채권평가회사는 채권 등 집합투자재산이 보유한 재산에 대한 가격정보를 제공한다. ⑨ 집합투자기구평가회사는 집합투자업자로부터 집합투자재산에 대한 정보를 받아 집합

투자기구에 대한 평가정보를 투자자에게 제공한다.

3) 투자회사의 기관 등

(1) 이사회

상법상 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 이사의 직무집행을 감독할 권한을 갖는 이사 전원으로 구성되는 주식회사의 필요 상설기관이다.¹⁶⁴⁾ 여기서 이사는 이사회의 구성원으로서 투자회사의 기관이 아님에 주의 하여야 한다.¹⁶⁵⁾ 자본시장법도 투자회사의 필요상설기관으로서의 이사회를 두도록 하고 있으며 집합투자업자인 법인이사와 2인 이상의 감독이사로 구성된다. 각 이사는 회의일 3일 전까지 이사들에게 소집을 통지함으로써 이사회를 소집할 수 있으며, 이사회의 결의사항은 자본시장법과 정관에서 정한 사항은 제외한다. 여기서 소집통지일은 정관에서 단축할 수 있다. 이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석한 이사 과반수의 찬성으로 한다.

(2) 이사

자본시장법에서 이사 및 감독이사에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

첫째, 법인이사는 투자회사를 대표하고 업무를 수행하며, 집합투자업자 1인이 이를 담당한다고 규정하고 있다. 다만 ①집합투자업자 · 신탁업자 · 투자매매업자 · 투자중개업자 및 일반사무관리회사와의 업무위탁계약서(변경계약을 포함)의 체결 ②자산의 운용 또는 보관 등에 따르는 보수의 지급 ③금전의 분배 및 주식의 배당에 관한 사항 ④그밖에 투자회사의 운영상 중요하다고 인정되는 사항으로서 정관이 정하는 사항과 같이 주요사항에 대해서는 법인이사가 업무집행을 하기 전에 이사회 결의를 거치도록 의무화하고 있다. 또한 법인이사는 3개월에 1회 이상 업무집행상황 및 자산운용내용을 이사회에 보고하여야 한다. 법인이사는 직무수행 임직원을 선임한 경우 투자회사에 서면으로 통지하여야 하며, 투자회사에 통보된 자가 그 직무 범위에서 행한 행위는 법인이사의 행위로 간주한다.

둘째, 감독이사는 법인이사의 업무집행을 감독하고 투자회사의 업무 및 재산상황을 파악하는 등의 업무를 담당한다고 규정하고 있으며 2인 이상을 선임

164) 정찬형, 전개서, p.773.

165) 변제호 외, 전개서, p.607.

하도록 의무화하고 있다. 또한 감독이사는 업무수행을 위해 필요한 경우 법인이사와 그 투자회사재산을 보관·관리하는 신탁업자 · 그 투자회사의 주식을 판매하는 투자매매업자 · 투자중개업자 또는 그 투자회사로부터 업무를 위탁받은 일반사무관리회사에 대하여 그 투자회사와 관련되는 업무 및 재산상황에 관한 보고를 요구할 수 있으며, 회계감사인에 대하여는 회계감사에 관한 보고를 요구할 수 있다. 또한 이러한 요구를 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

셋째, 감독이사가 될 수 있는 요건에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 감독이사가 될 수 없는 자를 한정적으로 열거하고 있다는 점에 특징이 있다. 자본시장법에서 정하고 있는 감독이사의 결격요건은 ①자본시장법 상 임원 결격요건에 해당하는 자 ②발기인(최초 감독이사 선임시에 한함) ③투자회사의 대주주 및 특수관계인 ④법인이사의 특수관계인 또는 법인이사로부터 계속적으로 보수를 받는 자 ⑤판매회사의 특수관계인 ⑥그 투자회사의 이사가 다른 법인의 이사로 있는 경우 그 법인의 상근임직원 ⑦일반사무관리회사 · 집합투자기구평가회사 · 판매회사의 임직원 및 회계감사인(법인인 경우 소속공인회계사)과 같이 투자회사와 일정한 관계가 있거나 결격요건이 있는 경우이다.

(3) 주주총회

자본시장법에서 주주총회에 관한 규정은 다음과 같다.

첫째, 투자회사의 주주총회는 주주로 구성되며, 회사의 기본적 사항에 관하여 회사의 의사를 결정하는 필요상설기관이다.¹⁶⁶⁾ 이는 투자신탁의 수익자총회와 같은 성격으로 이해되며 자본시장법도 의결권 행사방법 등에 관한 투자신탁의 수익자총회 관련규정을 준용하고 있다.

둘째, 투자회사의 주주총회는 이사회가 소집한다. 이렇게 소집된 주주총회는 발행주식 총수의 과반수를 소유하는 주주의 출석으로 성립되며, 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식 총수의 4분의1 이상의 수로 결의한다. 다만, 상법 제434조의 결의가 적용되는 경우에는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2이상의 수와 발행주식 총수의 3분의 1이상의 수로써 하여야 한다.

166) 정찬형, 전계서, p.709.

(4) 투자회사의 해산

자본시장법에서 해산과 관련한 사항은 다음과 같다.

첫째, 투자회사의 해산은 법인격을 소멸시키는 원인이 되는 법률요건으로 투자회사가 해산하면 원칙적으로 청산절차가 개시된다. 다만 투자회사의 합병 또는 파산의 경우에는 청산을 필요로 하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다.

둘째, 해산사유로는 ①정관에서 정한 존속기간의 만료, 그 밖의 해산사유의 발생 ②주주총회의 해산 결의 ③투자회사의 폐흡수합병 ④투자회사의 파산 ⑤법원의 명령 또는 판결 ⑥투자회사 등록의 취소 중 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하는 경우 해산한다고 규정하고 있다.

셋째, 청산인은 해산일부터 30일 이내에 해산의 사유 및 연월일, 청산인 및 청산감독인의 성명 · 주민등록번호(청산인이 법인이사인 경우에는 상호 · 사업자등록번호)를 금융위원회에 보고하여야 한다.

(5) 투자회사의 청산

청산이란 투자회사가 해산한 후 그 재산적 권리관계를 정리하여 투자회사의 법인격을 소멸시키는 것을 의미하며, 투자회사의 청산과 관련한 규정은 다음과 같다.

첫째, 청산인이 청산회사의 업무집행기관이 된다. 또한 청산감독인은 청산인이 업무수행과 관련하여 법령이나 정관을 위반하거나, 투자회사에 대하여 현저하게 손해를 끼칠 우려가 있는 업무처리를 감독하는 업무를 담당한다.

둘째, 청산인은 취임 후 지체 없이 투자회사의 재산상황을 조사하여 청산인으로 취임한 날부터 15일 이내에 재산목록과 대차대조표를 작성하여 이를 청산인회에 제출하여 승인을 받아야 하며, 그 등본을 지체 없이 금융위원회에 제출하여야 한다. 그리고 청산인은 청산인회의 승인을 얻은 재산목록과 대차대조표를 청산종결 시까지 투자회사에 비치하여야 하며, 이를 집합투자업자 및 투자매매업자 · 투자중개업자에게 송부하여 그 영업소에 비치하도록 하여야 한다.

셋째, 청산감독인은 취임한 날부터 1개월 이내에 투자회사의 채권자에 대하여 일정 기간 이내에 그 채권을 신고할 것과 그 기간 이내에 신고하지 아니하여야 한다.

면 청산에서 제외된다는 뜻을 2회 이상 공고함으로써 최고하여야 한다. 이 경우 그 신고기간은 1개월 이상으로 하여야 한다. 또한 청산인은 자금차입 · 채무보증 또는 담보제공이 제한되는 투자회사의 경우 채권자에 대한 최고절차를 생략하려는 경우에는 그 뜻과 채무내용 · 채무이행방법 등 채무와 관련된 사항을 2회 이상 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 공고하고 이를 금융위원회에 지체없이 보고하는 경우에는 채권자에 대한 최고절차를 생략할 수 있다. 다만, ①장내파생상품 또는 장외파생상품의 매매에 따른 계약이행책임이 있는 경우 ②투자회사재산에 중대한 영향을 미칠 수 있는 소송이 계류 중인 경우 ③자본시장법 제83조제1항 단서에 따른 금전차입 등으로 인하여 잔존채무가 있는 경우에는 그 절차를 생략하여서는 아니 된다.

넷째, 청산인은 청산사무가 종결된 경우에는 지체없이 결산보고서를 작성하여 주주총회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 그 결산보고서를 공고하고, 이를 금융위원회 및 협회에 제출하여야 한다.

(6) 투자회사의 합병

투자회사는 그 투자회사와 법인이사가 같은 다른 투자회사를 흡수하는 방법으로 합병하는 경우가 아니면 다른 회사와 합병할 수 없다. 투자회사는 합병하고자 하는 경우에는 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다. 투자회사의 합병은 상법상 주식회사의 합병절차에 따르며, 다만 금융위원회(거래소) 보고 규정이 별도로 있음에 유의 하여야 한다.¹⁶⁷⁾

(7) 투자회사의 특례

자본시장법 상 투자회사에 대하여는 상장법인의 사업보고서, 반기 · 분기보고서, 주요사항보고서, 사업보고서 등의 공시제도 등은 투자회사에 대하여 적용하지 않는다. 또한 투자회사의 소수주주권과 관련하여 이사 · 감사 · 청산인 해임청구권(1만분의 50), 위법행위유지청구권(10만분의 50), 주주제안권(1천분의 10), 회계장부 열람권(1만분의 10), 업무재산상태 검사청구권 및 임시주주총회 소집청구권(1만분의 150)의 경우에는 금융투자업자의 소수주주권¹⁶⁸⁾에 비하여 강화된 요건을 요구하고 있다.

167) 변제호 외, 전계서, p.611.

168) 금융투자업자의 소수주주권에 대해서는 자본시장과금융투자업에관한법률 제29조 참조.

4) 투자신탁과 투자회사의 비교

부동산투자신탁제도는 개별신탁계정에 의한 펀드의 형태로써 자금이 조성되므로 투자자는 개별신탁의 약관에 의하여 발행된 수익증권을 매입한다. 반면 자본시장법상 투자회사(=회사형부동산투자신탁제도)는 회사의 재산을 재산적 가치가 있는 투자대상재산에 투자하여 그 수익을 주주에게 배분하는 집합투자회사로서, 법적 형태는 상법상의 주식회사에 해당한다(자본시장법 제9조제18항제2호). 또한 투자회사는 자본시장법에 특별한 규정이 없는 경우에는 상법 및 민법의 적용을 받는다(자본시장법 제181조).

계약형투자신탁과 자본시장법상 투자회사의 비교는 <표 13>과 같다.

<표 13> 투자신탁과 투자회사의 비교

구분	투자신탁(계약형)	투자회사(=뮤추얼펀드,회사형)
설립형태	신탁계약	펀드자체가 하나의 주식회사
법률관계	투자신탁약관	투자회사 정관
간접투자증권	수익증권	주식
간접투자자	수익자	주주
거래단위	좌	주
계약당사자	.위탁자(자산운용)→자산운용회사 .수탁자→수탁회사 .수익자→투자자	.자산운용→자산운용회사 .자산보관→자산보관회사 .사무관리→일반사무관리회사 .주주→투자자
특징	-신탁계약체결로 설정 -국내 펀드의 일반적 형태	-회사설립절차에 의해 설정 -미국 간접투자의 일반
간접투자증권의 거래에 있어서 투자신탁은 수익증권을, 투자회사는 주식을 매매하게 되지만, 투자자의 투자방법, 거래방법 등은 매우 유사하다.		

현재 시행되고 있는 계약형부동산투자신탁제도는 투자자와 신탁계약에 의해 수익증권의 발행으로 운영되고 있으며, 자본시장법상 투자회사(뮤추얼펀드)는 투자자의 투자금을 집합투자업자의 집합투자기구인 투자회사 주주권으로 운영되고 있다.

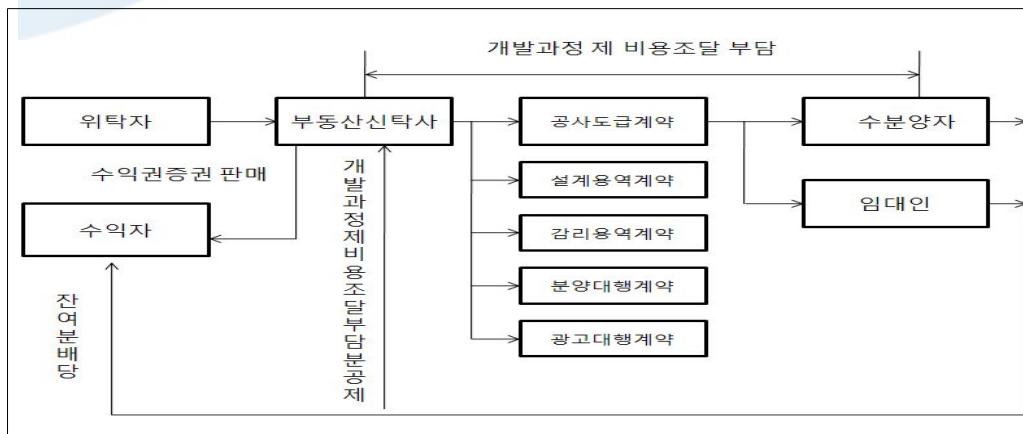
3. 자본시장법상 투자회사의 도입

1) 토지신탁의 신 모델 필요성

신탁법에서는 자본시장법 상의 투자회사의 적용을 배제하고 투자신탁개념을 도입함으로써, 부동산신탁사의 토지신탁이 가지고 있는 리스크에 관한 충분한 해결방안을 제시하지 못하고 있다. 따라서 실무상 토지신탁에 있어 제기되었던 문제를 해결하고자 자본시장법에서 규정하고 있는 바를 근거로 집합투자기구인 투자회사제도를 도입하고, 이에 활성화를 제약하는 일부 규정을 보완하면 투자신탁제도와 더불어 토지신탁의 구조적 위험을 완화할 수 있는 유용한 대안으로 자리매김을 할 것으로 기대된다.

현행 제도상의 토지신탁은 신탁재산의 독립성을 인정하면서도 개별 토지신탁 자체는 법인격을 부여받지 못하고 있기 때문에 토지신탁재산의 보전 및 부동산신탁사의 재무건전성에 위협요인으로 작용하고 있다. 그 동안의 연구에서는 신탁법의 사법적 체계 또는 법리 및 부동산신탁사의 자금조달에 있어 무한 책임성 등의 논의는 많이 있었지만 실무상의 새로운 시도는 미미했다고 볼 수 있다. 또한 세계적으로 신탁법의 표준화를 시도하고 있는 추세에서 보는 바와 같이 미국의 통일신탁법의 규정 레에서처럼 신탁재산을 하나의 독립된 법인으로 인정하고 있는 점과 연방세법상 신탁재산의 법인격 실체부여와 파트너쉽의 선택적 적용을 수용하고 있는 점, 일본의 시노미야(四宮)(1989)의 실질적 법주체성설이 현재의 학설상 유력설을 형성하고 있는 점을 감안하면, 자본시장법상의 투자회사에 대한 조세법 적용상의 한계를 극복할 수 있는 연구를 통해 적용성을 시도해 볼 필요가 있다고 판단한다. 현재 실무 상 취급되는 토지신탁의 기존 모델은 <그림 10> 과 같다.

<그림 10> 토지신탁의 기존 모델



기존 모델은 단위 토지신탁사업장을 모두 부동산신탁사의 조직 내에서 토지신탁재산으로 운용함으로써 회계처리상의 분별관리 업무만 차이가 있을 뿐 부동산신탁사의 입장에서 보면 하나의 사업에 불과하다. 이는 개별토지신탁사업장 모두가 부동산신탁사의 법인격 하에서 운용되기 때문에 그 동안 제기되었던 문제점을 해결할 방안으로는 미흡하였다.

2) 신 모델의 적용 논리

본 연구에서는 부동산신탁사의 구조적위험을 완화하는 방안으로 ‘유한책임형 투자신탁제도’의 유의성은 이미 검토하였다. 이에 더하여 자본시장법상의 집합투자기구인 투자회사의 유의성 여부를 판단하기 위하여 ‘투자회사의 납입자본금이 토지신탁 사업부지 등을 현물출자로 납입 및 설립되고, 부동산신탁사에 신탁할 경우’에 있어서 투자회사의 형태와 유사한 프로젝트금융투자회사(PFV)의 실정법상 특례를 적용한다면 토지신탁의 구조적 위험을 완화하는데 획기적인 제도로 정착할 수 있으리라 본다.

(1) 프로젝트금융투자회사의 의의

프로젝트금융투자회사¹⁶⁹⁾는 사무실 및 임직원이 없는 명목상회사로서 주식회사로 설립된다. 이는 사업성이 양호한 프로젝트를 사업화하고, 이를 관리할

169) 부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률시행령 제6조(특수목적법인의 등록 등)

- ① 법 제4조제3항에서 “대통령령으로 정하는 상근 임직원이 없는 특수목적법인”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다. <개정 2008.7.29, 2011.8.19>
1. 「부동산투자회사법」 제2조제1호나목 또는 다목에 따른 위탁관리부동산투자회사 또는 기업구조조정부동산투자회사
 2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제229조제2호에 따른 부동산집합투자기구 중 투자회사
 3. 「법인세법」 제51조의2제1항제9호에 따른 투자회사
- ② 법 제4조제3항에 따른 부동산개발을 위하여 설립한 상근 임직원이 없는 특수목적법인은 법 제4조제1항에 따라 부동산개발업의 등록을 하려면 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다. <개정 2008.7.29>
1. 자본금이 5억원 이상일 것
 2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자로서 전용면적이 33제곱미터 이상인 사무실 및 상근하는 부동산개발 전문인력 5명 이상을 확보한 자와 자산의 투자·운용 또는 자산의 관리·운용 및 처분에 관한 업무를 위탁하는 계약을 체결하였을 것
- 가. 제1항제1호에 해당하는 회사로부터 「부동산투자회사법」 제22조의2제1항에 따라 자산의 투자·운용업무를 위탁받은 자산관리회사
- 나. 제1항제2호에 해당하는 투자회사로부터 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제184조제2항에 따라 해당 투자회사재산의 운용업무를 하는 집합투자업자
- 다. 제1항제3호에 해당하는 투자회사로부터 「법인세법 시행령」 제86조의2제5항제2호에 따라 자산의 관리·운용 및 처분에 관한 업무를 위탁받은 자산관리회사

회사인 자산관리회사에게 위탁하여 업무를 수행하게 된다. 현행 법인세법 제51조의 2¹⁷⁰⁾에서 동 회사(부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률시행령 제6조 제1항 제2목)에 대해 소득공제 등을 통해 투자자에게 배당할 소득에 대한 2중 과세를 방지하여 이를 활성화하고 있다.

(2) 프로젝트금융투자회사의 설립요건

프로젝트금융투자회사는 법인세법 제51조의 2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제)에 의거 설립된 명목회사로서 영속기업으로 존재하지만, 동법 제9목에 따른 부동산개발사업의 한시적으로 설립된 회사로서 존립기간이 2년 이상인 사업은 동 법상의 세제혜택을 받을 수 있다. 한시적 · 명목상회사의 설립요건으로는 첫째, 회사의 자산을 설비투자, 사회간접자본 시설투자, 자원개발, 그밖에 상당한 기간과 자금이 소요되는 특정사업에 운용하고 그 수익을 주주에게 배분하는 회사일 것, 둘째, 본점 외의 영업소를 설치하지 아니하고 직원과 상근하는 임원을 두지 아니할 것, 셋째, 한시적으로 설립된 회사로서 존립기간이 2년 이상일 것, 넷째, 「상법」이나 그 밖의 법률의 규정에 따른 주식회사로서 발기설립의 방법으로 설립할 것으로 엄격 적용하고 있다.

(3) 프로젝트금융투자회사의 발기인 요건

법인세법시행령 제86조의2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제)에서 정한 발기인의 요건 중 금융기관으로는 첫째, 법인세법시행령 제61조 제2항 제1호부터 제13호까지 및 제24호의 어느 하나에 해당하는 금융회사 등, 둘째, 「국민연금법」에 의한 국민연금관리공단(「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제4조 제2호의 규정에 의한 방식으로 민간투자사업을 시행하는 투자회사의 경우에 한한다)이며, 금융기관은 반드시 100분의 5 이상의 자본금을 출자할 것(다수의 금융기관이 참여하는 경우에는 이를 합산한다)으로 금융기관의 참여를 의무화하고 있다. 이는 프로젝트금융투자회사가 추진하는 사업에 자금부족에 따른 유동성을 확보하기 위한 방안으로 판단된다.

(4) 프로젝트금융투자회사의 관리

170) 제51조의2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내국법인이 대통령령으로 정하는 배당가능이익의 100분의 90 이상을 배당한 경우 그 금액은 해당 사업연도의 소득금액에서 공제한다.

프로젝트금융투자회사를 관리할 회사인 자산관리회사의 설립 요건은 법인세법시행령¹⁷¹⁾에서 법정하고 있다. 아울러 프로젝트금융투자회사의 업무수탁회사는 반드시 자금관리업무를 자금관리사무수탁회사¹⁷²⁾에 위탁하여 자금관리의 투명성을 제고하였다. 프로젝트금융투자회사는 명목상 회사이므로 모든 업무를 외부에 위탁하도록 하였기 때문에 사업의 투명한 관리를 위해 명목회사설립신고서¹⁷³⁾를 법인설립등기일로부터 2개월 이내에 납세지 관할 세무서장에게 신고하도록 하고 있다. 사업의 투명한 관리를 위해 자산관리회사와 자금관리사무수탁회사가 동일인이 아닐 것을 법정하고 있다.

3) 토지신탁의 신 모델

본 연구는 자본시장법 및 부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률시행령 제6조(특수목적법인의 등록 등) 제1항 제2목의 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제229조제2호에 따른 부동산집합투자기구 중 투자회사'에 착안하여 부동산신탁사의 위탁자별 토지신탁재산을 투자회사(=개별 자(子)토지신탁회사¹⁷⁴⁾)에 현물출자 등을 하고, '신탁을 원인으로 한 신탁'으로 부동산신탁사 앞으로 신탁등기를 완료하고, 부동산신탁사는 법인이사로서 子(자)토지신탁회사의 업무를 수행하는 구조이다. 집합투자업자가 집합투자자의 신탁자금의 운용

171) 제86조의2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제) 제5항

⑤ 법 제51조의2제1항제9호아목에서 "대통령령으로 정하는 요건"이란 다음 각 호의 요건을 말한다.

1. 자본금이 50억원 이상일 것. 다만, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제4조제2호의 규정에 의한 방식으로 민간투자사업을 시행하는 투자회사의 경우에는 10억원 이상일 것
 2. 자산관리·운용 및 처분에 관한 업무를 다음 각목의 1에 해당하는 자(이하 이 조에서 "자산관리회사"라 한다)에게 위탁할 것
 - 가. 당해 회사에 출자한 법인
 - 나. 당해 회사에 출자한 자가 단독 또는 공동으로 설립한 법인
- 172) 제86조의2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제) 제5항 제3호
3. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업을 영위하는 금융회사 등(이하 이 조에서 "자금관리사무수탁회사"라 한다)에 자금관리업무를 위탁할 것
- 173) 제86조의2(유동화전문회사 등에 대한 소득공제) 제5항 제5호
5. 법인설립등기일부터 2월 이내에 다음 각목의 사항을 기재한 명목회사설립신고서에 기획재정부령이 정하는 서류를 첨부하여 납세지 관할세무서장에게 신고할 것
 - 가. 정관의 목적사업
 - 나. 이사 및 감사의 성명·주민등록번호
 - 다. 자산관리회사의 명칭
 - 라. 자금관리사무수탁회사의 명칭
 6. 자산관리회사와 자금관리사무수탁회사가 동일인이 아닐 것
- 174) 본 연구자가 가칭으로 사용한 명칭임을 밝혀 둔다.

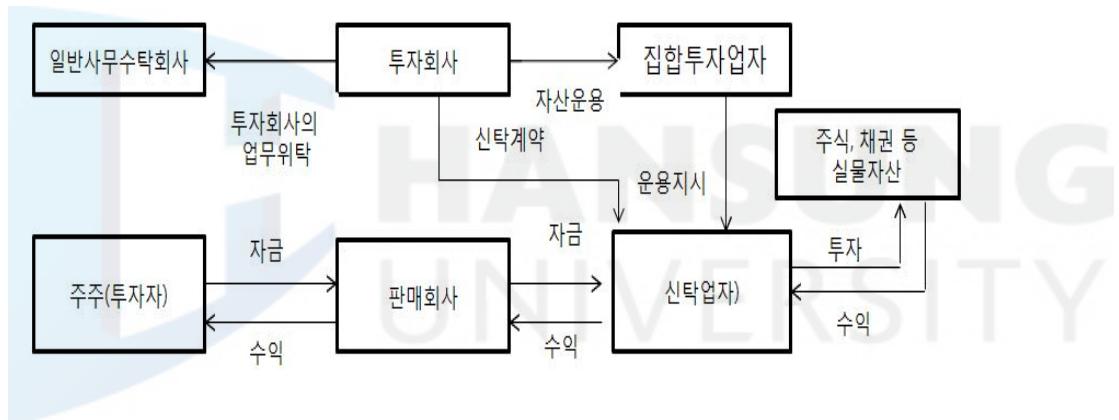
을 담당할 집합투자업자의 투자기구는 여러 가지가 있다.¹⁷⁵⁾ 투자신탁(계약형 투자신탁)설정이나 투자회사(뮤추얼펀드)가 설립된 경우에는 그 집합투자기구를 금융위원회에 등록요건 등을 갖추어 등록하도록 하고 있다.¹⁷⁶⁾ 투자회사의 설립은¹⁷⁷⁾ 일반 상법상의 주식회사 설립과 같이 정관을 작성하여 발기인의 서명 등 절차를 따른다.

부동산신탁사는 신탁업자로서 자본시장법 상 금융투자업자로서 금융위원회의 인가를 받아 운영되고 있다. 또한 금융투자업자의 모든 금융투자업 영역의 겸용을 허용하면서 일부 영역간의 방화벽(Fire Wall)에 의해 투자자의 이익을 보호하고자 하였다. 따라서 현행 각종 법규에서 명시된 투자자보호제도를 적극적으로 운용하여야 할 것이다.

(1) 신 모델의 업무흐름 모형

신 모델의 업무흐름을 중심으로 도식화하면 다음의 <그림 11> 과 같다.

<그림 11> 신 모델의 업무흐름도



신 모델의 토지신탁 업무흐름도를 절차적으로 보면 다음과 같다. ①토지신

175) 자본시장법 제183조(집합투자기구의 명칭) ①집합투자기구는 그 상호 또는 명칭 중에 제229조 각 호의 집합투자기구의 종류를 표시하는 문자(증권·부동산·특별자산·혼합자산 및 단기금융을 말한다)를 사용하여야 한다. ② 이 법에 따른 집합투자기구가 아닌 자는 "집합투자", "간접투자", "투자신탁", "투자회사", "투자유한회사", "투자합자회사", "사모투자전문회사", "투자조합", "투자익명조합", 그 밖에 이와 유사한 명칭을 사용하여서는 아니 된다. 다만, 집합투자업자 및 제6조제5항제1호에 규정된 것의 경우에는 이를 사용할 수 있다.

176) 자본시장법 제182조(집합투자기구의 등록) ① 투자신탁이나 투자익명조합의 집합투자업자 또는 투자회사·투자유한회사·투자합자회사 및 투자조합(이하 이 편에서 "투자회사등"이라 한다)은 집합투자기구가 설정·설립된 경우 그 집합투자기구를 금융위원회에 등록하여야 한다. ②이하 생략

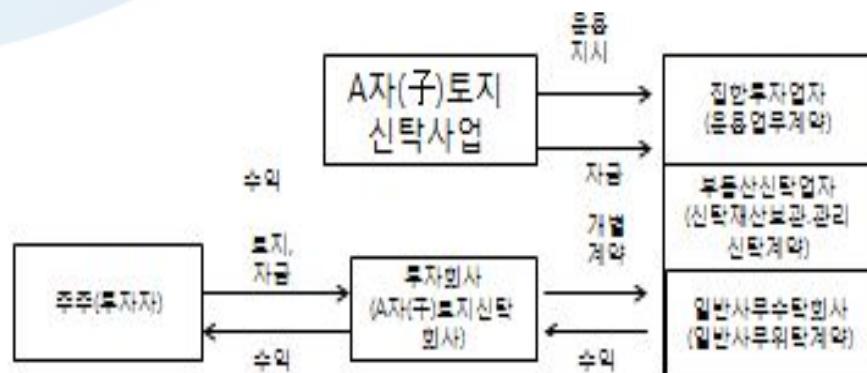
177) 자본시장법 제194조(투자회사의 설립 등).

탁을 원하는 투자자 즉, 개발사업부지를 소유하고 있는 개인 또는 법인은 부동산신탁사에 신탁을 하기 이전에 집합투자업자가 설정한 투자기구인 투자회사에 발기인으로 참여한다. ② 발기인으로 참여하는 방식은 개발사업부지의 현물출자 등에 의하며, 발기인이 전액 인수한다. ③ 투자회사가 설립되고 난 후 투자회사는 집합투자업자와 자산운용 등에 관한 업무위탁계약을 체결한다. ④ 투자회사는 신탁업자와 신탁계약을 체결하고 투자회사재산을 신탁재산으로 등기 등을 하여 공시방법을 갖추고, 토지신탁사무에서 발생하는 신탁재산을 보관·관리한다. ⑤ 투자회사는 일반사무수탁회사와 업무위탁계약을 체결하고, 투자회사재산의 계산 및 일반사무업무를 처리한다. ⑥ 집합투자업자는 투자회사의 업무위탁계약에 따라 토지신탁사무를 수행한다. ⑦ 신탁업자는 집합투자업자의 자금운용 등의 지시에 따라 신탁재산 등을 집행한다. ⑧ 채권평가회사는 집합투자업자와 업무위탁계약을 체결하고, 채권 등 집합투자재산이 보유한 재산에 대한 가격정보를 제공한다. ⑨ 집합투자기구평가회사는 집합투자업자와의 업무위탁계약을 체결하고, 집합투자업자로부터 집합투자재산에 대한 정보를 받아 집합투자기구에 대한 평가정보를 투자회사의 주주인 투자자에게 제공한다.

(2) 신 모델의 중간 모형

〈그림 10〉 신모델의 업무흐름도를 자본시장법상 부동산신탁사가 집합투자업자로서 일반사무수탁회사를 겸업할 수 있는 형태로 운용하는 경우에는 〈그림 12〉 와 같이 도식화할 수 있다.

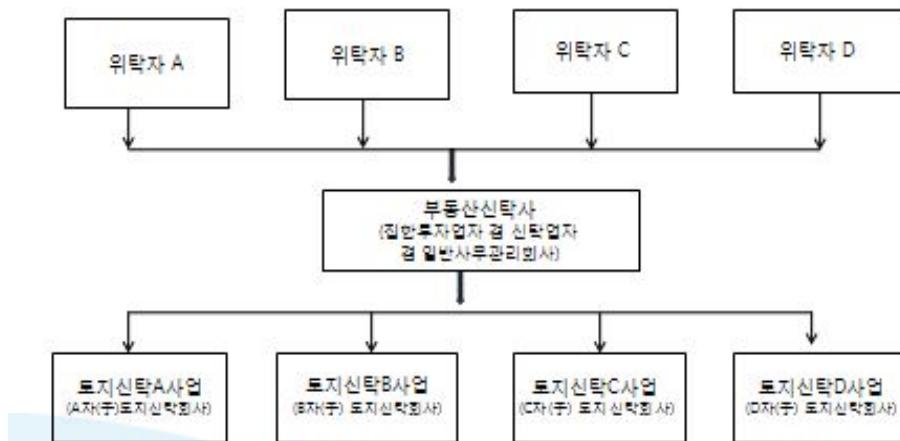
〈그림 12〉 신 모델의 중간 모형



(3) 신 모델의 최종 모형

〈그림 12〉 신 모델의 중간 모형은 결국 부동산신탁사는 토지신탁 개별사업장마다 개별 자(子)토지신탁회사를 설립하고 운용하는 방식이다. 이를 도입한 토지신탁 신 모델의 최종모형은 〈그림 13〉과 같다.

〈그림 13〉 신 모델의 최종 모형



4) 신 모델의 설립

자본시장법상의 투자회사를 신 모델로 제시하고, 신 모델의 투자재산을 신탁재산으로 하여 신탁업자인 부동산신탁사가 집합투자기구인 자(子)토지신탁회사를 설립할 경우 자본시장법상의 투자회사에 대한 규정의 내용 및 절차는 다음과 같다.

첫째, 자(子)토지신탁회사 설립시의 자본금은 주식 발행가액의 총액으로 한다.

둘째, 자(子)토지신탁회사의 최저 순자산액은 10억원을 초과하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 금액 이상으로 정하고 있다.

셋째, 자(子)토지신탁회사의 발기인은 자(子)토지신탁의 설립시에 발행하는 주식의 총수를 인수(「상법」 제293조에 따른 인수를 말한다)하여야 한다.

넷째, 주식을 인수한 발기인은 지체 없이 주식의 인수가액을 감정평가 등을 통해 적정가액으로 현물출자 할 수 있다.

다섯째, 발기인은 자(子)토지신탁회사 설립시에 발행하는 주식의 인수가액의

납입이 완료된 경우에는 지체 없이 의결권 과반수의 찬성으로 이사를 선임하여야 하며, 선임된 이사는 자(子)토지신탁회사의 설립에 관하여 법령이나 자(子)토지신탁회사의 정관을 위반한 사항이 있는지를 조사하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 하며, 이사는 조사결과 법령 또는 자(子)토지신탁회사의 정관을 위반한 사항을 발견한 경우에는 지체 없이 이를 발기인에게 보고하여야 한다.

여섯째, 자(子)토지신탁회사의 발기인은 보고를 종료한 날부터 2주 이내에 설립등기를 하여야 한다.

5) 신 모델의 주식¹⁷⁸⁾

자(子)토지신탁회사의 설립에 따른 주식은 다음과 같이 발행하여야 한다.

첫째, 자(子)토지신탁회사의 주식은 무액면 기명식으로 한다.

둘째, 자(子)토지신탁회사는 회사 성립일 또는 신주(신주)의 납입기일에 지체 없이 주식을 발행하여야 한다.

셋째, 자(子)토지신탁회사가 그 성립 후에 신주를 발행하는 경우 신주의 수, 발행가액 및 납입기일은 이사회가 결정한다. 다만, 정관에서 달리 정하고 있는 경우에는 그에 따른다.

넷째, 자(子)토지신탁회사는 단위 토지신탁사업만을 수행하기 위해 설립되므로 발기인 이외의 주주를 모집할 수 없다. 그러나 신탁사채 등의 방법 이외에 자금의 조달이 필요한 경우도 있을 수 있으므로 정관에서 달리 정하고 있는 경우에는 예외로 할 수 있다고 본다.

다섯째, 자(子)토지신탁회사는 그 성립 후에 신주를 발행하는 경우 같은 날에 발행하는 신주의 발행가액, 그 밖의 발행조건은 균등하게 정하여야 한다.

6) 신 모델의 이사 등¹⁷⁹⁾¹⁸⁰⁾

자본시장법에서 정하고 있는 자(子)토지신탁회사의 법인이사 및 감독이사에 대한 업무 등을 다음과 같다.

178) 자본시장법 제196조(투자회사의 주식).

179) 자본시장법 제197조(이사의 구분 등).

180) 자본시장법 제198조(법인이사).

첫째, 자(子)토지신탁회사의 이사는 집합투자업자인 이사(이하 “법인이사”라 함)와 감독이사로 구분하며, 자(子)토지신탁회사는 법인이사 1인과 감독이사 2인 이상을 선임하여야 한다. 여기에서 법인이사는 부동산신탁사가 되는 것이다.

둘째, 법인이사는 자(子)토지신탁회사를 대표하고 자(子)토지신탁회사의 업무를 집행한다.

셋째, 법인이사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무를 집행하고자 하는 경우에는 이사회 결의를 거쳐야 하며, 그 내용은 다음과 같다. ①집합투자업자 · 신탁업자 · 투자매매업자 · 투자중개업자 및 일반사무관리회사와의 업무위탁계약(변경계약을 포함한다)의 체결 ②자산의 운용 또는 보관 등에 따르는 보수의 지급 ③금전의 분배 및 주식의 배당에 관한 사항 ④그밖에 투자회사의 운영상 중요하다고 인정되는 사항으로서 정관이 정하는 사항 등이 있다.

넷째, 법인이사는 3개월마다 1회 이상 그 업무의 집행상황 및 자산의 운용 내용을 이사회에 보고하여야 한다.

다섯째, 법인이사는 법인이사의 직무를 정하여 그 직무를 수행할 자를 그 임직원 중에서 선임할 수 있다. 이 경우 집합투자업자인 부동산신탁사는 이를 자(子)토지신탁회사에 서면으로 통보하여야 하며, 자(子)토지신탁회사에 통보된 자가 그 직무 범위에서 행한 행위는 법인이사의 행위로 본다.

여섯째, 감독이사¹⁸¹⁾는 자격요건을 엄격히 정하고 있으며, 법인이사의 업무집행을 감독하며, 자(子)토지신탁회사의 업무 및 재산상황을 파악하기 위하여 필요한 경우에는 법인이사와 그 자(子)토지신탁회사 재산을 보관 · 관리하는 신탁업자, 그 투자회사의 주식을 판매하는 투자매매업자 · 투자중개업자 또는 그 자(子)토지신탁회사로부터 제184조제6항의 업무를 위탁받은 일반사무관리회사에 대하여 그 자(子)토지신탁회사와 관련되는 업무 및 재산상황에 관한 보고를 요구할 수 있다.

7) 신 모델의 이사회 등¹⁸²⁾¹⁸³⁾

상법상 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 이사의 직무집행을

181) 자본시장법 제199조(감독이사).

182) 자본시장법 제200조(이사회).

183) 자본시장법 제201조(주주총회).

감독할 권한을 갖는 이사 전원으로 구성되는 주식회사의 필요상설기관이다.¹⁸⁴⁾ 자(子)토지신탁회사의 이사는 이사회의 구성원으로서 자(子)토지신탁회사의 기관이 아님을 주의 하여야 한다. 그 이유는 법인이사의 업무집행을 감독이사가 감독할 뿐이기 때문이다.

첫째, 이사회는 각 이사가 소집하며, 이사는 이사회를 소집하고자 하는 경우에는 그 회의일 3일 전까지 각 이사에게 소집을 통지하여야 한다. 다만, 정관이 정하는 바에 따라 통지기간을 단축할 수 있다. 또한 이사회는 이 법과 정관이 정하는 사항에 대하여만 결의하며, 이사회는 이사가 결원된 경우 이사를 선임하기 위한 주주총회를 즉시 소집하여야 하고 이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석한 이사 과반수의 찬성으로 한다.

둘째, 자(子)토지신탁회사의 주주총회는 이사회가 소집하며, 주주총회는 발행주식총수의 과반수를 소유하는 주주의 출석으로 성립되며, 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상의 수로 결의한다. 다만, 「상법」 제434조의 결의가 적용되는 경우에는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

8) 신 모델의 운용 및 한계

(1) 신모델의 운용

금전신탁에서의 투자회사(이하‘뮤추얼펀드’라 함)는 가입한 후 만기 전 인출이 가능한지 여부에 따라 돈을 찾을 수 없는 폐쇄형과 입출금이 자유로운 개방형으로 나눠진다. 개방형은 투자자인 주주가 환매를 요청하면 뮤추얼펀드가 주식을 시장가치로 매입해주는 것을 말한다. 개방형 뮤추얼펀드는 주식소유자(투자자)가 중도에 주식을 언제든지 팔 수 있다. 주주가 원하면 뮤추얼펀드는 주식으로 다시 사줘야 한다. 가입과 탈퇴가 완전히 자유롭다고 할 수 있다. 반면 폐쇄형 뮤추얼펀드는 일정기간(통상 1년)동안 펀드를 탈퇴할 수 없다.

뮤추얼펀드는 1999년 우리나라에 새로 도입된 간접투자상품으로써 회사형 투자신탁이라고도 한다. 미국에서는 오픈 앤드형(open end type) 투자신탁을 통칭하는 말로 쓰인다. 기존 수익증권은 투자신탁회사가 발매하면 투자자가

184) 정찬형, 전계서, p.773.

가입하는 방식이지만 뮤추얼펀드는 투자자가 펀드에 출자를 해 주주가 되며, 펀드는 하나의 독립된 회사로 운영된다. 뮤추얼펀드가 법률상 독립된 회사이기 때문에 기존 수익증권에 비해 주주의 운영 참여가 자유롭고 개방적인 특징이 있으며 투명성도 높은 것으로 평가된다. 현재 우리나라에서는 폐쇄형만 허용되고 있다. 수익증권에서 돈을 찾으려면 중간에라도 일정 수수료만 부담하면 환불이 가능하지만 폐쇄형 뮤추얼펀드는 주주이기 때문에 만기 이전에 돈을 회수할 수 없다. 대신 거래소나 코스닥시장에 단일종목으로 거래되고 있어 여기서 회수하면 된다.

따라서 본 연구인 자(子)토지신탁회사의 주주권은 폐쇄형으로 운용되어져야 하며, 그 이유는 토지신탁은 토지상에 구축물을 건설하는 과정이기 때문에 중도에 주주권의 환매요청이 있을 경우 그때마다 구축물의 평가 및 배당가능성이익의 평가를 하여야 하는데 이는 불가능하기 때문이다. 다만 주주권의 환금성을 높이기 위해 자(子)토지신탁회사의 주식을 거래소나 코스닥시장에 상장 또는 등록하는 것은 추후 검토가 필요한 부분이라 판단된다.

부동산신탁사는 위탁자와 토지신탁계약이 체결되면, 위탁자로부터 최소자본금¹⁸⁵⁾을 납입 받아 자(子)토지신탁회사를 설립하고, 운용에 들어간다. 자(子)토지신탁회사의 경영, 즉 자산운용은 부동산신탁사에 위탁하게 되며, 위탁자 또는 수익자는 자(子)토지신탁회사의 주주로서 정기주주총회와 주주권 행사를 통해 자산운용이 적절하게 이뤄지고 있는지를 감시할 수 있다. 만기가 되면 자(子)토지신탁회사를 청산하거나 주주총회를 열어 회사 존속기간 연장을 결 의해 만기를 늘리게 된다. 부동산신탁사는 토지신탁을 수행한 다음 결산을 해서 남은 수익을 1주당 일정액의 배당금으로 지급한다.

(2) 신 모델의 한계

신 모델은 부동산신탁사가 개별 자(子)토지신탁회사의 법인이사의 지위에서 운용 및 관리를 하며, 그 결과를 개별 자(子)토지신탁회사의 주주에게 배당을 함으로써 그 기능을 다하게 된다. 자(子)토지신탁회사는 명목상회사(Paper Company)이기 때문에 관련 업무는 다음과 같이 처리하도록 법정¹⁸⁶⁾하고 있

185) 상법 제329조(자본금의 구성)에는 최소자본금의 규정이 없으며, 단지 1주의 최소금액은 100원 이상으로 하여야 한다고 규정하고 있으며, 1인 주주의 주식회사의 설립이 가능하다.

186) 자본시장법 제184조(집합투자기구의 업무수행 등).

으나, 신 모델에서는 현행법 규정의 일부 보완을 통해 다음과 같이 업무수행을 하면 될 것이다. 집합투자기구인 자(子)토지신탁회사를 운용하고자 할 경우 다음과 같은 한계점을 가지고 있으므로 제도보완이 필요하다고 판단된다.

첫째, 자(子)토지신탁회사의 최저 순자산액은 10억원을 초과하지 아니하는 범위내로 한정하고 있으나, 토지신탁의 총사업비 등을 감안하면 규정금액은 너무 소액이므로 금액의 한도를 정하는 것이 바람직하지 않다고 본다.

둘째, 자본시장법상 투자회사의 투자대상에 대한 투자금액의 한도를 정하여 제한하고 있으나, 자(子)토지신탁회사의 발기인은 자(子)토지신탁회사의 토지 개발을 목적으로 설립되므로 발기인이 납입하는 현물 또는 금전의 용도를 제한하지 아니하여야 한다.

셋째, 자(子)토지신탁의 집합투자재산에 속하는 지분증권의 의결권 행사는 그 자(子)토지신탁이 수행하여야 한다. 다만, 자(子)토지신탁은 그 자(子)토지신탁의 집합투자업자인 부동산신탁사에게 그 자(子)토지신탁의 집합투자재산에 속하는 지분증권의 의결권 행사를 위탁할 수 있을 것이다.

넷째, 집합투자업자는 투자자를 위하여 자신이 운용하는 집합투자재산을 보관·관리하는 신탁업자가 되어서는 아니 되며, 또한 신탁업자는 투자회사 등 회사형 집합투자기구, 그 집합투자재산을 운용하는 집합투자업자의 계역회사 이어서는 아니 된다¹⁸⁷⁾고 규정함으로써 신탁업자에게 집합투자업자 등의 집합투자재산 운용행위에 대한 감시의무를 소홀히 할 수 있다는 점을 감안한 것이다. 그러나 금융투자업자의 업역이 확대된 상황에서는 투자자보호를 위한 장치만 갖추어져 있다면 이를 제한할 이유는 없다고 본다. 오히려 이를 강조하여 타 신탁업자에게 집합투자재산의 보관·관리업무를 위탁하는 경우 지출 비용만 증가하게 되어 수익자의 이익을 감소시키는 결과를 초래할 것이다.

다섯째, 자(子)토지신탁회사는 다음의 업무 즉, ①자(子)토지신탁회사 주식의 발행 및 명의개서(명의개서), ②자(子)토지신탁회사 재산의 계산, ③법령 또는 정관에 의한 통지 및 공고, ④이사회 및 주주총회의 소집·개최·의사록 작성 등에 관한 업무, ⑤그 밖에 자(子)토지신탁회사의 사무를 처리하기 위하여 필요한 업무를 일반사무관리회사에 위탁, ⑥집합투자기구의 집합투자증권

187) 자본시장법 제246조.

을 판매하고자 하는 경우 투자매매업자와 판매계약을 체결하거나 투자중개업자와 위탁판매계약을 체결하여야 한다고 규정하고 있으나, 이는 부동산신탁사가 위탁자의 지위에서 전문적이고 체계적인 업무 시스템을 활용하여 수행함이 타당할 것이다.

여섯째, 자(子)토지신탁은 자기집합투자증권을 자기의 계산으로 자기가 발행한 집합투자증권을 취득하거나 질권의 목적으로 받지 못한다¹⁸⁸⁾고 규정함으로써 신탁법제34조(이익에 반하는 행위의 금지) 및 제36조(수탁자의 이익향수금지)와 맥을 같이하고 있다. 다만, 담보권의 실행 등 권리 행사에 필요한 경우 또는 자(子)토지신탁회사의 집합투자증권을 환매하는 경우 주식매수청구권에 따라 주식을 매수하는 경우에는 자기의 계산으로 자기가 발행한 집합투자증권을 취득할 수 있는 예외를 두고 있다. 그러나 사업수행의 중간 결과에 따라 여유자금의 활용방안으로 집합투자증권의 만기 전 상환옵션을 부여하는 방법으로 집합투자증권을 조시상환을 함으로써 이자비용의 부담을 줄일 수 있으므로 이를 제한할 필요는 없을 것으로 본다.

제 3 절 기타 개선방안

1. 투자자 보호방안

신탁재산을 보호하기 위한 신탁법 및 자본시장법의 제도적 정비는 충분하다고 판단된다. 다만, 이의 실행을 위한 실무상의 체계적인 연구를 통해 투자자의 보호가 필요할 것이다. 신탁법상의 수익증권발행신탁이나 유한책임신탁 및 신탁사채는 상법상의 회사편을 그대로 차용하고 있는 것으로 보인다. 따라서 신탁재산의 고유한 독립성을 인정하고 있으며, 이에 더하여 신탁법에서 재신탁의 도입과 자본시장법에서 집합투자기구의 형태를 상법상 회사 구조를 모두 허용하고 있기 때문에 신탁재산의 법인격 부여에 진일보한 것으로 보인다. 법제도상의 신탁재산 독립성 또는 법인격 부여 등은 신탁재산을 보호하고 투자자 간의 형평성 등 신탁사무의 공정한 처리를 위한 수탁자의 강한 의무를 요구하고 있다. 예컨대, 재신탁을 시행하기 위하여는 신탁사무의 자기수행의무의

188) 자본시장법 제186조(자기집합투자증권의 취득 제한 등).

충실과 수익증권 및 신탁사채 등 투자자 보호를 위한 관련 법규의 충실향 준수 등일 것이다.

1) 자기집행의무

신탁은 위탁자의 수탁자에 대한 개인적·주관적인 신뢰관계를 전제로 성립하는 것이기 때문에 수탁자는 그 신뢰를 바탕으로 신탁사무를 수탁자의 자신이 직접 처리하여야 하며, 함부로 타인에게 신탁사무를 위임하여서는 아니 된다. 수탁자에게 부과되어진 의무를 자기집행의무 또는 직접관리의무¹⁸⁹⁾라 한다. 신탁법에서는 ‘수탁자는 정당한 사유가 있으면 수익자의 동의를 받아 타인으로 하여금 자기를 갈음하여 신탁사무를 수행하게 할 수 있다(신탁법 제42조). 또한 수탁자는 그 선임·감독에 관하여만 책임을 지도록 하고, 수탁자를 갈음하여 신탁사무를 처리하는 자는 수탁자와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다. 재신탁의 구조에서는 재건축조합 등이 최초 수탁자이지만 이를 재신탁하는 경우에는 재건축조합 등이 위탁자인 동시에 수익자가 되는 것이다. 또는 자(子)토지신탁회사에 수탁자인 부동산신탁사가 법인이사로서 대표이사를 맡아 일관성 있는 업무집행 구조를 가지고 토지신탁사업을 수행하게 되기 때문에 자기집행의무 또는 직접관리의무의 위반이 될 소지는 없게 된다. 자기집행의무는 위탁자의 신뢰에 부응하여 수익자를 보호하기 위한 것으로 임의규정에 해당할 뿐만 아니라, 수익자의 동의를 구하거나 신탁행위로 달리 정하면 될 것이다. 그러나 최수정(2007)에 따르면 신탁행위에 의해 그러한 의무를 완전히 배제할 수 있는지 또는 수탁자의 의무를 전제하지 않은 신탁도 가능한지 등의 문제가 있다고 주장하며, 신탁법에서의 임의법규는 민법 일반의 임의법규와 동일하게 취급하기에는 어려울 것이다. 그 이유는 수탁자에 대한 신뢰를 근간으로 하는 신탁의 본질에 비추어 볼 때 이에 반하는 내용을 신탁행위로 정하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 민법상의 임의법규와는 달리 신탁의 성질에 따른 한계가 내재한다는 의미에서 신탁법의 임의법규는 ‘한정적인 의미에서 임의법규’라고 주장하고 있다. 이러한 반론에 순수한 민사신탁의 경우에는 충분한 이유가 될 수도 있겠으나 상사신탁의 경우에는 특별한 신임관계

189) 이근영, 「신탁수탁자의 신탁사무 위임」, 『법학논고』 제31집, 경북대학교 법학연구원, 2009, p.554. 영미법에서는 타인에게 위임시켜서는 안 된다는 의미에서 ‘duty not to delegate’라고 한다.

보다는 위탁자와 수익자가 수탁자와의 이해관계에 의해서 신탁사무가 수행되기 때문에 신탁사무의 동일성만 유지된다면 ‘한정적인 의미에서 임의법규’라는 이유로 배제되어야 할 이유는 없다고 본다. 최동식(2006)에서도 신탁의 기본법리로서의 신탁법은 가능한 임의규정으로 이해하는 것이 적당하겠지만, 영업에서 신탁을 이용하는 경우나 상사신탁에서는 반대로 특별법 기타 필요한 규제를 설정하는 것이 필요한 경우도 있다고 하여 예외성을 인정하고 있다. 특히 주요국가의 경향도 신탁사무의 제3자위임에 따르는 추세이며 이를 검토하기로 한다.

첫째, 미국에서는 1994년에 신중투자자의 원칙(Prudent Investor Rule)을 내용으로 하는 통일신중투자자법(Uniform Prudent Investor Act)이 채택되었고, 이것이 2000년에 채택된 통일신탁법전(Uniform Trust Code)의 제9편에 그대로 편입되었다. 그런데 이러한 신중투자자의 원칙의 도입은 동시에 자기집행의무에 대신하는 타인집행의무라고 불릴 정도로 그 개념이 점차 허용되고 있다고 평가되고 있다.¹⁹⁰⁾

둘째, 일본 개정 신탁법 제28조에서는 기본적으로 수탁자 스스로 신탁사무를 처리하는 것을 전제로 하면서 ‘신탁계약의 정함에 의하는 경우(제1호)’ 또는 ‘신탁목적에 비추어 상당한 경우(제2호)’에 관하여 타인에의 위탁을 허용하고 있다. 이외에도 ‘신탁행위에서 신탁사무처리의 위탁이 금지되어 있는 경우’에도, ‘신탁목적에 비추어 부득이한 사유가 있다고 인정되는 때’에는 타인에의 위탁을 허용하는 규정을 새롭게 규정하고 있다(제3호).

이처럼 주요국에서의 자기집행의무의 완화와 신탁사무위임의 허용이라는 흐름에 비추어 볼때, 우리나라의 신탁법 제42조(신탁사무의 위임) 및 제3조제5항(재신탁의 설정)은 재건축조합 등이 조합원으로부터 수탁받아 위탁자의 입장에서 부동산신탁사로 재신탁하는데 법적인 문제는 없다고 판단된다. 다만, 실무상 이를 어떻게 수행할 것인지는 절차상의 연구가 필요하다고 본다.

2) 수탁자의 투자자 보호의무

(1) 신탁법 상 투자자 보호 규정

190) 이근영, 전계논문, p.556.

신탁법에서는 토지신탁사업의 대규모 자금조달을 위한 수단으로 다음과 같은 내용을 도입하였다.

첫째, 수익자가 수탁자에게 신탁재산에 속한 재산의 한도와 그밖에 신탁재산에 기한 급부를 요구하는 청구권을 수익채권이라 칭하면서 신탁채권이 수익채권 보다 우선한다(개정 신탁법 제62조)고 정하고 있다.

둘째, 신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정할 수 있다(신탁법 제78조)라고 정하면서 이를 수익증권발행신탁이라 칭하고 있다. 이는 신탁채권자의 권리를 수익증권으로 증권화하여 불특정 다수의 투자를 유인하는 효과가 있을 것이다.

셋째, 수익증권발행신탁이면서 유한책임신탁인 경우 신탁행위로 수탁자가 신탁을 위하여 사채를 발행할 수 있도록 정할 수 있다(신탁법 제87조)고 규정하고 있다. 이는 신탁재산으로의 책임을 범위를 한정하면서 원활한 토지신탁 사업을 완성하기 위한 조치일 것이다. 이런 경우 불특정 다수인으로부터 투자금을 투자받아 부동산신탁사의 제3자에 대한 무한책임을 부담시키지 않으면서 토지신탁의 기능을 활성화코자 하는 의지일 것이다.

신탁법의 이러한 규정은 토지신탁으로 인한 신탁재산의 책임이 부동산신탁사에서 제3의 투자자에게로 이전된 경우이기 때문에 신탁재산을 관리하는 수탁자의 의무는 대단히 중요하며 엄격하게 관리·감독을 받아야 할 지위에 있다 하겠다. 따라서 신탁법에서 정한 수탁자의 의무를 검토해 본다.

① 선량한 관리자의 주의의무

수탁자는 자신의 재산을 관리하는 자가 아니고, 위탁자의 신뢰에 기하여 다른 사람의 재산을 관리 또는 처분 등을 하는 자로서, 특히 단순히 관리에 한정하지 않고 신탁목적을 신탁행위에 정함에 따라 실현하는 것을 그 직무로 하고, 그 직무에 필요한 권한을 받은 자이다. 이에 수탁자는 선량한 관리자의 주의로 신탁사무를 처리하여야 한다(신탁법 제32조)고 수탁자에게 엄격한 의무와 책임을 부과하고 있다.

여기에서 ‘선량한 관리자의 주의’란 민법 681조의 수임인에게 요구되는 주의의무와 동일하다고 볼 수 있으며, 물건 또는 사무를 관리하는 경우에 수탁자의 개인적, 구체적 능력차이를 고려하지 않고, 구체적 상황에서 수탁자가 종사

하는 직업과 사회적 지위에 부응하여 일반적으로 요구되는 주의를 말한다고 볼 수 있다. 그러나 부동산신탁사와 같이 영업으로 신탁을 인수하는 자에게는 보다 고도의 전문적인 주의능력을 전제로 하여 판단하게 될 것이다.

또한 수탁자의 신탁사무처리의 범위도 신탁재산의 관리 또는 처분에 한정하지 않고 운용행위·개발행위 및 그 밖의 신탁목적을 달성하기 위하여 필요한 행위뿐만 아니라 수익자의 서류열람권청구 또는 설명요구에 대한 행위 등 신탁사무를 수행할 때에도 선관주의로 하여야 할 것이다.

토지신탁계약의 수탁자는 우선적으로 위탁자의 지시에 따라 사무처리를 하여야 하나, 그 지시에 따라 신탁사업을 추진하는 것이 신탁의 취지에 적합하지 않거나, 경제성이 없는 것으로 판단되어 위탁자에게 불이익할 때에는 그러한 내용을 위탁자에게 알려주고 그 지시를 변경하도록 조언할 의무를 진다고 판시¹⁹¹⁾하고 있으며, 수탁자가 부동산신탁을 업으로 하는 전문가로서 보수를 지급받기로 한 경우 전문지식에 기초한 재량을 갖고 신탁사업을 수행하다가 당사자들이 예측하지 못한 경제상황의 변화로 신탁사업의 목적을 달성하지 못한 채 신탁계약이 중도에 종료되고, 이로 인하여 위탁자에게 막대한 신탁비용 체무를 부담하는 손실을 입게 된 사정이 인정된다면, 신탁비용의 지출 또는 부담에서 수탁자의 과실의 사정을 감안하여 수탁자의 비용상황청구권의 행사를 제한할 수 있다고 판시¹⁹²⁾한 예도 있다.

② 충실의무

신탁법에서 처음 도입된 규정으로 수탁자의 충실의무가 학설과 판례의 해석론으로 인정되었으나, 이를 명문화하여 ‘수탁자는 수익자를 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다(신탁법 제33조)’고 규정함으로써 일반적인 신탁사무의 전반에 충실의무규정이 적용될 수 있을 것이다. 충실의무는 수탁자가 위탁자 또는 수익자와의 사이에 이해가 대립되는 현상을 회피하여야 하는 ‘이익에 반하는 행위의 금지(신탁법 제34조)’ 규정과 ‘수탁자의 이익향수금지(신탁법 제36조)’ 공평의무(신탁법 제35조)와 더불어 기본적인 충실의무를 규정한 것이다.

수탁자의 충실의무는 수탁자가 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하여야 하

191) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557. ; 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다38294.

192) 대법원 2008. 3. 27 선고 2006다7532, 7549.

고 신탁재산의 이익을 최대한 도모하여야 할 의무로서, 구 신탁법 제31조의 ‘수탁자의 권리취득 제한’ 규정을 근거로 충실의무를 판시한 예가 있다.¹⁹³⁾

수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 생긴 경우 위탁자, 수익자 등은 수탁자에게 신탁재산의 원상회복을 청구할 수 있으며, 원상회복이 불가능할 경우에는 손해배상을 청구할 수도 있다. 또한 신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제3자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다(신탁법 제43조). 심지어는 수익자는 수탁자와 거래한 상대방이나 전득자에 대해서도 악의 중과실인 경우 그 법률행위를 취소(신탁법 제75조)할 수 있는 중요한 의무이다.

③ 공평의무

공평의무는 수탁자의 충실의무의 하나로써 일반적으로 적용되는 규정으로 신탁법에 처음 도입된 규정(신탁법 제35조)이다. 공평의무란 하나의 신탁에 수익증권발행신탁의 수익증권소지자나, 신탁사채의 사채권자처럼 복수의 수익자가 있는 경우 수탁자는 수익자들을 공평하게 대우하여야 한다는 것을 말한다. 공평의무의 적용대상자는 동종의 수익자뿐만 아니라, 이종(異種)의 수익자가 있는 신탁에서도 요구되고, 동일한 수탁자가 하나 이상의 신탁을 인수한 경우에도 특정 신탁에 유리하고 다른 신탁에 불리하지 않도록 신탁사무를 처리할 의무를 부과한 것이다.

첫째, 수익자 간의 공평의무는 수탁자는 수익권의 내용을 공평하게 정하여야 하고, 신탁사무를 수행하면서 어느 수익자에게만 유리하지 않도록 신탁재산을 관리·처분·운용·개발하는 등의 행위를 하여야 한다.

둘째, 신탁 간의 공평은 신탁 간에 거래하는 경우 수탁자는 공평한 거래조건으로 그 거래를 하여야 한다는 의미로써, 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 또는 그에 관한 권리를 다른 신탁의 신탁재산에 귀속시키는 행위를 금지하는 이해상반행위금지 규정에서와 같이 불이익을 받은 수익자는 이익을 받은 수익자에게 수령한 이익을 자신에게 이전할 것을 청구할 수 있는 권리가 있다. 이를 민법상의 부당이득반환청구권으로 보아야 한다. 다만 이득을 받은 수익자가 선의·무중과실인 경우에도 청구할 수 있는지는 견해가 대

193) 대법원 2005. 12. 22 선고 2003다55059.

립되고 있다.¹⁹⁴⁾

(2) 자본시장법 상 투자자 보호 규정

자본시장법에서 규정하고 있는 금융투자상품은 원본 손실가능성이 핵심개념 요소이다. 국가가 원리금 지급을 사실상 보증하는 국채라도 시장가치가 매번 변동하기 때문에 금융투자상품으로 분류된다. 그러나 원본손실이 시장가치의 변동에서만 발생하는 것은 아니다. 상품구조상 그 상품이 특정자산의 가격에 연계되어 있는 경우에는 그 자산가격 변동에 의해서도 금융투자상품의 가격변동이 발생할 수 있는 것이다. 전자의 시장위험은 유통성을 전제로 하는 것이지만 후자의 상품구조상 위험은 유통성을 반드시 필요로 하지 않는다. 따라서 유통성이 없으면서 발행자가 원금 또는 일정한 이익의 지급을 보장하는 것은 금융투자상품이라고 할 수 없다. 결국 토지신탁에 있어서 단일 토지신탁사업을 위해서 유한책임신탁으로 정해지고 수익증권을 발행하거나 신탁사채를 발행하는 경우 이를 매수하는 유가증권의 투자자는 자본시장법상의 금융투자상품의 전형적인 투자자라 볼 수 있다. 그 이유는 토지신탁의 결과물이 미래의 예상수익 또는 예상 신탁재산을 근거로 유가증권을 발행하지만 부동산시장의 경기흐름에 따라 예상신탁수익이나 예상 신탁재산은 항상 증감 변동할 수 있는 상품이기 때문이다. 이에 자본시장법에서 규정한 투자자를 보호하기 위한 영업행위 준칙을 개략 정리하면 〈표 14〉 와 같다.

194) 최동식, 전계서, pp.227~228.

〈표 14〉 투자자 보호를 위한 제도

영업행위 준칙	투자자 보호 내용
신의 성실 (법 제37조)	금융투자업자가 일반투자자에게 영업행위를 할 때에는 신의성실 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 해야 하며, 금융투자업자는 정당한 사유없이 투자자의 이익을 해하면서 자기가 이익을 얻거나 제3자가 이익을 얻도록 해서는 안됨
투자자 확인 (법 제46조제1항)	금융투자업자는 투자자가 일반투자자인지, 전문투자자인지를 확인해야 함
적합성 및 적정성의 원칙 (법 제46조)	<ul style="list-style-type: none"> - 적합성 원칙은 투자권유는 투자자의 투자목적, 재산상태, 투자경험 등에 적합하도록 해야 하며, 일반투자자로부터 서명 등의 방법으로 확인 받아 이를 유지 · 관리함 - 적정성의 원칙은 일반투자자에게 투자권유를 하지 않고 과생상품 등을 판매하는 경우 질문 등을 통해 투자자의 투자목적, 재산상태, 투자경험 등 의 정보를 파악해야 함
설명의무 (법 제47조, 제48조)	금융투자업자의 투자권유시 금융상품의 내용과 위험성 등에 대해 설명해야 하며, 이를 위반시 발생한 손해를 배상해야 함
부당권유금지 (법 제49조)	금융투자업자의 투자권유시 거짓의 내용을 알리거나, 투자자가 거부하는 취지의 의사표시를 하였음에도 계속해서 투자권유를 하는 행위는 아니 됨
약관보고의무 (법 제56조)	약관제정 · 변경시에는 금융위원회에 보고 및 공시를 의무화 함
광고제한 (법 제57조)	금융투자회사가 아닌 자의 투자광고금지 및 금융상품의 위험 등을 투자광고시 필수적 내용으로 규정함
이익보장금지 (법 제55조)	손실보전 · 이익보장의 금지

① 체계적인 투자권유 규제 도입

금융투자업자가 특정 투자자에게 금융상품 등 매매의 체결을 권유하는 방법, 절차 및 내용 등을 체계적 투자권유 규제를 도입하였으며 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 금융투자업자가 일반 투자자에게 금융투자상품의 투자를 권유하기 전에 면담 등을 통해 투자자의 투자목적, 재산상태, 투자경험 등 특성을 파악하여 서면으로 확인 받도록 하는 ‘고객파악의무(KYCR: Know-Your-Customer Rule)’를 도입하였다(자본시장법 제46조).

둘째, 금융투자업자가 일반 투자자에게 금융투자상품의 투자를 권유하는 경우 투자목적, 재산상태, 투자경험 등 특성에 적합하게 권유하도록 하는 ‘적합성의 원칙을 도입하였다(자본시장법 제46조).

셋째, 금융투자업자가 일반 투자자에게 금융투자상품의 투자를 권유하는 경우 상품의 내용, 투자구조, 투자위험, 수수료 등 비용 등에 대하여 일반 투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 하는 ‘설명의무’를 도입하였다(자본시장법 제47조).

넷째, 금융투자업자가 일반 투자자에게 투자권유하지 않고 고위험펀드 등을 판매하는 경우에도 면담, 질문 등을 통하여 그 일반 투자자에게 위험 등을 알리고, 일반 투자자로부터 서명, 기명날인, 녹취 등의 방법으로 확인을 받아야 하는 ‘적정성의 원칙’을 도입하였다.

다섯째, 금융투자업자 등이 설명의무를 이행하지 않거나, 중요사항을 허위로 설명하거나 누락함에 따라 투자자에게 손해가 발생한 경우 금융투자업자에게 손해배상책임을 부과도록 명시하여 투자자 보호의 수준을 강화하였다(자본시장법 제48조).

여섯째, 일반인이 이해하기 어려운 금융투자상품에 대해서는 투자자가 요청하기 전에는 실시간 대화의 방법으로 투자권유를 할 수 없도록 하여 투자자를 보호하고자 하였다. 또한 금융투자상품의 투자를 권유받은 투자자가 이를 거부하는 의사표시를 하였음에도 불구하고 투자권유하는 것을 금지하여 투자자가 존중되는 투자권유 관행의 정착과 건전한 영업질서의 확립을 기하였다(자본시장법 제49조).

② 투자광고 규제

금융투자업자의 업무 또는 금융투자상품에 대한 투자광고를 할 수 있는 자를 금융투자업자, 협회, 금융지주회사, 증권의 발행인, 매출인으로 제한하여 금융투자상품을 취급하지 아니하는 자의 무분별한 광고에 따른 투자자 피해를 방지하고자 하였다. 투자광고를 하는 경우 금융투자업자의 명칭, 금융투자상품의 내용 및 위험, 금융투자업자의 설명의무, 수수료 등 투자자의 비용 등을 반드시 표시하도록 하였으며, 광고에는 손실보전 또는 이익보장으로 오인하게 하는 표시를 하지 못하도록 하였다.

특히, 법령으로 정하는 사항 이외의 사항을 투자광고에 사용하지 못하도록 함으로써 부문별한 내용의 광고에 따른 투자자의 혼동을 예방하고자 하였다.

③ 이해상충 방지체계 도입

자본시장법에 따라 금융투자업과 투자상품의 범위가 대폭 확대됨에 따라 금융투자업자가 투자자의 이익을 희생하여 자신이나 제3의 투자자의 이익을 추구하는 이해상충행위가 발생할 가능성이 높아졌다. 이에 따라 법령에서는 이해상충행위를 구체적으로 명시하여 금지토록 하였다. 또한 상시적으로 이해상충이 발생할 가능성을 파악·평가하고 내부통제기준에 따라 적절히 관리하도록 내부 관리시스템을 마련토록 하였다. 더 나아가 이해상충 가능성이 큰 금융업자간에는 정보교류차단장치(Chinese wall)¹⁹⁵⁾를 의무화 하도록 하였다.

3) 소 결

선관의무는 수탁자가 구체적인 행위를 함에 있어서 필요한 주의의무의 정도에 관한 것인 반면, 충실의무는 수탁자가 수익자를 위해 행위하여야 한다는 의미이다. 한편 자본시장법 제102조 제2항은 신탁업자는 수익자의 이익을 보호하기 위하여 해당업무를 충실히 수행하여야 한다고 규정함으로써 신탁법의 선관의무와 충실의무를 규정한 것이 아니라, 수탁자의 일반적인 충실의무를 규정한 것이라고 판단된다. 또한 수탁자의 충실의무를 부담하는 대상이 신탁재산인지, 수익자인지, 위탁자인지가 문제되는데 신탁재산 자체에 대하여 권리능력을 인정할 수 없고 위탁자는 신탁이 설정된 후에는 사실상 신탁의 당사자라고 보기 어려우므로, 수익자에 대하여 부담하는 의무라고 보는 것이 타당할 것이다. 여기에서 수익자라 함은 수익자가 수탁자에 대해서 가지는 수익채권자 뿐만 아니라 신탁사업의 수행 과정에서 발생하는 신탁채권자, 즉 신탁사업의 자금조달처로서의 수익증권 및 신탁사채에 투자한 투자자를 보호하기 위

195) Chinese wall로 알려져 있는 정보교류 차단장치를 법률로서 획일적으로 의무화한 나라는 찾아보기 어렵다. 외국의 대형투자은행의 경우 이해상충이 발생하여 투자자의 신의를 잃을 경우에는 업계에서 생존자체가 어려울 것이라는 판단하에 스스로 엄격한 Chinese wall을 구축하여 운영하고 있다. 반면 우리나라의 경우에는 업계 스스로의 이해상충 방지노력이 미흡한 상황에서 자본시장법에 따라 업무영역이 확대될 경우 이해상충 문제가 더욱 심화될 수 있다는 판단하에 법제화한 것으로서 불가피성은 있지만, 업계 스스로의 관행이 개선될 경우에는 종국적으로 법률상 의무가 아니라 개별 회사별로 자율적으로 운용하는 제도로 전환할 필요가 있다.

한 규정이다. 따라서 신탁법은 신탁관계에서의 수익자를, 자본시장법에서는 금융투자업자의 금융투자상품에 투자하는 투자자를 중심으로 규정하고 있다.

2. 부동산신탁사의 전문인력규정 도입

1) 전문인력의 법률적 근거 마련

전업회사의 각 설립법¹⁹⁶⁾에서 각종 전문인력에 관한 규정을 두고 있는 반면, 타인의 재산을 관리·처분·운용·개발을 목적으로 하는 부동산신탁사는 아직 관련 규정이 없다. 이는 신탁업자를 단순히 금융기관으로 취급하는데 따른 것으로 보이며, 각 회사 설립법에서 정하고 있는 전문인력에 관한 용어 현황은 <표 15>과 같다.

<표 15> 각 회사설립법의 전문인력 용어 현황

법률명	전업회사명	용어
부동산투자회사법	자기관리부동산투자회사	자산운용전문인력
	부동산투자자문회사	자산운용전문인력
	자산관리회사	자산운용전문인력
기업구조조정투자회사법	자산관리회사	운용전문인력
자본시장법	자산운용회사	운용전문인력
	수탁회사	전문인력
	자산보관회사	전문인력
	일반사무관리회사	회계처리전문인력
	투자자문회사	투자자문전문인력
증권투자회사법	자산운용회사	운용전문인력
	일반사무수탁회사	전문인력
자산유동화에 관한 법률	자산관리회사	전문인력
산업발전법	기업구조조정전문회사	기업구조조정전문인력
종합금융회사에 관한 법률	종합금융회사	전문인력
선박투자회사법	선박운용회사	선박운용전문인력 금융전문인력
자본시장법 ¹⁹⁷⁾	투자자문업	투자권유자문인력
	투자일임업	투자운용인력

196) 연구자저: 설립법에서 정한 업무만을 위하여 설립된 회사로서 타 영업을 금지하고 있는 회사를 말한다.

197) 자본시장과금융투자업에관한법률 제18조.

2) 전문인력의 운용방안

부동산신탁사의 토지신탁은 부동산의 개발이 목적이므로 당연히 부동산개발업의 등록¹⁹⁸⁾이 필수이다. 건축물의 연면적(「건축법」 제84조에 따른 연면적을 말한다)이 2천제곱미터 또는 연간 5천제곱미터 이상이거나 토지의 면적이 3천제곱미터 또는 연간 1만제곱미터 이상으로서 일정규모 이상의 부동산개발을 업으로 영위하려는 자는 국토해양부장관에게 등록을 하여야 한다고 명시하고 있다. 또한 부동산개발업자는 등록시 전문인력¹⁹⁹⁾ 요건을 충족하여야 한다. 만일 전문인력의 부족 등으로 위탁자 또는 수익자의 토지신탁재산의 손실이 초래된다면, 소송 등 각종 분쟁과 갈등에 휘말릴 수 있다. 따라서 부동산신탁사 역시 부동산개발업자이면서 토지신탁재산의 운용·관리 및 처분권자로서 부동산개발업 이외에 금융투자업의 전문인력 등을 감안하여 전문인력 규정의 제도보완이 필요하다고 본다.

3) 전문인력의 적용범위 확대

전문인력의 필요성에서 살펴보았듯이 전문인력은 부동산개발에 있어 전 과정이 전문적이기 때문에 반드시 필요하다. 그러나 자본시장법에서는 전문인력에 관한 규정이 없다. 특히 부동산신탁사의 경우에는 각 설립법에서 정하는 정도의 전문인력 규정이 필요하다. 또한 부동산신탁사의 임원이 될 수 없는 자에 관한 규정²⁰⁰⁾은 형법상의 비위자에 대한 금지규정만 있다. 이에 CEO 리스크에 대한 사례들을 앞에서 살펴보았듯이, 현 CEO의 경영성과가 만족스럽지 못할 때 내부의 사외이사 또는 외부의 투자가들이 CEO 교체를 주도할 수

198) 부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률 제4조(부동산개발업의 등록 등).

199) 제5조(부동산개발 전문인력의 범위와 교육 등)

① 제4조제2항제2호에 따른 부동산개발 전문인력이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 대통령령으로 정하는 자격을 갖춘 자를 말한다. <개정 2011.5.19>

1. 변호사·법무사·공인회계사·세무사·감정평가사·공인중개사·건축사

2. 부동산 관련 분야의 학사학위 이상의 소지자로서 부동산의 취득·처분·관리·개발 또는 자문 관련 업무에 종사한 자

3. 「건설기술관리법」 제2조제8호에 따른 건설기술자

4. 그 밖에 부동산개발에 필요한 전문성이 있다고 인정되는 자로서 대통령령으로 정하는 자

② 제1항에 따른 부동산개발 전문인력은 부동산개발에 필요한 사전교육을 받아야 한다. 이 경우 교육 기관, 교육과정, 사전교육의 면제대상, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

200) 자본시장과금융투자업에관한법률 제24조.

있어야 한다. 반면 무난한 경영성과를 기록하고 있을 때는 장기 재임에 따른 폐해가 나타나지 않도록 CEO 승계 시스템을 갖출 필요가 있다고 본다. CEO의 연임 한도를 정하고 그 마지막 임기 초반부터 잠재 후보군을 발굴하고 평가하고 최종 결정하는 절차를 투명하게 진행하는 것이 바람직하다. 국제은행감독기구인 바젤은행감독위원회(BSBC)는 ‘은행 지배구조 개선안’을 발표하면서, 이사회가 은행의 영업전략, 리스크 관리, 지배구조 등에 대한 궁극적인 책임을 져야 한다는 원칙을 제시했다. 이처럼 부동산신탁에 대한 이해와 토지신탁의 전문성에 충실한 경험과 지식을 갖춘 전문가로서의 최종결정권자인 CEO의 자격 및 기타 모든 임·직원의 전문인력 기준을 법제화 할 필요가 있다.

제 4 절 제도도입의 효과 및 한계

1. 리스크 개선방안의 효과

본 연구에서 토지신탁의 구조적위험을 완화할 수 있는 대안으로 제시한 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’와 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子) 토지신탁회사’의 유효성을 정리하면 다음 〈표 16〉 와 같다.

〈표 16〉 연구의 유효성 비교

항목	유한책임형 부동산투자신탁제도	자(子) 토지신탁회사제도
지방세 중과세 적용 201)	문제점 해소	매 투자회사마다 발생
부가가치세 편취	문제점 해소 불가	문제점 해소
사업비조달 무한책임	문제점 해소	문제점 해소
사업비조달 무한책임	문제점 해소	문제점 해소
매도담보책임	문제점 해소	문제점 해소
임차보증금 반환책임	문제점 해소	문제점 해소
제3채권자의 무한책임부담	문제점 해소	문제점 해소
전문인력제도 미도입책임	부동산신탁사 자체적인 문제	부동산신탁사 자체적인 문제

이상과 같이 두 제도 모두 토지신탁의 구조적위험을 완화하는 방안으로 상당한 유효성을 가지고 있는 것으로 나타나고 있는 바, 신탁법 상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’는 즉시 적용이 가능할 것으로 판단되며, 자본시장법상의 투자회사인 자(子)토지신탁회사제도는 관련법을 일부 개정 할 경우 유효한 토지신탁제도로써 정착하게 될 것이다.

2. 조세법 적용의 한계

1) 부가가치세법

본 연구에서 제시한 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’를 도입한다 하여도 부동산신탁사와 신탁재산 간에 조세법의 실질과세원칙이 단절되지 않는 이상 토지신탁에서 제기한 조세법상의 구조적 위험은 회피할 방안이 없어 보인다. 조세법의 적용상 문제와 운영상의 문제로 나누어 볼 때, 조세법의 적용상 대원칙인 ‘실질과세원칙’의 예외적용을 검토할 필요가 있다. 그 이유는 경제적 실질을 원칙으로 하는 조세법에 있어, 토지신탁의 수익자가 변함이 없는 이상 부동산신탁사가 ‘유한책임형 부동산투자신탁’의 수탁자가 된다 하여도 조세법의 적용상 경제적 실질의 주체에는 변동이 없기 때문에, 본 연구에서 제기된 문제의 해소는 안 될 것이다. 그렇다면, 법적 실질과 그 외관의 불일치가 있는 경우, 그 해석과 적용에 관한 문제에서부터 출발하는 것인가 아니면 법적 형식과 경제적 실질이 괴리된 상황에서 어느 정도 실질을 중시하여 법률을 해석·적용할 것인가의 문제를 그 대상으로 하는 것인가를 구별하는 데 있다고 할 수 있다. 따라서 실질과세 원칙의 예외적용은 경제적 실질 또는 법적 실질의 실질을 파악하기가 어려우므로 조세행정의 편의상 불가피하게 예외적으로 법 형식에 따라 과세물건의 귀속자나 과세표준의 계산내용을 정하도록 하는 경우가 있다.

따라서 ‘유한책임형 부동산투자신탁’의 적용에 있어 조세법 적용상 위탁자와 부동산신탁사 간의 실질과세원칙의 단절이 필요하다. 그 이유는 부가가치세의 신고·납부는 거래과정상 발생한 매입·매출세액의 거래징수와 관련된 것에

201) 조세특례제한법 제119조 및 동법 제120조에서 중과세 제외적용을 규정하고 있으나, 이는 2012. 12. 31까지 등기 또는 취득하는 부동산에 한정하는 한시법으로 규정되어 있으며, 이를 지방세특례제한법이 아니라 지방세법의 규정화가 필요하다.

불과하므로 부가가치세법 상의 명의자 과세를 적용하여 납세의무자를 부동산신탁사로 한정하는 예외적용을 두어야만 부가가치세 환금금의 위탁자 등에 의한 편취문제는 발생하지 않기 때문이다.

2) 지방세법

‘자본시장법상 투자회사’ 즉 자(子)토지신탁회사제도를 도입할 경우 지방세법 상 대도시에서 법인의 설립에 따른 부동산등기와 그 설립 이후 5년 이내의 부동산등기에 대하여 중과세 하는 경우이다.

토지신탁을 수탁하는 경우 최종의 등기권리자는 자(子)토지신탁회사이기 때문에 대법원의 판례에 따라 부동산신탁사가 설립 후 5년 이내에 토지신탁을 수주하는 경우 부동산등기에 따른 중과세 대상에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 최종 등기권리자를 기준으로 하기 때문에, 매 건의 토지신탁수주시마다 자(子)토지신탁회사가 신설법인으로서의 중과세 등의 문제가 발생할 수 있으므로 프로젝트금융투자회사와 같이 명목상회사로서 동일하게 적용될 수 있도록 관련법의 개정이 필요하다고 판단된다. 또한 법인설립등기의 경우에도 중과세의 적용을 피할 수 없게 된다.

3. 투자회사 도입의 한계

토지신탁의 구조적 위험을 완화하는 방안으로써 현행 제도의 범위 내에서 부동산신탁제도에 활용코자 하였다. 시노미야(四宮)(1989)의 실질적 법주체성 설은 통설인 채권설에 대하여 가장 철저하고 체계적인 비판을 시도한 학설이고, 현재의 학설상 유력설을 형성하고 있다. 또한 실무적으로도 높은 지지를 받고 있다. 본래 영·미법에서 기원하는 신탁제도를 이해하는데 있어서 대륙법적 구조를 원용한다는 것 자체가 문제 있는 것으로 보고, “신탁재산은 결국, 실질적으로 그 자체가 독립된 주체로 되지 않을 수 없다.”고 주장한다.

또한 미국의 제2차 신탁법(1959년) Restatement 제271A조에서 ‘신탁재산에 대한 법주체성을 인정’하는 규정의 추세 및 수탁자를 법인인 신탁재산의 대표자로 구성하는 ‘통일신탁법(2005년)(Uniform Trust Act)’의 규정 등은 펀드가 투자회사의 정관에 따라 주주권의 판매대금을 주로 Mutual Fund(투자회사)에

운용됨을 알 수 있다. 본 연구는 자본시장법에서 법정되어 있고, 취급되고 있는 제도로써 투자회사의 적용 가능성을 검토하고, 이를 통해 토지신탁의 구조적위험의 완화방안으로 제시하고자 하였으나, 다음과 같은 한계점을 가진다.

1) 자본시장법(법제6조제5항)의 집합투자 정의 중 ‘2인 이상에게 투자권유를 하여 모은 금전 등 또는 국가재정법 제81조에 따른 여유자금을 투자자 또는 기금관리주체로부터 일상적인 운용지시를 받지 아니하면서 재산적 가치가 있는 투자대산자산을 취득·처분·그 밖의 방법으로 운용하고 그 결과를 투자자 또는 각 기금관리주체에게 배분하여 귀속시키는 것’으로 규정함으로써 현행 사모단독펀드를 집합투자기구에서 명시적으로 배제하고 있으나, 사모단독펀드는 소규모펀드의 양산, 수탁고과대포장, 회계처리의 투명성 저하 등의 문제점을 유발하고 있으므로 이를 집합투자기구에서 배제하고 투자일임업 등으로 유도할 필요성에 따라 ‘2인 이상의 투자권유’로 제한하고 있다. 그러나 법제정 당시 금융기관 등 기관투자자를 중심으로 사모단독펀드에 대한 시장수요가 여전하고 이를 일시에 폐지할 경우 규제를 우회한 편법적 펀드가 양산될 가능성이 우려되므로 단독사모펀드를 집합기구에서 배제하는 데는 원칙적으로 찬성하나, 다만 자산운용시장 및 산업의 제반여건도 함께 고려할 필요가 있는 만큼 이를 종합적으로 고려하여 신중한 판단이 필요하다는 많은 의견들도 있었다.²⁰²⁾ 이에 신탁업자가 수탁하는 토지신탁의 경우에도 점차 종합재산신탁으로 변화하는 과정에서 개발대상 토지 및 일정한 현금까지도 수탁할 수 있는 현행 법제하에서 부동산신탁사가 토지주로부터 토지를 토지신탁으로 수탁할 경우에는 1인 소유토지 또는 다수인의 토지일 수 있으므로 ‘1인 이상’으로 집합투자의 예외를 인정하여야 할 것이다.

2) 자본시장법(시행령 제47조제1항제6호)에서 신탁업을 ①신탁재산의 운용·보관·관리업무 ②집합투자재산 보관·관리업무 ③신탁계약과 집합투자재산 보관·관리계약의 체결 및 해지업무의 세가지로 정의하고 있으며, 부동산신탁 중 토지신탁재산의 경우에는 신탁업자가 운용까지도 수행할 수 있으나, 금전신탁을 중심으로 하는 집합투자재산을 수탁하는 경우에는 적극적인 운용은 집합투자업자가 수행하고 집합투자재산을 보관·관리만 한다는 점에서 부동산

202) 금융감독위원회, 「정례브리핑」, 2006. 9. 26.

신탁과 금전신탁의 현실적 차이가 있다. 이러한 규정은 자본시장법에서 금융투자상품을 포함하지 않는 것은 신탁업이 유일하다. 신탁업의 경우 신탁을 영업으로 한다고 정의함으로써 사실상 금융투자상품과 직접적인 관련성을 갖지 않는 방식으로 정의되어 있다. 이처럼 자본시장법상에서 신탁업이 다른 금융투자업과 다르게 이질적인 방식으로 정의되어 있는 것은 신탁업의 특성상 위탁자와 수탁자간의 신탁계약에 의해 다양하게 구현될 수 있을 뿐만 아니라 신탁업의 영역이 아닌 일반적인 민사신탁도 존재하고 있다는 점을 감안한 것으로 판단된다. 그러나 자본시장법의 금융투자업을 경제적 실질에 따라 재편된 것은 금융투자상품의 범위를 대폭 확대함으로써 다양한 금융투자상품의 취급과 설계가 가능하도록 하기 위하여 그 간의 열거주의 규율방식에서 원본손실 가능성(투자성)있는 상품을 모두 금융투자상품으로 인정하였기 때문이다. 신탁업자도 금융투자업자로 규정되어 있고, 금융투자업은 인가를 받을 경우 모든 업무의 취급이 가능하도록 자본시장법이 재편이 되었으므로 업역간 이해상충에 대한 방화벽을 구성하면 업무제한의 장벽도 필요 없을 것이다. 또한 자본시장법은 수익증권의 범위를 금전신탁 뿐만 아니라 그 밖에 신탁의 수익권이 표시된 것도 수익증권의 범주에 포함시킴으로써 부동산신탁의 수익권을 금융투자상품의 범주에 포함시키고 있다.²⁰³⁾

구 신탁업법은 수익증권의 발행을 금전신탁에 한하여 허용하면서 그 발행 등에 대해 구체적으로 정하고 있었다. 그러나 자본시장법은 금전신탁 뿐만 아니라 부동산신탁 등 모든 신탁업에 대해 포괄적으로 허용하는 체계로 변경되었다.²⁰⁴⁾ 즉 자본시장법은 수익증권을 ‘제11조의 수익증권, 제189조의 수익증권, 그밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권이 표시된 것’으로 정의하고 있다(자본시장법 제4조 제5항). 이에 따라 부동산신탁의 수익권증서도 수익증권의 범주 안에 포함되는 것이다. 뿐만 아니라 자본시장법은 한걸음 더 나아가 ‘제2항 각호의 어느 하나에 해당하는 증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리라도 그 증권이 발행되지 아니한 경우에도 그 증권으로 본다’고 규정함으로써 수익증권의 범위를 대폭 확대하고 있다(자본시장법 제4조 제9항). 따라서

203) 변제호 외, 전계서, p.70.

204) 다만 수탁자에게 신탁재산의 처분권한(신탁법 제42조 및 제43조에 따른 처분권한을 제외한다)이 부여되지 아니한 관리신탁의 수익권은 금융투자상품에서 제외하고 있다.

자본시장법 제110조의 규정은 금전신탁의 수익증권에 대해 적용하는 특별규정으로 이해하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 부동산신탁사가 토지신탁을 수행하는 과정에서 발행하는 부동산신탁 수익증권도 시장유통이 가능한 금융투자상품으로 인정하여 유동성을 확보하여 약만 신탁법상의 ‘수익증권발행신탁’이 활성화될 것으로 판단된다.

3) 집합투자기구의 경우 집합투자재산에 대한 사실상의 운용지시를 누가하며, 그 운용지시에 대한 실행의 주체가 누구인지 하는 문제는 중요한 의미를 갖는다. 즉 집합투자기구는 집합투자재산에 대한 사실상의 운용책임을 지는 집합투자업자와 집합투자재산을 보관·관리하는 신탁업자가 분리되어 있을 뿐만 아니라 투자회사와 같이 집합투자기구가 별도의 법인격을 보유하고 있는 경우와 투자신탁의 경우처럼 법인격이 없는 경우로 구분되어 있기 때문이다. 이에 대해 자본시장법은 투자신탁의 경우 별도의 법인격이 없다는 점에서 집합투자업자가 투자신탁재산의 운용에 필요한 지시를 신탁업자에게 하고, 그 신탁업자는 집합투자업자의 지시에 따라 신탁업자 명의로 자산의 취득·처분 등 운용지시를 이행하는 형태로 투자가 이루어지도록 규정하고 있다. 또한 투자신탁재산으로 그 이행책임을 부담하도록 하고 있다. 반면 투자신탁을 제외한 집합투자기구의 경우 별도의 법인격이 존재한다는 점에서 투자신탁업자는 자신이 집합투자기구를 대표한다는 뜻을 표시하여 집합투자기구의 명의로 신탁업자에게 취득·처분 등을 한 자산의 보관·관리에 필요한 지시를 하고, 그 신탁업자는 집합투자업자의 지시에 따르도록 하고 있다.

특히 집합투자업자가 신탁업자에게 집합투자재산의 취득·처분 등의 지시를 하는 경우 그 지시내용이 전산시스템에 의하여 객관적이고 정확하게 관리되도록 함으로써 불필요한 분쟁을 사전에 방지하도록 하고 있다.²⁰⁵⁾

따라서 부동산신탁사도 신탁업자로서 금융투자업자의 겸업을 허용함으로써, 집합투자업자의 지위에서 투자신탁의 수익증권이나, 집합투자기구로서의 투자회사로서 주식의 발행 및 판매 등을 자유롭게 업무수행이 가능하도록 업역규제를 없애야 할 것이다.

4) 자본시장법은 모든 유형의 집합투자기구에서 부동산에 투자할 수 있도록

205) 변제호 외, 전개서, pp.250~251.

허용하고 있다. 예를 들어, 증권집합투자기구에서도 필요하다면 부동산에 투자 할 수 있는 것이다. 특히 투자회사의 발기인은 투자회사재산의 100분의 70을 초과하여 부동산에 투자하는 투자회사, 투자회사재산을 선박에 투자하는 투자 회사를 설립하여서는 안 되며, 투자회사 설립 후에도 그 투자회사의 정관을 투자회사재산의 100분의 70을 초과하여 부동산에 투자하는 투자회사, 투자회 사재산을 선박에 투자하는 투자회사에 해당하도록 변경하여서는 아니 된다(자본시장법 제194조제11항). 이는 부동산투자회사법과 선박투자회사법이 별도로 이를 규율하고 있다는 점을 감안²⁰⁶⁾한 것이다.²⁰⁷⁾ 그러나 토지신탁을 위해 설립된 자(子)토지신탁회사의 경우에는 토지개발이 주목적이므로 이를 제한할 필요는 없다고 본다. 본 규정은 자산운용의 효율성을 고려한 분산투자의 유도 등이 목적이라기보다는 부동산 투기억제 등 정책적 목적을 달성하기 위한 측면이 강하다고 볼 수 있다.

5) 신탁업자는 원칙적으로 신탁재산에 속하는 주식의 의결권을 행사함에 있어서, 신탁재산에 속하는 주식을 발행한 법인의 주주총회의 참석 주식수에서 신탁재산에 속하는 주식수를 뺀 주식수의 결의 내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사(Shadow Voting)하여야 한다(자본시장법 제112조 제2항)고 규정하고 있으나, 이를 제한할 이유가 없다고 본다. 신탁업자는 수익자를 위하여 이익을 최대한 보호하고 선관의무·공평의무·충실의무 등에 따라 신탁사무를 처리해야 하기 때문에 어느 편에 편중하여 신탁사무를 처리할 수 없기 때문이다.

6) 신탁업자는 투자회사 등 회사형 투자집합투자기구, 그 집합투자재산을 운용하는 집합투자업자의 계열회사 이어서는 아니 된다(자본시장법 제246조제1항)고 규정하고 있으나, 신탁업자는 집합투자업자로서 투자회사의 법인이사로 참여하여 토지신탁사업의 신탁사무를 처리하기 때문에 이를 제한할 실익이 없다할 것이다.

206) 변재호 외, 전계서, p.607.

207) 여기서의 부동산투자회사법은 집합투자기구가 아닌 별도의 설립법으로서의 주식회사이므로, 자본시장법에서 규정하고 있는 투자회사와는 다른 부동산투자회사를 착오로 인용한 것으로 판단된다.

제 5 장 결 론

제 1 절 연구의 요약

부동산신탁의 신탁재산은 수탁자인 부동산신탁사에 의해서 구현되는 불가분의 관계로써, 건전한 수탁자에 의해서 토지신탁재산이 보호되어야 할 당위성이 있다. 수탁자인 부동산신탁사가 수탁한 토지신탁은 강한 신탁재산의 독립성을 주장하면서도 법인격을 가지지 못하므로 토지신탁사업의 안정성을 확보하는데 많은 어려움이 있다. 이에 시노미야(四宮)(1989)의 신탁재산의 실질적 범주체성 주장, 미국 신탁법상 신탁재산 중심의 신탁재산 자체에 독립된 법인격(법인체성)을 인정 추세, 우리나라의 신탁법의(2011. 7. 25) 규정에 따라 다수의 수익자로부터 신탁자금을 조달하기 위해 수익권을 유가증권 형태로 발행·유통하여 토지신탁업무를 유한책임신탁으로 공시하고 수익증권의 발행을 허용하는 등은 신탁재산의 법인격을 용인하는 방향으로 변해가는 추세라는 생각이 듈다.

그러나 제3장에서 밝힌 바와 같이 첫째, 토지신탁 운영과정 중 적용되는 세법적용상 문제점, 둘째, 부동산신탁사 입장에서 토지신탁사업비의 자금조달 무한책임 문제점, 셋째, 토지신탁의 종료 후의 매도담보책임 문제점, 넷째, 부동산신탁사의 제3채권자에 대한 무한책임 문제점, 다섯째, 불특정 다수인으로부터 재산을 수탁받아 위탁자의 신탁목적에 부합하도록 관리·처분·운용·개발행위를 하여야 하는 부동산신탁사 임·직원으로서 갖추어야 할 전문인력 규정 도입에 따른 체질강화 등의 노력이 부족하다는 점 등을 들 수 있다.

따라서 이를 해소하기 위한 대안으로 제시한 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’와 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’ 및 기타방안을 제시하였다.

먼저 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’ 도입에 따른 효과 등을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 신탁법에서의 ‘유한책임형 부동산투자신탁’의 설치·운영은 신탁법 제

118조(수탁자의 제3자에 대한 책임)·제119조(고유재산에 대한 강제집행 등의 금지) 및 제87조(사채발행)에서 유한책임신탁으로 공시할 경우 토지신탁 등을 충실히 수행할 수 있는 적합한 도입이라 판단된다.

둘째, 신탁법상의 ‘유한책임형 부동산투자신탁제도’를 도입할 경우에는 토지신탁의 구조적 위험 중 부가가치세법 상의 신탁재산 감소원인으로 작용하는 편취문제를 제외한 모든 문제는 해소될 것으로 판단된다. 그 이유는 토지신탁 사무처리상 발생하는 모든 책임은 신탁재산만으로 책임재산이 되기 때문이다. 또한 신탁재산의 운용수익이 수익자에게 귀속될 경우에도 조세적용이론인 도관(conduit)이론을 따르므로 2중과세 문제는 발생하지 않는다. 토지신탁의 매도담보책임이 부동산신탁사에서 ‘유한책임형 부동산투자신탁’과 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’로 이전되는 효과는 있으나, 제3자의 피해를 보완하기 위해 하자담보보험 등의 방법을 도입할 수 있다고 본다.

다음으로 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’ 도입에 따른 효과 등을 정리하면 다음과 같다.

첫째, ‘자(子)토지신탁회사’가 부가가치세법상 납세의무자로서 부동산신탁사가 직접 납세의무를 이행하기 때문에 부가가치세 편취문제는 해소될 것이다.

둘째, 위탁자의 사업부지가 투자회사에 현물출자 등을 할 경우 취득과 관련하여 추가적인 제세금 등의 부담이 새로이 발생하게 된다. 지방세법상 법인설립 후 5년이 경과한 부동산신탁사의 경우에는 발생하지 않던 대도시에서 법인의 설립에 따른 부동산등기와 그 설립 이후 5년 이내의 부동산등기에 대한 중과세 문제가 발생하게 된다. 다만, 이를 완화하는 방안으로 조세특례제한법의 영향을 받을 뿐이다.

셋째, 자(子)토지신탁회사에 의한 토지신탁사업이 이루어 질 경우 개발사업 과정의 모든 개별계약이 자(子)토지신탁회사 명의로 이루어지고, 부동산신탁사가 법인이사로서 직접 운용 및 관리하기 때문에 제3자와의 직접적인 책임소재는 없어지게 된다.

끝으로 위탁자 및 수익자는 사업부지를 부동산신탁사에 위탁한 입장에서 더욱 전문인력을 필요로 할 것이므로, 토지신탁사업의 참여자 모두는 책임분담의 일환으로 철저한 사업성 분석 및 자금조달의 방안 등을 대비하여야 할 것

이며, 무분별한 토지신탁사업의 수주를 선별할 수 있는 능력을 배양할 수 있도록 신탁법 및 자본시장법에 신탁업자의 전문인력 규정을 보완함으로써 부동산신탁사의 설립취지 및 국가경제에도 순기능을 제공하여야 할 것이다.

제 2 절 시사점 및 연구의 한계

신탁법 상의 신탁을 업으로 취급하기 위해서는 부동산신탁사의 설립 및 인가부터 금융위원회의 승인을 얻어야만 가능하며, 또한 자본시장법에서 부동산신탁사가 취급할 수 있는 상품 및 행위규칙 등을 구체적으로 규정하고 있기 때문에 법적 근거를 떠나서는 업무를 할 수 없다.

본 연구는 부동산신탁사가 토지신탁을 취급함에 있어 실무상 발생하는 제반 문제점 중 위탁자(수익자)의 위법 또는 탈법행위로 인하여 부동산신탁사의 재무건전성을 해치는 경우를 사전에 차단하고, 법제도상 미비로 인하여 부동산신탁사의 무한책임을 면할 수 없는 구조적인 문제점을 해결하기 위한 방안을 제시하였다.

이러한 연구 결과에서 다음과 같은 몇 가지 시사점을 얻을 수 있었다.

첫째, 신탁법상의 신탁에 대한 법적 성질에 대한 다양한 학설을 제시하고 있지만, 이는 대륙법적 사고의 틀에서 벗어나지 못하고 있다는 점이다. 따라서 영·미법계의 신탁원리 및 운용의 사례를 참고하여 신탁법의 세계적 표준화에 적극 참여할 필요가 있다.

둘째, 신탁법상의 신탁재산에 대한 법적 성격을 논의하는 과정에서 법적으로는 강한 독립성을 인정하면서도 법인격을 부여받고 있지 못함으로써 문제점을 야기한다고 볼 수 있다. 따라서 조세법상의 법적 실체인 법인격을 신탁재산에 도입할 수 있는 논의가 필요하다고 본다.

셋째, ‘유한책임형 부동산투자신탁’을 부가가치세법상의 납세의무자로 적용할 경우 부가가치세법 적용상의 리스크는 없어질 것이며, 오히려 과세당국에서도 투명한 조세행정에 도움이 될 것으로 판단되므로 실질과세원칙의 예외적 용의 검토가 필요하다.

넷째, 자본시장법상 투자회사인 ‘자(子)토지신탁회사’를 활성화하기 위해서는

자본시장법상 토지신탁상품이 금융투자상품으로 인정되는 이상, 금전신탁 중심의 법체계를 실물신탁(=토지신탁)을 포함하는 체계로 개정 또는 보완을 통하여 토지신탁의 취급에 있어 제기된 문제점을 해결하고자 하는 노력이 필요하다.

다섯째, 신탁법에서 토지신탁의 자금조달 방법으로 유한책임신탁 · 수익증권발행신탁 · 신탁사채발행을 허용하고, 이미 시행시기는 도래하였으나, 아직 시행된 사례가 없어 ‘유한책임형 부동산투자신탁’의 운용성과를 예측하기에는 한계점이 있으며, 또한 자(子)토지신탁회사를 신 모델로 제시하였으나, 이 제도를 시행하기 위해서는 조세법 및 구체적인 운용방법 등 관련법의 많은 연구가 필요하다.

여섯째, 각종 회사설립법에서 정한 전문인력 규정이 독립적으로 규정되고 있으나, 타인의 재산을 수탁받아 관리 · 처분 · 운용 · 개발행위를 수행하는 부동산신탁사에 대해서는 전문인력에 관한 규정이 없으므로 이를 보완하여야 할 것이다.

본 연구에서 제시한 신 모델인 자본시장법상 투자회사(=자(子)토지신탁회사)제도를 토지신탁사업에 접목하고자 하는 시도가 없었기 때문에 이러한 한계점들을 극복하기 위한 연구는 향후 과제로 돌리고자 한다.

【참고문헌】

I. 국내문헌

[단행본]

1. 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1992.
2. _____, 『채권각론』, 박영사, 1995.
3. 김동윤외, 『부동산신탁개념 이론분석』, 형설출판사, 2006.
4. 명순구/오영걸 역, 『현대미국신탁법』, 세정출판사, 2005.
5. 민태욱, 『부동산조세법』, 부연사, 2005.
6. 부동산신탁업협회, 『부동산신탁실무』, 2007.
7. 변강림, 『부동산신탁등기, 재건축등기, 재개발등기 실무』, 백영사, 2007.
8. 변제호외, 『자본시장법 해설』, 지원출판사, 2009.
9. 서희원, 『영미법강의』, 박영사, 1982.
10. 송현진.유동규, 『해설 신탁법』, 진원사, 2012.
11. 이중기, 『신탁법』, 초판, 삼우사, 2007.
12. 이재우.이상호, 『신탁법 해설』, 제1판, 한국사법행정학회, 2000.
13. 이창희, 『세법강의』, 박영사, 2006.
14. 임채옹 역, 『미국신탁법』, 박영사, 2011.
15. 장형룡, 『신탁법개론』, 육법사, 1991.
16. 정찬형, 『상법강의(상)』, 2000.
17. 최동식, 『신탁법』, 법문사, 2006.
18. 최수정, 『일본 신신탁법해설』, 진원사, 2007.
19. 황규봉, 『신탁경영론』, 광교아카데미, 1999.
20. 홍유석, 『신탁법』, 법문사, 1999.
21. 현대투자신탁증권회사, 『투자신탁의 이론과 실무』, 도서출판 무한, 2002.

[논문]

1. 권재열, 「일본신탁법의 동향 -2004년 개정 신탁법의 주요내용을 중심으로-」, 한국증권법학회, 『증권법연구』 제8권 제1호, 2007.
2. 김상용, 「부동산 신탁제도 개관」, 대한부동산학회, 『대한부동산학회지』 제6권, 1988.
3. 김성필, 「신탁법리의 사법적체계화에 관한 연구」, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1997.
4. 김재진 · 홍용식, 「신탁과세제도의 합리화 방안」, 한국조세연구원, 1998.
5. 김하년, 「부동산명의신탁에 관한 연구」, 청주대학교대학원 박사학위논문, 1997.
6. 대한주택공사 주택연구소, 「토지신탁에 의한 부동산개발전략」, 1992.
7. 박만, 「부동산간접투자의 법적구조와 세제에 관한 연구」, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2003.
8. 박신영 외, 「부동산신탁제도 발전방향에 관한 연구」, 대한주택공사, 1997.
9. 박종찬, 「미국신탁법에 관한 연구」, 강원대학교비교법학연구소, 『강원대학교 강원법원』 제18권, 2004.
10. 안성포, 「신탁의 기본구조와 그 법리」, 『중앙법학』 제9집 제2호, 2007.
11. 이근영, 「신탁수탁자의 신탁사무 위임」, 『법학논고』 제31집, 경북대학교 법학연구원, 2009.
12. 이준성, 「공익신탁에 관한 연구」, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991.
13. 임정수, 「부동산명의신탁에 관한 연구」, 호남대학교대학원 박사학위논문, 2005.
14. 장현옥, 「부동산신탁에 관한 연구」, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
15. 재정경제부, 「금융투자업과자본시장에 관한 법률(가칭)제정 방안」, 2006.
16. 조상욱·이진국, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(안)상 집합투자규제의 주요내용 및 문제점」 BFL 제22호, 서울대 금융법센터, 2007.
17. 진남영, 「경매매각가격과 일반거래가격의 격차에 관한 실증연구」, 한성대학교대학원 박사학위논문, 2010,

18. 천영, 「토지신탁법리에 관한 연구」, 전주대학교대학원 박사학위논문, 1993.
19. 최종경, 「부동산신탁의 법리연구」, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
20. 최동식, 「신탁법상 신탁재산·수탁자·수익자의 지위에 관한 연구」, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2006.
21. 한국금융연구원, 「부동산신탁제도 활성화방안」, 1999.
22. 홍유석, 「일본신탁법과 영미신탁법의 비교법적 고찰」, 경영법률 제4집, 1991.
23. _____, 「토지신탁의 현황과 전망」, 경영법률 제5집, 1992.



II. 국외문헌

1. Ackerman, B. A., *Private Property and the Constitution*, Yale Univ. Press., 1977.
2. Ames, J. B., *Lectures on Legal History*, Harv. L. Rev., 1913.
3. American Law Institute, *Restatement of the Law of trusts - Prudent Investor Rule* -, 3nd ed., St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 1992.
4. Andersen, Roger W., *Understanding Trusts Eststes*, New Youk : Mathew Bender & Co., Inc., 1994.
5. Baker, J. H., *An Introduction to English Legal History*, London: Butterworths, 1971.
6. Bogert, George Gleason & George Tayl, *Handbook of the Law of Trusts*, 6th ed., St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1973.
7. Coing, Helmut, *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts I,II*, München : verlag C. H. Beck, 1973.
8. Dieter Liebich, Kurt Mathews, *Treuhand and Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. Aufl., 1983.
9. Fridman, Lawrence M., *A History of American Law*, Simon and Schuster, Inc., 2005.
10. Fratcher, William Franklin., *Property and Trust, International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VI. Property and Trust,
11. Gilmore, G., *Ages of American Law*, Yale University Press, 1979.
12. Hart, Walter G., *The Place of Trust in Jurisprudence*, 28 Law Q. Rev., 1912.
13. Huston, C. A., *The Enforcement of Decrees in Equity CH. 6("The development of Equitable Interests into Real Interests")*. Harvard University Press, 1915.
14. Langbein, John H., *The Secret Life of the Trust as an Instrument of Commerce*, 107 Yale L. J. 165, 178. 1997.

15. Lawson. Frederick H., *A Common Lawyer looks at the Civil Law*, Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953.
16. _____, *Introduction to the Law of Property*, Clarendon Press, 1958.
17. Landell, C. C., *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, Harv. L. Rev., 1888.
18. Maitland. Frederic W., *Lectures on Equity*, Cambridge University Press. 1909.
19. Mennell, Robert L., *Wills and Trusts in a nutshell*, 2nd ed, St. Paul. Minn. : west Publishing Co. 1994.
20. Moffat Graham, *Trusts Law Tax & Materials*, 3rd ed., Cambridge University Press. 1999.
21. Pettit, Philip H., *Equity and the Law of Trusts*, 9th ed., Universities of Bristol and Buckingham. 2001.
22. Pound Roscoe, *The spirit of the Common Law*, Francestown, New Hampshire, MARSHALL JONES COMPANY. 1921.
23. Scoles, Eugene F. & Halbach, Edward C. Jr., *Problemes and Materials on Decedents' Estates and Trust*, 5th ed., Boston : Little, Brown and Co., 1993.
24. Scott, A. W., *The Fiduciary Principle*, 37 Calif. Law. Rev. Inc., 1949.
25. _____, *The Law of Trusts*, Vol. I -IV, 3rd ed., Boston : Little, Brown and Company, 1967. Supplement, Vol. I -IV, 1984.
26. Stone, H. F., *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, 17 Colum. L. Rev., 1917.
27. _____, *A Theory of Liability of Trust Estates for the Contracts and Torts of the Trustee*, 22 Colum. L. Rev, 1922.
28. Winfield, Percy H., *The Province of the Law of Tort*, J.L. Soc'y Sch. L. 19, 1931.

29. Willoughby, R. M. P., *The Distinctions and Anomalies Arising out of the Equitable Doctrine of the Legal Estate*, 12 COLUM. L. REV. 756, 1912.
30. Zweigert, K. und Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen : J. C. B. Mohr, 1996.
31. 新井誠, 『信託法(第2版)』, 有斐閣, 2002.
32. 田中實, 信託法入門, 有斐閣, 1933.
33. 遊佐慶夫, 『信託法制評論』, 嚴松堂書店, 1924.
34. 道垣内弘人, 信託法理私法體系, 有斐閣, 1996.
35. 能見善久, 現代信託法, 有斐閣, 2004.
36. 前田達明, 『口述債權總論(第3版)』, 성문당, 1993.
37. 青木徹二, 『信託法論』, 財政經濟時報社, 1926
38. 四宮和夫, 『信託法(新版)』, 有斐閣, 1989.
39. 岩田新, 『信託法新論』, 有斐閣, 1993.
40. _____, 『信託法』第2版, 有斐閣, 2006.
41. 大版谷公雄, 『信託法』, 信託法研究會, 1990.
42. _____, 『信託法の研究(上)(下)』, 信山社, 1991.
43. 道垣内弘人/小野傑/福井修 編集, 『新しい信託法の理論と實務(金融・商事判例 増刊)』, No.1261, 經營法令研究會, 2007.
44. 寺本昌廣 外, 新信託法の解説(1), NBL. No.850, 2007.
45. 寺本昌廣 外, 新信託法の解説(2), NBL. No.851, 2007.
46. 商事信託研究會, 商事信託法の研究, 有斐閣, 2001.
47. 廣渡清吾, “西トイツ都市再開發法における信託法理の利用”, 『民法・信託法理論の展望』(西宮和夫 先生古稀記念論文集), 弘文堂, 1986.
48. 寺本振透, 解説新信託法, 弘文堂, 2007.
49. 田中和明, 『新信託法と信託實務』, 清文社, 2007.
50. 小野傑/深山雅也, 『新しい信託法解説』, 三省堂, 2007.
51. 海原文雄, “ビジネス・トラストと 土地信託”, 『信託論叢』 清文社, 1986.
52. 大塚正民・樋口範雄 編著, 『現代アメリカ信託法』, 初版, 有信堂, 2002.

53. 山田昭, 『信託立法過程の研究』, 勁草書房, 1981.

III. 웹사이트

1. 대한토지신탁(주) 사이트(<http://www.reitpia.com>)
2. (주)한국토지신탁 사이트(<http://www.koreit.co.kr>)
3. (주)다올부동산신탁 사이트 (<http://www.daoltrust.com>)
4. 한국자산신탁(주) 사이트 (<http://www.kait.com>)
5. 코람코자산신탁 사이트 (<http://www.koramco.co.kr>)
6. 아시아신탁 사이트 (<http://www.asiatrust.co.kr>)
7. 생보부동산신탁 사이트 (<http://www.trust.co.kr>)
8. 국제신탁 사이트 (<http://www.kukjetrust.com>)
9. 무궁화신탁 사이트 (<http://www.mgthat.com>)
10. 코리아신탁 사이트 (<http://www.ktrust.co.kr>)
11. KB부동산신탁 사이트 (<http://www.kbret.co.kr>)
12. 금융감독원 사이트 (<http://www.fss.or.kr>)

IV. 기타

1. 국세청 예규집
2. 부동산등기 선례집

【부 록】

분양형토지신탁계약서

위탁자(이하 “갑”이라 함)와 수탁자(이하 “을”이라 함)는 아래와 같이 분양형 토지신탁계약을 체결한다.

제1조 (신탁목적) ① “갑”은 별지(1) 기재의 토지(이하 “토지”라 함)를 “을”에게 신탁하고, “을”은 이를 인수한다.

② 이 신탁의 목적은 토지위에 별지(2) 기재의 건물(이하 “건물”이라 함)을 건설하고 토지와 건물(토지와 건물을 총칭하여 이하 “신탁부동산”이라 함)을 신탁재산으로 하여 이를 분양하는 데에 있다.

제2조 (신탁공시) “갑”과 “을”은 신탁계약 체결 후 지체 없이 토지에 대해서 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기 및 신탁등기를 행한다. 이 경우 등기비용은 “갑”이 부담한다.

제3조 (건물건축) ① “을”은 “을”이 선정하는 건설회사(이하 “건설회사”라 함)로 하여금 건물을 건축하게 한다. 다만, “갑”的 추천이 있는 경우 “을”은 이를 고려할 수 있다.

② “을”은 건설회사와 체결한 공사 도급계약에 관하여 도급금액, 공사비지급 방법, 공사기간 및 기타 중요사항에 대하여 사전에 “갑”과 협의한다.

제4조 (자금차입) ① “을”은 건물건축 및 신탁사무수행에 필요한 자금을 신탁 재산으로 충당하거나, “갑” 및 수익자의 부담으로 하여 차입할 수 있다.

② “을”은 제1항의 차입금을 담보하기 위하여 신탁재산인 토지와 준공후의 건물에 저당권 또는 근저당권을 설정할 수 있으며, 그 비용은 신탁재산에서 부담한다.

- ③ 제2항의 규정은 “을”이 신탁부동산을 임대하여 임대보증금을 받는 경우에 준용한다.
- ④ 자금의 차입에 따른 차입금액, 상환기간 및 조건 등은 “을”이 결정한다.

제5조 (건설공사의 설계·감리) “을”은 건설공사의 설계·감리를 “을”이 선정하는 설계·감리자에게 위임한다. 다만, “갑”的 추천이 있을 경우 “을”은 이를 고려할 수 있다.

제6조 (하자담보 책임 등) ① “갑”은 신탁기간 중 또는 신탁종료 후 그 신탁한 토지의 하자 및 하자가 있음을 원인으로 하여 발생된 손해 등에 대하여 책임을 진다.

② “을”은 선량한 관리자의 주의로서 신탁부동산을 관리한 경우에는 신탁기간 중 또는 신탁종료 후 신탁부동산에 대하여 발생된 하자 및 그 하자가 있음을 원인으로 “갑” 또는 수익자와 제3자에게 발생된 손해 등에 대하여 책임을 지지 아니한다.

제7조 (건물의 인도 및 신탁공시) “을”은 건물의 준공검사 후 자체 없이 건설회사로부터 건물을 인도받아 신탁재산으로 소유권보존등기 및 신탁등기를 행한다.

제8조 (신탁부동산의 분양(처분) 및 관리·운용방법) “을”은 다음 각 호의 방법에 의하여 신탁부동산을 분양(처분) 및 관리·운용한다.

1. “을”은 신탁부동산에 대하여 사업계획서에서 정한 금액 및 조건으로 분양(처분)할 수 있다.
2. “을”은 상당한 이유가 있는 경우에는 “갑”과 협의하여 제1호의 금액 및 조건을 변경할 수 있으며 신탁부동산의 일부 또는 전부를 분양에서 임대로 전환할 수 있다.
3. “을”은 신탁부동산에 대하여 적정한 방법 및 시기, 범위 등을 정하여 수선·보존·개량을 위한 필요행위를 할 수 있다.
4. “을”은 건물에 대하여 적정가액의 손해보험에 가입한다. 이 경우 “을”은 차

입금 기타채무의 담보로서 보험금청구권에 질권 또는 근질권을 설정할 수 있다.

5. “을”은 신탁부동산의 수선 · 보존 · 개량 등의 관리사무를 “을”이 선정하는 제3자에게 위임할 수 있으며, “갑”에게 위임사실을 통보한다.
6. “을” 또는 제5호의 관리사무 수임자는 관리사무를 수행하기 위하여 필요한 경우에 신탁부동산의 일부를 무상으로 사용할 수 있다. 이 경우 관리사무 수임자는 사전에 “을”的 승낙을 받아야 한다.

제9조 (선관주의 의무) “을”은 건물 건축공사, 신탁부동산의 분양, 관리 · 운용 기타 신탁사무에 대하여 선량한 관리자의 주의로서 처리한 경우에는 “갑” 또는 수익자에게 손해가 발생되더라도 그 책임을 지지 아니한다.

제10조 (소송의무의 면책) “을”은 “갑”的 요청에 의하여 이를 승낙한 경우를 제외하고는 신탁재산에 관한 소송행위를 할 의무를 지지 아니한다. 다만, “을”이 신탁계약수행과 관련하여 소송을 할 필요가 있다고 판단될 경우에는 그러하지 아니한다.

제11조 (신탁재산) 신탁재산은 다음 각 호와 같다.

1. 신탁부동산 및 신탁금
2. 신탁부동산의 분양대금(계약금 및 중도금 포함)
3. 신탁부동산의 임대에 따른 임대보증금 및 임료
4. 신탁부동산의 물상대위로 취득한 재산
5. 제4조에 의한 차입금
6. 차입금 채무 및 신탁부동산의 분양(처분)과 관련하여 취득한 보증금 등의 상환채무
7. 기타 전 각호에 준하는 자산 및 채무

제12조 (신탁수익) ① 신탁부동산에서 발생한 분양금 일체, 보증금, 신탁재산에 속하는 금전의 운용수익 및 이에 준하는 것을 신탁수익으로 한다.

제13조 (최초수익자) 이 신탁의 최초수익자는 “갑”으로 한다. 그러나 “을”의 동의를 얻어 제3자를 수익자로 할 수 있다.

제14조 (수익권) ① 수익자는 신탁계약에서 정한 방법으로 계산한 신탁수익을 취득한다.

② 수익자는 신탁계약종료시 또는 해지 시 그 정한 방법에 따라 신탁재산을 교부받는다.

제15조 (수익권증서) ① “을”은 신탁계약의 수익권을 표시하기 위하여 수익권증서를 작성하여 수익자에게 교부한다. 그러나 수익권증서를 작성하지 아니하기로 합의한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 수익권증서는 그 지분비율을 표시하여 분할작성 할 수 있다.

제16조 (수익권의 양도, 승계, 질권설정) ① 수익자는 “을”의 승낙없이 수익권을 양도, 승계, 질권 설정할 수 없다.

② 수익권을 양수하거나 승계한 자는 그 지분비율에 해당하는 수익자의 권리, 의무를 승계한다.

③ 수익자의 변경절차에 필요한 비용은 수익자가 부담한다.

제17조 (채무보증) ① 제4조(자금차입)에 의한 자금조달과 관련하여 금융기관으로부터 제3자의 채무보증(이하 “보증인”이라 한다)을 요구받을 경우 “을”은 수익자와 협의하여 보증인을 선정할 수 있다.

② 수익자는 보증인 및 “을”에게 채무보증으로 인하여 손해가 발생할 경우 그 손해를 즉시 배상하여야 하며 배상하지 아니하거나 지체하는 경우 “을”은 신탁재산을 매각하여 그 대금으로부터 손해를 부담시킬 수 있다. 이 경우 수익자는 “을” 및 보증인에게 대하여 이의를 제기할 수 없다.

제18조 (신탁재산에 속하는 금전의 운용방법) ① 신탁재산에 속하는 금전은 운용방법을 같이하는 다른 신탁재산에 속하는 금전과 합동 또는 단독으로 금

융기관에의 예치, 국.공채, 회사채의 인수 또는 매입 기타 기획재정부장관의 인가를 받은 유가증권의 인수 또는 매입에 운용할 수 있다.

② 제1항의 운용에 의하여 취득한 신탁재산에 대하여는 신탁등기·등록 또는 신탁재산의 표기나 기재를 생략할 수 있다.

③ 신탁부동산의 분양(처분)과 관련하여 취득한 분양대금, 임대보증금 등은 “을”이 판단하여 제1항에 규정된 운용방법 외에 공사대금 및 신탁보수의 지급, 차입금 또는 임대보증금 채무 등의 상환에 충당할 수 있다.

④ 제3항의 경우 “을”은 그 처리 결과를 “갑”에게 통보한다.

제19조 (제비용의 지급) ① 다음 각호의 비용은 “갑”의 부담으로 한다.

1. 신탁재산에 대한 제세공과금(신탁사업 시행과 관련된 부가가치세, 건물의 보존등기에 따른 취득세, 등록세 및 공과금 등) 및 등기비용 일체

2. 설계·감리비용 및 공사대금

3. 차입금, 임대보증금 등의 상환금 및 그 이자

4. 신탁부동산의 수선·보존·개량비용 및 화재보험료

5. 분양(처분)사무처리에 필요한 비용

6. 기타 전 각호에 준하는 비용

② “을”은 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 “갑”에게 청구·수령하여 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 미리 “갑”에게 상당한 금액을 예탁하게 할 수 있다.

③ “을”이 신탁사무처리 과정에서 과실 없이 받은 손해에 대하여도 비용으로 간주하여 제2항과 같이 처리한다.

④ “을”은 전 각항의 제비용을 대지급한 경우에는 당해 대지급금 및 동 대지급금의 조달금리를 적용할 이자는 신탁재산에서 받고, 받을 수 없는 경우에는 “갑”에게 청구할 수 있다.

제20조 (신탁재산 환가에 의한 제비용의 충당) 신탁재산에 속하는 금전으로 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 “을”的 과실 없이 받은 손해 기타 신탁사무처리를 위한 제비용 및 “을”的 대지급금을 충당하기에 부족한 경

우에는 “갑”에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 “을”이 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로서 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 충당할 수 있다.

제21조 (신탁계산 및 수익교부) ① 신탁재산에 대한 계산기일은 매년 ()월 말일과 신탁종료시로 하고, “을”은 당해 계산기간의 수지계산서를 작성하여 수익자에게 제출한다.

② 제1항의 수지계산에 있어서는 제12조의 신탁수익을 「수입」으로 하고, 제19조 제비용을 「지출」로 하며, 「수입」에서 「지출」을 차감한 잔액을 순수익(또는 순손실)으로 한다.

③ 순손실이 발생하여 다음 계산기에 이월된 경우에는 다음 계산기 이후의 순수익에서 보전한다.

④ 순수익(전 계산기로부터 이월결손이 있는 경우에는 이를 보전한 후의 순수익)은 다음 각호의 방법에 의하여 처리한다.

1. 순수익 중 신탁재산에서 지출된 다음 금액은 각 계산기의 익일에 신탁원본으로 편입한다.

가. 신탁부동산과 “을”이 정한 필요 운전자금 합계액에 상당하는 차입금, 임대보증금의 합계액에서 당기 지출을 차감한 잔액(다만, 상환준비금에서 지출한 금액은 제외한다)

나. 당기에 있어서 신탁부동산의 자본적 지출에 의한 수선·보존·개량비용 기타 신탁부동산에 의한 자본적 지출액(다만, 수선충당금에서 지출한 금액은 제외한다) 및 “을”이 정한 필요 운전자금유보액

다. 수선충당금 및 상환준비금으로서 당기 적립액

2. 순수익에서 제1호에 의한 신탁원본 산입액을 공제한 잔액은 각 계산기의 영업익일로부터 1월 내에 영수증과 상환 또는 “을”이 따로 정한 방법에 의하여 금전으로서 수익자에게 교부한다.

제22조 (신탁보수) ① 본 신탁업무에 따른 “을”的 신탁보수 중 개발업무보수는 공사비의 5% 이내로 하며, 분양업무보수는 분양수입금액의 5% 이내로 한다.

② 신탁보수 중 개발업무보수는 “을”의 공사선급금 또는 공사기성금 지급 시 그 지급율에 따라 수납하고 기성율에 의거 정산하며, 분양업무보수는 매월 실 분양액을 기준으로 익월 10일에 신탁재산에서 받는 것으로 하며, 미분양에 따른 임대 시에는 임대금액을 분양가로 환산하여 지급키로 한다.

③ 신탁기간 중이라도 사용승인(가사용승인 포함) 후 “을”이 신탁재산을 관리 하여야 하는 경우에는 관리신탁보수를 별도로 산정한다. 이 경우의 보수는 신탁재산에서 받거나 신탁재산에서 받을 수 없는 경우에는 “갑”에게 청구하여 받는다.

④ 경제사정의 급격한 변동이 발생하거나 신탁사무처리에 현저한 노력이 필요 한 경우 기타 상당한 사유가 발생한 경우에는 “을”은 “갑”과 협의하여 전 각 항의 신탁보수를 변경하거나 별도로 받을 수 있다.

제23조 (신탁기간) 신탁기간은 신탁계약 체결일로부터 년 월까지(개월)로 한다. 다만, 수익자로부터 신탁기간 만료(30)일전까지 신탁기간의 연장신청이 있는 경우 “갑”과 “을”은 협의하여 이 기간을 연장할 수 있다.

제24조 (신탁계약의 해지) ① 신탁계약은 원칙적으로 해지할 수 없다.

② 제1항에 불구하고 “을”은 천재지변, 경제사정의 변화 기타 부득이한 사유 가 발생하여 신탁목적을 달성할 수 없거나 신탁사무수행이 불가능 또는 현저 히 곤란할 경우에는 “갑” 및 수익자와 협의하여 신탁계약을 해지할 수 있다. 다만, “을”에게 과실이 없는 경우 “을”은 해지로 인하여 발생된 손해에 대하여 그 책임을 지지 아니한다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 “을”은 다음 각호의 경우에 신탁계약을 해지할 수 있다.

1. 본 계약체결 후 토지와 관련된 제한물권을 해지하지 못한 경우
 2. 사업계획승인 및 관련 인허가를 득하지 못하거나 취소되어 사업의 추진이 어려울 경우
 3. 기타 “갑”이 부득이한 사유가 있어 “을”과 협의한 경우
- ④ 제20조의 손실이 잔존하는 경우에는 신탁계약을 해지할 수 없으며, “을”과

협의하여 이 손실을 상환한 후 신탁계약을 해지할 수 있다.

⑤ 제3항 및 제4항의 후단의 경우 “을”은 “갑”에 대하여 해지로 인하여 발생된 손해의 배상 및 해지수수료를 청구할 수 있다. 이 경우 손해배상액은 실손해액으로 산정하고 해지수수료는(이미 지급된 공사비합계액과 제6항에 의한 해지 시 신탁보수금)×5/100으로 산정한다.

⑥ 제3항 및 제4항의 후단의 경우 개발행위에 따른 신탁보수는 예정신탁보수금×(계약체결일로부터 해지 시까지의 기간÷계약체결일로부터 건물준공예정일까지의 기간)으로 산정한다. 다만, 이미 받은 신탁보수가 본항의 기준에 의해 산정한 액수보다 많을 경우 그 초과 부분은 수익자에게 반환한다.

제25조 (신탁종료) 신탁계약은 다음 각호의 경우에 종료한다.

1. 신탁기간이 만료된 경우
2. 신탁의 목적을 달성할 수 없는 경우
3. 제24조에 의해 계약이 해지된 경우

제26조 (신탁종료시 신탁재산의 교부) 신탁계약이 종료된 경우에는 “을”은 최종계산에 관하여 다음 각호의 방법에 따라 수익자에게 교부한다.

1. 신탁부동산에 대하여 “을”은 신탁등기의 말소 및 수분양자에게 소유권이전등기를 행한 후 현존하는 상태대로 수익자에게 인도한다.
2. 신탁부동산 이외의 신탁재산에 대하여는 “을”이 정하는 방법에 의하여 금전으로 환가하여 교부한다. 다만, “을”이 상당하다고 인정하는 경우에는 그 재산의 일부 또는 전부를 현존하는 상태대로 교부할 수 있다.
3. 차입금 및 임대보증금 등의 상환채무 기타 채무에 대하여는 아래 각호와 같이 취급한다.
 - 가. 임대보증금 등의 상환채무는 임차인의 동의를 얻어 수익자가 승계하고 “을”은 그 책임을 면한다.
 - 나. “을”은 차입금 기타 채무의 상환에 충당하기 위한 자금을 확보하기 위하여 신탁재산에 속하는 금전의 교부를 유보할 수 있으며, 이 유보금으로도 부족할 경우에는 “을”은 그 부족금액을 수익자에게 예탁하도록 하여야 한다. 그

러나, “을”은 채권자의 동의를 얻어 수익자에게 차입금 및 기타 채무를 승계 시키고 자기 책임을 면할 수 있다.

제27조 (단수처리) 신탁계약에 의한 수지계산, 신탁종료시 교부할 원본계산, 기타 각종계산에 있어서 10원미만의 단수가 발생한 경우에는 그 단수금액은 절사한다.

제28조 (인감의 신고) ① “갑”은 위탁자 · 수익자 및 그 대리인 기타 신탁계약 관계자의 인감을 미리 “을”에게 신고하여야 한다.

② “을”이 영수증 기타 서류에 날인한 인영을 상당한 주의를 기울여 제1항의 신고인감과 대조 후 틀림없다고 인정하여 원본 또는 수익을 교부하거나 기타 업무를 처리한 경우에는 “을”은 입장도용, 위조 기타 일체의 사정을 불문하고 이로 인하여 발생된 손해에 대하여 그 책임을 지지 아니한다.

제29조 (통지사항) ① “갑” · 수익자 또는 그 상속인은 다음 각 호의 경우 지체 없이 그 사유를 서면으로 “을”에게 제출하고 소정의 절차를 취한다. 이 절차가 지체되어 발생된 손해에 대하여 “을”은 그 책임을 지지 아니한다.

1. 신탁계약서 및 이에 관련된 문서, 수익권증서 또는 신고된 입장의 상실
2. “갑” · 수익자 또는 그 대표자나 대리인, 기타 신탁계약 관계자의 주소, 성명, 명칭, 조직, 행위능력의 변경 또는 사망
3. 대표자, 대리인 또는 수익자의 변경
4. 기타 신탁계약에 관하여 변경된 자로부터 통지를 필요로 하는 사항이 발생 된 경우

제30조 (계약의 변경) “을”은 “갑” 및 수익자의 동의를 얻어 신탁계약의 일부를 변경할 수 있다.

제31조 (계약비용의 부담) 신탁계약체결에 필요한 일체의 비용은 “갑” · 수익자가 부담한다.

제32조 (계약외 사항의 처리) 신탁계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 “갑” · “을” 및 수익자가 협의하여 처리한다.

제33조 (관할법원) 신탁계약으로 인한 다툼이 발생하여 소송이 필요한 경우에는 “을”의 본점 소재지를 관할하는 법원을 관할법원으로 한다.

이 계약을 증명하기 위하여 본 계약서 2통을 작성한 후 “갑” . “을”이 기명날인 후 각각 1통씩 보관한다.

2012 년 월 일

위 탁자(갑) :

수탁자(을) :

[별지 1] 토지목록

[별지 2] 건물목록

ABSTRACT

A Study on Structure and Risk Analysis of Real Estate Land(Development)Trust

In, Sung-Sig

Major in Real Estate

Dept. of Economics & Real Estate

Graduate School, Hansung University

The real estate land (development) trust tends to enhance the capacity to utilize land for years, but trustees, who start doing their business as an owner and an operator under the title of trustee, take all responsibilities. If some problems occur, they have to take an unlimited liability by compensating for loss even with their own private assets.

Real estate trust companies, during performing some development projects, can have both low and high profits. However the unlimited liability caused by low-profit projects, can threaten the real estate trust company, and have an impact on even high-profit projects.

Considering that the trust assets of real estate land (development) trust are earned by real estate trust companies or trustees, and the trust assets can be protected from excellent trustees; that is to say, the profit of trustees can be maximized from them.

In that matter, trustees or real estate trust companies insist on the independence of trust asset, but have difficulty securing stability of real

estate land (development) trust operating because there is no legal identity.

Accordingly, this study is focusing on the following problems in operating trusts through some precedents and related cases:

- a) Application of the tax law in the operating process of real estate land (development) trust
- b) Unlimited liability for the delivery of the land trust operating cost from a real estate trust company
- c) Liability for the mortgage of sale, even after the termination of real estate land (development) trust
- d) Unlimited liability for a third creditor of real estate trust company
- e) Restructuring followed by the enactment of rules about the professional personnel, who manage, dispose of, operate, and develop the assets on behalf of a multiple of uncertain people.

To dissolve the problems about real estate land (development) trusts, this study suggests “a real estate investment trust system of limited liability type” and “a subsidiary real estate land development trust company” or an investment company under the capital market law.

Above all things, the effectiveness of the introduction of a real estate investment trust system of limited liability type under the trust law is as follows.

First, the introduction and application of a real estate investment trust system of limited liability type under the trust law are estimated to be an appropriate measure, provided that the system is fully changed into a limited liability trust under Article 118 (liability on a third person), Article 119 (ban on the compulsive application about private assets), and Article 87 (debenture issue).

Second, the introduction and application of a real estate investment trust system of limited liability type can dissolve all problems, except for a possibility of scam, a cause of reducing trust assets under the value-added tax law among structuring risks of land trust, since only

trust assets will compensate for all official costs of operating land trusts.

The effectiveness to start up a subsidiary real estate land (development) trust company, or an investment company under the capital market law, is as follows.

First, while a subsidiary real estate land (development) trust company has a duty to pay a tax, a possibility of scam of the value-added tax law will not be in the cards since a real estate land trust company itself performs a duty of taxation

Second, a truster can separately have a variety of additional taxes including the one of acquisition if it invests an investment in kind with an operating land. A start-up company is exceptive from the application of heavy taxation under the Restriction Act of Preferential Taxation, such as the one of registrations of real estate and of corporation in big cities. However, it is under a law in force only for a limited period of time to confine itself to the acquisition and registration of real estate by December 31st, 2012, and it needs a revision of the local tax law.

Third, if a land trust project is operated by a subsidiary real estate land trust company, all individual contracts in the process of development business will be done under the title of subsidiary real estate land trust company, and since a real estate trust company directly operates and manages various projects, it will not have a direct responsibility for a third party.

Lastly, a truster or a settlor will need more professional personal.

Since they trust a real estate trust company with an operating land, all relevant people of real estate land (development) trust need to prepare for the thorough analysis of organizing business and the method of fund-raising, as a means of division of accountability.

By amending the law to increase the professional personnel of trustees under the trust law and the capital market law in order to develop the ability of selecting reckless land trust businesses, they have to provide a net function for the national economy and the

establishment of real estate trust company.

There is a need of revising the tax law in the matter of the application of the law overall, through the review of the principles of real taxation as regular rules of taxation, because the tax law will dissolve only the problem of applying to the tax in name under the value-added tax law.

Also, this study should continue to research on the substantive legal identity of Shinomiya(1989), the laws of the UK and the US, where trust assets are an independent identity, and the Uniform Trust Code in 2005, which adds a legal identity to trust assets as a method of easing the structure risk of real estate land (development) trust according to the global standardization of the trust law when trust assets are operated under the rules of an investment company.

Key Words : real estate trust company, Real Estate Land(Development)Trust, trust assets, unlimited liability, legal identity, a real estate investment trust system of limited liability type, a subsidiary real estate land development trust company,