

부동산 담보신탁에서 위탁자인 채무자가 도산하는 경우의 취급

Handling of a trustee bankrupt in the real estate mortgage trust

김 상 명*
Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서론
- II. 채무자인 위탁자의 권리와 의무
- III. 신탁재산의 특성과 도산격리효과
- IV. 위탁자에게 도산절차가 진행되는 경우의 취급
- V. 결론

국문초록

최근에 기존의 담보물권의 이용방법을 보완하는 부동산 담보신탁을 활용하는 방법이 금융실무에서는 널리 이용되고 있다. 이는 부동산 담보신탁에서 위탁자나 수탁자의 파산절차 또는 회생절차에 구속되지 않고 신탁부동산을 독립적으로 취급할 수 있는 도산격리효과가 있기 때문이다.

그런데 위탁자인 채무자가 도산한 경우에, 타익형 담보신탁은 위탁자의 회생절차개시 이전에 채권을 보유하는 경우에 해당함으로써 회생채권자로서의 지위를

논문접수일 : 2018.06.30.

심사완료일 : 2018.07.26.

게재확정일 : 2018.07.26.

* 법학박사 · 제주국제대학교 경찰행정학과 교수

가지게 된다. 반면 자익형 담보신탁은 위탁자의 채권자는 채무자인 위탁자가 보유한 수익권에 대하여 담보권을 설정 받은 것에 해당함으로써 회생담보권으로 보게 된다.

그리고 위탁자에게 파산절차가 개시된 경우에, 타익형 담보신탁의 경우에는 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하게 될 것이므로 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에서 규정하는 담보권에 해당하지 않아 별채권자의 지위를 가질 수 없으나, 자익형 담보신탁에서는 위탁자의 채권자는 파산절차에서 별채권자로서의 지위를 가지게 된다.

또한 위탁자에게 파산절차가 개시된 경우에는 타익형 담보신탁의 경우에는 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하게 될 것인 바, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에서 규정하는 담보권에 해당하지 않아 별채권자의 지위를 가질 수 없지만 자익형 담보신탁에서는 위탁자의 채권자는 파산절차에서 별채권자로서의 지위를 가지게 된다.

아울러 파산채권의 범위에 관하여 타익형 담보신탁에서 위탁자의 채권자는 수익권을 가지고 있는 바, 물상담보의 경우와 거의 같으므로 회생절차의 경우는 물론이고 파산절차의 경우에도 현존액주의가 적용된다고 해석하는 것이 타당하다.

따라서 부동산 담보신탁에서 위탁자에게 채무회생 및 파산절차가 진행되는 경우라도 담보신탁을 이용하는 수익자의 권리 보호를 위한 제도적인 입법보완이 필요하다.

주제어 : 담보신탁, 부동산 담보신탁, 위탁자, 수탁자, 수익자

1. 서론

부동산 개발 금융실무에서는 대규모 부동산 개발을 위해서 금융기관의 프로젝트 파이낸싱(Project Financing)¹⁾을 이용함으로써 사업자는 대규모 자금 조달

1) 이에 대하여 자세하게는 김상명, “부동산 담보신탁 계약의 성립과 효력에 관한 연구”, 「제주발전연구」 제21호, 제주연구원, 2017. 12, 28면 각주1) 참조.

을 통하여 지속적으로 사업을 진행할 수 있게 된다. 그렇지만 기존의 담보물권인 저당권, 근저당권, 양도담보 등을 활용하여 자금을 조달하는 경우에는 사업자인 채무자의 도산으로부터 격리(절연)되지 않아 사업경영자가 회생 및 파산하는 경우에 사업진행에 상당한 어려움을 겪을 수밖에 없다.²⁾ 그러므로 최근에는 기존의 담보물권의 이용방법을 보완하는 부동산 담보신탁제도를 활용하는 방법이 금융실무에서 널리 활용되고 있는 것이다. 여기에는 여러 가지 이유가 있지만 가장 중요한 것이 부동산 담보신탁에서 위탁자나 수탁자의 회생절차 또는 파산절차에 구속되지 않고 신탁부동산을 독립적으로 취급할 수 있는 도산격리 효과³⁾가 있기 때문이다.⁴⁾

이와 같이 담보신탁에서는 위탁자는 담보재산의 소유권 자체를 수탁자에게 이전하여 담보권자는 단순히 담보된 자산의 교환가치만을 담보물로 삼는 것이 아니라 사업과정에서 발생하는 현금흐름까지도 담보물로 삼아 사업의 지속성을 유지할 수 있는 장점이 있다.⁵⁾ 따라서 대규모 개발사업과정에서 대규모 자금을 조달하는 것이 필요로 하는 사업에서는 예외 없이 담보신탁을 이용하는 방식을 선택하고 있다.

따라서 이하에서는 부동산 담보신탁에서 위탁자인 채무자의 권리와 의무에 대하여 알아보고, 담보신탁의 가장 강력한 도산격리효과에 대하여 알아 본 후, 위탁자인 채무자가 회생 및 파산하는 경우에 그 법률적으로 어떻게 취급하는 것이 보다 합리적인지에 대하여 검토하기로 한다.

-
- 2) 기존의 담보권제도에는 사업주체인 채무자가 도산하는 경우에 물건의 가치하락, 높은 가치평가 비용, 환가에 많은 시간이 소요되는 점 등이 문제점으로 지적될 수 있다.
 - 3) '도산격리' 혹은 '도산절연'이란 신탁재산은 위탁자의 재산을 구성하지 않고 신탁재산에 대한 수익권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 소정의 '채무자 보증에 대하여 가지는 권리'와 '채무자 외의 자가 제공하는 담보'에 해당하여 회생절차에 의하여 아무런 영향을 받지 않고 신탁재산의 수익권 등의 행사가 가능한 것을 말한다.
 - 4) 부동산 담보신탁에서 위탁자에 대한 회생채권은 실권될 가능성이 있으나 수탁자에 대해 가지는 수익권은 실권될 가능성이 없으므로 이러한 도산격리효과는 담보신탁을 더욱 활성화시키는 원인이 되기도 한다.
 - 5) 부동산 담보신탁은 환가의 신속성과 환가 방식의 유연성, 신탁계약의 내용에 따라 사업경영자를 변경해 가면서 사업을 그대로 진행시킬 수 있고 담보권자의 의사에 따라 담보물 취득자를 결정할 수 있는 가능성이 있기도 하다.

II. 채무자인 위탁자의 권리와 의무

1. 부동산 담보신탁의 의의

일반적으로 담보신탁은 부동산 소유자인 위탁자가 자신 또는 타인의 채무를 장래 변제하기 위해 위탁자의 부동산을 담보로 제공할 것을 목적으로 이용하는 신탁상품을 말한다.⁶⁾

그러므로 수탁자인 신탁회사는 신탁계약을 통해 위탁자로부터 위탁자의 부동산을 신탁 받아 일정기간 동안 채권자인 수익자를 위하여 담보가치가 유지·보전되도록 관리하다가 위탁자가 수익자에게 채무이행을 완료하게 되면 신탁재산을 위탁자에게 환원하는 것이다.

한편 부동산 담보신탁의 의의에 대해서는 현재까지 정립된 학설은 없으나 그 법적 근거와 관련하여 신탁법의 개정 전·후에 따라 다양한 견해가 있다. 개정 전 신탁법에 근거하여 부동산 담보신탁의 개념에 관하여, 담보신탁을 개발신탁, 관리신탁, 담보신탁으로 구분한 후 ‘위탁자의 부동산을 수탁자에게 신탁하고 위탁자는 발급받은 수익증서를 금융기관에 담보로 제공하여 수탁자인 신탁회사는 위탁자의 채무불이행이 있는 경우에 담보물을 처분하여 채권자에게 변제해 주는 방식’이라고 정의하는 견해,⁷⁾ ‘채권담보의 목적으로 채무자인 위탁자가 채권자를 수익자로 하여 수탁자에게 부동산의 소유권을 이전하고 채무자의 채무불이행이 있으면 수탁자가 그 부동산을 처분하여 그 매각대금으로 수익자권자에게 반환하는 방식’이라고 정의하는 견해,⁸⁾ ‘부동산담보의 모든 종류의 신탁을 최광의의 담보신탁으로, 신탁형식에 관계없이 담보목적으로 채권자를 수익자로

6) 최영수, “부동산담보신탁에 있어서 수탁자의 신탁재산회복의무”, 「변호사」 제46집, 서울지방변호사회, 2014. 9, 174-176면; 부동산 신탁의 유형은 다음과 같다. ① 관리신탁, ② 처분신탁, ③ 담보신탁, ④ 토지신탁(개발신탁 혹은 토지개발신탁), ⑤ 분양관리신탁, ⑥ 관리형토지신탁 등으로 분류하고 있다.

7) 최동식, “신탁법”, 법문사, 2006, 44면.

8) 김상용, “부동산 담보신탁제도 개발의 필요성과 법적 문제점 검토”, 「경영법률」 제5집, 고이윤영 박사 추모논문집, 한국경영법률학회, 1992, 668-669면.

정하는 타익형 담보신탁을 광의의 담보신탁으로, 오로지 채권담보목적으로 채권자를 수익자로 지정하는 신탁을 협의의 담보신탁'이라고 정의하는 견해⁹⁾ 등이 있다.¹⁰⁾

최근 개정 신탁법(2011. 7. 25)에 근거하여 부동산 담보신탁의 의의를 정의하는 견해를 보면, 이제는 부동산 담보신탁에 대한 법적 근거가 마련되었고 금융실무에서는 다양한 유형으로 담보신탁이 활용될 수 있다는 점을 근거하여 부동산 담보신탁의 의의를 '채권담보를 목적으로 신탁을 설정하거나 담보권과 관련하여 채권자인 금융기관 등을 수익자로 하여 설정한 계약'이라고 정의하는 견해,¹¹⁾ '위탁자가 담보의 목적으로 채권자를 수익자로 하여 수탁자에게 위탁자의 부동산 소유권을 이전한 후 위탁자인 채무자의 채무불이행이 있는 경우에는 수익자의 요청으로 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 대금으로 수익자에게 교부하여 주는 신탁'이라고 한정하여 정의하는 견해¹²⁾ 등이 있다.

한편, 대법원은 확실하게 부동산 담보신탁이라는 용어를 사용하지는 않지만 주로 '담보신탁용 부동산관리·처분신탁계약',¹³⁾ '담보신탁',¹⁴⁾ '분양형 토지개발 신탁',¹⁵⁾ '부동산 담보신탁계약'¹⁶⁾ 등으로 혼용하여 사용하고 있다. 이러한 다양한 용어를 사용할 수밖에 없는 이유는 부동산 담보를 목적으로 한 신탁 이외에도 담보를 위한 거래의 일부를 포섭하여 사용하기 때문이다.¹⁷⁾

사건으로서는 신탁법상 담보신탁의 이용관계는 금융실무에서와 같이 다양해질 수 있으며, 이를 통해 신탁제도를 널리 활용할 수 있는 근거가 마련되어 있으므로 단순히 신탁 구조가 자익형 혹은 타익형 담보신탁인가의 여부, 신탁재산

9) 임재웅, 「신탁법연구」, 박영사, 2009, 108면.

10) 김상명, 앞의 논문, 29-31면 재인용.

11) 안성포, "채권금융기관에 의한 담보신탁의 활용", 「증권법연구」 제13권 제3호, 삼우사, 2012, 299면.

12) 양진섭, "부동산 담보신탁에 관한 소고", 「BFL」 제52호, 서울대학교 금융법센터, 2012. 3, 79면.

13) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결; 대법원 2004. 12. 23. 선고 2003다44486 판결; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004다 42296 판결.

14) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결.

15) 대법원 2005. 3. 11. 선고 2004다67646 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결.

16) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다46058 판결.

17) 양진섭, 앞의 논문, 77면.

을 수탁자에게 완전히 이전하는가 여부, 채권자가 우선수익자 인가 등의 범위 결정하는 것만으로 담보신탁의 개념을 한정하여 정의하는 것은 신탁법상 입법 취지와는 맞지 않는다고 할 것이다. 따라서 채권자에게 담보 제공하기 위해 채무자가 부동산을 이용한 신탁을 활용하는 경우를 모두 포섭하여 부동산 담보신탁의 범주에 포함시킬 필요가 있다. 그러므로 담보신탁의 유형이 가지는 법률관계를 보다 명확하게 하는 것이 중요하다고 할 것이다.¹⁸⁾

2. 채무자인 위탁자의 권리

부동산 담보신탁에서 채무자인 위탁자란 자신의 재산을 채권자의 담보를 목적으로 출현하는 계약에서 신탁설정자가 바로 채무자인 위탁자이다. 신탁행위로 신탁재산의 잔여재산이 귀속될 자를 정한 경우에는 그 귀속권리자에게 귀속되지만, 위탁자는 수익자와 귀속권리자로 지정된 자가 신탁의 잔여재산에 대한 권리를 포기한 경우에, 그 잔여재산의 귀속권리자가 되며(법 제101조 제2항), 위탁자는 신탁목적 설정한 당사자로서 신탁목적 달성을 위해 여러 가지 감독권능을 가지고도 있다.¹⁹⁾ 가령 위탁자는 신탁재산에 대하여 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없으나(법 제22조 제1항), 이를 위반하는 경우에 이의신청할 수 있고(법 제22조 제2항), 위탁자는 신탁행위 당시 예견하지 못한 특별한 사정이 발생한 경우 신탁의 변경을 법원에 청구할 수도 있으며(법 제88조 제3항), 수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 생긴 경우 그 수탁자에게 신탁재산의 원상회복을 청구할 수 있다(법 제88조 제1항 전단).

그리고 위탁자는 신탁재산관리인에게 신탁사무의 처리와 계산에 관한 장부 및 그 밖의 서류의 열람 또는 복사를 청구하거나 신탁사무의 처리와 계산에 관하여 설명을 요구할 수 있고(법 제40조 제1항), 또한 수익증권발행신탁의 경우

18) 김상명, 앞의 논문, 30-31면: 이렇게 해석할 수 있는 이유는 부동산을 담보목적으로 신탁을 이용함에 있어 당사자는 법률관계 설정을 개별적인 수요에 따라서 얼마든지 가능하게 할 수 있기 때문이다.

19) 김상명, 앞의 논문, 31면.

에는 수익자명부의 열람을 청구할 권리(법 제79조 제6항)와 수탁자의 보수에 대하여 법원에 그 감액을 청구할 수 있는 권리(법 제47조 제3항) 및 수탁자가 그 임무에 위반하거나 기타 중요한 사유가 있는 경우는 법원에 수탁자의 해임을 청구할 수 있는 권리(법 제16조 제3항)도 있다.

또한 위탁자는 유언대용신탁²⁰⁾의 경우에 수익자를 변경할 권리(법 제59조)와 신탁행위 당시에 예측하지 못한 특별한 사정으로 신탁을 종료하는 것이 수익자의 이익에 적합함이 명백한 경우에는 법원에 신탁의 종료를 청구할 권리(법 제100조)가 있다.²¹⁾

3. 채무자인 위탁자의 의무

채무자인 위탁자의 의무는 신탁설정 과정에서 신탁계약에 의해 수탁자에게 신탁등기를 이행할 주된 의무가 있다. 금융실무에서 위탁자는 미분양 담보신탁 계약의 경우에, 신탁부동산의 점유 및 사용권능을 부여하는 대신 신탁부동산의 보관과 일체의 관리행위에 소요되는 비용을 부담하는 것이 일반적이다. 또한 위탁자가 채무자인 경우에 부동산 담보신탁 설정의 원인관계에 의해 채권자인 우선수익자에게 채무를 이행할 의무를 부담한다. 위탁자가 채무자인 경우에 있어서 위탁자가 채무를 이행하지 아니한 경우에 우선수익자의 요청에 의해 부동산의 처분행위를 요구할 수 있으므로 원인관계상 신탁계약에 기인한 의무는 아니지만 통상 위탁자의 의무로 인정하여야 할 것이다.²²⁾

한편, 위탁자의 지위는 신탁행위로 정한 방법에 따라 제3자에게 이전할 수 있고(법 제10조 제1항), 만일 이전 방법이 정해 지지 아니한 경우에는 수탁자와 수익자의 동의를 받아 제3자에게 이전할 수 있다. 이 경우 위탁자가 여럿일 때에는 다른 위탁자의 동의도 받아야 한다(법 제10조 제2항). 그리고 등기원인은 ‘위탁자 지위이전’으로 하고 신탁행위로 정한 방법에 의한 것일 때에는 이를 증

20) 유언대용신탁은 유언자가 사망하는 때에 수익권을 취득하는 유형과 유언자가 사망한 이후에 급부를 받는 유형 두 가지가 있다.

21) 부동산 담보신탁에서 신탁계약의 당사자인 위탁자에 대하여는 김상명, 앞의 논문, 31-32면 참조.

22) 김상명, 앞의 논문, 32면 참조.

명하는 서면을 첨부정보로서 등기소에 제공하고, 신탁행위로 정해지지 아니한 경우에는 수탁자와 수익자의 동의가 있음을 증명하는 서면을 첨부정보로서 등기소에 제공해야 한다. 이 경우 위탁자가 여럿일 때에는 다른 위탁자의 동의를 증명하는 서면도 함께 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(신탁등기에 관한 업무처리지침 제3조)²³⁾.

Ⅲ. 신탁재산의 특수성과 도산격리효과

1. 신탁재산의 특수성

(1) 신탁재산 처분권의 이전

신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁목적에 위하여 그 재산권을 관리·처분케 하는 것이므로(법 제1조 제2항), 담보신탁에서 수탁자는 위탁자와의 내부관계에 있어서는 신탁재산의 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것이 아니므로 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전된다. 이와 같이 담보신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권과 처분권을 갖게 된다.²⁴⁾ 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리·처분하여야 하는 제한을 부담할 뿐이다.²⁵⁾

23) 신탁등기에 관한 업무처리지침(대법원예규) 제3조 ①「신탁법」 제10조에 따라 위탁자의 지위 이전이 있는 경우에는 수탁자가 신탁원부 기록의 변경등기를 신청하여야 한다. ②제1항에 따른 등기를 신청하는 경우에 등기원인은 “위탁자 지위이전”으로 하고, 위탁자의 지위이전이 신탁행위로 정한 방법에 의한 것인 때에는 이를 증명하는 서면을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다. ③위탁자의 지위이전이 신탁행위로 그 방법이 정하여지지 아니한 경우에는 수탁자와 수익자의 동의가 있음을 증명하는 서면을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다. 이 경우 위탁자가 여럿일 때에는 다른 위탁자의 동의를 증명하는 서면도 첨부정보로 제공하여야 한다.

24) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다84246 판결.

이와 같이 신탁재산의 처분권 이전이나 신탁재산에 대하여 수탁자에게 부과되는 제한은 위탁자와 수탁자 사이의 신임관계에 따라 부과되는 바, 이는 신탁 제도가 민법상 대리,²⁶⁾ 임치²⁷⁾나 상법상 위탁매매²⁸⁾ 등과 유사한 재산관리제도라는 점을 알 수 있다. 그러나 민법상 대리는 재산권의 귀속주체가 대리인이 아니라 본인이라는 점(민법 제114조 제1항)에서, 그리고 민법상 임치에서 임치 물의 처분권한은 임치인에게 있다는 점(민법 제694조)에서, 상법상 위탁매매는 위탁자의 이익을 위해서 위탁사무를 처리하는 관계인이라는 점(상법 제102조)에서 신탁제도와는 다른 점이 있다.²⁹⁾

(2) 신탁재산의 강제집행금지

신탁법상 신탁재산은 독립성이 유지되어야 한다. 즉 위탁자가 수탁자에게 신탁한 재산은 수탁자 명의로 되어 있다고 하더라도 이는 수탁자의 고유재산이 되는 것이 아니다. 신탁재산과 고유재산을 분별하여 관리할 의무가 있고 신탁재산임을 표시하여야 한다(법 제37조 제1항). 이는 단순히 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하여야 할 의무만 부과하는 것이 아니라 실제적 법률관계에서도 수탁자의 고유재산과 독립적인 것으로 분별하여 처리하여야 한다는 것을 뜻한다.³⁰⁾

신탁법상 신탁재산은 강제집행, 담보권실행을 위한 경매, 보전처분 또는 국제 등 채납처분을 할 수 없다(법 제22조 제1항). 다만, 신탁전의 원인으로 발생한 권리나 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 신탁재산은 강제집행을 허용하고 있다(법 제22조 제1항 단서). 이러한 이유는 담보신탁이 설정된 신탁재산에

25) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결.

26) 대리란 대리인이 본인을 위한다는 것을 나타내어 의사표시를 하거나 의사표시를 받아 그 법률효과가 본인에게 직접 생기게 하는 것을 말한다(민법 제114조~제136조).

27) 당사자의 일방(수치인)이 상대방(임치인)을 위하여 금전이나 유가증권 기타 물건을 보관하는 계약이다(민법 제693조~제702조).

28) 중개상인 또는 증권업자가 고객의 의뢰를 받고 상품 또는 증권을 매매하는 것으로 위탁상은 생산자나 소매상으로부터 위탁을 받아 자신의 이름으로 이들 위탁자를 위해 상품의 매매를 하고 일정한 수수료를 받는 상인이다.

29) 광장신탁법연구회, 「주식 신탁법」, 박영사, 2013, 10~13면.

30) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545,86다카2876 판결.

대하여 강제집행이 이루어지게 된다면 신탁을 통해 담보목적은 달성하기 위해 수익자들은 해당 강제집행권자에 비해 후순위가 될 수밖에 없기 때문이다.³¹⁾ 이러한 이유는 수익자가 분배받을 권리는 신탁재산에 대하여 강제집행이 행해지고 난 후 잔여 재산에 대해서만 그 효력이 미치기 때문이다. 그러므로 신탁재산에 대한 위탁자의 채권자에게 강제집행을 허용하게 되면 담보신탁의 본래 취지에 맞지 않고 효용성이 없어지게 되는 문제점이 발생하게 된다. 따라서 신탁재산에 대한 강제집행의 제한은 다양한 신탁을 활용할 수 있는 담보신탁 목적을 위해서 필요하다.³²⁾ 그러므로 신탁법상 신탁재산에 대한 강제집행을 원칙적으로 제한하고 있는 것이다(법 제22조 제1항 본문). 다만, ‘신탁전의 원인으로 발생한 권리’와 ‘신탁사무의 처리상 발생한 권리’에 기하여는 강제집행이 허용(법 제22조 제1항 단서)되는 것은 당연하다. 이하에서 판례를 중심으로 검토한다.

첫째, 신탁법은 ‘신탁전의 원인으로 발생한 채권’에 대하여 예외적으로 강제집행을 허용하고 있다. 강학상으로 신탁전에 발생한 위탁자에 대한 모든 채권이 포함되는 것이 아니고 신탁전 저당권 혹은 전세권 등 권리가 설정되어 있거나 압류 혹은 가압류, 가처분 등 권리가 공시되어 있는 경우로 제한하여 강제집행을 허용해야 한다.³³⁾ 이와 관련하여 대법원은 “신탁법상 ‘신탁전의 원인으로 발생한 권리’라 함은 신탁 전에 이미 신탁부동산에 저당권이 설정된 경우 등 신탁 재산 그 자체를 목적으로 하는 채권이 발생된 경우를 말하는 것이고, 신탁 전에 위탁자에 관하여 생긴 모든 채권이 이에 포함되는 것은 아니다”고 판시하고,³⁴⁾ “신탁법상 신탁재산에 대하여 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에만 강제집행 또는 경매를 허용하고 있는 바, 신탁재산이 신탁자에게 상속됨으로써 부과된 국세라 하더라도 신탁법상의 신탁이 이루어지기 전에 압류를 하지 아니한 이상, 그 조세채권이 신탁법 제21조 제1항 소정의 ‘신탁 전의 원인으로 발생한 권리’에 해당된다고 볼 수 없다”고 판시³⁵⁾하

31) 최동식, 「신탁법」, 법문사, 2006, 115면.

32) 김상명, 앞의 논문, 43면.

33) 유재관, 「신탁법실무」, 법률출판사, 2008, 121면.

34) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545,86다카2876 판결.

35) 대법원 1996. 10. 15. 선고 96다17424 판결.

는 등 신탁전의 원인으로 발생한 채권의 범위를 제한적으로 해석하고 있다.

이와 같이 해석하는 것은 신탁제도의 안정성을 보장하기 위해 타당하고 신탁 재산에 대한 강제집행의 제한으로 인해 담보신탁 수익자의 지위가 보다 안정적으로 보호될 수 있을 것으로 보인다. 이와 달리 만일 제한적으로 해석하지 않을 경우에는 신탁제도를 통해 수익자는 우선변제를 보호받을 수 없어 담보제도로써의 활용은 사실상 불가능하게 되는 문제점이 있게 된다. 따라서 담보신탁을 통해서도 강제집행이 어려워진 위탁자의 다른 채권자들의 권리보호에 다소 부족하나 담보신탁을 통해 위탁자의 채권자가 강제집행을 할 수 있는 책임재산이 줄어들 경우에는 오히려 사해신탁 취소규정(법 제8조 제1항)에 의해 책임재산을 회복할 수는 있기 때문이다. 그리고 위탁자의 채권자는 신탁계약이 종료될 경우에, 부동산의 소유권이전등기 청구권이나 신탁재산을 처분한 후 그 처분대금으로 수익자의 채권 등을 변제한 후, 잔존하는 금원을 정산 받을 권리에 대해서는 강제집행이 가능하다고 새겨야 할 것이다.³⁶⁾

둘째, 신탁법상 ‘신탁사무의 처리상 발생하는 권리’라 함은 신탁재산의 관리 또는 처분으로 인해 발생한 권리 및 신탁재산 자체에서 발행하는 권리를 말한다. 이는 신탁재산에 관한 조세, 용역비, 공과금, 신탁사무의 처리로서 매각된 신탁재산의 숨은 하자로 인한 손해배상채권, 신탁재산에 속하는 공작물의 하자로 생기는 불법행위에 기한 손해배상채권, 수탁자의 신탁재산 관리로서 발생하는 손해배상채권이 포함된다.³⁷⁾ 이와 더불어 신탁목적에 위해 신탁 후에 설정된 저당권이나 차입금 또는 채권 등이 포함되는 것으로 새겨야 한다.³⁸⁾

신탁사무의 처리상 발생한 권리에 대해, 대법원은 ‘신탁사무의 처리상 발생한 권리’에는 수탁자를 채무자로 하는 것만이 해당될 뿐이고 위탁자를 채무자로 하는 것은 포함되지 않는다고 판단하여,³⁹⁾ 신탁사무의 처리상 발생한 권리는 수탁자에 대한 채권만으로 한정시켜 제한적으로 해석함으로써 담보신탁에 있어 담보가치의 유지에 기여하고 있다. 한편 위탁자의 조세채무에 기하여 국가가 신

36) 김상명, 앞의 논문, 43-44면 참조.

37) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결.

38) 김상명, 앞의 논문, 44-45면 참조.

39) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다99948 판결.

탁재산에 대한 체납처분을 한 경우에 해당 조세채권에 기한 체납처분을 허용하게 될 경우, 수익자는 신탁재산에 근저당권 등을 설정하여 우선권을 보장받는 것이 아니라 단순히 신탁계약 관계에 의해 신탁 등기 자체로 우선권을 보장 받는 정도에 불과하므로, 위탁자에게 부과된 조세채무에 비해 후순위가 될 수밖에 없다. 만약 해당 조세채무에 대해서도 강제집행이 허용된다면 신탁재산의 독립성을 훼손할 수 있고 신탁된 부동산의 담보가치가 훼손될 수밖에 없다.

그러므로 대법원은 신탁사무의 처리상 발생한 권리의 범위를 수탁자에 대한 채권만으로 제한적으로 해석함으로써 위탁자의 체납조세에 의한 강제집행을 막아 신탁재산의 담보가치가 유지될 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 견해는 신탁법상의 목적과 취지에 부합하는 해석이라 하겠다.⁴⁰⁾

(3) 신탁재산의 상계금지

신탁법상 신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하지 아니하는 채무와는 상계하지 못한다(법 제25조 제1항 전문). 다만, 양 채권·채무가 동일한 재산에 속하지 아니함에 대하여 제3자가 선의이며 과실이 없을 때에는 상계가 허용된다(법 제25조 제1항 단서). 여기서 ‘신탁재산에 속하는 채권’은 신탁재산의 관리처분에 의해 발생하는 채권, 신탁재산의 멸실·훼손에 의해 발생한 채권, 신탁재산의 수용으로 인한 수용보상금, 신탁재산과 타인의 재산이 침부된 경우 보상금청구권 등에 의해 수탁자가 얻은 채권 등이 이에 해당한다. 그리고 ‘신탁재산에 속하지 않는 채무’라고 하는 것은 신탁재산으로 부담하지 않는 채무를 말하며, 이는 수탁자 개인의 채무와 수탁자 명의의 다른 신탁재산에 속하는 채무를 의미한다.

그런데 만일 신탁재산에 대하여 상계를 허용하게 된다면 수탁자는 수익자의 이익을 위해 신탁사무를 처리(법 제33조)해야 하는 수탁자의 충실의무에 반하게 된다. 그러나 동법 제 25조 제1항의 반대해석상 신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하는 채무간에는 상계가 가능하다고 해석된다(법 제25조 제1항).

40) 김상명, 앞의 논문, 45면.

예를 들면, 담보신탁의 수탁자인 신탁회사가 신탁재산을 처분할 경우, 매수인이 수익자인 경우에 수탁자가 수익자로부터 지급받을 매매대금 채권과 수익자가 수탁자로부터 정산 받은 수익금 교부채권과는 상호 상계할 수 있다고 해석할 수 있다. 따라서 담보신탁에서 신탁재산의 상계를 금지하는 목적은 수익자로 하여금 담보의 목적이 된 신탁재산이 수탁자의 신탁재산에 속하지 않는 채무와 상계될 위험으로부터 벗어날 수 있도록 하는데 그 의의가 있다.

그렇지만 부동산 신탁의 수익자가 교부받을 수익채권과 신탁재산에 속하지 아니한 수탁자에 대한 수익자의 채무와의 상계가 허용되는지에 대하여는 다른 견해가 있다. 먼저 상계를 허용하자는 견해는 그 근거를 수익권의 본질이 금전채권인 이상 상계를 금지하여야 할 특별한 이유가 없다는 점에서 찾고 있다. 이 견해는 그 근거를 수탁자의 충실의무에 따라 신탁재산을 관리하고 있는 수탁자로서는 수익자로부터 수익채권의 이행청구에 대하여 이것을 이행하지 않고 상계에 의하여 자기의 대출금 채권의 회수를 하게 되면 수익자와 수탁자의 이익상반이 되어 충실의무에 반하므로 허용되지 않아야 한다는 점에서 그 근거를 찾고 있다. 대법원은 원칙적으로 상계가 허용된다는 입장이다.⁴¹⁾

사건으로서는 신탁재산으로부터 교부받을 수익자의 수익채권이 신탁재산에 속하지 않는 수탁자의 채무와 상계가 허용된다고 보는 것은 신탁법(법 제25조)상 규정의 취지에 반하고, 수탁자는 수익자가 지정하는 것이 아니고 위탁자가 지정하는 것인데 만약 수익채권과 상계를 허용한다면 수탁자에 따라 수익자의 지위가 열악해 질 수 있는 가능성이 존재한다. 즉 실질적으로 계약서상에는 위탁자와 수탁자만 날인하는 것이 일반적이므로 상계를 허용할 경우에 수익자와 다른 채권자에 비해 수탁자가 우선 변제받을 수 있는 상황이 초래될 수 있는 점 등을 감안할 때 상계를 허용하지 않는 것이 타당하다고 하겠다.⁴²⁾

(4) 수탁자의 사망 및 파산으로부터 격리

신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하지 아니할 뿐만 아니라 수탁자의 이혼

41) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다12741 판결.

42) 김상명, 앞의 논문, 46면 참조.

에 의한 재산분할청구의 대상도 되지 않는다(법 제23조). 아울러 신탁재산은 수탁자의 회생절차나 파산절차에서 관리인의 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 채무회생재단을 구성하지도 않는다(법 제24조). 이는 신탁재산의 특성이 점유를 이전시키는 다른 담보제도와 달리 수탁자의 여러 상황과 무관하게 안정적으로 신탁재산을 특정 채권의 담보목적으로 유지시킬 필요가 있기 때문이다.⁴³⁾

(5) 신탁재산의 분별관리 등의 특례

신탁법상 신탁재산은 수탁자로 하여금 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하도록 하고 있다(법 제37조). 가령 동일한 물건에 대한 소유권과 그 밖의 물권이 각각 신탁재산과 그 고유재산 또는 서로 다른 신탁재산에 귀속하는 경우(법 제26조 제1호), 소유권 외의 물권과 이를 목적으로 하는 권리가 각각 신탁재산과 고유재산 또는 서로 다른 신탁재산에 귀속하는 경우(법 제26조 제2호), 신탁재산에 대한 채무가 수탁자에게 귀속하거나 수탁자에 대한 채권이 신탁재산에 귀속하는 경우(법 제26조 제3호) 등에는 그 권리가 혼동으로 소멸하지 않는다. 이는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하도록 하는 신탁제도의 특수성에서 연유한다.

또한 신탁재산과 고유재산 또는 서로 다른 신탁재산에 속한 물건 간의 부합 등이 있는 경우에도 각 신탁재산이 고유재산과 각각 그 소유자를 달리하는 것으로 간주하도록 하고 있다(법 제28조). 신탁재산에 첨부된 경우에도 수탁자 고유재산과 신탁재산은 각각 소유자가 다른 것으로 신탁재산에 속하는 물건의 소유권이 소멸하는 경우에는 보상청구권이 인정된다(민법 제261조). 이러한 신탁재산과의 부합하는 경우에, 신탁재산의 각각의 독립성을 인정함으로써 첨부된 물건의 소유자가 보유하게 되는 보상금청구권이나 그 보상물이 신탁재산을 구성되도록 하여(법 제27조)⁴⁴⁾ 신탁재산은 고유재산과 분별하여 관리하고, 다른 담보제도와는 다르게 담보가치가 안정적으로 유지되도록 할 필요가 있는 것

43) 김상명, 위의 논문, 46-47면 참조.

44) 신탁법 제27조 참조.

이다.⁴⁵⁾

2. 위탁자의 도산과 도산격리효과

부동산 담보신탁계약이 설정되면 신탁재산의 소유권은 대내외적으로 완전히 수탁자에게 귀속되어 수탁자의 고유재산으로부터 분별되어 위탁자의 재산권으로부터도 분리되는 독립성을 가지게 된다. 이에 대하여 신탁법은 예외적인 경우를 제외하고는 신탁재산에 대한 강제집행을 허용하지 않고(법 제22조 제1항), 수탁자에게 회생 또는 파산절차가 진행되는 경우에도 신탁재산은 이러한 절차에 영향을 받지 않도록 하고 있다(법 제24조). 이에 따라 위탁자의 채권자는 원칙적으로 신탁재산을 책임재산으로 취급할 수 없게 되므로 위탁자에 대하여 회생나 파산절차가 개시되더라도 신탁재산은 이에 구속되지 않는 결과 수익자인 채권자나 신탁관계에서의 채권자는 이러한 절차로부터 자유롭게 신탁재산에 대한 권리를 행사할 수 있게 된다.

이와 같이 위탁자의 도산으로부터 자유롭게 되는 효과를 담보신탁의 ‘도산격리효과’라 한다. 신탁법상 위탁자에 대하여 도산절차가 진행될 경우에 대하여 명시적으로 규정하고 있지는 않지만⁴⁶⁾ 신탁재산의 독립성에 기초한 도산격리효과는 이러한 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.

이러한 도산격리효과가 모든 신탁관계에 적용되는가 여부가 문제된다. 특히 채권담보의 목적으로 이루어지는 담보신탁에서 이러한 도산격리효과를 그대로 적용될 수 있는지에 대하여 의문이 든다. 담보신탁의 경우 형식은 신탁이지만 실제로는 채무자인 위탁자가 자신의 채무를 담보하기 위한 목적으로 설정되는 것이므로 도산격리효과가 발생하는 것이 아니라 담보물권과 동일하게 회생 및 파산 절차에 영향을 받는다고 해석할 수 있기 때문이다.

이에 관하여 대법원은 부동산에 대한 신탁관계에서 도산격리효과가 발생하는지 여부와 관련하여, 위탁자가 어음거래약정상의 채무에 대한 담보를 위해 자기

45) 김상명, 앞의 논문, 47면 참조.

46) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 참조.

부동산에 관하여 수탁자와 ‘담보신탁용 부동산관리·처분신탁계약’을 체결하고, 타익형 담보신탁의 형태로 채권자에게 우선수익권을 부여하여 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마친 후, 위탁자에 대해 회생정리절차가 개시되고 채권자가 정리채권신고기간에 위탁자에 대한 채권을 신고하지 아니한 사안에서, “신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정하고 저당권설정등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제3취득자와 같은 지위를 가진다. 따라서 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 회생계획이 여기에 영향을 미치지 않는다. 또한 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경되더라도 이로써 실권되거나 변경되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 회생채권 또는 회생담보권에 한하고, 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에는 영향이 없다”고 판시하였다.⁴⁷⁾

또한, 위탁자가 어음거래약정에서 기한 할인어음 대출금채무를 담보할 목적으로 채권자를 제1순위 수익자로 지정하면서 수탁자와 ‘분양형 토지개발신탁계약’을 체결한 이후, 위탁자에 대하여 회생정리절차가 개시되고 채권자가 정리채권 신고기간에 자신의 채권을 정리채권으로 신고하였을 뿐 별도로 정리담보권 신고를 하지 아니한 사안에서 대법원은, “정리채권 또는 정리절차 개시 전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 정리절차 개시 당시 회사 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 정리담보권으로 한다라고 규정하고 있으므로, 신탁법상의 신탁을 함에 있어서는 그 위탁자가 당연히 수익권자가 되는 것이 아니고 위탁자와 전혀 별개의 존재인 수익자를 지정하여야만 하는 것이며, 위탁자가 자신을 수익자로 지정하는 경우에도 위탁자와 수익자의 지위는 전혀 별개의 것이라고 보아야 할 것이므로, 특히 담보신탁이 아니라 분양형 토

47) 대법원 2017.11.23. 선고 2015다47327 판결; 대법원 2007.04.26. 선고 2005다38300 판결; 대법원 2004.08.20. 선고 2004다3512,3529 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결.

지개발신탁의 경우에 신탁계약 시에 위탁자인 정리 전 회사가 제3자를 수익자로 지정한 이상, 비록 그 제3자에 대한 채권담보의 목적으로 그렇게 지정하였다 할지라도 그 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 그 제3자에게 귀속한다 할 것이고 그 경우 그 수익권은 정리절차개시 당시 회사 재산이라고 볼 수 없다 할 것이다. 따라서 그 제3자가 정리절차에서 그 수익권에 대한 권리를 정리담보권으로 신고하지 아니하였다고 하여 회사정리법 제241조에 의하여 소멸된다고 볼 수는 없다”라고 판시하였다.⁴⁸⁾

그리고 위탁자가 자기 부동산에 대하여 수탁자와 ‘을종 부동산관리신탁계약’⁴⁹⁾을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경료해 준 다음 수탁자로 하여금 신탁부동산에 관하여 다시 신탁자의 채권자의 채권을 위하여 근저당권설정등기를 경료하도록 한 이후에, 위탁자에 대하여 회생정리절차가 개시되고 채권자가 정리채권 신고기간에 근저당권과의 피담보채권에 대해서는 정리담보권으로 신고하지 아니한 사안에서 대법원은, “수탁자는 결국 신탁자를 위한 물상보증인과 같은 지위를 갖게 되었다고 할 것이고 그 후 신탁자에 대한 회생정리절차가 개시된 경우 ‘정리회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 채권자가 정리채권 신고기간 내에 신고를 하지 않으므로써 정리계획에 변제의 대상으로 규정되지 않았다 하더라도, 이로써 실권되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 정리채권 또는 정리담보권에 한하고, 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에는 아무런 영향이 없다”고 판시하였다.⁵⁰⁾

위에서 본 판례는 채무자인 위탁자가 신탁계약을 체결하면서 채권자에게 수익권을 부여한 사안과 부동산 담보신탁에서 채권자에게 담보를 제공하기 위하여 채무자가 부동산을 활용하는 신탁제도를 이용하는 경우를 검토하였다. 이들 판례들은 위탁자에게 회생절차가 개시되는 경우 수탁자에 대해 가지는 수익권

48) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결.

49) 부동산관리신탁은 부동산의 관리업무 범위에 따라 해당 부동산의 소유권만 관리하는 ‘을종관리신탁’과 소유권 관리업무 범위는 물론 행정관리업무, 미화, 경비, 시설관리 등의 기술관리 등 부동산을 종합적으로 관리하는 ‘갑종관리신탁’으로 분류하기도 한다.

50) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결.

이나 담보권은 이러한 회생절차에 영향을 받지 않는다고 함으로써 부동산 담보 신탁에 도산격리효과가 인정되고 있음을 보여주는 판례들이다.

이와 같은 판례는 ‘수익권을 회생채무자 이외의 자가 회생채권자를 위하여 제공한 담보’, 혹은 ‘수익권을 회생절차개시 당시 회생채무자의 재산이 아니라’는 점을 들고 있는 바, 이는 신탁관계에 따른 신탁재산의 독립성을 인정함으로써 부동산 담보신탁에도 도산격리효과가 적용되고 있음을 보여주는 판례라 할 것이다. 이러한 것은 타익형 담보신탁에서만 적용되고, 자익형 담보신탁에서는 채권자가 위탁자 소유의 수익권에 대하여 담보권을 설정 받았다는 점에서, 그리고 담보권신탁에서는 소유권 자체가 신탁되는 것이 아니라는 점에서 도산격리 효과가 인정되지 않는다 할 것이다.

Ⅳ. 위탁자에게 도산절차가 진행되는 경우의 취급

1. 위탁자에게 회생절차가 개시된 경우

(1) 채권자의 지위

부동산 담보신탁에서 위탁자의 채권자가 위탁자의 회생절차에서 보유하는 지위는 담보신탁의 법적 구조가 타익형⁵¹⁾인지 아니면 자익형⁵²⁾인지의 여부에 따라 달라진다. 타익형 담보신탁의 경우에 위탁자의 채권자는 위탁자의 회생개시 이전에 채권을 보유하고 있었으므로, 회생채권자로서의 지위를 가지게 되어 채권자로서의 권리를 행사할 수 있게 된다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제 118조 제1호, 이하 ‘채무자회생법’이라 함). 그리고 위탁자의 채권자가 보유하는

51) 타익형 담보신탁이란 채권자의 담보를 위해 채무자인 위탁자가 자신이 보유한 부동산을 수탁자인 신탁회사에 신탁하고, 채무자가 채무를 변제하지 못할 경우 신탁재산의 처분 또는 운용과정에서 발생하는 수익을 우선수익자인 채권자에게 우선 지급하고 잔여금액이 있는 경우에는 위탁자에게 반환하는 형식의 신탁을 말한다.

52) 자익형 담보신탁이란 자익신탁 후 수익권 양도 또는 질권설정의 경우로 신탁등기를 하면서 그 수익권을 위탁자에게 교부한 뒤, 위탁자는 채권자에게 해당 수익권을 담보목적으로 양도하거나 수익권에 대하여 질권을 설정하는 형식의 신탁을 말한다.

수익권은 채무자회생법(동법 제141조 제1항)에 열거된 담보권에 유사하므로 위탁자의 채권자가 보유하는 채권을 동 규정에 따른 회생담보권으로 볼 수 있는지가 문제될 수 있으나, 이러한 수익권은 신탁재산과 관련해서 그 소유자인 수탁자에 대하여 행사할 수 있는 권리일 뿐이므로 회생채무자인 위탁자의 재산에는 어떠한 담보권도 설정되었다고 볼 수 없으므로,⁵³⁾ 위탁자의 채권자를 회생담보권자로는 볼 수 없다.⁵⁴⁾

자익형 담보신탁에서 위탁자의 채권자는 회생채무자인 위탁자가 보유하는 수익권에 대하여 담보권을 설정 받은 것이므로, 이러한 채권은 회생담보권으로 볼 수 있다. 위탁자의 채권자가 위탁자의 수익권에 대하여 담보권을 설정 받은 것이 아니라 수탁자로부터 신탁재산에 대하여 근저당권을 설정 받은 경우에는 위탁자의 채권자를 회생담보권자라고 볼 수는 없다. 이는 담보권을 설정 받은 주체가 회생채무자인 위탁자가 아니기 때문이다. 따라서 자익형 담보신탁의 경우 위탁자가 수익권 등 자신의 재산권에 대하여 채권자에게 담보로 제공하였는지 여부에 따라 위탁자의 채권자는 회생담보권자 또는 회생채권자의 지위를 갖게 된다.⁵⁵⁾ 아울러 위탁자의 채권자는 위탁자의 관리인에게 자신의 지위에 따라 자신의 채권을 회생채권 또는 회생담보권으로 신고하고 이를 반영한 회생계획에 따라 변제를 받으면 된다.

(2) 수익권자가 권리를 행사할 수 있는 근거는 무엇인가

타익형 담보신탁에서 수익권자가 회생절차의 진행과정과 무관하게 권리를 행사할 수 있는 근거는 과연 무엇인가 위탁자의 채권자는 회생채권자 또는 회생담보권자의 지위를 갖게 되는 경우에, 그 채권자는 위탁자에 대한 회생절차를 통해 변제를 받아야 한다. 그러므로 수익권을 보유한 채권자의 채권이 관리인이 작성하는 채권자 목록에 기재되지 않고 회생채권 신고기간 내에 신고를 하지 아니함

53) 남동희, “부동산신탁의 위탁자에 대한 회생절차의 실무상 쟁점”, 「사법」 15호, 사법발전재단, 2011. 3, 141면 이하.

54) 수익권의 법률관계에 관해서는 김상명, 앞의 논문, 48면 이하 참조.

55) 특히 타익형 담보신탁과 자익형 담보신탁의 비교에 대하여는 임채웅, “담보신탁의 연구”, 「신탁법연구」, 박영사, 2009. 7, 126~127면 참조.

으로써 회생계획에서 변제의 대상으로 규정되지 않을 경우에 회생채무자인 위탁자는 이러한 채권에 대한 책임을 면제받게 된다(채무자회생법 제251조 본문).

다만, 타익형 담보신탁의 경우에 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하게 되므로 위와 같이 회생채권자의 지위를 상실하더라도 수익권자로서의 지위는 계속 유지할 수 있다. 이에 대하여 대법원도, 채권자가 수익권에 대한 권리를 신고하지 아니하더라도 실권되는 권리는 위탁자에 대한 회생채권에 한하고, 수탁자에 대한 신탁재산의 수익권에는 아무런 영향이 없다고 판시하고 있다.⁵⁶⁾ 다만 그 근거에 대해서는 대법원은 “채권자가 가지는 신탁재산에 대한 수익권은 회사정리법(제240조 제2항)에서 말하는 ‘정리채무자 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당되어 정리계획이 여기에 영향을 미칠 수 없다”고 보는 견해⁵⁷⁾가 있는가 하면, 대법원은 “그 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 그 제3자에게 귀속한다 할 것이지, 위탁자인 정리 전 회사에 귀속되어야 할 재산권을 그 제3자에게 담보 목적으로 이전하였다고 볼 수는 없는 것이어서, 그 경우 그 수익권은 정리절차개시 당시 회사 재산이라고 볼 수 없다”고⁵⁸⁾ 판시함으로써 그 근거를 달리하고 있다.

이에 대하여 신탁계약으로 인하여 해당 부동산의 소유자는 ‘채무자 외의 자’인 수탁자로 되었고, 신탁계약에서 우선수익자로 채권자를 지정함으로써 ‘담보를 제공한 것과 다른없는 효과’가 나타나게 되므로, 수익자가 회생절차에서 지위는 채무자회생법의 ‘채무자 외의 자가 회생채권자를 위하여 제공한 담보’에 해당된다는 점을 그 근거로 해야 한다는 견해,⁵⁹⁾ 수익권이 비록 담보목적으로 부여되는 것이고 수탁자에 대하여 행사할 수 있는 권리이기는 하나 채권자에게 이와 같은 수익권을 부여하는 자는 위탁자이지 수탁자가 아니므로, 수익권은 ‘회생절차 개시 당시 회사의 재산이 아니기 때문에’ 회생절차의 영향을 받지 않는다는 것을 그 근거로 해야 한다는 견해,⁶⁰⁾ 담보신탁의 경우 비록 신탁목적

56) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결; 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결.

57) 대법원 2004. 12. 23. 선고 2003다44486 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다46058 판결; 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결.

58) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결.

59) 고일광, “부동산신탁에 관한 회생절차상 취급 -부동산담보신탁을 중심으로-”, 「사법」 9호, 사법발전재단, 2009. 9, 94-95면.

부동산이 법률적 의미에서 곧바로 담보의 목적으로 되는 것은 아니나, 실질적 의미에서 신탁목적 부동산 자체가 담보목적물로서의 기능을 하는 것이고, 법률적으로 보아도 수탁자가 보증을 하는 것과 전혀 다를 바가 없으므로, 이 경우 수익권을 담보로 제공한 것은 채무자회생법의 '채무자 이외의 자가 보증을 한 것 내지는 채무자 이외의 자가 담보를 제공한 것'이라고 볼 수 있으나, 다만 개발신탁의 경우에는 수익권을 담보로 제공한 것이 신탁목적 부동산을 담보로 제공하는 것이 아니므로 신탁에 의해 부동산의 소유권이 수탁자에게 귀속되지는 이유만으로 '채무자 이외의 자가 제공한 담보'가 될 수는 없고, 신탁법상의 신탁의 경우 수익자로 지정된 자가 원시적으로 수익권을 취득하는 것이므로, 수익권은 '회생절차 개시 당시 채무자의 재산이라고 볼 수 없다'는 점을 그 근거로 하는 견해⁶¹⁾가 있다.⁶²⁾

사건으로서의 위탁자의 채권자가 수익자가 되는 것은 위탁자의 의사에 따라 그 수익권을 가지는 자는 결국 수탁자이므로 법률적으로 수익권을 제공하는 자는 위탁자라는 점을 근거로 하는 두 번째 견해는 타당하지 않다고 생각한다. 또한 신탁 부동산의 처분요청권이 수익권자에게 있는지 여부에 따라 담보신탁과 개발신탁을 구별하는 세 번째 견해는 부동산 담보신탁의 일종으로 개발신탁의 경우에 수익권을 통해 본질적으로 담보를 채권자에게 제공하려는 신탁계약 당사자들의 의사를 무시한 것으로 보인다. 따라서 수익증권의 발행주체 및 이러한 수익권이 위탁자의 채권자에게 제공되는 목적 등에 비추어볼 때 첫 번째의 견해가 타당하다고 생각한다.

(3) 회생절차에서 '현존액주의'를 위반한 경우

타익형 담보신탁의 경우 위탁자의 채권자는 수익권자로서 채무자회생법이 적용됨에 따라 위탁자의 회생계획안에 영향을 받지 않는다. 그러나 위탁자의 채권

60) 남동희, 앞의 논문, 142-143면.

61) 이주현, "신탁법상의 신탁계약을 체결하면서 담보 목적으로 채권자를 수익권자로 지정한 경우 그 수익권이 정리계획에 의하여 소멸되는 정리담보권인지 여부", 「대법원판례해설」 제42호, 법원도서관, 2002. 2, 595-605면 참조.

62) 수익권의 법적 성질에 대하여는 김상명, 앞의 논문, 48-51면 참조.

자는 회생채권자의 지위도 동시에 가지게 됨에 따라 채권자가 위탁자의 재산관리인에게 자신의 채권을 회생채권으로 신고할 경우, 위탁자의 재산관리인은 이러한 채권에 대해 인정할 수밖에 없으므로 위탁자의 회생계획안에는 회생채권자의 지위를 가지는 채권자에게 변제방법을 제공해야 한다. 이 경우 위탁자의 채권자가 가지는 수익권의 내용을 회생계획안에 어떻게 반영할지와 관련해서 현존액주의⁶³⁾ 위반여부가 문제가 된다.

이에 대해 신탁재산이 위탁자인 채무자의 계속사업에 포함되어 있는 경우와 계속사업에 포함되어 있지 않는 경우를 나눈 후, 위탁자의 채권자의 채권에 대하여 ‘미확정 회생채권의 권리방법과 변제방법’을 원용하여 전자의 경우에는 ‘부동산 신탁계약에 따라 신탁재산을 환가한 후 받을 수 있는 수익금으로 우선 변제하고 잔액이 남을 경우 그 잔액채권에 한하여 그 권리의 성질 및 내용에 비추어 가장 유사한 회생채권으로 해당 권리변동 및 변제방법을 적용한다’라고 기재하고, 후자의 경우에는 ‘부동산 신탁계약에 따라 신탁재산을 환가한 후 받을 수 있는 수익금으로 우선변제 받도록 한다. 다만 위 수익금을 통한 변제가 해당 권리의 성질 및 내용에 비추어 가장 유사한 회생채권의 최초 변제기일까지 실현되지 않을 경우 그 유사한 회생채권에 관한 해당 권리변경 및 변제방법을 적용하여 변제한다’라고 기재하여야 한다는 견해⁶⁴⁾가 있다. 하지만 이러한 견해에 따른 회생계획안은 현존액주의에 위반된다는 견해가 있음을 유의할 필요가 있다.⁶⁵⁾

채무자회생법은 물상보증인의 경우에도 현존액주의가 적용된다고 규정하고 있다. 수익권을 보유하는 채권자의 지위는 채무자회생법의 ‘채무자 외의 자가 회생채권자를 위하여 제공한 담보’를 보유한 자에 해당하므로, 수탁자는 물상보증인과 유사한 지위를 갖게 되어 현존액주의의 적용을 받게 될 것이다. 그렇다면 위의 견해와 같이 신탁 부동산의 환가에 따라 채권자가 수익금을 지급받을 경우

63) 여기서 ‘현존액주의’라 함은 채권자는 당해 회생절차가 개시될 때를 기준으로 하여 그 때 채무자에 대하여 주장할 수 있는 채권액을 가지고 회생채권자로서 권리를 행사하는 것을 말한다(서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「회생사건실무(상)(제4판)」, 박영사, 2014, 411면).

64) 고광일, 앞의 논문, 109-110면.

65) 남동희, 앞의 논문, 162-164면.

에 그 금액을 채권자의 회생채권의 액수에서 감액하는 것은 현존액주의에 위반되는 것으로 해석될 수 있다. 따라서 위탁자의 회생계획안 작성 시에는 위탁자의 채권자가 보유하는 회생채권은 위의 견해와 달리 전액에 대한 권리를 행사할 수 있도록 작성되어야 한다. 다만 이러한 경우 위탁자의 채권자가 신고한 회생채권 금액과 수익권의 행사를 통해 수령할 수 있는 신탁재산의 처분대금이 채권자의 채권액을 넘을 수도 있다. 이 경우 채권자의 채권액을 초과하는 부분은 부당이득으로써 위탁자의 재산관리인은 채권자에게 반환청구를 하여야 한다.⁶⁶⁾

금융실무에서는 이러한 현존액주의나 회생절차가 개시된 위탁자의 경영 정상화는 신탁된 부동산의 개발을 통해 이루어지는 것이 대부분이라는 점을 고려하여 위탁자의 채권자는 신고한 회생채권액에 대한 변제를 받는 대신 변제가 이루어지는 경우 위탁자의 채권자가 보유하는 부동산 담보신탁상의 일체의 권리가 소멸되도록 하는 내용으로 회생계획안이 작성되고 있다. 이 경우 위탁자의 채권자에 대한 변제방법은 신탁부동산의 평가를 통해 산정된 부동산가치와 채권자의 채권액의 비교를 통해 결정된다. 이는 채권자가 신탁부동산을 통해 채권 전액을 변제받을 수 있을 경우에, 위탁자는 채권자에 대하여 채권금액 전부를 변제 하도록 하고, 신탁부동산을 통해 채권자가 채권전액을 변제받을 수 없는 경우에, 변제받지 못한 부분의 채권은 위탁자의 발행주식으로부터 출자 전환하도록 하고 있다.

2. 위탁자에게 파산절차가 개시되는 경우

(1) 채권자의 지위

부동산 담보신탁에서 위탁자의 채권자가 위탁자의 파산절차에서 보유하는 지위는 부동산 담보신탁의 법적 구조가 타익형 혹은 자익형 담보신탁인지의 여부에 따라 달라진다.

우선, 타익형 담보신탁의 경우, 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하게 될 것이

66) 김춘수, 앞의 논문, 138면.

다. 이러한 수익권은 위탁자의 재산에 설정된 것이 아니므로 채무자회생법(제 411조)에서 규정하는 담보권에 해당하지 않아 별제권자의 지위를 가질 수 없다. 이 경우 채권자는 기본적으로 파산절차가 진행되기 이전에 위탁자로부터 채권을 취득한 것이므로 이러한 채권은 파산채권으로 볼 수 있다(동법 제423조). 따라서 이 경우 위탁자의 채권자는 파산채권자의 지위를 가지게 되고, 파산절차를 통해 자신의 채권 중 일부 또는 전부에 해당하는 금액을 배당받게 될 것이다.

다음, 타익형 담보신탁의 경우, 위탁자의 채권자는 위탁자의 수익권에 대하여 담보권을 취득하게 된다. 따라서 위탁자의 채권자는 파산절차에서 별제권자로서의 지위를 가지게 되며, 파산절차에 의하지 않고 그 권리를 행사할 수도 있다(동법 제411조 및 412조). 이 경우 별제권자인 위탁자의 채권자는 피담보채권액 및 그 원인 이외에 별제권의 목적과 별제권의 행사에 의하여 변제를 받을 수 없는 채권액을 신고하고(동법 제411조 및 417조), 별제권의 행사에 의하여 변제를 받을 수 없는 채권액에 관해서만 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다(동법 제411조 및 413조).

(2) 파산채권의 인정범위

타익형 담보신탁에서 위탁자의 채권자는 파산채권자로서의 지위를 가지게 됨에 따라 파산절차에서 파산채권으로서 인정될 수 있는 채권의 범위가 문제될 수 있다. 즉 위탁자의 채권자는 수익권을 통해 신탁재산으로부터 배당받을 수 있으므로, 채권자의 파산채권금액을 수익권으로부터 배당받을 수 있는 금액을 제외한 잔여 금액으로 인정해야 하는지, 아니면 채권자의 채권액 전액을 파산채권으로 인정해야 할 것인지가 문제가 된다.

채무자회생법 제428조는 “여럿의 채무자가 각각 전부의 채무를 이행하여야 하는 경우 그 채무자의 전원 또는 일부가 파산선고를 받은 때에는 채권자는 파산선고 시에 가진 채권의 전액에 관하여 각 파산재단에 대하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다”고 규정함으로써 파산절차에서의 ‘현존액주의’를 규정하고 있다. 특히 타익형 담보신탁에서 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하고 있으므로, 이러한 수익권은 ‘채무자 이외의 자가 제공한 담보’라고 보는 것이 타당

하므로, 이는 물상담보의 경우와 유사하다. 그런데 채무자회생법 제126조 제5항에서 회생절차의 경우에 물상보증인에 대해서 현존액주의가 적용된다는 점을 명시하고 있으나, 파산절차의 경우 채무자회생법은 이를 명시하고 있지 않다. 만약 파산절차에서 물상보증인에게 현존액주의가 적용될 경우에, 채권자의 파산채권금액은 수익권임에도 불구하고 채권전액이 되어야 할 것이다.

그렇다면 파산절차에서 물상보증인 또는 제3취득자와 인적보증인을 서로 달리 취급해야 할 특별한 이유가 없는 점이나 채권자의 입장에서 인적담보보다 물적 담보가 더욱 강력한 담보기능을 갖는 것으로 파악하여 물적 담보가 채권회수에 좀 더 유리하게 기능할 것으로 기대하는 것이 보통이므로, 이러한 물적담보의 경우에 현존액주의가 적용되지 않는다고 해석하게 되면 현존액주의가 인정되는 인적 담보의 경우(동법 제428조)보다 오히려 채권자가 더 불리한 위치에 처하게 되는 결과가 초래되는 점 등에 비추어 볼 때 현존액주의는 파산절차에서도 물상보증인에게 동일하게 적용된다고 해석함이 타당하다고 할 것이다.

이에 대하여 수익자는 일정한 사유가 발생할 경우 신탁재산을 한도로 수탁자로부터 신탁재산의 처분대금을 교부받는 자이고, 수익자는 별제권자처럼 우선변제권이 있지만 신탁재산에서 수탁자의 보수와 비용 및 손해배상청구가 수익권보다 우선한다. 신탁사무의 처리상 발생한 채권자와 같은 권리를 가진 자는 신탁재산에 강제집행을 할 수도 있다는 점 등의 이유를 들어 수익자가 신탁재산으로부터 어느 정도의 채권 만족을 얻을 수 있는지 알 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 수탁자를 ‘보증인’과 유사하게 보아 현존액주의를 적용해야 한다는 견해가 있음⁶⁷⁾을 유의할 필요가 있다.

V. 결론

부동산 담보신탁에서 위탁자와 수탁자간에 계약이 이루어지면 신탁재산의 소유권은 대내외적으로 완전히 수탁자에게 귀속되지만 그 신탁재산은 위탁자의 재산

67) 김춘수, 앞의 논문, 138-139면.

권으로부터 분리·관리되는 독립성이 존재한다. 신탁법상 특별한 경우를 제외하고는 신탁재산에 대하여 강제집행이나 상계가 원칙적으로 금지되고, 신탁재산은 수탁자의 상속재산 혹은 수탁자의 이혼에 의한 재산분할의 대상도 되지 않는 등의 특수성이 있다. 그리고 신탁재산은 수탁자로 하여금 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하도록 하고, 동일한 물건에 대한 소유권과 그 밖의 물권이 각각 신탁재산과 고유재산 또는 서로 다른 신탁재산에 귀속되는 경우 등에도 혼동으로 소멸하지 않는 특성이 존재한다. 아울러 부동산 담보신탁에서 수탁자에게 회생절차 또는 파산절차가 진행되는 경우에도 신탁재산은 이러한 절차에 영향을 받지 않는 도산격리효과가 있는 등의 다른 담보제도와는 다른 특수성이 존재한다.

이에 따라 위탁자의 채권자는 원칙적으로 신탁재산을 책임재산으로 취급할 수 없게 되므로 위탁자에 대하여 회생절차 및 파산절차가 개시되더라도 신탁재산은 이에 구속되지 않는 결과 수익자인 채권자나 신탁관계에서의 채권자는 이러한 절차로부터 자유롭게 신탁재산에 대한 권리를 행사할 수 없게 된다. 이와 같이 담보신탁이 설정되어 위탁자의 도산으로부터 자유롭게 되는 것은 신탁의 도산격리가 인정되기 때문이다.

위와 같은 특성에 따라 위탁자인 채무자가 도산한 경우에는 타익형 담보신탁은 위탁자의 회생절차 개시 이전에 채권을 보유하는 경우이므로, 회생채권자로서의 지위를 가지게 된다. 반면 자익형 담보신탁은 위탁자의 채권자는 회생채무자인 위탁자가 보유하는 수익권에 대하여 담보권을 설정 받은 것으로서 회생담보권으로 보아 담보권실행개시에 의하여 영향을 받게 된다.

그리고 위탁자에게 파산절차가 개시된 경우에는 타익형 담보신탁의 경우에는 위탁자의 채권자는 수익권을 보유하게 될 것인 바, 채무자회생법에서 규정하는 담보권에 해당하지 않아 별채권자의 지위를 가질 수 없으나, 자익형 담보신탁에서는 위탁자의 채권자는 파산절차에서 별채권자로서의 지위를 가지게 된다.

또한 파산채권의 범위에 관하여 타익형 담보신탁에서 위탁자의 채권자는 수익권을 가지고 있는 바, 물상담보의 경우와 거의 같으므로 회생절차의 경우는 물론이고 파산절차의 경우에도 ‘현존액주의’가 적용된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

참고문헌

- 광장신탁법연구회, 「주식 신탁법」, 박영사, 2013.
- 김상명, “부동산 담보신탁 계약의 성립과 효력에 관한 연구”, 「제주발전연구」 제21호, 제주연구원, 2017. 12.
- 김상용, “부동산 담보신탁제도 개발의 필요성과 법적 문제점 검토”, 「경영법률」 제5집, 고이운영 박사 추모논문집, 한국경영법률학회, 1992.
- 김춘수, “도산절차에서의 신탁부동산의 취급”, 「도산관계소송」, 한국사법행정학회, 2009. 8.
- 남동희, “부동산신탁의 위탁자에 대한 회생절차의 실무상 쟁점”, 「사법」 15호, 사법발전재단, 2011. 3.
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「회생사건실무(상)(제4판)」, 박영사, 2014.
- 안성포, “채권금융기관에 의한 담보신탁의 활용”, 「증권법연구」 제13권 제3호, 삼우사, 2012.
- 양진섭, “부동산 담보신탁에 관한 소고”, 「BFL」 제52호, 서울대학교 금융법센터, 2012. 3.
- 유재관, 「신탁법실무」, 법률출판사, 2008.
- 이주현, “신탁법상의 신탁계약을 체결하면서 담보 목적으로 채권자를 수익권자로 지정한 경우 그 수익권이 정리계획에 의하여 소멸되는 정리담보권인지 여부”, 「대법원판례해설」 제42호, 법원도서관, 2002. 2.
- 이중기, 「신탁법」, 삼우사, 2007.
- 임채용, “담보신탁의 연구”, 「신탁법연구」, 박영사, 2009. 7.
- 최동식, 「신탁법」, 법문사, 2006.
- 최수정, “담보를 위한 신탁”, 「법조」 제62권 제8호(통권 제683호), 법조협회, 2013. 8.

[Abstract]

Handling of a trustee bankrupt in the real estate mortgage trust

Kim, Sang-Myeong

Ph.D./Professor, Jeju International University

Recently, a method to utilize the real estate mortgage trust system which complements the existing method of using mortgage rights is widely used in financial practice.

This is because there is a bankruptcy quarantine effect that can be treated independently of the trust property without being bound by the bankruptcy procedure or the regeneration procedure of the trustee or the trustee in the real estate mortgage trust.

On the other hand, real estate Collateral trust for a truster's profit can be regarded as a lien for the creditor of the trustee, who has been granted security rights for the beneficial interests held by the trustee who is the reviving debtor.

In addition, If the bankruptcy proceeding is initiated by the entrustor, the creditor of the entrustor will have the right of beneficial ownership in the case of the other-type collateral trust, and he will not be the lien prescribed in the law on the debtors' regeneration and bankruptcy.

Also, the creditor of the trustee in the other-type collateral trust is virtually the same as the collateral in the case of the mortgage, it is interpreted as applying the existing liquidation not only to the regeneration procedure but also to the bankruptcy procedure.

And The creditor of the entrustor will have the beneficial ownership in

the case of the trust-type real estate mortgage trust, and he can not have the status of the alienator because he does not correspond to the lien prescribed in the Debtor Renewal Law, In a trust-type real estate mortgage trust, a creditor of a trustee has a status as a separate person in bankruptcy proceedings.

Key words : Collateral Trust, Real Estate Collateral Trust, Truster, Fiduciary, Beneficiary