

부동산신탁의 사해성 판단

Determining whether real estate trust gives rise to fraudulent transfer

김 지 훈*
Kim, Ji-Hoon

목 차

- I. 서론
- II. 부동산신탁의 개념 및 유형
- III. 각 신탁유형별 사해성 판단
- IV. 결론

국문초록

부동산신탁은 위탁자와 수탁자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 부동산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 의미하며, 일반적으로 관리신탁, 처분신탁, 담보신탁, 토지신탁으로 구분되고 있다.

그러나 이러한 신탁의 설정으로 인하여, 위탁자의 책임재산이 감소됨에 따라 일반채권자의 공동담보가 부족하게 되거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 위탁자의 일반 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 결과가 초래될 수 있는데, 이를 사해신탁이라 한다. 그

논문접수일 : 2016. 03. 29.

심사완료일 : 2016. 04. 29.

게재확정일 : 2016. 04. 29.

* 법무법인 광장 파트너 변호사

리고, 이때 이러한 위탁자의 일반채권자를 보호하기 위하여 위탁자의 책임재산을 유지, 보전할 수 있도록 신탁법 제8조에서는 신탁을 취소할 수 있는 권리(사해신탁취소권)를 인정하고 있다.

한편, 이러한 사해신탁취소권과 유사한 민법상 채권자취소권의 대상이 되는 법률행위는, (1) 적극재산의 단순감소 내지 소극재산의 단순증가행위(‘제1유형’), (2) 우선변제적 법률행위, (‘제2유형’), (3) 자산구조변환형 법률행위(‘제3유형’)로 그 유형을 나누어 볼 수 있다. 제1유형의 경우 사해성이 원칙적으로 긍정된다고 할 것이며, 제2유형은 변제, 대물변제, 담보제공 중 어디에 해당하는가에 따라 사해성이 달리 판단될 것이다. 제3유형의 경우 처분행위의 목적이 정당하지 아니한 이상 사해성이 긍정될 것으로 보인다. 이러한 유형에 따른 사해성의 판단은 사해신탁취소권의 사해성 판단에도 적용될 수 있을 것이다. 신탁의 유형 중 부동산관리신탁, 부동산처분신탁 모두 제3유형에 해당하지만 부동산관리신탁의 경우 단순 관리만 목적으로 하고 수익권이 그대로 위탁자에게 있어 사해성이 높지 않지만 부동산처분신탁은 신탁의 목적이 매각을 통한 현금화에 있으므로, 사해성이 비교적 높다고 할 수 있을 것이다. 부동산 담보신탁 중 위탁자가 자신의 기존채무를 담보할 목적으로 설정한 경우는 제2유형에 해당하고 특정의 채권자에게 일종의 우선변제적 행위를 한 것이어서 사해성이 높다고 하겠지만 부동산담보신탁 중 신규채무를 담보할 목적으로 설정한 경우는 제3유형에 해당하지만 채권자로부터 신규자금을 제공받고 이에 대한 대가로 채권자에게 우선수익권을 부여해주는 것이므로 신탁의 목적이 정당한 경우 사해성이 부정된다고 할 것이다. 토지신탁의 사해성은 위 담보신탁의 경우와 같이 판단할 수 있을 것이다.

다만, 채권자취소권의 사해성의 판단기준은 사해신탁취소권의 사해성 판단에도 여전히 의미있다고 하겠지만, 양 제도는 수탁자의 선의, 악의와 관련하여 큰 차이를 보이고 있어, 사해신탁의 사해성과 관련하여 독자적인 기준이 마련될 필요성이 있다고 볼 수도 있고, 이 점을 향후 연구 과제로 삼겠다.

주제어 : 부동산신탁, 채권자취소권, 사해신탁, 부동산관리신탁, 처분신탁, 부동산 담보신탁, 사해성

I. 서론

부동산신탁제도는 일반인들에게 있어 아직 생소한 제도일 수 있겠지만, 부동산개발사업 또는 담보 등 다양한 목적으로 산업계, 금융계에서 널리 활용되고 있다. 현재 11개의 전업 부동산신탁회사가 영업 중에 있으며, 2015년 9월말 기준 이들 전업 부동산신탁회사의 수탁고가 135조 원에 이르고 있다.¹⁾ 이처럼 부동산신탁제도가 널리 활용됨에 따라, 그에 따른 부작용 역시 발생하고 있는데, 그 대표적인 것이 채무자가 자신의 채권자를 해함을 알면서도 위 신탁제도를 이용하여 신탁을 설정하는 ‘사해신탁’이라 할 것이다.

이러한 사해신탁에 대하여 신탁법 제8조는 민법 제406조 채권자취소권 제도와 유사하게 신탁설정행위의 취소 및 원상회복을 인정하고 있다. 실무에서 사해신탁취소를 원인으로 한 소유권이전등기 소송 내지 그 전단계로 사해신탁취소를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 처분금지 가처분등이 종종 제기되고 있는데, 실제 그 인용율이 그리 높아 보이지는 않는다. 하지만 이러한 소송 내지 가처분이 인용되는 경우, 대형 부동산개발사업이 더 이상 진행되지 못하거나 또는 전업 부동산신탁회사가 가액배상으로 엄청난 손해를 입게 되는 등 당해 신탁의 이해관계인들에게 미치는 영향력이 매우 크다고 할 것이다.

본고에서는 주로 개인들 간의 채권, 채무와 관련된 민법상 채권자취소권제도보다 그 파급력이 크다고 할 수 있는 사해신탁취소가 인정되기 위한 핵심적 요건인 사해성을 민법상 채권자취소권에서의 사해성 판단 기준을 적용하여 판단해 보도록 하겠다. 이를 위하여 실무상 흔히 구분되고 있는 부동산신탁의 유형을 알아보고, 민법상 채권자취소권에서의 사해성 판단기준을 살펴본 뒤, 이것을 각 부동산신탁의 유형별로 적용해 보는 순서로 검토하도록 하겠다.

1) 금융감독원, [http://emp.fss.or.kr/fss/kr/bbs/view.jsp?stitle=신탁관련 통계 \(2015년 3분기\)](http://emp.fss.or.kr/fss/kr/bbs/view.jsp?stitle=신탁관련%20통계%20(2015%20년%203분기)).

II. 부동산신탁의 개념 및 유형

1. 부동산신탁의 개념

부동산신탁은 신탁재산이 '부동산'인 신탁을 의미한다. 즉, 부동산신탁은 위탁자와 수탁자 간의 신탁관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 부동산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 의미한다고 할 것이다(신탁법 제2조 제1항).

한편, 부동산신탁은 신탁을 업으로 하는 수탁자에 의한 '영리부동산신탁'과 그렇지 아니한 '민사부동산신탁'으로 구분할 수 있고, 영리부동산신탁은 다시 관리신탁, 처분신탁, 담보신탁, 토지신탁으로 일반적으로 구분하고 있다. 실무에서 부동산신탁계약서는 전형적인 계약조항에 특약사항으로 조항을 추가하는 형태로 만들어져 있는데, 구체적인 부동산신탁계약의 유형을 판단할 때는 그 제목에 얽매일 것이 아니라 부동산신탁계약서 전체 조항을 종합적으로 검토하여 판단해야 할 것이다.²⁾ 전형적인 계약조항과 상치되는 특약사항을 규정하는 경우도 매우 많기 때문에 특약사항을 좀 더 유의하여 살펴보아야 한다.

2. 부동산신탁의 유형

가. 부동산관리신탁

부동산관리신탁은 (1) 수탁자가 전문 부동산관리자로서 신탁부동산 소유자를 대신하여 임대차관리, 시설의 유지, 관리, 시설물 관련 세무처리 등 일체를 종합적으로 관리, 운용하여 그 수익을 수익자에게 교부하거나(갑종 관리신탁), (2) 수탁자가 신탁부동산의 소유 명의만을 관리하여 주는(을종 관리신탁) 신탁제도라고 할 수 있다.³⁾ 현재 우리나라에서는 갑종 관리신탁은 거의 이용되

2) 광장신탁법연구회, 주석신탁법(제2판), 박영사, 2016, 577면.

지 않고, 을종 관리신탁만 이용되고 있다. 다만 을종 관리신탁의 경우 ‘수동신탁’으로 불려져 있어, 그 유효성에 대하여 논란이 있다.⁴⁾

나. 부동산처분신탁

부동산처분신탁은 부동산의 처분을 목적으로 하여 수탁자에게 소유권을 이전하고 수탁자가 그 부동산을 처분하여 그 처분대금으로 수익자에게 정산하여 주는 신탁제도이다.⁵⁾ 처분신탁 역시 수탁자가 부동산의 명의관리만 하다가 처분하는 경우(을종 처분신탁)도 있고, 명의관리 외에 처분시까지의 부동산의 관리행위도 하는 경우(갑종 처분신탁)도 있다. 부동산처분신탁은 주로 대형, 고가의 부동산으로서 매수자가 극히 제한된 경우, 부동산의 권리관계가 복잡하여 처분이 어려운 경우, 잔금지급까지 장기간이 소요되어 소유권관리의 안전을 요하는 경우 등에 널리 활용되고 있다.

다. 부동산담보신탁

부동산담보신탁은 채무자를 위탁자로 하고, 채권자를 수익자로 하여 채무자 또는 제3자(일종의 물상보증인과 유사한 지위)가 부동산의 소유권을 수탁자에게 이전하고 수탁자는 담보의 목적으로 신탁재산을 관리하다가 채무가 정상적으로 이행되면 신탁재산인 부동산의 소유권을 위탁자에게 환원하고, 만약 채무자가 채무를 변제하지 아니할 때에는 위 부동산을 처분하여 그 대금으로 채권자인 수익자에게 변제하고 잔액이 있을 때에는 채무자에게 반환하는 형태의 신탁제도이다.⁶⁾

3) 장현욱, 부동산신탁에 관한 연구, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997, 149면.

4) 수동신탁은 신탁행위에 의하여 수탁자에게 신탁재산의 명의를 이전되지만 수탁자가 신탁재산의 처분, 관리에 관하여 재량을 가지지 못하는 신탁을 의미한다. 그 유효성과 관련하여 견해의 대립이 있으나, 현재 실무상에서는 부동산관리신탁이나 증권투자신탁, 특정금전신탁 등의 분야에서 수탁자가 위탁자의 지시에 따라 신탁재산을 관리, 처분하는 형태가 운용되고 있다(광장신탁법연구회, 전게서, 13면).

5) 장현욱, 전계논문, 153면.

6) 장현욱, 전계논문, 171면, 172면.

부동산담보신탁제도는 기존 담보제도(저당권, 양도담보, 가등기담보 등)와 달리, 피담보채권과 분리하여 수익권만을 양도할 수 있고,⁷⁾ 담보의 실행을 임의매각방법에 의하므로 시간과 비용을 절감할 수 있으며, 매매대금 역시 경매대금보다 높은 경우가 많고, 공신력 있는 신탁회사가 수탁자로서 처분을 진행하므로 매각대금의 적정성을 기대할 수 있으며, 담보목적의 신탁임이 등기를 통하여 공시되므로 불측의 피해도 막을 수 있는 장점들이 많다.⁸⁾

우리나라에서 위와 같이 신탁을 담보제도의 일종으로 활용하게 된 것은 1993. 2. 4. 재무부가 담보신탁의 시행을 인가한 이후 전업 부동산신탁회사들이 담보신탁을 시행하면서부터라고 한다.⁹⁾ 현재 담보신탁은 금융기관에서 수탁자인 전업 부동산신탁회사를 신뢰하여 담보신탁을 활용한 대출을 허용함에 따라 담보제도의 하나로서 확고한 역할을 하고 있다. 특히 담보신탁은 위탁자 및 수탁자의 도산에도 영향을 받지 아니한다는 신탁의 도산절연성¹⁰⁾으로 인하여, 채무자의 도산시 채권자 보호에 있어 저당권 등 기존담보제도보다도 우수한 것으로 인식되고 있다.

라. 토지신탁¹¹⁾

7) 원래 담보물권의 경우 수반성 및 부종성으로 인하여, 담보물권의 원인채권인 피담보채권이 양도되면 담보물권도 이전되고, 피담보채권이 소멸하면 담보물권도 소멸한다. 담보신탁의 경우도, 수익자의 위탁자에 대한 채권을 위한 담보가 설정된다는 점을 감안해 볼 때, 담보물권의 특성인 수반성, 부종성을 인정할 필요가 있다고 생각해 볼 수도 있다. 하지만 신탁법상 이에 대한 명확한 규정이 없는 이상, 이를 인정하기는 어려울 것 같다. 다만 당사자들 간에 별도의 합의 없이 수익권 또는 피담보채권 중 어느 하나에 대하여 양도 또는 질권설정을 하는 경우, 담보신탁의 수익권에 대한 불완전한 양도 또는 질권이 설정될 수 있다는 점은 유념해야 할 것이다(한상곤, 부동산 담보신탁의 수익권에 관한 고찰, 경희법학 제49권 제1호, 2014, 26면).

8) 진상훈, 부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법, 민사집행법연구 제4권, 2008, 316면.

9) 장현욱, 전계논문, 172면.

10) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다46058 판결 등 참고.

11) 원래 토지신탁이라는 용어 자체로만 보면, 부동산신탁에서 신탁재산인 부동산 중 건물과 그 정착물을 제외한 토지에 대한 신탁을 의미한다고 할 것이다. 하지만 우리나라에서는 토지를 개발하여 사업을 진행하는 형태의 신탁을 흔히 '토지신탁'이라고 지칭하고 있다. 토지개발신탁 또는 개발신탁이 좀 더 정확한 용어가 아닐까 생각된다.

부동산토지신탁은 신탁의 인수시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분, 임대 등 부동산 사업을 시행하고 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁제도이다.¹²⁾¹³⁾ 현행 신탁법 제2조는 구 신탁법 제1조와 달리 신탁의 개념에 관하여 ‘관리, 처분’ 외에 ‘운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계’라고 규정하여, 토지신탁에 대한 법률상 근거를 명시하기도 하였다.

한편, 토지신탁은 개발사업 완료 후 수익을 얻는 방법으로, 크게 임대형 토지신탁, 분양형(처분형) 토지신탁, 혼합형 토지신탁으로 구분하기도 한다. 또한, 사업비의 조달의무 주체가 누구인가에 따라, 사업비의 조달의무가 위탁자에게 있는 경우를 관리형 토지신탁이라 하고, 사업비의 조달의무가 수탁자에게 있는 경우를 차입형 토지신탁이라 하기도 한다.¹⁴⁾

IMF 이전에 우리나라에서는 수탁회사가 사업의 주체가 되고 사업비의 조달의무까지 부담하는 차입형 토지신탁이 많이 활용되었는데, 이러한 신탁의 경우 필연적으로 신탁회사는 과도한 리스크에 노출되게 된다. 당시 부동산신탁회사들은 신탁사업 중 하나라도 부실화되면 곧 신탁회사 자체의 파산으로 이어졌고, 이로 인하여 많은 사회적 혼란이 야기되기도 하였다. 그래서 그 이후 우리나라에서 차입형 토지신탁은 많이 활용되지 않고 있고, 사업비 조달의무를 위탁자에게 유보하는 유형인 관리형 토지신탁이 많이 활용되고 있다.

마. 그 외 부동산신탁이 활용되는 경우

12) 금융투자협회 제정 ‘금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정’ 제2-65조 제6항 참고.

13) 토지신탁의 개념 및 법적 성질과 관련하여 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결(일반적으로 토지소유자가 부동산신탁회사에게 토지를 신탁하고 부동산신탁회사가 수탁자로서 신탁된 토지상에 건물을 신축하거나 택지를 조성하는 등 적절한 개발행위를 한 후 토지 및 지상건물을 일체로 분양 또는 임대하여 그 수입에서 신탁회사의 투입비용을 회수하고 수익자에게 수익을 교부하는 취지의 계약은 이를 신탁법상의 신탁계약으로 볼 것이고, 달리 특별한 약정이 없는 한 토지소유자와 부동산신탁회사 사이의 동업계약으로 볼 것은 아니다) 참고.

14) 금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정 별표 15 참고

(1) 부동산투자신탁

부동산투자신탁은 금융위원회로부터 인가를 받은 집합투자업자가 투자자로부터 자금을 모집하여 집합투자업자(위탁자)와 신탁업자(수탁자) 상호간에 체결되는 신탁약관에 따라 그 자금을 수탁자에게 신탁재산으로 이전한 후, 그 신탁재산에 속하는 자금을 사용하여 수탁자가 제3자로부터 부동산을 취득하여 신탁재산에 편입시키는 방식으로 거래가 이루어지고, 수익증권을 매입하는 투자자가 수익자로 되는 제3자를 위한 신탁의 형태를 말한다.

(2) 부동산투자회사

부동산투자회사법에 따라 설립되는 부동산투자회사는 국토교통부장관의 인가를 받아 부동산투자에 관한 영업을 하게 되는데, 자기관리형 부동산투자회사, 위탁형 부동산투자회사 및 기업구조조정 부동산투자회사로 구분된다. 부동산투자회사가 부동산의 소유자로부터 부동산을 취득할 때에는 신탁을 이용하지 않고 그 명의로 직접 취득하지만, 일단 취득한 후에는 안전한 자산의 보관을 위하여 반드시 그 부동산을 자산보관기관에 위탁하여야 하기 때문에 언제나 신탁법에 의한 신탁이 동반된다고 한다.¹⁵⁾

(3) 건축물의 분양관리신탁

건축물의 분양에 관한 법률에 따르면, 오피스텔, 주상복합건물 등 일정한 성질 및 규모에 해당하는 건축물을 분양하고자 하는 분양사업자가 착공신고 후 곧바로 분양(소위 사전분양)을 하려면 수분양자들의 보호를 위하여 금융기관 등으로부터 분양보증을 받거나 혹은 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 신탁업자와 신탁계약 및 대리사무계약을 체결하여야 하는데, 이때 이용되는 신탁제도이다. 이 경우는 안전한 분양관리를 통한 수분양자 보호가 신탁의 실질적 목적이라 할 것이다.

(4) 신탁방식에 의한 자산유동화

15) 광장신탁법연구회, 전거서, 584면.

자산유동화에 관한 법률 제2조 제1호 나목에서는 신탁법에 의한 신탁을 이용한 자산유동화를 규정하고 있다. 부동산을 소유하는 자가 그 부동산을 신탁업자에게 신탁하고, 신탁업자가 수익권을 유동화전문회사 또는 투자자들에게 발행함으로써 부동산의 자산유동화가 가능하게 된다. 하지만 실무에서는 부동산을 신탁하는 방식에 의한 자산유동화는 거의 이루어지지 않고 있고, 대부분의 자산유동화의 경우 부동산의 소유자가 유동화전문회사에 직접 소유권을 양도하는 방식으로 진행되고 있다.

III. 각 신탁유형별 사해성 판단

1. 사해신탁의 개념

사해신탁은 위탁자가 자신의 채권자를 해함을 알면서도 신탁제도를 이용하여 자기 소유의 재산에 신탁을 설정하는 것으로 정의할 수 있다. 이러한 신탁이 설정되게 되면, 위탁자의 책임재산이 감소되어 일반채권자의 공동담보가 부족하게 되거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 위탁자의 일반채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는데, 이때 이러한 위탁자의 일반채권자를 보호하기 위하여 위탁자의 책임재산을 유지, 보전할 수 있도록 신탁을 취소할 수 있는 권리(사해신탁취소권)를 인정한 것이 바로 신탁법 제8조이다.

사해신탁취소권은 일반채권자의 보호를 위하여 그 법률행위를 취소한다는 측면에서 민법 제406조 채권자취소권과 일치하는 측면이 있다. 즉, 신탁법 제8조는 신탁에서의 수탁자-수익자의 지위가 민법상 채권자취소권에서의 수익자-전득자의 지위와 형식상 유사한 측면이 있음을 고려하여 민법 제406조의 특별규정을 마련한 것으로 볼 수 있으며, 따라서 신탁법 제8조의 해석에 있어 민법상 채권자취소권의 해석론이 일응 그대로 적용될 수 있을 것이다. 따라서 아래에서는 먼저 민법상 채권자취소권의 사해성 판단 기준을 살펴본 뒤, 이를 신탁유형별로 적용해 보도록 하겠다. 오랜 기간 학설과 판례를 통하여 발전해

은 채권자취소권에서의 사해성 판단기준은 사해신탁취소권에 있어서도 여전히 의미가 있기 때문이다.

2. 민법상 채권자취소의 경우 사해성 판단 기준

대부분 판례와 학설은 채권자취소권의 객관적 요건으로 채권자를 해하는 법률행위일 것(사해행위 또는 사해성), 주관적 요건으로 사해의 의사 내지 인식(사해의사)이 있을 것, 즉 사해성과 사해의사를 구분하는 소위 이원론을 취하고 있다.¹⁶⁾¹⁷⁾

객관적 요건으로서의 사해성은 채무자의 재산처분행위에 의하여 채무자의 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아지거나 그 정도가 심화되는 것을 의미한다.

주관적 요건인 사해의사는 채무자가 자신의 법률행위로 재산이 감소되어 채권자의 공동담보에 부족이 생기거나 그 부족이 심화된다는 것을 인식하는 것을 의미하고, 의도 내지 의욕까지는 필요하지 아니한 것으로 본다. 또한 이때 인식은 적극적일 필요도 없다고 본다.¹⁸⁾

그런데 객관적 요건과 주관적 요건을 명확히 구분하는 것은 쉽지 않고, 구별의 실익도 별로 없다고 생각된다. 객관적 요건으로서 사해성 판단에 고려하여야 할 요소에는 공동담보의 부족위험에 대한 당사자의 인식 등 주관적 요소가 포함될 수밖에 없고, 이러한 주관적 요소는 공동담보 부족에 대한 인식, 즉 사해의사와 관련되어 있다고 할 것이다. 판례 역시 일정한 객관적 사실로부터 사해의사의 존재를 사실상 추정하는 형식으로 판단하고 있어, 사해성과

16) 주선아, 일부 채권자에게 기존채무의 이행과 관련하여 다른 채권을 양도하는 경위의 사해성 판단, 민사판례연구[X X X V], 2013, 216면.

17) 예를 들어 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결의 경우, 채권자취소 여부를 판단함에 있어 객관적 요건과 주관적 요건을 분리하여 각각에 대하여 판시하고 있다.

18) 박윤직(김능환 집필 부분), 민법주해 채권(2), 박영사, 2004, 824면.

사해의사의 경계가 반드시 명확하다고는 할 수 없다고 할 것이다.¹⁹⁾

이처럼 사해성의 의미를 판단함에 있어 객관적 요건, 주관적 요건으로 엄격히 분리하는 것이 큰 의미가 없는 이상, 각각의 사해행위 자체를 유형화하여 사해성의 의미를 탐구하고 그 기준을 찾아보는 방안도 생각해 볼 수 있다. 사해행위의 유형화는 매매, 대물변제 등 법률행위의 종류에 따른 것이 일반적이다. 하지만 이와 다른 시도로, (1) 증여나 재산의 무상양도행위와 같이 적극재산의 감소 또는 소극재산의 단순 증가만 발생하는 경우('제1유형'), (2) 채무자가 일부 특정 채권자에게 재산으로 대물변제하거나 기존 채권에 대한 담보로 제공하는 등으로 특정 채권자에게 우선변제권을 줌으로써 채무자의 총재산에는 변동이 없으나 결과적으로 채권자 전체의 공동담보에 부족을 초래하는 경우(우선변제적 법률행위 내지 편파행위, '제2유형'), (3) 채무자가 자신의 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 등 채무자의 총재산에 변동은 없으나 부동산을 유동자산으로 전환하는 경우(자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위, '제3유형')로 나누는 견해가 있으며, 이하에서는 이러한 유형화에 따라 각 유형별로 사해성을 살펴보기로 한다.²⁰⁾

가. 제1유형(단순한 적극재산 감소 또는 소극재산 증가행위)과 관련

부동산을 비롯한 재산을 증여하는 경우 채무자의 적극재산의 감소만 발생하게 되므로 특별한 사정이 없는 이상 사해성이 긍정된다. 이혼에 따른 재산 분할 또는 위자료 등의 지급의 경우도 마찬가지라고 할 것이다. 즉, 이혼을 가장하여 채무자가 책임재산을 분할해 주거나 그 분할이 상당 정도를 넘어서 지나치게 과도한 경우 사해성이 긍정된다고 할 것이다. 채무인수를 하거나 단순히 보증채무만 부담하는 경우 채무자의 소극재산의 증가만 발생하게 되므로 역시 특별한 사정이 없는 이상 사해성이 긍정된다. 즉, 제1유형은 특별한

19) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다84458 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결 등, 주선아, 전제논문, 220~221면 참고.

20) 고경우, 채권자취소권의 객관적 요건으로서의 사해성과 사해행위의 유형별 고찰, 판례연구 20집(부산판례연구회), 2009, 541~560면; 김미리, 사해행위의 판단기준과 대물변제의 사해성 판단, 대법원판례해설 85호(2010 하반기), 법원도서관, 2011, 116면.

사정이 없는 이상 사해성이 긍정된다고 할 것이므로, 다른 유형들에 비하여 사해성의 정도가 높은 행위라고 할 수 있다.

나. 제2유형(우선변제적 법률행위)과 관련

(1) 변제

변제는 적극재산의 감소를 가져오는 동시에 소극재산 역시 감소를 가져오므로 채무자의 자력에는 별다른 변동이 없다. 게다가 변제의 경우 채권자가 채무이행을 요구하는 경우 채무자로서는 그 이행을 거절할 수 없으므로 변제 자체는 다른 채권자들을 해하는 것으로 보기 어렵다고 할 것이다. 다만 어느 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해하기 위해 변제하거나 또는 변제기가 도래하지 아니한 채무를 변제하는 경우는 사해성이 인정될 수도 있다.²¹⁾

(2) 대물변제

학계의 통설적 견해는 적정가격의 대물변제의 경우, 변제와 차이가 없으므로 사해성이 인정되지 않지만, 특정 채권자와 통모한 경우는 적정가격이라고 하더라도 사해성이 인정된다고 판단하는 듯하다.²²⁾

그런데 대법원 판례에서는 대물변제 당시 채무자가 이미 채무초과상태에 있었던 때에는 그 대물변제가 적정가격에 의한 것인지 여부를 불문하고 사해행위로 인정하고 있었던 것으로 보인다.²³⁾ 채무자가 채무초과 상태에서 유일한 재산인 부동산을 일부 채권자에게 대물변제한 경우 그 대물변제의 적정가격은 묻지 않고 사해성을 긍정하고 있으며,²⁴⁾²⁵⁾ 최근에는 유일한 재산인지,

21) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985 판결(위 판결에서는 통모의 판단 기준과 관련하여, 『채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하였는지 여부는 사해행위임을 주장하는 사람이 입증하여야 하며, 이는 수익자의 채무자에 대한 채권이 실제로 존재하는지 여부, 수익자가 채무자로부터 변제를 받은 액수, 채무자와 수익자와의 관계, 채무자의 변제능력 및 이에 대한 수익자의 인식, 변제 전후의 수익자의 행위, 그 당시의 채무자 및 수익자의 사정 및 변제의 경위 등 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다』라고 판시하기도 함).

22) 지원림, 민법강의(제3판), 홍문사, 2005, 905면; 박윤직(김능환 집필 부분), 전계서, 829면.

23) 주선아, 전계논문, 228면.

적정가격인지 여부도 불문하고 사해성을 긍정하고 있는 것으로 보인다.²⁶⁾ 대물변제는 변제와 달리 채무의 내용에 좇은 의무의 이행이 아니라 채무자가 대물변제 여부에 대한 자유를 가지는 것이므로 사해성이 다소 높다고 할 수 있고, 따라서 대법원 판례의 입장이 더 타당한 것으로 생각된다. 다만 담보권자 등 사실상 우선변제를 받을 지위에 있던 자가 대물변제로 재산을 양도받는 경우 적정가격으로 평가된 이상 사해성을 부정한 판결도 있다.²⁷⁾

(3) 담보의 제공

기존 채무에 대한 담보의 제공과 관련하여 학계의 통설적 견해는 담보의 제공은 변제, 대물변제와 다를 바와 없으므로, 적정가격에 의한 담보제공인 이상 사해성이 부정된다고 본다.²⁸⁾

대법원 판례는 채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중 어느 한 사람에게 담보로 제공하는 경우 사해성을 긍정하고 있다.²⁹⁾ 특히 대법원은 채무자가 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도였다 하더라도, 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는, 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에게 대하여 사해행위에 해당하는 것으로 판단하고 있다.³⁰⁾ 담보의 제공은 변제

24) 이순동, 채권자취소권(제2판), 육법사, 2012, 242면.

25) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결, 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결 등.

26) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결(채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것); 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결.

27) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결 등.

28) 박윤직(김능환 집필 부분), 전게서, 830면; 지원림, 전게서, 905면.

29) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카23186 판결; 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결 등.

30) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결(이미 채무초과 상태에 빠진 채무자에게 있어서 채권자의 강제집행 내지 가압류 등 채권회수를 위한 집행보전조치로 발생하는 사업추진상의 어려움은 그러한 조치를 행하는 채권자의 채권액이나 변제기의 도래 여부에 관계없이 동일하게 발생할 수 있는 사정이다. 또한 특정 채권자가 당시로서 채무자에 대하여 위와 같은 채권회수조치에 적극성을 보였다는 사정만으로 채권자들 사이에서 우선적 담보제공의

처럼 의무의 이행도 아니고 대물변제처럼 기존 채무를 소멸시키는 것도 아니므로 사해성이 다소 높다고 할 것이므로 대법원 판례의 입장에 찬성한다.

한편, 신규차입을 위한 부동산의 담보제공은 총재산에는 변동이 없으나 사실상 부동산이 유동자산으로 전환하는 경우이므로 아래 제3유형에 해당된다고 보는 것이 타당해 보인다.

다. 제3유형(자산구조변환형 법률행위)과 관련

(1) 자산의 매각

자산을 적정가격에 매각하는 경우 사해성이 긍정될지는 의문이 있다.³¹⁾ 부동산의 매각과 관련하여 학계의 다수의 견해는 채무자와 수익자 사이의 통모에 의한 경우를 제외하고는 적정가격에 의한 매각인 경우 재산의 소유형태가 부동산에서 금전으로 바뀔 뿐 전체 재산의 가액에는 변동이 없으므로 사해성이 부정된다고 보는 듯하다.³²⁾ 하지만 부동산이 유동자산으로 전환되는 경우 채무자의 계수상의 총자산에는 변동이 없다고 하더라도, 채권자가 그 채권의 실현을 위한 집행행위로 나아가는 것이 곤란하게 됨에 따라 실질적으로 재산 감소행위와 다를 바 없으므로 사해성이 인정된다는 견해도 있다.³³⁾

대법원 판례는 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매도하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 공동담보의 효력을 감소시켜 채권자를 해하기 때문에, 다른 채권자에 대한 정당한 변제에 충당하기 위하여 부동산을 상당한 가격으로 매도하는 등 특별한 사정이 없는 한 항상 채권자에게 사해행

필요성에 관한 차별적 평가를 하기는 어렵다. 나아가 채무자가 사업활동에서 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기의 연장 내지 채권회수조치의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 비록 채무자가 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도였다 하더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다고 보아야 한다).

31) 자산을 적정가격이 아닌 염가에 매각하는 경우 채무자의 총재산의 감소를 초래하므로 이는 제1유형에 해당하고 당연히 사해성이 긍정된다고 할 것이다.

32) 박윤직(김능환 집필 부분), 전게서, 828면; 지원림, 전게서, 904면 등.

33) 고경우, 전계논문, 556면.

위가 되고, 채무자의 사해의사가 추정된다고 판시한 바 있다.³⁴⁾ 이와 같은 자산구조변환행위는 일반채권자의 집행을 곤란하게 하고 재산을 은닉하는 결과를 초래하고 채무자의 의사 또한 그러한 결과를 의도 내지 용인하였을 가능성이 높다고 할 것인바, 채권자취소권을 부여한 법 취지, 집행을 배제하려는 채무자의 사해의사 등을 고려해 볼 때 사해성이 높다고 할 것이므로, 대법원 판례의 입장에 찬성한다.

다만 현금자산의 증가가 있으므로 처분행위의 의도, 목적이 중요한 의미를 가질 수 있다. 즉, 처분행위의 목적이 정당한 것이라면 제2유형에 비해 사해성이 높지 않다고 볼 여지도 있다.³⁵⁾ 예를 들어, 적정가격으로 매각하여 그 매매대금을 일반 채권자에게 변제한 경우라면 이는 통상의 변제에 준하는 것으로 보아 통모가 없는 이상 사해성이 없다고 볼 수 있다. 또한 일반채권자가 아닌 우선채권자에게 변제한 경우 더욱 사해성을 인정하기 어려울 것이다. 한편, 그 매매대금을 낭비, 은닉하는 경우는 사해성이 인정될 가능성이 높겠지만 생활비, 사업재건 등을 위하여 소비하는 경우 사해성이 감소된다고 할 것이다.³⁶⁾

(2) 신규차입을 위한 담보제공

신규차입을 위해 채무자의 재산을 담보로 제공하는 경우 역시 사해성이 긍정된다고 할 것이다. 다만 대법원 판례는 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받은 경우 담보 제공행위는 사해성이 부정된다고 판시하고 있다.³⁷⁾

34) 대법원 1997. 5. 8. 선고 96다2606, 2613 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다19859 판결; 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다43909 판결 등.

35) 고경우, 전제논문, 560면.

36) 이순동, 전제서, 306~308면. 위 책에서는 만일 매수인이 채권자인 경우는 실질적으로 대물변제와 유사하므로 대물변제에 준하여 사해성을 판단해야 한다고 기술하고 있다. 타당하다고 생각된다.

3. 각 신탁유형에 따른 사해성의 판단

가. 일반적 기준

대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다42874 판결 등에서는 “신탁행위의 사해성 여부는 신탁계약 당시의 채권채무관계를 비롯하여 신탁의 경위 및 목적과 경제적 의미, 신탁을 통하여 제공받은 자금의 용처 등 관련 사정들을 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단해야 한다”라고 판시하고 있다. 하지만 위 대법원 판결의 판시내용은 그동안 채권자취소권과 관련하여 실시한 대법원 판결의 판시 내용³⁸⁾과 크게 다르지 않고, 추상적 기준의 나열에 불과하여 큰 의미는 없는 것으로 보인다. 따라서 아래와 같이 신탁계약의 유형에 따라 구체적으로 그 사해성을 판단해 보는 것은 나름의 의미가 있다고 할 것이다.

나. 부동산관리신탁의 경우

부동산관리신탁의 경우, 부동산의 소유명의가 수탁자에게로 이전됨에 따라 위탁자의 채권자가 더 이상 부동산에 대하여 강제집행을 할 수 없게 되므로, 사해성이 긍정된다고 볼 여지가 있다.³⁹⁾

그런데 순수한 의미의 부동산관리신탁(실무에서 그리 많다고 보기는 어렵다)의 법률관계를 보면, 위탁자는 수탁자에게 부동산의 관리를 위하여 그 명의를 대내외적으로 이전하기는 하나, 위탁자는 유일한 수익권자로서 부동산에

37) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다66089 판결 등.

38) 예를 들면, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결에서는 『채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다』라고 판시하고 있다.

39) 진상훈, 전제논문, 321, 322면. 이 논문에서 필자는 서울중앙지방법원 2005. 3. 17.자 2005합654 결정을 그 예로 들고 있다.

대한 지배력을 그대로 유지하고 있으므로, 총재산의 변동이 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 부동산관리신탁의 경우는 제3유형인 자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위에 해당한다고 할 것이므로, 이러한 관점에서 사해성을 판단하는 것이 타당할 것이다. 즉, 위탁자가 보유하였던 부동산의 소유권이 수익권 내지 신탁종료시의 소유권이전등기청구권으로 변동함에 따라 강제집행이 곤란하게 되었는지 여부를 살펴보아야 할 것인데, 대부분의 신탁이 신뢰성이 높은 공인된 신탁회사를 통하여 진행되고 있고, 신탁법 제4조에 따라 부동산신탁의 목적, 내용 등 대부분 사항이 공시된다는 측면을 고려해 볼 때, 비록 부동산 자체에 대한 강제집행은 더 이상 어렵게 되었다 하더라도, 위탁자가 가진 수익권 등 신탁 관련 권리에 대한 집행을 진행함으로써 동일한 효과를 거둘 수 있고, 재산이 은닉된 것도 아니므로 사해성이 반드시 높은 경우로 볼 수 없을 것으로 생각된다.

다. 부동산처분신탁의 경우

부동산처분신탁의 경우, 신탁에 의하여 부동산의 소유권이 수탁자에게 이전된 이후 신탁기간 동안은 수탁자가 대내외적인 소유권자이므로 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대한 강제집행이 곤란하게 되고, 신탁부동산이 처분된 이후에는 위탁자는 신탁재산의 처분대가로 보통 금전을 받게 되므로, 결국은 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 경우와 동일하다고 볼 여지가 있다.⁴⁰⁾ 그렇게 본다면 부동산처분신탁은 제3유형에 해당하고, 신탁목적에 따라 처분이 되고 나면 은닉하기 쉽고 집행하기 곤란한 금전으로 교부된다는 점에서 사해성이 다소 높다고 볼 여지가 있다. 다만 처분신탁이 정당한 변제를 위해서 이루어지고, 실질적인 책임재산의 증가를 통하여 채권자들에게 더 이익을 주려는 것이면, 사해성이 부정될 수도 있을 것이다.

하지만 다른 한편으로, 처분신탁은 부동산의 매각과 유사한 점이 있기는 하나, 처분신탁 이후 신탁기간 동안 처분되지 않는다면 원칙적으로 위탁자는 그

40) 진상훈, 전제논문, 323면.

부동산을 다시 이전받을 권리를 보유하고 있다는 점, 처분가격이 미리 정해지지 않은 경우라면 매각가격의 적정성을 평가하기 어렵다는 점에서 차이점도 있다. 따라서 처분신탁계약에서 위탁자가 신탁종료 이후 신탁재산을 다시 반환 받을 수 있고 매매가격도 정해지지 아니한 경우라면, 특별한 사정이 없는 이상 처분신탁 시에 사해성이 있다고 곧바로 판단하기가 어려울 것으로 생각된다(이 경우는 앞서 살펴본 단순 관리신탁의 사해성 판단의 경우와 유사할 것이다). 만일 이러한 신탁계약 체결 이후 처분시 위탁자가 염가처분을 동의한 경우 신탁 자체의 사해성을 인정할 수 있을지 의문이기는 한데, 신탁 당시부터 염가처분을 염두에 둔 것이라면 신탁 자체의 사해성을 긍정할 수 있겠지만, 그에 대한 입증이 없는 이상, 위탁자가 염가매각을 동의한 행위 자체만으로 신탁의 사해성을 긍정하기는 어려울 것으로 보인다. 이 경우는 동의행위 자체가 사해성이 있다고 보거나 별도의 불법행위를 구성한다고 보는 것이 타당할 것으로 보인다.

한편, 처분대금이 적정한 경우에는 채무자의 적극재산에는 감소가 없는 것이고, 처분대금을 어떻게 사용하는가는 처분의 상대방이 간섭할 사항이 아니기 때문에, 이러한 신탁설정을 사해행위로 취소하는 것은 지나치다고 하면서, 특히 적정가격에 의한 재산처분이 사해행위로서 취소될 수 있다면 재정적 위기에 처한 기업이 재산의 처분 방식으로 재무구조를 개선하고자 하는 노력이 큰 위기에 봉착할 수 있으므로, 명시적으로 사해성 요건에서 적정가격에 의한 재산처분을 배제할 필요가 있다는 견해도 있다.⁴¹⁾ 그러나 위 견해는 사해행위 취소권에 관한 사해성 판단기준과 맞지 아니하고 신탁에 대하여 별도의 특혜를 부여할 이유를 찾기도 어려우므로 찬동하기 어렵다.

라. 부동산담보신탁의 경우

(1) 일반론

부동산담보신탁의 경우, 위탁자가 채무자로서 채권담보를 목적으로 신탁부

41) 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007, 69면.

동산을 수탁자에게 이전하면서, 그의 채권자에게 그 신탁부동산으로부터의 수익을 우선적으로 변제받을 수 있는 권리를 부여하고, 위탁자가 피담보채무를 완제한 경우 위탁자에게 그 소유권을 환원시켜 주는 것이므로, 실질은 부동산에 대한 저당권설정과 같은 담보제공과 유사하다.

먼저, 위탁자가 자신의 기존채무를 담보할 목적으로 부동산담보신탁을 설정하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 소유권이 대내외적으로 수탁자에게 이전되므로 위탁자의 총재산의 변동이 있다고 볼 여지도 있으나, 위탁자가 자신의 채권자에게 우선수익권을 부여한 부분을 제외한 나머지 신탁재산에 대한 권리는 위탁자가 수익권의 형태로 여전히 보유하고 있으므로, 실질적으로는 우선수익권의 가치만큼만 기존채무의 채권자에게 이전된 것으로 볼 수 있고, 이는 기존채무에 대한 담보제공과 매우 유사하다고 할 것이다. 따라서 채무자의 총재산에 변동이 없이 특정의 채권자에게 일종의 우선변제적 행위를 한 것으로 볼 여지가 있으며, 따라서 이러한 부동산담보신탁의 설정은 제1유형보다는 제2유형에 해당한다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 하지만 기존 채무의 담보를 위해 신탁을 설정하는 경우는 실무에서 별로 없으므로, 실제 제2유형에 해당하는 경우는 그리 많지 않을 것으로 보인다. 만약 제2유형에 해당하는 경우라면, 앞서 본 바와 같이 제2유형에 해당하는 담보제공의 경우 대법원 판례가 원칙적으로 사해성을 긍정하고 있는 바와 같이, 담보신탁의 경우도 사해성을 긍정할 수 있을 것이다. 다만 담보권자 등 사실상 우선변제를 받을 지위에 있던 자가 담보신탁을 통하여 우선수익권을 취득하는 경우라면 적정한 평가가 이루어진 이상 사해성이 부정될 것으로 생각된다.

다음, 신규채무를 담보할 목적으로 한 부동산담보신탁을 진행하는 경우가 있을 수 있다. 실무상 대부분 담보신탁이 이에 해당될 것으로 보인다. 이러한 담보신탁설정 역시 소유권이전 측면에 초점을 맞추어 보면 총재산의 변동이 있는 것으로 볼 여지가 있겠지만, 채권자로부터 신규자금을 제공받고 이에 대한 대가로 채권자에게 우선수익권을 부여해주는 것이므로 실질적으로는 부동산인 부동산의 소유권이 이전되지만 이에 대한 반대급부로 유동자산인 신규자금을 취득한 것과 같다고 할 것이다. 즉, 이러한 신탁의 설정은 자산구조변환형 법률행위 내지 자산유동화형 법률행위로서 제3유형에 해당된다고 할 것이다.

제3유형에 해당하는 담보제공의 경우도 역시 대법원 판례에서는 사해성을 인정하고 있으나, 다만 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받은 경우 담보 제공행위는 사해성이 부정된다고 보고 있다. 이러한 이론은 신규채무를 담보할 목적으로 한 부동산담보신탁의 경우에도 그대로 적용되고 있다고 할 것이다.

(2) 담보신탁의 사해성에 대한 구체적인 판례의 판시 내용

대법원 2011. 5. 23.자 2009마1176 결정에서는 『갑 회사가 담보신탁을 통하여 회사의 전 재산인 골프장 부지와 시설에 관한 소유 명의를 을에게 이전한 행위가 사해행위에 해당하는지 문제된 사안에서, 신규 자금의 조달을 통한 골프장 시설 개선을 하지 않고는 영업을 계속할 수 없는 상황에서 골프장 부지 등을 담보신탁의 목적물로 제공하고 이를 통해 융통한 자금으로 영업시설을 개선하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반 채권자들에 대하여도 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하여 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 볼 수 있고, 위탁자인 갑 회사 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 을 등에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권만족의 가능성이 남아 있으며, 특히 채권자의 갑 회사에 대한 대여금채권은 위 회사의 설립목적에 따른 제한으로 신탁계약 전에도 개별적인 지급청구나 이를 위한 강제집행 등 권리행사를 할 수 없도록 정관에 규정되어 있었던 이상 위 신탁으로 집행상 새로운 장애가 발생하였다고 볼 수도 없으므로, 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다.』고 판단하였다.

그리고 서울중앙지방법원 2012. 3. 22. 선고 2010가합88922 판결에서는 『이 사건과 같은 부동산 담보신탁계약의 경우 (위탁자가 채권의 담보를 위하여 그의 채권자에게 신탁부동산으로부터 수익권리금 한도 내에서 우선변제를 받

을 권리를 부여하고, 위탁자가 피담보채무를 모두 변제한 경우 신탁부동산의 소유권을 회복할 수 있다는 점에서) 그 실질은 부동산에 물적 담보를 설정하는 경우와 동일한 것으로서, 일반 채권자들은 담보신탁계약의 우선수익자로 지정되지 않는 한 당해 부동산에 대한 강제집행을 통해 채권을 회수할 수 없는 반면, 수탁자가 위 부동산을 처분하는 경우 그 처분대금은 신탁비용 및 우선수익자의 채권 등에 우선 충당되고 남은 대금만 위탁자가 정산받게 되어 실질적으로 위탁자의 책임재산이 감소하는 결과가 발생한다. 한편 채무자가 위와 같이 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성과 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지에 따라 최종 판단하여야 한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결 등 참조).』라고 판시하였다. 다만 위 사례에서 법원은 당해 담보신탁계약의 사해성은 긍정하였다.

대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다33718 판결에서는 『자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하거나 이를 신탁하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정 내지 신탁행위는 사해행위에 대항하지 않는다고 할 것이다.』라고 판시하였다. 위 판결은 사업시행자가 피고로부터 사업자금을 차용하면서 피고와의 사이에 사업부지 등에 관하여 근저당권자를 피고로 하는 근저당권설정계약 및 수익자를 사업시행자로 하는 신탁계약을 체결하고, 위 수익권에 관하여 피고를 1순위로 하는 근질권을 설정해 준 사안과 관련된 것이다.⁴²⁾ 위 사안에서는 관리처분신탁계약이 체결된 것으로 보이나, 실질적으로는 담보신탁과 동일한 기준으로 평가한 것으로 보인다.

한편, 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다13709 판결에서는 『공사대금을 지급받지 못한 ○○아파트 공사 수급인이 ○○아파트에 대한 유치권을 포기하는 대신 수분양자들로부터 미납입 분양대금을 직접 지급받기로 하고, 그 담보를 위해 도급인과의 사이에 ○○아파트를 대상으로 수익자를 수급인으로 하는 신탁계약을 체결하고 수급인이 지정하는 자 앞으로 소유권이전등기를 경료하게 한 경우, 수급인의 지위가 유치권을 행사할 수 있는 지위보다 강화된 것이 아니고, 도급인의 일반채권자들 입장에서도 수급인이 유치권을 행사하여 도급인의 분양사업 수행이 불가능해지는 경우와 비교할 때 더 불리해지는 것은 아니므로 위 신탁계약이 사해행위에 해당하지 않는다』고 판단한 바 있는데, 위 판결은 앞서 본 바와 같이 담보권자 등 사실상 우선변제를 받을 지위에 있던 자가 대물변제로 재산을 양도받는 경우 적정가격으로 평가된 이상 사해행위를 부정한 대법원 판결과 동일한 취지로 볼 수 있을 것이다.

즉, 위 판례들에서 드러난 바와 같이 담보신탁의 사해성 판단은 결국 기존 채권자취소권의 사해성의 판단기준에 따르고 있는 것으로 보인다.

(3) 프로젝트 파이낸싱과 부동산담보신탁

실무에서 부동산담보신탁은 프로젝트 파이낸싱과 연관하여 자주 이용되고 있다. 즉, 프로젝트 파이낸싱을 이용하여 대규모 건설 사업을 진행하는 경우, 사업시행자는 토지를 확보한 후 그 토지매매대금과 향후 시공사에게 지급해야 할 공사대금 상당을 대출기관으로부터 대출을 받고, 이에 대한 담보를 위하여 토지에 관하여 금융기관을 우선수익자로 지정하는 담보신탁계약을 체결한다. 그 후 건물이 완공되면 건물에 대하여 대출기관을 위하여 추가담보신탁을 체결하기도 한다.

사업 초기에 진행되는 토지에 관한 담보신탁계약에 대하여, 위탁자의 일반채권자들이 사해성이 있다고 주장하는 경우가 많다. 그러나 실무에서는 신탁의 내용이 모두 공시되고, 공신력을 갖춘 신탁회사에 신탁재산이 수탁되며, 위탁자가 신탁종료 후 신탁재산에 귀속권(수익권)을 가지고 있는 점 등을 고려

42) 진상훈, 전계논문, 326면.

하여, 대부분 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 신탁한 것으로 판단하여 사해성을 부정하는 경우가 많은 것으로 보인다.

나아가 위탁자의 채권자는 건물의 완공 이후 건물에 대한 추가담보신탁계약을 체결한 것을 두고서 사해신탁이라고 주장하는 경우도 있다. 하지만 이러한 추가담보신탁계약의 경우 사업초기에 업무약정 등을 통하여 미리 예정되어 있던 계약을 체결한 것에 불과하다. 따라서 추가담보신탁계약 체결 당시에 채무초과 상태에 있었다고 하더라도 사업초기 업무약정 당시 사해성이 인정되지 않는 이상, 쉽게 사해성을 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

한편, 프로젝트 파이낸싱과 관련하여 처분신탁계약을 체결하고 위탁자가 가진 수익권에 대하여 금융기관이 질권을 설정하는 경우도 있다. 이러한 처분신탁계약의 경우 사실상 위와 같은 담보신탁 설정과 별반 차이가 없으므로, 같은 기준으로 사해성을 판단해야 될 것으로 보인다. 앞서 본 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다33718 판결의 사안이 이에 해당한다.

또한, 위와 같이 프로젝트 파이낸싱과 관련된 담보신탁계약의 경우, 완공된 건물에 대한 처분방법이 계약 내용 속에 포함되는 경우도 많이 있다. 즉, 아파트 건설사업의 경우, 토지와 건물까지 담보신탁된 이후 이를 수분양자에게 분양하면서 신탁을 해지하는 취지의 신탁계약을 체결하는 경우를 흔히 볼 수 있다. 이는 담보신탁과 처분신탁이 결합된 신탁으로 볼 수도 있을 것인데, 처분대금 자체가 담보신탁의 피담보채무의 변제에 사용되는 구조를 가지고 있으므로, 담보신탁적 부분에서 사해성이 인정되지 않는 이상, 처분신탁적 부분만 독자적으로 분리하여 사해성을 가진다고 평가하기는 어려울 것이다. 처분절차 진행(공매 진행), 처분대금의 적정성 등은 신탁의 사해성 문제가 아니라 신탁 이후 신탁관련자들의 계약상 의무 위반 또는 불법행위 책임 관점에서 판단해야 할 것이다.

마. 토지신탁의 경우

(1) 일반론

토지신탁은 신탁의 인수 시에 신탁재산으로 토지 등을 수탁하고, 신탁계약에 따라 토지 등에 건물, 택지, 공장용지 등의 유효시설을 조성하여 처분, 임대 등 부동산 사업을 시행하면서 그 성과를 수익자에게 교부하여 주는 신탁으로, 수탁자가 신탁재산의 소유자인 동시에 부동산개발사업의 주체가 된다는 점에 그 특징이 있다. 초기에 주로 활용되었던 차입형 토지신탁의 경우, 신탁회사가 그 자신의 책임 하에서 금융기관으로부터 신규자금을 차용하는 신탁구조이므로, 금융기관에게 우선수익권을 부여한 뒤 이를 담보로 하여 신규자금을 융통하는 담보신탁과는 구조면에서 차이가 있다.

하지만 대부분 토지신탁의 사해성이 문제되는 경우는 사업시행자가 자신의 토지 위에 건물을 짓다가 자금난으로 공사를 추진하지 못하게 되자 그 토지를 신탁회사에게 위탁하고 신탁회사에게 사업을 진행하도록 하는 경우이다. 즉, 소유권이전방식을 통하여 사업에 필요한 자금을 융통받는 것이므로, 궁극적인 목적은 프로젝트 파이낸싱에서 담보신탁을 이용하는 경우와 큰 차이가 없다고 할 것이다. 따라서 토지신탁은 사해성을 판단하는 기준에 있어서 담보신탁과 별반 차이가 없다고 보는 견해도 있으며,⁴³⁾ 나름 타당성이 있다고 생각된다.

한편, 최근에 활용되는 관리형 토지신탁의 경우, 자금조달의무는 위탁자가 부담하면서 단지 사업시행의 명의를 수탁자가 가지고 있는 구조이므로, 담보신탁이 아니라 관리신탁과 유사한 구조로 볼 여지가 있다. 하지만 대부분의 관리형 토지신탁의 경우 담보신탁과 결합된 형태로 금융기관이 우선수익권을 부여받고 위탁자에게 대출을 해 주는 구조를 취하고 있으므로, 사해성 판단에 있어 담보신탁의 기준은 여전히 의미가 있다고 할 것이다.

(2) 토지신탁의 사해성에 대한 구체적인 판례의 판시 내용

임대형토지신탁계약이 체결된 사안에서, 서울고등법원 1998. 7. 24. 선고 97나48878 판결은 『기본적으로 (구)신탁법 제21조 제1항의 규정에 의하면 신탁재산에 대하여는 강제집행 또는 경매를 할 수 없게 되어 있으므로 이 사건 신탁

43) 진상훈, 전제논문, 337면.

탁계약이 실행된다면 위탁자의 채권자인 원고들로서는 위 신탁계약의 대상이 된 이 사건 부동산에 관하여 그 신탁계약 기간인 5년 동안 더 이상 강제집행 등의 방법으로 채권의 만족을 받을 수 없고, 나아가 이 사건 신탁계약과 같이 수탁자인 피고회사에게 이 사건 신탁부동산을 임대할 권한뿐만 아니라 제3자에게 분양하여 처분하는 권한까지 부여된 경우에는 결국 그 신탁계약 종료시에 위탁자인 피고 ○○○에게 신탁재산이 금전으로 교부될 수 있어, 실질적으로 위탁자인 채무자가 자신의 유일한 재산인 부동산을 처분하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 동일하다고 할 것이므로, 비록 위 신탁계약의 기본 목적이 위탁자인 피고 ○○○의 신탁재산을 관리 운용하여 주는데 있다고 할 지라도, 앞에서 인정한 바와 같은 이 사건 신탁계약은 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 되는 것이라』고 판단하였고, 상고심인 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결에서도 위 원심을 그대로 인정하여 사해성을 긍정하였다. 위 판결은 토지신탁을 제3유형인 자산구조변환행위에 해당하는 것으로 본 후 별다른 분석 없이 사해성을 인정한 것으로 보인다.

대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결에서는 『이 사건 신탁은 채무자가 이 사건 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도, 공정률 45.8%의 상태에서 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자, 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁업법상의 신탁회사인 피고와의 사이에 이 사건 신탁계약을 체결한 것으로서, 자금난으로 공사를 계속할 수 없었던 채무자로서는 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었고 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 판단되므로, 사해행위에 해당되지 않는다고 볼 여지가 충분히 있다.』라고 판단하여, 사해성을 긍정한 원심을 파기하였다. 좀 더 자세히 판결이유를 살펴보면, 사해행위인지 여부와 관련하여 대법원은 『① 이 사건 신탁은 토지신탁이기 때문에 건축 중인 건물의 건축주명의로 그 대지의 소유명의로가 수탁자로 변경되지만 위탁자는 수익권을 취득하고 되고, 건물이 완공되지 않는 경우 책임재산이 줄어들고 채무만 증가될 가능성이 있는 반면에 완공되어 분양하는 경우 분양수익이

기대되고, 실제 완공가능성도 있었다는 점, ② 이 사건 신탁은 신탁법상 신탁이므로 신탁법의 여러 규정들에 의하여 독립성이 있고 수탁자가 신탁재산을 신탁의 본지에 위반하여 처분하는 경우 이를 취소할 수 있으며, 신탁종료시 신탁재산이 다시 채무자에게 귀속되는 점, ③ 수탁자는 신탁업법에 의하여 설립된 회사여서 관련 법에 의하여 위탁자, 수익자의 보호를 위한 제도적 장치가 마련되어 있는 점, ④ 신탁원부를 통하여 신탁에 관한 모든 사항이 공시되어 있는 점』 등을 그 근거로 들면서, 『이 사건 신탁계약이 사해행위에 해당하는지 여부에 대한 판단을 하기 위해서 이 사건 건물의 신축공사가 45.8% 정도 진행된 상태에서의 집행가능한 책임재산으로서의 이 사건 토지 및 미완공 건축물의 가치와 채무자가 이 사건 신탁을 통하여 이 사건 토지 위에 이 사건 건물을 완공·분양함으로써 얻을 수 있는 재산적 가치에 대하여 심리하여 이를 비교형량하였어야 할 것이다』라고 판단하였다. 나아가 이 판결은 사해의사에 대해서도 별도로 판시하고 있는데, 이와 관련해서는 채무자가 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각한 것으로 인정하여 사해의사가 없다고 판단하였다.

본 사안은 앞서 본 유형들 중 제3유형인 자산구조변환행위에 해당하는 것으로 보인다. 대법원 판결은 사해행위와 사해의사를 분리하여 실시하면서 사해행위 판단에 있어 신탁 전 집행가능한 책임재산과 신탁 이후 장래 기대되는 재산적 가치를 비교형량해야 된다고 판시하고 있다. 즉, 이 판시내용은 신탁 후 책임재산 고려 시 장래 기대 이익을 고려해야 된다는 점에서 나름 의미가 있다고 할 것이다.⁴⁴⁾ 사해의사와 관련한 판단은 신규차입을 위해 담보를 제공하는 경우 변제력 확보를 위한 경우 사해성을 부정하고 있는 대법원의 기존

44) 이우재, 개발신탁의 사해행위 판단방법, 대법원판례해설 46호, 법원도서관, 2004, 527면 참고. 위 논문에서 필자는 “그 동안 채무자의 처분행위가 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법일 경우에는 사해행위가 되지 아니한다는 판결이 있었는데, 이러한 판결의 취지는 신탁행위에도 적용되어야 할 것이지만, 과연 특정 신탁행위가 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이 있는지를 판단하는 방법을 제시하지 못했는바, 본 판결은 신탁행위에 관하여 기존의 판결 취지 안에서 위와 같은 사항에 대한 판단방법을 제시함과 아울러 신탁의 법리가 집행절차 내에서 어떻게 작용하는지를 밝히고, 여기에 민법상의 사해행위법리와 신탁법 제8조 제1항의 조화로운 해석론을 제시한 데 그 의의가 크다고 할 것이다.”라고 기술하고 있다.

채권자취소권에 대한 판결내용과 일치한다. 그런데 신탁 후 장래 기대 이익을 고려한다는 것은 결국 신탁 직후는 책임재산의 변동이 있다고 하더라도 궁극적으로 사업이 완료되면 변제력이 높아질 것이라는 의사 내지 인식을 가지고 신탁설정행위에 나간 것과 일맥상통하므로, 굳이 사해행위와 사해의사를 분리하여 판단할 실익이 높아 보이지는 않는다.

한편 분양형토지신탁계약을 체결한 사안에서, 인천지방법원 2004. 11. 17. 선고 2003가합13044 판결은 『이 사건 신탁계약은 피고 ○○산업이 이 사건 상가건물을 신축하여 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 위 상가건물의 일부가 분양된 상태에서 자금난으로 인하여 공사를 중단할 위기에 처하자 위 상가건물의 신축공사를 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 원고들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고 사업을 계속하기 위한 방법으로 체결된 것으로, 자금난으로 인하여 공사를 계속할 수 없었던 피고 ○○산업으로서는 이 사건 신탁계약이 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었으며, 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 할 것이어서 결국 이 사건 신탁계약은 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다』라고 판시한 바 있다. 위 판결 역시 토지신탁과 관련하여 신규차입을 위해 담보를 제공하는 경우 변제력 확보를 위한 경우 사해성을 부정하고 있는 기존 대법원 판례들과 동일한 판단을 하고 있다.

위 판례들의 사안 내용에 비추어 볼 때, 토지신탁과 관련한 사해성 판단기준에 있어서 독특하고 특별한 내용을 찾아보기는 어렵다고 할 것이다. 기존 채권자취소권과 관련하여 논의된 사해성 판단기준이 그대로 적용되고 있는 것으로 보인다. 다만 토지신탁의 경우 토지를 이용하여 건물의 완공 등 부동산개발사업을 위한 신탁이므로 여러 이해관계자들이 나올 수밖에 없고, 대부분 사업의 완성이 재산의 증가를 가져오는 경우가 많으므로, 실제 사해성이 부인되는 사례가 많을 것으로 보인다.

바. 기타 부동산신탁

부동산투자신탁, 부동산투자회사를 통한 부동산신탁, 신탁방식에 의한 자산

유동화의 경우 관련 법령 또는 감독기관에 의해 행위가 제한되므로, 신탁 자체의 사해성이 문제되는 경우는 거의 없을 것으로 보인다. 건축물의 분양관리 신탁의 경우도 건축물의 분양에 관한 법률상 필요에 의해 신탁된 경우이므로, 신탁의 사해성이 문제되는 경우는 많지 않을 것으로 보인다. 다만 이 경우 건축물 분양에 관한 법률은 수양자 보호를 위하여 신탁하는 것인데, 수분양자들이 아닌 위탁자의 일반 채권자들이 있는 경우, 이들은 신탁계약의 사해성을 다룰 여지는 있어 보인다.

사. 보론-자익신탁의 사해성

지금까지는 부동산신탁의 유형별로 사해성 판단의 기준을 살펴보았다. 그런데 신탁은 위탁자와 수익자 관계에 따라 자익신탁, 타익신탁으로 분류하기도 하는데, 이때 자익신탁과 관련한 사해성의 논의도 있다. 이는 자익신탁을 설정한 경우 위탁자는 신탁설정으로 수익권을 갖게 되므로, 신탁설정으로 인하여 당연히 책임재산이 감소한다고 볼 수 없다는 점과 관련된 것이다. 즉, 현재의 재산을 신탁에 제공하고 신탁으로부터 장래에 수익을 얻으려는 수익권취득 행위를 당연히 사해행위라 할 수는 없다는 점 때문에, 자익신탁의 사해성 판단에 논란이 생길 수 있다.

대법원도 자익신탁과 관련하여 채권자들의 피해를 줄이고 채무자 자신의 변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하여 부득이하게 신탁계약을 체결한 경우, 사해신탁에 해당되지 않는다고 판단한 바 있다. 대법원 2011. 5. 23. 자 2009마1176 결정에서도 『위탁자인 갑 회사 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 등 등에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권만족의 가능성이 남아 있으며(자익신탁),(이하 중간생략)...., 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다』고 판시하기도 하였다.

한편, 자익신탁은 당연히 담보재산이 줄어드는 것이 아니며, 특히 토지신탁의 설정도 부동산의 처분과 달리 위탁자의 재산을 곧바로 현금화하는 것이

아니라는 점, 현실적으로 위탁자는 자신의 수익권을 증서로 만들어 이에 대해 질권을 설정하여 담보로 활용하고 있으며, 수탁자의 채권자는 위 수익권에 대하여 강제집행을 할 수도 있다는 점 등을 근거로 하여, 사해신탁의 성립 자체에 아예 의문을 제기하는 견해도 있다.⁴⁵⁾

그러나 이러한 대법원 판례의 실시 또는 학설은 자익신탁의 개념 자체에 대한 혼동에서 비롯된 것으로 보인다. 일반적으로 위탁자가 위탁자 본인을 신탁의 수익자로 정하여 위탁자와 수익자가 동일한 신탁을 자익신탁이라고 하고, 위탁자가 위탁자 이외의 제3자를 수익자로 정하여 위탁자와 수익자가 다른 신탁을 타익신탁으로 구분⁴⁶⁾하고 있다.⁴⁷⁾ 그런데 수익자가 여러 명이 있고 그 중 일부가 위탁자인 경우, 이를 과연 자익신탁이라고 할 수 있을지 의문이 있으나, 대법원 판례 등에서 이를 엄격히 구분하고 있는 것으로 보이지 않는다. 만약 이러한 경우까지 자익신탁에 해당되는 것으로 본다면, 자익신탁이라는 이유만으로 사해성이 없다고 보기는 어려울 것 같다. 하급심이지만 서울고등법원 2014. 4. 9. 선고 2013나10156 판결에서는 『이 사건 신탁계약의 경우 위탁자인 갑이 수익권을 갖는 자익신탁에 해당하기는 하나, 갑이 수익권 전부를 향수하는 것이 아니라, 채권자 중의 일부인 피고와 을로 하여금 제1순위 및 제2순위 우선수익권을 취득하게 하고 자신은 그 후순위 수익자에 머물 뿐이므로, 이 사건 신탁계약이 자익신탁이라는 이유만으로 사해행위에 해당하지 않는다고 볼 수 없다』고 판시한 바도 있으며, 지극히 타당한 판결로 생각된다.

45) 이재욱, 이상호, 신탁법해설, 사법행정학회, 2000, 105~107면.

46) 광장신탁법연구회, 전거서, 11면 각주 5 참고(타익신탁과 자익신탁을 분류하는 기준으로 '신탁수익의 수령자'뿐만 아니라 '신탁에서 설정자 지배력의 존재여부'를 들고 있는 견해도 있다. 타익신탁에서 신탁을 설정한 설정자는 기본적으로 신탁설정과 동시에 신탁관계로부터 분리되므로 설정자는 신탁설정의 방법에 의해 신탁운영에 대한 기본적인 지시를 하고, 운용방법에 대한 일반적인 체계를 결정하지만, 설정 후에는 신탁의 구체적인 운용은 원칙적으로 수탁자의 재량에 맡겨지게 되는 반면, 자익신탁에서는 설정자는 설정자 자신의 수익을 위해 재산운용체계를 설정하므로 설정자 겸 수익자와 수탁자 사이의 관계는 신탁이 설정된 이후에도 신탁관계의 핵심요소로 작동하고 설정자는 신탁운영에 대한 근본적 지침을 제공한다고 한다. 이러한 관점에서 다양한 신탁의 형태를 구별하고 그 특징을 고려하여야 하며, 신탁법의 개별 조항들 역시 자익신탁, 타익신탁 및 양자에 공통적으로 적용되는 규정으로 분류하여 그 적용여부를 판단해야 한다는 견해도 있다고 한다).

47) 광장신탁법연구회, 전거서, 11면.

IV. 결론

지금까지 일반적인 민법상 채권자취소권의 대상이 되는 법률행위를 유형화하고 그 유형에 따른 사해성의 판단기준을 살펴본 후, 이를 각 부동산신탁 유형별로 적용하여 사해성을 판단해 보았다. 앞서 본 바와 같이 부동산신탁의 유형에 따라 사해성의 정도는 모두 다르다고 할 것이다.

다만, 일반적인 부동산의 양도 등 처분행위와 달리 부동산신탁은 부동산의 소유명의 관리, 처분 또는 담보설정, 개발사업의 진행 등 특별한 목적(신탁목적)을 위해 소유권을 이전(신탁을 설정)하는 것이므로, 위탁받은 수탁자는 신탁 목적의 제한 아래 행위할 수밖에 없다는 측면에서 차이가 있다. 또한 부동산신탁에서는 신탁계약서의 구체적인 내용까지 신탁원부를 구성하여 부동산 등기로 공시되고, 대부분의 수탁자는 신뢰할 수 있는 공인된 전업 부동산신탁 회사이다. 나아가 위탁자가 수익자의 지위를 겸하는 경우(자익신탁), 위탁자가 가진 수익권이 사실상 신탁재산인 부동산과 동일한 것으로 볼 수 있어, 이를 강제집행함으로써 부동산을 강제집행하는 것과 동일한 효과를 얻을 수도 있다. 위와 같은 점들을 고려하면, 부동산신탁은 여타의 처분행위와 달리 그 자체로 사해성이 높다고 보기 어렵다고 할 것이다. 판례도 역시 이러한 경향을 취하고 있는 것으로 보인다.

한편 수익자의 악의를 그 요건으로 하고 있는 민법 제406조의 채권자취소권과는 달리, 신탁법 제8조는 수탁자의 사해의사를 요건으로 하지 않고 있는 점에서 민법 제406조의 채권자취소권과 매우 큰 차이가 있다.⁴⁸⁾

이러한 차이로 인하여 사해신탁에 있어서 사해성을 판단하기 위한 독자적인 기준을 검토해볼 필요성도 있다. 즉, 수탁자의 악의를 요구하지 않아 사해신탁의 인정범위가 다소 확장되고 수탁자가 신탁재산 반환과 관련하여 곤란한 상황이 발생할 수도 있으므로, 이에 대한 해결책으로 부동산신탁에 있어서

48) 광장신탁법연구회, 전제서, 69면(이 책에서는 수탁자의 악의를 사해신탁의 요건으로 하지 아니한 이유와 관련하여서는, 수탁자는 신탁에서 이익을 향수하는 자가 아니고, 외국의 입법례에서 수탁자의 악의를 요구하는 경우가 없기 때문이라고 설명하고 있다).

사해성의 독자적 기준을 고려해볼 수 있을 것인바, 이 부분은 향후 연구과제로 남겨두도록 하겠다.

참고문헌

- 곽윤직(김능환 집필 부분), 민법주해 채권(2), 박영사, 2004. 12.
광장신탁법연구회, 주석신탁법(제2판), 박영사, 2016. 1.
지원림, 민법강의(제3판), 홍문사, 2005. 1.
이순동, 채권자취소권(제2판), 육법사, 2012. 10.,
이중기, 신탁법, 삼우사, 2007. 9.
이재욱, 이상호, 신탁법해설, 사법행정학회, 2000. 1.
고경우, 채권자취소권의 객관적 요건으로서의 사해성과 사해행위의 유형별 고찰, 판례연구 20집(부산판례연구회), 2009. 2.
김미리, 사해행위의 판단기준과 대물변제의 사해성 판단, 대법원판례해설 85호(2010 하반기), 법원도서관, 2011.
이우재, 개발신탁의 사해행위 판단방법, 대법원판례해설 46호, 법원도서관, 2004.
장현옥, 부동산신탁에 관한 연구, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997. 12.
주선아, 일부 채권자에게 기존채무의 이행과 관련하여 다른 채권을 양도하는 경위의 사해성 판단, 민사판례연구[X X X V], 2013.
진상훈, 부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법, 민사집행법연구 제4권, 2008.
한상곤, 부동산 담보신탁의 수익권에 관한 고찰, 경희법학 제49권 제1호, 2014.
금융감독원, <http://emp.fss.or.kr/fss/kr/bbs/view.jsp?stitle=신탁관련> 통계('15년 3분기).

[Abstract]

Determining whether real estate trust gives rise to fraudulent transfer

Kim, Ji-Hoon

Lee&Ko Partner, Attorney at Law

Real estate trust means a legal relationship that a settlor transfers his ownership of real property to a trustee or offers it as a security, et cetera. It is based upon fiduciary relationship between a settlor and a trustee and grants a trustee to do necessary conduct for a beneficiary's benefit or his specific purpose. Real estate trust is usually categorized as real estate management, real estate disposition trust, real estate security in trust, and land trust.

However, for establishing real estate trust, a settlor's chargeable properties can be decreased and it may leads to deficiency of the joint security of general creditors to repay them in full. This kind of establishment is called 'fraudulent transfer to a trust'. For the purpose of protecting general creditors of a settlor by preserving a settlor's chargeable properties, it is authorized to revoke trust under the provision of Article 8 of Trust Act, which is called 'Creditor's right of revocation of fraudulent transfer to a trust'.

Legal relationships to which 'creditor's right of rescission', similar to 'Creditor's right of revocation of fraudulent transfer to a trust', applies, can be divided into (1) Decrease of net assets or Increase of liabilities('the 1st type'), (2) Preferential payment ('the 2nd type'), (3) Transformation of the structure of assets('the 3rd type'). It is generally recognized that the 1st type injures the right of general creditors fraudulently, while the 2nd type differs to which a debtor's actions correspond, payment in cash, payment in

substitutes, or provision of security. As to the 3rd type, it also can be sorted into fraudulent action save and except the case that the purpose of the action is justifiable. One can also sort out fraudulent use of real estate trust following the classification mentioned above. Though real estate management and real estate disposition trust are classified as the 3rd type altogether, the latter will be more likely to be blamed for fraudulent injury to general creditor since real estate disposition pursues liquidation of real property, while real estate management simply allows a trustee to manage real property and leaves beneficiary right to a settlor.

If a settlor establishes real estate security in trust to secure the payment of his existing debt, this case will be classified as the 2nd type and it is more likely to be blamed for fraudulent injury to general creditor since he prefers a certain creditor to the other in his repayment. However, If a settlor establishes real estate security in trust to secure the payment of his new(prospective) debt, this case will be classified as the 3rd type but it will not be judged as being fraudulent use of real estate trust exceptionally because it gives a creditor beneficiary right in return for his new(prospective) funding and therefore its purpose is justifiable. Judging Fraudulent Use of land trust, the same rule will be applied.

Although criteria for judging 'creditor's right of rescission' has its value judging fraudulent use of real estate trust, both of them differs in telling good faith and bad faith of a trustee apart, so there is need of development of separate criteria for judging fraudulent use of real estate trust and I will note it for my further research.

Key words : real estate trust, creditor's right of rescission, fraudulent transfer to a trust, real estate management trust, real estate disposition trust, real estate security in trust, fraudulent use