

사해신탁취소와 수익자보호

-일본 신탁법 개정내용을 중심으로-

안 성 포(전남대 법대 교수)

I. 서설

신탁의 목적을 달성하는 과정에서 위탁자·수탁자·수익자 그리고 이들의 각 채권자, 기타 관계자들 사이에는 특색있는 권리·의무관계가 형성된다. 예를 들면, “위탁자가 신탁재산을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하는”(신탁법 제1조 2항) 경우에 권리귀속의 성질, 관계되는 수탁자, 그 거래의 상대방에 대하여 수익자가 가지는 권리의 성질, 그러한 수탁자나 수익자에 대하여 위탁자나 위탁자의 채권자가 갖는 권리의 내용 등은 상호 밀접하게 연쇄적으로 서로 관계하여, 신탁의 목적을 제도적으로 실현하기 위한 법리가 형성되어 왔다.

이 글에서는 그 일단을 명확하게 하기 위하여 우리나라 신탁법(이하 ‘신탁법’이라 한다) 제8조에 규정되어 있는 사해신탁취소권을 대상으로 한다. 사해신탁취소권이란 “위탁자가 그 채권자를 해하는 것을 알고 신탁을 한 경우”에 위탁자의 채권자가 일정한 요건하에 수탁자 또는 수익자에 대하여 취소권을 행사하는 것이다. 즉, 채권자 지위에 있는 자가 그 채무자와 상대방의 사이에서 행하여진 법률행위의 효과를 제3자의 입장에서 취소하는 것을 인정하는 것이다.

주지하는 바와 같이 신탁법은 1922년 일본의 신탁법(이하 ‘구신탁법’이라 한다)을 본 따 제정되었기 때문에 구신탁법과 그 내용이 대동소이하다. 구신탁법은 1922년 당시 사회적으로 문제가 되었던 고리대부업의 성격을 가진 신탁회사들의 난립을 막고, 경영의 감독을 목적으로 일본 신탁업법과 함께 제정된 것이다. 따라서 구신탁법은 사법규정을 담고 있는 법규임에도 당사자의 사적자치가 대폭적으로 제한되어 감독법규의 색채가 강한 법률이라는 특징을 가지고 있었다. 그러나 그 규율하는 내용이 단순하고, 주로 민사신탁(예컨대, 개인간의 재산관리)을 염두에 두었기 때문에, 수익자가 복수인 신탁이나 자산유동화목적의 신탁, 또는 고령자나 장애우의 생활지원을 목적으로 하는 복지형신탁 등, 다양한 유형의 신탁에 적절하게 대응하기에는 부족한 점이 많은 것으로 평가되어 왔고, 개정론이 수차에 걸쳐 제기된 바 있었다. 결국 일본 법무성은 1985년 일본신탁법학회의 신탁법개정시안으로부터 시작된 개정작업을 2006년 3월 제164회 정기국회에 구신탁법을 전면개정한 신탁법안을 제출하므로써 마무리 지었다. 이 새로운 신탁법안(이하 신신탁법’이라 한다)은 동년 12월 15일 법률

제108호로서 공포되었다.

이 글에서 다루고자 하는 신탁법 제8조는 구신탁법 제12조와 동일하고, 사해신탁취소권의 행사와 관련한 채권자취소권에 관한 일반규정인 우리 민법 제406조 제1항과 일본 민법 제424조 제1항의 내용 역시 동일하다. 그간 사해신탁에 관한 우리나라의 연구가 상대적으로 충분하지 못했던 탓에, 아직까지는 일본에서의 논의와 입법동향이 우리에게도 그대로 적용될 수 있는 것으로 본다. 이하에서는 먼저 우리나라 신탁법 규정에 관한 문제점을 제기하고, 그 해법을 찾아 보기 위하여, 일본의 구신탁법에서 신신탁법으로 전개되는 입법과정에서 사해신탁취소권의 변천을 살펴보고, 사해신탁취소권의 요건과 효과를 중심으로 신탁당사자 각각의 채권자 이익보호와 관계당사자간의 이익조정 수단으로서 사해신탁취소권을 신탁법상 채권자취소권제도로 자리매김하는 것은 신탁법리를 구축하는 데에 어떠한 의미를 가지는 것인가를 고찰해 보고자 한다.

II. 우리나라 신탁법상 사해신탁규정에 대한 문제제기

1. 사해신탁의 개념

“채무자가 채권자를 해하기 위해 신탁을 설정한 경우” 이러한 신탁을 사해신탁이라고 한다. 신탁법 제8조는 사해신탁이라는 표제아래 제1항에서, “채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 법조문 자체에서 민법의 채권자취소권을 행사할 수 있다고 하므로 이것은 채권자취소권의 일종이고, 민법상의 채권자취소권에 대한 특별규정이라 할 수 있다. 따라서 신탁법상 별도의 정함이 없는 경우에는 민법이 적용되며, 일반적인 이론도 모두 민법상의 그것이 적용될 수 있다.

2. 사해신탁취소권의 존재의의

민법상 채권자취소권과 신탁법상 사해신탁취소권의 차이로는 첫째, 前者가 사해행위를 행사대상으로 하는 것이라면, 後者는 ‘신탁의 설정’, 즉 신탁행위로서 채권자를 해하는 것을 행사대상으로 하는 것을 들 수 있다. 둘째, 前者의 경우 민법 제406조 제1항 단서에서 “수익자 또는 전득자가 선의인 경우에는 취소할 수 없다”고 규정하고 있다. 수익자 또는 전득자가 선의인 때에는 채권자는 취소권을 가질 수 없으므로 수익자(또는 전득자)의 악의를 취소권의 성립요건으로 파악할 수 있다.¹⁾ 반면에 後者の 경우에는 수탁자가 선의인 경우에도

1) 채권자취소권의 경우, 채무자와 사해행위를 한 상대방으로 피고가 되는 자를 수익자라 하고, 그 수익자로부터 대상물을 넘겨받은 사람을 전득자라고 하므로, 민법상의 수익자는 사해신탁취소권에 있어서는 수탁자에 해당한다.

신탁행위는 취소될 수 있다. 즉, 객관적인 사해성만 갖추면 수탁자가 선의이나 아니냐는 따지지 않고 취소될 수 있게 되는 것이다.

위에서 본 차이점 중 사해신탁취소권의 대상행위가 신탁행위라는 것은 당연한 것이므로 그 점에서 사해신탁취소권의 존재의의를 찾을 수는 없고, 양자의 실질적인 차이는 수탁자가 선의인 경우에도 신탁행위가 취소될 수 있다는 점이다. 그러나 구체적인 사건에서는 신탁행위를 취소하면서도 채권자취소권이 적용된 사례가 있는 것을 보면,²⁾ 사해신탁취소권이 행사가능한 경우라 하더라도 채권자취소권의 적용이 배제되는 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 그렇다면 과연 사해신탁취소권제도가 가지는 존재의의는 무엇인지 의문을 갖게 한다.

3. 신탁수익자에 대한 청구의 성격

신탁법 제8조 제2항은, “제8조 제1항에 의한 취소와 원상회복은 수익자가 이미 받은 이익에 영향을 미치지 아니한다. 단 수익자가 변제기에 도래하지 아니한 채권의 변제를 받은 경우 또는 수익자가 그 이익을 받은 당시에 채권자를 해함을 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못한 경우에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있다.

이 규정은 위탁자의 채권자가 신탁수익자로부터도 수익의 원상회복을 구할 수 있는 지위에 있음을 전제로 하고 있다. 그러나 수익자에 대해 위탁자의 채권자가 행하는 취소와 원상회복청구와 관련하여 그 취소와 청구의 법적성질이 채권자취소권 또는 사해신탁취소권의 일종인지, 아니면 그와 다른 일반적인 청구권인지, 혹은 그것도 아닌 아예 특수한 권리인지 등 다양한 해석이 가능하다.

이와 관련하여 또 다른 의문이 발생한다. 민법상 채권자취소권의 경우에 취소의 상대방은 채권자가 선택할 수 있다. 즉, 수익자와 전득자가 모두 악의인 경우, 채권자는 전득자를 피고로 하여 사해행위를 취소하고 그로부터 재산의 반환을 청구할 수도 있고, 혹은 수익자를 피고로 하여 사해행위를 취소하고 재산의 반환에 갈음한 손해배상청구를 할 수 있다. 그렇다면 사해신탁이 설정된 경우에도 채권자는 취소의 상대방을 수탁자나 수익자 중에서 선택할 수 있는 것인지, 아니면 신탁설정의 취소는 수탁자에 대한 취소로 충분하고, 신탁수익자에 대한 관계는 수탁자에 대한 취소를 전제로 그 이익의 반환만이 문제되는 것인지, 의문을 품게 된다.

한편, 신탁법 제8조 제1항은 ‘수탁자가 선의일지라도’라고만 되어 있고, ‘수익자가 선의일지라도’라고는 되어 있지 아니하다. 동조 제2항에서 수익자에 대한 정함을 두고는 있으나, 이미 받은 이익에 한정된 규정이다. 따라서 과연 선의의 수익자에 대해서도 제한 없이 취소권의 행사가 가능한 것인지 의문이 생길 수 있다.

2) 대법원 2003.12.12, 선고 2001다57884 판결

III. 구신탁법에서 신신탁법으로의 전개

1. 구신탁법 제12조와 그 특색

구신탁법 제12조의 입법취지는, “재산은닉을 위한 신탁의 남용을 방지하기 위해 민법 제424조의 취소권의 범위를 확대하여 사해목적신탁의 취소를 용이하게” 하는 것으로 설명되고 있다. 특히 “취소의 요건을 간단하게”하기 위하여, “수탁자의 선의·악의는 묻지 않는 것으로 하고 있다.³⁾ 즉, 위탁자(채무자) A가 채권자 X를 해하는 것을 알면서도 재산을 수탁자 B에게 신탁한 경우에, X는 B의 선의·악의를 묻지 않고 사해행위취소권을 행사할 수 있다(구법 제12조 제1항. 첨부 1 참조). 이것은 신탁설정을 “상당히 엄격하게 제한”한다는 것을 의미한다.⁴⁾

다만, 취소권행사시에 수익자 C가 이미 현실로 이익을 받고 있고, 또한 수익자 C가 현실의 이익의 급부시에 채권자 X를 해한다는 사실에 대하여 선의 및 무증과실인 경우에만 취소의 효과가 미치지 않는다(구신탁법 제12조 제2항). 즉 취소권행사시에 이행기가 到來하지 않았고, 수익자가 현실로 이익을 받고 있지 않는 경우(그러므로 장래에 급부되어야 하는 이익)에는 수익자의 선의·악의에 관계없이 취소가 인정된다. 한편 취소권행사시에 이행기가 도래하고, 수익자가 현실로 이익을 받고 있던 경우에도, 현실적인 이익의 급부시에 채권자를 해한다는 사실에 대하여 악의 또는 증과실이라면(입증책임은 채권자가 부담하는 것으로 해석된다),⁵⁾ 비록 수익권 취득시에 선의 및 무증과실이었던 하여도 이미 이행된 급부를 반환하여야 한다.

이와 같은 구신탁법 제12조는 민법 제424조 보다도 취소권의 요건을 완화한 것이고, 거기에 특별규정의 존재의의를 둔 것이다. 수탁자가 선의일지라도 취소가 인정되는 이유는, 수탁자는 신탁재산의 대가를 지급하고 소유권을 취득하는 것이 아니고, 형식상 소유자, 명의자 또는 관리자에 불과하기 때문에 취소로 인하여 재산을 반환하더라도 대가적 이익을 침해받는 것이 없다는 것이다.⁶⁾ 또한 이행기 미도래 내지 미급부의 이익에 대하여 수익자가 선의라 하더라도 취소가 인정되는 이유는, 수익권의 취득이 무상(증여)인 것을 통상으로 하기 때문에, 수익자의 이익을 해하는 경우는 거의 없다고 보았기 때문이다. 그러나 유상수익자가 있거나 혹은 수익자로부터 수익권을 유상취득하는 경우가 있다면, 이러한 경우 채권자에 의한 신탁의 취소는 유상수익자에게 불측의 손해를 야기할 수 있다. 이러한 점은 구신탁

3) 「信託法案說明書」 第8章(三) (信託會社協會編纂・信託會社協會, 1922) 92頁, 山田昭編著, 「信託法・信託業法, 1922 日本立法資料全集(2)」 (信山社, 1991), 251頁.

4) 能見善久, 「現代信託法, (有斐閣, 2004), 38頁. 구신탁법안 제국의회(위원회)심의에서도, 수탁자가 선의인 경우에도 취소권을 행사할 수 있다고 하는 것은 “상당히 지나치다”라는 菅原通敬 귀족원의원의 질의에 대하여, 池田寅二郎 정무위원은 “受託者라는 것은 자기의 이익을 위해 재산을 수탁하는 것이 아니기” 때문에 취소하여 위탁자에게 반환되어도 “별도의 손해를 받는 것이 아니므로, 선의인 경우에 취소를 당하여도 지나친 것이 아니라고 답하고 있다.

5) 四宮和夫, 「信託法(新版)」, (有斐閣, 1989), 149頁.

6) 四宮和夫, 148頁

법에 대한 문제점으로도 지적된다.

취소의 효과는, 채무자(위탁자의 일반재산)와 피고(수탁자의 신탁재산 또는 수익자)와의 관계에 있어서 채권자의 만족에 필요한 한도에서 취소하여 원상으로 회복시키는 “상대적 취소”로 해석된다.⁷⁾ 다만, 수탁자는 위탁자에 대하여 신탁재산의 반환의무를 부담하는 결과, 그 효과는 수익자에게도 미치게 된다(구신탁법 제12조 제2항 참조). 한편 수익자가 보호되는 한도에 있어서(선의 및 무중과실로 수익한 경우, 구신탁법 제12조 제2항), 수탁자도 반환의무(가격배상의무)를 면한다.⁸⁾

2. 구신탁법 제12조의 문제점

(1) 수익자보호의 취약성

구신탁법 제12조에 대하여는 수익자(당초의 수익자로부터 수익권취득자를 포함)의 보호가 약하는 비판이 제기된다.⁹⁾ (i)구신탁법 제12조에서는 수익자가 비록 수익권 취득시에 선의라 하여도 이행기전 내지 급부수령전의 경우는 취소의 영향을 받는다. 또한 급부의 이행기후·수령후에 있어서도, 수익자가 현실의 급부시까지 악의 또는 중과실인 경우는 취소의 효과를 피하지 못한다. 그 결과 사해행위(양도행위 등의 법률행위)시에 선의이기만 하면 무상취득자(예를 들면 수증자)조차 보호되는 민법규정보다도 엄격한 제약이 주어지고 있다. 그러나 신탁에 있어서 선의의 수익자 보호필요성이 민법에 있어서 선의의 수익자(민법 424조 1항)보다 약하다고 볼 수 없으므로 이것은 양자의 관계에서 균형을 상실하고 있다는 것이다.¹⁰⁾ (ii)수익권은 애당초 물권적인 강한 효과를 부여받고 있기 때문에¹¹⁾ 수익권 취득시에 선의의 수익자가 보호되는 것이 아니라면, 신탁법의 제도구성으로서도 수미일관하지 않다. (iii)사해신탁취소권의 요건으로서 수탁자의 선의·악의가 문제삼지 않는 이유가, 수탁자는

7) 四宮和夫, 149頁

8) 이에 대하여 수탁자는 위탁자 내지 채권자에 대하여 반환불능의 신탁재산을 대신하는 손해배상을 하여야 한다는 견해에 대하여는, “법이 수익자에게 이미 받은 이익을 보유시킨 이상, 취소는 그 한도에 있어서 상대적 취소로 본 것이고, 수탁자가 당연히 손해배상책임을 부담할 필요는 없다. 단, 채권자에 대한 불법행위의 요건을 충족하는 경우에만 배상책임을 부담한다면 족하다”(四宮和夫, 150-151頁)

9) 法務省民事局參事官室, 「信託法改正要綱試案補足説明」, 別冊 NBL 編輯部編 「信託法改正要綱試案と解説」, 別冊 NBL 104号(商事法務, 2005), 78-79頁.

10) 오히려 민법과 신탁법의 균형이라는 관점에서는, 민법 제424조 제1항이 수익자의 선의를 요건으로 하는 것에 대하여, 구신탁법 제12조 제2항이 수익자의 선의 및 무중과실을 요건으로 하는 점도 문제로 되었다. 그러나 신탁법규가 민법법규의 특별법이라면 양자의 요건, 효과에서 차이가 있다는 것만으로 균형을 상실한 것으로 평가할 수는 없다. 오히려 그러한 차이가 당해제도에 관한 신탁법규가 특별법규범성의 근거로 하는 법이론이나 법정책에 합치하는 것이 아닌가 하는 점에 비추어, 균형의 당부를 평가하여야 한다. 이 관점에서는 수익자의 이익을 어느 정도 배려할 것인가, 위탁자의 채권자의 이익과의 균형을 어떻게 배려할 것인가에 대하여, 신탁법리 및 신탁법 정책의 관점에서 명확하게 하는 것이 선결문제일 것이다.

11) 예를 들면, 신탁재산에 대한 강제집행의 금지(구신탁법 제16조), 수탁자의 권한위반행위에 대한 취소권(구신탁법 제31조 내지 33조) 등.

신탁의 이익을 향수하지 않기 때문이라고 한다면, 이익을 향수하는 수익자의 선의·악의를 문제로 하는 경우의 판단시기는 수익권 취득시로 하여야 할 것이다. (iv)부동산신탁에 관한 수익권을 취득한 특별목적회사(SPC)가 수익권의 취득시에는 선의이고, 당해 수익권을 담보로 하여 담보권부대출(론)채권을 유동화한 경우, 그 후에 악의 또는 중과실이라고 인정되어 취소권이 행사된다면, 투자자는 예상하지 못한 손해를 입을 우려가 있는 등, 신탁을 이용한 자산유동화구조를 불안정할 수 있다. 이러한 이유로 수익권 취득시에 악의 수익자만 취소의 효과를 미치게 해야 한다는 주장이 강했다.

(2) 취소 상대방의 불명확성

구신탁법에서는 취소의 상대방(피고)이 누구인가가 명확하지 않았다. 이 점에 대하여는 (i)취소권을 형성권으로 보는 견해에 의하면, 신탁행위의 당사자인 위탁자 A 및 수탁자 B가 되지만, (ii)민법상 사해행위취소권에 관한 판례법리인 상대적 취소권의 입장에 의하면, 이익 반환의 상대방으로 되어야 하는 수탁자 B 또는 수익자 C를 피고로 하여야 하므로 위탁자에게는 피고적격이 없는 것으로 해석된다.¹²⁾ 이에 대하여 (iii)신탁에 있어서 신탁재산의 이전, 귀속의 특수성을 고려하여 사해행위취소권과 사해신탁취소권의 차이를 인정하고, 상대적 취소(취소의 효과는 취소소송의 당사자 이외에는 미치지 않는다)의 구성은 잘못된 것이라고 해석하면서, 수탁자 B를 상대로 하는 것이나 취소의 효과는 수익자 C에게도 미친다는 견해 등이 대립하고 있다.

3. 개정의 경위

(1) 신탁법제연구회보고서

이러한 비판을 배경으로 “신탁법제연구회보고서”(신탁법제연구회, 2004년 9월. 이하에서는 ‘보고서’라 한다)에서는 ①수탁자 또는 수익자의 악의를 요하는 것으로서 취소요건을 엄격히 하는 한편, 취소의 효과는 수탁자 및 수익자 쌍방에 미치는 것으로 하거나(보고서 甲案. 첨부 2 참조), 또는 ②수익자의 악의를 요하고, 수익자가 선의인 경우는 취소할 수 없는 것으로 하는 한편, 수익자가 악의인 경우는 수탁자가 선의라 하여도 취소할 수 있고, 취소의 효과는 수탁자 및 수익자 쌍방에 미치는 것으로 한다(보고서 乙案. 첨부2 참조)는 제안이 있었다.

(2) 신탁법의 재검토를 위한 과제

12) 오히려 부인권행사의 경우에 (a) 수탁자가 상대방(구파산77조), 수익자가 “전득자”에 해당한다는 해석에 대하여, (b)수탁자가 선의라 해도 잔존하는 신탁재산의 전부를 파산재단에 반환하여야 하고, 수익자를 상대방, 신탁재산으로부터 이익을 취득한 자를 “전득자”로 해야 하고, 급부를 수령한 수익자는 후자에 해당하는 것이라는 해석이 제기되었다.

「신탁법 수정을 위한 검토과제」(법무성민사국, 2004년 10월. 이하 ‘검토과제’라 한다)에서는, 위의 보고서 乙案의 요건을 보완하여 “수익자가 선의(수익자가 복수인 경우에 1인이더라도 선의)인 경우는 취소할 수 없다”(요컨대 수익자 전원의 악의를 요한다)고 하는 방향을 제시되었다(검토과제 제4.1. 첨부2 참조). 또한 취소의 효과로 수탁자와 수익자의 상시 연동관계를 주목하여 취소의 효과가 수익자(전원의 악의를 요건으로 하고 있다)에게 미치지 만, 사해신탁이 취소되지 않는 경우에도, 악의의 수익자에 대하여는 위탁자에게 재산반환청 구 및 수익권양도청구가 인정된다는 것을 제안하였다(검토과제 제4.2. 첨부2 참조). 다만, ①수익자가 선의인 경우, 악의의 수탁자는 어떤 의무(가액배상의무 등)를 부담하여야 하는가? ②수익자가 악의인 경우(사해신탁취소 가능)에 있어서 선의의 수탁자를 어떻게 보호할 것인가? ③수익자가 악의인 경우(사해신탁취소가 가능)에 신탁재산에 대한 채권자 보호는 어떻게 해야 하는가는 과제로 남게 된다.

(3) 신탁법개정요강시안

1) 개요

신탁법개정요강시안(법제심의회신탁법부회, 2005년 7월 15일, 이하 ‘요강시안’이라 한다)에서는 검토과제의 방향에 부합하여 더욱 정치한 요건과 효과로 정리되었다.

요강시안 제3.1.①에 의하면, 채무자인 위탁자가 채권자를 해하는 것을 알고 신탁행위를 한 경우에, 수탁자의 선의, 악의를 묻지 않고, 위탁자의 채권자는 신탁행위에 대하여 민법 제424조 제1항의 사해행위취소권을 행사할 수 있다. 이는 구신탁법 제12조 제1항의 취지를 그대로 답습한 것이다.

그러나 신탁행위의 사해행위 취소에 대한 수익자보호로서 요강시안 제3.1.① 단서는, 수익자가 복수인 경우에 수익자 중 1인이더라도 수익자로 지정된 것을 안 당시에, 위탁자가 채권자를 해하는 것을 알고 신탁을 설정한 것에 대하여 선의무중과실인 경우에는, 채권자는 사해행위를 취소할 수 없는 것으로 하고 있다. 이러한 단서 규정은 선의무중과실의 수익자를 보호하여 사해행위에 대한 신탁행위의 안정성을 도모하고 실무계의 요청에 따르는 것이다.

그리고 수익자의 선의무중과실의 판단시기에 대하여 “수익자로 지정된 것을 안 당시”로 하고 있다. 구신탁법 제12조에서는, “현재의 이익을 받은 당시” 등으로 판단시기가 늦춰진다는 비판이 있기 때문에 판단시기를 “수익자로 지정된 것을 안 당시”로 앞당기고 있다.

다음으로 요강시안 제3.1.②에 의하면, 수익자가 수익권에 따라 수탁자로부터 현실로 신탁재산의 급여를 받고 있는 경우에는, 위탁자의 채권자는 수익자에 대하여 현실로 급여를 받고 있는 재산에 대하여 민법 제424조 제1항에 의해 사해행위취소권을 행사할 수 있다. 이것은 민법 제424조에 비추어 보아도 당연한 귀결이고, 이것을 명확하게 하기 위한 것이다. 단서는 요강시안 제3.1.①과 동일한 선의무중과실의 수익자에 대하여 사해행위취소를 할 수 없다는 취지를 규정하고 있다.

요강시안 제3.2.는, 악의(또는 중과실)의 수익자에 대한 수익권의 양도청구에 관한 규정이

다. 이것은 구신탁법에는 없는 새로운 제도이다. 채무자인 위탁자가 채권자를 해하는 것을 알고 신탁을 설정한 경우에는, 채권자는 악의 또는 중과실의 수익자에 대하여 수익권 자체를 위탁자에게 양도하도록 청구할 수 있다는 것이다.

2) 요강시안에 대한 검토

먼저 채무자인 위탁자의 신탁설정행위가 사해행위에 해당하는 경우에 수탁자의 선의, 악의에 관계없이 민법 제424조 제1항에 의해 신탁설정행위에 대한 사해행위의 취소를 인정하고, 수탁자가 가지고 있는 재산의 회수를 인정하고 있다(요강시안 제3.1.①). 이것은 구신탁법 제12조 제1항을 그대로 답습한 것이다. 취소요건으로 수익자의 악의를 요하지만(복수인 경우에는 1인이라도 선의라면 취소가 불가능), 그 판정시기를 앞당겨, “수익자로 지정된 시점”으로 명확히 하고 있다(요강시안 제3.1.2). 또한 취소의 효과 및 상대방으로서, ①수탁자에 대한 신탁재산반환청구(요강시안 제3.1.①), ②수익자에 대한 신탁재산반환청구(요강시안 제3.1.①), 및 ③수익자에 대한 수익권양도청구(요강시안 제3.1.②)를 구별하고 있다. 그 취지는 다음과 같이 요약할 수 있다.

(i) 취소의 효과는 위탁자의 채권자 X가 수탁자인 B로부터 재산을 회수하려고 하는 경우에, 채권자 X는 피보전채권의 범위에서 “신탁설정 그 자체가 아닌” 위탁자 A(채무자)가 한 “신탁설정을 위한 재산의 처분을 취소”하는 것이라는 것을 명확히 하고자 한 것이다.

(ii) 취소의 요건으로서, 수탁자의 주관적 요건을 문제로 삼지 않은 것은 “구신탁법의 입장을 유지”하지만, “위탁자가 사해의사를 가지고 신탁을 설정하기 위해 재산을 처분한 것에” 대하여 수익자가 항상 악의 또는 중과실인 경우에 한하여 취소권의 행사를 인정한다는 점에서, 구신탁법과는 다른 것이다¹³⁾. 더욱이 수익자의 악의 또는 중과실의 판단시기는 수익자가 “수익자로 지정된 것을 안 당시”로 했다. 이것은 수익권의 양수인의 경우는 “수익권을 양수한 당시”(수익권 취득시)로 해석한다는 취지이다.

또한 수익자가 복수인 경우에는 “수익자 중에 1인이라도 악의인 경우에 취소권을 행사할 수 있다면, 취소권의 행사로 인해 신탁재산이 줄어들어, 신탁설정시에 선의의 수익자가 받은 권리를 보장하는 것이 결과적으로 불가능하기 때문에”, 수익자 전원이 악의인 경우에 한하여 취소권의 행사를 인정하는 것으로 하였다. 이것은 수익권을 취득하고자 하는 자의 예견가능성과 수익권 거래의 안정성을 배려한 것으로 이해된다.

다만, 입증책임에 있어서 위탁자의 사해의사에 대하여는 그 채권자 측이 부담하지만, 수익자의 악의 또는 중과실에 대하여는 수탁자 측이 수익자 중 적어도 1인은 선의(및 무중과실)라는 것을 증명하는 것으로 하였다. 그 이유는 수탁자가 부담하는 “신탁재산의 유지 및 보호의무(선관주의의무. 요강시안 제18조 참조)”의 일환으로 설명되고 있다. 그러나 실질적으로는 수익자(수익권취득자)와 위탁자의 채권자간의 이익균형을 도

13) 즉, 수익자가 선의 및 무중과실이라면, 가령 급부의 이행기전 또는 급부의 수령전이라도, 취소권의 행사가 인정되지 않는 점에서, 이러한 경우에도 취소를 인정하는 구신탁법보다 수익자의 이익을 보호하는 것으로 된다.

모하는 기능을 가지는 것으로 이해된다.

- (iii) 수탁자에 대한 취소청구(신탁재산의 반환청구)의 상대방(취소소송의 피고)은 수탁자이지만, 수익자는 필요에 따라 취소소송에 보조참가하는 것으로 자기의 권리를 보전할 수 있다.

한편, 수탁자로부터 수익자에게 급부된 신탁재산을 돌려 받는 경우에 위탁자의 채권자는 수익자(수익권취득시점에 악의 또는 중과실인 것을 요한다)를 피고로 하여 취소소송(재산반환청구)을 제기할 수 있다. 이 경우, 위탁자의 사해의사의 증명책임은 채권자가, 수익자의 선의(및 무중과실)에 대한 증명책임은 수익자 자신이 부담한다. 또한 이 경우는 수익자가 복수인 경우에도, 상대방인 당해 수익자가 악의 또는 중과실이라면 족하다. 특히 이 경우에 수익권취득시에 악의 또는 중과실의 수익자가 급부된 재산을 제3자(의 전득자 D)에게 처분한 경우에, 채권자 X는 C에 대하여는 가액배상청구를, D에 대하여는 민법 제424조 제1항에 의해 재산반환청구를 할 수 있다.

- (iv) 수익권양도청구권도 악의 또는 중과실의 수익자에 대한 청구권이고, 수익권취득시에 있어서 수익자의 악의 또는 중과실 외에, 사해행위취소권의 요건과 기본적으로 동일하지만¹⁴⁾, 그 법적 성질로서는 사해행위취소권(민법 제424조 1항)과는 별도의 “신탁법상의 청구권”으로 본다. 더욱이 그것은 수탁자에 대한 “취소권행사”가 효과를 거두지 못하게 된 요건이 되는 것은 아니다.

수익권양도청구의 효과는 채권자의 채권액이 수익권 가액이하인 경우도 1개의 수익권의 양도를 청구할 수가 있고, 수익자가 이것을 다른 선의의 수익자(첨부 1의 F)에게 양도한 경우, 수익자 C에 대하여 (당해 수익권에 대하여) 가액배상을 청구할 수 있다. 또한 수익권취득자 F가 악의 또는 중과실인 경우에, F에 대하여도 수익권의 양도를 청구할 수 있는 것으로 이해된다. 이 때 수익권의 양도는 위탁자에게 하여야 한다.

그러나 악의 또는 중과실의 수익자에 대한 수익권의 양도청구권의 행사방법에 대해서 민법 제424조 제1항과 동일하게 소송에 의하는 것인지, 아니면 소송 외에서도 행사할 수 있는 것인지 요강시안에서는 명확하지 않다. 요강시안이 민법 제424조 제1항을 준용하는 구신탁법 제12조를 답습하고 있는 것으로 본다면, 소송에 의해서만 행사하여야 한다는 것으로 볼 수 있으나, 신탁법상의 특별청구권인 것을 근거로 소송 외에서도 청구에 의하여 행사할 수 있는 것으로 볼 여지도 있다.

- (v) 위탁자의 채권자를 사해하는 신탁설정의 경우에, 수탁자가 위탁자와 공모를 하거나, 위탁자에 대하여 적극적으로 교사를 한 때에는, 위탁자의 채권자는 수탁자에 대하여 불법행위에 의한 손해배상청구를 할 수 있다.
- (vi) 수익자로 지정된 자가 아직 수익권을 취득하고 있지 않는 경우와 수익자의 확정가능성이 없는 목적신탁 및 공익신탁의 경우에는 위탁자(채무자)에게 사해의사가 있는 한, 채권자는 “항상 민법 제424조 1항의 취소권행사가 가능하다”고 되어 있다.

14) 즉, 피보전채권이 사해행위 전에 성립하고 있고, 채무자인 위탁자가 사해의사를 가지고 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 점, 그에 대하여 수익자가 수익권취득시에 악의 또는 중과실일 것 등이다.

이상과 같은 취지로 제안된 요강시안은 선의 및 무중과실의 수익자를 보호함으로써, “사해행위에 대한 신탁행위의 안전성을 도모하려는 실무상의 요청에 부응한 것이라는 평가가 있다. 그러나 수익자가 복수인 경우에 수익자 전원의 악의 또는 중과실을 요하는 가에 대해서는 사해행위취소가 부정되는 경우가 많게 되고, 위탁자와 수탁자와의 공모에 의하여 신탁이 남용되는 여지를 남기는 것이므로, 그러한 경우에는 수탁자에 대한 불법행위에 의한 손해배상청구 뿐만 아니라 보다 직접적으로 악의의 수탁자에 대하여는 가액상환책임을 부담시킬 필요성도 제기되었다.

또한 수익자가 선의이고 무중과실이라는 취지의 항변의 기회를 충분히 확보하기 위해서는 수익자에 대한 소송고지의무를 수익자에게 부과할 필요가 있으나, 이것은 수익자가 복수인 경우에는 실무상 대단히 번잡하게 된다는 지적도 있다. 더욱 구신탁법에 없는 새로운 제도인 수익권양도청구에 의한 수익권은 위탁자의 채권자가 아니고 위탁자에게 양도하여야 한다. 이에 대해서 사해행위를 한 위탁자에게 수익권을 귀속시키는 것이 책임재산의 보전 방법으로서 타당한가에 대해서도 의문이 제기되었다¹⁵⁾.

(4) 신탁법개정요강

신탁법개정요강(2006년2월 8일. 이하에서는 ‘요강’이라 한다)에서는 요강시안에 대한 약간의 변경이 있었다.

- (i) 수탁자에 대한 재산반환청구, 수익자에 재산반환청구 및 수익자에 대한 수익권양도청구의 수익자보호(취소권부정)의 주관적 요건인 선의·무중과실을 선의로 대체하였다(요강 제3.1.①a.단서, ②, 2). 선의이지만 중과실인 수익자가 보호될 수 없다고 한다면, 민법상 사해행위취소권의 수익자보호보다도 불리하게 되어 균형을 잃게 된다. 이것은 수탁자, 수익자 측에서 보면 유리한 내용이다¹⁶⁾.
- (ii) 수탁자를 피고로 하는 취소판결이 확정된 경우에 신탁재산을 담보로 하는 채무(법안에서는 신탁재산책임부담채무)에 관한 채권자(신탁채권자)를 보호하기 위한 규정을 마련하였다. 즉, 신탁채권자가 선의인 경우에, 위탁자에게 사해의사가 있는 경우 수탁자로부터 이전하는 재산의 가액을 한도로 하여 신탁채권자에 대하여 변제책임을 부담하게 되었다(요강 제3.1.①.b). 이것은 검토과제의 문제제기에 답하는 것이다.
- (iii) 악의 수익자에 대하여는 취소권을 행사하여 급여된 신탁재산을 반환받을 수가 있으나(요강 제3.1.②), 여기서 “①a의 경우에 있어서”(요강 제3.1.②)라 함은 수탁자를 취소소송의 피고로 하는 의미가 아니고, 수익자를 상대방으로 하면 충분하다고 하는 취지라

15) 금전 등은 취소채권자에게 직접고부청구를 인정하는 판례에 비추어, 위탁자가 수익권을 재양도할 가능성, 위탁자가 수익권을 행사하여 취득한 재산권을 위탁자의 채권자가 압류하더라도 일반채권자의 지위에 그치고, 수익권 자체의 압류나 수익권에서 생긴 장래채권의 압류 가능성 등도 고려되고 있다.

16) 또한 요강은 위탁자에게 사해의사가 있으면 수탁자가 선의이더라도 채권자는 취소권을 행사하여 수탁자가 가지고 있는 재산을 돌려 받을 수가 있으나, 수익자 중 1인이라도 선의인 때에는 취소권을 행사할 수 없다는 것을 확인한 후에 선의의 판정시기에 관한 규정의 방식을 명확히 하였다.

로 해석된다.

- (iv) 수익자가 선의인 경우 취소권을 행사할 수 없게 되므로, 선의자를 무상으로 수익자로 지정하거나, 수익권을 선의의 자에게 무상으로 양도함으로써 선의의 요건이 남용되지 않도록 대처하는 규정이 마련되었다(요강 제3.3).

4. 신탁법안 및 신신탁법

신탁법안은 (i)기본적으로 요강의 입장을 승계하여 “, ...을 피고로 하여”, “법원에 청구할 수가 있다”, “소로써 청구할 수가 있다” 등의 표현을 명확히 하고 있다. 또한 (ii)수익권양도청구권의 행사방법도 소에 의할 수 있음을 명문화 하고 있다(법안 제11조 제5항).¹⁷⁾ (iii) 권리행사 기간에 대해서는 민법 제426조를 준용하는 취지가 명기되었다(법안 제12조). (iv) 사해신탁의 부인에 관한 규정이 신설되었다(법안 제12조)¹⁸⁾. 법안 제11조, 제12조는 신신탁법 제11조, 제12조로 되었다.

IV. 신신탁법 규정의 검토

1. 신신탁법 제11조의 특색

(1) 수익자의 이익보호 강화

신신탁법 제11조는 관계당사자간, 특히 위탁자의 채권자 X와 수익자 C 등 간의 이익균형이라는 점에서 구신탁법 보다는 수익자(수익권취득자)의 이익보호를 배려하고 있다. 구체적으로 (i)수탁자에 대한 취소청구(재산반환청구)의 요건으로서, 수익자가 복수인 경우에는 그 전원의 선의를 요구한 점, (ii)수익자보호(취소권부정)의 주관적 요건인 구신탁법 제12조 제2항의 “선의이고 무중과실”을 “선의”로 변경한 점¹⁹⁾, (iii)선의의 판정시기를 수익권의 취득 시로 하고, 그 후 급여의 이행기 또는 현실의 급여시까지 수익자가 악의로 되었다 하더라도 보호된다는 점(취소가 인정되지 않는다)(11조1항단서) 등에서 나타나고 있다.

취소요건의 입증책임에 관해서는 (i)위탁자의 사해의사 및 사해행위성은 위탁자의 채권자가 부담한다. 이에 대하여 (ii)수익자의 선의(신신탁법 제11조 제1항 단서, 제4항 단서, 제5항 후단)에 대하여는 수탁자가 선관주의의무의 일환으로서 입증책임을 부담하는 것으로 해석되고 있다(이때에 수탁자는 수익자에 대하여 소송의 고지를 함으로서 선관주의의무위반에

17) 요강시안에 대한 평가, 이유는 민법 424조와는 다른 신탁법상의 특별한 청구권이라는 것, 수익자 다수의 경우에는 유익한 수단이라는 것이다.

18) 위탁자가 파산한 경우에, 수탁자를 피고로 하는 부인권의 행사(법안 12조 1항), 현재 급여를 받은 수익자를 피고로 하는 부인의 행사(12조 2항)에 관한 것이다.

19) 신법에서는 민법 424조1항단서와의 균형에서 수익자의 악의를 요하는 것으로 개정되고, 중과실에 그치는 경우를 제외했다고 한다.

관한 위험을 경감하고, 수익자도 취소소송에 보조참가함으로써 스스로 권리의 보전을 도모할 수 있다). 실제로 구신탁법 제12조 제2항의 수익자의 악의 또는 중과실은 위탁자의 채권자가 입증하는 것으로 해석되고 있었으나, 신신탁법 제11조는 이 해석을 개정한 것이고, 결과적으로 민법 제424조(수익자측이 선의의 입증책임을 부담하는 것으로 본다)의 경우와 같게 되었다. 여하튼 입증책임의 수준에서 위탁자의 채권자와 수익자와의 이익균형이 도모된 것으로 해석된다.

그리고 수익자의 정함이 없는 신탁의 경우에는, 위탁자의 채권자가 위탁자의 사해의사 및 신탁설정행위의 사해행위성을 입증하게 되면 바로 취소권을 행사할 수 있다.²⁰⁾ 특히 자기신탁에서는 위탁자(수탁자)가 채권자를 해할 것을 알고 자기신탁을 설정한 경우, 위탁자(수탁자)의 채권자는 신탁의 취소소송을 거치지 않고²¹⁾, 바로 신탁재산에 대하여 강제집행 등을 할 수가 있다. 다만 수익자가 현재 존재하는 경우에 그 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로서의 지정을 받은 것을 안 때 또는 수익권의 양도를 받은 때에 채권자를 해한다는 사실을 알지 못한 때에 (1인이더라도 선의의 수익자가 있는 경우에는) 그러하지 아니하다(신신탁법 제23조 제2항). 이것은 자기신탁이 용이하게 재산은닉 등을 위하여 남용되는 것을 억제하기 위하여 보다 강력한 채권자보호수단을 설정한 것으로 해석된다²²⁾.

(2) 취소의 효과 및 상대방의 명확화

1) 취소효과의 3유형

사해신탁취소의 효과는, 특히 요강시안 이후에 ①수탁자에 대한 신탁재산의 반환청구(그 효과는 수익자가 악의인 경우에도 미친다)²³⁾, ②수익자에게 급여된 신탁재산의 반환청구, ③수익자(수익자취득자)에 대한 수익권양도청구의 3형태로 구분된다.

2) 취소청구의 상대방

이에 따라 취소청구소송의 상대방도 ①의 경우는 수탁자, ②와③의 경우는 수익자로 하는 것을 명문화 하였다. 더욱이 취소의 효과에 대해서는 ③수익권양도청구(신신탁법 제11조 제5항) 이외는 ①과 ②도 민법 제424조 제1항의 규정에 의한 취소를 법원에 청구할 수 있게 되었고, 요강시안 이나 요강에 있는 것과 같이 “수탁자가 가지고 있는 신탁재산의 반환”, “수익자에게 급여된 신탁재산의 반환”이라는 표현은 조문에서 더 이상 사용하지 않는다(신

20) 이것도, 수익자가 있는 경우는, 그 선의의 입증이 수탁자, 수익자측의 항변으로 자리매김하는 것으로 정리된 것으로 볼 수 있다.

21) 위탁자의 행위가 사해행위에 해당될 때는, 위탁자의 채권자는 사해행위 취소권을 행사하여 위탁자의 책임재산으로부터 찾아오는 것은 처음부터 가능하다.

22) 다만, 자기신탁이 행하여진 때로부터 2년간에 한한다(23조 4항).

23) 신탁재산 전부에 대하여 신탁의 취소가 인정된 때에는 신탁계약은 낙성계약의 형식만으로 되는 것이지만, 신탁목적의 상실에 의해 신탁이 종료하게 되고(163조1호), 결과적으로 신탁설정행위가 취소된 것과 같은 상태로 된다고 해석되고 있다. 사해행위취소권에 대하여 청구권설적인 이해로 해석할 것이다.

신탁법 제11조 제1항, 제4항). 그러나 입법경위에 비추어 보면 실질적으로는 취소의 효과에 대하여 사해행위취소권의 효과에 관한 종래의 해석논쟁에 일정한 입법적 해석을 준 측면이 있다고 보아야 할 것이다.²⁴⁾

3) 수익자로부터의 전득자의 법적 지위(및 적용조문)

②의 경우(신신탁법 제11조 제4항)에 있어서, 신탁재산의 급여를 받은 수익자 C가 당해 재산을 제3자 D에게 처분한 때에 그 수익자 C가 악의인(선의의 반증을 할 수 없는) 경우, 위탁자의 채권자 X는 그 수익자 C에 대하여 제11조 제4항에 의하여(재산반환청구에 갈음하는 것으로서) 가격배상청구를 할 수 있을 것이다. 한편, X가 D에 대하여 그 재산의 반환을 청구한 때에 그 법적 근거는 민법 제424조 제1항에서 구할 수가 있다고 본다. 따라서 수익자(신신탁법 제11조 제4항)에게는 수익자 C로부터의 전득자 D는 포함되지 않는 것으로 해석된다. D가 민법 제424조에 의해서 보호되기 위한 선의는 사해신탁의 사실을 알지 못한 것이다²⁵⁾.

4) 수익권양도청구권의 법적 성질

신설된 수익권양도청구권(신신탁법 제11조 제5항, 6항)의 법적성질은 무엇인가. 이에 대하여 수익권은 신탁의 설정에 의해서 처분된 재산의 가치가 화체된 것이라고 해석되었으므로, “실질적으로는 취소권과 같은 기능을 가진다”, “민법 제424조 제1항의 사해행위취소권이 신탁의 실질에 따라서 변형된 것이다”라는 해석이 있다. 그 결과 명문규정(기간제한에 관한 신신탁법 제11조 제6항) 등이 없는 한 사해행위취소권에 관한 민법 등의 규정 및 그 해석론의 적용이 타당하게 될 것이다. 이것은 수익권양도청구가 수탁자 또는 수익자에 대한 재산반환청구가 효과를 보지 못한 것을 요건으로 하지 않는다(보충성 내지 예비적인 성질을 가지지 않는다)고 해석되는 것과 모순되지 않는다.

또한 수익자 C가 수익권을 제3자 E에게 양도한 경우에 X는 악의의 E에 대하여 신신탁법 제11조 제5항에 의한 양도를 청구하게 되나, C에 대해서는 가격배상청구를 할 수 있게 된다.

특히, 수익권양도청구의 내용과 범위에 관하여 예컨대, 위탁자가 소유하는 복수의 재산이 신탁재산으로 되고 그 일부가 취소의 대상으로 되었으나, 수익자의 일부가 선의이기 때문에 수탁자에 대한 취소청구, 당해재산의 반환청구가 인정되지 않으므로 악의의 수익자에 대하여 수익권양도청구를 하는 경우에 위탁자에게 이전을 청구할 수익권의 내용과 범위의 문제가 남아있다. 더욱이 이 문제는 일반의 사해행위 취소권에 있어서도 취소대상이 되는 법률행위가 피보전채권을 초과하는 가액의 불가분의 재산의 처분을 목적으로 하는 경우에 발생하는 문제이다. 따라서 수익권이 가분이면, 피보전채권의 범위에서 일부 양도를 인정하고, 불가분이면 전부양도를 인정하나, 채권자는 피보전채권의 한도에서 위탁자에게 양도된 수익권에 의한 급여를 수령하는데 그친다. 잔액이 있으면 수익자에게 반환한다고 해석한다.

24) (그 이론적배경은 민법상의 사해행위취소권에 관한 판례법리인 절충설이 전제되어 있다고 본다.

25) 악의 수익자에 대한 수익권양도청구(11조5항)의 경우는 수익자로부터 수익권을 취득한 자에 대해서도 X는 11조 5항에 의해서 수익권 양도청구를 할 수 있게 될 것이다.

(3) 신탁채권자의 이익보호

신신탁법은 수탁자에 대한 재산반환청구가 인정되는 경우에, 신탁재산을 신뢰하여 수탁자와 거래한 신탁채권자(예컨대, 신탁재산을 담보로 하여 대출한 채권자 Y등, 신탁재산책임부담채무(신신탁법 제2조 제9항)에 관한 채권을 가진 채권자. 단, 위탁자를 제외하고)의 이익을 보호하는 규정을 마련하였다. 즉, 위탁자(채무자)에 대한 신탁채권자의 변제청구권(신신탁법 제11조 제2항, 제3항)이다. 이 제도는 실질적으로는 선의의 수익자보호제도(신신탁법 제11조 제1항 단서, 제4항 단서, 제5항 후단)를 둔 결과, 이와 같은 보호를 신탁채권자에게도 줄 필요가 있다고 인식된 것이라고 생각된다.²⁶⁾

그리고 위탁자의 변제책임은 취소에 의해 수탁자로부터 위탁자에게 이전하는 재산의 가액을 한도로 한다(신신탁법 제11조 제2항 단서). 또 이것은 신탁채권자를 위한 배타적인 책임재산이 되는 것은 아니므로, 취소권을 행사한 위탁자의 채권자와 함께 당해재산으로부터 변제를 청구할 수 있게 된다. 통상 당해재산은 양자의 채권총액을 충족할 수는 없으므로(취소권의 행사자체가 위탁자의 채권자에 대한 사해행위성을 전제로 하고 있다), 결과적으로는 안분변제가 될 것이다. 따라서 이제도에 의한 신탁채권자의 보호는 어디까지나 부차적인 것이라고 생각된다.

(4) 위탁자 파산의 경우

신신탁법은 사해신탁의 부인 등에 관한 규정을 신설하였다(신신탁법 제12조). 부인권의 행사에서 ①이익을 받은 자(파산법 제160조 제1항)이라 함은 신탁의 수익자에 해당하는 것, ②수익자 복수인 경우는 그 일부라도 선의(파산채권자를 해하는 사실을 알지 못하였다는 것)이면 부인권을 행사할 수 없다는 것, ②파산관재인은 개별적으로 악의의 수익자에 대하여 수익권을 파산재단에 반환할 것을 소구할 수 있다는 것을 규정했다.

V. 결론

사해신탁취소권에 관하여 신신탁법 규정은 구신탁법 규정의 내용을 상당히 크게 개정하는 결과가 되었다. 그 기본적인 방향은 신탁의 다양화에 대응하고, 특히 수익자(수익권취득자)

26) 예를 들면, 신탁을 이용한 자산유동화구조에 있어서, 수탁자가 신탁재산인 유동화대상자산을 담보로 하여 투자자로부터 책임재산한정특약부론을 차입하여, 그 차입금의해 자산보유자가 취득한 수익권의 일부를 상환하는 형태(이른바 ABL)가 이용되는 경우, 신탁채권자의 보호수단으로 11조2항,3항의 적용이 고려된다. 신탁을 이용한 자산유동화에도 자산보유자가 유동화대상자산을 수탁자에게 신탁양도하여, 취득한 수익권을 투자자에게 매각함으로써 자금조달을 도모하는 경우에는, 이른바 수익권양도형스킴) 위탁자의 채권자에 의한 사해신탁취소권의 행사에 대하여, 수익권취득자는 그 선의를 주장, 입증함으로써, 취소권의 영향을 면할 수 가 있다(11조1항 단서,4항단서, 5항후단). 이와 같이 11조2항3항에 의한 신탁채권자 보호는 11조 1항 단서, 4항 단서, 5항 후단에 의한 수익자보호와 실질적으로 동일하게 하기 위해서 설정된 규정이라고 본다.

및 수탁자와 거래한 신탁채권자의 이익보호를 한걸음 전진시킨 점에 있다고 할 것이다.

그러므로 신탁을 둘러싼 이해관계인(신탁관계자) - 특히 위탁자의 채권자, 위탁자, 수탁자, 수탁자의 채권자, 수탁자로부터의 전득자, 전전득자, 수익자, 수익자로부터의 전득자, 수익자로부터의 수익권 양수인 등 - 의 이해를 정확히 조정하는 권리의무 규정의 구축과 명확화하는 신탁설정의 사해행위성 판단기준 등에 관한 해석론의 전개를 포함하여, 앞으로도 계속될 여지가 있다고 생각된다. 종래에도 사해신탁의 취소를 둘러싼 판례에서 당사자간의 미묘한 이익형량이 행하여지고 있는 것을 볼 수가 있었다. 그리고 그 때에는 신탁행위의 불성립, 신탁행위의 무효(통모의 표시, 명의신탁) 및 사해신탁을 각각 명확히 식별하는 것도 요구되었다. 이러한 점을 염두에 두고 사해신탁취소권제도의 의의와 기능을 재확인할 필요가 있다.

이론적으로는 다음과 같은 문제가 남아있다.

- (i) 수탁자 B로부터의 신탁재산의 전득자 Z에 대하여 위탁자 A의 채권자 X가 A와 B간의 사해신탁을 이유로 하여 재산의 반환을 청구한 경우, 법적근거(적용조문)은 어디서 구할 것인가. 가령 민법 제424조에 의하여 처리하는 경우, Z가 선의의 입증을 한 때에는 X는 B에 대해서 가격배상청구를 할 수 있으나, 이것은 X의 B에 대한 불법행위책임의 추궁과는 어떠한 관계가 있는지 논의의 필요가 있다. 이에 대하여는 한마디로 신탁의 수탁자는 형식적인 소유명의를 있어도 실질적으로는 대가적 이익을 받고 있지 않고 있다는 이유로, 가격배상청구를 인정하는 것이 곤란하다고 하려는 수탁자의 불법행위책임의 문제가 한층 클로즈업될 것이다.
- (ii) 수탁자에 대한 취소청구, 신탁재산의 반환청구가 전득자의 선의 또는 수익자 중에 1인이 수익권취득 당시에 선의라고 하는 것을 입증하는데 실패한 경우, 위탁자의 채권자는 수탁자에 대하여 어떤 경우에 책임을 추궁할 수 있는가 하는 것은 당사자간, 특히 위탁자의 채권자와 수탁자와의 관계를 충분히 고려하여 검토할 것이다. 그리고 ①수탁자는 위탁자와 공모를 하고, 위탁자에게 적극적으로 교사한 경우에만 불법행위책임을 부담하는가, ②사해행위에 대해서 악의라면 책임을 부담하는가, 그리고 ③선의라도 과실이 있으면 불법행위책임을 추궁할 여지가 있는가, 중과실까지 요하는가 등은 기본규칙을 해석상 명확히 한 후에 수탁자의 구체적인 행위태양을 감안하여 해석론을 구축할 필요가 있다.

이상에서 검토해본 사해신탁취소에 관한 일본에서의 개정작업은 우리에게도 충분히 적용 가능하다고 본다. 그러나 아직 국내에서는 해석론조차 충분히 논의되지 않고 있는 상황, 신탁의 독자적인 영역이 일본에 비하여 열악한 현실 등을 고려할 때 시기상조라는 느낌도 감출 수는 없다. 그러나 우리의 금융투자업의 발달과 변화에 비추어 신탁의 다양한 활용이 기대되는 시점에서 장차 사해신탁취소의 문제가 보다 현실성 있는 주제로 다가 올 것이라고 생각한다.