

## 日本の 2004年 改正 信託業法에 관한 小考\*

### —주요 개정내용과 시사점을 중심으로—

권 재 열

(숭실대학교 법과대학 부교수)

#### 【초 록】

2004년 일본은 경제사회의 다양한 신탁 요구에 부응하기 위해 1922년에 제정된 신탁업법을 전면개정하였다. 그 주요내용으로는 첫째, 지적재산권 등에 대한 신탁요구의 증대를 목적으로 수탁가능재산의 범위제한을 철폐하여 재산권 일반이 수탁가능한 재산이 되었다. 둘째, 신탁기관의 유형이 다양화되었다. 이에 주식회사가 아닌 회사를 비롯하여 회사가 아닌 법인까지 신탁업으로의 진입이 가능하게 되었다. 셋째, 수탁자의 자기집행의무의 완화, 판매권유규제, 계약의 개시, 신탁관련업 이외의 업무와의 겸업금지 등에 관한 규정이 마련되었다. 넷째, 신탁회사는 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁의 사무를 처리하여야 하고, 자기 또는 자기의 이해관계인의 이익을 우선해서 수익자의 이익을 해치는 거래를 금하는 등의 수탁자책임이 규정되었다. 다섯째, 신탁서비스에 대한 이용자의 창구를 확대하기 위하여 신탁계약대리점 제도와 신탁수익권판매업자 제도를 도입하였다. 여섯째, 외국의 법령에 준거하여 외국에서 신탁업을 하는 자가 일본에서 지점을 개설하고 면허·등록을 받아 영업할 수 있게 되었다.

이러한 일본의 개정 신탁업법은 사회·경제환경의 변화에 부응한 법개정으로 평가할 수 있다. 또한 일본의 신탁업법은 금융상품거래법의 제정에도 불구하고 독자생존의 길을 걸어가고 있으며 개선과 발전을 거듭하고 있다는 점도 특색이다. 마지막으로 법적으로 유가증권이 아닌 신탁수익권의 유통을 촉진하기 위한 방안으로 신탁수익권판매업자 제도를 도입한 점도 주목할 만하다.

주제어 : 신탁업법 / 신탁법 / 금융상품거래법 / 운용형 신탁회사 / 관리형 신탁회사 / 자기집행의무 / 자본시장통합법 / 신탁수익권

#### 【차 례】

##### I. 머리말

##### II. 일본 신탁업법의 연혁

1. 1922년 신탁업법 제정
2. 2004년 신탁업법 전면개정

##### III. 일본의 2004년 개정 신탁업법의 주요내용

1. 신탁재산(수탁가능재산)의 범위 확대
2. 신탁기관의 다양성 확대
3. 신탁회사 등의 행위기준 마련
4. 신탁회사의 의무 및 책임 명확화

- 5. 신탁서비스 이용자의 청구 확대
- 6. 외국신탁회사의 일본에서의 영업 허용
- IV. 일본에서의 신탁업법과 신탁법의 조화 모색: 2006년 신탁법 개정
  - 1. 2006년 신탁법의 개정목적
  - 2. 신탁업법과 관련된 개정사항
- V. 일본의 개정 신탁업법의 시사점: 우리 법제와의 비교를 바탕으로
  - 1. 사회·경제환경의 변화에 부응한 법개정
  - 2. 신탁업법의 독자생존
  - 3. 신탁수익권의 유통촉진
- VI. 맺음말

### I. 머리말

신탁제도는 연혁상 보통법(common law)적 특성을 가진 영국과 미국의 州에서 주로 발전하였다. 이 때문에 신탁제도는 대륙법계 국가의 私法體系에서는 “물위에 뜬 기름”처럼 융화되기 어려운 것으로 평가되기도 하지만<sup>1)</sup> 현재에는 보통법과 대륙법적인 전통을 함께 가진 미국의 루이지애나주, 캐나다의 퀘벡주, 스코틀랜드, 남아프리카에서도 신탁제도가 이용되고 있다. 이밖에 신탁제도는 대륙법적 성격이 강한 리히텐슈타인, 이스라엘, 러시아 및 일본에서도 이용되고 있다.<sup>2)</sup>

일본의 신탁업법은 1922년 제정되었으며, 그 후 수십년이 지난 2004년에 처음 개정되어 오늘에 이르고 있다. 2006년 6월 7일 일본 국회에서는 증권거래법(證券取引法), 금융선물거래법(金融先物取引法), 「유가증권에 관한 투자고문업의 규제 등에 관한 법률(有價證券に係る投資顧問業の規制等に関する法律)(이하 “투자고문업법”으로 줄임)과 「외국증권업자에 관한 법률」(外國證券業者に關する法律) 등을 통합한 금융상품거래법(金融商品取引法)이 통과되었지만,<sup>3)</sup> 신탁업법은 금융상품거래법이 시행된 후에도 개별법률로 여전히 존재하게 된다. 더욱이 2006년 12월 8일 일본 국회를 통과한 개정 신탁법의 일부 조항은 2004년 개정 신탁업법과의 정합성(consistency) 및 조화(harmonization)를 도모하려는 차원에서 개정되었다는 점에서 신탁업법은 앞으로도 신탁관련법제의 중심으로서 그 위치를 계속 유지할 것으로 예상된다.

우리나라의 신탁법은 일본에서 1922년 제정된 일본 신탁법의 내용을 거의 대부분 그대로 사용하고 있다.<sup>4)</sup> 그러나 2008년 시행을 목표로 하여 2006년 6월말 입법예고되어 2006년 12월 국무회의를 통과한 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(안)(이하 “자본시장통합법(안)”으로 줄임)이 국회를 통과하여 수정없이 시행되면 신탁업법은 폐지된다(한국 자본시장통합법(안) 부칙 제2조 제4호).<sup>5)</sup>

일본의 금융상품거래법이 입법취지나 그 내용면에서도 자본시장통합법으로서 성격을 갖고 있음에도 불구하고<sup>6)</sup> 일본의 신탁업법은 별개의 단행법으로 계속 존치될 것이지만, 우리나라 자본시장통합법(안)상의 신탁업은 동법(안)의 적용대상이 되는 금융투자업으로 편입·분류되어(한국 자본시장통합법(안) 제6조 제1항) 앞으로는 신탁업법이 단행법으로서의 모습은 더 이상 기대할 수 없게 될 것으로 보인다.<sup>7)</sup> 이러한 양국의 신탁업법의 갈라진 행보를 염두에 두고 본고에서는 2004년 일본에서 개정된 신탁업법의 주요내용을 개괄적으로 살펴보는 것을 주된 내용으로 하되<sup>8)</sup> 2006년 12월에 통과된 신탁법의 관련 사항까지 소개한

후 일본의 신탁업법 개정이 우리나라의 신탁업법과 (필요하다면) 자본시장통합법(안)에 대한 시사점을 살펴보기로 한다.

## II. 일본 신탁업법의 연혁

### 1. 1922년 신탁업법 제정

신탁제도의 原型은 중세시기 영국의 유스(use)이다. 영국에서 십자군전쟁(1096~1270)에 출정한 군인이 남아있는 가족을 위하여 토지(부동산)를 제3자에게 이전하려는 목적으로 유스를 이용한 것이다. 이러한 유스는 봉건시대에서 세금 등의 부담을 회피하기 위한 수단으로 가능한 바 있다. 근대적인 신탁제도인 트러스트(trust)는 17세기 영국에서 확립되었다. 영국에서의 신탁은 특정한 목적을 위하여 재산을 관리·운영하고 그에 대한 보수를 지급하는 구조로서 비영리적이며 개인신탁을 중심으로 발전한 것이 특색이다.<sup>9)</sup>

미국은 영국의 트러스트를 계수하여 신탁제도를 독자적으로 발전시켰다. 미국 건국 초기에 청교도들이 자금조달의 수단으로 신탁제도를 활용하였다. 신탁의 대상이 되는 재산이 부동산을 비롯하여 동산, 특히 그중에도 금전까지 포함하는 것으로 확대되었다. 그 후 신탁전문가의 출현으로 신탁의 유상화(onerousness)가 급속도로 진전되어 수탁자의 전문성이 강조되고 법인수탁자가 등장하였다. 미국 신탁제도는 상사적 색채가 강한 상사신탁(commercial trust)이 중심이다. 오늘날 미국의 신탁제도는 회사제도와 경쟁하고 있다. 즉, 상사거래의 수단으로서 신탁은 회사제도와 경합하고 있는 것이다. 하지만 여전히 신탁은 상속·증여제도의 수단으로도 사용되고 있다.<sup>10)</sup>

일본은 미국의 신탁제도를 계수하였다. 일본은 메이지(明治)시대인 1905년 담보부사채신탁법의 제정을 통해 미국의 전통적인 신탁제도를 수입하였다. 일본의 신탁법과 신탁업법은 신탁개념을 명확히하고 신탁제도의 건전한 육성을 목적으로 1922년 제정되고 그 다음해부터 시행되었다. 일본의 신탁법제상 신탁의 정의는 영미법상 신탁의 정의를 거의 그대로 도입하였으나, 상사신탁을 염두에 두고 규제적인 성격이 강한 것이 특징이었다.<sup>11)</sup>

### 2. 2004년 신탁업법 전면개정

신탁업법은 1922년 법제정 이래 82년 만인 2004년 12월 처음 개정되었다. 개정 신탁업법안은 2004년 제161회 임시국회에서 중·참 양의원에서 심의가 이뤄지고 동년 11월 26일에 전원일치로 가결성립되었으며, 동년 12월 3일에 공포, 동월 30일 시행되었다.

2004년 신탁업법은 제정 신탁업법을 전면개정한 것으로서 경제사회의 다양한 신탁 요구에 부응하기 위해 수탁가능재산의 범위 확대, 신탁업의 담당자 확대, 위탁자·수익자를 보호하여 누구라도 안심하고 이용할 수 있는 규제를 마련하는 것을 목적으로 하고 있다.<sup>12)</sup> 특히 금번의 신탁업법 개정은 지적재산의 관리 및 유동화의 촉진을 위해 신탁제도를 활용하여야 한다는 경제산업성을 비롯한 정부의 정책이 충분히 반영되고 있는 점이 특징이다.<sup>13)</sup>

## III. 일본의 2004년 개정 신탁업법의 주요내용

### 1. 신탁재산(수탁가능재산)의 범위 확대

#### (1) 신탁재산의 요건 및 종류

##### 1) 신탁법상 신탁재산의 요건

일본 신탁법 제1조에 의하면 신탁은 “재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고...”라고 정의하고 있고, 위탁자가 신탁할 수 있는 대상은 재산권으로 한정되어 있다.<sup>14)</sup> 재산권의 변형물 내지 代位物, 즉 신탁재산의 관리·처분·멸실·훼손, 기타의 사유로 수탁자가 얻은 재산도 신탁재산에 속한다(신탁법 제14조).<sup>15)</sup>

일본 신탁법에서 요구하는 신탁재산의 요건은 다음과 같다. 첫째, 금전으로 환산할 수 있어

야 한다. 말하자면, 신탁법 제1조에서의 재산권이라고 하기 위하여서는 그것이 금전으로 환산하여 가치가 있는 것이어야 한다. 이 때문에 인격권 등의 신분권과 공장재단 자체 또는 주식과 분리되어 독립된 금전적 가치가 없는 의결권 등의 신탁은 인정되지 않는다. 무체재산권과 같이 물리적인 형상이 없는 것이라고 해도 금전으로 환산될 수 있으면 신탁이 가능하다.16)

둘째, 적극재산이어야 한다. 신탁법 제1조에 재산권이라고 되어 있는 것은 적극재산에 한정하는 취지이다. 왜냐하면, 신탁법 제1조를 해석할 때 “재산권”이라 함은 채권 등의 적극재산만을 의미하며, 채무 등의 소극재산까지 포함하는 회계상의 재산과는 구별되기 때문이다. 그리하여 채무를 포함한 상속재산 전체, 예를 들어 건물이라는 적극재산과 이에 부속된 임대차보증금반환채무를 일체로 하여 신탁을 하는 것은 인정되지 않는다고 해석하는 것이 통설이다.17) 하지만, 신탁설정 이후 그 사무처리과정에서 채무가 발생하는 경우에는 신탁을 유지할 수 있다.

적극재산이라면 재산권이 향후 조세의 부담을 받거나, 저당권 등의 담보권이 설정되어 있다고 하더라도 신탁할 수 있다. 소극재산이 함께 신탁된 경우에는 그 신탁 전체가 무효가 되는 것이 아니라, 적극재산에 한한 부분만이 유효하다. 그러나 소극재산을 분리할 수 없는 경우와 분리하면 당사자의 의사에 반하는 경우에는 전체가 무효이다.18)

셋째, 위탁자로부터 이전 등이 가능하여야 한다. 신탁이 성립하기 위해서는 신탁재산이 위탁자로부터 수탁자에게 이전되어야 하므로, 신탁재산은 이전가능한 것이어야 한다. 이 때문에 신탁재산은 독립되어야 하며, 양도금지 등의 제약이 없어야 한다. 따라서 전체 재산권으로부터 신탁해야 할 재산 일부를 분리하여 이전하는 것이 불가능한 경우 신탁할 수 없다. 양도가 금지된 재산은 위탁자로부터 수탁자에게 양도가 불가능하므로 신탁이 불가능하다. 만약 양도에 채무자 등 제3자의 동의를 요하는 경우에는 그 동의를 얻어야 신탁이 가능하다.19)

넷째, 재산권이 특정·현존하여야 한다. 일반적으로 신탁행위와 동시에 신탁재산이 이전하므로 그 때 신탁재산은 적어도 특정되고 현존하여야 한다.20)

## 2) 구 신탁업법상 신탁재산의 종류

1922년 제정 신탁업법은 신탁회사의 건전성을 확보하고 수익자보호를 도모하기 위하여 사전예방적인 관점에서 수탁가능재산(신탁재산)의 범위를 확대하는 데 소극적이었다.21) 그 결과 2004년 12월 법개정 이전의 신탁업법에서는 수탁가능재산이 금전, 유가증권, 금전채권 등에 한정되어 있었다(구 신탁업법 제4조).

### (2) 2004년 개정 신탁업법의 내용

2004년 개정법에서 지적재산권 등에 대한 신탁요구 증대를 목적으로 수탁가능재산의 범위 제한을 철폐하여 재산권 일반이 수탁가능한 재산이 되었다. 이처럼 2004년 신탁업법 제4조를 개정함으로써 신탁법에 따라 요건을 갖춘 재산이면 모두 신탁재산이 될 수 있는 포괄주의로 변경되었다.22)23)

## 2. 신탁기관의 다양성 확대

### (1) 신탁업법 개정전의 신탁회사

신탁은 원래 타인을 위한 재산관리제도로써, 위탁자는 자신보다 능력있는 타인(수탁자)을 이용함으로써 능력을 전환 내지 보완할 수 있다. 또한 신탁은 수탁자에 대한 신뢰(trust)를 바탕으로 재산권 등의 소유권을 이전하는 것이다. 이에 신탁업법은 신탁을 업으로 하는 자에 대해서는 수익자보호의 차원에서 일정한 자격기준을 마련해두고 있다.24)

일본의 경우 신탁의 인수를 업으로 하기 위해서는 원칙적으로 신탁업법에 따라 면허를 취득하여야 하지만, 2004년 신탁업법이 개정되기 이전까지 그러한 면허를 취득한 신탁회사는 존재하지 않았다. 오히려 구 신탁업법하에서 신탁업은 사실상 금융기관(자본금 20억엔 및 영업보증금 2500만엔 이상 필요)이 「보통은행 등의 저축은행 업무 및 신탁업무의 겸영에 관한 법률」(普通銀行等の貯蓄銀行業務又は信託業務の兼營等に關する法律)(이하 “겸영법”으로 줄임)에 기초하여 신탁업무겸영을 인가받아 영업체했다. 동법은 제2차대전이 개시되면서 전쟁수행을 위한 기업통제의 일환으로 제정된 법률이다.<sup>25)</sup>

## (2) 2004년 개정 신탁업법의 내용

### 1) 특 징

신탁회사의 조직형태에 대해서는 업무의 안정적인 지속성 및 회사기관간의 상호감시기능이 뛰어나다고 생각되는 주식회사 형태를 원칙으로 하고 있다. 그러나 2004년 신탁업법 개정으로 신탁기관의 유형이 확대되었다. 이에 주식회사가 아닌 회사를 비롯하여 회사가 아닌 법인까지 신탁업으로의 진입이 가능하게 되었다. 예컨대, 그룹내의 신탁회사는 반드시 주식회사일 필요가 없으며, 「대학 등에 있어서 기술에 관한 연구성과의 민간사업자에의 이전촉진에 관한 법률」(大學等における技術に關する研究成果の民間事業者への移轉の促進に關する法律)<sup>26)</sup>을 근거로 主務大臣의 승인을 받은 기술이전기관(technology licensing organization: TLO)(이하 “승인 TLO”라 함)의 경우 주식회사가 아니더라도 신탁업을 할 수 있게 되었다.

### 2) 운용형 신탁회사와 관리형 신탁회사의 구분

신탁회사가 하고자 하는 관리 또는 처분행위의 樣態는 다양한 까닭에 기존의 신탁회사 이외에 2004년 개정 신탁업법은 관리형 신탁회사 제도를 도입하였다. 이에 신탁회사가 하는 신탁업무의 기능 및 업무내용을 기준으로 할 때 신탁업법상 신탁회사는 관리형 신탁회사와 그렇지 않은 신탁회사, 즉 운용형 신탁회사<sup>27)</sup>로 나눌 수 있다.<sup>28)</sup>

신탁업법상 운용형 신탁회사는 구법상의 신탁회사의 개념과 큰 차이가 없다. 따라서 여전히 내각총리대신으로부터 면허를 취득하여야만 신탁업을 할 수 있다(신탁업법 제3조). 관리형 신탁회사는 자기의 재량으로 신탁재산의 형태를 바꾸거나 처분할 수 없기 때문에 그 재산의 통상적인 방법에 따라 보존·유지·이용만을 하거나, 위탁자 등의 지도에 따라 처분을 하는 신탁회사를 말한다(신탁업법 제2조 제3항). 이처럼 관리형 신탁회사는 운용형 신탁회사에 비하여 재량범위가 좁기 때문에<sup>29)</sup> 등록제를 채택하여 면허제보다는 완화된 기준에 의하여 신탁업으로의 진입을 인정하고 있다(신탁업법 제7조 제1항). 또한 관리형 신탁회사에 대해서는 정기적으로 등록거부요건에 해당되는지의 여부를 검토하고 불건전한 업자를 배제할 수 있도록 하기 위해 매 3년의 갱신제를 채택하고 있다(신탁업법 제7조 제4항).<sup>30)</sup><sup>31)</sup>

### 3) 재무구조 규제

신탁회사는 신탁업무를 건전하게 수행하는 데에 필요한 재산적인 기초가 있어야 하므로 개정 신탁업법은 신탁기관의 최저자본금과 영업보증금 등 재무구조에 관하여 법률로 정하고 있다. 신탁회사는 수익자보호 견지에서 최저자본금을 상회하는 순자산액을 유지할 것을 의무화하였다(신탁업법 제5조 제2항, 제3항, 제10조). 구체적으로는 운용형 신탁회사는 최저자본금이 1억엔이며(신탁업법 시행령 제3조), 관리형 신탁회사는 최저자본금이 5,000만엔이어야 한다(신탁업법 시행령 제8조). 개업 후 순자산액이 최저자본금에 미치지 못했을 경우 내각총리대신은 감독상 필요한 조치를 명령할 수 있다(신탁업법 제18조, 제45조).

주요주주(20% 이상의 의결권부주식의 보유 등)의 영향으로 신탁회사의 경영이 왜곡되는

것을 방지하고 경영의 건전성을 확보하기 위해 일정 결격사유를 정하고(신탁업법 제5조 제2항 제9호, 제10호), 신고하도록 하여 과연 주요주주의 자격과 요건을 충실하게 준수하는지의 여부를 확인할 수 있게 하였다(신탁업법 제17조).

신탁회사 등이 업무를 하는 데에 있어 관리실수나 충분한 설명의무를 다하지 못함으로써 신탁상품을 취득한 고객에게 손실을 줄 우려가 있으므로, 위탁자·수익자를 보호하는 견지에서 영업보증금제도를 채택하였으며, 신탁수익자에게 우선변제권을 인정하고 있다(신탁업법 제11조). 필요한 영업보증금액은 운용형 신탁회사가 2,500만엔, 관리형 신탁회사는 1,000만엔으로 규정하고 있다(신탁업법 시행령 제9조).<sup>32)</sup>

#### 4) 그룹기업의 신탁기관에 대한 특례

일본에서는 그룹기업(기업집단) 내에 각사가 보유하는 지적재산권을 모회사가 집중관리하고, 당해 회사가 쏠 그룹 차원에서 전략적·효율적으로 활용되는 방법으로써 신탁을 활용하려는 요구가 있었다.<sup>33)</sup> 이러한 요구에 부응하기 위해 개정 신탁업법은 그룹기업 내의 신탁을 허용하고 있다. 즉, 수익자가 그룹 내에 있는 경우에는 수탁자가 신탁회사의 면허·등록없이 신고만으로 신탁업을 할 수 있으며 그 신탁회사는 반드시 주식회사일 필요는 없다(신탁업법 제51조 제1항).

또한 그룹기업의 신탁의 경우에는 수익자가 그룹기업 내에 존재하고 그룹 내에서 상호 감시기능이 잘 수행될 것으로 기대하여, 영업으로써 하는 신탁이라 하더라도 특히 필요하다고 생각되는 경우에 한하여 보고나 현장검사만 요구될 뿐 신탁업법이 규정한 각종의 규제는 적용받지 않는다는 점이 특징이다.<sup>34)</sup>

#### 5) 승인 TLO에 대한 특례

일본에서는 승인 TLO에 한하여 특허권 등에 대한 일원적 관리를 수행하고 대학이나 연구소의 연구자가 발명으로부터 획득한 果實을 확보하기 위한 수단으로서 신탁제도를 활용할 수 있는 길을 열어두고 있다. 즉, 대학기술을 기업으로 이전을 촉진하기 위해 신탁업법은 TLO에 대하여 수탁자로서의 기능을 부여하고 있다.<sup>35)</sup>

우선적으로 개정 신탁업법은 승인 TLO의 신탁업에 대해서는 관리형 신탁회사의 등록거부요건의 일부가 완화된 등록제를 채택하고 있다(신탁업법 제52조 제1항). 그리하여 승인 TLO는 주식회사가 아니더라도 신탁업을 할 수 있고, 심지어 신탁회사와는 달리 최저자본금규제를 받지 않으며, 등록을 갱신할 필요가 없으며, 商號 사용도 강제되지 않는다. 또한 이사 등의 겸직제한이나 주요주주규제를 받지 않아 신탁업에 대한 진입이 용이하다. 그러나 승인 TLO가 신탁업 참여후에는 위탁자 및 수익자를 보호하기 위해 그에 대해서도 관리형 신탁회사와 동일한 행위규제·감독규제가 이루어진다(신탁업법 제52조 제3항).<sup>36)</sup>

### 3. 신탁회사 등의 행위기준 마련

#### (1) 개 관

2004년 개정 신탁업법은 수탁자의 자기집행의무의 완화, 판매권유규제, 계약의 개시(disclosure), 신탁관련업 이외의 업무와의 겸업금지 등에 관한 규정을 마련하고 있다.

#### (2) 수탁자의 자기집행의무 완화

##### 1) 수탁자의 자기집행의무의 의미

신탁법상 수탁자는 자기집행의무(duty not to delegate) 내지 직접관리의무(대리인사용금지의무)를 부담한다. “자기집행의무”는 수탁자가 스스로 사무처리를 해야 한다는 적극적인 면에 바탕을 두고 있으며, “직접관리의무” 내지 “대리인사용금지의무”는 타인에게 사무처리를 대행시켜서는 안된다는 소극적인 면에 근거하고 있다. 이러한 의무의 취지는 신탁의 설정이

위탁자의 수익자에 대한 개인적인 신뢰관계를 전제로 하므로, 수탁자는 스스로 그 위탁사무를 처리해야 하며, 함부로 타인에 위탁사무를 대행시킬 수 없다는 데 있다.<sup>37)</sup> 따라서 위탁자는 자신의 책임하에 위탁사무를 제대로 처리할 능력 및 인격 등에 있어서 최적임자를 수탁자로 선임하는 것이 필요하며, 그러하지 못한 자를 수탁자로 선임하여 발생한 결과는 위탁자에게 귀속한다.<sup>38)</sup>

요컨대, 수탁자가 당해 위탁사무를 스스로 처리할 수 없어 제3자에게 위탁을 주는 것은 기본적으로 그 자체가 위탁자의 주관적 신뢰 및 기대를 저버리는 배신행위로 평가된다. 그러나 위탁재산의 관리·운용 등이 예전보다 복잡하고 전문성이 요구되는 오늘날 원활·신속하고 적절한 위탁사무의 처리를 위해 보조자를 사용할 수밖에 없다. 이와 관련하여 2006년 개정 전 위탁법은 수탁자는 “신탁행위에 따로 정함이 있는 경우를 제외하고는 부득이한 사유가 있는 경우에 한하여 타인으로 하여금 자기에 갈음하여 위탁사무를 처리하게 할 수 있다”고 규정한 바 있다(구 위탁법 제26조 제1항).<sup>39)</sup> 즉, “신탁행위에 있어서 代人 사용을 허용하는 취지를 명확히 규정한 경우”는 자기집행의무가 배제되며, 수탁자가 질병이나 천재지변 등으로 위탁사무를 처리할 수 없는 경우는 “부득이한 사유가 있는 경우”에 해당할 것이다. 또한 위탁회사는 위탁사무의 처리에 의사결정권한이 없는 업무보조자, 예를 들어 위탁회사의 직원을 사용할 수 있으며, 업무수행을 위하여 단순히 보조적인 역할만을 수행하는 경우에 한하여 회계사·변호사·다른 위탁회사까지도 수탁자의 책임으로 사용할 수 있다.<sup>40)</sup> 이 경우 수탁자는 대인과 이행보조자의 선임·감독에 관해서만 책임을 부담하며, 위탁행위에 의하여 타인으로 하여금 위탁사무를 처리하게 한 때에도 마찬가지이다(구 위탁법 제26조 제2항). 수탁자에 갈음하여 위탁사무를 처리하는 자는 수탁자와 동일한 책임을 부담한다(구 위탁법 제26조 제3항).

## 2) 2004년 개정 위탁법령의 내용

금융의 분업화와 전문화, 자산운용에 있어서의 글로벌화 등이 진행중인 오늘날 위탁업무의 전부를 수탁자가 행하여야 한다는 것은 위탁업무의 효율적 내지 적절한 수행의 관점에서 볼 때 현실성이 떨어진다.<sup>41)</sup> 이에 개정 위탁법령은 위탁회사가 위탁업무의 일부를 제3자에게 위탁하는 것을 허용하고 있다. 구 위탁법은 외부위탁을 원칙으로 금지하였으나, 개정 위탁법령은 일정한 요건을 갖춘 경우를 전제로 하여 원칙적으로 자유롭게 외부위탁이 가능하다. 따라서 개정 위탁법령은 외부위탁에 관한 입법상의 입장을 변경하였다.<sup>42)</sup>

신탁법령상 외부 제3자에 대한 위탁을 위한 일정한 요건으로는 첫째, 위탁업무의 일부를 위탁하는 것 및 그 위탁업무의 위탁처(위탁처가 확정하고 있지 않는 경우는 위탁처의 선정과 관련되는 기준 및 절차)가 위탁계약에서 명시되어야 하며, 둘째, 위탁처가 위탁된 위탁업무를 정확하게 수행할 수가 있는 능력이 있어야 하며, 셋째, 위탁과 관련되는 계약과 관련하여 위탁처가 위탁된 재산을 자기의 고유재산과 분별하여 관리하는 것 등을 충족하여야 한다(신탁법령 제22조 제1항).

신탁업무의 전부를 위탁하는 것은 위탁업의 인수를 면허제 또는 등록제로 한 본법의 취지에서 벗어나기 때문에 인정되지 않는다. 위탁회사가 위탁처에 일정한 업무를 위탁하는 경우 수익자보호 견지에서 위탁처에 대해서도 위탁법령 규정이 적용된다(신탁법령 제22조 제2항). 따라서 위탁처가 수익자에게 손해를 야기한 경우 수익자보호의 차원에서 위탁회사가 배상책임을 부담한다. 다만, 위탁회사가 위탁처의 선임에 대해 상당한 주의를 하거나 위탁처가 위탁을 받아 수행하는 업무와 관련하여 수익자에 대한 손해의 발생을 방지하기 위하여 최선의 노력을 하였을 경우에는 그러하지 않다(신탁법령 제23조).

### (3) 지도권자의 충실의무 및 행위준칙 마련

개정 신탁업법상 指圖權者라 함은 신탁재산의 관리 또는 처분의 방법에 대하여 지시를 실시하는 業을 영위하는 자를 말한다(신탁업법 제65조). 위탁자가 지도권을 수탁자에게 부여하지 않고 유보하는 경우에 당해 위탁자 또는 그 위탁자로부터 지도권을 위임받은 제3자가 신탁재산의 관리 또는 처분의 방법에 대해 업으로서 지도를 한다면 위탁자 또는 제3자는 지도권자에 해당한다.

개정 신탁업법은 지도권자에 대하여 충실의무를 부여하고 있을 뿐만 아니라(신탁업법 제65조),<sup>43)</sup> 그의 행위에 대한 준칙도 마련하고 있다(신탁업법 제66조).<sup>44)</sup> 이러한 신탁업법상의 지도권자의 대표적인 예는 투자고문업자이다. 투자고문업자에 대해서는 투자고문업법에 대해 행위준칙이 정해져 있기 때문에 원칙으로서 투자고문업법이 적용된다(투자고문업법 제31조의5, 제31조의6). 하지만 투자고문업법에 규정이 없는 사항에 대해서는 신탁업법이 적용된다.<sup>45)</sup> 왜냐하면 신탁업법과 투자고문업법은 일반법과 특별법의 관계에 있기 때문이다.<sup>46)</sup>

### (4) 판매권유 및 계약의 개시관련 규정 마련

신탁상품은 실적배당이 기본이고(신탁법 제19조 참조),<sup>47)</sup> 수익자에게는 자기책임이 요구된다. 그러나 신탁상품의 구조는 일상적인 상거래에 비하여 복잡해질 수 있는 까닭에 신탁관련거래의 공정을 확보하고 위탁자보호를 위해 신탁업법은 판매권유 및 개시에 관하여 규제하고 있다. 구체적으로는 허위의 설명, 단정적 판단의 제공, 손실보전의 약속, 특별이익 제공 등의 금지(신탁업법 제24조 제1항), 위탁자의 지식, 경험 및 재산의 상황에 따른 적절한 신탁의 인수 의무(신탁업법 제24조 제2항), 신탁계약내용의 설명의무(신탁업법 제25조), 계약서의 서면교부의무(신탁업법 제26조), 계산기간별 상황보고서의 교부의무(신탁업법 제27조) 등이 규정되어 있다.<sup>48)</sup>

신탁상품의 실적배당원칙 때문에 신탁회사에 의한 원본보전계약 및 계약체결후 손실보전은 금지된다(신탁업법 제24조 제1항 제4호).<sup>49)</sup> 이처럼 원본보전계약부신탁은 예금과 유사한 상품이기 때문에 수익자보호를 위해 예금취급금융기관으로서의 건전성규제를 받는 신탁경영 금융기관만이 판매할 수 있다(겸영업 제5조의4).

### (5) 신탁회사의 겸업금지 등

일본에서는 신탁회사에 대하여 수익자보호의 견지에서 다른 업종과의 이익상반행위를 방지하는 등 신탁업무의 적절한 수행을 보장하고, 신탁회사재무의 건전성을 확보하며, 신탁업에 대하여 전념하는 것을 요구하고 있다.<sup>50)</sup> 이에 신탁회사는 원칙으로써 신탁업 이외에는 신탁계약대리업, 신탁수익권판매업 및 재산의 관리업무만을 할 수 있을 뿐 다른 업종과의 겸업은 금지된다(신탁업법 제21조 제1항, 제2항, 제5항). 다만, 예외적으로 내각총리대신의 승인을 받았을 경우에 한하여 겸업을 인정하고 있다. 겸업승인의 여부는 본업인 신탁업무에 주는 영향 및 신탁업무와의 관련성에 따라 결정된다(신탁업법 제21조 제2항).

이밖에 이용자의 오인방지와 신뢰확보를 위한 商號 규제(신탁업법 제14조),<sup>51)</sup> 경영의 안정성 확보를 위한 이사의 겸직제한(신탁업법 제16조)<sup>52)</sup>이 규정되어 있다.

## 4. 신탁회사의 의무 및 책임 명확화

개정 신탁업법에는 신탁회사는 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁의 사무를 처리하여야 하고(선관주의의무, 신탁업법 제28조 제2항), 자기 또는 자기의 이해관계인의 이익을 우선해서 수익자의 이익을 해치는 거래를 해서는 안된다(충실의무, 신탁업법 제28조 제1항)는 등의 수탁자책임이 규정되었다.

신탁재산을 보호하기 위해서 신탁재산과 고유재산간의 거래(자기거래)는 원칙적으로 금지된다. 다만, 신탁계약에서 그러한 자기거래의 개요에 대해 정하고 있고 또한 그러한 거래가 신탁재산에 손해를 줄 우려가 없을 경우는 예외이다(신탁업법 제29조 제2항). 만약 자기거래를 했을 경우에는 신탁재산의 계산기간별 당해거래의 상황을 기재한 서면을 작성하고 수익자에 대해 서면을 교부할 것을 의무화하고 있다(신탁업법 제29조 제3항).

이밖에 신탁업법은 수탁자인 신탁회사에게 신탁재산과 자기 고유재산 및 다른 신탁재산과의 분별관리체제를 정비하고 기타 신탁재산에 손해를 발생시키거나 신탁업의 신용을 실추시키는 일이 없는 체제로 정비할 의무를 부과하고 있다(신탁업법 제28조 제3항).

## 5. 신탁서비스 이용자의 창구 확대

### (1) 개 관

신탁서비스에 대한 이용자의 창구를 확대하기 위하여 2004년 신탁업법의 개정에서는 신탁계약대리점 제도와 신탁수익권판매업자 제도를 도입하였다.

### (2) 신탁계약대리점 제도의 도입

신탁업법은 신탁계약의 체결의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 것을 “신탁계약대리업”이라 하며(신탁업법 제2조 제8항), 그러한 신탁계약대리업을 영위하면서 동법에서 정한 내각총리대신의 등록을 받은 자를 “신탁계약대리점”이라 한다(신탁업법 제2조 제9항). 신탁계약대리점의 사법적 성격은 상법상의 대리상으로 이해된다(상법 제27조).<sup>53)</sup>

2004년 신탁업법의 개정 이전까지는 겸영법에 따라 대리점의 설치에 인가를 전제로 가능하였지만(구 겸영법 제5조 제2항), 신탁계약의 체결을 포함한 신탁업무의 전부 또는 일부의 대리가 가능한 기관은 금융기관과 상공조합중앙금고로 한정되어 있었다(겸영법 시행규칙 제7조의2의2). 그러나 개정 신탁업법은 신탁서비스의 제공채널의 확대와 신탁이용자의 접근성 및 편의성을 제고한다는 관점에서 신탁계약의 체결 또는 중개영업을 인정하되 금융기관 이외의 자의 참여를 인정하여 신탁계약대리점은 법인 또는 개인을 막론하고 영업할 수 있게 되었다.<sup>54)</sup> 예컨대, 증권회사를 비롯한 금융기관, 세무사 및 공인회계사 등이 신탁계약대리점업으로 진출할 수 있다.<sup>55)</sup>

개정 신탁업법에 따르면 신탁계약대리점이 1사에 전속하는 것도 가능하며 복수의 신탁회사로부터 신탁계약의 체결 또는 중개를 위탁받는 것도 가능하다.<sup>56)</sup> 이 경우 그러한 위탁을 하는 신탁회사를 “소속신탁회사”라 한다(신탁업법 제67조 제2항). 다만, 개정 신탁업법은 고객(위탁자)을 보호하기 위해 신탁계약대리점에 대한 부적격한 자의 참가를 배제하기 위해 등록제로 바꾸고(신탁업법 제67조 제1항), 신탁계약내용의 설명의무나 부당권유 금지 등의 행위규제기준도 마련하였다(신탁업법 제74조 내지 제76조). 이밖에 신탁계약대리점이 고객에게 손해를 줄 경우에는 소속신탁회사가 손해배상책임을 지도록 하고 있는데(신탁업법 제85조), 이는 실질적으로 소속신탁회사가 신탁계약대리점 업무의 적절한 운영을 보장하는 시스템을 구축하고자 한 것으로 보인다.

### (3) 신탁수익권판매업자 제도의 도입

신탁이 설정된 재산권은 모두 수익권이라는 특수한 권리로 변환됨에 따라 그 본래의 자산구성 내용이 어떤 것일지라도 그 권리내용은 동질화되어 객관적인 추상적 비율에 의해表象될 수가 있다. 즉, 어떤 재산권도 신탁설정 후에는 수익권으로 전환되기 때문에 재산권의 발생·유통 등을 둘러싼 복잡한 권리관계 정리에 아주 유용하다. 재산권이 신탁을 통해 수익권화되면 단순히 권리상태로 있는 경우보다 용이하게 시장을 통해 다수의 투자자에게 그것을 매각할 수 있다. 따라서 수익자는 수익권의 유통을 통해 자금을 용이하게 조달할 수 있다.<sup>57)</sup>

예컨대, 어느 특정한 물건에 대하여 신탁을 설정하여 그 수익권을 양도하면 외관상 물건 자체는 수탁자의 소유가 되나, 실질적인 권리는 수익권에 흡수되어 물건이라는 재산권이 수익권으로 전환한다. 게다가 수익권에 대해서는 등급구분이 가능하므로 금융측면에서 유연한 투자대상이 될 가능성이 있다. 수익자가 수익권을 분할하여 매각하면 신탁재산의 권리자는 수탁자뿐이지만, 실질적인 권리자는 수익권을 취득한 자의 수만큼 존재하게 되며 소액으로 투자할 수 있는 기회를 가질 수 있다. 그러나 수익자가 수익권을 직접 투자자에게 판매하는 것은 거래상대방을 찾고 계약을 체결하는 데 상당한 비용이 든다.

일본 증권거래법상 유가증권으로 인정받은 수익증권은 유통성이 제고되어 양도가 용이하고 투자자에 대한 법적 보호도 가능하다(증권거래법 제2조 제1항).<sup>58)</sup> 그러나 유가증권성을 인정받지 못한 신탁수익권은 재산권이 변환된 채권적 권리로 보기 때문에<sup>59)</sup> 통상 수익권을 양도하기 위해서는 민법상 지명채권양도의 방식<sup>60)</sup>을 취하여야 하므로 상당히 절차가 복잡하다.<sup>61)</sup> 이에 2004년 신탁업법 개정에 의해 수탁가능재산 범위 및 신탁기관이 확대되면서 자금조달의 수단으로서 신탁이 활발히 이용될 것으로 예상되는 상황에서 신탁수익권에 관한 거래의 공정성을 확보하고 신탁수익권의 취득자를 보호하기 위해 일정한 요건하에 신탁수익권판매업을 허용하는 방침을 선택하였다.<sup>62)</sup>

신탁업법상 신탁수익권의 판매 또는 그 대리 혹은 중개를 하는 영업을 “신탁수익권판매업”이라 하며(신탁업법 제2조 제10항), 그러한 신탁수익권판매업을 영위하면서 동법에서 정한 내각총리대신의 등록을 받은 자를 “신탁수익권판매업자”라 한다(신탁업법 제2조 제11항).<sup>63)</sup> 여기서 판매의 대상이 되는 신탁수익권은 증권거래법 제2조 제1항의 유가증권의 요건을 갖추지 못한 경우에 한한다(신탁업법 제2조 제10항).

신탁수익권판매업을 하기 위해서는 면허가 필요하지만, 이미 면허를 취득하여 신탁업을 하는 신탁회사, 외국신탁회사, 유가증권 판매를 하는 증권회사, 등록금융기관에 대해서는 신탁수익권판매업자는 등록할 필요가 없다(신탁업법 제105조 제1항). 불건전한 업자를 배제하기 위하여<sup>64)</sup> 신탁수익권판매업자는 매 3년마다 등록을 갱신하여야 하며(신탁업법 제86조 제2항, 제3항), 신탁수익권의 판매 등을 행하는 때에는 고객보호차원에서 신탁수익권의 내용이나 리스크에 대하여 설명할 의무를 부담하고 부당권유를 금지하는 등의 규제를 받으며(신탁업법 제94조 내지 제96조), 의무적으로 장부서류를 작성하고 보존하여야 한다(신탁업법 제97조). 신탁수익권판매계약에서 발생하는 손해배상책임 등에 대비하기 위해 신탁수익권판매업자는 의무적으로 영업보증금을 공탁하여야 하며(신탁업법 제91조), 그 금액은 1,000만엔이다(신탁업법 시행령 제19조).

#### 6. 외국신탁회사의 일본에서의 영업허용

외국의 법령에 준거하여 외국에서 신탁업을 하는 자가 일본에서 지점을 개설하고 면허·등록을 받음으로써 일본의 운용형 신탁회사, 관리형신탁회사의 구분에 따라 운용형 외국신탁회사, 관리형 외국신탁회사로서 일본에서 영업할 수 있게 되었다(신탁업법 제53조 내지 제54조). 외국신탁회사에 대해서는 일본의 신탁회사와 달리 주요주주에 관한 규정이 적용되지 않지만(신탁업법 제53조 제6항 제9호, 제54조 제6항 제1호)<sup>65)</sup> 국내 신탁회사의 경우와는 달리 특별히 손실준비금에 관한 규정(신탁업법 제55조)을 마련해 두고 있다.<sup>66)</sup>

### IV. 일본에서의 신탁업법과 신탁법의 조화 모색: 2006년 신탁법 개정

#### 1. 2006년 신탁법의 개정목적

1922년 제정된 구 신탁법은 80년 이상이 지난 2006년 12월 8일에 처음으로 전면적으로 개정되었다.<sup>67)</sup> 동 개정은 사회경제의 발전에 的確하게 대응하기 위하여 신탁관련법제를 정

비하는 차원에서 수탁자의 의무, 수익자의 권리 등에 관한 규정을 정비하는 것을 비롯하여 다양한 신탁의 이용형태에 부응하기 위해, 신탁의 병합 및 분할, 위탁자가 스스로 수탁자가 되는 신탁, 수익증권 발행신탁, 한정 책임신탁, 수익자의 규정이 없는 신탁 등의 새로운 제도를 도입하는 것과 동시에, 국민에게 이해하기 쉬운 법이 되기 위해 現代語化하는 것을 목적으로 한다.68)

이처럼 2006년 신탁법은 신탁관련법제의 정비라는 대승적인 목적으로 인하여 신탁업법과의 정합성을 유지하고 신탁업의 활성화를 위한 개정사항도 포함되어 있다. 이하에서는 신탁업법과 관련된 개정 신탁법의 내용만을 간추리기로 한다.

## 2. 신탁업법과 관련된 개정사항

### (1) 자기집행의무의 합리화

구 신탁법과는 달리 2006년 개정 신탁법은 신탁업무를 제3자에게 위탁하는 것을 원칙적으로 허용하고 있다. 이는 신탁업법 제22조과 제23조와의 조화를 모색하기 위하여 신탁제도의 기본법인 신탁법을 개정한 것이다. 개정 신탁법상 자기집행의무의 합리화에 관련된 규정은 제28조와 제35조가 있다.

신탁법 제28조는 수탁자가 제3자에게 위탁한 경우에 관한 기본규정이다. 동 규정에 따르면 수탁자는 첫째, 신탁행위에 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁하는 취지 또는 위탁할 수 있는 취지의 규정이 있을 때, 둘째, 신탁행위에 신탁사무의 처리의 제3자에게의 위탁에 관한 규정이 없는 경우에는 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁하는 것이 신탁의 목적에 비추어 상당하다고 인정될 때, 셋째, 신탁행위에 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁해서는 안된다는 취지의 규정이 있는 경우에는 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁하는 것이 신탁의 목적에 비추어 부득이한 사유가 있다고 인정될 때에는 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

신탁법 제35조는 수탁자가 제3자에게 위탁하였을 경우의 의무를 규정하고 있다. 이에 따르면 수탁자는 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁할 때는 가장 우선적으로 신탁의 목적에 비추어 적절한 者에게 위탁해야 하며, 신탁의 목적의 달성을 위해서 필요한 적절한 감독을 하여야 한다. 그러나 수탁자가 신탁사무의 처리를 신탁행위에 있어서 지명된 제3자 또는 신탁행위에 있어서 수탁자가 위탁자 또는 수익자의 지명에 따라 신탁사무의 처리를 제3자에게 위탁하는 취지를 정하고 있는 경우에는 그에 따라 지명된 제3자에게 위탁했을 때는 수탁자의 의무가 면제된다. 다만, 수탁자는 당해 제3자가 부적임하거나 불성실 또는 당해 제3자에 의한 사무의 처리가 부적절한 것을 알았을 때는 그 취지를 수익자에 대하여 통지하거나, 당해 제3자에게 위탁의 해제나 기타 필요한 조치를 취하여야 하는 의무를 부담한다.

### (2) 신탁수익권의 유가증권화

2006년 개정 신탁법은 구 신탁법 아래에서 개별법에 근거하고 한정적으로 인정되고 있던 수익권의 유가증권화를 일반적으로 허용하고 있다. 즉, 동법 제185조(69)는 수익권을 표시하는 증권을 발행하는 것을 허용하여 신탁수익권의 유가증권화가 가능하게 되었다. 유가증권의 경우에는 양도절차가 간편하고 선의취득의 법리가 적용되고, 점유로서 제3자에게 대항할 수 있는 등 양도의 효력이 강화되기 때문에 그만큼 유통이 촉진되는 효과가 있다.70)

## V. 일본의 개정 신탁업법의 시사점: 우리 법제와의 비교를 바탕으로

### 1. 사회·경제환경의 변화에 부응한 법개정

신탁업법은 1922년 이래 무려 82년 만에 전면개정되었다. 2004년 신탁업법의 개정에 따라 신탁재산에 대한 제한이 폐지되고 새로운 신탁관련 담당자가 증가하였다. 그 결과 신탁업계

에서 경쟁이 한층 촉진되어 신탁업의 내연과 외포가 넓어짐과 동시에 지적재산권 등 신탁재산의 다양화가 진행되고 있다. 또한 국민의 요구에 부응하는 새로운 매력적인 신탁상품을 제공할 수 있고 기업의 새로운 비즈니스를 창출할 수 있는 등 신탁이 예전에 비하여 기능적으로 유연성이 제고되어 신탁제도가 널리 활발하게 보급되고 있다.

우리나라의 신탁업법은 일본의 구 신탁업법을 계수한 이래 그 큰 흐름은 단 한번도 변경된 적이 없다. 동법이 제정될 당시 신탁회사의 수탁자로서의 능력을 크게 신뢰하지 못하여 수익자의 이익과 신탁회사의 신용보장 차원에서 신탁재산을 제한하고 있다. 게다가 신탁업법상 신탁재산에 관한 규정은 2005년 무체재산권이 새롭게 신탁재산으로 편입된 것을 제외하고는 여전히 이렇게 한정적 열거주의를 취하고 있다(한국 신탁업법 제10조 제1항). 이러한 입법방식으로는 경제 및 금융환경의 변화 및 첨단산업기술의 출현으로 인해 새롭게 나타날 재산권에 대하여 신탁업법이 적극적으로 대응할 수 없다는 단점이 있다.<sup>71)</sup> 이러한 입장은 자본시장통합법(안)에서도 그대로 유지되고 있다(한국 자본시장통합법(안) 제103조 제1항).

일본의 경우 신탁회사의 유형에 따라 자본금 및 영업보증금의 금액이 상이하며, 그 금액은 우리나라 신탁업법이 신탁회사의 인가요건으로 요구하는 금액(한국 신탁업법 제3조 제2항)보다 현저히 낮다. 이처럼 일본의 신탁업법은 신탁업으로의 신규진입을 유도하기 위한 진입 문턱을 낮추려는 정책적인 입장이 반영되어 있는 반면에 현재 우리나라의 경우에는 신탁업법상 신탁회사의 영업요건 자체가 기업의 신탁업으로의 신규진입을 저해하는 역효과를 낳고 있다.<sup>72)</sup>

우리나라에서의 신탁은 오래전부터 재산관리 기능보다 재산증식의 수단으로 활용되고 있다. 현행 우리나라 신탁업법은 금전신탁을 중심으로 주로 금융기관에서 경영하고 있었기 때문에 신탁업법에서의 신탁내용은 금전신탁이 중심으로 전개되어오고 있다.<sup>73)</sup> 게다가 우리나라 신탁업법은 금전신탁의 경우에만 수익증권을 발행할 수 있도록 하고 있다(한국 신탁업법 제17조의2 제1항). 이처럼 우리나라 신탁업이 금전신탁에 주로 한정되다보니 경제·사회·기술 환경의 변화에 부응한 다양한 형태의 신탁이 출현하지 못한다는 한계가 있다.<sup>74)</sup>

## 2. 신탁업법의 독자생존

일본의 신탁업법은 금융상품거래법의 제정에도 불구하고 독자생존의 길을 걸어가고 있으며 개선과 발전을 거듭하고 있다. 이는 신탁업의 나름대로의 고유한 특성과 기능을 인정하고 유지하자는 데 대한 공감대가 형성된 까닭이다. 특히 일본의 신탁업법은 신탁회사의 겸업을 원칙적으로 금지하고 있어 이해상충의 문제는 야기되지 않는다. 이러한 겸업금지는 신탁업의 전문성을 규모의 경제(economy of scale)보다 더 비중있는 것으로 고려한 결과로 보인다.

우리나라 신탁업법은 자본시장통합법(안)이 국회를 통과하여 시행되면 폐지가 예정되어 있다. 자본시장통합법(안)은 금융투자상품의 매매 및 기타의 거래에 적용되는 것을 염두에 두고 제정되었다(2006년 6월 당시 입법예고한 한국 자본시장통합법(안) 제1조). 동법(안)은 자본시장관련 금융상품에 대한 사전적 제약을 철폐하여 금융투자상품의 범위를 대폭 확대함으로써 모든 금융투자상품의 취급과 설계를 허용하고 그에 대해 투자자 보호가 이루어지도록 하는 데 목적이 있다. 동법(안)의 적용대상이 되는 금융투자업은 투자매매업, 투자중개업, 집합투자업, 투자일임업, 투자자문업, 신탁업의 6개로 구분된다(한국 자본시장통합법(안) 제6조 제1항). 금융투자회사는 각각의 금융투자업별 진입요건을 갖춘다면 6개 금융투자업을 모두 겸업 내지 경영할 수 있다. 이처럼 정부는 동법(안)의 시행을 통해 기대하는

효과로는 첫째, 새로운 다양한 금융상품이 개발됨으로 인하여 기업에 대한 자금조달 지원기능이 강화되는 것을 비롯하여 투자자에 대해서도 다양한 금융투자상품을 제공하고 둘째, 경영에 따른 시너지 효과를 창출하고 대형화에 의한 규모의 경제를 실현함으로써 세계적 수준의 경쟁력을 갖춘 선진 투자은행(investment bank)이 출현할 수 있는 제도적 기반을 마련한다는 것이다.<sup>75)</sup> 다만, 겸업으로 인한 이해상충이 일어날 가능성은 어쩔 수 없이 존재한다.<sup>76)</sup>

자본시장통합법(안)은 현행 신탁업법과 매우 유사한 규정을 다수 두고 있지만, 동법안은 신탁업을 금융투자업에 포섭시키고 있는 것 등으로 보아 영업(business)으로서의 신탁업을 규제하는 현행 신탁업법에 비하여 금융(financial)적인 성격을 보다 더 강조하고 있는 것으로 보인다(한국 자본시장통합법(안) 제8조 제7항 참조). 그러나 자본시장통합법의 제정은 나름대로의 功過가 있겠지만, 신탁업이 독자적으로 다양한 유형으로 발전해 나갈 수 있는 길을 봉쇄하는 폐해가 있다. 특히 신탁업 중에서 관리신탁 같은 영역이 자본시장통합법이 규정한 금융투자업에 포섭되기에는 “금융” 및 “투자”업으로서의 고유한 성격을 충분히 갖추었다고 보기가 곤란할 뿐만 아니라 그러한 외국의 입법례를 찾는 것도 어렵기 때문이다.<sup>77)</sup>

2006년 6월 당초 입법예고한 자본시장통합법(안)에는 신탁업 전반이 금융투자업의 영역에 포함되었다.<sup>78)</sup> 그러나 금융감독위원회가 “부동산관리신탁, 공직자백지신탁, 유언신탁 등 순수관리목적형 신탁상품에 대한 규제를 자본시장통합법 적용 대상에서 제외하는 방안을 검토”<sup>79)</sup>한 결과 2006년 12월 차관회의와 국무회의를 통과하는 과정에서 관리신탁의 수익권이 금융투자상품에서 제외되었다(2006년 12월 차관회의 통과당시의 한국 자본시장통합법(안) 제3조 제1항).<sup>80)</sup> 관리신탁업은 자본시장통합법의 적용대상에서 제외된 후 다시 이에 대한 규제를 신탁법에서 하는 방안을 찾을 것이라 하는데,<sup>81)</sup> 이러한 일련의 과정이 안쓰럽기는 하지만 그나마 다행스러운 일이다.

### 3. 신탁수익권의 유통촉진

일본에서는 법적으로 유가증권이 아닌 신탁수익권의 유통을 촉진하기 위한 방안으로 개정 신탁업법에서 신탁수익권판매업자 제도를 도입하여 시행중에 있다. 앞으로 시행될 개정 신탁법은 신탁수익권의 유가증권화를 허용하고 있다.

우리나라 신탁업법에서는 금전신탁의 경우에만 수익증권을 발행할 수 있도록 하고 있고(한국 신탁업법 제17조의2 제1항), 이 경우의 수익증권은 유가증권으로서 유통성을 보장받는다(한국 증권거래법 시행령 제2조의3 제1항). 금전 이외의 재산을 신탁받는 경우에는 수익증권이 아닌 신탁수익권(증서)을 발행하여야 한다. 신탁수익권은 지명채권의 방법으로 양도되어야 하므로 유통성이 떨어져서 상당한 거래비용이 소요된다. 따라서 신탁수익권을 투자의 대상으로서 유인하기 위해서는 일본의 경험을 고려할 필요가 있다. 즉, 신탁수익권의 판매업을 새롭게 도입하거나 유가증권화하는 방법<sup>82)</sup>이 그것이다.

「간접투자자산 운용업법」(이하 “간투법”으로 줄임)은 금전 또는 유가증권 등의 수탁재산에 대한 투자신탁(investment trust)을 규정하고 있다. 간투법에 따르면 간접투자는 투자자로부터 자금 등을 모아서 법령에서 정하고 있는 일정한 자산에 운용하고 그 결과를 투자자에게 귀속시키는 것을 말하며(한국 간투법 제2조), 이러한 간접투자의 장점은 투자자가 직접 투자하는 경우 직면하는 정보수집 및 분석상의 어려움을 피할 수 있으며, 또한 전문가의 조력을 받아서 간접적으로 투자함으로써 비용과 노력을 절약하는 효율적인 투자가 가능하다는 데 있다.

간접투자기구의 도움을 받아 자금을 조달하기 위해서는 간투법상 투자대상자산이 되어야 한

다. 간접투자의 대상은 간투법령에서 열거되고 있는 것으로 제한되는데, 이것은 현행 우리나라 법제에서 일반적으로 채택하고 있는 열거주의의 특성상 불가피한 결과이다. 신탁과 관련이 있는 투자대상으로는 신탁업법에 따라 발행된 수익증권과 금전·유가증권·부동산·실물자산·금전채권 등의 신탁에 의한 수익권만이 열거되어 있다(한국 간투법 시행령 제3조 제1호, 제5호). 이처럼 현행 간투법에서는 특허권 등 무체재산권을 신탁하고 신탁회사가 수익권을 발행하더라도, 그것은 현행 간투법에는 간접투자의 대상자산으로 규정되어 있지 않다.<sup>83)</sup> 신탁수익권의 유통성을 증가시키고 간접투자 내지 집합투자의 대상으로 발전시키기 위해서는 무체재산권신탁을 포함한 신탁계약 전반의 경우에도 수익권이 아니라 유가증권으로서의 수익증권을 발행할 수 있도록 신탁업법이 개정되어야 한다. 이러한 점에서 2006년 12월 국무회의를 통과한 자본시장통합법(안)은 기존의 간투법보다는 개선된 것으로 보인다.

자본시장통합법(안)상 매매 및 기타 거래의 대상이 되는 “금융투자상품”에는 증권, 장내과생상품, 장외과생상품이 있으며(한국 자본시장통합법(안) 제3조 제2항), 여기서 “증권”은 구체적으로 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권에탁증권으로 한정하고 있다(한국 자본시장통합법(안) 제4조 제2항). 이 경우의 “수익증권”은 금전신탁의 수익증권, 투자신탁의 수익증권 및 “그 밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권을 표시하는 것”이 있다(한국 자본시장통합법(안) 제4조 제5항). 관리신탁을 제외한 비금전신탁의 수익권이 “그 밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권을 표시하는 것”에 포함되는 것으로 볼 수 있어 신탁수익권 자체를 유가증권화하지 않더라도 이에 대한 투자를 이끌어 낼 수 있을 것으로 예상된다.<sup>84)</sup>

## VI. 맺음말

일본은 1922년에 제정된 신탁업법을 2004년에 전면개정한 것은 사회, 경제 및 기술의 발전에 부응하여 새로운 신탁수요를 수용하는 데 그 목적이 있다. 그 주된 내용으로는 신탁재산의 범위를 확대하고 신탁기관의 유형을 다양화하였으며, 신탁회사 등의 행위기준을 합리화하고, 신탁서비스 이용자의 신탁에 대한 접근성과 편의성을 제고하기 위해 창구를 확대하였다. 이러한 신탁업법의 현대화를 지원하기 위해 신탁법도 무려 80여년 만에 처음 전면개정되었다. 이와 같이 일본은 신탁업을 비즈니스 모델로서 새롭게 리모델링하여 발전시키려는 노력을 경주하고 있다. 이 때문에 일본은 금융상품거래법의 제정에도 불구하고 여전히 신탁업법 고유의 독자적인 생존을 허용하고 있다.

그러나 우리나라의 경우는 금전신탁을 중심으로 전개되어온 신탁실무로 인하여 신탁업 자체가 금융법으로 보는 경향이 강하였다. 이러한 참에 자본시장통합법(안)의 제정 움직임으로 인해 그 속에 편입당하여 이제 수년 후에는 폐지될 운명에 처하여 있다. 최초 입법예고된 자본시장통합법(안)과는 달리 국무회의에서 통과된 자본시장통합법(안)에서는 관리신탁이 금융투자업의 영역에서 제외되기는 하였으나, 이러한 상황에서 우리 자본시장통합법과 남아 있는 신탁법만으로 일본과 같이 신탁업 나름대로의 고유한 발전을 이룩하고 경제 및 사회적 수요에 적극적으로 부응할 수 있을지 의문이다. 세계적으로 예를 찾아보기 힘든 신탁업법의 자본시장통합법(안)으로의 편입이 신탁업의 발전에 장애가 되지 않았으면 하는 바람이 있다.

## 췍 참고문헌

강율리, “신탁을 이용한 자산유동화에 관한 법적 문제점—실무상 제기된 몇 가지 문제 점

토,” 『BFL』, 제17호(서울대학교 금융법센터, 2006).

권재열·배도·임근영, “효율적 특허관리를 위한 신탁이용방안,” 『지식재산연구』, 제1권 제1호(한국지식재산연구원, 2006).

권중호, “일본 금융상품거래법의 개요—일본금융상품거래법의 해설(1)—”(한국증권법학회 제124회 정기세미나 발표문, 2006.11.25).

김병연, “자본시장통합법에서의 겸업과 투자자보호,” 『증권』, 제129호(한국증권업협회, 2006).

김성필, “신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구,” 한양대학교 대학원 법학박사 학위논문(1997).

손상호, 『은행신탁제도 발전방향』(한국금융연구원, 2000).

손상호, “자본시장통합법(안)의 가능성과 한계,” 『주간 금융브리프』, 제15권 제24호(한국금융연구원, 2006).

안성포, “유동화에 따른 신탁재산의 독자성에 관한 소고,” 『증권법연구』, 제7권 제2호(한국증권법학회, 2006).

오성근, 『일본의 금융상품거래법에 관한 연구—우리나라 자본시장법(안)과의 비교를 중심으로』(한국법제연구원, 2006).

재정경제부, 『「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안」 설명자료』(2006.6.30).

재정경제부, 『「자본시장과 금융투자업에 관한 법률안」 설명자료』(2006.12.28).

정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구,” 『BFL』, 제17호(서울대학교 금융법센터, 2006).

정순섭, “포괄주의에 따른 ‘증권’ 개념의 확장—금융투자상품에 있어서 투자성의 요소를 중심으로,” 『투신』, 제60호(자산운용협회, 2006).

최동식, 『신탁법』(법문사, 2006).

최원진, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제정안의 주요 내용 및 의견수렴 경과,” 『금융법연구』, 제3권 제1호(한국금융법학회, 2006).

“일본, 신탁방식도입으로 기업특허의 집중관리,” 『Weekly IP Look』, 제46호(한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2003).

“일본 NHK Spring社, 지식재산을 신탁으로 집중관리,” 『Weekly IP Look』, 제169호(한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005).

高橋康文, 『詳解 新しい信託業法』(第一法規, 2005).

能見善久, 『現代信託法』(有斐閣, 2004).

別冊NBL編輯部 編, 『知的財産信託の活用法』(商事法務, 2005).

小林卓泰 外 3人, 『Q&A 新しい信託業法解説』(三省堂, 2005).

小野傑, “信託法改正と商事信託,” 『NBL』, No.832(商事法務, 2006).

神作裕之, “資産流動化と信託,” 『ジュリスト』, 1164號(有斐閣, 1999).

新井誠, 『信託法』, 第2版(有斐閣, 2006).

永田俊一 編, 『信託改革—金融ビジネスはこう?わる』(日本經濟新聞社, 2005).

阿部泰久·小足一壽, 『新信託業法のすべて』(金融財政事情研究會, 2005).

中山裕人·細川昭子, “改正信託業法の概要,” 『商事法務』, No.1721(商事法務研究會, 2005).

中山裕人·細川昭子, “改正信託業法の概要,” 『NBL』, No.802(商事法務, 2005).

中野正俊, 『信託法講義』(酒井書店, 2005).

沖野眞己, “新しい信託法に期待するもの,” 『NBL』, No.832(商事法務, 2006).

土井宏文, 『コンテンツビジネス法務・財務/實務論 デジタルハリウッド大学院講義録』(九天社, 2006).

Ugo Mattei, Comparative Law and Economics(University of Michigan Press, 1998).

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 8, No. 1, 2007

Some Thoughts on the 2004 Amendments  
to the Trust Business Act of Japan

Jae Yeol Kwon

ABSTRACT

In Japan, the Trust Business Act was established in 1922. The first revision of the Act was made in 82 years. In 2004, Japan made several fundamental changes to the Trust Business Act in an effort to respond to a changing business environment and thus the amendments to the Act give more flexibility to trusts businesses. The main features of the amendments are as follows: Firstly, the restrictive scope of entrustable assets is lifted, and any and all property rights are included as assets for entrustment to trustee. Secondly, types of trust business are diversified, trust licenses are granted to a broader range of entities, and minimum standards of capital and man power requirements are relaxed. Thirdly, detailed regulations and guidance with respect to the duties and liabilities of trustees are provided. Fourthly, the door to the business of selling beneficial interests of trusts is widely opened. Finally, foreign corporations can be engaged in trust business.

The Japanese amendments draws admirable attention from Korean legal scholars in the following contexts. Under the Trust Business Act of Japan, as trusts become more flexible instrument to accommodate a variety of purposes, they will be used with even greater frequency compared to other types of structured finance vehicle. The Act is survived in a very rapidly changing financial environment. The introduction of the business of selling beneficial interests of trusts into Japan will promote the liquidity of the beneficial interests and thus the interests will be a good object of investment.

Key words : Trust Business Act, Trust Act, Financial Instruments and Exchange Act, asset investment-type trust, custodian-type trust, duty of self-management, Capital Market and Financial Investment Services Act, beneficial interests of trust

\* 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

1) 沖野眞己, “新しい信託法に期待するもの,” 『NBL』, No.832(商事法務, 2006), 25頁.

2) Ugo Mattei, Comparative Law and Economics (University of Michigan Press, 1998), pp.152-155.

3) 금융상품거래법은 벌칙 강화 등 긴급성의 높은 항목으로부터 차례차례 시행되어 공포일로부터 기산해 1년 6월 이내에 모두 시행되어야 하는데, 그 정확한 시점은 2007년 7월로 예상하기도 한다. 따라서 2007년 1월 현재 투자고문업법을 비롯하여 금융상품거래법에 장차 통폐합될 법률들은 여전히 발효중이다.

4) 우리나라에서 신탁제도는 일제강점기에 영미신탁제도(주로, 미국의 신탁제도)를 도입한 일본의 신탁제도를 그대로 적용하면서 시작되었다. 1910년이래 “신탁”이라는 이름을 가진 회사가 무려 80개에 이르게 되었지만, 이 회사들은 본래의 신탁의 의미와는 거리가 먼 대리, 금전대차 중개, 동산 및 부동산의 관리, 매매, 중개 등 잡다한 업무를 수행하는 실정이었다. 이에 당시 조선총독부에서는 신탁업의 내용을 정리·규제하기 위한 법제도의 필요성을 느끼고, 1931년 6월 조선민사령을 개정하여 당시 일본에서 시행 중이던 신탁법을 의용하는 동시에 조선신탁업령을 시행하였으며, 1932년 9월에는 조선신탁업령 시행세칙과 관련 부속법령을 공포하여 시행하였고, 이로써 법제면에서 근대적인 신탁제도를 확립하고 기존의 신탁회사를 정리하였다. 해방이후 위 신탁관계법들은 미군정법령 제21호로 잠정적으로 유지되었으며, 대한민국 정부수립후에는 헌법부칙 제100호에 의하여 신탁관계법(신탁법, 신탁업법 등)이 계속 시행되어 왔다. 5.16 군사정권이후 경제개발계획을 추진함에 있어 효과적으로 자본을 공급하기 위한 목적으로 신탁업의 필요성을 느끼게 되어 1961년 12월 30일 신탁법(법률 제900호), 같은 해 12월 31일 신탁업법(법률 제945호)을 각각 제정하여 신탁에 관한 기본법령을 정비하였다. 이와 같이 정부가 신탁에 대한 법제를 정비하면서 1969년 자본시장을 육성하기 위한 관계법령으로서 증권투자신탁업법(증권투자신탁업법은 2004년 제정된 「간접투자자산 운용업법」에 통합되어 현재 폐지됨)을 제정하였으며, 1970년에는 한국투자공사를 설립하여 투자신탁업무를 개시하였다. 김성필, “신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구”(한양대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1997), 37-38면.

5) 본고의 본문에서 특별히 국가를 명시하지 않은 채 인용된 법령은 일본의 것이다. 각주에서 한국과 일본의 법령을 인용함에 있어서는 반드시 국가를 먼저 명시하기로 한다.

6) 권종호, “일본 금융상품거래법의 개요—일본금융상품거래법의 해설(1)—”(한국증권법학회 제124회 정기세미나 발표문, 2006.11.25).

7) 오성근, 『일본의 금융상품거래법에 관한 연구—우리나라 자본시장법(안)과의 비교를 중심으로—』(한국법제연구원, 2006), 64면.

8) 2006년 6월 7일 금융상품거래법으로의 개정으로 2006년 6월 14일 신탁업법의 일부규정의 내용이 변경되었다. 그러나 2004년 개정 신탁업법의 주요사항에 관련된 중요한 개정은 없는 것으로 보인다. <<http://www.fsa.go.jp/common/diet/164/02/sinkyuu.pdf>>(2007년 1월 24일 방문); <<http://www.fsa.go.jp/common/diet/164/02/sansyou.pdf>>(2007년 1월 24일 방문). 게다가 2007년 1월 현재 금융상품거래법은 아직 시행되지 않고 있다. 따라서 본고에서의 논의는 2004년 개정 신탁업법을 중심으로 진행한다.

9) 能見善久, 『現代信託法』(有斐閣, 2004), 5頁; 新井誠, 『信託法』, 第2版(有斐閣,

2006), 6-13頁.

10) 新井誠, 前掲書, 13-16頁.

11) 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구,” 『BFL』, 제17호(서울대학교 금융법센터, 2006), 9-10면; 최동식, 『신탁법』(법문사, 2006), 35면.

12) 高橋康文, 『詳解 新しい信託業法』(第一法規, 2005), 11-20頁; 阿部泰久·小足一壽, 『新信託業法のすべて』(金融財政事情研究会, 2005), 3頁.

13) 일본의 경제산업성은 2003년 3월 14일 “지적재산 신탁에 관한 긴급제언”을 발표하였다. 동 발표에서는 지적재산권에 대하여 신탁제도를 이용할 수 없어 원활한 사업활동 및 지적재산의 유동화가 방해되고 있다고 보아 지적재산권을 신탁대상재산에 포함시킬 것을 긴급히 제언하였다. 구체적으로는 신탁업법상 인수재산의 대상확대(인수재산의 추가), 일반사업회사 등의 신탁회사로의 참여 촉진, 신탁수익권의 유가증권화 등이 있었다. 2003년 5월 20일에 경제산업성의 産業構造審議會 知的財産政策部會 經營·市場環境小委員會는 “지적재산권의 신탁사업에 관한 제2차 긴급제언”을 하고, 같은 해 3월의 긴급제언 후의 검토상황을 근거로 신탁에 관한 구체적인 정비내용으로서 특별입법의 가능성을 포함해 지적재산권의 관리·운용을 하기 위한 신탁, 지적재산권의 신탁수익권 판매에 의한 자금조달 등에 관하여 긴급제언하였다. 2003년 7월 8일에는 정부의 지적재산전략본부가 “지적재산의 창조, 보호 및 활용에 관한 추진계획”을 발표하였는데, 이 보고서는 지적재산의 관리 및 유동화의 촉진을 위해 신탁제도를 활용하고 신탁업법의 신속한 개정 등 관련법령을 정비를 할 것을 관계부처에 제시하였다. 2003년 6월 이후, 金融審議會金融分科會 第2部會에 “신탁에 관한 워킹그룹”을 설치하여 전문적인 시각에서 지적재산권의 신탁을 본격적으로 논의하였으며, 그 결과물인 “신탁업 실태에 관한 중간보고서”는 2003년 7월 28일 금융심의금융분과회 제2부회에서 보고되었다. 別冊NBL編輯部 編, 『知的財産信託の活用法』(商事法務, 2005), 5頁.

14) 우리나라 신탁법 제1조 제2항과 큰 차이가 없는 규정이다.

15) 우리나라 신탁법 제19조와 동일하다.

16) 新井誠, 前掲書, 203頁.

17) 中野正俊, 『信託法講義』(酒井書店, 2005), 74頁.

18) 新井誠, 前掲書, 203-207頁.

19) 上掲書, 207頁.

20) 上掲書, 207頁.

21) 中山裕人·細川昭子, “改正信託業法の概要,” 『NBL』, No.802(商事法務, 2005), 16頁.

22) 일본의 2004년 개정 신탁업법상 신탁재산의 제한이 철폐됨으로 인하여 두드러진 사항은 지적재산권 신탁의 빈도가 증가하였다는 점이다. 먼저 저작권신탁의 예를 들면 다음과 같다. 2005년 3월 영화 “아수라 성의 눈동자”(타키카 요우지로우 감독)의 제작비와 배급경비를 합한 총사업비 약 13억엔을 쇼치쿠 등 6사가 영화제작 위원회에 출자하는 방식으로 조달하였다. 약 7억엔을 출자하고 있는 쇼치쿠는 출자비율에 따라 보유하는 저작권을 당시 신탁회사 면허를 신청중이었던 (주)재팬 디지털 콘텐츠(Japan Digital Contents: JDC)에 신탁하는 과정을 거쳤다. JDC는 면허 취득 후, 영화의 흥행이나 텔레비전 방영, 비디오·DVD 판매 등의 수익에 따라 배당하는 신탁수익권을 은행 등 복수의 기관투자자에게 판매해 자금을 모집하는 구조를 취하였다. 朝日新聞(2005년 4월 10일자)(인터넷판). 2005년 10월에는 “북두의 주먹”(北斗の拳)이라는 제목의 영화에 대한 투자를 목적으로 미쓰이 스미토모(三井住友)은행이 조성하여 2005년 10월부터 SMBC증권이 모집한 「북두펀드-영웅전설」 이라

는 영화펀드가 있었다. 2005년 11월부터 2006년 1월까지 “천사”라는 영화를 대상으로 한 유동화가 있었다. 모집총액은 18,000만엔이었다. JDC 신탁으로 구성된 「씨네마신탁~씨네카는 펀드 제1호~」는 과거 “쉬리” 등의 히트작을 수입한 씨네카는 영화사가 2006년부터 2007까지 제작 혹은 해외로부터 수입한 작품 약 20편을 대상으로 총액규모 약 464,000만엔에 달하는 상품을 출시하였다. 土井宏文, 『コンテンツビジネス法務・財務 / 實務論 デジタルハリウッド大学院講義録』(九天社, 2006), 113-116頁. 이 밖에 2007년 2월 현재 특허에 대한 관리신탁의 예를 도표로 나타내면 다음과 같다.

23) 일본의 개정 신탁업법을 참조한 2005년 우리나라 신탁업법 개정에서 수탁가능한 재산에 무체재산권이 추가되었다. 이에 우리나라의 현행 신탁업법은 수탁재산을 금전, 유가증권, 금전채권, 동산, 토지와 그 정착물, 지상권·전세권 및 토지의 임차권, 무체재산권(지적재산권 포함)으로 한정하고 있다(한국 신탁업법 제10조 제1항). 2005년 신탁업법 개정을 위한 국회 재정경제위원회의 심사보고서에 따르면 무체재산권을 새로 편입시킨 이유는 “특허권 등 지적재산권 보유자가 특허권의 관리를 신탁회사에 위탁함으로써 특허권 사용료를 신탁회사를 통해 정기적으로 수취하거나, 신탁의 수익권을 투자자에게 매각하여 일시에 거액의 자금을 수취하는 등 지적재산권 보유자에게 안정적 수입원을 확보할 수 있게 할 뿐만 아니라 신탁회사로 하여금 새로운 수익기반을 창출하게 하는 효과가 있을 것으로” 판단하였기 때문이다. 『신탁업법중개정법률안 심사보고서』(2004.12).

24) 中山裕人·細川昭子, “改正信託業法の概要,” 『商事法務』, No.1721(商事法務研究會, 2005), 37頁.

25) 永田俊一 編, 『信託改革-金融ビジネスはこう変わる』(日本經濟新聞社, 2005), 52頁.

26) 이 법은 대학 등에 있어서의 기술에 관한 연구성과를 민간사업자에게로의 이전을 촉진하기 위한 조치를 강구하는 것을 목적으로 하고 있다. 새로운 사업분야를 개척하고 산업기술을 발전시켜 대학 등도 산업부문의 요구에 부응할 수 있는 연구성과를 공급하고 그 대가를 연구자금으로 다시 유입시켜 연구활동을 활성화시키고자 하는 것이다. 특히 기술이전기관(TLO)을 정비하고 촉진하기 위하여 TLO에 대한 재정지원에 주안을 두고 있다. 궁극적으로는 이러한 과정을 통해 산업구조의 원활한 전환 및 국민경제의 건전한 발전 그리고 학술발전에 기여를 도모하자는 것이다(일본 대학 등에 있어서 기술에 관한 연구성과의 민간사업자에의 이전촉진에 관한 법률 제1조 참조).

27) 운용형 신탁회사를 “일반신탁회사”라고도 한다. 山口まみ, “知的財産權による資金調達の新展開,” 『Best Value』, Vol.8(價值總合研究所, 2005)<[http://www.vmi.co.jp/pdf/bv/bv08/bv08\\_06.pdf](http://www.vmi.co.jp/pdf/bv/bv08/bv08_06.pdf)>(2007년 1월 23일 방문).

28) 別冊NBL編輯部 編, 前掲書, 107頁.

29) 高橋康文, 前掲書, 43頁.

30) 2004년 신탁업법 개정 후 2005년 11월 9일까지 운용형 신탁회사로 신규진입한 업체는 4개이며 그 리스트는 일본 금융청의 홈페이지 <[http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku\\_b2.pdf](http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku_b2.pdf)>에서 확인할 수 있다. 2006년 12월 4일까지 관리형 신탁회사로 등록한 업체는 7개이며, 그 명단은 마찬가지로 일본 금융청의 홈페이지 <[http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku\\_c.pdf](http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku_c.pdf)>에서 얻을 수 있다.

31) 우리나라의 경우 신탁업을 영위하는 자는 금융감독위원회의 인가를 득하여야 한다(한국 신탁업법 제3조 제1항). 우리 신탁업법에서는 신탁회사를 운용형과 관리형으로 구분하지 않고 있다.

- 32) 우리나라의 경우 금전신탁 또는 종합재산신탁으로서 금전이 포함된 재산의 신탁의 인수업무를 행하는 신탁회사는 자본금 250억원 이상을 확보하여야 하며, 금전을 제외한 재산의 신탁 또는 종합재산신탁으로서 금전이 포함되지 아니한 재산의 신탁의 인수업무를 행하는 신탁회사는 자본금 100억원 이상을 확보하여야 한다(한국 신탁업법 제3조 제2항).
- 33) 2004년 신탁업법이 개정되기 이전에는 특허 등 지식재산권을 관련회사로 이전해서 그룹기업의 특허를 일원적으로 관리하려는 경우에 증여세가 부여되기 때문에 채산성이 떨어진다는 문제가 노정되었다. “일본, 신탁방식도입으로 기업특허의 집중관리,” 『Weekly IP Look』, 제46호(한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2003).
- 34) 小林卓泰 外 3人, 『Q&A 新しい信託業法解説』(三省堂, 2005), 181頁. 일본에서는 지적재산권의 일원적인 관리를 위해 그룹기업내에 신탁을 한 실제 사례가 나타나고 있다. 예컨대, NHK Spring사는 2005년 9월 15일, 계열사와의 신탁계약을 통해서 동년 10월부터 동사가 그룹전체에서 보유하는 지식재산 2500여건을 집중 관리한다고 발표한 바 있다. “일본 NHK Spring社, 지식재산을 신탁으로 집중관리,” 『Weekly IP Look』, 제169호(한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005). 오사카市에 소재한 문구 및 가구회사인 코쿠요 주식회사는 2006년 8월부터 그룹 기업이 가지는 지적 재산의 집중관리 및 활용을 위해 이 방식의 신탁을 이용하고 있다. <<http://www.kokuyo.co.jp/press/news/20060808-599.html>> (2007년 1월 23일 방문).
- 35) 中山裕人·細川昭子, 前掲論文, 41-42頁.
- 36) 2006년 7월 현재 일본에서는 정부로부터 승인된 TLO는 42개에 달한다. <<http://www.jpo.go.jp/kanren/tlo.htm>> (2007년 1월 23일 방문).
- 37) 能見善久, 前掲書, 107頁.
- 38) 新井誠, 前掲書, 145-146頁.
- 39) 현행 우리나라 신탁법은 일본의 구 신탁법 제26조 제1항과 대체적으로 동일하지만, 우리 법에서는 일본법상의 조건이외에도 “수익자의 동의”를 얻어야 한다는 점이 다르다. 최동식, 앞의 책, 238면.
- 40) 新井誠, 前掲書, 146-152頁 참조.
- 41) 中山裕人·細川昭子, 前掲論文, 39頁.
- 42) 阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 72頁.
- 43) 일본 신탁업법 제65조는 지도권자는 “법령 및 신탁의 본旨에 따라 신탁재산과 관련되는 수익자를 위해 충실히 해당 신탁재산의 관리 또는 처분과 관련되는 지시를 실시하지 않으면 안 된다”고 규정하고 있다.
- 44) 일본 신탁업법 제66조는 지도권자는 그 지도를 행하는 신탁재산에 대해서 첫째, 통상의 거래의 조건과 다른 조건으로, 또는 당해 조건으로의 거래가 신탁재산에 손해를 끼치게 되는 조건으로의 거래를 할 것을 수탁자에게 지도하는 것, 둘째, 신탁의 목적, 신탁재산의 상황 또는 신탁재산의 관리 혹은 처분의 방침에 비추어 불필요한 거래를 할 것을 수탁자에게 지도하는 것, 셋째, 신탁재산에 관한 정보를 이용해 자기 또는 당해 신탁재산과 관련되는 수익자 이외의 者の 이익을 도모하는 목적을 가지고 거래(내각부령이 정한 것은 제외)를 할 것을 수탁자에게 지도하는 것, 넷째, 기타 신탁재산에 손해를 줄 우려가 있는 행위로서 내각부령으로 정하는 행위를 할 수 없다고 규정하고 있다.
- 45) 小林卓泰 外 3人, 前掲書, 213頁.
- 46) 高橋康文, 前掲書, 207頁.

- 47) 일본 신탁법 제19조는 수탁자의 유한책임을 규정하고 있는데, 내용은 우리나라 신탁법 제32조의 그것과 동일하다. 일본 신탁법 제19조는 신탁상품이 실적배당에 따른다는 것에 대한 근거조항으로 기능하고 있다. 新井誠, 前掲書, 182頁.
- 48) 中山裕人·細川昭子, 前掲論文, 40頁.
- 49) 高橋康文, 前掲書, 276-277頁; 阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 78頁.
- 50) 阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 49頁.
- 51) 우리나라 신탁업법 제7조와 대체적으로 내용이 동일하다.
- 52) 우리나라 신탁업법 제22조는 “신탁회사의 상임임원은 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 경우에는 다른 회사 기타 영리법인의 상무에 종사할 수 없다”고 규정하고 있다.
- 53) 일본 상법상의 대리상의 정의는 우리나라 상법 제97조와 내용상 큰 차이가 없다.
- 54) 高橋康文, 前掲書, 209頁.
- 55) 小林卓泰 外 3人, 前掲書, 217頁. 2006년 12월 12일 현재 신탁계약대리점의 리스트는 일본 금융청의 홈페이지<[http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku\\_a.pdf](http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku_a.pdf)>에서 확인할 수 있다.
- 56) 高橋康文, 前掲書, 210頁.
- 57) 新井誠, 前掲書, 273頁.
- 58) 우리나라 증권거래법 시행령도 신탁업법상 수익증권의 형태를 취하지 않는 신탁수익권은 유가증권으로 지정되어 있지 않다(한국 증권거래법 시행령 제2조의3 제1항).
- 59) 이러한 견해가 일본의 통설이다. 新井誠, 前掲書, 278-279頁.
- 60) 일본 민법에 따르면 지명채권은 채권자가 특정되어 있는 채권을 뜻하며, 원칙적으로 양도할 수 있다. 다만, 지명채권의 양도로서 채무자에게 대항하기 위해서는 통지 또는 승낙이 필요하며 채무자 이외의 제3자에게 대항하기 위해서는 그 통지 또는 승낙이 확정일자가 있는 증서에 의하여 행해지는 것이 필요하다(일본 민법 제466조, 제467조). 이러한 일본 민법의 입장은 우리나라 민법 제449조와 제450조와 동일하다.
- 61) 小野傑, “信託法改正と商事信託,” 『NBL』, No.832(商事法務, 2006), 25頁. 일본의 2006년 개정 신탁법 중 수익권의 양도와 관련한 사항은 다음과 같다. 먼저 수익자는 수익권을 양도할 수 있는 것을 원칙으로 하되 그 성질상 허용하지 않는 경우에는 예외로 하고 있다. 또한 신탁행위에 특별한 규정이 있을 때는 그 규정에 따르되 그 규정은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(일본 신탁법 제93조). 수익권의 양도는 양도인이 수탁자에게 통지를 하거나 또는 수탁자가 승낙을 하지 않으면 수탁자 기타 제3자에게 대항할 수 없다. 이러한 통지 및 승낙은 확정일자가 있는 증서에 의해서 하지 않으면, 수탁자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다(일본 신탁법 제94조). 또한 수탁자는 위의 통지 또는 승낙이 있을 때까지 양도인에 대해 생긴 사유를 가지고 양수인에게 대항할 수 있다(일본 신탁법 제95조).
- 62) 高橋康文, 前掲書, 229頁.
- 63) 2006년 12월 28일 현재 신탁수익권판매업자의 리스트는 일본 금융청의 홈페이지<[http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku\\_b.pdf](http://www.fsa.go.jp/menkyo/menkyoj/sintaku_b.pdf)>에서 얻을 수 있다.
- 64) 阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 135頁.
- 65) 小林卓泰 外 3人, 前掲書, 198, 201頁.
- 66) 高橋康文, 前掲書, 195頁.
- 67) 일본에서는 2005년 7월 25일 법무성 法制審議會信託法部會가 신탁법의 현대화 등을 목적으로 信託法改正要綱試案을 작성하여 발표하였으며 2006년 1월 20일 확정되었다. 그

후 2006년 3월 13일 제164회 국회에 신탁법 개정안이 제출되었다.

68) 이 내용은 일본 법무성 홈페이지에 게재된 2006년 신탁법 개정의 목적을 옮겨놓은 것이다. 원문은 <<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji130.html>>에서 확인할 수 있다. 2006년 개정 신탁법은 2006년 12월 15일에 공포되었으며, 그 날로부터 기산해 1년 6월을 넘지 않는 범위내에서 政令으로 정하는 날로부터 시행하는 것으로 되어 있다.

69) 일본의 2006년 개정 신탁법 제185조 제1항은 “신탁행위에 대해서는, 이 章이 정하는 바에 의해, 1 또는 2 이상의 수익권을 표시하는 증권을 발행하는 취지를 정할 수가 있다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “前項의 규정은, 당해 신탁행위에 대해 특정의 내용의 수익권에 대해서는 수익증권을 발행하지 않는 취지를 정하는 것을 방해하지 않는다”고 규정하고 있다.

70) 神作裕之, “資産流動化と信託,” 『ジュリスト』, 1164號(有斐閣, 1999), 66-67頁.

71) 안성포, “유동화에 따른 신탁재산의 독자성에 관한 소고,” 『증권법연구』, 제7권 제2호(한국증권법학회, 2006), 294면.

72) 2007년 1월 현재 산업자원부는 현행 신탁업법에 의해 100억원 이상의 자본금을 갖춘 신탁회사만이 특허를 비롯한 재산신탁업을 수행할 수 있다는 제한 때문에 기업이 특허신탁업으로 신규진출하는 것이 어렵다고 보아 산자부 소관의 기술이전촉진법을 개정하여 특허관리신탁업의 요건을 별도로 규정하는 입법을 추진중이다. “[알아봅시다] 특허신탁제도,” 디지털타임스(2007년 1월 17일자)(인터넷판).

73) 손상호, 『은행신탁제도 발전방향』(한국금융연구원, 2000), 5면.

74) 이밖에 신탁법상 자기집행의무도 일본의 경우처럼 완화되어야 한다. 우리나라 신탁법 제37조만으로는 수탁자가 타인을 사용하는 다양한 유형이나 수탁자와 제3자와의 관계를 규정하기에는 충분하지 않기 때문이다. 안성포, 앞의 논문, 296-297면.

75) 재정경제부, 『『자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안』 설명자료』(2006.6.30) 참조.

76) 김병연, “자본시장통합법에서의 겸업과 투자자보호,” 『증권』, 제129호(한국증권업협회, 2006), 32면.

77) 손상호, “자본시장통합법(안)의 가능성과 한계,” 『주간 금융브리프』, 제15권 제24호(한국금융연구원, 2006), 9면.

78) 최초 자본시장통합법(안)의 경우 신탁업 중에서 관리신탁 등이 금융투자업에 편입되는 것에 반대하는 견해가 피력되었으나 다수의 학자 및 법조계 인사들에게는 호응을 얻지 못하였다고 한다. 최원진, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제정안의 주요 내용 및 의견 수렴 경과,” 『금융법연구』, 제3권 제1호(한국금융법학회, 2006), 153면.

79) “미공개 정보 이용 차익 얻으면 형사처벌,” 매일경제(2006년 9월 12일자)(인터넷 판).

80) 2006년 12월 28일 차관회의에 제출된 설명자료에 따르면 “처분·운용이 결부되지 않는 순수 관리신탁은 처분·운용신탁에 비해 원본손실 가능성이 작아 투자자 보호의 필요성이 크지 않으므로 금융투자상품에서 정책적으로 배제”하는 쪽으로 방향을 선회하였다. 재정경제부, 『「자본시장과 금융투자업에 관한 법률안」 설명자료』(2006.12.28).

81) “순수 관리보관형 신탁상품, 자본시장통합법서 제외 추진,” 서울경제(2006년 9월 12일자)(인터넷 판).

82) 강윤희, “신탁을 이용한 자산유동화에 관한 법적 문제점—실무상 제기된 몇가지 문제 검토,” 『BFL』, 제17호(서울대학교 금융법센터, 2006), 89면; 안성포, 앞의 논문,

304-305면.

83) 한국 간투법상 신탁업법에 따라 발행된 수익증권은 간접투자의 대상이지만(한국 간투법 제2조 제1호 마목, 동법 시행령 제3조 제1호), 현행 신탁업법에 의하면 지적재산권을 수탁한 신탁회사는 수익증권을 발행할 수 없으므로(한국 신탁업법 제17조의2 제1항) 결국 간투법에 따른 간접투자는 불가능하다.

84) 정순섭, “포괄주의에 따른 ‘증권’ 개념의 확장—금융투자상품에 있어서 투자성의 요소를 중심으로,” 『투신』, 제60호(자산운용협회, 2006), 9면.