

자기신탁의 도입을 위한 신탁법의 대응

안 성 포

(전남대 법학전문대학원)

I. 서론

신탁이라는 법률관계를 성립하게 하는 것을 신탁의 설정이라 하고, 신탁의 설정을 내용으로 하는 행위를 신탁설정행위라고 한다. 우리나라에서는 일반적으로 신탁설정행위를 민법상의 기본개념인 ‘법률행위’의 일종으로 위치시키고 있으며 이것을 ‘신탁행위’라고 부르기도 한다.¹⁾ 신탁법상 인정되고 있는 신탁행위의 형태로는 ①위탁자와 수탁자의 계약에 의한 방식과 ②유언에 의한 방식이 있다(동법 제2조).

이 두 가지 방식 외에 위탁자 자신이 수탁자가 되어 이후 자기의 재산을 타인을 위해 관리·처분하는 취지를 선언함으로써 신탁을 설정하는 방식으로 이른바 자기신탁²⁾이란 것이 있다. 자기신탁은 자산유동화 관련 특별법에서 신탁법 제2조의 규정에도 불구하고 신탁설정방식으로 허용되고 있다.³⁾ 신탁에 관한 일반법인 신탁법에서는 자기신탁을 인정하지 않고 있음에도 특별법인 자산유동화법이 예외적으로 허용하고 있는 이유는, 자산유동화법 제정시에 영미법상의 신탁선언을 이용한 유동화계획을 별 저항없이 도입한 데서 기인하는 것으로 추측된다. 일반적으로 미국에서는 회사가 자사의 채권 등을 유동화해서 자금조달을 하려는 경우에 채권자가 변경되는 것에 대한 채무자의 심리적 저항을 피하고, 비용 등을 절약하기 위하여 자

* 본고는 학회 발표용으로 작성되어, 인용된 참고문헌이 정리되지 않은 미완성의 글입니다.

1) 행정법상의 ‘행정행위’, 민사소송법상의 ‘소송행위’ 등 각 법영역의 기본행위 형태를 민법상의 법률행위 개념과 같은 위치로 이해하는 방법은 우리나라에서는 일반적인 것으로 이해한다.

2) 지금까지 학설상 용어로서 ‘신탁선언(declaration of trust)’이 많이 사용되었으나, 위탁자가 자신을 수탁자로 하여 신탁을 설정한다는데 포인트를 맞춰 본고에서는 ‘자기신탁’이라는 용어를 사용하고자 한다. 자기신탁과 달리 위탁자와 수탁자가 다른 사람인 신탁을 본고에서는 ‘타인신탁’이라고 한다. 타인신탁을 일반신탁이라고 해도 무방하지만 ‘자기신탁’과의 차이를 보다 확실히 표현하고자 함이다.

3) 자산유동화에 관한 법률 제16조 제2항 :

신탁업자는 자산유동화계획에 따라 유동화자산을 양도 또는 신탁함에 있어서 신탁법 제2조, 민법 제563조 및 제596조의 규정에 불구하고 자기계약을 할 수 있다.

주택저당채권유동화회사법 제12조 제1항 :

채권유동화회사는 신탁법 제2조의 규정에도 불구하고 채권유동화계획에 따라 자신을 수탁자로 하는 신탁을 설정하여 주택저당증권을 발행할 수 있다.

한국주택금융공사법 제32조 제1항 :

공사는 신탁법 제2조의 규정에 불구하고 채권유동화계획에 따라 자신을 수탁자로 하는 신탁을 설정하여 주택저당증권을 발행할 수 있다.

기신탁을 이용하는 것으로 알려져 있다.

우리나라 현행 신탁법의 모델인 1922년 일본 구신탁법(이하에서는 ‘구법’이라 한다)도 신탁행위의 형태로 계약과 유언에 의한 방식만을 인정하고 있었으나, 해석상 자기신탁이 인정될 수 있는가에 대해 자기신탁의 장점들을 근거로 긍정하는 견해도 있었지만, 통설은 부정적이었다.⁴⁾ 그러나 2006년 일본 신신탁법(이하 ‘신법’이라 한다)에서는 구법과 달리 자기신탁방식을 명문으로 인정하고 있다(신법 제3조 3호). 그와 동시에 자기신탁을 억제하기 위한 대책도 몇 가지 마련하고 있다.

이하에서는 우리나라 신탁법상 자기신탁을 신탁설정방식의 하나로 명문화하기 위한 전단계로 2006년 일본 신신탁법의 개정전개상황과 그 성과를 비교법적인 차원에서 검토한다.

II. 자기신탁의 허용여부에 관한 논의

1. 부정설

구법하에서 통설적 견해는 자기신탁의 효력을 부정하는 입장이었다.⁵⁾ 부정설의 근거는 먼저 구법 제1조의 문언해석에 따른 결론이다.⁶⁾ 동조에 의하면, 신탁이란 ‘타인으로 하여……재산의 관리 또는 처분을 하게하는’(수탁자의 ‘타인성’) 것으로 정의하고 있었다. 자기신탁에서는 위탁자가 수탁자를 겸하게 되므로 신탁정의 규정에 위배된다. 또한 동조는 ‘재산권의 이전이나 기타의 처분’(재산권의 이전성)의 존재를 요구하지만, 위탁자가 수탁자를 겸하는 자기신탁에서는 신탁재산의 실제적인 이전이 없기 때문에 동조에 위배된다. 더욱이 재산은닉의 폐해를 이유로 구법에서 자기신탁의 도입시도가 실패하였던 경험이 있고, 공시수단의 불비(부동산등기법은 신신탁법 성립과 함께 개정되었지만 개정전의 부동산등기법상에서는 자기가 자기에게 하는 부동산 등기이전에 대응할 수 없었다)등이 부정설의 근거였다.

2. 긍정설

4) 신탁선언에 관한 논문으로는 田中實/雨宮孝子 ‘いわゆる『信託宣言』の問題’についで 信託 100号(1974) 39-52면; 大阪谷公雄 ‘退職年金信託と信託宣言’ 大阪谷(下) 110-116면; 米倉明 ‘信託宣言の解釋論的可能性-とくに執行免脱の懸念’に對して 米倉研究 191-223면 등이 있다.

5) 入江眞太郎, 全訂信託法原論(巖松堂書店・大同書院, 1933) 158면 주 (2), 青木徹二, 信託法論(財政經濟時報社, 1926), 61-62면 등.

6) 四宮和夫, 信託法 [新版](有斐閣, 1989), 84면, 米倉明, 전계논문, 196-197면 참조.

공정설에 의하면 자기신탁의 장점으로 ‘신탁설정의(물리적, 심리적 양 측면에서의)간편성’, ‘양도가 금지된 재산을 신탁재산으로 할 수 있는 가능성’을 들고 있다⁷⁾. 그리고 구법 제1조의 문언해석에 있어서 ‘타인으로 하여’라는 문언(수탁자의 타인성)에 대해서 이것은 통상적인 사안을 든 예시적인 문언에 지나지 않으므로, 부정되어야 할 것은 수익자와 수탁자의 겹침이므로, 수탁자 타인성의 판단은 수익자가 타인이라면 문제가 없는 것으로 본다. 또한 ‘재산권의 이전이나 기타의 처분’(재산권의 이전성)에 대해서도 자기신탁에 의해 대상재산의 성질이 위탁자의 고유재산에서 신탁재산으로 변화하는 사실을 ‘기타의 처분’으로 이해할 수 있다고 한다⁸⁾. 게다가 집행면탈의 염려에 대해서는 ‘원래 집행면탈은 그 정도로 비난받아야 하는 것은 아니고’, ‘집행채권자의 집행이익은 사해행위취소권(구법 제12조 및 민법 제424조)에 의해 확보되는 것으로 충분하다’라는 반론도 있었다⁹⁾.

3. 신탁의 입법과정에서의 논의

자기신탁을 허용할 것인가에 대해서는 신탁의 입법과정에서도 주요 쟁점대상의 하나였다. 자기신탁의 예외없는 허용까지도 검토되었고, 적극설은 채권자 사해의 염려에 대해서 ‘채권자는 일반적으로는 특정재산 자체에 이해관계를 가질 수 없고, 문제의 재산이 집행대상인지 아닌지에 대한 기대를 가지고 있지 않다는 것을 판단의 근거로 삼으면서, 집행채권자는 사해신탁 취소권의 행사가 가능한 한도에서 보호된다면 충분한 것으로 보았다¹⁰⁾. 또한 ‘신탁의 설정을 공정증서로 하게 된 경우에는 그 신탁의 효력이 공정증서가 작성된 이후에 발생하는 것으로 한다’는 등의 일정요건하에 자기신탁을 허용하는 방안도 검토되었다¹¹⁾.

적극설은 자기신탁이 도입되면 다음과 같은 이용이 가능하다고 주장한다:

- ① 장해우의 부모 등이 그 재산을 장해우에게 증여하려고 해도 본인에 의한 관리가 곤란한 경우에, 자기신탁을 이용하면 위탁자 자신의 도산의 위험을 피하면서도 재산관리는 스스로 함으로써 적절한 재산의 관리·급부 등이 가능하다.¹²⁾

7) 米倉明, 전계논문, 193-196면 참조.

8) 大阪谷公雄, 전계논문, 112-113면 참조.

9) 米倉明, 전계논문, 223면.

10) 보충설명 184-185면.

11) 요강시안 51면, 보충설명 185면.

12) 국회심의과정에서 자기신탁이 왜 필요한 것인가? 라는 야당의 질문에 대해 ‘사업실패로 인하여 노후를 위해 모아둔 돈까지 채권자가 가져가 버릴지도 모르는 상황에 있는…… 사람에게 있어서는…… 자기신탁과 같은 간편한 형태로 재산을 일정범위에서 보존하여 어떤 목적, 이 경우에는 자신의 노후를 위한다는 것이 된다’¹⁾라는 정부참고인(법무성)의 회답도 있었다. 이 견해에 대해서는 반론이 가능하다. 생각건대 자신의 노후를 위한 자기신탁이므로 이것은 자익신탁이 되겠다. 이런 신탁을 설정한 후에도 수익자의

- ② 회사가 특별한 프로젝트(사업부문)에서 생기는 수익을 담보로 자금조달을 하려 하는 경우에 그 프로젝트에 필요한 자산을 자기신탁으로 신탁하여 그 수익권을 투자자에게 판매하면 종업원의 자회사에로의 이적의 문제나 기술적인 노하우의 외부유출을 막으면서 자금조달을 할 수 있다.
- ③ 회사가 자사의 채권 등을 유동화해서 자금조달을 하고자 하는 경우에 자기신탁을 사용하면 채권자가 변경되는 것에 대한 채무자의 심리적 저항을 피하면서 유동화를 할 수 있고, 제3자를 수탁자로 이용하는 경우와 비교하여 비용을 절감하면서 유동화 할 수 있다¹³⁾.

구법시대를 거쳐 신법의 입법까지 자기신탁의 도입을 주저하게 만든 가장 실질적인 이유는 자기신탁을 인정할 경우 재산은닉, 특히 채권자를 해할 위험, 즉 채권자의 집행을 면탈하기 위한 재산을 만들 수 있다는 것이다. 이러한 자기신탁의 문제점들에 대하여 신법은 ①자기신탁의 설정방식과 효력발생요건의 엄격화(신법 제4조 3항), ②신탁재산에 대한 위탁자의 채권자에 의한 직접집행의 승인(신법 제23조 2항 본문), ③자기신탁에 의한 목적신탁의 금지(신법 제258조 1항의 반대해석), 법인의 사업양도에 관한 회사법 등 규정의 자기신탁에의 적용(신법 제266조 2항) ④공익적 견지에서 신탁종료명령제도의 이용(신법 제163조 6호, 제166조 1항) 및 ⑤자기신탁 설정을 승인하는 규정(신법 제3조 3호)의 시행을 타인신탁에 관한 규정보다 늦추도록 한다(신법 부칙 제2조)는 규정을 두어 사해행위의 위험에 대한 대처를 마련하고 있다.

4. 비교법에 있어서 자기신탁

영미의 신탁법과 유럽신탁법원칙에도 자기신탁은 신탁계약, 유언과 나란히 신탁 설정의 방식으로 인정되고 있다¹⁴⁾. 그러나 미국에서는 ‘자기신탁이 비즈니스 분야에서는 거의 사용되고 있지 않고, 회사자산의 유동화를 목적으로 신탁선언을 이용한 예는 미연방 주택저당금고의 주택 론 채권 유동화만으로 자기신탁 형태의 신탁

채권자는 수익권을 대상으로 강제집행 할 수 있을 것이다. 또 원래 이것이 집행면탈재산의 창출이라고 여겨지는 것의 전형은 아닐 것이다. 자기신탁을 허용하는 이유로 이것을 든다면 집행면탈재산의 창출을 용이하게 하는 것이 자기신탁도입의 목적이라는 것이 되어버릴 것이다.

13) 이상은 寺本昌広 外·信託法の解説(2), 金法1794号(2007), 22-23면.

14) 구주(유럽)신탁법 기본원칙 (Principles of European Trust Law) 2조는 ‘(略) 위탁자는 소유한 특정자산에 대해서 스스로 수탁자가 되는 뜻을 선언함으로써 신탁을 설정하는 것도 가능 (it may also possible for a settlor to create a trust by making it clear that he is to be trustee of particular assets of his)’하다고 규정한다. 또 아메리카의 통일신탁법전 (UNIFORM TRUST CODE (Last Revised or Amended in 2005) 401조 (2)도 ‘특정재산의 권리자가 그것을 수탁자로서 보유하는 것을 선언함에 따라 신탁을 설정할 수 있다 (A trust may be created by declaration by owner of property that the owner holds identifiable property as trustee)’라고 규정한다.

이 신탁전체의 주가 될 만큼은 사용되고 있지는 않다¹⁵⁾.

미국에서 자기신탁이 인정되고 있다고 해도 동일인이 유일 수탁자 겸 수익자인 신탁은 별도이다. 즉, 통일신탁법전 402조 (a) (5)는 ‘신탁은 동일인이 단독수탁자와 단독수익자를 겸하지 않는 경우에만 설정이 가능하다 (A trust is created only if the same person is not the sole trustee and sole beneficiary.)’라고 규정하고 있어, 그러한 신탁은 신탁선언으로서도 부정하고 있다¹⁶⁾. 영미법이 신탁선언을 인정해 온 역사적 배경, 예를 들면 보통법(common law)상 남편은 아내에게 재산을 양도할 수 없었기 때문에, 남편이 신탁선언에 의해 수익자인 아내를 위해 신탁을 설정하여 아내의 재산보유를 인정했다는 것 등을 무시하고 안이하게 신탁선언이라는 제도를 일본에 도입하는 것은 다소 의문을 일으킨다는 견해¹⁷⁾는 경청할 만하겠다.

III. 자기신탁을 억제하기 위한 방책

1. 자기신탁의 설정방식과 효력발생요건의 엄격화

신법에 의하면 자기신탁은 ‘특정인이 일정목적에 따라 자기가 가지고 있는 일정한 재산의 관리 또는 처분 및 그 외의 당해 목적의 달성을 위해서 필요한 행위를 스스로 하는 취지의 의사표시를 공정증서나 기타 서면 또는 전자적 기록……으로 당해 목적, 당해 재산의 특징에 필요한 사항이나 기타 법무성령으로 정한 사항을 기재 또는 기록한 것에 의한 방법’(신법 제3조 3호)으로 ‘특정인이 일정목적(오로지 그 자의 이익을 꾀하는 목적은 제외한다.)에 따라 재산의 관리 또는 처분 및 그 외의 당해 목적의 달성을 위해 필요한 행위를 하는 것’(동법 제2조 1항)을 말한다.

이 규정은 신탁설정방법의 특례로서, 공정증서 등의 서면에 의하여야 하며 법정 사항을 기재하도록 하여 자기신탁이 불명료하여 제3자가 인식하기 곤란하다는 비판에 대응하기 위한 것이고, 자기신탁이라고 하는 사실 및 그 내용을 제3자에 대해서도 분명히 하기 위한 것이다.

15) 新井誠, 信託法(3版), (有斐閣, 2008), 149 각주65), ‘영미라고 해야하나 특히 아메리카의 경우입니다만, 아메리카에서는 일반적으로는 자기신탁이 가능합니다. 일반적으로 일컬어지는 전형적인 아메리카의 자기신탁의 예는, 패밀리 신탁이라고 해야할까요 가족내 신탁이 많습디다만 부모가 자식을 위해 재산을 관리합니다. 그 때 부모가 여러 사정을 가장 잘 알고있기 때문에 부모가 수탁자가 되는 것이 바람직하다는 이유에서, 이러한 상황에서 자기신탁을 이용하고 있다고 합니다’라는 참고인 발언이 있다.

16) 동조에 관계된 코멘트는 그것에 대해 ‘(402조의) (a) (5)는 혼동의 원칙 (doctrine of merger)를 가져오는 것이다. 이 원칙은 위탁자가 단독 수탁자이며 수익권 전부에 관계된 수익자인 신탁은 설정할 수 없다고 규정하는 것이라고 전통적으로 일컬어지고 있다’라고 하고 있다.

17) 勝田信篤, 信託宣言, 清和法學 12卷2号(2005), 28면

또 그 효력의 발생에 대해서는 ‘공정증서 또는 공증인의 인증을 받은 서면 혹은 전자적 기록에 의해 설정된 경우’에는 ‘당해공정증서 등의 작성’에 의해, 또 ‘공정증서 등 이외의 서면 또는 전자적 기록에 의해 설정된 경우’에는 ‘수익자로 지정된 제3자(당해 제3자가 2인 이상 있는 경우에는 그 중 1인)에 대해 확정일자가 있는 증서에 의해 당해 신탁이 설정된 취지 및 그 내용의 통지’에 의해 발생하는 것으로 규정하고 있다(동법 제4조 3항 1호 및 2호).

이 규정은 효력발생시기의 특례로서, 공정증서 등의 증명력이 높은 문서가 작성된 시점 또는 수익자에 대해 확정일자 있는 통지가 행해진 시점에서 신탁의 효력이 발생한다. 신탁설정 날짜를 소급하여 위탁자의 채권자를 해하는 것을 막고, 또한 법률관계를 분명히 하기 위한 것이다.¹⁸⁾

2. 위탁자의 채권자에 의한 직접집행과 수탁자 또는 수익자의 이의소송

(1) 신법 제23조 2항, 4항 및 5항의 내용

자기신탁 설정행위가 사해행위에 해당하는 경우에, 사해신탁취소소송(동법 제11조 1항 본문) 만으로는 부족하다고 보아 위탁자의 채권자가 신탁재산에 속한 재산에 대해 강제집행 등을 할 수 있다(동법 제23조 2항 본문). 이 때 수익자가 불측의 손해를 입는 것을 방지하기 위하여 수익자의 전부 또는 일부가 수익자로 지정받은 것을 안 때 또는 수익권을 양수한 때 채권자를 해함을 알지 못하였다면 신탁재산에 대한 강제집행 등이 불가능하다(동법 제23조 2항 단서).

이 조항은 자기신탁 설정행위를 사해신탁으로 취소시키는 것만으로는 부족하다고 보아, 신탁재산에 대해 위탁자의 채권자가 직접(사해행위 취소소송을 거치지 않고) 강제집행하는 것을 인정하는 것이다. 이것으로 자기신탁은 소멸하게 되는 것으로 자기신탁의 억제기능을 기대하는 것이다.

또한 신탁선언을 한 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대한 강제집행 등을 할 수 있는 기간을 신탁설정일로부터 2년으로 제한함으로써 법적 안정성을 도모하였다(신법 제23조 4항). 나아가 제23조 2항의 규정에 위반한 강제집행에 대해 수탁자(자기신탁에서는 동시에 위탁자) 또는 수익자는 이의의 소 등을 제기할 수 있다(신법 제23조 5항).

(2) 직접강제집행과 이의소송의 관계

18) 寺本振透, 解説信託法, 弘文堂, 2007, 10면.

1) 양자의 전개양상

위탁자의 채권자가 문제의 자기신탁 설정행위를 사해행위로 취소하지 않고(사해 행위 취소소송을 제기하지 않고) 직접 자기신탁재산에 대해 집행했을 경우, 이에 대해 위탁자(원고)가 이의소송을 제기하여 집행 배제를 청구한 경우에 그 소송은 어떻게 전개되는 것인가.¹⁹⁾

자기신탁도 신탁이고, 그 설정에 의해 목적재산의 성질은 일반재산으로부터 신탁 재산으로 변경된다. 그러나 명의는 변하지 않고 위탁자 명의 그대로이다. 그렇다면 위탁자의 채권자는 민사집행법상 적법하게 (자기)신탁재산에 대해 집행하는 것이 가능하다(물론 이 때의 위탁자의 채권자는 집행권원을 가지고 있을 것이다). 위탁자는 강제집행한 위탁자의 채권자를 피고로 하여 이의소송을 제기하고 집행배제를 청구하게 된다. 이의소송에서 위탁자는 집행의 대상으로 여겨진 재산은 위탁자의 자기신탁재산이고, 자기신탁재산도 신탁재산과 다를 바 없기 때문에 여기에 대한 집행을 배제할 것을 청구하게 될 것이고, 이에 대해 위탁자의 채권자는 아무리 자기신탁이라도 그것이 사해신탁(이하 ‘사해자기신탁’이라고 한다)이라면 자기신탁재산에 대한 집행은 허용된다. 그리고 문제의 재산은 사해자기신탁의 목적재산이므로 여기에 대해 집행하는 것은 허용되고 집행배제청구는 허용되지 않는다고 주장하고, 이것에 응하는 위탁자는 문제의 자기신탁은 사해의사 없이 한 것이므로 집행은 배제되어야 한다고 반격하게 될 것이다.

이렇게 보면 문제는 자기신탁 설정행위가 사해행위에 해당하는 것인지 그렇지 않은 것인지에 대한 주장·입증을 위탁자가 부담해야 하는 것인지, 위탁자의 채권자가 부담해야 하는 것인지로 좁혀진다.

2) 제1견해(위탁자의 채권자 부담설)

제1견해는 다음과 같이 논한다. 즉 신탁재산에 대한 강제집행은 신법 제23조 1항을 원칙으로 한다. 이에 따르면 타인신탁·자기신탁 구분할 것없이(또한 어느 면에 대해서도 사해인지 비사해인지를 따지지 않고) 신탁재산에 대한 위탁자의 채권자에 의한 강제집행 등은 허용될 수 없다. 동조 동항은 타인신탁인지 자기신탁인지, 사해인지 비사해인지의 구별을 하고 있지 않고, 동조 2항 본문에서는 ‘전항(1항)의 규정에 관계없이’라는 문언을 사용하고 있는 것에 비춰볼 때 동조 1항에 대해서는 위와 같이 받아들이는 것이 자연스럽다. 아마도 신탁재산에 대해 집행하는 것은 동조 1항에 의하면 허용될 수 없고 집행된 경우라 하더라도 이의소송에 의해 배제될 것이다(동법 제23조 5항).

신법 제23조 2항 본문은 이 원칙에 대한 예외를 정한 것이다. 동조항의 ‘전항의

19) 米倉明, 信託法の新展開, 自己信託-新法におけるその抑制策について, 商社法務, 2007, 7면 이하 참조

규정에 관계없이'란 문언이 예외 규정임을 나타내고 있다. 위탁자의 채권자에게 예외적으로 사해자기신탁재산에 대해 집행하는 것을 허용하는 것이다. 그러므로 이 예외를 활용하려고 하는 자(위탁자의 채권자)는 예외에 해당하는 요건을 입증해야 한다. 즉 위탁자의 채권자는 문제의 자기신탁이 사해신탁(설정시에 위탁자는 무자력이었음을)임을 입증해야 한다.

위탁자의 채권자가 그 입증에 성공한 경우에는 그에 대해 위탁자는 제23조 2항 단서에 의하여 집행은 허용될 수 없다고 반격하게 된다. 제23조 2항 단서에 해당하는 요건(선의의 수익자의 존재)의 입증은 동 단서에 의해 법률상의 이익을 받게 되는 자, 즉 위탁자가 입증하게 된다.

위탁자가 그 입증에 성공하더라도 위탁자의 채권자는 다시금 반격하게 된다. 즉 아무리 제23조 2항 단서에 해당한다고 해도 그것은 선의의 수익자를 존재시키는 것에 대한 조작(동법 제11조 7항이 규정하는 조작)²⁰⁾이 행해진 결과이므로 역시 제23조 2항 단서는 적용되지 않는다는 것으로 귀착한다, 즉 제23조 2항 본문이 적용되어 집행은 허용된다(제23조 3항에 의한 제11조 7항 및 8항의 준용). 문제의 조작이 행해졌음을 입증하는 것은 그로 인해 법률상의 이익을 얻는 자, 즉 위탁자의 채권자가 부담해야 한다.

제1견해의 특징이라고 할 수 있는 것은, 첫째로 제23조 1항과 동조 2항 본문의 문언대비에서 보면 전자는 원칙을, 후자는 그것에 대한 예외를 규정한 것으로 주장하는 점이다.

둘째로 위탁자의 사해의사 또는 무자력의 입증은 위탁자의 채권자가 부담한다. 제23조 1항과 동조 2항 본문을 원칙과 예외라고 파악한 이상, 이러한 귀결은 자연스러운 것으로 보인다.

그러나 위탁자의 채권자 입장에서 보면 위와 같은 입증의 부담은 결코 가볍지 않다. 입증부담에 응하기 위해서는 타인(위탁자)의 재산상태·재산관계를 샅샅이 조사할 필요가 있는데, 실제문제로서 이것을 조사하기 어렵고 결국 입증은 실패로 끝나 집행은 배제되어 버린다(자기신탁을 소멸시키는 것은 불가능하다). 위탁자의 채권자가 이 단계에서 저지되어 버리면 다음 단계(상술한 것과 같은 제23조 2항 단서, 동조 3항을 사이에 둔 제11조 7항 및 8항 준용을 둘러싼 공방)로 나아가 활로를 모색하여 집행을 유지하려고 해도 나아갈 여지가 없어 무리라고 할 수밖에 없다. 모처럼 사해자기신탁재산에 대한 직접집행의 길이 열렸는데도 그 벽은 생각보다 두꺼

20) 신탁법 제11조(사해신탁의 취소 등)

⑦ 수익자의 지정 또는 수익권의 양도에 대해서는 제1항 본문, 제4항 본문 또는 제5항 전단 규정의 적용을 부당하게 면하기 위한 목적으로 채권자를 해함을 알지 못한 자를 무상으로 수익자로 지정하거나 선의자에게 무상으로 수익권을 양도할 수 없다.

⑧ 전항의 규정에 위반되는 수익자의 지정 또는 수익권의 양도에 의해 수익자로 된 자에게 제1항 단서 및 제4항 단서(제5항 후단에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정은 적용하지 아니한다.

위 결국 집행은 허용되지 않는 것과 마찬가지로의 결말이 된다(자기신탁은 유지된다).

그러나 다음과 같이 생각하는 것도 가능하다. 신법은 자기신탁의 설정을 정면으로 허용하고 있다. 이것은 구법과 달리하는 대전환이다. 그런데 자기신탁 설정이 사해행위에 해당한다는 이유로 신탁재산에 대한 직접집행이 쉽게 허용되고 나아가서 자기신탁이 쉽게 소멸되어 버린다면, 사람들은 자기신탁 설정을 주저하게 될 것이다. 이것은 입법정책으로서 수미일관하다고 볼 수 없다. 일부러 대전환까지 하면서 자기신탁을 인정한다는 입법정책을 단행한 것이라면, 오히려 자기신탁의 유지를 지향해야 하는 것으로 제1견해와 같은 위탁자의 채권자가 입증을 부담하는 것이야말로 입법정책과 정합된다고 할 수 있다.

덧붙여 다음과 같이 말할 수도 있다. 자기신탁은 결코 악용되는 것만은 아니며 신법의 입법과정에서 나타났던 필요·수요의 표명에 비춰보면²¹⁾ 이른바 선용·활용 면이 크게 기대되므로 역시 자기신탁을 가능한 한 유지하는 방향을 채용하여야 한다.

위탁자의 채권자의 경우, 구법 하에서는 먼저 사해행위 취소소송을 제기하여 승소하고 다음으로 위탁자의 일반(고유)재산으로 돌아간 목적재산에 대해 위탁자에 대한 집행권원의 취득을 전제로 하여 집행한다는 수고를 들여야 했는데, 신법 하에서는 사해행위 취소소송을 제기할 필요없이 직접 집행할 수 있다(집행하는 이상은 집행권원의 취득이 필요한 것은 변하지 않지만). 구법 하에서는 2번의 수고를 들여야 했지만 신법 하에서는 1번으로 끝난다.

자기신탁에 대한 선용·활용의 수요에 비춰보아 자기신탁을 허용한 것과 위탁자의 채권자 이익과의 밸런스는 제1견해에 따라 취하는 정도가 타당한 것으로 보인다. 확실히 위탁자의 채권자로서 보면 사해행위 취소소송을 제기하지 않고 직접집행이 가능하고 만족스럽게 일이 진행되면 그대로 자기신탁을 소멸시킬 수 있지만 이 방법이 결코 편한 방법은 아니며 중도에서 좌절하여 자기신탁 유지라는 결말을 맞이할지도 모른다. 그러나 적어도 자기신탁을 널리 인정(예를 들어 교육·부양목적에 한하지 않고 인정한다)한다는 입법정책에 바탕한 이상은 할 수 없는 일이라 하겠다.

3) 제2견해(위탁자 부담설)

제1견해에 대해 제2견해²²⁾은 다음과 같이 논한다. 즉 제23조 2항 본문은 동조 1

21) 특히 자산의 유동화·증권화라는 거래수요에서 자기신탁을 활용하고 싶다는 희망·요망이 현저했다. 小野傑, '信託法改正と商事信託' NLB 832号 27-30면(2006년),

22) 신법의 입법과정에서는 양설이 주장되어 논의된 듯하다. '제 16회 의사록' 26면 (2005년)에서는 제2견해가, 동 31면에서는 제1견해가 양면에 나와 있는 것처럼 보이지만 확실한 설명은 보이지 않아 여기서는 확인할 수 없다. '제 24회 의사록' 28면(동년)에는 제1견해를 전면에 주장하는 듯한 발언이 수록되어

항에 대한 예외 규정이 아니다. 사해신탁이라는 유형의 자기신탁재산에 대해서는 원래부터 집행이 허용되는 것으로, 원칙적으로는 허용되지 않지만 예외로서 허용되는 것은 아니다. 제23조 2항 본문의 문언 ‘전항의 규정에 관계없이’를 제1견해는 이것은 1항이 원칙(주), 2항 본문은 예외(종)라고 표명하고 있다고 받아들인 것에 비해 제2견해는 그것과 다르게 받아들인다. 그에 따르면 제23조 2항 본문이 마련된 결과, 동조 1항에서 사해자기신탁재산이 제외되어버린 것이다. 즉 동조 1항은 사해자기신탁재산 이외의 신탁(비사해자기신탁을 포함)재산을 커버하고, 동조 2항 본문은 사해자기신탁재산만을 커버한다. 양자(동조 1항 및 동조 2항 본문)는 대등한 관계이며, 어느 면이 원칙(주)이고 다른 면은 예외(종)인 관계는 아니다. 동조 2항 본문의 문언 ‘전항의 규정에 관계없이’는 동조 1항에 대한 동조 2항 본문의 독립성, 대등성을 의미하고 있다. 바꿔 말하면 사해자기신탁재산에 대한 집행은 동조 1항의 예외로서 허용되는 것이 아니라 동조 1항에서 분리되어 원래 허용되는 것이다. 이 문언은 이것을 선언하고 있는 것으로 이해하여야 한다.

그렇다면 제2견해에서 제23조 2항 본문의 위탁자의 사해의사·무자력(자기신탁 설정 시의 그것)의 입증을 부담하는 것은 위탁자의 채권자인가 아니면 위탁자인가. 반대로 후자가 위탁자에게 사해의사 없음·유자력이었음을 입증해야하는가 어느 면이 되는 것일까. 여기에는 2가지 견해가 있을 수 있다.

①사해자기신탁재산에 대해서는 원래 집행하는 것이 허용된다고 하는 입장을 취한다고 해도, 위탁자의 채권자가 허용되는 일을 한다고 해도, 그렇다면 그 요건을 스스로 입증해야한다(그 입증에 성공한 후는 앞에서 다룬 제23조 2항 단서, 동조 3항을 사이에 둔 11조 7항 및 8항 준용을 둘러싼 공방이 된다). 그러나 이것은 제1견해와 같은 결론으로 귀착하고, 제2견해를 채용하는 의미가 없어진다.

②사해자기신탁 재산에 대해서 원래 집행하는 것이 허용된다고 한다면 위탁자의 채권자가 먼저 집행하고 그것을 배제하려는 위탁자가 위탁자에게 사해의사가 없었고, 무자력이었음을 입증해야한다. 위탁자가 그 입증에 실패하면 위탁자의 채권자는 집행을 계속할 수 있지만 그 후는 역시 앞에서 다룬 제23조 2항 단서, 동조 3항을 사이에 둔 제11조 7항 및 8항 준용을 둘러싼 공방이 된다.

제2견해의 특징은 다음과 같다. 첫째로 ②의 견해를 채용할 수 있다. 이것은 ①의 견해 나아가서는 제1견해와는 정반대의 견해로 제2견해의 큰 특징이라고 할 수 있겠다. 그러나 제2견해를 취하면서도 또한 ①의 견해를 취할 수 없는 것이 아님은 상술한 대로이며, 이것을 제2견해의 약점이라 하겠다.

둘째로 제23조 1항과 동조 2항 본문과의 관계를 독립·대등관계라고 파악한다. 이것은 제1견해와 대조를 이루는 파악방식이라고 해도 좋다. 그러나 양자를 비교해

있지만 이 발언이 궁극적으로 양설 중 어느 면을 의식하고 있었는지 또한 확인할 수 없다.

본 바, 제2견해의 방식은 자연스럽지 못하고 제1견해의 방식 면이 보다 자연스러운 것으로 보인다.

셋째로 제2견해는 제1견해 보다도 자기신탁의 소멸이 쉬워질 것 같다. 제2견해는 한편으로는 제1견해와 마찬가지로 자기신탁 승인에 바탕한다고 하면서 다른 한편으로는 자기신탁 소멸을 제1견해 이상으로 적극적으로 추진하는 것으로(사해행위 취소소송을 뛰어넘는 만으로는 부족하다고 하여, 사해의사·무자력에 관한 입증은 위탁자에게 부담시킨다) 자기신탁 승인이라는 입법정책을 무로 돌릴 우려가 크다. 또한 제2견해는 자기신탁 승인과 사해자기신탁 억제 균형 제1견해 이상으로 무너뜨리는 것으로 타당하지 않다.

그러나 제2견해를 채용한다 하여도 자기신탁 소멸은 의외로 실현되지 않을 수도 있다. 제2견해에서는 위탁자의 사해의사 없음·무자력이었음의 입증은 위탁자가 부담하지만 위탁자로서는 자신의 재산상태·재산관계를 입증하여, 즉 유자력을 입증하고 나아가서는 사해의사가 없었음을 입증하는 것은 어렵지 않을 수도 있다. 그렇다면 제2견해에서도 위탁자가 위의 입증에 성공하여 집행배제를 할 수 있다. 그리 본다면 제1견해를 채용한 경우와 큰 차이는 발생하지 않을 것이다.

4) 자기신탁 억제책으로서의 평가

제1견해에 따르면 직접집행과 이의소송을 자기신탁 억제책이라는 관점에서 보았을 때 억제기능이 작용하리라고 기대할 수 있는 것인가.

사해타인신탁이라면 위탁자의 채권자는 사해행위 취소소송을 제기하여 승소가 확정되고부터 신탁재산에 대한 집행으로 넘어갈 수 있는데, 사해자기신탁에서는 그러한 우회로를 거치지 않고 직접 집행할 수 있다. 사해자기신탁은 위탁자로서 보면 그만큼 위험이 크다. 이것은 자기신탁을 그만큼 억제하게 될 것이다. 그러나 그 억제 효과는 위험만큼 크게 기대할 수 없을 것이다.

먼저 제1견해에 대해서 기술한 것처럼 위탁자의 채권자에 의한 직접집행에 대한 위탁자의 이의소송에서 위탁자의 무자력에 대한 입증이 위탁자의 채권자에게 지위짐에 따라 그만큼 집행은 배제되고, 자기신탁은 유지되며(자기신탁의 소멸은 실패로 끝남), 나아가서는 자기신탁을 억제하게 되지 않는 경우가 많아진다.

그 외에도 자기신탁 억제책으로서 강력하다고 할 수 있는 포인트가 있다. 그것은 제23조 2항 단서에 관한 포인트이다. 동 단서에 의하면 현존하는 수익자 전부 또는 일부가 수익자로서 지정되었음을 안 때 또는 수익권을 양수한 때에 위탁자의 채권자를 해할 것이라는 사실을 알지 못한 경우(선의의 수익자였던 경우)에는 (그 입증은 이의소송의 원고인 위탁자가 부담해야한다)동조 2항 본문은 적용되지 않고 위탁자의 채권자에 의한 집행은 배제되게 된다. 동 단서에 의하면 현존하는 다수의

수익자 중 한 사람이라도 선의였던 경우에는 동 본문의 적용이 제외되어 집행은 배제된다. ‘한 사람’이라도 좋으므로 단서가 적용될 가능성(집행이 배제될 가능성)은 커진다. 수익자 수에도 따르지만 다수이면 다수일수록 그 중 ‘한 사람’정도는 선의일 수 있다. 이렇게 보면 직접집행에 의한 자기신탁의 소멸(그것에 의한 자기신탁억제)에는 그다지 큰 기대를 할 수 없다.

더욱이 이의소송 원고(위탁자) 면에서 ‘한 사람’이라도 선의의 수익자가 존재함을 입증하는 데에 성공했다고 해도 피고(위탁자의 채권자, 집행채권자)면에서 그 선의의 수익자가 사실은 조작(제23조 3항에서 준용되는 제11조 7항이 규정하는 조작, 후자 및 후술하는 부분을 참조하기 바란다)의 결과 출현한 것이라는 것을 입증하는 데에 성공하면 제23조 2항 단서의 적용은 되지 않게 되어(제23조 3항에 의한 제11조 8항의 준용) 결국 제23조 2항 본문이 적용되는 것, 즉 집행이 허용되는 것으로 귀착하지만(자기신탁의 소멸 나아가서는 자기신탁 억제가 된다) 항상 그렇게 일이 진행되는 것일까. 논의를 간단히 하기 위해서 수익자가 한 사람뿐이라고 하자.

문제의 조작이라고 할 수 있기 위해서는, 제23조 3항이 준용하는 제11조 7항에 의하면 집행을 부당하게 면할 목적으로 선의자를 무상(이것과 동일시해야할 유상을 포함, 이하 같음)으로 수익자로 지정하거나 또는 선의자에게 무상으로 수익권을 양도하는 것이 필요하다. ‘부당하게 면할 목적’, ‘무상과 동일시해야할 유상’은 그 판단이 쉽지 않다. 최종적으로는 법원의 판단에 의존하는 것 외에는 없지만 그 판단에 따라서는 문제의 조작은 존재하지 않는다고 여겨져 결국 제23조 2항 단서는 발생하게 되어 집행은 배제되고 자기신탁의 소멸은 실패로 끝나게 되겠다. 이렇게 보면 직접집행·이의소송이라는 계획에는 자기신탁 억제를 크게 기대하는 것은 불가능한 것으로 보아야 할 것이다.

덧붙여 수익자가 다수인 경우에 대해서 다루어 보도록 하겠다. 예를 들어, 5명의 수익자 중 4명이 악의이고 1명이 선의라고 하자. 그 선의자 출현은 제11조 7항(제23조 3항에 의한 준용)이 들고 있는 조작의 결과임을 이의소송의 피고(위탁자의 채권자, 집행채권자)가 입증 가능한 경우에는 그 선의자에 대해서는 제23조 2항 단서는 적용되지 않게 되고(제23조 3항에 의한 제11조 8항의 준용), 남은 4명은 악의자이므로 원래대로 적용되지 않게 되어 결국 전원이 적용되지 않게 되며, 제23조 2항 본문만이 적용되어 집행은 유지되고 자기신탁은 소멸된다.

혹은 예를 들어, 5명의 수익자 중 3명이 악의이고 2명 p, q가 선의, 그 중 p에 대해서는 조작의 결과라는 것이 입증되고 q에 대해서는 그러한 입증은 되지 않았다고 하자. p에 대해서는 제23조 2항 단서는 적용되지 않게 되고 q에 대해서는 동 단서는 적용되게 된다. 그러한 선의자가 q 1명이라도 존재한다면 집행은 배제되어 자기신탁은 소멸되지 않고 유지하게 된다. 제23조 2항 단서에는 ‘수익자의 전부 또

는 일부가'라고 있는 것 및 q에 대해서 조작이 있었음이 인정되지 않으면 q에 대해서는 동 단서가 적용되어 동조 동항 본문은 배제되게 됨을 아울러 생각하면 이러한 결론에 도달하게 되겠다.

그러나 문제는 역시 상술한 것처럼 조작이 있었는가 즉 '부당하게 면할 목적' '무상과 동일시해야할 유상'이라는 요건의 판단에 관계되어, 그에 따라 자기신탁 소멸, 자기신탁 역제를 반드시 기대하는 것은 불가능하다. 수익자가 단수인지 복수인지에 따라 그 점에 차이는 생기지 않는다고 할 수 있다.

3. 공익적 견지에서 신탁종료명령제도의 이용

집행방해목적과 같은 불법목적에 입각한 신탁이 설정된 경우에 공익을 확보하기 위해 그 신탁의 존재를 허용할 수 없다고 인정된 때는 법원은 이해관계인의 신청에 의해 신탁종료를 명할 수 있다(신법 제166조 1항)는 규정을 두어 사해행위의 위험에 대한 대책을 마련하고 있다.

4. 자기신탁에 의한 목적신탁의 금지

수익자의 정함이 없는 신탁 내지 목적신탁은 특정한 수익자를 상정하지 않고 수탁자로 하여금 일정한 신탁목적에 좇아 신탁채산을 관리, 처분하게 하는 것이다. 이러한 목적신탁과 자기신탁에 관해, 원래 자기신탁이라고 하는 것은 제3자인 수익자를 위해 신탁채산을 설정하여 그것에 구속시키는 데에 의미가 있다. 그러나 목적신탁의 경우에는 제3자라고 하는 것이 없는 것이기 때문에 신탁선언에 의해 신탁설정을 하는 것은 의미가 없다. '자기신탁과 목적신탁을 조합시키면 등장인물이 완전히 1인 또는 어떤 목적을 위하여 그것을 감시하는 자가 아무도 없는 상태로 재산관계가 성립되고 만다. 따라서 기능적으로는 그것을 인정하는 것은 적당하지 않다. 신법 제258조 1항의 반대해석에 의하여 목적신탁은 자기신탁으로 할 수 없다.

5. 부칙 2조

부칙 2조에 따르면 신법 시행일로부터 기산하여 1년이 경과하기까지 사이는 자기신탁 설정이 허용되지 않는다. 자기신탁을 타인신탁보다도 장기간 설정은 할 수 없도록 한 것이다. 이것은 역제가 아니라 오래도록 전면금지 상태에 둔다는 것이다. 신법의 시행 자체가 공포일로부터 기산하여 최대 1년 6개월 후로(부칙 1조), 자기신탁에 대해서는 거기에 1년을 더하여 공포일로부터 최대 2년 6개월간은 설정을 허

용하지 않는다. 자기신탁 제도 취지의 주지 철저, 채권자 보호 조치의 책정, 회계·세제상 취급의 검토가 필요하다고 해도²³⁾, 타인신탁과 마찬가지로 공포일로부터 최대한 1년 6개월이 경과함에 따라 자기신탁의 설정을 허용하도록 하여 그 사이에 주지 철저·검토 등이 불가능하다고 하는 것은 너무 템포가 늦다는 기분이 든다. 슬로우 템포인 것은 주지 철저·검토 등도 그러하지만 그 외에 목적이 있는(있던) 것은 아닐까. 이하 3가지로 나누어 살펴 보겠다.²⁴⁾

1) 부칙 2조는 집행면탈 억제를 노렸던 것일까

타인신탁과는 달리 보다 장기간에 걸쳐 자기신탁 설정을 허용하지 않는 것이 큰 의미를 가지는 것은 아마도 집행면탈 억제로, 부칙 2조가 마련됨에 있어서 무엇보다도 이것을 염두에 두었을 것이다. 그렇다는 것은 자기신탁을 허용할 것인가 허용하지 않을 것인가에 대한 태도를 결정함에 있어서, 구법 이래의 역사에 비추보아 무엇보다 집행면탈의 우려에 어떻게 답할 것인가라는 포인트가 최대의 중점을 차지하고 있었기 때문이다. 집행면탈의 우려에 응하기(라고 하기보다는 이것을 피하기) 위해서는 자기신탁을 당분간은 설정시키지 않도록 해두는 것이 최선의 방법일 것이다.

자기신탁 억제책으로서 효력발생 요건의 엄격화(신법 제4조 3항), 자기신탁에 의한 목적신탁의 금지(신법 제258조 1항의 반대해석) 및 법인의 사업양도에 관한 회사법 등 규정의 자기신탁에의 적용(신법 제266조 2항)을 들지 않을 수는 없지만, 이들 중 어느 것도 부칙 2조를 마련할 필요는 없다. 이들에 대해서는 신법 시행과 동시에 타인신탁과 보조를 맞추어 자기신탁을 설정시키도록 하여 자기신탁에 대해서 즉시 적용하면 되는 것으로, 자기신탁 설정을 오래도록 유예하여 그 결과로 이들의 적용을 오래 기다리게 할 필요는 없다.

이들과 달리 집행면탈 억제에 대해서는 그 자체에 대해서 명시 규정이 준비되어 있지 않았으므로 그대로는 자기신탁을 신법 시행일로부터 즉시 이용하여 집행면탈을 도모하는 것이 가능하게 된다. 이에 대해서는 위탁자의 채권자에 의한 직접집행이나 사해행위 취소소송 제기라는 대응책이 준비되어 있지만, 이들 대응책은 집행면탈 목적으로 자기신탁이 설정되어 버린 후의 대응책에 불과하여, 예를 들어 자기신탁에 의한 목적신탁의 금지처럼 처음부터 억제하고 있는 것은 아니다. 그래서 자기신탁의 설정 자체를 타인신탁 이상으로 늦추도록 하여 집행면탈 억제를 논할 것도 없이 집행면탈이 불가능한 상태를 만들어 내려고 하였다. 부칙 2조가 만들어진 이유는 여기에 있다고 밖에 이해할 수 없다.

23) 村松秀樹 ‘新信託法の解説’ 信託 230号, 104면 주 8) (2007년) 참조.

24) 米倉明, 각주 19)논문, 32면 이하 참조

2) 부칙 2조는 집행면탈 억제책으로서 적절했는가

먼저 자기신탁 설정을 타인신탁 설정보다도 1년여를 기다리게 한다면 자기신탁 설정을 이용하여 집행면탈을 피하는 자는 없어지느냐 하면 아마도 그렇지 않은 것이다. 이런 사람들은 소정기간의 경과를 기다릴 것이다(소정기간 경과 전에 세법적 수단을 이용하는 것은 잠시 보류한다). 우선은 그럴 생각이 없는 사람도 소정기간 경과 후에는 그럴 마음이 생길지도 모른다. 기다렸다, 기다리게 했다고 해서 집행면탈을 피하는 사람이 준다고는 생각하기 어렵다.

다음으로 그래도 신법 공포일로부터 2년반 동안 뿐이라도 자기신탁은 존재하지 않고 나아가서 그것을 이용한 집행면탈도 존재하지 않는다는 것은 매우 다행스러운 일이다.

그러나 사태는 그렇게 만만하지 않다. 2년반 동안이라도 형식은 타인신탁이지만 실질상으로 자기신탁을 실현시키는 것은 어렵지 않다. 예를 들어, 수탁자를 가족 중 한 사람으로 한다면, 자신(위탁자)의 영향 하에 있는 부하로 하는 것이 그 예이다. 이렇게 함으로써 자기신탁 설정에 따른 집행면탈을 하는 자가 나올 것이다. 이것은 구법 하에서 해석론으로서 자기신탁을 긍정하는 논자가, 반대론자에 대한 답 중 하나로 제출했던 것이다. 2년 반의 이른바 잠복기간 중은 타인신탁 형식을 탈법적으로 이용하고, 그 경과 후에는 자기신탁으로 바꾼다. 이렇게 하여 집행면탈 기도는 계속되어 끊어지지 않을 것이다.

마지막으로 부칙 제2조는 자기신탁을 이용하여 집행면탈을 피하려고는 하지 않는 사람(이하 선용자라고 함)에게는 귀찮은 것이다. 이번 자기신탁이 목적의 제한(교육, 부양에 한한다는 목적의 제한)을 덧붙이지 않고 허용되게 되어 그만큼 이용하기 쉬워졌으므로, 자기신탁을 선용하려고 하려는 기회에, 악용자가 나올지도 모르므로 잠시 동안은 시키지 않는다, 조금 더 기다리라고 하는 것은 매우 성가신 이야기이다. 그 사이는 타인신탁의 형식을 취해 두고 실질상은 자기신탁의 효과를 내도록 하게 할 것인가. 실질과 형식의 어긋남을 작출하는 것은 여러모로 법률관계가 복잡해지므로 감탄할 것은 아니다. 구법 하에서도 보여진 이러한 어긋남을 없애기 위해서라도 신법에서는 정면으로 자기신탁을 허용하도록 했을 것이다.

일단 각오를 다지고 결단한 이상은 적어도 타인신탁과 동시 병행하여 자기신탁 설정을 허용하고, 거기에 악용자를 배척하기 위해서 공리를 거듭해야 할 것이다. 예를 들어, 자기신탁을 즉시 설정해도 좋다, 단 우선 10년간으로 한다. 그것이 경과한 시점에서 재고하여 그 간의 악용이 심하다고 판단될 경우는 이후는 자기신탁은 허용되지 않도록 바꾼다고 예고한다. 이렇게 정해도(그리고 이렇게 예고하여도) 10년 동안에 악용자는 나올 것이다. 그래도 최초 10년은 선용자도 자기신탁을 설정하여 활용할 수 있다.

2년반 정도 후로 연장시켜도, 혹은 타인신탁과 동시에 스타트시켜도 긴 안목으로 보면 큰 차이는 없지 않을까. 자기신탁 설정을 적어도 타인신탁과 동시에 스타트시켜야 했다. 타인신탁의 스타트 자체가 신탁의 공포 후 최대 1년 6개월이나 늦어진다면 그 사이에 자기신탁 제도의 정비라도 하는 것이 좋겠다.

부칙 2조는 자기신탁 억제책으로서 큰 효과를 올린다고는 할 수 없겠다. 타인신탁의 형식을 빌려 자기신탁의 효과를 얻으면 되기 때문이다. 그러나 그렇다고 해도 선용자에게는 장애가 되는 것은(일종의 탈법행위를 하지 않으면 안 될 정도로 불편하다) 확실하다.

3) 부칙 2조의 의의

부칙 2조는 집행면탈 억제책보다 널리 자기신탁 억제책으로서가 아니라 오히려 신탁 실현책으로서 적절했다고 평가할 수 있는 여지가 있다. 입법학·입법과정론의 소재로 흥미를 끄는 한 사례라고 할 수 있을까.

부칙 2조는 신탁이 한편으로는 자기신탁을 정면에서 완전 허용하도록 한 것(동법 제3조 3호)에 대한 반대급부로, 다른 한편으로는 집행면탈의 우려를 대표로 하는 반대설에 대한 배려의 표현이다. 새로이 입법하는 것 및 그 신탁을 시행하는 것에 대해서는 여러 예를 들것도 없이 진중론이 전개되어 왔던 바이며, 더구나 강력한 반대설(구법 성립 이래 80년을 넘는 집행면탈의 우려를 축으로 하는)이 존재하고 있던 이상 입법자로서는 더더욱 신중을 기할 수밖에 없었을 것이다. 신탁의 입법자는 반대설에 대한 배려의 증표로 몇 개의 조문을 마련했다(동법 제23조 2항 본문이나 제4조 3항이 그 예시이다). 그러나 그래도 부족하다고 하여 부칙 2조까지 마련하여 자기신탁을 즉시 설정할 수 없도록 한 것이다.

이것은 반대설을 달래어 그 힘을 꺾고 나아가서는 자기신탁이 설정되지 않는 상태를 장기간 계속시키는 동안 자기신탁이라는 것이 잊혀져 버리는(특히 반대설 측의 뇌리에서 없어지는) 것을 노린 것은 아닐까라고 생각해도 어쩔 수 없다.

부칙 2조는 강력한 반대설에 대처하여 신탁을 실현시키기 위한 술책(manuever)로 받아들여져 이후도 참고로 해야 할 입법실현기술로 기억할 만하다.

6. 신탁업법상의 규제

신탁업법은 자기신탁에 대해서는 50인 이상의 자가 신탁수익권을 취득할 수 있는 경우로, 정령으로 정한 경우만(자본금 3,000만엔, 회사법상의 회사)을 규제대상으로 하고(신탁업법 제50조의2 1항, 신탁업법시행령 제15조의2 2항), 타인신탁과 달리 영리성이나 반복·계속성을 요건으로 하지 않고 있다.

IV. 자기신탁의 도입을 위한 착안사항

1. 자기신탁의 허용범위 - 자기신탁에 의한 자익신탁을 인정할 것인가?-

현행 신탁법상 관련규정

제29조 (수탁자의 이익향수금지)

수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 향수하지 못한다. 단, 수탁자가 공동수익자의 1인인 때에는 예외로 한다.

제51조 (수익자의 이익향수)

① 신탁행위에 의하여 수익자로 지정된 자는 신탁이익의 향수를 승낙한 것으로 추정하여 신탁이익을 향수한다. 단, 신탁행위에 특별한 정함이 있는 경우에는 그 정함에 의한다.

일본 신신탁법상 관련규정

제8조(수탁자의 이익향수금지)

수탁자는 수익자로서 신탁의 이익을 향수하는 경우를 제외하고, 누구의 명의로든 신탁의 이익을 향수할 수 없다.

제163조 2호(신탁의 종료사유)

2. 수탁자가 수익권 전부를 고유재산으로 가지는 상태가 1년간 계속된 때

(1) 우리나라

신탁법 제29조는 수탁자가 공동수익자의 1인인 예외 케이스를 빼고 수탁자 자신이 신탁에서 이익을 얻는 것을 금지하고 있다. 신탁이익의 향수주체는 수익자이므로 이 규정은 동시에 수탁자가 수익자를 겸임하는(양자가 동일인물인) 것을 인정하지 않는 취지라고 할 수 있다.

신탁제도의 본질은 타인을 위한 재산관리제도이므로 수탁자가 자기 자신을 수익자로 재산관리를 하는 형태(즉, 자기 자신을 위한 재산관리라는 형태)는 원래 신탁이라고 부를 만한 것은 아니다. 또한 수탁자가 ‘공동수익자의 1인인 경우’를 금지에서 제외한 것은 수탁자와 다른 공동수익자 간에는 타인을 위한 재산관리의 실태가 남아있고, 또 여기에 한해서 수탁자-수익자 간의 권리의무에 관한 대응관계도 인정되기 때문이다.

또한 신탁법의 조문구조 상도 수탁자와 수익자는 서로 대립하는 개념이며, 양자의 권리의무는 대응관계에 있다. 즉, 기본적으로 양자의 이해는 대립관계에 있는 것

이다. 이런 점으로 보아 제29조는 신탁제도의 본질에 의한 당연한 규정이라고 볼 수 있다.

따라서 현행 신탁법상 위탁자, 수탁자, 수익자가 동일한 1인에 의한 신탁은 불가능하다.

(2) 일본

신법 제8조는 구법(우리 신탁법 제29조)의 ‘공동수익자 중 1인인 경우를 제외’를 ‘수익자로서 신탁의 이익을 향수하는 경우를 제외’로 변경하고, 수탁자가 유일한 수익자인 경우에도 그 신탁은 부정되지 않는다. 따라서 이 규정과 자기신탁을 조합하면, 위탁자=수탁자=수익자의 신탁이 가능해진다.

신법이 이것을 인정한 것은 자산의 유동화를 목적으로 한 계획에 이용되는 신탁에서, 위탁자를 당초수익자로 한 후에 수탁자가 위탁자로부터 수익권을 매입하여 위탁자의 자금조달니즈를 충족시키고 그 후에 수탁자가 투자자에게 당해수익권을 양도하는 실무상의 수요를 입법적으로 수용한 결과이다.

신법 제163조 2호는 ‘수탁자가 수익권 전부를 고유재산으로 가지고 있는 상태가 1년간 계속된 때’ 신탁은 종료하는 것으로 하고 있다. 이를 반대해석하면 ‘수탁자=전부수익자’의 상태를 (1년에 한해서) 정면으로 허용하고 있다.

(3) 검토

신탁당사자의 지위검병에 관한 각 유형을 검토한다.

① ‘수탁자=수익자’ 유형

‘자익신탁’ 유형으로 당연히 양자의 지위검병은 허용된다.

② ‘위탁자=수탁자’ 유형

‘자기신탁’의 유형으로 우리나라는 인정하지 않고 있으나, 일본은 인정하고 있다.

③ ‘1인수탁자=1인최초수익자’ 유형.

우리나라에서는 제29조의 반대해석으로서 허용되지 않는다.

일본에서는 허용된다. 그러나 반대견해도 있다.²⁵⁾

25) 新井誠, 145면. 신법에서도 제2조 1항 소정의 신탁정의(즉, ‘오로지 그 자의 이익을 도모하는 목적을 제외한다’부분의 목적에 따라 ‘그 자’(수탁자)가 재산의 관리 등의 행위를 하는 것)에 비취, 이 유형의 신탁을 설정하는 것은 불가능하다고 해야 할 것이다.

④사후적인 ‘1인수탁자= 1인수익자’ 유형.²⁶⁾

우리나라에서는 신탁의 종료사유가 된다. 신탁법 제55조 후단의 신탁 종료사유인 ‘신탁의 목적을……달성하기 불가능하게 될 때’에 해당하기 때문이다.

일본은 이들 유형을 허용하고 있다. 즉, 신탁법 제8조가 ‘수익자로서 신탁의 이익을 향수하는 경우를 제외하고 수탁자는 신탁의 이익을 향수할 수 없다’라고 하고, 동법 제163조 2호에서 ‘수탁자가 수익권 전부를 고유재산으로 가지는 사태가 1년간 계속된 때’에 ‘신탁은 ……종료한다’라고 하고 있기 때문에, 반대로 해석하면 이들 유형도 1년 이내에 한해서는 허용된다는 것이 된다.

⑤‘1인수탁자=공동수익자의 1인’ 유형.

우리나라에서 이것을 설정하는 것은 제29조에 의해 명문상 인정된다.

일본에서도 이 유형에 대해서는 단독수탁자가 오로지 자신의 이익을 피할 목적으로 재산관리 등의 행위를 하는 일은 없기(다른 수익자의 이익도 도모함) 때문에(신탁법 제2조 1항), 이것을 설정하는 것은 허용된다. 1인수탁자가 후발적으로 수익권의 일부를 취득하는 것도 허용되고, 그것은 신탁의 종료사유가 되지는 않는다.

2. 기타

- (1) 생전단독행위방식으로서의 명문화
- (2) 자기신탁의 설정방식의 법정화
- (3) 집행면탈의 경우 직접집행과 이의소송제도의 도입여부
- 신탁재산에 대한 강제집행금지(신탁법 제21조) 규정 정비
- (4) 부칙에 의한 시행유보 또는 한시법으로서의 시행

26) 이것으로는 (a)타인이 가진 수익권 전부를 단독수탁자가 취득하는 경우와 (b)단독수익자가 수탁자의 지위를 승계하는 경우를 상정할 수 있다.