

社債元利金 支給代行契約의 法的 性質論

정 순 섭

(인천대 법과대학 교수)

【 초 록 】

신탁은 신탁재산의 관리·운용에 관한 다양한 상품조성 구조와 각종 금융상품을 설계하기 위한 “틀”의 제공을 가능하게 한다. 최근 국제적으로 신탁법의 현대화와 국제화를 위한 노력이 다양하게 전개되고 있다. 이러한 현상은 신탁의 모국이라고 할 수 있는 영국과 미국 등 영미법계 국가는 물론 전통적으로 신탁제도에 친하지 않은 대륙법계 국가에서도 발견되고 있다. 이러한 현상은 경제활동 특히 금융거래의 국제화와 함께 신탁이 가지는 상거래 활성화 기능에 다시 주목하게 된 결과라고 평가된다. 국내에서도 새로운 금융 테크닉, 특히 자산유동화를 비롯한 구조금융(structured finance)의 발전에 따라 신탁법리의 다양한 활용 가능성에 대한 논의가 이루어지고 있다. 우리나라에서는 신탁법이 제정된 1961년 이후 당사자들이 명시적으로 신탁계약을 체결한 경우를 제외하고 신탁의 성립을 인정할 사례가 없었다. 그러나 최근 대법원은 기업이 발행한 사채의 원리금 지급대행을 위하여 사채발행회사와 은행이 체결한 사채원리금 지급대행계약을 신탁계약으로 판시하였다.

사채원리금 지급대행계약은 사채발행회사가 보통 사채원리금 지급일자의 전일까지 확정된 사채원리금에 해당되는 금액을 입금하고, 지급대행기관은 이를 보관하다가 사채원리금 지급일자에 지급하는 절차를 그 대상으로 한다. 그러나 실무상으로는 사채발행회사가 사채원리금 융 자금의 입금이 이루어지는 날과 사채원리금의 현실지급이 이루어지는 날 사이의 간격이 특별한 리스크가 실현된 가능성이 있을 만큼 길지 않았기 때문에 그 법적 성질에 관한 논의는 많은 관심의 대상이 되지 않았던 것이 현실이다. 그러나 「사채원리금 융 자금의 입금이 이루어지는 날과 사채원리금의 현실지급이 이루어지는 날」 사이에 사채발행회사나 지급대행금융기관의 신용위험이 현실화되는 경우에는 문제가 다르다. 이 경우 지급대행은행이 당해 사채발행회사에 대하여 대출채권을 가지고 있는 경우에는 자행계좌에 입금되어 있는 것을 기화로 상계처리를 할 가능성이 매우 높을 것이다. 결국, 당해 사채원리금 지급용 자금(예금)의 귀속과 관련하여 사채발행회사, 지급대행은행, 그리고 사채권자 사이에 분쟁이 발생하게 될 것이다. 이러한 문제는 「은행이 제3자의 이익을 위해 자행계좌에 입금된 일정한 금전을 일반예금과 분리하여 관리하는 경우」에 일반적으로 발생할 가능성이 존재한다. 동 판결의 당부에 대해서는 논자에 따라 다양한 논의가 있을 수 있을 것으로 생각되지만, 그 동안 우리나라에서 신탁법 자체가 거의 논의의 대상이 되어 오지 않은 점에 비추어 신탁법리에 대한 일반적 논의의 단초를 여는 중요한 판결이라고 할 수 있을 것이다. 앞서 본 신탁법리의 현대화를 위한 국제적인 노력을 고려할 때 금번 대법원의 신탁판결은 여러 가지 측면에서 새로운 발전을 위한 계기가 될 수 있을 것으로 생각된다. 본고는 다양한 현실 금융거래상의 수요에 대응하기 위해 신탁법리의 확대 적용이 필요하다는 관점을 기본입장으로 하지만, 이를 위해서는 먼저 신탁법리의 사법체계상 지위에 대한 보다 근본적인 검토가 선행되어야 한다는 점도 또한 충분히 인식하고 있다.

주제어: 사채원리금 지급대행계약 / 신탁설정 의사 / 수동신탁 / 수탁자의 관리처분권 / 분별관리의무 / 신탁법 / 신탁업법 / 제3자를 위한 계약

【차 례】

I. 머리말

II. 社債元利金 支給代行契約의 法的 性質

1. 意 義
2. 法的 性質
3. 大法院 判決

III. 信託의 成立要件

1. 概 觀
2. 委託者의 受託者에 대한 財産權의 移轉 기타의 處分
3. 受託者의 일정한 目的에 따른 財産權의 處分 또는 管理
4. 信託設定意思
5. 信託設定意思의 客觀的 確認

IV. 受益者의 確定과 信託管理人制度

1. 信託管理人制度의 意義
2. 信託管理人制度의 強行性

V. 信託業法의 適用問題

1. 信託業의 認可
2. 信託業法의 適用範圍

VI. 맺음말

I. 머리말

신탁은 신탁재산의 관리·운용에 관한 다양한 상품조성 구조와 각종 금융상품을 설계하기 위한 “틀”의 제공을 가능하게 한다. 이러한 신탁의 상거래 활성화 기능은 신탁이 가진 도산격리(Insolvency Protection), 도관과세(Conduit Taxation), 신인법(Fiduciary Regime), 구조의 유연성(Flexibility in Design)의 4 가지 요소를 기초로 한다.¹⁾ 국내에서도 새로운 금융 테크닉, 특히 자산유동화를 비롯한 구조금융(structured finance)의 발전에 따라 신탁법리의 다양한 활용 가능성에 대한 논의가 이루어지고 있다.²⁾

최근 국제적으로 신탁법의 현대화와 국제화를 위한 노력이 다양하게 전개되고 있다. 이러한 현상은 신탁의 모국이라고 할 수 있는 영국과 미국 등 영미법계 국가는 물론 전통적으로 신탁제도에 친하지 않은 대륙법계 국가에서도 발견되고 있다. 그러한 노력의 예로는 영국의 2000년 수탁자법(Trustee Act) 제정과 미국의 2000년 통일신탁법전(Uniform Trust Code) 제정을 들 수 있다.³⁾ 일본은 현재 신탁법 및 신탁업법의 개정을 위한 작업을 진행하고 있다.⁴⁾ 한편으로, 국제화를 위한 노력으로는 헤이그국제사법회의에서 신탁을 인정하지 않는 국가에서의 다른 국가에서 설정된 신탁의 승인을 촉진하기 위하여 작성한 “신탁의 준거법과 승인에 관한 협약 1985”(Convention on the Law Applicable to Trusts and On Their Recognition 1985)을 들 수 있다.⁵⁾ 유럽 차원의 신탁법리 통일을 위한 유럽신탁법원리(Principles of European Trust Law)의 발표도 그러한 사례로 들 수 있다.⁶⁾ 이러한 현상은 경제활동 특히 금융거래의 국제화와 함께 신탁이 가지는 상거래 활성화 기능에 다시 주목하게 된 결과라고 평가된다.

우리나라에서는 신탁법이 제정된 1961년 이후 당사자들이 명시적으로 신탁계약을 체결한

경우를 제외하고 신탁의 성립을 인정한 사례가 없었다. 그러나 최근 대법원은 기업이 발행한 사채의 원리금 지급대행을 위하여 사채발행회사와 은행이 체결한 사채원리금 지급대행계약을 신탁계약으로 판시하였다.7) 동 판결의 당부에 대해서는 논자에 따라 다양한 논의가 있을 수 있을 것으로 생각되지만, 그동안 우리나라에서 신탁법 자체가 거의 논의의 대상이 되어 오지 않은 점에 비추어 신탁법리에 대한 일반적 논의의 단초를 여는 중요한 판결이라고 할 수 있을 것이다. 앞서 본 신탁법리의 현대화를 위한 국제적인 노력을 고려할 때 금번 대법원의 신탁판결은 여러 가지 측면에서 새로운 발전을 위한 계기가 될 수 있을 것으로 생각된다.

본고는 다양한 현실 금융거래상의 수요에 즉응하기 위해 신탁법리의 확대 적용이 필요하다는 관점을 기본입장으로 하지만, 이를 위해서는 먼저 신탁법리의 사법체계상 지위에 대한 보다 근본적인 검토가 선행되어야 한다는 점도 또한 충분히 인식하고 있다. 본고는 그러한 심층적인 논의를 위한 시론에 해당한다. 본고는 모두 6장으로 구성된다. 우선, 서론에 이어 II. 社債元利金 支給代行契約의 法的 性質에서는 사채원리금 지급대행계약에 대하여 신탁의 성립을 인정한 대법원판결을 소개한다. III. 信託의 成立要件에서는 신탁의 성립요건에 관한 국내외의 논의상황을 특히 신탁설정의사를 중심으로 검토한다. IV. 受益者의 確定과 信託管理人制度에서는 수익자가 불특정인 경우 신탁관리인의 선임을 요구하는 신탁법 제18조의 의미를 신탁재산관리인 등 다른 유사제도와 비교·검토한다. V. 信託業法의 適用問題에서는 신탁의 인수를 업으로 하는 경우 인가를 요하는 신탁업법상 인가요건의 적용범위를 검토한다. 이는 신탁법리의 장기적인 확대적용 가능성에 대하여 매우 중대한 장애물로 작용할 수 있다. VI. 맺음말에서는 신탁법리의 적용 확대가 필요하다는 기본인식 아래 신탁의 성립요건으로서의 신탁설정의사에 관한 객관적 해석의 필요성을 강조하고, 향후 신탁법리의 확대 적용을 위한 논의의 방향을 제시하기로 한다.

II. 社債元利金 支給代行契約의 法的 性質

1. 意 義

사채원리금 지급대행계약은 사채를 발행함에 있어서 원리금지급의 안전성 확보와 절차의 간소화를 위해 특정금융기관을 사채원리금 지급대행기관으로 지정하여 사채원리금 지급일 전의 사전에 약정된 일자에 사채발행회사가 지급대행기관에 원리금 지급용 자금을 입금하게 하고, 동 은행은 이를 사전에 약정된 방식에 따라 특정된 사채권자에게 지급하는 것을 내용으로 사채발행회사와 지급대행기관간에 체결되는 계약을 말한다. 사채발행회사는 보통 사채원리금 지급일자의 전일까지 확정된 사채원리금에 해당되는 금액을 입금하고, 지급대행기관은 이를 보관하다가 사채원리금 지급일자에 지급하는 절차를 그 대상으로 한다. 후술하는 대법원 판결에서 보다시피 사채원리금 지급의 확실성은 안정적인 사채의 발행 및 유통시스템의 구축을 위한 중요한 제도적 기반의 하나를 형성하기 때문에 유가증권 신고 등 사채발행절차에서 지급대행계약과 관련된 사실을 충분히 공지하도록 제도화하고 있다.8)

그러나 실무상으로는 사채발행회사가 사채원리금용 자금의 입금이 이루어지는 날과 사채원리금의 현실지급이 이루어지는 날 사이의 간격이 특별한 리스크가 실현된 가능성이 있을 만큼 길지 않았기 때문에 그 법적 성질에 관한 논의는 많은 관심의 대상이 되지 않았던 것이 현실이다. 그러나 「사채원리금용 자금의 입금이 이루어지는 날과 사채원리금의 현실지급이 이루어지는 날」 사이에 사채발행회사나 지급대행금융기관의 신용위험이 현실화되는 경우에는 문제가 다르다. 이 경우 지급대행은행이 당해 사채발행회사에 대하여 대출채권을 가지고

있는 경우에는 자행계좌에 입금되어 있는 것을 기화로 상계처리를 할 가능성이 매우 높을 것이다. 결국, 당해 사채원리금 지급용 자금(예금)의 귀속과 관련하여 사채발행회사, 지급대행은행, 그리고 사채권자 사이에 분쟁이 발생하게 될 것이다. 후술하는 대법원 판결은 이러한 상황에서 사채발행회사가 파산한 경우를 그 대상으로 한다.

이러한 문제는 「은행이 제3자의 이익을 위해 자행계좌에 입금된 일정한 금전을 일반예금과 분리하여 관리하는 경우」에 일반적으로 발생할 가능성이 존재한다. 일본에서는 지방공공단체의 공사도급과 관련하여 건설회사가 개설한 공사전도금 예금계좌의 귀속,⁹⁾ 수수한 보험료의 입금을 위하여 손해보험대리점이 개설한 예금계좌의 귀속,¹⁰⁾ 사건의뢰인으로부터 수취한 금전의 입금을 위하여 변호사가 개설한 예금계좌의 귀속,¹¹⁾ 맨션관리회사의 관리비 예금계좌의 귀속 등을 둘러싸고 유사한 논의가 진행되고 있다.¹²⁾

2. 法的 性質

(1) 概 觀

이 문제를 해결하는 방법에는 우선 제3자를 위한 계약으로 처리하는 방안, 예금자의 인정문제로 처리하는 방안, 그리고 신탁계약으로 처리하는 방안의 세 가지 접근방법이 있을 수 있을 것으로 생각된다. 후술하는 대법원 판결의 원심은 이를 제3자를 위한 계약으로 보는 입장을 취하고 있다. 한편, 예금자 인정의 문제로 보는 입장은 사채지급대행계약의 법적 성질을 문제 삼지 않고, 보다 직접적으로 은행에 개설된 별단예금계좌의 예금자를 누구로 할 것인지라는 접근방법을 취하는 방안이다. 예컨대, 사채발행회사가 아닌 불특정 사채권자를 예금자로 인정하는 방식인데, 본건 판결의 사안에 대해서는 적절한 논의로 생각되지 않는다. 이하에서는 제3자를 위한 계약으로 보는 방안과 신탁으로 보는 방안을 간략히 살펴본 후 대법원 판결에서 문제된 사안을 검토하기로 한다.

(2) 第3者를 위한 契約

이 견해는 은행이 제3자를 위하여 일정한 자가 입금한 금전을 보관하는 경우를 은행을 낙약자, 입금자를 요약자, 그리고 제3자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 보는 입장이다. 이 경우 예금의 귀속은 수익자인 제3자의 의사표시 유무에 따라 결정된다.

(3) 信 託

이 견해는 은행이 제3자를 위하여 일정한 자가 입금한 금전을 보관하는 경우를 은행을 수탁자, 입금자를 신탁설정자 혹은 위탁자, 그리고 제3자를 수익자로 하는 신탁계약으로 보는 입장이다. 이 경우 예금의 귀속은 신탁의 재산법적 효과에 따라 당연히 수익자에게 속한다. 이 때에는 제3자를 위한 계약의 경우와는 달리 수익자의 수익의 의사표시를 요하지 않는다.

3. 大法院 判決

(1) 事 案

본판결에서 문제된 사안을 정리하면 다음과 같다.

① Y약품주식회사(이하 'Y사')는 1994년 12월 5일 권면총액은 금 50억원, 이율은 11%, 원금은 사채발행일로부터 3년 만기 일시상환, 이자는 발행일로부터 상환일 전일까지 3개월마다 후급, 사채원리금 지급장소는 K은행 충무로지점, 지급보증기관은 S보증보험으로 된 제59회 무기명식 이권부 보증사채를 발행하였다.

② Y사는 K은행과의 사이에 「사채원리금 지급대행계약」을 맺어 원리금지급업무의 대행사무를 동 은행의 충무로지점에서 취급하기로 하고, 위 대행사무 수행에 있어서 계약서의 조항 이외에 관계법과 K은행의 규정 및 소외 회사의 내규에 따라 처리하기로 하며, Y사는 각종 사채의 발행에 관한 명세표 및 사채의 견양, 기타 K은행의 대행사무 수행에 필요한 서

류를 K은행에 인도하고, 사채원리금의 지급대상자는 채권 및 이권의 소지자로 하며, Y사는 지급할 원리금 상당액을 지급개시일 1일 전에 피고의 충무로지점에 인도하되 무이자로 하고, 만약 Y사가 원리금 지급기일의 업무개시시간까지 지급할 자금을 K은행에 인도하지 아니할 때에는 그 지급불능 사실을 지급보증기관에 통보하며, Y사가 발행하는 사채가 종전 사채의 원리금변제자금을 마련하기 위한 '차환발행'인 경우에는 그 사실을 지체 없이 K은행에 통지하기로 하는 일방, 원금상환이 개시된 날로부터 3개월이 경과한 날 또는 Y사의 약정위반으로 인하여 K은행의 업무수행이 어렵게 된 경우 등에 한하여 계약을 종결할 수 있다고 약정하였다.

③ 한편, S보증보험은 Y사 발행의 사채원리금의 지급을 보증하였는데, 그 약정에서도 사채원리금 지급장소는 K은행의 충무로지점임을 확인하였고, Y사가 주간사회사인 D증권 주식회사와 맺은 Y사 제59회 보증사채 총액인수 및 매출계약서도 위와 같은 약정을 전제로 하고 있다.

④ 이를 토대로 하여 Y사는 증권거래법 제8조에 따라 증권관리위원회(현재의 금융감독위원회)에 유가증권신고서를 제출하였는바, 여기에서도 위의 제반 사항과 특히 원리금 지급대행기관이 K은행의 충무로지점임을 명기하였고, 신문광고 및 발행된 사채권의 이면에도 원리금 지급장소가 K은행의 충무로지점임을 명시하였다.

⑤ 그런데 Y사는 제59회 보증사채의 만기가 도래하였으나 원금을 상환할 자금이 부족하자 1997. 11. 19. 개최된 이사회에서 이를 차환하기 위하여 제97회 무기명식 이권부 보증사채 권면총액 금 37억원을 발행하기로 결의하고, 그 납입장소 및 사채원리금 지급장소를 K은행의 충무로지점으로 하였으며, 이에 따라 K은행과의 사이에 위와 동일한 내용의 사채원리금 지급대행계약을 체결하였다. 한편 S보증보험과의 사이에 위와 동일한 내용의 사채보증보험 약정을 체결하였다. 제97회 보증사채를 총액인수한 증권회사로부터 납입된 금 3,356,270,000원이 1997. 12. 4. K은행 충무로지점의 별단예금구좌에13) 납입 완료되었고, 이에 따라 위 지점은 Y사의 요청에 따라 사채납입확인서를 작성하여 Y사에게 교부하여 주었다.

⑥ 제59회 보증사채의 원리금상환기일인 1997. 12. 5. 사채권자들을 대리한 증권예탁원은 K은행에게 이 사건 사채원리금의 지급을 청구하였으나 거절당한 데다가 같은 날 Y사의 부도가 발생하자, S보증보험으로부터 이 사건 제59회 보증사채에 따른 보험금 5,137,500,000원을 수령하였다.

⑦ Y사는 1997. 12. 4. 17:55경 별단예금에 입금된 위 금 3,356,270,000원을 1일 금 1,300,000원의 이자가 발생하는 당좌계좌로 이체하였고, 1997. 12. 5. 오전 중에 Y사의 부도에 대비하여 위 금원에 대한 다른 채권자로부터의 압류를 피하여 이를 S보증보험에 지급하고 그 금원으로 S보증보험이 사채원리금을 대지급할 수 있도록 위 당좌계좌에서 한미은행으로 금 31억원, 상업은행으로 금 9,000만원을 각 이체하였다. 그러나 S보증보험이 위 금원은 사채원리금 지급자금이므로 지체 없이 원상복구시킬 것을 요구하자 Y사가 이를 수락하였고, K은행측에서도 S보증보험이 원상복구를 강력히 요구하자 Y사에 대하여 K은행에게 재입금시킬 것을 요구한 결과, Y사는 같은 날 16:00경 한미은행에 이체되었던 금 31억원을 K은행에 재입금하였다.

⑧ 1997. 12. 5. 17:55경 Y사의 부도가 발생하자 K은행은 1997. 12. 8. 위 금 31억원을 포함한 Y사의 K은행에 대한 예금 원리금 합계 금 5,269,131,130원의 채권과 피고의 Y사에 대한 대출원리금 9,961,939,964원의 채권을 대등액에서 상계처리하였다.

⑨ 이에 S보증보험(원고)이 K은행(피고)을 상대로 K은행이 사채원리금 지급자금으로 별단 예금에 입금된 금원을 Y사의 요구에 의하여 Y사의 당좌예금으로 이체할 수 없고, 이를 당좌예금으로 이체한 경우 이로써 사채권자에게 대항할 수 없을 뿐만 아니라 사채권자들이 이로 인하여 입게 된 손해를 배상할 책임을 부담한다고 주장하여 소를 제기하였다.

(2) 判 決

1) 개 관

이러한 주장의 당부를 판단함에 있어 관건이 되는 것은 사채원리금 지급대행계약의 법적 성격이다. 이에 대해 1심과 2심은 본건 사채원리금 지급대행계약을 “제3자를 위한 계약”으로 파악하여 수익자인 제3자 즉 사채권자의 수익의 의사표시가 있는지와 그 시기를 중요한 판단의 기준으로 삼았다. 그렇지만, 대법원은 본건 사채원리금 지급대행계약의 법적 성질을 “신탁계약”으로 보아 문제를 해결하고 있다. 이하에서는 사채원리금 지급대행계약의 법적 성질에 관한 논의를 중심으로 판결의 내용을 정리해 둔다.

2) 1심판결

본건의 1심인 서울지방법원은 본건 사채원리금 지급대행계약의 법적 성격은 “[K]은행(낙약자)이 [Y]사(요약자)에 의하여 자기의 별단예금구좌로 입금되는 [...] 사채원리금 상환용 자금은 이를 사채권자(수익자)를 위하여 신의성실을 다하여 보관하고 사채권자의 청구가 있으면 사채권자에게 지급하겠다는 내용의 이른바 제3자를 위한 계약”으로 판시하였다.¹⁴⁾

이어서 법원은 사채권자들이 “청약, 매입한 시점 또는 적어도 위 사채권자의 대리인인 증권예탁원이 1997. 12. 5. [K]은행에게... 사채원리금의 지급을 구한 시점”에 수익의 의사표시가 이루어진 것으로 보아 그 시점을 기준으로 직접 위 별단예금에 대한 지급청구권을 취득한다고 전제한 다음, 그 이후에 이루어진 별단예금계좌로부터의 이체 등은 제3자를 위한 계약상의 수익자인 사채권자의 권리를 변경 또는 소멸시키는 행위라고 보아 사채권자들에 대한 손해배상 의무를 인정하였고, 또한 그 이후에 이루어진 상계에 대해서도 상계에 관한 권리를 남용한 것으로 보아 그 효력을 부인하였다(강조 필자).¹⁵⁾

3) 2심판결

본건의 2심인 서울지방법원 제2민사부도 본건 사채원리금 지급대행계약의 법적 성격을 사채발행회사를 요약자, K은행을 낙약자, 사채권자를 수익자로 하는 “제3자를 위한 계약”으로 보고 있는 점은 1심판결의 결론과 동일하다.¹⁶⁾

이어서, 법원은, “이 사건 사채는 무기명식 이권부 보증사채로서 사채원리금 상환기일에 사채권을 소지한 자에게 원리금이 지급되는 것이어서 상환기일에 이르러서야 비로소 정당한 사채권자가 확정될 수밖에 없는 것이므로 사채권자들이 상환기일에 이르러 사채권을 소지하고 피고에 대하여 사채원리금의 지급을 구한 시점에 비로소 수익의 의사표시가 있다고 보아야 할 것이고, 비록 상환기일 이전에 사채원리금 지급자금이 피고의 별단예금에 일시적으로 입금된 사실이 있다고 하더라도 사채권자가 수익의 의사표시를 하지 않은 이상 위 별단예금의 처분권은 소외 회사에 있다 할 것이므로, 피고가 정당한 처분권자인 소외 회사의 요구에 따라 위 별단예금을 당좌예금으로 이체한 것에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다”고 하여, 원고의 위 주장을 배척하였다(강조 필자).¹⁷⁾

다만, 법원은 별단예금에서 일단 K은행의 당좌계정으로 이체되었다가 다른 은행으로 다시 이체된 후 상환기일에 K은행에 대한 사채원리금의 청구가 있는 후에 사채원리금 지급자금 용으로 목적이 특정되어 K은행에 재입금된 금 31억원에 대하여는, K은행의 Y사에 대한 반대채권으로 상계할 수 없는 것이라고 하여 S보증보험의 청구를 인용하였고, 이 부분에 대하

여 S보증보험은 상고하지 아니하였다.18)

4) 3심판결

대법원은 결론적으로 사채원리금 지급대행계약의 법적 성질을 신탁법상 “신탁계약”으로 판시하고 “제3자를 위한 계약”으로 구성된 원심판결을 파기하였다. 대법원이 이러한 결론에 이른 근거는 보증사채의 모집 또는 매출에 관한 제도의 취지와 사채원리금 지급대행사무를 금융기관의 업무로 하는 취지 및 이 사건 사채원리금 지급대행계약서(갑 제2호증)의 약정 내용 등을 종합적으로 고려한 결과라고 한다.

첫째, 먼저 보증사채의 모집 또는 매출에 관한 제도와 사채원리금 지급대행사무를 금융기관의 업무로 하는 취지를

“구 증권거래법 제8조, 제18조와 유가증권발행신고등에관한규정(현재의 유가증권의발행및공시등에관한규정) 등에 의하면, 일정 금액 이상의 보증사채권을 모집 또는 매출하는 경우에는 당해 유가증권에 관한 신고서를 증권관리위원회(현재의 금융감독위원회)에 제출하여야 하고 그 신고서는 일정기간 일정장소에 비치하여 공중의 열람에 공여하도록 하며, 그 신고서에는 다른 내용과 함께 ‘기타 투자자 보호를 위하여 필요한 사항’을 기재하여야 하고, 보증사채의 원리금 지급대행계약을 체결한 경우에는 그 계약서 사본을 위 신고서에 첨부하여야 하는 것으로 규정되어 있는바, 이는 이른바 기업공시의 일환으로서 유가증권의 발행 또는 유통과 관련하여 일반투자자 등에게 투자판단에 필요한 제반 정보를 제공함으로써 그들의 합리적·경제적인 의사결정을 할 수 있도록 지원하고, 나아가 증권시장에서 공정하고 투명한 거래가 형성될 수 있도록 하기 위한 것”(강조 필자)

이라고 해석하고 있다. 이와 같이 사채원리금 지급대행계약의 내용을 일반투자자 기타 이해관계자들에게 “확정적으로” 알림으로써 후술하는 신탁설정의사의 객관화의 한계설정과 동시에 신탁법 제3조에 따른 신탁공시의 역할도 수행하는 것으로 볼 수 있을 것이다.19)

둘째, 사채원리금 지급대행계약서의 내용을 “[Y]사는 사채원리금의 지급사무를 피고 은행에게 위탁하고 피고 은행은 이를 수탁하며(제1조), [K]은행은 계약서의 각 항 이외에 관계법, [K]은행의 규정 및 [Y]사의 내규에 따라 대행사무를 취급하고(제3조 제1항), [Y]사는 원리금 지급자금(지급할 원리금 상당액)을 지급개시일 1일 전에 [K]은행 총무로지점에 인도하여야 하고(제6조 제1항), [K]은행은 위 자금으로 사채권자로 확정된 자에게 그 사채원리금을 지급하고 그 지급내역 등을 [Y]사에게 통지하며(제7조, 제8조, 제9조), 원금상환이 개시된 날부터 3월이 경과한 날 또는 [K]은행이 사실상 대행사무를 수행할 필요가 없게 되어 [K]은행이 해지통고를 한 때에 계약이 종결하고(제14조), 계약이 종결한 때에는 [K]은행이 5일 이내에 종결통지서 및 원리금지급계산서와 함께 미지급 자금을 [Y]사에게 교부한다(제16조)”고 약정되어 있는 점을 강조하고 있다. 이는 수탁자로서의 K은행의 권리와 의무를 정리한 것이다.

그리고 대법원은 이러한 판단에 근거하여 본건 사채원리금 지급대행계약은 “[Y]사가 발행한 사채의 사채권자에게 그 원리금을 지급하기 위하여 [Y]사가 사채원리금 지급자금을 [K]은행에게 인도하고 [K]은행은 이를 인도받아 보관, 관리하면서 사채권자에게 그 사채원리금을 지급하는 것을 목적으로 하는” “신탁계약으로서의 성질”을 가진다고 판시하였다.

이어서 대법원은 신탁의 재산법적 효과에 따른 당연한 결과로서 “[K]은행이 사채권자의 이익과 관계없이 [Y]사의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하거나 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 [Y]사에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다고 할 것”이라고 판시하였다.

먼저, 신탁이 설정되면 신탁법에 의한 효과로서 신탁재산은 위탁자의 재산으로부터 분리된다. 이러한 효과는 후술하는 신탁의 성립요건 중 위탁자의 수탁자에 대한 재산권의 이전 기타의 처분이라는 요건을 갖춤으로써 자동으로 발생한다. 신탁의 재산법적 효과로서 위탁자의 신탁재산에 대한 처분권은 상실되므로 “[K은행]이 사채권자의 이익과 관계없이 [Y사]의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다고 할 것”이라고 한 대법원 판결의 입장은 정당하다.

다음으로, 신탁의 재산법적 효과로서 신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하지 않은 채무간의 상계는 금지된다(신탁법 제20조). 신탁재산에 속하는 채권과 수탁자 개인의 채무는 형식상 모두 수탁자의 명의로 되어 있으므로 민법상 상계가 가능하다고 볼 수도 있다. 그러나 신탁재산은 실질상 수탁자의 고유재산과 엄격히 분리되는 독립된 재산이므로 그 귀속주체가 전혀 다르다. 따라서, “[K은행]이... 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 [Y사]에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다고 할 것”이라고 한 대법원 판결의 입장은 정당하다. 신탁법 제20조의 상계금지규정에 위반한 상계는 무효가 된다.20)

(3) 信託法理 適用의 妥當性과 可能性

이상 논의한 바와 같이 사채원리금 지급대행계약에 따라 별단예금계좌에 입금된 금전의 법적 성격에 대해 대법원은 이를 신탁계약에 따른 신탁재산으로 보아 문제를 해결하고 있다. 본건은 신탁법에 관련된 판례가 적기도 하지만 당사자가 신탁이라는 문언을 사용하지 않은 경우에 신탁의 성립을 인정한 최초의 사례로서 신탁의 성립에 관한 앞으로의 판결의 입장을 시사하는 것이라고 매우 높이 평가된다. 본건 신탁의 성립을 인정한 대법원의 판결에 대해서는 아직 국내에서는 논하고 있는 예가 거의 없어 단언할 수 없지만, 부정적인 입장이 강한 가운데 찬반양론이 엇갈리고 있는 것으로 판단된다.21) 이러한 견해의 차이는 결국 신탁법리의 사법체계상 지위 혹은 신탁법리의 확대적용을 통한 현실법문제의 해결에 대한 정책적 입장의 차이에 기인하는 것이지만, 구체적으로는 신탁의 성립요건에 대한 이해의 편차에 따른 것이라고 생각된다.

이하 본고에서는 먼저 보다 근본적인 문제로서 신탁법리와 민법을 중심으로 하는 일반사법법리간의 이질성의 중화와 체계적 정합성이라는 관점에서 신탁법리의 적용가능성에 대하여 검토를 진행한다. 이를 위해서는 우선 신탁법리의 사법체계상 지위에 대한 전반적인 재검토가 필요하다. 이는 결국 영미법상 신탁제도의 기본구조를 결정하는 보통법(common law)과 형평법(equity)의 구별 및 그 체계상 지위와 효력관계 등에 상응하는 법리를 보통법(common law)과 형평법(equity)의 구별을 알지 못하는 대륙법에 기초한 우리 사법체계에서 구축하는 방안을 모색하는 문제라고 할 수 있다. 그러나 이 문제는 추후의 연구과제로 하고, 본고에서는 양자의 관계를 특별법과 일반법관계라는 정도의 일반적인 인식만으로 끝을 맺는다.22)

다음으로, 현행 신탁법상 발생할 수 있는 구체적인 논점을 살펴본다. 주된 논점은 두 가지이다. 첫째, 하나는 신탁의 성립요건으로서 신탁법 제1조에 명시된 「재산권의 처분」과 「일정한 목적에 따른 재산의 관리 또는 처분」이라는 두 가지 요건으로 충분한 것인지, 아니면 제3의 요건으로서 신탁설정의사를 필요로 하는지, 그리고 신탁설정의사를 요한다면 그 내용은 어떻게 확정할 것인지 등의 문제이다. 신탁의 성립요건에 대한 학설의 추이를 살펴본 후에 사건을 제시해 보기로 한다. 둘째, 또 하나는 신탁법 제18조에서 규정하고 있는 신탁관리인제도의 강행성이다. 신탁법 제18조는 수익자가 “특정되어 있지 않거나 존재하지 않

는 경우”에는 신탁관리인을 선임하도록 하여 불특정수익자 또는 장차 특정되는 수익자의 이익을 보호하고 수탁자의 직무집행을 감독하고자 하는 취지에서 신탁관리인을 선임하도록 하고 있다. 본건 판결의 사안에서는 신탁법상 신탁관리인의 선임이 없이 불특정다수인인 사채권자(이표권자를 포함)를 수익자로 하는 신탁의 성립을 인정한 것이다.

끝으로 신탁의 인수를 업으로 하는 경우에는 신탁업법상 인가를 요한다. 본건 판결에서는 후술하는 바와 같이 특별히 문제되지 않지만, 신탁법리의 확대 적용을 염두에 둘 경우에는 신탁업법상 인가요건이 가지는 의미를 검토할 필요가 있다.

III. 信託의 成立要件

1. 概 觀

신탁법 제1조 제2항에 따르면 신탁의 성립요건은 ① 「위탁자의 수탁자에 대한 재산권의 이전 기타의 처분」 과 ② 「수탁자의 일정한 목적에 따른 재산권의 처분 또는 관리」 의 두 가지로 이루어진다고 할 수 있다. 그러면, 이 두 가지 요건의 충족으로 신탁은 성립하는 것인지, 아니면 그 외에 별도의 성립요건을 갖추어야 하는지에 대해서는 논란이 있다. 이 세 번째 요건으로서 주로 문제되는 것이 ‘신탁설정의사의 요부와 그 내용’이다. 본건 판결의 사안에서와 같이 일정한 목적을 위해 별도로 관리되고 있는 재산의 경우 신탁설정의사의 요부가 신탁성립 여부의 판단에 있어서 가장 핵심적인 문제가 될 것이다.

이하 본고에서는 이들 신탁의 성립요건에 대해서 차례로 검토해 본다. 검토의 순서는 먼저 앞의 세 가지 요건에 대해서 간략히 정리한 후, 세 번째 요건 즉 신탁설정의사의 요부와 그 내용에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 委託者의 受託者에 대한 財産權의 移轉 기타의 處分

(1) 財産權의 處分

본건 판결의 사안에서는 사채발행회사가 사채원리금 지급자금을 수탁자인 K은행의 별단에 금계좌에 입금함으로써 재산권의 처분이라는 요건은 쉽게 충족된다. 신탁업법상 신탁업인가를 받아 신탁업을 영위하는 자에 대해서는 수탁가능재산의 범위에 대한 제한이 있다.

(2) 信託行爲의 法的 性質

신탁행위는 재산권의 처분을 그 제1요건으로 하는 결과 신탁의 설정을 목적으로 하는 신탁 행위, 특히 신탁계약의 법적 성질에 대해서는 낙성계약설과 요물계약설이 대립하고 있다.²³⁾

낙성계약설은 위탁자와 수탁자의 합의만으로 신탁은 성립한다고 보는 견해이다. 즉, “신탁계약의 성립시기”와 “신탁계약의 효력발생시기”를 구분하여 우선 위탁자와 수탁자간의 신탁계약체결에 관한 합의만으로 신탁계약이 유효하게 성립하지만, 이러한 신탁계약의 효력이 발생하는 것은 위탁자가 신탁계약의 취지에 따라 신탁재산이 되는 재산권의 이전 기타의 처분을 한 시점이 되는 것이다. 이 견해는 일본에서의 전통적인 통설이다.

요물계약설은 위탁자와 수탁자간의 합의 이외에 재산권의 처분이 있는 때에 비로소 신탁계약이 성립한다고 보는 견해이다. 이 견해는 무엇보다 신탁법 제1조가 재산권의 이전 기타의 처분을 신탁법상 신탁의 성립요건으로 규정하고 있는 점을 강조하고 있다. 또한, 당사자의 관계를 단순한 민법상의 계약관계로 규율하지 않고, 특별법인 신탁법을 적용하여 특수한 규율을 적용하는 것을 인용하기 위해서는 당사자간의 관계가 그에 상응하는 실체를 갖출 것을 요하며, 당해관계에 특히 신탁재산의 독립성(신탁법 제25조, 일본신탁법 제15조), 신탁재산에 대한 강제집행의 금지(동법 제21조, 일본신탁법 제16조) 등 신탁의 재산법적 효과를 인

정하기에 충분한 정도의 실효적 내지 실질적 재산권의 이전 기타의 처분이 이루어진 때 그러한 실체 즉 신탁성이 갖추어진 것으로 볼 수 있다는 것이다.

우리나라에는 “신탁법 제1조의 해석상 신탁의 설정이 장차 위탁자가 신탁의 대상인 재산을 수탁자에게 이전 기타 처분을 약속하는 것이 아니라 신탁설정 당시에 이전 또는 기타의 처분을 하여야만 신탁관계의 성립을 인정하는 취지”라고 하면서 요물계약설을 지지하는 견해가 있다.²⁴⁾ 본건 사안의 경우 위탁자인 사채발행회사와 수탁자인 K은행간에 사채지급대행계약이 체결된 후 위탁자인 사채발행회사가 사채원리금 지급자금을 수탁자인 K은행의 별단예금계좌에 입금함으로써, 즉 재산권의 처분이 이루어짐으로써 신탁계약이 성립하였다고 볼 수 있다. 이에 대해 본건 판결은 별도의 판단을 하고 있지 않지만, 어떠한 견해에 따라더라도 결론에는 차이가 없다.²⁵⁾

3. 受託者의 일정한 目的에 따른 財産權의 處分 또는 管理

(1) 意 義

본건에서는 「당해 재산에 관하여 타인에게 처분 또는 관리하게 한다」는 요건이 충족되어 있다고 볼 수 있는지가 문제이다. 이는 주로 당해 재산에 관한 위탁 혹은 위임의 측면으로 논의되어 온 것이지만, 본고에서는 수탁자의 관리처분권 또는 직무상 권한의 측면에서 검토한다. 여기서 「타인」은 「수탁자」이고, 본건에서는 사채원리금 지급대행은행이다.

(2) 信託目的

위탁자가 신탁의 설정을 통하여 달성하고자 하는 목적을 신탁목적이라고 한다. 수탁자는 위탁자의 의사의 제한하에 신탁재산을 관리·처분하게 된다. 신탁목적은 특정되어 있어야 하며 위탁자는 신탁계약상 수탁자의 의무이행과 관련한 행위기준을 구체적으로 명시하여야 한다. 본건 사안의 경우 신탁목적은 사채발행회사가 제공한 금전을 보관하다가 일정한 조건이 갖추어지면 사채권자에게 지급하는 것이다. 신탁의 목적에 대해서도 민법상 법률행위의 목적에 관한 일반원칙이 적용되지만, 신탁법은 특히 탈법행위를 목적으로 하는 신탁(동법 제6조), 소송을 목적으로 하는 신탁(소송신탁, 동법 제7조), 채권자사해신탁(동법 제8조)을 구체적으로 금지하고 있다.

(3) 受託者의 管理處分權

먼저 수탁자인 은행에게 본건 예금의 관리처분권이 있었던 것인지 여부가 문제된다. 이에 대해 대법원은 이 사건 사채원리금 지급대행계약은 “[Y사]가 발행한 사채의 사채권자에게 그 원리금을 지급하기 위하여 [Y사]가 사채원리금 지급자금을 [K]은행에게 인도하고 [K]은행은 이를 인도받아 보관, 관리하면서 사채권자에게 그 사채원리금을 지급하는 것을 목적으로 하는 것”으로서 “[K은행]은 수탁자로서 [Y사]로부터 인도받은 사채원리금 지급자금을 그 신탁의 본지에 따라 관리할 의무”가 있고, “[K은행]이 사채권자의 이익과 관계없이 [Y사]의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하...는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다고 할 것”이라고 판시하여 수탁자의 예금에 대한 일정한 관리처분권과 의무를 인정하고 있다. 따라서, 「일정한 목적에 따른 재산의 처분 또는 관리」라는 요건도 쉽게 충족된다고 할 수 있다.

(4) 受動信託의 效力

신탁법상 신탁은 여러 가지 기준에 따라 다양한 분류가 가능하다. 그 중에서도 능동신탁과 수동신탁의 구분은 수탁자에 대한 신탁상 의무의 적극성을 기준으로 한 분류로서, 본건 판결의 사안에 있어서와 같이 수탁자인 은행의 역할이 소극적·수동적인 것에 그치는 경우에는 매우 중요한 의미를 가질 수 있다.

일반적으로 수동신탁에는 ① 수익자가 신탁재산에 관하여 각종의 행위를 하는 것을 인용할 의무를 수탁자가 부담하는 데 그치는 신탁과 ② 수탁자가 위탁자 또는 수익자의 지시에 따라 관리·처분하는 신탁의 두 가지가 포함된다고 보는 것이 유력한 견해이다.²⁶⁾ 전자는 명의신탁, 후자는 명의신탁 아닌 수동신탁 또는 협의의 수동신탁이라고 부르고 있다. 협의의 수동신탁에 대해서는 이를 일률적으로 무효라고 보는 견해와 일률적으로 무효라고 할 수는 없지만, 구체적 사정을 고려하여 그 효력을 따져야 한다는 견해가 나뉘지만, 일률무효로 보는 견해가 일본에서는 보다 전통적인 입장이다. 그러나 전자, 즉 명의신탁은 신탁법상의 신탁이 아닌 것으로서 무효라고 한다.²⁷⁾

본건 판결의 사안에서와 같이 수탁자가 적극적인 관리·처분행위를 하는 것이 아니라 사채발행회사가 입금한 금전을 입금일의 익일에 사채권자에게 배분하는 정도에 그치는 경우를 이상 논의한 수동신탁으로 볼 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 본건 판결에서는 구체적으로 논의되지 않았지만, 위에서 본 바와 같이 수탁자인 은행이 일정한 예금관리처분권을 가지는 것이 명백하므로 수동신탁의 정의에 해당할 가능성은 높지 않다고 할 것이다. 나아가, 수동신탁의 효력을 부정하는 전통적인 견해 자체에 대해서도 많은 문제점이 제기되고 있는 점을 유의할 필요가 있다.²⁸⁾

4. 信託設定意思

(1) 概 觀

신탁법 제1조에서 신탁의 성립요건으로 명시적으로 요구하고 있는 두 가지 요건인 ① 「재산권의 처분」 과 ② 「일정한 목적에 따른 재산의 처분 또는 관리」 는 이상 살펴본 바와 같이 이를 인정하는 데 큰 문제가 없다. 따라서, 남아 있는 문제는 위의 두 가지 요건 외에 제3의 요건으로서 신탁설정의사를 요하는지 여부이다. 구체적으로는 신탁의 성립을 위해 위탁자와 수탁자가 계약을 체결함에 있어서 위 두 가지 요건에 대한 인식 외에 신탁을 설정한다는 인식 내지 의사를 요하는지가 쟁점이 된다.

(2) 學 說

이재욱·이상호(2000)는 “신탁을 설정하는 법률행위를 신탁행위”라고 한다고 정의한 후, “신탁행위를 위해서는 위탁자가 특정의 재산권에 관하여 신탁을 설정하려는 의사표시를 하는 것이 필요하”며, “신탁이란 용어는 사용하지 않아도 좋으나, 그 내용은 신탁관계가 명확해지는 정도까지 구체적인 것이어야 한다”고 하여 역시 신탁설정의사의 존재를 당연한 전제로 하는 입장으로 보인다.²⁹⁾

홍유석(1999)은 “신탁이라는 법률관계를 창설하는 것을 신탁의 설정”이라고 하면서 “신탁의 설정은 법률행위에 의하여 이루어지는데 민법상 법률행위라 하면 일반적으로 계약행위”를 가리킨다고 하고, “신탁행위의 형식에 있어서는 본조[신탁법 제2조]에 특별히 정하고 있지 아니하므로, 민법의 계약자유 원칙에 따라 구두 또는 서면 등 계약방식은 자유로이 정할 수 있다”고 하여 신탁의 설정을 목적으로 하는 신탁행위에 민법상 일반원칙의 적용을 예상하고 있다. 신탁설정의사의 요부와 그 내용 등에 대해서는 구체적으로 논의하고 있지 않지만, 당사자에게 신탁설정의사의 존재를 요하는 입장으로 파악된다.³⁰⁾

이중기(1998)는 우리 신탁법상 유효한 신탁이 성립하기 위해서는 “적어도 양도될 재산권, 신탁적 양도의사, 신탁수익자 혹은 신탁목적이 특정되어야 하고, 이에 따른 신탁적 양도행위가 행해지고, 수탁자가 관리·처분권을 보유해야 한다”라고 하여 위탁자의 신탁적 양도의사(certainty of intention)를 신탁의 성립요건으로 하고 있다.³¹⁾

장형룡(1991)은 “신탁행위란 신탁을 설정하기 위한 법률행위를 말한다”고 하여 신탁설정의

사의 존재를 전제로 하고 있는 것으로 파악되지만, 특이한 것은 신탁행위에 계약으로서의 신탁계약 이외에 단독행위로서의 신탁선언이 포함된다고 보고 있는 점이다.³²⁾

강희철·장우진·윤희용(2003) 220면은 이 판결이 “당사자간의 신탁설정의 명시적 의사표시 없이 묵시적인 신탁계약 설정의 개념을 인정”한 것으로 파악하면서, “실제로 대법원이 사채 원리금 지급대행계약을 신탁계약으로 파악한 것에 대하여는 다소 무리가 있다”고 논하고 있다. 그러한 판단의 근거 등에 대해서는 상세히 언급하고 있지 않기 때문에 알 수 없지만, 신탁법리를 당사자간의 명시적 의사표시가 있는 경우에 한하여 극히 예외적으로 적용되어야 한다는 엄격한 견해에 입각한 것으로 생각된다.

(3) 外 國

1) 美 國

미국신탁법상 신탁은 위탁자의 명시적인 의사에 의한 명시신탁(express trust)과, 위탁자의 신탁설정의사가 추정되는 복귀신탁(resulting trust), 그리고 위탁자의 의사와 전혀 무관하게 법원에 의하여 인정되는 의제신탁(constructive)의 세 가지로 구성된다. 그 중 본고에서의 논의와 관련되는 것은 명시신탁의 성립원인으로서의 신탁설정의사(trust intent)의 의의와 내용이다. 이와 관련하여 2000년 주법통일위원회전국회의와 전미법률협회(American Law Institute)에 의하여 작성된 통일신탁법전(Uniform Trust Code)의 Section 402(a)(2)는 신탁설정의 요건 중 하나로서 “위탁자가 신탁설정의사를 표시할 것”(the settlor indicates an intention to create the trust)을 규정하고 있다. 공식주석서에서는 기존의 리스트이트먼트를 인용하고 있을 뿐 별도의 내용을 설명하고 있지는 않다.³³⁾

신탁설정의사와 관련한 미국의 입장은 다음과 같이 정리할 수 있다.³⁴⁾

① 신탁의사란 내심의 의사가 아니라 신탁설정의 외형적인 의사표시(manifestation of intention)를 가리킨다.

② “신탁”이라는 용어가 의사표시 가운데 포함되어 있을 필요는 없다. 반대로, “신탁”이라는 용어가 포함되어 있더라도 신탁이 인정되지 않는 경우도 있다. 문제는 법률가의 견지에서 신탁관계를 창설하려는 의사가 표시되어 있는지 여부이다. 환언하면, 수탁자에 해당하는 자에 대하여 당해 재산을 취급함에 있어서 수익자의 이익을 위해 행동할 형평법상의 의무(신인인의무; fiduciary duty)를 부과할 의사가 표시되어 있는지 여부가 포인트라고 할 수 있다. 수탁자·수익자간에 신인관계(fiduciary relationship)를 만들 의사표시인지 여부가 문제이다. 더욱이, 위탁자가 자신이 형성하고자 하는 관계가 “신탁”이라고 불리는 것인지를 알고 있을 필요도 없다고 한다.³⁵⁾

③ 신탁의 요소인 신탁재산이나 수익자, 신탁목적에 관하여 확정된 내용의 의사표시가 없는 경우에는 신탁의 의사표시가 될 수 없다. 다만, 수탁자의 표시에 대해서는 법원이 후에 선임할 수도 있기 때문에 확정성이 충분하지 않아도 문제되지 않는다.

2) 英 國

영국의 대표적인 신탁법학자인 David J. Hayton은 신탁설정의사의 필요성을 긍정하면서 다음과 같이 논하고 있다. “신탁은 재산의 수탁자에게 부과된 집행가능하고 타당하며 실제적인 의무의 집합체로서, 신탁설정의사의 확실성(certainty of intention to create a trust), 신탁재산의 확실성(certainty of subject matter of the trust), 신탁목적의 확실성(certainty of the objects of the trust)을 요한다. 이는 법원에 의한 신탁의 관리와 통제의 행정적 실효성과 가능성을 확보하기 위한 것이다.”³⁶⁾ 그리고 구체적인 신탁설정의사의 파악방식에 대해서는 명시적으로 신탁이라는 용어가 사용될 필요는 없다는 점을 강조하면서, 예컨대,

신탁에 관하여 전혀 알지 못하는 위탁자가 신탁과 유사한 효과의 발생을 원하는 의도를 파악할 수 있는 용어를 사용하고 있는 경우에는 신탁의 성립을 인정할 수 있다고 한다.³⁷⁾ 당사자간의 관계가 신탁적 관계의 실질을 가진 경우에는 그 형식에 불구하고 신탁으로 인정할 수 있다는 것이다.³⁸⁾

이에 대해서 영국의 최고법원인 상원도 “신탁설정의 효과를 가진 거래관계의 체결을 위해서는 당사자가 그 법률효과를 명백히 인식하고 있을 필요는 없고, 그러한 거래관계를 체결할 의도가 있으면 충분하다”고 하여 신탁설정의사의 파악에 관하여 유연한 입장을 나타내고 있다.³⁹⁾

3) 日 本

(가) 신탁설정의사필요설(통설)

이 견해는 일본의 전통적인 통설로서 신탁의 성립은 법률행위의 일종인 “신탁행위”에 의한 것이고, 신탁행위에는 “신탁설정의 의사”가 표시되어야 한다는 입장이다. 즉, 신탁행위는 신탁의 설정을 목적으로 하는 법률행위로서 일반적인 법률행위의 내용에 관한 제한과 동일한 가능, 확정 및 적법의 3요건을 필요로 하는 외에 특히 신탁행위로서 ① 신탁설정의 의사(Intention of constituting a trust), ② 신탁의 목적(Object of a trust), ③ 신탁재산(Trust property), ④ 수탁자(Trustee), ⑤ 수익자(Cestui que trust)에 관한 의사표시를 요한다는 것이다.⁴⁰⁾

또한, 통설과 동일한 입장에 서면서도 신탁설정의 의사를 “신탁관계를 설정함에 상당한 의사표시”로 보고, “신탁설정의 의사를 엿볼 수 있는 것”이면 된다고 하여 “신탁설정의 의사”의 파악방식에 있어서 통설보다 유연한 입장을 취하고 있는 견해도 있다.⁴¹⁾

(나) 비법률행위설

이 견해는 기본적으로 법률행위의 일종으로서 신탁행위를 파악하는 데 반대하면서, 신탁의 성립은 민법상의 계약과는 다른 신탁법상의 특유한 것이라는 점을 강조하고 있다.⁴²⁾

(다) 분별관리의무설

이 견해는 신탁설정의사와 관련하여 당사자가 명확한 의사를 표시하고 있지 않은 때에는 「분별관리의무」의 존재를 그 거래관계를 신탁으로 성질결정하기 위한 기준으로 파악하고자 하는 입장이다.⁴³⁾

5. 信託設定意思의 客觀的 確認

이상 살펴본 바와 같이 우리 신탁법의 모범인 영국이나 미국, 그리고 일본의 신탁법리에서는 신탁의 성립을 위해서는 신탁설정의사를 별도로 요한다는 점을 분명히하고 있다. 그러나 그 의사는 “신탁”이라는 용어를 명시적으로 사용한 ‘명시적 의사’가 아니라 ‘묵시적 의사’로 충분하며, 객관적으로 확인될 수 있으면 충분하다.

여기서 “신탁설정의사”의 “객관적 확인”을 위한 기준이 중요한 문제로 등장한다. 이는 결국 신탁의 본질적 요소가 무엇인지에 대한 의문과 동일하다고 할 수 있다. 신탁의 본질적 요소는 결국 위탁자와 수익자간의 특별한 신임관계와 수익자의 물권적 구제 가능성에서 찾을 수 있다고 할 것이다. 일본의 道垣内弘人 교수가 주장하는 바와 같이 일본이나 우리나라의 신탁법에 있어서 신탁의 특이성은 “소유권이 존재하지 않음에도 불구하고 물권적 구제가 인정되는 점”에 있으며, 따라서 그러한 물권적 구제의 기초가 되는 신탁재산의 분별관리의무를 “신탁설정의사”의 “객관적 확인”을 위한 기준으로 생각할 수밖에 없을 것이라고 본다. 따라서, 당사자가 명확한 의사를 표시하고 있지 않은 때 신탁의 성립을 위한 요건으로서의 신탁설정의사는 “분별관리의무”의 유무에 따라 “객관적으로” 확인할 수 있게 되는 것이다. 즉,

신탁계약의 성립을 위한 요건으로서의 신탁설정의사는 신탁계약상 신탁설정자, 즉 위탁자가 수탁자에게 신탁법상 각종 의무와 부담, 특히 재산의 분별관리의무를 지우려는 의사가 명시적 혹은 묵시적으로 표시되면 충족된다(“신탁설정의사의 객관화”).

문제는 그러한 의사가 어느 정도로 확실할 것을 요하는지 여부이다. 이는 “신탁설정의사의 객관화의 한계”를 의미한다. 본건 대법원 판결에서 유가증권신고 등을 통하여 본건 사채원리금 지급대행계약의 내용이 공시되는 것을 강조한 것도 결국 당사자간의 합의에 의한 집행의 면탈이나 제3자의 이익보호 등을 고려하여 주관적인 의사 없는 객관적인 신탁의 성립에 한계를 지우려는 의도가 있었지 않나 추측된다. 결론적으로, 위에서 본 대법원 판결의 사안에서는 지급대행은행에게 사채발행회사가 사채원리금 지급용 자금으로 입금한 금전을 별단 예금계좌에서 분별관리할 의무가 인정된다. 대법원 판결은 이에 대해 명시적인 판단을 하고 있지는 않지만, 이를 전제로 하고 있는 것으로 파악된다. 그러나 객관적인 의사확인에 의한 신탁성립의 인정범위에는 분명히 한계가 있어야 하지만, 이를 분별관리의무와 신탁목적에 따른 처분의무 등이 법제도상 보장되어 있는 경우로 한정하는 것은 적절하지 않다고 본다. 끝으로, 이와 같이 신탁설정의사를 객관적으로 파악할 경우 신탁법에서 가장 우려하는 문제의 하나인 탈법목적으로의 신탁의 남용을 방지하는 기능을 수행할 수 있다는 점이다. 이 문제는 신탁설정의사가 있기만 하면 바로 신탁의 설정이 인정되는지라는 문제에 대한 해답이기도 하다. 예컨대, 일정한 탈법 목적을 위하여 신탁설정의사만 명시적으로 표시하였고, 실제 수탁자로서의 권리와 의무의 내용이 전혀 규정되거나 이행되지 않는 경우는 “분별관리의무”와 “일정한 목적에 따른 처분의무”를 기준으로 하는 신탁설정의사의 객관적 해석에 의하여 신탁의 성립이 부인될 것이다.

IV. 受益者の 確定과 信託管理人制度

1. 信託管理人制度의 意義

본건 판결에서는 신탁설정자, 즉 위탁자는 사채발행회사로, 수탁자는 사채원리금 지급대행은행으로, 그리고 수익자는 사채권자로 보고 있다. 본건 판결의 이러한 결론에 대해서는 이론이 없으나, 문제는 전전유통하는 사채의 특성상 수익자인 사채권자가 신탁계약 성립시에 확정될 수 없다는 점이다.

신탁을 설정할 때에는 수익자를 지정하거나 확정할 수 있을 정도의 지시를 하는 것이 신탁의 유효요건이며, 반드시 수익자가 특정될 필요는 없다. 따라서 신탁의 성립 및 효력발생과 관련하여 수익자의 불특정이 문제되는 것은 아니다.⁴⁴⁾ 수익자가 특정되지 않는 동안에는 불특정수익자 또는 장래 특정될 수익자의 이익보호와 수탁자의 직무감독을 담당할 자가 없다는 사실이 오히려 더 중요한 문제이다. 신탁법은 제18조에서 이러한 우려를 고려하여 신탁관리인제도를 두고 있다.

신탁관리인이란 수익자가 불특정인 경우 및 수익자가 미존재인 경우에 있어서 수익자의 이익옹호를 목적으로 하여 수익자를 위해 재판상 및 재판외의 권리를 행사하고 또한 수탁자의 직무집행에 대한 감독을 행하여 수익자의 권리보전을 도모하는 특별한 기관이다.⁴⁵⁾ 통상의 신탁의 경우에는 법원이 이해관계인의 청구 혹은 그 직권으로 선임하든지 신탁행위 중에서 위탁자가 지정하게 된다. 또한, 공익신탁의 경우에는 법원에 대신하여 주무관청이 선임하게 되어 있다(신탁법 제71조).

2. 信託管理人制度의 強行性

법문상 신탁관리인제도는 수익자가 불특정인 경우 반드시 두어야 하는 필요적 제도라고 해

석된다.46) 그러나 대법원은 신탁관리인이 없는 불특정수익자를 위한 신탁의 성립을 인정하고 있다. 강희철·장우진·윤희웅(2003) 220면은 신탁관리인의 존재 없이 사채권자라는 불특정다수인을 위한 신탁이 설정될 수 있다는 본건 판결의 결론에 대해 “신탁관계를 불특정다수인을 상대로 하는 경우까지 적극적으로 해석한 것”으로 보면서 “이러한 해석론을 응용한다면, 복잡한 담보부사채신탁법 등의 응용이 없이도, 유가증권과 신탁을 연결할 수 있는 방법이 나올 수 있을 것”이라고 논하고 있다.

V. 信託業法の 適用問題

1. 信託業의 認可

우리나라의 신탁법체계는 그 모법인 일본법과 마찬가지로 신탁에 관한 일반적인 사법적 법률관계를 규정하는 신탁법과 신탁의 인수를 영업으로 하는 신탁회사에 대한 규제와 감독 그리고 수익자의 보호를 목적으로 하는 신탁업법을 양대 지주로 하고 있다.47) 신탁업법 제3조는 신탁업은 재정경제부장관의 인가를 받지 아니하고는 이를 영위할 수 없다고 하여 신탁업을 인가사항으로 규정하고 있다. 신탁업에 대해서는 신탁업법상 별도의 정의규정이 없지만, 동법 제2조에서 신탁회사를 “신탁을 업으로 하는” 회사라고 하고 있을 뿐이다. 신탁에 대해서도 별도의 정의규정이 없으므로 신탁법 제1조에서 규정하는 신탁의 정의규정이 그대로 적용될 것이다.48) 그러나 현재 우리나라에는 신탁업법에 의한 인가를 취득하여 신탁업을 전업으로 하는 회사는 일부 부동산신탁회사에 불과하며,49) 은행법 기타 특별법에 의하여 설립된 금융기관이 신탁업을 겸영하고 있다.50)

2. 信託業法の 適用範圍

사채원리금 지급대행계약을 신탁으로 보게 되면, 이를 계속적·반복적으로 인수하는 자는 “신탁을 업으로 하는” 자에 해당되어 신탁업법상 인가를 얻어야 한다. 본건의 경우 대법원 판결은 이에 대해 구체적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 사채원리금 지급대행계약의 “수탁자”인 은행은 은행법시행령 제18조의3 제1호에 따라 신탁업무를 겸영업무로서 취급하고 있기 때문에 현실적으로는 문제되지 않을 것이다. 그러면, 은행이 아닌 자, 즉 신탁업 인가를 득하지 않은 자가 본건 대법원 판결에서 채택한 신탁의 성립요건을 충족하는 특정한 법률관계를 계속적·반복적으로 인수하는 경우에는 어떠한가.

이 문제는 결국 신탁업법의 적용범위에 관한 논의를 통하여 해결될 수밖에 없을 것이다. 이와 관련하여 상사신탁과 민사신탁을 구분하는 일본의 神田秀樹 교수의 견해는 매우 중요한 의미를 가진다.51) 그에 따르면, 상사신탁은 “수탁자가 담당하는 역할의 중심이 신탁재산의 수동적인 관리 또는 처분을 넘는 경우 혹은 그와 다른 경우”를, 그리고 민사신탁은 “수탁자가 담당하는 역할이 수동적인 재산관리 또는 처분에 그치는 경우”를 각각 의미한다. 동 교수는 상사신탁과 민사신탁간에 본질적인 차이가 있음을 이유로 상사신탁에 대한 체계적인 법리형성의 필요성을 강조하고 있다. 상사신탁에서 “수동적인 관리 또는 처분을 넘는 경우”라는 말은 보다 구체적으로는 신탁재산의 운용이나 투자가 이루어지는 경우를 의미하는 것으로 생각할 수 있을 것이다.52)

본고에서 검토하고 있는 사채원리금 지급대행계약과 관련한 대법원 판결에 대해서 회의적인 견해가 존재하는 것도 결국은 은행신탁이나 증권투자신탁 등만을 신탁법상 신탁으로 이해하고 있는 현실에 따른 것으로 생각된다. 그러나 상술한 바와 같이 신탁법 제1조의 해석상으로는 수탁자에게 분별관리의무와 신탁목적에 따른 처분의무가 부과되는 한 신탁은 매우 광범위하게 설정될 수 있다. 이러한 관점에서 당사자간의 사적 합의에 따라 신탁법리의 적용

이 충분히 가능한 상황에서도 이를 계속적·반복적으로 수행하는 것이 신탁업법에 반하는 결과가 되어 오히려 신탁법리의 적용이 부인되었던, 혹은 더 정확하게는 그 적용을 위한 시도 자체가 이루어지지 않았던 것이라고도 볼 수 있다(“신탁업법에 의한 신탁법리의 제약 혹은 구속”).⁵³⁾ 일본에서는 신탁업법의 주된 입법목적이 신탁회사의 대출 기타 용자업무에 대한 규제와 국민의 재산의 안전한 관리운용에 있는 점을 근거로 해석론상 “수탁자의 신탁재산의 운용=투자”가 이루어지지 않는 신탁은 신탁업법의 적용범위에 속하지 않는다는 견해도 있지만, 우리나라의 경우 그러한 해석론은 한계가 있을 것으로 본다.⁵⁴⁾ 신탁업법의 적용범위를 상사신탁에 한정하는 방향으로의 전환이 필요할 것으로 생각된다.

VI. 맺음말

본고에서는 이상 논의한 바와 같이 사채원리금 지급대행계약에 대하여 신탁의 성립을 인정한 대법원 판결의 입장을 지지한다. 사채원리금 지급대행계약과 같이 명시적인 신탁문언이 표시되지 않은 사안에 대해 신탁의 성립을 인정하기 위해서는 신탁의 성립요건에 관한 논의가 가장 중요하다. 그 중에서도 특히 신탁설정의사를 또 하나의 신탁성립요건으로 인정할 것인지 여부와 그 내용의 파악방법이 관건이 된다. 이에 대해서 본고는 신탁의 성립을 위해서는 ① 위탁자의 수탁자에 대한 재산권의 이전 기타의 처분, ② 수탁자의 일정한 신탁목적에 대한 당해 재산권의 관리·처분 이외에 ③ 신탁설정의사를 요한다는 입장에 동의한다. 다만, 신탁설정의사의 파악방법에 대해서는 이를 명시적인 신탁문언에 의한 의사표시에 한정하지 않고, 신탁의 본질적 요소라고 생각되는 신탁재산의 “분별관리의무”의 존재에 대한 위탁자의 인식이 객관적으로 표시되는 것으로 충분하다고 본다. 본고에서 주로 논의한 사채원리금 지급대행계약은 이러한 세 가지 요건을 모두 갖춘 것으로 평가된다.

다음으로, 신탁법리의 적용 확대를 위한 관련 논의로서 신탁관리인제도와 신탁업법상의 문제를 언급하였다. 먼저, 수익자가 불특정인 경우 신탁관리인의 선임을 요구하는 신탁법 제 18조의 의미를 완화시켜 해석하는 대법원의 입장을 소개하고 그 의미를 분석하였다. 끝으로, 그 동안 신탁법리의 확대적용에 장애물로 작용해 온 것으로 평가되는 신탁업법상의 엄격한 인가요건을 완화시키는 방향으로의 입법적 노력의 필요성을 강조하였다. 구체적으로는 현재의 신탁업법의 적용범위를 상사신탁에 한정시키는 것이 바람직하다고 본다.

결론적으로 다양한 금융거래상의 요청을 충족하기 위해 신탁법리의 적용 확대가 필요하다는 기본인식 아래 신탁의 성립요건으로서의 신탁설정의사에 관한 객관적 해석과 신탁업법 등 관련 제도의 변경이 필요하다는 점을 강조한 것이다. 다만, 본고에서의 이러한 논의를 위해서는 먼저 신탁법리의 사법체계상 지위에 대한 보다 근본적인 검토가 선행되어야 한다는 점을 다시 한번 밝혀둔다. 이는 추후의 연구과제로 한다.

참고문헌

강희철·장우진·윤희웅, “자산유동화법에 의한 자산유동화의 한계와 이를 극복하기 위한 수단으로서의 비정형유동화에 관한 고찰,” 『증권법연구』, 4(1), 2003.

김준호, 『신탁행위론』, 1997.

이재욱·이상호, 『신탁법해설』, 2000.

이중기, “신탁법리에 의한 재산권의 보호,” 『성곡논총』, 29, 1998.

장형룡, 『信託法概論(改正版)』, 1991.

홍유석, 『신탁법』, 1999.

金融法委員會, 『信託法に關する中間論点整理』, 2001. 6. 12.

金融審議會金融分科第二部會, 『信託業のあり方に關する中間報告書』, 2003. 7. 28.

大塚征民・木通口範雄(編), 『現代アメリカ信託法』, 2002.

渡邊博己, “専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の歸屬,” 『金融法務事情』, No. 1690, 2002.

道垣内弘人, 『信託法理と私法體系』, 1995.

道垣内弘人, “「預かること」と信託—「信託業法の適用されない信託」の検討,” 『ジュリスト』, No. 1999, 1999.

道垣内弘人, “最近信託法判例批評(9・完),” 『金融法務事情』, No. 1600, 2001.

道垣内弘人, “公共工事の請負者が保證事業會社の保證の下に地方公共團體から支拂を受けた前拂金について地方公共團體と請負者との間の信託契約の成立が認められた事例,” 『法學教室』, No. 263, 2002.

道垣内弘人, “信託の設定または信託の存在認定,” 道垣内弘人 他, 『信託取引と民法法理』, 2003.

四宮和夫, 『信託法(新版)』, 1989.

神田秀樹, “信託業に關する法制のあり方,” 『ジュリスト』, No. 1999, 1999.

新井誠, 『信託法』, 2002.

新井誠(編), 『歐洲信託法の基本原理』, 2003.

天野佳洋, “信託制度利用の活性化(上),” 『國際商事法務』, 31(9), 2003.

天野佳洋, “信託制度利用の活性化(下),” 『國際商事法務』, 31(9), 2003.

天野佳洋・正田賢司・田爪浩信・道垣内弘人, “<座談會> 預金のを歸屬めぐる最新判例と實務對應,” 『金融法務事情』, No. 1686, 2003.

木通口範雄, 『アメリカ信託法ノートI』, 2000.

English, David M., “The Uniform Trust Code(2000): Significant Provisions and Policy Issues,” 67 Missouri Law Review 143, 2002.

Hansmann, Henry, and Ugo Mattei, “The Functions of Trust: A Comparative Legal and Economic Analysis,” 73 New York University Law Review 434, 1998.

Hayton, David J., The Law of Trusts, 2003.

Hayton, David J., S.C.J.J. Kortmann, and H.L.E. Verhagen(eds.), Principles of European Trust Law, 1999.

Langbein, John, “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce,” 107 Yale Law Journal 176, 1997.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Trust Code Comments, 2001.

Overbeck, Alfred von, Explanatory Report, 1985.

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 5, No. 1, 2004

Bond Paying Agency and the Principles of Trust Law

Sunseop Jung

ABSTRACT

Trust law plays a significant role in financial markets by providing a facility for structuring a variety of asset management plans and financial products. Recently, we can find various national, regional and international efforts to modernize and internationalize the laws of trust. These efforts are underway in Anglo-American jurisdictions as well as those countries deeply influenced by Civil law tradition. In Korea, there have been no cases recognizing the establishment of trust relationship unless the parties expressly agreed on the terms of trust between themselves since 1961 when the Trust Act was first enacted. However, in a recent case, the Supreme Court of Korea characterized an agreement between a bond issuer and an agency bank to prescribe the terms of bond payment agency as trust.

Under the bond payment agency agreement, the bond issuer shall deposit money for repaying principals and interests of the bonds, and the agency bank will hold and pay it to bondholders on the due date. However, in practice, the interval between the day of the bond issuer's payment to the bank and the day of the agency bank's bond repayment to the bondholders is not so long enough to be a source of real risks. Therefore, the legal nature of the bond payment agency agreement was not focused on. However, once the credit risk involving the bond issuer or the agency bank are realized, the legal nature of the bond payment agency agreement will be a matter of hot debate. In case where the bond issuer went bankrupt during the interval, the agency bank can set off its claim against the bond issuer's deposit for bond repayment. This will be a question at issue in case where 「a bank holds money on deposit in an account managed by it (segregated from the bank's other money) for other people's interest」.

It may be an issue of debate whether the decision was justified or not. However, it is certain that this case will be a precedent to encourage lawyers to discuss actively on the principles of trust law.

1) 이에 대해서는 John Langbein, "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce," 107 Yale Law Journal 176(1997) 참조. Henry Hansmann and

Ugo Mattei, “The Functions of Trust: A Comparative Legal and Economic Analysis,” 73 New York University Law Review 434(1998)도 매우 유용함.

2) 예컨대, 강희철·장우진·윤희웅, “자산유동화법에 의한 자산유동화의 한계와 이를 극복하기 위한 수단으로서의 비정형유동화에 관한 고찰,” 『증권법연구』, 4(1)(2003), 218-220면 참조. 또한, 天野佳洋, “信託制度利用の活性化(上),” 『國際商事法務』, 31(9)(2003), 1073面; 天野佳洋, “信託制度利用の活性化(下),” 『國際商事法務』, 31(9)(2003), 1256面 참조.

3) 미국의 통일신탁법전에 대해서는 우선, David M. English, “The Uniform Trust Code(2000): Significant Provisions and Policy Issues,” 67 Missouri Law Review 143(2002) 참조. 일본문헌으로는 大塚征民·木通口範雄(編), 『現代アメリカ信託法』(2002) 참조.

4) 최근 일본의 신탁업법의 개정에 대해서는 金融審議會金融分科第二部會, 『信託業のあり方に關する中間報告書』(2003. 7. 28) 참조.

5) 이에 대해서는 우선 공식해설서인 Alfred von Overbeck, Explanatory Report(1985) 참조.

6) David J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, and H.L.E. Verhagen(eds.), Principles of European Trust Law(1999). 일본문헌으로는 新井誠(編), 『歐洲信託法の基本原理』(2003) 참조.

7) 대판 2002. 7. 26 선고 2000다17070[법원공보 2002. 9. 15(162), 2025].

8) 사채를 발행하기 위한 유가증권신고서의 경우 원리금 지급대행계약을 체결한 경우에는 그 계약서 사본을 첨부하여야 한다. 증권거래법 제8조, 동시행령 제18조, 유가증권의발행및공시등에관한규정 제20조 제1항(iii)(iv)(v).

9) 最高裁 2002. 1. 17 第一小法廷 判決, 民集56卷1號, 20(신탁의 성립을 인정).

10) 最高裁 2003. 2. 21 第二小法廷 判決, 民集57卷2號, 95.

11) 最高裁 2003. 6. 12 第一小法廷 判決, 民集57卷6號, 563(보충의견에서 신탁의 성립 가능성을 인정).

12) 이러한 논의를 개괄적으로 정리한 것으로서 우선, 天野佳洋·正田賢司·田爪浩信·道垣内弘人, “<座談會> 預金のを歸屬めぐる最新判例と實務對應,” 『金融法務事情』, No. 1686(2003), 8面; 渡邊博己, “専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の歸屬,” 『金融法務事情』, No. 1690(2002), 67面 참조.

13) ‘사채원리금 지급기금’의 별단예금계좌. 별단예금은 은행업무상 환, 대출, 보관 등 은행의 업무상 발생하는 미결제자금, 미정리예수금 또는 타예금규정으로 처리하기 곤란한 예금 등 각종 원인으로 인한 일시적 보관금을 처리하기 위한 편의적 계정으로서 원래 예금거래를 위한 계정이 아니라 은행의 회계목적 달성에 필요한 계정이고, 후일 다른 계정으로 대체되거나 고객에게 환급될 과도적인 예금인 만큼 일정한 거래기한이나 거래약관이 없음은 물론 예금증서나 통장 등도 발행하지 않고 다만 필요한 경우에는 예치증, 영수증 등 확인서 정도만 발행할 뿐이며, 이와 같이 사무처리중의 일시예치금이라는 성격상 별단예금에 대하여는 이자를 지급하지 않는 것이 원칙이다. 서울지판, 1998. 12. 10, 98가단15659, 7면. 구좌와 계좌라는 용어에 대해서는 본고에서는 구좌 대신에 계좌라는 용어를 사용하지만, 판결원문에 기재된 것은 그대로 두었다.

14) 서울지판, 1998. 12. 10, 98가단15659, 7.

- 15) 서울지판, 1998. 12. 10, 98가단15659, 8.
- 16) 서울지판, 2000. 2. 16, 99나7823(제2민사부), 3-4.
- 17) 서울지판, 2000. 2. 16, 99나7823(제2민사부), 4-5.
- 18) 서울지판, 2000. 2. 16, 99나7823(제2민사부), 6.
- 19) 신탁재산의 독립성을 명확히하고 수탁자의 신탁본지에 위반한 신탁재산의 처분에 대하여 신탁법 제52조에 의한 취소권을 행사하기 위해서는 신탁재산임을 명확히할 필요가 있다. 이를 위해 신탁법 제3조는 제3자의 보호를 위해 신탁의 공시를 요구하고, 등기 또는 등록하여야 할 재산권과 유가증권에 대해서는 공시방법을 규정하고 있다. 문제는 금전채권 등 공시방법이 정하여져 있지 않은 재산권에 대해서 신탁공시가 요구되는지 여부이다. 이에 대해서는 별도의 공시를 요구하지 않는다는 견해와 수탁자가 일정한 공시방법을 강구하여야 한다는 견해가 대립되고 있다. 신탁재산의 분별관리만으로도 공시가 이루어진 것으로 완화하여 해석하면 특별한 문제는 없을 것으로 본다. 新井誠, 『信託法』 (2002), 214-219面. 다만, 신탁공시는 신탁의 제3자에 대한 대항요건이지 성립요건은 아니다(신탁법 제3조 제1항). 신탁재산이 예금채권인 경우 예금통장을 개설할 때 특정신탁재산임을 표시할 수 있는 방법을 강구할 필요가 있다고 하는 견해가 있다. 이재욱·이상호, 『신탁법해설』 (2000), 94면. 현재 특별한 공시방법을 정하고 있지 않은 경우에는 제3자에 대한 대항력을 부정해야 한다는 견해도 있으나 이는 문제가 있는 주장이다. 장형룡, 『信託法概論(改正版)』 (1991), 119-120면(“동산신탁공시방법에 아무런 특별규정을 두고 있지 않은 현행법 밑에서는 소유권을 바탕으로 한 것은 몰라도, 신탁으로서는 제3자에게 대항할 수 없다”).
- 20) 홍유석, 『신탁법』 (1999), 112면.
- 21) 동 판결에 대한 견해를 간략하게라도 표시하고 있는 것으로는 강희철·장우진·윤희웅, 전개논문, 219-220면 참조.
- 22) 이와 관련하여 우리 신탁법의 모델을 제공한 일본에서는 상당한 논의가 이루어져 왔다. 일본에서도 신탁법리 형성의 연혁적인 과정을 중시하여 일본의 사법체계상 신탁법리는 “물위에 뜬 기름과 같이 이질적인 존재”라고 하여 “신탁의 법리를 대륙법 법리에 안이하게 접합하는 것을 경계”하는 것이 여전히 일반적인 입장을 대변한다고 할 수 있다. 이에 대해서는 우선, 道垣内弘人, 『信託法理と私法體系』 (1995), 1-17面 참조.
- 23) 이하의 설명은 新井誠, 前掲書, 109-111面 참조.
- 24) 홍유석, 전개서, 83면.
- 25) 이재욱·이상호, 전개서, 66면(“어느 견해에 의하여도 신탁재산의 이전이 필요하다는 점에서 실효성 있는 논의는 아니라고 보인다”).
- 26) 四宮和夫, 『信託法(新版)』 (1989), 9面; 이재욱·이상호, 전개서, 38-39면.
- 27) 김준호, 『신탁행위론』 (1997), 6면; 이재욱·이상호, 상계서, 39면; 장형룡, 전개서, 74-75면.
- 28) 金融法委員會, 『信託法に關する中間論点整理』 (2001. 6. 12), 3-4面.
- 29) 이재욱·이상호, 전개서, 59-61면.
- 30) 홍유석, 전개서, 82-83면.
- 31) 이증기, “신탁법리에 의한 재산권의 보호,” 『성곡논총』, 29(1998), 527, 529면.
- 32) 장형룡, 전개서, 82-84면. 이증기, 상계논문, 531-532면도 신탁선언에 대해서 동일한 취지의 주장을 하고 있다. 신탁선언(declaration of trust)이란 재산권을 가지는 자가 단독행위에 의해 스스로를 수탁자로 하여 신탁을 설정하는 것을 말하고, 이에 따라 설정된 신탁을

선언신탁(declared trust)이라고 한다. 영미에서는 신탁선언이 신탁설정방식으로 일반적으로 인정되고 있다. 일본의 통설은 신탁선언의 효력을 부인하고 있다. 그 근거는 신탁법 제1조의 법문상 수탁자는 위탁자와 “타인”일 것을 요구하고 있는 점과 입법연혁 등 형식적인 이유와 집행면탈의 가능성 등 실질적인 이유이다. 이에 대해서는 新井誠, 前掲書, 117-120면 참조. 우리나라의 경우 “신탁의 본질과 재산관계의 명확성을 기하여야 한다는 점에서, 원칙적으로는 이러한 신탁을 그대로 인정하기는 어렵겠지만, 공익목적 등을 위하여 인정의 필요성은 있다”고 하는 견해가 있다. 이재욱·이상호, 전거서, 68면. 우리나라에서 신탁선언을 해석론으로 인정하는 것은 곤란하다고 생각한다.

33) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Trust Code Comments (2001), pp. 38-39; David M. English, “The Uniform Trust Code(2000): Significant Provisions and Policy Issues,” 67 Missouri Law Review 143(2002), n. 129.

34) 이하 미국에서의 신탁설정의사에 관한 논의는 木通口範雄, 『アメリカ信託法ノートI』(2000), 17-30면 참조.

35) Trust Created under the Will of Damon, 869 P2d 1339(Hawaii, 1994)(신탁이라는 용어가 사용되고 있지만 신탁은 아니라고 한 사례); Drewes v. Schonteich, 31 F3d 674(8th Cir., 1994)(신탁이라는 용어가 사용되고 있지 않음에도 신탁이라고 한 사례).

36) David J. Hayton, The Law of Trusts(2003), p. 74. 일본에서는 이러한 영국에서의 논의를 미국에서의 그것과 비교하여 “미국 신탁법에서도 이들(3대 확정성) 요소가 중요한 것은 동일하지만, 이들은 신탁설정의 의사를 인정함에 있어서 고려해야 할 요소라 할 것”이라고 논평하는 견해가 있다. 木通口範雄, 전거서, 25면.

37) David J. Hayton, *ibid.*, p. 75.

38) “[E]quity looks at the substance and not at the form,” *ibid.*

39) “If he enters into arrangements that have the effect of creating a trust, it is not necessary that he should appreciate that they do so; it is sufficient that he intends to enter into them.” *Twinsectra Ltd v. Yardley* [2002] UKHL 12; [2002] 2AC 164, para. 71.

40) 入江眞太郎, 『信託法原論』(1928), 129·138면(杉浦宣彦·徐熙錫, “信託の成立要件をめぐる一考察-最一小判平14·1·17を起点として-”(金融廳 Discussion Paper, 2003. 9. 9), 20면에서 재인용).

41) “(사익)신탁은 신탁행위만으로 성립한다. 신탁행위의 성립에는 원인행위(기본적 신탁행위)와 처분행위를 필요로 한다. 신탁행위는 계약에 의하는 외에 유언으로도 가능하다. 어떤 경우이든 당사자가 신탁관계를 설정함에 상당한 의사를 표시하지 않으면 안 된다. 물론 ‘신탁’이라는 말을 사용하지 않아도 신탁설정의 의사를 엿볼 수 있는 것이면 된다. 그 때 신탁설정의 의사가 있는지 여부의 판단은 ‘의사표시·법률행위의 해석원리에 따라 이루어져야 하고, 단순한 문언에 따라 결정되는 것은 아니며, 대상·신탁목적·수익자라는 3대 확정성의 준부, 당사자간의 관계(예, 부양의무의 준부), 당사자의 경제상태, 용어 등도 포함하여 종합적으로 판단해야 할 것이다.” 四宮和夫, 『信託法(新版)』(1989), 106면 이하.

42) “우리나라 신탁법에서는 임의신탁(설정신탁)을 원칙적인 것으로 하고, 법정신탁은 예외적으로밖에 인정하고 있지 않다(제63조, 제73조). 신탁법 제1조는 위탁자에 의한 설정행위와 수탁자의 인수의 형태로 신탁의 법적 구성을 기술하고 있고 당사자간의 합의에 기하여

형성되는 형태의 민법상의 계약의 그것과 다른 점에 특징이 있다. 신탁의 성립은 오로지 위탁자의 의사에 기하여 행하여지고, 수탁자는 이를 수락한다는 구성으로 이루어진다. 실무나 이론상으로도 계약(합의)에 의한 신탁의 성립이 일반적으로는 인정되고 있다.” 田中實·山田昭·雨宮孝子, 『改訂信託法』(1998), 32·40面(杉浦宣彦·徐熙錫, 前掲書, 21面에서 재인용).

43) “신탁법상 수탁자에게 부과되고 있는 제의무의 도출이 위임에 관한 민법의 적용으로도 가능하다고 이해할 때에는 신탁으로 호칭하는 것의 장점은 물권적 구제의 긍정에 있다. 이것을 조문상의 신탁의 성립요건, 즉 ① 《재산권의 처분》이 존재하고, ② 《당해 재산에 관하여 타인에게 일정한 목적에 따른 관리 또는 처분을 하게 하는 것》으로 나누어 보면, 전자는 소유권에 의한 구제를 인정할 수 없는 요건이 되고, 후자에서 물권적 구제를 인정할 것인지 여부가 판단되게 된다. 이 판단에 관하여 「미국법에서는... 신탁설정의 의사의 존부의 문제로 논의되어... 수탁자에 해당하는 사람에 대하여, 자신 이외의 수익자의 이익을 위해 행동할 신인의무(fiduciary duty)를 부과할 의사가 표명되어 있는지 여부가 포인트가 되어 있음」에 대하여, 「일본의 신탁법에 있어서 신탁의 특이성을, ... 소유권이 존재하지 않음에도 불구하고 물권적 구제가 인정되는 점에 두고 생각할 때에는 오히려 분별관리의무를 포인트로 해서 생각해야」하고, 이것은 「당사자가 명확한 의사를 표시하고 있지 않은 때 그 거래관계를 ‘신탁’으로 성질결정함에 있어서의 포인트를 기술하고 있다」는 것이다. 현재로는 ‘재산권의 이전’과 ‘당해 재산에 관한 위임’에 더하여 ‘분별관리의무’를 신탁을 ‘발견’함에 있어서의 기준으로 보고자 한다.” 道垣内弘人, “公共工事の請負者が保證事業會社の保證の下に地方公共團體から支拂を受けた前拂金について地方公共團體と請負者との間の信託契約の成立が認められた事例,” 『法學教室』, No. 263(2002), 198, 199面. 道垣内弘人, “信託の設定または信託の存在認定,” 道垣内弘人 他, 『信託取引と民法法理』(2003), 1-26面; 道垣内弘人, “最近信託法判例批評(9·完),” 『金融法務事情』, No. 1600(2001), 81, 84面도 참조.

44) 이와 관련하여 담보부사채신탁법에 의한 담보권신탁에서는 수익자인 사채권자가 신탁 설정시 존재하지는 않지만 나중에 존재할 것이 예정되어 있으므로 담보부사채신탁은 확정신탁의 수익자특정요건을 충족시킨다고 볼 수 있다고 하는 견해가 있다. 이중기, 전계논문, 530면.

45) 신탁관리인제도는 “일본 독자의 획기적인 제도”로서 “일본으로부터의 역수입이라는 형태로 영미의 신탁법에도 도입되고 있다”고 한다. 新井誠, 前掲書, 135面.

46) 上掲書, 135面. 동 교수는 예컨대, 수익자가 고령자나 장애인인 경우 등 특정 케이스에 관하여는 임의적인 신탁관리인 선임의 여지를 배제하고 있지 않다고 이해하고 있다.

47) 신탁법 제1조; 신탁업법 제1조. 홍유석, 전계서, 79, 199면 참조.

48) 상계서, 200-201면 참조.

49) 2004년 3월 25일 현재 한국토지신탁 등 5개의 부동산신탁회사가 있다. 금융감독원 제도권금융기관 조회 사이트 참조<<http://www.fss.or.kr>>.

50) 은행법시행령 제18조의3 제1호는 신탁업법에 의한 신탁업무를 은행의 겸영업무로 규정하고 있다.

51) 神田秀樹, “信託業に關する法制のあり方,” 『ジュリスト』, No. 1999(1999), 19面.

52) 道垣内弘人, “「預かること」と信託—「信託業法の適用されない信託」の検討,” 『ジュリスト』, No. 1999(1999), 81, 84面.

53) “신탁법은 신탁을 영업으로 하는 신탁회사를 규제하기 위한 그 시대의 요청에서 마련된 것으로서, 따라서 이 법률은 주로 영업신탁을 그 규율의 대상으로 예정하고 있고, 그 밖

의 분야에 관하여서는 거의 그 적용 내지 활용이 없는 것으로 평가된다.” 김준호, 전게서, 199면.

54) 道垣内弘人, 前掲論文, 84-85面. 동 논문에서의 이러한 주장은 山田昭, 『信託立法過程研究』(1981)와 麻島昭一, 『日本信託業立法史 研究』(1980) 등 신탁입법과정에 대한 심층적인 연구를 전제로 한다.