

부동산 신탁에 있어서의 소유자

송 재 우*

目 次

I. 서론	III. 부동산신탁에 있어서의 소유자
II. 부동산신탁의 법제	IV. 결론

I. 서론

최근 각종 부동산 개발 혹은 관리 등의 업무에 있어서 토지소유자가 전문적인 부동산 신탁업자에게 부동산의 소유권을 신탁하고, 신탁업자가 신탁된 부동산을 이용하여 부동산을 개발하거나 관리, 처분하는 형태의 사업이 활발하다¹⁾. 그런데 위와 같은 부동산신탁의 당사자는 원 소유자인 위탁자와 부동산을 개발하거나 관리하는 부동산신탁업자와 같

■ 투고일자 : 2020년 5월 3일, 심사일자 : 2020년 5월 16일, 게재확정일자 : 2020년 5월 20일.

* 부산대학교 법학전문대학원 교수/변호사

1) 이와 같은 부동산신탁의 경우 2019년 기준으로 265조원 규모인데 이는 2018년 251조원 규모에서 전년대비 13.8% 증가한 것이다. 구체적인 신탁의 내용을 보면 부동산신탁중 담보신탁, 토지신탁, 관리신탁 혹은 처분신탁의 순서로 이용되고 있는 바, 2019년도 기준 금융권역별 신탁재산중 대표적인 경우인 담보신탁과 토지신탁의 규모를 보면 신탁업계는 193.5조원, 70.7조원 은행의 경우 49.2조원, 6천억원, 부동산신탁회사계는 144.2조원, 70.9조원의 규모이다. 금융감독원, 신탁관련통계, 2019. <http://www.fss.or.kr/fss/kr/bbs/list.jsp?bbsid=1366595458384&url=/fss/kr/1366595458384>,

은 수탁자로 구성되게 되는데 누구를 부동산의 소유자로 볼 것인지가 문제될 수 있는 바, 법원의 판례 혹은 행정청의 해석상 이와 관련하여 일률적으로 위탁자 혹은 수탁자로 해석하지 못하고 사례에 따라 위탁자로 보거나 수탁자로 해석하는 등 혼동을 보여주고 있다. 이러한 점에서 부동산 신탁에 있어서 소유자를 수탁자로 볼지, 혹은 위탁자로 볼 것인지, 원칙과 만약 예외가 인정되어야 한다면 어떠한 근거에 의하여 이를 인정하고, 또 이러한 원칙과 예외의 해석불일치에 관하여 어떤 조치가 가능할지 살펴보고자 한다.

II. 부동산신탁의 법제

1. 신탁법상 신탁재산의 독립성

신탁법²⁾상 신탁이란 위탁자(신탁을 설정하는 자)와 수탁자(신탁을 인수하는 자) 사이의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다고 규정하고 있다(신탁법 제2조).

신탁이 성립하기 위하여는 (i) 위탁자가 수탁자에게 재산권을 이전하거나 기타 처분을 하여야 하고, (ii) 수탁자로 하여금 재산권의 처분 혹은 관리를 하도록 하여야 한다는 두 가지 요건이 필요하다³⁾. 부동산의 경우 신탁등기는 어떠한 재산이 신탁재산임을 명시하여 수탁자 명의의 소유권이 신탁재산으로서 신탁의 설정취지에 따른 제한이 있음을 공시하는 등기로서 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기 자체와 구분된다⁴⁾.

신탁법상 중요원칙은 신탁재산은 위탁자 혹은 수탁자의 고유재산과 분리된 독자적인

2) 법률 제15022호, 2017. 10. 31. 타법개정 (2018. 11. 1. 시행).

3) 이러한 요건 이외에 신탁을 설정한다는 신탁설정의사가 그 요건으로 필요한 지에 대한 학설의 논의에 대하여는 정순섭, “신탁의 성립과 신탁설정의사”, 신탁법의 쟁점 제1권, 도서출판 소화, 2015, 188-197면.

4) 법원행정처, 부동산등기실무 (III), 사법행정물간행등록 32-9740019-000115-14, 2007, 12면.

재산으로서의 의의를 갖는다는 것이다.

(1) 위탁자로부터의 독립성

위탁자에 의하여 신탁재산이 수탁자로 이전되면 신탁재산은 위탁자의 고유재산과 분리하여 다루어지게 된다. 따라서 위탁자의 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다⁵⁾. 다만 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대하여 대항력을 보유한 권리를 보유하고 있는 경우 위탁자의 채권자는 신탁 후에도 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다. 위탁자의 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전된 후 위탁자의 파산이나 회생절차 개시 등의 사유가 발생한 경우 역시 위탁자의 신탁재산에 이와 같은 영향을 미칠 것인가와 관련하여서도 논의가 있으나⁶⁾, 이 역시 위탁자의 신탁재산에 영향을 미칠 수 없다고 보아야 할 것이다⁷⁾.

(2) 수탁자로부터의 독립성

수탁자의 채권자는 신탁재산에 대하여는 예외적인 경우⁸⁾를 제외하고는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없고, 이를 위반한 강제집행 등에 대하여 위탁자, 수익자나 수탁자는 이의를 제기할 수 있다(신탁법 제22조)⁹⁾. 또한 신탁재산은 수탁자의 파산이나 회생절차에 있어도 수탁자의 파산재단, 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 갖고 있는 채무자의 재산이나 개인회생재단을 구성하지 아니한다(신탁법 제24조).

2. 신탁의 본질 및 구조

(1) 신탁의 본질

신탁의 본질과 관련된 논쟁은 신탁에 있어서 주로 수익권과 그에 대응하는 수탁자의

5) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다545, 86다카2876 판결.

6) 이계정, 신탁의 기본법리에 관한 연구-본질과 독립재산성, 경인문화사, 2017, 309-316면.

7) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결.

8) 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리에 기한 경우에는 강제집행 등이 가능하다.

9) 대법원 2002. 12. 6. 자 2002마2754 결정.

권리의 성격이 무엇인가를 중심으로 다루어져 왔다¹⁰⁾. 종래 신탁행위를 재산권의 이전과 일정한 목적에 따른 관리처분이라는 두 가지 요소로 구분하여 재산권의 이전은 물권법적 효력이며, 일정한 관리처분은 채권법적 효력이 결합된 형태라고 설명하는 채권설이 통설적 견해였다. 채권설에 의하면 신탁에 따라 위탁자는 수탁자에게 단순히 신탁법상 인정되는 관리권이나 처분권만이 아닌 재산권을 완전히 이전하게 되는 것이고, 수탁자로서는 신탁재산의 관리처분에 대하여 채권적 제약을 받는 것에 그치는 것이고 이러한 구속력은 수익자가 수탁자에 대하여 채권적 청구권을 갖는 것으로 나타난다고 본다¹¹⁾. 이에 대하여 신탁을 위탁자가 신임관계에 기하여 수탁자의 인격을 차용하여 신탁재산에 대한 권리와 의무를 수탁자 명의로 귀속시키는 것으로 이해하여야 한다는 견해(사원권설)¹²⁾, 신탁법이 수익권이라는 새로운 유형의 물권을 창설한 것이라는 물권설, 신탁재산권을 관리권과 가치지배권으로 나누어 관리권은 수탁자에게, 가치지배권은 위탁자 혹은 수익자에게 귀속된다고 하는 가치지배권설 등의 대립이 있다¹³⁾. 기본적으로 민법의 체제에 부합하는 채권설이 타당하다고 본다¹⁴⁾. 그런데 채권설의 가장 기본적인 전제는 소유권의 완전한 이전이다. 수탁자의 소유권이 물권화된 수익권과 신탁관계에서 발생하는 신임의무에 의하여 내재적으로 제한을 받는 소유권이라고 하지만¹⁵⁾, 이러한 제약에도 불구하고 신탁재산의 소유권은 수탁자에게 완전히 이전되고 다만 그 행사에 있어서 일정한 제한 하에 수탁자가 소유권자로서의 지위를 보유하고 권리를 행사하는 것으로 보아야 한다.

(2) 신탁의 구조

신탁의 구조는 주로 과세제도와 관련하여 논의되었고 신탁도관론과 신탁실체론으로 구별된다¹⁶⁾.

신탁도관론에서는 신탁재산은 신탁을 통하여 발생한 소득을 수익자에게 분배해주는

10) 일본에서의 학설의 대립에 관하여는 新井 誠, 信託法[제4판]. 有斐閣, 2014, 40-58면.

11) 이계정, 전게서 110면.

12) 안성포, “신탁재산과 부가가치세의 납세의무자-조합재산과의 비교를 중심으로-”, 상사판례연구 제31집 제2권, 2018, 123면.

13) 이에 대한 자세한 논의는 이계정, 전게서, 116-129면.

14) 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, 신탁법의 쟁점 제1권, 도서출판 소화, 2015, 39면.

15) 이계정, 전게서 155면.

16) 김동수·마영민, “신탁의 법률문제” 신탁법의 쟁점 제2권, 도서출판 소화, 2015, 319면.

일종의 도관(conduit)이므로 위탁자 혹은 수익자가 여전히 신탁재산에 있어 자신의 관리, 운영을 실제적으로 행사할 수 있다고 본다¹⁷⁾.

반면 신탁실체론에서는 수탁자만이 신탁재산에 대한 소유자로서 권리를 행사하게 되고 위탁자 혹은 수익자는 신탁계약에 따라 정하여진 권리만을 보유할 뿐이므로 수탁자가 신탁의 취지에 반하는 운영을 하는 경우 신탁법 혹은 신탁계약상의 권리를 행사하여 수탁자를 견제할 수 있을 뿐이라고 본다¹⁸⁾. 신탁의 구조와 관련하여서는 세법상의 고유한 원칙과 관련되어 있으나 실질적 과세의 효율적 차원에서 신탁실체론이 맞다고 볼 것이다¹⁹⁾.

3. 부동산 신탁

부동산신탁이란 부동산을 소유한 자가 신탁을 통하여 신탁업자와 같은 수탁자에게 부동산의 소유권을 이전하고 수탁자인 신탁회사 등이 신탁 부동산을 관리, 개발, 처분하는 신탁제도를 말한다²⁰⁾.

이와 같은 부동산신탁의 유형에는 다음과 같은 것이 있다²¹⁾.

① 토지신탁(개발신탁)

토지신탁이란 토지 소유자인 위탁자가 토지를 수탁자에 신탁하고, 수탁자는 신탁계약에서 정한 바에 따라 건축물 건설, 임대·분양, 수탁자의 명의의 보존등기 및 수분양자에 대한 소유권 이전, 건물의 유지·관리 등 개발사업의 전 과정을 수행하고 그 관

17) 이진오, “신탁세제의 문제점과 개선방안에 관한 연구 - 신탁재산에 대한 체납처분 측면을 중심으로-”, 성균관법학 제25권 제4호, 2013. 12., 524면.

18) 최관수, “부동산신탁 규제에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 법학박사학위논문, 2015, 82면.

19) 이정민, “부동산개발 신탁 세제의 문제점과 개선방안 연구 - 실질과세원칙을 중심으로-”, 부동산 분석학회 학술발표논문집, 1999, 20면.

20) 방진영, “부동산신탁과 부가가치세 문제”, 조세법연구 제24권 제2호, 2018, 98면.

21) 신탁의 유형과 관련하여 신탁설정시 수탁자가 신탁의 대상이 되는 특정자산을 가지고 사업을 수행하도록 하는 신탁을 ‘사업형 신탁’이라고 하고, 이를 토지신탁(수탁자를 선임하여 토지 또는 건물을 신탁하고 이를 가지고 개발사업을 하게 하는 신탁으로 분양형 토지신탁과 임대형토지신탁으로 구분한다)과 특별법상의 사업신탁(특별법에 의해 수탁자가 토지 등의 자산을 위탁받아 관련 법률에서 정하는 사업을 하도록 하는 신탁)으로 설명하는 견해로는 이영경, 사업신탁의 법리, 경인문화사, 2019, 27-29면.

리·운영의 성과를 신탁수익으로 토지소유자(수익자)에게 교부하고 신탁회사는 수수료를 수취하는 방식으로 운영하는 신탁이다. 아래에서 열거하는 다른 유형의 신탁과 비교하여 토지신탁의 특징은 사업시행자의 지위를 수탁자인 신탁회사가 가진다는 점이라고 한다²²⁾.

② 담보신탁

담보신탁이란 위탁자가 특정 부동산을 수탁자에게 신탁을 하면 수탁자가 타 채권자에 우선하는 수익권증서를 발급·교부한 뒤 이 증서를 담보로 금융기관이 대출하여 주도록 하는 신탁방식으로, 수탁자는 수탁부동산의 담보가치가 유지·보전되도록 관리하고, 위탁자의 채무불이행시 채권금융기관의 환가요청에 따라 부동산을 처분하여 원리금을 상환하게 된다.

③ 관리신탁

관리신탁이란 수탁자가 위탁자를 대신하여 부동산에 대한 관리를 수행하는 신탁이다. 위탁자가 스스로 부동산을 전문적으로 관리할 능력이 되지 않는 경우 부동산에 관련된 복잡 다양한 권리의 보호와 전문적이고 효율적인 관리, 합리적인 운용을 통한 높은 운용수익 실현을 목적으로 전문적 수탁자에게 신탁하는 것이다.

관리신탁과 관련하여 특히 건축물의 분양에 관한 법률²³⁾(이하 '건축물분양법'이라고 한다)상 분양사업자가 사용승인 전에 선분양하고자 할 경우, 수탁자가 신탁부동산의 소유권을 보전·관리하여 분양받은 자를 보호하고 분양사업자(위탁자)의 채무불이행시 신탁부동산을 환가·처분하는 방법으로 수분양자를 보호하는 신탁을 분양관리신탁이라고 하는 데 분양관리신탁이 일반적인 관리신탁과 구분되는 것은 수탁자가 직접적인 사업시행자가 아니라는 점이다²⁴⁾.

④ 처분신탁

처분신탁이란 대형·고가의 부동산이나 권리관계가 복잡하여 처분하기에 어려움이

22) 인세환·서충원, “부동산신탁유형 및 신탁회사의 재무비율과 영업용손자본비율(NCR)과의 상관관계 분석”, 부동산학보 73.1., 2018, 50면.

23) 법률 제16484호, 2019. 8. 20. 일부개정(2020. 2. 21. 시행).

24) 최호석, 실무자를 위한 신탁법, 한국법학교육원, 2014, 52면.

있는 부동산 등을 대상으로 수탁자가 부동산소유자를 대신하여 실수요자를 찾아 효율적으로 처분 매각하여 주는 신탁으로 위탁자가 수탁자에게 신탁에 따라 토지의 소유권을 이전하면 수탁자가 이를 관리하면서 매수자에게 직접 매각한 후, 매각대금을 위탁자에게 교부하게 된다.

4. 부동산 관련 법령상 신탁이 특히 문제가 되는 경우

신탁법의 규정과 별도로 각종 부동산개발, 관리, 처분과 관련한 특별법령상 신탁이 문제가 되는 경우가 있다.

부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률²⁵⁾(이하 ‘부동산개발법’이라고 한다)상 토지소유자의 경우 등록사업자와 공동으로 부동산개발을 할 수 있도록 허용하면서 이 경우 해당 토지소유자는 토지의 소유권을 확보하도록 요구하고 있다.

건축물분양법상 건축물분양시 신탁업자와 신탁계약 및 대리사무계약을 체결하여 건축물을 분양하는 방식을 취하는 경우 건축물의 분양사업자가 건축할 대지의 소유권을 확보하도록 하고 있다²⁶⁾.

도시 및 환경정비법²⁷⁾(이하 ‘도시정비법’이라고 한다)은 토지소유로 구성된 조합을 구성하여 주거환경개선사업 등을 시행할 수 있도록 하고 있고 신탁업자가 사업시행자로 지정된 경우 ²⁸⁾ 토지소유자가 정비사업을 목적으로 신탁업자에게 신탁한 토지 또는 건축물에 대하여는 위탁자를 토지 등 소유자로 보도록 하고 있다(동법 제2조 제9호).

위와 같은 법령하에서 토지소유자가 토지신탁을 한 경우 토지소유자의 소유권 확보 문제가 야기될 수 있다.

또 도시개발법²⁹⁾상 사업시행자는 지정권자의 승인을 받아 신탁업자에게 신탁을 하

25) 법률 제16415호, 2019. 4. 30. 타법개정(2019. 11. 1. 시행).

26) 국토교통부, 2016년 건축물분양제도업무편람(‘건축물분양업무편람’), 16-17면 .

27) 법률 제17091호, 2020. 3. 24., 타법개정(2020. 3. 24. 시행).

28) 부동산신탁자가 정비사업법상 사업에 참가하는 방식은 부동산신탁자가 재개발조합 등과 공동으로 사업에 참여하는 공동사업시행자방식, 기왕의 정비사업조합으로부터 부동산신탁자가 시행자의 지위를 위임받아 정비사업을 수행하는 사업대행자방식 및 이에 부동산신탁업자가 조합을 대체하여 독자적인 사업시행자가 되는 지정개발자 방식으로 구분된다고 한다(서순성, 전계논문 11면).

29) 법률 제14795호 (2017. 4. 18. 개정, 2018. 4. 19. 시행).

여 도시개발사업을 시행할 수 있다(동법 제12조 제4항) 이 경우 토지 소유자들의 동의가 문제가 되는 경우가 있다(동법 제11조 등).

위에서 본 것처럼 부동산 관련 법령상 신탁재산의 소유자가 누구인지는 해당 법령상 부동산 소유권을 확보할 것을 요구하고 있거나 혹은 소유자의 동의 등 소유자로서의 지위를 전제로 한 권한행사가 이루어지는 경우 특히 문제가 된다.

Ⅲ. 부동산신탁에 있어서의 소유자

1. 검토사안

(1) 〈사안 1〉 (법제처 18-0620 해석사례, 2019. 2. 8)

A는 부동산신탁을 한 후 건축허가 신청 및 건축물 분양신고를 하였는데³⁰⁾, 신탁에 의하여 위탁자는 토지소유자 지위를 상실하므로 부동산개발법의 토지소유권 확보요건을 충족하지 못하게 된다는 지적이 있었다. 법제처는 부동산개발법 시행령 제7조 제1항 제1호에 따른 토지의 소유권 확보 여부는 해당 토지의 등기부상 소유자로서 그 토지에 대해 처분·관리권을 가지는 자인지 여부를 기준으로 결정하는 것이 타당하므로 위탁자인 토지소유자 즉 A는 토지의 소유권 확보 요건을 충족하지 못한다고 해석하였다.

(2) 〈사안 2〉 (법제처 18-0378 해석사례, 2018. 11. 2.)

B 주택조합은 주택건설사업을 시행함에 있어 주택건설대지의 소유권을 확보하기 위하여 해당 대지의 소유자인 C와 신탁계약을 체결하고, 신탁을 원인으로 한 소유권이전 등기를 마쳤다. 그런데 법제처는 수탁자는 신탁의 해지 및 신탁기간의 만료 등 신탁 관계의 종료 사유가 발생하면 그 소유권을 위탁자에게 다시 이전하여야 할 의무를 부담하게 되고 이 경우에는 수탁자가 등기부상 소유권을 상실함으로써 주택건설사업의 시행자로서의 지위 또한 상실할 가능성이 있으므로 주택건설대지의 수탁자를 주택건설사업을 안정적으로 수행할 수 있는 주체로 보기 어려우므로 신탁의 해지 등 신탁 관계의 종료에 따른 소유권 이전 의무의 발생이 예정된 수탁자를 주택건설대지의 소유권을 확보

30) 당시 해당구청이 건축허가신청을 수리한 근거는 건축물분양업무편람에 기한 것이었다.

한 자로 볼 수 없다고 해석하였다.

3) <사안 1>과 <사안 2>는 관련 법령이 다르기는 하지만 서로 그 소유자를 수탁자와 위탁자로 달리 해석하고 있다. 신탁이라는 제도를 이용하여 신탁을 한 경우 소유자인지 여부는 신탁법에 따라 일의적으로 규정될 것이지 개별법령의 입법목적에 따라 법령별로 혹은 조문별로 소유자를 달리 보는 것은 법령의 일률적 해석의 취지에 반하는 것이라고 할 것이다. 게다가 국토교통부측에서는 건축물분양업무와 관련하여서는 위탁자를 소유자로 처리하도록 하면서, 부동산개발법에 대한 해석에 있어서는 수탁자를 소유자로 보는 등 하나의 소관 부서의 해석이 그때그때 달라졌다는 비평을 면하기 어렵다³¹⁾.

2. 수탁자를 소유자로 보는 입장 (원칙적 해석)

부동산의 신탁에 있어서 수탁자를 소유자로 보는 견해이다³²⁾. 부동산을 신탁하는 경우 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 신탁기간의 만료 등 신탁종료의 사유가 발생하더라도, 수탁자가 수익자나 위탁자에게 목적부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하게 됨에 불과할 뿐 신탁부동산의 소유권도 수익자나 위탁자에게 복귀된다고 볼 수는 없다고 한다. 법원 판례의 주된 입장이기도 하다³³⁾.

행정청의 해석에 있어서 수탁자를 소유자로 해석한 행정해석은 아래와 같다.

① 법제처 12-0284 해석사례 (2013. 8. 21.)

지역주택조합이 신탁법에 따라 금융기관을 수익자로 하여 대지를 부동산신탁회사에

31) 당시 국토교통부내에서는 위탁자를 소유자로 볼 수 있다는 견해와 수탁자를 소유자로 볼 수 있다는 견해가 대립하였는데, 부동산개발법의 경우 일단 과거 법제처 유권해석에 따라 수탁자를 소유자로 보아야 한다는 견해를 취하였으나, 규제완화의 효과 등을 고려하여 위탁자를 소유자로 보아도 이를 받아들일 수 있다는 입장을 보인 바 있다.

32) 법무법인 지평 건설부동산팀, 부동산PF 개발사업, 박영사, 2016, 159면, 김상명, “부동산담보신탁에서 위탁자인 채무자가 도산하는 경우의 취급”, 법과 정책(청주대학교) 제24집 제2호, 2018, 32면.

33) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2014두36266 판결, 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다54276 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460판결, 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119, 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결 등.

담보신탁을 하고 지역주택조합이 주택사업건설사업계획의 승인을 신청한 경우 신탁재산에 관하여는 수탁자만이 배타적인 처분관리권을 가지므로 위탁자인 지역주택조합은 소유권을 확보하고 있는 것으로 볼 수 없다고 하였다.

② 법제처 16-0509 해석사례 (2016. 11. 21.)

건축법에서는 분양을 목적으로 하는 공동주택의 건축허가를 받으려는 자는 해당 대지의 소유권을 확보토록 하고 있는데, 건축주가 해당 대지를 신탁회사에 담보신탁했다면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전하게 되므로 위탁자인 건축주는 소유권을 확보했다고 보기 어렵다고 하였다.

3. 위탁자를 소유자로 보는 입장 (예외적 해석)

위에서 본 바와 같이 수탁자를 소유자로 보는 것이 신탁법에 따른 일반적 해석이다. 그런데 법원은 신탁법에 의한 신탁재산의 소유권이 대내외적으로 수탁자에게 완전히 귀속된다는 입장을 취하면서도 경우에 따라 그 권리관계의 해석에 있어서 반드시 수탁자의 고유재산과 같이 해석하여야만 하는 것은 아니라는 입장에서 소유자를 부동산개발사업 등에 따른 이익과 비용이 최종적으로 귀속되는 위탁자로 보는 것이 타당할 수도 있다고 해석하고 있다³⁴⁾.

행정해석의 경우에도 위탁자를 소유자로 해석한 경우가 있다.

① 법제처 06-0393 해석사례 (2007. 2. 9.)

도시개발법에서는 개발계획의 수립 등 시 일정 수 이상 토지소유자의 동의를 받도록 하고 있는데, 이는 개발사업 이해관계자의 의견을 반영하기 위한 것이므로 그 소유자는 개발사업에 따른 이익과 비용이 최종적으로 귀속되는 자를 의미하고 담보목적 신탁의 경우 위탁자인 채무자가 채무를 이행하면 신탁이 종료되므로 그 이익과 비용의 최종적 귀속자는 위탁자로 보아야 한다고 하였다.

② 법제처 11-0329 해석 사례 (2011. 8. 19.)

산지관리법령에서 자기 소유 산지에 대해 단독주택 축조 목적 산지전용을 허용한 것은 산지소유자의 재산권 향유를 보장하기 위한 것이므로 소유자는 산지전용에 따른 이

34) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두15262 판결: 최돈호, 도시 및 주거환경정비법(재개발, 재건축, 신탁의 등기, 공동주택의 리모델링), 법률출판사, 2016, 277면.

익과 비용이 최종적으로 귀속되는 자를 의미하는데, 담보신탁은 담보물권과 유사한 것으로 그 이익과 비용의 최종적 귀속자는 위탁자를 말한다고 보아야 하므로 위탁자를 산지의 소유자로 볼 수 있다고 한다.

4. 부동산 신탁의 소유자에 대한 해석의 문제점

신탁이란 재산권의 이전을 필수적인 요소로 하고 있고 수탁자는 선관주의의무 및 충실의무를 다하여 수익자의 이익을 위하여 신탁의 취지에 따른 사무를 처리할 의무만을 부담하는 것이라고 할 것이어서 법률적으로는 수탁자를 신탁재산에 있어 소유자로 보는 것이 타당하다³⁵⁾.

그럼에도 불구하고 위탁자를 소유자로 보는 경우가 발생하는 것은 입법적으로 무언가 불합리하다고 하는 상황을 해결하기 위한 경우도 있지만 위탁자에게 여전히 어떠한 권한이 유보되어 있다고 전제하기 때문이다. 즉, 신탁에 있어서 신탁재산은 법률적, 형식적으로는 수탁자의 재산으로 귀속되어 있으나 경제적, 실질적으로는 위탁자(혹은 수익자)에게 귀속되어 있는 소위 “이중의 소유권”으로서의 성격을 가지고 있다고 보아³⁶⁾ 이러한 이중적 성격을 전제로 위탁자에게 여전히 소유권자로서의 지위나 권한행사를 인정하려는 것이 아닌가 한다³⁷⁾. 그러나 해석론으로서는 차치하고 신탁법 등 관련 법령상 이와 같은 형식적 소유권 내지 실질적 소유권을 분리하여 별도로 고찰하는 것은 아무런 근거가 없는 것이라고 할 수 있다.

35) 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결.

36) 최관수, 전계논문, 8면.

37) 이러한 견해를 취한 하급심판례로는 서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012누4670 판결. 다만 서울고등법원 2012누4670판결은 상급심(대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결)에서 “신탁법상 신탁계약이 이루어져 수탁자 앞으로 부동산의 소유권이전등기가 마쳐지면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자는 신탁의 목적에 따라 신탁재산인 부동산을 관리·처분할 수 있는 권능을 갖게 되고 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁재산을 관리·처분하여야 하는 신탁계약상의 의무만을 부담하며 위탁자와의 내부관계에 있어서 부동산의 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것이 아니므로, 신탁법에 따른 신탁등기가 마쳐지지 아니한 경우 신탁재산인 부동산에 관한 사실상의 소유자는 수탁자로 보아야 한다”는 취지로 파기되었다.

5. 위탁자를 소유자로 보는 견해에 대한 비판

(1) 위탁자를 소유자로 본 판례 검토

위탁자를 소유자로 볼 수 있다는 대표적인 사안인 위 대법원 2013두15262 판결에서는 크게 두 가지 이유를 들고 있다. 첫째는 특정한 사업의 수행에 있어 해당 신탁의 취지를 엄두에 둔 위탁자의 의사가 반영될 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 그러나 위탁자의 의사가 반영될 수 있도록 하기 위하여 신탁법상의 소유자 개념을 달리 해석하는 것은 본말이 전도된 것이라고 하지 않을 수 없다. 위탁자의 의사는 수탁자와의 신탁약정 등에 의하여 신탁재산의 개발, 관리 등에 반영될 뿐이고 위탁자와 수탁자의 신탁관계에 있어 수탁자가 위탁자의 이익을 저해하고 위탁자의 의사를 충분히 반영하지 못하는 경우에는 신탁관계를 해지하는 등의 조치에 의하여 실현되어야 하는 것이지 위탁자의 의사를 반영하기 위하여 소유자의 지위가 위탁자에게 인정되어야 한다는 해석을 하는 것은 무리라고 할 것이다.

둘째 신탁재산은 수탁자의 고유재산과 구분하여 권리의무관계를 규정하고 있으므로 신탁재산이 수탁자의 소유에 속한다고 하더라도 신탁재산과의 권리관계를 수탁자의 고유재산과 같이 취급할 수 없다는 것이다. 그러나 신탁의 본질에 관하여 보았듯이 신탁재산에 관한 관리처분의 내재적 한계와 소유권의 이전이라는 것은 전혀 별개의 문제인 것이다. 따라서 관리처분권 자체가 내재적으로 한계를 가진다는 것은 소유권 자체의 귀속에 있어서는 달리 보아야 할 이유는 되지 못한다.

다만 위 2013두15262판결의 사안은 도시정비법의 2016. 3. 2. 개정³⁸⁾으로 입법적으로 일응 해결되었다³⁹⁾. 그러나 문제는 이와 같은 명시적인 규정이 없었을 당시 이미 법원은 도시정비법상 위탁자에게 소유권자의 지위를 인정할 수 있다고 해석하였고, 또한 현재에 있어서도 행정기관 등이 다른 법령의 해석과 관련하여 도시정비법과 같은 규정이 없음에도 불구하고 위탁자에게 여전히 소유권이 있다고 해석하고 있다는 점이다.

38) 구 도시정비법 (법률 제13508호, 2015. 9. 1. 개정, 시행 2016. 3. 2.).

39) 해당 조항의 신설이유에 대하여는 잘 알 수 없다. 이원영 대표발의의 도시정비법 일부개정법률안(의안번호 127121, 발의연월일 2014. 11. 27.)에 의하면 신탁업자의 정비사업 참여를 증대시키기 위하여 “신탁업자의 사업시행자 지정사유를 확대하고 신탁업자가 사업시행자로 정비사업에 참여할 경우 필요한 관련 조항을 정비하여 정비사업의 활성화를 촉진하려” 한다고 되었으나 정작 대안발의되어 결의된 도시정비법개정안은 별다른 설명없이 2015. 9. 1. 법률 제13508호로 개정되어 2016. 3. 2. 시행되었다.

나아가 위 대법원 2013두15262판결의 제1심판결⁴⁰⁾에서는 비교적 대법원 판결보다 근거를 자세히 설시하였는 바, 이에 대하여 살펴보기로 한다.

① 신탁회사는 선량한 관리자의 주의로서 신탁재산을 관리하는 자에 불과하므로 토지 소유자가 토지를 신탁회사에 신탁한 경우에는 정비사업에 따른 이익과 비용이 최종적으로 귀속되는 위탁자를 기준으로 하는 것이 합리적이다.

그러나 현행과 같은 입법적 근거가 없는 상태에서 이익과 비용이 최종적으로 귀속되는 주체를 기준으로 소유자를 정한다는 것은 신탁법에 명정된 사항과 배치된다고 하겠다. 또한 이익과 비용의 최종적 귀속자를 반드시 위탁자로 보아야 하는 것도 아님은 위 서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012누4670 판결 및 그 상급심 판결의 경우에서 이미 살펴 본 바 있다. 주택재개발과 관련하여서도 토지의 원소유자 이외에 토지를 신탁받은 수탁자가 법률상 완전한 소유자로서 단독으로 주택재개발사업의 시행자가 된다고 보아야 한다고 보고 있는 바⁴¹⁾, 의견 반영의 필요성이 있다는 근거만으로는 소유자를 위탁자로 볼 충분한 이유가 되지 못한다.

② 다수의 토지 소유자가 동일한 신탁회사에 부동산을 신탁한 경우 토지 소유자 사이에서 정비사업의 시행에 대한 동의의사를 달리한다면, 전체적으로 1개의 동의권만을 행사하여야 하는 신탁회사로서는 결국 어느 일방의 토지 소유자의 의사에 반하는 동의권을 행사할 수밖에 없는 불합리한 결과가 초래된다고 한다⁴²⁾.

하지만 다수의 토지 소유자 사이의 이해관계의 충돌에 있어서 수탁자가 되는 신탁업자는 전문적인 신탁업무를 처리하는 자라는 점에서 신탁의 취지에 비추어 공평하고 중립적인 지위에서 그 이해관계나 권리를 조정하여 원활하게 사업을 운영하여 나가라는 차원에서 이는 신탁회사의 업무 진행에 맡기는 것이 타당하다고 할 것이다⁴³⁾.

40) 서울행정법원 2012. 5. 18. 선고 2011구합37718 판결.

41) 김종서·장희순, “주택재개발사업에 신탁방식의 적용가능성”, 부동산학보 43, 2010, 297면.

42) 이와 같은 해석은 도시정비법시행령 (대통령령 제30423호, 2020. 2. 18. 개정시행) 제33조에서 1인이 다수 필지의 토지 또는 건축물을 소유하고 있는 경우 필지나 건축물 수의 관계없이 토지 등 소유자를 1인으로 산정하도록 하고 있는 것에서 유래한 것이다. 다만 현행법상으로는 위에서 본 것처럼 토지의 신탁전 소유자인 위탁자를 소유자로 보고 있다.

43) 김중환·박환용, “토지신탁과 부동산개발금융을 결합한 주택공급방안연구”, 도시행정학보 22집 3호, 2009, 206면; 三菱UFJ信託銀行, 信託の法務と實務 [5訂版], 社團法人 金融財政事情研究

신탁법은 수익자가 여럿인 신탁에서는 수익자의 의사는 수익자 전원의 동의에 의하여야 하지만 다만 달리 신탁행위에서 정할 수 있도록 하고 있는바(신탁법 제71조), 위 규정의 입법근거는 수익자가 다수인 경우 복잡한 법률관계를 간명하게 하여 대규모 신탁설정 역시 원활하게 하기 위하여 입법된 것이라고 설명되고 있다⁴⁴⁾. 그렇다면 그와 같은 입법 취지에 따라 신탁에 따른 동의권 행사관계는 신탁계약 등에서 별도로 정하는 것이 옳을 것이다. 아울러 신탁이라는 것이 위탁자가 신탁의 취지에 맞추어 수탁자에게 자신의 재산을 이전함으로써 위탁자의 신탁재산에 대한 임의처분을 제한하는 법률관계로서 정비사업과 같이 위탁자가 다수인 경우 토지 등 소유자등의 관리가 용이하게 된다는 장점이 있는 바, 이러한 장점을 살리는 취지로 운영되어야 할 것이지⁴⁵⁾, 동의권 수를 이유로 신탁법상의 소유권 귀속에 대한 해석을 달리하기는 근거가 부족하다고 할 것이다.

③ 담보신탁회사를 토지소유자로서 도시환경정비사업의 사업시행자라고 가정하면, 담보신탁관계 종료시 등기부상 소유자 명의가 위탁자에게로 환원되어 담보신탁회사가 신탁회사의 사업시행주체로서의 지위를 상실할 가능성이 있으므로, 담보신탁회사가 도시정비사업을 안정적으로 수행할 수 있는 주체라고 보기는 어렵다고 한다. 그러나 이러한 문제 역시 지엽적인 문제에 불과하다. 신탁이라는 것은 언제든지 일정한 사유가 있는 경우 종료될 수 있는 것이다. 만약 신탁이라는 것이 종료되어 사업시행자로서의 지위가 상실될 우려가 있다는 이유만으로 안정적 사업주체가 아니니 소유자로 볼 수 없다는 것은 신탁방식에 의한 사업시행을 인정할지 그 자체에 대하여 의문을 가져야 하는 것이다. 이는 신탁행위 혹은 신탁의 종료에 따른 신탁계약과 신탁법에 따라 해결될 문제에 불과하다.

④ 도시정비법 상 사업시행에 있어서 토지등소유자는 자치적 운영규약을 정할 수 있는 바, 위탁자들이 토지 소유자의 수 산정과 의결권의 행사 및 토지소유자의 자격은 위탁자를 기준으로 한다고 정하였다면 이에 따라 위탁자를 소유자로 보아야 한다는 것

會, 2003.

44) 오창석, “개정신탁법이 실무에 미치는 영향”, BFL(서울대학교 금융법센터) 제39호, 2010, 74면.

45) 서순성, “부동산신탁의 과세제도에 관한 연구-신탁방식 정비사업을 중심으로-”, 성균관대학교 박사학위논문, 2018, 17면.

이다. 하지만 우선 해당 규약이 신탁법상의 소유자가 위탁자로 정하였는지 자체가 의문이다. 단순히 동의 요건 등과 관련하여서는 토지 등 소유자의 수를 산정함에 있어서 위탁자를 기준으로 한다고 해석하여도 무방하였을 규약임에도 더 나아가 소유권의 귀속자체가 위탁자라고 약정하였다고 인정한 것이라고 볼 수 있다. 신탁법에 의한 신탁등기 및 신탁에 따른 소유권이전등기는 신탁재산인 부동산의 소유권을 위탁자에게 완전하게 이전하고자 하는 것이므로 단순히 토지소유자가 자치적으로 정하여 운영하는 규약에 의하여 신탁에 따른 소유권이전의 효과를 제한할 수 있다는 것은 아니며 이는 물권법정주의에도 반하는 해석이다.

법원은 신탁등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있다면 수탁자는 이로써 제3자에게 대항할 수 있다거나⁴⁶⁾ 혹은 수탁자가 위탁자와의 약정으로 신탁이 종료한 때 신탁 재산에 부대하는 채무는 수익자가 변제하여야 한다는 신탁조항이 신탁원부에 기재되어 있는 경우 이에 반하는 청구는 할 수 없다⁴⁷⁾고 하고 있다. 그러나 신탁 당사자들 사이의 신탁계약 내용이 신탁의 본질이나 수탁자의 기본적 의무에 반하는 경우에는 제3자에 대한 대항력을 부여할 수 없으므로 신탁법상 신탁행위로 달리 정할 수 있는 사항 내지 임의규정에 한정하여 적용되는 것으로 축소해석하여야 한다⁴⁸⁾. 따라서 임의적 규정이 등기된 것으로 볼 수 있는 경우 그 효력을 인정할 여지는 있다고 하더라도 이에 근거하여 소유권의 귀속까지 결정할 수 있는 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

(2) 기타 법리에 따른 위탁자소유자설 인정 가능 여부

신탁법에 따라 이루어진 신탁재산의 소유자를 위탁자로 볼 수 있다는 근거를 위 판례의 논거와 다른 법리에 따라 굳이 고려하여 본다면 다음과 같은 근거를 생각하여 볼 수 있을 것이다.

46) 대법원 2015. 5. 9. 선고 2012다13590 판결: 그러나 이에 대하여 신탁재산에 대한 관리비는 신탁재산에 부과된 부담이므로 신탁원부의 내용 중 신탁재산에 대한 집합건물의 관리비를 위탁자가 부담했다는 규정을 두는 경우에도 소유권을 완전히 이전받은 수탁자가 부담해야 한다는 비판적 견해로는 김대현, “주택건축사업에서 신탁등기의 문제점”, 토지법학 제34권 제1호, 2018, 171면.

47) 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다736 판결.

48) 오상민, “부동산 신탁실무에서 개정 신탁법 적용의 한계”, 상사법연구 제36권 제4호, 2018, 226면.

1) 동업관계에 기한 근거 가능 여부

부동산신탁에 있어서 위탁자와 수탁자 사이에 민법상 조합 혹은 상법상 익명조합의 형태로 일종의 공동사업관계가 형성되는 경우 외형상 수탁자가 소유자라고 하여도 위탁자가 소유자로서의 자신의 권리를 행사할 수 있다고 해석하여 볼 수 있을 것이다.

그런데 민법상 조합의 경우에는 조합재산은 합유의 형태로 조합원이 소유하는 것으로 되어 있다(민법 제704조)⁴⁹⁾. 따라서 조합인 경우에는 위탁자도 소유자이므로 소유자로서 권리를 인정할 수 있지만, 신탁의 경우와 같이 수탁자에게 원칙적으로 재산권이 귀속되고 그 등기의 형태도 합유등기가 아니라 신탁등기와 함께 소유권이전등기의 방식으로 이루어지므로 위탁자가 합유자임을 전제로 권리를 보유한다고 할 수 없다.

상법상 익명조합의 경우 익명조합원이 출자한 재산은 법적으로 운영자에게 귀속된다는 점⁵⁰⁾ 및 운영자만이 업무집행을 할 수 있고, 익명조합원은 익명조합을 위하여 업무집행을 할 수 없다는 점에 있어서는 부동산신탁과 유사하다. 그러나 익명조합은 영업이익의 분배를 본질적 요소로 하고 있으므로⁵¹⁾ 부동산신탁처럼 수탁자가 위탁자 혹은 수익자와 함께 해당 사업의 이익을 취하고 손실을 부담하지 않는 구조 하에서는 이를 익명조합이라고 보기는 어렵다⁵²⁾.

2) 위임계약에 따른 근거 가능 여부

위임계약에 있어서도 위임자와 수임자의 권한에 있어서는 경합관계가 성립하고 수임인에 대한 위임이 있더라도 위임인의 권한이 소멸되는 것이 아니며⁵³⁾ 위임인의 지시가 있는 경우에는 우선적으로 위임인의 지시에 따라야 한다⁵⁴⁾. 신탁의 경우에도 위임인에 해당하는 위탁자의 지시가 있는 경우 수탁자는 이에 응하여야 하고, 이러한 범위 내에서 위탁자의 의사를 확인하여야 한다고 볼 수 있다. 그러나 위임에 있어서는 수임인에게 보수나 비용을 지급하는 것 이외에 소유권을 반드시 이전하여야 하는 것은 아니므로 본질적으로는 차이가 있다. 또한 신탁에 있어서 수탁자에 대하여 위탁자가 신탁의 취지

49) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다44471 판결.

50) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도5014 판결.

51) 송옥렬, 상법강의(제8판), 홍문사, 2018, 143면 : 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다650 판결.

52) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결.

53) 新井 誠, 전제서, 108면.

54) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다48412 판결.

에 따라 지시를 할 여지는 있지만 직접 신탁재산에 관한 여하한 관리 처분을 할 수 없으며⁵⁵⁾ 아울러 수탁자가 이에 반하는 행위를 한 경우 신탁을 해지하는 등의 조치는 취할 수 있지만 수탁자의 행위는 여전히 고유의 권한에 의하여 이루어지므로 그 효력을 부인할 수 없다.

3) 임치계약에 따른 근거 가능 여부

임치계약에 있어서는 임치인의 의사에 의하여 수치인이 그 물건을 보관하여야 하고, 그러한 점에서 신탁의 경우에도 위탁자가 임치인으로서 소유권을 행사하는 것을 인정할 수 있다고 볼 수도 있다. 하지만 임치에 있어서는 소비임치를 제외하고는 임치물의 소유권이 수치인에게 이전되는 것은 아니며 소비임치의 경우는 대체물만이 그 적용대상이 되므로 신탁에 있어 적용되기 어렵다.

4) 간접대리규정에 의한 근거 가능 여부

간접대리의 경우에는 대리인이 자기의 이름으로 법률행위를 하고 그 효과도 간접대리인에게 발생한다⁵⁶⁾. 간접대리의 대표적인 경우는 위탁매매인데 위탁매매인은 매매로 인하여 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담하지만 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 물건은 일정한 범위 내에서는 위탁물은 여전히 위탁자의 소유로 보게 된다⁵⁷⁾. 그런데 일반적으로 위탁매매에 있어서 목적물의 소유권이 위탁매매인에게 이전되는 경우를 상정하여 본다면 신탁행위에 기하여 수탁자가 그 목적물을 제3자에게 매각하는 의무를 부담하는 것과 매우 유사하다고 볼 수 있다⁵⁸⁾.

과거 대법원은 신탁관계에 있어서 자익신탁의 경우에는 그 유형이 위탁매매와 유사하므로 사업자 및 부가가치세 납세의무자는 위탁자로 보기도 하였지만⁵⁹⁾, 대법원 전원합의체 판결은 위와 같은 해석을 뒤집고 신탁재산의 관리처분 등으로 발생한 이익이 위탁자나 수익자에게 최종적으로 귀속된다고 하더라도 수탁자를 부가가치세의 납세의무자로 보아야 한다고 해석을 변경하였는바⁶⁰⁾, 따라서 간접대리규정과 같이 귀속이익의

55) 三菱UFJ信託銀行, 전게서, 9면.

56) 지원립, 제11판 민법강의, 홍문사, 2013, 280면.

57) 송옥렬, 전게서, 166면.

58) 道垣內 弘人, 條解 信託法, 弘文堂, 2017, 24면.

59) 2008. 12. 24. 선고 2006두8372판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290 판결.

60) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 판결.

주체라는 점에 기하여 위탁자를 소유자로 보기도 어렵다.

5) 등기처리와 관련한 근거 가능 여부

신탁등기의 효력은 대항력에 불과하므로 위탁자를 여전히 소유자로 볼 수 있는 여지가 있다고 볼 수도 있다. 하지만 등기실무에 있어서 신탁을 위해서 위탁자와 수탁자는 공동으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기를 신청하여야 한다(부동산등기규칙⁶¹⁾ 제139조 제1항). 만약 신탁등기만을 신청하거나 혹은 신탁임에도 불구하고 소유권이전등기만을 신청한 경우에는 이를 각하하게 된다⁶²⁾. 즉 신탁의 경우 신탁등기 이외에 현실적으로 소유권이전등기 등의 권리설정 내지 이전등기가 경료되는 바, 그와 같은 소유권이전등기의 효력을 제한적으로 해석하여 위탁자에게 여전히 권리가 남아있다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

6) 신탁의 유형에 따른 근거 가능 여부

신탁의 유형별로 토지신탁의 경우에는 수탁자가 소유권을 보유하나, 그 외 관리신탁, 담보신탁, 처분신탁인 경우에는 위탁자가 소유권을 보유한다는 견해도 있다⁶³⁾. 하지만 신탁의 유형별로 나누어 신탁법이 이를 규율하고 있지 않고 있어 신탁의 유형을 나누어 소유권 귀속에 관한 해석을 달리하기란 어려울 뿐 아니라 경우에 따라 신탁의 유형에 있어서도 다양한 유형의 신탁이 혼재되어 있는 실상에 비추어 이 또한 받아들이기 어렵다.

7) 신탁계약의 이중성에 따른 근거 가능 여부

신탁재산은 형식적으로는 수탁자 명의로 이전하게 되지만 실질적으로는 여전히 위탁자의 재산이고 수탁자로서는 신탁의 취지에 따라 관리권을 갖는 것이므로 소유권의 이중관계가 형성된다고 보는 입장⁶⁴⁾에 비추어 보면 위탁자에게 소유자로서의 지위 혹은 권한 행사를 인정할 수 있다는 것이다.

물론 형식적으로 소유권의 명의를 수탁자에게 이전하고 신탁재산에 관한 실질적인

61) 대법원규칙 제2801호 2018. 8. 31. 개정 2019. 1. 1. 시행.

62) 부동산등기법 제29조 제5호의 신청정보의 제공이 대법원규칙으로 정한 방식에 맞지 아니한 경우에 해당한다. 신탁등기사무처리에 관한 예규 (대법원예규 제1501호, 2013. 9. 10.).

63) 최관수, 전계논문, 100면.

64) 법률연구회, (신) 부동산 신탁법 실무, 법률정보센터, 2015, 119면.

권한을 전부 위탁자에게 유보되어 있는 극단적인 경우도 있을 수 있겠지만⁶⁵⁾ 이와 같은 극단적인 경우는 통상적인 신탁의 실제 현상에 부합하지 않으며 경우에 따라서는 신탁의 취지에 반하는 것으로 해석될 여지도 있다. 위탁자는 수탁자에 대하여는 신탁에 관한 지시는 할 수 있지만 스스로는 신탁재산상의 권리를 행사할 수 없다는 것이 기본 전제이기 때문이다⁶⁶⁾.

소위 수동신탁⁶⁷⁾의 경우 공시와 대항요건이 갖추어진 이상 신탁행위로서 수탁자의 권한에 대하여 상당한 제약을 둔다고 하여도 거래의 안정이라는 측면에서 유효하다고 보고 있는 견해⁶⁸⁾도 있지만, 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 신탁재산의 소유권을 이전하여 수탁자로 하여금 신탁의 취지에 따라 이를 관리·처분하게 하는 것이어서, 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되고 수탁자는 신탁의 취지 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하므로, 신탁재산에 관하여는 수탁자만이 배타적인 처분·관리권을 갖는다고 할 것이고, 위탁자가 수탁자의 신탁재산에 대한 처분·관리권을 공동행사하거나 수탁자가 단독으로 처분·관리를 할 수 없도록 실질적인 제한을 가하는 것은 신탁법의 취지나 신탁의 본질에 반하는 것이라고 볼 것이라고 이에 반하는 해석을 하는 경우도 있다⁶⁹⁾. 수탁자의 신탁재산의 실질적 관리처분권의 제한이 극도로 이루어지지 않는다면, 즉 실질적 관리처분권이 어느 정도 수탁자에게 있음을 인정할 수 있다면 그 범위 내에서는 수동신탁을 인정할 여지는 있지만⁷⁰⁾ 신탁이 이루어진 이상 수탁자의 권리행사를 아예 형해화하거나 혹은 위탁자에게 소유권자의 지위를 전적으로 인정하는 것이 신탁 자체의 본질을 침해할 수 있는 해석이 될 수 있다.

(3) 소결론

따라서 위탁자를 소유자로 보아야 한다고 한 판례나 행정해석의 경우 뚜렷한 근거가

65) 新井 誠, 전거서, 345면.

66) 최관수, 전거논문, 7면.

67) 수탁자가 신탁재산을 어떻게 관리할 지에 대한 권한을 갖지 못하고 위탁자 혹은 수익자의 지시나 명령을 받아 신탁재산을 관리처분하는 신탁을 말한다. 수동신탁의 개념에 대하여는 임채웅, “수동신탁 및 수탁자의 권한제한에 관한 연구”, 법조 제614호, 2017, 10-28면.

68) 신영수·윤소연, “부동산신탁의 쟁점”. BFL(서울대학교 금융법센터), 2013, 59면.

69) 대법원 2003. 1. 27. 자 2000마2997 결정, 대법원 1979. 1. 16. 선고 78누396 판결.

70) 한민·박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL(서울대학교 금융법센터) 17호, 2006, 27면.

있다고 보기 어렵고 단순히 입법상의 불비 혹은 현실적인 문제 해결의 필요에 의하여 소유권의 귀속에 관한 문제에 접근한 것이라고 볼 수 있다.

이와 같이 명시적 소유권 귀속의 원칙에도 불구하고 소유권의 귀속 여부를 임의적으로 판단한다면 실무적으로도 문제가 발생한다. 부동산재개발등 각종 부동산 관련 사업에 있어서 신탁제도를 사용하는 것은 사업자금의 원활한 조달, 조합의 부조리 감소, 투명한 사업집행, 사업비의 절감 및 사업이익의 증대를 기대할 수 있어⁷¹⁾ 향후 더욱 이를 이용할 필요가 있는데 경우에 따라 기준 없이 위탁자에게 소유권이 있는 것으로 본다면 이러한 해석의 비일관성은 원활한 신탁의 활용을 저해할 우려가 있다고 할 것이다⁷²⁾.

6. 신탁재산의 소유권 귀속

부동산신탁에 있어서는 대내외적인 소유권이 수탁자에게 완전히 이전한다. 이것이 법원의 주된 판례의 입장이고 타당한 해석이다. 개발이익환수와 관련하여 법원은 다른 기왕의 판례와 마찬가지로 일관되게 개발부담금 납부의무자로서의 사업시행자는 특별한 사정이 없는 한 개발사업의 시행으로 불로소득적 개발이익을 얻게 되는 토지 소유자인 사업시행자를 말하고, 원토지소유자인 사업시행자가 부동산 신탁회사에 이를 신탁하였다면 부동산신탁회사인 수탁자가 개발부담금의 납부의무자라고 보고 있다⁷³⁾. 또 취득세의 경우에도 신탁으로 수탁자에게 소유권이 이전된 토지에 대하여는 지목의 변경으로 인한 취득세 납세의무자는 수탁자로 봄이 타당하고, 위탁자가 토지의 지목을 사실상 변경하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다⁷⁴⁾고 하고 있다. 그런데 만약 개별적 사정을 고려하여 뚜렷한 근거 없이 예외적으로 위탁자를 소유자로 인정한다면 전체적인 법해석의 조화에 지장을 가져오는 것이라고 하지 않을 수 없다.

신탁에 따라 수탁자에게 소유권이 이전된다고 하여도 위탁자가 신탁재산에 대한 권

71) 김종서·장희순, 전계논문 302면.

72) 부동산개발에 있어 건축주가 신탁업자에게 건축대지의 소유 명의를 신탁하고 건축대지에 관하여 담보신탁을 하고자 하는 경우 토지소유자와 건축주가 달라지게 되어 대출이 어렵게 되는 경우가 발생하는 데, 부동산개발자금조달이라는 점에서 기왕의 담보제도와 유사함에도 불구하고 이러한 경우 신탁을 유지하지 못하는 등의 문제가 발생하게 된다는 지적도 있다. 정다희, “부동산신탁제도의 법적 개선에 관한 연구-유형과 효용성을 중심으로”, 원광법학 제34권 제3호, 2018, 98면.

73) 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013두14696 판결.

74) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두2395 판결.

리를 상실하는 것은 아니며 여전히 권리를 보유한다는 견해도 있지만⁷⁵⁾ 이러한 견해에 의하여도 그 유보된 권리는 신탁법상의 강제집행에 대한 이의제기권, 서류의 열람이나 복사 등의 청구권, 신탁위반의 법률행위의 취소권, 수탁자에 대한 유지청구권 등의 신탁의 취지를 유지하고 확보하는 차원의 권리이지 수탁자에게 이전된 소유권자로서의 지위를 행사하는 것은 아니다.

소유자로서의 지위나 권리 행사를 수탁자의 것과 위탁자의 것으로 분리할 수는 없는 것이다⁷⁶⁾. 신탁행위의 당사자인 위탁자와 수탁자, 수익자의 경우 신탁재산의 실질적 소유자는 위탁자이고 일정조건하에서 수탁자로 하여금 소유명의를 유보하도록 하게 하는 것으로 볼 수 있을 것인지에 대하여 담보신탁에서의 신탁재산에 대한 소유권이전에 있어 신탁은 고유한 신탁법의 독자적 법리이므로 위탁자와 수탁자의 의사는 여전히 위탁자의 재산을 대내외적으로 모두 수탁자에게 이전하는 것으로 보아야 한다⁷⁷⁾.

7. 입법론적 고찰

신탁의 방식에 의하여 부동산 재개발사업, 주택사업을 하는 경우는 점점 더 증가될 것이다⁷⁸⁾. 도시정비법상 재건축인가를 받은 주택조합으로서는 안전진단 등의 재건축 가능성과 필요성의 공적 검증을 거친 다음 개별조합원들의 채권자, 조합채권자들의 강제집행도 예방하고 반대조합원이 의도적으로 허위의 담보권을 설정하는 등 원활한 사업진행을 방해할 우려를 방지하기 위하여 가급적 신탁을 하여 사업을 진행할 필요가 있다고 한다⁷⁹⁾. 그런데 도시정비법과 관련하여 위탁자를 소유자로 본 법원의 판결 이후 토지 등 소유자가 정비사업을 목적으로 수탁자에게 신탁을 한 경우 위탁자를 토지소유자로 간주하는 규정을 새로 추가한 사례는 위에서 본 바와 같다. 해당 조항에 의하여 정비사업과 관련하여서는 종전 소유자인 위탁자가 수탁자의 사업시행에 대한 각종 동의

75) 장현화·김재태, “신탁부동산의 임대차 관계에서 임차인의 권리보호에 관한 연구”, 한국주거환경학회지 제16권 제3호, 2018, 77면.

76) 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다725 판결.

77) 이정선, “부동산담보신탁에서 수익권의 법적 성질”, 재산법연구 제34권 제3호, 2017, 208면.

78) 부동산 관련 신탁의 경우 시행사의 다른 채권자로부터 사업부지, 분양수입금을 보호하고 시행사의 이중분양 등 불법, 부당행위로부터 사업을 보호하고 신축건물에 대하여도 안정적으로 소유권 및 담보권을 확보할 수 있는 장점이 있다고 설명되어진다. 법무법인 지평, 전거서, 103면.

79) 변강림, 부동산신탁등기, 재건축등기, 재개발등기실무, 백영사, 2008, 528면.

권과 전체회의의 의결권 등을 행사함으로써 실질적인 소유자의 권리를 행사할 수 있다고 보고 있지만⁸⁰⁾ 조합이 정비사업시행자가 되어 정비사업을 하는 경우와 신탁업자가 정비사업시행자로서 정비사업을 하는 경우는 구분되어야 할 필요가 있다⁸¹⁾는 점에서 그것이 실질적 해결이 될지 의문의 여지가 있다.

만약 부동산개발사업등과 관련하여 신탁방식에 의한 사업시행을 위촉시키지 않고 신탁법에 따른 소유권 귀속을 임의로 변경하지 않으려 한다면 궁극적으로는 입법적 해결이 답이 될 것이다. 다만 그런 입법적 해결은 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 할 것이고 입법을 하더라도 소유권의 귀속은 원칙에 입각하여 수탁자에게 있음을 인정하고 예외적으로 신탁의 경우 위탁자의 소유권 확보 요건을 완화하는 등 필요한 범위 내에 한정하여 신탁으로 인한 사업에의 영향을 최소화하는 고려가 필요하다고 할 것이다⁸²⁾.

IV. 결론

부동산과 관련된 개발, 관리, 처분, 분양 등이 종래에 비하여 보다 복잡하고 대규모화되면서 과거처럼 토지 소유자가 직접 이를 맡아 처리하는 것은 시간적, 비용적인 면은

80) 최관수, 전제논문 114면.

81) 김중보·최종권, “신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임”. BFL(서울대학교 금융법센터) 제94호, 2019, 15면.

82) 예를 들어 건축물분양사업의 경우 분양사업자가 신탁법에 따라 담보신탁을 하고 수익증권을 분양사업자가 발급받았을 경우에는 소유의 토지에 설정되어 있는 저당권 등 권리의 말소와는 무관하게 건축물분양법 제4조제6항에서 규정하고 있는 소유권은 확보한 것으로 보지만 동법 제4조제7항의 저당권 등의 말소여부에 관하여는 본 조항이 분양사업자의 파산 및 부도 등으로부터 분양받은 자를 보호하기 위해 저당권 등 권리를 말소하도록 규정하고 있는바, 담보신탁이 되어 있다면 신탁회사에 권리가 발생하므로 건축물분양법 제4조제7항을 충족하지 못하는 것으로 보아야 하지만 분양보증기관이 신탁회사와 동일한 경우에는 건축물분양법시행령 제6조제2항제3호에 따라 저당권 등이 말소된 것으로 봐야 하며, 보다 구체적인 사항은 건축법령(건축조례 포함) 및 관계법령 등을 종합적으로 검토하여 허가권자가 판단해야 할 것이라고 하고 있는바(건축물분양업무편람 74면), 이와 같이 개별적 사정에 따라 소유권 귀속과 상관없이 신탁의 취지에 맞추어 유연한 법해석이 가능하다고 할 것이다.

물론 사업자체의 시행가능성마저 위협하게 만들 우려가 있고 이러한 측면에서 신탁을 통하여 전문적인 부동산개발의 수행능력과 경험이 있는 수탁자가 사업을 시행하도록 하는 경향은 증가추세에 있다. 그런데 신탁법상 수탁자는 대외적으로 소유권을 이전받아 신탁업무를 수행하는 것인데, 경우에 따라서는 수탁자가 신탁에 따라 이전등기를 종료하였음에도 불구하고 위탁자를 여전히 소유자로 보는 해석이 이루어진 바 있다. 이러한 해석은 개별적인 부동산 관련 법령과 신탁법에 따른 신탁의 법률관계와의 부조화에 따라 발생하는 기술적인 문제를 다분히 편의적으로 해결하기 위한 것으로 보이고, 법률상 타당한 근거에 의하여 뒷받침되지도 못한다. 따라서 종래 일부 판례와 행정해석사례처럼 위탁자를 소유자로 보는 해석은 지양되어야 하고, 신탁법에 따라 수탁자를 소유자로 보는 일관된 원칙을 따라야 할 것이며, 그러한 원칙의 관철에 있어서 발생하는 문제는 신탁법에 따라 신탁업무가 원래의 신탁취지 대로 이루어질 수 있도록 신탁법에 따른 신탁의 종료 등의 제도를 따라야 할 것이고, 그러한 개선방안이 어렵다면 결국은 제한적인 범위 내에서 최소한도 신탁법상의 수탁자소유권 귀속의 원칙을 침해하지 않는 범위 내에서 개별적인 해결규정을 두는 방안을 고려하여야 할 것이다.

참고문헌

- 법률연구회, (신) 부동산 신탁법 실무, 법률정보센터, 2015.
- 법무법인지평, 건설부동산팀, 부동산PF 개발사업, 박영사, 2016.
- 법원행정처, 부동산등기실무 (III), 사법행정물간행등록 32-9740019-000115-14, 2007.
- 변강림, 부동산신탁등기, 재건축등기, 재개발등기실무, 백영사, 2008.
- 송옥렬, 상법강의(제8판), 홍문사, 2018.
- 이계정, 신탁의 기본법리에 관한 연구-본질과 독립재산성, 경인문화사, 2017.
- 이영경, 사업신탁의 법리, 경인문화사, 2019.
- 지원림, 제11판 민법강의, 홍문사, 2013.
- 최돈호, 도시 및 주거환경정비법(재개발, 재건축, 신탁의 등기, 공동주택의 리모델링), 법률출판사, 2016.
- 최호석, 실무자를 위한 신탁법, 한국법학교육원, 2014.
- 新井 誠, 信託法[第4版]. 有斐閣, 2014.
- 道垣內 弘人, 條解 信託法, 弘文堂, 2017.
- 三菱UFJ信託銀行, 信託の法務と實務 [5訂版], 社團法人 金融財政事情研究會, 2003.
- 권종걸, “기업집단 도산에 관한 UNICTRAL 모델법 검토”, 법학연구 (부산대학교), 제60권 제4호, 2019.
- 김대현, “주택건축사업에서 신탁등기의 문제점”, 토지법학 제34권 제1호, 2018.
- 김동수·마영민, “신탁의 법률문제”, 신탁법의 쟁점 제2권, 도서출판 소화, 2015.
- 김상명, “부동산담보신탁에서 위탁자인 채무자가 도산하는 경우의 취급”, 법과 정책(청주대학교) 제24집 제2호, 2018.
- 김용중·이황, “대리점법의 문제점과 향후 과제”, 법학연구(부산대학교) 제57권 제2호, 2016.
- 김종서·장희순, “주택재개발사업에 신탁방식의 적용가능성”, 부동산학보 43, 2010.
- 김중보·최종권, “신탁방식의 정비사업에서 신탁업자의 권한과 책임”. BFL(서울대학교 금융법센터) 제94호, 2019.

- 김중환·박환용, “토지신탁과 부동산개발금융을 결합한 주택공급방안연구”, 도시행정학보 22집 3호, 2009.
- 방진영, “부동산신탁과 부가가치세 문제”, 조세법연구 제24권 제2호, 2018.
- 변우주, “집합건물에 있어서 구분소유관계의 다양성-일본 구분소유법제를 중심으로-”, 동아법학 제64권, 2014. 8.
- 서순성, “부동산신탁의 과세제도에 관한 연구-신탁방식 정비사업을 중심으로-”, 성균관대학교 박사학위논문, 2018.
- 신영수·윤소연, “부동산신탁의 쟁점”, BFL(서울대학교 금융법센터), 2013.
- 안성포, “신탁재산과 부가가치세의 납세의무자-조합재산과의 비교를 중심으로-”, 상사판례연구 제31집 제2권, 2018.
- 오상민, “부동산 신탁실무에서 개정 신탁법 적용의 한계”, 상사법연구 제36권 제4호, 2018.
- 오창석, “개정신탁법이 실무에 미치는 영향”, BFL(서울대학교 금융법센터) 제39호, 2010.
- 이전오, “신탁세제의 문제점과 개선방안에 관한 연구 - 신탁재산에 대한 체납처분 측면을 중심으로-”, 성균관법학 제25권 제4호, 2013. 12.
- 이정민, “부동산개발 신탁 세제의 문제점과 개선방안 연구 - 실질과세원칙을 중심으로-” 부동산분석학회 학술발표논문집, 1999.
- 이정선, “부동산담보신탁에서 수익권의 법적 성질”, 재산법연구 제34권 제3호, 2017.
- 인세환·서충원, “부동산신탁유형 및 신탁회사의 재무비율과 영업용손자본비율(NCR)과의 상관관계 분석”, 부동산학보 73.1., 2018.
- 임채웅, “수동신탁 및 수탁자의 권한제한에 관한 연구”, 법조 제614호, 2017.
- 장현화·김재태, “신탁부동산의 임대차 관계에서 임차인의 권리보호에 관한 연구”, 한국주거환경학회지 제16권 제3호, 2018.
- 정다희, “부동산신탁제도의 법적 개선에 관한 연구-유형과 효용성을 중심으로”, 원광법학 제34권 제3호, 2018.
- 정순섭, “신탁의 성립과 신탁설정의사”, 신탁법의 쟁점 제1권, 도서출판 소화, 2015.
- 최관수, “부동산신탁 규제에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 법학박사학위논문, 2015.
- 한민·박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL(서울대학교 금융법센터)17호, 2006.
- 국토교통부, 2016년 건축물분양제도업무편람, 2016.

<국문요약>

신탁이란 위탁자와 수탁자 사이의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계이다.

신탁법에 따라 신탁이 이루어진 경우 원칙적으로 수탁자가 신탁재산의 소유자로 등기되고 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 수 있고, 수탁자는 신탁의 취지에 따라 신탁사무를 처리하여야 하는 제한을 받게 된다. 이 경우 수탁자를 신탁에 따라 신탁재산의 소유자로 보아야 함에도 불구하고 위탁자를 신탁재산의 소유자로 보아야 한다는 판례나 행정해석이 이루어진 바 있다. 그러나 위탁자를 소유자로 보아야 한다고 한 판례나 행정해석의 경우 뚜렷한 법적 근거가 있다고 보기 어렵고 현실적인 필요에 의하여 소유권의 귀속이라는 논점으로 문제를 해결하려고 한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 위탁자를 소유자로 보는 해석은 지양되어야 하고, 신탁법에 따라 수탁자를 소유자로 보는 일관된 원칙을 따라야 할 것이다. 그러한 원칙의 관철 중 발생하는 문제는 신탁법제의 내에서 해결되어야 하고 그러한 해결이 어렵더라도 신탁법상의 수탁자 소유권 귀속의 원칙을 침해하지 않는 범위 내에서 개별적으로 해결될 필요가 있다.

주제어 : 신탁, 신탁재산, 부동산 신탁, 위탁자, 수탁자, 소유권

<Abstract>

An Analysis of the Ownership in Real Property Trust in Korea

*Sohng, Chaiwoo**

Trust means that a truster transfers a specific property to a trustee according to the trust agreement so that a trustee will manage, develop, operate, mortgage and/or dispose the trusted property for the benefit of a beneficiary, or for the purpose agreed upon the trust agreement. The ownership of the trusted property shall be transferred from the truster to the trustee upon the trust agreement, but the trustee shall perform trusted property with due fiduciary care. The courts have decided that the full ownership of the trusted property is held by the trustee, but there also are some judicial precedents and administrative interpretations that the truster still holds the ownership of the trusted property irrespective of the trust. However, such interpretation that the truster holds the ownership is not supported by the sufficient legal basis. The interpretation shall be kept as the trustee to be the only one to enjoy the full ownership of the trusted property legally. Any potential matter in the trust shall be handled within the scope of the regulations and practises of the trust system and be also resolved on maintaining the assumption that the owner of the trusted property is the trustee.

Key words : trust, trust property, real property trust, truster, trustee, ownership

* Professor, School of Law, Pusan National University.

