

■ 논 단

## 타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정한 위탁자의 지위

최수정

서강대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

### 요약문

부동산담보신탁의 전형적인 유형은 부동산을 신탁재산으로 하고 채권자를 우선수익자로 정하는 것이다. 이때 채권자가 취득하는 우선수익권은 여타의 담보물권과는 다른 신탁상의 권리로, 수탁자에 대한 수익채권을 중심으로 이를 확보하기 위하여 신탁법상 인정되는 여러 권리와 의무를 포괄하는 개념이다. 부동산담보신탁의 법률관계를 해명함에 있어서는 이러한 우선수익권의 법적 성질을 토대로 신탁의 구조에 상응하는 담보법리의 해석, 적용이 요구된다. 일반적인 담보제도에서는 담보제공자와 담보취득자가 법률행위의 당사자가 되고, 채권자가 담보목적물에 관하여 권리를 취득하며, 담보권의 실행으로 담보목적물을 환가하거나 취득하는 방식으로 채권을 우선변제받게 된다. 하지만 부동산담보신탁에서는 위탁자가 채권자를 우선수익자로 정하고 수탁자에게 신탁재산을 이전하며, 채권자는 수탁자에 대하여 우선수익권을 행사하여 신탁재산으로부터 수익을 받음으로써 채권의 만족을 얻게 된다. 그래서 이러한 신탁의 구조를 기존의 담보법리에 어떻게 포섭할 것인지가 문제된다. 본고는 최근 판결을 계기로 타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정한 위탁자의 지위를 분석하고, 우리법 체계에 상응하는 해석론을 도출하고자 하였다. 채권자가 담보로 취득한 우선수익권은 수탁자에 대한 권리이지만 이를 수여하고 또 그 책임재산을 제공한 것은 위탁자이다. 그러므로 위탁자가 물상보증인으로서 채무자에 대하여 구상권을 가지고 또 채권자의 권리를 대위할 수 있다고 해야 한다. 이때 대위자 사이의 법률관계는 민법 제482조 제2항 제4호 및 제5호에 따라 규율된다. 그리고 담보제공자로서 위탁자의 지위는 위탁자에 대한 도산절차에서도 다르지 않다. 다만, 위탁자에 대한 회생절차에서 우선수익권을 제공한 자는 위탁자이지만 채권자는 회생절차개시 당시 위탁자의 재산상에 담보권을 가지는 자가 아니므로 회생담보권자에 해당하지 않는다고 할 것이다.

주제어 : 부동산담보신탁, 위탁자, 물상보증인, 우선수익권, 구상권, 변제자대위

— <目 次> —

I. 서 설	3. 원심판결
	4. 대상판결
II. 담보신탁의 구조와 제3자의 신탁설정	5. 문제제기
1. 담보신탁의 구조	
2. 제3자에 의한 부동산담보신탁 설정	IV. 부동산담보신탁과 물상보증인
	1. 물상보증인의 의의
III. 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결	2. 부동산담보신탁에서 물상보증인
1. 사실관계	3. 대위자 사이의 법률관계
2. 제1심판결	V. 결 론

## I. 서 설

전통적인 신탁에서 위탁자는 신탁을 설정한 후 무대에서 사라지고 신탁재산을 소유하는 수탁자와 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 수익자의 법률관계가 중심이 된다. 하지만 우리법상 위탁자는 신탁설정행위의 당사자로서 신탁상 정함을 통하여 일정한 권리를 보유할 수 있으며, 신탁법도 위탁자에 대하여 여러 권능을 수여하고 있다. 이러한 위탁자의 지위는 신탁재산을 소유하면서 신탁상 정함에 따라 사무를 처리하는 수탁자나 신탁목적의 중심이 되는 수익자와 비교할 때 상대적으로 주목을 받지 못한 것이 사실이다. 하지만 위탁자의 지위에 대한 규명은 신탁의 법률관계를 규율함에 있어서, 특히 담보신탁의 경우 결코 소홀히 할 수 없다.

담보신탁은 담보를 위하여 설정된 신탁을 가리키는 포괄적인 개념으로 거래계의 수요나 당사자의 의사에 따라서 얼마든지 다양하게 설계될 수 있다. 실무에서는 부동산을 신탁재산으로 하여 채권자를 우선수익자로 정하는 부동산담보신탁이 많은 부분을 차지하는 까닭에 흔히 담보신탁이라고 하면 이러한 형태의 부동산담보신탁을 가리키는 것으로 이해된다. 이때 우선수익권의 법적 성질에 대하여 판례는 담보물권이 아닌 신탁계약상의 권리로 보고, 다수의 학설도 그러하다. 하지만 우선수익권의 성질결정만으로 관련 법리나 분쟁이 모두 해결되는 것은 아니다. 현재 우리 담보법제 하에서 담보신탁 및 우선수익권을 어떻게 취급할 것인가는 여전히 과제로 남아 있으며, 개별적인 장면에서의 분쟁은 진행형이다. 예컨대 도산절차상 우선수익권의 취급에 대한 판례와 학설의 대립은 주지하는 바와 같다. 그리고 채무자가 부동산담보신탁

탁을 설정한 경우와 달리 타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정한 위탁자의 지위도 그리 명확하지 않다. 이에 관하여는 종래 본격적인 논의가 없었으나 최근 대법원 판결은 흥미로운 설시를 한 바 있다. 따라서 본고는 위탁자가 타인 채무의 담보를 위하여 부동산담보신탁을 설정한 경우를 중심으로 신탁의 구조와 담보법체에 정합적인 위탁자의 지위를 규명하고자 한다. 이를 계기로 담보신탁에 대한 현재의 법상태를 점검하고 새로운 담보수단을 우리 법체에 체계적으로 정착시키기 위한 본격적인 논의가 이루어질 수 있기를 기대한다.

## II. 담보신탁의 구조와 제3자의 신탁설정

### 1. 담보신탁의 구조

누군가에게 재산을 이전함으로써 직접 권리를 취득하게 하는 대신 그 재산을 수탁자에게 이전하고 신탁수익권의 형태로 수여할 수도 있다.<sup>1)</sup> 신탁법은 이러한 신탁목적의 달성을 위하여 신탁재산을 수탁자에게 귀속시키지만 그의 고유재산 또는 그가 인수한 다른 신탁재산과는 엄격하게 분리한다. 전자를 재산권의 전환기능<sup>2)</sup> 그리고 후자를 신탁재산의 독립성 또는 도산격리기능이라고 부른다. 신탁의 법률관계를 분석함에 있어서는 소유와 수익이 분리되고 이를 위해 신탁재산의 독립성이 강조되는 구조와 그 특징에 대한 고려는 필수적이다. 부동산담보신탁도 바로 이러한 기능 내지 특질을 적극 활용한 형태의 하나이다. 부동산담보신탁은 여러 유형으로 설계될 수 있지만, 위탁자가 수탁자에게 부동산을 신탁하면서 채권자를 우선수익자로 정하는 방식이 전형적이다. 이때 채권자가 가지는 우선수익권의 법적 성질에 대하여 판례는 경제적으로 금전채권에 대한 담보로 기능할 뿐 금전채권과는 독립한 신탁계약상 별개의 권리라고 선언한 이래,<sup>3)</sup> 채권자는 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것이 아니라 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐 우선수익권은 우선변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리라는 입장을 견지하고 있다.<sup>4)</sup>

일반적으로 부동산담보신탁에서 위탁자는 채권의 담보를 위하여 채권자를 우선수익자로 정하면서 자신의 부동산을 채권자가 아닌 수탁자에게 이전하고,<sup>5)</sup> 그 부동산은 위탁자의 고유재

1) 목적신탁에서는 수익자가 존재하지 않고 수익권의 수여 또한 문제되지 않는데, 담보신탁은 목적신탁이 아닌 수익자신탁의 형태로 설계되므로 이하에서도 수익자신탁만을 대상으로 한다.

2) 최수정, 「신탁법 개정판」, 박영사, 2019, 26면 이하.

3) 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결.

4) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결.

5) 채권자가 수탁자가 되는 것도 가능하다. 다만, 수탁자와 수익자의 지위는 엄연히 별개이며, 채권자는 다수의

산 및 수탁자의 고유재산과도 분리, 독립하는 신탁재산을 구성하며, 채권자는 수탁자에 대한 우선수익권의 행사를 통하여 신탁재산으로부터 채권의 만족을 얻게 된다. 이러한 구조는 채권자에게 저당권을 설정해주거나 부동산의 소유권을 이전하는 기존의 담보 방식과 뚜렷하게 대비된다. 담보를 제공하는 자와 담보를 취득하는 자가 담보설정행위의 당사자로서 담보목적물을 중심으로 직접 연결, 대립하는 것이 아니라 수탁자가 개재되기 때문이다. 그래서 이러한 구조에 현행 담보 법리를 어떻게 적용할 것인지가 문제되는데, 이는 단순히 담보신탁상 수익권의 법적 성질을 선언하는 것으로 대체될 수 없다.

## 2. 제3자에 의한 부동산담보신탁 설정

제3자도 부동산에 대한 처분권을 가지는 한 위탁자가 되는 데에는 지장이 없다. 그리고 위탁자가 채무자이든 제3자이든 채무가 이행되면 신탁상 정함에 따라서 신탁은 종료하고 신탁재산은 잔여재산수익자 또는 귀속권리자에게 귀속하며, 채무불이행시에는 채권자가 신탁상 정함에 따라서 우선수익권을 행사할 수 있다는 점에서 동일하다. 그러나 우선수익권이 행사된 때 이후 당사자들의 법률관계는 상이하게 전개된다. 위탁자가 채무자인 경우 위탁자가 후순위 수익자라면 우선수익자들이 신탁재산으로부터 수익급부를 받고 난 잔액에 대하여 수익급부를 받을 수 있을 뿐이다. 만약 제3자가 채무를 변제하였다면 그는 채권자의 권리를 대위행사할 수 있다(민법 제482조 제1항). 권리를 행사할 수 있다는 의미에 대하여 학설과 판례는 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리가 변제자에게 이전하는 것으로 보고(권리이전설), 담보에 관한 권리에는 물적담보와 인적담보는 물론 채무의 이행을 확보하기 위한 채권자와 채무자 사이의 특약에 기하여 채권자가 가지게 되는 권리도 포함되는 것으로 해석한다.<sup>6)</sup> 이에 따르면 채권자의 우선수익권은 '담보에 관한 권리'에 해당하므로 변제자는 구상권의 범위에서 우선수익권을 행사할 수 있다.

반면 위탁자가 채무자가 아닌 경우 채권자가 우선수익권을 행사하거나 혹은 이를 저지하기 위하여 위탁자가 채무를 변제하였다면 이제 위탁자는 어떠한 법적 조치를 취할 수 있는지, 채무를 변제한 제3자는 위탁자에 대하여 어떠한 권리를 가지는지에 관하여는 신탁의 구조에 비추어 보다 면밀한 검토가 필요하다. 만약 위탁자가 채무를 전부 변제하였다면 신탁상 정함에 따라서 신탁은 종료하고, 위탁자는 채무자에게 구상할 수 있음은 물론 그 범위에서 채권자의 권리를 행사하게 될 것이다. 그리고 대위자가 다수인 경우 이들 사이의 법률관계는 민법 제482

수익자 중 1인으로서 수익자의 지위에서 신탁재산으로부터 급부를 통하여 채권의 만족을 얻게 된다.

6) 「민법주해XI」, 박영사, 1996, 199면 이하(이인재 집필); 「주석 민법 제5판」, 채권총칙4, 한국사법행정학회, 2020, 277면 이하(최형표 집필); 송덕수, 「신민법강의 제12판」, 박영사, 2019, 981면; 지원림, 「민법강의 제17판」, 홍문사, 2020, 984면.

조 제2항에 의하여 특별히 신탁법리가 전면에 등장하지는 않는다. 그러나 채무불이행시 채권자가 우선수익권을 행사하거나 다른 제3자가 채무를 변제한 때에는 위탁자와 대위변제자의 법률관계가 문제된다. 최근 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결은 연대보증인이 채무의 일부를 변제한 사안에서 채무자 아닌 위탁자와 연대보증인의 관계에 대하여 처음으로 판단하였다. 그러므로 이상의 논점과 관련하여서는 위 판결의 근거와 결론을 상세히 살펴볼 필요가 있다.

### III. 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결<sup>7)</sup>

#### 1. 사실관계

A 은행이 B에게 40억 원을 대출함에 있어 원고가 대출금채무를 연대보증하였고, C는 자신의 소유인 이 사건 각 토지에 관하여 D와 부동산담보신탁계약을 체결하면서 우선수익자를 A(우선수익 한도액 52억 원), 수익자를 C로 정하였다. 그런데 B가 대출금 이자를 제대로 변제하지 않자 원고는 연대보증인으로서 이자 합계 약 1억 8,000만 원을 A에게 변제하였고, 수탁자 D에게 대위변제 사실을 알리고 대위변제금의 지급을 요구하였다. 이후 D는 이 사건 각 토지를 처분한 다음 수익금 19억 원에 대한 C의 권리(수익권)에 대하여 다수의 압류, 가압류 등이 경합한다는 이유로 그 금액을 공탁하였다. 그리고 법원은 원고의 위 대위변제금에 대한 우선배당요구를 반영하지 않은 채 배당을 하였고, 추심채권자 및 가압류채권자 중 1인인 피고에게 합계 5억 원을 배당하는 내용의 배당표가 작성되었다. 그러자 원고는 피고가 실제로 배당받은 금액(5억 원)과 원고가 위 처분수익에서 1억 8,000만 원을 우선하여 배당받게 될 경우 피고가 배당받게 될 금액(4억 5,000만 원)과의 차액인 5,000만 원에 대하여 부당이득의 반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

#### 2. 제1심판결

1심 법원은 원고가 1억 8,000만 원을 대위변제함에 따라 그 금액 범위에서 당연히 채권자 A를 대위할 권리가 있으므로 D는 원고에게 귀속하는 위 금액을 공제한 나머지 금액만을 공탁하였어야 함에도 불구하고 위 금액까지 잘못 공탁하였고, 법원이 이를 기초로 위 금액에 대하여도 배당절차를 진행함으로써 추심채권자 및 가압류채권자인 피고를 비롯한 나머지 채권자

7) 공보 2022하, 1094. 이하 대상판결이라고 부른다.

들이 위 금액으로부터도 배당을 받은 것은 원고에 대한 관계에서 실질적으로 무효인 압류, 가압류에 기하여 배당을 받은 것으로 법률상 원인 없이 이득을 얻고 이로써 원고에게 손해를 가한 것이라고 보았다. 따라서 공탁과 배당의 잘못으로 인하여 원고가 대위변제자로서 입은 손해액은 위 금액이고 피고의 부당이득액은 정당하게 배당받은 금액과 실제로 배당받은 금액의 차액이 되므로, 피고는 그 부당이득을 원고에 반환할 의무가 있다고 하였다.

### 3. 원심판결

원심 법원은 제482조 제2항 제5호의 해석론을 근거로 원고의 청구를 기각하였다. 설령 원고가 변제자대위의 범위에 따라 채권자인 A가 가지는 이 사건 담보신탁계약상 우선수익자로서의 권리를 대위하여 행사할 수 있게 되었다고 하더라도, 원고는 자기의 부담 부분을 초과하는 범위에 한하여 물상보증인의 지위에 있는 C를 상대로 A가 가지는 이 사건 담보신탁계약상 우선수익권을 대위하여 행사할 수 있을 뿐 원고의 부담부분에 미달하는 범위의 대위변제로는 C를 상대로 A의 권리를 대위할 수 없는데, 원고가 위 대출원리금채무 중 자기의 부담부분을 초과하여 대위변제하였음에 관한 주장·입증이 없으며, 오히려 원고는 대출금채무의 원본은 전혀 변제한 바가 없고 이자의 일부만 대위변제하였을 뿐으로 보이는데, 원고는 C를 상대로 A의 우선수익권을 대위하여 행사할 수 없다는 것이다.

### 4. 대상판결

대상판결은 먼저 담보신탁상 우선수익권이 담보물권이 아닌 신탁계약상 별개의 권리라고 선언한 종래의 판례<sup>8)</sup>를 옮기면서, “채무자가 아닌 위탁자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로 하는 부동산담보신탁을 설정한 경우에, 설령 경제적인 실질에 있어 위탁자가 부동산담보신탁을 통하여 신탁부동산의 처분대금을 타인의 채무의 담보로 제공한 것과 같이 볼 수 있다고 하더라도, 위탁자가 자기의 재산 그 자체를 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인에 해당한다고 볼 수는 없다”고 선언하였다.

그러면서도 대상판결은 제482조 제2항 제4호 및 제5호, 공동보증인 상호간의 변제자대위가 구상권의 범위에 따라 제한되는 취지에 비추어, “채무자가 아닌 제3자인 위탁자가 채권자를 우선수익자로 정하여 부동산담보신탁을 한 경우에 채권자가 가지는 우선수익권이 민법 제481조, 제482조 제1항에 의하여 보증채무를 이행한 보증인이 법정대위할 수 있는 ‘담보에 관한 권리’에 해당한다고 하더라도, 먼저 보증채무를 이행한 보증인이 채권자의 우선수익권에 대하여

8) 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결 등.

아무런 제한 없이 보증채무를 이행한 전액에 대하여 변제자대위를 할 수 있다고 볼 수는 없으며, 다른 기준이나 별도의 약정 등 특별한 사정이 없는 이상, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 인원수에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 보는 것이 대위자 상호간의 합리적이고 통상적인 기대에도 부합한다고 할 것이므로, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 보증인과 물상보증인 상호간의 관계와 마찬가지로 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하는 제한을 받는다고 해석함이 타당하다”고 하였다.

따라서 이 사건에서 대위비율에 관한 특약 등이 존재하지 않는 한 C와 원고 사이에는 인원수에 따라 대위비율을 정하는 것이 “공평하고 합리적이며 그와 같이 보는 것이 통상의 의사 내지 기대에 부합한다”고 하면서, 원심판결 중 C가 물상보증인의 지위에 있는 것으로 보고 곧 제482조 제2항 제5호를 적용한 부분은 적절하지 않으나, 원고가 인원수에 따른 대위비율로 정한 방식에 따라 산정한 부담부분을 초과하여 대위변제하였다고 볼 수 없다는 이유에서 원고의 청구를 기각한 결론은 수긍할 수 있다고 하였다.

## 5. 문제제기

원고의 청구는 A에 대한 대위변제로 C에 대하여 A를 대위할 수 있음을 근거로 하지만, 각 법원이 인정한 사실관계와 그 법적 쟁점은 일치하지 않는다. 이 사건 부동산담보신탁계약 및 사실상 법원에 따르면 신탁재산인 이 사건 각 토지의 “처분수익” 19억 원은 A의 우선수익권 범위(52억 원) 내에서 A에게 우선적으로 귀속되므로 후순위 수익자 C는 그 잔액만 취득할 수 있는데, A의 우선수익권 행사 여부나 그에 따라 C에게 귀속되는 후순위 수익채권액에 관하여는 전혀 언급이 없다. 오히려 C의 수익권에 대한 (가)압류 등의 경합을 이유로 D는 19억 원 전부를 공탁하였고, 법원도 피고를 포함한 다수의 (가)압류권자에게 그 순위에 따라 배당하는 배당표를 작성하였다. 더욱이 대상판결은 신탁부동산의 처분 및 정산을 거친 결과 수익자인 C에게 지급하여야 할 “잔여 금액”이 19억 원이라고 적고 있어서, A에 대한 우선수익급부 이후에 후순위 수익자인 C에게 귀속될 수익채권액이 19억 원인 것으로도 읽힌다. 그러나 채권자의 우선수익권과 위탁자가 가지는 후순위 수익권은 별개이므로<sup>9)</sup> 위탁자이자 후순위 수익자인 C에게 귀속될 수익급부에 대하여 원고가 변제자대위를 주장할 근거는 없다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서는 원고가 A의 채권 및 우선수익권을 대위할 수 있는지가 법적 쟁점이 되었고 법원 또한 이에 관하여 자세히 판단한바, 사실관계와 추상적인 법리가 분리된 점에서 납득하기 어렵다. 아마도 판결문에 전혀 드러나지 않은 사정이 존재하였거나 당사자가 부동산담보신탁의 구조와 법리를 제대로 이해하지 못한 것이 아닌가 짐작만 할 뿐이다. 다만, 본고의 주제에

9) 원고는 B와 C가 동일인이 실질적으로 경영하는 회사로서 상호 경제적으로 구분되지 않는 동일한 회사이므로 C가 물상보증인에 해당하지 않는다는 주장을 하기도 하였으나, 원심 법원은 이를 인정하지 않았다.

보다 집중하기 위하여 위 의문은 일단 접어둔 채 대상판결의 사실관계를 연대보증인의 대위변제에 따른 채권자의 우선수익권 행사 가부와 요건이 문제되는 사안으로 가정하고 그 법리를 검토하기로 한다.

대상판결의 사안에서 원고는 연대보증인으로서 변제할 정당한 이익이 있는 자이며, A에게 B의 채무를 일부 변제함으로써 B에 대하여 구상권을 취득함은 물론 그 범위에서 A의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 원고는 일부변제에 따라 A의 채권 및 우선수익권을 준공유하게 된다. 그러므로 만약 B가 자신의 부동산에 대하여 담보신탁을 설정하였다면, 신탁 부동산이 환가된 때 원고는 그 대금 중 A의 우선수익권의 범위에서 A가 급부받고 남은 금액으로부터 수익급부를 받음으로써 자신의 구상권을 확보할 수 있을 것이다. 그리고 제1심판결은 이러한 관점에서 원고의 청구를 인용한 것으로 보인다. 그러나 이 사건에서와 같이 채무자 아닌 자가 부동산담보신탁을 설정한 경우는 채무자가 위탁자인 경우와 동일하게 취급해서는 안 된다. 채권자는 결국 채무자 아닌 타인이 출연한 재산으로부터 채권의 만족을 얻었기 때문에 그 재산을 출연한 자와 변제자 사이의 이익조정이 필요불가결하다.

채무자 아닌 위탁자가 타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정하고 부동산을 수탁자에게 이전하면서 채권자를 우선수익자로 정하였고, 우선수익권의 행사에 따라 수탁자가 신탁부동산을 처분함으로써 그 소유권을 상실하였으며, 이에 상응하여 채무자는 채무를 면하는 이득을 얻었다. 이때 물상보증인의 확정은 채무자에 대한 구상권의 취득 및 변제자대위 여부와 대위자 사이의 관계를 판단하기 위한 선결문제가 된다. 과연 타인 채무의 담보로 자신의 재산을 제공한 자는 누구이며, 그와 대위변제자 사이의 법률관계는 어떻게 규율되는가? 채권자가 가지는 우선수익권은 수탁자가 소유하는 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 권리이고 우선수익권의 행사에 따라 수탁자 소유의 신탁재산이 환가되므로 수탁자가 물상보증인인가? 아니면 담보신탁의 설정에 따라 신탁재산을 수탁자에게 이전함으로써 그 소유권을 상실한 위탁자인가? 원심 법원은 아무런 설명 없이 위탁자가 물상보증인이라고 보아 원고와의 대위 관계를 판단하였다. 반면 대상판결은 위탁자가 물상보증인이 아니라고 하였다. 그렇다면 제3자가 부동산담보신탁을 설정한 경우에는 물상보증인이 존재할 수 없는지, 과연 위탁자의 지위는 무엇인지에 대한 해명이 필요하지만, 대상판결에 이에 관한 구체적인 설시는 없다.

#### IV. 부동산담보신탁과 물상보증인

##### 1. 물상보증인의 의의

담보물권인 질권이나 저당권은 채무자 아닌 제3자도 설정할 수 있으며(민법 제329조, 제355

조, 제356조), 민법은 이처럼 타인의 채무를 담보하기 위하여 질권 또는 저당권을 설정한 자를 물상보증인이라고 부른다(민법 제341조, 제370조). 그리고 가등기담보 등에 관한 법률 제2조 제2호 나목은 담보가등기목적 부동산의 물상보증인을, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제2조 제9호는 담보목적물의 물상보증인을 각각 “채무자 등”에 포함시키고 있다. 따라서 여기서 물상보증인이라 타인 채무의 담보를 위하여 자신의 재산에 담보물권을 설정한 자로서 담보로 제공한 물건의 한도에서 유한책임은 지는 자라고 하겠다.

그런데 타인 채무의 담보를 위하여 자신의 재산을 담보로 제공하는 형식은 담보물권의 설정에 한정되지 않는다. 양도담보의 경우 그 법적 성질에 대하여는 주지하는 바와 같이 견해가 대립하며,<sup>10)</sup> 판례는 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되는 영역 이외에서는 여전히 신탁적 소유권이전설을 취한다. 이처럼 권리의 ‘양도’에 대한 당사자의 의사와 그 법형식에 충실하게 양도담보설정행위를 신탁행위로 파악하고 채권자에게 목적물의 소유권이 이전되는 것으로 법리 구성을 하더라도, 타인 채무의 담보를 위하여 채권자에게 특정 재산을 제공하는 점에서는 양도담보설정자와 담보물권설정자가 다르지 않다. 그러므로 양도담보설정자도 물상보증인에 해당하며, 양도담보권의 실행으로 목적물의 소유권을 상실하게 된 때 채무자에 대하여 구상권을 취득하고, 변제할 상당한 이익이 있는 자로서 당연히 채권자를 대위한다. 결국 물상보증인은 타인 채무의 담보를 위하여 일정한 재산을 제공하고 그 재산으로 유한책임을 진다는 점이 개념징표가 되는 것이다.

## 2. 부동산담보신탁에서 물상보증인

### 가. 위탁자는 물상보증인이 아닌가?

먼저 대상판결은 원심판결 이유에 대한 판단에서 “담보신탁은 담보적 기능을 가지는 신탁 계약이지 담보물권은 아니므로” 위탁자 C도 물상보증인은 아니라고 하였다. 그런데 담보신탁은 담보를 위하여 설정된 신탁 자체를 가리키는 것이지 결코 “담보물권”이 될 수 없다. 담보물권에 해당하는가는 어디까지나 신탁수익권의 법적 성질에 관련한 문제이다. 그러므로 위 설시는 무용하거나 부적절한 나열에 불과하며 위탁자의 물상보증인성을 부정하는 근거가 될 수 없다.

대상판결은 위탁자가 물상보증인이 아니라는 근거로 우선수익권의 법적 성질(“우선수익권은 경제적으로 금전채권에 대한 담보로 기능하지만, 그 성질상 금전채권과는 독립한 신탁계약상의 별개의 권리... 채권자가 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것도 아니다”)과 자기 재산 그 자체의 제공이 없는 점(“위탁자가 자기의 재산 그 자체를 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인에 해당한다고 볼 수는 없다”)을 들었다. 대상판결은 담보신탁상 우선수익권의 법적

10) 가령 양창수/김형석, 「민법Ⅲ 제3판」, 박영사, 2018, 500면 이하; 지원립, 앞의 책(주6), 879면 이하.

성질을 담보물권이 아닌 신탁상의 권리로 새기는 한 위탁자는 담보물권설정자가 아니므로 물상보증인이 아니라고 본 듯하다. 민법이 일정한 재산을 타인 채무의 담보를 위하여 제공하는 방식으로 예정한 것은 담보물권이며, 종래 판결도 물상보증을 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위라고 정의한 바 있다.<sup>11)</sup> 그런데 이들 판결은 채무자 아닌 자가 근저당권을 설정한 사안으로, 적어도 해당 사안에서는 물상보증인이 곧 담보물권설정자라고 하더라도 잘못이 없다. 하지만 이를 물상보증인의 일반적인 개념정의로 확대해서는 안 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 물상보증인은 타인 채무에 대하여 담보로 제공한 재산으로 유한책임 을 지는 자로서 담보물권설정자에 한정되지 않기 때문이다. 담보신탁의 구조상 신탁재산을 출연하고 그 재산으로부터 이익을 향수할 수 있는 지위를 담보로 채권자에게 수여한 자는 바로 채무자 아닌 위탁자이며, 그는 담보물권설정자나 양도담보설정자와 마찬가지로 '자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자'로서 물적 유한책임을 진다는 점에서 물상보증인의 정의에 부합한다.

대상판결이 물상보증인에 대하여 '재산 그 자체'를 제공할 것을 요구한 부분에 대하여도 음미가 필요하다. 일반적으로 채권자는 담보로 제공된 재산에 대하여 담보물권을 취득하거나 그 재산을 이전받게 되는데, 대상판결도 그러한 맥락에서 '재산 그 자체'의 제공을 요건으로 삼은 것이 아닌가 한다. 그러나 부동산담보신탁에서 채권자는 담보로 우선수익권을 취득할 뿐 위탁자가 출연한 부동산은 수탁자에게 귀속한다. 채권자가 가지는 우선수익권은 신탁재산상의 물권이 아니라 수탁자에 대한 우선적인 수익채권을 중심으로 하여 수익자의 지위에서 인정되는 여러 권리·의무를 포괄하는 개념이다. 그래서 대상판결과 같이 담보목적물 자체에 대한 권리의 취득을 요건으로 새기는 한 위와 같은 유형의 부동산담보신탁에서는 도대체 물상보증인이 존재할 수 없게 된다. 그러나 물상보증인의 존부와 확정은 그에 수반하는 여러 법률효과의 판단을 위한 선결문제이며, 부동산담보신탁에 대하여만 물상보증인의 지위를 배제할 이유는 없다. 대상판결의 위 설시는 부동산담보신탁의 구조를 담보법제에 충분히 포섭시키지 못한 사태로 정당화되기 어렵다.

#### 나. 수탁자가 물상보증인인가?

만약 위탁자가 물상보증인이 아니라면 그리고 채권자가 수탁자 소유의 신탁부동산의 환가대금으로부터 우선수익권에 기하여 채권의 만족을 얻는다는 사실에 주목한다면 수탁자가 물상보증인에 해당한다고 할지 모른다. 특히 수탁자가 신탁채권자가 아닌 위탁자의 채권자를 위하여 신탁부동산에 관하여 저당권을 설정해주었다면, 대상판결의 설시에 의할 때 수탁자는 자

11) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6237 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다19802, 19819 판결; 대법원 2018. 4. 10. 선고 2017다283028 판결 등.

신이 소유한 신탁부동산 그 자체를 타인 채무의 담보로 제공하였으므로 물상보증인에 해당하  
는 것으로도 보인다. 그러나 어느 경우든 수탁자는 물상보증인이 아니라고 해야 한다. 신탁  
재산으로부터 이익향수가 금지되는(신탁법 제36조) 수탁자는 신탁계약에 따라서 신탁부동산을  
소유하고 담보와 관련한 사무를 처리할 뿐이다. 신탁재산의 환가대금을 채권자에게 지급하더  
라도 이는 우선수익자에 대한 수익급부라고 하는 신탁상 자신의 채무를 이행한 것에 지나지  
않는다. 그리고 수탁자는 수익자에 대하여 유한책임을 지기 때문에(신탁법 제38조) 채권자가  
우선수익권을 행사하더라도 수탁자의 고유재산은 영향을 받지 않는다. 이처럼 수탁자를 물상  
보증인으로 취급할 수 없음은 개별 유형에 따라 당사자들의 법률관계를 분석해보면 더욱 분명  
해진다.

#### (1) 위탁자가 채무자인 경우

채권자가 우선수익권을 행사함에 따라 수탁자가 소유하는 신탁부동산이 환가되더라도 수탁  
자가 위탁자에게 구상하는 관계는 발생하지 않으며, 변제자대위나 물상보증도 문제되지 않는  
다. 채무자 소유의 재산에 대하여 담보물권을 취득하는 것과 비교할 때 우선수익권을 취득한  
채권자는 신탁을 통하여 창출된 위탁자의 무자력이나 도산위험으로부터의 안전지대, 즉 위탁  
자나 수탁자의 고유재산과 독립한 신탁재산으로부터 이익을 향수할 수 있어 보다 효과적으로  
채권의 만족을 얻을 수 있다. 그리고 채무자가 자익신탁을 설정하고 수탁자가 위탁자의 채권  
자에게 신탁부동산에 대하여 저당권을 설정해주거나 채무자가 채권자에 대하여 저당권을 설  
정해준 부동산에 대하여 신탁을 설정한 때에도<sup>12)</sup> 채권자가 수익권이 아닌 저당권을 취득하였  
을 뿐 수탁자의 지위는 동일하다. 예컨대 후자의 경우 외관상 수탁자가 저당부동산의 제3취득  
자처럼 보일지라도 수탁자가 보증채무에 관한 규정에 따라 구상권을 가진다거나(민법 제370  
조, 제341조), 수탁자에게 민법 제364조가 정한 제3취득자의 지위를 인정할 여지는 없다. 다만,  
종래 법원은 신탁부동산에 근저당권이 설정되거나 근저당권이 설정된 부동산을 신탁재산으로  
한 사안에서 수탁자가 물상보증인 또는 저당부동산의 제3취득자와 ‘같은’ 지위를 가진다고 보  
았다.<sup>13)</sup> 그러나 근저당권의 목적물이 위탁자가 아닌 수탁자의 소유이고 수탁자는 그 신탁재산  
으로 유한책임을 진다는 의미 그 이상은 아니다. 저당권설정계약의 당사자가 위탁자이든 수탁  
자이든 채무에 대하여 물적 책임을 지는 부동산을 제공한 자는 바로 위탁자이다. 그리고 신탁  
부동산에 대한 저당권을 보유한 채권자는 직접 위탁자 소유의 부동산에 저당권을 보유하는 것  
과 비교할 때 위탁자의 다른 채권자에 의하여 저당권의 실행이 강제되는 등의 불이익을 피할

12) 이때 채권자가 가지는 근저당권은 신탁 전의 원인으로 발생한 권리 또는 신탁사무의 처리상 발생한 권리로서  
강제집행이 금지되지 않는다(신탁법 제22조 제1항 단서).

13) 아래 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결 참조.

수 있다. 또한 우선수익권을 취득하는 것과 비교할 때 수익채권이 신탁채권보다 열후한(신탁법 제62조) 점을 고려한다면 저당권을 실행하여 우선변제권을 확보할 수 있는 이점이 있다.

## (2) 위탁자가 채무자가 아닌 경우

타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정하면서 '자기의 재산 그 자체'를 수탁자에게 이전하고 이를 책임재산으로 하는 우선수익권을 채권자에게 수여한 주체는 바로 위탁자이다. 수탁자가 물상보증인으로서 채무자에게 구상권을 행사하는 것은 상정하기 어려우며, 오히려 신탁을 설정하고 재산을 출연한 위탁자에게 구상권 및 이를 확보하기 위한 변제자대위가 인정되어야 한다. 우선수익권이 행사될 때 위탁자는 그나마 수익권을 가진 한에서 남은 신탁재산으로부터 수익급부를 받을 수 있을 뿐이며, 그에 상응하여 채무소멸이라고 하는 이득을 얻은 자는 채무자이다. 타인 채무의 담보를 위하여 저당권을 설정해준 자가 당해 저당부동산에 대하여 신탁을 설정하거나 수탁자가 위탁자의 채권자 또는 신탁채권자가 아닌 제3자에 대하여 신탁부동산에 저당권을 설정해 준 경우에도 다르지 않다.<sup>14)</sup> 결국 대상판결은 우선수익권이 담보물권이 아니라는 성질론에 경도되어 일반적인 담보제도와 구분되는 신탁의 구조를 소홀히 한 채 위탁자가 물상보증인이 아니라고 판단한 것이다.

그런데 종래 판례는 위탁자에 대한 도산절차에서 채권자의 우선수익권은 위탁자가 제공한 담보에 해당하지 않는다고거나 수탁자가 물상보증인과 같은 지위에 있다고 하였다. 물론 도산절차라고 하는 특별한 영역에서의 판단이지만 이 문제는 신탁의 구조상 담보를 위하여 신탁을 설정한 위탁자의 지위, 채권자가 취득한 우선수익권의 성질, 신탁재산의 독립성 및 수탁자의 지위와 밀접하게 연관되어 있고, 학설은 대립한다. 이에 관한 상세한 논의는 본고의 범위를 넘는다. 다만, 물상보증인으로서 위탁자의 지위를 확정하기 위한 범위에서의 검토는 필요할 것이다.

## 다. 위탁자의 도산과 우선수익권

### (1) 위탁자와 도산절차

위탁자가 파산선고를 받은 경우 신탁설정행위에 대하여 파산관재인이 부인권을 행사함으로써 신탁재산이 파산재단에 원상회복되지 않는 한 수탁자의 소유인 신탁재산은 파산재단에 속하지 않는다(채무자회생법 제382조 참조). 하지만 위탁자가 가진 수익권은 당연히 그의 일반재산으로서 파산재단에 속한다. 그리고 이러한 수익권에 대하여 질권 등을 취득한 채권자는 파

14) 설령 담보물권이 실행될 때 수탁자가 채무자에 대하여 구상권을 행사하거나 변제자대위를 할 수 있다고 하더라도, 이는 신탁상 정함이 있는 때에 한하여 위탁받은 사무를 처리하는 것에 지나지 않는다. 그러므로 수탁자의 물상보증인성 판단과는 구분하여야 한다.

산절차에 의하지 않고 별제권을 행사할 수 있으며, 그럼에도 불구하고 변제받지 못한 채권액에 대하여는 파산채권자로서 권리를 가진다(채무자회생법 제411조 내지 제413조). 그러나 위탁자가 신탁을 설정하면서 채권자를 우선수익자로 정하였다면, 위탁자와 수익자의 지위는 준별되고 우선수익권은 파산재단에 속한 재산이 아닌 수탁자 소유의 신탁재산으로부터의 수익을 내용으로 하기 때문에 위탁자의 파산으로부터 영향을 받지 않는다.<sup>15)</sup>

한편 위탁자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 파산에서와 마찬가지로 신탁재산은 회생절차의 관리인이 관리 및 처분 권한을 가지는 채무자의 재산을 구성하지 않는다. 그리고 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 담보권, 전세권, 우선특권으로 담보된 회생담보권(채무자회생법 제141조 제1항)<sup>16)</sup>은 회생절차 내에서만 행사가 가능하다. 그리고 회생계획인가 결정이 있는 때에는 회생계획이나 법률규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면하며, 주주·지분권자의 권리와 채무자의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다(채무자회생법 제251조). 그러나 회생계획은 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가 개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리나 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보에는 영향을 미치지 않는다(채무자회생법 제250조 제2항). 그래서 만약 우선수익권을 가진 채권자가 회생담보권자에 해당한다면 회생절차에 영향을 받지 않을 수 없게 되는데, 판례는 이를 부정한다. 그리고 학설은 부동산담보신탁에서 우선수익자를 회생담보권자로 보는 견해와 판례처럼 이를 부정하는 견해가 대립한다.<sup>17)</sup>

15) 윤진수, “담보신탁의 도산절연론 비판”, 『비교사법』, 제25권 2호(2018), 703면은 우선수익자의 지위를 담보권자가 아니라고 보면 수탁자가 환취권을 행사하여 수익자의 수익권을 실현할 수 있고, 담보권자라고 보더라도 별제권이 인정되기 때문에 파산절차상 수익자를 어떻게 보는가는 별다른 차이를 가져오지 않는다고 한다. 그러나 우선수익권은 수탁자가 소유하는 신탁재산으로부터의 이익향수를 내용으로 하는 권리이지 위탁자 소유의 재산을 목적으로 하는 담보권이 아니기 때문에 우선수익자에게 별제권이 인정될 여지는 없다고 할 것이다.

16) 동법 규정의 해석상 회생담보권은 유치권 등 담보권 자체가 아니라 그것에 의하여 담보되는 채권이나 청구권을 의미함이 분명하다. 그러므로 가령 담보부사채신탁법에 따라 발행된 담보부사채의 경우 담보권의 귀속주체인 수탁자가 아닌 사채권자가 회생담보권자가 된다. 하지만 종종 판례는 담보권을 일컬어 회생담보권이라고 부르기도 한다. 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결은 동산의 소유권유보부매매에 있어서 “매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 담보목적의 양도와 마찬가지로 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급함이 타당하”다고 하는데, 법률규정과는 일치하지 않는 설시이다.

17) 학설대립의 소개는 윤진수, 앞의 논문(주15), 703면 이하; 이원삼, “담보신탁의 도산절연에 대한 고찰”, 『상사판례연구』, 제32집 제3권(2019), 248면 이하; 정순섭, 『신탁법』, 지원출판사, 2021, 666면 이하.

## (2) 회생절차상 우선수익권의 취급

(가) 먼저 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결은 부동산담보신탁을 설정하면서 채권자를 우선수익자로 정한 위탁자 겸 채무자에 대하여 회사정리절차가 개시된 사안에서, 채권자가 신탁부동산에 대하여 수익권을 가지게 된 원인이 비록 위탁자의 신탁행위로 말미암은 것이라도 그 수익권은 구 회사정리법 제240조 제2항18)에서 정한 '정리회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보'에 해당하여 정리계획에 영향을 받지 않으므로, 채권자가 정리채권 신고기간 내에 신고하지 않아 정리계획에 변제의 대상으로 규정되지 않았더라도 실권되는 권리는 채권자가 정리회사에 대하여 가지는 정리채권 또는 정리담보권에 한하고 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 수익권에는 아무런 영향이 없다고 하였다. 그리고 '회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보'의 의미에 대하여 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결 및 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결<sup>19)</sup>은 정리채권자(회생채권자) 등이 회사(채무자)에 대한 채권을 피담보채권으로 하여 제3자의 재산상에 가지고 있는 담보물권 내지 담보권이라고 해석하였다.

위 판결들은 담보제공자를 판단함에 있어서 담보목적물의 귀속주체를 기준으로 삼고 있다. 우선수익권은 수탁자가 소유하는 신탁재산으로부터의 이익향수를 목적으로 하는 것인 만큼 회사(채무자)가 아닌 제3자의 재산상에 가지는 권리로서 정리(회생)계획에 의하여 영향을 받지 않는다는 것이다. 그런데 일반적인 담보제도에서는 담보를 제공하는 법률행위의 당사자와 담보목적물의 귀속주체가 일치하며, 담보목적물의 제3취득자가 등장한 때 양자가 사후적으로 분리된다. 그러나 담보신탁에서는 담보인 우선수익권을 수여한 자(위탁자)와 그 담보에 대한 책임재산의 귀속주체(수탁자)가 구조적으로 분리된다. 그래서 과연 누가 담보를 '제공'한 자인가에 대한 법적인 평가가 필요한데, 신탁설정을 통하여 신탁재산을 수탁자에게 이전하고 이로부터 우선적으로 이익을 향수할 수 있는 우선수익권을 채권자에게 수여한 것은 바로 위탁자이다. 우선수익권이 수탁자가 소유한 신탁재산으로부터 이익을 향수하는 권리라고 해서 결코 수탁자가 우선수익권 자체를 제공할 수는 없다.<sup>20)</sup> 따라서 우선수익권은 어디까지나 정리회사(채무자)가 제공한 담보라고 하여야 한다.

18) 구 회사정리법 제240조(정리계획의 효력범위) ② 계획은 정리채권자 또는 정리담보권자가 회사의 보증인 기타 회사와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가진 권리와 회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 아니한다.

19) 전자는 신탁부동산에 대하여 수탁자가 위탁자의 채권자를 위하여 신탁부동산에 근저당권을 설정해 준 사안이며 후자는 회생절차개시 이전에 채무자가 근저당권을 설정한 부동산에 대하여 담보신탁을 설정한 사안으로, 위탁자가 채권자를 우선수익자로 정한 경우와는 구분된다. 그러나 이러한 사실관계의 차이에 따라서 '회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보'라고 하는 법규정의 해석이 달라지지는 않는다.

20) 오영길, "리부트 -대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결-", 「법조」, 제71권 제2호(2022), 327면도 신탁재산을 수탁자에게 이전한 것은 위탁자이며 신탁을 통하여 수익자에게 수익권을 부여한 것도 위탁자이고, 수탁자가 제공한 것은 아니라고 지적한다.

(나) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결<sup>21)</sup>은 위 판결과 결론을 같이 하지만 그 근거는 다소 차이가 있다. 정리담보권으로 신고하지 않았을 때 구 회사정리법 제241조<sup>22)</sup>에 의하여 소멸하는 정리담보권이 되기 위해서는 정리절차개시 당시 정리회사 재산을 대상으로 하는 담보권이어야 하는데, 위탁자와 수익자의 지위는 별개의 것이고, 특히 담보신탁이 아니라 분양형토지(개발)신탁의 경우 신탁계약시에 위탁자인 정리전 회사가 제3자를 수익자로 지정한 이상, 비록 채권담보의 목적이라고 하더라도 그 수익권은 신탁계약에 의하여 원시적으로 제3자에게 귀속하고 위탁자인 정리전 회사에게 귀속되어야 할 재산권을 제3자에게 담보목적으로 이전하였다고 볼 수는 없기 때문에 그 수익권은 정리절차개시 당시 회사 재산이라고 볼 수 없다는 것이다.

정리전 회사가 신탁을 설정하면서 채권자를 우선수익자로 지정하였다면, 정리회사가 가진 후순위수익권이 정리회사의 재산에 속할지언정, 수탁자 소유의 신탁재산이나 채권자의 우선수익권은 정리회사의 재산에 속하지 않기 때문에 이미 정리담보권의 개념과는 거리가 멀다. 회생담보권에 관한 채무자회생법 제141조 제1항의 규정방식 및 그 해석도 다르지 않다. 만약 자익신탁을 설정한 후 수익권을 담보로 제공하였다면, 이는 채무자가 제공하였을 뿐만 아니라 채무자 재산에 속하는 수익권에 관하여 질권 또는 양도담보권을 설정해 준 것이므로 회생계획에 영향을 받지 않을 수 없다.<sup>23)</sup> 그러나 채권자를 우선수익자로 정한 경우에는 신탁재산과 우

21) 이 사건에서 제1순위 수익자인 피고는 정리채권을 신고하였을 뿐 별도의 정리담보권 신고는 하지 않았는데, 이후 수탁자로부터 제1순위 수익자의 지위에서 중간배당금을 지급받자 정리회사의 관리인인 원고가 신탁계약에 따라 정리회사가 취득한 수익권을 피고에게 양도담보로 제공한 것과 같음에도 피고가 정리담보권으로 신고하지 않았으므로 수익권에 설정된 양도담보권은 소멸하였고, 따라서 피고는 법률상 원인 없이 배당금을 지급받았다는 근거에서 부당이득의 반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 원심 법원은 개발형 부동산신탁계약상의 수익권은 신탁계약을 체결함으로써 비로소 창설되고 신탁계약에서 수익자로 지정된 자에게 애당초 귀속되는 것이므로, 신탁계약에서 위탁자가 아닌 제3자가 수익자로 지정된 경우에는 그 제3자에게 수익권이 처음부터 귀속하고 그것이 채무의 담보를 목적으로 하더라도 다르지 않기 때문에, 이 사건 수익권은 피고에게 처음부터 귀속되었다는 근거에서 원고의 청구를 기각하였다.

22) 구 회사정리법 제241조(정리채권 등의 면책 등) 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사는 모든 정리채권과 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다. 그러나 제121조 제1항 제5호에 제기하는 청구권은 그러하지 아니하다.

23) 위 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결도 방론으로 이점을 분명히 하였다. 만약 채무자인 위탁자가 신탁을 설정하고, 수탁자가 신탁재산에 대하여 채권자에게 근저당권을 설정해주었다면, 근저당권설정계약의 당사자는 수탁자와 채권자이고, 근저당권은 수탁자 소유의 신탁재산상에 존재하는 담보물권이다. 그러므로 위탁자에 대하여 회생절차가 개시되더라도 채권자의 신탁재산에 대한 근저당권은 “회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는” 저당권이 아니므로 회생계획에 영향을 받지 않는다고 해야 한다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결 참조). 채무자가 채권자에게 근저당권을 설정해준 부동산에 대하여 신탁을 설정한 후 회생절차가 개시된 때에도 동일한 근거에서 채권자는 회생담보권자에 해당하지 않는다. 따라서 회생계획에 영향을 받지 않고, 채무자회생법 제251조, 제252조 제1항 따라 채권자의 권리가 실현되거나 변경되더라도 근저당권은 영향을 받지 않는다.

선수익권 모두 채무자의 재산에 속하지 않기 때문에 우선수익자인 채권자가 회생담보권자가 될 수는 없다.<sup>24)</sup> 위탁자와 수익자의 지위는 별개이며, 신탁설정시에 채권자를 우선수익자로 정하는 경우와 위탁자가 가진 수익권에 질권을 설정하거나 혹은 수익권을 양도담보로 제공하는 경우는 엄연히 우선수익권의 귀속주체가 다르다는 점에서 구분되어야 한다. 이러한 관점에서 위 판결의 설시는 정당하며, 회생담보권에 관한 명시적인 규정을 무시한 채 양자가 단순히 형식적인 차이에 지나지 않는다거나 실질적·경제적으로 다르지 않다<sup>25)</sup>고 단정해서는 안 될 것이다.

그런데 위 판결은 담보신탁이 아닌 분양형토지(개발)신탁에서 채권자가 수익자로 지정되었음을 근거로 들고 있어 주목을 끈다. 재판연구관의 해설에 따르면<sup>26)</sup> 개발신탁의 목적은 채권 담보와 관련이 없고, 채무불이행시에 채권자가 신탁부동산의 환가를 요구하거나 신탁의 종료 를 요구할 권리가 없고, 개발이 완료되는 등 채권자와 무관하게 신탁이 종료된 후 수익이 있을 경우에만 이를 받을 권리를 행사할 수 있으므로 수익권을 담보로 제공한 것이지 신탁부동산을 담보로 제공한 것이 아니라고 한다. 그러나 부동산담보신탁에서도 채권자에게 담보로 제공된 것은 다름 아닌 우선수익권이다. 그리고 신탁을 설정하는 목적은 다양할 수 있으며 또한 다수일 수 있다. 개발신탁의 설정 자체가 담보를 일차적 또는 유일한 목적으로 하는 것은 아니더라도 채권자를 우선수익자로 정한 것은 그야말로 채권의 담보를 위함이며, 이때 우선수익권의 취급은 오직 담보를 목적으로 신탁이 설정된 경우와 다를 바 없다. 또한 우선수익자가 신탁부동산의 환가를 요구할 수 있는지 여부가 부동산담보신탁의 요소는 아니다. 신탁부동산이 환가 되는 경우 그 대금은 당해 부동산에 갈음하여 신탁재산을 이루고 신탁부동산의 개발에 따라

24) 이러한 관점에서 볼 때 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결이 소유권유보부매매의 매수인에 대하여 회생절차가 개시된 사안에서 매도인에게 유보된 소유권이 담보권의 실질을 가진다는 이유로 양도담보와 같은 회생담보권으로 취급하여 매도인의 환취권 행사를 부정한 것은 법리상 오류를 범한 것이라고 하지 않을 수 없다. 종래부터 판례는 소유권유보의 법적 성질에 대하여 정지조건부소유권이전설의 입장이고, 양도담보와 달리 소유권유보부매매에서는 매수인에게 목적물에 대한 권리가 없기 때문에 매도인이 그에 대한 담보권을 가진다는 것도 생각하기 어렵기 때문이다. 양형우, 「회생절차에서 소유권유보와 매도인의 지위」, 「인권과정의」, 제447호(2015), 150면 이하도 유보된 소유권은 매도인에게 속하고 채무자의 재산이 아니기 때문에 회생담보권으로 취급하는 것은 타당하지 않다고 한다.

25) 가령 김성용, 「담보목적으로 신탁계약상 수익자로 지정된 채권자가 회생담보권자인지 여부」, 「도산판례백선」, 박영사, 2021, 132면은 채무자가 그 소유의 토지를 개발하여 분양하는 사업을 수행할 목적으로 이를 현물출자하여 주식회사를 신설하면서 그에 따라 취득한 우선주식을 담보 목적으로 채권자에게 양도한 후에 회생절차가 개시되는 예를 들고, 이 경우 채권자가 회생담보권자로 되는 데 의문의 여지가 없음에도 신탁에서는 수익자지정이라는 개념이 인정된다고 해서 이러한 형식의 차이가 법적 효과를 결정적으로 달리하는 근거로 작용하도록 함으로써 일종의 규제차익 외에 무슨 사회적 편익을 얻을 수 있는지 의문이라고 한다. 광장신탁법연구회, 「주석 신탁법」, 박영사, 2013, 549면 이하도 자익신탁과 타익신탁을 달리 취급하는 것은 너무 거래행위의 외관 내지 형식론에 치우친 것이라고 한다. 그러나 단순히 형식 내지 외관의 문제가 아니라 권리의 귀속 및 법률의 해석에 근거한 것이다. 만약 법원이 명시적인 규정을 무시한 채 실질을 근거로 든다면 그것이 오히려 법해석의 한계를 넘는 것이라고 하지 않을 수 없다.

26) 이주현, 「신탁법상의 신탁계약을 체결하면서 담보 목적으로 채권자를 수익자로 지정한 경우 그 수익권이 정리계획에 의하여 소멸되는 정리담보권인지 여부」, 「대법원판례해설」, 제42호(2003), 597면.

발생하는 수익 역시 신탁재산에 속한다(신탁법 제27조). 채권자가 담보로 취득한 우선수익권은 바로 이러한 신탁재산으로부터 우선적으로 수익급부를 받는 권리이다. 신탁부동산의 환가도 결국 수익급부를 위한 조치에 지나지 않으며, 어떠한 형태의 신탁재산으로부터 얼마만큼의 수익급부를 받을 수 있는지는 전적으로 수익권의 담보가치에 대한 평가의 문제일 뿐 이를 정리(회생)담보권 여부를 판단하는 기준으로 삼는 것은 타당하지 않다.

한편 판례의 결론에 반대하는 학설은 양도담보와의 기능적 유사성을 들어 채무자회생법 제141조 제1항을 유추적용하여 우선수익자를 회생담보권자로 인정할 수 있다거나 수익자의 지위는 양도담보권자와 유사하다고 한다.<sup>27)</sup> 사실 부동산담보신탁 내지 우선수익권의 취급에 있어서 양도담보와의 유사성은 이미 학설과 판례의 주된 논거가 되어왔다.<sup>28)</sup> 양도담보목적물의 소유권은 (대내적으로) 채무자에게 속하고, 채권자는 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 양도담보권을 가지므로 그를 회생담보권자로 인정하는 데에는 어려움이 없다. 하지만 위탁자는 신탁을 설정함으로써 더 이상 신탁재산에 대하여 권리를 가지지 않기 때문에 막연히 담보를 위하여 소유권이 이전되는 사실만 들어 양자를 동일하게 취급해야 한다고 할 것은 아니다. 아마도 위 학설은 위탁자가 수익자로서 혹은 신탁재산을 출연하였다는 점에서 여전히 신탁재산에 대하여 권리를 보유하고 있다고 본 것이 아닌가 한다.<sup>29)</sup> 그러나 위탁자가 신탁재산에 권리를 가진다면 그것은 수익권을 취득한 때 비로소 가능한 것이며,<sup>30)</sup> 우선수익자는 물론 후순위수익자를 누구로 정할 것인가는 전적으로 신탁상의 정함에 달린 문제이다. 채권자를 우선

27) 윤진수, 앞의 논문(주15), 723면 및 730면. 그 밖에 학설은 부동산담보신탁과 유사한 제도로 미국의 deed of trust를 들면서 이에 대하여 도산절연이 부인되는 점을 근거로 제시한다(합대영, 「신탁형 자산유동화에서의 전정양도 판단」, 「BFL」, 제44호(2010), 78면 이하). 그러나 미국에서는 deed of trust를 신탁이 아니라고 보는 만큼 신탁의 주된 효과인 도산절연이 인정되지 않는 것은 자연스러운 결과일 것이다. 이와 달리 부동산담보 신탁은 엄연히 신탁법상의 신탁으로, 당사자들이 신탁의 효과를 의도하여 설정한 것인 만큼 그 효력을 인정하는 것이 타당하다(이중기/이영경, 「신탁법」, 삼우사, 2022, 217면도 다른 신탁과 동일한 법적 효력을 갖는 '진정신탁'이라고 한다). 그리고 여타의 신탁계약에서도 담보목적으로 채권자를 우선수익자로 정할 수 있으므로 단순히 부동산담보신탁을 신탁이 아니라고 선언하는 것은 적절한 근거가 될 수 없다. 또한 각국이 신탁제도를 받아들이는 방식이나 신탁이 접하는 법체계 내에서의 위치는 상이하기 때문에 우리법의 해석에 직접 참고로 삼는 데에는 한계가 있음에 주의할 필요가 있다.

28) 예컨대 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결은 체육필수시설에 관한 담보신탁은 실질적으로는 저당권 등 담보권과 유사한 기능을 수행하고 “담보신탁과 양도담보는 채권담보 목적으로 설정되고 설정 당시 소유권이전등기가 이루어진다는 점에서 실질적으로 같”다는 근거에서 신탁재산의 공매나 수익계약에 대하여 체육시설법 제27조 제2항이 적용된다고 보았다.

29) 윤진수, 앞의 논문(주15), 726면 이하에서 신탁재산이 위탁자의 재산으로부터 분리되는 것은 잠정적인 것에 불과하고 피담보채무가 변제되면 신탁재산은 위탁자에게 복귀하는 것이 예정되어 있다는 서술도 같은 맥락일 것이다.

30) 김성용, 앞의 논문(주25), 132면은 어느 재산이 채무자가 제공한 담보인지 여부를 판단함에 있어 결정적인 측면은 채무변제시 그것이 채무자에게로 복귀되는지이고, 이러한 측면에서 우선수익권은 채무자가 제공한 담보에 해당한다고 한다. 그러나 채무변제시 우선수익권 자체가 위탁자에게 “복귀”하는 것은 아닐뿐더러, 신탁재산도 신탁상 정함에 따라서 수익자에게 수익급부의 형태로 귀속되는 것인지(신탁법 제101조) 당연히 채무자에게 귀속되는 것은 아니다.

수익자로 정하고 후순위수익자나 귀속권리자를 위탁자 아닌 제3자로 정하는 것도 얼마든지 가능한데, 이 경우 담보신탁의 성질을 부정해야 하는지 반문하지 않을 수 없다.

(다) 판례는 채권자가 회생담보권자에 해당하지 않고 회생계획과 무관하게 우선수익권을 실현할 수 있는 근거를 우선수익권이 채무자가 제공한 담보에 해당하지 않고 채무자의 재산상의 권리가 아니라는 점에서 찾았다. 그러나 담보제공자로서 위탁자의 지위가 도산절차에서 갑자기 달라질 근거나 필요는 없다. 종래 학설은 우선수익권이 저당권이나 양도담보권과 같은 담보권인지 여부에 논의를 집중하였는데, 우선수익권이 중요한 담보수단이라는 점에는 이견이 없을 것이다. 그러나 회생담보권에 해당하기 위해서는 채무자의 재산상의 담보권이어야 하므로 수탁자에 대한 수익채권을 중심으로 하는 우선수익권은 그 요건을 충족하지 못한다. 즉, 신탁의 구조상 우선수익권은 위탁자가 제공한 것임에도 불구하고 위탁자의 재산상의 권리가 아니기 때문에 우선수익자인 채권자는 회생담보권자에 해당하지 않는다고 해야 한다. 이는 당사자가 선택한 유효한 법제도의 효과를 승인한 당연한 해석이며, 피상적으로 ‘형식’이나 ‘실질’이냐를 가지고 다툰 문제는 아니다. 만약 회생담보권의 정의규정에 포섭되지 않는 새로운 담보수단의 활용에 따라 입법자가 예정하지 못한 부당한 사태가 참을 수 없는 정도에 이르렀다면, 입법을 통한 해결을 도모하여야 하며 법원에 그러한 역할을 요구할 것은 아니다.

### 3. 대위자 사이의 법률관계

채무를 변제한 제3자는 구상권의 범위에서 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는데, 다수의 대위자가 존재하는 경우 먼저 변제한 사람이 항상 대위하게 되거나 무한대위가 일어나게 되는 불합리를 방지하기 위하여 대위자 상호간의 충돌을 조정하는 기준이 필요하다.<sup>31)</sup> 이는 결국 구상의무자의 무자력위험을 어떻게 배분할 것인가의 문제로, 제482조 제2항은 보증인과 제3취득자, 제3취득자 상호간, 물상보증인 상호간, 보증인과 물상보증인의 관계를 규정하고 있다.<sup>32)</sup> 그리고 “자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공”하는 방식은 담보물권의 설정에 한정되지 않으며, 앞서 살펴본 것처럼 타인의 채무를 담보하기 위하여 신탁을 설정한 위탁자 또한 물상보증인에 해당한다. 위탁자가 부동산담보신탁을 설정하면서 채권자를 우선수익자로 정하고 채권자가 담보로 취득한 우선수익권은 위탁자가 출연한 신탁부동산으로부터의 이익향수를 내용으로 하는 신탁의 구조에 비추본다면, 부동산담보신탁에서 자기의 재산을 타

31) 「민법주해XI」, 박영사, 1996, 199면(이인재 집필).

32) 민법은 물상보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위에 관하여 규정하고 있지 않은데, 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결은 제482조 제2항 제1호, 제2호 및 제5호, 제370조, 제341조의 해석에 비추어 물상보증인은 채무자로부터의 제3취득자에 대하여 대위할 수 있지만 후자는 전자에 대하여 대위할 수 없다고 보았다.

인의 채무의 담보로 제공한 자는 위탁자밖에 없다. 그러므로 대위자들 사이에서는 제482조 제2항 제4호 및 제5호가 적용되어야 하며, 이에 따라 산정된 부담부분을 넘는 변제를 한 때 비로소 다른 보증인과 물상보증인에 대하여 채권자의 권리를 대위할 수 있다고 할 것이다.<sup>33)</sup>

그러나 대상판결은 위탁자의 물상보증인성을 부정함과 동시에 채권자의 우선수익권이 변제자대위의 대상이 되는 '담보에 관한 권리'에 해당함을 긍정함으로써 이후 대위자 사이의 법률관계를 규율하는 법리를 안출해야 하는 과제를 떠안게 되었다. 그리고 대상판결은 전적으로 민법 제482조 제2항 제4호 및 제5호의 취지에 기대어 다른 기준이나 별도의 약정 등 특별한 사정이 없는 이상 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 인원수에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 보는 것이 대위자 상호간의 합리적이고 통상적인 기대에도 부합한다고 하였다. 따라서 C와 원고 사이에 대위비율에 관한 특약 등이 존재하지 않는 이상 인원수에 따라 대위비율을 정하는 것이 공평하고 합리적이며 또한 통상의 의사 내지 기대에 부합한다는 것이다. 사실 공평이나 합리성은 모든 사법관계의 근저에 놓인 원리라고 할 수 있으므로 특정 사안의 근거로서 고유한 의미를 가지기 어렵다. 그리고 이러한 조리는 다른 기준을 찾을 수 없을 때 비로소 제시될 수 있음에도 불구하고 대상판결이 적용 법규정을 외면한 채 조리에 의거한 것은 법의 해석과 적용이라는 법원의 임무에 부합하지 않는다.

나아가 대상판결의 사안처럼 보증인과 위탁자가 각각 1인인 때에는 단순히 인원수에 비례한다고 하더라도, 만약 채무자 아닌 다수의 위탁자가 있는 때에도 여전히 공평과 합리성에 기대어 인원수에 비례한다고 할 것인지 아니면 위탁자들 사이에서는 신탁부동산의 가액에 비례한다고 할 것인지 묻지 않을 수 없다.<sup>34)</sup> 대상판결과 같이 거듭 민법 제482조 제2항 제4호 또는 제5호의 취지 내지 판례를 상세히 반복할 필요 없이, 이 경우에도 위 규정을 적용하여 물상보증인인 다수의 위탁자들 사이에서는 각 신탁재산의 가액에 비례하여 대위한다고 하면 충분하다. 대상판결은 우선수익권의 법적 성질에 집착하여 신탁의 구조상 타인 채무의 담보를 위하여 부동산담보신탁을 설정한 위탁자의 지위를 제대로 규명하지 못한 결과 변제자대위에 관하여 일반적으로 유효한 기준을 제시하지 못한 한계를 보여준다.

33) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2007다61113, 61120 판결.

34) 예컨대 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다59797, 59803 판결에서는 타인 채무의 담보를 위하여 12인의 원고가 부동산담보신탁을 설정하였고, 이후 우선수익권의 행사에 따라서 신탁부동산이 처분되었다. 이 사건에서는 당사자들이 총담만 문제삼았으나, 개별적인 사안에 따라 다수의 위탁자 사이에서 얼마든지 대위의 문제가 발생할 수 있다.

## V. 결 론

일반적인 담보제도에서는 담보제공자와 채권자가 법률행위의 당사자가 되고, 채권자가 담보목적물에 대하여 권리를 취득하며, 담보권의 실행으로 담보목적물을 환가하거나 취득하는 방식으로 채권을 변제받게 된다. 하지만 부동산담보신탁에서는 담보제공자와 담보목적물의 귀속주체가 분리된다. 위탁자가 수탁자와의 신탁계약에서 채권자를 우선수익자로 정하고 수탁자에게 신탁부동산을 이전하며, 채권자는 수탁자에 대한 우선수익권을 행사하여 신탁부동산으로부터 수익을 받음으로써 채권의 만족을 얻게 되는 것이다. 그래서 이러한 신탁의 구조를 기존의 담보법리에 어떻게 포섭할 것인지가 문제된다. 그런데 종래의 논의는 우선수익권의 법적 성질과 취급에 집중되었고, 때로는 신탁에 대한 단편적이고 경직된 인식하에 또 때로는 신탁의 구조에 대한 충분한 고려 없이 이루어졌음을 부정할 수 없다. 그러나 부동산담보신탁이 신탁의 대표적인 활용형태로 어느 때보다 주목을 받고 있고 관련 법률분쟁도 증가하고 있는 상황에서 담보신탁의 구조에 상응한 법적인 평가와 해석이 절실하다.

이는 타인 채무의 담보를 위하여 신탁을 설정한 위탁자의 지위를 규명함에 있어서도 마찬가지이다. 대상판결은 채권자의 우선수익권이 변제자가 대위할 수 있는 “담보에 관한 권리”임을 확인한 점에서 의미가 있다. 그러나 정작 채권자의 우선수익권이 아니라 위탁자가 가진 후순위수익권을 둘러싸고 변제자대위가 다투어진 까닭에 사실관계와 법적 쟁점이 분리된 한계가 있다. 무엇보다 부동산담보신탁상 물상보증인의 지위는 그에 상응하는 법률효과와 직결됨에도 불구하고 그 존재 자체를 부정하고, 동일한 효과를 도출하기 위하여 관련 규정의 취지, 형평, 실질을 근거로 든 점도 신탁의 구조에 대한 불충분한 이해를 보여준다. 채권자가 담보로 취득한 우선수익권은 수탁자에 대한 수익채권을 중심으로 하는 권리이지만 이를 수여하고 또 그 책임재산을 제공한 자는 위탁자이다. 부동산담보신탁에서 ‘자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자’, 즉 물상보증인의 개념정의에 부합하는 당사자는 바로 위탁자인 것이다. 그러므로 위탁자가 채무자에 대하여 구상권을 가지며 채권자의 권리를 대위할 수 있고, 대위자 사이에는 민법 제482조 제2항 제4호 및 제5호가 적용된다고 해야 한다. 나아가 담보제공자로서 위탁자의 지위는 위탁자에 대한 도산절차에서도 다르지 않다. 다만, 위탁자에 대한 회생절차에서 우선수익권을 제공한 자는 위탁자지만 채권자는 회생절차개시 당시 위탁자의 재산상에 담보권을 가지는 자가 아니므로 회생담보권자에 해당하지 않는다고 할 것이다. ☐

## 참 고 문 헌

- 광장신탁법연구회, 「주식 신탁법」, 박영사, 2013
- 김성용, “담보목적으로 신탁계약상 수익자로 지정된 채권자가 희생담보권자인지 여부”, 「도산관례백선」, 박영사, 2021
- 「민법주해XI」, 박영사, 1996
- 송덕수, 「신민법강의 제12판」, 박영사, 2019
- 양창수/김형석, 「민법Ⅲ 제3판」, 박영사, 2018
- 양형우, “희생절차에서 소유권유보와 매도인의 지위”, 「인권과 정의」, 제447호(2015)
- 오영걸, “리부트 -대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결”, 「법조」, 제71권 제2호(2022)
- 윤진수, “담보신탁의 도산절연론 비판”, 「비교사법」, 제25권 2호(2018)
- 이원삼, “담보신탁의 도산절연에 대한 고찰”, 「상사판례연구」, 제32집 제3권(2019)
- 이주현, “신탁법상의 신탁계약을 체결하면서 담보 목적으로 채권자를 수익자로 지정한 경우 그 수익권이 정리계획에 의하여 소멸되는 정리담보권인지 여부”, 「대법원판례해설」, 제42호(2003)
- 이중기/이영경, 「신탁법」, 삼우사, 2022
- 정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021
- 「주식 민법 제5판」, 채권총칙4, 한국사법행정학회, 2020
- 지원림, 「민법강의 제17판」, 홍문사, 2020
- 최수정, 「신탁법 개정판」, 박영사, 2019
- 함대영, “신탁형 자산유동화에서의 전정양도 판단”, 「BFL」, 제44호(2010)

## Abstract

### Study on the settlor of a security trust for other's creditor

Choi, Su-Jeong

When a security trust is constituted, the property transferred by the settlor and held by the trustee is no longer forms part of the settlor's personal assets. The creditor appointed as a prior beneficiary is entitled to claim the beneficial interest from the trust property held by the trustee when the debtor falls into default. The Supreme Court declared that the nature of the beneficial right is a fiduciary right, not a real right granted by way of security. Even this is a important ground but not enough to explain the legal relationship of the parties concerned. It is required to interpret and apply existing security law and principles to correspond with the structure of a security trust. From this point of view this article aims to provide the clear detailed exposition of settlor's legal position who has constituted a trust to secure other's debt. This article disagrees the Supreme Court's position and argues that it is the settlor who provides prior beneficial right to creditor and contributes the chargeable property, so the right to indemnity against the debtor should be granted to the settlor and he should be able to subrogate the creditor's rights. The trustee holds and manages the trust property for the benefit of the beneficiary, but there's no reason to present the trustee with the right to indemnity because he administrates as his own obligations under the trust contract and he is liable to the beneficiary only within the trust property. Moreover the settlor's status as a security provider is admitted if the settlor of a security trust is given a rehabilitation order by a court. However the creditor, the prior beneficiary doesn't hold a security right on the settlor's property when the rehabilitation order is made, so he can exercise his rights regardless of the rehabilitation procedure.

Key Words : security trust, settlor, pledger to secure other's debt, prior beneficial right, right to indemnity, subrogation