

생명보험신탁의 법적 문제에 관한 고찰*

A Study on the Legal Issues Relating to Life Insurance Trust

한기정**

Han Ki-Jeong

생명보험의 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁인 생명보험신탁(life insurance trust)은 생명보험과 신탁이 결합된 것이다. 생명보험신탁이 1930년대 이후부터 활성화되었던 미국과 달리, 우리나라에서 생명보험신탁이 주목을 받기 시작한 것은 최근이다. 그런데 지금까지 우리 법에는 생명보험신탁에 관한 명시적 법규가 존재하지 않기 때문에, 생명보험신탁이 허용되는지, 어떠한 법적 형식을 취하여야 하는지가 명백하지 않은 상황이다. 본 논문은 이러한 문제의식 하에 생명보험신탁이 우리법상 허용되는지에 대해 해석론을 전개하고, 더 나아가 법 개정이 필요하다고 판단되는 부분에 대해서는 입법론도 개진하였다. 주요 쟁점은, 첫째, 보험금청구권이 신탁재산으로 될 수 있는지 여부, 둘째, 수탁자가 보험계약자로서 보험계약을 체결할 때 그 상대방인 보험자가 수탁자와 동일인인 경우에는, 수탁자의 자기거래 현상이 발생할 수 있는데, 위탁자나 신탁수익자의 동의가 있는 경우 자기거래가 허용될 수 있는지 여부, 셋째, 수탁자를 보험수익자로 정하는 경우에는 신탁선언의 문제가 생길 소지가 있는데 그것이 허용될 수 있는지 여부 등이다. 생명보험신탁의 활성화는 금융소비자 및 금융사업자 모두에게 이익을 줄 수 있을 것이므로, 현행법 하에서 가능하면 허용될 수 있도록 해석할 필요가 있고, 또한 그렇지 않은 부분에 대해서는 법령 개정을 할 필요가 있다고 본다.

국문 색인어: 금전채권, 보험금청구권, 생명보험, 생명보험신탁, (신탁)수익자의 동의, 신탁, 신탁선언, 신탁재산, 이해상충, 자기거래

학술진흥재단 분류 연구분야 코드: B130000

* 본 논문은 한국보험법학회가 개최한 보험판례연구회(2009.5.25)에서 발표했던 원고를 수정, 보완한 것이다. 보험판례연구회에서 값진 토론의견을 주신 분들, 또한 본 논문의 심사 과정에서 날카로운 심사의견을 주신 분들, 그리고 수탁자의 자기거래 등에 관해 귀중한 의견을 주신 정순섭(서울대 법대) 교수님에게 감사의 말씀을 드린다.

** 서울대학교 법대 부교수(hansure@snu.ac.kr)

논문 투고일: 2009. 07. 06, 논문 최종 수정일: 2009. 07. 22, 논문 게재 확정일: 2009. 07. 24

I. 들어가며

생명보험의 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁인 생명보험신탁(life insurance trust)은, 사망으로 인한 보험금부 제공을 목적으로 하는 생명보험과 수탁자에 의한 신탁재산의 관리·처분 제공을 목적으로 하는 신탁이 결합된 것이다. 신탁업이 발달했고 또한 생명보험신탁에 대한 금융소비자의 수요가 컸던 미국에서는 일찍이 1930년대부터 활성화된 금융상품이다¹⁾.

우리나라에서 생명보험신탁이 주목을 받기 시작한 것은 최근이다²⁾. 보험회사가 2003년 보험업법시행령의 개정을 통해서 신탁업을 겸영할 수 있게 된 것이 계기가 되었다³⁾. 보험업과 신탁업을 본체(in-house)에서 겸영하게 된 생명보험회사는 신탁업의 활로개척과 관련하여 생명보험과 신탁이 결합된 생명보험신탁에 주목하게 되었고, 그 제조·판매를 시도하려는 것으로 알려져 있다.

그런데, 지금까지 우리 법에는 생명보험신탁에 관한 명시적 법규가 존재하지 않기 때문에, 우리법상 생명보험신탁이 허용되는지, 어떠한 법적 형식을 취하여야 하는지가 명백하지 않은 상황이다. 이러한 법적 불명확성이 해소되기 전에는 우리나라에서 생명보험신탁의 제조·판매는 현실적으로 곤란하다고 볼 수밖에 없을 것이다.

그럼에도 불구하고 우리나라에서 생명보험신탁에 관한 법적 논의는 사실상 전무한 상태이다⁴⁾. 본 논문은 이러한 문제의식 하에 생명보험신탁이 우리법상 허용되는지에 대해 해석론을 전개하고, 더 나아가 법 개정이 필요하다고 판단되는 부분에 대해서는 입법론도 개진키로 한다.

먼저 생명보험신탁의 필요성, 개념 및 구성을 개관(II)한 다음, 주요한 3가지 법

1) Bogert/Bogert/Hess, *Bogert's Trusts and Trustees*, the 2008 Update, §235 (www.westlaw.com/ 2009.6.1.기준).

2) 진익, 「보험신탁을 통한 자산관리서비스 선진화」, 『KiRi Weekly』, 보험연구원, 2009.1.5.

3) 보험업법시행령 제16조 제2항. 현재 5개의 보험회사가 신탁업을 겸영하고 있다고 한다.

4) 최수정, 「보험사 신탁제도 활성화와 이를 위한 보험설계사의 신탁권유대행의 필요성」, 생명보험협회, 2009에서 일부 언급되고 있기는 하나, 논의의 초점은 보험신탁의 판매권유인 제도의 도입에 맞추어져 있었고, 생명보험신탁의 도입가능성과 법적 구성에 대한 본격적인 논의는 이루어지지 않았다.

적 쟁점인 보험금청구권의 신탁재산성(III), 수탁자의 자기거래(self-dealing) 문제(IV), 그리고 신탁재산의 귀속방법의 문제(V)를 차례로 살펴볼 것이다. 생명보험신탁의 필요성, 개념 및 구성(II)과 관련해서는 1930년대부터 생명보험신탁에 관한 판례가 축적되어 있는 미국법을 주로 참고하고, III, IV, V와 관련해서는 미국법은 물론이고, 우리나라와 유사했으나 2006년 신탁법·신탁업법의 개정을 통해서 신탁법제의 면모를 일신한 일본법, 그리고 신탁법제의 선진국인 영국법 등을 참조하여 비교·분석하기로 한다.

II. 생명보험신탁의 필요성, 개념 및 구성에 관한 주요 법적 쟁점

1. 필요성

생명보험신탁이 오랫동안 발전해 온 미국의 상황을 살펴보면, 생명보험신탁이 어떤 점에서 우리나라에 도입이 필요한 금융상품인지 알 수 있을 것이다. 미국에서 생명보험신탁의 경제적·사회적 효용은 개인용도인지 기업용도인지에 따라 다르다고 한다⁵⁾. 전자를 개인생명보험신탁(personal life insurance trust), 후자를 기업생명보험신탁(business life insurance trust)이라고 한다.

개인생명보험신탁(personal life insurance trust)은 유족의 안정적 생활보장을 목적으로 한다. 생명보험신탁은 피보험자의 사망으로 인한 보험금부가 피보험자의 배우자 또는 자녀에게 즉시 지급되기보다는 그 보험금부를 신탁수익자⁶⁾를 위해서 적절하게 투자·관리할 수 있는 수탁자에게 일정기간 귀속되었다가 신탁수익자에게 지급되기를 희망하는 경우에 이용된다⁷⁾. 투자·관리의 경험이나 능력이 부족한 배우자나 자녀가 일시 지급받은 보험금부를 탕진할 위험에 대비하거나, 또는 유족의

5) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §264.15.

6) 신탁계약상 수익자를 보험수익자와 구분하기 위해서 “신탁수익자”라고 부르기로 한다.

7) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §264.15.

채권자 또는 이혼한 배우자가 보험금부에 접근하는 것을 막는 데 그 목적이 있다⁸⁾. 보험자에 의한 보험금부도 일시지급이 아닌 여타의 방식(예를 들면 분할지급)을 취할 수 있지만, 수탁자가 재량적 권한(discretionary powers)을 발휘하여 유족에게 가장 유리한 방식으로 보험금부를 투자·관리할 것을 기대하는 경우에는 생명보험 신탁이 선호될 수 있다⁹⁾. 피보험자가 사망하면 수탁자는 보험금청구권을 행사하여 보험금부를 신탁재산으로 편입하여 관리·처분하게 된다.

기업생명보험신탁(business life insurance trust)에서 필요성은 다양할 수 있다. 예를 들면, 폐쇄회사(closely held corporation)나 그 사원들은 일부 사원의 사망으로 인해 회사 지배구조가 변화하는 것을 막기 위해 사망한 사원의 지분을 인수하고자 하는 목적에서 생명보험신탁을 설정할 수 있다. 이를 위해서 사원의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결하고 이에 따른 보험금청구권을 신탁재산, 폐쇄회사 또는 그 사원들(사망자 제외)을 신탁수익자로 하는 신탁계약을 수탁자와 체결하고, 수탁자는 지분구입약정에 따라 사망한 사원의 지분을 구입하여 신탁수익자에게 이전한다¹⁰⁾.

우리나라에서도 생명보험신탁이 개인용도뿐만 아니라 기업용도로 활용될 수 있을 것으로 기대된다. 다만 적어도 도입기에는 개인생명보험신탁에 대한 수요가 기업생명보험신탁에 비해 더 클 것으로 전망된다¹¹⁾.

8) Ibid.

9) Ibid.

10) Ibid, §253.

11) 미국에서 생명보험신탁이 활성화된 이유에는 위와 같은 필요성이 있다는 점뿐만 아니라 세제 혜택이 부여된다는 점도 있다. 미국에서는 위탁자가 어떠한 권한을 갖는지를 기준으로 해지가능(revocable)생명보험신탁과 해지불가(irrevocable)생명보험신탁으로 구분한다(자세한 것은 후술하는 III.3.나. 참조). 해지불가생명보험신탁이 피보험자의 사망 3년 이전에 체결된 경우에는 해당 보험금청구권에 대하여는 연방상속재산세(federal estate tax)의 적용이 배제된다(Internal Revenue Code, secs. 2035 and 2503. 연방상속재산세는 상속재산에 대해서 부과되는 세금으로서, 상속인에게 부과되는 상속세(inheritance tax)와 구분됨(Allen v. Flournoy, 26 Cal.App3d 774)). 해지가능생명보험신탁의 경우에도 보험금부가 수탁자에게 지급되면 일정한 요건 하에 州사망세(state death tax)의 적용이 배제되는 수가 많다(Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235). 우리나라에서도 생명보험신탁에 대해 어떠한 세법상 혜택을 줄 것인지는 그것의 활성화와 밀접한 관련이 있는 문제이다. 다만 본 논문은 우리법상 생명보험신탁이 허용되는지 문제에 초점을 두고 있으므로, 세법 사안은 별도의 연구에서 다루기로 한다.

2. 개념 정립

가. 생명보험신탁

미국에서 생명보험신탁은 생명보험증권을 신탁재산으로 하는 신탁이라고 개념 정의된다¹²⁾. 하지만 이것만으로는 우리 법에서 가능한 생명보험신탁에 대한 정확한 개념 정의라고 하기에는 부족하다.

생각건대, 생명보험신탁이란 사망보험계약상 사망보험금청구권(이하에서 “보험금청구권”)을 신탁재산으로 하는 신탁이라고 정의하는 것이 보다 정확할 것이다. 첫째, 생명보험 전체가 아니라 사망보험에 한정된다. 생명보험신탁은 피보험자의 사망으로 인한 경제적 수요를 제공하는 데 그 목적이 있으므로, 생명보험 중 생존으로 인한 경제적 수요를 제공하는 데 그 목적이 있는 생존보험은 신탁재산으로 삼지 않는 것이 보통이기 때문이다. 다만 “사망”보험신탁이라는 표현이 정서적 거부감을 줄 수 있으므로 특별한 언급이 없는 한 생명보험신탁이라고 칭하기로 한다. 둘째, 우리나라에서는 보험증권이 아니라 보험금청구권을 신탁재산으로 하여야 할 것이다. 보험증권은 원칙적으로 증거증권에 불과할 뿐 유가증권성이 인정되지 않기 때문이다¹³⁾. 다만, 우리나라에서는 보험금청구권을 신탁재산으로 삼는 것이 허용되는지와 관련하여 법적 불명확성이 존재하므로, 이에 대해서는 다시 검토가 필요한데, ‘III. 보험금청구권의 신탁재산성’에서 자세히 논의한다.

이상과 같이 생명보험신탁은 사망보험계약상 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁이라고 할 수 있으므로, 생명보험신탁에서는 사망보험계약과 신탁이 교차하게 된다. 사망보험이란, 피보험자가 사망한 경우에 보험자가 약정한 보험금액을 보험수익자에게 지급하는 것을 가리킨다(상법 제730조 참조)¹⁴⁾. 신탁이란, 위탁자가 수

12) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §264.15: “Life insurance trusts, whether revocable or irrevocable, are trusts that include policies of life insurance among other assets.”

13) 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, 133면; 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2009, 559면; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다32852 판결.

14) 보험은 불확정한 사고의 발생에 따른 경제적 수요를 충족시킬 것을 목적으로 한다(경제수요충족설). 보험계약의 개념에 대해서는 경제수요충족설이외에도 손해보상계약설, 기술설, 이원설, 금액급여설 등이 존재한다: 양승규, 전게서, 79~81면; 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001, 31~33면.

탁자와의 특별한 신임관계에 기하여 일정한 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위해 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것을 가리킨다(신탁법 제1조). 그러므로 생명보험신탁은 사망보험과 관련하여 보험계약자·보험자·피보험자·보험수익자가, 신탁과 관련하여 위탁자·수탁자·신탁수익자가 등장하는 다각적인 법률관계로 구성된다. 보험의 이해관계인과 신탁의 이해관계인을 어떻게 조합하느냐에 따라, 특히 보험계약자와 보험수익자를 누구로 하느냐에 따라 생명보험신탁의 형태는 다양하게 나타나게 된다. 구체적인 구성 방식은 아래 3.에서 살펴볼 것이다.

나. 보험금부의 신탁과의 구분

전술한 바와 같이 보험금청구권을 신탁재산으로 삼는 것이 우리법상 허용되는지 여부가 논란이 될 수 있다면, 굳이 보험금청구권의 신탁으로 구성할 필요 없이 보험금청구권을 행사하여 수령한 보험금부를 신탁함으로써 동일한 기능을 수행할 수 있지 않겠는가라는 반론도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 아래에서 살펴볼 바와 같이 보험금청구권의 신탁은 보험금부의 신탁과 단순히 개념의 측면에서 뿐만 아니라, 효용성의 측면에서도 구별된다.

개념적으로, 보험금부의 신탁이란, 보험사고의 발생 후 보험수익자가 보험금청구권을 행사하여 수령한 보험금부를 신탁재산으로 하고 제3자를 신탁수익자로 하는 신탁계약을 체결하는 것을 가리킨다.

효용성의 측면에서 어떻게 구별되는지는 ① 신탁 설정의 불확실성, ② 보험금부의 구분관리 가능, ③ 보험사고의 발생 이전 수탁자의 관리·처분 활용 등으로 나누어 살펴보겠다.

(1) 신탁 설정의 불확실성

생명보험신탁이 성립되면, 단순히 생명보험에만 가입한 경우와는 달리, 보험사고가 발생한 이후에도 보험금부는 신탁재산으로 귀속되어서 수탁자가 일정기간 관리·처분하게 된다. 개인생명보험신탁과 관련하여 전술한 바와 같이, 투자·관리의 경험이나 능력이 부족한 배우자나 자녀가 일시 지급받은 보험금부를 탕진할 위험에

대비하기 위해서 보험금부를 일단 신탁재산으로 귀속시키는 데 그 목적이 있는 것이다. 생명보험신탁에 의하면, 보험계약자가 보험사고의 발생 이전에 보험금청구권을 신탁재산으로 설정하고 보험사고가 발생하면 수탁자가 보험금청구권을 행사하여 보험금부를 수령한 후 신탁계약에 따라 관리·처분하게 되므로, 위와 같은 목적을 달성할 수 있다.

반면 보험금부의 신탁에서는, 수령한 보험금부를 신탁재산으로 하는 신탁계약을 체결할지 여부, 또는 이미 신탁계약이 체결되어 있다고 할지라도 그것을 신탁재산으로 귀속시킬지 여부가 전적으로 보험수익자에게 달려 있다. 만약 보험수익자가 신탁계약을 체결하지 않거나 신탁계약을 해지하거나 또는 신탁재산으로 귀속시키지 않게 되면, 위와 같은 목적은 달성하기 어려워진다. 보험계약자가 보험수익자와의 약정을 통해서 보험수익자가 신탁계약을 체결하거나 수탁자에게 보험금부를 이전할 의무를 부담하게 하는 방안을 고려해 볼 수 있지만, 보험계약자에 대한 의무에 불과하고 위반시 자동적으로 신탁계약이 체결되도록 할 수 없다는 한계가 있다. 만약 보험수익자가 보험계약자의 상속인이라면 보험수익자의 의무를 강제하는 것은 불가능해진다. 또한 수탁자가 아닌 보험수익자가 보험금청구권을 행사해야 하고 수령한 보험금부를 다시 신탁계약상 신탁재산으로 이전해야 하는 것은, 수탁자가 직접 이것을 수행하는 보험금청구권의 신탁에 비해서 불편한 측면도 있다.

(2) 보험금부의 구분 관리 기능

덧붙여 보험금부를 구분하여 관리하는 것이 가능하다는 점도 생명보험신탁의 장점이라고 할 수 있다. 보험금부의 신탁의 경우에는 보험금부가 다른 재산과 함께 상속재산에 포함되어 유족에게 상속되거나(피상속인이 보험수익자인 경우) 유족의 재산에 바로 귀속되므로(유족이 보험수익자인 경우) 피상속인 또는 유족의 채권자가 이에 대해 강제집행 하는 것이 가능하다. 이 경우 보험금부에 대한 신탁의 설정은 사해신탁(신탁법 제8조)이 될 수도 있다. 반면 생명보험신탁의 경우에는 보험금부가 신탁재산으로 바로 편입되므로 채권자의 강제집행은 원칙적으로 불가능하다(신탁법 제21조 참조. 다만 신탁전의 원인으로 발생한 권리는 예외가 된다). 사해신탁은 신탁 설정시의 문제이므로, 수탁자가 신탁재산의 관리·처분으로서 보험금

청구권을 행사하여 보험급부를 신탁재산에 귀속시키는 것은 사해신탁의 문제를 발생시키지 않는다. 미국에서도 유족의 채권자 또는 이혼한 배우자가 보험급부에 접근하는 것을 막기 위한 것이 생명보험신탁의 독자적인 기능으로 언급되고 있다¹⁵⁾.

(3) 보험사고의 발생 이전 수탁자의 관리·처분

생명보험신탁에서는 보험사고의 발생 이전에 보험금청구권이 신탁재산으로서 수탁자에게 이전되지만, 보험급부의 신탁에서는 보험사고의 발생 이후에 비로소 수령된 보험급부가 신탁재산으로서 수탁자에게 이전된다.

생명보험신탁은 보험사고의 발생 이전에도 보험금청구권을 신탁재산으로서 관리·처분할 수 있지만, 보험급부의 신탁은 보험사고의 발생 이후에 비로소 수령한 보험급부를 신탁재산으로 귀속시키는 것이므로, 그 귀속 이전에는 신탁재산으로서 관리·처분할 수 없다. 법적 측면에서 보면, 생명보험신탁의 대상인 보험금청구권은 제3자에게 양도하는 것이 가능하다¹⁶⁾. 경제적 측면에서 보아도, 생명보험에서 보험금청구권을 제3의 투자자에게 판매하는 이른바 정산거래(life settlements)가 미국에서 활성화 되어 있고, 이러한 정산거래는 미국과 마찬가지로 국내 보험시장에도 잠재적 수요가 충분할 것으로 예상되고 있다¹⁷⁾. 다만 일반적으로 보험사고의 발생 이전 관리·처분에 대한 수요가 크다고 보기는 어려울 것이다.

15) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §264.15.

16) 다만 생명보험에서 피보험자가 아닌 제3자에게 양도하는 경우에는 피보험자의 동의가 필요하다 (상법 제731조, 제739조).

17) 김해식, 『미국 생명보험 정산거래의 현황과 시사점』, 조사보고서, 보험연구원, 2009.3.19면.

3. 법적 구성

가. 미국에서의 법적 구성

앞서 본 바와 같이 미국에서 생명보험신탁은 보험증권을 신탁재산으로 하는 신탁을 가리킨다. 보험증권을 신탁재산으로 편입시키는 방법에는 다음과 같은 것들이 있다고 한다¹⁸⁾.

아직 보험에 가입하지 않은 경우라면, 장래의 수탁자(은행 또는 신탁회사)와 신탁을 설정하기로 하는 계약(trust agreement)을 체결하고, 보험회사에 대하여 수탁자와의 계약 내용을 제시하면서 수탁자를 보험수익자로 하는 보험증권을 발급해 달라고 요청하는 방법을 취하는 것이 보통이라고 한다. 위탁자가 보험료의 지급 재원을 신탁하고, 수탁자가 보험에 가입하는 것도 가능하다.

이미 가입한 보험증권에 신탁을 설정하고자 하는 경우에는 다음과 같은 방법을 고려할 수 있다. 위탁자가 이미 수탁자 이외의 자를 보험수익자로 하는 보험에 가입하였고 보험증권의 보험수익자를 변경할 수 있는 권리를 유보하였다면, 보험수익자를 수탁자로 변경함으로써 신탁을 설정할 수 있다. 보험증권상의 급부가 피보험자의 상속재산에 지급될 수 있는 것(payable)이라면, 유언에 의해 수탁자에게 유증할 수 있다. 보험수익자가 보험증권에 신탁을 설정하는 데 동의함으로써 신탁이 설정될 수도 있다. 또한 보험수익자가 보험증권을 수탁자에게 양도함으로써 신탁을 설정할 수도 있다.

나. 미국과의 차이점

우리나라에서 생명보험신탁을 어떻게 법적으로 구성할지 검토하는 데 있어 생명보험신탁이 활성화된 미국의 예가 많은 도움이 될 수 있다. 본고에서도 위와 같은 미국의 구성방식을 참조하여 논의를 전개시키고자 한다. 다만, 미국과의 기본적인 차이점을 전제로 하여야 할 것이다. 우리나라에서는 보험증권의 유가증권성을 인정

18) 이하의 설명은 Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235, §236: 53 A.L.R.2d 1112, §2를 종합하여 요약한 것이다.

하지 아니하므로 보험증권이 아니라 보험금청구권을 신탁재산으로 보아야 한다는 점은 앞서 이미 언급하였다¹⁹⁾. 그밖에 신탁의 법적 성격이 다음과 같이 다르다는 점 또한 전제가 되어야 할 것이다.

신탁을 설정하는 행위를 우리 신탁법은 채권행위로 구성하고 있는 반면, 영미법계에는 양도행위(conveyance)인 재산처분(disposition of property)으로 이해한다. 영미법계에서의 신탁설정행위는 위탁자가 재산을 자신의 재산으로부터 분리하여 현실의 급부를 하는 것, 즉 재산권 이전이 그 성립요건이다. 장래에 신탁을 설정한다고 하는 약속은 約因(consideration) 기타 계약의 성립요건을 구비하는 경우에는 계약으로서의 법적 효력을 갖는데, 이는 신탁과는 구별되는 계약법상의 문제이다. 즉 영미법계에서 신탁은 재산법의 범주에, 신탁을 설정하기로 하는 계약은 계약법의 범주에 속하는 개념이다²⁰⁾.

반면 우리 신탁법에서의 신탁설정행위(신탁계약 또는 신탁유언)는 채권행위이고, 재산권의 이전은 이러한 채권행위의 이행과정에 해당한다²¹⁾. 그러므로 미국에서는 보험증권의 이전이 신탁의 성립요건이지만, 우리나라에서 보험금청구권의 이전은 신탁의 성립요건이 아니다. 미국에서 보험증권에 신탁을 설정하기로 하는 합의는 신탁과는 구별되는 별개의 계약이지만, 우리나라에서 신탁(신탁설정행위 또

19) 앞의 2.가. 참조.

20) 박종찬, 「미국 신탁법에 관한 연구 - 특히 기본적 구조에 대한 비교법적 관점을 중심으로」, 『강원법학』, 제18권, 2004, 9~12면 참조.

21) 전계논문 및 임채웅, 「신탁행위의 연구」, 『저스티스』, 제99호, 2007, 92~116면 참조. 다만, 일본에서는 신탁의 형성에 재산의 이전이 이루어져야 한다는 점을 고려하여 이전을 위한 물권행위도 신탁행위의 범위 내에 포함시키고자 하는 학설이 주장되고 있다고 한다(전계논문, 96, 97면 참조). 신탁계약을 요물계약으로 구성하고자 하는 시도도 유사한 맥락에 위치하고 있다(전계논문, 112, 113면 참조). 임채웅의 논문은 이러한 일본의 학설을 검토한 후, 우리 신탁법상 신탁행위는 순수한 채권행위로 이해하면 충분하고 물권행위를 포함시키거나 신탁계약을 요물계약으로 이해하는 것은 불필요하고 부적절함을 논증하고 있다. 이에 관한 더 깊은 논의는 본고의 연구범위를 벗어나므로 여기에서는 필자도 기본적으로 임채웅의 구성에 찬동한다는 점만 밝히고자 한다. 다만 어느 견해를 취하든 우리법상 신탁행위의 뼈대를 이루는 것은 채권행위라는 점에서, 신탁을 처분행위로 파악하면서 신탁을 설정하기로 하는 계약을 신탁의 개념에 포함시키지 아니하는 영미의 관념과는 구별된다고 말할 수 있을 것이다.

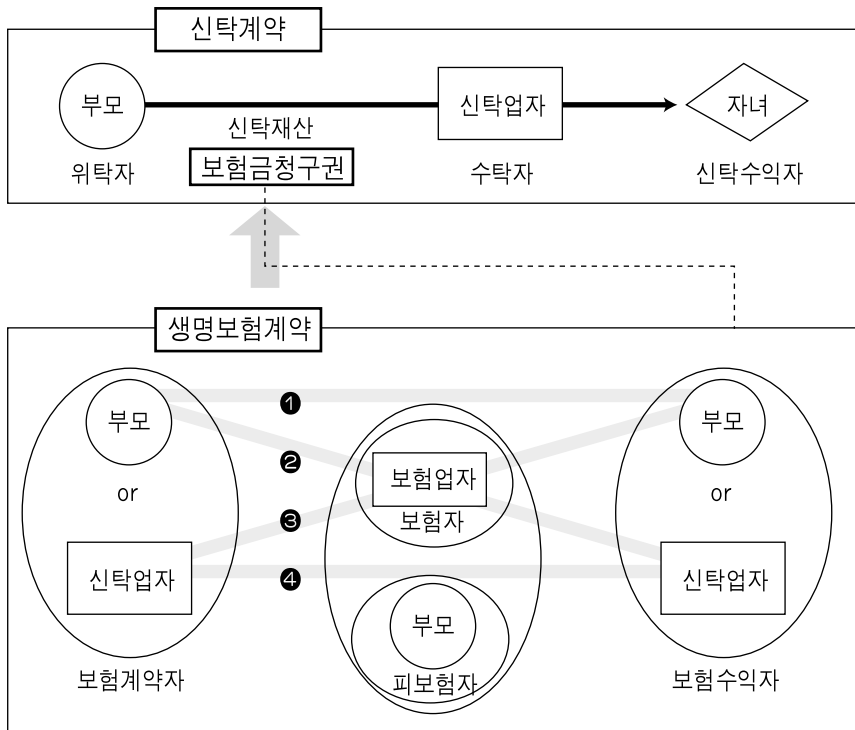
는 유언에 의한 경우를 제외하면 신탁계약이라고 하면 바로 이러한 합의 자체를 가리키는 것이다. 그리고 보험금청구권의 이전은 신탁계약 그 자체를 구성하는 것이 아니라, 위탁자에 의한 신탁계약상의 의무 이행이다.

다. 우리나라에서의 법적 구성

미국의 다양한 예를 참조하여 우리법에서 생명보험신탁을 어떻게 구성할 수 있을 것인지 검토하고자 한다. 다만 여러 가지 방식을 열거하기보다는, 체계적인 이해를 위해서 보험계약자와 보험수익자를 위탁자와 수탁자 중 누구로 할 것인가를 기준으로 하여 생명보험신탁의 유형을 네 가지로 나누어 보겠다.

부모가 자녀의 생활 보장을 위해 자신의 사망을 보험사고로 하는 보험금청구권을 신탁하는 경우를 예로 들어 보겠다(아래 그림 1 참조). 기본적인 뼈대는 부모(위탁자)가 자녀(신탁수익자)의 이익을 위하여 보험금청구권(신탁재산)을 신탁업자(수탁자)에게 신탁하는 계약이 될 것이다. 신탁재산인 보험금청구권은 보험업자(보험자)와의 생명보험계약에 근거하여 발생할 것이고, 피보험자는 부모가 된다. 그러나 보험계약자와 보험수익자는 부모일 수도 있고 신탁업자일 수도 있다. 각각의 조합에 따라 아래 그림 1의 ①~④와 같은 네 가지 유형으로 구성될 수 있다. 보험계약자 결정 문제, 특히 보험료 지급재원과의 관련성 문제를 먼저 살펴본 후, 개별 유형별로 차례로 살펴보도록 하겠다.

〈그림 1〉 생명보험신탁의 기본구조 (예)



라. 보험계약자의 결정 문제

(1) 보험료 지급재원과의 관련성

신탁재산인 보험금청구권은 생명보험계약으로부터 발생한다. 위탁자가 보험계약자가 될 수도 있고, 수탁자가 보험계약자가 될 수도 있다. 보험계약자가 수탁자인 경우에는 후술하는 바와 같이 자기거래(self-dealing)의 문제가 발생할 수 있으므로, 보험계약자가 누구인지는 법적으로 중요한 의미를 갖게 된다.

보험료 지급의무는 보험계약자에게 있으므로, 보험계약자의 결정은 해당 생명보험계약의 보험료 지급재원이 무엇인지와 밀접한 관련이 있다. 미국에서는 보험료 지급재원이 위탁자로부터 나오는지 아니면 신탁재산으로부터 나오는지에 따라서 재원

부(funded)생명보험신탁과 무재원부(unfunded)생명보험신탁으로 구분한다²²⁾. 후자의 유형에서는 위탁자가 보험계약자가 될 수밖에 없다. 반면 전자의 유형에서 보험계약자는 위탁자일 수도 있고, 수탁자일 수도 있다.

무재원부생명보험신탁은 위탁자가 보험계약자로서 직접 보험료를 지급하는 경우이다. 미국에서 대부분의 생명보험신탁은 이 방식을 취한다고 한다²³⁾.

이와 달리 재원부생명보험신탁은 수탁자가 신탁재산으로 보험료를 지급하는 경우이다. 생명보험신탁계약에 위탁자는 보험료 지급재원으로서 일정한 재산을 신탁재산에 이전할 의무가 있고 수탁자는 관리·처분에 따른 수익으로서 보험료를 지급할 의무를 부담한다는 조항이 포함된다. 그러므로 재원부생명보험신탁의 경우에는 보험금청구권이 신탁재산으로 귀속될 뿐만 아니라, 그 전에 먼저 보험료 지급재원으로 일정한 재산이 신탁재산으로 귀속되게 된다²⁴⁾. 무재원부생명보험신탁에서 보험계약자는 위탁자일 수밖에 없는 것과 달리, 재원부생명보험신탁이라고 해서 반드시 수탁자가 보험계약자가 되어야 하는 것은 아니다. 위탁자가 보험계약자이지만 보험료지급을 수탁자가 대행하는 방식도 가능하기 때문이다.

(2) 수탁자가 보험계약자로 되는 경우의 법적 문제

재원부생명보험신탁의 방식 중에서 수탁자가 보험계약자가 되는 방식은, 일정한 경우 자기거래(self-dealing)라는 법적 문제를 야기한다. 즉 수탁자가 보험계약자로서 보험계약을 체결할 때 그 상대방인 보험자가 수탁자와 동일인인 경우에는(보험회사가 신탁업을 겸영할 때 전형적으로 이러한 상황이 등장하게 된다), 수탁자가 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 거래하는 셈이 되기 때문이다. 따라서 이러한 자기거래가 허용되는지 검토할 필요가 있는데, 'Ⅳ. 수탁자의 자기거래 문제'에서 상세히 논의한다.

22) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §236; 53 A.L.R.2d 1112, §2 (www.westlaw.com/2009.6.1.기준).

23) 53 A.L.R.2d 1112, §2.

24) 보험료 지급재원 이외에 생전에 신탁을 통한 생활급부를 받기 위한 목적에서 일정한 재산을 신탁재산으로 귀속시키고 그 관리·처분을 통한 수익을 지급받아 향유하는 것도 가능하다. 다만 이러한 생활급부용 신탁 부분은 엄격한 의미에서 생명보험신탁의 일환이라고 보기는 어려울 것이다.

이러한 법적 문제를 피하기 위해서, 위탁자가 보험계약자로서 보험계약을 체결하고 직접 보험료를 지급하는 방식이나 또는 보험료 지급을 수탁자에게 대행시키는 방식을 취하면 되지 않는가라는 반론도 제시될 수 있다. 하지만 위탁자가 보험계약자로 되는 방식은 위탁자가 보험계약을 직접 체결해야 할 뿐만 아니라 보험계약을 관리해야 한다. 이와 달리 수탁자가 보험계약자로 되는 방식은, 위탁자가 보험계약의 체결 및 보험료 지급을 포함한 일체의 관리를 수탁자가 해 주기를 원하는 경우에 적합하다. 물론 위탁자가 수탁자에 대해 강한 신뢰를 갖고 있을 때 선호될 수 있는 방식일 것이다.

마. 유형별 고찰

(1) 보험계약자와 보험수익자가 모두 위탁자인 경우 - 〈위 그림 1의 ①〉

보험계약자와 보험수익자를 모두 위탁자로 하는 방식이다²⁵⁾. 즉, 자신을 피보험자·보험수익자로 하는 보험계약을 체결한 자가, 이와 동시에 또는 순차적으로, 위탁자로서 위 보험금청구권을 신탁재산, 제3자를 신탁수익자로 하여 수탁자와 신탁계약을 체결하는 것이다. 신탁계약의 효과로서 위탁자는 보험금청구권을 수탁자에게 이전할 의무를 부담하게 되고, 이에 따라 보험금청구권을 양도하게 된다. 앞서 본 바와 같이 보험금청구권은 보험사고 발생 이전에도 양도할 수 있다. 생명보험의 경우에는 피보험자의 동의가 필요하지만(상법 제731조, 제739조), 이 경우는 위탁자가 피보험자이므로 문제가 되지 않는다. 이것은 신탁계약의 방식인데, 신탁법상 허용되는 유언신탁의 방식(동법 제2조)을 취하는 것도 가능하다.

(2) 보험계약자는 위탁자, 보험수익자는 수탁자로 하는 경우 - 〈위 그림 1의 ②〉

보험계약자는 위탁자, 보험수익자는 수탁자로 하는 방식이다²⁶⁾. 즉 보험금청구권을 신탁재산으로 하기로 하는 신탁계약을 체결한 자가, 이와 동시에 또는 순차적으로 자신을 피보험자, 수탁자를 보험수익자로 하는 보험계약을 체결하거나, 이미 체결된 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 지정 또는 변경(상법 제733조 제1항)하는

25) Ibid.

26) Ibid.

것이다. 하지만 여기서 보험계약자는 보험금청구권자가 아님에도 불구하고 위탁자가 될 수 있는지에 대해 의문이 제기될 수 있다. 보험금청구권이 위탁자를 거치지 않고 바로 보험수익자인 수탁자에게 귀속되기 때문에 발생하는 문제이다. 우선 보험수익자의 지정 또는 변경을 “위탁자가 특정한 재산을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분”(신탁법 제1조 제2항)을 한 것이라고 볼 수 있는지 살펴보아야 한다. 이렇게 볼 수 없다면 보험금청구권자인 수탁자가 스스로 신탁의 의사표시를 하게 하는 방식도 고려할 수 있다. 그런데 이는 단독행위인 신탁선언(declaration of trust)에 해당하게 되는데, 우리 신탁법상 신탁선언이 가능한지 논란이 있다. ‘V. 신탁재산 귀속방법의 문제’에서 검토할 것이다.

(3) 보험계약자는 수탁자, 보험수익자는 위탁자인 경우 < 위 그림 1의 ③ >

보험계약자는 수탁자, 보험수익자는 위탁자로 하는 방식도 생각해 볼 수 있다. 수탁자가 보험수익자를 위탁자로 하는 보험계약을 체결하고, 위탁자가 보험금청구권을 수탁자에게 양도함으로써 신탁재산으로 귀속시키는 방식이다. 다만 이 유형은 법논리적으로는 가능하지만, 현실적으로는 그 예가 매우 드물 것으로 예상된다. 수탁자가 직접 보험계약을 체결한다면 보험수익자를 수탁자 자신으로 하여[아래 (4)의 경우] 보험금청구권을 바로 신탁재산에 편입시키고자 하는 것이 더 일반적일 것이기 때문이다. 미국 문헌에서도 이러한 예는 발견하기 어려웠다. 만약 이러한 방식으로 계약이 체결된다면 위 라.(2)에서 언급한 바와 같이 자기거래의 문제가 발생할 수 있다.

(4) 보험계약자와 보험수익자가 모두 수탁자인 경우 - < 위 그림 1의 ④ >

보험계약자와 보험수익자를 모두 수탁자로 하는 방식이다. 보험료를 납부할 재원을 신탁재산으로 하여 신탁계약을 체결하고, 수탁자가 신탁재산의 운용방법으로서 위탁자를 피보험자, 수탁자를 보험수익자로 하는 보험계약을 체결하게 된다. 다른 방식과의 차이점은 보험금청구권을 신탁 설정시 최초의 신탁재산으로 신탁하는 것이 아니라 보험료를 지급할 재원을 최초의 신탁재산으로 신탁한다는 점이다.

보험금청구권은 “신탁재산의 관리로 수탁자가 얻은 재산”(신탁법 제19조 : 신탁

재산의 물상대위성)으로서 신탁재산에 귀속된다. 따라서 보험수익자가 수탁자라는 점에서는 (2)와 공통되지만, 물상대위의 원칙에 따라 보험금청구권이 신탁재산으로 귀속되므로 (2)와 같은 문제는 발생하지 아니한다. 수탁자가 보험자인 경우에는 위 라.(2)에서 본 바와 같이 자기거래의 문제가 발생하게 된다.

바. 소결

구분		보험수익자	
		위탁자	수탁자
보험계약자	위탁자	① 보험금청구권 양도를 통해 신탁재산 편입	② 신탁재산 귀속방법의 문제
	수탁자	③ 수탁자가 보험자인 경우에는 자기거래 문제	④ 수탁자가 보험자인 경우에는 자기거래 문제

이상의 논의를 종합하면 다음과 같다. 첫째, 보험계약자와 보험수익자가 모두 위탁자인 경우(①)에는 현행법상 보험금청구권의 양도가 가능하므로 특별한 법적 문제가 발생하지 않는다. 둘째, 보험계약자가 수탁자이고, 그가 동시에 보험자인 경우에는(③, ④)에는 수탁자에 의한 자기거래의 문제가 발생한다. 이에 대해서는 IV에서 살펴볼 것이다. 셋째, 보험계약자가 위탁자이고 보험수익자가 수탁자인 경우(②)에는 수탁자에게 발생한 보험금청구권을 어떻게 신탁재산으로 귀속시킬 수 있는지 문제가 된다. 이에 대해서는 V에서 살펴볼 것이다.

이렇게 볼 때, ① 유형은 현행법 하에서도 별다른 논란 없이 도입될 수 있을 것으로 보인다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 근본적으로 보험금청구권이 신탁재산이 될 수 있는가에 대해 논란이 있을 수 있으므로, III에서 이 문제를 먼저 짚고 넘어가야 할 것이다.

III. 보험금청구권의 신탁재산성

1. 문제의 제기

보험금청구권의 신탁이란 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 가리킨다. 무엇이 신탁재산으로 될 수 있는지와 관련하여, 신탁법은 신탁재산을 “재산권”(동법 제1조 제2항)이라고 할 뿐 특별한 제한을 가하고 있지 않다. 따라서 어떠한 재산권인지는 해석에 맡겨져 있다. 보험금청구권이 신탁재산의 요건을 갖추고 있는지는 두 가지 측면에서 고찰할 수 있다. 하나는 “자본시장 및 금융투자업에 관한 법률”(이하 “자본시장법”이라 한다)이 열거하는 신탁재산의 종류에 포함될 수 있는지의 문제이고, 다른 하나는 신탁재산으로서 보험금청구권의 불확실성(예를 들면 보험사고의 불확실성)으로 인해 신탁재산성이 저해되는 것은 아닌지의 문제이다.

2. 자본시장법상 규제

가. 자본시장법상 신탁재산의 종류

자본시장법은 신탁재산의 종류를 열거적으로 규정함으로써 신탁재산의 종류를 제한하고 있다. 즉, 자본시장법 제103조 제1항에 따르면, 신탁업자는 “1. 금전 2. 증권 3. 금전채권 4. 동산 5. 부동산 6. 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리 7. 무체재산권(지적재산권을 포함한다)”만을 신탁재산으로 할 수 있다. 자본시장법에는 보험금청구권이 신탁재산으로 명시되어 있지 않기 때문에, 보험금청구권을 신탁재산으로 하여 신탁계약을 체결할 수 있는지가 명확하지 않다. 이와 관련된 국내의 논의는 희소하다²⁷⁾.

27) 진익, 전제자료, 9면은 부정적 입장을 취함.

나. 채권으로서의 보험금청구권

생각건대, 보험금청구권의 신탁재산성은 자본시장법 제103조 제1항 제3호의 금전채권에서 그 근거를 찾을 수 있다. 보험금청구권은 채권의 일종이다. 보험계약은 채권계약으로서,²⁸⁾ 보험자는 보험사고가 발생하면 일정한 보험금부를 보험수익자에게 지급할 채무를 부담하는 것이기 때문이다. 그런데, 자본시장법 제103조 제1항 제3호는 채권 중에서 금전채권에 한정하여 신탁재산성을 인정하고 있다. 금전채권이란 금전의 인도를 목적으로 하는 것인데, 보험금청구권이 금전의 인도를 목적으로 할 것인지, 아니면 금전 이외의 것의 인도를 목적으로 할 것인지에 따라, 보험금청구권이 금전채권에 해당하는지 여부가 결정된다. 보험금청구권이 금전의 인도를 목적으로 할 것인지, 아니면 금전 이외의 것의 인도를 목적으로 할 것인지는 보험계약에서 당사자가 정할 사항이다.

(1) 보험금부가 금전인 경우

만약 보험금청구권이 금전의 인도를 목적으로 하는 경우, 즉 보험금부를 금전으로 약정한 경우에는, 보험금청구권이 금전채권에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 보험금청구권은 현행법 하에서 신탁재산으로 되는데 문제가 없다고 볼 것이다. 생명보험에서 보험자는 보험사고가 발생하면 “약정한 보험금액”을 지급할 책임을 부담하게 되는데(상법 제730조), 약정한 보험금액이 금전에 한정되는지 아니면 현물금부도 포함하는지가 문제된다. 약정한 금액가치를 가진 것이라면 그것이 현물금부라고 할지라도 약정한 보험금액에 반한다고 해석할 것은 아니라고 본다. 그렇다면 생명보험에서 보험금청구권이 반드시 금전의 인도를 목적으로 하는 금전채권이라고 볼 것은 아니다. 하지만 실무상으로는 생명보험에서 보험금부가 대부분 금전으로 약정되어 금전채권으로 분류될 수 있으므로, 자본시장법 제103조 제1항이 규정하는 신탁재산 제한에 대한 저촉 문제가 발생하지 않을 것이다. 일본의 종래 상법 제673조는 우리 상법처럼 생명보험자는 “일정한 금액”을 금부한다고만 규정하고 있었지만, 일본의 2008년 제정 보험법은 생명보험의 보험금부가 금전으로 한정된

28) 양승규, 전거서, 84면; 최기원, 『보험법』, 박영사, 2002, 70면.

다고 명시하고 있다²⁹⁾.

(2) 보험급부가 금전 이외인 경우

만약 보험급부가 금전 이외의 것으로 약정된 경우라면 어떠한가? 이것은 비단 생명보험신탁뿐만 아니라, 신탁 일반과 관련된 문제이기도 하다. 자본시장법 제103조 제1항은 채권 중에서 금전채권에 한정하여 신탁재산이라고 규정하고 있으므로, 이를 엄격하게 해석하면 금전 이외의 것을 보험급부로 약정한 경우에는 신탁재산성을 인정할 수 없다고 해석할 수 있을 것이다.

하지만, 이와 관련해서는 입법론적 재검토가 요망된다. 1961년에 제정된 신탁업법에 따르면, 신탁재산은 “1. 금전 2. 유가증권 3. 금전채권 4. 동산 5. 토지와 그 정착물 6. 지상권, 전세권 및 토지의 임차권”으로 제한되었다(동법 제10조). 그러다가 2005년에 신탁업법 개정을 통해서 제7호에 무체재산권(지적재산권을 포함한다)이 신탁재산으로 추가되었다. 그리고 신탁업법을 흡수한 자본시장법이 2009년에 시행됨으로서 신탁업법은 폐지되었다. 자본시장법은 신탁업법 제10조의 내용을 그대로 계승하고 다만 제6호를 종래 “지상권, 전세권 및 토지의 임차권”에서 “지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리”로 개정하여 부동산 관련 권리를 포괄하여 신탁재산으로 규정하였다. 자본시장법은 신탁재산의 범위를 다소 확장하였지만, 기존의 신탁업법의 입장을 크게 벗어나지 못한 것이다.

1961년에 제정된 국내의 신탁업법은 일본의 종래 신탁업법의 영향을 받았다. 일본의 구신탁업법은 신탁재산을 금전, 유가증권, 금전채권, 동산, 토지 및 그 정착물, 지상권 및 토지의 임차권 등 6가지 종류로 제한하고 있었다. 내용 면에서 1961년에 제정된 국내의 신탁업법상 신탁재산과 매우 유사했다. 일본의 2006년 개정 전 신탁업법이 신탁재산을 제한했던 취지는, 신탁업의 건전성을 확보해서 신탁수익자를 보호하기 위해서는 신탁재산을 안전하고 확실하게 관리·처분할 수 있는 재산권에

29) 다만 일본의 보험법 제정을 위한 중간시안에서는 생명보험에서 금전이외의 보험급부도 포함시킬 것을 검토과제로 포함시킨 바 있었음: 萩本修 編著, 『保險法立案關係資料』, 別冊商事法務 No.321, 2008, 4, 71頁.

한정할 필요가 있고 신탁회사로 하여금 전형적인 신탁업에 전념시키는데 있었다³⁰⁾.

하지만 일본의 2006년 개정 신탁업법은 신탁재산에 대한 제한 조항을 삭제하였고, 따라서 신탁재산의 범위는 신탁법에 의해서 결정되게 되었다³¹⁾. 2006년 개정된 신신탁법은 신탁재산의 범위를 “일체의 재산”이라고 규정하고 있으므로(동법 제2조 제3항),³²⁾ 재산에 해당하는 것이라면 무엇이든 신탁재산이 될 수 있다고 해석할 수 있게 되었다³³⁾.

한편, 미국에서는 채권·채권, 유형·무형, 법적·형평법적(legal or equitable)을 묻지 않고 이전될 수 있는 것으로서 가치가 있는 것이라면 신탁재산으로 인정된다³⁴⁾. 영국에서도, 채권·채권, 유형·무형, 법적·형평법적을 묻지 않고 식별될 수 있는(identifiable) 것이라면 신탁재산으로 인정된다³⁵⁾.

생각건대, 현행 자본시장법 제103조 제1항의 신탁재산의 제한은 재검토의 여지가 있다. 금융상품의 종류나 내용에 대한 규제는 완화하되, 금융소비자 보호를 위한 건전성규제 또는 행위규제는 강화하는 현대 금융규제의 추세를 감안할 때 신탁재산의 종류는 완화할 필요가 있을 것이다. 일본의 경우도 구신탁업법의 제정 당시에 상정하지 못했던 다양한 종류의 신탁, 예를 들면 자동유동화신탁, 대부신탁, 투자신탁, 기업연금신탁 등이 활성화되기 시작하면서 신탁업법의 개정이 필요해졌고,³⁶⁾ 그 결과 신탁재산의 종류에 대한 제한을 삭제한 것으로 볼 수 있다.

30) 神田秀樹·阿部泰久·小足一壽, 『新信託業法のすべて』, 金融財政事情研究會, 2005, 33頁.

31) 上掲書.

32) 2006년 개정 이전의 구신탁법 제1조가 신탁재산으로 재산권을 규정한 것과 달리 신신탁법은 재산이라고 규정함으로써 “권”에 해당할 정도로 성숙한 것은 아니어도 된다는 해석론으로는, 최수정, 『일본 신신탁법』, 진원사, 2007, 14면.

33) 神田秀樹·阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 33頁.

34) Bogert/Oaks/Hansen/Neeleman, the Law of Trusts, 7th ed, 2001, p. 27.

35) Oakley, Parker and Mellows: the Modern Law of Trusts, Sweet & Maxwell, 9th ed, 2008, p. 17.

36) 新井誠, 『信託法』, 第3版, 有斐閣, 2008, 32頁.

3. 신탁재산으로서 보험금청구권의 불확실성 문제

가. 보험사고의 불확실성

신탁재산이 될 수 있는 “재산권”은 현존하고, 이전가능하여야 한다³⁷⁾. 보험금청구권은 채권이고, 현존하는 권리이다. 다만 보험사고가 발생하기 이전에는 추상적 권리의 상태에 머물고, 보험사고가 발생한 이후에 구체적 권리로 변화된다. 따라서 보험금청구권을 대상으로 신탁을 설정하는 것은 장래 발생할 권리를 대상으로 신탁을 설정하는 것과는 구분된다³⁸⁾. 또한 앞서 본 바와 같이 보험금청구권은 양도할 수 있으므로,³⁹⁾ 이전가능한 재산권이어야 한다는 요건도 충족시킨다.

다만 보험사고 발생 여부가 불확실하기에 보험금청구권은 그 구체화 여부가 불확실한 권리인 측면이 있다. 예를 들면, 정기생명보험(term life insurance)의 경우에 해당 보험기간 중 피보험자가 사망하지 않으면 보험금청구권은 끝내 구체화되지 않는다. 다만 정기생명보험에도 순수보장형이 아니라 저축성이 가미된 경우에는 보험금청구권은 피보험자가 사망하지 않아도 구체화 될 수 있다. 또한, 종신보험은 사망이라는 보험사고는 확실하게 발생하지만 발생 시기는 어쨌든 불확실하다. 보험금청구권은 일종의 조건부(보험사고 발생 여부가 불확실한 경우) 또는 기한부(보험사고 발생 시기만이 불확실한 경우) 채권인 것이다. 신탁을 둘러싼 법률관계의 안정을 위해 신탁재산이 되는 재산권은 확정적인 권리어야 한다는 주장도 제기될 수는 있을 것이다.

그러나 자본시장법 제103조 제1항은 신탁재산의 종류를 한정하고 있을 뿐 금전채권이 확정적인 권리일 것을 요구하고 있지 않고, 그밖에 달리 신탁재산을 제한하는 규정이 존재하지 않는다. 그러므로 현행법의 해석상 보험금청구권이 구체화 여부 또는 그 시기가 불확실한 권리임을 이유로 신탁재산성을 부인하는 것은 곤란하다. 보험사고가 발생하여 보험금청구권이 구체화되기 이전에는 수탁자가 이를 적극

37) 홍유석, 『신탁법』, 법문사, 1999, 79, 80면.

38) 장래의 권리를 대상으로 신탁을 설정하는 것도 가능하다는 견해로는, 이종기, 전계서, 100~101면.

39) 위 II.3.마.(1) 참조.

적으로 관리·처분하기 어렵다는 현실적인 문제는 있을 수 있으나, 그것이 신탁 자체의 성립을 불가능하게 할 만한 장애는 되지 못한다고 말할 수 있을 것이다.

나. 해지가능생명보험신탁에 관한 미국의 논의

신탁재산으로서 보험금청구권의 불확실성 문제는 생명보험신탁이 활성화 된 미국의 논의를 참조할 필요가 있다. 먼저, 미국에서는 보험사고가 불확정적이라는 이유에서 보험금청구권⁴⁰⁾의 신탁재산성을 문제 삼는 판례나 이론은 찾아보기 어렵다. 다만, 미국에서는 위탁자가 생명보험신탁을 해지함으로써 보험금청구권이 신탁재산으로부터 배제될 가능성이 있는 경우, 또는 보험계약자가 보험계약상 약관대출을 받음으로써 보험금청구권이 축소되거나, 보험계약을 해지함으로써 보험금청구권이 소멸되거나, 또는 보험수익자를 변경함으로써 보험금청구권이 신탁재산에서 배제되는 등의 가능성이 있는 경우에, 해당 보험금청구권은 신탁재산으로서 불확실성이 크므로 신탁재산으로 삼기 어렵지 않은가 하는 논란이 있을 뿐이다.

미국에서는 위와 같은 가능성 때문에 보험금청구권의 신탁재산으로서의 불확실성이 커지는 경우를 이른바 ‘해지가능(revocable)생명보험신탁’이라고 한다. 즉, 해지가능생명보험신탁은 위탁자가 생명보험신탁을 해지할 수 있는 권리를 유보한다든지, 또는 보험계약자로서 보험계약상 약관대출을 받을 수 있는 권리, 보험계약을 해지하고 해지환급금을 받을 수 있는 권리, 보험수익자를 변경할 수 있는 권리 등을 유보하는 생명보험신탁을 가리킨다⁴¹⁾. ‘해지불가(irrevocable)생명보험신탁’은 위탁자 또는 보험계약자가 그러한 권리들을 유보하지 않은 생명보험신탁을 가리킨다⁴²⁾.

40) 전술한 바와 같이 미국에서는 보험금청구권이 아니라 보험증권이 신탁대상이므로, 미국 법을 논할 때에는 보험증권의 신탁재산성 문제라고 기술하는 것이 보다 정확하겠지만, 논의의 편의상 보험금청구권이라고 하였다.

41) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235.

42) Ibid. 우리나라에서 해지불가생명보험신탁이 허용되는지에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 왜냐하면, 보험계약자가 보험계약을 임의로 해지할 수 있는 권리(상법 제649조), 그리고 보험계약자가 보험수익자를 변경할 수 있는 권리(상법 제733조)는 가계목적의 생명보험계약에서 보험계약자의 불이익으로 변경할 수 없기 때문이다(상법 제633조 본문 참조). 보험계약자가 그러한 권리를 포기하더라도 계약의 전체적 내용을 고려할 때 보험계약자에게 불이익하지 않다고 판단되는 경우에만 포기가 가능하다고 해석할 수 있을 것이다.

해지불가생명보험신탁과 달리, 해지가능생명보험신탁의 경우에는 위탁자 또는 보험계약자의 의사에 따라 신탁의 목적물이 배제, 축소 또는 소멸될 수 있으므로 수탁자의 신탁재산에 불확실한 측면이 나타날 수 있다. 그리하여, 일부 판례는 해지가능생명보험신탁에서 보험금청구권이 현존하는 권리(present right)에 해당하지 않고 단지 기대(expectancy)에 불과하므로 신탁재산성을 인정할 수 없다고 보기도 한다⁴³⁾. 예를 들면, *Mayfield v. Fidelity & Casualty Co of New York* 사건에서,⁴⁴⁾ 보험계약자가 동의 없이 보험수익자를 변경할 수 있는 경우 보험수익자의 이익은 단지 기대에 불과할 뿐이고, 보험수익자의 재산을 신탁하는 목적에서의 재산권(property right)이라고 볼 수 없다고 판시되었다. 하지만 지배적 판결은 신탁재산성을 긍정하는 입장을 취하고 있다⁴⁵⁾. 예를 들면, *Fahrney v. Wilson* 사건에서,⁴⁶⁾ 보험계약자가 동의 없이 보험수익자를 변경할 수 있는 권한이 있다고 해도 보험수익자의 이익은 단순한 기대를 넘어서는 권리라고 판시되었다. 한편, 해지불가생명보험신탁에 대해서는 신탁재산성에 전혀 의문이 제기되고 있지 않다⁴⁷⁾.

이와 같이 미국에서는 해지가능생명보험신탁의 경우에도 보험금청구권의 신탁재산성을 긍정하고 있다. 따라서 보험금청구권에 다소 불확실한 측면이 있다는 것만으로 신탁재산이 될 수 없다고 한다면, 이는 지나치게 신탁재산의 안정성을 추구하는 것이어서 금융소비자나 금융업자의 기대나 수요에 반하므로 취하기 어려운 입장이라고 본다.

43) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235 및 그 각주 6을 참조.

44) 61 P.2d 83 (1936).

45) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235 및 각주 7을 참조.

46) 180 Cal.App.2d 694 (1960).

47) Bogert/Bogert/Hess, op cit, §235.

IV. 수탁자의 자기거래 문제

1. 문제의 제기

수탁자가 신탁재산과 자기재산을 거래하는 것이 수탁자의 자기거래(self-dealing)이다. 이에 대해서는 후술하는 바와 같이 신탁법과 자본시장법이 규제를 한다. 자기거래는 수탁자의 이해상충(conflict of interests)의 문제를 야기할 수 있기 때문이다. 신탁업자를 포함한 금융업자의 이해상충이란, 금융업자가 고객의 이익을 희생하여 자신이나 제3자의 이익을 추구하는 것을 가리킨다. 금융업에서 이해상충은 업무영역이 확대되면서 발생가능성이 더욱 증가하고 있으며, 그 방지 여부에 소비자보호를 위한 금융규제의 성패가 달려있다고까지 평가된다⁴⁸⁾. 이론적으로 보면, 수탁자의 이해상충금지 는 수탁자의 충실의무의 문제로서 다루어지는 것이 보통이며, 이해상충금지는 충실의무의 한 예시에 해당한다⁴⁹⁾.

생명보험신탁에서 수탁자가 보험계약자로 되는 경우는, 그가 위탁자를 피보험자로 하여 보험계약을 체결하게 되는데, 만약 여기의 보험자가 수탁자와 동일인(또는 수탁자의 이해관계인인 경우를 포함)인 경우에는, 수탁자가 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 거래하는 셈이 된다. 이것은 자기거래에 해당하고 그 결과 이해상충의 소지가 발생한다. 왜냐하면 수탁자이자 보험자가 신탁재산을 보험료 재원으로 하여 보험계약을 체결할 때 보험료 등 계약조건을 위탁자(궁극적으로 신탁수익자)에게 불리하고 보험자인 자신에게 유리하게 정할 우려가 있기 때문이다.

한편, 생명보험신탁을 설정하는 자체는 자기거래에 해당한다고 볼 수 없다. 즉 생

48) Gower, Review of Investor Protection Report Part 1, Cmnd 9125, 1984, para. 6.30. 이해상충의 가능성은 본체경영주의 하에서 특히 증가된다: 김건식/정순섭, 『자본시장법』, 두성사, 2009, 511면.

49) 최동식, 『신탁법』, 법문사, 2006, 206~207면; 新井誠, 前掲書, 261~262頁; Tuch, "Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest", 29 Melb. U. L. Rev. 478, 2005, 481.

명보험계약의 보험자와 생명보험신탁의 수탁자가 동일인이라고 하더라도 그것은 자기거래라고 볼 수 없다. 보험자이자 수탁자인 자가 보험계약자로서 보험계약을 체결하게 될 때에야 비로소 자기거래의 문제가 되는 것이다. 신탁재산의 관리·처분이란 신탁계약에 기해 신탁재산으로 귀속된 일정한 재산을 수탁자가 관리·처분하는 것을 가리키는데, 생명보험신탁의 설정은 생명보험계약상 보험금청구권을 신탁재산으로 하기로 하는 신탁계약을 체결하는 것에 불과할 뿐 수탁자가 신탁재산을 관리·처분하는 것은 아니기 때문이다⁵⁰⁾.

2. 신탁행위에서 예정하고 있는 경우

본격적으로 자기거래 문제를 살펴보기에 앞서, 생명보험신탁의 경우에는 통상의 자기거래와는 다른 특수성이 존재한다는 점을 짚고 넘어가고자 한다. 원래 자기거래 문제는 “신탁 설정 후 신탁재산의 관리·처분 과정에서 자기거래를 하는 경우”를 전제로 하는 논의이다. 신탁재산의 관리·처분 방법은 신탁 목적과 신탁행위(신탁계약)에서 정하는 바에 따라 결정된다. 수탁자의 재량적 권한의 범위는 신탁행위에 의해 결정되게 되는데, 자기거래는 수탁자가 자신의 재량적 판단에 따라 신탁재산을 관리·처분하는 과정에서 이해상충이 나타날 수 있기 때문에 금지되고 있는 것이다. 생명보험신탁은 애당초 신탁행위(신탁계약)에서부터 “보험계약의 체결”을 예정하고 있는 경우이다. 신탁계약에서 자기거래를 예정하고 있는 경우에도 통상의 자기거래와 마찬가지로 금지되어야 하는지에 대해 의문을 제기해 볼 수 있는 것이다⁵¹⁾.

50) 한편 수탁자가 보험자인 자신에게 보험금청구권을 행사하게 되므로 이와 관련해서도 이해상충의 문제가 발생할 수 있다. 자기거래의 문제는 아니지만 일반적인 충실의무에 근거하여 수탁자는 신탁수익자의 이익이 되는 방식으로 보험금청구권을 행사할 의무가 있다고 할 것이다.

51) 물론 수탁자가 재량적 판단에 따라 신탁재산의 운용으로서 생명보험계약에 가입하는 경우도 생각해 볼 수 있다. 그러나 타인의 생명보험의 경우에는 피보험자의 동의를 얻어야 하므로(상법 제731조 제1항) 이 경우에도 위탁자의 동의는 필요하게 된다.

후술하는 바와 같이 일본은 “신탁행위에 해당행위를 하는 것을 허용하는 취지의 정함이 있는 때”(2006년 개정 신신탁법 제31조 제2항 제1호)를 금지의 예외로 규정하고 있고, 미국에서도 위탁자가 신탁서면에서 자기거래에 대해 동의한 경우에 자기거래가 허용되며, 영국에서도 신탁계약에 명시적 또는 묵시적 허용약정이 있는 경우에는 자기거래를 허용하고 있다⁵²⁾. 다만 일본과 같은 명시적인 규정이 없는 이상 신탁행위에서 예정한 경우를 오로지 해석(자기거래의 개념에 대한 일종의 목적론적 축소해석이 될 것이다)만으로 예외로 인정하는 데에는 무리가 없지 않으므로, 거래생활의 안정을 위해서는 명확한 입법론적 해결이 필요한 부분이라고 할 것이다.

따라서 이하에서는 신탁행위에서 예정한 경우도 일응 신탁법과 자본시장법상의 자기거래의 개념에 포함된다는 것을 전제로 하여, 수탁자의 자기거래를 금지하는 신탁법과 자본시장법에 대한 해석론과 입법론을 살펴보기로 한다.

3. 해석론

가. 신탁법상 자기거래의 금지의무

먼저 신탁법상 자기거래의 금지의무를 살핀다. 수탁자는 명의를 불문하고 신탁재산은 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못하며, 다만 신탁수익자에게 이익이 되는 것이 명백하거나 기타 정당한 이유가 있는 경우에 법원의 허가를 얻어만 신탁재산을 고유재산으로 할 수 있다(동법 제31조 제1항). 이에 따르면, 수탁자가 보험계약자이자 보험자로서 보험계약을 체결하는 경우에 자기거래에 해당하여 동법 위반이 될 수 있다.

신탁법 제31조 제1항이 강행규정인지 여부는 다투어질 수 있다. 만약 강행규정이 아니라면, 신탁수익자의 동의가 있는 경우에 수탁자가 자기거래를 할 수 있다고 보

52) 뒤의 4.나. 참조.

53) 神田秀樹·阿部泰久·小足一, 前掲書, 94頁. 일본 2006년 개정전 구신탁법 제22조에 우리 신탁법 제32조 제1항과 유사한 내용이 있다.

게 된다. 일본 구신탁법 제22조는 우리 신탁법 제31조 제1항과 동일하고, 마찬가지로 그것이 강행규정인지 여부가 일본에서 다투어진다⁵⁴⁾. 일본의 2006년 개정전 구신탁법과 관련된 논의를 먼저 살펴보면, 강행규정이라고 보는 입장은 구신탁법 제22조가 법원의 허가가 있는 경우에만 자기거래가 허용되는 것으로 규정하고 있음을 근거로 한다⁵⁴⁾. 이와 달리 임의규정이라고 보는 입장은 신탁수익자의 동의가 있는 경우에 자기거래를 허용하는 것은 신탁수익자 보호에 문제가 없다고 하거나,⁵⁵⁾ 자기거래의 금지는 충실의무의 일반론을 구체화 한 것이므로, 신탁수익자의 동의가 있는 경우에는 충실의무의 위반으로 되지 않는다는 것도 일반론으로 인정되어야 한다고 주장한다⁵⁶⁾.

우리나라에서는 신탁법 제31조 제1항이 법원의 허가가 있는 경우에만 자기거래가 허용된다고 규정하고 있음을 근거로 강행규정이라는 견해와,⁵⁷⁾ 정형적인 거래이기 때문에 신탁재산에 불이익이 생길 가능성이 없는 자기거래나 신탁수익자가 동의한 자기거래는 허용된다는 견해가 제시된다⁵⁸⁾.

생각건대, 수탁자와 신탁수익자의 지위, 거래의 규모·성격을 불문하고 모든 자기거래를 법원의 허가를 얻도록 하는 것은 확일적으로 법원의 후견적 개입을 강제하는 셈이어서 바람직한 해석론은 아니라고 볼 수 있다. 또한, 후술하는 바와 같이 자본시장법 제108조 제6호가 자기거래를 원칙적으로 금지하되 허용사유를 신탁법 제31조 제1항보다 광범위하게 인정하고 있는데, 양법의 조화로운 해석을 위해서는 신탁법 제31조 제1항에 대한 보다 유연한 해석이 필요하다고 본다. 이에 대해서, 자본시장법은 규제법의 성격을 띠고 있고 신탁법은 사법의 성격을 띠고 있으므로, 자본시장법이 신탁법의 해석에 영향을 미치지 않는다는 주장도 있을 수 있다. 하지만, 자본시장법은 수탁자의 자기거래에 대해 일정한 형사적 제재를 부과하면서 일정한 경우는 자기거래가 허용된다고 하는데,⁵⁹⁾ 자기거래가 허용되는 경우에는 형사

54) 四宮和夫, 『信託의 研究』, 有斐閣, 1965, 233頁.

55) 米倉明, 「信託法第22條第1項本文の解釋について」, 『信託』, 第160號, 1989, 4頁.

56) 星野豊, 「受託者の忠實義務」, 『本郷法政紀要』, 第1號, 1993, 310頁.

57) 이중기, 『신탁법』, 삼우사, 2007, 289면.

58) 최동식, 전제서, 216~217면.

59) 자본시장법 제444조 제8호: 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처함.

적 제재가 없을 뿐만 아니라 사법적으로도 유효한 것으로 하자는 것이 입법자의 의도라도 해석하는 것이 조화로운 법해석이라고 볼 수 있다. 다시 말하면 자본시장법은 규제법의 성격을 기본으로 하고 있지만 사법적 성격도 가미되어 있는 것이다. 즉 사법적 측면에서 보면, 신탁법은 신탁에 관한 일반법이고, 자본시장법 중 신탁에 관한 규정들은 신탁업자에게 적용되는 신탁에 관한 특별법으로 보자는 것이다. 이렇게 보면, 자본시장법 제108조 제6호는 신탁법 제31조 제1항에 대한 특칙이라고 해석하게 된다⁶⁰⁾.

요컨대, 신탁법 제31조 제1항의 법원의 허가는 예시적 허용사유라고 해석하는 것이 필요하다고 본다. 입법론으로는 신탁법의 개정을 통해서 법원의 허가 이외에 허용사유를 추가하는 것이 필요하다고 본다.

나. 자본시장법상 자기거래의 금지의무

(1) 원칙

자본시장법 제108조는 불건전 영업행위의 종류를 제1호~제9까지 규정하는데, 제1호~제7호가 이해상충방지와 관련된다. 이 중에서 제6호가 “신탁재산으로 신탁업자 또는 그 이해관계인의 고유재산과 거래하는 행위”를 금지한다⁶¹⁾.

(2) 예외

자기거래의 금지의무는 일정한 경우에 적용이 없다. 즉 자본시장법 제108조 단서는 신탁수익자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 자기거래행위가 허용된다고 규정한다. 자본시장법시행령 제

60) 일본에서도 동일한 논의가 있는데, 특칙설을 취하는 견해로는 神田秀樹·阿部泰久·小足一壽, 前掲書, 94頁.

61) 여기서 이해관계인은, 신탁업자의 임직원과 그 배우자, 신탁업자의 대주주와 그 배우자, 신탁업자의 계열회사, 계열회사의 임직원과 그 배우자 등을 가리킨다(자본시장법 제84조 제1항 자본시장법시행령 제84조 참조).

109조 제1항은 제4호는 그러한 허용사유로서, “가. 이해관계인이 되기 6개월 이전에 체결한 계약에 따른 거래, 나. 증권시장 등 불특정다수인이 참여하는 공개시장을 통한 거래, 다. 일반적인 거래조건에 비추어 신탁재산에 유리한 거래, 라. 환매조건부매매, 마. 신탁업자 또는 이해관계인의 중개·주선 또는 대리를 통하여 금융위원회가 정하여 고시하는 방법에 따라 신탁업자 및 이해관계인이 아닌 자와 행하는 투자대상자산의 매매, 바. 신탁업자나 이해관계인의 매매중개(금융위원회가 정하여 고시하는 매매형식의 중개를 말한다)를 통하여 그 신탁업자 또는 이해관계인과 행하는 채무증권, 원화로 표시된 양도성 예금증서 또는 어음(기업어음증권은 제외한다)의 매매, 사. 법 제104조제2항 또는 법 제105조제2항에 따른 거래, 아. 예금거래(수탁액이 3억원 이상인 특정금전신탁 또는 「근로자퇴직급여 보장법」에 따른 특정금전신탁으로서 원리금 보장이 필요한 경우만 해당한다), 자. 금액의 규모 또는 시간의 제약으로 인하여 다른 방법으로 운용할 수 없는 경우로서 일시적인 자금의 대여(그 신탁재산을 운용하는 신탁업자에게 대여하는 경우만 해당한다) 차. 그 밖에 금융위원회가 거래의 형태, 조건, 방법 등을 고려하여 신탁재산과 이해가 상충될 염려가 없다고 인정하는 거래” 등을 규정하고 있다.

(3) 위탁자 등의 동의 문제

위탁자 또는 신탁수익자(이하 ‘위탁자 등’ 라고 한다)의 동의가 있는 경우에도 자기거래행위는 허용되지 않는지가 문제된다. 자본시장법은 위탁자 등의 동의를 자기거래행위에 대한 허용사유로서 명시적으로 규정하고 있지 않다. 자본시장법은 규제법으로서 기본적으로 강행법규이므로, 그러한 명시적 규정이 없음에도 불구하고 위탁자 등의 동의가 있는 경우 자기거래행위가 허용된다고 해석하기는 어렵다. 또한, 자본시장법 제108조 제7호는 “수익자의 동의 없이 신탁재산으로 신탁업자 또는 그 이해관계인이 발행한 증권에 투자하는 행위”라고 하여 신탁수익자의 동의가 있으면 허용될 수 있는 금지행위를 규정하고 있다는 점에서, 자본시장법 제108조 제6호의 자기거래행위는 위탁자 등의 동의가 있더라도 금지된다고 해석할 수 있다.

4. 입법론-자기거래의 허용 사유의 확대

가. 필요성

보험회사가 신탁업을 겸영할 수 있게 됨에 따라서, 수탁자가 보험계약자이자 보험자로서 보험계약을 체결하는 경우 자기거래행위로 될 가능성이 높아졌다. 고객의 입장에서 신탁계약과 보험계약을 각각 다른 사업자에게 가입하기보다 동일한 사업자에게 가입하는 것이 편리할 수 있다. 보험회사의 입장에서 자신이 수탁자가 되어 보험계약자이자 보험자로서 보험계약을 체결할 수 있으면 보험업과 신탁업을 겸영하는 시너지 효과를 향유할 수 있을 것이다. 자본시장법에 대한 해석론으로는 위탁자 등의 동의가 있는 경우에도 자기거래행위가 금지된다고 해석됨은 전술하였다.

현행법이 위탁자 등의 동의를 예외사유로 규정하지 않은 이유는, 위탁자 등과 수탁자가 대등한 위치에 있지 않다는 점을 고려할 때 위탁자 등의 동의의 진정성에 의문이 있을 수 있다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 위탁자 등의 동의가 있는 경우에도 자기거래를 금지하는 것은, 본인의 동의가 있는 경우에 자기거래를 허용하는 민법 제124조(자기계약, 쌍방대리)에 대한 예외에 해당한다고 볼 수 있다.

생각건대, 신탁수익자의 보호라는 명분으로 위탁자 등의 동의를 예외사유로 인정하지 않는 것은 과잉규제가 아닌지 재검토할 필요가 있다. 기본적으로 수탁자가 위탁자 등에게 중요사항에 관한 충분한 정보를 제공하고 이를 설명을 함으로써, 위탁자 등이 정보에 기초한 동의(informed consent)를 할 수 있다면, 신탁수익자의 보호에 문제가 없을 것이다. 다만 위탁자 등의 동의는 개별 보험계약에 대해 구체적인 것으로 해야만 한다. 그렇지 않으면, 보험계약의 전문성으로 인해서 위탁자 등과 수탁자의 지위가 대등하지 않은 상황에서 그 동의는 형식에 그칠 우려가 있기 때문이다. 또한, 수탁자가 보험자로서 보험료 등 계약조건이 정형화된 보험계약을 체결하는 경우에는 위탁자 등과 수탁자의 불균등한 지위로 인한 이해상충의 소지도 적을 것이다. 이를 고려하지 않고, 위탁자 등의 동의가 있음에도 불구하고 자기거래를 금지하는 것은 지나친 후견적 개입 또는 과잉규제로서 비례 원칙에 반한다는 비판을 피하기 어렵게 된다.

후술하는 바와 같이 일본, 미국, 영국의 입법례도 위탁자 등의 동의가 있는 경우 수탁자에 의한 자기거래를 허용하고 있다는 점을 참조할 필요가 있다.

나. 입법례

(1) 일본

일본을 보면, 위탁자가 신탁행위에서 동의하거나, 또는 신탁수익자가 해당거래에 관한 중요한 사실을 제공 받고 사전에 서면 또는 전자적 방법에 의해 동의한 경우에는 자기거래가 허용되고 있음을 아래에서 알 수 있다.

일본의 2006년 개정전 구신탁법 제22조 제1항은 우리 신탁법 제31조 제1항과 마찬가지로 수탁자의 자기거래를 금지하고 있었다. 하지만 2006년 개정 신탁법은 제31조 제1항에서 자기거래행위를 원칙적으로 규제하되, 제2항에서 “1. 신탁행위에 해당 행위를 하는 것을 허용하는 취지의 정함이 있는 때 2. 수탁자가 당해 행위에 관하여 중요한 사정을 개시하여 수익자의 승인을 얻은 때 3. 상속 그 밖의 포괄승계에 의해 신탁재산에 속한 재산에 대한 권리가 고유재산에 귀속한 때 4. 수탁자가 당해 행위를 하는 것이 신탁의 목적달성을 위해 합리적으로 필요하다고 인정되는 경우에 수익자의 이익을 해하지 않는 것이 분명한 때, 또는 당해 행위가 신탁재산에 미치는 영향, 당해 행위의 목적 및 태양, 수탁자와 수익자의 실질적인 이해관계 상황 그 밖의 사정에 비추어 정당한 이유가 있는 때”는 예외로 자기거래를 허용하고 있다.

또한, 일본 신탁업법은 우리나라와 마찬가지로 신탁재산과 고유재산의 거래금지 규정을 두고 있다. 즉 신탁업법 제29조 제2항은 신탁회사의 금지행위로서, “1. 자기 또는 그 이해관계인(주식의 소유관계 또는 인적 관계에 있어서 밀접한 관계를 가지는 자로서 政令에 정하는 자를 가리킨다.)과 신탁재산과의 사이의 거래, 2. 하나의 신탁의 신탁재산과 다른 신탁의 신탁재산 간의 거래, 3. 제3자와의 사이에 신탁재산을 위해서 하는 거래에 있어서, 자기가 당해 제3자의 대리인이 되어 행하는 것”을 규정한다. 여기에서 제3호가 신탁재산과 고유재산의 거래에 대한 금지규정이 라고 할 수 있다.

하지만, 신탁업법 제29조 제2항 본문은 그러한 거래금지에 대한 폭넓은 예외를

인정하고 있다. 즉, 신탁행위에 있어서 거래를 행하는 뜻 및 해당거래의 개요에 대해서 정함이 있는 경우, 또는 해당거래에 관한 중요한 사실을 개시해 사전에 서면 또는 전자적 방법에 의해 신탁수익자(신탁관리인 또는 수익자대리인이 실제로 존재하는 경우에 있어서는 해당 신탁관리인 또는 수익자대리인을 포함)의 승인을 얻은 경우(해당 거래를 할 수 없다는 취지의 신탁행위의 정함이 있는 경우를 제외)로서, 신탁수익자의 보호에 지장을 주지 않는 경우로서 내각부령으로 정하는 경우에는 예외로 된다.

(2) 미국

미국에서 수탁자의 자기거래는 이해상충에 해당하여 충실의무에 반하는 것으로 된다⁶²⁾. 하지만, 위탁자가 신탁서면(trust instrument)을 통해서 자기거래에 대해 동의한 경우에는 자기거래가 허용된다⁶³⁾. 또한, 신탁수익자가 자기거래에 동의한 경우에도 자기거래가 허용되는데, 다만 그 동의는 확실하게 입증될 수 있어야 하고, 신탁수익자가 자신의 권리를 포함한 관련 중요한 사항 및 사정에 대해 충분한 지식을 갖고 행한 동의여야 한다⁶⁴⁾. 신탁수익자가 동의를 했다고 해도 수탁자가 자신이 알았거나 알았어야 하는 사항을 신탁수익자 등에게 고지하지 않은 경우에는 취소할 수(voidable) 있다⁶⁵⁾.

(3) 영국

영국의 형평법(law of equity)상 확립된 원칙에 따르면, 신탁의 수탁자는 이해상충행위를 할 수 없는 것이 원칙이고,⁶⁶⁾ 수탁자의 자기거래는 이해상충행위에 해당할 수 있다⁶⁷⁾. 다만 신탁계약에서 명시적 또는 묵시적 허용약정이 있는 경우는 수탁

62) Bogert/Oaks/Hansen/Neeleman, op cit, p. 402.

63) 14 COA 411, §19, the 2008 Update, (www.westlaw.com/2009.6.1.기준).

64) 76 Am. Jur. 2d Trusts §469, the 2009 Update, (www.westlaw.com/2009.6.1.기준).

65) Ibid.

66) Boardman v. Phipps [1967] 2 AC 46: Ex p Lacey (1802) 6 Ves 625.

67) Tito v. Waddell (No 2) [1977] Ch 106: Ex p Lacey (1802) 6 Ves 625.

자의 자기거래가 허용된다⁶⁸⁾.

V. 신탁재산 귀속방법의 문제

1. 문제의 제기

미국에서 생명보험신탁은 수탁자를 보험수익자로 하기도 함을 전술하였다. 즉 보험계약자가 자신을 피보험자, 수탁자를 보험수익자로 하는 보험계약을 체결하거나 또는 기존의 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 지정 또는 변경하는 것과, 자신이 위탁자로서 위 보험금청구권을 신탁재산으로 하는 신탁계약을 그 수탁자와 체결하는 것이 결합된 방식이다⁶⁹⁾.

이러한 방식에 대해서, 보험금청구권은 보험수익자인 수탁자의 권리이므로, 위탁자가 그 보험금청구권을 신탁재산으로 신탁계약을 체결한다는 것은 마치 타인의 재산을 신탁재산으로 하여 신탁계약을 체결하는 것과 마찬가지로 볼 여지가 있다. 신탁법 제1조가 신탁이란 “위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분”을 하는 것이라고 규정하고 있어서, 위탁자 소유의 재산만을 신탁재산으로 삼을 수 있는 것으로 읽힐 수 있다. 이러한 문리적 해석에 따르면 위와 같은 방식은 허용되기 어렵게 된다.

한편, 신탁법 제1조는 신탁재산의 특정성을 강조하는 것일 뿐이고, 타인의 권리를 매매의 대상으로 삼을 수 있는 것(민법 제569조)처럼 타인의 재산을 신탁재산으로 신탁계약을 설정하는 것은 허용되고, 다만 타인의 신탁자에 대한 이행 문제가 남

68) Swain v. The Law Society [1982] 1 WLR 17; Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians [1963] 2 QB 606. 자기거래의 허용에 대한 그 밖의 사유에 대해서는, Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, 2004, para 10.102.

69) 53 A.L.R.2d 1112, §2.

게 될 것이라는 해석론이 제기된다⁷⁰⁾. 만약 이러한 해석론에 따르게 되면, 위탁자가 수탁자의 보험금청구권을 다시 수탁자에게 신탁하는 것이 된다. 그런데 이는 수탁자가 자신에게 재산을 신탁하게 되므로 그 실질은 신탁선언(declaration of trust)에 해당한다고 볼 여지가 생긴다.

2. 신탁재산의 귀속방법으로서의 보험수익자 지정

다만, 위탁자이자 보험계약자인 자가 생명보험신탁의 수탁자를 보험계약상 보험수익자로 정하거나 이미 체결한 보험계약의 보험수익자를 수탁자로 지정 또는 변경(상법 제733조)하는 것이 실질적으로 신탁재산인 보험금청구권을 수탁자에게 이전(신탁법 제1조)시키는 행위에 해당하는 것으로 볼 여지도 있다고 생각된다. 즉, 위탁자이자 보험계약자가 보험금청구권을 신탁재산으로 하여 신탁계약을 체결하게 되면 그 보험금청구권을 수탁자에게 이전할 의무를 부담하는데, 수탁자를 보험수익자로 정함으로써 그 의무를 이행한 것으로 보자는 것이다. 보험금청구권을 수탁자에게 이전시키는 방법으로는, 위탁자이자 보험계약자인 자가 자신을 보험수익자로 정하고 신탁계약에 따라 해당 보험금청구권을 수탁자에게 이전시키는 방법도 있겠지만, 이러한 이전절차를 단축하여 수탁자를 보험수익자로 정함으로써 자신을 거치지 않고 바로 수탁자에게 이전시키는 방법을 취한 것으로 보는 것이다.

또 다른 해석론으로는 수탁자를 보험수익자로 정하는 행위를 신탁법 제1조 제2항의 “기타의 처분”으로 보는 방법을 생각해 볼 수 있다. 위탁자에서 수탁자로의 재산권의 이전이 원칙적인 신탁재산의 귀속방법이지만, 신탁법은 이것에만 한정하지 아니하고 “기타의 처분”이라고 하여 이전 이외의 방식에 의한 신탁재산의 귀속 가능성을 열어 두고 있기 때문이다. 위탁자가 재산권에 대하여 처분권한을 가지고 있어 이를 수탁자에게 귀속시킬 수 있다면, 반드시 이전의 방식이 아니더라도 신탁을 설정할 수 있는 것이다. 마찬가지로 생명보험신탁의 보험계약자는 보험계약 체결

70) 이중기, 전게서, 32면.

시나 이후에 보험수익자를 지정할 수 있는 권한을 가지고 있고, 이를 행사하여 보험수익자인 수탁자에게 보험금청구권을 귀속시켰다면, 보험금청구권에 신탁을 설정한 것이다. 이에 따르면 수탁자는 보험금청구권을 처음부터 신탁적으로 보유하게 된다.

위와 같은 두 가지 해석방법에 따르면 수탁자가 자기의 재산을 대상으로 신탁을 설정했다고 볼 것은 아니므로, 신탁선언의 문제는 발생하지 않게 된다. 이러한 구성이 생명보험신탁의 실질에 보다 부합한다고 생각되지만, 기존에 충분히 논의되었던 문제가 아니므로 신탁선언의 허용 문제에 대해서도 아래에서 살펴보도록 하겠다.

3. 신탁선언의 허용 문제

수탁자를 보험수익자로 정하는 경우에는 신탁선언으로 될 수 있다는 입장을 따르게 되면, 신탁선언이 우리법상 허용되는지 여부가 문제된다. 신탁선언의 허용 여부에 대해서는 법령이 명시적으로 규정하고 있지 않고, 그 유효성에 대해서는 해석상 논란이 있다. 신탁법 제1조 및 제2조를 소극적으로 해석하여 신탁선언은 무효라는 견해가 다수설이다. 즉 신탁법 제1조가 신탁이란 위탁자가 일정 재산을 수탁자에게 이전하고 수탁자가 그 재산을 관리·처분하는 법률관계이고, 동법 제2조가 신탁은 위탁자와 수탁자 사이의 계약 또는 위탁자의 유언에 의해 설정된다고 규정하므로, 위탁자와 수탁자가 동일인이 될 수 없다고 해석하는 것이다⁷¹⁾. 이와 달리 신탁법 제1조 및 제2조를 적극적으로 해석하여 신탁선언이 유효라는 견해도 있다⁷²⁾.

입법론으로는 신탁선언의 허용론이 유력하다. 신탁선언을 금지하는 취지를 위탁자가 채권자로부터의 집행면탈재산을 만들 위험에서 찾지만, 신탁재산의 이익을 향유하는 자는 위탁자가 아니라 수익자이고, 또한 위탁자가 수익자가 아님에도 불구하고 사실상 이익을 향유하면 신탁의 성립을 부정하거나 그 범위 내에서 위탁자의

71) 정순섭, 「신탁의 기본구조에 관한 연구」, 『BFL』, 서울대학교 금융법센터, 제17권, 2006, 15면; 최동식, 전계서, 54면; 홍유석, 전계서, 84면.

72) 이중기, 전계서, 34~35면.

채권자의 강제집행을 인정하면 족하다는 견해가 제시된다⁷³⁾. 특히 생명보험신탁과 관련해서는 위탁자의 집행면탈재산의 조성을 목적으로 신탁선언이 이루어진다고 보기 어렵다. 예를 들면, 피보험자의 사망으로 인한 보험금부가 피보험자의 배우자 또는 자녀에게 즉시 지급되기보다는 그 보험금부를 신탁수익자를 위해서 적절하게 투자·관리할 수 있는 수탁자에게 일정기간 귀속되었다가 신탁수익자에게 지급되기를 희망하는 경우에 이용되는 개인생명보험신탁의 경우, 일반적으로 집행면탈재산의 조성과는 거리가 먼 것이다.

일본의 경우에, 구신탁법상 신탁선언이 허용되는지에 대해 논란이 있었지만(다수 설은 부정하였음),⁷⁴⁾ 2006년 신신탁법은 신탁선언을 원칙적으로 유효한 것으로 하면서 다만 그것이 채권자를 해하기 위해 남용되는 것을 방지하기 위한 요건을 마련하였음(동법 제3조 제3호 및 제4조 제3항)을 참조할 필요가 있다. 또한, 영국에서 신탁선언은 유효하며,⁷⁵⁾ 다만 토지에 관한 신탁선언에 대해 서명된 서면이라는 일정한 방식이 요구되고 있을 뿐이다⁷⁶⁾. 미국에서도 신탁선언은 원칙적으로 유효하다⁷⁷⁾. 다만, 통일신탁법은 동일인이 유일한 수탁자 겸 수익자인 경우에 신탁선언을 금지하고 있다⁷⁸⁾.

VI. 마치며

생명보험신탁에 대한 법적 쟁점을 논의한 결과, 다음과 같은 결론에 이르렀다. 첫째, 보험금청구권이 신탁재산이 될 수 있는지와 관련해서는, 현행법 하에서 보험금부가 금전으로 약정된 경우로 한정된다. 생명보험금부는 대부분 금전으로 약정될

73) 이중기, 전게서, 36면; 최동식, 전게서, 54~55면. 공익신탁과 自社신탁에 대해 신탁선언을 허용하자는 견해로는, 홍유식, 전게서, 84면.

74) 新井誠, 『信託法』, 第2版, 有斐閣, 2005, 122頁.

75) Penner, *The Law of Trusts*, 6th ed, Oxford University Press, 2008 p. 133.

76) The Law of Property Act 1925, sec. 53(1)(b).

77) 76 Am. Jur. 2d Trusts §18.

78) Uniform Trust Code, sec. 402 (a)(5).

것이므로 현실적으로 큰 문제는 없어 보인다. 다만 입법론으로는, 자본시장법의 개정을 통해서 신탁재산의 종류를 확대하거나 제한을 폐지할 필요가 있다고 본다. 한편, 보험사고의 발생이 불확실하다는 점은 보험금청구권의 신탁재산성을 저해하지 않는다고 본다. 둘째, 수탁자가 보험계약자로서 보험계약을 체결할 때 그 상대방인 보험자가 수탁자와 동일인인 경우에는, 수탁자의 자기거래 현상이 발생할 수 있다. 수탁자의 자기거래는 신탁법·자본시장법에 의해 금지되는 것으로 해석되는데, 위탁자 또는 신탁수익자의 동의가 있는 경우에는 허용되도록 법령이 개정될 필요가 있다. 셋째, 수탁자를 보험수익자를 정하는 경우에는 신탁선언의 문제가 생길 소지가 있다. 신탁선언이 현행법상 허용되는지는 논란이 있는데, 허용되도록 법령이 개정될 필요가 있다고 본다. 한편, 수탁자를 보험수익자로 정하는 것을 단축적인 신탁재산의 이전 또는 신탁법 소정의 “기타의 처분”에 의한 신탁재산의 귀속으로 이해하게 되면 신탁선언의 문제는 생기지 않는다.

생명보험신탁은 금융소비자 및 금융사업자 모두에게 이익을 줄 수 있는 금융상품이라고 할 수 있다. 생명보험신탁이 현행법 하에서 가능하면 허용될 수 있도록 해석할 필요가 있고, 또한 그렇지 않은 부분에 대해서는 법령 개정을 할 필요가 있다. 그렇게 함으로써 보험과 신탁이 결합된 생명보험신탁의 거래가 활성화 되고, 특히 보험업과 신탁업을 겸영함으로써 획득할 수 있는 시너지 효과도 극대화 될 수 있을 것으로 기대된다.

참 고 문 헌

- 김건식·정순섭, 「금융환경의 변화와 금융규제」, 『새로운 금융법 체제의 모색』(김건식, 정순섭 편저, 소화, 2006).
- _____, 『자본시장법』, 두성사, 2009.
- 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001.
- 김해식, 『미국 생명보험 정산거래의 현황과 시사점』, 조사보고서, 보험연구원, 2009.
- 박종찬, 「미국 신탁법에 관한 연구 - 특히 기본적 구조에 대한 비교법적 관점을 중심으로」, 『강원법학』, 제18권, 2004.
- 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002.
- 이중기, 『신탁법』, 삼우사, 2007.
- 임채웅, 「신탁행위의 연구」, 『저스티스』, 99호, 2007.
- 정순섭, 「신탁의 기본구조에 관한 연구」, 『BFL』, 서울대학교 금융법센터, 제17권, 2006.
- 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2009.
- 진 익, 「보험신탁을 통한 자산관리서비스 선진화」, 『KiRi Weekly』, 보험연구원, 2009. 1. 5.
- 최기원, 『보험법』, 박영사, 2002.
- 최동식, 『신탁법』, 법문사, 2006.
- 최수정, 『일본 신신탁법』, 진원사, 2007.
- 홍유석, 『신탁법』, 법문사, 1999.
- 米倉明, 「信託法第22條第1項本文の解釋について」, 『信託』, 第160號, 1989.
- 四宮和夫, 『信託의 研究』, 有斐閣, 1965.
- 星野豊, 「受託者の忠實義務」, 『本郷法政紀要』, 第1號, 1993.
- 小出卓哉, 『信託業法』, 清文社, 2008.
- 神田秀樹·阿部泰久·小足一壽, 『新信託業法のすべて』, 金融財政事情研究會, 2005.
- 新井誠, 『信託法』, 第2版, 有斐閣, 2005.
- _____, 『信託法』, 第3版, 有斐閣, 2008.
- 萩本修 編著, 『保險法立案關係資料』, 別冊商事法務 No.321, 2008.
- A.L.R.2d (www.westlaw.com/ 2009.6.1.기준).
- Am. Jur. 2d, the 2009 Update, (www.westlaw.com/2009.6.1.기준).
- Bogert/Bogert/Hess, *Bogert's Trusts and Trustees*, the 2008 Update

(www.westlaw.com/ 2009.6.1.기준).

Bogert/Oaks/Hansen/Neeleman, *The Law of Trusts*, 7th ed, 2001.

COA, the 2008 Update.(www.westlaw.com/2009.6.1.기준).

Gower, *Review of Investor Protection Report Part 1*, Cmnd 9125, 1984.

Oakley, *Parker and Mellows: the Modern Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, 9th ed, 2008.

Penner, *The Law of Trusts*, 6th ed, Oxford University Press, 2008.

Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, 2004.

Tuch, 『Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest』, 29
Melb. U. L. Rev. 478, 2005.

Abstract

There has been a great increase in the use of life insurance trust since 1930. As Korean life insurance companies have been recently authorized to carry on trust business as well as insurance business, they became to be interested in producing and selling life insurance trusts. However, it is not clear whether or not such products are permitted under the current Korean law. This article tries to interpret whether they are allowed under the current law, and to suggest legislative reform for solving possible legal problems. The legal issues dealt with by this article are classified as follows.

First, the question arises whether or not the trust of a right to insurance claim is legally possible under the Financial Investment Services and Capital Markets Act(FSCMA), which restricts trust properties to limited properties such as pecuniary claims. The answer should be affirmative, as far as the object of insurance claim is cash, in that the right to such an insurance claim can be categorized into pecuniary claim. It is suggested that the FSCMA be changed to include all kinds of properties as trust properties, on the basis that the restriction of trust properties has lost its ground nowadays.

Secondly, when the trustee insures settlor's life as a policyholder and an insurer, this act of insuring may amount to the self-dealing which is in principle prohibited so as to prevent the conflict of interests under the FSCMA. The current law is interpreted to bar such a self-dealing even though the settlor or the beneficiary of the trust consents to it, but it may be argued that this regulation is too excessive. Therefore, it is suggested that the law be reformed to allow such a self-dealing when the settlor or the beneficiary of the trust gives explicit permission to it after having been sufficiently notified about its contents.

Thirdly, it is questionable whether the declaration of trust applies to a trust where the beneficiary of the life insurance becomes the trustee. The answer may be

negative in the life insurance trust, but it seems safe to determine whether the declaration of trust is legal. The dominant opinion negates the validity of the declaration of trust under the current Korean law. It is suggested that the law need to be changed to allow it, on the ground that there is no sound basis justifying such a strict regulation.

※ key words : declaration of trust, conflict of interests, life insurance, life insurance trust, self-dealing, the trust of a right to insurance claim, trust, trust properties