



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

수탁자의 이득토출책임에 관한 연구

-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-

2021년 2월

서울대학교 대학원

법학과 상법 전공

송지민

수탁자의 이득토출책임에 관한 연구

-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-

지도교수 노혁준

이 논문을 송지민 박사 학위논문으로 제출함

2020년 10월


서울대학교 대학원


법학과 상법 전공


송지민

송지민의 박사학위논문을 인준함


2020년 12월

위원장 김준하 (인) 

부위원장 김미선 (인) 

위원 이중기 (인) 

위원 오영진 (인) 

위원 노혁준 (인) 

국문초록

신탁법 제 43 조 제 1 항은 수탁자의 원상회복 책임을 규정하여 수탁자가 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 생긴 경우에 의무를 위반한 수탁자에게 신탁재산의 원상회복을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 덧붙여 제 43 조 제 3 항은 수탁자가 충실의무를 위반한 경우에는 신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제 3 자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환해야 한다고 규정하고 있다. 제 43 조 제 3 항은 2012년 신탁법 전면개정 시 영미법의 신인의무자의 이득토출책임을 도입하려고 신설한 규정이다. 본 논문은 신탁법 제 43 조에 대한 수탁자의 원상회복책임 및 이득토출책임을 성격에 파악하고 반환 범위를 확정하는 법리를 검토하였다.

신인의무는 특정 관계에서 형성된 신뢰와 신임을 보호하는 법적 장치로 파악할 수 있다. 신인관계에 있는 양 당사자사이에 신뢰와 신임이 형성된다. 이 단계에서 신인의무자인 일방 당사자에게 폭넓은 재량을 부여하기에 본인은 신인의무자의 권한과 재량에 따라 좌지우지되는 취약성, 의존성을 띄고 정보 불균형의 상황에 놓여 있게 된다. 따라서 일반적인 계약관계와 달리 신인관계에 있는 본인은 일정 장치에 의해 보호를 받아야 한다. 신인의무자가 자신의 이익을 신인의무보다 우선시하거나 신인의무자의 지위 등을 말미암아 이익을 취득하는 것을 금지하는 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙은 본인을 보호하기 위한 장치의 가장 기본일 것이다. 신인의무를 부여하는 것과 같은 취지에서 신인의무 위반 책임의 추궁 방법도 신인의무자의 의무 위반의 억지와 예방 목적을 달성하는 방향으로 이루어져야 한다. 이러한 측면에서 신탁법 제 43 조 제 3 항의 이득토출책임을 도입은 바람직하다. 신인의무자의 충실의무 위반을 적발하는 경우에 신인의무자가 의무 위반을 통해 취득한 이익을 전부 토출하도록 하는 구체수단은 분명 신인의무자의 의무 위반을 억지 및 예방하는 역할을 할 수 있을 것이라고 기대한다. 다만 아직 우리 신탁법에서 이득토출책임을 구체적으로 적용한 판례가 일천하기 때문에 이를 적용하는 방안에 대한 논의가 필요하다. 본 논문에서는 향후 우리 신탁법에서 이득토출책임을 어떻게 적용할 것인지에 대한 길잡이를 마련하기 위해 영미법의 이론과 판례를 자세히 검토하였다. 영미법에서는 신인의무 위반의 책임의 엄격성과 이로 인한 가혹한 책임 사이에서 균형을 이루기 위해 이득토출책임을 반환범위를 결정할 때에 인과관계 기준, 격원성 기준 및 공제 등의 방식을 활용하여 신인의무 위반의 억지 목적과 공평의 목적을 동시에 달성하고자 한다.

뿐만 아니라 영미법에서는 신인의무자의 책임 외 제 3 수령자와 제 3 조력자가 요건을 만족하면 제 3 자에게도 이득토출책임을 부과한다. 반면 우리 신탁법은 제 3 자가 직접 이득을 취득한 경우에도 수탁자에게 이득토출책임을 부과하는 방식을 취하고 제 3 조력자 책임에 대한 논의는 아직 이루어지지 않고 있다. 제 3 수령자의 경우, 수탁자에게 책임을 적용하는 동시에 신탁법 제 75 조 수익자 취소권을 활용하도록 하고 있다. 논문에서는 충실의무 위반시 제 43 조에 따른 수탁자의 책임과 제 75 조 수익자 취소권의 관계에 대하여

고찰해보았다. 또한 영미법의 제 3자 책임에 대한 논의를 통하여 우리 신탁법에서도 제 3자 책임을 도입할 필요가 있는지 살펴보았다.

마지막으로 본 논문은 수탁자 뿐만 아니라 전형적인 신인관계에 해당하는 회사의 이사의 충실의무 위반에 대한 이득토출책임의 도입 필요성을 검토하였다. 영미법상 회사의 이사는 대표적인 신인의무자에 해당하고 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임을 적용한다. 우리 회사법은 일반적인 충실의무 규정 외에도 자기거래금지, 경업금지 및 회사기회 유용금지 등 충실의무의 세부규정을 두고 있다. 세부규정 위반시에는 경업금지의 경우에는 개입권, 회사기회 유용금지의 경우는 이익의 손해추정규정을 활용하지만 일반적인 충실의무 위반에는 손해배상책임만을 적용하고 있을 뿐 이익에 기반한 구제수단을 별도로 규정하고 있지 않다. 따라서 본 논문에서 이사의 엄격한 충실의무 이행을 촉구하기 위하여 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 도입할 것을 제안한다.

주요어: 이득토출책임, 원상회복책임, 신인관계, 신인의무, 충실의무, 이익충돌금지 원칙, 이익향수금지 원칙, 의제신탁

학 번: 2015-31082

목차

| | | |
|-------|-------------------------------|----|
| 제 1 장 | 서론 | 1 |
| 제 1 절 | 연구의 배경 및 목적 | 1 |
| 1. | 연구의 배경 | 1 |
| 2. | 연구의 목적 | 1 |
| 제 2 절 | 연구의 구성 및 용어의 정의 | 2 |
| 1. | 연구의 구성 | 2 |
| 2. | 연구의 범위 | 3 |
| 3. | 용어의 정의 및 문헌의 인용 | 4 |
| 제 2 장 | 영미의 신인의무 위반에 대한 구제수단 및 부당이득법제 | 7 |
| 제 1 절 | 신인의무의 성격과 기능 | 7 |
| 1. | 신인관계 | 7 |
| 가. | 신인관계의 본질 | 7 |
| 나. | 구분 개념 | 10 |
| 2. | 신인의무의 성격과 내용 | 11 |
| 가. | 신인의무의 내용 | 11 |
| 나. | 소극적 금지의무인가? 명령적 작위의무인가? | 23 |
| 다. | 공평의무의 지위? | 25 |
| 3. | 신인의무의 기능 | 29 |
| 가. | 보충적, 보조적 기능 | 29 |
| 나. | 예방 및 억지 기능 | 30 |
| 제 2 절 | 신인의무 위반의 사법적 효력 | 31 |
| 1. | 영국법의 경우 | 31 |
| 가. | 문제의 소재 | 31 |
| 나. | 견해의 대립 | 31 |
| 다. | 취소권 행사와 구제수단의 관계 | 33 |
| 2. | 미국법의 경우 | 34 |
| 가. | 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법 리스테이트먼트 | 34 |
| 나. | 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트 | 35 |
| 다. | 통일신탁법 | 35 |
| 제 3 절 | 영미의 신인의무 위반의 구제수단 | 36 |
| 1. | 형평법상 구제수단의 특징 | 36 |
| 2. | 이득토출책임 | 37 |
| 3. | 의제신탁 | 38 |
| 가. | 영국의 의제신탁 | 38 |
| 나. | 미국의 의제신탁 | 42 |
| 다. | 의제신탁의 쟁점 | 43 |

| | |
|---------------------------------|-----------|
| 4. 형평법상 손해배상 | 45 |
| 가. 형평법상 손해배상 적용 | 45 |
| 나. 손해배상책임과 이득토출책임의 청구권 경합 | 46 |
| 5. 수익자 취소권 | 46 |
| 가. 수익자 취소권은 구제수단인가? | 46 |
| 나. 수익자 취소권과 다른 구제수단의 관계 | 47 |
| 6. 금지명령 | 47 |
| 제 4 절 영미의 부당이득법제 | 48 |
| 1. 영국의 부당이득법 | 48 |
| 가. 부당이득법의 발전과정 | 48 |
| 나. 원상회복법의 전통적인 구분 | 49 |
| 다. 부당이득법과 원상회복법의 관계 | 54 |
| 라. 이득에 기반을 둔 구제수단 | 56 |
| 2. 미국의 부당이득법 | 57 |
| 가. 손실자의 재산감소에 의한 원상회복 | 57 |
| 나. 위법행위에 의한 원상회복 | 58 |
| 다. 원상회복책임: 구제수단과 적용범위 | 60 |
| 3. 소결 | 61 |
| 가. 우리 부당이득법리와의 비교 | 61 |
| 나. 신인의무자의 이득토출책임과 부당이득법 | 62 |
| 제 3 장 영미의 이득토출책임 | 63 |
| 제 1 절 이득토출책임의 의의 | 63 |
| 1. 개념 및 근거 | 63 |
| 가. 이득토출책임의 개념 및 연원 | 63 |
| 나. 이득토출책임의 근거 | 64 |
| 2. 법적 성격과 구별개념 | 72 |
| 가. 법적 성격 | 72 |
| 나. 구별개념과 적용범위 | 77 |
| 제 2 절 영국의 이득토출책임 | 80 |
| 1. 책임의 범위 | 80 |
| 가. 책임의 범위 확정의 어려움 | 80 |
| 나. 인과관계 | 81 |
| 다. 공제 | 84 |
| 라. 이득토출책임에 대한 이자 | 88 |
| 2. 이득토출책임과 제 3 자 책임 | 89 |
| 가. 제 3 자 책임의 구분 | 89 |
| 나. 제 3 수령자 책임 | 90 |
| 다. 제 3 조력자 책임 | 95 |
| 3. 영국의 구체적인 판례 분석 | 100 |
| 가. 충실의무의 엄격성 | 101 |
| 나. 인과관계, 격원성 기준 적용 여부 | 104 |

| | |
|--|------------|
| 다. 공제 | 106 |
| 제 3 절 미국의 이득토출책임 | 110 |
| 1. 미국의 이득토출책임 법원(法源) | 110 |
| 가. 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트..... | 111 |
| 나. 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트..... | 114 |
| 다. 통일신탁법 | 115 |
| 라. 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법 | 116 |
| 마. 영국과의 차이점..... | 117 |
| 2. 책임의 범위 | 118 |
| 가. 인과관계 및 공제 | 118 |
| 나. 귀속의 문제..... | 120 |
| 다. 입증책임과 불확실성 위험 | 121 |
| 라. Friedmann 교수의 견해..... | 122 |
| 3. 이득토출책임과 제 3 자 책임..... | 123 |
| 가. 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법의 제 3 자 책임 | 123 |
| 나. 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트의 제 3 자 책임 | 124 |
| 다. 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트의 제 3 자 책임 | 125 |
| 라. 통일신탁법의 제 3 자 책임..... | 129 |
| 4. 미국의 이득토출책임 판례 | 130 |
| 가. 자기거래 | 131 |
| 나. 그 외 이익충돌금지 위반..... | 133 |
| 다. 이익향수금지 위반: 보너스, 커미션 수령 | 138 |
| 라. 제 3 자 책임 | 139 |
| 제 4 절 영미의 이득토출책임 확장..... | 140 |
| 1. 영국법에서 이사의 충실의무 및 구제수단 | 140 |
| 가. 회사법상 이익충돌금지 및 이익향수금지..... | 140 |
| 나. 회사법상 자기거래 | 143 |
| 다. 회사법상 기회유용 및 경업금지..... | 147 |
| 라. 이사의 충실의무 위반 판례..... | 148 |
| 2. 미국법에서 이사의 충실의무 및 구제수단 | 154 |
| 가. 모범회사법 | 155 |
| 나. 미국법률협회 원칙 | 157 |
| 다. 델라웨어주 회사법 | 159 |
| 마. 이사의 충실의무 위반 판례..... | 160 |
| 3. 영미의 비교법적 분석 | 165 |
| 가. 이사의 충실의무 기준의 차이..... | 165 |
| 나. 영국의 엄격한 충실의무에 대한 비판 및 이에 대한 검토..... | 169 |
| 제 5 절 소결론 | 171 |
| 제 4 장 영미 이득토출책임의 비교법적 특성 | 172 |
| 제 1 절 일본과의 비교 | 172 |

| | |
|--|------------|
| 1. 일본 신탁법의 신인의무 | 172 |
| 가. 일본 신탁법의 충실의무 | 172 |
| 나. 주의의무와 충실의무의 관계 | 174 |
| 2. 일본 개정신탁법의 충실의무 구제수단 | 174 |
| 가. 손실전보책임의 손실추정규정 | 175 |
| 나. 신탁재산 귀속원칙 | 177 |
| 다. 개입권 | 178 |
| 라. 수익자 취소권 | 180 |
| 3. 검토 | 182 |
| 가. 손실추정규정 비판 | 182 |
| 나. 개입권과 손실추정규정 | 183 |
| 다. 충실의무와 이익향수금지 | 184 |
| 제 2 절 다른 대륙법 국가들과의 비교 | 184 |
| 1. 독일의 경우 | 185 |
| 가. 독일법의 신탁 계수 | 185 |
| 나. 독일법의 신인의무와 이득토출책임 | 185 |
| 다. 독일법에서 이득토출책임 적용 유형 | 186 |
| 라. 신인의무 위반과 구제수단 | 187 |
| 마. 독일 학계의 이득토출책임 견해 | 190 |
| 2. 그 외 국가들의 경우 | 199 |
| 가. 스코틀랜드 | 199 |
| 나. 루이지애나주 | 201 |
| 다. 남아프리카 공화국 | 203 |
| 3. 검토 | 205 |
| 제 3 절 소결론 | 207 |
| 제 5 장 신탁법상 이득토출책임과 그 확장 가능성 | 209 |
| 제 1 절 신인의무 및 그 위반 구제수단 및 법리 | 209 |
| 1. 신탁법상 신인의무의 의의 | 209 |
| 가. 신탁법상 주의의무 | 209 |
| 나. 신탁법상 충실의무 | 210 |
| 다. 주의의무와 충실의무의 관계 | 214 |
| 2. 신탁법상 신인의무 위반에 관한 구제수단 | 218 |
| 가. 개정 전 신탁법상 구제수단 | 218 |
| 나. 개정 신탁법상 구제수단 | 219 |
| 다. 평가 | 223 |
| 제 2 절 이득토출책임의 입법경위와 법적 성격 | 223 |
| 1. 이득토출책임의 입법경위 | 223 |
| 가. 입법 당시의 논의 | 223 |
| 나. 적극적 이득토출책임 도입 | 224 |
| 2. 다른 법리와의 구분 | 224 |

| | |
|---|------------|
| 가. 부당이득법리 | 225 |
| 나. 준사무관리 | 227 |
| 다. 이득토출책임의 법적 성격 | 229 |
| 제 3 절 이득토출책임의 발생요건 및 쟁점 검토..... | 229 |
| 1. 이득토출책임의 요건 및 성격..... | 229 |
| 가. 이득토출책임의 요건..... | 229 |
| 나. 이득토출청구권자 및 상대방 | 232 |
| 다. 이득토출청구권 성격..... | 233 |
| 2. 이득토출책임 적용상 문제점 | 234 |
| 가. 청구권 경합..... | 234 |
| 나. 의무의 범위..... | 235 |
| 다. 수익자 취소권과의 관계 | 240 |
| 라. 이득토출책임의 인적 범위: 제 3 자 책임 | 247 |
| 제 4 절 이득토출책임 적용의 확장 가능성: 상법상 이사..... | 251 |
| 1. 신인관계 및 이득토출책임의 확장 가능성 | 251 |
| 2. 상법상 이사의 충실의무 조항..... | 252 |
| 가. 상법상 충실의무 조항 및 의미 | 253 |
| 나. 충실의무와 구체적 규정 조항..... | 254 |
| 3. 회사법상 충실의무 세부조항 및 구제수단..... | 255 |
| 가. 자기거래 | 255 |
| 나. 경업금지 및 겸직금지 | 257 |
| 다. 회사의 기회유용금지..... | 258 |
| 4. 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임 적용 검토..... | 260 |
| 가. 수탁자와 이사의 지위 비교: 신인관계의 징표를 토대로 | 260 |
| 나. 이득토출책임 근거 적용 | 261 |
| 다. 충실의무 구제수단의 문제점 | 262 |
| 라. 현실론 | 264 |
| 제 6 장 결론 | 266 |
| 참고문헌 | 268 |
| ABSTRACT..... | 293 |

[그림 목차]

| | |
|---|-----|
| 그림 1. 영국의 충실의무 위반거래: 자기거래와 공정거래 | 17 |
| 그림 2. 원물추급권과 대위물추급권 | 40 |
| 그림 3. 제 3 수령자 책임과 의제수탁자 책임 비교 | 93 |
| 그림 4. 이사와 수탁자 비교: 자기거래와 공정거래 | 168 |
| 그림 5. 주의의무와 충실의무의 관계 | 216 |
| 그림 6. 공평의무와 이득토출책임 | 238 |
| 그림 7. 수익자 취소권과 원상회복청구권 비교 (신탁재산 처분행위의 경우) | 245 |
| 그림 8. 신인의무자의 범위 | 251 |

[표 목차]

| | |
|--|-----|
| 표 1. 권리 발생원인과 법적 대응방식 | 55 |
| 표 2. 원상회복책임과 이득토출책임 | 55 |
| 표 3. 민법상 부당이득법과 영미 부당이득법 비교 | 62 |
| 표 4. 의제신탁과 이득토출책임: 물권적, 채권적 성격 | 77 |
| 표 5. 영국의 제 3 수령자 책임 | 94 |
| 표 6. 영국의 제 3 조력자 책임 | 99 |
| 표 7. 미국의 제 3 수령자 책임 요건 | 127 |
| 표 8. 미국의 제 3 양수인 책임 범위 | 127 |
| 표 9. 미국의 제 3 수증자 책임 | 128 |
| 표 10. 영국회사법상 이사의 이익충돌금지 및 면책요건 | 141 |
| 표 11. 영국 회사법상 이사의 자기거래 효력 및 구제수단 | 146 |
| 표 12. 영국 회사법상 이사의 기회 유용 및 경업금지 효력 및 구제수단 | 147 |
| 표 13. 일본 신탁법상 충실의무 위반 효과 | 173 |
| 표 14. 우리 신탁법 제 43 조 제 3 항과 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항의 비교 | 177 |
| 표 15. 일본 신탁법상 개입권과 손실추정 규정 비교 | 180 |
| 표 16. 일본 신탁법상 손실전보책임과 수익자취소권 | 181 |
| 표 17. 일본 신탁법과 우리 신탁법 수익자 취소권 비교 | 181 |
| 표 18. 개정 전 및 개정 신탁법상 주의의무와 충실의무 | 212 |
| 표 19. 주의의무 및 충실의무 위반의 예 | 218 |
| 표 20. 부당이득반환 요건과 이득토출책임 요건 비교 | 225 |
| 표 21. (준)사무관리 요건과 이득토출책임 요건 비교 | 228 |
| 표 22. 수익자 취소권, 원상회복책임 및 이득토출책임 비교 | 243 |
| 표 23. 수익자 취소권 요건, 행사 여부 및 행사대상 | 246 |
| 표 24. 제 3 자 책임 | 250 |
| 표 25. 회사법상 자기거래, 경업금지 및 기회유용금지의 구제수단 | 257 |
| 표 26. 이사의 충실의무 기준, 면책요건 및 구제수단 | 263 |

제1장 서론

제 1 절 연구의 배경 및 목적

1. 연구의 배경

개정 전 신탁법은¹ 수탁자의 의무 위반 상황에서 손해가 발생한 경우에 손해배상책임과 원상회복책임을 구제수단으로 인정하고 있었다. 나아가 수탁자나 제 3 자가 이득을 취득하였다도 신탁재산에 손해가 발생하지 않은 경우 수탁자의 책임을 인정하기 어려웠다. 따라서 개정 신탁법에서는 신인의무자인 수탁자의 의무에 대한 조항, 특히 충실의무에 대한 일반적인 조항을 신설하고² 이를 구체화하는 조항을 정비하면서³ 충실의무를 위반하여 수탁자나 제 3 자가 이득을 취득한 경우, 수탁자가 이득 전부를 신탁재산에 반환하는 규정을 새로 마련하였다. 신탁법 제 43 조 제 3 항의 이득 전부를 반환하는 규정은 우리 민법이 손해배상을 기본적인 구제수단으로 하고 있고 부당이득법의 반환범위 역시 손실을 한도로 하는 것을 고려할 때 극히 예외적인 구제수단이다. 신탁법 제 43 조 제 3 항의 도입으로 영미 신탁법상 존재하던 이득토출책임 법리를 우리법에 수용하였음에도 불구하고 해당 조항을 어떻게 적용해야 할지 의문이고 아직 해당 조항이 적극적으로 활용된 바도 없다. 즉 신탁법에서는 일반적인 충실의무의 위반에 대하여 모두 이득토출책임을 부과하는 법 규정을 마련하였지만, 의무위반의 태양에 따라 어떻게 이득토출책임을 적용해야 할지 문제는 여전히 남아있다.

2. 연구의 목적

본 논문은 신탁법의 이득토출책임 조항 입법을 배경으로 하여 신인의무자의 충실의무 법리 및 이득토출책임의 이해를 통해 다음과 같은 목적에 기여하고자 한다.

첫째, 본 논문은 충실의무와 그 구제수단인 이득토출책임의 관계 및 구체적인 내용을 규명하고자 한다. 우리 법제에서 신탁법 뿐 아니라 회사법 등 여러 분야에서 충실의무를 부과하였지만 이에 대한 별도의 구제수단을 부과하는 것에 대한 관심은 상대적으로 미비하였다. 따라서 본 논문에서는 영미법상 신인관계에서 이득토출책임을 어떻게 활용하는지에 대한 논의를 주로 살펴보고자 한다. 개정 신탁법에 이득토출책에 대한 조문은 도입되었지만 아직까지 신탁법에서 토출할 이익의 구체적인 범위나 법적 성격에 대한 논의된 바가 없기 때문에 영미법의 적용을 자세히 검토하여 기준점을 제시하고자 한다.

¹ 본 논문에서는 2011.7.25 전면 개정되어 2012.7.26 부터 시행된 신탁법을 기준으로 개정 전 신탁법과 개정 신탁법으로 구분한다.

² 신탁법 제 33 조 충실의무.

³ 신탁법 제 34 조 이익에 반하는 행위의 금지, 제 35 조 이익향수금지, 제 36 조 분별관리의무 및 제 37 조 공평의무.

둘째, 본 논문은 기본적으로 영미법의 충실의무 위반에 대한 구제수단에 대한 전반적인 이해를 제고하는 것을 목적으로 한다. 여기에는 이득토출책임 뿐 아니라 형평법상 손해배상책임, 의제신탁, 수익자 취소권 및 금지명령을 포함한다. 물론 영미법과 대륙법의 소유권에 대한 개념의 차이 등으로 인하여 영미 신탁법상 모든 구제수단을 우리 신탁법에서 전적으로 수용할 수 없고 필요도 없다. 우리 법체계에 맞게 필요한 법리만 추려서 조정하여 수용하는 과정이 필요하다. 하지만 충실의무 및 이득토출책임이 영미법에서 출발한 것인 만큼 해당 국가에서 해당 법리를 어떻게 적용하여 왔는지 검토하여 이로부터 어떠한 논의를 수용할 것인지 결정하고 어떠한 논의는 이론적으로 극복할 과제인지를 파악하는 것 자체로도 의미가 있다고 생각한다.

셋째, 영미법의 구제수단에 대한 전반적인 이해를 바탕으로 하여 신탁법 관련 조문을 체계적으로 해석하고 동시에 입법적 정비가 필요한 부분에 대한 개선방안을 제언하고자 한다. 제 43 조 제 3 항의 이득토출책임 조항과 관련하여 신탁법 전면 개정 당시에 다양한 논의가 있었음에도 불구하고 점차적인 변화를 위해서 일부는 도입하지 않았다. 당시 활발한 논의가 있었던 제 3 자 책임에 대한 영미법의 입장을 검토하여 수탁자에게 이득토출책임을 부과하는 것에 추가하여 제 3 자 책임을 도입하여 수익자 보호를 두텁게 할 방법을 모색하고자 한다.

마지막으로 영미법상 수탁자의 충실의무에 대한 논의는 그 적용 범위에 있어서 확장 가능성을 띄고 영미법상 회사의 이사가 충실의무를 위반한 경우에도 이득토출책임을 부여하고 있다. 본 논문은 우리 개정 신탁법에 이득토출책임을 신설함에 따라 해당 법리를 수탁자에게 적용하는 것 뿐 아니라, 신인의무자, 특히 회사의 이사에 대해 해당 법리를 적용할 필요성을 검토하고자 한다.

제 2 절 연구의 구성 및 용어의 정의

1. 연구의 구성

이상의 배경 하에서 본 연구는 신탁법에 도입된 이득토출책임이 수탁자의 충실의무 위반에 적절한 구제수단인지 검토하고 해당 목적을 달성하기 위한 해석 및 운용 방안을 마련하고자 한다. 해당 입법 조항이 자칫 선언적인 입법이 되지 않고 실무적으로 활용될 수 있도록 해당 조항으로 기대할 수 있는 긍정적 측면을 최대화하고 우리 민법과 정합성을 발견할 수 없는 부분들은 어떻게 이해하고 설명할 수 있는지에 대하여 탐구해보고자 한다. 구체적으로 본 논문은 아래의 질문에 대한 답을 구하여 신탁법의 이득토출책임에 대한 이해를 돕고자 한다.

- 1) 영미법상 신인의무의 성격과 기능은 무엇이며 신인의무를 위반한 경우에 어떠한 구제수단을 활용하는가?(제 2 장)
- 2) 영미법상 신인의무자의 이득토출책임의 이론적 근거는 무엇이고 영국과 미국에서 각각 이득토출책임을 어떻게 적용하고 있는가?(제 3 장)
- 3) 대륙법 국가에서 이득토출책임에 대하여 어떠한 논의는 있는가?(제 4 장)
- 4) 신탁법에서 도입한 수탁자의 이득토출책임은 어떻게 해석하고 적용되어야 하며 입법상 개선할 부분은 무엇인가?(제 5 장)

5) 궁극적으로 이득토출책임은 수탁자뿐 아니라 신인관계의 경우로 확장하여 적용할 수 있을까? 특히 회사법의 이사가 충실의무 위반 경우에 이득토출책임을 부과하는 조항을 도입하는 것이 타당한가?(제 5 장)

첫 번째 질문에 대한 답을 하기 위하여 제 2 장에서는 이득토출책임의 범리가 신인의무에 내재된 요인에서 비롯된 것인지 파악하기 위하여 영미법의 신인관계 및 신인의무의 성격에 대하여 알아보고 이를 바탕으로 신인의무 위반의 일반적 효과 및 구제수단에 대해 살펴보겠다. 또한 영미법상 신인의무자의 이득토출책임이 부당이득법제에서 비롯되었다는 논의가 있기에 영미의 부당이득법제에 대해 개괄하고 신인의무의 이득토출책임과의 연관성에 대하여 살펴보도록 하겠다.

두 번째 질문에 대한 답을 하기 위해서 제 3 장에서는 제 2 장에서 살펴본 구제수단들 중에서 이득토출책임에 대해 살펴보겠다. 특히 개념, 법적 근거, 구별개념과 적용범위에 대해 검토한 후, 영국과 미국의 이득토출책임의 범위 및 제 3 자 책임을 살펴보고, 영미법상 판례 분석을 통하여 이득토출책임이 어떻게 적용되고 있는지 검토하겠다.

세 번째 질문에 대한 논의로 제 4 장에서는 일본 및 대륙법계 국가의 신탁법, 충실의무와 이득토출책임에 대한 논의를 간단히 살펴보겠다. 일본의 신탁법은 충실의무 위반에 대하여 직접적인 이득토출책임 규정을 도입하지 않고 이익을 손해로 추정하는 조항을 도입하였는데 해당 조항이 이득토출책임의 역할을 이행할 수 있는지를 중심으로 살펴보겠다. 또한 독일의 논의를 통하여 신탁법을 입법하지 않은 국가에서 이득토출책임에 대한 논의가 존재하는지 여부와 신인관계에 준하는 상황에서 어떠한 구제수단을 활용하는지 여부를 살펴보고 혼합법계 국가에서 충실의무 이득토출책임에 대한 논의 여부를 살펴보겠다.

네 번째 질문에 대한 논의를 위해 제 5 장에서 신탁법의 신인의무의 주요내용, 입법경위, 이득토출책임의 요건 및 그 성격을 살펴보고 입법상 보완할 부분 및 해당 구제수단의 적용 방법에 대하여 논의하도록 하겠다.

마지막 질문은 영미법상 이득토출책임의 대상은 단지 수탁자에 그치는 것이 아니라 회사의 이사 등 신인의무자에 해당하는 자에 포괄적으로 적용한다. 따라서 제 5 장 제 4 절을 통하여 신탁법 개정안을 모범으로 하여 회사법상 이사의 충실의무 위반시 이득토출책임을 도입할 실익이 있는지 살펴보도록 하겠다.

2. 연구의 범위

우선 본 논문은 수탁자의 충실의무와 이득토출책임이라는 주제에 부합하는 내용으로 연구범위를 한정한다. 따라서 이득토출책임을 입법한 신탁법을 주 대상으로 하고 이득토출책임의 적용의 확장에 대해서는 회사법상 이사에 한정하여 살펴보았다. 따라서 자본시장법의 수탁업무 등에 대한 논의는 본 논문의 범위에 포함하지 않았다. 다만 자본시장법 제 9 조 제 24 항에 따라 자본시장법의 신탁업에 대해서는 신탁법에 따른 범리가 적용될 수 있다. 하지만 그 외 수탁업무를 이행하는 집합투자업(자본시장법 제 6 조 제 3 항), 투자일임업(동법 제 6 조 제 4 항), 및 투자자문업은(동법 제 6 조 제 4 항) 각각 개별

조항으로 충실의무를 부과하고 있고⁴ 해당 조항이 이익충돌금지 및 이익향수금지를 포함하는 의미의 충실의무인지, 아니면 다르게 해석해야 하는지 불분명함이 존재한다. 따라서 이득토출책임 적용여부를 연구하기 위해서는 해당 업의 충실의무에 대한 해석론이 정착되는 것이 선행되어야 하므로 본 논문의 범위에서 제외하였다.

수탁자와 이사의 비교법적 고찰에서도 회사에 대한 이사의 충실의무에 대한 세부조항의 기준, 즉 이사의 자기거래 및 기회유용 금지 기준에 대한 논의는 선행 연구에서 심도있게 연구되었기에 이를 간단히만 언급하겠다. 대신 충실의무 위반의 경우에, 이익에 기반한 구제수단, 즉 이득토출책임을 부과하는지 여부에 초점을 두고 살펴보겠다.

3. 용어의 정의 및 문헌의 인용

본 논문에서 사용하는 용어 중 일부는 우리나라에서 해당 용어에 대하여 의견의 일치가 이루어지지 않았다. 영미법에서 도입한 개념을 그대로 번역하여 사용하기도 하고, 해당 개념을 우리 법체계상 개념으로 의역하기도 한다. 아래에서는 본 논문에서 사용할 핵심 용어에 대한 정의를 통하여 혼동을 피하고자 한다.

우선, 본 논문의 주제인 ‘disgorgement of profits’는 이득토출책임으로 번역하였다. 선행연구에서는 해당 용어를 이익반환책임, 이득반환책임, 이익전부반환책임 등으로 번역하기도 한다.⁵ 본 논문에서 사용한 ‘이득토출책임’ 용어에서 ‘토출(吐出)’이라는 표현이 일본을 통해서 들어온 용어라고 비판하는 견해도 있다.⁶ 하지만 토출이라는 단어가 이익을 토해내는 책임으로 해당 법리의 취지를 제대로 표현한 번역이라고 생각한다.⁷ 또한 본 논문이 이득토출책임이라는 용어를 사용한 것은 현행 신탁법에서 사용하는 이득전부반환이라는 용어에서 ‘전부’와 ‘반환’이라는 문구가 적합하지 않다고

⁴ 각각 조문에서 충실의무 조항은 다음과 같다. 자본시장법 제 79 조 집합투자업자는 투자자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다. 제 96 조 투자자문업자 및 투자일임업자는 투자자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다. 제 102 조 신탁업자는 수익자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다.

⁵ 이득토출책임이라는 표현을 사용하는 문헌은 서중희(2016), 이득반환책임을 사용하는 문헌은 이중기(2016), 최수정(2019)이 있고 그 외에 토해내기(새라 워딩턴, 임동진 역(2009)), 계워내기(최수정(2006)) 및 인도청구(최동식(2006)), 수익전부반환책임(진도왕(2016c)) 등의 용어를 사용한다. ‘disgorgement of profits’를 번역하기 위해서는 우선 ‘profits’의 번역이 선행되어야 하는데 선행연구에서는 ‘이익’, ‘이득’ 및 ‘수익’ 등 다양한 용어로 번역되고 있다. 표준국어대사전에 의하면 이득(利益)을 1) 이익을 얻음 또는 그 이익으로 정의하고, 이익(利益)은 1) 물질적으로나 정신적으로 보탬이 되는 것, 2) 일정기간의 총 수입에서 그것을 위해 들인 비용을 뺀 차액으로 정의한다. 수익(收益)은 1) 이익을 거두어 들임 또는 그 이익, 2) 기업이 경제 활동의 대가로서 얻은 경제 가치로 정의한다. 본 논문은 수익은 첫 번째 정의로 사용되는 경우에는 이득과 유사한 의미이나, 두 번째 정의에 의한 통상의 용례에 따르면 과실물만을 함의할 수 있기에 제외하였다 이익과 이득은 큰 의미의 차이는 없으나 포괄적인 용어인 이득이라는 단어를 선택하였다. 다만 해당 용어를 설명하는 경우에는 문맥에 따라 ‘이득을 토출한다’ 혹은 ‘이익을 토출한다’ 라고 표현하였다.

⁶ 미국의 부당이득법상의 제도를 일본에서 언급할 때 ‘不正利得を吐出すること’로 번역하였고, 국내 부당이득법의 선행연구에서 일본식 번역 및 표기를 참조하여 토출책임이라고 표현하였다는 설명은 진도왕(2016c), 34-35면, 각주 3 참고. 표준국어대사전에 의하면 토출(吐出)은 1. 먹은 것을 토해 냄. 2. 속에 품을 뜻을 털어놓고 말함으로 정의한다.

⁷ 동지(同旨): 기존의 번역례인 ‘환수’나 ‘반환’이 원고의 손실이 아닌 이득까지 반환범위에 포함시키는 Disgorgement를 설명하기에 적합하지 않고, 이익을 토해내는 책임이라는 표현의 약어로 토출책임이 동 제도의 취지를 잘 표현한 번역이라는 견해로는 이혜리(2014), 675면, 각주 4 참고.

생각하기 때문이다.⁸ 본문에서 자세히 살펴보겠지만 이득토출책임은 부당이득법제의 이득반환책임과 그 근거와 법리가 상이하다. 따라서 이득토출책임은 이익반환 혹은 이득반환이라는 용어와 구별하여 사용하여야 한다. 또한 이득토출책임은 이득을 전부 토출하는 것을 원칙으로 하지만, 사실관계에 따라 토출할 이득의 범위는 상이할 수 있다. 따라서 이익전부반환책임이라는 용어의 “전부”라는 단어 사용에 오해의 소지가 있다고 생각한다. 또한 영국 형평법상 이득토출책임은 ‘account of profits’로 표현하기도 하는데 본 논문에서는 동일하게 이득토출책임으로 번역하였다. 다만, ‘account of profits’의 연혁을 설명하는 경우에만 이를 구분하기 위하여 영문으로 표기하였다.

이득토출책임 및 의제신탁의 성격을 설명하는 용어로 ‘proprietary remedy’, ‘personal remedy’ 등의 용어는 각각 ‘물권적’, ‘채권적’ 구제수단, ‘proprietary claim’, ‘personal claim’은 ‘물권적 청구권’, ‘채권적 청구권’으로 표현하였다.⁹ 우리 민법상의 물권, 채권의 성격과 달리 영미법상 ‘proprietary remedy’의 특징은 특정 재산에 대한 구제수단이고,¹⁰ 영미법에서는 추급권이 인정되기 때문에 민법상 개념과 구분하기 위해 대물적, 대인적 권리라고 표현하기도 한다.¹¹ 다만, 본 논문은 우리 민법과 동일한 특성을 의미하는 경우와 특정 재산에 부여되는 구제수단으로 구분할 때에 동일한 용어(proprietary, personal)를 별도의 용어로 번역하는 경우 혼란이 야기되어¹² ‘물권적, 채권적’ 용어로 통일하여 사용하고 필요시 영문을 병기하였다.

‘fiduciary’는 신인의무(信認義務)를 부담하는 자라는 의미에서 ‘신인의무자’, ‘fiduciary duty’는 ‘신인의무’, ‘fiduciary relationship’은 ‘신인관계’로 번역하였다.¹³ 신인의무자라는 용어는 우리 법제에 굳어진 용어는 아니며 충실의무자, 수임자 및 수인자 등으로 번역하기도 한다.¹⁴ 그럼에도 불구하고 본 논문에서 신인의무라는 용어를 사용한 것은 민법상 위임법리와 구별할 수 있는 용어를 선택하고자 하였으며, 국가에 따라 신인의무의 범위가 상이하기 때문에 이를 아우를 수 있는 용어이자, 신인관계의 징표인

⁸ 표준국어대사전에 의하면 반환(返還)은 1) 빌리거나 차지했던 것을 되돌려줌, 2) 왔던 길을 되돌아감으로 정의한다. 본 논문은 이득토출책임은 단순히 돌려주는 것(give back)뿐 아니라 신탁재산에 포함된 적이 없었던 너물이나 수수료와 같은 이득도 수탁자가 포기하고(give up), 토출하는 것을 목적으로 하기 때문에 반환이라는 용어 사용은 적합하지 않다고 생각한다.

⁹ 이중기(2016), 327 면; 김정연(2016), 71 면.

¹⁰ Lexisnexis의 ‘proprietary remedy’ 정의는 다음과 같다. A proprietary remedy is one which attaches to specific property as opposed to a personal remedy ie a damages claim for money. <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/proprietary-remedies-including-following-tracing> [최종 검색일: 2020.12.06] 물권적 성격에는 대세효 혹은 파산시 우선권 등을 포함하지만 이는 정의라기 보다 특성으로 볼 것이며, 채권적 구제수단과 구분되는 정의는 특정 재산에 부여된 구제수단이다. 물권적 성격과 채권적 성격에 대한 논의는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 2 가 (1) 참조.

¹¹ 이계정(2017), 76 면; 그 외에 equitable proprietary right 을 형평법상 우선적인 권리라고 번역한 문헌으로는 최수정(2019a), 486 면.

¹² 예를 들어 같은 학자가 proprietary remedies 의 장점으로 해당 재산을 추급할 수 있고, 파산시 우선권이 있다고 설명하는 경우, 전자의 경우 대물적 구제수단, 후자의 경우 물권적 구제수단으로 다르게 표현하는 것이 혼란을 야기한다.

¹³ 신인관계를 사용하는 문헌은 김건식 외(2018), 391 면, 김정연(2016), 15 면, 이연갑(2009), 이연갑(2014), 98 면; 신임관계를 사용하는 문헌은 최수정, 신탁법, 304 면.

¹⁴ 신인의무자로 번역한 문헌으로는 박기령(2010), 김정연(2016) 등이 있다. 그 외에 수인자(受認)로 번역하는 문헌은 김건식(2010), 이연갑(2009), 이계정(2019), 충실의무자로 번역하는 문헌은 이중기(2007), 수신뢰인으로 번역한 문헌은 오영결(2011)이 있다.

신뢰와 신임 등의 속성을 강조하기 위함이다.¹⁵ 또한 신인의무자에 상응하는 의무의 대상은 본인(principal)으로 번역하였으며, 수탁자에 국한된 논의에서는 수탁자(trustee)와 수익자(beneficiary)로 번역하였다. 영미법상 신인의무의 일부인 ‘a duty of loyalty’는 ‘충실의무’로 번역하였다. 선행연구에서는 해당 용어를 충성의무로 번역하여 우리 법제의 충실의무와 구분하기도 한다.¹⁶ 하지만 본 논문은 신탁법의 충실의무가 영미법상 ‘a duty of loyalty’를 도입하였고, 궁극적으로 신탁법의 충실의무가 영미법상 ‘a duty of loyalty’와 같은 취지로 해석하여야 한다고 생각하기에 동일한 용어를 사용하였다.

영미법상 ‘a conflict of interest’ 개념은 이해상충, 이익상반 및 이익충돌 등의 다양한 용어를 사용하여 표현하고 있다.¹⁷ 본 논문에서 ‘interest’는 문맥에 따라 이해관계, 이익 및 권리 등 다양하게 번역하지만 해당 용어에서는 이익으로 번역하였으며, ‘conflict’은 상충, 충돌, 상반 등이 의미상 큰 차이가 없지만, ‘이익충돌’로 통일하여 사용하였다.¹⁸ 또한 ‘a conflict of interest’를 금지하는 구체적인 원칙인 ‘no-conflict rule’ 역시 ‘이익충돌금지 원칙’으로¹⁹ ‘no-profit rule’은 ‘이익향수금지 원칙’으로²⁰ 통일하였고, 동일한 원칙을 의미하는 데 영문의 표현이 일부 상이한 경우 필요시 영문을 병기하였다. ‘no-conflict rule’의 구체적인 내용인 ‘conflict between interest and duty’는 ‘이익과 의무의 충돌’로 ‘conflict between duties’는 ‘의무간 충돌’로 번역하였다.

본 논문은 참고문헌 목록에서 저자의 이름, 단행본 및 논문 등을 특정하기 위해서 저자의 이름, 발행연도를 문헌의 말미에 부기하였고 본문의 각주에서는 참고문헌에서 특정한 바와 같이 ‘저자(발행연도), 인용면수’로 표기하였다. 저자가 해당 연도에 발간한 문헌이 두 편 이상인 경우, ‘저자(발행연도 a)’, ‘저자(발행연도 b)’ 등으로 표기하였다. 다수의 논문을 수록한 단행본의 경우, 참고문헌에서는 편저자(발행연도)로 표기하고, 개별 저자의 견해를 나타낼 때에는 각주에 국문의 경우에는 ‘저자, 편저자(발행연도)’로 표기하고, 영문의 경우에는 ‘저자 in 편저자(발행연도)’로 표기하였다.

¹⁵ 김정연(2016), 16면. 표준국어대사전에 따르면 신인(信認)의 사전적 정의는 ‘믿고 인정하여 의심하지 아니함’으로 뒤에서 설명할 신인의무자의 다양한 속성 및 징표 중에 ‘신뢰와 신임’을 강조하는 용어이다.

¹⁶ 김건식 외(2018), 391면; 김정연(2016), 16면.

¹⁷ 우리 법제에서 ‘conflict of interest’라는 동일한 법적 상황에 대하여 이해상반(민법, 신탁법), 이해상충(자본시장법, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률안), 이해충돌(공직자윤리법), 이익충돌(변호사법) 등으로 다양한 용어를 사용한다는 설명은 다음의 논문을 참조. 김정연(2016), 7면, 15면. Black's Law Dictionary에 의하면 이익충돌(a conflict of interest)은 사적 이익과 공적의무 혹은 신인의무가 실질적으로 혹은 외관상 양립불가능한 경우(a real or seeming incompatibility between one's private interests and one's public or fiduciary duties)로 정의한다. Black's Law(2004), p.319.

¹⁸ 표준국어대사전은 이해(利害)를 이익과 손해를 아울러 이르는 말로 정의한다. A conflict of interest는 신인의무자가 이익을 취득하는 경우 뿐 아니라 손해를 회피하는 경우 등을 포함하기 때문에 이해(利害)로 번역하기도 한다. 다만 손해의 회피 역시 이익으로 볼 수 있기에 이익충돌로 번역하여도 무방하다고 생각한다.

¹⁹ 이익상반행위 금지로 표현하는 문헌은 최수정(2019a), 305면.

²⁰ 우리 신탁법의 이익향수금지가 동일한 원칙에 대한 내용이므로 이를 따랐다. 이익향수금지로 표현하는 문헌은 김정연(2016), 16면; 최수정(2019a), 305면; 이익상반금지 원칙으로 표현하는 문헌은 이계정(2017), 56면; 이연갑(2014), 73면.

제 2 장 영미의 신인의무 위반에 대한 구제수단 및 부당이득법제

영미법의 신인의무법은 형평법상 수탁자의 의무를 시초로 하여 발전하였으나 그 외에도 그 지위의 성격상 신인의무자로 추정되는 자인 지위에 의한 신인의무자(status-based fiduciary)에 대한 논의로 확장되었다. 본 장에서는 다음의 질문에 대한 개략적인 답을 찾고자 한다. 1) 어떠한 상황에서 신인관계에 있는 것으로 볼 수 있으며 신인의무 중에서도 가장 요체가 되는 충실의무를 부과할 수 있는가? 2) 신인의무자에게 부과해야 하는 구체적인 신인의무는 무엇인가? 3) 해당 신인의무자가 신인의무를 위반한 경우에 어떠한 책임을 부담하는가?

마지막 질문인 신인의무를 위반한 경우에 신인의무자가 어떠한 책임을 부담하는지, 즉 본인이 어떠한 구제수단을 활용할 수 있으며 그 근거는 무엇인가에 대한 대답은 본 논문을 관통하는 질문이다. 영미법에서는 신인의무자의 충실의무 위반에 대하여 오랫동안 이득토출책임을 부과하여 왔고, 그 근거로 신인의무자의 위법행위에 대한 억지(deterrence) 및 예방(prophylaxis)의 필요성을 든다. 따라서 본 장에서는 신인관계, 신인의무의 성격 및 기능을 검토하여 일반적인 계약관계와 비교하여 신인관계에서 보다 위반행위를 억지할 필요성이 강조되는 이유를 찾고 신인의무자가 손해배상책임 외에도 이득토출책임을 부담하는 근거를 발견하고자 한다.

제 1 절 신인의무의 성격과 기능

1. 신인관계

가. 신인관계의 본질

Bristol and West Building Society v Mothew 판례에서²¹ Millet 판사는 신인관계의 고유한 성격에 대하여 다음과 같이 언급하였다. “신인의무자는 한 당사자가 다른 당사자를 위하여 혹은 다른 당사자를 대신하여 행위하기로 약정한 자이고 그 과정에서 신뢰와 신임의 관계가 형성되는 관계가 신인관계이다.”²² 위의 판례는 신인관계의 성격을 언급하고 있는 대표적인 판례로 알려져 있지만 학자들마다 견해가 상이하여 일반적으로 정의하기 어렵다.²³

²¹ [1998] Ch 1. CA 18.

²² The fiduciary has undertaken to act for or on behalf of somebody else in circumstances that give rise to a relationship of trust and confidence.

²³ 신인관계가 형평법의 산물이고 로마법에서 해당 신인의무법의 개념이나 발전은 발견할 수 없음에도 불구하고 신뢰와 신임을 의미하는 로마 fiducia 와 fideicommissum 라는 단어에서 비롯되어서 로마법에 타인을 위한 재산을

영국에서 신인관계 연구의 선구자인 Len Sealy 교수와²⁴ 미국에서 오랫동안 신인관계를 연구한 학자인 Tamar Frankel 교수는²⁵ 신인관계가 발생할 수 있는 다양성 등으로 말미암아 일반적인 정의를 내리는 것이 어렵거나 불가능하다는 입장이다. 심지어 최근 학자들 중에는 신인관계에 대한 정의 자체는 무의미하다는 견해도 있다.²⁶ 하지만 신인관계의 정의가 불가능하다고 할 지라도, 혹은 그 시도가 설명 불완전한 정의에 그치게 되더라도 개략적인 이해를 위해서는 정의하려는 시도는 필요하다.

(1) 신인관계의 정의

학자들은 특정 관계를 신인관계라고 인정하기 위해서는 일반적으로 신뢰와 신임이 존재하고, 일방 당사자가 위임 등을 통해서 타방 당사자의 역할을 대체하고, 역할을 대체하는 과정에서 폭넓은 권한과 재량을 부여 받기 때문에 권한의 남용 가능성이 발생하며 타방 당사자의 취약성 및 보호의 필요성이 있어야 한다고 설명한다. 다만 이는 학자들이 공통적으로 언급하는 의견을 취합한 것이고, 학자마다 위에서 언급한 징표 중 강조하는 점이 상이하다.

Tamar Frankel 교수는 신인관계의 주요한 특징으로 ‘역할의 대체와 권한의 위임’ 으로 보고 폭넓게 신인관계를 주장하는 초기의 학자에 해당한다.²⁷ Andrew Tuch 교수는 Paul Finn 대법관이 신인관계를 일방 당사자가 타방의 이익을 위하여 행위할 것을 타방이 합리적으로 기대할 수 있는 관계라고 언급한 판시를 인용하여²⁸ 신인의무자에 대한 ‘신뢰와 신임의 관계’ 를 강조하여 신인관계를 설명한다.²⁹

양도받은 자로 해당 양도인을 위하여 행위할 의무에 대한 법리가 존재하였으며, 신인관계 법리가 로마법까지 거슬러 올라간다고 설명하기도 한다. David Johnston in Evan Criddle et al.(2019), pp.507-508; 이연갑(2014), 232 면; 김정연(2016), 34 면 참고. 로마법에서 신인의무자의 원형을 발견하려는 견해가 있고 Fiducia 및 Fideicommissum 에서 신탁 및 신인의무의 로마법적 기원으로 참조할 수 있으나 신인의무와 합치되는 공통성이 있다고 보기는 어렵다는 견해로는 박기령(2010), 69-81 면.

²⁴ Len Sealy(1962) pp.69-72; Len Sealy(1963) pp.119.

²⁵ Tamar Frankel 교수는 다른 학자와 달리 위탁(entrust)이라는 용어를 사용하는데 다른 학자들이 재량이나 권한을 징표로 보는 것에 비하여 위탁을 해당 징표로 보면 신인의무자의 범위가 확대될 가능성이 있다. 1) 재산이나 권한의 위탁(entrust), 2) 수익자의 위탁자(entrustor)에 대한 신뢰, 3) 해당 위탁으로부터 발생한 위탁자의 위험을 신인관계의 요건으로 내세우는 견해로는 Tamar Frankel(2010) pp.4. 특히 미국 법원에서 일반적인 신인관계에 대하여 정의하는 경우가 드물고 정의 자체 보다 신인관계를 정의하는 요소들의 목록들을 파악하는 데에 더 집중한다는 견해로는 Tamar Frankel(2010), pp.1-2 을 참고.

²⁶ 신인관계가 발생하는 상황의 다양성으로 말미암아 일반적인 정의를 수립하기 보다는 전통적으로 의무가 발생하는 상황에서 유추적용(analogy)을 통하여 신인관계가 발전하였다는 설명으로는 Deborah Demott(1988), p.879; 일반적으로는 법적 의무는 1) X 라는 상황의 발생, 2) 해당 상황(X)이 존재하면, 의무(Y)가 발생함, 3) 따라서 특정 사실관계에서 X 이면, Y 라는 의무가 존재한다는 삼단 논법으로 분석할 수 있는데, 신인관계에는 이 삼단 논법을 적용할 수 없는 이유는 신인관계가 발생하는 상황(X) 자체에 대한 정의는 아직 명백하지 않기 때문이라고 설명한다. 따라서 다수의 학자들이 각각 신인관계에 대한 정의나 설명을 마련하였지만 사법 체계에서 일반적인 원칙으로 수용된 것은 없다는 견해로는 Matthew Conaglen(2010), pp.7-9; 그 외에 신인관계를 정의하는 것이 어려운 것에 대하여 설명하는 논문은 다음을 참고. James Edelman(2010) p.302; Paul B. Miller in Evan Criddle et al.(2019), p.367; Matthew Conaglen in Evan Criddle et al.(2019) p.565-581.

²⁷ Tamar Frankel(1983), pp.808-809.

²⁸ Paul Finn(1977) p.46.

²⁹ Andrew Tuch(2005), p.495.

반면 Paul Miller 교수는 수임자에게 권한을 위임하고 이 위임의 과정에서 이타적인 목적으로 ‘재량과 권한’을 행사하여야 할 때 신인관계가 발생한다고 보는 ‘신인의무자 권한 이론(Fiduciary Power Theory)’을 주장한다.³⁰ Paul B. Miller 교수가 권한의 위임을 핵심적인 요인으로 파악한 이유는 일방이 상대방을 신임, 신뢰하고 일방이 상대방에 비하여 취약한 입장에 처해 있다라도 상대방의 이익 혹은 이해관계를 좌지우지할 수 있는 권한과 재량을 부여받지 않았다면 신인관계로 볼 수 없다고 파악하였기 때문이다. 다른 의견으로 Gordon Smith 교수는 Paul Miller 교수와 ‘재량과 권한’에 초점을 둔다는 측면에서 유사하지만, 권한과 재량을 행사할 수 있는 목적물이 무엇인지에 관심을 갖는다. 즉 ‘중요한 자원을 위임하는 경우’에 신인관계가 발생한다고 본다. 따라서 Gordon Smith 교수의 이론은 ‘중요 자원 이론(Critical Resource Theory)’이라고 지칭한다. 즉 한 당사자가 다른 당사자에게 중요한 자원을 위임하면 그 자원을 남용할 기회주의적 위험이 발생하기 때문에 신인관계로 규제해야 한다고 설명한다.³¹

일방이 상대방에게 권한과 재량을 부여하고, 상대방을 신뢰하는 경우에 취약한 입장(vulnerability)에 놓이게 되고 보호의 필요성이 있는 경우에 신인관계에 해당한다는 견해도 있다.³² 다른 요건들을 고려하지 않은 채 취약성만을 강조하면 신인관계의 범위가 지나치게 확장되는 경향이 있지만³³ 이 역시 신인관계의 징표 중에 하나로 볼 수 있다.

이상 언급한 학자들이 강조한 특성 혹은 징표는 저마다 상이하고 사실관계에 따라 일정부분 설득력이 있다. 하지만 언급한 다양한 특성 중 하나의 특성, 징표만 존재하면 신인관계에 해당하고 그 특성, 징표가 신인관계를 전적으로 설명한다고 해석하기보다는 신인관계를 나타내는 특성 중에 학자들이 자신의 이론에서 강조하는 특성 혹은 징표라고 보는 것이 타당하다. 따라서 본 논문은 신인관계가 발생하는 지 파악하기 위하여 권한과 재량, 신뢰와 신임, 역할 위임과 권한 남용 가능성과 그로 인한 본인의 취약성을 골고루 만족하여야 하며 이들은 모두 유기적으로 연결되어 있다고 보는 견해가 타당하다는 입장이다.

(2) 신인관계의 예

전형적인 신인관계로 수탁자와 수익자의 관계를 들 수 있으며 수탁자는 수익자에게 반론의 여지 없이 신인의무를 부담한다.³⁴ 수탁자는 수익자를 위하여 자신의 명의로 신탁재산을 소유하는 법적 소유권자이다. 따라서 앞서 언급한 신인관계의 특성인 권한과 재량, 신뢰와

³⁰ Paul Miller(2013). pp.603-612.

³¹ Gordon Smith(2002), p.1399.

³² 캐나다 Leonard Rotman 교수는 다수의 문헌에서 신인관계 성립에서 본인의 취약성 및 보호의 필요성을 중요한 요소로 꼽고 있다. Leonard Rotman(2011), p. 931, Leonard Rotman(1996), p.62; 영연방 국가에서 보호의 필요성을 신인관계 성립의 중요한 요소로 꼽는 학자는 Leonard Rotman 교수가 거의 유일하다는 견해로는 김정연(2016), 51면 각주 179; 국내 학계에서 본인의 취약성을 강조한 견해로는 이계정(2019), 37면.

³³ 대표적으로 의사-환자 간의 관계를 신인관계로 인정하는 견해는 환자가 의사가 신체 정보에 접근하는 등의 이유로 환자의 취약성을 강조한다. 하지만 의사-환자의 관계는 재산의 처분의 권한, 재량과는 무관하며 따라서 그 의무도 수탁자 등의 신인의무와는 상이할 것이다. 이러한 관계까지 신인관계를 인정하면 범위가 지나치게 확장되기 때문에 그 의무를 규정하기 어려워지는 문제가 발생한다.

³⁴ Matthew Conaglen(2010a), pp.10. 일반적인 법적 의무의 삼단 논법이 신인의무 관계에 적용되지 어려운 이유로 신인관계가 존재하기 때문에 신인의무가 발생한다고 보아야 하는지, 아니면 역으로 신인의무를 지기 때문에 신인관계가 존재하는지 파악하기 어렵다고 설명하고 아마도 신인관계와 신인의무를 등치 관계로 보는 것이 보다 정확한 분석이라고 설명한다.

신임 및 권한 남용 가능성으로 인한 상대방의 취약성이 모두 관찰된다고 할 수 있다. 하지만 영미법에서는 재산의 명의를 이전하지 않더라도 타인의 재산에 대한 처분 권한 혹은 재량이 있는 경우 혹은 심지어 재산의 처분과 무관한 관계까지 앞서 언급한 특성 및 징표가 발견되면, 신인관계로 보아 그 범위를 점차적으로 확대 적용하였다. 대표적으로 회사의 이사, 대리인과 본인 관계에서 대리인(agent), 조합(partnership)에서의 조합원 등을 특정 지위에 기한 신인의무자(status-based fiduciary)로 파악하였다. 뿐만 아니라 사회의 발전과정에 따라 신인관계의 특성을 만족하는 집단이 등장하면 판례를 통하여 확장하기도 하였다.³⁵ 또한 신인 관계의 개방성(open-ended)에 따라 구체적 사실관계에 따라 발생하는 신인의무자(fact-based fiduciary)로 보아 그 적용범위를 확장하는 것 역시 가능하다.³⁶ 문제는 신인관계의 확장성을 인정하여 신인관계를 광의로 해석하면, 신인의무를 적용하는 대상이 넓어지는 동시에 모든 신인관계에 대하여 엄격한 수준의 의무를 부과하는 것이 불가능하다는 점이다. 반면, 수탁자와 같이 타인재산 처분에 준하는 재량 및 권한이 있는 자만을 신인관계로 인정하여 협의로 해석하면, 그 처분 권한 및 재량을 통제하기 위해 엄격한 수준의 의무를 부과하는 것이 가능하다.³⁷

나. 구분 개념

(1) 경제학의 대리인

신인의무를 법경제학적으로 분석하는 논문들은 신인관계를 본인-대리인 관계로 파악하고 논의를 진행한다. 경제학에서 본인-대리인 관계는³⁸ 본인이 대리인을 감시할 유인이 부족하여 본인과 대리인이 추구하는 목표의 차이를 통제하기 어려운 상황을 나타내고 통제에 고비용이 소요되면 본인이 자신의 이익을 추구하는 상황이 발생할 수 있다.³⁹ 반면 신인관계에 그 의무를 부과하는 것은 신인의무자가 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하는 상황에 있거나, 자신의 이익을 추구하는 행위를 예방 및 억지하기 위해 그에 적합한 의무를 발견하는 데에 초점이 있다.

분명 현대사회는 전문적인 지식을 보유한 수탁자가 증가하고 따라서 정보의 불균형도 심화되고 있다. 정보 격차가 존재하는 경우, 수익자가 수탁자를 통제하기 어렵기 때문에

³⁵ 예를 들면 새로 등장한 전문가 집단 중 변호사와 의사 등을 신인관계로 보는 논의는 다음의 논문을 참조. Richard W. Painter in Evan Criddle et al.(2019); Simone Degeling & Michael Legg(2014), pp.914-938; Peter Bartlett(1997), pp.193-224.

³⁶ Paul B. Miller in Andrew Gold & Paul Miller(2014), p.68.

³⁷ 관련 논의는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 2 나 (2) (나) 참조.

³⁸ 여기서 대리인(agent)은 법적 대리인을 의미하는 것이 아니라 경제학적 의미의 대리인 문제, 대리인 비용을 설명하는 개념에서의 대리인이다. 수탁자 및 신인의무자의 대리인 문제 및 대리인 비용에 대한 내용은 다음의 논문을 참조. Robert Sitkoff(2004); Robert Sitkoff in Andrew Gold & Paul Miller(2014), pp.198-200; 대리인의 신인의무에 대한 논의는 다음의 논문을 참조. Deborah Demott in Evan Criddle et al.(2019), pp.23-40; Deborah Demott in Andrew Gold & Paul Miller(2014), pp.321-338; 법적 대리인의 신인의무에 대한 논의는 Richard W. Painter in Evan Criddle et al.(2019), pp.265-285; 국내 문헌 중 신인관계의 대리비용 등 법경제학에 대한 논의는 이계정(2020),96-119 면.

³⁹ 대리인 비용은 감시비용(Monitoring cost), 확증비용(bonding cost), 그리고 잔여손실(residual losses)로 구분한다. Michael Jensen and William Meckling(1976), pp.305-360; 김정연(2016), 20 면.

수탁자와 수익자 사이의 대리인 비용(agency cost)이 증가한다.⁴⁰ 또한 수익자가 수탁자의 전문성에 의존할 수 밖에 없는 구조에서는 수탁자에게 폭넓은 재량과 권한을 부여할 수 밖에 없다. 따라서 수익자는 점차 더 수탁자에게 취약하고 의존하는 관계가 되지만 해당 전문성이 결여되어 있기 때문에 수탁자에 대한 감시를 하기 어려운 입장에 처하게 된다.⁴¹

(2) 영미법상 대리관계

앞서 살펴본 경제학의 대리인 문제와 별개로 영미법상 대리관계에 대하여 살펴보도록 하겠다. 구분개념에서 설명하지만, 언급한 바와 같이 영미법상 대리인을 지위에 의한 신인의무자에 포함하고 있기 때문에 구분개념이라기 보다 신인관계에 포함되는 개념으로 보는 것이 타당할 수도 있다. 미국 대리인법 리스테이트먼트에서도 대리 관계를 일방이 타방에게 본인을 대신하도록 하고, 본인의 통제하에서 행위하는 데에 동의를 표명하고 대리인 역시 이에 대하여 동의하기로 한 경우에 발생하는 ‘신인관계’ 라고 정의한다.⁴² 반면 수탁자-수익자의 관계의 성격을 설명하면서 종종 대리인-본인 관계를 비교하여 마치 대리인-본인의 관계는 신인관계에 해당하지 않는 듯한 인상을 남긴다. 신인관계와 대리관계를 구분하는 견해에 따르면 대리인-본인 관계와 신인관계의 차이는 재산 및 권한의 위임 혹은 위탁의 성격과 위험 수준, 권한의 남용정도에 있다고 설명한다.⁴³ 미국 신탁법 리스테이트먼트 등을 바탕으로 하여 Tamar Frankel 교수는 본인-대리인 관계의 성립 요건을 다음과 같이 파악한다. 1) 타인(대리인)에게 2) 본인이 재산이나 권한을 위탁(entrust)하고 3) 본인은 해당 재산이나 권한을 사용할 재량이 있지만, 4) 본인의 통제하에 있는 경우이다. Tamar Frankel 교수는 대리인의 권한 자체는 수탁자보다 방대할 수도 있지만 대리인은 위탁을 받은 자가 본인의 통제하에 있기에 수탁자의 신인관계와는 성격이 상이하다고 설명한다.⁴⁴ 따라서 영미법상 대리인 역시 지위에 의한 신인관계에 포함되지만, 대리인을 수탁자-수익자의 신인관계와 구별하는 경우에는 대리인은 본인의 통제하에 있어서 대리인에게 부여되는 권한, 재량이 적고, 본인의 취약성 및 보호의 필요성이 상대적으로 낮은 신인관계라고 보는 것이 타당할 것이다.

2. 신인의무의 성격과 내용

가. 신인의무의 내용

(1) 영국의 경우: 충실의무

⁴⁰ Robert Sitkoff(2004).

⁴¹ Robert Cooter & Bradley Freedman(1991) pp.1048-1051.

⁴² Restatement (Third) of Agency. 1.01 (Am. Law inst. 2006); Deborah A. Demott in Evan Criddle et al.(2019), p.25. 반면 민법상의 대리 관계는 대리인이 본인의 이름으로 법률행위를 하거나 또는 의사표시를 받음으로써 그 법률효과가 직접 본인에게 생기게 하는 법률관계로 정의하고 있는데 이는 영미법의 대리관계의 정의와 구별된다.

⁴³ Tamar Frankel(2010), p.5.

⁴⁴ Tamar Frankel(2010), p.5.

본인과 신인관계에 있는 신인의무자는 상대방인 본인에 대해서 다양한 의무를 지니게 된다. 기본적으로 수탁자는 충실의무 뿐 아니라 주의의무, 신탁증서에 따라서 신탁 사무를 처리할 의무나 신탁 재산을 관리할 의무 등을 부담한다. 영국에서 신인의무에 해당하는 의무가 무엇인지에 대한 논의가 있었으나, *Bristol and West Building Society v Mothew*⁴⁵판례에서 Millet 판사는 신인의무는 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무로, 이 의무의 위반은 다른 의무의 위반과는 다른 법적 결과를 야기하는 의무라고 정의한 바 있다.⁴⁶⁴⁷ 따라서 신인의무자가 부담하는 여러 의무 중에 충실의무만이 신인의무자에게 적용되는 고유한 의무라고 판시하였고 이 견해가 영국의 일반적인 입장이다.

물론 영국 신탁법에서도 수탁자에게 주의의무를 부과한다.⁴⁸ 다만 주의의무는 신인관계에게만 부과하는 고유한 의무가 아니라 다른 관계, 예를 들면 불법행위법상 개인 및 다른 전문가에도 부여되기 때문에 보다 일반적인 의무로 본다.⁴⁹ 즉 신인의무자의 주의의무는 주의의 정도가 신인의무자에 해당하는 주의를 기울이는 것만이 다른 개인에게 부과하는 주의의무와 상이하다고 본다. 따라서 영국의 충실의무를 수탁자에게만 고유하게 부여되는 의무로 보고 신인의무는 충실의무와 동의어처럼 사용한다.⁵⁰

충실의무는 신인의무자가 전적으로 본인의 이익을 위해 행동하여야 하는 것을 원칙으로 한다. 다시 말하면 충실의무는 신인의무자가 자신이나 제 3자의 이익을 위하여 행위하는 것을 금지하는 의무이다. 충실의무는 하나의 거래에서 자신의 이익과 타인의 이익이 연관된 경우, 자신의 이익을 우선시할 수 밖에 없다는 인간의 본성에 기반한다. 따라서 충실의무를 부여하여, 신인의무자가 본인의 이익을 자신의 이익보다 우선시 하고 신인의무자가 이타적으로 행동하기를 요구한다.⁵¹⁵² 이러한 충실의무는 자칫하면 추상적인 선언에 불과할

⁴⁵ [1998] Ch. 1, 18.

⁴⁶ The Expression “fiduciary duty” is properly confined to those duties which are peculiar to fiduciaries and breach of which attracts legal consequences differing from those consequent upon the breach of duties. *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, 16.

⁴⁷ 여기서 언급한 다른 법적 결과를 야기한다는 의미는 구제수단이 상이하다고 해석할 수 있다. 즉 영국에서는 충실의무 위반에 대해서만 이득토출책임을 부과한다. 반면 미국은 충실의무 위반 뿐 아니라 주의 의무 및 신탁 증서의 위반에 대하여도 이득토출책임 구제수단을 허용한다. 자세한 내용은 본 논문의 제 3 장 제 4 절 참조.

⁴⁸ Trustee Act 2000, § 1 A duty of care.

⁴⁹ 영국의 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무는 *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 판결을 통해 수렴하는 경향을 보이는 데, 해당 판례는 모든 개인은 자신의 주변인에게 주의의무를 부담하는 것으로 판시하였다. 이 판결을 통해 신인의무자의 주의의무가 포함된 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무를 구분하는 것이 무의미하다는 사고에 이르게 되었고, 그 결과 주의의무는 신인의무자의 고유한 의무인 신인의무에 포함되지 않는다는 해석에 이르게 된 것이다. 보통법상 주의의무는 *Donoghue v Stevenson* 판례 이후에 점차 확장되어 전문가 집단(의사, 감정인, 변호사 및 회계사 등)에 대하여도 그 집단의 수준에 맞는 주의의무를 부과한다. *Markesinis and Deakin's Tort Law*(2007), p.24, p.215. 영국의 형평법상 주의의무는 ‘수탁자 등이 수익자와 같이 도의상 혹은 법률관계상 자신이 보호해주어야 하는 사람의 의무로 이 의무는 신중한 사람(prudent man)이 행하는 정도의 주의의무이다’ 라고 설명하는 문헌은 박기령(2010a), 51 면.

⁵⁰ 이증기(2016), 9-10 면.

⁵¹ Sarah Worthington(2006), p.130.

⁵² 전통적으로 신인의무를 특수한 의무로 파악하는 견해이고 따라서 신인의무를 강행규정으로 보는 입장이다. 반면 계약론자들은 계약 조항을 구체화하여 신인의무자들을 규제하기 어렵고 감시 비용이 높은 계약관계이기 때문에 충성의무는 구체화된 계약 조항을 대체하는 역할을 한다고 주장한다. 따라서 신인의무는 특수한 의무가 아니고 도덕성이나 이타성을 기반으로 하지 않는다고 주장한다. *Frank Easterbrook & Daniel Fischel*(1993), p.427; 계약론자의 견해는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 나 (4)에서 상술한다.

수 있기 때문에 충실의무 유형은 이익충돌금지 원칙과 이익취득금지 원칙으로 구체화하였는데, 아래에서는 개념과 관계를 살펴보도록 하겠다.

(가) 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙의 개념

앞서 살펴본 바와 같이 충실의무는 추상적인 성격을 띠기 때문에 판례들을 통하여 구체적인 원칙들을 발전시켰다. 영국 법개정위원회(Law Commission)는 충실의무의 구체적인 원칙으로 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)과 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 들고 있다.⁵³ 이익충돌금지 원칙은 신인의무자가 자신의 의무와 이익이 충돌하는 상황에서 자신을 위해 행위하는 것을 금지하고 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 신인의무자의 지위로 인하여 혹은 신인의무자의 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이익을 취득하는 것을 전면 금지한다. 또한 영국 법개정위원회(Law Commission)는 이익충돌금지 원칙을 신인의무자의 이익과 의무가 충돌하는 경우(conflict between interest and duty)와 신인의무자가 부담하는 두 의무가 충돌하는 경우(conflict between duty and duty)로 구분한다.⁵⁴ 이익충돌금지 원칙은 신인의무자가 자신의 이익과 의무가 충돌하는 경우에 의식적으로든 무의식적으로든 자신에게 유리하게 행위 할 수 밖에 없기 때문에 아예 사전적으로 이러한 행위를 차단하는 데에 있다. 따라서 첫 번째 신인의무자의 이익과 의무가 충돌하는 경우가 이익충돌 즉 충실의무의 가장 핵심이다. 이익충돌금지 원칙은 사실 이익충돌을 어떻게 정의하느냐에 따라 그 적용 범위가 상이해 질 수 있는데, 법개정위원회는 신인의무자의 두 의무가 충돌하는 경우 역시 이익충돌금지 원칙에 포함시키고 있다. 이는 충실의무 ‘신인의무자가 자신이나 제 3 자의 이익을 위하여 행위하는 것을 금지하는 의무’로 정의할 때, 제 3자가 다른 신인의무의 대상에 해당하는 경우이다. 비록 수탁자의 개인적인 이익 추구와는 무관하지만, 신인의무자가 하나의 신탁에서 복수의 수익자, 혹은 복수의 신탁의 수익자에 대하여 의무를 부담하는 경우, 신인의무자의 행위를 규제하기 위한 것이다. 신인의무자가 부담하는 복수의 의무의 충돌 혹은 충돌 가능성을 금지하기 위해서는 다수의 수익자를 위해 혹은 다수의 신탁의 수탁자로 행위하는 것 자체를 금지하여야 하지만, 이 법리는 이해관계가 명백하게 충돌하는 경우를 제외하고는 의무를 공평의무 등을 적용하는 법리로 발전하였다.⁵⁵

(나) 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙의 관계

이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙은 이론적 근거를 기초로 구분된 것이 아니어서 두 원칙의 관계가 불분명해 보이는 측면이 있다.⁵⁶ 얼핏 보면 이익충돌금지 원칙이 이익향수금지 원칙보다 상위 개념으로 이익향수금지 원칙을 포함하는 것 같이 보인다. Bray v Ford⁵⁷ 판례에서 신인의무자는 명시적으로 합의한 경우가 아니면, 자신의 지위를 이용하여 이득을 취해서 안되고, 신인의무자는 자신의 이익과 의무가 충돌하는 상황을 야기하여서도

⁵³ Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992, pp.27-30. 이익향수금지 원칙을 별도로 판시한 판결로는 Bray v Ford [1896] AC 44, 50; Chan v Zacharia (1984) 154 CLR 178.

⁵⁴ Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992, p.61, p.114.

⁵⁵ 해당 논의는 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2 라 공평의무에서 별도로 상술한다.

⁵⁶ Lionel Smith(2003), p.3; Charles Harpum in Peter Birks(1997) p.146, pp.147-149; 이연갑(2014), 74 면.

⁵⁷ [1896] AC 44.

안된다고 판시하였다.⁵⁸ 이후 영국의 Boardman v Phipps⁵⁹ 판례에서는 신인의무자가 신탁으로부터 이익을 취득해서 안된다는 원칙은 이익충돌금지 원칙에 포함된다고 하여 이익향수금지 원칙을 이익충돌금지 원칙의 부분집합으로 판시하였다.⁶⁰ 즉 연혁적으로 이익향수금지 원칙은 이익충돌금지 원칙으로부터 비롯되었지만 이후에 이익향수금지 원칙은 별도의 원칙으로 파악하는 견해들이 등장하였다. 이익충돌이 발생하지 않았지만 혹은 이익충돌 발생여부가 확실하지 않지만, 신인의무자의 지위로부터 본인의 승인없이 이익을 취득하는 경우를 발견하였기 때문이다.⁶¹ 따라서 이익충돌금지 원칙만으로 신인의무자가 이익을 향수하는 사실관계를 전면적으로 금지하지 못하기 때문에 별도의 원칙으로 인정할 필요가 있다고 보고 이익향수금지 원칙을 별개의 독립된 원칙으로 발전시켰다. 호주의 Chan v Zacharia⁶² 판례는 이익향수금지 원칙과 이익충돌금지 원칙이 중첩되는 부분이 있으나 구별되는 의무라고 판시하는 대표적인 판례이다.⁶³ 두 원칙의

⁵⁸ It is an inflexible rule of a court of equity that a person in a fiduciary position is not, unless otherwise expressly provided, entitled to make a profit; he is not allowed to put himself in a position where his interest and duty conflict. [밑줄은 필자] Bray v Ford [1896] AC 44, 51-52; 해당 판시는 두 원칙이 세미콜론으로 연결되어 있어, 자신의 이익과 의무가 충돌하는 상황을 야기하여 자신의 이득을 취득해서는 안된다는 해석과 자신의 지위를 이용하여 이득을 취득해서 안되고 자신의 이익과 의무가 충돌하는 상황을 야기하여서는 안된다는 두 원칙을 별개로 보는 해석이 모두 가능하다.

⁵⁹ [1967] 2 AC 46 (HL).

⁶⁰ 신인의무자가 자신의 지위에서 이득을 취득하는 것을 금지하는 형평법상 원칙은 수탁자가 자신의 의무와 이익이 충돌하는 상황에 처해서는 안되는 것보다 넓은 규칙이다. Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46; 이익향수금지 원칙을 이익충돌금지 원칙의 부분집합으로 보는 견해로는 Matthew Conaglen(2010a), pp.113-125.

⁶¹ 기회유용과 같은 판결에서, 본인, 혹은 수익자가 해당 기회를 활용할 재정적 능력이 없을 때 혹은 기회를 활용할 의사가 없을 때, 신인의무자가 이용한 경우, 이를 이익충돌이 없더라도, 따라서 이익충돌금지 위반은 아니더라도 해당 기회로 신인의무자가 이익을 취득한 경우 이익향수금지 의무 위반으로 본다. Regel (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 뿐만 아니라 뇌물 등을 수령한 경우 역시 수령행위로 말미암아 발생한 거래 등을 파악하지 못하면 이익충돌에 해당하지 않을 가능성이 있지만, 이 역시 이익향수금지에 해당한다.

⁶² [1984] HCA 36. Chan v Zacharia 판결 외에 Brown v Inland Revenue Commissioners[1964] A.C. 244, at 256, 265 에서 Lord Reid 와 Lord Upjohn 는 이익충돌금지 의무와 이익향수금지 의무를 별개의 의무로 언급하고 있으나 두 의무의 관계에 대하여 언급하지는 않았다. 이후 Chan v Zacharia 판결을 인용한 판례로는 Don King Productions Inc v Warren [2000] Ch. 291 at 40-43. Quarter Master UK Ltd v Pyke [2004] EWHC 1815 (Ch); [2005] 1 B.C.L.C. 245, at 53-55, 70-72. Matthew Conaglen(2005), p.466.

⁶³ Deane 판사는 이익충돌금지가 신인의무자의 직무수행이 사익에 의해 방해 받지 말아야 하는 것인 반면 이익향수금지는 신인의무자가 개인적 이익을 위해 자신의 지위를 남용하는 것을 금지하는 것이기 때문에 그 목적 자체가 상이하다는 견해이다. 판결문의 문구는 다음과 같다. The variations between more precise formulations of the principle governing the liability to account are largely the result of the fact that what is conveniently regarded as the one "fundamental rule" embodies two themes. The first is that which appropriates for the benefit of the person to whom the fiduciary duty is owed any benefit or gain obtained or received by the fiduciary in circumstances where there existed a conflict of personal interest and fiduciary duty or a significant possibility of such conflict: the objective is to preclude the fiduciary from being swayed by considerations of personal interest. The second is that which requires the fiduciary to account for any benefit or gain obtained or received by reason of or by use of his fiduciary position or of opportunity or knowledge resulting from it: the objective is to preclude the fiduciary from actually misusing his position for his personal advantage. ...While overlapping, are distinct. (밑줄은 필자) Chan v Zacharia [1984] HCA 36; (1984) 154 CLR 178; [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1984/010--KAK_LOUI_CHAN_v._JOHN_ZACHARIA--\(1984\)_154_CLR_178.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1984/010--KAK_LOUI_CHAN_v._JOHN_ZACHARIA--(1984)_154_CLR_178.html) [최종 검색일: 2020.12.1]

관계는 이익충돌의 범위를 어떻게 해석하는지에 따라 별도의 원칙으로 혹은 이익향수금지 원칙이 이익충돌금지 원칙에 포함되는 것으로 파악할 수 있지만, 보다 중요한 것은 신인의무자가 본인의 이익과 의무가 충돌하지 않더라도 신인의무자가 자신의 지위를 이용하여 이익을 추구하는 행위를 규율한다는 것이다.

(다) 이익충돌금지과 이익향수금지 원칙의 구체적 사례

(i) 이익충돌금지 원칙

신인의무자의 이익과 의무가 충돌하는 경우의 대표적인 예로 자기거래를 들 수 있다.⁶⁴ 수탁자가 신탁재산을 자신의 고유재산에 매도하거나, 반대로 수탁자가 자신의 고유재산을 신탁재산에 매도하는 경우, 수탁자는 거래의 한 편에서 신탁재산의 수탁자로서 행위하는 동시에 거래의 다른 편에서는 자신의 개인적 이익을 위해 행위하게 된다. 따라서 신인의무자의 개인적인 이익과 신인의무자의 의무가 충돌하게 된다. 이러한 상황에서 수탁자의 의무를 준수하기보다 자신에게 유리한 방식으로 가격을 결정할 수 밖에 없다는 인간의 본성에 따라 자기거래는 수익자의 사전 동의 없이는 무조건 금지된다.⁶⁵ 이는 신인의무자가 신탁의 이익에 반하는 거래를 하려는 것을 사전에 차단하고 예방하려는 목적이다.

자기거래 외에도 신탁의 임대차계약에 해당하던 것을 수탁자가 개인적인 목적으로 갱신하거나 수탁자가 자신을 이사로 선임하기 위하여 신탁재산에 포함되어 있던 의결권을 행사하는 행위, 신탁 사업을 자신이 주주로 있는 회사에 매도하거나 수탁자가 신탁이 영위하는 사업과 경쟁하는 경우는 모두 이익충돌금지 행위에 해당하고 이러한 행위는 원칙적으로 금지된다.⁶⁶

이익충돌금지 중에 의무간 충돌은 하나의 신탁에 복수의 수익자가 존재하거나 다수의 신탁에 대하여 동일한 수탁자가 임무를 맡고 있는 경우에 발생한다. 이익충돌금지 의무 중에 의무와 의무가 충돌하는 경우에 대하여 이를 전면적으로 금지할 것인지 아니면 공평의무(duty of impartiality) 등과 같이 별도의 조항으로 처리하는지는 국가마다 상이하다. 이에 대해서는 아래에서 별도로 설명하도록 하겠다.⁶⁷

(ii) 이익향수금지 원칙

이익충돌금지 원칙에서 파생한 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 신탁재산이나 신인의무자의 지위를 활용하여 자신이나 제 3자가 이익을 향수하는 것을 금지하는 원칙이다. 이익향수금지 원칙에 해당하는 유형을 살펴보면 다음과 같다.^{68,69}

⁶⁴ 자기거래를 통해 이익을 향수하게 되면 이익향수금지 원칙에도 위배되지만, 신인의무자가 자기거래로부터 이익을 향수하는지 여부와 무관하게 해당 거래를 금지한다는 의미에서 이익충돌금지에 포함된다.

⁶⁵ David Hayton & Charles Mitchell(2005), pp.551-554; Sarah Worthington(2006), pp.132-133.

⁶⁶ Geraint Thomas and Alastair Hudson(2010), pp.320-321.

⁶⁷ 논문의 제 2 장 제 1 절 2 다 참조.

⁶⁸ 이중기(2016), 280-281 면, Graham Virgo(2012), pp.505-510, Virgo 교수는 신탁 재산의 사용(use of claimant's property), 간접 이익(Indirect Profit) 및 기회의 남용(exploitation of opportunities)으로 구분한다. 내용상 간접 이익은 본문 유형 중에 두 번째 유형과 동일하다. Sarah Worthington(2013), pp.721-736.

⁶⁹ 언급한 바와 같이 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙이 정치하게 구분되지 않고 중복적인 성격이 있다. 수탁자는 신탁재산에 대하여 다양한 의무를 부담하고 있으며 신탁재산으로부터 이익을 향수한 경우에는 이익향수금지 원칙 뿐 아니라 명백하게 이익충돌금지 원칙을 위반하였다고 할 수 있다. 두 번째와 세 번째 유형

- 1) 수탁자가 신탁재산을 사용하여 이익을 향수하는 경우
- 2) 수탁자가 신탁재산을 사용하여 이익을 취득한 경우
- 3) 수탁자가 신탁재산을 사용하여 제 3 자로부터 이익을 수령하는 경우

각각의 경우를 살펴보면, 이익향수금지 원칙의 첫 번째 유형은 신탁재산을 사용하여 이익을 취득한 경우이다. 신탁재산을 사용하여 신탁재산을 취득한 경우에는 본래 해당 재산은 신탁재산에 귀속하는 것이므로 해당 재산에서 파생된 이익 역시 신탁재산에 속한다.⁷⁰ 따라서 뒤에서 언급할 이득토출책임을 부과하는 근거를 설명하기가 비교적 용이하다.

두 번째 유형은 신탁재산을 사용하여 이익을 취득한 경우이다. 신탁재산을 사용하여 신탁재산을 취득한 경우에는 본래 해당 재산은 신탁재산에 귀속하는 것이므로 해당 재산에서 파생된 이익 역시 신탁재산에 속한다.⁷⁰ 따라서 뒤에서 언급할 이득토출책임을 부과하는 근거를 설명하기가 비교적 용이하다.

두 번째 유형은 신탁재산을 사용하여 이익을 취득한 경우이다. 신탁재산을 사용하여 신탁재산을 취득한 경우에는 본래 해당 재산은 신탁재산에 귀속하는 것이므로 해당 재산에서 파생된 이익 역시 신탁재산에 속한다.⁷⁰ 따라서 뒤에서 언급할 이득토출책임을 부과하는 근거를 설명하기가 비교적 용이하다.

세 번째 유형은 신탁재산을 사용하여 제 3 자가 신탁재산을 취득한 경우이다. 제 3 자가 신탁재산을 취득한 경우에는 본래 해당 재산은 신탁재산에 귀속하는 것이므로 해당 재산에서 파생된 이익 역시 신탁재산에 속한다.⁷⁰ 따라서 뒤에서 언급할 이득토출책임을 부과하는 근거를 설명하기가 비교적 용이하다.

(라) 별도의 구분 방식: 자기거래 원칙과 공정거래 원칙

(i) 공정거래 원칙의 기준

충실의무를 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙으로 구분하는 방식 외에 영국의 *Tito v Waddell*⁷³ 판례를 기점으로 하여 충실의무 위반을 자기거래 원칙(*self-dealing rule*)과 공정거래 원칙(*fair dealing rule*)으로 구분하기도 한다. 우선살 퍼본 바와 같이 자기거래는 수탁자가 거래 상대방에서 신탁재산의 수탁자로 행위 하는 동시에 거래 상대방에서 고유재산의 소유자로 행위한다. 따라서 자기거래는 엄격하게 금지하는 것을 원칙으로 한다. 반면

역시 이익향수금지 원칙을 위반하는 동시에 이익충돌금지 원칙을 위반하는 경우도 다수 존재할 것이다. 하지만 설령 정보나 기회의 활용 및 지위를 활용하여 이익을 취득한 경우가 이익충돌이 아닌 경우에도 이익향수금지 원칙을 통하여 이들은 충실의무 위반에 포함할 수 있다. 즉 이익향수금지 원칙은 실질적으로 그리고 외관상 이익충돌이 발생하지 않는 경우를 포함한다.

⁷⁰ 첫 번째 유형은 1 차적 귀속원칙으로도 이득토출책임을 근거가 충분하다. 1 차적 귀속원칙에 대한 논의는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 나 (3) 참조.

⁷¹ 대표적인 예로 *Regal(Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134n.

⁷² 이득토출책임을 근거에 대한 논의는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 나 참조.

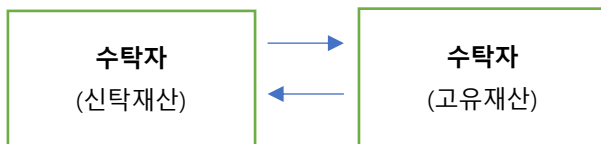
⁷³ (No 2) [1977] Ch 106.

공정거래 원칙이 적용되는 거래는 예를 들면 수탁자가 수익자로부터 수익권(beneficial interest)을 매입하는 거래와 같은 경우이다.⁷⁴

그림 1.2의 거래에서 수익자가 자신의 수익권을 수탁자에게 매도하는 경우에 해당 거래는 수익자와 수탁자간의 거래이고 자기거래와 같이 수탁자가 거래의 양방에 등장하지 않는다. 따라서 이러한 거래는 엄격히 금지하는 것이 아니라 거래의 유효성을 공정성 여부로 판단한다. 혹자는 수익자가 거래의 당사자로 행위하는 경우까지 수익자를 보호할 근거가 무엇인지 의문을 제기할 수도 있다. 하지만 형평법상 수탁자는 수익자에게 부당한 영향력을 행사할 수 있는 자로 파악하고 있다. 따라서 위와 같은 거래 역시 수탁자가 해당 거래의 공정성, 거래와 관련된 중요 사항의 완전한 정보를 개시하였음을 증명하지 못하면 수익자가 해당 거래를 취소할 수 있도록 한다.

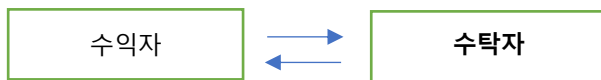
그림 1. 영국의 충실의무 위반거래: 자기거래와 공정거래

그림 1.1. 자기거래 금지 원칙



* 예외적으로 신탁 증서의 허용, 수익자의 승인, 법원의 승인이 있는 경우에 허용함

그림 1.2. 공정거래 원칙



* 수탁자가 수익자에 대하여 완전한 정보를 개시하고, 거래 자체가 공정하며, 거래에 있어서 수탁자가 그 지위를 이용하지 아니하였음이 입증되면 유효함

(나) 공정거래 원칙에 대한 혼동과 의견

공정거래 원칙이 등장한 이후, 자기거래 상황에서도 절차와 실질이 공정하면 허용된다는 식의 해석이나⁷⁵ 거래의 조건과 판단 절차가 공정하면 수익자의 동의 없이도 해당 거래가 허용된다는 해석하기도 하여 혼란을 가중하였다.⁷⁶ 하지만 최초의 판례에서 구분한 바와 같이 자기거래 원칙과 공정거래 원칙이 적용되는 경우는 거래 자체로 구분하는 것으로 타당하다. 즉 수탁자의 고유재산과 신탁재산간 거래인 자기거래에는 엄격하게 충실의무 기준을 적용하여 이를 금지하는 반면, 수익자와 수탁자 사이의 거래에 대해서는 공정거래 규칙이 적용된다고 이해하여야 한다.

⁷⁴ 수탁자가 수익자의 수익권(beneficial interest)을 취득하는 판례에서 공정거래 원칙이 적용된다고 설명하는 문헌으로는 James Penner(2010), p.430; Geraint Thomas and Alastair Hudson(2010), pp.324-325.

⁷⁵ Graham Virgo(2012), p.500.

⁷⁶ 신탁의 공정거래 원칙이 미국의 회사법으로 이전하는 과정에서 회사와 이사의 자기거래에 공정거래의 원칙을 적용하는 데에 영향을 주었다는 논의는 본 논문의 제 3 장 제 4 절 3 참고.

공정거래 원칙을 적용하는 경우, 수익자의 동의를 얻었더라도 거래의 실질과 절차의 공정성이 필요한지에 대한 해석에 대하여도 논의가 활발하다. 수익자가 동의 여부를 판단할 때에 필요한 정보를 제공하였다는 전제하에 수익자의 동의를 가장 핵심적인 요소로 보는 것이 타당하다. Matthew Conaglen 교수는 공정거래 원칙이 마치 해당 거래의 실질적인 공정성 여부를 판단하는 해석이 존재하는 것에 대하여 비판한다.⁷⁷ 공정거래 원칙이 적용된 판례를 꼼꼼히 살펴보면, 해당 공정거래 규칙은 실질적 거래의 공정성 여부로 판단하는 것이 아니라 해당 거래에 대하여 수탁자가 수익자에게 중요한 모든 정보를 개시하고 동의하였는지 여부로 공정성을 판단하였다고 설명한다. 실제 해당 중요 정보를 개시하였으면, 거래의 조건 등의 공정성 여부에 무관하게 해당 거래를 유효한 것으로 판단한다.⁷⁸ 마찬가지로 실제 거래의 조건이 공정한 경우에도 수탁자가 수익자에게 완전한 정보를 개시하지 않는 경우에는 해당 거래를 유효하지 않은 것으로 판단한다.^{79,80} 따라서 공정거래 원칙이 자기거래 원칙과 별개로 거래의 실질적 공정성을 따지는 것처럼 언급하는 것은 옳지 않고, 공정거래 원칙 역시 심리중단원칙(No Further Inquiry Rule)과도 양립할 수 있는 개념으로 보는 것이 타당하다고 설명한다.

(2) 미국의 경우: 주의의무와 충실의무

(가) 신인의무로서 주의의무와 충실의무

미국의 신인의무는 주 법원의 관할이기 때문에 신인의무 및 충실의무는 주(州)별로 다르게 발전하여 개별 주의 법을 살펴보아야 하겠지만, 일반적으로 영국과 신인의무를 달리 이해한다. 미국 신탁법 문헌에서 신인관계 및 신인의무를 설명할 때, 확장성이나 모호함 등의 용어가 자주 등장하는데⁸¹ 이는 영국과 달리 미국에서 신인의무를 확장적으로 파악하기 때문이다. 신인의무를 신인의무자가 부담하는 총체적인 의무로 파악하면, 신인관계에 따라 신인의무자가 부담하는 의무의 내용과 정도가 달라질 수 있는데 이를 반영한 의무를 신인의무로 보아야 한다. 물론 미국에서도 충실의무를 신인의무의 요체로 파악하지만, 그 외에 주의의무도 신의성실의무, 보고의무, 비밀유지의무 등을 신인의무에 포함한다.⁸²

미국에서 영국과 신인의무의 개념을 달리 파악하는 이유에 대한 답을 발견하지 못하였다. 다만 다양한 판례를 통해 산발적으로 존재하던 영국의 법리를 리스테이트먼트에서 정리하고 각 주의 법으로 수용하는 단계에서 ‘신인관계로 인해 발생한 의무’와 ‘신인의무자가 부담하는 의무’를 명백하게 구분하지 않아서 발생한 혼동일 것이라고 추측한다. 또한 영국에서는 오랜 역사를 통해 신탁법을 발전시켜왔고 신탁법의 중요성 및 그 지위가 확고하다.⁸³ 반면 미국은 영국으로부터 신탁법을 도입하는 시기에 회사법 역시 독립적인

⁷⁷ Matthew Conaglen(2006b), pp.366-396.

⁷⁸ Woodhouse v Meredith(1820) 1 Jac. & W. 204, 222; Williams v. Scott [1900] A.C. 499, 508
Matthew Conaglen(2006b), pp.375-384.

⁷⁹ Matthew Conaglen(2006b), pp.366-396.

⁸⁰ 이러한 논의는 이사의 자기거래를 엄격하게 금지하는 것이 아니라 그 기준을 공정성 기준으로 변화한 근거를 파악할 수 있는 실마리가 된다. 본 논문의 제 3 장 제 4 절 참조.

⁸¹ Tamar Frankel(1983), p.796; Deborah Demott(1988), p. 880; 박기령(2010a), 170 면.

⁸² 주마다 신인의무의 범주는 상이하다. 델라웨어주의 경우에는 주의의무와 충실의무뿐 아니라 신의성실 의무(a duty of good faith) 및 신중의무(a duty of prudence)등을 신인의무에 포함시키기도 한다.

⁸³ 영국 로스쿨 기본 과목에 ‘형평법과 신탁법(Equity and Trust)’이 포함되는 것만으로도 영국에서 신탁법의 중요성을 확인할 수 있다.

법리로 발전시키는데, 미국 회사법이 주의의무와 충실의무를 대등한 위치에 두면서 신탁법도 주의의무와 충실의무를 모두 신인의무에 포함하게 되었다는 주장도 있다.⁸⁴ 또한 신인의무자가 부담하는 모든 의무를 신인의무로 보는 미국에서는 대륙법의 시각과 유사하게, 충실의무와 주의의무가 하나의 선상에 있는 의무로 그 중 가장 고도의 주의의무가 충실의무라고 보는 견해도 존재한다. 이 견해에 따르면, 미국에서도 신인의무자의 가장 엄격한 의무는 충실의무이며 주의의무는 의무를 적용할 때 그 엄격성이 완화된다고 본다.⁸⁵⁸⁶

(i) 주의의무

따라서 미국의 신탁법은 주의의무도 충실의무와 마찬가지로 신인의무의 일부로서 그 발생원인이 수탁자의 지위에 있기 때문에 인정되는 의무로 본다.⁸⁷ 수탁자의 주의의무는 신탁사무를 처리함에 있어서 합리적인 주의를 기울여야 하는 의무이다.⁸⁸ 만약 수탁자가 특정 능력 또는 전문지식을 가지고 있거나 수탁자로 고용되기 위해 특정 능력 또는 전문지식이 있다고 주장한 경우에는 수탁자는 해당 특정 능력 및 전문지식을 활용할 의무를 지닌다.⁸⁹ 즉 수탁자가 일반적인 수탁자에게 요구되는 주의의 정도를 기울였는지를 고려하는 동시에 해당 수탁자가 구체적인 상황에서 요구되는 주의를 만족하였는지 여부를 고려하여 판단한다

(ii) 충실의무

미국 신탁법의 충실의무는 일반적으로 신탁계약의 조항에서 달리 정하지 않는 한 수탁자가 수익자의 이익을 위해서만 신탁사무를 처리할 의무(duty to administer the trust solely in the interest of the beneficiaries)로 정의하고 있다.⁹⁰ 따라서 수탁자가 자기거래나 다른

⁸⁴ Edward Rock & Michael Wachter(2002), p.652, Robert Flannigan(2006), pp.460-467; Julian Velasco(2010), pp.1307-1310.

⁸⁵ Tamar Frankel(2010), p.169-170; 김정연(2016), 56 면.

⁸⁶ 미국 학자들 중에서 주의의무를 신인의무의 일부로 보는 것에 반대하는 견해로 Goldberg 교수는 불법행위법 전문가로 미국법에서도 신인의무자 외 다양한 집단에 주의의무가 발생하는 것을 예로 들고 있다. John G.P. Goldberg in Evsn Criddle et al.(2019), p.415; 신인의무를 주의의무와 충실의무를 포함하는 개념으로 설명하지만 주의의무는 신인의무에 비해 약화된 의무라는 견해로는 Tamar Frankel(2010), p.169.

⁸⁷ 이연갑(2014), 94 면. Restatement (Third) of Trusts § 77(1). The trustee has a duty to administer the trust as a prudent person would, in light of the purposes, terms and other circumstances of the trust.

⁸⁸ 통상 주의의무라고 지칭하지만 미국 리스테인먼트와 통일신탁법(Uniform Trust Code)의 조항은 신중할 의무(duty of Prudence)이고 내용상 주의의무를 포함하고 있다. Restatement (Third) of Trusts § 7(2): 신중 의무란 합리적인 주의(care), 능력 및 기술(skill) 및 유의(caution)할 의무를 요건으로 한다. Restatement (Third) of Trusts § 77. Duty of Prudence; Uniform Trust Code § 801. Duty to Administer Trust, § 804 Prudent Administration.<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=a6c0ac6f-d2ff-4309-9060-e6bb065254b7>

[최종 검색일: 2020.12.15]

⁸⁹ Restatement (Third) of Trusts § 77(3). If the trustee possesses, or procured appointment by purporting to possess, special facilities or greater skill than that of a person of ordinary prudence, the trustee has a duty to use such facilities or skill.

⁹⁰ Restatement (Third) of Trust § 78(1); Uniform Trust Code § 802(a).

<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=a6c0ac6f-d2ff-4309-9060-e6bb065254b7>

[최종 검색일: 2020.12.05]; 이연갑(2014), 75 면.

방식을 통하여 수탁자의 의무와 자신의 이익이 충돌하는 상황에 놓이는 것을 엄격하게 금지한다.^{91,92} 이는 자기거래와 같은 직접적인 이익충돌만을 금지하는 것이 아니라 해당 거래에 관여하는(engaging in) 수탁자가 신인의무와 개인적인 이익의 충돌이 합리적으로 예측 가능한 지위에 놓이는 경우까지 포함하여 엄격히 금지한다.⁹³ 따라서 미국의 충실의무 조항 역시 영국과 마찬가지로 엄격하게 적용됨을 알 수 있다. 또한 충실의무 조항은 수탁자가 신인의무자 지위 혹은 개인적인 지위에서 행위할 때, 수탁자는 수익자를 공정하게 대우할 의무와 수탁자가 알거나 알아야 하는 모든 중요한 사실관계를 수익자에게 보고할 의무를 포함하고 있다.⁹⁴

(나) 자기거래 원칙과 공정거래 원칙

영국에서 충실의무를 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙으로 구체화하는 것과 달리 제 3 차 신탁법 리스테인먼트(R3T) 및 통일신탁법(UTC)에서는 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙으로 구별하지 않고, 이익충돌금지에 해당하는 거래를 보다 구체적인 유형으로 구분한다.⁹⁵

(i) 자기거래: Sole Interest 기준

미국 신탁법상 충실의무는 다양한 이익충돌 상황 중 자기거래금지 원칙을 중심으로 발달되었다.⁹⁶ 미국에서도 영국과 마찬가지로 이익충돌 상황을 규율할 때의 기준은 오로지 수익자만을 위하는 지를 기준으로(sole interest) 한다.⁹⁷ 즉 수탁자는 수익자의 이익만을 고려하여야 하며 이해충돌이 발생하는 상황이 발생하는 것 자체를 금지한다. 따라서 충실의무 위반 여부를 판단할 때 법원은 이익충돌 상황에서 수탁자의 선의 여부, 거래 가격의 공정성 여부나 수익자에 대한 위해성(harm)여부에 대한 질의 자체를 허용하지 않고, 이를

⁹¹ Restatement (Third) of Trust § 78(2).

⁹² 미국의 충실의무의 엄격성을 언급 할 때에 빠지지 않은 문구인 Cardozo 판사는 다음과 같이 판시하여 미국 신탁법도 영국과 마찬가지로 충실의무의 엄격성을 강조하는 것을 확인할 수 있다. “일반적인 계약 조건의 거래(arm’s length transaction)에서 허용되는 다수의 행위가 신인관계에서는 금지된다. 수탁자의 행위에 자신의 정직함이나 명예 등을 행위의 기준으로 적용하여 문제를 해결하는 것은 불가능하고 일반적인 시장의 도덕 규칙보다 엄격한 잣대인 충실의무 기준에 의해 평가하여야 한다. 따라서 충실의무는 매우 엄격한 성격을 띄고 특별한 예외 상황에서만 엄격 책임 기준을 완화할 수 있다.” *Meinhard v Salmon*, 249 N.Y. 458, 464, 164, N.E.545.546 (1928); Restatement (Third) of Trust, Reporter’s Notes on § 78, comment B, p.115; Robert Hallgring(1966), pp.808-811.

⁹³ Restatement (Third) of Trust § 78, General Comment a, p.94; Comment on Subsection (1) e, pp.105-106.

⁹⁴ Restatement (Third) of Trust § 78(3); Restatement (second) of Trust § 170(2).

⁹⁵ R2T의 제 107 조는 충실의무 위반의 유형을 보다 구체적으로 언급하였던 것에 비하여 R3T는 원칙적인 접근을 하고 있다. 생각건대 R2T에서 언급한 다수의 거래가 자기거래에 포섭될 수 있고 언급한 거래 유형이 중복되기 때문에 일반적인 원칙으로 표현한 듯 하다.

⁹⁶ 이는 R2T의 Reporter였던 Austin Wakeman Scott 교수의 영향력이라고 할 수 있다.

⁹⁷ 오로지 수익자만을 위한다는 문구를 충실의무를 표현하기 위해 사용하여 온 대표적인 문헌으로 George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* § 543 p.217(rev. 3d ed. 1993)과 Austin Wakeman Scott & William Franklin Fratcher, *The Law of Trusts* § 180, p.311(4th ed. 1987)가 있다. John Langbein(2005), 931 면에서 재인용.

심리중단원칙(no further inquiry rule)이라고 한다.⁹⁸ 즉 영국과 마찬가지로 미국에서도 수탁자의 충실의무 위반행위를 개별적으로 감시감독하기 보다는 충실의무 위반의 가능성을 사전에 차단하는 방법을 채택하였다.

(ii) 자기거래: Best Interest 기준

미국 신탁법도 원칙은 오로지 수익자만을 위하는 행위 기준을 따르고 있다. 다만, 이익충돌 행위가 수익자의 최선의 이익에 부합하는 경우까지 해당 거래를 금지하여야 하는지에 대한 논의가 활발하다. 대표적으로 John Langbein 교수는 오로지 수익자를 위해 행위하는 기준(sole interest)을 적용하면, 수탁자에게 이익이 되는 행위를 금지하는 과정에서 수익자를 위한 행위까지 금지할 수 있기 때문에 결과적으로 과잉억지효과가 발생할 수 있다고 주장한다.⁹⁹ 따라서 이익충돌에 해당하더라도 수탁자가 해당 거래를 수익자의 최선의 이익을 위하여 성실하게 이행할 수 있는 경우에는 해당 거래를 허용해야 한다고 주장한다.¹⁰⁰ 반면 Langbein 교수의 주장에 대하여 Leslie 교수는 심리중단원칙은 수익자가 수탁자를 감시할 수 없는 구조적인 문제를 해결하는 기능을 한다고 반박한다.¹⁰¹

반면 Sitkoff 교수는 법경제학적인 접근을 통하여 Sole interest 기준과 Best interest 기준을 비교한다. Sitkoff 교수는 Langbein 교수와 마찬가지로 Sole interest 기준에 따르면 수익자에게 유리한 거래까지 체결하지 않게 되어 과잉억지가 발생할 수 있다고 본다. 그럼에도 불구하고 Sole interest 기준은 비용과 효익 분석을 통하여 평균적으로 정당화할 수 있다고 설명한다. 즉 이익충돌 거래는 평균적으로 바람직하지 않은 거래에 해당하므로 이에 해당하는 모든 거래를 근절하는 것이 개별 거래에 대하여 사법적 판단 비용보다 적은 비용이 소요된다. 따라서 이익충돌에 해당하는 거래를 모두 금지하는 것을 정당화할 수 있다는 견해이다.¹⁰²

충실의무를 Sole interest 기준에 따라 엄격하게 적용하여야 하는지 아니면 이를 일부 완화할 필요가 있는지에 대한 학자들 간의 논쟁은 끝나지 않았다. 하지만 어떤 접근법을 취하든지 미국에서 심리중단원칙에 대한 예외들을 인정하게 되었다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁰³ 이는 법리의 문제라기보다 어떠한 지배구조 전략을 채택하는 것이 수탁자의 이익충돌을 해결하기 위해 적합한지를 파악하는 정책적 문제이다. 수익자의 최선의 이익을 위하는 기준을 적용하며 수탁자에게 충실의무 준수에 대한 최선인지 여부의 입증 책임을 부과하는 방법을 사용할 수도 있고 엄격한 금지 기준을 적용하지만 일부 예외를 인정하는 방식을 채택할 수도 있다.¹⁰⁴ 미국에서도 후자의 방식을 채택하고 있지만 Langbein 교수의 주장도 매우 설득력있는 주장으로 인정받고 있다. 그럼에도 불구하고 엄격한 금지 원칙에

⁹⁸ 심리중단원칙(이연갑(2014), 75 면)외에도 No Further Inquiry Rule 을 불문원칙(김정연(2016), 99 면) 등의 용어를 사용한다.

⁹⁹ John Langbein(2005), p.933, p.951.

¹⁰⁰ John Langbein(2005), pp.980-982.

¹⁰¹ Melanie Leslie(2005), pp.544-554; Sitkoff & Dukeminier(2017), p.602.

¹⁰² Robert Sitkoff(2003), pp.573-574; Sitkoff & Dukeminier(2017), p.600.

¹⁰³ 예외의 대표적인 경우로 대부분의 주에서 수탁자가 회사인 경우, 즉 신탁회사가 신탁회사의 은행업무 부서에 신탁재산을 예치하고 뮤추얼 펀드에 투자하는 것을 허용한다. 또한 엄격하게 말하면 신탁자금에서 수령하는 해당 보수 자체도 자기거래에 해당하지만 수탁자가 합리적인 보수를 수령하는 것을 허용하는 것 역시 대표적인 예외 조항에 해당한다. 이러한 예외는 UTC 802(f), (h)에 규정하고 있다. Sitkoff & Dukeminier(2017), p.601.

¹⁰⁴ Sitkoff & Dukeminier(2017), p.602.

특정 유형의 예외만을 인정하는 방식을 채택한 이유는 수탁자의 충실의무에 대한 ‘최선의 이익’ 인지에 판단을 사후적으로 하는 경우에 최선의 판단은 주관적 성격을 띠 수 밖에 없고 다수의 사실 관계에서 위반 여부를 판단하는 데에 어려움이 있다고 보았기 때문이다. 따라서 미국에서도 수탁자의 충실의무를 엄격하게 적용하는 것을 원칙으로 하고, 신탁조항의 승인¹⁰⁵, 수익자의 승인¹⁰⁶ 및 법원의 승인이¹⁰⁷ 있는 경우에만 예외적으로 이익충돌거래를 허용한다.

(iii) 공정거래 원칙

영국법과 마찬가지로 신탁법 리스테이트먼트의 충실의무 조항은 공정거래원칙을 포함하고 있다. 영국과 마찬가지로 공정거래원칙(fair dealing rule)이 자기거래 금지 기준의 엄격성을 완화한 것으로 해석하거나 심리중단원칙과 상충하는 의미로 오인하기도 한다. 미국 신탁법 리스테이트먼트 조항의 변경이 일정부분 오인하도록 하였다. 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트(R2T) 제 170 조 제 2 항에서는 “수탁자의 고유계정으로 수익자와 거래하는 수탁자는 수익자를 공정하게 다루고, 수탁자가 알거나 알아야 하는 거래의 중요 사실을 수탁자에게 전달해야 할 의무가 있다” 라고 규정한다. 반면 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트(R3T) 제 78 조 제 3 항에서는 공정거래 원칙에 대한 문구를 수정하여 “수탁자가 신인의무자의 지위로 행위하든 개인적 자격으로(acting in a fiduciary or personal capacity) 행위 하든지 여부에 무관하게 수탁자는 수익자를 공정하게 다루고, 수탁자가 알거나 알아야 하는 거래의 중요 사실을 수탁자에게 전달해야 할 의무가 있다” 라고 규정하고 있다.

R2T 는 영국과 동일하게 수탁자의 고유재산과 신탁재산 사이의 거래에 대하여는 자기거래금지 원칙을 적용하고, 수탁자와 수익자 사이의 거래에 대하여는 공정거래원칙을 적용하였다.¹⁰⁸ 하지만 R3T 는 이를 변경하면서 “신인의무자의 지위” 를 포함하여 마치 자기거래에도 공정거래 원칙이 적용되는 것처럼 오인할 소지가 있다.¹⁰⁹ 하지만 R3T 의 커멘트에 따르면 해당 규정은 앞의 제 78 조 제 1 항, 제 2 항, 즉 자기거래 원칙이 적용되는 거래에 대한 기준을 해당 조항이 대체한다고 이해하기 보다 추가 혹은 보완하는 조항으로 보아야 할 것이다. 따라서 자기거래원칙이 적용되지 않는 수탁자와 수익자의 거래에 공정거래 원칙이 적용된다고 보는 것이 타당하다.¹¹⁰ 해당 조항의 커멘트에서는 수탁자는

¹⁰⁵ Restatement (Third) of Trust § 78, Comment on Subsections (1) and (2): c(2) 신탁 증서에 이익충돌 거래를 승인한 경우일 지라도 해당 거래가 악의나 부당거래인 경우에는 충실의무 위반에 해당한다.

¹⁰⁶ Restatement (Third) of Trust § 78, Comment on Subsections (1) and (2): c(3) 모든 수익자로부터 승인을 얻어야 한다. 만약 일부 수익자에게 승인을 얻은 경우는 해당 수익자에게 책임이 없을 뿐, 여전히 충실의무 위반에 해당한다.

¹⁰⁷ Restatement (Third) of Trust § 78, Comment on Subsections (1) and (2): c(1) 법원은 해당 거래가 수익자의 이익을 위한 것이라는 판단한 경우에만 해당 거래를 승인할 수 있다.

¹⁰⁸ Restatement (Third) of Trust § 78(2); Uniform Trust Code § 802(d); 신탁법 해설(2012), 271 면.

¹⁰⁹ 영국법의 원칙은 거래의 공정성에 나아가 심사할 필요 없이 충실의무에 반한다고 보는 것인데 반하여 미국의 판례는 거래가 수익자에게 공정하였다면 충실의무에 반하지 않는다고 본다는 설명은 이연갑(2014), 81 면; 수탁자와 수익자의 사이의 거래에 관하여, 수탁자가 수익자에 대하여 완전한 정보를 개시하고 거래의 내용이 공정하며 수탁자가 우월한 지위를 이용한 바 없다고 인정되면 이를 유효하다고 보는 공정거래 원칙이 인정된다는 설명으로는 신탁법 해설(2012), 270 면.

¹¹⁰ Restatement (Third) of Trust § 78, General Comment a, pp.94-95.

해당 거래가 공정함을 입증하고 모든 적실성 있고 중요한 정보를 수익자에게 전달하여야 한다고 설명하고 있다.¹¹¹¹¹²

(다) 미국식 이익향수금지 원칙

미국의 리스테이트먼트 등에서는 명시적으로 충실의무를 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙으로 구분하지 않고 있지만 이익향수금지 원칙의 내용을 포함하지 않는 것은 아니다. 우선 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트에서는 수탁자로 행위하는 것에 대한 외부적 보상을 금지하는 것을 이익충돌금지 원칙 중 하나로 포함하여 설명하고 있다.¹¹³ 통일신탁법에서도 “비록 신탁재산이 관여하는 거래가 아니더라도 신탁이 존재하는 기간에 발생하였거나, 수탁자가 수익자에게 상당한 영향력을 행사하는 기간에 수탁자가 해당 거래로부터 이익을 얻은 경우에는 해당 거래는 수익자에 의해 무효화 할 수 있다.” 고 규정하고 있다.¹¹⁴ ‘해당 거래로부터 이익을 얻은 경우’ 라는 문구를 통해 이익향수금지 원칙의 내용을 포함하고 있음을 확인할 수 있다. 또한 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트 및 통일신탁법에서는 의무의 규정보다 의무 위반의 구제수단의 조항을 통하여 이익향수금지의 효과를 가져오도록 조항을 구성하고 있다.¹¹⁵

나. 소극적 금지의무인가? 명령적 작위의무인가?

신인의무가 어떠한 행위를 이행하도록 하는 명령적 작위의무(prescriptive duty)로 볼 것인지 소극적 금지의무(proscriptive duty)로 볼 것인지에 대한 논의를 살펴보겠다. 앞서 살펴본 바와 같이 전통적으로 영국의 충실의무는 이익충돌금지(no-conflict rule)과 이익향수금지(no-profit rule)로 규정하고 있어서 문구 자체에서 알 수 있듯이 금지의무로 파악하여 왔다. 반면 미국의 견해에 따라 신인의무자가 부담하는 의무를 신인의무로 파악하면, 주의의무는 합리적인 상황에 따라 주의를 행사해야 한다고 규정하고 있어서 명령적 작위의무 성격도 포함한다. 아래에서는 영국의 전통적인 견해가 여전히 유효한지에 대한 최근 학계의 견해를 살펴보도록 하겠다.

(1) 학계의 견해

(가) 소극적 금지: Matthew Conaglen 견해

¹¹¹ Restatement (Third) of Trust § 78.

¹¹² 공정성 요건과 정보 개시 요건을 모두 만족해야 하는 것처럼 보인다. 앞서 살펴본 영국의 공정거래 원칙은 Matthew Conaglen 교수의 판례들의 검토를 통해 실제 거래의 공정성이 아니라 완전한 정보를 개시하는 것을 원칙으로 하는 것을 확인한 바 있다. 따라서 마찬가지로 미국의 신탁법 판례들을 면밀하게 검토하여 신탁법상 공정거래 원칙의 실제 적용방식을 살펴볼 필요가 있다. 공정성이란 사전적으로 입증 가능한 개념이 아니기 때문이다. 영국의 공정거래 원칙에 대한 논의는 Matthew Conaglen(2006b), pp.366-396.

¹¹³ Restatement (Third) of Trust § 78, Comment on Subsection (2): d(1), pp.104-105.

¹¹⁴ Uniform Trust Code(Last Revised or Amended in 2010) § 802(d).

¹¹⁵ 미국 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트(R3T)와 통일신탁법(UTC)의 구제수단에 대한 설명은 본 논문의 제 3 장 제 3 절 참조.

Matthew Conaglen 교수는 충실의무가 신인의무가 아닌 다른 의무(non-fiduciary duties)의¹¹⁶ 이행을 촉구하기 위한 의무라는 점을 강조한다. 따라서 작위적인 행위는 신인의무 외에 다른 의무에서 이행하며 충실의무는 소극적 금지의무의 성격이라고 설명한다.¹¹⁷ 즉 다른 의무들은 신인관계로부터 발생한 의무가 아니라 자발적인 확약(undertaking)에 의한 의무인데 충실의무는 이 자발적인, 적극적인 작위 의무의 이행을 보조, 보호하기 위한 의무로 파악한다. Matthew Conaglen 교수에 따르면 전통적인 영국의 충실의무인 이익충돌 상황에 처하지 않을 의무, 신인의무자의 지위로부터 이익을 취득하지 않을 의무만이 신인의무의 본질이며, 그 외의 적극적 행위는 신인의무의 범위에 해당하지 않는다.¹¹⁸

(나) 소극적 금지의무와 명령적 작위의무 모두 포함: Lionel Smith 견해

반면 Lionel Smith 교수는 충실의무가 소극적 금지의무 뿐 아니라 명령적 작위의무를 포함한다고 주장한다. Lionel Smith 교수는 충실의무를 신인의무자의 이익과 의무가 충돌하지 않을 의무(a duty to avoid the conflict between interest and duty)로 파악하면, 해당 문구에는 의무가 두 차례 등장하는 데, 처음 등장하는 의무와 두 번째 등장하는 의무는 성격이 다르다고 설명하고 두 의무를 충실의무에 포함하여 논의를 전개한다. 첫 번째 등장하는 의무는 이익과 의무가 충돌하지 않을 의무이므로 소극적 금지의무의 성격을 띤다.¹¹⁹ 반면 두 번째 의무는 신인의무자가 올바른 동기(proper motive)로 임무를 이행해야 하는 의무이고¹²⁰ 따라서 명령적 작위의무에 해당한다.¹²¹ Lionel Smith 교수에 따르면 올바른 동기로 임무를 수행해야 한다는 것은 궁극적으로 수익자의 최선의 이익을 위하여 행위하는 것이며 이 의무가 충실의무의 본질이라는 견해이다.¹²² 따라서 이 최선의 이익을 위하여 행위하는 의무에 신의성실의무(a duty of good faith) 등을 포함하는 해석을 하거나 충실의무를 위반을 방지하기 위한 수단으로서 개시의무(duties to disclose) 등을¹²³ 충실의무 안에 내포하는 해석을 하게 되면 충실의무를 소극적 금지의무에 한정하는 것이 아니라 적극적 작위의무를 포함하는 개념으로 해석하게 된다.

(다) 사건

영국법상 엄격한 충실의무는 신인의무자가 수익자만을 위하여 행위하고, 수익자를 위한 의무와 자신의 이익이 충돌할 때에 자신의 이익을 위하지 않을 의무로 파악하고 있다. 심지어 수익자에게 이익이 되는 경우일지라도 수탁자의 의무와 이익이 충돌을 허용하게 되면, 자신의 이익에 판단이 영향을 받기 쉬운 인간본성에 대한 통찰을 바탕으로 이를 사전적으로 금지하여야 한다는 법정책적 사고에 기반한다. 따라서 충실의무는 Lionel Smith 교수의

¹¹⁶ 신인의무 외 다른 의무란 주의의무, 신의성실의무(a duty of good faith) 및 신탁 본지에 따라 신탁재산을 관리, 투자, 배분 등을 할 의무 등을 의미한다.

¹¹⁷ Matthew Conaglen(2010a), pp.201-203.

¹¹⁸ Matthew Conaglen(2010a), p.37.

¹¹⁹ Lionel Smith(2003), pp.3-4.

¹²⁰ Lionel Smith(2003), p.20; Lionel Smith(2014), p.628; 김정연(2016), 62 면.

¹²¹ ... exists to protect the same breach, which is acting with an improper motive. Lionel Smith(2003), p. 20 (밑줄은 필자); Lionel Smith(2018), pp.261-287.

¹²² Duty 2 is the fiduciary duty to act in what you perceive to the best interests of the beneficiary(밑줄은 필자).

¹²³ Lionel Smith(2014) p.631; 이증기(2016), 131 면.

최선의 이익을 위하는 의무로 보아 적극적 작위의무로 파악할 것이 아니라 사전적 금지 의무로 보는 것이 보다 타당하다고 생각한다.

물론 Lionel Smith 교수의 견해처럼 충실의무의 기준이 엄격한 의무에서 수익자의 최선의 이익을 위한 기준으로 변화할수록, 명령적 작위의무의 성격으로 이전하는 경향이 있다. 예를 들면 이익충돌을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 이익충돌을 개시하도록(disclosure) 하거나 거래의 공정성을 요건으로 하는 의무로 보면 적극적 작위의무의 성격으로 이전하는 성격이 있다. 하지만 개시의무와 같은 작위의무는 충실의무를 이행하기 위해 파생된 의무로 보는 것이 타당하다. 개시의무 등은 신인관계에서 비롯된 고유한 의무로 보기 어렵고 계약상, 성문법상 의무로 파악할 수 있다.¹²⁴ 또한 충실의무에 적극적 작위 행위까지 포괄적으로 포함하는 경우에는 결과적으로 충실의무와 주의의무의 경계가 모호해질 우려가 있다. 이러한 연유에서도 적극적 작위의무는 주의의무의 영역으로 남겨두고 충실의무는 사전적 금지의무로 파악하는 것이 타당하다.

다. 공평의무의 지위?

(1) 영국의 공평의무

(가) 공평의무의 연원: 의무간 충돌(conflict between duties)

앞서 살펴본 바와 같이 영국의 법개정위원회는 이익충돌금지 원칙을 이익과 의무 사이의 충돌(conflict between interest and duty) 및 의무간 충돌(conflict between duty and duty)로 구분한다.¹²⁵ 후자에 해당하는 의무간 충돌은 이를 엄격하게 금지하는 것이 아니라 이를 적절히 조정하는 법리를 발달시켜 미국 및 우리 신탁법에서 공평의무로 지칭하고 있다. 1992 년도에 영국 법개정위원회(Law Commission)의 보고서 발간하기 전에 의무간 충돌을 금지하는 원칙이 존재하였던 것은 아니다. 이에 대해 Matthew Conaglen 교수는 의무간 충돌을 충실의무에 포함시키게 된 연원을 파악하기 어렵다고 설명한다.¹²⁶ 이 원칙의 시초는 주로 이익과 의무의 충돌에 대해 판시하는 판례에서, 방론(obiter)으로 의무간 충돌도 금지해야 한다고 언급한 것이다.¹²⁷ 방론에서 언급한 내용은 대부분 쌍방 대리를 금지해야 한다는 내용이었는데, 이후 수탁자가 직접적인 이해관계가 없는 경우, 즉 의무간 충돌에 해당하는 경우에도, 법원은 막연히(loosely) 수탁자의 이익과 의무의 충돌을 금지하는 원칙을 적용하는 것으로 판시한 바 있다.¹²⁸ 의무간 충돌을 이익충돌금지에 포함시킨 이유는 신인의무자가 신탁업무를 이행하는 과정에서 의무간 충돌이 존재하면 의무를 제대로 이행하지 않을 유혹이 있기 때문이다.¹²⁹ 물론 신인의무자 자신의 이익이 수반되지 않으므로 의무간 충돌은 이익과 의무가 충돌하는 상황보다 신인의무자에게 유혹이 발생할 가능성은

¹²⁴ 이중기(2016), 132 면.

¹²⁵ Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992.

¹²⁶ Matthew Conaglen(2010a), pp.42-176.

¹²⁷ 방론으로 언급한 판례는 다음과 같다. Ex parte Lacey (1802) 6 Ves 625, 631(31 ER 682); Matthew Conaglen(2010a), p.143.

¹²⁸ Ex Parte Bennett (1805) 10 Ves 381, 396-98 (32 ER 893); Transvaal Lands Co. v New Belgium (Transvaal) Land & Development Co [1914] 2 Ch 488, 497, affirmed on appeal: [1914] 2 Ch 500.

¹²⁹ Harrods Ltd v Lemon [1931] 2 KB 157, 162; Matthew Conaglen(2010a), p.145.

적을 것이다. 하지만 신인의무자에게 여전히 유혹이 존재하고 이를 억지하기 위해야 한다는 측면에서 충실의무의 연장선상에 있는 의무로 파악하게 되었다.

(나) 공평의무 내용

앞서 언급한 의무간 충돌에 대한 논의와는 별개로 영국은 하나의 신탁에 다수의 수익자를 포함하는 경우와 수탁자가 복수의 신탁에 대해 수탁자의 역할을 하는 경우를 별도로 규율하여 왔다. 우선, 하나의 신탁에 다수의 수익자를 포함하는 경우는 의무간 충돌 금지 원칙이 연원으로 하는 판결에서도 이를 전적으로 금지한 바 없고 금지하는 것이 가능하지도 않았을 것이다. 따라서 하나의 신탁에 다수의 수익자가 존재하는 경우, 영국 신탁법은 수익자를 공평하게 다루어야 한다는 내용을 포함하고 있지만 이에 대한 일관된 표현은 존재하지 않는다.¹³⁰

하나의 신탁에 다수의 수익자가 포함된 상황 중 신탁증서에서 신탁재산에 대한 정함이 없는 재량신탁의 경우에 수탁자의 공평의무는 중요한 의미를 지닌다. 이 때 수탁자는 신탁의 성격, 조항, 목적에 따라 수익자들을 공평하게 대우할 의무가 있다. 공평의무는 해당 신탁재산을 투자할 때, 수입과 지출(Receipts and outgoings)을 계산할 때, 신탁재산을 분배할 때 등의 상황에서 적용된다. 영국에서는 오래 전부터 배분법(Apportionment Act 1870)을 통하여 하나의 신탁에 다수의 수익자가 존재하는 경우, 신탁재산의 분배에 대한 부분은 성문법(Statute)의 규정을 통해 문제를 해결하고자 하였다.¹³¹¹³² 현재는 2013년 신탁(원본과 수익)법(Trusts (Capital and Income) Act 2013)을¹³³ 입법하여 세부적인 규정을 통하여 수익과 원본을 배분하도록 하고 있다.

다수의 신탁에 대하여 수탁자가 되어 의무간 충돌이 발생하는 모든 경우를 금지하지는 않지만, 앞서 언급한 바와 같이 쌍방대리 상황에 대해서는 엄격한 기준을 적용하여 금지하였다. *Mothew v Bristol*¹³⁴ 판례에서 Millet 판사는 “신인의무자가 자신에게 적용되는 다른 고용관계가 존재함으로써 인해 본인의 이익을 위해 충실하게 행위하는 것에 저해되지 않아야 한다”고 판시하였다. Matthew Conaglen 교수는 이를 저해금지 원칙(no inhibition principle)이라고 지칭한다.¹³⁵ 해당 실시 내용 중에 저해금지 원칙을 위반하였는지 여부를 판단할 때, 신인의무자의 고의(intention) 여부가 중요한 판단 요인이라고 한 점은 주목할

¹³⁰ 앞서 살펴본 바와 같이 공평의무를 이익충돌금지 원칙의 일부로 보는 문헌은 의무간 충돌(Conflict between duties)로 포함되는 것으로 볼 수도 있다. 그 외에 공평의무는 다양하게 표현되는데 duty to act even handedly as between beneficiaries 로 표현하는 문헌으로는 Geraint Thomas & Alastair Hudson(2010), pp.286-292, duty of impartiality 으로 표현하는 문헌으로는 David Hayton and Charles Mitchell(2005), p.614.

¹³¹ 예를 들면 제 2 조에서는 수익의 성격으로 지급되는 금액은 일별로 발생하는 것으로 보아 기간에 따라 수익자에게 배분하여야 한다고 규정하고 있었다. Hayton & Mitchell(2005), p.618.

¹³² 1870년 배분법이 폐지되고 법개정 위원회(Law Commission)는 광범위한 수탁자의 배분 권한이 수탁자가 수입수익자와 원본수익자의 이해관계 사이에서 공평한 균형을 이루는 목적을 달성하기 위해 새로운 입법을 마련하였다. David Hayton and Charles Mitchell(2005), p.619; Law Commission, Consultation Paper No. 175. 2004, Para 5.48. https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2015/03/cp175_Capital_and_Income_in_Trusts_Consultation.pdf [최종 검색일: 2020.12.07]

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/33-34/35/contents> [최종 검색일: 2020.12.07]

¹³³ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/1/enacted> [최종 검색일: 2020.12.07]

¹³⁴ [1996] EWCA Civ 533.

¹³⁵ Matthew Conaglen(2010a), pp.150-152.

만 한다. 이는 충실의무 위반에서는 신인의무자의 고의 및 귀책사유가 의무의 위반을 판단할 때에 고려사항이 아닌 것과 대조되기 때문이다. 따라서 공평의무는 충실의무에서 파생되었지만 충실의무처럼 엄격하게 금지하는 성격이 아니며 위반 여부의 판단 기준 등으로 말미암아 충실의무의 일부로 보기에 어려운 측면이 있다.

(다) 공평의무 구제수단

Matthew Conaglen 교수는 공평의무 위반에 대한 구제수단으로는 해당 행위의 금지명령, 취소권 행사, 수탁자의 보수 및 다른 이익의 몰수, 및 형평법적 손해배상을 구제수단으로 들고 있다.¹³⁶ 이 중 수탁자의 보수 및 다른 이익의 몰수는 수탁자가 공평의무를 이행하는 과정에서 비밀 수수료 등을 수령한 경우에 토출하는 것을 의미하기 때문에 해당 구제수단은 공평의무 위반으로 인한 책임이 아니라 이익향수금지 원칙을 위반한 경우에 이득토출책임을 적용한 예라고 보아야 한다.¹³⁷

이득토출책임의 가장 큰 특징은 신탁재산에 손실이 발생하지 않더라도 수탁자 및 제 3 자가 이익을 취득한 경우에 해당 이득을 반환하는 것인데, 공평의무 위반에서 손실을 입은 수익자가 없다면 다른 유형의 수익자가 이득을 더 취득하였다고 하여 이득토출책임을 부과할 근거가 없다고 보아, 금지명령 혹은 형평법상 손해배상으로도 충분한 구제수단이 된다.

(2) 미국의 공평의무

(가) 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트

제 3 차 신탁법 리스테이트먼트(R3T) 제 79 조에서 공평의무(duty of impartiality)를 다음과 같이 규정한다. (1) 수탁자는 신탁의 다양한 수익자에 대하여 공평한 방식으로 신탁을 처리할 의무가 있다. (a) 신탁재산을 투자, 보호 및 배분하는 과정과 다른 관리 기능을 이행하는 경우, 신탁증서의 조항에서 발생한 다양한 수익자의 이해관계를 적절하게 고려하여 공평하게(impartially) 다루어야 한다. (b) 수익자에게 조언하거나 그 밖에 교신하는 과정에서 수탁자는 수익자들의 다양한 이해관계를 공정하게(fairly) 반영하는 방식으로 이행하여야 한다. (2) 신탁이 둘 이상의 수익자 및 목적으로 위하여 연속수익자신탁으로 성립된 경우 혹은 자선 목적으로 수익자의 권리나 비용이 신탁의 수입을 참조하여 정의된 경우, 수탁자의 공평의무는 신탁재산을 투자 및 운용할 의무, 원본과 수입을 계정에 제대로 기입할 의무를 포함한다. 따라서 신탁의 목적에 적합하고 현재 및 향후의 수익자의 다양한 이해관계에 따라 신탁재산은 해당 수익을 창출하여야 한다.¹³⁸

제 79 조 커멘트에 따르면 공평의무는 충실의무에서 확장된 의무이지만, 일반적으로 신탁에서 피할 수 없는, 따라서 허용되는 다수의 수익자들에 대한 의무의 충돌에 적용된다.¹³⁹ 또한 공평의무는 수탁자가 수익자들의 충돌하는 이익에 대하여 균형을 목적으로 하지만, 이 과정에서 신탁 조항, 목적 및 다양한 상황을 반영할 수 밖에 없고 이는

¹³⁶ Matthew Conaglen(2010a), p.158-176.

¹³⁷ Matthew Conaglen(2010a), p.162.

¹³⁸ R3T에서는 제 79 조에 공평의무와 연속자수익자신탁의 공평의무를 모두 포함하고 있다. 반면 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트(R2T)에서는 제 183 조에 일반적인 공평의무 외에 제 232 조에서 연속 수익자 간의 공평성에 대한 조항을 별도로 두고 있었다.

¹³⁹ Restatement (Third) of Trusts § 79, General Comment: cmt b.

합리적인 신인의무자의 판단을 요한다고 설명한다.¹⁴⁰ 제 79 조 제 1 항 (a)는 공평의무의 실질적인 측면에 대한 규정으로 (i) 수탁자가 신탁사무를 처리하거나 의사결정하는 과정에서 자신의 편파적 판단(favoritism)을 피해야 하며, (ii) 수탁자의 신인의무자로서 신탁재산 관리, 보호 및 분배의 책임을 이행할 때에 다양한 수익자의 이해관계를 파악하고 존중하며, 이해관계의 균형을 맞추기 위해 선의의 노력을 이행해야 한다고 설명한다.¹⁴¹ 제 79 조 제 1 항 (b)는 절차적인 측면의 공평성 조항을 포함하고 있다.¹⁴² 따라서 공평의무는 단지 수탁자가 신탁 관리의 결과적 측면뿐 아니라 그 과정에서도 공평성을 준수하는 것을 포함한다.

(나) 통일신탁법 및 통일 신인의무자 수익 및 원금법

통일신탁법(UTC) 제 803 조 역시 리스테인먼트와 유사한데¹⁴³ 신탁에 복수의 수익자가 존재하는 경우에 수탁자는 개별 수익자의 이해관계를 적절하게 고려하여 신탁재산을 투자, 관리, 분배하여야 한다고 규정하고 있다. UTC 커멘트 역시 공평의무는 충실의무의 중요한 측면이라고 언급하고 있다. 공평의무는 수익자를 동등하게(equally) 대우하라는 의미가 아니고 신탁의 목적과 신탁 조항을 고려하여 공정하고 형평에 맞는(equitably) 차등은 허용된다. 공평의무에서 수탁자가 가장 고려해야 하는 사항은 수익과 원금의 출납인데, 수익을 원금 계좌에 재분배하는 방식 등을 고려해야 한다.

또한 통일 신인의무자 수익 및 원금법(Uniform Fiduciary Income and Principal Act 2018)을¹⁴⁴ 통하여 하나의 신탁에 수입수익자와 원본수익자가 있는 경우 수익자 사이의 이해관계를 조정하기 위한 기준을 제시한다. 신탁증서의 내용이 다양하고 운용방법이나 수익의 발생 역시 상이하여 수탁자가 판단하기 어려운 측면이 있는데, 일정한 기준을 제시하여 공평의무 준수를 용이하게 하기 위함이다. 예를 들면, 수탁자가 취득한 이익이나 지출은 기본적으로 신탁의 정함에 따르지만, 신탁에서 달리 정하지 않은 경우에는 원금에 우선하여 귀속하도록 하고 있다.¹⁴⁵

(다) 정리

R3T와 UTC에서 공평의무를 충실의무의 확장 혹은 한 측면으로 보았지만, 공평의무를 충실의무에 포함된다고 표현하지 않은 것은 주목할 만하다. 생각건대 영국의 논의를 바탕으로 의무가 ‘충돌’ 됨에 초점을 두면 공평의무는 충실의무에 가깝다. 반면 공평의무를 준수하기 위한 ‘수탁자의 행위’에 초점을 두면, 예를 들면 신탁에서 표명한 우선순위를 고려하여 다양한 수익자의 이해관계를 면밀하게 고려하여 판단하거나 그 판단의 과정에서

¹⁴⁰ Restatement (Third) of Trusts § 79, General Comment: cmt b.

¹⁴¹ Restatement (Third) of Trusts § 79, Comment on Subsection (1), Clause (a): cmt c.

¹⁴² Scott and Ascher(2006), p.1261; Restatement (Third) of Trusts § 79, Comment on Subsection (1), Clause (b): cmt d.

¹⁴³ 통일신탁법 제 803 조는 통일 신중투자자법(Uniform Prudent Investor Act)의 제 6 조와 동일하다.

¹⁴⁴ 이전에는 Uniform Principal and Income Act (1997) § 104; Uniform Principal and Income Act (2008) § 103 cmt.

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=8194047f-f2aa-440b-4c66-a0ad7711108c> [최종 검색일: 2020.12.04]

¹⁴⁵ Uniform Principal and Income Act (2018) § 201(c); 최수정(2019a), 327 면.

선의로 행위 하는 등의 의무는 주의의무에 근접하게 된다.¹⁴⁶ R3T와 UTC을 포함한 미국의 신탁법은 충실의무에 한정하지 않고 주의의무 위반 등에도 이득토출책임을 적용할 수 있기 때문에 원칙적으로는 공평의무 위반에도 이득토출책임을 적용할 수 있다. 하지만 공평의무 위반에 대한 구체수단으로 이득토출책임을 적용한 판례를 발견하지 못하였다.

(3) 소결

영국 법개정위원회(Law Commission)의 이익충돌금지 원칙에서 의무간 충돌을 포함한 것이 공평의무를 충실의무의 일부로 파악하는 견해의 시작점이다. 초기의 논의는 수탁자의 쌍방대리와 같은 이익충돌에 초점을 두었기 때문에 충실의무의 일부로 볼 소지가 있었으며 이를 엄격하게 금지하는 것이 가능하였다. 반면 하나의 신탁에 다수의 수익자가 존재하는 경우도 의무간 충돌에 해당하지만 이를 금지하는 방식이 아니라 성문법을 제정하여 수탁자의 행위 기준을 마련하는 방식으로 해결하였다. 공평의무에 대한 구체적이며 객관적인 기준이 마련될 수록 공평의무는 충실의무보다 주의의무에 근접한다.

3. 신인의무의 기능

언급한 바와 같이 당사자간 신인관계에 기초한 신인의무는¹⁴⁷ 신인의무자에 대한 신뢰와 신임을 법적으로 보호하기 위한 기본적 장치이다. 그렇다면 신인의무 중 충실의무는 어떠한 기능을 하는가? 충실의무가 신뢰와 신임관계를 보호하거나, 수탁자의 재량권 행사의 남용을 억제하는 등의 다양한 역할을 하지만, 이는 앞서 언급한 신인관계의 성격과 중복된다. 따라서 아래에서는 충실의무의 보충적, 보조적 기능과 예방 및 억제 기능에 초점을 두고 살펴보겠다.¹⁴⁸

가. 보충적, 보조적 기능

충실의무의 보충적, 보조적 기능을 한다. 이는 신인의무자의 기본적인 의무, 예를 들면 신탁증서에 따른 의무 이행을 촉진하는 역할을 한다는 의미이다. 영국의 충실의무법은 형평법에서 비롯되었고, 형평법은 그 자체로 자족적인 법체계가 아니다. 신인의무자가 신탁재산에 대한 계약을 체결하면, 계약관계에 대하여는 보통법을 적용한다.¹⁴⁹¹⁵⁰ 형평법이 보통법에 보충 및 보완하는 역할을 하는 것과 마찬가지로 충실의무도 신인의무자의 본질적인

¹⁴⁶ 공평의무를 선관주의의무의 한 적용례로 이해하는 견해로는 鈴木正具의 編、コンメンタル信託法、ぎょうせい(2008)、p.139. 이연갑(2014), 110 면, 각주 2 에서 재인용. 四宮和夫、信託法(新版)(1989)、p.89. 이중기(2007), 302 면 각주 55 에서 재인용.

¹⁴⁷ 살펴본 바와 같이 영국에서는 충실의무만을 신인의무로 보는 반면, 미국에서는 신인의무자가 부담하는 의무를 신인의무로 파악하고 있다. 본 논문의 이하에서는 별도의 언급이 없는 한 신인의무는 충실의무와 동일한 의미로 사용하였다.

¹⁴⁸ Matthew Conaglen(2005), pp.460-471; Matthew Conaglen(2010a), pp.61-76; Lionel Smith(2013b), pp.1; Graham Virgo(2018), p.428-431.

¹⁴⁹ F.W. Maitland, W.J. Whittaker "Equity: A Course of Lectures" 2nd Ed. Cambridge University Press, 1936, p.19. 이중기(2016), 84 면, 136 면에서 재인용.

¹⁵⁰ 하지만 형평법과 보통법으로 분화된 영미법 체계에만 보충적, 보조적 기능의 역할을 한다는 의미는 아니다. 형평법과 보통법으로 분화되지 않은 우리 신탁법에서도 동일하게 적용된다. 신탁법은 신탁증서의 계약을 기초로 하고, 충실의무는 해당 계약 등을 이행하는 데에 보조적, 보충적 기능을 한다.

역할에 보충적, 보조적 기능을 한다. 즉, 충실의무는 신인의무자의 가장 고유한 의무이지만 충실의무 자체가 신인의무자의 주요한 역할은 아니고 신인의무자의 본연의 역할을 수행하는데 보조적인 역할을 한다. 예를 들어 수탁자가 이익충돌의 발생을 방지한다는 명목 하에 수익자를 위한 어떠한 거래도 체결하지 않으면 이익충돌금지나 이익향수금지를 위반한 바가 없기에 충실의무는 준수하지만, 궁극적으로 수탁자로서의 신탁재산을 제대로 관리, 운용하는 등의 본연의 의무는 준수하지 못하게 된다.

나. 예방 및 억지 기능

앞서 언급한 보조적, 보충적 기능이 충실의무의 ‘신탁’에 대한 역할을 의미한다면 예방 및 억지 기능은 충실의무의 ‘신인의무자’에 대한 역할을 의미한다. 충실의무는 해당 신인의무자의 의무 위반 상황 자체를 피하고자 엄격한 의무를 부과하고 이를 바탕으로 다른 신인의무자들의 의무 위반 역시 예방하고자 한다. 충실의무의 위반여부가 실제로 이해관계가 충돌하는 것 여부로 따지는 것이 아니라 이해관계가 충돌하는 상황 자체를 회피해야 하는 것을 기준으로 하는 것과 충실의무 위반시 신인의무자의 선의 여부나 충실의무 위반으로 발생한 거래가 공정거래 여부를 고려하지 않는 것 모두 충실의무 위반의 억지 및 예방 기능을 이행하기 위함이다.

충실의무 위반을 사전적으로 금지하지 않고 충실의무 위반에 대한 사후적 판단을 원칙으로 하게 되면 수탁자는 수익자에 대한 우월적인 지위를 활용하여 충실의무 위반 행위 자체를 은폐할 수 있다. 따라서 수익자는 충실의무 위반이 발생한 경우에도 의무 위반 여부 자체를 파악하기 어렵고 설사 가능하다고 해도 비효율적이다.¹⁵¹ 또한 수익자는 수탁자의 이익충돌 여부를 파악할 수 있는 경험 및 전문성이 부족하며, 수탁자의 행위를 감시하기 위한 자원도 부족하다. 궁극적으로는 수익자가 수탁자의 의무 위반에 대하여 할 수 있는 조치란 사후적으로 수탁자의 실제 위법행위에 대해 소송을 제기하는 것이지만¹⁵² 이는 수익자 보호를 위해 충분하지 않다.

뒤에서 자세히 설명하겠지만 충실의무의 억지 기능을 제대로 이행하기 위해서는 충실의무 위반에 대한 구제수단 역시 억지 기능을 도모하는 방식으로 적용하여야 한다. 엄격한 충실의무를 부여하되 신인의무 위반에 대한 구제수단으로 손해배상책임만을 부과하면, 충실의무 위반으로 신인의무자가 이익을 취득하더라도 박탈하지 못하는 경우가 발생하고 의무 위반에 대한 억지 기능을 이행할 수 없다. 따라서 충실의무의 억지 기능을 이행하기 위해서 충실의무 위반에 대한 구제수단은 이득토출책임을 적용하여야 한다.¹⁵³

¹⁵¹ 신인의무자의 우월적인 지위로 인해 신인관계에 대리인 문제가 발생하는 것을 중심으로 분석한 문헌으로는 Robert Cooter & Bradley Freedman(1991); Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), p.440; 충실의무 위반 자체를 파악하기 어렵다는 논의는 Robert Sitkoff(2011), pp.1040-1041.

¹⁵² Restatement (Third) of Trust § 78, Comment on Subsection (1) and (2), b. Undivided Loyalty, p.96.

¹⁵³ 가장 대표적으로 억지 기능을 잘 보여주는 판례로는 Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46 (HL)가 있다. 해당 판례는 신인의무자의 선의를 인정하였고 신인의무자의 행위가 본인에게 이익이 된 상황이었음에도 책임을 부과하였다. 해당 판례에서 신인의무자의 책임은 신인의무자의 지위를 활용하여 이익을 취득할 어떠한 유인도 억지해야 한다는 정책적 원칙을 보여준다. 보다 자세한 사실관계는 본 논문의 제 3 장 제 2 절, 3 라 참조; Graham Virgo(2015), pp.498-499.

제 2 절 신인의무 위반의 사법적 효력

1. 영국법의 경우

가. 문제의 소재

영국의 신탁법 및 부당이득법의 문헌에서 신인의무 위반에 따른 해당 거래의 유효 및 무효 여부를 직접적으로 다루는 경우는 드물다.¹⁵⁴ 대신 수탁자의 의무 위반시 이득토출책임, 의제신탁 및 형평법상 손해배상과 같은 구제수단에 대한 논의를 중점적으로 다룬다. 신인의무 위반으로 발생한 거래의 사법적 효력에 대한 논의가 적은 이유는 영미법상 재산권이 보통법과 형평법으로 분화되어 있고 따라서 형평법상 개별 재산 효력의 요건이 상이한 점, 보통법상 취소권과 형평법상 취소권 요건이 상이한 점 및 해당 거래의 무효 및 무효화 가능 여부에 대한 정의가 명확하게 이루어지지 않은 점 등을 들 수 있다.¹⁵⁵ 또한 충실의무 위반으로 인한 거래가 신탁재산이 관여된 자기거래, 그 외 간접거래 및 수탁자가 신탁의 기회를 유용한 경우 등을 명백하게 구분하여 판시하고 있지 않기 때문에 사법적 효력을 언급하기 어려웠다. 뿐만 아니라 판례에서 수익자가 취소권을 갖는다고 판시한 이후, 수익자가 취소권을 갖는 경우에 수탁자가 이득토출책임을 부담하도록 판시하는 경우가 있어서 혼동을 가중하였다.¹⁵⁶ 따라서 판례를 통해 신인의무 위반에 따른 해당 거래의 유효, 무효 여부를 파악하기가 어려웠기 때문에 일반 원칙으로서 사법적 효력에 대한 논의를 회피하지 않았나 추정해 본다.¹⁵⁷

나. 견해의 대립

(1) 취소설

¹⁵⁴ Graham Virgo 교수의 *The Principles of the Law of Restitution* 책에서도 제 2 판(2007년)까지는 취소권을 언급하지 않았는데, 제 3 판(2015년)에는 취소권을 포함하였고 Andrew Burrows 대법관의 책은 원상회복법과 취소권의 관계에 대한 논의만 있을 뿐이다. Goff & Jones의 책은 취소권에 대한 언급은 있지만 논의의 초점은 취소권은 당사자의 선택만으로 행사 가능한가 아니면 법원의 명령을 요하는가의 문제에 초점을 두고 있다. Charles Mitchell et al.(2016), p.1001. Andrew Burrows 대법관의 책은 원상회복법과 취소권의 관계에 대한 논의만 있을 뿐이다. 참고로 Andrew Burrows는 당시에는 옥스포드 법대의 교수였으나 2020년 6월 영국 대법원(Supreme Court)의 대법관(Justice)으로 취임하였으므로 본 논문에서는 Andrew Burrows 대법관으로 통일하였다.

¹⁵⁵ Dominic O' Sullivan et al.(2014), p.21.

¹⁵⁶ 수익자의 취소권과 이득토출책임을 관계에 대해 혼동을 불러일으킨 대표적인 판례는 O' Sullivan v Management Agency and Music Ltd [1985] 1 QB 428 (CA)이다. 해당 판례의 사실관계는 원고인 O' Sullivan은 가수이고 피고는 작곡가로 원고의 업무는 관리 및 홍보하는 역할을 하였는데 피고가 다수의 계약의 위반을 위반하여 법원은 계약의 취소하도록 판시를 내렸는데 그에 따른 구제수단은 피고가 취득한 이득토출책임을 부과하였다. Dominic O' Sullivan et al.(2014), p.38.

¹⁵⁷ 최수정(2014), 175-176면.

Virgo 교수는 해당 신탁재산 거래가 신인의무자와의 거래이든 제 3 자와의 거래이든 상관없이 취소권을 행사할 수 있다고 보는 견해이다.¹⁵⁸ 단 취소권의 행사가 금지되는 예외(bar to rescission)로 1) 취소권을 행사하더라도 당사자들이 원상회복하는 것이 불가능한 경우 2) 재산권이 선의의 제 3 유상취득자 (bona fide purchase for value)에게 이전된 경우, 3) 본인이 그 거래를 추인(affirm)한 경우와 4) 본인이 취소권을 행사하기까지 상당한 시간이 경과한 경우에는 취소권을 행사할 수 없다고 설명한다. Virgo 교수의 논의는 신탁재산이 연관된 거래에 한정하고 있기 때문에, 신인의무자가 신탁재산의 기회를 유용하거나 경합행위에 대하여 취소권을 행사할 수 있는지 여부는 언급하고 있지 않다.

Matthew Conaglen 교수도 신인의무자의 충실의무 위반으로 인한 거래는 무효화할 수 있다는 견해이다.¹⁵⁹ 단 Conaglen 교수는 아래와 같이 신인 의무의 위반의 유형으로 구분하여 설명한다. 자기거래와 같이 신인의무자의 이익과 의무가 충돌하는 거래의 경우에는 무효화하는 것이 가능하고 이 경우에는 수익자는 해당 거래가 이미 이행되었고 자산의 가치가 변동하였더라도 취소권을 행사할 수 있다고 주장한다. 또한 이익충돌 중에서도 신인의무자의 의무 간의 충돌인 경우에도 해당 거래에 대한 취소권을 행사할 수 있어야 한다고 주장한다.¹⁶⁰ 반면 이익향수금지 원칙을 위반하였을 경우 해당 거래의 효력에 대한 일반적인 논의는 하지 않지만, 신인의무자가 뇌물이나 비밀 수수료를 수령한 경우에는 해당 거래에 대하여 수익자가 취소권을 행사하는 것이 가능하다고 설명한다.¹⁶¹ 단 Conaglen 교수의 주장에서 뇌물이나 비밀 수수료를 수령한 경우에, 그 수령 행위 자체만 취소하는 것인지 해당 뇌물이나 비밀 수수료로 인하여 체결하게 된 거래를 취소하여야 한다는 의견인지 명확하지 않다는 한계가 있다.¹⁶²

(2) 무효설

앞서 살펴본 바와 같이 충실의무 위반의 거래에 대하여 취소권을 행사할 수 있다는 것이 판례 및 학계의 일반적 견해이지만 신인의무자의 의무 위반에 따른 거래가 당연 무효(void)라는 주장도 있다.¹⁶³ Dominic O' Sullivan 등은 충실의무 위반으로 인한 거래가 취소권을 행사하여 무효화할 수 있다는 견해에 대하여 다음과 같이 비판한다. 수탁자는 신탁재산을 자신이나 특수 관계인에게 매도할 권한이 애초에 없었고 마찬가지로 수탁자는 신탁재산을 매입할 수 있는 권한도 없다. 따라서 이들은 다수의 판례에서 수탁자가

¹⁵⁸ Graham Virgo(2015), p.504; Graham Virgo(2018), pp.646-650.

¹⁵⁹ Matthew Conaglen(2010a), p.76.

¹⁶⁰ Matthew Conaglen 교수는 이해관계와 의무의 상충에 비하여 의무 간 상충에 대한 구체수단은 미약하다고 주장하는데 의무간 상충에 대하여 주로 신인관계를 종료하거나 신인의무자가 다른 수익자를 위하여 행위하지 못하도록 사전에 금지명령을 신청하는 방법이나 취소권의 행사도 가능하다고 보는 입장이다. 단 수익자가 취소권을 행사하기 위해서는 단순히 의무의 충돌이 존재하는 것 이외에 거래 상대방이 의무의 충돌을 인식하고 있어야 한다고 주장한다. Matthew Conaglen(2010a), pp.158-159.

¹⁶¹ Matthew Conaglen(2010b), p.73.

¹⁶² 그 외에 Hudson 교수는 자기거래와 간접거래 경우에 취소권을 행사할 수 있다고 언급하고 있다. Geraint Thomas and Alastair Hudson (2010), p.318-319; Hayton 판사와 Penner 교수는 자기거래의 경우에 취소할 수 있다고 언급하고 있지만 그 외 유형이나 충실의무 위반 일반에 대하여는 언급을 하고 있지 않다. David Hayton and Charles Mitchell(2005), p.551, James Penner(2010), p.429.

¹⁶³ Dominic O' Sullivan et al.(2014), pp.24-26.

신탁재산을 이전한 거래를 ‘수익자의 취소권 행사에 의하여’ 무효화한 것을 비판한다.¹⁶⁴ 즉 Dominic O’ Sullivan 은 원칙적으로 신탁재산을 수탁자에게 이전하는 거래 등은 수익자 동의 없이는 수익자의 명의로 어떠한 법적 효력도 없기 때문에 당연 무효가 되어야 한다고 주장한다.¹⁶⁵

(3) 검토

영국법에서 수탁자가 충실의무를 위반하여 신탁재산이 관련된 이익충돌 거래를 체결한 경우에는 해당 거래는 원칙적으로는 거래의 형태에 무관하게 수익자가 취소권을 행사하여 무효화할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁶ 또한 수익자는 해당 거래를 무효화할 수 있지만 추인을 통하여 확정적으로 유효하게 할 수 있는 선택권도 가지고 있다. 다만 살펴본 바와 같이 대부분의 논의는 자기거래 효력에 초점을 두고 있고 기회유용이나 다른 이익충돌거래의 효력에 대한 논의에 적용할 수 있는지 여부는 확실하지 않다. 생각건대 신탁의 기회를 유용하거나, 이익향수금지 위반의 경우에 다수의 제 3자가 밀접하게 연관되어 있는 경우가 빈번하므로 당연 무효나 취소권 행사는 거래의 안전 및 선의의 제 3자 등의 이해관계가 관련될 가능성이 더 클 것이다. 따라서 해당 거래를 당연무효로 보거나 혹은 취소권 행사하기보다는 이로 인해 수탁자가 취득한 이득을 토출하는 구제수단을 활용하는 것이 바람직하다.

당연 무효를 주장하는 Dominic O’ Sullivan 등의 주장은 영미법상 수익자가 신탁재산에 대하여 형평법적 권한(equitable interest)을 보유하고 있음에 초점을 둔다. 따라서 특정 거래의 경우, 거래의 요건에 수익자의 승인 등이 필요한 경우에 수익자의 승인을 취득하지 않고 거래를 진행한 경우에 당연 무효에 해당한다는 주장이다. 하지만 Matthew Conaglen 교수가 비판한 것처럼 자기거래를 비롯한 충실의무 위반 거래 중에 계약 자체에서 수익자의 승인을 요하는 거래가 존재하는지 의문이다.

다. 취소권 행사와 구제수단의 관계

Re Cape Breton Company 판결에서¹⁶⁷ 제 3자의 권리 등의 사유로 취소권 행사가 가능하지 않거나 본인이 해당 계약을 추인한 경우에는 이득토출책임과 같은 대체적인 구제수단도

¹⁶⁴ Dominic O’ Sullivan et al.(2014), pp.24-25; BH McPherson in A.J Oakley(1996), pp.135-150.

¹⁶⁵ Dominic O’ Sullivan 등이 신인의무 위반에 대한 거래가 당연무효라는 주장에 대하여 Matthew Conaglen 교수는 다음과 같이 반박한다. 저자들은 두 당사자 요건(two party transaction)거래, 진정 거래(genuine transaction) 및 자기거래를 혼동하였기 때문이라고 설명한다. 두 당사자 요건 거래는 계약이나 양도 요건에 두 당사자(예를 들면 해당 거래가 수탁자와 수익자의 승인을 요건으로 하거나, 혹은 2인의 수탁자 요건으로 하는데 1인의 수탁자가 거래를 체결한 경우)의 승인을 요건으로 하는 경우로 수탁자가 임의로 거래를 이행한 경우에는 당연 무효(void)이다. 진정 거래(genuine transaction)는 두 명의 독립적인 사람이 존재하는 경우에만 매도 권한은 유효하는 원칙을 위반한 경우에도 당연 무효이다. 저자는 두 당사자 요건 거래와 진정거래는 당연 무효이지만 반면 자기거래는 취소권의 행사를 통해 무효가 가능한(voidable) 거래라고 반박한다. Matthew Conaglen(2010a), pp.78-79.

¹⁶⁶ 최수정(2019a), 340 면.

¹⁶⁷ (1885) 29 ChD 795 (CA) 808; Dominic O’ Sullivan et al.(2014), p.35; Peter Xuereb(1986); Richard Nolan in William Cornish et al.(1998), p.101.

허용되지 않는다고 판시하였다. 하지만 해당 판결에서 Bowen 판사는 수익자가 수탁자로부터 이득토출청구권과 계약에 대한 취소권은 독립적이라는 소수의견을 낸 바 있다. Bowen 판사의 의견은 소수의견으로 법적 구속력은 없지만, 수익자의 구제수단에 대하여 논의점을 제시한다.

사건으로는 본인이 해당 계약을 추인한 경우에는 본인에게 별도의 구제수단을 허용할 필요는 없다고 생각하나 취소권을 행사하는 것과 구제수단을 허용하는 것은 수익자의 선택으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 앞서 언급한 바와 같이 판례에서는 취소권 행사 하도록 하며 이득토출책임을 부과한 경우 등이 존재한다. 하지만 일반적 원칙으로 수익자가 신인의무 위반에 해당하는 거래를 취소한 이후에도 별도의 구제수단을 행사할 수 있는지에 대한 논의를 발견할 수 없고 명확한 법리가 형성되어 있지 않다.¹⁶⁸

2. 미국법의 경우

미국에서도 신인의무 위반 거래의 효력에 대한 자세한 논의를 찾기 어렵고 미국의 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법 리스테이트먼트(R3RUE)와 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트(R3T)에서 취소권 등에 대하여 간단히 언급하고 있다 아래에서는 각각에 대하여 개괄하겠다.

가. 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법 리스테이트먼트

R3RUE 제 54 조에서 취소권의 내용을 포함하고 있다. (1) 금전 및 타 재산권을 이전한 자는 취소권(rescission) 및 원상회복 restitution)에 의하여 금전 혹은 재산권을 원상회복할 수 있도록 하고 다음을 요건으로 한다. (a) 해당 거래가 유효하지 않거나 R3RUE 에서 언급한 취소(avoidance) 조항이 적용되는 경우이며, (b) 해당 조항의 다른 요건들을 만족하는 경우. (2) 취소권(Rescission)은 다음과 같은 상황에서 상호 회복(mutual restoration) 및 이익반환(accounting)을 요한다. (a) 각 당사자가 원상회복이 가능한 한도에서 상대방으로부터 수령한 재산을 원상회복하고 (b) 해당 거래로부터 상대방의 희생으로 취득한 추가적인 이익을 반환하고, (c) 정의가 요구하는 경우, 관련 비용으로 인한 손실을 상대방에게 보전한다.¹⁶⁹

해당 조항은 계약법 등에도 적용할 수 있는 일반적인 원상회복 및 취소권 조항이지만¹⁷⁰ 제 54 조 커멘트에서 신인의무 위반이 경우에도 제 54 조를 적용할 수 있다고 명시하고 있다.¹⁷¹ 단 제 54 조는 해당 거래가 유효하지 않거나 취소 요건을 만족하는 경우에 취소권을 인정한다고 규정하고 있는데 신인의무 위반의 경우 어떤 거래가 유효한지에 대한 내용이나 취소 요건을 만족하는 지에 대한 논의를 찾아볼 수 없다는 한계가 있다. 신인의무 위반의 효력이 당연 무효인지, 취소권을 행사할 수 있는지에 대한 논의보다는 취소권을 행사 가능하다는 것 및 행사의 효력에 대한 내용만을 확인할 수 있다.

¹⁶⁸ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 4, 나 참조.

¹⁶⁹ R3RUE, § 54.

¹⁷⁰ 사기나 강박 이나 착오 등에 의하여 계약에 취소권을 행사한 경우를 중심으로 하여 상술하고 있어서 신인의무자의 경우에 어떤 요건을 만족하는 경우 취소권의 행사가 가능한지의 설명은 결여되어 있다.

¹⁷¹ R3RUE, § 54 cmt a; R3RUE § 54, pp.264.

나. 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트

제 3 차 신탁법 리스테이트먼트(R3T)은 수탁자의 충실의무 위반에 대한 사법적 효력에 대한 별도의 조항을 포함하지 않지만 제 78 조 커멘트에서 거래의 효력에 대해 다음과 같이 설명한다. “수익자는 수탁자가 신탁재산과 자신의 고유계정간에 체결한 거래나 수탁자의 신인의무자로서의 이익과 개인적 이익의 충돌에 의해 영향을 받은 거래를 무효화(set aside)할 권리가 있다.¹⁷² 단, 예외적으로 해당 거래를 신탁 조항에서 승인이 하거나, 법원이 승인하거나, 아니면 시간의 경과에 의해 허용된 경우를 무효화 할 수 없다. 수익자는 해당 거래가 신탁재산과 관련되지 않은 경우에도 수탁자가 해당 거래가 공정함을 입증하지 않는 한, 해당 거래가 신탁이 존재하는 기간에 발생하였고 해당 거래에서 수탁자가 이익을 취득하였다면 취소할 권리가 있다.”¹⁷³

R3T는 너무 간단하게 언급하고 있어서 의도나 근거를 파악하기 어렵다. 다만 R3T에서도 영국의 대표적인 판례인 *Keech v Sandford* 와 *Boardman v Phipps* 를 취소권을 행사할 수 있는 근거로 들고 있는 것으로 미루어 보아 자기거래에 대해 취소권을 행사할 수 있다는 영국의 견해를 전적으로 수용하고 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁴ 또한 커멘트에서 신탁재산과 관련된 것이 아닌 경우에 취소권을 행사할 수 있다는 것은 수탁자와 수익자의 거래, 즉 공정거래 원칙이 적용되는 경우에도 공정성을 입증하지 못하면 취소권을 행사할 수 있다고 해석할 수 있지만, 그 외의 수탁자가 수익자의 기회를 유용하거나 간접거래의 경우에도 취소권을 행사할 수 있는지 여부를 명시하고 있지 않다는 한계가 있다.

다. 통일신탁법

통일신탁법(UTC) 제 802 조(b)항은 수탁자가 자신의 고유계정을 위하여 신탁재산의 투자 및 관리와 관련된 계약 체결 및 채무 부담(encumbrance)한 경우에 수익자는 해당 계약을 무효화(voidable)할 수 있다고 규정하고 있다. 단, 무효화할 수 없는 경우로는 1) 신탁증서 조항(terms)에 의한 승인, 2) 법원의 승인, 3) 수익자의 소 제기 시효 만료, 4) 수익자가 수탁자의 행위 승인, 추인한 경우 및 5) 해당 거래가 수탁자가 되기 이전의 거래인 경우이다.¹⁷⁵ 따라서 UTC 도 앞선 영국법의 취소설을 수용하나, 수탁자의 고유재산과 신탁재산의 거래인 자기거래 뿐 아니라, 고유재산을 위해 신탁재산에 대한 계약 등 간접적 자기거래 등도 취소할 수 있다고 하여 그 범위를 폭넓게 파악하고 있다.

UTC 제 802 조(d)항은 앞에서 언급한 공정거래원칙에 대한 조항이다. 공정거래의 경우, 수탁자와 수익자 사이의 거래이고 해당 거래에 신탁재산이 관여하지 않는다. 하지만, 해당 거래가 신탁이 존재하는 기간에 발생한 거래 혹은 수탁자가 수익자에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 기간에 발생한 거래이고 따라서 수탁자가 해당 거래로부터 이익

¹⁷² Restatement (Third) of Trusts, § 78, Reporter’s Note on § 78, Comment a, p 112; UTC § 802(b).

¹⁷³ Restatement (Third) of Trusts, § 78, Reporter’s Note on § 78, Comment a, p 112; UTC § 802(d).

¹⁷⁴ *BGJ Assoc., LLC v Wilson* 113 Cal. App. 4th 1217, 7 Cal. Rptr. 3d 140 (2003) 판례는 변호사와 고객과의 관계에서 변호사가 신인의무 위반의 경우에 수익자의 선택에 의해 해당 거래를 무효화할 수 있다고 판시하였다. Restatement (Third) of Trusts, § 78, Reporter’s Note on § 78, Comment a, p.112.

¹⁷⁵ Uniform Trust Code § 802(b).

(advantage)을 취득한 경우에 수탁자가 해당 거래가 공정함을 증명하지 못하면, 수익자는 해당 거래를 취소할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁷⁶

제 3 절 영미의 신인의무 위반의 구제수단

지금까지 신인관계 및 신인의무의 성격 및 기능과 신인의무 위반의 사법적 효력에 대하여 살펴보았다. 본 절에서는 신인의무를 위반한 경우의 구제수단으로¹⁷⁷ 이득토출책임, 의제신탁, 형평법적 손해배상과 수익자 취소권 및 금지명령에 대해 살펴보도록 하겠다.¹⁷⁸ 의제신탁과 수익자 취소권은 그 자체로 독립적인 구제수단이 될 수 있는지 논쟁의 여지가 있지만 이를 포함하여 개관하고 제 3 장에서 이득토출책임에 대하여 자세히 살펴보기로 하겠다.

1. 형평법상 구제수단의 특징

신인의무 위반에 대한 구제수단을 살펴보기 앞서 보통법상 구제수단과 형평법상 구제수단에 대하여 간단히 개괄해보겠다.¹⁷⁹ 보통법상 전형적인 구제수단은 금전적 손해배상(damages)이다.¹⁸⁰ 즉 채무자가 계약을 체결 후 계약을 위반하면, 그 계약이 제대로 이행되었다면 채권자가 합리적으로 기대할 수 있는 경제적 대가를 채권자에게 금전적으로

¹⁷⁶ Uniform Trust Code § 802(d).

¹⁷⁷ 구제수단(remedies)이란 영미법상 개념으로 부당한 불이익을 입거나 곧 입을 것으로 인정되는 경우, 법원이 당사자에게 허용하는 모든 조치를 의미한다. Douglas Laycock(2010), p.1. 블랙로 사전은 구제수단(remedy)을 권리를 행사하거나 위법행위를 예방 및 시정하는 수단으로 정의한다. Black' s Law(2004), p.1320.

¹⁷⁸ 신인의무 위반에 대한 구제수단은 신탁법 및 원상회복법 문헌에 따라 다르게 구분하고 있다. 수익자 취소권(rescission)은 구제수단이라기 보다는 수탁자의 의무위반행위가 발생하는 경우에 그 법률행위의 효력과 관련된 문제이기 때문에 엄격한 의미의 구제수단이 아니라고 보기도 한다. Graham Virgo는 수익자 취소권과 이득토출책임을 신인의무위반에 의한 이익에 기반한 구제수단으로 보았다. Graham Virgo(2015), pp.504-514. 신인의무 위반시 일반적인 구제수단은 이득토출책임이지만 형평법 손해배상 및 다른 구제수단을 행사하는 것도 가능하다는 견해로는 Andrew Burrows(2002), p.679; 이득토출책임, 형평법상의 손해배상, 의제신탁, 금지명령(injunction) 및 수익자 취소권(rescission) 등을 포괄하여 설명하는 견해로는 Samuel Bray(2018), pp.1-25; 금지명령(injunction), 의제신탁, 이득토출책임(accounting of profits, accounting), 원상회복책임과 특정 이행책임(specific performance) 및 징벌적 손해배상으로 구분하는 견해로는 Tamar Frankel(2010), pp.249-258, 이행명령(ordering performance), 손해배상책임(accounting for deficiency, surcharge), 이득토출책임(accounting) 및 의제신탁으로 구분한다. 그 외 물권적 구제수단으로 의제신탁의 대체적인 구제수단으로 형평법상 유치권(equitable lien)을 포함하는 견해로는 Simon Gardner(2010), pp.238-287.

¹⁷⁹ 본 논문에서 영미법상 Common Law를 보통법으로 번역하였다. 영미법상 Common Law는 문맥에 따라 다양한 의미로 쓰이는데, 우선 대륙법(Civil Law)에 반대되는 개념으로 영미법이라는 의미로 Common Law를 표현할 수 있다. 또한 이 문맥에서는 형평법(Equity)과 반대되는 개념으로의 Common Law가 있다. 마지막으로 성문법(Statute)에 반대되는 의미의 판례법이라는 뜻으로 Common Law가 있다. 영미법은 판례의 집적을 통해 과거 선례(Precedent)를 따르는 판례법이 주를 이루지만, 성문법(Statute)이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 영국 수탁자법(Trustee Act 2000)과 회사법(Companies Act)은 성문법으로 제정되어 있다. 본 논문은 위의 상황을 문맥상 구별할 수 있다고 판단하여, Common Law를 보통법으로 일괄하여 번역하였다.

¹⁸⁰ 금전적 손해배상은 기대이익 손해배상(expectation damages)와 신뢰이익 손해배상(reliance damages)을 포괄한다.

배상하는 것을 원칙으로 한다.¹⁸¹ 이러한 보통법상 구제수단은 원고가 특정이행이나 특정물을 목적으로 하는 계약의 위반의 경우 충분한 구제수단이 되지 못한다. 따라서 이런 경우에는 형평법이 개입하게 되고 형평법상 구제수단을 부과하게 된다.¹⁸² 형평법은 계약의 구체적인 상황에 따라 그 구제수단을 선택한다. 예를 들면 계약의 유형에 따라 특정이행(specific performance)를 명령하거나¹⁸³ 사전적 구제수단으로 금지명령(injunction)을 부과하는 등은 대표적인 형평법상 구제수단에 해당한다. 특정이행과 금지명령 외에도 형평법은 해당 권리 및 의무의 유형에 적합한 구제수단을 부과할 가능성을 열어두고 있다. 일반적인 형평법상 구제수단의 특성을 바탕으로 아래에서는 신인의무 위반에 따른 구제수단에 대하여 살펴보겠다.¹⁸⁴

2. 이득토출책임

앞서 언급한 바와 같이 형평법상 구제수단은 의무 및 권리의 유형에 따라 그 구제수단을 결정할 수 있는데, 형평법원이 신인의무 위반에 대하여 적합한 구제수단으로 인정한 것이 이득토출책임이다. 이득토출책임(Disgorgement of profits)¹⁸⁵은 위법행위로 인한 원상회복 구제수단으로 위법행위자가 얻은 이득을 반환하는 책임이다. 이 구제수단은 신탁재산에 손해가 발생하지 않았더라도 원칙적으로 위반행위로부터 발생한 이익 전부를 신탁재산에 반환하도록 한다.¹⁸⁶ 신인의무자가 이익충돌금지 원칙이나 이익향수금지 원칙을 위반한 경우에 수탁자가 이익을 취득하였으나 신탁재산 자체에 손해가 발생하지 않는 상황들이 존재한다. 이런 경우에 손해배상책임만을 정하게 되면 결국 충실의무 조항이 존재함에도 불구하고 해당 조항의 위반하는 것을 허용하는 결과가 되고 충실의무 위반을 유인할 수 있다. 따라서 이득토출책임의 기본적인 목적은 수익자 및 본인에게 발생한 손해를 보전해 주기 위한 것이 아니라 신인의무자가 충실의무에 위반하여 행위하는 것을 억지 및 예방하기

¹⁸¹ Robert Pearce & John Stevens(2006), p.32.

¹⁸² Robert Pearce & John Stevens(2006), p.33.

¹⁸³ 특정이행 구제수단은 주로 1) 토지와 관련된 계약, 2) 독특한(unique) 따라서 대체물이 없는 동산의 매도계약, 3) 시장에서 대체물을 취득할 수 없는 경우, 4) 손해배상의 금액의 산정이 어려운 경우 및 손해배상이 명목상 손해배상에 그치는 경우에 활용한다. Robert Pearce & John Stevens(2006), p.33.

¹⁸⁴ 아래의 신인의무 위반에 대한 구제수단에 대한 논의는 영국 신탁법상 논의를 중심으로 한다. 이는 미국법 역시 영국의 논의를 수용하여 대체적으로 동일한 구제수단을 활용하지만, 개별 주마다 판례의 흐름이 일부 상이할 수 있기 때문에 보다 단일한 기준이 존재하는 영국에 초점을 두었다. 최근 미국 개별 주에서 충실의무 위반에 대한 구제수단을 부과한 판례에 대한 문헌으로는 ACTEC Fiduciary Litigation Committee(2018).

¹⁸⁵ 영미법의 이득토출책임은 Disgorgement 외에도 Account of Profits, Accounting 등으로 표현하는데, 이들 간의 차이점에 대한 설명은 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 가 참조.

¹⁸⁶ 일반적으로 영미 신탁법 문헌에서 신인의무 위반에 대한 구제수단으로 원상회복책임 restitution)은 별도로 언급하고 있지 않은데, 그 이유로 1) 수익자 취소권(rescission)을 행사하는 것과 원상회복책임 restitution)을 동일한 효과로 보았거나, 2) 원상회복책임과 이득토출책임의 용어를 혼용하였기 때문에 이득토출책임에 원상회복책임이 포함된다고 보았거나 3) 의제신탁을 부과하여 추급권을 행사하면 원상회복책임을 포함한다고 생각하여 별도로 언급할 필요가 없다고 보았기 때문이라고 추정할 수 있다. 특히 첫 번째 논의와 관련하여 rescission 의 정의를 원상회복책임과 연관지어 설명한 문헌으로는 Robert Pearce & John Stevens(2006), p.71. "Rescission is the right of a party to a contract to have the contract set aside and to be restore to his former position, which is known as restitutio in integrum."

위함이다. 즉 충실의무를 위반한 수탁자는 해당 충실의무 위반으로 인한 이익을 전부 박탈당하여 수탁자의 의무 위반에서 이익을 수령할 수 있는 가능성을 사전에 억지하고, 향후 다른 수탁자들에게 예방적 역할을 하여 충실의무를 이행하도록 하는 역할을 한다. 이득토출책임은 일반적으로 채권적 청구권으로 보며 뒤에서 언급할 의제신탁의 물권적 성격과 구분된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.

본 장에서는 이득토출책임의 취지를 반영하여 충실의무 위반으로 인해 수탁자가 취득한 이익을 ‘전부’ 토출한다고 하였다. 따라서 이득토출책임을 적용하는 것이 단순한 법리처럼 보일 수 있지만, 실제로 토출할 이득이 언제나 전부인 것도 아니고 사실관계에 따라 토출할 이득의 범위는 상이하다. 이득토출책임의 범위에 대한 자세한 사항은 제 3 장에서 다루도록 하겠다.

3. 의제신탁

가. 영국의 의제신탁

(1) 의제신탁과 이득토출책임

의제신탁(constructive trust)은 당사자의 신탁설정의사에 기초하지 않고 법원이 신탁관계를 설정하는 경우에 성립되는 신탁이다.¹⁸⁷ 의제신탁을 부여하는 것은 형평법원의 관할이기 때문에 법원의 의사에 따라 의제신탁을 성립할 수 있다.¹⁸⁸ 따라서 개별적인 사실관계를 따져 형평법원은 의제신탁이 성립되어야 하는지 여부를 판단하였는데, 정립된 유형들 사이에 보편적인 요건을 발견하기 어렵기 때문에 일반적인 의제신탁을 정의하기 어렵게 한다.¹⁸⁹ 하지만 판례가 집적됨에 따라 일정 사실관계에 대해서 의제신탁이 성립되는 유형을 파악하였고, 해당 유형의 사실관계에서는 향후에도 의제신탁의 성립이 강제화되었다. 가장 대표적으로 수탁자가 충실의무를 위반하여 이익을 취득한 경우가 의제신탁이 성립되는 유형이다.¹⁹⁰ 수탁자가 충실의무를 위반하여 이익을 얻은 경우에 법원은 해당 이익을 신탁재산으로 간주하기 위하여 의제신탁을 부과한다.

따라서 신인의무자의 충실의무 위반에 적용하는 경우, 이득토출책임과 의제신탁은 신인의무자의 의무위반에서 발생한 이익을 박탈한다는 측면에서 동일한 역할을 수행한다.¹⁹¹

¹⁸⁷ 오영걸(2011), 1266 면; Sarah Worthington(2006), p.69-70; David Hayton and Charles Mitchell(2005), pp.348-350.

¹⁸⁸ 대표적인 예로 1) 법에 의해 권리가 이전되는 결과를 기대하는 경우, 2) 신탁위반이 있는 경우, 수익자의 형평법상 물권적 권한을 보존하기 위한 경우, 3) 과거의 거래나 권리자의 관계를 기반으로 하여 타인의 재산으로부터 형평법상 이해관계를 얻게 되는 경우, 최수정(2019), 486 면, 그 외에도 재산 승계인이 피승계인을 살해한 경우, 공동 유언 약정(mutual wills)이 있는 경우 등 다양한 유형이 있다. 오영걸(2011); Geraint Thomas and Alstair Hudson(2010), pp.776-870.

¹⁸⁹ 의제신탁을 다른 법의 분야에서 수용하기 어렵거나, 다르게 어떻게 분류하기 어려운 무더기라거나 공통점이 없는 사례들의 잡동사니 모음(ragbag of instances having little in common)라고 언급한 것은 의제신탁의 성격을 잘 나타낸다는 견해로는 Dr. Sykes “The Doctrine of Constructive Trusts (1941) 15 ALJ 171, 175; In RP Austin “Constructive Trusts” in PD Finn (ed), Essays in Equity (1985). Bruce Collins(2014), pp. 1055-1068 에서 재인용

¹⁹⁰ Robert Pearce & John Stevens(2006), p.268

¹⁹¹ Samuel Bray(2018), p.12.

따라서 이득토출책임과 의제신탁을 별도의 구제수단으로 간주하여야 할지, 아니면 이득토출책임을 부과한 경우 중에서 물권적 책임을 인정한 경우에 대해 의제신탁이 성립하는 것으로 보아야 할지는 여전히 논쟁의 소지가 있다. 이득토출책임과 의제신탁이 별개의 구제수단이라는 주장의 근거로 이득토출책임은 채권적 구제수단이기 때문에 특정 재산이나 특정 금전과 연관되지 않는 반면 의제신탁은 물권적 구제수단이기 때문에 특정 재산과 연관된다.¹⁹² 하지만 이는 일반적인 영미법상 채권과 물권의 성격일 뿐 의제신탁과 이득토출책임의 차이로 보아야 하는지는 의문이다.

(2) 의제신탁과 추급권

의제신탁이 왜 다른 구제수단과 비교하여 수익자에게 유리한 구제수단인지를 이해하기 위해서는 추급권에 대한 이해가 선제되어야 한다. 영미법상 추급권은 대위물추급권과 원물추급권으로 구별된다. 우선 원물추급(following)은 원물의 소유권자가 타인의 점유 하에 있는 원물 자체를 식별하는 과정이다.¹⁹³ 원물추급은 해당 원물 자체를 목적으로 한다는 점에서 신탁의 수익자의 목적에 가장 부합하는데 원물 자체를 파악한 이후 해당 원물에 대하여 권리를 주장(claiming)하여 원물추급권을 행사할 수 있다.¹⁹⁴ 반면 대위물추급(tracing)은¹⁹⁵ 원물의 소유권자가 그 대위물이나 대가 등 원물의 가치가 표상하는 물권을 추급하는 과정을 의미한다.¹⁹⁶ 즉 대위물추급은 원물의 가치가 다른 대위물 등으로 식별하는 과정(identify)을 통해 이에 대하여 권리를 주장하는(claiming)하는 것이다.¹⁹⁷

아래의 그림 2.1 과 같이 수탁자가 신인의무 위반으로 신탁재산에 포함된 골동품을 제 3 자에게 매도한 경우를 예를 들어보자. 해당 골동품이 어떤 제 3 자에게 이전되었는지 추급하여 해당 골동품에 대한 권리를 주장하는 것이 원물추급권이다. 반면 그림 2.2. 에서 수탁자가 신탁위반으로 뇌물을 수령하였고 이후 해당 금전으로 토지를 매수한 경우, 금전의 대가로 수령한 대위물인 토지를 식별하여 해당 대위물에 대하여 권리를 주장하는 과정이 대위물추급권에 해당한다. 의제신탁이 유용한 구제수단 역할을 하는 것은 우선 그림 2.1 의 경우에는 제 3 자에게 신탁재산이 이전된 경우에도 그 재산이 식별가능한

¹⁹² Samuel Bray(2018), pp.11-13.

¹⁹³ 이계정(2017), 69-70 면; 이계정(2016), 114-150 면; Lionel Smith(1997), p.67-68, p.161; Foskett v McKeown [2001] 1 AC 102 에서 Lord Millet 의 판결 문구가 가장 널리 알려져 있다. "Following is the process of identifying the same asset as it moves from hand to hand." Robert Pearce & John Stevens(2006), p.863.

¹⁹⁴ 이 권리를 주장(claiming)한다는 것은 추급권의 규칙에 따라 식별한 재산에 대하여 적합한 구제수단을 주장한다는 뜻이다. The assertion of an appropriate remedy in respect of assets identified by the rules of tracing has been termed 'claiming.' Lionel Smith(1997), pp.284-369.

¹⁹⁵ Tracing 은 대체물추급권, 대위물추급, 추적 등으로 표현하지만 본 논문은 이계정(2016)의 용례를 따라 대위물추급으로 표현하였다. 이계정(2017), 69-70 면.

¹⁹⁶ 마찬가지로 Foskett v McKeown [2001] 1 AC 102 에서 Lord Millet 의 판결의 문구는 다음과 같다. Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old.; Robert Pearce & John Stevens(2006), p.863.

¹⁹⁷ 원물추급과 대위물추급에 대한 논의는 다음의 문헌을 참고. Lionel Smith(1997); Sarah Worthington(2006), pp.87-121; Geraint Thomas and Alastair Hudson(2010), pp.979-1027; 송유림(2012); 이계정(2016).

경우(identifiable)에는 원물추급(following)할 수 있다는 데에 있다.¹⁹⁸ 즉, 수탁자의 충실의무 위반으로 신탁재산이 제 3 자에게 이전한 경우 제 3 자가 그 요건을 만족하면¹⁹⁹ 수익자와 제 3 자 사이에 의제신탁이 성립하였다고 보아서 수익자는 제 3 자에게 해당 재산에 대한 소유권을 주장할 수 있다. 뿐만 아니라 수익자는 의무위반으로 발생한 이익에 대하여도 물권적 권리를 가지게 된다. 또한 의제신탁을 부과하게 되면 물권적 효력을 갖기 때문에 신탁의무자의 파산 시에 신탁의무자의 일반 채권자들 보다 우선순위에 있게 되고, 본인은 의무 위반의 직접적인 이익뿐 아니라 파생적인 이익에 대한 권한이 주어진다. 반면 그림 2.2 의 경우, 수익자가 권리를 주장하는 대상은 의제수탁자가 아니라 원래 수탁자이다. 다만 신탁재산으로 취득한 것이 아닌 뇌물에 대해 의제신탁을 인정하여 그 대위물에 대하여 소유권을 주장하는 경우이다.²⁰⁰ 주로 대위물의 가치가 상승한 경우에 수익자는 대위물추급권을 행사할 것이다.

그림 2. 원물추급권과 대위물추급권

그림 2.1. 원물추급권 (Following)

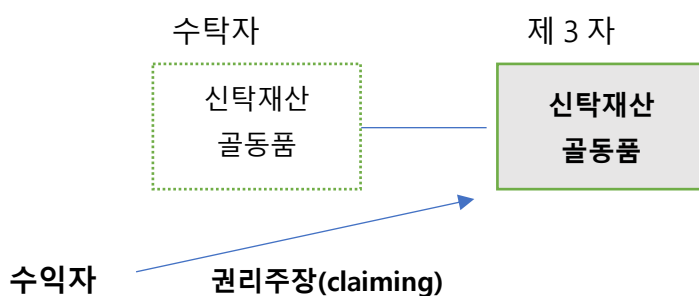
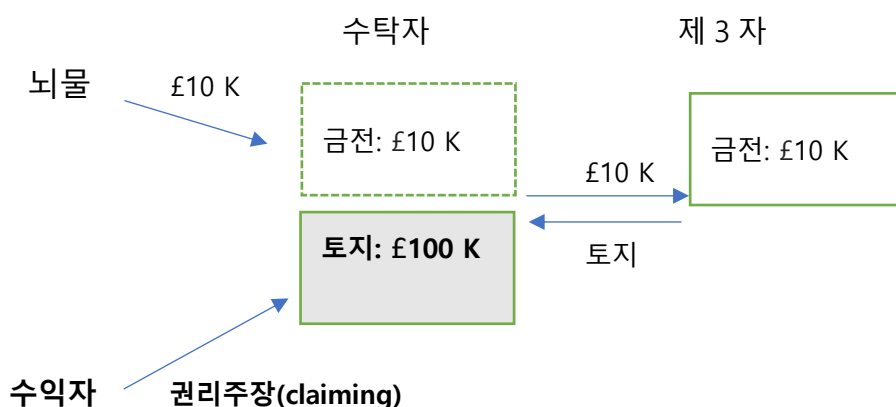


그림 2.2. 대위물추급권 (Tracing)



¹⁹⁸ 영국 뿐 아니라 미국의 R3RUE 에서도 동일한 의미의 조항을 포함한다. R3RUE, § 55, Comment m, p. 317, 추급권에 대한 내용은 R3RUE, § 58, 59, 제 3 자에게 책임을 부과하지 않는 선의의 유상취득자에 대한 정의는 R3RUE, § 66 을 참조.

¹⁹⁹ 제 3 장 제 2 절 2 & 제 3 장 제 3 절 3 참조.

²⁰⁰ 이 뇌물에 대한 물권적 기반이 있어서 의제신탁을 부과할 수 있는지 아니면 수탁자가 해당 뇌물 금액만 이득토출책임을 부담하는지에 대한 오랜 논쟁은 본 논문의 제 3 장 제 1 절 2 가 참조.

영미법상 권리를 보통법상의 권리와 형평법상의 권리로 나누고 있으므로, 대위물추급권 역시 보통법상의 권리에 근거한 보통법상의 대위물추급권과 형평법상의 대위물추급권으로 구별한다.²⁰¹ 신탁재산에 대한 수익권(beneficial interest, equitable interest)은 형평법상 권리에 해당하므로 형평법상 대위물추급권을 적용한다. 형평법상 대위물추급권은 수탁자가 신탁재산에 속하는 금전을 고유재산과 혼화(mixing)한 경우에도 대위물추급권을 인정한다. 즉 신탁재산의 예금과 수탁자의 고유재산의 예금이 혼화하고 이후 수탁자가 개인적으로 인출한 금액은 수탁자 고유재산을 인출한 것으로 추정하여 수익자를 보호하는 법리를 적용한다.²⁰²

(3) 의제신탁 판례

가장 대표적으로 영국에서 의제신탁 하에 물권적 책임을 인정한 판례는 AG for Hong Kong v. Reid²⁰³이다. 뉴질랜드 시민인 피고 Reid는 홍콩 검사보와 고용관계에 있었고 따라서 홍콩 정부와 신인관계에 있는 것으로 판시하였는데 범죄자들로부터 뇌물을 수령하여 기소사건을 방해하였고 해당 뇌물로 뉴질랜드에 토지를 매수하였다. 원고인 홍콩 정부는 해당 토지는 의제신탁 하에 있다고 주장하였다. 법원은 신인의무자가 수령한 뇌물은 본인을 위한 의제신탁을 성립하였고 따라서 뇌물로 매수한 해당 토지에 대해 추급권을 행사할 수 있다고 판시하였다. 당시 학계에서는 신인의무자가 수령한 뇌물에도 의제신탁을 부과하는 것이 타당한지에 대한 논쟁이 있었지만²⁰⁴ 이후 다수의 판례에서 뇌물 수령하여 신인의무를 위반한 경우에도 의제신탁을 부과하였다.²⁰⁵

²⁰¹ 이계정(2016), 117면.

²⁰² 다만 수익자 보호에 치중한 결과, 수탁자의 채권자의 이해관계를 지나치게 침해하지 않기 위한 원칙으로는 형평법상 대위물추급권 중 금전의 혼화에 대한 원칙인 'Re Hallet' s Estate' 원칙, 최저중간잔고 원칙(the lowest intermediate balance rule), Clayton' s case 원칙(선입선출 원칙) 등을 적용한다. David Hayton and Charles Mitchell(2005), p.804-805; Robert Pearce & John Steven(2006), pp.890-898; 이계정(2016), 121-127면 참고.

²⁰³ [1993] UKPC 2; [1994] 1 All ER 1.

²⁰⁴ AG for Hong Kong v Reid 판례 이전에 신인의무자의 뇌물수령에 대하여 의제신탁을 인정하지 않은 대표적인 판례로는 Lister & Co v Stubbs (1890) 45 Ch D 1; 뇌물수령에 대한 물권적 기반에 대한 논의는 제 3 장 제 1 절 2 가 참조.

²⁰⁵ 그 외에 뇌물 수령하여 신인의무 위반한 경우 의제신탁을 인정한 판례로 Daraydan Holdings Ltd v Solland International Ltd [2004] EWHC 622 (Ch) 119, Alastair Hudson(2010), pp.524-525 [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2004/622.html&query=\(daraydan\)+AND+\(holdings\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2004/622.html&query=(daraydan)+AND+(holdings)) [최종 방문일: 2020.12.04] 역시 뇌물 수령의 신인의무 위반에 대하여 의제신탁을 인정한 판례이다. 해당 판례에서 부부(S 부부)가 모두 인테리어 회사의 이사로 재직 중에 뇌물을 수령하여 해당 인테리어 프로젝트의 예산 비용을 10% 상승시킨 이후 해당 금액을 K에게 전용하였다. 이 후에 K 역시 인테리어 회사의 지배회사의 직원이었고 따라서 신인의무자임이 밝혀졌다. K에게 지급한 금액은 S가 수령한 뇌물에 해당하였다. 판결문에서 Lord Templeman은 Reid 판결을 언급하며, 대리인은 이익충돌의 지위에서 자신을 위해 행위하는 것을 금지하고 따라서 의제신탁을 구제수단으로 한다고 판시하였다. 해당 뇌물은 원고의 재산권(즉, 인테리어 공사를 위한 지급금)에서 비롯되었고 따라서 해당 뇌물은 사기적 허위진술의 일부에 근거한다고 판시하며 S 부부가 제 3자인 K에게 뇌물을 지급하고 제 3자 역시 신인관계에 있는 경우에는 두 당사자 모두가 해당 뇌물 금액을 연대하여 토출할 책임이 있고 해당 금액에 대한 의제신탁을 부과한다고 판시하였다. 그 외에도 고등법원 및 하급법원에서 의제신탁을 인정한 판례는 다음과 같다. Ocular Sciences Ltd v Aspect Vision Care Ltd [1997] RPC 289; Fryffes Group Ltd v Templeman [2000] 2 Lloyd' s Rep 643. Queen' s Bench Division (Commercial Court); Dubai Aluminium Company Ltd v Alawi [2002] EWHC 2051.

반면 2011년 Sinclair Investments (UK) Ltd v Versailles Trade Finance 판결은²⁰⁶ 영국 항소법원에서 수탁자가 이익을 취득한 경우의 사실관계를 구별한 후, 수탁자의 뇌물 수령과 같은 상황에서는 물권적 기반을 갖지 않기 때문에 채권적 책임만을 부과한다고 판시하였다. 따라서 Sinclair Investments 판결을 통해 오랫동안 이득토출책임과 의제신탁에 대한 논쟁을 정리하고 물권적 기반이 있는 경우에만 의제신탁을 부과하는 것처럼 학계의 기준이 성립되는 것 같았다.²⁰⁷ 하지만 2014년 FHR European Ventures LLP v Cedar Capital Partners LLC 판결을 통해²⁰⁸ 영국 대법원에서 신인의무를 위반하여 비밀 커미션을 수령한 경우에 물권적 책임을 다시 인정하여 Sinclair 판결 일부를 기각하였다.

FHR European Ventures LLP v Versailles Trade Finance 판례의 사실관계는 다음과 같다. 피고인 Cedar 회사는 호텔 사업에 대한 컨설팅 서비스를 제공하고 있었고, 원고인 FHR 이 매도자인 Monte Grand Hotel로부터 Monte Grand Hotel의 주식을 매입할 때에 매입가격의 협상 대리인 역할을 이행하기로 하였다. 이후에 피고는 주식을 제공할 Monte Grand Hotel에게 천만 유로의 커미션을 수령하였고 매입자인 원고가 해당 비밀 커미션에 대하여 신인의무 위반으로 해당 금액을 반환하도록 소송을 제기하였다. 해당 판시에서 법원은 영국에서 의제신탁은 구제수단이 아니고 제도적 신탁이라고 강조하며 물권적 책임을 부여하는 의제신탁을 부여할 지 여부는 신인의무의 엄격성 여부, 신인의무자의 파산 여부 및 제 3수령자에게 원상회복 청구권을 주장할 필요가 있는지 여부를 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다.

나. 미국의 의제신탁

미국의 신탁법 제 3차 리스테이트먼트(R3T)에서 의제신탁은 재산의 소유권자가 그 재산을 취득 혹은 보유하는 것이 부당하고, 만일 그 소유권자가 그 재산을 보유하는 경우 부당이득이 초래되기에 그 소유권자가 그 재산을 타인에게 양도해야 하는 형평법상 의무를 부담하는 관계로 정의한다.^{209,210} 즉 미국의 R3T는 의제신탁을 부당이득을 반환하기 위한 형평법원이 발전시킨 구제수단의 개념으로 본다. 따라서 의제신탁 자체를 ‘부당이득’이 초래되는 것을 방지하는 데에 초점을 두고 있기 때문에 의제신탁의 구체적인 내용은 제 3차 원상회복법 및 부당이득법 리스테이트먼트(R3RUE)에 포함하고 있는데 R3RUE 제 55조

²⁰⁶ [2011] EWCA Civ. 347; 본 논문의 제 3장 제 1절 2참고.

²⁰⁷ 해당 판례의 기준은 본 논문의 제 3장 제 1절 2에서 후술.

²⁰⁸ [2014] UKSC 45; 해당 항소법원 판결과 고등법원 판결은 다음과 같다. FHR European Ventures LLP v Mankarious & Ors [2013] EWCA Civ 17, FHR European Ventures LLP & Ors v Mankarious & Ors [2011] EWHC 2308 (Ch).

²⁰⁹ R3T, § 1. Scope of This Restatement. Comment e. p.8, “A constructive is a relationship with respect to property usually subjecting the person by whom its title is held to an equitable duty to convey the property to another on the ground that the title holder’s acquisition or retention of the property is wrongful and that unjust enrichment would occur if the title holder were permitted to retain the property.”

²¹⁰ 카도조(Cardozo)판사는 의제신탁을 다음과 같이 정의한다. “의제신탁은 형평법의 양심이 발견한 방식의 해결법이다. 어떤 재산의 법적 소유자가 양심상 형평법적 권리를 보유하지 않아야 하는 상황에서 법적 소유권자가 재산을 취득한 경우에 형평법은 해당 재산을 취득한 자를 수탁자로 전환시킨다.” R3RUE § 55, Comment, p.296.

의제신탁 조항은 다음과 같다.²¹¹ (1) 피고가 분별가능한 재산을 원고의 손해로 혹은 원고의 권리를 침해하여 취득하여 부당한 이득을 취한 경우, 피고를 해당 재산 혹은 추급가능한 산물(traceable product)에 대하여 원고의 이익을 위한 의제수탁자로 선언할 수 있다. (2) 의제수탁자는 의제신탁의 재산을 원고에게 이전(surrender)하는 의무를 진다.

R3RUE 의 커멘트에서 의제신탁과 이득토출책임(accounting)이 별개의 구제수단으로 언급하는 것은 흥미롭다.²¹² 피고가 특정 재산을 원고를 위한 의제신탁에 보유하는 것이 피고가 원고의 손해를 발생시키고 부당이득에 대한 모든 문제를 해결하지 않는다고 설명하며 원고의 재산을 활용하여 피고가 수익을 창출한 경우를 예를 든다. 만약 해당 재산을 의제신탁에 일정 기간 보유하고 있던 것으로 의제하게 되면, 피고는 해당 재산에 대한 임차료나 사용가치(use value)에 대하여도 반환할 책임을 부담하여야 한다. 따라서 이러한 상황에서는 법원은 의제신탁을 부여하는 것 뿐 아니라 추가적으로 해당 이익을 반환하고 계산하는 책임(accounting)을 부과할 필요가 있고 이러한 까닭에서 판례에서 법원이 의제신탁과 이득토출책임을 동시에 부여하는 것을 발견할 수 있다는 것이다. 이는 원고가 물권적 반환을 하는 특정 구제수단(specific relief)을 추구하는 것이 아니라 금전적 책임을 부과할 때에 이득토출책임을 활용한다고 언급하고 있다.

영국법에서 특정재산에 대해 의제신탁을 부과하면 신탁재산에서 발생한 이익 역시 의제신탁에 포함된다고 보는 것과 달리 미국 R3RUE 는 그 이익에 대하여 이득토출책임을 별도로 부과해야 한다는 견해이다. 또한 영국의 이득토출책임을 원칙적으로 채권적 책임이지만 판례에서 물권적 효력을 인정한 경우가 있어서 혼란을 가중하는 반면, R3RUE 에서는 금전적 책임 즉 채권적 효력을 요하는 경우에 이득토출책임을 부과할 수 있다고 설명하고 있다.

다. 의제신탁의 쟁점

(1) 신인의무 위반과 의제신탁

영미법상 신인의무 위반시 어떠한 경우 의제신탁이 성립되는지에 대한 논의가 활발하지만, 아직 성립하는 경우에 대하여 명확하게 규정하기는 어렵다. 두 가지의 해석이 가능한데, 협의의 해석은 신인의무자가 본인의 물권(재산권)에 개입하는 경우로 한정한다. 대표적으로 신인의무자가 신인의무 위반으로 본인의 재산을 처분하면 물권에 개입하는 경우에 해당한다. 학계에서는 물권적 기반이 있는 경우에만 의제신탁을 부과하여야 하지만 그 외에는 채권적 책임으로 이득토출책임을 부과하는 것이 바람직하다는 의견이다. 하지만 판결의 흐름은 물권의 개입여부와 무관하게 신인의무자가 신인의무 위반으로 이득을 취득한 경우에는 언제든지 의제신탁이 성립된다고 판시하고 있다. 따라서 살펴본 바와 같이 판례는 뇌물 수령의 경우와 같이 물권 개입 여부와 무관하게 의제신탁 혹은 물권적 책임을 인정한다.²¹³

²¹¹ R3RUE, § 55.

²¹² R3RUE, § 55, Comment 1, p.315.

²¹³ 학계의 논의 등은 제 3 장 제 1 절 가 참고.

(2) 의제신탁 성격: 제도 혹은 구제수단

의제신탁을 특정 상황에서 당연히 혹은 강제적으로 인정하는 제도(*institutional constructive trust*)로 볼 것인지 아니면 별개의 구제수단(*remedial constructive trust*)으로 볼 것인지도 해결되지 않은 문제이다.²¹⁴ 우선 영국의 의제신탁은 제도로 보아 강제적으로 인정된다고 보는 견해가 여전히 지배적이다.²¹⁵ 따라서 신인의무자의 의무 위반에 대해 법원의 개입여부와 무관하게 의무를 위반한 순간부터 자동적으로 의제신탁이 부여된다고 본다. 따라서 제도로써 의제신탁은 해당 요건을 충족하는 시점이 의제신탁이 성립하는 시점이 되고²¹⁶ 법원이 단지 선언하는 역할을 할 뿐 법원은 의제신탁의 성립 여부에 재량을 갖지 않는다.²¹⁷ 제도로 보는 관점에서는 의제수탁자가 단지 해당 재산을 수익자에게 반환하는 의무 외에 다른 수탁자와 유사하게 다른 의무를 부담하는지 여부는 논쟁 중이다.

반면 의제신탁을 구제수단으로 보는 관점에 따르면 법원의 재량에 의하여 다양한 구제수단 중에서 의제신탁을 선택할 수 있다. 구제적 의제신탁은 법원이 해당 의제신탁을 부과한 시점을 기준으로 의제신탁이 성립한다. 대표적으로 미국의 Tamar Frankel 교수는 의제신탁을 구제수단으로 파악하며, 의제신탁은 구제수단에 불과할 뿐 의제신탁이 성립하였다고 하여 신인관계가 발생하는 것은 아니라고 설명하고 있다.²¹⁸ 미국 및 영연방 국가에서는 일반적으로 의제신탁을 구제수단으로 보는 입장이 지배적이다.²¹⁹

영국의 의제신탁을 제도로 보는 견해는 의제신탁의 성립에 법원의 판단을 요건으로 하지 않는 장점이 있는 반면 수익자의 의사를 고려하지 않는다는 단점이 있다. 궁극적으로 의제신탁을 부과하는 취지가 수익자를 보호하는 목적임을 고려할 때 다른 구제수단들과

²¹⁴ Michael Bryan in Jamie Glistler and Pauline Ridge(2012); Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.318-319. 영국에서 제도적 의제신탁과 구제적 의제신탁에 대하여 언급한 대표적인 판례로는 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC669(JL) at 714-715.

²¹⁵ 영국에서도 의제신탁을 구제수단으로 인정하자는 논의 및 이에 대한 반대의견들이 공존한다. Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.318-326; Charlie Webb(2016), pp.353-376.

²¹⁶ Richard Calnan(2010), p.393; Bruce Collins(2014), p.1057.

²¹⁷ 영국의 의제신탁이 선례에 의하여 확립된 유형에만 한정하여 적용된다고 보고, 법원이 해당 사례가 발생하면 의제신탁을 성립시켜야 하며 의제신탁을 재량으로 확장하여서는 아니된다는 의미로 *institutional constructive trust* 를 제도적, 구속적, 유형 한정적 의제신탁으로 번역하고, *remedial constructive trust* 를 사례유형에 한정되어 있지 않고, 법원에서 의제신탁법리를 적용하여 재산권을 재분배하여 구제하는 것이 형평에 적합하다고 판단하면 선례와 무관하게 재량으로 의제신탁을 적용할 수 있다고 하여 구제적, 재량적, 유형비한정 의제신탁으로 번역한 문헌으로는 오영걸(2011), 1294-1295 면. 본 논문은 영국의 의제신탁이 제도적, 구속적이라는 표현에는 동의하나 '유형 한정적' 이라는 표현에 대하여는 의문이다. 영국 형평법과 판례법의 특성상 의제신탁이 유형 한정적이라고 보기 어렵고 그 유형이라는 것도 학자마다 상이하기 때문에 유형으로 한정하는 것 자체가 가능하지 않다고 생각하기 때문이다. 또한 본 논문은 미국의 *remedial constructive trust* 가 유형을 확장할 수 있다는 의미에서 재량으로 확장하는 의미로 파악하지 않고, 의제신탁이 성립하는 요건을 만족하는 경우에도 법원이 재량에 의해 의제신탁의 성립 여부를 결정할 수 있다고 이해하였다.

²¹⁸ Tamar Frankel(2010), p.251. R3RUE, § 55, Comment b. p. 298, 의제신탁은 단지 구제수단에 불과하기 때문에 실질적인 신탁이 아니라고 표현하기도 한다. 일부는 의제신탁은 부당이득의 구제수단으로 지정하여야 한다고 설명하고 있다.

²¹⁹ 캐나다에서 의제신탁의 구제적 성격에 대한 판례로는 *Hunter Engineering Co Inc v Syncrude Canada Ltd* (1989)57 DLR (4th) 321 at 348. Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.319-320.

비교하여 의제신탁을 부여하는 것이 가장 적합하다고 판단되는 경우에만 의제신탁을 구제수단으로 활용하는 것이 타당하다.²²⁰

4. 형평법상 손해배상

가. 형평법상 손해배상 적용

보통법상 계약위반에 대한 일반적인 구제수단이 손해배상인 반면, 형평법상 구제수단은 특정이행(specific performance) 등을 원칙적인 구제수단으로 한다. 다만 특정이행이 가능하지 않은 경우 예외적으로 형평법상 손해배상(equitable compensation)을 인정한다.

형평법원이 손해배상책임을 구제수단으로 인정한 이후에도 오랫동안 영국에서 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 일반적인 구제수단으로 하고 손해배상책임을 활용하지 않았다. 특히 영국에서 의제신탁 및 이득토출책임을 강화되어 있어서²²¹ 해당 구제수단을 활용하는 것이 보편적이었다. 1990년 이후 충실의무 위반시 손해배상책임을 인정하는 다수의 판례들이 등장하면서²²² 손해배상책임을 일반적인 구제수단으로 인정하게 되었다.²²³ 미국에서도 마찬가지로 신탁위반에 대하여 형평법상 구제수단만을 인정하였지만, 이후 손해배상책임을 포함하게 되었다.²²⁴

앞서 언급한 이득토출책임을 이익에 기반한 구제수단인 것에 비해 형평법상 손해배상은 원고의 손실을 전보하는 역할을 한다.²²⁵ 따라서 수탁자에게 발생한 이익과는 무관하고, 수익자의 손실을 측정하여 금전적 손해배상의 금액을 결정한다. 형평법상 손해배상은 신인의무자의 충실의무 위반에만 국한되는 구제수단이 아니라 신인의무자가 부담하는 의무 위반에도 모두 적용한다.²²⁶

²²⁰ LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd (1989) 51 DLR (4th) 14; Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.320-321, pp.814-815.

²²¹ Matthew Conaglen(2016), p.126.

²²² 영국 뿐 아니라 캐나다, 호주 등 영연방 국가에서 손해배상책임을 부과한 판결을 발견할 수 있다. 영국의 판결로는 Swindle v Harrison [1997] 4 All ER 705 (CA), Longstaff v Birtles [2001] EWCA Civ 1219 [2002] 1 WLR 470; 호주의 판결로는 United States Surgical Corp v Hospital Products International Pty Ltd [1982] 2 NSWLR 766 (NSWCA) 816; Warman International Ltd v Dwyer (1995) 182 CLR 544 (HCA) 559; 캐나다의 판결로는 Jacks v Davis (1982) 141 DLR (3d) 355 (British Columbia CA).

²²³ 초기 판례에서는 손해배상책임 대신 금전적 취소권(pecuniary rescission)이라는 용어를 사용하였다는 설명으로는 Charles Mitchell(2013), pp.316-320.

²²⁴ UTC § 1001 (b)(3) & Comment; R2T § 197 & 198; R3T § 100(a).

²²⁵ 형평법상 손해배상(equitable compensation)이라는 용어 대신에 equitable damages, damages, account, account for deficiency 라는 용어를 손해배상의 의미로 사용하기도 한다. Samuel Bray(2018), p.2.

²²⁶ 청구권자의 선택에 의한 것인지 아니면 충실의무 위반의 경우에 이득토출책임과 형평법상 손해배상책임 중에 우선하는 청구권이 있는가에 대한 논의는 다음의 논문을 참조. Julie Ward in Simone Degeling and Jason Varuhas(2017), pp.69-71.

나. 손해배상책임과 이득토출책임의 청구권 경합

앞서 영미법상 형평법적 손해배상이 일반적인 구제수단으로 인정되게 된 역사적 배경을 살펴보았다. 그렇다면 충실의무 위반의 경우는 이득토출책임과 손해배상책임의 관계를 어떻게 보아야 할 것인가? 영미법의 판례와 학계에서 이에 대하여 자세하게 논의하고 있지 않은데 형평법원에서는 특히 법원의 폭넓은 재량을 인정하는 만큼, 형평에 어긋나지 않게 구제수단을 인정한다고 볼 것이다. 즉 충실의무 위반의 경우에는 형평법상 손해배상(equitable compensation)과 이득토출책임 중에서 수익자가 선택할 수 있어서 청구권 경합관계에 있다고 볼 수 있다.²²⁷ Tang Man Sit v Capacious Investments Ltd 판례에서 형평법상 손해배상과 이득토출책임은 수익자의 선택에 의하여 어떠한 권리든 행사할 수 있지만, 이중으로 만족을 얻을 수 없다고 판시하였다.²²⁸

Peter Devonshire 교수는 극히 예외적인 상황에서 손해배상책임과 이득토출책임을 중복적으로 부과하는 것을 인정한다고 설명한다. 예외적인 상황으로 뉴질랜드의 Stevens v Premium Real Estate Ltd 판례를 든다.²²⁹ 해당 판례의 사실관계는 부동산 중개대리인이 매수인의 기만행위를 조력하였고 그 과정에서 수수료를 수령하는 동시에 신인의무 위반으로 매수로부터 재산에 손해를 야기하였다. 해당 판결에서 법원은 신인의무자가 신인의무 위반으로 대리인이 수령한 보수에 대한 이득토출책임을 부담하고 이와 별개로 손해배상책임을 부담하도록 하였다.

5. 수익자 취소권

가. 수익자 취소권은 구제수단인가?

²²⁷ Daniel B. Kelly(2017); Sarah Worthington(2016); Peter Devonshire(2010); Samuel Bray(2018); Peter Devonshire(2013), p.14; Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.741-742. Tang Man Sit v Capacious Investments Ltd [1996] AC 514 (PC) 520 의 Lord Nicholls of Birkenhead 의 판시 참조. “There is inconsistency between an account of profits, whereby for better or worse a plaintiff takes the money the defendant received from the use he made of the property, and an award of damages, representing the financial return the plaintiff would have received for the same period had been able to use the property. These remedies are alternative, not cumulative. A plaintiff may have one or the other, but not both.” (밑줄은 필자)

²²⁸ Tang Man Sit v Capacious Investments Ltd 의 사실관계는 다음과 같다 Tang Man Sit 은 사망 직전 Capacious 사와 함께 설립한 조인트벤처에 자신의 토지를 출자하고 Capacious 사는 개발사업에 대한 자본을 제공하였다. 이후 주택개발사업이 완료되었고 Tang 은 일부를 Capacious 사에 양도하기로 약정하였다. 따라서 Tang 이 Capacious 사를 위해 해당 주택을 보유하기로 하였지만 법적 권한은 이전되지 않았다. 해당 주택 중 일부로부터 취득한 임대료는 Tang 이 개인적으로 향수하였고, 일부 주택은 임대하지 않았으며 임대한 일부 주택은 심하게 손상되었다. Capacious 사는 Tang 의 신인의무위반에 대한 이득토출책임 및 신탁위반에 따른 손해배상책임을 청구하였는데 손해배상책임은 1) Tang 이 임대하지 않은 주택으로부터 발생한 일실이익과 2) 임대한 주택에서 발생한 마모 등 주택가치 감소분에 대한 손해배상으로 구성되었다. 1심법원은 두 구제수단을 인정하였으나, 항소법원과 추심원은 원고가 구제수단간에 선택을 하여야 하는지 문제를 다루었는데 이득토출책임으로 180 만 홍콩달러를 수령한 경우 손해배상책임을 그 금액을 차감한 금액이라고 판시하였다. John Stevens(1996), pp.117-122; Robert Pearce & John Stevens(2006), p.742.

²²⁹ [2009] NZSC 15; <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZSC/2009/15.html> [최종 검색일: 2020.12.11] Peter Devonshire(2013), p.16.

수익자 취소권(Rescission)은 앞서 논의한 다른 구제수단들과 성격이 상이하다.²³⁰ 수익자 취소권은 앞서 살펴본 수탁자의 충실의무 위반에 의한 행위가 법적으로 유효한 지 아니면 무효인지 논의와 관련된다.²³¹ 만약 수탁자의 충실의무 위반 행위를 당연 무효로 파악하면, 수익자의 취소권 행사 자체가 불필요할 것이다. 단 앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서는 수탁자의 의무 위반으로 인한 행위가 취소권의 행사를 통해 무효화할 수 있다고 보는 입장이 다수설이다.²³²

본 논문은 영미법상 ‘Rescission’ 을²³³ 수익자 취소권으로 표현하였으나 ‘Rescission’ 을 유효하게 성립한 계약을 소급하여 소멸시키는 일반적인 의사표시에 가깝다고 보아 계약의 해제(혹은 해소)로 표현하는 문헌도 있다.²³⁴ 계약법의 용례에 따르면 계약의 해제가 더 정확할 수 있으나, 본 논문은 계약법이 아니라 충실의무 위반에 의해 체결한 계약을 수익자의 선택에 의해 무효화, 즉 취소할 수 있다는 점에 초점을 두고 있기 때문에 ‘수익자 취소권’ 으로 표현하였다. 다만 영미법상 수탁자의 충실의무 위반으로 인해 취소할 수 있는 거래는 해당 충실의무 위반으로 인한 거래로 제한한다는 측면에서 우리 신탁법상 수익자 취소권과는 그 범위가 상이하다.²³⁵

나. 수익자 취소권과 다른 구제수단의 관계

수익자의 취소권과 신인의무 위반에 대한 수익자의 책임에 의한 다른 구제수단을 별개의 권한으로 보아 중첩적인 행사가 가능한가에 대한 질문은 앞서도 던진 적이 있다. 이는 아직 영미법에서 답을 찾지 못하였고, 궁극적으로 해당 의무 위반의 사실관계에 대한 개별적인 검토를 요한다. 일반적으로는 취소권의 행사 자체로 책임의 구제수단 중에 하나를 행사한 것과 같은 효력이 발생하는 경우에는 중첩적인 행사는 불가능하다고 보는 것이 타당하다.

6. 금지명령

앞서 언급한 구제수단들은 모두 신인의무자의 위반행위 이후 사후적으로 규제하는 구제수단이다. 반면 신인의무자가 의무를 위반하는 행위가 진행 중이거나 아직 의무를

²³⁰ 취소권은 그 자체로 구제수단이 아니라는 견해로는 James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006). p.207.

²³¹ 본 논문의 제 2 장 제 2 절 참조.

²³² 신인의무 위반의 사법적 효력에 대한 논의는 본 논문의 제 2 장 제 2 절 참고.

²³³ 영미법에서는 동일하게 계약을 취소한다는 의미로 ‘rescission’ 용어 외에도 해당 거래를 무효화할 수 있다는 의미에서 ‘voidable’, ‘can be set aside’ 라는 용어로 표현하는 문헌도 있다. 예를 들면 미국 R3RUE § 43 는 ‘rescission’, UTC § 802 는 ‘voidable’, R3T § 78 의 커멘트에서는 ‘set aside’ 이라는 용어를 사용한다. 문맥에 따라 본 논문은 ‘취소권’ 을 행사한다 혹은 ‘무효화할 수 있다’ 고 표현하였다.

²³⁴ 이계정(2018), 48 면.

²³⁵ 영미 신탁법에서 신인의무 위반으로 인한 직접적인 거래에 대하여 취소권을 행사할 수 있는 반면 해당 신탁재산 등을 제 3 자에게 이전하는 거래의 경우에는 의제신탁 및 제 3 자 책임을 활용한다. 본 논문의 의제신탁 논의는 제 2 장 제 3 절 2 참고. 반면 우리 신탁법상 취소권의 범위에 대한 자세한 논의는 제 5 장 제 3 절 2 다 참조.

위반하지는 않았지만 위반할 우려가 있는 경우에 법원은 그 행위를 금지할 수 있고 이를 금지명령(injunction)이라고 부른다. 특히 형평법에서는 계약을 위반하는 신인의무자가 본인에게 금전적 손해배상을 인정하는 것보다 피고가 위반하지 못하도록 금지하는 것이 본인을 보호하는 취지에 부합한다는 사고 하에 금지명령을 일반적인 구제수단으로 포함한다. 금지명령(injunction)은 신인의무자의 부작위 금지명령(prohibitory injunction)과 작위 금지명령(mandatory injunction)을 포함한다.²³⁶

금지명령은 사전적 구제수단이므로 신인의무자의 위반행위가 비교적 초기의 단계에 있거나 혹은 추가적인 의무 위반을 방지하기 위한 구제수단으로 볼 수 있다.²³⁷ 따라서 신인의무 위반이 발생한 경우에는 형평법적 손해배상이나 이득토출책임과 같은 구제수단과 함께 보조적으로 사용할 수 있다. 예를 들면 신탁재산을 유용하여 신인의무 위반을 한 수탁자는 이미 유용한 신탁재산과 관련하여 이득토출책임을 부담하는 동시에 향후 신탁으로부터 추가적인 자금을 전용하지 못하도록 금지명령을 청구할 수 있다.

제 4 절 영미의 부당이득법제

지금까지 신인관계 및 신인의무의 성격 및 기능과 그 의무 위반시 구제수단에 대하여 개략적으로 살펴보았다. 영미법에서 신인의무자의 의무 위반 외에도 계약 위반이나 불법행위의 구제수단으로 원상회복책임 및 이득토출책임을 허용하는 경우가 있다. 따라서 계약위반, 불법행위 및 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 통합하여 부당이득법리에서 논의하기도 한다. 아래에서는 영미법의 부당이득법제에 대하여 살펴보고 신인의무자의 이득토출책임을 이해하는 데에 도움이 되는 측면이 있는지 검토하겠다.

1. 영국의 부당이득법

가. 부당이득법의 발전과정

영국의 부당이득법의 발전은 계약법, 불법행위법 등의 발전에 비해 더디게 이루어졌다. 1760년 *Mose v Macferlan*²³⁸에서 자연적 정의 및 형평법의 원리에 의해 부당이득반환의

²³⁶ Robert Pearce and John Stevens(2006), pp.44-45; Samuel Bray(2018), p.18-19; 금지명령 종류도 해당 청구권을 행사하는 시기별, 행사하는 사건의 특성에 따라 다양하게 명명한다. 청구하는 시기에 따라 예비적 금지명령(preliminary injunction), 임시적 금지명령(interim injunction, interlocutory injunction), 최종명령(final injunction, perpetual injunction), 특성에 따라 Injunction without notice, Quia Timet Injunction, Freezing Injunction 등으로 구분한다.

²³⁷ UTC 1001 (b) (3) To remedy a breach of trust that has occurred or may occur, the court may enjoin the trustee from committing a breach of trust.

²³⁸ [1760] 97 Eng. Rep. 676, (2 Burrow, 1005) 본 판례에서 실제로 “부당이득”이라는 용어가 등장하지는 않는다. 대신 본 판결문에서 부당이득 소권을 인정되었다고 해석되는 문구는 다음과 같다. “In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money.” American Law Institute, Restatement of (third) Restitution and Unjust Enrichment, p. 4; Peter Birks 교수는 “정의(justice)상 어떠한 금전도 피고가 보유할 수 없다.(Money which ought not in justice to be kept is “unjust enrichment.”)이라는 문장 자체가 부당이득과 동일하다고 설명한다. Peter Birks(2002), p.49. 본 판례는 인수소송(Assumpsit)에 대한 것으로 사실관계는 다음과 같다. 원고인 Moses 는 피고인 Macferlan 에게 26 파운드의 채무가 있었는데 이를 지급하지 않아서

소권을 인정하였고 그 이후에 부당이득에 대한 독자적인 청구권으로 인정하게 되었다. 영국의 부당이득법(unjust enrichment)은 원상회복청구권 restitution)을 일반적인 구제수단으로 인정한다. 원상회복청구권은 그 안에 계약법, 불법행위법 및 형평법의 원상회복청구권을 모두 포함하고 있기 때문에 원상회복청구권이라는 하나의 명칭 하에 포섭할 수 있는지는 오랫동안 해결되지 않은 문제였다. 이는 전통적으로 영미법상 원상회복 restitution)의 개념이 원래 원고에게 귀속되어 있던 것을 다시 원고에게 돌려주는 give back) 개념과 피고가 획득한 이익을 포기하게 하는 give up) 개념을 포괄하였기 때문에 발생하는 문제이다. 본 논문의 주제인 수탁자의 이득토출책임은 후자의 대표적인 예이다. 광의의 원상회복책임에 포함하는 두 개념을 명확히 구분하면, 전자의 구제수단을 원상회복책임으로, 후자를 별도로 이득토출책임으로 지칭하여야 한다.²³⁹ 그럼에도 불구하고 영미법에서는 오랫동안 이득토출책임을 원상회복책임에 포함되는 것처럼 용어를 사용하여 왔다. 이는 용어를 명확하게 정의하지 않고 사용해 온 역사에서 비롯된 것으로 추정한다. 하지만 이러한 흐름은 근본적으로 원상회복법 혹은 부당이득법에 포함된 원상회복책임과 이득토출책임의 요건이나 사실관계가 유사함을 바탕으로 하지 않는다. 오히려 개별 판례에 대하여 필요에 의해 각각의 구제수단을 인정하였지만 어떠한 방식으로 구제수단을 재편할 지에 대한 답을 찾는 과정에서 혼동이 비롯되었다고 생각한다. 아래에서는 영국의 원상회복법의 전통적 구분방법, 부당이득법과 원상회복법의 관계 및 최근의 흐름인 이득에 기반한 구제수단 gain-based remedy)에 대하여 소개하도록 하겠다.

나. 원상회복법의 전통적인 구분

전통적 견해에 따르면 영국의 원상회복법은 크게 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복 restitution by subtraction)²⁴⁰ 과 위법행위로 인한 원상회복 restitution for wrongs)으로 구분한다. 아래에서 각각에 대하여 간단히 살펴보겠다.

(1) 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복 Restitution by subtraction)

손실자의 재산 감소에 의한 원상회복은²⁴¹ 독립적인 소권으로 다른 위법행위를 법률요건으로 하지 않는다는 의미에서 자율적인 부당이득법 autonomous unjust enrichment)이라고 명명하기도 한다. 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복책임을 성립하기

소송하였다. 채무 발생 이전에 Moses 은 Jacob 이가 발행한 총 6 파운드 약속어음을 보유하고 있었다. 원고가 소를 제기한 이후 원고는 피고에게 20 파운드의 채무를 이행하고 나머지 6 파운드 채무는 Jacob 으로부터 수령한 약속어음을 배서 endorse)하였다. 후에 약속어음으로 채무를 만족하지 못한 Moses 는 Macferlan 에게 6 파운드 지급청구 소송을 하였고 법원은 이를 인정하였다.

²³⁹ Peter Birks(2005), p.282.

²⁴⁰ 손실자의 재산감소에 따른 원상회복과 관련한 논의는 다음의 문헌 참조. Peter Birks(2005), pp.49-160; Graham Virgo(2015), pp.45-412.

²⁴¹ 문헌에 따라 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복이라고 하기도 하고 손실자의 재산 감소에 의한 '부당이득법' 이라고 명명하기도 한다. 손실자의 재산 감소 자체는 다른 권리 발생 사건 없이 그 자체로 부당이득을 권리 발생사건으로 한다. 따라서 권리 발생원인을 강조하는 경우 손실자의 재산 감소에 의한 '부당이득법' 이라고 하는 반면 그로 인한 법적 대응방식인 원상회복에 초점을 두면 손실자의 재산 감소에 의한 '원상회복법' 으로 지칭한다.

위해서는 원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취득한 경우로, 그 이득이 부당성 요건(unjust factor)을 만족하고 항변 요건이 결여되어 있어야 한다.²⁴²

손실자의 손실에 의한 원상회복의 법률 요건 중에 가장 어려운 문제는 원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취해야한다는 요건이다. 즉 원고의 희생과 피고의 이익 사이에 어떠한 연결고리가 있어야 하는지의 문제이다.²⁴³ 이 요건은 연관성 문제(correspondence question)로 표현하기도 하는데 원고의 손실이 피고의 이익과 어떠한 유사성을 띄어야 하는가의 문제이다. 가장 단순한 형태는 착오 송금과 같이 원고의 희생과 피고의 이득 사이에 수리적인 덧셈셈의 관계가 있는 것이겠지만 영국의 부당이득법은 반드시 대응하는 손실을 요건으로 하지는 않는다.²⁴⁴ 따라서 재산권의 이전에 의한 손실 뿐 아니라 피고가 원고의 권리 침해로 이득을 얻은 경우도 원상회복을 주장할 수 있다. 원고의 손실로 피고가 부당하게 이득을 취득하였다더라도 부당성 요건을 만족하여야 부당이득에 의한 원상회복청구권이 발생한다.

손실자의 재산감소에 의한 원상회복청구권의 경우, 부수적인 이익(incidental gain)은 부당이득반환에 포함되지 않는다. 이는 아래에서 다룰 위법행위에 의한 원상회복의 구제수단이 부수적 이익을 포함하여 이득토출책임을 허용하는 것과 대조된다. 즉 손실자의 재산 감소에 의한 부당이득에 대해 이득토출책임을 적용할 수 없고 원상회복책임만을 허용한다.²⁴⁵

(2) 위법행위에 의한 원상회복(Restitution for wrongs)

영국에서는 오랫동안 “위법행위로 인하여 이득을 얻어서는 안된다”는 추상적인 법리가 존재하였다. 그러나 위의 법리에도 불구하고 모든 위법행위에 대하여 원상회복 구제수단을 적용한 것은 아니, 일정한 유형의 위법행위에 대해서만 원상회복책임을 인정하였다.²⁴⁶ 피고에게 위법행위에 의한 원상회복, 특히 이득토출책임을 허용하면 원고에게 부당한 이득을 허용하는 측면이 있기 때문에 위법행위로 인한 원상회복을 제한적으로 인정한 것이다.²⁴⁷ 대체적으로 세 분야에서 위법행위에 의한 원상회복책임을 발생한다고 보는데 1) 계약위반에 의한 원상회복, 2) 불법행위 중 재산권 침해와 관련된 불법행위로 인한 원상회복 및 3) 신인의무 위반을 포함하는 형평법상 위법행위로 인한 원상회복이 이에 해당한다.

²⁴² 부당성 요건으로는 착오, 강요, 약인의 부재 등이 있고, 이 범주는 기존의 요건으로 제한적인 것이 아니라 새로운 범주로의 확장이 가능하다. 영미의 손실자의 손실에 의한 부당이득법은 독일 및 대륙법의 부당이득법이 법률상 원인이 결여한 경우에 부당이득으로 인정하는 것에 비해 제한적이라는 비판을 받기도 한다. 영국법에서 손실자의 재산 감소에 의한 부당이득법의 틀을 마련한 Peter Birk 교수도 “법률상 원인 결여” 개념이 더 바람직한 요건인지 논의는 다음의 문헌을 참고. Andrew Burrows in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), pp.33-34; Reinhard Zimmermann in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.364.

²⁴³ Andrew Burrows(2017a), pp.1-3.

²⁴⁴ Peter Birks(2005), p.64.

²⁴⁵ R.B Grantham & C.E.F Rickett(2003), pp.165-166.

²⁴⁶ Sarah Worthington(1999a), pp.220.

²⁴⁷ 앞서 살펴본 손실자의 재산감소에 의한 원상회복은 그 요건이 명확하게 수립된 데에 비하여, 위법행위로 인한 원상회복 요건은 명확하지 않다. Graham Virgo 교수는 (i) 위법행위가 관련되 소송사유 입증, (ii) 위법행위는 원상회복 구제수단을 발생시키고, (iii) 피고가 이득을 획득한 것을 든다. Graham Virgo(2015), pp.416-417. 해당 요건은 손실자의 재산감소에 따른 부당이득법의 요건과 비교하여 다른 점을 강조하였다. 하지만 해당 요건은 다소 이해하기 어려운 부분이 있다. 예를 들면 두 번째 요건인 위법행위로 인한 원상회복 구제수단을 발생시켜야 한다는 요건은 사실 요건이 아니라 결론이기 때문에 순환논증으로 보인다.

(가) 계약법상 원상회복 구제수단

영국법상 계약위반에 대한 원칙적인 구제수단은 기대이익 손해배상(expectation damages)²⁴⁸ 혹은 신뢰이익 손해배상(reliance damages)²⁴⁹이다. 영국 계약법에서는 계약위반에 대하여 원상회복책임(restitutionary damages)을 오랫동안 허용하지 않았다.²⁵⁰ 이는 수탁자와 수익자 관계와 달리, 동등한 지위에 있는 두 당사자의 계약에서는 기대이익 손해배상이나 신뢰이익 손해배상으로도 충분한 구제수단이며 효율적인 계약 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하여 계약의 위반을 억지할 필요가 없다고 보았기 때문이다.

Attorney General v Blake 는 계약법상 구제수단의 흐름을 바꾼 획기적인 판례이다.²⁵¹ 본 판례에서 피고인 Blake 는 1941 년부터 61 년까지 영국의 비밀요원으로 고용되었고 고용계약서에는 업무에 관한 어떠한 정보도 누설하지 않는 조항이 포함되어 있었다. 1951 년에 소련의 비밀요원이 되어 이중첩보원의 역할을 하게 되었고 이후 영국 정부로부터 발각된 이후 도주하여 자신의 비밀요원 행위에 대한 자서전을 집필하여 인세 등을 선금으로 수령하였다. 자서전을 집필할 당시에는 더이상 그가 보유하던 정보는 기밀이 아닌 시기였기 때문에 영국정부는 기대이익이나 신뢰이익 손해배상으로는 충분한 배상이 되지 않았다. 따라서 당시 대법원의 역할을 하던 House of Lords 에서는 계약 위반의 경우에는 손해배상책임을 원칙으로 하지만 예외적인 상황에서²⁵² 이익반환을 구제수단으로 허용한다고 하였다. 특히 Lord Nicholls 는 “손해배상책임으로 충분하지 않고 원고가 피고의 이익에 관하여 정당한 이해관계(legitimate interest)가 있는 경우에 계약위반에 의한

²⁴⁸ 영미 계약법상 기대이익 손해배상(expectation damages)은 계약이 제대로 이행되었더라면 원고가 있을 지위에 놓여있게 하는 손해배상으로 민법의 이행이익과 유사하다.

²⁴⁹ 영미 계약법상 신뢰이익 손해배상(reliance damages)은 계약이 본래부터 없었더라면 원고가 있을 지위에 원고를 돌려보내는 손해배상이다. 따라서 계약 체결로 인해 원고가 지불하였을 비용 등이 신뢰이익 손해배상 금액에 포함된다.

²⁵⁰ 참고로 영미 계약법상 피고의 이익을 모두 반환하는 책임을 부과하더라도 이득토출책임(disgorgement of profits 혹은 account of profits)이라고 지칭하지 않고 원상회복 손해배상(restitutionary damages)라고 지칭하여 마치 원상회복책임을 부과하는 것처럼 혼동을 야기한다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 영미법에서 용어의 정의를 명확하게 하지 않기 때문에 발생하는 문제이다.

²⁵¹ [2001] 1 AC 268.

²⁵² Lord Nicholls Remark, my conclusion is that there seems to be no reason, in principle, why the court must in all circumstances rule out an account of profits as a remedy for breach of contract. I prefer to avoid the unhappy expression 'restitutionary damages'. Remedies are the law's response to a wrong (or, more precisely, to a cause of action). When, exceptionally, a just response to a breach of contract so requires, the court should be able to grant the discretionary remedy of requiring a defendant to account to the plaintiff for the benefits he has received from his breach of contract. In the same way as a plaintiff's interest in performance of a contract may render it just and equitable for the court to make an order for specific performance or grant an injunction, so the plaintiff's interest in performance may make it just and equitable that the defendant should retain no benefit from his breach of contract.” [중략] The main argument against the availability of an account of profits as a remedy for breach of contract is that the circumstances where this remedy may be granted will be uncertain. This will have an unsettling effect on commercial contracts where certainty is important. [중략] useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit. (밑줄은 필자) <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html> [최종 검색일: 2020.12.05]

원상회복책임을 허용할 수 있다” 고 판시하였다.²⁵³ AG v Blake 판례의 계약 위반에도 이득토출책임을 적용하는 법리는 Esso Petroleum Co. Ltd v Niad,²⁵⁴ Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc 에²⁵⁵ 인용되었지만 계약 위반시 이득토출책임을 부과하는 경우의 요건을 정할 수 있는지에 대한 논의가 여전히 진행 중이다.

일반적인 계약관계는 앞서 언급한 신인관계와는 전혀 다른 성격을 띤다. 동등한 지위의 계약 당사자들이 자신의 이익을 최대한 실현할 목적으로 계약을 체결한다. 계약당사자가 합리적 판단에 의해 계약 위반에 따른 이익이 계약을 이행하는 경우의 이익보다 더 크다고 판단하는 경우, 손해배상책임만을 부담하면 계약의 위반을 허용하여야 한다. 만약 계약 위반에 대해 일반적인 구제수단으로 이득토출책임을 인정하면 효율적인 계약 위반을 억지하게 되어 사회 전반적으로 부정적인 효과를 야기할 수 있다.

위와 같은 이유에서 영국법상 계약 위반시의 이득토출책임을 극히 예외적인 상황에만 인정하고 있다. 다만 이득토출책임을 인정하는 그 예외적인 상황의 요건 등이 명확하지 않아서 법적 불확실성을 야기한다는 비판도 존재한다.²⁵⁶ 주로 영국의 계약 위반에 대한 원상회복 구제수단을 허용한 경우는 피고의 이익에 대하여 원고가 정당한 이해관계가 있거나 고의적, 반복적 계약 위반을 한 경우에 예외적으로 이득토출책임을 인정하고 있다.²⁵⁷ 판례는 정당한 이해관계가 있는 경우를 정의하고 있지 않지만, AG v Blake 판례처럼 해당 계약관계가 신인관계까지 이르지 않는 것이라도 사실관계로 미루어보아 일정 수준의 신뢰와 신임의 성격을 띤다고 판단되는 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

(나) 불법행위의 원상회복 구제수단

불법행위로 인한 원상회복도 원고의 손실여부와 무관하게 피고가 불법행위로 취득한 이익을 반환하는 구제수단이다. 불법행위로 인한 원상회복책임을 모든 불법행위를 대상으로 하지 않고 주로 재산권을 침해하는 불법행위에 제한적으로 적용한다.²⁵⁸ 대표적으로

²⁵³ James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.150.

²⁵⁴ [2001] All ER (D) 324; <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2001/458.html> [최종 검색일: 2020.12.05]

²⁵⁵ [2003] EWCA Civ 323; [2003] 1 ALL ER (Comm) 830;

<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/323.html> [최종 검색일: 2020.12.05]

²⁵⁶ 일반적 원칙으로 이득토출책임을 부과하는 것이 아니라 극히 예외적인 경우 혹은 합리성 기준(notion of reasonableness) 등으로 평가하여 이득토출책임을 부과하면 법적 불확실성을 야기한다는 견해로는 Craig Rotherham(2012), p.558.

²⁵⁷ 계약위반시 이득토출책임을 예외적인 구제수단이라는 논의는 James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.150 계약법상 이득토출책임을 대한 논의에 대한 다양한 논의는 다음을 참조. John McCamus (2003); Lionel Smith(1994); Melvin Eisenberg(2006); Katy Barnett(2012); Allan Farnsworths 는 계약 위반시의 이득토출책임을 계약의 남용(abuse of contract)인 경우로 한정하여 한다고 주장한다. 또한 이득토출책임을 금액은 기회비용을 제외한 순이득, 즉 총이득에서 실제 발생한 비용을 차감하는 것이 아니라 총이득에서 다른 기회에 사용하였으면 얻었을 가점적인 이득을 차감한 금액을 토출해야 한다는 주장하는 문헌으로는 Edward Allan Farnsworth(1985), p.1366, pp.1384-1386.

²⁵⁸ 불법행위법을 재산권에 대한 보호와 개인의 자유에 대한 보호로 구분할 수 있다. 재산권과 관련된 불법행위에는 원상회복 청구권을 인정하는 반면 주의의무 위반, 명예훼손, 폭행 등과 같이 재산권을 침해하지 않는 불법행위의 경우에는 손해배상 금액 산정이나 원상회복 청구권 금액 산정 모두 주관적인 추정이 포함될 수 밖에 없기 때문에 굳이 원상회복책임을 인정할 필요가 없다.

지식재산권 침해, 부동산 불법 침해(trespass to land) 및 동산의 소유권 횡령(conversion)²⁵⁹ 등이 있다. 또한 불법행위에 대하여 원상회복책임은 의식적, 반복적인(conscious, cynical) 위법행위에 대해서 예외적으로 인정한다.²⁶⁰

문헌에 따라 이득토출책임이라는 용어를 사용하는 경우도 있지만 궁극적으로 토출할 이득을 평가 및 확정하는 과정을 통해 모든 이득을 토출하는 것이 아니라 물권의 사용가치(use value)만을 원상회복하는 것이 일반적이다.²⁶¹ 불법행위가 이미 발생한 상황에서 ‘원상회복’은 궁극적으로 금전적 배상의 형태를 띠 수 밖에 없다. 따라서 불법행위에 의한 원상회복 구제수단이 진정한 의미의 원상회복이라고 할 수 있는지 아니면 손해배상책임으로 취급해야 하는지 역시 의문이다.²⁶² 또한 불법행위로 인한 원상회복책임을 이득토출책임에 포함하기도 하지만 피고에게 발생한 이득을 토출하는 것이 아니므로 진정한 의미의 이득토출책임으로 보기는 어렵다.²⁶³

(다) 형평법상 위법행위에 대한 원상회복 구제수단

마지막으로 형평법상 위법행위가 위법행위에 의한 원상회복책임을 포함된다. 여기에는 본 논문의 주제인 신인의무 위반이 포함되고 그 외에도 비밀유지 의무 위반(breach of confidence) 및 신인의무 위반과 관련된 제 3자 책임 등이 포함된다. 앞서 살펴본 계약위반 및 불법행위로 인한 원상회복책임을 예외적으로 원상회복 구제수단을 활용하는 것에 비하여 형평법상 위법행위에 대하여는 일반적인 구제수단으로 이득토출책임을 인정한다.²⁶⁴

이득토출책임은 신인의무자의 이득 전부를 토출하는 것을 원칙으로 한다. 또한 신인의무자의 의무 위반이 선의인지 여부와 신인의무 위반이 수익자에게 이득이 되는지 여부를 불문하고 이득토출책임을 인정한다.^{265,266} 이득토출책임은 이득 전부를 토출하는

²⁵⁹ 불법행위의 침탈에 대한 정의는 다음과 같다. Conversion of Tort: the unlawful turning or applying the personal goods of another to the use of the taker, or of some other person than the other; of the unlawful destroying or altering their nature. 반면 블랙로 사전의 정의는 The wrongful possession or disposition of another's property as if it were one's own; an act or series of acts of willful interference, without lawful justification, with an item of property in a manner inconsistent with another's right whereby that other person is deprived of the use and possession of the property. Black's Law(2004), p.356.

²⁶⁰ James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger (2006), pp.147-148.

²⁶¹ 이는 사용가치(user value), 합리적 금액 손해배상(reasonable fee damages), 지역권 배상(wayleave award), 중간수익(mesne profits) 혹은 대표적인 판례의 이름을 따서 Wrotham Park 구제수단 등으로 명명한다. Stephen Watterson in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p. 38, p. 53; Nicholas McBride in Charles Mitchell & William Swadling(2013), p.256; 반면 미국의 R3RUE는 물권적 불법행위에 대하여 고의인 경우에는 이득토출책임까지 부과할 수 있고 피고가 물권적 불법행위에 대해 고의가 없고 선의인 경우에도 사용가치의 원상회복은 가능한 것으로 규정하고 있다.

²⁶² Andrew Burrows(2008), pp.165-185.

²⁶³ Sarah Worthington(1999a), pp.223-228.

²⁶⁴ 형평법상 위법행위에 대한 구제수단은 원상회복책임을 원칙이지만 예외적으로 형평법상 손해배상책임도 인정한다는 설명은 Graham Virgo(2015), p.487-488.

²⁶⁵ James Edelman in in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), pp.148-150.

²⁶⁶ 영미법의 부당이득법리는 그 금액을 원고의 손실로 제한하지 않는다. 따라서 수탁자의 이득토출책임은 수탁자 혹은 제 3자가 부당하게 혹은 위법행위로 이득을 취득한 상황에만 집중하면, 그 자체로 부당이득법리로 설명할 수 있는 것처럼 보이기도 한다. 다만 부당이득법제를 활용하려면 원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취득한 경우로, 그 이득이 부당성 요건(unjust factor)을 만족하고 항변 요건을 만족하지 않아야 한다. 따라서

것을 원칙으로 하지만, 형평법원이 지닌 재량의 특성상 의무 위반의 귀책 여부 따라 보다 강력한 형태의 원상회복책임을 적용하기도 하고, 반대로 형평법적 공제를 마련하여 완화된 형태를 적용하기도 하였다.

다. 부당이득법과 원상회복법의 관계

이상 영국 원상회복법의 전통적인 구분 방법을 살펴보았고 신인의무자의 이득토출책임을 원상회복법의 일부로 포함하고 있음을 확인하였다. 본 논문에서는 원상회복법이라고 하였지만 다수의 문헌에서 이 법리를 부당이득법으로 소개하기도 한다. 아래에서는 부당이득법과 원상회복법의 관계에 대한 논의를 간단히 살펴보도록 하겠다.

초기 영국의 부당이득법리를 발전시키는 과정에서 부당이득법과 원상회복법을 동일한 법리라고 파악한 일군의 학자들이 있었다. 이들을 일원론자(Quadratorist)라고 명명하는데 부당이득이라는 권리 발생원인과 이에 대한 법적 대응방식인 원상회복책임을 일대일의 관계라고 생각하였기 때문이다.^{267,268} 그러나 최근의 학계의 견해는 원상회복청구권을 발생시키는 원인은 부당이득에 국한되지 않으며, 그 외 권리발생 원인에 대하여도 원상회복청구권을 활용할 수도 있다고 본다.²⁶⁹

(1) Peter Birks 교수의 다중유인성

Peter Birks 교수는 원상회복법의 다중유인성(causality)을 인정하며, 부당이득 외에 다른 권리발생 원인에 대하여도 원상회복청구권이 발생한다고 주장하는 대표적인 학자이다. Peter Birks 교수에 따르면 부당이득은 그 자체로 하나의 권리발생 원인(causative event)이고²⁷⁰ 원상회복책임을 권리가 발생하는 원인에 대한 법적 대응방식(response)이며 부당이득은 원상회복의 구제수단을 야기하는 원인 중 하나로 파악한다. 그 외 계약 위반, 불법행위 혹은 신인의무 위반 등을 별도의 위법행위로 구분하고 이에 대한 법적 대응방식으로 원상회복책임을 인정한다.²⁷¹ 즉 Peter Birks 교수는 권리를 발생하는 원인 그 자체가 원상회복, 손해배상, 징벌적 배상 등의 구제수단 중에 어떠한 구제수단을 선택할지를 결정하지 역할을 하지 않고 구제수단을 결정하는 것은 별도의 목표에 따라 구분하여야 한다고 설명한다.

영미 부당이득법제는 책임을 손실로 제한하지 않지만 손실 요건을 만족하여야 하므로 이득토출책임에 해당하는 모든 상황을 포괄하지는 못한다.

²⁶⁷ 원상회복법의 고전으로 여겨지는 Goff of Chievely & Gareth Jones 의 “The Law for Restitution” 책 역시 제 7 판까지는 이러한 입장을 견지하였다. 이 책의 도입부의 문장은 그 사고를 나타낸다. “The Law of Restitution is the law relating to all claims, quasi-contractual or otherwise, which are founded upon the unjust enrichment.”

²⁶⁸ 본 논문은 손실자의 손실에 의한 원상회복과 위법행위에 의한 원상회복으로 표현하였으나 부당이득법을 연구하는 분야에서는 손실자의 손실에 의한 부당이득과 위법행위에 의한 부당이득으로 표현하기도 한다. 그러나 전자인 손실자의 손실에 의한 가치의 이전의 경우만 부당이득이라고 보고 후자인 위법행위가 존재하는 경우에는 부당이득에 포함되지 않는다고 보는 관점이 보다 타당하다. James Edelman in in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), pp.39-40.

²⁶⁹ Peter Birks(2005), p.4.

²⁷⁰ Peter Birks(2005), p.19.

²⁷¹ 위법행위도 부당이득으로 보아야 하는지에 대한 논의도 있지만 본 논문은 Peter Birks 의 구분 방식이 타당하다고 생각하기에 이를 따른다.

표 1. 권리 발생원인과 법적 대응방식

| | 동의의 표현 (Manifestations of consent) ²⁷² | 위법행위 (Wrongs) | 부당이득 (Unjust Enrichment) | 그 외 권리 발생 원인 (Other causative events) |
|------------------------|---|------------------|--------------------------------|---|
| 원상회복 (Restitution) | 1 | 5 | 9 | 13 |
| 손해배상 (Compensation) | 2 | 6 | 10 | 14 |
| 징벌 (Punishment) | 3 | 7 | 11 | 15 |
| 다른 목적 (Other goals) | 4 | 8 | 12 | 16 |

* 표 안의 숫자는 개별 권리 발생 사건과 법적 대응방식에 대한 적용을 구분하기 위한 임의적인 숫자임²⁷³

(2) 전통적 원상회복책임 논의와의 관계

앞서 살펴본 바와 같이 부당이득법리에 따른 원상회복책임은 전통적으로 손실자의 손실에 의한 원상회복책임(표 1의 9)과 위법행위에 의한 원상회복책임(표 1의 5)으로 구분하여 왔다. Peter Birks 교수의 견해에 따르면 위법행위로 인한 원상회복은 진정한 의미의 부당이득이 아니라는 의미에서 별도로 구별하여야 한다. 손실자의 손실에 의한 원상회복책임의 요건을 확립하고 보니, 위법행위로 인한 원상회복은 그 기준에 상응하지 않는다. 또한 방점을 원상회복이 아니라 부당이득에 두면, 위법행위로 인한 원상회복(표 1의 5)은 부당이득과는 무관하다는 사고에 이르기 때문이다. 앞서 설명한 전통적인 원상회복책임의 구별 방식에 따라 권리발생원인과 법적 대응방식인 구제수단을 나타내면 표 2와 같다.

표 2. 원상회복책임과 이득토출책임

| | 권리 발생원인 | 구제수단 |
|---|---------|--|
| 손실자의 재산 감소에 따른 원상회복(Restitution by Subtraction) | 부당이득 | 원상회복책임(Restitution) |
| 위법행위로 인한 원상회복(Restitution for Wrongs) | 계약 위반 | 이득토출책임 (극히 예외적 구제수단) |
| | 불법행위 | 원상회복책임? 이득토출책임? (재산권 침해에 적용, 사용가치) |

²⁷² Peter Birks 교수는 계약 뿐 아니라 신탁선언(declaration of trust), conveyance), 유언(wills) 등을 통해 권리가 발생하는 경우를 통합하여 설명하는 용어로 동의의 표현(manifestations of consent)를 사용한다. Peter Birks(2005), p.21.

²⁷³ Peter Birks(2005), p.24.

| | | |
|--|---------|---|
| | 신인의무 위반 | 이득토출책임(account of profits, disgorgement of profits)(일반적 구제수단) |
|--|---------|---|

라. 이득에 기반을 둔 구제수단

앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득토출책임에 대한 용어의 혼용과 개념의 혼동이 존재하여 왔다. 따라서 James Edelman 호주 대법관은 이득에 기반을 둔 구제방식(gain-based remedy)을 원상회복책임이라는 하나의 개념으로 설명하려면 혼동이 발생하기 때문에 이득토출책임은 원상회복책임(restitution)이라고 지칭해서는 안된다고 주장한다. 대신 James Edelman 대법관은 이득에 기반을 둔 구제방식이라는 큰 개념을 두고 그 안에서 원상회복책임과 이득토출책임으로 구분해야 한다는 주장이다. 즉 본래 원고에게 귀속된 것을 돌려주는 개념(give back)만이 원상회복책임에 해당하고 이익을 포기하는 개념(give up)은 이득토출책임이라는 다른 용어로 구별하여 사용하여야 한다는 것이다.²⁷⁴ 뿐만 아니라 두 개념은 그 목적 자체도 상이하기 때문에 구분해야 한다고 주장한다.²⁷⁵ 즉 이득에 기반을 둔 구제수단 내에서 신인의무자의 이득토출책임이 역지를 목적으로 하는 반면, 원상회복책임은 역지를 목적으로 하지 않는다.

반면 Andrew Burrows 대법관은 호주 James Edelman 대법관의 이분법적 구분에 대하여 다음과 같은 문제점을 지적한다.²⁷⁶ 우선 원상회복책임과 이득토출책임의 이분법적 구분은 사실관계와 판례에 따르면 타당하지 않다는 것이다. 이득에 기반을 둔 구제수단은 이득을 전부 박탈하는 경우부터 일부 공제를 허용하여 부분적으로 이득을 박탈하는 경우 및 비용을 절감한 부분만을 이득토출책임으로 하는 경우 등 다양하다. 실제 법원의 판결 역시²⁷⁷ James Edelman 대법관의 이분법적인 사고와는 다르게 판시하고 있다고 설명한다. 두 번째로 형평법상 위법행위를 제외하고는 합리적인 수수료만을 원상회복 구제수단으로 지급하는 것이 이득토출책임을 허용하는 경우보다 더 일반적인 구제수단이라는 설명이다. 따라서 두 원상회복책임과 이득토출책임의 역할이 다르기 때문에 구분해야 한다는 주장은 타당하지 않다고 보며 두 가지 구제수단은 동일한 원상회복 기능을 이행하기 위한 다른 측정 방식이라고 보는 편이 더 타당하다는 의견이다.

이득토출책임을 부과하는 경우에도 해당 의무 위반의 성격 및 사실관계에 따라 토출할 이득이 상이하다는 점에서 Andrew Burrows 대법관의 주장은 일리가 있다. 그럼에도 불구하고 본 논문은 James Edelman 대법관이 이득에 기반한 구제수단이라는 명칭 하에 원상회복책임과 이득토출책임을 구분하는 것이 해당 법리를 이해하는 데에 도움이 된다고 생각한다. 원상회복책임 안에 이득토출책임을 포함하게 되면 이득토출책임의 고유한 성격, 즉 본래 원고에게 포함하지 않던 피고의 이득을 토출하는 책임의 의미를 포함하지 못하기 때문이다.

²⁷⁴ James Edelman(2002), pp.65-79, Stephen Watterson in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p.30.

²⁷⁵ James Edelman in in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.152.

²⁷⁶ Andrew Burrows(2011), pp.633-635.

²⁷⁷ Andrew Burrows(2011), pp.633-635.

2. 미국의 부당이득법

1937 년에 미국법률협회(American Law Institute)는 제 1 차 원상회복 리스테인먼트(Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts)를 발표하여 미국의 부당이득법의 기초를 마련하고자 하였다. 제 2 차 리스테인먼트는 발표되지 못하고 역사 속에서 사라진 대신 2011 년에 제 3 차 원상회복 및 부당이득법 리스테인먼트(Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, 이하 “R3RUE”)를 공표하여 미국 부당이득법을 체계적으로 정리하는 역할을 하였다. R3RUE 에서 부당이득법으로 포함하는 표제로 변경한 것은 앞서 언급한 영국의 부당이득법과 원상회복법에 대한 다양한 논의들을 바탕으로 원상회복법과 부당이득법은 동일한 개념은 아니고 독자적인 측면이 있음을 강조하기 위함이다.²⁷⁸

미국의 R3RUE 도 영국과 마찬가지로 손실자의 재산 감소에 의한 부당이득에 대한 원상회복책임과 위법행위로 인한 원상회복책임으로 구분하고 있다.²⁷⁹ 아래에서는 손실자의 재산감소에 의한 원상회복을 간단히 살펴보고, 신인의무 위반에 따른 원상회복 책임을 포함한 위법행위에 의한 원상회복에 대하여 살펴보도록 하겠다. 앞서 살펴본 원상회복책임(restitution)과 이득토출책임(disgorgement)을 구분하여 사용하여야 한다는 논의와 달리 R3RUE 는 여전히 두 용어를 혼용하여 사용하고 이득의 전부를 반환하는(give up)하는 경우에도 종종 원상회복책임을 부담한다고 표현하고 있다.

가. 손실자의 재산감소에 의한 원상회복

R3RUE 에서는 손실자의 재산 감소에 따른 부당이득의 원인을 크게 3 가지로 나누고 있다. 양도가 무효가 된 경우,²⁸⁰ 요청하지 않은 개입이 있는 경우²⁸¹ 및 계약을 체결한 상황에서 계약상 청구권이 부정된 경우이다.²⁸² 양도가 무효로 되는 경우의 세부적인 유형으로는 계약이 착오로 취소된 경우, 비채변제, 사기 및 부실표시, 부당한 압력 등이 있다. 계약을 체결하지 않고 상대방에게 이익을 공여한 경우 즉, 요청하지 않은 개입에는 부당이득 청구권이 없음을 원칙으로 하지만 예외적으로 인정한다.²⁸³ 마지막으로 계약상 청구권이

²⁷⁸ R3RUE, § 1 cmt. c.

²⁷⁹ R3RUE, § 1 cmt. a, 조항을 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복과 위법행위로 인한 원상회복으로 구분하고 있지는 않지만 대략적으로 § 5-34 가 손실자의 재산감소에 의한 원상회복에 해당한다. 제 2 장 착오로 수령한 이익(Benefits conferred by mistake), 제 3 장 요청하지 않은 개입(Unrequested Intervention)과 제 4 장 원상회복과 계약(Restitution and Contract)의 일부가 손실자의 재산감소에 의한 원상회복에 해당한다. 제 5 장 (§ 40-47)은 위법행위로 인한 원상회복(Restitution for wrongs)이지만 여기에 제 4 장의 기회주의적인 계약위반 (§ 39) 조항 역시 위법행위로 인한 원상회복에 포함된다고 볼 수 있다.

²⁸⁰ R3RUE, § 5-19 Benefit conferred by mistake. 양도가 무효가 된 경우. 이계정(2018), 57 면.

²⁸¹ R3RUE, § 20-27 Unrequested Intervention. 요청하지 않은 개입의 경우. 이계정(2018), 57 면.

²⁸² R3RUE, § 31-34 Restitution to a performing party with no claim on the contract. 계약을 체결한 상황에서 청구권이 부정된 경우. 이계정(2018), 57 면.

²⁸³ 예외적인 상황으로 긴급상황, 공동채무 이행 혹은 독립채무 이행하여 구상권이 발생한 경우, 원고가 자신의 재산에 비용을 지출하거나 자신이 소유할 것으로 기대되는 재산에 비용을 지출하였는데 수익자가 이득을 얻은 경우. 이계정(2018), 57 면.

부정되는 경우에는 계약의 강제이행이 불가능한 경우, 계약이 불법인 경우, 계약당사자가 행위무능력인 경우 등이 있다.

나. 위법행위에 의한 원상회복

R3RUE 제 39 조부터 제 46 조까지²⁸⁴ 위법행위에 의한 원상회복 구제수단을 발생시키는 위법행위를 나열한 후, 제 51 조에서 부정행위에 의한 이득(enrichment by misconduct)²⁸⁵ 및 이득토출책임(disgorgement, accounting)에 대하여 규정한다. 제 39 조는 기회주의적 계약 위반, 제 40 조는 주로 재산권 침해와 관련된 불법행위, 제 41 조는 금융재산 유용, 제 42 조는 지적재산권 침해이다. 제 43 조는 신인의무 위반 및 신뢰와 신임의 관계에서 발생하는 의무 위반 등을 포함한다. 뿐만 아니라 세부 조항에 해당하지 않는 권리 침해의 경우에도 제 44 조에서 포괄적인 규정을 마련하여 원상회복을 허용한다.

(1) 계약 위반에 의한 원상회복책임

R3RUE 제 39 조는 기회주의적 계약위반으로부터 발생한 이익에 대하여 계약 위반자의 이익을 반환청구할 수 있도록 이득토출책임을 인정하고 있다.²⁸⁶ 제 39 조는 다음과 같다. (1) 계약위반이 상당하고 기회주의적인 경우, 손해를 입은 수약자(promisee)는 위법행위를 한 약속자(promisor)가 실현한 이익에 대하여 원상회복 청구권을 갖는다. 이 때 원상회복책임은 수약자에게 발생한 손해배상책임에 대한 대체적인 성격이다. (2) 계약의 위반이 고의적이고 해당 계약이 수익성이 있으며²⁸⁷ 수약자가 계약 위반에 대한 손해배상청구권이 수약자의 계약상 권한에 대한 적합한 보호기능을 하지 못하는 경우에²⁸⁸ 해당 계약 위반은 기회주의적인 것으로 본다. 계약상 손해배상청구권이 존재함에도 불구하고, 손해배상책임으로 수약자의 계약상 권리(entitlement)를 적절하게 보호하지

²⁸⁴ 그 외에 위법행위에 의한 원상회복 청구권이 발생하는 사건으로 제 45 조는 살인자가 피해자의 재산을 상속할 권리가 발생하는 경우 당해 상속은 부당이득이 되므로 피해자의 재산을 상속할 수 없다는 규정(Slayer's Rule) 제 46 조는 원고에게 증여할 자산을 강압 등 고의의 부정행위로 침해한 경우에 원상회복하여야 한다는 규정이다. ²⁸⁵ 위법행위(wrongs)가 아니라 부정행위(misconduct)라고 규정한 것은 해당 조항이 적용되는 경우가 R3RUE의 위법행위에 의한 원상회복(제 39 조 내지 제 46 조)뿐 아니라 손실자의 재산감소에 의한 원상회복 조항의 일부(제 13 조부터 제 15 조)를 포함하기 때문으로 추정된다. 부정행위에 의한 이득이란 법적으로 보호되는 원고의 이익에 소를 제기할 수 있는 침해로 정의한다. R3RUE, § 51(1).

²⁸⁶ R3RUE, § 39 cmt d, when disgorgement is available; 단, R3RUE의 조항에서 위법행위에 의한 원상회복책임의 조항(§ 40-46)에 § 39를 포함하고 있다. 계약 이행 위반에 대한 대체적인 구제수단(Alternative Remedies for Breach of an Enforcement Contract)이라는 절에 § 39는 포함하고 있다. 생각건대, 제 4장에서 원상회복과 계약(§ 31-39)을 별도로 다루기 때문에 이에 계약을 체결한 상황에서 청구권이 부정된 경우와, 계약 체결한 상황에서 청구권은 존재하나, 그 중에 예외적으로 이득토출책임을 부과한 경우를 함께 다루기 위한 것으로 추정한다.

²⁸⁷ R3RUE, § 39(3), 계약 위반이 위반한 약속자의 이익이 약속자가 계약을 이행하여 실현한 이익보다 큰 경우에 해당 계약 위반은 수익성이 있다. 계약 위반으로부터의 이익에는 절감 비용, 결과적 이익 등을 포함한다.

²⁸⁸ R3RUE, § 39(2)(c), 손해배상책임이 적합한지 여부를 판단할 때 (i) 손해배상책임이 대체 계약의 이행에 의하여 완벽히 상응하는 경우, 손해배상책임은 일반적으로 적합하다. (ii) 손해배상책임이 대체 계약의 이행에 의하여 완벽히 상응하지 않는 경우, 손해배상책임은 일반적으로 적합하지 않다.

못하는 경우에 한하여 약속자가 계약을 위반하여 취득한 이득을 수약자에게 토출하는 것을 허용한다.

앞서 살펴본 바와 같이 영국에서 정당한 이해관계가 있거나, 고의적, 반복적 계약 위반의 경우에 제한적으로 이득토출책임을 적용하는 것과 유사한 취지로, 미국은 계약의 위반이 고의적이고 수익성이 있는 경우를 기회주의적 계약 위반으로 규정하고 상당하고 기회주의적 계약위반에 대하여 이득토출책임을 적용한다. 미국의 R3RUE에서는 ‘기회주의적 위반’이라는 요건을 마련하고자 하였지만, 여전히 기회주의적 계약위반 역시 불확정한 개념이라는 한계가 있다.

(2) 불법행위에 의한 원상회복책임

R3RUE 제 40 조는 부동산 점유침탈, 동산의 불법침탈 및 횡령 (conversion)과 그 외 유사한 불법행위에 대한 조항이다. 앞서 살펴본 영국에서 불법행위 중 물권을 침해하는 불법행위에 대하여 원상회복책임을 인정하는 것과 유사하다. 다만 영국에서는 귀책사유와 무관하게 원상회복책임을 범위를 사용가치로 제한하는 것에 비하여 R3RUE는 고의의 불법행위자 (conscious wrongdoer)의 경우에는 타인의 재산을 침해한 것으로부터 발생한 이익에 대하여 이득토출책임을 부담한다.²⁸⁹ 반면 귀책사유 없는 피고의 경우에는 원상회복책임을 사용 가치 (value of what they have acquired, usually license cost)로 제한하고 있다.²⁹⁰

(3) 신인관계 혹은 신임관계에서의 원상회복책임

R3RUE 제 43 조는 신인의무를 위반하거나 신뢰와 신임관계에 의해 이에 상당하는 의무를 위반하여 신인의무자나 제 3 자가 이익을 취득한 경우, 의무의 대상에 대하여 원상회복책임 (restitution)을 부담한다고 규정하고 있다.²⁹¹ 제 43 조의 커멘트에서는²⁹² 신인의무 위반에 따른 구제수단이 원상회복책임에 국한되는 것이 아니라 다양한 형태를 띄고 있음을 명시하고 있다. 따라서 만약 신인의무자가 수익자에게 측정가능한 손해 (quantifiable injury)를 발생시킨 경우, 일반적인 구제수단은 손해배상책임이며, 만약 신인의무자가 의무 위반으로 인한 거래를 이행전 (executory)에 있다면, 수익자는 계약이행 전에 이행을 거절할 수도 있고 (repudiation), 금지명령 (injunction)을 행사할 수도 있다. 반면 R3RUE 제 43 조 원상회복책임은 신인의무자의 위반으로 인한 거래가 이미 발생하였으며 신인의무자가 보유하는 것을 허용하지 않은 이익이 신인의무자에게 발생한 경우에 해당 이익을 토출하는 (disgorge) 책임에 해당한다.²⁹³

계약 위반이나 불법행위와 달리 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 신인의무자의 귀책사유를 요건으로 하지 않고 신인의무 위반을 인지하고 있을 것 (notice)을 요건으로 하지

²⁸⁹ R3RUE, § 40 cmt, b, 51(4).

²⁹⁰ R3RUE, § 40 cmt, b, 51(2), 53(3).

²⁹¹ R3RUE, § 43. 신인의무 위반에 대하여는 단순히 원상회복책임뿐 아니라 이득토출책임을 포함하는 의미이지만, R3RUE에서 원상회복책임 (restitution)이라고 표현하고 있어서 이를 따른다.

²⁹² R3RUE, § 43 cmt a.

²⁹³ R3RUE는 전통적인 구분에 따라 신인의무자의 이득토출책임도 원상회복책임에 포함하는 것으로 분류하고 있으며, 그 이후, 원상회복책임과 이득토출책임을 구별해야 한다는 논의를 반영하고 있지 않음을 확인할 수 있다.

않는다.²⁹⁴ 또한 신인의무자의 의무 위반으로 인하여 이득을 취득한 자가 제 3자인 경우에도 원상회복책임을 부과할 수 있다는 점에서도 구별된다.²⁹⁵ R3RUE 제 43 조는 신인의무자의 원상회복책임을 원고가 계량화할 수 있는 경제적인 손실을 입었는지 여부 및 해당 거래로부터 피고에게 순이익이 발생하였는지에 대한 입증 여부와 무관하며 신인의무자가 해당 거래에서 오로지 타인의 이익을 위해 행위해야 하는 의무, 즉 충실의무에도 불구하고 신인의무자가 해당거래로부터 일정 재산이나 기회를 취득한 것만으로도 원상회복책임을 발생시키는 요건이 된다고 설명한다.²⁹⁶

R3RUE 제 43 조의 커멘트에 따르면 신인의무 위반에 대한 원상회복책임을 기능은 신인의무는 당사자들 간에 신뢰와 신임이 부여된 것을 악용하여 부적절하게 이득을 얻을 수 있기 때문에 신인의무자의 고유한 의무를 강화하는 예방적 기능을 이행하기 위함이다.²⁹⁷ 제 43 조의 책임의 근본적인 목적은 신인의무자의 의무 위반에 대한 원상회복책임을 신인의무자가 객관적이고 이타적인 행위를 하도록 유인하며 수익자가 신인의무자를 신뢰할 수 있는 추가적인 장치를 마련하는 역할을 한다고 설명한다.²⁹⁸ 하지만 R3RUE 는 신인의무자가 취득한 이익은 역시 원상회복법에서 규탄하는 ‘부당이득’의 대표적인 예에 해당한다고도 설명한다. 즉 R3RUE 는 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 요건이 계약 위반이나 불법행위의 요건과 상이하하며 책임의 근거 역시 ‘신인관계’의 고유한 특성에서 비롯되었음을 인정하고 있지만 동시에 부당이득법리의 요건과 용어에 대한 명확한 정의 없이 신인의무자의 이득토출책임을 ‘부당이득법리’로 포함하고 있다는 한계가 있다.

다. 원상회복책임: 구제수단과 적용범위

R3RUE 는 금전적 원상회복책임과²⁹⁹ 특정물 원상회복책임을³⁰⁰ 모두 인정하고 있는데, 수익자에 따라 원상회복책임을 반환범위를 다르게 규정하고 있다. 금전적 원상회복책임 중 하나로 제 51 조에서 부정행위에 의한 이득(enrichment by misconduct)과 이득토출책임(disgorgement; accounting)을 규정하고 있으며, 특정물 원상회복책임 중 하나로 제 55 조에서 의제신탁(constructive trust)을 규정하고 있다. 따라서 영국법상 이득토출책임을 채권적, 물권적 성격에 대하여 판례와 학계의 의견의 일치를 이루지 못하는

²⁹⁴ R3RUE, § 43 cmt a. 신인의무자의 경우에는 귀책사유가 없고 의무 위반을 인지하고 있지 않아도 고의적인 위법행위자(conscious wrongdoer)로 취급한다. R3RUE, § 51(4).

²⁹⁵ R3RUE, § 43(c), R3RUE, § 50, 단 제 3자가 이득을 취득한 경우에는 선의의 수령자(innocent recipient)는 책임의 대상에서 제외한다.

²⁹⁶ R3RUE, § 43 cmt b.

²⁹⁷ R3RUE, § 43 cmt b.

²⁹⁸ R3RUE, § 43 cmt b. 사건으로 R3RUE 의 신인의무 위반으로 취득한 이득은 부당이득법리의 대표적인 예라고 표현하는 동시에 다음 문장에서는 신인의무자의 특별한 의무를 예방적 차원에서 이행하도록 하기 위한 목적을 띤다는 설명은 이해하기 어렵다. 이는 전통적인 구분에 의해 신인의무위반도 원상회복책임(즉 부당이득법리)로 이해하는 동시에 신인의무 위반에 대한 책임 및 구제수단에 독특함을 모두 포함하여 설명하고자 하였기 때문이다. 하지만 영국에서 앞서 살펴본 바와 같이 신인의무위반에 대한 이득토출책임을 부당이득법리의 요건에 일치하지 않는다면, 단지 신인의무자가 ‘부당하게 이득을 취했다’라는 의미에서 부당이득법리에 포함된다고 표현하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

²⁹⁹ R3RUE, § 49-53, Topic 1 Restitution via Money Judgment: The Measure of Unjust Enrichment.

³⁰⁰ R3RUE, § 54-61, Topic 2 Restitution via Rights in Identifiable Property.

것과 달리 R3RUE에서는 이득토출책임은 채권적 성격으로, 의제신탁은 물권적 책임으로 명시하고 있다.³⁰¹ 일반적인 이득토출책임의 목적은 고의의 위법행위로부터 이익발생 가능성 자체를 박탈하는 것이라고 하며, 이는 부당이득법의 초석이라고 언급하고 있어서 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득토출책임의 용어를 명확하게 구별하지 않고 있다.³⁰²

또한 미국의 R3RUE는 영국에 비하여 이득토출책임의 적용범위를 폭넓게 인정하고 있다. 영국에서 계약 위반의 경우에는 예외적으로 이득토출책임을 적용하는 것과 달리 R3RUE는 기회주의적인 계약 위반의 경우에 일반적 구제수단으로 이득토출책임을 적용하며, 고의의 불법행위자가 이득토출책임을 부담하도록 하는 것으로 미루어보아 미국의 R3RUE는 이득토출책임에 우호적인 입장임을 확인할 수 있다.³⁰³

제 51 조 제 4 항은 위법행위자나 신인의무자의 부당이득은 해당 위법행위에 귀속되는 순이익으로 정의하고 이 목적에 해당하는 원상회복책임은 종종 이득토출책임으로 지칭한다고 설명한다. 제 51 조 제 5 항은 이득토출책임을 적용하는 경우의 인과관계, 격원성 및 공제의 적용 등을 규정하여 토출할 이익을 결정하는 데에 기준이 되는 역할을 한다. 언급한 바와 같이 R3RUE 제 51 조는 신인의무 위반에 한정되는 것이 아니고 계약위반, 불법행위 등에 포괄적으로 적용된다. 하지만 신탁법 리스테이트먼트 등에서 인과관계 등을 논의하고 있지 않기 때문에 신인의무자의 이득토출책임을 결정할 때 역시 R3RUE의 조항을 참조할 수 있다. 해당 조항의 적용에 대해서는 본 논문의 제 3 장 제 3 절 2 에서 후술하겠다.

3. 소결

가. 우리 부당이득법리와 비교

영미법상 ‘손실자의 재산감소에 의한 원상회복책임’은 원고의 손해로 피고가 취득한 이익이 피고의 재산에 속하는 것이고 부당성 요건을 만족함을 적극적으로 입증할 수 있어야 원상회복책임을 부담하는 법리이다. 이는 개인의 의사에 따라 재산을 이전받은 당사자는 해당 행위의 결과에 대하여 자립적이며 부당성 요건을 만족하지 않는 한, 해당 행위로 인해 기본적으로는 책임을 부담하지 않는다. 영미법상 ‘위법행위에 의한 원상회복책임’의 경우는 별도의 위법행위가 존재하기 때문에 부당성 요건을 필요로 하지 않는다. 반면 우리 부당이득법은 타인의 손해를 기초로 하여 이득을 보유하기 위해서는 해당 이득의 법적인 근거를 설명할 수 있어야 하고 법률상 원인이 흠결된 경우에 부당이득이 발생한다.³⁰⁴ 즉 법률상 원인이 부재하여야 부당이득이 성립하고³⁰⁵ 부당이득의 범위는 손실자의 손해를 한도로 한다.

³⁰¹ 이때 물권적, 채권적 성격의 기준은 영미 물권적 성격의 정의에 따라 특정물 반환인지 아니면 금전적 책임인지를 기준으로 한다.

³⁰² R3RUE, § 51, cmt, p.209.

³⁰³ Nicholas McBride in Charles Mitchell & William Swadling(2013), pp. 263; 이계정(2018), 62 면.

³⁰⁴ 민법상 부당이득의 요건 등에 대한 논의는 본 논문의 제 5 장 제 2 절 2 가 참조.

³⁰⁵ 박세민(2014), 59 면.

표 3. 민법상 부당이득법과 영미 부당이득법 비교

| | 우리 민법 | 영미법 | |
|----|-------------------------------|---------------------------|---|
| | 부당이득법 | 손실자의 재산감소에 의한 원상회복 (부당이득) | 위법행위에 의한 원상회복 |
| 요건 | 이득 | 이득 | 이득 |
| | 손해 | 손해 | 손해(x) |
| | 이익과 손해 사이의 인과관계 | 연관성 | 위법행위와 이득의 연관성 (혹은 인과관계) |
| | 법률상 원인의 흠결 (absence of basis) | 부당성 요건 (unjust factor) | 위법행위 (예외적인 계약위반, 일부 불법행위 및 신인의무 위반 에 적용) |
| 특징 | 손해 한도 | 손해 한도 요건 없음 (다수설) | 손해 한도 요건 없음 (이득도출책임) |

나. 신인의무자의 이득도출책임과 부당이득법

제 3 장에서 이득도출책임에 대하여 본격적으로 논의하기에 앞서 영미의 부당이득법제를 살펴본 것은 부당이득법과 이득도출책임의 관계에 대하여 파악하고 용어의 사용에 대한 이해를 돕기 위함이다. 영미법상 위법행위로 인한 원상회복법은 손해를 요건으로 하지 않기 때문에 일견 신인의무 위반에 대한 이득도출책임을 부당이득법리로 설명하는 것이 가능해보이기도 한다. 또한 R3RUE 를 포함한 다수의 문헌에서 이득도출책임이 부당이득의 가능성을 박탈하기 위한 목적이라고 언급하여 마치 신인의무자의 이득도출책임이 부당이득법제로 설명가능한 것처럼 오인하기 쉽다.

하지만 본 논문은 앞서 살펴본 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득도출책임에 대한 엄격한 구분을 바탕으로 하여, 영미법의 손실자의 재산감소에 의한 원상회복의 경우에는 부당이득을 권리발생 원인으로 하여 원상회복책임을 부과하는 반면, 위법행위에 의한 원상회복책임을 개별 위법행위의 법리에 따라 원상회복책임 및 이득도출책임을 부과하는 것으로 파악하는 것이 보다 논리적이다. 또한 위법행위에 의한 원상회복책임 내에서도 신인의무자의 이득도출책임은 다른 위법행위에 대한 원상회복책임 및 이득도출책임과 구분되는 법리를 바탕으로 한다. 무엇보다도 신인의무자의 충실의무 위반시 이득도출책임은 일반적인 구제수단이다. 반면 계약위반의 경우는 극히 예외적인 상황에서 이득도출책임을 부담하고, 불법행위의 경우에는 재산권을 침해하는 경우에 원상회복책임 및 이득도출책임은 예외적으로 인정하지만, 궁극적으로 책임의 금액을 평가하는 과정에서 물권의 사용가치를 원상회복책임을 포함하기 때문에 이를 손해배상책임으로 파악할 수도 있기 때문이다. 따라서 영미법상 신인의무자의 이득도출책임은 부당하게 취득한 이익을 박탈하기 위한 목적이지만 그 요건은 부당이득법리로 설명하기 어렵고 따라서 본 장 제 1 절에서 살펴본 바와 같이 신인관계 및 신인의무의 성격에서 비롯된 고유한 책임으로 파악하는 것이 타당하다.

제 3 장 영미의 이득토출책임

제 1 절 이득토출책임의 의의

1. 개념 및 근거

가. 이득토출책임의 개념 및 연원

제 2 장에서 간단히 살펴본 바와 같이 이득토출책임(Disgorgement)은 위법행위로 인한 구제수단으로 위법행위자가 얻은 이득을 토출하는 책임이다.³⁰⁶ 즉 수탁자의 이득토출책임은 원칙적으로 신탁재산에 손해가 발생하지 않았더라도 위반행위로부터 발생한 이익 전부를 신탁재산에 반환하도록 한다. 영미법상 이득토출책임 문헌에서 이득토출책임(Disgorgement)외에도 Account of profits³⁰⁷이라는 용어를 사용하는 것을 발견할 수 있다. Disgorgement 와 Account of profits 용어를 종종 혼용하여 사용하지만 두 용어의 연원은 다르고 연원을 통하여 신인의무자의 이득토출책임의 성격을 이해할 수 있는 측면이 있기에 아래에서는 Account of profits 의 연원에 대하여 설명하겠다.

(1) Account of profits

영국의 보통법상 계산을 청구할 수 있는 권리(Right to seek an account)가 존재하였지만 그 소송절차가 복잡하였고 극히 예외적인 상황에서만 청구권을 행사할 수 있었다.³⁰⁸ 따라서 영국 형평법원은 보통법상 요건을 만족하지 않더라도 이득토출을 청구하는 것을 허용하게 되었고 이후 1760 년 경에는 형평법상 청구권이 보통법의 이득토출청구권을 대체하게 되었다.³⁰⁹ 용어를 통해서도 짐작할 수 있듯이 초기 형평법상 Account of profits 는 신탁재산에서 발생한 이익을 제대로 된 계정에 표기한다 혹은 계산한다(taking of account)는 의미에서 발생하였다.³¹⁰ 하지만 엄격하게 구분하면 올바른 계정에 계산하는 과정(account taking process)과 이득을 토출하는 것(the order to pay)은 별개의 개념이고 이 둘을 통합하는 과정에서 Account of profits 라는 용어의 구제수단으로 발전하였다고

³⁰⁶ 본 논문의 제 1 장 제 3 절 1 참조.

³⁰⁷ 제 1 장 용어의 정의에서 설명한 바와 같이 Account of profits 역시 Disgorgement 와 마찬가지로 이득토출책임, 이익환수책임, 이득반환책임, 이득청구 및 인도청구 등 다양하게 번역하고 있지만 본 논문에서는 이득토출책임으로 동일하게 번역하였다. 다만, Account of profits 의 연혁을 설명하는 경우에만 영문으로 표기하였다.

³⁰⁸ Snell's Equity(2000), para 44.01, Jessica Palmer(2004), p.149.

³⁰⁹ Meagher, Gummow and Lehane's Equity(2002), para 25-005; Jessica Palmer(2004), p.149.

³¹⁰ 중세 보통법에서부터 존재하던 영국 신탁법의 수탁자의 의무 중에 하나인 Duty to account 에서 비롯되었다고 보기도 한다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단으로 accounting of profits 을 인정하였다. Samuel Bray(2018), p.6. Account of Profits 연혁에 대한 논문은 Samuel Stoljar(1964), pp.203-224, 1964; Douglas Laycock(2010), p.661.

보아야 한다.³¹¹ 신탁계정에 제대로 표기 및 계산하는 과정에서 결과적으로 위법한 이익을 파악할 수 있고 따라서 위법 이익을 취득한 피고로부터 해당 이익을 박탈하는 구제수단으로 발전한 것으로 추정할 수 있다. 위와 같은 연원을 배경으로 하기 때문에 Account of profits 라는 용어는 단순히 구제수단만을 의미하는 것이 아니라 소권 자체를 의미하기도 하고, 이득토출책임을 계산하기 위한 방법의 의미로 사용된다고 보는 견해도 있다.³¹²³¹³

(2) Account of profits 와 Disgorgement

위와 같은 연원 때문에 영국 형평법상 수탁자의 이득토출책임에는 주로 Account of profits 용어를 활용하고 보통법에서는 이득토출책임(Disgorgement)라는 용어를 주로 사용하여 왔다. 따라서 영국에서 이득토출책임(Disgorgement)은 신인의무 위반 뿐 아니라 계약법 위반, 불법행위에서 이득을 박탈하는 구제수단의 의미를 포괄한다. 즉 Disgorgement 는 반드시 신인의무자의 이득토출책임에 제한하여 사용하는 용어가 아니다. 이후 영연방 국가로 해당 개념이 확대되어 적용되면서 형평법의 역사가 명확하지 않은 연유에서 기능상 유사함을 근거로 다수의 학자들이 두 개념을 혼용하게 되었다. 하지만 일부 학자는 Account of profits 과 이득토출책임(Disgorgement)의 차이에 대하여 전자가 이득토출책임을 부과하는 개념뿐만 아니라 누구에게 이익을 토출하는 지(즉 수익자, 본인에게 토출)에 대한 내용을 포함하는 반면, 후자의 경우는 토출하는 행위만을 의미하기 때문에 두 용어를 구분하여 사용해야 한다고 주장한다.³¹⁴

두 개념의 차이가 존재함에도 불구하고 호주의 Edelman 대법관은 Account of profits 라고 지칭하는 것은 오히려 혼동을 가중시키며 이득을 박탈하는 구제수단을 의미할 때에는 통칭하여 이득토출책임(Disgorgement)라고 명명하는 것이 타당하다는 의견이다.³¹⁵ 즉 영국의 Account of profits 의 역사적 연원을 알고 형평법과 보통법의 구제수단을 구분하는 경우에는 두 개념을 구분하여 사용하지만, 미국 및 영연방 국가에서는 두 개념이 미묘한 차이에 불과하므로³¹⁶ 개념을 일원화시키자는 주장이다.

나. 이득토출책임을 근거

(1) 철학적 근거

영미법상 이득토출책임은 우리 민법에서 기초로 하는 손실자의 손실의 한도에서 손해배상을 하는 구제수단과는 양립할 수 없는 개념이기에 기존의 사법상의 원리로 설명하기

³¹¹ Matthew Harding in Andrew Robertson & Hang Wu Tang(2009), p.341.

³¹² Jessica Palmer(2004), p.149; Ross Grantham and Charles Rickett(2000), pp.461-464.

³¹³ 종종 Account of profits 은 account, accounting 으로 표현하기도 하는데, 동일한 표현으로 이득토출책임이 아니라 손실에 대한 책임(account for deficiency), 즉 손해배상을 의미하는 경우도 있어서 혼란을 가중한다. 수탁자의 일반적인 의무, 주의의무 등을 위반한 경우에 구제수단으로 사용된 용어인 account 는 문맥에 따라 손실을 배상하는 책임으로 이해하는 것이 타당하며, 수탁자의 절대적 의무, 즉 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 사용하는 경우에는 주로 이득토출책임을 표현한다. Simon Gardner(2010), pp.240-259.

³¹⁴ Samuel Bray(2018), p.10; Meagher, Gummow and Lehane' s Equity(2002), p.916; Joshua Getzler in Evan Criddle(2019).

³¹⁵ James Edelman in in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.148.

³¹⁶ Samuel Bray(2018), p.10.

어려운 측면이 있다. 따라서 이득토출책임을 수용하기 위해서 그 근거를 파악하는 것은 이 법리를 수용하는 데에 도움이 될 것이다. 영미법상 이득토출책임에 대한 근거로 예방과 억지가 가장 일반적인 근거에 해당하지만 보다 근원적인 논의, 예를 들면 철학적, 이론적 논의는 부족하다. 이는 이득토출책임이 대륙법 학자들에게는 생소한 법리이지만 영미법상 신인의무자의 이득토출책임은 오랜 역사를 통해 영미 사법체계 일부분으로 당연하게 수용하여 왔기 때문이다.³¹⁷

Ernest Weinrib 교수는 원상회복책임 및 이득토출책임을 정의론과 연관지어 연구한 독보적인 학자이다. 아래에서는 Ernest Weinrib 교수 등의 교정적 정의를 원상회복 책임과 이득토출책임의 근거로 설명하는 견해를³¹⁸ 소개하고 이에 대한 비판적 견해, 칸트의 사상 및 윤리적 근거를 살펴보겠다. 이어서 이득토출책임의 일반적인 근거인 억지 및 예방, 1 차적귀속원칙을 그리고 범경제학적으로 이득토출책임을 수용할 수 있는지 살펴보겠다.

(가) 교정적 정의와 이득토출책임 및 그에 대한 비판

아리스토텔레스의 정의론에 따르면 교정적 정의(Corrective Justice)는 정당하지 않은 행위에 의해 권리를 침해당한 자에게 부여되는 손해배상으로 부정의(injustice)를 원상회복(undo)시키는 것이다.³¹⁹ 여기서 원고가 주장하는 구제수단과 피고의 위법행위의 관계는 특히 중요한데, 피침해자는 자신이 입은 손해만큼 이득의 반환을 구할 권리가 있고 침해자는 해당 손해만큼 이득을 반환할 의무가 있고 따라서 해당 이득의 반환을 통하여 균형이 회복된다고 보았다.³²⁰ 아리스토텔레스의 교정적 정의는 손실자의 권리와 침해자의 의무가 서로 상관관계(correlativity)가 있음을 강조한다.³²¹

신인의무자의 의무 위반과 이득토출책임의 상황에 위의 논의를 적용해보면, 수탁자의 충실의무 위반, 즉 아리스토텔레스의 용어에 따르면 수탁자의 정당하지 않은 행위에 의해 수익자가 자신이 입은 손해에 대하여 이득의 반환을 구할 권리가 생긴다. 하지만 수익자의 손해에 해당하지 않은 부분까지 반환하는 경우, 즉 이득토출책임으로 균형이 회복된다고 볼 수 있는지의 문제가 발생한다.

이에 대하여 Weinrib 교수는 원상회복책임은 타인의 재산을 사용하거나 양도한 경우에 해당 재산의 회복을 정당화할 수 있고 여기에는 수익자가 얻을 수 있었던 잠재적인 이익을

³¹⁷ Paul Miller(2013), p.571, p.586. Paul Miller 교수는 영미법상 놀라울 정도로 신인의무 위반에 대하여 이익에 기반한 구제수단(즉, 이득토출책임)을 정당성에 대한 논의가 주목을 받지 못하였다고 설명한다. 이득토출책임을 별도로 설명하기 보다 사법을 연구하는 학자들은 권리, 위법행위와 구제수단의 관계에 대한 일반론으로 이득토출책임을 이해한다는 견해로는 Ernest J Weinrib in Charles Rickett(2008), Stephen A Smith in Charles Rickett(2008). 어떠한 위법행위에 이득토출책임을 부과하여야 하는지에 대한 만족스러운 이론이 정립된 바 없다고 하며 동시에 어떤 경우에 이득의 전부를 박탈하여야 하는지 어떤 경우는 일부의 이득만 박탈하여도 되는지에 대한 이론 역시 발견할 수 없다고 견해로는 Sarah Worthington(1999a), p.218.

³¹⁸ Weinrib 교수는 전반적인 사법 체계를 교정적 정의로 이해하려는 연구를 하였는데 그 과정에서 Weinrib 교수는 정의론과 이익에 기반한 구제수단의 관계에 대한 논의는 Ernest Weinrib(1987); Ernest Weinrib(1995); Ernest Weinrib(2002a); Ernest Weinrib(2002b); Ernest Weinrib(2003); Ernest Weinrib(2012). 위의 연구와 별도로 1975년 신인의무에 대한 논문인 Ernest Weinrib(1975)을 출판하였는데 이를 바탕으로 신인의무 위반시 이득토출책임과 교정적 정의의 관계를 이해하려는 논의는 Ernest Weinrib(2000).

³¹⁹ Ernest Weinrib(2000), p.3.

³²⁰ Francesco Giglio(2004), pp.150-151; 이계정(2018), 74 면.

³²¹ 이계정(2018), 74 면.

포함하기 때문에 교정적 정의를 통해 원고는 피고가 원고의 재산을 사용 및 양도하여 실현한 이익을 회복시킬 수 있다고 주장한다.³²²

Weinrib 교수의 견해는 다음과 같은 이유에서 수용하기 어렵다. 우선, 아리스토텔레스의 상관관계가 손해와 이익의 상관관계를 포함하는지 아니면 의무와 권리와 상관관계만을 의미하는지 정확하지 않다. Matthew Doyle 역시 Weinrib 교수의 논문에서 상관관계가 정확하게 무엇을 의미하는지 대한 논의가 결여되었다고 비판한다.³²³ 두 번째, 피고가 얻은 모든 이익을 수익자의 잠재적인 기회의 상실을 손해로 보아야 한다는 주장은 이득토출책임의 모든 상황에 적용되지 않는다. 이 주장은 신인의무자의 이득토출책임의 경우 중 수탁자가 신탁재산을 처분하여 이익을 얻은 대가, 혹은 신탁의 기회유용 및 경업 등에는 적용할 수 있겠지만, 그 외에 수탁자가 뇌물을 수령한 경우까지 수익자가 잠재적인 기회 상실로 볼 수 있는지 의문이다. 마지막으로 Weinrib 교수의 견해는 부당이득법리, 원상회복책임 및 이득토출책임³²⁴ 명확하게 구분하지 않는다는 한계가 있다. 따라서 Weinrib 교수의 설명은 주로 재산권 침해에 의한 원상회복책임에 대한 논의에 적용할 수 있을 수 있겠지만, 신인의무자의 이득토출책임에 대한 근거로 수용하기는 어렵다.

(나) 칸트의 사상과 이득토출책임

앞서 살펴본 교정적 정의는 주로 재산권의 침해가 발생한 경우의 원상회복책임에 대한 논의이다. 하지만 Weinrib 교수의 주장에 따르면 재산권의 침해가 아닌 경우에도 이득에 기반한 구제수단을 활용할 수 있는 경우가 존재한다. 예를 들면 해당 관계의 기존의 성격 혹은 피고의 특정 행위에 대한 대응방식으로 이득토출책임을 부과할 수 있다는 주장이다.³²⁵ Weinrib 교수는 신인의무 위반으로부터 이득토출책임을 부과하는 경우, 해당 위반은 언제나 재산권침해에 해당하지는 않지만 신인관계의 객관적인 성격으로부터 이익에 기반한 구제수단이 발현된다고 설명한다.³²⁶ Weinrib 교수에 따르면 교정적 정의의 관점에서 신인관계는 칸트의 사상을 반영한다.³²⁷³²⁸ 칸트의 사상에 따르면 권리의 체계를 이루는

³²² Ernest Weinrib(2000), pp.17-18; 이계정(2018), 74 면.

³²³ Matthew Doyle(2012), p.253.

³²⁴ 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 참조.

³²⁵ Ernest Weinrib(2000), p.33.

³²⁶ Ernest Weinrib(2000), p.33.

³²⁷ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* 63 (Gregor trans 1991)는 Ernest Weinrib(2000), pp.32-33 에서 재인용. 백종현(2012)

³²⁸ 이득토출책임까지 논의를 연장하지는 않지만, 칸트의 윤리학과 엄격한 신인의무를 연관지어 설명하는 다른 학자로는 Irit Samet 교수가 있다. Irit Samet 교수는 윤리적 측면에서 신인의무를 이해하여야 한다고 주장하는데 타인과의 관계에서 자신의 이익을 우선시 하거나 신인의무자로서의 지위에서 발생한 기회를 유용하는 것은 타인을 목적이 아니라 도구로 활용하는 것이므로 윤리적 의무에 반한다는 설명이다. 반면 본인의 최선의 이익을 위해 행위하는 신인의무자는 인류에 대한 존중을 의미한다고 설명한다. 이러한 칸트의 사상을 바탕으로 Irit Samet 교수는 신인의무자의 엄격한 이익충돌책임을 인간의 자기기만(self-deception)의 위험에 대한 대응방식으로 설명한다. 즉 신인의무는 칸트의 자율성(autonomy)에 대한 의무를 구체화한 것으로, 칸트가 말하는 자율성을 지닌 인간이 실제로 자율적인 동시에 도덕적일 수 있는지에 대한 대답을 찾는 과정에서 인간이 지닌 자기 기만적 성격으로 말미암아 자율성에 대한 ‘의무’를 부여하여 도덕적인 인간이 될 수 있다고 설명한다. 수탁자와 수익자 사이에는 정보의 불균형이 존재하기 때문에 의무를 부과하지 않으면 수익자는 수탁자의 엄결성(integrity)에 기반할 수 밖에 없는데 자기기만이 존재하기에, 신인의무자의 내부적 견제는 역할을 제대로 할 수 없고 자신의 거래를 무해한 거래(harmless)로 간주하고 승인하게 된다. 특히 신인관계의

사법은 인간을 타인의 수단이 아니라 그 자체로 목적으로 보는 사고에 기초하여야 한다.³²⁹ 따라서 신인의무자와 수익자 관계와 같이 일방의 이해관계가 타방의 재량에 의해 전적으로 좌우되는 경우, 해당 법적구조는 재량을 가진 자에게 충실의무를 부과하여 하며 신인의무자의 충실의무는 해당 관계의 목적이자 수익자의 권한(entitlement)에 해당한다. 충실의무는 신인의무자가 해당 관계에서 이익을 향수할 수 없음을 내포하기에 Weinrib 교수에 따르면 충실의무 위반에서 발생한 이익은 그 의무 위반의 실질적인 전형, 구현(embodiment)에 해당한다. 즉 신인의무자가 향수한 이익은 자신의 의무를 매도하여 취득한 것이고 따라서 수익자는 수탁자의 충실의무 위반으로 발생한 이익에 대해 권한이 있다고 설명한다.

정리하면 Weinrib 교수는 이득토출책임은 아리스토텔레스의 정의론 중 교정적 정의에서 발견하고자 하였으나 이 논의는 신인의무자의 재산권 침해가 연관되지 않는 경우의 위반을 설명할 수 없었다. 따라서 Weinrib 교수는 신인관계에 대하여는 칸트의 개념에서 교정적 정의를 적용하여 이득토출책임의 근거를 발견하려 하였다. Weinrib 교수는 신인의무 위반으로부터 발생한 이득토출책임이 정의론에 근거한다고 설명하는 거의 유일한 학자이다. 이후 Weinrib 교수의 주장에서 용어의 사용 및 논리에 의문을 제기하였으며 정의론에 근거한 이득토출책임에 대한 논의를 이어간 학자를 발견할 수 없다. Weinrib 교수의 주장에 대해 James Gordley 교수는 Weinrib 교수가 원상회복책임 혹은 이득반환책임을 아리스토텔레스의 전통 내에서 제대로 설명하지 못한다고 비판하며, 교정적 정의를 통해 고의가 아닌 신인의무자가 본인이 결코 취득할 수 없었던 이득까지 토출해야 하는 근거를 발견할 수 없다고 반박한다.³³⁰

(2) 위법행위와 억지(抑止)³³¹

(가) 이득토출책임과 억지

신인의무자 뿐 아니라 이득토출책임을 부과하는 모든 사실관계의 공통점은 위법행위의 억지를 목적으로 한다는 것이다. 즉 위법행위자가 고의로 혹은 반복적으로 위법행위를 한 경우에 이득토출책임을 부과하여 위법행위자가 다시 위법 행위를 하지 못하도록 억지하는 역할을 한다. 또한 위법행위를 한 개인 뿐 아니라 사회 전반에 걸쳐 해당 위법행위를 하는 경우에 이득토출책임을 지는 것을 알 수 있게 하여 대중에게도 억지 기능을 한다. 전자를

특성인 신인의무 적용에의 광범위한 재량 및 신인의무자와 본인 간의 권한의 차이가 신인의무자의 지위를 남용하게 유혹하고 따라서 이익충돌이 본인에게 손해가 되어도 허용하는 자기기만의 상황이 늘어난다. 따라서 이러한 위험은 규칙의 엄격 적용에 의해서만 피할 수 있고 다른 기준은 허용되지 않는다고 설명한다. Irit Samet(2008), pp.763-781; Irit Samet in Andrew Gold & Paul Miller(2014), pp.125-140.

³²⁹ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* 63 (Gregor trans 1991), p.62 는 Ernest Weinrib(2000), p.33 에서 재인용.

³³⁰ James Gordley(2000), p.58.

³³¹ 본 논문에서 영미법의 문헌의 deterrence 를 억지(抑止)로 번역하였다. 표준 국어대사전에 따르면, 억지는 억눌러 못하게 함으로 정의하고, 억제는 감정이나 욕망, 충동적 행동 따위를 내리눌러서 그치게 함, 정도나 한도를 넘어서 나아가려는 것을 억눌러 그치게 함으로 정의한다. 따라서 사전의 정의에 따르면 억제(抑制) 역시 큰 차이는 없으나, 선행연구에서 신인의무자의 이익억지설로 표현하고 있어서 이를 따른다.

특정대상 억지(specific deterrence), 후자를 일반적, 보편적 억지(general deterrence)라고 지칭한다.³³²

일군의 학자들은 신인의무자 뿐 아니라 위법행위에 의한 원상회복법이 적용되는 상황에서 이득토출책임보다 더 낮은 수준으로 책임을 부과하면 적법한 행위를 이행할 충분한 인센티브가 될 수 없기 때문에 이득토출책임을 부과하여야 한다고 주장한다.³³³ 아무리 엄격한 신인의무를 적용하더라도 신인의무자가 신인의무를 위반한 경우에 이익을 박탈하지 않으면 해당 신인의무자가 신인의무를 재위반하지 않도록 억지하는 역할을 하지 못할 것이기 때문이다. 이득토출책임의 정책적 근거로 억지만을 내세우면, 법이 규율하는 위반 행위 중에 억지의 필요성이 없는 위반 행위가 무엇이 있는지 반문할 수도 있다.³³⁴ 계약 위반이나 불법행위 등 법적 책임을 부과하는 모든 행위는 일정수준 해당 행위를 억지하기 위한 목적을 띄기 때문이다. 하지만 계약 위반이나 불법행위에 이득토출책임을 적용하는 것은 극히 예외적인 상황으로 제한하는 반면³³⁵ 신인의무자에게 이득토출책임은 신인의무 위반에 대한 일반적인 구제수단이다. 따라서 억지의 근거를 이해하기 위해서도 앞서 언급한 신인관계의 특성에 다시 기인한다고 볼 것이다.³³⁶

(나) 신인의무자의 고의 여부와 억지 효과

신인의무자의 이득토출책임의 억지가 가장 일반적인 근거임에도 불구하고 이 설명의 취약점은 신인의무자의 이득토출책임을 고의적인 의무 위반에 한정하지 않으며, 본인이 손해를 입지 않은 경우 및 신인의무자가 선의인 경우에도 이득토출책임을 부과한다는 것이다. 과연 고의가 아닌 신인의무 위반을 억지하는 것이 가능한지 의문이다. 일반적으로 행위자에게 영향을 미치기 위해서는 행위자가 행위의 의도를 파악할 수 있어야 한다.

생각건대 고의를 띄지 않은 경우, 해당 신인의무자의 의무 위반을 억지하지는 못하지만, 사회 전반적인 억지의 기능을 할 수 있다. 즉, 특정대상에 대한 억지는 불가능하지만 일반적 억지는 가능하다고 볼 수 있다. 본인은 신인관계의 특성상 고도의 권리보호가 필요하고 신인의무자가 무고한 지 여부에 무관하게 충실의무 위반으로부터 이익을 취득할 수 없다는 것을 모든 신인의무자들이 알아야 하기 때문에 고의가 아닌 신인의무 위반조차 이득토출책임을 부과하여야 한다.³³⁷

(다) 억지와 징벌적 이득토출책임

일견 신인의무자의 고의 여부와 무관하게 모든 이득을 박탈하게 하는 이득토출책임이 신인의무자에게 너무 가혹한 책임으로 보일 수도 있다. 하지만 영미 학계에서는 보다 과격한

³³² Lionel Smith(2013b), p.88; James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), p.149.

³³³ Nicholas McBride 는 이득토출책임보다 낮은 수준의 책임을 부과하면 억지의 인센티브의 역할을 하지 못한다는 주장하며 이를 ‘Dangerous Incentive Argument’ 라고 지칭한다. Nicholas McBride in Charles Mitchell & William Swadling(2013), pp.263-265.

³³⁴ Lionel Smith(2013b), pp.87-88.

³³⁵ 억지는 사법의 일반적인 역할이 아니고 사법의 기능은 위법행위에 대하여 이미 발생한 부정의를 사후적으로 바로잡는 역할을 한다는 설명은 다음의 논문 참조. Lionel Smith(2013b), p.91.

³³⁶ 신인관계에 국한하지 않고 일반적인 이득토출책임을 부과할 때 해당 이득토출책임이 위반행위를 억지할 수 있는지 여부 뿐 아니라 위반의 심각성 등을 통합적으로 고려하여야 한다는 견해로는 Craig Rotherham(2012), pp.541-562.

³³⁷ James Edelman in Andrew Burrows and Alan Rodger(2006), pp.149-150.

주장도 존재한다. 일군의 학자들은 신인의무 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하더라도 신인의무자는 신인의무를 위반하지 않는 경우와 동일한 상황에 놓이게 하므로 이득토출책임을 충분한 억지의 효과가 없다고 본다.³³⁸ 이들에 따르면 억지 효과를 제대로 발휘하기 위해서는 신인의무자가 신인의무를 위반한 경우에 신인의무를 준수한 경우보다 더 불리한 위치에 놓이도록 하여야 한다. 또한 이득토출책임을 신인의무 위반의 억지 기능을 제대로 이행하기 위해서는 신인의무 위반 자체의 적발 가능성이 높아야 하는데, 만약 적발 가능성이 높지 않다면 이득토출책임 자체로는 억지 효과가 떨어지고 징벌적 이득토출책임을 부과해야 한다는 주장도 있다.³³⁹ 예를 들어 신인의무자가 신인의무 위반 행위를 하여 적발될 확률이 70%라고 가정하면, 신인의무자가 적발되어 이득 전부를 토출하는 책임을 부과하더라도 모든 위반 행위에 대해 평균적으로 보면 충실의무 위반으로부터 발생한 30%의 이익은 신인의무자가 보유하게 되는 결과가 된다. 따라서 일반적인 이득토출책임을 의무 위반에 대한 억지 효과는 크지 않다는 견해이다.³⁴⁰

사건으로는 이득토출책임만으로 억지 효과가 부족하다는 주장은 이론적으로는 설명력이 있지만 통계적으로 의무 위반에 대한 적발가능성에 대한 분석이 선행되어야 하며 영미에서도 징벌적 이득토출책임을 도입하려는 시도는 아직 부족하다. 또한 학계에서 일반적인 이득토출책임 조차도 과도한 책임이 아닌지에 대한 논의를 바탕으로 공제 등을 허용하는 추세임을 미루어 보아 징벌적 이득토출책임을 도입은 요원해 보인다. 따라서 영미법에서도 아직 징벌적 이득토출책임을 인정하지 않지만, 위의 논의를 통해서도 신인의무자의 이득토출책임을 최소한의 억지 효과를 달성하기 위한 구제수단임을 확인할 수 있다.

(3) 1 차적 귀속원칙

앞서 설명한 위법행위의 억지가 가장 보편적으로 학자들이 내세우는 이득토출책임을 근거이다. 신인의무위반에 대한 이득토출책임을 대해 1 차적 귀속원칙 역시 근거로 자주 언급된다. 대표적으로 Lionel Smith 교수는 이익향수금지 원칙에 대해 1 차적 귀속원칙(Primary Rule of Attribution)³⁴¹을 이득토출책임을 근거로 들기도 한다.³⁴² 1 차적 귀속원칙은 신인관계가 형성되면, 신인의무자는 전적으로 수익자의 이익을 위하여 행위하여야 하기 때문에 신인의무자의 행위로 인한 이익은 수익자에게 당연히 귀속된다는 원칙이다.³⁴³ 여기에는 신인의무자의 의무 위반으로 인하여 발생한 추가적인 이익 역시 포함된다. 1 차적 귀속원칙에 따르면 위법행위에 대한 억지 목적으로 이득토출책임을

³³⁸ Daniel Kelly(2021) pp.25-35; Lionel Smith(2003), p.8; Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), p.1051.

³³⁹ 이득토출책임과 징벌적 손해배상을 모두 부과하여 이중의 억지 기능을 부과할 필요가 있다는 견해로는 Daniel Kelly(2021) pp.33-35; 법경제학적 접근을 통해 이득토출책임을 추가적으로 징벌적 요소가 필요하다는 주장은 Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), p.1051. 국내에서 이득토출책임뿐 아니라 징벌적 요소를 추가해 책임을 추궁하자는 주장을 소개한 문헌으로는 이중기(2016), 85 면.

³⁴⁰ Lionel Smith(2003), p.8.

³⁴¹ 1 차적이라는 의미는 이익향수금지 원칙의 이득토출책임을 위법행위 여부와 무관하게 발생한다는 의미이다. 반면 2 차적 의무는 1 차적 의무를 위반한 것에 대한 구제수단으로 2 차적 의무(secondary obligation)가 발생한다고 주장이다. Lionel Smith(2013b), pp.102-103.

³⁴² Lionel Smith(2013b), pp.87, pp.101-104; Lionel Smith(2014), p.628-631.

³⁴³ 동일한 취지의 주장으로 이중기 교수의 신탁재산 회복설을 들 수 있다. 이중기(2016), 312 면.

부과하는 것이 아니고 처음부터 신인의무자가 향수하는 이익은 수익자의 것이며, 애초에 해당 이익을 박탈하여야 하는지에 대한 설명 자체가 불필요하고³⁴⁴ 신인의무자가 향수한 이익이 의무 위반으로부터 발생하였는지 인과관계를 입증할 필요도 없다.³⁴⁵

1 차적 귀속원칙을 각 유형별로 따져보면 이익향수금지 원칙의 첫 번째 유형인 신탁재산을 유용하여 수탁자가 이익을 향수한 경우에는³⁴⁶ 해당 이익이 당연히 수익자에게 귀속되어야 한다는 주장에는 반론의 여지가 없다. 문제는 두 번째 유형인 정보나 기회를 통한 이익과 세 번째 유형인 뇌물이나 비밀 수수료와 같은 승인을 받지 않고 수탁자가 이익을 취득한 경우에 대해서도 동일한 귀속 원칙을 적용할 수 있는 지이다. Lionel Smith 교수는 1 차적 귀속 원칙을 두 번째와 세 번째 유형으로 확장 적용할 수 있다는 견해이다.³⁴⁷ 그 근거로 두 번째 및 세 번째 유형에도 신탁재산 관리 등 비용을 수익자가 부담하며 신인의무자는 수익자에게 신탁과 관련된 모든 정보를 제공할 의무가 있기 때문에 해당 이익은 수익자에게 귀속한다고 설명한다. 비록 정보나 기회 자체에 대해 수익자가 물권적 기반을 갖지 않으며 누구나 사용할 수 있지만, 신인의무자의 정보제공 의무 및 해당 이익이 발생하기 위한 비용부담으로 인해 일정 수준의 이익은 수익자에게 귀속된다는 설명이다.³⁴⁸

사건으로는 수익자가 신탁재산의 비용을 부담하고 수탁자가 수익자에 대해 정보제공 의무가 존재한다고 하여, 신탁과 관련된 정보나 기회에서 발생한 이익 및 뇌물, 수수료 등을 신탁에 1 차적으로 귀속한다는 견해는 논리가 비약하다고 생각한다. 설령 Lionel Smith 교수의 의견을 일부 수용하더라도 1 차적 귀속원칙으로 수탁자의 비용 및 정보제공 의무로부터 어느 수준의 이익을 귀속시킬 수 있는지도 의문이다.³⁴⁹

(4) 법경제학적 논의

앞서 신인의무자의 이득토출책임을 부과하는 근거로 억지, 예방 및 1 차적 귀속원칙 등을 살펴보았다. 반면 미국에서 발달한 법경제학적 논의는 일견 이득토출책임의 도입에 대한 반론을 제기하는 견해처럼 보이기도 하다. 아래에서는 이득토출책임에 대한 법경제학적 논의를 살펴보고 법경제학적 논의와도 양립할 수 있게 이득토출책임을 부과할 수 있는지 검토해보도록 하겠다.

(가) 신인의무와 계약론자

법경제학 학자들은 신인의무를 보는 관점 자체가 전통적인 관점과 다르다. 즉 신인의무를 신인의무자에게 부과되는 특별한 의무라고 보는 관점을 취하지 않는다. Easterbrook 판사와 Fischel 교수는 “Contract and Fiduciary Duty” 논문에서 신인의무는 계약상 의무와 별개로 존재하는 특별한 의무가 아니라고 주장한다.³⁵⁰ 즉 신인의무를 계약 작성 비용을 고려하지

³⁴⁴ Lionel Smith(2013b), pp.102-103.

³⁴⁵ Lionel Smith(2014), p.628.

³⁴⁶ 제 2 장 제 1 절 2 가 참고.

³⁴⁷ 또한 신탁재산의 비용 및 정보제공의무를 고려하여 이득토출책임의 금액을 결정하지도 않는다. 책임의 범위에 대한 논의는 본 논문의 제 3 장 제 3 절 참조.

³⁴⁸ Lionel Smith(2013b), pp.100-101.

³⁴⁹ 책임의 범위에 대한 자세한 논의는 본 논문의 제 3 장 제 3 절 참조.

³⁵⁰ Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), pp.425-446. 따라서 Easterbrook 과 Fischel 는 신인의무를 당사자의 의사에 따라 계약에 포함시키거나 배제할 수 있다고(opt in, opt-out) 보는 사적 자치를 강조한 견해이다. 신인의무가 본인을 보호하는 역할을 하기에 절대적 성격을 띠는지 혹은 해당 당사자들의 공공의

않은 상황에서 계약의 조항을 정교하게 작성하였다면 포함하였을 계약 조항의 하나로 추정한다. 다만 계약을 정교하게 작성하는 데에는 고비용이 소요되므로 신인의무는 계약 당사자가 합의하였을 것으로 추정되는 조항을 법원이 부과한 것으로 본다.³⁵¹ 따라서 신인의무는 신인관계에서 비롯된 본인의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 당사자들의 공공의 복지를 증진시키기 위한 역할을 한다고 파악하였다.³⁵² 이러한 법경제학적 주장을 바탕으로 신인의무를 계약 조항과 구분되는 특별한 의무가 아니라고 주장하는 학파를 ‘계약론자(contractarian)’ 라고 명명한다.³⁵³

(나) 이득토출책임의 수용

계약론자들은 기본적으로 계약을 이행하는 데에서 발생하는 혜택보다 비용이 더 크면 해당 계약을 이행하지 않는 것을 허용하여야 한다는 입장이며 계약의 조항에는 신인의무를 포함한다.³⁵⁴ 따라서 Easterbrook 과 Fischel 교수는 이득토출책임은 원칙적으로 계약이행을 저지하는 효과가 있기 때문에 손해배상책임이 우월한 구제수단이라고 주장한다.³⁵⁵ 또한 이득토출책임은 의무 위반의 효율성과 무관하게 의무의 이행을 강제화하기 때문에 기본적으로 이득토출책임을 바람직하지 않은 구제수단으로 파악한다. 하지만 Easterbrook 과 Fischel 도 무조건적 억지를 추구해야 하는 특정 의무의 경우에는 이득토출책임의 필요성을 인정한다.³⁵⁶

이익을 실현하는 역할을 이행하기에 사적 자치에 따라 변경가능한지 여부가 신인의무에 대한 전통론자들과 계약론자들의 의견이 갈리는 부분이다.

³⁵¹ Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), p.425.

³⁵² 단, 계약론자들은 법원이 신인의무자에게 신인의무를 부과하는 이유를 당사자의 공동이익을 실현하기 위한 계약의 보충적 역할을 한다고 보는 것에 대한 비판으로 계약 당사자와 비교하면 법원은 계약에 대한 정보가 부족하고 법원이 당사자의 의사를 추정할 수 있다고 보는 것은 타당하지 않을 수도 있다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), pp.431-432.

³⁵³ 신탁에서 계약적 측면을 설명하는 논의는 John Langbein(1995)를 참고.

³⁵⁴ Easterbrook 과 Fischel 에 의하면 계약론자들은 신인의무자는 자신의 역할을 이행하는 데에 비용을 보상받는데 이 역시 비용-혜택 분석에 포함된다. 다시 말하면 신인의무자가 신인의무를 이행하는 대가로 수익자는 비용을 지급해야 하고 이 비용은 신인의무자간 경쟁이 존재하면 비용이 증가한다고 본다. 해당 비용에는 a) 법에서 규정한 의무를 이행하기 위한 추가적인 비용과 b) 수익자의 승인 취득 금액 중에 더 적은 비용을 포함할 것이라고 본다. 계약론자들은 협상비용 및 감시비용이 높다고 가정하기 때문에 일반적으로 후자를 더 큰 금액으로 본다. 따라서 신인의무자는 법이 부과한 신인의무를 이행하는 비용을 추가적으로 보상받기를 원한다. 궁극적으로 수익자가 신인의무 이행에 대한 가치를 자신들이 지급하는 비용보다 높다고 판단하는 경우에는 당사자들은 계약에 의해 신인의무 이행으로 인한 가치를 제공받을 것이고 반대의 경우에는 법원의 목표와는 달리 이행되지 않을 것으로 본다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), p.431.

³⁵⁵ 그 대표적인 예로 앞서 언급한 Boardman v Phipps 판례를 든다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), pp.442-443.

³⁵⁶ Easterbrook 과 Fischel 은 무조건적 억지를 요구하는 특정의무가 충실의무라고 적시하고 있지는 않지만, 논문의 전반적인 논의에 신인의무자가 충실의무 위반에 이득토출책임을 부담하는 것을 포함하기에 신인의무자의 충실의무 위반에 이득토출책임을 적용하는 것을 허용하는 견해로 볼 수 있을 것이다. 논문의 원문은 다음과 같다. Profits-based remedies discourage the transaction, and often it is better to accept some risk of transgression than to extirpate a category of transaction. We could avoid this problem only by limiting the category of violations of duty to cases in which we seek unconditional deterrence for then no remedy of the defendant's wealth is too high. (밑줄은 필자) Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), pp.442-443.

Cooter 와 Freedman 교수는 “The Fiduciary Relationship: The Character and Legal Consequences” 논문에서 신인의무를 주의의무와 충실의무로 구분하여 분석한다.³⁵⁷ 주의의무는 손해배상책임으로도 충분히 적절한 수준의 주의를 기울이도록 유인하기 충분하다고 보는 반면³⁵⁸ 충실의무는 신인관계의 성격상 의무 위반을 파악하기 어렵기 때문에 단순한 손해배상책임으로 위반을 억지하지 못하고 손해배상은 손실의 배수로 하여야 한다고 설명한다. Cooter & Freedman 은 신인의무자의 계약의 경우, 충실의무의 엄격한 준수와 이득토출책임은 역시 당사자가 거래비용이 없었더라면 당사자들이 계약에서 체결할 때에 포함되었을 조항으로 파악한다.³⁵⁹ 즉 계약론자의 견해를 따르더라도 충실의무의 엄격성과 이득토출책임은 계약에 포함되며 의무위반으로 간주되는 상황에서 의무위반을 발각할 수 있는 가능성을 높이는 역할을 한다고 주장한다.³⁶⁰

Cooter & Freedman 교수는 충실의무에 대한 효율적인 위반시 이득토출책임의 부과를 통하여 해당 위반을 억지하는 것이 타당한지에 대한 직접적인 답을 구하는 대신 이득토출책임 조항을 계약의 조항으로 삽입하여 이득토출책임을 포함한 계약의 조항을 위반한 것인가로 발상을 전환하였다.

2. 법적 성격과 구별개념

영국에서 이득토출책임이 물권적 성격을 띠는지 아니면 채권적 성격을 띠는지에 대한 질문에는 오랫동안 일관된 답을 찾기가 어려웠다. 또한 물권적 책임을 인정한 경우에는 언제나 의제신탁이 성립한 것으로 보아야 하는지 아니면 이득토출책임을 부과하고 의제신탁과 동일한 물권적 성격을 인정할 수 있는지에 대한³⁶¹ 논리적인 대답을 발견하기 어렵다. 아래에서 살펴보겠지만 본 논문은 이득토출책임에 물권적 책임을 부과할 수 있다면 해당 경우에는 의제신탁과 동일한 효력을 부여할 수 있다고 생각한다. 또한 이득토출책임을 물권적 책임인지 채권적 책임으로 양분할 문제가 아니라 해당 사실관계에 따라 다르게 취급해야 한다는 견해가 현재로서는 타당하다고 생각한다.

가. 법적 성격

(1) 수익권의 성격

³⁵⁷ 미국 학계의 견해이므로 신인의무에 충실의무와 주의의무 등이 포함되는 것으로 본다.

³⁵⁸ Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), pp.1056-1064.

³⁵⁹ Robert Cooter & Bradley Freedman(1991), pp.1048-1056.

³⁶⁰ 예를 들어 100 불을 절취한 절도범이 발각될 확률이 1/3 이라면, 적어도 300 불의 벌금을 부과하면, 절도로 인한 벌금이 예상 수익과 동일해 지는 것과 마찬가지로 충실의무의 위반에 대한 책임도 신인의무자의 이익을 초과하여 억지 효과가 있는 금액만큼 부과하여야 한다고 주장한다. Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993), p.441, 다만 해당 주장은 신인의무자의 이득토출책임의 억지와 제재 및 징벌 역할을 혼용하여 사용한다는 단점이 있다.

³⁶¹ AG for Hong Kong v Reid [1994] 1 A.C. 324 (PC) 이 판례는 의제신탁을 부과하였기 때문에 물권적 성격이라는 견해와 이득토출책임에 물권적 성격을 부과하였다는 두 가지 견해가 있다. 구체적인 내용은 논문의 제 2 장 제 3 절 2 참조.

이득토출책임의 채권적, 물권적 성격에 대한 논의를 살펴보기 앞서 수익권의 법적 성격에 대해 먼저 살펴보겠다. 이는 영미법상 물권적 성격과 채권적 성격을 설명할 때 물권적 기반(proprietary base) 있기 때문에 물권적 효력이 있다는 표현을 사용하는 데 이 물권적 기반이 무엇인지를 이해하기 위함이다. 수익자가 신인의무 위반에 대하여 이득토출책임을 청구할 수 있는 연원에는 수익자가 수익권을 갖기 때문이다.³⁶²

영미법의 수익권에 대하여 설명할 때에 이해해야 하는 것은 보통법과 형평법의 재산권의 분화(혹은 물권의 분화)이다. 영국법에서 신탁이 설립되면 신탁 재산의 법적 소유권(legal owner, legal interest)은 수탁자가 보유하지만 신탁재산의 형평법적 소유권(equitable interest)은 수익자가 보유하여 재산권이 분화되는 구조를 띄게 된다.³⁶³ 신탁재산의 실질적 소유권자는 수익자이고 수익자는 형평법상 소유권(물권)을 보유하고 있다. 영미법의 소유권은 배타적인 성격을 띄지 않기에 수탁자가 신탁재산에 물권적 권리를 갖는 동시에 신탁재산의 형평법적 소유권 (혹은 수익권) 역시 물권적 성격을 띄는 것이 가능하다.³⁶⁴ 수익자는 수탁자가 신탁재산을 신탁의 목적에 반하여 사용하거나 처분하면, 거래의 상대방이 선의의 유상취득자인 경우를 제외하고 해당 재산이 신탁재산임을 주장할 수 있고 수탁자의 채권자, 상속인 등을 배제할 수 있는 권한도 있다. 수탁자가 파산시에 파산관재인이 신탁재산을 파산 재산의 재원으로 사용하려고 하면, 수익자는 신탁재산에 대한 우선권을 주장할 수 있다.³⁶⁵

수탁자는 신탁재산에 대한 형평법상 소유권자(수익자)가 존재함에도 불구하고 신탁재산의 법적 소유권자로서 신탁재산을 이용하여 스스로 이득을 얻거나 제 3자가 이득을 취하도록 할 수 있는 지위에 있다.³⁶⁶ 따라서 수익자의 수익권에 반하여 수탁자가 신인의무 위반으로 신탁재산을 처분한 경우, 원물추급을 하거나, 혹은 그 신탁재산의 가치가 표상하는 대체물을 파악하여 대체물추급할 수 있는 바탕에는 수익자에게 물권적 기반(proprietary base)이 있기 때문이다.

(2) 물권적 구제수단의 효과

이득토출책임이 물권적(proprietary) 혹은 채권적(personal) 성격을 띄는 경우에 효과 측면에서 어떠한 차이가 있는지 간단히 살펴보도록 하겠다.³⁶⁷ 영미법에서 물권적 성격을 부여하면 민법상 물권과 유사하게 역시 대세효, 파산시 우선권 등을 인정한다. 반면 민법과 달리 영미법의 물권적 책임은 우선 특정 재산에 대한 권한을 인정하기 때문에 추급권을 인정한다.³⁶⁸ 앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 추급권은 두 가지 유형으로 구분할 수 있는데,

³⁶² 수익자의 수익권에 대한 자세한 논의는 다음의 논문 참조. 이계정(2016b); 이연갑(2008); 이연갑(2009),

³⁶³ 물권 및 소유권에 대한 영미법과 우리 법과의 차이에 대한 설명은 이연갑(2009), 147면 이하 참고.

³⁶⁴ 이연갑(2009), 156-157면.

³⁶⁵ 이계정(2016b), 103-148면.

³⁶⁶ 해당 논리에 따르면, 우리 법과 같이 재산권의 분화가 없이 신탁 재산의 소유권이 전적으로 수탁자에 이전된 경우에 수탁자의 책임은 보다 강조되어야 하다. 영미법의 재산권의 분화가 있어 수익자가 형평법적 소유권이 있는 것에 반해 우리 법에서는 수익자는 소유권을 갖지 않고 채권을 보유하기 때문에 수탁자가 수익자에 반하는 행위를 할 수 있는 가능성이 더 크다.

³⁶⁷ 관련 논의는 본 논문의 제 2 장 제 3 절 2 참고.

³⁶⁸ A proprietary remedy is one which attaches to specific property as opposed to a personal remedy ie a damages claim for money. Lexisnexis 정의 참고 <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/proprietary->

원물추급(following)과 대위물추급(tracing)이다.³⁶⁹ 원물추급권은 원물의 소유자인 수익자가 타인이 보유하고 있는 원물을 식별하여(identify) 권리를 주장(claiming)하는 것이다. 신인의무 위반시 신탁재산을 원래 상태로 되돌려 신탁을 계속 운영하는 것이 수익자 권리 보호에 가장 적절한 구제수단이라는 점에서 원물추급권은 그 목적에 가장 부합한다.³⁷⁰

반면, 대위물추급권은 원물을 소유한 자가 원물을 이전하고 수령한 대위물이나 대가 등 원물의 가치에 대한 대상을 추적하여 권리를 주장하는 권리이다. 앞서 언급한 바와 같이, 영미법상 물권적 구제수단의 가장 큰 특성은 특정 재산에 부여된 구제수단이라는 점에서 특정 재산이 아니라 그 대체물을 식별하여 다른 재산에 권리를 주장하는 데에 대한 논쟁의 소지가 있을 수 있지만, 대위물추급 역시 원물에 대한 물권적 기반(proprietary base)을 바탕으로 하기에 대위물추급권에도 물권적 성격을 인정한다.³⁷¹ 이상 살펴본 물권적 성격을 바탕으로, 이득토출책임에 대하여 물권적 성격에 대한 학계의 논의 및 판례의 흐름을 아래에서 살펴보겠다.

(3) 학계의 견해

(가) Sarah Worthington 교수의 견해

Sarah Worthington 교수는 이득토출책임의 채권적, 물권적 성격에 대한 연구한 대표적인 학자이다. 초기에 Sarah Worthington 교수는 형평법(Equity)책에서³⁷² 이득토출책임에 물권적 성격을 부과하는 것은 논쟁의 소지가 있다고 주장하였다. 신인의무자에게 이득토출책임을 부과하는 목적은 신인의무자의 의무 위반을 예방 및 억지하기 위한 것이다. Sarah Worthington 교수는 억지 기능을 제대로 이행하기 위해서는 이득토출책임에 물권적 성격까지 요하지 않고 채권적 성격으로도 충분한 억지 효과가 있다고 설명한다. 이득토출책임의 근거는 원고가 해당 재산을 보유하여야 하기 때문이 아니라 피고인 신인의무자가 그 재산을 보유하는 것을 금지하는 데에 있다. 따라서 Sarah Worthington 교수는 물권적 성격을 허용하여 신인의무자의 파산 상태에서 수익자가 다른 채권자들보다 우선하는 근거를 발견하기 어렵다고 설명하였다.³⁷³

[remedies-including-following-tracing](#) [최종 검색일: 2020.12.06] 물권적 성격을 정의할 때, 대세효 혹은 파산시 우선권 보다 먼저 언급되는 것이 특정 재산에 부여된 구제수단이라고 언급한다.

³⁶⁹ 추급권에 대한 정의는 본 논문의 제 1 장 제 3 절 가 및 다음의 문헌을 참조. 이계정(2016a), 114-150 면.

³⁷⁰ A proprietary remedy is one which attaches to specific property as opposed to a personal remedy ie a damages claim for money. Lexisnexis 정의 참조 <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/proprietary-remedies-including-following-tracing> [최종 검색일: 2020.12.06] 물권적 성격을 정의할 때, 대세효 혹은 파산시 우선권 보다 먼저 언급되는 것이 특정 재산에 부여된 구제수단이라고 언급한다.

³⁷¹ 본 논문의 (3) (나) 참조. 언급할 물권적, 채권적 성격의 유형 구분과 연결지어 생각할 수 있다.

³⁷² Sarah Worthington(2006), pp.134-138.

³⁷³ Andrew Burrows(2002), pp.687; James Edelman(2003), pp. 263-264; Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC [1996] AC 669(HL) 판례에서 Lord Goff 는 피고가 물권적 청구권을 부담하면 발생하는 추가적인 혜택 예를 들면 피고의 파산시 우선권 등의 혜택을 원고가 누려야 하는가라는 질문을 던졌는데, James Edelman 대법관은 채권적 청구권은 원고가 물권에 대한 권리가 있을 때처럼 충분한 구제수단이 되지 못하고 파산 시 우선권과 같은 혜택은 그 자체로 목적이 아니라 위의 목적을 달성하는 과정에 따르는 결과라고 설명한다.

이후 Sarah Worthington 교수는 과거의 논의를 발전시켜, 신인의무자의 충실의무 위반의 형태에 따라서 물권적 성격과 채권적 성격을 띄는 경우로 구분할 수 있다고 주장하였다.³⁷⁴ 신인의무자의 이득토출책임을 이분법적으로 물권적 성격 및 채권적 성격을 띄는 지로 판단하는 것은 이득토출책임이 발생하는 다양한 상황을 제대로 이해하지 못한 결과라고 설명한다.³⁷⁵ 영국의 Sinclair v Versailles³⁷⁶ 판례를 통해서 충실의무 위반 사실관계를 아래와 같이 구분하여 1), 2)의 사실관계에서 충실의무 위반은 신인의무자의 직무 범위 내에 발생한 것이기에 물권적 청구권을 인정하되, 3)의 경우는 신인의무자의 지위에서 파생된 기회에서 취득한 이득이므로 채권적 청구권만을 인정하여야 한다고 주장하였다.³⁷⁷

- 1) 본인의 재산을 활용하여 이익을 향수하는 경우
- 2) 본인을 대신하여 신인의무자의 노력으로 발생한 기회로부터 얻은 이익
- 3) 신인의무자의 역할에서 발생한 기회에서 발생하는 이익
(예: 지위의 남용으로 인한 이익, 뇌물이나 비밀 수수료 수령 등)

이 견해는 Sarah Worthington 교수의 견해일 뿐 아니라 다수의 학자들의 견해와 일치한다. 과거 유형을 구분하지 않고 이득토출책임이 채권적 성격을 띤다고 주장하는 학자들의 견해도 동일하게 이득토출책임이 물권적 성격을 띄기 위해서는 수익자가 물권적 기초를 지니고 있어야 한다고 설명하였다.³⁷⁸ 따라서 위와 같이 구분하여 신인의무자가 신탁재산을 활용하여 발생한 이익에는 물권적 성격을 부과할 수 있다고 주장하여도 과거 채권적 성격만을 주장하는 견해와 일치한다.³⁷⁹

(나) 학계의 견해와 판례의 충돌

살펴본 바와 같이 학계에서 Sinclair v Versailles 판례를 기초로 하여 유형에 따라 이득토출책임을 물권적 청구권과 채권적 청구권으로 구분하였다. 문제는 판례의 흐름은 위의 기준과 다른 방향으로 이루어지고 있다는 것이다. Sinclair v Versailles 판례 이전 뿐³⁸⁰ 아니라 이후에도 수익자의 물권적 기반 여부가 명확하지 않은 뇌물을 수령한 사실관계에도 물권적 책임을 인정한 판시가 있어서 물권적 기반을 바탕으로 한 논의의 의미를 파악하기 어렵다. 특히, Sinclair v Versailles 판례 2년 후, 영국 대법원은 FHR European Ventures LLP v Mankarious 판례에서³⁸¹ 신인의무자가 비밀 수수료를 수령한 경우 역시 이득토출책임을 물권적이라고 판시하였지만 판시 근거가 명확하게 제시하지 않고 있다.

(다) Peter Devonshire 교수의 견해

³⁷⁴ Sarah Worthington(2013), pp.721-736.

³⁷⁵ Sarah Worthington(2013), p.726.

³⁷⁶ [2011] EWCA Civ 347.

³⁷⁷ 이 구분은 제 2 장 제 1 절 2 가에서 살펴본 이익향수금지 원칙의 구분과 일치한다. Graham Virgo(2012), pp.505-510.

³⁷⁸ Peter Birks(1989), pp. 387-389, 473-474; Andrew Burrows(2002), pp.687.

³⁷⁹ Hanbury & Martin(2005), pp.630-633.

³⁸⁰ 단 3)의 분류에 속하는 경우에도 의제신탁 및 이득토출책임의 물권적 책임을 인정한 판결이 있다. AG for Hong Kong v Reid [1994] 1 A.C. 324 (PC) 해당 판례는 신인의무자의 이득이 분별가능하면 물권적이라고 판시하였다.

³⁸¹ [2014] UKSC 45; Sarah Worthington(2016), p.74; 판례의 사실관계는 본 논문의 제 2 장 제 3 절 3 참조.

학계에서는 뇌물이나 비밀 수수료를 수탁자가 수령한 경우에는 수익자에게 물권적 기반이 없다고 보았지만, 판례에서는 뇌물이나 비밀 수수료에 대하여 물권적 책임을 부과하여 학계와 판례의 견해 일치를 이루지 못하였다. 이에 대하여 Peter Devonshire 교수는 수탁자가 뇌물수수행위와 관련하여 물권적 기반이 있는지 여부를 뇌물을 전달한 제 3자가 이후 신탁재산과의 거래가 있는 경우와 아닌 경우로 구분한다. Peter Devonshire 교수는 전자의 경우에는 물권적 기반이 있는 것으로 볼 수 있다는 주장이다.³⁸² 예를 들어 수탁자가 제 3 자로부터 뇌물을 수령한 이후, 해당 제 3 자에게 신탁재산 매도를 하였는데 뇌물 수령으로 말미암아 매도가격을 낮춘 경우에는 신탁재산에 해당 금액만큼 손해가 발생하였기 때문에 물권적 기반이 있다는 설명이다. Peter Devonshire 교수의 견해는 뇌물을 수령한 경우에 물권적 책임을 부과하는 판례의 흐름에 대한 근거를 제시한다는 측면에서 의미가 있다. 하지만 뇌물로 인한 직접적인 영향력이 있는 경우와 그 외 경우로 구분하는 것이 현실적으로 가능한 지 의문이며 일반적인 뇌물과 특정 거래를 목적으로 한 뇌물을 다르게 취급하는 것이 타당한 지는 의문이다.

(4) 파산시 우선권과 물권적 성격

신인의무자의 이득토출책임이 물권적 혹은 채권적 성격으로 구분하는 것은 신인의무자가 파산한 경우에 직접적 연관성이 있다. 신인의무자가 파산하는 경우, 만약 수익자에 대한 이득토출책임이 물권적 책임이라는 입장을 따르면 신인의무자의 채권자보다 수익자가 우선권을 가지므로 신인의무자의 채권자에게 과도하게 불공평한 결과가 될 수 있다. 신인의무자가 위법행위로 신탁재산을 취득한 경우에 신인의무자가 이를 취득할 권한이 없는 것은 당연하지만 신인의무자가 파산한 경우에 정책적으로 신인의무자의 위법행위로 인한 이익이 누구에게 귀속되어야 하는지는 별개의 문제이다. 이 경우 신인의무자의 채권자는 적극적인 권한을 갖는 데에 비해, 신인의무자의 본인은 소극적 청구권을 가진다. 따라서 신탁의 수익자는 신인의무자의 파산시, 신인의무자의 일반 채권자보다 우선할 필요는 없으며 따라서 채권적 책임으로 충분하다는 입장에 찬동한다.³⁸³

(5) 부수적 이득과 물권적 성격

이득토출책임은 기본적으로 채권적, 물권적 성격과 무관하게 수탁자가 취득한 모든 이득을 토출하는 것이고 여기에는 부수적 이익도 포함된다. 하지만 Attorney-General for Hong Kong v. Reid³⁸⁴ 판결에서 물권적 청구권을 부과해야 하는 근거로 부수적 이익을 토출하도록 하기 위한 것이라고 실시하여 이후 혼란을 야기하였다. 앞서 살펴본 바와 같이, 해당 판례에서는 신인의무자가 뇌물을 수령한 경우, 해당 뇌물 금액을 토출하도록 하는 것이 아니라, 해당 뇌물로 토지를 매입한 경우, 물권적 성격을 인정하여 해당 토지로 취급할 수 있도록 하였다. 따라서 해당 판결에서 부수적 이익은 뇌물로 토지를 매입한 경우 그 가치 상승분을 의미한다. 사건은 해당 판결에서 물권적 성격은 해당 토지를 반환시키기 위한 목적이지만, 채권적 성격을 부과하더라도 해당 토지 가액만큼의 책임을 인정하는 것이

³⁸² Peter Devonshire(2014), pp.23-37.

³⁸³ Sarah Worthington(2013), p.749.

³⁸⁴ [1993] UKPC 2; [1994] 1 All ER 1; [1994] 1 AC 324; 사실관계는 본 논문의 제 2 장 제 3 절 2 다 참조.

타당하다고 생각한다. 즉 부수적 이익이 수탁자의 책임에 포함되는지 여부는 물권적, 채권적 성격과는 무관하다고 보는 것이 논리적이다.

William Swadling 교수는 간접적 수익은 이득토출책임이 채권적 청구권의 성격이라도 포함할 수 있다고 설명한다.³⁸⁵ 마치 물권적 청구권, 의제신탁을 부과해야 하는 이유가 추가적 이득까지 토출하도록 하기 위한 것이라는 주장은 적절하지 않다고 주장한다.

표 4. 의제신탁과 이득토출책임: 물권적, 채권적 성격

| | 의제신탁 부과 | 이득토출책임 물권적 성격 | 이득토출책임 채권적 성격 |
|-----------|---------|------------------|------------------|
| 파산시 우선권 | O | O | X |
| 추급권 | O | O | X |
| 간접 수익 | O | O | O* |
| 신탁재산 원상회복 | O** | O** | X |

* 간접수익의 범위가 상이할 수도 있음

** 원칙적으로 가능하지만, 제 3 자의 요건을 고려하여야 함

(6) 정리

학계 및 판례에서 신인의무자의 이득토출책임에 물권적 성격을 부과해야 한다는 의견과 그 반대하는 의견이 존재하는 것은 물권적 성격이 갖는 다양성에 기인한다. 즉 물권적 성격을 부과하는 근거를 해당 신탁재산을 복원하기 위한 목적인지, 신인의무자의 파산시 우선권 부여하기 위한 목적인지 혹은 부수적 이익까지 토출하기 위한 목적인지에 따라 다른 주장을 내세운다. 생각건대 신탁재산을 복원하기 위해 추급권을 부과하는 물권적 성격은 부여하는 것이 타당하다. 반면, 신인의무자에게 물권적 책임이 신인의무자의 채권자보다 우선하기 위한 목적이라면 이득토출청구권이 신인의무자의 채권자보다 우선할 근거는 미비하다고 생각한다. 마지막으로 부수적 이득까지 토출하기 위하여 물권적 책임을 부과하여야 한다는 판례 및 의견은 이해하기 어렵다. 채권적 성격을 띄는 이득토출책임에서도 부수적 이익을 토출하는 것을 원칙으로 하되 그 범위는 인과관계, 공제 등의 적용여부에서 결정된다고 보는 것이 타당하다.

나. 구별개념과 적용범위

(1) 구별개념

(가) 이익향수금지 원칙(no-profit rule)은 곧 이득토출책임인가?

언급한 바와 같이 충실의무 중 구체적인 의무 중 하나인 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 해당 지위로부터 사전에 승인받지 않은 이익을 수령하여 향수하는 것을 차단하는 원칙이다. 만약 이득토출책임을 명시하지 않고 이익향수금지 원칙만이 존재하는 경우를 가정해보자. 이 경우에도 동일하게 수탁자는 해당 이익을 향수하지 못하기 때문에

³⁸⁵ William Swadling(2012), p.992.

군이 이득토출책임을 명시하여야 하는가 하는 의문이 든다. 그렇다면 이익향수금지 원칙이 이득토출책임과 동일한 개념인가? 이에 대한 학계의 구체적인 논의를 발견하지는 못하였지만 이익향수금지 원칙이 해당 규정의 이행과 구제수단까지 포함하는 역할을 하지 못하였다고 보는 것이 타당할 것이다.

또한 이익향수금지 원칙은 수탁자가 충실의무 위반으로 인한 해당 이익을 향수할 수 없음을 의미하지만, 해당 이익을 누구에게 토출해야 하는지에 대한 내용을 내포하고 있지 않다. 해당 이득토출책임과 동일하게 이익은 신탁재산에 토출될 수도 있지만 수익자에게 개인적으로 토출될 수도 있고 혹은 국가에 환수될 수도 있다. 따라서 이익향수금지 원칙과는 별개로 이득토출책임에 대한 규정은 필요하다고 보아야 할 것이다.

(나) 원상회복책임과 이득토출책임

제 2 장 제 4 절에서 살펴본 바와 같이 원상회복책임과 이득토출책임은 종종 동일한 효과처럼 보이기도 하고 표현을 혼용하여 사용하기도 한다. 충실의무의 위반으로 이익이 발생하는 형태가 다양하기 때문에 단순한 거래의 경우에는 원상회복책임과 이득토출책임의 효과가 동일한 경우도 있다. 대표적으로 신탁재산을 고유재산으로 처분한 경우는 원상회복책임을 부과하든 이득토출책임을 부과하든 동일한 결과가 될 것이다. 하지만 신탁재산의 처분이 없는 경우, 예를 들면 수탁자가 신탁의 기회를 유용하거나, 수탁자가 뇌물을 수령한 경우는 원상회복책임을 유용하지 않다. 따라서 해당 개념은 구분하여 사용하는 것이 타당하다.

(다) 징벌적 손해배상

이득토출책임이 징벌적 기능을 이행하는지에 대한 논의와 더불어 다수의 학자들은 이득토출책임을 징벌적 손해배상(punitive damages, exemplary damages)과 비교한다.³⁸⁶ 징벌적 손해배상은 가해자를 징벌하고 가해자의 행위를 교정하며 나아가서 사회 공동체 구성원에게 본보기를 보여 사회 전체적으로 불법행위를 억지하는 기능을 한다.³⁸⁷ 징벌적 손해배상 역시 원고의 손실과 연관되지 않은 구제수단이며 위법행위자가 위법이익을 보유하지 않도록 하여 억지 기능을 수행하기도 한다.³⁸⁸ 따라서 일견 징벌적 손해배상은 이득토출책임과 유사한 측면이 있고 개념적으로 억지와 징벌은 종종 상호 교환하여 사용하기도 한다.³⁸⁹

하지만 징벌적 손해배상은 억지 기능 외에도 가해자의 행위의 “고의”에 초점을 두고 악의적이고 반사회적인 상황에서 징벌과 제재를 가하는 보다 근본적인 기능이 있다. 반면 신인의무 위반은 선의, 악의 여부를 막론하고 이득토출책임을 부과하기 때문에 억지나 예방에 방점이 있다. 또한 이득토출책임이 피고에게 실제로 발생한 이득을 토출하는 것과

³⁸⁶ 징벌적 손해배상 외에도 국가에 의한 환수(confiscation)와 비교하여 이득토출책임의 징벌적 성격을 논의하는 문헌으로는 Peter Jaffey(1996), pp.92-100.

³⁸⁷ Michael Polinsky & Steven Shavell(1998), pp.904-947; 김정환(2019), 12 면.

³⁸⁸ Ewoud Hondius and Andrew Janssen(2015), p.477.

³⁸⁹ 이득토출책임이 억지 기능을 이행하기 위해서는 일반적 이득토출책임으로 충분하지 않으며 수탁자가 의무위반으로부터 적발될 확률을 고려하여 징벌적 이득토출책임을 부과해야 한다는 논의는 본 논문의 제 3 장 제 1 절 1 나 (2) (다) 참조.

달리 징벌적 손해배상의 배상액은 3 배 손해배상(Treble damages) 등을 부과하는 등 배상액과 책임 사이에 연관성이 없이 임의적이라는 차이점이 있다.

영국 형평법은 징벌적 기능을 내포하지 않는 것을 원칙으로 표명한다. 따라서 영국에서 이득토출책임이 징벌적 역할을 하지 않기 위해서 그 금액이 극단적인 양상을 띄지 않게 하기 위해 반환할 이득의 범위를 일부 조정한다.³⁹⁰ 반면 미국에서는 원칙적으로 징벌적 손해배상을 허용하지 않는다는 영국의 견해를 수용하지만 학계 및 판례에서 점차적으로 징벌적 손해배상을 허용하는 추세에 있다.³⁹¹

(2) 적용범위

(가) 국가별 적용 범위

앞서 언급한 바와 같이 영국은 신탁 조항 위반이나 선관주의의무에는 이득토출책임을 적용하지 않고³⁹² 충실의무에만 이득토출책임을 적용한다. 즉 영국은 신인의무를 충실의무와 동일시하여 충실의무 위반에만 이득토출책임을 부과하는 반면 그 외의 위반에는 형평법상 손해배상책임, 원상회복책임 및 금지명령 등의 다른 구제수단을 활용한다.³⁹³ 반면 미국에서 충실의무 뿐 아니라 수탁자의 의무 및 신탁증서의 조항 위반까지 포함하여 포괄적으로 이득토출책임을 인정한다.³⁹⁴ 하지만 미국에서 주의의무나 신탁 위반에 이득토출책임을 부과하는 근거에 대한 논의는 찾아보기 힘들고 실제로 주의의무 위반에 이득토출책임을 부과한 판례를 발견하지 못하였다. 신인의무자가 부담하는 의무를 신인의무로 보는 미국의 입장에 따라 신인의무 전반에 이득토출책임을 부과할 수 있도록 조문을 구성하였지만, 실제 적용은 충실의무 위반 외에 손해를 발생하지 않고 수탁자가 이득을 취득하는 경우가 발생하지 않을 것이다.³⁹⁵

(나) 신인의무자별 적용

신인관계는 본인이 신인의무자에게 부여한 신뢰와 신임, 신인의무자가 재량과 권한을 보유하고 이로 인해 본인의 취약성, 보호의 필요성을 요건으로 하고, 본 논문은 이 요소들을 골고루 만족하여야 신인의무자에게 신인의무를 부담할 수 있다는 견해이다. 위의 요소들은 타인의 재산을 자신의 법적 명의로 이전받은 수탁자를 표상으로 하여 발견하였고, 수탁자를 신인의무자의 표상으로 하여, 충실의무 위반시 이득토출책임을 부담하는 법리가 발전하였다.

³⁹⁰ 이득토출책임은 징벌적인 기능은 하지 않는다는 것이 일반적인 의견이다. Peter Devonshire(2013), pp.59-63; 수탁자에게 의무 위반을 역지하기 위하여 징벌적 손해배상이 필요한 지에 대한 논의 Samuel Bray(2016), p.214.

³⁹¹ Peter Devonshire(2013), pp.59-61; 미국에서 징벌적 손해배상을 수용한 것에 대하여 이득토출책임이 수익자의 입증책임의 부담이 적고, 원상회복을 구하는 책임이기 때문에 보다 타당하다는 견해로는 Cooter & Freedman(1991), p.1069.

³⁹² Sarah Worthington(2006), p.134.

³⁹³ 개정 신탁법은 주의의무 위반에는 이득토출책임을 인정하고 있지 않아서 영국의 법리를 따른다.

³⁹⁴ Samuel Bray(2018), p.2; 미국에서는 신중의무(Duty of Prudence) 위반의 경우에도 최적의 구제수단은 이득토출책임과 손해배상 중에 선택하는 것이라는 견해로는 Daniel Kelly(2021), pp.30-31.

³⁹⁵ 미국의 이득토출책임의 차이점은 논문의 제 3 장 제 3 절 참조; 미국에서 실제로 충실의무 외에 다른 의무를 위반한 경우에 이득토출책임을 부과한 판례를 찾아보려고 하였으나 아직은 발견하지 못하였다.

문제는 신인의무의 징표는 정성적인 요건들이기 때문에 요건을 만족하는 기준에 따라 신인관계의 성립을 광범위하게 인정할 수도 있고 협의의 해석도 가능하다. 신인관계의 범위를 좁게 해석하여, 재산의 처분에 준하는 재량 및 권한을 갖는 자만을 신인의무자로 정의하면, 신인의무자의 충실의무 위반에 대하여 엄격한 수준의 의무를 부과하게 될 것이고 이득토출책임을 부과할 수 있다

반면, 신인의무의 징표들을 느슨하게 해석하여, 비재산적 재량이나 권한이 있는 자(예를 의사), 혹은 타인의 재산에 재량이나 권한을 행사하지만 처분 등과는 무관한 경우(예를 들면 임치의 경우)까지 신인의무자로 해석하면 신인관계와 비신인관계의 경계가 모호해지고 따라서 이익충돌금지 및 이익향수금지를 축으로 하는 충실의무 및 이득토출책임을 신인의무법리를 적용하기 어려워진다.

사건은 신인관계의 원칙적 확장성은 인정하되 이익충돌금지 및 이익향수금지를 두 축으로 하는 충실의무와 그 위반에 대한 이득토출책임을 적용하기 위해서는 재산에 대한 법적 소유권자 및 이에 준하는 재산처분에 대한 재량 혹은 권한을 행사할 수 있는 신인의무자로 한정하여야 한다.³⁹⁶

제 2 절 영국의 이득토출책임

1. 책임의 범위

가. 책임의 범위 확정의 어려움

이득토출책임을 피고인 신인의무자가 원고인 본인에게 신인의무 위반으로 인한 이득을 반환하는 구제수단이다. 이는 원칙적으로는 매우 단순하게 보이지만 토출할 이득을 계산하는 과정은 여전히 미궁에 빠져있다. 판례법에 기반한 영미법은 일정 수준의 유사한 판례가 누적된 이후에는 판례들로부터 일반 원칙을 찾아내고 이후에는 유사한 사실관계에 대하여 앞서 발견한 일반원칙을 적용하여 판시한다. 이득토출책임을 계산하는 과정이 아직도 미지의 세계인 까닭으로 이득토출책임에 대한 영미법의 판례의 분량이 일반적인 원칙을 수립하기에 부족하다는 점을 들기도 한다.³⁹⁷

Matthew Conaglen 교수는 영미법상 이득토출책임 계산과정이 아직도 귀납적(inductive) 과정에 머물러 있고 일반적인 원칙을 적용할 수 있는 연역적(deductive)인 과정까지 이르지 못하였다고 설명한다.³⁹⁸ 즉 다수의 문헌들은 개별 판례로부터 원칙을 발견하려는 과정에 머물러 있고 일반원칙을 적용하여 이득토출책임을 계산하는 과정까지 도달하지 못하였다는 것이다. 또한 판례 자체가 적기 때문에 일반화를 위해서는 최근의 판례 뿐 아니라 오래된 판례들까지 함께 살펴보아야 한다는 한계가 있다. 오래된 판례들을 검토하다 보면, 현재와는 상황이 상이한 경우가 많고 이로부터 일반 원칙을 도출할 수 있는지에 대한 의구심이 들기도 한다. 판례가 부족한 이유 중 하나는 이득토출책임을 금액을 결정하는 과정에서 고비용을

³⁹⁶ 본 논문의 제 5 장 제 4 절 1 참조.

³⁹⁷ Matthew Conaglen(2020), pp.40-42.

³⁹⁸ Matthew Conaglen(2020), p.40.

소요하기 때문에 다수의 사건에서 이득토출책임의 원고와 피고 당사자가 주로 합의하도록 조인하곤 한다.³⁹⁹

언급한 바와 같이 이득토출책임의 범위를 확정하는 문제는 이득토출책임을 적용하는 과정에서 가장 어려운 문제 중에 하나이고 일관된 논리가 결여되어 있는 것처럼 보일 수도 있음을 주지해 두겠다. 이는 해당 판례의 사실관계에 따라 적용하는 기준이 상이하고 영미의 형평법원이 지닌 폭넓은 재량 등이 그 원인일 것이다. 이러한 한계가 존재함에도 불구하고 이득토출책임의 연원인 영미법의 이득토출책임에 대한 판례 및 논의를 폭넓게 검토하는 것은 필요하다. 아래에서는 이득토출책임의 범위를 파악하기 위한 영미법에서 적용한 기준 및 학계의 견해를 소개하고 영미 뿐 아니라 호주 그 외 영연방 국가에서 이득토출책임을 적용한 구체적인 사례를 함께 분석하도록 하겠다.

나. 인과관계

전통적으로 영미법에서 사실관계 인과관계(but for causation)와 격원성(remoteness) 기준은 손해배상 금액을 확정할 때에 사용한 개념이다.⁴⁰⁰ 따라서 신인의무자가 신인의무 위반을 하였을 경우 본인이 이득토출책임 대신에 형평법상 손해배상 청구권을 행사하기로 선택하는 경우에는 인과관계 기준을 적용한다.⁴⁰¹ 반면 이득토출책임 자체는 손해가 아니라 이익에 초점을 두는 개념이기에 해당 기준을 적용하는 경우에 형평법상 손해배상에 적용하는 동일한 기준을 적용하여야 하는지를 결정하기 어려웠다. 따라서 인과관계 기준을 전혀 적용하지 않은 판례부터 어떻게 적용할 것인지 그 기준을 찾아가는 과정까지 다양한 판례가 존재한다. 아래에서는 인과관계 기준, 적용여부, 격원성 및 토출할 이익을 기간으로 제한한 경우 등을 살펴보겠다.

(1) 사실관계 인과관계 기준(But for causation)

영미법상 인과관계 기준을 어떻게 적용할지 여부는 인과관계 기준을 구성하는 방식에 따라 두 가지 가능하여 일부 자의적인 성격을 띤다. 자의적 성격으로 말미암아 판례에서 이득토출책임에 인과관계 기준을 어떻게 적용할지 일관적인 논리를 찾기 어렵게 한다. 두 가지 방법의 인과관계 기준이란 1) 해당 현상을 어떻게 방지할 수 있는지 여부로 인과관계를 구성하는 방법과 2) 해당 현상이 어떻게 발생하는 지로 인과관계를 구성하는 방법이다.⁴⁰² 이를 신인의무 위반에 대한 이득토출책임에 대입하면 1) “만약 신인의무를 위반하지

³⁹⁹ Matthew Conaglen(2020), pp.38-63.

⁴⁰⁰ 영미법의 인과관계 기준(causation)을 주로 불법행위(tort)에서 손해배상금액을 산정할 때에 적용하는 기준이다. 인과관계 기준은 사실관계 인과관계와 격원성으로 구분할 수 있는데 두 단계의 인과관계 기준을 모두 통과하여야 손해배상 금액으로 인정한다. 사실관계의 인과성 기준(factual causation)에는 가정적 기준(But for Test) 기준 혹은 상당한 인과관계(proximate causation)을 적용한다. 전자는 위법행위가 없었더라면 하는 가정적 기준을 적용하여 인과성을 파악하는 기준이고 후자에 해당하는 상당한 인과관계는 다수의 원인이 있는 경우에 활용하는 방법이다. 격원성(remoteness)은 법적 인과관계(legal causation)라고도 불리우는데, 비록 사실관계 인과관계 기준을 통과하더라도 해당 손해배상을 정책적 근거로 제한할 필요가 있기에 활용하는 방법이다.

⁴⁰¹ Swindle v Harrison[1997] 4 All ER 705; Graham Virgo(2018), p.524.

⁴⁰² Matthew Conaglen(2020), p.59; Jane Stapleton(2015), p.709.

않았다면 해당 이익이 신인의무자에게 발생하였을까?” 로 구성하여 인과관계를 판단할 수도 있지만 2) “신인의무를 위반하였기 때문에 신인의무자에게 해당 이익이 발생하였는가” 로 구성하는 것도 가능하다. 후자는 인과관계를 적용할 때에 대부분 만족할 것이다. 다만 전자의 기준(but for causation)을 만족하는지 여부가 이득토출책임의 범위를 결정할 때에 법원에서 인과관계를 적용할지 주로 언급한 인과관계이다.⁴⁰³ 해당 인과관계 조건을 가정적 상황의 인과관계(Counter-factual but for Causation)라고 지칭하기도 한다.⁴⁰⁴

(2) 엄격한 이득토출책임

(가) 인과관계 적용하지 않아야 한다는 견해

이득토출책임을 부과할 때 해당 이익이 신인의무자의 충실의무 범주 안에 있기만 하면 가정적 상황의 인과관계 요건은 전혀 적용하지 않아야 한다는 논의부터 살펴보겠다.⁴⁰⁵ 이 견해는 신인의무를 위반하지 않은 경우에도 해당 이익이 신인의무자에게 발생하였을지 여부를 고려하여 이득토출책임의 범위를 결정하면, 신인의무자가 신인의무 위반으로부터 이익을 취득하는 것을 허용할 수도 있다는 점에 초점을 둔다. 이 견해에 따르면 수익자의 승인을 통하여 혹은 신탁증서의 승인을 통하여 해당 이익을 수령할 수 있는 권한을 사전에 승인받을 수 있는 선택권이 있었지만 신인의무자는 궁극적으로 신인의무를 위반하기로 선택하였다. 따라서 법원은 정책적인 이유에서 신인의무자가 의무를 준수하였을 경우의 가정적인 상황에도 신인의무자가 이득을 취할 수 있는지에 대하여 판단하지 않는 것을 원칙으로 하여야 한다는 주장이다.⁴⁰⁶

(나) 인과관계 적용하지 않는 경우의 문제점

영국은 엄격한 충실의무에 근거하여 이득토출책임에 인과관계를 적용하지 않는 것을 시작점으로 하였다. 하지만 이후 학계에서는 인과관계를 적용하지 않는 경우에 대한 문제를 지적하기 시작하였다. 신인의무자가 고유재산을 신탁재산에 매도하여 200 불의 이익을 취득한 경우에 200 불을 토출하여야 하는가? 아니면 동일한 고유 재산을 객관적인 제 3 자에게 매도하였더라도 150 불의 이익을 취득할 수 있었다면, 해당 금액의 차이인 50 불만큼만 토출하여야 하는가? 인과관계를 허용하지 않는 입장에서는 200 불을 모두 토출하는 것을 원칙으로 한다. 이 입장에 따르면 50 불만을 토출하면 해당 의무 위반 거래가 발각되지 않을 경우에 총 200 불의 이익, 즉 50 불의 추가 이익을 얻을 수 있지만, 발각되더라도 의무 위반하지 않은 경우와 동일한 150 불의 이익을 취득하게 되어 의무 위반의 역지력이 떨어지기 때문에 의무위반을 허용하게 된다는 논리이다. 이득토출책임을 부과하여 의무 위반의 역지를 극대화 하기 위해서는 200 불을 토출하는 것이 타당하다. 하지만 매도의 과정에서 신인의무자의 노력 등이 소모되었음을 감안할 때 언제나 200 불을

⁴⁰³ But for causation 은 논리학에서 “p 이면 q 이다” 의 논리적 동치가 “q 가 아니면 p 가 아니다” 인 것을 활용한다. “이익의 원인이 신인의무 위반이다” 의 동치인 “신인의무 위반이 없었다면 이익이 발생하였는가” 라는 논의로 해당 명제의 참/거짓을 파악하는 방식이다.

⁴⁰⁴ Henry Smith, in Evan Criddle(2019), p.759.

⁴⁰⁵ Nocton v Lord Ashburton [1914] AC 932, 956-7 (Viscount Handane VC); Murad v Al-Saraj [2005] EWCA Civ 959.

⁴⁰⁶ Matthew Conaglen(2020), p.59.

토출하도록 하는 것이 타당한지 의문이 지속적으로 제기되었다. 현재 판례는 사실관계에 따라 다른 기준을 적용하고 있다.

(다) Graham Virgo 교수의 견해

인과관계 기준을 적용하지 않은 대표적인 판례로 *Murad v Al-Saraj*⁴⁰⁷가 있다. Graham Virgo 교수는 해당 판례에 대해 인과관계 기준을 적용하지 않은 것에 대하여 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 엄격하게 적용하기 위한 목적 자체에는 동의하지만 해당 판결은 이후에 이득토출책임을 범주를 결정하는 데에 혼란을 가중하였다고 설명한다.⁴⁰⁸ 신인의무를 위반한 신인의무자가 모든 이득을 토출할 필요는 없을 것이고⁴⁰⁹ 의무위반과 이득의 일정 부분의 연관성은 있어야 한다는 주장이다. 극단적인 예를 들어보면 인과관계를 전혀 적용하지 않는 경우 신인의무 위반으로 신인의무자가 이득을 얻었고 동 시기에 혹은 해당 금액을 활용하여 복권에 당첨된 경우, 복권에 당첨된 이득까지 토출해야 하는 결과가 된다. 물론 극단적인 견해에서는 복권의 당첨으로 발생한 이득까지 토출해야 한다는 입장도 있을 수도 있지만, 이는 자연적 정의에 의해서도 타당하지 않다고 설명한다.

따라서 Graham Virgo 교수는 만약 피고가 의무위반이 없었다더라도 해당 이익을 취득할 수 있었다라면, 신인의무 위반으로부터 발생한 이익이란 실제로 발생한 이익과 의무 위반이 없었다더라도 취득하였을 이익의 차이이고 따라서 이득토출책임을 계산할 때에 사실관계 인과관계(But for causation)를 활용하지 않을 근거가 없다고 주장한다. 따라서 사실관계 인과관계를 활용한다고 해서 신인의무 위반의 억지 목적이 희석되지 않는다고 설명한다.⁴¹⁰

(라) 충분한 연관관계

Graham Virgo 교수뿐 아니라 Andrew Burrows 대법관도 신인의무자의 의무 위반과 이익 사이에 일정 수준의 인과 관계가 존재해야 한다는 데에는 일반적으로 동의한다. 다만 그 일정수준의 연관성이라는 것은 판례의 사실관계에 따라 상이할 수 있고 법원이 재량 하에 있기에 체계적인 원칙을 발견할 수 없다는 문제가 남아있다.⁴¹¹

영국의 최근 이득토출책임 판례인 *Keystone v. Healthcare Ltd. v Parr*⁴¹²에서도 신인의무 위반이 이익 발생의 원인일 필요도 없으며 다만 신인의무 위반과 신인의무자의 이익의 취득 간에 충분한 연관성은 있어야 한다고 판시하였다.⁴¹³

(3) 격원성 기준 적용

격원성 기준(remoteness)은 법적 인과관계(legal causation)이라고 명명하기도 하고 광의의 인과관계(causation)에 포함하기도 한다. 격원성 기준 역시 손해배상책임에서 비롯된

⁴⁰⁷ [2005] EWCA Civ 959; 사실관계는 논문의 제 3 장 제 3 절 3 나 참조; Charles Mitchell(2006), pp.334-335.

⁴⁰⁸ Graham Virgo(2015), pp.505-506.

⁴⁰⁹ *Murad v Al-Saraj* [2005] EWCA Civ 959, Arden LJ 판사 견해.

⁴¹⁰ 그 외 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 엄격성을 완화해야 한다고 주장하는 견해로는 Charles Mitchell(2006), pp.325-328, p.339.

⁴¹¹ Matthew Conaglen(2020), p.61.

⁴¹² [2019] EWCA Civ 1246, [2019] 4 W.L.R. 99, at 18.

⁴¹³ Matthew Conaglen(2020), p.60.

법리이다.⁴¹⁴ 격원성 기준을 엄격하게 적용하는 경우, 신인의무 위반으로부터 발생한 간접이익을 보유하는 것을 허용하는 결과에 이르게 되고, 이는 이득토출책임의 억지 목적에 부합하지 않는다. 격원성 기준은 앞의 사실관계 인과관계와 달리 정책적 성격을 띤다. 따라서 해당 판례의 사실관계에 따라 격원성 개념을 제한적으로 적용하여 신인의무 위반으로 인한 직접적 이득 뿐 아니라 간접적 이득까지 토출하도록 허용하는 판례들이 다수 존재한다.⁴¹⁵ 최근 판례의 추세는 인과관계 외에 공제 및 이득을 기간으로 제한하는 방식 등을 통해서 토출할 이득을 산정할 때에 제한을 두기도 한다.

(4) 토출할 이득을 기간으로 제한

토출할 이득을 기간으로 제한하는 방법은 신인의무 위반 후, 피고가 일정 기간 동안 이익을 취득하고, 재판 과정 중 혹은 이후에도 이익을 지속적으로 향수하고 있는 경우에 적용하는 방법이다. 이런 경우 피고가 이미 취득한 이득만을 토출하면 되는지 아니면 향후에 발생할 이득까지 모두 토출해야 하는지에 대한 문제가 발생한다.⁴¹⁶ 따라서 일부 판례에서 법원이 토출할 이득의 범위를 형평에 맞게 특정 기간 동안 발생한 이득으로 제한한다. 이 방법은 자기거래와 같이 일회성 거래가 아니라 기회 유용이나 경업 행위 등과 같이 일정 기간에 걸쳐 이득이 발생한 경우에 적용한다.

다. 공제

인과관계를 적용하는 방법 외에 법원은 수탁자인 피고의 시간, 기술, 노력을 통해서 취득한 이익에 대하여 형평법적 공제(Equitable Allowances)를⁴¹⁷ 허용하는 방식으로 피고의 이득토출책임의 엄격성을 완화하기도 한다. 공제는 원고와 피고 사이에 적절한 균형을 유지하고 피고인 신인의무자의 이득토출책임의 금액이 신인의무자가 실제로 수령한 금액보다 과도하지 않도록 하기 위한 방법이다.⁴¹⁸ 일견 단순해 보이는 공제 역시 실제 판례마다 적용하는 방식은 다양하며 학계의 견해도 상이하다. 아래에서는 공제의 근거, 범주 및 학자들의 견해에 대하여 살펴보겠다.

⁴¹⁴ 손해배상책임을 계산할 때에 격원성 기준은 해당 금액이 직접적인(directness) 손해인지, 손해의 예측 가능성(foreseeability) 및 새로운 개입 행위 존재여부(Novus actus interveniens)등을 고려하여 인과관계가 단절되었는지 여부를 평가한다.

⁴¹⁵ Graham Virgo in Charles Rickett(2008), pp.320-327.

⁴¹⁶ 해당 사안에 대한 중요한 판례인 Warman International Ltd v Dwyer [1994] 182 CLR 546, 559 에 대한 구체적 사실관계는 논문의 제 3 장 제 2 절 4. 참조.

⁴¹⁷ 영국에서 이득토출책임에 대한 공제를 allowances 로 표현하는 반면, 미국에서는 deductions, credits 로 표현하기도 한다.

⁴¹⁸ 만약 신인의무자가 수령한 금액 이상의 이익을 토출하도록 하면 역으로 본인이 부당이득을 취하는 성격을 띄게 된다. 따라서 형평법상 균형을 유지하는 것이 필요하고 만약 두 당사자 중에 한 당사자가 불가분하게 우발소득을 취할 수 밖에 없다면 위법행위로 피해를 입은 사람이 우발 소득을 취하도록 한다. LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd [1989] 2 SCR.

(1) 공제의 근거

Jessica Palmer 교수에 따르면 공제는 억지 목적과 상충하지 않는 경우에만 정당화할 수 있다. 따라서 억지 목적과 상충하지 않는 공제는 존재하지 않고 궁극적으로 공제를 정당화할 수 있는 경우는 없다는 견해이다.⁴¹⁹ 신인의무자에게 귀책사유가 없는 경우나 이득토출책임의 결과 수익자에게 부당이득이 발생하는 경우에 공제를 허용하자는 주장에 대하여⁴²⁰ Jessica Palmer 교수는 해당 논의는 억지 목적에 상충하며 판례의 흐름으로 미루어보아 흠결이 있다고 설명한다.⁴²¹ Jessica Palmer 교수는 공제를 허용하는 데에 반대하고 엄격한 이득토출책임을 주장하는 입장을 대표한다.

반면 Matthew Harding 교수는 신인의무자에게 공제를 적용하는 것이 실제 이득토출책임의 억지 및 예방의 목적에 위배되는 지에 대해 연구하였다.⁴²² Matthew Harding 교수는 억지 목적보다 더 우선시되는 목적이 있는 경우에 한정하여 공제를 허용할 수 있다고 주장한다. 즉 신인의무자의 공적(desert)을 인정해야 하는 목적이 억지 목적보다 중요한 경우에 공제를 허용하자는 주장이다. 즉 신인의무자의 이득토출책임은 신인의무의 위반의 억지 및 예방에서 출발하였지만, 해당 목적이 이득토출책임의 범위를 결정하는 단일한 목적이 아니고 사회의 변화에 따라 다수의 목적을 펼 수 있고 이에 따라 조정해서 이득토출책임을 적용해야 한다는 견해이다.

(2) 공제의 범위

공제는 1) 신인의무자의 능력, 전문성에 대한 보상하는 것과⁴²³ 2) 신인의무자와 본인이 발생한 이익을 배분하는 방법으로⁴²⁴ 구분할 수 있다.

전자가 피고인 신인의무자가 발생시킨 이익에 대한 노력 등을 파악하는 방법인 반면, 후자는 신인의무자와 본인 사이에 이익을 분배하는 계약(profit sharing arrangement)을 가정하여 분배금액을 판단하기에 전자보다 관대하게 공제를 허용한다.⁴²⁵ 이득토출책임을 허용하는 판례에서 전자에 해당하는 신인의무자의 노력에 대한 보상은 다른 비용에 대한 공제와 동일하게 취급하여 순이익을 계산하는 과정에 포함한다.⁴²⁶

또한 1)과 2)의 방법은 이론적으로 두 가지로 구분하지만 두 방법은 양분법적으로 이해할 것이 아니라 연속선상에 있다고 보는 것이 타당하다. 어떠한 방식을 사용하더라도 공제 금액은 반드시 신인의무자의 업무의 가치로 제한되는 개념은 아니며 판례에서 계산하기에 따라 일정 수익도 포함될 수 있고⁴²⁷ 신인의무자가 감수한 위험(venture)으로부터 발생한 이익도 일부 포함할 수 있다.

⁴¹⁹ Jessica Palmer(2004). 그 외에 공제를 허용하는 데에 반대하는 견해로는 Lee Aitkin(1993).

⁴²⁰ Bronwyn Arnold(2006), pp.17-19.

⁴²¹ Jessica Palmer(2016), pp.23-24.

⁴²² Matthew Harding in Andrew Robertson & Hang Wu Tang(2009), pp.341-364.

⁴²³ 신인의무자의 일반적인 노동력, 시간, 노력 등에 대하여 공제를 허용하는 경우 이를 보다 폭넓게 허용하는 경우, 그 외에 신인의무자가 특별한 전문적 능력을 보유한 경우나 별도의 위험을 감수한 경우에만 공제를 허용하는 경우 등 판례는 상이하다.

⁴²⁴ Peter Devonshire(2010), p.404.

⁴²⁵ Matthew Harding in Andrew Robertson & Hang Wu Tang(2009), p.345.

⁴²⁶ Matthew Conaglen(2020), pp.43-45; Brown v De Tastet (1821) Jac. 284 (37 E.R.858), 294.

⁴²⁷ Matthew Conaglen(2020), p.45. 판례로는 O'Sullivan v Management Agency and Music Ltd. [1985] 1 Q.B. 428, 459, 469, 473.

(3) 학계의 견해

이득토출책임의 가혹성에 대한 대응방식으로 판례에서는 공제를 허용하는 추세에 있지만 공제는 무조건적으로 적용되는 것은 아니다. 사실관계에 따라 공제를 적용하는 것이 형평법상 정당하다고 판단되는 경우에만 허용한다. 신인의무자의 의무 위반이 심각한 위법행위에 해당하는 경우에는 공제를 허용하지 않고, 해당 사건이 일정한 수준의 과실이 있는 경우에만 공제를 허용한다. 하지만 일정한 수준의 과실이란 자의적인 성격이고 학계의 의견은 상이하다. 아래에서는 공제를 전혀 허용하지 않아야 한다는 견해부터 보수적으로 허용하는 견해와 관대하게 허용하는 견해를 차례로 소개하도록 하겠다.⁴²⁸ 눈에 띄는 점은 호주나 캐나다 등 영연방 국가의 논문이 대부분을 차지하는 점과⁴²⁹ 1990년대에는 공제를 허용하지 않는 견해가 일반적인 반면⁴³⁰ 이후에는 공제를 허용하되 그 범위를 확장하는 논의로 초점이 바뀐 것을 확인할 수 있다.

(가) 공제에 대한 견해

공제 허용에 반대하는 입장은 기본적으로 신인의무 위반에 대한 이득토출책임과 신인의무자의 업무에 대하여 형평법적 공제를 허용하는 개념이 양립할 수 없다고 설명한다.⁴³¹ 형평법적 공제는 이득토출책임의 예방 및 억지 근거 및 역할에 정면으로 배치되기 때문이다.

Matthew Conaglen 교수는 특히 신인의무자가 사전에 본인의 승인(authorization)을 통해 자신의 노동력, 시간 등에 대한 대가를 적법하게 수령할 수 있는 기회가 있었다는 점에 주목한다.⁴³² Conaglen 교수는 신인의무 위반으로 이득토출책임을 부담하는 신인의무자는 이익충돌 혹은 이익향수 행위를 하였는데 이득토출책임이 가혹할 수 있다는 근거로 법원이 공제를 허용하는 것은 타당하지 않다고 주장한다. 공제를 허용하면 신인의무자가 사전에 본인과의 협상을 통하여 향유하지 못한 이익, 예를 들면 본인이 허용하지 않은 보수마저 법원이 재량으로 허용할 수 있음을 지적한다. 따라서 공제를 허용하는 경우에 신인의무를 준수하는 것보다 의무를 위반하는 경우에 신인의무자가 더 경제적으로 유리한 상황이 발생할 수 있다고 설명한다. 결과적으로 법원이 엄격책임을 부과하는 동시에 재량을 행사하여 일부 공제를 허용하면 신인의무자가 향후에 신인의무를 위반하더라도 사전에 승인받지 않은 이익을 보유할 수 있다는 기대감을 심어주기 때문에 이득토출책임의 억지 효과를 저해한다는 입장이다.⁴³³

공제 허용하되 보수적으로 허용하자는 견해에 따르면 위법행위자들이 자신들의 위법행위에도 불구하고 보상을 허용하면, 신인의무자가 자신의 의무를 이행하는 과정에서

⁴²⁸ Peter Devonshire(2010), p.405.

⁴²⁹ 영미법의 신탁법을 총괄하는 문헌에서는 이득토출책임 전반에 대하여 다루며 공제를 허용하는 판례 등을 언급할 뿐이다. 논문 등을 통한 공제에 대한 심도 있는 연구는 주로 영연방 국가에서 특히 호주 학계에서 그 논의가 활발하다. 대표적인 학자로는 호주의 Matthew Conaglen 교수, Lee Aitkin 교수, Matthew Harding 교수 및 캐나다의 Peter Devonshire 교수, 그리고 뉴질랜드의 Jessica Palmer 교수의 연구 등이 있다.

⁴³⁰ 그럼에도 불구하고 18세기 판례에서도 공제를 허용한 판례도 발견할 수 있다. 관련 판례들은 본 논문의 제 3 장, 제 2 절 3 마 참조.

⁴³¹ 공제에 대한 영국, 호주 및 뉴질랜드의 판례 및 견해를 소개하는 문헌으로는 Lee Aitkin(1993), pp.49-71.

⁴³² Matthew Conaglen(2011), pp.548-578.

⁴³³ Matthew Conaglen(2011), pp.560-564.

이해관계가 없어야 한다는 원칙에 위배하기 때문에 공제를 극히 제한적으로 적용해야 한다. 보수적인 관점에서 공제를 허용할지 여부를 신인의무자의 선의 여부, 위법행위의 심각성 등을 고려하여 결정하지만 해당 기준이 결정적인 요건은 아니기 때문에 기준이 명확하지 않다. 판례에서도 신인의무자의 선의 여부가 공제 여부를 결정하기 보다는 선의 여부가 공제금액을 결정할 때에 고려하는 요건 중 하나로 활용된다.⁴³⁴

다른 견해로 Peter Devonshire 교수는 신인의무 위반의 사실관계에 따라 구분하여 공제 허용을 결정하여야 하고 사실관계 중 일부에 제한적으로 공제를 관대하게 허용하자는 견해이다.⁴³⁵ 즉 1) 신탁재산을 유용하는 경우, 2) 신인의무자의 독립적인 행위에 의해 이익이 발생하는 경우 및 3) 신인의무자의 행위가 신탁에 손실과 무관한 경우로 나누어 주장을 전개한다.⁴³⁶ 첫 번째 경우인 신인의무자가 신탁재산을 유용한 경우는 해당 재산을 복원시키거나 대체물로 보상하여야 한다. 실령 신탁 재산으로부터 부수적인 이익이 발생하였다고 하더라도 해당 이득을 모두 토출해야 하고 공제를 허용할 사안이 아니라고 본다. 반면 두 번째 경우인 신인의무자의 독립적인 행위로부터 이익이 발생한 경우에는 공제를 허용하는 데에 보다 우호적이다. 세 번째 경우는 신인의무 위반 중에 신탁이 해당 기회를 활용할 수 없었던 경우로 파악하고 해당 이익의 일부는 신인의무자의 노동에 귀속되는 것이 타당하기에 보다 관대하게 공제를 허용하여야 한다고 주장한다.

(나) 공제금액 계산에 대한 견해

Matthew Conaglen 교수는 이익창출 과정의 다양성으로 말미암아 해당 공제금액 계산에 대한 원칙을 수립하기 어렵다고 설명한다.⁴³⁷ 이득토출책임을 발생시키는 거래 및 관련 신탁재산이 단일 거래 및 재산인 경우에 토출할 이익의 계산은 비교적 명확하다. 반면 신인의무자가 해당 이익으로 사업을 영위하는 경우 등을 상정해보면, 신인의무 위반으로 인한 이익과 신인의무자가 적법하게 취득한 이익을 구분하는 것이 사실관계마다 상이하다.⁴³⁸

또한 Matthew Conaglen 교수는 공제를 허용하는 경우에 신인의무자의 보수는 합리적이고 공정한 금액으로 결정하는 것이지 특정 신인의무자가 해당 작업에 대하여 협상을 통하여 취득할 수 있었던 금액으로 결정되는 것은 아니라고 주장한다.⁴³⁹ 즉 해당 작업에 대한 보상이 합리적이고 공정한 지 여부를 결정할 때에는 시장의 상황, 조건을 고려하여 결정하여야 하지만⁴⁴⁰ 실령 특정 신인의무자가 법원이 결정하는 합리적이고 공정한 금액보다 고액을 수령할 수 있었다라도 해당 금액은 이득토출책임에서 공제를 계산할 때에 고려할

⁴³⁴ 예를 들면 신인의무자가 선의로 행위하였지만 충실의무 위반한 Boardman v Phipps 판례에서는 선의 여부가 공제를 허용할지를 결정하는 요인은 아니다. 다만 신인의무자의 선의를 인정하였기 때문에 이득토출책임을 계산할 때 공제를 관대하게 인정한 판례에 해당한다.

⁴³⁵ Peter Devonshire(2010), p.405.

⁴³⁶ Peter Devonshire(2010), p.405.

⁴³⁷ Matthew Conaglen(2020), p.46.

⁴³⁸ Matthew Conaglen(2020), p.57.

⁴³⁹ Matthew Conaglen(2020), p.45. 관련 판례로는 Harris v Digital Pulse Pty Ltd [2003] NSWCA 10, (2003) 197 ALR 626.

⁴⁴⁰ Matthew Conaglen(2020), p.45. 관련 판례로는 Green v Bestobell Industries Pty. Ltd. (No. 2) [1984] W.A.R. 32, 39; Halliday & Nicholas Insurance Brokers Pty. Ltd. v Corsiatto [2001] NSWCA 188, (2001) 11 A.N.Z. Ins. Cas. 75,848, at 30.

사항은 아니다. 실제로 신인의무자가 수령할 수 있는 금액과 법원의 합리적 판단 금액의 차이는 신인의무자가 신인의무를 위반한 결과로 수용하여야 하며 이득토출책임을 결정하는 과정에서 반영하지 않는다는 설명이다.⁴⁴¹

라. 이득토출책임에 대한 이자

앞서 언급한 인과관계, 격원성 및 공제가 신인의무자의 이득토출책임을 제한하는 역할을 하는 반면, 이득토출책임에 이자를 부과하여 이득토출책임의 금액을 증가시키기도 한다. 이자에 대한 논의는 이득토출책임 중 어떠한 이득에 대하여 이자를 부과하여야 하는가에 대한 논의와 이자율의 산정 논의로 구분할 수 있다. 이득토출책임의 이자에 대한 논의는 앞서 다룬 인과관계나 공제에 대한 내용보다 논의가 활발하지 않다. 이는 이자를 부과하지 않기 때문이 아니라 일반적인 형평법상 손해배상에 적용과 동일하기 때문으로 추정한다.

(1) 이자를 이득토출책임에 포함시키는 경우

*Attorney-General v Alford*⁴⁴² 판례에서 Lord Cranworth 은 신인의무 위반에서 이득토출책임 계산시 이자가 연관성이 있는 경우를 다음과 같이 구별한다.⁴⁴³

- 1) 이득토출책임이 존재하고, 해당 이득에 대하여 피고가 실제로 제 3 자로부터 이자를 수령한 경우
- 2) 피고가 실제로 이자를 수령하지 않은 경우라도 상황을 고려하였을 때 수령하였을 것으로 추정하는 것이 타당한 경우
- 3) 수탁자가 이자를 수령하였어야 한 경우. 예를 들면 신인의무자가 신탁재산을 제대로 투자하고 운용하지 않아서 이자를 수령하지 못한 경우

첫 번째 경우에는 간접 이득으로 취득한 이자를 토출하는 것과 달리, 두 번째와 세 번째 경우에는⁴⁴⁴ 이자를 수령하지 않았지만 이자를 토출하도록 하는 경우이다.⁴⁴⁵ 신탁 재산을 유용하여 이득토출책임을 적용하는 경우에는 유용한 날짜를 기산일로 하여 이자를 포함하여 지급할 책임을 진다.

(2) 이자율 산정

이득토출책임에 대한 이자율 산정은 *Wallersteiner v Moir*(No. 2)⁴⁴⁶ 판례에서 논의하고 있다. 해당 판례는 원고 회사의 이사인 피고가 개인적인 목적을 위하여 회사 자금을 유용하여

⁴⁴¹ Matthew Conaglen(2020), p.45; *O'Sullivan v Management Agency and Music Ltd.* [1985] 1 Q.B. 428, 469; *Green v Bestobell Industries Pty. Ltd.* (No. 2) [1984] W.A.R. 32, 38-39.

⁴⁴² (1855) 4 De GM & G 843, 851; *Andrew Stafford & Stuart Richie*(2015), pp.442-443.

⁴⁴³ *Graham Virgo*(2018), p.533.

⁴⁴⁴ 사건으로는 두 번째 상황과 세 번째 상황을 구분하는 실익을 파악하기 어렵다.

⁴⁴⁵ 가정적인 투자이익을 계산하는 것보다 이자로 계산하는 것이 보다 용이한 방식이기 때문에 이자를 토출한다는 설명도 있다. 즉 수탁자가 신탁재산을 유용하여 해당 유용자산을 오랫동안 보유하고 있던 상황을 가정해보면, 해당 유용자산을 다른 곳에 투자하였으면 같은 가정보다는 이자를 이득토출책임에 포함하는 것이 계산이 용이하다는 설명이다.

⁴⁴⁶ [1975] QB 373; *Andrew Stafford & Stuart Richie*(2015), p.443.

신인의무를 위반한 사건이다. 법원은 피고는 유용한 해당 금액과 추가 이자를 지급할 책임이 있다고 판시하며 적용할 이자율은 피고가 동일한 금액을 대출하였을 때에 지급하였을 이자율로 평가한다고 판시하였다. 또한 신인의무 위반으로 인하여 피고에게 손실을 야기한 경우에는 이자는 원고의 손실을 보상하는 것과 동일한 역할을 하도록 평가해야 한다고 판시하였다. *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd(No 2)*⁴⁴⁷판례에서 해당 이자는 법원의 단기투자 계정 이자율로 결정한다고 판시하였다.

법원은 단리, 복리 중 이자를 계산하는 방식을 선택할 수 있는데⁴⁴⁸ 법원은 신인의무자의 사기(fraud)나 신인의무자가 신탁재산을 유용한 경우에는 복리 이자를 허용한다. 판례의 흐름을 살펴보면 *Wallersteiner v Moir(No. 2)* 판례에서⁴⁴⁹ 복리는 징벌적 성격을 띠 수 있기 때문에 수탁자가 신탁 재산으로 복리로 계산한 이익을 거둘 수 있었다고 합리적으로 판단되는 경우에만 복리이자를 허용한다고 판시하였다. 이후 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* 판례에서는⁴⁵⁰ Lord Browne-Wilkinson은 해당 요건에 대한 언급없이 신인의무자가 신탁으로부터 부당하게 이득을 취득한 경우에는 언제나 복리이자를 사용하여 이자를 계산할 수 있다고 판시하였다. 이후에 *Kuwait Oil Tanker Company SAK & others v Al Bader & Other*⁴⁵¹판례 등에서 신인의무자가 해당 사업을 영위하는 과정에서 신탁재산을 사용한 경우에만 복리를 사용하는 경우에 한정되지 않는다고 판시하였고, *Accidia Foundation v Simon C Dickinson Ltd*⁴⁵²에서는 신인의무자에게 이득토출책임을 부과하는 경우, 유형을 구분하지 않고 일반적으로 복리이자가 부과된다고 판시하였다.⁴⁵³

2. 이득토출책임과 제 3자 책임

가. 제 3자 책임의 구분

(1) 제 3수령자와 제 3조력자

영미법상 신인의무자가 신인의무를 위반한 경우에 1차적 책임은 신인의무자가 부담한다. 하지만 신인의무자의 책임에 더하여 제 3자에게 책임을 부과할지 여부 및 책임의 범위에 대한 논의가 활발하다. 제 3자 책임은 일반적으로 제 3자가 수탁자의 신인의무 위반을 알고

⁴⁴⁷ [1980] Ch 515.

⁴⁴⁸ 영국 법원 중 형평법원만이 복리이자 계산을 허용하였는데, 신인의무 위반은 언제나 형평법원의 관할이므로 신인의무 위반에 대하여는 단리와 복리 중에 선택권이 있다.

⁴⁴⁹ [1975] QB 373, at 397; Andrew Stafford & Stuart Richie(2015), p.443.

⁴⁵⁰ [1996] 1 AC 669, at 702.

⁴⁵¹ (Unreported) 17 Devenber, 1998, p.159, Upheld on appeal at 2000, 2 All Er (Comm) 271; Andrew Stafford & Stuart Richie(2015), p.443.

⁴⁵² [2010] EWHC 3058 (Ch); Andrew Stafford & Stuart Richie(2015), p.443.

⁴⁵³ 다만 해당 판례에서는 복리이자를 포함한 금액으로 이득토출책임을 부과하기 위하여는 일부 징벌적 배상(penal award)을 포함하는 경우로 부당이득에 대한 이득토출책임을 넘어서는 목적이 있어야 한다고 설명한다. Andrew Stafford & Stuart Richie(2015), p.444; 그 외에 홍콩의 판례인 *Libertarian Investments Ltd v Hall* [2014] 1 HKC 368 판례의 Ribeiro PJ도 같은 취지로 판시한다.

신탁재산을 수령한 경우(Knowing receipt)와 제 3 자가 수탁자의 의무 위반에 대하여 조력(Knowing assistance)한 경우로 구분한다.⁴⁵⁴

신탁재산을 수령한 제 3 자는 의제신탁 법리에 의해 해당 재산을 반환하는 것을 원칙으로 하지만 반환이 불가능한 경우에는 채권적 책임을 진다. 수탁자의 의무 위반을 조력한 제 3 자는 본인의 손실에 대하여 신인의무자와 연대책임을 지는 것을 원칙으로 한다.⁴⁵⁵ 언급한 바와 같이 이득토출책임은 신인의무자가 신인의무를 위반한 경우에 부과하는 책임이고, 제 3 자가 신인의무 위반으로 해당 재산을 수령하였거나 제 3 자가 신인의무 위반을 조력하였다고 하여 이득토출책임을 발생시킬 근거를 발견하기 어려웠기 때문이다. 아래에서 자세히 살펴보겠지만, 제 3 수령자 책임은 해당재산의 원상회복책임을 기본으로 하고 원상회복이 불가능한 경우, 제 3 조력자의 채권적 책임의 범위 및 해당 구제수단의 성격을 어떻게 규정할 것인지의 문제가 있다. 제 3 조력자 책임은 손실에 대한 책임을 원칙으로 하지만, 최근의 판례에서 이득토출책임을 부과한 판례가 있어서 이에 대한 법리를 논의하는 과정에 있다.⁴⁵⁶

수탁자의 신인의무 위반이 무과실책임인 것에 비하여 제 3 자 책임은 제 3 자의 귀책사유를 요건으로 하기 때문에, 판례 및 학계의 논의는 주로 귀책사유를 결정하는 부분에 초점을 두고 있다. 또한 초기 판례에서는 제 3 수령자와 제 3 조력자를 통칭하여 제 3 자 책임으로 판시하였다. 하지만 논의가 진행되면서 두 책임을 부과하는 근거가 상이하고 두 책임을 혼합하여 일반 원칙을 발견하려고 하면 혼동을 가중한다고 보아 이를 구분하고 있다.

(2) 제 3 이득자 책임

앞서 언급한 바와 같이 영국에서 제 3 자 책임은 일반적으로 제 3 수령자 책임과 제 3 조력자 책임으로 구분하고 위의 판례들에는 수탁자가 신탁을 위반하여 제 3 자가 이득을 취득한 경우에 제 3 자가 책임을 지는 경우들이 포함되어 있다. 문제는 수탁자의 신탁위반으로 제 3 자가 이득을 취득하였지만, 해당 이득이 본래의 신탁재산이 아니고(따라서 제 3 수령자가 아님), 제 3 자가 수탁자의 신탁위반을 조력하지 않은 경우(따라서 제 3 조력자가 아님)에 제 3 이득자가 취득한 이득에 대한 별도의 논의를 발견할 수 없다는 점이다. 생각건대 제 3 이득자를 의제수탁자로 분류하여 책임을 부과하든, 아니면 신탁이 취득하였어야 할 이득을 제 3 자가 취득한 경우, 해당 이득 역시 신탁재산으로 보아 제 3 수령자와 동일하게 적용할 것으로 추정한다.

나. 제 3 수령자 책임

⁴⁵⁴ Barnes v Addy (1874) LR 9 Ch App 244. 해당 판결을 통하여 제 3 자 책임을 제 3 수령자 책임과 제 3 조력자 책임으로 구분하기 시작하였다. Sarah Worthington(2006), pp.178-191, Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.820-852; Simon Gardner(2011), pp.272-277; 반면 제 3 자 책임을 '신인의무 위반에 부정직한 관여(dishonest participation in breach of fiduciary duty)' 로 통합하여 일관된 적용을 하여야 한다는 견해로는 James Edelman(2002), pp.193-201.

⁴⁵⁵ Peter Devonshire(2015a) p.59.

⁴⁵⁶ Peter Devonshire(2015a) p.59.

수탁자의 신인의무 위반으로 제 3 자가 신탁재산을 수령한 경우에⁴⁵⁷ 수익자가 제 3 자에게 의제신탁이 성립된 것을 보아 해당 재산의 반환을 청구할 수 있다. 반면 의제신탁에 의하여 제 3 자에게 책임을 부과하는 것 외에 해당 재산의 반환이 불가능한 경우에는 제 3 자에게 채권적 책임을 부과할 수 있고 이를 제 3 수령자 책임이라고 한다.

신인의무 위반과 관련한 제 3 수령자 책임은 1) 제 3 수령자가 어떠한 요건을 만족하는 경우 책임을 부담하는지 2) 책임을 진다면 그 이론적 근거는 무엇인지 3) 책임의 범위 문제로 나누어 살펴보겠다.

(1) 제 3 수령자 책임 요건: 선의의 유상취득자가 아닐 것

제 3 수령자의 책임을 살펴보기에 앞서 제 3 자가 책임을 지지 않고 완전한 소유권을 취득할 수 있는 경우를 먼저 살펴보겠다. 선의의 제 3 자가 해당 재산에 대한 급부를 지급한 경우, 제 3 자는 선의의 유상취득자(Bona fide purchaser)의 요건을 만족한다.⁴⁵⁸ 따라서 선의의 유상취득자는 수탁자의 위법행위로 신탁재산을 수령하는 경우에도 완전한 소유권을 갖고 수익자는 제 3 수령자에 대하여 청구권을 행사할 수 없다. 반면 무상취득자인 경우 혹은 유상취득자일지라도 수익자의 권리를 알거나 아는 것으로 의제되어 선의 요건을 만족하지 않은 경우에는 제 3 수령자가 책임을 진다.

급부 지급 여부는 요건의 만족 여부를 쉽게 파악할 수 있지만, 선의 요건 혹은 수익자의 권리를 알았거나 알았던 것으로 의제되는 경우는 판례에 따라 그 적용이 상이하여 기준을 정립하는 데에 어려움을 겪었다. 일반적으로 제 3 수령자 책임은 신탁의 위반을 인지하거나, 수탁자의 의무 위반을 인지할 것을 요건(knowledge)을 만족한다. 하지만 판례에 따라 이 요건을 신인의무자가 의무 위반을 인지하고 있었는지(knowledge) 여부, 제 3 수령자가 전반적으로 부정직한지(dishonesty) 여부 혹은 제 3 수령자의 비양심성(unconscionability) 기준 등을 다양하게 해석하였기에 지속적으로 논쟁이 되었다.⁴⁵⁹ 뿐만 아니라 각 기준을 활용하는 경우에도 객관적인 기준을 사용할 것인지 아니면 당시 피고의 주관적 기준을 요건으로 할 것인지에 대하여 판례가 엇갈리고 있다.⁴⁶⁰

사건으로는 제 3 수령자에게 책임을 부과하는 시발점은 수탁자의 의무 위반이므로 제 3 자가 해당 의무 위반 여부를 인지하고 있는지를 기준으로 하는 것 타당하다고 생각한다. 또한 위에서 언급한 다양한 기준은 구체적인 사실관계에 따라서 예외적으로 요건의 만족 여부가 달라질 수도 있겠지만 기본적으로 해당 요건들의 성격은 중복되며 논의의 실익은 없다고 생각한다.

⁴⁵⁷ 신탁재산이 소유권 및 물권인 경우에 대한 논의를 대상으로 하고, 신탁재산 자체가 채권인 경우의 논의는 제외한다.

⁴⁵⁸ 선의의 유상취득자는 언제나 형평법에서 특별히 보호받는 대상(Equity's darling)이다.

⁴⁵⁹ 원고가 실제 신탁재산이라는 사실을 알거나, 해당 신탁재산의 양도가 신탁위반이라는 점을 알았는지(즉 민법의 악의) 여부가 아니라 원고가 보다 포괄적으로 수탁자의 행위가 부정직하였는지, 혹은 해당 신탁재산을 제 3 자가 수령하는 것이 비양심적인지 입증하는 기준 등이 더 원고가 입증하기 쉬울 수도 있는지 등이 논의를 포함한다.

⁴⁶⁰ 2002 년까지 Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v Tan [1995] 2 AC 378 판례의 기준에 따라 객관적인 부정직함을 기준으로 한다. 2002 년에 Twinsectra Ltd v Yardley [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164 판례는 귀책사유를 요건으로 하지 않지만 부정직함(dishonesty)에 대한 기준은 객관적인 기준과 주관적인 기준을 모두 활용해야 한다고 판시하였다..

(2) 제 3 수령자 책임의 근거: 의제수탁자

제 3 수령자 책임은 앞서 설명한 의제신탁과 연관성이 있다.⁴⁶¹ 수탁자가 신탁재산을 충실의무 위반 등으로 제 3 자에게 이전, 처분한 경우에 해당 제 3 수령자는 1 차적으로 의제수탁자(deemed trustee, constructive trustee)⁴⁶²로 간주하고, 의제수탁자는 제 3 자가 수령한 신탁재산을 수탁자에게 회복시키는 의무를 부담한다.⁴⁶³ 제 3 자가 해당 신탁재산을 여전히 보유하고 있는 경우에는 의제수탁자로서 책임을 지게 된다. 하지만 제 3 자가 해당 신탁재산을 다시 전득자에게 이전하여 해당 재산을 반환할 수 없는 경우에는 제 3 수령자로서 채권적 책임을 지게 된다.

참고로 제 3 수령자를 의제수탁자로 간주하는 경우, 의제수탁자의 책임이 일반적인 수탁자와 동일하게 신탁재산의 원상회복의무뿐 아니라 신탁재산을 보존하고, 투자할 의무 및 관리할 의무 등도 부담하는지는⁴⁶⁴ 명백하지 않다. 무엇보다도 의제수탁자로 간주한 제 3 수령자에게 명시적 수탁자와 동일한 신인의무가 발생한다고 볼 근거가 없으며 따라서 의무를 부과할 이론적 근거를 찾기 어렵기 때문이다.⁴⁶⁵

따라서 학계에서는 의제수탁자가 수탁자와 동일한 의무를 지는지 아니면 단지 해당 재산을 복원시킬 의무만을 지는지에 대한 논의가 진행 중인데⁴⁶⁶ William Swadling 교수⁴⁶⁷ 및 Austin Scott 교수는⁴⁶⁸ 후자를 주장하는 대표적인 학자로 의제수탁자라고 불리는 자들은 수탁자로서 가장 최소한의 의무, 즉 해당 재산을 복원시킬 의무만이 존재한다고 주장한다. 반면 Charles Mitchell 교수 및 Stephen Watterson 교수⁴⁶⁹ 등은 의제수탁자는 해당 재산을 복원시킬 의무 외에 다수의 의무를 지닌다고 주장한다. 예를 들면 제 3 수령자의 경우에는 해당 재산을 복원시킬 의무 뿐 아니라 해당 재산을 취득할 의무 및 해당 재산을 즉시 원상회복시킬 수 없는 경우에는 적절하게 투자할 의무 등이 있다고 주장한다.

사건으로는 후자의 입장은 여전히 억지스러운 측면이 있다고 생각한다. 의제수탁자는 제 3 수령자로서 신탁재산에 속하였던 일정 재산을 보유하고 있고 해당 재산을 처분할 권한과 재량이 있다고 볼 수도 있지만, 이로써 수탁자의 적절한 투자 의무 등을 부담할 관계가 형성되었다고 볼 수 있는지 의문이다. 제 3 수령자의 의제수탁자로서 책임은 신탁재산을 신탁에 복원시키기 위한 것으로 제한하는 것이 타당하다고 생각한다.

⁴⁶¹ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 3 참고.

⁴⁶² Sarah Worthington(2006), pp.179-189; Charles Mitchell & Stephen Watterson in Charles Mitchell (2010), p.12.

⁴⁶³ Charles Mitchell & Stephen Watterson in Charles Mitchell(2010), pp.15-17.

⁴⁶⁴ Peter Devonshire(2015b), p.224; Charles Mitchell & Stephen Watterson in Charles Mitchell(2010), p.115.

⁴⁶⁵ 단지 신탁재산을 신탁 위반임을 알고 수령하였다고 해서 제 3 수령자가 자신의 이익보다 수익자의 이익을 더 우선하여야 하는지에 대한 근거가 명확하지 않다는 견해로는 Charles Mitchell & Stephen Watterson in Charles Mitchell(2010), p.24.

⁴⁶⁶ Lionel Smith(1999), pp.294-302; 의제수탁자의 의무를 의제신탁이 성립된 된 근거에 따라 의제수탁자의 범주를 구분하여 의무를 논의하는 문헌으로는 Daniel Reynolds(2018), pp.1300-1333.

⁴⁶⁷ 영국 신탁법에서 의제신탁이 신탁이라는 개념은 허구이며, 의제신탁은 하나의 구체수단으로 파악하여야 하며 따라서 의제수탁자는 일반적인 수탁자가 부담하는 의무를 부담하지 않고, 신탁재산을 복원할 의무만을 부담한다는 견해로는 William Swadling(2011), pp.399-411, pp.432-433.

⁴⁶⁸ Austin Wakeman Scott(1967).

⁴⁶⁹ Charles Mitchell & Stephen Watterson in Charles Mitchell(2010), p.129.

(3) 신탁재산 원상회복이 불가능한 경우의 책임: 제 3 수령자 책임

앞서 살펴본 바와 같이 제 3 수령자는 신탁재산을 수령하였는데, 수탁자의 의무위반 혹은 신탁위반을 인지하거나 인지한 것으로 의제되는 경우 의제수탁자가 되어 해당 재산을 신탁에 회복시킬 의무가 생긴다. 하지만 제 3 자가 해당 신탁재산을 수령하였지만, 해당 신탁재산을 탕진하였거나 혹은 전득자에게 이전한 경우에는 원상회복시킬 수 없다. 이런 경우에는 수익자가 제 3 수령자에게 의제신탁을 통한 물권적 청구권을 행사할 수 없기에 채권적 책임만을 부과할 수 있다.⁴⁷⁰ 이 경우에 제 3 수령자의 책임에 대하여 원상회복책임(personal claim for restitution),⁴⁷¹ 이득토출책임(account of profits, account for the value of the asset),⁴⁷² 의제신탁의 채권적 청구권(in personam constructive trust claim)⁴⁷³ 등의 용어를 혼용하여 사용하고 있다. 영국 문헌에서 제 3 수령자가 선의의 유상취득자가 아닌 경우를 유상 혹은 무상 수령자인지 구분하지 않고, 해당 재산을 복원할 수 없는 경우, 채권적 책임을 부과한다고 언급하고 있다.

그림 3. 제 3 수령자 책임과 의제수탁자 책임 비교

그림 3.1 제 3 수령자의 채권적 책임

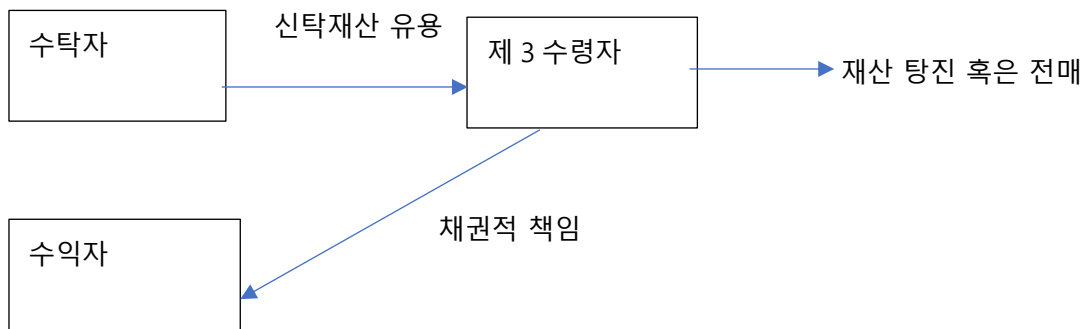
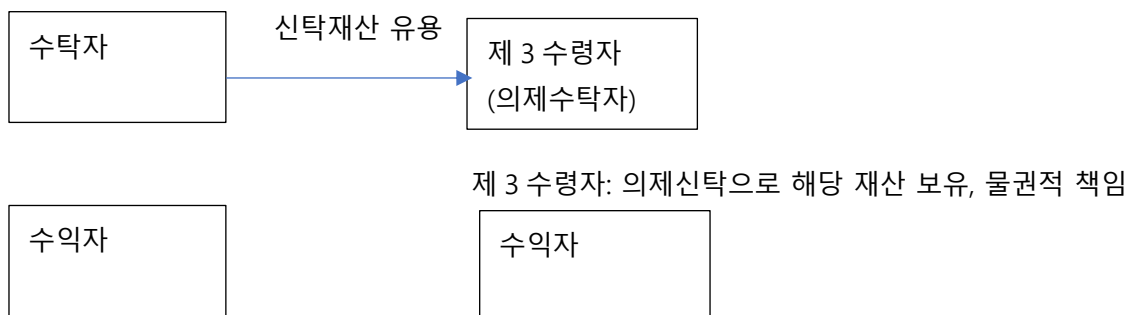


그림 3.2. 제 3 자가 신탁재산을 수령하여 의제수탁자 책임⁴⁷⁴



⁴⁷⁰ Robert Pearce & John Stevens(2006), p.841; Sarah Worthington(2006), p.179.

⁴⁷¹ Sarah Worthington(2006), pp.180.

⁴⁷² Robert Pearce & John Stevens(2006), p.842.

⁴⁷³ Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.821-822, p.841.

⁴⁷⁴ 그림 3.2의 경우도 동일하게 제 3 자가 신탁재산을 ‘수령하였기 때문에’ 부과하는 책임이지만 제 3 자가 신탁재산을 보유하고 있고 요건을 만족한 경우에는 의제수탁자의 책임으로 지칭하고 ‘제 3 자 수령자 책임(knowing receipt)’은 채권적 책임만을 지칭하는 개념으로 사용한다. 그림 3은 다음의 문헌 참조. Robert Pearce & John Stevens(2006), p.822.

(4) 책임의 성격

신탁재산을 수령한 제 3 자가 선의의 유상취득자가 아닐 요건을 만족하여 제 3 자는 기본적으로 의제수탁자로서 해당 신탁재산의 원상회복책임을 부담하는 것을 원칙으로 하지만, 원상회복이 불가능한 경우에는 채권적 책임을 부담한다. 그렇다면 제 3 수령자는 1 차적 책임을 지는 것인가 아니면 2 차적 책임을 지는 것인가? 1 차적 책임이란 제 3 자가 귀책사유를 포함한 요건을 만족하고, 신탁재산을 수령한 것에 대한 책임(자신의 위법행위에 대한 책임)이고, 2 차적 책임이란 타인(즉 수탁자)의 책임과 동일한 책임(duplicate)을 부담한다는 의미이다. 이에 대하여는 판례에서 아직 확정적인 답을 찾기 어렵다.

우선 제 3 자에게 물권적 책임을 부과하여 해당 신탁재산을 반환하면 수익자가 수탁자로부터 해당 금액을 이중으로 보상받을 수 없다고 보는 것이 논리적이다. 이 때는 제 3 수령자가 의제수탁자로 간주하여 공동 수탁자(Co-trustee)로 보아 공동수탁자의 책임에 적용되는 논리에 따라 구상권(Indemnity)이나 분담(Contribution)에 따라 책임을 배분한다고 볼 것이다.⁴⁷⁵ 그 외 제 3 수령자가 채권적 책임을 부담하는 경우는 언급한 바와 같이, 제 3 취득자가 유상, 무상취득자 여부에 따라서 책임 여부 및 금액이 결정되는 것이 타당할 것이다. 아래의 표 5는 영국법의 논리를 바탕으로 제 3 자 및 전득자 존재 여부, 제 3 자 책임 요건 만족 여부 등에 따라 수탁자와 제 3 수령자의 책임을 본 논문이 구성하여 본 것이다.

표 5. 영국의 제 3 수령자 책임

| 신탁재산 | 요건 ⁴⁷⁶ | 수탁자(T) | 제 3 수령자(A) | 전득자(B) |
|---------------------------|-------------------|---|---|--------|
| 수탁자가 고유재산으로 신탁재산 보유 | n/a | 의제신탁(신탁재산 원상회복책임) <u>혹은</u> 채권적책임 ^{477*} | n/a | n/a |
| 제 3 자(A)가 신탁재산 보유 | A 가 요건 만족 | 채권적 책임(가액 반환)* <u>혹은</u> 의제신탁 (대위물추급(Tracing) g) ⁴⁷⁸ | 의제신탁 (원물추급(Following)) <u>혹은</u> 물권적 이득토출책임) | n/a |
| | A 가 요건 만족(X) | 상동 | X | n/a |
| 제 3 자(A)가 신탁재산 탕진 | A 가 요건 만족 | 상동 | 채권적 책임 | n/a |
| | A 가 요건 만족(X) | 상동 | X | n/a |

⁴⁷⁵ 구체적으로 어떤 비율로 책임을 배분하는지는 판례마다 상이하다.

⁴⁷⁶ 제 3 자가 책임을 부담하는 요건이란 앞서 설명한 선의의 유상취득자가 아닌 경우를 의미한다.

⁴⁷⁷ 문헌에서 채권적책임을 부담한다고 별도로 언급하는 경우를 발견하지는 못하였지만, 이는 의제신탁을 통한 물권적 책임이 수익자를 보호하기 때문일 것이라고 생각한다. 어떠한 사유에서든 물권적책임을 부담하지 못한 경우에 수탁자가 채권적 책임을 부담하지 않는다고 볼 이유는 없다.

⁴⁷⁸ 수탁자 외 제 3 자에게 청구권 행사가 가능한 경우, 예를 들어 수탁자에게 대위물추급권을 행사할 수 있고, 제 3 자에게 원물추급권을 행사할 수 있을 때, 수익자가 선택할 수 있지만 이중으로 만족을 얻을 수 없다.

| | | | | | |
|--------------------|-----------------------|-------------------|----|---------|-------------------------------|
| 전득자(B)가 신탁재산 보유 | B가 요건 만족 | A가 요건 만족(O) | 상동 | 채권적 책임* | 의제신탁 (원물추급(Followi ng)) |
| | | A가 요건 만족(X) | 상동 | X | ? ⁴⁷⁹ |
| | B가 요건 만족 (X) | A가 요건 만족(O) | 상동 | 채권적 책임* | X |
| | | A가 요건 만족(X) | 상동 | X | X |

- 영미법 판례법의 특성상 일정 사실관계에 의해 판례가 등장하면 책임 여부를 판시하기 때문에 해당 경우에 직접적인 판례가 없으면 명확하게 알기 어렵다. 위의 표에서 *로 표기한 부분은 판례법이나 문헌에서 명시하고 있는 것이 아니라 본 논문의 논리적인 추정임을 밝힌다.

다. 제 3 조력자 책임

두 번째 제 3 자 책임은 수탁자의 신탁 위반을 알고도 제 3 자가 조력하는 경우(Knowing assistance, Dishonest assistance)이다.⁴⁸⁰ 제 3 조력자에게 책임을 부과하는 것은 고의로 수탁자와 공모하거나 신탁 위반을 방조한 제 3 자로부터 수익자를 보호하기 위한 목적이다. 제 3 수령자 책임과 달리 조력자 책임은 신탁재산의 취득과 여부와는 무관하기 때문에 의제수탁자의 개념으로 책임을 부여할 수 없다.⁴⁸¹ 전통적으로 영국법에서는 제 3 조력자가 수탁자의 종범으로 행위하는 것의 역시 목적으로 제 3 조력자는 수익자에게 야기한 손해에 대한 채권적 책임을 부담하도록 하였다.⁴⁸² 그러나 최근의 판례에서 제 3 조력자가 이득토출책임을 부담하는 경우가 있어서 혼란을 야기하였다. 수탁자의 의무 위반에 대해 제 3 조력자가 존재하는 경우 다수의 판례에서 제 3 조력자는 해당 신탁재산을 수령하거나 이득을 취득한다. 따라서 물권적 책임을 부과하는 것이 후자의 이유인지, 조력자 자격에서 비롯된 것인지 파악하기 어렵다. 아래에서는 1) 제 3 조력자가 책임을 부담하기 위한 요건, 2) 제 3 조력자 책임의 근거 및 성격 및 3) 제 3 조력자 책임의 범위에 대하여 각각 살펴보도록 하겠다.

⁴⁷⁹ A가 요건을 만족하지 않았지만 B가 만족한 경우에도 B에게 의제신탁이 성립된다고 볼 수 있을지 불분명하다.

⁴⁸⁰ Sarah Worthington(2006), p.189.

⁴⁸¹ Peter Devonshire(2015a), p.61; 단 제 3 방조자를 구분하여 의제신탁을 부과한 판례도 있다.

⁴⁸² Petrotrade Inc v Smith [2000] 1 Lloyd's Rep. 486 는 제 3 방조자를 의제수탁자로 간주하고 이득토출책임을 부과하려는 시도가 있었으나, 본 판례에서는 신탁재산이 아닌 이득 자체는 물권이 될 수 없다는 이유로 물권적 청구권을 부여하지 않았다. 이후 해당 판례는 수탁자의 이득토출책임을 신탁재산의 취득에만 제한되지 않는 것과 마찬가지로 제 3 자 방조자 책임도 동일한 제한을 두어서는 안된다는 비판을 받았다. James Edelman(2002), pp.199-200.

(1) 제 3 조력자 요건

제 3 조력자 책임은 주로 제 3 자가 수탁자의 부정직하거나 사기적인 행위를 알고 해당 행위에 참여한 것을 요건으로 한다.⁴⁸³ 제 3 수령자의 귀책사유가 아직 확실하게 정립되지 않은 것과 마찬가지로 제 3 조력자가 수탁자 의무 위반에 대하여 어떠한 정보를 알고 조력하여야 하는지 혹은 어떤 경우에 부정직하다고 판단하는 지에 기준이 판례마다 상이하다. 최근의 판례는⁴⁸⁴ 제 3 자가 수탁자의 위반행위에 대한 자신의 조력 행위가 부정행위라는 것을 알았거나 그 사실을 알았음에도 불구하고 침묵한 경우에 부정직한 것으로 판시한 바 있다.⁴⁸⁵ 해당 기준은 행위 당시에 방조하는 제 3 자의 주관적인 의사를 기준으로 하는 것이 아니라 해당 상황에서 일반인의 객관적인 의사 기준에 기초하여 판단한다.⁴⁸⁶

(2) 제 3 조력자 책임의 근거 및 성격

(가) 억지와 물권적 기반

언급한 바와 같이 전통적으로는 제 3 조력자의 경우에 제 3 조력자는 수익자에게 야기한 손실에 대해 손해배상책임을 부과하였다. 하지만 최근에 제 3 조력자에게 수탁자와 동일하게 이득토출책임을 인정해야 하는지에 대한 논의가 있으며 아직 판례와 학계의 의견이 엇갈리고 있다.⁴⁸⁷ 학계의 의견이 제대로 정립되지 않은 상황에서 Novoship (UK) V Nikitin 판례에서⁴⁸⁸ 신인의무자의 위법행위를 억지할 필요 뿐 아니라 이에 대한 조력행위도 억지할 필요가 있다고 하며 조력자에게 이득토출책임을 부과할 필요가 있다고 판시하였다.⁴⁸⁹ 해당 판결은 여전히 법적 구속력이 있지만 논쟁의 소지가 많고 학계의 비판을 받고 있다. Peter Devonshire 교수도 해당 판결에 대하여 비판하며 제 3 자가 방조한 경우마저 수탁자나 제 3 수령자와 같은 책임을 부과하는 데에 의문을 제기하였다.⁴⁹⁰ 즉 조력자는 해당 재산과의 물권적 연결고리가 전혀 없기 때문에 신인의무자의 의무 위반 책임이나 제 3 자가 신탁재산을 수령한 것과는 책임이 상이하다는 주장이다.⁴⁹¹

(나) 책임의 구분: 방조자 책임 및 교사자 책임

⁴⁸³ Peter Devonshire(2015b), p.229; 신탁재산의 존재, 신탁위반, 조력행위 및 부정직 요건(혹은 귀책사유)을 만족하는 것으로 보다 폭넓게 요건을 제시하는 경우도 있다. Robert Pearce & John Stevens(2006), pp.827-830.

⁴⁸⁴ Twinsectra Ltd v Yardley [2002] UKHL 12 [2002] 2 AC 164[HL]; Barlow Clowes International Ltd v Eurotrust International Ltd [2006] 1 WLR 1476.

⁴⁸⁵ 오영걸(2011), 1273-1274 면.

⁴⁸⁶ Sarah Worthington(2006), p.189-190.

⁴⁸⁷ Peter Devonshire(2015b), pp.222-233, Peter Devonshire(2015a), pp.59-72; Jamie Glistler in Simone Degeling and Jason Varuhas(2017).

⁴⁸⁸ [2014] EWCA Civ 908.

⁴⁸⁹ Derek Whayman(2017), p.187.

⁴⁹⁰ Peter Devonshire(2015b), p.225. 제 3 조력자 책임은 손해배상책임으로 한정해야 한다는 주장이다.

⁴⁹¹ 하지만 수탁자의 이득토출책임을 경우에도 물권적 기반이 없는 뇌물, 수수료의 경우에도 물권적 이득토출책임을 부과하는 판례가 있다. 제 2 장 제 4 절에서 살펴본 바와 같이 해당 논의에서도 원상회복책임, 이득토출책임 개념을 혼동하거나 용어를 혼용하여 사용하는 것을 발견할 수 있다.

이후에 Peter Devonshire 교수는 스스로 이론을 발전시키는 과정에서 제 3 조력자 책임을 신인의무 위반을 촉진하기 위한 부정직한 조력하는 경우(dishonest assistance, ‘방조자책’)와 2) 신인의무 위반을 교사 및 유도하는 경우(procuring or inducing, ‘교사자책’)로 구분하였다. 전자는 수탁자의 부정행위에 대한 단순한 종범인 것에 반해 후자는 제 3 자가 적극적으로 위법행위를 한 경우이다. 영국 법원은 아직 방조자 책임과 교사자 책임을 동일하게 취급하고 있지만 호주 법원은 이를 구분하여 판시하고 있다.⁴⁹² Peter Devonshire 교수는 교사자 책임의 경우 신인의무 위반의 역지 근거와 연관성이 크기 때문에 교사자 책임에 한하여 이득토출책임을 부과하여야 한다고 주장한다.

(3) 책임의 범위 및 성격

제 3 조력자와 신인의무자의 연대책임 여부 및 제 3 자 책임의 성격에 대한 명확한 대답을 판례에서 발견할 수는 없고, 학계의 다양한 견해가 존재한다. 아래에서는 해당 질문에 대하여 Pauline Ridge 교수가 정리한 유형별로 소개하도록 하겠다.⁴⁹³

(가) 2 차적 책임

첫 번째 견해는 제 3 조력자의 책임은 2 차적 책임이라는 견해이다. 제 3 조력자의 책임을 2 차적 책임으로 보면, 제 3 조력자는 신인의무자 책임과 동일한 책임을 진다. 이 견해에 따르면 신인의무자의 손실에 대한 손해배상책임 및 신인의무자의 이득에 대한 이득토출책임을 제 3 조력자에게 부과하는 것이 모두 가능하다는 입장이다. 이 견해는 1) 피고인 제 3 조력자는 신인의무자와 동일한 위법행위에 대하여 책임을 지고, 2) 해당 제 3 조력자인 피고의 책임은 제 3 자가 부정직한 경우에 책임이 촉발되며, 3) 피고의 책임은 신인의무자의 위법행위에 2 차적으로 연결되어 있기 때문에 신인의무자의 책임과 조력자의 책임은 동일하다. 즉 제 3 조력자에게 신인의무자의 책임을 중복(duplicate)하여 적용한다. 따라서 신인의무자에게 해당 구제수단을 실제로 적용 가능한 경우에만 제 3 자에게도 적용 가능하다는 견해이다.⁴⁹⁴

(나) 1 차적 책임: 손해배상책임

두 번째 견해는 피고인 제 3 조력자 책임은 1 차적 책임이라는 견해이다. 이 견해에 따르면 제 3 조력자는 자신의 조력 행위에 대하여만 책임을 진다.⁴⁹⁵ 제 3 조력자의 책임은 피고의 행위, 즉 제 3 조력자가 신인의무자의 의무 위반에 조력한 행위와 직접적으로 관련이 있다.

⁴⁹² Farah Construction Pty Ltd v Say-Dee [2007] HCA 22

<http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2007/HCA/22> [최종 검색일: 2020.12.09]; Peter Devonshire(2015b), p.232; Pauline Ridge in Jamie Glister and Pauline Ridge(2012), pp.119-121.

⁴⁹³ Pauline Ridge(2008). Pauline Ridge 외에 다수의 학자들이 논의하고 있으나, Pauline Ridge 가 다수의 학자들의 입장을 포함하였기에 해당 견해를 소개한다. 다만 Pauline Riedge의 분류는 조력자 책임을 세분화하고 있지 않고 다양한 견해를 표명하므로, Peter Devonshire 교수의 견해에 따라 조력자 책임을 방조자, 교사자로 구분하는 경우 각각의 책임의 범위를 달리 정하는 방식으로 구성할 수도 있다고 생각한다.

⁴⁹⁴ Steven Elliott & Charles Mitchell(2004), pp.19-20, p.23; Pauline Ridge(2008), pp.447-450 Model A.

⁴⁹⁵ Pauline Ridge(2008), pp.450-452.

1 차적 책임 역시 첫 번째 입장과 마찬가지로, 해당 제 3 조력자인 피고의 책임은 제 3 자가 부정직한 경우에 책임이 촉발된다. 단, 1 차적 책임의 경우에 원고가 제 3 조력자에게 행사할 수 있는 청구권은 손실에 근거한다. 즉 이 입장에 따르면 피고의 위법행위의 성격, 원고의 취약성을 악용한 것으로부터 제 3 조력자는 자신의 조력행위에서 발생한 손해에 대해서만 책임을 진다.⁴⁹⁶

현재 영국의 판례에 의하면 제 3 조력자가 신인의무 위반에 대하여 신인의무자에게 부정직하게 조력하면, 제 3 자는 해당 신인의무 위반에서 발생한 원고의 모든 손실에 대하여 책임을 진다.⁴⁹⁷ 따라서 이 견해는 현재 판례와 일치하는 입장은 아니다. 판례는 제 3 조력자의 신인의무 위반에 기여가 적은 경우에도 마찬가지로 원고의 전체 손실에 대하여 책임을 지고 이는 반대로 신인의무자의 경우에도 마찬가지이다.⁴⁹⁸ 현재 판례는 제 3 조력자의 조력 행위에 대한 책임을 연대책임으로 하는 근거로 1) 원고에게 더 유리한 구제수단이고 2) 연대책임을 지는 것은 원고와의 관계에만 해당하고 신인의무자는 제 3 자에게 일정 부담 부분만큼 상호 구상권을 행사할 수 있기 때문이라고 설명한다.

(다) 1 차적책임: 손해배상책임과 이득토출책임 모두 적용

세 번째 견해는 피고인 제 3 조력자가 자신의 위법행위에 대하여 1 차적 책임을 지지만, 두 번째 입장과는 달리 제 3 조력자가 손실과 이익에 대하여 모두 책임을 질 수 있다는 견해이다.⁴⁹⁹ 이 견해에 따르면 제 3 조력자와 신인의무자는 연대책임을 지지 않고 제 3 조력자는 오직 자신의 위법행위에 대하여만 책임을 진다.⁵⁰⁰

하지만 세 번째 유형의 경우에도 피고의 과실 정도에 따라 신인의무자가 취득한 이익에 대한 제 3 자 책임을 부과하는 것도 정당화 할 수 있다고 설명하는 견해도 있다. 예를 들어 신인의무자가 제 3 조력자의 부당이득을 위한 단지 수단(vehicle)의 역할에 불과하고 실제로 피고인 제 3 조력자가 신인의무자가 의무를 위반하도록 선동한 경우에는⁵⁰¹ 세 번째 입장을 따르더라도 제 3 조력자는 신인의무자에게 발생한 이익에 대하여 이득토출책임을 부과할 수도 있다는 설명이다. 다만 해당 청구권은 신인의무자가 해당 책임을 다할 수 없고, 피고의 수중에 들어간 신인의무자가 취득한 이익을 대위물추급(tracing)할 수 없는 경우에만 해당한다.

⁴⁹⁶ Patricia Loughlan(1989).

⁴⁹⁷ Pauline Ridge(2008), p.457.

⁴⁹⁸ Pauline Ridge(2008), p.457.

⁴⁹⁹ Pauline Ridge(2008), pp.456-457, Model B.

⁵⁰⁰ Pauline Ridge(2008), pp.459-460, Model C.

⁵⁰¹ Peter Devonshire 교수의 구분에 의하면 교사자에 해당할 것이다.

표 6. 영국의 제 3 조력자 책임

표 6.1. 영국의 제 3 조력자 책임에 대한 학계의 견해

| 제 3 조력자 책임의 성격 | 책임의 요건 | 책임의 범위 |
|-------------------|--------|--|
| 1 차적 책임 | 귀책사유 | 손해배상책임(자신의 조력행위에서 발생한 손실에 대한 책임만) |
| 1 차적 책임 | 귀책사유 | 손해배상책임 및 이득토출책임(자신의 위법행위에 의해 발생한 이득에 제한) Paul Ridge 교수 의견 |
| 2 차적 책임 | 귀책사유 | 이득토출책임(수탁자와 조력자의 이득 포함) ⁵⁰² 혹은 손해배상책임 |

표 6.2. 영국의 수탁자와 제 3 조력자 책임

| | | 수탁자(T) | 조력자(A) 책임 |
|-----------------------------|-----------------|----------------------------|--|
| 수탁자의 행위에 조력자(A) 존재 | A 귀책사유 만족 | 의제신탁, 이득토출책임 및 원상회복책임 등 | 1) A의 행위에 대한 손해배상책임(전통적 견해) 2) A의 행위에 대한 손해배상책임 및 이득토출책임 3) 수탁자와 연대책임(이득토출책임 포함) |
| | A 귀책사유 만족(X) | 상동 | X |

표 6.3. 제 3 방조자 및 교사자 책임

| | | 수탁자(T) | 방조자 혹은 교사자 책임 |
|--------|------------------|-----------------------------|--|
| 방조자(A) | A가 귀책사유 만족 | 의제신탁, 이득토출책임 및 원상회복책임 | A의 행위에 대한 손해배상책임(전통적 견해) |
| | A가 귀책사유 만족(X) | 상동 | X |
| 교사자(B) | B가 귀책사유 만족* | 상동 | 1) B의 행위에 대한 손해배상책임 및 이득토출책임 (B가 이득취득시) 혹은 2) 수탁자와 연대책임(이득토출책임 등)** |

* 위의 표에서 교사자는 용어 자체에 고의성을 띄므로 귀책사유를 만족한다고 간주함

⁵⁰² 캐나다에서는 수탁자가 취득한 이득에 대해 제 3 조력자에게 이득토출책임을 부담하도록 하는 판례들이 존재한다. 관련 판례로는 *Glenko Enterprises Ltd v Keller* (2000) 150 Mna R(2nd) 1 (Manitoba CA); *MacMillan Bloedel Ltd v Binstead* (1983) 22 BLR 255 (BCSC); 반면 영국은 제 3 조력자 수탁자와 동일한 이득토출책임을 부담하는 데 반대입장이었다. *Ultraframe(UK) v Felding* [2005] EWHC 1638(Ch); 다만 최근 제 3 조력자에게 이득토출책임 인정한 판례로는 *Novoship (UK)Ltd v Mikhaylyuk & Nikitin (others)*[2012].

(라) 소결

제 3 조력자 책임은 영미법에서도 구체적인 적용방법에 대하여 아직 논의가 활발하게 진행 중이어서 명확한 기준을 제시하기 어렵다. 하지만 학계의 논의와 최근의 판례에 따르면 제 3 조력자 책임에는 손해배상책임 뿐 아니라 이득토출책임을 포함하고 조력자를 세분화하려는 추세에 있다.

본 논문은 조력자를 방조자와 교사자로 세분화하여 책임의 범위를 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 수탁자의 신인의무 위반을 용이하게 한 조력자의 경우에는 1 차적 책임 중에서도 손해배상책임으로 제한하되, 수탁자가 신인의무를 위반하도록 한 교사자의 경우는 2 차적 책임 및 1 차적 책임 중에 손해배상책임과 이득토출책임을 부과하는 것이 타당하다.⁵⁰³

신인의무 위반과 관련한 제 3 조력자의 책임에 대한 논의는 현대사회에서 더 중요성을 띤다. 개인수탁자가 소수의 수익자를 대상으로 하던 시기와는 달리 현대사회에서 수탁자는 전문적이며 신탁회사의 형태를 띠는 경우가 보편화되었다. 따라서 수탁자가 독자적으로 신인의무를 위반하는 경우는 드물고 다른 전문가 집단인 회계사, 금융기관, 신용평가 회사 등이 관여하여 신인의무를 위반하는 것이 가능하고 이로 인한 이익을 향수할 수 있기 때문이다.⁵⁰⁴ 제 3 조력자의 역할을 이행하는 전문가집단에게 별도의 책임을 부과하려는 연구들도 진행 중이지만⁵⁰⁵ 해당 조력자가 신인의무자의 성격을 만족하지 못하여 신인의무자의 범주에 포함시키기 어려운 경우일지라도 조력자 책임을 부과하는 방법을 통하여 수익자 보호의 폭을 넓힐 수 있다. 무엇보다도 언급한 전문가 집단이 제 3 조력자의 역할을 하는 경우에 해당 전문가들은 금전적으로 지급능력이 뛰어나고 책임배상보험 등에 가입되어 있기 때문에 수익자를 두텁게 보호할 수 있을 것이다.

3. 영국의 구체적인 판례 분석

앞에서는 영미의 수탁자의 이득토출책임을 개념, 근거, 법적 성격 등에 대한 이론적인 논의를 살펴보았다. 하지만 영미법에서 신인의무를 담당하는 법원은 폭넓은 재량을 가지고 이득토출책임을 판례에 사실관계마다 다른 기준이 적용되어 이득토출책임을 범위를 결정한다. 아래에서는 다양한 기준을 적용한 이득토출책임 판례의 흐름을 소개하고 그 중 대표적인 판결의 의의를 함께 살펴보도록 하겠다.⁵⁰⁶

⁵⁰³ 현행 신탁법에서 수익자 취소권을 통하여 제 3 수령자 책임을 변용 적용하고 있는 것에 비하여 아직 제 3 조력자의 책임을 부과하고 있지 않다. 궁극적으로 입법을 통하여 수용하는 것이 타당하다고 생각한다. 관련 논의는 본 논문의 제 5 장 제 3 절 2. 다에서 후술.

⁵⁰⁴ Mysty Clapton(2008), p.1003.

⁵⁰⁵ 변호사 집단 및 신용평가회사 등 전문가 집단의 책임에 대한 논문으로는 김정연(2017), 84-97 면; 송옥렬(2017), 72-83 면.

⁵⁰⁶ 아래에서 소개하는 판례 중 일부는 영국 신탁법상 충실의무와 관련된 대표적 판례(Landmark case)에 해당하고 일부는 이득토출책임을 금액을 산정할 때 적용하는 인과관계 및 공제 등에 대한 예를 보여주기 위하여 포함하였다. 따라서 대표적인 판례의 경우에 한하여 판결의 의의를 포함하였다.

가. 충실의무의 엄격성

(1) Keech v Sandford: 엄격책임, 이득토출책임

(가) 판례의 사실관계

Keech v Sandford⁵⁰⁷는 수탁자는 신탁재산을 관리할 때 자신의 이익을 위해서는 안된다는 법리가 수립된 판례로 영국 신탁법의 충실의무를 발생시킨 판례로 알려져 있다. 해당 판례의 사실관계는 미성년인 Keech가 Rumford 시장의 임차권을 상속받았고 Sandford는 Keech가 성년이 될 때까지 해당 재산을 관리하도록 위탁받은 신탁의무자였다. Keech가 성년이 되기 전에 임대차 계약은 만료하였고, Sandford는 임대인에게 갱신을 요구하였지만, 임대인이 미성년자에게 임대차계약을 갱신할 의사가 없음을 밝히는 동시에, 대신 성인인 Sandford에게 해당 임대차 계약을 체결할 기회를 주었고, Sandford가 이 해당 임대차계약을 체결한 사건이다. 이후 Keech가 성인이 된 후에 Sandford가 해당 임대차 계약으로 이득을 취득한 것에 대하여 이득토출청구를 제기하였고 판결에서 임대인이 임대차 계약을 갱신하기를 거절한 경우라 할지라도, 수탁자가 수익자를 위하여야 하는 상황에서 자신의 명의로 갱신한 것은 신탁의무에 위반한다고 판시하고, 해당 임대차 계약은 Keech에게 양도하여야 하고 수탁자가 취득한 이득에 대하여는 이득토출책임을 부과하였다.⁵⁰⁸

(나) 판결의 의의

Keech v Sandford 판결의 의의는 영국의 충실의무의 지니는 엄격성을 보여주는 판결의 효시라는 점에 있다. 이 판례에서 신탁의무자는 본인을 위해 임대차계약 갱신을 요청하였지만 이를 임대인이 거절하였고 임대인이 신탁의무자인 Sandford와의 임대차 계약을 체결하고자 하였다. 이 과정에서 신탁의무자가 본인의 기회를 유용하였다고 보기 어렵지만, 신탁의무자인 Sandford가 해당 임대차 계약을 체결하는 것을 금지하고 이 상황에서 신탁의무자가 이익을 취득하였다면 그 이익을 돌려주어야 한다는 것이다. 이 판례는 신탁의무자의 충실의무는 엄격한 자기 부정(self-denial)을 핵심 내용으로 함을 보여준다.

(2) Regal (Hastings) Ltd. v Gulliver⁵⁰⁹ 엄격 책임, 이득토출책임

(가) 판례의 사실관계

원고 회사 Regal (Hastings) Ltd (이하 “Regal 사”)는 극장을 보유하고 있었는데, 사업계획상 2곳의 극장을 인수하기 위해 자회사 A를 설립하였다. 당시 회사는 해당 건물의 비용을 감당할 능력이 없었기 때문에 회사의 대표이사(Gulliver) 및 변호사(Garten) 및 다른

⁵⁰⁷ [1726] EWHC Ch J76, (1726) Sel Cas Ch. 67.

⁵⁰⁸ Keech v Sandford (1726) Sel Cas. Ch.61, at 175.

⁵⁰⁹ [1967] 2 AC 134 n; [1942] UKHL 1, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/1.html> https://www.iclr.co.uk/document/1961004170/casereport_13000/html [최종 검색일: 2020.12.09]; 해당 판례는 1942년 판례인데 이상하게도 25년이 지난 1967년이 지나서야 공식 판례집(official law reports)에 기록되었고, 그 사이에는 영국법 판례집(All England Law Reports)에만 기록되었다.

이사들로부터 자금을 조달하여 필요한 사업을 이행하였고, 그 대가(3000 파운드)로 회사의 주식을 배정하여 주었는데, 이 과정은 주주들의 승인없이 이루어졌다.⁵¹⁰

Regal 사의 계획대로 사업이 진행되어 다른 회사가 Regal 사를 인수하였고 이사들은 자신이 보유하고 있던 주식을 프리미엄을 받고 매각하였다. 이 과정은 선의 및 신의성실에 따라 이루어졌고 사기적 행위는 없었다. 이후 Regal 사를 매입한 새로운 지배 주주가 대표이사 및 변호사를 상대로 소를 제기하였는데, 그 근거는 이들이 회사의 신인의부자의 지위를 유용하여 이득을 얻었으며, 이는 신인의무 위반에 해당하니, 그 이득을 회사에 토출하여야 한다는 것이다. 항소법원까지는 대표이사과 변호사들의 의사결정은 결과적으로 회사에 이익이 되었고 그 과정에서 사기적 의도가 없었음을 내세워서 Regal 사가 패소하였으나, 당시 대법원의 역할을 하던 House of Lords 에서는 대표이사과 변호사가 회사의 신인의무자의 지위에서 이득을 취득한 점에 주목하고, 이 이득은 회사를 위해 행위하여야 하는 의무에 따라 회사에 반환하여야 한다고 판시하였다.

(나) 판결의 의의

이 판결은 앞서 살펴본 *Keech v Sandford* 판결의 신인의무자의 엄격한 이익충돌금지 의무를 회사법상 이사에게 적용되는 것을 보여준 판례이다. 이 판례에서⁵¹¹ 법원은 이사들이 신의성실을 다하고 주의의무를 다한 행위라도 이사와 회사의 이익이 충돌할 수 있으며, 이 경우 이득토출책임을 인정하였고, 이득토출책임을 사기나 선의가 아닌 것을 요건으로 하지 않는다고 판시하였다. 새로운 지배주주들은 회사의 대표이사 등이 이득토출책임을 부담함에 따라 우발소득을 취하게 되었고, 대표이사들이 A 회사 주식을 매수함에 따라 이사들은 Regal 사가 건물의 인수 계약을 체결할 수 있도록 하여 원고 회사에 이익을 주었음에도 불구하고 이득토출책임을 인정하였다.⁵¹² 신인의무자가 회사의 이익을 위해 행위할 때, 이로부터 회사에 이익이 되었는지는 신인의무 위반을 결정할 때에 고려할 사항이 아니고, 신인의무자로 행위하는 상황에서 신인의무자가 이익을 취득하였다는 사실의 의무 위반 여부를 결정하는 것이라고 판시하였다.⁵¹³⁵¹⁴

⁵¹⁰ 참고로 자회사 A는 자본금은 5000 파운드로 보통주 5000 주 (각 보통주 1 파운드)로 구성되어 있었는데 해당 극장 소유주는 자회사의 발행 주식이 모두 인수된 경우에 한하여 극장의 임대차 계약을 체결할 의향이 있다고 의사표시를 하였다.

⁵¹¹ Hanbury & Martin(2005), pp.608-609, Edward Burn & Graham Virgo(2008), pp.798-799.

⁵¹² Regal 회사가 거래를 체결하기 위해 필요한 자금이 없다고 결정한 자 역시 해당 의사결정에서 이익을 얻은 동일한 이사이기 때문에 이사들의 의사결정에 의심의 여지가 있다고 보는 견해도 있다. 또한 대출 등 다른 자본조달과정을 통하여 회사가 추가 주식 300 주를 매수할 수도 있었음에도 불구하고 해당 이사들이 스스로 주식을 매도하였기에 이득토출책임을 부과하는 것이 이사들에게 가혹한 것은 아니라고 주장하였다.

⁵¹³ 판례에는 공제라는 용어를 사용하고 있지만 계산 과정을 통하여 보면 매우 적은 비용에 대하여 이득토출책임을 부과할 때에 공제를 허용한 것을 알 수 있다. 최초에 주당 1 파운드에서 주식을 3 파운드 16 실링 1 펜스에 매도하여 주당 2 파운드 16 실링 1 펜스의 이익을 취득하였지만 토출할 이익은 8142 파운드라고 판시하였다.

⁵¹⁴ Regal(Hastings) Ltd. V Gulliver 판례와 함께 Boardman v Phipps 판례는 피고의 선의를 인정하고, 피고의 행위가 원고에게 이득을 발생시켰음에도 불구하고 엄격한 충실의무 기준을 적용하여 이득토출책임을 부과한 대표적인 판례이다. Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46 의 자세한 사실관계는 본 논문의 제 3 장 제 3 절 3 마 참고.

또한 당시에는 이사의 이익충돌 위반으로 판시하였지만 회사가 자회사의 신주를 취득하여 이익을 얻을 수 있는 기회를 유용하여, 회사의 대표이사 및 이사가 회사의 이익을 얻은 사건이기 때문에 지금의 시각에서 보면 회사의 사업기회 유용에 대한 판례에 해당한다.

(3) York Buildings Company v Mackenzie⁵¹⁵: 엄격책임, 거래의 무효

해당 판례는 충실의무 위반으로 신인의무자가 이득토출책임을 부담한 판례는 아니지만, 이후 영국의 신탁법 및 회사법에서 자기거래 및 이와 유사한 유형의 거래에서 해당 거래를 취소(무효화)하는 것을 구제수단으로 하며, 충실의무가 확립되는 당시 그 의무의 엄격함을 보여주는 대표적인 판례이기에 함께 소개하도록 하겠다.

(가) 판례의 사실관계

York Buildings Company 는 템즈강 일대에 용수공급을 하던 회사였는데, 이후 파산 위기에 처하게 되었고 법원은 변호사 Mackenzie 를 대리인(common agent)로 임명하였고 Mackenzie 에게 회사의 재산의 보관, 관리 및 경매를 위임하였다. Mackenzie 는 경매 날짜 및 매도가격을 결정하는 역할을 하였고, 경매는 공매(public auction)로 진행되었다. Mackenzie 는 경매에 직접 참가하지는 않았지만, 대리인을 내세워 경매에 참가하여, 경매에 제시된 가격을 지불하고 회사의 재산을 취득하였다. 이후 해당 재산을 10 년을 넘게 보유하고 있었음에도 불구하고 이 취득이 문제가 되었다.

대법원은 Mackenzie 가 회사재산을 공매에서 적절한 가격을 지급하고 매수하였고, 그 재산을 10 년을 넘게 보유하고 관리하였다는 항변을 배척하고, 대신 Mackenzie 가 법원의 위임을 받은 대리인으로 신인의무자의 지위에 있었기에 자신이 진행하는 경매에 대리인을 두고 경매 재산을 매수한 것은 자신의 이익과 신인의무자의 지위가 충돌하는 상황에서 자신의 이익을 우선하는 행위로 보고 해당 매매를 무효로 판결하였다.

(나) 판례의 의의

앞서 살펴본 Keech v Sandford 의 판결에서 엄격한 충실의무를 판시하였지만, 당시에는 그 의무의 성격에서 일부 모호함이 있었다. York Buildings Company v Mackenzie 는 신인의무자의 거래가 공매로 이루어졌고, 적절한 가격을 지급하였지만, 법원은 인간의 본성적으로 자신의 이익을 위하려는 유혹을 차단하고 억지하기 위한 제도적 장치가 필요하기 때문에 예방적 목적에서 엄격한 의무를 부과하였음을 확인할 수 있다.

또한 이 판결은 스코틀랜드의 사건이지만 영국과 스코틀랜드의 정치적 통합 이후 스코틀랜드 법원의 판결 상소심이 당시 영국 대법원의 역할을 하던 House of Lords 에서 결정되어서 이 시기의 스코틀랜드의 충실의무는 영국(England)와 동일하게 엄격한 의무 및 그 위반시 엄격한 책임을 부과하게 되었음을 보여준다.⁵¹⁶

⁵¹⁵ (1795) 3 Paton 378; (1795) 8 Bro PC 52(HL); (1975)3 ER 432.

⁵¹⁶ 스코틀랜드에서 충실의무의 발전은 본 논문의 제 4 장 제 2 절 2 가 참고; 스코틀랜드의 판례가 영국에 상고된 회사법상 자기거래 판례인 Aberdeen Railway Co. v Blaikie Bros 는 제 3 장 제 4 절 1 라 참고.

또한 충실의무의 결과로 해당 거래를 효력이 없는 것으로 보는 것도 주목할 만하다. 영국의 이익충돌의 유형을 명확하게 구분하지 않던 시기에, 충실의무 위반에 대하여 신인의무자가 이득토출책임 및 의제신탁을 부담하는 판례들 가운데 유독 자기거래와 관련된 판례는 해당 거래를 무효화(혹은 수익자가 취소권을 행사)하는 법리를 수립함을 보여준다.

나. 인과관계, 격원성 기준 적용 여부

(1) *Murad v Al-Saraj*: 사실관계 인과관계 적용하지 않음

(가) 판례의 사실관계

Murad v Al-Saraj 는⁵¹⁷ 원고인 Murad 자매는 피고 Al-Saraj 와 호텔을 매입하기 위하여 조인트벤처를 설립하였고⁵¹⁸ 호텔을 매수하는 과정에는 Al-Saraj 의 자문과 전문성에 전적으로 의존하였다. 피고는 원고에게 실제 매입 금액이 3 백 6 십만 파운드인 호텔의 매입 금액이 4 백 1 십만 파운드라고 허위진술하였고 피고 자신이 5 십만 파운드를 출연하였다고 하였다. 하지만 사실상 피고가 약정한 5 십만 파운드의 출연 금액은 피고의 개인적인 채무를 상계하기 위하여 사용되었는데 그 금액에는 호텔 매도자에게 원고들을 소개하는데 사용한 금액을 포함하고 있다. 해당 조인트벤처에 원고는 1 백 파운드를 출연하였고 나머지 금액은 은행의 융자로 호텔을 매수하였고 50:50 의 수익금 배분 계약을 체결하였다. 이후에 호텔이 다시 매각되는 과정에서 원고는 실제 매입금액을 알게 되었다.

해당 사실관계에서 피고의 신인의무 위반은 명백하였으나 이득토출책임 금액을 결정하는 것이 주된 사안이었다. 피고는 항소법원에서 만약 실제 매수금액을 원고에게 공시하였더라도 원고는 여전히 조인트벤처 설립에 참여하였을 것이고 단지 참여 지분을 높여 달라고만 요청했을 것이라고 주장하였고 따라서 신인의무를 준수하였을 때와 위반하였을 때에 호텔 매각금액의 원고의 지분을 차이만큼만 이득토출책임을 진다고 주장하였다. 법원은 해당 주장을 피고가 원고의 손실을 한도로 이득토출책임을 제한하려고 하려는 주장이라며 배척하였다. 법원은 상기의 사실관계는 피고가 신인의무를 위반하고 호텔을 매도하여 조인트벤처에 발생한 모든 이득과 자본을 토출해야 하는 사실과 무관하다고 판시하였다. 즉, 일부 이익은 신인의무를 위반하지 않았더라도 발생할 이익이었다는 사실은 신인의무자가 이득 전부를 토출해야 하는 책임과는 관련이 없다고 판시하였다.⁵¹⁹ 판결의 다수 의견에 따르면, 일반적인 사실관계 인과관계(But for causation)는 형평법적 손해배상을 계산할 때의 요건이고 손실 여부는 이득토출책임과는 관련이 없기 때문에 사실관계 인과성(But for causation)은 이득토출책임과는 관련이 없다는 결론에 이른다고 보았다.⁵²⁰ 인과관계를 적용하지 않은 대신 피고가 형평법적 공제를 주장하는 경우에 이를

⁵¹⁷ [2005] EWCA Civ 959; Charles Mitchell(2006), pp.334-335; Edward Burn & Graham Virgo(2008), pp.811-815.

⁵¹⁸ 조인트 벤처는 지위에 의한 신인의무자는 아니지만 해당 사건에서는 사실관계에 의해 신인관계가 형성되었고 신인의무자라고 판시하였다.

⁵¹⁹ Matthew Conaglen(2006a), p.279.

⁵²⁰ 소수의견으로 Clarke LJ 판사는 피고가 신인의무를 위반하지 않았더라도 이득을 얻을 수 있었는지 여부는 이득토출책임 자체를 부과할 것인지 여부와는 무관하지만, 이득토출책임을 계산할 때에 연관성이 있다고 설시하였다.

허용하지만 해당 판례의 경우에는 법원은 피고가 주장하는 5 십만불 모두를 공제로 허용하지 않고, 비밀 수수료를 제외한 13 만 1 천 파운드만을 호텔을 인수할 때 피고가 소요한 비용으로 보고 해당 금액만을 허용한다고 판시하였다.⁵²¹

(나) 판결의 의의

Murad v Al-Saraj 는 사실관계 인과성 기준을 적용하지 않고 신인의무를 엄격하게 적용한 보수적인 판례에 해당한다.⁵²² 이 판례에서 이득토출책임에 인과관계를 적용하지 않은 까닭은 충실의무를 엄격하게 규제하려는 목적이지만, 동시에 피고의 사기적 의도에서 비롯된 것이기도 하다. 판결문은 피고가 고의적인 기만행위(deliberate deceit)를 하였기 때문에 신인의무를 완화할 필요가 없다고 언급하였다. 이 판례는 뒤에서 소개하는 인과관계를 적용한 판례들과 상충되는 면이 있어서 비판받기도 하지만, 이 판례의 의의는 신인의무자가 신인의무의 위반이 없더라도 자신이 이득을 취득하였을 것이라는 항변은 배척되기도 하고, 신인의무자가 이득토출책임을 지는 경우 그 금액 역시 엄격하게 측정하는 판례가 있음을 보여준다. 다만 Murad 판례는 인과관계를 적용하지 않은 대표적인 판례로 여전히 법적 구속력이 있으나, 해당 판결 이전과 이후로 사실관계 인과관계를 적용해야 한다고 판시한 판례들이 있어서 혼동을 가중하고 있다.

(2) CMS Dolphin Ltd v Simonet: 인과관계 적용

CMS Dolphin Ltd v Simonet⁵²³에서는 Ball 과 Simonet 는 광고 대행사인 CMS Dolphin Ltd 를 설립하였고 Ball 은 자금을 담당하고 Simonet 은 회사의 경영을 담당하였다. 회사의 운영에 어려움을 겪다가, 피고 Simonet 는 원고회사의 경영 이사직을 사임하고 새로운 회사를 설립하였고 이 과정에서 원고회사 직원들은 피고가 설립한 새로운 회사로 이직하였다. 새로운 회사는 원고회사에서 담당하던 다수의 광고 업무를 이후에도 담당하였고 원고회사는 피고가 신인의무를 위반하였다고 소송을 제기하였다. 회사를 사임한 이후에도 회사의 기회유용에 대한 책임을 지는 지 사안에 대하여 Lawrence Collins 판사는 회사의 기회는 회사의 재산처럼 취급해야 한다고 보고, 원고의 선택에 따라 피고인 Simonet 은 형평법적 보상이나 이득토출책임을 있다고 하였다. 해당 판례에서는 사실관계 인과관계는 아니지만 신인의무 위반과 신인의무자가 토출할 이익 사이에는 합리적인 연관성(reasonable connection)은 만족하여야 한다고 판시하였다. 또한 새로운 회사에 발생한 이익에 대한 고정비용 및 합리적인 공제는 허용하지만 위법행위자들의 급여는 공제에 포함하지 않는다고 판시하였다.

(3) Gwembe Valley Development Ltd v Koshy (No 3): 격원성 적용

⁵²¹ 해당 판결은 뒤에 언급하는 Warman International Ltd v Dwyer 판결과 상반되는 입장이다. 해당 판례에서는 Warman International Ltd v Dwyer 판결에서는 신인의무 위반과 새로운 비즈니스로부터 발생하는 이익과의 연관성에 초점을 맞추었고, 피고의 이익은 특정 시점에는 원고의 영업권에 귀속하지 않을 것이라는 데에 초점을 두었고 따라서 이익총돌 상황도 특정 시점에는 소멸한다고 보았다.

⁵²² Matthew Conaglen(2006a); Mitchell McInnes(2006); Peter Devonshire(2010), pp.400-401.

⁵²³ [2001] EWHC Ch 415.

Gwembe Valley Development Ltd v Koshy (No 3) 판례에서⁵²⁴ 피고 Koshy 는 원고회사 GVDL 경영 이사였고 피고는 원고회사와 Lasco 회사 간의 대출거래를 체결하였는데, 해당 거래를 체결하는 과정에서 피고가 Lasco 사에 이해관계가 있음을 개시하지 않았고 대출거래로 인하여 개인적인 이득을 취득하였다. 법원은 Koshy 가 승인받지 않은 대출거래로부터 발생한 모든 이득을 토출할 책임이 있다고 판시하였다. 즉 신인의무자가 위법행위로부터 직접적으로 발생한 이익뿐 아니라 해당 위반행위가 야기한 회사의 주식가치 상승의 간접적인 이익도 포함하여 토출하여야 한다고 판시하여 격원성을 완화하여 적용하였다. 격원성을 완화 적용한 것은 신인의무자는 위법행위로부터 취득한 모든 이익을 박탈당한다는 것을 명확하게 하여 신인의무 위반을 억지하기 위한 정책을 제대로 이행하기 위한 목적이라고 판시하였다.

(4) Warman International Ltd v Dwyer: 토출할 이익을 기간으로 제한

Warman International Ltd v Dwyer 판례에서⁵²⁵ 원고인 Warman International Ltd 는 이탈리아의 Bonfiglioli 자동차 부품 제조업체와 부품 독점 계약을 체결하고 있었다. 원고 회사의 본사는 호주의 뉴사우스웨일즈 주에 있었고 피고인 Dwyer 는 원고 회사의 퀸즈랜드 주의 지점장이었다. 피고는 원고회사가 퀸즈랜드 주에서 회사의 운영을 축소하는 등의 의사 결정에 불만을 표하였다. 그 즈음 자동차 부품업체가 피고에게 접근하여 조인트 벤처를 설립하자고 하였고 이후 피고는 원고 회사를 퇴직하고 자신의 사업을 시작하여 자동차 부품회사와 자동차 부품 조립 및 유통 계약을 체결하였다. 원심에서 법원은 피고의 행위는 명백하게 신인의무 위반이라고 판시하고 원고의 선택에 따라 손해배상 혹은 피고의 회사 운영에서 발생하는 4 년간의 이익에 대하여 이득토출책임을 부과할 수 있다고 판시하였다. 항소법원은 여전히 피고의 신인의무 위반 책임을 인정하였지만 피고는 손해배상책임만을 진다고 판시하였다. 원고는 고등법원에 항소하였고 고등법원에서는 형평법상 손해배상과 이득토출책임 중에 선택할 권한이 있다고 판시하였고 법원은 사실관계에 따르면 원고는 부품업체와의 부품 독점계약권을 지속적으로 체결하지 못할 가능성이 높고 조만간 종료할 것이라는 데에 초점을 두어 피고의 이득토출책임을 2 년으로 제한하였고⁵²⁶ 해당 기간 동안 피고의 노동과 노력, 자원에 대한 비용을 공제하는 것도 허용하였다.

다. 공제

아래에서 살펴볼 공제와 관련된 판례는 영국의 충실의무는 엄격한 기준을 적용하였지만 그럼에도 불구하고 18 세기부터 이득토출책임 계산시 비용 등을 공제하였음을 보여준다. 이후의 논의는 공제의 범위에 초점을 두는데 구체적으로 살펴보면, 어떠한 비용을 공제할 지 여부에 대한 판단과 공제의 금액을 결정할 때 신인의무자의 선의인지 여부, 의무 위반

⁵²⁴ [2003] EWCA Civ 1048 [2004] 1 BCLC 131.

⁵²⁵ [1994] 182 CLR 546, 559.

⁵²⁶ [1994] 182 CLR 544, 561, 567, 법원은 특정 사실 관계에서 공정성의 문제라고 언급하고, 해당 상황에서 무한 기간 동안의 이익에 대하여 이득토출책임을 부과하는 것은 적합하지 않고 불공평하다고 실시하였다. Peter Devonshire(2010), pp.399-400.

행위가 본인을 위한 것인지 여부가 연관성이 있는지 살펴보겠다. 또한 충실의무를 위반한 신인의무자의 노동력을 공제에 포함할 것인지에 대한 판례도 소개하겠다.

(1) **Brown v Litton**

*Brown v Litton*⁵²⁷는 영미법에서 이득토출책임을 인정한 판례 중에 형평법적 공제를 허용한 가장 오래된 판례로 알려져 있다. 원고의 유언자는 배의 선장이었고 당시에 800 불을 보유하고 있었는데 후에 피고가 선장이 된 이후에 원고의 유언자가 보유하던 해당 금액을 절취하였고 그 금전을 활용하여 무역을 통하여 이익을 취득하였다. 영국으로 돌아와서 법원은 피고가 해당 금액에 단지 이자만 가산하여 배상할 책임이 있는지 아니면 이득토출책임을 있는지에 대한 논의하였다. Lord Keeper Harcourt 는 이득토출책임을 있다고 판시하였으나 피고의 무역행위에 대한 적절한 보상을 해야 한다고 판시하여 형평법적 공제를 인정하였다.

(2) **In re Javies (decd)**

*In re Javies (decd)*⁵²⁸판례에서 Rosetta 와 Shelia 는 부친의 상점의 지분을 반씩 보유하고 있었다. 해당 상점은 1940 년에 적군에 의해 파괴되었고 Shelia 는 혼자 해당 비즈니스를 복원하는 역할을 하였다. Upjohn 판사는 Shelia 가 Rosetta 의 지분에 대하여는 의제신탁으로 보유하고 있고 따라서 이득토출책임을 부담한다고 판시하며 동시에 부채를 청산하고 해당 재산에 기여한 시간과 에너지와 기술에 대한 공제를 허용한다고 하였다. 해당 판례가 공제에서 중요한 의미를 지니는 것은 Upjohn 판사는 이득토출책임을 부과할 때에는 두 가지 접근법이 가능하다고 판시한 데에 있다. 첫 번째 방식은 신인의무자는 해당 사업 전체가 아니라 신인의무 위반으로부터 발생한 특정 이익만을 (의제 수탁자로) 토출할 책임이다. 두 번째 방식은 해당 비즈니스 전체와 이익에 대하여 이득토출책임을 부여하지만 신인의무자의 시간, 에너지, 기술 및 금전적인 기여에 따라 공제를 허용하는 방식이 가능하다고 하였다.⁵²⁹

(3) **Boardman v Phipps**⁵³⁰

(가) 판례의 사실관계

Phipps 는 L.H. Company 의 상당 주식을 포함하여 자신의 유산(residuary estate)을 신탁의 형태로 자신의 부인(생존 기한부)과 네 명의 자녀에게 유증하였다. 해당 신탁재산의 수탁자는 Phipps 의 부인과, 딸 Noble 과 회계사 Fox 씨이다. 원고는 신탁의 수익자 중 한 명인 유언 수증자의 아들인 John Phipps 이고 피고는 다른 수익자인 Tom, 해당 가족 신탁에 변호사 역할을 한 Boardman 이다. Phipps Trust 는 L.H. Company 의 상당 주식(단 27%로 여전히 소수주주(substantial minority))을 보유하고 있었는데 피고들은 회사경영에 대해 불만을 가지고 신탁을 대신하여 회사의 재정 상황에 대한 질의를 하였고, 그 과정에서 비밀

⁵²⁷ (1711) 1 P Wns 140.

⁵²⁸ [1958] 1 WLR 815.

⁵²⁹ In Re Jarvis [1958] 1 WLR 207, p.820.

⁵³⁰ [1967] 2 AC 46; Hanbury & Martin(2005), pp.616-621; Edward Burn & Graham Virgo(2008), pp.801-809.

정보를 통해 회사가 현재 수익성은 없지만 회사가 상당한 재산을 보유하고 있다는 것을 알게 되었고 수익을 내지 못하는 재산 일부를 처분하는 자산구조조정이 필요하다고 판단하였다. 자산구조조정을 이행하기 위하여 피고들은 회사주식을 매입하여 회사의 지배권을 취득하고, 계획대로 회사 재산을 매도하고 조직 개편을 하였다. 해당 거래는 수익성이 있었기에 신탁과 수익자들은 모두 수익 배분에 의하여 이득을 취득하였다.

원고는 수익자들로부터 동의를 받지 못한 상태에서 이익충돌에 해당하는 주식을 취득하였기에 피고들이 해당 운용으로부터 피고가 취득한 이득토출을 청구하는 소를 제기하였다. 따라서 피고는 수익자에게 자문을 제공하고 신탁의 지분에 대하여 협상하는 위치에 있는데, 비록 피고가 선의이고 수익자에게 이득이 되는 행위일지라도, 자신이 이득을 취득한 행위는 신인의무 위반에 해당하기 때문에 항소법원과 대법원에서 이득토출책임이 있다고 판시하였다. 다만 법원은 Boardman의 선의를 인정하였기에 업무영역의 역할에 대한 보수를 지급받을 권한이 있고 따라서 해당 금액만큼의 공제를 허용한다고 판시하였다.⁵³¹

(나) 판결의 의의

해당 판결은 앞서 살펴본 Regal(Hastings) Ltd v Gulliver 판결과 유사하게 피고가 선의로 행위하였음을 인정하였고, 피고의 행위가 원고에게 이익을 발생시켰음에도 불구하고, 신인의무자가 오로지 본인만을 위하지(sole interest) 않았기에 이익향수금지 원칙을 위반하였다고 판시하였다. 이 판결에서 본인이 신인의무자가 유용한 기회를 이용할 의사나 능력이 없었다는 항변은 받아들여지지 않았다.

이 판결의 다른 의의는 피고의 선의와 피고의 신인의무 위반이 원고에게 이익이 되었음을 고려하여 폭넓게 형평법적 공제를 인정한 데에 있다. 피고의 선의, 혹은 신인의무 위반이 본인에게 이로운 행위인지 등의 절대적인 결정 요인은 아니지만 그럼에도 불구하고, 선의 및 원고의 이로운 행위인지 여부는 고려사항이며 특히 공제를 허용하고 공제금액을 산정하는 때에도 영향을 미치는 것을 보여준다.

(4) O' Sullivan v Management Agency and Music Ltd

O' Sullivan v Management Agency and Music Ltd⁵³²는 신인관계에 있는 경영진과 작곡가, 가수 간의 계약이 부당 압력(undue influence)에 의해 무효화 된 사안으로 피고는 원고에게 이득토출책임이 있지만 원고를 위해 소요한 피고의 능력과 노동만큼의 보수를 공제로 허용하였다. 해당 판결문에서는 피고의 역할이 원고의 성공에 필수불가결한 공헌을 하였다고 보았는데 근거로 원고가 피고가 업무를 도와주기 이전과 피고와의 관계가 종료한 이후에 모두 성공을 거두지 못하였다는 사실을 들었고 원고가 피고와 협업하는 기간 동안에 원고는 경이로운 성공을 거두었다는 사실을 중요한 요소로 꼽았다. 따라서 Fox 판사는 피고에게 보상을 허용하지 않는 것은 부당하다고 판시하였다. 단 해당 판례에서 공제를 허용하였지만, 이익을 배분하는 것은 허용하지 않았다. 이후 Badfinger Music v Evan

⁵³¹ Boardman v Phipps에서 주식은 의제신탁 하에 있고 Boardman은 이익을 토출할 책임이 있다고 판시하였다. 해당 판례에서 대법원은 이득토출책임과 의제신탁 책임을 구분하지 않았다. Guest 경은 해당 주식을 의제 수탁자로 보유하고 있는 것이며 피상고인에 이득토출책임이 있고 판시하였다. 다른 판사들은 단지 이득토출책임에 대해서만 언급하고 있다.

⁵³² [1985] QB 428.

⁵³³에서는 O' Sullivan 판례와 유사한 사실 관계로 피고의 노동력과 비용만큼의 공제를 허용하였다.

영국의 판례는 공제를 제한적으로 인정하는 추세임에도 불구하고 이 판례는 공제를 허용한 대표적인 판례에 해당한다.⁵³⁴ 즉 일반적으로 영국에서는 피고의 신인의무 위반에도 불구하고 피고가 선의를 입증할 수 있고 피고의 노동력이 원고에게 실질적으로 상당한 이익이 되는 경우에만 공제를 허용한다. 따라서 아래에서 살펴볼 영국의 Guinness Plc v Saunders 와 ⁵³⁵ Quarter Master UK Ltd v Pyke⁵³⁶판례는 공제를 허용하지 않았다. 반면 다른 영연방 국가에는 피고의 노동력이 원고에게 이익이 되지 않은 경우에도 공제를 허용하는 판례들이 존재하여 공제에 대하여 관대한 입장임을 확인할 수 있다.⁵³⁷

(5) Guinness plc v Saunders

Guinness plc v Saunders ⁵³⁸는 Guinness 회사가 다른 회사를 인수할 때에 이사회 승인없이 자문료와 업무 대가로 Guinness 회사의 이사였던 변호사 Ward 에게 5 백 2 십만 파운드를 지급한 사건이다. 따라서 대표이사인 Saunders 를 포함한 이사들은 신인 의무를 위반하였고 따라서 해당 금액을 Guinness 회사에게 반환할 책임이 있었다. 피고는 자신의 업무에 해당하는 가치만큼 공제를 허용해 줄 것을 주장하였지만, 대법원은 다음과 같은 근거로 원고의 주장을 배척하였다. 1) 형평 법원은 회사의 정관에 이사에게 해당 보수를 지급하도록 허용하는 조항이 없으면 신인의무를 위반한 이사에게 공제를 승인할 권한이 없다.⁵³⁹ 2) 신탁증서에 보수와 관련된 조항이 존재하지 않는 한, 수탁자는 자신의 업무에 대하여 보수를 받을 권한이 없기 때문에, 극히 예외적인 상황을 제외하고는 신인의무자는 형평법상 공제를 받을 수 없다고 보았다. 해당 판례에서 Ward 가 원고회사에 이행한 서비스는 변호사로서 고유한 전문적인 역할을 수행했다고 보기 어려우며 일반적인 비즈니스

⁵³³ [2001] WTLR 1.

⁵³⁴ 그 외에 공제를 허용한 영국의 판례는 다음과 같다. 신인의무자가 신인의무 위반으로 취득한 주식의 비용에 대해서는 공제를 허용하였지만 주식의 가치 상승에 기여한 신인의무자의 업무와 전문성에 대하여는 공제를 허용하지 않은 판례로는 Cobbetts LLP V Hodge [2010] 1 BCLC 30; [2009] EWHC 786 (Ch); 비밀 수수료를 수령한 이사는 수수료를 획득하는 데에 발생한 합리적인 비용에 한하여 제한적으로 공제를 허용한 판례로는 Lee v Futurist Development Ltd [2012] EWCA Civ 1419; 공제를 허용하는 경우에 간접비도 포함하여야 하는지에 대한 논의하였고 간접비의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피고가 간접비 공제를 주장할 수 없다고 판시한 판례로는 Hollister v Medik Ostomy [2012] EWCA Civ. 1419.

⁵³⁵ [1989] UKHL 2, [1990] 2 AC 663.

⁵³⁶ [2004] EWHC 1815 (Ch); [2005] 1 BCLC 245.

⁵³⁷ Matthew Harding in Andrew Roberson & Hang Wu Tang(2009). 호주 판례인 Paul A Davies (Aust) Pty Ltd v Davies (No 2) [1983] 8 ACLR 1 에서는 이사가 회사의 자금과 개인적인 보증으로 차입한 금액의 혼합액을 사용하여 동산(personal property)을 매입한 사건이다. 뉴사우스웨일즈 항소법원은 의제신탁은 해당 재산의 상승한 가치 전부에 대하여 의제신탁이 성립하지만, 피고는 재산의 가치를 상승하는 데에 소요한 노력과 전문성에 대하여 관대하게 공제를 허용하였다.

⁵³⁸ [1990] 2 AC 663

⁵³⁹ [1990] 2 AC 663, p.692 Lord Templeman, The short answer to the claim for an equitable allowance is the equitable principle which forbids a trustee to make a profit out of his trust unless the trust instrument, in this case the articles of association of Guinness, so provides.

<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1989/2.html> [최종 검색일: 2020.12.14] 법원은 회사의 업무 영역에 간섭하기를 원치 않으며, 공제 여부는 회사의 결정 사항이지 법원의 권한이 아니라는 의견이다. Graham Virgo(2018), p.531.

컨설턴트의 역할이기 때문에 극히 예외적으로 공제를 허용하는 상황에 포함되지 않는다고 판시하였다.⁵⁴⁰ 또한 해당 판례에서 법원은 피고가 선의로 행위하였다고 추정한다고 하였지만 해당 판례는 명백하게 피고들의 악의를 의심할 만한 요인들이 있었다. 예를 들면 민사사건 이후에 피고들은 형법 위반으로 기소되었다. 따라서 본 판결은 피고들이 악의 요건을 만족하였기 때문에 공제를 허용하지 않았다고 보는 것이 더 타당하다고 생각한다.⁵⁴¹

(6) Quarter Master UK Ltd v Pyke

Quarter Master UK Ltd v Pyke⁵⁴² 판례는 회사의 두 이사가 회사 기회를 유용한 경우로 법원은 해당 이사에게 형평법적 공제를 허용하지 않았다. 그 근거로 이사는 신인의무 위반으로부터 이익을 얻어서는 안된다는 원칙과 해당 이사들이 특별한 능력을 보유하고 있는 것으로 보기 힘들며 공제를 허용할 만큼 이사가 특별히 위험을 감수하였다고 보기도 어렵기 때문에 형평법적 공제를 허용하지 않는다고 판시하였다.

제 3 절 미국의 이득토출책임

1. 미국의 이득토출책임 법원(法源)

영국에도 제정법으로 수탁자 법(Trustee Act)이 존재함에도 불구하고⁵⁴³ 제정법에는 충실의무와 이득토출책임 관련 조항을 포함하고 있지 않다. 따라서 영국의 신인의무자에 대한 이득토출책임은 판례법에 전적으로 근거하고 있어 특별히 법원(法源)에 대하여 언급하지 않았다. 반면 미국의 신탁법인 충실의무와 이득토출책임은 주법의 영역이기 때문에 주마다 충실의무와 의무위반에 대한 이득토출책임과 관련된 법이 일부 상이하지만 본 논문에서는 주로 신탁법 리스테이트먼트(R3T, R2T)와 통일신탁법(UTC)의 내용과 제 3 차 부당이득법 및 원상회복 리스테이트먼트(R3RUE)를 중심으로 살펴보겠다.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ [1990] 2 AC 663, Lord Goff, 해당 판례에서는 Lord Goff 극히 예외적으로 공제를 허용할 수 있는 경우는 신인의무자에게 공제를 허용하더라도 신인의무자의 의무와 개인적인 이익이 상충할 요인이 없는 상황으로 제한한다고 실시하였다. John Hopkins(1990), pp.221-222; Graham Virgo(2018), p.531.

⁵⁴¹ Edward Burn & Graham Virgo(2008), p.823; Graham Virgo(2018), p.533.

⁵⁴² [2004] EWHC 1815 (Ch).

⁵⁴³ Trustee Act 2000, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/29/contents> Trustee Act 2000의 제 1 조에 주의의무(The Duty of Care)만을 포함하고 있고 해당 법령에 충실의무를 포함하고 있지 않아서 제정법에 익숙한 우리 학자들의 눈에는 의아할 수도 있다. 제정법에 조항으로 포함하지 않아도 제정법에서 명시적으로 폐지하지 않는 한 판례법은 유효하기 때문에 충실의무는 지속적으로 유효한 수탁자의 의무이다.

⁵⁴⁴ 리스테이트먼트는 미국법률협회(ALI)에서 판례법을 평석서로 정리한 것이고 통일신탁법(UTC)은 다수의 주에서 채택하도록 작성한 것이지만 둘다 그 자체로는 법적 구속력(binding)이 있지 않고, 2 차적 법원(法源)으로 권고적 효력(persuasive)만 인정된다. 미국의 신탁법은 두 가지 형태로 발전하고 있는데, 하나는 리스테이트먼트나 통일신탁법을 개별 주에서 수용하는 형태로 발전하는 Top-down 방식과 개별 주에서 변호사 및 은행업 등에 종사하는 자가 신탁업의 경쟁력을 강화하기 위해서 발전시킨 Bottom-up 방식이 공존한다. Sitkoff & Dukeminier(2017), pp.388-390.

제 3 차 신탁법 리스테이트먼트와 통일신탁법에서 이득토출책임이 적용되는 범위가 영국과 상이하다. 앞서 언급한 것과 같이 영국에서는 신탁의무 자체를 충실의무와 동의어로 보고 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙을 충실의무의 양 축으로 보는 반면, 미국의 신탁의무는 충실의무 뿐 아니라 신탁의무자가 부담하는 의무를 통칭하여 신탁의무로 지칭하는 경향이 있다. 아래에서는 각 법원의 신탁의무 및 이득토출책임에 대하여 살펴보도록 하겠다.

가. 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트

미국의 신탁법에서 영국과 기본적으로 다른 점은 R3T와 UTC 모두에서 수탁자의 책임을 신탁 위반이 없는 경우와 있는 경우로 구분하고 있다는 점이다. 즉 신탁 위반이 없는 경우에도 수탁자가 책임을 지는 상황이 있음을 의미하는데 이는 주로 수탁자가 이익을 향수한 경우에 해당한다. 아래에서는 각각에 대하여 살펴보겠다.

(1) 신탁위반이 없는 경우와 있는 경우

R3T 제 99 조는 신탁위반이 없는 상황으로 (a) 수탁자는 신탁재산(trust property)의 가치 감소 부분이나 실제로 발생한 이익보다 더 이익을 취득하지 못한 것에 대하여는 책임을 부담하지 않지만 (b) 신탁위반이 없었더라도 수탁자는 신탁운용으로부터 발생한 이익(profit)을 토출할 책임이 있다고 규정하고 있다.⁵⁴⁵ R3T 제 100 조는 신탁위반에 대한 수탁자 책임으로 (a) 수탁자는 신탁 위반에 의해 영향을 받은 부분이 제대로 운영되었을 때 신탁재산(trust estate)의 가치와 신탁배분 가치를 회복시킬 금액만큼 책임을 지거나 (b) 수탁자는 신탁위반으로부터 발생한 개인적인 이익(benefit)에 대하여 책임이 있다고 규정하고 있다.⁵⁴⁶

| | 제 99 조 신탁위반 없는 경우 | 제 100 조 신탁위반 있는 경우 |
|--------------|-------------------|--------------------|
| 신탁재산 감소 등 손실 | (a) 책임 없음 | (a) 책임 있음(손해배상책임) |
| 수탁자의 이익 등 | (b) 책임 있음 | (b) 책임 있음 |

(2) 이득토출책임 적용

제 99 조 (b)항과 제 100 조 (b)항을 합하여 보면, 신탁위반 여부를 막론하고 신탁재산을 운용하면서 수탁자가 이익을 향수한 경우에는 반환할 책임이 있다는 해석이 가능하다. 따라서 영국의 이득토출책임과 동일한 해석 적용이 가능하다. 제 99 조 (b)항의 커멘트에서도 해당 조항은 이득토출책임(Accountable for any profit)에 해당함을 명시하여 신탁운용시 이익을 창출하게 되면 신탁위반 여부와 무관하게 수탁자는 해당 이익을 토출할

⁵⁴⁵ Restatement (Third) of Trust § 99. Absence of Breach of Trust. Absence of breach of trust, a trustee (a) is not liable for a loss or depreciation in the value of trust property or a failure to make a profit greater than actually generated, but (b) is accountable for any profit arising from the administration of the trust.

⁵⁴⁶ Restatement (Third) of Trust § 100, Liability of Trustee for Breach of Trust. A trustee who commits a breach of trust is chargeable with (a) the amount required to restore the values of the trust estate and trust distributions to what they would have been if the proportion of the trust affected by the breach had been properly administered; or (b) the amount of any benefit to the trustee personally as a result of the breach.

책임을 진다고 설명한다.⁵⁴⁷ 동 조는 해당 이익의 범위에 대하여는 ‘이익(profit)’은 수익(income), 실현 이익(realized gains), 신탁재산의 미실현 가치 증가분(unrealized appreciation in the value of the trust property) 등을 모두 포함한다고 명시하고 있다. 또한 해당 조항이 제 78 조 충실의무와 특히 연관이 있다고 설명하며 수탁자가 신탁 운영과정에서 부당하게 제 3 자로부터 수령한 커미션, 보너스나 다른 보상에 대하여 이득토출책임이 발생한다고 설명한다.⁵⁴⁸

R3T 제 100 조 (b)항의 커멘트는 해당 조항은 수탁자가 개인적인 이득을 취득하는 것을 방지하기 위한 조항이라고 명시하고 R3T 제 99 조 (b)항의 이익(profit)이 포괄적인 것과 마찬가지로 해당 문구에서 이익(benefit) 역시 포괄적인 용어임을 강조한다.⁵⁴⁹ 따라서 만약 수탁자가 신탁자금(trust funds)을 유용하여 투자하는 경우에 수탁자의 이익(benefit)은 유용자금뿐 아니라 해당 투자로부터 발생한 이익(profit)을 포함한다고 설명하고 있다.⁵⁵⁰

제 100 조의 커멘트에서는 수익자가 수탁자에게 소송을 제기하고, 소송에 성공한 경우에 신탁재산과 수익자를 원상회복시키는 것을 목적으로 한다고 설명한다.⁵⁵¹ 소송을 제기하여야 한다는 문장으로부터 신탁위반 거래가 당연 무효는 아니고 수익자가 소송을 제기하여 무효화할 수 있다는 것을 추론할 수 있다.

원고가 수탁자를 대상으로 소송을 제기하면 원고가 입증책임을 지는 것을 원칙으로 한다.⁵⁵² 하지만 수탁자는 신탁정보에 접근하기 유리하며, 수탁자가 수익자에게 정보개시 의무,⁵⁵³ 장부작성 및 보존 제공의무를⁵⁵⁴ 부담하는 것을 고려하여 원고의 입증책임을 완화한다. 뿐만 아니라 심리중단원칙은 원고가 해당 거래에서 수탁자가 개인적인 이익과 의무의 충돌에 의해 영향을 받아 거래를 이행하였음을 입증할 책임을 경감시켜주는 역할을 한다.⁵⁵⁵

(3) 구제수단의 경합: 수익자의 선택

R3T는 구제수단이 경합하는 경우, 수익자의 선택을 원칙으로 하고, 수익자의 명시적인 선택이 없는 경우에는 수익자의 최선의 이익을 위한 목적으로 한다고 설명한다. 영국과 마찬가지로 손해배상책임과 이득토출책임 경합에 대한 문제는 침묵하고 있고⁵⁵⁶ 법원은 수탁자의 부정행위에 따라 상황에 적절하게 복수의 구제수단을 부과할 수 있으며 이는 해당 거래의 유효성을 확약(affirm) 여부 및 손실의 발생 여부와 무관하다.⁵⁵⁷

⁵⁴⁷ Restatement (Third) of Trust § 99, Comment. c, p.61.

⁵⁴⁸ Restatement (Third) of Trust § 99, Reporter’s Notes on § 99, Comment. c, p.61.

⁵⁴⁹ Restatement (Third) of Trust § 100, Comment on Liability of Trustee under Clause (b), a, p.66.

⁵⁵⁰ Restatement (Third) of Trust § 100, Comment on Liability of Trustee under Clause (b), a, p.66.

⁵⁵¹ Restatement (Third) of Trust § 100, General Comment, p.62.

⁵⁵² Restatement (Third) of Trust § 100, Additional General Comment f. p.68.

⁵⁵³ Restatement (Third) of Trust § 82, Duty to Furnish Information to Beneficiaries (or Duty of Disclosure).

⁵⁵⁴ Restatement (Third) of Trust § 83, Duty to Keep Records and Provide Reports.

⁵⁵⁵ Restatement (Third) of Trust § 100, Additional General Comment f. p.68.

⁵⁵⁶ 다만 R3T 제 95 조의 커멘트에서는 신탁위반으로부터 손해를 야기하고 원상회복청구 이후에도, 수탁자가 신탁위반에 대한 손해를 보상할 필요가 있는 경우 추가적인 손해배상(surcharge)을 청구할 수 있다고 설명한다. Restatement (Third) of Trust § 95, Comment. a, p.23

⁵⁵⁷ Restatement (Third) of Trust § 95, Comment. c, p.24.

아래의 판례들을 통해서도 이 원칙을 발견할 수 있는데 신인의무자의 의무 위반에 대하여 *Eaves v Penn*⁵⁵⁸ 판례에서는 모든 수익자가 선택한 특정 구제수단이 존재하지 않는 경우에는 법원은 일반적으로 소송관여자(participants)에게 유리한 방식 및 신탁목적 달성을 위한 방식으로 구제수단을 이행할 의무가 있다고 판시하였다.⁵⁵⁹ *Ripsey v Denver U.S. Nat' l Bank* 판례에서는⁵⁶⁰ 원고가 명백하게 구제수단을 선택하지 않으면, 법원에서 공정한 손해배상과 모든 수익자의 최선의 이익을 달성하는 목적을 고려하여 구제수단을 선택해야 한다고 판시한 바 있다.

(4) 충실의무와 이득토출책임

제 99 조와 제 100 조에 따르면 R3T 상 이득토출책임은 충실의무에 국한하지 않고 신탁위반에 해당하는 경우에 부과하는 것처럼 파악할 수도 있다. 하지만 R3T 제 99 조와 제 100 조 이득토출책임 조항의 커멘트에서 이 조항은 제 78 조 충실의무 조항과 상호 참조하여야 한다는 문구를 통해, 이득토출책임은 대부분 충실의무 위반에 적용되는 것을 파악할 수 있다. 제 78 조 커멘트에 따르면⁵⁶¹ 수탁자가 신탁운용과 관련된 행위를 통하여 제 3 자로부터 일정 수수료, 커미션 등을 수령하게 되면 해당 행위 역시 자기거래에 해당하고 충실의무를 위반한 것이 된다고 설명한다. 언급한 바와 같이 미국에서는 이익충돌금지에 해당하는 다수의 사실관계를 자기거래 내에 포섭하려는 경향이 있다. 따라서 R3T는 수탁자 스스로가 신탁으로부터 승인받지 않은 보수를 수령하면 해당 행위도 자기거래라고 보았다.

수탁자가 보험회사에 고용된 동시에 자신이 관리하는 신탁재산에 대하여 해당 보험회사의 보험을 가입하는 경우, 수탁자가 해당 신탁재산에 대한 보험수수료를 수령하게 되면 수탁자는 적어도 해당 수수료에 대하여는 이득토출책임을 부담한다. 마찬가지로, 수탁자가 신탁재산을 제 3 자와 거래하는 경우에 수탁자가 제 3 자로부터 보상(compensation)을 받는 경우에도 해당 보상에 대하여도 이득토출책임을 발생한다.⁵⁶²

(5) 이득토출책임을 부과하지 않는 경우

미국 R3T에 따르면 신탁재산이 특정 회사의 주식 혹은 주식과 관련된 권한을 보유하고 있고 수탁자가 자신을 회사의 이사나 경영진에 선임되도록 해당 주식이나 지분의 의결권을 행사한 경우에는 이득토출책임을 부과하지 않는다.⁵⁶³ 해당 상황은 엄밀히 따지면 충실의무 위반에 해당하고 수탁자가 이사나 경영진으로 선임되어 향수한 이익에 대하여 이득토출책임을 부담하여야 한다. 하지만 R3T에서는 만약 수탁자가 별도로 선임된 지위가 신탁 및 수익자의 이익을 위한 것이라고 판단되고 해당 지위에서 수령하는 급여가 수탁자가 이행하는 서비스보다 크지 않거나, 급여가 더 큰 경우에 그 차이 만큼만을 신탁에 반환하도록

⁵⁵⁸ 587 F.2d 453, 462 (10th Cir. 1978); 미국의 중업원 퇴직소득보장법(ERISA)하에서 신인의무자에 해당하는 피고의 의무 위반에 대한 판례이다.

⁵⁵⁹ Restatement (Third) of Trust § 99, Comment a(1), p.70.

⁵⁶⁰ 273 F. Supp. 718, 742 (D. Colo. 1967).

⁵⁶¹ Restatement (Third) of Trust § 78 Comment on Subsection (2), d(1), pp.104-105.

⁵⁶² 심지어 비공식적인 약정에 의해, 관행적으로 혹은 기대에 의해(informal prearrangement, practice or expectation), 수탁자가 보상을 받는지 여부와도 무관하게 신탁 위반에 해당하여 수탁자는 이득토출책임을 부담한다. Restatement (Third) of Trust § 78 Comment on Subsection (2), d(1), p.104.

⁵⁶³ Restatement (Third) of Trust § 78 Comment on Subsection (2), d(1), p.105.

하면, 신탁 위반은 없다고 본 예외적 규정이다. 수탁자의 행위나 결정이 수익자의 최선의 이익을 위한 경우에는 해당 행위나 결정이 수탁자에게 부수적인 혜택(incidental benefits)을 준다고 하더라도 충실의무 위반은 아니라는 견해이다.⁵⁶⁴ 수익자의 ‘최선의 이익’ 라고 표현한 것은 영미에서 여전히 수익자의 이익만을 위한 기준을(sole interest) 적용하고 있는 것에 정면으로 부딪히는 판례이다. R3T 에서 위에서 언급한 경우에만 이익충돌금지의 예외에 해당하는 근거를 설명하고 있지 않지만, 미국의 법경제학을 필두로 하여 미국에서 엄격한 충실의무에서 기준을 완화하자는 입장을 조금씩 반영하고 있는 듯 하다⁵⁶⁵

나. 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트

앞서 살펴본 바와 같이 R3T 의 조항을 조합해보면 내용적으로 이익향수금지 원칙과 이득토출책임을 포함하고 있지만 굳이 위와 같은 방식으로 조문을 구성한 이유를 파악하기 어렵다. 생각건대 제 2 차 신탁법 리스테이트먼트(R2T)에서 신탁위반이 없는 경우에만 이득토출책임을 명시하였었는데, R3T 에서는 R2T 에 포함되었던 충실의무 세부규정 위반시 구제수단에 관한 조항들을 삭제하였기 때문이 아닌가 추정한다. 아래에서는 R2T 의 이득토출책임에 대한 논의를 간단히 살펴보겠다.

(1) 이득토출책임

R2T는 제 203 조 신탁위반이 없는 경우에 이득토출책임과 제 205 조 신탁위반에 대한 책임을 규정하고 있다.⁵⁶⁶ R3T 와 동일하게 신탁위반 여부로 조항을 구분하였지만, 신탁위반이 없는 경우 제 203 조는 “수탁자는 해당 이익이 신탁위반으로부터 발생하지 않더라도 신탁 운영을 통하여 혹은 운영과정에서 발생한 이익을 토출할 책임이 있다” 고 규정하여 이를 이득토출책임이라고 조문에 명시하고 있다.⁵⁶⁷ 제 205 조는 신탁 위반시의 책임으로 “수탁자가 신탁을 위반하면 a) 신탁위반으로부터 발생한 손실 및 가치의 감소분, b) 신탁위반으로부터 수탁자에게 발생한 이익 혹은 c) 신탁위반이 없었더라면 신탁재산에 발생하였을 이익에 대하여 수탁자는 책임을 진다” 라고 규정하고 있다.⁵⁶⁸ R2T 의 사례를 살펴보면 a)의 손해배상책임을 부과하는 경우는 주로 주의의무 위반인 것을 파악할 수 있고⁵⁶⁹ b) 신탁위반으로 수탁자에게 발생한 이익에 대한 책임은 충실의무와 관련된 것을

⁵⁶⁴ 관련 판례의 사실관계는 본 논문의 제 3 장 제 3 절 4. 바 참조; Estate of Koos 269 Wis. 478, 493, 69 N.W.2d 598, 606 (1955); Donovan v Bierwirth, 680 F. 2d 263, 271 (2d Cir. 1982).

⁵⁶⁵ 충실의무 기준을 수익자 이익만을 고려하는 (sole interest)기준에서 최선의 이익(best interest) 기준으로 변경해야 한다고 주장한다. 즉 수탁자가 수익자의 이익을 최선으로 고려하면 신탁을 운영, 관리하는 과정에서 이익을 얻게 되더라도 이익향수금지 기준을 적용하지 않아야 한다는 주장이다. 수익자의 이익만을 고려하는 기준은 과거에 수익자가 수탁자의 위반을 입증하기 어려운 시기의 의무위반 억지 및 예방에 부합하는 기준이며 현재는 공시기준 강화 등으로 수탁자가 수익자의 최선의 이익을 위해 행위하는 기준으로 충분하다는 입장이다. John Langbein(2005).

⁵⁶⁶ 참고로 제 204 조는 신탁위반이 없는 경우에 손실에 대한 책임은 부담하지 않는다는 조항이다. Restatement (Second) of Trust § 204. Non-liability for Loss in the Absence of a Breach of Trust.

⁵⁶⁷ Restatement (Second) of Trust § 203. Accountability for profits in the absence of a breach of trust.

⁵⁶⁸ Restatement (Second) of Trust § 205. Liability in case of Breach of Trust.

⁵⁶⁹ Restatement (Second) of Trust § 205. Comment on Claus (a), pp.459-460.

파악할 수 있다.⁵⁷⁰ c)는 주로 수탁자가 신탁재산으로 보유하고 있을 의무가 있는 신탁재산을 처분한 경우, 혹은 신탁에 의해 매입할 재산할 의무가 있던 것을 매입하지 않은 경우에 해당한다.⁵⁷¹

(2) 충실의무와 이득토출책임

R2T 에서 R3T 에 비하여 충실의무 위반을 구체적으로 규정하고 있는 것에 상응하여 충실위반에 대한 책임도 별도로 규정하였다. 제 203 조와 제 205 조에서 신탁위반 여부로 책임을 구분하여 규정한 것 뿐 아니라 제 206 조는 충실의무 위반에 대한 책임을 별도의 조항으로 포함하고 있었다. 조문을 살펴보면 수탁자가 신탁위반으로 신탁재산(trust property)을 자신에게 매도하거나 수탁자의 고유재산을 수탁자의 자격으로 신탁재산에 매도하는 경우 및 그 외의 다른 방법의 충실의무 위반시에 제 205 조 책임을 부과한다고 설명한다.⁵⁷² 커멘트에서는 자기거래 외에 수탁자가 신탁재산으로 매입할 의무가 있는 재산을 고유재산으로 매입한 경우와⁵⁷³ 신탁재산을 수탁자 개인 목적으로 유용한 경우와⁵⁷⁴ 수탁자가 제 3 자로부터 보너스, 수수료 및 그 외의 보상을 수령한 경우에⁵⁷⁵ 이득토출책임을 적용한다고 명시하고 있다. 수탁자가 신탁위반으로 신탁재산을 자신에게 매도한 경우이며 해당 매도가격이 공정가액보다 저가인 경우, 수익자는 1) 수탁자에게 공정가액과의 차이 금액을 지급하도록 하거나 2) 수익자는 해당 거래를 무효화하고, 해당 재산을 신탁재산에 원상회복시킬 수 있고(reconvey the property), 만약 수탁자가 해당 신탁재산으로부터 수령한 이익이 있으면 이익을 토출하거나, 3) 수익자가 수탁자에게 해당 재산을 매도하도록 하여 수탁자가 신탁재산에 지불한 금액보다 재매도 금액이 높은 경우 해당 금액을 토출하도록 할 수 있다.⁵⁷⁶ 수탁자의 고유재산을 신탁재산에 매도한 경우로, 해당 매도 가격이 당시의 공정가액보다 높은 경우, 1) 수익자는 수탁자가 해당 차액을 신탁재산에 변제하도록 하거나, 2) 해당 거래를 무효화하여 신탁재산에 매도한 재산과 재산으로부터 발생한 이익을 수탁자에게 반환하고 매도 금액과 이에 상응하는 이자를 신탁재산에 반환받을 수 있다.

다. 통일신탁법

⁵⁷⁰ Restatement (Second) of Trust § 205. Comment on Claus (b), p.462.

⁵⁷¹ Restatement (Second) of Trust § 205. Comment on Clause (c), p.462 각각의 경우에 대하여 제 208 조 내지 제 211 조에서 별도로 규정하고 있다. 제 208 조는 신탁재산을 매도함에 따라 신탁 위반한 경우의 책임, 제 209 조는 신탁재산을 매도하지 않아서 신탁 위반한 경우, 제 210 조 신탁재산을 매입하여 신탁을 위반한 경우 및 제 211 조 신탁재산을 매입하지 않아 신탁을 위반한 경우를 유형별로 규정하고 있고 위의 조항들 모두 구제수단의 하나로 이득토출책임을 포함하고 있다.

⁵⁷² Restatement (Second) of Trust § 206. Liability for Breach of Duty of Loyalty. The rule states in § 205 is applicable where the trustee in breach of trust sells trust property to himself individually or sells his individual property to himself as trustee, or otherwise violates his duty of loyalty.

⁵⁷³ Restatement (Second) of Trust § 206. Comment i. Purchase by trustee of property which it is his duty to purchase for the trust.

⁵⁷⁴ Restatement (Second) of Trust § 206. Comment j. Use of trust property for trustee's own purposes.

⁵⁷⁵ Restatement (Second) of Trust § 206. Comment k. Bonus, commission or other compensation.

⁵⁷⁶ Restatement (Second) of Trust § 206. Comment b. Sale of trust property to the trustee individually.

R3T 와 마찬가지로 통일신탁법(UTC)에서도⁵⁷⁷ 수탁자가 수익자에게 부담하는 의무를 위반하는 것이 신탁위반이라고 정의한다. 신탁위반에 대한 구제수단은⁵⁷⁸ 법원의 수탁자의 의무 이행명령,⁵⁷⁹ 수탁자의 향후 신탁위반 금지 명령,⁵⁸⁰ 금전의 지급 및 신탁재산의 회복 등을 통한 배상⁵⁸¹ 이득토출책임 부과⁵⁸² 및 신탁재산에 대하여 의제신탁 설정으로 규정하고 있다.^{583 584}

리스트atement와 마찬가지로 UTC 에서도 신탁위반이 있는 경우와 없는 경우로 구분하여 구제수단을 규정하고 있다. 제 1002 조 신탁위반에 대한 손해배상책임에서⁵⁸⁵ (a) 신탁을 위반한 수탁자는 수익자에게 (1) 신탁 위반이 없었던 상황으로 “신탁재산과 신탁 배분의 가치를 회복하는 데에 필요한 금액이나⁵⁸⁶ (2) 신탁위반으로 인한 수탁자에게 발생한 이익 중에 큰 금액만큼 책임을 진다고 규정하고 있다.⁵⁸⁷ 제 1003 조에서 신탁위반이 발생하지 않는 경우에도 신탁을 관리, 운영하는 과정에서 이익이 발생하는 경우에는 수탁자는 해당 이익에 대하여 토출할 책임이 있다고⁵⁸⁸ 규정하고 있다.⁵⁸⁹ UTC 의 커멘트에서는 대부분의 수탁자의 개인적인 이익은 충실의무 위반으로 인하여 발생하지만 개인적인 이익이 발생하는 모든 경우가 신탁위반을 동반하는 것은 아니라고 설명한다.⁵⁹⁰

라. 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법

⁵⁷⁷ <https://my.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=193ff839-7955-4846-8f3c-ce74ac23938d> [최종 검색일: 2020.12.12] 다수(검색일 당시 35 개의 주)의 주에서 통일법을 그대로 혹은 일부 수정을 통하여 도입하고 있음을 확인할 수 있다. Sitkoff, Dukeminier(2017), p.389. 다만 뉴욕주, 캘리포니아주 및 델라웨어주 등 미국법을 연구할 때에 주로 참조하는 주에서 통일신탁법을 도입하지 않았다.

⁵⁷⁸ 그 외 법원은 신탁재산을 보유하고 관리할 특별 신인의무자를 선임하거나, 기존의 수탁자를 해임하고 수탁자에게 보수를 지급하지 않는 등의 구제수단을 활용할 수 있다.

⁵⁷⁹ Uniform Trust Code, § 1001(b)(1).

⁵⁸⁰ Uniform Trust Code, § 1001(b)(2).

⁵⁸¹ Uniform Trust Code, § 1001(b)(3).

⁵⁸² Uniform Trust Code, § 1001(b)(4).

⁵⁸³ Uniform Trust Code, § 1001(b)(9).

⁵⁸⁴ Uniform Trust Code, § 1001(a) Remedies for Breach of Trust.

⁵⁸⁵ Uniform Trust Code, § 1002, Damages for Breach of Trust. 해당 조항에서 신탁재산 및 신탁배분의 가치를 회복하는 것이 신탁재산 자체를 회복하는 것이 아니므로 원상회복책임이 아니라 손해배상책임을 의미한다고 보는 것이 타당하다.

⁵⁸⁶ Uniform Trust Code, § 1002(a)(1).

⁵⁸⁷ Uniform Trust Code, § 1002(a)(1).

⁵⁸⁸ Uniform Trust Code, § 1003 (a) Damages in absence of Breach.

⁵⁸⁹ 제 1003 조 (a)항이 앞에서 언급한 제 2 차 신탁법 리스트atement 제 203 조를 기반으로 하는 것을 명시하고 있다. 가장 대표적인 예는 신탁을 운영하는 과정에서 제 3 차로부터 커미션이나 보너스를 수령한 경우로 이익향수금지 원칙을 명시하고 있지 않지만 영국과 동일하게 이득토출책임을 부담한다고 설명하고 있다. Uniform Trust Code, § 1003, Comment, p.177.

⁵⁹⁰ Uniform Trust Code, § 1003, Comment, p.177.

앞서 살펴본⁵⁹¹ 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법(R3RUE)의 이득토출책임은 신인의무자에 국한되는 내용은 아니지만 R3T 나 UTC 에서 언급하지 않는 인과관계 및 공제를 적용하는 기준 등을 제시하고 있기 때문에 아래에서 소개한다.⁵⁹²

(1) 일반적인 이득토출책임과 신인의무자

R3RUE 제 51 조 제 4 항은 이득토출책임에 대한 조항인데 정확한 문구는 다음과 같다.⁵⁹³ “고의적인 위법행위자나 의무를 위반한 신인의무자의 부당이득은 해당 위법행위에 귀속되는 순이익이다. 해당 원상회복 책임은 위법행위자로부터 이익을 제거하는 동시에 가능한 한 징벌적 기능을 피하는 것을 목적으로 한다.” 위 조항에서는 부당이득이라고 표현하였지만, 해당 목적에서 추구하는 원상회복 구제수단은 이득토출책임이라고 명명하고 있다. 제 51 조 제 4 항을 신인의무에 적용할 때에는 제 43 조에서 언급한 바와 같이 수탁자가 신인의무 위반을 인지하거나 수탁자의 귀책사유를 요건으로 하지 않는다.⁵⁹⁴

(2) 용어의 사용

신인의무자가 취득한 이득은 위법행위에 의한 이득토출책임에 해당하고, 신탁재산의 유용 등을 통한 이전의 경우에 해당재산을 반환하는 책임은 원상회복책임이라고 표현하는 것이 정확하다. 즉 앞서 살펴본 바와 같이⁵⁹⁵ 최근 학계에서 해당 권리의 발생 원인이 “부당이득” 이 아니라는 데에 초점을 두고 부당이득, 원상회복 책임 및 이득토출책임의 용어를 구분하여 사용한다. 반면, R3RUE 에서는 의무를 위반한 신인의무자의 “부당이득” 에 원상회복책임 혹은 이득토출책임을 부과한다고 표현하고 있다. 따라서 R3RUE 에서는 앞서 언급한 바와 같이 부당이득, 원상회복책임 이득토출책임을 구분하는 논의와는 달리 용어를 혼용한다. 그 이유로 리스테이트먼트의 특성상 새로운 판이 발간되기까지 오랜 시간이 소요되는 것, 또한 위의 부당이득과 원상회복을 구분하는 논의가 미국보다는 영국 및 영연방에서 활발하게 논의되고 있기 때문에 이를 전적으로 수용하지 않은 것을 생각해 볼 수 있다.

마. 영국과의 차이점

(1) 충실의무 위반이 아닌 신탁위반 여부로 구분

앞서 논의한 바와 같이 미국에서는 이익향수금지를 별도의 조항으로 충실의무에 포함하고 있지 않다. 대신 수탁자의 의무 위반이 발생하지 않는 경우에도 수탁자에게 이익이 발생하면 이를 반환한다고 규정하여 이득토출책임을 부과하려는 방식을 채택하고 있다. 또한 충실의무 위반 뿐 아니라 신탁 위반이 있는 경우로 구분하고 있기 때문에 이론상으로는 주의의무 및 신탁증서의 조항 위반 등에 대하여도 이득토출책임을 부과할 수 있다.

(2) 징벌적 손해배상 허용

⁵⁹¹ 본 논문의 제 3 장 제 1 절 2 참고.

⁵⁹² 인과관계 및 공제에 대한 내용은 본 논문의 제 3 장 제 4 절 2 참고.

⁵⁹³ R3RUE, § 51(4), p.203.

⁵⁹⁴ R3RUE, § 43 cmt a; § 51(4).

⁵⁹⁵ 본 논문의 제 3 장 제 1 절 참조.

미국의 리스테이트먼트에서 영국과 차이점 중에 하나는 징벌적 손해배상에 대한 견해이다. 언급한 바와 같이⁵⁹⁶ 영국의 형평법원은 징벌적 기능을 담당하지 않았기 때문에 사전적, 당위적으로 이득토출책임이 징벌적 기능을 포함하지 않아야 한다는 데에 초점을 둔다. 이는 실질적, 사후적으로 법원의 판시에 따른 이득토출책임 금액이 과대해져서 실제로 신인의무자에게 징벌적 성격을 띄는지와는 괴리가 있을 수도 있다. 미국의 제 3 차 신탁법 리스테이트먼트 역시 이득토출책임은 원상회복 성격을 띠는 징벌적인 성격을 띄지 않는다는 일반적인 원칙을 내세우고 있다.⁵⁹⁷ 미국 대법원 역시 오랫동안 수탁자의 의무 위반에 대하여 징벌적 손해배상을 부과하기를 꺼려왔다. 그러나 미국에서는 판례를 통하여 점차적으로 수탁자의 행위가 극악한(egregious) 수준에 이르는 경우에 징벌적 손해배상을 인정한다.⁵⁹⁸ 예를 들면 신인의무자가 악의나 사기의 혐의가 있는 경우에⁵⁹⁹ 수탁자의 행위를 극악하다고 간주하여 징벌적 손해배상을 규정하는 주도 존재한다.⁶⁰⁰

2. 책임의 범위

앞서 살펴본 영국 신탁법과는 달리 R3T와 UTC는 이득토출책임의 범위를 확정하기 위한 인과관계, 공제 등에 대한 논의나 채권적 및 물권적 성격에 대한 논의를 찾아보기 어렵다..⁶⁰¹ 오히려 해당 논의는 R3RUE에서 발견할 수 있는데 제 2 장 제 4 절 2의 미국의 부당이득법에 대한 논의를 바탕으로 아래에서 책임의 범위를 살펴보도록 하겠다. R3RUE의 조항이 수탁자의 이득토출책임의 계산방식을 파악하는 데에 일정 부분 이정표가 되지만 신인의무자의 의무 위반에만 적용되는 것이 아니라 계약 위반이나 불법행위에도 적용되는 점에 주의를 두고 해당 조항을 해석해야 한다. R3RUE에서는 다른 위법행위자의 경우는 고의 여부로 구분하여 상이한 책임을 부과하는 반면,⁶⁰² 신인의무자의 경우에는 고의 여부가 책임의 범위와 무관하다는 것을 강조한다.

가. 인과관계 및 공제

(1) 기준 적용의 어려움

⁵⁹⁶ 본 논문의 제 3 장 제 1 절 가 참조.

⁵⁹⁷ Restatement (Third) of Trust § 100, cm.d, p.67.

⁵⁹⁸ Restatement (Third) of Trust § 100, cm.d, p.67; Scott and Ascher(2006), pp.1694-1695; Dan B. Dobbs, Law of Remedies 2d, ed, (2001), pp.322-323; John Pankauski et al.(2011).

⁵⁹⁹ Restatement (Third) of Trusts § 100 cm. d, p. 67 & Reporter' s Notes on 100, Comment d, pp.77-78

⁶⁰⁰ Robert Cooter & Freedman(1992), p.1069; 판례로는 Schoenholtz v Doniger, 657 F Supp. 899, 914; Robert Sitkoff in Andrew Gold & Paul Miller(2014), p.207; Restatement (Third) of Trusts § 100, Reporter' s Notes on 100, Comment d, pp.77-78, Interfirst bank v Risser, 739 S.W.2d 882(Tex. App. 1987).

⁶⁰¹ 이는 미국의 신탁법 문헌도 마찬가지이다. Scott and Ascher(2006)의 제 26 장에서는 신탁 위반시의 제 3 차 책임에 대한 언급은 없고 제 3 자가 수탁자에게 책임을 부과하는 논의만 발견할 수 있다.

⁶⁰² Nicholas McBride in Charles Mitchell & William Swadling(2013), p.256; R3RUE, § 43 cmt d, h.

R3RUE 제 51 조 제 5 항에⁶⁰³ 인과성, 격원성 기준 및 공제를 모두 포함하고 있지만 법원이 신인의무 위반의 경우에 해당 원칙을 어떻게 적용할 지는 의문이다. R3RUE 조차 이득토출책임 목적 자체를 이해하기는 너무 용이하지만, 실제로 이 구제수단을 적용하는 것은 난제라고 언급하고 있다.⁶⁰⁴ R3RUE 에 대한 코멘트에서 이득토출책임을 결정할 때에는 사실관계의 인과성과 격원성 기준을 통합적으로 적용하여야 하며 기계적으로 인과성 및 격원성 기준을 적용하는 것을 경계해야 한다고 하여 법원의 적극적인 역할을 강조한다.⁶⁰⁵

(2) 인과관계, 격원성, 공제 조항

제 51 조 제 5 항을 살펴보면⁶⁰⁶ 순이익을 결정할 때, 법원은 인과관계(causation)와 격원성(remoteness)기준을 적용하거나, 공제(credits, deductions)를 인정하는 방식으로 할당(apportionment)을 결정할 수 있다고 규정한다. 또한 합리적이고 공정하게 원상회복책임의 목적을 달성하기 위해 입증책임을 부과한다고 규정하고 있다. 제 51 조 제 5 항은 아래의 하부 조항을 적용한다.

- (a) 이익에는 사용가치(use value), 수익(proceeds), 간접적 이익(consequential gains) 등을 포함함(단 분별가능하고 측정 가능한 경우, 너무 과도하게 격원하지 않은 경우)
- (b) 고의의 위법행위자나 신인의무를 위반한 신인의무자가⁶⁰⁷ 원고의 재산으로 승인받지 않은 투자를 한 경우에 해당 이익에 대하여는 이득토출책임을 지고 해당 손실에 대하여는 손해배상책임을 짐
- (c) 고의의 위법행위자나 신인의무를 위반한 신인의무자가 해당 재산을 취득하거나 유지하기 위하여 지급한 금액 혹은 해당 사업을 운용하기 위해 지급 금액에 대하여는 공제를 허용함. 반면 피고가 일반적으로 근무(service)의 기여한(contribution) 금액이나 원고에게 위법행위를 이행시 발생한 직접적 비용에 대한 공제를 허용하지 않음
- (d) 이득토출책임을 청구하는 원고는 적어도 위법행위에 합리적 근사치를 허용하는 증거에 대한 입증책임이 있음. 순이익을 계산하는 데에 발생한 잔여 위험은 피고에게 있음

따라서 신인의무자의 이득토출책임 금액의 결정하는 경우, 해당 이득에 신탁재산으로부터 발생한 투자 이익을 포함하며 해당 재산과 관련한 비용에 대한 공제를 허용한다. 또한 신인의무자의 이득토출책임을 청구한 원고 즉 수익자에게 해당 이득토출책임을 금액 결정의 합리적인 근사치에 대한 입증책임이 있다. 단 R3RUE 에서는 위의 추상적인 내용만으로 이득토출책임을 금액을 확정하기 어렵다고 보아 귀속(attribution)이라는 개념을 사용하여 해당 문제를 해결하려는 시도를 하고 있다. 아래에서 해당 개념을 살펴보도록 하겠다.

⁶⁰³ R3RUE, § 51(5) In determining net profit the court may apply such tests of causation and remoteness, may make such apportionments, may recognize such credits or deductions, and may assign such evidentiary burdens, as reason and fairness dictate, consistent with the object of restitution as specified in section (4).

⁶⁰⁴ R3RUE, § 51 cmt e.

⁶⁰⁵ 리스테이트먼트의 코멘트에 반대하며 인과관계와 격원성 기준을 구분하여 적용해야 한다고 주장하며 인과관계와 달리 격원성을 통한 이득토출책임을 범위 확정과 관련된 문제는 공평성과 정책적, 규범적인 문제가 내포되어 있는데, 이를 혼용하여 사용하는 것은 바람직하지 않다는 견해로는 Mark Gergen(2012).

⁶⁰⁶ R3RUE, § 51(5).

⁶⁰⁷ R3RUE 제 51 조의 defaulting fiduciary 를 신인의무를 위반한 신인의무자로 번역한다.

나. 귀속의 문제

신인의무자의 의무 위반에 따라 토출할 순이익을 확정하기 위해서 법원이 피고의 재산 및 수익 중에 원고에 대한 위법행위로 귀속되는 부분을 결정해야 한다. 이는 영국에서 인과성과 격원성이라는 기준으로 반환할 이득을 산정한 것처럼⁶⁰⁸ R3RUE에서는 귀속(attribution)이라는 개념을⁶⁰⁹ 제시하고 있다. 물론 피고의 총 수익 중 피고의 위법행위가 차지하는 비율 자체가 관찰 가능한 경우와 같이 원고에게 귀속하는 부분을 결정하는 것이 용이한 경우도 있다. 반면 다수의 경우에 귀속의 문제는 추정의 영역에 해당하고 따라서 정확한 귀속 금액을 파악하기 매우 어렵다.⁶¹⁰ 귀속의 문제는 인과관계 및 격원성, 할당(apportionment),⁶¹¹ 공제(deduction, credits) 및 입증문제(proof)로 나누어 생각할 수 있다.

(1) 인과관계

R3RUE는 피고의 위법행위와 피고의 이익 간의 인과관계가 존재하는지 여부가 늘 결정적인 것은 아니고 사실관계 인과관계(but for causation)가 없다고 하여 반드시 위법행위자가 이득토출책임의 면책요건이 되지 않는다고 설명한다.⁶¹² 피고가 위법행위 없이도 이익을 실현할 수 있다는 사실이 피고가 부당하게 이익을 얻지 않았다는 의미는 아니기 때문이다. 예를 들면, 신탁재산을 개인적으로 유용하여 이익을 거둔 수탁자는 자신이 동일한 이익을 적법하게 얻을 수 있었다고 증명한다고 해서 언제나 책임을 면제받는 것은 아니다. 또한 사실관계 인과관계가 존재한다고 하여 언제나 부당이득에 대한 적절한 구제수단이 피고가 추급할 수 있는 이익(traceable gains) 전부를 반환해야 한다는 결론이 되는 것도 아니다. 영국과 마찬가지로 미국의 인과관계 기준 역시 명확한 적용 기준을 파악하기 어렵다.

(2) 격원성

R3RUE에 따르면 해당 이익이 위법행위와 격원하다는 것은 아마도 법원이 부당이득의 경계선을 정확하게 측정할 수는 없지만 해당 이익 중에 일부는 피고가 적법하게 기여하여 발생한 것을 인정한다는 뜻이다. 이익이 피고의 위법행위에 귀속되는지 혹은 너무 격원한지 여부에 대한 법원의 결정은 궁극적으로 당사자간의 정의 뿐 아니라, 타인에 대한 인센티브 요건 등에 대한 평가에 달려있다.

⁶⁰⁸ 본 논문의 제 3 장 제 2 절 1 참고.

⁶⁰⁹ R3RUE, § 51 cmt e. Disgorgement; accounting for Profits; the general problem of attribution, pp.209-211; Mark Gergen(2012); 귀속이라는 용어를 굳이 사용한 이유를 명시하고 있지 않지만, 영국에서는 신인의무 위반에는 모든 이득을 토출하는 것을 원칙으로 하는 것에 비하여 미국의 R3RUE의 논의는 신인의무 뿐 아니라 다른 위법행위로 인한 이득토출책임을 포괄하고 있기 때문에 별도의 용어를 사용한 것으로 추정한다.

⁶¹⁰ R3RUE, § 51 cmt e. p.210.

⁶¹¹ 인과관계, 격원성 및 공제는 영국과 용어를 다르게 사용하는 경우도 있지만, 기본적인 개념은 동일하다. 다만 할당의 방식을 제시하고 있는데, 이는 신인의무자의 이득토출책임에 적용되는 방식이라기보다, 계약 위반 등 다른 위법행위로 인한 이득토출책임의 경우, 원고에게 토출할 이득을 산정하는 데에 활용될 것으로 보인다.

⁶¹² R3RUE, § 51, f. p.212.

(3) 이득토출책임 귀속의 예시

앞선 설명은 추상적인 내용에 그치게 되어 아래에서는 R3RUE의 인과관계 및 격원성에 대한 예를 소개한다.⁶¹³ 이사가 회사의 자금을 대출하여 개인적으로 부동산을 구매한 사건을 생각해보자. 이후에 해당 부동산의 재매도를 통해 해당 이사는 300,000 불의 이익을 취득하였고 이후에 300,000 불을 회사와는 관계 없는 벤처사업에 투자하여 700,000 불의 추가적인 이익을 취득하였다. 인과관계를 적용하더라도 이사는 언제나 300,000 불에 대해서는 원상회복책임이 있다.⁶¹⁴ 문제는 추가로 얻은 700,000 불이 과연 이사의 최초의 충실의무 위반으로 인한 개인적 자금 대출과 인과관계가 있는지의 판단이다. 우선 추가적인 700,000 불은 이사의 책임이 있는 결과적 이익(간접적 수익)에 해당한다. 원칙적으로는 결과적 수익에 대하여도 이득토출책임을 진다.⁶¹⁵ 다만 법원이 차후의 거래에서 발생한 이익이 특정 사실관계에 미루어보아 해당 거래로부터 너무 격원(too remote)하다고 판단한 경우에는 간접적 수익에 대하여 책임을 부과하지 않을 재량이 있다. 예를 들면 피고가 자신이 대체적인 자금을 통해서도 벤처기업에 투자할 수 있었다는 것을 증명하면 인과관계가 성립하지 않을 수도 있다. 이 경우 300,000 불만이 이득토출책임에 해당할 것이다. 미국의 R3RUE는 피고가 자신이 다른 대체적인 자금을 통해 투자가 가능하였다는 것을 증명하면 인과관계가 성립하지 않을 수 있다는 입장이지만 영국법의 엄격한 이득토출책임을 적용하는 경우에는 해당 판례를 다르게 판시할 것으로 추정된다.⁶¹⁶

다. 입증책임과 불확실성 위험

앞서 언급한 바와 같이 이득토출책임은 일반적인 몰수(forfeit)책임이 아니기 때문에 피고의 원상회복책임은 해당 거래에서 발생한 모든 이익을 의미하는 것은 아니다. 이득토출책임 금액은 해당 위법행위에 귀속(attribute)되는 부분으로 제한한다. 그러나 피고의 부당이득 중 귀속 금액을 확실하게 파악하기 어렵거나 측정 자체가 불가능한 경우가 다수 존재한다. 따라서 R3RUE에 따르면 법원은 이득토출책임 측정의 어려움을 종종 입증책임과 추정을 활용하여 해결하기도 한다.⁶¹⁷ 우선 원고가 기본적으로 법원에 피고의 부당이득금액 중에 자신에게 귀속할 금액에 해당하는 합리적인 근사치(reasonable approximation)를 제시할 입증책임이 있다. 원고가 해당 합리적인 근사치를 제시하면, 이제 피고가 부당이득금액이 원고가 제시한 금액보다 적음을 입증하여 반박할 수 있다. 만약 원고가 합리적인 근사치도 제시하지 못하고 부당이득 청구권이 너무 추정적 영역에 속하면 이득토출책임은 허용되지 않는다.

미국의 R3RUE와 판례에서 귀속이라는 다른 개념을 제시하고 있지만 앞에서 살펴본 영국과 마찬가지로 토출할 이득의 범위를 파악하기는 어렵다. 위법행위자의 경우에 고의의

⁶¹³ R3RUE, § 51, Illustrations 12, p.213.

⁶¹⁴ 더 정확한 표현은 이득토출책임이나 R3RUE의 원문에 따라 번역하였다.

⁶¹⁵ R3RUE, § 51(3).

⁶¹⁶ 본 논문의 제 3 장 제 2 절 1. 가 및 제 3 장 제 2 절 4 참고.

⁶¹⁷ R3RUE, § 51, Comment i, p.220.

위법행위자인지 여부로⁶¹⁸ 책임의 범위를 결정하려는 논의도 있으나 다른 위법행위자와는 달리 신인의무자는 충실의무 위반 책임은 고의 여부가 책임을 지는지와 무관하고, 따라서 신인의무자의 이득토출책임을 계산하거나 범위를 결정할 때 고의 및 피고의 선의 여부가 연관성이 있는지 파악하기 어렵다.

라. Friedmann 교수의 견해

(1) Friedmann 교수의 요인 및 방식

Daniel Friedmann 교수는⁶¹⁹ 법원은 1) 피고가 원고로부터 유용한 이익과 피고에게 발생한 이익의 관계, 2) 피고 행위의 비난 가능성(culpability), 3) 원고나 피고의 위험부담 정도, 4) 피고가 이익을 창출할 때에 기여도 및 원고의 이익(이하 위의 네 가지 요인을 "Friedmann의 요인")을 고려하여 이득토출책임 여부 및 책임의 범위를 결정하여야 한다고 설명한다.⁶²⁰ Friedman 요인을 고려하여 이득토출책임을 계산방법(이하 "Friedmann 방법")을⁶²¹ 아래의 네 가지 방식으로 제안하며, 이 중에 법원의 재량에 따라 선택할 수 있다고 설명한다.⁶²²

- 1) 원고가 모든 이득을 수령하지만 피고가 금전 및 재산을 투자에 대한 공제를 허용하는 방식
- 2) 1)의 방식과 동일하지만 피고가 자신의 기술, 노동력 및 위험 감수에 대하여도 보상 받는 방식
- 3) 이득을 원고와 피고의 상대적 기여도(contribution)에 따라 할당하는(apportionment) 방식
- 4) 원고가 피고가 침해한 이득의 시장가치 만큼만을 수령하는 방식

(2) Friedmann 방법 적용

Friedmann 교수의 계산 방법은 이득이 발생할 수 있는 다양한 상황을 고려하였기에 훗날에 판시를 위해 도움이 되겠지만, 아직 개별 판례에서 법원에서 어떠한 사실관계에서 어떠한 방식을 선택할 것인지에 대한 예측가능성은 떨어진다. 또한 Friedmann 교수의 요인 및 방법은 신인의무자에게만 적용되는 것이 아니고 계약 위반이나 불법행위와 같은 이득토출책임을 적용될 수 있는 모든 경우를 포괄한다. 생각건대 Friedmann의 요인은 신인의무자의 이득토출책임을 결정하는 경우에도 연관성이 있지만 Friedmann의 방법 중 3)과 4)는 신인의무 위반에 적합한 구제수단은 아니다. 신인의무자의 이득토출책임을 기본적으로 모든 이득을 토출하는 것을 원칙으로 하는 것보다 상충하며 신인의무의 역지 목적과 부합하지 않는다. 따라서 신인의무자의 이득토출책임을

⁶¹⁸ R3RUE, § 51, 52.

⁶¹⁹ Daniel Friedmann(2001), R3RUE와 마찬가지로 Friedmann 교수의 논의는 신인의무자의 책임에 제한되는 것이 아니라 계약 위반, 불법행위 등의 논의를 포함한다.

⁶²⁰ Daniel Friedmann(2001), pp. 1924-1925; R3RUE, § 51 Reporters Note e.

⁶²¹ 단, R3RUE는 제 51(5)에 따라 다양한 방식으로 순이익을 결정하는 방식은 궁극적으로 Friedmann 교수가 언급한 내용과 동일하다고 설명한다. R3RUE, § 51 Reporter's Note, a. General Comment, p.226.

⁶²² Daniel Friedmann(2001), pp.1924-1925; R3RUE, § 51 Reporters Note e.

Friedmann 요인과 사실관계에 따라 1)이나 2)의 방식에 따라 공제의 허용범위를 선택하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 이득토출책임과 제 3 자 책임

제 3 자의 책임에 대한 내용은 부당이득법 리스테인먼트와 제 3 차 신탁법 리스테인먼트에서 부분적으로 언급하고 있다. 아래에서는 각자에 대하여 살펴보겠다.

가. 제 3 차 원상회복법 및 부당이득법의 제 3 자 책임

미국의 R3RUE 에도 제 3 수령자 책임에 대한 논의가 있다.⁶²³ 다만 영국에서 신탁재산의 수령자(recipient)라는 용어를 사용하는 반면, R3RUE 에서는 이를 양수인(transferee)으로 표현한다. 양도인(transferor)이 신인의무 위반으로 해당 재산을 양도한 경우, 양수인(transferee)이 선의의 유상취득자(bona fide purchaser)인 경우를 제외하고 수익자는 양수인에게도 원상회복청구권을 행사할 수 있다고 규정한다. 따라서 영국과 동일하게 선의요건(귀책사유)과 급부 요건으로 하고 있다.

양수인으로부터 해당 재산을 원상회복하기 위하여는 추급권을 행사할 수 있어야 하기 때문에 제 3 자 책임에 대하여는 R3RUE 제 58 조 추급권을 적용하여 신인의무자의 의무 위반에서 발생한 이익은 제 3 자로부터도 회복할 수 있다. 해당 제 3 자는 자신이 신인의무를 부담하지는 않지만 해당 신인의무 위반을 알고 해당 이익을 취득한 경우에 이익을 반환할 책임을 진다고 규정하고 있다.

R3RUE 는 제 3 조력자에 대한 논의로 한 문장만을 포함하고 있는데 신인의무 위반에 적극적으로 참여한(participate) 제 3 자의 경우 역시 의무 위반으로 실현한 이득에 대하여 이득토출책임이 있다고 명시하고 있다.⁶²⁴ 영국 및 영연방에서 제 3 조력자를 단순한 조력자와 교사자로 구분하여 책임을 부과하려는 흐름 등 다양한 견해가 존재하는 것에 비하여⁶²⁵ 제 3 조력자 책임에 대한 논의를 많이 포함하고 있지 않다.

선의의 유상취득자의 정의에 대하여는 R3RUE 제 66 조에서 선의의 유상취득자(bona fide purchaser)⁶²⁶에서 설명하고 있다. 영국에서 해당 요건을 객관적 혹은 주관적 정직함을 기준으로 할 것인지 아니면 지득 기준으로 할 것인지 등을 둘러싼 다양한 논의가 있는 것에 비하여 미국에서는 일반적인 선의의 유상취득자를 적용한다고 언급하고 있다.

⁶²³ R3RUE, § 43 cmt g, p.65.

⁶²⁴ R3RUE, § 43 cmt g, p. 65.

⁶²⁵ Barnes v Addy (1847) LR 9 Ch App 244 판결에서 조력자 책임과 수령자 책임을 구분한 이후 대부분의 문헌이 이 둘을 구분하고 있다. 본 논문의 제 3 장 제 2 절 2 가 참고.

⁶²⁶ R3RUE, § 66. 가치를 지급하고 양도인이 양수하는 재산에 대하여 법적 권리(legal interest)를 매수한 자는 해당 권한에 대하여 형평법적 권리로부터 영향을 받지 않고 법적 권리를 취득한다. 이는 형평법적 권리가 양도인의 수중에 있던 재산에 대하여 권리를 주장하더라도 동일하다. 그 외에 선의의 유상취득자를 설명하기 위한 조항은 다음과 같다. 제 67 조 선의의 수취인(bona fide payee), 제 68 조 가치(Value), 및 제 69 조 통지(Notice).

나. 제 3 차 신탁법 리스테인먼트의 제 3 자 책임

(1) 제 3 자 책임

R3T의 제 22 장에서는 신탁에 대한 제 3 자 책임(Third Party Liability to Trust)을 다루는데 제 107 조인 제 3 자에 대한 소송(Proceeding against a third party)은 다음과 같다.

(1) 수탁자는 신탁이나 수익자를 대신하여 제 3 자에게 소 제기권이 있으며⁶²⁷ (2) 수익자가 제 3 자에게 신탁이나 신탁재산에 관련한 소를 제기할 수 있는 제한적인 상황이⁶²⁸ 존재한다고 설명한다. 즉 제 107 조는 신탁위반과 관련된 제 3 자에게 소를 제기할 권한이 기본적으로 수탁자에게 있는 데에 초점을 두고 있으며 제 3 자에게 책임이 발생하는 요건에 대한 논의는 포함하고 있지 않다.

제 108 조는 제 3 자 책임의 제한(Limitation on Third Party Liability) 조항으로 제 22 장 표제는 제 3 자 책임이지만 어떤 요건을 만족한 경우 제 3 자에게 책임을 부과할 수 있는지에 대해 명시하고 있지 않다. 제 108 조 제 1 항은 제 3 조력자 책임 조항으로 “제 3 자가 수탁자의 부당한 행위를 알지 못하였거나, 제 3 자가 알 수 있는 근거 없이 신탁 위반을 이행한 수탁자를 조력한 경우에는 책임으로부터 면제된다” 라고 규정하고 있다.⁶²⁹ 제 108 조 제 2 항은 제 3 수령자 책임 조항으로 “신탁 위반으로 신탁재산을 취득한 제 3 자는 해당 제 3 자가 선의의 유상취득자인 경우에⁶³⁰ 한하여 해당 재산을 보유할 권한이 있다” 고 규정하고 있다.⁶³¹ 제 108 조 제 3 항은 수탁자와 거래 시에 제 3 자는 수탁자의 권한 행사의 한도나 적합성에 대하여 질의할 필요는 없고, 수탁자에게 이전된 재산은 신탁 목적을 적합하게 적용되고 있다는 것을 확인할 필요는 없다고 규정하고 있다. 해당 조항은 제 3 자가 수탁자의 부당한 행위인지를 알기 위해 적극적으로 수탁자의 권한에 대하여 질의할 필요는 없음을 나타낸다.⁶³²

(2) 영국과의 차이

R3T의 논의는 기본적으로 제 3 자에게 책임을 부과하지만 언제 책임을 부과하는 지보다 면책요건에 초점을 두고 있다는 점에서 상이하다. 특히 108 조 제 3 항을 통하여 일반적으로 제 3 자가 수탁자와 거래할 때에 권한이나 적합성을 질의할 필요가 없다고 조항으로 명시하고 있어서 신탁 업무의 권한이나 의무를 알고 이를 준수하는 것은 수탁자의 역할이고 이를

⁶²⁷ 이 수탁자의 소 제기권은 해당 수탁자가 위법행위자(wrongdoing trustee)인 경우에도 동일하게 적용될 수 있다고 설명한다. Restatement (Third) of Trust § 107, Comment on Subsection (1)(b).

⁶²⁸ Restatement (Third) of Trust § 107 (2) (a) 수익자가 관련된 신탁재산을 소유하고 있거나 직접적인 분배에 관련하고 있을 때, (b) 수탁자가 수익자의 이해관계를 보호할 수 없을 때, 보호하는 데에 적합하지 않을 때에 혹은 적절하게 보호하고 있지 못할 때.

⁶²⁹ Restatement (Third) of Trust § 108(1).

⁶³⁰ 2 차 신탁법 리스테인먼트에서는 선의의 유상취득자에 대하여 별도의 조항을 마련하고 있었으나 제 3 차 신탁법 리스테인먼트에서는 선의의 유상취득자에 대한 설명은 앞서 살펴본 R3RUE의 일반조항을 따른다고 설명하고 있다. Restatement (Second) of Trust § 284-320, 제 3 장 제 3 절 3. 다 참조. R3RUE, § 66-69, 제 66 조(선의의 유상취득자(bona fide purchaser)), 제 67 조(선의의 수취인(bona fide payee)), 제 68 조(가치(Value)) 및 제 69 조(통지(Notice)).

⁶³¹ Restatement (Third) of Trust § 108(2).

⁶³² Restatement (Third) of Trust § 108(3).

제 3 자가 확인할 필요는 없음을 분명히 하고 있다. 같은 맥락에서 제 3 자는 자신이 거래하는 수탁자의 행위가 적합하다고 추정하는 것을 허용한다고 표현하고 있어서 미국의 신탁법이 영국보다 제 3 자에게 책임을 부과하는 데에 보다 소극적인 태도임을 확인할 수 있다.⁶³³

다. 제 2 차 신탁법 리스테인먼트의 제 3 자 책임

앞서 살펴본 바와 같이 R3T에서는 제 3 자 책임의 면제 조항만 있고, 제 3 자 책임을 직접적으로 명시하고 있지 않기 때문에, 면책되지 않는 경우, 제 3 자에게 책임을 부과한다고 볼 수 있다. R3T 는 중복되지 않게 조항을 구성하고 있지만 해당 조항만을 통해서 미국에서의 제 3 자 책임을 이해하기 어렵다.⁶³⁴ 아래에서 R2T 를 통해 제 3 자에게 책임을 부과하는 경우에 대해 간단히 살펴보도록 하겠다.⁶³⁵ R2T 는 수탁자가 신탁재산을 이전하는 상황에서 신탁위반(breach of Trust)이 없는 경우(제 283 조)와 신탁위반이 있는 경우(제 288 조)로 나누어서 전자에 제 3 자 책임을 부과하지 않고, 후자에 제 3 자 책임을 부과하고 후자 중 선의의 유상취득자에게 면책하는 방식으로 조항을 구성하고 있다.

(1) 제 3 자 책임

우선 R2T 역시 R3T 와 마찬가지로 제 283 조를 통하여 제 3 자 책임을 부과하지 않는 경우를 먼저 언급한다. 제 283 조는 “수탁자가 신탁재산을 제 3 자에게 이전하는 경우 혹은 제 3 자에게 법적 혹은 형평법적 권리(legal or equitable interest)가 발생하는 경우 그리고 수탁자가 신탁재산의 이전 혹은 제 3 자의 권한 발생 과정에서 신탁 위반을 하지 않은 경우에는 제 3 자는 신탁에서 영향없이(free of trust) 해당 권리를 보유할 수 있고, 수익자에게 어떠한 책임도 지지 않는다” 라고 규정한다.⁶³⁶

제 284 조부터 제 286 조까지 제 283 조 내용을 설명하고 있는데 제 284 조는 선의의 유상취득자의 정의하며, 제 285 조에서는 제 283 조에서 언급한 형평법상 권한 이전, 양도의 경우에도 선의의 유상취득자 조항이 적용됨을 명확히 하고 있다.

제 286 조는 신탁위반으로 수탁자가 제 3 자에게 신탁재산에 대한 형평법적 권리가 발생한 경우, 제 3 자는 자신의 형평법적 권리를 이행하는 것이 수탁자로 하여금 신탁위반을 하도록

⁶³³ Restatement (Third) of Trust § 108, Comment on Subsection(3), d.

⁶³⁴ Restatement (Third) of Trust § 108, Reporter' s Notes on § 108, Comment c., p.108 R3T 는 선의의 유상취득자의 적용 요건에 대하여 수고롭게 모든 규정을 포함하지 않겠다고 언급하며 해당 설명은 R2T 에서 발견할 수 있다고 언급한다. 다만 선의의 유상취득자 요건은 R2T 외에도 R3RUE 에서도 발견할 수 있는데, R3RUE 의 조항이 보다 현대적인 신탁 계약의 상황에 부합하다고 설명하고 있다.

⁶³⁵ 2008 년에 발간된 Scott and Ascher(2006)에서는 Restatement (Second) of Trust § 284-320 에 따른 분류로 이에 대한 구체적인 설명을 추가하고 있다. George Bogert et al.(2001), pp.648-659, 제 3 자에게 책임을 부과하기 위해서는 제 3 자가 수탁자의 신탁 위반을 알고 있어야 한다는 판례로는 Polkowitz v. Nash 87 N. J. Eq. 489, 100 A. 564; Blankenship v Boyle 329 F. Supp. 1089; Knobloch v Germania Savings Bank 50 S.C. 259, 27 S.E. 962; 그 외에 다른 교과서에서는 제 3 자 책임에 대하여 자세히 다루고 있지 않다.

⁶³⁶ Restatement (Second) of Trust § 283. Where Transfer is Not in Breach of Trust. If the trustee transfers trust property to a third person or creates a legal or equitable interest in the subject matter of the trust in a third person, and the trustee in making the transfer or in creating the interest does not commit a breach of trust, the third person holds the interest so transferred or created free of the trust, and is under no liability to the beneficiary. (밑줄은 필자); Scott and Ascher(2006), pp.1952-1957.

하는 경우에, 해당 권리를 이행할 수 없다.⁶³⁷ 제 287 조는 신탁위반 조항으로 신탁재산을 선의의 유상취득자가 아닌 자(1 차 양수인)에게 양도하고 그 양수인이 다시 선의의 유상 취득자(즉 2 차 양수인)에게 해당 재산을 양도한 경우에 2 차 양수인은 해당 신탁으로부터 자유롭게 해당 신탁재산을 보유할 수 있다고 설명한다.⁶³⁸

제 297 조는 신탁 위반에 대한 악의 요건에 대한 조항으로 제 3 자가 (a) 신탁 위반을 알거나 혹은 알았어야 하는 경우 혹은 (b) 법령이나 다른 규정에 의하여 제 3 자가 신탁 위반을 알았거나 알았어야 하는 책임의 적용을 받는 경우가 여기에 해당한다. 이는 심지어 신탁 위반을 알지 못하였거나 알고 있을 근거가 없는 경우에도 동일하게 적용된다고 설명하고 있다.⁶³⁹ 유상취득자가 되기 위해서 가치를 지급하여야 하는 데 제 298 조 내지 309 조에서 해당 가치의 정의 및 구체적인 상황에서 산정 방법에 대하여 언급하고 있다.⁶⁴⁰

(2) 제 3 수령자 책임

R2T는 제 3 수령자를 양수인과 수증인의 책임을 구별하여 별도의 조항으로 두고, 각각의 책임 범위를 파악하고 있다. 아래에서는 각각에 대하여 살펴보겠다. 제 288 조는 악의의 양수인(transferee with notice) 조항으로 “신탁을 위반한 수탁자가 신탁 재산을 제 3 자에게 이전하였고 제 3 자가 신탁위반을 알고 있던 경우에는 양수인은 해당 신탁위반으로부터 취득한 해당 재산을 보유하지 못한다” 라고 규정한다. 이는 제 3 자가 해당 양도에 대한 가치를 지급한 경우에도 동일하다” 라고 언급하고 있다.⁶⁴¹ 제 289 조는 신탁을 위반한 수탁자가 신탁재산을 제 3 자에게 이전하였고 제 3 자가 해당 이전으로 어떠한 가치도 지급하지 않았다면 양수인(무상양수인 즉 수증자)은 해당 신탁위반으로부터 해당 재산을 보유하지 못한다. 수증자(donee)가 신탁에 대하여 알고 있지 않은 경우도 동일하다.⁶⁴² 이에 따라 신탁위반을 알고 있던 경우에는 유상, 무상 취득 여부에 무관하게 제 3 자는 해당 신탁재산의 소유권자가 될 수 없고 무상취득자의 경우는 신탁위반을 알고 있는지 여부와

⁶³⁷ Restatement (Second) of Trust § 286. Creation of Equitable Interest in Trust Property. If the trustee in breach of trust purports to create in a third person an equitable interest in the trust property, the third person cannot enforce such equitable interest if to do so would compel the trustee to complete the breach of trust, except as stated in § 314. (밑줄은 필자)

⁶³⁸ Restatement (Second) of Trust § 287; Scott and Ascher(2006), p.1967.

⁶³⁹ Restatement (Second) of Trust § 297; Scott and Ascher(2006), pp.2002-2008; R2T에서는 제 3 자가 신탁 위반을 알고 있는 것과 제 3 자가 신탁 존재 자체가 존재하고 있음을 알고 있는 것을 구분하고 있다. 제 296 조는 신탁의 존재를 알고 있어야 한다는 조항으로 수탁자가 신탁 위반으로 가치를 지급할 양수인에게 신탁재산을 이전한 경우에 해당 양수인은 신탁에 무관하게 해당 재산을 보유할 수 있다. 이는 제 3 자가 신탁의 존재를 알고 있었어도 수탁자가 해당 양도를 하는 과정에서 신탁을 위반하였다는 것을 알고 있지 않은 한 동일하다. Restatement (Second) of Trust § 296.

⁶⁴⁰ Restatement (Second) of Trust § 298-309; Scott and Ascher(2006), pp.2026-2027; 제 298 조의 현재가치 조항에서는 신탁재산의 이전, 양도(transfer)에 대한 급부로 자금의 지급, 다른 재산의 이전 혹은 서비스의 제공이 있는 경우에 해당 이전, 양도는 가치를 지급한 이전에 해당한다. 제 299 조는 이전, 양도(transfer) 발생 전에 가치를 지급한 경우에 대한 조항, 제 300 조는 이전, 양도 이후에 가치를 지급한 경우, 제 301 조는 신탁 위반 통지 이후 가치를 지급한 경우, 제 302 조는 가치로 약속을 한 경우, 제 303 조는 부분적으로 지급한 경우 등의 조항을 포함한다.

⁶⁴¹ Restatement (Second) of Trust § 288; Scott and Ascher(2006), pp.1968-1971.

⁶⁴² Restatement (Second) of Trust § 289; Scott and Ascher(2006), pp.1971-1973.

무관하게 신탁재산의 소유권자가 될 수 없기에, 영국의 선의의 유상취득자를 제외하고는 해당 신탁재산의 소유권자가 될 수 없는 것과 동일한 조항임을 확인할 수 있다.

제 291 조는 악의의 양수인의 책임 범위 조항으로 “신탁 위반으로 수탁자가 신탁재산을 신탁 위반에 대하여 알고 있는 제 3 자에게 양도한 경우는 (a) 해당 제 3 양수인이 해당 재산을 처분하지 않은 경우에는 해당 재산을 신탁에 원상회복하고(restore) 신탁재산으로부터 수령한 수익이 있으면 해당 수익을 함께 신탁에 원상회복시키도록 할 수 있고 (b) 해당 제 3 양수인이 해당 재산을 처분한 경우에는 해당 매도금액(proceeds)을 신탁에 지급하고 이에 추가로 해당 재산으로 취득한 수익(income)이나 해당 금액에 대한 이자 및 처분 전에 수령한 어떠한 형태의 수익이든 신탁에 지급하여야 한다” 고 규정한다.⁶⁴³

표 7. 미국의 제 3 수령자 책임 요건

| | | |
|---------------------------------|---|--|
| | 악의요건 만족 - 신탁 위반 알고 있는 경우 (Knowing, with notice) 제 296- 297 조 | 악의요건 만족하지 않는 경우 - 신탁위반 알고 있지 않은 경우 - 제 3 자의 선의 (good faith, without notice) |
| 가치 지급(Value) 제 298-309 조 | 악의의 양수인 (Transferee with notice) 제 288 조, 제 291 조 | 선의의 유상취득자 (Bona fide purchaser) 제 284 조 |
| 가치 지급하지 않은 경우 - 무상의 양수인(수증자) | 수증자(donee) 제 289 조 | 수증자(donee) 제 289 조 |

* 선의의 유상취득자의 경우에만 제 3 자 책임을 부과하지 않음

표 8. 미국의 제 3 양수인 책임 범위

| | |
|------------|--------------------------------------|
| 신탁재산 처분 여부 | 제 3 자 책임의 범위 |
| 처분하지 않은 경우 | 해당 신탁재산 원상회복 책임 |
| 처분한 경우 | 처분 금액+ 해당 재산으로 취득한 수익, 이자금액 등의 수익 포함 |

제 289 조에서는 수증자(donee)조항으로 “수탁자가 신탁재산을 이전하였고 해당 이전으로 어떠한 가치도 지급받지 못한 경우, 양수인은 신탁위반에 대해 알고 있지 않더라도 해당 재산을 보유하지 못한다” 고 규정하고 있다. 수증자는 무상으로 신탁재산을 취득하였기 때문에 신탁위반을 인지하고 있는지 여부와 무관하게 책임을 부담하지만 책임의 범위는 신탁위반을 알게 된 시기 등에 따라 상이하다. 제 292 조는 수증자의 책임의 범위에 대한 조항으로 다음과 같다. 수탁자가 신탁 위반으로 신탁재산을 무상으로 이전한 경우 (1) 제 3 자가 해당 재산을 처분하지 않았고 해당 재산으로부터 지위의 변경이 없던 경우(has not so changed his position)이며 해당 재산을 원상회복(restore)하도록 하는 것이 불공평한 경우(inequitable)가 아니면, 제 3 자에게 원상회복하도록 할 수 있다. (2) 제 3 자가

⁶⁴³ Restatement (Second) of Trust § 291. Extent of Liability of Transferee with Notice.

신탁위반을 알기 전에 해당 재산을 처분한 경우, 해당 제 3 자는 해당 위반을 알게 된 당시에 신탁 재산의 대가로(at the expense of the trust estate) 이득을 얻은 범위 내에서 책임을 부담한다.⁶⁴⁴ (3) 제 3 자가 신탁 위반을 알게 된 이후, 해당 재산을 처분하고 자신의 지위가 변경하기 전이며(before he has so changed his position), 해당 재산을 원상회복하는 것이 불공평한 경우(inequitable)가 아니면 제 3 자는 신탁위반을 알고 신탁재산을 수령한 것과 동일한 책임을 부담한다.⁶⁴⁵⁶⁴⁶

제 295 조에서 수탁자와 제 3 자인 양수인 중 청구대상을 선택할 수 있다고 규정한다. 즉 신탁위반을 한 수탁자가 선의의 유상취득자가 아닌 제 3 자에게 신탁재산을 이전한 경우, 수익자는 수탁자나 양수인에게 소를 제기하여 구제수단을 얻을 수 있지만 청구권은 한 번만 행사할 수 있다.⁶⁴⁷

표 9. 미국의 제 3 수증자 책임

| 신탁재산 처분 여부 | 위반 알게 된 시기 | 제 3 자 책임의 범위 |
|------------|-------------------|---|
| 처분하지 않은 경우 | | 해당 신탁재산 원상회복 책임 |
| 처분한 경우 | 신탁 위반 알기 전 처분 | 알게 된 당시의 이득의 범위에서 책임 |
| | 신탁 위반을 알게 된 이후 처분 | 신탁 위반을 알고 신탁재산을 수령한 것과 동일한 책임 -신탁재산의 가액반환? |

(3) 조력자 책임

R2T 는 신탁위반 조력(participation)에⁶⁴⁸ 대하여 제 3 조력자 유형별로 규정하고 있다.⁶⁴⁹ 대표적인 조항을 살펴보면 제 324 조는 “수탁자가 신탁자금을 은행에 예치하고 있고 해당 은행이 수탁자가 신탁자금을 수령, 인출하는 것을 허용한 경우에 은행은 신탁 위반에 대한 조력자 책임을 부담한다” 고 규정하고 있다. 이는 수탁자가 해당 자금을 예금 및 인출하는 것이 신탁 위반에 해당하고, 은행은 신탁 위반임을 알고서도 해당 자금을 예금

⁶⁴⁴ 해당 신탁재산을 처분하고 취득한 이득이라고 하지 않고, 해당 이득 내에서 책임을 부과한다고 설명한 것도 주목할 만하다. 만약 제 3 자가 해당 신탁재산에 추가로 이득을 취하여 처분한 경우, 해당 이득을 반환하여, 제 3 자에게 이득토출책임을 부과할 수 있도록 하는 규정인지, 아니면, 해당 신탁재산 가치보다 적은 금액을 수령한 경우, 신탁재산 가치를 모두 반환할 필요없이, 수령한 이득으로 제한하는 규정인지 불분명하지만, 후자로 추정한다.

⁶⁴⁵ Restatement (Second) of Trust § 292. Extent of Liability of Donee.

⁶⁴⁶ 수증자가 해당 신탁재산을 수령하고 자신의 지위를 변화가 발생 여부를 고려하는 것은 부당이득의 항변 요건인 지위의 변경(change of position)의 영향이라고 생각한다.

⁶⁴⁷ Restatement (Second) of Trust § 295; Scott and Ascher(2006), pp.1999-2001.

⁶⁴⁸ 영국의 Assistance 와 달리 participation 이라고 표현하나 동일하게 조력으로 번역하였다.

⁶⁴⁹ Restatement (Second) of Trust, Chapter 9, Topic 3. Participation in breach of trust otherwise than by receiving transfer. § 321-326. Restatement (Second) of Trust § 321 제 321 조는 제 3 자가 수탁자에게 자금 혹은 재산을 지급, 전달한 경우로 수탁자가 해당 자금 혹은 재산을 유용한 경우에, 제 3 자는 수탁자가 해당 자금 혹은 재산을 유용할 것을 알았던 경우에 해당 신탁 위반에 대한 참여에 대한 책임을 진다. 제 322 조 수탁자가 제 3 자에 대한 청구권을 소멸/면제(release)한 경우, 제 333 조 수탁자의 제 3 자의 청구권과의 상계에 대한 조항이다. Scott and Ascher (2006), pp.2079-2084.

혹은 인출한 경우에 적용된다.⁶⁵⁰ 마찬가지로 제 325 조는 “수탁자가 자신의 이름으로 등록된 주식, 채권 등을 신탁 위반으로 양도(transfer)한 경우이고 해당 회사가 해당 양도를 등록한 경우에 해당 회사는 등록 당시에 신탁 위반을 알고 있었다면 신탁 위반의 조력 책임을 진다” 하고 규정하고 있다.⁶⁵¹

제 326 조에 따르면 제 3 자는 신탁 재산의 양수인이 아닐지라도, 수탁자의 신탁위반을 알고 조력한 경우, 신탁재산에 발생한 손실에 대하여 책임을 진다.⁶⁵² 주목할 사항은 영국 초기의 판결과 동일하게 손실에 대하여만 책임을 부과한다고 규정하고 있고 제 3 조력자에게 해당 신탁위반으로부터 발생한 이득토출책임을 부과에 대한 논의는 발견할 수 없다.

라. 통일신탁법의 제 3 자 책임

UTC에는 제 3 자 책임을 규정하지 않고 제 1012 조에서 수탁자와 거래하는 자의 보호 조항만을 포함하고 있다.⁶⁵³ 따라서 UTC 역시 R3T와 유사하게 제 3 자에게 책임을 부과하는 것이 아니라 제 3 자를 보호하는 데에 초점이 맞추어져 있음을 알 수 있다. 제 1012 조는 다음과 같다.⁶⁵⁴ (a)는 수익자를 제외한 자(즉 제 3 자)가 선의로 수탁자를 조력하거나 혹은 선의로 수탁자와 유상으로 거래한 경우이며, 제 3 자가 수탁자가 권한 외의 행위를 하거나 권한을 부적합하게 행사하는 것을 알지 못한 경우, 제 3 자는 마치 수탁자가 적법하게 권한을 행사한 것과 같이 책임을 면제받을 수 있다고 규정한다.⁶⁵⁵ (b) 수익자를 제외한 자(제 3 자)가 선의로 수탁자와 거래한 때에는 수탁자의 권한의 정도와 타당성에 대하여 질의할 의무는 없다. (c) 선의로 수탁자에게 재산을 이전한 자는 자신의 행위의 적법성을 확인할 필요가 없다.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ Restatement (Second) of Trust § 324; Scott and Ascher(2006), pp.2087-2104

⁶⁵¹ Restatement (Second) of Trust § 325; Scott and Ascher(2006), pp.2104-2110.

⁶⁵² Restatement (Second) of Trust § 326; Scott and Ascher(2006), pp.2110-2129; Scott and Ascher는 제 3 참여자가 신탁재산에 매도한 경우, 브로커, 신탁 회사의 이사나 직원의 책임, 변호사나 다른 대리인의 책임 등 보다 구체적으로 구분하여 논의하고 있다. R2T의 규정은 영국의 제 3 조력자 책임에 대한 법리보다 제 3 자가 참여한 상황에 대하여 더 구체적으로 언급하고 있다.

⁶⁵³ Uniform Trust Code, (Last Revised or Amended in 2010) § 1012 Protection of person dealing with trustee. pp.185-186.

⁶⁵⁴ (a) A person other than a beneficiary who in good faith assists a trustee or who in good faith and for value deals with a trustee without knowledge that the trustee is exceeding or improperly exercising the trustee's powers is protected from liability as if the trustee properly exercised the power. (b) A person other than a beneficiary who in good faith deals with a trustee is not required to inquire into the extent of the trustee's powers or the propriety of their exercise. (c) A person who in good faith delivers assets to a trustee need not ensure their proper application.

⁶⁵⁵ (a) 조항은 1964년에 제정된 Uniform Trustee Powers Act의 제 7 조에서 파생되었다고 설명한다.

⁶⁵⁶ 제 1012 조의 나머지 조항은 다음과 같다. (d) 수익자 외의 자가 선의로 전임 수탁자(former trustee)를 조력하거나 선의로 과거 수탁자와 유상으로 거래한 경우에는 해당 전임 수탁자가 신탁관리업무를 종료한 사실을 알지 못하였다면 마치 전임 수탁자가 여전히 수탁자인 것처럼 책임을 면제받을 수 있다. (e) 수탁자의 상업 거래나 주식 이전과 관련된 타 법의 조항이 있는 경우, 본 조항이 우선한다. Uniform Trust Code (Last Revised or Amended in 2010) § 1012, pp.185-186.

언급한 바와 같이 UTC 역시 R3T와 같이 제 3자를 보호하는 데에 초점을 두고 제 1012 조(a)에서 보호하는 제 3자를⁶⁵⁷ 수탁자의 거래를 조력한 자와 수탁자로부터 가치를 지급하고 거래한 자로 구분한다. 전자는 앞서 살펴본 제 3조력자에 해당하고 후자는 조문상으로는 불분명하지만⁶⁵⁸ 신탁재산의 유상 수령자, 즉 양수인 책임의 면제 조항으로 볼 수 있다.

R3T와 마찬가지로 제 3자 책임에서부터 보호해 주기 위한 조항으로, 제 3자 책임으로부터 보호받기 위해서는 선의 요건을 만족하거나, 위반 사항을 알지 못하고 조력하거나 거래한 경우에 책임을 부과하지 않는다고 하고 있다. 영국에서 선의 요건, 혹은 신탁 위반을 알거나, 의무 위반을 알아야 한다는 요건 등 어떤 요건을 사용할 것인지에 대하여 논쟁이 있는 것에 비하여 UTC에서는 두 요건을 병렬적으로 나열하고 있다.⁶⁵⁹ 제 1012 조(b)와(c)는 선의의 제 3자는 수탁자의 권한 및 권한 행사의 적법성에 대하여 질의하거나 자신의 행위가 적합한지 확인할 의무를 지지 않는다고 하여 제 3자의 면책 범위를 확대하고 있다.⁶⁶⁰

4. 미국의 이득도출책임 판례

미국의 신탁법은 주마다 상이하기 때문에 판례간에 상충하는 경우도 있으나, 본 논문에서는 R3T와 R2T의 판례 및 미국의 주요 신탁법 교과서에서⁶⁶¹ 언급하는 판례들을 위주로 살펴보았다. 판례를 소개하기 전에 신탁법 리스테이트먼트에 대하여 한 가지 언급하면 2012년에 발간한 R3T에 비하여 1959년에 발간한 R2T가 충실의무 위반 유형⁶⁶² 및 위반에 대한 구제수단에⁶⁶³ 대하여 별도의 조항을 두며 다양한 판례를 포함하고 있다는 것이다. R2T 판례의 유형을 보면 일부 중첩적인 성격이 있는데⁶⁶⁴ 예를 들면 하나의 사실관계를 기회유용금지 위반으로 볼 수도 있고 경업금지 위반으로 볼 수도 있고 혹은 자기거래로 볼 수도 있기 때문이다. 따라서 유형별로 구분하다 보면 중복적인 설명을 피할 수 없고 R3T는 중복을 피하고 일반적인 원칙으로 충실의무와 구제수단을 규정하고자 하였던

⁶⁵⁷ Uniform Trust Code, (Last Revised or Amended in 2010) § 1012, Comment, p.186.

⁶⁵⁸ 불분명한 이유는 조문에 “신탁재산”에 대한 거래라고 명시하지 않고 있기 때문에, 조항 자체로만 보면 거래에 신탁재산이 관여하지 않은 경우에도 적용할 수 있기 때문이다.

⁶⁵⁹ 악의(knowledge)요건에 대하여는 제 104 조에서 정의하고 있지만, 선의 요건은 통일신탁법에는 포함하고 있지 않다. Uniform Trust Code, (Last Revised or Amended in 2010) § 104, pp.20-21, 제 104 조의 악의(knowledge)요건은 (a) 해당인이 특정 사실에 대한 실제 지식이 있거나, 해당 지식에 대한 통지 혹은 공고를 수령하거나 문제의 그 시점에 그 사람에게 알려진 모든 사실 및 정황상 알 수 있는 근거가 있는 경우에 해당인은 해당 사실에 대한 지식이 있다. 단 (b)항을 적용한다.

⁶⁶⁰ Uniform Trust Code, (Last Revised or Amended in 2010) § 1012, Comment, p.186; 만약 제 3자가 수탁자의 권한 등에 대한 확인을 필요로 하는 경우에는 제 1013 조에 따라 신탁 확인서(certification of trust)를 요청할 수 있다.

⁶⁶¹ Scott and Ascher(2006); Loring and Rounds(2019); George Bogert(2001); Sitkoff & Dukeminier(2017).

⁶⁶² Restatement (Second) of Trust § 170.

⁶⁶³ Restatement (Second) of Trust § 206.

⁶⁶⁴ 고유재산과 신탁재산 간의 직접적인 자기거래를 제외하고는 해당 거래를 어떻게 규정할 것인가의 문제 명확하지 않다. 또한 자기 거래를 협의로 해석할 것인지 아니면 광의로 해석할 것인지에 따라 자기 거래의 범위를 달라질 수 있다. 판례에 따라서, 유사한 사실관계를 자기거래 위반으로 해석하기도 하고 이익충돌금지 위반이라고 해석하는 경우도 있다.

것 같다. 그럼에도 불구하고 충실의무 위반에 해당하는 다양한 판례를 보여주기 위하여 R2T의 판례들을 아래에서 함께 소개하도록 하겠다.⁶⁶⁵

가. 자기거래

(1) 자기거래 여부

*Hartman v Hartie*⁶⁶⁶ 수탁자의 자기거래 해당하는 뉴저지 판례이다. 1921년에 Dorothea Gleick은 유언장을 남기고 사망하였고 두 사위를 해당 유언집행자로 임명하였다. 이후 두 유언집행자는 Gleick의 부동산을 Gleick의 아들인 Lewis Gleick에게 공매로 3,900달러에 매각하였는데 실질적인 소유자는 Lewis Gleick의 여자 형제인 Josephine였고, Josephine는 유언집행자 중에 한 명의 부인이었다. 이후에 Josephine는 해당 부동산을 피고인 Mike Contra에게 5,500달러에 매도하였다. 원고인 Dorothea Gleick의 다른 자녀가 해당 매각에 불만을 표명하고 소를 제기한 사건이다. 해당 사건에서 쟁점은 유언집행자가 Josephine Diecker에게 매도한 것은 자기거래에 해당하는 지 여부였고 법원은 수탁자가 자신에게 신탁재산을 매도할 수 없는 것과 동일하게 자신의 부인에게 매도할 수 없다고 판시하며 해당 매도는 무효라고 판시하였다. 하지만 동시에 해당 부동산이 선의의 유상취득자에게 양도되었기 때문에 원상회복은 불가능하고 대체적인 구제수단으로 Josephine Diecker와 충실의무를 위반한 유언집행자가 취득한 이득을 반환하라고 판시하였다.

*In Re Gleeson's will*는⁶⁶⁷ 1950년에 Gleeson이 농장을 항소인(petitioner)에게 임대차하였고 이후에 Gleeson는 해당 임대차를 일 년 갱신하였는데 1952년에 해당 임대차 계약 만료 2주 전에 Gleeson가 사망하였다. Gleeson는 유언장에 해당 농장을 수탁자 자격으로 항소인에게 유증하였고 해당 농장의 수익자는 Gleeson의 자녀들이었다. Gleeson 사망 이후 피고인 항소인은 해당 농장에 1년 더 거주하였고 해당 임대료를 에이커 당 6불에서 10불로 상승시켰고 그 이후에 다른 임대인에게 해당 농장을 임대하였다. 해당 사안에서 항소인이 원래 위탁자와 계약 기간 이후에 해당 농장을 자신에게 임대한 것이 자기거래 위반인지 쟁점이었고 법원은 일반적인 충실의무 위반으로 판시하였다. 해당 거래는 자기거래로 볼 수도 혹은 기회 유용으로 볼 수도 있으나 법원은 일반적인 충실의무 위반으로 판시하였다. 해당 사건은 당시 상황의 특수성, 즉 위탁자의 사망 후 15일 이후에 임대차 계약이 만료하여 새로운 임대인을 구하기 어려웠다는 점, 해당 임대차로 인하여 신탁에 손해가 발생하지 않은 점과 수탁자가 선의로 행위 하였다고 항변하였음에도 불구하고 법원은 수탁자의 충실의무 위반의 책임을 인정되었다. 다만 해당 판례는 항소법원 판례로 파기환송(remand)되어 책임의 범위에 대한 논의는 포함하고 있지 않다.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Scott & Ascher(2006), p.1707-1711.

⁶⁶⁶ 122 A. 615 (1923); Sitkoff & Dukeminier(2017), pp.596-597.

⁶⁶⁷ 124 N.E.2d 524 (Ill. App. 1995); Sitkoff & Dukeminier(2017), pp.597-598.

⁶⁶⁸ 해당 판례의 자기거래 혹은 기회유용에 대해 이득토출책임을 어떻게 부과할 지는 의문이다. 당시 에이커당 임대료 10불과 임대차 계약을 객관적인 제 3자와 체결시 수령하였을 금액의 차이만큼을 이득으로 볼 수도 있으며, 자신이 해당 농장에 1년간 거주하면서 취득한 농장물로부터의 이득을 토출하는 방식도 가능하다. 이득토출책임을 역지 및 예방의 근거에 따르면 후자가 타당하다.

(2) 자기거래와 공정가액

신탁재산을 수탁자 개인에게 고유재산으로 매도하는 경우의⁶⁶⁹ 미국의 판례들은 최초에는 영국의 판례들을 인용하곤 하였는데, 영국의 초기 판례들은 해당 매도가격이 공정한지 여부와 수익자의 동의를 받았는지 여부가 이득토출책임 부과 여부에 영향을 주는지 여부와 해당 거래를 무효화할 수 있는지 여부가 초기에는 명확하지 않았다. 하지만 현재는 영미 법역 모두 수익자가 동의하지 않았다면 해당 거래의 매도 가격이 공정한지 여부, 수탁자의 선의여부에 무관하게 해당 거래를 취소할 수 있다고 판시하고 있다.⁶⁷⁰ 설령 수탁자가 자기거래에서 신탁재산에 공정가액을 지급하였더라도 자기거래에서 발생한 이익을 토출할 것을 판시한 판례는 다음과 같다. Fox v Mackreth⁶⁷¹에서는 매도 가격이 공정가액이었음에도 불구하고 이득토출책임을 부과한 판례이고 Whichcote v Lawrence⁶⁷² 판례의 경우에는 수탁자가 옥션에서 신탁재산을 매입하였음에도 불구하고 이후에 이익을 남기고 재매도하였기에 해당 이익에 대하여 수탁자는 이득토출책임을 부담하였다.⁶⁷³

(3) 고유재산을 신탁재산에 매도한 경우

자기거래 중 다수의 사실관계는 수탁자가 자신의 고유재산을 신탁재산에 매도한 경우에 해당한다.⁶⁷⁴ 이는 수탁자가 고유재산을 매도할 상대방을 발견하지 못한 경우에 신탁을 악용하는 경우이다. Cornet v Cornet⁶⁷⁵은 수탁자가 자신의 명의로 채권을 매입하고 이후에 신탁재산에 재매도한 사건이다. 해당 판례에서 만약 수탁자 개인 재산을 신탁재산에 매도하는 것을 허용하면, 수탁자가 보유하고 있었지만 성공하지 못한 사업을 신탁재산에 처분할 유혹(dumping ground for his own unsatisfactory venture)이 발생하기 때문에 이를 금지해야 한다고 판시하였다. 법원은 수탁자가 신탁재산으로 해당 채권에 투자하여 의무를 위반하였고 채권을 현금으로 원상회복하도록 하였다. 즉 수탁자가 신탁재산에 자신의 고유재산을 매도한 경우에 수익자는 수탁자에게 매입 가격과 이자를 다시 지급받고⁶⁷⁶ 수탁자는 해당 재산과 해당 재산으로 발생한 이익을 반환받게 된다.⁶⁷⁷ 이는 해당 재산을 고유재산에 매도할 당시의 가격이 공정가액인지 여부와 무관하다.⁶⁷⁸

(4) 자기거래와 이득토출책임

⁶⁶⁹ Restatement (Second) of Trust § 206, cmt b; Scott & Ascher(2006), pp.1086-1089.

⁶⁷⁰ Restatement (Second) of Trust § 170, cmt b,w; Restatement (Third) of Trust § 78, cmt d.

⁶⁷¹ Bro. C.C.400 (1788); Scott & Ascher(2006), p.1086.

⁶⁷² Ves. Jr. 740 (1798); Scott & Ascher(2006), p.1086.

⁶⁷³ 하지만 해당 판례에서는 만약 해당 거래에서 수탁자가 이득을 취한 바 없으면 해당거래를 무효화할 수는 없다고 판시하여 다른 판례들과 의견이 상치한다.

⁶⁷⁴ Restatement (Second) of Trust § 206, cmt c; Scott & Ascher(2006), pp.1104-1007; Loring and Rounds(2019), p.744.

⁶⁷⁵ 269 Mo.298 190 S.W.333 (1916); Loring and Rounds(2019), p.744; Scott & Ascher(2006), p.1104.

⁶⁷⁶ Matter of Young 293 N.Y.S.97 (App. Div.); Hodge v Mackintosh, 143 N.E.43 (Mass 1924); Scott & Ascher(2006), p.1105.

⁶⁷⁷ Baxter v Union Indus. Trust & Savings Bank, 263 N.W.762 (Mich. 1935); Matter of Peck, 273 N.Y.S.552(Surr.Ct 1934), Matter of Tuttle, 294 N.Y.S 230 (Surr. Ct. 1937).

⁶⁷⁸ Magruder v Drury, 235 U.S. 106 (1914); Scott & Ascher(2006), p.1105.

자기거래가 충실의무 위반의 다른 거래와 다른 점은 신탁재산과 고유재산간의 상호 거래가 존재하고 따라서 해당 거래 이후에 신탁재산 역시 급부를 수령한다는 점이다. 자기거래는 대표적인 충실의무 위반에 해당하고 원칙적으로 자기거래 경우에도 이득토출책임을 허용한다. 예를 들어 신탁재산을 고유재산에 매도한 후, 수탁자가 고유재산에서 제 3 자에게 재매도하여 자기거래의 취소가 불가능한 경우에는 재매도를 통하여 고유재산에서 추가적인 이득을 취득한 경우, 해당 이득을 토출하도록 한다. 하지만 다수의 판례에서는 해당 거래를 취소하는 방식을 일반적인 원칙으로 한다.

나. 그 외 이익충돌금지 위반

(1) 신탁재산으로 매입하였어야 할 재산을 고유재산으로 매입한 경우

*Wooten v Wooten*⁶⁷⁹ 판례는 수탁자가 신탁재산으로 매입하였어야 할 재산을 수탁자 개인의 고유재산으로 매입한 판례로 수탁자가 신탁의 기회유용 혹은 신탁재산과 경업한 판례로 볼 수 있다. 사실관계는 *Wooten* 은 망자인 형의 부인과 아들을 위해 형의 신탁재산에 대한 수탁자 역할을 하였는데 회사 주식의 일부는 신탁재산으로 보유하고, 일부는 수탁자 개인 자격으로 보유하였다. 이후 수탁자는 해당 주식을 자신의 고유재산으로 추가 매입하여 해당 회사의 지배권을 획득하였다. 원고는 신탁재산으로 충분한 현금을 보유하고 있었기에 해당 주식을 수탁자가 취득하는 것이 아니라 신탁재산으로 취득하였어야 한다고 주장하며⁶⁸⁰ 주식가치 상승분 만큼의 이득을 토출할 것을 청구한 사건이다. 법원은 해당 사실관계에서 위탁자가 수탁자에게 투자에 대한 구체적인 조항을 두지 않았기 때문에 수탁자가 회사의 주식에 투자 의무가 없다는 사실에 초점을 두었지만, 동시에 법원은 수탁자가 수익자와 경쟁을 금지하기에 매입한 주식의 절반을 의제신탁으로 보아 신탁재산에 반환하여야 한다고 판시하였다.⁶⁸¹

수탁자의 의무 위반이 과중하다고 할 수 있는 경우는 단지 일정 재산을 신탁재산에 매입하지 않고 고유재산으로 매입한 데에 그치지 않고 수탁자가 제 3 자로부터 고유재산에 특정 재산을 매입한 이후에 수탁자의 지위에서 신탁재산에 매도하여 이익을 취득하는 경우이다. 이 경우에는 해당 이득 전부에 대하여 이득토출책임을 부과한다.

(2) 수탁자가 신탁재산을 개인 목적으로 사용한 경우

신탁재산을 수탁자의 개인 목적으로 사용한 경우⁶⁸²⁶⁸³에도 신인의무 위반에 해당하며 이득토출책임을 부과한다. 과거 판례에서 수탁자는 신탁재산에 포함된 토지를 개인적인

⁶⁷⁹ 151 F.2d 147, 150 (10th Cir. 1945); *Loring and Rounds*(2019), p.742.

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/151/147/1488957/> [최종 검색일: 2020.12.13]

⁶⁸⁰ 신탁법의 판례는 기회유용이나 경업금지 위반으로 충실의무 위반을 한 경우에도 회사법과 달리 주로 해당 주식을 신탁재산에서 구매할 재정적 능력이 있었는지, 해당 기회가 신탁재산의 영역인 지에 대한 논의는 크게 하지 않는 경향이 있다.

⁶⁸¹ 그 외의 유사한 판례로 *Renz v Beeman*, 589 F.2d 735 (2d Cir. 1978); *Scott & Ascher*(2006), p.1128.

⁶⁸² *Loring and Rounds*(2019), p.742; *Scott & Ascher*(2006), pp.1107-1109; *Restatement (Second) of Trust* § 206, cmt j, p.467.

⁶⁸³ 과거 판례들과 달리 최근의 판례는 수탁자가 자신에게 보수를 많이 지급한 사실관계도 신탁재산을 개인목적으로 사용한 경우에 포함하기도 한다. 수탁자의 보수(혹은 이사의 보수)는 일반적인 충실의무 위반으로

목적, 예를 들면 스포츠 행위,⁶⁸⁴ 운전하는 공간⁶⁸⁵ 등으로 사용하였다. 최근의 판례는 수탁자가 신탁재산에 포함된 부동산을 개인적으로 점유하거나 자신에게 임대차를 한 경우 등이다.⁶⁸⁶ 이에 대한 구제수단은 수탁자가 향수한 이익을 계산하기 위하여 일반적으로 해당 토지의 임대차를 한 경우의 공정가액을 기준으로 이득토출책임을 부과한다.

Estate of Fiorelli⁶⁸⁷ 판례에서는 신탁증서에 별도의 조항이 존재하지 않는 한 수탁자는 어떠한 경우에도 신탁재산에 포함되어 있는 재산을 개인적으로 활용할 수 없다고 실시하였다. 해당 사실관계에서는 신탁재산에 사격장이 포함되어 있었는데 수탁자가 해당 장소를 이용할 수 없고 해당 재산은 신탁재산의 이익을 위해 임대차 할 목적으로만 사용되어야 한다고 판시하였다.

(3) 간접거래: 이익충돌 거래

뉴욕주의 Estate of Rothko' s Estate 는⁶⁸⁸ 유명한 화가 마크 로스코(Mark Rothko)의 유산에 대한 신탁의무자의 간접거래에 대한 대표적인 충실의무 위반 판례이다. 로스코 사망 이후 세 명의 신탁의무자인 유언집행자(executors)들은 갤러리들과 계약을 체결하고 작품을 매도하였는데 매도 가격이 적정 가격보다 낮은 가격임에도 불구하고 계약을 체결하였다. 해당 계약 체결 당시 수탁자와 두 명의 유언집행자는 해당 계약에 일정부분 이해관계가 있었기 때문에 이익충돌이 발생하였다. 로스코의 자녀들은 유언집행자를 해임하고 해당 작품을 갤러리에 작품 처분을 금지하는 소송 및 이미 체결한 계약을 취소하고 배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 법원은 갤러리가 보유하고 있는 작품은 원상회복시키고 손해배상을 하는 동시에 갤러리와 이해관계가 있었던 두 유언집행자는 판결 당시의 가치상승분까지 배상하라고 판시하였다. 즉 유언집행자의 책임을 이익충돌 여부로 구제수단을 구분하였는데, 이익충돌 없는 유언집행자는 매도 당시 금액으로⁶⁸⁹ 배상하도록 하는 반면 이익충돌이 발생한 유언집행자들은 충실의무 위반에 해당하고 이익충돌에 의한

보기도 하며, 자기거래에 포함하기도 한다. *Nikel v. Bank of America national Trust & Saving Association*, 290 F.3d 1134 (9th Cir. 2002) *Security Pacific National Bank*(SP)는 2500 건 이상의 신탁을 운영하는 신탁회사였고 신탁회사의 보수는 계약에 의해 확정되어 있었고 수익자의 동의나 법원의 판단에 의해서만 변경 가능하였는데 이후에 피고인 *Bank of America national Trust & Saving Association* 가 SP 를 합병인수하면서 보수를 올린 것이 발견하였지만 해당 관행을 이어온 것에 대하여 수익자가 소를 제기한 사건이다.

⁶⁸⁴ *Webb v Earl of Schaftesbury*, 7 Ves. 480 (1802); *Hutchinson v Morritt*, 3 Y.& C. Ex. 547 (1839); *Scott & Ascher*(2006), p.1107.

⁶⁸⁵ *Yates v Yates*, 354 S.E.2d 800 (S.C. App. 1987).

⁶⁸⁶ 앞서 살펴본 바와 같이 자기거래로 판시한 경우도 있다. 신탁재산을 자신이 점유하거나 임대차 한 경우의 판례는 다수의 주에서 발견할 수 있다. 뉴욕주 *Rizzuto v. Gabb*, 530 N.Y.S.2d 440(Civ. Ct. 1988); 워싱턴주 *Wilkins v. Lasater*, 733 P.2d 221(Wash. App. 1987); 콜로라도주 *In re Estate of Heyn*, 47 P.3d 724(Colo. App. 2002); 펜실베이니아주, *Anderton v. Patterson*, 69 A.2d. 87 (Pa. 1949); *Scott & Ascher*(2006), p.1108.

⁶⁸⁷ 74 Ohio Law Abs. 38, 134 N.E.2d 576, 580 (Ct. App. 1956).

⁶⁸⁸ 372 N.E.2d 291(1977), 379 N.Y.S.2d 923 (1975); 43 N.Y.2d 305, 401 N.Y.S.2d 449; *Scott and Ascher*(2006), pp.1709-1710; *George Bogert et al.*(2001), p.405; *Sitkoff & Dukeminier*(2017), pp.602-611.

⁶⁸⁹ 이익충돌이 없는 유언집행자에 대하여는 매도할 권한이 있는 유언집행자가 단지 저가로 매도하였다고 하여 이후에 해당 가치가 상승한 부분에 대한 책임이 없다고 판시하고 있다. 이는 이사의 주의의무 위반에만 해당하는 경우 경영판단 원칙을 허용하는 판시와 유사한 내용을 포함하고 있다.

매도에 대해서는 가치상승분에 대한 배상(appreciation damages)⁶⁹⁰을 포함하는 것이 적절하다고 판시하였다. 해당 판례에서는 직접적으로 이득토출책임이라는 용어를 사용하지 않았지만 이익충돌이 있는 유언집행자의 경우는 가치 상승분 즉 자신의 이득에 상응하는 금액까지 반환하였기에 이득토출책임을 부과한 것으로 판단할 수 있다.⁶⁹¹

(4) 수탁자가 신탁자금 차입한 경우

신탁재산 자금을 수탁자가 차입한 경우도⁶⁹² 이익충돌이 발생한다. 수탁자가 신탁재산 투자에 대한 재량권이 있지만 수탁자는 신탁재산으로부터 자신에게 대출하는 것을 금지한다. 해당 대출을 받은 수탁자는 원금과 이자를 반환하여야 하고, 만약 차입금으로부터 이득이 발생한 경우에는 해당 이득을 함토출하여야 한다.⁶⁹³ 만약 해당 대출금과 다른 금전을 함께 활용하여 이득을 얻은 경우에는 해당 원금과 이자를 반환하거나 해당 수익 중 신탁재산에 귀속할 수 있는 비례 금액(pro rata)을 토출하여야 한다.⁶⁹⁴

(5) 수탁자가 신탁과 관련된 용익물권 취득한 경우

수탁자가 제 3자로부터 신탁의 이해관계와 관련된 용익물권(adverse interest)을 취득한 경우도 충실의무 위반이 된다.⁶⁹⁵ 용익물권의 대표적인 사실관계는 수탁자가 자신에게 임대차 갱신(renewal of Lease)하는 경우이다.⁶⁹⁶ Meinhard v Salmon⁶⁹⁷ 판례에서 원고와 피고는 뉴욕시에 호텔을 20년 동안 임대차 하였는데 비록 임대차 계약 자체는 피고의 명의로 되어 있었지만 비용과 수익을 분담하고 있었다. 임대차 만기 바로 직전에 Salmon은 Meinhard에게 알리지 않고⁶⁹⁸ Salmon 자신의 명의로 새 임대차 계약을 체결하였다. 이에

⁶⁹⁰ Matter of Rothko, 84 Misc. 2D 830, 873-879, 379 N.Y.S.2d 923 (1975); 가치상승분에 대한 배상(appreciation damages)에 대해 Scott 교수는 수탁자가 신탁재산으로 보유하고 있어야 하는 재산을 매도한 경우, 수익자는 매도 당시의 신탁재산의 가치 뿐 아니라, 그 가치 상승분에 대해서도 배상책임을 부과할 수 있다고 언급하였다. Scott & Ascher(2006), p.1710.

⁶⁹¹ Scott and Ascher(2006), pp.1710-1711, 수익자는 충실의무 위반의 매도를 확정지으며 해당 매도로부터 발생한 이익을 토출하도록 할 수도 있거나, 해당 매도를 취소할 수 있는 선택권이 있다; 해당 구제수단에서 해당 신탁재산의 가치상승분의 책임에 대한 논의는 다음의 논문을 참조; Richard Wellman(1978) Wellman 교수는 Rothko 판결을 비판하며 충실의무를 위반한 신인의무자와 갤러리의 책임은 갤러리가 수령한 이익의 금액과 이에 대한 이자 금액의 원상회복으로 제한하여야 한다고 주장한다. 즉 가치 상승분에 대한 책임은 징벌적 기능으로 적합하지 않다고 주장한다. 해당 구제수단은 수탁자가 해당 재산을 매도할 권한이 없을 때에 부과해야 하며 충실의무 위반에는 적합한 구제수단이 아니라는 설명이다. Sitkoff & Dukeminier(2017), p.610.

⁶⁹² Scott & Ascher(2006), pp.1109-1112.

⁶⁹³ Scott & Ascher (2006), p.1110.

⁶⁹⁴ 매사추세츠 주, Luttuca v Robsham 812 N.E.2d 877 (Mass 2004); 뉴저지 주, Rudbart v N.J. Dist. Water Supply Comm' n 605 A.2d 681(N.J.) 해당 대출이 수탁자가 아니라 수탁자와의 이해관계자 예를 들면 수탁자의 가족, 수탁자의 변호사, 공동 수탁자인 경우 등을 포함한다. Scott & Ascher(2006), p.1111.

⁶⁹⁵ Scott & Ascher(2006), pp.1115-1121.

⁶⁹⁶ 수탁자에게 신탁재산의 임대차계약은 판례의 사실관계에 따라 자기거래로 포함하는 경우도 있고, 신탁재산을 개인적인 목적으로 사용한 경우로 구분하기도 한다.

⁶⁹⁷ 164 N.E. 545 (N.Y. 1928).

⁶⁹⁸ 위의 상황은 신인의무자가 본인에게 해당 임대차 계약을 공시하지 않은 반면 Ebberts v McLean 98 S.W.2d 352 (Tex. 1937) 판례의 사실관계에서는 신인의무자가 본인에게 해당 임대차를 취득할 기회를 제공하였는데도

대해 Meinhard 는 소를 제기하여 해당 임대차 계약은 조인트벤처의 의제신탁 하에 있다고 주장하였다. 법원은 해당 원고와 피고의 관계는 조인트벤처 관계로 서로 신인의무자의 관계에 있고 따라서 피고는 신인의무를 위반하여 해당 임대차 계약을 체결할 수 없다고 판시하였다.⁶⁹⁹

(6) 수탁자가 자신을 고용하는 경우

위의 대표적인 사실관계 외에도 수탁자가 자신을 신탁 재산을 위한 별도의 업무를 하도록 고용하는 것 역시 충실의무 위반에 해당한다.⁷⁰⁰ 예를 들면 신탁 재산 평가 업무, 법률 업무 및 부동산 중개업무 등을 이행하도록 자신을 고용하는 행위도 충실의무 위반에 해당한다.⁷⁰¹ 다수의 판례에서 수탁자가 자신을 고용하여 보수를 취득한 경우에 충실의무 위반에 해당하고 수령한 보수를 토출하여야 한다고 판시하였다.

하지만 미국 판례 중에서는 엄격한 원칙과는 달리 해당 보수가 합당하다고 여겨지는 경우에 법원에서 허용한 판례들도 존재한다.⁷⁰² Babcock v Hubbard⁷⁰³ 판례에서는 변호사인 수탁자가 신탁 업무의 법률 업무에 자신을 고용한 경우에 합당한 보수만큼은 수령할 수 있도록 허용하였다.⁷⁰⁴ 또한 Albright v Jefferson County National Bank ⁷⁰⁵에서 신탁회사는 연관회사를 통하여 신탁재산에 주식을 매입한 경우로 수탁자가 해당 연관회사에 브로커로 근무하였다. 해당 판례에서 법원은 수탁자가 정당한 커미션 금액에 대하여는 반환책임을 지지 않아도 된다고 판시하였다. ⁷⁰⁶ 이러한 판례를 원칙의 예외로 볼 것인지 아니면 뇌물이나 수수료와는 달리 보수에 따른 합당한 업무를 한 경우에 수탁자가 보수를 수령한 경우에는 이를 허용하는 추세로 전환하고 있는지는 확실하지 않다.

신탁재산에 포함된 주식으로 수탁자가 의결권을 행사하여 자신이 해당 회사의 임원 등으로 선임되도록 의결권을 행사하는 것도 충실의무 위반에 해당한다.⁷⁰⁷ 이 경우에도 충실의무 위반이 원칙이고 해당 임원 등으로 선임되어 수령한 보수를 토출하는 것이 원칙이다. 그러나

본인이 해당 거래를 체결하지 않고 신인의무자가 임대차 계약을 취득한 경우, 본인이 이에 대한 구제수단을 허용하지 않아서 회사법과 유사한 경향이 있는 판례도 있다.

⁶⁹⁹ 이 판례에서는 이득토출책임이라는 용어를 사용하지는 않고, 원고와 피고의 지분을 결정하는 데에 초점을 두었다. 의제신탁하에 있던, 아니면 이득토출책임을 부과하여 해당 임대차계약으로 인한 이득을 신탁에 지급하든, 궁극적으로 조인트벤처 수익배분으로 원고와 피고에게 귀속될 것이기 때문이다.

⁷⁰⁰ George Bogert(2001), p.346.

⁷⁰¹ In re Lair' s Estate, 70 Cal. App. 2d 330, 161 P.2d 288(1945); Matter of Thompson' s Estate, 50 Cal. 2d 613, 328 P.2d 1(1958); Broughton v Broughton, 5 De G.M. & G. 160, 164.

Shelton v McHaney, 343 Mo. 119, 119 S.W.2d; George Bogert(2001), p.346.

⁷⁰² Scott & Ascher(2006), Vol. 3, pp.1122-1124.

⁷⁰³ 56 Conn. 284, 15 A. 791.

⁷⁰⁴ George Bogert(2001), p.346.

⁷⁰⁵ 53 N.E.2d 753 (N.Y. 1944).

⁷⁰⁶ Scott & Ascher(2006), p.1124.

⁷⁰⁷ In re Steinberg' s Estate, 5 Cal. 2d 674. 56 P.2d 202 (1936); Mangels v. Sage Deposit & Trust Co., 167 Md. 290, 173 A.191 (1934); Taylor v Errion, 140 N.J. Eq. 495, 55 A.2d 11 (1947); George Bogert(2001), p.346.

Sueke v Schofiel⁷⁰⁸ 판례와 같이 예외적으로 해당 임원의 자격으로 보수를 수령한 것이 과한 금액이 아닌 경우에 해당 보수를 수령한 것을 허용한 판례도 있다. ⁷⁰⁹

(7) 신탁과 경업

신탁과 경업하는 경우,⁷¹⁰ 역시 충실의무 위반의 대표적인 경우이다. 수탁자는 신탁과 경업금지 의무가 있고 따라서 경업은 충실의무 위반에 해당한다.⁷¹¹ 다수의 판례에서 수탁자나 다른 신탁의무자는 신탁과 경쟁하는 사업을 자신의 고유계정으로 할 수 없다고 판시하고 있다.⁷¹² Matter of Offen⁷¹³ 판례에서 유언집행자는 유언자의 사업을 지속적으로 이행하는 동시에 자신의 고유재산으로 경쟁사업에 착수하였다. 법원은 이득토출책임을 부과하고, 더이상 해당 사업을 이행하지 못하게 하고 신탁의무자의 지위에서 해임하였다.

Jubinville v Jubinville⁷¹⁴ 판례에서는 유언자가 운영하던 주류 사업이 유언자 사후에 유언 재산에 포함되었다. 유언자의 생전 및 사망 직전에, 유언자는 해당 사업이 지속적으로 운영될 의사를 표시하고 유언자의 아들이 해당 사업을 운영하도록 하였다. 유언자의 사후 아들은 유언 재산을 위하여 사업을 운영하는 대신에 해당 사업에 대하여 자신의 소유권을 주장하였다. 아들은 수탁자이자 해당 사업의 대리인 겸 직원이었다. 법원은 수탁자인 아들은 신탁의무를 준수하여야 하며 따라서 아들이 해당 소유권을 주장하기 이전의 상태로 돌리기 위하여 해당 사업에서 발생한 모든 이익을 토출할 것을 법원은 판시하였다.

최근의 신탁재산이 사업 자체를 포함하고 수탁자가 경업하는 경우보다는 신탁재산의 일부로 경쟁하는 회사의 주식을 보유하는 형태가 일반적이다. R3T는 수탁자가 신탁재산에 포함된 주식을 별도로 개인 자격으로 취득하고 있거나 취득하려는 의도가 있는 경우, 이익충돌이 발생하는 것은 명백하나 이런 경우를 모두 금지하여야 하는지는 의문이라고 설명한다. 예를 들어 수탁자가 이미 특정 회사의 주식을 200 주 보유하고 있고 이후에 신탁재산으로 동일 회사의 주식을 100 주 매입한 경우에 이익충돌이 발생하였으나 그 효과는 미비할 것이고 따라서 해당 매입을 충실의무라고 보기는 어렵다.⁷¹⁵ 반면에 수탁자가 고유재산으로 특정회사의 주식을 20% 보유하고 있는데 신탁재산에 경쟁회사 주식을 20% 보유하도록 하는 경우에는 이익충돌이 발생하며 해당 이익충돌의 위험은 상당하여 충실의무 위반이라고 보아야 할 것이라고 설명한다.⁷¹⁶

⁷⁰⁸ 376 Ill. 431, 34 N.E. 2d 399(1941).

⁷⁰⁹ George Bogert(2001), p.346.

⁷¹⁰ Scott & Ascher(2006), pp.1126-1133; Restatement (Second) of Trust § 206, cmt 1, p.468.

⁷¹¹ McKinsty v Thomas, 258 Ala 690, 64 So.2d 850 (1953); George Bogert(2001), p.346.

⁷¹² 초기의 판례는 영국의 In re Thomson [1930] 1 Ch. 203 을 선례로 활용하였고 그 외 수탁자의 경업을 금지하는 다수의 판례가 존재한다. 연방법원 Grynberg v. Watt, 717 F.2d 1316 (10th Cir. 1983), In re Hetherinton [1956] 1 D.L.R. 2d 552 (B.C.S.C); 뉴욕주 Matter of Arney, 187 N.Y.S.2d 782 (Surr. Ct. 1959), 조지아주 Lane Co. v Taylor, 330 S.E.2d 112(Ga. App. 1985).

⁷¹³ 45 N.Y.S.2d 348 (Surr. Ct. 1943); Scott & Ascher(2006), p.1127.

⁷¹⁴ 3131 Mass. 103, 46 N.E. 2d 533(1943); Loring and Rounds(2019), p. 745; Scott & Ascher(2006), p.1127.

⁷¹⁵ Restatement (Third) of Trust § 78, cmt. e, illustration 3, p.107.

⁷¹⁶ Restatement (Third) of Trust § 78, cmt. e, illustration 4, p.107; 하지만 해당 경쟁 회사의 주식 보유가 상당한 이익충돌에 이르는지는 사실관계의 영역이다. In re Johnson' s Estate 160 P.2d 271 (Wash. 1936) 판례에서는 유언자가 500 주 주식 중에 498 주를 보유하고 있었는데 그 중에 249 주를 피고에게 개인 고유재산으로, 249 주를 유언집행자 자격 즉 신탁의무자 자격으로 이전하였다. 이후에 신탁의무자는 개인

(8) 제 3 자가 이득을 취득한 경우

Mosser v Darrow⁷¹⁷ 판례에서 조직 재편을 담당한 수탁자(Darrow)는 개인적인 이득을 취득하지 않았지만 수탁자가 회사의 주요 직원이 채무자의 자회사 주식을 거래하는 것을 허용하여 이득을 취득하도록 하였다. Darrow 는 신탁업무를 보조하도록 Kulp 와 Johnson 을 고용하였는데, 이 둘은 신탁을 보조하도록 채용된 기간에 자회사의 채권 등의 거래를 통하여 이득을 취득하였다. 해당 판례에서 만약 수탁자가 엄격책임을 지는 반면, 자신에게 금지된 행위를 타인, 즉 직원이 이행하는 것을 승인하면 엄격책임은 무용지물이 될 것이라고 판시하였다. 따라서 수탁자가 이득을 취득하는 것을 금지하는 것과 마찬가지로 제 3 자가 이득을 취득하는 것도 동일하게 금지하여야 한다고 판시하였다. 해당 판례에서도 신탁재산에는 전혀 손실이 발생하지 않았다.

다. 이익향수금지 위반: 보너스, 커미션 수령

보너스, 커미션 및 승인받지 않은 보수 등을 수령한 경우도⁷¹⁸ 대표적인 충실의무 위반 상황으로 이득토출책임이 적용된다.⁷¹⁹ 신탁업무를 이행하는 과정에서 제 3 자로부터 받은 모든 재산은 수탁자 개인의 고유재산에 포함하는 것이 아니라 신탁재산에 포함하여야 한다. 따라서 신탁 업무를 이행하는 과정에서 수령한 뇌물은 당연히 신탁재산에 반환, 토출되어야 한다.⁷²⁰

Magruder v. Drury 는⁷²¹ 미국 대법원 판례로 담보로 제공한 수표의 매입과 매출에 대한 통상의 커미션을 정기적으로 청구한 부동산 중개업체의 파트너 중 한 명에 대하여 신탁의무 위반을 인정하였다. 피상속인이기도 한 위탁자는 공동수탁자와 유사한 사업을 하였고 수탁자들은 신탁 자금을 해당 파트너십을 통하여 투자하였다. 일반적인 사업 흐름상, 파트너십에 의해 청구된 커미션은 다른 객관적인 제 3 자의 청구 금액보다 크지 않았으며, 신탁은 다른 투자를 통해 보다 낮은 가격으로 투자수단을 매입할 수도 없었다. 법원은 수탁자가 고의가 아니었고 해당 행위가 신탁에 손해가 야기하지 않았음에도 불구하고 공동수탁자는 해당 신탁으로부터 어떠한 이익도 취득하지 못한다고 판시하였다. 따라서 공동수탁자는 신탁과 관련된 사업에서 취득한 이익의 1/2를 반환할 것을 청구하였다.

White v. Sherman 역시⁷²² 수탁자가 신탁 업무를 이행하는 과정에서 보너스, 커미션등을 수령하여 이득토출책임을 부담한 대표적인 판례이다. 해당 판례에서는 수탁자는 자신이

자격으로 제 3 자로부터 2 주를 추가 취득하여 해당 회사의 지배권을 획득하였지만, 법원은 해당 사실관계는 충실의무 위반이 아니라고 판시한 바 있다. Scott & Ascher(2006), p.1129.

⁷¹⁷ 341 U.S. 267, 71 S. Ct. 680, 95 L.Ed. 927 (1951) George Bogert et al.(2001), p.414-417.

⁷¹⁸ Loring and Rounds(2019), p.742; Scott & Ascher(2006), pp.1122-1124; Restatement (Second) of Trust § 206, cmt k, pp.467-468.

⁷¹⁹ 미국에서는 이익향수금지라는 용어를 잘 사용하지 않고 충실의무 위반으로 규정하는 것이 보다 일반적이다.

⁷²⁰ Matter of Wechsler, 273 N.Y.S. 968 (Surr. Ct. 1934); Scott & Ascher(2006), p.1122.

⁷²¹ 235 U.S. 106, 35 S.Ct. 77, 59 L.Ed. 151 (1914).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/235/106/> [최종 검색일: 2020. 12. 14]; George Bogert et al.(2001), p.403; Mennell & Burr, 임채웅 역(2011), 290-291 면.

⁷²² 48 N.E. 128 (Ill.1897); Williams v. Barton [1927] 2 Ch. 9 를 참조한 미국 판례이다. 그 외에 신탁의무자가 보너스나 커미션의 형태로 보수를 수령한 것에 대하여 이득토출책임을 부과한 사건은 다음 판례를

보험 대리인으로 있는 회사에서 신탁재산에 관한 보험을 들고 이에 따른 수수료를 수령하였다. 법원은 해당 사건에서 수수료를 신탁 재산에 토출해야 한다고 판시하였다. 유사하게 *Matter of Browning*⁷²³는 수탁자가 신탁재산에 대한 기존에 가입한 화재보험을 해지하고 자신이 커미션을 수령한 다른 보험을 가입하여 신탁재산에 손해를 야기한 경우이다. 법원은 해당 손해에 대하여 손해배상책임을 지는 동시에 수탁자가 수령한 커미션을 토출하라고 판시를 하였다.

라. 제 3자 책임

*Tierney v Coolidge*⁷²⁴에서 후견인은 개인적으로 대출을 받기 위해 피후견인의 채권을 은행에 담보로 제공하였다. 은행에 알려진 사실에 따르면 후견인이 신인의무를 위반하여 해당 담보를 제공하였다는 것을 은행도 알 수 있는 상황이었다. 은행은 해당 채권을 담보로 하여 충분한 가치를 지급하였다. 법원은 적절한 대출을 제공하였음에도 불구하고, 은행이 후견인의 의무위반을 알고 있었기에 선의의 매입에 대한 항변을 배제하였고 제 3자인 은행에 대하여도 피후견인의 원상회복청구권을 인정한다고 판시하였다.

*Conant v Karris*⁷²⁵은 투자자는 잠재적인 부동산 취득 기회를 포착하고 해당 부동산에 대하여 응찰 계획을 세웠는데 투자자는 브로커를 선임하여 해당 거래를 대리하도록 하였다. 브로커는 브로커의 형과 투자자 분석 등을 실시하고 응찰 계획에 대해 논의한 후 브로커의 형이 궁극적으로 투자자와 경매하여 해당 부동산을 매입한 사건이다. 법원은 투자자가 제 3자인 브로커의 형에게는 원상회복 청구권을 행사하도록 하고 투자자의 원상회복책임에는 의제신탁을 부과하였다.

마지막으로 소개할 판례는 제 3 조력자와 관련된 판례이다. *Chicago Park Dist. V. Kenroy Inc.*⁷²⁶는 시당국에서 해당 토지에 대해 공원으로 사용하기 위해 사유재산에 대한 수용권(eminent domain)절차를 개시하였다. 토지 소유권자는 부시장(alderman)을 뇌물로 매수하여 구역을 재조정(rezoning)하는 데에 성공하였고, 결과적으로 해당 수용토지(Condemnation)의 공정 시장 가격이 5 백만불 상승한 사건이다. 해당 조항에 따르면 시당국은 토지 소유자에게 5 백만불에 대한 원상회복청구권의 행사를 허용하였다. 해당 판례에서는 예외적으로 억지 효과를 극대화하기 위해, 법원은 징벌적 손해배상만큼을 부과하였다.⁷²⁷

참조. 캘리포니아주 *Hobbs v. Buck*, 171 Cal. Rptr. 258 (Ct. App. 1981); 뉴욕주 *Matter of Clarke*, 188 N.E.2d 128 (N.Y. 1962), *Matter of Hogan*, 237 N.Y.S.2d 361 (Surr. Ct. 1962); *Scott and Ascher*(2006), p.1122.

⁷²³ 248 App. Div. 97

⁷²⁴ 308 Mass. 205, 32 N.E.2d 198 (1941); R3RUE § 43, Illustration 31, p.65, Reporter' s Note g, p.75.

⁷²⁵ 165 Ill.App.3d 783, 117 Ill. Dec. 406, 520 N.E.2d 198 (1987); R3RUE, § 43, Illustration 32, p. 65, Reporter' s Note g, p. 75; 유사한 사실관계의 다른 판례로 *United States v Knealy*, 646, F.2d. 699 (1st Cir. 1981).

⁷²⁶ 78., Ill. 2d 181 (1980); R3RUE, § 43, Illustration 33, p.65. Reporter' s Note g, p.75.

⁷²⁷ R3RUE, § 51(h).

제 4 절 영미의 이득토출책임 확장

1. 영국법에서 이사의 충실의무 및 구체수단

앞서 살펴본 바와 같이⁷²⁸ 영국법에서 신인의무자를 논의할 때에 단지 수탁자만을 포함하는 것이 아니라 신인의무자에 대한 선례에는 수탁자와 이사 및 다양한 신인의무자의 판례가 혼재되어 있기 때문에 수탁자에게 적용되는 모든 법리가 이사에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이기도 한다.⁷²⁹ 결론부터 먼저 이야기하면 영국 회사법은 이사의 충실의무 위반에 해당하면 이사는 이득토출책임을 부담한다. 하지만 이는 원칙적인 설명이고 자기거래, 회사의 기회유용 및 경업금지에 따라 다른 기준을 적용할 수 있고 책임 범위의 적용에 일부 차이가 있을 수 있다. 즉 수탁자와 동일하게 이득토출책임을 적용하더라도 해당 거래를 유효하게 하는 기준은 거래에 따라 공정성 기준이나 주주총회 승인 및 이사회 승인 등을 적용하는 방법으로 이전하였다

아래에서는 2006년 회사법상(Companies Act 2006) 이사의 충실 의무와 및 구체수단 조항 및 판례법을 살펴보도록 하겠다. 2006년 회사법은 이사의 의무를 제정법(statute)으로 명시하였다는 획기적인 측면이 있지만 제정법은 이사의 의무 중 일부를 명시한 것에 불과하며 기존에 축적된 판례들은 여전히 효력이 있기 때문에⁷³⁰ 제정법에서 언급하지 않은 부분이나 해석상 어려움이 있는 부분은 여전히 판례법에 따라 해석한다.

가. 회사법상 이익충돌금지 및 이익향수금지

영국 2006년 회사법 제 171조 내지 제 177조는 이사의 의무에 대한 조항으로, 제 171조부터 제 174조까지는 충실의무 외의 주의의무 및 신의성실의무 위반 등에 해당하는 의무이다.⁷³¹ 2006년 회사법은 원칙적인 충실의무는 별도로 규정하지 않고 제 175조 이익충돌금지 의무, 제 176조 제 3자로부터 이익향수금지 의무를 규정하여 충실의무의 내용을 포함하고 있다.⁷³² 아래에서는 이익충돌금지 및 이익향수금지 조항이 2006년 회사법에 어떻게 규정되었는지 먼저 살펴보고, 조항에 대한 해석과 이에 대한 구체수단에 대하여 살펴보도록 하겠다.

⁷²⁸ 본 논문의 제 3장 제 3절 3 참조.

⁷²⁹ Len Sealy(1967) Sealy 교수는 초기의 회사에 대하여 이사는 전적으로 수탁자의 역할을 하였고 이사를 수탁자로 간주하는 것이 대세적인 의견이었다고 설명한다. 하지만 주의할 것은 이사가 신인의무자의 범주에 포함되지만, 실제로 이사는 회사의 대리인이고 회사 재산에 대한 수탁자 역할을 한다는 표현은 엄격히 이야기하면 올바른 표현이 아니라고 지적한다. Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.525. 판례 City Equitable Fire Insurance Co, Re [1925] Ch. 407, pp.426. Romer J 견해.

⁷³⁰ 회사법 조항도 기존의 판례법이 효력이 있음을 명시하고 있다. 예를 들면 Companies Act 2006, § 170(3); David Kershaw(2018), p.423.

⁷³¹ 각 조항은 다음과 같다. 제 171조 권한 내에서 행위 할 의무(duty to act within powers), 제 172조 회사의 성공을 촉진할 의무(duty to promote the success of the company), 제 173조 독립적인 판단을 행사할 의무(duty to exercise independent judgment), 제 174조 합리적인 주의, 기술 및 근면을 행사할 의무(duty to exercise reasonable care, skill and diligence).

⁷³² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/10/chapter/2/crossheading/the-general-duties>
[최종 검색일: 2020.12.01] 조문의 번역은 심영 역(2016)을 참조.

(1) 이익충돌금지 의무(Duty to avoid conflicts of interest)

제 175 조는 다음과 같이 규정한다. (1) 회사의 이사는 회사의 이익(interest)과 충돌하거나 충돌할 가능성이 있는 직·간접 이익(interest)을 갖거나 또는 가질 수 있는 상황을 회피하여야 한다. (2) 이 조항은 특히 재산, 정보 및 기회의 유용에 적용된다. (회사가 해당 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부에 무관하다.) (3) 이러한 의무는 회사와의 거래(transaction) 또는 약정(arrangement)과 관련하여 발생하는 이해충돌에는 적용하지 않는다. (4) 다음의 경우는 의무를 위반한 것으로 보지 않는다. (a) 합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌을 발생시킬 것이라고 판단되지 않는 경우 또는 (b) 해당 사안에 대하여 이사들이 승인한 경우. (5) 이사회 승인은 (a) 폐쇄 회사의 경우에는 회사 정관에서 승인을 무효화하지(invalidate) 않고 해당 사안을 이사들이 제안하고 승인한 경우. (b) 공개회사의 경우에는 정관에 승인이 가능하다는 조항을 내포하고 있고 정관에 따라 이사들이 제안하고 승인한 경우. (6) 해당 승인은 다음의 경우에만 효력이 있다. (a) 이해관계 있는 이사를 포함하지 않은 상태에서 해당 이사회 정족수를 충족한 경우 및 (b) 해당 이사들이 의결권을 행사하지 않고도 합의 가능하거나 해당 이사의 의결권을 포함하지 않고 계산하여도 합의 가능한 경우. (7) 이 조항의 이익충돌에는 이익과 의무의 충돌, 그리고 의무들의 충돌을 포함한다. 제 180 조에서는 제 175 조에 해당하는 행위가 이사회 승인을 받으면 해당 거래나 약정은 주주총회의 승인을 요건으로 하는 판례법이나 형평법적 원칙에 의하여 해당 거래를 무효화할 수 없다고 규정하고 있다.

표 10. 영국회사법상 이사의 이익충돌금지 및 면책요건

| 법원 | 의무 | 면책 요건 |
|-----------|--|--|
| 2006년 회사법 | 제 175 조 이익충돌 가능성 회피할 의무. 제 175 조 (2) 회사 재산, 정보, 기회 유용 포함. 제 175 조 (3) 회사와의 거래나 약정에서 발생하는 이해충돌에는 적용되지 않음.(즉 자기거래 제외) ⁷³³ | 제 175 조 (4) (a) 해당 상황이 합리적으로 이익충돌로 판단되지 않는 경우 ⁷³⁴ <u>혹은</u> 제 175 조 (b) 이사회 승인 |
| 판례법 | 이익충돌금지 의무 - 엄격한 금지(inflexible rule) (Bray Ford (1896)) | 전통적 견해: 주주총회 승인 -> 정관에 이사회 승인으로 대체 가능한 경우 이사회 승인 -> 정관과 무관하게 이사회 승인으로 대체 |

(2) 이익향수금지 의무(Duty not to accept benefits from third parties)

⁷³³ 뒤에서 회사의 기회유용 및 자기거래는 아래에서 별도로 상술한다. 즉 제 175 조는 회사와의 직접거래를 제외한, 충실의무 위반에 해당하는 간접거래, 기회유용, 경영, 회사의 재산 유용 등의 이익충돌금지 조항으로 보는 것이 타당하다.

⁷³⁴ 제 175 조 (4)(a)는 다른 조항들과 상충하는 측면이 있어서 해당 조항의 의미에 대하여 아직 논의 중에 있다.

제 176 조는 제 3 자로부터 이익향수금지 의무로 다음과 같다. (1) 회사의 이사는 다음과 같은 사유로 하여 제 3 자가 공여한 이익을 수취하여서는 안된다. (a) 이사로서의 지위 또는 (b) 이사로서 작위 혹은 부작위. (2) 제 3 자란 회사, 회사와 관련된 법인, 회사 또는 회사와 관련된 법인을 위하여 행위 하는 자 외의 자를 의미한다. (3) 자신이 직무를 제공하고 이사가 회사로부터 수취한 이익은 제 3 자가 공여한 이익으로 보지 아니한다. (4) 합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌이 발생할 것이라고 생각되지 않는 경우는 의무 위반에서 제외한다. (5) 이 조항의 이익충돌은 이해관계와 의무의 충돌과 의무들 충돌을 포함한다.

(3) 2006 년 회사법의 이익충돌금지 원칙 및 이익향수금지 원칙 해석

제 175 조는 앞서 살펴본 신탁법의 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)을⁷³⁵ 제 176 조는 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 대체한 것으로 해석할 수 있다.⁷³⁶ 따라서 기존의 판례법 뿐 아니라, 2006 년 회사법 제정 이후에도 충실의무의 두 축을 이루는 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙을 적용하는 것을 확인할 수 있다. 문제는 해당 조항이 엄격한 충실의무를 원칙으로 하는지 아니면 일부 완화한 규정인지이다. 우선 제 176 조는 제 2 항에서 제 3 자로부터의 이익향수금지만을 포함하고 회사나 관련 법인 등으로 이익을 향수하는 것을 금지하지 않고 있기에⁷³⁷ 이익의 취득을 전면적으로 금지하지 않아서 이익향수금지 원칙을 일부 완화된 측면이 있어 보인다. 그럼에도 불구하고 회사법은 여전히 신인의무법에서 주창하는 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙을 반영하고 있다고 본다.⁷³⁸

마찬가지로 제 175 조 제 4 항(a) 및 제 176 조 제 4 항에서 ‘합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌을 발생시키지 않는 경우’ 에는 의무 위반에 해당하지 않는다고 하여 이익충돌금지 및 이익향수금지 기준을 완화한 것인지에 대한 의문이 제기된다. 반면 제 175 조 제 2 항 괄호의 회사가 그 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부에 무관하다고 하여 조항들 간에 상충한다. 학계에서는 이해충돌발생 가능성 여부에 무관하게 엄격한 이익충돌금지 의무 및 이익향수금지 의무가 적용되는 것이 타당하다는 의견이다.⁷³⁹

(4) 충실의무 위반의 구제수단

⁷³⁵ Companies Act 2006, Explanatory Notes, Commentary on Individual Duties, Section 175, 해당 조항의 의무는 이사에게 적용되는 이익충돌금지 의무를 대체하였다고 설명한다. 해당 조항에 적용되지 않는 이익충돌은 회사와의 거래 및 약정(즉, 자기거래)이고 자기거래의 경우에는 제 177 조에 따라 개시(declare)하여야 한다. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/division/6/5> [최종 방문일: 2020.12.20]; Alan Dignam & Andrew Hicks(2011), p.395.

⁷³⁶ Alan Dignam & Andrew Hicks(2011), pp.409-410.

⁷³⁷ 제 176 조 제 2 항에서 ‘제 3 자’ 로부터 이득 취득으로 한 것은 이사가 수령하는 보수 등을 감안한 것이나 합법적으로 혹은 적절한 범위 내에서 수령한 보수 외 수수료 등이 존재하면 이익향수금지 원칙을 적용하는 것이 타당하다.

⁷³⁸ Alan Dignam(2011), p.397, p.410; 이익충돌원칙은 이사의 세 가지 의무 1) 자기거래 금지(제 175 조 제 1 항, 제 177 조), 2) 회사의 재산, 정보, 기회유용 금지의무(제 175 조 제 1 항, 제 175 조 제 2 항) 와 3) 이사가 권한 행사시 제 3 자로부터 이익, 혜택을 수령하지 않을 의무(제 176 조)의 기저를 이룬다고 설명하는 문헌은 Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.559.

⁷³⁹ David Kershaw(2018), p. 424; 여전히 해당 조항은 판례법에 따르겠지만, 해당 조항을 어떻게 적용할 지는 추후의 판결을 지켜봐야 한다는 견해이다. Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.602. 다만 이사의 상당한 거래 미만의 자기거래에 대하여는 의무를 완화하여 개시의무만을 부과한다.

이사가 제 175 조 및 제 176 조를 위반한 경우에 제 178 조에서⁷⁴⁰ 이사의 의무 위반에 대한 민사적 조치를 규정하고 있다. 이를 살펴보면, 제 178 조는 (1) 제 171 조에서 제 177 조까지의 조항 위반에는 상응하는 보통법과 형평법이 적용된다. (2) 해당 조항에 따른 의무(단, 제 174 조 제외)에 대하여 이사가 회사에 부담하는 신인의무와 같은 방법으로 이행할 수 있다.

2006 년 회사법에서 이사의 의무를 제정하였지만 이에 대한 구제수단은 별도로 명시하지 않기에 기존의 판례법에 의한 구제수단이 여전히 유효함을 확인할 수 있다.⁷⁴¹ 따라서 이사의 충실의무 위반에는 금지명령, 보통법 및 형평법상 손해배상 책임, 회사 재산의 원상회복 책임, 이득토출책임 혹은 해당 계약에 대한 취소권 행사 등을 구제수단으로 할 수 있다.⁷⁴² 즉 2006 년 회사법 제정 이후에도 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 적용할 수 있다.

나. 회사법상 자기거래

(1) 제안된 거래 또는 약정의 이해관계 선언(개시)(Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement)

제 177 조는 제안된 거래 또는 약정의 이해관계를 선언(declare)하는 의무 조항이다.⁷⁴³ 해당 조항은 판례법에서 자기거래를 유효하게 하기 위해 주주총회 승인 및 해당 거래의 개시 요건 중에 후자의 요건을 제정법에 포함한 것으로 파악할 수 있다. 제 177 조를 살펴보면 (1) 회사의 이사는 회사와의 거래에 직·간접적으로 이해관계가 있다면, 해당 이사는 다른 이사에게 이해관계의 성격과 범위에 대하여 선언하여야 한다. (2) 해당 선언은 다음의 방법(하지만 반드시 아래의 방법으로만 해야 하는 것은 아님)으로 할 수 있다. (a) 이사회 혹은 (b) 다음에 따른 이사에게 통지 (i) 제 184 조(서면통지), 또는 (ii) 제 185 조(포괄적 통지)로 가능하다. (3) 해당 이해관계 선언이 부정확하거나 불완전하면, 추가로 선언을 하여야 한다. (4) 해당 조항에 의한 선언은 회사가 해당 거래나 약정을 하기 전에 이루어져야 한다. (5) 이사가 해당 이해관계에 대하여 인지하고 있지 않거나 문제의 거래나 약정에 대해 인지하지 않고 있으면 본 조항은 해당되지 않는다. (6) 이사는 다음과 같은 상황에서는 이해관계를 선언할 필요가 없다. (a) 이해관계가 합리적으로 이익충돌에 이르지 않을 때, (b) 다른 이사들이 이미 해당 이해관계에 대하여 인지하고 있을 때, (c) 이사 자신의 고용 계약의 조항에 대한 것이고 이사회나 정관에서 해당 목적으로 임명된 이사 위원회가 이미 해당 사안을 다룬 적이 있는 경우

⁷⁴⁰ 제 178 조는 이익충돌금지 위반과 이익향수금지 위반에 대한 구제수단만을 담고 있는 것은 아니라, 주의의무 위반(제 174 조) 및 이해관계 공시(177 조)등을 모두 포함하여 적용한다.

⁷⁴¹ Alan Dignam & John Lowry(2014), p.382; Paul Davies & Sarah(2012), p.568, pp.613-619; Len Sealy & Sarah Worthington(2010), p.390.

⁷⁴² Len Sealy & Sarah Worthington(2010), p.390.

⁷⁴³ 참고로 제 182 조는 기존의 거래 및 약정의 이해관계를 선언하는 조항(Declaration of interest in existing transaction or arrangement)이다. 제 182 조는 기존의 거래 및 약정이고 제 177 조는 아직 체결되지 않고 제안된 거래 및 약정이라는 것을 제외하고, 내용적인 측면에서는 동일하다. 별도의 조항을 둔 이유로 제 177 조 위반에는 민사적 구제수단이 활용되는 반면 제 182 조 위반시는 형사적 책임을 부과한다. 또한 제 177 조가 약정이나 거래 이전에 선언하는 것은 이사의 의무에 해당하는 반면 제 182 조는 이사의 의무에 해당하는 조항이 아니다.

제 177 조에서 유념할 것은 1) 이사와 회사의 직접거래만을 의미하는 것이 아니라 이사의 이해관계가 있는 간접거래 등을 포함한다는 것, 2) 거래 및 약정을 제안한 이후, 해당 거래의 이행 전에 선언이 이루어져야 한다는 것, 3) 일반적인 이사회 개시뿐 아니라 명시하지 않은 방법 등을 포함한다는 것이다.

(2) 상당한 규모 거래

살펴본 바와 같이 제 175 조 제 3 항은 의도적으로 자기거래는 제외하고 있고 자기거래는 앞서 살펴본 제 177 조 개시의무를 적용한다. 이와는 별도로 제 190 조에는 상당한 규모 거래(Substantial property transaction)에 대한 규정을 두고 있는데 조항을 살펴보면 제 190 조는 주주총회의 승인(member's approval)을 받은 경우를 제외하고, (a) 이사(이사와의 관계자 포함)가 회사(회사의 지주회사 포함)로부터 (직 간접적으로) 상당한 규모 재산을 취득하는 것과 회사가 상당한 규모 거래를 이사(및 관계자)로부터 취득하는 것을 금지하고 있다. 제 191 조에서는 상당한 규모 거래 기준은 해당 거래의 가치가 1) 회사 자산의 10%를 초과하는 동시에 5000 파운드를 초과하거나, 2) 십만 파운드를 초과하는 경우라고 정의하고 있다.

제 195 조는 제 190 조에 해당하는 거래의 민사책임 조항이다. 특히, 제 195 조 제 2 항은 해당 거래는 회사에 의해 무효화할 수 있다고 규정한다. 다만, 해당 금전이나 재산의 원상회복이 불가능한 경우, 회사가 손실에 대해 배상한 경우, 해당 권리가 거래의 당사자가 아닌 자 중에 선의의 유상 취득자에게 영향을 끼치는 경우에는 예외적으로 무효화할 수 없다. 제 195 조 제 3 항에서 해당 거래가 무효화 여부와 무관하게 제 195 조 제 4 항에 해당하는 자는⁷⁴⁴ 해당 (a) 거래에 의해 직접, 간접적으로 이득을 취득한 경우에 회사에게 토출할 책임이 있고 (b) 해당 거래로부터 회사에 손해나 손실이 발생한 경우에 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. (밑줄은 필자)

(2) 회사의 이사에 대한 대출 거래(loan to directors)

개념적으로 회사의 이사에 대한 대출 행위는 자기거래에 포함되지만 제 197 조에서 별도로 규정하고 있다. 회사가 주주의 승인을 얻지 못하면 회사의 이사 혹은 지주회사의 이사에 대한 대출 및 대출 관련 보증을 할 수 없다. (2) 만약 이사가 지주회사의 이사인 경우, 해당 거래는 지주회사의 주주의 승인을 포함한다.⁷⁴⁵ 뿐만 아니라 제 197 조 제 4 항은 해당 거래의 성격, 대출금액 및 목적, 해당 대출과 관련된 회사의 책임의 한도를 개시(disclose)하여야 한다고 규정하고 있다.

제 197 조 제 3 항은 해당 결의가 서면 결의인 경우, 결의 당시 혹은 이전에 동조 제 4 항에 해당하는 사안들을 승인을 결정할 주주에게 발송하고 제출하여야 하며, 주주총회 결의인 경우, 주주들에게 회사의 사업 등록지 및 주주총회에서 주주들이 검토(for inspection)할 수 있도록 제 4 항에 해당하는 사안을 제공하여야 한다.

⁷⁴⁴ 제 195 조 제 4 항에 해당하는 자는 (a) 제 190 조에 따라 회사와 위반 거래를 체결한 회사의 이사 및 지주회사의 이사, (b) 회사와 위반 거래를 체결한 회사 혹은 지주회사 이사의 관계자 (c) 관계자가 해당 거래 체결시 회사 및 지주회사의 이사 (d) 해당 거래 및 약정을 승인한 회사의 다른 이사.

⁷⁴⁵ 직접적인 대출 행위 외에 준대출행위(quasi-loan)도 주주총회 결의 없이는 허용하지 않는 다고 제 198 조에 규정하고 있다. 준대출행위에 대하여는 제 199 조에서 폭넓게 정의하고 있다.

(3) 상당한 규모 외 자기거래

주주총회 승인을 요하는 상당한 규모 거래(제 190 조)외의 자기거래는 이해상충금지 조항에서(제 175 조 제 3 항) 제외된다. 하지만 기존의 판례법은 자기거래를 금지하고 있었는데 2006년 회사법 이후, 자기거래는 제 177 조의 개시의무만 이행하면 허용하는 거래로 보아야 할지 혼동을 야기한다. 아래에서는 해당 법리의 변화와 혼동의 이유에 대하여 살펴보겠다.

(가) 판례법 적용

언급한 바와 같이 2006년 회사법이 제정된 이후에도 여전히 이전의 판례법은 유효하다. 영국 회사법의 자기거래에 대한 법리는 판례가 전무한 상태에서 수탁자의 자기거래 법리를 차용하는 데서 비롯되었다.⁷⁴⁶ 따라서 회사법 제정 이후에도 이사의 자기거래 기준은 *Aberdeen Railway v Blaikie* 판례를 따라⁷⁴⁷ 자기거래를 엄격하게 금지하고⁷⁴⁸ 자기거래의 유효 여부를 공정성 기준으로 따지지 않았다. 해당 계약의 사전 승인이나 사후 추인이 없는 회사의 자기거래는 무효이다.

전통적인 판례법에서 이익충돌금지 위반에 대한 면책 요건은 사전 개시와 주주총회 승인이었다. 하지만 이사들은 자기거래에 대하여 주주총회 승인을 요건으로 하는 것은 마치 해당 거래를 금지하는 것이라고 간주하게 되었고 따라서 정관에 주주총회 승인없이 사전 공시만으로 해당 거래를 유효한 것으로 하는 조항을 삽입하기 시작하였다. 수탁자의 의무를 신탁증서에서 수정할 수 있었던 논리를 준용하여 이사의 의무는 정관에서 변경할 수 있다고 본 것이다. 또한 주주총회에서 개시하기 보다는 이사들에게 개시하는 방법을 선호하여⁷⁴⁹ 이사회에서 개시하는 조항을 정관에 포함하거나 혹은 정관에 공시 없이도 자기거래를 허용하는 조항을 포함하였다.

(나) 회사법상 공시 요건

앞선 논의를 거치면서 1985년 회사법 제 317 조에서는⁷⁵⁰ 이사가 정관과 무관하게 이사회에서 이익충돌을 개시하면 자기거래를 허용하는 조항을 도입하였고⁷⁵¹ 이후 2006년 회사법 제 177 조도 같은 취지의 조항을 포함하고 있다. 입법의 역사를 보면 제 190 조는 상당한 규모 이상의 거래에 대하여는 엄격한 의무를 부과하는 차원에서 상당한 규모의

⁷⁴⁶ 초기에 회사의 이사가 수탁자인가에 대한 논의는 다음의 논문을 참조. Harold Marsh(1966); 회사법상 이사의 신인의무에 대한 논의는 다음의 논문 참조. Robert Flannigan(2006).

⁷⁴⁷ [1854] UKHL 원고인 *Aberdeen* 철도회사가 자기 회사의 파트너인 *Blaikie* 로부터 철로 제조된 의자를 공급받는 계약을 체결하였다. *Blaikie* 가 계약 이행 도중 원고 회사는 자기거래를 근거로 하여 더이상 해당 제품을 수령하지 않겠다고 하였으며 법원은 해당 계약의 무효를 판시하였다.

⁷⁴⁸ 해당 거래가 유효인 경우는 원칙적으로 (이해관계가 없는 자의) 주주총회의 승인을 거친 경우이나 주주총회 승인의 어려움 때문에 정관에 의하여 이사회 승인으로 변경이 가능한 경우이다. 여전히 이사회 승인에 대한 적합성에 대하여 논의 중이다. 이사회의 승인은 해당 거래의 적절성 여부와 무관하게 상호 승인을 허용하는 문화를 야기할 우려가 있기 때문에 반대하는 입장이 있는 반면, 주주총회의 어려움, 특히 주주의 무관심 및 고비용 때문에 이를 대체해야 한다는 견해가 공존한다.

⁷⁴⁹ Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.562.

⁷⁵⁰ Companies Act 1985, 317. Directors to disclose interest in contracts.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/section/317/enacted>

⁷⁵¹ Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.563, pp.571-572.

자기거래에는 주주총회의 승인을 추가한 것으로 해석할 수 있다. 반면 상당한 규모 이하의 거래는 제 180 조에서는 제 177 조 즉 개시 요건을 준수하면 해당 거래나 약정은 주주총회의 승인을 요건으로 하는 판례법이나 형평법적 원칙에 의하여 해당 거래를 무효화할 수 없다고 규정하고 있다.⁷⁵²⁷⁵³

표 11. 영국 회사법상 이사의 자기거래 효력 및 구제수단

| 거래 규모 ⁷⁵⁴ | 기준 | 효력 | 구제수단 |
|-------------------------|--|-------------------|--|
| 제 190 조 상당한 규모 거래 | 이사회 등 개시 (제 177 조) 주주총회 승인 (제 190 조 제 1 항) | 상대적 무효 (취소 가능) | 195 조: 취소 가능(제 195 조 제 2 항) 이득토출책임(제 195 조 제 3 항(a)) 손해배상책임(제 195 조 제 3 항(b)) |
| 상당한 규모 외 거래 | 기존 판례법: 엄격기준 (Abderdeen 판례 기준) | 상대적 무효 (취소 가능) | 판례법 적용 취소권(원상회복책임) |
| | 이사회 개시(제 177 조) 개시하면 취소불가능(제 180 조) | 개시 안하면 취소 가능 | 손해배상책임 이득토출책임(?) |

(다) 자기거래 구제수단

상당한 규모 외 자기거래에 대하여 주주총회 승인을 받지 않은 경우에는 해당 거래를 무효화할 수 있을 뿐 아니라 제 195 조 제 3 항의 (a)에 따라 이득토출책임을 허용하여 해당 거래에 의해 이사가 이익을 창출하는 경우에 회사는 이득토출책임을 부과할 수 있다.⁷⁵⁵ 과거 판례법에 의하면 상당한 규모 미만 자기거래에 대하여도 이득토출책임을 부과할 수 있다. 하지만 이익충돌금지 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하는 데에 비해 자기거래에 대한 일반적인 구제수단은 취소권의 행사이다.

정리하면 이사의 자기거래는 대표적인 이익충돌거래에 해당하고 이득토출책임을 인정한 판례들이 여전히 유효하지만, 자기거래에 대한 이득토출책임을 부과하기 위해서는 법원이

⁷⁵² 해당 규정은 이사회 혹은 주주 승인 요건과 달리 해당 거래에 대하여 반대할 기회를 주지 않는다는 점에서 불리한 요건처럼 보이기도 하나, 해당 거래가 불공정한 경우 다른 구제수단 예를 들면 회사법 제 996 조의 불공정 침해(unfair prejudice) 등으로 주주가 소를 제기할 수 있다.

⁷⁵³ 상당한 규모 이하의 자기거래에 해당하더라도, 이사의 보수”는 공시만으로 충분하지 않다고 생각하여 별도의 규정을 두고 있다. 2006 년 회사법 제 439 조에 따라 상장회사(quoted company)에서는 이사의 보수 보고서(director’s remuneration report)에 대하여 주주총회 승인을 요한다.

⁷⁵⁴ 단, 상장 회사(listed Company)는 별도의 규정(FCA’s Listing Rule)을 두고 있다.

⁷⁵⁵ Paul Davies & Sarah Worthington(2012), pp.578-579.

자기거래에 해당하는 재산의 가격을 재산정하여야 하는데 해당 이익을 측정하기 어려움이 존재하기 때문에 자기거래에는 이득토출책임을 부과하지 않는 것이 일반적이다.⁷⁵⁶

다. 회사법상 기회유용 및 경업금지

2006년 회사법에서 회사의 기회유용에 대한 내용을 제 175조 제 2항 이해충돌금지 조항의 일부로 포함하고 있을 뿐 해당 기회유용이나 경업에 대한 정의를 포함하고 있지 않다.

표 12. 영국 회사법상 이사의 기회 유용 및 경업금지 효력 및 구제수단

| | 기준 | 면책 요건 | 구제수단 |
|-------------------------------|---|---|--|
| 기회유용 ⁷⁵⁷ (경업금지) | 제 175조 제 2항 회사 재산, 정보, 기회 유용 원칙: 엄격한 이익충돌금지 및 이익향수금지 적용 예외적인 판례로 회사의 사업범위 기준 혹은 완화된 기준 적용 | 제 175조 제 4항 (a) 해당 상황이 합리적으로 이익충돌로 판단되지 않는 경우 <u>혹은</u> 제 175조 (b) 이사회 승인 ⁷⁵⁸ | 금지명령, 손해배상책임, 원상회복책임, 취소권행사(recission), 이득토출책임 및 이사의 해임 |

(1) 2006년 회사법상 관련 조항

앞서 살펴 본 바와 같이 2006년 회사법 제 175조 제 2항에서 특히 재산, 정보 및 기회의 유용에 적용한다고 규정하고 있다. 하지만 동 항 괄호에서 “회사가 그 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부에 무관하다” 고 하는 동시에 동조 제 4항 (a)에서는 “합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌이 발생할 것이라고 생각되지 않는 경우는 제외한다” 라고 규정하고 있기 때문에 혼란을 야기한다. 의미상 상충하는 부분이 있기 때문이다.

입법 당시 논의를 살펴보면 제 175조 제 3항 (a)는 해당 기회나 정보가 회사의 것인지 여부가 중요하며, 회사에 속한 재산, 정보 혹은 기회가 아닌 한, 이사가 이를 이용하는 것을 금지할 이유가 없다는 의견도 있었지만⁷⁵⁹ 궁극적으로 영국의 회사법은 해당 기회를 회사가

⁷⁵⁶ Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.578, p.569. 앞서 살펴본 바와 같이 2006년 회사법에는 상당한 규모 이상의 자기거래에는 입법으로 이득토출책임을 허용한다. 따라서 거래규모가 크다고 하여 토출할 이익을 측정하는 것이 용이해지지 않기 때문에 해당 논의는 논리적으로 허점이 있다고 생각한다.

⁷⁵⁷ 기회유용과 경업금지에는 엄격하게 구분하지 않는 경향이다. 오히려 기회 유용을 이사가 이사의 지위에 있는 경우와 이사의 지위에서 사임한 이후 신인의무(post resignation breach of duty)로 별도로 구분하여 논의하는 경향이 있다. 제 170조 제 2항에 따라 이사의 지위에서 사임하여도 기본적으로 제 175조와 제 176조의 적용을 받는다.

⁷⁵⁸ 기회유용 혹은 경업으로 이익충돌에 해당하는 경우로 이사회 승인이 없는 경우의 효력에 대한 논의 자체를 찾기 어렵다. 다만 제 3자 및 거래의 안전 보호 차원에서 이미 기회유용 혹은 경업으로 이행한 거래를 무효화를 허용하지 않을 것으로 생각된다.

⁷⁵⁹ 최초 회사법 검토 상임위원회는 이사의 의무를 입법화할 때 이사가 활용한 기회가 회사의 소유인지 판단해야 한다고 보는 의견이 있었고 따라서 2002년에 발행한 운영위원회가 발표한 제 6 원칙 중에는 해당 기회나 정보가

활용할 수 있었는지 여부, 해당 기회가 회사의 사업영역에 해당하는지 여부는 고려하지 않고 엄격한 의무를 부과하는 입법을 하였다고 생각한다.

(2) 엄격한 기회유용 금지 혹은 소유권에 의한 접근법

영국 회사법상 회사의 기회유용은 충실의무에 의한 엄격한 금지 방식을 유지할 것인지 아니면 해당 기업의 소유권(재산권)에 의한 접근법을 따를 것인지에 대한 고찰 끝에 궁극적으로 영국은 충실의무 즉 이익충돌금지 및 이익향수금지 원칙을 통하여 엄격기준을 채택하였다고 해석하는 것이 타당하다.⁷⁶⁰ David Kershaw 교수는 영국에서 1800 년도 조합(partnership) 판례들을 들어 조합원의 조합의 기회유용여부를 판단할 때, 해당 기업이 조합의 사업범위에 해당하는지로 판단하여⁷⁶¹ 책임을 부과하지 않은 것을 바탕으로 영국에서도 사업범위를 기준으로 판단하는 선례가 있다고 주장한다.⁷⁶² 또한 1990 년을 전후로 해서 영연방 및 미국의 완화된 기준의 판례들의⁷⁶³ 영향을 받은 영국의 판례⁷⁶⁴ 및 혹은 이사가 퇴사한 이후에 기회를 유용한 경우에는 엄격한 충실의무 기준이 아니라 완화된 기준을 활용한 판례들이 존재한다.⁷⁶⁵ 완화된 기준에서는 해당 기업이 회사의 사업범위에 해당하는지 여부 및 이사의 선의여부 등을 고려하여 판단한 바 있다. 하지만 이러한 경향은 영국 회사법의 충실의무에 대한 일반적인 태도라고 보기는 어렵다. 2000 년대 이후 다시 영국 회사법의 판례는 이사의 기회유용에 대하여 엄격책임이 판례의 흐름이고⁷⁶⁶ 사업분야 기준을 적용하는 경우에도, 책임을 부과하기 위한 근거의 하나로 사용하기 위함이지, 해당 기업이 사업분야에 속하지 않으면 이사에게 책임을 부과하지 않은 근거로 사용하기 위한 것이 아니기 때문이다.

라. 이사의 충실의무 위반 판례

아래에서 영국 회사법의 이사의 자기거래 및 회사기회유용 판례에 대하여 살펴보겠다.

회사의 것인지 여부가 중요하며, 회사에 속한 자산, 정보 혹은 기회가 아닌 이상 이사가 활용하는 데에 제한이 없다고 하고 있다. 하지만 2003 년에 발행한 White Paper 는 해당 문구와 정반대로 회사가 그 자산, 정보 혹은 기회를 활용할 수 있는지에 무관하게 자산, 정보, 또는 기업의 유용에 적용된다고 변경하였고 2006 년 회사법은 이를 반영하였다. Company law Review Steering Group Modern Company Law for a competitive Economy: Final Report URN 01/942 and URN 01/943: Annex C: Statement of Director' s Duties; Department of Trade and Industry, Company Law Reform, Cm 6456 (2005), p.90. Pearlie Koh(2003), p.895 에서 재인용.

⁷⁶⁰ John Lowry & Rod Edmund(2000), p.122; David Kershaw(2005a), pp.553-558; Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), pp.14-17.

⁷⁶¹ 조합과 관련된 판례로는 Aas v Benham [1891] 2 Ch 244; Dean v MacDowell[1876] 8 Ch D 345; 판례의 사실관계는 제 3 장 제 4 절 1, 라 (2) (나) 참조.

⁷⁶² David Kershaw(2005a), p.554.

⁷⁶³ Peso Silver Mines v Cropper [1966] S.C.R. 673, Canadian Aero Service Ltd v O' Malley [1974] S.C.R. 582; (1973) 40 DLR (3rd) 371.

⁷⁶⁴ 영국에서 영연방국가의 판례의 영향을 받은 판례는 다음과 같다. Island Export Finance Ltd v Umunna [1986] BCLC 460, Balston Ltd v Headline Filters Ltd [1990] FSR 385.

⁷⁶⁵ Plus Group Ltd v Pyke [2002] EWCA Civ 370.

⁷⁶⁶ Don King Productions Inc v Warren [2000] Ch 291; Gencor ACP Ltd v Dalby [2000] 2 BCLC 734; CMS Dolphine v Simonet [2001] EWHC Ch 415 ; CMS Dolphine v Simonet 판례의 사실관계는 본 논문의 제 3 장 제 2 절 3. 나 참조.

(1) 자기거래 판례

(가) Aberdeen Railway Co.v. Blaikie Bros⁷⁶⁷ 판결의 사실관계

19세기 중반 영국은 철도건설 호황을 누리던 시기로 철도사업을 대규모의 자본의 투입을 전제로 하였고 사업과 관련하여 철도회사 이사와 주주들의 이해상충이 대립하던 시기였다. 스코틀랜드의 항구도시에 위치한 Aberdeen Railway Co(이하 “Aberdeen 사”)는 Thomas Blaikie 를 대표이사로 하여 철도건설사업의 계획을 발표하고 착공하였으나, 결함이 발견되어 아직 철도가 개통되지는 않았다. 당시 Aberdeen 사의 대표이사인 Thomas Blaikie 는 Blaikie Bros 의 이사로 겸하고 있었는데, Blaikie Bros 가 Aberdeen 사에 철제의자를 공급하는 계약을 체결하였는데, 철도가 개통되지 않은 상황에서 Blaikie Bros 가 계약을 이행하고 Aberdeen 에게 그 급부 이행을 요구하면서 소가 제기되었다. Aberdeen 사는 자신의 회사의 이사회 대표이사인 Thomas Blaikie 가 Blaikie Bros 의 경영이사에 해당하기 때문에 이익충돌이 발생하고 따라서 해당 계약을 무효화할 수 있다고 주장하였다.

Lord Cranworth 는 Aberdeen 사가 Blaikie Bros 와 체결한 계약은 구속력이 없으며 해당 계약은 무효라고 판시하였다. Thomas Blaikie 는 회사의 이사로서 Aberdeen 사에게 이익만을 위해 계약을 체결할 의무가 있는 신인의무자의 지위에 있음에도 불구하고 자신이 경영이사로 있는 회사의 제품을 구입하도록 하는 계약은 회사의 이익을 우선시하는 것이 아니라 자신의 이익을 우선시하였기 때문이다.

(나) 판결의 의의

이 판결은 앞서 살펴본 York Building v Mackenzie 판결과 유사한 사실관계로, 회사의 이사는 다른 회사의 이사의 자격으로 회사와 거래를 체결해서는 안된다는 이사의 자기거래 금지의 대표적인 판례이다. 이 판결의 의의는 이사와 회사간 자기거래의 개념을 수립하고 자기거래가 충실의무 위반이라는 것을 공고히 한 판례라는 데에 있다. 이 판례는 현재까지 이사의 자기거래에 대한 선례가 되고, 해당 거래의 공정성 여부를 판단하지 않고 엄격한 자기거래 금지하는 영국 법원의 태도를 보여준다.

이 판결의 다른 의의는 앞서 살펴본 York Building v Mackenzie 와 마찬가지로 이 판결의 구제수단에 관한 것이다. 일반적으로 이익충돌행위에서 이사가 이익을 취득하면 이득토출책임을 부담하거나 의제신탁의 법리를 활용하는 것과 달리, 자기거래의 경우 이사가 회사와의 거래에서 이해관계가 있으면 해당 거래는 회사의 선택에 의해 무효화할 수 있다는 법리를 설립하였다.

(2) 기회유용금지 및 경업금지 판례

(가) 엄격 책임

Cook v Deeks⁷⁶⁸는 캐나다의 판례이지만 영국 회사법에서 이사의 기회유용에 엄격 책임을 적용하는 데에 영향을 끼쳤다. 캐나다 토론토 건설회사(Toronto Construction Railway Co)는 Canadian Pacific Railway Co 와 건설 계약을 체결하였다. 토론토 건설회사의 주주이자 이사는 4 명이었는데 이들 중 세명(Deeks, Deeks, Hinds)은 원고인 다른 이사이자

⁷⁶⁷ (1854) 1 Paterson 394.

⁷⁶⁸ [1916] 1 A.C. 554.

주주인 Cook 과 사이가 틀어졌다. 이 세 명의 이사는 이후에 다른 건설 계약체결이 회사에게 제안되자 다른 신규 회사를 설립하여 타 회사의 철도 건설 계약을 협상하였다. 이후 Cook 은 해당 계약에 대하여 소송을 제기하였다. 해당 계약에 대하여 이후에 세 명의 주주 겸 이사가 추인하였으나 법원은 해당 거래에 대하여 이익충돌 위치에 있는 이사의 승인을 인정하지 않고 추밀원에서는 해당 이사가 해당 기회를 활용할 수 없다고 판시하였다.

앞서 언급한 바 있는⁷⁶⁹ 영국의 Regal (Hastings) Ltd v Gulliver 판례는⁷⁷⁰ 이사의 기회유용 및 경업에 대하여 다른 대표적인 판례이다. 극장 사업을 하던 회사가 자회사를 통하여 추가적인 극장의 부지를 임대차 하려는 시도를 하였지만 궁극적으로 회사는 해당 기회를 활용할 재정적 능력이 충분하지 않아서 회사는 임대업자의 자본요건을 만족하지 못하였고 이사들이 해당 부족한 자본 금액인 2000 파운드를 조달하여 주주가 된 판례이다. 이에 대하여 법원은 이사들이 해당 주식 매도로부터 발생한 이득토출책임을 부과하였다.⁷⁷¹ 해당 판결은 신탁법 판례인 Keech v Sandford 의⁷⁷² 엄격한 이익충돌금지 원칙을 회사법으로 이전한 판례로 평가받는다.

또한 앞서 언급한 바 있는 1967 년에 Boardman v Phipps 는⁷⁷³ 이사의 책임에 대한 논의는 아니고 신인의무자의 역할을 한 변호사 책임에 대한 판결이지만 이후 이사의 책임 판결에서 다수 인용되어 막대한 영향력을 끼친 판례이다. 해당 판례에서 신탁에 이익이 되는 회사의 기회를 발견한 변호사는 해당 기회를 활용하여 자신도 이익을 취득하고 동시에 본인인 회사에게도 이로운 행위를 하였다. 회사가 해당 기회를 활용할 의사가 없었고, 해당 신인의무자의 선의에도 불구하고, 이 판례에서도 신인의무자에게 책임을 부과하였고 신인의무자의 이해관계가 일치하지 않는 것만으로도 신인의무자의 의사결정에 영향을 미치기 때문에 이익충돌이 발생한다고 판시하였다.⁷⁷⁴

Industrial Development Corporation v Cooley⁷⁷⁵ 는 Boardman 판례 및 Regal 판례에서 보여준 엄격한 충실의무 기준이 여전히 영국의 기준임을 확인할 수 있는 판례이다. 피고는 원고 회사의 경영 이사이고 회사와 Eastern Gas Board 와 계약을 체결하기 위해 협상 중이었는데 계약의 상대방인 Eastern Gas Board 가 이사 개인자격으로만 해당 계약을 체결할 것이며 제안하겠다고 하며 회사와는 체결하지 않겠다고 했다. 이후에 피고는 즉시 일신상의 이유로 회사에서 사임하고 개인 자격으로 해당 계약을 체결하였다. 본 판례에서

⁷⁶⁹ 논문의 제 3 장 제 2 절 3 가 참조.

⁷⁷⁰ [1942] 1 All ER 378; [1967] 2 AC 134.

⁷⁷¹ 다만 항소법원에서는 이사들이 해당 주식을 취득할 때에 선의였고, 회사가 해당 기회를 취득할 의무가 없기 때문에 이사들은 해당 기회를 활용할 자유가 있다고 항변하였지만, 대법원에서 판결을 뒤집어 이사들이 해당 이익을 토출해야 한다고 판시하였다. 비록 이사가 회사를 위하여 해당 기회를 사용할 의무는 없지만, 해당 기회는 회사의 권한을 행사하는 과정에서 발생하였고 따라서 이익과 의무의 충돌이다.

⁷⁷² [1726] EWHC J76; 사실관계는 제 3 장 제 2 절 3 가 참조.

⁷⁷³ Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46; 본 논문의 제 3 장 제 2 절 3. 마. 참조.

⁷⁷⁴ 이 판결에서 Lord Upjohn 의 반대의견은 기회유용과 관련하여 미국의 기대 혹은 이해관계 기준 과 유사한 접근법으로 평가받는다. Lord Upjohn 은 “위와 같은 사실관계에서 보편타당한 사람이 해당 거래로부터 실질적이고, 합리적인 이익충돌(real, sensible possibility of conflict)의 가능성이 있는가?” 라고 질의하여야 한다고 반대의견을 표명하였다. 해당 사실관계에서 회사가 해당 주식을 매입할 고려를 하지 않았고 따라서 이해충돌이 없다고 반대의견을 표명하였다. Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46, p.120, p.130; David Kershaw(2005b), p.606.

⁷⁷⁵ [1972] 1 WLR 443.

계약의 상대방이 회사와는 해당 계약을 체결하지 않겠다고 한 사실관계는 이사에게 책임을 부과하는 데에 영향이 없다고 판시하였다.

*Bhullar v Bhullar*⁷⁷⁶ 판례도 엄격책임에 근거하여 법원은 이사의 개인적 이익과 회사의 이익의 충돌의 가능성이 있다고 판시하였다. 해당 판례는 원고와 피고는 슈퍼마켓 체인을 주된 영업으로 하고 부수적인 투자수단으로 부지를 보유하고 있었다. 부지를 인수하려다가 이견이 생겨 해당 부지를 인수하지 않기로 하였는데 피고는 휴가 중 회사의 소유 부지 인근에 투자할 만한 부지를 발견하여 취득한 사건이다. 원고는 해당 토지는 회사의 기회이고 회사가 해당 부지를 취득하였다면 기존의 부지와 함께 가치가 상승하였을 것이므로 회사에 해당 기회를 우선적으로 제공해야 한다고 주장하였다. 해당 판례에서 이사는 이사의 업무 도중이 아니라 개인적인 시간에 부지를 발견하였고, 회사의 주요 사업분야(line of business)는 소매업으로 단지 투자수단으로 부지 한 곳을 보유하고 있었고 회사가 적극적으로 해당 부지 매입에 관여하지 않았고 결국 회사는 주주들이 해당 부지에 대한 의사를 조정하는 과정에서 의견의 불일치가 있었음에도 불구하고⁷⁷⁷ 이익충돌이 있다고 판시하였다. 이 판례에서는 영국의 충실의무가 지니는 이익향수금지 원칙의 엄격성(Strictness) 혹은 원칙의 엄결성(Doctrinal integrity)에 기반하여 판단하여야 하고 회사의 기회유용 역시 전통적인 이익충돌금지원칙의 틀 안에서 해결하여야 하기에 해당 기회가 회사에 소유인지 여부를 질의하지 않는다고 명시하였다.⁷⁷⁸⁷⁷⁹

(나) 완화된 기준을 적용한 경우

영국의 일반적인 기준은 엄격한 이익충돌금지 기준을 따르지만, 앞서 언급한 바와 같이 1800년대 조합의 판례에서 조합원이 기회를 유용한 경우, 해당 기회가 조합의 사업영역에 속하는지로 판단한 경우와 미국 혹은 영연방의 영향을 받아 회사의 기회를 유용하더라도 이익충돌 위반이 아니라고 본 판례가 존재한다.

David Kershaw 교수는 영국 회사법의 기회유용이 엄격한 이익충돌금지 기준이며, 미국의 기준은 소유권 접근법으로 보는 이원론적인 접근법에 반대하며 영국의 초기 조합(partnership) 판례에서 미국의 기회유용의 소유권적 접근을 하였다고 설명한다.⁷⁸⁰ *Aas v Benham*⁷⁸¹ 판례에서 Benham은 선박 브로커 조합의 조합원으로 스페인과 포르투갈 정부와 협상하는 역할을 하였는데 선박제조 회사가 접근하여 브로커로 근무하는 동시에 군함 제조 역할을 할 수 있다는 정보를 취득하였다. Benham은 해당 정보를 활용하여 선박 제조 회사를 재편성하여서 해당 거래를 체결하여 개인적으로 이득을 취득하였다. 해당 판례에서 법원은 제조 회사를 재편성하는 행위는 사업 범위가 아니었다고 판시하며 Benham이 조합에 이익을 반환할 책임이 없다고 판시하였다. 다만 해당 판시에서도 해당 사업 영역에 속하는지 여부를 법원이 검토하여 결정하는 제한적인 성격을 띠 수 밖에 없다고

⁷⁷⁶ [2003] BCC 711; David Kershaw(2005a), p.543.

⁷⁷⁷ David Kershaw(2018), p.410.

⁷⁷⁸ David Kershaw(2005a), p.543.

⁷⁷⁹ 본 판례에서는 앞서 살펴본 Boardman 판례의 Lord Upjohn의 의견을 따라서 해당 기회에 대한 정보는 회사의 이익에 해당하고 따라서 이사회에 해당 정보를 공시하였는지 여부로 판단하여 충실의무의 작위적 성격을 강조하였다. David Kershaw(2018), p.409.

⁷⁸⁰ David Kershaw(2018), pp.383-388.

⁷⁸¹ [1891] 2 Ch 244; David Kershaw(2018), p.386-387; David Kershaw(2005a), p.554.

의견을 표명하였다. 유사하게 *Dean v MacDowell*⁷⁸²에서 소금 상인이자 브로커 업무를 하는 조업원이 개인적으로 소금 제조를 한 사건이다. 소금 제조업무는 브로커 업무와 별도로 이루어졌지만, 그럼에도 불구하고 조합원들이 이득토출책임의 소를 제기하였다. 판시 과정에서 James LJ는 해당 업무가 조합원의 사업범주에 속한 것이라면, 이익은 조합원의 것이어야 하나, 해당 이익은 그 범주에 속하지 않는다고 판시하였다. 이 두 판례는 회사법이 아니라 파트너십에 대한 판례이고, 1800년대 후반 당시만 하더라도 기회를 유용한 판례들을 충실의무로 엄격한 기준이 성립되는 시기였고, 이후 회사법의 판례는 이들을 선례로 하여 사업범위로 회사의 기회유용여부를 판단하기보다 엄격하게 이익충돌금지 위반 여부를 판단하는 것이 일반적인 판례의 흐름이다.

*Balston Ltd v Headline Filters Ltd*⁷⁸³에서 피고(Head)는 Balston사의 종업원인 동시에 이사였고 회사를 사임하자마자 상업 부지의 임대차계약을 체결하였다. 계약 체결 당시에는 사업의 성격을 결정하지 못하였는데, 사임한 직후에 Balston사의 고객 중 한 명이 Head에게 접촉하였다. 해당 고객은 회사로부터 더이상 필터 튜브를 공급받지 못한다는 이야기를 들은 이후였다. Head는 따라서 해당 필터를 제조하는 사업을 시작하였고 해당 필터를 고객에게 공급하였다. Balston사는 Head에게 해당 사업으로부터 이득토출책임의 소를 제기하였다. 해당 판시에서 피고가 비록 해당 사임 이전에 사업을 할 의도가 있었지만 이사직을 사임하고 경쟁 회사를 설립한 것은 충실의무 위반이 아니라고 판시하였다.⁷⁸⁴

2002년대에 회사와 관련하여 보다 완화된 기준을 적용한 판례로는 *In Plus Group Ltd v Pyke*에서는⁷⁸⁵ 이사의 경업행위가 이익충돌에 해당하지 않는다고 판시하였다. 사실관계는 원고 In Plus Group 회사가 회사의 파트너 중 한명인 Pyke를 탐탁지 않게 여기고 특정 경영에서 Pyke를 배제시키는 등의 방식을 활용하여 Pyke가 사임하도록 유인하였지만, Pyke가 사임하지 않았다. Pyke는 사임하지 않은 상황에서 자신의 회사를 설립하고 원고회사의 주요 고객과의 계약을 통하여 이익을 창출한 사건이다. 해당 판례에서 법원은 이사가 회사와 경업관계에 있다고 해서 반드시 이익충돌을 회피하여야 할 신인의무를 위반하였다고 보지는 않았다. 해당 판례는 매우 사실관계에 치중한 판결인데, 예를 들면 Pyke가 해당 계약을 체결하기 6개월 이전부터 사실상 사임한 것이나 마찬가지였다는 점, 원고 회사로부터 보수를 지급받지 않고 있었다는 점, 회사에서 어떠한 금전도 인출할 수 없었고 이사로서 파악할 수 있었던 비밀 정보나 회사의 기회 등을 사용할 수 없었던 점 등을 신인의무 위반이 아니라고 판시한 이유이다.⁷⁸⁶

이후의 영국 법원은 경업 및 겸업이 언제나 절대적인 금지는 아니지만, 해당 경업이 발생하는 경우에 분명 하나의 회사를 위한 행위가 타 회사에 대한 의무를 위반하지 않는 것은 거의 불가능하기 때문에 대부분의 경우에 해당 행위를 제한하여야 하는 것으로

⁷⁸² [1878] 8 Ch D 345; David Kershaw(2018), p.383-385.

⁷⁸³ [1990] FSR 385, David Kershaw(2003), p.522.

⁷⁸⁴ 해당 판결은 원심판결(first instance decision)에 해당한다.

⁷⁸⁵ [2002] EWCA Civ 370; *Plus Group Ltd v Pyke* 판례는 다음의 판례들을 인용하였는데 이 판례들은 예외적으로 이사가 회사와 경업하더라도 신인의무에 해당하지 않을 수 있다고 판시하였다. *Bell v Lever Brothers* [1932] AC 161; *London Marshonaland Exploration Co Ltd v New Marshonaland Exploration Co Ltd*; [1891] WN 165.

⁷⁸⁶ 영국 회사법에서 기회유용에 대하여 일반적으로 엄격한 기준을 활용하는 데에 비해, 경업이나 겸업에 대하여는 신인의무 위반이 되지 않을 수도 있다고 본 것은 다소 의외인 측면이 있다는 견해로는 David Kershaw(2009), p.521.

파악하여 왔다. 즉 법원은 회사와 경업하거나 경업하는 회사의 이사직에 선임되는 것에 대하여 절대적인 금지하는 것이 아니라 이사가 회사의 이익을 위해 행위하는 것이 불가능한 경우에만 두 회사 중에 하나의 회사에서 사임하도록 하는 방법을 채택하고 있다.⁷⁸⁷

(다) 2006년 이후 판례

2006년 회사법 제정 이후에 위의 판시 사항들에 각각한 내용 등이 있는지 파악하기 위해 최근의 판례들을 살펴보도록 하겠다. Foster Bryant Surveying Ltd v Bryant⁷⁸⁸ 판례는 이사의 사임 이후 신인의무 위반(post resignation breach of duty)에 해당한다. Foster와 Bryant는 원고 회사의 이사였고 Alliance 회사로 수주 받은 업무를 주로 이행하였다. Bryant의 부인 역시 해당 회사에서 근무하고 있었는데 Foster가 Bryant의 부인을 해고하였고 이후에 Bryant 역시 사임하였다. Alliance 회사는 Bryant 부부에게 업무를 맡기고 싶어하였고 Bryant 부부는 Alliance 회사의 자금지원을 받아 새로운 회사를 설립하였다. 문제는 Bryant의 기존 회사에 사임의 효력을 발휘하기 전에 새로운 회사 설립이 이루어졌고 Foster 회사의 고객인 Alliance 회사의 업무를 이행하였다는 점이다. 이후에 Foster 회사는 신인의무 위반으로 Bryant에게 소를 제기하였다. 해당 판례는⁷⁸⁹ 사임과 사업(기회)의 취득과의 일종의 연관성이 있어야만 한다고 판시하며 충실의무 위반이기 위해서는 선의가 아니고, 기회 유용 자체를 이사이던 시절부터 미리 계획하여야 하고, 사임 자체가 부정직한 계획 중에 중요한 부분임을 증명하여야 한다고 하며⁷⁹⁰ 해당 판례에서는 충실의무 위반으로 판단하지 않았다. 하지만 해당 판례에서 Rix L.J.는 사임 이후에 기회를 활용하는 경우에 신인의무위반에 해당하는지 여부는 사실관계에 기반하여 판단하여야 할 문제이고 명확하게 요약한 법리를 제시할 수 없다고 실시하였다.⁷⁹¹

O' Donnell v Shanahan 판례에서⁷⁹² Allied Business & Finance Consultant는 금융자문회사로 부동산 매각업무를 자문하였는데, 회사가 매각하려는 거래를 Shanahan가 자신의 계정으로 매입한 사건이다. 이사는 해당 정보와 기회를 이사의 자격으로 획득하였기에 이익충돌금지 위반이며, 해당 부동산의 매입기회를 Allied 회사에서 매입할지 여부를 묻지 않았다. 항소법원은 이사들이 회사의 고객을 대신하여 해당 재산의 매도를 브로커 역할을 하는 대신에 결국 해당 재산의 매도과정에 자신이 참여하여 회사가 해당 커미션을 수령하지 않은 사실관계에서⁷⁹³ 개인적 이익과 회사의 이익이 충돌하며⁷⁹⁴ 따라서 이사는 이득토출책임이 있다고 판시하였다.

⁷⁸⁷ David Kershaw(2009), p.521.

⁷⁸⁸ [2007] EWCA Civ 200, [2007] Bus LR 1565.

⁷⁸⁹ CMS Dolphin Ltd 판례의 Lawrence Collins J 판시를 인용.

⁷⁹⁰ 사임 이후의 이사의 의무 위반 판례인 Island Export Finance Ltd v Umunna (1986), Balston Ltd v Headline Filters Ltd (1990)에서는 이사의 사임 자체가 충실의무와는 무관한 것이라고 보았기 때문에 책임을 부과하지 않았다. Alan Dignam & John Lowry(2014), p.375.

⁷⁹¹ Alan Dignam & John Lowry(2014), p.375.

⁷⁹² [2009] EWCA Civ 751, David Kershaw(2018), p.411.

⁷⁹³ 다만 해당 판례는 부당 침해(unfair prejudice)로 소를 제기한 사건에 해당한다. Alan Dignam & John Lowry(2014), p.375.

⁷⁹⁴ David Kershaw(2018), p.417.

2011 년에 선고된 *Towers v Premier Waste Management Ltd*⁷⁹⁵에서 Premier 회사는 공공 분야 및 민간 분야에 쓰레기 재활용 업무를 이행하였고 Towers 는 2001 년부터 2007 년까지 해당 회사의 이사였다. 2008 년에 회사는 Towers 가 2003 년에 회사의 기계를 자신의 농가를 보수하기 위하여 차용한 사실을 알게 되었다. 해당 기계는 회사와 거래하던 Colin Ford 가 제공하였고 해당 계약은 Ford 와 회사의 운영 관리자인 Rafter 간에 이루어졌고 Towers 는 관여하지 않았다. Towers 는 해당 기계를 6 개월 가량 사용하였고 그 이후에는 2008 년 5 월까지 농가에 방치 해두었다. 2008 년에 Ford 가 해당 기계의 사용분에 대한 청구서를 발송하였다. 쟁점은 Towers 의 책임이 6 개월에 대한 것인지 아니면 해당 기간 전부에 해당하는 지에 대한 것이다. 원심법원에서 Mummery L.J 는 이사의 의무는 단순하고 엄격하고, 해당 비밀 이익의 크기와 무관하다고 판시하며 해당 거래가 공시되지 않는 한 충실의무 위반이고 따라서 해당 기계에 대한 모든 비용을 반환하라고 판시하였다. 항소법원에서는 Towers 가 자신이 얻은 이익이 해당 금액보다 적으며 해당 기계가 이미 노쇠하여 회사가 손해를 보지 않았음을 들어 항변하였지만 법원은 충실의무의 엄격성을 들어 항소를 기각하였다.

*Sharma v Sharma*⁷⁹⁶ 판결은 회사의 이사가 이사의 역할을 하며 알게 된 기회 및 이사가 회사의 이익을 위해 활용할 수 있었거나, 활용하여야 했던 기회를 자신을 위해 사용하는 경우, 신인의무 위반이라고 판시하여, 영국에서 회사의 기회 유용에는 회사의 사업범위 여부를 고려하지 않는 것이 원칙임을 확인할 수 있다.

2017 년 판례인 *Cullen Investments Limited v Brown*⁷⁹⁷는 회사의 이사이자 형제인 Julian 과 Quentin 이 회사에게 제공된 기회를 유용하여 신인의무를 위반하였다. Julian 은 보다 적극적으로 해당 기회를 활용하였고 Quentin 은 해당 기회로부터 수익을 수령하는 대신 Julian 에게 이의를 제기하지 않고 동의하는 역할을 하였다. Quentin 은 Julian 이 해당 이해관계를 공시하고 승인 받은 줄 알았다고 주장하며 2006 년 회사법 제 1157 조에⁷⁹⁸ 의하여 책임 경감(relief)을 신청하였다. 법원은 Quentin 의 주장의 일부를 수용하였지만, Quentin 스스로 이해관계를 공시하지 않았다는 점에서 합리적이고 정직하게 행위하였다고 보기 어렵기에 신청을 거부하였다.

2. 미국법에서 이사의 충실의무 및 구제수단

앞서 살펴본 영국 회사법은 이사의 자기거래, 기회유용 등을 기본적으로 이사의 충실의무 위반의 틀 안에서 이익충돌금지와 이익향수금지 원칙으로 판단하는 경향이 큰 반면, 미국법에서는 자기거래나 기회유용 등에 대한 별도의 기준을 마련하고 있다. 미국 회사법의 충실의무는 자기거래를 기준으로 발전하였고, 회사의 기회유용에 대한 법리(Corporate Opportunity Doctrine) 역시 미국에서 발전하였다.

⁷⁹⁵ [2011] EWCA Civ 923; Alan Dignam & John Lowry(2014), p.373.

⁷⁹⁶ [2013] EWCA 1287; David Kershaw(2018), p.411.

⁷⁹⁷ [2017] EWHC 1587; O' Donnell 판례를 인용(affirm)하였다.

⁷⁹⁸ 2006 년 회사법 제 1157 조는 특정 사실관계의 경우에 책임을 경감시켜줄 법원의 권한(power of court to grant relief in certain cases) 조항이다. 특히 피고가 정직하고 합리적으로 행위한 경우, 법원은 책임을 경감할 수 있다.

미국 회사법은 주법에 맡겨져 있고 각 주의 회사법은 내용이 상이하기 때문에 일반적인 미국법을 설명하기는 어렵다. 본 논문은 미국 회사법에서 중요한 의미를 갖는 모범회사법 및 델라웨어주 회사법 및 미국 법률협회에서 발간한 기업지배구조 원칙에서 이사의 충실의무 관련 조항을 간단히 살펴본 후, 충실의무 및 판례의 흐름을 검토한다.⁷⁹⁹ 제정법은 간결한 내용으로 되어있고, 적용대상으로 하는 범위가 넓지 않아서, 궁극적으로 미국에서 이사의 충실의무가 작동하는 방식 및 구제수단을 파악하기 위해서는 판례법을 위주로 살펴볼 수밖에 없다. 본 논문은 이사의 충실의무 위반에 대하여 이사의 책임 및 구제수단을 중점적으로 살펴보도록 하겠다.

가. 모범회사법

(1) 이사의 이익충돌 거래(자기거래)

미국 모범회사법(Model Business Corporation Act, 이하 “MBCA”)은 자기거래에 대하여 다음과 같은 구조로 설명하고 있다. 먼저 제 8.60 조에서 이익충돌거래 정의하고, § 8.61 은 자기거래에 대해 사법적 조치(judicial action), 제 8.62 조와 제 8.63 조는 각각 이사의 행위(director’s action) 및 주주의 행위(shareholder’s action)에 대하여 규정하고 있다. 이를 각각 살펴보면 우선 제 8.60 조에서 이사의 이익충돌거래(Director’s conflicting interest transaction)는 회사가 이행하였거나 이행을 제안한 다음의 거래를 의미한다고 정의한다. (i) 관련 시기에(relevant time) 해당 거래에 대하여 이사가 당사자이거나, (ii) 당시에 그 거래에 대해 이사가 알고 있고(knowledge) 그 이사에게 알려진 중요한 재무적 이해관계가 있거나 또는 (iii) 관련 시기에 이사가 특수 관계인이 거래의 당사자였다는 사실 또는 그 중요한 재무적 이해관계가 있었다는 사실을 알았을 것

이어서 제 8.61(a)조에서 해당 거래에 이사가 이해관계가 있다고 하더라도, 해당 거래가 정의한 이사의 이익충돌거래에 해당하지 않으면, 회사에 의한 소송절차 혹은 주주의 소송절차에서 회사가 이행한 혹은 이행할 거래는 이사에게 손해배상이나 기타 형평법상 구제수단 등의 원인이 될 수 없다고 규정한다. 즉 앞서 제 8.60 조에서 정의한 이사의 이익충돌거래에 대하여만 이사에게 책임이 발생함을 명확하게 하고 있다.

제 8.61(b)조는 아래의 경우 중 하나를 충족하는 경우, 이사의 이익충돌거래는 이사가 그 거래에 관하여 이해관계를 갖는다는 이유로 주주 혹은 회사가 회사의 권리로서 하는 소송절차에서 형평법상 구제대상(equitable relief)이 될 수 없고 이사의 손해배상책임 및 다른 제재(sanction)를 인정할 수 없다. (1) 해당 거래가 제 8.62 조에 따른 이사회 승인 또는 (2) 제 8.63 조에 따른 주주의 승인 또는 (3) 당시 상황으로 판단할 때, 해당 거래가 회사에 대하여 공정한 것으로 증명된 경우.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ 해당 조항들은 주로 의무 위반시의 기준에 해당하는 조항과 면책 조항에 대한 내용만을 포함하고 있고, 해당 이익충돌거래에 대한 별도의 구제수단을 규정하고 있지 않다. 다만 살펴본 판례들 중에 이사가 충실의무 위반시 이득토출책임을 부담한 경우를 발견할 수 있다.

⁸⁰⁰ MBCA 제 8.60(6)조에 따르면 ‘회사에 공정한 것(Fair to the corporation)’은 제 8.60(b)(3)조의 목적에 비추어, i) 해당 거래가 이사와 회사의 거래라는 측면에서 공정한지 ii) 회사가 지급하고 수령하는 금액을 고려할 때 독립당사자간 거래에서 획득할 수 있는 금액과 비슷한 수준인지 여부를 적절하게 고려하여 거래 전체로서 회사에 유익하였음을 의미한다고 정의한다. 또한 공식 커멘트에서는 공정성은 시장의 가격적인 측면에서 공정한지 여부만을 고려하는 것이 아니라 거래 전반에 걸쳐 회사에게 이익이 되었는지(favorable results) 감안하여 평가한다고 설명한다. MBCA § 8.60, Official Comment, p.228. (2016 Revision Version)

따라서 이사회 승인(공시의무 포함), 주주총회 승인이 있으면 해당 이익충돌거래는 유효하므로 이사에겐 책임을 부과할 수도 없고 이사회 승인이나 주주총회 승인이 없는 경우라도 해당 거래의 공정성을 입증하면 해당 거래 역시 유효하고 따라서 이사는 책임을 부담하지 않는다. 다만 모범회사법 조항만을 보면 이사의 승인, 주주의 승인 및 공정성 기준 중에 하나만 적용되면 자기거래를 유효한 거래가 되는 것처럼 보이지만 실제 판결에서는 위 규정의 취지를 해석에서는 이익충돌거래가 언제나 무효이거나 구제수단을 발생시키는 것이 아니라는 취지일 뿐 공정성에 대한 사법적 심사는 가능하다는 입장이다.⁸⁰¹

(2) 모범회사법상 기회유용금지 법리

MBCA는 회사의 기회에 대한 정의 없이 제 8.70 조에서 회사의 기회에 대해 이사 등에 대한 사법적 조치의 제한에 대한 내용을 담고 있다.⁸⁰² 따라서 MBCA의 미국의 회사 기회유용금지 법리는 회사의 이사가 알게 된 특정한 사업 기회에 대하여 회사는 이사에 우선하여 행동을 취할 수 있는 권리를 갖는다는 의미이지⁸⁰³ 이사가 전적으로 해당 기회를 활용하는 것을 금지하는 법리가 아님을 알 수 있다.

즉 제 8.70(a)조에 따르면 이사는 다음과 같은 요건을 만족하면 이사가 해당 기회를 회사에 우선적으로 제공하지 않았다는 이유로 이사가 사업기회를 직접, 간접 이용하는 것이 회사가 이사를 대상으로 한 소송절차에서 형평법적 구제수단을, 손해배상을 인정하거나 다른 제재의 대상이 될 수 없다. (1) 마치 이사의 이익충돌에 대한 결정처럼 제 8.62 조의 절차에 따라 그 기회에 대하여 회사의 이익을 부인하는 적격이사의 행위가 있는 경우 혹은 (2) 마치 이사의 충돌거래에 대한 결정처럼 제 8.63 조의 절차에 따라 그 기회에 대한 이익을 부인하는 주주의 행위가 있는 경우. 단, 이때 이사에겐 알려진 사업기회에 대한 모든 중요한 사실관계를 회사를 대표하여 행위하는 자에게 개시한 경우를 제외함.⁸⁰⁴

(3) 이사의 책임

MBCA는 이익충돌거래 및 회사의 기회유용에 대해 별도의 구제수단을 언급하는 것이 아니라 이사의 책임기준(Standards of Liability for Directors)조항에서 구제수단을 함께 언급하고 있다. 즉 이사의 책임기준 조항에서 개별 책임을 부과하기 위해서 어떠한 입증책임을 지는지 설명하고 있기에 우회적으로 이사가 의무를 위반하였을 때에 부과할 수 있는 책임에 대하여 알 수 있다. 제 8.31(a)조는 원고는 입증책임을 지고 원고가 개별 사항을 입증하지 못하는 경우에 이사가 소송을 제기하지 않은 것에 대하여 회사나 주주에 대하여 책임을 지지 않는다고 먼저 밝히고 있다.⁸⁰⁵

제 8.31(b)조는 이사의 각 책임을 부담하는 경우의 구제수단을 우회적으로 언급하나, 역시 원고가 입증해야 하는 요소에 대해 초점이 맞추어져 있다. 하지만 개별조항을 통해서

⁸⁰¹ 임재연(2009), 510 면.

⁸⁰² 2003년 개정 당시 사업기회 내용을 추가하였고, 가장 최근 개정판인 2016년에도 동일한 조항을 포함한다. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf [최종 검색일: 2020.12.14]

⁸⁰³ ABA, Model Business Corporation Act, Official Comment to § 8.70; 천경훈(2012a), 43 면.

⁸⁰⁴ https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf; 번역은 다음의 문헌을 참조함. 천경훈(2012a), 66-68 면; 권재열 역(2016), 200-203 면.

⁸⁰⁵ 번역은 다음 문헌을 참조함. 권재열 역(2016), 164-167 면.

이사가 책임을 부담하는 경우 금전적 손해배상뿐 아니라⁸⁰⁶ 이득토출책임을 포함한 형평법적 구제수단을⁸⁰⁷ 부과할 수 있음을 알 수 있다. 해당 조항의 주석(Note)을 통해서 해당 조항에서 언급한 형평법적 구제수단인 이득토출책임을 이사가 의무를 위반하였을 때 이사가 부정한 금전적 이익을 토출하도록 하고 회사가 해당 이익은 반환받는 책임이라고 설명하고 있어서⁸⁰⁸ 앞서 살펴본 신탁의 이득토출책임과 동일함을 알 수 있다. ‘이사의 의무’ 라고 표현하고 특정 의무를 명시하고 있지 않지만, 신인의무자에게 이득이 발생하는 경우는 주로 충실의무 위반과 관련된 경우임을 감안할 때, 앞서 언급한 기회유용금지 등과 같은 이익충돌금지 행위에 적용된다.

나. 미국법률협회 원칙

(1) 자기거래

미국 법률협회(American Law Institute)에서 발간한 회사 지배구조 원칙(이하 “ALI 원칙”) ⁸⁰⁹ 제 5.02 조에 의하면 이사나 임원(officer)이 회사와 거래를 하는 경우, 공정거래의무(duty of fair dealing)를 이행하기 위해서는 다음의 요건을 충족하여야 한다. (1) 거래를 사전승인하거나 추인하는 회사의 의사결정권자에게 이익충돌의 이해관계 및 거래에 관하여 개시(disclosure)할 것과 (2) 다음 중 하나를 만족할 것. (a) 체결 당시 해당 거래가 회사에게 공정할 것, (b) 정보 공시 후 거래 승인 당시 회사에 공정하다고 합리적으로 판단할 수 있는 이해관계 없는 이사들의 사전승인이 있을 것 혹은 (c) 정보 공시 후 4 가지 요건이⁸¹⁰ 모두 충족되고 거래 체결 당시 회사에 공정하다고 합리적으로 판단할 수 있었던 이해관계 없는 이사들에 의해 추인될 것

⁸⁰⁶ 제 8.31(b)(1)조는 이사에게 금전적 손해배상(money damages)을 부과하는 당사자가 (i) 회사에 대한 손해 및 (ii) 손해와 이사의 행위의 인과관계에 대한 입증책임을 진다. 제 8.31(b)(2)조는 법적 구제수단(legal remedy)하의 금전적 배상(other money payment)의 경우, 예를 들어 회사의 재산을 승인받지 않고 사용한 데에 대한 손해배상의 경우도 이에 적합한 입증책임을 진다.

⁸⁰⁷ 제 8.31(b)(3)조는 형평법적 구제수단(equitable remedy)을 통한 다른 금전배상(other money payment)의 경우, 예를 들면 회사에 이익반환이나 이득토출책임(disgorgement)의 경우에도 형평법상 적합한 입증책임을 진다고 설명하고 있다. 원문은 다음과 같다. § 8.31 (b) The party seeking to hold the director liable: (1) for money damages, shall also have the burden of establishing that: (i) harm to the corporation or its shareholders has been suffered, and (ii) the harm suffered was proximately caused by the director’s challenged conduct; or (2) for other money payment under a legal remedy, such as compensation for the unauthorized use of corporate assets, shall also have whatever persuasion burden may be called for to establish that the payment sought is appropriate in the circumstances; or (3) for other money payment under an equitable remedy, such as profit recovery by or disgorgement to the corporation, shall also have whatever persuasion burden may be called for to establish that the equitable remedy sought is appropriate in the circumstances. (밑줄은 필자)

⁸⁰⁸ MBCA 8.31 Note on Director’s Liability. Equitable profit recovery or disgorgement. An equitable remedy compelling the disgorgement of the director’s improper financial gain or entitling the corporation to profit recovery, where directors’ duties have been breached, may require the payment of money by the director to the corporation. (밑줄은 필자)

⁸⁰⁹ American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation, 2008 (Reprint version), “이하 “ALI 원칙”); 임재연(2009), 514-515 면.

⁸¹⁰ 4 가지 요건은 다음과 같다. (i) 거래에 대하여 이해관계를 가지지 않는 의사결정권자가 회사를 위하여 거래하면서 합리적으로 거래의 공정성을 판단할 수 있었을 것, (ii) 이해관계가 있는 이사나 임원이 위 조항에

위의 조항에서 알 수 있듯이 정보의 개시를 자기거래의 유효성을 인정하기 위한 필수적인 요건으로 보고 추가적으로 해당 거래가 회사에 공정하거나 아니면 회사와 거래하는 이사 및 임원은 거래를 정보 개시하에 사전 승인하거나 추진하는 자에게 공정거래의무를 이행한 것으로 본다고 규정하고 있다.⁸¹¹

(2) 회사의 기회유용 금지

ALI 원칙 제 5.05 조는⁸¹² 이사 또는 상급집행임원(Senior Executive)의 회사기회 취득 조항으로 제 5.05(a)조에서는 이사가 회사의 기회를 이용할 수 있는 경우의 요건을 규정하고, 제 5.05(b)조에서 회사의 기회를 정의하고 있다.

ALI 원칙 제 5.05(a)조는 이사 또는 상급집행임원은 회사의 기회를 회사에 먼저 제공하고 자신의 이익충돌 및 해당 기회에 대하여 회사에 개시 했음에도 회사가 이 기회를 거절한 경우가 아니면 해당 기회를 개인적으로 이용할 수 없다고 규정하고 있다.⁸¹³ 즉 이사 등이 회사의 기회를 개인적으로 활용하기 위해서는 해당 기회와 이익충돌을 회사에 통지하고 회사가 아래의 요건에 따라 해당 기회를 거절하여야 한다. 1) 해당 기회를 거절하는 것이 회사에 공정한 경우(공정성 기준), 2) 해당 기회를 공개한 이후 이해관계 없는 이사 등이 경영판단의 원칙을 충족하는 방식으로 해당 기회를 사전에 거절한 경우(이사의 경영판단 기준) 3) 회사의 기회를 회사에 개시한 이후, 이해관계 없는 주주들이 해당 기회를 거절하는 것을 사전에 승인 혹은 사후 승인하였고 해당 거절이 회사 재산을 낭비하는 것에 해당하지 않는 경우(주주의 승인 기준)이다.

ALI 원칙 제 5.05(b)조는 회사의 기회에 대하여 다음과 같이 정의한다. 1) 이사 및 상급 집행임원(Senior Executive)이 자신의 직무수행과 관련하여 알게 된 기회,⁸¹⁴ 2) 해당 기회를 제공한 자가 회사에 제공될 것으로 기대한 것을 이사 및 상급 집행임원이 합리적으로 알 수 있는 사업기회,⁸¹⁵ 3) 이사 또는 상급집행임원이 회사의 정보나 재산을 사용하여 알게 된 사업기회로 해당 기회가 회사에게 이익이 될 것이라고 볼 수 있는 합리적 근거가 있는 경우,⁸¹⁶ 혹은 4) 상급집행임원이 알게 된 사업기회로 회사가 종사하거나 종사할 것으로 기대되는 사업과 밀접하게 연관된 것임을 해당 상급집행임원이 알고 있는 경우⁸¹⁷

ALI 원칙은 앞서 살펴본 MBCA 에 비하여 회사의 기회를 정의하고 있다는 측면에서 회사의 기회유용에 대한 지침을 제시하고 있으나, 궁극적으로 제 5.05(b)조에 따라 회사의 기회의 정의에 부합하는지 여부는 개별 판례를 통해 살펴보아야 할 것이다.

따라 이해충돌의 이해관계나 거래에 대한 중요한 사실을 의사결정권자에게 공시하였을 것, (iii) 이해관계가 없는 이사들의 사전 승인을 받지 못한 경우, 이해관계 있는 이사나 임원이 불합리하게 행위하지 않았을 것, (iv) 이해관계 없는 이사들의 사전 승인을 받지 못한 경우 회사에 심각한 피해를 주지 않았을 것.

⁸¹¹ 임재연(2009), 515 면.

⁸¹² American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation, 2008 (Reprint version) § 5.05; ABA, Model Business Corporation Act, Official Comment to § 8.70; 천경훈(2012a), 61-63 면.

⁸¹³ 천경훈(2012a), 61 면.

⁸¹⁴ ALI § 5.05(b)(1)(A).

⁸¹⁵ ALI § 5.05(b)(1)(A).

⁸¹⁶ ALI § 5.05(b)(1)(B).

⁸¹⁷ ALI § 5.05(b); 천경훈(2012a), 61 면.

(3) 구제수단

ALI 원칙 제 7.18 조는 의무위반으로 인한 구제수단 조항인데, (a) 주의의무 위반, 공정거래의무 위반 등을 위반한 피고는 회사에 발생한 손해뿐 아니라 피고에게 발생한 추가적인 이익에 대하여 형평법적 원상회복에 필요한 정도까지 책임을 진다고 규정하고 있다.⁸¹⁸ 제 7.18 조 커멘트에서는 제 7.18 조는 의무 위반의 결과로 피고 및 관계자(associate)가⁸¹⁹ 취득한 이익이 회사의 손실보다 크거나 혹은 별개의 이익이 발생하는 경우를 인식하고 있으며 제 1 차 원상회복책임 리스테인먼트의 법리를 차용하여⁸²⁰ 완전한 원상회복(full restitution)의 구제수단을 부과할 수 있다고 설명한다.⁸²¹ 따라서 이사 등의 피고는 회사에 금전적 손해가 발생하지 않았을지라도 의무 위반의 결과로 자신 및 관계자에게 발생한 이익이 발생한 경우 이득도출책임을 부담한다.

다. 델라웨어주 회사법

(1) 자기거래 조항

델라웨어주 회사법 제 144 조는⁸²² 이해관계가 있는 이사 조항(Interested directors)으로 이사의 승인과 거래의 공정성을 자기거래의 유효요건으로 규정한다. 모범회사법과 유사하게 다음과 같은 사항 중에 하나를 만족하면 단지 회사와 이사(관계자 포함)의 거래이기 때문에 해당거래가 무효이거나 취소가능한 것은 아니라고 규정한다.⁸²³

1) 이익충돌 및 거래의 중요한 사실을 이사회에 개시하거나 알리고, 이해관계 없는 이사들이 선의에 의해 해당 거래를 과반수로 승인한 경우(개시 및 이사회 승인),⁸²⁴ 2) 의결권 있는 주주에게 이익충돌 및 거래의 중요한 사실을 개시하거나 알리고 주주가 선의로 해당 거래를 과반수로 승인한 경우(개시 및 주주 승인)⁸²⁵ 혹은 3) 거래에 대한 이사회, 위원회 또는 주주총회의 승인 당시 거래가 회사에게 공정한 경우(공정성 요건)⁸²⁶

827

⁸¹⁸ ALI § 7.18(a).

⁸¹⁹ 해당 구제수단 조항은 이사 뿐 아니라, 회사의 임원 및 지배주주를 포함하고 있기 때문에 피고로 표현한 원문 그대로 번역하였다. 관계자에 대한 정의는 § 1.03 을 참조; 해당 조항은 충실의무 뿐 아니라 해당 조항에서 언급한 모든 의무를 포함한다는 점에서 신탁법과 유사하다.

⁸²⁰ ALI 가 1994 년에 발간되고, R3RUE 가 2011 년에 발간되었으며 제 2 차 원상회복 리스테인먼트는 발간되지 않았기 때문에 제 1 차 원상회복 리스테인먼트를 상호참조하고 있다.

⁸²¹ § 7.18, Comment. pp.216-217.

⁸²² <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/> [최종 검색일 2020.12.14]; 임재연(2009), 516 면; 권재열 역(2014), 104-105 면.

⁸²³ 델라웨어주의 제 144 조는 뒤에서 살펴볼 기존의 자기거래를 자동적으로 취소할 수 있는 것으로 보던 판례에 상반되는 견해이다. 다만 델라웨어주 조항은 요건 중 공시는 이루어지지 않은 경우, 해당 조항은 취소가능한 것인지 또한 (이사회 혹은 주주) 승인이 이루어지지 않은 경우에 공정성 기준을 적용 받는지 등에 대한 조항의 의미를 파악하기 어렵다고 설명한다. 김건식(2010), 99-101 면.

⁸²⁴ Delaware General Corporation Law, Delaware Code § 144(a)(1)

⁸²⁵ Delaware General Corporation Law, Delaware Code § 144(a)(2)

⁸²⁶ Delaware General Corporation Law, Delaware Code § 144(a)(3)

⁸²⁷ 임재연(2009), 517 면.

델라웨어주 회사법에서 특이한 점은 회사는 회사의 임원(officer) 및 종업원 등(이사를 포함)에게 자금을 대출하거나 보증을 허용하는 별도 조항을 두고 있다는 점이다.⁸²⁸ 대출이나 보증에 대한 주주 승인이나 이사회 승인을 요건으로 하지 않고, 다만 이사의 판단 하에 해당 대출이나 보증이 합리적으로 회사에 이익이 되는 경우에 허용한다고 규정하고 있다.

(2) 회사기회유용 및 경업금지

델라웨어주의 이사의 의무는 가장 최소한의 조항만을 포함하고 있고⁸²⁹ 회사기회유용이나 경업금지에 대한 명시적인 조항을 포함하고 있지 않기 때문에 궁극적으로 이는 판례법을 통해서 확인하여야 한다.

라 평가

앞서 언급한 바와 같이 미국 회사법의 제정법 및 그 원칙은 충실의무의 가장 최소한의 규정을 포함하고 있고, 조항 자체도 이사의 책임 조항이라기 보다는 면책 요건을 나열하는 형태를 띤다. 구체적인 충실의무 조항을 살펴보면, 자기거래의 정의를 포함하고 있더라도, 자기거래에 대해 법원이 취할 수 있는 행동의 범위를 제한하는 데 초점이 맞춰져 있거나(MBCA), 공정거래의무라고 하여 공정성에 초점을 두는 경우(ALI), 기회유용의 경우에는 기회유용의 정의를 포함하지 않고 있다. 또한 이사회 승인 혹은 주주 승인과 같은 회사 내부 절차를 중요하게 평가하는 경향을 띤다.

이사의 책임에 대하여는 구제수단에 대한 조항을 명시적으로 규정하고 있지 않거나(델라웨어주), 이를 포함하고 있더라도 각 의무위반과 구제수단의 관계 등이 세분화되어 있지 않다(ALI, MBCA). 다만, 형평법적 구제수단의 하나로 이득토출책임이 포함되어 있어서, 미국 회사법상 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임이 적용할 수 있음을 확인할 수 있다.

마. 이사의 충실의무 위반 판례

(1) 자기거래의 판례 기준

⁸²⁸ <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/> § 143 Loans to employees and officers; guaranty of obligations of employees and officers. Any corporation may lend money to, or guarantee any obligation of, or otherwise assist any officer or other employee of the corporation or of its subsidiary, including any officer or employee who is a director of the corporation or its subsidiary, whenever, in the judgment of the directors, such loan, guaranty or assistance may reasonably be expected to benefit the corporation. The loan, guaranty or other assistance may be with or without interest, and may be unsecured, or secured in such manner as the board of directors shall approve, including, without limitation, a pledge of shares of stock of the corporation. Nothing in this section contained shall be deemed to deny, limit or restrict the powers of guaranty or warranty of any corporation at common law or under any statute. (밑줄은 필자)

⁸²⁹ Andreas Cahn and David Donald(2018), p.408.

앞서 언급한 바와 같이 미국회사법상 이사의 자기거래 기준도 영국의 신탁법을 연원으로 한다. 하지만 현재의 기준 및 델라웨어 법을 보면 영국 신탁법상 엄격한 충실의무 기준과는 그 기준이 상이함을 확인할 수 있다. 이사의 자기거래 기준의 변화에 대하여 연구한 Harold Marsh 는⁸³⁰ 미국 회사법상 자기거래가 시간의 흐름에 따라 3 가지 기준을 거쳐 현재는 실질적, 절차적 공정성 기준에 이르게 되었다고 설명한다.^{831 832}

첫 번째 단계는 1880 년대로 앞서 언급한 영국의 판례인 Aberdeen Railway 의 엄격 기준을 적용하여 공정성 여부와 무관하게 자기거래를 무효화하던 시기이다. 예를 들어 1875 년 뉴저지 회사법 판례 Steward v Lehigh Valley Railroad Company 는 ⁸³³ 자기거래에 대하여 엄격 기준을 적용한다.⁸³⁴⁸³⁵

두 번째 단계는 1910 년대로 해당 거래가 공정하고 이해관계가 없는 이사의 과반수 승인이 있으면 허용하는 기준이 성립된다. 이 시기는 일반적으로는 이해관계가 없는 이사의 과반수 승인과 공정성을 모두 요건으로 하는 시기이지만, 개별 주(州)의 판례에 따라 공정성만을 요건으로 하는 경우도 있으며⁸³⁶ 혹은 이해관계가 없는 이사의 승인만을 요건으로 하기도 한다. 또한 요건을 충족하지 못하더라도 해당 거래를 무효화하는 것이 아니라 구체적 공정성(remedial fairness)을 적용하고 이사가 거래의 전적인 공정성을 증명할 입증할 의무를 지도록 하는 경우 등⁸³⁷ 다양한 양상을 띤다. Gottlieb v Heyden Chemical Corp 에서 ⁸³⁸ 거래에서는 이사의 다수가 이해관계가 있어 이해관계 없는 이사의 승인이 불가능한 경우에 법원은 이사가 단지 해당 거래에 대해 선의였다는 입증 뿐 아니라 내재적 공정성을 입증할 책임을 지도록 하였다. 또한 Holcomb v Forsyth ⁸³⁹ 등에서는 이사회 승인만 있으면 자기거래를 유효한 것으로 보기도 한다.

세 번째 단계는 1960 년대로 해당 거래가 공정하면 자기거래를 허용하는 기준으로 판례의 흐름이 변화하는 시기이다.⁸⁴⁰ 이 시기의 미국의 자기거래 판례 중 다수는 지배회사와

⁸³⁰ Harold Marsh(1966), p.31; David Kershaw(2018), p.286; Julian Velasco(2018), p.1038, pp.1049-1065.

⁸³¹ David Kershaw(2018), p.28.

⁸³² 영국의 자기거래에 대하여 엄격하게 금지하는 기준과 미국의 공정성 기준이 상이한 기준인 것처럼 보이지만 궁극적으로 공정성 기준도 사전승인과 같은 면책역할(cleansing device)을 할 뿐 기본적인 입장에는 차이가 없다고 주장하는 견해로는 Andrew Tuch(2019).

⁸³³ 38 N.J.L. 505 (1875).

⁸³⁴ David Kershaw(2018), p.330, 해당 거래는 엄격 기준을 적용하지만 만약 자기거래의 계약 조항이 불공정하지 않다면 해당 거래에 대하여 소를 제기하지 않을 것이기 때문에 Steward v Lehigh Valley Railroad Company 판례 이미 공정성의 요소가 녹아있다고 주장한다.

⁸³⁵ Butts v Wood 37 N.Y. 317 (1867); Gardener v Ogden 22 N.Y. 327 (1860).

⁸³⁶ 1880 년대부터 1900 년 초반까지 다수의 판례가 엄격기준에서 공정성 기준으로 변화하는 것을 확인할 수 있다. 1879 년 뉴저지 판례인 Gardner v Butler 30 N.J. Eq. 702 (1879) 공정성 기준을 적용으로 변화하였고, 뉴욕주 판례 중에 1895 년 판례인 Sage v Culver 에서는 공정성 기준을 인용하였다. 1921 년도의 판례인 Cahall v Lofland 114 A. 224 (De. Ch.1921)에서는 이사가 참여한 자기거래를 무효화하였다. David Kershaw(2018), p.332.

⁸³⁷ Keenan v Eshleman 23 Del Ch. 234, 244 (1938).

⁸³⁸ 90 A2d 660 (Del 1952).

⁸³⁹ 216 Ala. 486 113 So 516 (Ala. 1927), Pepper v Litton 308 U.S. 295 (1939); 임재연(2009), 504-546 면.

⁸⁴⁰ Globe Woolen Co. v Utica Gas & Electric Co., 121 N.E. 378 (N.Y. 1918); Stephan Bainbridge(2009), pp.143-145; Ryan v Tad' s Enterprises, Inc., 709 A.2d 682 (Del. Ch. 1996).

종속회사의 합병 건인데 지배회사가 종속회사의 의사결정을 한다는 측면에서 자기거래의 일종으로 볼 수 있다. 델라웨어 주 대법원의 Weinberger v UOP Inc⁸⁴¹ 판결은 합병과정에서 이사에게 간접적인 이해관계가 발생한 경우이다.⁸⁴² 해당 판결의 사실관계는 합병 및 주식매수청구권 행사 등으로 매우 복잡하나, 공정성 기준은 절차적 공정성과 가격의 공정성을 모두 포함하여야 한다고 실시하고 있다.

전적인 공정성 기준을 적용하고 해당 기준을 만족하지 못하여 이득토출책임을 부과한 판례로 Valeant Pharmaceuticals International v Jerney⁸⁴³가 있다. Valeant 회사는 기업 분사를 계획하고 있었는데 그 과정에서 기업공개를 하려고 하였다. 분사의 일환으로 이사들에게 추가적인 보너스를 지급하려 하였고 Valeant의 회장인 Milan Panic은 5천만 달러에 해당하는 보너스를 제안하였다. 이사 중 두 명은 회장과 오랜 친구 사이였다. 해당 계획된 보너스는 컨설팅 회사인 Towers Perrin에 의해 공정하다는 평가를 받았다. 기업공개 이전에 이사회에서 해당 주가를 재평가하였고 그 과정에서 Milan Panic은 변호사로부터 이사의 보너스 금액도 재검토해야 한다는 권고를 받았지만 권고를 무시한 채 이사회에서 기업공개 주가를 승인하고 보너스에 대한 논의는 전혀 하지 않았다. 이후 Milan Panic은 3천만 달러를 이사였던 Jerneys도 3백만 달러를 수령하였다. 해당 판결에서 Stephan Lamb 부대법관은⁸⁴⁴ 총체적 공정성(entire fairness) 기준은 공정한 거래와 공정한 가격을 모두 충족하여야 한다고 판시하였다. 공정한 거래 여부를 파악할 때에는 거래의 시점, 거래의 개시 시점, 협상 당시의 공정성 및 이사에의 개시, 이사회와 주주의 승인 등을 모두 포함하고, 공정한 가격은 거래의 경제적, 재무적 상황을 고려하였을 때 실질적으로 공정한 지를 확인하여야 한다고 판시하였다. 해당 거래에 대하여 모든 이사들이 이해관계가 있기 때문에 해당 거래는 이해관계 없는 이사들의 승인은 불가능하며 해당 거래의 공정성을 피고가 입증하여야 한다. Lamb 부대법관은 궁극적으로 해당 거래가 회사에 공정하다고 볼 수 없으며 따라서 Jerney는 3백만 달러의 이득을 토출해야 한다고 판시하였다.

기본적으로 자기거래에 대한 구제수단은 자기거래가 유효한 조건을 만족하지 못하면 회사의 선택에 의하여 해당 거래를 취소하거나 원상회복을 주장할 수 있다. 해당 거래 체결 후 상당한 시간이 경과하였거나 혹은 해당 거래의 복잡성 때문에 해당 거래를 취소하는 것이 불가능한 경우, 판례에서 자기거래를 한 이사가 부당하게 취득한 이득을 반환할 책임을 부과하기 때문에⁸⁴⁵ 이득토출책임을 포함하고 있다.⁸⁴⁶

(2) 회사의 기회유용 판례의 기준

살펴본 바와 같이 회사법에서⁸⁴⁷ 회사의 기회에 대한 정의를 포함하고 있지 않다. 따라서 해당 이사가 해당 기회가 회사의 기회인지를 판단하기 위하여는 아래의 판례들의 기준을

⁸⁴¹ 457 A. 2d 701 (1983).

⁸⁴² 합병과 관련된 보다 구체적인 사실관계는 다음의 문헌 참조. 김건식(2010), 115-119면.

⁸⁴³ 921 A2d732 (Del 2007).

⁸⁴⁴ 델라웨어 주 회사법의 141(e)조를 인용하지 않았다.

⁸⁴⁵ 임재연(2009), 545면.

⁸⁴⁶ 이득토출책임을 부과한 판례로는 Shlensky v South Parkway Building Corp., 159 N.E.2d 31 (III. 1959); 하지만 보편적으로 이득토출책임을 부과하지는 않는 것으로 생각된다.

⁸⁴⁷ 다수의 주에서 채택하는 MBCA에서도 회사의 기회를 정의하고 있지 않으며 델라웨어주 회사법(Delaware General Corporation Law)<https://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml> 뉴욕주 회사법 (New York

인용한다.⁸⁴⁸ 기회유용 여부를 판단할 때 다양한 기준을 활용하고 있지만 어떤 기준을 활용하든지, 해당 기준을 위반한 경우 이사가 취득한 이득을 반환하는 구제수단인 이득토출책임을 적용함을 확인할 수 있다.

(가) 사업범위 기준(Line of Business Test)

델라웨어주 Guth v Loft Inc 판례는⁸⁴⁹ 이사가 회사의 기회를 유용하였는지 여부를 판단할 때에 사업범위기준(line of business)을 활용한 대표적인 판결이다. 원고인 Loft 사는 사탕 제조 및 판매를 하며 소다 제조기를 설치한 다수의 점포를 운영하였는데 Loft 사의 사장인 Guth 가 파산한 펩시콜라로부터 콜라원액 제조 비법 및 상표 등 자산을 취득하여 다시 펩시콜라를 설립하였고 이 과정에서 Guth 는 Loft 사의 자금, 시설 및 직원 등을 활용하였다. 피고가 펩시콜라 설립 후 Loft 사는 코카콜라 대신 펩시콜라로부터 소다 제조를 위한 원액을 구매하였다. 이후 펩시콜라의 사업은 번창하였고 Loft 사의 매출, 이익이 감소하게 되자 Loft 사는 피고가 펩시콜라를 사적으로 취득한 것은 Loft 사의 사업기회를 유용한 것이라고 주장하였고 특정 기회가 회사의 사업범위에 해당하면, 해당 기회는 회사에 귀속한다고 보고 법원은 원고의 청구를 받아들여 Loft 사를 수익자로 하는 의제신탁을 설정하여 Loft 사에 해당 이익을 반환하도록 하였다.

(나) 엄격 기준: 회사의 자금력과 무관

오레곤 주의 Kliniki v Lundgren⁸⁵⁰는 해당 기회를 회사가 활용할 수 있는 자금력이 있는지 여부는 회사의 기회인지 판단과 무관하다는 측면에서 엄격 기준을 적용한 판례에 해당한다. 해당 판례에서는 이사나 임원이 회사의 기회를 이용하기 이전에 정보 공시 및 회사에서의 해당 기회에 대한 거부 결정이 있는 경우에만 해당 기회를 활용할 수 있다고 보고 엄격한 원칙을 적용하였다. 본 판결의 사실관계는 원고인 Kliniki 와 피고 Lundgren 가 공동출자로 항공운송사업을 하는 Berlinair 를 설립하였는데, 이후 여행업체인 Berliner Flug Ring(BFR)이 단체관광객을 위한 항공운송계약을 체결하려고 하였으나 궁극적으로 계약은 체결되지 않았다. 이후에 피고는 비밀리에 다른 회사(Air Berlin Charter, ABC)를 설립하여 BFR 에 항공운송계약을 제안하여 계약을 체결하였다. 원고는 피고가 회사의 기회 유용을 원인으로 소를 제기하였고 피고가 당시 회사의 자금능력상 해당 계약을 체결할 능력이 없다는 항변하였음에도 불구하고 법원은 원고가 회사의 기회를 유용하였으므로 해당 기회로부터 그 동안 얻은 이익을 회사에 반환하도록 판시하였다.⁸⁵¹

(다) 기대나 이해관계 기준(expectancy or interest Test)

Business Corporation Law) https://newyork.public.law/laws/n.y._business_corporation_law_article_7 [최종 검색일: 2020.12.13] 다만, 살펴본 바와 같이 ALI 원칙에서는 회사의 기회를 정의하고 있다.

⁸⁴⁸ 본 논문은 회사의 기회유용금지 기준에 대한 논의보다는 이사가 회사의 기회유용금지를 위반, 즉 충실의무 위반시 어떠한 구제수단을 적용하는 지에 초점을 둔다. 이사의 회사기회유용과 관련된 선행 연구로는 다음의 논문을 참조. 천경훈(2011); 천경훈(2012a); 장재영·정준혁(2012); 백정웅(2006).

⁸⁴⁹ 5 A.2d 504 (1939).

⁸⁵⁰ 695 P.2d 906 (Ore. 1985); <https://www.courtlistener.com/opinion/1169380/klinicki-v-lundgren/> [최종 검색일: 2002.12.14]

⁸⁵¹ 임재연(2009), 564-566 면.

알라바마주 대법원의 *Lagarde v Anniston Lime & Stone*⁸⁵²의 판례는 기대와 이해관계 기준을 적용하여 회사가 해당 논쟁이 있는 실제 재산권이나 계약권에 대하여 기대나 이해관계가 있는지 질의하였다. 해당 판례의 사실관계는 석회석 채굴업을 하는 원고회사는 채석장의 토지 중 1/3의 소유권을 취득하였고 다른 1/3은 소유권에 대한 제한(저당권 등)을 해소하는 즉시 취득하는 계약을 체결하였으나 나머지 1/3의 지분은 취득하려는 협상을 하는 과정에서 결렬되었다. 이후에 원고 회사의 이사가 취득하기로 한 계약 부분과 계약이 결렬된 부분을 취득하였다. 법원은 이사가 취득 계약을 한 부분에 대하여는 회사의 기대나 이해관계가 있다고 하여 이사의 회사기회유용은 인정하였지만 회사가 협상에서 결렬된 부분에 대하여는 기회유용을 인정하지 않았다.⁸⁵³

*Durfee v. Durfee & Canning*⁸⁵⁴판례에서 원고 회사(D&C)는 천연가솔린이 필요하였는데 이사인 피고가 자기 소유의 회사인 *Pacific Gas Corporation* 가 *Warren Petroleum Corporation* 으로부터 천연 가솔린을 구매하여 D&C 사에 고가로 재매도하여 이익을 취득하였다. 피고들은 이익 기대 기준에 의해 D&C 가 천연가솔린 판매에 이익이나 기대가 없다고 항변하였지만 법원은 피고 행위의 불공정성을 지적하며 책임을 인정하였다.

(라) 총체적 평가 기준

텔라웨어주의 *Broz v Cellular Information System*⁸⁵⁵역시 기회 유용 혹은 경업금지에 대한 판례이다. 1992년 텔라웨어주에 설립 회사인 RFBC는 미시간 주에 핸드폰 서비스를 제공하기 위한 라이선스를 운용하고 있었음. Broz는 1인 주주이자 회사의 대표였는데 동시에 CIS라는 회사의 사외이사로 근무하고 있었다. CIS의 재정적 어려움으로 파산신청(Chapter 11)을 개시하고 있었고 채무재조정 과정에서 15건의 라이선스 계약을 발견하였지만 CIS는 해당 계약에 대한 관심 및 해당 계약을 체결한 재정적 능력이 없었다. 1994년에 RFBC의 이사자격으로 Broz는 해당 라이선스에 대한 잠재적 구매자에게 접근하였고, CIS의 이사진에게 해당 기회에 대하여 선보이기 전에 해당 라이선스 계약을 RFBC와 진행하기로 하였다. RFBC는 다른 회사(PriCellular)와 라이선스에 대한 경매에서의 응찰을 하였는데 해당 회사는 CIS와의 합병을 협상 중에 있었다. 합병 9일 전에 Broz는 RFBC를 대신하여 해당 라이선스의 입찰에 성공하였고 이후에 CIS에서 해고되었다. 또한 Broz가 CIS에 속한 회사의 기회를 유용하였는지 따라서 해당 라이선스는 의제신탁하에 CIS에 포함하여야 하는지에 대한 소송을 제기하였다. 대법원은 Broz는 해당 기회를 CIS에게 제시할 의무가 없고 또한 해당 기회는 Broz의 개인적인 영역에서 제공되었기 때문에 CIS는 해당 라이선스를 취득할 이해관계나 재무적 능력이 결여되어 있다고 판시하였다.⁸⁵⁶

Broz 판례에서는 회사의 기회 활용의 재정적 능력, 해당 기회가 회사의 사업영역에 속하는지, 회사가 해당 기회에 이해관계나 기대가 있었는지, 해당 기회를 이사가 개인적으로

⁸⁵² 미국 회사법에서 알라바마 판례가 중요한 판례에 해당하는 경우는 극히 드문데 회사의 기회유용에 관련된 현대법적 근거를 마련하는 데에는 중요한 위치를 차지하게 되었다는 설명으로는 David Kershaw(2018), pp.435-438; Co126 Ala 496 (La 1899).

⁸⁵³ Co126 Ala 496 (La 1899), 천경훈(2012a), 46-47면.

⁸⁵⁴ 323 Mass. 187, 80 N.E.2d 522 (1948); 천경훈(2012a), 55면; 백정웅(2006), 254면.

⁸⁵⁵ 673 A 2d 148 (Del 1996); Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), pp.9-10.

⁸⁵⁶ John Lowry and Edmund Rod(1998), p.518-519; David Kershaw(2009), pp.528-531.

취득하여 신인의무자가 회사의 의무에 반하는 지위에 놓이는지⁸⁵⁷ 대법원은 해당 가이드라인을 적용할 때에 어떠한 조건도 판례를 결정하는 데에 결정적인 것(dispositive)은 아니며 모든 요소를 총체적으로 고려하여 결정하여야 한다고 판시하였다.⁸⁵⁸ 텔라웨어주에서 Broz 판례 등을 판시할 때, 영국 판례에서 취한 엄격기준을 채택할 지 아니면 현대 기업의 사회적, 경제적 환경에 걸맞는 다른 기준을 채택할 것인지에 대한 중요한 질문에 대답할 갈림길에 있었고 궁극적으로 후자를 선택하였다.⁸⁵⁹

(마) 기회유용의 재산권적 접근법

텔라웨어주는 회사의 기회유용에 대하여 해당 기회가 회사의 재산인지 여부로 판단하는 재산권 접근법(property)을 채택하였다.⁸⁶⁰ 회사의 기회유용 법리를 영국과 유사하게 충실의무의 산물로 보고 엄격하게 금지하는 방법을 채택할 수도 있었다. 하지만 미국 특히 텔라웨어는 엄격한 금지보다는 해당 기회가 회사에 속하는 지 여부로 판단하여 보다 이사의 책임을 완화하는 방법을 채택하였다. 이는 앞서 살펴본 Guth 판례에서부터 텔라웨어주는 영국과는 달리 사업범위에 해당하고 해당 기회를 활용할 능력(Capability test)이 있어서 회사의 재산에 기여할 수 있는지로 판단하고자 하였다. 따라서 영국과 달리 회사가 해당 기회를 활용할 재정적 능력이 없다고 판단하면 해당 기회는 회사의 소유가 될 수 없고 따라서 이사가 해당 기회를 활용하여도 이사의 충실의무 위반이 아니라고 판단하는 유연한 방식을 채택하였다.⁸⁶¹

3. 영미의 비교법적 분석

가. 이사의 충실의무 기준의 차이

영국과 미국의 회사법상 이사의 충실의무의 기준은 영국의 신탁법에서 출발하였지만, 앞서 살펴본 바와 같이 이사의 충실의무를 규정하는 방식 및 기준이 상이한 측면이 있다. 따라서 최근 학계에서 두 법역의 기준이 달라진 까닭 및 배경에 대한 논의가 진행 중이다. 영국의 회사법은 신탁법과 달리 자기거래의 필요성을 인정하지만, 거래의 규모로 구별하여 일상적으로 발생할 수 있는 거래의 경우, 해당 이해관계를 개시하는 것으로 해당 거래를 유효하게 하는 반면, 상당한 규모 거래의 경우, 주주총회 승인을 추가적인 요건으로 하고 있다. 영국의 회사법은 회사의 기회유용에 대하여 이익충돌금지 조항의 일부로 포함하여 제정법화 하였지만 회사가 해당 기회 등을 활용할 수 있는지 여부는 중요하지 않다고 하여 기존의 판례법의 태도를 유지하고 있다.

⁸⁵⁷ Broz v Cellular Information System 673 A 2d 148 (Del 1996) p.155; Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), pp.9-11; John Lowry and Rod Edmunds(2000), p.126; 천경훈(2012a), 53 면.

⁸⁵⁸ Broz v Cellular Information System 673 A 2d 148 (Del 1996) p.155.

⁸⁵⁹ 엄격 기준을 채택하지 않은 이유 중 하나로 해당 판시에서 신탁법의 충실의무가 강행규정적 성격을 띠는 것과 달리 현대 기업문화에서는 자기규제가 보다 선호되는 방법이라는 사실 등을 고려할 필요가 있었다고 설명한다; John Lowry and Rod Edmunds(1998), pp.520-521.

⁸⁶⁰ David Kershaw(2009), p.531.

⁸⁶¹ David Kershaw(2009), p.532.

반면 미국은 자기거래에 대하여 주마다 상이하게 이사회 승인, 주주 승인 및 공정성을 기준으로 내세우고 있고, 회사의 기회유용에 대하여는 이사가 활용한 기회가 회사의 기회인지를 고려하는 융통성있는(flexible) 접근법을 띄며 친 이사적인 성격을 띄며 기업가정신을 고취하는 데에 초점을 두기 때문에 이사의 충실의무가 약화된 성격이 있다. 논의의 초점이 자기거래의 승인 및 기회유용의 기준을 확립하는 데에 치우쳐져 있지만, 기준의 변화와 무관하게, 미국의 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임을 적용할 수 있다.

본 논문은 궁극적으로 신탁법에서 이득토출책임을 도입을 계기로 회사법에도 이사의 충실의무 위반 전반에 걸쳐 엄격한 이득토출책임을 부과하는 주장을 펼치고자 한다. 이 주장이 설명력을 갖기 위해서는 영국식의 엄격한 충실의무 부여가 보다 현실에 적합한 기준인 지에 대한 검토가 선행되어야 한다. 아래에서는 미국의 이사의 충실의무가 완화된 이유에 대하여 주(州)간 경쟁, 재산권에 대한 개념, 기업가 정신 고취 필요성, 반독점주의에 대한 논의를 살펴보도록 하겠다.

(1) 규제 경쟁

우선 미국의 개별 주에서 기업을 유치하기 위한 경쟁(charter competition)때문에 이사의 충실의무가 약화된 것이 아닌가⁸⁶² 하는 논의가 있다.⁸⁶³ 하지만 규제 경쟁(regulatory competition)에 대한 논의는 직관적인 측면과 직접적인 연관성(correlativity) 및 기업의 성격에 따라 결론이 다르기에 일반적인 해답은 되지 못한다. 원칙적으로 규제 경쟁과 이사의 충실의무 약화가 연관성이 있다는 학계의 논의가 존재하지만 미국에서 이사의 충실의무가 약화된 시기와 델라웨어를 위시한 친기업적인 주에서 회사가 설립된 시기가 일치하지 않기 때문에 미국 주의 규제 경쟁이 미국에서 충실의무 완화에 직접적인 연관성이 있다고 보기 어렵다는 의견이 공존한다. 분명 특정 주에서 이사가 충실의무 적용을 완화하고 있다면 이사 등은 충실의무의 엄격적용을 회피할 수 있는 주에 회사를 설립할 인센티브가 있었을 것이다. 따라서 델라웨어 주 등에서 이사의 충실의무 기준을 완화하여 회사를 설립하고 운영하기에 매력적인 주가 되고자 한 것이 아닌가 하는 논의는⁸⁶⁴ 전혀 신빙성이 없는 주장은 아니다.

하지만 델라웨어주에서 기업들을 유치하기 위하여 충실의무를 완화하였다는 논의는 해당 기업들이 델라웨어주에 설립된 시기와 판례들이 발생한 연대가 맞지 않기 때문에 근거가 부족하다. 미국에서 회사가 설립되고 주(州)간 경쟁은 주로 1880-1910 년대에 이루어진 것에 비하여 1920 년까지 델라웨어주에서 충실의무 위반에 대한 판례가 전무하기 때문이다. 다만 충실의무 법리의 형성 이후에 법리를 변경하지 않고 지속적으로 친이사적인 충실의무를 유지하는 것은 주간의 경쟁과 관련이 있을 수도 있다.⁸⁶⁵

(2) 대표소송과 법경제학

다른 근거로는 주주의 대표소송의 효력을 든다. 대표소송이 보다 활발한 미국에서는 충실의무를 엄격하게 규제하지 않아도 다른 방식으로 이사의 권한을 저지하는 것이 가능한 반면, 영국은 주주의 대표소송이 활발하지 않기 때문에 엄격한 충실의무 규정이 필요하다는

⁸⁶² David Kershaw(2018), pp.465-468.

⁸⁶³ David Kershaw(2015b), p.610-615; Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), pp.20-22.

⁸⁶⁴ Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), p.21.

⁸⁶⁵ David Kershaw(2018), p.467.

주장이다.⁸⁶⁶ 또한 미국에서 법경제학의 발달로 당위적인 의무로서 금지가 아니라 해당 의무의 경제적인 측면을 고려하였다는 설명도 있다. 엄격한 충실의무 규제의 비용과 효익 분석에 대한 논의를 바탕으로 엄격한 의무가 경제학적인 우위를 차지하는 경우에만 충실의무를 적용하는 방향으로 이전되었다는 설명이다.

(3) 미국의 친이사적 성향

두 국가의 정책적 차이에서 충실의무법이 변화한 근거를 발견하기도 한다.⁸⁶⁷ 미국은 기본적으로 친 이사적 성향을 띄고 따라서 이사들이 개인 자격으로도 기회를 추구하도록 인센티브를 제공하려는 경향이 크다. 반면 영국은 보다 회사에 친화적인 경향을 띄기에 강력한 충실의무를 부과하는 데에 우호적이라는 설명이다. 즉 미국의 충실의무 법리의 변경은 아마 사법부가 시장의 경제적 영향력(economic imperatives of the market place)과 이해관계 집단의 영향력에 대한 대응으로 보는 견해이다. 또한 미국의 기회유용법리가 성립될 당시에는 독점에 대한 우려가 높았고 이를 규제하려는 경향이 있었다.⁸⁶⁸ 즉 독점에 대한 논의의 영향으로 이사가 회사의 기회유용하여 다른 사업을 펼칠 때, 이를 전적으로 금지하기 보다는 이를 허용하는 자유로운 환경을 제공하였다는 설명이다. 이러한 환경에서 기본적으로 충실의무에 근거하여 회사의 기회라고 보는 관점에 반대하고, 이해관계에 정면으로 배치되는 것이 아니라면 이사 등이 새로운 회사를 설립하여 기회를 활용하는 것에 보다 우호적인 환경(pro-director entrepreneur driver)을 제공하였다.

(4) 지위에 따른 접근법과 재산권에 따른 접근법

영미의 접근법에 따라, 영국의 법리를 지위에 따른 접근법(status approach)으로, 미국의 법리를 소유권/재산권에 따른 접근법(ownership approach, property-based approach)이라고 명명하곤 한다.⁸⁶⁹ 이 기준은 회사의 기회유용에 대한 비교인데 동일한 사실관계에 대하여 미국에서는 이사가 활용한 기회가 회사의 사업범위가 아니기 때문에 즉, 해당 기회에 대한 회사의 소유권이 없기 때문에 이사에게 책임이 없는 것으로 판시하였다. 반면 유사한 사실관계에서 영국은 엄격한 충실의무 접근법을 적용하여 이사에게 책임 부과하였다. 영국의 판례에서는 기본적으로 회사는 어떠한 사업도 이행할 수 있으므로 이익충돌에 해당하는 것으로 보고, 해당 사업이 회사의 사업범위에 속한다는 것은 해당 판례에서 이익충돌이 있다는 것을 설명하기 위한 틀로 사용하였다. 반면 미국에서는 해당 기회가 회사의 사업범위에 있던지 혹은 회사가 해당 기회에 기대/이해관계가 존재하는 경우에 한정하여 충실의무 위반에 해당한다고 보아 영국과는 다른 법리에 이르게 되었다.

(5) 법 적용의 혼동

⁸⁶⁶ Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), p.22-23.

⁸⁶⁷ David Kershaw(2018), pp.468-474.

⁸⁶⁸ David Kershaw(2018), p.471-472.

⁸⁶⁹ 혹은 영국의 접근법을 의무에 기반한 접근법(duty-based approach)으로 명명하기도 하지만 개념적으로는 동일한 분류이다. Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a), p.3. 소유권에 따른 접근법을 회사기회 접근법(corporate opportunity approach)이라고 명명한 문헌으로는 David Kershaw(2005a), p.534. 미국 회사법상 회사의 기회 유용 법리 등을 연관 재산(connected asset)이라고 표현하고 이를 영미의 재산권적 시각(property lense)으로 비교분석한 문헌으로는 David Kershaw(2018), pp.474-475.

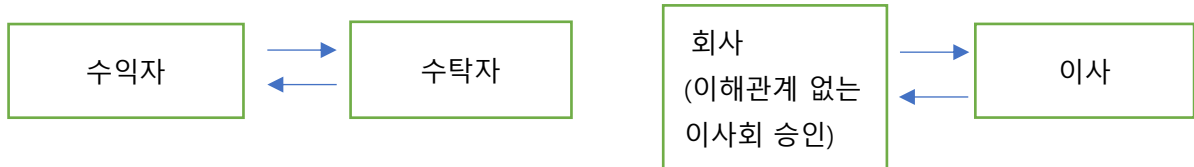
David Kershaw 교수는 미국에서 이사의 충실의무 위반에 공정성 기준으로 변경된 데에는 법 적용의 혼동도 역할을 하였다고 주장한다. 영국 신탁법상 엄격한 충실의무 기준을 적용하는 경우에도 구제구단의 공정성(remedial fairness)을 그 내용에 포함하고 있었다. 영국의 충실의무 기준은 엄격한 기준을 따르고 있지만, 충실의무 위반으로 인한 계약이 이미 이행되었다는 사유 등으로 해당 계약을 취소할 수 없을 때, 이득토출책임을 부과하는데 해당 금액을 결정할 때에는 공정성 여부를 고려하였는데 이를 구제의 공정성이라고 지칭하였다.⁸⁷⁰ 미국 판례에서⁸⁷¹ Marsh 교수의 첫 번째 시기와 두 번째 시기 사이에서 구제수단에서 공정성 기준을 언급하다가 궁극적으로 공정성 기준으로 변경하게 되었다는 설명이다. 따라서 공정성 기준으로서의 기준의 변화는 법 적용의 착오에서 비롯된 것이 타당한 법리에 기초한 것이 아니라는 주장이다.

그림 4. 이사와 수탁자 비교: 자기거래와 공정거래

그림 4.1. 자기거래 금지



그림 4.2. 공정거래 원칙



* 그림 1의 수탁자의 자기거래 및 공정거래를(좌측) 회사의 이사(우측)에 대입해 본 것임

(6) 자기거래 원칙과 공정거래 원칙

앞서 살펴본 바와 같이⁸⁷² 영미 신탁법에서는 자기거래 원칙과 공정거래 원칙이 공존하였다. 수탁자가 신탁재산과 고유재산 간의 자기거래에는 수탁자가 거래의 양측의 직접적인 당사자가 되어 권한을 행사할 수 있기 때문에 엄격한 자기거래 기준을 적용한 것과 달리, 수탁자와 수익자의 거래의 경우에는 수탁자가 영향력(power and influence)을 행사할 수 있을 수는 있지만 이익충돌 여부가 명확하지 않아서 공정성 기준을 적용하여 왔다.⁸⁷³ 신탁법에서는 두 거래를 구분하여 별도의 기준을 적용한 것에 비해, 신탁법에서 회사법으로 충실의무법을 이전하는 과정에 법원은 어떠한 기준을 적용할 것인지 혼동이 있었다는 설명이다. 만약 그림 4.1의 우측처럼 이사와 회사의 거래를 신탁법의 자기거래로

⁸⁷⁰ David Kershaw(2018), pp.326-327, pp.332-334. 즉 구제수단의 공정성(remedial fairness)이란, 해당 거래가 공정하면 소를 제기하지 않을 것이라는 의와과 의무위반에 대한 책임의 금액을 측정하는 과정에서 공정성을 고려한다는 의미이다.

⁸⁷¹ David Kershaw(2018), p.334. 관련 판례로는 Gardner v Butler 30 N.J. Eq. 702 (1879).

⁸⁷² 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2 가 (1) (라) 참조.

⁸⁷³ David Kershaw(2018), p.344.

간주하였다면 엄격기준을 적용하여야 마땅하지만, 이사와 회사의 거래를 그림 4.2의 우측과 같이 수탁자와 수익자의 거래로 간주하였다면 공정성 기준이 타당하기 때문이다.

(7) 신탁법의 충실의무: 회사법으로 이전

David Kershaw 교수는 신탁법에서 회사법으로의 충실의무를 이전(transplant)하는 경우에는 다음과 같은 문제가 존재한다고 설명한다.⁸⁷⁴ 우선 신탁법에서 충실의무에 관계되는 자는 수익자와 수탁자의 양자 관계인 데에⁸⁷⁵ 비해 회사법에서는 회사, 이사 및 주주총회(혹은 주주)로 삼자 관계이다. 두 번째는 수탁자와 신탁재산의 관계나 수탁자의 신탁재산에 대한 권한을 회사법에 그대로 적용하기가 어렵다는 점을 든다. 예를 들면 수탁자는 해당 재산에 대한 법적 소유권자이므로 수탁자의 관여 없이 신탁재산의 이전은 불가능한 반면 회사의 이사는 회사 재산에 대한 법적 소유권자가 아니고 해당 재산은 이사의 소유가 아니라 회사가 별도로 소유한다. 또한 이사가 회사의 신인의무자이지만, 이사는 개별적 이사로서 권한을 행사하는 것이 아니라, 이사회 집단으로서 권한을 행사하기 때문이다.

또한 법을 이전하는 과정에서 회사는 수익자의 역할을 하는지 아니면 신탁 자체에 해당하는 지에 대한 논의가 부족하다. 회사를 수익자로 볼 것인지 아니면 신탁으로 볼 것인지에 따라 회사와 이사의 거래는 자기거래 기준을 적용할 수도 수탁자와 수익자의 거래처럼 공정성 기준을 적용할 수도 있다. 만약 이해관계가 있는 이사가 자기거래의 계약시 이사회 결정에 참여하고 권한을 행사하고 회사를 신탁(재산)으로 간주할 수도 있다. 반면 이해관계가 있는 이사가 해당 거래에 참여하지 않고 영향력도 행사하지 않는다면 회사는 수익자의 역할로 볼 수도 있다.⁸⁷⁶ 하지만 이사회에서 직접적인 이해관계에 있는 이사를 의사결정 시에 배제하더라도 이사회를 구성하는 이사들 상호간의 이해관계를 봐주는 방식의 문화(a culture of easy conflict approvals)가 형성될 수 있다는 측면에서⁸⁷⁷ 공정성 기준만으로도 이익충돌에 대한 우려를 해소할 수 있는지는 의문이다.⁸⁷⁸

나. 영국의 엄격한 충실의무에 대한 비판 및 이에 대한 검토

본 논문은 회사법의 이사의 충실의무 전반에 이득토출책임을 적용하는 것이 타당하다고 본다. 다만 신탁법의 엄격의무 기준이 이사에게 가혹한 측면이 있기에, 충실의무 위반여부를

⁸⁷⁴ David Kershaw(2018), p.347.

⁸⁷⁵ David Kershaw 교수는 이 관계를 분석할 때에 위탁자(Settlor)를 배제하였는데, 이는 영미 신탁법에서는 신탁이 설립되고 난 이후에 위탁자는 해당 신탁에 직접 당사자로 보지 않는 태도를 반영한다.

⁸⁷⁶ David Kershaw(2018), p.347.

⁸⁷⁷ Paul Davies & Sarah Worthington(2012), p.602.

⁸⁷⁸ 회사의 자기거래, 기회유용 및 경업금지 등 충실의무 위반에 해당하는 거래에 면책을 위해 승인을 받는 주체를 이사회 혹은 주주총회로 할 것인지는 지속적인 논쟁이 있다. 신탁에서 대표적으로 이익충돌을 허용하는 경우는 수익자의 승인이다. 신탁법의 수익자승인을 실질적인 소유자(법적 소유자가 아니라)의 승인으로 생각하면 주주총회의 승인을 받아야 충실의무 위반이 되지 않는다고 볼 것이나, 언급한 바와 같이 이익충돌이 있는 이사가 참석하지 않은 이사회 승인으로도 충분하다고 보는 의견이 공존한다. 또한 주주총회의 승인은 이사회 승인보다 고비용을 소요하고 주주의 합리적인 무관심(rational apathy)때문에 주주의 의견을 제대로 수렴하기가 어렵다는 근거 등을 들 수 있다.

결정하는 기준 및 면책 요건의 조정을 통하여 이득토출책임을 일부 완화하는 것이 바람직하다고 생각한다. 영국의 충실의무의 엄격성에 대한 비판적 시각도 존재한다.⁸⁷⁹ 아래에서는 비판적 견해를 검토하도록 하겠다.

(1) 기업가 정신에 위배

첫 번째로 일군의 학자들 특히 미국의 학자들은 영국의 엄격 규제는 기업가 정신에 의해 사업기회가 실제 사업으로 발달하는 것을 억지하기에 미국의 보다 유연한 충실의무 규제방식을 채택해야 한다고 주장한다. 이에 대한 반대 견해로는 기업가 정신을 도모하기 위하여 충실의무 기준을 완화적용하여야 한다는 주장에는 엄격한 충실의무 기준이 왜 기업가 정신에 위배되는지에 대한 설명을 하고 있지 못하고 설명한다. 엄격한 충실의무 기준을 적용하더라도 이사는 해당 기회를 이사회 혹은 주주총회의 승인요건을 충족하면 기회를 언제든지 사용할 수 있다는 것이다.⁸⁸⁰ 따라서 엄격한 이익충돌 금지가 기업가 정신에 위배된다는 주장에 대한 실질적 근거는 없다고 설명한다.⁸⁸¹

(2) 법원의 사실관계 파악 능력 향상

두 번째로 영국의 엄격한 충실의무는 의무가 시작될 당시 법원이 사실관계를 파악할 능력에 한계가 있었기 때문에 생겨난 원칙이라는 설명이다. 따라서 현대의 법원은 당시에 비해 사실관계를 파악할 수 있는 능력이 있기 때문에 더 이상 엄격한 기준을 적용할 필요가 없다는 주장이다. 법원이 해당 충실의무 위반에 엄격한 기준을 적용하지 않더라도 법원에서 사실관계를 파악을 바탕으로 이해충돌 여부를 공정하게 판단할 수 있기 때문에 엄격한 충실의무 기준이 시대착오적이라고 주장한다. 이에 대한 반대 의견으로 당시 법원이 파악할 수 없었던 것은 기술적인 문제가 아니라 인식론적 문제(epistemological problem)라고 주장한다.⁸⁸² 특히 회사의 기회 및 공정성 등의 문제는 사실에 기초해서 결정할 수 있는 문제가 아니라는 것이다.⁸⁸³ 예를 들면 회사가 해당 기회를 취득하기 위한 재정적인 능력(financial capacity or incapacity)이 있는가? 어느 범위까지 회사의 해당 재원에 포함되는가? 당장 현재 회사의 유동자금이 얼마 있는가의 문제 뿐 아니라 회사가 은행에서 얼마의 금액을 차입할 수 있는가? 차입할 때에 이자율은 얼마인가? 은행에서 차입이 불가능한 경우에 다른 방식으로 자금을 조달할 방법은 없는가? 등의 끊임없는 질문으로 이어지고 다수의 질문에 대한 사실관계에 대한 기술적인 대답이 아니라 판단의 영역이다. 특히 해당 질문에 대한 대답은 그 정보가 신인의무자의 통제 하에 있고 따라서 일정부분 편향된 대답이 될 수 밖에 없다. 다른 예로 해당 기회가 회사의 영업 범위에 속하는가의 질문 역시 인식론적인 문제이다. 회사법에서 더 이상 정관에 회사권리능력을 제한하지 않기 때문에 어떠한 사업이든 회사의 사업의 범위가 될 수 있다. 이러한 문제는 법원이 회사 내부자보다 더 정확하게 판단하기 어렵다. 따라서 현대사회에서는 사실관계를 파악할 수

⁸⁷⁹ John Lowry & Rod Edmunds(2000), pp.123-124; John Lowry & Rod Edmunds(1998).

⁸⁸⁰ 이는 영국 신탁법에서도 해당 신탁재산의 실제 주인, 즉 형평법상 권리를 지닌 수익자가 승인한 경우에 해당 기회를 이용할 수 있었다.

⁸⁸¹ David Kershaw(2005b), p.620.

⁸⁸² Len Sealy(1984), p.39; David Kershaw(2005b), p.621.

⁸⁸³ Victor Brudney & Robert Clark(1981), pp.1020-1022.

있는 능력이 강화되었기 때문에 보다 융통성이 있는 규칙, 즉 완화된 충실의무 기준을 적용하자는 주장은 타당하지 않다.⁸⁸⁴

제 5 절 소결론

본 장에서는 이득토출책임의 의의 및 영국과 미국 각 법역에서 이득토출책임 적용 등을 살펴보았다. 이득토출책임은 신인관계의 성격으로 말미암아 엄격한 신인의무를 부과하는 만큼, 해당 의무를 위반하였을 때에 구제수단 역시 엄격한 책임을 부과하여야 한다는 근거에서 비롯되었다. 신인의무를 부과하는 단계에서만 엄격책임을 부과하고 이에 상응하는 구제수단을 적용하지 않으면 억지력이 발생하지 않을 것이기 때문이다.

기본적으로 영국과 미국 모두 충실의무 위반에 따른 위법행위를 억지하고, 예방하기 위해 신인의무자에게 이득토출책임을 부과하는 만큼 신인의무자에게 발생한 모든 이득을 박탈하여 토출하도록 하는 것이 원칙이다. 그러나 살펴본 바와 같이 인과관계 및 공제 등을 적용하여 개별 판례의 사실관계에 따라 공평하게 이득토출책임의 범위를 결정한다. 미국에서 이득토출책임 적용시 인과관계 및 공제에 대한 구체적인 논의는 적은 편이지만 영국보다 엄격성을 완화하여 충실의무를 적용하고 있다.

마지막으로 영국의 신탁법리를 영미 회사법에서 수용하였지만, 그 기준은 영국과 미국이 일부 상이함을 확인하였다. 해당 법리가 발전하는 과정에서 사회, 경제학적 요인으로 인하여 미국 회사법은 완화된 충실의무 기준을 적용하게 되었다. 또한 영국의 엄격한 충실의무에 대한 비판으로 기업가 정신 저해, 법원의 사실관계 파악 능력 향상 등에 대한 논의도 검토하였다. 본 논문은 이사의 충실의무 기준은 수탁자의 엄격책임에서 그 기준의 일부 수정이 필요하다는 입장에 동의하지만 영국의 엄격한 충실의무에 대한 비판을 검토한 결과 그 비판들이 타당한지는 의문이다.

⁸⁸⁴ David Kershaw(2005b), p.622.

제 4 장 영미 이득토출책임의 비교법적 특성

제 1 절 일본과의 비교

1. 일본 신탁법의 신인의무

가. 일본 신탁법의 충실의무

(1) 충실의무 및 이해상충금지 조항

신탁법은 영국의 형평법을 연원으로 하지만 영국의 신탁법은 법적 소유권(legal interest)과 형평법적 소유권(equitable interest)의 분리를 기초로 하기 때문에 대륙법 체계를 계수한 우리 법과 정합성을 찾기 어려운 측면들이 종종 발견된다. 따라서 우리에게 앞서 영미법의 신탁제도를 대륙법 체계에 맞추어 구성한 일본의 신탁법을 모델로 하여 신탁법을 제정하였다. 아래에서는 일본의 신탁법 도입에 대하여 개괄하고 수탁자의 충실의무 위반의 효력 및 주의의무와 충실의무의 관계에 대한 견해를 살펴보도록 하겠다.

1922년 제정된 일본 신탁법은 80년만에 다양한 논의를 거친 후 2006년 12월에 전면 개정하였다.⁸⁸⁵ 개정 전 일본 신탁법 역시 충실의무의 규정을 명시적으로 포함하고 있지 않았지만 일본 개정 전 신탁법 제 22조 제 1항에 1) 신탁재산의 고유재산화 금지, 2) 신탁재산에 대한 권리 취득 금지를 포함하고 있었고 상기의 조항이 충실의무의 존재를 전제로 하는 규정이라는 것이 일반적인 견해였다.⁸⁸⁶ 하지만 제 22조 행위가 이해상충금지 행위를 포괄하지 못한다는 점, 일반적인 근거 조항이 흠결하여 충실의무의 내용과 효과가 불명확하다는 점이 문제로 지적되었다.⁸⁸⁷ 따라서 개정 신탁법은 선관주의의무(제 29조)를 부과하는 동시에 일반적인 충실의무를(제 30조) 규정하고 있다.

제 30조는 “수탁자는 수익자를 위하여 충실히 신탁사무의 처리와 기타행위를 하여야 한다”고 규정하고 있다. 구체적인 충실의무 조항으로, 제 31조에서 이익상반행위를 제 1호 자기거래, 제 2호 신탁재산간 거래, 제 3호 간접거래(쌍방대리)로 나누어 금지하고, 제 32조에서 경합행위 금지를 정하고 있다.⁸⁸⁸ 제 30조 충실의무 조항은 제 31조와 제 32조의 이해상충 행위에 속하지 않는 경우에는 일반조항을 통하여 충실의무를 부과함을 명확하게 하였다.⁸⁸⁹

⁸⁸⁵ 1922년 입법 당시 일본 신탁법은 미국 캘리포니아 주의 신탁법 및 인도의 신탁법을 참조하는 과정 등 최종 입법과정에 대한 설명 및 당시 신탁법은 신탁의 실용적 측면에 초점을 두었다는 견해로는 Masayuki Tamaruya(2013), pp.97-114.

⁸⁸⁶ 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 277면.

⁸⁸⁷ 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 277면; Makoto Arai in in Lusina Ho & Rebecca Lee(2013).

⁸⁸⁸ 신탁법 해설(2012), 271면; 최수정(2007), 7-8면.

⁸⁸⁹ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), 35-44면, 일본 신탁법 개정 전에 법무부 자문기관인 법제 심의회가 2004년 9월 8일에 신탁법 재검토를 위한 신탁법 부회를 설치하였다. 2004년 10월 1일부터 재검토를 개시하여 심의를 진행하고 2005년 7월 14일에 개최한 신탁법 부회에서 심의 결과를 수렴하여 신탁법 개정 요강 방안을 공표한 이후 해당 문건을 통하여 학계 등의 의견을 구하기 위한 해당 자료를 작성하였다.

(2) 이익향수금지 조항

제 8 조에 수탁자는 “수익자로서 신탁의 이익을 향수하는 경우를 제외하고는 누구의 명의로든 신탁의 이익을 향수할 수 없다” 라고 하여 영미법의 이익향수금지 원칙에 해당하는 조항을 포함하고 있다. 다만 해당 조항이 선언적인 문구인지 실효성 있는 조항인지는 의문이다. 입법과정에서 부당한 이익을 취득하는 행위를 금지하는 규정을 신설할 것인지 논의되었으나 신탁재산에 손해가 없다면 금지할 필요가 없다는 이유로 별도의 규정을 두지 않았다고 설명하는 것으로⁸⁹⁰ 미루어 보아 제 8 조는 영미법의 이익향수금지 원칙을 전적으로 수용한 것은 아니라고 생각된다. 또한 뒤에서 살펴보겠지만 제 40 조 제 3 항의 구제수단을 적용하는 의무에 제 8 조를 포함하지 않고 있다.

(3) 충실의무 위반행위의 효력

개정 전 신탁법에서는 충실의무 위반행위의 효력에 대한 규정이 없었으나 개정 신탁법을 통하여 해당 행위를 임의 규정화하였다. 신탁행위에서 허용될 때, 수탁자의 승인, 신탁목적 달성을 위해 합리적으로 수익자의 이익을 해하지 않는 것이 명백할 때(제 31 조 제 2 항)는 이해상충거래를 허용하였다.

표 13.일본 신탁법상 충실의무 위반 효과⁸⁹¹

| 충실의무 위반 유형 | 규정 | 효력 |
|---|-----------------------|---|
| 자기거래 (신탁재산과 고유재산간의 거래) | 제 31 조 제 1 항 제 1 호 | 무효(제 31 조 제 4 항) 추인가능(제 31 조 제 5 항) |
| 신탁재산간 거래 (신탁재산 또는 그에 대한 권리를 다른 신탁재산에 귀속시키는 행위) | 제 31 조 제 1 항 제 2 호 | 무효(제 31 조 제 4 항) 추인가능(제 31 조 제 5 항) |
| 제 3 자 간 신탁재산을 위한 행위로 제 3 자의 대리인 역할 (쌍방 대리) | 제 31 조 제 1 항 제 3 호 | 1) 취소권 행사 가능, 선의, 중과실이 없는 경우 제 3 자 보호(제 31 조 제 7 항) ⁸⁹² 2) 무효(제 31 조 제 4 항), 추인가능(제 31 조 제 5 항) ⁸⁹³ |
| 간접거래 (고유채권 담보 목적으로 신탁재산의 제공 등 수탁자가 간접적 이익 취득 등) | 제 31 조 제 1 항 제 4 호 | 1) 취소권 행사 가능, 선의, 중과실이 없는 경우 제 3 자 보호(제 31 조 제 6 항) 2) 무효(제 31 조 제 4 항), 추인가능(제 31 조 제 5 항) |
| 경합행위 | 제 32 조 제 4 항 | 유효, 수익자가 개입권 행사 가능 (제 32 조 제 4 항) |

⁸⁹⁰ 신탁법 해설(2012), 271 면.

⁸⁹¹ 신탁법 해설(2012), 286 면; 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.44-49; 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 300 면; 최수정(2019a), 340-341 면 참고.

⁸⁹² 해당 이익충돌 행위가 취소권 행사가 가능하다는 견해로는 신탁법해설(2012), 286 면의 각주 267 참조.

⁸⁹³ 해당 이익충돌금지 행위가 무효라는 견해로는 최수정(2019), 340-341 면.

나. 주의의무와 충실의무의 관계

일본 신탁법 역시 주의의무와 충실의무의 관계에 대한 일치하는 견해에 이르지 못하고 있다. 일본 신탁법의 충실의무를 입법하에 앞서 회사법상 이사의 충실의무가 입법되어 있었기에 이사의 충실의무를 바탕으로 수탁자의 충실의무를 이해하려는 견해가 있는 반면, 신탁법상 원류인 영국 신탁법상 수탁자의 의무를 이해하고 수용하려는 견해도 존재하기 때문이다.⁸⁹⁴ 하지만 여전히 일본 신탁법은 충실의무와 주의의무의 경계가 모호하다는 것에 근거하여 충실의무를 주의의무의 일부로 보려는 관점이 우세하다. 즉 일본 민법상 위임계약에 적용하는 선관주의의무가 이미 존재하며 이 선관주의의무에는 충실의무를 포함하기 때문에 별도의 충실의무는 필요하지 않다는 견해이다.⁸⁹⁵ 혹은 충실의무는 개념적으로 선관주의의무의 포함된다고 보지만 선관주의 내에서도 별도로 취급할 근거가 있다고 보는 견해도 있다. 마코토 아라이(新井 誠)교수는 대표적으로 이 입장에 해당한다.⁸⁹⁶ 즉 이해상충금지나 이익향수금지 원칙을 수탁자의 충실의무의 특화된 의무로 보지만, 동시에 선관주의의무에 충실의무에 포함된다고 보지만, 이를 구분하는 실익은 의무 위반의 효과가 상이하다는 점을 들고 있다.⁸⁹⁷ 하지만 일본에서도 충실의무를 주의의무와 구분되는 의무로 파악하는 학자들이 늘어나고 있고 대표적으로 노우미 요시히사(善久能見) 교수는 충실의무는 주의의무와 구별되는 의무라고 본다.⁸⁹⁸

2. 일본 개정신탁법의 충실의무 구체수단

일본의 개정전 신탁법 제 27 조는 수탁자의 손실전보책임과 원상회복 책임만을 규정하고 있고 이익을 반환하는 규정을 포함하고 있지 않았다. 앞에서 설명한 바와 같이 2006 년 일본 신탁법 개정 당시에 충실의무 일반조항(제 30 조)을 신설함과 동시에 이득토출책임과 유사한 취지의 규정(제 40 조 제 3 항)을 도입하였다. 그 외에도 일본 신탁법에 수탁자의 경

⁸⁹⁴ 일본의 신인의무 범리의 발전에 대한 설명은 다음의 문헌 참고. 김정연(2016), 41-43 면. 특히 도가우치 히로토(道垣内弘人) 교수는 영국의 신인의무 범리를 일본에 어떻게 도입할 수 있는지에 대한 연구하고 신인관계의 가장 대표적인 수탁자의 경우 그 의무와 구체수단을 적용하는 방법에 대한 연구 문헌으로는 道垣内弘人(1996), pp.52-55. 우에다 준(植田 淳)교수는 영국의 원형적인 신인의무 범리에서는 주의의무는 신인의무에 포함되지 않고, 따라서 영국에서 충실의무 위반에 적용하는 구체수단인 이득토출책임을 주의의무에는 적용하지 않는다고 설명하는 문헌으로는 植田 淳(1997), pp.36-37. 일본에서 신탁법상 충실의무 조항은 복잡한 발전단계를 거쳐왔는데, 영미법상 충실의무가 보다 일반적 의무로 유동적인 개념으로 발전한 것과 달리 일본에서는 자기거래금지 등의 세부조항으로 발전하여 왔다. 2006 년 일본 신탁법 개정 당시 수탁자에게 일반적인 충실의무를 부과하였지만, 이 조항이 단지 상징적 의미의 조항으로 남을 것인지 실효성 있는 조항이 될지 여부는 불확실하다는 견해로는 Masayuki Tamaruya(2018), pp.2249-2250. 앞서 설명한 미국 Tamar Frankel 교수 등의 미국 학계에서 신인관계 및 신인의무에 대한 견해를 일본 학계에 소개 및 설명한 문헌으로는 樋口範雄(1999), p.25.

⁸⁹⁵ 이는 별도의 신탁법이 존재하지 않는 독일에서 독일 민법 제 667 조 제 2 항의 위임계약의 선관주의 의무를 신인의무의 기본적인 조항으로 파악하는 견해와 동일하다. 자세한 내용은 논문의 제 4 장 제 2 절 1 참고.

⁸⁹⁶ 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 279 면.

⁸⁹⁷ 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 279 면.

⁸⁹⁸ 노우미 요시히사(善久能見)는 일본 신탁법 대가 중 한 명이고 2006 년 일본 개정 신탁법을 제정할 때에 신탁법 부회 부회장을 맡았다. Yoshihisa Nomi in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp.429-432.

합행위에 대한 개입권 행사를 가능하게 하는 조항 및 수익자 취소권(제 27 조) 및 신탁재산의 귀속원칙(제 16 조 제 1 호) 등을 마련하고 있다. 아래에서는 일본 개정신탁법상 구체수단과 관련된 조항에 대하여 살펴보도록 하겠다.

가. 손실전보책임의 손실추정규정

2006 년 일본 개정신탁법 제 40 조 제 1 항에서 “수탁자는 (i) 신탁재산에 손실이 생긴 경우 당해 손실의 전보, (ii) 신탁재산에 변경이 생긴 경우 원상회복을 청구할 수 있다” 라고 규정하고 있고, 제 40 조 제 3 항은 충실의무 위반, 이익상반행위 금지 및 경합행위 금지 등을 위반한 행위를 한 경우 수탁자는, 당해 행위에 의해 수탁자 또는 그 이해관계인이 얻은 이익 금액과 동 금액의 손실을 신탁재산에 발생시킨 것으로 추정한다고 규정하고 있다.⁸⁹⁹

(1) 손실추정규정 입법 배경 및 당시 논의

아래에서는 일본의 신탁법 개정 당시 해당 조항을 도입의 근거와 배경을 파악하기 위하여 2006 년 일본 신탁법 개정 요강 시안 보충 설명(이하 “신탁법 보충설명”)을⁹⁰⁰ 살펴보도록 하겠다. 신탁법 보충설명에 따르면 신탁법이 영미법에 연원을 두고 있고 영미법상 수탁자가 신탁행위의 규정을 위반하여 신탁 재산을 처분하거나 이익을 향수하는 경우에 이득토출책임을 부과하고 이익을 신탁재산에 반환하여야 하는 규정은 영미 신탁법의 핵심 법리이므로 일본 신탁법 개정시 이익반환법리를 수용할 필요성 자체는 잘 인식하고 있었다. 다만 영미법의 이득토출책임에 해당하는 규정을 일본 신탁법에 어떻게 수용할 것인지에 대한 학자들의 견해가 아래와 같이 나뉘었다.⁹⁰¹

(가) 이득토출책임 도입에 소극적 입장

첫 번째 제안은 수탁자의 충실의무 위반이 있는 경우, 손해를 전보하는 것을 원칙으로 하되 손실 금액의 입증을 용이하게 하는 방안을 마련하여 수탁자의 충실의무를 준수하도록 하는 방법이다.⁹⁰² 이 입장은 충실의무 위반으로 인하여 수탁자가 이득을 취득하는 경우 해당 재산은 수탁자의 고유재산에 귀속되기 때문에 수익자가 손실을 입증하기 어렵고, 수탁자가 이득을 취득하는 경우에 수익자에게 손실이 발생할 개연성이 높다는 점에 초점을 두었다.⁹⁰³ 따라서 이득토출책임을 전적으로 도입하기보다는 기존의 다른 법령에서 활용하고 있던 손실 추정조항을 동일하게 도입하자는 주장하였다. 예를 들면 회사법 제 423 조 제 2 항, 특허법 제 102 조, 저작권법 제 114 조, 실용신안법 제 29 조 등에서 손해의 입증이 어려운 경우에 이익을 손해로 추정하는 조항들이 존재하였다. 따라서 위의 조항들과 취지가 유사한 신탁법의 충실의무 위반의 경우에도 이익을 손해액의 추정 규정하는 조항을 도입하자고 주장한 것이다.

⁸⁹⁹ 최수정(2007), 94 면; Yoshihisa Nomi in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp.437-438.

⁹⁰⁰ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), pp.46-87.

⁹⁰¹ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.46; 小野傑, 深山雅也(2007), p.191.

⁹⁰² 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.46-47.

⁹⁰³ 小野傑, 深山雅也(2007), p.190; 최수정(2007), 94 면.

(나) 이득토출책임 도입에 적극적 입장

두 번째 제안은⁹⁰⁴ 영미의 이득토출책임을 적극적으로 도입하여, 수탁자가 충실의무 위반 행위로 인하여 손실을 초과하는 이익이 발생하는 경우에는 수탁자가 해당 이익을 반환할 것을 의무화하는 방식이다. 이 입장에 따르면 영미법상 이득토출책임을 도입하고자 하였으나, 이득토출책임에 대한 근거는 기존의 민법의 법리, 예를 들면 부당이득법 혹은 준사무관리 법리 내에서 찾고자 하였다. 부당이득설에 의하면 손실을 요건으로 하는지 여부에 따라 이득토출책임의 취지를 살릴 수 있는 지 여부의 문제가 있다. 비록 최근 부당이득 법리의 논의에서 수익이 법률상의 원인없는 부당한 이득이기만 하면 되고 손실까지는 필요없다고 하는 견해가 있지만⁹⁰⁵ 부당이득 법리에서는 수탁자의 선의 여부 등에 반환범위가 상이할 수 있기에 부당이득설로 이득토출책임을 전적으로 설명하지는 못하였다. 준사무관리 책임을 신탁에 적용하면 수탁자가 자기의 이해관계를 도모한 위반행위로 이익을 얻은 경우에 해당 행위는 신탁을 위한 행위로 볼 수 있고 해당 이익은 신탁재산에 귀속된다. 하지만 수탁자가 신탁재산에 속하는 재산을 무단 사용하여 얻은 이익을 토출시키는 경우에 대하여 준사무관리가 적절한 법률구성이지만 단순히 신탁재산에 속한 정보를 이용하여 수탁자가 이익을 얻은 경우에는 준사무관리 설을 적용하기 어렵다고 보았다.⁹⁰⁶ 따라서 일본에서도 이득토출책임에 대한 논의를 거듭하면서 부당이득설 및 준사무관리설 중에 적절한 답을 찾지 못하였다.⁹⁰⁷

또한 이득토출책임을 지지하는 입장은 이득토출책임을 수용하더라도 추가적으로 수탁자가 수탁자의 지위를 남용하여 신탁행위로 정한 행위의 범위를 초과하여 신탁 재산을 사용하여 취득한 이익을 궁극적으로 누구에게 귀속시킬 것인지도 검토해야 한다고 보았다.⁹⁰⁸ 여기에는 신탁 제도에 내재하는 이익 배분 규칙을 어떻게 정할 것인가, 수탁자가 이익을 향수해서는 안된다는 부작위 의무를 수탁자의 채무로 구성할 것인지 등의 검토 등을 포함한다.

(다) 이득토출책임 도입에 대한 비판

만약 일본에서 논의 끝에 두 번째 입장을 따랐다면, 앞서 살펴본 영미법에 보다 유사한 방식으로 이득토출책임을 부과하는 규정이 탄생하였을 것이다. 그러나 두 번째 안은 입법 논의 중 다양한 비판에 직면하였다. 우선 수탁자에게 이득토출책임을 부과하면 수탁자의 행위를 필요 이상으로 위축시킨다는 우려가 있었다.⁹⁰⁹ 두 번째로 일본의 다른 법제와의 균형에 대한 지적이었다. 즉 신탁법이 다른 법제와의 균형을 유지하려면 만약 이득토출책임이 단지 신탁의 특수성에서 비롯된 목적, 즉 수탁자가 신탁재산으로부터 이익을 취득하지 못하게 하기 위한 목적보다는 억지나 예방 목적으로 이득토출책임을

⁹⁰⁴ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.47-48; 小野傑, 深山雅也(2007), p.192.

⁹⁰⁵ 이중기(2016), 314 면.

⁹⁰⁶ 이중기(2016), 314 면.

⁹⁰⁷ 우리 신탁법 개정시 동일한 논의는 본 논문의 제 5 장 제 2 절 2. 참조.

⁹⁰⁸ 독일 학자들의 논의와 유사하다. 본 논문의 제 4 장 제 2 절 5. 마. 참조.

⁹⁰⁹ 小野傑, 深山雅也(2007), p.191; 반면 해당 위축효과에 대한 주장은 어떠한 검증을 토대로 한 주장이 아니라는 비판 의견도 있다. 서종희(2019), 144 면에서 재인용.

부과하는 것이라면, 반드시 신탁에 대하여만 특별 책임을 부과할 근거가 있는지 의문이라는 견해도 있었다.⁹¹⁰

(2) 손실추정규정의 입법

살펴본 바와 같이 신탁법 부회의 심의와 학계 등의 의견의 수렴을 통하여 궁극적으로 개정 신탁법 제 40 조 제 3 항은 이득토출책임을 정면적으로 규정하는 입법을 보류하고 우회적으로 해결하는 손실추정규정의 입법을 마련하였다. 살펴본 바와 같이 이득토출책임을 적극적으로 수용하려는 의견에도 불구하고⁹¹¹ 이익에 기반한 구제수단이 일본에서 자리매김하고 있지 않았기 때문에 다른 제도와와의 정합성을 우려한 것이 손실추정규정 입법을 도입한 이유이다. 일본의 신탁법은 이득토출책임을 적극적 입장을 채택하지는 않았음에도 불구하고 입법 전후의 논의들을 살펴보면 해당 조항은 충실의무에 대하여는 영미법의 이득토출책임을 계수하려는 노력의 산물이라고 평가하고 있다.⁹¹²

표 14. 우리 신탁법 제 43 조 제 3 항과 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항의 비교

| | 신탁법(제 43 조 제 3 항) | 일본 신탁법(제 40 조 제 3 항) |
|--------|--|---|
| 조항 | 수탁자가 제 33 조부터 제 37 조까지의 규정에서 정한 의무를 위반한 경우에는 신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제 3 자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다. | 수탁자가 제 30 조, 제 31 조 제 1 항 및 제 2 항 또는 제 32 조 제 1 항 및 제 2 항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 수탁자는 당해 행위에 의해 수탁자 또는 그 이해관계인이 얻은 이익액과 동액의 손실을 신탁재산에 발생시킨 것으로 추정한다. |
| 적용 의무 | 제 33 조: 충실의무 제 34 조: 이익에 반하는 행위금지 제 35 조: 공평의무 제 36 조: 이익향수금지 제 37 조: 분별관리의무 | 제 30 조: 충실의무 제 31 조 제 1 항 및 제 2 항: 이익상반행위 제 32 조 제 1 항 및 제 2 항: 경합행위 * |
| 이익 취득자 | 수탁자 또는 제 3 자 | 수탁자 또는 그 이해관계인 |
| 책임 | 이득 전부를 신탁재산에 반환 | 이익액과 동액의 손실을 신탁재산에 발생시킨 것으로 추정 |

* 일본 신탁법의 이익의 손실추정규정은 제 8 조 이익향수금지 의무, 제 33 조 공평의무 및 제 34 조 분별관리의무에는 적용하지 않는다.

나. 신탁재산 귀속원칙

⁹¹⁰ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.48.

⁹¹¹ Minutes of the 17th Meeting (26, Oct. 2010) of the Judicial Committee.

<http://www.moj.go.jp/content/000058430.pdf> (최종 방문일: 2020.12.01)

⁹¹² 영미법에서 충실의무 위반에 의해 수탁자가 얻은 이득을 수탁자가 취득하는 것을 금지하고 이를 토출하여 신탁재산에 귀속시키는 이득토출책임을 충실의무의 제도적 담보인데 일본 신탁법도 이에 한 걸음 더 가까이 간 것으로 평가할 수 있다고 한다. 小野傑(2008), p.5

(1) 적용

이득토출책임을 직접적으로 수용하지 않은 대신에 이득토출책임과 관련된 상황에서 개정 신탁법 제 8 조와 제 16 조 제 1 호를 통하여 해결할 수 있다는 견해도 있다. 제 8 조는 수탁자는 수익자로서 신탁의 이익을 향수하는 경우를 제외하고는 어떠한 명의로든 신탁의 이익을 향수할 수 없다는 이익향수금지 원칙이고 제 16 조 제 1 항은 신탁의 재산의 범위 조항으로 신탁행위로 신탁재산에 속해야 할 것으로 정한 재산 외에도 신탁 재산에 속하는 재산의 관리, 처분, 멸망, 감소, 손실, 손상 기타의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다고 규정하고 있다.⁹¹³ 따라서 두 조항을 활용하여 이익향수금지 조항에도 불구하고 수탁자가 신탁재산으로부터 이득을 취득한 경우, 해당 이익은 신탁 재산에 귀속되어 신탁 재산으로 관리 할 것을 요구할 수 있다고 설명한다.⁹¹⁴ 예를 들어 수탁자가 신탁재산에 포함되어 있는 토지를 주차장으로 조성하여 제 3 자로부터 주차요금을 수령한 경우를 생각해 보자.⁹¹⁵ 일본신탁법의 제 40 조를 적용하지 않고도, 해당 사실관계에서는 신탁재산이라는 토지로부터 발생한 이익이므로 주차요금 이득은 수탁자의 주관적인 고의 여부와 무관하게 신탁재산 범위에 대한 규정에 따라 신탁재산에 귀속시킬 수 있다는 설명이다.⁹¹⁶

(2) 한계

위의 조항은 이득토출책임을 규정하지 않고도 신탁재산으로부터 취득한 이득을 신탁에 귀속시킬 수 있는 장점이 있지만, 신탁재산과 무관하게 수탁자가 이득을 취득한 경우에는 해당 조항으로 이득토출책임의 효과를 가져올 수 없다. 예를 들어 수탁자가 신탁업무를 처리하면서 제 3 자로부터 뇌물이나 리베이트를 수령한 경우에 제 15 조 제 1 항을 적용할 수 없다. 해당 뇌물이나 리베이트를 신탁재산으로부터 수탁자가 얻은 재산으로 보기는 어렵다. 따라서 위와 같은 사실관계에서는 제 40 조 제 3 항을 규정하지 않았다면 수익자는 수탁자가 취득한 뇌물이나 리베이트 상당액을 반환할 근거가 존재하지 않는다.⁹¹⁷ 뇌물과 리베이트와 같은 사실관계 외에도 영미법상 경업금지나 기회유용 행위의 경우에도 신탁재산귀속원칙으로는 이득토출책임의 효과를 거두기 어렵지만, 이는 다음에 설명할 경합행위 및 개입권에 대한 조항으로 별도로 규정하고 있다.

다. 개입권

(1) 경합행위와 개입권

제 40 조 3 항 외에 일본의 개정 신탁법 제 32 조 제 4 항에는 상법의 개입권과 유사한 조문이 존재한다.⁹¹⁸ 해당 제 32 조 제 1 항은 “수탁자는 수탁자로서 갖는 권한에 기해

⁹¹³ 우리 신탁법에서도 제 27 조 신탁재산의 범위에 신탁재산 귀속에 대한 동일한 내용을 담고 있다. 해당 조항을 그 자체를 구제수단의 일환으로 보려는 논의는 활발하지 않다.

⁹¹⁴ 앞에 이득토출책임의 근거에서 살펴본 영미법의 1 차적 귀속원칙과 동일한 설명이다. 본 논문의 제 3 장 제 2 절 1 나 참고.

⁹¹⁵ 小野傑, 深山雅也(2007), p.192.

⁹¹⁶ 小野傑, 深山雅也(2007), p.192.

⁹¹⁷ 小野傑, 深山雅也(2007), p.193.

⁹¹⁸ 이중기(2016), 336 면; 최수정(2019a), 356 면; 小野傑, 深山雅也(2007), p.188.

신탁사무의 처리로서 할 수 있는 행위로서 이것을 하지 않는 것이 수익자의 이익에 반하는 것에 대해서는 이를 고유재산 또는 수탁자의 이해관계인의 계산으로 해서는 안된다.” 라고 규정하고 제 32 조 제 4 항에서 제 1 항 및 제 2 항의 규정에 위반해 수탁자 제 1 항에 규정한 행위를 한 경우에는 수익자는 해당행위가 신탁재산을 위한 것으로 볼 수 있다. 단, 제 3 자의 권리를 해할 수는 없다.” 라고 규정하고 있다.

위 조항에 따르면 수탁자의 경합행위는 금지되며⁹¹⁹ 제 32 조 제 4 항에서 경합금지를 위반한 경우, 해당 위반행위는 수익자가 신탁을 위해 행위한 것으로 볼 수 있는 개입권 행사를 가능하게 하였다. 개입권을 행사하기 위해서 해당 거래가 유효한 것을 전제로 하고 수익자의 선택에 따라 경합금지에 대해서 수탁자는 해당 행위를 신탁 고유 재산 활동의 효과를 귀속시키는 개입권을 인정한다.⁹²⁰

(2) 개입권 성격 및 확장

제 32 조 제 1 항 역시 다른 충실의무 위반 행위와 함께 제 40 조 제 3 항의 손실추정규정을 적용하는 동시에 수탁자의 충실의무 위반 및 이해상충 행위와는 별개로 수탁자의 경합행위에 대하여 개입권을 행사하고 있다. 문제는 경합행위에 해당하는 범위에 대한 정의를 명확하게 알기 어려우며 경합행위에 대하여 동시에 개입권과 손실추정조항을 둔 근거를 알기 어렵다.

우선 신탁법 보충설명에서는 경합행위도 이익상반행위의 일종이지만, 효과를 차별화하기 위하여 별도의 규정을 두었다고 설명한다.⁹²¹ 또한 신탁법 보충설명에서는 경합행위에 해당하는 범위를 한정하기 위해 수익자의 이익을 희생하여 자신이나 제 3 자의 이익을 도모할 목적이라는 수탁자의 주관적 요건을 요구하였지만, 주관적인 요건의 입증 어렵기에, 경합여부 자체는 객관적 판단에 의하여 결정하기로 하였다. 그렇다면 그 외의 이익상반행위의 경우에 개입권을 준용할 수 있을까? 이는 향후 법원의 판단과 학설에 맡겨둔다고 설명하고 있다.⁹²²

개입권은 손실추정 요건이 없으므로 설령 경합행위로 인하여 신탁재산에 손실이 발생하지 않은 것을 입증할 수 있다고 하더라도 여전히 경합행위로 발생한 이익을 신탁재산을 위해 행한 것으로 볼 수 있다.⁹²³ 또한 신탁법 보충설명에 따르면 수익자가 개입권을 행사하는 경우 경합행위의 효과의 귀속 상대방이 신탁명의인인 수탁자이기 때문에⁹²⁴ 물권적 효력을 인정하고 있다.⁹²⁵ 다만 개입권을 행사하는 경우 제 3 자의 보호가 문제가 될 수 있기 때문에 제 32 조 제 4 항의 단서로 개입권 행사의 경우에도 제 3 자의 권리를 해할 수 없음을 명시하고 있다.

⁹¹⁹ 문헌에 따라 제 32 조 제 1 항을 경합행위로 해석하기도 하고 경합행위로 해석하기도 한다. 조문에서 “이것을 하지 않는 것이 수익자의 이익에 반하는 것에 대해서는 이를 고유재산 또는 수탁자의 이해관계인의 계산으로 해서는 안된다” 는 단순히 경합행위에 국한되지 않고, 기회유용이나 다른 이익충돌행위를 포함하므로 경합행위가 타당하다.

⁹²⁰ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.45.

⁹²¹ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.39.

⁹²² 寺本振透(2007), p.73, 최수정(2019a), 341 면.

⁹²³ 信託法改正要綱試案 補足説明, 2005, p.45.

⁹²⁴ 이중기 교수는 이러한 해석 가능성은 이익반환청구의 근거로서 이익억지설을 취하고 반환의 방법으로 개입권 행사를 인정하면서 개입의 효과를 물권적으로도 설명할 수 있는 근거가 된다는 의견이다. 이중기(2016), 336 면.

⁹²⁵ 信託法改正要綱試案 補足説明(2005), p.112; 최수정(2019a), 341 면.

표 15. 일본 신탁법상 개입권과 손실추정 규정 비교

| | | |
|--------------|---|--|
| | 일본 신탁법 제 32 조 제 4 항 개입권 | 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항 손실추정 조항 |
| 적용범위 | 제 32 조 제 1 항 경합행위 (단, 제 3 자 권한 해할 수 없음) | 수탁자의 충실의무 위반 제 30 조 충실의무 제 31 조 제 1 항 및 제 2 항 이익상반행위, 제 32 조 제 1 항 및 제 2 항 경합행위 |
| 행사대상 | 수탁자 | 수탁자 |
| 사법적 효력 /구제수단 | 경합행위: 유효 개입권 (물권적) 신탁재산에 귀속 | 사법적 효력: 충실의무 위반의 형태에 따라 상이 구제수단: 수탁자 또는 그 이해관계인이 얻은 이익액과 동액의 손실을 신탁재산에 발생시킨 것으로 추정 |
| 행사권자 | 수익자 | 위탁자, 위탁자의 상속인, 수익자, 다른 수탁자 |

라. 수익자 취소권

일본 신탁법 제 27 조은 수익자 취소권을 규정하여 수탁자의 권한 위반행위에 대한 수익자가 취소권을 행사할 수 있도록 하고 있다.⁹²⁶ 수탁자의 충실의무 위반은 수탁자의 권한 위반에 포함된다고 보는 것이 일반적인 견해일 것으로 추정된다. 따라서 일본 신탁법에서도 충실의무 위반에 대하여 일본 신탁법에서도 제 43 조 구제수단과 제 27 조 수익자 취소권을 모두 적용할 수 있다. 다만, 제 43 조와 비교하면 취소권행사는 상대방의 신탁재산 및 권한 외 행위 지득 요건을 만족한 경우에만 행사 가능하다.

또한 뒤에서 자세히 다룰 우리 신탁법의 수익자 취소권과 비교하면, 행사 가능 대상이 우리 신탁법과 상이하다. 영미법의 의제신탁과 추급권 법리를 변용수용하는 방식으로 우리 신탁법의 수익자 취소권의 행사 대상을 수탁자 뿐 아니라 수탁자의 상대방으로 확장한 데에 비하여 일본 신탁법의 수익자 취소권은 수탁자만을 행사 대상으로 하고 있다.

⁹²⁶ 이 조항은 2006 년 일본의 개정 신탁법 뿐 아니라 개정전 신탁법에서도 포함하고 있었다. 다만 일본 신탁법상 수익자 취소권을 처음 도입하던 당시의 초안은 본래 의제신탁 및 추급효를 규정하려고 하였는데 1918 년 당시 입법 초안은 다음과 같다. “수익자는 신탁 본지에 반하는 처분으로 인하여 신탁재산을 취득한 자에게 그 권리를 대항할 수 있다. 이 경우 신탁재산을 취득한자는 새로운 수탁자가 선임될 때까지 수탁자로서 재산을 관리하여야 한다. 전항의 규정은 신탁재산의 취득자가 과실 없이 신탁재산의 처분이 신탁의 본지에 반하는 것임을 알지 못한 경우에는 적용하지 않는다.” 하지만 1918 년 12 월 신탁법조사위원회는 위 조항을 “수탁자가 신탁의 본지에 반하여 신탁재산을 처분한 때에는 수익자는 상대방에 대하여 그 처분을 취소할 수 있다. 단 신탁의 등기 또는 등록이 있는 경우, 등기 또는 등록을 하여야 할 신탁재산에 관하여 상대방이 그 처분이 신탁의 본지에 반하는 것을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 때에 한정하여 취소할 수 있다.” 로 변경하였다. 즉 입법과정에서 취소권의 형태로 변경되었지만 그 변화의 경위 명확하게 알려져 있지 않다. 위법행위를 취소하는 입법이 민법체계와 조화된다고 보았을 것이라거나, 수탁자와 통모하여 신탁재산을 횡령하여는 자 혹은 부당히 신탁재산을 취득하려고 한 자를 (의제)수탁자로 보는 것은 정책적으로 바람직하지 않다고 생각하였을 것이라는 견해는 이연갑(2008), 950 면. (밑줄은 필자)

표 16. 일본 신탁법상 손실전보책임과 수익자취소권

| | 일본 신탁법 제 40 조 제 1 항 | 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항 | 일본 신탁법 제 27 조 |
|---------|---|---|--|
| 행사 요건 | 수탁자의 임무 해태 (충실의무 포함) | 수탁자의 충실의무 위반 제 30 조 충실의무 제 31 조 제 1 항 및 제 2 항 이익상반행위, 제 32 조 제 1 항 및 제 2 항 경합행위 | 수탁자의 권한 위반행위 상대방이 행위 당시 신탁재산에 대한 행위임을 안 경우 상대방이 해당 행위가 수탁자의 권한에 속하지 않음을 알거나 중대한 과실이 있는 경우 |
| 행사 대상 | 수탁자 | 수탁자 | 1. 상대방 2. 상대방 혹은 전득자 ⁹²⁷ |
| 효력/구제수단 | 구제수단: 1) 신탁재산의 손실 발생한 경우 손실의 전보 2) 신탁재산의 변경이 발생한 경우 원상회복 ⁹²⁸ | 효력: 충실의무 위반의 형태에 따라 상이 구제수단: 수탁자 또는 그 이해관계인이 얻은 이익액과 동액의 손실을 신탁재산에 발생시킨 것으로 추정 | 무효 |
| 행사권자 | 위탁자, 위탁자의 상속인, 수익자, 다른 수탁자 | 위탁자, 위탁자의 상속인, 수익자, 다른 수탁자 | 수익자 |

표 17. 일본 신탁법과 우리 신탁법 수익자 취소권 비교

| | 일본의 수익자 취소권 제 27 조 | 우리 수익자 취소권 제 75 조 |
|-------|--|---------------------|
| 행사 요건 | 수탁자의 권한 위반행위 | 신탁 목적 위반 |
| | 상대방이 행위 당시 신탁재산에 대한 행위임을 안 경우 | 신탁재산에 관한 법률행위 |
| | 상대방이 해당 행위가 수탁자의 권한에 속하지 않음을 알거나 중대한 과실이 있는 경우 | 상대방이나 전득자의 고의 및 중과실 |

⁹²⁷ 구 신탁법 제 31 조는 ‘수탁자가 신탁의 본지에 위반하여 처분한 때에는 수익자는 상대방 또는 전득자에 대하여 그 처분을 취소할 수 있었다.’ 로 대상이 수탁자가 아니라 상대방 또는 전득자로 하고 있다. 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 341 면. 개정 일본 신탁법 제 27 조는 “수탁자가 신탁재산을 위하여 한 행위가 그 권한 행위에 속하지 않은 경우, 다음에 모두 해당하는 경우 수익자는 당해 행위를 취소할 수 있다. 1. 당해 행위의 상대방이 행위 당시 그 행위가 신탁재산을 위해 행해졌다는 것을 안 때. 2. 당해 행위의 상대방이 행위 당시 그 행위가 수탁자의 권한에 속하지 않았음을 알았거나 알지 못함에 중대한 과실이 있는 때” 로 하고 있다. 개정 신탁법을 구 신탁법 과 동일하게 상대방과 전득자를 대상으로 할 것인지 아니면 상대방에 한정할 것인지 해석은 명확하지 않다.

⁹²⁸ 원상회복이 곤란한 경우, 과도한 비용이 드는 경우, 혹은 원상회복책임이 부적당한 사유가 있는 경우 제외한다.

| | | |
|---------|---------------------------------|---|
| 행사 대상 | 수탁자 수탁자 혹은 상대방 상대방 혹은 전득자 | 다수설: 수탁자 혹은 수탁자의 상대방 2 설: 상대방 혹은 전득자 |
| 효력/구제수단 | 무효 | 무효 물권적 효력 |
| 행사권자 | 수익자 | 수익자 |

3. 검토

일본 개정신탁법은 앞서 살펴본 손실추정규정 및 신탁재산 귀속원칙, 개입권, 수익자 취소권 등을 통하여 영미법의 이득토출책임과 유사한 구제수단을 마련하려고 노력하였다. 그렇다면, 일본 개정신탁법은 살펴본 구제수단을 통해, 애초에 해당 입법이 달성하고자 한 목표인 충실의무 위반 억지 목적을 달성하고 있는지 의문이며 아래에서는 이에 대한 비판을 살펴보겠다.

가. 손실추정규정 비판

(1) 사법 원칙으로서 이득토출책임

언급한 바와 같이 손실추정조항에 대하여 영미법을 계수하려는 노력의 산물이라는 긍정적인 평가도 있는 동시에 이득토출책임을 정면적으로 수용하고 있지 않기 때문에 입법 이후에 다양한 비판에 직면하게 되었다. 우선 이득토출책임은 손해배상과는 독자적인 구제수단이고 따라서 이득토출책임을 일반적인 사법원칙으로 수용하는 것이 타당하다.⁹²⁹ 따라서 이득토출책임을 일반적인 원칙으로 수립하고, 이를 수탁자에만 한정적으로 적용하는 것이 아니라 다른 신인의무자에게 확장 적용할 수 있는 방식으로 발전시키는 것이 타당하다.

일본에서 아직까지 신인의무에 따른 이득토출책임을 신인관계에 기인한 특별한 구제수단으로 인식하기 보다는 기존의 민법의 법리의 틀 안에 맞추려 하였고 신탁법에서 이득토출책임을 수용한 이후, 회사법 등의 다른 법제에 확장 적용하려는 시각을 갖기보다는 기존의 법제를 유지하는 전제하에 균형을 이루려고 한 한계가 있다.

(2) 손실추정 규정의 역할

두 번째로 해당 입법이 과연 이득토출책임의 역할을 할 수 있는지에 대한 비판이다. 입법 조항에 따르면 손해를 입증할 수 있는 경우에는 이 조항은 추정력이 깨져서 손실보전책임을 부과하게 된다. 독일의 논의에서도 살펴보겠지만⁹³⁰ 손해금액을 수익자가 입증하기 어렵기 때문에 수익자의 입증책임을 경감하여 이익을 손해로 추정하는 규정과 역지를 목적으로 하는 이득토출책임은 별개의 목적으로 하는 규정으로 구분하여야 한다. 손실 추정규정 입법 당시에 인용하였던 특허법, 저작권법, 혹은 실용신안법에서 손해입증이 어려운 경우에 이익을 손해로 추정하는 조항으로 전자에 해당하는 반면 수탁자의 이득토출책임은 후자의 대표적인 예이다. 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항은 손실 입증책임 경감조항으로 볼 것인지

⁹²⁹ 이중기(2016), 315-316 면.

⁹³⁰ 본 논문의 제 4 장 제 2 절 1 마 (4) André Janssen 교수의 주장 참조.

아니면 억지를 목적으로 하는 이득토출책임의 다른 표현으로 보아야 할 것인지 확실하지 않다.

(가) 입증책임 경감 역할

전자로 보는 입장에 따르면⁹³¹ 일본 신탁법은 영미식의 이득토출책임을 수용한 것이 아니고 손해의 입증을 통해서 이득이 손실로 추정되지 않는 여지를 두는 입법이다. 수탁자가 반증을 하지 않는 한 책임을 면할 수 없다는 문장은 다시 해석하면 수탁자가 반증을 할 수 있으면 책임을 면할 수 있기 때문이다. 따라서 만약 수탁자가 손해가 이익보다 더 작다고 입증하거나 혹은 손해가 전혀 없음을 반증하면 결국 본래 손해배상과 동일하게 적용하게 되어서 이득토출책임을 부정할 수 있게 된다.⁹³² 예를 들어 영미에서의 논의처럼 해당 뇌물이나 리베이트를 수령하여 신탁재산과 제 3자와의 거래에서 해당 금액만큼 신탁재산에 직접적인 손실이 발생하는 경우도 있지만 해당 뇌물이나 리베이트가 신탁재산에 전혀 손실이 발생하지 않는 경우도 가능하다. 만약 수탁자가 신탁재산에 손실이 발생하지 않은 것을 입증할 수 있는 경우에 손실추정규정의 추정력은 깨져서 뇌물이나 리베이트를 반환할 책임이 없는 경우가 생긴다.

(나) 이득토출책임 역할

반면 해당 조항이 영미식의 이득토출책임에 다가가는 조항이라는 입장은 수탁자가 신탁재산에 손해가 없음을 입증하기 책임을 면하기가 매우 어렵기 때문에 실질적으로 이득토출책임과 동일하다고 주장한다. 또한 당위적으로도 일본 신탁법의 도입취지를 고려하면 수익자가 충실의무 위반으로 인해 이득을 취득할 능력이 없다는 수탁자의 항변은 인정되어서는 안될 것이고 기타 다른 항변도 받아들여지기 어렵다고 설명하기도 한다.⁹³³ 그렇다면 위와 같은 입법 조항의 문구는 더 이해하기 어렵다. 애초에 항변을 허용하지 않을 취지라면 직접적으로 이득반환책임을 부과하지 않고 손실추정형식의 입법을 한 근거가 없기 때문이다.

나. 개입권과 손실추정규정

두 번째 비판은 앞서 설명한 개입권과의 손실추정과의 관계에 대한 논의이다. 신탁법은 경합행위에 대하여만 별도로 개입권을 마련하고 있는데, 경합행위를 포함한 충실의무 위반에 대하여 손실추정규정을 따로 두고 있다. 경합행위에 개입권을 행사할 수 있도록 조항을 마련하여 물권적 효력을 부과하는 것은 손실추정규정에 비하여 수익자 구제에 보다 적합한 것은 사실이다. 하지만 경합행위와 그 외 간접 거래 등의 충실의무 위반 행위를 명확하게 구분하기 어려우며, 다른 이해상충행위에 대하여는 제 40 조 제 3 항 조항에서 손실추정규정으로 두는 반면 유독 경합행위에 대하여 개입권의 행사와 손실추정규정을 동시에 적용하는 것이 적절한 지는 의문이다. 이 두 구제수단 모두 이득토출책임을 적용하고자 하였지만, 이를 직접적으로 도입하지 않는 대신, 우회적인 방식을 활용하여

⁹³¹ 일본 신탁법 제 40 조 제 3 항을 입증책임의 경감조항으로 이해하는 입장으로 田中和明(2009), p.11 서종희(2019), 142 면에서 재인용.

⁹³² Lusina Ho & Rebecca Lee(2013), p.272; 이중기(2016), 316 면.

⁹³³ 館見善久(2001). 서종희(2019), 145 면에서 재인용.

중복적인 입법을 하고 있다고 생각된다. 따라서 손실추정의 제한을 받지 않는 구제수단을 마련하고자 하였다면 경합행위에 제한하여 개입권을 인정하기 보다 충실의무 위반 전반에 이득토출책임을 인정하는 방법이 보다 타당하다고 생각한다.

다. 충실의무와 이익향수금지

일본 개정 신탁법 제 43 조 제 3 항이 적용되는 의무의 범위에 대한 의문점이 있다. 살펴본 바와 같이⁹³⁴ 해당 조항은 충실의무 위반(제 30 조), 이익상반행위금지 (제 31 조 1 항, 2 항)과 경합행위금지(제 32 조 1 항, 2 항)을 위반한 경우에 적용한다. 살펴본 바와 같이 이익향수금지원칙에 해당하는 조항이 일본 개정 신탁법 제 8 조에도 존재한다. 하지만 제 8 조 위반에는 제 43 조 제 3 항이 적용하지 않는 것을 이해하기 어렵다. 일본 신탁법은 궁극적으로 이해상충이 발생하지 않는 이익향수행위는 금지하지만 구제수단을 적용하지는 않는다는 의미로 파악하여야 하는 것인지 의문이다.

라 소결

우리의 신탁법은 일본의 신탁법을 모델로 하여 발전하였기 때문에 상당 부분 유사한 형태를 띤다. 다만 우리에게 앞서 신탁법을 개정한 일본의 충실의무에 대한 구제수단은 손실추정규정을 채택하였고 앞서 살펴본 바와 같이 손해를 입증할 수 없어서 이익을 손해로 추정하는 방식과 억지를 목적으로 하는 이득토출책임을 근본적으로 다른 사고를 기반으로 한다. 일본의 손실추정규정의 입법이 우리 신탁법이 그 보다 나아간 이득토출책임을 입법하는 데에 디딤돌의 역할을 한 측면이 있지만, 영미법상의 신인의무자의 의무 위반을 억지하는 데에 제대로 된 역할을 할 수 있는지는 의문이다.

제 2 절 다른 대륙법 국가들과의 비교

제 1 절에서는 우리 신탁법과 가장 유사한 일본의 충실의무와 이에 대한 구제수단에 대하여 살펴보았다. 제 2 절에서는 우리 민법의 기반이 된 독일과 그 외 대륙법 체계를 떠지만 영미법의 영향을 받은 국가의 충실의무 및 이득토출책임을 대한 논의를 살펴보려고 한다. 독일은 신탁법을 별도로 제정하고 있지 않고 우리 신탁법의 이득토출책임을 영미법을 수용한 결과이기 때문에 독일법에 대한 논의는 실익이 없다고 생각할 수도 있다. 하지만 독일에서 신탁법을 제정하지 않았다고 하여 영미법상 신인의무가 발생하는 상황이 독일에는 존재하지 않는다는 의미는 아니다. 또한 우리 민법 체계가 독일의 대륙법을 따르고 있는 만큼 신인의무와 유사한 상황이 발생할 때에 독일에서 어떠한 책임을 부과하고 어떠한 구제수단을 활용하고 있는지를 이해할 필요가 있다고 생각한다. 또한 기본적으로 대륙법의 영향 하에 있지만 정치적, 경제적, 지리적, 역사적 이유로 말미암아 영미법의 영향을 강하게 받은

⁹³⁴ 본 논문의 제 3 장 제 2 절 1 가 (3) 참조.

스코틀랜드, 루이지애나 주 및 남아프리카 공화국에서 충실의무 및 이득토출책임에 대한 논의 여부를 간단히 살펴보도록 하겠다.

1. 독일의 경우

가. 독일법의 신탁 계수

독일은 신탁법이라는 별도의 법 제도가 존재하지 않는다. 독일에서도 영미법의 신탁을 도입하자는 논의가 있었으나 독일 고유의 신탁법리에⁹³⁵ 의해서도 충분히 영미법의 신탁과 유사한 법적 효과를 얻을 수 있기 때문에 영미법의 신탁을 도입할 필요가 없다는 주장을 따르게 되었다.⁹³⁶ 영미법의 수탁자와 수익자의 관계가 강조되는 것과 달리 독일 신탁법리는 위탁자와 수탁자의 관계가 강조된다. 독일 신탁에서 신탁재산(Treuhandeigentum)의 소유권은 수탁자(Treuhänder)에게 완전히 이전되고 수탁자는 위탁자(Treugeber)와 합의(Treuhandvertrag)에 근거한 특별한 채권적 책임의 구속 하에 있게 된다. 이는 영미법에서 신탁이 성립된 후에는 위탁자보다는 수탁자와 수익자의 관계가 강조되는 것과 대조된다. 독일에서는 수탁자는 신탁재산의 소유자가 되고 수탁자가 위탁자와의 합의에 반하여 신탁재산을 제 3 자에게 처분하여도 무권리자의 처분이 아니고 채권적 효력은 외부관계에는 미치지 않는다. 신탁이라는 별개의 제도가 명시적으로 존재하지 않기 때문에 독일에서 신탁법리는 재산을 담보로 이전한 경우(Sicherungseigentum)나 개별 펀드 소유자를 위해 투자 자산을 운용하는 펀드 매니저의 경우에 대표적으로 적용된다.

나. 독일법의 신인의무와 이득토출책임

독일에도 주의의무(Sorgfaltspflicht)와 충실의무(Treupflicht)라는 용어가 존재하지만 두 용어를 포괄하는 신인의무라는 용어는 존재하지 않는다는 것이 일반적인 견해이다. 대륙법에서 신인의무에 대한 논의가 부족한 이유로는 다음과 같은 사항을 들 수 있다. 가장 기본적으로 신탁법을 입법으로 도입하지 않았기에 신인의무자의 대표적인 예인 수탁자의 의무에 대한 논의가 존재하지 않기 때문이다.⁹³⁷ 신인의무에 대한 논의는 대부분 상법상 이사의 의무나⁹³⁸ 민법의 위임과 관련된 내용이다. 또한 대륙법의 신인의무에 대한 논의가 파편화 된 이유로 민사법과 상사법이 명확하게 분리되어 있고, 영미법에서는 신인의무 위반에 따른 청구권으로 다를 문제 중 일부는 대륙법에서는 채권법에 근거하여 해결이 가능하기 때문에 신인의무의 필요성이 적은 점을 들고 있다. 또한 영미 계약법이 개인의 자율성을 강조하는 것에 비하여 대륙법에는 민법 자체에 선관주의의무는 부여하고 있는데

⁹³⁵ 독일의 신탁계수는 다음의 논문 참조. 이연갑(2010), 113-115 면.

⁹³⁶ 이연갑(2010), 113-115 면.

⁹³⁷ Martin Gelter & Geneviève Helleringer in in Evan Criddle et al.(2019); 또한 신탁이라는 제도 자체가 영미법에서 재산권이 법적 권리와 형평법적 권리에서 분화를 배경으로 한다. 대륙법에서는 동일한 재산의 분화가 존재하지 않지만, 법적 소유권과 경제적 소유권이 분리된 상황(Treuhandeigentum)에서 위탁자, 수탁자와 유사한 용어로 Treugeber, Treuhänder 라는 용어를 사용한다는 설명은 다음의 논문 참조. Hans Würdinger(1951), pp.31-40. 독일에서 Treugeber, Treuhänder 용례와 관련된 설명은 Marin Löhnig(2006), S.2 f.

⁹³⁸ Christoph Torwegge(2009), S.195 ff.

대륙법에서는 주의의무와 충실의무가 주의 의무와 구분되는 별도의 의무가 아니라 연속선상에 있다고 보는 관점으로 충실의무는 이미 대륙법에 내재되어 있다고 주장하는 견해가 존재하기 때문이다.⁹³⁹

충실의무에 대한 논의가 활발하지 않은 것 뿐 아니라 이득토출책임의 일반적인 원칙 역시 발견하기도 어렵다. 따라서 용어 자체도 정립된 것이 아니라 동일한 이득토출책임에 대한 논의를 하는 경우에도 학자별로 다른 용어를 사용하기도 하고 이득을 반환, 토출하는 책임일지라도 상황에 따라 용어를 달리 사용하기도 한다. 예를 들면 사법에서 토출할 이득을 확정시에는 ‘Gewinnherausgabe’ 용어를 주로 사용하고, 공법에서 국가가 이득을 환수하는 경우에는 ‘Gewinnabschöpfung’ 로, 이익에 기반한 책임을 통칭할 때에는 ‘Gewinnhaftung’ 으로, 이익을 재분배하는 개념으로 ‘Gewinnausgleich’ 용어로 각각 표현한다.⁹⁴⁰ 사건으로는 Gewinnherausgabe 가 본 논문에서 언급하는 이득토출책임과 가장 유사한 용어라고 생각한다. 아래에서는 독일법에서 이익에 기반한 구제수단을 적용하는 경우를 먼저 소개하고 그 후에 신인의무 중 구체적 사례에 개입권 등과 같이 이득토출책임과 유사한 효과를 가져오는 경우를 소개하도록 하겠다

다. 독일법에서 이득토출책임 적용 유형

독일에서 이익에 기반한 구제수단을 적용한다고 할 수 있는 경우는 1) 침해자의 ‘고의’ 에 의해 이득토출책임을 정당화 하는 경우 2) 침해된 ‘법적 의무의 성격’ ” 이득토출책임이 발생하는 경우와 3) 손해에 대한 포괄적인 배상방식으로 이득토출책임을 인정하는 경우로 구분한다.⁹⁴¹

첫 번째, 의도적인 침해자(위법행위자)가 고의로 사전에 계획하여 침해 행위를 하였는데, 일반적인 손해배상책임으로는 배상이 가능하지 않는 경우이다. 독일민법 제 687조 제 2 항의 준사무관리가 대표적인데, 해당 조문은 타인의 사무로 자신이 권한이 없다는 것을 알면서도 자신의 이익을 위하여 관리한 경우에 사무관리에서와 같은 의무를 본인에게 지도록 하고

⁹³⁹ 반면 독일에서 충실의무가 선관주의의무보다 엄격한 의무라고 주장하는 견해로는 Holger Fleischer(2005), p.384.

⁹⁴⁰ 본 논문은 Gewinnherausgabe 는 영미법상 disgorgement of profits 으로, Gewinnanschöpfung 은 forfeiture 로, Gewinnhaftung 은 gain-based liability 혹은 gain-based damages 로, Gewinnausgleich 는 gain-based agreement 에 대응된다고 생각한다.

⁹⁴¹ Tobias Helms in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp.219-227; Konrad Rusch(2003), S.242-251; Francesco Giglio(2004), pp.108-115.

있다.⁹⁴² ⁹⁴³ 준 사무관리는 기본적으로 사무처리 의무가 없을 때에 부담하는 것이므로 독일법에서는 고의적 “계약위반”의 경우는 고의에 의한 이득토출책임에 포함하지 않는다. 현재 법원은 모든 권리 침해의 경우에 이득토출책임을 부과하는 것은 아니고 제한적으로 적용하지만 구체적인 규칙은 아직 정립되지 않아서 규칙의 정립을 요한다.⁹⁴⁴

두 번째, 침해된 법적 의무의 성격상 이득토출책임이 발생하는 경우의 대표적인 예가 신인의무 위반과 관련된 상황이다. 영국에서 신인의무 위반에 해당하는 사례와 유사한 상황에서 독일에서도 이득토출책임의 효과가 발생하도록 한 판례가 존재한다. 예를 들면 제 3자로부터 뇌물 수령 행위,⁹⁴⁵ 본인과 경합행위,⁹⁴⁶ 특정관계에서 재산이나 자원 등을 자신의 목적을 위해 사용하는 경우가 이에 해당한다.⁹⁴⁷ 단 이 사례들은 개별적인 판례를 통해 발전한 것이라는 한계가 있고 과연 해당 판례가 진정한 의미의 이득토출책임인지 여부 및 판례에서 책임을 부과한 법리가 무엇인지에 대한 논의가 지속적으로 이루어지고 있다. 해당 논의는 개별 학자들의 견해를 통해 소개하도록 하겠다.⁹⁴⁸

마지막으로 손해배상이 적절한 배상이 되지 않는 경우에 손해배상의 특별한 형태로 이득을 손해로 간주하는 방식으로 이득토출책임을 부과하기도 한다. 여기에 해당하는 가장 대표적인 경우는 지적재산권 침해의 경우이다.

라. 신인의무 위반과 구제수단

언급한 바와 같이 독일법에서는 신탁법이 입법으로 도입하지 않고 신인의무의 일반적인 원칙에 대한 논의도 이루어지지 않고 있다. 따라서 아래에서는 독일법상 영미법의 신인의무자에 해당하는 자 혹은 신인관계와 유사한 관계에서 이득토출책임과 유사한 효력을 발휘하는 구제수단을 인정한 사례를 살펴보고 하겠다.

⁹⁴² 독일민법의 제 687(2)조 원문과 영문 번역은 다음과 같다. BGB 687(2) Unechte Geschäftsführung: Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den § 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet. (If a person treats the business of another person as his own although he knows that he is not entitled to do so, then the principal can assert claims resulting from sections 677, 678, 681 and 682. If he asserts them, then he is under a duty to the voluntary agent under section 684 (1).) https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3115 [최종 검색일: 2020.12.14]

⁹⁴³ 본 논문의 제 5 장 제 2 절 2. 나 에서 상술하겠지만 우리 신탁법에서도 도입한 이득토출책임을 준사무관리 법리로 설명하려는 시도가 있지만 준사무관리는 사무처리 의무가 없을 것을 요건으로 하는 반면 수탁자는 언제나 충실의무 및 신탁을 처리할 의무가 있기 때문에 해당 법리로 신인의무의 이득토출책임을 설명할 수 없다고 결론 내렸다. 다만 준사무관리는 구제수단의 측면, 즉 해당 이익을 반환한다는 측면에서 수탁자의 이득반환책임과 유사한 측면이 있다.

⁹⁴⁴ Tobias Helms in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p.222; Tobias Helms(2007), S.156 ff., S.369.

⁹⁴⁵ Reichsgerichts in Zivilsachen 99, 31; BGHZ 38, 171; BGH Wertpapier-Mitteilungen(WM) 1992, 879 ff.; BGH NJW-RR 1987, 1380.

⁹⁴⁶ RGZ 45, 31; BGH WM 1957, 1128; BGH WM 1976, 77; BGH WM 1977, 194; BGHZ 38, 306; BGHZ 80, 69, 74; BGHZ 89 162. 171.

⁹⁴⁷ BGH WM 1967, 679; BGH WM 1979, 1328, 1330; BGH WM 1971 412, 414; Holger Fleischer(2003b), 985-996; Holger Fleischer(2003a), 1045.

⁹⁴⁸ 독일 학계에서 이득토출책임에 대한 논의는 본 논문의 제 4 장 제 2 절 1. 마 참고.

(1) 경업금지와 개입권(Eintrittrecht)

(가) 독일 상법의 경업금지와 개입권

독일법에서 충실의무 위반과 관련하여 이득토출책임의 효력에 대한 명시적인 규정은 경업금지행위(Wettbewerbsverbote)에 대한 개입권 조항 뿐이다.⁹⁴⁹ 독일 상법 제 61 조 제 1 항은 상업 사용인(Handlungsgehilfe)에 대한 개입권 조항,⁹⁵⁰ 독일유한회사법 제 113 조 제 1 항의 개입권 조항⁹⁵¹ 및 독일 주식회사법 제 88 조 제 2 항의 주식회사의 이사의 경업행위에 대하여 개입권을 규정하고 있다.⁹⁵² 위의 조항들은 이득토출책임이라는 문구를 사용하지 않고 시효의 적용을 받지만 해당 이익을 회사에 반환한다는 의미에서 이득토출책임과 유사한 효력이 있다.

상법에 경업 행위를 금지하는 규정을 둔 이유는 분명 해당 행위가 이익충돌을 규제할 필요가 있다고 보았기 때문일 텐데 경업금지에 대한 조항만을 포함하고 다른 형태의 이익충돌 행위 혹은 일반적인 충실의무 조항을 포함하지 않은 까닭을 파악하기 어렵다. 다른 충실의무 위반에 비해 경업행위를 보다 엄격하게 규제하여야 한다고 파악하였던 것인지 아니면 이익충돌금지와 같은 추상적인 원칙은 실효성이 없기 때문에 명백하게 구분할 수 있는 행위가 있는 경우에 한정하여 입법조항을 마련하였다고 볼 수도 있을 것이다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 대륙법에서는 주의의무와 충실의무를 명백하게 구분하고 있지 않기 때문에 주의의무로 이익충돌 행위를 일부 규제할 수 있다고 보고 원칙적인 충실의무를 규정하지 않았으며 세부적인 규정 역시 이익충돌이 발생하는 모든 상황을 상정하고 입법하였다고 보다 문제가 되는 상황부터 조항을 마련하였을 것이라고 추정한다.

(나) 경업금지 조항의 확장: 기회유용 금지

앞서 언급한 바와 같이 독일 회사법의 이익충돌과 관련된 명시적인 규정은 경업행위에만 존재한다. 만약 경업행위 금지를 충실의무 위반의 구체화한 규정으로 이해하면, 경업행위 외에 회사기회유용금지(Geschäftchancenlehre)와 같은 충실의무의 다른 세부 규정에도 해당 조항을 유추적용하는 것이 가능한가? 경업행위와 회사의 기회유용은 별개의 개념이라고 보는 견해도 있지만 경업금지에 대한 규정을 회사기회 유용판례에 유추적용한

⁹⁴⁹ 독일 상법(Handelsgesetzbuch, 이하 “HGB”)과 주식회사법(Aktiengesellschaft, 이하 “AktG”)에서 경업금지 위반에 대한 개입권 행사 조항은 HGB 61(1); HGB 113(1); AktG 88(2). 경업금지에 대한 개입권에 대한 설명은 다음의 논문을 참고. Tobias Helms in Ewoud Hondius & André Janssen(2015); Konrad Rusch(2003), S.218-227; Tobias Helms(2007), S.395-457; Jan Lieder(2014), p.223

⁹⁵⁰ 상업사용인이 해당 경업금지 의무(제 60 조)를 위반한 경우에 본인(Prinzipal)은 손해배상을 청구할 수 있고, 본인이 상업사용인의 거래를 상업사용인 자신의 계산으로 한 경우에는 이를 본인의 계산으로 한 것으로 볼 수 있다고(HGB 제 61 조 제 1 항) 개입권을 규정하고 있다.

⁹⁵¹ 조합원(Gesellschafter)이 조합(Gesellschaft)의 경업금지 의무(제 112 조)를 위반하는 경우의 개입권 조항은 HGB 제 113 조 제 1 항.

⁹⁵² 주식회사의 이사회 구성원이 경업금지 의무를 위반하는 경우의 개입권 조항은 AktG 제 88 조 제 2 항. 이사가 경업금지를 위반한 경우에는 회사는 손해배상을 청구할 수 있다. 회사는 이에 대신하여 이사가 자신의 계산으로 한 거래를 회사의 계산으로 한 것으로 보거나 타인의 계산으로 한 거래로 인하여 받은 보수를 인도하거나 그의 보수청구권을 양도할 것을 청구할 수 있다. 이형규 역(2014), 104-105 면

판례들이 존재한다.⁹⁵³ 반면, 회사의 기회유용을 금지한 판례는 경업금지 조항의 적용이 아니고 독일 상법에 규정되어 있지는 않지만(uncodified), 강학상 존재하는 일반적인 충실의무를 적용한 것이라는 견해도 있다.⁹⁵⁴ 즉 경업금지 조항을 유추 적용하는 방법을 채택하든지 아니면 독일 회사법에 내재되어 있던 충실의무의 발현으로 보든지 독일에 성문법으로 존재하지는 않지만 회사기회유용금지 법리는 존재한다는 것이 일반적인 견해이다.

또한 독일 회사지배구조 모범규준(Deutsche Corporate Governance Kodex)에 따르면⁹⁵⁵ 집행이사는 회사의 최선의 이해관계를 준수하여야 한다. 해당 기준에서는 이사회 결의시 개인적인 이익을 추구하여서는 안되며 기업에 귀속하는 사업기회를 자신을 위하여 사용하여서는 안된다고 하여 회사기회유용 금지를 명시하고 있다.⁹⁵⁶ 해당 기준은 자율규범이기에 강제성은 없지만 독일에서도 이사의 경업행위 외에도 충실의무 위반에 해당하는 행위를 규제할 필요성을 인식하고 있음을 함의한다. 회사 기회 유용에 대한 판례는 회사가 협상중인 토지를 매수한 사건,⁹⁵⁷ 회사의 부동산 권리를 유용한 사건,⁹⁵⁸ 유한책임회사의 업무집행자가 가족들과 함께 회사의 지배권을 보유하고 있었는데 경업 회사의 지배주주권을 매입하려고 한 사안 등⁹⁵⁹ 다양한 사실관계의 판례가 존재한다.

한 가지 추가로 언급하고 싶은 점은 독일의 판례는 회사의 기회를 유용하는 것을 전적으로 금지하는 방식이 아니라 회사의 사업범위에 속하는 거래, 영업 또는 회사가 구체적인 이익을 가진 거래, 영업은 회사의 이익을 위해 이용되어야 한다는 식의 미국의 사업범위 기준의 영향을 받은 것으로 파악된다.⁹⁶⁰

다수의 판례에서 집행이사의 회사기회유용에 대하여 책임을 부과하는 판례가 있지만 의무 위반으로 판시한 경우에도 그 가능한 구제수단의 범위를 파악하기 어렵다. 판례에 따라 회사가 손해배상을 청구하거나, 기회를 유용한 자의 고용계약을 해지하기도 하고 일부 판례에서 개입권과 유사한 결과를 인정한 바가 있다.⁹⁶¹ 예를 들어 토지 매입과 관련된 사안에서 업무집행사원이 회사를 대리하여 토지 구매 협상 중에 자신의 계산으로 토지를 매입한 사안에서 업무집행사원이 회사로부터 매매대금을 지급받고 토지를 회사에 반환하도록 판시하였다. 이는 토지가 회사의 계산으로 한 것처럼 양도하였다는 측면에서 개입권의 성격을 띄지만, 동시에 회사로부터 매매대금을 수령하였다는 측면에서는 원상회복청구권의 성격을 띄는 듯하다. 하지만 위의 판례를 통해, 이사가 회사의

⁹⁵³ 천경훈(2016), 65 면, 67-68 면; BGH 8.5. 196, AG 1967, 327; Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017b), p.32.

⁹⁵⁴ Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017b), p.32-33.

⁹⁵⁵ 2002년에 처음 발표된 이후 2019년 12월에 최근 판이 발표되었다. Deutsche Corporate Governance Kodex(German Corporate Governance Code), E. Conflicts of Interest, Principle 19. p.13. https://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/en/download/code/191216_German_Corporate_Governance_Co_de.pdf [최종 검색일: 2020.12.21] 다수의 논문에서 언급되고 있는 2002년에 공표된 코드에서는 4.3.1. 경업금지, 4.3.3 조항이 회사기회유용금지 조항이다.

⁹⁵⁶ 천경훈(2016), 63 면.

⁹⁵⁷ BGH, Urteil vom 08.05. 1989- II ZR 229/88 (NJW 1989, 2687); 천경훈(2016), 66 면.

⁹⁵⁸ BGH, Urteil vom 23. 09.1985-II ZR 257/84 (NJW 1986. 584); 천경훈(2016), 68 면.

⁹⁵⁹ BGH 16.2. 1981, BGHZ 80, 69; Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017b), p.34 다만 회사의 기회유용이나 충실의무 위반이라고 판시하지 않고 위와 같은 행위를 금지한다고 판시한다.

⁹⁶⁰ 천경훈(2016), 70 면.

⁹⁶¹ BGH, Urteil vom 08.05. 1989- II ZR 229/88 (NJW 1989, 2687); 천경훈(2016), 73 면.

기회유용한 경우에도 일반적인 원칙으로 개입권을 인정하여 이득토출책임과 같은 효력을 부과한다고 보기는 어렵다.⁹⁶²

(2) 위임계약과 이익반환의무(Herausgabepflicht)

위의 논의가 경업금지 조항을 활용하여 보다 일반적인 이익충돌의 상황으로 그 적용범위를 확대하려는 시도라면, 독일법상 신인의무 위반에 대한 이득토출책임을 위임관계에서 발견할 수 있다는 견해도 있다.⁹⁶³ 즉 명시적 수탁자가 존재하지 않는 독일에서 영미법상 수탁자와 수익자의 신인관계와 가장 유사한 관계는 위임인과 수임인 관계라고 보는 것이다. 위임의 경우에 독일 민법 제 667 조에 따라 수임인의 반환 의무(Herausgabepflicht)를 적용한다.⁹⁶⁴ 해당 조항은 “수임인(Beauftragte, mandatary)이 거래를 이행하기 위해 수령한 것과 위임 업무를 이행하는 과정에서 취득한 이익을 위임인(Auftraggeber, mandator)에게 반환할 의무를 진다”고 규정한다. 해당 조항에서 ‘거래를 이행하기 위해 수령한 것과 위임 업무를 이행하는 과정에서 취득한 이익’의 범위에 대한 해석은 일치하지는 않는다. 판례 및 학계의 다수 의견은 수임인이 취득한 모든 이익은 위임행위와 관련하여 수령한 이익으로 보고, 여기에는 수임인이 취득한 뇌물도 포함된다고 보는 입장이다.⁹⁶⁵ 다만 해당 조항의 성격상 여전히 논란의 소지가 있다. 따라서 해당 조항이 이득토출책임과 동일한 역할을 할 수 있는지 여부는 독일 학자들의 견해에서 살펴보겠다.⁹⁶⁶

마. 독일 학계의 이득토출책임 견해

아래에서는 독일학자들의 이득토출책임에 대한 견해를 소개하도록 하겠다. 특히 Konrad Rusch 박사와 Tobias Helms 교수의 논의는 앞서 언급한 위임법리에서 이익반환의무를 부과한 판례에서 독일의 이득토출책임을 발견하고자 한다. Martin Lönig 교수는 이익충돌에 대하여 집중적으로 연구하면서, 그 구제수단의 일환으로 이득토출책임에 대한 논의를 포함하고 있다. André Janssen 교수는 독일에서 이득토출책임과 법경제학적 타당성에 대한 논의를, Kristine

⁹⁶² 천경훈(2016), 73-74 면.

⁹⁶³ 해당 조항이 일반적인 신인의무에 대한 조항이 될 수 있는지는 의문이다. 우리 민법 제 684 조 수임인의 취득물 등의 인도, 이전 의무 존재 조항에도 “수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 한다. 수임인이 위임을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리는 위임인에게 이전하여야 한다.”는 조항이 존재한다. 우리 법에 민법에도 해당 조항이 있지만, 해당 조항이 수탁자의 이득토출책임을 포함한다고 보기는 곤란하기 때문이다. 충실의무법리를 위임법리에 접목할 수 있는지에 대한 논의는 다음의 문헌 참조. 이중기(2016), 76-89 면.

⁹⁶⁴ 독일 민법의 제 667 조 원문과 영문은 다음과 같다. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. (The mandatary is obliged to return to the mandator everything he receives to perform the mandate and what he obtains from carrying out the transaction.) https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2919 [최종 검색일: 2020.12.14] 본 논문은 독일 민법 제 667 조 제 2 항만을 지칭할 때에는 이익반환의무라고 표현하였다.

⁹⁶⁵ Francesco Giglio(2004), pp.108-115.

⁹⁶⁶ Konrad Rusch(2003), S.242 ff.; Holger Fleischer(2003a),1045 ff.; Klaus Hopt(2004), 48-49; Tobias Helms(2007), S.369 ff., S.472 ff. Tobias Helms in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp.219-223.

Boosfeld 박사와 Benjamin Raue 교수는 이익배분에 대한 논의를 전개하고 있다. 아래에서 각각을 살펴보겠다.

(1) Konrad Rusch 의 견해

Konrad Rusch 박사는 독일법에서 이득토출책임에 대한 일반적인 원칙이 존재하지 않지만 개별 조항에서 이득토출책임의 요소들을 부분적으로 발견할 수 있다고 설명한다.⁹⁶⁷ 앞서 언급한 독일 민법 제 667 조 제 2 항의 수임인의 이익반환의무(Herausgabepflicht) 뿐 아니라 독일 상법 제 384 조 제 2 항⁹⁶⁸ 상업 대리인(Kommissionär)의 본인(Komittent)에 대한 개입권 역시 유사하게 이익반환의무가 적용됨을 근거로 하여 독일법에 이득토출책임과 유사한 법리가 존재한다는 견해이다.

(가) 민법상 이익반환책임의 범위와 확장 적용

Konrad Rusch 박사는 민법 제 667 조 제 2 항과 상법 제 384 조 제 2 항에서 이익반환의무(Gewinnhaftung)는 “위임의 과정에서” 혹은 “위임 때문에” 발생한 모든 이익을 반환하는 것인데, 위임과 직접적으로 관련이 없는 경우, 예를 들어 우연히 취득한 이익의 경우에도(bei Gelegenheit erworben) 이익반환의무에 포함할 수 있는지는 의문을 제기한다. 예를 들어 위임업무를 이행하는 과정에서 수임인, 대리인에게 발생한 사업기회를 개인적으로 사용한 경우, 제 3 자로부터 해당 위임업무를 이행하는 과정에서 뇌물을 수령한 경우이다. 독일 대법원은 민법 667 조는 타인의 사무처리자는 고객의 공평성을 저해하는 어떠한 이득도 취득해서는 안된다는 사고에 기반한다고 판시한다.⁹⁶⁹ 따라서 해당 조항의 문헌적 해석보다 목적론적 해석에 따르면 제 667 조 이익반환의무는 다른 사업기회나 뇌물로 인한 이익을 포함할 수 있다고 설명하고 있다.⁹⁷⁰

(나) 이익반환의무과 이익향수금지 원칙

Konrad Rusch 박사는 제 667 조에 의해 일부 뇌물이나 기회유용의 경우를 포함할 수 있지만 영미법상 이익향수금지 원칙과 일치하는 것으로 보아 광범위하게 해석하는 것은 무리가 있다고 본다.⁹⁷¹ 오히려 독일 민법 제 667 조에서는 이익향수금지 보다는 수임인이 위임인인 본인의 “이해관계를 간과하여” 이익을 향수하는 데에 방점이 찍힌다고 본다. 따라서 위임인이 이익을 향수하더라도 이해관계를 간과하지 않으면 책임이 발생하지 않는다. 독일 연방법원의 판례 중에 세무 자문가가 고객에게 부동산 매입 자문하는 동시에 해당 거래의 매도자의 다른 매도 거래를 자문하고 커미션을 수령하는 판례에서는 이익반환의무를 인정할 바 있다.⁹⁷² 제 667 조 이익반환의무를 적용하는 경우에는 커미션 수령과 업무간

⁹⁶⁷ Konrad Rusch(2003), S.202 ff.

⁹⁶⁸ 독일상법의 제 384 조 원문과 영문번역은 다음과 같다. HGB 384, Er hat „dem Komittenten ... dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. (He has "to give the principal ... what he has obtained from doing business.)

⁹⁶⁹ BGHZ 39, 1, 4.

⁹⁷⁰ Rusch 교수 독일 민법에서 이익반환의무의 정당성에 대한 구체적인 논의가 없다고 비판한다. Konrad Rusch(2003), S.203.

⁹⁷¹ Konrad Rusch(2003), S.204.

⁹⁷² BGH NJW-RR 1987, 1380.

직접적인 내부적 관계(unmittelbare innere Zusammenhang)을 요건으로 하는데 이 사실관계에서는 커미션때문에 원고의 이해관계만을 위하여 투자자문을 이행할 수 없다고 판단하였기 때문에 해당 요건을 만족하였다고 본다.⁹⁷³ 역으로 생각하면, 뇌물이나 커미션을 수령하더라도 이해관계와 무관하다고 판단하는 경우에는 해당 이익을 반환할 책임이 없다는 해석이 가능하기 때문에 이익향수금지 원칙으로 해석하기 어렵다는 것이다.

계약법에서 신인의무가 인정되면, 수임인은 자신의 능력 범위 내에서 고객의 이해관계를 보호할 의무를 부담하지만⁹⁷⁴ 언급한 바와 같이 독일에서는 추상적이고 포괄적인 충실의무에 대한 논의가 제대로 이루어지지 않기 때문에 위의 판례가 충실의무 위반에 의해 커미션을 반환한 것인지 명확하지 않다.⁹⁷⁵

Konrad Rusch 박사는 고객이나 수익자의 이해관계의 범위를 결정하는 것도 난제라고 지적한다. 계약에 명시되어 있으면 계약상의 기준을 따르고, 계약에 명시되어 있지 않은 경우에는 고객의 사업 범위를 고려한 객관적인 기준을 따른다고 설명한다. 실제로 이익충돌이 발생하지 않는 경우에는 제 667 조에 따른 이익반환책임을 지지 않는다. 또한 계약으로 특정 행위를 위임하였는데, 해당 행위가 이익충돌을 피할 수 없는 경우에는 정황에 따라 수임인의 고객의 이해관계보호 의무는 수정하거나 고객으로부터 이익충돌 책임을 면제받을 수도 있다고 설명한다.⁹⁷⁶

(다) 이익반환의무의 범위

제 667 조 이익반환책임의 적용범위는 독일 민법 제 675 조(준사무관리)와 제 662 조(위임관계)를 기초로 하지만, 민법 제 713 조에 따르면 민법상 조합(GbR), 상법 105 조 제 3 항, 161 조 제 2 항에 따르면 합명회사(Offene Handelsgesellschaft)와 유한책임조합(Kommanditgesellschaft)에도 적용될 수 있다.⁹⁷⁷ 그 외에 회사의 경영진에게 제 667 조 이익반환의무 적용할 수 있는지 여부에 대하여는 Rusch 박사는 해당 계약에 기반한다고 설명하는 데, 경영권이 없는 자는 회사가 특별 권한을 부여되지 않는 한, 이익발생과 회사의 경영의 내부적 관련성이 없으므로 제 667 조가 적용되지 않는다.⁹⁷⁸ 또한 민법 제 86 조 및 제 27 조 제 3 항에 의해 회사 이사회의 회사경영에 대하여 민법 제 2218 조 제 1 항에 의해 유언집행자에 대하여도 제 667 조 이익반환의무가 적용된다.⁹⁷⁹ 이상은 민법 조항에 의해 제 667 조 이익반환의무가 적용되는 경우이지만, Konrad Rusch 박사는 명시적 규정에 제 667 조에 대한 언급이 없는 경우라 하더라도 사실관계에 따라 유추적용할 수 있다는 입장이다. 명시적으로 제 667 조에 대한 언급이 없는 경우라도 사실관계에 의해

⁹⁷³ 추가적으로 해당 영업과 이익창출 사이에 인과관계가 존재하여 이익반환책임의 충분요건이라는 입장의 해설(commentary)은 Erman/Ehmann 667 BGB Rn 12; Konrad Rusch(2003), S.205 에서 재인용.

⁹⁷⁴ Konrad Rusch(2003), S.205.

⁹⁷⁵ 예를 들어 계약상 신인의무가 부여된 경우에만 확장하는지 아니면 아니면 계약 이외의 관계에도 확장할 수 있는지에 대한 논의 등이 결여되어 있다. 독일에서 신인관계가 있거나 혹은 신인의무가 부여되는 경우는 대부분 계약(Treuhandvertrag) 관계에 해당한다. 예를 들면 물권의 일부를 담보의 일부로 이전하는 경우(Sicherungseigentum), 펀드의 재산관리의 경우 등에서 신인의무가 부여된다.

⁹⁷⁶ Konrad Rusch(2003), S.206 f., BGH NJW 1982, 1752.

⁹⁷⁷ Konrad Rusch(2003), S.208.

⁹⁷⁸ Konrad Rusch(2003), S.208.

⁹⁷⁹ Konrad Rusch(2003), S.209.

유추적용할 수 있는 경우로 특정 고용관계,⁹⁸⁰ 후견인,⁹⁸¹ 파산관재인⁹⁸² 및 신인관계에 기반한 경우⁹⁸³에는 제 667 조 이익반환책임을 적용할지 여부를 고려할 수 있다는 입장이다.⁹⁸⁴

(라) 독일의 이득토출책임에 대한 Konrad Rusch 의 견해

Konrad Rusch 박사는 궁극적으로 독일에서는 민법 제 667 조 위임관계의 이익반환책임 조항을 유연하게 적용함으로써 영미법상 신인관계에서 발생하는 이득토출책임과 유사한 결과를 가져 올 수 있다는 설명이다. 앞서 살펴본 조항에서는 신인관계나 신인의무라는 용어를 사용하고 있지 않지만, 제 667 조에 따른 이익반환책임을 적용하는 조항들을 살펴보니, 선행 요건으로 1) 이익이 신인의무자의 지위에서 발생하고, 2) 해당 이익이 반드시 이익충돌 위험을 야기하는 경우 이익반환책임을 적용한다는 것이다.⁹⁸⁵ 또한 영미법의 신인의무 법리와 비교하여 독일에서는 이익충돌금지 원칙만 적용되며, 이익향수금지 원칙의 적용 여부에 의문을 제기하는 견해도 있지만, Konrad Rusch 박사는 위임인의 이해관계에 실제로 영향이 없는 경우에도 위험이 존재한다고 보아 이익향수금지를 적용하는 해석을 할 수 있다고 주장한다.⁹⁸⁶

사건으로는 Konrad Rusch 박사의 주장은 영미법상 신인의무를 적용하고 그 의무 위반에 이득토출책임을 적용하는 경우에 독일에서는 위임관계의 확장과 제 667 조의 이익반환책임이 이득토출책임의 기능을 하고 있다는 설명은 기존의 입법을 지나치게 확대 해석 적용하자는 주장처럼 보인다. 또한 뇌물, 수수료를 수령한 수임인이 그 이익을 반환한 판례 역시 논쟁 중이다. 마지막으로 Konrad Rusch 박사는 이익이 충돌하는 경우에만 이익반환책임을 진다고 하는 동시에, 이해관계에 영향이 없어도, 위험만 존재하면 이익을 취득하는 것을 금지하는 것으로 해석하여 영미법상 이익향수금지를 포함할 수 있다는 논의는 자기모순적인 주장이라고 생각한다.

(2) Tobias Helms 의 견해

Tobias Helms 교수는 이익반환책임(Gewinnherausgabe)이 실무상으로 중요함에도 불구하고 독일에서는 신인의무 위반시에 이익에 기반한 책임을 일관된 문제로 파악하지 않고 일반적인 민법의 책임에 편입시키지도 않은 것을 비판한다. Tobias Helms 교수는 앞서

⁹⁸⁰ 고용관계(Arbeitsverhältnisse)의 경우, 일반적으로 사용인의 의무에 이익반환의무에 포함되어야 한다는 명시적 규정이 없지만, 과거 입법과정에서 포함되어야 한다는 의견(Nipperdey)이 있었으며, 독일 연방 노동법원은 뇌물수령의 경우를 제 687 조 II 의 1 항(준사무관리)에 따라서, 타인의 사무라는 것을 알면서 자기의 이익을 위하여 관리한 경우로 판시하여 이익을 반환하도록 판시한 바 있다는 설명이다. Konrad Rusch(2003), S.220 f. 판결로는 BAG NJW 1961, 2036, 2037; BAG AP 687 Nr. 4, 5.

⁹⁸¹ 후견인(Vormundschaft)의 경우, 제 667 조 적용한다는 명시적 조항은 없지만 대법원에서 이미 간병인 등의 판례에서 제 667 조 적용한 바 있다는 설명이다. Konrad Rusch(2003), S.211.

⁹⁸² 파산관재인(Insolvenzverwalters)의 경우에는 별도로 파산법의 적용을 받기 때문에 제 667 조 적용여부에는 논란의 여지가 있지만 Rusch 박사는 원칙적으로 적용되어야 한다는 입장이다. 재단 설립(Treuhandstiftung)에는 재단 보유자는 수탁자의 의무를 지닌다고 보는 것이 타당하고 따라서 제 667 조가 준용되어야 한다고 주장한다. Konrad Rusch(2003), S.211 f.

⁹⁸³ Konrad Rusch(2003), S.212.

⁹⁸⁴ Konrad Rusch(2003), S.209.

⁹⁸⁵ Konrad Rusch(2003), S.215.

⁹⁸⁶ Konrad Rusch(2003), S.216.

살펴본 Rusch 박사의 민법 제 667 조 제 2 항의 적용을 통하여 이익반환의무를 부여하는 설명이⁹⁸⁷ 적절한지 여부를 역사적 연원을 통해 살펴보아야 한다고 설명한다. 또한 제 667 조는 위임계약에서 이익반환의무인데, 다른 위반의 경우에도 확장 적용되는 것에 대하여 의심의 여지가 있다는 의견이다. 또한 민법의 해석상 수임인이 제 3 자로부터 뇌물을 수령한 경우에 해당 뇌물은 위임장에 의하여 발생한 것이 아니기 때문에 고객인 위임인에게 반환할 필요는 없다는 의견이다.⁹⁸⁸ 아래에서는 각각에 대하여 살펴보겠다.

(가) 독일의 이익반환의무의 역사적 연원

역사적으로 Jhering 은⁹⁸⁹ 일반적인 계약에서 각 당사자는 자신의 이해관계를 위해 행위하는 반면, 위임계약은 상대방을 위하여 행위하는 관계라고 보고 일반적인 계약관계와 위임관계를 구분하였다.⁹⁹⁰ Jhering 은 영국의 신인관계와 유사한 논리를 제시한 바 있는데, 예를 들면 위임 목적을 달성하기 위해서는 위임관계의 수임인은 일반 계약관계보다 강화된 의무를 부담하여야 한다는 주장이다. 당시에 Jhering 은 위임관계의 이익반환의무에서 대하여 논의할 때 반환하여야 하는 이익이 무엇인지는 명확하게 하지 않았지만, 이익반환의무가 발생하는 가장 중심에는 강화된 의무, Helms 교수에 의하면 충실의무와 유사한 의무가 존재하기 때문이라는 것을 명확하게 하였다.⁹⁹¹

(나) 뇌물 수령과 이익반환의무

Konrad Rusch 박사와 마찬가지로 Tobias Helms 교수도 뇌물 수령과 제 667 조를 통한 이익반환책임에 주목한다. 독일 대법원 판례에서 매입 업무를 담당하는 사용인이 공급자로부터 뇌물을 수령하고 고용주가 해당 뇌물을 반환하라는 소를 제기하였는데, 법원은 피고의 행위를 제 675 조 준사무관리에 의한 행위로⁹⁹² 보고 제 667 조를 적용하여 이익반환청구를 허용하였다.⁹⁹³ Tobias Helms 교수는 뇌물 판례에서 이익반환책임을 부과한 판례는 이익취득과 위임업무 간의 상관관계가 있음을 추정하고 이익을 반환하는 데에 적용할 수 있다고 보는 입장이다. 다만 Helms 교수는 판례간 일관성이 결여되어 있어서 해당 조항의 적용범위를 수임인의 이익충돌 발생시, 지위를 활용하여 취득한 모든 이익의 경우에는 언제나 이익취득과 위임업무의 상관관계를 추정하여 확대적용할 수 있는지에 대하여 의문을 제기하였다.⁹⁹⁴

(다) 독일의 신인관계와 의무

⁹⁸⁷ Konrad Rusch(2003), S.373 ff.

⁹⁸⁸ Glück, Pandecten XV/1. S. 291 f.

⁹⁸⁹ Rudolf von Jhering, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 4 (1867), 225, 249 <https://dlc.mpd.lmpg.de/dlc/viewMulti/escidoc:87049> [최종 검색일: 2020.12.13]

⁹⁹⁰ Tobias Helms(2007), S.374 f.

⁹⁹¹ Tobias Helms(2007), S.374.

⁹⁹² 준사무관리 법리를 적용하려면 타인의 사무라는 것을 알면서 자기의 이익을 위해 관리한 경우에 적용될 수 있고 계약상 사무처리 의무가 없어야 하는데, 사용인이 사무처리 의무가 없다는 논리인지 아니면 뇌물을 수령한 것과 관련하여 의무가 없다는 것인지 확실하지 않다.

⁹⁹³ RGZ 99, 31; Tobias Helms(2007), S.377 f.

⁹⁹⁴ Tobias Helms(2007), S.387.

앞서 살펴본 Konrad Rusch 교수가 기존의 민법의 확장적용으로 이익반환책임을 적용할 수 있다고 보았다면, Helms 교수는 독일에도 일반원칙으로 신인의무 위반에 대한 이득토출책임이 존재하고 혹은 당위적으로 존재하여야 한다고 주장하는 입장이다.⁹⁹⁵ 일반적인 계약 및 계약 외 관계에서 손해배상책임만 존재하는 것과 달리, 신인관계(Treueverhältnisse)에는 신인관계에서 비롯된 의무가 존재하고 일반적인 손해배상으로는 신인의무 위반에 효과적으로 대응할 수 없다고 설명한다. 다만 독일법에서 신인관계의 성격 및 언제 신인의무가 발생하는지에 대한 근본적인 논의가 결여되어 있기에 이에 대한 논의도 이루어져야 한다고 지적한다.⁹⁹⁶ 또한 Tobias Helms 교수는 뇌물 수령, 경합행위, 신탁재산 유용의 경우에 신인의무자에게서 이익을 박탈해야 하는 데에는 동의하지만, 해당 이익이 본인인 채권자(Gläubiger)⁹⁹⁷에게 반환되는 것에 대한 논리적 근거를 발견하기 어렵다는 입장이다.⁹⁹⁸ 따라서 본인에게 이익을 반환하는 것 뿐 아니라 국가에게 반환하는 방식으로 입법하는 안도 고려해 볼 수 있다고 설명한다.⁹⁹⁹

(라) 독립적인 이득토출책임 도입

Rusch 박사가 주로 위임계약의 확장으로 이득토출책임을 적용하려는 것과 달리 Tobias Helms 교수는 제 667 조 제 2 항을 활용하여 이득토출책임을 부과하는 것은 책임 범위 및 귀책사유에서 혼동이 있을 수 있다는 입장이다. 따라서 오히려 상법의 경업금지 조항을 준용하거나 아니면 해당 조항을 독립적으로 규정하는 방법을 고려해야 한다는 입장이다.¹⁰⁰⁰

Tobias Helms 교수는 2006 년에 이미 Wagner 교수가 민법 일반조항으로 이득토출책임을 도입하자고 한 주장한 것을 그 근거로 내세운다.¹⁰⁰¹ Wagner 교수는 독일 민법 제 251 조 제 3 항에 “피해자(채권자)의 권리를 고의로 위반한 경우에 손해배상책임을 지는 자에게 손해배상 대신 이익반환을 청구할 수 있다.” 라는 조항의 입법을 주장한 바 있지만 궁극적으로는 입법화되지 않았다.¹⁰⁰² Tobias Helms 교수는 고의적인 위반에 대하여 민법상

⁹⁹⁵ Tobias Helms(2007), S.472.

⁹⁹⁶ Tobias Helms(2007), S.478. Tobias Helms 교수 역시 독일법에서 어떤 법률관계가 신인관계에 해당하는지 포괄적으로 설명하지 못하는 한계를 인정한다.

⁹⁹⁷ Tobias Helms 는 신인관계에서 신인의무 위반에 따라 본인이나 수익자에게 채권이 발생한다고 보고 신인의무자의 의무 상대방을 채권자로 표현하였다.

⁹⁹⁸ Tobias Helms(2007), S.473.

⁹⁹⁹ Tobias Helms(2007), S.487. 국가에 환수하는 법의 예로 독일 부정경쟁방지법과 경쟁제한방지법의 조항들을 들고 있다. § 10 (1) UWG(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), § 34a GWB(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). 반면 이후 연구에서는 부정경쟁방지법과 경쟁제한방지법이 제대로 활용되는 경우가 드물다고 설명하는 문헌으로는 Tobias Helms in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp. 226-227; 국가가 적극적으로 초과이득 수취를 위한 조치를 취할 것이라고 기대하기 어렵기 때문에 위법행위 억지에 효과적이지 못하다는 견해로는 이계정(2018), 77 면.

¹⁰⁰⁰ Tobias Helms(2007), S.476; 1992 년에 Köndgen 교수도 동일한 질문을 하였지만 해당 질문에 대한 답을 찾지 못하였다. 당시 개입권 적용 외에 독립적인 이득토출책임, 개입권의 공소시효 문제 등에 대하여 논의하였다. Johannes Köndgen(1992), 696, 752.

¹⁰⁰¹ Tobias Helms(2007), S.481-487; Gerhard Wagner(2006), S.A. 95; 당시에 해당 조항의 삽입에 대하여 다수의 학자들은 제 3 자의 권리에 대한 고의적 위반에 대한 억지 목적에는 동의하였지만 해당 조항의 일반적인 적용이 범위 및 재산이 수반하지 않은 위반에도 해당 조항을 적용되어야 하는지에 대하여 의문을 표시하는 과정에서 궁극적으로 수용하지 않았다.

¹⁰⁰² Gerhard Wagner(2006), S.A. 95.

이익반환책임을 도입할 필요가 있다고 주장한다. 다만 신인의무자는 귀책사유와 무관하게 책임을 부과하여야 하므로 Tobias Helms 교수는 신인의무에 이익반환책임을 적용시에는 Wagner 교수가 제안한 문구보다 귀책사유를 유연하게 적용하자고 주장한다.¹⁰⁰³

(3) Martin Löhnig의 견해

Marin Lönig 교수는 2006년에 발간한 ‘Treuhand-Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikt’을 통해 독일에서 신인관계에 대한 법리의 등장, 독일 채권법에서 신인관계를 적용할 수 있는 상황, 이익충돌이 발생하는 상황에 대하여 폭넓게 연구하였다. 특히 본 논문의 주제와 관련하여 이익충돌 금지를 위반한 경우 구제수단으로 손해배상책임, 보수의 몰수와 함께 이득토출책임(Gewinnabschöpfung)을 포함하여 논의하고 있다. 당위적으로 이익충돌 금지 위반을 억지하기 위하여는 손해와 무관하게 취득한 이익을 박탈해야 하는 데에 동의하지만, 이득토출책임은 그 법리를 설명하기 어렵다고 하였다.

Marin Lönig 교수는 별도의 입법이 존재하는 독일 상법 및 주식회사법상 경쟁금지행위(Wettbewerbsverbote)에 대한 개입권을 적용하여 이득토출책임의 효과를 갖는 것에 대하여 살펴보는¹⁰⁰⁴ 동시에 Konrad Rusch 교수와 Tobias Helm 교수와 유사하게 민법상 제 667 조 제 2 항의 일반적인 적용에 대한 논의를 검토하였다. 다만 Marin Lönig 교수는 뇌물이나 보너스를 수령한 경우에 해당 이익을 반환한 판례가 존재하지만, 어디까지가 이해관계를 보호하는 것과 관련된 영역인지’에 대한 결정이 선행되어야 한다고 보았는데 이익이 위임관계로부터 취득한 것이라는 내부적 사실관계(innerer sachlicher Zusammenhang)가 있어야 한다고 보았다.¹⁰⁰⁵ 별도의 입증없이 상관관계가 존재한다고 추정하는 Tobias Helms 교수의 의견과는 일부 상이하다.

Marin Lönig 교수 역시 민법 제 687 조 제 2 항의 준사무관리를 근거로 이득토출책임을 정당화하려는 논의를 펼치지만, 결과적으로 가능하지 않다는 입장이다.¹⁰⁰⁶ 계약 등을 통해 신인관계가 형성되었으나 따라서 사무처리의 의무가 있으나 그 신인관계의 당사자가 계약이나 법적 의무를 결정할 때 이해관계의 영역을 침범하였기 때문에 그 영역에 대하여 사무처리 의무가 없다고 이야기 하는 것은 논리적이지 않기 때문이다.

(4) André Janssen의 견해

앞서 살펴본 학자들이 주로 민법상 위임계약과 이익반환책임 및 신인의무에 대한 논의를 다룬 것에 비하여 André Janssen 교수는 범경제학적 논의를 통해 경제적으로 효율적 법의 위반을 예방, 억지할 필요가 있는 경우, 이득토출책임(Gewinnabschöpfung)을 적용해야 한다고 주장한다. 또한 독일 학계에서 이득토출책임에 대하여 논의할 때 손해배상책임에 초점을 둔 사고와 법 위반의 억지 및 예방에 대한 사고가 혼재되어 있는 문제점을 지적한다.¹⁰⁰⁷ 따라서 1) 손해를 계산하거나 입증하는 것이 불가능하고 이익만을 계산할 수 있을 때, 손해배상책임의 목적을 달성하기 위해 이익을 손해로 추정하는 방식과 2) 억지 및 예방을 목적으로 하는 이득토출책임을 명확하게 구분하여야 한다고 주장한다. 전자는

¹⁰⁰³ Tobias Helms(2007), S.485.

¹⁰⁰⁴ Marin Lönig(2006), S.617-619.

¹⁰⁰⁵ Martin Löhnig(2006), S.619-621.

¹⁰⁰⁶ Martin Löhnig(2006), S.624 f.

¹⁰⁰⁷ André Janssen(2016), S.577.

이익을 반환하지만 궁극적으로 손해배상책임에 해당하며 손해를 한도로 하기 때문에 법 위반의 효율성과 무관하다. 반면, 후자는 법 위반으로부터 발생하는 이익이 손실을 상회하는 경우에도 경제적으로 효율적인 법의 위반을 방지하는 목적을 띤다.¹⁰⁰⁸ André Janssen 교수는 후자의 대표적인 경우가 신인의무 위반인데, 독일법에서는 후자에 대한 원칙에 대한 논의가 부족하다고 설명한다. 따라서 현행 입법상(De lege lata)으로는 민법 제 687 조 제 2 항, 제 667 조 등에서 원칙을 발견하는 것이 가능하며, 향후에는(De lege ferende) 손해배상책임의 연장선상에서 입법안을 마련하는 방안도 고려해볼 수 있다는 입장이다.¹⁰⁰⁹

(5) Kristin Boosfeld의 견해

(가) 이익배분 방식

Kristin Boosfeld 박사는¹⁰¹⁰ 위법행위에 대한 이득토출책임에 대한 보다 체계적인 접근법을 마련하기 위해서는 이득토출책임이 아니라 이익배분(Gewinnausgleich) 방식을 채택하여야 한다고 주장한다. 앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 신인의무 위반에 대한 이득토출책임은 위법행위에서 발생한 이득을 전부 토출하는 것을 원칙으로 하지만 인과관계, 공제를 허용하는 방식을 통해 책임을 일부 완화하는 과정에 있다. 반면 Boosfeld 박사는 위법행위의 억지, 피침해자의 손해 입증의 어려움, 물건적 접근법을 이득토출책임의 근거로 주장하지만 이 근거들은 이득토출책임을 전적으로 설명할 수 있는 근거가 없으며 수정되어야 한다고 주장한다.¹⁰¹¹

영미법상 이득토출책임은 피고가 자신에게 발생한 이익을 보유하지 않고 포기(give up)해야 한다는 사고에 기반하지만, 누가 그 이익을 수령할 것인지에 대한 논의를 포함하고 있지 않다고 비판한다. 따라서 궁극적으로 이익창출과정에서 자신의 권리가 침해된 사람(반드시 재산권 피침해자에 국한하는 것은 아님)에게 해당 이익을 귀속시켜야 한다는 사고에 이르게 된다는 설명이다. 즉 침해자에게 발생한 이익은 피침해자에게 일방적으로 이익을 토출되는 것이 아니라 재산권 침해자와 제 3자의 기여도에 따라 발생한 이익을 배분해야 한다고 주장한다. 즉 재산권 뿐 아니라 타 권리와 노력 등의 기여에 따라 합법적으로 이익을 창출하였다면 배분하였을 가정적인 상황을 고려하여 이익을 배분하여야 한다는 주장이다. 즉, 재산에 대한 전속권을 보유하였다는 이유로 해당 재산으로부터 발생하는 모든 이익을 청구하는 것은 올바른 접근법이 아니라고 주장한다.

(나) 신인의무와 이득토출책임

또한 Boosfeld 박사는 영미법상 충실의무의 억지 요인만으로 전적으로 이익의 귀속자를 결정하는 것은 그 근거가 부족하다는 입장이다. 따라서 억지 목적 외 공리적인 관점을 고려하는 것이 경제적, 사회전반적으로 바람직하다고 설명한다. 만약 위법행위자가 적법한

¹⁰⁰⁸ André Janssen(2016), S.579 ff.

¹⁰⁰⁹ André Janssen(2016), S.603-611.

¹⁰¹⁰ Kristin Boosfeld(2015), S. 171 ff.; Kristin Boosfeld(2019), pp.823-850. Kristin Boosfeld 교수의 2019년 영문 논문은 2015년 독일어 저서를 요약해서 출간한 것인데, 독일어로는 'Gewinnausgleich' 라는 용어를 사용하였고, 2015년 영문 논문에서는 'disgorgement of profits' 라고 표현하였다.

¹⁰¹¹ Kristin Boosfeld(2019), pp.823-826

권리 보유자보다 더 큰 이익을 창출할 수 있는 경우에 이득토출책임은 사회전반적으로 역효과를 발생시킬 수 있기 때문에 언제나 올바른 구제수단이 아니지만 위법행위자가 해당 이익을 전부 보유하는 것도 합당하지 않기 때문에 궁극적으로 이익을 배분하여야 한다는 설명이다.

Kristin Boosfeld 박사는 행위규제 목적을 달성하기 위해서는 위법행위자의 고의나 과실을 전제로 하여야 해당 위법행위를 억지할 수 있다고 설명한다.¹⁰¹² 선의의 위법행위자가 타인의 권리의 침해를 인지하지 못하는 행위까지 통제하면 과잉억지 효과가 발생하기 때문에 사적 경제 활동에 침해행위가 될 수 있다. 영미법상 신인의무 위반에 대한 이득토출책임이 신인의무자의 귀책사유와 무관하게 발생하는 엄격책임 즉, 무과실 책임인 반면, 독일에서는 이익창출자의 위법행위에 대한 책임이 클수록, 억지 및 예방적 조치의 필요성이 크기 때문에 책임의 경중에 따라 이득토출책임을 달리 부과하여야 한다고 주장한다.

사건으로 우선 Kristin Boosfeld 박사의 견해 중¹⁰¹³ 고의나 과실을 전제로 하여야 위법행위를 억지할 수 있다는 논의는 영미법에서도 논의된 바 있으나, 해당 위법행위자의 고의, 과실 외에 사회 전반에 대한 위법행위의 예방 및 억지 기능은 고의, 과실과 무관함을 살펴본 바 있다. 영미법에서도 이득토출책임이 지나치게 신인의무자에게 가혹할 수 있다는 것을 인식하고 있어서 공제를 보다 폭넓게 허용하는 추세는 있지만, 공제를 허용하는 것과 처음부터 의무의 위반이 없었을 가정적 상황에서 이익배분 금액을 배상하는 것은 그 시작점이 다르다. 이익배분 방식을 활용한다면 충실의무 및 이득토출책임의 억지 목적을 달성할 수 있을지 의문이다.

(6) Benjamin Raue의 견해

Benjamin Raue 교수는 앞서 살펴본 Kristine Boosfeld 박사와 마찬가지로 이득토출책임을 이익배분의 관점에서 연구하였다.¹⁰¹⁴ Raue 교수는 타인이 재산권을 침해하는 경우에 법 체제는 다음과 같은 질의에 대한 답을 하여 구제수단 및 구제의 범위를 결정하여야 한다고 설명한다. 1) 권리를 침해당한 소유권자는 위법행위자가 창출한 이익에 대한 권한을 갖는가? 2) 권리 소유권자가 해당 이익에 대한 청구권의 비율은 어떻게 결정하는가? 3) 위법행위자는 어떠한 비용에 대한 공제를 청구할 수 있는가?¹⁰¹⁵ Raue 교수는 해당 질문에 대한 대답은 이득토출책임이 이익의 배분 목적과 억지 목적을 띄는 경우에 따라 달라져야 한다고 주장한다.

전자의 경우에는 Kristine Boosfeld 박사의 견해와 동일하게 위법행위자와 권리 소유권자 사이에 공정한 이익의 배분을 달성하는 것을 목적으로 하기 때문에, 권리침해자와 권리 소유권자 사이의 다수의 요인에 의하여 관련 당사자들에게 귀속할 이익의 금액을 결정하여야 한다고 주장한다.¹⁰¹⁶ 해당 요인에는 단지 재산권만 포함되는 것이 아니라, 시간, 노력 및 금전 등을 포함한다. 재산 소유권자는 해당 재산에 대한 배타적인 기회를 갖지만, 해당

¹⁰¹² Kristin Boosfeld(2019), pp.833-834; Johannes Köndgen(2000), S.681.

¹⁰¹³ Kristin Boosfeld(2019), p.826; 미국 Daniel Friedmann 교수의 견해와 유사한 주장을 하는데, 해당 견해는 본 논문의 제 3 장 제 4 절 2 라 참조..

¹⁰¹⁴ Benjamin Raue in Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019), pp.153-168.

¹⁰¹⁵ Benjamin Raue in Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019), p.155.

¹⁰¹⁶ Benjamin Raue in Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019), pp.156-163.

재산으로부터 경제적인 이익을 창출에 대하여 배타적으로 소유한다는 의미는 아니기 때문에 권리 침해자가 이익에 대하여 권한 행위를 한 경우, 해당 이익에 대한 귀속권을 갖는 것이 당연하다고 설명한다.

반면 억지 목적을 띄는 경우에는 위법행위자를 징벌하기 위한 목적을 띄는 경우에는 향후의 위반을 억지하기 위해서는 당사자들 간의 이익을 공정하게 배분하기 위한 목적과는 무관하다.¹⁰¹⁷ 따라서 억지 효과를 극대화 하기 위해서는 위법행위자에게 발생하는 모든 이익을 박탈하여야 한다. 억지 목적은 고의나 중과실의 위법행위에만 적용되어야 한다고 입장이다.¹⁰¹⁸ 사건으로는 Benjamin Raue 교수의 논의는 앞서 살펴본 Kristine Boosfeld 박사가 이익을 배분하는 상황만을 고려한 것에 비하면, 이익배분 목적과 억지 목적을 구별하고 있다는 면에서 바람직하나 이를 보다 구체화하고 있지 않다는 한계도 있다. Benjamin Raue 교수가 이득토출책임이 고의나 과실을 요건으로 한다는 설명은 신인관계에 대한 논의를 포함하고 있지 않고 있기 때문이라고 생각한다.

2. 그 외 국가들의 경우

아래에서는 대륙법의 체계를 띄는 동시에 영미법의 영향을 받은 국가에서 신탁과 충실의무 및 이득토출책임 법리에 대하여 살펴보도록 하겠다. 다만 영미 신탁을 수용하던 당시에 모든 국가가 신탁의 법리를 제대로 이해하고 수용하였다고 보기 보다는 당시의 정치적, 지정학적, 경제적 이유 등으로 신탁을 수용하였다고 보는 것이 타당하다. 예를 들어 스코틀랜드의 경우, 영국(England)과의 정치적 통합 이후, 영국의 신탁 법리를 전적으로 수용할 수밖에 없는 위치에 있었고 루이지애나 주나 남아프리카 공화국의 경우에도 신탁법리를 이해하고 수용하였다고 보기 어렵다. 아래에서는 외생적인 이유에서 신탁을 수용하게 된 국가들에서 충실의무에 대한 논의 및 그 의무 위반시 구제수단에 대하여 논의가 존재하는지 등을 살펴보겠다.

가. 스코틀랜드

스코틀랜드는 13-14 세기 경에 유럽대륙에서 로마법이 발전하게 되면서 로마법을 계수하였지만¹⁰¹⁹ 1707년 영국(England)과 정치적 통합 이후에 영국법의 영향력 하에 있게 되어 혼합법제에 이르게 되었다.¹⁰²⁰ 스코틀랜드의 신탁법은 로마법 영향 하에서도 충실의무

¹⁰¹⁷ Benjamin Raue in Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019), p.163.

¹⁰¹⁸ Benjamin Raue in Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019), pp.164-165.

¹⁰¹⁹ 로마법이 스코틀랜드에 유입된 것은 지배층의 자식들이 유럽에서 학습하여 자연스럽게 유입되었고 스코틀랜드의 영국과 대립관계로 말미암아, 스코틀랜드는 대륙법을 수용하는 데에 보다 우호적이었던 설명은 다음의 문헌 참고. 김영희(2015), 31-32면.

¹⁰²⁰ 1707년에 통합법(Act of Union 1707)을 통해 영국(England)과 스코틀랜드(Scotland)가 합병하여 대영국(Great Britain)이 되기를 결의한 법안으로 의회 역시 통합되었다. 하지만 의회가 통합되었지만 제 19 조에 의하면 기존의 스코틀랜드 법체계를 유지하고 있다는 것이 이 법의 중요한 점이다. 즉 별개의 법 체계를 유지하는 동시에 영국 의회가 스코틀랜드의 입법할 수 있다는 특징을 갖는다. Alisdair Gillespie(2009), p.3.

<https://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7/contents>

등에 대한 자생적인 논의가 존재하였지만 영국과의 통합 이후 영국법의 영향을 받아 현재의 형태를 이루게 되었다.

(1) 로마법의 계수와 충실의무

스코틀랜드의 신탁은 영국의 영향력 이전에 이미 로마법 체계 내에서 자생적으로 존재하였다는 견해가 지배적이다.¹⁰²¹ 17세기부터 스코틀랜드에서 신탁법의 역할을 하는 약정을 발견할 수 있는데, 이를 공탁(Depositum)과 위탁(Mandatum)에 대한 계약의 조합으로 보는 설과 로마법의 Fideicommissum에서 비롯되었다는 설이 존재한다. 어떠한 학설을 따르든지, 중요한 것은 신탁의 법리가 당시의 스코틀랜드의 대륙법적 체계와 정합성이 있는 제도였다는 것이다.¹⁰²² 즉, 형평법의 존재나 재산권의 분화가 신탁의 존재에 필수 요소가 아니라는 점이 스코틀랜드 신탁법의 역사가 증명한다.¹⁰²³

스코틀랜드 신탁법도 영미법과 동일하게 수탁자는 주의의무와 충실의무를 부담한다. 수탁자는 보통법상 주의의무를 적용을 받는데¹⁰²⁴ 그 기준은 업계의 일반적인 성실한 사람의 주의 수준을 기대하며 전문적인 지식과 경험이 있는 수탁자에게는 타 수탁자의 주의의무 수준보다 높은 수준을 요구한다.¹⁰²⁵ 스코틀랜드에서 신인의무가 충실의무만을 포함하는지, 아니면 주의의무와 충실의무를 모두 포함하는지에 대한 논의 자체 찾아보기 어렵다. 다만, 중요한 점은 스코틀랜드의 충실의무가 영미법을 계수한 결과물이 아니며 영미법을 도입하기 이전, 로마법을 계수하던 당시에도 충실의무에 대한 논의가 있었다. 로마법의 ‘Auctor in rem suam’에 따라 후견인(Curator or tutor)은 자신의 이익을 위해 행위하는 것을 금지하였다.¹⁰²⁶ Auctor in rem suam 법리를 후견인(Curator or Tutor)에서 수탁자로

¹⁰²¹ M.J. De Waal(2000), pp.554-555; George Gretton(2000), pp.619.

¹⁰²² M.J. De Waal(2000), p.554.

¹⁰²³ 비교법 연구 학자들에게 신탁은 난해한 주제인데, 이는 신탁법과 동일한 기능을 하는 법리를 자생적인 대륙법 체계에서 발견하기 어렵다고 생각하고, 신탁법의 근거에 형평법이 늘 자리하고 있다고 생각하기 때문인데 실제로 형평법과 보통법의 전통적인 구분은 신탁의 필수 요건이 아니며 단지 신탁의 역사적 배경을 설명하는데 기여할 뿐이라는 스코틀랜드 교수의 견해로는 George Gretton(2000), pp.600-601.

¹⁰²⁴ Scottish Law Commission No. 172, Law Commission No. 260, Trustee's Powers and Duties (1999), 2.13, 2.14, 3.4; <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/7712/7816/0823/rep172.pdf> [최종 검색일: 2020. 12.12] 19세기 초 다수의 판례에서 확인할 수 있다. Speight v Gaunt (1883) 22 ChD 727, 736, per Bacon V-C; Re Whiteley (1886) 33 ChD 345, 358 “In the Selection of investment within the terms of his trust [the trustee] must use the care and caution which an ordinary man of business ... would exercise in the management of his own property” ; Raes v Meek(1889) 16 R (HL) 31 at 33; “The law ... requires of a trustee the same degree of diligence that a man of ordinary prudence would exercise in the management of his own affairs.

¹⁰²⁵ Scottish Law Commission No. 172, Law Commission No. 260, Trustee's Powers and Duties (1999) 스코틀랜드에서 주의의무의 객관적 기준을 마련한 판례로는 Tibbert v McColl1994 SLT 1227.

¹⁰²⁶ 수탁자가 이익충돌 거래나 이익충돌의 가능성이 있는 거래를 체결하는 경우에 auctor in rem suam 으로 행위한다고 표현한다는 설명은 Discussion Paper on Breach of Trust, Discussion Paper No. 123, Scottish Law Commission, 2003, p.34. 스코틀랜드에서 Curator 와 Tutor 는 후견인(Guardian) 역할을 하는 자를 일컫는 용어인데, Daniel J Carr 는 로마법 법리에 의해 후견인 역할을 하는 자에게 자신의 이해관계를 추구하는 것은 금지하였음을 보여주는 문헌으로 G. Mackenzie, Observations on the Acts of Parliament (1686) 286; Lord Kames, Principles of Equity, 3rd Edition (1778) 1.87; W. Forbes, The Institutes of the Law of Scotland (1722), 1.32; G. Wallace, A System of the Principles of the Law of Scotland (1760) § 450 등을 언급하고 있지만 본 논문은 해당 문헌을 접하지 못하고 Daniel J. Carr(2014), p.35 에서 재인용.

확장적용하는 경우는 충실의무 위반과 동일한 의미로 사용하였다.¹⁰²⁷ 다만, 로마법을 계수하던 시기에도 이로 인한 이득토출책임과 같은 효력을 발생하는 구제수단이 존재하였는지는 확인되지 않는다.

(2) 영국의 영향력 이후 충실의무 및 이득토출책임

영국과 통합된 이후 스코틀랜드는 영국의 판례들을 인용하며 충실의무를 발전시켰고 스코틀랜드 판례의 충실의무 위반 판례가 영국대법원에 상고되어 영국의 주요 판례가 되기도 한다.¹⁰²⁸ 스코틀랜드에서 신인의무는 수탁자가 자신의 개인적 이익이 신탁증서에 따라 수익자에게 부담하는 의무와 충돌하거나 충돌할 가능성이 있는 지위에 자신을 위치시켜서는 안된다는 의미로 19 세기에는 다수의 판결문에서 영국과 스코틀랜드의 신인의무에 대한 원칙은 동일하다고 언급하였다.¹⁰²⁹

스코틀랜드에서 신인의무 위반에 대한 구제수단에는 신탁재산에 대한 의제신탁, 채권적 성격의 이득토출책임 및 손실에 대한 손해배상책임을 포함한다. 신인의무 위반으로 신탁재산 및 별도의 이익을 취득한 수탁자는 해당 재산을 수익자를 대신하여 보유하는 것으로 간주하여 수익자는 해당 거래를 취소하거나 수탁자에게 발생한 이익을 신탁재산에 속한 것으로 보아 원상회복청구할 수 있다.¹⁰³⁰ 단, 스코틀랜드에서는 이득토출책임(account of profits, disgorgement)이라는 용어 뿐 아니라 동일한 의미의 구제수단을 ‘count, reckoning, payment’ 라고 지칭하기도 한다.¹⁰³¹ 또한 스코틀랜드에서 의제신탁을 인정하지만, 영국에 비해 제한적인 상황에서 활용한다. 살펴본 바와 같이 영국에서는 수탁자가 뇌물이나 비밀수수료를 수령한 경우에 그 법리에 논쟁의 여지는 있지만 판례에서는 의제신탁을 부과하는 반면, 스코틀랜드에서는 이 사실관계에는 의제신탁을 부과하지 않는다.¹⁰³²

나. 루이지애나주

¹⁰²⁷ Auctor in rem suam 를 충실의무와 동일한 의미로 사용하는 것을 확인할 수 있는 판례로는 Aitkin v Hunter (1871) 9 M 756, at 762.

¹⁰²⁸ 대표적으로 신인의무자가 자신의 대리인을 활용하여 자기거래를 한 판례인 York Building Co v Mackenzie 와 이사의 충실의무 위반의 대표적인 판례인 Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros 는 스코틀랜드 판례이고 당시의 영국의 대법원에 해당하는 House of Lord 까지 올라간 사건이다. Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1854) 1 Paterson 394; Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1854) UKHL 1. 판결의 사실관계는 본 논문의 제 3 장, 제 4 절, 1. 라 참조; York Building Co v Mackenzie (1795) 3 Paton 378, (1795) 8 Bro PC 52(HL), 3 ER 432. 판결의 사실관계는 본 논문의 제 3 장 제 2 절 3 가 참고.

¹⁰²⁹ Scottish Law Commission 2003, Discussion Paper on Breach of Trust, 4.2. p.33; Daniel J. Carr(2014), p.32.

¹⁰³⁰ Scottish Law Commission 2003, Discussion Paper on Breach of Trust, 4.4. p.34.

¹⁰³¹ Martin Hogg in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p.340. 이득토출책임에 대한 스코틀랜드 판례는 다음을 참조. Inglis v Inglis 1983 SC8 Lord Hunter, p.16, Cherry' s Trs v Patrick (1911) SLT 313, Laird v Larid (1858) 20 D 972, 984, Morrison v Morrison's Exrx 1994 GWD 29-1776, Scottish Law Commission, 2003, Discussion Paper on Breach of Trust, No. 123, p. 34 의 각주 13 및 14 에서 재인용.

¹⁰³² Daniel J. Carr(2014), p.57. 스코틀랜드에서 의제신탁을 부과하는 경우는 신탁재산과 연관성이 있는 경우로 제한하여야 한다는 설명은 Martin Hogg in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), pp.340-341. 의제신탁을 인정하는 상황에서는 추급권을 인정하게 되므로 대륙법의 재산권 체계와 정합성이 없는 부분이 있기 때문에 의제신탁을 폐지해야 한다는 견해로 George Gretton(1997), p.282-293.

(1) 신탁법 도입

17세기 프랑스 탐험가들에 의해 식민지화된 루이지애나주는 1731년 프랑스 정부가 관할하면서 프랑스의 대륙법 체계를 수용하였다.¹⁰³³ 이후 1803년에 미국이 프랑스로부터 해당 지역을 매입하면서 미국의 한 주로 편입되었다. 미국에 편입된 이후에도 루이지애나법은 신탁을 생소하고 탐탁지 않은 제도로 인식하여 신탁 수용에 저항하였고, 루이지애나 민법전(Louisiana Civil Code)에도 신탁에 대한 조항을 포함하지 않았다.¹⁰³⁴ 하지만 오랜 논의를 거쳐 루이지애나주는 Louisiana Trust Code of 1964를 통해 신탁법을 도입하게 되었고 이후 일부 개정을 거쳐 현재의 형태를 갖추게 되었다.¹⁰³⁵

(2) 수탁자의 의무 및 위반에 대한 구제수단

루이지애나주 신탁법을 살펴보면 수탁자의 의무에 대한 조항으로 신탁재산을 신중한 사람이 신탁재산을 관리하는 것처럼 주의를 가지고 관리하여야 한다는 주의의무 조항을 발견할 수 있다. 수탁자는 주의의무 위반에 대하여 채권적 책임을 부과한다.¹⁰³⁶ 신탁법 조문상 충실의무와 관련된 조항은 발견할 수 없지만 판례에서 신인의무나 충실의무라는 용어는 발견할 수 있다.¹⁰³⁷ 신탁법 조문에서 이익충돌거래와 관련된 세부규정으로 자기거래 조항이 존재하는 데 이에 대한 기준은 공정성 기준을 따른다.¹⁰³⁸ 신탁법 수탁자에 대한 구제수단 조항에서는 수익자는 수탁자가 수탁자의 역할을 이행하도록 강제이행, 수탁자가 신탁위반을 금하는 명령, 신탁위반에 대한 배상, 수탁자의 해임에 대한 소를 제기할 수 있다.¹⁰³⁹ 다만 루이지애나 신탁법 성문법에서는 구제수단에 이득토출책임을 포함하고 있지 않지만, 판례를 통해 이득토출책임을 인정하고 있다.¹⁰⁴⁰

(3) 위임관계와 이득토출책임

¹⁰³³ Samuel Groner(1948).

¹⁰³⁴ 영국 신탁법의 재산권의 분화(dual ownership)의 난해함 때문에 루이지애나에서 신탁을 수용하는 데에 거부감이 있었다는 설명으로는 François du Toit(2018), pp.3-4.

¹⁰³⁵ 1964년 전에도 신탁을 도입하려는 시도는 여러 차례 존재하는 데, 1920년에 최초로 민사신탁(Trust Act 107 of 1920)을 도입하여, 민사 신탁을 일정 기간 동안 인정하게 되었지만, 해당 법은 1935년에 폐지되었다. 이후 1938년에 영미 신탁법에 기초하여 Trusts Estates Act 81 of 1938을 제정하였는데 이 입법이 최초의 북미신탁의 개념을 수용한 것이라고 표현하고 있다. 다만 여전히 당시에는 신탁을 루이지애나 민법전과 정합성이 없는 것으로 보았고, 루이지애나 사법부는 신탁이라는 제도를 수용하려는 자세를 보이지 않았기 때문에, 당시 루이지애나 주민(州民)들이 신탁을 설립할 의사가 있으면 다른 주(州)에서 가서 신탁을 설립하였다는 견해로는 François du Toit(2018), p.5.

¹⁰³⁶ LA. Civ. Code arts., 1, 2, 10, 13(2013); 루이지애나의 수탁자의 주의의무 위반은 불법행위(delict) 위반이 아닐 채권적 책임이라고 명시하고 있는 문헌은 Elizabeth Carter(2020), p.674.

¹⁰³⁷ ‘self-dealing, breach of the duty of loyalty fraud, or breach of trust on the part of his fiduciary.’ 라고 언급하는 판례는 Copeland v Wasserstein, Perella & Co., Inc., 278 F.3d 472, 478(5th Cir 2002); Elizabeth Carter(2020,) p.694에서 재인용.

¹⁰³⁸ LA. Rev. Stat. § 9:2083-86 <https://legis.la.gov/Legis/Law.aspx?d=106909> [최종 검색일: 2020.12.14]; Elizabeth Carter(2020,) p.674.

¹⁰³⁹ La. Rev. Stat. § 9. 2221, Remedies against Trustee (2018). <http://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=106992> [최종 검색일: 2020.12.14]; Elizabeth Carter(2020), p.726.

¹⁰⁴⁰ In re Bradford Trust 538 So. 2d 263(La.1989); Bridwell v Bridwell, 381 So. 2d 566, 570(La. Ct.App. 2d Cir. 1980). Elizabeth Carter(2020), pp.736-737; ACTEC Fiduciary Committee(2018), p.8, p.114.

루이지애나주 신탁법 판례 외에도 독일과 유사하게 민법상 수임인(mandatar)의 의무 위반에 대한 구제수단을 활용하여 이득토출책임을 적용한 판례가 존재한다.¹⁰⁴¹ 루이지애나 민법전 제 3004 조에서 수임인은 위임을 통해 수령한 모든 것을, 위법으로 수령한 것(received unduly)을 포함하여, 본인(위임인)에게 반환할 의무가 있다고 규정하고 있다.¹⁰⁴² 위임관계에서 이득토출책임을 대표적인 판례로 Woodward v Steed¹⁰⁴³가 있다. Woodward는 1990년에 거주하던 동네를 떠나며, 자신이 보유한 부동산의 매입자를 찾는 업무를 Steed에게 위임하였다. Steed는 Woodward에게 해당 부동산을 매도하겠다고 확답하였으나 해당 부동산이 매도되지 않았기에 1992년 9월에 Woodward는 Steed에게 해당 부동산을 매도하기로 구두로 약정하였다. 1992년 12월에 Horseshoe 카지노 직원이 Steed에게 접근하여 해당 부동산을 매입할 의사를 밝혔으며 위임인인 Woodward에게 알리지 않고, 해당 부동산을 카지노에 매도하기로 약정하였다. Steed는 Woodward에게 100,000달러를 지급한 것에 반해 Horseshoe 카지노는 250,000달러를 지급하였다. 법원은 Steed는 수임인의 지위를 악용하여 이익을 취득하였는데 이는 전형적인 이익충돌거래에 해당하기에, Steed가 Woodward에게 충실의무 위반으로 취득한 이득을 토출하라고 판시하였다.¹⁰⁴⁴

다. 남아프리카 공화국

(1) 남아프리카 공화국 신탁법상 수익자 보호

남아프리카 공화국은 네덜란드 동인도회사에 의해 로마-네덜란드(Roman-Dutch)법이 지배하던 지역이었지만, 이후 영국이 남아프리카 공화국을 지배하게 되면서 영국의 신탁제도를 일부 수용하였다.¹⁰⁴⁵ 남아프리카 공화국에는 신탁 일반법은 존재하지 않고 판례를 통해 유언신탁을 인정하고 있으며¹⁰⁴⁶ 특별법을 통하여 신탁에 대하여 일부만 규정하고 있다. 1988년 신탁재산관리법(The Trust Property Control Act 57 of 1988)은¹⁰⁴⁷ 제 10 조에서는 신탁계정이 분리되어야 한다고 명시하고, 제 12 조는 신탁재산은

¹⁰⁴¹ Elizabeth Carter(2020), p.688, p.737.

¹⁰⁴² Art. 3004. Obligation to deliver; right of retention. <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=110044>

¹⁰⁴³ 680 So. 2d 1320, 1326 (La. Ct. App. 2d Cir 1996).

¹⁰⁴⁴ Elizabeth Carter(2020), p.688

¹⁰⁴⁵ 1806년 영국이 남아프리카공화국을 점령한 이후, 영국 정착민들이 남아프리카 공화국에서 유증, 증여 등의 과정에서 신탁을 사용하면서 신탁이 일반적으로 활용되게 되었다는 견해로는 François du Toit(2018), pp.7-8; 남아프리카공화국에서 신탁의 발전은 실무가들과 법원의 주로 하에 이루어졌다는 견해는 M.J. de Waal(2001), pp.76-80; 남아프리카 공화국의 신탁은 로마법을 연원으로 하지 않고, 영국법을 수용한 것이지만, 일부만을 선택적으로 수용하였다는 설명으로는 Edwin Cameron(1999), pp.343-344.

¹⁰⁴⁶ 초기에 신탁의 성립 여부에 대한 대표적인 판례로는 Estate Kemp v McDonald's Trustee 1915 AD 491. 남아프리카 공화국의 신탁은 입법이 아니라 법원의 해석의 영역이라고 한 판례로는 Braun v Blann & Botha 1984 (2) SA at 859 E-F. 남아프리카 공화국에서 신탁의 도입과 관련하여 대륙법 체계와 정합성을 우려하여 명시신탁 및 의제신탁의 도입을 반대한 판례로는 Lucas Trustee v Ismail & Amod 1905 TS 239. François du Toit(2018), p.8; Edwin Cameron(1999), p.345; 이연갑(2010), 130면. 루이지애나의 신탁은 성문화한 것에 비해 남아프리카공화국에서는 신탁을 도입하였으나 성문화하지 않은 배경에 대한 논의는 François du Toit(2018), pp.3-9.

¹⁰⁴⁷ Trust Property Control Act 57 of 1988 <https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1988-57.pdf> [최종 검색일: 2020.12.12] 1988년 이전에도 여러 차례 신탁과 관련된 입법을 시도하였는데 유언집행자가 고인의 재산을 신탁의 관리하는 역할을 하는 경우에 이를 통제하기 위하여 The Trust Monies Protection Act 34 of

수탁자의 고유재산의 일부를 형성해서는 안된다고 명시하고 있어, 신탁재산이 독립성을 명시하고 있다.¹⁰⁴⁸ 신탁재산이 부동산인 경우, 동 법 제 11 조에 의해 수익권은 수탁자의 소유권에 대한 제한으로登記할 수 있고登記된 수익권은 물권으로 보호될 수 있다.登記된 물권은 제 3 자가 선의의 유상취득자인 경우에도 제 3 자에 대하여 수익권을 행사할 수 있다. 반면 동산의 경우, 수익자는 선의의 유상취득자에 대하여 수익권을 행사할 수 없고, 수익자의 손해는 수탁자가 제공하는 담보에 의해 일부 전보될 수 있다.¹⁰⁴⁹

신탁재산관리법 제 9 조는¹⁰⁵⁰ 수탁자의 의무로서 주의의무를 명시하고 있지만, 동 법에 충실의무 조항은 포함하고 있지 않다. 신탁재산은 수탁자에게 완전히 이전하지만 수탁자는 신탁재산에서 발생하는 이익을 누릴 수는 없으며 수탁자는 별도의 약정이 없는 한 신탁재산을 양도할 수 없다.¹⁰⁵¹ 그 외의 의무로 동법 제 16 조 제 1 항에¹⁰⁵² 따라 판사(Master)의 서면 요청에 의해, 수탁자는 신탁재산의 관리 및 처분에 대하여 판사에게 설명할 의무가 있고, 또한 판사의 요청으로 신탁 관리 및 처분과 관련된 장부, 기록, 문서 등을 전달할 의무가 있다. 또한 신탁재산과 관련된 어떠한 질문에도 최선의 노력을 다해 판사에게 정직하고 진실되게 대답할 의무가 있다. 또한 남아프리카 공화국에서 특이한 점 중에 하나는 장래 발생할 손해를 대비하여 담보를 제공하도록 할 수 있는데 거의 대부분의 경우에 수탁자가 신탁을 인수할 때 담보를 제공한다는 것이다.¹⁰⁵³

남아프리카 공화국은 수익권登記, 수탁자의 담보제공이나 수탁자의 대법원의 판사(Deputy Master, Assistant Master)에게 설명할 의무 등을 통하여 수익자 보호 수단을 마련하고 있다. 하지만 기본적으로 이익충돌에 대한 논의가 부족하기 때문에 충실의무 위반을 억지하기 위해 이득토출책임 및 의제신탁을 통한 별도의 구제수단을 마련하려는 시도는 아직 부족하다.¹⁰⁵⁴

1934 를 입법한 바 있고 Administration of Estates Act 66 of 1965 의 3 장은 수탁자가 수탁자로 행위하기 위해서는 서면 승인 취득 요건을 규정하려 하였으나, 이 입법안은 1988 년 신탁재산관리법 입법으로 폐기되었다. François du Toit(2018), p.9.

¹⁰⁴⁸ 남아프리카 공화국에는 로마-네델란드 법에 기초한 베빈트신탁(Bewind Trust)이 존재하는데, 이 신탁의 소유권자는 수익자이고, 수탁자는 신탁재산을 관리 및 처분할 권한만이 있다. 하지만 실무상 베빈트신탁은 드물며, 수탁자에게 소유권이 있는 신탁이 일반적이다. M.J. De Waal (2000), p 561, Trust Property Control Act 57 of 1988, Section 1 에서 신탁의 정의 (b)에서 베빈트신탁을 포함한다고 정의하고 있다. 베빈트 신탁의 존재는 신탁이 성립되기 위해 재산 이전이 필수적인 것이 아니며, 신탁재산에 대한 통제, 재량만 수탁자에게 있어도 된다는 주장에 대한 근거가 된다. Tony Honoré & Edwin Cameron(1992), p. 4; M.J. De Waal(2000), p 562.

¹⁰⁴⁹ Trust Property Control Act 57 of 1988, Section 6. Authorization of trustee and security; 제 6 조 (2) (a) 판사는 수탁자가 자신의 의무를 적합하고 성실하게 이행하기 위해서 판사가 만족할 담보를 제공하지 않으면, 수탁자의 권한을 부여하지 않는다. (b) 제 3 조 (a)의 법원의 명령이나, 판사에 의해, 혹은 제 3 조 (d)의 신탁증서에 의해 해당 담보는 면제될 수 있다. M.J. De Waal(2000), p 563-565; 이연갑(2010), 130 면.

¹⁰⁵⁰ Trust Property Control Act 57 of 1988, Section 9. Care, Diligence and Skill required of the trustee.

¹⁰⁵¹ 이연갑(2010), 130 면.

¹⁰⁵² Trust Property Control Act 57 of 1988, Section 16. Master may call upon trustee to account.

¹⁰⁵³ 영국과 스코틀랜드에서 수탁자가 신탁재산을 의무 위반으로 재산을 처분한 경우에 이득토출책임이나 의제신탁 하에 보호되는 것과 달리 남아프리카공화국에서의 구제수단은 이보다 약하다고 설명하고 이에 대한 보완책으로 담보를 활용할 수 있다고 설명하는 견해로는 M.J. De Waal(2000), p.564-565.

¹⁰⁵⁴ 남아프리카 공화국에서 1910 년 이후 의제신탁에 대하여 논의하는 판례는 Montres Rolex SA v Kleynhans 1985 (1) SA (C) 뿐이다. 해당 판례에서 영미법상 이득토출책임은 의제신탁이라는 제도와 관련이 있는 것으로 파악하였으나 남아프리카 법원에는 이질적이기 때문에 해당 구제수단을 활용할 수 없다고 판시하여 의제신탁의

(나) 회사법상 이득토출책임

살펴본 바와 같이 신탁법상 충실의무를 명시하고 있지 않으며 이득토출책임을 구제수단으로 포함하지도 않는다. 남아프리카 공화국에서 수탁자 외 신인의무자인 이사가 충실의무 위반시 이득토출책임을 부담한 판례가 존재한다.¹⁰⁵⁵ 남아프리카 공화국의 회사법 판례인 *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 는¹⁰⁵⁶ 영국의 *Aberdeen Railway v Blaikie Bros* 판례를 인용하여 이득토출책임을 인정하였는데 해당 판례의 사실관계는 다음과 같다. 원고회사는 농장의 채굴권에 대한 임대차 계약권을 보유하고 있었고 회사의 이사에게 해당 농장을 매도할 권한을 위임하였으나, 이사는 농장의 소유권자와 의견의 일치를 이루지 못하였다. 농장주는 피고인 이사에게 해당 농장을 매도하게 되면, 이사에게 우선권을 주겠다고 약정하였다. 이후 피고는 해당 농장의 절반을 6 만 파운드를 지급하고 매입한 이후, 해당 농장을 원고 회사의 자회사인 *Watervaal Trust Company* 에게 27 만 5 천 파운드를 지급하고 매도하였다. 이사는 해당 거래에서 자신의 이해관계와 해당 거래로부터 발생한 이익을 개시하지 않았다. 따라서 이후 원고 회사가 21 만 5 천파운드를 회복하기 위해 소송을 제기한 사건이다. 법원은 해당 이득을 반환하여야 한다고 판시하였고 해당 소송의 청구권은 비채변제 부당이득반환 청구권(*Condictio indebiti*)에 의한 것이나 손해배상청구권이 아니라고 판시한 바 있다.¹⁰⁵⁷

3. 검토

도입하지 않았지만 또한 해당 판결문이 의제신탁이 신탁법의 발전과정에 따른 결과물이라는 사실을 암시하였다는 견해로는 Edwin Cameron(1999), pp.344-347 참조. 남아프리카 공화국에서 의제신탁을 도입하지 않은 이유로 보통법상 권한과 형평법상 권한이 구별하지 않고, 신탁을 하나의 준 공적 지위(*quasi-public office*)로 보기 때문이라는 견해는 Edwin Cameron(1999), pp.349-355 참조.

¹⁰⁵⁵ 다만 회사법 조문에는 충실의무와 이득토출책임에 대한 내용은 포함하고 있지 않다. *Companies Act No. 71 of 2008* https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/321214210.pdf [최종 검색일: 2020.12.11] 회사법에서 이사의 의무와 책임에 대한 조항은 다음과 같다. 이사의 의무 조항은 제 76 조 제 3 항으로 해당 조항은 다음과 같다. 회사의 이사는 이사의 자격으로 행위할 때, 다음과 같이 권한을 행사하고 이사의 역할을 수행하여야 한다. (a) 선의와 적절한 목적에 따라, (b) 회사의 최선의 이해관계를 위하여, (c) 이사에게 기대되는 주의, 기술, 근면 하에 (i) 이사가 수행하는 동일한 역할을 이행하는 자의 수준 및 (ii) 해당 이사의 일반적인 지식, 기술 및 경험을 가진 자의 수준. 이사의 책임 조항은 제 77 조 제 2 항으로 해당 조항은 다음과 같다. 제 77 조 (2)(a): 회사의 이사는 신인의무 위반과 관련되어, 이사가 제 76 조, 제 76 조 제 2 항, 제 76 조 제 3 항(a) 및 제 76 조 제 3 항(b)를 위반한 경우, 보통법(*common law*)의 원칙에 따라, 회사의 손실(*loss*), 손해배상(*damages*) 및 비용(*costs*)에 대하여 책임을 진다. 제 77 조 제 2 항(b): 회사의 이사는 i) 76 조 제 3 항(c) 위반, ii) 본 조에서 언급하지 않은 다른 조항, 위반, 혹은 iii) 회사 정관 위반으로, 회사에 손실, 손해배상 혹은 비용이 발생한 경우에 불법행위(*delict*)에 따라 책임을 진다.

¹⁰⁵⁶ 1921 AD 168.

¹⁰⁵⁷ 해당 판례에서는 이득토출책임이라는 용어를 사용하지 않았지만, 부당이득법제나 기존의 손해배상책임이 아니라고 한 것도 주목할 만하다. 해당 구제수단은 *Transvaal Act 26 of 1908* 와 관련된다고 표현하였는데, 해당 법에 어떠한 구제수단들이 존재하는 지는 명확하지 않다. 학계에서는 신인관계의 경우에 이득토출책임을 부과한 판례들이 존재하지만, 이에 대한 근거에 대한 법적 성격은 제대로 연구되지 못하였다는 한계를 설명하기도 한다. 아직까지 해당 법리를 불법행위나 부당이득법제로 설명하려는 견해 등이 존재한다는 설명은 다음의 문헌 참고. Jacques du Plessis & Daniel Visser in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p.359-361.

이상 대륙법 국가의 신탁법리, 충실의무 및 이득토출책임 논의에 대해 살펴보았다. 국가별로 그 흐름은 상이한데, 로마법적 원형에서 신탁법리를 자생적으로 존재한다고 주장하는 국가(스코틀랜드), 영미 신탁법의 계수하며 신탁을 전면적으로 수용하게 된 국가(루이지애나, 남아공) 및 신탁법리는 강학상 존재하나 신탁을 수용하지 않은 국가(독일)도 있다.

대륙법 체계의 국가를 살펴본 결과 대륙법의 충실의무는 영미법의 논의를 수용하지 않은 경우 충실의무가 불완전하고(*inchoate*), 묵시적(*implicit*) 형태를 띠는 것을 확인할 수 있다.¹⁰⁵⁸ 민법상 선관주의의무 내에 충실의무가 일부 함축되어 있었다고 보았고 별도로 취급하지 않았기 때문에 충실의무 및 그 위반에 대한 구제수단에 대한 논의가 부족하다. 이득토출책임의 논의의 시작점은 이익충돌 상황 즉 충실의무 위반 상황을 선관주의의무 등과는 별개로 취급하여야 하는 것에 대한 인식을 바탕으로 한다.

영미법에서는 신탁을 통해 수탁자에게 소유권을 이전하는 것과 달리 대륙법에서는 소유권을 이전하지 않고 사무처리를 위임하는 법리가 발달하였다. 수탁자에게 재량을 크게 부여하지 않고 신탁재산을 관리 혹은 처분할 목적인 경우를 상정해보면 대륙법에서는 위임법리를 사용할 수 있다. 위임관계에도 분명히 이익충돌의 위험이 있지만, 위임한 재산의 소유권자는 위임인으로 여전히 위임인의 통제하에 있기에 수임인의 재량이 크지 않다. 또한 위임관계에서 위임업무를 이행하는 과정에서 발생하는 이익을 반환할 의무 조항이 존재한다.¹⁰⁵⁹ 하지만 이 의무는 이익충돌 여부를 따지는 것이 아니라, 위임업무는 위임인의 것이므로 이로 인해 발생한 이익은 위임인의 계산으로 한다는 성격이다. 하지만 이득토출법리를 수용하지 않은 대륙법 국가에서조차 위임관계에서 기존의 이익반환 범위를 넘어서는 뇌물 수령 등의 사실관계에도 이익반환의무를 확장적용하여 이득토출책임과 유사한 효과를 발생시킨 판례들이 존재한다.

마지막으로 법체제에서 법적 차용(*legal transplant*)에¹⁰⁶⁰ 대한 태도를 생각해볼 수 있다. 독일의 Holger Fleischer 교수는 독일 회사법에서 충실의무 혹은 이익충돌 법리를 수용하고 있지만¹⁰⁶¹ 원칙을 도입하는 방식(*Top down*)이 아니라 판례들을 통한 과편적으로 세부적 적용 방식(*Bottom up*)으로 이루어지고 있다고 설명한다.¹⁰⁶² 한 사회의 법, 제도는 한 사회의 다양한 환경의 산물이기 때문에, 전면적으로 도입하는 경우에 거부반응이 발생할 수 있기에 판례 등을 통하여 점차적으로 수용하는 단계에 있다는 것이다.¹⁰⁶³ 법적 차용에 대한 논의는 John Bell의 법의 경로 의존성(*path dependence*)에 대한 설명과 함께 생각해볼 수 있다. 동일한 법리가 다른 사회에 도입되려고 할 때, 도입으로 인한 법의 변화 및 발전과정에 대한

¹⁰⁵⁸ Martin Gelter & Geneviève Helleringer in in Evan Criddle et al.(2019), p.6.

¹⁰⁵⁹ 민법 제 684 조, 독일민법 (BGB) 제 667 조 제 2 항, 루이지애나 민법 제 3004 조 등.

¹⁰⁶⁰ 법적 이전(*Legal Transplant*)은 Alan Watson 교수가 비교법 연구에서 창안한 용어로, 한 법체제에서 다른 법체제로 법이 이동하는 상황을 의미한다. 법의 이전에 대한 자세한 논의는 다음의 문헌을 참조. Alan Watson(1978), pp.313-336; Alan Watson(2000).

¹⁰⁶¹ 독일에서 주식회사법 제 88 조 (2)을 확장 적용하는 것에 한정하는 것이 아니라 일반적인 조항으로 이득토출책임을 주장하는 학자는 Konrad Rusch 박사가 대표적이다. Konrad Rusch(2003), 229 ff.; Holger Fleischer(2005), p.397.

¹⁰⁶² Holger Fleischer(2005), p.380.

¹⁰⁶³ Otto Kahn-Freund(1974), p.27; Otto Kahn-Freund는 독일의 법학자로 나치 치하에서 영국으로 이주하여 법학자의 길을 걸었는데, 지속적으로 법적 차용의 경제적 및 정치적 권력의 영향력을 강조하였고, 외래의 법체도를 자국에 도입할 때에 실증적 연구를 바탕으로 도입 여부를 결정해야 한다고 주장하였다.

반응이 상이하다. 이는 특정 법의 제도를 도입할 때에는 기존의 법적 환경이 상이하기 때문에, 법의 변화의 범위는 이를 위한 변화의 필요성과 이에 대한 수용성에 따라 다르게 이루어진다고 설명한다.¹⁰⁶⁴ 위의 논의를 충실의무와 이득토출책임에 적용해보면, 기존의 대륙법 체계로 확고한 법리를 구축한 독일에서는 이익충돌의 문제가 발생하여도 기존의 법리의 확장 적용으로 해결하려는 경향이 크다. 그럼에도 불구하고 독일의 경우는 신인의무자에 해당하는 이사의 이익충돌 및 충실의무에 대한 논의와 수임인의 이익충돌 행위에 대한 구제수단의 확장이 이루어지고 있음을 확인할 수 있다.

제 3 절 소결론

본 장에서는 대륙법의 신탁, 충실의무 및 이에 대한 구제수단에 대한 논의를 살펴보았다. 일본의 신탁법은 대륙법 체계 하에서 신탁법 제정을 통하여 수용한 국가로 우리 신탁법의 모델이 되어왔다. 일본 개정신탁법은 영미법의 신인관계 및 충실의무에 대한 연구를 바탕으로 이득토출책임 도입하려는 시도를 하였으나 직접적인 입법을 보류하였다. 일본의 학자들은 손실추정규정이 이득토출책임에 한발 가까워졌다고 자체 평가하기도 하지만 해당 조항이 동일한 효과를 제대로 발휘할 수 있는지는 의문이다. 손실추정조항은 수탁자가 이익을 취득하였지만 이익보다 손실이 적음을 입증할 수 있는 경우에는 이득토출책임의 역할을 하지 못하고 일반적인 손해배상과 동일한 책임에 그치기 때문이다. 따라서 일본에는 이득토출책임이라는 개념이 존재하지 않는다고 보는 것이 일반적인 견해이다.¹⁰⁶⁵ 다음 장에서 살펴볼 우리 신탁법은 보다 적극적으로 이득토출책임을 규정하였다는 측면에서 수탁자를 비롯한 신인의무자의 충실의무 준수를 위한 토대가 될 것이라 생각한다.

독일은 우선 별도의 신탁법이 존재하지 않기 때문에 신인의무에 논의가 활발하지 않다. 그럼에도 불구하고 이익충돌이 발생하는 경우, 특히 회사법에서 경업금지 조항을 기초로 하여 다른 유형의 충실의무 위반에 확장하려는 경향을 띄고 있다. 뿐만 아니라 위임계약의 수임인의 이익반환의무와 같은 기존의 민법의 조항을 ‘위임의 과정에서 취득한 이익’의 범위를 확장적용하여 뇌물이나 수수료 등의 경우에도 반환하도록 하는 판례가 존재한다는 측면에서 이득토출책임또한 독일법에서 흥미로운 부분은 학자들이 이득토출책임에 대한 근원적인 논의를 제기하는 데에 있다. 영미법상 이득토출책임은 기본적으로 수탁자가 취득한 이득을 “수익자”에게 전부 반환하는 법리를 띄고 있다. 반면 독일 학자들은 의무 위반으로 인하여 이익을 박탈하는 제도를 도입하더라도, 해당 이익이 반드시 본인에게 반환되어야 하는 것에 대한 의문을 제기하고 반드시 본인에게 반환하는 것 외에도 국가에 반환되는 가능성 등을 고려하고 있고 모든 이득을 토출하는 방식이 아니라 이익을 분배하는 방식으로¹⁰⁶⁶ 구제수단을 마련하는 것을 함께 제고하는 과정에 있다.

마지막으로 대륙법의 체계를 기본으로 하지만, 역사적, 문화적 요인으로 혼합법제의 성격을 띄는 국가를 살펴보았다. 각국은 저마다 다른 배경으로 신탁을 수용하고 신탁의 기초 및 내용이 상이함을 알 수 있다. 스코틀랜드의 논의를 통해서 영미의 신탁법을 도입하기

¹⁰⁶⁴ John Bell(2013), pp.787-810.

¹⁰⁶⁵ Yoshihisa Nomi in Ewoud Hondius & André Janssen(2015), p.429.

¹⁰⁶⁶ 본 논문의 제 4 장 제 2 절 1 마 Kristine Boosfeld 박사와 Benjamin Raue 교수의 견해 참고.

이전부터 충실의무 법리를 일부 활용하였음을 통해 충실의무가 대륙법에 상충하는 논의가 아님을 확인할 수 있다.

제 5 장 신탁법상 이득토출책임과 그 확장 가능성

제 1 절 신인의무 및 그 위반 구제수단 및 법리

앞서 살펴본 영미법상 신인의무와 이득토출책임을 바탕으로 본 장에서 우리 신탁법상 신인의무와 그 위반의 구제수단에 대하여 살펴보도록 하겠다. 2012 년 신탁법 개정 당시 주의의무 조항을 일부 수정하고 충실의무 규정을 별도로 마련하였다. 아래에서는 각각에 대해 살펴보고 주의의무와 충실의무의 관계 등에 대해 살펴보고 본 논문이 주장하는 두 의무의 관계에 대하여 견해를 밝히고자 한다.

1. 신탁법상 신인의무의 의의

가. 신탁법상 주의의무

(1) 수탁자의 주의의무

신탁법상 수탁자의 주의의무에 대한 해석에 대한 논의는 활발하이루어지지 않고 있다.¹⁰⁶⁷ 일반적으로 수탁자의 주의의무에 대한 설명은 신탁이 위임과 유사한 점에 착안하여 별도의 논의 없이 수탁자의 주의의무는 민법 제 681 조 수임인에 요구되는 것과 동일한 수준의 주의의무가 요구된다고 본다.¹⁰⁶⁸ 민법상 주의의무는 그 주의는 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 정도의 주의로, 객관적 주의의무 기준이다.¹⁰⁶⁹ 따라서 수탁자의 주의의무는 관리자의 개인적, 구체적 능력의 차이가 아니라 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의의무 수준을 기준으로 한다.¹⁰⁷⁰ 다만 위와 같은 주의의무는 그 자가 종사하는 직업, 사회적 지위 등에 따라 보통 일반적으로 요구되는 주의로, 실령 전문적인 지식, 경험을 가지고 있지 않더라도 해당 수탁자가 전문적 지식과 경험이 있다고 주장한 경우, 전문적인 지식, 경험을 가지는 자에게 기대되는 수준의 주의의무가 기준으로 판단한다.¹⁰⁷¹

또한 다수설은 타인의 재산에 기울여야 할 주의로서 자기 재산에 관한 주의보다 높은 정도의 주의를 기울여야 한다고 본다. 해당 기준의 위반 여부는 구체적 상황에서 수탁자의 해당 신탁사무가 타인의 재산을 관리하는 자의 행동으로서 합리적인지 여부로 결정하여야 한다는 것이다.¹⁰⁷² 소수설은 신탁법이 무상수탁자를 전제로 하기 때문에 신탁사무의 처리에

¹⁰⁶⁷ 신탁법 제 32 조는 수탁자의 선량한 관리자의 주의의무이나, 본 논문에서는 주의의무로 통일하였다.

¹⁰⁶⁸ 최동식(2006); 광장 주식신탁법(2016), 170 면; 최수정(2019), 302 면; 반면 수탁자에 대해서 위임보다 더 높은 수준의 주의의무를 구체화해야 한다는 주장으로는 윤태영(2015), 545-557 면.

¹⁰⁶⁹ 우리 신탁법은 수탁자가 유상으로 신탁을 인수하였는지, 수탁자가 전문가인지 아닌지에 따라 수탁자의 주의의무를 구별하지 않고 수탁자가 어떠한 신탁사무를 처리하는지 세분하지 않고, 일반적인 주의의무로 선관주의의무를 정하여 수탁자에게 중한 의무를 부여한다는 견해로는 이연갑(2014), 98-99 면; 주의의무는 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 정도의 주의의무로 수탁자의 직업, 지위에 따라 통상 요구되는 정도의 주의를 기울여 사무처리해야 한다는 견해로는 최수정(2019), 302 면; 신탁법 해설 260 면; 최동식(2006), 181 면.

¹⁰⁷⁰ 광장 주식신탁법(2016), 170 면; 최동식(2006), 181 면.

¹⁰⁷¹ 이연갑(2014), 99 면.

¹⁰⁷² 신탁법 해설(2012), 260 면; 최동식(2006), 189-190 면.

대한 주의가 타인의 재산에 대한 주의 수준으로 하는 경우, 그 누구도 수탁자가 되지 않을 것이라는 점, 신탁은 장기간 존속하는 관계라는 점을 들어 주의의무의 수준이 자기 재산과 동일한 주의로도 충분하다고 본다.¹⁰⁷³ 수탁자의 주의의무의 정도는 해당 수탁자가 유상, 무상수탁자 인지 여부와 무관하게 적용한다.¹⁰⁷⁴

주의의무에 해당하는 개별 구체적 내용은 신탁 목적, 신탁증서의 내용 혹은 신탁의 제반 사정에 따라 다르며 위반에 대한 효과 역시 위반행위에 따라 개별적으로 판단한다.¹⁰⁷⁵ 주의의무가 적용되는 수탁자의 행위는 광범위한데, 신탁사무로 하는 행위, 즉 신탁재산의 관리행위, 처분행위, 운용행위,¹⁰⁷⁶ 개발행위 및 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위 뿐 아니라 수익자의 서류열람청구, 설명 요구 등 신탁재산 등과 관련되지 않은 신탁사무를 수행하는 경우에도 주의의무 적용을 받는다.¹⁰⁷⁷

사건은 수탁자는 주의의무의 기준이 ‘자신의 재산과 동일한 주의’로 충분한지 아니면 ‘타인의 재산에 대한 주의’는 크게 논의의 실익이 없다고 생각한다. 전문적으로 수탁자의 업무를 하는 경우 자신의 재산 및 타인의 재산에 대한 주의의무 수준이 높을 것이기에 해당 전문적인 지식 및 경험을 가진 자에게 기대되는 주의의무 수준으로 조정되면 될 것이다. 다만, 신탁업무를 전문적으로 하는 수탁자의 주의의무 수준으로 조정되지만, 여전히 객관적인 기준으로 판단하여야 한다. 즉 해당 수탁자가 해당 행위를 하는 당시에 주의를 다했는지 주관적으로 판단하는 것이 아니라, 해당 수탁자와 동종업종에 있는 수탁자가 통상적으로 갖추는 전문성, 지식 및 경험을 바탕으로 주의의무를 다했는지 판단하면 된다. 또한 영미법의 수탁자가 무상수탁자를 기초로 발전하였기에 그 기준도 무상수탁자를 전제로 하나, 국내의 수탁자의 업무는 신탁업자, 은행 등과 같은 전문가 집단이 이행하며 따라서 타인을 위해 행위하는 전문가 집단이 부담하는 수준으로 객관적으로 판단하면 될 것이라고 생각한다.¹⁰⁷⁸

나. 신탁법상 충실의무

¹⁰⁷³ 이중기(2007), 271 면; 이연갑 교수는 신탁을 위임이 아니라 임치로 보는 경우에 무상의 경우, 신탁재산을 자기재산과 동일한 주의로 보관할 의무가 있다고 설명한다. 이연갑(2014), 92 면.

¹⁰⁷⁴ 이연갑(2014), 99 면.

¹⁰⁷⁵ 최수정(2019a), 302 면; 충실의무의 유형을 구체화하려는 것과는 달리 주의의무에 대하여 상세하게 설명하거나 구체화를 시도한 문헌이 드물다고 지적하며 주의의무의 내용으로 신탁 목적에 따른 사무처리 의무, 자격유지의무, 신탁재산의 보전 의무, 투자 의무 등으로 구분하는 견해로는 윤태영(2015), 530 면, 545-557 면.

¹⁰⁷⁶ 최근에 가장 중요성이 강조되는 것은 신탁재산의 운용행위, 즉 신탁재산의 투자에 대한 수탁자의 주의의무이다. 신탁재산을 보전 유지하는 것 외에도 해당 재산을 적절하게 투자하여 증식시키는 것 역시 수탁자의 의무이다. 신탁법상 수탁자의 투자에 대한 주의의무에 대한 연구는 이연갑(2014), 106-108 면.

¹⁰⁷⁷ 주의의무의 내용으로 신탁 목적에 따른 사무처리 의무, 자격유지의무, 신탁재산의 보전 의무, 투자 의무 등으로 구분하는 견해로는 윤태영(2015), 545-557 면.

¹⁰⁷⁸ 동지(同旨): 기본적으로 수탁자의 주의를 자기재산과 동일한 주의로 충분하다는 입장이나 신탁업자가 자신의 일에 대한 주의 역시 실제 보유하고 있는 전문지식과 판단을 사용하는 것이므로 저절로 높아지게 되며 그들이 제공하는 서비스는 타인의 사무를 관리하는 자로서 합리적으로 제공해야 할 수준이 된다는 견해로는 이중기(2007), 271-271 면. 신탁업무를 전문적으로 하는 수탁자라면 그 전문지식과 경험을 동원하여 신탁사무를 처리하여야 하고 수탁자가 필요한 지식과 기술을 갖추었는지 여부를 객관적으로 판단한다는 견해로는 이연갑(2014), 99 면.

(1) 신탁법상 충실의무 제정

회사법에는 1998년부터 충실의무 규정이 존재하였음에도 불구하고 2012년 신탁법 개정까지 충실의무를 별도의 입법 조항으로 제정하지 않았다. 다만 신탁법 개정 이전에도 대법원 판례를 통해¹⁰⁷⁹ 해석론상으로 인정한 바 있었고 개정 신탁법에서 충실의무를 명문화하였다. 신탁법 제 33조에서는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다”고 충실의무를 규정하고 있다. 충실의무 조항을 제정할 때에 ‘오로지 수익자의 이익을 위하여’ 할 것인지에 대한 논의가 있었으나 ‘오로지’는 삭제하고 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무처리를 하여야 한다”로 결정하였다.¹⁰⁸⁰ 여기서 ‘오로지’라는 문구를 삭제한 것은 수탁자가 수익자의 최선의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하는 것만으로 충분하다는 해석의 여지를 남기기 위한 것은 아니다.¹⁰⁸¹ 입법 당시의 논의를 살펴보면 수익자가 존재하지 않는 목적신탁 등에서 수익자 외에 신탁재산을 위하여 행위 할 경우를 고려한 것이다.¹⁰⁸² 따라서 신탁법상 충실의무는 영미법의 ‘오로지 수익자를 위해 행위할 의무’를 반영한 입법으로 해석하는 것이 타당하다. 학계에서도 이중기 교수는 충실의무는 “수탁자는 전적으로 수익자의 이익을 위해서만 행동해야 한다는 원칙”이라고 설명하고¹⁰⁸³ 이연갑 교수 역시 “수탁자는 오로지 수익자의 이익을 위해서만 신탁재산을 관리, 처분하여야 한다”고 설명하고 있다.¹⁰⁸⁴ 마찬가지로 최수정 교수는 “수탁자가 오직 수익자 내지 신탁목적만을 위해 신탁사무를 처리해야 한다는 의미로 해석된다”라고 표현하고 있다.¹⁰⁸⁵

살펴본 바와 같이 우리 신탁법은 영국의 엄격한 충실의무를 수용하여 ‘오로지 수익자만을 위하여 신탁사무를 처리하여야 할 의무’로 해석하는 것이 타당해 보이지만 수탁자가 수익자를 위하여 행위하는 동시에 자신의 이익을 위한 경우에도 충실의무 위반으로 판단할지는 의문이다. 여기에는 신탁법 개정 전에 충실의무를 별도의 의무로 인정한 판례에서도 수탁자의 충실의무를 수탁자가 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하여야 하고 ‘신탁재산의 이익을 최대한 도모하여야 할 의무’로¹⁰⁸⁶ 판시한 바 있는 것도 한 몫을 한다. 충실의무 조항을 별도의 명문 규정으로 도입한 근거는 앞의 영미법의 논의에서 살펴본 바와 같이 수탁자가 자신의 이익을 추구하는 것을 억지, 예방하기 위한 것인 만큼 보다 엄격하게 충실의무 규정을 해석하여야 할 것으로 생각된다.

¹⁰⁷⁹ 대법원 2005. 12. 22 선고 2003 다 55059 판결, 판시사항으로 “수탁자의 충실의무는 수탁자가 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하여야 하고 신탁재산의 이익을 최대한 도모하여야 할 의무로서, 신탁법상 이에 관한 명문의 규정이 있는 것은 아니지만 일반적으로 수탁자의 신탁재산에 관한 권리취득을 제한하고 있는 신탁법 제 31조를 근거로 인정되고 있다. (밑줄은 필자)

¹⁰⁸⁰ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 590면.

¹⁰⁸¹ 오로지를 삭제하였지만 수익자의 최선의 이익(best interest)만을 위하는 조건이 아니라 여전히 영미법상 엄격책임을 도입한 조항이라고 생각한다. 미국의 오로지 수익자를 위한 기준(sole interest) 및 최선의 이익을 위한 기준(best interest)에 대한 논의는 다음의 논문을 참고. John Langbein(2005).

¹⁰⁸² 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 560면.

¹⁰⁸³ 이중기(2007), 276면.

¹⁰⁸⁴ 이연갑(2014), 78면.

¹⁰⁸⁵ 최수정(2019), 304면.

¹⁰⁸⁶ 대법원 2005. 12.22 선고 2003 다 55059.

표 18. 개정 전 및 개정 신탁법상 주의의무와 충실의무

| | 개정 전 신탁법 | 개정 신탁법 | 기준 |
|------|---|--|--|
| 주의의무 | 제 28 조 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로 신탁재산을 관리 또는 처분하여야 한다. | 제 32 조 선량한 관리자의 주의로 신탁사무를 처리하여야 한다. | 다수설: 선량한 관리자의 주의 수준 (민법과 동일) |
| 충실의무 | X (판례 및 세부 조항으로 인정) | 제 33 조 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다. | 오로지 수익자의 이익을 위하여 (sole interest) 혹은 수익자의 최선의 이익을 위하여 (best interest) |

(2) 신탁법상 충실의무 세부조항

일반적인 충실의무 외에도 개정 신탁법은 제 34 조 이익상반행위의 금지, 제 36 조 수탁자의 이익향수금지 조항을 두고 있다. 제 34 조 제 1 항은 수탁자의 자기거래 및 쌍방대리 등을 금지하는 조항으로 대표적인 이익충돌거래에 대하여 별도의 조문으로 두고 있다.¹⁰⁸⁷ 각각에 대해 살펴보면 우선 제 34 조 제 1 항 제 1 호는 수탁자가 신탁재산을 고유재산으로 하거나, 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위, 제 2 호는 고유재산을 신탁재산으로 하거나 고유재산에 관한 권리를 신탁재산에 귀속시키는 행위를 금지한다. 이는 이익충돌에 해당하는 전형적인 자기거래이다.

제 34 조 제 1 항 제 3 호와 제 4 호는 이익충돌금지 의무 중에 의무간 충돌에 대한 조항으로 볼 수 있다.¹⁰⁸⁸ 우선 제 34 조 제 3 호에서는 수탁자가 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 혹은 권리를 다른 신탁에 귀속시키는 행위를 금지한다. 수탁자는 자신이 인수한 신탁에 대하여 각각 충실의무를 부담하고 있기 때문에 하나의 신탁재산 혹은 그에 관한 권리를 자신이 인수하고 있는 다른 신탁에 귀속시키는 경우에 둘 중 하나의 신탁의 이익을 우선시할 우려로 금지한다.¹⁰⁸⁹ 제 34 조 제 4 호는 ‘제 3 자의 신탁재산에 대한 행위에서 제 3 자를 대리하는 행위’ 를 금지한다. 제 3 자와 신탁재산의 거래에서 수탁자가 상대방인 제 3 자를 대리하면, 수탁자가 충실의무를 위반하여 거래 상대방인 제 3 자에게 유리한 행위를 할 수 있으며 쌍방대리와 유사한 형태가 되기 때문에 이를 금지하였다. 해당 거래 역시 수탁자의 의무와 제 3 자의 대리인으로서의 의무간의 충돌로 볼 수 있다. 이는 앞서 살펴본 영국법에서 의무간 충돌에 대해 일반적으로 공평의무를 적용하지만, 쌍방대리에 대하여 엄격한 태도를 보이고 있는 것과 일치한다.¹⁰⁹⁰ 반면 미국 신탁법 리스테이트먼트

¹⁰⁸⁷ 개정 전 신탁법 제 31 조는 신탁재산의 고유재산화와 신탁재산에 대한 고유재산의 권리취득만을 제한하고 있었다. 신탁법 해설(2012), 274-275 면.

¹⁰⁸⁸ 신탁법은 영미 신탁법과 마찬가지로 의무간 충돌이 되는 행위를 금지하지 않고 제 35 조 공평의무를 적용하는 반면 제 34 조 제 3 호와 제 4 호는 의무간 충돌 중 이해충돌이 극명한 경우에 해당하기 때문에 금지하는 조항을 포함하였다고 볼 수 있다.

¹⁰⁸⁹ 최수정(2019a), 320 면.

¹⁰⁹⁰ 제 2 장 제 1 절 2 다 참고.

역시 신탁재산간 거래를 금지하지는 않고 있다.¹⁰⁹¹ 마지막으로 제 34 조 제 1 항 제 5 호는 그 밖에 수익자의 이익에 반하는 행위를 두어 명문으로 규정한 행위 외에 수익자의 이익에 반하는 행위를 포괄하여 금지하고 있다. 앞서 살펴본 영미 신탁법상 간접거래, 신탁과의 경업행위, 신탁의 기회유용 등을 금지하는 것과 마찬가지로 별도의 조항을 두지 않은 이익충돌행위가 포괄규정에 적용된다.¹⁰⁹²

제 34 조 제 2 항 제 1 호의 이익상반행위를 신탁행위로 정한 경우, 제 34 조 제 2 항 제 2 호의 수익자의 승인을 얻은 경우와 제 34 조 제 2 항 제 3 호의 법원의 허가를 받은 경우에 한하여 해당 이익상반행위를 예외적으로 허용하고 있다.¹⁰⁹³ 영미법상 자기거래 금지의 예외로 신탁증서의 승인, 수익자 승인 및 법원의 승인이 있는 경우를 해당 거래를 허용한 것을 수용한 것을 파악할 수 있다.¹⁰⁹⁴

제 36 조의 수탁자의 이익향수금지 원칙은 영미법상 충실의무를 구체화한 이익향수금지 원칙(no-profit rule)에 해당하며¹⁰⁹⁵ 수탁자가 이익을 향수하는 상황을 사전적·절대적으로 금지하여 신탁 위반행위를 억지하기 위한 것이다.¹⁰⁹⁶ 하지만 취지와는 달리 제 36 조 조항은 “수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동 수익자의 1 인인 경우에는 그러하지 아니하다” 라고 규정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 신인의무자의 지위로 인하여 혹은 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이득을 취득하는 모든 경우를 금지한다.¹⁰⁹⁷ 반면 우리 신탁법 조항은 ‘신탁의 이익’ 을 향수하지 못한다고 규정하고 있기에, 수탁자가 취득한 이득이 ‘신탁의 이익’ 에 해당하는지 고려하여야 하며, 이득토출책임의 대상이 되는 범위가 축소될 우려가 있다.¹⁰⁹⁸ 제 36 조를 폭넓게 적용하자는 의견으로 ‘신탁재산으로부터의 이익’ 이 아니라 ‘신탁의 이익’ 으로 규정하고 있기 때문에 신탁을 운용하는 과정에서 얻은 기회와 정보를 이용하여 취득한 이익 혹은 신탁사무처리 중 제 3 자로부터 수령한 뇌물, 비밀 수수료 등도 포함한다는 견해도 있다.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹¹ UTC 802 h(3), R2T 180 cmt. r; 최수정(2019a), 320 면 각주 58 참고.

¹⁰⁹² 본 논문의 제 3 장 제 2 절 3 과 제 3 장 제 3 절 4 참고.

¹⁰⁹³ 개정 전 신탁법에서는 법원의 허가를 받은 경우에만 예외적으로 이익에 반하는 행위를 허용하여서 강행규정으로 해석하였지만, 개정 신탁법은 위탁자가 신탁행위로 허용하거나 수익자의 개별적인 승인이 있는 경우를 허용하여 이익상반행위를 임의 규정화하였다는 논의로는 신탁법 해설(2012), 280-281 면; 광장주식신탁법(2016), 182-183 면.

¹⁰⁹⁴ 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2 가, 제 2 장 제 2 절 2. 다 참조. 영미법상 논의는 이익상반거래가 아니라 자기거래를 허용하기 위한 예외에 대한 논의이나, 영미법에서 자기거래를 폭넓게 해석하는 경우가 있기 때문에 동일한 취지로 해석할 수 있다.

¹⁰⁹⁵ 신탁법 해설(2012), 300 면; 이중기(2007), 290 면; 광장주식신탁법(2016), 188 면; 해당 조항은 개정 신탁법에서 신설한 조항이 아니라 개정 전 신탁법 제 29 조에서도 “수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 향수하지 못한다. 단, 수탁자가 공동 수익자의 1 인인 때에는 예외로 한다” 라고 규정하고 있던 것을 문구만 일부 수정하였다.

¹⁰⁹⁶ 최수정(2019), 328 면.

¹⁰⁹⁷ 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2 가 참고.

¹⁰⁹⁸ 이익향수금지 원칙을 엄격하게 적용하면 수탁자의 지위에서 또는 이를 이용하여 얻은 모든 이익이 의무에 반하게 될 것이지만 엄격하게 적용하지 않는다면 어느 범위까지 의무에 반하는 이익으로 판단할 것인지 기준이 문제가 된다는 견해로는 최수정(2019a), 329 면.

¹⁰⁹⁹ 오영걸(2019), 99 면; 그 외에도 제 36 조를 폭넓게 적용하여 수탁자는 신탁재산인 골프장을 회원이 아니면서 회원가에 이용해서는 안되고, 수탁자가 신탁사무를 처리하는 과정에서 자기를 위하여 커미션 등의 이익을 얻거나 수탁자가 신탁사무를 위한 거래 상대방으로부터 선물을 받는 것도 금지한다는 견해로는

제 36 조를 폭넓게 적용해야 한다는 견해에는 동의하나, 신탁법상 ‘신탁의 이익’이라는 문구가 타당한지 의문이다. 앞서 영미법상 논의에서 살펴본 바와 같이¹¹⁰⁰ 이익향수금지 원칙의 유형에는 1) 신탁재산으로부터 이익을 취득하는 경우와 2) 수탁자가 신탁인의무자의 지위로 인해 획득한 정보나 기회를 활용하여 이익을 향수하는 경우뿐 아니라 3) 수탁자가 제 3 자로부터 뇌물이나 커미션 등을 수령한 경우를 포함한다. 따라서 제 3 자로부터 수령한 뇌물이나 커미션을 신탁의 이익으로 볼 수 있는지 불명확하다. 따라서 ‘신탁의 이익’이라는 의미가 불분명하므로 영미법상의 취지에 맞게 ‘수탁자의 지위로 인하여 발생하는 이익’ 등으로 개정하는 것이 타당하고 생각한다.¹¹⁰¹

다. 주의의무와 충실의무의 관계

(1) 신탁법 학계의 견해

상법에서 이사의 주의의무와 충실의무의 관계에 대한 논의가 활발한 것과 달리 신탁법에서는 주의의무와 충실의무 관계에 대한 논의 자체를 발견하기 어렵다. 충실의무를 주의의무의 일부로 보는 견해와 별개의 의무로 보는 견해 중 어떠한 견해가 다수설인지도 확실하지 않다. 이는 상법에 비하여 신탁법을 연구하는 국내 학계의 의견이 아직 응집되지 않았거나 의무를 준수하는 것 자체가 중요하지 두 의무를 구분하는 데에 실익이 없다고 보았기 때문이라고 추정한다.¹¹⁰² 다만 기존에는 충실의무를 주의의무의 부분으로 보는 일본의 입장을 수용하였던 것에 비하여 점차적으로 신탁법의 원류인 영미법에 대한 연구가 활발해지면서 이를 구분하는 견해들이 등장하였다고 생각한다. 대표적으로 이중기 교수, 이연갑 교수 및 최수정 교수는 신탁법상 주의의무와 충실의무가 구분되는 의무라고 명시하고 있지는 않지만 신탁법의 충실의무가 영국의 충실의무 법리를 수용한 것이라고 설명하는 만큼 두 의무를 구분하는 입장에 가깝다고 생각한다.¹¹⁰³ 또한 신탁법 개정 당시 논의에서도 충실의무와 주의의무가 구별되는 의무라는 견해에 대한 반대 입장이 적은 것으로 파악된다.¹¹⁰⁴ 개정 신탁법에서 충실의무에만 별도의 구체수단을 부과한 것 역시 두 의무가 구별되는 의무라는 인식을 반영한 것이라고 생각한다.

이연갑(2014), 91 면; 이익향수금지 조항을 엄격하게 적용하여 수탁자의 수수료나 보너스는 제 36 조가 금지하는 이익에 해당한다는 견해로는 최수정(2019a), 329 면.

¹¹⁰⁰ 제 2 장 제 1 절 2 가 (1) 참고.

¹¹⁰¹ ‘수탁자의 업무수행과 관련하여 발생하는 이익’ 등으로 개정하는 것이 바람직하다는 견해로는 김정연(2016), 98 면, 각주 351 참조; 본 논문은 ‘업무수행과 관련하여 발생하는 이익’ 보다는 ‘수탁자의 지위로 인하여 발생하는 이익’ 이 뇌물, 선물, 비밀 수수료 등을 포괄하기에 더 용이하다는 입장이다.

¹¹⁰² 신탁법 전반을 다루는 대표적인 국내 문헌으로는 신탁법 전면개정 이전의 최동식(2006), 이중기(2007)을 들 수 있고, 신탁법 해설(2012), 광장신탁법(2016), 최수정(2016), 최수정(2019a), 오영결(2021), 송현진·유동규(2012)을 들 수 있다. 그 외에 신탁을 넘어서는 충실의무법을 소개하는 이중기(2016), 신탁법의 특정 분야를 중심으로 다룬 정순섭·노혁준(2015), 이연갑(2014) 및 이계정(2017) 등이 있다. 다양한 연구가 이루어지고 있음에도 불구하고 아직까지는 타 법에 비하여 연구의 성과가 집적되지 못한 편이다.

¹¹⁰³ 이중기(2007), 270-274 면, 276-301 면; 이연갑(2014), 78-79 면; 최수정(2019a), 304-305 면, 구 신탁법 하에서도 판례는 충실의무를 정의하고 수탁자의 신탁재산에 관한 권리취득을 제한한 구 신탁법 제 31 조를 근거로 하여 주의의무와 구분되는 개념으로 충실의무를 인정하였다고 설명한다. 최근의 문헌으로 수탁자의 선관주의의무와 충실의무는 서로 별개의 의무라는 견해로는 오영결(2021), 219 면

¹¹⁰⁴ 주의의무와 충실의무의 관계는 향후 학설과 판례의 해석론으로 해결될 문제라고 설명한다. 신탁법 해설(2012), 268 면; 개정 신탁법 제 33 조는 충실의무를 추상적으로 선언하는 규정 내지 단순한 훈시규정은

(2) 구별하는 근거

주의의무와 충실의무를 구별하는 견해에 따르면 우선 상법상 다수설과 같이 주의의무가 충실의무보다 넓은 개념으로 충실의무는 주의의무 중에서 이익충돌행위나 신탁재산에 대한 이익향수금지의 경우에 적용하는 주의의무의 특화된 형태로 보는 견해가 있다.¹¹⁰⁵ 따라서 주의의무가 수탁자의 지위에서부터 객관적으로 요구되는 일반적인 의무인 반면, 충실의무는 특정 수탁자가 이익충돌 상황에 처해있는지 여부에 따라 상대적으로 인정되는 개별적 의무라고 보는 견해도 있다.¹¹⁰⁶ 또한 주의의무는 수탁자가 구체적 행위를 할 때 주의의무의 수준에 관한 것인 것에 비하여 충실의무는 수탁자가 수익자만을 위하여 행위하여야 하는 것으로 측면을 달리하는 의무로 이해하여야 한다는 견해도 있다.¹¹⁰⁷ 책임의 요건 측면에서도 두 의무는 상이한데, 주의의무 위반에는 구체적 행위와 관련하여 귀책사유를 요하고 주의의무 수준을 준수하였다면 설령 사후에 해당 행위에 의해 손실이 발생하더라도 책임을 부담하지 않는다.¹¹⁰⁸ 반면 충실의무 위반 여부는 수탁자의 귀책사유와 무관하며 이익충돌이 발생하면, 손실이 발생하지 않더라도 수탁자가 이득을 취득한 부분에 대하여 책임을 부과한다는 측면에서 두 의무가 상이하다고 본다.

(3) 주의의무와 충실의무 위반의 예

신탁재산의 취득 및 처분과 관련된 주의의무와 충실의무 위반의 구별되는 점을 살펴보면 특정 재산을 신탁재산으로 매입하였어야 하는 데 하지 못한 경우, 특정 신탁재산을 매도, 처분하여야 하였는데 하지 못한 경우, 혹은 매도하지 않았어야 하는 데 처분한 경우, 혹은 신탁증서에 따라 일정 투자대상에 신탁재산을 투자하였어야 하는데 하지 못한 경우 등은 주의의무 위반과 관련된 영역이다. 따라서 주의의무 기준에 의하여 주의를 기울였고 선의가 인정되면 설령 신탁재산에 손해가 발생하였더라도 수탁자는 책임을 부담하지 않는다. 즉 수탁자의 주의의무에 대한 결과적 책임은 인정하지 않는다.

반면 주의의무 위반에 해당하더라도 수탁자의 이해관계가 연관되어 있는 경우는 충실의무 영역으로 접어들게 된다. 특정 재산을 신탁재산에 매입하였어야 하는데, 대신 그 재산을 수탁자의 고유재산으로 매입한 경우, 신탁재산을 수탁자 혹은 수탁자의 이해관계자에게 매도, 처분한 경우, 신탁재산을 자신의 이해관계와 관련된 부분에 투자한 경우는 충실의무 위반에 해당한다. 따라서 이러한 경우는 충실의무 위반은 수탁자의 과실 여부, 신탁재산의 손해여부와 무관하게 수탁자가 취득한 이익만큼 토출할 의무를 부담한다.

아니며, 개별적인 상황에서 수탁자가 충실의무를 위반하는 경우 이 규정이 적용되어 수탁자는 개정 신탁법 제 43 조에 따른 책임을 부담하게 된다. 광장주식신탁법(2016), 177-178 면.

¹¹⁰⁵ 신탁법 해설(2012), 267 면.

¹¹⁰⁶ 신탁법 해설(2012), 267 면.

¹¹⁰⁷ 신탁법 해설(2012), 268 면.

¹¹⁰⁸ 신탁법에서는 수탁자의 주의의무와 관련하여 경영판단원칙(business judgment rule)이라고 부르지 않지만 회사법과 동일한 논리가 적용된다. 즉 이사가 선의로 행위하고 주의의무를 다하고 권한 내에서 행위한 경우에 회사에 손해를 끼친 경우에도 책임을 부담하지 않는 것과 동일하게 신탁법에서도 충실의무 위반이 아니라 주의의무 위반에 해당하는 경우에 동일하게 적용된다. 회사법상 경영판단원칙이 신탁법상 주의의무와 신의성실의무(duty of good faith)에서 비롯되었다는 설명은 다음의 문헌을 참조. David Kershaw(2018), pp.68-133.

(4) 주의의무와 충실의무의 관계

그림 5 는 아라이 마코토 교수의 신탁법 문헌의 그림에 착안하여 본 논문의 주장을 표현한 것이다.¹¹⁰⁹ 마코토 교수는 그림 5.2 와 같이 충실의무를 주의의무의 부분집합으로 파악하였다. 하지만 본 논문은 그림 5.1 과 같이 영국 신탁법상 엄격한 충실의무에 따르면, 주의의무 위반에 해당하지 않는 경우에도 충실의무 위반에 해당하는 부분(C)이 존재한다고 생각하고 우리 신탁법도 이와 같이 해석해야 한다고 생각한다. 직관적으로도 그리고 앞서 살펴본 영미법 판례에서 미루어 보더라도 충실의무 위반에만 해당하는 경우(C)보다 충실의무와 주의의무를 동시에 위반하는 경우가(B) 더 많은 비중을 차지할 것이다.¹¹¹⁰ 하지만 충실의무를 엄격하게 적용하는 경우, 수탁자가 주의의무를 다한 행위이더라도 그 행위에 이익충돌이 내재되어 충실의무 위반(C)에 해당하는 판례를 확인한 바 있다.

그림 5. 주의의무와 충실의무의 관계

그림 5.1. 논문의 주장

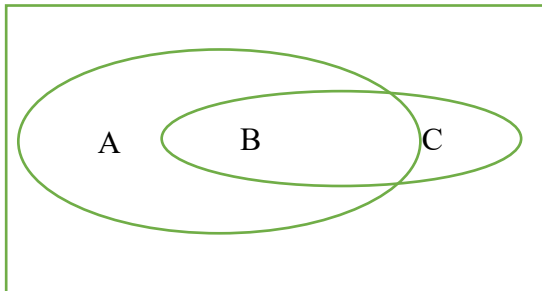
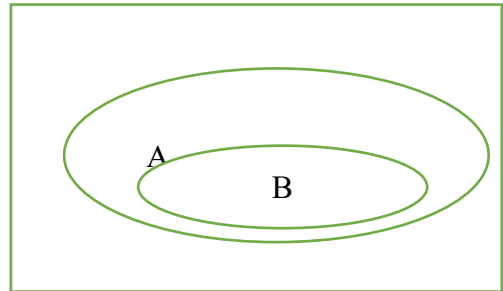


그림 5.2. 아라이 마코토 교수의 그림



- A. 주의의무 위반에만 해당되는 경우
- B. 주의의무와 충실의무 위반에 모두 해당하는 경우
- C. 충실의무 위반에만 해당하는 경우

앞서 살펴본 바와 같이 영국의 Regal(Hastings) Ltd v Gulliver 판결에서는¹¹¹¹ 이사가 선의로 행위하였고 합리적 주의를 기울이고, 사기적 의도가 없었더라도 결과적으로 이사 자신의 개인적 이익이 내재되어 있는 결정이라면 이사회 승인을 받아야 한다고 판시하였다.

¹¹⁰⁹ 아라이 마코토 교수의 그림은 다음의 문헌 참조, 아라이 마코토, 안성포 역(2011), 279면, 도표 6-2 주의의무와 충실의무, 마코토 교수는 주의의무 내에 충실한 신탁사무의 처리의무, 기타 다른 주의의무 등을 포함하는 것으로, 충실의무 내에는 이익상반행위의 금지, 신탁보수이외의 이익취득금지 등을 포함하는 것으로 표현하고 있다.

¹¹¹⁰ 다수의 충실의무 위반은 주의의무 위반도 함께 적용 되기 때문에 회사법에서 일원론의 입장을 다수설로 파악하였을 것으로 추정함. 특히 회사법은 신탁법에 비하여 충실의무의 엄격적용을 완화하는 경향이 있기 때문에 두 의무의 관계가 보다 모호해지는 성격을 띤다.

¹¹¹¹ [1967] 2 AC 134n. 판례의 사실관계는 제 3 장 제 2 절 3 가 참조. 해당 판례에서도 이사의 행위가 선의의 행위라고 판시하였으나 주의의무를 위반 여부에 대하여 명시하지는 않았다. 다만 회사가 임대차 계약 체결하기 위해서는 자회사의 발행 주식에 대하여 인수할 주체를 발견하는 것을 조건으로 하였고, 이사들은 회사의 여유자금의 한도에서 회사의 재산으로 주식을 매입하였으며, 남은 주식을 이사들이 매입한 상황 등을 미루어 보아 주의의무 기준을 충족하였다고 볼 수 있다.

이 사건은 항소법원까지는 이익충돌거래가 공정하고 이사의 주의의무 위반이 없다는 점을 근거로 이사에게 유리한 판결이 내려졌다.¹¹¹² 하지만 당시 대법원의 역할을 하던 House of Lords에서는 회사의 이사가 사업계획을 수립 당시 회사 매각을 염두에 두고 있었다는 점, 회사가 매각될 경우에 주주로 참여한 자신도 이득을 취득할 것이라는 것을 이미 알고 있었다는 점을 지적하며 충실의무 위반으로 판시한 바 있다.¹¹¹³ 마찬가지로 Boardman v Phipps 판례¹¹¹⁴ 역시 신인의무자인 피고의 선의를 인정하고 해당 상황에서 본인을 위하여 행위하고, 해당 신인의무자의 행위가 수익자에게 해가 되는 행위가 아닌 경우라 할지라도 신인의무자가 자신의 이익을 위한 행위를 한 경우에는 충실의무 위반을 인정한 바 있다. 물론 우리 신탁법의 충실의무를 이 정도로 엄격하게 해석하여야 하는지에 대해서는 이의를 제기할 수도 있다. 하지만 수탁자가 이익충돌 거래를 하는 경우에는 언제나 본인의 승인을 얻을 수 있는 매커니즘을 있다는 점에서 미루어 보아 엄격한 기준으로 평가하는 것이 타당하다고 생각한다.¹¹¹⁵

수탁자의 충실의무에 엄격한 기준을 사용하여야 하는 다른 근거는 표 19 과 같이 가정적인 상황을 통해서도 생각해볼 수 있다. 만약 충실의무를 수탁자가 수익자의 최선의 이익을 위하는 기준으로 하게 되면 표 19.1 과 같이 수탁자가 A 거래와 B 거래의 선택지가 존재하는 경우에 수탁자는 자신에게 일부 이득이 되는 A 거래를 선택할 유인이 있다. 이는 수탁자가 어떠한 거래도 하지 않은 경우와 비교하면 사후적으로 수탁자가 해당 거래(A)가 신탁재산의 최선의 이익을 위하였다는 항변 및 수탁자의 선의를 주장하는 항변을 할 수도 있다. 이 때 법원이 거래의 공정성 및 수탁자의 선의를 인정하고, 해당 거래가 주의의무를 준수하여 이행되었음을 인정하면, 주의의무 위반에 해당하지 않을 수도 있다. 하지만 수탁자는 1) 해당 거래에서 자신의 개인적인 이득을 취득하였고, 2) 신탁재산의 이익을 보다 극대화할 수 있는 선택지(B)가 있었기에 충실의무 위반에 해당한다. 따라서 수탁자는 자신이 취득한 이득인 10 에 대하여는 수탁자의 선의 및 귀책사유 등에 무관하게 도출책임을 부담해야 한다.¹¹¹⁶

¹¹¹² 미공간 판결(unreported judgment) Appeal Book 내용은 Richard Nolan 의 논문을 참조. Richard Nolan in Charles Mitchell & Paul Mitchell(2012), p.499, pp.507-512.

¹¹¹³ 박기령 (2010a), 9 면.

¹¹¹⁴ [1967] 2 AC 46. 판례의 사실관계는 제 3 장 제 2 절 3 다 및 제 3 장 제 4 절 1 라 참조. 해당 대법원의 판결에는 이사의 행위가 선의임을 명시하였으나 주의의무를 위반하지 않았다고 명시하지는 않았다. 하지만 신인의무자의 행위가 원고인 회사에게도 이익을 발생시킨 점, 회사를 위하여 일정 재산 매각이 필요하다고 보고, 해당 행위를 위해 피고들이 회사 주식을 매입하여 조직개편을 이행하는 과정에서 신인의무자 역시 이익을 취득한 점을 미루어 보아 주의의무 기준을 충족하였다고 보는 것이 타당하다.

¹¹¹⁵ 반면 충실의무를 일부 완화하여 적용하여 수익자의 최선의 이익을 위하는 경우는 그림 5.2 에 가까운 형태가 될 것이다.

¹¹¹⁶ 이 때 일실이익 20 을 손해배상책임으로 부담할 것인지(따라서 총 30 의 책임) 아니면 10 을 부담할 것인지는(즉 총 20 의 책임) 수탁자의 이득도출책임 10 으로 손해가 일부 전보되는 지 여부에 달려있다.

표 19. 주의의무 및 충실의무 위반의 예

표 19.1 충실의무 위반의 예

| | 신탁재산 이득 | 수탁자 이득 |
|-----------|---------|--------|
| 거래가 없는 경우 | 0 | 0 |
| A 거래 | 100 | 10 |
| B 거래 | 120 | 0 |

표 19.2 주의의무 위반의 예

| | 신탁재산 이득 | 수탁자 이득 |
|-----------|---------|--------|
| 거래가 없는 경우 | 0 | 0 |
| A 거래 | 100 | 0 |
| B 거래 | 120 | 0 |

반면 표 19. 2의 경우는 수탁자가 분명 신탁재산에 더 이익이 되는 B 거래를 선택할 수 있었지만, 수탁자가 A 거래를 선택한 경우에는 수탁자가 개인적으로 이득을 취한 바 없기 때문에 주의의무 위반에 해당한다. 따라서 이 경우 주의의무 위반 여부는 수탁자의 선의 및 귀책사유를 고려하여 주의의무 위반을 판단하고 결과적 책임을 묻지 않는다.

2. 신탁법상 신인의무 위반에 관한 구제수단

가. 개정 전 신탁법상 구제수단

개정 전 신탁법 제 38 조는 “수탁자가 관리를 적절히 하지 못하여 신탁재산의 멸실, 감소 기타의 손해를 발생하게 한 경우 또는 신탁의 본지에 위반하여 신탁재산을 처분한 때에는 위탁자, 그 상속인, 수익자 및 다른 수탁자는 그 수탁자에 대하여 손해배상 또는 신탁재산의 회복을 청구할 수 있다” 라고 규정하고 있었다.¹¹¹⁷ 따라서 제 38 조는 수탁자가 신탁행위에 의하여 또는 신탁법상 의무위반에 의하여 신탁재산에 손실을 입혔을 때 책임을 규정한 것이고¹¹¹⁸ 개정 전 신탁법이 충실의무를 별도로 규정하고 있지 않았기에 의무 위반에 따른 구제수단의 구분은 없었다.¹¹¹⁹ 따라서 개정 전 신탁법은 수탁자가 충실의무를 위반하였지만 신탁재산에 손해가 발생하지 않은 경우, 수탁자에게 책임을 추궁할 하기 어려웠기 때문에 수탁자에게 이득토출책임을 인정할 근거 규정이 필요하였다.¹¹²⁰

¹¹¹⁷ 이 조항을 문자 그대로 해석하면 마치 관리의 부적절과 신탁본지 위반의 경우에만 수탁자의 책임이 발생하는 것으로 한정하는 것 같다. 이에 대해 해당 조항이 의무 위반을 한정하는 것은 아니라는 해석과 문언 그대로 신탁위반행위를 두 가지 유형에만 책임을 한정한다는 해석이 존재하였다. 신탁법 해설(2012), 259면.

¹¹¹⁸ 최동식(2006), 254면.

¹¹¹⁹ 개정 전 신탁법에서는 충실의무 위반의 경우는 수탁자의 행위의 효력이 부정되어 신탁재산으로부터 반출된 재산은 신탁재산에 다시 돌려지므로 보통의 손해가 없고 손해배상의 문제는 표면화되지 않는다고 설명하는 견해로는 최동식(2006), 258면.

¹¹²⁰ 신탁법 개정 이전에 “최근에는 얻은 이익을 내놓는 형의 손해배상에 관한 논의도 이루어지고 있다.” 라고 언급하는 문헌으로는 최동식(2006), 255면. 다만, 같은 시기 다른 문헌 등에서는 동지를 찾아볼 수 없기에 당시 국내 학계의 논의라기보다 일본 학계의 논의를 언급하는 것으로 추정된다.

또한 개정 전 제 38 조는 수탁자에 대한 손해배상청구권과 원상회복청구권을 병렬적으로 규정하고 있어서 각 청구권의 요건 및 우선관계에 대한 해석론이 대립하고 있었다. 예를 들면 원상회복책임을 신탁재산의 변경에 대한 구제수단으로 보면 신탁재산의 손해는 수탁자의 원상회복책임 요건은 아니라고 견해가 있었다.¹¹²¹ 하지만 그 외에 손해배상책임과 원상회복책임을 명확하게 규정하고 있지 않았다는 문제가 있었다. 따라서 제 39 조 청구권의 요건과 효과에 대하여 규정을 명확하게 할 필요가 있었다.¹¹²²

나. 개정 신탁법상 구제수단

개정 신탁법 제 43 조 제 1 항은 수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산의 손해나 신탁재산의 변경이 발생하는 경우 원상회복청구권을 원칙적으로 적용하고 원상회복이 불가능한 경우, 2 차적인 구제수단으로 손해배상을 청구할 수 있도록 하고(제 43 조 제 1 항 단서) 이득도출책임을 신설하여 입법하였다(제 43 조 제 3 항).

(1) 원칙적 구제수단: 원상회복 책임

(가) 원상회복책임 요건

수익자 등이 수탁자에게 원상회복책임을 부과하기 위해서는 1) 수탁자의 의무 위반이 있을 것, 2) 신탁재산에 손해나 변경이 발생하였을 것, 3) 수탁자의 의무 위반에 대하여 수탁자의 고의, 과실이 인정될 것 및 4) 의무 위반과 손해 사이의 인과관계가 요구된다.¹¹²³ 우선 수탁자의 의무 위반 요건을 살펴보면 원상회복책임을 부과하기 위해서 어떠한 의무를 위반하여야 하는지 한정하고 있지 않기 때문에 충실의무 뿐 아니라 주의의무, 공평의무, 분별관리의무 등 신탁법에서 규정한 수탁자의 다양한 법정 의무뿐만 아니라 신탁증서 조항 위반 등을 포함한다고 보는 것이 타당하다.

두 번째 요건과 관련하여 주의할 점은 신탁재산의 손해 뿐 아니라 변경도 포함한다는 것이다(제 43 조 제 2 항). 이는 실령 신탁재산의 손해가 발생하지 않더라도 특정 신탁재산을 유지하고자 하는 수익자의 의사에 반할 수 있기 때문에 신탁재산의 변경에 대하여 원상회복청구권을 인정하도록 하였다.¹¹²⁴ 세 번째, 수탁자의 원상회복책임을 발생하기 위해서는 민법상 과실책임주의 원칙에 따라 수탁자의 귀책사유를 요구하고,¹¹²⁵ 수탁자의 귀책사유는 의무 위반과 관련된 고의 및 과실을 의미하는 것이지 손해발생에 대한 고의나 과실을 의미한다는 견해가 있다.¹¹²⁶ 마지막으로 인과관계에 대하여는 구체적인 논의가 없으며 사법상 일반론이 적용된다고 설명하고 있다.

사건으로 세 번째 요건과 관련하여 충실의무 위반의 경우에 원상회복책임을 적용된다는 걸 전제로 하면 고의, 과실을 일반적인 요건으로 삼을 수 있을지는 의문이다. 뒤에서 살펴볼

¹¹²¹ 신탁법에서 원상회복책임을 규정함에 있어서 부주의하게 독자적인 요건을 규정하지 않은 채 원상회복청구권을 손해배상청구권 뒤에 병렬적으로 규정한 결과 발생한 현상이라는 견해로는 이중기(2007), 531 면.

¹¹²² 신탁법 해설(2012), 350-351 면.

¹¹²³ 신탁법 해설(2012), 354 면; 최수정(2019a), 353 면.

¹¹²⁴ 광장 주석신탁법(2016), 219 면; 신탁법 해설(2012), 355 면.

¹¹²⁵ 광장 주석신탁법(2016), 218 면; 이중기(2007), 523-524 면, 532 면; 이계정(2017), 188 면.

¹¹²⁶ 신탁법 해설(2012), 354 면.

충실의무 위반시 이득도출책임을 부과하는 경우, 고의 및 과실을 요하지 않는데, 동일한 의무 위반에 대하여 원상회복책임을 부과하는 경우에 요건을 달리하여야 할 이유가 없기 때문이다. 따라서 첫 번째 요건인 의무 위반과 관련하여 각 의무별로 위반 여부를 판단할 때 고의 및 과실이 요구되는 경우에 한하여 적용하는 것으로 족하다고 생각한다.

(나) 원상회복책임의 성격

원상회복책임은 수탁자로 하여금 신탁재산을 의무 위반 이전의 상태로 되돌려 놓아 신탁이 지속적으로 운영가능하도록 한다. 따라서 원상회복책임은 모든 수익자의 권리를 보호하고 신탁의 목적을 달성하기 위한 가장 최적의 수단이므로 원칙적인 구제수단으로 인정한다.¹¹²⁷ 이는 앞서 살펴본 바와 같이 영국법에서 일반적인 구제수단으로 원상회복책임을 인정하고 원상회복이 불가능한 경우에 손해배상책임을 인정하는 것과도 일치하는 견해이다.¹¹²⁸ 원상회복책임의 성격에 대한 논의로 채무불이행 책임이나 불법행위 책임으로 설명하려는 견해도 있었으나 학계는 신탁의 고유한 책임으로 보는 견해가 우세하다.¹¹²⁹

원상회복책임은 수익자에 대해서가 아니라 신탁재산에 대한 책임으로 원상회복책임은 손해가 발생한 신탁재산의 종류와 상황에 따라 다르게 적용된다. 우선 원상회복할 신탁재산이 개별재산인 경우, 개별 재산을 수탁자가 고유재산으로 보유하고 있는 경우에는 이를 신탁재산에 회복시킨다. 해당 재산이 종류물이어서 대체가 가능한 경우에는 수탁자가 동종의 대체물을 구하거나 당해 물건을 재매입하거나 처분행위를 취소하여 회복시킬 수 있다.¹¹³⁰ 또한 최수정 교수는 부대체물인 경우 신탁재산으로 이탈된 경우에는 당해 재산을 회수하여 회복시켜야 하며, 대체물이 멸실되거나 이탈된 경우에는 동종, 동량, 동질의 것으로 회복할 수 있다고 설명한다.¹¹³¹

사건으로는 신탁재산이 특정물이든 특정물이 아닌든 간에 해당 재산을 회수하여 반환할 수 있는 경우에는 그 재산을 반환하여야 한다고 생각한다. 신탁재산이 특정물이 아닌 경우, 즉 종류물인 경우에는 대체가 가능하니, 해당 신탁재산을 회수하여 반환하는 것이 어려운 경우에는 동종의 대체물을 구하여 반환하는 것도 가능하다고 할 것이다. 문제는 특정물이기 때문에 대체가 어려운 데, 해당 재산의 멸실 및 이탈을 사유로 해당 신탁재산을 회수하여 반환하기 어려운 경우에는 원상회복책임이 아니라 다음에 다룰 손해배상책임을 부담한다고 보는 것이 타당하다.

(다) 청구권자 및 청구의 대상

제 43 조 제 1 항은 원상회복책임의 청구권자로 위탁자, 수익자, 다른 수탁자를 들고 있다. 수익자는 가장 기본적인 신탁재산의 소유자로서 수탁자의 의무 위반에 의한 신탁재산의 변경 및 손해의 직접적인 이해관계자이기에 청구권자로 인정되는 것은 당연하다.¹¹³² 반면 위탁자는 신탁이 설정된 이후에는 더 이상 신탁재산에 대한 이해관계를 갖지 않으므로

¹¹²⁷ 최동식(2007), 260 면; 이중기(2007), 528 면; 광장 주식신탁법(2016), 220 면.

¹¹²⁸ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 3 참조

¹¹²⁹ 신탁재산 보전을 위한 특수한 법정책임이라는 견해로는 이중기(2007), 518 면, 530 면; 신탁 특유의 책임이라는 견해로는 최수정(2019a), 349-350 면; 최동식(2006), 257 면.

¹¹³⁰ 이중기(2007), 534-535 면; 광장 주식신탁법(2016), 220 면.

¹¹³¹ 최수정(2019a), 355 면; 광장 주식신탁법(2016), 220 면.

¹¹³² 신탁법 해설(2012), 352 면; 최수정(2019a), 350-351 면.

청구권자로 인정되어야 하는지 찬반의 견해가 있다.¹¹³³ 논의과정에서 신탁법이 계약 법리로 구성되어 있고 위탁자가 계약 당사자이며, 수탁자에 대한 감독권한이 있고 신탁재산 종료시 잔여재산의 귀속권리자가 될 수 있기 때문에 청구권자에 포함시켰다.¹¹³⁴ 또한 수탁자가 다수인 경우, 다른 수탁자는 상호 감시할 의무가 있기 때문에 청구권자에 포함하였다.¹¹³⁵ 그 외 목적신탁의 경우에는 수익자가 존재하지 않으므로 수익자와 동등한 지위에 있는 신탁관리인이 원상회복책임을 청구할 수 있다.¹¹³⁶ 위탁자, 수익자 및 다른 수탁자는 수탁자의 의무위반행위가 있는 경우 단독으로 원상회복청구를 할 수 있다.¹¹³⁷

원상회복책임의 대상은 의무를 위반한 수탁자이다. 수탁자가 다수인 경우에는 해당 행위의 성격과 행위 관여 여부에 따라 공동수탁자의 책임을 구분할 수 있다. 신탁사무 처리로 채무를 부담한 경우에 공동수탁자는 연대책임을 지고 청구권자는 어느 수탁자에게나 이행을 청구할 수 있다. 반면 일부 수탁자가 의무위반으로 인하여 책임을 부담하는 경우, 다른 수탁자들이 해당 행위를 저지하기 위하여 합리적인 조치를 취한 경우, 공동 수탁자는 책임을 지지 않는다.¹¹³⁸

(2) 보충적 구제수단: 손해배상청구권

개정 전 신탁법에서 원상회복책임과 손해배상책임의 우선관계가 명확하지 않은 것을 보완하기 위하여 개정 신탁법의 손해배상책임은 원상회복책임에 대한 이차적, 보충적 구제수단이라는 것을 명시하였다.¹¹³⁹ 손해배상청구권의 요건에 대하여 별도로 명시하고 있지 않으나¹¹⁴⁰ 원상회복책임 요건에 원상회복이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 원상회복에 과다한 비용이 드는 경우 혹은 그 밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우를 추가한 것으로 보는 것이 타당하다.¹¹⁴¹ 따라서 수익자 등이 수탁자에게 손해배상책임을 부과하기 위해서는 다음의 요건을 만족하여야 한다. 1) 수탁자의 의무 위반이 있을 것, 2) 신탁재산에 손해나 변경이 발생하였을 것, 3) 수탁자의 의무 위반에 대하여 수탁자의 고의, 과실이 인정될 것,¹¹⁴² 4) 의무 위반과 손해 사이의 인과관계 및 5) 원상회복책임이 불가능하거나 혹은 현저하게 곤란한 경우

¹¹³³ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 802 면; 이중기(2007), 519 면.

¹¹³⁴ 위탁자가 계약당사자이므로 청구권자로 인정하자는 견해로는 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 802 면 이연갑 의견; 위탁자가 수탁자에 대한 감독권한이 있고 신탁재산 종료시 잔여재산 귀속권리자이므로 청구권자에 포함하자는 견해로는 신탁법 해설(2012), 352 면; 최수정(2019a), 350 면. 반면, 위탁자는 신탁이 설정된 이후 직접적인 이해관계를 갖지 않으므로 청구권자에 포함되어야 하는지 의문이라는 견해. 이중기(2007), 519 면.

¹¹³⁵ 신탁법 해설(2012), 353 면; 최수정(2019a), 351 면.

¹¹³⁶ 신탁법 해설(2012), 353 면; 최수정(2019a), 351 면; 송현진·유동규(2012), 375 면.

¹¹³⁷ 신탁법 해설(2012), 353 면; 최수정(2019a), 351 면.

¹¹³⁸ 신탁법 제 51 조; 신탁법 해설(2012), 432-434 면; 최수정(2019a), 353 면.

¹¹³⁹ 신탁법 해설(2012), 356 면; 이중기(2016), 287 면; 이중기(2007), 338 면; 이계정(2017), 189 면; 최수정(2019a), 354 면.

¹¹⁴⁰ 다수의 문헌은 원상회복책임의 요건과 손해배상책임의 요건을 함께 다루고 있다. 신탁법 해설(2012), 354-355 면; 최수정(2019a), 353-354 면.

¹¹⁴¹ 신탁법 해설(2012), 356 면; 광장 주식신탁법(2016), 220 면; 이계정(2017), 189 면.

¹¹⁴² 앞서 원상회복책임에서 언급한 바와 같이, 사건으로는 충실의무 위반에 대하여 손해배상책임을 적용하는 것을 전제로 한다면 의무위반에 대한 수탁자의 고의, 과실을 일반적인 요건으로 삼을 수 있는지 의문이다.

손해배상금액은 일반적인 손해배상법리를 따른다. 따라서 손해란 수탁자가 적절히 의무를 이행하였다면 신탁이 상실하지 않았을 금액에 해당한다.¹¹⁴³ 신탁이 상실하지 않았을 금액이란 민법상 손해의 차액설에 따라 수탁자가 의무위반행위로 발생한 재산상의 불이익, 즉 위반이 없었을 때의 재산상태와 위반으로 인한 현재의 재산상태의 차이를 의미한다.¹¹⁴⁴ 다만 신탁재산 변경이 발생하여 수익자의 권리가 침해되었지만 원상회복은 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 해당하나 금전적 불이익은 없는 상황에서 이행이익 손해배상책임을 부과하는 대신, 신뢰이익 손해배상을 부과하는 것이 가능할 것이라고 생각한다.

청구권자는 원상회복책임과 동일하게 위탁자, 수익자, 다른 수탁자 및 목적신탁의 경우 신탁관리인이다. 손해배상책임을 지는 자 역시 원상회복책임과 동일하게 의무를 위반한 수탁자일 것이다. 손해배상청구권은 청구권자가 아니라 신탁재산에 속한다.¹¹⁴⁵

(3) 이득토출책임¹¹⁴⁶

제 43 조 제 1 항은 수탁자가 위반한 의무가 무엇인지 묻지 않는 반면, 제 43 조 제 3 항의 이득토출책임은 제 33 조부터 37 조까지의 위반에 한정하고 있다. 앞서 영미법의 논의에서 살펴본 바와 같이¹¹⁴⁷ 이득토출책임의 근거는 신탁재산 자체에 손해가 발생하지 않더라도 수탁자가 충실의무 위반으로부터 이익을 취득하는 것을 허용하는 것을 예방 및 억지하여야 한다는 사고에 있다. 따라서 영국에서 수탁자의 충실의무 위반에만 이득토출책임을 부담하는 것과 동일한 맥락에서 신탁법도 이득토출책임은 충실의무(제 33 조), 이익에 반하는 행위의 금지(제 34 조), 이익향수금지(제 36 조), 공평의무(제 35 조) 및 분별관리의무(제 37 조)의 위반으로 한정한다. 이득토출책임의 요건, 성격 및 해당 조항의 문제점 등은 본 장 제 3 절에서 자세히 살펴보도록 하겠다.

(4) 사전적 구제수단: 유지청구권

앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 신탁법을 관할하는 형평법원에서는 위법행위를 사전에 막기 위한 금지명령(injunction)을 일반적 구제수단으로 인정한다.¹¹⁴⁸ 반면 개정 전 신탁법은 수탁자의 신탁위반에 대하여 사후적인 구제수단만을 규정하고 사전적 구제수단을 마련하고 있지 않았다. 따라서 개정 신탁법은 수탁자가 무자력인 경우 및 법률행위의 상대방이 선의, 무중과실인 경우에 사후적 구제수단의 실효성이 없기에 유지청구권을 규정하여 이를 사전적으로 저지할 수 있는 법적 근거를 마련하였다.¹¹⁴⁹ 유지청구권은 신탁재산에 손해가 발생한 가능성이 낮은 경우에 허용하게 되면 신탁목적의 달성을 저해할 수 있으므로 신탁재산에 회복불가능한 손해가 우려되는 경우에 허용한다.¹¹⁵⁰

¹¹⁴³ 광장 주식신탁법(2016), 220 면.

¹¹⁴⁴ 이계정(2017), 189 면.

¹¹⁴⁵ 다만 신탁재산은 권리주체가 될 수 없으므로 수익자, 위탁자, 공동수탁자 등이 청구권자가 되어 수탁자로 하여금 신탁재산에 발생한 손해를 전보하게 한다는 견해로는 최수정(2019a), 356 면

¹¹⁴⁶ 신탁법 제 43 조 제 3 항은 “...이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다” 라고 규정하고 있지만, 본 논문은 이득토출책임으로 통일하였다.

¹¹⁴⁷ 제 3 장 제 2 절 참조.

¹¹⁴⁸ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 5 참고.

¹¹⁴⁹ 신탁법 제 77 조, 수탁자에 대한 유지청구권; 신탁법 해설(2012), 605 면; 최수정(2019a), 381-382 면; 오영결(2021), 311-312 면.

¹¹⁵⁰ 신탁법 해설(2012), 607 면.

다. 평가

이상에서 살펴본 바와 같이 개정 신탁법은 원상회복책임과 손해배상책임간 우선순위를 명시하여 원상회복책임을 원칙적인 구제수단으로 하였다. 신탁은 위탁자가 설정한 신탁목적에 따라 수탁자가 수익자를 위하여 신탁재산을 관리, 처분, 운용 등을 하는 행위임을 미루어보아, 수탁자의 의무 위반으로 신탁재산에 손해나 변경이 있는 경우, 원상회복책임을 원칙적 구제수단으로 입법한 것은 바람직하다. 또한 충실의무를 위반한 수탁자에 대하여 이득토출책임을 입법한 것은 매우 고무적이고 획기적이다. 제 2 절에서는 이득토출책임을 입법경위 및 민법상 유사법리를 살펴보고 제 3 절에서는 이득토출책임에 대하여 구체적으로 살펴본 후, 해당 조항의 문제점을 검토하겠다.

제 2 절 이득토출책임을 입법경위와 법적 성격

1. 이득토출책임을 입법경위

앞서 살펴본 바와 같이 신탁법 전면 개정시에 전통적인 영미의 논의를 수용하여 이득토출책임 초안을 마련하였고 큰 반대 없이 입법되었다.¹¹⁵¹ 신탁법을 개정할 당시에는 영미법상 신탁법에 대한 구제수단에 대한 논의를 바탕으로 이득토출책임을 그 자체로 인정해야 한다는 학계의 합의가 있었던 것으로 추정된다. 다만 해당 조항을 어떻게 구성할 것인지 여부와 적용 범위 및 문구에 대한 다양한 논의가 있었고 아래에서는 이에 대해 살펴보겠다.

가. 입법 당시의 논의

신탁법 개정 당시에는 일본에서 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 이득토출책임을 적극적으로 규정하지 않고 이익의 손실추정 규정으로 처리한 것에 대한 논의가 있었다.¹¹⁵² 하지만 우리 신탁법 개정 당시 제 43 조 초안을 작성한 이연갑 교수는 전통적인 영미법의 논의를 수용하여 이득토출책임을 적극적으로 규정하였다.¹¹⁵³ 당시 회의록에 따르면 이연갑 교수 및 다른 위원들은 일본 신탁법의 이익의 손실추정조항이나 상법에서 활용한 개입권 행사 등을 활용하는 입법도 가능성을 인식하고 있었다. 하지만 이득토출책임을 우회하여 적용하는 방식 대신 전통적인 영미법상 논의를 수용하여 이득토출책임 조항을 명시적으로 도입하는 방식을 채택하였다.

¹¹⁵¹ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 775 면.

¹¹⁵² 일본의 입법은 본 논문의 제 4 장 제 2 절 1 참조; 일본이 손실의 입증책임을 어려움을 근거로 하여 이익추정규정으로 입법을 한 것에 비하여 입법안은 너무 적극적으로 이득토출책임을 규정하였다는 견해로는 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 794-795 면, 안성포 의견.

¹¹⁵³ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 776 면, 이연갑 의견.

나. 적극적 이득토출책임 도입

입법 당시 논의에 신탁법이 일본의 손해추정조항을 따르지 않고 이득토출책임을 적극적으로 규정한 까닭을 설명하고 있지 않지만 다음과 같은 근거를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 앞서 일본의 논의에서 살펴본 바와 같이 이익의 손해추정조항의 한계이다. 일본의 입법은 이익을 손해로 추정하는 손해배상이 보다 적합한 구제수단이기 때문이 아니라 대륙법 체계와의 정합성을 확보하기 위함이다.¹¹⁵⁴ 하지만 이익의 손해추정 조항은 손해를 측정할 수 있는 경우에는 손해배상책임의 역할에 그치게 되고 이득토출책임의 역할을 하지 못한다. 즉 우리 학자들은 일본처럼 손해배상이라는 큰 틀 안에 이 법리를 수용하는 것은 해당 이득토출책임의 취지를 제대로 살리지 못한다고 생각한 듯 하다.

둘째, 우리나라에서 신탁법을 연구하는 학자들의 태도 변화를 들 수 있다. 기본적으로 신탁은 영미법의 산물이고 이를 도입한 만큼, 신탁의 효용을 극대화하기 위해서는 영미법의 신탁법리를 가능한 한 수용할 필요가 있다는 전반적인 인식의 변화가 있었던 것 같다. 최초 신탁법이 도입되던 당시와 비교하여 국내 학계에서 영미의 신탁법을 연구하는 학자들이 크게 늘어났다. 따라서 영미 신탁법에서 대륙법의 체계와 정합성을 발견할 수 있는 부분과 그렇지 않은 부분을 인지하고 있다.¹¹⁵⁵ 이들은 신탁의 법리를 기존의 법리의 틀에 끼워 맞추기 보다는 우리 법리에 맞춰 일부 변형을 거쳐 우리 법과의 정합성을 맞추는 노력을 하는 동시에 가능한 한 신탁의 본질을 제대로 활용할 수 있는 방식을 추구한다. 이들의 입장에서 이득토출책임은 예외적인 구제수단이지만 수용하지 못할 법리는 아니라고 인식하였으며 동시에 신탁의 본질에 반영하기 위하여 필요하다고 파악하였던 것 같다.¹¹⁵⁶

마지막으로 이익충돌행위의 억지 및 예방의 취지를 반영하는 입법을 마련하고 싶었던 것 같다. 이는 사회적인 변화와 맥을 같이 하는데, 신인의무자의 이익충돌행위, 충실의무 위반 행위에 대한 국민들의 인식이 개선되었다. 따라서 이익충돌행위에 대한 강력한 억지 및 예방을 위해서는 충실의무를 규정하는 것 뿐 아니라 의무의 위반시에 강력한 이득토출책임의 필요성을 인식하였던 것으로 추정한다.

2. 다른 법리와의 구분

우리 법은 기본적으로 손실자의 손실한도 내에서 침해자가 손해를 배상하는 것을 원칙으로 한다. 따라서 수탁자가 충실의무 위반시 취득한 이득 전부를 반환하게 하는 이득토출책임을 예외적인 성격을 지니고 기존의 사법상 원리로 설명하기 어려운 측면이 있다. 하지만 대륙법 체계에서도 유사한 사실관계에서 원상회복책임을 부과하는 경우도 있고 이득토출책임과 유사한 법리가 존재한다.¹¹⁵⁷ 따라서 우리 신탁법 개정 이전에 이득토출책임을 민법상

¹¹⁵⁴ 이득토출책임은 실제로 손해배상을 목적으로 하나 손해액 입증에 곤란하여 이익을 손해로 추정하는 규정을 둔 지적재산권 침해 등과는 다른 목적을 띤다.

¹¹⁵⁵ 의제신탁을 부여하거나 이득토출책임에 물권적 효력을 부여하는 것은 우리 재산권 개념과 상충하기 때문에 아직까지 수용하기 어렵다.

¹¹⁵⁶ 이득토출책임이라는 용어를 사용하지 않지만 상법에서 개입권이나 이익을 손해로 추정하는 유사한 취지의 구제수단이 존재하는 점, 민법에서도 부당이득반환에서 손실한도설을 폐기하자는 주장 등에 대한 견해로는 이계정(2018), 37-87면.

¹¹⁵⁷ 본 논문 제 4 장 독일의 개입권 및 일본의 개입권, 이익을 손해로 추정하는 입법 등의 논의 참고.

부당이득법 혹은 준사물관리 등의 법리로 설명하는 것이 가능한 지에 대한 논의가 있었다. 아래에서는 이를 살펴보도록 하겠다.

가. 부당이득법리

부당이득반환은 기본적으로 부당하게 취득한 이득을 반환하는 법리이므로 일견 이득토출책임과 유사해 보이는 측면이 있다.¹¹⁵⁸ 수탁자는 수익자 또는 신탁의 이익을 위하여 사무를 처리해야 하고, 그 의무를 위반한 행위는 수탁자가 권한 없이 한 행위이고 따라서 그로부터 취득한 이득도 법률상 원인 없는 이득이 된다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁹

(1) 부당이득법리의 요건

부당이득법리는 1) 타인의 재산 또는 노무에 의해 이익을 얻었을 것, 2) 손해가 발생할 것, 3) 이익과 손해 사이에 인과관계가 있을 것과 4) 법률상의 원인이 없을 것을 일반적인 성립요건으로 한다.^{1160 1161}

표 20. 부당이득반환 요건과 이득토출책임 요건 비교

| | 부당이득반환 책임 | 이득토출책임 |
|-----------------|--------------|--------------------------------|
| 이익 취득 | O | O |
| 손해 발생 | O | X |
| 이익과 손해 사이에 인과관계 | O | X (의무 위반과 이득간의 인과관계에 대한 논의) |
| 법률상 원인이 없을 것 | O | Δ |

위의 요건 중에 두 번째 요건에 의해 결정적으로 부당이득법리와 이득토출책임은 상이한 법리가 된다. 언급한 바와 같이 신탁의무자의 이득토출책임은 기본적으로 신탁의무자가 충실의무 위반으로 취득한 이익을 전부 토출하는 것을 원칙으로 하고 해당 위반이 손해를 야기하였는지 여부는 애초에 고려 대상이 아니다.¹¹⁶² 반면 부당이득법리는 타인의 손해로

¹¹⁵⁸ 영미법상 부당이득법리로 신탁의무자의 이득토출책임을 설명하려는 논의는 본 논문의 제 2 장 제 4 절 참고.

¹¹⁵⁹ 수탁자의 위반행위를 두가지 관점에서 상이한 구제수단을 인정할 수 있는데, 의무라는 관점에서는 원상회복청구권이나 손해배상청구권으로, 무권한(disability)라는 관점에서는 부당이득반환청구권으로 연결된다고 보아, 특히 후자의 관점에서 신탁법상 인정되는 특수한 권리로서 이득반환청구권을 규정하였다는 견해로는 최수정(2019a), 362 면.

¹¹⁶⁰ 민법 제 741 조, 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

¹¹⁶¹ 위의 요건은 이득의 유형을 구별하지 않고 요건을 따지는 통일설에 의한 것이다. 유형별로 구분하는 견해에 따르는 경우 수탁자의 충실의무 위반에 의한 이득은 침해자가 손실자의 의사와 무관하게 타인의 재산적 이익이 있는 법적 지위를 침해하여 얻은 이익을 의미하는 침해부당이득에 가까울 것이다. 단, 통일설이 아니라 유형별로 따져도, 위의 요건 중 ‘이익을 얻음으로 인해 손해를 가할 것’ 을 만족하여야 하므로, 수탁자의 이득토출책임을 침해부당이득으로 설명할 수 없다.

¹¹⁶² 다만 앞서 설명한 바와 같이 인과관계, 격원성 및 공제의 적용을 받게 되기 때문에 이익을 “전부” 토출한다는 표현은 일정 부분 제한적인 의미를 띄게 된다.

수익자가¹¹⁶³ 얻은 부당한 이득을 반환하게 하는 데에 그 제도의 취지가 있고 손해를 요건으로 하는데 이득토출책임에서 해당 의무 위반이 손해를 야기하였는지 여부와 무관한 것과 상반된다.¹¹⁶⁴

이익이 손해보다 적은 때에는 그 이익을 반환하면 되지만 문제가 되는 상황은 이익이 손해보다 큰 경우이다. 이 때 세 번째 요건을 어떻게 해석할 지의 문제가 제기될 수 있다. 이익을 얻음으로 인하여 손해가 발생하였다는 것은 손해를 요건으로 한다는 뜻으로 해석할 수도 있고 이익을 얻음으로 발생한 손해를 한도로 한다는 뜻으로도 해석이 가능하다. 현재 민법의 다수설은 손실자의 손해를 한도로 한다는 입장이다.¹¹⁶⁵ 소수설은 손실자의 손해에 국한될 것이 아니라 모든 이득을 반환하여야 한다고 보는 입장이다.¹¹⁶⁶

(2) 반환할 이익의 범위

성립요건 뿐만 아니라 반환할 이익의 범위도 부당이득법리와 이득토출책임은 다른 기준을 적용한다.¹¹⁶⁷ 부당이득법리에서는 해당 부당이득을 가지고 수익자가 운용하여 추가로 얻은 운용이익은 손실자의 손해에 해당하는 것이 아니므로 반환범위에 들어가지 않는다고 본다.¹¹⁶⁸¹¹⁶⁹ 반면 충실의무 위반으로 인하여 신인의무자가 이익을 취득한 경우에 이득토출책의 범위에는 운용이익을 포함한다. 또한 부당이득법의 반환범위는 수익자의 선의, 악의 여부에 따라 상이하게 적용된다.¹¹⁷⁰ 선의의 경우, 현존이익 범위에서 반환하는 것으로 충분한 반면, 수익자가 악의인 경우에는 받은 이익에 법정이자를 붙여서 반환하는 것을 원칙으로 한다. 결론적으로 부당이득법리에 의한 책임은 손실을 한도로 하기 때문에 이득토출책임의 범위와 충돌하고 반환할 이익의 범위가 상이하기 때문에 이득토출책임을 민법상 부당이득법리로 논리구성하는 것은 어려워 보인다.¹¹⁷¹

¹¹⁶³ 부당이득법리에서의 수익자는 신탁법상 수익자가 아니라 부당이득에서 이득을 얻은 자라는 의미이다.

¹¹⁶⁴ 부당이득법리는 (i) 손실을 요건으로 한다는 점 및 (ii) 반환범위의 한도를 손실을 상한으로 한다는 점에서 신탁의 상황에서 제대로 작동하기 어렵다고 설명하는 견해로는 이중기(2016), 308 면; 손해가 발생한 것이 아니라면 부당이득반환 청구는 인정되지 않는다고 설명하는 견해로는 최수정(2019a), 357 면.

¹¹⁶⁵ 판례도 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정된다는 입장이다. 최수정(2019a), 357 면; 대법원 1995. 5.12. 선고 94다25551 판결; 대법원 2006. 9.8. 선고 2006다26328, 26335 판결; 대법원 1.18. 선고 2005 다 34711 판결.

¹¹⁶⁶ 송덕수(2019), 1356 면.

¹¹⁶⁷ 이중기(2016), 308 면; 최수정(2019a) 357 면.

¹¹⁶⁸ 반면 소수설로 운용이익도 반환범위에 포함해야 한다는 의견으로는 송덕수(2019), 1356 면.

¹¹⁶⁹ 또 다른 의견으로 운용이익이 전부 포함되지 않는 것이 아니라 일정 범위로 제한된다고 보는 견해도 있다. 부당이득법리에서 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있는 것으로 예상되는 이익상당이며 운용이익은 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 않았더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다고 본다. 최수정(2019a), 357 면; 김형배(2003), 213 면.

¹¹⁷⁰ 민법 748 조 ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다. ② 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

¹¹⁷¹ 이득토출책임 법리를 부당이득법리로 설명하려면 상충하는 요건들의 변경이 필요하기 때문에 이득토출책임은 부당이득법리로 설명할 수 없다는 견해로는 이중기(2016), 310 면; 반면 부당이득에서의 손해요건은 이득토출책임의 도입에 심각한 장애가 아니라고 견해로는 이계정(2018), 73 면.

나. 준사무관리

(1) 사무관리 요건

이득토출책임과 유사한 다른 법리로 준사무관리를 들 수 있다. 준사무관리에 대한 설명을 하기 앞서 아래에서는 사무관리에 요건을 먼저 살펴보겠다. 민법 제 734 조에 의하면 사무관리가 성립하기 위한 요건은 다음과 같다. 1) 타인 사무의 관리일 것, 2) 타인을 위한 사무관리의사가 존재할 것, 3) 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것 및 4) 본인에게 불리하거나 본인 의사에 반하는 것이 명백하지 않을 것

사무관리는 위임에 의하지 않고 타인의 사무를 처리하였더라도, 즉 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없는 경우에도 위의 요건을 만족하는 경우에 수임인과 같은 의무를 관계자에게 부담시키는 것을 목적으로 한다.

(2) 사무관리와 준사무관리

준사무관리는 사무관리 요건에 추가로 “타인의 사무라는 것을 알면서도 자기의 이익을 위해 관리한 경우”에 해당한다. 사무관리와 준사무관리의 예를 들어보면, 매도인(A)이 자리를 비운 사이에 B가 타인인 A의 100 불짜리 물건을 200 불에 매도한 경우, B가 A의 부재에 별도의 의도 없이 손님이 와서 그냥 물건을 판 경우는 사무관리에 해당하겠지만, B가 A가 없었음을 기회로 삼아 자신이 이득을 취할 마음으로 물건을 매도한 경우에는 준사무관리에 해당하게 된다.¹¹⁷² 사무관리가 성립하는 경우에는 관리 행위로 인하여 취득한 모든 것을 인도하여야 하므로 B는 A에게 200 불을 인도하여야 한다. 반면 준사무관리행위의 경우를 인정하지 않으면 해당 행위는 불법행위나 부당이득으로 보아 책임을 부담하는데, 이 경우에는 100 불의 책임만을 부담한다. 따라서 준사무관리를 인정하자는 주장은 위의 두 상황에서의 불공평함을 극복하려는 시도이다. 적법하게 타인의 사무관리를 이행한 경우에는 200 불의 반환의무가 있는데 무단으로 위법하게 사무관리를 하여 자신의 이익을 꾀한 자에게 책임이 경감되는 것은 정의와 공평에 위반되기 때문이다. 하지만 민법은 불법한 행위를 적법한 행위처럼 다루는 것이 타당하지 않다는 의견 및 민법상 다른 법리로 규율할 수 있다는 주장이 다수설이기 때문에 준사무관리를 인정하지 않고 있다.^{1173 1174} 그 외 준사무관리를 부정하는 견해는 관리자의 특수한 재능으로 이득을 얻은 것까지 반환하게 하는 것은 본인을 부당하게 보호한다고 본다.¹¹⁷⁵

(3) 준사무관리와 이득토출책임

¹¹⁷² 사무관리와 준사무관리에 대한 논의는 그 자체로 논문의 주제가 될 만한 복잡한 사안이기에 위의 예시는 단순화한 예이다. 예를 들면 독일에서는 사무관리 의사 여부가 요건인데 해당 사무관리 의사가 없는 경우를 부진정사무관리라고 분류하고 이를 또 상세히 구분하여 타인의 사무를 자신의 사무로 오신하는 경우를 오신사무관리(BGB § 687(1)) 그리고 타인의 사무인지 알면서도 이를 자신의 사무로 처리하는 경우를 준사무관리 혹은 무단사무관리(BGB § 687(2))로 보다 상세하게 구분하기도 한다. 그 외에도 사무관리를 정당사무관리와 부당사무관리로 구분하여야 한다는 논의도 있다. 해당 논의는 다음의 논문을 참조. 백경일(2010), 변우주(2014) 및 서종희(2013).

¹¹⁷³ 변우주(2014) 34-39면, 백경일(2010), 185-198면.

¹¹⁷⁴ 반면 독일 민법에서 준사무관리를 사무관리에 준하여 법률관계를 규정하고 있다. BGB § 687.

¹¹⁷⁵ 기본적으로 이득토출책임과 상충하지만 이득토출책임에서 공제를 허용하자는 주장과 맥을 같이 한다.

타인의 사무라는 것을 알면서도 ‘자신의 이익을 위해’ 타인의 사무를 관리하였다는 요건은 일견 수탁자의 충실의무 위반과 유사해 보이는 측면이 있다. 민법은 준사무관리를 인정하고 있지 않지만, 아래에서는 신인의무자의 이득토출책임을 강학상 준사무관리 법리와 비교하여 살펴보겠다. 우선 신인의무자는 신인관계에 의하여 신탁재산의 사무처리를 하도록 신인의무가 부여된 자이다. 따라서 신인의무자의 신인의무 위반은 (준)사무관리의 요건에서 세 번째 요건에 해당하는 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것의 요건에 위배된다.¹¹⁷⁶ 즉 수탁자는 신인의무를 지고 있는 자로 준사무관리의 무단으로 타인의 사무를 관리한 데에 대한 법리를 적용할 수 없다.¹¹⁷⁷

또한 이득토출책임에 해당하는 신인의무 위반에는 준사무관리와는 다른 범주의 행위를 포함한다. 즉 준사무관리의 예와 유사하게 수탁자가 신탁재산을 무단사용하여 이득을 취득한 경우에도 이득토출책임을 부과하지만 그 외에 신탁재산에 속한 정보를 활용하여 이익을 얻은 경우, 심지어 신탁재산과는 전혀 무관하게 제 3 자로부터 뇌물이나 비밀 수수료를 취득한 경우 등도 포함한다. 후자의 두 경우는 의무 요건을 만족하지 않는 것 뿐 아니라 해당 행위가 타인의 사무관리와도 무관하다는 점 등 해결되지 않은 문제가 남아 있기 때문에 준사무관리 법리를 사용하기 어렵다.

표 21. (준)사무관리 요건과 이득토출책임 요건 비교

| 사무관리 | 준사무관리 | 수탁자의 이득토출책임 |
|------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|
| 타인 사무의 관리 | 타인 사무의 관리 | O 수익자, 신탁재산의 관리 |
| 사무관리 의사 존재 | 타인의 사무인 것을 알면서도 자기의 이익을 위하여 관리한 경우 | △ 수탁자 자격으로 신탁사무 처리 |
| 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것 | 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것 | X 수탁자는 충실의무를 준수하여 신탁사무를 처리하는 자에 해당함 |
| 본인에게 불리하거나 본인 의사에 반하는 것이 명백하지 않을 것 | 본인에게 불리하거나 본인 의사에 반하는 것이 명백하지 않을 것 | △ ¹¹⁷⁸ |

¹¹⁷⁶ 수탁자는 원래 수익자를 위해 신탁사무를 처리할 의무를 부담하는 자이므로 의무없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 경우에 관한 규정이 적용될 여지가 없다고 설명하는 의견. 이연갑(2014), 174 면; 무단으로 타인의 사무를 관리한 데 대해 사무관리법리를 적용하는 것은 애초의 제도적 취지에 상응하지 않는다고 설명하는 의견. 최수정(2019a), 359 면, 각주 155 참조.

¹¹⁷⁷ 본 논문은 계약상 법률상 사무처리 의무가 없는 요건에 초점을 두고 해당 요건을 만족할 수 없어서 이득토출책임을 준사무관리로 설명할 수 없다고 견해이다. 반면 최수정 교수는 이익상반행위는 “타인의 사무인 것을 알면서도 자기의 것으로 하려는 의사로 처리한 경우”에 해당하지 않기 때문에 이득토출책임의 근거로 준사무관리를 가져올 수 없다는 본다. 최수정(2019a), 359 면, 각주 155 참조.

¹¹⁷⁸ 본 논문은 계약상 법률상 사무처리 의무가 없는 요건에 초점을 두고 해당 요건을 만족할 수 없어서 이득토출책임을 준사무관리로 설명할 수 없다고 견해이다. 반면 최수정 교수는 마지막 요건인 “타인의 사무인 것을 알면서도 자기의 것으로 하려는 의사로 처리한 경우에 해당하지 않기 때문에 이득토출책임의 근거로 준사무관리를 가져올 수 없다는 주장이다. 최수정(2019a), 359 면, 각주 155 참조.

다. 이득토출책임의 법적 성격

이상 살펴본 부당이득반환설, 준사무관리설 외에도 신탁위반에 따른 수탁자나 제 3 자의 이익을 억지하기 위한 것이라는 이익억지설¹¹⁷⁹ 및 신탁채산을 보전하기 위한 것이라는 신탁채산회복설¹¹⁸⁰ 등으로 이득토출책임을 설명하려는 노력이 있었다. 앞서 살펴본 바와 같이 이익억지설과 신탁채산회복설은 이득토출책임의 근거에 해당하지만 그 자체로 법리로 보기에는 부족한 측면이 있다. 따라서 신탁법 개정안에서 입법안으로 해결하였고, 이득토출책임은 신탁법이 특별히 인정한 법정책임으로 규정하고 있다.¹¹⁸¹

제 3 절 이득토출책임의 발생요건 및 쟁점 검토

1. 이득토출책임의 요건 및 성격

가. 이득토출책임의 요건

수익자 등이 수탁자에게 제 43 조 제 3 항의 이득토출책임을 부과하기 위해서는 1) 수탁자의 충실의무 및 공평의무, 분별관리 의무의 위반이 있고, 2) 수탁자 혹은 제 3 자가 이익을 취득하고, 3) 수탁자의 의무위반과 이익 취득간 인과관계가 있어야 한다.¹¹⁸² 언급한 바와 같이 이득토출책임은 원상회복책임과는 달리 신탁재산의 손해 및 수탁자의 귀책사유를 요건으로 하지도 않는다.

(1) 수탁자의 특정의무 위반

첫 번째 요건인 충실의무 등의 위반과 관련하여서는 제 33 조 충실의무, 제 34 조 이익상반행위의 금지, 제 36 조 수탁자의 이익향수금지 위반 뿐 아니라 제 35 조 공평의무 및 제 37 조 분별관리의무를 포함하는 것으로 입법하였다.¹¹⁸³ 충실의무의 일반조항과 충실의무의 대표적인 조항인 이익상반행위 금지와 이익향수금지를 이득토출책임 범위에 포함하는 것은 당연하다. 충실의무의 일반조항 규정인 제 33 조 위반행위를 포함하기 때문에 예를 들면 신탁과 관련한 정보를 이용하는 경우¹¹⁸⁴ 신탁의 기회유용, 혹은 신탁과의 경업 등에서 이득이 발생한 경우에도 이득토출책임을 적용한다.¹¹⁸⁵ 이득토출책임의 범위에

¹¹⁷⁹ 이중기(2016), 309-312 면; 이연갑(2014), 43 면; 신탁법 개정안 해설(2010), 340 면.

¹¹⁸⁰ 이중기(2016), 309-312 면.

¹¹⁸¹ 신탁법 해설(2012), 357 면; 광장 주식신탁법(2016), 220-221 면.

¹¹⁸² 신탁법 해설(2012), 358-359 면; 이중기(2016), 316 면; 이계정(2017), 192 면; 이연갑(2013), 16 면; 광장 주식신탁법(2016), 221-222 면, 단, 광장 주식신탁법은 인과관계 요건은 명시하고 있지 않다.

¹¹⁸³ 앞서 살펴본 바와 같이 영국에서는 충실의무 위반에 이득토출책임을, 미국에서는 신탁위반 전반에 이득토출책임을 부과할 수 있도록 하고 있다. 하지만 미국에서도 이득토출책임과 가장 밀접한 의무는 충실의무임을 명시하고 있다. 본 논문의 제 3 장 제 4 절의 1 참조.

¹¹⁸⁴ 신탁법 해설(2012), 359 면.

¹¹⁸⁵ 궁극적으로 일반적인 충실의무 위반 혹은 충실의무 세부조항 위반에 대해 수탁자가 이득토출책임을 지기 위해서는 ‘이득을 취득한 행위’가 전제되어야 하기 때문에 이득토출책임의 요건으로 ‘이익향수금지 원칙’ 위반만으로 충분하다고 주장하는 견해도 있을 수 있다. 이득토출책임이 성립되는 경우는 수탁자가 신탁법 제 36 조의 이익향수금지 의무를 위반하거나 아니면 신탁법 제 34 조 제 1 항 제 5 호를 위반한 경우에 한한다는

공평의무와 분별관리의무를 포함하는 것에 대하여 논란의 소지가 있는데 이에 대하여 아래에서 별도로 설명하겠다.

(2) 이득 취득

두 번째 요건은 ‘수탁자나 제 3 자’가 신탁재산과 관련된 ‘이득을 취득’하는 것이다. 이득의 발생에 상응하는 손해가 발생하였는지 여부는 고려하지 않는다.

(가) 이득의 범위

해당 이익에는 부수적인 이익도 포함되고 적극적 재산 증가뿐 아니라 소극적 재산의 감소인 채무의 면제와 같은 사실관계도 포함된다.¹¹⁸⁶ 이득의 추상적인 개념의 이해를 돕기 위해 학계의 견해를 살펴보면, 이중기 교수는 이익은 통상 현재 발생한 이익이지만, 예외적으로 장래에 발생할 이익도 포함할 수 있고 변제 기한의 연장, 채무 조건의 변경 등도 포함한다고 설명한다. 또한 이사로서의 선임같은 고용관계의 설정이나 혹은 고객의 증가와 같은 사실관계도 포함한다고 설명한다.¹¹⁸⁷ 마찬가지로 이연갑 교수도 구체적인 예를 통하여 이득토출책임에 포함되는 이득의 범위가 다양함을 설명한다.¹¹⁸⁸ 이득에는 수탁자가 사무처리하는 과정에서 제 3 자로부터 수령한 뇌물, 수수료 등, 신탁행위에 의해 금지된 신탁재산 처분 등을 통하여 얻은 대가나 신탁재산을 임대해서 취득한 차임, 자기의 은행에 신탁재산의 계정을 혼화하여 고유재산에 귀속시킨 경우, 수탁자로 신탁재산에 구입하여야 할 재산을 고유재산으로 구입하거나, 채무변제금을 신탁재산에 속하는 채권이 아니라 개인의 채권 변제에 충당하는 등의 자기거래 외의 이익충돌행위에 의한 이익, 신탁재산에 속하는 정보를 매각하거나 활용하여 얻은 이익, 신탁재산에서 구입할 계획이었던 재산을 개인적으로 매수하였다가 가치 상승 이후 매각하여 얻은 차익 등 신탁사무처리를 통해 얻은 정보를 이용하여 얻은 이익 등이 포함된다. 최수정 교수는 신탁재산과 관련하여 취득한 이득과 수탁자의 위반행위로 인하여 신탁재산의 범위에 포섭되지 않는 이득이 발생한 경우로 구분하여 설명하는 데 후자의 경우에 해당하는 뇌물이나 은밀한 커미션 수령 모두 이득토출청구권의 범위에 해당한다고 설명하고 있다.¹¹⁸⁹

것을 의미하므로 신탁법 제 43 조 제 3 항은 굳이 제 33 조부터 제 77 조까지의 규정에서 정한 의무를 위반한 경우로 넓게 설정할 필요가 없다는 견해로는 오영걸(2021), 256-257 면. 본 논문은 이득토출책임의 요건을 이익향수금지 원칙 위반으로만 규정하면 요건이 단순명료해진다는 측면에서 바람직하다고 생각한다. 다만, 신탁법상 이익향수금지 원칙이 ‘신탁의 이익’의 취득으로 하고 있기 때문에 수탁자가 ‘수탁자의 지위로 인하여 취득한 모든 이익’ 등으로 개정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 수탁자가 취득한 이익이 ‘신탁의 이익’ 혹은 ‘수탁자의 지위로 인하여 취득한 이익’을 해석, 결정하는 단계에서 역시 충실의무 혹은 이익충돌금지 위반 여부를 고려하여야 할 것이라고 생각한다.

이익향수금지 조항에 대한 개정 논의는 본 논문의 제 5 장 제 1 절 1. 나 (2) 참고.

¹¹⁸⁶ 신탁법 해설(2012), 359 면; 이중기(2007), 556 면; 이중기(2016), 324 면.

¹¹⁸⁷ 이중기(2007), 556 면; 이중기(2016), 324 면.

¹¹⁸⁸ 이연갑(2014), 177-178 면; 다른 문헌들도 부수적 이익뿐만 아니라 적극적 재산의 증가, 책임의 면제와 같은 이익도 포함되어야 한다는 동일한 의견이다. 송현진·유동규(2012), 385 면; 광장 주식신탁법(2016), 222 면.

¹¹⁸⁹ 최수정 교수는 신탁재산으로 취득한 이득은 신탁재산에 속하기 때문에 이득토출청구권의 문제가 발생하지 않으며 만약 신탁재산을 고유재산에 귀속시킨 경우 원상회복청구권을 행사할 수 있다고 견해이고 신탁재산의 범위에 포섭되지 않은 이득이 발생한 경우에만 이득토출책임의 영역에 해당한다는 견해로는 최수정(2019a), 363 면. 다만 사건으로 이 분류에 의하면 신탁재산과 직접 관련된 것은 아니나, 신탁이 활용할 기회를 유용한

따라서 이득토출책임에 포함되는 이익의 범위는 매우 광범위함을 알 수 있다. 하지만 영미법의 논의에서도 살펴본 바와 같이 반환할 이익을 무한정 인정하는 것은 형평에 위반되고 경계선을 필요로 하는 데 우리 신탁법에서는 별도의 인과관계, 격원성 혹은 이익이 발생하는 기간에서 조정하는 논의가 이루어지고 있지 않기 때문에 민법상 상당인과관계로 확정한다.

(나) 제 3자의 이득

수탁자의 이득토출책임의 범위에는 이익을 취득한 자가 수탁자 뿐 아니라 제 3자인 경우를 포함한다. 수탁자가 제 3자를 통하여 이득을 취득한 경우에도 동일하게 수탁자에게 이득토출책임을 부과하여, 수탁자가 타인의 명의를 통하여 이익을 취득하지 못하게 하기 위함이다.¹¹⁹⁰ 본 논문은 제 3자에게 발생한 이득에 대하여 수탁자에게 이득토출책임을 부과하는 것은 타당한 입법이라고 생각하나, 제 3자에게 책임을 부과하지 않은 데에는 의문이 있으며 입법적 보완이 필요하다고 생각한다. 이에 대하여는 아래에서 상술하도록 하겠다.¹¹⁹¹

(3) 인과관계

마지막 요건은 수탁자의 의무위반과 이익취득간의 인과관계가 있어야 한다. 제 43 조 제 3 항에 의하면 “수탁자는 위반행위로 인하여 자신이나 제 3자가 얻은 이득 전부를 반환하여야 한다.” 해당 조항의 ‘이득 전부’ 라는 문구는 수탁자에게 가혹한 구제수단처럼 보이기도 한다. 하지만 ‘인하여’ 라는 인과관계 조항에 의하여 토출할 이득의 범위를 확정한다. 신탁법은 인과관계 요건에 대하여 구체적인 설명없이 민법의 상당인과관계를 요한다고만 언급하고 있다.¹¹⁹² 앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서는 충실의무의 위반과 토출할 이득 사이의 인과관계에 대한 정립 및 공제 등의 논의는 매우 어려운 문제이고 해당 기준에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 이는 인과관계는 궁극적으로 반환할 이득의 금액을 확정하기 때문에 실질적으로 해당 조항을 적용하는 경우에 중요한 역할을 하기 때문이다. 영미법에서 살펴본 바와 같이 인과관계의 문제는 사실관계에 따라 다르게 적용되어야 하기 때문에 일정부분 앞으로 재판부가 해당 규정을 어떻게 해석 운용할 것인지 법원의 해석을 기다릴 수 밖에 없다.

(4) 인과관계의 반환범위

경우 등은 전자에 포함시킬 것인지 혹은 후자에 포함시킬 것인지의 문제가 발생한다. 기회를 재산권으로 보는 경우는 전자로 보아 당연히 신탁재산에 귀속되는 것으로 해석할 수 있으나, 후자로 보는 경우는 이득토출책임에 의한 것으로 보아야 한다. 앞서 영미법에서는 Sarah Worthington 교수가 세 가지로 구분한 것과 유사하다. 본 논문의 제 3 장 제 2 절 나 참고.

¹¹⁹⁰ 최수정(2019a), 364 면.

¹¹⁹¹ 앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서는 제 3자에게 발생한 이득에 대하여 수탁자에게 책임을 부과할 뿐 아니라 제 3자에게도 책임을 부과한다. 본 논문의 제 3 장, 제 3 절 2 와 제 3 장 제 4 절 3 참조.

¹¹⁹² 수탁자의 신탁위반과 수탁자 등의 이익 사이에 인과관계만 있으면 이익반환책임이 성립한다는 견해로는 이중기(2016), 316 면; 수탁자의 충실의무 등의 위반과 고유재산 또는 제 3 자에 발생한 이득 사이에 인과관계가 있어야 한다. 비록 위반행위와 이득이 각각 존재하더라도 양자 간의 인과관계가 존재하지 않는다면 이득토출청구권이 인정되지 않는다는 견해로는 최수정(2019a), 364 면.

앞서 살펴본 바와 같이 영미법의 인과관계 기준은¹¹⁹³ 사실관계에 따라 달리 적용하나, 충실의무의 엄격성을 유지하기 위해 손해배상책임에 적용하는 것과 동일하게 인과관계 기준을 적용하지는 않는다. 따라서 대략적으로는 손해배상책임보다 인과관계를 느슨하게 적용하며(‘연관성 기준’) 의무 위반 때문에 이익이 발생하였는지 여부를 엄격하게 판단하지 않는다는 것이 일반적인 견해이다. 다만 이득 전부를 반환하는 것이 수탁자에게 너무 가혹한 규정이 되는 것을 고려하여 인과관계 외에 격원성, 이익을 기간으로 제한하는 방법, 공제 등을 적용하는 것을 확인한 바 있다. 적용방식은 사실관계에 의존하는 사안이나 큰 범위에서 다음과 같은 방식을 생각해볼 수 있다. 1) 이득 전부를 총이득으로 하고 예외적으로 공제를 허용하는 방식과 2) 총이득에서 관련 비용을 차감하고 순이득을 원칙으로 하는 방식

2)의 방식은 1)에 비하여 수탁자에게 비용을 폭넓게 인정하므로 수탁자에게 유리하고 공제에는 수탁자가 투하한 비용뿐 아니라 수탁자의 노동 및 기술에 대한 보상 등을 포함한다. 또한 두 방법은 총이득에는 운용이익을 포함하는 것을 원칙으로 하지만¹¹⁹⁴ 운용이익이 지속적으로 발생하는 경우에는 토출할 이익을 기간으로 제한할 수도 있다. 또한 수탁자 자신의 특수한 재능을 사용하는 경우, 인과관계¹¹⁹⁵ 혹은 공제를 통해 이득토출책임에 반영할 수 있다.

본 논문은 보다 엄격한 충실의무 준수하는 것이 이득토출책임의 취지인 만큼 기본적으로 운용이익을 포함한 총이득을 반환하는 것을 원칙으로 하고 예외적으로 공제를 허용하여야 한다고 생각한다. 투하비용은 해당 재산의 증가 등에 기여한 경우에 인정해줄 여력이 있으나 수탁자의 노동 등에 대한 보수로서 공제는 엄격하게 해석하여야 한다. 2)와 같이 순이득을 토출하는 방식은 수탁자의 선의, 수탁자 노동의 고유성, 특수성 등을 고려하여 보다 엄격히 심사하여야 적용해야 할 것이다.

나. 이득토출청구권자 및 상대방

(1) 이득토출청구권자

신탁법 제 43 조 제 3 항은 이득토출책임의 청구권자를 별도로 명시하고 있지 않지만 신탁법 해설서를 통해 제 1 항 및 제 2 항과 마찬가지로 수익자, 위탁자 또는 수탁자가 여럿인 경우 다른 수탁자 역시 청구권자에 포함된다고 설명하고 있다. 따라서 앞서 논의한 원상회복책임의 청구권자와 동일하다.¹¹⁹⁶

(2) 청구의 상대방

제 43 조 제 3 항의 이득토출청구의 상대방은 의무를 위반한 수탁자이다. 수탁자가 충실의무 등을 위반하여 이득을 취한 경우에는 수탁자가 책임을 부담하는 것은 당연하다. 문제는 수탁자의 의무 위반으로 제 3 자가 이득을 취득한 경우에 수탁자만을 상대방으로 하는 것이 타당한지이다. 우리 신탁법은 제 3 자가 직접 이득토출책임을 부담할 법적 근거가 없다고 보고 제 3 자가 이득을 취득한 경우에도 수탁자의 책임으로 해당 문제를 해결하고

¹¹⁹³ 본 논문의 제 3 장 제 2 절 1 및 제 3 장 제 3 절 2 참조.

¹¹⁹⁴ 최수정(2019a), 367 면.

¹¹⁹⁵ 이중기(2016), 323 면.

¹¹⁹⁶ 본 논문의 제 5 장 제 1 절 2 나 (1) iii) 참조.

있다. 제 3 자에 대하여도 이득토출청구가 가능하게 한다면 그 근거에 대한 별도의 논의가 필요하며 제 3 자의 선의, 악의에 따른 법률관계나 구상관계를 지나치게 복잡하게 하고 거래안전을 해할 것을 우려하였다.¹¹⁹⁷ 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서는 수탁자 뿐 아니라 제 3 자가 신탁재산을 수령한 경우 및 수탁자의 의무 위반을 조력한 경우에, 제 3 자에게 책임을 부과한다. 다만 제 3 자가 요건을 만족하는 경우에만 책임을 부과하여 제 3 자의 거래 안전에 대한 우려를 완화하는 동시에 수익자의 보호를 두텁게 하였다. 이에 대한 자세한 논의는 제 5 장 제 3 절 2 다에서 다루도록 하겠다.

다. 이득토출청구권 성격

(1) 물권적 기반에서 법적 성격 도출

이득토출청구권의 성격에 대한 논의는 개정 신탁법 도입 당시에 활발하게 이루어지지 않고 있다.¹¹⁹⁸ 앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서는 구체적인 사실관계에 따라 이득토출책임을 채권적 성격으로 볼 것인지 아니면 물권적 성격으로 볼 것인지에 대한 논의가 활발하다. 이론적으로는 해당 이득의 물권적 기반이 있는지 여부로 성격을 구분해야 한다고 보지만, 판례에서는 물권적 기반이 없더라도 광범위하게 물권적 성격을 인정하고 있다. 또한 물권적 청구권을 인정할 수 있는 것은 영미법에서 의제신탁을 활용하고 있기 때문임을 살펴보았다. 반면 우리 신탁법은 의제신탁을 허용하지 않고 수익권에 대한 물권적 성격을 인정하기 어렵기 때문에 이득토출청구권 역시 채권적 성격으로 보는 것이 타당하다.¹¹⁹⁹¹²⁰⁰ 영미법에서는 의제신탁을 부과하거나 이득토출책임에 물권적 지위를 수여하면 수탁자의 충실의무위반으로 해당 재산을 취득한 상대방, 혹은 그 이후 전득자에게 추급권(tracing) 행사를 통하여 해당 재산 및 이득을 반환받을 수 있다. 반면 신탁법에서는 아직 의제신탁 및 이에 따른 추급권을 인정하지 않지만, 이와 관련한 법리 중 일부는 수익자 취소권으로 변용적용하고 있다.¹²⁰¹

(2) 이득토출책임 도입 법리에서 법적 성격 도출

¹¹⁹⁷ 신탁법 해설(2012), 358 면; 최수정(2019a), 355 면.

¹¹⁹⁸ 최수정(2019a), 362 면, 이득토출청구권은 신탁법상 인정되는 채권적 청구권이라고 설명한다.

¹¹⁹⁹ 우리 법상 부당이득법리가 견고하게 확립되어 있기 때문에 의제신탁을 도입할 필요가 있는지 의문이라고 하며 부당이득에 대한 의제신탁을 도입하는 것에 반대하는 견해로 이계정(2016a), 132 면 각주 78. 법적 배경을 달리하는 우리법 해석에서 의제신탁이 불가결한 개념이 아니며, 혼란을 야기할 수 있기 때문에 현재 우리법에서 의제신탁이 인정되지 않는다는 견해로는 최수정(2019a), 487 면. 의제신탁을 인정할 명문 근거가 없으며, 법률관계가 불안정해지고, 의제신탁에 대하여 신탁법 규정이 어느 정도까지 적용되는지 불분명확하기 때문에 혼란이 야기될 수 있으므로 신탁법 해석상으로 수익자취소의 사안에서 의제신탁은 인정되지 않는다는 견해로는 이연갑(2014), 201 면. 대륙법제에서 물권적 구제수단을 부과하기에는 법체제상 한계가 있기 때문에 의제신탁의 도입은 요원하다는 설명으로는 Masayuki Tamaruya(2018), p.2250.

¹²⁰⁰ 따라서 이득토출청구권의 소멸시효 기간 역시 일반적인 채권의 소멸시효 기간을 따른다고 해석하면 될 것이다. 다만 따라서 신탁의 존속 중에는 수탁자는 계속해서 충실의무를 부담하므로, 수탁자가 수탁자의 지위에 있는 동안에는 신탁의 권리를 ‘승인’ 한 것으로(민법 제 168 조) 간주해 시효의 진행이 중단된다고 볼 수 있고 따라서 수탁자는 언제나 이득토출책임을 진다고 볼 수 있고 다만 수탁자가 사임한 후에는 수탁자에 대한 이득토출청구권은 채권의 소멸시효의 적용을 받는다고 볼 수 있다는 견해로는 이중기(2016), 330 면.

¹²⁰¹ 이득토출책임과 취소권의 관계는 본 논문의 제 5 장 제 3 절 2. 라 참고.

다른 의견으로 이득토출책임을 도입한 근거에 의하여 해당 이득토출청구권의 성격이 결정된다고 보는 견해로 이증기 교수는 만약 이득토출청구권을 도입한 근거가 수탁자의 충실의무 위반을 억지하고 해당 의무위반으로부터 이익취득을 억지하겠다는 설명에 의하면(“이익억지설”)을 따르면 수익자 등이 신탁위반 수탁자에 대해 채권적 청구권을 갖는 것으로 충분하다는 견해이다.¹²⁰² 반면 해당 이득토출청구권을 발생시킨 이익이 신탁재산으로부터 발생한 것이기 때문에 이득토출청구권을 인정해야 한다는 “신탁재산회복설”에 따르면 물권적 청구권을 갖는다는 견해이다.¹²⁰³ 하지만 앞서 언급한 바와 같이 신탁법은 위의 학설로 이득토출책임을 전적으로 설명하기에는 법리상 부족함이 있어서 입법을 통하여 해결하였다.

2. 이득토출책임 적용상 문제점

이상 살펴본 현행 우리 신탁법의 이득토출책임을의 요건 및 성격 등을 바탕으로 현재 입법의 해석상 불분명한 부분을 지적하는 동시에, 입법적 정비가 필요한 부분에 대한 개선방향을 제시하고자 한다.

가. 청구권 경합

(1) 청구권 경합

앞서 살펴본 바와 같이 신탁법 제 43 조 제 1 항에서는 원상회복책임과 손해배상책임의 관계를 명시하여 원상회복책임이 원칙적인 구제수단임을 규정하였다. 다만 충실의무 위반의 경우, 제 43 조 제 3 항의 적용도 가능한 동시에 동조 제 1 항의 적용도 가능한데, 신탁법은 제 43 조 제 1 항과 제 3 항간 우선순위는 명시하고 있지 않다. 따라서 동법 제 43 조 제 1 항과 제 3 항이 청구권 경합 관계로 보아 각각을 독립적으로 행사할 수 있되 어느 하나의 권리 행사로 만족을 얻으면 그 만족을 얻은 한도 내에서 다른 권리를 행사할 수 없다.¹²⁰⁴ 학계의 의견을 살펴보면 이증기 교수는¹²⁰⁵ 이득토출청구권은 수탁자의 이득 취득을 막기 위해 정책적으로 인정하는 것이므로 손해배상 혹은 원상회복청구권과 별개로 행사할 수 있다고 설명하며 다음과 같이 예를 든다. 수탁자가 충실의무를 위반하여 제 3 자를 위한 거래를 한 경우, 제 3 자가 이득을 취득한 동시에 신탁에 손해를 야기한 경우 수탁자는 손해배상청구가 가능하고 제 3 자의 이익에 대하여는 제 3 자가 악의인 경우에 이득토출청구를 행사할 수 있다는 설명이다. 다만 수익자가 제 3 자에 대해 이득토출청구권을 행사하여 이득을 반환받은 경우, 반환받은 이익으로 신탁재산의 손해가 완전히 전보되지 않은 경우에는 손해배상을 청구할 수 있고, 손해가 완전히 전보된 경우에는 손해배상은 인정되지 않는다는 의견이다.¹²⁰⁶

¹²⁰² 이증기(2007), 542-545 면, 559-560 면.

¹²⁰³ 이증기(2007), 545 면, 559-560 면.

¹²⁰⁴ 다만, 여기서 어느 하나의 권리 행사로 얻은 만족과 다른 권리의 행사로 얻은 만족이 ‘동일하여’ 어느 하나의 권리 행사로 얻은 만족을 얻은 한도 내에서 다른 권리를 행사할 수 없는 것인지 여부는 문제가 될 수 있다.

¹²⁰⁵ 이증기(2007), 564 면, 이증기(2016), 331 면.

¹²⁰⁶ 이증기(2016), 331 면.

동일한 취지에서 최수정 교수는 손해배상청구권과 이득토출청구권은 청구권 경합 관계에 있다고 설명한다. 즉 청구권자는 “손해배상청구권과 이득토출청구권” 중 선택에 의하여 어느 권리이든 행사할 수 있지만 이중으로 만족을 얻을 수는 없다고 본다.¹²⁰⁷ 수탁자의 이득이 신탁재산의 손실보다 큰 경우에는 이득토출청구권을 행사함에 따라 수탁자의 이득을 제거하는 동시에 신탁재산의 손실을 전보할 수 있다. 또한 이 경우에도 이득보다 작은 손실을 손해배상청구권으로 전보하고, 손실을 초과하는 이득을 이득토출청구권으로 행사할 수도 있다고 보는 견해이다.¹²⁰⁸ 반면 수탁자의 이득보다 신탁재산에 발생한 손실이 더 큰 경우에는 손해배상청구권을 통해 손실전보와 이득토출을 동시에 달성할 수 있다고 설명한다.

앞서 살펴본 바와 같이 영미법에서 수익자는 손해배상청구권과 이득토출청구권 중 선택할 수 있으나 극히 예외적인 경우 중복적으로 청구권이 인정될 수 있다.¹²⁰⁹ 동일하게 우리 신탁법에서 일반적인 원칙으로 제 43 조 제 1 항과 제 3 항은 청구권 경합의 관계에 있다고 볼 것이다. 따라서 청구권 경합의 당연한 결과로 예외적인 상황에서 손해배상책임과 무관한 이득을 수탁자가 취득한 경우에만 이득토출청구권과 손해배상청구권에 대해 별개로 만족을 얻을 수 있다고 보는 것이 타당하다. 생각건대, 신탁재산과 고유재산 간 거래와 같은 자기거래, 신탁의 재산 및 기회 유용 등의 경우에는 중복적으로 행사하는 상황이 발생하지 않을 것이며, 극히 예외적인 상황에서 수탁자가 제 3 자로부터 뇌물, 수수료 등을 수령하였고, 해당 행위와는 별개의 손해 혹은 이익과 인과관계를 파악할 수 없는 손해가 발생한 경우에는 중복으로 만족을 얻을 수 있을 것이다.¹²¹⁰

나. 의무의 범위

입법 당시 해당 이득토출책임을 적용할 의무에 대한 논의로 주의의무 위반시에 이득토출책임을 부과할 수 없는지에 대한 논의도 있었다.¹²¹¹ 하지만 손해 없이 이익이 발생하는 경우는 이익충돌상황 외에 잘 발생하지 않으며¹²¹² 전통적인 영국의 이득토출책임을 충실의무 위반을 전제로 하기에 충실의무만을 대상으로 하였다.¹²¹³ 궁극적으로 우리 신탁법에서 도입한 이득토출책임을 영국법상 충실의무만을 신인의무로 파악하고 충실의무에만 이득토출책임을 부과하는 방식을 수용한 것으로 볼 수 있다. 이론상으로는 미국법상 이득토출책임을 주의의무 등을 포괄하지만 이는 신인의무를

¹²⁰⁷ 최수정(2019a), 368 면.

¹²⁰⁸ 최수정(2019a), 368 면.

¹²⁰⁹ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 4 나 참조.

¹²¹⁰ 상법상 상업사용인의 개입권은 손해배상청구에 영향을 미치지 않으므로 개입권 행사와 별개로 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 마찬가지로 이득의 양도를 청구하는 것과 별개의 손해가 발생한 경우에 두 청구권을 모두 행사할 수 있다는 의미이므로 신탁법의 청구권 경합의 예외와 유사하다. 제 17 조 제 2 항. 상업사용인이 전항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에 그 거래가 자기의 계산으로 한 것인 때에는 영업주는 이를 영업주의 계산으로 볼 수 있고 제 3 자의 계산으로 한 것인 때에는 영업주는 사용인에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다. 동조 제 3 항. 전항의 규정은 영업주로부터 사용인에 대한 계약의 해지 또는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

¹²¹¹ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 797 면 심인숙 의견.

¹²¹² 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 797 면 이중기 의견.

¹²¹³ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 797 면 이연갑 의견.

신인의무자가 부담하는 의무로 해석하였기 때문일 뿐, 주의의무 위반시에 이득토출책임을 부과한 판례를 발견하지 못하였다.¹²¹⁴

앞서 살펴본 바와 같이 영국 신탁법상 공평의무 및 분별관리의무 위반의 경우, 이득토출책임을 부과하고 있지 않고¹²¹⁵ 일본 신탁법상 이익의 손실추정 조항의 범위에는 분별관리의무와 공평의무를 포함하지 않는다. 우리 신탁법 개정시 특별분과위원회 회의록에 공평의무와 분별관리의무를 이득토출책임에 포함한 명확한 이유를 발견하기 어렵다. 이득토출책임을 적용할 의무의 범위는 최초 논의 시 충실의무와 이익상반행위를 해당 범위로 하였으나 논의 진행과정에서 공평의무도 충실의무에 포함되는 것으로 볼 수 있기에 삽입하였고¹²¹⁶ 공평의무, 분별관리의무¹²¹⁷ 및 이익향수금지까지 포함하여 제 43 조 제 3 항을 적용하도록 하였다. 이익향수금지 의무는 본래 충실의무의 한 축이므로 이득토출책임을 적용하는데에 반론의 여지가 없다. 반면 앞서 살펴본 영미법에서도 공평의무와 분별관리의무를 이득토출책임에 포함하지 않고 있으며, 이론적으로도 포함할 필요가 없기에 이는 입법상 오류로 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 아래에서는 공평의무와 분별관리의무에 대하여 각각 살펴보도록 하겠다.¹²¹⁸

(1) 공평의무와 이득토출책임

(가) 공평의무

공평의무에 의하면 수탁자는 여럿인 수익자에 대하여 공평하게 신탁사무를 처리해야 한다.¹²¹⁹ 하나의 신탁에 복수의 수익자가 있는 경우에는 수탁자는 수익자들을 공평하게 다루어야 하며 동일한 수탁자가 하나 이상의 신탁을 인수한 경우에 특정 신탁에 유리하고 다른 신탁에 불리하지 않도록 신탁 사무를 처리해야 한다. 개정 신탁법은 공평의무는 수탁자의 충실의무의 하나로 인정되고 있기에 따라서 이를 분명하게 하기 위하여 명시적 규정을 두었다고 설명한다. 앞서 살펴본 바와 같이¹²²⁰ 영국법상 이익충돌금지에 의무간 충돌이 포함되고 이로부터 공평의무가 파생되었다고 볼 수 있다. 다만 공평의무가 충실의무에서 파생되었다고 하여 충실의무의 일부로 볼 수 있는지는 의문이다. 의무간 충돌은 영국법상 수탁자가 다수의 신탁을 인수하였을 때 쌍방대리의 경우는 두 신탁간 거래를 금지하지만 그 외 경우는 공평을 달성하기 위하여 주의의무를 기울인다고 보는 것이 타당하다. 영국법은 하나의 신탁에서 수익자가 여럿인 경우는 성문법상 조항을 통해 투자, 배분 등의 우선순위를 정하는 방식으로 해결하는 경향이 있다. 미국에서도 공평의무를 수탁자의 충실의무와 관련된 의무이나 충실의무에 포함된다고 표현하고 있지 않다.

¹²¹⁴ 본 논문의 제 3 장 제 3 절 4 참조.

¹²¹⁵ 미국에서는 모든 신탁위반에 대하여 이득토출책임을 부과할 수 있으므로, 이론적으로는 공평의무 위반에도 이득토출책임을 부과할 수 있으나, 실제로 부과하는지 의문이다. 영미법의 공평의무에 대한 논의는 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2 라 참조.

¹²¹⁶ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 835 면, 이준기 의견.

¹²¹⁷ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 829 면.

¹²¹⁸ 신탁법에서 공평의무에 대하여 별도의 논의를 하는 문헌은 찾기 힘들다. 최현대(2017), 최수정(2019b) 수탁자의 대부분이 신탁업자로 다수의 수익자를 대상으로 신탁사무를 처리하는 경우에 공평의무에 대한 연구의 중요성은 크고 앞으로 활발하게 논의가 진행되어야 한다고 생각한다.

¹²¹⁹ 신탁법 제 35 조.

¹²²⁰ 본 논문의 제 2 장 제 1 절 라. 참조.

공평의무에서 공평은 평등과는 다르며 모든 수익자를 절대적으로 동등하게 취급하는 것을 의미하는 것이 아니다. 수익자의 구체적인 상황을 고려하여 수탁자가 근거없이 다른 수익자를 손실의 대가로 특정 수익자의 이득을 허용하지 않음을 의미한다.¹²²¹ 공평의무는 수탁자가 재량권을 갖는 신탁의 경우에 그 중요성이 커지는 데 수탁자는 자신의 재량권을 모든 수익자에게 공정하고 합리적으로 행사해야 한다. ‘공정하고 합리적으로 재량권을 행사하는 것, 즉 공평한지 여부는 불확정적인 개념을 내포하기 때문에 전적으로 충실의무의 성격으로 보기 어렵고 주의의무의 성격이 많이 내재되어 있다.’¹²²²¹²²³

(나) 공평의무의 구체수단: 이득토출책임?

신탁법상 이득토출청구의 상대방이 수탁자임에 미루어 보아 공평의무 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하게 되면 다음과 같은 문제가 있음을 확인할 수 있다. 우선 신탁법상 이득토출책임을 수탁자로 한정하고 있기 때문에 발생하는 문제이다. 예를 들어 그림 6.1 에서 하나의 신탁에 A(원본 수익자)와 B(수익 수익자)가 수익자로 있는 경우, 수탁자가 A와 B의 이해관계를 적절히 고려하지 않고 A에게만 유리하게 신탁사무를 처리한 경우, 해당 행위를 무효화하든지 아니면 원상회복책임을 부과하는 것이 타당하다고 생각한다.¹²²⁴ 이득토출책임을 손실을 요건으로 하지 않는데, 만약 B에게 손실이 발생하지 않았다면, A가 초과 이익을 수령하여 유리한 취급을 받은 것에 대한 구체수단을 허용할 근거가 없기 때문이다.

¹²²¹ 이연갑(2014), 113 면; 최수정(2019a), 324 면; Alastair Hudson(2010), p.327.

¹²²² 영미법상 공평의무의 주의의무 성격에 대한 논의는 본 논문의 제 2 장 제 1 절 2. 라 (2) iv) 참조.

¹²²³ 본 논문은 의무간 충돌에 대해서도 충실의무를 적용한다면 공평의무를 적용하는 것이 아니라 수탁자가 다수의 수익자에게 의무를 부담하는 것을 금지하여야 한다고 생각한다. 우선 하나의 신탁의 복수의 수익자가 있는 경우, 하나의 신탁재산이라는 일정한 크기의 파이를 수익자들에게 분배하는 경우로 수익자간 이익의 충돌은 불가피하다. 이런 경우 충실의무를 준수하기 위해서- 즉 오로지 수익자(A)를 위하여 행위하기 위해서는 수탁자가 다른 수익자(B)를 위해 수탁자의 역할을 이행하지 않아야 한다. 하지만 영미법상에서도 이를 금지하지 않는 것은 1) 무엇보다도 현실론적으로 불가능하며, 2) 수탁자의 이익이 관여하는 경우에 비하여 유혹이 때문이다. 이는 한 명의 수탁자가 다수의 신탁을 인수하는 경우도 마찬가지다. 하나의 수탁자가 다수의 신탁을 인수하여 수익자 사이에 이익충돌이 극명하게 발생하는 경우는 하나의 신탁에 속하는 신탁재산 자체 혹은 권리를 다른 신탁의 재산으로 귀속시키는 경우로 신탁법은 제 34 조 제 1 항 제 3 호를 통해 금지한다. 하지만 그 외에도 수익자간 이익충돌의 발생 및 발생 가능성은 여러 형태로 존재하지만 이 경우 금지하지 않고 충실의무의 파생적 의무인 공평의무를 준수하도록 하고 있다.

¹²²⁴ 이중기 교수는 하나의 신탁에서 수익자 사이의 공평의무 위반의 경우, 수탁자의 행위는 신탁의 대내적 효력만을 갖기 때문에 공평의무 위반으로 인한 행위를 무효로 보아도 된다는 견해이다. 다만, 무효로 보더라도, 이득을 취득한 수익자가 손실을 본 수익자에게 반환하는 의무를 지는 것이 아니라 수탁자가 수익을 한 수익자로부터 이익을 회수해서 손실을 본 수익자에게 이전할 의무를 부담하기 때문에 한계가 있다고 설명한다. 따라서 불리한 취급을 받은 수익자에게 손실이 있는 경우, 원상회복책임을 청구할 수 있고 이에 보충적으로 손해배상의무를 지게 할 수 있다. 이중기(2016), 542-543 면.

그림 6. 공평의무와 이득토출책임

그림 6.1. 하나의 신탁에서 공평의무

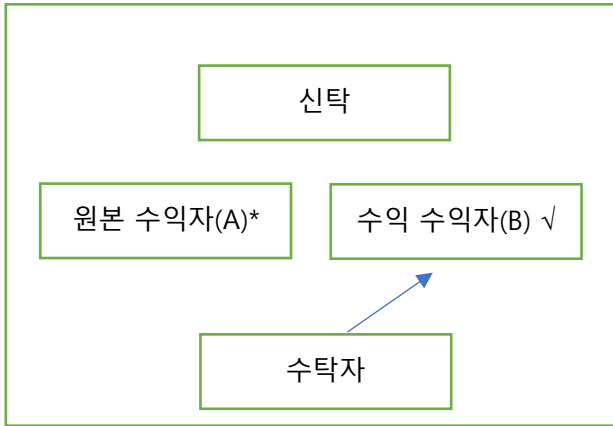
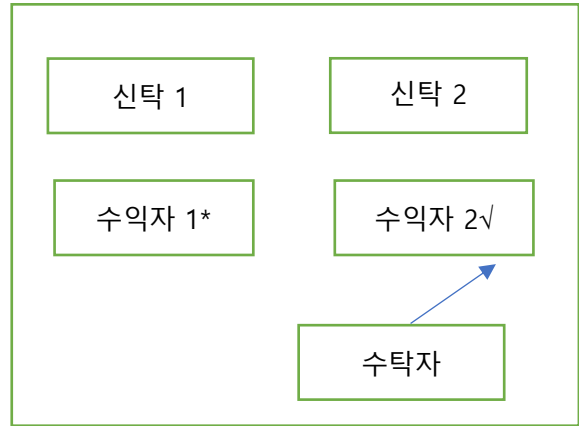


그림 6.2. 다수의 신탁에서 공평의무



- * 수탁자의 공평의무 위반으로 인하여 추가적인 이득을 취득한 수익자
- √ 수탁자의 공평의무 위반으로 해당 수익자가 손실을 입지않았다고 가정
- 현행 신탁법에 따르면 수탁자가 해당 수익자에게 이득토출책임을 부과

마찬가지로 그림 6.2 에서 수탁자가 다수의 신탁을 인수하여 신탁사무를 처리하는 과정에서 수탁자가 이 별도의 이득을 취득하지 않고 하나의 신탁의 수익자(수익자 1)가 다른 신탁의 수익자(수익자 2)보다 더 유리한 취급을 받은 경우 수익자 1 이 취득한 이익을 수탁자가 토출하는 논리 역시 문제가 있다. 명백하게 의무가 충돌하는 경우는 이미 제 34 조 제 1 항 제 3 호(신탁재산간 귀속행위)에 포함하였기에 이득토출책임이 별도로 적용되나, 그 외에도 간접적으로 혹은 잠재적으로 의무가 충돌하는 경우는 다양한 형태를 띠는 것이다. 이 경우에 수탁자의 공평의무 위반으로, 다른 수익자의 희생으로 추가 이익을 수령한 수익자는 불리한 취급을 받은 경우, 해당 행위를 무효화하든지 수익자에게 손해배상책임을 부과하는 것이 타당하다.¹²²⁵¹²²⁶

위의 상황과 달리 만약 수탁자가 공평의무를 준수하지 않은 과정에서 혹은 준수하지 않은 이유가 수탁자가 일부 수익자에게 뇌물 등의 특정한 이익을 수령한 경우에 해당 이익을 토출할 목적이라면, 수탁자의 공평의무 위반이 아니라 제 36 조의 이익향수금지 위반 즉

¹²²⁵ 다만 광장 주석신탁법은 수탁자의 이득반환책임도 인정하는 동시에 유리한 취급을 받은 수익자에게도 반환해야 한다는 설명이다. 광장 주석신탁법(2016), 187 면.

¹²²⁶ 이증기 교수는 수개의 신탁 사이의 공평의무 위반을 1) 신탁사이의 직접거래와 2) 신탁이 합동하여 제 3 자와 거래하는 경우로 나누어 살펴본다. 전자는 제 34 조 제 3 항에 포섭될 것이다. 후자의 경우 중 제 3 자와의 거래의 효과를 신탁 사이에 불공평하게 분배한 경우에 대하여 제 3 자와 행해진 신탁의 수권범위 내 행위이므로 무효로 볼 수 없고, 수익자는 수탁자에게 유리한 취급을 받은 신탁에 할당된 이익을 손해를 본 신탁에 이전할 것을 청구할 수 있고 만약 이로 불충분한 경우, 수탁자가 손해배상책임을 부담해야 한다는 견해이다. 이증기(2016), 543-544 면.

충실의무 위반에 해당하기 때문에 수탁자가 자신이 수령한 이익에 대하여 이득토출책임을 부담한다.¹²²⁷

(마) 소결

수탁자의 공평의무 위반이 있어서 일부 수익자가 추가적인 이득을 해당 이익의 반환은 수탁자의 이득토출책임을 아니라 해당 행위의 무효화 혹은 제 43 조 제 1 항을 통하여 해결하여야 하며 현행 신탁법에 제 43 조 제 3 항의 적용범위에서 공평의무는 삭제하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 현실론적으로 수탁자는 전문적인 신탁회사가 대부분이고 따라서 다수의 고객을 보유할 수 밖에 없다. 만약 수탁자의 의무간 충돌하는 경우에 수탁자가 이득토출책임을 부담하면 과연 업무를 지속적으로 이행할 수 있을지 의문이다. 따라서 이득토출책임을 반환책임자가 수탁자로 규정하고 있는 만큼 공평의무를 이득토출책임에 포함하는 것은 잘못된 입법이라고 생각한다.¹²²⁸

(2) 분별관리의무와 이득토출책임

(가) 분별관리의무

분별관리의무는 수탁자가 신탁재산을 수탁자의 고유재산이나 다른 신탁재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여 이 재산을 혼합하지 않을 의무이다.¹²²⁹ 수탁자가 신탁재산의 소유권자이지만, 신탁재산은 수탁자의 고유재산 및 수탁자가 인수한 타 신탁재산과 구분되는 독립성을 띤다. 하지만, 제 3 자의 입장에서는 신탁재산과 고유재산 등을 구분이 어렵고, 신탁법은 신탁재산임을 공시하고 공시를 제 3 자에 대한 대항요건으로 정하였다.¹²³⁰ 다만 여전히 등기 등을 통해 공시할 수 없는 재산권인 경우, 수탁자의 분별관리의무가 수익자 신탁재산을 보호하는 역할을 한다. 즉, 분별관리 의무는 신탁재산의 독립성을 관철하고 신탁재산의 대항력을 부여하기 위한 조치이다.¹²³¹

분별관리의무는 ‘신탁재산과 고유재산의 분별’이라는 객관적, 명확한 기준이 존재하므로 주의의무와는 구별되는 측면도 있다. 하지만 분별관리의무를 충실의무의 일부로 보는 것 역시 타당하지 않고, 분별관리는 충실의무 위반 및 주의의무 위반을 방지하기 위한 예방적인 의무이다.¹²³² 특히 분별관리의무를 제대로 이행하지 않는 경우에 자기거래와 같은 이익충돌 거래가 발생할 가능성이 높아진다는 측면에서 분별관리 의무는 수탁자의 충실의무 위반에

¹²²⁷ 단 제 36 조의 이익향수금지 조문이 ‘신탁의 이익’ 을 누리지 못한다고 하고 있기 때문에 ‘신탁의 이익’ 의 범위의 해석에 대한 문제가 발생할 수 있고 해당 조문을 개정하여야 한다는 논의는 본 논문의 제 5 장, 제 1 절 1 나 (2) 참고.

¹²²⁸ 이득토출책임을 반환책임자에 제 3 자를 포함하는 경우에는 공평의무를 포함할 수도 있을 것이나, 이 경우 역시 손해를 입지 않은 수익자가 이득토출청구권을 갖는 것이 아니라, 손해를 입증하지 못한 경우 이득토출청구권을 행사한다고 보는 것이 타당하다.

¹²²⁹ 신탁법 해설(2012), 307 면.

¹²³⁰ 최수정(2019a), 315 면.

¹²³¹ 최수정(2019a), 356 면.

¹²³² 광장 주석신탁법(2016), 192-193 면; 분별관리의무와 주의의무 사이의 경계를 명확히 하는 것도 어렵다는 설명이다.

대한 방벽 기능을 할 수 있다.¹²³³ 학계에서는 분별관리의무의 성격에 대한 의견의 일치는 없으며 분별관리 의무가 충실의무의 한 유형은 아니고 주의의무에 보다 가깝다고 보는 견해와¹²³⁴ 충실의무 및 주의의무로도 볼 수 있다는 견해가¹²³⁵ 공존한다.

(나) 분별관리의무와 이득토출책임

앞서 언급한 바와 같이 신탁법 제 43 조 제 3 항은 수탁자가 분별관리의무 위반시에도 이득토출책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다. 신탁법 입법 당시 회의록을 살펴보면 분별관리의무 위반시 이를 어떻게 처리할 것인지에 대한 논의의 필요성을 언급하고 있지만¹²³⁶ 분별관리의무 위반으로 수탁자가 이득을 취득한 경우에 대한 이득토출책임을 부담하는 근거를 밝히고 있지 않다. 다만 분별관리의무 위반에 의해서 제 3 자가 이득을 취한 경우에¹²³⁷ 이익을 반환하여야 한다고 설명하는 도중에 이득토출책임에 분별관리의무를 포함하였고 이는 입법상 오류라고 생각한다.

분별관리의무 위반 예로 신탁재산과 고유재산을 분별하지 않고, 신탁재산과 제 3 자의 계정의 재산을 통합하여 대출한 경우를 들 수 있다. 예를 들어, 10 억 이상 예금시 높은 이자율을 적용받을 수 있는 경우, 수탁자의 특수관계인인 제 3 자가 1 억만 보유하고 있어서 신탁재산이지만 분별하지 않은 계좌에 포함된 10 억을 혼화하여, 따라서 분별관리의무 위반으로, 이자를 더 많이 수령한 경우를 생각해 보자. 분별관리의무에 이득토출책임을 적용하는 견해는 제 3 자에게 신탁재산이 누릴 수 있는 이득을 제공한 경우로 볼 수 있고 따라서 제 3 자에게 이득토출책임을 부담하여야 한다고 설명한다.¹²³⁸ 하지만 이 예에서 이득토출책임은 분별관리의무 위반 후, 별도의 행위인 제 3 자의 해당 이자를 수령한 행위를 이익향수금지 위반으로 보아 이득토출책임을 부과하는 것이지, 분별관리의무 위반에 대하여 이득토출책임을 부과하는 것이 아니다. 따라서 본 수탁자의 분별관리의무 위반만이 발생한 경우에는 원상회복책임 및 손해배상책임으로 충분하고¹²³⁹ 이익충돌금지나 이익향수금지 위반이 발생하지 않은 경우, 이득토출책임 규정은 불필요한 입법으로 생각한다.

다. 수익자 취소권과의 관계

(1) 충실의무 위반 효력과 수익자 취소권

¹²³³ 광장 주식신탁법(2016), 192-193 면; 신탁법 해설(2012), 307 면; 최동식(2006), 191-192 면; 이중기(2007), 315-316 면.

¹²³⁴ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 833 면 안성포 의견.

¹²³⁵ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 833 면 이중기 의견.

¹²³⁶ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 689-690 면, 오창석 의견.

¹²³⁷ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 831 면, 834 면.

¹²³⁸ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 831 면, 834 면; 이중기(2015), 282 면; 수탁자가 분별관리의무를 위반해 금전을 혼화하거나 혼화금전을 사용한 경우, 신탁에 귀속시켜야 하는 이익의 범위는 신탁금전으로 추정되는 당해 금전 혹은 금전의 처분물 뿐 아니라, 당해 금전의 혼화행위와 관련하여 발생하는 이익 혹은 혼화금전의 처분행위와 관련해 발생하는 이익도 반환하여야 한다. 이중기(2008), 223 면.

¹²³⁹ 개정 신탁법 제 44 조에서는 분별관리의무 위반의 특례를 두고 수탁자가 분별관리의무 위반시 자신의 의무위반행위가 없었더라도 신탁재산에 손실이 발생하였을 것을 입증하지 아니하는 한 원상회복의무 또는 손해배상의무를 부담하여야 한다. 광장 주식신탁법(2016), 222-223 면.

개정 전 신탁법은 충실의무의 구체적인 조항 위반에 대하여¹²⁴⁰ 수탁자의 행위는 무효라고 규정하고 있었다. 반면 개정 신탁법은 일반적인 충실의무의 효력 및 그 구체적인 조항의 위반이 당연 무효인지 취소할 수 있는 지에 대한 명문의 규정을 두지 않고 학설과 판례의 해석론에 맡기고 있어서¹²⁴¹ 해석상 논란이 발생할 수 있다.

(가) 충실의무 위반의 사법적 효력

수익자 취소권을 살펴보기 이전에 충실의무 위반을 포함한 신탁 위반의 효과에 대한 우리 학계의 견해를 살펴보겠다. 우선, 오영걸 교수는 수탁자와 제 3 자 사이에 이루어진 신탁 위반의 처분행위에 대하여 수익자 취소권을 입법한 것에 대하여 비판하며 입법론적으로 당해 법률행위를 무효로 처리하자는 의견이다.¹²⁴² 신탁과 유사한 기능을 하는 독립된 재산체를 관리하는 기관이 제한을 위반하여 독립재산체를 이루는 재산을 처분한 경우에 해당 효력이 무효임을 들어 신탁의 경우에도 무효가 타당하다는 설명이다.¹²⁴³

최수정 교수는 일괄적으로 효력을 판단하는 것이 아니라 위반행위의 유형에 따른 분석이 필요하다고 본다.¹²⁴⁴ 일본 신탁법이 이해상충행위를 구분하여 사법적 효력을 규정한 것과 같은 취지로¹²⁴⁵ 제 34 조 제 1 항 제 1 호 내지 제 3 호는 이익상반행위의 전형적인 경우이므로 무효로, 제 4 호(쌍방 대리)도 무효로, 제 5 호에는 간접거래나 경합행위 등을 포함할 수 있으므로 수탁자와 거래한 제 3 자의 이익을 고려하여 수탁자의 책임과는 별개로 법률행위는 유효로 하자는 견해이다.¹²⁴⁶ 개정 신탁법 제 34 조 제 1 항 제 5 호는 수익자의 이익에 반하는 행위를 포괄적으로 금지하기 때문에 법률관계가 불안정하고 거래안전을 해할 우려가 있기에 이익충돌행위의 유형에 따라 효력을 차별화하자는 의견이다.

노혁준 교수는 제 33 조와 제 36 조와 같이 추상적인 조항에 위반한 경우, 효력은 대체로 선관주의의무 위반과 유사하다고 보아야 하고 따라서 해당 위반은 일응 유효하고 제 75 조 요건에 해당할 정도로 중대하면 수익자 취소권의 대상이 된다는 의견이다.¹²⁴⁷ 하지만 이어서 수탁자 의무 위반의 사법적 효과에 대하여 별도로 법에서 명시적으로 규정할 필요가 크지 않다고 설명한다.¹²⁴⁸ 이는 앞서 살펴본 영미법상 신인의무 위반의 사법적 효력을 직접적으로 명시 없이, 취소 가능하다고 보는 입장과 유사하다.¹²⁴⁹ 해당 위반을 유효로 보든

¹²⁴⁰ 개정 전 신탁법 제 31 조(수탁자의 권리취득의 제한)와 제 29 조(이익향수금지).

¹²⁴¹ 신탁법 해설(2012), 287 면; 최수정(2015), 333-357 면; 최수정(2019a), 341 면; 안성포(2009), 113 면; 단, 신탁법에서 명시적인 규정을 두지 않는 한 일단 유효하다는 견해로 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 629 면.

¹²⁴² 오영걸(2012), 199-225 면; 오영걸(2019), 118-119 면.

¹²⁴³ 오영걸 교수의 견해는 앞서 영미법상 무효설과 유사하다. 하지만 오영걸 교수 견해와 영미법상 무효설 모두 신탁재산을 수탁자의 고유재산에 처분한 경우에 한하여 설명하므로 모든 충실의무 위반 거래의 내용을 포함하지 않는다. 영미법상 무효설은 본 논문의 제 2 장 제 2 절 나 참고.

¹²⁴⁴ 최수정(2015), 347-353 면; 최수정(2019a), 342-349 면.

¹²⁴⁵ 본 논문의 제 4 절 제 2 절 2, 다 & 라 참조. 다만 일본 신탁법과 동일하게 효력을 판단하지는 않는다. 예를 들면, 일본 신탁법 제 31 조 제 1 항 제 3 호의 쌍방대리적 행위는 무효가 아니라 취소가능한 것으로 보았으나, 최수정 교수는 신탁법 제 34 조 제 1 항 제 4 호도 무효로 판단하였다.

¹²⁴⁶ 최수정(2015), 333-357 면.

¹²⁴⁷ 노혁준(2016), 65 면.

¹²⁴⁸ 노혁준(2016), 63-69 면; 처분행위와 의무 부담행위로 나누어 수익자 취소권이 적용 여부를 설명한다.

¹²⁴⁹ 본 논문의 제 2 장 제 2 절 1. 가 참고. 학설의 대립이 있지만, 판례에서 사법적 효력은 명시하지 않는 것이 일반적이다.

혹은 무효로 보든, 수익자 취소권을 통하여 수익자에게 권리를 행사할 기회를 준다는 점에 초점을 둔다.

사건으로 사법적 효력을 명시할 것이면 충실의무 위반에 해당하는 거래 유형이 다양하기 때문에 최수정 교수 견해처럼 충실의무 거래를 구분하여야 할 것으로 생각한다. 보다 구체적인 유형 안을 마련할 것인지 아니면 제 34 조 제 1 항의 각 호에 따라 구분할 것인지는 추가적인 논의가 필요할 것이다.¹²⁵⁰ 다만 노혁준 교수의 견해와 같이 수익자 취소권을 통하여 수익자가 권리를 행사할 수 있는 수단을 이미 마련하고 있는 만큼 충실의무와 충실의무 세부조항에 대하여 사법적 효력을 명시할 실익은 없다고 생각한다.

(나) 수익자 취소권의 범위

제 43 조와는 달리 수익자 취소권은¹²⁵¹ “신탁의 목적을 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위를 한 경우” 취소권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 영미법상 의제신탁이 성립되어 추급권을 행사하는 경우가 충실의무 위반으로 한정하지 않고 신탁 위반(breach of trust) 전반을 대상으로 하기에 이를 반영하였다.¹²⁵² 일반적으로는 수탁자의 충실의무 위반은 신탁의 목적에 위반한 행위이므로 충실의무 위반에도 수익자 취소권을 행사할 수 있다고 볼 것이다.¹²⁵³ 신탁의 목적 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위에는 신탁재산의 처분행위 뿐 아니라 채무부담행위, 차입행위 등 비처분행위를 포함한다.¹²⁵⁴

(2) 우리나라 수익자 취소권의 고유성

우리 신탁법의 수익자취소권은 영미법상 취소권(rescission)과 취소할 수 있는 거래의 범위가 다르다는 측면에서 우리 신탁법의 수익자 취소권은 고유하고 독특하다. 앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 수탁자의 충실의무 위반으로 인하여 취소권을 행사하는 경우에는 해당 위반 거래만을 취소(혹은 무효화)한다.¹²⁵⁵ 반면 우리 신탁법 제 75 조 문구에 따르면 수탁자의 충실의무 위반 해당 거래를 취소하는 것뿐만 아니라 수탁자가 신탁목적 위반 이후의 거래상대방과 전득자의 거래까지 취소할 수 있다. 이는 우리 법에서 수익자가 물권을

¹²⁵⁰ 혹은 회사법의 이사의 자기거래 등과 같이 상대적 무효설 등을 생각해볼 수 있다. 현행 신탁법에서는 충실의무 위반행위의 무효, 유효 여부에 관계없이, 취소권을 행사할 수 있다고 보아야 타당할 것이다. 다만, 해당 거래 중에 일부 거래를 무효로 규정하면, 무효의 거래에 대해서도 별도의 구제수단을 행사할 수 있는지 의문이다.

¹²⁵¹ 신탁법, 제 75 조 신탁위반 법률행위의 취소. 수탁자가 신탁의 목적을 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위를 한 경우 수익자는 상대방이나 전득자가 그 법률행위 당시 수탁자의 신탁목적의 위반 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였을 때에만 그 법률행위를 취소할 수 있다.

¹²⁵² 신탁법 해설(2012), 593 면.

¹²⁵³ 신탁법 해설(2012), 594 면; 신탁 위반에 대한 학계의 견해로 수탁자의 충실의무 위반행위, 분별관리의무의 중대한 위반행위 및 공평의무 위반행위 등이 이에 포함하는 반면 선관의무 위반행위는 제외된다고 해석되지만 해당 의무 위반의 정도가 중대하여 신탁목적 달성을 어렵게 하는 상태에 이른 경우에는 신탁 목적의 위반행위에 포함된다고 해석할 것이라는 견해로는 이중기(2007), 571-573 면. 수탁자의 의무위반이 있는 경우에도 그것이 신탁의 목적 위반에 이르지 않는다면 수익자는 당해 행위를 취소할 수 없다는 견해로는 최수정(2014), 185 면, 최수정(2019a), 370 면. 수탁자의 의무위반이 인정되는 이상 그 중대성 여부를 불문하고 수익자 취소권을 부여할 수도 있지만 신탁법에서는 거래 행위의 중대성과 상대방의 주관성 요건을 모두 요구한 방식을 택한 것이라는 견해로는 노혁준(2016), 77 면.

¹²⁵⁴ 신탁법 해설(2012), 594 면.

¹²⁵⁵ 본 논문의 제 2 장 제 3 절 4 참고.

갖지 않지만 변용된 형태로 추급권 법리를 수용하기 위함이다. 취소권 행사의 요건 등과 미루어 보아 아래에서는 우리 신탁법의 수익자 취소권의 장점으로 주장되는 면에 대해 살펴보고, 이후 우리 수익자 취소권의 문제점 등에 대하여 아래에서 살펴보도록 하겠다.

(3) 수익자 취소권의 장점

학계에서는 신탁재산의 복귀를 원하는 경우에는 수익자 취소권이 가장 완벽한 방법이라고 설명한다.¹²⁵⁶ 우선 수익자 취소권을 행사하는 경우에 신탁 목적 위반에 의한 해당 거래 효력은 소멸하기 때문에 신탁재산의 반환 뿐 아니라 기타 거래의 원상회복을 목적으로 하기 때문에 강력한 효력을 갖는다.¹²⁵⁷ 즉 원상회복책임 등은 채권적 청구권인 것에 비해 수익자가 취소권을 행사하면 신탁재산이나 그 대위물이 수탁자에게 물권적으로 회복하므로¹²⁵⁸ 수익자 보호가 강화될 수 있음을 장점으로 꼽는다.¹²⁵⁹ 수익자 취소권이 수익자에게 유리한 다른 근거로 수익자가 취소 요건을 갖춘 수탁자와 상대방을 상대로¹²⁶⁰ 선택적으로 취소권을 행사 할 수 있는 점을¹²⁶¹ 언급한다.

표 22. 수익자 취소권, 원상회복책임 및 이득토출책임 비교

| | 제 75 조 수익자 취소권 | 제 43 조 제 1 항 원상회복책임/ 손해배상책임 | 제 43 조 제 3 항 이득토출책임 |
|--------------|--|-----------------------------------|------------------------|
| 행사 요건 | 신탁 목적 위반 | 수탁자의 의무 위반 | 수탁자의 충실의무 위반 |
| | 신탁재산에 관한 법률행위 | 손실요건 | 손실요건 (X) |
| | 상대방이나 전득자의 악의 및 중과실 ¹²⁶² | 수탁자의 귀책사유 (제 3 자의 귀책사유는 무관) | 수탁자의 귀책사유 (X) |
| 행사 대상 | 다수설: 수탁자 혹은 수탁자의 상대방 ¹²⁶³ 2 설: 상대방 혹은 전득자 | 수탁자 | 수탁자 |
| 효력 및 구제수단 | 무효 | 원상회복책임 (혹은 손해배상책임) 채권적 성격 | 이득토출책임 채권적 성격 |

¹²⁵⁶ 노혁준(2016), 87 면.

¹²⁵⁷ 노혁준(2016), 49-92 면, 84 면; 신탁법 해설(2012), 598 면.

¹²⁵⁸ 신탁법 해설(2012), 592 면; 취소권은 수익권의 물권적 측면의 발현, 최동식(2006), 329 면; 수익자 취소권은 물권적 반환청구권의 성질을 갖는다고 설명한다. 이증기(2007), 569 면.

¹²⁵⁹ 반면 최수정 교수는 신탁법의 수익자나 신탁재산에 물권을 갖지 않음을 강조한다. 따라서 수익자가 신탁위반행위를 취소할 수 있다고 하여서 물권을 갖게 되는 것도 아니고 물권으로서 취소권 혹은 물권적 청구권이라는 용어 사용은 옳지 않다는 견해이다. 만약 애초에 수익자가 물권자였다면 수익자 취소권이 필요하지 않다고 설명한다. 최수정(2019a), 380-381 면.

¹²⁶⁰ 다수설에 의한 설명이다. 소수설에 의하면 거래상대방과 전득자를 상대로 선택할 수 있다.

¹²⁶¹ 신탁법 해설(2012), 599 면, 이증기(2007), 586 면.

¹²⁶² 상대방 및 전득자의 악의 및 중과실 여부는 공시 가능 재산과 공시하지 않는 재산 등으로 구분하여 판단한다.

¹²⁶³ 수탁자의 상대방에게 취소권을 행사한 경우 수탁자에게도 취소권 행사해야하는 지 여부에 대한 논의는 제 5 장 제 2 절 2 나 (6)에서 상술한다.

| | | | |
|------|-----|------------------|------------------|
| 행사권자 | 수익자 | 수익자, 위탁자, 다른 수탁자 | 수익자, 위탁자, 다른 수탁자 |
|------|-----|------------------|------------------|

(4) 수익자 취소권과 신탁재산 반환방법

개정 신탁법은 신탁재산 반환에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않아서 신탁재산의 반환방법에 대하여는 견해의 대립이 있다.¹²⁶⁴ 우선 수익자 취소권은 신탁재산의 실질적 소유자인 수익자가 신탁재산을 회복하는 제도이고 위반한 수탁자가 반환청구를 행사할 가능성이 낮으므로 수익자가 직접 거래상대방이나 전득자에게 할 수 있다고 보는 견해가 있다.¹²⁶⁵ 반면 수익자 취소권을 행사하면 신탁재산이나 그 대위물은 수탁자에게 물권적으로 복귀하는 것이므로 신탁재산 등의 반환청구는 수탁자의 직무이며 수익자는 수익권에 기하여 반환청구권을 대위행사할 수 있을 뿐이라는 견해도 있다.¹²⁶⁶ 수익자가 직접 반환청구권을 행사하든, 수탁자를 대위하여 행사하든지 무관하게 신탁재산은 수익자가 직접 수령할 수 없고 반드시 신탁재산에 반환하여야 한다.¹²⁶⁷

(5) 수익자 취소권자와 취소권의 상대방

수익자 취소권은 원상회복책임이나 이득토출책임 등과 달리 수익자만이 행사 가능하다. 취소권의 상대방은 1) 수탁자라는 설, 2) 수탁자와 수탁자의 거래상대방이라는 설, 3) 수탁자의 상대방 또는 전득자라는 설이¹²⁶⁸ 대립하고 있다. 이 중에서 다수설은¹²⁶⁹ 수탁자와 수탁자의 거래상대방으로 보는 견해이다. 사건은 이미 해당 신탁재산이 거래상대방 혹은 전득자에게 이전된 경우, 해당 신탁재산을 보유하고 있는 자에게 취소권을 행사하는 것이 타당하다고 생각한다. 다수설인 수탁자 또는 수탁자의 상대방에게 해당 취소권을 행사하여 해당 신탁재산의 회복을 도모할 수 있을 지 의문이다.

¹²⁶⁴ 신탁법 해설(2012), 599 면.

¹²⁶⁵ 신탁법 해설(2012), 599 면; 이중기(2007), 585 면.

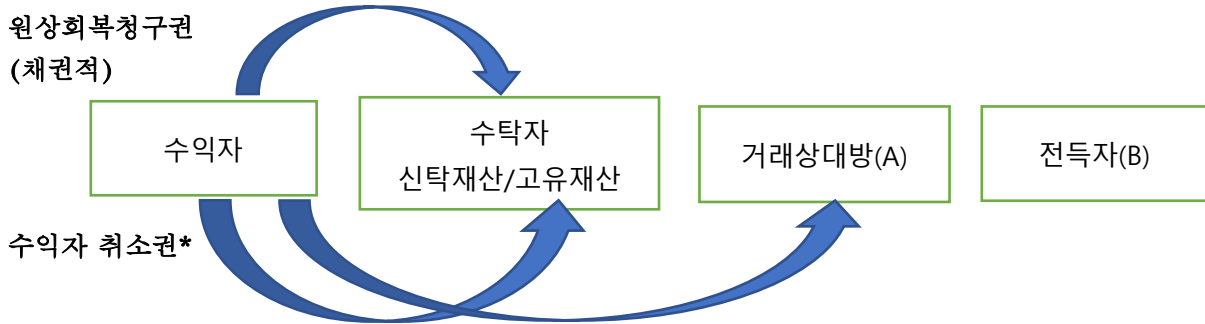
¹²⁶⁶ 신탁법 해설(2012), 599 면; 최동식(2006), 275-276 면; 이연갑(2008), 954-955 면.

¹²⁶⁷ 신탁법 해설(2012), 599 면; 최동식(2006), 276 면; 이연갑(2008), 955 면; 이중기(2007), 587 면.

¹²⁶⁸ 개정 전 신탁법 제 52 조 제 1 항에서 수익자의 취소표시가 상대방 또는 전득자를 상대로 함을 명시하였고 개정 신탁법도 동일한 취지임을 근거로 하여 실제로 신탁재산의 회복을 도모할 수 있도록 상대방, 전득자에 대하여 행사해야 한다는 견해로는 최수정(2014), 192 면; 최수정(2019a) 373 면; 오영걸(2021), 310-311 면.

¹²⁶⁹ 신탁법 해설(2012), 598 면; 이중기(2007), 584 면; 최동식(2006), 274-275 면; 노혁준(2016), 84 면; 이연갑(2009), 225 면; 임채웅(2006), 47 면.

그림 7. 수익자 취소권과 원상회복청구권 비교 (신탁재산 처분행위의 경우)



* 다수설에 의한 그림임 (소수설로 거래상대방과 전득자에게 행사 가능하다는 견해)

(6) 취소권 행사의 효력: 절대적 효력설 및 상대적 효력설

우리 신탁법은 수익자 취소권의 구체적인 효력에 대하여 명시하고 있지 않다. 만약 수익자가 수탁자의 거래 상대방에게 수익자 취소권을 행사하면, 해당 취소권의 효력이 어디까지 미치는 지에 대하여 절대적 효력설과 상대적 효력설이 대립하는데 각각 살펴보겠다.

절대적 효력설은 수익자 취소권이 신탁재산의 원상회복을 목적으로 하는 제도이므로 수익자 취소권의 효력이 취소권을 행사한 당사자에게만 미치는 것 아니라는 견해이다.¹²⁷⁰ 즉 그림 7에서 A에게만 행사하고, 수탁자에게 행사하지 않더라도, 수익자는 해당 재산을 반환받을 수 있다는 견해이다. 수익자 취소권 행사의 목적이 신탁재산의 확보라는 측면에서 절대적 효력설은 그 목적에 부합한다. 따라서 취소의 효력이 수탁자에게도 미치므로 수탁자도 신탁재산의 반환을 구하고 자신이 수령한 반대급부를 반환하면 된다.

반면 상대적 효력설은 취소권을 행사한 당사자 사이에만 취소의 효력이 발생한다고 보며 수탁자는 취소 표시의 상대방 외에는 기판력도 미치지 않으며 취소 상대방은 수익자에 대한 관계에서 수탁자에게 원상회복의무를 부담하게 된다. 최수정 교수는 언급한 거래의 안정성 등의 절대적 무효의 문제점을 근거로 하여 신탁법의 해석상 절대적 무효설이 타당하지 않다고 주장한다.¹²⁷¹ 절대적 효력설은 수익자 보호의 측면에서 타당하나 거래의 안전을 해할 우려가 있고, 수익자 취소권의 지득요건과 상충할 수 있다고 한다.¹²⁷² 따라서 수익자와 상대방, 수익자와 전득자 사이에만 효력이 발생하고 다른 당사자의 지위에는 영향을 미치지 않는다고 설명한다. 다만 상대방과 전득자가 모두 악의 또는 중과실이 있으면 수익자는 양자에 대하여 취소권을 행사할 수도 있다고 설명한다.

만약 상대적 효력설에 따르는 경우에도, 거래상대방(A)은 선의, 무중과실이고, 전득자(B)는 악의나 중과실이 있는 상황에 대해 견해가 엇갈린다. 노혁준 교수는 전득자가 완전한 효력을 갖는 거래상대방의 권리를 승계한다고 보지 않으면 거래 상대방을 보호할 수 없기 때문에, 엄폐물의 법칙과 유사하게 수익자 취소권을 행사할 수 없다는 견해이다.¹²⁷³

¹²⁷⁰ 이연갑(2008), 955 면; 이중기(2007), 584-585 면; 이계정(2020), 95 면

¹²⁷¹ 최수정(2014), 194-196 면; 최수정(2019a), 374-377 면; 오영걸(2021), 310-311 면; 판례도 상대적 효력설의 입장이다. 대법원 2009 6.11. 선고 2008 다 7109 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004 다 49532 판결 참조.

¹²⁷² 최수정(2019a), 375-376 면.

¹²⁷³ 노혁준(2016), 82 면.

반면 최수정 교수는 전득자(B)가 악의라도 상대방(A)이 선의인 경우에 수익자 취소권을 행사할 수 없다는 해석은 수익자를 희생시키고 악의의 전득자를 보호한다는 측면에서 타당하지 않다고 설명한다.¹²⁷⁴ 반대로 거래상대방(A)은 악의나 중과실이 있는데 전득자(B)는 악의나 중과실이 없는 경우는 이론적으로는 수탁자에게 수익자 취소권의 행사가 가능하다. 노혁준 교수와 최수정 교수 모두 신탁재산의 원물 반환은 불가능하므로 가액배상을 해야 한다는 의견이다.¹²⁷⁵ 사건 역시 수익자 취소권이 영미 신탁법상 의제신탁의 효력과 유사하게 해당 신탁재산의 반환을 1 차적인 목적으로 하지만,¹²⁷⁶ 해당 재산의 반환이 불가능한 경우, 제 3 수령자에게 채권적 책임을 부과하는 것과 유사하게 거래상대방과 전득자를 대상으로 가액배상을 부과하는 것이 타당하다고 생각한다.¹²⁷⁷

표 23. 수익자 취소권 요건, 행사 여부 및 행사대상

| 거래상대방(A): 고의 및 중과실 요건 만족 여부 | 전득자(B): 고의 및 중과실 요건 만족 여부 | 행사가능 여부 | 수익자 취소권 행사대상 |
|-----------------------------------|---------------------------------|------------|--|
| O 악의 | O 악의 | O | 다수설: 수탁자 혹은 수탁자의 상대방 2 설: 거래 상대방 혹은 전득자 |
| O 악의 | X 선의 | O | 가액반환 |
| X 선의 | O 악의 | ? | 1 설: 행사 못한다는 견해 (엄폐물의 법칙) 2 설: 전득자에게 행사할 수 있다는 견해 |
| X 선의 | X 선의 | X | X |

(7) 수익자 취소권과 제 43 조와의 관계

생각건대, 수탁자의 충실의무를 위반하여 신탁재산을 처분한 경우는 신탁목적에 위반한 신탁재산에 관한 법률행위로 볼 수 있는바, 수익자 취소권도 행사할 수 있고, 제 43 조에 의해 수탁자의 책임을 부여할 수도 있을 것이다. 제 75 조 수익자 취소권과 제 43 조 원상회복청구권(혹은 손해배상청구권) 및 이득토출청구권 요건을 만족하는 경우에 어느 것은 먼저 행사하여야 한다고 해석할 법적 근거가 없기 때문에 수익자의 재량에 의하여 행사할 권한을 결정할 문제로 본다.¹²⁷⁸

다른 의문은 수탁자의 의무 위반으로 제 3 자인 전득자와 상대방의 해당 법률행위를 취소하면, 추가적으로 수탁자에게 제 43 조 책임을 부과할 수 있는가의 문제이다. 입법 당시의 회의록을 보면 수탁자의 경우에는 제 43 조(개정 전 신탁법 38 조)로, 상대방이나 전득자에 대해서는 제 75 조(개정 전 52 조)의 적용을 받기 때문에 두 가지 청구권은 양립할

¹²⁷⁴ 최수정(2019a), 374 면; 같은 책에서 최수정 교수는 A의 선의, 악의 여부에 대한 명시 없이, B가 악의인 경우에 수익자 취소권을 행사하는 경우에도 A의 지위에는 영향이 없다는 견해이다. 신탁재산을 반환한 B는 수탁자에게 부당이득반환을 청구할 수 있다고만 설명한다. 최수정(2019a), 376 면.

¹²⁷⁵ 전득자를 상대로 신탁재산을 회수할 수 없으므로 거래상대방에 대하여 이에 같은 원상회복권을 행사한다는 견해; 노혁준(2016), 82 면.

¹²⁷⁶ 최수정(2019a), 378 면; 노혁준(2016), 82 면.

¹²⁷⁷ 다만 이를 수익자 취소권의 해석론으로 가액반환 책임을 부담한다고 볼 것인지, 아니면 영미법상 제 3 수령자 책임을 별도로 입법할 것인지의 논의가 필요하다고 생각한다.

¹²⁷⁸ 신탁법 해설(2012), 598 면; 이연갑(2014), 953 면.

수 있다고만 설명하고 있다.¹²⁷⁹ 그러므로 손해배상책임 및 이득토출책임의 관계와 마찬가지로 두 수익자 취소권과 제 43 조는 각각 독립적으로 행사할 수 있으나 어느 한 권리의 행사로 만족을 얻은 한도 내에서는 다른 권리를 행사할 수 없다.

충실의무 위반유형으로 살펴보면 자기거래의 경우, 신탁재산의 원상회복을 원할 것인데 수익자 취소권이 보다 강력한 효력을 갖기에 제 43 조의 책임보다 수익자 취소권을 선호할 것이다. 반면 신탁재산의 처분이 없는 기회유용, 뇌물이나 보너스 등 수령한 경우나 간접거래의 경우에는 신탁 목적 위반 요건은 만족하나, 해당 거래가 신탁재산에 관한 법률행위 요건을 만족하기 어렵고 다수의 제 3 자가 관여하기 때문에 상대방이나 전득자의 고의 또는 중과실의 대상 역시 파악하기 어렵다. 따라서 수익자 취소권의 행사가 어려울 가능성이 높고 제 43 조를 행사하는 것을 선호할 것이다. 또한 수익자 취소권은 신탁 목적의 위반, 신탁재산에 관한 법률행위 외, 수익자가 상대방이나 전득자의 고의 및 중과실을 입증할 책임을 부담한다.¹²⁸⁰ 따라서 수익자가 해당 요건을 만족하지 못하는 경우에는 제 43 조 원상회복청구권(혹은 손해배상청구권) 및 이득토출청구권을 행사하는 것이 보다 용이할 것이라고 생각된다.

라. 이득토출책임의 인적 범위: 제 3 자 책임

신탁법은 제 3 자가 이득을 수령한 경우에도 이득반환청구의 상대방은 수탁자로 한정하고 있기 때문에 제 3 자에게 직접 이득을 청구할 수 있는 근거가 없다. 따라서 이득을 얻은 자가 제 3 자인 경우에도 수탁자에게만 책임을 부과하기 때문에 이득을 얻은 자가 제 3 자인 상황에서는 이득의 주체와 반환청구 상대방이 일치하지 않는 문제가 발생한다.¹²⁸¹

(1) 입법 당시 논의

신탁법 개정 당시 제 43 조 제 3 항을 논의하던 회의록을 살펴보면 제 43 조 제 4 항으로 제 3 자 책임을 도입하려는 활발한 논의가 있었지만 의견을 수렴하지 못하고 궁극적으로 입법에 포함하지 않았다. 그 까닭으로는 우선 신탁재산을 수령한 제 3 자 책임에 대한 문제 중 일부는 수익자 취소권 행사로 해결하였으며 그 외에 제 3 이득자와 제 3 전득자에 대한 논의가 있었지만 이들을 명확하게 구분하지 않았다.¹²⁸² 따라서 제 3 자가 이득을 취득하더라도 수탁자가 해당 이득을 반환하고 수탁자와 제 3 자의 관계는 민법의 법리로 해결하도록 입법하였다. 반면 영국에서 논의가 진행 중인 제 3 조력자 책임에 대한 논의는 신탁법 개정 당시 이루어지지 않았다.¹²⁸³ 아래에서는 제 3 이득자 및 제 3 조력자에 대하여 각각 살펴보도록 하겠다.

¹²⁷⁹ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 1029 면, 이중기 의견.

¹²⁸⁰ 신탁법 해설(2012), 597 면; 이중기(2007), 579 면; 이연갑(2014), 955 면.

¹²⁸¹ 이중기(2016), 280-284 면.

¹²⁸² 제 3 수령자는 해당 신탁재산을 수령한 자이고, 제 3 전득자는 수탁자가 충실의무 위반으로 취득한 이득을 제 3 자에게 이전한 경우이다.

¹²⁸³ 영국의 제 3 자 책임 논의는 제 3 장 제 3 절 3 참고. 앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 제 3 자 책임은 제 3 수령자와 제 3 조력자 책임으로 구분하는 것이 일반적이고 제 3 이득자의 책임에 대한 논의는 별도로 이루어지지 않는다. 반면 우리의 논의는 제 3 조력자는 언제나 제 3 이득자의 범주에 포함되었다고 보았던 것 같다.

(2) 제 3 이득자 책임

(가) 제 3 이득자 책임의 필요성

수탁자는 전혀 이득을 취득하지 않고 제 3 자만 이득을 취득한 경우, 혹은 수탁자의 이득과 별개로 제 3 자가 이득을 취득하는 경우에도 현재 입법에 따르면 수탁자만 책임을 부담한다. 예를 들어 수탁자의 충실의무 위반으로 수탁자의 관계인이 뇌물을 수령한 경우를 생각해 보자. 이 경우 수탁자가 수익자의 이득토출청구권을 만족시킬 수 있는 경우에는 그다지 문제가 되지 않는다. 즉 수익자가 수탁자를 통하여 이득토출청구권을 행사하고 이후에 수탁자가 제 3 자에게 구상권을 청구하면 된다. 하지만 만약 수탁자가 자금난으로 제 3 자에게 발생한 이익에 대한 이득토출청구권을 만족시킬 수 없고 제 3 자는 충분한 금전을 보유하고 있는 경우를 상정해보면 현 조항은 타당하지 않다. 제 3 이득자 책임 조항은 주로 수탁자가 이미 파산하여 무자력인 경우나, 수탁자가 아직 파산하지 않았더라도 제 3 자가 취득한 이득을 토출할 고유재산이 부족한 경우에 수익자가 제 3 자에게 이득토출책임을 청구하기 위함이다.

(나) 제 3 이득자 책임의 쟁점

언급한 바와 같이 개정안을 작성할 때에 다른 제 3 자에 대한 논의에 비하여 제 3 이득자 책임에 대하여는 제 43 조 제 4 항으로 초안이 작성되었을 정도로 제 3 이득자에게 책임을 부담시키려는 시도가 있었다.¹²⁸⁴ 다만 언급한 바와 같이 제 3 이득자와 제 3 전득자를 논의 과정에서 혼동하거나, 수탁자와 제 3 자간 책임을 분할 채무로 할 것인지 연대책무로 할 것인지에 논의 과정에서 결론을 내리지 못하였고 제 3 자 책임을 포함하지 않았다. 개정법의 조항 사이의 정합성 등을 따지는 과정에서 궁극적으로 제 3 자 책임을 삭제하고 수탁자에게만 책임을 부과하기로 하였고 수탁자와 제 3 자와의 관계는 민법을 활용하기로 하였다.

앞서 살펴본 바와 같이 영미법의 제 3 자 책임은 제 3 수령자와 제 3 조력자로 구분하며, 두 책임 모두 제 3 자의 악의(knowing)를 요건으로 한다.¹²⁸⁵ 신탁법상 제 3 이득자 책임을 규정하는 경우, 악의를 요건으로 하는 것이 타당하다. 만약 보다 세분화하여 제 3 이득자의 책임을 규정하면, 선의의 제 3 자가 해당 이득이 수탁자의 위반 여부 등을 파악하지 못하고

이중기(2016), 295 면, 325 면; 하지만 제 3 조력자 자체가 이득을 수령하는 경우에 책임을 부여하는 경우 외에 제 3 자가 이득을 취득하지 않아도 책임을 부과하는 것을 포함할 수 있다.

¹²⁸⁴ 논의는 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 782-785 면, 791 면. 다만 회의 당시 논의는 제 3 이득자에 대한 논의와 제 3 전득자에 대한 논의가 혼재되어 있다는 한계가 있다. 당시 제 3 자 책임의 안으로 만들어진 것은 다음과 같은데 첫 번째 안은 제 3 전득자의 책임을 두 번째 안은 제 3 이득자 책임을 부과하려는 것으로 보인다. (첫 번째 안) 신탁재산으로부터 직접 제 3 항의 이득을 얻은 제 3 자 또는 수탁자가 제 28 조의 2, 제 29 조에서 정한 의무에 위반하여 얻은 이득인 사실을 알면서 이를 수탁자로부터 취득한 제 3 자는 그 얻은 이득을 전부 신탁재산에 반환하여야 한다. 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 814 면. (두 번째 안) 제 3 항의 수탁자 또는 제 3 자로부터 수탁자가 제 28 조의 2, 제 29 조, 제 29 조의 2에서 정한 의무에 위반하여 얻은 이득인 사실을 알면서 이를 취득한 제 3 자는 그 얻은 이득을 전부 신탁재산에 반환해야 한다. 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 910 면. (밑줄은 필자)

¹²⁸⁵ 앞서 살펴본 바와 같이 제 3 수령자의 경우는 선의의 유상취득자(bona fide)가 아닐 것을 요건으로 한다. 선의에 대한 논의는 앞서 살펴본 바와 같이 신탁위반을 인지하는 악의 요건(knowing), 전반적인 정직함(honest) 여부, 비양심성 기준(unconscionability) 등 기준에 대한 논쟁이 여전히 있지만 우리 법제에서는 악의 및 중과실로 갈음할 수 있을 것이다.

수령하였는데 해당 이득을 모두 사용해버린 경우를 고려하여서 이득토출책임은 악의, 중과실의 경우로 제한하고 선의의 경우에는 현존 이익만을 반환하는 방법이 타당하다.¹²⁸⁶ 반면 제 3 이득자의 책임은 개입권과 유사하게 누구의 계산으로 이득을 취득하든지 반환하는 논리를 도입하여야 하므로 개입권에서 선의, 악의 여부를 구분하지 않는 것과 마찬가지로 제 3 이득자의 책임에도 선의, 악의 여부를 구분하지 않고 책임을 부과하여야 한다는 의견도 있었다.¹²⁸⁷ 개입권은 경업행위 자체가 이사의 충실의무 위반이라는 위법행위를 전제로 하는 반면, 제 3 이득자는 수탁자의 신탁위반으로 인한 책임이고 따라서 악의, 중과실로 제한하는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 제 3 조력자 책임

개정 당시 제 3 조력자의 책임은 논의가 부족하였는데, 생각건대, 아직 제 3 자 책임에 대한 논의가 초기 단계에 있으며, 제 3 이득자 책임이 제 3 조력자 책임 보다 포괄적이기 때문에 별도의 책임으로 보지 않았을 수도 있다.¹²⁸⁸ 또한 민법상 방조책임을 부과할 수 있기 때문에 별도의 논의가 필요하다고 생각하였을 수도 있지만, 민법상 방조책임을 손해배상책임을 한도로 하는 반면, 영국법의 제 3 조력자 책임은 손해배상책임과 이득토출책임을 부과하고 있기에 우리 신탁법상 제 3 조력자에게 이득토출책임을 부과하기 위해서는 별도의 입법이 필요하다.

살펴본 바와 같이 제 3 조력자의 책임의 범위는 영미법에서도 아직 논의가 진행 중이며 판례도 일관성을 유지하고 있지는 않다. 하지만 본 논문은 영미 학계의 논의를 토대로 조력의 정도로 구분하는 것이 타당하다고 생각한다. 제 3 조력자는 신인의무 위반을 조력한 경우(제 3 방조자)와 제 3 자가 적극적으로 수탁자의 신인의무 위반을 교사하거나 유도한 경우(제 3 교사자)로 구분하여 전자의 경우에는 제 3 자가 이득을 취득한 부분에 대한 이득토출책임 및 제 3 자가 야기한 손해에 대해 손해배상책임을 부담하도록 한다. 반면 제 3 교사자는 수탁자의 충실의무 위반을 적극적으로 교사 혹은 방조하여 신탁으로부터 발생하는 이익을 수탁자에게 혹은 자신에게 발생하도록 한 위법행위자이다. 비록 제 3 조력자가 신인의무자는 아니지만 수탁자의 충실의무 위반에 대한 기여도가 크고 수익자의 취약한 지위에 대한 인식이 있었다. 따라서 제 3 교사자의 경우에는 자신이 취득한 이득반환책임 및 손해배상책임 뿐 아니라 신인의무자의 이득토출책임에 대하여 연대책임을 부과하는 것을 고려해볼 필요가 있다. 특히 우리나라의 신탁은 주로 신탁회사를 통하여 이루어지고 신탁회사의 충실의무 위반은 신탁회사 일방에 의해 이루어진다고 보다는 금융회사, 회계법인 등의 조력이 없으면 불가능하다는 측면에서 제 3 조력자 책임을 입법화하는 것은 특히 중요하다.

(4) 제 3 전득자

¹²⁸⁶ 제 3 자가 선의이고 중과실이 없는 경우, 반환책임은 발생하지 않는다고 보고 선의의 수익자이지만 중과실이 있는 경우, 반환책임이 발생하지만, 민법 748조를 유추적용하여 현존이익 한도에서 반환책임을 진다는 견해로는 이중기(2016), 325 면.

¹²⁸⁷ 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 782-783 면, 안성포 의견.

¹²⁸⁸ 제 3 이득자와 구분하여 제 3 조력자 책임을 언급하는 문헌으로는 이중기(2016), 284 면. 제 3 조력자가 이득을 취득한 경우에 한정하여 제 3 이득자의 책임으로 언급하는 문헌으로는 이중기(2016), 325 면.

우리 신탁법 논의 당시에는 제 3 전득자에 대한 논의도 있었는데 제 3 이득자와 차이점은 충실의무 위반으로 인하여 수탁자가 이득을 취득하였는데 해당 이득을 제 3 자에게 이전한 경우이다. 또한 제 3 자가 취득한 것이 신탁재산이 아니고 따라서 제 3 수령자 아니다. 이 부분은 영미의 제 3 자 책임에서 논의되지 않고 있는데 생각건대 부당이득법리로 해결할 것으로 생각한다. 우리 입법시에는 제 3 이득자와 비교하여, 관계자가 수탁자의 손을 거쳐 이득을 취득한 경우에 제 3 이득자에게는 이득토출책임을 부과하는 반면, 제 3 전득자는 책임을 부담하지 않는 것이 공평에 위반한다는 의견이 있었다. 하지만 제 3 전득자의 경우, 부당이득법제로 해결하는 방법을 채택하든, 해당 제 3 전득자의 경우의 요건을 수립하여 이득토출책임을 부과하나 궁극적으로 동일할 것으로 생각한다.¹²⁸⁹

표 24. 제 3 자 책임

표 24.1 제 3 자 책임: 현행 신탁법

| 제 3 자 구분 | 제 3 전득자 | 제 3 수령자 (신탁재산) | 제 3 이득자 | 제 3 조력자 | |
|-------------|---------|----------------------|------------------------|---------|---------|
| | | | | 제 3 방조자 | 제 3 교사자 |
| 책임 요건 | - | - | - | - | - |
| 제 3 자 책임 여부 | X | 수익자 취소권, (악의와 중과실) | X (수탁자와의 관계에서 민법상 구상권) | X | X |
| 책임 | 수탁자 | 수탁자와 거래 상대방 (제 75 조) | 수탁자 | 수탁자 | 수탁자 |

표 24.2 제 3 자 책임: 본 논문의 주장

| 제 3 자 구분 | 제 3 전득자 | 제 3 수령자 (신탁재산) | 제 3 이득자 | 제 3 조력자 | |
|----------|---------|----------------------|---------------------------|----------------------|------------------|
| | | | | 제 3 방조자 | 제 3 교사자 |
| 책임요건 | | - | | 방조 | 교사 |
| 제 3 자 책임 | 부당이득법리 | 수익자 취소권 (악의와 중과실) | O 도입 (악의: 전액 선의: 현존이익 한도) | O 도입 자신의 위법행위에 대한 책임 | O 도입 (수탁자와 연대책임) |
| 책임 | 수탁자 | 수탁자와 거래 상대방 (제 75 조) | 수탁자 & 이득자 | 수탁자 & 방조자 | 수탁자 & 교사자 |

¹²⁸⁹ 예를 들어 제 3 전득자가 선의의 유상취득자인 경우, 수탁자가 이에 상응하는 급부를 취득하였을 것이기 때문에 제 3 전득자에게 책임을 부과할 근거가 없다. 또한 악의의 무상취득자의 경우에 해당 이득에 대하여 반환하도록 하는데 큰 무리가 없을 것이다. 문제는 악의의 유상취득자 혹은 선의의 무상취득자인 경우일 것이다. 선의의 무상취득자의 경우에는 현존이익에 한정하여 반환하도록 하는 방법, 악의의 유상취득자는 해당 취득금액과 지급금액의 차액을 반환하는 방법을 생각해볼 수 있다.

제 4 절 이득토출책임 적용의 확장 가능성: 상법상 이사

1. 신인관계 및 이득토출책임의 확장 가능성

이상 신탁법상 수탁자의 충실의무 위반에 대한 이득토출책임에 대한 논의를 살펴보았다. 본 절에서는 신인의무자의 범위에 대하여 생각해보고 그 범위 중 이사의 경우 이득토출책임을 확장 적용하는 방안을 검토해보도록 하겠다. 앞서 살펴본 바와 같이 상대방의 이익에 대한 재량, 권한의 보유 및 신뢰, 신임과 상대방의 취약성으로 인한 보호의 필요성을 신인관계의 징표로 한다. 신탁법은 강학상 ‘신인관계’라는 개념을 수용하였고 이를 바탕으로 수탁자의 이익충돌행위 및 이익향수행위를 금지하기 위하여 이득토출책임을 수용하였다. 문제는 개별 당사자가 자신의 이익추구를 목적으로 하는 독립적인 계약관계의 당사자부터 신인관계의 표상인 수탁자-수익자 사이에는 다양한 관계가 존재하는데, 어느 관계까지 신인의무자로 볼 것이며, 신인의무자 중 엄격한 충실의무를 부과하여 이득토출책임을 부담하도록 하는 것이 타당한지이다.¹²⁹⁰

그림 8. 신인의무자의 범위

사실관계에 의한 신인의무자?

독립적인
계약당사자 위임, 임치, 후견인

지위에 기한 신인의무자

이사 수탁자

변호사, 금융자문업무

이중기 교수는 충실의무법리가 반드시 제정법으로 규정되어야 적용되는 것은 아니라는 입장으로 민법상 위임관계 중 강한 신뢰와 신임을 전제로 하는 법률관계에는 신인의무법리를 확대하여 적용하자고 주장한 바 있다.¹²⁹¹ 또한 위임뿐 아니라 민법상 대리인, 후견인, 회사의 이사 등에게도 이익충돌금지 의무를 부과하는 주장을 펼친 바 있다.¹²⁹² 이중기 교수의 주장은 해당 관계를 모두 지위에 기한 신인의무자로 파악하였다기 보다, 해당 관계

¹²⁹⁰ 신인의무의 요체가 충실의무이고 충실의무의 두 축이 이익충돌금지와 이익향수금지이지만, 즉 충실의무의 적용을 받는 신인의무자의 일부는 이익충돌금지와 이익향수금지에 적용을 받지 않는다는 말은 모순적인 문장처럼 들린다. 수탁자를 표상으로 하여 신인의무가 발전하여 이익충돌금지, 이익향수금지를 두 축으로 하였지만, 판례를 통해 해당 법리를 확장하면서 수탁자에게 적용되는 신인의무와 그 외의 다른 신인의무자에게 확장적용하는 경우, 신인의무의 수준이 달라질 수 있다고 이해하여야 할 것이라고 생각한다.

¹²⁹¹ 위임관계는 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙한 관계이기 때문에 성질상 본질적으로 수임인에 대한 신뢰와 신임이 내재할 수 있는 관계이고 수임인의 기회주의적 행위로부터 위임인을 보호할 필요성이 생기게 되므로 특정 수임인의 이익충돌 지위 때문에 충실의무가 인정될 수 있다. 이중기(2016), 89-90 면.

¹²⁹² 예를 들면 대리인에 대해서는 민법 제 124 조 자기계약, 쌍방대리 금지규정에 기하여 충실의무 인정될 수 있다고 설명하는 견해로는 이중기(2016), 438 면.

중 신인관계의 표상인 강력한 재량, 권한이나, 신뢰와 신임 혹은 상대방의 취약성으로 말미암은 보호의 필요성이 발견되는 경우, 사실관계에 의한 신인의무자로 인정하자는 주장으로 생각된다.¹²⁹³ 반면 이연갑 교수는 위임의 경우 위임인과 수임인의 신인관계에 기하여 수임인에게 일정한 범위의 재량권이 부여되는데, 위임사무의 내용에 따라 수임의 재량권이 범위나 위임인과 수임인 사이의 신뢰관계의 정도는 차이가 있을 수 있고, 재량권이 폭이 좁고 신뢰의 정도가 높지 않은 경우에는 이익충돌금지의무가 요구되지 않을 것이라고 밝히고 있다.¹²⁹⁴ 또한 위임인과 수임인의 경우, 이익이 충돌하는 상황에서 충실의무는 인정될 수 있지만, 이는 선관주의의무에 포함되는 것이며, 위임계약에서 민법이 정한 재제 외에는 손해배상이 유일한 구제수단이므로 이익이 발생하여도 수탁자의 이득토출책임과 같은 구제수단은 인정할 수 없다는 의견이다.^{1295 1296}

본 논문은 사실관계에 비추어 신인관계의 표상을 발견할 수 있는 경우, 위임관계 등에 신인의무를 적용하자는 이중기 교수의 견해 자체에는 찬성하지만, 위임관계에 일반적인 이득토출책임을 포함하기 어렵다는 측면에서 입법론을 수용하지 않은 해석론상 적용은 무리가 있다고 생각한다. 영미법에서 사실관계에 의한 신인의무자를 인정할 수 있었던 것은 형평법원이 갖는 재량과 유연성에 있지만, 동시에 법적 안정성을 저해한다는 평가도 있을 수 있기 때문이다. 우리 법제는 법적 안정성을 보다 중요시하기 때문에 입법으로 의무와 구제수단을 명시하는 것을 선호하며 해석론으로 지나치게 확대적용하는 것을 선호하지 않기 때문이다.¹²⁹⁷ 따라서 본 논문은 지위에 의한 신인의무자 중 회사의 이사에 한정하여 이득토출책임을 부과하는 것이 타당한지 검토해보도록 하겠다. 아래에서 상법상 이사의 충실의무와 구체적인 조항 및 구제수단에 대하여 살펴본 후, 수탁자와 이사의 지위의 유사성, 수탁자의 이득토출책임 근거 및 회사에서 이사의 이익충돌행위 등의 현실론을 근거로 하여 이사의 이득토출책임 도입가능성을 검토해보도록 하겠다.

2. 상법상 이사의 충실의무 조항

신탁법보다 훨씬 앞선 1998년부터 상법에서는 충실의무를 도입하여 별도로 규정하고 있었지만, 해당 조항이 실효성 있는 조항으로 활용되었다고 보기는 어렵다. 아래에서는

¹²⁹³ 지위에 기한 신인의무자와 사실관계에 따른 신인의무자의 논의는 본 논문의 제 2 장 제 1 절 1. 가 (2) 참고

¹²⁹⁴ 이연갑(2015), 41 면.

¹²⁹⁵ 이연갑(2015), 40-41 면.

¹²⁹⁶ 다만 앞서 살펴본 바와 같이 독일의 위임관계에는 이득토출책임과 유사한 구제수단을 마련하고 있지 않지만 위임업무를 이행하는 과정에서 수령한 것과 취득한 이익을 반환하는 의무 규정을 폭넓게 해석하여 위임관계에서 이익충돌이 발생하는 경우 중 일부 예를 들면 수임인이 취득한 뇌물 등을 수령한 경우 등에서, 위임인에게 해당 이익을 반환하도록 한 독일 연방법원 판례가 있으며 논쟁의 소지는 있지만 이를 찬성하는 견해들이 제기되고 있다. BGH NJW-RR 1987, 1380; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8th ed. 2020, § 667 BGB Rn. 14. 독일 민법 § 667의 반환의무의 범위에 대한 학계의 견해는 일치하지 않지만, 대표적으로 Konrad Rusch 해당 조항을 활용할 수 있다는 입장이며, Tobias Helm 교수는 해당 이익을 위임인에게 반환하여야 한다는 입장에 동의하지만, 해당 조항을 활용하는 것보다 민법 조항 등을 통해 발전시키는 것이 혼동을 피할 수 있다는 입장이다. 본 논문의 제 4 장 제 2 절 라 (2) 참고. 우리 민법도 제 684 조에 수임인의 취득물 등의 인도, 이전 의무를 두고 있기 때문에, 위임관계에 대해 별도의 이득토출책임을 규정하지 않더라도 해석론으로 적용할 수 있는 여지가 있다.

¹²⁹⁷ 사법 분야 전반의 다양한 관계에 신인의무를 확대 적용하자는 주장은 개별 신인관계의 특성을 고려하지 않기 때문에 과도한 확대해석의 위험이 존재한다는 견해로는 김정연(2016), 99 면.

상법상 충실의무의 도입 및 의미, 상법에서 선관주의의무와 충실의무의 관계와 일반적인 충실의무의 성격 및 구체적인 충실의무 위반 조항에 대하여 살펴보도록 하겠다.

가. 상법상 충실의무 조항 및 의미

신탁법과 마찬가지로 법무부의 입법취지에 의하면 우리 상법의 충실의무 역시 영미법의 충실의무를 도입하기 위한 것이다.¹²⁹⁸¹²⁹⁹ 하지만 일반적인 충실의무 조항은 실효성 있는 조항으로 활용되지 못하고 충실의무 위반행위는 구체적으로 정하는 의무에만 규정된 범위 내에서 인정하는 방식으로 작동하여 왔다. 일반적인 충실의무 조항에 해당하는 제 382 조의 3 규정이 마치 존재하지 않는 것 같다고 설명하기도 한다.¹³⁰⁰ 따라서 충실의무가 단지 조항에만 존재하는 선언적인 규정이 아니라 실효성 있는 조항이 되기 위해서는 충실의무 조항에 대한 이해가 선행되어야 할 것이다.

상법상 충실의무는¹³⁰¹ “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다” 라고 규정하고 있다.” 영미법의 충실의무를 도입하였다는 취지와는 달리, “충실하게” 라는 단어는¹³⁰²¹³⁰³ 영국법의 엄격한 성격과는 거리가 멀고 오히려 선의칙(a duty of good faith)이나 주의의무(duty of care)와 유사하게 들리기도 한다. 즉 입법취지와 달리 ‘충실하게’ 라는 용어가 오히려 영미법상 충실의무를 함의하지 않고 영미법상 충실의무의 핵심인 이익충돌 금지와 이익향수금지에 대한 내용을 포함하고 있지 않다. 따라서 충실의무의 규정을 도입한 이후에도 도입 취지에 맞게 영미법상 충실의무를 적용하는데 초점을 두기 보다 주의의무와 충실의무의 관계에 보다 초점이 맞추어져 있었던 것 같다.

동질설은¹³⁰⁴ 기본적으로 상법 제 382 조의 3 의 충실의무는 선관주의의무의 취지를 명확하게 하기 위한 것으로 본래 인정되던 선관주의의무를 강조한 것에 불과하다는 일원론적 견해이다. 이사의 선관주의의무는 위임자의 이익을 위해 행동해야 할 의무이므로 회사의 이익에 반하는 행위를 금지하는 것 역시 선관주의의무에 이미 포함되어 있다고 본다. 또한

¹²⁹⁸ 김건식(2010), 53 면; 김건식 외(2018), 410 면; 박기령(2011), 478 면.

¹²⁹⁹ 당시 영미의 fiduciary duty 개념을 이사의 충실의무로 도입하자는 보고서 등을 바탕으로 주주에 대한 이사의 충실의무를 상법에 포괄적으로 규정하고 이를 위반하는 경우 법적 제재를 가하자는 주장이 있었고 따라서 입법 취지는 영미법의 신인의무를 도입하였지만, 신인의무에 대한 구체적인 이해가 부족한 상황에서 외부적 압력에 의해 도입하였다는 견해로는 박기령(2010a), 133-134 면, 158 면.

¹³⁰⁰ 송옥렬(2020), 1038 면.

¹³⁰¹ 신탁법상 충실의무는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다” 로 규정한다. 신탁법의 문구가 영미식의 충실의무에 더 가까운 표현이라고 생각한다.

¹³⁰² ‘충실하게’ 라는 용어는 일본 구 회사법 제 254 조의 3(현행 일본회사법 제 355 조)의 이사의 충실의무를 도입할 당시인 1949년 미 점령군 사령부가 제시한 초안에서 ‘faithfully’ 라는 용어를 수용하였고, 이 입법을 회사법이 수용하였을 것이라고 추정하는 견해로는 박기령(2010a), 129-130 면; ‘충실하게’ 라는 표현만으로 영미법의 충실의무를 수용하였다고 보기 어렵다고 견해로는 이철송(2019), 756 면; 역시 “충실” 이라는 단어 자체가 어떤 이익충돌금지의무를 지칭하지 않는다는 견해로는 최준선(2019), 527 면; 선관주의의무와 충실의무 규정의 문구만 본다면 양자가 별차이가 없어 보인다고 설명하는 견해로는 박기령(2010b), 352 면.

¹³⁰³ 표준대국어사전은 충실(忠實)을 충직하고 성실함으로 정의하고 있다. 영미법의 충실의무(duty of loyalty)라는 명칭 역시 해당 의무의 성격을 제대로 표현하고 있지 못하는 한계가 있어서, 충실의무를 이익충돌금지과 이익향수금지로 설명하고 있다.

¹³⁰⁴ 손주찬(2004), 793-795 면, 이철송(2019), 756 면; 정찬형(2018), 1027 면; 장덕조(2019), 548 면; 최준선(2019), 527 면; 김건식 외(2018), 392 면; 송옥렬(2020), 1037 면.

충실의무 규정만으로 영미의 신인의무를 수용하였다고 보기 어렵고, 포괄적 규정의 특징상 선관주의의무와 충실의무에 포함되는 의무를 별개의 것으로 볼 필요가 없다는 점도 동질설의 근거이다. 반면 이질설은¹³⁰⁵ 민법의 선관주의의무와 상법의 충실의무는 다른 의무를 규정하였다고 본다. 이사가 위임자의 이익을 위해 주의의무를 다하는 것과 이사 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 경우와 중첩되는 경우도 있으나 반드시 이사가 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 논리로 이어지지는 않는다고 보는 입장이다. 신인의무자가 위임자의 이익을 위해 업무를 행하는 동시에 자신의 이익을 위하는 경우에도 충실의무를 위반하게 되기 때문에 충실의무에는 주의의무에 포섭할 수 없는 내용을 포함한다고 본다. 과거에는 동질설이 다수설이었으나, 현재 학계는 이질설을 띄는 견해도 다수여서 어떤 견해가 더 우세하다고 보기 어렵다. 판례는 대체로 주의의무와 충실의무를 병렬적으로 나열하고 있어서 동질설을 따르는 듯 하나, 최근의 판례에서는 충실의무만을 단독적으로 판시한 경우도 있다.¹³⁰⁶

본 논문은 앞서 동질설과 이질설에 어떠한 의견을 더하고자 하는 것은 아니다. 다만 두 의무의 관계에 대한 논쟁을 차치하더라도 어떠한 학설을 따르던 이사의 이익충돌상황을 달리 다루어야 하고 그 의무를 위반하는 경우 이득토출책임을 부담하는 것이 타당한지를 알아보기 위한 과정에서 이 관계를 살펴보고자 한다. 충실의무를 주의의무와 별개의 의무로 보든지 아니면 주의의무에 포함되는 의무로 보든지 간에 이익충돌에 관한 거래는 그렇지 않은 거래보다 엄격한 기준에 따라 평가되어야 한다. 또한 주의의무는 경영판단원칙이 적용될 수 있지만, 충실의무에는 적용되지 않는다.

나. 충실의무와 구체적 규정 조항

세 번째 논의 사항은 두 번째 논의와 연결 지어 생각할 문제인데 우리나라 회사법에서 일반원칙으로서 충실의무의 세부적인 규정에 대한 논의이다. 회사법은 신탁법과 달리 충실의무에 대한 이익충돌금지과 이익향수금지 원칙에 대한 조항은 포함하고 있지 않다.¹³⁰⁷ 대신 제 397 조 이사의 경업 및 겸직금지, 제 397 조의 2 회사 기회의 유용금지, 제 398 조 자기거래금지 등을 구체적인 의무로 규정하고 있다.¹³⁰⁸ 아래에서는 우선 상법상 충실의무의 세부조항과 그 구제수단에 대하여 검토하고 이를 바탕으로 이사의 일반적인 충실의무에 대한 구제수단을 마련할 필요성에 대하여 논의하도록 하겠다.¹³⁰⁹

¹³⁰⁵ 서헌제(2007), 849면; 정동윤(2012), 628면; 홍복기·박세화(2019), 489면.

¹³⁰⁶ 2016.1.28. 2014 다 11888; 2016. 8.24. 2016 다 222453.

¹³⁰⁷ 앞에서 살펴본 바와 같이 영국 2006년 회사법은 이익충돌금지과 이익향수금지 원칙을 각각 제 175 조와 제 176 조에 포함하고 있다. 본 논문의 제 3 장 제 5 절 가. 참고.

¹³⁰⁸ 세부 조항에 대한 내용은 본 논문의 제 5 장 제 4 절 1. 나 참고.

¹³⁰⁹ 개정 신탁법에서 수탁자의 이득토출책임이 도입된 지 수년이 지났고, 이사의 충실의무 위반에 대한 연구는 활발하게 이루어지고 있음에도 불구하고 신인의무자에 해당하는 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 도입하자는 주장은 찾아보기 어렵다. 다음의 문헌에서 예외적으로 언급한다. 미국에서와 같이 충실의무 위반행위로 인한 이익을 회사가 박탈할 수 있는 길이 열릴 필요가 있고, 입법상으로는 이익반환청구를 경업금지의 경우에 한하지 않고 모든 충실의무 위반의 경우에 확대할 필요가 있을 것이라는 견해와 해석론상으로는 이사의 충실의무위반행위로 인한 이익의 전액을 손해로 볼 필요가 있다는 견해로는 김건식(2010), 88면; 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 신탁법 개정안을 모범삼아 이익반환책임을 도입하여야 한다는 견해로는 이증기(2016), 35면-36면.

3. 회사법상 충실의무 세부조항 및 구제수단

언급한 바와 같이 회사법상 충실의무의 일반적 조항은 전혀 활용되지 않고 충실의무의 대표적인 유형을 규정한 세부조항에 의해 규율되고 있다. 아래에서는 각 세부규정과 해당 규정의 위반시의 구제수단에 대하여 살펴보도록 하겠다.¹³¹⁰

가. 자기거래

제 398 조 자기거래는 이익충돌 거래의 가장 대표적인 경우에 해당한다. 자기거래는 이사 등이 회사와 하는 거래뿐 아니라 형식적으로 회사와 제 3 자의 거래이지만, 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속되어 이익충돌을 가져올 수 있는 거래를 포함한다. 후자의 경우를 간접거래라고 한다.¹³¹¹ 이사가 회사와 거래하는 경우에 이사는 회사에게 자신의 영향력을 행사하여 자신에게 유리하게 거래할 위험이 있기 때문에 자기거래를 규율하여 왔다.

앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 이사의 자기거래는 대표적 충실의무 위반에 해당하지만, 점차적으로 자기거래를 금지하는 것이 아니라 면책 요건을 만족하면 해당 거래를 허용하는 방향으로 이전하였다. 그 이유로 첫째, 이사의 자기거래는 회사에 도움이 될 수 있는 경우도 있다고 보았다.¹³¹² 회사가 이사 외의 다른 거래 상대방을 발견할 수 없어서 자기거래가 불가피한 경우도 있고 거래유형에 따라 불공정의 우려가 없을 수도 있으며 해당 거래에 이사가 가장 유리한 거래 조건을 제시하는 경우, 자기거래가 회사의 이익에 부합한다고 보았다. 둘째, 회사와 이사의 거래는 신탁의 자기거래금지가 아니라 공정거래 원칙이 적용되는 거래로 볼 수 있다. 회사와 이해충돌에 있는 이사가 이사회 의사결정에 참여하지 않는다면 이 거래는 수탁자와 수익자의 거래와 유사하게 볼 수 있기 때문에 공정성 기준을 적용하면 해당 거래를 금지할 필요가 없다고 보는 견해도 가능하다.¹³¹³ 셋째, 자기거래는 상응하는 대가를 회사에 지급하는 거래이다. 즉 자기거래는 회사와의 거래가 존재한다는 점에서 경업행위나 회사의 기회를 유용하는 이익충돌거래와 다르다.¹³¹⁴ 경업금지나 회사의 기회 유용금지는 회사 밖에서의 이익충돌행위를 금지하는 것에 비하여 회사의 거래는 행위를

¹³¹⁰ 충실의무의 세부조항에 해당하는 자기거래, 경업금지, 회사기회유용금지는 별도의 논문의 주제가 될 정도로 다양한 논의가 필요하다. 따라서 본 논문에서는 현행법상 구제수단 검토 및 일반적인 충실의무의 구제수단으로 이득추출책임을 도입하는 것과 관련된 논의를 중심으로 살펴보았다. 개별 세부조항과 관련한 자세한 논의로 자기거래에 대한 논문은 권운구·이우진(2012) 55-69 면, 천경훈(2012b), 48-93 면, 김효신(2020)을 참고하고 회사기회유용금지에 대한 논문은 천경훈(2012a), 천경훈(2011) 143-210 면, 장재영·정준혁(2012)을 참고.

¹³¹¹ 회사법은 회사와 이사의 거래 및 회사와 제 3 자 사이에 이루어지지만 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속됨으로 이해상충을 가져올 수 있는 거래를 포함한다고 규정하고 있다. 송옥렬 1055 면; 따라서 회사와 제 3 자 사이에 이루어지지만 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속됨으로 이해상충을 가져올 수 있는 거래를 자기거래에 포함하지 않는 해석이지만, 만약 이 거래도 자기거래에 포함하게 되면 아래에서 설명할 회사기회유용 등도 자기거래 내에 포섭할 수 있다.

¹³¹² 김건식 외(2018), 427 면.

¹³¹³ 논문의 제 2 장 제 1 절 2 가의 그림 1 및 제 3 장 제 4 절 3 의 그림 3 참고.

¹³¹⁴ 이는 뒤에서 언급할 경업금지와 기회유용은 회사의 정보, 기회 등을 활용하지만, 이사 등이 회사에 지급하는 대가가 없다는 점에서 구분된다.

결정할 때 이사회 의사결정 및 행위를 수반한다는 점에서 규제가 상대적으로 용이한 면이 있다.¹³¹⁵

따라서 회사법에서 이사의 자기거래는 이익충돌의 위험이 크지만 반드시 전면 금지해야 하는 것으로 보지 않고, 중요한 사실을 개시한 이후 이사회 승인 및, 거래의 내용과 절차의 공정성 요건을 만족하면, 자기거래를 유효한 것으로 보고 있다.¹³¹⁶ 이사회 승인을 받지 않은 거래의 경우, 다수설과 판례는 상대적 무효설을 따르고 있다. 이사회 승인이 있었으나 거래가 공정하지 않은 경우에 해당 거래의 효력에 대하여는 거래가 현저하게 공정하지 않은 경우에 한하여 무효라고 보는 것이 타당하다.¹³¹⁷ 만약 이사회 승인을 결여나 거래가 현저히 공정하지 않은 경우에 해당 거래의 무효로 보는 동시에 회사의 거래 상대방인 이사는 충실의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다.

다만, 현행 상법상 자기거래의 경우, 중요사실의 개시, 공정성 요건, 이사회 승인으로 해당 거래의 유효성을 판단하기 충분한지에 대한 여부와 악의가 아닌 제 3자가 존재하여 해당 자기거래를 제 3자를 상대로 무효화하기 힘든 경우, 현재의 해당 거래의 무효와 손해배상책임을 충분한지에 대한 논의가 필요하다. 우선, 공정성은 불확정적인 개념이고, 이사회 승인은 이익충돌이 있는 이사를 제외하더라도 상호 승인해주는 문화가 존재하고, 특히 총수일가의 거래에 해당하는 경우 이사회 승인을 통해 공정성을 확보하기 어려울 것이라는 측면에서 거래의 규모 및 해당 거래의 중요성으로 구분하여 주주총회 승인요건 등을 추가할 필요성을 고려해 볼 수 있다. 제 3자와 관련하여는 회사가 이사에 대해 회사 부동산을 매도하였으나, 이사가 제 3자에게 전매하고 제 3자인 전득자의 악의를 입증하지 못하는 경우, 제 3자에 대해서는 해당 거래를 유효하게 보는데¹³¹⁸, 이 경우 손해배상책임을 충분한 의문이다. 이런 경우 예외적으로 이득토출책임을 적용하는 것도 고려해볼 수 있다.

¹³¹⁵ 김건식 외(2018), 428 면.

¹³¹⁶ 이사회 승인은 채적이사의 2/3 이상의 찬성이 있어야 하며, 특별이해관계인은 의결권을 행사할 수 없음. 이사회 승인이전에 중요사실을 개시할 것을 요한다. 또한 이사회 승인과는 별개로 절차적 공정성과 거래 조건의 공정성을 만족하여야 한다. 이는 앞서 살펴본 델라웨어주의 전적인 공정성(Entire Fairness) 기준의 영향이다. 본 논문의 제 3 장, 제 5 절, 2. 다 참조.

¹³¹⁷ 거래의 내용과 절차가 공정하지 못한 경우 상대적 무효설이 자연스러운 해석이지만, 공정성 요건은 공정성 개념의 특성상 이사에 대해 거래의 내용과 결과가 공정하도록 하여 손해가 생기지 않도록 최선을 다할 의무로 축소해석하여, 선관주의의무의 주의적 규정으로 해석하고, 거래의 불공정성이 현저하여 이사회결의에 하자가 있다고 인정되지 않는 한, 원칙적으로 불공정성만으로는 자기거래가 무효가 되지 않는다고 볼 것이다. 송옥렬(2020), 1066 면; 이사회 승인이 거래의 공정성을 담보할 수 없기 때문에 원론적으로는 불공정한 거래는 무효로 보는 것이 타당하지만, 공정성이 추상적 가치 개념이므로 불공정이 현저한 경우에 무효를 인정해야 한다는 견해로는 김건식 외(2018), 426 면.

¹³¹⁸ 송옥렬(2020), 1065 면; 김건식 외(2018), 424 면.

표 25. 회사법상 자기거래, 경업금지 및 기회유용금지의 구제수단

표 25.1 자기거래의 구제수단

| 허용 요건 | | |
|--------------------|--------|---|
| 이사회 승인(중요사실 개시 포함) | 공정성 여부 | 거래의 효력 및 구제수단 |
| O | O | 유효 |
| O | X | 거래의 효력? 현저하게 불공정한 경우 상대적 무효, 손해배상책임 ¹³¹⁹ |
| X | O | 상대적 무효, 손해배상책임 |
| X | X | 상대적 무효, 손해배상책임 |

나. 경업금지 및 겸직금지

제 397 조 제 1 항은 이사의 충실의무의 하나로 이사의 경업금지 및 겸직금지를 규정하고 있다.¹³²⁰ 이사가 경업을 하게 되면 회사의 이익보다 자신의 사적인 이익을 우선시하게 될 가능성이 높으므로 이를 금지하는 것은 당연하다. 하지만 이사의 모든 외부활동을 금지하는 것은 이사의 자율권에 위배될 수 있기에 특정 범위에 해당하는 거래인 영업부류에 속하는 거래만을 금지한다. 회사법상 영업부류에 속하는 거래는 회사의 사업과 동종 혹은 유사한 상품이나 서비스를 제공하는 거래를 말한다.¹³²¹ 따라서 회사법에서 경업이나 겸직을 하기 위해서는 중요 사실을 개시하고 이사회 승인을 받아야 한다. 또한 이사가 이사회 승인없이 경업이나 겸직을 하더라도 해당 행위는 우선 유효하고 경업 위반의 경우에 제 397 조 제 2 항에 의해 개입권을 인정한다.¹³²² 개입권은 이사가 경업거래를 하여 이득이 발생하면 해당 이득을 회사에 귀속시킴으로서 경업을 역지, 예방하는 취지로 앞서 살펴본 이득토출책임의 근거와 동일하다.

개입권과 손해배상책임은 경합관계에 있는 것이 아니라 양립할 수 있다.¹³²³ 따라서 이사회 승인없이 경업 행위를 한 경우 개입권을 행사할 수 있을 뿐 아니라 이사가 해당 금지 위반으로 인하여 회사에 손해를 발생시킨 경우에는 제 399 조에 의해 이사는 회사에 대하여

¹³¹⁹ 이사회 승인은 자기거래 유효요건에 불과하고, 거래한 자의 책임을 면제하는 것이 아니므로 거래가 불공정하여 회사에 손해가 발생하였다면 당사자인 이사는 물론이고 그 승인결의에 찬성한 이사회도 제 399 조 제 2 항, 제 3 항에 따라 연대하여 손해배상책임을 진다는 견해로는 송옥렬(2020), 1063 면; 이사회 승인을 얻었으나 거래가 불공정한 경우, 승인결의가 무효라고 볼 것이며, 승인 없는 거래와 같이 다루어야 하고 따라서 자기거래를 한 이사는 회사에 대해 손해배상책임을 지고, 승인을 한 이사회 역시 연대책임을 진다는 견해로는 이철송(2019), 782 면.

¹³²⁰ (1) 이사는 이사회 승인이 없으면 자기 또는 제삼자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다. (2) 이사가 제 1 항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에 회사는 이사회 결의로 그 이사의 거래가 자신의 계산으로 한 것인 때에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고 제 3 자의 계산으로 한 것인 때에는 그 이사에 대해 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다.

¹³²¹ 김건식 외(2018), 436 면.

¹³²² 김건식 외(2018), 436 면.

¹³²³ 김건식 외(2018), 436 면.

손해를 배상하여야 한다. 이 규정은 앞서 신탁법상 이득토출책임과 손해배상책임이 경합하는지에 대한 논의와 유사한데, 개입권과 손배해상책임을 별도로 행사할 수 있는 사실관계에 대해 아직 파악하지는 못하였다. 이사가 회사에 손해를 발생시키지 않은 경우에도 이사회 승인없이 경업 및 겸직을 하면, 금지 원칙을 위반한 것이 되어 개입권을 행사할 수 있는 점은 이득토출책임이 본인의 손해와 무관한 것과 동일하다. 반면 이사회가 경업을 승인하는 경우, 회사에 손해가 발생하면, 이에 대해 손배배상책임을 부담하여야 하는지는 의견이 나뉘는데¹³²⁴ 사건으로는 승인이 있으면 면책사유로 보아 손해배상책임을 부담하지 않는 것이 타당하다고 생각한다.

개입권은 경업을 억지, 예방하고자 하는 취지와 그 효력의 측면에서 이득토출책임과 유사하다. 다만, 경업 및 겸직 조항과 관련하여 이사회 결의요건을 요하지 않는 점, 개입권은 거래로부터 1년을 시효로 하는 점, 그리고 겸직에 대해서는 개입권을 행사할 수 없는 점 등은 현행 입법의 문제점이라고 생각하는 데 이는 별도로 살펴보겠다.

표 25.2 경업금지 위반의 구제수단

| 허용 요건 | 추가 고려사항? | |
|--------------------|-----------|--------------------------|
| 이사회 승인(중요사실 개시 포함) | 회사의 손해 여부 | 구제수단 등 |
| O | X | - |
| O | O | ? |
| X | X | 개입권(해당 거래 유효) |
| X | O | 개입권(해당 거래 유효)+ 손해배상책임 |

다. 회사의 기회유용금지

2011년 상법 개정시 도입한 회사기회유용금지 법리는 이사가 회사의 기회를 이용하는 것을 금지하기 위해 도입한 규정이다. 입법 당시 제 382 조의 3의 충실의무를 통해서 해당 행위를 금지할 수 있었고, 기회유용금지과 경업금지 조항은 중복되는 측면이 많아서 입법이 필요하지 않다는 의견도 있었다.¹³²⁵ 하지만 앞에서 언급한 바와 같이 일반 원칙으로서 충실의무를 활용하는 경우가 드물고 지배주주에 의한 회사기회 편취를 규제하자는 주장하에 해당 조문을 신설하였다. 회사법은 미국의 기회유용원칙을 적극적으로 검토하고 도입하여¹³²⁶ 회사의 기회를 확정하는 데에 초점을 두고 해당 법리를 발전시켜서¹³²⁷ 1)

¹³²⁴ 이사회가 경업, 겸직을 승인하게 되면 법령위반이 처음부터 없으므로 손해배상책임이 발생하지 않는다는 견해로는 송옥렬(2020), 1053 면; 반면 이사회 승인은 경업, 겸직의 절차적 위법성을 조각하는 효과가 있을 뿐 경업에 타당성을 부여하거나 이사의 책임을 면제해주는 것이 아니고 경업의 결과 회사에 손해가 발생하면 이사는 경업을 자제할 의무를 위반하였으므로 이사는 손해배상책임을 져야 한다는 견해로는 이철송(2019), 761 면.

¹³²⁵ 상법 일부개정법률안(2008), 151 면.

¹³²⁶ 앞서 살펴본 ALI 원칙 5.05(b)를 많이 참조하여 이를 보다 구체화하였다는 의견으로는 송옥렬(2020), 1068 면; 천경훈(2012a), 105-111 면.

¹³²⁷ 반면 영국법에서는 회사기회의 범위를 통해 일정 범위까지만을 규제하기보다는 추상적인 이익충돌금지를 통해 보다 엄격하게 이사의 회사기회유용을 금지하는 경향이다. 영국식 규제가 보다 충실의무 원칙에 입각한

직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회(지득사유기준)나 2) 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 사업기회에 해당하는 것(사업관계기준)을 회사의 사업기회로 정의하고 있다.¹³²⁸

표 25.3 회사의 기회유용 위반의 구제수단

| 허용 요건 | 추가 고려사항? | |
|-----------------------------|-----------|---------------------------------|
| 이사회 승인(중요사실 개시 포함) (2/3 요건) | 회사의 손해 여부 | 구제수단 등 |
| O | X | - |
| O | O | ? |
| X | X | 손해배상책임 (회사 및 제 3 자 이익의 손해추정) |
| X | O | 손해배상책임 (회사 및 제 3 자 이익의 손해추정) |

이사의 책임의 측면에서 보면 회사기회에 해당하더라도 이사회 승인을 얻은 경우 이사는 해당 기회를 활용할 수 있다. 이사회 승인이 있었더라도 회사에 손해가 발생한 경우, 이사가 해당 손해배상책임을 부담하여야 하는지에 대한 견해는 엇갈리지만¹³²⁹ 사건은 경업과 마찬가지로 이사회 승인을 면책요건으로 보는 것이 타당하고 생각한다. 이사회 승인이 없이 이사가 회사의 기회를 이용하여 거래를 체결한 경우에도 해당 기회를 활용한 거래의 효력에는 영향을 미치지 않고¹³³⁰ 다만 손해배상책임을 질 뿐이다.

제 397 조의 2 의 제 2 항 회사의 기회 및 자산 유용 금지를 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제 3 자가 얻은 이익은 손해로 추정한다고 규정하고 있다. 해당 이익의 손해추정조항의 근거로 회사의 손해를 증명하는 것보다 이사의 이익을 증명하는 것이 보다 용이할 수 있기에

규제하는 반면 미국은 특정 기회까지 회사의 소유, 즉 재산권의 범위에 포함되는지 그 획정 기준을 설립하는데 초점을 두는 데 우리 법제는 미국의 접근법을 따른다. 본 논문의 제 3 장 제 5 절, 1. 다 참조.

¹³²⁸ 김건식 외(2018), 438-9면.

¹³²⁹ 승인이 있었더라도 이사의 사업기회 이용으로 회사가 손해를 입었다면 손해배상책임을 원칙이다. 다만 제 397 조의 2 제 2 항은 손해배상책임에 관한 특칙을 두면서 제 1 항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사를 적용대상으로 하여 해석상의 문제를 야기한다는 의견 송옥렬(2020), 1072면; 이사회의 승인을 얻어 기회를 이용하였지만 회사에 손해가 발생한 경우 책임의 주체가 문제의 소지가 있는데 제 397 조 제 2 항 법문에 따르면 책임의 주체는 ‘이사회 승인이 없이 기회를 이용한 이사’와 ‘기회 이용을 승인해 준 이사’가 되는데 이사가 승인을 받아 기회를 이용했지만 회사에 손해를 야기한 경우에는 승인해준 이사도 책임을 묻겠다는 취지이나 승인을 받고 기회를 이용했으나 그로 인해 회사에 손해를 가한 이사 본인은 책임이 없는지의 문제에 대한 지적으로는 이철송(2019), 772면; 반면 이사의 승인을 얻어 회사기회를 이용한 경우에도 손해가 발생하였다면 언제나 손해배상책임을 부담한다는 의미라는 본조의 문리 해석과 어울리지 않으며, 이사회 승인의 의미가 없으며, 이사의 책임은 주주 전원의 동의로만 면제할 수 있다는 것은 책임불성립과 책임면제를 혼동한 것이고, 비교법적으로도 근거가 없다는 의견으로는 천경훈(2012), 240면.

¹³³⁰ 김건식 외(2018), 443면; 정찬형(2018), 1036면; 최준선(2019), 537면; 홍복기·박세화(2019), 503면.

이사의 이익을 손해로 추정할 수 있다면 원고의 손해 입증이 용이하기 때문이라고 설명한다.¹³³¹

하지만 앞서 살펴본 바와 같이¹³³² 신인의무자의 이익충돌행위를 억지하기 위한 경우와 손해에 대한 입증책임전환을 위한 이익의 손해추정규정은 근본적으로 목적이 상이하다. 전자가 손해금액과 무관하게 이익을 토출하기 위한 구제수단이라면, 후자는 입증책임을 전환하되, 손해가 입증되는 경우 손해배상책임을 부담하는 것만으로도 충분하다는 사고를 전제로 하기 때문이다. 해당 규정에 따르면 이사가 회사의 기회유용을 통해서 자신이 얻은 이익의 상당 부분이 자신의 능력, 노력이라는 것을 증명할 수 있다면 추정액보다도 적은 손해배상의무를 부담할 여지도 있다.¹³³³ 이익의 손해추정조항은 추정에 지나지 않기 때문에 회사에 발생한 손해를 증명하거나 손해가 없음을 증명한 경우, 이사가 회사의 기회유용금지로 인한 해당 이익을 전부 박탈할 수 없는 경우가 발생하기 때문에 해당 조항을 개정하여 이득토출책임을 부담하도록 하는 것이 해당 조항의 취지에 부합한다고 생각한다.¹³³⁴

4. 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임 적용 검토

앞서 살펴본 현행 회사법상 이사의 충실의무 조항은 영미법상 신인의무를 모델로 하였으나 현행 규정 자체로 개정 없이 영미법상 신인의무 법리를 수용하는 근거가 되기는 어려울 것이다. 그 근거 중에 하나는 충실의무 조항의 문제점을 들 수 있는데 상법의 ‘회사를 위하여 그 직무를 충실하게’ 라는 문구는 ‘충실하게’ 라는 문구가 주의의무에 가깝게 해석될 수 있는 여지를 두고 이 충실의무 조항이 이익충돌금지와의 연관성 있는 조항으로 해석하고 있지 않기 때문이다. 아래에서는 회사의 이사와 수탁자의 지위 비교, 이득토출책임을 근거 및 현 상법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단의 문제점 제기 및 현실론을 살펴본 후, 충실의무 조항의 이익충돌금지와 관련된 조항으로 이해하고 이득토출책임 도입하여, 이사의 충실의무 도입 취지인 이사의 책임 및 의무 강화에 부합한 규정이 되기를 기대한다.

가. 수탁자와 이사의 지위 비교: 신인관계의 징표를 토대로

앞서 살펴본 바와 같이 영미법상 본인의 신인의무자에 대한 신뢰와 신임, 신인의무자의 재량과 권한, 본인의 취약함으로 인한 보호의 필요성 등의 신인관계의 요소들이 관찰되면, 신인의무의 요체인 충실의무를 적용한다.¹³³⁵ 신인의무자의 표상인 수탁자는 영미법상 법적

¹³³¹ 김건식 외(2018), 461 면; 회사기회유용으로 생긴 손해는 회사의 입장에서 일실이익의 형태를 취하므로 입증이 곤란하다는 점을 고려한 것이다. 회사기회유용에는 개입권이 인정되지 않지만 이사 또는 제 3 자의 이익을 손해액으로 추정하여 간접적으로 그 이익을 반환하도록 하는 개입권의 효과를 갖는다는 설명으로는 송옥렬(2020), 1072 면.

¹³³² 제 4 장 제 1 절 1 가 (1) 및 제 4 장 제 2 절 마 (3) 참조.

¹³³³ 김건식 외(2018), 462 면; 다만 이에 대한 입증이 극히 어려울 것이라는 견해로는 장재영·정준혁(2012), 53 면.

¹³³⁴ 이익의 손해추정조항의 입법은 신탁법상 이미 이득토출책임을 도입하기 이전에 조항이나, 이제 신탁법상 이득토출책임을 도입하였기에 상법에도 적용하는 것 역시 크게 무리가 없을 것이라고 생각한다.

¹³³⁵ 제 2 장 제 1 절 1. 가 (2) 참조.

소유권과 형평법적 소유권의 분리가 신인의무가 발생하게 된 배경이고 영미법에서는 회사의 이사 역시 지위에 기한 신인의무자로 파악하여 충실의무 및 이에 대한 구체수단인 이득토출책임을 적용한다. 아래에서는 수탁자와 이사의 지위를 신인의무의 징표로 비교하여 회사의 이사가 충실의무 위반시 이득토출책임을 부담하는 것이 타당한지 검토하겠다.

이사는 회사의 업무집행에 대한 광범위한 의사결정을 하기에 이사에 대한 신뢰와 신임의 정도는 당연히 높다. 수탁자와 비교하여 이사의 가장 큰 차이점은 이사가 회사재산의 소유권자가 아니며 회사가 별도의 법인격으로 회사의 재산을 소유하고 있다는 점이다. 다만 이사회 결의를 통해 회사 재산에 대한 법정 처분권한을 갖기에¹³³⁶ 재산의 처분에 대하여 수탁자와 유사한 정도의 재량 및 권한을 갖는다고 볼 수 있다. 그 외에도 회사의 이사는 광범위한 회사의 정보 및 기회에 대한 접근이 가능하며, 이를 활용할 수 있는 재량 및 권한을 가지고 있다. 특히 회사의 규모가 커지면서 이사 및 임원의 재량 및 영향력은 점차 증대되는 반면, 회사의 주주 등이 이사 등의 결정을 감시 감독할 수 있는 방법은 제한적이라는 측면에서 회사의 취약성은 크다 할 수 있다.

하지만 이사회 결의시 이해관계가 있는 이사는 제외되며, 이사 개인이 아니라 이사회 ‘조직’의 의사결정을 통해 이루어진다는 측면에서, 회사(혹은 주주)의 취약성 및 보호의 필요성은 신탁보다 더 적다고 볼 수도 있다. 하지만 해당 이사가 결의에서 의결권을 행사할 수 없다고 하여, 해당 이사회 결의에 영향력이 없는지 의문이다. 특히 우리 회사법은 이사 뿐 아니라 총수일가의 사익추구를 억지하는 목적을 띄는데 지분관계 등에 따르면 이해관계가 없는 이사 역시 총수일가의 사익추구 목적에 동참할 수 있다는 측면에서는 이사의 이익충돌 행위에 대한 회사의 취약성 및 보호의 필요성은 더 크다 하겠다. 또한 수익자 등은 수탁자의 이익충돌 행위에 대한 소를 제기하기에 충분한 유인이 있는 반면 회사의 주인인 주주는 분산된 주식을 보유하고 있어, 이사의 충실의무 위반 행위에 대하여 대표소송을 제기할 유인이 적다는 측면에서 회사의 취약성 및 보호의 필요성은 크다.

나. 이득토출책임 근거 적용

회사의 이사는 수탁자에 비견할 만큼 신인관계의 표상이 발견됨을 확인하였다. 앞서 수탁자에게 이득토출책임을 적용하는 근거로 위법행위의 억지 및 예방, 1 차적 귀속원칙 등을 확인한 바 있다.¹³³⁷ 아래에서는 해당 근거들을 이사에게 적용할 수 있는지 여부를 살펴보겠다.

이익충돌거래를 사전에 억지 및 예방하는 취지에 맞게 사후적으로 같은 억지 및 예방을 규제할 수 있는 구체수단을 마련하기 위해 이득토출책임을 적용한다. 살펴본 바와 같이 충실의무 위반에 대하여 신인의무자가 이득토출책임보다 낮은 수준의 책임을 부담하도록 하면, 이익충돌거래를 억지할 수 있는 인센티브가 될 수 없기 때문에 이득토출책임을 부담하여야 한다. 이러한 충실의무 위반으로 이득토출책임을 부담한 의무 위반자 뿐 아니라, 사회 전반에 이익충돌거래 행위가 자신에게 이익이 되지 않을 것이라는 기조를 형성하여 억지 역할을 할 수 있다. 이 근거는 수탁자 뿐 아니라 회사의 이사 등에게 동일하게 적용되는 데에 의심의 여지가 없다. 현재 회사의 이사 등은 사익추구행위를 하여도 이에 대한

¹³³⁶ 상법 제 393조 제 1항, 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도는 이사회의 결의로 한다.

¹³³⁷ 제 3장 제 1절 1나 참고.

손해배상책임 등만을 부담하면 된다는 사고가 팽배하여 있고, 현재의 구제수단만으로 제대로 된 억지 기능을 이행하지 못하고 있다.

1 차적 귀속원칙의 경우, 주로 자기거래와 관련된 논의인데 회사의 재산을 유용하여 이사가 이익을 얻은 경우에 해당 재산에서 발생한 이익은 본래 회사의 귀속되어야 한다는 논리는 신탁과 동일하게 적용된다.

다. 충실의무 구제수단의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 현행 상법상 신탁법과는 달리 상법의 충실의무 위반에 대한 별도의 구제수단을 마련하고 있지 않지만, 경업금지, 회사의 기회유용의 경우 이득토출책임과 유사한 취지의 구제수단을 마련하고 있다. 위에서 나열한 이익충돌 행위 외에도 이사의 이익충돌금지와 이익향수금지를 위반행위는 다양한 양태를 띌 수 있고 법원은 보다 적극적으로 충실의무 조항을 적용하여 그 역할을 이행하도록 하여야 한다. 다만 현재의 입법은 설령 충실의무조항을 적용하더라도 일반적인 충실의무 조항에는 별도의 구제수단을 두고 있지 않기 때문에 충실의무 위반으로 인한 이사 혹은 제 3자에게 이익이 발생한 경우, 손해를 입증할 수 없는 한 해당 이익을 회사에 반환할 근거 규정이 없기 때문에 입법적 보완이 필요하다.

또한 경업금지, 기회유용 및 자기거래금지가 조항간 통일성이 없는데 해당 조항들이 이익충돌을 방지하기 위한 목적이라면 규정간 차이를 둘 필요가 있는지 의문이다. 이를 살펴보면, 우선 개입권은 법문 자체가 제 397 조 제 2 항 ‘이사가 제 1 항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에’ 로 되어 있기 때문에 법문상 겸직이 아닌 경업에만 인정된다.¹³³⁸ 반면 겸직의 경우, 즉 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 된 경우’에는 손해배상책임만 부담하고, 겸직을 통해 수령한 보수 등의 이득은 반환하지 않아도 된다. 이는 경업과 겸직을 달리 취급하여야 할 근거가 없기 때문에 일괄적으로 이득토출책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다.

구제수단에 대한 논의는 아니지만, 자기거래와 회사의 기회유용이 이사회 결의에 가중된 요건을 요하는 것과 달리 경업금지는 일반 결의 요건으로 하여 이사회 승인을 상대적으로 용이하게 하는 것 역시 통일성을 요한다. 자기거래, 경업금지 및 회사의 기회유용은 이익충돌을 금지하는 규정인데, 이사회 승인의 요건을 달리할 이유가 없다.¹³³⁹ 또한 개입권은 별도의 제척기간을 두는 반면, 이사의 기회유용금지 위반에 따른 손해배상청구권의 시효를 적용한다.¹³⁴⁰ 이 역시 각 조항을 개별적으로 입법하여 생긴 문제라고 생각하고 통일성을 갖출 필요가 있다.

¹³³⁸ 김건식 외(2018), 436 면; 이철송(2019), 765 면.

¹³³⁹ 자기거래와 기회유용 승인 요건은 이사 전원의 3분의 2로 강화하면서 경업의 승인 결의는 통상의 이사회 결의(과반수 출석의 과반수 찬성)로 하는 것은 납득하기 어렵다는 견해로는 이철송(2019), 768-769 면.

¹³⁴⁰ 회사의 사업기회유용금지에도 경업금지 위반에 인정하는 것과 같은 개입권과 제척기간을 인정하는 것이 합리적이라는 견해로는 최준선(2019), 537 면.

회사의 기회유용과 경업금지 위반에는 이득토출책임과 유사한 취지의 구제수단을 마련하고 있으나 현행 입법은 자기거래의 경우, 위반 거래를 상대적 무효로¹³⁴¹ 하고 손해배상책임만을 적용한다. 만약 당시 공정가액 10 억의 회사 부동산을 이사회 승인없이 이사에게 8 억에 매도한 경우를 생각해보면 이후 전매가 없었다면 해당 회사와 이사의 거래는 무효이고 이로써 충분하다. 다만, 소를 제기하기 전에 이사가 악의가 아닌 제 3 자에게 20 억에 전매한 경우에 해당 거래는 제 3 자를 상대로 무효를 주장할 수 없을 것이다. 이사가 추가적인 12 억의 이익을 취득하고도 회사에 2 억의 손해배상책임만을 부담하는 것이 타당한지 의문이다. 따라서 자기거래의 경우, 위와 같이 예외적인 상황에서 이득토출책임을 부과하도록 하는 입법을 고려해 볼 필요가 있다.

표 26. 이사의 충실의무 기준, 면책요건 및 구제수단

| | 기준 | 면책 요건 | 현 구제수단 | 본 논문 주장 구제수단 |
|----------------------|--|---|---|--|
| 충실의무 (제 383 조의 3) | 충실하게? (기준 명확하지 않음) | - | 손해배상책임 | 손해배상책임 또는 ¹³⁴² 이득토출책임 |
| 자기거래 (제 398 조) | 이사 등이 회사와 하는 거래로서 회사의 이익을 해할 염려가 있는 모든 재산적 거래 ¹³⁴³ | 거래와 관한 중요사실 개시 + 이사회 승인(2/3) ¹³⁴⁴ + 거래의 내용과 절차 공정 | 상대적 무효설 + 손해배상책임 | 상대적 무효설 + 손해배상책임 (예외적인 경우 이득토출책임 인정) |
| 경업 금지 (제 397 조) | 경업의 기준 - 영업주의 영업부류에 속하는 경우 | 경업 등과 관련된 중요사실 개시 ¹³⁴⁵ + 이사회 승인 (일반 결의 요건) | 거래: 유효 개입권 (거래가 있는 날로부터 1 년 시효) + | 손해배상책임 또는 이득토출책임 |

¹³⁴¹ 통설과 판례에 해당하는 상대적 무효설은 회사와 거래상대방 사이에서는 무효이고 제 3 자에 대해서는 회사가 이사회 승인이 없었음에 대한 상대방의 악의를 입증하지 못하면 유효하다고 본다.

¹³⁴² 앞서 영미 신탁의 경우, 예외적으로 중복적으로 허용하는 경우를 언급하였지만, 이는 뇌물을 수령하고 그와 별개의 이익충돌로 인한 신탁의 손해가 있는 경우 외에는 상정할 수 없기에 이사의 손해배상책임 또는 이득토출책임으로 청구권 경합으로 보아도 타당할 것이다. 해당 상황에서는 두 사건을 별개의 사건으로 하면, 청구권 경합으로 하더라도, 이사에게 이득토출책임과 손해배상책임을 모두 부담하도록 하는 것이 가능할 것이다.

¹³⁴³ 형식적으로는 회사와 제 3 자 사이에 이루어 지지만 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속됨으로써 이해상충을 가져오는 거래인 간접거래를 포함한다.

¹³⁴⁴ 정관으로 주주총회 결의사항 가능하다는 판례로는 2007.5.10 2005 다 4284.

¹³⁴⁵ 경업 등과 관련된 중요사실을 개시하여야 한다는 판례로는 2007.5.10 2005 다 4284.

| | | | | |
|--------------------------|-------------------------------------|----------------|---|------------------------|
| | | | 손해배상책임 ¹³⁴⁶ | |
| 겸직 금지 (제 397 조) | 동종영업을 목적으로 하는 다른회사의 무한책임사원 | | 거래: 유효 손해배상책임 개입권(x) | 손해배상책임 또는 이득토출책임 |
| 회사의 기회유용 (제 397 조의 2) | 회사의 기회 -지득사유기준 -사업관계기준 | 이사회 승인(2/3) | 거래: 유효 ¹³⁴⁷ 손해배상책임 (이익의 손해추정) ¹³⁴⁸ | 손해배상책임 또는 이득토출책임 |

라. 현실론

마지막으로 현실적으로 이사 및 총수일가의 사익추구 행위가 만연한 실태에 대한 구제방법으로 이득토출책임의 필요성을 언급하고자 한다. 사익추구 만연으로 인하여 지배주주의 부의 증식에 대한 논의가 활발하다.¹³⁴⁹ 이사 등의 사익추구행위 중 다수는 상법에서 별도로 정하는 자기거래, 경업, 회사의 기회유용 뿐만 아니라 그 외의 이익충돌 행위인 충실의무 위반으로 인하여 발생한다. 상법은 이사 등에게 개별적인 조항은 적용하나, 총칙적인 충실의무 조항을 적용하지 않고 있으며 설령 향후 적용하더라도 그 책임은 손해배상책임으로 한정된다. 이에 대한 비판으로 2019년 충실의무 위반에 대한 별도의 구제수단을 마련하자는 법안이 발의된 바 있다.¹³⁵⁰ 해당 입법안은 본 논문의 주장과 같은

¹³⁴⁶ 개입권과 손해배상청구권은 태일적 관계가 아니라 양립할 수 있지만, 개입권을 행사하여 경제적 이익을 얻은 경우에는 사실상 손해액이 감소될 것이라는 견해는 김건식 외(2018), 436면; 독일주식법의 개입권과 손해배상청구권을 태일하도록 하는데 독일의 개입권도 회사가 이사의 경업으로 인해 손해를 증명하기 어려운 데 대한 대안으로 인정된다는 생각이지만 이 규정이 없는 우리 상법은 양자를 동시에 행사할 수 있다는 견해로는 이철송(2019), 766면.

¹³⁴⁷ 회사기회유용행위는 유효라는 입장은 이철송(2019), 772면; 송옥렬(2020), 1072면; 정찬형(2009), 1036면; 반면 회사의 기회를 유용한 경우, 그 행위는 승인없는 자기거래처럼 상대적 무효라는 입장으로는 최준선(2019), 538면.

¹³⁴⁸ 회사가 그의 사업기회를 이용하여 얻을 수 있는 일실이익이 이사 또는 제 3자가 얻은 이익보다 크다는 것을 증명하면 회사는 그의 일실이익을 손해액으로 배상청구할 수 있을 것이라는 견해로는 정찬형(2009), 1037면; 단 일실이익이 이사 등의 이익보다 크다는 것을 증명할 수 있는 것만 고려하고 반대로 일실이익이 이사 또는 제 3자가 얻은 이익보다 적다는 것을 증명하면 회사는 실제 이익보다 작은 일실이익만을 손해배상청구할 수 있을 것임은 지적하고 있지 않다.

¹³⁴⁹ 이충희(2019), 6-13면.

¹³⁵⁰ 개정법률안은 다음과 같다. 제 399 조의 2(충실의무위반에 대한 책임) 이사가 그 직무를 수행 함에 있어 제 382 조의 3, 제 397 조, 제 397 조의 2, 제 398 조를 위 반한 행위를 한 경우 제 399 조 제 1 항에도 불구하고 그 이사는 원상회복을 해줄 의무가 있다. 다만, 원상회복이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우, 원상회복에 과다한 비용이 드는 경우, 그 밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 제 399 조 제 1 항을 따른다. 2019. 3. 7. 국회의원 채이배 법안-상법 일부 개정법률안 [의안번호 19014];

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1Y9A0J3J0H7H1R3L5O2X5Z4O9B3Z7&ageFrom=21&ageTo=21 http://doublechae.kr/index.php?mid=law&page=2&document_srl=14875 [최종 검색일: 2020.12.07] 다만 해당 입법안은 원상회복책임으로 지칭하고 있으나, 입법안 취지 및 설명으로 미루어 보아, 본 논문의 이득토출책임을 의미한다. 해당 법안은 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 구제수단을 포함하는 것뿐 아니라, 앞서 언급한 경업금지, 회사의 기회유용 및 경업금지의 이사회 의결 요건 등이 상이하어 통일성이 없는 점을 지적한다. 입법안 발의 전, 동일한 취지의 논문으로 채이배(2013), 93-101면.

취지에서 “이사가 충실의무를 위반하여 이득을 보는 경우에 회사에 손해가 발생하지 않거나 회사의 손해를 산정하기 어려운 경우, 현행법상 손해배상책임은 회사의 충실의무 위반을 억지할 수 없다” 고 주장하였다. 이득을 반환하는 구제수단을 제 399 조의 2 에 신설하자고 주장하였다. 이 법안은 비록 임기만료 폐기되었지만, 입법안의 존재만으로도, 이득토출책임이 현실적으로 필요하다는 목소리가 존재함을 보여준다.

또한 재벌 총수 및 이사의 사익추구행위를 억지하는 최후의 보루는 형사처벌이다. 형법상 배임죄를 두고 있음에도 불구하고¹³⁵¹ 우리 상법 제 622 조에¹³⁵² 이사를 포함한 회사와 관련 일정한 지위에 있는 자에 대하여 특별배임죄 조항을 별도로 두고 있다. 상법상 특별배임죄 조항 및 이사에게 형법상 배임죄를 부과한다는 것 자체가 이사 및 총수의 사익추구행위를 민사적으로 규제하는 데에 실패하였음을 나타낸다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 원칙적인 충실의무 조항은 사문화되고 구체화한 세부조항만을 활용하여 충실의무 위반 규제의 구멍을 남겨두었으며, 충실의무위반을 억지할 구제수단이 미비하기 때문이다. 물론 민사적 규제도 충분치 않을 때 형사적 처벌이 필요한 경우도 있다. 다만 충실의무 위반이 그러한 영역에 해당하는 지 의문이다.¹³⁵³

본 논문은 원칙적으로 사익추구행위에 대한 민사적 구제수단을 충분히 활용하지 않은 채 형사적 처벌을 행하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 앞서 언급한 이유 외에도 이사 등이 사익추구로 취득한 이득을 회사에 반환하여 회사의 경제활동을 위해 사용되는 것이 이사 등이 징역형을 살거나 취득한 이득에 비해 현저히 적은 벌금을 부과하는 것보다 더 회사를 위한 것이기 때문이다. 형사처벌의 규제보다는 민사적 제재수단으로 이사가 충실의무 위반으로 인하여 취득한 이득을 모두 반환하는 이득토출책임을 부과하는 것이 비로소 이사 등의 이익충돌행위에 대한 억지효과를 발휘할 수 있을 것이다.¹³⁵⁴

¹³⁵¹ 형법 제 355 조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다. 제 356 조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제 355 조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

¹³⁵² 제 622 조(발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄) 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제 386 조 제 2 항, 제 407 조 제 1 항, 제 415 조 또는 제 567 조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로서 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 상법상 특별배임죄에 대한 논의는 다음의 논문을 참고. 주강원(2008), 361-400면, 최준선(2013) 및 최준선(2015).

¹³⁵³ 학계에서도 사익추구행위를 민사적 영역을 형사처벌로 규제하는 것은 타당하지 않다는 목소리가 있다. 그 근거로 형사적 처벌은 비난가능성이 아주 높은 행위에 대해서만 작동해야 하고, 해당 검찰의 증거확보 유지 등이 어려운 경우에 작동하기 어려우며, 형사소추를 담당하는 검찰은 정치적 상황 및 여론의 영향을 받을 가능성이 높기 때문임을 꼽는다. 김건식(2006), 19면. 반면 이사의 업무상 배임죄의 구성요건이 명확하지 않다는 점은 비판의 대상이 되기는 하나, 대표소송이 아직 활성화되고 있지 않은 상황에서 형사책임을 통한 억지가 의미가 있다는 의견으로는 송옥렬(2020), 1084면; 이득토출책임이 도입하더라도 대표소송을 활성화되지 않으면 이사의 책임을 추궁할 수 없기 때문에 지속적으로 제도의 보완이 필요한 부분이다.

¹³⁵⁴ 본 논문은 억지 목적을 달성하기 위해 이사가 충실의무 위반으로 취득한 이득을 토출하는 것은 기본으로 하여야 한다는 주장이다. 앞서 영미법에서 살펴본 바와 같이, 이득토출책임으로 억지효과가 충분하지 않고 징벌적 이득토출책임을 부과하여야 한다는 주장도 있는데, 이는 형사책임을 범위로도 볼 수 있다. 예를 들어 형사 벌금을 뇌물의 배수로 부과하는 경우 징벌적 효과 혹은 응보 효과를 가져올 수 있을 것이나, 이득토출책임에 추가로 형사적 관여가 필요한지 여부는 본 논문의 범위를 벗어나므로 논의하지 않는다.

제 6 장 결론

본 논문은 신탁법 제 43 조 제 3 항에서 영미법상 수탁자의 이득토출책임을 도입한 조항을 어떻게 운용하여야 할 것인지에 대한 의문제기에서 시작되었다. 이에 대한 답을 찾기 위하여 본 논문은 영미법상 신인의무과 그 위반에 대한 구제수단 및 이득토출책임을 대하여 검토하였다. 영미법상 충실의무와 이를 구체화한 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙을 위반하는 경우에 그 의무의 예방 및 억지 취지에 상응하는 구제수단으로 이득토출책임을 활용하여 왔다. 우리 신탁법 제 43 조 제 3 항은 영미법의 법리를 바탕으로 이득토출책임을 도입하기 위해 신설한 조항이다. 이제 도입된 신탁법상 이득토출책임을 실효성 있는 조항으로 활용되도록 기여하기 위하여 이에 대한 법리를 정립하여야 한다.

우선 본 논문은 영미법상 신인의무에 적용하는 이득토출책임을 이론적 근거를 검토하는 과정에서 다음과 같은 결론을 내릴 수 있었다. 이득토출책임을 교정적 정의 등의 철학적 근거로 설명하려는 논의 및 부당이득법제에 포함하려는 논의 등은 그 자체로 이득토출책임을 설명하기 어렵고 따라서 수탁자의 이득토출책임은 궁극적으로 신인의무의 성격에서 비롯되었다고 보는 것이 타당하다. 즉, 신인관계의 징표인 신뢰와 신임, 신인의무자의 권한과 재량 및 본인의 취약성 및 보호의 필요성으로 말미암아 신인의무의 위반은 다른 의무 위반에 비하여 억지와 예방의 필요성이 중대하다. 따라서 신인의무를 부여하는 것과 같은 취지에서 신인의무 위반에 대한 책임의 추궁 역시 신인의무자의 의무 위반을 억지 및 예방 목적을 달성하는 방식으로 이루어져야 하기 때문에 이득토출책임을 부과한다.

영미법상 이득토출책임은 이득 전부를 토출하는 것을 원칙으로 한다. 하지만 개별 사실관계를 따지지 않고 언제나 이득 전부를 토출하도록 하면 신인의무자가 지나치게 가혹한 책임을 부담하도록 할 수 있다. 따라서 영미법은 이득토출책임을 범위를 확정하는 과정에서 인과관계 기준, 격원성 기준 및 공제 등을 활용하거나, 일정기간에 걸쳐 이익이 발생하는 경우에는 이익을 기간으로 제한하는 방법 등을 활용하여 자칫 가혹할 수 있는 신인의무자의 책임을 완화하기도 한다. 즉 신인의무 위반의 억지 목적과 공평의 목적을 동시에 달성할 수 있는 방식으로 이득토출책임을 법리가 발전한 것을 확인하였다.

2006 년에 개정된 일본의 신탁법은 우리에게 앞서 영미법상 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙을 양 축으로 하는 충실의무 법리를 구현하였다. 하지만 충실의무 위반시 구제수단에 대해서는 이득토출책임을 적극적으로 제정하지 않고 손해배상책임을 원칙으로 하되 이익을 손해액으로 추정하는 조항을 두어 손해의 입증을 용이하게 하도록 하고 있다. 신인의무의 억지목적 달성을 위한 이익에 기반한 구제수단인 이득토출책임과 입증용이하기 위한 이익의 손실추정조항을 구분해야 한다는 측면에서 보면 일본의 이익의 손실추정 조항보다 우리 신탁법 제 43 조 제 3 항이 그 목적에 부합한 입법임을 확인하였다.

신탁법상 이득토출책임을 운용과 관련하여서는 이득토출책임을 우리 법에 이질적인 부분이 있다고 하여 이를 적극적으로 해석 및 활용하지 않으면, 충실의무를 도입한 의의는 반감되기 때문에 기본적으로 충실의무 위반으로 수탁자가 취득한 모든 이득에 대하여 이득토출책임을 부담하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 하지만 영미법에서 살펴본 바와 같이

이득토출책임의 범위는 개별 사안마다 상이하여 불확실한 부분이 있다는 한계가 있다. 해당 법원에서 구체적인 판례를 통하여 수탁자의 과실여부 등에 따라 인과관계 및 공제 등을 적용하는 방법을 통해 해석론으로 법리를 정착시켜 나가야 할 것이다.

마지막으로 본 논문은 이득토출책임을 수탁자 뿐 아니라 회사의 이사에게도 변용적용할 필요가 있는지 검토하였다. 영미법상 이득토출책임은 단지 수탁자 뿐 아니라 신인관계에 해당하는 회사의 이사 등에도 적용하고 있기 때문에 적용범위의 확장 가능성이 있다. 현행 회사법은 이사가 경업금지 위반시 개입권을 행사하도록 하거나 회사기회 유용금지 위반시 이익의 손해추정 조항을 두는 조항을 두어 이득토출책임과 유사한 효력이 있는 구제수단을 활용하고 있으나 일반적인 충실의무 위반시 손해배상책임만을 적용할 뿐 별도의 구제수단을 규정하고 있지 않다. 따라서 본 논문은 이사의 충실의무 이행을 촉구하기 위하여 이사의 충실의무 위반에 대한 책임으로 이득토출책임을 도입할 것을 제안하였다. 본 논문은 이득토출책임을 적용할 수 있는 신인의무자의 범위에 대하여는 별도의 추가적인 논의가 필요하다고 생각하여 향후 과제로 남겨두었다. 본 논문에서 살펴본 영미법상 이득토출책임 법리를 토대로 하여 개정 신탁법에서 도입한 이득토출책임에 대한 해석론이 정착되어 실효성 있는 조항이 되고 이득토출책임에 대한 확장 가능성에 대한 논의가 활발해지기를 희망한다.

참고문헌

한글 문헌

1. 국내 단행본

- 광장신탁법연구회, 주석신탁법, 제 2 판, 박영사, 2016. 01. 01 [광장 주석신탁법(2016)]
- 김건식, 회사법 연구 I, 소화, 2010, 09. 17 [김건식(2010)]
- 김건식 · 노혁준 · 천경훈, 회사법, 제 3 판, 박영사, 2018 [김건식 외(2018)]
- 김정환, 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2019, 06 [김정환(2019)]
- 김재형 · 제철웅, 채무불이행과 부당이득의 최근 동향, 박영사, 2013 [김재형 · 제철웅(2013)]
- 김준호, 민법강의, 제 25 판, 박영사, 2019 [김준호(2019)]
- 김형배, 사무관리/부당이득, 박영사 2003 [김형배(2003)]
- Robert L. Mennell, Sherri L. Burr(로버트 메넬, 쉐리 버), 임채웅 역, 미국신탁법 유언과 신탁에 대한 새로운 이해, 박영사, 2011 [Mennell & Burr, 임채웅 역(2011)]
- 법무부, 상사법무과, 신탁법 개정안 해설, 2010. 2 [신탁법 개정안 해설(2010)]
- 법무부, 신탁법개정 공청회 자료집, 2009. 09. 25 [신탁법개정 공청회(2009)]
- _____, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I, 2010.03 [신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010)]
- _____, 신탁법 해설, 김상용 감수, 2012 [신탁법 해설(2012)]
- _____, 독일 주식법, 이형규 역, 2014 [이형규 역(2014)]
- _____, 영국 회사법, 심영 역, 2016 [심영 역(2016)]
- _____, 미국 회사법, 델라웨어 주, 권재열 역, 2014 [권재열 역(2014)]
- _____, 미국 모범회사법, 권재열 역, 2016 [권재열 역(2016)]
- 백종현, 윤리형이상학 정초- 임마누엘 칸트, 대우고전총서, 2012 [백종현(2012)]
- 새라 워딩턴, 형평법, 임동진 역, 소화, 2009 [새라 워딩턴, 임동진 역(2009)]
- 서헌제, 사례중심 체계 상법 강의(상), 법문사, 2007 [서헌제(2007)]
- 손주찬, 상법(상), 제 15 판, 박영사, 2004 [손주찬(2004)]
- 송덕수, 채권법 각론, 제 3 판, 박영사, 2017 [송덕수(2017)]
- _____, 신민법강의, 제 12 판, 박영사, 2019 [송덕수(2019)]
- 송옥렬, 상법강의, 제 10 판, 2020 [송옥렬(2020)]
- 송현진 · 유동규, 조해신탁법, 진원사, 2012 [송현진 · 유동규(2012)]
- 아라이 마코토(新井 誠), 안성포 역, 신탁법 (제 3 판), 전남대학교 출판부, 2011 [아라이 마코토, 안성포 역(2011)]
- 오영걸, 신탁법, 홍문사, 2021 [오영걸(2021)]
- 이계정, 신탁의 기본 법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성, 경인문화사, 2017 [이계정(2017)]

이연갑, 신탁법상 수익자 보호의 법리, 경인문화사, 2014 [이연갑(2014)]
 이중기, 신탁법, 삼우사, 2007 [이중기(2007)]
 _____, 충실의무법-신뢰에 대한 법적보호, 삼우사, 2016 [이중기(2016)]
 이철송, 회사법 강의, 제 27 판, 박영사, 2019 [이철송(2019)]
 임재연, 미국기업법, 박영사, 2009 [임재연(2009)]
 장덕조, 상법강의 제 3 판, 법문사, 2019 [장덕조(2019)]
 정동윤, 상법(상), 제 6 판, 법문사, 2012 [정동윤(2012)]
 정순섭·노혁준, 신탁법의 쟁점, BFL 총서 9, 소화, 2015 [정순섭·노혁준(2015)]
 정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사, 2009 [정찬형(2018)]
 지원림, 민법강의, 홍문사, 제 16 판, 2019. 01 [지원림(2019)]
 최동식, 신탁법, 법문사, 2006 [최동식(2006)]
 최수정, 일본 신탁법, 진원사, 2007 [최수정(2007)]
 _____, 신탁법, 제 1 판, 박영사, 2016 [최수정(2016)]
 _____, 신탁법, 개정판, 박영사, 2019 [최수정(2019a)]
 최준선, 회사법, 제 14 판, 삼영사, 2019 [최준선(2019)]
 홍복기·박세화, 회사법강의, 제 7 판, 법문사, 2019 [홍복기·박세화(2019)]

2. 국내 논문 및 발표집 등

국회법제사법위원회, “상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고”, 2008. 1 [상법 일부 개정법률안(2008)]
 권영준, “부당이득에 관한 민법개정안 연구”, 서울대학교 법학 제 55 권 제 4 호, 서울대학교 법학연구소, 2014. 12 [권영준(2014)]
 권윤구, 이우진, “개정상법상 자기거래의 규제”, BFL 제 51 호, 서울대학교 금융법센터, 2012.1 [권윤구·이우진(2012)]
 김건식, “채별총수의 사익추구행위와 회사법”, BFL 제 19 호, 서울대학교 금융법센터, 2006. 9 [김건식(2006)]
 김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 상사법연구 제 28 권 제 1 호, 한국상사법학회, 2009 [김병연(2009)]
 김상중, “영국의 Restitution for wrongs 와 위법이익의 반환-우리 부당이득법의 수용여부와 손해배상법의 발전방향의 시사점”, 민사법학 제 78 호, 한국민사법학회, 2017.02 [김상중(2017)]
 _____, “위법이익 반환에 관한 민사책임의 법리”, 비교사법 제 25 권 제 2 호, 한국비교사법학회, 2018 [김상중(2018)]
 김영희, “영국법, 스코틀랜드법, 미국법 그리고 로마법”, 법사학연구 제52권, 한국법사학회, 2015. 10 [김영희(2015)]
 김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2016 [김정연(2016)]
 _____, “증권변호사의 문지기 역할과 책임”, BFL 제 82 호, 서울대학교 금융법센터, 2017. 3 [김정연(2017)]

- _____, “영국의 회사기회유용 법리”, 상사법연구 제 38 권 제 4 호, 상사법학회, 2020 [김정연(2020)]
- 김효신, “상법 제 398 조 자기거래제한 규정의 쟁점 및 개선방안”, 법과 기업연구 제 10 권 제 1 호, 서강대학교 법학연구소, 2020 [김효신(2020)]
- 노혁준, “수탁자 의무위반 행위의 사법적 효력과 수익자 취소권”, 증권법연구 제 17 권 제 2 호, 한국증권법학회, 2016 [노혁준(2016)]
- 박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문, 2010 [박기령(2010a)]
- _____, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 법학논집 14 권 3 호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.3 [박기령(2010b)]
- _____, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 상사법연구 제 30 권 2 호, 상사법학회, 2011.8 [박기령(2011)]
- 박세민, “영국 부당이득법의 부당요소”, 법학논집 제 18 권 제 3 호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014 [박세민(2014)]
- 박세화, “2018 년 회사법 관련 대법원 판례의 동향 및 적용 법리에 관한 고찰”, 2019, 상사판례연구 제 32 권, 제 1 호, 한국상사판례학회, 2019 [박세화(2018)]
- 박혜선, “영국법상 신임의무에 관한 고찰: 우리 신탁법상 수임인의 의무와 관련하여”, 가천법학 제 6 권 제 1 호, 가천대학교 법학연구소, 2009. 03 [박혜선(2019)]
- 백경일, “부당사무관리개념의 도입을 전제로 한 사무관리법의 새로운 체계구성”, 고려법학 제 56 호, 고려대학교 법학연구원, 2010 년 3 월 [백경일(2010)]
- 백정웅, “더피사건-회사기회유용이론의 정당성 기준”, 기업법연구 제 20 권 제 3 호, 한국기업법학회, 2006 [백정웅(2006)]
- 변우주, “부진정사무관리와 준사무관리의 포섭범위에 관한 고찰”, 민사법의 이론과 실무 제 17 권 2 호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014 [변우주(2014)]
- 서종희, “부당사무관리 및 부진정 사무관리와 부당이득과의 관계-부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께”, 민사법학 제 63-1 호, 한국민사법학회, 2013 [서종희(2013)]
- _____, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환-독일법을 중심으로 한 비교법적 고찰”, 저스티스 제 151 호, 한국법학원, 2015.12 [서종희(2015)]
- _____, “영미 부당이득법상 이득토출책임 위법행위를 이유로 한 원상회복을 중심으로”, 서울법학 제 24 권 제 1 호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016 [서종희(2016)]
- _____, “미국부당이득법의 과거와 현재-제 1 차 Restatement 부터 제 3 차 Restatement 까지”, 일감법학 제 36 권, 건국대학교 법학연구소, 2017 [서종희(2017a)]
- _____, “부당이득의 반환범위와 대상청구권의 반환범위와의 관계, 양 제도의 정합성 측면을 고려하여”, 법학연구 제 27 권 제 2 호, 연세대학교 법학연구원, 2017. 06 [서종희(2017b)]
- _____, “신탁법 제 43 조 제 3 항의 이득반환책임-법적 기능과 법적 성질에 관한 고려와 함께”, 신탁연구 제 1 권 제 1 호, 한국신탁학회, 2019 [서종희(2019)]

- 소재선·이창규, “신탁제도에 관한 연구-Trust 와 Treuhand 의 비교를 중심으로”, 원광법학 제 32 권 제 4 호, 원광대학교 법학연구소, 2016.12 [소재선·이창규(2016)]
- 송옥렬, “신용평가회사의 문지기책임”, BFL 제 82 호, 서울대학교 금융법센터, 2017.3 [송옥렬(2017)]
- 송유림, 영국법상 대체물 추급(Tracing)법리에 대한 연구, 서울대학교 석사학위 논문, 2012 [송유림(2012)]
- 안성포, “신탁의 기본구조와 그 법리, 일본에서의 논의를 중심으로”, 중앙법학 제 9 권 제 2 호, 중앙법학회, 2007 [안성포(2007)]
- _____, “신탁법상 수탁자의 충실의무에 관한 고찰-2009 년 법무부 개정안을 중심으로”, 상사판례연구 제 22 집 제 4 권, 한국상사판례연구, 2009 [안성포(2009)]
- 오영결, “의제신탁의 이해”, 비교사법 제 18 권 제 4 호, 한국비교사법학회, 2011.11 [오영결(2011)]
- _____, “신탁법상 수익자의 취소권:패러다임 전환가능성을 위한 소고”, 안암법학 통권 제 38 호, 안암법학회, 2012.5 [오영결(2012)]
- _____, “신탁의 변용적 계수 및 그 법리적 과제들”, 서울대학교 법학 제 60 권 제 4 호, 서울대학교 법학연구소, 2019.12 [오영결(2019)]
- 유영일, “이사의 충실의무(상법 제 382 조의 3)의 재검토-2009 년 신탁법 개정안과 관련하여”, 상사판례연구 제 23 집 제 1 권, 한국상사판례연구, 2010 [유영일(2010)]
- _____, “이사의 충실의무의 체계화에 관한 연구”, 상사판례연구 제 26 권 제 4 호, 한국상사판례연구, 2013 [유영일(2013)]
- 윤태영, “신탁수탁자의 선관주의의무”, 비교사법 제 22 권 제 2 호, 한국비교사법학회, 2015 [윤태영(2015)]
- 이계정, “송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준-부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로”, 민사판례연구 제 35 권, 민사판례연구회, 2013 [이계정(2013)]
- _____, “형평법상 추급권과 신탁의 법리”, 저스티스, 한국법학원, 2016. 12 [이계정(2016a)]
- _____, “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 민사법학 제 77 호, 한국민사법학회, 2016. 12 [이계정(2016b)]
- _____, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점-반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로 전환”, 저스티스 통권 제 169 호, 한국법학원, 2018. 12 [이계정(2018)]
- _____, “변호사 보수청구 제한의 근거로서 신의칙과 신인관계-법관의 합리적 재량 행사의 문제를 곁하여”, 서울대학교 법학 제 60 권 제 4 호, 서울대학교 법학연구소, 2019.12 [이계정(2019)]
- _____, “신탁의 경제적 분석”, 법조 제 69 권 제 4 호, 법조협회, 2020 [이계정(2020)]
- 이근영, “민법상 부당이득 반환범위에 관한 소고, 민법 제 747 조, 제 748 조 해석론을 중심으로”, 민사법의 이론과 실무 제 17 권 제 2 호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014.04 [이근영(2014)]

- 이동진, “독일, 오스트리아 스위스의 부당이득법”, 비교사법 제 25 권 제 1 호, 한국비교사법학회, 2018.02 [이동진(2018)]
- 이상용, “미국부당이득법의 개관”, 민사법학 제 75 호, 한국민사법학회, 2016 [이상용(2016)]
- 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 민사판례연구(XXX), 박영사, 2008, vol. 30, [이연갑(2008)]
- _____, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2009 [이연갑(2009)]
- _____, “대륙법국가에 의한 신탁법리의 수용”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제 2 권 제 2 호, 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터, 2010.12 [이연갑(2010)]
- _____, “개정 신탁법의 실무상 쟁점: 개정 신탁법상 수탁자의 권한과 의무, 책임”, BFL 제 62 권, 서울대학교 금융법센터, 2013. 11 [이연갑(2013)]
- _____, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제 22 권 제 1 호, 한국비교사법학회, 2015 [이연갑(2015)]
- 이중기, “분별관리의무위반으로 인한 신탁금전의 혼화, 혼화금전의 처분, 금전처분에 대한 수익자취소권의 행사 및 수탁자 파산시 환취권의 행사가능성”, 홍익법학 제 9 권 제 2 호, 홍익대학교 법학연구소, 2008 [이중기(2008)]
- _____, “수탁자의 분별관리의무”, 홍익법학 제 16 권 제 2 호, 홍익대학교 법학연구소, 2015 [이중기(2015)]
- 이철송, “선관주의의무와 충실의무에 관한 이론의 발전과 전망”, 비교사법 제 22 권 1 호, 한국비교사법학회, 2015 [이철송(2015)]
- 이총희, “사익편취 회사를 통한 지배주주일가의 부의 증식 보고서”, 경제개혁리포트, 경제개혁연구소, 2019. 3. 5 [이총희(2019)]
- 이혜리, “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출책임”, 비교사법 제 21 권 2 호, 한국비교사법학회, 2014 [이혜리(2014)]
- _____, “미국법상 의제신탁의 의미, 제 3 차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로”, 성균관법학, 제 27 권 제 2 호, 성균관대학교 법학연구원, 2015 [이혜리(2015)]
- 임채웅, “사해신탁(詐害信託)의 연구”, 법조 제 55 권 제 9 호, 법조협회, 2006 [임채웅(2006)]
- 장근영, “영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위”, 비교사법 제 15 권 1 호, 한국비교사법학회, 2008 [장근영(2008)]
- 장재영·정준혁, “개정상법상 회사기회유용의 금지”, BFL 제 51 호, 서울대학교 금융법센터, 2012, 1 [장재영·정준혁(2012)]
- 주강원, “상법상 특별배임죄에 관한 연구”, 법학연구 제 18 권 제 3 호, 연세대학교 법학연구원, 2008 [주강원(2008)]
- 진도왕, “미국부당이득법 개관-제 3 차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로”, 법학논총 제 40 권 제 1 호, 단국대학교 법학연구소, 2016. 3 [진도왕(2016a)]
- _____, “미국 침해부당이득법 개관-제 3 차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로”, 재산법연구 제 33 권 제 6 호, 한국재산법학회, 2016 [진도왕(2016b)]

- _____, “미국침해부당이득법에서의 수익전부반환책임(Disgorgement)과 초과수익의 반환- 반환범위의 확정 기준으로서 인과관계등의 문제”, 민사법의 이론과 실무, 제 20 권 제 1 호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.12 [진도왕(2016c)]
- 채이배, “상법 제 382 조의 3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여”, ERRI 이슈&분석, 경제개혁연구소, 2013.6 [채이배(2013)]
- 천경훈, “개정상법상 회사기회유용 금지규정의 해석론 연구”, 상사법연구 제 30 권 제 2 호, 상사법학회, 2011 [천경훈(2011)]
- _____, “회사기회의 범리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2012, [천경훈(2012a)]
- _____, “개정상법상 자기거래 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 저스티스 제 131 호, 한국법학원, 2012. 8 [천경훈(2012b)]
- _____, “회사기회유용에 관한 영국과 독일의 법리연구”, 상사법연구 제 34 권 제 4 호, 상사법학회, 2016 [천경훈(2016)]
- 최나진, “신탁법상의 충실의무에 관한 소고”, 법학연구 제 16 집 제 1 호, 인하대학교 법학연구소, 2013 [최나진(2013)]
- 최수정, “일본 신탁법개정안으로부터의 시사”, 서강법학 제 8 권, 서강대학교 법학연구소, 2006 [최수정(2006)]
- _____, “수익자 취소권 재고”, 법조 제 63 권 제 6 호, 법조협회, 2014. 06 [최수정(2014)]
- _____, “수탁자의 이익상반행위의 효력”, 한양법학 제 26 권 제 1 호, 한양법학회, 2015 [최수정(2015)]
- _____, “신탁법 개정 제안”, 법제연구, 제 54 권, 한국법제연구원, 2018 [최수정(2018)]
- _____, “수탁자의 공평의무-부동산담보신탁을 중심으로”, (사)한국신탁학회 추계 학술대회 자료집, 한국신탁학회, 2019 [최수정(2019b)]
- 최준선, “상법상 특별배임죄 규정의 문제점과 개선방안”, KERI 정책제언 13-06, 한국경제연구원, 2013.8 [최준선(2013)]
- _____, “배임죄 성립 범위에 관한 연구(I)- 소위 경영판단 원칙의 도입 찬성과 대안 중심으로”, 한국기업법학회, 법무부, 2015, 12 [최준선(2015)]
- 최현대, “신탁법상 공평의무에 관한 연구”, 법학논총 제 34 권 제 1 호, 한양대학교 법학연구소, 2017 [최현대(2017)]

영문 문헌

1. 해외 단행본

- Asfour, Nahel, *Wrongful Enrichment, A study in Comparative Law and Culture*, Hart Publishing, 2017 [Nahel Asfour(2017)]
- Bainbridge, Stephen, *Corporate Law*, 2nd Edition, Foundation Press, 2009 [Stephen Bainbridge(2009)]

- Baker, John, *Introduction to English Law History*, 5th Edition, Oxford University Press, 2019 [**John Baker(2019)**]
- Ball, Eli, *Enrichment at the claimant's expense: Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016 [**Eli Ball(2016)**]
- Baloch, Tariq, *Unjust Enrichment and Contract*, Hart Publishing, 2009 [**Tariq Baloch (2009)**]
- Barnett, Katy, *Accounting for profit for breach of contract: Theory and Practice*, Oxford: Hart Publishing, 2012 [**Katy Barnett(2012)**]
- Birks, Peter, *An Introduction to the Law of Restitution*, revised ed. (Oxford 1989), 313 [**Peter Birks (1989)**]
- _____, *Privacy and Loyalty*, Clarendon Press, 1997 [**Peter Birks(1997)**]
- _____, *The Foundations of Unjust Enrichment: Six Centennial Lectures*, Victoria University Press, 2002 [**Peter Birks (2002)**]
- _____, *Unjust Enrichment*, Clarendon Law Series, 2nd Edition, OUP, 2005 [**Peter Birks(2005)**]
- Bogert, George, *Trusts*, 6th Edition, West Publishing, 2001 [**George Bogert(2001)**]
- Bogert, George, Dallin Oak, Reese Hansen and Stanley Neeleman, *Cases and Text on the Law of Trusts*, 7th Edition, Foundation Press, 2001 [**George Bogert et al.(2001)**]
- Burn, Edward & Graham Virgo, *Maudsley & Burn's Trusts & Trustees Cases & Materials*, Oxford University Press, 2008 [**Edward Burn and Graham Virgo(2008)**]
- Burrows, Andrew, *The Law of Restitution, 3rd edn*, Butterworths London, 2011 [**Andrew Burrows(2011)**]
- Burrows, Andrew, Alan Rodger, *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006 [**Andrew Burrows and Alan Rodger(2006)**]
- Burrows, Andrew, *A Restatement of the English law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012 [**Andrew Burrows(2012)**]
- Cahn, Andreas & David Donald, *Comparative Company Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2018 [**Andreas Cahn & David Donald(2018)**]
- Calnan, Richard, *Propriety Rights and Insolvency*, Oxford University Press, 2010 [**Richard Calnan(2010)**]
- Chambers, Robert, Charles Mitchell & James Penner, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2009 [**Robert Chambers et al.(2009)**]
- Coester-Waltjen, Dagmar, Volker Lipp, Donovan W.M. Waters, *Liber Amicorum Makoto Arai*, Nomos , 2015 [**Dagmar Coester Waltjen (2015)**]
- Conaglen, Matthew, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Hart, Oxford, 2010 [**Matthew Conaglen(2010a)**]
- Cornish, William, Richard Nolan, Janet O' Sullivan and Graham Virgo, *Restitution Past, Present and Future- Essays in Honour of Gareth Jones*, Hart Publishing 1998 [**William Cornish et al.(1998)**]

- Criddle, Evan J. Paul B. Miller, and Robert H. Sitkoff, *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2019 [**Evan Criddle et al.(2019)**]
- Dannemann, Gerhard, *The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction*, Oxford University Press, 2009 [**Gerhard Dannemann (2009)**]
- Davies Paul, James Penner, *Equity, Trusts and Commerce*, Hart Publishing, 2017 [**Paul Davies & James Penner(2017)**]
- Davies, Paul, Worthington, Sarah, *Gower & Davies, Principles of Modern Company Law*, 9th Edition, (2012), Sweet & Maxwell [**Paul Davies & Sarah Worthington(2012)**]
- Deakin, Simon F., Johnston, Angus C. and Markesinis, Basil S., *Markesinis and Deakin' s Tort Law*, Sixth Edition, Clarendon Press, 2007, [**Markesinis and Deakin' s Tort Law(2007)**]
- Degeling, Simone and James Edelman, *Equity in commercial Law*, Law Book Co. 2005 [**Simone Degeling & James Edelman(2005)**]
- Degeling, Simone and Jason Varuhas, *Equitable compensation and Disgorgement of Profit*, Hart Studies in Private Law, Bloomsbury 2017 [**Simone Degeling & Jason Varuhas(2017)**]
- Devonshire, Peter, *Account of Profits*, Thomson Reuters, 2013 [**Peter Devonshire(2013)**]
- Dignam, Alan & Andrew Hicks, *Hicks & Goo' s Cases & Materials on Company Law*, 7th Edition, Oxford University Press (2011) [**Alan Dignam & Andrew Hicks(2011)**]
- Dignam, Alan & John Lowry, *Company Law*, 8th Edition, Oxford University Press (2014), [**Alan Dignam & John Lowry(2014)**]
- Dobbs, Dan B., *Hornbook on Remedies*, 2d, ed, West Pub. Co. (1993) [**Dan Dobbs. (1993)**]
- Edelman, James, *Gain-based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002 [**James Edelman(2002)**]
- Edelman, James and Elise Bant, *Unjust Enrichment*, Second Edition, Hart Publishing, 2016 [**James Edelman & Elise Bant(2016)**]
- Finn, Paul, *Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, 1977 [**Paul Finn(1977)**]
- Frankel, Tamar, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2010 [**Tamar Frankel(2010)**]
- Gardner, Simon, "An Introduction to the Law of the Trusts" 3rd Edition, OUP (2011), [**Simon Gardner(2011)**]
- Garner, Bryan A, *Black' s Law Dictionary*, 8th Edition, Thompson West, 2004 [**Black' s Law(2004)**]
- Getzler, Joshua, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, LexisNexis UK (2003) [**Joshua Getzler (2003)**]
- Giglio, Francesco, *The Foundations of Restitution for Wrongs*, Hart Publishing, 2004 [**Francesco Giglio(2004)**]

- Gillespie, Alisdair, *The English Legal System*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2009 [Alisdair Gillespie(2009)]
- Glister, James and Paulina Ridge, *Fault Line in Equity*, Hart Publishing, 2012 [Jamie Glister and Pauline Ridge(2012)]
- Gold, Andrew and Paul Miller, *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014 [Andrew Gold & Paul Miller(2014)]
- Goff, Robert & Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 7th Edition, Sweet & Maxwell, 2007 [Goff & Jones (2007)]
- Grantham, Ross and Charles Rickett, *Enrichment and Restitution in New Zealand*, Hart Publishing (2000) [Ross Grantham and Charles Rickett(2000)]
- Hayton, David & Mitchell, Charles, *Hayton & Marshall, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 12th Edition, Sweet and Maxwell, 2005 [David Hayton & Charles Mitchell(2005)]
- Ho, Lusina & Rebecca Lee, *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions: A comparative Analysis*, Cambridge University Press, 2013 [Lusina Ho & Rebecca Lee(2013)]
- Hofmann, Franz, Franziska Kurz, *Law of Remedies- A European Perspective*, Intersentia, 2019 [Franz Hofmann & Franziska Kurz(2019)]
- Honoré, Tony & Edwin Cameron, *Honoré's South African Law of Trusts*, ed (1992), 2nd Edition, Juta, 1992 [Tony Honoré, & Edwin Cameron(1992)]
- Hondius, Ewoud, André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015 [Ewoud Hondius & André Janssen(2015)]
- Hudson, Alastair, *Equity and Trusts*, 6th Edition, Cavendish Publishing, 2010 [Alastair Hudson(2010)]
- Johnston, David, Zimmermann, Reinhard, *Unjust enrichment: Key issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002 [David Johnston & Reinhard Zimmermann(2002)]
- Kershaw, David, *Company Law in Context*, Oxford University Press 2009 [David Kershaw(2009)]
- _____, *The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law*, Cambridge University Press, 2018 [David Kershaw(2018)]
- Kreb, Thomas, *Restitution at the Crossroads: A Comparative Study*, Cavendish Publishing Limited, 2001 [Thomas Kreb(2001)]
- Laycock, Douglas, *Modern American Remedies*, 4th Edition, Aspen Publishers, 2010 [Douglas Laycock(2010)]
- Lodder, A V M, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012 [A V M Lodder(2012)]
- Martin, Jill, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, 17th Edition, Sweet & Maxwell, 2005 [Hanbury & Martin(2005)]

- McGee, John, *Snell's Equity*, 13th Edition, Sweet & Maxwell, 2000 [**John McGee (2000)**]
- Meager, R. P., J.D. Heydon, M.J. Leeming, *Meager, Gummow & Lehane's Equity's Doctrine and Remedies*, 4th Edition, LexisNexis Australia, 2002 [**Meager, Gummow and Lehane's Equity(2002)**]
- Mitchell, Charles, *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford, Hart Publishing, 2010 [**Charles Mitchell(2010)**]
- Mitchell, Charles and Swadling, William, *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, 2013 [**Charles Mitchell & William Swadling(2013)**]
- Mitchell, Charles, Paul Mitchell, *Landmark Cases in Equity*, Hart Publishing, 2012 [**Charles Mitchell & Paul Mitchell(2012)**]
- Mitchell, Charles, Paul Mitchell and Stephen Watterson, *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, 9th edition, Sweet and Maxwell, 2016 [**Charles Mitchell et al.(2016)**]
- Neyers, Jason W, Mitchell McInnes, & Stephen GA Pitel, eds, *Understanding Unjust Enrichment*, Oxford: Hart, 2004 [**Jason Neyers et al.(2004)**]
- O' Sullivan, Dominic, Steven Elliott, Rafal Zakrzewski, *The Law of Rescission*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2014 [**Dominic O' Sullivan et al.(2014)**]
- Palmer, Francis Beaufort, Morse Geofrey, *Palmer's Company Law*, Annotated Guide to the Company Act 2006" , (2009), Sweet & Maxwell [**Palmer's Company Law (2009)**]
- Pearce, Robert, John Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligation*, 4th Edition, OUP, 2006 [**Robert Pearce & John Stevens(2006)**]
- Penner, James E., *The Law of Trusts*, 7th Edition, 2010, OUP [**James Penner(2010)**]
- Poole, Jill, *Textbook on Contract Law*, 9th Edition, OUP, 2009 (14th edition, 2016) [**Jill Poole(2016)**]
- Reimann, Mathias and Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law, 2nd Edition*, 2019 [**Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann(2019)**]
- Rickett, Charles, *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, 2008 [**Charles Rickett(2008)**]
- Robertson, Andrew & Hang Wu Tang, *The Goals of Private Law*, Hart Publishing 2009 [**Andrew Robertson & Hang Wu Tang(2009)**]
- Rounds Jr. Charles E., *Loring and Rounds 2019: A Trustee's Handbook*, Wolters Kluwer, 2019 [**Loring and Rounds(2019)**]
- Scott, Austin Wakeman, *The Law of Trusts*, Vol 5, 3415, Little, Brown and Company, 3rd Edition, 1967 [**Austin Wakeman Scott(1967)**]
- Scott, Austin Wakeman, William Franklin Fratcher, Mark L. Ascher, Scott and Ascher on Trusts, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2006 [**Scott and Ascher(2006)**]

- Sealy, Len & Sarah Worthington, “Sealy’ s Cases and Materials in Company Law” 9th Edition, Oxford University Press (2010) [**Len Sealy & Sarah Worthington(2010)**]
- Sitkoff, Robert, Dukeminier, Jesse, *Wills, Trusts and Estates*, (2017) Wolters Kluwer [**Sitkoff & Dukeminier(2017)**]
- Smith D. Gordon & Andrew S. Gold, *Research Handbook on Fiduciary Law*, Edward Elgar Publishing, 2018 [**Gordon Smith & Andrew Gold(2018)**]
- Smith, Lionel, *The Law of Tracing*, Clarendon Press 1997 [**Lionel Smith(1997)**]
- Stafford, Andrew & Stuart Richie, *Fiduciary Duties: Directors and Employees* (2015), Jordan Publishing Limited, [**Andrew Stafford, Stuart Richie(2015)**]
- Thomas, Geraint & Hudson, Alastair, *The Law of Trusts*, Second Edition, 2010 [**Thomas & Hudson(2010)**]
- Virgo, Graham, *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., 2015 [**Graham Virgo(2015)**]
- _____, *The Principles of Equity and Trusts*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2018 [**Graham Virgo(2018)**]
- Virgo, Graham & Sarah Worthington, *Commercial Remedies Resolving Controversies*, Cambridge University Press, 2017 [**Graham Virgo(2017)**]
- Visser, Daniel, *Unjustified Enrichment*, Juta, 2008 [**Daniel Visser(2008)**]
- Weinrib, Ernest, *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012 [**Ernest Weinrib(2012)**]
- _____, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012 originally published 1995) [**Ernest Weinrib(1995)**]
- Worthington, Sarah, *Equity*, Clarendon Series, 2nd Edition, OUP 2006 [**Sarah Worthington(2006)**]
- Zweigert, Konrad and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Third Edition Clarendon Press, 1998 [**Konrad Zweigert(1998)**]

2. 논문 및 발표문

- Aitkin, Lee, “Reconciling ‘Irreconcilable Principles’ - A Revisionists View of the Defaulting Fiduciary’ s Generous Equitable Allowance” , *Bond Law Review*, Volume 5, Issue 1 (1993) [**Lee Aitkin(1993)**]
- Arnold, Bronwyn, “What shall we do with the Dishonest Fiduciary? The Unpredictability of Allowances for Work and Skill” , *UniSA SLR* 1 (2006) <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UniSASuLawRw/2016/1.html> [**Bronwyn Arnold(2006)**]
- Barker, Kit, “Unjust Enrichment: Containing the Beast” , *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 15, Issue 3 (1995) [**Kit Barker(1995)**]
- Bartlett, Peter, *Doctors as Fiduciaries: Equitable Regulation of the Doctor-Patient Relationship*, *Medical Law Review* (Summer 1997) [**Peter Barlett(1997)**]

- Bell, John, “Path dependence and legal development” *Tulane Law Review* 87(4) (2013) [**John Bell(2013)**]
- _____, “Mistakes of Law” , 53 *CLP* 205 (2000) [**Peter Birks(2000a)**]
- _____, “Rights, Wrongs, and Remedies” , 20 *O.J.L.S.* 1 (2000) [**Peter Birks(2000b)**]
- _____, “Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment” , 79 *Tex. L. Rev.* 1767 (2000) [**Peter Birks(2000c)**]
- Boosfeld, Kristin “Reallocating Gains: A System Approach to Disgorgement of Profits” *European Review of Private Law* 4 (2019) [**Kristin Boosfeld(2019)**]
- Bray, Samuel, “Punitive Damages Against Trustees?”, *Research Handbook on Fiduciary Law* (D. Gordon Smith & Andrew S. Gold, eds., Forthcoming); *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 16-17.* (August 17, 2016) [**Samuel Bray(2016)**]
- _____, *Fiduciary Remedies, Oxford Handbook of Fiduciary Law* (E. Criddle, P. Miller & R. Sitkoff eds., Forthcoming 2018), *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 18-04* (2018). [**Samuel Bray(2018)**]
- Brudney, Victor and Robert Clark, “A New Look at Corporate Opportunities” , 94 *Harvard Law Review* 998 (1981) [**Victor Brudney & Robert Clark(1981)**]
- Burrows, Andrew, “No Restitutionary Damages for Breach of Contract” , *LMCLQ* 453 (1993) [**Andrew Burrows(1993)**]
- _____, “Quadrating and Unjust Enrichment: A Matter of Principle” , *RLR* 257 (2000) [**Andrew Burrows(2000)**]
- _____, “Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment” , 117 *L.Q.R.* 412 (2001) [**Andrew Burrows(2001)**]
- _____, “Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary, or Neither” , (2008), in Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington (eds), *Current Themes in the Law of Contract Damages* (Hart Publishing 2008) 165-185; *Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2014* [**Andrew Burrows(2008)**]
- _____, “At the Expense of the Claimant: A Fresh Look” , *RLR* 167 (2017) [**Andrew Burrows(2017a)**]
- _____, “Narrowing the Scope of Unjust Enrichment” , *The Law Quarterly Review*, Vol. 133 (2017) [**Andrew Burrows(2017b)**]
- Cameron, Edwin, “Constructive Trusts in South African Law: The Legacy Refused” , *Edinburgh Law Review* 3 No. 3, (1999) [**Edwin Cameron(1999)**]
- Carr, Daniel, “English Influences on the Historical Development of Fiduciary Duties in Scottish Law” , *The Edinburgh Law Review*, Vol. 18, No. 1 (2014) [**Daniel Carr(2014)**]

- Carter, Elizabeth, “Fiduciary Litigation in Louisiana: Mandataries, Succession Representatives, and Trustee” , Louisiana Law Review, Vol.80, Number 3 (2020) [**Elizabeth Carter(2020)**]
- Clapton, Mysty, “Gain-based Remedies for Knowing Assistance: Ensuring Assistants do not profit from their profits” , Alberta Law Review, Vol 45, No. 4 (2008) [**Mysty Clapton(2008)**]
- Collins, Bruce, “The Remedial Constructive Trust between a trust and a catch-phrase” Trusts & Trustees Vol. 20 Issue 10 (2014) [**Bruce Collins(2014)**]
- Conaglen, Matthew, “The Nature and Function of Fiduciary Loyalty” , Law Quarterly Review, Vol.121 (2005) [**Matthew Conaglen(2005)**]
- _____, “Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits” , Cambridge Law Journal 65(2), 278-281 (2006) [**Matthew Conaglen(2006a)**]
- _____, “A Re-appraisal of the Fiduciary Self-Dealing and Fair Dealing Rule” , The Cambridge Law Journal 65(2), 366-396 (2006)[**Matthew Conaglen(2006b)**]
- _____, “Fiduciary Regulation of Conflicts Between Duties” , 125 Law Quarterly Review, 111-141 (2009) [**Matthew Conaglen(2009)**]
- _____, “Remedial Ramifications of Conflicts between a Fiduciary Duties” , 126 L.Q.R., 72-101 (2010) [**Matthew Conaglen(2010b)**]
- _____, “The extent of fiduciary accounting and the importance of authorization mechanism” , The Cambridge law Journal, 70(3) (2011) [**Matthew Conaglen(2011)**]
- _____, “Proprietary remedies for Breach of Fiduciary Duty” , The Cambridge Law Journal 49(3) (2014) [**Matthew Conaglen(2014)**]
- _____, “Equitable Compensation for Breach of Trust: Off Target” , Melbourne University Law Review, Vol. 40 (1) (2016) [**Matthew Conaglen(2016)**]
- _____, “Identifying the Profits for which a Fiduciary must account” , The Cambridge Law Journal 79(1) (2020) [**Matthew Conaglen(2020)**]
- Cooter, Robert & Bradley J. Freedman, “The Fiduciary Relationship: Its economic Character and Legal Consequences” , 66 N.Y.U L. REV., 1045 (1991) [**Robert Cooter & Bradley Freedman(1991)**]
- Cunnington, Ralph, “The Assessment of Gain-based Damages for Breach of Contract” , 71 Modern Law Review 559 (2008) [**Ralph Cunnington(2008)**]
- Dagan, Hanoch, “Autonomy, relational justice, and the law of restitution” , (Research Handbook on unjust enrichment and restitution 2019 forthcoming/OUP) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3217947 [**Hanoch Dagan(2019)**]
- Degeling, Simone & Michael Legg, Fiduciary Obligations of Lawyers in Australian Class Actions: Conflict between Duties, University of New South Wales Law Journal, 37(3), 2014 [**Simone Degeling & Michael Legg(2014)**]

- Demott, Deborah A., “Beyond a Metaphor: An Analysis of Fiduciary obligation” , 37 Duke Law Journal (1988) [**Deborah A. Demott(1988)**]
- Devonshire, Peter, “Account of Profits for breach of fiduciary duty” , Sydney Law Review Vol.32: 389 (2010) [**Peter Devonshire(2010)**]
- _____, “The Remedial Response to Bribes and Secret Commissions in Fiduciary Relationship” , 65 NILQ 23 (2014) [**Peter Devonshire(2014)**]
- _____, “Account of Profits for Secondary Liability: How Far is Too Far?” , Restitution Law Review 23 (2015)[**Peter Devonshire(2015a)**]
- _____, “Account of Profits for Dishonest Assistance” , The Cambridge Law Journal, 74 (2) (2015) [**Peter Devonshire(2015b)**]
- De Waal, M.J., “The core elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared” , South African Law Journal Vol. 117 (2000) [**M.J. De Waal(2000)**]
- _____, “In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civil Context” , 12 Stellenbosch Law Review (2001) [**M.J. De Waal(2001)**]
- Doyle, Matthew, "Corrective Justice and Unjust Enrichment," University of Toronto Law Journal 62, No. 2 (2012) [**Matthew Doyle(2012)**]
- Du Toit, François, “Trust in Mixed Jurisdictions-Aspects of the Louisiana and South Africa Compared, The Tulane European And Civil Law Forum Vol. 33 (2018) [**François du Toit(2018)**]
- Easterbrook, Frank H & Daniel R. Fischel, “Contract and Fiduciary Duty” , The Journal of Law & Economics 36(1) (1993) [**Frank Easterbrook & Daniel Fischel(1993)**]
- Edelman, James, “Restitutionary Damages and Disgorgement Damages for Breach of Contract” , Restitution Law Review 129 (2000) [**James Edelman(2000)**]
- _____, “Unjust Enrichment, Restitution, and Wrongs” , 79 Texas Law Review 1869 (2001) [**James Edelman(2001)**]
- _____, “When Do Fiduciary Duties Arise?” , 126 Law Quarterly Review (2010) [**James Edelman(2010)**]
- _____, “Fiduciaries and Profit Disgorgement of Breaches of Contract” , Speech Given to the Journal of Equity and Commercial law Association Conference (2012) [**James Edelman(2012)**]
- https://www.supremecourt.wa.gov.au/_files/Fiduciaries_and_Profit_Disgorgement_for_Breach_of_Contract_Edelman_J_20120330.pdf
- Eichengrun, Joel, “Remedies the Remedy of Accounting” , Indiana Law Journal Vol. 60; Issue 3, Article 2 (1985) [**Joel Eichengrun (1985)**]
- Eisenberg, Melvin, “The Disgorgement Interest in Contract Law” , 105 Michigan Law Review 559 (2006) [**Melvin Einsenberg(2006)**]
- Elliott, Steven B. & Charles Mitchell, “Remedies for Dishonest assistance” , The Modern Law Review Vol. 67, No. 1 (2004) [**Steven Elliott & Charles Mitchell(2004)**]

- Farnsworth, Edward Allan, “Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract” , 94 Yale Law Journal (1985) [**Edward Allan Farnsworth(1985)**]
- Flannigan, Robert, “The Adulteration of Fiduciary Doctrine in Corporate law” , Law Quarterly Review, Vol. 122 (2006) [**Robert Flannigan(2006)**]
- Fleischer, Holger, “Legal Transplants in European Corporate Law: The Case of Fiduciary Duties” , European Company and Financial Law Review, Vol. 2 Issue 3 (2005) [**Holger Fleischer(2005)**]
- Frankel, Tamar, “Fiduciary Law” , California Law Review (1983) [**Tamar Frankel(1983)**]
- _____, “Transnational Fiduciary Law” , UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law: Vol. 5, 15. (2020) [**Tamar Frankel(2020)**]
- Friedmann, Daniel, “Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery” , 79 Texas Law Review 1879 (2001) [**Daniel Friedmann(2001)**]
- Gardner, Simon, “Knowing Assistance and knowing Receipt: Taking Stock” , 112 Law Quarterly Review 56 (1996) [**Simon Gardner(1996)**]
- Gelter, Martin & Geneviève Helleringer, “Corporate Opportunities in the US and in the UK” , Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2788205, ECGI Working Paper Series in Law No. 346/2017 (2017) [**Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017a)**]
- _____, “Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law” , ECGI, Law Working Paper No. 378 (2017) [**Martin Gelter & Geneviève Helleringer(2017b)**]
- Gergen, Mark, “Causation in Disgorgement” , 92 Boston University Law Review 827 (2012) [**Mark Gergen(2012)**]
- Goode, Roy, “Ownership and Obligations in Commercial Transaction” , Law Quarterly Review 103(July) (1987) [**Roy Goode(1987)**]
- Gordley, James, “The Purpose for Awarding Restitutional Damages: A Reply to Professor Weinrib” , Theoretical Inquiries in Law (2000) [**James Gordley(2000)**]
- Grantham, R.B. & C.E.F Rickett, “Disgorgement for Unjust Enrichment” , Cambridge Law Journal 62(1) (2003) [**R.B. Grantham & C.E.F Rickett(2003)**]
- Gretton, George, “Constructive Trusts: I” , Edinburgh Law Review 281 (1997) [**George Gretton(1997)**]
- _____, “Trusts without Equity” , The International and Comparative Law Quarterly, Vol.49, No.3, 2000 [**George Gretton(2000)**]
- Groner, Samuel B. “Louisiana Law: its Development in the First Quarter Century of American Rule” , Louisiana Law Review, Vol. 8, No. 3 (1948) [**Samuel Groner(1948)**]

- Hallgring, Robert, “The Uniform Trustees’ Powers Act and the Basic Principles of Fiduciary Responsibility” , 41 Washington Law Review 801 (1966) [**Robert Hallgring(1966)**]
- Hopkins, John, “Fiduciary Duty. Receipt of Company's Property by Director. Equitable Allowance to Fiduciary” , The Cambridge Law Journal 49(2) (1990) [**John Hopkins(1990)**]
- Jackman, I. M., “Restitution for Wrongs” , The Cambridge Law Journal 48(2) (1989) [**I.M. Jackman (1989)**]
- Jaffey, Peter, “Disgorgement and Confiscation (Halifax Building Society v Thomas)” , Restitution Law Review (1996) [**Peter Jaffey(1996)**]
- Jensen, Michael and William Meckling, “Agency and Firms; Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, Journal of Financial Economics Volume 3, Issue 4 (1976) [**Michael Jensen and William Meckling(1976)**]
- Kahn-Freund, Otto, “Uses and Misuses of Comparative Law” , The Modern Law Review 37(1) (1974) [**Otto Kahn-Freund(1974)**]
- Kershaw, David, “The Corporate Opportunity Doctrine: the Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies” , The Modern Law Review 61(4) (2003) [**David Kershaw(2003)**]
- _____, “Does it Matter How the Law Thinks about Corporate Opportunities” , 25 Legal Studies 533, (2005) [**David Kershaw(2005a)**]
- _____, “Lost in Translation: Corporate opportunities in Comparative perspective” , Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 4 (2005) [**David Kershaw(2005b)**]
- Kelly, Daniel B., “Double Deterrence” (April 14, 2017). 106 Iowa L. Rev. __ (2021), Iowa Law Review, Vol. 106, 2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2952755> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2952755> [**Daniel Kelly(2021)**]
- Klimchuk, Dennis, “The Structure and Content of the Right to Restitution for Unjust Enrichment” , 57 University of Toronto Law Journal 661 (2007) [**Dennis Klimchuck (2007)**]
- Koh, Pearlie, “Principle 6 of the Proposed Statement of the Directors’ Duties” , 66 The Modern Law Review 894 (2003) [**Pearlie Koh(2003)**]
- Krebs, Thomas, “A German Contribution to English Enrichment Law” , Restitution Law Review (1999) [**Thomas Krebs(1999)**]
- Kull, Andrew, “Rationalizing Restitution” , California Law Review Vol. 83:1191 (1995) [**Andrew Kull(1995)**]
- _____, “Three Restatements of Restitution” , 68 Washington & Lee Law Review 867 (2011) [**Andrew Kull(2011)**]

- Laby, Arthur R, “Resolving Conflicts of Duty in Financial Relationships” , American University Law Review 54, No. 1 (2004) [**Arthur Laby(2004)**]
- _____, “The Fiduciary Obligation as Adoption of Ends” , Buffalo Law Review 99 (2008) [**Arthur Laby(2008)**]
- Langbein, John H., “The Contractual Basis of the Law of Trusts” , 105 Yale Law Journal 165 (1995) [**John Langbein(1995)**]
- _____, “Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?” , Yale Law Journal, Vol. 114 (2005) [**John Langbein(2005)**]
- _____, “Why Did Trust Law Become Statute Law in the United States?” , Alabama Law Review, Vol. 58, No. 5 (2007) [**John Langbein(2007)**]
- Lee, Rebecca, “Causation and Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty: Murad v. Al-Saraj Tripole Trading Ltd. v. Prosperfield Ventures Ltd.” , Singapore Journal of legal Studies (2006) [**Rebecca Lee(2006)**]
- Leslie, Melanie B, “In Defence of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein” , 47 William & Mary Law Review 541 (2005) [**Melanie Leslie(2005a)**]
- _____, “Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules” , Georgetown Law Journal, Vol. 94 (2005) [**Melanie Leslie(2005b)**]
- Licht, Amir N., “Lord Eldon Redux: Information Asymmetry, Accountability and Fiduciary Loyalty” , Oxford Journal Legal Studies 37(4), 770-797 (2017) [**Amir Licht(2017)**]
- Lieder, Jan, “The Duty of Loyalty in German Company Law” , Corporate Finance and Capital Market Law Review, RTDF (Revue Trimestrielle de Droit Financier), No. 3 (2014) [**Jan Lieder(2014)**]
- Loughlan, Patricia L., “Liability for Assistance in a Breach of Fiduciary Duty” , Oxford Journal of Legal Study 9(2), 260-270 (1989) [**Particia Loughlan(1989)**]
- Louis, Kaplow, “Rules versus Standards: An Economic Analysis” , 42 Duke Law Journal 557-629 (1992) [**Kaplow Louis(1992)**]
- Lowry, John & Rod Edmunds, “The No Conflict-No profit Rules and the Corporate Fiduciary: Challenging the Orthodoxy of Absolutism” , Journal of Business Law 122 (2000) [**John Lowry & Rod Edmunds(2000)**]
- _____, “The Corporate Opportunities Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies” , 61 The Modern Law Review 515 (1998) [**John Lowry & Rod Edmunds(1998)**]
- Lowry, John, “Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006” , International Review of Law 2012:5 (2012) [**John Lowry(2012)**]
- Marsh, Harold, “Are Directors Trustees” , The Business Lawyer, Vol. 22, No. 1 (1996) [**Harold Marsh(1966)**]

- Man, Yip & Goh Yihan, “Navigating the maze: Making sense of Equitable Compensation and Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty” , 28 Singapore Academy of Law Journal (2016) [**Yip Man & Goh Yihan(2016)**]
- McCamus, John D., “Disgorgement for Breach of Contract: A comparative perspective” , 36 Loyola of Los Angeles Law Review 943 (2003) [**John McCamus(2003)**]
- _____, “The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment” , Canadian Bar Review 90.2 (2011) [**John McCamus(2011)**]
- McInnes, Mitchell, “ ‘At the Plaintiff’ s Expense’ : Quantifying Restitutionary Relief” , The Cambridge Law Journal 57(3), 472-480 (1998) [**Mitchell McInnes(1998)**]
- _____, “Interceptive Subtraction, Unjust Enrichment and Wrongs-A reply to Professor Birks” , The Cambridge Law Journal 62(3), 679-716 (2003), [**Mitchell McInnes(2003)**]
- _____, “Making sense of Juristic Reason: Unjust Enrichment After *Garland v Consumers’ Gas Co*” , 42 Alberta Law Review 399 (2004) [**Mitchell McInnes(2004)**]
- _____, “Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty” , 122 Law Quarterly Review 11 (2006) [**Mitchell McInnes(2006)**]
- _____, “The Reason for reverse: Unjust Factors and Juristic Reasons” , Boston University Law Review 92 (2012) [**Mitchell McInnes(2012)**]
- Melvin A. Eisenberg, “The Disgorgement Interest in Contract Law” , 105 Michigan Law Review 559 (2006) [**Mitchell McInnes(2004)**]
- Miller, Paul, “A Theory of Fiduciary Liability” , 56 McGill Law Journal 235 (2011) [**Paul Miller(2011)**]
- _____, “Justifying Fiduciary Remedies” , 63 University of Toronto Law Journal, (2013) [**Paul Miller(2013)**]
- Mitchell, Charles, “Causation, Remoteness and Fiduciary Gains” , 17 King’ s College Law Journal 325 (2006) [**Charles Mitchell(2006)**]
- _____, “Equitable Compensation for Fiduciary Duty” , Current Legal Problems, Vol. 66 (2013) [**Charles Mitchell(2013)**]
- Palmer, Jessica, “Availability of Allowances in Equity” , New Zealand University Law Review (2004) [**Jessica Palmer(2004)**]
- _____, “Allowances and the Search for Justification” , 2 UniSA SLR 21-25 (2016) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3136764> [**Jessica Palmer(2016)**]
- Polinsky, Mitchell & Shavell, Steven, “Punitive Damages: An Economic Analysis” , 111 Harvard Law Review 869 (1998) [**Mitchell Polinsky & Steven Shavell(1998)**]
- Pankauski, John, Steckman Laurence & Conner, Robert, “Punitive Damages Against Fiduciaries, Probate Cases, and Equitable Relief” , 25 Probate & Property. 43, May/June (2011) [**John Pankauski et al.(2011)**]

- Rahman, Latiefa, “Defining the Concept ‘Fiduciary Duty’ in the South African Law of Trusts” , University of the Western Cape LLM Research Paper (2006) [**Latiefa Rahman(2006)**]
- Reynolds, Daniel, “What are the Duties of Constructive Trustees” , 41(4) University of New South Wales Law Journal 1297 (2018) [**Daniel Reynolds(2018)**]
- Ridge, Pauline, “Justifying the Remedies for Dishonest Assistance” , Law Quarterly Review (2008) [**Pauline Ridge(2008)**]
- Rock, Edward, Michael Wachter, “Dangerous Liaisons: Corporate Trust Law and Interdoctrinal Legal Transplants” , 96 Northwestern University Law Review, 651 (2002) [**Edward Rock & Michael Wachter(2002)**]
- Rotherham, Craig, “Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits” , Oxford Journal of Legal Studies 32(3), 537-562 (2012) [**Craig Rotherham(2012)**]
- Rotman, Leonard, “The Vulnerable position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada” , Manitoba Law Journal 24, 60 (1996) [**Leonard Rotman(1996)**]
 _____, “Fiduciary Law’ s ‘Holy Grail’ : Reconciling Theory and Practice in Fiduciary Jurisprudence” , 91 Boston University Law Review 923 (2011) [**Leonard Rotman(2011)**]
- Samet, Irit, “Guarding the Fiduciary’ s Conscience- A Justification of a Stringent Profit-Stripping Rule” , Oxford Journal of Studies, Vol. 28, No. 4 (2008) [**Irit Samet(2008)**]
- Sealy, Len, “Fiduciary Relationship” , The Cambridge Law Journal 20(1) (1962) [**Len Sealy(1962)**]
 _____, “Some Principles of Fiduciary Obligation” , The Cambridge Law Journal 21(1) (1963) [**Len Sealy(1963)**]
 _____, “The Director as Trustee” , The Cambridge Law Journal 25(1), (1967) [**Len Sealy(1967)**]
- Sherwin, Emily, “Restitution and Equity: An Analysis of the Principle of Unjust Enrichment” , Texas Law Review, Vol.79, No.7 (2001) [**Emily Sherwin(2001)**]
- Sitkoff, Robert, “Trust Law, Corporate Law and Capital Market Efficiency” , NYU Working Paper No. CLB-06-027, (2003) [**Robert Sitkoff(2003)**]
 _____, “An Agency Cost Theory of Trust Law” , 89 Cornell Law Review, 621 (2004) [**Robert Sitkoff(2004)**]
 _____, “The Economic Structure of Fiduciary Law” , 91 Boston University Law Review 1039 (2011) [**Robert Sitkoff(2011)**]
- Smith, D. Gordon, “The Critical Resource Theory” , Vanderbilt Law Review, Vol.55 (2002) [**Gordon Smith(2002)**]

- Smith, Lionel, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and Efficient Breach” , 24 Canadian Business Law Journal 121 (1994) [**Lionel Smith(1994)**]
- _____, “Constructive Trusts and Constructive Trustees” , Cambridge Law Journal Vol.58(2) (1999) [**Lionel Smith(1999)**]
- _____, “The Motive, Not the Deed” , Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn, ch. 4, J. Getzler, ed., Butterworths (2003) [**Lionel Smith(2003)**]
- _____, “Unravelling Proprietary Restitution” , Canadian Business Law Journal, Vol.40 (2004) [**Lionel Smith(2004)**]
- _____, “Constructive Trusts and the No-Profit Rule” , Cambridge Law Journal 260 (2013) [**Lionel Smith(2013a)**]
- _____, “Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations” , 7 Journal of Equity (2013) [**Lionel Smith(2013b)**]
- _____, “Fiduciary Relationship: Ensuring the loyal Exercise of Judgement on behalf of another” , 130 Law Quarterly Review 608 (2014) [**Lionel Smith (2014)**]
- _____, “Prescriptive fiduciary duties” , University of Queensland Law journal, Vol. 37(2) (2018) [**Lionel Smith(2018)**]
- Stapleton, Jane, “An 'Extended But-For' Test for the causal Relation in the Law of Obligation” , Oxford Journal of Legal Studies, Vol.35 Issue 4 (2015) [**Jane Stapleton(2015)**]
- Stevens, John, “Election between Alternative Remedies” , 3 Restitution Law Review 117 (1996) [**John Stevens(1996)**]
- Stoljar, Samuel, “The Transformations of Account” , Law Quarterly Review, Vol.80, (1964) [**Samuel Stoljar(1964)**]
- Swadling, Wiliam, “The Fiction of the Constructive Trust” , Current Legal Problems, Vol. 64, Issue 1 (2011) [**William Swadling(2011)**]
- _____, “Constructive trusts and breach of fiduciary duty” , Trusts & Trustees, Vol.18, Issue 10 (2012) [**William Swadling (2012)**]
- Tamaruya, Masayuki, “Transformation of Trust Ideas in Japan: Drafting of the Trust Act 1922” , Rikkyo Law Review Vol.88 (2013) [**Masayuki Tamaruya(2013)**]
- _____, “Japanese Law and Global Diffusion of Trust Law and Fiduciary Duty” , 103 Iowa Law Review 2229 (2018) [**Masayuki Tamaruya(2018)**]
- Tuch, Andrew, “Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest” , 29 Melbourne University Law Review 478 (2005) [**Andrew Tuch(2005)**]
- _____, “Reassessing Self-Dealing: Between No Conflict and Fairness” , 88 Fordham Law Review 939 (2019) [**Andrew Tuch(2019)**]
- Vann, Vicki, “Causation and Breach of Fiduciary Duty” , Singapore Journal of Legal Studies 86, 98 (2006) [**Vicki Vann(2006)**]

- Velasco, Julian, "How Many Fiduciary Duties Are There in Corporate Law?" , Southern California Law Review, Vol.83, No.6 (2010) [**Julian Velasco(2010)**]
- _____, "The Diminishing Duty of Loyalty" , 75 Washington & Lee Law Review 1035 (2018) [**Julian Velasco(2018)**]
- Walker, Lord, "Dishonesty and Unconscionable Conduct in Commercial Life-Some Reflection on Accessory Liability and Knowing Receipt" , 27 Sydney Law Review 187 (2005) [**Lord Walker(2005)**]
- Watson, Alan, "Comparative Law and Legal Change" , Cambridge Law Journal 37(2) (1978) [**Alan Watson(1978)**]
- _____, "Legal Transplants and European Private Law" , Vol. 4.4 Electronic Journal of Comparative Law (2000) [**Alan Watson(2000)**]
- Watts, Peter, "Bribes and Constructive Trusts" , Law Quarterly Reviews, 110 (1994) [**Peter Watts(1994)**]
- _____, "The Myth of the remedial constructive Trust" , Current Legal Problem 69 (2016) [**Charlie Webb(2016)**]
- Weinrib, Ernest, "The Fiduciary Obligation" , 25 University of Toronto Law Journal 1 (1975) [**Ernest Weinrib(1975)**]
- _____, "Law as a Kantian Idea of Reason" , 87 Columbia Law Review 472 (1987) [**Ernest Weinrib(1987)**]
- _____, "Restitutional Damages as corrective justice" , 1 Theoretical Inquiries in Law 1, 4-7 (2000) [**Ernest Weinrib(2000)**]
- _____, "Deterrence and Corrective justice" , 50 UCLA Law Review 621 (2002) [**Ernest Weinrib(2002a)**]
- _____, "Corrective Justice in a Nutshell" , 52 University of Toronto Law Journal (2002) [**Ernest Weinrib(2002b)**]
- _____, "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies" , Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, No. 1 (2003) [**Ernest Weinrib(2003)**]
- Wellman, Richard, "Punitive Surcharges Against Disloyal Fiduciaries- Is Rothko Right" , 77 Michigan Law Review 95 (1978) [**Richard Wellman(1978)**]
- Whayman, Derek, "Equitable Allowances or restitutionary measures" , Northern Ireland Legal Quarterly 68(2) (2017) [**Derek Whayman(2017)**]
- Worthington, Sarah, "Reconsidering Disgorgement for wrongs" , The Modern Law Review Volume 62, Issue 2 (1999) [**Sarah Worthington(1999a)**]
- _____, "Fiduciaries: when is self-denial obligatory?" , Cambridge Law Journal 58 (3) (1999) [**Sarah Worthington(1999b)**]
- _____, "Fiduciary Duties and Proprietary Remedies-addressing the Failure of Equitable Formulae" , The Cambridge Law Journal Vol.72, Issue 3 (2013) [**Sarah Worthington(2013)**]
- _____, "Four Questions on Fiduciaries" , Canadian Journal of Comparative & Contemporary Law (2016) [**Sarah Worthington(2016)**]

- Wu, Ying-Chieh, “East Asian Trusts at the Crossroads” , available at <https://ssrn.com/abstract=2694581> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2694581> [Ying-Chieh Wu(2015)]
- _____, “Trust Reimagined: The Transplantation and Revolution of Trust Law in Northeast Asia” , The American Journal of Comparative Law, Vol.68 (2020) [Ying-Chieh Wu(2020)]
- Würdinger, Hans, “The German Trust” , Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 33, No. 3/4 (1951) [Hans Würdinger(1951)]
- Xuereb, Peter G, “Re Cape Breton Co. Revisited” , 18 Bracton Law Journal 31 (1986) [Peter Xuereb(1986)]
- Zimmermann, Reinhard, “Unjust Enrichment: The Modern Civilian Approach” , Oxford Journal of Legal Studies Vol. 15, No. 3 (1995) [Reinhard Zimmermann(1995)]

3. 기타 자료

미국

- ACTEC Fiduciary Litigation Committee, Fiduciary Remedy and Damages Survey, 50-State Damages, March, 2018 [ACTEC Fiduciary Committee(2018)]
https://www.actec.org/assets/1/6/Fiduciary_Remedies_Damages_Survey.pdf
- American Law Institute Publishers, Restatement of the Law of Restitution, Quasi Contracts and Constructive Trusts, 1937
- American Law Institute Publishers, Restatement of (Third) Restitution and Unjust Enrichment, 2011
- American Law Institute Publishers, Restatement of (Third) Agency, 2006
- American Law Institute Publishers, Restatement (Second) of Trusts, 1959
- American Law Institute Publishers, Restatement (Third) of Trusts, 2012
- American Law Institute Publisher, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation, 2008 (Reprint version)
- Model Business Corporation Act (2016 Revision)
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf [최종 검색일: 2021.1.15]
- Uniform Trust Code (Last Revised or Amended in 2010), Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws

영국

- Law Commission, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, Law Commission Consultation Paper No.124, 1992
- The Law Commission, An Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, 1997
- Law Commission/Scottish Law, Report on Trustee’s Powers and Duties, (Law Com No. 260) (Scot Law Comm No. 172) 1999

독일어 문헌

단행본

- Boosfeld, Kristin, *“Gewinnausgleich”*, Mohr Siebeck, 2015 [**Kristin Boosfeld(2015)**]
- Helms, Tobias, *“Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem”*, Mohr Siebeck, 2007 [**Tobias Helms(2007)**]
- Fleischer, Holger, *“Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsführer im Aktien- und GmbH-Recht”*, in *Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht (WM)* 22, 2003, [**Holger Fleischer(2003a)**]
- Fleischer, Holger, *“Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancelehre”* in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 6, 2003 [**Holger Fleischer(2003b)**]
- Hopt, Klaus. J., *“ECLR Interessenwahrung und Interessenkonflikte in Aktien-, Bank-, und Berufsrecht-Zur Dogmatik des modernen Geschäftsorgansrechts”* *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 33: 1-51, 2004 [**Klaus Hopt(2004)**]
- Janssen, André, *“Präventive Gewinnabschöpfung”* Tübingen, Mohr Siebeck, 2016 [**André Janssen(2016)**]
- Köndgen, Johannes, *“Gewinnabschöpfung oder Privatsrafen als Sanktionen für Vertragsbruch Eine rechtsvergleichend- ökonomische Analyse”*, 56(4) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1992 [**Johannes Köndgen(1992)**]
- Köndgen, Johannes, *“Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns: Eine juristisch-ökonomische Skizze”*, 64(4) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2000 [**Johannes Köndgen(2000)**]
- Kumpan, Christoph, *“Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit”*, Mohr Siebeck, 2015 [**Christoph Kumpan(2015)**]
- Löhnig, Martin, *“Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte”*, Mohr Siebeck, 2006 [**Martin Löhnig(2006)**]
- Rusch, Konrad, *“Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten-Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003 [**Konrad Rusch(2003)**]
- Schlechtriem, Peter, *“Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa Bank II”*, Mohr Siebeck, 2001 [**Peter Schlechtriem(2001)**]

Torwegge, Christoph, *“Treue- und Sorgfaltspflichten im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht”*, Gabler Edition Wissenschaft, 2009 [Christoph Torwegge(2009)]

Wagner, Gerhard, *“Verhandlungen des 66 Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band I: Gutachten/Teil A: Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden”*, Beck München, 2006 [Gerhard Wagner(2006)]

일본어 문헌

단행본 및 논문

新井誠, 『信託法第』, 3, 有斐閣, 2008 [新井誠 (2008)]

植田 淳, 『英米法における信認関係の法理—イギリス判例法を中心として—』, 晃洋書房, 1997 [植田 淳(1997)]

小野傑・深山雅也, 『新しい信託法解説』, 三省堂, 2007 [小野傑・深山雅也 (2007)]

小野傑, 『信託法を考える』, IBRA vol. 8, No. 2, 東京弁護士会, 2008 [小野傑 (2008)]

田中和明, 『新信託法制に関する実務的考察(要崎)』, 一橋大学 博士論文, 2009 [田中和明(2009)]

寺本振透, 『解説新信託法』, 弘文堂, 2007 [寺本振透 (2007)]

道垣内弘人, 『信託法理と私法体系』, 有斐閣, 1996 [道垣内弘人(1996)] 能見善久, 『現代信託法講義(6)』, 信託 206 号, 2001 [能見善久 (2001)]

能見善久, 『現代信託法』, 有斐閣, 2004 [能見善久 (2004)]

能見善久・樋口範雄・神田秀樹, 『信託法制の新時代：信託の現代的展開と将来展望』, 弘文堂, 2017 [能見善久・樋口範雄・神田秀樹 (2017)]

樋口範雄, 『フィテ ユンチャー「信認」の時代—信託と契約—』, 有斐閣, 1999 [樋口範雄(1999)]

法務省, 「信託法改正要綱試案 補足説明」, 法務省民事局参事官室, 2005 [信託法改正要綱試案 補足説明 (2005)]

Abstract

Disgorgement of Profits in Korean Trust Act

- Lessons from Anglo-American Jurisprudence and further development-

Jeemin Song

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Article 43(1) of the Korean Trust Act, enacted in 2012, states: “Where a trustee has violated his duties incurring any loss to the trust property, the settlor, beneficiary, or other trustees where a number of trustees exist, may request the relevant trustee to restore, reinstate the trust property: *Provided*, that where it is impossible or substantially impracticable to reinstate the trust property, or excessive expenses are incurred in such reinstatement, or where any special ground exists making reinstatement inappropriate, a claim for damages may be raised.” Furthermore, article 43(3) of the Korean Trust Act states that “where a trustee is in breach of a duty of loyalty stipulated in Articles 33 through 37, he should disgorge all the profits acquired by himself or a third party to the trust property, even if no loss has incurred to the trust property.”

The disgorgement remedy set out in Article 43(3) provides exceptional relief, preventing the trustee from realizing any gains resulting from a breach of the trustee’s fiduciary duty. Yet, this powerful gain-based remedy has not been applied by courts in South Korea. Thus, it is difficult to understand a clear rule for determining disgorgement of profits case.

Before the enactment of article 43(3), there have been debates by legal scholars whether any legal basis already existed for disgorgement of profits in South Korea. “Unjust enrichment” and “management of another’s affairs(negotiorum gestio)” were traditional remedies available to an injured party, however the legal basis for disgorgement of profits was tenuous. Thus, the legislature found it necessary to specially enact Article 43(3) to be able to impose this remedy. However, no case law has been developed so far and Article 43(3) is often overlooked due to its obscurity. The purpose of this dissertation is to clarify the nature and function of a trustee’s fiduciary duty and the disgorgement of

profits under Article 43(3) by analyzing the fiduciary duty of a trustee and the remedies available for breach of a trustee's fiduciary duty in Anglo-American jurisprudence.

This dissertation will first examine the basic principles of disgorgement of profits in a breach of trustee's fiduciary duty in Anglo-American jurisprudence. In Anglo-American jurisprudence, the purpose of disgorgement of profits is to strip profits if they are gained in a breach of fiduciary duty owed by the trustee to its beneficiaries. The fiduciary duty of the trustee requires the fiduciary to exercise the highest duty of trust and confidence between the fiduciary and its beneficiaries. The fiduciary must exercise its powers and discretion carefully given the vulnerable and dependent nature of any beneficiary's relationship to its trustee. Given the special status of this relationship, a trustee owes the highest fiduciary duty to the beneficiary, which includes the 'no-conflict rule' and the 'no-profit rule'.

The vitally important duty of loyalty is not self-enforcing, and when a breach occurs, the remedy should be in conformity with the duty. The rationale for disgorgement of profits is to deter a breach of the duty of loyalty. Deterrence and prophylaxis are the strongest rationals for disgorgement of profits. The quantification of illegally gained profits must reflect the nuances of the fiduciary relationship and the manner in which the duty was breached; the uneasy interplay between causation, remoteness and allowances must be considered. In ordering a disgorgement of profits, a court should factor in the fiduciary's skill and effort in determining the amount of the profits that should be disgorged. Disgorgement of profits is a harsh remedy, and its effectiveness as a deterrent depends on its proportionality to the wrongs.

This paper will also address the liability of third parties to its beneficiaries in Anglo-American jurisprudence. The liability of third parties is based upon the concepts of "knowing receipt" and "knowing assistance." When a third party receives a trust asset which has been disposed of by the trustee in breach of the trustee's duty, and the third party has knowledge of the breach of duty, then the third party can be held liable to its beneficiaries for the value of the asset. Moreover, if the third party knowingly assists the trustee in a dishonest and fraudulent manner, the third party can be held independently liable to its beneficiaries for the third party's misconduct. Under the Korean Trust Act, when the trustee has engaged in a 'legal act' in violation of the purpose of trust, the beneficiary is granted the right to seek rescission. However, the remedy of rescission is only available when the third party (and a subsequent purchaser) knows about the trustee's breach of fiduciary duty at the time when the breach occurs, or the third party is unaware of the breach due to gross negligence of the third party.

Unlike Anglo-American jurisprudence, "knowing assistance" is not a basis for imposing liability on a third party in South Korea. However, this dissertation proposes that South Korea should adopt the basis for liability to include knowing assistance, to ensure that the third party does not profit from his wrongdoing. Most circumstances involving knowing assistance pertain to professionals, such as financial institutions, accountants, and legal professionals alleged to have fostered the fiduciary's misconduct.

Finally, this paper examines whether it is plausible to apply the disgorgement of profits remedy to a corporation's board of directors. In Anglo-American jurisprudence, a director of a corporation is categorically treated as a status-based fiduciary who owes a fiduciary duty to the corporation. If unauthorized profits are made by a director in breach of his fiduciary duty to the corporation, the director should be required to disgorge the profits just as a disloyal trustee is required to disgorge profits under the Trust Act in South Korea.

Under the Korean Commercial Code, remedies exist that are functionally similar to the disgorgement of profits, yet these remedies are fragmented. For instance, directors are prohibited from engaging in a transaction which competes with their corporation's interests without the consent of the board of directors. If a director violates his duty not to compete in the absence of the board's consent, the director may be held liable for monetary damages sustained by the corporation. Additionally, intervention rights are granted to a corporation under the Korean Commercial Code. The corporation may intervene and substitute itself for the director in the third-party transaction. Furthermore, a director may not usurp certain business opportunities available to the corporation without approval by the board of directors. If a director usurps the corporation's business opportunity in contravention of his fiduciary duty, then the director may be held liable for damages based upon a presumption that the ill-gotten gains made by the director are the damages suffered by the corporation. Both intervention rights and the presumption that illegal profits are the corporation's damages are modified forms of the remedy of disgorgement of profits. However, a breach of a general duty of loyalty under the Korean Commercial Code does not stipulate these gain-based remedies. The directors of a corporation are in charge of managing the company's business and thus, their role is similar to that of a trustee. Thus, this paper argues that the remedy of disgorgement of profits should be adopted for breach of a duty of loyalty by a director under the Korean Commercial Code.

Keywords: Disgorgement of Profits, Account of Profits, Fiduciary Duty, A Duty of Loyalty, No-Conflict Rule, No-Profit Rule, Constructive Trust

Student Number: 2015-31082