

## 목적신탁의 효력범위와 활용방안

－ 사익목적신탁을 중심으로 －

2012. 12. 26.

서강대학교 법학전문대학원 최수정

## [초 록]

□ 구신탄법은 목적신탄의 근거규정은 가지고 있었으나 구체적인 활용을 위한 기준들은 없었으며, 종래 이에 관한 실무적인 관심이나 이론적인 규명도 미흡하였다. 반면 현행 신탄법은 신탄제도의 유연하고 다양한 이용을 위한 법적 근거를 제공하는 취지에서, 목적신탄을 명시하고 별도의 규정들을 두었다. 그러므로 이에 관한 해석론을 토대로 목적신탄의 구체적인 활용방안을 모색할 필요가 있다.

□ 목적신탄에 관하여 외국의 입법례와 실무는 급격히 변화하고 있다. 영국의 수익자원칙은 자선신탄이 아닌 사익목적신탄의 효력을 부정하였으나, 그 예외적인 유형들은 존재하였다. 미국도 수익자원칙에서 출발하지만, 모델법이나 각 주법들은 목적신탄을 인정하는 입법을 확대하고 있다. 특히 신탄을 주력산업의 하나로 하는 역외신탄은 종래 영미에서의 원칙과는 상반된 내용의 신탄 입법을 통하여 자산보호나 상거래에서 목적신탄의 활용범위를 넓혀가고 있다. 일본의 경우 종래 학설상 목적신탄의 효력을 부정하는 견해가 많았다. 그러나 신탄법 개정을 통하여 수익자가 존재하지 않는 신탄에 관한 특별규정을 두고, 그 효력을 명문으로 인정하고 있다. 그리고 목적신탄의 활용방안에 관하여는 현재 논의가 진행 중인 상태이다.

□ 목적신탄의 효력을 인정하지 않는 입법례의 경우, 그 논거 및 목적신탄의 필요성을 근거로 한 비판은 우리 신탄법상 목적신탄의 활용에 대한 시사점을 준다. 그리고 실제 목적신탄을 인정하고 이를 활용하고 있는 입법례의 경우, 그 내용은 앞으로 목적신탄의 활성화 및 상품화에 모델이 될 것이다. 목적신탄은 법인을 설립하는 경우보다 위탁자의 의사를 보다 유연하고 효과적으로 달성할 수 있다. 즉 목적신탄은 위탁자의 보다 구체적인 수요에 상응하여, 그리고 신탄재산의 독립성 내지 도산격리기능을 바탕으로 하여, 개인과 기업의 자산관리 및 보호 또는 가업의 유지에서부터 유동화에 이르기까지 다양하게 설계될 수 있다. 다만 이 경우 그 기간이 지나치게 장기인 때에는 신탄의 효력이 부정될 수 있으며, 위탁자의 채권자를 해하게 되는 때에는 사해신탄이 될 수 있으므로, 신탄의 인수 및 설계에 있어서 주의가 필요하다.

## [목 차]

### I. 서

### II. 목적신탁의 의의

1. 신탁법상 목적신탁의 개념
2. 목적신탁의 설정 가능성에 대한 종래의 논의
  - (1) 법적 근거
  - (2) 부정설
  - (3) 긍정설
3. 현행 신탁법의 입법취지

### III. 목적신탁에 관한 외국 입법례

#### 1. 영국

- (1) 수익자원칙(beneficiary principle)
- (2) 수익자원칙의 근거와 이에 관한 비판
- (3) 목적의 확정성(certainty)과의 관계
- (4) 영구불확정금지원칙(rule against perpetuities)과의 관계

#### 2. 미국

- (1) 수익자원칙과 그 예외
- (2) 도의적 신탁(honorary trust)
- (3) 법률상의 목적신탁

#### 3. 일본

- (1) 신탁법상 규정방식
- (2) 목적신탁의 활용가능성

#### 4. 역외신탁에서의 목적신탁

- (1) 의의
- (2) Jersey
- (3) British Virgin Islands
- (4) Cayman

- (5) Bahama
- 5. 유럽신탁법원칙
  - (1) 의의
  - (2) 규정내용
- 6. 소결

#### IV. 신탁법의 해석과 적용

- 1. 신탁의 설정
  - (1) 계약과 유언에 의한 설정
  - (2) 위탁자의 권리제한의 금지
  - (3) 신탁관리인의 선임
  - (4) 신탁의 변경
- 2. 공익신탁과의 경계
  - (1) 법적 체계
  - (2) 목적신탁과 공익신탁의 관계
- 3. 목적신탁의 활용가능성
  - (1) 신탁수익을 귀속시키고자 하는 대상이 권리능력이 없는 경우
  - (2) 수익자를 대신하는 장치의 필요성
  - (3) 자산의 보호(asset protection)를 위한 신탁
  - (4) 상사적인 용도로서의 목적신탁

#### V. 결론

[참고문헌]

## I. 서

○ 사익목적신탁(private purpose trust) 또는 비공익목적신탁(non-charitable purpose trust)은 영미에서 전통적으로 허용되지 않았다. 반면 우리 구신탁법 제1조 및 현행 신탁법 제2조는 목적신탁의 법적 근거를 제공하고 있다. 하지만 신탁법이 명시적인 규정을 가지고 있음에도 불구하고 목적신탁의 개념이나 그 용도는 명확하지 않았다. 그래서 종래 목적신탁에 대한 관심이나 활용은 저조하였으며, 이에 관한 연구도 본격적으로 이루어지지 않았다. 이러한 사정은 공익신탁의 경우에도 크게 다르지 않다.

○ 사실 신탁이라고 하는 제도 자체가 애초에 완결된 하나의 법제도로써 창출된 것은 아니다. 역사적·사회적 배경 하에서 그 모습을 조금씩 갖춰 왔으며, 현재에도 그 제도적 징표들을 유지하면서 경제적 수요에 따라 다양하게 설계되고 상품화되고 있다. 그리고 이에 상응하여 신탁법리도 계속 발전해나가고 있다.

— 예컨대 미국의 경우 1940년대까지 철회불가능한 생명보험신탁(irrevocable life insurance trust)은 이용되지 않았고, 1960년대 후반까지도 검인(probate)을 회피하기 위한 수단으로 신탁제도를 활용하지는 않았다. 미연방세법의 발달은 그에 대응하는 새로운 종류의 신탁상품을 만들어냈고(Clifford trust, 자선잔여자신탁, 미성년자신탁, 설정자에게 유보된 소득 및 연금신탁 등), 최근에는 자산보호를 목적으로 하는 역외신탁(offshore trust)의 활용에 관한 논의가 여러 각도에서 이루어지고 있다.

○ 이처럼 신탁제도가 활용되는 양태는 시대적 배경이나 경제상황, 법제도의 변화에 따라서 차이를 보인다. 그리고 우리나라에서도 신탁법의 개정을 계기로 다양한 방면에서 신탁의 활용방안에 대한 관심이 고조되고 있으며, 목적신탁도 그 대상의 하나라고 할 수 있다. 그렇다면 신탁이 가지는 제도적 장점은 현재 우리 신탁법 하에서 목적신탁의 경우 어떻게 구체화될 수 있는지, 그 유효한 활용범위와 방법, 그리고 새로운 비즈니스모델에 대한 검토가 필요하다. 즉 신

탁법상 목적신탁의 개념 및 다른 제도와 구분을 분명히 하고 그 유용성을 모색함으로써 신탁제도 및 신탁업의 활동영역의 확대와 활성화를 도모할 수 있을 것이다.

－ 이를 위하여 신탁법의 해석상 목적신탁의 효력범위를 확인하고, 외국 입법례와 활용예를 참고하여, 우리법에서의 이용가능성 및 그 방안을 모색한다. 그리고 이를 바탕으로 목적신탁을 활용한 신탁상품의 설계가능성 및 효용을 구체화한다.

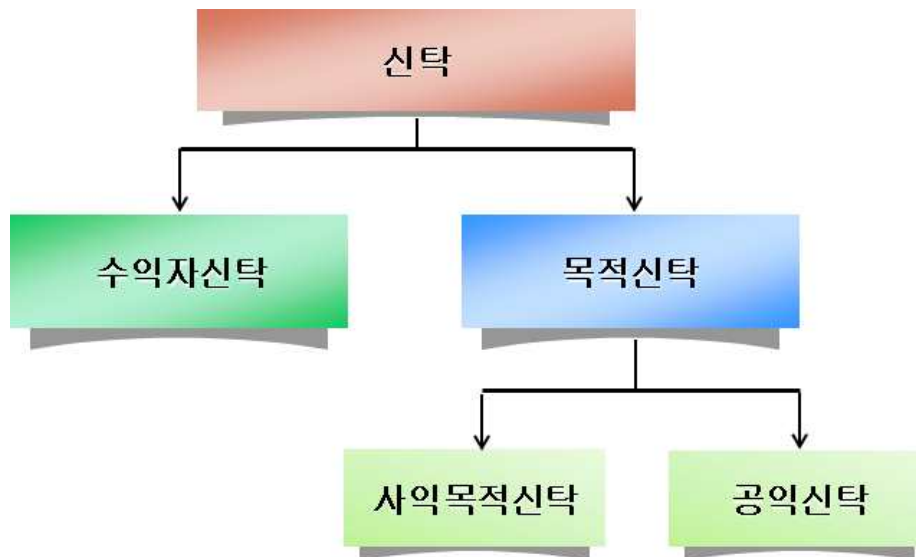
## II. 목적신탁의 의의

### 1. 신탁법상 목적신탁의 개념

○ 신탁을 설정함에 있어서 위탁자가 재산을 처분하는 목적은 다양하다. 특정한 또는 특정가능한 수익자의 이익을 위하여, 혹은 불특정 다수의 공중의 이익을 위하여 신탁을 설정하기도 한다. 그리고 이들 유형에 속하지 않는 그 밖의 목적을 위하여도 신탁을 설정할 수 있을 것이다.

－ 사실 신탁설정행위에는 그 목적이 존재하지 않을 수 없으므로 모든 신탁은 넓은 의미에서 목적신탁이라고 할 수 있다. 하지만 신탁법 제2조는 신탁을 정의함에 있어서 수익자신탁과 특정의 목적을 위한 신탁을 함께 명시하면서, 양자를 대비시키고 있다. 그러므로 신탁법이 예정한 1차적인 신탁의 분류는 수익자신탁과 목적신탁이라고 할 것이다. 신탁법 제3조 제1항 단서도 수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁을 목적신탁으로 부르고 있다.

이때 특정목적은 공익적인 성질을 가질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 신탁법 제3조 제1항 단서는 목적신탁은 공익신탁을 제외하고는 신탁선언에 의하여 설정할 수 없도록 한바, 신탁법상 목적신탁은 다시 공익신탁과 비공익신탁 내지 사익목적신탁으로 분류된다.



[ 그림1 ]<sup>1)</sup>

○ 그런데 신탁법은 제10장에서 공익목적의 신탁에 관한 별도의 규정을 두고 특별한 취급을 하고 있다. 더욱이 2012.7.24. 국회에 제출된 공익신탁법안에 의하면 현행 신탁법 중 공익신탁에 관한 내용은 삭제되고, 공익신탁은 동법에 의하여 규율된다. 때문에 공익신탁이 가지는 특수성에 비추어, 본 연구는 목적신탁 중에서도 사익목적신탁만을 그 대상으로 하고자 한다. 수익자가 존재하지 않으면서 또한 공익의 실현을 목적으로 하지 않는, 양자의 중간영역이라고 할 수 있는 사익목적신탁의 효력과 범위를 살펴보고 구체적인 활용방안을 모색하고자 한다. 논의의 편의상 이하에서는 사익목적신탁 내지 비공익신탁을 일용 목적신탁이라고 부르기로 한다.

## 2. 목적신탁의 설정 가능성에 대한 종래의 논의

### (1) 법적 근거

－ 구신탁법 제1조 제2항은 “신탁설정자(이하 ”위탁자“라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 ”수탁자“라 한다)와 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정

1) 공익신탁법안이 국회에서 통과되면, 공익신탁은 통상 공익신탁법상의 공익신탁을 의미하게 된다. 다만 공익을 내용으로 하면서도 공익신탁법상의 요건을 충족하지 않은 신탁도 그 효력이 부정되는 것은 아니므로, 이 경우에는 신탁법상 목적신탁의 한 유형으로 분류될 것이다.

의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 "수익자"라 한다)의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법률관계"를 신탁으로 정의하였다.

－ 그리고 현행 신탁법 제2조도 "신탁을 설정하는 자(이하 "위탁자"라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 "수탁자"라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 "수익자"라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계"를 신탁으로 정의함으로써, '특정의 목적'을 위한 신탁을 설정할 수 있는 법적 근거를 제공하고 있다.

## (2) 부정설

○ 신탁법상 수익자신탁이나 공익신탁 외에 목적신탁을 설정할 수 있는지에 대하여는 종래 구신탁법 하에서 견해가 나뉘었다.

－ 이를 부정하는 견해<sup>2)</sup>는, 수익자가 없는 비공익목적신탁을 인정하면 누구도 처분할 수 없는 재산을 창출할 수 있다는 점을 근거로 한다. 즉 수익자가 없으므로 신탁목적이 수행가능한 한 신탁을 종료시킬 수 없고 신탁상 신탁재산의 처분이 금지된 때에는 수탁자도 처분할 수 없는 재산이 발생하므로, 비공익목적신탁을 일반적으로 인정하면 재산의 유통을 저해한다는 점에서 타당하지 않다는 것이다. 다만 예외적으로 자산유동화의 도구로서 수익자가 없는 신탁을 창출할 수는 있으며, 재산의 부당한 구속이 되지 않는 조건이 갖추어진 경우에만 허용을 고려할 수 있다고 한다. 그리고 영구히 또는 상당하지 않은 장기간의 존속은 공서양속에 반하는 것으로 본다.

－ 부정설의 또 다른 논거<sup>3)</sup>는, 신탁법 규정의 문언 해석상 비공익목적신탁도 허용된다고 볼 여지가 있지만, 우리 신탁법은 사익신탁과 공익신탁을 구분하고

2) 최동식, 신탁법, 2006, 449면은 能見善久, 現代信託法, 2004, 287면의 논거를 반복하고 있다.

3) 이연갑, 비공익 목적신탁에 관한 일고찰, 국제거래법연구 제18집 제2호, 2009, 175면 이하.



사익신탁에서는 수익자가 반드시 필요한 것인데, 특히 수탁자가 신탁재산을 제 3자에게 부당히 처분한 경우 그 재산을 회복할 수 있는 권한은 수익자에게만 부여되어 있고(구신탁법 제52조), 수탁자의 신탁사무를 감시, 감독하고 이행을 강제할 자가 필요한데 구신탁법상 신탁관리인은 장래 수익자가 존재하게 될 것을 전제로 선임하는 것이므로(구신탁법 제18조) 비공익목적신탁에서 신탁관리인을 선임할 근거가 없고, 우리 입법자의 의사도 비공익목적신탁을 허용할 의사가 없었다고 한다.

### (3) 긍정설

－ 반면 목적신탁을 유효하게 설정할 수 있다고 하는 견해<sup>4)</sup>는, 신탁법 제1조의 특정의 목적이 공익목적에 한정되지 않는다는 점, 제64조에서 이해관계인의 청구에 의해 법원이 후견적 차원에서 신탁의 종료 기타 필요한 처분을 명할 수 있으므로 목적재산의 처분가능성의 부재 또는 목적신탁의 종료가능성의 부재를 이유로 그 효력을 부정하기는 힘들다는 점, 특히 신탁은 목적재산을 만드는 점에서 법인과 유사한데 법인에서는 존속기간의 제한이 없는 것처럼 신탁에서도 존속기간을 제한할 필요는 없고, 퇴직근로자를 위한 신탁은 회사가 영속하는 한 그 기간을 제한할 필요 없다는 점을 그 근거로 든다.

## 3. 현행 신탁법의 입법취지

○ 사실 구신탁법에서도 신탁의 정의규정은 수익자신탁과 목적신탁, 두 가지 유형을 구분하였으며, 후자의 경우 그 목적이 공익이어야 한다는 제한은 없었다. 그러나 실제로 비공익적 목적신탁을 설정하고 신탁사무의 처리와 목적실현을 함에 있어서 그 구체적인 법적 기준이 없었다. 그러므로 법률규정만을 가지고 실제 목적신탁을 설정할 수 있는지 여부를 논할 실익은 없다고 할 것이다.

○ 현행 신탁법은 구신탁법과 마찬가지로, 그리고 보다 상세히, 수익자의 이익 외에 특정의 목적을 위하여 신탁재산의 관리, 운용, 개발, 그 밖에 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 신탁으로 정의함으로써,

---

4) 이중기, 신탁법, 2007, 57면.

목적신탁을 허용한다. 이와 더불어 목적신탁과 관련한 규정을 정비하여 종래 이와 관련한 논의를 입법적으로 정리하였다. 목적신탁은 기업연금신탁 등 신탁 재산으로부터 생기는 이익을 수취하는 자가 다수인 신탁에서 수취자의 확정 및 변경이 용이하고 수익증권의 양도가 용이하여 다수에게 신탁재산에 대한 수익증권을 발행하는 방식으로 자산유동화의 수단으로 활용이 가능하다는 점에서 그 유효성을 인정한 것이다.<sup>5)</sup>

○ 그런데 구체적으로 목적신탁을 설정, 활용하는 방안 자체는 제시된 바가 없다. 현행 신탁법은 사실 그러한 모든 상황들을 염두에 두고 개정된 것이 아니라, 오히려 신탁이 보다 다각적으로 이용될 수 있다는 전제에서 그 법적 가능성을 확보하는데 중점이 있었다. 때문에 앞으로 사회적, 경제적 수요에 상응하여 목적신탁의 세부적인 모델들을 만들어갈 필요가 있다. 이를 위해서는 외국의 입법례와 그 구체적 활용양상을 살펴보고, 우리법에서의 이용가능성 및 그 범위를 확인하는 것이 유용하다.

### III. 목적신탁에 관한 외국 입법례

#### 1. 영국

○ 영국에서는 수익자원칙에 의하여 수익자가 존재하지 않는 신탁은 무효이다. 자선신탁은 영국법상 목적신탁의 일반적인 금지에 대한 중요한 예외이며, 그밖에도 판례는 19세기 이후 수익자가 존재하지 않으면서 자선을 목적으로도 하지 않는 일정한 유형의 목적신탁을 제한된 범위에서 허용해왔다.

— 그런데 이들 모든 예외에 대한 전통적인 설명은, ‘그것이 인간의 미약함이 나 감성에 대한 용인’<sup>6)</sup>이라든지, ‘호머(Homer)가 졸 때 일어난 일’<sup>7)</sup>이라는 것이다. 예외들에 대한 일반적이고 일관된 기준을 추론하고 만족할만한 원칙을

5) 법무부, 신탁법 해설, 2012, 12면.

6) Re Endacott [1960] Ch 232, 250.

7) Re Astor's Settlement Trust [1952] Ch 534, 547.

도출하기가 어려운 것이 사실이다.<sup>8)</sup> 그래서 한편에서는 목적신탁의 무효 근거에 대한 비판이 제기되고 있으며, 다른 한편에서는 유효근거와 그 범위를 확인하는 시도들이 이루어지고 있다. 그러므로 전통적인 수익자원칙과 예외로서의 비자선 목적신탁의 내용과 범위를 살펴볼 필요가 있다.

#### (1) 수익자원칙(beneficiary principle)

○ 신탁이 유효하게 설정되려면 확정가능한 개인의 이익을 위한 것이어야 한다. 목적을 실현하는 이익은 특정 개인에게 집중될 수 없기 때문에 형평법은 목적신탁을 위한 신탁을 인정하지 않으며, 이 원칙은 목적신탁금지의 원칙(no purpose trusts rule)이라고 불린다.

－ 목적신탁금지의 원칙에 관한 선구적인 판결이 *Morice v Bishop of Durham*<sup>9)</sup> 이다. 이 사건은 목적신탁에 지대한 영향을 미쳐, 200년 이상 영미에서 목적신탁이 적법한 제도로 인정되는 것을 저지하였다.<sup>10)</sup> 이 사건에서는 자선과 관용을 위한 신탁의 효력이 문제되었는데, 법원은 이러한 목적이 불명확할 뿐만 아니라 모든 신탁은 명확한 대상을 가지고 있어야, 즉 법원이 누구를 위해 이행을 명할지 그 대상이 존재해야 한다는 근거에서 위 신탁의 효력을 부정하였다. 목적신탁의 경우에는 신탁의 명확한 대상을 결정할 수 없고, 그래서 법원이 수탁자로 하여금 신탁을 실행하도록 청구할 사람도 그리고 그 이익을 받을 사람도 없기 때문에 그 효력이 인정되지 않는다는 것이다.

－ *Re Astor's Settlement Trust*<sup>11)</sup>의 경우, Astor 자작이 생전신탁을 설정하면서 신탁수입을 국가간의 이해의 유지, 신문의 독립성과 공정성의 보존, 신문의 합병으로부터의 보호 등 여러 목적에 사용하도록 정하였다. 법원은 이러한 목적은 자선을 위한 것이 아니라고 보았다. 그리고 재산의 법률상 소유자가 형평법상의 의무를 지는 경우와 그렇지 않은 경우가 있는데, 전자의 경우 다른 누군가가 이를 강제할 수 있는 형평법상의 권리를 가져야 하며, 후자의 경우

8) Panico, *International Trust Law*, 2010, p.535.

9) (1804) 9 Ves 399, 404-405; 32 ER 656,659, affirmed in (1805) 10 Ves 522; 32 ER 947.

10) Levy, *Idaho's noncharitable purpose trust statute: leaping over age-old trust laws in a single bound*, *Idaho Law Review*, 2008, p.810.

11) [1952] 1 Ch 534.

그는 자신이 완전한 소유자이므로 원하는 대로 재산을 처리할 수 있다고 한다. 신탁이 존재하기 위해서는 수탁자 이외에 실제 신탁재산의 수익적 소유권을 가지는 누군가가 존재해야 한다는 것이다. 그런 사람이 없다면 수탁자에 대하여 의무를 강제할 사람이 없을 뿐 아니라, 보다 근본적으로는 강제할 신탁상 의무도 없고, 법률상 소유자는 자신의 이익을 위해 절대적으로 재산을 소유한다고 하였다. 때문에 소구권자가 없는(non cestui que) 비자선신탁은 강제할 수 없어 무효라는 것이다.

- Re Endacott<sup>12)</sup>는 이런 법리를 다시 한번 분명히 하였다. 이 사건에서는 설정자가 자신의 전 유산을 지방자치단체에 남기면서 자신을 위한 유용한 기념관을 제공할 것을 목적으로 정하였다. 법원은 자선신탁이 아닌 한, 신탁이 유효하기 위해서는 확정된 또는 확정가능한 수익자가 있어야 한다는 점을 강조하였다. 그런데 영국 판례는 일찍부터 신탁을 강제할 수익자가 존재하지 않음에도 불구하고 일정한 비자선신탁의 효력을 인정하기도 하였다. 그래서 위 판결은 이러한 사례들을 수익자원칙에 대한 예외로 분류하면서, 무덤과 묘비의 건설과 유지를 위한 신탁,<sup>13)</sup> 사자를 위한 미사를 올리기 위한 신탁,<sup>14)</sup> 특정 동물의 보유를 위한 신탁<sup>15)</sup> 및 그 밖의 경우로 네 가지 유형을 나누었다.<sup>16)</sup> 그리고 이들 예외의 적용은 엄격할 것을 요구하였다.<sup>17)</sup> 하지만 법원은 이 사건의 신탁이 위 예외들 중 묘비를 건립하는 것을 목적으로 하는 유형에 해당하지는 않는다고 판단하였다.

- 수익자원칙의 예외로서 인정되는 네 가지 유형의 비자선신탁의 구조는 유사하다. 위탁자는 수탁자에게 신탁재산을 이전하면서 위탁자가 정한 목적, 즉 자신이나 가족의 무덤과 묘지를 건설하고 유지, 관리하기 위하여, 사자를 위한 미사를 올리기 위하여, 특정한 동물을 돌보기 위하여, 여우사냥의 증진을 위하

12) [1960] Ch. 232, 246.

13) Mussett v Bingle(1876); Re Hooper(1932).

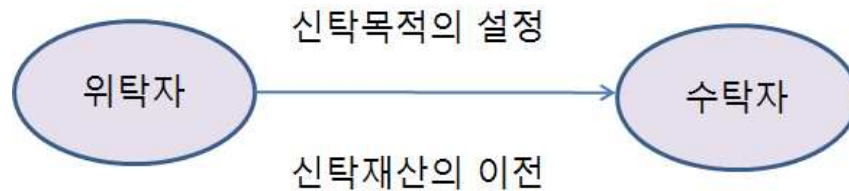
14) Bourne v Keane (1919); Re Heatherington(1990).

15) Pettingall v Pettingall(1842); Re Dean(1889).

16) 이러한 신탁은 때로 불완전한 의무의 신탁이라고 불린다(trusts of imperfect obligation), Penner, The Law of Trusts, 7.ed., 2010, p.248.

17) 이상에서와 같은 사적목적신탁을 허용한 근거는 그 목적이 이로운 것이며 법원에 의하여 목적의 달성이 강제될 수 있기 때문이었다.

여 신탁재산을 보유, 수익, 사용할 것을 정하는 것이다.



[ 그림2 ]

## (2) 수익자원칙의 근거와 이에 관한 비판

### ○ 신탁을 강제할 수익자의 존재

－ 이상에서처럼 영국의 판례가 수익자원칙을 확립한 근거 중 하나는 수익자가 없으면 실질적으로 소유자가 없고, 따라서 신탁이 강제될 수 없다는 점이다. 사적목적신탁의 허용 여부 및 그 근거와 관련하여, Hayton<sup>18)</sup>은 수익자 원칙이 아니라 강제인(enforcer) 원칙이라고 하는 관점을 제시한다. 강제인 원칙에 의하면, 신탁상 수탁자에 대하여 신탁을 강제할 수 있는 사람 내지 그 집단에 대한 정함이 있는 한 사적목적신탁의 설정은 가능하다고 한다.

－ 반면 Penner<sup>19)</sup>는 신탁은 사적인 것이고 신탁상 유일한 권리는 위탁자에 의하여 특정한 개인 또는 개인 집단에게 주어진다는 전제에서, 누구도 수탁자에 대해 의무를 강제할 독립된 권리가 없으며, 누구도 강제인으로 하여금 수탁자에게 신탁목적의 실현하도록 만들 권능을 행사할 것을 요구할 수 없다고 한다.

수탁자의 의무범위는 강제인이 강제할 수 있는 범위인데, 만약 강제인이 신탁목적의 실현에 관심이 없다면 수탁자는 법적으로 완벽하게 신탁재산을 임의로 취득할 수 있게 된다. 그렇다고 해서 강제인에게 수탁자에 대한 목적신탁을 강제할 의무를 지울 수도 없는데, 만약 그렇게 한다면 강제인에 대하여 그 의무를 강제할 제3자가 또 필요하게 될 것이고, 그 연결고리는 무한정 반복될 것이기 때문이다. 그러므로 Hayton이 제시한 강제인이 있는 목적신탁은 진정

18) Hayton/Marshall, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 11.ed., 2001, p.209 이하.

19) Penner, pp.251f.

한 목적신탁이 아니라 오히려 위탁자로 하여금 수탁자에게 신탁재산을 일정한 목적에 쓸 권능과 더불어 제3자에게 그 권능을 행사하게 만들 권능을 수여하는 것이라고 평가한다.

－ Penner에 의하면, 예외적으로 인정되어온 목적신탁의 유형들은 신탁의 강제가능성만으로는 설명될 수 없다. 그리고 목적의 강제에 대하여 간접적인 이익을 가지는 개인에게 신탁을 강제할 수 있는 지위가 부정된 경우들도 있다.<sup>20)</sup> 그래서 학설은 종래 판례가 신탁이 개인인 수익자를 위한 것이어야 한다는 명제가 절대적인 것은 아니며, 자선신탁이나 재량신탁이 그 주된 예외라고 한다.<sup>21)</sup> 그리고 수익자가 개인이 아닌 회사인 경우에도 신탁의 효력이 인정된 바 있다.<sup>22)</sup>

－ 더욱이 Re Denley's Trust Deed<sup>23)</sup>는 목적신탁금지 원칙을 상당히 축소하였다. 이 사건에서 위탁자는 토지를 생전신탁하면서 일차적으로 회사 고용인의 이익을 위하여 여가와 스포츠의 목적으로 2차적으로는 수탁자가 허용하는 다른 사람의 이익을 위하여 토지를 보유하고 사용하도록 정하였다. 법원은 신탁의 효력을 인정하였는데, 그 토지를 사용할 수 있는 사람들이 사실상의 충분한 이익을 가지고 있고 또 수익자의 집단이 언제든지 확정가능하다는 근거에서였다.

－ 이상에서와 같이 전통적으로 영국 및 영연방국가에서는 수익자원칙을 기초로 목적신탁을 무효로 보지만, 상당 범위에서 예외가 인정되어 왔다. 그리고 그 근거는 신탁의 강제장치나 사실상의 수익자의 존재뿐만 아니라, 사회적 필요성 내지 정책적 고려에서도 발견된다. 그래서 사회변화나 이에 따른 법원의 관점의 변화에 따라서 허용될 수 있는 목적신탁의 유형은 보다 다양화될 수

20) 가령 Shaw v Lawless (1838) 5 Cl. & Fin. 129의 경우, 신탁상 위탁자의 딸이 특정 학교에서 교육을 받을 것을 정하고 있었지만 그 학교의 교장은 위탁자의 딸의 교육을 위한 신탁을 강제할 수 없었다. 교장은 학교에 이익이 될 것이므로 신탁이 강제되는 데 대하여 간접적인 이익을 가지는데, 그것만으로는 신탁을 강제할 지위를 인정하기에 충분하지 않았다.

21) M. Pawlowski, Purpose Trusts: Obligations Without Beneficiaries?, Trusts & Trustees, Vol. 9/1, p.10.

22) Leahy v A-G for New South Wales [1959] A.C. 457.

23) [1969] 1 Ch. 373.

있을 것이라는 전망도 나오고 있다.<sup>24)</sup>

○ 예외적인 형태로서의 Quistclose 목적신탁

- 종래의 확고한 법리나 이에 대한 비판과는 별개로, Barclays Bank v Quistclose Investments Ltd<sup>25)</sup> 사건은 목적신탁의 실질을 인용하였으며, 이후에도 그 효력은 유지되고 있다. 위 사건에서는 주주배당금의 지급을 결의한 회사가 이를 지급할 자금이 충분하지 않자 투자기관으로부터 배당금 지급에 사용한다는 조건에서 자금을 차용하였다. 그리고 대출금은 이러한 목적을 위하여 별도로 개설된 계좌에 입금되었는데, 배당금이 지급되기 전 위 회사는 청산 절차에 들어갔다. 법원은 위 대출이 배당금지급을 위한 신탁을 발생시키고, 대주는 그 자금이 당해 목적에 사용되는지에 대한 형평법상의 권리를 가진다고 보았다. 그리고 그 목적의 실현이 불가능하게 되었으므로, 이제 그 자금은 복귀신탁에 의하여 대주에게 귀속된다고 판단하였다.

이 사건에서는 배당금의 지급을 목적으로 하는 신탁이 사적목적신탁으로서 유효한지 여부에 대하여는 직접 실시하지 않았으며, 신탁의 강제가능성 여부가 그 결론에 영향을 미치지 않는다고 보았다. 오히려 법원은 신탁의 유효성을 판단함에 있어 사실상의 수익자, 즉 특정 목적을 위하여 자금을 제공하는 채권자의 존재로 충분하다고 판단한 것으로 보인다.<sup>26)</sup> 그리고 이러한 법리는 이후에도 유지되고 있다.

- 위 신탁의 구조를 일반화하면 다음과 같다. 즉 P가 R에게 특정한 목적을 위하여 금전을 제공하기로 하고 R이 이에 대해 수익권을 가지지 않기로 합의한 경우, P는 R이 그 금전을 다른 용도로 사용하는 것을 저지할 권리를 가지며, 그 금전은 R이 도산하는 경우 그 일반채권자의 책임재산이 되지 않는다.<sup>27)</sup> 제1차 신탁은 명시된 목적이 실현된 때 소멸하고, 이 경우 제2차 신탁

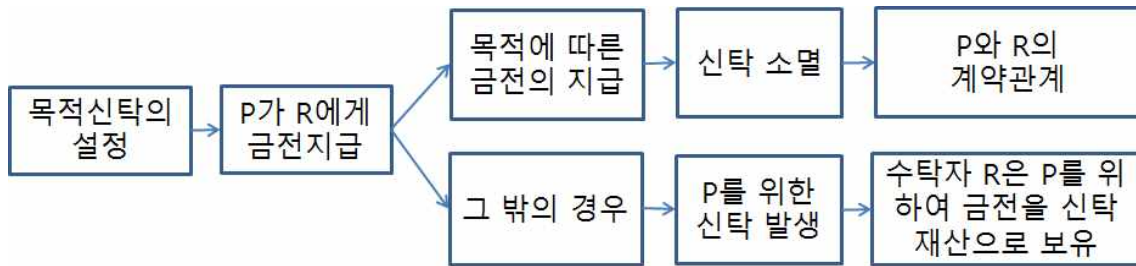
24) Kennedy, English and offshore purpose trust: a comparative study, Trust & Trustee Magazine, September 2005, p.4.

25) [1970] A.C. 567.

26) 그래서 Carreras Rothmans Ltd. V Freeman Mathews Treasure Ltd [1985] Ch. 207, 222는 Quistclose와 같은 사례들에서 신탁을 설정하게 되는 특별한 목적의 실현으로부터 이익을 얻는 사람이 강제할 수 있는 권리를 가지는지 여부는 전혀 고려되지 않았고, 따라서 그러한 사람들의 강제가능한 권리의 존부는 신탁의 존재에 결정적인 것으로 취급되지 않았다고 단정하기도 한다.

27) Re EVTR [1987] BCLC 646; Twinsectra Ltd v Yardley [2000] W.T.L.R. 527 (C.A.).

의 문제는 발생하지 않으며, 그 금전은 R의 P에 대한 단순한 채무로 남거나 증여로 취급된다. 그러나 목적이 실현되지 않으면 P를 위한 제2차 신탁이 발생하며, 이때 그것이 명시적인 신탁인지 아니면 복귀신탁인지는 문제되지 않는다.



[ 그림 3 ]

### (3) 목적의 확정성(certainty)과의 관계

○ 신탁의 효력요건으로서의 세 가지 확정성(three certainties) 중 하나인 신탁목적의 확정성도 비자선 목적신탁을 무효로 보는 근거로 제시되어왔다.

－ 사실 수익자원칙의 선구적 판결로 일컬어지는 *Morice v Bishop of Durham* 사건은 앞서 살펴본 것처럼 신탁목적의 불확정성과 보다 밀접한 관련이 있다. 그리고 *Re Shaw* 사건<sup>28)</sup>에서 Bernard Shaw는 40자가 넘지 않는 새로운 철자(그중 적어도 14개는 모음이어야 한다)에 관한 연구를 증진하기 위한 목적으로 유언신탁을 설정하였다. 그런데 법원으로서 위탁자가 특정한 철자를 지시하지 않음으로 해서 현행 철자를 채택할 것인지 여부를 결정하는 데 요구되는 통계적인 계산 자체가 너무나 큰 불확실성을 가진다고 보아 신탁을 무효라고 판단하였다.

### (4) 영구불확정금지원칙(rule against perpetuities)과의 관계

○ 영구불확정금지의 원칙은 위탁자가 영구적인 신탁을 설정하는 것을 금지한다. 이 원칙은 신탁재산에 대한 수익자의 권리가 신탁이 효력을 발생한 시점부터 일정 기간(perpetuity period)내에 절대적으로 수익자에게 귀속될 것을 요구한다. 재산이 시장의 수요에 상응하여 보다 생산적으로 유통될 수 있도록 하고, 死者의 재산에 대한 지배를 제한하여 현 세대가 현재의 필요에 따라 재산

28) [1957] 1 All ER 745.



을 활용할 수 있도록 하기 위함이다.<sup>29)</sup> 다만 자선신탁의 경우에는 이 원칙이 배제되며, 이 경우 신탁재산은 영구적으로 자선목적을 위하여 보유될 수 있다.

－ 영구불확정금지원칙은 재산적 이익을 장래에 귀속시키는데 대한 시간적인 제한으로 작동한다. 이 원칙은 재산에 대한 모든 종류의 불확정 장래권(contingent future interest)에 대해 적용되는데, 특히 신탁에서 전형적으로 문제된다. 재산 내지 재산적 이익은 신탁설정 당시의 사람이 생존한 동안 및 그 후 21년(lives in being plus 21 years)<sup>30)</sup> 이내에 귀속되어야 하고, 그 이후에도 신탁의 귀속을 받도록 설계되었다면 당해 신탁은 무효가 된다.

－ 재산의 귀속을 지나치게 장기간 미확정상태로 만드는 것을 금지하는 원칙은 영구불확정 및 적립 금지에 관한 법률(Perpetuities and Accumulations Act 1964)에 의하여 수정되었다.<sup>31)</sup> 그리고 이 법률은 2009년 11월 개정되었으며, 2010년 4월 6일부터 시행되고 있다.<sup>32)</sup> 이에 따르면, 신탁상 기간의 정함이 있는지 여부에 상관없이 125년의 불확정기간이 적용된다(동법 제5조). 기산점은 원칙적으로 신탁의 효력발생시이다(동법 제6조 제1항). 그리고 불확정기간을 넘어서도 귀속되지 않아 무효인 것으로 보이는 경우에는 관망원칙이 적용된다(동법 제7조). 따라서 당해 신탁은 실제로 불확정기간내에 신탁재산이 귀속되지 않은 때에만 무효가 된다.

○ 비자선 목적신탁은 수익자원칙에 비추어 원칙적으로 그 존속기간과 무관하게 무효이지만, 예외적으로 허용되는 유형에 있어서는 여전히 불확정금지의 원

29) Pearce/Stevens/Barr, the Law of Trusts and Equitable Obligations, 5.ed., 2010, p.487; Dukeminier/Johanson/Lindgren/Sitkoff, Wills, Trusts, and Estates, 7.ed., 2005, pp.674f.

30) 이 원칙은 Duke of Norfolk 사건(22 Eng. Rep. 931 (Ch. 1682))에서 구체화되었는데, 이 사건에서도 구체적인 시간적 한계는 제시되지 않았다. Thellusoon v. Woodford 사건(32 Eng. Rep. 1030(Ch.1805))에서는 확인가능한 사람의 생존기간이 불확정기간의 기준이 될 수 있고, 동시에 그때부터 성년이 되는 시점, 즉 21년까지 연장될 수 있다고 판시하였다. 그리고 드디어 Cadell v. Palmer 사건(6 Eng. Rep. 956 (H.L. 1832, 1833))에서는 불확정연금지원칙에 따라 허용되는 기간이 확정되었다.

31) 위탁자는 위 원칙상의 기간 대신 최장 80년까지의 불확정기간을 정할 수 있으며(동법 제1조), 위탁자가 불확정기간을 정하지 않았고 불확정금지원칙을 적용할 경우 무효가 되는 경우에는 소위 관망원칙(wait and see)이 적용되었다(동법 제3조).

32) Perpetutities and Accumulations Act 2009 (Commencement) Order 2010 제2조.

칙이 적용된다.<sup>33)</sup> 그런데 목적신탁의 경우에는 통상 불확정기간을 산정함에 있어서 기준이 되는 '신탁설정시에 생존한 사람'이 존재하지 않는다. 그래서 비자선 목적신탁을 허용한다면 영구불확정금지원칙에 반하여 신탁이 무한히 존속하게 되므로 비자선 목적신탁은 무효라고 보았던 것이다.

## 2. 미국

### (1) 수익자원칙과 그 예외

○ 영국과 마찬가지로 미국에서도 신탁이 유효하기 위해서는 수탁자가 신인의무를 지는 상대방, 즉 수익자의 존재가 요구된다. *Morice v Bishop of Durham* 사건에서 제시된 수익자원칙은 15년 뒤 미국에서도 정확히 반복되었고,<sup>34)</sup> 이후 미국의 다른 법원들도 이에 따랐다.

○ 그러나 19세기 후반 수익자원칙의 무차별적인 적용에 대한 의문이 제기되었고<sup>35)</sup> 이를 받아들인 판결들 또한 등장하면서 위 원칙을 진지하게 재검토하는 계기가 마련되었다.

－ 먼저 1935년 제1차 Restatement 제124조는 수익자원칙을 명시하였다. 그리고 제3차 Restatement 제27조에 의하면 신탁은 자선목적이나 사적목적, 혹은 양자를 위하여 설정될 수 있으며, 사적신탁은 확정가능한 수익자의 존재를 요건으로 한다. 다만 자선신탁은 유효하며 사회 전체의 대표자로서 법무부장관이 이를 강제할 수 있고, 설정자가 원하는 만큼 얼마든지 장기간 존속할 수도 있다(제3차 Restatement 제28조). 그러나 일반적으로 확정가능한 수익자가 존재하지 않는 특정한 비자선 목적신탁은 허용되지 않으며, 확정적으로 사회에 이득이 되는 것이 아니므로 법무부장관에 의해 강제될 수도 없다.<sup>36)</sup>

－ 그러나 이를 회피하는 두 가지 방법이 있다. 첫째는 소위 도의적 신탁

33) Penner, p.281.

34) *Phila. Baptist Ass'n v. Hart's Ex'rs*, 17 U.S. 1, 28 (1819).

35) Ames, *The Failure of the "Tilden Trust"*, 5 Harv. L. Rev. 389 (1892).

36) Hirsch, *Trusts for purposes: Policy, Ambiguity, and anomaly in the Uniform Laws*, Florida State University Law Review, Summer(1999), p.914.

(honorary trust)이라는 것이며, 둘째는 입법적인 조치를 통해 명시적으로 비자선 목적신탁을 허용하는 것이다.

## (2) 도의적 신탁(honorary trust)

○ 제1차 및 제2차 Restatement 제124조<sup>37)</sup>는 확정가능한 수익자가 지정되지 않은 비자선 목적신탁은 강제불가능하며, 양수인<sup>38)</sup>은 정해진 목적에 재산을 사용할 권능(power)을 가질 뿐임을 명시하였다.<sup>39)</sup>

－ 이 경우 신탁상 정해진 대로 신탁을 강제할 수익자가 존재하지 않기 때문에, 양수인은 신탁재산을 정해진 목적에 사용할 의무가 없으며 이를 강제받지도 않는다. 만약 양수인이 정해진 목적에 재산을 사용하지 않는 경우 법원은 상당한 기간을 정하고 이를 실행하도록 하고, 그렇지 않은 경우 위탁자나 그의 상속재산에 재양도할 것을 명할 수 있다.<sup>40)</sup> 그리고 판례도 이를 근거로 하여 지정된 특정 목적을 위한 도의적 신탁을 허용하였다.<sup>41)</sup>

－ 양수인은 목적을 실현할 법적 의무를 지는 것은 아니지만(그래서 ‘도의적 인’ 것이다), 비자선 목적신탁을 실행할 권능을 가진다. 양수인이 의무를 이행하지 않는 경우, 수익자와 유사한 지위를 가지는 자(예컨대 귀속권리자나 상속인 등)는 신탁의 종료를 소구할 수 있다. 그러면 복귀신탁이 발생하고, 신탁재

37) § 124. Specific Non-Charitable Purposes

Where the owner of property transfers it in trust for a specific non-charitable purpose, and there is no definite or definitely ascertainable beneficiary designated, no enforceable trust is created; but the transferee has power to apply the property to the designated purpose, unless such application is authorized or directed to be made at a time beyond the period of the rule against perpetuities, or the purpose is capricious.

38) 이 경우 본래적인 의미에서의 신탁이 존재하지 않으므로 규정 자체는 양수인(transferee)이라고 하는 표현을 사용한다.

39) 학설에 따라서는 역사적으로는 최초로 비자선 목적신탁 자체가 법적 제도로서 공식적으로 승인되었다고 평가하기도 하지만(Levy, 44 Idaho L. Rev. 814), 이 규정만으로 그렇게 평가하기는 어려울 것이다. 오히려 Hirsch, Bequests for Purposes: A Unified Teory, 56 WASH. & LEE L. Rev. 41(1999)가 지적하는 것처럼 장차 목적신탁의 맹아가 될 도의적 신탁이라고 하는 예외적인 유형을 명시한 것에 지나지 않는다고 하는 것이 정확하다.

40) cmt.b

41) Dukeminier/Johanson/Lindgren/Sitkoff, Wills, Trusts, and Estates, 7ed., 2005, p.526.

산은 위탁자나 그의 상속인에게 돌아가게 된다. 그리고 이러한 도의적 신탁은 영국에서와 마찬가지로 동물을 돌보거나, 묘역을 관리하거나, 미사를 올리는 것을 목적으로 이용되었다.<sup>42)</sup>

－ 도의적 신탁에 대해서도 영구불확정금지의 원칙이 적용된다. 신탁설정시에 생존한 사람의 사후 21년을 초과하는 경우 그 신탁은 무효이다. 그런데 가령 동물을 돌보기 위한 신탁의 경우 사람이 아닌 동물 자체는 그 기간을 산정하는 기준이 되지 못하였고, 동물에 따라서는 그보다 오랜 기간 생존하는 종류도 있어서 문제가 되었다.

### (3) 법률상의 목적신탁

○ 이후 각 州에서 신탁에 관한 입법이 이루어지면서, 도의적 신탁 내지 비자선 목적신탁도 어떠한 방식으로든 입법에 반영되었다. 예컨대 개인의 묘지를 돌보기 위한 신탁을 단순히 도의적 신탁으로 보는 것이 아니라 강제가능한 신탁으로 정한다거나, 이를 자선적인 내용으로 정의하거나, 법률이나 정해진 자에 의해 강제 가능하도록 하는 등의 방식을 동원되었다.<sup>43)</sup>

○ 무엇보다 1990년 Uniform Probate Code(UPC)의 개정과 2000년 Uniform Trust Code의 공표를 계기로 각 주법들은 세부적인 점에서는 차이가 있지만 비자선 목적의 신탁을 본래적인 의미의 신탁의 한 유형으로 입법하게 되었다.

－ UPC §2-907(1993)은 반려동물을 위한 신탁은 그 동물이 생존한 동안 유효하며, 다른 유형의 비자선 목적신탁은 21년간 유효한 것으로 정하였다. 그리고 법원으로 하여금 이전된 재산 중 정해진 용도에 필요한 정도를 상당히 초과하는 부분의 감축을 명할 수 있도록 하고, 신탁상 정해진 자 또는 신탁상 정함이 없는 때에는 법원이 지명한 자에 의하여 신탁재산의 정해진 용도가 강제될 수 있다고 정하였다.<sup>44)</sup>

42) Restatement (Second) of Trusts §124 cmt. d.

43) 상세는 Hirsch, Delaware unifies the Law of Charitable and Noncharitable Purpose Trusts, Estate Planning, November(2009), p.15.

○ Uniform Trust Code(UTC)도 UPC와 유사하게 도의적 신탁을 명문화하여 동물을 돌보기 위한 신탁과 그 밖의 비자선 목적신탁에 관하여 명시하고 있다.<sup>45)</sup> 권능에 지나지 않는 보통법상의 도의적 신탁과 달리, 이들 규정에 의한 신탁은 유효하고 또한 강제가능하다.<sup>46)</sup>

- UTC 제408조 [동물을 돌보기 위한 신탁] (a) 위탁자가 생존한 동안 살아 있는 동물을 돌보기 위하여 신탁을 설정할 수 있다. 신탁은 동물의 사망시에 종료한다. 신탁이 위탁자가 생존한 동안 다수의 살아 있는 동물을 돌보기 위하여 설정된 경우에는 마지막으로 동물이 사망한 때 종료한다.

(b) 본조에 의한 신탁은 신탁상 지정된 자, 지정되지 않은 경우에는 법원에 의해 지정된 자에 의하여 강제될 수 있다. 그 동물의 보호에 이해가 있는 자는 신탁을 강제할 자의 지정이나 지정된 자의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

(c) 본 조에 의한 신탁의 재산은 정해진 용도에만 사용될 수 있다. 단 신탁 재산의 가치가 정해진 용도에 필요한 범위를 넘는다고 법원에 결정한 경우에는 그러하지 아니하다. 신탁상 달리 정한바가 없으면, 정해진 용도에 필요하지 않는 재산은 위탁자가 생존한 때에는 위탁자에게, 그 밖의 경우에는 위탁자의 상속인에게 배분되어야 한다.

- UTC 제409조 [확정가능한 수익자가 없는 비자선신탁] 제408조 또는 다른 법률규정에 의하는 외에는 다음에 의한다;

(1) 신탁은 확정된 또는 확정가능한 수익자가 없는 비자선 목적을 위하여 또는 수탁자에 의해 선택된 그 밖의 비자선적인 유효한 목적을 위하여 설정될

---

44) 반려동물신탁의 설정은 여타의 신탁과 마찬가지로 생전신탁이나 유언신탁 어떠한 방식으로든 설정될 수 있으며, 생전신탁의 경우 반려동물을 돌보기 위한 목적의 신탁재산은 별도로 관리되다가 위탁자의 사망이나 요후견상태가 발생한 때 그 재산으로부터 동물을 돌보는 데 필요한 비용 등이 지급되는 형태로 운용된다. 상세는 아래 IV.3. 참조.

45) 이에 따라 UTC를 채용한 Kansas, Maine, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Mexico, Tennessee, Utah, Wyoming, District of Columbia 등도 이러한 유형의 비자선 목적신탁을 법률상 허용하게 되었다.

46) UTC 제408조 cmt.

수 있다. 이 신탁은 [21년]<sup>47)</sup> 이상 강제될 수 없다.

(2) 본조에 의한 신탁은 신탁상 지정된 자, 지정되지 않은 경우에는 법원에 의해 지정된 자에 의하여 강제될 수 있다.

(3) 본 조에 의한 신탁의 재산은 정해진 용도에만 사용될 수 있다. 단 신탁 재산의 가치가 정해진 용도에 필요한 범위를 넘는다고 법원에 결정한 경우에는 그러하지 아니하다. 신탁상 달리 정한바가 없으면, 정해진 용도에 필요하지 않는 재산은 위탁자가 생존한 때에는 위탁자에게, 그밖의 경우에는 위탁자의 상속인에게 배분되어야 한다.

－ UTC 제408조는 도의적 신탁의 특정 유형인 동물을 돌보기 위한 신탁을 정하고 그 요건을 명확히 하였다. 이 신탁은 동물이 살아있는 동안 존속할 수 있는데, 위탁자 사망 전이라면 이후에 다른 동물이 수익자로서 추가될 수 있으며, 신탁설정시에 태어나지는 않았더라도 임신상태에 있을 때에는 역시 가능하다. 보통법상 동물을 돌보기 위한 신탁이나 비자선 목적으로 설정된 확정가능한 수익자가 없는 신탁은, 수탁자의 의무를 강제할 권능을 가지는 자가 없기 때문에 강제불가능하였다. 그러나 UTC 제408조 및 제409조에 의하면, 신탁상 지명된 자 또는 지명된 자가 없는 때에는 법원이 지명한 자에 의하여 강제가능하다. 그리고 동물신탁의 경우 동물의 보호에 이해를 가진 자는 법원에 신탁의 강제할 수 있는 자의 지명을 청구할 수 있다.<sup>48)</sup>

－ 신탁재산이 정해진 목적에 필요한 범위를 넘는다고 법원이 판단하였으나 신탁상 그 귀속에 관하여 정함이 없는 경우, 통상 위탁자 또는 위탁자의 상속인을 위한 복귀신탁이 발생한다. 선택된 수단이 특히 비효율적이라면 동물을 돌보기 위한 신탁은 또한 수탁자나 법원에 의하여 UTC 제414조에 따라 종료될 수 있다. 이때 수탁자나 법원은 신탁목적 실현하기 위한 대체적인 수단을 제시하여야 한다(제414조(c)).

－ UTC 제409조는 일반적인 비자선 목적을 위한 신탁과 동물신탁을 제외한 특정 비자선 목적신탁을 규정한다. 가령 수탁자가 선택하는 박애의 대상을 위

47) 각 州에서 다른 시간적인 제한을 선택할 수 있도록 [ ]표시를 사용하고 있다.

48) UTC 제408조 cmt.

해 유산인 금전을 사용하도록 하는 경우가 전자에 해당하며, 묘역지를 돌보는 데 사용하도록 하는 경우가 후자에 해당한다. 이러한 신탁은 최대한 21년간 강제가능한데, UTC는 21년 후에도 신탁을 무효로 하지 않고 다만 강제할 수 없다고만 선언하고 있다. 하지만 법원은 청구가 있는 때 신탁이 무효를 선언하고 신탁상 정한 바에 따라서 재산의 귀속을 정하게 될 것이다.

○ 제3차 Restatement 제47조 제1항은 종래 도의적 신탁을 규정하고, 제2항은 비자선 목적신탁의 효력을 인정하고 있다. 특정 비자선 목적을 위한 신탁의 경우 양수인은 수탁자로서 정해진 또는 통상 21년을 넘지 않는 상당한 기간동안 재산을 정해진 목적에 사용할 권능을 가지며, 그 권능이 행사되지 않거나 재산이 필요한 범위를 초과하는 경우에는 복귀신탁이 발생하는 것이다.

－ 제3차 Restatement 제47조 비자선 목적을 위한 신탁 (1) 재산의 소유자가 자선목적에 제한되지 않은 무제한 혹은 일반적인 목적을 위하여 신탁상 이전하는 경우, 양수인은 이를 배분하거나 그러한 목적을 위해 재산을 사용할 의무가 아닌 권능을 가지고 수탁자로서 그 재산을 보유한다. 그 권능이 행사되지 않는 경우 수탁자는 재산을 법에 암시된 장래에 복귀할 수익자를 위하여 그 재산을 보유한다.

(2) 재산의 소유자가 특정한 비자선 목적을 위하여 신탁상 재산을 이전하고 한정된 또는 확정가능한 수익자가 지정되지 않은 경우, 양수인은 그 재산을 상당한 기간 안에, 통상 21년이 넘지 않게, 지정된 목적에 그 재산을 사용할 권능을 가진 수탁자로서 그 재산을 보유한다. 그 권능이 행사되지 않으면 또는 그 재산이 목적에 필요한 상당 이상을 넘는 때에는 수탁자는 그 재산 또는 잉여를 법에 암시된 장래에 복귀할 수익자를 위하여 보유한다.

○ 위 입법모델의 영향을 받아, 현재 30개 주가 종래 도의적 신탁법리 대신 모든 종류의 비자선 목적신탁의 효력을 인정하고, 11개 주가 도의적 신탁법리를 유지하면서도 반려동물의 생존동안 이를 돌보기 위한 신탁을 허용한다. 그리고 이들 주법들은 대체적으로 UPC나 UTC의 정한 바를 따르고 있는 반면, 9개 주는 묘지를 관리하는 목적이 아닌 한 어떠한 비자선 목적을 위한 신탁도

인정하지 않는다.<sup>49)</sup> 이처럼 비자선 목적신탁과 관련하여 그 목적을 제한하는 입법유형이 있는가 하면, 그 존속기간을 제한하는 입법유형도 있다. 불확정기간인 21년을 강제하는 주법이 있는<sup>50)</sup> 반면, 비자선 목적을 실현하기 위하여 필요한 기간동안 계속 존속할 수 있도록 허용하는 주법도 있다.<sup>51)</sup>

- 미국 내에서도 목적신탁에 관한 입법의 스펙트럼은 매우 넓은데, 그중 가장 진보적인 극단에 속하는 예로 Delaware 신탁법을 들 수 있다. Delaware의 경우 1995년에 선구적으로 영구불확정원칙을 폐기하였으며, 세대를 뛰어넘는 재산이전에 대한 세금을 회피하는 기능의 dynasty trust를 입법하였고, 1997년에는 자산보호목적의 낭비자신탁법의 혁명을 가져왔고, 2005년에는 법을 개정하여 생존배우자의 상속권을 박탈하는 자산보호신탁을 허용하였다. 또한 2008년에는 미국 내 신탁입법 경쟁에 새로운 장을 열었는데, Delaware를 비자선 목적신탁을 설정하는 창구로 만들기 위한 입법을 단행하였다.<sup>52)</sup> 비록 연방세법상의 차이는 남아있지만, 실체법을 통합함으로써 비자선 목적신탁과 자선신탁을 동일하게 규율하였다. 즉 비자선 목적신탁신탁을 강제가능하게 할 뿐만 아니라 그 시간적인 제한도 두지 않았다.<sup>53)</sup> 동시에 목적신탁에 적용되던 최근사원칙(cy-près doctrine)을 비자선 목적신탁으로 확대하였으며, 위탁자로 하여금 비자선 목적신탁 뿐만 아니라 자선신탁의 경우에도 이를 강제할 수 있는 자, 소위 신탁보호자(trust protector)를 정할 수 있도록 함으로써 자선신탁에 대하여도 전문적이고 적극적인 신탁감독을 가능하게 하였다.

- Delaware를 포함하여 각 주들이 종래 법리와는 다른 획기적인 입법을 하는 이유는 무엇보다 금융자산의 관리를 위한 수단으로 목적신탁과 같은 유형에 대한 수요가 증가하고 있다는 점을 들 수 있다. 즉 자산 보호(asset protection)의 관점에서, 수익자에 의한 간섭 없이 위탁자나 수탁자로부터

---

49) Hirsch, Delaware Unifies the Law of Charitable and Noncharitable purpose Trusts, Estate Planning, November(2009), 16.

50) ARK. CODE ANN. §28-73-409.

51) IDAHO CODE ANN. §15-7-601.

52) Hirsch, Delaware Unifies the Law of Charitable and Noncharitable purpose Trusts, Estate Planning, November(2009), 14.

53) 그리고 이러한 입법태도는 Wyoming, Idaho, Maine, New Hampshire, North Dakota, South Dakota도 동일하다.



독립된 재산을 창출하고 이를 위탁자가 설정한 목적에 구속되도록 하는 것이다. 그리고 이러한 수요에 상응하는 법제도를 제공함으로써 신탁사업에서 우위를 점하고자 하는 각 주들의 경제적인 요인이 중요한 역할을 하는 것으로 보인다.<sup>54)</sup>

### 3. 일본

#### (1) 신탁법상 규정방식

##### ○ 목적신탁의 허용 여부

— 종래 구신탁법 하에서는 수익자의 정함이 없는 신탁은 공익신탁이 아닌 한 인정되지 않는 것으로 해석되었다.<sup>55)</sup> 그러나 2007년 9월30일부터 시행된 일본의 개정신탁법은 일정한 제한 하에서 목적신탁을 인정하고 있다. 개정과정에서는 종래와 같이 인정하지 않는 안과 일정기간 동안 인정하는 안이 제안되었으며<sup>56)</sup>, 목적신탁에 대한 학설상의 반대나 의문도 없지 않았다.<sup>57)</sup> 그런데 신탁과 유사한 기능을 하는 법인제도의 경우 공익법인이나 영리법인 외에도 공익목적은 아니지만 사원에 대한 잉여금의 배분을 목적으로 하지 않는 비영리업무를 행하는 중간법인이 존재한다. 이러한 중간법인은 목적신탁과 유사한 기능을 하는바, 중간재단이 인정되는 한 목적신탁을 인정하지 않을 이유가 없으며, 법인을 설립하는 것보다 용이하게 동일한 기능을 수행할 수 있도록 하는 것이 합리적이라고 보았다. 또한 민간자금을 도입한 비영리활동의 기초제공, 그리고 자산유동화목적상의 유용성이라고 하는 관점에서 목적신탁을 허용하게 되었다.

다만 남용의 위험을 차단하고 신탁에 대한 감시, 감독을 확보하기 위하여 존속기간을 제한하고 위탁자의 권리를 강화하는 한에서 목적신탁의 유효성을 일반적으로 승인하였다. 그리고 목적신탁이 집행면탈을 위하여 이용되는 경우에는 사해신탁 일반법리에 의할 것이다.<sup>58)</sup>

54) Langbein, The Contractarian Basis of the Law of Trusts, 105 Yale L. J. 632 (1995);

Hirsch, Fear not the Asset Protection Trust, 27 Cardozo L. Rev. 2687 (2006).

55) 新井誠, 信託法 第3版, 2008, 400면.

56) 개정과정에 관한 설명은 최수정, 일본신탁법, 2007, 224면.

57) 이에 관한 개관은 新井誠, 信託法 第3版, 2008, 401면.

58) 상세한 논의는 法制審議會信託法部會 제10회회의 의사록 참조.

- 일본신탁법 제2조는 신탁을 특정인이 일정한 목적에 따라 재산의 관리, 처분 그 외 당해 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하는 것으로 정의하지만, 이후의 규정들은 수익자신탁을 전제하고 있다. 그리고 실체법적인 규율내용의 마지막 부분인 제11장에서 수익자의 정함이 없는 신탁에 관한 특례를 정함으로써 목적신탁을 특수취급하고 있다. 이와 더불어 목적신탁에 관한 경과규정을 두어, 학술, 기예, 자선, 제사, 종교 그 밖의 공익을 목적으로 하는 경우를 제외하고, 별도 법률에서 정한 날까지는 시행령에서 정한 법인 이외의 자는 수탁자가 될 수 없도록 하였다(부칙 제3항). 그리고 신탁법시행령 제3조는 국가, 지방공공단체 또는 재산적 기초 및 인적 구성을 가진 법인만이 수탁자가 될 수 있도록 제한하고 있다.

#### ○ 신탁의 설정과 효과

- 수익자의 정함이 없는 비공익목적신탁은 계약 또는 유언에 의하여 설정할 수 있으며(제258조 제1항), 신탁선언의 방법에 의할 수 없다. 그리고 목적신탁은 수탁자를 감독할 수익자가 존재하지 않으므로, 그 역할을 담당할 자가 필요하게 된다. 그래서 신탁계약에 의한 목적신탁에 있어서 위탁자가 수탁자에 대한 감시, 감독에 대한 권리를 가지도록 하고, 신탁계약이나 신탁변경에 의하여 달리 정할 수 없도록 한다(제260조 제1항).

- 위탁자는 신탁상 신탁관리인을 정할 수 있고, 그러한 정함이 없거나 지명된 자가 신탁관리인이 되지 않거나 될 수 없는 때에는 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 신탁관리인을 선임할 수 있다(제123조). 이러한 신탁관리인은 신탁목적의 달성을 위하여 자신의 이름으로 수익자의 권리에 관한 재판상, 재판외의 모든 행위를 할 수 있다(제261조 제1항, 제125조 제1항).

- 유언에 의한 목적신탁에 있어서는 신탁관리인의 존재가 필수적이다. 유언에서 신탁관리인을 지정하는 정함을 두어야 하며(제258조 제4항), 만약 유언에서 정하고 있지 않은 때에는 유언집행자가 선임하여야 하고(제258조 제5항), 유언집행자가 정해져 있지 않거나 지정된 유언집행자가 신탁관리인을 선임하

지 않는 때에는 이해관계인의 청구에 의해 법원이 선임할 수 있다(제258조 제6항). 만약 신탁관리인이 없는 상태가 1년간 계속된 때에는 신탁은 종료한다(신탁법 제258조 제8항).

－ 하지만 어떠한 목적신탁도 그 존속기간은 20년을 초과할 수 없다(신탁법 제259조).<sup>59)</sup> 비공익목적에서 영구히 재산의 처분이 불가능한 신탁을 설정하는 것은 물자의 유통을 해하여 국민경제상의 이익에 반한다고 보아 그 기간을 제한한 것이다.<sup>60)</sup> 다만 이에 대하여는 산업정책 또는 문화정책상 기간한정의 권리로 구성된 특허권, 저작권 등에 대하여 동일하게 판단할 수 없으며, 이들 권리에 관하여는 보다 장기간의 목적신탁이 가능하게 할 필요가 있다는 지적도 있다.<sup>61)</sup>

## (2) 목적신탁의 활용가능성

○ 신탁법 개정을 계기로 목적신탁의 다양한 활용방안이 제시되고 있다.

－ 신탁법개정 과정에서 목적신탁의 허용 여부에 관하여 견해가 나뉘었지만, 자선신탁의 대체적 기능, 자산유동화 스킴의 가능성, 공익신탁에 해당하지 않는 비영리신탁의 활용, 민간자금을 활용한 volunteer 활동의 기초 등 그 잠재적 가치에 대한 기대감에서 이를 허용하기로 한 점에서<sup>62)</sup> 그 활용가능성을 읽을 수 있다.

－ 학설은 영미에서와 같이 실질적인 수급자가 권리능력이 없는 자인 경우를 든다. 특정 동물을 사육하는 것을 목적으로 하는 신탁, 자신의 주거를 사후에도 기념관처럼 관리하는 것을 목적으로 하는 신탁, 자신의 사후 고인과 그 가족을 위하여 묘지의 관리와 제사를 목적으로 하는 신탁이 언급된다.

59) 신탁법 개정과정에서는 목적신탁의 기간을 제한함에 있어 유동화의 주된 대상이 주택론채권이고 통상 주택론이 30년인 것에 비추어 20년 정도가 적절하고, 일반거래에서 20년 이상은 거의 없다는 점에서 20년으로 정하였다, 法制審議會信託法部會 제25회회의 의사록 참조.

60) 법무성민사국참사관실, 신탁법개정요강시안보족설명 제69 참조.

61) 寺本振透, 解説新信託法, 2007, 300면.

62) 法制審議會信託法部會 제20회회의 의사록 참조.

－ 신탁목적이 공익이라고는 할 수 없는 경우로서는, 특정 기업의 발전에 공이 있는 사람에게 장려금을 지급하는 것을 목적으로 하는 신탁, 경제단체나 업계단체 등이 일정한 자금을 출연하여 우수한 기술이나 아이디어를 낸 모체기업 등을 지원하는 것을 목적으로 하는 신탁, 지역사회에서 복지, 개호, 방법이나 경비, 환경보전을 지원하는 신탁, 공익신탁으로 설정되지 않은 공익적인 신탁, 그리고 기업의 사회적 책임활동의 한 방법으로서의 이용도 거론된다.<sup>63)</sup>

－ 또한 자산유동화에서 자산이 그 지분권자의 도산이나 계약위반 등으로부터 영향을 받는 것을 방지하기 위한 수단이 될 수 있으며, 특허권이나 저작권의 경우 이들 권리에 의하여 보호되는 기술을 다른 사람들이 널리 이용할 수 있도록 하기 위해서는 권리 자체를 포기하기 보다는 그 권리를 유지하면서도 특정한 수익자를 지정하지 않는 방식으로 목적신탁을 설정하는 것이 의미를 가질 수 있다.<sup>64)</sup>

－ 한편 목적신탁을 현실적으로 이용함에 있어서 과세를 회피하기 위한 목적으로 이용되는 것을 방지하기 위해서는 어떠한 과세방식이 적절한지에 관한 계속적인 의논이 필요하다는 지적이 있다. 예컨대 목적신탁 설정시에 자산의 이전에 대한 과세 여부, 신탁계속 중 위탁자에 대한 과세 여부 등에 관한 충분한 의논과 해결이 요청된다.<sup>65)</sup>

○ 목적신탁의 사업성과 관련하여서는 일본에서도 다양한 가능성을 토대로 상품개발을 계속 검토 중인 것으로 보인다.<sup>66)</sup>

#### 4. 역외신탁에서의 목적신탁

##### (1) 의의

---

63) 新井誠, 406면 이하.

64) 能見善久, 現代信託法, 2004, 287면.

65) 寺本振透, 解説新信託法, 2007, 301면.

66) 가령 일본 신탁협회의 池田회장은 취임기자회견에서부터 상품개발을 약속하였으며, 이후 정기기자회견에서도 그 추진에 대해 거듭 언급하고 있다, [www.shintaku-kyokai.or.jp/news](http://www.shintaku-kyokai.or.jp/news) 참조.

○ 역외금융센터(offshore finance center)라는 개념에 대한 보편적인 정의는 없으나, 통상 비거주 역외 기업에 특화된 상업 내지 금융 서비스를 제공하는 낮은 세금의 규모가 작은 관할(Jurisdiction)을 가리킨다.<sup>67)</sup> 역외금융센터에 해당하는 국가들에서 신탁제도는 중요한 산업의 하나이다. 종래에는 주요 보통법 국가들의 부자들이 자산을 보호하고 상속을 회피하기 위한 목적으로 이용하였으나, 근자에는 전 세계에서 자산보호의 중요한 기술의 하나로 인식되고 있다.

○ 이들 국가에서 인정하는 소위 역외신탁(offshore trust)은 전통적인 신탁개념에 중대한 변화를 시도해왔다.

－ 그중 하나는 영미에서의 수익자원칙에 관한 것으로, 오랫동안 무효로 인정되었던 비자선 목적신탁을 유효로 취급하는 것이다. 영국과 달리 미국은 각 주에서 입법을 통하여 목적신탁을 승인하고 있지만, 여전히 역외관할에서보다는 제한적이다. 가령 UTC §408는 동물을 위한 신탁에 관하여 규정하고 있는데, 역외신탁은 애완동물에 관해서는 전혀 언급이 없으며, 목적신탁에 관하여 보다 넓고 유연한 규정을 가지고 있다. 그래서 일반적으로 역외신탁은 과세 관련한 개인적인 수요뿐 아니라, 종종 mutual fund인 unit trust로서, 자본시장이나 금융거래에서 orphan structure로, 때로 국제적인 비정부조직체가 역외신탁으로 설정, 이용되기도 한다.<sup>68)</sup>

－ 그렇다면 이들 역외신탁의 구조와 이용형태는 목적신탁의 활용 및 구체적인 비즈니스모델을 찾는 데 있어서 유용한 기준이 될 수 있을 것이다. 이하에서는 역외신탁의 주요 모델과 그 활용실태를 살펴본다.

## (2) Jersey

### ○ 목적신탁의 설정과 효력

---

67) 2007년도 IMF의 보고서에 의하면 역외금융센터(OFC)는 비거주자에 대하여 자국 경제나 금융규모에 어울리지 않는 규모의 금융서비스를 제공하는 국가 또는 관할이라고 한다, Zoremé, IMF Working Paper/07/87). 이에 대하여는 조세천국(tax haven)이라는 보다 모호한 표현도 사용되지만 두 개념의 혼란을 초래하는 것이 사실이다.

68) 가령 국제크리켓회의(International Cricket Council)가 British Virgin Islands에서 설정되었다.

- 1984년 Jersey 신탁법 Article 11(2)(a)(iv)는 전통적인 수익자원칙을 입법화하여, “신탁은 자선목적이 아니면서 수익자가 존재하지 않는 방식으로 일정한 목적을 위하여 설정된 경우에는 무효”임을 명시하였다.<sup>69)</sup> 그러나 1996년 신탁법개정에서 비자선 목적신탁의 효력을 인정하기 위한 방안으로 새로운 규정을 신설하였다. Article 12에 의하면 “신탁상 비자선 목적에 관하여 강제인의 지명 및 강제인이 존재하지 않는 경우 새로운 강제인의 지명에 대하여 정함이 있는 때에는, 당해 신탁은 Article 11(2)(a)(iv)에 의하여 무효가 되지 않는다.”<sup>70)</sup> Jersey 신탁법상 강제인의 정함이 있으면 목적신탁도 유효인 것이다.<sup>71)</sup>

- 최근 2012년 신탁법개정(Trusts (Amendment No.5) (Jersey) Law 2012)에서는 비자선 목적신탁을 설정함에 있어서 ‘목적’의 범위를 명시하였다. 그리고 수탁자의 보수와 보호를 포함한 법률의 개선과 외국인에 의해 설정된 Jersey 신탁에 대하여 자국법의 적용을 확대하는 등 저촉법 원칙을 명확히 함으로써 외국의 위탁자가 Jersey 신탁법을 이용할 유인들을 제공하고자 하였다.<sup>72)</sup>

- Articles 2, 11(2)(a)(iv), 12의 정의에 의하면, 유효한 비자선 목적신탁에 있어서 ‘목적’은 그 어떤 것이든 가능하며, 어떠한 이익을 그 누군가에게 이전하는지 여부, 또는 제한 없는 재산의 취득, 보유, 운용이나 처분 그리고 행사를 포함하여 신탁의 원본과 수입을 사용하거나 사용할 수 있는지 여부는 상관

69) "...a trust shall be invalid to the extent that it is created for a purpose in relation to which there is no beneficiary, not being a charitable purpose."

70) "A trust shall not be invalid to any extent by reason of Article 11(2)(a)(iv) if the terms of the trust provide for the appointment of an enforcer in relation to its non-charitable purposes, and for the appointment of a new enforcer at any time when there is none."

71) Guernsey에서는 2007년 새로운 신탁법이 제정되었고 2008년 3월부터 시행되었다. 신탁법은 목적신탁을 허용하는데, 그 일반적인 원칙은 Jersey의 신탁법과 유사하다. 다만 Guernsey의 신탁법은 수익자신탁, 자선목적신탁 및 비자선 목적신탁의 조합을 허용한다. 그리고 목적의 개념을 매우 넓게 규정함으로써, 가령 신탁이 단순히 특정 회사에 주식을 보유시키기 위한 목적만으로도 설정될 수 있도록 한다. 그리고 강제인은 신탁목적에 강제할 신인의무(fiduciary duty)를 부담하며, 신탁목적이나 수탁자와 관련하여 직접 법원에 청구권을 가진다.

72) Hayton, Trusts (Amendment No.5) (Jersey) Law 2012, Private Client Business, 2012.9, p.102.

이 없다.<sup>73)</sup> 목적의 범위에 대한 명시적인 기준이 없었던 때에는 가령 재산의 보유나 운용은 정해진 목적을 달성하기 위한 과정이지 목적 그 자체라고 할 수 있는지에 대해서는 의문이 있었다. 자선목적신탁의 경우 수입은 공공의 이익이라고 하는 목적을 위하여 사용되므로 전적으로 유효인 것에 비추어, 비자선 목적신탁에서도 수입이 사적목적의 실현에 사용되어야 한다고 해석될 여지가 있었다. 그러나 위 개념정의에 따르면 투자나 주식의 보유가 신탁의 유효한 목적이 될 수 있는 것이다.

－ 목적신탁을 설정함에 있어서 특별한 형식은 요구되지 않으며, Jersey에서 등기되거나 신탁서류가 등록되어야 하는 것도 아니다. 수탁자가 Jersey에 거주하여야 하는 것도 아니다. 다만 신탁목적은 신탁상 명시되어야 한다. 그리고 모든 목적신탁은 수탁자 아닌 자를 강제인으로 두어야 하며, 강제인은 개인이거나 회사일 수도 있다. 강제인은 수익자와 마찬가지로 신탁을 감독하며, 수탁자와 마찬가지로 원칙적으로 신탁으로부터 이익을 취할 수 없다. 수탁자는 강제인이 없게 되는 경우 새로운 강제인을 지명하기 위하여 필요한 조치를 취할 의무가 있으며, 강제인이 적절하지 않다고 판단되는 경우 그 해임을 청구할 의무가 있다. 그리고 강제인은 사임할 수 있으며, 이때 수탁자에 대한 통지가 요건이 된다(Article 14).

－ 한편 신탁은 무제한 존속할 수 있으며(Article 15), 정해진 존속기간이 도래한 때에는 신탁재산은 지정된 자에게 또는 자선을 위하여 귀속될 수 있다. 그리고 자선목적이나 비자선 목적을 위한 신탁에 있어서 그 목적이 존재하지 않게 되는 경우, 최근사원칙이 적용된다. 즉 법원은 수탁자나 법무부장관의 청구에 의하여 그 신탁재산 또는 잔여재산이 위탁자의 원래의 의사에 합치한다고 판단되는 자선목적 또는 비자선 목적을 위하여 보유될 것을 명할 수 있다(Article 47A).

---

73) "any purpose whatsoever, whether or not—

(a) involving the conferral of any benefit on any person; or  
(b) consuming or capable of consuming the income or capital of the trust, including without limitation the acquisition, holding, ownership, management or disposal of property and the exercise of functions."

### ○ 목적신탁의 활용

- 비자선 목적신탁은 다양하게 이용될 수 있는데, 상거래와 관련하여 제3자로 하여금 직접 수익은 하지 않으면서 정해진 목적을 위하여 자산을 보유하도록 할 필요가 있는 때 그러하다. 가령 신탁은 전형적으로 자산유동화 방법으로 이용되는데, 이때 목적신탁의 형태로도 설정된다. 일반적으로 SPV의 신탁선언에 의하여 설정되는데, 종종 SPV 거래는 큰 이익을 남기지 않기도 하지만, 사무처리에 필요한 비용을 충당하고 남는 부분은 수익자에게 귀속시키거나 자선 목적으로 사용하도록 설계된다. 이때 자선목적 대신 목적신탁이 설정되기도 한다.

또한 상거래에 있어서 SPV의 주식을 보유하거나, 개인적으로 주식을 개별 신탁회사(private trust company)를 통해 보유하는 경우이다. 특히 Jersey는 SPV를 위한 역외센터로 종종 이용되는데, 여기에는 세제가 중요한 요인이 된다. 목적신탁은 Jersey에서 완전히 면세가 되는데, 수탁자가 Jersey에 거주하는지 여부에 상관없이, 그리고 신탁기간 동안에도 또한 종료시에도 그러하다.

### (3) British Virgin Islands

○ BVI의 경우, 신탁관련 기본법인 Trustee Ordinance Act, 1961은 1993년 Trustee (Amendment) Act로 개정되면서 전통적인 보통법 법리와는 다른 시도들을 하였다. 예컨대 100년의 영구불확정기간, 영구불확정금지원칙 위반으로 인하여 신탁이 무효가 되는 것을 피하기 위한 관망원칙(wait and see rule), 목적신탁의 허용, 보호자(protector)에 대한 법적 규율 등을 도입하였다.

- 동법 제84조에 의하면 자선목적 여부에 상관없이 특정하고 상당한 그리고 가능한 목적을 위한 신탁을 설정할 수 있으며, 그 목적은 부도덕하거나 공서에 반하거나 위법하지 않아야 한다. 목적신탁에서는 신탁을 강제할 수탁자 아닌 강제인 내지 보호자를 정하여야 하며, 강제인은 신탁을 강제할 의무와 권능을 가진다. 만약 지정된 강제인이 사망하거나 적절하지 않은 경우 수탁자는 법무부장관에게 신속하게 이 사실을 서면으로 통지하여야 하고, 법무부장관의 청구에 의하여 법원은 강제인을 지명할 수 있다. 그리고 수탁자 중 적어도 한명은



Banks and Trust Companies Act 1990에서 정한 자격을 갖춘 자여야 한다.

－ 수탁자나 강제인은 신탁목적이나 수탁자의 권능을 변경해줄 것을 청구할 수 있으며, 법원은 당사자의 청구내용이나 신탁의 실행이 전부 또는 일부가 부적절하거나 위법하거나 공서에 반하게 되는 등 여러 사정들을 고려하여 위탁자의 의사실행이 더 이상 어렵다고 판단되는 때 변경을 명할 수 있다. 그리고 신탁은 신탁의 종료사유 및 종료시 잔여재산의 처분에 관하여 정할 수 있지만, BVI에서 목적신탁은 영구히 존속할 수도 있다. 이와 더불어 소득세법규정에도 불구하고 수탁자가 취득한 소득에 대하여는 소득세가 면제되며, 거주자가 아닌 수익자는 수탁자로부터 받은 소득에 대하여 소득세가 면제된다.

○ BVI는 소위 'VISTA' 신탁이라고 하는 개념을 도입하였다. 즉 2004년 1월부터 시행된 Virgin Islands Special Trusts Act 2003은 BVI 회사에 주식을 보유하기 위한 목적만으로 신탁을 설정할 수 있도록 한다. 그리고 그 회사경영에 있어서 수탁자는 회사 사업에 대한 개입이 아니라 주식을 보유하는 것으로 그 역할이 제한된다.

#### (4) Cayman

○ Cayman은 'STAR' 신탁이라고 하는 독특한 신탁제도를 가지고 있다.<sup>74)</sup> STAR 신탁에서 신탁의 목적은 적법하며 공서에 반하지 않아야 하지만, Art.10(1)에 의해 불확실성을 이유로 무효가 되지는 않는다. 수탁자나 이해관계인에게 그 불확실성을 해소할 수 있는 권능이 수여되며, 그럼에도 불구하고 해소할 수 없는 때에는 법원에 대한 청구가 인정되기 때문이다.

－ 그리고 하나의 신탁안에 목적신탁과 수익자 신탁이 병존할 수 있다. 이 경우 수익자가 아닌 강제인에 의해 신탁이 강제되므로, 수익자는 신탁에 관하여 강제가능한 권리를 가지지 않는다. 수익자신탁의 경우 통상 위탁자는 수익자로 하여금 신탁을 강제할 권리를 가지도록 할 것이지만, 위탁자가 신탁감독을 위하여 별도로 강제인을 선임한 경우에는 위탁자의 의사에 따라서 강제인

74) 이는 Special Trusts (Alternative Regime) Law 1997에서 따온 표현인데, 현재는 신탁법(Trusts Law (Revised)) Part VIII로 들어가 있다.

에게 그 임무를 수여하는 것이다. 그리고 일반적으로 목적신탁에 있어서는 신탁의 실행을 확보하기 위하여 항상 적어도 한명의 강제인이 존재하여야 한다. 그리고 강제인은 수익자와 마찬가지로 신탁을 위하여 수탁자와 제3자에 대해 인적·물적 구제수단을 행사할 수 있지만, 신탁상 달리 정할 수 있다.

－ 수탁자 중 적어도 한사람은 Cayman에서 인가를 받은 회사여야 하며, 신탁상 필수적인 요건인 강제인은 수익자의 지위를 겸할 수도 있다. 수익자인 강제인은 신탁을 강제할 의무를 가지지 않을 수 있고, 이 경우 신탁의 강제는 전적으로 그의 선택에 달려있다. 그러므로 신탁을 강제할 의무를 부담하는 강제인이 항상 존재할 것이 요구된다. 수탁자나 강제인은 법원에 강제인의 변경 및 새로운 강제인의 선임을 청구할 수 있다.

－ STAR 신탁에 대한 한가지의 제한은 Cayman의 토지를 보유하거나 토지에 대한 어떠한 권리도 가질 수 없다는 점이다. 그러나 신탁은 영구히 존속할 수 있다. 신탁의 목적이 불가능해지거나 비현실적이 되거나, 위법 또는 공서위반이 되어 원래의 의사를 실현할 수 없게 되는 때에는 최근사원칙이 적용되어, 신탁재산은 유사한 목적에 사용될 수 있다. 또한 Cayman에서는 STAR 신탁에 과세를 하지 않는다.

○ 목적신탁은 가령 underlying 회사를 설립하는 것을 목적으로 할 수 있다. 이 경우 수탁자는 신탁재산을 그 회사의 재산으로(underlying asset) 하고 자신은 그 주식을 100% 취득하는 구조를 가지게 된다.

－ 영국에서는 Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd 사건<sup>75)</sup>에서 확립된 원칙에 따라서, 신탁재산이 회사의 주식인 경우 수탁자는 그 회사의 업무에 적극적인 역할을 하여야 하고, 그에 따른 책임을 진다. 그러나 Cayman의 STAR 신탁이나 BVI 신탁과 같은 역외신탁에서는, 수탁자를 만약의 책임으로부터 보호하기 위하여 수탁자로 하여금 주식만을 보유하도록 하고 회사에 개입할 의무를 부담시키지 않는 형태의 신탁이 가능하다. 예컨대 STAR 신탁은

---

75) (No.2) [1980] Ch 515.

hedge fund가 unit trust로서 mutual fund를 만들 때 fund manager가 자신이 투자한 회사의 회의에 참석할 의무를 면하고자 종종 이용된다. 그리고 BVI 신탁은 종종 수탁자가 채권발행 기구를 감독할 의무를 면하고자 할 때 채권발행에서 독립한 구조(orphan structure)의 한 부분으로 이용된다.

물론 역내국가에서는 이러한 특수한 신탁이 신탁의 본질을 근본적으로 잠식하므로 역내에서는 승인되어서는 안 된다는 비판도 제기된다. 그러나 신탁에 적용가능한 법과 그 승인에 관한 헤이그협약(Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition) 체약국의 경우에는 이 협약으로 인하여 법원이 목적신탁의 효력을 전면적으로 부인하기는 쉽지 않아 보인다.

#### (5) Bahama

○ Bahama는 신탁제도를 승인하고, 최고법원도 형평법원칙을 오랫동안 인정해왔다. Bahama에서 신탁을 설정하는 경우 역내에서는 신탁원본, 신탁수입, 부동산 등에 대하여 면세혜택이 있기 때문에, 신탁법의 발달은 Bahama의 지위를 국제 금융의 중심으로 끌어올렸다고 해도 과언이 아니다. 그리고 그 중심에는 수탁자법(Trustee Act, 1998)이 있다.

－ 먼저 신탁증서나 부속 서류들은 그것이 Bahama의 부동산이나 인적 재산에 관한 것이 아닌 한 별도로 등록을 요하지 않는다. 그리고 위탁자에게는 강력한 지위가 인정된다. 신탁의 효력과 무관하게, 위탁자는 넓은 범위의 권능을 유보할 수 있다. 그중 가장 중요한 것은 신탁의 철회권과 더불어 신탁으로부터 일정 재산을 회수하거나, 수탁자, 보호자(protector), 수익자의 수를 늘이거나 줄일 수 있는 권능, 수탁자에 대한 지시권과 같은 권능들이다. 이를 통하여 위탁자는 신탁이 위탁자의 의사에 따라 적절히 실행도록 확보할 수 있다. 역내신탁의 경우 위탁자가 폭넓은 권리를 유보한 때 그 효력이 부정될 수 있는 것과 대비된다.

－ 신탁상 달리 정한 바가 없으면, 수탁자는 투자와 신탁재산의 처리에 관하여 넓은 재량권을 가진다. 이점에 관하여 수탁자는 투자와 투자의 변경에 대한

완전한 권능을 가진다. 수탁자는 자신을 대신해서 그리고 신탁에 따라서 적절히 신탁재산을 투자하고 투자조언을 줄 수 있는 투자자문가 같은 전문가를 지명할 수 있다. 수탁자는 소를 제기하지 않고도 법원으로부터 조언과 지시를 얻을 수 있는 절차를 이용할 수 있다. 또한 신탁상 운영수탁자(managing trustee)나 넓은 재량권을 가진 보호자가 지정될 수 있다. 이로써 위탁자의 희망과 의사가 적절히 신탁증서에 따라서 실현될 수 있도록 한다.

○ Bahama의 영구불확정금지법(Perpetuities (Amendment) Act, 2004)은 1995년법이 종래 영구불확정금지원칙을 수정하여 그 기간을 신탁설정시 생존한 사람의 사후 21년 또는 80년으로 정할 수 있도록 한 것을 더욱 연장하였다. 비록 신탁을 영구적으로 설정할 수는 없지만, 2004년 개정법은 그 기간을 80년에서 150년으로 연장함으로써 여러 세대에 걸쳐 신탁을 존속시키면서 그에 상응하는 자산계획을 세울 수 있도록 하였다.

○ 목적신탁과 관련하여서는 별도로 목적신탁법(Purpose Trust Act 2004)을 두고 있다. 전통적으로 사적신탁은 수익자신탁이며 목적신탁은 제한적인 예외를 제외하고는 자선신탁만 인정되었으나, Bahama는 최근에 다른 역외지역과 마찬가지로 비자선 목적신탁을 인정하는 입법을 한 것이다.

－ 동법상 목적신탁은 다음의 요건을 충족하여야 한다. 첫째, 목적은 가능하고 실현할 수 있을 만큼 충분히 특정되어야 하며, 공서에 반하거나 위법하지 않아야 한다. 목적신탁은 하나 또는 다수의 목적을 위하여 설정될 수 있으며 하나 또는 다수의 개인, 기업 또는 자선목적에 위하여도 가능하다. 둘째, 신탁증서는 신탁의 종료사유를 명시하고 종료시 잔여 신탁재산의 처리에 관한 정함을 두어야 한다. 셋째, 적법한 신청자(Authorized applicants)가 존재하여야 하는데, 이는 신탁증서나 위탁자 또는 법원에 의하여 지정된 자를 말한다. 신청자는 신탁의 집행이나 신탁위반과 관련하여 법원에 청구권을 가지며, 위탁자가 달리 정하지 않은 한 정보에 대한 권리도 가진다. 물론 개인이 목적신탁으로부터 간접적으로 수익할 수는 있지만, 이들이 적법한 신청인의 지위를 반드시 가지는 것은 아니다. 그리고 영구불확정금지원칙은 목적신탁에 적용되지 않

는다.

－ 목적신탁의 가장 특징적인 점은 수익자가 존재하지 않으며, 자산관리와 상사적 용도로 다양하게 활용될 수 있다. 가령 개인 회사의 주식을 보유하는 경우, 이러한 구조에서 위탁자, 가족 구성원 등이 개인 신탁회사의 임원으로 임명될 수 있고 신탁의 운용에 관하여 일정한 책임도 진다. 그리고 자산구매나 금융거래에 있어서 구매에 금융을 제공하는 회사를 위한 담보를 제공하거나 자산 및 관련 책임이 구매자의 대차대조표에 드러나지 않도록 하는 목적으로도 이용될 수 있다.

이러한 목적신탁의 용도는 특히 신탁준거법(Trust (Choice of Governing Law) Act 1989)이 신탁과 그 위탁자를 상속법으로부터 보호함으로써 더욱 확보된다. 즉 동법은 신탁에서 Bahama법을 신탁의 준거법으로 정한 경우, 외국법의 적용을 배제하고 그 승인과 집행도 허용하지 않는다.

## 5. 유럽신탁법원칙

### (1) 의의

○ 유럽신탁법원칙(Principles of European Trust Law)은 유럽내 각종 협약이나 조약들 그리고 영미법적 배경을 가진 사람들이 설정한 가족신탁이나 상사적 신탁으로부터 영향을 받은 대륙법계 국가들에 의하여 추진되었다.<sup>76)</sup>

－ 사실 헤이그협약(Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition)은 자국내에 신탁개념을 가지고 있는지 여부와 무관하게 외국의 신탁에 대하여 효력을 인정하기 위한 공통된 국제사법원칙이다. 그러다보니 신탁의 특정 요소들이 자국법의 여러 기본적인 제도들과 일치하지 않는 것으로 보이는 때 그럼에도 불구하고 외국 신탁에 자국내에서의 효력을 수여할 수 있는지에 관하여 어려운 문제들이 발생하였다. 그래서 영미의 신탁개념을 가지고 있지 않은 대륙법계 국가들에 신탁의 정확한 개념 내지 요소를 제공하기 위하여 마련된 것이 유럽신탁법원칙이다.<sup>77)</sup> 때문에 유럽

76) Hayton, Whither trusts in the twenty-first century? Part1, Private Client Business, 2000, p.98.

신탁법원칙을 통하여 목적신탁의 설정가능성 및 그 요건을 확인해볼 수 있다.

## (2) 규정내용

○ 제1조는 신탁 자체를 정의하기 보다는 신탁의 주된 특징으로, “수탁자”로 불리는 자가 자신의 고유재산과 분리된 재산을 소유할 것, 이 재산을 “수익자”로 불리는 자를 위하여 또는 일정한 목적의 달성(the furtherance of a purpose)을 위하여 관리할 것을 정하고 있다.

－ 신탁에 기본적인 요소 중 하나는 신탁재산에 대하여 수익자에게 부담하는 수탁자의 의무인데, 목적신탁의 경우 그 목적이 자선이면 수탁자에 대한 관리감독권은 국가의 대표자, 가령 국왕을 대표하는 법무장관이나 법률상의 단체인 영국자선위원회(English Charity Commissioners)가 된다. 그러나 비자선 목적신탁은 많은 관할에서 설정될 수 없다. 다만 그러한 신탁을 허용하는 입법을 가진 관할에서는 신탁을 강제할 특정인을 선임한 때에만 설정될 수 있다.<sup>78)</sup>

○ 제4조는 수익자원칙과 함께 강제가능한 목적신탁의 요건을 정한다.

－ 동조 제1항에 의하면, 신탁을 설정함에 있어서 위탁자는 특정한 또는 특정가능한 사람을 수익자로 지정하여야 하며, 목적을 정한 때에는 강제인(enforcer)을 두어야 한다. 수탁자가 신탁재산에 관하여 타인에게 의무를 부담하지 않으면 신탁은 존재할 수 없다. 그러므로 수탁자에 대하여 신탁조항을 강제할 수 있는 권리를 가진 수익자가 존재하거나 신탁목적에 강제할 권리를 가진 지위를 가진 자가 있어야 한다. 목적신탁이 유효하려면 신탁은 자선신탁이어서 국가의 대표가 공익을 위하여 이를 강제할 수 있거나, 수탁자에 대하여 목적을 강제할 수 있는 특별한 절차를 정하는 입법에 의해 유효하게 설정된 비자선 목적신탁이어야 하는 것이다. 그렇지 않은 경우 신탁은 무효가 되고, 이제 수탁자는 위탁자를 위한 복귀신탁(resulting trust)으로서 신탁재산을 보유하게 된다. 예컨대 위탁자가 재산을 수탁자에게 이전하면서 수탁자가 보기에

77) Hayton/Kortmann/Berhagen, Principles of European Trust Law, 1999, p.11.

78) Hayton/Kortmann/Berhagen, Principles of European Trust Law, 1999, p.40.

적당히 가치 있는 목적을 위하여 보유하도록 하였다면, 이 신탁은 불확실성을 이유로 무효가 되며, 복귀신탁이 발생한다.<sup>79)</sup>

－ 수익자나 목적신탁의 신탁강제인은 자신의 이익보호에 필요하고 수탁자가 자신에게 설명할 것을 확보하기 위하여 필요한 정보에 대한 권리가 있다(동조 제3항). 그리고 수익자나 목적신탁의 강제인은 신탁내용에 대하여 사법적 강제를 구할 권리가 있다(동조 제5항).

## 6. 소결

○ 영국에서는 확고한 수익자원칙 하에 목적신탁의 효력을 부정한다. 목적신탁은 영구불확정금지원칙에 위반되며, 신탁을 강제할 확정가능한 수익자가 존재하지 않는다는 근거에서이다. 다만 자선목적신탁과 판례상 인정된 유형의 사적 목적신탁에 대한 예외가 존재할 뿐이다. 미국도 수익자원칙을 인정하는 점에서는 영국과 동일하지만, 비자선 목적신탁도 허용하는 방향으로 판례와 입법이 이루어지고 있다. 그래서 가령 반려동물신탁과 같은 유형은 이용이 확대되고 있다. 하지만 여전히 목적신탁에서 가능한 목적의 범위나 기간은 한정되고, 그 요건은 제한적이다. 개인이나 기업의 다각적인 수요에 상응하여 훨씬 더 유연하고 규제가 완화된 역외신탁을 설정하는 수요가 늘고 있으며, 각 주법들은 신탁사업을 유치하기 위하여 경쟁적으로 입법을 하고 있다. 그리고 역외관할에서 설정된 신탁을 역내에서 실행하고 과세하는 문제도 현재 쟁점이 되고 있다.

○ 역외신탁은 여러 면에서 공통점을 가진다. 신탁 관련 법률들이 동일한 취지에서 입법되었으며, 역외관할에서 입법자의 관심사도 유사하기 때문일 것이다. 그리고 역외신탁에서의 목적신탁은 종래 영미법에서의 법리에 비추어보면 파격적이다. 목적신탁에서 목적의 범위가 매우 넓으며, 그 기간 또한 실질적인 제한이 없다. 이러한 입법구조는 목적신탁을 단순히 개인적인 차원에서의 자산 보호 뿐만 아니라 기업이나 금융거래의 다양한 수요를 충족시킬 수 있다. 상이한 입법체계를 가진 나라에서 목적신탁의 이용은 차이가 있을 수밖에 없고, 역

---

79) cmt. p.48.

외신탁이 국내에서도 바로 효력을 가질 수 있는지는 의문이 있지만, 신탁의 넓은 활용가능성과 향후의 발전방향을 확인하는 데는 좋은 자료가 되는 것이 사실이다. 그렇다면 이와 같은 명시적인 규정이 없는 우리 신탁법에서 목적신탁을 어떻게 이용할 수 있는지에 대한 보다 구체적인 검토가 필요하다.

## IV. 신탁법의 해석과 적용

### 1. 신탁의 설정

#### (1) 계약과 유언에 의한 설정

○ 신탁법 제3조 제1항은 신탁설정 방법으로 계약, 유언, 신탁선언 세 가지 유형을 정하고 있다. 그런데 수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁, 즉 목적신탁은 공익신탁이 아닌 한 신탁선언에 의하여는 설정할 수 없도록 한다.

－ 신탁선언에 의하여 신탁을 설정하는 경우 위탁자는 동시에 수탁자로서 자신의 재산을 소유, 관리하게 된다. 그런데 신탁선언에 의하여 목적신탁을 설정하게 된다면, 채무자인 위탁자가 종래 자신의 채권자의 책임재산에 속하던 재산을 이제부터는 독립한 재산으로서 직접 관리하게 되고, 더욱이 신탁사무를 감독할 수익자도 존재하지 않으므로 임의로 신탁재산을 사용, 수익, 처분할 수 있다. 때문에 채무자가 집행면탈 등의 목적으로 악용할 가능성이 높아 목적신탁은 신탁선언의 방식으로는 설정할 수 없도록 한 것이다.<sup>80)</sup>

○ 신탁 일반의 존속기간에 관하여 신탁법에 아무런 정함이 없는 것과 마찬가지로, 목적신탁의 존속기간에 관하여도 정함이 없다.

－ 역사적으로 어려운 문제를 야기한 영구불확정금지원칙을 우리 신탁법이 새삼스럽게 반복할 이유도 없지만, 인위적인 기간을 임의로 정하는 것도 적절하지 않기 때문에 신탁법은 이에 관한 규정을 두지 않았다. 하지만 이러한 입

---

80) 법무부, 33면.



법태도가 영구적인 신탁설정을 허용한다는 의미는 아니다. 다양한 신탁의 유형에 따라서 그 존속기간은 얼마든지 단기 또는 장기로 정할 수 있으며, 만약 지나치게 장기간을 정함으로써 신탁재산이 과도한 제한을 받는 때에는 민법 일반원칙에 의하여 상당한 기간을 초과하는 부분의 효력이 부정될 수 있다(민법 제103조 및 제137조).

## (2) 위탁자의 권리제한의 금지

○ 위탁자의 권리에 관한 규정은 임의규정이므로 신탁행위로 위탁자의 권리를 제한할 수 있다(신탁법 제9조 제1항). 그러나 동조 제2항은 목적신탁의 경우에 예외적으로 위탁자의 권리를 신탁행위에 의하여 제한할 수 없도록 한다. 목적신탁에 있어서 위탁자는 수탁자의 감독자로서 중요한 지위에 있기 때문에, 위탁자의 권리를 제한하는 것은 타당하지 않기 때문이다.<sup>81)</sup>

## (3) 신탁관리인의 선임

### ○ 선임의 필요성

－ 구신탁법 제18조는 신탁관리인을 선임할 수 있는 사유로서 수익자가 특정되어 있지 않거나 아직 존재하지 않을 것을 요구하였다. 그러므로 목적신탁과 같이 애초에 수익자의 존재가 전제되지 않는 때에도 신탁관리인을 선임할 수 있는지가 문제되었다.

－ 그런데 수익자가 존재하지 않는 목적신탁의 경우에는 수탁자의 감독을 위하여 신탁관리인의 존재가 더욱 의미를 가진다. 그러므로 현행 신탁법 제67조 제1항은 목적신탁이나 공익신탁과 같이 수익자가 존재하지 않는 경우, 신탁상 신탁관리인이 지정되지 않은 때에는 법원이 위탁자나 이해관계인의 청구에 의하여 또는 직권으로 신탁관리인을 선임할 수 있도록 한다. 목적신탁에서는 개념상 신탁의 수익자로서 수탁자를 감독하고 신탁을 집행할 자가 존재하지 않는다는 점, 공익신탁의 경우 주무관청의 감독은 있으나 수탁자에 대한 일상적인 감독을 기대하기는 어렵다는 점에서 신탁관리인의 선임을 강제하는 것이다.<sup>82)</sup>

---

81) 법무부, 101면.

82) 법무부, 532면.

### ○ 선임방법과 절차

－ 목적신탁에 있어서 신탁관리인은 신탁이 설정된 때부터 선임되어야 하고, 법원은 이해관계인의 청구가 없는 때에도 직권으로 선임할 수 있다. 하지만 수익목적신탁의 경우 위탁자는 수탁자의 감독을 위해서도 신탁관리인을 지명하는 것이 일반적이며, 법원은 개개의 신탁에 대한 내용을 자세히 알기 어렵기 때문에 이해관계인의 청구에 의해 신탁관리인을 선임하는 것이 오히려 일반적이다.

－ 신탁재산이 부동산인 경우에는 신탁관리인의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지를 기록한 신탁원부를 작성하게 된다(부동산등기법 제81조 제1항 제2호). 법원이 신탁관리인을 선임한 때 법원은 지체 없이 신탁원부 기록의 변경등기를 등기소에 촉탁하며, 주무관청이 신탁관리인을 선임한 때에도 지체 없이 주무관청에 촉탁에 의한 신탁변경등기를 하게 된다(부동산등기법 제85조). 하지만 그 밖의 경우에 수탁자는 신탁관리인의 선임 여부를 알기 어렵다. 그래서 신탁법 제68조 제1항 단서는 신탁관리인의 선임통지를 수탁자에게 대항요건으로 한다.

### ○ 신탁관리인의 권능

－ 신탁법 제68조 제2항은 신탁관리인을 신탁에 관하여 수익자와 동일한 지위를 가지는 것으로 의제한다. 그리고 신탁관리인은 목적신탁의 목적 달성을 위하여 자기의 명의로 수익자의 권리에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다(제68조 제1항). 하지만 신탁관리인은 신탁을 감독하기 위하여 존재하며 수익자처럼 신탁재산으로부터 이익향수를 할 수 있는 지위에 있는 것이 아니므로, 수익자의 권리를 행사함에 있어서 그 범위는 제한적일 수밖에 없다.

－ 위탁자가 신탁관리인을 지명하는 경우에는 신탁상 신탁관리인에 대한 보수를 정하게 될 것이다. 그리고 법원이 신탁관리인을 선임하는 경우에도 신탁재산에서 적당한 보수를 지급할 수 있다(제67조 제4항).

○ 신탁관리인의 부재와 신탁의 종료

－ 목적신탁에서 신탁관리인이 취임하지 않은 상태가 1년간 계속된 때에는 신탁은 종료한다(제98조 제5호). 그리고 신탁이 종료하면 신탁재산은 수익자 또는 잔여재산수익자에게 귀속하며 신탁행위로 귀속권리자를 정한 때에는 그 귀속권리자에게 귀속한다(제101조 제1항). 목적신탁의 경우 신탁을 감독한 중요한 역할을 하는 신탁관리인이 1년 이상 존재하지 않게 되었다면 더 이상 적절한 신탁감독을 기대할 수 없으므로, 새로운 신탁관리인의 선임을 강제하기 위하여 신탁이 종료하는 것으로 정한 것이다.

(4) 신탁의 변경

○ 원칙적으로 신탁의 변경은 가능하지만, 목적신탁에서 수익자신탁으로 또는 수익자신탁에서 목적신탁으로 변경할 수는 없다(신탁법 제88조 제4항).

－ 수익자신탁과 목적신탁은 그 설정방법이나 관리감독 관계가 다르기 때문에 서로 다른 양자 간의 변경은 허용되지 않는다.<sup>83)</sup> 수익자신탁의 경우 위탁자 또는 수익자의 채권자는 신탁재산에 관하여 일정한 기대 내지 이해관계를 가지기 때문에, 위탁자, 수탁자, 수익자 사이의 합의에 의하여 목적신탁으로 변경할 수 없다고 해야 할 것이다. 그리고 목적신탁이 설정되면 이를 기초로 하여 신탁의 목적을 달성하기 위한 다수의 법률관계가 형성될 것이므로, 이후에 수익자신탁으로 변경하여 그 재산을 특정인에게 귀속시키는 것도 타당하지 않을 것이다.<sup>84)</sup>

그런데 신탁법 제88조는 당사자의 합의 등에 의하여 신탁을 변경하는 경우에 관한 규정이다. 애초에 수익자신탁으로 설정된 것을 당사자의 합의로 목적신탁으로 변경하거나 목적신탁으로 설정된 것을 수익자신탁으로 변경하는 것을 금지하는 것이다. 그러므로 위탁자가 신탁을 설정하면서 신탁재산의 일부는 목적신탁으로 그리고 일부는 수익자신탁으로 설정하거나, 목적신탁을 설정하면서 목적달성시 또는 목적달성불능시에 잔여재산의 귀속권자를 정하는 것까지 금지되는 것은 아니다.

83) 법무부, 680면.

84) 寺本振透, 解説新信託法, 2007, 300면.

## 2. 공익신탁과의 경계

### (1) 법적 체계

○ 현행 신탁법은 목적신탁에 관한 일반적인 세부규정을 두고 있지 않지만, 목적신탁의 한 유형인 공익신탁에 관하여는 별도의 장(제10장)을 두고 특별히 취급하고 있다.

－ 학술, 종교, 제사, 자선, 기예, 환경, 그밖에 공익을 목적으로 하는 신탁을 공익신탁이라고 정의한다(제106조). 그리고 공익신탁의 인수에는 주무관청의 허가가 필요하다(제107조). 주무관청은 신탁사무의 처리와 관련하여 감독, 허가, 명령, 검사, 보고, 수탁자 해임이나 선임 등의 권능을 가지며, 사익신탁에서의 법원의 권한을 대신한다(제108조 이하). 또한 공익신탁에는 최근사원칙이 적용된다(제113조).

○ 2012.7.24. 정부가 국회에 제출한 공익신탁법안은 신탁법상의 공익신탁제도를 전면적으로 개선하는 특별법으로, 공익신탁에 관한 관리·감독 권한의 일원화, 관리·감독의 효율성과 전문성 재고 및 공시제도의 도입 등을 내용으로 한다.

－ 동법안 부칙 제3조 제5항은 신탁법 중 공익신탁에 관한 제10장 제106조부터 제113조까지를 삭제하고, 제3조 제1항 각 호 외의 부분 단서, 같은 항 제3호 및 같은 조 제2항 중 “제106조의 공익신탁”을 각각 공익신탁법에 따른 공익신탁으로 변경하였다. 그러므로 공익신탁법안이 국회를 통과하여 시행되면, 공익신탁은 공익신탁법의 정함에 의하게 된다. 그리고 신탁법은 그 밖의 신탁유형인 수익자신탁과 사익목적신탁을 주된 규율대상으로 하게 될 것이다.

### (2) 목적신탁과 공익신탁의 관계

#### ○ 신탁법상의 공익신탁

－ 신탁법 제3조의 규정방식에 의하면, 신탁법은 목적신탁의 한 유형으로 공

익신탁을 예정하고 있으며, 이에 대하여는 공익신탁의 특성상 제106조 이하의 규정이 적용된다. 그러므로 위탁자는 학술, 종교, 제사, 자선, 기예, 환경 등 공익을 위하여 재산을 출연하는 경우 제107조에 따른 주무관청의 허가를 받아 공익신탁을 설정할 수 있으며, 그 밖의 목적을 위하여는 사익목적신탁을 설정하게 된다.

- 그런데 공익목적으로 신탁을 설정하였으나 주무관청의 허가를 받지 못하거나 받지 않은 경우에도 이를 신탁법상의 공익신탁이라고 할 수 있는지, 따라서 주무관청에 관한 규정을 제외하고 공익신탁에 관한 법리를 적용할 수 있는지가 문제된다.

이는 법인설립에 있어서 주무관청의 허가를 받아 설립등기를 경료하지 않음으로써 권리능력을 취득하지 않은 경우와 유사하다. 민법은 법인설립에 관하여 강제주의를 채택하고 있지 않기 때문에, 사단 또는 재단의 실체를 가지고 있음에도 불구하고 주무관청의 허가를 받지 못하였거나 주무관청의 감독 기타 규제를 받고 싶지 않은 때 이러한 비법인사단 또는 비법인재단이 발생하게 된다. 그런데 학설과 판례는 사단으로서의 실질을 가지고 있는 한 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 나머지 규정을 비법인사단에 유추적용하며,<sup>85)</sup> 비법인재단의 경우에도 재단법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 한 것을 제외한 나머지 규정을 유추적용한다.<sup>86)</sup> 또한 부동산등기법 제26조는 법인 아닌 사단이나 재단 명의의 등기능력을 인정하며, 민사소송법 제52조는 당사자능력을 인정하고 있다.

이상의 법리에 비추어볼 때, 신탁이 일반적인 효력요건을 충족하고 당사자들 또한 신탁의 효과를 의욕하였다면 주무관청의 허가를 받지 않았다는 이유만으로 신탁 자체의 효력을 부정할 수는 없다고 할 것이다.<sup>87)</sup> 주무관청의 허가를 받지 않은 경우 물론 신탁법상의 공익신탁은 될 수 없다. 그러나 신탁 일반으로서의 효력을 가지며, 목적신탁의 하나로 취급하면 충분하다.

85) 대법원 2006.4.20. 선고 2004다37775 전원합의체판결; 대법원 2009.11.19. 자 2008마699 전원합의체결정; 대법원 2010.5.27. 선고 2006다72109 판결; 대법원 2011.4.28. 선고 2008다15438 판결 등.

86) 가령 지원림, 민법강의 제10판, 2012, 119면.

87) 최동식, 신탁법, 2006, 443면 이하는 일본에서의 논의들을 소개하면서, 공익신탁으로 특수취급은 할 수 없지만 사익신탁으로 인정할 수 있고 이에 대하여는 공익신탁의 규정을 유추적용할 것이라고 한다.

○ 공익신탁법안상의 공익신탁

－ 공익신탁법은 공익사업을 목적으로 하는 신탁법에 따른 신탁으로서, 법무부장관의 인가를 받은 신탁이다(법안 제2조 제2호). 그리고 공익사업은 법안 제2조 제1호가 정하는 사업으로, 그 범위는 매우 포괄적이다:

- 가. 학문·과학기술·문화·예술의 증진을 목적으로 하는 사업
- 나. 장애인·노인, 재정이나 건강 문제로 생활이 어려운 사람의 지원 또는 복지 증진을 목적으로 하는 사업
- 다. 아동·청소년의 건전한 육성을 목적으로 하는 사업
- 라. 근로자의 고용 촉진 및 생활 향상을 목적으로 하는 사업
- 마. 사고·재해 또는 범죄 예방을 목적으로 하거나 이로 인한 피해자 지원을 목적으로 하는 사업
- 바. 수용자 교육과 교화를 목적으로 하는 사업
- 사. 교육·스포츠 등을 통한 심신의 건전한 발달 및 풍부한 인성 함양을 목적으로 하는 사업
- 아. 인종·성별, 그 밖의 사유로 인한 부당한 차별 및 편견 예방과 평등사회의 증진을 목적으로 하는 사업
- 자. 사상·양심·종교·표현의 자유 증진 및 옹호를 목적으로 하는 사업
- 차. 남북통일, 평화구축, 국제 상호이해 증진 또는 개발도상국에 대한 경제협력을 목적으로 하는 사업
- 카. 환경 보호와 정비를 목적으로 하거나 공중위생 또는 안전의 증진을 목적으로 하는 사업
- 타. 지역사회의 건전한 발전을 목적으로 하는 사업
- 파. 공정하고 자유로운 경제활동이나 소비자의 이익 증진을 목적으로 하는 사업
- 하. 그 밖에 공익 증진을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업

－ 일본 공익신탁에 관한 법률 제1조는 일본 신탁법 제258조 제1항의 수익자에 관한 정함이 없는 신탁 중에서 학술, 기예, 자선, 제사, 종교 그 밖의 공

익을 목적으로 하면서 주무관청의 허가를 받은 신탁에 대하여는 동법을 적용한다. 즉 목적신탁의 한 유형으로 공익신탁을 상정하고, 주무관청의 허가를 받은 경우에는 공익신탁에 관한 법률상의 공익신탁으로 체계를 구성하고 있다.<sup>88)</sup>

반면 우리 공익신탁법안은 공익신탁과 목적신탁의 관계에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그런데 신탁법 제2조는 신탁을 정의함에 있어서 수익자신탁과 목적신탁을 구분하고 있으며, 공익신탁법안 부칙 제3조 제5항은 공익신탁에 관한 신탁법 제106조부터 제113조까지를 삭제하고, 동법안 제2조 제1항은 신탁법상 주무관청의 허가를 받은 공익신탁을 공익신탁법상 법무부장관의 인가를 받은 공익신탁으로 의제한다. 그러므로 우리법상 신탁은 수익자신탁과 목적신탁으로 구분되며, 목적신탁은 다시 공익신탁법안의 공익신탁과 그 밖의 목적신탁 내지 사익목적신탁으로 구분된다. 즉 공익신탁법안의 공익신탁은 목적신탁의 하나로서 동법의 적용을 받는 특수한 유형이라고 해석된다.

－ 공익신탁법안에 포섭될 수 있는 공익신탁의 범위는 매우 포괄적이다. 이는 종래와 달리 공익신탁을 설정할 수 있는 범위를 확대하고 허가제를 인가제로 변경함으로써 공익신탁제도를 보다 용이하게 활용할 수 있도록 하고, 이와 더불어 세제상의 혜택을 받을 수 있도록 하기 위함이다.

이러한 공익신탁법안의 태도는 상대적으로 사익목적신탁의 영역을 축소시키는 것으로 보일 수 있다. 하지만 신탁목적은 공익으로 분류하기 애매하거나, 공익과 사익 양자의 성격을 모두 가지는 때에는, 공익신탁이 아닌 일반적인 목적신탁을 설정할 수 있다. 그리고 공익적인 내용을 목적으로 하는 경우에도 법무부장관의 인가 및 그 감독을 받기 보다는 보다 유연하고 자유롭게 신탁관계를 정하고 하는 경우에는, 목적신탁을 설정할 수 있다. 공익목적에 해당하는 경우에도 위탁자 자신이나 자신이 지명한 신탁관리인에 의한 신탁의 감독과 실현을 선호할 수 있다. 공익신탁을 설정하는 경우 법무부장관에 의한 감독이나 강제가 위탁자의 의도와는 다를 수 있기 때문이다. 그리고 사정변경이 발생

88) 그런데 일본에서는 공익신탁을 목적신탁의 한 유형으로 분류하는 것에 대하여 비판이 없지 않다. 가령 新井誠, 信託法, 2008, 417면은 목적신탁과 공익신탁은 그 통제체계가 다르고, 최근사원칙이 적용되지 않으며, 무엇보다 목적신탁은 자익신탁의 실질을 가진다는 근거에서 이러한 분류방식에 반대한다.

하는 경우 위탁자는 공익신탁과 관련하여 법무부장관이나 법원의 광범위한 권능에 의지하기 보다는 자신이 마련한 기준이나 신탁관리인의 조치에 따를 것을 원할 수 있다.

공익신탁법안은 동법의 적용을 받는 공익신탁의 범위를 정하고 있을 뿐이며, 공익을 목적으로 하지만 인가를 받지 않은 신탁의 효력을 무효로 하거나 인가를 받지 않은 수탁자를 벌하지 않는다.<sup>89)</sup> 그리고 다양한 수요에 상응하여 신탁의 제도적 장점을 활용할 수 있는 다수의 선택지를 제공한다는 관점에서도 양자의 관계를 배타적으로 파악할 필요는 없다. 공익목적의 인가를 받지 않은 신탁을 일괄적으로 무효로 하기 보다는 신탁법상의 목적신탁의 하나로 취급하면 충분한 것이다. 다만 이 경우에는 공익신탁법안상의 공익신탁이 아니므로 그 명칭이나 상호에 공익신탁이나 그밖에 공익신탁으로 오인될 우려가 있는 표시를 해서는 안 된다(법안 제9조 제1항).

### 3. 목적신탁의 활용가능성

○ 외국에서의 목적신탁에 관한 논의와 활용례에 대한 검토를 토대로 우리법에서 목적신탁의 이용가능성 내지 그 범위를 살펴볼 필요가 있다.

- 영국의 common law나 그 법리가 유지되는 미국의 주에서는 목적신탁의 효력을 인정하지 않지만 우리 신탁법은 목적신탁을 명시적으로 정하고 있다. 그러므로 오히려 예외적으로 인정되어온 목적신탁의 유형들에 주목할 필요가 있고, 이러한 유형들은 우리법에서도 그대로 활용가능하다. 무덤과 묘비의 건설과 유지를 위한 목적신탁, 사자를 위한 미사나 제사를 올리기 위한 목적신탁, 특정 동물의 보유를 위한 목적신탁, 담보목적의 Quistclose 신탁이 그러하다.

일본의 경우 현재 목적신탁의 활용에 관한 검토가 진행 중인데, 법 개정과정에서는 공익신탁의 주변제도로서의 활용가치가 긍정적으로 평가되었다. 일본의 공익신탁은 그 범위가 여전히 제한적이기 때문에 그 밖의 공익 또는 공익

---

89) 이 경우 신탁업자는 여타의 신탁에서와 마찬가지로 자본시장법의 규제를 받는다. 목적신탁의 설정은 위탁자의 의사 내지 선택에 따른 것이므로, 수탁자의 공익신탁법상의 규제회피가 정면에서 문제되지는 않을 것이다.



과 사익을 위한 목적신탁이 넓은 범위에서 이용가능하다고 보았던 것이다. 그러나 우리나라의 공익신탁법안은 공익신탁의 범위를 매우 넓게 정하고 있어서, 신탁법상의 목적신탁은 적어도 목적이 공익적인 한에서는 현실적으로 그 이용이 제한적일 것으로 예상되지만, 공익과 사익의 성격을 함께 가지거나 사익을 목적으로 하는 경우에는 목적신탁을 설정할 수밖에 없을 것이다.

역외신탁은 신탁사업을 주력산업으로 하는 입법을 토대로 하여 전통적인 신탁과는 차이가 있는 제도들을 만들어가고 있으며, 그중에는 목적신탁도 포함된다. 상이한 신탁법을 가진 우리나라에서 동일한 법기술을 이용하기는 어렵지만, 적어도 신탁제도의 이용가능성 및 시장의 구체적인 수요를 판단하는 데에는 참고가 될 수 있다.

이하에서는 신탁법상 목적신탁의 구체적인 활용방안과 모델을 검토한다. 특히 신탁이 가지는 중요한 특징인 도산격리기능은 목적신탁에서도 유지되므로, 이를 토대로 수익자의 개입을 배제한 다양한 목적의 실현을 위한 이용이 가능할 것이다.

#### (1) 신탁수익을 귀속시키고자 하는 대상이 권리능력이 없는 경우

##### ○ 반려동물신탁(pet trust)

－ 신탁은 보통 다른 사람, 특히 가족에 재산을 남기는 도구로 활용되지만, 미국에서는 반려동물신탁이라고 하는 다른 유형의 신탁제도도 널리 이용되고 또한 급속히 확대되고 있다.<sup>90)</sup>

반려동물신탁의 발달에서 가장 중요한 요소는 동물과 그 주인과의 감정적인 연결이다. 법적으로 동물은 물건이지만, 그 소유자와 사이에는 다른 종류의 물건이나 재산과는 다른 고유한 관계가 형성된다. 마치 부모와 자녀 사이의 관계와 유사한 이러한 특수한 관계는 동물소유자로 하여금 자신이 사망 또는 요후견상태에 이른 때 동물의 보호를 위한 대책을 마련하게 하는 유인이 된다. 물론 가족이나 지인에게 부탁을 하거나 약속을 받기도 하지만, 이는 강제가능

---

90) 미국에서는 반려동물신탁이 법적으로 인정되고 있지 않은 주에서도 통상의 수익자신탁을 통하여 동일한 목적을 달성할 수 있다. 신탁상 위탁자는 자기를 대신하여 동물을 돌볼 사람을 수익자로 지정하고 수탁자에게는 그러한 조건이 실현된 때 수익금부를 하도록 정함으로써 유사한 효과를 달성할 수 있지만, 이 경우에는 동물을 돌보는 사람이 수익권을 취득하므로 하는 방식으로 신탁을 설정하도록 legal opinion을 주고 있다.

성이 없는 것이다. 그래서 예컨대 Leona Helmsley는 1,200만 달러를 자신의 말티즈를 위한 반려동물신탁을 설정하였고, 비록 유언법원에 의해 200만 달러로 감액되기는 하였지만, 그 금액은 언론에 회자되기도 하였다.<sup>91)</sup> 이러한 극단적인 예가 아니더라도 미국에서는 반려동물이 그 소유자의 사망이나 행위능력 상실 이후에도 보호받을 수 있도록 신탁을 이용할 것이 장려되고 있다.<sup>92)</sup>

－ 우리나라도 소득수준이 높아지고 1-2인 가구수가 증가하면서 반려동물을 키우는 인구 또한 증가하고 있다.<sup>93)</sup> 그리고 고령사회에서 자식과 동거하지 않는 고령인구의 증가는 반려동물의 증가를 수반하게 될 것이다. 그러므로 장차 반려동물신탁에 대한 수요도 충분히 예견할 수 있다.

반려동물신탁을 이용하는 경우, 위탁자는 신탁회사에 신탁재산을 이전함으로써 전문적인 자산관리가 가능하고 위탁자가 정한 바에 따라서 반려동물이 생존한 동안 그 돌봄이(caregiver)에게 비용 등이 지급되도록 할 수 있다. 이와 더불어 법원 및 신탁관리인에 의한 신탁감독이 가능하다. 신탁회사는 반려동물을 위한 신탁재산을 소유, 관리하면서 신탁수수료를 얻을 수 있으며, 위탁자가 돌봄이를 지정하지 않은 경우에는 동물을 돌보는 전문회사 등과의 업무위탁을 통하여 신탁목적 달성을 하고, 동물의 사후에는 지정된 잔여권자에게 신탁재산을 이전함으로써 그 임무를 다하게 된다.

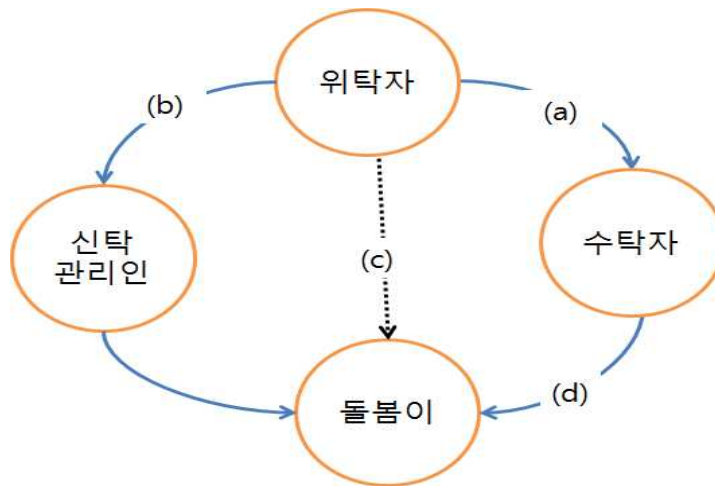
－ 위탁자는 수탁자와 목적신탁인 반려동물신탁을 설정하고 신탁재산을 이전한다(a). 위탁자는 통상 자신에 갈음하여 동물을 돌보아 줄 사람을 미리 지정할 것이지만(c), 그렇지 않은 경우에도 신탁계약상 수탁자로 하여금 전문적인 관리인의 선정과 돌봄을 위탁할 수 있을 것이다. 그리고 신탁관리인을 지정함(b)과 동시에 애초에 지정된 돌봄이가 그 업무를 할 수 없거나 하지 않는 경우를 대비하여 2차적인 돌봄이(successor)를 정할 수 있다. 그리고 수탁자는 신탁상 정한 바에 따라서 돌봄이에게 비용 등을 지급한다(d). 이러한 목적신탁에 있어서는 위탁자의 상속인이 당해 신탁재산에 대하여 사실상의 이익을 가지기

91) New York Times 2011.6.9.

92) [www.myestateplan.com/estate\\_planning/pet-trust](http://www.myestateplan.com/estate_planning/pet-trust); [www.hsus.org/petsinwills](http://www.hsus.org/petsinwills).

93) 우리나라의 경우 2010년 국립수의과학검역원이 전국 만20-64세 성인 2000명을 대상으로 ‘동물보호에 대한 국민의식 조사’ 결과 우리나라 가구 중 17.4%가 개나 고양이와 같은 반려동물을 키우고 있으며, 그 중 94.2%가 개를 기르고 있었다, 전업농신문, 2010.7.20. 6면.

때문에, 신탁관리인에 의한 신탁감독 외에도 상속인에 의한 간접적인 감독을 기대할 수 있다. 반려동물의 생존기간은 한정되어 있으므로, 위탁자는 신탁설정시에 반려동물의 사후에 남은 신탁재산을 특정인에게 귀속시킬 것인지 또는 다른 공익이나 사익의 목적을 위하여 사용할 것인지에 관한 내용을 미리 정해둘 필요가 있다.



[ 그림4 ]

#### ○ 특정한 건조물을 기념관 등으로 유지하기 위한 신탁

－ 위탁자가 특별한 의미를 두고 있는 건조물을 신탁재산으로 하여 이를 관리하고 보존, 유지하기 위한 목적의 신탁을 설정할 수 있다. 위탁자는 신뢰할만한 수탁자에게 신탁재산을 이전하고 그 보존 등을 위탁할 수도 있지만, 건조물의 보존, 관리를 위한 재산을 신탁회사에 이전하고 관리는 전문업자에게 위탁하는 방식을 채택하거나, 건조물 및 재산을 신탁회사에 이전하고 신탁회사가 신탁상 정한 바에 따라서 건조물의 관리를 제3자에게 위탁하는 방식을 취할 수도 있다.<sup>94)</sup>

특히 종중의 재산을 관리하고 유지함에 있어서 목적신탁의 활용을 고려해볼 수 있다. 현재 종중재산은 종중의 총유에 해당하며, 일부 종원에게 명의신탁을 하기도 한다. 그리고 이와 관련한 분쟁이 끊임없이 발생하고 있는 실정이다. 종중재산의 유지, 관리와 봉제사를 위한 목적신탁을 설정하고 신탁회사에 그 재산의 소유권을 이전함으로써 종중재산의 소유 및 처분과 관련한 분쟁을

94) 이 경우 신탁의 구조는 [ 그림4 ]와 유사하다.

차단할 수 있다. 종원은 수급자로서 신탁재산으로부터 발생한 이익을 가지고 분묘의 유지, 관리와 봉제사 등에 필요한 비용을 충당할 수 있다. 종원을 수익자로 하는 수익자신탁을 설정하는 경우와 비교할 때, 수익자간의 이익충돌이나 수익권행사에 따른 중중재산의 산일, 감소를 방지할 수 있는 장점이 있다.

#### ○ 소장품을 위한 신탁

－ 위탁자는 자신의 소장품의 유지와 관리를 위한 목적신탁을 설정할 수 있으며, 기본적인 구조는 반려동물신탁과 크게 다르지 않을 것이다. 목적신탁에서는 수익자신탁에서와 같은 수익자는 없지만, 신탁목적이 달성됨으로 해서 이익을 얻을 수 있는 수급자 또는 목적이 달성되거나 신탁이 다른 이유로 종료하는 경우에 수익자가 존재할 수 있다. 예컨대 클래식자동차의 수집을 목적으로 하는 신탁을 설정하는 경우, 위탁자의 자녀가 그 자동차들을 사용한다면, 그들은 신탁으로부터 간접적으로 이익을 얻는 것이다. 하지만 신탁법상 그들은 수익자가 아니며 신탁을 강제할 자격도 없다. 한편 자동차가 훼손 또는 처분되거나 정해진 기간이 도과하는 경우 신탁은 종료하고, 위탁자는 남은 재산을 특정인에게 귀속시킬 것을 정할 수 있다. 이 경우에도 목적달성후 잔여권자(remaindermen)를 지정한 사실만으로 목적신탁으로서의 성질이 달라지지는 않는다.<sup>95)</sup>

#### (2) 수익자를 대신하는 장치의 필요성

○ 수익자에게 수탁자에 대한 적절한 감독을 기대할 수 없거나 신탁사무에 관하여 위탁자가 수익자의 개입을 원하지 않는 경우에는 목적신탁을 설정할 수 있다. 즉 위탁자는 목적신탁을 설정함으로써 신탁재산으로부터 발생하는 이익이 수익자, 즉 수익권의 형태가 아닌 수급자, 즉 사실상의 이익으로 귀속되게 만드는 것이다.

－ 이 경우 위탁자는 수익자신탁을 설정하고 신탁관리인을 선임할 수도 있다. 신탁관리인은 수익자와 동일한 지위를 가지며 자신의 명의로 수익자의 권리에 관한 재판상, 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다(신탁법 제68조 제1항

95) 그래서 목적신탁의 효력을 인정하지 않는 법제에서는 이 경우에도 신탁은 무효이다, Alexander A. Bove Jr., the purpose of purpose trusts, Probate and Property May/June, 2004, p.35.

및 제2항). 그러므로 수익자신탁을 설정하든 목적신탁을 설정하든 신탁관리인에 의하여 감독이 이루어지는 점에서 양자는 유사하다.

그런데 단순히 신탁감독의 측면이 아니라 위탁자가 신탁에 대한 수익자의 개입을 원하지 않는 경우에는 목적신탁을 설정할 수밖에 없다. 수익자가 임의로 법원에 소구하거나, 신탁사무의 처리에 관한 서류의 열람, 설명 등을 통하여 신탁증서 및 관련 정보에 즉각적 혹은 부적절한 접근권능을 가지는 것을 위탁자가 원하지 않는 경우에 그러하다. 신탁상 수익자의 권리제한에는 한계가 있다(신탁법 제61조). 그러므로 위탁자는 수익자신탁을 설정할 경우 수익권을 취득하는 자가 교육이나 업무에 무관심하게 된다거나 상속과 관련한 분쟁에 휘말리게 되는 것을 방지하기 위하여, 신용 있는 신탁회사를 수탁자로 하고 믿을만한 신탁관리인을 선임하여 목적신탁을 설정하는 것이다.

- 위탁자는 신탁재산상의 이익을 특정인에게 귀속시키고자 하지만, 관련한 모든 결정에 있어서 단순히 그들의 이익만을 기준으로 하고 싶지는 않은 경우에 목적신탁을 설정할 수 있다. 대표적인 것이 가업의 유지를 위한 목적신탁이다. 위탁자가 가업을 유지하기 위하여 자신의 사업을 신탁하는 경우,<sup>96)</sup> 사업상의 이익은 그 가족에게 돌아가더라도 사업 자체는 수탁자에 의하여 보유되며, 가족 구성원 개인의 이익이나 분쟁의 결과로 사업이 처분, 분해, 변경되지 않는다. 그리고 수탁자의 처분행위 등에 있어서는 신탁상 신탁관리인이 동의를 하거나 감독을 하도록 정함으로써 위탁자의 의사에 상응하여 사업체를 존속시킬 수 있다.

### (3) 자산의 보호(asset protection)를 위한 신탁

○ 영국의 보호신탁(protective trust)<sup>97)</sup>이나 미국의 낭비자신탁(spendthrift trust)은 특정 수익자에게 신탁수익을 귀속시키면서도 동시에 수익자의 행위나 외부적인 사유에 의하여 수익권을 상실하는 일이 없도록 한다는 점에서 자산

96) 신탁법은 적극재산 뿐만 아니라 소극재산도 신탁할 수 있도록 함으로써 사업신탁을 가능하게 하였다.

97) 수탁자법(Trustee Act 1925) 제33조 제1항에 의하면, 주된 수익자(principal beneficiary)를 위한 보호신탁이 설정된 경우 일정한 사유가 발생하면 주된 수익자의 수입수익권은 소멸하고 그 주된 수익자 및 정해진 가족들을 위한 재량신탁이 발생한다.

보호를 위한 신탁으로 분류된다. 보호신탁과 낭비자신탁이 우리법에서도 허용되는지 여부에 대하여는 논의가 있지만,<sup>98)</sup> 목적신탁을 통하여 이에 갈음하는 효과를 얻을 수 있다.

－ 보호신탁은 신탁재산을 보호하기 위하여 확정신탁과 재량신탁을 결합한 형식이다. 보호신탁에 있어서는 두 개의 신탁이 존재하는데, 먼저 위탁자가 신탁을 설정하면서 주된 수익자를 지정한다. 그리고 신탁상 정해진 사유가 발생하는 경우 주된 수익자의 수익권은 법률상 자동으로 소멸하고 신탁재산은 두 번째 신탁을 위하여 보유된다. 신탁상 정해진 사유에는 전형적으로 주된 수익자의 권리가 타인에게 양도되거나 수익자가 도산하거나 무자력이 되는 경우가 포함된다.<sup>99)</sup> 두 번째 신탁은 재량신탁으로서 주된 수익자를 포함하는 수익자들을 위한 것이다. 수탁자는 이제 자신의 재량에 따라서 수익자집단 중 특정인에게 수익권을 귀속시킬 수 있다. 이때 재량신탁의 수익자집단에 속한 개인은 신탁재산에 대한 확정적인 수익권이 없기 때문에, 강제집행시에 그의 채권자는 신탁재산을 공취할 수 없으며 파산시에도 파산재단에 속하지 않는다.<sup>100)</sup>

－ 미국에서 대부분의 유언신탁 내지 철회불가능신탁은 수익자가 수익권을 양도하는 것을 금지하고 수익자의 채권자가 수익권을 공취하지 못하도록 하는 낭비자조항(spendthrift clause)을 두고 있다.<sup>101)</sup> 수익권은 원칙적으로 양도성을 가지지만,<sup>102)</sup> 위탁자는 신탁상 이를 제한할 수 있으며, 이러한 정함은 유효

98) 이종기, 신탁법, 2007, 480면 이하는 낭비자신탁의 경우 위탁자가 수익권의 양도성을 제한함으로써 강제집행을 면탈하는 방법으로 악용될 수 있어 우리법상 명문의 규정이 없는 한 인정되지 않으나, 보호신탁의 경우 수익권을 일종의 해제조건부권리로 보아 유효하다고 해석한다.

99) Penner, The Law of Trusts, p.84.

100) 신탁수익에 대한 일종의 기대권을 가지고 있다고 하더라도, 그러한 사유가 발생한 자에 대하여 수탁자가 수익권을 귀속시키지 않기로 재량권을 행사하는 한 그 채권자는 신탁재산에 권리를 행사할 수 없는 것이다.

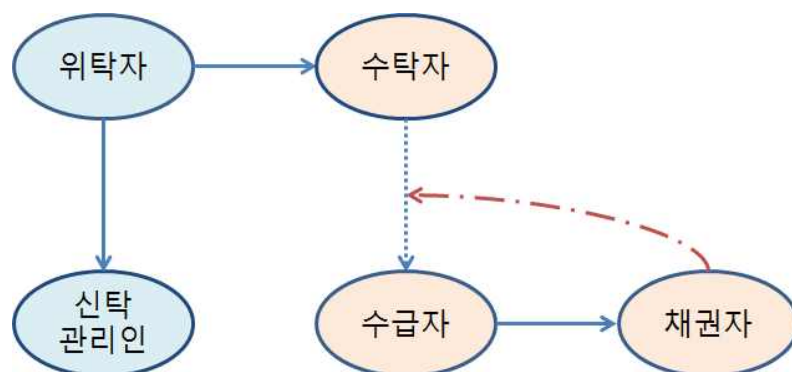
101) 제1,2차 Restatement 제152조 제2항은 신탁상 정함이나 법률에 의하여 수익권의 자발적·비자발적 이전이 제한된 신탁을 낭비자신탁으로 정의한다. 그리고 제3차 Restatement 제58조는, 위탁자가 수익자가 아닌 한, 수익자가 수익권을 이전하거나 수익자의 채권자가 공취하거나 또는 수익자가 파산하는 경우 신탁상 수익권이 소멸하고 재량신탁이 됨을 유효하게 정할 수 있다고 한다. 그리고 UTC 제 502조도 유사하게 정의하고 있다.

102) 제3차 Restatement 제51조는 낭비자신탁이 아닌 한 수익자는 생존한 동안 수익권을 양도할 수 있다고 선언한다.

하다. 수익권의 양도성에 관한 이러한 제한은 영국법에서는 인정되지 않으며 미국에서도 판례상 부정된 경우도 없지 않지만, 미국 대부분의 州에서는 낭비자신탁의 효력을 인정하는 입법을 통하여 그 효력을 인정하고 있다.

－ 우리법상 채권의 양도를 금지하는 특약이 가능하며, 이에 반하는 양도는 무효라고 보는 것이 다수의 견해이다. 그러나 양도금지특약으로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제449조 제2항 단서). 또한 양도금지특약이 있는 때에도 전부명령에 의하여 전부될 수 있으며, 이때 양도금지특약에 대한 집행채권자의 선의나 악의는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 않는다.<sup>103)</sup> 당사자의 합의에 의하여 책임재산의 집행을 면탈할 수 있도록 해서는 안 될 것이기 때문이다. 나아가 전부명령이 유효한 이상 그 전부채권자로부터 다시 채권을 양수한 자가 특약의 존재에 대하여 악의이거나 중대한 과실 있는 선의더라도 채무자는 채권양도의 무효를 주장할 수 없다.<sup>104)</sup> 그러므로 미국의 낭비자신탁은 우리법상 일반적인 채권의 양도금지특약으로 취급되며, 낭비자신탁 본래의 효력을 가지지 못한다.

그러나 목적신탁을 설정하고 신탁수익을 귀속시키고자 하는 자를 사실상의 수급자로 정함으로써 동일한 효과를 얻을 수 있다. 신탁재산은 위탁자나 수탁자의 고유재산과 분리된 독립재산으로 존재하며, 수급자는 수익자와 같은 확정된 권리를 가지지 않기 때문에 수급자의 고유재산과도 분리된다. 그러므로 그의 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없으며 수급자가 파산하는 경우에도 신탁재산이 파산재단에 속하지 않는 것이다.



103) 대법원 1976.10.29. 선고 76다1623 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다71699 판결 등.

104) 대법원 2003.12.11. 선고 2001다3771 판결.

[ 그림5 ]

- 이 경우 재산이 지나치게 장기간 위탁자의 의사에 구속되어 그 유통이 저해되는 문제가 발생할 수 있다. 신탁법은 신탁의 존속기간에 관하여 별도로 정하고 있지 않지만, 공서에 반한다고 판단되는 때에는 당해 신탁은 무효가 될 수 있다. 그러므로 신탁설정시에 신탁의 존속기간에 관하여 미리 정함을 둘 필요가 있다.

○ 자산보호목적으로 목적신탁을 남용할 가능성에 관하여는 신탁법 법리 일반에 의하여 대처할 수 있다.

- 위탁자가 강제집행면탈을 위하여 목적신탁을 설정하는 경우, 사해신탁의 법리가 적용된다. 그리고 목적신탁에서 목적은 어느 정도 구체적으로 정해져 있어야 하고, 수탁자가 그 목적에 따라서 신탁사무를 처리함에 있어서 신탁채권이 발생하는 경우, 채권자는 신탁재산에 대하여 강제집행이 가능하므로, 목적신탁 자체가 강제집행면탈 재산을 창출하는 것도 아니다. 그리고 신탁업자인 수탁자는 신탁법상의 엄격한 의무를 부담하며 자본시장법의 규제를 받기 때문에, 여타의 단체나 법인을 이용하는 것에 비하여 보다 적절한 운용을 기대할 수 있다.

(4) 상사적인 용도로서의 목적신탁

○ 신탁에 있어서는 신탁재산이 수탁자에게 완전히 이전하고 도산격리기능이 있기 때문에 자산유동화를 위한 중요한 법기술로 평가된다. 그리고 이러한 점은 목적신탁에서도 다르지 않다.

- 신탁법개정과정에서 목적신탁은 자산유동화에 유용하다고 평가되었다.<sup>105)</sup> 그런데 자산유동화에 있어서 투자자인 수익자는 다수 존재하고 가변적이며 또한 유동화증권(ABS)의 행사가 있어야 비로소 확정된다는 점에서 이를 목적신탁

105) 신탁은 전형적으로 자산유동화에서 중요한 기능을 한다. SPV를 이용하는 경우, 자산의 원래의 소유자, 유동화증권 발행자, 투자자에게 이점이 있다. 소유자는 대차대조표에서 자산을 이전할 수 있으며, 투자자는 일반적인 신용위험에 노출되지 않고 높은 순위의 ABS에 투자할 수 있기 때문이다.



탁으로 설정하는 것이 유용하다고 판단된 것으로 보인다.<sup>106)</sup> 하지만 수익자신탁의 효력요건으로서 수익자의 존재는 신탁설정시에 특정될 수도 있지만 특정 가능한 것으로도 충분하다. 그러므로 단순히 다수의 수익자가 존재할 수 있거나 수익권이 전전양도된다는 점만으로 목적신탁의 효용을 이야기할 수는 없을 것이다.

－ 오히려 목적신탁은 수탁자가 SPV의 주식을 보유하는 데 가장 적합한 형태라고 할 수 있다. 실제 투자자가 SPV의 주식을 보유할 수도 있지만, 중요한 것은 governance이다. 투자자들은 계속 변동하므로 그러한 다수의 투자자에 의한 개개의 governance보다는 수탁자로 하여금 이러한 기능을 하도록 하는 것이 유동화목적에도 보다 효율적이다.

## V. 결론

신탁법 개정을 통하여 새로운 제도들이 명시적으로 규정되었고, 목적신탁도 그 중 하나이다. 그런데 이는 목적신탁에 대한 구체적인 사회적·경제적 수요를 입법적으로 반영하였다고 보다, 앞으로의 필요성을 감안하여 그 법적 가능성과 근거를 제공하기 위함이었다. 그러므로 목적신탁의 활용방안은 계속해서 이론과 실무의 과제로 남아 있다고 할 수 있다.

신탁의 활용가능성은 그 설계자의 상상력만큼 폭넓다고 할 수 있으며, 이는 목적신탁의 경우에도 다르지 않다. 현재 별도의 입법적인 조치 없이도 목적신탁을 설정할 수 있는 유형으로, 먼저 신탁재산의 이익을 귀속시킬 대상이 권리능력이 없는 동물이거나 건조물 등의 설치, 유지, 활용을 목적으로 하는 경우를 들 수 있다. 그리고 수익자신탁을 설정할 수 있는 경우에도 위탁자로서는 신탁재산상의 이익을 직접 수익자가 아니라 사실상의 수급자에게 지급하도록 할 필요도 있을 것이며, 이는 구체적인 상황이나 선택에 달린 문제이다. 그리

---

106) 이러한 논의는 일본신탁법 개정과정에서도 마찬가지로 목적신탁을 명시적으로 허용하는 근거로 제시되기도 하였다.

고 자산보호의 관점에서 목적신탁을 통하여 독립된 신탁재산을 창출할 수 있으며, 나아가 가업의 유지나 자산유동화를 위하여도 이용가능하다. 이러한 유형들은 그야말로 일부의 예에 지나지 않으며, 앞으로 보다 다양한 방안들을 기대해볼 수 있다.

전통적인 영미법계의 신탁제도나 변형된 형태의 신탁에서도 자선신탁이 아닌 사익목적신탁은 비록 그 범위에서 차이가 있지만 독자적인 영역을 구축해왔다. 이는 신탁이 가지는 제도적 장점, 즉 도산격리기능을 토대로, 수익자의 개입을 배제한 상태에서 독립한 신탁재산의 보유와 위탁자가 정한 신탁목적의 달성을 그 내용으로 한다. 이 경우 신탁목적의 달성으로 인하여 사실상의 이익을 받는 자, 즉 수급자가 존재할 수 있지만, 수익자와는 그 지위를 달리한다. 때문에 신탁감독을 위한 신탁관리인의 역할이 중요한 의미를 가지게 되며, 신탁을 설정함에 있어서 신탁관리인에 대한 정함을 둘 필요가 있다. 그리고 신탁회사인 수탁자는 신탁관리인에 의한 감독 외에, 여타의 신탁에서와 마찬가지로 자본시장법의 규제를 받는다. 공익신탁법상의 공익신탁이 아닌 한 목적신탁이라는 이유만으로 별도의 행위규제가 필요한 것은 아니라고 할 것이다.

## [참고문헌]

법무부, 신탁법 해설, 2012

이연갑, 비공익 목적신탁에 관한 일고찰, 국제거래법연구 제18집 제2호, 2009

이중기, 신탁법, 2007

지원림, 민법강의 제10판, 2012

최동식, 신탁법, 2006

최수정, 일본신탁법, 2007

能見善久, 現代信託法, 2004

寺本振透, 解説新信託法, 2007

新井誠, 信託法 第3版, 2008

Alexander A. Bove Jr., the purpose of purpose trusts, Probate and Property May/June, 2004

Dukeminier/Johanson/Lindgren/Sitkoff, Wills, Trusts, and Estates, 7.ed., 2005

Hayton, Trusts (Amendment No.5) (Jersey) Law 2012, Private Client Business, 2012.9

\_\_\_\_\_, Whither trusts in the twenty-first century? Part1, Private Client Business, 2000

Hayton/Kortmann/Berhagen, Principles of European Trust Law, 1999

Hayton/Marshall, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 11.ed., 2001

Hirsch, Bequests for Purposes: A Unified Teory, 56 WASH. & LEE L. Rev. 41(1999)

\_\_\_\_\_, Delaware unifies the Law of Charitable and Noncharitable Purpose Trusts, Estate Planning, November 2009, Fear not the Asset Protection Trust, 27 Cardozo L. Rev. 2687 (2006)

\_\_\_\_\_, Trusts for purposes: Policy, Ambiguity, and anomaly in the Uniform Laws, Florida State University Law Review, Summer 1999

Kennedy, English and offshore purpose trust: a comparative study, Trust & Trustee Magazine, September 2005

Langbein, The Contractarian Basis of the Law of Trusts, 105 Yale L. J. 632 (1995)

Levy, Idaho's noncharitable purpose trust statute: leaping over age-old trust laws in a single bound, Idaho Law Review, 2008

M.Pawlowski, Purpose Trusts: Obligations Without Beneficiaries?, Trusts & Trustees, Vol. 9/1

Panico, International Trust Law, 2010

Pearce/Stevens/Barr, the Law of Trusts and Equitable Obligations, 5.ed., 2010

Penner, The Law of Trusts, 7.ed., 2010