

■ 논 단

공익신탁의 법적 구조와 목적신탁론
- 수익자 없는 신탁·근사원칙·잔여재산 귀속과 신탁행위 유형론을
중심으로 -

여 성 곤

고려대학교 법학연구소 연구원 / 법학 박사과정 수료

요 약 문

일본은 2024년 신공익신탁법에서 공익신탁을 “수익자의 정함이 없는 신탁”으로 명문화하여 그 법적 성질을 목적신탁으로 확정하였다. 한국 「신탁법」 역시 “수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁”을 목적신탁으로 정의하고 공익신탁을 그 일종으로 규정하며, 공익신탁에서는 수익자의 자리에 신탁관리인이 들어선다는 점을 명문화하고 있다. 그럼에도 공익신탁의 법적 성질을 목적신탁론의 관점에서 정밀하게 규명하고 그 도그마틱적 귀결을 분석하는 작업은 충분히 이루어지지 아니하였다. 본고는 공익신탁을 수익자 없는 목적신탁으로 재구성하고, 그 구조적 특성이 「공익신탁법」과 「신탁법」 준용(제29조)의 이중구조 속에서 각 국면에서 어떻게 작동하는지를 분석한다. 수익자의 부존재가 낳는 통제의 공백은 신탁관리인 제도와 재산운용의 강행적 규율로 보충되며, 목적의 사후변경과 잔여재산의 귀속에서도 그 구조가 관철된다. 첫째, 신탁관리인은 「신탁법」 제68조에 따라 수익자에 갈음하는 지위를 가지며, 수탁자를 감시하는 사실상 유일한 사적 주체로서 그 권한과 한계의 정비가 요청된다. 둘째, 「공익신탁법」은 구 「신탁법」상 인정되던 근사원칙을 승계하지 아니하고 목적의 좌절을 잔여재산의 귀속으로 처리하는바, 이는 처리의 명확성을 높였으나 공익재산의 영속성 측면에서는 후퇴이다. 목적좌절 시 유사한 목적으로의 변경계속을 제도화한 일본의 2024년 신공익신탁법 및 독일 개정 재단법과 달리 한국법은 그러한 변경의 통로를 두지 아니하였는바, 잔여재산 귀속이라는 종료처리를 유지하면서도 그 앞단에 유사한 공익목적으로의 변경존속을 부가하는 단계적 구조를 마련할 필요가 있다. 셋째, 잔여재산의 귀속에 관하여는 귀속권리자와 잔여재산수익자의 구분 위에서, 수탁자의 증여의무를 정한 규정과 귀속권리자를 정한 규정의 충돌을 정합적으로 해석하여야 한다. 나아가 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조는 목적신탁과 수익자신탁이 결합된 신탁행위의 한 유형으로서, 「신탁법」의 유언대용신탁·수익자연속신탁을 통하여 구현되며 신탁행위의 유형론으로 이어진다.

주제어 : 공익신탁, 목적신탁, 수익자 없는 신탁, 신탁관리인, 근사원칙, 신탁행위 유형론

— <目 次> —

I. 서 론	1. 근사원칙의 의의와 기능
1. 문제의 제기	2. 구 신탁법의 근사원칙과 공익신탁법에 의한 폐기
2. 연구의 범위와 방법	3. 한국법상 공익목적 변경의 메커니즘
3. 논의의 순서	4. 근사원칙 폐기의 평가와 입법론
II. 공익신탁의 법적 성질: 목적신탁으로서의 공익신탁	VI. 잔여재산의 귀속
1. 수익자 없는 신탁과 목적신탁	1. 신탁행위에 의한 잔여재산 처분의 정함
2. 목적신탁으로서 공익신탁의 구조	2. 귀속권리자와 보관수탁관리인
III. 신탁관리인의 지위와 권한	3. 귀속 법리: 귀속권리자와 잔여재산수익자의 구분
1. 수익자의 부존재와 감독의 공백	4. 인가요건과 귀속 규정의 충돌 문제
2. 신탁관리인의 선임	VII. 혼합형 구조: 자선잔여신탁·자선선행신탁과 신탁행위 유형론
3. 수익자에 갈음하는 지위	1. 공익목적과 사적 급부의 결합
4. 신탁관리인의 권한과 한계	2. 자선잔여신탁(CRT)·자선선행신탁(CLT)의 구조
IV. 수익자의 부존재와 재산운용의 강행적 규율	3. 유연대용신탁·수익자연속신탁과의 접속
1. 목적신탁 구조와 운용통제의 공백	4. 목적신탁과 수익자신탁의 결합으로서의 신탁행위 유형론
2. 「공익신탁법」상 재산운용 규제의 내용	VIII. 결 론
3. 규제의 경직성과 그 구조적 원인	
4. 상사신탁·자산관리의 관점과 개선의 방향	
V. 공익목적의 사후변경: 근사원칙과 그 한국 법상 작동	

I. 서 론

1. 문제의 제기

2024년 일본은 약 100년 만에 공익신탁 법제를 전면적으로 개정하면서, 공익신탁을 “수익자의 정함이 없는 신탁으로서 공익사무를 행하는 것만을 목적으로 하는 것”으로 정의하였다(공익신탁에 관한 법률 제2조).¹⁾ 이는 공익신탁의 법적 성질을 이른바 목적신탁(目的信託), 즉 수

1) 「公益信託に關する法律」(令和6년 법률 제30호) 제2조. 공익신탁을 수익자의 정함이 없는 신탁으로서 공익사무를

익자가 존재하지 아니하고 특정한 목적의 달성을 위하여 설정되는 신탁으로 입법적으로 확정된 것이라 할 수 있다.

그런데 이러한 관점은 한국법에서도 결코 낮은 것이 아니다. 우리 「신탁법」은 이미 “수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁”을 목적신탁이라고 정의하고(신탁법 제3조 제1항), 「공익신탁법」에 따른 공익신탁을 그러한 목적신탁의 일종으로 규정하고 있다. 나아가 신탁법은 목적신탁 가운데 공익신탁에 한하여 신탁선언의 방법에 의한 설정을 허용하고, 공익신탁에서는 수익자가 존재하지 아니하는 자리에 신탁관리인이 들어선다는 점을 명문으로 밝히고 있다.²⁾ 요컨대 한국법에서도 공익신탁은 그 구조상 수익자 없는 목적신탁으로 자리매김되어 있는 것이다. 그럼에도 공익신탁의 법적 성질을 목적신탁론의 관점에서 정밀하게 규명하고, 그 구조적 특성이 공익신탁 법률관계의 각 국면에서 어떻게 작동하는지를 도그마틱적으로 해명하는 작업은 충분히 이루어졌다고 보기 어렵다. 공익신탁은 「공익신탁법」이라는 특별법과 「신탁법」의 준용(공익신탁법 제29조)이라는 이중의 규율구조 위에 서 있다. 수익자가 존재하지 아니한다는 목적신탁 특유의 성질은 이 준용구조 속에서 다음과 같은 일련의 도그마틱적 물음을 제기한다.

첫째는 신탁관리인의 지위와 권한의 문제이다. 수익자가 존재하지 아니하는 공익신탁에서는 수탁자의 사무처리를 감시하고 신탁의 이익을 대변할 주체가 필요한바, 그 역할을 담당하는 것이 신탁관리인이다. 신탁관리인이 수익자에 갈음하는 지위를 가진다는 것의 의미와 그 권한의 범위는 목적신탁의 구조와 직결된 문제이다. 둘째는 공익목적의 사후변경 문제이다. 영미 신탁법은 공익신탁의 목적이 달성 불능에 빠진 경우 이를 가장 가까운 다른 공익목적으로 변경하여 신탁을 존속시키는 근사원칙(cy-près)을 발전시켜 왔는데, 한국법이 이러한 목적변경을 어떻게 다루는지는 공익신탁의 영속성과 직결된다. 특히 「공익신탁법」이 구 「신탁법」상 인정되던 근사원칙을 폐기하였다는 평가가 유력한바,³⁾ 이 점은 목적신탁론의 관점에서 재검토를 요한다. 셋째는 잔여재산 귀속의 문제이다. 「공익신탁법」은 신탁행위로 잔여재산의 처분을 정하도록 인가요건으로 요구하면서 귀속권리자에 관한 규정을 두고 있는데, 그 귀속 법리와 해석상의 쟁점은 목적신탁의 종료라는 국면에서 검토되어야 한다.

나아가 이러한 물음은 공익목적과 사적 급부가 결합된 혼합형 신탁구조의 문제로 확장된다. 영미에서 발전한 자선잔여신탁(charitable remainder trust)과 자선선행신탁(charitable lead trust)은 하나의 신탁 안에 공익에 대한 급부와 특정인에 대한 사적 급부를 결합한 것으로서, 이는 수익자 없는 목적신탁과 수익자 있는 신탁이 결합된 구조로 이해할 수 있다. 이러한 혼합형 구조를 우리 「신탁법」의 유언대용신탁·수익자연속신탁과 연결하여 분석하는 것은, 공익신탁

행하는 것만을 목적으로 하는 신탁으로 정의한다.

2) 정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021, 5면, 9면, 34면.

3) 공익신탁법이 구 「신탁법」상 인정되던 근사원칙을 폐기하였다는 평가에 관하여는 이연갑, “공익신탁법에 관한 약간의 검토”, 「법조」 제64권 제5호, 법조협회, 2015, 5면 이하 참조.

탁의 법적 구조를 신탁행위의 유형론이라는 보다 넓은 시야 속에 자리매김하는 작업이 된다. 이 글은 이러한 문제의식에서, 한국 공익신탁의 법적 성질을 목적신탁으로 재구성하고, 그 구조적 특성이 신탁관리인의 지위, 공익목적의 사후변경, 잔여재산의 귀속, 그리고 혼합형 구조에서 각각 어떻게 작동하는지를 「신탁법」 준용구조 속에서 분석하는 것을 목적으로 한다.

덧붙일 것은, 한국의 공익신탁이 현재까지 그 활용이 극히 저조하고⁴⁾ 관련 판례 또한 형성되어 있지 아니하다는 점이다.⁵⁾ 그러나 제도가 사실상 휴면 상태에 있다는 사정⁶⁾은 그 법적 구조의 해명을 불필요하게 만드는 것이 아니라 오히려 선행과제로 만든다. 공익신탁의 활성화를 논하기 위하여는 그 구조가 어떻게 작동하는지가 먼저 규명되어야 하고, 신탁선언(자기신탁)에 의한 공익신탁의 설정이나 혼합형 구조의 활용과 같이 앞으로 열릴 수 있는 새로운 국면들도 그 구조에 대한 이해를 전제로 하기 때문이다. 본고가 정책론에 앞서 법적 구조의 도그마틱적 해명에 집중하는 까닭이 여기에 있다.

2. 연구의 범위와 방법

본고는 공익신탁의 법적 성질과 그에 따른 도그마틱적 귀결을 분석의 대상으로 삼는다. 구체적으로는 ① 목적신탁으로서 공익신탁의 법적 성질, ② 신탁관리인의 지위와 권한, ③ 재산운용에 대한 강행적 규율, ④ 근사원칙을 둘러싼 공익목적의 사후변경, ⑤ 잔여재산의 귀속, ⑥ 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조를 차례로 검토한다. 재산운용 규제는 그 정책적 당부 자체가 아니라 수익자 부존재라는 목적신탁 구조의 발현이라는 관점에서 다루며, 공익신탁의 활성화 일반과 같은 정책적 문제는 본고의 직접적 대상이 아니다. 세계 역시 그 구체적 내용은 별론으로 하되, 법적 구조와 직결되는 한도에서만 언급한다. 또한 공익신탁의 실제 활용이 아직 저조하여 이를 직접 다룬 판례가 거의 형성되어 있지 아니한 까닭에, 본고의 논의는 해석론과 입법론을 중심으로 전개하되 신탁의 변경·종료에 관한 일반 법리를 보충적으로 참조한다.

아울러 본고에서 다루는 ‘공익신탁’은 「공익신탁법」에 따라 법무부장관의 인가를 받은 공익

4) 「공익신탁법」이 2015년 시행된 이래 2021년 말까지 인가된 공익신탁은 33건에 그쳤고, 그 가운데 위탁자도 신탁재산도 없는 형해화된 것이 9건에 이르며, 수탁재산이 3년의 사용기간 내에 공익사업에 집행된 비율은 1%에 불과하다는 분석이 있다. 황인규, “공익신탁 과세제도의 개선방안에 관한 연구”, 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2022, 1면. 이 통계의 1차 출처는 황현영, “「공익신탁법」의 입법영향분석”, 「입법영향분석보고서」 제37호, 국회입법조사처, 2018, 29면.

5) 한국에서 공익신탁의 설정이 극히 저조하다는 점에 관하여 임채웅, “공익신탁에 관한 연구”, 「민사법학」 제70호, 한국민사법학회, 2015, 140~141면; 「공익신탁법」 시행(2015) 이후에도 그 활용이 여전히 저조하다는 점에 관하여 장보은, “공익신탁 활성화를 위한 공익신탁법 개정방안”, 「민사법학」 제101호, 한국민사법학회, 2022, 4면 참조.

6) 이준성은 이미 구 「신탁법」 시행기에 공익신탁이 사실상 ‘휴면 내지 거의 사장(死藏)된 상태에 있다고 진단하였다. 이준성, “공익신탁에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991, 2면.

신탁을 가리킨다. 공익목적에 지향하더라도 인가를 받지 아니한 이른바 미인가 공익신탁은, 법무부장관의 공적 감독과 그에 대한 신탁관리인의 보조라는 이 글의 통제구조가 애초에 전제되지 아니하고 그 법률관계도 일반 민사신탁의 문제로 귀착되므로, 본고의 직접적 논의대상에서 제외한다.

비교의 출발점으로는 공익신탁을 “수익자의 정함이 없는 신탁”으로 명문화한 일본의 신탁신탁법을 든다. 다만 일본법은 한국 공익신탁의 목적신탁적 성질을 비추어 보는 거울로 삼을 뿐, 분석의 중심은 어디까지나 우리 「신탁법」과 「공익신탁법」의 해석론에 있다. 영미의 근사원칙과 자선잔여·자선신행신탁은 우리 법의 구조를 조명하기 위한 기능적 비교의 대상으로 인용하며, 독일의 재단(Stiftung)·목적재산(Zweckvermögen) 등 다른 법제와의 본격적 비교는 본고의 범위를 벗어나므로 다루지 아니한다. 특히 본고는 「공익신탁법」이 특별법으로서 두는 규율과 「신탁법」의 준용(공익신탁법 제29조)이 맞물리는 지점에 주목하여, 특별법과 일반법의 관계 속에서 공익신탁의 법적 구조를 규명한다.

공익신탁의 법적 구조를 정면에서 다룬 선행연구가 있다. 즉, 공익신탁을 재단법인 및 법인 아닌 재단과 비교함으로써 그 법적 구조를 규명하면서, 공익신탁이 기술적 의미의 수익자를 가지지 아니하고 불특정 다수는 그 반사적 효과로서 이익을 향수할 뿐이라는 점, 영구구속금 지원칙의 적용을 받지 아니하는 영속가능성, 유사목적처분의 원칙(cy-près) 등 공익신탁의 핵심 특질을 분석하였다. 다만 그 연구는 「공익신탁법」 제정 이전의 공익신탁법안과 2011년 전 부개정 신탁법을 대상으로 공익신탁을 재단과의 기능적 비교의 관점에서 조명한 것으로서, 수익자의 부존재를 「신탁법」상 목적신탁 개념과 연결하여 도그마틱적으로 전개하는 데까지 나아가지는 아니하였다. 본고는 제정된 「공익신탁법」과 「신탁법」 준용(제29조)의 이중구조를 전제로 공익신탁을 수익자 없는 목적신탁으로 재구성하고, 그 도그마틱적 귀결을 각 국면에서 규명한다는 점에서 이와 구별된다.

이러한 분석이 그 밖의 선행 연구에 대하여 가지는 차별성은 다음과 같다. 공익신탁을 목적신탁으로 파악하는 시각 자체나, 「공익신탁법」이 구 「신탁법」상 근사원칙을 승계하지 아니하였다는 평가, 그리고 제4조 제9호 가목과 제24조 제1항 사이의 부정합은 이미 선행 연구에서 지적된 바 있다.⁷⁾

본고의 기여는 그러한 부정합을 지적하는 데 그치지 아니하고, 이를 해석론·입법론의 차원에서 해소하는 데로 나아간다는 점에 있다. 첫째 위 두 규정의 충돌을 ‘제4조 제9호 가목은 신탁행위에 일정한 정함을 두도록 요구하는 인가요건의 표현, 제24조 및 「신탁법」 제101조는 잔

7) 공익신탁의 법적 구조를 재단법인 및 법인 아닌 재단과의 비교를 통하여 규명한 선행연구로 김진우, “공익신탁의 법적 구조”, 「비교사법」 제19권 제1호(통권 제56호), 한국비교사법학회, 2012; 공익신탁을 목적신탁으로 파악하는 시각에 관하여는 이중기, “법인과 비교한 신탁의 특징 — 공익신탁에의 활용을 중심으로”, 「서울대학교 법학」 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 538~539면도 참조. 「공익신탁법」의 근사원칙 불승계 및 제4조 제9호 가목과 제24조 제1항의 부정합에 관하여는 이연갑, 앞의 논문(주 3), 5~42면.

여재산 귀속의 실체적 근거'로 자리매김하는 정합적 해석론을 제시하고, 둘째 근사원칙의 불채택이라는 공백에 대하여 잔여재산 귀속이라는 종료처리를 유지하면서도 그 '앞단'에 유사목적으로의 변경존속을 부가하는 단계적·보충적 입법구조를 설계하며, 셋째 공익신탁을 수익자 없는 목적신탁의 전형으로 규명하는 작업을 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조 및 신탁행위 유형론으로 연결하는 데에 있다.

여기서 공익신탁을 목적신탁으로 파악하는 시각 자체가 새로운 것이 아님은 분명히 하여 둔다. 본고의 목표는 그 명제의 신규성을 주장하는 데 있지 아니하고, 수익자의 부존재라는 하나의 구조적 특질을 공통의 분석도구로 삼아, 개별 쟁점으로 흩어져 논의되어 온 문제들을 하나의 정합적 규율구조 속에서 통합적으로 설명하는 데 있다. 요컨대 본고가 더하는 것은 명칭이 아니라, 그 성질로부터 도그마틱적 귀결을 이끌어내는 통합적 분석과 그 실천적 응용이다.

이 논의는 공익에 관한 것이면서도 신탁법 일반 및 상사신탁의 설계와 직접 맞닿아 있다. 공익신탁의 법적 구조의 해명은 법무부장관의 인가·감독 실무의 전제가 되고, 공익 급부와 사적 급부를 하나의 신탁 안에 결합하는 자선잔여신탁·자선선행신탁은 부의 승계와 자산의 시간적 배분을 설계하는 도구로서 제Ⅷ장에서 「신탁법」의 유언대용신탁·수익자연속신탁과 연결하여 분석한다. 공익신탁을 목적신탁으로 규명하는 작업이 순수 비영리법의 영역에 머무르지 아니하고 사적 급부와 결합한 신탁설계의 문제로 확장되는 까닭이 여기에 있다.

3. 논의의 순서

이하에서는 먼저 공익신탁의 법적 성질을 목적신탁의 관점에서 규명한다(Ⅱ). 이어지는 논의는 크게 두 묶음으로 나눌 수 있다. 하나는 수익자의 부존재가 낳는 통제의 공백을 보충하는 구조로서, 신탁관리인의 지위와 권한(Ⅲ) 및 재산운용의 강행적 규율(Ⅳ)이 여기에 속한다. 다른 하나는 공익신탁의 변경·종료와 재산의 귀속에 관한 국면으로서, 공익목적의 사후변경과 근사원칙(Ⅴ) 및 잔여재산의 귀속(Ⅵ)이 이에 해당한다. 그 다음으로 공익목적과 사적 급부가 결합된 혼합형 구조를 신탁행위 유형론과 연결하여 살피고(Ⅶ), 마지막으로 논의를 요약하며 결론을 맺는다(Ⅷ). 이처럼 Ⅲ·Ⅳ가 '수익자 부존재에 따른 통제구조'를, Ⅴ·Ⅵ이 '변경·종료와 재산귀속'을 이룬다는 점을 미리 밝혀 둬으로써, 개별 장에 흩어진 쟁점들이 수익자의 부존재라는 하나의 구조적 특질에서 파생함을 드러내고자 한다.

Ⅱ. 공익신탁의 법적 성질: 목적신탁으로서의 공익신탁

1. 수익자 없는 신탁과 목적신탁

가. 신탁법상 목적신탁의 도입

전통적으로 사익신탁은 수익자의 존재를 전제로 하며, 수익자가 수익권을 통하여 신탁의 이익을 향수하고 동시에 수탁자를 감시하는 구조를 취한다. 그런데 2011년 전부개정된 「신탁법」은 수익자가 존재하지 아니하고 특정한 목적의 달성을 위하여 설정되는 신탁, 곧 목적신탁을 일반적으로 허용하였다. 「신탁법」 제3조 제1항은 “수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁”을 목적신탁이라 정의한다.⁸⁾ 구 「신탁법」 아래에서는 수익자 없는 신탁이 사실상 공익신탁에 한정되어 있었던 것과 달리, 개정법은 사익을 위한 목적신탁까지 일반적으로 승인한 것이다. 다만 목적신탁은 신탁선언의 방법으로는 원칙적으로 설정할 수 없고, 오직 「공익신탁법」에 따른 공익신탁만이 신탁선언에 의하여 설정될 수 있다(신탁법 제3조 제1항 단서).

목적신탁의 구조적 특징은 수익권의 귀속주체인 수익자가 부존재한다는 점에 있다. 신탁의 이익은 특정인이 아니라 신탁이 추구하는 ‘목적’에 봉사하며, 그 결과 수익자에 의한 수탁자 감시라는 일반 신탁의 통제 메커니즘이 그대로 작동하지 아니한다. 이 구조적 공백을 어떻게 보충할 것인가가 목적신탁 법리의 핵심 과제가 된다.

이 공백의 문제는 영미 신탁법이 일찍이 직면한 것이기도 하다. 영미법은 신탁이 유효하기 위하여는 그 이행을 법원에 구할 수 있는 수익자가 존재하여야 한다는 이른바 수익자원칙(beneficiary principle)을 발전시켜, 수익자 없는 비공익 목적신탁을 원칙적으로 무효로 보아 왔다. 공익신탁이 그 예외로 인정될 수 있었던 것은, 수익자를 대신하여 국가가 신탁의 이행을 강제하는 공적 집행자로 기능하였기 때문이다.⁹⁾ 수익자 없는 신탁이 성립하기 위하여는 그 목적의 실현을 담보할 집행주체가 반드시 요구된다는 이 명제는, 공익신탁에서 신탁관리인과 법무부장관이 차지하는 구조적 지위를 이해하는 출발점이 된다. 나아가 사익 목적신탁은 신탁관리인이라는 사적 집행자에 의존하는 데 비하여, 공익신탁은 법무부장관이라는 공적 집행자가 그 구조적 공백을 메운다는 점에서 뚜렷한 차별성을 보인다.

나. 일본 신평익신탁법의 ‘수익자의 정함이 없는 신탁’과의 비교

일본 역시 2006년 신탁법 개정을 통하여 ‘수익자의 정함이 없는 신탁(受益者の定めのない信託)’, 즉 목적신탁을 명문으로 인정하였다. 그리고 2024년의 신평익신탁법은 앞서 본 바와 같이 공익신탁을 “수익자의 정함이 없는 신탁으로서 공익사무를 행하는 것만을 목적으로 하는 것”

8) 구 「신탁법」 시행기에 실제로 운영된 공익신탁은 일반공익신탁·체육공익신탁·하나행복나눔공익신탁의 3건에 불과하였다고 한다. 황인규, 앞의 논문(주 4), 14면.

9) 수익자원칙(beneficiary principle)의 효시로는 *Morice v. Bishop of Durham*, (1804) 9 Ves. Jun. 399; (1805) 10 Ves. Jun. 522 참조. 동 원칙은 신탁의 이행을 구할 수익자의 존재를 요구하며, 그 결과 비공익 목적신탁은 원칙적으로 무효로 취급되어 온 반면, 공익신탁은 국가에 의한 집행이 가능하다는 점에서 예외로 인정되어 왔다.

으로 정의함으로써(同法 제2조), 공익신탁이 목적신탁의 일종임을 정의규정의 차원에서 명확히 하였다.¹⁰⁾ 다만 이러한 일원적 정의는 2024년 신법에 이르러서야 마련된 것으로, 그 이전의 일본법은 세제상 우대 여부를 기준으로 공익신탁을 다시 세분하는 구조를 취하고 있었다.

한편 일본 신탁법은 수익자의 정함이 없는 신탁의 존속기간을 20년으로 제한하면서도(同法 제259조), 공익신탁에 대하여는 이 제한을 적용하지 아니한다.¹¹⁾ 이는 수익자가 부존재하여 그 이익을 향수하고 신탁을 통제할 주체가 없는 목적신탁을 장기간 존속시키는 데 대한 우려를 반영하는 동시에, 공익이라는 목적이 그러한 우려를 정당하게 해소한다는 평가를 담은 것이다. 곧 공익은 목적신탁에 대한 존속기간의 제약을 면제할 만큼 그 영속성을 정당화하는 근거가 되며, 이 점은 뒤에서 보는 공익재산의 영속성 논의(IV)와도 맞닿는다. 우리 「신탁법」이 사익 목적신탁에 대하여 일반적인 존속기간 상한을 두지 않는다는 점과 대조할 때, 일본법의 이러한 규율은 ‘수익자 부존재 → 영속성 우려 → 공익에 의한 정당화’라는 논리축을 더욱 선명하게 드러내 준다.

한국과 일본은 공익신탁의 본질을 수익자 없는 목적신탁으로 파악한다는 점에서 일치한다. 다만 규율의 방식에는 차이가 있다. 일본은 신탁신탁법이라는 단일 법률의 정의규정에서 공익신탁의 목적신탁적 성질을 직접 표현하는 데 비하여, 한국은 「신탁법」이 목적신탁이라는 일반개념을 두고 「공익신탁법」이 그 특별법으로서 공익신탁을 규율하는 이중의 구조를 취한다. 그러나 어느 쪽이든 공익신탁을 목적신탁으로 본다는 점에서, 한국 공익신탁을 목적신탁론의 관점에서 재구성하는 작업은 비교법적으로도 충분히 정당화된다.

2. 목적신탁으로서 공익신탁의 구조

가. 수익자의 부존재와 공익목적

공익신탁에는 신탁법상의 수익자가 존재하지 아니한다. 공익사업의 혜택을 받는 불특정 다수는 사실상의 수혜자일 뿐, 신탁상 수익권을 가지는 수익자가 아니다. 수익자의 자리는 신탁이 추구하는 공익목적이 대신하며, 바로 이 점에서 공익신탁은 전형적인 목적신탁으로 나타난다. 공익신탁을 이처럼 수익자가 부인되는 목적신탁으로 파악하고, 그 본질적 특질을 영리단체와 달리 출연자·기부자에게 수익자지위가 인정되지 아니한다는 데에서 찾는 시각은 학설상으로도 일찍이 제시된 바 있다.¹²⁾ 「신탁법」이 공익신탁의 신탁선언에서 특정하여야 할 ‘수익자’

10) 「公益信託に關する法律」(令和6년 법률 제30호) 제2조. 신법 이전 일본의 특정공익신탁·인정특정공익신탁·일반공익신탁의 구분과 그 요건에 관하여는 이영미, “공익신탁 과세제도에 관한 연구”, 강남대학교 대학원 박사학위논문, 2021, 169~172면 참조.

11) 日本 信託法(平成18년 법률 제108호) 제259조. 수익자의 정함이 없는 신탁의 존속기간을 20년으로 제한한다. 다만 공익신탁에 대하여는 위 존속기간의 제한이 적용되지 아니한다(동법 및 관련 경과규정 참조).

를 신탁관리인으로 갈음하도록 규정한 것(신탁법 제3조 제1항 제3호)은, 수익자 부존재라는 공익신탁의 구조를 입법적으로 확인한 것이라 할 수 있다.

나. 공익신탁법·신탁법의 이중구조와 준용

공익신탁의 법률관계는 「공익신탁법」이라는 특별법과 「신탁법」의 준용이 맞물려 형성된다. 이러한 이중구조는 입법연혁의 산물이다. 구 「신탁법」은 제10장에 8개 조문만을 두어 공익신탁을 규율하였으나, 2014년 제정된 「공익신탁법」은 이를 34개 조문으로 확장하면서 공익신탁에 특유한 규율을 「신탁법」에서 분리해 냈다.¹³⁾ 「공익신탁법」은 인가와 감독, 재산의 운용과 공시 등 공익신탁에 특유한 사항을 규율하고, 그 밖에 수탁자의 의무, 신탁재산의 법률관계, 신탁의 변경·종료와 잔여재산의 귀속 등 신탁 일반의 법률관계에 관하여는 「신탁법」이 준용된다(공익신탁법 제29조).

그런데 이 준용에는 “그 성질에 반하지 아니하는 범위에서”라는 한계가 붙어 있다. 공익신탁이 수익자 없는 목적신탁이라는 점은 바로 이 한계가 작동하는 지점을 결정한다. 즉 수익권이나 수익자집회, 수익자의 동의·청구와 같이 수익자의 존재를 전제로 한 「신탁법」의 규정들은 공익신탁에 그대로 준용될 수 없고, 신탁관리인에 의하여 대체되거나 변형되어 적용된다. 공익신탁의 도그마틱적 분석은 결국 이 변형의 양상을 각 국면에서 구체적으로 규명하는 작업이며, 그 출발점이 바로 다음 장에서 다루는 신탁관리인의 지위이다.

III. 신탁관리인의 지위와 권한

1. 수익자의 부존재와 감독의 공백

일반 신탁에서 수익자는 수익권을 향수할 뿐만 아니라, 장부의 열람·복사 청구권, 유지청구권, 수탁자의 위법한 처분에 대한 취소권, 신탁의 변경·종료에 관한 청구권 등을 통하여 수탁자의 사무처리를 감시하는 핵심적 통제주체로 기능한다. 그러나 수익자가 존재하지 아니하는

12) 이중기, 앞의 논문(주 7), 538~539면(공익신탁을 수익권을 가지는 수익자의 존재가 부인되는 목적신탁의 일종으로 파악한다). 같은 취지의 이해는 일찍부터 제시되어 왔다. 이준성, 앞의 논문(주 6), 151면(공익사업의 혜택을 받는 不特定多數는 反射的 效果로서 사실상의 이익을 향수할 뿐이라고 한다) ; 임채웅, 앞의 논문(주 5), 143면 ; 김진우, 앞의 논문(주 7), 27면.

13) 「공익신탁법」 제29조. 공익신탁법 제정으로 설정은 허가제에서 인가제로 전환되고 관리·감독 권한이 법무부장관으로 일원화되었으며, 공시제도가 도입되었다. 그 제정 경위와 규정구조에 관하여 이영미, 앞의 논문(주 10), 32~36면 참조.

목적신탁에서는 이러한 내부적 통제가 작동할 수 없는 공백이 발생한다. 공익신탁의 경우 법무부장관에 의한 공적 감독이 이 공백을 일정 부분 메우지만, 그것만으로는 충분하지 아니하다. 수익자가 특정되지 아니하여 수익자에 의한 감독을 기대할 수 없고, 위탁자나 그 특수관계인에게 영향력을 남겨 두는 것 역시 공익신탁의 독립적 운영을 해치므로, 수탁자를 견제할 별도의 장치가 요구되는 것이다.¹⁴⁾ 신탁 내부에서 수익자에 갈음하여 신탁사무에 관여하고 수탁자를 감시할 사적 주체가 여전히 필요하며, 그 역할을 담당하는 것이 신탁관리인이다.

2. 신탁관리인의 선임

「신탁법」은 수익자가 특정되지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우 등에 신탁관리인을 선임할 수 있도록 하며(신탁법 제67조), 수익자가 본래적으로 부존재하는 목적신탁에서 신탁관리인은 그 구조상 필수적인 기관이 된다. 「공익신탁법」은 이를 더욱 분명히 하여, 신탁관리인을 둘 것과 그 신탁관리인에게 결격사유가 없을 것을 공익신탁의 인가요건으로 요구하고(공익신탁법 제4조), 신탁관리인의 권한과 의무에 관한 규정을 별도로 두고 있다(공익신탁법 제18조). 공익신탁에서 신탁관리인은 임의적 기관이 아니라 제도의 성립을 위한 필수적 기관인 것이다.

비교법적으로 보면, 일본 신탁법은 수익자 측을 보충·대변하는 기관을 그 기능에 따라 신탁관리인(수익자가 현존하지 아니하는 경우 그를 갈음하여 권리를 행사하는 자), 신탁감독인(현존하는 수익자를 위하여 수탁자를 감독하는 자), 수익자대리인(특정 수익자를 대리하는 자)으로 분화하여 규율하고, 그 가운데 수익자의 정함이 없는 신탁에 대하여는 신탁관리인을 두도록 하고 있다(동법 제258조).¹⁵⁾ 우리 「신탁법」은 이들을 신탁관리인이라는 하나의 기관으로 통합하면서, 공익신탁에서는 그 신탁관리인에게 수익자에 갈음하는 지위(제68조)를 부여한다. 따라서 우리 공익신탁의 신탁관리인은 ‘수익자의 부존재를 보충하여 그 권리를 대신 행사하는 대표적 기능’과 ‘수탁자를 감시하는 감독적 기능’을 함께 담당하는 지위에 선다.

3. 수익자에 갈음하는 지위

신탁관리인의 지위는 「신탁법」에 의하여 명확히 규정된다. 「신탁법」 제68조 제1항은 신탁관리인이 수익자의 이익이나 목적신탁의 목적 달성을 위하여 자기의 명의로 수익자의 권리에 관

14) 「공익신탁법」 제25조·제26조 ; 공익신탁은 수익자가 특정되지 아니하여 수익자에 의한 감독이 곤란하므로 「공익신탁법」이 신탁관리인에 의한 감독(제18조)과 법무부장관에 의한 감독(제25조·제26조)이라는 이원적 견제장치를 둔 것으로 보는 입장이 있다. 이영미, 앞의 논문(주 10), 67~68면.

15) 日本 信託法上 信託管理人(제123조 이하), 信託監督人(제131조 이하), 受益者代理人(제138조 이하)의 구분 및 수익자의 정함이 없는 신탁에서 信託管理人을 두도록 한 제258조 참조. 우리 「신탁법」은 제67조 이하에서 이를 신탁관리인으로 통합하여 규율한다.

한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한을 가진다고 하고, 같은 조 제2항은 신탁관리인이 “신탁에 관하여 수익자와 동일한 지위를 가지는 것으로 본다”고 규정한다. 요컨대 신탁관리인은 수익자가 부존재하는 공익신탁에서 수익자에 갈음하여 그 권리를 행사하는 지위에 선다. 이로부터 공익신탁의 신탁관리인은, 수익자가 존재하였다면 그가 가졌을 감시·관여 권한 — 장부의 열람·복사, 위법한 처분에 대한 취소, 신탁사무의 유지청구 등 — 을 행사할 수 있다. 다만 공익신탁의 변경과 종료에 관하여는 「공익신탁법」이 법무부장관의 인가·감독이라는 특별한 규율을 두고 있으므로, 신탁관리인의 권한은 그러한 특별규정과의 관계 속에서 조정된다. 즉 신탁관리인은 수익자의 일반적 지위를 승계하되, 공익신탁법이 공적 규율로 대체한 영역에서는 그 한도에서 권한이 제한되는 것이다.

4. 신탁관리인의 권한과 한계

신탁관리인의 지위가 이처럼 수익자에 갈음하는 것이라 하더라도, 그 권한의 실제적 작동에는 몇 가지 한계와 과제가 따른다.

첫째, 공익신탁에서는 신탁관리인의 사적 감시와 법무부장관의 공적 감독이 병존한다(공익신탁법 제25조, 제26조). 양자의 관계, 즉 신탁관리인의 감시가 공적 감독을 보완하는 것인지 아니면 일정 부분 중첩되는 것인지, 그리고 양자가 충돌할 경우의 우열은 명확히 정리될 필요가 있다.

생각건대 양자는 상호 대체가 아니라 보완의 관계에 선다. 법무부장관의 감독은 인가·보고·징수·검사·시정명령과 같이 사후적·거시적이고 제도의 외부에서 작동하는 데 비하여, 신탁관리인의 감시는 신탁사무에 상시적으로 관여하면서 장부열람·유지청구·위법처분 취소청구 등 「신탁법」상 수익자의 권리를 자기 명의로 행사하는, 신탁 내부의 미시적 통제이다. 따라서 양자가 정면으로 충돌하는 국면은 많지 아니하며, 다만 공익신탁의 변경·종료와 같이 「공익신탁법」이 법무부장관의 인가사항으로 유보한 영역에서는 공적 규율이 우선하고 신탁관리인의 권한은 그 한도에서 조정된다고 봄이 타당하다.

둘째, 수익자가 부존재하는 구조에서는 ‘신탁관리인 자신을 감시·견제할 주체가 누구인가’라는 또 하나의 통제 공백이 발생한다. 수익자가 신탁관리인을 통제하는 일반 신탁과 달리, 공익신탁에서는 그 견제의 고리가 약하므로 신탁관리인의 선관주의의무와 책임, 그리고 실효적인 해임 메커니즘의 정비에 중요해진다. 셋째, 신탁관리인의 보수와 책임의 범위 역시 그 직무의 실효성을 좌우하는 요소이다.

이러한 한계 가운데 특히 신탁관리인 자신에 대한 견제의 공백은 보완을 요하며, 그 보완은 해석으로 가능한 부분과 입법을 요하는 부분으로 나누어 살펴야 한다.

해석상 도출할 수 있는 부분은 법무부장관의 현행 감독권(공익신탁법 제25조·제26조)을 매개로 한 간접적 통제이다. 법무부장관은 공익신탁의 사무 전반에 관하여 보고를 받고 검사·시

정명령을 할 수 있는바, 그 감독의 대상에는 신탁관리인의 직무수행도 포함된다고 새길 수 있으므로, 신탁관리인에게 직무에 관한 보고를 요구하고 부적절한 직무수행에 대하여 시정을 명하는 방식의 통제는 현행법의 해석으로도 가능하다. 신탁관리인의 보수의 적정성 역시 인가·감독의 한 내용으로 심사될 수 있다.

이에 비하여 입법을 요하는 부분도 있다. 신탁관리인의 해임에 관하여는 「신탁법」의 관련 규정이 준용될 여지가 있으나(공익신탁법 제29조), 이는 어디까지나 법원에 의한 사법적 해임으로서 그 발동에 상당한 시간과 비용이 따른다. 공익신탁의 감독 주체인 법무부장관이 임무 위반·결격의 신탁관리인을 직접 해임하는 권한은 현행 「공익신탁법」에 명문의 근거가 없으므로, 행정적 감독의 실효성을 위한 이 권한만큼은 입법으로 마련되어야 한다. 다만 신탁관리인은 본래 수익자에 갈음하여 그 권리를 자기 명의로 행사하는 사적 집행자이므로, 이러한 직접적 해임권의 도입이 행정편의에 따른 자의적 개입으로 흐르지 아니하도록 하는 균형추가 함께 요구된다. 그 구체적 설계는 다음과 같이 생각할 수 있다. 첫째, 법원에 의한 해임제도와와의 관계이다. 법무부장관의 직접 해임권은 앞서 본 법원 해임을 배제하는 것이 아니라 그와 병존하는 행정적 수단으로 설계되어, 신속한 감독상 대응이 필요한 국면에서 선택적으로 발동될 수 있도록 함이 타당하다. 둘째, 직접 해임의 사유이다. 이는 임무의 중대한 위반, 결격사유의 발생, 정당한 사유 없는 장기간의 직무해태 등으로 법정하여 엄격히 한정함으로써, 행정편의에 따른 자의적 개입의 여지를 차단하여야 한다. 셋째, 해임의 절차이다. 해임처분에 앞서 해당 신탁관리인에게 의견진술의 기회를 부여하고 그 처분에 이유를 붙이도록 하는 등 최소한의 절차적 보장이 요구된다. 넷째, 불복의 수단이다. 직접 해임은 행정처분에 해당하므로 이에 불복하는 신탁관리인은 행정심판 및 항고소송을 통하여 그 위법을 다룰 수 있어야 하며, 이로써 처분에 대한 사후적 사법심사가 보장된다. 이와 같이 발동사유·절차·불복수단을 명확히 함으로써, 공적 감독의 실효성과 신탁관리인의 사적 집행자로서의 지위를 조화시킬 수 있다. 요컨대 신탁관리인에 대한 통제는 현행 감독권의 해석을 통한 간접적 통제로 일정 부분 매워지되, 직접적 해임 등 핵심 장치는 그 발동요건과 사후통제를 포함하여 입법을 통하여 완성되어야 한다. 이러한 한계들은 공익신탁의 운용이 자유로워지고 그 법률관계가 복잡해질수록 더욱 부각된다. 수익자 없는 목적신탁에서 신탁관리인은 수탁자를 견제하는 사실상 유일한 사적 주체이므로, 그 지위와 권한을 실효적으로 정비하는 것은 공익신탁 제도의 건전성을 담보하는 관건이 된다.

IV. 수익자의 부존재와 재산운용의 강행적 규율

1. 목적신탁 구조와 운용통제의 공백

수익자신탁에서 신탁재산의 운용은 궁극적으로 수익자의 이익에 봉사하며, 수익자는 그 운용의 위험과 이익을 향수하는 주체로서 수탁자의 운용을 감시하고 견제한다. 그러나 수익자가 존재하지 아니하는 목적신탁에서는 이러한 사적 통제가 작동하지 아니한다. 운용의 성패로 인한 이익과 손실을 자신의 것으로 받아들이며 수탁자를 견제할 주체가 없는 까닭에, 공익신탁의 재산운용은 어떠한 사적 감시에도 의하지 아니한 채 이루어질 위험에 노출된다.

앞 장에서 본 신탁관리인이 수익자의 인적 통제를 대신한다면, 「공익신탁법」은 운용의 국면에서는 신탁관리인의 감시에 더하여 재산운용 그 자체에 관한 강행적 규율을 둬으로써 이 공백을 메운다. 곧 「공익신탁법」 제11조 이하의 재산운용 규제는, 신탁관리인 제도 및 법무부장관의 감독과 더불어 수익자의 부존재를 보충하는 또 하나의 장치이며, 그 점에서 목적신탁의 구조와 직결된다.

2. 「공익신탁법」상 재산운용 규제의 내용

「공익신탁법」은 신탁재산의 운용에 관하여 엄격한 제한을 둔다. 우선 신탁재산 중 금전은 「신탁법」 제41조 각 호의 방법, 즉 국채·지방채 및 특별법에 따라 설립된 법인의 사채의 응모·인수 또는 매입, 국채 등을 담보로 하는 대부, 그리고 은행예금 또는 우체국예금으로만 운용할 수 있다(제11조 제1항). 「신탁법」 제41조가 신탁행위로 달리 정할 수 있도록 허용함에 비하여, 「공익신탁법」은 이러한 예외를 인정하지 아니한다. 나아가 금전 및 위 재산 이외의 재산은 신탁행위 외의 방법으로 취득할 수 없으므로(제11조 제2항), 공익신탁은 위탁자가 신탁행위로 이전하는 경우에만 비금전재산을 취득할 수 있을 뿐, 신탁재산을 운용하여 부동산이나 주식 등을 새로 취득할 수는 없다.

그 밖에도 「공익신탁법」은 수탁자에게 신탁재산을 수탁받은 날부터 3년 이내에 공익사업등에 사용할 의무를 지우고(제11조 제5항), 운용소득의 100분의 70 이상을 공익사업에 사용하도록 하며(제12조), 공익신탁이 수익증권이나 신탁사채를 발행하는 것을 금지한다(제11조 제7항). 또한 수탁자의 이해상반행위를 제한하고(제11조 제3항), 공익사업 수행에 필수적인 재산의 처분에는 법무부장관의 승인을 받도록 한다(제11조 제6항). 이러한 규제의 취지는 신탁재산을 이용한 고리대부·부동산투기·고위험투자를 막아 공익성과 세제혜택의 정책취지에 부응하고 신탁의 부실화를 방지하는 데에 있다고 설명된다.

3. 규제의 경직성과 그 구조적 원인

이러한 운용규제에 대하여는 지나치게 경직되어 공익활동을 제약한다는 비판이 유력하다. 부동산이 신탁행위로 출연되지 아니한 경우 공익신탁은 자신의 사무소조차 신탁의 명의로 보

유하지 못하고 임차하여 사용할 수밖에 없으며, 임대부동산을 보유하여 안정적인 임대수입으로 공익사업의 재원을 마련하는 것도 신탁행위로 그 부동산이 출연되지 아니하는 한 불가능하다. 또한 신탁재산인 금전으로 주식이나 부동산을 취득하는 것이 일률적으로 금지되는데, 이는 주가 급락으로 인한 재원 부족의 우려와 공익신탁을 이용한 경영권 유지의 방지를 그 근거로 하나, 그러한 우려와 무관하거나 오히려 공익활동에 직접 관련된 자산의 취득까지 예외 없이 금지하는 것이 타당한지는 의문이다. 더욱이 신탁행위로 이전된 부동산이나 주식의 운용방법에 관하여는 아무런 규정을 두지 아니하여, 금전의 운용을 엄격히 제한한 것과 균형이 맞지 아니하고 규제의 근거가 취약하다는 지적도 있다.¹⁶⁾

생각건대 이러한 경직성은 단순한 입법기술상의 미비가 아니라, 수익자의 부존재라는 목적신탁의 구조에서 비롯하는 것이다. 운용의 위험과 이익을 형량하며 수탁자의 자산운용을 견제할 수익자가 존재하지 아니하는 이상, 입법자로서는 운용의 자율성을 신뢰하기 어렵고, 그 자율을 강행적인 운용제한으로 대체할 수밖에 없었던 것이다. 곧 재산운용 규제의 확실성은, 신탁관리인 제도가 인적 통제의 공백을 메우는 것과 마찬가지로, 목적신탁 특유의 통제공백을 외부적·확일적 규율로 메운 결과로 이해할 수 있다.

4. 상사신탁·자산관리의 관점과 개선의 방향

그러나 이러한 확일적 규제는, 별도의 법인격을 가지지 아니하여 약정에 따라 유연하게 운영될 수 있고 신탁재산의 독립성에 힘입어 목적별 분별운용이나 합동운용이 가능하다는 신탁 특유의 장점을 공익신탁이 발휘하지 못하게 한다.¹⁷⁾ 부동산이나 주식의 기부에 대한 수요가 증가하는 오늘의 현실에 비추어도, 이러한 자산을 공익활동에 적극적으로 활용할 길을 봉쇄하는 것은 바람직하지 아니하다.

따라서 개별 자산의 운용방식을 일일이 금지하여 나열하기보다는, 신탁재산을 공익신탁의 목적과 공익성에 반하지 아니하도록 운용하여야 하고 고리대부·투기적 거래·고위험투자를 하여서는 아니 된다는 운용의 원칙을 명확히 하되, 이를 위반하여 공정성을 해하거나 신탁을 부실하게 한 경우에 책임을 묻고, 개별 자산의 취득과 운용은 해당 공익신탁의 공익활동에 필요한지를 기준으로 판단할 여지를 두는 방향으로 규율을 전환함이 타당하다.¹⁸⁾

다만 목적신탁론의 관점에서 보면, 운용의 자율을 넓히는 것은 그에 상응하여 수익자를 대체하는 통제장치, 곧 신탁관리인의 감시와 법무부장관의 감독을 실효화하는 것을 전제로 한다. 운용규제의 완화와 신탁관리인의 권한 정비(Ⅲ)는 동전의 양면이며, 수익자 없는 목적신탁에서

16) 장보은, 앞의 논문(주 5), 13면.

17) 최수정, 「신탁법(제3판)」, 박영사, 2023, 14면, 28~29면 ; 장보은, 앞의 논문(주 5), 5~6면 참조.

18) 장보은, 앞의 논문(주 5), 18~20면.

운용의 자율과 그에 대한 통제는 함께 설계되어야 한다.

다만 그 자율의 확대에는 목적신탁 구조에서 비롯하는 뚜렷한 한계가 따른다. 수익자신탁에 서는 손익을 스스로 향수하며 운용을 감시하는 수익자가 있어 운용의 자율을 폭넓게 허용할 수 있으나, 공익신탁에는 그러한 주체가 없고 나아가 공익성과 세제혜택이 부차되어 있으므로 그 재산운용을 온전히 사적 자치에 맡길 수는 없다. 사익 목적신탁과 비교하더라도, 공익신탁은 공익에 출연된 재산의 비유출과 세제상 우대라는 정책목적을 담보하여야 하는 만큼 오히려 더 강한 통제가 정당화된다. 따라서 운용의 자율은 무제한의 자유가 아니라 '통제된 자율'이어야 하며, 그 한계는 다음의 세 가지로 확정될 수 있다. 첫째, 고리대부·투기적 거래·고위험투자의 금지와 이해상반의 제한은 자율확대 이후에도 유지되어야 할 강행적 하한선이다. 둘째, 개별 자산의 취득과 운용은 해당 공익신탁의 공익활동에 필요한지를 기준으로 심사되어야 한다. 셋째, 이러한 자율의 확대는 신탁관리인의 감시와 법무부장관의 감독이 실효적으로 작동하는 것을 조건으로 하며, 그 통제가 담보되지 아니하는 범위에서는 종래의 획일적 규율이 유지될 수밖에 없다.

V. 공익목적의 사후변경: 근사원칙과 그 한국법상 작동

1. 근사원칙의 의의와 기능

영미 신탁법에서 발전한 근사원칙은, 공익신탁의 본래 목적이 처음부터 또는 사후에 실현 불가능하거나 실현 부적당하게 된 경우에, 그 재산을 본래의 목적에 가장 가까운(*cy-près*, 'so near') 다른 공익목적에 충당함으로써 신탁을 존속시키는 법리이다.¹⁹⁾ 그 취지는 공익에 출연된 재산을 가능한 한 공익의 영역에 머물게 하여, 목적의 좌절이 곧바로 신탁의 소멸과 재산의 이탈로 이어지지 않도록 하는 데에 있다. 전통적으로 근사원칙의 적용에는 위탁자에게 특정 목적을 넘어서는 일반적 자선의도(*general charitable intent*)가 있을 것이 요구되었다. 다만 이는 좌절의 시점에 따라 다르게 작동하여, 신탁 성립 당초부터 목적이 실현 불가능한 당초 좌절(*initial failure*)에 서는 그 의도의 존부가 관건이 되는 반면, 일정 기간 운영된 뒤의 사후 좌절(*subsequent failure*)에서는 재산이 이미 공익에 헌정되어 있어 그 의도가 보다 쉽게 추정된다.²⁰⁾ 나아가 미국

19) 근사원칙은 우리 학설에서도 일찍이 영미 신탁법의 대표적 법리로 소개·분석되었으며, 그 번역어로 근사원칙 외에 '유사목적이부(移付)의 원칙', '가급적 근사의 원칙' 등이 사용되어 왔다. 이준성, 앞의 논문(주 6), 113~114면.

20) 이준성은 영국법상 *cy-près*의 적용요건으로 一般的인 公益上的 意圖(*general charitable intention*)와 信託目的의 實行不可能性(*impossibility*)을 들고, 전자는 신탁목적이 原始的(당초)으로 실행 불가능한 경우에만 요구된다고 보았다. 이준성, 앞의 논문(주 6), 121면, 124면; 당초 좌절(*initial failure*)과 사후 좌절(*subsequent failure*)의 구별 및 후자에서 일반적 자선의도의 인정이 용이해진다는 점에 관하여 *Restatement (Third) of Trusts* §67

의 제3차 신탁법 리스테이트먼트와 통일신탁법전(UTC)은 이 일반적 자선의도를 추정하는 방향으로 요건을 완화하여, 근사원칙에 의한 목적변경을 한층 용이하게 하였다.²¹⁾

여기서 근사원칙은 신탁의 관리·운영에 관한 조항이 실현 곤란하게 된 경우에 이를 합목적적으로 조정하는 이른바 관리적 변경(administrative deviation)과는 구별된다.²²⁾ 전자가 공익목적 그 자체를 가장 가까운 다른 공익목적으로 대체하는 진정한 의미의 근사원칙이라면, 후자는 목적은 그대로 둔 채 그 실현방법에 관한 조항만을 조정하는 것이다. 이 구별은 뒤에서 보는 「신탁법」 제88조의 작동범위를 가늠하는 데에 의의가 있다. 즉 사정변경에 의한 법원의 신탁변경(제88조 제3항)이 관리적 변경을 포섭함은 비교적 분명하나, 그것이 공익목적 자체의 변경이라는 진정 근사원칙의 기능까지 직접 수행할 수 있는지는 별도의 검토를 요하기 때문이다.

공익신탁의 영속성은 영미에서 영구불확정금지원칙(rule against perpetuities)의 적용제외라는 형태로도 뒷받침되어 왔다. 사익신탁에서는 권리의 귀속이 일정 기간 내에 확정되어야 하나, 공익신탁은 이 제한을 받지 아니하고 영속할 수 있다.²³⁾ 일본 신탁법이 수익자의 정함이 없는 신탁의 존속기간을 20년으로 제한하면서도 공익신탁을 그 적용에서 제외한 것(同法 제259조) 또한 이러한 사고의 입법적 표현이다. 반면 우리 「신탁법」은 사익 목적신탁에 대하여도 일반적 존속기간 상한을 두지 아니하므로, 한국에서 공익재산의 영속성 문제는 존속기간의 제한이라기보다 목적이 좌절된 경우 신탁을 어떻게 존속시킬 것인가, 곧 근사원칙에 상응하는 변경 메커니즘의 존부 문제로 귀착된다.

결국 근사원칙은 공익재산의 영속성을 뒷받침하는 장치이다. 공익목적이 좌절되더라도 그 재산은 유사한 공익목적으로 옮겨가 계속하여 공익에 봉사하므로, 공익신탁은 하나의 목적에 묶이지 아니하고 사정변경에 적응하면서 존속할 수 있게 된다.

2. 구 신탁법의 근사원칙과 공익신탁법에 의한 폐기

한국의 구 「신탁법」 또한 이러한 근사원칙에 상응하는 규율을 두고 있었다. 구 「신탁법」은 공익신탁에 관하여 신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정이 생긴 때에는 주무관청이 신탁의 본지에 반하지 아니하는 한 신탁조항의 변경을 명할 수 있도록 하였는바, 이는 공익목적

및 그 주석 참조.

21) 종래 cy-près의 적용에는 위탁자의 일반적 자선의도(general charitable intent)가 요구되었으나, 제3차 신탁법 리스테이트먼트(Restatement (Third) of Trusts) 및 통일신탁법전(Uniform Trust Code) §413은 이를 추정하는 방향으로 요건을 완화하였다.

22) 관리적 변경(deviation)과 목적변경으로서의 근사원칙의 구별에 관하여, 미국 제3차 신탁법 리스테이트먼트는 전자를 §66(관리조항의 변경·일탈), 후자를 §67(cy-près)에서 각각 규율한다. Restatement (Third) of Trusts §66·§67 참조.

23) 영국에서 공익신탁이 목적신탁으로서 수익자가 없어도 무효가 되지 아니하고, 비공익 목적신탁과 달리 존속기간의 제한을 받지 아니한다는 점을 지적한다. 장보은, 앞의 논문(주 5), 6면.

을 사정변경에 맞추어 조정함으로써 신탁을 존속시키는, 근사원칙의 한국적 표현이었다. 나아가 구 「신탁법」은 공익신탁이 종료한 경우 잔여재산의 귀속권리자가 정하여져 있지 아니한 때에는 주무관청이 신탁의 본지에 좇아 유사한 목적을 위한 신탁을 계속하게 할 수 있도록 하는 규정을 별도로 두고 있었으며(구 신탁법 제72조), 학설은 일찍이 이 규정을, 법인이 해산한 경우의 잔여재산을 유사한 목적에 처분하도록 한 「민법」 제80조 제2항과 더불어 근사원칙을 우리 법제가 받아들인 예로 이해하여 왔다.²⁴⁾

그러나 이러한 규율은 그대로 유지되지 못하였다. 신탁조항의 변경명령권은 2011년 「신탁법」 전부개정 과정에서 주무관청과 수탁자가 합의하여 신탁을 변경할 수 있도록 하는 형태로 한 차례 변형되었고(개정 후 제109조), 2014년 「공익신탁법」의 제정에 이르러서는 변경명령권과 유사목적 신탁의 계속을 포함한 근사원칙의 메커니즘이 더 이상 승계되지 아니하였다. 그 결과 현행법상 공익신탁은, 그 목적이 좌절되어 종료에 이르는 경우 목적을 변경하여 다른 공익신탁으로 존속하는 것이 아니라, 잔여재산을 다른 공익단체나 국가·지방자치단체에 귀속시키는 방식으로 처리된다. 이 점에서 「공익신탁법」은 구 신탁법상 인정되던 근사원칙을 폐기한 것으로 평가된다. 공익재산을 유사한 목적으로 옮겨 ‘신탁을 존속’시키는 길 대신, 신탁을 ‘종료’시키고 그 재산을 다른 공익 주체로 ‘이전’시키는 길을 택한 것이다.²⁵⁾

3. 한국법상 공익목적 변경의 메커니즘

그렇다면 현행법상 공익신탁의 목적을 사후에 변경하는 것은 전혀 불가능한가. 그렇지 는 아니다. 다만 그 메커니즘이 근사원칙과는 다른 모습을 띤다.

가. 공익신탁법상 변경인가

「공익신탁법」은 공익신탁의 변경에 관하여 법무부장관의 변경인가를 받도록 하고 있다(공익신탁법 제7조). 따라서 공익신탁의 목적을 포함한 신탁의 내용 변경은 변경인가의 절차를 통

24) 구 「신탁법」 제72조와 「민법」 제80조 제2항을 cy-près 원칙을 채용한 우리 법제상의 규정으로 들면서, 다만 「민법」 제80조 제2항은 그 내용이 cy-près와 동일하더라도 沿革上 영미법의 cy-près로부터 직접 영향을 받은 것이라고 보기는 어렵다고 한다. 이준성, 앞의 논문(주 6), 137면. 구 「신탁법」 제67조의 주무관청 변경명령권과 제72조의 유사목적 계속은, 발동의 주체가 주무관청이고 그 요건이 ‘신탁의 본지에 반하지 아니하는 범위’로 설정되어 영미의 근사원칙보다 제한적이기는 하나, ‘목적’을 변경하거나 유사한 목적으로 신탁을 계속시켜 공익재산을 존속시킨다’는 기능의 면에서는 근사원칙의 핵심과 실질적으로 동일한 역할을 수행하였다. 그러나 이들은 모두 2011년 「신탁법」 전부개정 및 2014년 「공익신탁법」 제정을 거치며 현행법에 그대로 승계되지 아니하였다.

25) 같은 취지로 이연갑, 앞의 논문(주 3), 5~42면 ; 그 입법적 변천에 관하여는 황인규, 앞의 논문(주 4), 15~16면 ; 김진우, 앞의 논문(주 7), 24면, 29면(공익신탁법안 제25조와 2011년 전부개정 신탁법 제113조를 cy-près의 한국적 표현으로 이해한다) ; 오영표, 「가족신탁 이론과 실무」(제3판), 조세통람, 2025, 375~393면 참조.

하여 이루어질 수 있다. 다만 이는 신탁이 존속하는 동안의 변경에 관한 것으로서, 목적의 좌절로 신탁이 종료에 이르는 국면에서 그 종료를 막고 유사목적으로 신탁을 존속시키는 근사원칙과는 그 작동의 장면이 다르다.

나. 신탁법상 신탁변경의 준용

공익신탁법에 특별한 규정이 없는 한, 신탁의 변경에 관하여는 「신탁법」이 준용된다(공익신탁법 제29조). 「신탁법」은 신탁의 변경에 관하여 위탁자·수탁자·수익자의 합의에 의한 변경을 원칙으로 하면서(신탁법 제88조 제1항), 신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정이 발생한 경우에는 법원에 의한 변경을 허용한다(신탁법 제88조 제3항).²⁶⁾ 다만 공익신탁에는 수익자가 존재하지 아니하므로, 합의에 의한 변경에서 수익자의 자리는 신탁관리인이 대신하게 된다. 그렇다면 「신탁법」 제88조 제3항의 법원에 의한 변경이 근사원칙을 대신하여 공익목적 자체의 변경을 수행할 수 있는가. 생각건대 이를 긍정하기는 어렵다. 첫째, 제88조 제3항은 그 연혁과 문언상 신탁행위 당시 예견하지 못한 사정변경에 대응하여 신탁조항을 합목적적으로 조정하는 데에 본령이 있으며, 이는 앞서 본 관리적 변경(administrative deviation)에 대응할 뿐 공익목적 그 자체를 다른 목적으로 대체하는 진정한 의미의 근사원칙과는 그 성질을 달리한다. 둘째, 공익신탁의 목적을 포함한 내용의 변경은 「공익신탁법」 제7조가 법무부장관의 변경인가에 유보한 사항이므로, 법원이 제88조를 통하여 이를 우회하여 목적을 변경하는 것은 특별법이 마련한 행정적 통제구조와 정합하지 아니한다. 셋째, 근사원칙의 핵심을 이루는 ‘위탁자의 추정적 의사에 비추어 본래 목적에 가장 가까운 유사 공익목적을 택한다’는 변경기준은 제88조에 내장되어 있지 아니하다. 따라서 제88조 제3항은 예견하지 못한 사정에 대응한 관리적 변경을 포섭하는 통로가 될 수 있을 뿐, 공익목적 자체의 변경이라는 근사원칙의 기능까지 직접 담당한다고 보기는 어렵다. 바로 이 공백이 뒤에서 보는 입법적 보완을 요청하는 근거가 된다.

4. 근사원칙 폐기의 평가와 입법론

「공익신탁법」이 근사원칙에 따른 변경을 정면으로 규정하지 아니하고 잔여재산 귀속으로 목적좌절을 처리한 것은, 변경의 주체와 기준을 둘러싼 불명확성을 제거하고 처리의 명확성을 높였다는 점에서 일정한 합리성을 가진다. 그러나 공익재산의 영속성이라는 관점에서 보면 이는 분명한 후퇴이다.²⁷⁾ 목적이 좌절될 때마다 신탁이 종료되고 재산이 다른 주체로 이전된다

26) 신탁변경 일반에 관하여는 이근영, “신탁변경과 수익권매수청구권에 관한 고찰”, 「재산법연구」 제28권 제3호, 한국재산법학회, 2011 참조.

27) 출연재산의 영속적 활용은 본래 자연인의 생명의 유한성을 넘어서기 위하여 법인격을 취하는 재단법인이 담당하고, 공익신탁은 오히려 비교적 단기간의 존속이나 자금의 분배·지원에 적합하다는 제도분업적 이해도

면, 위탁자가 설계한 신탁 그 자체는 소멸하며, 위탁자의 의사를 사정변경 속에서 최대한 존중하면서 신탁을 존속시키는 유연성은 상실된다.

다만 이러한 입법론을 전개함에 있어서는, 비교의 준거로 삼은 일본의 2024년 신공익신탁법이 목적좌절 후의 처리를 어떻게 설계하였는지를 정확히 확인할 필요가 있다.²⁸⁾ 그러나 일본 신법의 실제 구조는 목적좌절을 곧바로 잔여재산의 귀속으로만 처리하는 것이 아니다. 일본 「公益信託に關する法律」 제24조는 목적의 달성 또는 달성불능을 이유로 종료한 공익신탁에 대하여, 관계인의 합의와 행정청의 인가를 거쳐 신탁의 목적을 변경하여 그 신탁을 계속할 수 있도록 규정한다. 나아가 같은 법 제12조 제2항은 변경 후의 목적이 종전의 목적과 유사할 것을 요구하며, 제27조는 이러한 변경계속과는 별개로 신탁행위에 의하여 잔여재산의 귀속이 정하여지지 아니한 경우에 적용되는 보충규정에 해당한다. 곧 일본 신법은 목적좌절 시 유사한 목적으로의 변경을 통한 신탁의 계속을 1차적 처리로 두고, 잔여재산의 귀속을 그 보충적 처리로 배치하고 있으며, 일본 내각부의 공식 지침 역시 이러한 규율구조를 명시하고 있다.²⁹⁾ 이처럼 일본 신법은 근사원칙이라는 이름의 법원 주도 제도를 도입한 것은 아니지만, 유사한 목적으로의 변경계속을 행정청의 인가를 통하여 제도화함으로써 근사원칙이 담당하던 핵심 기능, 곧 공익재산의 영속성을 새로운 방식으로 계승하였다. 이 점에서 한국과 일본은 오히려 대비된다. 한국은 목적좌절을 잔여재산의 귀속만으로 처리하여 변경계속의 통로를 두지 아니한 데 비하여, 일본은 변경계속을 1차적 처리로, 잔여재산의 귀속을 보충적 처리로 배치하였기 때문이다.

이러한 일본법의 태도는 본고의 입법제안을 비교법적으로 뒷받침한다. 일본은 목적좌절 시 유사한 목적으로의 변경계속을 행정청의 인가 아래 1차적 처리로 두고, 잔여재산의 귀속을 그 정함이 없는 경우의 보충적 처리로 배치하였는바, 이는 본고가 제안하는 ‘변경존속 우선·잔여재산 귀속 보충’의 단계적 구조와 그 발상을 같이한다. 그렇다면 목적좌절의 처리를 잔여재산의 귀속만으로 일원화한 현행 한국법은, 비교법적으로 보아 오히려 예외적인 선택에 해당한다. 근사원칙의 폐기가 종료처리의 명확성을 높인 것은 사실이나, 그것이 곧 공익재산의 영속성이

가능하다. 황인규, 앞의 논문(주 4), 26면. 그러나 이러한 분업론을 전제하더라도, 위탁자가 신탁행위로써 영속적 공익을 명시적으로 지향한 경우까지 그 의사를 좌절시킬 근거가 되지는 못한다.

28) 일본의 구 「公益信託ニ關スル法律」 제9조는 귀속권리자의 정함이 없거나 그 권리가 포기된 때에 주무관청이 신탁의 본지에 따라 유사한 목적을 위한 신탁을 계속하게 할 수 있도록 규정하고 있었다. 임채웅, 앞의 논문(주 5), 156면. 2024년 신법은 구법 제9조의 구체적 규율구조를 그대로 승계하지는 아니하였으나, 유사한 목적으로의 변경을 통한 신탁의 계속이라는 기능 자체는 후술하는 제24조에서 새로운 방식으로 재설계하였다.

29) 일본 「公益信託に關する法律」(令和6년 법률 제30호, 2024. 5. 22. 공포, 2026. 4. 1. 시행되어 현재 시행 중) 제24조는 목적의 달성 또는 달성불능으로 종료한 공익신탁에 관하여 관계인의 합의와 행정청의 인가를 거쳐 신탁의 목적을 변경하여 신탁을 계속할 수 있도록 하고, 제12조 제2항은 변경 후의 목적이 종전의 목적과 유사할 것을 요구한다. 한편 같은 법 제27조는 신탁행위의 정함에 의하여 잔여재산의 귀속이 정하여지지 아니하는 때에 잔여재산을 국고(행정청이 都道府縣知事인 경우 해당 都道府縣)에 귀속하도록 하는 보충규정이다. 위 규율구조에 관하여는 内閣府 公益認定等委員會, 「新たな公益信託制度の施行準備に關する研究會」 자료 및 内閣府의 관련 지침 참조.

라는 가치를 정면으로 형량한 결과라고 보기는 어렵다. 명확성과 영속성은 상충관계에 있을 뿐 어느 하나가 다른 하나를 대체하는 것이 아니므로, 명확성을 위하여 영속성을 전면적으로 포기하여야 하는 것은 아니다.

한 걸음 더 들어가면, 현행 한국법의 선택을 ‘근사원칙에 대한 숙고된 배척’으로 단정하기는 어렵다. 「공익신탁법」의 제정과정에서 근사원칙의 채택 여부 자체가 정면의 쟁점으로 형량된 흔적은 뚜렷하지 아니하고, 오히려 인가·감독 체계의 정비와 잔여재산 처리의 명확화라는 행정적 관심이 전면에 놓였다. 앞서 보았듯 구 「신탁법」 제72조의 유사목적 계속은 2011년 전부 개정 신탁법 제113조와 공익신탁법안 제25조까지 유지되다가 2014년 「공익신탁법」 제정 단계에 이르러 비로소 탈락하였는바, 이는 근사원칙에 상응하는 변경계속을 정면으로 폐지하기로 결단하였다기보다, 인가·감독형 규율로 전환하는 과정에서 그 기능을 명시적으로 승계하지 아니한 것에 가깝다. 목적좌절 시 신탁을 존속시킬 것인가라는 영속성의 국면은 그 과정에서 입법의 시야에서 비켜서 있었다.

이러한 방향은 같은 대륙법계인 독일에서 한층 뚜렷하게 확인된다. 독일은 2021년 「재단법 통일화 법률」을 통하여 종래 주 별로 분산되어 있던 재단법을 민법(BGB)으로 통일하였고(2023. 7. 1. 시행), 그 과정에서 재단의 목적변경을 명문으로 정비하였다. 개정 민법은 정관변경을 그 강도에 따라 차등하면서, 재단의 정체성에 관계되는 목적변경은 기존 목적의 지속적·항구적 달성이 불가능하게 되었거나 그 목적이 공익을 위태롭게 하는 경우에 한하여 재단감독청의 인가를 받아 허용한다. 나아가 재단의 해산은 목적변경에 대하여 보충적인 것으로 규정되어, 정관변경을 통하여 재단이 그 목적을 다시 달성할 수 있게 되는 한 종국적 불가능은 인정되지 아니한다. 곧 독일법은 목적이 좌절된 경우 곧바로 해산·청산으로 나아가는 것이 아니라, 감독청의 통제 아래 목적을 변경하여 재단을 존속시키는 것을 우선하고 해산을 최후의 수단으로 배치한다. 이는 본고가 공익신탁에 관하여 제안하는 단계적 구조 — 유사 공익목적으로의 변경존속을 1차적 처리로, 잔여재산의 귀속을 보충적 처리로 — 와 그 발상을 같이하는 것으로서, 근사원칙의 폐기가 비교법적으로 불가피한 귀결이 아님을 보여준다.³⁰⁾

나아가 본고의 제안은 잔여재산 귀속이라는 현행의 기본규칙(default)을 강행적으로 대체하는 것이 아니라, 위탁자가 신탁행위에서 유사한 목적으로의 변경존속을 미리 정하여 둔 경우에 한하여 작동하는 임의적·보충적 장치로 설계될 수 있다. 이렇게 보면 본고의 제안은 현행법이 채택한 명확한 종료처리를 부정하는 것이 아니라, 위탁자의 의사가 명시적으로 영속성을 지향하는 경우에 그 의사를 존중할 통로를 더하는 것에 그친다. 이는 일본 신탁법이 관계인의 합의와 행정청의 인가를 통하여 변경계속을 허용한 것과도 궤를 같이하므로, 비교법적으로도

30) 독일 민법(BGB) 제85조, 제87조(2021년 「재단법 통일화 법률」, BGBl. I S. 2947에 의하여 신설, 2023. 7. 1. 시행). 동 개혁은 종래 16개 주 재단법으로 분산되어 있던 규율을 연방법으로 통일하면서, 목적변경의 요건을 종래의 ‘종국적 불가능’에서 ‘지속적·항구적 달성 불가능’으로 완화하였다.

무리가 없다.

혹 위탁자가 신탁행위에 유사목적 변경조항을 두고 제7조의 변경인가를 받으면 족하다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 「공익신탁법」 제7조의 변경인가나 「신탁법」 제88조에 따른 신탁 변경은 모두 신탁이 존속하는 것을 전제로 한 ‘존속 중의 변경’으로서, 목적좌절로 신탁이 종료에 이르는 국면에서 종료를 저지하고 유사한 목적으로 신탁을 존속시키는 장치가 아니다. 목적좌절은 그 자체로 신탁의 종료사유를 구성하므로, 종료가 현실화한 시점에서는 더 이상 존속 중 변경을 전제로 한 제7조의 변경인가나 제88조의 변경의 대상이 되기 어렵다. 종료와 변경존속의 분기를 종료 시점에서 법적으로 매개하는 근거규정이 없는 한, 위탁자의 의사는 신탁조항만으로는 관철되지 못한다. 현행 제7조·제88조의 변경만으로는 메울 수 없는 이 간극이, 종료에 앞선 변경존속을 위한 별도의 입법적 근거를 요청한다.

본고의 단계적 구조가 폐기의 본래 취지였던 불명확성을 재도입하지 아니하는 이유도 여기에 있다. 첫째, 변경존속은 본래의 공익목적이 실현 불가능하거나 실현 부적당하게 되었다는 객관적 요건이 충족된 때에 비로소 발동되므로, 그 개시 국면이 자의에 맡겨지지 아니한다. 둘째, 변경의 기준은 위탁자의 추정적 의사에 비추어 본래 목적에 가장 가까운 유사 공익목적으로 한정되어, 변경의 방향이 통제된다. 셋째, 변경의 주체는 「공익신탁법」 제7조가 이미 신탁의 변경 일반에 관하여 인가권을 부여한 법무부장관이며, 신탁관리인의 신청 또는 의견제출을 거치도록 함으로써 절차적 정당성이 확보된다. 넷째, 적합한 유사 공익목적을 찾을 수 없는 때에는 현행과 같이 잔여재산의 귀속으로 나아가므로, 잔여재산 귀속이라는 명확한 종료처리는 최종적 보충규범으로서 그대로 유지된다. 요컨대 본고의 제안은 명확한 종료처리를 대체하는 것이 아니라 그 앞에 통제된 선택지를 더하는 것이어서, 폐기가 제거하고자 한 불명확성을 부활시키지 아니하면서도 공익재산의 영속성을 보장한다.

여기서 본고의 입장을 분명히 하여 둔다. 본고는 영미의 근사원칙을 그 이름과 형태 그대로, 곧 법원이 광범한 재량으로 목적을 변경하는 제도로써 도입하자는 것이 아니다. 본고가 제안하는 것은, 근사원칙이 수행해 온 기능 가운데 ‘위탁자의 의사에 터 잡아 공익재산을 유사한 목적으로 존속시킨다’는 핵심만을, 발동요건·변경기준·변경주체를 법정하여 통제된 형태로 수용하는 제한적·보충적 장치이다. 그 발동은 목적의 실현 불가능·부적당이라는 객관적 요건에 의하여 개시되고, 그 방향은 위탁자의 추정적 의사에 비추어 본래 목적에 가장 가까운 유사 공익목적으로 한정되며, 그 주체는 법무부장관의 변경인가와 신탁관리인의 관여로 통제된다. 이 점에서 본고의 제안은 근사원칙의 전면적 계수와도, 그 완전한 폐기와도 구별되는 중간적·절충적 입장에 선다.

요컨대 일본과 독일이 모두 목적좌절 시 유사한 목적으로의 변경계속을 제도적으로 보장하고 있는 데 비하여, 한국법만이 이를 두지 아니한 채 목적좌절을 잔여재산의 귀속으로 일원화하고 있다. 이는 우리 법이 안고 있는 영속성의 공백, 곧 위탁자가 설계한 신탁 그 자체를 사정

변경 속에서 존속시키는 길의 부재를 드러낸다. 따라서 본고의 입법제안은 이러한 비교법적 상황을 의식하면서, 잔여재산 귀속이라는 명확한 종료처리를 유지하되 그 '앞단'에 유사한 목적으로의 변경존속이라는 선택지를 부가하는 방향으로 설계되어야 한다.

따라서 입법론으로는, 공익신탁의 목적이 좌절된 경우에 곧바로 종료·귀속으로 나아가기 전에, 위탁자의 의사에 비추어 유사한 공익목적으로 신탁을 변경하여 존속시킬 수 있는 길 — 근사원칙에 상응하는 변경의 메커니즘 — 을 「공익신탁법」 안에 마련하는 것을 검토할 만하다. 구체적으로는 발동요건으로 본래의 공익목적이 실현 불가능하거나 실현 부적당하게 되었을 것을 요구하고, 변경의 기준으로 위탁자의 추정적 의사에 비추어 본래 목적에 가장 가까운 유사 공익목적을 택하도록 하며, 변경의 주체로는 법무부장관의 변경인가를 받되 신탁관리인의 관여(신청 또는 의견제출)를 거치도록 하고, 적합한 유사 공익목적을 찾을 수 없는 때에는 비로소 현행과 같이 잔여재산의 귀속으로 나아가도록 하는 보충적 구조를 생각할 수 있다. 이러한 단계적 설계는 종료처리의 명확성을 해치지 아니하면서도, 공익재산을 가능한 한 공익의 영역에 존속시킨다는 공익신탁의 이념에 보다 충실하다. 이를 조문의 형식으로 시론적으로 표현하면 다음과 같다.

제○조(유사한 목적으로의 변경존속) 〈시안〉

- ① 공익신탁의 목적이 실현 불가능하거나 실현 부적당하게 된 경우, 법무부장관은 신탁관리인의 신청 또는 의견청취를 거쳐, 위탁자의 추정적 의사에 비추어 본래의 목적에 가장 가까운 공익목적으로 신탁을 변경하여 존속시킬 수 있다.
- ② 제1항에 따른 적합한 공익목적을 정할 수 없는 경우에는 제24조에 따라 잔여재산의 귀속으로 처리한다.

이 시안은 변경존속을 1차적 처리로, 잔여재산 귀속을 보충적 2차 처리로 배치함으로써 종료처리의 명확성과 공익재산의 영속성을 단계적으로 조화시킨다.

VI. 잔여재산의 귀속

1. 신탁행위에 의한 잔여재산 처분의 정함

「공익신탁법」은 공익신탁의 인가요건의 하나로, 신탁행위에서 잔여재산의 처분에 관하여 정할 것을 요구한다(제4조). 구체적으로 「공익신탁법」은 공익신탁이 종료한 경우 수탁자로 하여금 잔여재산을 유사한 목적의 공익신탁이나 공익법인, 또는 국가·지방자치단체 등에 증여하도

록 하는 취지의 정함을 신탁행위에 두도록 한다(제4조 제9호 가목).³¹⁾ 나아가 위탁자나 그 승계인, 또는 공익을 목적으로 하지 아니하는 자에게 잔여재산이 귀속되도록 하는 공익신탁은 설정할 수 없다. 이는 공익에 출연된 재산이 종료 후에도 공익의 영역에 머물도록 하는, 이른바 공익재산 비유출의 이념을 잔여재산의 차원에서 관철한 것이다. 다만 잔여재산이 공익영역에 귀속되는 경로는 공익법인의 그것과 차이가 있다.³²⁾

이러한 비유출의 이념은 비교법적으로도 공통된다. 2024년 일본 신탁법 역시 신탁행위에 잔여재산을 적격한 공익 주체에 귀속시키는 정함을 두도록 하고, 그 정함에 의하여 귀속이 정하여지지 아니하는 때에는 잔여재산을 국고에 귀속시킴으로써(동법 제27조), 공익에 출연된 재산이 종료 후에도 사익으로 환류되지 아니하도록 하고 있다.³³⁾

2. 귀속권리자와 보관수탁관리인

「공익신탁법」은 잔여재산의 귀속에 관하여 귀속권리자와 보관수탁관리인에 관한 규정을 둔다(공익신탁법 제24조). 신탁행위로 정하여진 바에 따라 잔여재산이 귀속될 자가 귀속권리자이며, 귀속이 곧바로 이루어지기 어려운 경우 등을 위하여 잔여재산을 보관·관리할 보관수탁관리인에 관한 규율이 마련되어 있다. 이러한 귀속의 순서는 판례를 통하여도 확인된다. 대법원은 유언대용신탁에서 위탁자의 사망으로 신탁의 목적이 달성되어 신탁이 종료된 경우, 신탁행위로 잔여재산의 귀속권리자를 정하였다면 그에게 잔여재산이 귀속되고, 귀속권리자를 정하지 아니하였다면 「신탁법」 제101조 제1항 본문에 따라 수익자에게 귀속된다고 판시함으로써, 잔여재산의 귀속이 귀속권리자를 우선으로 하여 단계적으로 이루어짐을 분명히 하였다.³⁴⁾

3. 귀속 법리: 귀속권리자와 잔여재산수익자의 구분

잔여재산의 귀속에 관하여는 「신탁법」의 일반 법리가 준용된다. 「신탁법」은 신탁이 종료한 경우 잔여재산이 신탁행위에서 정한 잔여재산수익자나 귀속권리자에게 귀속하도록 한다(신탁법 제101조). 여기서 귀속권리자와 잔여재산수익자는 구별되는 개념이다. 잔여재산수익자는 신탁의 존속 중부터 잔여재산에 관한 수익자로서의 권리를 가지는 데 비하여, 귀속권리자는 신탁

31) 「공익신탁법」 제4조 제9호 가목. 공익신탁 종료 시 잔여재산을 유사한 목적의 공익신탁·공익법인 또는 국가·지방자치단체 등에 증여하도록 하는 정함을 신탁행위에 두어야 한다.

32) 이중기, 앞의 논문(주 7), 539면, 547면 참조. 공익신탁의 잔여재산은 신탁행위로 정한 바에 따라 다른 공익신탁·공익법인 등에 직접 귀속되는 데 비하여, 공익법인의 잔여재산은 일단 국가·지방자치단체에 귀속된 뒤 공익사업에 사용되거나 유사 공익법인에 증여·무상대부된다. 이러한 비교에 관하여 이영미, 앞의 논문(주 10), 64~66면 참조.

33) 日本「公益信託に關する法律」(令和 6년 법률 제30호) 제27조. 신탁행위의 정함에 의하여 잔여재산의 귀속이 정하여지지 아니하는 경우 잔여재산을 국고(또는 해당 都道府縣)에 귀속시킨다.

34) 대법원 2024. 4. 16. 선고 2022다307294 판결.

탁이 종료한 후에 비로소 수익자로서의 권리의무를 가지며, 종료 후에 남은 재산이 귀속하는 자에 지나지 아니한다. 공익신탁에서는 수익자가 존재하지 아니하므로, 잔여재산은 잔여재산 수익자가 아니라 신탁행위로 정하여진 귀속권리자에게 귀속하는 것으로 구성된다. 이는 공익신탁의 목적신탁적 성질이 잔여재산 귀속의 국면에서 발현되는 모습이다.

4. 인가요건과 귀속 규정의 충돌 문제

그런데 「공익신탁법」의 잔여재산 처리에는 해석상 논란의 여지가 있는 지점이 있다. 한편으로 「공익신탁법」은 공익신탁의 종료 시 수탁자에게 잔여재산을 일정한 공익 주체에 증여할 의무를 부과하는 형식을 취하고(제4조 제9호 가목), 다른 한편으로는 그 증여의 상대방을 잔여재산이 귀속하는 귀속권리자로 간주하는 규정을 두고 있다(제24조 제1항).³⁵⁾ 그런데 ‘수탁자의 증여의무’라는 구성과 ‘귀속권리자로의 당연 귀속’이라는 구성은 그 법적 성질을 달리한다. 전자에 따르면 잔여재산은 수탁자의 증여라는 능동적 처분행위를 통하여 비로소 상대방에게 이전되는 데 비하여, 후자에 따르면 잔여재산은 신탁의 종료와 더불어 귀속권리자에게 당연히 귀속하게 된다. 동일한 잔여재산의 처리를 두고 증여의무의 구성과 귀속권리자의 구성이 병존함으로써, 양자의 관계를 어떻게 정합적으로 이해할 것인가라는 해석상의 과제가 발생하는 것이다.

이 충돌은 단순한 입법기술상의 부정합에 그치지 아니하고, 잔여재산 귀속의 시점과 방법, 그리고 그 사이에 발생하는 법률관계 — 예컨대 종료 후 귀속 전까지 잔여재산의 관리와 책임 — 를 어떻게 구성할 것인가의 실천적 문제와 연결된다. 목적신탁으로서 공익신탁의 종료를 정밀하게 분석하기 위하여는, 증여의무 구성과 귀속권리자 구성을 조화롭게 해석하는 작업이 요구된다. 생각건대 제4조 제9호 가목의 증여의무는 신탁행위에 그러한 정함을 두도록 하는 인가요건의 표현으로 이해하고, 종료에 따른 잔여재산의 귀속 그 자체는 제24조의 귀속권리자 규정 및 「신탁법」 제101조에 따라 당연히 발생하는 것으로 구성하는 것이 양 규정을 정합적으로 읽는 길이라고 본다.³⁶⁾

이렇게 읽어야 하는 실천적 이유는, 잔여재산의 귀속을 수탁자의 증여라는 능동적 처분에만 의존시킬 경우 신탁 종료 시점부터 증여의 이행이 완료되기까지 잔여재산의 귀속주체가 공백으로 남을 우려가 있기 때문이다. 이에 반하여 귀속권리자 구성에 따르면 잔여재산은 신탁의

35) 「공익신탁법」 제4조 제9호 가목은 종료 시 수탁자에게 잔여재산의 증여의무를 부과하는 형식을, 제24조 제1항은 그 증여의 상대방을 귀속권리자로 간주하는 형식을 각각 취한다. 양 규정의 부정합에 관한 지적으로는 이연갑, 앞의 논문(주 3), 5~42면 참조.

36) 신탁의 종료에 따라 잔여재산이 귀속권리자에게 당연히 귀속되므로 이를 ‘증여’로 표현함은 잘못이라고 하여 제4조의 개정을 주장하는 견해로 임채웅, 앞의 논문(주 5), 152면. 본고는 양 규정을 인가요건의 표현과 귀속의 실제적 근거로 나누어 해석함으로써 개정에 의하지 아니하고도 그 부정합을 해소할 수 있다고 본다.

종료와 동시에 귀속권리자에게 귀속하는 것으로 확정되고, 그 현실적 이전이 곧바로 이루어지기 어려운 경우에도 보관수탁관리인(제24조)이 이를 관리하게 되므로, 귀속의 시점과 그 사이의 관리책임이 빈틈없이 설명된다. 곧 제4조 제9호 가목은 인가요건의 표현으로, 제24조와 「신탁법」 제101조는 귀속의 실체적 근거로 각각 자리매김하는 것이 양 규정을 모순 없이 통합하는 해석이다.

VII. 혼합형 구조: 자선잔여신탁·자선선행신탁과 신탁행위 유형론

1. 공익목적과 사적 급부의 결합

지금까지의 논의는 순수한 공익신탁, 즉 신탁의 이익이 오로지 공익목적에만 봉사하는 신탁을 전제로 한 것이었다. 그러나 신탁의 실제에서는 공익에 대한 급부와 특정인에 대한 사적 급부가 하나의 신탁 안에 결합되는 혼합형 구조가 널리 활용된다. 이러한 구조는 공익과 사익이라는 이질적인 이익을 하나의 신탁재산을 통하여 시간적으로 배분하는 것으로서, 공익신탁의 법적 구조를 보다 넓은 시야에서 조명하게 한다. 실제로 고액자산가의 자산승계와 부의 시간적 배분을 설계하는 국면에서는 공익에 대한 기부와 특정인에 대한 사적 수익을 하나의 신탁 안에서 동시에 구현하려는 수요가 적지 아니하며, 혼합형 구조는 바로 이러한 수요에 대응하는 설계도구이다. 따라서 이 구조를 신탁법적으로 규명하는 작업은 단순한 이론적 분류에 그치지 아니하고, 자산관리와 부의 승계 실무에서 신탁을 설계하는 데에 직접적인 지침을 제공한다는 점에서 상사신탁법적 의의를 가진다.

다만 논의의 범위를 먼저 분명히 하여 둔다. 자선잔여신탁·자선선행신탁과 신탁행위 유형론은 그 자체로 하나의 독립된 연구주제가 될 만큼 논의의 폭이 넓다. 본고는 이를 본격적으로 전개하지 아니하고, 어디까지나 공익신탁의 목적신탁적 성질이 사적 급부와 결합될 때 신탁행위의 유형론상 어떤 좌표를 차지하는지를 확인하는 한도에서 다룬다. 따라서 이하의 서술은 혼합형 구조에 관한 완결된 이론의 제시가 아니라, 본고의 중심 명제인 ‘공익신탁=수익자 없는 목적신탁’을 신탁법 체계 속에 자리매김하기 위한 연장선상의 검토임을 밝혀 둔다.

2. 자선잔여신탁(CRT)·자선선행신탁(CLT)의 구조

영미에서 발전한 대표적인 혼합형 구조가 자선잔여신탁(charitable remainder trust, CRT)과 자선선행신탁(charitable lead trust, CLT)이다. 자선잔여신탁은 위탁자 또는 그가 지정한 사인이 일정 기간 신탁으로부터 수익을 받고, 그 기간이 종료한 후에 남은 잔여재산이 공익단체에

귀속되도록 하는 구조이다. 사적 수익이 앞서고 공익이 뒤따르는 것이다. 반대로 자선선행신탁은 공익단체가 일정 기간 신탁으로부터 수익을 받고, 그 기간이 종료한 후에 잔여재산이 위탁자의 가족 등 사인에게 귀속되도록 하는 구조이다. 공익이 앞서고 사익이 뒤따른다. 양자는 모두 하나의 신탁 안에 공익에 대한 급부와 사적 급부를 시간적으로 배열한 것으로서, 이른바 이익이 분할된(split-interest) 신탁에 해당한다.

자선잔여신탁은 사적 수익자에게 매년 고정액을 지급하는 연금형(CRAT)과 매년 재평가된 신탁재산의 일정 비율을 지급하는 비율형(CRUT)으로, 자선선행신탁도 마찬가지로 연금형(CLAT)과 비율형(CLUT)으로 세분된다. 어느 형태이든 하나의 신탁재산에서 발생하는 이익을 공익 부분과 사익 부분으로 시간적으로 분할한다는 점에서 이익분할신탁(split-interest trust)의 성격을 공유한다. 이러한 혼합형 구조를 법적 성질의 관점에서 보면, 그것은 수익자가 존재하는 부분(사적 급부)과 수익자가 존재하지 아니하고 공익목적에 봉사하는 부분(공익 급부)이 하나의 신탁 안에 결합된 것이라 할 수 있다. 즉 수익자신탁과 목적신탁의 요소가 시간적 선후로 결합된 구조인 것이다.

다만 현행 「공익신탁법」의 ‘공익신탁’으로는 이러한 혼합형 구조를 그대로 담기 어렵다. 두 구조가 공익신탁이 될 수 없는 이유는 서로 다르다. 자선선행신탁형(공익 선행·사익 후행)은 잔여재산이 종국적으로 사인에게 귀속되어 제4조 제9호 가목(잔여재산 비유출)에 저촉된다.³⁷⁾ 반면 자선잔여신탁형(사익 선행·공익 후행)은 비유출 요건은 충족하나, 존속기간 중 사적 수익자가 이익을 향수한다는 점에서 ‘수익자가 없는’ 목적신탁이라는 공익신탁의 본질적 요건을 갖추지 못한다. 결국 어느 형태이든 「공익신탁법」상 공익신탁이 아니라 「신탁법」상 일반 신탁(민사신탁)의 틀 안에서, 공익에 대한 급부를 포함하는 신탁으로 설계될 수밖에 없다.

이로부터 하나의 구조적 긴장이 드러난다. 혼합형 구조가 「공익신탁법」상 공익신탁의 인가를 받지 못한 채 일반 민사신탁으로 설계되는 한, 그 신탁에 포함된 공익급부 부분은 공익신탁에 부여되는 세제상 혜택과 법무부장관의 공적 감독이라는 제도적 틀의 밖에 놓이게 된다. 즉 공익에 봉사하는 재산이면서도 공익신탁의 규율은 받지 아니하는 영역이 발생하는 것이다. 특히 상속세 및 증여세법은 「공익신탁법」에 따른 공익신탁을 통하여 공익법인등에 출연하는 재산을 상속세·증여세 과세가액에 산입하지 아니하는 과세특례를 두면서(상속세 및 증여세법 제17조·제52조), 그 시행령(상속세 및 증여세법 시행령 제14조)에서 공익신탁의 수익자가 공익법인등이거나 그 수혜자일 것, 그리고 신탁의 중도해지·종료 시 잔여재산이 국가·지방자치단체 또는 다른 공익신탁에 귀속될 것 등을 요건으로 한다. 이러한 과세특례는 잔여재산의 사익 유출이 없는 순수한 공익신탁을 전제로 설계되어 있어, 존속기간 중 사적 수익자가 이익을 향수

37) 「공익신탁법」 제4조 제8호 가목이 위탁자·수탁자 등에게 이익을 제공하지 아니할 것을 인가요건으로 하는 것도, 위탁자나 그가 지정하는 자에게 이익이 귀속되는 자선잔여신탁·자선선행신탁을 가로막는다. 이를 들어 위 구조를 허용하려면 제8호 가목의 개정이 필요하다고 지적한다. 장보은, 앞의 논문(주 5), 19면.

하거나 잔여재산이 사인에게 귀속되는 혼합형에는 그대로 미치기 어렵다.³⁸⁾ 이러한 과세특례가 순수 공익신탁을 전제로 설계되어 있다는 점은, 공익신탁의 유형과 그 과세·감독을 정밀하게 다룬 선행 세무연구에서도 확인된다. 이 점에서 혼합형 구조는 공익법인(재단법인)을 통한 출연이 누리는 과세·감독 체계와도 구별되는 사각지대에 놓인다. 그 구체적 과세효과와 공익법인 제도와의 비교는 별고의 과제로 미룬다. 이는 혼합형 구조를 어떻게 제도적으로 포착할 것인가 - 예컨대 신탁재산 중 공익급부에 대응하는 부분에 한하여 공익신탁에 준하는 규율을 미치게 할 것인가 - 라는 입법·정책적 과제를 남긴다. 이는 신탁법이 마련한 유연한 수익권 설계(유연대용·수익자연속)가 순수 공익신탁을 전제로 한 세제의 경직성과 맞부딪치는 지점으로서, 혼합형 신탁에 대한 부분적 과세특례의 가부는 그 자체로 독립한 세법적 연구를 요한다. 나아가 공익이 먼저 오는 자선선행신탁형에서는 그 공익급부 기간의 신탁을 어떻게 성질결정할 것인가도 별도의 문제로 남는다. 바로 이 지점에서 혼합형 구조는 「신탁법」의 유연대용신탁·수익자연속신탁과 만난다.

3. 유연대용신탁·수익자연속신탁과의 접속

「신탁법」은 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하게 하거나 수익자의 사망을 계기로 수익권이 순차로 이전되도록 하는 유연한 수익권 설계를 명문으로 허용한다. 위탁자가 사망한 때에 수익자가 비로소 수익권을 취득하는 유연대용신탁(신탁법 제59조)과, 수익자가 사망하면 그 수익권이 소멸하고 다른 자가 새로 수익권을 취득하는 수익자연속신탁(신탁법 제60조)이 그것이다. 이러한 구조를 활용하면, 일정 기간 또는 특정인의 생존 중에는 그에게 수익을 귀속시키고 그 후에는 공익에 재산을 귀속시키는 자선잔여신탁형 설계나, 그 반대의 자선선행신탁형 설계를 「신탁법」의 틀 안에서 구현할 수 있다.³⁹⁾

요컨대 공익과 사익이 결합된 혼합형 구조는, 「공익신탁법」상 순수 공익신탁의 바깥에서, 유연대용신탁·수익자연속신탁이라는 수익권 설계의 도구를 통하여 사적 급부와 공익 급부를 시간적으로 배열함으로써 실현된다.

4. 목적신탁과 수익자신탁의 결합으로서의 신탁행위 유형론

이상의 분석은 공익신탁의 법적 구조가 신탁행위의 유형론이라는 보다 일반적인 문제와 맞

38) 「상속세 및 증여세법」 제17조(공익신탁재산에 대한 상속세 과세가액 불산입)·제52조(증여세 과세가액 불산입), 같은 법 시행령 제14조 등 참조. 공익신탁 과세제도의 상세는 이영미, 앞의 논문(주 10), 199~203면 참조.

39) 같은 취지에서 미국식의 자선잔여신탁·자선선행신탁이 위탁자가 생전에 수입수익권을 가지고 사후에 잔여재산을 공익에 귀속시키는 유연대용신탁의 형태가 되어, 현행 「공익신탁법」의 해석으로는 공익신탁으로 인정되기 어렵다고 본다. 장보은, 앞의 논문(주 5), 17면.

달아 있음을 보여준다. 순수한 공익신탁이 수익자 없는 목적신탁의 전형이라면, 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조는 목적신탁적 요소와 수익자신탁적 요소가 하나의 신탁행위 안에서 결합된 유형이다. 공익신탁을 목적신탁으로 규명하는 작업은, 이처럼 신탁행위를 그 목적과 수익구조에 따라 유형화하고 각 유형의 결합 가능성을 분석하는 신탁행위 유형론의 한 부분을 이룬다. 다만 신탁행위 유형론의 본격적 전개는 그 자체로 독립한 과제이므로, 본고에서는 공익신탁이 그 유형론에서 차지하는 좌표를 확인하는 한도에서 단초를 제시하는 데 그친다. 이를 두 개의 축으로 정식화할 수 있다. 하나는 수익구조의 축으로서, 수익자가 존재하는지, 존재한다면 그 수가 복수인지, 그리고 수익권이 시간적으로 어떻게 배열되는지를 가른다. 다른 하나는 목적의 축으로서, 신탁이 가져오는 이익이 사익에 봉사하는가 공익에 봉사하는가를 가른다. 이 두 축이 교차하는 좌표 위에서 신탁행위의 기본 유형들이 각각의 자리를 얻는다.

네 개의 칸을 차례로 살펴보면 다음과 같다. 첫째, '수익자 있는 신탁×사익'의 칸에는 전형적인 사익신탁이 놓인다. 수익자가 수익권을 향수하면서 동시에 수탁자를 감시하는, 신탁의 원형적 형태이다. 둘째, '수익자 없는 목적신탁×공익'의 칸에는 순수한 공익신탁이 놓인다. 수익자의 자리를 공익목적이 대신하고 그 감시기능을 신탁관리인과 법무부장관이 분담하는, 본고가 규명해 온 형태이다. 셋째, '수익자 없는 목적신탁×사익'의 칸에는 사익 목적신탁이 놓인다. 「신탁법」 제3조가 일반적으로 허용하되 신탁선언에 의한 설정을 제한하는(같은 항 단서) 등 구조적 제약을 두는 유형이다. 넷째, '수익자 있는 신탁×공익'의 칸은 현행법상 거의 비어 있는데, 이는 우연이 아니다. 공익이라는 목적은 그 수혜자가 불특정 다수여서 수익권의 귀속주체를 특정하기 어려우므로, 공익은 본래 수익자 없는 목적신탁의 형식과 친화적이다. 이 칸의 공백 자체가 '공익 → 목적신탁'이라는 본고의 명제를 좌표상으로 재확인해 준다.

자선잔여신탁과 자선선행신탁이 유형론에서 가지는 의미는, 이들이 어느 한 칸에 머무르지 아니하고 수익구조의 축에 내재한 '시간적 선후'의 차원을 따라 두 칸을 가로지른다는 데 있다. 자선잔여신탁은 사익 수익이 먼저 오고 공익 귀속이 뒤따르므로, 수익자신탁적 요소가 앞서고 목적신탁적(공익) 요소가 뒤선다. 자선선행신탁은 그 반대로, 공익 수익이 먼저 오고 사익 귀속이 뒤따르므로 목적신탁적(공익) 요소가 앞서고 수익자신탁적 요소가 뒤선다. 곧 두 혼합형은 시간축을 기준으로 서로 거울상(鏡像) 관계에 있으며, 이들의 정체성은 바로 그 시간적 배열상의 위치에 의하여 정의된다. 수익구조의 축이 단지 수익자의 존부뿐 아니라 공익·사익 요소의 선후까지 포착하여야 하는 까닭이 여기에 있다.

이 좌표는 단순한 분류표에 그치지 아니하고 「공익신탁법」의 경계를 설명하는 지도가 된다. 「공익신탁법」이 잔여재산의 사익 귀속을 허용하지 아니하는 결과(제4조 제9호 가목), 사익이 뒤따르는 자선선행신탁형은 그 인가를 받을 수 없고, 사익이 앞서는 자선잔여신탁형 역시 그 선행하는 사익 부분으로 인하여 순수 공익신탁으로 포섭되지 아니한다. 따라서 두 혼합형은 모두 「공익신탁법」의 바깥에서, 「신탁법」의 유언대용신탁·수익자연속신탁이라는 수익권 설계

의 도구를 통하여 민사신탁으로 구현될 수밖에 없다. 신탁행위 유형론은 이처럼 각 유형의 좌표를 보여줄 뿐 아니라, 어떤 결합이 「공익신탁법」의 인가영역에 들어오고 어떤 결합이 「신탁법」 일반으로 흘러가는지의 분기점을 해명한다는 점에서 실천적 함의를 가진다. 이러한 시각은 공익신탁을 「공익신탁법」이라는 특별법의 테두리에 가두지 아니하고, 신탁법 전체의 체계 속에서 그 위치를 규명하게 한다. 공익신탁은 목적신탁의 한 전형으로서 신탁법 체계의 한 좌표를 차지하며, 사적 급부와 결합될 때에는 수익자신탁과의 접점에서 새로운 유형을 형성한다. 공익신탁의 법적 구조에 대한 분석이 궁극적으로 신탁행위 일반의 유형론으로 이어지는 까닭이 여기에 있다.

VIII. 결 론

본고는 한국 공익신탁의 법적 성질을 목적신탁으로 재구성하고, 그 구조적 특성이 공익신탁 법률관계의 각 국면에서 어떻게 작동하는지를 「공익신탁법」과 「신탁법」 준용(공익신탁법 제29조)의 이중구조 속에서 분석하였다.

먼저 공익신탁은 「신탁법」 제3조가 정의하는 ‘수익자가 없는 특정의 목적을 위한 신탁’, 곧 목적신탁의 일종이다. 2024년 일본의 신평익신탁법이 공익신탁을 ‘수익자의 정함이 없는 신탁으로서 공익사무를 행하는 것만을 목적으로 하는 것’으로 명문화한 것 또한 이러한 성질을 비교법적으로 확인해 준다. 수익자가 부존재한다는 목적신탁의 성질은 이 이중구조 속에서, 수익권·수익자집회·수익자의 동의와 같이 수익자의 존재를 전제로 한 「신탁법」의 규정들이 신탁관리인으로 대체되거나 변형되어 적용되는 양상으로 발현된다. 공익신탁의 도그마틱적 분석은 결국 이 변형의 양상을 각 국면에서 규명하는 작업이었다.

이러한 관점에서 본고는 네 가지 국면을 차례로 검토하였다. 첫째, 신탁관리인은 수익자가 부존재하는 공익신탁에서 「신탁법」 제68조에 따라 수익자에 갈음하는 지위를 가진다. 그는 신탁자를 감시하는 사실상 유일한 사적 주체로서, 법무부장관의 공적 감독과 보완관계에 서되 「공익신탁법」이 인가사항으로 유보한 영역에서는 그 권한이 조정된다. 수익자에 의한 통제가 결여된 구조에서 신탁관리인 자신에 대한 견제, 그 선관주의의무와 책임·해임의 메커니즘을 실효적으로 정비하는 일은 공익신탁 제도의 건전성을 좌우하는 관건이 된다.

둘째, 수익자의 부존재는 재산운용의 국면에서 강행적 규율로 발현된다. 「공익신탁법」 제11조 이하의 엄격한 운용제한은, 운용의 위험과 이익을 형량할 수익자가 없는 목적신탁의 통제 공백을 신탁관리인의 인적 통제에 더하여 외부적·확일적 규율로 메운 것이다. 그러나 이러한 경직성은 신탁 특유의 유연성을 제약하므로, 개별 운용방식을 열거하여 금지하기보다 운용의

원칙을 제시하고 그 위반에 사후적 책임을 묻는 방향으로 규율을 전환하되, 그 자율의 확대는 신탁관리인의 감시와 법무부장관의 감독을 실효화하는 것과 함께 설계되어야 한다.

셋째, 「공익신탁법」은 구 「신탁법」상 인정되던 근사원칙을 승계하지 아니하고, 목적의 좌절을 잔여재산의 귀속으로 처리한다. 이는 처리의 명확성을 높였으나, 공익에 출연된 재산을 가능한 한 공익의 영역에 존속시킨다는 영속성의 관점에서는 후퇴이다. 따라서 입법론으로는, 목적이 좌절된 경우 곧바로 종료·귀속으로 나아가기 전에 위탁자의 추정적 의사에 비추어 유사한 공익목적으로 신탁을 변경·존속시키고, 적합한 유사목적은 찾을 수 없을 때 비로소 잔여재산의 귀속으로 나아가는 보충적·단계적 구조를 마련하는 것이 바람직하다. 목적좌절 시 유사한 목적으로의 변경계속을 제도화한 일본의 2024년 신탁공익신탁법 및 독일 개정 재단법과 달리 한국법만이 그러한 통로를 두지 아니한 점은, 이러한 입법적 보완의 필요성을 뒷받침한다.

넷째, 잔여재산의 귀속은 귀속권리자와 잔여재산수익자의 구분 위에서 검토되어야 한다. 공익신탁에는 수익자가 존재하지 아니하므로 잔여재산은 잔여재산수익자가 아니라 신탁행위로 정하여진 귀속권리자에게 귀속한다. 「공익신탁법」은 한편으로 수탁자에게 잔여재산의 증여의무를 부과하고(제4조 제9호 가목), 다른 한편으로 그 상대방을 귀속권리자로 본다(제24조 제1항). 양자는 외견상 충돌하는 듯 보이나, 전자는 신탁행위에 그러한 정함을 두도록 요구하는 인가요건의 표현이고, 후자는 「신탁법」 제101조와 더불어 귀속의 실체적 근거이다. 이렇게 각각 자리매김하면 두 규정은 모순 없이 정합적으로 해석된다. 이렇게 읽을 때 비로소 신탁 종료와 동시에 귀속주체가 확정되고, 그 현실적 이전이 곧바로 이루어지기 어려운 경우에도 보관수탁관리인에 의한 관리로 귀속의 시점과 그 사이의 책임이 빈틈없이 설명된다.

나아가 본고는 순수한 공익신탁을 넘어, 공익에 대한 급부와 사적 급부가 하나의 신탁 안에 결합된 혼합형 구조를 검토하였다. 자선잔여신탁·자선선행신탁은 수익자 없는 목적신탁적 요소와 수익자 있는 신탁적 요소가 시간적 선후로 결합된 이익분할신탁으로서, 현행 「공익신탁법」상 공익신탁의 테두리에는 담기지 아니하고 「신탁법」의 유언대용신탁·수익자연속신탁이라는 수익권 설계의 도구를 통하여 구현된다. 이로써 공익신탁을 목적신탁으로 규명하는 작업은, 신탁행위를 그 수익구조와 목적에 따라 유형화하고 각 유형의 결합 가능성을 분석하는 신탁행위 유형론의 한 부분으로 이어진다. 순수한 공익신탁이 ‘수익자 없는 목적신탁+공익’의 전형이라면, 혼합형 구조는 목적신탁과 수익자신탁이 결합된 중간형으로서 신탁법 체계 안에서 새로운 좌표를 형성한다.

요컨대 공익신탁은 「공익신탁법」이라는 특별법의 테두리에 갇히지 아니하고, 수익자 없는 목적신탁이라는 성질을 통하여 신탁법 전체의 체계 속에 자리매김된다. 신탁관리인의 지위, 재산운용에 대한 강행적 규율, 공익목적의 사후변경, 잔여재산의 귀속, 그리고 혼합형 구조에 이르는 본고의 분석이 공통으로 보여주는 것은, 수익자의 부존재라는 하나의 구조적 특질이 공익신탁 법률관계의 각 국면을 일관되게 규정한다는 점이다. 결국 본고의 핵심 명제는 공익신탁

탁이 '수익자 없는 목적신탁'이라는 데에 있다. 순수한 공익신탁을 그 유형론의 한 전형으로, 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조를 목적신탁과 수익자신탁이 결합된 인접 유형으로 위치지우는 작업은, 본고를 넘어서는 신탁행위 유형론의 과제로 이어지는 단초가 된다. 순수한 공익신탁을 그 유형론의 한 전형으로, 자선잔여신탁·자선선행신탁과 같은 혼합형 구조를 목적신탁과 수익자신탁이 결합된 인접 유형으로 위치지우는 작업은, 본고를 넘어서는 신탁행위 유형론의 과제로 이어지는 단초가 된다. ☐

(논문접수 : 2026. 06. 30. / 심사개시 : 2026. 07. 14. / 게재확정 : 2026. 07. 22.)

참 고 문 헌

[국내 문헌]

<단행본>

- 최수정, 「신탁법(제3판)」, 박영사, 2023.
오영표, 「가족신탁 이론과 실무」(제3판), 조세통람, 2025.
정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021.

<논문>

- 김진우, “공익신탁의 법적 구조”, 「비교사법」 제19권 제1호, 한국비교사법학회, 2012.
이근영, “신탁변경과 수익권매수청구권에 관한 고찰”, 「재산법연구」 제28권 제3호, 한국재산법학회, 2011.
이연갑, “공익신탁법에 관한 약간의 검토”, 「법조」 제64권 제5호, 법조협회, 2015.
이영미, “공익신탁 과세제도에 관한 연구”, 강남대학교 대학원 박사학위논문, 2021.
이준성, “공익신탁에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991.
이중기, “법인과 비교한 신탁의 특징 — 공익신탁에의 활용을 중심으로”, 「서울대학교 법학」 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
임채웅, “공익신탁에 관한 연구”, 「민사법학」 제70호, 한국민사법학회, 2015.
장보은, “공익신탁 활성화를 위한 공익신탁법 개정방안”, 「민사법학」 제101호, 한국민사법학회, 2022.
황인규, “공익신탁 과세제도의 개선방안에 관한 연구”, 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2022.
황현영, “「공익신탁법」의 입법영향분석”, 「입법영향분석보고서」 제37호, 국회입법조사처, 2018.

[외국 문헌·자료]

- Restatement (Third) of Trusts, American Law Institute, §66·§67.
Uniform Trust Code, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, §413.

Morice v. Bishop of Durham, (1804) 9 Ves. Jun. 399; (1805) 10 Ves. Jun. 522.

內閣府, 「第213回國會で成立した內閣府所管法律の概要」, 2024.

內閣府, “公益信託關係法令”, 公益法人information <https://www.koeki-info.go.jp>.

Abstract

The Legal Structure of Charitable Trusts and the Theory of Purpose Trusts

- Focusing on Non-Beneficiary Trusts, Cy-près, the Vesting of Residual Property, and the Typology of Trust Acts -

Yeo, Sunggon

In 2024, Japan's new Charitable Trust Act expressly defined a charitable trust as a "trust without designated beneficiaries," thereby confirming its legal character as a purpose trust. Korea's Trust Act likewise defines a "trust for a specific purpose without beneficiaries" as a purpose trust and treats the charitable trust as a species thereof, expressly providing that in a charitable trust the trust administrator stands in the place of the beneficiary. Nevertheless, a precise account of the legal nature of the charitable trust from the perspective of purpose-trust theory has been lacking. This article reconstructs the charitable trust as a non-beneficiary purpose trust and analyzes how its structural features operate, in each dimension, within the dual framework of the Charitable Trust Act—the special statute governing charitable trusts—and the mutatis mutandis application of the Trust Act (Article 29). The supervisory gap created by the absence of beneficiaries is filled by the trust-administrator mechanism and by mandatory rules governing the management of trust property, and the same structure runs through the subsequent modification of purpose and the vesting of residual property. First, under Article 68 of the Trust Act, the trust administrator holds a position equivalent to that of a beneficiary and is effectively the sole private party monitoring the trustee, so that the scope and limits of its powers require refinement. Second, the Charitable Trust Act did not carry over the cy-près-type mechanism recognized under the former Trust Act, handling the frustration of purpose solely through the vesting of residual property; although this enhanced clarity, it represents a retreat from the permanence of charitable property. Unlike Japan's 2024 Charitable Trust Act and

Germany's reformed foundation law, both of which permit continuation of the trust (or foundation) through modification to a similar purpose upon frustration, Korean law provides no such avenue; a staged mechanism that adds continuation through modification to a similar charitable purpose ahead of the vesting of residual property should therefore be provided. Third, the vesting of residual property must be interpreted coherently—on the distinction between the person entitled to residual property and the residual-property beneficiary—so as to reconcile the conflict between the provision imposing on the trustee a duty to donate and the provision designating the person entitled. Furthermore, hybrid structures such as the charitable remainder trust and the charitable lead trust constitute a type of trust act combining a purpose trust and a beneficiary trust; they are realized through the testamentary-substitute trust and the successive-beneficiary trust under the Trust Act, and thus connect to the typology of trust acts.

Key Words : Charitable Trust, Purpose Trust, Non-Beneficiary Trust, Trust Administrator, Cy-près, Typology of Trust Acts