

〈논문〉

법인과 비교한 신탁의 특징* - 공익신탁에의 활용을 중심으로 -

李重基**

요약

신탁법과 법인법의 설립절차는 출연재산을 출연자의 재산으로부터 분리하여 설립된 단체의 독립재산으로 전환시키는 기능을 수행하지만, 재산분리의 매개체인 ‘인격’을 제공하는 방식에서 큰 차이를 보인다. 법인법은 출연재산에 대해 독자적 ‘법인격을 부여’하는 방법으로 인격을 창설하지만 신탁법은 수탁자의 ‘인격을 차용’하게 함으로써 출연재산을 독자적인 목적재산으로 한다. 또, 신탁은 수탁자의 인격을 차용한 부수적 법주체로서 독립성을 갖지만, 동시에 명의를 차용한 수탁자의 고유재산의 도움을 받을 수 있는 장점을 가진다. 또 법인법은 출연재산에 대해 하나의 법인격을 제공함으로써 출연재산에 대한 재산분리기능은 수행하지만, 출연재산을 분별할 능력은 없는 데 비해, 신탁은 하나의 수탁자인격하에서 목적재산별로 출연재산을 분별할 수 있다. 이러한 신탁의 특징은 복수의 신탁재산에 대한 합동운용을 가능하게 하고 이를 통한 규모의 경제를 실현하게 한다.

그런데 조직법적으로 같은 신탁형태를 취하는 경우에도 영리를 목적으로 설립되는 영리신탁은 공익을 목적으로 설립되는 공익신탁과 비교할 때 또 다른 특징을 가진다. 따라서 영리신탁 및 공익신탁에 대해서는 영리법인 공익법인과 비교를 위해 ‘조직법’적 관점에서 고찰해야겠지만, 영리신탁 혹은 공익신탁의 특징을 완전히 파악하기 위해서는 ‘공익단체법’(public organization law)의 관점에서 그 특징을 영리단체와 비교 관찰하는 것도 필요하게 된다.

이 글에서는, (i) 법인법과 신탁법이 공통적으로 수행하는 설립절차의 재산분리기능, 지배구조제공기능, (ii) 법인법과 비교한 신탁법의 특징, 즉 재산분리의 매개체인 인격의 제공방식의 차이 및 그로 인한 수탁자의 고유재산과 신탁재산 사이의 분리필요성, (iii) 법인설립과 비교한 신탁설립의 장점, (iv) 영리단체와 비교한 공익단체의 특징 등에 대해 살펴보았다. 마지막으로 앞의 논의로부터 도출된 신탁의 장점, 즉 (i) 수탁자의 고유재산 제공가능성, 혹은 자금증개가능성, (ii) 수탁자의 경영능력 제공가능성, (iii) 목적재산의 분별능력, (iv) 합동운용에 의한 ‘규모의 경제’ 실현가

* 논문을 읽고 좋은 지적을 해 주신 성균관대학교 김성용 교수님과 세 분의 심사자에게 감사의 마음을 전한다.

** 홍익대학교 법과대학 교수.

능성 등이 공익신탁의 맥락에서 어떻게 활용될 수 있는가를 살펴보았다. 즉 공익신탁이 활용되는 맥락은 (a) ‘개인’이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언하는 상황, (b) ‘신탁업자’가 공익신탁을 인수하는 상황, (c) ‘공익법인’이 공익신탁을 인수하는 상황, (d) ‘대기업’이 신탁선언으로 공익신탁을 설립하는 상황, (e) 법인수탁자의 설립을 통해 공익신탁을 인수하는 상황 등 다양한데, 각각의 상황에 따라 앞서 언급한 신탁의 장점들이 공익신탁에서 어떻게 발휘되는가를 검토해보았다.

주제어: 조직법, 공익신탁, 재산분리, 조직격리, 소유자격리, 인격차용, 수탁자격리, 신탁재산의 격리, 목적재산의 분별, 합동운용

I. 머리말

신탁법은 집합투자기구인 투자신탁¹⁾ 혹은 공동기업조직인 사업신탁²⁾에 대해 조직법(organizational law)³⁾적 근거를 제공한다. 또 신탁법은 공익신탁과 같은 공익단체⁴⁾의 조직법적 기반이 된다. 이와 같이 조직법규로서의 신탁법은 또 다른 대표적 조직법규인 법인법(여기서 “법인법”은 민법 법인규정, 상법 회사편, “공익법인의 설립·운영에 관한 법률”(이하 “공익법인법”)과 같은 법인의 설립근거법률을 의미한다)과 더불어 단체의 조직근거로서의 지위를 양분하고 있다.

이러한 조직법으로서의 신탁법은 법인법과 비교할 때 출연재산을 설립자의 재산에서 단체의 재산으로 분리하는 재산분리기능,⁵⁾ 단체의 지배구조를 제공하는 지배구조제공기능⁶⁾ 등 많은 공통적 기능을 수행하지만, 약간의 다른 특징도 가진다.

-
- 1) 투자신탁제도의 조직법적 특징에 대해서는, 박삼철/이중기, “‘제도’로서의 투자신탁법제의 기본구조와 발전전략”, **홍익법학**, 제15권 제1호(2014), 533면.
 - 2) 사업신탁에 대해서는, 김태진, “기업형태로서의 신탁 - 사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로”, **전남대 법학논총**, 제31집 제2호(2011), 120면; 안성포, “기업유형으로서의 상사신탁의 법적 쟁점”, **상사법연구**, 제32권 제2호(2013. 8), 181면; 최승재, “신탁법을 고려한 사업신탁의 활용에 대한 소고”, 신탁법제와 유동화법제 관련 최근 쟁점(건국대 법학연구소 학술대회 자료)(2014. 2. 7).
 - 3) 조직법규의 역할에 대해서는 H. Hansmann & R. Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, 110 *Yale L. J.* 387 (2000)(이하 “Hansmann & Kraakman”).
 - 4) 영리단체와 비교한 공익단체의 특징에 대해서는, 이중기, “회사법과 비교한 공익단체법의 역할과 특징: 왜 혜택을 부여하고 왜 규제하는가”, **한양대 법학논총**, 제31집 제1호(2014)(이하 “이중기, 공익단체법의 역할과 특징”).
 - 5) 자세히는 II. 1. 이하 참조.

즉 신탁법과 법인법의 설립절차는 출연재산을 출연자의 재산으로부터 분리하여 설립된 단체 혹은 수탁자의 독립재산으로 전환시키는 동일기능을 수행하지만, 재산 분리의 매개체인 ‘인격’을 제공하는 방식에서 큰 차이를 보인다. 법인법은 출연재산에 대해 독자적 ‘법인격을 부여’함으로써 인격을 창설하지만 신탁법은 출연재산으로 하여금 수탁자의 ‘인격을 차용’⁷⁾하게 함으로써 출연재산을 독자적인 목적재산으로 한다.⁸⁾ 그 결과, 신탁재산은 수탁자의 인격을 차용해 나타나는 ‘부수적 법주체’⁹⁾로서 독립성을 갖지만, 동시에 명의를 제공한 수탁자의 고유재산으로부터 도움을 받을 수 있는 특징을 갖게 된다.¹⁰⁾ 또 신탁법은 신탁재산의 독립성 원칙을 통해 법인법이 제공할 수 없는 완벽한 목적재산분별능력을 제공한다.¹¹⁾ 즉 법인법은 출연재산에 대해 하나의 법인격을 제공함으로써 출연재산에 대한 완전한 재산분리기능을 수행하지만, 출연재산을 분별할 능력은 없다. 이에 비해 신탁은 하나의 수탁자인격하에서 목적재산별로 출연재산을 분별할 수 있다. 이러한 신탁의 특징은 복수의 신탁재산에 대한 합동운용을 가능하게 하고 이를 통한 규모의 경제를 실현하게 한다.¹²⁾

그런데 조직법적으로 같은 신탁형태를 취하는 경우에도 영리를 목적으로 설립되는 영리신탁은 공익을 목적으로 설립되는 공익신탁과 비교할 때 또 다른 특징을 가진다. 따라서 영리신탁 및 공익신탁에 대해서는 영리법인 공익법인과의 비교를 위해 ‘조직법’적 관점에서도 고찰해야겠지만, 영리신탁 혹은 공익신탁의 특징을 완전히 파악하기 위해서는 ‘공익단체법’(public organization law)의 관점에서 그 특징을 비교 관찰¹³⁾하는 것도 필요하게 된다.

이하에서는, 이러한 관점에서 (i) 법인법과 신탁법이 공통적으로 수행하는 설립

6) 자세한 II. 4. 참조.

7) 인격차용설에 따른 신탁제도의 설명에 대해서는 이중기, **신탁법(2007)**(이하 “이중기, 신탁법”), 4면 이하.

8) 자세한 III. 1. 참조.

9) 인격제공자인 수탁자가 신탁재산을 위해 ‘수탁자자격’에서 행위하는 측면을 여기서는 ‘부수적 법주체’로서 행위하는 것으로 파악한다. ‘수탁자자격’에서의 행위도 대외적으로 ‘인격자’로서 행위하는 것이므로 법주체로서의 행위이지만, 신탁재산을 위해 행위하는 것이므로 고유재산을 위해 행위하는 측면과 구별하기 위해 ‘부수적 법주체’로서의 행위로 표현한다.

10) 자세한 IV. 2. 참조.

11) 자세한 IV. 3. 참조.

12) 자세한 IV. 4. 참조.

13) 자세한 이중기, “공익단체법의 역할과 특징”.

절차의 재산분리기능, 지배구조제공기능, (ii) 법인법과 비교한 신탁법의 특징, 즉 재산분리 매개체인 인격의 제공방식의 차이와 그로 인한 수탁자 고유재산 신탁재산 사이의 분리필요성, (iii) 법인설립과 비교한 신탁설립의 장점, (iv) 영리단체와 비교한 공익단체의 특징 등에 대해 살펴본다. 마지막으로 앞의 논의로부터 도출된 신탁의 장점, 즉 (i) 수탁자의 고유재산 제공기능, 자금중개기능, (ii) 수탁자의 경영능력제공기능, (iii) 목적재산의 분별능력, (iv) 합동운용에 의한 ‘규모의 경제’ 실현가능성 등이 다양한 공익신탁의 맥락에서 어떻게 활용될 수 있는가를 살펴본다. 즉 공익신탁이 활용되는 맥락으로 (a) ‘개인’이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언하는 상황, (b) ‘신탁업자’가 공익신탁을 인수하는 상황, (c) ‘공익법인’이 공익신탁을 인수하는 상황, (d) ‘대기업’이 신탁선언으로 공익신탁을 설립하는 상황, (e) 법인수탁자의 설립을 통해 공익신탁을 인수하는 상황 등이 있는데, 각각의 상황에 따라 앞서 언급한 신탁의 장점들이 공익신탁에서 어떻게 발현되는가를 검토해 본다.

II. 법인법과 신탁법의 공통기능

1. ‘인격제공’ 을 통한 재산분리 및 지배구조제공

재산의 출연을 통한 법인이나 신탁의 설립은 모두 출연재산에 대해 독자적 ‘법인격을 부여’하거나 수탁자의 ‘인격을 차용’¹⁴⁾하게 함으로써 출연재산을 독립된 법인격하의 목적재산 혹은 수탁자명의를 차용한 목적재산이 되게 한다. 이러한 설립절차는 ‘법주체의 형성’ 관점에서는 새로운 인격체를 창설하거나 혹은 수탁자의 인격을 차용하게 하는 기능을 하지만 그와 동시에 행해지는 ‘출연재산의 소유자변동’의 관점에서 보면 출연재산의 소유자를 출연자에서 법인 혹은 수탁자로 전환시키는 기능을 수행한다.¹⁵⁾ 후자의 관점에서 본 설립절차의 기능을 통상 재산분리기능(asset partitioning)¹⁶⁾이라고 부른다.

출연자로부터 법인 혹은 신탁으로의 재산분리 효과는 (i) 재산분리 이후 ‘출연자

14) 인격차용설에 따른 신탁제도의 설명에 대해서는 이중기, **신탁법**, 4면 이하.

15) 이중기, “공익단체법의 역할과 특징”, II. 2. (2).

16) 조직법의 ‘재산분리기능’에 대해서는, Hansmann & Kraakman, p. 393 이하. 노혁준, “주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰 - 재산분리 기능을 중심으로”, **증권법연구**, 제14권 제2호(2013), 627면(이하 “노혁준”).

에게 발생하는 위험'이 '출연재산'에 전이될 수 있는지 여부의 관점에서 고찰할 수 있고, 반대로 (ii) '출연재산에 발생하는 위험'이 '출연자'에 전이될 수 있는지 여부의 관점에서도 고찰할 수 있다. 전자와 같이 출연재산, 즉 새로운 조직/법주체의 관점에서 위험전이가능성을 차단하는 효과를 '조직격리'(entity shielding)¹⁷⁾로 정의할 수 있고, 통상 이를 '적극적 재산분리' 효과라고 한다. 반면에 후자와 같이 출연자의 관점에서 위험전이가능성을 차단하는 효과를 출연자/소유자격리(owner shielding)¹⁸⁾ 다시 말해 '책임제한'으로 정의할 수 있고, 통상 이를 '방어적 재산분리' 효과라고 한다.

법인법과 신탁법은 나아가 법인 혹은 수탁자라는 새로 형성된 법주체에서 목적 재산이 어떻게 관리되고 운용되어야 하는지에 관한 '표준적' 자산운용모델을 제공한다. 예를 들어, 새로운 법인 혹은 신탁을 설립하는 경우, 법인법과 신탁법은 그 조직에서 출자자와 경영자의 분리 여부, 분리시 경영자의 '표준적' 자산운용모델을 제공하고, 각 자산운용모델에 따른 '표준적' 지배구조를 제공한다. 공익법인 혹은 공익신탁을 설립하는 경우에도 마찬가지이다. 공익법인법과 공익신탁법¹⁹⁾이 추가적인 지배구조제공기능을 수행하지만 법인법과 신탁법은 '기본적'인 자산운용모델과 그에 따른 지배구조를 제공한다. 아래에서는 조직법이 수행하는 재산분리기능과 지배구조 제공기능에 대해 차례로 살펴보자.

2. 적극적 재산분리효과: 조직격리

먼저 법인설립절차와 신탁설립절차가 공통으로 수행하는 '재산분리기능' 중 적극적 재산분리 효과인 조직격리기능에 대해 살펴보자. 법인설립의 경우와 신탁설립의 경우로 나누어 그 근거를 살펴보자.

17) Hansmann & Kraakman은 조직격리를 '적극적 재산분리'(affirmative asset partitioning)라고 보았다. 위의 논문 p. 393.

18) Hansmann & Kraakman은 출자자격리, 즉 유한책임원칙을 '방어적 재산분리'(defensive asset partitioning)라고 보았다. 위의 논문, p. 393. R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functionall Approach* (2nd ed., 2009), p. 9(이하 "R. Kraakman et al.")

19) "공익신탁법"은 2014년 2월 28일 국회 본회의를 통과하여 3월 18일 공포되었고, 공포 후 1년이 경과한 2015년 3월 19일부터 시행될 예정이다.

(1) 법인설립의 재산분리와 조직격리 기능

법인의 설립을 통한 재산출연은 출연재산을 출연자의 재산으로부터 새로 설립된 법인의 재산으로 전환시키는 기능을 한다.

민법 제48조(출연재산의 귀속시기) ① 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 법인이 성립된 때로부터 법인의 재산으로 된다.

② 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 유언의 효력이 발생한 때로부터 법인에 귀속한 것으로 본다.

물권변동에 관한 성립요건주의와 관련해 이 조항의 해석이 문제된다. “재단설립자의 의사를 존중하는 동시에 재단법인의 재산적 기초를 충실히 하기 위한 특별규정으로 이해하면 법률의 규정에 의한 물권변동(민법 제187조)에 해당하는 것으로 보아 물권변동을 위한 별도의 요건없이도 제48조에서 정한 시기에 출연재산은 재단으로 귀속된다는 견해와 제48조에 의한 재산출연행위는 법률행위에 해당하므로 법률행위에 의한 물권변동의 원칙에 따라 등기나 인도를 갖추어야만 설립자로부터 재단법인으로 출연재산이 이전한다는 견해”²⁰⁾가 대립한다. 설립절차가 수행하는 재산분리기능이 효율적으로 작동하기 위해서는 출연재산 이전시기가 확일적으로 확정되어야 하고, 이를 위해서는 설립절차에 따른 물권변동의 효과를 확일적으로 부여하는 것이 필요하다. 따라서 전자의 견해가 타당하다. 즉 제48조는 ‘조직법’적 관점에서 규정된 것으로 볼 수 있고, ‘설립절차의 재산분리효과’, 즉 물권변동효과는 물권변동에 관해 성립요건주의를 취하는지 여부와 관계없이 조직법적 관점에서 독자적으로 부여될 수 있기 때문이다.

어느 해석에 의하든, 법인설립을 통해 출연재산이 출연자의 재산에서 법인의 재산으로 전환되면, 재산의 ‘출연자’에게 생긴 위험은 더 이상 ‘출연재산’에 대해 전이되지 않는 효과가 발생한다. 예를 들어, 법인설립 이후에 출연자가 채무초과상태로 돌입하는 경우, ‘출연자의 채권자’에 의한 책임재산의 공격가능성이 생기는데, 이때 공격당할 위험은 출연자가 가진 재산에 한정되고, 설립된 법인의 소유로 전환된 출연재산에 대해서는 그 위험이 미치지 않게 된다. 이와 같이 설립절차는 출연재산으로 설립된 조직/단체를 출연자로부터 격리하여 보호하는 물권적 효과를

20) 송호영, “민법상 법인권 개정의 주요 쟁점에 관한 고찰”, **경북대 법학논고**, 제34집 (2010. 10), 1면, 17-18면. 그런데 2009년의 제48조 개정시안은 전자의 견해를 반영해 기초되었다. 개정안에 대해서는 송호영, 16-17면 참조.

가지는데, 앞서 본 것처럼 이러한 ‘적극적 재산분리’ 효과를 통상 ‘조직격리’(entity shielding)²¹⁾ 기능이라고 한다.

(2) 신탁설립의 조직격리기능: 출연재산의 독립성 확보

신탁의 설립도 출연재산을 출연자의 재산으로부터 수탁자의 신탁재산으로 전환시키는 기능을 수행하기 때문에 출연재산의 소유자전환의 효과로서, 설립후 출연자가 부담하게 되는 위험은 설립된 사업조직에 전이되지 않게 된다.

신탁법 제2조(신탁의 정의) [...] “신탁”이란 신탁을 설정하는 자와 신탁을 인수하는 자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 [...] 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다. (밑줄에 의한 강조는 인용자의 것이다.)

신탁설립을 통한 출연은 출연재산을 새로 설립된 신탁의 목적재산, 정확하게 말하면, 수탁자의 인격을 차용한 신탁재산으로 전환시키는 기능²²⁾을 하기 때문에 출연재산은 더 이상 출연자의 재산이 아니게 된다. 즉, 신탁설립은 출연자가 출연재산을 수탁자에게 ‘처분’하는 효과²³⁾를 발생시키기 때문에 ‘출연자로부터’ 신탁재산을 격리하여 보호하게 된다. 그 결과, ‘적극적 재산분리’ 효과인 ‘조직격리’ 효과가 생기게 되고, 신탁설립후 출연자에게 생기는 위험은 출연된 신탁재산에 대해 전이되지 않게 된다.²⁴⁾ 이와 같이 신탁설립도 출연자에 생긴 위험의 전이를 방지하는 ‘조직격리’(entity shielding) 기능, 신탁법적 관점에서 표현하면, “출연재산의 독립성 확보”기능을 실현하고 있다. “신탁이 설정되면 어떤 목적의 신탁이든 간에 위탁자의 도산으로부터 자유롭게 되는 효과, 즉 도산격리성이 발생한다. 도산격리성은 ‘담보목적의 신탁’에 고유한 특성은 아니다.”²⁵⁾ 도산법에서 이야기하는 신탁의 도산격리 혹은 도산절연 기능이란 신탁법이 설립절차에 부여한 조직격리기능을

21) Hansmann & Kraakman p. 393.

22) 이중기, 신탁법, 4면 이하.

23) 설립행위는 법인을 설립하면서 법인에게 재산을 양도하는 것이고, 신탁은 수탁자의 인격을 차용하면서 차용한 인격에 재산을 양도하는 행위이다.

24) 수익자는 수탁자에 대해 수익채권을 가질 뿐이고, 신탁재산에 대한 직접적인 권리는 없다. 따라서 수익자의 채권자도 신탁재산에 대한 직접적 권리를 가지지 못한다.

25) 이중기, 신탁법, 610면 이하.

도산의 맥락에서 실현하는 기능으로 볼 수 있다.

(3) 설립절차의 적극적 재산분리효과는 모든 단체에 부여되는가?

조직격리기능과 관련해 제기되는 근본적 질문은 “‘적극적 재산분리’ 효과인 조직격리기능은 모든 단체의 설립절차에 대해 부여될 필요가 있는가?”라는 것이다. 적극적 재산분리효과는 앞서 살펴본 법인설립과 신탁설립을 포함한 “인격이 매개”된 모든 단체의 설립절차에 대해 부여될 필요가 있고, 법인이나 신탁이 영리성을 갖는지 공익성을 갖는지를 구별하지 않는다. 출연재산에 대한 ‘소유자변동의 관점’에서 보면 공익단체뿐만 아니라 영리단체의 설립절차도 새로운 인격체를 창설하거나 혹은 수탁자의 인격을 차용함으로써 출연재산의 소유자를 ‘출연자’에서 법인 혹은 수탁자로 전환해야 하는 기능을 수행하기 때문이다. 따라서 새로운 법주체/조직의 설립을 통한 재산분리 이후 ‘출연자’에게 발생하는 위험이 ‘출연재산’에 전이되는 것을 방지하는 적극적 재산분리의 효과는 설립절차의 가장 고유한 특징이 된다. 예를 들어, 영리단체의 하나인 합명회사의 경우 사원은 무한책임을 지기 때문에 방어적 재산분리의 효과인 유한책임원칙은 적용되지 않는다.²⁶⁾ 하지만 합명회사에서도 적극적 재산분리의 효과인 조직격리는 행해져야 한다. 즉 사원의 채권자는 직접 회사재산에 대한 권리행사는 할 수 없고, 다만 채무자인 사원의 지분을 압류하고 퇴사시킬 수 있을 뿐이다(상법 제224조). 마찬가지로 공익법인에서는 수익자지위가 인정되지 않으므로 방어적 재산분리 효과는 의미가 없으나 적극적 재산분리 효과는 필요하다. 이와 같이 적극적 재산분리효과는 모든 단체설립에 대해 부여되어야 하고, 이 점은 단체의 성질에 따라 정책적으로 부여될 수 있는 방어적 재산분리의 효과와 비교되는 점이다. 그리고 이러한 조직격리효과는 물권적 효과를 부여하는 것이므로 계약으로는 실현될 수 없고 법률에 의해 선언되어야 한다(설립절차의 물권변동기능).²⁷⁾

3. 방어적 재산분리효과: 소유자격리－출연자의 유한책임

설립절차의 인격제공을 통한 재산분리 효과는 조직격리의 반대방향에서도 관찰할 수 있다. 즉, 새로 설립된 조직/법주체의 관점에서 ‘출연자’에게 생긴 위험이

²⁶⁾ 아래의 3. (1) 참조.

²⁷⁾ H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire, “Law and The Rise of the Firm”, 119 *Harv. L. Rev.* 1333, p. 1340 (2006)(이하, “H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire”).

‘출연재산’에 전이되는가 여부를 살펴보듯이, 출연자의 관점에서 ‘출연재산’에 생긴 위험이 ‘출연자’에게 전이되는가 여부도 관찰할 수 있다. 새로 설립된 조직/법 주체의 목적재산이 채무초과상태로 돌입한 경우 단체의 채권자에 의한 공격가능성이 생기는데, 이때 공격당할 위험이 단체의 출연재산에 한정되는가 아니면, 출연자에 대해서도 그 위험이 미치는가 여부가 문제될 수 있다. 이와 같은 상황에서 재산분리를 통해 출연재산에 생긴 위험이 출연자에게 미치는 것을 차단하는 효과를 설립절차의 ‘방어적 재산분리’(defensive asset partitioning)라고 하고, 이를 통상 출연자 관점에서 ‘출연자/소유자격리’(owner shielding)라고 부른다.²⁸⁾ 출연자격리 기능은 출연자의 책임의 관점에서 보면, 책임제한의 문제로 나타나므로, 전통적으로 출자자의 유한책임 문제로 다루어졌다.

(1) 방어적 재산분리효과는 모든 단체에 부여될 필요가 있는가?

재산분리의 방어적 효과도 적극적 조직격리의 효과와 같이 모든 단체에 대해 부여되어야 하는가? 적극적 조직격리의 효과와 달리 방어적 재산분리의 효과는 설립되는 단체의 성질에 따라 정책적으로 부여하면 충분하다. 예를 들어, 공익단체에서는 공익재산의 유지 이념이 적용되기 때문에, 출연자는 출연재산에 대해 ‘수익자 지위’를 갖지 못한다.²⁹⁾ 출연재산에 대한 수익자지위가 부정되므로, 출연재산에 생긴 이익도 이전되지 않지만, 위험도 전이될 가능성이 없다. 따라서 공익단체에서는 방어적 재산분리 효과가 인정되지 않고, 인정할 실익도 없다. 결국 방어적 재산분리 효과를 인정할 필요성이 생기는 분야는 출연자가 지분을 통해 ‘수익자지위’를 갖는 영리단체의 경우에 한정된다. 또 영리단체라고 하여 모두 방어적 재산분리의 효과가 필요한 것도 아니다. 예를 들어, 합명회사, 합자회사의 무한책임사원의 경우와 같이 어떤 경우에는 출연자-경영자가 영리단체의 채무에 대해 무한책임을 지는 것이 당해 영리단체의 신용도를 높일 수 있다. 이처럼 출연자-경영자가 영리단체의 책임을 인수하는 것이 유리한 영리단체에서는 방어적 재산분리 효과를 부여할 필요가 없다.

²⁸⁾ H. Hansmann & R. Kraakman 393; R. Kraakman et al., p. 9.

²⁹⁾ 이중기, “공익단체법의 역할과 특징”, III. 1. 참조; 이중기, “공익단체에서의 공익재산 유지 이념과 실천 방안”, **경제법연구**, 제13권 제1호(2014. 4)(이하, “이중기, 공익재산의 유지”), II. 1. 이하 참조. 자세한 논의는 아래의 V. 1. 참조.

(2) 법인에서의 유한책임원칙

법인의 사업재산에 발생한 위험이 출연자에게 전이되지 않도록 하는 출연자격리 효과는 출자자, 즉 사원의 유한책임 인정 여부로 나타나는데, 원칙적으로 출자자격리 효과는 영리법인 가운데 주식회사나 유한회사와 같이 소유와 경영이 분리되고 사원이 유한책임을 지는 단체에 대해서만 실현되어 있다. 이에 반해, 합명회사나 합자회사와 같은 인적회사의 무한책임사원에 대해서는 출자자격리 효과는 부여되어 있지 않다. 공익법인의 경우 앞서 본 것처럼 조직격리 효과는 실현³⁰⁾되어 있지만, 공익법인에서는 출연자에 대해 ‘수익자지위’ 자체를 인정하지 않으므로, 출연 재산에 대한 위험은 수익과 마찬가지로 전이될 가능성은 없다. 따라서 공익법인에 대해서는 출연자격리의 논의 자체가 무의미해진다.³¹⁾

(3) 신탁에서의 소유자격리

신탁의 경우에도 법인과 마찬가지로 출연자격리, 즉 위탁자/수익자³²⁾의 유한책임 여부가 문제된다. 신탁에서는 수익자지위와 수탁자지위가 분리되는 결과 소유와 경영이 분리되고, 신탁채무에 대해 신탁재산 혹은 수탁자가 책임을 지기 때문에 수익자격리가 실현된다. 단, 신탁과 거래한 신탁채권자는 신탁재산뿐만 아니라 수탁자에 대해서도 자신의 채권을 행사³³⁾할 수 있고, 수익자는 수탁자에 대해 비용·보수에 대한 상환채무(신탁법 제46조, 제47조)를 질 수 있기 때문에, 이론상 신탁채권자가 ‘수익자에 대한 수탁자의 상환청구권’을 대위할 수 있는 경우 수익자가 신탁채권자에 대해 책임을 지는 경우가 생길 수 있다.³⁴⁾ 하지만 이 경우에도 수익자는 “수익의 한도”에서 상환의무를 부담하므로 그 책임은 한정된다. 나아가 신탁계약을 통해 수탁자에 대한 수익자의 상환의무가 없음을 규정³⁵⁾한 경우 신탁

30) 앞의 2. (3) 참조.

31) 뒤의 V. 3. 참조.

32) 법인에서는 ‘출연자’의 유한책임을 다루면서 신탁에서는 왜 출연자에 해당하는 위탁자가 아니라 ‘수익자’를 기준으로 유한책임을 논하는가? 법인에서는 출연자가 출연재산에 대한 지분권을 가지므로 출연자의 유한책임이 문제되지만, 신탁은 제3자(수익자)에 대한 ‘증여적 기능’을 수행하므로 위탁자와 별도로 수익자지위가 중요하고, 수익자의 유한책임이 문제된다.

33) 신탁채무에 대한 수탁자격리 여부에 대해서는 아래의 III. 4. 참조.

34) 이종기, “신탁채권자에 대한 수익자의 책임가능성”, **홍익법학**, 제7집(2005) 참조.

35) 이 경우 수탁자는 비용과 보수에 대한 상환청구가능성이 사라지므로, 수탁자보수를 산정함에 있어 신탁의 운용위험을 반영해야 한다. 이러한 약정이 행해지는 대표적인 예는 파생상품에 투자하는 신탁형펀드이다. 이러한 파생상품펀드에서는 수익자는 주식회

채권자의 수익자에 대한 대위청구가능성은 사라지게 되므로 수익자에 대해 주식회사 주주와 비슷한 소유자격리를 실현할 수 있다.

유한책임사업신탁에서도 수익자 유한책임원칙은 동일하게 실현된다. 즉, 유한책임사업신탁에서 수탁자는 신탁채무에 대해 신탁재산으로서만 책임을 지게 되지만(소위 ‘수탁자격리’³⁶⁾ 효과), 신탁채권자의 (대위)행사 근거가 되는 ‘수탁자에 대한 채권’ 자체는 존재하게 되고, 그 결과 수익자가 상환의무를 배제하지 않는 한 수익자에 대한 예외적인 구상권의 대위가능성은 잔존하게 된다. 하지만 이때에도 수익자는 “수익의 한도”에서 책임을 진다(그런데 유한책임신탁의 경우 신탁채권자의 구상권의 대위행사 가능성은 신탁외부자인 채권자가 개정신탁법 제121조가 규정한 ‘수익자의 초과급부에 대한 법정전보책임’을 추궁함에 있어 유용한 수단이 될 수 있다).

또 공익신탁에서는 공익법인과 마찬가지로 출연자에 대해 ‘수익자지위’ 자체를 인정하지 않으므로, 출연재산에 대한 위험은 수익과 마찬가지로 전이될 가능성이 없다. 따라서 공익신탁에 대해서도 출연자격리는 논의 자체가 무의미해진다.³⁷⁾

4. 소유자격리의 대가: 소유자의 내부화에 따른 후순위화

조직법이 소유자격리를 인정할 필요성이 생기는 분야는 출연자가 ‘수익자지위’를 갖는 영리단체의 경우에 한정되고, 영리단체 중에도 수익자의 유한책임이 필요한 유한책임기업에 한정된다. 그런데 조직법이 영리단체에서 인정한 소유자격리는 소유자지위를 내부화 혹은 익명화함으로써 채권자에 대한 관계에서 후순위 지위를 초래한다. 소유자가 유한책임을 지는 대가인 것이다.

(1) 소유자 격리를 인정하지 않는 경우: 소유자의 책임재산 제공기능

영리단체에서 사업재산은 출자자가 출연한 자기자본으로 구성될 수도 있지만 채권자가 제공한 타인자본이 추가될 수 있다. 사업재산에 위험이 발생한 경우 이러한 재산에 생긴 위험은 자기자본 출연자와 타인자본 제공자가 공동으로 부담한다. 그런데 합명회사 사원과 같이 소유자격리가 안 된 경우, 즉 사원의 담보책임이 제

사의 주주와 같이 수익권취득비용만 부담하고 더 이상 신탁재산의 운용과 관련한 책임은 발생하지 않는다. 자세한 이 중기, “신탁채권자에 대한 수익자의 책임” 참조.

36) 아래의 III. 4. 참조.

37) 뒤의 V. 3. 참조.

한되지 않은 경우 사원인 출연자는 외부에 노출되므로(즉 ‘외부화’되어 있으므로) ‘대외적’으로 무한책임을 지고 사업위험에 대한 ‘책임재산 제공기능’을 수행한다. 따라서 합병회사에서 타인자본을 제공한 자는 무한책임사원의 ‘책임재산 제공기능성’ 때문에 특별히 출연재산인 ‘회사재산’을 보호하거나 ‘회사재산’으로부터 우선 변제받을 필요성을 느끼지 못한다. 상법은 이러한 이유 때문에 합병회사에 대해서는 채권자에 대한 사원의 후순위원칙을 별도로 선언하지 않는다.

(2) 소유자 격리를 인정한 경우: 사원의 내부화와 소유자의 후순위화

하지만 만약 소유자지위를 내부화함으로써 격리한 경우, 즉 유한책임이 인정되면 사정은 달라진다. 주식회사 주주 혹은 합자회사의 유한책임사원과 같이 사원/출자자의 지위가 내부화하여 담보책임이 한정되면(익명조합에서 대외적으로 익명화된 익명조합원의 지위도 마찬가지이다), 출자자는 ‘대외적’으로 유한책임을 지게 되므로 사업위험에 대한 ‘책임재산 제공기능’을 수행하지 않게 된다. 따라서 타인 자본제공자에게는 한정된 사업재산, 즉 ‘책임재산’ 보호 필요성이 생기고 또한 한정된 사업재산으로부터 내부화/익명화한 사원보다 우선하여 상환받을 필요성이 발생한다. 이러한 우선보호필요성은 내부화된 자기자본 제공자의 지위를 타인자본제공자의 지위보다 후순위화함으로써 실현된다. 특히 주식회사법에서는 법정준비금 제도를 강제(상법 제458조 이하)하고 배당가능이익을 산정함에 있어(상법 제462조) 주주의 후순위원칙을 선언함으로써 회사채권자를 우선보호한다.

(3) 신탁에서의 소유자격리의 대가

신탁에서는 수익자지위와 수탁자지위가 분리되는 결과 소유와 경영이 분리되고, 신탁채무에 대해 신탁재산 혹은 수탁자만 책임을 지고 수익자는 직접 책임을 지지 않는다. 이러한 점에서, 앞서 본 것처럼, 신탁채권자가 수익자에 대한 구상권을 대위행사하는 예외적 상황을 제외하면, 수익자의 지위는 내부화되어 있고, 수익자는 신탁채무에 대하여 책임재산 제공기능을 수행하지 않는다. 따라서 신탁채권자의 입장에서는 신탁채무의 책임재산인 신탁재산을 보호할 필요성이 생기고, 한정된 책임재산인 신탁재산으로부터 내부화/익명화한 수익자보다 우선 상환받을 필요성이 발생한다. 개정 신탁법 제62조는 “신탁채권은 수익채권보다 우선한다”고 규정함으로써 내부화된 수익자의 권리를 후순위화하고 있다.

5. 지배구조 제공기능

조직법으로서의 법인법과 신탁법은 설립절차를 규정함으로써 출연재산에 대한 인격제공기능/재산분리기능/물권변동기능을 수행할 뿐만 아니라, 설립후 목적재산을 둘러싼 관계자 간의 ‘표준적’ 혹은 ‘자율적’인 지배구조를 제공함으로써 출연재산으로 설립된 법인 혹은 신탁의 사업조직이 출자자 혹은 전문경영자에 의해 경영되는 방법과 목표 등을 설정할 수 있게 한다.

(1) 조직법의 지배구조 제공기능

즉 법인법은 민법, 회사법 등에서 출자자의 이익 혹은 기타 설립목적의 달성을 위한 법인의 ‘표준적’ 지배구조를 ‘기본규정’(소위 ‘default rule’)으로서 제공³⁸⁾하고 있고, 신탁법은 ‘표준적’ 지배구조를 제공하고 있지는 않으나, 신탁행위를 통해 ‘자율적’ 지배구조를 설정할 수 있는 ‘기본장치/기본개념’을 제공한다. 예를 들어, 신탁법은 단체관계의 기본적 주체인 설정자, 수탁자, 수익자의 개념뿐만 아니라 신탁에서 수익자를 대신해 감시감독역할을 수행할 수 있는 신탁관리인 제도를 도입하고 있다. 따라서 예를 들어 공동기업으로서 유한책임사업신탁을 설립하는 경우, 유한책임사업신탁은 복수출연자를 신탁수익자로 하고 수탁자를 경영자로 할 수 있기 때문에 출연자와 경영자의 역할을 분리시킬 수 있고, 상근 감시감독기구로서 신탁관리인을 둘 수 있다. 또한 사업신탁에서 출연자는 신탁의 수익자로서 신탁법이 규정한 수익자취소권(제75조), 유지청구권(제77조), 수탁자해임권(제16조) 등의 행사를 통해 수탁자를 감시할 수 있는 장치를 확보할 수 있다. 이러한 점에서 신탁법은 회사법이 ‘표준적’으로 제공하는 출연자와 경영자의 역할 분리 및 출연자의 경영자 감시장치 등을 ‘자율적’으로 설정할 수 있게 한다.

(2) 지배구조의 강행성

조직법의 ‘표준적’ 혹은 ‘자율적’ 지배구조 제공기능과 관련하여, Hansmann과 Kraakman은 조직법제는 해당 조직과 그 채권자와의 관계, 지분권자 간의 관계 또는 지분권자와 경영자간의 관계 등을 규율하기도 하지만 이는 당사자들 간의 교섭, 표준약관 등을 통해 그 내용을 채울 수 있으므로 조직법제의 필수불가결한 요

38) 주식회사법제의 존재이유를 ‘기본규정’을 정함으로써 당사자들의 거래비용을 줄일 수 있다는 점에서 찾는 견해로는 F. Easterbrook & D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991) pp. 34-35.

소로 보기 어렵다는 견해를 피력한다.³⁹⁾ 하지만 당사자들이 사적자치로서 달성하기 어려운 사항에 대해 정책적 효과를 강제하는 ‘강행법규성’은 조직법의 필수적인 요소로 간주될 수 있다. 공익단체의 지배구조⁴⁰⁾를 설정하는 공익단체법은 물론이고 영리단체법 중에도 공중으로부터 자금을 조달하는 공모펀드법⁴¹⁾과 주식회사법은 부분적 강행성⁴²⁾을 가지고 (i) 지분권자 간의 관계, (ii) 지분권자와 경영자의 관계,⁴³⁾ (iii) 조직과 채권자와의 관계 등을 일정방향으로 강제하는 기능을 수행한다. 이처럼 ‘표준적’ 지배구조의 강제기능은 사적자치로서는 달성하기 어려운 효과 혹은 조직법이 아니면 실현할 수 없는 기능을 제공하기 때문에, 설립절차의 재산분리기능 외에 강제적 지배구조 제공기능도 조직법의 필수불가결한 요소로 간주되어야 한다. 문제는 조직법이 제공한 ‘표준적’ 기본규정을 “부분적 강행법규로 보아야 할 경우” “언제 어떠한 근거에서 강행법규가 될 수 있는지를 제시”하는 것이다.⁴⁴⁾

Ⅲ. 법인법과 비교한 신탁법의 특징

조직법으로서의 신탁법은 법인법과 마찬가지로 재산분리기능을 수행함으로써

³⁹⁾ Hansmann & Kraakman p. 433; 노혁준 636면도 이러한 견해에 동조한다.

⁴⁰⁾ 공익단체의 지배구조에 대해서는, 이중기, “공익단체의 지배구조”, **법조**, 제693권(2014. 6) 참조.

⁴¹⁾ 공모펀드의 지배구조에 대해서는, 이중기, “투자신탁펀드의 지배구조에 관한 비교법적 연구”, **증권법연구**, 제2권 제2호(2001), 63면.

⁴²⁾ 한국 회사법의 강행규정성에 대한 논의로는, 송옥렬, “회사법의 강행법규성에 대한 소고”, **상사판례연구**, 제24집 제3권(2011), 2면; 박세화, “회사법에 있어서 강행법규 체제의 역할과 한계: 미국 회사법과의 비교법적 검토를 중심으로”, **상사판례연구**, 제20집 제3권(상)(2007), 435면 등 참조. 미국에서의 논의로는, L. Bebchuk, “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1395 (1989); L. Bebchuk, “Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments”, 102 *Harv. L. Rev.* 1820 (1989); J. Coffee Jr., “The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on The Judicial Role”, 89 *Colum. L. Rev.* 1618 (1989); M. Eisenberg, “The Structure of Corporation Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1461 (1989); J. Gordon, “The Mandatory Structure of Corporate Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1549 (1989) 등.

⁴³⁾ 김화진, “주주와 경영진의 이상한 권력투쟁”, **서울대학교 법학**, 제50권 제2호(2009. 6), 415면.

⁴⁴⁾ 송옥렬, “회사법의 강행법규성”, 20면.

출연자의 재산을 새로 설립된 조직의 재산으로 전환시켜주고, 설립후 출연재산의 지배를 위한 표준적 혹은 자율적 지배구조를 제공하는 공통된 역할을 수행한다. 하지만 신탁법은 법인법과 비교할 때 다음과 같은 특징을 가진다.

1. 인격 설정방식의 차이: 독자적 법인격 v. 수탁자 인격의 차용

조직법으로서 법인법과 신탁법은 결정적 차이가 있는데, 그것은 바로 재산분리 기능 수행의 매개가 되는 ‘인격’의 제공방식에 있어서의 차이이다. 법인법은 재산 분리기능의 매개체인 인격을 새로 법인을 설립함으로써 창설하는 데 비해, 신탁법은 재산분리기능을 수행하는 인격을 수탁자로부터 차용한다.⁴⁵⁾ 즉 고유재산을 보유하는 기존 인격자에 대해 신탁재산을 ‘수탁자자격’에서 소유하도록 하는 것이다. 출연재산의 분리기능을 매개하는 ‘인격’을 독자적 법인으로 창설하느냐 아니면 기존 인격자로 하여금 수탁자 자격에서 소유하도록 하는가는 법인 혹은 신탁의 특징이 되면서 동시에 법인 혹은 신탁의 장점 혹은 단점으로 작용한다. 아래에서는 신탁법의 관점에서 이러한 특징들을 이야기해 보자.

2. 수탁자 인격 차용시 특징: 신탁재산의 독립성과 고유재산으로부터의 격리

(1) 신탁재산의 독립성

신탁은 법인과 달리 독자적 인격을 갖지 못하고, 고유재산을 보유한 인격자로 하여금 신탁재산을 ‘수탁자자격’에서 보유하도록 하는 것이다. 따라서 신탁설립은 한편으로는 출연재산을 출연자로부터 분리해 수탁자의 인격을 차용한 독자적 목적 재산으로 조직격리하지만 다른 한편으로는 수탁자의 인격을 차용하는 특징 때문에 수탁자의 고유재산과의 구별문제를 야기한다. 이러한 문제는 독자적 법인격하에서 출연재산을 소유하는 법인에서는 발생하지 않고, 수탁자 인격을 차용한 신탁재산에서만 발행하는 신탁고유의 문제가 된다. 따라서 이를 해결하는 것도 또한 신탁법의 고유한 과제가 된다. 신탁법은 고유재산과의 구별문제를, ‘수탁자의 고유재산과의 관계’에서 ‘신탁재산의 독립성’을 인정하는 여러 가지 제정법 조문을 선언함으로써 이 문제를 해결하고 있다. 신탁재산에 대한 강제집행 등의 금지(제22조), 수탁자의 사망, 이혼시의 신탁재산보호(제23조), 수탁자의 파산시의 신탁재산의 보

45) 인격차용설에 따른 신탁제도의 설명에 대해서는 이중기, 신탁법, 4면 이하.

호(제24조), 신탁재산에 대한 상계의 금지(제25조) 등이 그것이다.

(2) 신탁재산의 독립성을 보는 두 관점: '신탁재산'의 격리와 '수탁자'의 격리

그런데 신탁법이 신탁재산에 대해 '출연자'로부터의 재산분리효과를 인정하면서 동시에 '고유재산'으로부터 독립성을 인정한 결과, 신탁재산의 독립성 효과에 대해서는 '출연자'와의 관계에서만 아니라 '고유재산'과의 관계에서도 조직격리 및 출연자자격리 효과가 문제된다. 다시 말해, 신탁설정의 경우 법인법에서와 마찬가지로 '출연자'와 '신탁재산' 사이의 조직격리 및 소유자격리 효과를 검토해야 할 뿐만 아니라, 신탁법 특유의 문제로서 '고유재산'과 '신탁재산' 사이의 조직격리 및 소유자격리 효과도 검토해야 한다.⁴⁶⁾

따라서 새로운 조직/법주체인 신탁의 관점에서 '적극적 재산분리'의 효과, 즉 고유재산에 생긴 위험으로부터 신탁재산을 격리시키는 조직격리(entity shielding) 기능이 인정되는지, 또 수탁자의 관점에서 '방어적 재산분리'의 효과, 즉 신탁재산에 생긴 위험으로부터 자신의 고유재산을 격리시키는 소유자격리(owner shielding) 기능이 인정되는지를 검토해야 한다. 차례로 살펴보자.

3. '신탁재산' 격리의 효과: '고유재산'에 생긴 위험으로부터 신탁재산의 격리

먼저 신탁이 설정되는 경우 인정되는 신탁재산의 독립성과 관련해, 조직의 관점에서 조직격리 효과가 생기는지 여부에 대해 살펴보자. 즉 신탁설정의 경우 '수탁자의 고유재산'에 생긴 위험이 출연된 신탁재산에 전이되지 않도록 하는 '조직격리' 효과가 인정되는가? 신탁설정은 신탁재산을 '출연자'로부터 분리하는 격리기능뿐만 아니라 수탁자의 '고유재산'으로부터 분리하는 격리기능도 수행한다. 즉 신탁은 독자적인 법인격을 갖지 못하고 수탁자의 인격을 차용해 나타나지만, 신탁법은 수탁자 인격을 차용한 신탁재산에 대해 '수탁자의 고유재산과의 관계'에서 '신탁재산의 독립성'을 인정하는 여러 제정법 조문을 두고 있기 때문에, 신탁은 독자적인 법인격의 부재에도 불구하고 수탁자 '고유재산'에 생긴 위험으로부터 신탁재산을 격리할 수 있다. 신탁재산에 대한 강제집행의 금지(제22조), 수탁자의 파산으로부터의 보호(제24조) 등이 그것이다.

따라서 신탁설정은 신탁재산을 이종의 위험으로부터 격리하는 기능을 수행한다.

46) 노혁준, 645면.

즉, 신탁설정은 한편으로는 출연자/위탁자에 생긴 위험으로부터 신탁재산을 격리하는 기능을 수행하면서, 다른 한편으로는 수탁자의 고유재산에 생긴 위험으로부터도 격리하는 이중 격리기능을 수행한다. 도산법에서 출연자 혹은 수탁자의 도산과 관련해 논의되는 도산격리 혹은 도산절연 기능⁴⁷⁾이란 조직법으로서의 신탁법이 설립절차 등에 부여한 조직격리기능을 도산맥락에서 실현하는 기능으로 볼 수 있다.

4. ‘수탁자’ 격리의 효과: ‘신탁재산’ 에 생긴 위험으로부터 수탁자의 격리

다음으로 신탁재산의 독립성과 관련해, 수탁자 관점에서 수탁자격리의 효과가 생기는지 여부에 대해 살펴보자. 즉, 신탁설정의 경우 ‘신탁재산’에 생긴 위험이 수탁자 고유재산에 전이되지 않도록 하는 ‘수탁자격리’ 효과가 인정되는가? 이 문제는 출자자와 관련된 소유자격리 문제가 아닌 경영자와 관련된 수탁자격리 문제이지만, 소유자격리 문제와 근본적으로 다른 것은 아니다. 따라서 소유자격리에서 논의한 것처럼, 방어적 재산분리의 효과는 설립되는 단체의 성질에 따라 정책적으로 부여하면 충분하다. 그 결과 신탁의 경영자인 수탁자가 신탁재산의 책임을 인수하는 것이 유리하다고 판단하는가 여부에 따라 방어적 재산분리 효과를 부여하면 된다.⁴⁸⁾ 우리 신탁법은 수탁자로 하여금 신탁의 채무에 대해 무한책임을 지도록 하는 것이 필요하다고 본다.⁴⁹⁾ 그 결과 수탁자는 ‘신탁재산’에 생긴 위험에 대하여 노출되어 있고,⁵⁰⁾ 따라서 신탁설정의 경우 수탁자격리 효과는 인정되지 않는다.

하지만 설정자는 “신탁행위로 수탁자가 신탁재산만으로 책임지는 신탁을 설정할 수” 있는데(신탁법 제114조), 이와 같이 유한책임신탁으로 설정된 경우 수탁자는 신탁재산에 생긴 위험으로부터 자신을 보호하는 수탁자격리를 실현할 수 있다. 수탁자가 신탁을 위해 거래할 때 책임재산한정특약을 체결한 경우에도 그 특약의 상대방에 대해서는 동일한 효과가 발생한다.⁵¹⁾

47) 신탁의 도산격리기능에 대해서는, 한민·박중현, “신탁과 도산법 문제”, BFL 제17호(2006), 23면. 이중기, 신탁법, 609면 이하.

48) 앞의 II. 3. (1) 참조. 노혁준, 646면.

49) 영국도 우리와 같이 수탁자의 담보책임을 인정한다. 하지만 반대로 미국의 Uniform Trust Code 제1010조는 수탁자격리를 인정한다.

50) 이중기, “신탁채권자에 대한 수탁자의 책임의 범위”, 민사판례연구, XXVIII (2006) 참조.

51) 유한책임신탁 및 책임재산한정특약에 대해서는, 오영준, “유한책임신탁”, BFL, 제39호(2010), 22면 참조.

IV. 법인설립과 비교한 신탁설립의 장점과 단점

법인제도와 비교할 때 신탁의 강점으로 많이 이야기되는 것은 신탁의 융통성이다. 신탁은 강행성을 갖는 회사제도와 비교할 때 임의성을 갖기 때문에 이러한 설명은 사실이다. 하지만 신탁의 전정한 강점은, 독립된 인격자인 수탁자 인격을 차용한 결과 수탁자의 고유재산과 경영능력을 활용할 수 있다는 점이다. 법인으로 설립된 경우, 타인의 재산을 활용하기 위해서는 차입을 위한 협상비용, 담보비용 등이 발생하지만 신탁의 경우 수탁자가 바로 고유재산을 제공할 수 있으므로, 이러한 협상비용 등이 절감된다. 마찬가지로, 법인의 경우 타인의 경영능력을 이용하기 위해서는 선임절차를 거쳐야 하므로, 시간과 절차가 소요되지만, 신탁에서는 인격대여자인 수탁자의 경영능력을 즉시 이용할 수 있으므로, 이러한 절차와 시간이 소요되지 않는다. 반면에 신탁의 약점으로 많이 지적되는 것이 ‘독립된’ 법인격의 결여이다. 그런데 독립된 법인격의 결여는 어떠한 점에서 약점으로 작용하는가?

1. 수탁자의 인격차용은 어떠한 점에서 불리한가?

출연재산이 독립된 법인격을 갖지 않고 수탁자 인격을 차용해 나타나는 신탁은 신탁재산이 수탁자의 명의와 지배로 나타나기 때문에 수탁자에 의해 유용될 수 있는 가능성이 높고, 이 점은 출연재산이 독립된 법인의 명의로 나타나는 법인에 비해 약점으로 작용한다고 한다. 만약 이렇게 생각한다면, 이러한 인식은 기업조직으로서 법인인 주식회사가 신탁인 사업신탁보다 많이 활용되는 이유를 설명하는 근거가 될 수 있다. 하지만 대리인 혹은 대표기관에 의한 재산유용가능성은 법인을 설립한다고 하여 크게 감소하는 것은 아니다. 법인에서도 이사는 자기거래를 통해 재산을 유용할 수 있기 때문이다. 이러한 문제는 법인격이 아니라 자기거래에 대한 규제장치⁵²⁾를 어느 정도로 설정하는가에 의해 해결된다고 본다. 실제 신탁법은 회사법보다 더 강한 자기거래 규제장치를 제공한다.⁵³⁾

나아가 신탁재산에 대해서 신탁법은 고유재산으로부터의 독립성을 선언하는 독립성담보 장치를 제공하고, 특히 “신탁재산과 고유재산 간에 귀속관계를 구분할 수 없는 경우 그 재산은 신탁재산에 속한 것으로 추정”한다(제29조). 따라서 출연

52) 상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래).

53) 신탁법 제34조(이익에 반하는 행위의 금지) 이하의 수탁자의 충실의무와 제43조의 충실의무위반에 대한 구제수단 참조.

재산이 법인의 독자적 명의로 나타나는가 아니면 수탁자의 신탁재산으로 나타나는가는 기업형태로서의 활용도에 결정적 차이를 야기하는 것은 아니라고 보인다.

기업조직의 형태에 관한 역사를 살펴보아도 동일한 결론에 이를 수 있다. 미국에서 독점금지법은 반신탁법, 즉 anti-trust law라고 불리는데, 독점금지법/반신탁법에 의한 규제가 강화되기 전인 20세기 초에는 미국에서도 사업신탁이 강력한 공동기업 형태이었다.⁵⁴⁾ 이 같은 사실은 수탁자인격 차용이 기업운용에서 장애가 되지 않는다는 사실을 확실히 보여준다. 집합투자기구의 비클(vehicle)로서 영국,⁵⁵⁾ 한국, 일본 등에서 투자신탁이 투자회사를 압도하고, 미국에서도 뮤추얼펀드의 절반정도가 신탁형태를 취하고 있는 상황⁵⁶⁾도 수탁자인격의 차용이 법인설립보다 불편하지 않다는 것을 보여준다. 공익단체의 경우에도 영국에서는 공익신탁이 압도적⁵⁷⁾이고 미국에서도 공익신탁이 상당한 비중을 차지하고 있다.

이러한 점을 고려하면, 어느 사회에서 어느 형식의 조직법규가 단체의 조직근거법으로 많이 활용되는가는 어느 형식의 단체에 대한 규제의 강도(예를 들어, 앞서 본 사업신탁에 대한 반독점/반신탁 규제) 혹은 역사적 사건(예를 들어, 대공황 시 투자신탁의 연쇄파산으로 인한 투자신탁에 대한 신뢰추락과 이로 인한 투자회사법(Investment Companies Act)의 제정⁵⁸⁾)이 큰 영향을 미치는 것으로 보인다. 이러한

54) 예를 들어, Rockefeller의 Standard Oil Company는 당시 세계 최대의 정유사였는데 corporation이 아니라 business trust의 형태를 취했다(R Sitkoff, "Trust as "Uncorporation": A Research Agenda", 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, p. 32 (2005)).

55) 영국에서 집합투자는 unit trust로서만 행해지다가, 대륙법계 국가인 독일, 프랑스에서의 펀드판매를 위해 2000년에 회사형이 처음 도입되었다. 대륙법계 국가의 투자자는 '신탁'에 익숙하지 않았기 때문이다. 자세한 것은 G. McCormack, "OEICs and Trusts: the Changing Face of English Investment Law", 21 *Com. Law* (2000), p. 2 참조.

56) 미국 Mutual fund의 대부분은 Maryland corporation이거나 Massachusetts/Delaware business trust이다(W. Ries, *Regulation of Investment Management and Fiduciary Services* (Database updated Aug. 2013) § 17:2. Organization of mutual fund).

57) 영국의 공익활동은 거의 공익신탁의 형태로 행해졌는데, 공익활동의 규모가 커짐에 따라 '법인형' 공익단체의 필요성이 제기되었다. 영국 신탁법은 신탁채무에 대한 '수탁자의 무한책임'을 인정하기 때문이다(본문의 III. 4. 참조). Charity Act 2006의 제정을 통해 법인형 공익단체, 즉 Charitable Incorporated Organisation (CIO)가 처음 도입되었는데, CIO의 특징은 Charity Commission에 등기/등록을 하면 법인격이 인정되고, Companies Act에 의한 설립등기를 따로 밟을 필요가 없다는 점이다. 자세한 것은 S Cross, "New Legal forms for Charities in the United Kingdom", 2008 *J. B. L.* 662 (2008. 7) 참조.

58) 대공황에 대한 반성으로 Securities Act of 1933, Securities and Exchange Act of 1934 등을 제정했지만, 공시와 보고서 규제만으로는 투자금집합에 대한 문제를 해결할 수

요소들은 그 사회에서 특정형식의 단체에 유리 혹은 불리한 ‘경로’를 설정하고, 특정형식의 단체가 발전하는데 대해 유리 혹은 불리한 영향을 미쳐 경로종속성(path dependency)을 야기하는 것으로 보인다. 이와 같이 기업형태 혹은 공익단체의 활용에 있어 어느 형식을 채택할 것인가에 대한 결정적 요소는 특정 조직형태에 대한 규제와 강도와 역사적 경로종속성이고, 수탁자의 인격을 차용하는가 독립된 법인격을 이용하는가는 결정적인 요소는 아닌 것 같다. 사업신탁은 주로 수동적 투자를 수행하는 집합투자기구의 비클(vehicle)로서 활용도가 높을 수 있으나 적극적인 사업을 수행하는 기업형태로 활용되기에는 한계가 있다고 보는 견해⁵⁹⁾도 있다. 하지만 싱가포르에서 적극적 사업을 수행하는 기업형태의 사업신탁이 상당⁶⁰⁾되고 있는 현실을 생각하면 이러한 견해는 찬성하기 힘들다. 물론 오랜 역사를 거치면서 법적 안정성이 확보된 회사와 비교할 때 사업신탁이 영리단체 조직법으로서의 신뢰를 얻기 어려운 것은 사실이지만, 이는 현실적 상황이고 이론적으로 신탁이 법인보다 불리하다는 것은 아니다. 오히려 Hansmann과 Kraakman은 사업신탁(business trust)은 강력한 조직격리기능을 수행하고 지배구조의 설정이나 사업이익의 분배에 있어 융통성을 발휘할 수 있기 때문에 기업조직의 진화단계에서 최종적인 모습이라고 간주한다.⁶¹⁾

2. 장점 ①: 수탁자의 고유재산 제공기능

이제 법인과 비교한 신탁의 장점에 대해 이야기해 보자. 법인과 비교한 신탁의 장점으로 융통성을 이야기한다. 회사법과 비교할 때 신탁은 신탁계약을 통해 계약만큼이나 융통성을 발휘할 수 있다는 점에서 이러한 언급은 사실이다. 하지만 조직법 제도로써 볼 때, 신탁의 가장 큰 장점은 수탁자의 고유재산과 경영능력을 활

없다는 인식에 따라 SEC는 *Report on Investment Trusts and Investment Companies*를 1939년에 의회에 제출하였고, 의회는 이 보고서에 기초하여 1940년에 Investment Company Act와 Investment Advisers Act를 제정하였다.

⁵⁹⁾ T Frankel, “The Delaware Business Trust Act Failure as the New Corporate Law”, 23 *Cardozo L Rev* pp. 326-327 (2001).

⁶⁰⁾ 싱가포르사업신탁에 대해서는, 이증기, “기업분할과 자본조달 수단으로서의 사업신탁의 설립과 성장 : 싱가포르와 홍콩의 경험을 중심으로”, *일감법학*, 제28호(2014. 6)(이하 “이증기, 싱가포르 사업신탁”); T. H. Wu, “The Resurgence of “uncorporation”: the Business Trust in Singapore”, (2012) *J. B. L.* p. 683; N. Ho, “A Tale of Two Cities : Business Trust Listings and Capital Markets in Singapore and Hong Kong”, 11 *J. of Int’l Bus. & Law* 311 (2012).

⁶¹⁾ H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire, p. 1397.

용할 수 있다는 점이다. 즉 신탁재산은 자신의 법인격을 갖고 독자적으로 존재하는 법주체가 아니라, 신탁법에 의해 수탁자의 인격을 차용해 나타나는 ‘부수적 법주체’⁶²⁾이기 때문에, 신탁은 자신의 독립성을 유지하면서, 동시에 명의를 제공한 수탁자의 고유재산으로부터 도움을 받을 수 있다. 즉, 독자적인 법인으로 설립된 경우 다른 법주체로부터의 차입 등은 법주체 간의 계약협상 등을 통해서만 이룰 수 있지만, 신탁에서는 인격을 제공한 수탁자가 경영자이기 때문에 수탁자의 판단만으로 특별한 협상절차를 거치지 않고 자본제공이 이루어질 수 있다. 따라서 어떻게 보면 신탁법의 최대의 공헌은 기존 인격자로 하여금 출연재산에 대해 ‘수탁자자격’에서의 인격제공을 가능하게 한 것이다. 이를 통해 인격차용에 의한 재산 분리, 즉 새로운 단체설립을 가능하게 하면서, 동시에 수탁자의 고유재산 제공기능이 가능하게 된 것이다. 지금까지 이러한 신탁의 조직법적 특징은 큰 주목을 받지 못했지만, 그 활용가능성은 무한대라고 생각된다.

(1) 수탁자의 고유재산 제공기능 v. 수탁자에 의한 유용가능성

독립된 출연재산이 수탁자의 인격을 차용해 나타나는 신탁의 특징은 (i) 신탁재산이 수탁자에 의해 유용될 수 있다는 가능성과 함께, (ii) 수탁자가 고유재산을 신탁사업을 위해 제공할 수 있는 가능성을 동시에 제공한다. 법인에 존재하지 않는 이러한 신탁의 특성은 어느 목적사업이 자신의 자본으로 완결되는 것이 아니라 타인으로부터의 자본조달을 필요로 하는 사업인 경우, 수탁자가 필요자본을 제공할 수 있기 때문에 법인의 설립보다 더 효율적일 수 있다. 부동산개발사업과 같이 신탁업자의 자본제공이 필요한 사업이 대표적인 예이다.

(2) 고유재산 제공 기능의 역할: 차입의 신속성과 거래비용의 절감

수탁자가 신탁사업에 고유재산을 대출해 줄 수 있는 신탁업자라고 전제하면, 수탁자에 대한 신탁설정은 법인설립과 비교할 때 출연재산이 부담해야 할 거래비용(transaction cost)을 절감할 수 있다. 예를 들어, 수탁자가 다른 대출기관과 동일한 조건으로 대출해 준다고 가정하면, 신탁재산은 독자적 법인이었다면 누릴 수 없었던 타인자본에 대한 접근성이 향상된다. 즉 출연재산으로 독자적 법인을 설립했다면, 법인은 금융기관으로부터의 대출을 받기 위해 금융기관의 신용평가 등에 필요한 비용(예: 협상비용, 담보제공비용 등)을 지불해야 한다. 하지만 대출금융기관인

62) 앞의 각주 9) 참조.

수탁자에게 신탁을 설정한 경우 수탁자는 신탁사업의 재무상태를 알기 때문에 신탁에 대한 대출을 위해 신용평가비용을 요구하지 않고 또한 대출여부도 신속히 결정한다. 따라서 더 빠르게 신탁재산에 대한 대출을 결정할 수 있게 된다. 이와 같이 신탁은 신탁재산이 필요로 하는 타인자본을 경영자인 수탁자의 고유재산으로부터 직접 제공받을 수 있기 때문에 차입을 필요로 하는 사업의 경우 신탁설정이 법인설립보다 거래비용을 낮출 수 있다.

또 수탁자는 신탁의 필요자본을 반드시 고유계정에서 제공할 필요는 없다. 수탁자의 고유계정이 필요자본을 직접 제공하지 않더라도 수탁자가 고유계정 외의 추가투자자 혹은 타인자본제공자를 쉽게 중개할 수 있는 경우에도 신탁설정은 법인에 비해 추가자본의 조달비용을 절감할 수 있다. 이와 같이 수탁자가 타인자본 중개기능을 수행하는 한에서 수탁자에 대한 신탁설립은 법인설립보다 장점을 가질 수 있다.

이러한 신탁설정의 장점을 활용한 대표적인 예가 부동산개발사업이다. 부동산개발사업의 경우, 부동산사업의 시행자가 신탁업자를 수탁자로 하여 토지를 신탁하고 개발사업을 시행하는 한편, 개발신탁의 수탁자는 자신의 고유계정 혹은 투자자로부터 조달한 자금으로 신탁의 부동산개발을 지원하는 구조이다. 그런데 수탁자의 고유계정 혹은 투자자의 투자자금으로 개발사업을 시행할 수 있는 영역은 부동산개발이나 리조트개발에 한정되지 않는다. 도로건설, 항만건설, 통신망구축 등과 같은 사회인프라사업은 모두 이러한 구조로 사업을 진행할 수 있다. 실제 싱가포르에서 도로나 항만의 건설, 통신인프라의 구축과 같은 인프라사업은 상당부분 사업신탁의 구조로 시행되고 있다. 즉, 이러한 사업을 시행하는 모기업이 자회사로 인프라사업신탁의 수탁법인을 설립하고, (i) 분할한 영업, 현물재산 혹은 금전으로 수탁법인에 대해 사업신탁을 설정하면서, (ii) 수익자들의 추가투자를 받는 구조이다. 이와 같이 인프라사업을 영위하는 사업신탁은 수탁법인의 자금중개기능을 이용하는 대표적인 조직형태이다. 싱가포르 사업신탁의 상당수는 거래소에 상장되어 그 수익권은 상장회사의 주식과 같이 거래되고 있다. 홍콩에서도 최대통신사가 사업신탁의 형태로 분사되어 홍콩거래소에 상장되어 있다.⁶³⁾

63) N. Ho의 논문 참조. 현재 싱가포르 거래소에 상장된 사업신탁의 수는 20개에 달한다고 한다.

(3) 수탁자의 경영능력 제공기능

동일한 논리는 수탁자가 보유한 다른 능력에 대해서도 적용될 수 있다. 즉 수탁자가 고유재산 제공능력이나 타인자본증개능력 외에 다른 특별한 능력, 예를 들어, 경영능력, 공익활동능력 등을 보유하는 경우에도 신탁설정은 신탁재산으로 하여금 수탁자의 이러한 특별한 능력에의 접근을 쉽게 하기 때문에 신탁설립은 법인설립보다 유리하게 작용한다. 예를 들어, 어떤 개인이 특별한 공익활동에 전문가인 경우, 신탁설정 다시 말해 이러한 개인의 인격을 차용한 공익재산의 출연은 출연신탁재산으로 하여금 새로운 협상과정 없이 개인의 공익활동능력에 접근할 수 있게 함으로써 독립된 법인으로 설정되었을 때보다 유리하게 작용한다. 독립된 법인으로 설립된 경우 법인이 이러한 개인에게 공익활동사무를 위임하기 위해서는 선임계약 혹은 위임을 위한 협상과정을 거쳐야 한다.

(4) 신탁설정시의 거래비용 v. 법인설립후의 거래비용

물론 수탁자의 고유재산/경영능력을 이용하는 신탁의 장점은 비용의 투입 없이 획득되는 것은 아니다. 신탁이 수탁자의 고유재산/경영능력을 활용하기 위해서는 충분한 고유재산 혹은 경영능력을 갖춘 ‘유능한’ 수탁자를 확보하는 것이 필요하게 되고, 이러한 수탁자와 신탁계약을 체결하는 데에는 거래비용이 발생한다. 따라서 신탁은 설립 이후에 고유재산이나 경영능력을 활용하는데 있어 추가로 비용을 지불하지 않지만, 수탁자와의 사전협상 혹은 설정시에 거래비용이 발생하게 된다. 그런데 만약 이러한 비용이 법인 설립의 경우에는 발생하지 아니하고, 또 비용의 크기가 법인이 재산/경영능력을 갖춘 자와 거래할 때 발생하는 비용의 크기와 기본적으로 다르지 않다면, 법인과 신탁 사이에는 결국 거래비용의 ‘발생 시점’의 선후에서만 차이가 있을 뿐, 그 총량에서는 별다른 차이가 없다고 볼 수 있다.

타인에 대한 신탁설정의 경우 이러한 반론은 타당할 수 있다. 하지만 고유재산이나 경영능력을 가진 자가 자신을 수탁자로 선언하는 신탁선언의 경우 정책적 결단만 필요하고 협상비용은 들지 않는다. 따라서 재산이나 경영능력을 가진 자의 경우 신탁선언 방식으로 신탁을 설정하는 방법이 법인설립보다 확실히 거래비용을 절감할 수 있다. 또 거래비용은 동일하더라도 사전적으로 사업의 내용과 거래비용을 확정짓는 것이 필요하거나 더 유리한 사업의 경우도 신탁설정이 법인설립보다 유리할 수 있다. 이러한 경우 신탁은 설립 이후에 그 경영능력 활용을 위하여 추가비용을 지불하지 않기 때문에, 사업의 내용과 사업에 필요한 수탁자의 능력을

사전에 확보할 수 있기 때문이다. 예를 들어, ‘다양한 사업’을 영위하고 사업 과정에서 융통성이 필요한 경우 주식회사 형태가 적합할 수 있다. 하지만 싱가포르 사업 신탁과 같이 사전에 ‘수익구조’를 단순하게 가져가는 사업의 경우(예: 사회인프라 사업, 리조트 혹은 부동산개발사업, 해운업 등) 사전적 설계가 가능한 신탁설립이 법인보다 유리할 수 있다.⁶⁴⁾

3. 장점 ②: 신탁의 목적재산분별능력

조직법적 관점에서 볼 때 신탁이 법인보다 확실히 우월한 점은 목적재산의 분별 능력이다. 신탁법이 부여하고 있는 신탁재산의 독립성 원칙은 법인이 제공할 수 없는 목적재산분별능력을 제공한다. 즉 법인은 ‘출연재산 전체’에 대해 ‘독립된 법인격’을 제공함으로써 ‘출연재산 전체’에 대한 완벽한 재산분리기능을 수행한다. 하지만 반대로 해석하면 ‘하나의 법인격’하에서 출연재산은 ‘전체로서 취급’되기 때문에 세부목적별로 구별할 수 없게 된다. 하나의 인격하에서 출연재산을 설립목적별로 구분할 수 있는 능력은 오직 신탁만이 수행할 수 있다. 신탁법은 출연재산에 대해 수탁자의 ‘인격을 차용’⁶⁵⁾하게 함으로써 출연재산을 독자적인 목적재산으로 하게 하는데, 신탁법은 동일한 수탁자에 대해 설립목적별로 다른 신탁을 인수하게 하는 방법으로 각 목적재산을 분별할 수 있게 한다. 물론 목적재산별로 수 개의 법인을 설립하는 것은 가능하고, 이 경우 각 목적재산별로 독립된 법인이 각자의 명의로 목적재산을 소유한다. 하지만 이 경우 법인설립비용이 법인의 수만큼 많이 들게 되고, 또한 뒤에서 살펴보는 것처럼, 각각의 출연재산이 독립된 법인의 재산이 되게 되는 결과, 합동운용을 통한 규모의 경제가 실현되기 어렵게 된다.

4. 장점 ③: 합동운용에 의한 규모의 경제 실현

신탁의 고유한 특성인 목적재산분별능력은 수탁자로 하여금 ‘수 개의 목적재산’의 신탁을 가능하게 한다. 또 신탁은 자산운용의 측면에서 수 개의 목적재산의 운용과 관련해 분별된 ‘수 개의 목적재산’의 ‘합동운용’을 가능하게 한다.⁶⁶⁾ 예를 들

64) Wu, 692면, 696면; 이중기, “싱가폴 사업신탁”, II. 3.3 참조.

65) 인격차용설에 따른 신탁제도의 설명에 대해서는 이중기, 신탁법, 4면 이하.

66) 신탁의 경우 계산상 분별이 되는 한 금전의 합동운용은 가능하다. 하지만 ‘집합투자’ 가운데 ‘공모펀드’에 해당하는 경우에는 ‘규제목적상’ 투자신탁 혹은 투자회사의 형태로만 운용하여야 하고, 일반적인 신탁형태의 합동운용은 금지된다. ‘공모집합투자’의 경우 투자자 보호를 위해 자본시장법상의 투자신탁 혹은 투자회사의 형식에 의한 운

어, 신탁은 인격제공자인 수탁자로 하여금 자기의 고유재산과 신탁재산을 함께 운용함으로써 규모의 경제를 실현할 수 있게 한다. 즉 법인의 경우, 출연재산은 법인의 독립된 재산으로서 운용되는 한계를 가진다. 하지만 신탁으로 설정된 경우, 신탁재산은 동종의 재산이라면 수탁자의 고유재산, 혹은 분별된 다른 신탁재산과 함께 합동운용될 수 있기 때문에 규모의 경제를 실현할 수 있다. 예를 들어, 은행이 제공하는 100억 예금에 대한 이율이 4%, 200억 예금에 대한 이율이 5%인 경우를 가정하자. 100억으로 신탁을 설립해, 신탁재산이 100억, 고유재산이 100억이 있다면, 수탁자는 분별된 200억을 합동운용하여 은행으로부터 5%의 이율을 수익할 수 있다. 하지만 100억의 출연재산으로 법인을 설립하였다면, 법인은 자신의 재산을 단독운용하여 4%의 이율만 수익할 수 있다. 물론 법인도 다른 법인과 공동으로 은행에 예금을 맡기면 5%의 수익을 얻을 수 있다. 하지만 이 경우 다른 법인과 관계에서 협상비용, 담보비용이 발생한다. 이와 같이 신탁으로 설정되면, 경영자인 수탁자가 고유재산과 분별된 신탁재산을 합동으로 운용할 수 있으므로, 규모의 경제를 살릴 수 있다. 이러한 자산운용 측면에서의 신탁의 장점은 일찍이 활용되어, 집합투자기구의 형태로서 투자신탁은 법인에 비해 압도적 우위를 보이고 있다.

5. 장점 ④: 신탁의 융통성 v. 회사제도의 강행성

(1) 지배구조설정의 융통성

신탁의 장점으로 항상 언급되는 것이 신탁행위의 융통성이다. 특히 유한책임사업신탁은 주식회사와 동등하게 (i) 사업재산의 독립성 확보를 위한 재산분리기능과 (ii) 투자자보호를 위한 지배구조를 제공할 수 있고, 특히 회사제도가 제공할 수 없는 융통성을 제공할 수 있다. 즉, 주식회사의 지배구조는 투자자 보호를 위해 법정되어 있고, 지배구조에 관한 법규정들은 강행규정으로 해석⁶⁷⁾되기 때문에, 당사자들 간의 합의에 의해서도 배제될 수 없다. 유한책임사업신탁에서는 배제불가능한 수익자의 권리⁶⁸⁾가 일부 존재하기는 하지만 대부분 당사자 사이의 합의로써 유연하게 조정할 수 있기 때문에 영위하는 사업의 특성을 고려해 당사자들이 합의하면

용만 허용하기 때문이다. 영리신탁과 달리 공익신탁은 '수익을 목적'으로 하는 '집합투자'가 아니므로 자본시장법상 규제에서 배제된다(각주 92) 참조).

67) 주식회사법의 강행규정성에 대해서는, 앞의 각주 42) 참조.

68) 신탁법 제61조(수익권의 제한금지)에 규정된 권리가 대표적인 예이다.

유연한 지배구조를 설정할 수 있다. 예를 들어, 회사 이사의 선임, 해임과 관련된 소수주주의 권리는 주주보호를 위한 강행규정으로 해석되기 때문에 당사자들의 합의가 있더라도 변경시킬 수 없다. 하지만 수탁자의 선임, 해임에 관한 수익자의 권리는 신탁행위로서 다르게 정할 수 있다. 앞서 언급한 싱가포르의 상장사업신탁은 이러한 회사법상의 강행성을 융통성 있게 일부 배제한 것이 특징이다.⁶⁹⁾

(2) 이익배당에서의 융통성

신탁의 융통성은 지배구조를 제공하는 데 있어서뿐만 아니라, 이익분배에 관해서도 회사의 ‘표준적’ 방법과 다른 ‘자율적’인 대안을 제공할 수 있게 한다. 이익분배와 관련해 주식회사에서는 이익배당과 관련한 배당가능이익의 산정방법은 법정⁷⁰⁾되어 있고, 이러한 분배관련규정은 채권자의 보호를 위한 법정된 체제⁷¹⁾이기 때문에 더 완화된 임의적 배당기준의 적용은 허용되지 않는다고 해석된다. 하지만 유한책임사업신탁에서는 신탁법이 정한 최소한의 기준⁷²⁾만 충족시키면 구체적인 이익배당의 기준은 당사자간의 신탁행위로써 융통성 있게 정할 수 있다. 따라서 엄격한 회계상 이익이 인정되지 않은 경우에도 장래의 현금흐름을 기준으로 분배를 할 수 있게 된다. 앞서 언급한 싱가포르의 상장사업신탁은 이익배당에 있어서 순자산기준을 폐지함으로써 회사법과 다른 자율성을 보장한다.⁷³⁾

(3) 사업신탁은 가장 진화한 사업조직인가?

이러한 신탁의 융통성과 관련하여 Hansmann, Kraakman, Squire는 사업신탁 (business trust)을 기업조직의 진화단계에서 최종적인 모습이라고 간주한다.⁷⁴⁾ 사업신탁은 재산분리기능, 특히 강력한 조직격리 기능을 수행하지만 출자자에 대한 지배구조나 사업이익의 분배 등에 대해서는 계약을 통해 완전한 사적자치를 실현할

69) N. Ho, p. 322 이하.

70) 상법 제462조는 배당가능이익을 순자산액에서 (i) 자본금, (ii) 자본준비금과 이익준비금, (iii) 당해 결산기의 이익준비금, (iv) 일정한 미실현이익을 공제한 금액으로 규정하고, 이 한도에서 이익배당을 할 수 있다고 규정한다.

71) 송옥렬, **상법강의**(제3판)(2013), 1156면; 이철송, **회사법강의**(제20판)(2012), 943면.

72) 신탁법 제120조는 급부가능한도를 순자산액에서 대통령령이 정하는 방법에 따라 산정하도록 하고 있는데, 대통령령은 “신탁행위로 정한 유보액과 급부를 할 날이 속하는 사업연도에 이미 급부한 신탁재산의 가액을 공제한 금액”을 급부가능한도로 규정한다.

73) N. Ho, p. 318 이하.

74) H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire, p. 1397.

수 있기 때문이다. 조직의 설정에 있어 융통성, 자율성도 중요하지만 당사자들이 사적자치로서 달성하기 어려운 지배구조등을 정책적으로 강제하는 조직법의 강행기능⁷⁵⁾도 중요하다. 지배구조의 설계, 사업이익의 분배, 충실의무의 인정 등과 관련하여 조직의 사적자치를 인정해야 될 부분과 강행성을 가져야 될 부분은 구별될 수 있고, 강행성이 필요한 경우 그 한도에서 강행성을 실현할 수 있어야 하기 때문이다. 이와 같이 어떤 조직형태의 우월성을 융통성의 관점에서만 판단할 수는 없다. 영리단체인가 아니면 공익단체인가, 영리기업인 경우 공중을 대상으로 자금을 조달한 공개기업인가 사모로 조달한 폐쇄기업인가 등의 특징에 따라 사적자치의 효용범위와 강행성의 필요성은 달라지는데, 지금까지 기업조직의 형태로서 모든 나라에서 회사형태가 압도적인 이유는 회사의 강행성이 기업당사자에 대해 안정적인 법적 기초를 제공한 측면이 크다. Hansmann, Kraakman, Squire가 파악한 것처럼 사업신탁은 기업조직의 진화단계에서 최종적인 승리자가 될 수 있다. 하지만 그 전에 사업신탁법은 회사법이 제공한 법적안정성을 제공하는 역할부터 수행해야 할 것이다. 이 과정에서 회사법은 초기 회사법리의 확립과정에서 신탁법리로부터 도움을 받았듯이,⁷⁶⁾ 사업신탁법리의 발전에 도움을 줄 수 있을 것이다.

V. 영리신탁과 비교한 공익신탁의 특징: 출자자지위의 허용 여부

1. 공익단체법적 접근의 필요성과 공익단체의 특징

(1) 공익단체법적 접근의 필요성

지금까지 법인과 비교한 신탁의 특징에 대해 ‘조직법’(organizational law)적 관점에서 살펴보았다. 그런데 조직법적으로 같은 신탁형태를 취하는 경우에도 영리목적으로 설립되는 영리신탁은 공익목적으로 설립되는 공익신탁과 비교할 때 다른 특징을 가진다. 따라서 영리신탁, 공익신탁에 대해서는 영리법인, 공익법인과와의 비교를 위해 ‘조직법’적 관점에서도 고찰해야 하지만 영리신탁, 공익신탁의 특징을

⁷⁵⁾ II. 5. (2) 참조.

⁷⁶⁾ 영미에서 회사의 이사는 회사법 초기 발전단계에서 ‘회사재산’의 ‘수탁자’로서 간주되었다. 따라서 이사는 수탁자와 마찬가지로 충실의무를 지게 된다. 또한 회사재산은 신탁재산과 마찬가지로 사원 및 이사로부터 독립된 수탁재산으로 취급되었다.

완전히 파악하기 위해서는 ‘공익단체법’(public organization law)적 관점에서 그 특징을 영리단체법과 비교 관찰하는 것도 필요하게 된다.

여기서 “공익단체법”은 공익법인 혹은 공익신탁의 설립근거법인 민법, 공익법인법, 신탁법, 공익신탁법 뿐만 아니라 비법인단체를 포함한 광의의 공익단체의 모집활동을 규제하는 “기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률(이하 “기부금품모집법”), 공익단체에 대한 정부의 보조금 지원자격과 지원절차 등을 규정하고 있는 “비영리민간단체지원법” 등을 포함하는 넓은 의미로 사용한다.

(2) 공익단체법의 특징: 수익자지위의 부인

영리단체와 비교한 공익단체의 가장 큰 특징은 공익단체에서는 출연자, 기부자의 수익자지위가 인정되지 않는다는 점이다.⁷⁷⁾ 영리단체의 설립, 추가출자의 경우 설립자 혹은 추가출자자는 설립이나 출자에도 불구하고 영리단체에 대한 지분권을 계속 보유하기 때문에 ‘재산에 대한 지배’의 측면에서 보면 계속 지배력을 유지하는 것이 된다. 즉 ‘재산의 보유형태’가 금전출자의 경우 출자된 금전, 현물출자된 경우 출자된 현물의 형태에서 단체에 대한 지분권의 형태로 전환되지만, 지분권을 통해 그 재산을 지배한다는 지배력의 측면에서 보면 차이가 없다. 하지만 공익단체의 설립 혹은 기부자의 경우, 출연자 혹은 기부자는 출연 혹은 기부된 공익재산에 대한 지배권 혹은 수익권을 갖지 못하므로, ‘재산에 대한 지배’의 측면에서 지배력을 상실하게 된다.⁷⁸⁾ 출연자 혹은 기부자에 대해 ‘수익자지위’를 인정하지 않는 공익단체법의 이러한 특징은 ‘출연자’와 ‘출연재산’ 사이의 조직격리 효과 및 출연자 격리 효과를 영리단체에서와 다르게 파악하게 하는 단초가 된다.

(3) 영리신탁과 공익신탁의 의미

신탁법 제2조(신탁의 정의)는 ““신탁”이란 신탁을 설정하는 자와 신탁을 인수하는 자 간의 신임관계에 기하여 수탁자로 하여금 일정한 자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖의 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다”고 규정한다. 이 조항은 신탁법에 의한 신탁은 “수익자신탁” 아니면 “목적신탁”으로 설정되어야 함을 천명한 조항이다.

77) H. Hansmann, “The Role of the Nonprofit Enterprise”, 89 *Yale L. J.* 835, p. 838 (1980); 이종기, “공익재산의 유지”, II. 1. 이하 참조.

78) 이종기, “공익재산의 형성법리 - 출연과 기부를 중심으로”, *증권법연구*, 제15권 제1호 (2014), II. 2. 참조.

그런데 ‘수익자신탁’에서는 신탁재산에 대한 분배청구권을 갖는 수익자의 존재가 인정되므로 수익자신탁은 ‘영리목적’으로 활용될 수 있고, ‘목적신탁’에서는 수익권을 갖는 수익자의 존재가 부인되므로 목적신탁은 ‘비영리목적’으로 활용될 수 있다. 특히 비영리목적의 “목적신탁” 가운데 공익신탁법 제2조 제1호에 열거된 공익사업을 목적으로 하고 법무부장관의 인가를 받은 신탁을 공익신탁이라고 한다.

2. 조직격리의 사후적 효과의 비교

영리단체와 비교할 때 공익단체의 특징은 조직격리의 효과가 사후적으로도 완벽히 실현된다는 점이다. 즉 공익단체에서는 출연자에 대해 ‘수익자지위’를 인정하지 않기 때문에, 설립후에도 단체의 계속 중에는 출연재산인 공익재산에 대해 수익권을 가질 수 없고, 공익단체가 종료하더라도 유사목적에의 처분원칙(Cy pres doctrine) 때문에 잔여재산에 대한 분배를 청구하지 못한다.⁷⁹⁾ 이에 비해, 영리단체에서는 설립시 조직격리의 효과로서 출자재산이 출자자의 재산에서 단체의 재산으로 전환되지만, 출자자는 ‘수익자지위’를 갖기 때문에 설립후 단체의 존속 중에는 출자재산의 수익에 대한 분배청구권을 갖고, 단체의 종료시에도 잔여재산에 대한 분배청구권을 갖는다.

(1) 주식회사와 공익법인에서의 비교

이와 같이 영리단체의 경우, 공익단체와 달리 조직격리의 사후적 조치로서, 출자재산에 대한 조직격리효과를 실현하면서 동시에 출자자에 대한 ‘수익자지위’를 인정한다. 따라서 영리단체법, 예를 들어 회사법은 조직격리의 효과를 지속시키기 위한 ‘재산유지’의 원칙을 실현하면서 동시에 출자자에 대한 ‘이익분배’를 가능하게 해야 한다. 그 결과, 주식회사법은 재산유지목적에 달성하기 위한 원칙을 정립해야 할 뿐만 아니라 이익분배목적에 달성하기 위해 이익분배기준을 정립해야 하는 회사법상 최대 난제에 봉착하게 된다.⁸⁰⁾ 주식회사법에서 ‘재산유지’ 목적은 청산방지원칙으로서 ‘출자자의 채권자’에 의한 사업재산의 강제집행금지⁸¹⁾ 및 ‘출연지분에 대한 청산 및 환급 금지’⁸²⁾라는 조직법적 원칙에 의해 실현되어 있고, ‘이익분

79) 이 원칙에 대한 설명으로는 이중기, “공익재산의 유지”, VIII. 1. 이하 참조.

80) 이중기, “공익재산의 유지”, VII. 2. 참조.

81) 송옥렬, 688면.

82) 송옥렬, 723면.

배' 목적은 재산유지의 예외로서 배당가능이익의 산정기준⁸³⁾을 설정함으로써 해결되고 있다.

특히 이러한 충돌하는 양대 목적의 조정문제는 영리단체가 타인자본을 사용하는 경우 더욱 복잡해진다. 출자자를 내부화/익명화하여 격리한 영리단체는 타인자본의 조달을 쉽게 하기 위해 '채권자에 대한 출자자의 후순위원칙'⁸⁴⁾을 실현해야 하기 때문이다. 주식회사법은 법정준비금을 강제하고 배당가능이익을 산정함에 있어 출자자의 후순위원칙을 선언함으로써 채권자를 우선보호한다. 그런데 출자자지위의 내부화로 인한 출자자의 후순위원칙은 조직법적 관점에서 보면 조직재산의 유지보호장치로서도 작동한다.⁸⁵⁾

하지만 공익법인에서는 이러한 복잡한 문제가 발생하지 않는다. 공익법인법은 공익재산의 형성·유지를 위해 출연자나 기부자의 출자자지위를 인정하지 않으므로, 공익법인에는 분배이익을 누릴 수 있는 출자자가 존재하지 않기 때문이다. 따라서 공익법인에서는 공익재산 보호를 위해 '출자자의 채권자'에 의한 사업재산의 강제집행금지, '출자지분의 환급금지 원칙' 혹은 '채권자에 대한 출자자의 후순위원칙' 등의 효과를 별도로 논할 실익은 발생하지 않는다. 단지 '공익재산의 유지' 원칙을 공익법인 맥락에서 어떻게 적용할 것인가만 관찰하면 된다.

(2) 유한책임사업신탁과 공익신탁에서의 비교

영리신탁에서도 '조직격리'의 사후적 효과로서 '재산유지목적'을 달성하기 위한 원칙을 정립해야 하고, 동시에 '이익분배목적'을 달성하기 위한 이익분배기준을 정립해야 한다. 대표적 공동기업형태인 유한책임사업신탁에서 사업재산 유지장치로서 필요한 '출연지분의 청산 및 환급 금지' 등 조직법적 청산방지원칙은 어떻게 실현되어 있는가? 신탁에서 '출자자의 채권자'에 의한 사업재산의 강제집행금지는 확실히 실현되어 있다.⁸⁶⁾ 또한 "공동기업으로서 복수의 위탁자/수익자를 전제로 할 때 신탁계약에 별다른 조항이 없으면 개별 위탁자/수익자는 임의해지권이 없고, 따라서 그 채권자도 해지권을 대위행사하여 채권의 만족을 구할 수 없다." 이와 같이 유한책임사업신탁은 "개별투자자 및 그 채권자가 임의로 투자금의 환급을 구

83) 송옥렬, 1156면.

84) 소유자격리의 대가로서 출자자의 후순위원칙에 대해서는 앞의 II. 4. 참조.

85) 이충기, "공익재산의 유지", VII. 2. 참조; Hansmann & Kraakman, p. 394.

86) II. 2. (2).

할 수 없다는 점에서 주식회사와 유사한 면이 있다'.⁸⁷⁾ 이러한 점을 고려하면 사업신탁은 '출연지분의 청산 및 환급 금지' 요건도 충족시키는 것으로 볼 수 있다. 한편, '이익분배목적'을 달성하기 위한 이익분배기준의 정립필요성은 신탁법이 유한책임신탁의 급부가능금액의 한도를 법정⁸⁸⁾함으로써 해결하고 있다. 또 신탁이 타인자본을 사용한 경우 개정전 신탁법에서는 수익채권과 신탁채권 사이의 우선순위와 관련해 논란이 있었지만, 개정신탁법 제62조는 신탁채권의 수익채권에 대한 우선성을 선언한다.

하지만 공익신탁에서는 앞서 언급한 것처럼 출연자나 기부자는 공익재산에 대해 수익자지위를 갖지 못한다. 따라서 공익신탁에서는 '수익자의 채권자'에 의한 강제 집행금지, 수익지분의 환급금지, 채권자의 선순위원칙 등을 논의할 필요는 없고, 신탁재산유지원칙을 어떻게 실현할 것인가만 논의하면 된다. 그런데 신탁을 설정하면서 신탁재산 일부는 수익자를 위해 사용하고 일부는 공익목적에 위해 사용하도록 할 수 있는데, 신탁의 융통성을 생각하면 이러한 신탁설정도 유효하다고 본다. 만약 이러한 신탁이 설정되었다면, 영리신탁 부분에 대해서는 조직법상 청산방지 원칙들이 검토되어야 한다.

3. 출자자격리 효과의 효용성의 비교

다음으로 영리단체와 공익단체에 있어 '출연자'와 '출연재산' 사이의 출연자격리 효과를 비교해 보자. 앞서 본 것처럼, 단체설립에서 방어적 재산분리 효과는 출연자·경영자가 분리되는 영리단체에서만 필요하고, 이러한 영리단체에 한정하여 그 효과를 인정하면 족하고 공익단체에 대해서는 그 효과를 인정할 필요가 없다.⁸⁹⁾

(1) 영리법인과 공익법인에서의 비교

영리법인에서 출자자는 지분을 통해 '수익자지위'를 가지므로, 출자자관점에서 '출자자격리'(owner shielding)효과는 투자자로서 분배의 이익을 누리면서 사업위험에 대해서는 유한책임(limited liability)을 지는 근거가 되기 때문에 조직법적 관점

87) 노혁준, 644면. 이 논문에 의하면, 계약법이나 조합법이 제공할 수 없는 '재산분리기능'(asset partitioning)이 조직법제(organization law), 특히 주식회사법제의 특징이라고 전제하고, 신탁법은 재산분리기능을 제공할 수 있기 때문에 신탁법상 설립되는 사업신탁은 주식회사와 같이 독자적인 유한책임기업조직으로서 작동할 수 있다고 본다.

88) 앞의 각주 72) 참조.

89) II. 3. (1).

에서 볼 때 조직격리와 더불어 ‘영리법인법’의 가장 중요한 기능이 된다. 하지만 공익법인에서는 출연자가 수익자지위를 갖지 못하고 ‘분배의 이익을 포기’하기 때문에 공익사업에 생긴 이익은 물론 위험도 인수하지 않게 된다. 따라서 공익법인에서는 공익사업 위험에 대한 유한책임, 즉 ‘출연자격리’ 효과는 따로 고려할 필요가 없게 된다.

(2) 영리신탁과 공익신탁에서의 비교

영리신탁에서도 사업의 위험이 출연자/수익자에게 전이되지 않게 하는 유한책임 혹은 ‘수익자격리’의 효과는 중요하고, 영리법인에서와 마찬가지로 수익자격리 효과가 발생한다.⁹⁰⁾ 하지만 공익신탁에서는 공익법인과 마찬가지로 출연자가 분배의 이익을 포기하기 때문에 수익권 자체를 갖지 않고 따라서 사업위험도 인수하지 않는다. 따라서 사업위험에 대한 유한책임, 즉 ‘수익자격리’ 효과는 따로 검토할 필요가 없다.

VI. 신탁의 다양한 활용방안: 공익신탁을 중심으로

여기서는 앞의 논의로부터 도출된 신탁의 장점, 즉 (i) 수탁자의 고유재산 제공 기능, 혹은 자금중개기능, (ii) 수탁자의 경영능력 제공기능, (iii) 목적재산의 분별 능력, (iv) 합동운동에 의한 ‘규모의 경제’ 실현가능성 등이 공익신탁 맥락에서 어떻게 활용될 수 있는가를 살펴본다. 즉 공익신탁이 활용되는 맥락은 다양한데, 예를 들어, (a) ‘개인’이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언하는 상황, (b) ‘신탁업자’가 공익신탁을 인수하는 상황, (c) ‘공익법인’이 공익신탁을 인수하는 상황, (d) ‘대기업’이 신탁선언으로 공익신탁을 설립하는 상황, (e) 법인수탁자의 설립을 통해 공익신탁을 인수하는 상황 등이 있는데, 각각의 상황에 따라 앞서 언급한 신탁의 장점들이 공익신탁에서 어떻게 발휘되는가를 검토해 본다.

1. ‘개인’에 의한 공익신탁의 인수 혹은 신탁선언

먼저 개인이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정하는 경우

⁹⁰⁾ II. 3. (3) 참조. 노혁준, 643면.

에 대해 살펴보자. 개인은 정도에 따라 차이가 있지만, 충분한 고유재산을 보유하지 못하는 경우가 대부분이다. 따라서 개인이 공익신탁을 인수하는 경우, 공익신탁은 신탁의 장점으로 언급된 수탁자의 고유재산 제공기능을 향유할 가능성은 낮아진다. 또 개인의 고유재산이 충분하지 않은 경우, 개인이 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정할 가능성은 낮고 만약 신탁선언으로 공익신탁을 설정한다고 하더라도 이러한 공익신탁은 수탁자의 고유재산으로부터 이익을 누릴 가능성은 낮다. 하지만 예외적으로 개인이 충분한 고유재산을 보유한 경우, 개인이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정하면, 이러한 공익신탁은 수탁자의 고유재산에 쉽게 접근할 수 있기 때문에 수탁자의 고유재산으로부터 이익을 누릴 가능성이 높아진다. 마찬가지로 개인이 공익활동에 대한 전문가인 경우, 이러한 개인이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정하면, 이러한 개인은 자신의 공익활동능력을 쉽게 공익신탁에 제공할 수 있기 때문에 신탁은 수탁자의 능력으로부터 도움을 받을 수 있다.

2. 신탁업자에 의한 공익신탁의 인수 혹은 신탁선언

다음으로 신탁업자가 공익신탁을 인수하거나 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정하는 경우에 대해 살펴보자. 신탁업자는 정도에 따라 차이가 있지만 충분한 고유재산을 보유하는 경우가 많다. 따라서 신탁업자가 공익신탁을 인수하는 경우, 공익신탁은 신탁의 장점으로 언급된 수탁자의 고유재산 제공기능을 향유할 가능성은 높아진다. 마찬가지로 신탁업자가 신탁선언을 통해 공익신탁을 설정하는 경우에도, 이러한 공익신탁은 수탁자의 고유재산에 쉽게 접근할 수 있기 때문에 수탁자의 고유재산으로부터 이익을 누릴 가능성이 높아진다. 또 신탁업자는 자금증거능력이 있기 때문에 신탁이 직접 고유계정으로부터 자본을 제공받지 않더라도 다른 타인자본에 대한 접근가능성은 높아진다.

마찬가지로 신탁업자는 신탁의 인수를 업으로 하는 자로서 복수의 공익신탁을 인수⁹¹⁾할 수 있는데, 이는 신탁의 ‘목적재산분별능력’ 때문에 가능한 것이다. 또 복수의 신탁을 인수한 경우 신탁업자는 신탁재산을 합동운용⁹²⁾함으로써 자산운용

91) 신탁업자가 아닌 회사가 ‘복수’의 공익신탁을 ‘비영리목적’으로 인수하는 경우, 반복성은 인정되지만 영리성이 인정되지 않으므로 신탁업 인가를 받을 필요는 없다고 본다.

92) 이 경우 공익신탁은 “수익을 목적”으로 복수의 신탁재산을 운영하는 것이 아니므로, ‘집합투자’의 개념에서 배제될 수 있고, 따라서 공모집합투자기구는 투자신탁 혹은 투

에 있어 규모의 경제를 살릴 수 있다. 실제로 우리나라 최초의 공익신탁은 하나은행이 인수한 공익신탁인데, 이 공익신탁은 정형적 신탁행위를 내용으로 하는 소액의 신탁이 출연자의 수만큼 설정된 경우이다. 이러한 소액출연자들의 수많은 공익신탁 자산을 신탁업자인 하나은행이 합동운용함으로써 규모의 경제를 달성하는 효과가 있었다.

3. 공익법인에 의한 공익신탁의 인수

어느 공익법인이 어떤 공익활동을 잘 수행하는 경우, 출연자는 그 단체의 공익활동수행능력을 보고 출연하는데 공익법인에 대해 직접 출연할 수도 있지만, 그 공익법인을 수탁자로 하는 공익신탁을 설정할 수도 있다. 두 가지 방식의 차이는 ‘출연재산의 독립성의 확보’ 여부이다. 전자의 경우 출연재산은 법인의 재산으로 합체되지만, 후자의 경우 독립된 목적재산이 된다. 신탁은 법인은 갖지 못하는 목적재산분별능력⁹³⁾을 갖기 때문이다. 이 경우 당해 공익법인은 고유재산으로는 그 공익법인의 설립목적에 따른 활동을 하면서 동시에 신탁재산으로는 ‘수탁자자격’에서 공익신탁 설립목적에 따른 활동을 할 수 있다. 이때에도 공익신탁은 수탁자인 공익법인의 공익활동 전문지식을 직접 제공받을 수 있기 때문에 별도의 공익법인으로 설립했을 때보다 유리한 측면이 있다. 특히, 어느 공익법인의 공익활동 노하우가 특별한 경우, 신탁의 경영능력 접근가능성은 매우 중요하게 작용할 수 있다.

물론 이 경우 특별한 노하우가 있는 공익법인은 공익신탁의 자산을 고유재산과 합동운용 혹은 합동활용함으로써 규모의 경제를 달성할 수 있다. 또 복수의 공익신탁을 인수함으로써 각 공익신탁의 활동에 있어서도 규모의 경제를 실현할 수 있다. 즉 동일 공익법인에 대해 A가 출연한 100억의 공익신탁과 B가 출연한 100억의 공익신탁이 유사한 설립목적에 갖는 경우 특별한 공익활동능력을 갖는 공익법인이 수탁자로서 공동의 목적에 활용하면 200억+a를 출연한 것과 같은 규모의 경제 효과를 누릴 수 있다. 하지만 A나 B가 100억으로 독립된 법인을 설립하였다면, 당해 공익법인의 경영능력에 대한 접근성에 제한이 생기게 된다. 그 법인이 공익법인의 노하우를 누리기 위해서는 당해 공익법인을 법인이사로 선임하거나 당해 공익법인에 법인사무를 위임하는 절차를 거쳐야 하기 때문이다.

자회사의 형태로 운영하여야 한다는 자본시장법상 규제(각주 66) 참조)는 적용되지 않는다.

⁹³⁾ IV. 3. 참조.

4. 법인수탁자 설립을 통한 공익신탁의 인수 v. 공익법인의 설립

반면에 어느 고액 출연자는 기존 공익법인의 공익활동능력을 신뢰하지 못하는 경우가 있다. 이러한 경우 출연자는 스스로 공익단체를 조직할 수 있는데 방식에 있어 두 가지 선택가능성을 가진다. 하나는 ‘공익법인’으로 설립하여 출연하는 것이고, 다른 하나는 공익신탁의 인수를 위한 ‘법인수탁자를 설립’하고 그 법인수탁자로 하여금 출연재산을 ‘공익신탁’으로 인수하도록 하는 것이다. 이때 법인수탁자의 형식은 여러 가지가 가능하다. 영리법인으로 설립할 수도 있고, 공익법인으로 설립할 수도 있다. 주식회사로 설립한 경우 신탁의 인수를 영업으로 하는 신탁업자로 할 수도 있다(물론 앞서 본 것처럼, 법인수탁자 대신 어느 신뢰하는 개인을 개인수탁자로 하는 공익신탁을 설정할 수도 있지만, 출연의 규모가 큰 경우 고액 출연자는 법인수탁자 방식을 채택하고 개인수탁자 방식을 채택하는 경우는 드물 것이다).

만약 출연자가 여러 종류의 공익활동을 지원하고자 하는데, 각각의 공익활동에 대한 목적재산을 분별하는 것이 필요한 경우, 공익법인 설립방식 보다는 법인수탁자 설립을 통한 사업별 공익신탁의 인수방식이 효율적이다. 앞서 본 것처럼, 신탁만이 목적재산의 분별능력⁹⁴⁾이 있기 때문이다. 공익법인을 설립해 출연한 경우, 하나의 공익법인이 여러 공익활동을 수행하더라도 하나의 법인격하에서 출연재산은 통합되어 회계되기 때문에 출연재산을 공익목적별로 분별할 수 없게 된다. 반면, 법인수탁자를 설립하고 공익활동별로 수 개의 공익신탁을 설정한 경우, 각 공익활동은 동일한 법인수탁자의 경영능력을 제공받을 수 있는 동시에, 목적재산별로도 분별관리될 수 있게 된다.

5. 영리기업의 신탁선언으로 설립되는 공익신탁

(1) 출연회사가 출연재산에 대한 운영전문가인 경우

회사가 부동산을 공익목적으로 출연하고자 하는데, 당해 회사가 부동산 운영에 대해 전문가라면, 그 부동산은 당해 회사가 소유하면서 직접 운영하는 것이 가장 효율적이다. 이와 같이 출연재산의 운영권을 출연 회사가 가지면서 회사의 운영능력을 제공하는 것이 가장 효율적인 경우, 출연회사는 ‘신탁선언’을 통한 공익신탁

⁹⁴⁾ IV. 3. 참조.

설정을 통해 수탁자자격에서 자신의 운영능력을 직접 제공할 수 있게 된다.

회사의 공익재산 출연방법으로는 신탁선언 외에 (i) 기존 공익법인에 대해 재산을 출연하는 방법, 혹은 (ii) 출연재산으로 새로운 공익법인을 설립하거나 법인수탁자설립을 통한 공익신탁의 인수 등이 있는데, 전자의 경우 출연재산은 다른 공익법인의 재산이 되므로, 출연재산에 대한 지배력을 기존 공익법인이 갖게 되고, 회사는 별도의 운영계약을 체결하지 않는 한 더 이상 재산에 대해 운영능력을 제공할 수 없게 된다. 후자의 경우 공익법인 혹은 법인수탁자를 지배함으로써 자신의 운영능력을 제공할 수 있지만, 공익법인의 설립비용이 발생하고 법적으로 보면 새로 설립된 공익법인의 재산이 되므로 회사는 운영계약을 따로 체결하지 않는 한 직접적인 운영권한을 갖지 못하게 된다. 이와 같이 신탁선언은 한편으로는 채무면탈목적으로 남용될 가능성이 문제되지만, 반대로 생각하면 수탁자의 고유재산 제공가능성, 혹은 경영능력제공가능성을 가장 잘 활용할 수 있는 신탁설정방식이기 때문에, 남용가능성을 통제하는 경우⁹⁵⁾ 신탁의 장점을 가장 잘 살릴 수 있는 공익신탁설정방식이 될 수 있다.

(2) 운용자를 감독하고자 하는 경우

반대로 출연자가 출연재산에 대한 운용능력이 없는 때에도 출연재산에 통제력을 발휘하고자 하는 경우 신탁선언은 출연재산에 대한 통제력을 확보하는 좋은 수단이 될 수 있다. 즉 출연기업이 공익목적에 재산을 출연하고 싶지만 출연재산이 어떻게 사용되고 있는가에 대한 투명성을 확보하고자 하는 경우 출연기업의 ‘신탁선언과 운용사무위임’ 방식은 따로 공익법인을 설립하는 것보다 좋은 대안이 될 수 있다. 즉 출연회사가 신탁선언으로 출연재산에 대해 수탁자가 되고 그 운용을 운용사/신탁사 등에 위임하면, 회사가 계속 출연재산에 대한 정보를 갖게 되므로, 신탁사무를 위임받은 신탁사무수임인이 행하는 출연재산의 운용·사용 과정에 대한 통제력을 확보할 수 있게 된다. 이러한 구조는 투자신탁⁹⁶⁾에서 운용사에 의한 자산운용을 수탁은행이 감시하는 구조와 기능적으로 동일한 것이다. 최근의 급격한 IT 기술의 발전은 수탁자에 의한 신탁사무수임인의 감독을 보다 용이하게 할 수 있다.

95) 우리신탁법은 신탁선언의 남용을 방지하기 위해, 공정증서에 의한 설정, 해지권유보의 금지, 부정목적 신탁선언에 대한 신탁종료청구 등을 신탁법 제3조 제2항 및 제3항에 규정하고 있다.

96) 투자신탁의 지배구조에 대해서는 각주 1)의 박삼철, 이종기 참조.

(3) 신탁선언 v. 법인수탁자설립을 통한 공익신탁의 인수

특히 영리기업이 수 개의 공익목적에 대해 목적재산을 따로 출연하고 목적재산별로 회계를 독립적으로 가져가고자 하는 경우, 각각의 목적재산별로 따로 공익법인을 출연하는 것은 비용이 많이 든다. 따라서 앞서 본 것처럼, 공익신탁의 인수를 위한 법인수탁자를 설립하고, 법인수탁자에 대해 수 개의 공익신탁을 인수하게 하면 출연된 목적재산은 신탁별로 분별관리되게 된다. 그런데 출연회사가 출연재산의 운영전문가인 경우에는 법인수탁자를 따로 설립할 필요없이 출연회사가 직접 운영하는 것이 효율적이다. 따라서 이 경우 출연회사가 각각의 출연재산별로 수 개의 공익신탁을 선언하면, 출연회사는 직접 수 개의 신탁재산을 지배하게 되고, 또 목적재산별로 분별된 수 개의 공익신탁재산을 합동해 운영할 수 있게 된다. 따라서 규모의 경제가 실현될 수 있다. 이 경우 출연회사가 신탁업인가를 취득해야 하는가의 문제가 발생하는데, ‘영리’를 목적으로 신탁을 인수하는 것이 아니므로, 신탁‘업’을 영위하는 것은 아니게 되고 따라서 신탁업인가는 필요하지 않게 된다.

(4) 자기주식으로 신탁선언한 경우 등

출연회사가 자기주식으로 공익신탁을 선언한 경우, 의결권의 행사는 출연회사가 수탁자자격에서 하게 된다. 그런데 이 경우 출연회사의 의결권 행사를 허용하면 자기주식의 의결권이 허용되는 결과가 된다. 따라서 이 경우 의결권행사를 금지시킬 이유가 존재한다. 하지만 신탁재산인 주식에 대한 이익배당은 허용된다. ‘공익재산’인 신탁재산에 대한 이익배당은 공익재산의 형성에 도움이 되므로 반대할 이유가 없기 때문이다. 신탁재산이 출연회사의 자기주식인 경우를 제외하면, 신탁계정의 독립성에 의해 신탁재산은 별개의 재산으로서 분별관리되고 또한 공익신탁으로서 독립된 회계를 받게 되므로, 신탁선언으로 공익신탁을 선언하는 경우에도 큰 문제는 없다. 일단 공익영역으로 진입한 공익재산은 공익재산유지 이념 때문에 공익신탁이 종료한 경우에도 유사목적에 처분되어야 하고 다시 사적영역으로 환급되지 않는다.⁹⁷⁾

97) 이중기, “공익재산의 유지”, VIII. 참조.

VII. 정리의 말

역사적으로 볼 때 영미의 법인법리는 신탁법리로부터 발전하였는데, 발전된 회사법리가 다시 신탁의 법리에 영향을 미치고 있다. 특히 주식회사법의 조직법제는 신탁의 조직법제에 영향을 미치고 있다. 신탁은 법인과 비교할 때 (i) 수탁자의 고유재산 제공능력, 혹은 자금중개능력, (ii) 수탁자의 경영능력 제공가능성, (iii) 목적재산의 분별능력, (iv) 합동운용에 의한 ‘규모의 경제’ 실현가능성 등 여러 가지 장점을 가진다. 이러한 장점은 신탁행위의 융통성과 결합하면 가능한 모든 조직을 설계할 수 있게 한다. 과거 한때 미국에서 사업신탁이 공동기업의 대표적 조직형태로 활용된 역사적 사실은 이러한 장점에 기원한다. 지금도 영국에서 공익신탁은 공익사업 수행을 위한 대표적인 조직형태이다. 하지만 지나친 유연성은 남용될 수 있고, 남용을 규제하는 틀로서 강행성을 갖는 법인이 더욱 바람직한 조직형태라고 인식할 수 있다. 따라서 법인은 신탁과 비교할 때 매우 안정적인 조직형태가 된다. 미국에서 반신탁법/독점금지법의 발전에 따라 사업신탁의 활용이 쇠퇴하고 회사형태가 증가한 것은 이러한 규제와 규제에 대응한 반응이라고 볼 수 있다.

하지만 신탁은 규제가능성을 인정하는 한에서 단체를 조직하는 당사자에게 높은 자율성을 부여하기 때문에 법인형태보다 더욱 효율적인 조직구조를 가능하게 한다. 따라서 신탁은 사업의 맥락에 따라 적절한 규제를 설정한다면, 자율성을 가지려는 당사자에 대해서 이상적인 조직형태로 이용될 수 있다. 공익사업에 있어서도 마찬가지이다. 공익신탁이 활용되는 경우는 다양한데, 그 맥락에 따라 (a) ‘개인’이 공익신탁을 인수하거나 신탁선언하는 상황, (b) ‘신탁업자’가 공익신탁을 인수하는 상황, (c) ‘공익법인’이 공익신탁을 인수하는 상황, (d) ‘대기업’이 신탁선언으로 공익신탁을 설립하는 상황, (e) 법인수탁자의 설립을 통해 공익신탁을 인수하는 상황 등이 있다. 이러한 각각의 상황에 따라 앞서 언급한 신탁의 장점들이 공익신탁에서 다르게 발현된다. 법인수탁자가 고유재산 혹은 고유계정의 공신력으로 신탁계정의 공익활동을 도울 가능성이 높은 상황에서부터 개인수탁자가 고유재산으로 신탁활동을 도울 가능성이 낮은 상황까지 여러 상황이 존재하고, 각 상황별로 신탁의 장점이 활용될 수 있는 정도도 다르다.

참고문헌

- 김태진, “기업형태로서의 신탁-사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로”, **전남대 법학논총**, 제31집 제2호(2011).
- 김화진, “주주와 경영진의 이상한 권력투쟁”, **서울대학교 법학**, 제50권 제2호(2009. 6).
- 노혁준, “주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰-재산분리 기능을 중심으로”, **증권법연구**, 제14권 제2호(2013).
- 박삼철·이중기, “‘제도’로서의 투자신탁법제의 기본구조와 발전전략”, **홍익법학**, 제15권 제1호(2014).
- 박세화, “회사법에 있어서 강행법규 체제의 역할과 한계: 미국 회사법과의 비교법적 검토를 중심으로”, **상사판례연구**, 제20집 제3권(상)(2007).
- 송옥렬, **상법강의**(제3판)(2013).
- _____, “회사법의 강행법규성에 대한 소고”, **상사판례연구**, 제24집 제3권(2011).
- 송호영, “민법상 법인편 개정의 주요 쟁점에 관한 고찰”, **경북대 법학논고**, 제34집 (2010. 10).
- 안성포, “기업유형으로서의 상사신탁의 법적 쟁점”, **상사법연구**, 제32권 제2호 (2013. 8).
- 오영준, “유한책임신탁”, **BFL**, 제39호(2010).
- 이중기, “공익단체에서의 공익재산유지 이념과 실천 방안”, **경제법연구**, 제13권 제1호(2014. 4).
- _____, **공익신탁, 공익재단의 특징과 규제**(2014).
- _____, “공익재산의 형성법리-출연과 기부를 중심으로”, **증권법연구**, 제15권 제1호(2014).
- _____, “공익단체의 지배구조”, **법조**, 제693권(2014. 6).
- _____, “기업분할과 자본조달 수단으로서의 사업신탁의 설립과 상장 : 싱가포르와 홍콩의 경험을 중심으로”, **일감법학**, 제28호(2014. 6).
- _____, **신탁법**(2007).
- _____, “신탁채권자에 대한 수익자의 책임가능성”, **홍익법학**, 제7집(2005).
- _____, “신탁채권자에 대한 수탁자의 책임의 범위”, **민사판례연구**, XXVIII (2006).
- _____, “투자신탁펀드의 지배구조에 관한 비교법적 연구”, **증권법연구**, 제2권 제2호(2001).

- _____, “회사법과 비교한 공익단체법의 역할과 특징: 왜 혜택을 부여하고 왜 규제 하는가”, **한양대 법학논총**, 제31집 제1호(2014).
- 이철송, **회사법강의**(제20판)(2012).
- 최승재, “신탁법을 고려한 사업신탁의 활용에 대한 소고”, 신탁법제와 유동화법제 관련 최근 쟁점(건국대 법학연구소 학술대회 자료)(2014. 2. 7).
- 한 민 · 박종현, “신탁과 도산법 문제”, **BFL**, 제17호(2006).
- L. Bebchuk, “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1395 (1989).
- _____, “Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments”, 102 *Harv. L. Rev.* 1820 (1989).
- J. Coffee Jr., “The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on The Judicial Role”, 89 *Colum. L. Rev.* 1618 (1989).
- S. Cross, “New Legal forms for Charities in the United Kingdom”, 2008 *J. B. L.* 662 (2008. 7).
- F. Easterbrook & D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991).
- M. Eisenberg, “The Structure of Corporation Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1461 (1989).
- T. Frankel, “The Delaware Business Trust Act Failure as the New Corporate Law”, 23 *Cardozo L. Rev.* 326-27 (2001).
- J. Gordon, “The Mandatory Structure of Corporate Law”, 89 *Colum. L. Rev.* 1549 (1989).
- H. Hansmann, “The Role of the Nonprofit Enterprise”, 89 *Yale L. J.* 835, 838 (1980).
- H. Hansmann & R. Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, 110 *Yale L. J.* 387 (2000).
- H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire, “Law and The Rise of the Firm”, 119 *Harv. L. Rev.* 1333, 1397 (2006).
- N. Ho, “A Tale of Two Cities : Business Trust Listings and Capital Markets in Singapore and Hong Kong”, 11 *J. of Int’l Bus. & Law* 311 (2012).
- R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functionall Approach* (2nd ed. 2009).
- G. McCormack, “OEICs and Trusts: the Changing Face of English Investment Law”, 21 *Com. Law* 2 (2000).

- W. Ries, Regulation of Investment Management and Fiduciary Services (Database updated Aug. 2013).
- SEC, *Report on Investment Trusts and Investment Companies* (1939).
- R. Sitkoff, "Trust as "Uncorporation": A Research Agenda", 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 32 (2005).
- T. H. Wu, "The Resurgence of "uncorporation": the Business Trust in Singapore", (2012) *J. B. L.* 683.

<Abstract>

Some Characteristics of a Trust Compared to a Legal Person

Lee, Choong Kee*

Together with corporation law/law of legal person, trust law plays a pivotal role in providing legal basis for organizing legal entities. Each of laws provides formation procedures that can create either a company/legal person or a trust. Through the formation process, assets are separated from their owners and transferred to a newly formed entity. Although the function of the two formation process is the same, there is a big difference between the two processes. While the corporation law/law of legal person grants the separated assets to a new legal capacity as an independent legal person, the trust law merely allows the separated assets to borrow and wear a trustee-capacity from an existing legal person.

Although the two types of entities may perform similar functions, the trust form may stand in a better position to exploit some advantages over a corporate form. Firstly, capacity-borrowing ability of a trust from an existing person enables the newly formed trust to get direct access to its manager-trustee's own assets or expertise. When the separated assets are set up as an independent legal person, this person has to take an extra step to get access to the manager such as appointing the person as a director. Secondly, trust law can better maintain separated assets as independent entities under a single trusteeship: While a corporation may not differentiate its various purpose-assets under its single capacity, a trustee can maintain them as independent entities. Thirdly, this unique ability of asset-separation also enables a trustee to manage collectively assets of multiple trusts, accomplishing 'economy of scale'.

These characteristics of a trust can be applied to various types of public purpose

* Professor of Law, College of Law, Hongik University.

trusts as well as beneficiary trusts. In this article, the validity and extent of each characteristics have been investigated in the following situations: (i) where an individual trustee assumes a trusteeship, (ii) where a trust business company assumes a trusteeship, (iii) where a public organization assumes a trusteeship, (iv) where a corporate trustee is set up and multiple public trusts are settled with the corporate trustee, and (v) where a commercial company declares himself as a trustee.

Keywords: organizational law, public trust, asset-partitioning, entity shielding, owner shielding, capacity borrowing, trustee shielding, separation of properties, collective management

