

특집

한국에서의 비영리법인 및 공익법인에 관한 법정책적 개선방안*

송 호 영**

〈 목 차 〉

- | | |
|------------------------------|------------------------|
| I. 머리말 | IV. 공익법인의 문제점과
개선방안 |
| II. 한국법의 현황 | V. 맺음말 |
| III. 민법상 비영리법인의
문제점과 개선방안 | |

국문초록

우리사회에서 제3섹터의 역할과 비중은 증가일로에 있다. 그렇지만 제3섹터에서 핵심적 기능을 하고 있는 비영리법인 및 공익법인은 대내적 또는 대외적인 위기를 맞고 있다. 위기의 원인은 비영리법인의 설립·운영 및 관리·감독을 제대로 하지 못한 내부적인 시스템의 문제일 수도 있고, 대외적 경제여건의 변화와 같은 외부적인 문제일 수도 있다. 본 논문에서는 한국사회에서 비영리법인 및 공익법인이 직면하고 있는 대내외적인 문제점들을 살펴보고, 이를 극복하기 위한 여러 입법적·정책적 개선방안에 대해 검토해보고자 작성된 것이다(I).

이를 위해 우선 본 논문의 II.에서는 우리 법에서 비영리법인과 공익법인을 어떻게 규율하고 있는지에 대해 전반적으로 개괄하였다. 논문의 III.에서는 민법상 비영리법인의 문제점과 개선방안에 대해 살펴보았다. 여기에서는 주무관청에 의한 허가주의의 문제점과 기관구성의 문제점을 지적하고 이에 대한 개선방안으로 인가주의의 도입과 기관구성에 있어서 이사회 및 감사

논문투고일 : 2019. 01. 13. 논문심사일 : 2019. 01. 17. 게재확정일 : 2019. 01. 24.

* 본 논문은 승실대학교 법과대학과 히로시마대 법학부 합동 심포지움으로 개최된 제8회 고당법률 국제학술대회 「최근 법인이론의 쟁점」에서 발표한 글을 수정·보완한 것으로서, 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었음(HY-201600000002862), 학술대회 당시 토론을 맡아주신 히로시마대학 훗타 치카오미(堀田親臣)교수님께 감사드립니다.

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Dr. iur.)

의 도입을 제시하였다. 논문의 IV에서는 공익법인법상 공익법인의 문제점과 개선방안을 살펴 보았다. 여기에서는 저금리시대를 맞이하여 공익법인의 활동을 유지할 수 있도록 하기 위해 기본재산을 보통재산으로 전용할 수 있도록 하는 입법적 조치와 공익법인에 대한 효과적인 관리·감독을 가능하도록 하기 위해 통합적인 관리·감독기구로써, 공익위원회의 설치를 제안 하였다. 논문의 V.는 이상의 주요내용에 대해 정리하였다.

주제어 : 제3섹터, 비영리법인, 공익법인, 허가주의, 인가주의, 기본재산, 공익위원회

I. 머리말

(가) 미래학자 피터 드러커(Peter F. Drucker)는 미래사회에서는 제1섹터(정부 등 공공부문)와 제2섹터(가계·기업 등 시장부문)의 역할은 점점 줄어들지만 제3섹터(비영리단체 등 시민사회부문)의 역할은 급속하게 팽창하게 될 것이라고 예측한 바 있다.¹⁾ 한국에서도 최근 비정부조직(NGO) 및 비영리조직(NPO)이 급속하게 늘어나고 있으며, 이들 조직이 사회에 끼치는 영향력 또한 매우 커지고 있다. 우리 사회는 한편으로는 “작은 정부”를 지향하여 불필요한 정부지출을 줄여야 한다는 요구가 있는 반면, 다른 한편으로는 “복지의 확대”를 외치면서 정부로부터 더 많은 재정적 지원을 요구하는 모순된 상황에 직면하고 있다. 그에 대한 대안으로 공익법인 등의 비영리법인이나 비영리조직이 정부의 부담을 일정부분 덜어줄 수 있는 일을 하는 것일 수 있다. 피터 드러커가 제3섹터의 팽창을 생각한 것도 바로 이런 이유일 수 있다.

(나) 한편으로 피터 드러커가 예측한 미래사회는 비영리조직의 긍정적인 면만을 본 것이지만, 다른 한편으로는 비영리조직의 부정적 측면이 엄연히 존재한다. 최근 한국사회는 대통령의 탄핵이라는 역사상 유례가 없는 큰 정치적 혼란을 겪은 바 있는데, 그것의 발단 중의 하나가 「재단법인 MIR」 및 「K-스포츠재단」 사건이라고 할 수 있다. 이것은

1) 1995년 한국에서 발간된 그의 책 『비영리단체의 경영』(한국경제신문, 1995)의 한국의 독자들에게 보내는 간행사에서 “40년 전 미국에서는 30만개의 비영리조직단체가 있었습니다. 그들의 대부분은 교회가 아니면 교회와 관련이 있는 기관이었습니다만, 오늘에 와서는 등록된 수만 하더라도 100만개 이상이 되며 신규로 등록된 단체의 대부분은 종교단체가 아닌 사회봉사단체입니다. 미국 시민의 두 사람 중 한 사람 정도는 일주일에 평균 3-5시간을 어떤 비영리조직단체에서든 무료자원봉사자로서 일하고 있습니다. 비영리조직단체는 미국 사회의 ‘성장부문’입니다. 뿐만 아니라 과거와 현대사회를 통틀어보더라도 계속 성장하고 있는 부문이라고 할 수 있습니다.”라고 서술하고 있다(9면). 그는 그의 책의 부제를 “현대사회를 주도하는 새 성장부문”이라고 표기하고 있다.

대통령 및 그와 친분을 과시하는 자들이 문화사업을 추구하는 재단법인의 설립을 명목으로 대기업들로부터 거액의 출연금을 받아 재단법인을 설립하였지만, 실제로는 출연재산을 사적인 용도로 사용하고자 하였던 사건으로, 현재 이 사건에 연루된 인사들에 대한 재판이 진행 중이다. 이 사건을 통해 한국 사회에서는 비영리법인에 대한 전반적인 불신이 팽배하게 되었다. 이러한 현상은 분명 비영리조직의 활성화를 통한 제3섹터에 대한 밝은 전망을 어둡게 만들고 있다.

(다) 1998년 한국의 ‘참여연대 경제민주화위원회’에서 『공익재단법인 백서』라는 책이 출간되었다. 이 책은 “재벌의 위장계열사 공익재단법인을 고발한다”라는 부제를 달고 있는데, 부제에서 알 수 있듯이, 이 책은 공익재단법인의 순기능보다 공익재단법인이 재벌들의 탈세와 증여·상속의 편법적인 수단으로 악용되는 역기능을 파헤치고 있다. 그렇지만 공익법인의 역기능에도 불구하고 공익법인의 설립이 활성화되고 공익법인이 보다 적극적인 사회활동을 할 수 있도록 사회적·제도적 여건을 조성해줄 필요도 있다. 그러나 2008년 글로벌 금융위기 이후 현재 초저금리의 경제상황을 맞이하여 공익법인의 재무구조는 갈수록 나빠지고 있으며, 이에 따라 공익법인이 당초 계획한 목적사업을 수행하는 것도 매우 힘든 상황으로 내몰리고 있다.

(라) 이러한 사정들을 보면 한국 사회에서 비영리법인은 분명 일종의 ‘위기’를 맞고 있다. 그 위기의 원인은 비영리법인의 설립·운영 및 관리·감독을 제대로 하지 못한 내부적인 시스템의 문제일 수도 있고, 대외적 경제여건의 변화와 같은 외부적인 문제일 수도 있다. 본고에서는 한국사회에서 비영리법인 및 공익법인이 직면하고 있는 대내외적인 문제점을 살펴보고, 이를 극복하기 위한 여러 입법적·정책적 개선방안에 대해 검토해보고자 한다.

II. 한국법의 현황

1. 개관

현대사회에서는 제3섹터, 즉 비영리(NPO)영역의 중요성이 대두되는 가운데, 그 중에서도 문화, 예술, 학술, 의료 등의 분야에서 사인이나 시민단체의 활동을 장려하여 공공의 이익에 기여하도록 하기 위한 제도로서 공익법인제도와 공인신탁제도가 활용된다. 대륙법계에서는 공익법인제도가 발전한 반면 영미에서는 상대적으로 공익신탁제도의 이용이

활발한데, 한국은 대륙법계의 전통을 이어받아 공익법인제도를 중심으로 운용되고 있다.

구(舊)민법²⁾에서는 법인의 종류를 공익법인과 영리법인으로 구분하였다. 그리하여 영리를 목적으로 하지 않으면서 공익을 목적으로도 하지 않는 비영리·비공익의 단체는 법인으로 될 수 없었다. 그에 반해 현행 민법은 법인을 영리법인과 비영리법인으로 구분한다(민법 제32조 및 제39조). 즉, 민법 제32조는 독일민법 제21조³⁾와 스위스민법 제60조⁴⁾를 본받아 공익아닌 비영리사업을 목적으로 하는 단체(예, 동창회, 산악회 등)도 법인으로 될 수 있도록 하였다. 또한 민법 제39조는 영리법인에 대해 규율하고 있는데, 영리를 목적으로 하는 사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 법인으로 할 수 있도록 하고, 이때 영리사단법인에 대해서는 모두 상사회사에 관한 규정(즉 회사법)의 규정을 ‘準用’하도록 하고 있다. 이에 따라 민법에서 법인에 관한 章⁵⁾은 회사를 포함한 모든 법인에 관한 일반법이지만,⁶⁾ 영리법인에 대해서는 회사법 규정이 ‘適用’⁷⁾되므로 실제로는 비영리법인을 중심으로 규율하는 셈이다.

한국민법은 비영리법인을 “학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단”으로 정의하고 있다. 이러한 비영리의 사업 중에서 특히 공익을 목적으로 하는 경우에는 공익법인으로 인정될 수 있다. 즉 ‘공익’은 ‘비영리’의 개념에 포함되는데, 법인의 사업이 공익을 목적으로 하는 경우에도 민법상 비영리법인으로 머물 수도 있고 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」(이하 ‘공익법인법’이라 한다)에서 정한 요건을 충족하여 공익법인으로 존재할 수도 있다. 다만, 공익법인법의 요건에 충족된 공익법인은 민법상 비영리법인에 비해 각종 세제상의 혜택을 받게 된다.⁸⁾

2) 1960년 1월 1일 이전까지 한국에서 사용되었던 민법전을 의미하는 것으로서, 1912년 朝鮮民事 律에 의해 의용되었던 일본민법과 동일한 내용이다.

3) 제21조[비영리사단] 영리사업을 목적으로 하지 아니하는 사단은 관할 區法院의 사단등기부에 등기함으로써 권리능력을 취득한다.

4) 제60조 [설립] I. 사단체적 인적결합

1. 정치적, 종교적, 학문적, 예술적, 자선적, 사교적 또는 비영리사업을 추구하는 사단은 정관에 서 사단체로 존재하기 위한 의사가 드러남으로써, 법인격을 취득한다.

2. 정관은 서면으로 작성되어야 하며 사단의 목적, 재원 및 조직에 대한 정보를 제공하여야 한다.

5) 민법전 第1編 總則, 第3章 法人

6) 송호영, 『법인론』 제2판, 신문사, 2015, 31면. 나아가 필자는 법인에 관한 민법 제3장은 ‘법인’에 관한 일반법의 의미를 넘어서 법인격을 취득하지 못한 비법인사단·재단에 대해서도 준용되는 ‘단체’에 관한 기본법으로 이해하고 있다(같은 책, 31면).

7) 문언상으로는 ‘準用’이라고 표현되어 있지만, 영리사단이 법인이 되기 위해서는 상법상 인정된 5 가지 형태의 회사(주식회사, 합명회사, 유한책임회사, 합자회사, 합명회사)중의 하나의 형태를 취해야 하므로, 결국 회사법 규정이 ‘適用’될 수밖에 없다.

8) 세제상의 혜택이란 첫째, 공익법인에 재산을 출연하는 출연자에게는 상속세를 면제해 주며(상속세 및 증여세법 제16조), 재산을 출연 받는 공익법인에 대해서는 증여세를 면제해 준다(상속세 및 증여세법 제48조). 출연재산에 대한 상속·증여세의 면제가 공익법인 관련 과세제도의 핵심이다. 둘째, 공익법인이 그 법인의 고유목적사업 또는 지정기부금에 지출하기 위하여 고유목적

2. 민법

지면관계상 비영리법인에 관한 한국민법의 상황을 모두 기술하는 것은 어렵기 때문에 여기서는 법인설립 및 운영과 관련한 주무관청의 허가과 감독에 관해서만 언급한다.

민법은 “학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.”고 정하고 있다(제32조). 영리를 추구하는 법인(사단)에 대해 민법은 “상사회사설립의 조건에 좇아 이를 법인으로 할 수 있다.”고 하여 그 규율을 상법(회사법)에 맡기고 있다(제39조). 이처럼 법인 설립 과정에서 어떤 단체가 영리법인의 길로 갈 것인지 아니면 비영리법인의 길로 갈 것인지에 따라 그 적용되는 법률이 달라지고 그에 따라 법인의 성립요건도 다르게 되기 때문에 어떤 단체가 영리법인인지 아니면 비영리법인인지를 구별하는 것은 법인 설립에 대해 허가권을 가진 주무관청의 입장에서도 매우 중요한 요소이다.⁹⁾ 민법상 비영리법인은 주무관청의 허가를 얻은 후 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(민법 제32조 및 제33조). 즉 법인설립등기에 의해 단체는 법인으로서의 독자적인 법인격을 취득하게 되어, 법인설립등기에 창설적 효과가 있는 셈이다. 그렇지만 법인설립등기는 주무관청의 허가를 받은 뒤에 설립자가 법원에 신청하는 일종의 요식행위에 불과하기 때문에 어떤 단체가 법인으로 설립될 수 있느냐 그렇지 않느냐의 결정적인 열쇠는 주무관청의 허가에 달려있다.¹⁰⁾

현행 법령상 비영리법인의 설립허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니하므로, 비영리법인의 설립허가를 할 것인지 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다. 이에 따라 대법원은 “주무관청의 법인설립 불허가처분에 사실의 기초를 결여하였는지 또는 사회관념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고,

사업준비금을 손금으로 계상한 경우에는 일정한 범위 내에서 당해 사업연도의 소득금액 계산상 손금에 산입할 수 있다(법인세법 제29조 및 조세특례제한법 제74조). 셋째 공익법인이 그 고유의 사업목적에 위하여 공급하는 재화 및 용역에 대하여는 부가가치세가 면제된다(부가가치세법 제12조 제1항과 동법 시행령 제37조).

- 9) 일설에 의하면, 상법상 상행위를 하는 회사와 민법 제39조 제1항에서 규정하고 있는 “영리를 목적으로 하는 사단”을 구별할 실익이 없다는 이유로 민법 제39조의 삭제하여야 한다고 주장이 있다[이철송, “상법상의 입법착오의 시정을 위한 연구(1) -상법총칙·상행위편을 중심으로-”, 『비교사법』 제12권 4호, 한국비교사법학회, 2005, 7면 이하 참고]. 그러나 이러한 주장은 민법 제31조(법인성립의 준칙)의 의미를 간과하고 있으며 민법 제39조의 법인설립을 위한 방향지시기능을 무시하고 있다는 점에서 찬동할 수 없다. 이에 관한 자세한 논증은 송호영, “법정정책적 관점에서 본 민법상 법인관련 규정 개정안”, 『법과 정책연구』 제12집 제2호, 한국법정책학회, 2012, 368면 이하 참고.
- 10) 실제로 법인설립을 경험한 자들을 대상으로 한 설문조사에서, 법인설립에 있어서 무응답(5.8%)을 제외하고 다수의 응답자들이 주무관청의 허가(61.8%)를 설립등기(32.4%) 절차보다 더 중요한 요소로 보고 있다. 이에 관한 자세한 설명은 송호영, “법인설립법제의 개선을 위한 설문조사 연구”, 『법학논총』 제27권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 160면 이하 참고.

주무관청이 그와 같은 결론에 이르게 된 판단과정에 일응의 합리성이 있음을 부정할 수 없는 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 불허가처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없다.”고 하여 주무관청의 재량행위에 힘을 실어주고 있다.¹¹⁾

민법은 비영리법인에 있어서는 영리법인과는 달리 광범위한 감독을 인정하고 있다. 법인이 성립한 이후에도 주무관청은 법인의 사무에 대한 검사, 감독권이 있어서 법인의 운영에 대해 관리·감독을 할 수 있으며(제37조), ② 감사에 대하여 법인의 재산상황 및 업무집행에 관하여 부정·불비한 것이 있음을 발견한 때에는 이를 주무관청에 보고하도록 의무를 부여하고 있으며(제67조 제3호), ③ 법인이 목적 이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나, 기타 공익을 해하는 행위를 한 때에는 주무관청이 설립허가를 취소할 수도 있다(제38조).

또한 법인에 대한 감독을 보다 효과적으로 하기 위해 민법은 법인설립허가의 취소, 청산인의 해임·개임 이외에 일정한 사항에 관하여 이사·감사 또는 청산인에게 과태료의 제재를 과할 수 있도록 하고 있다.¹²⁾

3. 공익법인법

공익법인법은 민법의 특별법으로써, 비영리법인 중에서 특히 ‘공익’을 목적으로 하는 법인에 적용되는 법이다. 일본의 「공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률」¹³⁾에 비하면 한국의 공익법인법은 공익성의 기준을 매우 좁게 규정하고 있는데, 공익법인법 제2조에서는 “재단법인이나 사단법인으로서 사회일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인”을 공익법인이라고 정의한다.

비영리법인 중 위와 같은 법인을 공익법인으로 따로 인정하는 이유는 결국 면세혜택, 공과금면제 등을 통해서 비영리법인의 공익활동을 장려하고 법인에 대한 적절한 규제를 통해 공익성의 유지를 돕기 위함이다. 그러한 혜택이 주어지는 대신 공익법인은 민법상 비영리법인에 비해 여러 가지 까다로운 요건들을 충족하여야 한다. 특히 공익법인의 재산에 대해서 공익법인법 제4조 제1항은 재단법인은 출연재산의 수입, 사단법인은 회

11) 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누18437 판결

12) 과태료를 부과할 수 있는 벌칙사항은 다음과 같다(제97조): ① 법인에 대한 등기를 해태한 때(제1호), ② 재산목록 또는 사원명부의 작성·비치에 관한 의무(제55조)에 위반하거나 또는 부정행위를 한 때(제2호), ③ 주무관청 또는 법원의 검사·감독을 방해한 때(제3호), ④ 주무관청 또는 총회에 대하여 사실 아닌 신고를 하거나 사실을 은폐한 때(제4호), ⑤ 총회이사록의 작성·비치 의무(제76조)에 위반하거나 또는 청산인이 채권신고기간 내에 변제한 때(제5호), ⑥ 파산선고의 신청을 해태한 때(제6호), ⑦ 청산인이 채권신고의 공고(제83조)나 또는 파산선고신청의 공고(제93조)를 해태하거나 부정공고를 한 때(제7호)이다.

13) 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律(平成十八年法律第四十九号)

비·기부금 등으로 조성되는 재원의 수입으로 목적사업을 원활히 수행할 수 있어야 한다고 규정한다. 그러한 출연재산 또는 재원을 기본재산이라고 한다. 공익재단법인의 경우 출연된 재산에서 창출되는 果實로 그리고 공익사단법인의 경우에는 회비나 기부금등의 재원으로 사업목적달성을 달성할 수 있어야 허가를 취득할 수 있기 때문에 이와 같은 ‘출연재산에 의한 사업목적달성’ 요건은 ‘사업의 목적’과 함께 중요한 설립요건이 된다.¹⁴⁾ 재단법인인 경우에는 출연재산의 종류·수량·금액 및 권리관계를 명확하게 기재한 재산목록을 그리고 사단법인인 경우에는 회비징수예정명세서 부동산·예금·유가증권 등 주된 재산에 관한 증명서 등을 주무관청에 제출하여야 하고 주무관청은 “관계 사실을 조사하여 재단법인은 출연재산의 수입, 사단법인은 회비·기부금 등으로 조성되는 재원의 수입으로 목적사업을 원활히 수행할 수 있다고 인정되는 경우에만” 설립허가를 해야 한다(공익법인법 제4조 제1항).

공익법인의 경우 민법상 비영리법인과 달리 임원의 구성에 있어서도 엄격한 요건을 요구받는다. 5명 이상 15명 이하의 이사와 2명의 감사를 두어야 하며(공익법인법 제5조 제1항). 이사회를 구성할 때 대통령령으로 정하는 ‘특별한 관계가 있는 자’의 수는 이사 현원(現員)의 5분의 1을 초과할 수 없다(동조 제5항).¹⁵⁾

공익법인도 비영리법인의 일종이므로 그 설립을 위해서는 주무관청의 허가를 받아야 하며, 설립이후에도 주무관청의 감독을 받게 되는데 그 내용은 민법상 비영리법인보다 훨씬 엄격하다. 예컨대 공익법인의 설립요건을 까다롭게 정한 공익법인법은 허가를 취소할 수 있는 사유에 있어서도 설립허가를 한 주무관청에 광범위한 취소권한을 부여하고 있다. 즉, 주무관청은 ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 설립허가를 받은 경우, ② 설립허가 조건을 위반한 경우, ③ 목적 달성이 불가능하게 된 경우, ④ 목적사업 외의 사업을 한 경우, ⑤ 공익법인법 또는 그에 따른 명령이나 정관을 위반한 경우, ⑥ 공익을 해치는 행위를 한 경우, ⑦ 정당한 사유 없이 설립허가를 받은 날부터 6개월 이내에 목적사업을 시작하지 아니하거나 1년 이상 사업실적이 없을 때에 설립허가를 취소할 수 있다(공익법인법 제16조). 공익법인의 목적사업이 2개 이상인 경우에 그 일부분에 위와 같은 사유가 발생한 때에도 그 설립허가를 취소할 수 있다(동조 제1항 단서).

14) 윤철홍, “공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 주요내용과 문제점”, 『동서연구』 제8권, 연세대학교 동서문제연구원, 1996, 29면.

15) ‘특별한 관계가 있는 자’란 출연자, 출연자 또는 이사의 일정 범위 내의 친족, 출연자 또는 이사의 사용인 기타 고용관계에 있는 자, 출연자 또는 이사의 금전 기타의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자와 생계를 함께 하는 자, 당해 출연자가 재산을 출연한 다른 공익사업을 영위하는 법인의 이사 등을 말한다(공익법인법 시행령 제12조 제1항).

Ⅲ. 민법상 비영리법인의 문제점과 개선방안

1. 문제점

(1) 주무관청의 결정

민법 제32조는 “... 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어” 법인으로 된다고 규정하면서도 어느 기관이 주무관청이 되는 지에 대해서는 아무런 언급이 없다. 일반적으로 주무관청이란 법인의 목적사업을 주관하는 행정관청을 의미한다. 어떤 단체가 법인설립허가신청을 하고자할 때 어느 관청에다가 허가신청을 해야 하는가는 법인정관에 기재된 목적에 따라 판단된다. 예컨대 장학사업을 목적으로 한다면 시·도교육청장, 자선·보건·위생사업이 목적인 경우는 보건복지부장관, 종교·예술·문화사업 등의 목적이라면 문화관광부장관이 주무관청이 된다. 어떤 단체가 법인으로 되기 위해서 어느 주무관청에 법인설립허가신청을 하여야 하는지가 불분명한 경우가 많다. 달리 말하자면, 어떤 단체의 정관에서 정한 목적사업이 어느 해당 소관사무에 해당하는지가 명확하지 않은 경우가 많이 있다. 그러한 경우에 법인설립허가신청을 받은 주무관청으로서 법인의 목적사업이 해당 주무관청의 소관업무와 일치하지 않음을 이유로 설립허가신청을 반려할 수 있게 되는데 이에 따라 관련된 주무관청은 법인설립허가신청을 다른 주무관청에 서로 떠넘기려는 핑퐁(ping pong)현상이 발생할 수 있다. 이렇게 되면 법인을 설립하려고 하는 당사자는 어느 기관에 법인허가신청을 하여야 하는 지에 대해 혼란을 겪게 된다. 이에 대한 반응으로 설립허가신청을 하는 당사자입장에서는 어떤 목적사업이 어느 주무관청의 소관업무와 정확히 맞아떨어지지 않을 때에는 관련된 여러 주무관청 중에서 비교적 법인설립허가를 쉽게 내어주는 곳을 골라서 허가신청을 하는 이른바 오피스쇼핑(office shopping) 현상이 발생할 가능성이 크다. 이렇게 되면 국가 전체적인 행정의 일관된 집행에 어긋나는 결과를 초래하게 된다.¹⁶⁾

또 다른 문제로, 법인의 목적이 두 개 이상의 주무관청의 소관사항인 때에는 해당 주무관청으로부터 모두 허가를 받아야 하는지¹⁷⁾ 아니면 그중 하나의 주무관청으로부터 허가를 받으면 충분한 것인지¹⁸⁾ 여부가 불분명하다. 예컨대 어떤 단체가 학술진흥과 문화

16) 同旨 이종기, 『공익신탁과 공익재단의 특징과 규제』, 삼우사, 2014, 503면.

17) 複數說: 송덕수, 『민법총칙』 제4판, 박영사, 2018, 584면; 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009, 221면; 백태승, 『민법총칙』 제4판, 법문사, 2009, 232면; 이영준, 『민법총칙』 개정정보판, 박영사, 2007, 936면, 서광민, 『민법총칙』, 신문사, 2007, 190면; 김중환/김학동, 『민법총칙』 제10판, 박영사, 2013, 188면.

18) 單數說: 고상룡, 『민법총칙』 제3판, 법문사, 2003, 188면; 김용한, 『민법총칙론』 재전정판, 박영사,

사업을 목적으로 하는 비영리법인으로 되고자 한다면, 교육부장관과 문화관광부장관 중에서 어디가 주무관청인지가 문제된다.

(2) 설립허가 및 허가조건

비영리사단이나 재단이 법인격을 취득하기 위해서는 주무관청으로부터 허가를 받아야 하는데(민법 제32조), 사단이나 재단이 법인으로서의 실질을 갖추었다라도 주무관청의 허가를 받지 못하면 법인성립이 좌절된다. 한편 주무관청은 비영리법인의 설립허가를 할 때에는 필요한 조건을 붙일 수 있다.¹⁹⁾ 법인의 설립허가 및 허가조건과 관련하여서는 다음과 같은 문제점들이 존재한다.

첫째, 어떤 단체가 법인설립허가를 신청한 경우 주무관청으로서 어떤 기준으로 법인설립허가를 해 줄 것인지에 대한 기준이 명확하지 않다보니, 신청인으로서도 법인설립허가를 얻을 수 있을 것인지에 대해 불확실할 뿐만 아니라, 주무관청으로서도 무엇을 기준으로 설립허가를 해줄 것인지에 대한 근거가 불분명하다.

둘째, 주무관청의 허가에 관한 문제를 뒤집어서 생각해 보면 특정 단체에 대해 주무관청이 특별한 기준없이 손쉽게 허가를 내어줄 수도 있다는 문제점이 있다. 그런 일이 발생해서는 안 되겠지만, 이론상으로는 특정 단체가 법인의 사업목적 수행하기 부족해보이더라도 담당공무원이 그 단체가 법인설립허가를 받을 수 있도록 편의를 봐준다면 법인으로 인정되는데 사실상 아무런 제어장치가 없는 형편이다. 또한 그러한 설립허가처분에 대해서도 법인의 이해관계자나 제3자가 법적으로 이의를 제기할 수 있는 길은 없다. 이러한 문제점은 주무관청의 담당공무원이 자신들의 이해관계와 밀접한 관련을 가질 수 있거나 이권에 개입할 수 있는 여지가 있으면 해당단체의 법인설립에 우호적이거나 더 나아가 적극적일 수 있음을 의미한다. 이와 반대로 어떤 단체가 법인설립에 필요한 요건을 충분히 갖추었음에도 불구하고 주무관청이 설립불허처분을 내리더라도 이에 대해서도 이에 대해 쟁송하기는 매우 어렵다. 부동산중개업법에 의한 전국부동산중개업협회 외에 민법에 의한 한국공인중개사회의 법인설립을 불허가한 건설교통부의 처분을 다툰 소송에서 대법원은 “민법은 ... 비영리법인의 설립에 관하여 허가주의를 채용하고 있으며, 현행 법령상 비영리법인의 설립허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니하므로, 비영리법인의 설립허가를 할 것인지 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다”고 전제하면서, “주무관청의 법인설립 불허가처분에 사실의 기초를 결여하였다든지 또는 사회관념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고, 주무관

1997, 159면.

19) 허가조건은 다음과 같은 것들이 있다: 법인설립 허가일로부터 1년 이내에 목적사업을 실시할 것, 목적사업을 계속하여 2년 이상 중단하지 말 것, 법인의 목적과 관련이 없는 수익사업을 하지 아니할 것 등.

청이 그와 같은 결론에 이르게 된 판단과정에 일응의 합리성이 있음을 부정할 수 없는 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 불허가처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없다”고 판시하여²⁰⁾, 법인설립에 있어서 주무관청의 불허가처분에 대한 다툼을 사실상 봉쇄하고 있다.

셋째, 법인설립의 허가조건에 대해서도 문제가 있다. 허가조건이란 일종의 附款인데, 부관을 통해 각 단체가 처한 구체적 사정에 맞추어 법인설립허가의 효력이 발생한다는 점에서 막연한 법인설립허가기준을 더욱 정교하게 적용할 수 있다는 점에서 긍정적인 면이 분명히 있다. 그렇지만 실제 법인설립허가의 실무에서는 무엇을 허가조건으로 할 것인지에 대해서는 그 기준이나 조건의 내용이 불분명한 경우가 많이 있다.

(3) 기관의 구성

법인의 기관구성과 관련해서 민법은 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.

첫째, 이사나 감사의 자격에 대한 특별한 제한이 없다. 형법은 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격을 상실하는 것으로 정하고 있다(형법 제43조 1항). 그렇지만 그에 미치지 못하는 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받았더라도 법인의 임원(이사 또는 감사)이 될 수 없는 자격정지 사유에는 해당하지 않는다(형법 제43조 제2항).²¹⁾ 따라서 사회적 해악을 끼친 범죄경력이 있다고 하더라도 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받지 않은 한, 이사로 선임되는데 별다른 제한이 없는 셈이다. 이러한 점은 문제가 아닐 수 없다. 예컨대 사기·횡령 등의 혐의로 타인의 재산을 침해한 적이 있는 사람이 실형을 선고받은 경우에도²²⁾ 재단법인의 이사로 선임되더라도 이를 제지할 수 있는 법적 근거가 없다. 또한 청소년을 상대로 한 범죄의 경력이 있다고 하더라도 그가 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받지 아니하는 한, 청소년보호를 목적으로 하는 법인의 이사에 선임되는데 아무런 장애가 없게 된다. 이에 대한 유일한 견제장치는 주무관청이 임원선임에 대해 허가권을 행사하는 것이지만, 주무관청으로서도 법인임원의 구체적인 범죄이력 등은 알 수 없기 때문에²³⁾ 법인임원의 실질적인 자격여

20) 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누18437 판결.

21) 형법 제43조 제2항은 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 ① 공무원이 되는 자격, ② 공법상의 선거권과 피선거권, ③ 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격에 한해서 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 자격이 정지될 뿐, 법인의 임원이 되는 자격에 대해서는 자격정지를 규정하지 않았다.

22) 사기죄는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(형법 제347조), 횡령은 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(형법 제355조)에 처하게 되므로 법인의 이사 자격이 제한되는 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결 보다 낮은 처벌을 받게 된다.

23) 「법무부소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙」에는 설립허가의 신청에 있어서 임원의

부를 심사하는 것은 매우 어렵다.

둘째, 비영리법인의 기관구성에 관한 민법규정이 현실적이지 않다. 민법은 업무집행기관으로 이사를 두고 있지만, 이사회에 대해서는 아무런 언급을 하지 않고 있다. 그러나 현실에서는 이사회를 구성하는 것이 일반적이다. 특히 재단법인의 경우에는 사원총회와 같은 의사결정기관이 따로 있지 않기 때문에 이사회가 사실상 업무집행기관이자 의사결정기관의 역할을 겸유하므로 이사회에 관한 규정이 필요하다. 또한 민법은 비영리법인의 감독기관으로 감사를 임의기관으로 하고 있다(제66조). 이 또한 현실과 괴리가 있다. 사단법인이나 재단법인에 있어서 자체적인 감독기관으로 감사를 두지 않는 법인은 거의 없다고 하여도 과언이 아니다. 특히 출연된 재산의 집적으로 구성된 재단법인에 있어서 그 활동의 핵심은 출연된 재산의 집행으로 목적사업을 수행하는 것인데, 이를 감독하는 기관의 존재가 반드시 필요하다.

2. 개선방안

우선 (1) 주무관청의 결정에 관한 문제나 (2) 설립허가 및 허가조건에 관한 문제는 법인설립에 있어서 주무관청의 허가와 관련하여 개선될 문제들이다. 이를 위해 주무관청의 허가주의를 폐지하고 인가주의로 전환하는 방안을 생각해볼 수 있다. 학계에서는 비영리법인의 설립에 주무관청의 허가를 요하고 있는 현행민법 제32조는 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장된 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법정신에 위반하는 것이라는 비판이 이어졌고²⁴⁾, 이에 따라 현행의 허가주의를 준칙주의 내지 인가주의로 개정하여야 한다는 목소리가 높다. 이에 따라 2010년 법무부 산하 「민법개정위원회」는 법인설립에 관한 입법주의를 허가주의에서 인가주의로 전환하는 민법개정안을 제안하였다.²⁵⁾ 인가주의로의

인적사항을 알 수 있는 서류로 '설립발기인의 성명, 생년월일(외국인의 경우에는 외국인등록번호를 말한다. 이하 같다), 주소 및 약력을 적은 서류 1부'와 '임원 취임 예정자의 성명·생년월일·주소·약력을 적은 서류 및 취임승낙서 각 1부'를 제출하는 것에 그치고 있어서(동 규칙 제3조) 법인임원의 구체적인 이력사항은 알기 어렵다.

24) 정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 『비교사법』 제5권 1호, 한국비교사법학회, 1998, 95면.; 강태성, “법인에 관한 민법개정방향”, 『법조』 제538호, 법조협회, 2001.7, 182면 이하; 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 『법조』 제548호, 법조협회, 2002.5, 152면 이하; 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 『인권과 정의』 제383호, 대한변호사협회, 2008.7, 112면 등.

25) 민법상 법인설립 입법주의의 전환에 관한 자세한 설명은 윤철홍, “비영리법인의 설립요건에 관한 입법론적 검토”, 『민사법학』 제50권, 한국민사법학회, 2010.9, 3면 이하; 고상현, “민법상 비영리법인의 설립에서 인가주의와 준칙주의에 관한 시론”, 『법학』 제51권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2010.6, 103면 이하; 김대정, “민법개정시안에서의 법인설립에 관한 입법주의의 전환”, 『법학논문집』 제34권 2호, 중앙대학교 법학연구원, 2010, 8면 이하 참고.

전환은 이미 2001년 법무부 「민법개정특별분과위원회」의 민법개정시안에서도 제시된 바 있었지만, 당시에 법인이濫設되는 것을 막기 위해서 여전히 허가주의를 고수해야 한다는 비판도 있었다.²⁶⁾ 어쨌든 국민들로 하여금 단체형성의 자유를 신장시켜 준다는 의미에서 허가주의를 폐지하고 이 보다 완화된 입법주의로 전환해야 함은 올바른 방향이라고 생각한다.²⁷⁾ 그렇다면 허가주의를 대신해서 인가주의와 준칙주의 중 어느 것을 채택할 것인가 하는 문제가 남는다. 이에 대해 기왕이면 인가주의를 넘어서서 준칙주의로 가야한다는 주장²⁸⁾도 충분한 설득력이 있다. 특히 입법례를 보더라도 우리 민법에 많은 영향을 준 독일민법은 비영리사단법인의 설립에 준칙주의를 채택하고 있고, 일본의 「一般社団法人法」에서도 준칙주의를 취하고 있다. 민법개정위원회도 준칙주의의 채택을 심각하게 고려하였었고, 그것이 단체법의 이념으로는 더 바람직하다는 것을 부인하지 않았다. 그럼에도 불구하고 개정안에서 준칙주의로 나아가지 않고 인가주의에 그친 이유는 다음과 같다. 만약 비영리법인의 설립에 있어서 준칙주의를 채택하게 되면 기존의 행정관청의 관여가 완전히 배제되기 때문에 ‘과격할 개혁’이라는 반대여론에 부딪힐 가능성이 크다는 현실을 고려하지 않을 수 없었다.²⁹⁾ 또한 인가주의에 의하더라도 인가기준을 상세히 규정하고 또한 주무관청의 인가처분을 기속하는 규정을 둔다면 실질적으로 준칙주의와 같은 효과를 기대할 수 있다고 판단하였기 때문이다.³⁰⁾

법인설립에 있어서 허가주의를 인가주의로 전환하게 되면 다음과 같은 효과를 노릴 수 있다. 법인의 설립인가를 위해 민법에 구체적인 인가요건이나 기준이 제시되기 때문에 각 주무관청에서도 법인허가에 대해 종전처럼 裁量이 아닌 통일적으로 법정화된 인가요건에 羈束되어야 하기 때문에 어느 관청에 법인설립인가신청을 할 것인지를 고르는 이른바 오피스쇼핑(office-shopping)이 사실상 무의미하게 된다. 이렇게 각 주무관청에 대해 통일된 인가요건이 적용됨에 따라 장차 법인설립업무 및 법인의 관리·감독업무를 총괄할 수 있는 기구(예컨대 영국의 Charity Commission)의 설립도 가능하게 된다.³¹⁾ 무

26) 황적인 외 29인 공저(민법개정안연구회), 『민법개정안의견서』, 삼지원, 2002, 14면.

27) 그러나 민법개정안으로 비판하면서 여전히 허가주의를 고수하는 입장으로는 강태성, “정부의 2014년 민법개정안 제32조에 대한 비판적 검토”, 『재산법연구』 제32권 제2호, 한국재산법학회, 2015, 27면 이하 등.

28) 고상현, 앞의 논문, 123면 이하. 또한 고상룡, “법인·시효제도 개선에 관한 민법개정안 소고”, 법률신문 제3913호 (2011.2.21) 참고.

29) 송호영, “민법상 법인편 개정의 주요 쟁점에 관한 고찰”, 『법학논고』 제34집, 경북대학교 법학연구소, 2010, 9면.

30) 송호영, 앞의 논문, 381면.

31) 같은 취지의 글로는 이증기, “공익단체의 규제와 공익위원회의 설립”, 『홍익법학』 제11권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.10, 498면 이하 및 김진우/이지민, “민간공익단체에 대한 국가감독체계의 개선방향에 관한 연구 -영국법으로부터의 시사점-”, 『외법논집』 제42권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018.2, 384면 이하.

엇보다도 인가주의가 적용되면 그동안 자의적으로 이루어졌던 주무관청의 법인설립허가가 통제되고 보다 합리적인 기준에 의해 법인설립에 관한 허가 및 감독권의 행사가 가능해진다는 점에 더 큰 의미가 있을 수 있다.

다음으로 (3) 기관의 구성에 관해서도 개선이 필요하다. 비영리법인은 사적자치가 적용되는 자율적인 조직이지만, 목적사업에 따라 자연인보다 훨씬 큰 사회적 영향력을 가질 수 있다. 따라서 비영리법인의 조직구성에 있어서도 어느 정도 사회적 가치가 반영될 필요가 있다. 즉, 일정한 범죄경력이 있거나 목적사업에 부적합한 비위경력이 있는 자에 대해서는 법인의 이사나 감사로 선임되는 것을 막을 수 있는 법적 조치가 필요하다. 이를 통해 비영리법인의 운영에 있어서 사회적 신뢰를 확보하는데 기여할 수 있을 것이다.

또한 비영리법인의 기관도 현실화하여야 한다. 독일민법은 이사회(Vorstand)를 필요기관으로 정하면서(§28 BGB) 그 대신 감사에 관한 규정을 두지 않았다. 그것은 이사회에서 이사나 대표이사의 업무를 견제할 수 있다는 생각에서 그리 정한 것이다. 그에 반해 한국민법은 이사회를 두지 않는 대신 감사를 두되 이를 임의기관으로 규정하였다. 그렇다면 극단적으로는 이사회도 없고 감사도 없는 비영리법인도 등장할 수 있게 된다. 이것은 현실과는 동떨어진 것이며, 법인의 자율적인 권한도 적절한 견제와 균형(Checks and Balances)이 있어야 할 것이다. 따라서 비영리법인의 기관으로 이사회 또는 감사를 필수기관으로 하여 법인 스스로 1차적인 관리·감독기능이 작동되도록 하여야 한다. 주무관청에 의한 관리·감독은 2차적으로 작용하여야 한다.

IV. 공익법인의 문제점과 개선방안

1. 기본재산의 전용문제

(1) 배경과 내용

우선 기본재산의 전용문제가 왜 등장한 것인지 이해를 돕기 위해 신문 기사를 인용한다.³²⁾

충남 서산시의 서산인재육성재단은 지난해 장학생 수를 80명에서 60명으로 25% 줄였다. 5년 전만 해도 연간 2억원을 넘던 재단의 이자 수입이 지난해 1억1000만원으로 떨어졌기 때문이다. 재단은 장학금뿐 아니라 각종 경비를 줄이는 건축 운영에 들어갔

32) http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/04/04/2016040400291.html (조선일보 인터넷판 2016.04.04. 기사) (2018.11.08. 최종접속)

다. 이 재단 관계자는 “연간 수입의 70% 이상은 재단 설립 취지에 맞춰 장학 사업에 써야 한다는 규정 때문에 재단 운영비로 3000만원밖에 쓸 수 없는 상황”이라며 “직원 한 명 봉급 주고, 사무실 한 칸 임차료 내기도 어려운 상황”이라고 말했다.

공익법인에 몰아친 초(超)저금리 쇼크는 재단 유지마저 어렵게 만들고 있다. 사업을 진행하는 데 필요한 이자 수입이 급감하자 공익 활동 자체를 중단한 곳도 나오고 있다. 국세청에 따르면 지난 2002년(1만987개)부터 2013년(2만9849개)까지 매년 증가세를 보였던 공익 법인 수가 2014년에는 전년도보다 117개가 줄어 11년 만에 처음으로 감소했다. 황창순 순천향대 사회복지학과 교수는 “2012년에 금리가 처음으로 2%대로 떨어진 여파가 돌아오기 시작한 것”이라며 “이자난에 허덕이다가 문을 닫는 공익 법인 수가 앞으로 폭증할 수 있다”고 했다.

위 기사에서도 알 수 있듯이 2008년 글로벌 금융위기 이래로 공익법인에 대한 기부금은 갈수록 줄어들고, 게다가 주로 기본재산의 이자수입으로 목적사업을 운영하던 공익법인은 초저금리시대를 맞이하여 갈수록 줄어드는 이자수입으로는 당초 계획한 법인사업을 하지 못하는 상황으로 내몰리고 있다. 이에 따라 공익법인의 운영자들은 저금리가 지속되는 상황에서 공익 사업을 계속하려면 원금(기본재산) 일부를 쓸 수 있도록 법을 바꿔야 한다고 목소리를 높여왔다. 그러나 법인의 기본재산을 전용하기 시작하면 공익법인은 일시적으로 정상적인 사업운영을 할 수 있겠지만 추후에 기본재산이 다시 증가하지 않는다면 법인의 활동기한은 그만큼 짧아지게 되는 문제점이 있다. 그렇지만, 공익법인이 기본재산을 쌓아두고도 가용할 수 있는 보통재산이 없어 정작 원래의 공익사업을 수행하지 못한다면 법인의 설립 자체가 무의미하게 된다. 그러한 점에서 공익법인을 유지하면서도 법인의 목적사업을 가능하도록 하는 선에서 기본재산의 轉用에 관한 적절한 타협이 필요하다. 이러한 사회적 요구에 따라, 2016년 공익법인법이 개정되어 일정한 요건 하에서 기본재산의 전용을 허용하고 있다. 그 내용을 소개한다.

공익법인의 재산은 대통령령으로 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구분한다(공익법인법 제11조 1항). 공익법인법 시행령에 따르면 기본재산에는 ① 설립시 기본재산으로 출연한 재산, ② 기부에 의하거나 기타 무상으로 취득한 재산, ③ 보통재산 중 총회 또는 이사회에서 기본재산으로 편입할 것을 의결한 재산, ④ 歲計剩餘金 중 적립금이 해당하고, 기본재산 이외의 모든 재산은 보통재산에 속한다(동 시행령 제16조). 기본재산은 그 목록과 평가액을 정관에 기재하여야 하며, 평가액에 변동이 있을 때에는 지체 없이 정관 변경 절차를 밟아야 한다(공익법인법 제11조 2항). 공익법인법은 공익목적사업의 원활한 수행을 위해 법인이 기본재산을 확보하도록 하는 것이 중요하다고 여겨서 기본재산의 변경에 엄격한 제한을 두었다.

즉, 개정전 공익법인법은 공익법인이 ① 기본재산을 매도·증여·임대·교환 또는 용도변경하거나 담보로 제공하거나, ② 대통령령으로 정하는 일정금액 이상을 장기차입하

려면 주무 관청의 허가를 받도록 하였다. 이러한 제한은 개정된 공익법인법에서도 그대로 유지된다. 그러한 제한 사유 외에 개정된 공익법인법은 ③ “기본재산의 운용수익이 감소하거나 기부금 또는 그 밖의 수입금이 감소하는 등 대통령령으로 정하는 사유로 정관에서 정한 목적사업의 수행이 현저히 곤란하여 기본재산을 보통재산으로 편입하려는 경우”에도 주무관청의 허가를 받도록 하는 규정을 신설하였다(공익법인법 제11조 3항). 즉, 이러한 경우에 법인의 기본재산을 보통재산으로 전용할 수 있도록 법적 근거를 마련해 준 것이다.

공익법인법상 규정한 “기본재산의 운용수익이 감소하거나 기부금 또는 그 밖의 수입금이 감소하는 등 대통령령으로 정하는 사유”로, 동법 시행령에서는 다음과 같은 사유를 들고 있다. (i) 기본재산의 운용수익이 감소한 경우, (ii) 기부금 등 무상으로 취득한 재산이 감소한 경우, (iii) 회비수입이 감소한 경우, (iv) 수익사업의 수익이 감소한 경우, (v) 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유로 보통재산이 고갈된 경우 등이다. 이러한 사유가 발생하면 공익법인은 주무관청의 허가를 받아 기본재산을 보통재산으로 전환할 수 있다. 기본재산을 전환할 수 있는 범위와 횟수에 대해서는 특별한 제한을 두지 않았는데, 주무관청의 허가단계에서 이를 적절하게 통제할 수 있다고 판단하였기 때문이다.

위와 같이 기본재산은 충분하지만 저금리 등 외부적 변수로 인해 기본재산으로부터 발생하는 보통재산만으로 사업을 영위하기 어려운 공익법인들을 위해 기본재산의 전용을 허용하는 규정을 신설하였음에도 불구하고 더 과감한 기본재산의 전용을 허용해야 한다는 목소리도 여전히 높다. 그러나 이에 대해서는 신중한 접근이 필요하다. 만약 기본재산 전용에 대한 적절한 제어장치가 풀리게 되면 단기간의 법인사업에는 효과적일 수 있으나 법인의 영속성에는 큰 타격을 받을 수도 있기 때문이다. 특히 재단법인의 경우에는 설립당시의 출연자의 의사와는 달리 이사회에 결정으로 기본재산이 소진될 수 있기 때문에 특히 유의해야 한다.

(2) 성실공익법인에 대한 특례

일반공익법인이 기본재산을 보통재산으로 편입하기 위해서는 주무관청의 허가를 받아야 하지만, 상속세 및 증여세법에 따른 이른바 성실공익법인에 대해서는 일정한 경우 주무관청에 대한 申告로 갈음할 수 있도록 하였다(공익법인법 제11조 4항). 즉, 기본재산을 보통재산으로 편입하려는 사유에 해당하면서 성실공익법인의 기본재산을 100분의 10 범위에서 보통재산으로 편입하려는 경우에는 주무관청에 대해 허가가 아닌 신고로 할 수 있다(공익법인법 제11조 4항). 다만 기본재산의 편입이 자주 있게 되면 기본재산이 소진되어 법인의 존속이 단축될 수 있으므로 이를 제한하기 위해 직전 편입이 있는 날부터 최소 3년이 경과하여야 기본재산의 편입이 가능하도록 하였다(공익법인법 제11조 4항).

즉 기본재산을 보통재산으로 편입한 적이 있으면 최소한 3년이 지난 다음에서야 기본재산의 전환을 시도할 수 있다.

2. 이른바 「공익위원회」의 설치?

한국에서 공익법인의 성립은 다음 두 가지 중 하나의 길을 통해 이루어진다. 그 하나는 처음에는 민법상 비영리법인으로 설립되었다가, 이후 그 법인이 공익법인법상의 요건을 갖추게 되었을 때 주무관청의 허가를 받아 공익법인으로 인정되는 경우이고, 다른 하나는 법인이 되려는 단체가 처음부터 공익법인법상의 요건을 갖추어 주무관청의 허가를 받아 곧바로 공익법인으로 되는 경우이다. 어느 경우에도 공익법인으로 되기 위해서는 주무관청으로부터 허가를 받아야 한다. 즉 어떤 법인이 공익법인으로서 적격성을 갖추었는지를 판정하고 공익법인으로 인정된 법인이 공익성을 계속 유지하고 있는지를 관리·감독할 수 있는 통일적인 기구는 존재하지 않고, 그러한 업무는 민법상 비영리법인에 관한 업무와 마찬가지로 각 주무관청에 맡겨져 있다. 그래서 공익법인을 설립함에 있어서 어느 주무관청에 허가신청을 할 것인가, 그리고 어느 주무관청의 관리·감독이 상대적으로 엄격하지 않은지를 찾아다니는 이른바 오피스쇼핑(office-shopping)의 폐단이 공익법인에도 그대로 있게 된다. 또한 법인의 목적사업이 여럿이거나 그 사업이 여러 정부부처와 관련이 있는 경우에 어느 기관이 주무관청인지(즉 어느 기관에 법인설립허가를 신청하여야 하는지) 명확하지 않다. 나아가 현실적으로는 주무관청으로서는 (공익)법인에 관한 업무만을 전담하는 전문적인 공무원을 두기도 어려울 뿐만 아니라, 법인관리·감독업무를 상시적으로 수행하는 것도 쉽지 않은 일이다. 그래서 법인행정의 효율을 위해 법인설립·감독업무는 하나의 기관에서 통일적으로 하는 것이 바람직하다는 주장이 설득력을 얻고 있다.³³⁾ 이에 따라 최근 국회에는 이른바 「시민공익위원회」 또는 「국민공익위원회」 등의 명칭으로 공익법인의 설립 및 관리·감독을 통일적으로 관장하는 독자적인 기구의 설치가 법안으로 제출되어 있다. 또한 최근 법무부는 주무관청을 대신하여 「공익위원회」가 공익법인의 허가 및 감독업무를 담당하도록 하는 독자적인 법안을 준비하고 있다.

위원회의 명칭, 구성, 관할업무 등에 대해서는 앞으로 법안의 심의과정에서 구체화 될 것이지만, 공익위원회의 설치는 새로운 대통령의 국정과제로 정해져 있는 만큼 실현될 가능성이 매우 높다. 법안들이 공익위원회의 설치를 위해 주로 참고한 모델은 영국의 慈善委員會(Charity Commission)와 일본의 「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」에 근거한 公益認定等委員會이다.

33) 공익위원회의 설치를 주장하는 글로는 이중기, “공익단체 규제 체제의 개혁 -공익위원회 설립과 공익규제통합법 제정을 중심으로”, 『홍익법학』 제18권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 355면 이하 및 김진우/이지민, 앞의 논문, 367면 이하 참고.

공익위원회의 설치를 위해서는 공익법인법의 개정이 필요하다. 또한 민법과의 관계에서 공익위원회의 위치를 어떻게 잡을 것인지도 대단히 중요한 문제이다. 현재까지 알려진 공익법인법 개정안의 주요 골자는 다음과 같다. 첫째, 현행 공익법인법이 공익성의 기준을 매우 좁게 제시하고 있는 것에 반해, 개정안은 공익목적의 사업범위를 대폭 확대하여 민간단체가 공익법인으로 인정될 수 있는 문턱을 낮춘다. 둘째, 민간과 정부가 공동으로 참여하는 ‘공익위원회’를 설치하여 통일적인 공익법인 설립허가 및 관리·감독 업무를 수행하도록 한다. 아울러 공익위원회로 하여금 업무수행의 독립성과 정치적 중립의무를 부여하여 공익법인의 설립에 있어서 특혜성 시비를 불식시킨다. 셋째, 비영리법인이 공익법인으로 인정될 수 있는 기준과 공익법인의 인정을 취소하는 기준을 구체적으로 설정하여 공익법인의 존속에 대한 예측가능성을 확보한다. 넷째, 공익법인에 대한 관리·감독 강화와 병행하여 각종 지원 규정을 마련하여 공익법인 설립의 유인이 될 수 있도록 한다. 다섯째, 공익법인의 합병제도를 도입하여 공익법인 운영에 다양성을 부여하고 법인합병의 절차 및 효력발생 시기 등을 규정하여 합병에 따른 법률관계를 명확히 한다는 것 등이다.

V. 맺음말

오늘날 제3섹터의 중요성에 대해서는 의심의 여지가 없으며 앞으로 제3섹터의 역할이 더욱 증대할 것이라는 점 역시 분명해 보인다. 그렇지만 제3섹터의 중심축을 이루는 비영리법인 내지 공익법인의 역할은 위기를 맞이하고 있는데, 그 위기의 원인은 법인제도를 약용하려는 법인 내부적인 것에서부터 글로벌 경제위기와 같은 법인 외부적인까지 다양하다. 그러한 법인의 위기를 극복하기 위해 여러 법정정책 방안들이 강구되고 있다. 일각에서는 최근 비영리법인 제도를 약용하여 사익을 취하려는 일련의 사태들에 대한 반감으로 비영리법인의 설립과 관리·감독을 더욱 엄격히 하여야 한다는 목소리가 높아지고 있다. 그렇지만 법인제도의 일부 부정적인 모습 때문에 법인제도 전체를 위축시키는 정책은 바람직하지 않다고 생각한다. 오히려 불분명하게 이루어진 법인의 관리·감독을 예측가능하도록 세부적인 규정을 가다듬어서 정확하게 집행하는 것이 더 중요하다. 그리고 법인에 대한 관리·감독이 설립단계에서만 “허가”에 의해 까다롭게 이루어지다가 정작 법인설립 이후에는 관리·감독이 느슨하게 이루어지는 주무관청의 관리·감독권의 행사도 문제로 지적하지 않을 수 없다. 그러한 점에서 필자는 법인의 설립·관리·감독 등을 통일적으로 관장할 수 있는 전문기관으로서 일종의 “공익위원회”의 설립을 지지한다. 그것은 단순히 법인의 관리·감독을 주된 기능으로 하는 것이 아니라, 앞으로 제3섹터 영역이 확장될 수 있게끔 법인의 설립을 활성화하고 법인의 경영효율을 도우며 왜곡

된 법인제도를 바로잡아가는 기능도 수행하여야 할 것이다.

현재 한국의 비영리법인법 및 공익법인법이 안고 있는 문제점을 개선해나감으로써, 제 3섹터에서 활동 중인 단체들이 더 나은 미래사회를 이끌어가는 중요한 역할을 할 수 있기를 기대한다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 고상룡, 『민법총칙』 제3판, 법문사, 2003.
- 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009.
- 김용한, 『민법총칙론』 재진정판, 박영사, 1997.
- 김중환/김학동, 『민법총칙』 제10판, 박영사, 2013.
- 백태승, 『민법총칙』 제4판, 법문사, 2009.
- 서광민, 『민법총칙』, 신론사, 2007.
- 송덕수, 『민법총칙』 제4판, 박영사, 2018.
- 송호영, 『법인론』 제2판, 신론사, 2015.
- 이영준, 『민법총칙』 개정증보판, 박영사, 2007.
- 이중기, 『공익신탁과 공익재단의 특징과 규제』, 삼우사, 2014.
- 피터 드러커 저(현영하 역), 『비영리단체의 경영』, 한국경제신문, 1995.
- 황적인 외 29인 공저(민법개정안연구회), 『민법개정안의견서』, 삼지원, 2002.
- 강태성, “법인에 관한 민법개정방향”, 『법조』 제538호, 법조협회, 2001.7
- _____, “정부의 2014년 민법개정안 제32조에 대한 비판적 검토”, 『재산법연구』 제32권 제2호, 한국재산법학회, 2015.
- 고상현, “민법상 비영리법인의 설립에서 인가주의와 준칙주의에 관한 시론”, 『법학』 제51권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2010.6.
- 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 『법조』 제548호, 법조협회, 2002.5.
- 김대정, “민법개정시안에서의 법인설립에 관한 입법주의의 전환”, 『법학논문집』 제34권 2호, 중앙대학교 법학연구원, 2010.
- 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 『인권과 정의』 제383호, 대한변호사협회, 2008.7.
- 김진우/이지민, “민간공익단체에 대한 국가감도체계의 개선방향에 관한 연구 -영국법으로부터의 시사점-”, 『외법논집』 제42권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018.2.
- 송호영, “민법상 법인편 개정의 주요 쟁점에 관한 고찰”, 『법학논고』 제34집, 경북대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “법인설립법제의 개선을 위한 설문조사연구”, 『법학논총』 제27권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2010.

- _____, “법정책학적 관점에서 본 민법상 법인관련 규정 개정안”, 『법과 정책연구』 제12집 제2호, 한국법정책학회, 2012.
- 윤철홍, “공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 주요내용과 문제점”, 『동서연구』 제8권, 연세대학교 동서문제연구원, 1996.
- _____, “비영리법인의 설립요건에 관한 입법론적 검토”, 『민사법학』 제50권, 한국민사법학회, 2010.9.
- 이증기, “공익단체의 규제와 공익위원회의 설립”, 『홍익법학』 제11권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.10.
- _____, “공익단체 규제 체제의 개혁 -공익위원회 설립과 공익규제통합법 제정을 중심으로”, 『홍익법학』 제18권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 이철송, “상법상의 입법착오의 시정을 위한 연구(1) -상법총칙·상행위편을 중심으로-”, 『비교사법』 제12권 4호, 한국비교사법학회, 2005.
- 정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 『비교사법』 제5권 1호, 한국비교사법학회, 1998.

2. 기타

- 고상룡, “법인·시효제도 개선에 관한 민법개정안 소고”, 법률신문 제3913호 (2011.2.21.)
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/04/04/2016040400291.html (조선일보 인터넷판 2016.04.04. 기사) (2018.11.08. 최종접속)

Abstract

Rechtspolitische Verbesserungspläne über die nichtwirtschaftliche bzw. gemeinnützige juristischen Personen in Korea

Song, Ho-Young

Hanyang University, School of Law

Die Rolle des dritten Sektors in unserer Gesellschaft nimmt zu. Die nichtwirtschaftliche juristische Personen und die gemeinnützige juristische Personen, welche im dritten Sektor eine Kernfunktion fungieren, sehen sich jedoch internen oder externen Krisen ausgesetzt. Die Ursache der Krise kann ein internes System, das die nichtwirtschaftliche juristische Personen nicht ordnungsgemäß verwaltet bzw. beaufsichtigt wird oder ein externes Problem, wie eine Veränderung der äußeren wirtschaftlichen Lage, sein. Diese Arbeit befaßt sich mit internen und externen Problemen, mit denen die nichtwirtschaftliche juristische Personen und die gemeinnützige juristische Personen in unserer Gesellschaft konfrontiert sind, und untersucht gesetzgeberische und rechtspolitische Verbesserungen, um solche Probleme zu überwinden(Kapitel I).

Zum Zweck dieser Untersuchung, Kapitel II, dieser Arbeit stellt ein Überblick um die Regeln über die nichtwirtschaftliche juristische Personen und die gemeinnützige juristische Personen im unseren Recht dar. Kapitel III dieser Arbeit beschäftigt sich mit dem Problem über die nichtwirtschaftliche juristische Personen im KBGB und dem Plan zur gesetzgeberischen Verbesserung. Dafür wird Einführung des Genehmigungsystems vorgeschlagen, um Nachteil des Konzessionssystems zu überwinden. Aber auch Einführung des Systems des Vorstands and des Aufsichtrates wird dabei vorgeschlagen. Kapitel IV dieser Arbeit behandelt das Problem über gemeinnützige juristischen Personen im

Sondergesetz und den Plan zur gesetzgeberischen Verbesserung. Dafür wird gesetzgeberische Maßnahme zur Ermöglichung der Umwandlung des Grundkapitals zum Normalkapital vorgestellt, um in Zeiten der niedrigen Zinsen ständige gemeinnützige Tätigkeit aufrechterhalten zu können. Nicht zuletzt wird die Einführung einer einheitlichen Verwaltungsorganisation wie Charity Commission vorgeschlagen, um effektive Überwachung und Verwaltung über gemeinnützige juristische Personen zu ermöglichen. Kapitel V. dieser Arbeit fasst die obigen wichtigen Punkte zusammen.

Key Words : dritter Sektor, nichtwirtschaftliche juristische Person, gemeinnützige juristische Person, Konzessionssystem, Genehmigungssystem, Grundkapital, Charity Commission