

2018년 기획연구 보고서

Part.4

공익성 및 공익단체의 정치활동의 가능성과 한계

김진우 | 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수



책임연구자



김진우

한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

학력

독일 Regensburg대학교 법학박사

동국대학교 법학석사

동국대학교 법학사

최근 주요경력

법무부 “공익법인 총괄기구” 설치 관련 T/F 위원

행정안전부 기부심의위원회 위원

대한변호사협회 2015년도 제153기 「비영리법인(복지법인 포함)」 특별연수 강사(비영리법인 분야)

연구실적

공익법인법연구, 법무법인 태평양 재단법인 동천 공동편집, 경인문화사, 2015 (공동집필)

민간공익단체에 대한 국가감독체계의 개선방향에 관한 연구, 외법논집 제42권 제1호, 2018

Control over Charities by a Grantor—Comparative Study between the U.S., German, and Korean Laws, International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 6, No. 8 August 2016 등 비영리공익활동법에 관한 29편의 논문

공익성 및 공익단체의 정치활동의 가능성과 한계

김진우(한국의국어대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가며

(1) 일정한 공익목적을 실현하기 위하여 활동하는 비영리단체(이하 “공익단체” 또는 “민간단체”라 한다)는 세제혜택을 받거나 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금 등을 받을 수 있다. 그런데 공익목적은 공간과 시간에 따라 다소 달라질 수 있다. 공익목적을 적절히 입법화하는 것은 법적 안정성 및 구체적 타당성을 꾀할 수 있는 첩경이 된다. 공익목적의 입법방법으로는 크게 ① 단순히 일반조항을 두는 규율방식과 ② 공익목적을 상세히 열거하는 규율방식이 존재한다. 첫 번째 규율방식은 법률에 일반적·추상적인 공익 개념을 두고 그 구체적 판단을 행정청이나 법원에 맡기는 것으로 유연성을 기할 수는 있지만 투명성 내지 법적 안정성을 기하기 어려운 단점을 가진다. 그래서 민간공익활동에 관한 법제도에 관하여 오랜 전통을 갖지 못한 법질서에서는 두 번째 규율방식을 취하는 것이 바람직하다. 그러나 공익목적을 폐쇄적·한정적으로 규정할 경우 시대의 흐름에 따라 새롭게 등장하는 공익목적을 적절히 포섭할 수 없는 문제점이 발생한다. 따라서 공익목적을 열거하는 방식을 취하더라도 일반조항은 불가결하다. 공익목적을 열거하더라도 적절히 예시할 필요가 있다. 여기서 선진국 법질서와의 비교는 유용한 시사점을 줄 수 있을 것이다.

(2) 공익단체들은 다소의 정치활동을 하여 왔거나 할 수밖에 없다. 그런데 이에 대하여는 늘 찬반이 갈릴 수밖에 없고, 정치활동을 하는 민간단체에 대하여 세제혜택 또는 국가나 지방자치단체가 보조금을 교부하는 것에 대하여 비판적 시각도 존재하는 것도 엄연한 현실이다. 이에 관한 예를 보면서 문제점을 보다 선명히 파악해 보자.

〈사례 1〉 2018. 3. 3. MBC는 사단법인 “한국다문화센터” (이하 “센터”라 한다) 대표가 반기문 전 UN 사무총장 팬클럽인 “반딧불이”를 조직하여 2017. 1. 반씨 귀국 시 공항에서 센터 산하의 “레인보우합창단” 원으로 하여금 꽃다발을 증정하도록 하는 등 센터를 정치활동에 이용했다는 보도를 한 바 있다. 이에 주무관청인 방송통신위원회는 센터의 회계운영과 일반사무 전반에 대한 점검을 하였다. 한편 법인세법 시행령 제36조에 따르면 법인의 명의 또는 그 대표자의 명의로 특정 정당 또는 특정인에 대한 공직선거법 제58조 제1항에 따른 선거운동을 한 것으로 권한 있는 기관이 확인한 사실이 있을 경우 지정기부금단체 지정의 취소 사유에 해당한다. 이에 방송통신위원회는 센터 대표의 위와 같은 활동이 공직선거법 상 선거운동에 해당하는지 여부를 확인하기 위해 2018. 4. 3. 중앙선거관리위원회에 공문으로 확인 요청을 하였지만, 중앙선거관리위원회로부터 센터 또는 대표가 선거운동을 한 사실을 확인할 수 없다는 공문을 회신 받았다.

〈사례 2〉 2018. 6. 13. 지방선거에서 전라북도 현직교육감을 추대하려는 시민단체들이 “촛불정신 완수를 위한 진보 교육감 후보 지지연대”라는 명칭의 모임을 결성하여 활동에 나섰다. 이에 앞서 “전북 교육의 새로운 변화를 위한 시민선언” 참가자들은 “일부 단체가 진보 교육감 후보 선출 논의를 일방적으로 시작했다”며 “더 큰 진보, 더 큰 민주주의가 싹틀 수 있도록 아름답게 퇴임하라”고 현직교육감을 압박하였다¹⁾.

그동안 우리 학계에서는 공익단체가 입법 예고된 법안을 공개적으로 비판할 수 있는지, 원전(原電)의 유지나 폐지에 대하여 입장을 표명할 수 있는지, 공익단체의 시위와 정치활동 참여가 공익성과 조화를 이룰 수 있는지, 공익단체가 정치권에 대하여 적극적으로 로비활동을 하는 것이 허용되는지, 공익단체가 특정 정치인의 낙선운동을 할 수 있는지 등과 관련하여 활발히 논의되지 않았다.²⁾ 그에 따라 공익단체가 가령 환경보호, 교육, 민주주의의 촉진 등과 관련하여 어느 정도로 정치적 의견형성에 참여할 수 있는지에 관하여 논란이 있을 수밖에 없어 법적 불안정성이 존재한다. 공익단체의 활동(웹사이트에서의 의견표명에서부터 시작하여 입법안 또는 국민투표에 대한 입장표명 등에 이르기까지)의 많은 변형들은 원칙적으로 정치성을 띠지 않거나 정치적 중립성을 가진다. 이에 본 연구는 선진국에서의 논의를 참조하여 공익단체의 정치활동의 가능성과 한계에 대하여 생각해 보려고 한다. 선진국의 입법례 또는 학설이 공익활동을 어떻게 포착하는지 살펴보는 것은 비교법적 관점에서 한국법의 현황 및 특징을 파악할 수 있도록 할 것이며, 나아가 한국

1) 센터 정관 제2조에 의하면 센터는 “방송을 활용하여 다문화 사회에 대한 홍보활동과 이에 따른 연구, 교육활동 등을 체계적이고 지속적으로 전개하여 한국사회가 열린공동체로 나아가는데 이바지하는 것”을 목적으로 한다.
 2) 조선일보, 2018. 5. 8.
 3) 이틀테면 김행희, “시민단체의 당파성 제거방안”, 민주주의와 인권 제1권 제3호, 2011은 이 문제를 고찰하고 있지만, 제도적 측면, 특히 법적 분석은 심층적으로 행하지 않았다.

법의 업데이트가 필요한지 여부를 판단하는 유용한 기준의 하나가 될 것이기 때문이다.

II. 공익성에 관한 법률규정

여기서는 우리 법과 다른 선진국의 입법례가 민간공익활동과 관련하여 어떤 목적사업에 대하여 공익성을 인정하는지를 살펴보고, 우리 법의 문제점을 진단한다.

1. 우리 법

현행법상 목적사업의 공익성 여부를 판단하기 위해서는 여러 관련 법령을 검토해야 하지만, 아래에서는 몇 가지 주요 법령들에 대해서만 살펴본다.

가. 공익법인법에 따른 공익목적

「민법」의 규정을 보완하여 법인으로 하여금 그 공익성을 유지하며 건전한 활동을 할 수 있도록 함을 목적으로 제정된 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」(공익법인법)은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 공익법인으로 본다(제1조, 제2조). 이처럼 공익법인법은, 공익목적을 매우 좁게 파악하고 있기 때문에 현실에서 행하여지고 있는 다양한 형태의 민간공익활동을 적절히 포섭할 수 없는 근본적 문제점을 가지고 있고, 시급히 적용범위를 현실화해야 하는 과제를 안고 있다.

나. 기부금품법에 따른 공익목적

「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」(기부금품법) 제4조 제2항은 기부금품의 모집등록을 공익을 목적으로 하는 몇몇 사업의 경우에만 할 수 있도록 하고 있다(제4조 제2항 제4호 아목 참조).

〈기부금품법 제4조 제2항에 따른 공익사업〉

- 1. 국제적으로 행하여지는 구제사업
- 2. 천재지변이나 그 밖에 이에 준하는 재난(「재난 및 안전 관리기본법」 제3조제1호기목에 따른 재해는 제외한다)의 구휼사업(救恤事業)
- 3. 불우이웃돕기 등 자선사업
- 4. 영리 또는 정치·종교 활동이 아닌 사업으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업
 - 가. 교육, 문화, 예술, 과학 등의 진흥을 위한 사업
 - 나. 소비자 보호 등 건전한 경제활동에 관한 사업
 - 다. 환경보전에 관한 사업
 - 라. 사회적 약자의 권익 신장에 관한 사업
 - 마. 보건·복지 증진을 위한 사업
 - 바. 남북통일, 평화구축 등 국제교류·협력에 관한 사업
 - 사. 시민참여, 자원봉사 등 건전한 시민사회 구축에 관한 사업
 - 아. 그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업

기부금품법은 주요 공익목적을 열거하고 있을 뿐만 아니라 특히 제4조 제2항 제4호 아목에서 “그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업”이라고 하는 개방적 구성요건을 두고 있어 바람직한 형태의 입법으로 평가할 수 있다. 특히 환경보전, 소비자 보호, 시민참여, 자원봉사 등 건전한 시민사회 구축 같은 목적을 공익목적으로 열거한 것은 시대의 흐름을 적절히 반영한 것이다. 그리고 제4조 제2항 제4호 가목의 “교육”은 “중립적·객관적 정치교육”도 포함한다고 새길 것이다. 다만 구체적 열거사항 중에는 업데이트의 여지를 가진 것이 있다. 가령 “소비자 보호”는 “건전한 경제활동에 관한 사업”이라기보다는 “사회적 약자의 권익 신장에 관한 사업”에 보다 가깝다고 할 것이므로 나목과 라목을 통합하여 “소비자 보호 등 사회적 약자의 권익 신장에 관한 사업”으로 개정할 것을 제안한다.

다. 비영리단체법 및 소득세법 시행령/법인세법 시행령

「비영리민간단체지원법」(비영리단체법) 제2조(정의) 제1호는 이 법에 있어서 “비영리민간단체”를 “영리가 아닌 공익활동을 수행하는 것을 주된 목적으로 하는 민간단체”로서 ① 사업의 직접 수혜자가 불특정

다수일 것, ② 구성원 상호간에 이익분배를 하지 아니할 것, ③ 사실상 특정정당 또는 선출직 후보를 지지·지원 또는 반대할 것을 주된 목적으로 하거나, 특정 종교의 교리전파를 주된 목적으로 설립·운영되지 아니할 것, ④ 상시 구성원수가 100인 이상일 것, ⑤ 최근 1년 이상 공익활동실적이 있을 것, ⑥ 법인이 아닌 단체일 경우에는 대표자 또는 관리인이 있을 것을 요구하고 있다. 여기서 공익성이 인정되기 위한 본질적 요건은 ①·②·③이다.

한편 「소득세법」 시행령 제80조(지정기부금의 범위)는 소득세법 제34조 제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 기부금”을 정의하고 있는바, 비영리단체법에 따라 등록된 단체 중 다음의 요건을 모두 충족한 것으로 행정안전부장관의 추천을 받아 기획재정부장관이 지정한 단체에 지출하는 기부금에 대하여 세제혜택을 인정하고 있다. ① 해산시 잔여재산을 국가·지방자치단체 또는 유사한 목적을 가진 비영리단체에 귀속하도록 한다는 내용이 정관에 포함되어 있을 것, ② 수입(국가 또는 지방자치단체로부터 받는 보조금 수입은 제외한다) 중 개인의 회비·후원금이 차지하는 비율이 기획재정부령으로 정하는 비율을 초과할 것, ③ 정관의 내용상 수입을 친목 등 회원의 이익이 아닌 공익을 위하여 사용하고 사업의 직접 수혜자가 불특정 다수일 것, ④ 지정을 받으려는 과세기간의 직전 과세기간 종료일부터 소급하여 1년 이상 비영리민간단체 명의의 통장으로 회비 및 후원금 등의 수입을 관리할 것, ⑤ 과세기간별 결산보고서의 공개에 동의할 것, ⑥ 행정안전부장관의 추천일 현재 인터넷 홈페이지가 개설되어 있고, 인터넷 홈페이지와 국세청의 인터넷 홈페이지를 통하여 연간 기부금 모금액 및 활용실적을 매년 3월 31일까지 공개한다는 내용이 정관에 포함되어 있을 것, ⑦ 지정을 받으려는 과세기간 또는 그 직전 과세기간에 기부금대상 민간단체 또는 그 대표자의 명의로 특정 정당 또는 특정인에 대한 「공직선거법」 제58조제1항에 따른 선거 운동을 한 것으로 권한 있는 기관이 확인한 사실이 없을 것.⁴⁾ 여기서 공익성이 인정되기 위한 본질적 요건은 ①·③·⑦이며, ④·⑤·⑥은 공익성과 간접적으로 관련된 이른바 “투명성” 확보를 위한 요건이라고 할 수 있다.

4) 법인세법 시행령 제36조에도 이와 유사한 내용이 규정되어 있다.

2. 영국법

가. 개관

영국⁵⁾에서 민간단체가 공익성을 인정받기 위해서는 공익목적(charitable purpose)을 가져야 하며, 사회 일반을 장려해야 하고(requirement of public benefit), 설립자나 구성원에 대한 이익분배가 없어야 한다(non-profit distributing). 나아가 수익은 오로지 공익목적의 달성을 위하여 사용되어야 한다(exclusively charitable requirement). 그 밖에 경제적 활동 및 정치적 활동에 대하여는 일정한 제약이 따른다.⁶⁾ 영국법에서의 공익목적은 2011년의 공익단체법(Charities Act 2011, CA 2011)에 정의되어 있다. 같은 법에 따른 공익성의 판단은 공익위원회(Charity Commission)가 하지만, 세제혜택을 위한 공익성 판단은 국세청이 한다.⁷⁾

나. 공익목적

민간단체는 공익 목적을 추구하는 경우에 한하여 공익성을 인정받는다(CA 2011, sec. 1). 공익목적의 정의는 공익단체법 제3조에 상세히 규정되어 있다.

〈영국 공익단체법 제3조에 따른 공익목적〉

1. 빈곤의 예방 및 구제
2. 교육의 촉진
3. 종교의 촉진
4. 건강증진 및 생명구조
5. 시민 또는 공동체의 발전의 촉진
6. 예술, 문화, 유산 또는 과학의 촉진

5) 본 연구에서의 영국은 England와 Wales를 가리킨다.

6) Cutbill/Sturm, Länderberichte: England, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, S. 851.

7) 김진우, “민간공익단체에 대한 국가감독체계의 개선방향에 관한 연구: 영국법으로부터의 시사점”, 외법논집 제42권 제1호, 2018, 371면, 375면.

7. 아마추어스포츠의 촉진
8. 인권, 분쟁의 해결 또는 화해의 촉진 또는 종교, 인종간의 이해 또는 평등 및 다양성의 장려
9. 환경의 보호 또는 개선의 촉진
10. 청소년, 고령자, 질병, 장애, 경제적 궁핍 또는 다른 불이익을 이유로 하는 근로자의 구제
11. 동물보호의 촉진
12. 군대의 효율성 장려 또는 경찰, 소방 및 구조서비스 또는 구급서비스의 효율성 장려
13. 그 밖의 공익목적

다. 공공복리의 촉진

공익단체법상의 모든 공익목적에 위한 핵심기준은 공공복리 내지 공익의 증진이다. 따라서 공익성이 인정되기 위해서는 단체의 활동에 의하여 사회 일반이 이익을 받을 수 있어야 한다. 예컨대 특정 가족의 구성원이나 특정 기업체의 임직원처럼 수익자의 범위가 확정적으로 정해져 있다면 사회 일반의 이익을 위한 것이라고 할 수 없다.⁸⁾

라. 공익성 배제사유

(1) 경제활동

공익단체의 경제활동은 원칙적으로 금지되지 않는다. 경제활동이 공익목적 외에 독립적인 목적이 아니라 공익목적의 달성을 위한 수단이라면 허용된다. 특히 공익단체는 그의 급부에 대하여 반대급부를 요구할 수 있다. 철저히 금지되는 것은 설립자나 구성원에 대한 이익분배이다. 또한 공익단체의 정관상의 목적과 관련이 없는 제3자에 대한 이익분배도 금지된다.⁹⁾

8) Cutbill/Sturm, a.a.O., S. 854.

9) Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA, 2004, S. 168 f.

(2) 정치활동

정치활동은 공익목적으로 인정되지 않는다. 이 금지는 정당(政黨)의 이익을 지원하는 것은 물론 영국에서 입법에 영향을 미치려는 시도 및 국가의 국내외에서의 고권적 조치에 대하여 영향을 미치려는 시도를 포함한다.¹⁰⁾ 그럼에도 공익단체는 그의 활동영역에 기한 일반적·정치적 논쟁에 관여할 수 있으며, 일정 정치적 방향 또는 견해를 지지하는 자신의 작업 결과물을 공간할 수도 있다. 공익단체의 정치활동이 본래적 활동영역과 내용적 연관성이 없는 경우 허용되는 일반적·정치적 행위의 경계를 일탈한 것이 된다. 또한 입법 또는 국가기관에 대한 정치적 영향력 행사가 공익적 관심사 그 자체가 아니라 행위의 본래적 목표인 경우에도 마찬가지이다.¹¹⁾

1982년 Amnesty International은 정관상의 목적이 정치적 성격을 갖는다는 이유로 공익성이 부정되었다.¹²⁾ 이때 법원은 정치목적의 배제에 대한 이유를 “일정 정치적 사상이나 법률개정이 공공복리에 이바지하는지에 대하여는 법원이 판단할 수 없는 점”에서 찾았다. 그럼에도 법원이 이를 판단하게 되면 입법자의 권한을 침해하는 것이 된다고 하였다. 이와 같은 법원의 소극적 입장은 영국 입법자는 사법(司法)적 통제를 받지 않는다(sovereignty of parliament)는 점을 배경으로 한다. 물론 실무상 그다지 의미가 없는 정치활동이 공익성을 부정하는 결과를 초래하지는 않는다.

3. 미국법

미국에서 공익성(charity)은 일반적으로 공공서비스 내지 사회 일반에 대한 봉사를 의미한다.¹³⁾ 공익단체(charitable organizations)가 광범위한 세제혜택을 받기 위해서는 내국세법(Internal Revenue Code, IRC) § 501(c)(3)에 따라 ① 종교, ② 자선, ③ 학술, ④ 공공안전, ⑤ 문학, ⑥ 교육, ⑦ 국내·국제 아마추어스포츠경기의 촉진, ⑧ 아동 또는 동물의 학대 방지를 목적으로 하며, 이들 목적과 다른 목적을

10) Picarda, *The Law and Practise Relating to Charities*, 2nd ed., 1995, pp. 151; Schluter, a.a.O., S. 167.

11) 그러나 개별사안에서의 경계획정은 쉽지 않다. 행위자의 행위는 본질적으로 동기로부터 파생되고 제한적으로만 외견적 사정으로 부터 파생되기 때문이다.

12) *McGovern v. Attorney General* [1982] Ch. 321.

13) Hopkins, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 8th ed., 2003, p. 92.

추구해서는 안 된다.¹⁴⁾ 또한 공익단체는 전적으로 공익목적을 위하여 설립되어 오로지 공익적으로 활동해야 하며(organized and operated exclusively for exempt purposes) 출연자나 그의 가족, 임직원 등의 내부자 또는 그 밖의 사인(私人)에 대하여 과도하고 부당한 이익을 주어서도 안 된다(private inurement doctrine and private benefit doctrine). 나아가 내국세법 § 501(h)에 규정된 활동을 제외하고 입법에 대한 홍보활동 또는 이와 유사한 활동을 하지 않아야 하며, 공직후보자를 위한(또는 반대를 위한) 정치적 캠페인(political campaigning)을 하지 않아야 한다.¹⁵⁾ 정부 또는 입법기관의 구체적 의사결정을 유도하기 위한 목표를 가지는 프로젝트를 공익단체의 재원으로 지원하는 것은 금지된다. 그럼에도 공익단체는 일상의 정치문제에 대하여 입장을 표명할 수 있으며, 이에 관한 행사를 개최하거나 간행물을 공간할 수 있다.¹⁶⁾ 또한 공익단체는 개별적인 사회문제에 관한 정치적 논쟁에 참여할 수도 있다. 다만 의회 및 정부에 대한 직접적 영향을 미치려는 시도가 금지될 뿐이다.¹⁷⁾ 공직후보자에 대한 지원 금지 또는 정치적 영향력 행사금지를 위반하게 되면 공익성은 소급적으로 박탈된다.¹⁸⁾ 공익성 여부를 판단하는 기관은 국세청(Internal Revenue Service, IRS)이다.

4. 독일법

독일에서의 공익목적은 1차적으로 세법의 규율사항이다.¹⁹⁾ 따라서 독일에서는 세무당국이 공익성 여부를 판단한다.

14) 그 밖에 미 내국세법 § § 501(c)(1), (2), (4)-(20), 501(d), 521(a)은 복지협회나 근로자 이익단체 등의 비공익적 비영리단체(non-charitable exempt organizations)의 세제혜택에 관하여 규정하고 있다. 비공익적 비영리단체도 공익단체와 마찬가지로 소득세 면세의 혜택을 받지만, 세제혜택을 받는 기부재산의 수령은 약간의 예외를 제외하면 § 501(c)(3)에 따른 공익단체만 가능하다(§ 170(c)(2)(B)). 공익단체에 대한 상속세 및 증여세 부과 예외에 관하여는 내국세법 § § 2055, 2522에 규율되어 있다. 주목할 점은 공익단체에 대한 각각의 세제혜택에 관한 미 내국세법 규정들의 적용요건은 조항마다 다르다는 점이다.

15) Blazak, *Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations*, 3rd ed., 1999, pp. 569; Hopkins, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 7th ed., 1998, Supplement, 2002, pp. 72.

16) Hopkins, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 7th ed., 1999, Supplement, 2002, pp. 338.

17) Schluter, a.a.O., S. 134.

18) Buchhalter Adler, *Rules of the Road, A Guide to the Law of Charities in the United States*, 1999, pp. 8.

19) Richter/Warle-Himmel/Ortloff, in: *Munch. Hdb. GesR Bd. V, 4. Aufl.*, 2016, §98 Rn. 2.

가. 좁은 의미의 공익 개념

독일의 경우 “좁은 의미의 공익목적”은 조세기본법(Abgabenordnung, AO) 제52조에 규정되어 있다. 그에 따르면 민간단체가 사회 일반을 물질적, 정신적 또는 도덕적 영역에서 이타적으로 장려하는 활동을 하는 경우에 공익목적을 추구하는 것으로 본다. 예컨대 장려를 받는 인적 범위가 어느 가족이나 어느 사업체의 임직원에 해당하는 자²⁰⁾ 또는 장소적 직업적 징표에 따른 구별에 의하여 지속적으로 소규모의 인적 범위로 확정되어 있는 경우에는 사회 일반에 대한 장려(공공복리의 촉진)라고 할 수 없다(조세기본법 제52조 제1항). 사회 일반은 반드시 자국에 거주하는 국민 전체 또는 국민의 다수일 필요는 없으며,²¹⁾ 수익자가 사회 일반으로 볼 수 없는 인적 범위에서 선발되지 않는 것이 중요하다. 사회 일반의 일부만이 장려되는 경우 공익목적의 성질이 그 제한을 정당화하지(남성합창단은 남성만 장려한다) 않는 한 공익성이 배제된다. 공익목적은 시간적·공간적으로 제한될 수 있다.²²⁾

위와 같은 요건이 충족됨을 전제로 다음의 각 사항들의 진흥은 사회 일반을 장려하는 것으로 인정될 수 있다(조세기본법 제52조 제2항).

〈독일 조세기본법 제52조 제2항에 따른 공익목적〉

1. 학술과 연구
2. 종교
3. 공중보건, 특히 조세기본법 제67조에 따른 병원에 의한 전염병의 예방 및 치료 및 동물 질병의 예방 및 치료
4. 청소년 및 고령자 지원
5. 예술 및 문화
6. 기념물의 보호 및 보존
7. 학생지원을 포함한 교육 및 직업훈련

20) 그래서 가족재단(Familienstiftung)과 기업재단(Unternehmensstiftung)은 공익성을 갖지 못한다.

21) 따라서 외국에서의 사회 일반을 위한 활동도 세제혜택을 받는 공익목적이 될 수 있으나, 이를 위해서는 독일연방공화국과의 관련성이 있어야 한다. 이와 반대로 외국인간단체의 독일에서의 공익활동도 공익목적으로 인정될 수 있고 세제혜택을 받을 수 있다.

22) Klein/Gersch, AO, 13. Aufl., 2016, §52 Rn. 2.

8. 연방 및 주의 자연보호법에 따른 경관보호, 환경보호, 해안보호 및 홍수로부터의 보호
9. 복지제도
10. 정치적·인종적 또는 종교적으로 박해당하는 자에 대한 지원, 난민, 추방된 자, 전쟁 피해자, 전사자유족, 전쟁포로, 장애인, 범죄행위의 피해자 등에 대한 지원, 박해당하는 자에 기념, 전쟁 및 재해희생자, 실종자 탐색
11. 생명위험으로부터의 구조
12. 화재·직업·재해로부터의 보호 및 민간인보호와 사고예방
13. 국제 상호 이해
14. 동물보호
15. 개발도상국에 대한 협력
16. 소비자에 대한 자문 및 소비자보호
17. 수형자 및 과거의 수형자에 대한 보살핌
18. 양성평등
19. 부부와 가족에 대한 보호
20. 범죄예방
21. 스포츠
22. 고향보존 및 지역의 역사 및 문화
23. 동물사육, 식물육종, 정원, 카니발을 비롯한 전통적 축제, 군인 및 예비군의 지원, 아마 추어 전파, 모형비행기
24. 조세기본법의 범위 내에서 민주적 국가제도의 일반적 진흥, 그러나 일정 국민의 개별적 이익을 추구하거나 지역정치적 영역에 국한된 것은 이에 해당하지 않음
25. 공익적·자선적·교회적 목적을 위한 시민참여

민간단체가 추구하는 목적이 위 25가지의 어느 하나에 해당하지 않지만 사회 일반이 물질적·정신적 또는 도덕적 영역에서 이타적으로 장려된다면 그것은 공익목적으로 인정될 수 있다(조세기본법 제52조 제2항 제2문).

조세기본법 제52조 제2항 제24호는 민주국가제도의 일반적 진흥이 공익목적에 해당한다고 한다. 공익 단체는 그의 정관상의 목적 달성을 위한 수단으로서 때때로 일상정치에 대한 의견을 표명할 수 있다. 다만 그 일상정치는 공익단체의 활동의 중심을 이루는 것이 아니어야 한다.²³⁾ 일반적 (중립적인) 정치교육은 공익적 국민교육(조세기본법 제52조 제2항 제7호)에 해당하지만, 정당 정치적 동기에 기한 영향력 행사는 공익목적이 아니다. 민간단체가 의문의 여지가 없는 공익목적에 위하여 때때로 정치적 논쟁에서 입장을 표명하는 것은 공익성을 해하지 않는다. 반면 정당에 대한 재정적 지원 또는 비물질적 지원은 공익성을 해한다. 정치적 목표를 실현하기 위한 정치적 의견형성 및 정치적 전략은 정당의 임무영역에 해당하므로 구체적 목적 실현을 위한 범위 내에서의 예외를 제외하고는 공익성을 갖지 않는다.²⁴⁾

나. 넓은 의미의 공익 개념

독일에서 “넓은 의미의 공익 개념”은 좁은 의미의 공익 개념 외에 자선목적(mildtätige Zwecke)과 교회목적(kirchliche Zwecke)을 포함한다.

(1) 자선목적

조세기본법 제53조에 따라 자선 목적도 공익 개념에 포함된다. 여기의 자선은 신체적·정신적·감정적인 상태로 인하여 타인의 도움을 필요로 하거나, 사회보장법이 정한 일정 수준 이하의 소득만을 갖거나, 경제적으로 곤궁한 자 등을 지원하는 것을 말한다. 즉, 인적 또는 경제적 도움이 필요한 자를 돕는 것이 자선이다. 다만 자선은 좁은 의미의 공익 개념의 아종으로 이해할 수도 있고 양자의 법률효과도 같기 때문에 자선을 좁은 의미의 공익 개념과 별도로 법률에 두는 것이 타당한 것인지에 관하여 의문이 제기된다. 그러나 자선목적의 경우 사회 일반에 대한 장려라는 요건이 적용되지 않는다는 점에 중요한 차이가 있다.²⁵⁾ 자선목적은 좁은 의미의 공익목적과 양립할 수 있으며, 양자는 흔히 중첩된다.²⁶⁾

23) BFH BStBl. II 1984, 844.

24) Klein/Gersch, AO §52 Rn. 48.

25) Böttcher, Transnationale Strukturen unternehmerisch tätiger NPO, 2017, S. 150.

26) Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2008, §3 Rn. 163 f.

(2) 교회목적

조세기본법 제54조는 민간단체가 공법상의 단체인 종교공동체²⁷⁾를 이타적으로 장려하는 활동을 하는 경우에 교회 목적을 추구하는 것이라고 한다. 여기에는 종교활동과 관련된 사항들이 널리 포함된다. 교회 목적도 사회 일반을 위한 것일 필요가 없다.

다. 공익성을 인정받기 위한 그 밖의 요건

(1) 이타성

조세기본법에 따른 공익성을 인정받기 위해서는 상술한 공익 목적을 가져야 할 뿐만 아니라 무엇보다도 단체행위의 이타성(Selbstlosigkeit)도 존재해야 한다(제55조). 공익단체의 활동이 1차적으로 자신의 경제적 목적을 추구하지 않고, 단체의 재원을 정관상의 목적을 위하여 사용하며, 특히 단체의 재원으로부터 구성원이 혜택을 받지 않는다면 그 장려 또는 지원은 이타적이다. 단체로부터의 탈퇴 또는 단체의 해산 시에 그 설립자 또는 구성원에게 출연된 재산이 상환되어서는 안 된다. 단체의 해산 시에 잔여재산은 세제혜택을 받는 목적을 위하여 사용되어야 한다. 이것은 일반적으로 역시 공익 목적을 수행하는 다른 단체로 잔여재산을 귀속시키는 형태로 이루어진다. 마지막으로 공익단체는 어떤 자에게도 정관상의 목적에 어긋난 지출 또는 많은 보수를 지급하여 혜택을 받게 해서는 안 된다. 이를 통해 공익단체의 활동은 두 가지 관점에서 제약 받는다. 한편으로 공익단체는 활동을 통해 자신의 경제적 이익을 추구해서는 안 된다. 다른 한편으로 공익단체는 설립자, 구성원에 대하여 부당한 이익을 주는 행위를 해서는 안 된다.²⁸⁾

(2) 배타성

공익단체의 목적은 배타성을 가져야 한다(조세기본법 제56조). 이것은 공익단체가 세제혜택을 받는 공익 목적 외에 세제혜택을 받지 않는 목적을 추구해서는 안 된다는 것을 의미한다. 따라서 공익단체의 활동은 오로지 세제혜택을 받는 목적의 실현을 위한 것이어야 한다. 공익단체의 전체 활동을 경제활동과 공익활동의 두 가지로 이분하는 것은 허용되지 않는다. 그럼에도 단체재산의 관리를 통해 일상거래에 참여하는 것은 허

27) 독일의 경우 교회는 공법상의 비영리법인이다.

28) Schlüter, a.a.O., S. 78.

용된다. 개별사안에서 허용되는 재산관리적 활동과 조세의무가 있는 경제활동의 경제획정이 항상 명백하게 이루어질 수 있는 것은 아니다.²⁹⁾ 또한 재단에 대하여는 수입의 1/3까지를 적절한 방식으로 설립자나 그의 후손의 부양, 모지관리 및 추모사업을 위하여 사용할 수 있는 예외가 인정된다(조세기본법 제58조 제5호).³⁰⁾

(3) 직접성

민간단체가 공익성을 인정받기 위해서는 자신의 행위에 의하여 공익목적 실현해야 한다(조세기본법 제57조). 공익단체는 그들의 활동이 공익단체 자체 활동으로 볼 수 있다면 다른 보조자를 사용할 수도 있다. 급부가 공익단체가 그다지 영향을 미칠 수 없는 제3자에 의하여 제공되는 경우 직접성을 충족하기에 부족하다. 공익단체는 상시적으로 법적으로는 물론 사실상으로도 보조자의 활동에 영향을 미칠 수 있어야 한다. 이때 보조자가 자연인인지 아니면 법인인지는 중요치 않다. 공익활동을 위탁받은 법인 그 자체는 공익단체일 필요가 없다. 직접성의 원칙은 공익단체가 다른 공익단체에 참여하는 것은 배제하지 않는다.³¹⁾

5. 일본법

가. 공익인정법

일본에서 민간공익활동의 공익성을 인정하는 근거가 되는 법률은 「공익인정법(公益認定法)」이다. 민간 법인의 공익성은 공익인정등위원회(公益認定等委員会)의 심사를 거쳐 내각부(内閣府) 또는 도도부현(都道府県)이 인정한다. 이 공익인정등위원회는 내각부 산하에 설치되어 있는 민간지식인 7명의 위원으로 구성된 심의회(자문기관)이지만 공익성에 관한 판단권한이 있어 중립성, 전문성을 기한다. 공익인정등위원회는 수상(내각총리대신)의 자문을 받아 (1) 일반법인으로부터의 공익인정신청 등에 대한 심의 (2) 공익법인에 대한 권고, 명령 또는 공익인증의 취소 등에 관한 심의 등을 실시하여 수상에게 답신한다. 인증, 인가 또는 그 취소 등 행정처분은 행정청인 수상이 행하지만, 그 실질적 판단은 위원회가 한다. 법률의 위임

29) Schlüter, a.a.O., S. 78 f.

30) 이 예외는 적지 않은 부자들이 그의 상속인에 대한 부담을 덜 수 있는 경우에 비로소 그의 재산의 상당부분을 사회에 환원하는 경향을 반영한 것이라고 한다(von Hippel/Walz, Rechtspolitische Optionen zum deutschen Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, in: Walz/von Auer/von Hippel, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 231).

31) Schlüter, a.a.O., S. 79.

에 따라 공익인정등위원회는 공익법인으로부터 보고 징수, 입회 검사 등의 업무를 수행한다. 또한, 공익인정등위원회는 법률상 관계 법령 및 내각 부령의 제정·개폐 방안에 대해 의견을 진술할 수 있다. 이렇게 보면 일본의 공익인정등위원회는 행정기관에 가까운 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.

공익법인은 비영리법인으로서 불특정 다수인의 이익(공익)의 증진에 기여하는 법인이다. 공익인정등위원회에서 공익법인으로 인정되기 위해서는 공익목적으로 하는 사업이 “학술, 기예, 자선 기타 공익에 관한 별표 각호 종류의 사업에서 불특정 다수인의 이익의 증진에 기여하는 것”이어야한다(「공익사단 및 공익재단 법인의 인정 등에 관한 법률[公益社団及び公益財団法人の認定等に関する法律」 제2조). 공익인정법 별표에는 학술, 기예 자선 기타 공익에 관한 23종의 사업이 열거되어 있다. 또한 일본의 공익법인은 일반법인법에 근거한 일반법인이 신청해 인증을 받는 것이어서 비영리성이 전제되어 있다.

이와 같이 일본의 공익인정등위원회가 인정하는 공익법인은 특정비영리법인제도(NPO)와 함께 비영리 및 공익목적의 법인의 일반제도이지만, 종교·학교·의료·사회복지·갱생보호에 관한 각 법인은 별도로 존재한다.

종교법인의 인증은 문부과학대신 또는 도도부현(都道府県) 지사가 행한다(종교법인법). 사립대학교 및 사립고등전문학교의 설치하는 학교법인의 인가는 문부과학대신이 하며, 사립고등학교 이하의 학교만을 설치하는 학교법인의 인가는 도도부현 지사가 행한다(사립학교법). 의료법인의 설립에는 도도부현 지사의 인가가 필요하며(의료법), 사회복지법인은 도도부현 지사 또는 지정도시 혹은 중핵시의 관청이 관할청으로서 인가한다(사회복지법). 특정비영리활동법인(NPO법인)에 대하여도 제도는 내각부가 소관하지만, NPO법인의 관할청은 당해 NPO법인의 사무소가 있는 도도부현이 된다(특정비영리활동촉진법).

그 때문에 일본의 공익법인(좁은 의미)에는 일부의 예외(공익법인이 운용하는 병원 등)는 있지만, 사찰·교회, 학교, 병원, 사회복지시설 등은 기본적으로 포함되지 않는 반면 공익법인에 상응하는 것으로 평가되는 외국의 제도에는 많은 경우 일본에서 말하는 종교법인, 학교법인, 의료법인, 사회복지법인에 해당하는 것이 포함되고 있다.

나. 공익성 개념

공익인정법은 학술, 기예, 자선 기타의 공익에 관한 23종의 사업을 공익목적사업으로 규정하고 있는 바, 이들 사업은 불특정 다수인의 이익의 증진에 기여하는 것이어야 한다.

〈공익인정법 별표 2〉

1. 학술 및 과학 기술의 진흥을 목적으로 하는 사업
2. 문화와 예술의 진흥을 목적으로 하는 사업
3. 장애인이나 생활 곤궁자 또는 사고, 재해 또는 범죄로 인한 피해자의 지원을 목적으로 하는 사업
4. 노인의 복지 증진을 목적으로 하는 사업
5. 근로 의욕이 있는 자에 대한 취업 지원을 목적으로 하는 사업
6. 공중위생의 향상을 목적으로 하는 사업
7. 아동 또는 청소년의 건전한 육성을 목적으로 하는 사업
8. 근로자의 복지 향상을 목적으로 하는 사업
9. 교육, 스포츠 등을 통해 국민의 심신의 건전한 발달에 기여하거나 풍부한 인성을 내포 함양하는 것을 목적으로 하는 사업
10. 범죄의 방지 또는 치안 유지를 목적으로 하는 사업
11. 사고 또는 재해의 방지를 목적으로 하는 사업
12. 인종, 성별 기타 사유에 의한 부당한 차별이나 편견의 방지 및 근절을 목적으로 하는 사업
13. 사상과 양심의 자유, 종교의 자유 또는 표현의 자유에 대한 존중 또는 옹호를 목적으로 하는 사업
14. 남녀 공동 참가 사회의 형성, 더 좋은 사회 형성 추진을 목적으로 하는 사업
15. 국제 상호 이해의 촉진 및 개발도상국의 해외 지역에 대한 경제 협력을 목적으로 하는 사업
16. 지구 환경의 보전 또는 자연 환경의 보호 및 정비를 목적으로 하는 사업
17. 국토의 이용, 정비 또는 보전을 목적으로 하는 사업
18. 국정의 건전한 운영의 확보에 이바지하는 것을 목적으로 하는 사업
19. 지역 사회의 건전한 발전을 목적으로 하는 사업
20. 공정하고 자유로운 경제 활동의 기회 확보 및 촉진과 그 활성화에 의한 국민 생활의 안정 향상을 목적으로 하는 사업
21. 국민 생활에 필수적인 물자, 에너지 등의 안정 공급의 확보를 목적으로 하는 사업
22. 일반 소비자의 이익을 옹호하거나 증진을 목적으로 하는 사업
23. 앞의 각 호에 열거된 사항 외에 공익에 관한 사업으로서 정령(政令)으로 정해진 것

공익인정법에는 공익법인의 정치활동을 규제하는 명문규정이 없으나, 일반적으로 “NPO법”으로 일컬어지는 「특정비영리활동촉진법(特定非營利活動促進法)」에는 NPO법인의 정치활동을 규제하는 명문규정이 있고 이에 관하여는 후술한다.

6. 소결

법기술적으로 볼 때 충분히 구체화된 공익목적에 관한 목록을 마련하는 것이 법적 안정성의 확보에 조력한다. 그러나 폐쇄적·한정적 열거는 시대의 흐름에 따른 변화를 적절히 반영할 수 없는 중대한 문제점을 안고 있으므로 개방적·일반조항적 성격을 가지는 조항을 두어야 한다. 앞서 살펴본 선진외국의 법질서들도 공익목적의 입법방식과 관련하여 공익 목적을 폐쇄적·한정적으로 열거하는 것을 피하고 있다는 공통점을 가진다.

공익 목적을 정확히 정의한다는 것은 결코 용이한 작업이 아니지만, 선진국의 법질서는 공익 목적을 결정하는 내용적 기준과 관련하여 공통점을 보이고 있다. 즉, 이타적으로 사회 일반의 이익을 증진하는 것이 공익 활동이다.

실무상 문제되는 것은 사회 일반의 이익과 일정 인적 집단의 이익의 구별이다. 사회 일반의 이익은 반드시 국민 전체의 이익이라고 할 필요가 없다. 실제적 또는 지역적 관점에서의 제한은 허용된다. 그러나 순수한 사적 이익의 증진은 사회 일반의 이익 증진이라 할 수 없으므로 수익자의 범위가 지나치게 제한되어서는 안 된다. 예컨대 어느 민간단체의 수익자를 어느 가족, 어느 단체의 사원 또는 특정 직업의 구성원 등으로만 제한하고 있다면 사회 일반의 이익을 증진한다고 평가할 수 없다. 인종차별과 같은 헌법정신이나 우리 법질서의 근본적 결단에 어긋나는 목적은 사회 일반의 이익에 이바지한다고 볼 수 없다. 그러나 현행법의 개정을 위한 민간단체의 활동에 대하여 공익성을 부정하는 것은 의문시된다. 법정정책 논쟁 없는 다원주의 사회란 생각할 수 없기 때문이다.

공익단체의 활동은 1차적으로 자신의 경제적 목적을 추구하지 않고, 단체의 재원을 정관상의 목적을 위하여 사용해야 한다. 이것은 특히 단체의 재원으로부터 설립자나 구성원 또는 이들과 밀접한 관련을 가진 제3자가 혜택을 받지 않는다면(이익분배금지) 긍정될 수 있을 것이다. 공익단체의 임직원에 대한 보수지

급이 부당하게 과다한 경우에는 이익분배금지원칙을 위반한 것이 된다. 부당하게 과다한지는 시장에서의 통상적인 보수와 비교하여 판단해야 할 것이다.

III. 공익단체의 정치활동의 허용 여부에 관한 외국의 논의상황

외국 법질서는 모두 공익단체가 정치적 목적을 추구하는 것을 금지하고 있다. 이는 공익단체와 정당을 구별하기 위해서이다.

1. 영국

영국법은 민간공익활동과 관련하여 정치적 목적(political purposes)과 공익목적(charitable purposes)을 준별한다.³²⁾ 공익단체는 정치적 목적을 추구해서는 안 되며, 정치적 기부와 정당에 대한 기부는 공익활동으로 인정되지 않는다. 법원은 종래 정치적 목적을 넓게 파악하고 있다. 정당 정치적 목표 외에 현행법의 개정에 영향을 미치려는 시도, 세계평화 또는 국내외의 일정 행정실무를 변경하려는 시도 및 고문이나 검열을 폐지하려는 시도도 정치적 목적으로 파악한다.³³⁾ 그래서 정치적 캠페인과 여론의 변화에 영향을 미치는 것은 공익성이 인정되지 않는다. 기껏해야 정보가 (비정치적인) 주된 목적의 실현에 필요한 때에 한하여 사회 일반 및 국회의원에 대한 중립적 정보제공만 허용된다.³⁴⁾ 이러한 제한은 학계와 공익단체에 의하여 강력한 비판을 받았다.³⁵⁾ 2006년의 공익단체법(Charities Act 2006)의 개정에 의하여 이 제한은 다소 완화되었다. 그래서 현재는 인권과 분쟁해결의 증진도 공익단체법상의 공익목적으로 열거되어 있다.

정치적 목적은 2011년의 공익단체법 제3조(이 규정은 공익목적을 열거하고 있다)에 언급되지 않았다.

32) Luxton, *The Law of Charities*, 2001, pp. 221.

33) *McGovern v. Attorney General* [1982] Ch. 321. Selbig, *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Großbritannien*, in: *Walz/von Auer/von Hippel, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, S. 337.

34) *Charity Commission, CC9 (1995) Political Activities and Campaigning by Charities*.

35) Swan, *Justifying the ban on politics in charity*, in: *Alison Dunn (ed.), The Voluntary Sector, the State and Law*, 2000, p. 161, 163.

그리고 공익단체법에 열거된 공익목적이라 하더라도 그 목표와 활동은 현행법의 테두리 내에 있어야 한다. 이것은 공익단체가 법령 및 공서양속을 위반하는 목표를 가져서는 안 된다는 점 외에도 정치적 목표(political aims)를 가져서도 안 된다는 의미로 새겨지고 있다.³⁶⁾ 법원은 정치적 지향성의 배제를 특히 두 가지 고려사항에 의하여 정당화한다. 한편으로 법원은 보다 구체적인 기준의 결여로 인하여 정치적 목적에 있어서는 어떤 활동이 공익을 위한 것인지 판단할 수 없기 때문이라고 한다.³⁷⁾ 다른 한편으로 법원이 국가의 입법에 영향을 미치려고 하는 공익단체의 집행을 모니터링할 때 발생할 수 있는 관할권의 충돌을 피해야 한다는 것이다.³⁸⁾ 공익목적과 정치적 목적의 준별에도 불구하고 영국법은 공익단체가 공익목적에 추구하는 범위 내에서 정치활동에 참여할 수 있음을 인정한다.³⁹⁾ 공익단체에 대한 모니터링을 담당하는 주무관청인 공익위원회는 지난 2008년 공익단체의 관리인을 위하여 허용되는 정치활동의 한계에 대한 공익위원회의 견해를 표명한 지침을 발표하였다.⁴⁰⁾ 이 행위권고는 (일정 관심사에 대한 사회 일반의 인식을 제고하기 위한 조치인) “캠페인”과 (현행법의 개정 또는 법률개정의 저지에 영향을 미치기 위한) “정치활동”을 구별한다. 또한 정치활동을 위한 다양한 내용적 요구사항이 표현되었다. 그래서 정치적 캠페인과 활동은 자기목적적이어서는 안 된다(reason for the charity’s existence).⁴¹⁾ 나아가 정관상의 목적과의 실제적 관련성(context)이 존재해야 한다.⁴²⁾ “정치적 무대”에서 공익단체들은 독립성을 유지해야 하고 그의 활동에 있어 현행법을 준수해야 한다.⁴³⁾ 그리고 공익단체의 기관(이사, 감사 등)은 정치활동의 장단점 및 리스크를 신중히衡量 하여야 한다.⁴⁴⁾

2. 미국

미국법에서의 공익성 개념은 세법에 의하여 정해지지만⁴⁵⁾, 실질적 상황은 영국과 유사하다. 내국세법

36) Selbig, Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen, 2007, S. 238.

37) Bowman v. Secular Society Ltd. [1917] AC 406 (HL).

38) National Anti-Vivisection Society v. IRC [1948] AC 31 (HL) (이 사건에서는 동물보호라고 하는 공익목적에 법률개정이라고 하는 정치적 수단을 통해 달성하려는 시도에 대하여 면세혜택을 박탈하였다); Huttemann, DB 2015, 824.

39) Luxton, *ibid.*, pp. 235.

40) Charity Commission, Guidance: Political Activities and Campaigning by Charities, 2008.

41) Charity Commission, 2008, p. 3과 14.

42) Charity Commission, 2008, p. 3과 13.

43) Charity Commission, 2008, p. 3과 21.

44) Charity Commission, p. 22.

45) Brody, in: Powell/Steinberg (ed.), The Nonprofit Sector, 2nd ed., 2007, pp. 243; Colombo, in: Walz/von Auer/von Hippel, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 571 (573 ff.); Geringhoff, Das Stiftungssteuerrecht in den USA und in Deutschland, 2008, S. 33 ff.

(IRC) § 501(c)(3)에 따라 가령 교육, 학술 및 종교의 증진을 목적으로 하는 일정 단체에 대해서만 면세 혜택을 준다. 세제 혜택을 위해서는 공익단체가 오로지 공익목적을 추구할 것이 요구된다. 어느 단체가 전적으로 공익목적을 추구하는지는 그의 정관에 따라 전적으로 하나 또는 수개의 공익목적을 추구하는지 그리고 실제의 활동도 이러한 목적을 추구하는 데 초점을 맞추고 있는지 여부에 따라 결정된다. 이것은 “조직 테스트(organizational test)⁴⁶⁾”와 “운영 테스트(operational test⁴⁷⁾”의 두 가지 검토절차에 의하여 심사된다.⁴⁸⁾ 후자의 범위 내에서 배타성의 요구는 —문언적 의미와는 달리— 단체가 그의 활동을 적어도 공익목적을 달성하는 데 중점을 두는 것을 의미한다.⁴⁹⁾ 독일 조세기본법 제55조는 제1항 제1호 제3문은 정당에 대한 지원을 위한 재원사용을 금지할 뿐이지만, 미국 내국세법 § 501(c)(3)은 단체 활동의 본질적인 부분이 입법에 영향을 미치지 않아야 한다는 점을 명시하고 있다. 공직후보자를 위한 선거캠페인에의 참여도 허용되지 않는다(no electoral campaigning). 이들 요건이 충족된 경우 공익단체는 소득세(income tax)를 면제받는다(§ 501(a) IRC).

미국 내국세법은 § 501(c)(3)에서 금지되는 정치활동으로서 ① 입법에 영향을 미치려는 시도(legislative and lobbying activities)와 ② 공직후보자의 선거캠프에 대한 협력(political campaign activities)을 구별한다. 그에 반하여 영국 공익단체법이나 독일 조세기본법은 이와 같은 준별을 알지 못하고 이 둘을 넓은 의미의 정치활동으로 포섭한다. 우리의 주제를 의미 있게 비교하기 위해서는 “로비활동”과 “선거캠프활동”으로 나누어 고찰할 필요가 있다. 또한 이러한 범주에 속하지는 않지만 “여론 형성에 영향을 미치는 활동”을 어떻게 평가할 것인지도 알아본다.

가. 로비활동

미국 내국세법 § 501(c)(3)에 따라 그의 활동의 본질적 부분(substantial part)이 입법에 영향을 미치지(carrying on propaganda, or otherwise attempting to influence legislation) 않는 단체는 면세된다. 이것은 그에 의하여 단체가 추구하는 공익목적을 증진하더라도 마찬가지이다.⁵⁰⁾ 로비활동 개념은 입법에 관여하는 자에 대한 직접적 영향력 행사는 물론 여론 형성에 대한 영향, 즉 “풀뿌리 로비활동(grass roots

46) 공익단체의 정관에 대한 요구사항을 말한다.

47) 공익단체의 실제 운영에 대한 요구사항을 말한다.

48) Mancuso, How to form a nonprofit corporation, 2013, p. 40; Hopkins, Law of Tax-Exempt Organizations, 10th ed., 2011, pp. 65.

49) §1.501(c)(3)-1 c No. 1 CFR.

50) Rev. Rul. 67-293, 1967-2 C.B.; Cammarano v. United States, 358 US 498 (1959).

lobbying)”을 포괄한다. 로비활동이 활동의 본질적 부분을 이루는지는 “본질적 부분 테스트(substantial part test)”와 “비용 테스트(expenditure test)”의 두 가지 기준에 의하여 심사된다. 입법에 영향을 미치는 로비활동을 한 단체는 공익성을 박탈당할 뿐만 아니라 단체 및 임원에 대한 조세형벌(excise tax)이 부과된다(§§ 4912, 4945). 광범위하게 로비하는 단체는 그 활동이 사회의 개선을 목표로 하는 경우 내국세법 § 501(c)(4)의 요건에 따라 세제혜택을 받을 수 있다.

(1) 본질적 부분 테스트

본질 개념은 법률적으로 정의되지 않았기 때문에 법원은 이에 관한 기준을 발전시켜야 하는 과제에 직면하였다. 1955년에 나온 United States Court of Appeal의 판결은 법원들이 이 개념을 일단 매우 비판적으로 형성하였음을 보여준다. 단체의 총 가용시간의 5% 미만을 로비활동에 사용했다면 그것은 비본질적이라고 하였다.⁵¹⁾ United States Court of Appeal은 1972년 이와 같은 경직된 기준을 포기하였고 그 이래 사안 별로 포괄적인 형량을 하고 있다.⁵²⁾

(2) 비용 테스트

미국 내국세법 § 501(h)(4)에 의하면 예컨대 교육시설과 같은 일정 공익단체는 그의 로비활동의 본질성을 “본질적 부분 테스트”가 아닌 “비용 테스트”에 의하여 판단할 수 있도록 하고 있다. 이러한 비용 테스트에서는 개별 사안적 형량이 아니라 단순히 로비활동에 대한 비용만이 심사된다. 로비활동의 양적 허용 가능성과 관련하여 내국세법 § 4911 (c)에 규정된 로비를 위한 지출금액이 허용되는 최대금액인 150%를 초과하는 경우 공익성을 박탈당한다.⁵³⁾ 그 최대금액은 원칙적으로 공익목적의 추구를 위한 지출금액에 따라 달라진다. 로비활동을 위한 절대적 상한선은 직접적 로비활동에 대하여는 100만 달러, “풀뿌리 로비활동”에 25만 달러로 설정되어 있다.

51) Seasongood v. Commissioner of internal revenue, 227 D.2 d 907 (6th Cir. 1955).

52) Christian Echoes National Ministry, Inc. v. United States of America, 470 F.2 d 849 (1972).

53) Hopkins, The Bruce R. Hopkins Nonprofit Law Library: Essential Questions and Answers, 2013, p. 193.

나. 선거운동에의 영향

미국 내국세법 § 501(c)(3)에 따라 공익단체는 공직자후보의 선거운동과 관련된 활동을 해서는 안 된다. 그래서 공직선거 입후보자의 발표로 시작되는 또는 심지어 언론에서 후보에 관한 추측이 이루어지는 때부터 선거운동에의 참여는 절대적으로 금지된다.⁵⁴⁾ 공익단체가 그의 재정력을 이용하여 정치적 의사결정절차에 영향을 미치는 것을 차단하기 위함이다. 이를 위반하게 되면 공익성을 상실할 뿐만 아니라 단체 및 임원에 대한 조세형벌이 부과된다(§§ 4945, 4955).

어느 단체가 선거운동에 개입했는지 여부는 개별사안의 제반 사정의 포괄적인 행량에 의하여 판단된다.⁵⁵⁾ 그 행량의 범위 내에서 특히 그 단체가 중립적으로 행동하지 아니하고 일정 입후보자에 대하여 찬성 또는 반대를 하였는지에 관한 착안점을 발견할 수 있는지가 문제된다.

민간단체가 반대되는 견해를 완전하고 중립적으로 소개하는 한 그 단체가 일정 견해를 표시하는 것은 교육목적에 반하지 않는다. 반면, 사실에 근거하지 않고 의견을 표명하면 교육목적이라고 할 수 없다.⁵⁶⁾ 국세청은 단체가 선거운동기간에 정치인에게 일정 주제와 관련하여 편파적인 태도로 질문을 하고 그 대답을 나중에 “유권자 지침”에 게시하는 경우 공익성을 박탈한다. 지나치게 제한된 주제선택의 경우도 마찬가지이다. 가령 환경단체가 “유권자 지침”에서 환경주제에 대한 질의와 응답만을 게시한다면 이는 공익성을 해하는 정치활동으로 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 공익단체가 연단토론을 개최하는 경우, 이것이 중립적인 방식으로 진행되도록 해야 한다. 특히 토론에 참여한 입후보자는 각각 정치적 견해를 충분히 표명할 수 있어야 한다.⁵⁸⁾

다. 여론 형성에 영향을 미치는 다른 형태들

로비활동 또는 선거운동에 속하지 않음에도 여론 형성에 영향을 미치는 공익단체의 활동은 이를 규제하는 명문규정이 없으므로 해가 되지 않는다. 공익단체의 어떤 의견표명이 선거와 시간적으로 근접하여 작성되지 않고 선거 자체 또는 입후보자와 관련이 없다면 이는 허용되는 정치적 입장표명이다.⁵⁹⁾

54) Geringhoff, a.a.O., S. 218; Hopkins, Law of Tax-Exempt Organizations, 10th ed., pp. 608.

55) Rev. Rul. 80-282, 1980-2 C.B. 178; Simmons, Florida Law Review, 2002, 58.

56) §1.501(c)(3)-1 d No. 3 p. 1 CFR.

57) Rev. Rul. 78-248, 1978-1 C. B. 154, 1978.

58) Lunder, 501 (c)3 Organizations and Campaign Activity: Analysis under Tax and Campaign Finance Laws, 2009. p. 3.

59) Lunder, ibid., p. 4.

3. 독일

공익단체는 정관상의 공익목적의 실현과 관련이 있고 정치적으로 중립성(비당파성)을 유지하는 한 정치적 견해 및 행동을 취할 수 있다는 것이 독일의 판례 및 통설이다.⁶⁰⁾ 독일 연방재정법원(Bundesfinanzgericht, BFH)은 사회공동체에 관한 문제를 다루는 것이 정치라고 정의하면서,⁶¹⁾ 지난 수십 년 동안 공익목적과 관련성이 있는 사항에 대한 정치적 입장표명이 허용되며 정치활동은 공익목적의 실현을 위하여 심지어 불가결한 것일 수도 있음을 인정하여 왔다.⁶²⁾

민간단체의 정치활동이 공익성을 갖는지에 관한 1984년의 최초의 판결에서는 방사성 폐기물의 재처리를 위한 시설계획에 반대하는 환경보호단체의 행위가 문제되었다. 이 환경보호단체는 정치인들과 함께 원자력에 반대하는 행사를 주최하여 재처리시설의 건설에 반대하는 시위에 참여하였으며 시의회에 방사성 폐기물 처리시설의 건설을 방해하기 위한 영향력을 행사하였다. 이에 대하여 독일 연방재정법원은 이 환경보호단체의 활동이 이해상충의 해결을 위한 객관적 의견형성에 이바지하고 그로써 사회 일반의 이익을 증진할 수 있으므로 세법상의 공익성을 해하지 않는다고 판시하였다.⁶³⁾

이러한 판례는 1988년의 평화증진을 위한 사단법인의 일상 정치적 참여에 대한 판결에서도 확인되고 있다. 즉, 단체의 완전한 가치중립적 활동은 요구되지 않으며, 단체가 정관상의 공익 목적을 추구함에 있어 때때로 특히 중요한 일상정치에 대하여 입장을 표명하는 것은 공익목적의 증진을 위한 것이라고 할 수 있다는 것이다.⁶⁴⁾ 이 판결은 공익목적과 그것을 실현하기 위한 수단의 관계를 최초로 언급한 점에 의의가 있다.

연방재정법원은 유권자교육을 목적으로 하는 사단법인이 행한 선거공약의 파기를 이유로 한 재선거를 요구하는 광고캠페인은 공익성을 해하지 않는다고 판시하였다.⁶⁵⁾

마지막으로 근래 판결 중에는 국제적 이해증진을 공익 목적으로 하는 사단법인의 정치활동의 허용 가능

60) BFH DStR 2017, 1754 Rn. 92; Winheller/Vielwerth, DStR 2017, 2589; Weitmeyer/Kamp, DStR 2016, 2624.

61) BFH DStR 2017, 1754 Rn. 92.

62) BFH BeckRS 1978, 22004723.

63) BFH NJW 1985, 454.

64) BFH BeckRS 1988, 22008753.

65) BFH BStBl. II 2000, 200.

성을 다룬 것이 있다. 거기서 연방재정법원은 공익단체가 정관상의 목적의 범위 내에서 때때로 일상 정치적 주제에 대하여 입장을 표명하는 것 자체는 그것이 단체의 목적을 달성하기 위한 수단인 때에는 공익목적을 증진하는 것으로 보았다.⁶⁶⁾ 그러나 위 사단은 정치적 요구 및 정치적 의견표명과 함께 그의 실제적 업무집행에 있어 국제적 이해증진이라는 정관상의 목적을 훨씬 넘어 행동하였기 때문에(사회복지범위의 축소 반대, 근로강제의 반대, 법정최저임금의 도입 찬성, EU헌법 제정 반대 및 WTO의 폐지) 공익성을 박탈당하였다.⁶⁷⁾

요컨대 독일 판례는 정치활동이 자기목적이 아니라 항상 정관상의 구체적 공익목적의 실현을 위한 수단으로 기능하는 한 그리고 정당 정치적 목표에 대하여는 입장을 표명하지 않는 한 공익적 행위의 범위 내에서 정치활동을 허용한다는 입장으로 정리할 수 있고, 학설도 대체로 이에 찬동하고 있다.⁶⁸⁾

4. 일본

「공익인정법」에는 「특정비영리활동촉진법(特定非営利活動促進法)」과 달리 공익법인의 정치활동을 명시하여 금지하는 취지의 규정은 존재하지 않는다. 그러나 이것은 공익법인이 자유로이 정치활동을 행할 수 있음을 의미하지 않는다. 2014년 내각부공익인정등위원회(内閣府公益認定等委員会)는 공익성을 부인한 판단을 한바 있어 이를 소개한다. 일반사단법인 일본존엄사협회(日本尊厳死協会)는 건강하게 살 권리, 편안하게 죽을 권리를 지킬 수 있는 사회의 실현을 목표로 존엄사사상의 이해와 보급을 도모하고, 널리 시민의 인권확립과 그 존중에 기여하는 것을 목적으로 하는 단체이다(정관 제3조). 그리고 공익목적사업은 본인의 의사를 존중한 종말기(終末期)의료의 보급계발과 그의 인권을 확립하는 것이다. 구체적으로는 ① 존엄사사상의 보급·계발사업, ② 법제화추진사업, 존엄사 선언서의 등록관리사업이다. 내각부공익인정등위원회는 무엇보다도 특정 사업의 법제화를 추진하는 것을 목적으로 하는 사업은 공익목적사업에 해당하지 않는다는 이유를 들어 공익성 인정을 거절하였다. 존엄사의 법제화는 국회에서 입법 조치로 해결해야 할 문제인데, 이처럼 본래 국회에서 이루어져야 할 입법정책의 타당성 여부의 판단을 공익인정등위원회가 판단하는 것은 적절치 않다는 것이다. 이 과정에서 내각부공익인정등위원회에서는 공익법인에 의

66) BFH BeckRS 2011, 95363.

67) BFH BeckRS 2011, 95363.

68) Klein/Gersch, §52 Rn. 48; Hüttemann, DB 2016, 821; Koenig/Koenig, AO, 3. Aufl., 2014, §52 Rn. 17; Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, §6 Rn. 40; Weitemeyer/Kamp, Zulässigkeit politischer Betätigungen durch Gemeinnützige, ZRP 2015, 72.

한 입법촉진활동에 대하여 의견을 수렴하였는데, 양식(良識)있는 입법촉진활동은 민간단체로서 자유롭게 활동할 수 있는 영역이 아니냐는 소수의견도 있었다.⁶⁹⁾

특정비영리활동촉진법(NPO법) 제2조(정의)는 특정비영리활동법인(인증NPO법인)을 “특정비영리활동을 행하는 것을 주된 목적으로 하고, 다음의 각 호의 어느 것에라도 해당하는 단체로서, 이 법률이 정하는 바에 의하여 설립된 법인을 말한다”고 규정하고 있다.

1. 다음의 어느 것에라도 해당하는 단체로서 영리를 목적으로 하지 않는 것
 - (1) 사원 자격의 득실에 대하여 부당한 조건을 붙이지 않을 것
 - (2) 임원 중 보수를 받는 자의 수가 임원 총수의 3분의1 이하일 것
2. 그 행하는 활동이 다음의 어느 것에라도 해당하는 단체일 것
 - (1) 종교의 교리를 전파하고 의식행사를 행하고, 신자를 교화·육성하는 것을 주된 목적으로 하는 것이 아닐 것
 - (2) 정치적 주의(主義)를 추진하고, 지지하거나 이에 반대하는 것을 주된 목적으로 하지 아니할 것
 - (3) 특정 공직(공직선거법 제3조에서 규정한 공직을 말함) 후보자(당해 후보자가 되려는 자를 포함) 또는 공직에 있는 자 또는 정당을 추천하고, 지지하거나 이에 반대하는 것을 목적으로 하지 아니할 것

NPO법 제2조 제2항 제2호 ㄱ에 따르면, NPO법인은 정치적 주의(主義)를 추진하고, 지지하거나 이에 반대하는 것을 주된 목적으로 하지 않아야 하므로, 중된 목적으로 하는 것은 가능하다. 그리고 NPO법 제2조 제2항 제2호 ㄴ에 따르면, NPO법인은 특정 공직 후보자(당해 후보자가 되려는 자를 포함) 또는 공직에 있는 자 또는 정당을 추천하고, 지지하거나 이에 반대하는 것을 중된 목적으로 하는 것도 금지된다. NPO법인에 의한 정치인에 대한 개인비판에 관하여는 그 내용, 시기, 방법 등에 따라서는 본 규정에 위반한 것이 될 수 있다.⁷⁰⁾

69) <https://www.koeki-info.go.jp/pictis_portal/common/index.do?contentsKind=120&gyouseiNo=00&contentsNo=00011&syousaiUp=0&procNo=toushindetail&renNo=1&contentsType=&houjinSerNo=&oshiraseNo=&bunNo=&meiNo=&seiriNo=1300110009&edaNo=8&iinkaiNo=undefined&topFlg=0>

70) <<https://www.npo-homepage.go.jp/qa/seido-gaiyou/seijikatsudou>>

NPO법 제45조 제1항 제4호 4는 인정(認定)NPO법인의 경우에는 정치적 주의를 추진하고, 지지하거나 이에 반대하는 활동을 하지 아니할 것 그리고 특정의 공직 후보자 또는 공직에 있는 자 또는 정당을 추천하고 지지하거나 이에 반대하는 활동을 하지 아니할 것을 요구한다. 즉, 인정NPO법인은 NPO법인에 비하여 더 엄격한 정치적 중립성을 요구하고 있다. 따라서 NPO법인의 경우에는 “목적으로 하는 것”이 아니라면 결과적으로 특정 공직 후보자 추천을 하는 “활동을 하는” 것은 부정되지 않는다. 반면 인정NPO법인의 경우에는 “목적”에 관계없이 정치활동을 전혀 할 수 없다. 예컨대 인정NPO법인이 특정 후보자·공직에 있는 사람·정당에 반대하는 활동을 한다면 인정기준에 반하는 것이 된다.⁷¹⁾

NPO법인으로서 정책제언활동을 하거나 특정 법률안에 반대하거나 또는 어떤 법률을 만들어달라는 제안을 NPO법인이 할 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 NPO법 소관부서인 내각부는 NPO법이 금지하는 것은 “정치적 주의”이므로 정책제언활동은 이에 포함되지 않는다고 한다. 여기의 “정치적 주의”라고 하는 것은 정치에 의하여 실현하려고 하는 기본적, 항상적, 일반적인 원리나 원칙을 가리키는 것이어서 예컨대 자연보호 또는 노인복지대책 등 구체적인 정책제언 형태의 NPO법인의 활동에 관하여는 정치에 의하여 구체적인 정책을 실현하고자 하는 것으로 정치적 주의의 추진에 해당하지 않는다는 입장이다.⁷²⁾ 이는 인정NPO법인에 대하여도 같다.

인정NPO법인이 NPO법 제2조 제2항 제2호 2가 금지하는 정치활동을 하게 되면 감독관청은 ① 업무, 재산 상황에 관한보고를 요구할 수 있고, 당해 NPO 법인의 사무소에 출입하여 업무, 재산 상황, 장부, 서류 등의 검사를 할 수 있으며(NPO법 제41조 제1항), ② 기한을 정하여 그 개선을 위하여 필요한 조치를 취할 것을 명령할 수 있고(NPO법 제42조), ③ 앞의 명령에 따라 개선을 기대할 수 없는 경우에는 인증취소가 가능하다(NPO법 제43조 제2항). 또한 벌칙으로 ①에 위반한 경우 20만 엔 이하의 과태료에, ②에 위반한 경우 50만 엔 이하의 벌금에 처해진다.

한편 인정NPO 법인이 법 제45조 제1항 제4호의 기준에 어긋나는 활동을 하는 경우 감독관청은 당해 인정NPO법인에 대하여 ① 업무, 재산 상황에 관한보고를 요구할 수 있고, 당해 NPO 법인의 사무소에 출입하여 업무, 재산 상황, 장부, 서류 등의 검사를 할 수 있으며(NPO법 제64조 제1항), ② 기한을 정하여 그 개선을 위하여 필요한 조치를 취할 것을 명령할 수 있고(NPO법 제65조 제1항), ③ 위 ②의 조치를 취

71) <<https://www.npo-homepage.go.jp/qa/seido-gaiyou/seijikatsudou>>

72) <<https://www.npo-homepage.go.jp/qa/seido-gaiyou/seijikatsudou>>

하지 않는 경우, 권고에 따른 조치를 취하라는 명령을 할 수 있으며(NPO법 제65조 제4항), ④ 위 ③의 명령에 따르지 않는 경우에는 인증을 취소하여야 한다(NPO법 제67조 제1항). 또한 벌칙으로 위 ①에 위반한 경우 20만 엔 이하의 과태료에, 위 ③에 위반한 경우 50만 엔 이하의 벌금에 처해지며, 거짓에 의하여 인정을 받은 경우 6개월 이하의 징역 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처해진다.

IV. 허용되는 정치활동과 허용되지 않는 정치활동을 구별하기 위한 기준

1. 출발점

“정치적 목적” 자체는 —정치라는 용어를 어떻게 해석하든— 어느 법질서에서도 공익성이 인정되지 않는다. 정당과 공익단체를 구별하기 위함이다. 그러나 정치적 목적이 세계혜택이나 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금 등을 받을 수 있는 공익목적에 해당하지 않는다는 사실이 공익단체의 정치활동이 전면 금지된다는 것을 뜻하지는 않는다.

민간단체가 공익목적을 추구하면서 정치활동을 하는 경우, 그 행위가 공익목적 실현하기 위한 수단인지 여부가 중요하다. 목적과 수단은 준별되어야 하기 때문이다. 다시 말해 정치적 목적을 추구하는 민간단체는 세계혜택이나 그 밖의 공적 지원과 연동된 공익성을 인정받을 수 없지만, 정관상의 공익목적 달성을 위한 정치활동은 그것이 당파적 중립성을 가지는 한 허용되어야 한다. 공익단체는 그의 정관상의 목적 달성을 위한 수단으로 때때로 일상 정치에 대한 의견을 표명할 수 있어야 한다. 이것은 정치활동 그 자체만으로는 아직 공익성을 해하지 않는다는 의미이다. 또한 거의 모든 생활영역이 정치와 연계되어 있으므로 사실상 대부분의 공익활동은 불가피하게 정치적 문제와 관련되어 있다는 점도 고려되어야 한다. 다만 그 일상 정치에 대한 의견표명은 공익단체의 활동의 중심을 이루는 것이 아니라 부수적인 것이어야 한다. 영국·독일·일본에서는 주된 것과 부수적인 것의 구별을 위한 기준을 찾을 수 없지만⁷³⁾ 미국에서는 그 맹아를 찾을 수 있다. 거기서는 정치활동이 적어도 본질성의 임계점 아래에 있어야 하는 까닭이다.

73) 그래서 영국법과 독일법에서는 정치활동의 공익성 유무를 판단하기 위하여 개별사안에서의 포괄적인 형량이 필요하다.

2. 정관상의 목적과의 내용적 관련성

정치활동의 허용가능성을 위한 가장 중요한 요건은 민간단체의 정관상의 공익목적과의 내용적 관련성이다. 이것이 결여 되어 있다면 공익단체와 정당을 구별할 수 없게 되기 때문이다.

〈사례 3〉 예술 및 문화의 발전을 목적으로 하는 사단법인이 “세계평화”와 같은 정치적인 주제에 대한 입장표명을 한다면 예술 및 문화의 발전과의 내용적 관련성이 있다고 평가하기 어려우므로 허용되는 정치활동을 벗어난 것으로 보아야 한다. 또한 예술 및 문화의 발전을 목적으로 하는 사단법인이 “환경보호 문제”에 관한 집단행동에 참여한다면 목적과 수단의 관계가 인정될 수 없다.

〈사례 4〉 정부가 장애인을 위한 사회보장제도 및 세제우대조치에 관한 틀을 변경하려고 계획하고 있는 경우, 장애인 복지를 위한 공익단체는 그러한 법률개정계획에 대하여 공공연하게 거부 의사를 밝히거나 정부에 대하여 적극적으로 장애인의 이익을 대변하거나 정치권에 대하여 로비할 수 있다고 할 것이다.

결국 수단으로서의 정치활동은 공익단체의 정관상의 목적과 내용적 관련성이 있어야 한다.

3. 당파적 중립성

현실에서는 본래 정치와 관련성이 거의 없는 공익목적의 실현을 위하여 정치활동을 하는 민간단체 외에도 정치 자체를 취급하고 심지어 정당정책에 관하여도 구체적으로 다루는 민간단체가 있다. 후자가 전개하는 활동에는 유권자교육이나 민주주의에 관한 일반적인 진흥이 포함되기도 한다. 유권자교육과 관련된 활동은 공익성과 흔히 긴장관계를 형성한다.⁷⁴⁾ 유권자교육도 공익목적이라고 할 것이나, 당파적 중립성을 가져야 한다. 그러한 정치적 중립성을 유지하는 한, 다가오는 선거에 대한 정보제공 및 각 정당의 입장을 객관적으로 알리는 교육활동은 공익성을 해하지 않는다고 할 것이다.

문제된 정치활동이 정관상의 공익목적의 달성을 위한 것이고 국가적 의사형성에 영향을 미치려는 것이 아니라는 점에 대한 간접사실은 당파적 중립성의 유지이다. 특정의 정치적 방향을 지향하거나 적어도 사

74) Hopkins, Law of Tax-Exempt Organizations, 10th ed., p. 616.

실상 특정 정당에 유리하게 활동하는 민간단체는 사회 일반의 이익을 위하여 활동하는 것이라고 할 수 없다. 예컨대 특정 정당과 가까운 민간단체가 선거 전에 그 정당의 선거 주제와 주요 후보자의 인터뷰 내용을 담아 사회 일반에 무료 배포하였다면 정치적 중립성을 위반한 것이라고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

하나의 정치활동은 일반적으로 거의 항상 구체적 문제와 관련하여 다른 견해를 가진 일정 정치적 경향이나 정당에 반대하는 결과를 가져온다. 계획된 법률개정에 반대하는 자는 그 법안을 의회에 제출한 의원의 소속정당을 간접적으로 비판하는 것이다. 그러나 정치적 의견형성과 관련된 이와 같은 “간접적” 영향력 행사는 공익성에 해롭지 않다고 할 것이다. 이와 달리 새길 경우 정치 관련 행태는 부당하게도 전적으로 금지될 수밖에 없기 때문이다.

독일의 경우 정치활동과 관련하여 선거운동기간과 비선거운동기간을 별도로 구별하지 않는다.⁷⁶⁾ 반면 미국에서는 상황이 구별된다. 선거기간 중에는 독일법에서 보다 당파적 중립성에 대한 엄격한 요구가 따른다. 미국 내국세법 § 501(c)(3)의 의미에서의 선거운동이 어느 때 개시되는 것인지는 개별 사안의 사정에 달려 있다. 그것은 늦어도 공익단체가 영향을 미치려고 하는 입후보자가 그의 입후보를 표명한 때부터이다. 그러나 미 국세청에 의하면 선거운동은 후보자가 언론에 의하여 추측되는 때부터 이미 시작된다고 한다.⁷⁷⁾ 선거운동이 시작되지 아니한 경우 공익단체는 달리 규제가 없는 관계로 정치적 중립성에 대한 의무없이 일상 정치적 주제에 대한 공공 토론에 참여할 수 있다.

공익단체는 특정 정당 또는 특정 선출직 후보자를 직접적·간접적으로 또는 관념적·물질적으로 지원하거나 반대해서는 안 된다. 공익목적의 실현과 관련된 정치활동과 허용되지 않는 정치활동의 구별이 항상 명확히 가능한 것은 아니지만, 그럼에도 이를 포기해서는 안 된다. 일상 정치적 이슈에 대한 공익단체의 의견표명은 그것이 공익목적의 실현과 관련되는 한 해가 되지 않고, 오히려 대개의 경우 본래의 활동을 위한 불가피한 부수적 산물이라고 할 수 있다. 반면 민주주의의 촉진을 위한 교육 등과 같은 활동은 특정 정당 또는 특정 선출직 후보자에 대하여 유리하거나 불리한 여론형성에 영향을 미칠 수 있고, 특히 정당의 선거캠프에 영향을 미치게 되며, 그로써 국가의 의사결정에도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이러한 활동을 하는 민간단체는 특정 정당 또는 특정 선출직 후보자에 치우친 행위를 해서는 안 된다. 민간단체의 캠페인은

75) Winheller/Vielwerth, Politische Betätigung durch Gemeinnützige: Was ist zulässig, was nicht?, DStR 2017, 2589.

76) Rackow, Grenzen der politischen Betätigung gemeinnütziger Organisationen im deutschen und US-amerikanischen Recht - ein Rechtsvergleich, nprR 2016, 147.

77) Hopkins, The Bruce R. Hopkins Nonprofit Law Library: Essential Questions and Answers, 2013, p. 205.

도발적이고 선동적인 내용이 아닌 객관적이고 실체적인 틀 내에서 이루어져야 한다. 그러할 경우에만 특정 정당 또는 특정 선출직 후보자를 사상적 또는 물질적으로 지원하거나 반대한 것으로 평가되지 않는다.

〈사례 5〉 환경보호단체가 선거운동의 지원을 위하여 친환경정책을 표방하는 정당에 회비의 일부를 사 용하게 되면 공익성을 상실한다고 할 것이다. 민간단체가 이러한 정당 또는 후보자의 선택을 위한 광고캠 페인에 재정적 지원을 하거나 이 정당의 대표자를 대중에게 알리는 공개이벤트를 개최하는 데 재정적 지 원을 한 경우에도 마찬가지이다.

〈사례 6〉 단지 국민의 찬반의견을 묻는 국민투표에의 참여를 독려하는 행위는 그것만으로는 금지된 정 치활동이라고 할 수 없다. 어떤 정당을 지지하라고 요청하지 않고 찬성 또는 반대를 선택할 것만을 독려했 기 때문이다.

4. 객관성

정치활동에 대한 평가에 있어서는 민간단체가 객관적이고 사실에 근거한 입장표명을 했는지도 살펴보 야 할 것이다. 일방적인 선동과 무비판적인 주입은 허용될 수 없는 정치활동이라고 할 것이다.⁷⁸⁾ 다만 객관성에 대한 요구는 과도하지 않아야 한다. 객관성의 요구는 우선 논증의 “타당성” 여부를 심사하려는 것이 아니다. 대부분의 정책은 관점과 정보수준에 따라 달리 평가될 수 있는 불확실성 아래서의 판단이 문제되는 까닭에 논란의 여지가 있다. 특히 유권자교육 분야에서는 교육내용과 관련하여 넓은 재량의 여 지가 인정되어야 할 것이다.

〈사례 7〉 시장경제의 장점을 사회 일반에 대하여 알리고자 하는 사업은 시민에 대한 교육으로서 공익 성이 있다고 할 것이다. 이와 반대로 너무 규제가 완화되고 글로벌화된 경제의 위험성을 사회 일반에 알 리기를 원하는 사업도 공익성이 인정되어야 할 것이다. 중요한 것은 교육이 실제로 정보를 제공하고자 하 는 목적에 봉사하고 실체적으로 사실에 입각한 것이어야 한다는 점이고, 균형 잡힌 문제의 서술이나 확립 된 지식을 요구할 수는 없다는 점이다.

공익단체가 언론으로부터 주목을 받기 위하여 다소 과장되거나 논란을 유발할 수 있는 표현을 사용하

78) BFH BStBl. II 2000, 202.

더라도 공익성을 해한다고 할 수 없다. 중요한 것은 정치적 참여가 실제적 고려에 의하여 이루어지고, 그 고려가 정관상의 공익목적과 분명한 관련성을 가져야 한다는 점이다.

5. 정치활동의 동기와 강도

구체적인 정치활동이 단지 정관상의 공익목적의 실현을 위한 것인지 아니면 1차적으로 “정치적 목적”에 이바지하는 것인지를 판단함에 있어 그 행위 자체 외에도 구체적 동기, 부대사정 및 배경을 고려해야 할 것이다. 그리고 정치활동의 허용 가능성을 판단함에는 그 행위의 강도와 지속기간도 고려되어야 한다. 정치적 논의나 입법절차의 중요한 단계에서 공익단체는 공공연하게 집중적으로 발언하고 정치권에서 자신의 이익을 대변할 수 있다고 할 것이다. 따라서 이러한 기간 동안에는 정치활동이 일시적으로 활동의 중심을 이루더라도 공익성을 해하지 않는다고 할 것이다. 정치활동의 지속기간에 대하여도 마찬가지이다. 특정 주제에 관하여 공론화가 길어지면 공익단체의 정치적 의견형성에 대한 시간도 길어질 수밖에 없을 것이다. 중요한 것은 일반 정치적 활동이 구체적 유인을 넘어 활동의 중심을 이루어서는 안 된다는 점이다.

V. 나오며

(1) 미국법과 독일법에서는 공익성이 주로 세법의 문제라고 할 수 있으나, 영국법·일본법 및 우리 법에서는 세법의 문제이기도 하지만 넓은 의미의 공익활동법(Charity Law)의 문제로서의 성격이 강하다. 다만 우리 법에서는 민간공익활동과 관련하여 법률에 따라 공익목적이 달라지는 상황이 전개되고 있는 바, 이는 불가피한 사유가 없는 한 통일화되는 것이 바람직하다. 또한 공익목적의 열거와 관련하여 업데이트의 여지가 있다.

(2) 정치목적은 현행법상 공익목적이라고 할 수 없다. 이것은 공익단체가 정치활동을 할 수 없음을 의미하는 것이 아니다. 국내외적으로 공익단체의 정치활동을 절대적으로 금지하는 법률규정이나 법리는 존

재하지 않는다. 오히려 정치활동이 정관상의 목적달성에 이바지하는 수단으로 기능하고 또 당파적 중립성을 가지는 한 공익성을 해하지 않는다고 할 것이다. 공익단체의 활동은 정관상의 목적달성에 이바지하고 당파적 중립성을 가지는 한 정치 차원에 영향을 줄 수 있어야 하며, 그렇지 않다면 시민사회에서의 그들의 헌신이 사실상 공허해질 수 있다. 예컨대 일정 분야에 종사하고 있는 공익단체는 그 영역에 관한 정부나 정당의 정책에 대하여 입장을 표명할 수 있어야 한다. 그러한 공익단체야말로 해당 분야에 관한 근본적이고 일상적인 주제에 대하여 사회 일반의 의견을 대변할 수 있기 때문이다. 재정적 기초를 마련하기 위한 공익단체의 경제활동이 허용되는 것처럼 정치활동이 공익목적의 실현을 위한 수단이고 당파적 중립성을 가진다면 허용될 수 있는 것이다. 정치활동이 단지 공익목적의 실현하기 위한 수단인지는 개별사안에서 다양한 요소를 고려하여 포괄적인 이익형량을 거쳐 판단해야 한다. 이때 정관상의 목적과의 내용적 관련성, 당파적 중립성 유지, 객관성의 원칙이 유의되어야 한다. 나아가 정치활동의 동기 및 강도도 고려되어야 한다. 향후의 입법에서 미국법에서와 유사한 “비용 테스트”가 추가되면 법적 안정성을 더욱 제고할 수 있을 것이다. 공익단체가 정치적 의제를 객관적·실체적으로 논의한다면 —그것이 언론의 주목을 받기 위하여 다소 파격적인 방법으로 이루어진다 하더라도— 공익성을 부정할 수 없다. 정치활동이 법원에서 다루어지는 경우 그것이 공익성에 부합하는지에 관한 주장 및 증명책임은 공익단체가 부담한다.

참고문헌

- 김진우, “민간공익단체에 대한 국가감독체계의 개선방향에 관한 연구: 영국법으로부터의 시사점”, *외법논집* 제42권 제1호, 2018.
- 김행희, “시민단체의 당파성 제고방안”, *민주주의와 인권* 제11권 제3호, 2011.
- Blazak, *Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations*, 3rd ed., 1999.
- Böttcher, *Transnationale Strukturen unternehmerisch tätiger NPO: Vergleich zwischen deutschem und Gemeinnützigkeitsrecht und englischem Charity Law*, 2017.
- Buchhalter Adler, *Rules of the Road, A Guide to the Law of Charities in the United States*, 1999. Charity Commission, *Guidance: Political Activities and Campaigning by Charities*, 2008.
- Fishman/Schwarz, *Taxation of Nonprofit Organizations (Cases and Materials)*, 2003.
- Geringhoff, *Das Stiftungssteuerrecht in den USA und in Deutschland*, 2008.
- Hopkins, *Law of Tax-Exempt Organizations*, 10th Ed, 2011.
- Hopkins, *The Bruce R. Hopkins Nonprofit Law Library: Essential Questions and Answers*, 2013.
- Klein (Hrsg.), *AO*, 13. Aufl., 2016.
- Koenig (Hrsg.), *AO*, 3. Aufl., 2014.
- Luxton, *The Law of Charities*, 2001.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 4. Aufl., 2016 (“집필자, in: Münch. Hdb, GesR Bd. V, § ... Rn. ...”로 인용).
- Picarda, *The Law and Practise Relating to Charities*, 2nd ed., 1995.
- Powell/Steinberg (ed.), *The Nonprofit Sector*, 2nd ed., 2007.
- Richter/Wachter (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, 2007.
- Schauhoff, *Handbuch der Gemeinnützigkeit*, 3. Aufl., 2010.
- Schlüter, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA*, 2004.
- Selbig, *Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen*, 2007.
- Hüttemann, *Steuerliche Gemeinnützigkeit und politische Betätigung*, DB 2015, 821.
- Lunder, *501(c)3 Organizations and Campaign Activity: Analysis under Tax and Campaign Finance Laws*, 2009.
- Rackow, *Grenzen der politischen Betätigung gemeinnütziger Organisationen im deutschen und US-amerikanischen Recht — ein Rechtsvergleich*, npoR 2016, 145.
- Selbig, *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Großbritannien*, in: Walz/von Auer/von Hippel, *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007.
- Swan, *Justifying the ban on politics in charity*, in: Alison Dunn (ed.), *The Voluntary Sector, the State and Lawm* 2000, p. 161.
- Weitemeyer/Kamp, *Zulässigkeit politischer Betätigungen durch gemeinnützige Organisationen*, DStR 2016, 2623.
- Winheller/Vielwerth, *Politische Betätigung durch Gemeinnützigkeits: Was ist zulässig, was nicht?*, DstR 2017, 2588.

기타

〈https://www.koeki-info.go.jp/pictis_portal/common/index.do?contentsKind=120&gyouseiNo=00&contentsNo=00011&syousaiUp=0&procNo=toushindetail&renNo=1&contentsType=&houjinSerNo=&oshiraseNo=&bunNo=&meiNo=&seiriNo=1300110009&edaNo=8&iinkaiNo=undefined&topFlg=0〉

〈<https://www.npo-homepage.go.jp/qa/seido-gaiyou/seijikatsudou>〉