

국내 민간 공익재단에 대한
법적 규제의 변화 및 기본 방향
-공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률을 중심으로-

이상신 | 서울시립대학교 세무전문대학원 교수
아름다운재단 기부문화연구소 부소장

국내 민간 공익재단에 대한 법적 규제의 변화 및 기본 방향

-공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률을 중심으로-

I. 공익재단의 의의

1. 일반적 개념

공익재단을 문자 그대로 해석하면 공익을 달성하기 위해 설립한 재단법인이라고 할 수 있다.

(1) 설립근거법

공익재단의 설립근거법은 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률(이하 “공익법인법”이라고 한다)이다.

비영리재단법인의 설립은 민법 제32조에 의하며, 영리법인의 설립은 상법에 의한다. 이처럼 민법에서는 비영리법인과 영리법인의 구별만이 있을 뿐이고 비영리법인이 곧 공익법인이 되는 것은 아니기 때문에 공익법인의 설립에 대해서는 1975년에 제정된 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률에 의한다. 비영리법인과 구별되는 공익법상의 공익법인의 개념에 대하여는 대법원 판례에서 다음과 같이 실시하고 있다.⁴⁾

민법 제32조는 “학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.”고 규정하고 있고, 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제1조는 “이 법은 법인의 설립·운영 등에 관한 민법의 규정을 보완하여 법인으로 하여금 그 공익성을 유지하며 건전한 활동을 할 수 있도록 함을 목적으로 한다.”, 위 법 제2조는 “이 법은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인(‘공익법인’이라 한다)에 대하여 적용한다.”고 규

4) 대법원 1978. 6. 13. 선고 77도4002 판결 ; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다43580 판결

정하고 있으며, 위 법 시행령 제2조는 제1항과 제2항에서 법 제2조의 공익법인의 범위를 구체적으로 한정하고 있는바, 위 각 법률의 규정에 의하면 공익법인의 설립·운영에 관한 법률이 규제대상으로 하는 위 법 제2조 소정의 공익법인은 민법 제32조 소정의 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 시행령 제2조 제1항 각호 소정 사업을 목적으로 하는 법인이거나 주로 위와 같은 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 이외의 사업을 함께 수행하는 법인만을 말하는 것이라 할 것이다.

(2) 사업 내용

공익재단이 공익을 달성하는 방법은 학자금, 장학금, 연구비의 보조나 지급·학술·자선에 관한 사업을 목적으로 하여야 한다(공익법인법 시행령 제2조). 따라서 특별법에 의하여 설립된 학교법인, 사회복지법인이나 의료법인 등은 법적 근거가 다르기 때문에 여기에서의 공익재단에서 제외된다.

(3) 사업 목적

사업 목적은 사회 일반의 이익 즉 공익에 공여하기 위한 것이다. 일반적으로 공익이란 ‘불특정 다수자의 이익으로 된 것’을 말하지만, 불특정 다수자의 이익이 무엇인지 그리고 그 범위가 어디까지인지 언제나 명확한 것은 아니다. 공익을 추구한다는 점 때문에 ①상속세 및 증여세의 과세가액 불산입(상증세법 제16조, 제48조), ②고유목적사업준비금의 손금 인정(법인세법 제29조), ③이자소득의 분리과세, 신고납부 중 선택 특례(법인세법 제62조), ④부가가치세법상 공익법인의 재화용역에 대한 부가가치세 면제(부가세법 제12조 제1항16호, 동시행령 제37조), ⑤지방세법상 토지관련 세목의 용도구분에 의한 비과세 등 여러 가지 세제 혜택이 주어지기 때문에 공익의 개념은 중요하다.

(4) 재단법인

일정한 목적을 위하여 결합된 재산의 집합 또는 이에 바쳐진 재산을 구성요소로 하여 법률상 권리능력을 인정한 법인을 재단법인이라고 한다. 이것은 그 재산을 설립자 등 개인의 권리에 귀속시키지 않고 독립된 별개의 실체로 운영하기 위하여 인정하는 것인데, 재단법인은 재산을 실질상의 본체로 하는 것이기 때문에 사람의 집단을 본체로 하는 사단법인과는 구별된다. 재단법인에서는 재산출연자의 의사가 존중되어야 하므로 정관을 변경하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 사단법인의 사원과 같은 인적구성을 가지지 않기 때문에 사원총회(또는 주주총회)라는 것이 없다는 점에서도 구별된다.

2. 세법상 비영리법인 및 공익법인과의 비교

(1) 비영리법인

법인세법상 비영리법인은 민법 제32조 및 공익법인법, 사립학교법 등 특별법에 의해 설립된 법인 등을 포괄하는 개념이기 때문에 민법상 비영리법인에 비해서는 개념 범위가 넓다.⁵⁾ 이것은 납세의무를 정하고자 하는 세법상의 목적 때문에 세법상의 비영리법인의 개념이 민법상의 비영리법인의 개념보다 넓은 의미로 사용된다는 의미이다.

(2) 공익법인

불특정 다수인의 이익을 위한 경우에만 공익법인이 되기 때문에, 상증세법상의 공익법인은 법인세법상의 비영리법인과는 차이가 있다. 비영리법인은 반드시 공익을 목적으로 하지 않아도 되기 때문이다. 다만 상증세법상의 공익법인은 공익법인의 공익법인에 비해서는 그 범위가 당연히 넓다. 왜냐하면 상증세법상 공익법인은 공익법인법에 의해 설립한 법인이 운영하는 사업 외에 특별법에서 정한 공익목적 사업을 행하는 학교법인, 종교법인, 의료법인, 사회복지법인 등까지 포함하기 때문이다.⁶⁾

(3) 소결론

비영리의 개념, 공익의 개념은 법의 목적에 따라 그 범위에 있어서 차이가 있다. 위에서의 논의를 정리해보면 각 법률상의 개념간의 차이는 다음과 같다.

법인세법(상증세법)상 비영리법인>민법상의 비영리법인>상증세법상 공익법인>공익법인법상 공익법인의 순으로 된다.⁷⁾ 즉 공익법인법상 공익법인의 개념이 가장 좁은 개념이 되며, 이것은 공익법인법상의 공익법인에게는 법인세법이나 상증세법이 적용된다는 의미가 된다.

5) 법인세법 제2조(납세의무)① 다음 각 호의 법인은 이 법에 따라 그 소득에 대한 법인세를 납부할 의무가 있다고 하면서 1. 내국법인, 2. 국내원천소득(國內源泉所得)이 있는 외국법인을 규정한다. 또한 제6조에서는 과세소득의 범위로서, ③ 비영리내국법인은 다음 각 호의 소득에 대하여 법인세를 납부할 의무가 있다. 1. 수익사업에서 생기는 제18조(각 사업연도의 소득금액의 계산)에 따른 각 사업연도의 소득, 2. 제2편(내국법인의 납세의무)제3장(내국법인의 토지등 양도소득에 대한 추가 법인세)에 따른 토지등 양도소득 등을 규정하고 있다.

6) 상속세법 시행령 제12조(공익법인 등의 범위) 법 제16조 제1항에서 "공익법인등"이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 영위하는 자(이하 "공익법인등"이라 한다)를 말한다. 라고 하여 1. 종교의 보급 기타 교화에 현저히 기여하는 사업, 2. 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 의한 학교, 「유아교육법」에 따른 유치원을 설립·경영하는 사업, 3. 「사회복지사업법」의 규정에 의한 사회복지법인이 운영하는 사업, 4. 「의료법」 또는 「정신보건법」의 규정에 의한 의료법인 또는 정신의료법인이 운영하는 사업, 5. 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공익법인이 운영하는 사업.....9. 「법인세법 시행령」 제36조 제1항 제1호 각목의 규정에 의한 지정기부금단체등 및 「소득세법 시행령」 제80조 제1항 제5호에 따른 기부금대상민간단체가 운영하는 고유목적사업. 다만, 회원의 친목 또는 이익을 증진시키거나 영리를 목적으로 대가를 수수하는 등 공익성이 있다고 보기 어려운 고유목적사업을 제외한다.(이하 생략). 조한석, 「상속세제의 정책적 변천과정」, 「국제회계연구」, 한국국제회계학회(2000), pp134-136에서는 1983년 이후의 공익법인의 사후관리 규정의 변천 과정을 간략히 소개하고 있다.

7) 윤현석, 「비영리법인과 상속세 및 증여세법」, 「조세법연구」 14-2권, 한국세법학회(2008), p297. 특히 미국에 대하여는 각주9) 참조

II. 공익재단에 대한 법규의 변화

1. 공익재단을 바라보는 두 시각 : 허가주의와 인가주의

공익재단을 설립·운영함에 있어서 어느 정도 국가의 관여가 필요한가 여부에 대하여는 여러 다양한 의견이 있을 수 있다. 원칙적으로 관여하지 않을 수도 있고, 부분적인 관여가 필요하다고 볼 수도 있으며 적극적인 관여를 필요로 할 수도 있다. 이 문제는 그 나라의 법 문화 등에 의해 영향을 받을 것이다.⁸⁾

우리 민법은 종래부터 법인의 설립에는 국가의 허가가 필요하다고 보았으며, 현재 우리 대법원은 재단법인의 설립에 요구되는 주무관청의 허가에 대하여, 비영리법인의 설립허가 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량행위라고 보므로,⁹⁾ 법인의 설립 과정에 국가의 관여가 큰 편이다.

법인의 설립에 대하여 인가주의(준칙주의)¹⁰⁾를 취하는 경우에는 국가에 부분적인 관여권을 주는 것이 된다.

재단법인의 설립 과정에 주무관청의 재량판단을 인정하지 않는 것이 최근의 추세이다. 특히 독일의 경우에는 2002년 민법 제80조를 개정하여 종래의 인가주의를 더 강화하여 재단법인의 설립 요건을 충족하는 경우 주무관청에게는 설립을 승인하여야 할 의무를, 설립자에게는 설립승인청구권을 인정하는 것으로 개정하였다.¹¹⁾

한편 미국의 경우에는 재단의 설립은 자유이며 그 활동에 대해서도 국가가 관여하지 않지만, 세계 혜택을 받으려면 연방세법에서 정하는 요건을 충족하여야 한다.¹²⁾ 즉 외형상 미국은 법인 설립 및 운영에 국가의 관여가 거의 없는 것처럼 보이지만 사실은 그렇지 않다. 미국의 경우 법인의 설립은 주정부의 권한에 속하기 때문에 그 설립은 자유로 하고 공익재단으로서 세계 혜택을 받는 경우에는 연방세법에서 정하는 요건을 충족하여야 하는 입법 구조를 취하고 있다. 「비영리법인의 설립≠세계 혜택」이 된다. 그런

8) 민법에서는 자유설립주의 준칙주의(인가주의), 허가주의, 특허주의, 강제주의 등으로 나누어져 있으나, 특허주의와 강제주의는 직접 관련이 없으므로 제외한다.

9) 대법원 1996. 9.10. 선고 95누18437 판결

10) 준칙주의는 법인 설립에 관한 요건을 미리 규정해 놓고 그 요건을 충족하는 경우 주무관청의 개입 없이 당연히 법인격을 취득하게 하는 것이다. 이에 반하여 인가주의는 그 요건을 충족하는 경우 인가를 얻어야 법인이 설립되는 것이지만, 주무관청은 요건을 충족하는 경우 반드시 인가를 해 주어야 한다. 그래서 준칙주의와 인가주의 사이에는 실질적인 차이가 없다는 주장도 있다.

11) 독일 민법 제80조(권리능력 있는 재단의 성립)①권리능력 있는 재단의 성립에는, 설립행위, 그리고 재단이 주소를 두는 주의 관할 관청의 승인을 요한다. ②설립행위가 제81조 제1항의 요건을 충족하고, 재단의 목적이 계속해서 항구적으로 실현될 수 있다고 보여지며, 또 그 목적이 공공복리를 위태롭게 하지 아니하는 경우에는, 재단은 권리능력 있는 것으로 승인된다. ③종교재단에 관한 주법의 규정은 영향을 받지 아니한다. 이는 주법에 의하여 종교재단과 동시되는 재단에 대하여도 준용된다(양창수, 『독일 민법전』, 박영사(2002), p31).

12) 비영리조직의 개념은 통상 주(州)법의 문제인 반면, 면세단체의 개념은 기본적으로 연방세법의 문제이다(Bruce R. hopkins, 『The tax law of charitable giving』 (4.ed), Wiley(2010), pp4-5

데 우리나라와 독일의 경우에는 비영리법인으로 설립되는 순간 당연히 세제 혜택을 받는 구조를 취하고 있기 때문에 「비영리법인의 설립=세제 혜택」이 된다. 따라서 세제 혜택까지를 고려하면 미국에도 국가의 관여가 있는 것이 되므로, 결국 의미가 있는 것은 어느 범위까지 국가의 관여를 인정할 것인가, 즉 허가주의냐 아니면 인가주의냐의 문제가 된다.

2. 공익재단법인 규제 법규의 변화

(1) 공익법인법의 제정 전

1) 1960년대 이전

아름다운 재단의 조사자료(2012) 중 설립연도별 재단법인 수(N=4,582)에 따르면¹³⁾ 1960년 이전에 설립된 재단법인 수는 123개로 2.7%에 해당하며, 그 중 민간법인은 11개로 나타났다.¹⁴⁾ 이때에는 아직 우리 민법이 시행되기 전이었으므로 구 일본 민법에 근거하여 재단법인의 설립이 이루어졌다. 그런데 구 일본 민법은 민법상의 법인을 공익법인과 비공익법인으로 나누어 공익법인에 한하여 민법상의 법인격을 취득할 수 있도록 하는 태도를 취하고 있었기 때문에, 영리법인과 비영리법인으로 나누어 입법을 한 독일 민법, 우리 민법과 차이가 있었다.¹⁵⁾

구 일본 민법 제34조에 의하여 민법상의 공익법인으로 인정받으려면 적극적으로 공익을 목적으로 삼아야 할 뿐만 아니라 소극적으로 영리가 아닐 것을 목적으로 삼아야 한다는 가중적인 조건을 충족해야 했기 때문에, 공익도 목적으로 삼지 않고 그렇다고 해서 영리를 목적으로 삼지 않는 중간적인 단체들이 법인격을 인정받지 못하게 되어 결국 재단법인 수가 적었던 것으로 생각된다.¹⁶⁾ 게다가 이 당시에는 학교법인이 일반공익법인에 포함되었으므로 단일 특별법에 의해 설립되는 공익법인을 제외한 공익재단법인의 수는 매우 적었다.¹⁷⁾ 당시 재단법인의 설립 인가 사무는 장관결재사항으로 되었던 점이 재단법인의 설립을 어렵게 한 이유가 아닌가 생각된다.¹⁸⁾

13) 분석법인은 총4,582개이며 그 중 사회복지법인 193개, 재단법인 4,389개를 포함한 수치이다.

14) 전경련의 표본조사에 의하면 이 중 기업인이 설립한 기업재단은 1960년대 이전에 4개만 설립되었다.

15) 그러나 현재 학교법인은 사립학교법, 의료법인은 의료법 등 특별법에 의해 설립된다는 점은 동일하다.

16) 동아일보, “민법초안비판(중)”, 1955. 2. 9.자, 3면 ; 예컨대 최성경, “일본의 공익법인제도 개혁”, 「민사법학」 41호, 한국민사법학회(2008), pp.537-539에는 이러한 문제를 해결하기 위한 일본의 공익법인제도 개혁 과정이 서술되어 있다.

17) 사립학교법인을 일반공익법인에서 분리하는 것은 1963년 이후부터이다. 1963. 2. 16.자 동아일보는, 사립학교법인을 일반공익법인에서 분리하여 이사회 권한을 강화하고 이사장이 이사회를 고의로 소집하지 않는 경우 감독청의 허가를 얻어 소집할 수 있다는 내용의 사립학교법이 각의의 심의를 통과했다는 내용을 보도하고 있다.

18) 동아일보, 1960. 5. 8.자 2면에서는, 상공부 소관사무의 간소화요강을 발표했는데 장관 결재사항이었던 공익법인의

2) 1960년대부터 공익법인법 제정까지

1960년 민법이 시행된 이후에는 민법 규정에 따른 비영리법인의 설립이 행해졌다. 민법 제32조는 “학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.”고 규정하여, 영리 사업을 목적으로 하지 않으면 법인격을 인정함으로써 구 일본 민법과 다른 입법 태도를 취하였다. 따라서 적극적으로 공익을 추구하여야 한다는 요건이 법문(法文)에서 빠지는 결과가 되어 종전에 비해서는 재단법인의 설립이 용이해졌다고 볼 수 있다.

재단법인의 설립도 종전에 비해서는 조금씩 증가하기 시작했는데, 1960년대에 127개, 1975년까지 114개, 76년부터 79년까지 68개 비영리재단법인의 설립이 이루어졌다. 이 중 기업재단은 1960년대에는 5개, 1970년대에는 10개가 설립되었다.¹⁹⁾ 다만 1975년에 공익법이 제정되었으므로 조사대상인 4,582개 공익법인 중 10% 미만이 공익법 제정 이전에 설립되어 아직은 재단법인의 설립이 활성화된 시기로 평가하기는 어렵다.

재단법인에 대한 법적 규율도 현재와는 차이가 있었으며 규제가 강화되는 쪽으로 변화하기 시작했다. 민법에는 이사를 두어야 한다는 규정만 있을 뿐(제57조) 이사의 자격에 대한 제한이 없고, 감사를 둘 수 있다고 하여(제66조) 그 임면을 선택사항으로 하면서도 재산관리 및 예산·결산에 관한 규정을 두지 않았다. 그래서 공익법이 제정되기 전까지는 공익재단의 활동이 정관에 의해서 이루어질 수밖에 없었고 법보다는 주무관청의 의지에 따라서 공익재단의 활동이 규제를 사실상 미미하게 받았다.²⁰⁾ 이러한 점들 때문에 공익재단 간에도 그 특성에 따라 적용 법률이 달라지는 등 점점 세분화되었다.

가장 먼저 분화된 것은 학교법인이다. 구체적으로 보면 1963년 6월 26일 법률 제 1326호로 제정·공포된 사립학교에 관한 법률에 의하여 공익재단법인에서 학교법인이 분리되었다. 학교법인은 사립학교만을 설치·운영할 것을 목적으로 하는 법인으로서, 학교만을 목적사업으로 할 수 있다. 이와 같이 학교법인을 일반 재단법인으로부터 분리한 것은 재단법인으로서 고아사업, 교화사업 등 학교와 다른 사업과의 병행, 재단 운영상 학교회계와 법인회계의 미분리, 이사 수(數)에 대한 제한 규정 흠결에 따른 소수 이사의 독단적 운영, 대표권 제한 규정의 흠결로 누구나 대표행위를 할 수 있게 됨으로 인한 부정행위의 만연 등 폐단이 있었기 때문이다.²¹⁾ 이러한 사립학교법의 제정에 대해, “법

설립 인가 사무를 차관 전결사항으로 개정한다는 내용이 포함되어 있다.

19) 박상용, “기업재단의 법규와 세제의 변천”, 「동아시아연구논총」 4권, 연세대학교 동서문제연구원(1995), p38

20) 박상용, “기업재단의 법규와 세제의 변천” p39

21) 경향신문 1963. 6. 8.자에서는 전국적으로 사인(私人)이 운영하는 사립학교 수는 763개교, 학교법인 수는 511개로 서 이 중 중고교가 445개, 대학이 66개라고 하면서, 새로 제정된 사립학교법의 특색을 ①학교법인을 따로 규정하여 종전의 재단법인체를 학교법인체로 전환시킨 점, ②감독청의 획정, ③학교회계와 법인회계의 분리, ④이사 정원 수(數)의 제한, ⑤이사장 제도의 신설(대표 수(數)의 제한), ⑥이사회 운영의 결함 방지, ⑦이사의 임기 제한, ⑧임원의 겸직 금지(이사장과 학교교장), ⑨이해관계인의 청구에 의한 임시이사 선임, ⑩임원의 보수 제한, ⑪학교예산과 업무

인재산 관리에 대하여 국가가 간섭하더라도 사유재산을 존중해야 한다.”는 취지의 신문 사설이 나오기도 하는 등,²²⁾ 규제의 필요성을 긍정하면서도 재산출연자의 사유재산권의 침해가능성을 우려하기도 하였다.

다음으로 분화한 것은 1970년 1월 1일 법률 제2191호로 제정된 사회복지사업법에 의한 사회복지법인이다. 동법은 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 그 운영의 공정·적절을 기함으로써 사회복지의 증진을 도모하기 위해 제정된 것인데, 사회복지시설은 보사부장관의 허가를 얻은 사회복지법인이 서울특별시·부산시·도지사의 허가를 얻어 설립할 수 있도록 하였으며, 사회복지법인에게 배분하기 위해 기부금품을 모집하는 모금회를 설립하고 그 모집 및 사용에 관한 감독은 보사부장관이 하도록 했다. 동법의 제정에 따라 언론에서는 재해구호, 부랑인선도, 직업보도, 노인휴양 등 각종 복지사업과 복지시설의 운영 등이 활발해질 것이라고 보았다.²³⁾

의료법인은, 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정(適正)을 기하여 국민의 건강을 보호·증진함을 목적으로 1973년 2월 16일 법률 2533호로 개정된 의료법 제30조 2항에서 ‘병원은 법인을 설립하지 않고서는 개설할 수 없다.’고 함으로써 의료인이 아닌 개인병원은 없어지게 되었고 이러한 병원은 동법 시행 후 6월 이내에 법인을 설립하여 개설허가를 받도록 했다. 이러한 조치는 사이비 비영리의료기관의 난립과 물의에 비추어 바람직한 것이라는 평가가 나왔다.²⁴⁾

일반 공익재단으로부터 학교법인, 사회복지법인, 의료법인이 분리되는 과정을 보면 학교법인과 의료법인은 그 운영상 부조리 등 문제점 해결을 위해 분리된 측면이 강하다면 사회복지법인은 좀 더 적극적인 복지사업을 수행하기 위한 의도에서 분리된 측면이 강하다고 평가할 수 있다.

70년 대 들어와서 공익재단법인의 설립이 증가되기는 했지만 사후관리가 되지 않는 법인도 상당히 있었던 것 같다. 1972. 8. 12.자 동아일보에는, ‘정부는 유명무실한 비영리법인을 정리하는 한편 비영리법인의 설립요건을 강화한다.’는 내용의 보도가 있었다. 동 신문에 의하면, 2,508개의 민법에 의한 비영리법인 중 30%가 소재를 알 수 없거나 전혀 활동을 하지 않거나 사업활동이 부진한 법인으로서 그 허가를 취소하거나 통합 권고를 할 예정인데, 특히 법인의 운영을 위한 재원미달, 허가조건 위반, 목적 외 사업 수행, 공익의 유해(有害)행위 등이 허가 취소요건으로 되었다.²⁵⁾

재벌기업들이 문화재단이나 학교법인 등을 설립하여 이 재단에 재산을 증여하고 증

예산의 구분, ⑫학교법인 합병의 명시, ⑬국가 및 지방자치단체의 보조, ⑭사립학교 교원 임면절차 명시 및 신분 보장, ⑮징계재심절차의 신설, ⑯재단분규 해결책의 명문화(이사회 결의에 의한 정관변경) 등으로 정리하고 있다.

22) 동아일보 1963. 6. 8.자

23) 매일경제, “활발해 질 복지사업”, 1969. 12. 25자.

24) 경향신문, “개정 의료법 내용”, 1973. 2. 10.자

25) 동아일보, “무실(無實)한 비영리법인 정리”, 1972. 8.12.자

여된 재산을 본래 목적과 다른 데 유용(流用)하는 사례가 문제가 되는 것도 70년 대 들어서이다. 1974년에는 공익법인에 대한 증여재산의 사후관리 조항을 신설하는 내용의 상속세법 개정이 이루어졌다. 당초의 출연 목적과 달리 공익법인 재산이 유용(流用)되었을 때 사후(事後)에라도 증여세를 추징할 수 있도록 하는 내용이었으며, 상속세의 최고 세율도 70%에서 75%로 인상하였다.²⁶⁾

70년 대 중반에 들어서면서 공익재단의 폐해가 언론에 많이 노출되면서 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률의 제정으로까지 이어지게 되었다. 예컨대 8개 재벌에 대한 상속세 누탈(漏脫) 특별조사를 실시하였는데 탈세 수법 중 첫 번째로 거론된 것이, 문화육영 등 공익법인을 설립하여 재산을 우선 상속세 대상에서 이탈시킨 후 면세 혜택을 받으면서 영리를 목적으로 재산과 자금을 변칙 운영하는 방법이었다.²⁷⁾ 또한 일부 문화재단의 실태를 알면 사회가 동요할 것이라거나, 문화재단의 수가 200여 개에 이르는 않지만 그 중에서 몇 개의 소수를 제외한 대다수는 일종의 허구가 아니면 부당한 탈세 등을 일삼는 끝에 재단의 설립목적과는 아랑곳없이 모리(謀利)행동의 음습지대(陰濕地帶)가 되었다는 내용의 기사가 나오기도 하였다.²⁸⁾ 문화재단의 기본재산으로 편입된 면세된 수 억원의 저택을 이신동체(異身同體)적인 문화재단에 불과 기만원의 임차료만 내고 출연자 자신이 버젓이 사용하고 있는 사실, 임직원에게 줄 수익금을 일단 자회사격인 문화재단에 기부하여 면세혜택을 받은 후 이를 고스란히 장학금, 학술연구비 등의 명목을 붙여 임직원 또는 그 자녀에게 빼돌려 준 사실, 급료 이외에 상여금, 수당, 특근비, 여비, 복지후생비 등 갖가지 명목으로 목적사업에 비해 관리비를 지나치게 많이 지출해 온 사실 등이 그러한 예로 언급되었는데, 1975. 11. 30. 현재 비영리법인 총수는 1,323개이며 이중 재단법인은 483개, 사단법인 840개로 보도되었다.²⁹⁾

이러한 상황에 따라 제정된 공익법인법은 사유재산권 존중을 전제로 하는 민법 규정과 상충되는 규정이 너무 많아 사법(私法)의 공법(公法)화가 우려된다는 의견도 있었으나,³⁰⁾ 여론은 대체적으로 긍정적이었던 것 같다.³¹⁾ 예컨대 경향신문은 “문화재단이란 이름 아래 많은 공익법인들이 탈세, 탈법을 일삼는 도구로 이용되고 있는 현실은 바로 특별법 제정의 당위성을 제고시켜주고 있는 셈이다.....”라고 보도하고 있다.³²⁾

26) 동아일보, “명문조항 없는 공익법인 증여재산 유용(流用)할 땐 증여세 추징”, 1974. 9.17.자

27) 경향신문, “8개 재벌의 누탈(漏脫)사건에 비친 양상 : 속 검은 상속, 탈세도 다양”, 1974. 10. 29.자.

28) 동아일보, “일부 문화재단 실태 알면 사회 동요”, 1975. 12. 10.자

29) 동아일보, “재벌의 탈세·재산유출구 봉쇄 : 국회에 제출된 공익법인 설립 법안”, 1975. 12. 10.자 1면

30) 동아일보, “공익법인법”, 1975. 12. 18.자

31) 매일경제, “공익법인에 대한 규제”, 1975. 12. 12.자 등

32) 경향신문, “공익법인 규제의 강화”, 1975. 12. 10.자

(2) 공익법인법의 제정 후

1) 공익법인법의 시행부터 1차 개정(1994)까지

어쨌든 재벌의 편법적인 기업재단 활용에 대한 우려가 대두되면서 민법의 규정을 보완한 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률이 1975년 12월 18일 국회를 통과하여 1976년부터 시행됨에 따라 공익법인의 설립 및 운영에 대한 중대한 변화가 생기게 되었다. 공익법인법은 종전에 비해 다음과 같은 특징을 가지고 있었다.³³⁾

전체적으로는 출연자와 경영자를 명확히 구분하고, 단체에 대한 감독기관의 감사기능을 확대, 필요한 경우에는 법인의 사무를 감사할 수 있으며 감사 결과 탈세, 부당이득을 포함한 결격사유가 발견되면 법인의 허가를 취소할 수 있도록 하였다.

구체적으로는 첫째 재산의 출연 및 관리에 관하여 명확히 하였다. 동법에서는 정관의 기재사항을 11개 항으로 세분해서 명시하였는데 대기업이 공익법인을 설립하여 방계회사 지원책으로 활용해 온 점을 감안한 것이다. 법인의 기본재산목록을 정관에 규정하도록 하고 과실이 없는 재산의 출연, 저당권 등이 설정된 부실재산의 출연을 지양하기 위해 설립허가시에도 법인 자산의 부실 여부를 당국이 조사하도록 하였으며, 출연재산의 관리 강화를 위해 출연재산의 관리방법과 회계검사 및 감사사항을 정관에 기재하고 기본재산과 보통재산을 엄격히 구분하여 관리하도록 했다.

둘째 법인의 경영자와 관련한 규정을 명확히 하였다. 임원의 자격을 법정화하고, 결격사유가 있을 때 취임 승인 및 승인 취소의 강제 규정을 두었으며, 2인의 감사를 두도록 의무화 하되 이사의 직무집행유지청구권을 부여하는 등 감사의 권한을 강화하였다. 이사회 구성에 있어 특수관계인이 이사 정수의 3분의 1을 넘을 수 없도록 하였다.

셋째 법인의 활동과 관련하여 불특정다수인에게 장학금 등의 혜택을 주도록 하였으며, 수익사업의 규제를 위해 수익사업을 매 사업마다 또는 사업변경시에 주무관청의 승인을 얻도록 하며 사업실적을 주무관청에 보고하도록 하였다. 수익사업에 대해 주무관청의 승인을 받지 않으면 3년 이하의 징역 또는 3백만원 이하의 벌금형 등 형사처벌을 하도록 했으며, 양벌 규정을 강화하여 법인에 대해서도 처벌을 하도록 했다.

이처럼 공익법인법의 제정에 따라 종교·자선·학술 등을 목적으로 하는 공익법인의 설립은 공익법인법에 의하게 되었고, 이것은 공익재단에 대한 정부의 규제가 강화되었다는 것을 의미한다. 이러한 규제 강화에도 불구하고 비영리법인의 설립은 비약적으로 증가하였다. 1970년대에 186개의 비영리법인의 설립이 이루어졌었으나, 1980년대에는 552개, 1990년대에는 1,387개, 2000년대에는 2,004개가 설립되는 등 외형적으로도 엄

33) 동아일보, “공익법인 설립법안 확정”, 1975. 12. 9.자 1면 보도 내용을 연구자가 분류·정리.

청난 증가가 있었다.

그러나 공익법인을 이용한 절세 또는 변칙 상속은 줄어들지 않고 여전히 언론에 오르내렸다. 문화재단 등 공익법인을 이용한 재벌의 상속세 절감이 다시 사회적 관심이 된 것은 1988년 5월 삼성가의 상속세 보도이다.³⁴⁾ 또 일해재단, 새세대육영회, 새세대심장재단 등 공익법인의 변칙적인 기부금 모집이 문제가 언론에 노출되면서 공익법인에 대한 세무관리를 강화하겠다는 방침이 계속하여 보도되었다.³⁵⁾ 이에 따라 다시 공익법인 관리 문제가 부각되기 시작했는데, 국세청은 공익법인 관리 규정을 제정하여 공익법인에 대한 관리를 지금까지의 사후규제에서 사전지도 위주로 전환, 전국 3,713개 공익법인의 인허가자료 및 출연재산명세서를 수집해 전산관리 하겠다는 내용을 발표하기에 이르렀다. 1988년 11월 말 현재 전국 공익법인 수는 모두 3,713개로서 이중 교육법인이 1,021개(27.5%), 사회복지법인 714개(19.2%), 장학법인 547개(14.8%), 종교법인 254개(6.8%)이었다.³⁶⁾

1991년 8월에는 국세청이 실시한 공익법인 실태조사에서도 재벌 소유 문화재단 등이 기업주의 사유화, 방계회사를 통한 변칙 주식 소유, 주식 상속 없이 경영 실권 행사 등의 현상이 심화되고 있어 본래 목적과는 거리가 멀어지고 있다는 보도가,³⁷⁾ 10월에도 기업의 변칙 문화재단에 대한 언론보도가 있었다.³⁸⁾ 동 보도에는, 국내 재벌들이 소유하고 있는 문화재단 등 공익법인이 모두 60 여개에 이르고 있으나, 기업주가 생전에 면세혜택을 받으며 대량의 개인 지분을 출연, 사망 후 상속세 부과도 없이 2세들에게 자동적으로 상속됨으로써 사실상 재산의 변칙상속이 이루어지고 있다는 내용, 재벌 그룹의 문화재단을 포함한 국내 전체 비영리법인들이 90년 한햇동안 부동산매매를 통해 거둔 양도차익이 9백 28억 원에 이른다는 내용, 그리고 91년도에 설립된 대농대우, 두산 등의 각종 재단의 지분매매가 활발히 이루어지고 있으므로 공익법인의 지분율과 주주의 권한을 제한하고 무의결권주식만 면세혜택을 주는 동시에 가족과 친인척의 이사 취임을 막도록 규정하라는 취지의 주장 내용이 실려 있다. 공익사업법인의 재산출연과 관련하여 조세회피목적으로 악용되지 않도록 출연기준을 보완한다는 내용,³⁹⁾ 3,754개에 이르는 공익법인의 사후관리를 강화하여 출연재산이 출연 목적에 사용되었는지 여부, 출연재산의 운용소득 중 60% 이상을 직접 공익사업에 사용했는지 여부 등을 철저히 파악하여 재벌기업들이 출자한 각종 재단이 재벌 부(富)의 은닉처가 되지 않도록 하겠다는 내

34) 경향신문, “안개 속 삼성 비과세 유산”, 1988. 5. 18.자

35) 경향신문, “공익법인 세무관리 강화”, 1988. 11. 2.자

36) 동아일보, “공익법인 세무관리 대폭 강화”, 1989. 3. 28.자 ; 경향신문, “공익법인 세무관리 강화”, 1989. 3. 28.자 등

37) 경향신문, “재벌 문화재단은 재산도피 창구인가”, 1991. 8. 18.자

38) 동아일보, “기업 변칙 문화재단 추궁”, 1991. 10. 4.자 1면

39) 동아일보, “변칙증여 방지 세제 강화”, 1991. 10. 24.자

용40) 등이 있었다. 특히 재벌그룹 총수가 재단에 계열사 주식 등을 출연했다가 이를 시가보다 낮은 값으로 2세 등 특수관계인에게 다시 파는 형식으로 변칙증여 하는 행위에 대해서 중점적으로 점검하겠다는 내용이 포함되어 있다.41)

1993년 이른바 문민정부가 들어서면서 특히 재벌이 출연한 공익재단에 대한 문제 제기는 더욱 강해졌다. 그 계기 중의 하나는 고위공직자 재산공개와 관련이 있다. “민자당 국회의원 등 고위공직자들의 재산 공개 과정에서 일부 인사들이 상당수의 재산을 재단 등에 출연했다며 그 내용을 밝히지 않아 의도적인 재산의 도피가 아니냐는 의혹이 제기되고 있다. 특히 일부 의원의 경우 지나친 부동산 보유로 논란이 일자 재단설립 의사를 밝히는가 하면 사학재단을 돈벌이나 땅 투기에 악용하는 등 변칙적인 운영 사례가 많은 것으로 알려져 있다. 재벌그룹들이 설립, 운영하는 일부 문화재단, 복지재단 등 공익법인들도 사정은 비슷하다고 세무전문가들은 지적한다.....”는 보도 내용에서처럼42) 재단법인의 설립이 순수한 공익목적이 아니고 재산 도피, 탈세 또는 변칙 상속 등의 이유가 있다는 것, 이러한 것들은 재벌들뿐만이 아니고 재산을 가진 사회지도층에서도 활용되고 있다는 것을 보여주었다.43) 이에 따라 세무관서에서는 공익법인이 출연받은 재산을 공익사업에 사용했는지 여부만 사후관리를 해왔으나 앞으로는 서면조사 결과 조세 회피 혐의가 발견되면 세무조사에 착수키로 하는 등44) 공익법인에 대한 세무 관리를 더욱 강화하는 쪽으로 세제 개편을 추진하게 되었다.45)

1993년 말 기업이 공익법인에 주식을 출연하는 경우 과세배제 범위가 20%에서 5%로 바뀌는 내용의 상증세법 개정이 있었는데, 이에 따라 법 개정 전부터 5%를 초과하는 지분을 가지고 있던 재벌그룹 공익재단들이 주식처분에 나서서 5%이하로 지분율을 낮추는 현상이 나타났다. 그것은 지분율을 5% 이하로 낮추어야 해당 그룹의 유·무상 증자에 참여하여 그룹 차원의 지분 유지에 기여할 수 있기 때문인데, 이처럼 공익법인이 절세와 그룹 계열사 지배를 위한 수단으로 활용되는 현상이 언론에 보도되었다.46) 대기업들의 사회기여도가 아직 미약하고 그 범위도 학술장학부분에 편중되어 있는 것으로 조사되었으며, 30대 그룹 중 아직까지 공익재단을 설립하지 않은 그룹도 7개나 된다는 언론 보도47) 역시 공익법인에 대한 규제를 강화하는 쪽으로 힘을 실어준 것으로 생각된

40) 동아일보, “주식이동 부 세습 봉쇄 : 공익법인 재벌 재산은닉 감시”, 1991. 11. 9.자 ; 동아일보, “재벌 공익법인 세무관리 강화”, 1991. 12. 24.자 등

41) 경향신문, “재벌 공익법인 세무 강화”, 1991. 12. 25.자

42) 동아일보, “공익재단 재산 도피처 의혹 많다”, 1993. 3. 25.자

43) 경향신문, “여론 악화에 등 밀린 실사(實査)”, 1993. 4. 9.자 ; 경향신문, “속출하는 공직자 재단 설립·성금 기탁 : 사회환원이나 은닉·축소냐”, 1993. 8. 31.자

44) 동아일보, “공익법인 세무관리 강화키로”, 1993. 6. 3.자 ; 동아일보, “공익법인 무더기 조사”, 1993. 10. 15.자 ; 경향신문, “공익법인 출연재산 세무관리 강화키로”, 1993. 6. 3. 자 등

45) 동아일보, “공익법인 출연 혜택 축소 : 부(富) 변칙 상속·증여 막겠다”, 1993. 6. 19. 자 등

46) 한겨레, “재벌 공익법인 사익추구 수단”, 1994. 6. 30.자

47) 동아일보, “30대 그룹 중 7곳 공익재단 없어”, 1994. 1. 23.자

다.⁴⁸⁾

1995년 1월 5일 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률에 대한 개정이 이루어졌다. 동 개정의 내용은, 동법 제5조 5항을 “이사회에 있어서 대통령령으로 정하는 특별한 관계가 있는 자의 수는 이사 현원의 5분의 1을 초과할 수 없다.”로 하여 종전의 3분의 1을 5분의 1로 개정하고, “주무관청은 공익법인의 효율적 감독을 위하여 필요한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공인회계사 기타 관계전문기관으로 하여금 제1항의 규정에 의한 감사를 실시하게 할 수 있다.”는 동법 제17조 2항을 신설하는 것이었다.⁴⁹⁾

2) 공익법인법 1차 개정 후부터 현재까지

99년 말부터 공익재단에는 새로운 바람이 불기 시작한다. 관주도가 아니고, 기업주가 거금을 쾌척해 만든 재단도 아닌, 순수 민간이 주축이 돼 만든 공익재단들, 한국인권재단, 한국여성기금, 아이들과 미래, 아름다운재단 등이 생겨나게 된 것인데, 이러한 공익재단들은 시민의 힘만으로 공익에 이바지하는 재단을 만들겠다는 취지로 출범하였기 때문에 지원영역과 모금대상은 다르지만 한국의 척박한 기부문화를 바꾸기 위해 뛰고 있으며, 기금마련을 목표로 월급 0.1% 내기, 유산 1% 남기기, 결혼축의금의 기금화, 희망의 동전모으기 등 시민들을 상대로 다양한 모금방법을 활용하기 시작했다는 특징이 있었다.⁵⁰⁾ 이에 따라 기부금 공제 여부 등에 대한 관심이 크게 증가하기 시작했고, 예컨대 참여연대나 경실련 등에 대한 기부금 공제가 인정되는지 여부가 다투어지기도 하였다.⁵¹⁾

또한 기업기부에 있어서도 질적인 변화가 감지된다. 99년 말 현재 기업 기부액이 국가 전체의 기부액에서 차지하는 비중이 미국이 25%(98년 기준)인데 비해 한국은 60%나 되지만, 기업 기부는 부정적 여론을 무마하고자 마지못해 하는 ‘준조세적 자선’이거나 기업 소유주의 과시적인 자선이 대부분이어서 자발성 지속성 전문성이 부족할 뿐 아니라 기업인들이 공공성을 지닌 법인과 개인간의 관계를 혼돈, 개인 기부는 마다한 채 공익재단 설립을 통한 기업기부만을 선호하게 되어 국민들로부터 냉담한 시선을 받는 등의 문제가 있었다. 그런데 이러한 태도에도 변화가 생기게 된 것이다. 예컨대 전경련

48) 신현만, “대기업 문화재단의 비리 백태”, 「말」 57호, (1991.3), pp132-136 ; 장운선, “재벌 공익법인, 포장만 공익 아니에요?”, 「말」 145호, (1998.7), pp90-93 등도 규제 강화를 주장하는 것으로 볼 수 있다.

49) 황창순, “공익법인 규제제도의 현황과 문제점”, 「동서연구」 제8권(1996), pp.5-24 ; 윤철홍, “공익법인의 설립운영에 관한 법률의 주요 내용과 문제점”, 「동서연구」 제8권(1996), pp.25-42에서 당시 현황과 문제점을 분석하고 있다.

50) 동아일보, “여성 기금 등 민간 공익재단 잇단 탄생”, 2001. 2. 8.자에서 연구자가 정리

51) 동아일보, “참여연대, 경실련 기부금도 소득공제”, 2002. 2. 13.자

에서도 경상이익의 1% 이상을 사회공헌 활동에 지출하는 기업들의 모임인 ‘1% 클럽’을 만들었는데, 2001. 2. 22. 현재 현대아산 삼성 LG SK 포항제철 동아제약 한화 유한킴벌리 등 88개사가 가입을 신청했다.⁵²⁾

다른 한편 이 시기에는 언론재단에 대한 세무조사가 있던 때였기 때문에,⁵³⁾ 아태재단 등 일반 공익법인에 대한 세무조사도 실시해야 한다는 주장이 제기되고 있었고,⁵⁴⁾ 기부금의 용도나 출처 등에 대하여도 관심을 기울이게 되었다.⁵⁵⁾ 또한 2004년 사학법 개정을 둘러싼 공방에서 드러났듯이,⁵⁶⁾ 공익재단법인에 출연한 재산관리의 자율성과 공공성 등에 대한 한계 설정 역시 중요한 과제가 되었다.⁵⁷⁾

이러한 사회적인 변화를 일부 반영하여 공익법인법도 95년의 1차 개정을 포함하여 모두 6차례의 개정이 있었으나 기대에는 미치지 못하였다. 1997. 12. 13.에 행해진 2차 개정은 행정절차법의 시행에 따른 것으로서 제16조의2에 “주무관청은 제16조의 규정에 의하여 공익법인의 설립허가를 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.”는 규정을 전면 개정한 것뿐이었다.

2004. 10. 16.에 행해진 3차 개정은 헌법재판소가 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제14조 제2항에 대하여, “공익법인 이사의 취임승인 취소사유를 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 헌법에 위반된다.”고 판시한 것 때문에,⁵⁸⁾ 제14조 2항을 “주무관청은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 사유의 시정을 요구한 날부터 1월이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 이사의 취임승인을 취소할 수 있다.”고 구체적으로 위임의 기준과 범위를 정하는 내용의 개정일 뿐이었다. 또한 2005. 3. 31.에 행해진 4차 개정도 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 개정 따라 파산자를 파산선고를 받은 자로 자구 수정을 하는 것이었다.

2008. 3. 14.에 5차 개정이 이루어졌으나, 동 개정안의 심사보고서에서 밝힌 바와 같이 개정안은 정부에서 추진하고 있는 “알기 쉬운 법령 만들기 사업”에 따라 제출된 것으로서 내용이 변경된 사항은 없으며, 오로지 일반 국민이 이해하기 쉽도록 간결하고 명확하게 정리하고자 하는 법률일 뿐이었다.

2011. 3. 7.에도 6차 개정이 이루어졌으나, 동 개정안의 내용은 제11조 제3항 단서에 「상속세 및 증여세법」에 따른 성실공익법인에 해당하는 공익법인이 기본재산의 100분의 20의 범위 내에서 기본재산의 증가를 목적으로 하는 매도 또는 교환 등 대통

52) 동아일보, “기업 기부는 미래 위한 투자”, 2001. 2. 22.자에서 연구자가 정리

53) 예컨대 동아일보, “국세청 언론사 세무조사 결과(요지)”, 2001. 6. 29.자

54) 예컨대 동아일보, “아태재단 의혹 공방, 세무조사를 단행해야”, 2001. 7.23.자

55) 동아일보, “노벨상금 11억원의 행방”, 2002. 3. 20.자

56) 동아일보, “與 사립학교법 개정안 확정 : 주요 내용과 문제점”, 2004. 10. 14.자

57) 동아일보, “사학법 개정안 위헌 논란 : 사유재산 운영권 침해”, 2005. 12. 13.자

58) 헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2003헌가2

령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우 주무관청에 신고만으로 가능하도록 한 것이었다. 다만 이전의 개정과는 규제를 강화하는 내용이 아니라 성실공익법인의 활동에 제약을 주는 것을 완화했다는 점에서 구별되는 특징이 있다.

(3) 민법 개정안(법인편) : 허가주의에서 인가주의로

2010년 6월에 발표된 민법 개정안(법인편) 제32조 제3항은 법인 설립에 대한 허가주의를 인가주의로 변경하는 내용으로 되어 있다. 이것은 법인의 설립·운영에 대한 국가의 관여를 축소하는 쪽으로 방향을 잡았다고 할 수 있다. 주무관청의 허가제에 대하여는 전근대적인 국가 독점주의적 법인관(法人觀)을 체계화 한 일본의 법인제도의 잔재라거나 또는 준칙주의를 채택하는 스위스나 독일, 오스트리아 등의 비교법적인 차원에서 인가주의로 개정되어야 한다는 견해,⁵⁹⁾ 재단법인의 설립과 운영에 있어서 사적 자치가 보장되어야 하며 재단법이라는 이유만으로 설립과 활동에서 불평등한 차등을 해서 안된다는 견해,⁶⁰⁾ 등 학자들의 견해를 반영한 것으로 생각한다.

설립자가 출연한 재산에 대해서 법인격을 인정한 것이 재단법인이라는 점에서만 본다면 원칙적으로 그 설립이나 운영에 국가가 개입할 여지는 적다고 보인다. 그러나 비영리법인 또는 공익법인이 되어 당연히 세제 혜택을 받게 되므로 그에 대한 국가의 관여가 필요하게 된다는 측면도 있다. 재단법인에서는 재산 그 자체가 중요하여 원칙적으로는 설립자의 의사가 중요하다고 생각되므로 조세에 관한 것이 아닌 한 국가의 관여는 축소하는 쪽으로 하는 것이 타당하다. 이런 차원에서 현행 허가주의에서 인가주의로의 개정은 방향이 옳은 것으로 본다. 민법의 이러한 개정은 공익법인에 대하여도 동일할 것이다. 인가주의로의 개정이 타당하다는 관점에서 설립과정, 법인의 운영과정에 대하여 서술하고자 한다.⁶¹⁾

Ⅲ. 설립 과정상의 문제

1. 설립절차 개관

공익재단의 설립은 재단 실체의 형성(정관 작성, 재산의 출연, 기관의 구성)→허가 신청(주무관청의 확인)→주무관청의 허가→설립등기 및 법인신고 등의 순에 의한다.

59) 윤철홍, “비영리법인설립에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」 제47호, 한국민사법학회(2009), p732

60) 제철웅, “재단법인법에 관한 비판적 고찰”, p87-88

61) 서울시교육청 홈페이지, “신설공익법인을 위한 실무안내” 등을 참조하였음

(<http://www.sen.go.kr/web/services/bbs/bbsView.action?bbsBean.bbsCd=64&bbsBean.bbsSeq=7>)

(1) 실체의 형성

비영리재단법인을 설립하려는 경우, 설립할 법인의 목적 및 명칭, 정관작성, 기관구성 등을 준비한다. 「사회복지사업법」에 의한 사회복지법인, 「공익법인의 설립·운영에 관한법률」에 의한 공익법인, 「의료법」에 의한 의료법인, 「사립학교법」에 의한 학교법인 등은 각각 개별법에 규정된 설립절차를 확인한 후 법인설립을 준비한다.

1) 법인의 목적 결정

설립할 법인의 목적을 정해야 하는데, 비영리재단법인은 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 설립해야 한다(민법 제32조). 공익재단법인의 경우에는 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 자선에 관한 사업을 목적으로 해야 한다.

2) 재산의 출연

재단법인을 설립하고자 하는 사람은 재산을 법인에 출연해야 하며 출연자는 1인이어도 가능하다. 재산의 종류에는 제한이 없다. 설립자가 살아있는 동안 비영리재단법인 설립에 재산을 출연하는 경우 그 재산은 법인의 설립등기 시부터 법인의 재산으로 된다(민법 제33조 및 제47조 1항, 제48조 1항). 그러나 재산출연자가 유언으로 비영리재단법인을 설립하는 경우 그 재산은 재산출연자의 사망으로 유언의 효력이 발생하는 때부터 법인의 재산으로 된다(민법 제47조 2항 및 제48조 2항).

3) 법인의 명칭

다음으로 법인의 명칭을 정해야 하는데, 법인의 명칭은 사업목적에 나타낼 수 있는 명칭을 정해야 하고, 설립할 법인의 명칭이 기존의 법인의 명칭과 동일하거나 유사한 경우에는 등기가 되지 않는다. 동일 또는 유사한 명칭인지 여부는 대법원 인터넷등기소에 접속하여 확인할 수 있다.

4) 정관의 작성

법인은 정관에 기재된 내용에 따라 법인을 구성·운영해야 하며, 법인설립허가를 신청할 때에 정관을 주무관청에 제출해야 한다. 정관에는 법인의 사업목적, 명칭, 사무소 소재지, 자산의 종류·구성·관리·운용방법·회비 등 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 사항 등을 기재해야 하고(절대적 기재사항), 어느 하나라도 누락된 경우에는 정관으로서 효력이 생기지 않는다(민법 제43조).

법인은 육체가 없는 존재이므로 거래 등의 사회적 활동을 하기 위해서는 그 사람들

의 행위가 법인의 행위로 간주되는 자연인이 필요한데, 구체적으로는 법인의 의사를 결정하고 법인의 사무를 처리하는 이 사람들을 법인의 기관이라고 한다. 재단법인의 경우, 사단법인과는 달리 사원이나 사원총회는 없고 이사가 의사결정·업무집행·대의대표의 일을 하게 된다. 따라서 비영리 재단법인은 기관으로 이사를 반드시 두어야 하지만, 감사는 둘 수도 있고 두지 않을 수도 있다.

비영리 재단법인은 설립자(재산출연자)가 다수인 경우에는 창립총회에서 정관을 만들거나 임원 선임에 대한 재산출연자들의 의사를 결정하며, 재산출연자가 1인인 경우에는 창립총회를 개최하지 않아도 된다.

(2) 허가 신청

1) 주무관청의 결정

설립준비를 마친 후 설립하고자 하는 재단법인이 목적으로 하는 사업을 관리하는 행정관청 즉, 주무관청에 설립허가신청서를 제출해야 한다. 이 경우 정부조직법과 각 부·처·청의 직제 및 직제시행규칙 등을 살펴 업무소관을 검토한 후 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 등을 검토하여 그 업무의 위임여부를 따져 주무관청을 확인해야 한다.

주무관청은 법인의 활동영역에 따라 중앙행정기관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 된다. 법인이 목적으로 하는 사업을 관할하는 행정관청이 둘 이상인 때에는 그들 모두가 주무관청이 된다. 또한 법인의 활동영역이 특정 지방자치단체의 관할 구역 내에 있으면 해당 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 주무관청이 된다.

2) 재단법인 설립허가 신청서 제출

비영리재단법인 설립준비를 끝마친 설립자 또는 설립발기인들은 설립하려는 법인의 주무관청에 설립허가 신청서와 정관 등을 함께 제출해야 하며, 신청서에는 다음의 서류를 첨부하여야 한다.

- ① 설립발기인의 인적사항을 적은 서류1부
- ② 작성한 정관1부
- ③ 재산목록(기본재산과 운영재산으로 구분하여 기재) 및 그 입증서류 각 1부와 재산출연의 신청이 있는 경우에는 그 사실을 증명하는 서류 1부. 이 경우 법인 설립시 기본재산으로 출연한 재산, 무상으로 취득한 재산, 회계연도 세계잉여금으로 기본재산에 편입된 재산과 이사회에서 기본재산으로 정한 재산을 기본재산으로 하고, 그 밖의 재산을 운영재산으로 한다.
- ④ 사업계획 및 수지예산을 기재한 서류 1부 : 사업의 기본방향, 추진사업, 주요사업

별 추진일정 및 소요예산, 수지예산서를 기재한다.

- ⑤ 임원취임 예정자의 인적사항을 적은 서류 1부와 취임승낙서 1부 : 비영리재단법인
인은 설립자(재산출연자)의 의사에 따라 임원을 선임하며, 임원취임자의 취임승낙
의사와 인적사항, 직위와 취임기간을 기재한다.

- ⑥ 창립(발기인)총회 회의록1부

법인설립이 적법한 절차를 거쳐 성립되었는가에 대한 중요한 판단자료이므로, 육하원칙에 따라 작성해야 한다. 회의록에는 설립취지, 정관의 심의·의결, 임원선출, 재산출연 및 수증(受贈)에 관한 사항, 사업계획서 및 수지예산서 등의 의결에 관한 사항이 포함되고, 발기인 전원이 기명날인하며, 회의록 각 면과 면 사이에 발기인 전원이 간인을 해야 한다.

(3) 주무관청의 허가

1) 주무관청의 검토사항

비영리재단법인 설립허가 신청이 들어오면 각 주무관청은 법인의 명칭과 설립목적, 사업 등이 각 주무관청의 업무 범위 내에 해당하는지를 먼저 검토하며, 다음의 판단을 통하여 허가 여부를 결정한다.

- ① 법인 설립의 필요성 : 법인의 설립목적과 활동사업의 독자성, 전문성, 사업수행 가능성, 비영리성, 합법성 등을 종합적으로 고려하여 법인설립의 필요성을 검토한다.
- ② 법인의 목적과 사업의 실현가능성 : 허가신청을 한 법인설립의 주된 목적이 막연하거나 추상적이지 않은지, 구체적이고 실현가능한 목적인지를 검토하며, 목적사업의 수행을 위한 상근직원의 여부 및 독립된 사무실 등의 재정적 뒷받침도 검토한다.
- ③ 법인명칭의 유사성 : 설립 신청한 법인의 명칭이 기존법인의 명칭과 유사한지 여부를 검토한다.
- ④ 재정적 기초의 확보가능성 : 법인에 출연된 재산의 평가가 적절하게 평가되었는지, 또는 부동산의 경우 등기하여 재산권을 확보할 수 있는지를 검토하며 비영리재단법인의 경우, 출연된 재산이 법인 설립등기 즉시 법인으로 이전될 수 있는지, 재산출연 절차에 문제가 없는지, 출연된 재산이 활용가능한지를 검토한다.

2) 허가 등 처분

특별한 사유가 없으면, 주무관청은 일정기간 내에 설립신청사항을 심사하여 허가를 하거나, 허가를 하지 않는 등의 처분을 내리며, 서면으로 설립허가 신청인에게 통보한

다. 다만, 설립허가 이후 ① 법인의 명칭 변경, ② 사업내용 변경, ③ 허가조건 변경, ④ 소재지 변경, ⑤ 대표자 변경 등이 발생하는 경우, 주무관청은 그 적정성을 검토하여 설립허가증을 재발급하거나 발급된 허가증에 변경사항을 기재하여 설립허가 신청인에게 통보한다.

주무관청은 법인설립허가에 조건을 붙여 법인설립허가를 해줄 수 있다. ‘법인설립 허가 일부터 1년 이내에 목적사업을 실시할 것’, ‘목적사업을 계속하여 2년 이상 중단하지 말 것’, ‘법인의 목적과 관련이 없는 수익사업을 하지 말 것’ 등이 그러한 예이다.

(4) 설립등기 및 설립신고

해당 주무관청으로부터 설립허가를 받은 법인은 법인의 주된 사무소 소재지를 관할하는 법원등기소에서 설립등기를 함으로써 법인격을 취득한다. 세무상의 처리를 위해서는 법인설립 등기부등본을 첨부하여 세무서에 법인 설립신고도 해야 한다.

2. 설립 과정상의 문제

(1) 설립과정에 대한 정부 개입의 한계 : 인가제로의 민법 개정에 대한 의견

설립과정 전체의 과정을 판단하면, 법인의 실체 형성절차는 설립자 등 자율적 의사에 따라 행해지므로 국가가 개입하는 것은 설립허가 신청에 대한 허가 여부를 검토하는 단계이다. 법인 설립의 필요성, 법인의 목적과 사업의 실현가능성, 재정적 기초의 확보가능성 등이 중요한 검토 사항인데, 이러한 부분에 대한 객관적 판단기준이 거의 주무관청에 맡겨져 있다는 점, 즉 주무관청의 자유재량에 맡겨져 있는 점이 현재 비영리법인 특히 공익법인의 설립에 있어서 문제가 된다.

이러한 기준은 다른 말로 표현하면 결국 “공익”의 판단이라고 할 수 있고 또 그러한 판단이 필요하지만 그러한 해석이 자의적일 수 있다는 점에서 이를 객관화하여, 일정한 기준이 되면 무조건 설립 허가를 주는 것이 필요하다고 생각한다. 즉 법인 설립에서도 허가주의에서 인가주의로 해석을 전환하는 것이 필요하다. 인가주의와 허가주의의 대립은 다른 측면에서 보면 설립 과정에 대한 정부 개입의 한계를 어디까지 인정할 것인가의 문제이다.

우리 민법은 비영리법인의 설립에 대하여 허가주의를 취하고 있으나, 오늘 날에는 대륙법계의 어떤 나라도 비영리사단법인의 설립에 허가주의를 채택하고 있지 않으며, 우리 법의 근간이 되었던 일본 민법도 허가주의를 폐지하고 준칙주의를 채택하여 자유롭게 법인을 설립할 수 있도록 하고 있다.⁶²⁾ 민법 개정안도 허가주의에서 인가주의로 바

62) 윤철홍, 전계 논문, p.747

꾸어 규정하고 있다. 설립자가 특정 목적의 수행을 위해 재단법인을 설립하면 그 재단법인은 설립자의 의사를 실현시키는 관리조직으로 기능하며 따라서 재단법인 운영에 있어서의 최고지침은 설립자의 의사가 된다. 이러한 설립자의 의사는 설립단계에서는 단독행위인 재단설립행위와 정관에 표시된다.⁶³⁾

또한 주식회사의 사회적 책임 등이 논의되고 있는 상황에서 공익재단의 설립과 주식회사의 설립 중 어느 것이 더 사회의 공익에 이바지할까? 주식회사의 설립은 회사법에서 정하는 일정한 절차에 따르면 국가의 관여 없이 설립등기를 함으로써 법인격을 취득하게 한다(준칙주의). 공익재단의 경우에도 이처럼 국가의 관여 없이 일정한 절차를 밟으면 설립이 가능하도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있고 이 점에서는 인가주의로 바뀌는 민법의 태도는 타당하다고 생각한다. 이처럼 외국의 입법례와 재단법인의 본질을 고려한다면 허가주의에서 인가주의로 변경하는 것은 타당하다고 생각한다. 이 경우 인가의 기준을 좀 더 구체적으로 정하는 것이 필요할 것이다.

다만 인가주의로 하는 경우 세금 혜택을 받는 점이 마음에 걸린다면 아예 미국과 같이 비영리법인의 설립은 자유롭게 인정하되 세제 혜택을 받는 경우에는 세법에서 정하는 엄격한 조건을 충족하도록 할 수도 있다. 어쨌든 이 부분에 대해서는 별도로 논의할 필요가 있다.

(2) 주식출연 : 구원장학재단 사건

공익재단을 설립하는 경우 어떠한 재산을 출연하여야 하는지 여부에 대하여는 특별한 제한이 없다. 그런데 주식을 출연하는 경우 세법상 증여세의 추징 문제가 따르게 되어 세법이 순수한 공익재단의 설립을 막는 것이 아니냐는 비판도 제기되고 있다. 구원장학재단 사례를 검토한다.

상속세 및 증여세법 제48조 제1항은 공익사업에 출연된 재산에 대하여 내국법인 주식의 5%(성실공익법인은 10%) 이상 취득금지의무를 규정하고, 이를 위반하는 때에는 과세요인이 발생한 때에 의무위반에 해당하는 재산가액에 상당하는 증여세 또는 가산세를 공익법인에 부과한다.⁶⁴⁾

구원장학재단 설립자는 2002. 8월 210억 재산(주식지분 90%)을 기부하여 6년 동안 41억여 원을 장학금, 교수연구비 등으로 지급하여 왔는데, 2008년 2월 관할세무서에서 5% 초과 부분을 증여로 간주, 140억 증여세를 부과하였다.

63) 제철웅, 전계 논문, p73

64) 공익법인의 주식 출연 및 취득 제한규정은 상속세법이 1990년 12월 31일 법률 제4283호로 개정되기 전까지 그 제한에 대한 규정이 없다가, 법률 제8조의2 제1항 제1호에 단서를 신설한 것이다. 그 취지는 공익법인에 대한 주식출연으로 재벌기업들이 문화재단을 설립하여 계열기업을 지배하는 수단으로 이용하는 사례를 방지하기 위한 것이었다.

이에 대하여 제1심인 수원지방법원은, 5% 초과 지분을 증여로 간주하는 상속세법 규정은 “경제력 세습 방지 규정이므로 순수한 장학사업에는 적용 없다.”는 이유로 원고 승소 판결을 내렸다. 그러나 항소심인 서울고등법원은, “공익사업의 원활한 수행을 위해 특수관계가 없는 경우 과세대상에서 제외하는 규정을 둔 것인데, 설립자와 재단의 보유 주식 수를 합하면 100%로서 상속세법상 특수관계에 있으므로, 법령 문언에 없는 추가적 요소를 설정해 이 과세처분을 위법한다고 하면 법적 안정성과 입법권 침해의 여지가 있다.”는 이유로 원고 패소 판결을 하였다.⁶⁵⁾ 1심 법원과 2심 법원의 판단이 다르게 된 것이다. 그런데 이 규정에 대하여는 입법 당시부터 반대의견이 제기되었으며,⁶⁶⁾ 현재에도 계속 비판이 제기되고 있다.⁶⁷⁾

미국의 경우 1969년 연방세법 개정⁶⁸⁾으로 민간재단이 보유할 수 있는 주식의 지분을 제한하고 있다(미연방세법 4943(c)(2)(A)조). 과세상 혜택을 받고 있는 민간재단에 의해 기업이 지배되는 경우 세금을 납부해야 되는 기업과의 경쟁이 불공정하다는 것이 그 이유의 하나이다. 민간재단에 허용되는 주식의 보유한도는 민간재단이 보유한 의결권 있는 주식과 부적격자가 소유한 의결권 있는 주식을 합하여 20%이다. 보유한도를 넘어 보유한 경우에는 그 보유주식가치의 10%가 과세된다(미연방세법 4943(a)(1)조).⁶⁹⁾

일본의 경우에는 상속세법에 규정이 없고, 총무성에서 공익법인을 감독하기 위한 기준서에서 이를 규제하고 있을 뿐이다.⁷⁰⁾ 동 기준에서는, “공익법인은 재단법인에 있어서 기본재산으로서 기부된 경우 등을 제외하고 영리기업의 주식 보유 등을 할 수 없다. 이 규정에 따라 주식을 보유한 경우에 있어서도 해당 영리기업의 전체 주식의 2분의 1을 초과하여 주식을 보유할 수 없다.”고 한다. 일본의 공익법인의 경우에도 50%까지 보유가 가능하다는 의미가 된다.

65) 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010누26003 판결

66) 국회 재정경제위원회 수석전문위원, "상속세법개정법률안(정부 검토보고)", 1996.11, p.20에서는 이 개정에 반대 견해를 밝힌 바 있다. 즉, “개정안은 공익법인의 보유주식 분산을 통해 공익법인이 출연자의 지주회사로 간접지배·이용되는 것을 방지하고자 하는 조치로 보여지나, 개정안에서와 같이 주식보유총수의 5%이내로 제한하는 개정방향 보다는 기업가가 공익법인을 통해 부의 사회환원을 하도록 유도하고 상속세 회피수단으로 악용되는 것을 방지하는 방안을 강구하는 것이 오히려 상속세의 부의 사회환원 기능에도 부합하는 것으로 생각되므로 동 개정내용은 적절치 못한 것으로 봄”이라고 하였다.

67) 주식 ‘선의의 기부’막는 5% 과세 족쇄, 파이낸셜뉴스(2011. 9. 4.자)

68) 그 당시 세법개정 주요내용으로는, [H.R. REP. 91-413, H.R. Rep. No. 413, 91ST Cong., 1ST Sess. 1969, 1969](#) 참조. westlaw(유료사이트)에 의해 해당 원문확인 가능하다.

69) IRC § 4943. Taxes on excess business holdings

(a) Initial tax.--

(1) Imposition.--There is hereby imposed on the excess business holdings of any private foundation in a business enterprise during any taxable year which ends during the taxable period a tax equal to 10 percent of the value of such holdings.

(이하 생략)

70) 公益法人の設立許可及び指導監督基準

이러한 외국의 입법례를 고려하면 우리의 규제 내용이 매우 경직적이고 엄격하다는 느낌이 든다. 5%의 제한규정이 선의의 기업가가 공익법인에 더 많은 주식을 출연할 수 있는 길을 원천적으로 막고 있기 때문이다. 주식출연을 통한 지주회사화에 대한 제한을 위해 상속세 및 증여세법상 규정을 두어야 하는지 자체도 의문이며, 지주회사화의 우려라면 그러한 주식의 의결권을 제한⁷¹⁾하거나 보유를 제한하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 현행 상속세법상의 규정을 문리(文理) 그대로 해석하면 제2심과 같이 판단하는 것이 조금은 더 타당하게 보이므로, 법의 취지를 살펴 구체적인 타당성을 존중할 것이냐 아니면 법적 안정성을 위해 문리 해석을 할 것이냐의 선택의 문제를 현명하게 처리하기를 바랄 뿐이다.

IV. 운영 및 관리상의 문제

등기 및 정관 변경, 법인의 사업, 재산 운영, 기본재산의 처분에 대해서 개관한다.

1. 등기 및 정관 변경

비영리재단법인의 설립등기는 법인의 성립요건 즉 법인격 취득 요건이 된다. 설립등기를 한 후에 설립등기 사항에 대하여 변경이 있는 경우에는 그 사항들을 등기해야 제3자에게 주장할 수 있다(민법 제54조). 이사의 변경, 주사무소의 변경, 분사무소의 설치 등이 그러한 예이다. 등기의무가 있는 이사, 청산인 등이 등기를 해태하면 과태료 처벌을 받는다(민법 제97조 제1호).

정관의 변경이란 법인이 그의 동일성을 유지하면서 그 조직을 변경하는 것으로써 주무관청의 허가를 받지 아니하면 그 효력이 없다. 재단법인의 정관은 변경하지 못함이 원칙이지만, 정관의 변경방법을 정관에서 정하고 있는 경우에 한하여 할 수 있다(민법 제42조 ② 및 제45조①,③). 변경사항이 등기사항인 경우에는 그 변경을 등기하지 아니하면 정관의 변경을 가지고 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제49조 ② 및 제54조).

2. 법인의 사업

(1) 목적사업

법인의 설립목적을 수행하기 위한 사업을 목적사업이라 하며, 이 목적사업은 법인 설

71) 의결권 포기시 과세혜택을 유지하나 의결권을 포기한 경우 현행과 같이 증여세 과세하는 방안을 주장한 견해로는, 손원익, "비영리법인 관련세제의 선진화 방안", 한국조세연구원, 2000.12, p.127 참조.

립허가를 신청할 때 제출한 사업계획서 등에 기재된 목적사업을 말한다. 목적사업은 그 내용이 구체적이며 실현가능 하여야 하고, 적극적으로 공익을 유지·증진하는 것이라고 인정되어야 한다(공익령 제5조 ①). 공익법인을 운영하고자 하는 고유의 목적사업 내용은 장학금의 지급, 연구비의 지원, 학술진흥사업 및 시설운영 지원사업, 출판 보급사업, 자선사업 등이며, 법인이 정관에 정하는 목적사업으로 제공하는 이익은 이를 무상으로 함을 원칙으로 한다(공익령 제6조 ①).

출연재산은 반드시 목적사업에 사용되어야 세제 혜택이 주어진다. 즉 출연 받은 재산은 출연일로부터⁷²⁾ 3년 이내 “직접 공익목적사업 등”에 사용하여야 하며(상증세법 제48조②-1호), 출연재산 운용소득 금액의 70% 상당금액 이상을 “직접 공익목적사업”에 사용하여야 한다(상증세법 제48조 ② 4호의2, 상증세령 제38조 ⑤).

(2) 수익사업

수익사업은 법인의 설립목적과 본질에 반하지 않는 정도의 것으로 목적사업의 경비 충당을 위해 필요한 범위 내에서만 인정된다. “수익”사업은 경제적 이익을 얻는 사업이라는 의미이지만, 법인세법에서는 비영리법인의 수익사업의 범위에 대해서 규정하고 있으므로(법인세법 제3조 ② 및 동법시행령 제2조 ①), 열거되지 않은 수익을 얻는 경우에는 법인세 납세의무가 없다.

목적달성을 위하여 수익사업을 하고자 할 때에는 정관이 정하는 바에 따라 사업마다 주무관청의 승인⁷³⁾을 받아야 한다(공익법 제4조 ③). 수익사업을 하려는 법인은 정관이 정하는 바에 따라 수익사업을 운영해야 하며, 정관에 수익사업의 근거조항 및 구체적인 사업종목의 등재가 없는 경우에는 정관에 수익사업의 근거조항 등을 신설해야 한다. 또한 수익사업을 개시한 법인은 사업 개시일부터 20일 이내에 사업자등록신청서를 납세지 관할 세무서장에게 제출하여야 한다(법인세법 시행령 제154조 제1항). 공익법인이 설립 목적 달성을 위해 목적 사업을 수행하더라도 법인세를 부과하지 않지만, 수익사업을 운영하는 경우에는 해당 수익사업에서 발생하는 소득에 대해서는 영리법인과 같은 입장에서 법인세 납세의무를 부담하기 때문에 수익사업 개시신고가 필요하다.

72) 재산의 출연시기는 그 날로부터 3년 내에 출연목적에 전부 사용 하였는지의 여부를 관정하는 기준이 된다. 최초 재산을 출연하여 공익법인을 설립하는 경우에는 민법 제48조에 정하는 귀속시기, 즉 생전처분으로 재단법인을 설립 할 때에는 법인설립 등기를 한 때, 유언으로 재단법인을 설립할 때에는 유언의 효력이 발생하는 때, 즉 사망한 때를 출연시기로 한다. 이미 설립된 법인에 출연하는 경우에는 그 법인이 출연재산을 취득하는 때를 출연시기로 본다. 출연시한은 공익사업에 출연한 의사를 표시한 후 상속세 신고기한(6개월)까지이다.

73) 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제4조 제3항의 수익사업 승인 제도는 공익법인의 수익사업을 사전에 심사·관리 함으로써 공익법인이 무분별하고 부적절한 수익사업에 나서는 것을 억제하고 공익법인으로 하여금 본래의 설립 목적인 공익성을 유지하며 건전한 활동을 계속할 수 있도록 하기 위한 것으로, 공익법인의 기본재산 처분이 수반되지 않는 사업도 규제의 대상으로 삼는다는 점에서 공익법인 존립의 기초가 되는 기본재산의 원활한 관리 및 유지와 재정의 적정을 기함을 목적으로 하는 같은 법 제11조 제3항의 기본재산 처분 허가 제도와는 그 입법목적과 적용 범위 등을 달리하는 제도이다(대법원 2006.9.22. 선고 2004도4751 판결).

3. 재산 운영

(1) 기본재산

비영리재단법인의 재산은 기본재산과 보통재산으로 구분하며, 기본재산은 ① 법인설립 당시 기본재산으로 출연한 재산, ② 기부 또는 무상으로 취득한 재산, ③ 회계연도 세계잉여금으로 기본재산에 편입된 재산과 이사회에서 기본재산으로 정한 재산 등이 이에 해당한다(공익법 제11조①, 공익령 제16조①,②). 교육법인 또는 복지법인 등 관련 법은 기본재산을 교육용 기본재산과 수익용 기본재산으로 분류하고, 수익용 기본재산으로 수익사업을 운영하도록 하고 있다.

예컨대 학교법인의 수익용 기본재산은 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 경영에 필요한 재산 중 수익을 목적으로 하는 재산을 말한다. 교육활동에 직접적으로 필요한 교육용 기본재산에 대비되는 개념이다. 학교법인은 연간 학교운영비의 10배 이상에 해당하는 수익용 기본재산을 확보해야 할 의무가 있으며, 수익용 기본재산에는 토지, 건물, 주식, 정기예금 또는 금전신탁, 국채·공채, 기타 교육부 장관이 수익용 기본재산으로 인정하는 공시한 것 등이다. 학교법인은 수익용 기본재산에서 생긴 수익의 100분의 80 이상에 해당하는 액수를 그가 설치·경영하는 학교의 연간운영비에 충당하여야 한다.

(2) 보통재산

보통재산은 기본재산 이외의 모든 재산으로 법인을 운영하는 데 사용할 수 있는 재산을 말하며 법인 직원 급여, 사무실 운영비 등 목적사업비와 그 운영경비에 사용될 수 있는 재산을 말한다. 일반적으로 보통재산의 범위는 다음과 같다.

- ① 기본재산으로부터 발생하는 일체의 이익금 : 예금 또는 채권 등에서 발생한 수입이자, 주식의 배당금 및 무형자산으로부터 발생한 사용료, 영업권이나 특허권 등 무형자산으로부터 발생한 사용료, 법인 소유의 영리사업소득 중 경비 및 제세공과금 일체를 차감하고 목적사업비로 기부된 사업소득
- ② 전년도 예산 중 사용 잔액이 해당연도로 이월된 전기이월금
- ③ 일체의 환급금이나 회수금 : 전년도 납입 법인세 중 환급금, 지출된 사업비 중 사용 잔액 환불금, 지출된 사업비 중 사용 포기된 회수금
- ④ 기타 물품의 매각처리대금과 같은 잡수입금 등이 해당.

(3) 재산의 관리

법인은 목적사업의 달성을 위하여 그 재산을 선량한 관리자의 주의를 다하여 관리하여야 한다(공익법인법 제11조 ④, 공익령 제20조). 재산의 관리에는 매도, 교환, 양도,

임대, 기부, 담보 등의 처분과 매수, 신축, 기부채납 및 기채 등 재산에 관한 권리의 득실변경을 가져오는 일체의 행위가 포함되며, 기본재산을 처분하거나 그것을 증감시키는 것은 중대한 변경을 의미하고 기본재산의 내용이 정관의 별지로 구성되어 기본재산 처분은 정관변경사항에 해당하므로 주무관청의 허가를 얻어야 효력이 발생한다.⁷⁴⁾ 기부금은 기본적으로 기본재산에 편입하여야 하며(공익령 제16조 제1항 제2호), 기부목적에 비추어 기본재산에 편입하기 곤란한 “합리성·타당성·객관성을 띤 사유”가 존재하지 아니하는 한 『기부금 사용 승인』을 금하며, 특히 운영비를 위한 승인은 인정되지 않는다.

기본재산 취득도 주무관청의 허가를 받아야 하며, 취득사유서, 취득한 재산의 종류·수량·금액을 기재한 서류, 취득한 재산의 등기부등본 또는 금융기관의 증명서, 이사회의 사록 등을 제출해야 한다. 이 경우 주무관청으로부터 기본재산 처분 및 취득에 따른 정관변경허가서를 받은 날부터 3주 이내에 기본재산 처분에 관한 등기를 해야 한다(민법 제52조).

기본재산의 목록과 평가액은 정관에 기재하여야 하며, 평가액에 변동이 있을 때에는 지체 없이 정관변경 절차를 이행하여야 한다(공익법 제11조②). 재산의 평가금액은 취득당시의 시가에 의한다. 다만, 재평가를 실시한 재산은 재평가액으로 한다(공익령 제24조).

(4) 재산 운영과 관련된 문제점

첫째 기본재산의 범위를 어느 정도까지 인정할 것인가의 문제가 있다. 재단을 설립하는 경우 기본재산과 보통재산을 구분하여 신고하도록 되어 있으나 그 범위 등에 대한 구체적 지침은 없는 것 같다. 예컨대 10억 원을 출연하여 장학재단을 설립하는 경우 기본재산과 보통재산의 비율을 얼마로 해야 하는지 문제가 있다. 최소한의 지침을 적시해 줄 필요가 있다고 본다.

둘째 기본재산의 운용 방법에 대한 제한을 어느 정도에서 할 것인가의 문제이다. 현재 기본재산의 운용 방법에 대해서는 기본재산의 원본 상실 위험 등의 이유로 법령에 제한을 두고 있으나 지나치게 엄격한 점이 있다. 기본재산 전체에 대해서 무조건 운용 방법을 제한하는 것 보다는 기본재산의 일정 부분 예컨대 20% 부분에 대해서는 재단법인의 이사회에서 자유롭게 정하고 손실 등이 발생하는 등 특별한 사유가 있는 경우에만 법에 정한 운용방법에 따르도록 한다든지 하는 식으로 완화할 필요성이 있다.

셋째 보통재산을 수익사업에 사용할 수 있는지 여부에 대해서도 논란이 있다. 수익사

74) 공익법인의 기본재산의 처분에 관한 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제11조 제3항의 규정은 강행규정으로서 이에 위반하여 주무관청의 허가를 받지 않고 기본재산을 처분하는 것은 무효라 할 것이다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결).

업에 사용할 수 있다는 견해도 있고 보통재산을 수익용 기본재산으로 바꾸지 않는 한 곤란하다는 견해도 있는 것 같다. 보통재산이라면 제한이 없다고 생각한다.

4. 기본재산 처분

(1) 기본재산 처분 허가의 법적 성질 : 자유재량행위

비영리법인의 기본재산을 처분함에는 주무관청의 허가가 필요하다. 그런데 주무관청의 허가의 성질에 대하여 이를 자유재량행위로 해석하고 있다. 기본재산의 처분이 다른 요건을 다 충족하는 경우에도 주무관청은 이를 허가하지 않을 수도 있다는 의미가 된다. 재단법인이라는 것이 본래 설립자가 재산을 출연하고 설립자의 의사가 반영된 정관의 규정에 따라 공익사업을 수행하는 것으로 볼 수 있고, 따라서 공익수행이라는 목적에서 벗어나지 않는다면 기본재산에 대한 처분의 효력도 인정해 주어야 할 것이다. 국가가 관여하더라도 법정 요건을 충족하는 무조건 처분 허가를 해주어야 한다(기속행위)는 의미이다.

현행 실무상으로는 예컨대 무수익 부동산·채권·주식을 현금으로 전환하는 것은 긍정적이지만, 이와 반대로 현금을 주식·무수익 부동산으로 원칙적으로 인정되지 않는다. 현금을 채권으로 전환하는 경우에는 수익성·안전성·합리성·타당성·전환사유 등을 검토하여 판단하게 된다. 또 처분하는 기본재산으로 제세공과금을 납부할 경우에는 관련 세법 근거 법령을 제시하도록 되어 있다.

(2) 법적 성질의 변경?(인가, 기속행위), 허가 범위의 축소(20% 신고 같음)

기본재산 처분에 대하여 주무관청이 인가를 해주는 것으로 변경된다면 인가의 성질은 기속행위가 된다. 즉 주무관청은 법령에 정한 요건을 충족하면 무조건 이를 승인해 주어야 한다는 의미이다.

다음으로 기본재산의 처분에 대해서는 그 처분 범위에 관계없이 주무관청의 허가를 얻어야 하는지 문제될 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 그 재산의 처분 범위가 작은 경우에는 신고로 같음하는 방안을 검토할 수 있는데, 2011. 3. 17.에 개정된 공익법인법은, 성실공익법인에 해당하는 공익법인이 기본재산의 100분의 20의 범위 내에서 기본재산의 증가를 목적으로 하는 매도 또는 교환 등 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우 주무관청에 신고만으로 가능하도록 개정하였다.

다만 이 경우에도 20%의 선정기준을 정함에 있어서 주무관청의 재량 판단에 따르게 한다면 종전과 크게 다르지 않게 된다. 예컨대 부동산이라면 면적으로 해야 하는지 아니면 가액으로 해야 하는지 문제되는데, 공시지가 등이 존재하기 때문에 전체 가액의 20%를 초과하지 않는 경우에는 신고로 같음할 수 있도록 하는 등의 방안이 필요하다.

V. 공익재단 법제 개편의 기본방향

공익재단 법제를 개편한다면 결국 두 가지 중의 하나일 수밖에 없다. 공익성을 누가 판단할 것인가? 공익성의 판단을 국가가 한다면 공익재단의 설립·운영에 대한 국가의 개입이 정당화되어 법제의 개편방향도 현행대로 하거나 아니면 현행보다 더 국가의 개입을 강화하는 쪽이 바람직할 수 있다. 그러나 공익성의 판단을 공익재단의 설립자가 하고 국가는 그에 대한 2차적 감독만을 하는 것이라면 현행보다 국가의 개입을 줄이는 쪽이 바람직할 것이다. 공익재단에 대해서는 여러 가지 세제 혜택이 주어지기 때문에 공익법인이 그것을 포기하지 않는 이상 국가의 관여는 피할 수 없다. 결국 어느 쪽에 더 비중을 두느냐의 문제가 되고 그에 따라 법제의 개편 범위도 달라진다. 공익법인에 대한 자율권을 확대하면서 동시에 그 남용에 대한 보완으로서 투명성을 높이는 방식의 개편이 필요하지 않을까 생각한다. 이러한 기본 방향에 대하여 보충 설명하면 다음과 같다.

1. 공익법인에 대한 자율권 확대(설립, 운영)

(1) 인가주의 확대(준칙주의와 유사하게)

이미 본 바와 같이 공익법인에 대한 설립, 운영에 있어서 국가의 개입을 줄이고 자율권을 확대하는 것이 시대적 조류이며, 세계적인 경향이라고 생각된다. 이러한 측면에서 본다면 설립 당시의 기부자의 의사에 따라 운영하는 것 즉 자율권을 확대하는 것이 타당하다고 생각한다.⁷⁵⁾

현재 우리 법은 재단법인의 설립(민법 제32조), 정관변경의 허가(제45조), 재단법인의 목적의 변경(제46조), 이사해임권 및 임시이사선임권(공익법 제5조) 등을 주무관청의 권한으로 규정하고 있는데, 대법원은 임원취임승인신청,⁷⁶⁾ 재단법인의 정관변경신청⁷⁷⁾에 대한 인가를 재량행위로 해석하고 있다. 이것은 재단법인에 합목적적 판단이 있는 경우에도 주무관청이 이를 인정하지 않을 수 있다는 의미가 된다. 재단법인은 주무관청의 인가 거부처분이 재량권의 한계를 넘은 경우에만 이에 대하여 취소소송을 제기할 수 있으므로 국가의 관여 폭이 넓다.

독일의 경우에는 1972년의 연방행정법원판결에서 재단법인의 기본권을 인정하면서 재단에 대한 국가감독은 순수한 법적 감독으로 제한되기 시작하였으며, 이는 국가와 재단법인 사이에도 이념적 차이가 있으며 그것이 상호경쟁관계에 있음을 인정한 것인데,

75) 2011. 11.9 국회에 제출된 공익신탁법(안) 제3조는 공익신탁을 설정하려면 법무부장관의 인가를 얻어야한다고 규정한다.

76) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두16996 판결

77) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누14538 판결

독일의 통설도 국가의 감독권한은 법적 감독으로 보고 있다. 따라서 재단법인의 기관의 활동이 정관과 설립목적에 부합되게 이루어지고 그것이 현행법에 위반된 것이 아니라면 주무관청이 여기에 개입하여 재단의 합목적적 활동을 부정하고 자신의 합목적성으로 대체해서는 안된다.⁷⁸⁾ 미국의 경우 법인의 설립이나 운영에는 원칙적으로 개입하지 않고 조세와 관련된 혜택을 받는 경우에만 세법을 통하여 일정한 자격 요건을 요구하는 등의 방식을 취하므로, 공익법인의 설립 및 운영에도 세제 혜택과 관련된 부분에만 개입하는 것이 옳다는 주장도 가능할 것이다.

(2) 기본재산의 처분에 대한 신고 범위 : 20%의 적정성 및 판단 기준

기본재산의 처분에 대하여 무조건 허가를 요구하는 것도 문제이다. 공익재단이므로 국가의 관여를 일부 인정하더라도 지나친 점이 있다. 기본재산 중 일부를 처분하는 등의 사유가 있는 경우에는 공익재단의 합목적적 판단에 따라 사후신고 등으로 갈음하는 방법을 생각해 볼 수 있고 공익법인법은 20%를 초과하지 않는 부분에 대해서는 신고로 갈음할 수 있도록 하고 있다.

하지만 이 경우에도 20%가 적정한 것인지, 20%를 가액, 면적, 비율 등 어느 기준에 따라 정할 것인지 애매한 점이 있다. 이는 입법적 결단이 필요한 부분이다. 세법상 부당행위계산의 부인 규정 등에서는 시가의 30% 이내는 정상가격으로 보므로 30% 정도로 정할 수도 있다. 중요한 점은 이에 대한 공익법인의 자율성을 확대해준다는 것에 있다.

2. 투명성 확대

공익법인의 자율성을 확대하더라도 그 전제로서 공익법인의 투명성이 보장되어야 할 것이다.

미국의 경우 공익성이 있는 단체에 대해서만 면세자격을 주기 때문에 면세자격 취득 및 유지를 위하여 IRS의 조직테스트와 운영테스트를 받아야 한다.⁷⁹⁾ 조직테스트(Organization test)는 단체의 설립 및 운영상의 공익성을 판단하는 것으로서 정관에 연방소득세법 §501(c)(3)의 공익적 목적을 명시하고 그 목적을 위하여 기관을 운영한다는 점, 기관의 수입이 이사나 관리자, 수탁자 기타 개인에게 배분되지 않으며, 청산을 할 때에는 §501(c)(3)의 면세목적에 분배하거나 다른 면세기관에 분배하며, 정치적 활동을

78) 제철웅, 전계 논문, pp.81-83

79) 공익법인의 공익성 검증에 관한 미국과 일본의 입법례를 소개하고 개선방안을 모색한 최근의 논문으로, 김진수/김태훈, “공익법인에 대한 공익성 검증제도의 개선방안에 관한 연구”, 『세무학연구』 28권 4호, 한국세무학회(2011. 12), pp267-295 참조. 동 논문에서는 p.289 이하에서 공익성 검증기관을 도입하고, 통일적 검증기준을 제정하며 공익성 검증기관을 효율적이고 투명하게 운영하는 것을 개선방안으로 제시하고 있다.

금지한다는 내용이 포함되어 있는지 여부 등을 확인하는 것이다. 운영테스트(Operational Test)란 기관의 운영이 불특정 다수의 이익을 위하여 운영이 되어야 한다는 것으로서 기관의 사업활동은 면세목적 달성을 위한 것인지, 그 비용지출은 규모나 자금조달 등에 비추어 상응한 것인지, 자금조달에 있어서 투자소득이 아닌 자발적인 기부에 의한 비율은 어느 정도 되는 것인지 등을 확인하는 것이다. 공익성테스트에 있어서 연간 수입의 3분의 1은 일반 대중으로부터 지원받을 것을 요한다(\$509(a)). 이러한 테스트를 거쳐 면세자격을 취득하더라도 정기적인 조사가 행해진다. 면세자격 승인시의 심사에는 신청단체의 활동실적이 적은 경우가 많으므로 단체의 정관 내지 규약에 기재된 목적, 잔여재산의 귀속, 재무상황 등 형식적인 면에서의 심사가 중요시되고, 정기심사시에는 재산이나 자금이 내부자의 개인 용도로 사용되었는지 여부 등 실질적인 심사가 중요시된다.⁸⁰⁾

우리의 경우 2007년 기부 관련 세법을 대폭 개정하면서 공익법인의 투명성을 높이기 위한 제도 개선이 상당히 이루어졌다. 문제는 법령의 미비가 아니라 법령에 따른 투명성 확보방안의 실질적 시행일 것이다. 공익법인의 투명성 확보를 위한 현행 법령 중 개선이 필요하다고 생각하는 것은 다음과 같다.

첫째, 세제 혜택과 직접적 관련이 없는 부분에 대해서는 비영리법인의 자치를 최대한 인정할 필요가 있으므로 공시의무도 일부 조정할 필요가 있다. 즉 공익법인의 인원이나 보유자산 등 일정한 기준에 따라 분류하고 그 규모에 따른 관리를 하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 상증세법시행령 43조는 자산규모가 10억 원 미만인 공익법인은 세무확인 의무를 면제하고, 10억원 이상인 경우로서 공인회계사 등에 의한 외부감사를 받은 경우에도 세무확인 의무를 면제한다는 내용을 규정하고 있다. 이러한 자산 규모의 적정성에 대해서는 합의가 필요할 것이고, 예컨대 100억 원 이상인 경우에는 외부이사를 두도록 하는 방안 등의 연계도 필요하지 않을까 생각한다.

둘째, 상법상 주식회사의 휴면회사제도에서 보는 바와 같이 사실상 활동을 하지 않는 단체에 대해서는 일정한 기준과 절차에 따라 해산 및 청산을 하는 방안도 고려할 필요가 있다.

셋째, 공익법인에 대한 관계법령의 단순화가 필요하다. 공익법인에 대한 규제법령은 기부금품모집법 등 다양하게 존재하고 있으나, 역시 가장 중요한 것은 기부금공제 등 세제 혜택과 관련한 것이다. 그렇다면 각종 법령에 존재하는 결산서류 공시 등 의무를 세법상의 그것으로 통합할 필요가 있고, 비영리법인의 설립 및 운영에 대해서는 주무관청의 허가 등을 요구한다 하더라도 면세 자격의 취득 및 유지 등에는 국세청에서 일괄하여 관리하는 것도 하나의 방법이라 할 수 있다.

80) 岩田陽子, “アメリカのNPO税制”, レファレンス, 2004.9. pp.36-37.

VI. 참고문헌

양창수, 『독일 민법전』, 박영사(2002), p31.

Bruce R. hopkins, 『The tax law of charitable giving』 (4.ed), Wiley(2010), pp4-5.

박상용, “기업재단의 법규와 세제의 변천“ p38.

박상용, “기업재단의 법규와 세제의 변천“ p39.

윤철홍, “비영리법인설립에 관한 입법론적 고찰”, p732.

제철용, “재단법인법에 관한 비판적 고찰”, p87-88.

<신문자료>

동아일보, “민법초안비판(중)”, 1955. 2. 9.자, 3면

동아일보, 1963. 2. 16.자

동아일보, 1960. 5. 8.자 2면

동아일보 1963. 6. 8.자

동아일보, “무실(無實)한 비영리법인 정리”, 1972. 8.12.자

동아일보, “명문조항 없는 공익법인 증여재산 유용(流用)할 땐 증여세 추징”,
1974. 9.17.자

동아일보, “일부 문화재단 실태 알면 사회 동요”, 1975. 12. 10.자

동아일보, “재벌의 탈세·재산유출구 봉쇄 : 국회에 제출된 공익법인 설립 법안”,
1975. 12. 10.자 1면

동아일보, “공익법인법”, 1975. 12. 18.자

동아일보, “공익법인 설립법안 확정”, 1975. 12. 9.자 1면
보도 내용을 연구자가 분류·정리.

동아일보, “공익법인 세무관리 대폭 강화”, 1989. 3. 28.자 ;

동아일보, “기업 변칙 문화재단 추궁”, 1991. 10. 4.자 1면

동아일보, “변칙증여 방지 세제 강화”, 1991. 10. 24.자

동아일보, “주식이동 부 세습 봉쇄 : 공익법인 재벌 재산은닉 감시”,
1991. 11. 9.자

동아일보, “재벌 공익법인 세무관리 강화”, 1991. 12. 24.자 등

동아일보, “공익재단 재산 도피처 의혹 많다”, 1993. 3. 25.자

동아일보, “공익법인 세무관리 강화키로”, 1993. 6. 3.자 ;

동아일보, “공익법인 무더기 조사”, 1993. 10. 15.자 ;

동아일보, “공익법인 출연 혜택 축소 : 부(富) 변칙 상속-증여 막겠다”,
1993. 6. 19. 자 등