

비영리 법인의 설립 및 조직 변경 관련 법적 쟁점 : 사례 연구를 중심으로

김정연* 장윤주**

본 연구는 현행 제도의 한계 및 개선이 필요한 지점을 살펴보기 위해서 비영리 법인의 설립 및 조직 변경 과정에 직접 참여하거나 자문을 제공한 인터뷰 대상자 6명의 경험을 공유하였다. 현재 법제상 비영리 법인 설립을 위한 요건이 분명하지 않아서 실무상 비영리 법인이 취할 수 있는 법적 형식이나 거쳐야 하는 설립 절차에 대해서 어려움이 있었다. 민법상 비영리 법인 설립 시 순칙주의로의 전환이 시급한데, 개정안이 통과되기 전이라도 내용과 형식에 대한 주무관청의 자의적 판단으로 인한 절차의 지연 등을 극복하기 위한 제도적 개선이 이루어져야 할 것이다.

또 비영리 법인을 운영하다 보면 다른 성격의 사업 부문이 공존하는 경우가 있고, 그 가운데 분할·독립하는 수요가 생길 수 있다. 그러나 현행 법제상으로는 분할의 수요를 담을 근거 조문이 없다. 본 연구에서는 법적 근거가 없는 상태에서 비영리 법인을 분할하여 현재까지 존속하고 있는 역사적인 사례인 '법인 가'-'법인 나', '법인 나'-'법인 다' 분할 사례를 주도한 참여자들을 인터뷰하였다. 법적인 근거가 없는 상태에서 당사자 간의 계약과 주무관청의 허가 여부 판단에 모든 것을 맡기기에는 불안정성이 상존한다. 민법 개정안을 통과시켜서 분할에 관한 제도가 마련되어야 할 것이다.

덧붙여, 각 비영리 법인에서 분할이라는 조직 변경 과정을 겪은 후에도 단체의 비전과 미션을 잘 추구할 수 있으려면 분할 결심 과정에서의 의사소통, 분할 대상 부문에 대한 가치 평가, 분할 후 계획에 대한 준비와 의사소통, 분할 후 조직의 규모 및 특성에 적합한 지배구조의 정착 등이 필요하다는 점도 확인할 수 있었다. 비영리 부문에서는 제도 그 자체보다도 그 제도를 실행하는 과정에서의 구성원들의 참여 동기, 의사소통의 활발함 등이 목표를 달성하는데 중요한 변수가 된다는 조직적 특성이 감안되어야 할 것이다.

주제어 : 비영리 법인설립, 비영리 법인분할, 민법개정, 비영리 법인운영, 주무관청

* 본 논문은 아름다운재단 기부문화연구소의 2024 기획연구 지원으로 수행됨.

* 이화여자대학교 법학전문대학원 부교수

**아름다운재단 연구사업팀 연구원

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

시민사회에는 다양한 성격의 조직체들이 형성되어 활동하고 그 소명을 다하면 청산의 수순을 밟는다. 이러한 조직체들을 규율하는 법제는 각 나라의 사회경제적, 정치적 배경에 따라 다양하게 발전해 왔는데(권철 2020), 국내에서는 그 법적인 성격에 따라 비영리민간단체, 사회적협동조합, 비영리 재단법인과 사단법인, 상법상 회사 등으로 분류될 수 있다. 이들은 각 조직이 추구하는 사회적 의제를 달성하고자 하는 한편, 복지나 교육, 문화, 장학 등 다양한 분야에서 정부의 기능을 대신하기도 하고, 경제의 한 축을 차지하면서 다양한 영리사업을 펼치기도 한다. 그 가운데 민법에 근거하여 설립되는 비영리 법인은 2024년 말 기준 약 4만 개 이상이 존재하는 것으로 파악되는 바, 2015년 말 기준 20,414개에 비해 두 배 가량의 수적 증가를 기록하였다.¹⁾

민법상 비영리 법인은 ‘비영리민간단체지원법’에 따른 비영리민간단체와 달리 주무관청의 허가를 받아 설립되고 등기를 하면 독자적인 법률행위의 주체가 될 수 있다. 한편, 비영리 법인은 법률 또는 정관에서 요구하는 지배구조를 갖추어야 하고 재산의 처분이나 운용에 있어서 주무관청의 감독을 받는다는 점에서 ‘비용이 많이 드는’ 형태의 조직이 가깝다. 또 주식회사와 달리 수익이 생겨도 이를 구성원들에게 나눌 수 없고, 설립/운용/청산 전 단계에서 주무관청의 개입을 전제로 한다는 점에서 경제적 인센티브가 있는 조직도 아니다.

1) 국세청 통계연보 2024년 법인세 II.

이러한 단점에도 불구하고 많은 시민사회의 조직체들은 비영리 법인으로 설립되어 활동하는 것을 지향하고 그 절차적인 걸림돌이 생겨나는 경우 여론적, 법적 분쟁을 불사하기까지 한다.²⁾ 한편, 큰 비용을 지불하고 비영리 법인을 설립하였으나, 일단 설립한 다음에는 청산 외에는 아무런 퇴로가 없다. 최근 YWCA 구조조정 사례에서 보듯이 대규모 조직을 다수의 작은 조직으로 재편한다거나, 조직 내부에 다양한 수요가 생겨서 일부를 분할하거나, 다른 법인과 합병을 희망하더라도 비영리 법인의 경우는 그 법적인 근거가 마련되어 있지 않아서 어려움이 많은 것으로 알려져 있다.³⁾

본 연구는 이러한 배경을 전제로, 시민사회에서 활동하는 다양한 조직체들 가운데 민법상 '비영리 법인'이라는 법적 형식을 선택하여 목적사업을 수행하게 되는 동기와 과정, 비영리 법인을 운영하다가 조직의 분할이나 합병과 같은 구조조정 수요가 발생하였을 때의 대응 경험 및 제도적 한계를 검토하고자 한다. 이하 언급하듯이 기존의 비영리 법인에 대한 법제도 연구 가운데 설립 및 구조변경에 관한 연구가 많이 축적되어 있지는 않은 바, 본 연구에서는 현행 제도를 개관하고 설립 및 구조변경을 어렵게 하는 문제점들을 지적하고 개선 방안을 제시할 예정이다. 특히 이러한 논의에 현장에서 법인을 설립하거나 조직을 변경한 경험을 반영하기 위해서 인터뷰를 진행하였고 그 내용을 사례 연구의 형식으로 포함하고자 하였다.

2) 한재운. "변회수재단을 허하라." 「한겨레」, 2025. 3. 25.; 정민석. "변회수재단 설립 방에 맞서다." 「경향신문」, 2025. 2. 23.

3) 과거 문헌에서는 비영리 법인 분할의 경우 실무적인 수요가 없어서 단지 이론적인 논의에 그치거나 오히려 악용될 우려가 있다는 점을 지적한 바 있다(이중기 2014). 그러나 YWCA 분할이 사회적 이슈화 되면서 비영리조직 분할 법제에 대한 공감대가 형성되고 있는 것으로 관찰된다. 더나은미래. "66년째 그대로인 비영리 법인 법률, 시대에 뒤처졌다." 2024. 9. 24.

2. 기존 연구 및 질적 연구의 필요성

1) 관련 연구 현황

비영리 법인은 민법에서 규율하고 있지만, 실무상 운영 과정에서 지배구조 및 자금 조달, 세제상 혜택 등에 관한 쟁점이 문제 되는 경우가 많아서 민법학뿐만 아니라 상법이나 세법 영역에서 연구도 활발하다.⁴⁾ 그 가운데에서도 비영리 법인의 지배구조에 관해서 가장 많은 연구가 축적된 것으로 보이는데, 비영리 법인 이사의 의무와 책임에 관한 연구들이 그 대표적 예이다(김정연 2023; 김진우 2016; 안성포 2005; 김태선 2014; 이선희 2018). 그 밖에도 기부금품 모집 및 사용에 관한 법률(이하 “기부금품법”)에 관한 연구, 비영리 부문 전반을 관장하고 감독하는 레짐에 관한 연구, 공익법인 세제에 관한 법학 연구들도 다수 출간되었다(이희숙 2019; 김진우·이지민 2018; 강석구 외 2018).

한편, 비영리 법인에 관해서는 설립, 해산, 분할·합병 등과 같이 조직의 성립과 종결에 관한 연구가 드물었다.⁵⁾ 다만, 최근에 진행된 YWCA의 재구조화 과정에서 다양한 실무상 문제점이 지적되었고, 이를 계기로 비영리 법인의 설립과 관련된 법제의 정비가 필요하다는 의견이 제기되면서 관련 연구가 촉발된 바 있다(송호영 2022, 비영리·공익법인 활성화를 위한 민법개정 토론회 2022). 해당 연구들

⁴⁾ 이는 비단 한국의 비영리연구의 특징이라고 보기는 어렵고, 외국에서도 상법 분야에서 비영리 법인 연구가 활발하게 이루어진다. 대표적으로는 Hansmann, H. 1980. "The Role of Nonprofit Enterprise." *Yale Law Journal*. 89. 835-901.; 헨리 한스만 교수는 회사법에서의 대리비용 통제에 관한 경서(經書)인 회사법의 해부(Anatomy of Corporate Law)의 공저자이다. 크라이크만 외 저, 김건식 외 옮김. 2020. 『회사법의 해부』 제3판. 서울: 소화; 일본의 대표적 연구로는 松元暢子. 2014. "非營利法人の役員の信認義務." 『商事法務』가 있다.

⁵⁾ 기존의 선도적 연구로는 이중기(2014); 송호영(2009, 2012) 등이 있다.

은 비영리 법인 분할·합병 제도에 관한 현행 법제의 한계를 지적하고 민법 개정 시 분할이나 합병에 관한 근거 조문들을 포함하는 등 제도 개선을 위한 아이디어들을 제시하고 있다(박동순 2023; 이희숙 2024; 김진아 2023).

2) 질적 연구의 필요성

비영리 법인의 설립 및 운영에 관해서는 민법 법인편의 조문들이 기본적으로 적용되고, 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률(이하 “공익법인법”), 사회복지사업법, 사립학교법 및 의료법 등이 해당 법인의 목적 및 특성에 따라 선택적으로 적용된다.⁶⁾ 정부 지원 사업의 영위를 위한 중간 단계로서 비영리민간단체를 설립하여 운영하는 동안에는 비영리민간단체 지원법이 적용된다. 덧붙여, 법인세법에 따른 비영리 법인이 상속 및 증여세에 관한 법률(이하 “상증세법”) 제12조에 열거된 종교·자선·학술 관련 사업 등 요건을 충족시키는 경우, 세제상 특례를 적용받을 수 있으므로 조세법도 중요한 영향을 미친다.⁷⁾ 비영리조직에 관한 법제도를 연구함에 있어서는 문헌연구를 토대로 기존의 법조문을 해석하거나, 입법론을 제시하는 방법론이 다수를 차지한다.

그러나 현행 법제도의 한계를 적실성 있게 지적하고 시민사회의 수요에 부응하는 입법론을 제시하기 위해서는 구체적인 경험을 연구에 투영시킬 수 있는 질적 연구방법론도 유용하게 활용될 수 있다. 특히 비

6) 각 법률의 규제에 대한 비교로는 김정연, 앞의 논문 (주 6), 207-213쪽.

7) 단, 세법은 어디까지나 과세 요건 및 세제상 특례 등에 관한 내용을 규정하는 법규이고, 비영리 법인 설립 및 운영의 근거 법규로 되는 것은 입법목적에 어긋난다. 2020년 이후 상증세법을 개정하여 회계처리나 재무정보 공시 등 규제가 강화되면서, 비영리 법인 중 일정 규모 이상의 상증세법상 공익법인 요건을 충족시키는 법인들의 감독 법규처럼 여겨지는 경향이 있다(전규안·박진하 2022).

영리조직의 경험과 성과는 영리 법인인 주식회사와 달리 '주주 전체의 재무적 이익의 극대화'라는 단일한 수치로 평가할 수 없기 때문에 개별적인 사례 연구의 중요성이 더 크다. 비영리 법인은 수치화할 수 없는 다양한 비전 및 미션을 추구하는 조직이므로 비영리 법인 연구에 있어서는 법제에 관한 해석론이나 입법론 외에도 비전 및 미션을 추구하는 동기나 과정 등을 담아낼 수 있는 질적 연구가 실태 파악이나 제도 개선에 도움이 될 수 있다.⁸⁾

3) 연구의 방법

본 연구에서는 비영리 법인의 설립 및 조직 변경 과정을 직접 경험하거나, 그 과정에서 자문을 제공한 대상자들을 인터뷰함으로써 관련 법조문이나 주무관청의 법인 설립 가이드라인의 문구가 다 담아내지 못하는 실천적 고민을 제도 개선에 반영할 수 있는 단초를 제공하고자 하였다. 본 연구 과정에서 수행한 인터뷰는 2024.7.~2024.9. 간 대면으로 이루어졌으며, 연구진이 미리 준비한 비구조화된 설문지를 전달한 후 대상자와 면담하여 상세한 답변을 듣고 기록하는 방식으로 진행되었다.

인터뷰 대상자 6명의 상세는 다음과 같다. A는 임의단체 형태로 진행하던 복지 분야의 사업과 활동을 조직의 성과로 남기고자 법인 설립을 준비하고 있는 과정에서의 경험을 전달하였다. B는 성소수자 지원 분야에서 법인 설립을 하는 과정에서 주무관청의 비협조적인 태도로 어려움을 겪은 경험을 전달하였다. C는 비영리 법인 설립 및 조직 변경 관련 자문을 하면서 경험한 실무적 쟁점들 및 제도 개선

⁸⁾ 물론 주식회사도 회사의 규모나 산업적인 특성에 따라 운영 행태가 달라질 수는 있으나 비영리조직과 비교할 때는 '이윤추구'라고 하는 동질적인 목표를 취한다. 비영리 종사자들 및 관계자들의 인식을 위한 질적 연구의 필요성에 관해서는 전현경(2020, 168, 172-173) 참조.

과제들에 대하여 지적하였다. D는 주식회사 형태로 자원 재생 사업을 진행해 오다가 단체의 설립 목적을 더 잘 구현할 수 있는 법적 형식으로서 비영리 법인 전환을 시도한 경험을 공유하였다. E와 F는 각각 ‘법인 가’에서 ‘법인 나’, ‘법인 나’에서 ‘법인 다’가 분할되는 과정에서 직접 경험한 바를 전달해 주었다.

이하 상술하겠지만 현행 법제에서는 영리 법인의 비영리 법인 전환이나 비영리 법인의 분할·합병과 같은 조직 변경에 관한 근거 조문을 두고 있지 않다. 따라서 모든 조직 변경 절차는 신설 비영리 법인을 설립한 후 기존 사업체의 영업·재산·근로관계를 이전하는 형식을 띠고 있다. 이러한 점에서 D, E, F도 형식적으로는 신설 법인 설립에 관한 경험을 공유했다는 점에서 다른 인터뷰 대상자와 공통점을 지닌다. 다만, 이들이 경험한 조직 변경의 실질이 단순한 설립과는 차이가 있기 때문에 별도 카테고리의 인터뷰 대상으로 선정하여 인터뷰를 진행하게 되었다.

〈표-1〉 인터뷰 대상자 개요

대상자	인터뷰한 분야	주요 관심 사안
조직 설립 관련		
A	복지 분야 법인 설립 준비 경험	법인 설립의 동기, 설립의 절차
B	성소수자 지원 분야 법인 설립 경험	설립의 절차, 법인 설립 목적에 대한 주무관청과의 소통의 어려움
C	비영리 법인 설립 및 조직 변경 자문 경험	객관적 관점에서 제도적 한계 및 개선 필요를 제공
조직 전환 관련		
D	영리 법인에서 하던 사업을 비영리 법인을 설립해서 수행	비영리 법인과 영리 법인의 비교 비영리 법인 ‘전환’ 제도의 부재
조직 분할 관련		
E	‘법인 나’ 분할 경험	비영리 법인 분할의 동기, 절차 및 결과
F	‘법인 다’ 분할 경험	비영리 법인 분할의 동기, 절차 및 결과

Ⅱ. 비영리 법인의 설립 관련 법적 쟁점

1. 비영리 법인 설립 관련 현행 법제도 및 그 한계

1) 비영리 법인 설립 관련 현행 법제도

(1) 민법

민법은 비영리 법인을 사단법인과 재단법인 두 종류로 구별하고 비영리 법인을 설립하기 위해서는 주무관청의 허가가 필요하다고 규정하여 허가주의 원칙을 천명하고(제32조), 비영리 법인 설립에 관한 절차를 규정한다(제40조~제56조). 사단법인은 그 본질이 (비영리) 사업을 하기 위한 사람들의 모임이고 재단법인은 그 본질이 (비영리) 사업을 하기 위해서 출연된 재산 그 자체와 그 재산의 운영, 배분이다(양창수 편집대표 2022, 31. 권철 집필부분). 민법상 비영리 법인은 정관을 작성하고(제40조), 주무관청의 허가를 받고(제32조), 허가를 받고 3주 이내에 법률에서 정한 등기사항(목적, 명칭, 사무소, 설립 허가 연월일)을, 존립 시기나 해산 이유를 정한 때에는 그 시기 또는 사유, 자산의 총액을, 출자의 방법을 정한 때에는 그 방법, 이사의 성명, 주소를, 이사의 대표권을 제한한 때에는 그 제한(제49조 1항, 제2항 제1호~제9호)을 등기하도록 하는 것이 설립 절차의 기본이다. 비영리 법인 정관에는 목적, 명칭, 사무소 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 규정, 사원 자격의 득실에 관한 규정, 존립 시기나 해산 사유를 정한 경우에는 그 시기 또는 사유를 정하도록 한다(제40조 제1호~제7호). 이는 사단법인 정관에 적용되는

내용이고, 재단법인은 일정한 재산을 출연하고, 사단법인 정관의 필수적 기재 사항 가운데 목적, 명칭, 사무소, 자산, 이사 임면에 관한 규정을 포함하도록 한다(제43조).

(2) 비영리 법인에 관한 특별법: 공익법인법, 사회복지사업법, 의료법, 사립학교법

비영리 법인에 관한 공적 규제를 강화하는 각종 특별법에서는 설립 시 필요한 절차를 민법에서보다 상세하게 규정한다. 공익법인법에서는 민법상 필수 기재 사항 이외에 이사의 결의권 행사 및 대표권에 관한 사항, 정관의 변경에 관한 사항, 공고 및 공고 방법에 관한 사항, 존립 시기와 해산 사유를 정한 경우에는 그 시기와 사유 및 잔여 재산의 처리 방법, 업무 감사와 회계 검사에 관한 사항(제3조 제1항 제7호~제11호)을 기재하고, 시행령의 위임에 따른 내용, 즉 사업에 관한 사항(구체적으로 기재), 사단법인인 경우에는 사원 및 사원총회에 관한 사항, 기타 공익법인의 운영에 관한 기본적 사항을 정관에 포함해야 한다(제3조 제2항, 동법 시행령 제3조 제1항, 제2항). 주무관청은 공익법인법에 따른 법인 설립 허가 신청을 받으면, 관계 사실을 조사하여 재단법인은 출연 재산의 수입, 사단법인은 회비·기부금 등으로 조성되는 재원(財源)의 수입⁹⁾으로 목적 사업을 원활히 수행할 수 있다고 인정되는 경우에만 설립 허가를 한다(제4조 제1항). 또 주무관청은 공익법인의 설립 허가를 할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 회비 징수, 수혜(受惠) 대상에 관한 사항, 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다(제4조 제2항)(윤철홍 1996, 28).

사회복지사업법에 따른 사회복지법인의 설립허가는 시·도지사가 하는

9) 공익법인법상 사단법인/재단법인 “기본재산”이라 총칭함으로써 생기는 운영상 문제에 관해서는 이하 II. 2. C의 인터뷰 내용 참고.

데(제17조 제1항), 설립 허가 시 제출해야 하는 서류에 관해서는 동법 시행령 및 시행규칙에서 상세히 규정한다(동법 시행령 제8조 제1항, 시행규칙 제7조 제2항). 사회복지법인 설립 신청서에는 설립취지서, 정관, 산출연증서, 재산의 소유를 증명할 수 있는 서류, 재산의 평가조서, 재산의 수익조서(수익용 기본재산을 갖춘 경우), 임원의 취임승낙서 및 이력서, 공익이사의 기관추천서, 임원 결격사유 관련 서류, 설립 해당 연도 및 다음 연도의 사업계획서 및 예산서 등이 있다(이영환 2020, 154).

사립학교법상 사립학교 설립 시에도 일정한 사항을 포함한 정관을 작성하고, 재산을 출연하여 교육부 장관의 허가를 받아야 한다(제10조). 사립학교법에 따른 학교법인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그가 설치·경영하는 사립학교에 필요한 시설·설비와 그 학교의 경영에 필요한 재산을 갖추어야 하는 점이 가장 중요하기 때문에(제5조 제1항, 제2항), 설립 시에도 이를 증빙할 수 있는 서류를 제출해야 한다.

의료법상 의료법인을 설립하기 위해서는 설립허가신청서를 제출하고 동법 시행령 및 시행규칙에서 요구하는 서류를 첨부하여야 한다(제48조 제1항, 동법 시행령 제19조 제1항, 동법 시행규칙 제48조 제1호~제8호). 의료법인은 민법상 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 되어 있고(제50조), 의료법인은 그 법인이 개설하는 의료기관에 필요한 시설이나 시설을 갖추는 데에 필요한 자금을 보유하여야 한다(제48조 제2항). 이를 증명하기 위해서는 설립 발기인의 인적사항, 설립취지서, 정관, 사업계획서, 임원의 이력서·취임승낙서 외에도 재산목록이나 주된 재산에 관한 증명서를 제출해야 한다.

(3) 허가주의 : 주무관청의 재량

실무상으로는 비영리 법인 설립 신청서 및 관련 서류를 주무관청에 접

수하고, 주무관청이 정관 및 기타 서류에 대해서 심사를 거쳐 설립을 허가하는데, 허가는 재량 사항이므로 심사 과정에서 법률과 시행령에서 설립 요건으로 명시하지 않은 자격을 갖추도록 요구하는 경우가 생긴다. 주무관청에서 설립을 허가하지 않는 경우 설립불허처분취소소송을 제기하여 재량권의 일탈·남용을 심사받을 수 있고, 일부 승소에 이른 사례들이 있다.¹⁰⁾ 그러나 설립 허가 여부의 결정 시 행정청의 재량에 따른 정책적 판단이 관여될 수밖에 없고, 비영리단체를 설립하는 과정 자체가 일종의 캠페인으로서 ‘타이밍’이 중요한 경우도 많아서 부당하다고 이를 모두 재판으로 다룰 수도 없다.¹¹⁾

이러한 상황에서 비영리 법인 설립 시에는 주무관청 또는 그 담당자에 따라 요구 사항이 달라지고, 수법자들은 예측 가능성이 떨어질 수밖에 없다. 최근 주무관청별로 비영리 법인 설립에 관한 업무 처리를 위한 내부 규정을 두거나(예: 외교부 소관 비영리 법인 사무처리 규칙, 2024. 7. 11. 자), 허가에 관한 기준을 문서화해서 안내하고(예: 서울시 비영리사단법인 설립허가 신청서류 및 허가기준, 2017. 4. 15.자), 설립을 진행하는 과정에서 갖추어야 할 서류나 서식 등에 관해서 예시를 담은 편람(경기도 비영리 법인 편람, 2023년, 서울시 비영리 사단법인 안내서 및 비영리 재단법인 안내서, 2017)을 공개하는 등 정보 제공의 측면에서는 상당한 발전이 이루어졌다는 평가가 있다(법무부 2022).

2) 현행 법제도의 문제점과 한계

(1) 허가주의의 문제점

10) 인천지방법원 2016. 6. 9 선고 2015구합1377 판결

11) 비영리 법인 설립을 준비하는 단체에서는 재판에 소요되는 비용도 감당하기 어렵다(이희숙, 2024)

비영리 법인 설립에 관한 민법 및 각 특별법에 따른 절차가 정해져 있고, 각 주무관청에서도 설립에 필요한 절차들을 안내하고 있음에도 불구하고 비영리 법인 설립과 관련된 어려움이 지적되고 있다. 상법상 영리 법인은 설립에 관한 절차를 마치고 등기를 하면 그로서 설립의 효력이 발생한다(제172조). 이처럼 영리 법인도 준칙주의가 설립시 현물 출자 등 일부 변태 설립 사항에 관한 법원의 심사가 이루어지기는 하지만 설립 허용 여부를 국가기관이 심사하지 않는다. 그런데 민법상 비영리 법인은 이를 준칙주의로 전환해야 한다는 학계 및 실무계의 강력한 비판에도 불구하고 허가주의를 고수하다 보니 설립 심사 과정에서 주무관청의 자의적 개입이 불가피하다.

최근 들어 주무관청에서 설립 기준 관련 정보 제공이 이루어졌다고는 하지만 여전히 (i) 법률상 명시적으로 요구되지 않는 요건을 심사 대상으로 삼거나, (ii) 같은 설립 요건이라고 하더라도 주무관청별로 증빙을 요구하는 수치가 다르거나, (iii) 설립 과정에서 정관의 목적 사항으로 내세우는 바가 정책적으로 정부 방침에 반하거나, 사회적인 논란이 있는 경우 형식적 요건을 들어 절차가 지연되는 등의 문제가 지적되곤 한다.

(2) 비영리 법인의 법적 형식 관련 문제점

민법은 사단법인과 재단법인 이분론을 취하고 있다. 사단법인은 사람이 모인 단체이고 재단법인은 출연재산에 법인격을 부여하였다고 생각하면 쉽지만, 현실 세계에서 비영리 법인들이 조직되고 작동하는 방식을 관찰하면 사단법인과 재단법인의 이분론이 명확히 관철되고 있는지 의문이 든다. 예컨대 비영리 법인의 명칭에 ‘재단’을 병기하는 것이 가능하며, “사단법인 김용균재단”, “사단법인 비온뒤무지개재단”과 같은 명칭의 비영리 법인이 설립, 활동하고 있다.¹²⁾ 법조문 상으

로 나타난 사단법인과 재단법인의 차이가 실무상 단체 설립 과정에서 어떤 의미인지 살펴보고 현실을 반영하지 못하는 부분이 있다면 제도를 개선할 방안을 모색할 필요가 있다.

독일 민법에서는 사단법인과 재단법인을 엄격하게 구별한다. 독일 민법상 사단법인은 법원에 등기만 하면 설립될 수 있지만, 재단법인은 출연 행위를 포함한 설립 행위와 함께 각 주 관할 관청의 승인이 필요하다.¹³⁾ 반면, 한국 민법은 일본의 구민법과 마찬가지로 재단법인과 사단법인 설립 요건을 명확하게 구별하지 않는다는 지적이 있었다(권철 2020, 119 이하). 이에 한국의 2013년 민법 개정안에서는 비영리 법인의 설립 시 허가주의 대신 인가주의를 채택하도록 하고, 사단법인 및 재단법인의 설립 요건을 구체화할 뿐만 아니라 사단법인·재단법인의 설립 요건 차이를 명확히 하고자 시도하였다(김진아 2023, 852).

한편, 비영리 법인들 가운데 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 경우 공익법인법에 따른 공익법인을 설립할 수 있다(윤철홍 1996). 공익법인법상 공익법인은 그 지배구조에 관한 요건이 까다롭고, 운영에 관한 감독이 더 엄격하게 이루어짐에도 불구하고 그러한 사실 자체로 법인 운영에 대한 공신력을 확보할 수 있다는 장점이 있어서 4,000개 이상의 공익법인이 설립, 운영되고 있다.¹⁴⁾ 비교적 대규모의 장학 재단이나 학술 단체 등에서 공익법인법상 공익법인의 형식을 취하고는 있지만, 어떤 경우에 민법상 비영리법인 설립이 가능하고 어느 경우에 공익법인법을 따라야 하는지 구별이

12) 최근 국가인권위원회가 주무관청으로서 설립허가를 지연하면서 그 사단법인에 '재단' 명칭을 사용하는 점을 지적하고 있는데, 이미 다수 단체들의 선례가 있기 때문에 적법한 설립허가 거부 사유로 볼 수 있을지는 의문이다. 한채운, 앞의 칼럼 (주 2)

13) 최근 독일 재단법인 관련 민법 개정에 관해서는 윤주희(2024, 12-13) 참조.

14) 법무부. "공익법인 활성화를 위한 시민공익위원회 신설 - 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 전부 개정안 국무회의 통과." 보도자료. 2021. 7. 27.

없어서 규제 회피적 환경에서는 법률이 사문화될 우려가 있다.

2. 비영리 법인 설립과 관련된 경험 연구

1) 왜 비영리 법인을 설립하려고 하는가

인터뷰 대상자들은 활동의 성과를 개인과 구별되는 별도의 조직체에 축적하고 싶다거나, 공익법인으로 지정되어 세제상 혜택을 받을 수 있다거나, 정부 사업 등 공모할 자격을 얻고 싶다거나, 설립 허가 절차를 거쳐서 법적으로 인정된 실체로 자리잡고 싶다는 등 다양한 동기에서 비영리 법인을 설립하고자 하였다.

[A의 사례] : 구성원과 독립되는 ‘법인’ 설립 필요성

A는 초기에 임의단체 활동에 참여하였는데, 활동의 성과가 특정 개인에게만 집중된다는 문제의식을 띠게 되었다. 이후 복지 분야에서 전문성을 쌓아서 이전과 다른 관점에서 활동을 진행해보고자 관할 세무서 등록을 거쳐 독자적인 임의단체를 설립하였다. 해당 임의단체 단계에서는 참여하는 개인들이 동원할 수 있는 자원(공간, 경비 등)을 활용하여 초기 사업을 진행하였는데, 사단법인을 설립하면 정부 사업을 위탁받기에 안정적이라는 생각이 들었다. 주무관청을 광역지방자치단체로 선정하고 설립을 위한 서류 작업을 진행하는 과정에서 기본재산의 증명이나 창립총회의 회원 모집 등 실무적인 어려움에 부딪히게 되었다. 그 과정에서 일부 구성원이 법인 등기에 임원으로 이름이 등재되는 데 반대를 표하면서 설립 작업에 차질이 생겼고, 이를 계기로 창립 준비 멤버들 간에 ‘왜 법인을 설립하려고 하는지’에 대해서 본격적인 논의가 진행되었다.

A는 사단법인으로 설립하는 데 찬성하는 의견을 제시하였다. 대외적으로 공신력 있는 단체로 인정을 받기 위해서나, 일부 구성원들이 변경되더라도 영속성을 유지하기 위해서라도 법인을 설립하는 것이 바람직하다는 취지에서였다. 다른 구성원들은 정부 지원을 받기 위해서는 꼭 ‘법인’의 형태를 취할 필요가 없고 비영리민간단체 지원법에 따른 비영리민간단체로도 족하다는 반론을 제기한 바 있다.

[B의 사례] : 추구하는 의제에 대한 ‘시민권’ 획득을 위한 ‘법인’ 설립 추진

B는 10년 전부터 성소수자 청소년 지원 단체의 필요성을 느끼고 독립적이고 체계를 갖춘 단체를 만들고자 시도하였다. 활동 초기부터 법인 설립을 최종 목표로 삼았는데, 우선은 자체적 모금이나 다른 재단법인의 지원 프로그램을 통해서 초기 자금을 확보하고 임의단체로 등록하여 활동 실적을 축적하였다. 2년 정도의 임의단체 활동 실적을 쌓은 다음에는 법인 설립의 중간 단계로서 지방자치단체에 비영리민간단체로 등록을 하였다. 비영리민간단체는 사업자금 지원을 받는다는 장점은 있었지만, 단체가 원하는 법적 지위를 얻기 위해서는 법인을 설립하여야 한다는 필요성에는 변함이 없었다. 법인을 설립하면 세제상 기업 기부가 가능해진다는 장점이 있어서 이를 활용하고 싶다는 생각도 했다.

더 중요한 것은 청소년 성소수자 문제에 대하여 법률에 근거한 ‘타이틀’을 획득하고자 하는 의도였다. 현재 여성가족부는 청소년 문제 주관부처임에도 청소년 ‘성소수자’ 문제에 관해서는 담당 조직이나 예산이 없다. 이러한 점에서 여성가족부를 주무부처로 하는 청소년 소수자 지원 법인이 설립되면 일종의 시민권을 얻을 수 있다고 생각했다.

[D의 사례] : 영리 법인과 다른 의사결정 방식 및 의제 추진을 위

한 비영리 전환

D는 자신이 100% 지분을 출자한 주식회사를 설립하여 자원 재생 사업을 8년 정도 영위한 경험이 있었다. 사회적 기업으로 인증을 받았기 때문에 정부 지원 사업을 하거나 예산을 지원받을 수 있었다. 지역사회 고용을 창출하고 수익 측면에서도 나쁘지 않았지만 원래 추구했던 정책적인 어젠다를 확산시키는 데는 영리 법인이 가지는 한계가 분명했다. 1인 주주 주식회사는 의사결정이 매우 빠르다는 장점이 있지만, 그 본질적 목적이 주주 이익 극대화라는 점에서 사회적 기업을 통해서 달성하고자 하는 가치와는 배치되는 측면이 있다는 점을 점차 인정하게 되었다. 또 영리 법인은 주주와 같은 구성원들에게 수익을 배분하거나, 수익을 재투자하여야 한다는 점에서도 D가 추구하는 목적과 다소 차이를 보였다.

일부 소셜 벤처(social venture)의 경우에는 매출이나 사업의 규모가 커지면 자연스럽게 그 자체로 사회적인 임팩트를 가지는 모델로 운영되지만, D가 설립·운영하는 회사의 비즈니스 모델은 그런 정도에 이르지 못했다. 코로나 시기 사업 규모가 재조정을 거치기도 하면서 조직의 목표를 자원 재생, 어르신 취업과 같은 '사회문제 해결'로 분명히 하고, 그 목적을 달성하기 위한 적합한 조직 형태인 비영리 법인으로 전환하는 것이 더 낫겠다는 의사결정을 하게 되었다.

2) 어떤 형태의 비영리 법인을 설립하려고 하는가

(1) 재단법인과 사단법인의 구별

인터뷰 대상자들은 사단법인으로 설립하는 방안이 단체의 성격에 더 부합한다는 결정을 내렸다. 덧붙여 주무관청이 요구하는 기본재산 요건의 허들이 높아서 대규모 출연이 없이 모금 등 형식의 재원 조달을 통해

서는 재단법인으로 설립하는 것이 어렵다는 점도 지적하였다.

A는 활동의 영속성을 위하여 민법에 따른 사단법인 설립을 추진하였다. 임의단체 활동을 주도적으로 함께 해 온 구성원들에 대하여 그러한 활동에 뜻을 함께하는 지지자들 100명 정도를 창립총회 회원으로 모을 수 있다고 예상하였다. B도 10년 이상 관련 활동을 해 왔으므로 창립총회 구성원을 모으는 데는 어려움이 없었고 이들을 회원으로 하는 사단법인을 설립하고자 하였다.¹⁵⁾

(2) 현행법상 사단법인·재단법인 준별론의 한계

C는 현행 민법에서의 사단법인·재단법인 이분법이 비영리 법인 설립 및 운영의 실무를 잘 포착하지 못하고 있다는 한계를 지적하는 한편, 법인을 설립·운영하는 주체들도 이러한 차이를 명확하게 구별하고 있지 않아서 혼란이 해소되지 않는 상황이라고 파악하였다. C는 사단법인은 본래 취지가 단체의 사업에 찬성하는 사람들이 모여서 운영 경비를 부담하고 사원총회를 통해서 의사결정을 하는 단체라는 점이 본질적 요소이고, 재단법인은 출연한 재산을 운영한 다음 그 수익을 배분하고 지원 사업에 활용한다는 점이 본질적 요소라는 점을 강조하였다. 그런데, C의 업무 경험에 따르면 사단법인의 사원들이 운영 경비를 회비로 직접 부담하는 비율이 높지 않고, 사단법인임에도 불구하고 회원이나 임원들이 기부금 영수증을 받기를 희망하는 사례가 많다. 한편, 재단법인의 경우에는 특정한 출연자의 출연 재산을 운영한 수익을 재원으로 삼아 배분하거나 사업을 수행하는 전형

¹⁵⁾ B는 사단법인을 위 단체 외에도 현재 다른 주무관청을 통하여 법인 설립을 준비 중인 특정 인물의 추모·기념 단체를 “사단법인 000 재단”이라고 하는 일견 모순적인 명명을 추진하는 과정에 대하여 언급하였다. ‘재단’이라는 명칭이 미국의 ‘foundation’을 연상 시키도록 하여 지원 사업을 수행하는 단체라는 점을 보여주는 표징과 같은 것이어서 사단법인임에도 불구하고 이를 단체 명칭에 포함하고자 하였다.

적인 모습에서 벗어나 후원자들로부터 정기적·비정기적으로 기부금을 받아서 그 기부금을 가지고 배분하거나 사업을 수행하기도 한다.

C는 이러한 괴리가 발생한 원인으로 우리 비영리조직의 운영 실무가 사적재단(private foundation), 공공재단(public foundation)으로 구별하는 미국 사례를 많이 참고하였다는 점을 꼽았다. 즉, 민법상 사단법인·재단법인 준별론은 대륙법계 법제의 법인론에서 비롯된 것인데, 기부금을 받고 그 기부금을 바탕으로 사업을 하는 재단법인은 미국식 공공재단 모델에는 가까워도 대륙법계 법제에서 상정하는 ‘재단’ 모델에 일치하지는 않는 것이다.

(3) 특별법상 법인 설립의 동기 및 한계

A와 B는 모두 민법상 비영리 법인으로서 사단법인 설립을 희망하였고, 재단의 설립 목적이나 설립 당시 회원의 숫자, 사업 규모, 사업의 특성상 추가적인 규제를 받으면서까지 공익법인법상 공익법인이나 사회복지사업법상 사회복지법인을 설립할 유인은 없었다.

C는 실무상 공익법인법상 공익법인이나 사회복지법인의 경우 운영상 과도한 규제의 적용을 받는다는 인식이 강해서 유연한 자금 집행이나 사업의 수행이 필요한 경우 기존의 법인은 두고, 별도의 민법상 비영리 법인을 설립한다고 언급하였다. 그 자체가 위법, 탈법이라고 보기는 어렵겠지만, 규제 차익이 존재하는 이상 불가피한 선택이라는 점을 지적한 것이다.

공익법인법상 공익법인은 설립 유인이 많이 줄어들었다. 예전에는 장학이나 문화회 목적으로 하는 재단법인의 경우 별도의 기부금 단체 지정 절차를 거치지 않아도 된다는 편의 때문이라도 공익법인법상 공익법인으로 설립하려는 경향이 있었다. 2018년부터 기부금단체 지정 관련 절차

면제의 혜택도 없어졌기 때문에, 그 이후에는 기본재산의 운영, 청산 시 정산, 재단 업무에 대한 감사 등 규제가 훨씬 복잡하고 법률 위반 시 형사 처벌의 리스크까지 부담해야 하는 공익법인법에 따른 공익법인 설립을 피하려고 하는 경향이 뚜렷하다. 또 공익법인법은 재단법인의 경우 기본재산과 출연 재산의 수입, 사단법인은 회비·기부금 등으로 조성되는 재원(財源)의 수입을 ‘기본재산’이라고 정의하고(제4조 제1항), 그 매도·증여·임대·교환 행위 또는 그 용도를 변경하거나 담보로 제공하는 행위 등에 대해서 주무관청의 허가를 받도록 하고 있어서(제11조 제1항), 공익법인법상 공익법인의 활동에 커다란 제약이 된다.

C는 사회복지법인의 경우 주무관청의 감독이 엄격하게 이루어지는 편이라서 담당자의 자의적 판단에 따라 재단 운영이 좌우될 수 있다는 점에서 별로 선호되지 않는다고 평가하였다. 예컨대, 사회복지법인의 감사는 이사회 참석 여부에 상관없이 이사회 의사록에 기명날인을 요구하는 등 법령상 규정한 범위를 넘어선 요구 사항이 많다는 지적이다.

3) 비영리 법인 설립 과정에서 겪은 어려움

(1) 사단법인에 대한 기본재산 입증 요구

사단법인 형태로 비영리 법인을 설립하는 단계에서는 주무관청 담당자가 일정 금액 이상의 기본재산을 보유하고 있다는 점을 증명하도록 요구할 때 대응 방안과 관련된 어려움이 있다는 점이 여러 차례 지적되었다.

A는 소재지 광역지방자치단체 담당자와 의사소통하였는데 법인 운영에 필요한 씨드 머니 차원에서 3,000만 원의 잔고증명서 제출을 요구받았다. 기부금이나 회비를 받기 전 단계에서 운영에 필요한 최소한의 자금을 넘어서는 금액을 마련하는 일이 쉽지는 않았다. 대출

을 일으켜서 일시적으로 잔고 증명을 하는 방법을 생각해 보았으나 바람직한 것 같지 않다고 판단하였고, 이러한 문제가 법인 설립을 망설인 허들로 작용한 측면도 있다.

B는 여성가족부의 위임 규정에 따라 설립 절차 진행 주체가 된 서울시와 협의하였는데, 서울시는 사단법인의 경우 기본재산의 잔고 증명을 요구하지 않았다. 서울시는 비영리 단체의 설립 업무를 담당하는 별도의 과가 있었고, 기본재산 요구 대신 단체가 계획하는 사업 규모의 10% 정도를 통장에 미리 확보하고 있다는 점을 증빙하도록 지침을 변경하였다. B가 준비하던 단체도 이에 따라 총회를 거쳐 정관을 변경하여 기본재산을 보통재산으로 바꾸어 운영에 안정성을 꾀할 수 있었다.

(2) 정관의 목적사업에 대한 문제제기로 인한 설립 지연

특정 단체가 정관에 표방하는 목적이 사회적으로 민감한 의제인 경우 그 주무관청이 취하는 가장 보편적인 방식은 ‘미루기’이다. 다른 형식적 사항을 문제 삼아서 허가 절차를 지연시키거나, 정관 목적사항이 해당 주무관청의 업무 범위와 일치하지 않다는 이유로 더 적합한 주무관청에서 허가를 받도록 요구하는 등 다양한 ‘미루기’ 전략이 동원된다.

B는 주무관청의 절차 지연으로 인해서 법인 설립 신청에서 허가까지 상당한 시간을 소요한 경험이 있었다. B는 여성가족부를 상대로 설립 허가를 신청하였는데, 여성가족부에서는 예컨대 복수의 지역사무소 소재 증빙을 요구하고 그 검증을 엄격하게 하거나, 법인 등록도 되어 있지 않은 상황에서 기부금품법상 신고 및 관련 서류의 제출을 요구하는 등 절차적 문제를 제기하면서 절차를 계속 지연시켰다. 결국 여성가족부에서 내부 규정에 따라 서울시에 설립 허가 업무를 위탁하는 바람에 서울시와의 협의를 진행하여 설립 허가를 받을 수 있었다. 서울시는 비영리 부문

을 적극적으로 지원한 시정(市政)의 경험이 있고, B가 설립 준비를 해 오던 단체도 이미 서울시와 업무 경험이 있어서 설립 허가를 받은 것으로 평가된다.¹⁶⁾

(3) 영리 법인에서 비영리 법인으로 변경하는 과정에서 경험한 절차적 문제

D는 사회적, 정책적 목표 달성을 위해 적합한 법적 형식을 모색하는 과정에서 시행착오를 겪었다. 처음에는 선례를 참고하여 사회적 기업을 사회적 협동조합으로 변환하는 것을 시도하였는데 실제 절차를 시도해 보니 주식회사에 대해서 주어지는 지식산업센터 입주 자격의 유지, 취득세의 감면 적용 등의 혜택을 계속 받을 수 없을 우려가 있고 무엇보다 기존의 대출을 한꺼번에 상환해야 할 위험을 감수해야 할 수도 있었다. 기왕 사회적 협동조합으로 전환하는 것이 무산되었으니 별도로 비영리 법인을 일단 설립하고 업력을 이어갈 방안은 별도로 고민하겠다고 결정하였다.

이는 주식회사 단계에서 의사결정이기 때문에 본인의 결단에 따라 신속하게 이루어질 수 있었다. 기본재산 3천만 원, 운영재산 5천만 원의 증빙을 요구하던 소재지 지방자치단체와 달리 서울시는 기본재산에 관한 증빙을 요구하지 않고, 사무실의 임대 증빙을 요구하는 대신 공유오피스 좌석으로 갈음할 수 있도록 해 주었다.

비영리 법인 설립 후에는 기존의 주식회사와 비영리 법인의 관계

16) 성소수자 관련 의제를 다루는 단체들은 유사한 사유로 설립 시에 어려움을 겪는다. 사단법인 비온뒤무지개재단은 법무부 인권과를 주무관청으로 하여 설립 허가를 신청하였는데 법무부는 성소수자 인권 업무는 소관 업무가 아니라는 이유를 들어 설립 허가를 거부하는 처분을 했다. 동 단체는 행정소송을 거쳐 법무부 소관 업무에 해당한다는 취지의 1심 판결 선고 이후에야 설립 허가를 받았고, 설립 절차에만 총 4년이 걸렸다. 서울시 퀴어 문화축제는 서울시로부터 허가받기까지 2년이 걸렸고, 허가 조건에 '시민의 정서에 반하지 않도록'과 같은 부대 조건이 붙어 있었다.

설정이 중요하다. 사실상 조직 '전환'의 효과를 원했기 때문에 사업의 주체는 비영리 법인이 되기를 희망하였는데 기존 주식회사의 업력을 포괄 승계할 수 없다는 단점이 있었다. 정부나 외부 단체에 지원금 사업을 신청하는 단계에서 일일이 조직의 업력을 설명하는 절차를 겪고 있다. 주식회사의 상호가 업계에 상당히 알려져서 이를 향후 이용할 수 있도록 신설 비영리 법인이 그 이름으로 등기를 하고, 기존 주식회사는 상호를 변경하는 절차를 거치도록 하였다.

3. 평가 및 제도개선 과제

1) 인터뷰 결과의 분석

(1) 비영리 법인 설립의 동기

법인은 자연인과 구별되는 개념으로서 허구적으로 부여된 법적 인격이다. 그리고 비영리 법인은 영리 법인과 달리 구성원들에 대한 이익 배분이 불가능하거나 사실상 제한되는 것을 특징으로 하여, 주주의 이익 극대화라는 재무적인 목표 대신 각 단체의 '비전'과 '미션'을 추구하는 것을 목적으로 한다(Hansmann 2010, 60-61).

인터뷰 결과 시민사회에서 활동하는 다양한 주체들이 궁극적으로 '법인'이라는 법적 형식을 택하게 되는 동기는 각각 다양하다. A는 수행하는 사업의 성과를 조직적으로 축적하고, 구성원 개인과 분리된 '법인'으로서 별도의 지배구조를 가지고 영속적으로 존재할 수 있다는 의미에서 비영리 법인을 선택하였다는 점을 강조했다. B는 일반적 법인 설립의 동기 외에도 청소년 소수자 지원이라는 의제를 주무관청인 여성가족부의 소관 사업으로 확인받는 등 캠페인적 동기를 가지고

주무관청을 상대로 장기간 의사소통을 한 끝에 다소 우회적인 방법이지만 사단법인 설립에 성공한 사례에 해당한다.

D의 인터뷰는 영리 법인으로 사업을 영위하다 보면 의사결정의 신속함과 책임성이라는 장점이 있지만, 사회적 의제를 정책적으로 확산시키므로써 비전과 미션을 달성하는 데는 비영리 법인의 형식이 더 적합하다는 점을 경험적으로 제시한다. 한편 C는 비영리 법인 설립, 운영 관련 전문가로서 법인 설립 단계에서 사단법인·재단법인 구별이 명확하지 않고, 공익법인 등 비영리 법인을 규율하는 특별법상 이점이 사실상 거의 없다는 점 등 제도상 미비점과 실무상 혼선 등을 언급하였다.

이처럼 각자 조금씩 동기는 다르지만 결국 비영리 법인이라는 안정적인 조직을 통해서 비전과 미션을 실천하고, 그 점을 사회적으로 확산시키고자 한다는 공통점이 발견된다.¹⁷⁾

(2) 비영리 법인 설립 절차의 어려움

인터뷰 대상자들은 비영리 법인 설립 절차와 관련하여 주무관청의 자의적인 업무 처리, 주무관청별 기준의 차이 등을 어려움으로 거론하였다. D는 영리 법인으로 영위하던 사업을 비영리 법인의 법적 형식 하에서 지속하고 싶었으나 이를 전환하는 법적 절차가 없어서 법인을 신설할 수밖에 없었다. 그 과정에서 사업장 소재지가 아닌 서울시를 주무관청으로 택함으로써 사단법인의 기본재산 요건이나 주소지 확인 등에서 비교적 완화된 요건을 인정받을 수 있었다. A는 소재지 광역지방자치단체와 법인 설립 과정에서 소통하였는데 법상 허가 요건이 아닌 사단법인 기본재산

17) 정부 지원금을 받는 것이 주요 목적이라면, 비영리민간단체 지원법에 따른 비영리민간단체를 설립하는 것으로도 족하고, 굳이 법인을 설립할 필요는 없다. 그러나 비영리민간단체라고 하더라도 등록을 위해서는 상당한 행정적인 부담을 진다. 이러한 점에서 정부지원금 수령과 법인 설립은 그 자체로 법인 설립의 동기가 된다고 평가하기는 어렵다.

으로 수천만 원의 잔고 증명을 요구하거나 사원총회와 관련해서 엄격한 증빙을 요구하는 등 재정적, 행정적인 부담을 겪었다. B는 이미 여러 개의 비영리 법인 설립 실무에 참여한 경험이 있었음에도, 사회적 논란의 여지가 있는 설립 목적으로 인하여, '해당 설립 목적이 우리 부처의 소관 사항이 아니다'라는 주장을 내세우며 실무적으로는 형식적인 요건에 대한 심사를 까다롭게 하여 설립 절차가 수년간 지연된 경험을 하였다.

2) 제도개선 과제

비영리 법인을 설립하거나 운영하려는 주체들은 법인이라는 형식이 목표하는 미션과 비전을 구성원 개인과 분리하여 법인 단위에서 영속화할 수 있는 수단이라는 점에 공감한다. 그러나 현실적으로 비영리 법인 설립 단계에서는 허가주의 때문에 절차적 지연이나 허들을 경험하지 않을 수 없고, 각 비영리 법인의 특성에 부합하는 규제가 가능한 법제가 체계적으로 갖춰져 있지도 않다는 한계를 확인할 수 있었다.

비영리 법인의 설립의 자유를 보장하기 위해서는 현행 허가주의에서 준칙주의로의 전환이 필요하다. 현행 허가주의의 하에서는 주무관청의 재량이 보장되어, 재판에 의한 불복 사유가 매우 제한되어 있다.¹⁸⁾ 한편, 대법원은 최근 대북 전단 살포 단체에 대한 주무관청인 통일부의 설립 허가 취소 처분에 대해서 '중대한 공익의 실현을 위하여 엄격한 요건 하에서 허용될 수 있다는 법리를 확인하는 판결을 내린 바 있다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두30833 판결). 헌법상 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동의 자유, 집회와 결사의 자유, 표현의 자유를 강조하는 동 판결의 취지에 따르면, 법인의 설립에

¹⁸⁾ 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누18437 판결.

어서도 주무관청의 자의적 판단보다는 헌법에 저촉되지 않는 범위 내에서 최대한 설립의 자유를 보장해야 할 것이다. 인터뷰 과정에서도 비영리 법인 설립 과정에서 주무관청의 자의적 행정이나 소극적 태도 문제에서 벗어나는 것이 가장 시급한 과제라는 점이 확인되었다. 현행 법제와 같은 허가주의가 고수되는 상황에서는 주무관청에 따른 설립 요건의 차별적 요구, 담당자의 자의적 판단에 따른 절차 지연 등이 일어나지 않도록 실무적 관행부터 개선할 필요가 있다. 그 가운데 가장 시급한 것은 설립을 추진하는 주체들이 비영리 법인 설립을 위해서 각 주무관청 별로 어떠한 요건을 요구하는지에 관한 정보를 공개하도록 하는 점이고, 각 주무관청의 담당자는 재량 남용의 우려가 없도록 ‘컨설팅’ 관점에서 제도를 운용해야 할 것이다.

Ⅲ. 비영리 법인의 분할 관련 법적 쟁점

1. 비영리 법인 분할 관련 현행 법제도 및 한계

1) 비영리 법인 분할 관련 현행 법제도

비영리 법인의 조직이 확대되면서 운영상 여러 가지 어려움에 직면하게 된다. 신속한 의사소통이나 의사결정이 어려워지고, 대규모 재산 및 인원을 유지하는 자체에 많은 비용이 소요되다 보니 설립 당시의 비전이나 미션을 달성하기 어렵다는 반성적 고려가 생겨날 수 있다. 또 조직이 성장하는 과정에서 성격이 다른 복수의 사업 단위가 공존하다 보니 하나의 미션과 비전 아래 묶여 있기 어렵다는 판단이

생길 수도 있다.

영리 법인인 주식회사의 경우에는 이처럼 동업 관계를 해소할 필요성이 있거나 특정한 사업 부문을 아예 독립시킬 필요성이 있을 때 상법 제530조의2 이하에 규정된 분할 절차를 활용할 수 있다(김건식·노혁준·천경훈 2024, 818). 편의상 단순 분할만을 상정할 때 상법에서는 존속 회사가 자산 또는 영업을 출자하여 분할 회사를 설립하고, 출자한 자산 또는 영업의 가치 평가에 따라 존속 회사의 주주(인적 분할) 또는 존속 회사 그 자신(물적 분할)이 분할 회사의 주식을 보유하도록 하는 절차 및 그 과정에서 이해관계자 보호에 관한 다양한 조문들을 두고 있다.¹⁹⁾

반면, 비영리 법인도 그 운영 과정에서 분할의 수요가 생겨날 수밖에 없음에도 민법 및 비영리 법인에 관한 기타 특별법에서는 법인 분할에 관한 조문을 전혀 두고 있지 않다. 2003년부터 민법에 법인의 분할·합병에 관한 조항을 두도록 하여 그 조직 변경 수요를 법제화하여야 한다는 의견이 개진되었고, 2010년 및 2013년 개정안부터 분할의 근거 조문들을 포함시키고 있다(송호영 2022, 34-35). 공익법인법에서도 공익법인의 설립이나 설립 허가 취소에 관한 조문은 있지만, 분할·합병에 관한 조문은 없다. 사회복지사업법은 사회복지법인의 합병에 관한 근거 조문은 마련하였으나(제30조), 분할에 관한 조문은 두고 있지 않다. 마찬가지로 사립학교법상 학교법인은 이사 2/3 이상의 동의를 얻고 교육부장관의 허가를 받아 합병할 수 있지만(제36조), 분할에 관한 조문은 없다. 의료법상 의료법인에 대한 구조조정 도입 수요가 계속 제기되고 있으나, 분할·합병에 관한 근거

19) 영리 법인 가운데서도 주식회사에만 분할이 인정되고 있으며, 주식회사의 분할도 구조조정 활성화를 위한 목적으로 1998년 상법 개정시에 도입된 제도이다(김건식·노혁준·천경훈 2024, 817-818).

조문은 없다.²⁰⁾

2) 비영리 법인 관련 법제 미비로 인한 문제점 및 한계

비영리 법인의 분할에 관한 근거 조문이 없으므로, 분할의 수요가 있는 비영리 법인들은 '분할'의 효과를 내는 거래 구조를 모색해야 한다. 상법상 주식회사의 단순 분할은 분할 계획서 작성, 주주총회 승인, 분할 회사의 출자를 통한 분할 회사의 설립, 채권자 이의 절차 및 분할의 등기를 거친다.

비영리 법인이 단순 분할의 효과를 내려면 기존 법인이 이사회(사단법인의 경우 사원총회)를 거쳐서 분할 계획을 승인하고, 신설 비영리 법인 설립 허가를 받고, 신설 비영리 법인에 대해서 관련된 자산 및 근로관계를 개별적으로 양도하거나, 주무관청의 허가를 얻어 포괄적 영업양도 방식으로 일괄적으로 양도하는 수밖에 없다. 신설 비영리 법인 설립 허가 시 거래 구조 및 분할의 효과에 대한 주무관청의 심사가 이루어질 것이다. 최근 YWCA의 분할을 통해서 신설 법인 설립을 통한 분할 방식 자체가 승인되었다는 점이 널리 알려진 바 있다(박동순 2023).

이처럼 민법상 계약을 통해서 관련 사업을 그대로 이전하는 법률 효과를 발생시키고, 신설 법인의 주무관청이 이를 승인할 수 있다면 민법 및 기타 비영리 법인 관련 특별법상 분할에 관한 조문은 전혀 필요 없는 것일까. 주식회사의 분할 시에는 존속 회사 주주 또는 존속 회사의 분할 회사 지분 보유 관련 일반 주주 보호 문제, 분할 전후의 채권자 보호 문제 등 이해관계

20) 청년의사. "정부 내에서도 '의료법인 인수합병 허용 검토 필요.'" 2024. 7. 18. 의료법인의 공공성을 강조하는 견해로는 의료법인의 공공적 성격에 관해서는 백경화·김영순. 2014. "의료법상 의료법인의 비영리성에 관한 소고: 영리성 도입 여부와 세제에 대한 고찰을 중심으로." 『한국의료법학회지』. 22(2).

자의 이익이 분할이라는 회사법적 이벤트로 인하여 침해되지 않도록 하는 절차가 중요하다(노혁준, 2009).

비영리 법인의 경우에는 사업상의 이해관계자가 적은 점, 존속 법인과 신설 법인 간 지분 관계가 인정되지 않기 때문에 별도의 절차를 마련할 필요가 없다는 견해도 가능하다(이중기 2014). 그러나 비영리 법인에서도 수익 사업 분할 시에는 이해관계자 보호가 중요한 문제일 수 있고, 신설 법인이 재단법인일 경우 존속 법인에서 설립 단계의 기본재산을 출자할 수 있어서 두 법인 관계가 완전히 단절된다고 보기 어려우며, 무엇보다 영업양도 계약 체결 협상이나 주무관청의 승인 과정에서 발생할 수 있는 법적 불확실성을 제거할 필요성이 있다. 이러한 점들을 고려하면 비영리 법인에 대해서도 별도의 분할 절차가 마련되어야 할 것이다(송호영 2012, 374).

2. 비영리 법인 분할 경험 연구

1) ‘법인 나’ 분할 사례

E는 ‘법인 가’에서 ‘법인 나’가 분할·독립하는 과정에서 실무를 담당하였다. 아래는 E와 수행한 인터뷰에서 ‘법인 나’ 분할의 동기, 분할의 절차, 분할의 결과와 관련된 경험과 개인적인 평가를 연구자의 관점에서 재구성하였다.²¹⁾

(1) 분할의 동기

‘법인 가’가 여러 사업을 운영하는 과정에서 수익 사업의 일종인 자원재활용 사업을 하는 단위로서 ‘법인 나’가 운영되었다. ‘법인 나’는 사업

21) ‘법인 다’의 분할 동기 및 절차와 관련하여 ‘법인 나’를 공식적으로 인터뷰한 것은 아니기에 이 부분에 대한 ‘법인 나’의 견해는 보고서의 의견과 다를 수 있음.

초기부터 별도의 법인으로 설립을 시도하지 않은 것은 아니나, 2000년 대 중반만 하더라도 비영리 법인의 수익 사업 영위 자체에 대한 찬반론이 있었으므로 일단 ‘법인 가’ 내에서 독립성을 가진 단위로 운영되었다. 독립성이란 ‘법인 나’ 별도의 운영 원리를 담은 정관이나 의사결정 조직으로서의 이사회를 보유하고 있었다는 취지이다.

‘법인 나’가 새로운 사업을 시도한 것이므로 처음에 ‘법인 가’의 우산 아래 있는 것이 시스템이나 인프라 활용 측면에서 이점이 있었는데, ‘법인 나’ 사업이 활발해지면서 독립에 대한 수요가 생겨났다. 예컨대 ‘법인 나’에서는 전국 각 지역에 매장을 내고, 매장마다 비용·수익을 관리하고 판매 및 관리 인력을 고용하였기 때문에 하나의 사무실에서 전체 사업을 관장하는 ‘법인 가’에 비하여 다양한 판매 현장에서 예상치 못한 상황이 발생할 수 있었다. ‘법인 나’ 담당자들도 매출이 성장함에 따라 하나의 지붕 아래에 두 가지 성격이 다른 조직이 공존하는 모델이 바람직한지에 관한 의문을 제기하였다.

즉, ‘법인 가’ 입장에서는 수익 사업을 추진하는 조직과 비수익 사업 추진 조직이 가지는 문화적 차이와 업무의 부조화에 대한 부담을 안기 시작하였고, ‘법인 나’ 사업을 담당하던 종사자들 사이에서는 사업 형태의 독자적 성격을 인정받고 싶다는 요구도 존재했다. 이처럼 두 조직 간의 문화 차이, 외부 정치적 환경, 대외 협력의 어려움이 있다 보니 결국 ‘법인 나’를 독자적 조직으로 분할·분리하여 관계를 재정립해야 한다는 결론으로 귀결되었다.

(2) 분할의 절차

민법상 비영리 법인 분할의 근거 조문이 없었기 때문에 ‘법인 가’에서 ‘법인 나’가 분할되는 과정에서는 ‘법인 가’가 출연자로 신설 법인 ‘법인

나'를 설립하고 '법인 나'와 '법인 가' 간에 포괄적사업양수도계약을 체결하여 '법인 나' 부문에 속하던 자산과 근로관계 등을 일괄적으로 이전하는 구조를 시도하였다. 법적 절차에 관해서 알려진 선례가 없었기 때문에 '법인 가'가 분할에 따른 세무, 회계 및 법률문제에 관해서 회계법인 및 법무법인의 자문을 받아서 구조를 확정하고, 신설 법인 설립부터 사업양수도계약 이후의 개별적인 자산 이전 절차나 각 '법인 나' 매장의 연속성 유지, 회계 처리 시스템의 안정성 확보 등과 같은 실무 업무는 '법인 나'의 종사자들이 담당하였다.

'법인 나'는 사업 시작 단계부터 수익 사업이라는 독자성을 인정받아서 분할도 모범 사례로 잘 진행되어야 한다는 상호 이해 하에 진행되었다. 신설 법인 설립 시에는('법인 나'로 이전될 자산에 해당하는) 10억 원을 '법인 가'에서 기본재산으로 출연하였다. 사단법인은 기본재산 출연의 의무가 아니지만, 재단법인을 설립하려면 상당한 규모의 기본재산 출원이 필수였기 때문에 형식상 '법인 가'에서 무상으로 출연하는 것으로 하였다. '법인 가'는 주무관청이 행정안전부였는데, '법인 나'는 자원 재할용을 주된 목적으로 삼아서 환경부를 주무관청으로 하거나, 기부금의 활용 측면에서 보건복지부를 주무관청으로 할까 고민을 했다. 그런 끝에 '법인 나'는 비영리 단체 설립에 비교적 우호적인 입장이었던 행정안전부를 주무관청으로 정하고, 그에 맞추어 기부문화 확산, 자원봉사문화 확산 등과 같은 내용을 정관의 주된 목적사업으로 기재하였다.

사업 양수도 계약과 관련해서 과세 부담을 낮추는 것도 중요했다. 외부 기관의 도움을 받아서 '법인 나'의 사업을 평가해 본 결과 이전되는 사업의 가액이 000억 원 정도에 해당한다는 의견을 들었다. '법인 가'가 해당 규모의 사업을 양도하는 데 따른 양도소득세를 내지 않도록 하기 위한 구조를 만들고자 하였다.

(3) 분할의 결과

‘법인 나’ 분할은 한 지붕 아래에 성격이 다른 두 사업 부문이 공존하다가 ‘분할’의 결과를 낳기 위한 별도 법인 설립 절차를 겪은 최초의 유의미한 사례로 평가된다. ‘법인 가’에서도 이와 같은 의의를 잘 인식하고 있어서 절차적으로 문제가 없도록 단계별로 전문가들의 자문을 받았고, ‘법인 나’의 실무진에서는 ‘법인 가’ 소속이던 시점과 분할·독립한 시점 간에 연속성이 끊어지지 않는 데 주력했다. 분할 이후 ‘법인 가’와 ‘법인 나’의 우호적 관계가 지속되어야 한다는 점에 대해서는 양쪽 모두 같은 의견이었지만, ‘법인 가’에서는 ‘법인 나’ 사업을 인큐베이팅해서 독립까지 이르게 된 데 대한 기여를 평가받아야 한다는 의견도 있었다.

‘법인 나’는 기증품을 받아서 판매하는 사업을 시작하는 당시부터 독립을 염두에 두고 별도의 의사결정 단위와 정관 등을 마련해 두었고, 사업의 독자적 성격 때문에 별도의 회계 처리 시스템을 개발해서 운용하고 있었기 때문에 분할 이후 사업을 수행하는 데 특별히 어려움은 없었다. 다만 분할 절차가 법에서 마련되어 있지 않기 때문에, 법인만 신설을 해야 하는 것이 아니라 150개에 이르는 모든 매장과 중앙 조직의 사업자 등록을 신규로 해야 했고, 그 전까지의 실적과 단절되게 시스템상으로 새로 출발했다는 행정적인 번거로움이 있었다. 분할 후에는 ‘법인 나’의 사업 모델에 맞는 의사결정을 할 수 있게 되었다는 점에서 당시에 분할하기로 잘 결정한 것으로 평가한다.

2) ‘법인 다’ 분할 사례

F는 ‘법인 나’에서 ‘법인 다’가 분할·독립하는 과정에서 실무를 담당하였다. 아래에서는 F와 수행한 인터뷰에서 ‘법인 다’ 분할의 동기, 분할의 절차, 분할의 결과와 관련된 경험과 개인적인 평가를 연구자의 관점에서 재구성하였다.

(1) 분할의 동기

F는 ‘법인 나’에서 ‘법인 다’가 분할·독립하는 과정에서 실무를 담당하였다. ‘법인 나’는 물품을 기증받아 판매하여 수익을 일으키는 조직인데, ‘법인 다’는 커피 및 기타 원재료를 공정무역으로 수입하고 가공된 상품을 판매하는 것을 목적으로 하는 단위였기 때문에 한 지붕 아래 다른 비전과 미션을 지닌 두 조직이 공존하고 있는 상태가 처음부터 지속된 것이다. ‘법인 다’ 부문의 사업은 ‘법인 나’가 ‘법인 가’로부터 분할되어 독립한 초기부터 수행되었는데, 커피 부문이 성장함에 따라 조직 성격의 상이함이 점차 두드러졌다.

‘법인 다’는 커피 생두 및 원재료 수입에 더하여 매장에서 음료를 제조 판매하였다. 또 그 수익의 일정 비율을 적립하여 네팔 농민들에게 묘목을 지원하기로 하는 등 고유한 목적사업을 초기부터 가지고 있었다. 생두를 수입하기 위해서는 상당한 초기 자금이 필요했기 때문에 독립 법인으로 출발했다면 대출을 일으켜야 했겠지만, ‘법인 나’에 속해 있는 상태였기 때문에 금융비용 없이 자금을 활용할 수 있다는 장점을 누렸다. ‘법인 나’ 입장에서는 커피 사업을 하는 과정에서 원재료를 가공해서 판매하는 과정에 대한 회계처리 문제와 같은 운영 위험을 부담한다는 점을 인식하게 되는 몇 차례 계기가 있었다. 커피 사업을 하는 단위에서는 매출이 증가해도 그만큼 기여를 인정받지 못한다고 생각하게 되었고, 이를 공정하게 평가받고 독립해서 사업을 영위하고자 하는 구성원들이 많아졌다.

이러한 배경 하에서 커피 사업의 진행을 둘러싸고 커피 부문과 전체 법인 간의 의견 조율이 잘 이루어지지 않아서 몇 차례 신뢰의 위기를 경험하게 되었고, 2년 정도 논의 끝에 2013년 7월에는 분할 결정이 내려졌다.

(2) 분할의 절차

‘법인 나’에서 ‘법인 다’ 사업 부문을 분할하기로 하는 의사결정을 하고, ‘법인 다’가 독립할 수 있었다. ‘법인 나’ 분할 사례와 마찬가지로 비영리 법인을 새로 설립한 다음 포괄적 사업양수도계약 체결을 통해서 사업과 관련이 있는 자산과 근로관계를 포괄적으로 이전하는 방식을 취했다. 분할 대상 사업의 가치를 얼마로 평가할지 ‘법인 나’ 의사결정 단위와 커피 부문 종사자들 간의 의사가 일치하지 않았다. 커피 사업 초기 단계부터 ‘법인 나’ 전체 사업과 커피 부문의 통장을 분리하고, 별도의 회계처리를 해 왔다고 하더라도, 분리된 계정과 관련된 자산과 부채의 총합이 곧 커피 부문의 영업 가치라고 할 수는 없었던 것이다.

‘법인 나’는 분할·독립한 경험이 있었으므로, 신설 법인 설립이나 사업 양수도 계약을 통한 자산과 근로관계 이전 자체는 낯선 경험이 아니었다. 수익 사업을 진행하는 단위를 분할·독립하는 경우 꼭 비영리 법인의 형식을 취해야 하는지 고민도 있었다. 그러나 신설 법인을 위한 출자의 주체가 비영리 법인인 ‘법인 나’이기 때문에, 주식회사 설립을 위해 출자를 하는 데는 법상 제약이 있다. 상증세법상 공익법인 인정을 위해서 5% 출자 제한이 있고, 비영리 법인이 이런 방식으로 수익 사업을 하는 데 대해서 주무관청의 허가도 받아야 하기 때문이다. 무엇보다 비영리 법인과 영리 법인은 투자를 받고 구성원들 간에 이해관계를 조율하고, 성과에 대해서 보상하는 기본적인 메커니즘 자체가 다르다보니, 결국 비영리 법인으로 분할하였다.

(3) 분할의 결과

‘법인 다’는 수익을 내야 하는 구조인데 분할 여부, 분할 대상 부문의

평가 등에 쉽게 의사 합치가 이루어지지 않았고, 그 사이에 커피 시장의 전망이나 구도에도 변화가 있었다. 신설 법인의 법적 형식을 정할 때 부터 고민하던 사항이었는데, 비영리 법인 형식으로 수익 사업을 한다는 특징이 있어서 신속하고 책임성 있는 의사결정이 이루어지지 않는다는 점이 걸림돌이 되었다. ‘법인 다’에도 경영을 책임지는 임원이 있고, 법인 전체의 의사결정을 하는 이사회가 있는데 두 결정 단위가 따로 움직였다. 더 엄밀히 말하면 비영리 법인의 이사회이다 보니 전문성을 가진 분들을 이사회 구성원으로 선임하더라도 이사회는 사후적으로 책임만 부담하는 데 반하여 경영에 관한 의사결정에 적극적으로 참여하지 못하고 인센티브도 없어서 효과적으로 작동하기 어려운 구조였다.

코로나의 타격 및 커피 시장 경쟁 심화 등을 겪으면서 비영리 법인에 적합한 지배구조를 새로 가동하여 책임성과 의사결정 권한을 일치시키고, 소속 임직원들에 대해서도 비영리 법인만이 줄 수 있는 인센티브와 보상을 제공하도록 탈바꿈하려고 노력하고 있다.

3. 평가 및 제도개선 과제

1) 인터뷰 내용의 평가

(1) 분할의 동기

‘법인 나’의 분할과 ‘법인 다’의 분할 모두 하나의 법인의 형식 아래 복수의 서로 다른 목적을 지닌 사업이 공존하는 것이 바람직한가에 관한 문제의식이 계기가 되었다. 특히 기존 법인 내에서도 분할 대상이 되는

부문이 영위한 사업이 더욱 수익성을 추구하는 성향이 있었다. 기존 법인의 지도부가 보기에 회계나 재무 관리 측면에서 하나의 법인이라는 우산 안에 공존하는 것이 ‘운영 위험’을 초래할 수 있다는 데 동의할 수 있었던 것으로 보인다.

이처럼 성격이 다른 사업 부문, 그 가운데서도 더 수익성이 큰 부분을 분할시켰다는 점에서 두 케이스는 유사성이 있다. 한편, ‘법인 나’는 해당 사업 부문 설립 당시부터 독립을 예비하고 별도의 운영 원리, 의사결정 단위, 운영 시스템을 갖추고 있었던 반면 인터뷰 대상자가 평가하기로 ‘법인 다’는 독자적 성격의 사업을 하면서도 처음부터 ‘분할·독립’을 염두에 두었다고 보기는 어려웠다는 차이가 있다. F는 준비가 충실하지 않은 상황에서 시장 상황이 계속 변화하는데 분할의 의사결정이 지연되어 분할 후 사업계획 준비에 어려움이 있었다고 지적했다.

(2) 분할의 절차 및 결과

‘법인 나’와 ‘법인 다’ 모두 신설 법인 독립 후 포괄적 사업 양수도 절차를 거쳤다. ‘법인 나’의 분할 시에 성격이 다른 두 사업이 별도 법인으로 ‘문제없이’ 분할하였다는 긍정적인 선례를 남기기 위해서 다양한 전문가들의 도움을 받았고, 분할 절차 종료 후에도 ‘법인 나’ 사업이 그대로 이어질 수 있도록 실무적으로 준비를 많이 했다. 분할 이후 ‘법인 나’가 계속 성장하였기 때문에 구성원들 사이에서 분할이 당연하고, 잘된 결과라는 평가가 있었고, ‘법인 가’와의 관계에서도 분할 후 갈등이 부각된 사례는 없었다.

‘법인 다’도 분할의 법적 구조는 동일하게 설계하였는데, F는 포괄적 사업양수도 대상이 되는 사업 부문의 가치 평가에 대해서는 기존 법인 지도부와 신설 법인 추진 임직원 간에 의견이 달랐다고 언급했다. 재고

등 자산에 대한 수량적인 가치 평가는 가능했지만, 처음부터 분할을 염두에 두고 운영하지 않는 이상 기존 법인의 우산 아래 공존함으로 인해 얻은 이득, 각 부문의 기존 법인 성장에 대한 기여 등에 대한 평가는 다를 수밖에 없다.²²⁾

재단법인의 경우 분할을 결정하는 단위는 기존 법인의 이사회이다. 해당 법인의 정관이나 이사회 규정에 따라 정족수가 정해지겠지만 기존 법인의 다수 이사가 찬성하지 않으면 분할 부문 가치 평가 및 그를 토대로 한 분할 결정이 불가능하다. 따라서 독립 대상 사업부문 소속 종사자들이 분할을 강력하게 희망하더라도 기존 법인의 이사회에서 분할을 결정하지 않으면 '아무 대가 없는 독립'을 감행하거나, 매우 불리한 조건으로 분할을 결정하여 '전망이 어두운 독립'을 수용하지 않을 수 없다. 이는 조직적 결정에 따른 불가피한 결과이지만 '비전'과 '미션'을 중시하고 결정에 이르기까지의 소통 과정을 중시하는 비영리 부문의 특성상 구성원들은 기존 조직에 남거나 불리한 조건으로 독립한 후에도 어려움을 겪을 수밖에 없다.

2) 제도 및 실무적 개선 과제

2013년 민법 개정안에는 비영리 법인도 조직 변경의 수요가 있을 때 합병 및 분할을 할 수 있는 법적 근거가 마련되었다. 분할의 경우 사단법인은 사단법인으로, 재단법인은 재단법인으로 분할되도록 하고 단순 분할만 인정하여 현실에 존재하는 최소한의 수요를 담아내도록 하였다. 해당 개정안에서는 분할시 분할 계획서 작성 요령, 기존 법인에서의 의사결정을 위한 정족수, 주무관청의 분할 인가 요건 및 절차, 분할 후 법인의 분할 전 법인

22) 가치평가가 잘못될 경우 분할을 결정한 이사회의 책임이 문제될 수 있고, 심할 경우 분할 무효의 원인이 될 수 있다(송옥렬 2024, 1252-1253).

에 대한 연대채무 및 채권자 이의 절차, 분할 등기 및 분할 무효의 소 등에 관한 비교적 상세한 절차를 포함하고 있다(송호영 2022, 47-48). 이처럼 학계의 연구를 토대로 민법 개정안의 관련 조문까지 성안되었지만 실제 개정으로 이루어지지는 않았다. 본 논문의 연구대상으로 삼은 분할사례들도 비교적 최근에 발생한 것들로서 법안 개정 추진 당시만 해도 시민사회의 수요가 구체적이지는 않았다.²³⁾

민법 개정안에 포함된 분할 절차와 관련해서 의결 정족수, 연대채무에 대해 책임을 단절하는 근거 등 조직 변경 절차의 활성화를 위해서 추가할 사안이 있다. 그러나 현재 개정안과 같은 내용만이라도 분할에 대한 법적 근거가 마련되도록 하여 조직 변경 시에 법적 안정성을 심어 줄 필요성이 크다. 입법 전략적으로는 공익법인법이나 사회복지사업법, 사립학교법 등에 분할 관련 조문을 신설하여 민법 개정을 촉진하고 비영리 부문의 실무 정착에 영향을 미치는 방법도 고려해 보아야 할 것이다.

물론 제도 개선만으로는 분할과 관련된 종사자들의 고민을 다 담아내지 못할 수 있다. 인터뷰 결과를 통해서도 확인할 수 있듯이 독립에 관한 열망이 생겨났을 때 이를 분할하는 것이 분할을 희망하는 쪽과 기존 법인의 지도부에 모두 도움이 되는 방향이라면 긍정적으로 논의하고 설득하는 과정을 거치는 것이 필요할 것이다. 주주의 재무적 가치 극대화라는 단일한 목표보다는 비전과 미션의 실천을 위한 의사소통을 중요시하는 비영리 부문에 있어서 분할 대상 부분의 가치 평가와 같은 수치적 부분이 전부가 아닐 수 있기 때문이다.

23) 당시에도 분할제도 도입에 부정적인 입장을 취하는 견해가 있었다(이중기 2014, 123). 또 민법 개정은 재산관계와 가족관계에 바탕이 되는 총체적인 법제 개편을 의미하기 때문에, 비단 비영리 법인에 관한 조문 뿐만이 아니라 다른 조문들을 둘러싼 이해관계가 복잡하게 대립하여 법안 심사에 시간이 오래 걸리고, 그러다 보니 국회의원의 임기가 끝나는 등의 이유로 통과되지 못하였다. 여기에 대한 대안으로는 공익법인법이나 사립학교법, 사회복지사업법 등 특수한 비영리 법인을 규율하는 법규부터 수정할 수 있다(민법 개정의 장단점과 한계로는 김정연 2023, 228).

IV. 결론 및 제언

본 연구에서는 현행 제도의 한계 및 개선이 필요한 지점을 살펴보기 위해서 비영리 법인의 설립 및 조직 변경 과정에 직접 참여하거나 자문을 제공한 인터뷰 대상자 6명의 경험을 공유하였다. 비영리 법인은 추구하는 의제, 비전과 미션을 확산시키기 위해서 설립되는 실체로서 구성원들의 재무적 이해관계에 좌우되지 않고 그 자체로서 독립성, 영속성을 확보할 수 있는 조직 형태이다. 설사 주식회사 형식이 신속한 의사결정과 이윤추구가 가능하고, 개인적 부의 축적에 더 도움이 된다고 하더라도 추구하는 목적이 정책적 의제의 확산인 이상 비영리 법인의 형식으로 전환(사실상 법인의 신설)하는 것이 더 적합하다는 의사결정을 내리는 사례도 있었다.

현재 법제상 비영리 법인 설립을 위한 요건이 분명하지 않아서 자의적 행정이 이루어지고, 사단법인·재단법인이 막연히 이분법적으로 구분만 되어 있어서 실무상 비영리 법인이 취할 수 있는 법적 형식이나 거쳐야 하는 설립 절차를 확정하는 데 어려움이 있었다. 본 연구에서 인터뷰한 사례들을 통해서도 민법상 비영리 법인 설립 시 준칙주의로의 전환이 시급하다는 점을 확인하였다. 다만, 민법 개정안이 통과되기 전이라도 정보의 부재, 서류 작성의 어려움, 설립 요건의 내용과 형식에 대한 자의적 판단으로 인한 절차의 지연 등을 극복하기 위한 제도 운영상의 개선이 이루어져야 할 것이다.

또 비영리 법인이 성장하면서 그 안에 다른 성격의 사업 부문이 공존하는 경우가 있고, 그 가운데 한 부문이 분할·독립하는 수요가 생길 수 있다. 최근 YWCA 분할 사례를 통해서 널리 알려지긴 했지만,

현행 법제상은 분할의 수요를 담은 근거 조문이 전무하다. 본 연구에서는 법적 근거가 없는 상태에서 비영리 법인을 분할하여 현재까지 존속하고 있는 역사적인 사례인 ‘법인 가’-‘법인 나’, ‘법인 나’-‘법인 다’ 분할 사례를 주도한 참여자들을 인터뷰하였다. 법적인 근거가 없는 상태에서 당사자 간의 계약과 주무관청의 허가 여부 판단에 모든 것을 맡기기에는 불안정성이 상존한다. 민법 개정안을 통과시켜서 분할에 관한 제도가 마련되어야 할 것이다.

본 논문에서는 관련 당사자들의 인터뷰를 통하여 비영리 법인의 설립 및 구조조정 관련해서 입법적으로 개선할 사항과 제도 운영상에 있어서 개선할 사항이 병존함을 확인하였다. 모든 비영리 법인을 규율하는 민법의 경우, 설립허가주의로 되어 있다보니 운영과정에서 행정청의 재량이 남용되어 헌법상 결사의 자유를 침해할 위험이 있다. 또 합병과 분할 등 구조조정의 수요가 있음에도 근거 조문이 없다보니 ‘법인 신설방식’이라는 우회로를 택하게 되고, 결국 설립과정에서 행정청의 재량 남용이라는 동일한 장애물을 마주하게 된다. 따라서, 장기적으로는 민법 개정을 목표로 하되 단기적으로는 공익법인법, 사회복지사업법 등 대규모의 특수목적 비영리 법인을 규율하는 특별법 개정을 시도하는 등 입법 전략 차원에서도 고민이 필요하다. 이에 더하여, 행정청의 재량남용을 통제하고 그 책임성과 역량강화에 기여할 수 있는 방안도 추진해야 한다. 이와 관련하여, 다수 연구자들 및 시민사회에서는 ‘공익위원회’의 설립을 추진하고 이를 위한 법률 개정까지도 시도한 바 있다. 그러나 준칙주의로의 변경 없는 공익위원회의 설치는 그 자체로 옥상옥이 될 우려도 배제하기 어렵다. 따라서, 준칙주의로의 전환을 추진하되, 그 전 단계에서는 개별 주무관청들의 재량 남용을 통제하기 위한 행정부 차원에서의 비영리 법인 설립 및 조직변경에 관한 가이드라인을 작성하고, 그 과정에서

시민사회의 실제 수요가 반영되도록 하는 것이 가장 시급한 일이다. 현재로서는 각 주무관청에서 설립시 요구하는 기본재산 규모나 절차에 관해서 기본적인 정보공개조차 되어 있지 않은 곳이 많으므로, 범정부적 가이드라인 작성과 함께 각 주무관청별 정보 공개도 반드시 수반되어야 한다.

덧붙여, 각 비영리 법인에서 분할이라는 조직 변경 과정을 겪은 후에도 단체의 비전과 미션을 잘 추구할 수 있으려면 분할 결정 과정에서의 의사소통, 분할 대상 부문에 대한 가치 평가, 분할 후 계획에 대한 준비와 의사소통, 분할 후 조직의 규모 및 특성에 적합한 지배구조의 정착 등이 필요하다는 점도 확인할 수 있었다. 비영리 부문에서는 제도 그 자체보다도 그 제도를 실행하는 과정에서의 구성원들의 참여 동기, 의사소통의 활발함 등이 목표를 달성하는데 중요한 변수가 된다는 조직적 특성을 감안하여야 할 것이다.

(2025년 4월 9일 접수, 5월 10일 심사완료, 5월 10일 게재확정)

참고문헌

- 강석구·송봉규·이성대·신민. 2018. 『공익재단을 이용한 탈법·불법 유형 및 형사정책적 대응방안』. 형사정책연구원 연구총서 18-AA-04.
- 권철. 2020. "비영리단체 법제에 관한 재검토 소고." 『성균관법학』. 32(4).
- 김건식·노혁준·천경훈. 2024. 『회사법』 제8판. 서울: 박영사.
- 김정연. 2023. "공익법인 등의 지배구조 개선방안." 『이화여자대학교 법학논집』. 27(3).
- 김진아. 2023. "비영리 법인 설립, 기관, 해산에 관한 입법론적 고찰." 『연세법학』. 41.
- 김진우. 2016. "공익법인의 지배구조." 『비교사법』. 23(4).
- 김진우·이지민. 2018. "민간공익단체에 대한 국가감독체계의 개선방향에 관한 연구." 『외법논집』. 42(1).
- 김태선. 2014. "비영리 법인 이사의 선관주의의무 연구." 『민사법학』. 69.
- 노혁준. 2009. "회사분할시의 채권자보호." 『BFL』. 38.
- 박동순. 2023. "공익법인 분할 설립 사례_한국YWCA 재구조화를 중심으로." 공익법인 활성화를 위한 분할·설립 제도개선 토론회(국회의원 권인숙 외 공동주최) 자료집. 11월 21일.
- 법무부. 2022. 『2022년 실무자를 위한 비영리 공익법인 관리 감독 업무 편람』.
- 비영리·공익법인 활성화를 위한 민법개정 토론회. 2022. 『비영리 법인 합병·분할과 설립허가주의 제도개선 방안 자료집』. 1월 26일.
- 송옥렬. 2024. 『상법강의』 제14판. 서울: 홍문사.
- 송호영. 2009. "비영리 법인의 합병·분할에 관한 입법론적 연구." 『민사법학』. 47.
- 송호영. 2012. "法政策學的 觀點에서 본 民法上 法人關聯規定 改正案." 『법과 정책연구』. 12(2).
- 송호영. 2022. "비영리 법인의 합병·분할제도 도입 및 과제 - 민법개정론을 중심으로." 비영리공익법인 민법개정토론회 자료집. 1월.
- 안성포. 2005. "비영리 법인의 지배구조." 『단국대학교 법학논총』. 28.
- 양창수 편집대표. 2022. 『민법주해 제2권 총칙』. 서울: 박영사.

- 윤주희. 2024. "독일 개정 민법상 재단 재산에 대한 분석과 시사점." 『민사법학』. 106.
- 윤철홍. 1996. "공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 주요 내용과 문제점." 『동서연구』. 8(1).
- 이선희. 2018. "비영리 법인에 있어서 이사의 선관주의의무-사립학교 법인 이사의 취임승인취소 등에 나타난 사례를 중심으로." 『성균관법학』. 30(1).
- 이영환. 2020. "사회복지법인의 지배구조 개혁방향." 『비판사회정책』. 67. 154.
- 이중기. 2014. "공익단체 구조조정 법제의 개혁." 『저스티스』. 143.
- 이희숙. 2019. "공익법인 법제 현황과 개선방안." 『외법논집』. 43(1).
- 이희숙. 2024. "실무 관점에서 본 비영리·공익법인 현행법 한계와 과제." 『재산법연구』. 40(4).
- 전규안·박진하. 2022. "공익법인 투명성 확보를 위한 결산서류 등의 공시 개선방안." 『회계저널』. 31(5).
- 전현경. 2020. "비영리기관의 투명성 인식에 대한 질적 연구- 잠재기부자, 비영리 종사자, 여론 주도자를 중심으로." 『소비문화연구』. 23(3).
- 크라아크만 외 저, 김건식 외 옮김. 2020. 『회사법의 해부』. 제3판. 서울: 소화.
- Hansmann, H. 2010. "The Economics of Non-profit Organizations." in Klaus Hopt and Thomas Hippel (eds), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 松元暢子. 2015. "非營利法人の役員の信認義務." 『商事法務』.

Abstract

Legal Issues in the Establishment and Restructuring of
Non-Profit Corporations:
An Analysis of Case Studies

JungYeon Kim YoonJoo Jang***

This study examines the limitations of current legal frameworks governing non-profit corporations in South Korea through in-depth interviews with six experts who have directly participated in or provided consultation during establishment and organizational restructuring processes. The research identifies several significant challenges in the existing system. First, the requirements for establishing non-profit corporations remain unclear, creating practical difficulties regarding legal forms and procedural steps. Second, the current legal framework lacks foundational provisions to accommodate organizational division needs, despite growing demands for such restructuring as non-profit organizations evolve. The study analyzes two historic cases of non-profit division ('A'-'B' and 'B'-'C') that have

* Associate Professor, Ewha Womans University Law School

** Researcher, Center on Philanthropy at The Beautiful Foundation

managed to operate successfully despite the absence of clear legal foundations, highlighting the instability of relying solely on contracts between parties and supervisory authority approval.

The findings suggest that an urgent transition to a normative principle for establishing non-profit corporations under civil law is necessary, along with institutional improvements to overcome procedural delays caused by arbitrary judgments of supervisory authorities. Additionally, successful non-profit restructuring requires effective communication during the decision-making process, proper valuation of division target sectors, comprehensive post-division planning, and the establishment of governance structures appropriate to the size and characteristics of the post-division organization. The study concludes that in the non-profit sector, organizational characteristics such as members' motivation to participate and active communication are often more critical to achieving goals than the formal systems themselves, emphasizing the need for legal reforms that accommodate these distinctive features.

Key words : Non-profit corporation establishment,
Non-profit corporation division, Civil law
amendment, Non-profit corporation operation,
Supervisory authority