

<한국자선단체협의회 2021년도 연구용역 보고서>

# 기부법 제정에 관한 연구

2021. 12. 31.

## 제출문

한국자선단체협의회 귀중

본 보고서를 “기부법 제정에 관한 연구”의 최종보고서로 제출합니다.

2021. 12. 31.

연구책임 김진우 (한국외대 법학전문대학원 교수)

공동연구 고희석 (선문대 법경찰학과 교수)

공동연구 서종희 (연세대 법학전문대학원 교수)

공동연구 장보은 (한국외대 법학전문대학원 교수)

간사 박석일(한국외대 법학연구소 책임연구원)

# 목 차

제1장 시작하며	1
제2장 기부 개념 및 기부재산 등의 정의	4
I. 기부 개념	4
1. 기부 개념의 정의 규정 신설	4
2. ‘기부금품’ 개념의 ‘기부재산’ 개념으로의 대체	6
3. 사원(회원)/회비 개념	10
4. 후원금 수익자가 사망한 경우의 잔여재산의 법적 취급	12
5. 기부재산의 모집등록 사업 확대	13
II. 미국법상 기부의 개념과 용례	16
1. 미국 연방법에서의 기부의 요건	16
2. 각주의 기부모집법상 기부의 정의와 용례	18
3. 신탁의 개념 기부와의 차이	19
4. 미국법상 기부금 관련 잔여재산의 처리	20
III. 영국법상 기부 개념의 정의	22
1. 기부개념의 정의	22
2. 영국법상 잔여재산처리(Cy-près doctrine 등)	27

<b>IV. 일본법 및 우리법상 기부의 정의와 법적 성질</b>	<b>31</b>
1. 기부에 관한 일본법의 현황 및 기부금에 대한 정의	31
2. 일본 학설상 기부 및 법적 성질	32
3. 우리 기부금품법상 기부금품의 개념에 대한 정의	35
4. 우리법상 기부금품의 정의규정의 개선방안	38
5. 지정기부금의 수익자 사망 시 잔여 기부금 처리방안	40
<b>제3장 모집자와 모집 비용 등</b>	<b>44</b>
<b>I. 미국법상 기부금 모집자와 모집 비용 등</b>	<b>44</b>
1. 기부금 모집에 대한 규제	44
2. 모집자	45
3. 모집 비용의 제한	46
4. 금지행위 중 참고할 만한 조항	47
5. 우리 법상 공동모집인 관련 규정 도입시 검토할 사항	47
<b>II. 영국법상 공익단체의 등록 등</b>	<b>48</b>
1. 모든 공익단체는 다음의 예외를 제외하고는 등록을 해야 한다(Section 30(1) of the Charities Act 2011).	48
2. 공익사업법인(Charitable incorporated organisations: CIOS)에 대한 특칙	49
3. 회계감사 또는 검사(audit or examination of account)	50
4. 기금의 모집(charitable collection)	50
5. 관리비용의 사용	52
<b>III. 일본법의 현황</b>	<b>53</b>

1. 일본 공익법인제도 관련 법제의 변화	53
2. 일본 공익인정법에 따른 공익사업액의 비율	54
3. 일본법의 시사점 및 한계	55
<b>IV. 우리 기부금품법상 모집비용 등의 제한 및 개선방안</b>	<b>56</b>
1. 기부금품법상 모집비용 등의 제한	56
2. 문제점	56
3. 개선방안	58
<b>V. 투명성 강화방안</b>	<b>59</b>
1. 일본 공익인정법에 따른 투명성 확보	59
2. 우리 기부금품법상 투명성 확보 방안	59
<b>VI. 공동모집자 개념 신설</b>	<b>63</b>
1. 필요성	63
2. 추가적 신설 사항	63
<b>VII. 현행 기부금품법 제4조(기부금품의 모집등록)의 문제점 및 개정안</b>	<b>64</b>
1. 기부금품법의 내용	64
2. 문제점	65
3. 개선방안	65
<b>제4장 유산기부 활성화</b>	<b>67</b>
1. 유산기부 활성화를 위한 입법과제	67

1. 시작하며	67
2. 현행 유류분 제도의 문제점, 정당화사유 및 개선방안	68
3. 유류분 제도의 개정방안 및 그 배경사상	75
<b>II. 공익활동과 유류분 제도의 개선 방향</b>	<b>83</b>
1. 미국법의 경우	83
2. 우리법상 유류분 제도 개선에 대한 논의	84
<b>III. 유류분</b>	<b>87</b>
1. 영국의 유류분 유사 제도	87
2. 유류분의 개정방향	91
<b>IV. 유산기부의 법제도적 정착방안 및 유류분 제도의 개정방안</b>	<b>94</b>
1. 유산기부와 유류분의 관계	94
2. 민법상 유류분 제도	94
<b>V. 종합</b>	<b>97</b>
<b>제5장 온라인 모집중개 등</b>	<b>98</b>
<b>I. 온라인 모집중개자의 개념 및 의무에 관한 규정의 신설</b>	<b>98</b>
※ ‘1인 미디어’에 대한 규제 여부	100
<b>II. 미국법상 온라인 모금에 관한 규제</b>	<b>104</b>

1. 온라인 모금에 대한 주법상 규제	104
2. 온라인 모금으로 인한 소비자 보호	105
3. 온라인 모금에 관한 입법적 시도	106

### Ⅲ. 온라인 기부 108

1. 국내 모금플랫폼의 책임	108
2. 영국 모금플랫폼의 책임	110
3. 모금플랫폼의 책임 관련 규정의 신설	114

### Ⅳ. 온라인을 통한 기부재산 모집 116

1. 현행 기부금품법상 기부금품의 모집방법	116
2. 온라인 기부재산 모집에 대한 규제방식	117
3. 기부재산 모집장소에 대한 규제의 타당성	118

## 제6장 기타

1. 벌칙규정 등	122
2. 기부단체 인증 마크제 또는/및 등록번호 표시의무 도입	124

# 제1장 시작하며

근래 대부분의 선진국은 공공재화와 공공서비스의 제공에 대한 행정 부문의 직접적 책임으로부터 한 걸음 물러나, 국방·치안·방범·소방·교통·입법 등의 몇몇 핵심적 과제에만 전념하는 다이어트를 행하였다. 행정 부문은 법률과 예산에 기초하여 안정적이고 광범위하게 공공재화와 공공서비스를 제공할 수 있지만, 공정성의 요청으로 인하여 획일성을 띠기 쉬우며, 따라서 새로운 상황이나 다양한 수요에 신속하고 유연하게 대응하기 어려운 것이 사실이다.<sup>1)</sup> 더욱이 행정에 의한 고수준의 사회보장 내지 사회복지의 공공부문의 비대화·경직화·비효율이라는 폐해를 초래하기 쉽고, 다른 한편으로 주체성과 자기책임 아래 행동하는 시민의 육성이라는 관점에서 근본적인 문제점을 안고 있다. 이러한 인식에 기초하여 서구 선진국에서는 종래 공공부문으로 분류되어 국가 스스로 담당해 왔던 공공재화와 공공서비스의 제공을 규제완화 내지 규제철폐를 통해 상당부분 민영화하거나 민간에 위탁하였다. 특히 영국과 미국은 예로부터 공공복리의 실현을 상당 부분 민간섹터에 맡겨온 대표적인 국가로서 민간공익활동은 영국과 미국 문화의 중요한 구성요소의 하나로 알려져 있다. 가령 예술의 장려는 오늘날까지도 광범위하게 민간영역의 재정지원에 의하여 이루어지고 있다. 일부 선진국과 같이 한국에서도 복지에 대한 국민의 의존 경향이 체질화될 경우, 국가는 이와 같은 국민의 요구를 충족시키기 위하여 조세·공과금의 부담을 계속하여 증가시키는 악순환으로 이어질 수밖에 없을 것이다.

한국은 지난 수십 년간 압축적인 경제성장을 이루어왔다. 그에 따라 역사상 유례없이 민간의 부(富)가 축적되어 나눔과 기부문화의 활성화를 위한 기초를 형성하였다. 공익의 실현은 전통적으로 국가의 고유 임무로 여겨져 왔으나, 우리의 국가재정은 만성적자에 시달리고 있으며, 이 문제를 해결하기 위한 증세 및 공과금 부담의 가중은 현세대의 저항을 불러오고 또 장래 세대의 큰 짐이 될 수 있다는 점에서 “공익활동 국가독점주의”는 더 이상 유지될 수 없는 상황이 도래하였다. 또한 이윤의 창출을 본질적 목표로 하는 기업에게 충분한 공익실현을 기대하는 것도 무리이다. 더욱이 이른바 고령사회로의 진입을 앞두고<sup>2)</sup> 사회복지에 대한 수요가 급속히 증가하고 있으나, 공공부문의 복지정책만으

---

1) 민간공익단체는 “공익활동 국가독점주의”가 더 이상 유지될 수 없는 오늘날 다수결의 원리에 입각한 국가로서는 쉽게 행할 수 없는 공익사업도 선구적으로 시행할 수 있도록 한다. 민주주의 국가에서는 국민의 다수가 원하지 않는 사업을 국가가 실행하기 곤란하지만, 공익법인은 소수자를 위한 공익사업도 시행할 수 있는 등 다원주의의 촉진에 이바지한다.

2) 한국은 “고령화사회”(65세 이상 인구, 2000년 7%)에서 “고령사회”(14%, 2018년 추산)로 진입할 것으

로는 사회취약계층의 보호에 한계가 있을 수밖에 없다. 이에 국가는 건전한 기부문화를 육성하여 민간 차원의 다양한 복지서비스가 제공될 수 있도록 제도적 지원을 강구할 필요가 있다. 나아가 미국의 경우 비영리부문이 GDP에서 차지하는 비율은 5.5%이며, 공익성을 이유로 면세를 받는 비영리조직은 약 1,400,000개에 이르고, 2010년 비영리부문의 종사자는 전체 근로자의 9.2%에 이른다.<sup>3)</sup> 이에 관한 한국의 비영리공익부문에 관한 통계는 아직 알려져 있지 않지만 미국의 경우보다 현저히 낮을 것으로 추정되며, 이는 한국의 비영리공익부문의 성장잠재력이 매우 클 수 있다는 점을 시사한다. 이러한 상황에서 법제도는 민간공익활동을 고취하기 위한 방향으로 나아가야 한다. 증세 없는 복지를 실현하기 위해서는 건전한 기부문화를 육성하여 민간 차원의 다양한 복지서비스가 제공될 수 있도록 하되 아울러 기부재산의 모집 및 사용의 투명성을 보장함으로써 사회일반의 신뢰를 확보할 수 있어야 하는데,<sup>4)</sup> 이를 위해서는 법제도적 뒷받침이 불가결하다.

건국 후 정부는 1949. 11. 24. “국민의 재산권을 보장하며 그 생활의 안정에 기여함”을 목적으로 하여 「기부통제법」을 제정하였는데, 같은 법은 기부금품의 모집을 예외적으로만 허용하고, 원칙적으로 이를 금지하는 태도를 취하였다. 기부통제법은 1951. 11. 17. 「기부금품모집금지법」이 제정되면서 폐지되었다. 기부금품모집금지법은 기부통제법에서 정한 경우 외에 학교기성회, 후원회, 장학회 등에서 학교의 설립·유지 등 경비에 충당하기 위하여 금품을 각출하는 경우도 기부금품모집금지법의 적용대상에서 제외하고, 그 외에는 기부금품모집을 금지하는 태도를 유지하였다. 이와 같이 기부금품모집을 원칙적으로 금지하고 예외적으로만 허가를 얻게 하는 태도는 「기부금품모집규제법」(1995. 12. 30. 전문개정)에서도 이어졌다. 기부금품모집규제법에 대하여는 허가절차가 복잡하여 민간공익단체들이 허가를 받지 않고 모금을 하는 경우가 많고, 사후 보고체계가 허술하며 공적인 회계감사시스템이 없어서 정확한 모금현황을 알 수 없다는 등의 문제점이 제기되었다. 특히 기부금품모집금지법 제3조가 행복추구권을 침해하는 위헌법률조항이라는 결정이 내려지면서,<sup>5)</sup> 허가제를 등록제로 변경하는 법률개정이 있었다.

현행 「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」(이하 “기부금품법”이라 한다)은 기부금품의 모집 및 사용에 관한 기준, 절차 및 벌칙 등을 규율하고 있는데, 그 특징은 기부금

---

로 예측되는 등 세계에서 고령화가 가장 빠르게 진행되고 있다.

3) <http://nccs.urban.org/statistics/quickfacts.cfm>

4) 예컨대 독지가 A가 B 재단법인에 대하여 용도를 지정하여 거금을 기부하였는데, B의 이사회가 지정된 용도를 벗어나 다른 목적으로 기부금을 사용하거나, 심지어 이사장이 기부금을 횡령한 사실이 드러난 경우, 당해 비영리조직의 존립을 위협할 수도 있고 더 나아가 비영리조직 전체에 대하여 기부의 감소와 같은 악영향을 미칠 수 있다.

5) 헌법재판소 전원재판부 1998. 5. 28.자 96헌가5 결정.

품의 모집은 자유롭게 하되 사후감독을 하는 형태라고 할 수 있다. 즉, 현행 기부금품법은 기부금의 모집과 감독에 관한 사후적·행정적 규제에 초점이 맞춰져 있다. 현행 기부금품법은 우리 사회가 농업경제의 산업구조를 기반으로 할 때 만들어진 것이지만, 오늘날의 기부환경은 전 세계적인 디지털화(digitlization)를 배경으로 온라인 중심으로 변모하였다. 더욱이 코로나19 사태가 전개되면서 이러한 경향은 더욱 강화되었다. 아울러 같은 법 및 그 시행령의 개정방안을 제시하고자 한다.

# 제2장 기부, 기부재산 개념 등의 정의

김진우

## 1. 기부 개념의 정의 규정 신설

현행 기부금품법은 '기부' 개념을 간접적이고 불충분하게 정의하고 있으므로,<sup>1)</sup> 법률규정을 통해 이를 명시한다. 기부(Spende)는 공익활동을 위한 **자발적·종국적 무상출연**으로서 기본적으로 증여 또는 유증에 해당한다.<sup>2)</sup> 이와 같은 무상출연은 대개 기부자가 공익활동을 위하여 출연하는 부담부 증여 또는 부담부 유증(일정 공익목적의 실현을 위하여 사용할 것을 부담으로 하는 증여 또는 유증)이라고 할 것이다.<sup>3)</sup> 즉, 기부는 기부자가 명시적으로 밝힌 용도 또는 공익단체가 기부모집 시에 밝힌 용도에 따라 또는 이들이 없을 경우에는 공익단체 정관상의 목적을 실현하기 위하여 기부재산이 사용될 것을 부담으로 하여 이루어진 것으로 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 이것은 현행 기부금품법 제12조가 모집된 기부금품은 같은 법 제13조에 따라 모집비용에 충당하는 경우 외에는 원칙적으로 모집 목적 외의 용도로 사용할 수 없다고 규정하고 있는 것과도 조화를 이룬다. 아울러 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다61370은 “공익 등을 위하여 무상으로 재산을 출연하면서 그 사용목적이나 용도를 특정하고 이를 출연계약의 내용으로 한 경우 출연자의 출연의도는 최대한 존중되어야 할 것이므로 그 상대방은 출연재산을 임의로 다른 용도로 전용하여서는 안 된다.”라고 판시하였는바, 이러한 판시는 기부를 부담부 증여 또는 유증으

1) 현행 기부금품법 제2조 제1호는 '기부금품'을 “환영금품, 축하금품, 찬조금품(贊助金品) 등 명칭이 어떠한 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품을 말한다”라고 정의하고 있고, 이것은 기부가 무상출연이라는 점만을 알려준다.

2) 프랑스법도 마찬가지로라는 점은 Bletrame, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Frankreich, in: Walz/von Auer/von Hippel, Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 303.

3) 결과적으로 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2006, 122면; 고영한, 민법주해(XIV), 박영사, 1997, 17면; 윤철홍, 주석민법 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 1999, 163-164면도 같은 취지이다.

4) 독일의 통설 및 판례(BGH NJW 2004, 1382 ff.)이기도 하다. 김진우, “출연자에 의한 비영리조직의 통제”, (경북대) 법학논고 제45집, 2014, 338-339면, 357-360면; Godron, in: Richter, Stiftungsrecht, 2019, § 7 Rn. 7.

로 파악하는 경우에 가장 적절히 설명될 수 있다. 출연의 자발성(Freiwilligkeit)은 출연이 법적 의무 또는 강제 없이 이루어지는 것을 말한다.<sup>5)</sup> 생전처분에 의한 기부는 증여, 사인처분에 의한 기부는 유증으로서의 성질을 가진다. 그렇다면 기부는 “공익목적 실현하기 위하여 재산을 자발적·종국적으로 출연하는 것으로 원칙적으로 증여 또는 유증하는 행위”로 정의할 수 있다. 기부금품법은 기부금품의 모집<sup>6)</sup>과 사용에 관한 행정규제에 초점이 맞춰져 있고, 기부자, 기부모집자 및 수익자 사이의 사법(私法)적 법률관계에 관하여는 침묵하고 있다. 그러나 기부를 위와 같이 정의할 경우, 기부를 둘러싼 사법적 법률관계는 사법(私法)의 기본법 내지 일반법인 민법상의 부담부 증여 또는 부담부 유증의 법리에 의하여 해결할 수 있게 된다.<sup>7)</sup> 기부에서는 전형적으로 3인의 이해관계자(기부모집자, 기부자 및 수익자)가 존재하고,<sup>8)</sup> 이들 사이에는 특히 부담부 증여 또는 부담부 유증의 법리가 적용된다. 그래서 예컨대 기부자와 그 상속인은 기부재산의 적법한 사용을 청구할 수 있게 되고, 특정 가능한 수익자는 급부청구권을 행사할 수 있게 된다. 현행 기부금품법은 기부자의 관점이 아닌 기부모집자의 관점을 중심으로 규정되어 있으나, 기부 개념을 위와 같이 정의할 경우 기부자나 수익자의 이해관계가 적절히 반영될 수 있다.<sup>9)</sup> 바로 이러한 점들이 기부 개념을 법률로 정의할 실익이라고 할 것이다.<sup>10)</sup>

기부는 공익목적 실현하기 위하여 단기에 사용되어야 하는 출연이라는 점에서 원칙적으로 축적되어서는 안 된다.<sup>11)</sup> 기본재산의 출연이나 기존의 재단에 어느 재산을 추가로 기본재산에 편입시키는 추가출연(Zustiftung)<sup>12)</sup> 개념과 구별되어야 한다. 추가출연이

5) 따라서 계약적 의무의 이행을 위한 출연은 기부라고 할 수 없다.

6) ‘기부금품의 모집’이란 서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연(出捐)을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위를 말한다(법 제2조 제2호). 기부금품법은 기부금품의 ‘모집’을 규제하기 위한 법률이고, 기부 자체를 규제하기 위한 법률이 아니다. 따라서 의뢰·권유 또는 요구가 없이 자발적으로 재산을 출연하는 행위에 대하여는 기부금품법이 적용되지 않는다. 기부금품의 모집에 관하여는 대법원 1982. 6. 22. 선고 81도3372 판결 및 대법원 1983. 10. 11. 선고 82도2584 판결도 참조.

7) 민법학상의 신탁행위는 신탁재산에 대한 신탁자의 내부적 소유권, 신탁자의 신탁계약 해지가능성 및 그로 인한 신탁재산의 신탁자에 대한 복귀가능성을 그 특징으로 한다. 그래서 신탁관계에서의 재산권 이전은 종국적인 것이 아니라 일시적·잠정적인 성질을 가진다. 수탁자는 외부적으로 제약 없는 소유권을 취득하지만, 신탁약정에 따른 내부관계에 기하여 신탁계약의 종료 시에는 수탁자가 신탁재산을 신탁자에게 반환할 의무를 부담한다(김진우, “법인 아닌 재단의 법률관계”, 민사법학 제63-1호, 2013, 180면). 이러한 신탁행위의 구조는 공익목적 실현을 위하여 재산을 종국적으로 출연하는(Entgültigkeit) 기부 개념과 부합하지 않는다.

8) 다만, 가령 역사적 기념관의 건립, 공원의 조성이나 희귀종 동·식물의 보호를 목적으로 한 기부모집처럼 공공목적 직접적으로 추구하는 경우에는 사회일반이 수익자가 되고, 이 경우 법률관계는 현실적으로 기부모집자와 기부자 사이에서만 문제될 것이다.

9) 상세히는 김진우, 법학논고 제45집, 357-360면.

10) 김진우, “기부금품법의 몇 가지 사항에 관한 개정방안”, 한양법학 제27집 제4호, 2016, 191면 이하.

11) Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl., 2014, § 6 Rn. 189; MüKoBGB/Weitemeyer, 7. Aufl., 2016, § 80 Rn. 96; MüKoBGB/Koch, 8. Aufl., 2019, § 516 Rn. 100; Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 159.

12) 이에 관한 상세는 김진우, “재단법인의 목적변경”, 비교사법 제51호, 2010, 104-105면. 이에 관한

인정되기 위해서는 그에 관한 명시적인 언급이 있어야 한다. 법적 명료성을 위하여 출연자는 자신의 출연이 기부인지 또는 추가출연인지를 명시적으로 밝혀야 한다. 그러나 이와 관련하여 특별한 목적을 정함이 없이 상당한 큰 규모의 일회성 출연이 있고 다른 특별한 사정이 없다면 일반적으로 추가출연이라고 해석될 수 있다.<sup>13)</sup> 그러나 추가출연도 기존 재단의 존속 및 출연으로부터 생기는 수익을 재단 목적의 달성을 위하여 사용해야 한다는 부담부증여 또는 부담부유증에 해당한다는 점에서는 기부와 같다.<sup>14)</sup>

현 행	개정시안
<p>제2조(정의)</p> <p>해당 사항 없음.</p>	<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>1. “기부”란 공익목적 실현하기 위하여 재산을 자발적·종국적으로 증여 또는 유증하는 행위를 말한다. 당사자가 이와 달리 정한 경우에는 그에 따른 법률관계가 적용된다.</p> <p>2. (이하 생략)</p>

## 2. ‘기부금품’ 개념의 ‘기부재산’ 개념으로의 대체

### (1) 현행법

기부금품법상 ‘기부금품’이란 환영금품, 축하금품, 찬조금품(贊助金品) 등 명칭이 어떠하든 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품을 말한다(제2조 제1호 본문). 따라서 기부금품인지의 여부는 취득하는 금전이나 물품에 대한 반대급부의 존부에 의하여 결정된다. 그런데 어느 경우에 취득하는 금전이나 물품에 대한 반대급부가 있다고 볼 것인지에 관

최근의 독일 문헌으로는 Godron, in: Richter, Stiftungsrecht, 2019, § 7 Rn. 7; Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 159.

13) Meyn/Richter/Koss, Die Stiftung, 2009, S. 80; Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 159.

14) Reuter, Die Zustiftung im Recht der selbständigen Stiftung, npoR 2009, S. 55 ff.; Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 159.

하여는 같은 법에 구체적인 판단기준이 마련되어 있지 않다. 따라서 기부금품에 해당하는지 여부는 같은 법의 입법목적과 관련 조항 등의 내용을 고려하여 그 판단기준을 도출할 수밖에 없다.<sup>15)</sup>

## (2) 입법론

기부금품법상 ‘기부금품’은 ‘금전이나 물품’<sup>16)</sup>으로 한정되어 있다. 그러나 기부는 자발적·종국적 무상출연으로서의 성질을 가지고, 출연은 자기의 재산을 감소시키면서 타인의 재산을 증가하게 하는 효과를 발생시키는 법률행위이므로, 이와 같이 제한할 필요가 없다. 뿐만 아니라 현행 기부금품 개념은 상품권, 기프트 카드, 유가증권(수표·어음 등 화폐증권과 주식·채권 등 자본증권을 포함한다), 물건(미술품, 골동품 등)의 사용권 등을 포섭할 수 없는 한계가 있다. 환가(換價)할 수 있는 적극재산은 원칙적으로 모두 기부의 대상이 될 수 있어야 할 것이므로, 현행 ‘기부금품’ 개념을 차제에 ‘기부재산’ 개념으로 대체한다. 여기서 ‘재산’ 개념은 물건이나 권리를 포함하는 것이나,<sup>17)</sup> 소극재산(채무)은 포함하지 않는다. 기부는 출연이기 때문이다.

반대급부에 해당하는지 여부는 종전처럼 금품제공자의 제공동기 등을 포함한 제공경위, 제공한 금품의 내용과 제공자가 그로 인하여 취득하는 급부의 내용 및 양 급부 사이의 객관적 가치의 균형 여부 등을 고려하여 사회통념에 따라 객관적·종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

현 행	개정시안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “기부금품”이란 환영금품, 축하금품, 찬조금품(贊助金品) 등 명칭이 어떠한 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품을 말한다. 다만, 다음 각 목	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 2. “기부재산”이란 명칭이 어떠한 반대급부 없이 취득하는 재산(금전, 유가증권, 동산, 부동산, 무체재산권 등)을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에

15) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2005도1991 판결.

16) 물품은 유체적 동산을 의미한다.

17) 박윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2013, 225면(“보통 「재산」이라고 하면, 어떤 주체를 중심으로 또는 일정한 목적으로 결합한 금전적 가치가 있는 물건 및 권리·의무의 전체를 일컫는 것이다.”); 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2015, 693면(“많은 경우에는 재산이 단순히 「경제적 가치가 있는 물건 또는 권리」를 가리키는 말로 쓰이고 있다.”). 독일에서의 유사한 설명으로 MüKoBGB/J. Koch, BGB, 8. Aufl., 2019, § 516 Rn. 5.

의 어느 하나에 해당하는 것은 제외한다. (이하 생략)	해당하는 것은 제외한다. (이하 생략)
-----------------------------------	--------------------------

<기부금품법 제2조 제1호에 정한 “반대급부”에 해당하는지 여부의 판단 기준>

[공소사실의 요지]

피고인은 경상북도의회 의원으로서, 경상북도지사의 허가를 받지 않고, 주식회사 금북주에 2001. 11. 2.경 김천문화예술회관에서 경북사랑운동본부가 주최하는 제1회 “경북사랑·자연사랑 한마당 전진대회” 행사비 명목으로 협찬금을 요구하여 2001. 11. 23.경 피고인 명의의 농협계좌로 100만 원을 송금 받은 것을 비롯하여 2003. 10.경까지 “경북사랑·자연사랑 한마당 전진대회”, “경북도에 대표전” 행사비 명목으로 경북개발공사, 포항의료원, 김천의료원, 안동의료원, 농협중앙회 포항시지부, 도예가 등으로부터 27회에 걸쳐 합계 약 7,100만 원 상당의 기부금품을 모집하였다.

[원심의 판단내용]

기부자의 기부행위와 모집자의 급부행위 사이에 등가관계가 없다거나 적어도 대가관계가 없는 경우라면 기부금품모집 규제법상의 기부금품에 해당하고, 그 등가관계 내지 대가관계의 유무는 기부자의 기부 동기, 기부금품의 내용, 모집자의 급부 내용, 특히 광고비 명목으로 금품을 받았다고 한다면 광고의 내용과 행사의 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것인데, 피고인이 개최한 행사의 내용, 광고내용 등에 비추어, 피고인은 광고비 또는 행사개최 명목 등으로 반대급부 없이 금품을 받았다고 판단된다.

[상고이유 및 쟁점]

피고인 측은, 기부금품인지의 여부는 오로지 반대급부의 존부에 의하여 결정되는 것인데, 피고인이 받은 금품은 “경북사랑·자연사랑 한마당 전진대회”의 행사 팸플릿에 협찬자로 광고를 해 주기로 하고 그 광고협찬금으로 받은 것이고 실제로 협찬광고를 모두 게재해 주었으므로 반대급부 없이 취득한 것으로 보기 어렵다고 주장하였다.

상고이유의 주장처럼 기부금품법상의 기부금품인지의 여부는 오로지 반대급부의 존

부에 의하여 판단해야 하고, 등가성이나 대가성을 문제 삼아서는 안 된다는 입장이 있을 수 있는바, 이 입장에 설 경우 금품제공자를 행사 팸플릿에 게재하는 것이 금품 제공에 대한 반대급부에 해당한다고 볼 여지가 커지게 된다(반대급부에 해당한다고 보면 기부금품에 해당하지 않게 되어 위 법으로 처벌할 수 없게 된다).

#### [대법원의 판단]

구 기부금품모집 규제법(2006. 3. 24 법률 제7908호 ‘기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률’로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호는 기부금품에 관하여 환영금품·축하금품·찬조금품 등 명칭 여하에 불구하고 반대급부 없이 취득하는 금전 또는 물품이라고 규정하고 있는바, 위 법에서 기부금품의 무분별한 모집을 규제하고, 모집된 기부금품이 적정하게 사용될 수 있게 하기 위하여(제1조), 기부금품의 모집을 허가사항으로 하였을 뿐만 아니라 그 허가도 국제적으로 행해지는 구제사업, 불우이웃돕기 등의 자선사업 등에 한정된 점(제4조), 사실상 강요된 기부를 유발할 수 있는 국가 또는 지방자치단체 및 그 소속기관과 공무원에 대하여 기부금품의 모집을 원칙적으로 금지한 점(제5조), 공개된 장소에서의 기부금품 접수, 접수사실의 장부기재, 기부자에 대한 영수증 교부 및 기부금품의 모집상황 및 사용내역을 나타내는 장부·서류 등의 작성·비치, 기부금품의 사용결과의 공개를 의무화하고, 위 절차 등을 위반한 경우 허가를 취소하고 모집된 금품을 기부자에게 반환할 것을 명할 수 있게 한 점(제6조, 제11조, 제13조), 모집된 기부금품을 기부목적 외의 용도로 사용할 수 없게 한 점(제12조) 등에 비추어, 여기서 반대급부에 해당하는지 여부는 금품제공자의 제공동기 등을 포함한 제공경위, 제공한 금품의 내용과 제공자가 그로 인하여 취득하는 급부의 내용 및 양 급부 사이의 객관적 가치의 균형 여부 등을 고려하여 일반인의 통념에 따라 객관적, 종합적으로 판단해야 할 것이다.

한편, 행사안내용 전단지에 행사와 관련된 금품제공자의 성명 내지 단체명이나 그 경력 등을 게재하는 것은 일반적으로 금품제공에 따라 당연히 이루어지는 것으로서, 행사관계자와 참석자들에게 금품제공자를 소개하는 것에 불과하고, 더구나 모집허가를 받은 경우에도 기부금품의 접수사실을 장부에 기재하고, 기부자에게 영수증을 교부하며, 기부금품의 모집상황 등을 나타내는 서류 등을 작성·비치해야 하는 점에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 이를 금품제공에 대한 반대급부라고는 볼 수 없다 할 것이다.

위의 법리와 기록에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심이 그 판시와 같이 피고인이 회장 직함을 가지고 있으나 실체가 없는 단체인 경북사랑운동본부의 주최로

경북사랑·자연사랑 한마당 전진대회 등을 개최한다는 명목으로 이 사건 금품을 모집한 사실, 제2회 경북사랑·자연사랑 한마당 전진대회의 경우 행사안내용 전단지에 광고를 실어주지 않은 사실, 제3회 대회의 경우 피고인이 지방공사에 대한 감사업무와 예산운영 총괄권이 있는 경상북도 의회 기획상임위원회 위원으로서 대부분 포항의료원, 경북개발공사 등 피감기관인 지방공사들에 대해 광고비 명목으로 돈을 요구하였는데, 당시 위 지방공사들은 피고인의 요구를 거절할 경우 불이익이 돌아올 것을 우려하여 어쩔 수 없이 예산을 전용하는 방법으로 돈을 마련하여 지급한 사실, 그 밖의 기부자들도 대부분 피고인의 요구에 의해 어쩔 수 없이 금품을 교부하였거나 지역행사에 도움을 준다는 선의로 이를 교부하였을 뿐 광고 효과를 기대하고 이를 교부한 것은 아닌 사실, 경상북도 도예 대표전의 경우 당시 피고인에게 다기류 등을 기증한 도예가들은 전시회를 통해 마련된 수익금으로 불우시설 등에 도움을 주겠다는 등의 선의로 이를 기증하였을 뿐 이로 인해 자신들에게 어떠한 경제적인 이익이 돌아온다거나 자신들의 능력이 선양될 것을 반대급부로 하여 이를 기증한 것은 아닌 사실, 피고인이 주최하였다는 위 행사들에 참석한 인원은 수백 명 정도에 불과하였을 뿐만 아니라 대부분 피고인에 의해 동원된 사람들이었던 사실 및 피해자들의 지역사회에서의 지위, 피고인이 개최한 행사의 내용, 광고의 내용 등을 근거로 삼아 피고인이 광고비 또는 행사개최 명목 등으로 반대급부 없이 금품을 받았다고 판단하여 이를 기부금품모집규제법위반죄로 처단한 것은 정당한 것으로 수공이 가고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 기부금품의 정의에 관한 법리오해의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2005도1991 판결).

### 3. 사원(회원)/회비 개념

인적 단체인 사단의 경우 사원으로 일컬어지는 구성원이 존재하고, 거기서는 무엇보다도 사원총회가 최고의결기관으로서 역할을 한다. 이러한 사원은 사단에 특유한 개념으로 재산의 집합체인 재단은 사원 개념을 알지 못한다.<sup>18)</sup> 사원 자격은 사단의 설립에 참여하거나 기존 사단에 가입함으로써 취득된다. 사단의 정관은 여러 등급의 사원(정사원, 특별사원, 명예사원 등)을 둘 수 있다. 그러나 사원이기 위해서는 사단 또는 다른 사원에 대해 일정한 권리(예컨대 의결권)를 가지고 의무를 부담해야 한다.<sup>19)</sup>

18) 김진우, “공익법인의 지배구조: 재단에서 자주적 의사형성이 가능한지 여부를 중심으로”, 비교사법 제75호, 2016, 1228~1229면.

그런데 영미에서는 인적 단체적 요소를 가지는 경우가 있다. 영국의 경우 charitable company가 그 예이다.<sup>20)</sup> 이탈리아의 경우에도 재단과 사단의 중간형태(fondazione di partecipazione)가 인정되고, 거기서는 기부나 노동력을 제공하는 후원회원이 인정된다. 그리고 이러한 후원회원은 소유권을 갖지는 않지만 재단의 관리기구에 참여하여 재단을 대표한다.<sup>21)</sup>

우리 현실에서도 재단이 후원회 등의 명목으로 ‘회원’을 두고 있는 경우가 있다.

<사례 1> 사회복지법인 어린이재단 정관 제26조(후원회)

① 이 법인의 사업을 후원하기 위하여 “어린이재단후원회”를 둘 수 있다.

<사례 2> 재단법인 아름다운재단 정관 제6조(후원회)

- ① 이 법인의 목적사업과 운영을 위하여 기부금을 내는 자들로 후원회를 구성한다.
- ② 후원회의 회원은 제3조, 제4조에 규정된 재단의 활동목적 및 사업에 찬성, 동의 하고 후원회 회원약관에 규정된 가입절차를 마친 개인 및 법인, 단체로 한다.
- ③ 대한민국 국민과 외국인 등 모든 개인과 법인 및 단체는 재단이 정한 후원회의 회원가입절차에 따라 개인정보 및 기부금출금정보를 제공하고 반대급부 없이 공익적 목적과 공공의 사회적 이익을 위해 자발적으로 기부금품을 출연함으로써 후원회 회원으로 가입할 수 있다.
- ④ 아름다운재단은 후원회의 회원에게 가져야 할 책임과 의무, 권리를 후원회 회원 약관으로서 공개해야 한다.

사단과 재단의 구별에서 중요한 점은, 당해 조직에 변동되는 의사를 총의에 반영할 수 있는 구성원 기타 제3자가 존재하는지, 다시 말해 당해 조직의 지배구조나 목적을 비롯한 정관규정을 조직의 구성원 기타 관계자가 임의로 변경할 수 있는가 하는 점이다. 이를 긍정할 수 있다면 ‘인적 요소’가 있어 사단이 되는 것이고, 긍정할 수 없다면 재단인 것이다. 결국 사단은 자주성을, 재단은 타율성을 가진다. 위 <사례 1>, <사례 2>에서 회원이 재단의 기부자나 재단시설의 이용자에 불과할 뿐 사단의 사원처럼 법인의 의사결정에 참여하지 않는다면 사원이라고 할 수 없다.<sup>22)</sup> 이탈리아와 같은 재단과 사단의 중간형태를 인정하는 것은 우리 현행법에서는 허용될 수 없는 것이다.<sup>23)</sup> 최근의 우리 하

19) Neudert/Waldner, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Erster Teil Rn. 333 ff.

20) Jakob, in: Richter, Stiftungsrecht, 2019, § 30 Rn. 88과 이곳에 소개된 문헌 참조.

21) Jakob, in: Richter, Stiftungsrecht, 2019, § 30 Rn. 88과 이곳에 소개된 문헌 참조.

22) 김진우, “공익법인의 지배구조: 재단에서 자주적 의사형성이 가능한지 여부를 중심으로”, 비교사법 제75호, 2016, 1251~1252면.

23) 김진우, 비교사법 제75호, 2016, 1253면.

그심 판결도 같은 취지이다.<sup>24)</sup>

사단에서 회원을 이른바 운영회원(총회 출석·의결권, 임원선거권·피선거권 등 보유)과 후원회원(단체 운영에는 참가하지 않고 후원금만 기부)로 나누고, 전자(법적 의미의 사원)에 대해서는 기부금 영수증을 발부하지 않고 후자에 대해서만 기부금 영수증을 발부하는 것은 가능하지만,<sup>25)</sup> 기부금 영수증 발부와 관련하여 기부법이 적용된다고 보아야 한다. 민간단체가 회비 내지 후원금에 대해 기부금 영수증을 발부하고 있다면 그것은 공익목적의 실현을 위한 출연, 즉 기부임을 자인하는 행위이다. 재단은 법적 의미의 사원이 있을 수 없지만, 회비 내지 후원금의 명목으로 수령하고 있는 재산에 대하여 기부금 영수증을 발부하였다면 역시 기부법의 적용을 받아야 한다. 기부금품의 모집등록에 관한 현행 기부금품법(제4조)의 개정의 필요성 여부에 관한 문제는 별개의 문제이다.

#### 4. 후원금 수익자가 사망한 경우의 잔여재산의 법적 취급

후원금이 기부재산으로 파악되는 한 수익자가 사망한 경우 잔여재산은 기부법의 적용을 받게 된다. 이는 현행 기부금품법 아래서도 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 잔여후원금은 기부금품법 제12조 제1항 단서(모집목적과 유사한 용도로 사용)의 적용을 받게 된다. 서울고등법원 2020나2009174 판결은 이러한 취지로 판시하였다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다.

망인 D는 유전질환인 신경섬유종을 앓다가 과다출혈로 사망한 사람이고, 원고들은 망인의 부모이며, 피고는 사회복지사업법에 근거하여 설립된 사회복지법인이다. 주식회사 E와 피고는 2015. 6. 5. 클라우드 펀딩을 통한 공익적 사회참여 활동을 벌이기 위해 필요한 업무 제휴 등의 내용을 정하기 위해 사회공헌 제휴 협약을 체결하였다. E는 2016. 10. 20. 'F' 프로그램을 통해 망인이 신경섬유종을 앓으며 어려움을 겪고 있는 모습, 원

---

24) 경북일보, '기부금품법 위반' 대구 모 사단법인 사무총장, 징역형 집행유예, 2021. 11. 16. <<https://www.kyongbuk.co.kr/news/articleView.html?idxno=2087693>>. 재판부는 “법인에 정기적으로 돈을 낸 소위 ‘회원’들은 법인 소속원이라고 볼 수 없고, 이들로부터 회비 등의 명목으로 모은 금품은 기부금품법에서 정한 기부금품으로 봐야 해서 유죄로 판단한 원심은 정당하다”면서 “모집비용으로 충당 가능한 법정 비율 15% 내외를 훨씬 초과한 점과 교통법규 위반 과태료 등 모집목적 외의 용도로 사용된 점도 인정된다”고 밝혔다.

25) 국세법령정보시스템, 최신 사전답변·질의회신, 법인, 서면-2019-법인-3273, 2019.12.18. <[https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/case/qna\\_new\\_view.jsp?log\\_main\\_kind=%EC%B5%9C%EC%8B%A0%EC%82%AC%EC%A0%84%EB%8B%B5%EB%B3%80.%EC%A7%88%EC%9D%98%ED%9A%8C%EC%8B%A0&gubun=51&docu\\_no=445339&andSearchWord=&docu\\_kind=%EC%A7%88%EC%9D%98&textItem=null&textItemNm=%EC%A0%84%EC%B2%B4&cpage=4&keytype=taxitem\\_cd&keyword=null&where\\_str=&&body=1&juje\\_law\\_id=null&Sorttype=>](https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/case/qna_new_view.jsp?log_main_kind=%EC%B5%9C%EC%8B%A0%EC%82%AC%EC%A0%84%EB%8B%B5%EB%B3%80.%EC%A7%88%EC%9D%98%ED%9A%8C%EC%8B%A0&gubun=51&docu_no=445339&andSearchWord=&docu_kind=%EC%A7%88%EC%9D%98&textItem=null&textItemNm=%EC%A0%84%EC%B2%B4&cpage=4&keytype=taxitem_cd&keyword=null&where_str=&&body=1&juje_law_id=null&Sorttype=>)>.

고 B가 망인과 같은 병인 신경섬유종을 앓으면서도 망인을 간병하는 모습, 원고 A가 망인을 돕기 위해 노력하는 모습 등을 방송하였다(이하 ‘이 사건 방송이라 한다). 이 사건 방송 무렵부터 2016. 10. 24. 09:00경까지 망인과 원고들을 위한 후원금이 약 10억여 원 모집되었다. 망인은 2018. 9. 21. 과다출혈로 사망하였다. 이에 피고는 후원금 중 망인의 의료비, 의료보조비, 간병비로 책정되어 있던 부분(합계 751,630,974원)은 ‘○○○소망펀드(가명)’라는 이름으로 망인이 앓았던 신경섬유종 등을 앓고 있는 저소득층 환자 등을 위한 공익사업을 위해 사용하고, 어머니 의료비(21,249,563원), 생계비(41,000,000원)로 책정되어 있던 부분(62,249,563원)만 원고들을 위한 유가족 지원금으로 사용하겠다는 사용계획변경안에 대하여 동의해달라고 요구하였으나, 원고들은 이를 거절하였다. 원고들은 이 사건이 신탁계약 및 제3자를 위한 계약이 체결되었다고 주장하면서 잔여후원금 전부의 반환을 구하였다.

이에 대해 서울고등법원은 이 사건 후원금은 일차적으로 망인의 신경섬유종 수술비 등 치료비로, 부차적으로는 망인의 가족들의 치료비와 생계비로 그 사용목적은 지정받아 증여받은 금원이라고 봄이 상당하고, 원고들 주장과 같은 신탁계약 또는 제3자를 위한 계약이 체결된 것으로 아니라고 보았다. 여기의 증여는 현행 기부금품법에 따른 기부금품에 해당하며, 따라서 기부금품법 제12조 제1항에 따라 망인에 대한 잔여후원금은 등록청이 승인을 받아 등록한 모집목적과 유사한 용도로의 사용이 가능하다고 판시하였다.

이러한 판시는 본 연구의 사원/소속원 개념과 부합하는 것이며, 향후 실무에서의 혼선을 피할 수 있는 것으로 생각된다.

## 5. 기부재산의 모집등록 사업 확대

기부금품법 제4조는 1천만 원 이상의 금액으로서 대통령령으로 정하는 금액 이상의 기부금품을 모집하려는 자는 일정 사항을 적은 모집·사용계획서를 작성하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록청에 등록하도록 강제하고 있다. 기부재산 모집등록 사업과 관련하여서는 ① 포지티브 규제방식(기부재산 모집대상사업을 적극적·한정적으로 열거하는 방식)과 ② 네거티브 규제방식(기부재산 모집금지대상사업을 최소한으로 규정하고, 그 외에는 모두 허용하는 방식)이 있다. 현행 기부금품법은 기부금품 모집등록 대상사업을 11가지로 제한하는 포지티브 규제방식에 의하고 있는데(제4조 제2항), 이에 대하여는 민간의 자율성·창의성을 침해하는 과도한 사전규제라는 비판이 제기될 수 있다. 따라서 창의적이고 다양한 형태의 공익활동이 가능하도록 목적 사업을 규제 위주에서 허용 위주로 전환할 필요가 있다. 가령 목적사업이 영리, 정치<sup>26)</sup> 또는 종교 활동을 목적으로 하는 사업, 법령위반 등 위법행위를 목적으로

하는 사업, 공공질서·공중도덕이나 사회윤리를 현저히 침해하는 것을 목적으로 하는 사업을 제외하고는 모두 등록을 허용하는 방향으로 법률을 개정하는 것이다.

다만, 위와 같이 네거티브 규제방식을 취할 경우에는 사회 일반의 이익(公益)과 관련이 없는 소속원 상호간의 이익(共益)을 도모하는 조직이 대중으로부터 기부를 받기 위하여 모집등록을 할 수 있는 가능성이 있다. 이것은 기부가 공익(公益)목적 실현하기 위하여 재산을 증여 또는 유증하는 행위라는 것과 모순된다. 이 문제는 목적사업이 “단체 소속원 상호간의 이익을 도모하는 경우”에는 모집등록을 할 수 없도록 하는 항목을 추가함으로써 해결할 수 있을 것이다. 즉, 제4조 제2항을 다음과 같이 개정할 것을 제안한다.

현 행(제4조)	개정시안(제4조)
<p>② 제1항에 따른 등록은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업의 경우에만 할 수 있다. 이 경우 같은 사업을 위하여 둘 이상의 등록청에 등록하여서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 국제적으로 행하여지는 구제사업</li> <li>2. 천재지변이나 그 밖에 이에 준하는 재난(『재난 및 안전 관리기본법』 제3조 제1호가목에 따른 재해는 제외한다)의 구휼사업(救恤事業)</li> <li>3. 불우이웃돕기 등 자선사업</li> <li>4. 영리 또는 정치·종교 활동이 아닌 사업으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업               <ol style="list-style-type: none"> <li>가. 교육, 문화, 예술, 과학 등의 진흥을 위한 사업</li> <li>나. 소비자 보호 등 건전한 경제활동에 관한 사업</li> <li>다. 환경보전에 관한 사업</li> <li>라. 사회적 약자의 권익 신장에 관한 사업</li> <li>마. 보건·복지 증진을 위한 사업</li> <li>바. 남북통일, 평화구축 등 국제교류·협력에 관한 사업</li> <li>사. 시민참여, 자원봉사 등 건전한 시민사회 구축에 관한 사업</li> </ol> </li> </ol>	<p>② 등록청은 제1항에 따른 등록 신청이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 등록을 해주어야 한다. 이 경우 같은 사업을 위하여 둘 이상의 등록청에 등록해서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 영리, 정치 또는 종교 활동을 목적으로 하는 사업</li> <li>2. 법령위반 등 위법행위를 목적으로 하는 사업</li> <li>3. 공공질서·공중도덕 또는 사회윤리를 현저히 침해하는 것을 목적으로 하는 사업</li> <li>4. 단체 소속원 상호간의 이익증진을 목적으로 하는 사업</li> </ol>

26) 이에 관하여는 대법원 1999. 7. 23. 선고 99두3690 판결 참조.

아. 그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업 으로서 대통령령으로 정하는 사업	
---	--

기부재산의 모집등록을 허용하는 취지는 기부모집에 의한 공익활동이 사회적 유용성을 가지는 까닭이다. 그런데 기부모집자가 공공질서·공중도덕 또는 사회윤리(이하 “공익”이라 한다)를 침해하는 목적을 가진 사업을 수행하기 위하여 기부를 모집한다면, 그러한 행위는 사회적 유용성을 해하는 것이어서 허용되어서는 안 된다. 다른 한편 기부재산의 모집등록제는 헌법상 보장되는 행동의 자유에 대한 제약으로서의 의미도 내포하고 있어 기본권 및 행정법상의 법치행정과 조화를 이루어야 한다. 특히 “공공질서·공중도덕 또는 사회윤리”와 같은 불특정 법개념을 행정정책적 관점에서 판단해서는 안 된다. 오늘날의 자유주의·다원주의 사회에서의 민간공익활동은 사회통념과는 거리가 있는 선구적 목적의 추구나 사회적 소수자의 보호 등을 목적으로 행하여질 수 있다는 점이 충분히 감안되어야 하는 까닭이다. 이 개념을 넓게 새길 경우에는 사회일반 또는 적어도 상당한 범위의 인적 집단에 대하여 여하한 형태의 불이익을 주는 행위를 의미한다. 그러나 기본권의 주체에 대하여 이 개념을 이처럼 넓게 해석하는 것은 과잉금지의 원칙상 부당하므로, 헌법 제10조의 일반적 행동자유를 고려하여 좁게 해석할 것이다. 나아가 공익은 자유주의·다원주의 사회에서 무수하게 존재하므로, 다양한 공익이 경우에 따라서는 상충할 수 있다는 점도 감안되어야 한다. 예컨대 고속철도의 건설은 사회 인프라의 개선과 교통체증을 줄일 수 있는 방안이라는 점에서 공익에 해당하지만, 그 고속철도가 관통해야 할 지역의 자연생태계의 보존도 공익에 해당한다. 이처럼 두 가지 공익이 충돌할 때에는 구체적 사안에서 그 우열을 결정하기 위한 신중한 이익형량이 요청된다.

한편 “법령위반 등 불법행위를 목적으로 하는 사업”은 공익을 해하는 행위가 되기 위한 필요조건이기는 하지만 충분조건은 아니다. 형법, 행정법 또는 형식적 의미의 법률의 위반이 항상 공익을 해하는 행위가 되는 것은 아니다. 예컨대 채권을 실행하기 위하여 소송을 제기한 어느 단체의 대표이사가 채무자의 반증을 뒤집기 위하여 위증의 고소를 한 때 또는 단체의 목적수행을 위하여 허위의 고소를 하여 피고소인에게 손해를 가한 경우에는, 그 단체의 불법행위책임은 물론 형사책임의 추궁도 가능한데, 이것을 이유로 한 기부재산 모집등록 불허는 과잉금지의 원칙상 인정될 수 없다. 따라서 기관의 기부재산 모집목적에 공익을 해하는 것으로 평가받기 위해서는 그 행위가 법질서(특히 헌법)의 근본적 결단을 침해하는 경우이어야 할 것이다.

공익은 사회 일반 또는 상당한 범위의 인적 집단의 이익과 관련된 것으로, 단체나 그 소속원의 이익을 의미하지 않는다. 그래서 민간공익조직의 기관의 단순한 정관위반은 공익을 해하는 행위라 할 수 없다. 제3자와 관계없는 단체 내부적인 위법행위 또는 개별적 채권자에 대한 채무불이행도 등록거부사유가 되는 공익을 해하는 행위라고 보기 어렵다.

# 미국법상 기부의 개념과 용례

장 보 은

## 1. 미국 연방법에서의 기부의 요건

미국 연방법 차원에서 '기부'에 대한 세법상 논의는 Internal Revenue Code와 관련 판결, Treasury Department and Internal Revenue Service (IRS) regulation (재무부 및 국세청 규정), IRS public ruling(국세청 유권해석) 등에서 이루어진다.

IRC 170조는 과세연도에 이루어진 공익적 기부(charitable contribution)에 대한 공제를 인정한다. 공익적 기부란 170(c)조에 규정된 단체가 사용하도록 기부되는 것을 말한다. 이 규정에 의하면, (1) 미연방, 주, 관련 정치기구 등에 공적인 목적으로만 이루어진 기부, (2) 정치적, 공익적, 과학적, 문학적, 교육적 목적이나 아마추어 스포츠 경기를 육성하기 위하여, 또는 아동이나 동물에 대한 학대를 방지하기 위하여 설립되고 운영되는 법인(corporation), 신탁(trust), 공동 모금(community chest), 기금(fund) 또는 foundation(공익재단)에 대한 기부가 이에 해당한다.

법원은 contribution과 gift가 동의어라고 하였다.<sup>1)</sup> Gift의 핵심 요소는 (1) 기부자(donor)가 기부할 능력이 있고, (2) 기부받는 자(donee)가 지부를 받을 수 있으며, (3) 기부자가 현재에 있어(in praesenti) 절대적이고 비가역적으로 기부 대상에 대한 소유권(title), 지배권(dominion), 통제권(control)을 처분할 분명하고 착오없는 의사를 가지고, (4) 전체 기부(대상)에 관한 현재의 법적 소유권, 지배권, 통제권을 비가역적으로 기부받는 자에게 이전하여 기부자가 더 이상 지배권이나 통제권을 행사할 수 없게 되며, (5) 기부자가 기부받는 자에게 기부 대상 또는 그 지배권 행사의 가장 효과적인 수단을 이

---

1) Seed v. Commissioner, 57 T.C. 265(1971); Dejong v. Commissioner, 36 T.C. 896 (1961), aff'd, 309 F/2d 373 (9th Cir. 1962) 참조. 이러한 측면에서는 그 외에 donation이라는 용어도 동일한 의미로 사용되는데, 통상 donation은 소액의 금전이나 작은 가치를 가진 자산의 이전을 의미하는 경향이 있다고 한다. Hopkins, The Tax Law of Charitable Giving, 5th edi., 2014, p. 72 참조.

전하고, (6) 기부받는 자가 기부를 받는 것이라고 한다.<sup>2)</sup>

그러나 공익단체, 교육단체, 종교단체 등에 이전된 금전 또는 재산이 반드시 기부가 되는 것은 아니다. 대학 등록금(university's tuition)이나 병원에 지급하는 병원비(hospital's health care fee), 단체에 대한 회비(association's due)는 세법상 공익적 공제(charitable deduction)의 대상이 아니다.<sup>3)</sup> IRC나 tax regulation 등에서 기부(gift)의 정의를 명시하지는 않지만, 기본적으로 기부는 (1) 자발적인 이전이어야 하고, (2) 약인(consideration)<sup>4)</sup> 이외의 다른 동기로 이루어져야 하는 것으로 이해된다. 이러한 취지에서 IRS는 소득세 규정에서 기부금(donation amount)에 상응하는 재정적 대가를 합리적으로 기대하고 한 이전은 기부(contribution)가 아니라고 명시하였다.<sup>5)</sup> 즉, 기부(contribution)는 그에 상응하는 재정적인 이익을 받을 것을 기대하지 않고 한 자발적인 금전 또는 재산의 이전을 의미한다.<sup>6)</sup> 이에 따라 기금 모금 활동의 후원자가 지급한 것과 관련하여 상당한 특혜나 이익을 받은 경우, 그러한 지급은 기부(gift)가 아닌 것으로 추정된다.<sup>7)</sup> 기부자가 기부로 인하여 일정한 이익을 받았다면, 적어도 그가 그러한 이익의 가치를 넘어서는 금전이나 재산을 기부하고자 하였고, 실제로 그렇게 하였다는 점을 입증하여야 한다.<sup>8)</sup>

연방대법원은 기부가 사심 없는 또는 이익과 무관한 호의(detached or disinterested generosity)에서 비롯된 이전이라고 한다.<sup>9)</sup> 이러한 의미에서 인정, 존경, 숭상, 공익 또는 이와 유사한 동기로 한 이전을 기부라고 하였다.<sup>10)</sup> 이를 위의 (1) 자발성, (2) 비대가성에 더해 기부의 세 번째 요건으로서 (3) 기부의사(donative intent)라고 하기도 한다.<sup>11)</sup> 이러한 기부의사는 기부자의 주관적인 내심의 의사를 묻는 것이므로 법원에서 문

2) IRS INFO 2005-0141. Weil v. Commissioner, 31 B.T.A. 899, 906 (1934) 참조.

3) Hopkins, p. 72.

4) 약인이란 미국 계약법의 고유한 개념으로, 급부의 대가로 지급받는 것, 통상 재화나 용역 등을 의미한다. 급부가 어떤 것을 받는 대가로 이루어진다면, 그 거래는 계약의 성질을 가지는 것이다. Hopkins, p. 73.

5) Reg. 1.162-15(b).

6) Reg. 1.170A-1(c)(5).

7) Rev. Rul. 86-63, 1985-1 C.B. 88.

8) United States v. American Bar Endowment, 477 U.S. 105, 116-18 (1986); Reg. Sec. 1.170A-1(h).

9) Commissioner v. Duberstein, 363 U.S. 78, 285 (1960).

10) Robertson v. United States, 343 U.S. 711, 714 (1952).

11) 문헌에 따라서는 비대가성과 기부의사를 구분하지 않는 것도 확인된다. Gene Takagi, Definition

제되는 경우가 있고, 그에 대한 시각이 통일되어 있는 것도 아니다.<sup>12)</sup> 예를 들어 Charitable split-dollar insurance plan<sup>13)</sup> 관련 법령 등에서는 공익적 기부를 적절한 약인의 수수 없이, 기부 의사를 가지고 하는 금전 또는 다른 재산의 자발적 이전이라고 정의해온 반면,<sup>14)</sup> 표면적으로 기부와 관련된 거래가 관련 공익단체로부터 보상(quid pro quo)에 대한 기대 없이 이루어진 것인지 여부는 거래와 관련된 외부적인 특성들을 주목하여야 한다고 하여 기부 의사를 검토하지 않겠다고 한 판결도 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 각주의 기부모집법상 기부의 정의와 용례

미국에서 기부금품의 모집은 헌법상 보장되는 표현의 자유의 한 형태로 이해된다. 이에 대하여는 연방정부, 주정부 등의 여러 규제가 있다. 특히 기부금품의 모집 절차는 개별 주법에 의한 규제가 대표적이다. 연혁적으로 1950년대 중반까지는 기부금품 모집에 대한 특별한 제한이 없었으나, 공개 및 소비자 보호 운동의 영향으로 기부모집법(charitable solicitation act)이 도입되기 시작하였다.<sup>16)</sup> 노스 캐롤라이나가 최초로 관련 입법을 하였고, 뉴욕주가 그 뒤를 이었는데, 뉴욕주 법이 향후 다른 주들의 원형적인 모습이라고 할 수 있다.<sup>17)</sup> 이들 기부모집법은 등록과 보고를 기본으로 하고, 기부사기를 방지하기 위한 방안과 기부금품 모집자의 보수상한선 등을 규정하고 있다.<sup>18)</sup>

이에 따르면 기부는 "Contribution"이라는 용어를 사용하며, 그 정의는 정부기관으로부터의 보조금이나 그 밖의 재정적 지원으로 포함하여 금전 또는 여하한 종류나 가치의 재산에 대한 약속 또는 공여를 말하는 것으로, 상품, 용역, 접대 또는 기타 가치 있는 물건의 판매와의 결합되는지 여부를 불문한다. 다만 단체 회원들의 회원권을 위한 회비나 용역 또는 기타 혜택에 대한 대가(payments by members of any organization

---

of Gift and the Charitable Contribution Deduction, 2005 참조.

12) Hopkins, p. 74.

13) 이는 공익단체가 기부금으로 기부자를 위한 생명보험에 가입하는 것으로, 기부자가 사망하면 기부자의 상속인과 공익단체가 일부씩 수익자가 되는 형태이다.

14) H.Rep. No. 106-478, 106th Cong., 1st Sess. 168 (1999).

15) Signom v. Commissioner, 79 T.C.M. (CCH) 2081, 2091 (2000).

16) 현재 Alaska, Idaho, Montana, Wyoming 주를 뺀 나머지 주들에서는 관련 법규를 제정하였고, 이 중 39개 주에는 공식적인 기부모집법(charitable solicitation act)이 마련되어 있다. Hopkins, p. 877.

17) Hopkins, p. 878.

18) Hopkins, pp. 877-878.

for membership, for services or other benefit)는 포함되지 않는데, 여기서 혜택은 이어나 수탁인의 선출권, 임원 선임권 및 직위 유지를 위한 권리 이외의 것을 말한다.<sup>19)</sup> 즉, 기부금에는 정부의 보조금 등의 혜택은 포함하되, 회원들의 회비나 서비스비는 포함되지 않는다는 점이 명시되어 있다.

### 3. 신탁의 개념 기부와의 차이

신탁이란 수탁자가 커먼로상의 권원(legal title)을 부여받는 특정 재산에 관하여 의도적으로 설정된 신인관계(fiduciary relationship)이다. 소유로 인한 수익은 수탁자가 아닌 다른 사람, 즉 수익자가 받고, 수익자는 수탁자에게 신인적 의무를 부담한다.<sup>20)</sup> 위탁자가 수익자의 이익을 위해 재산을 수탁자에게 이전하면 신탁이 설정된다.<sup>21)</sup>

신탁과 증여(gift)는 신탁이 전통적으로 증여에 의하여 설정되었다는 점에서 상호 관련이 있다. 그러나 신탁을 담보거래나 신탁약도증서와 같은 약인에 의하여 설정하는 것도 가능하고 철회할 수 있다는 점에서 증여와는 구별된다. 또한 증여는 한 시점의 거래이지만, 신탁은 계속되는 관계를 설정한다.<sup>22)</sup>

특히 개념상 기부와 연결이 되는 지점은 공익신탁(charitable trust)일 것이다. 공익신탁에는 공익목적, 불특정 수익자 및 신탁에 의하여 지정된 수탁자가 있어야 한다.<sup>23)</sup> 통일신탁법 §405(a)에 의하면 공익신탁은 빈민구제, 교육 또는 종교의 진흥, 보건향상, 정부나 지방자치단체의 목적 또는 그 달성이 지역사회에 유익한 다른 목적을 위하여 설정된다.

---

19) New York Executive Law, Article 7-A, 171-a, 2. Contribution. The promise or grant of any money or property of any kind or value, whether or not in combination with the sale of goods, services, entertainment or any other thing of value, including a grant or other financial assistance from any agency of government, except payments by members of any organization for membership, for services or other benefit, other than the right to vote for directors or trustees, elect officers, or hold offices.

20) 임채웅 역, Mennel/Burr, 미국신탁법 - 유연과 신탁에 대한 새로운 이해, 박영사, 2011, 195면.

21) 임채웅 역, 213면.

22) 임채웅 역, 209면.

23) 임채웅 역, 245면.

#### 4. 미국법상 기부금 관련 잔여재산의 처리

Cy Pres는 11세기에 형성된 형평법상의 법리이다. (i) 유효한 공익신탁 또는 공익법인 이 존재하였거나 유효한 공익목적에 사용되는 기부가 있었고, (ii) 기부자의 원래 의도를 실현하는 것이 불가능하거나 비현실적이며, (iii) 기부자가 그가 지정한 특정 공익 대상에 기부하는 것 이외에 일반적인 공익 의도를 가지고 있었다는 요건이 모두 인정되면, 형평 법원이 현재의 필요 상황을 반영하여, 기부자의 원래 의도와 가능한 한 가까운 것으로 공익목적을 변경할 권한을 가진다는 것이 전통적인 의미의 Cy Pres 법리의 내용이다.<sup>24)</sup>

Restatement (Second) and (Third) of Trusts에서는 Cy Pres 법리가 공익목적에 공한 모든 자금을 적용된다는 점을 명시하고 있고,<sup>25)</sup> 이는 제한된 목적에 사용되도록 공익단체에 기부되었으나 그것이 실현될 수 없는 경우, 이러한 제한을 충족시킬 수 있는 다른 단체로 기부물품이 이전된다는 것을 의미한다.

초기 보통법에서는 공익단체가 해산하면 부동산은 기부자에게 동산은 여왕에게 돌아 간다고 하였으나,<sup>26)</sup> 1912년 펜실베이니아에서 공익단체이 해산될 때 그 재산은 유사한 목적을 가진 다른 유사한 단체에 분배되어야 한다는 판결이 나온 이후<sup>27)</sup> 다른 주에서도 유사한 판결이 이어졌다. 1953년 캘리포니아 판결에서는 법원이 공익단체의 재산을 다른 유사 단체로 이전하는 것은 단체의 구성원에 대하여 수정헌법 제14조에서 금지하는 재산의 몰수를 의미하지 않는데, 구성원은 재산을 가질 권리가 애초에 없었기 때문이라고 명시하였고, 나아가 기부자나 그 상속인도 재산을 받을 권리가 없다고 확인하였다.<sup>28)</sup>

또 다른 판례는 기부자의 말에 지나치게 구속을 받으면 기부자의 기부 목적을 달성하 기보다는 이를 해칠 수 있다는 점을 지적하며, 기부의 수익자가 부존재하게 되거나 합병 이나 해산이 있는 경우, 일반적인 공익 목적이 우선이고 특정 수익자는 그 다음이라면 법원이 cy pres를 적용할 수 있다고 하였다.<sup>29)</sup> 이 판결에서는 공익적인 처분이 실패한 경우 일반적인 공익 목적에 대한 입증이 있으면 이는 특정 목적의 기부가 아니라고 할 것이지만, 기부자가 이 경우에 다른 기부 수익자나 개인 또는 잔여 수증자를 특정하여 지정하였다면 법원이 그 외의 다른 공익단체에 잔여재산을 처분하도록 명할 수는 없다

---

24) Edith L. Fisch, *The Cy Pres Doctrine in the United States*, 1950, pp. 128-201; *Daggett v. Children's Center*, 28 Conn. Supp. 468, 266 A.2d 72 (Super. Ct. 1970).

25) Restatement (Second) of Trusts § 348 cmt. f.; Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. e.

26) Fremont-Smith, *Governing Nonprofit Organizations*, 2004, p. 184.

27) *In re Centennial and Memorial Association*, 83 A. 683 (Pa. 1912).

28) *In re Los Angeles County Pioneer Society*, 257 P.2d 1 (Cal. 1953).

29) *In re Goehring's Will*, 69 Misc. 2d 145, 329 N.Y.S.2d 516 (Sur. Ct. 1972).

고 하였다.

대부분의 주에서는 입법을 통해 cy-pres 원칙을 선언하고 있는데,<sup>30)</sup> 대부분 일반적인 공익 의도의 입증을 요하지 않고, 다만 잔여재산의 분배에 대한 명시적인 규정을 두고 있으면 이를 인정하는 식이다.<sup>31)</sup> 다만, 세법에 따르면 비영리법인으로서 면세 혜택을 받으려면 해산 또는 해지시 잔여재산을 IRC 501(c)(3)에 규정된 단체에 분배하여야 하므로,<sup>32)</sup> 이로써 문제가 해결되는 측면이 있다.

잔여재산의 분배와 관련하여 주법 및 연방세법의 규정상 제한이 있으면, 공익단체가 이에 위반하여 정관 등의 내규를 만들 수는 없다.<sup>33)</sup> 따라서 공익단체는 해산시에 공익적 목적으로 보유하는 자산을 실질적으로 그 공익단체와 유사한 활동을 하는 1개 이상의 공익단체에 이전하여야 한다.<sup>34)</sup>

---

30) 예를 들어 뉴욕주의 경우 비영리법인의 청산시 잔여재산은 실질적으로 유사한 활동을 하는 다른 비영리법인에 이전될 것을 요구하고 있다.

31) Fremont-Smith, *Governing Nonprofit Organizations*, 2004, p. 185.

32) 26 U.S. Code § 507.

33) *Holden Hospital Corp. v. Southern Illinois Hospital Corp.*, 22 Ill 2d 150, 174 NE2d 793 (1961) 등.

34) *Model Nonprofit Corp. Act* § 46(c); Reg. § 1.501(c)(3)-4.

### Ⅲ. 영국법상 기부 개념 등의 정의

서 종 희

#### 1. 기부 개념의 정의

요약: 영국법상 기부가 되기 위해서는 공익단체(charity)에 대한 증여이어야 하며, 공익단체는 공익목적(charitable purposes)을 위한 것이어야 한다. 즉 영국법상 기부가 인정되기 위해서는 공익목적(public benefit)을 위한 단체에 대한 증여여야 한다.

영국에서 세제혜택(tax relief)을 받기 위한 “기부”는 Charities Act 2011 제1조에 규정된 “공익단체”에 기부하는 경우에만 인정된다.<sup>1)</sup> 영국 공익단체는 1988년 세법(the Taxes Act 1988)에 따라 공익 목적으로 사용된 투자 소득에 대해 소득세를 내지 않는다. 그러나 공익단체는 구매한 상품 및 서비스에 대해서는 부가가치세를 납부해야 한다 (Section 256 of Chargeable Gains Act 1992).

특히 기부는 공익 목적을 필요로 하므로 공익적 목적이 인정되지 않는 증여 등은 기부가 될 수 없다.<sup>2)</sup> 요컨대 기부가 되기 위해서는 목적성에 초점을 맞추어야 하며, 공익을 위한 기부 “charitable gift(giving)”에 해당하는 경우에 한하여 기부로서 인정된다.<sup>3)</sup> 따라서 기부는 명칭여하를 불문하고 공익적 목적을 위한 무상행위라 할 수 있다. 한편 무상행위에 어느 정도의 반대급부가 있었다 하더라도 그 반대급부를 공제하고 남은 부분이 있고 그 부분을 공익 목적으로 사용하도록 할 의도가 있다면 기부로 보아 세제혜택을 부여하고 있다. 예컨대 일정액을 연회비로 낼 경우에도 그 중 혜택제공분을 회원비로 계

1) 원래 charity라는 단어는 보살핌을 의미하는 라틴어 "caritas"에서 파생되었다. 직역하면 가난하고 궁핍한 사람들에 대한 관대함을 의미한다.

2) 예컨대 영국, EU, 리히텐슈타인, 노르웨이, 아이슬란드에 등록된 아마추어 스포츠클럽(CASC; Community Amateur Sports Club)에 기부하는 경우에는 “기부”로 인정된다. Corporation Tax Act 2010 Part 13 Chapter 9, Community Amateur Sports Clubs Regulations 215 참조.

3) Kerry O'Halloran, *The Profits of Charity*, Oxford University Press, 2012, p. 18 ff.

산하고<sup>4)</sup> 남은 잔액을 기부로 인정하고 있다. 특히 공익단체가 되기 위해서는 먼저 (1)공익(자선 포함) 의도, (2)공공의 원칙, (3)공익 이외의 목적 금지<sup>5)</sup>, (4)독립성, (5)비정부성, (6)비정치성이라는 요건을 충족해야 한다.

한편 어떠한 것이 공익이냐에 대해서는 The Charity Act 2011를 통해 확인할 수 있다. 즉 빈곤의 구제, 지식, 교육, 종교의 진흥, 건강의 촉진 등을 위한 목적 기타 국가나 지방자치단체 또는 지역사회에 이익이 되는 것이 공익이다.<sup>6)</sup> 요컨대 공익성은 객관적으로 볼 때 공중 또는 사회의 이익이 되는지를 기준으로 판단한다. 공익목적실현에 부수하여 반사적으로 사익이 실현되더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 허용된다. 공익목적에 대한 예시는 이하 법령을 참조할 수 있다.

### 1) SCU(An Act to redress the Misemployment of Lands, Goods, and Stocks of Money heretofore given to Charitable Uses, the STATUTE OF ELIZABETH)

영국은 1601년에 SCU를 제정하였다. 물론 SCU는 공익목적이 무엇인지 등에 대한 정의를 명확하게 하고 있지는 않다. 그러나 동법은 공익목적에 대한 예시들을 상세히 열거하고 있다.<sup>7)8)</sup> 정리하면 위 법령에 영향을 받은 영국은 빈민구제, 종교 및 교육의 부조, 공동체의 이익을 도모하기 위한 행위 등을 공익이라는 개념으로 포섭하였다.<sup>9)</sup> 동법은 기부를 받을 수 있는 기관이 되기 위해서는 다음의 3가지 요건을 충족해야 한다고 보았다.

1. 기관의 목적은 the Preamble to the Statute of Elizabeth<sup>10)</sup>의 정신에 부합해야 한

---

4) 혜택제공분은 대가성 있는 계약(Payment for benefits)으로 본다.

5) 당연히 이익배분을 해서도 안된다. Kerry O'Halloran, *The Profits of Charity*, Oxford University Press, 2012, p. 20-21.

6) Blackstone's Guide to The Charity Act 2006, p. 3; UTC §405(a); Restatement(Third) of Trust §28 참조.

7) Joseph Willard, *Illustrations of the Origin of Cy Pres*, 8 HARV. L. REV. 69, 69-70 (1894).

8) 동법은 제정 이후 수세기 동안 법적인 강제력을 가지고 있었다. Jill Horwitz, *NONPROFITS AND NARRATIVE: PIERS PLOWMAN, ANTHONY TROLLOPE, AND CHARITIES LAW*, 2009 Mich. St. L. Rev. 989(2009), 1000.

9) 특히 *Morice v Bishop of Durham*((1805) 10 Ves. 522, 531)에서 Samuel Romilly 경은 빈곤 구제, 학문의 발전, 종교의 발전, 공익목적의 발전이라는 네 가지 카테고리 하에서 단체를 분류하였다.

10) "the relief of aged, impotent, and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners; schools of learning; free schools and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks, and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock, or maintenance of houses of correction; marriages of poor maids; support, aid, and help of young tradesmen, handicraftsmen and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; and the aid or ease of any poor

다.

2. 기관은 공익을 위해서만 존재해야 한다.
3. 기관은 공익(자선)을 위한 단체여야 한다.

근래까지도 the Preamble to the Statute of Elizabeth<sup>11)</sup>은 영국의 공익단체를 규율하는 실질적인 효력이 있었다. 예컨대 1888년 the Statute of Elizabeth이 폐지되었을 때도 그 전문은 보존되었으며(Section 13(2) of the Charitable Uses Act 1888)<sup>12)</sup>, 그 전문은 The Charities Act of 1960에 의해 폐지될 때까지 유지되었다. 폐지 이후에도 위 전문은 제도 밖에서는 여전히 영향력이 있었다.

Section 96(1) of the Charities Act 1993에서는 a) 오직 공익 목적으로만 설립되었으며(is established for charitable purposes only), b) 단체에 대한 관할권 행사에 있어 법원의 통제를 받는 경우(falls subject to the control of the High Court in the exercise of its jurisdiction with respect to charities)로 국한하여 공익단체로서 인정하였다. Section 97(제4장) of the Charities Act 1993에서는 "자선 목적"이란 잉글랜드 및 웨일즈 법에 따라 공익 활동만을 목적으로 하는 것을 의미한다고 명시하고 있다. 특히 the Charities Act 1993에서는 위원회(Charity Commission)에 대해서 중요한 변화를 가져온 입법이며, the cy-près doctrine를 확장하고 있다는 점에서 의미가 있다.

이후 The Charities Act of 2006<sup>13)</sup>에서는 종전 입법에 비하여 좀 더 공익단체 및 공익목적의 의미를 구체화하였다.<sup>14)</sup> 즉 The Charities Act of 2006은 공익단체의 범위를

---

inhabitants covering payments of fifteens, setting out of soldiers, and other taxes.”

11) “the relief of aged, impotent, and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners; schools of learning; free schools and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks, and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock, or maintenance of houses of correction; marriages of poor maids; support, aid, and help of young tradesmen, handicraftsmen and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; and the aid or ease of any poor inhabitants covering payments of fifteens, setting out of soldiers, and other taxes.”

12) 예컨대 Commissioners of Income Tax v Pemsell(1891) A.C 531 참조.

13) 동 법안(Bill)은 2004년 12월 20일에 발표되었다(이하 ‘법안 2004’). 이것은 2002년 9월 수상직속의 전략 부서에서 수행한 검토결과물 이었는데, 이 검토의 제목은 “공익단체 프레임워크의 장단점을 포함하는 민간 활동, 공익(Private Action, Public Benefit)”이었다. 정부는 이러한 권고에 응답하기 전에 2002년 9월부터 2003년 1월까지 공개 협의를 통해 이에 대한 견해를 요청하였는데, 그 결과는 “공익단체와 비영리단체: 현대 법률 프레임워크(Charities and Not-for-Profit: A Modern Legal Framework)”라는 보고서로 요약되었다. 법안 2004는 2006년 11월 8일에 왕실의 승인을 받았다.

14) Jill Horwitz, NONPROFITS AND NARRATIVE: PIERS PLOWMAN, ANTHONY TROLLOPE, AND CHARITIES LAW, 2009 Mich. St. L. Rev. 989(2009), 1001.

확대하였으며 공익단체가 되기 위해서는 공공의 이익을 실행해야 한다고 명시적으로 규정하였다. section 1 of the Charities Act of 2006은 공익단체를 정의하고 있는데 the Charities Act 1993과 같다. section 2 of the Charities Act of 2006에서는 특히 공익(for the public benefit, section 2 of the Charities Act of 2006)을 위한 것이어야 함을 강조한다. 더 나아가 다음과 같은 하부섹션에 해당할 것을 요건으로 한다.

- a) 빈곤의 예방 또는 구제
- b) 교육의 발전
- c) 종교의 발전
- d) 건강 증진 또는 인명 구조
- e) 시민권 또는 지역사회 발전의 발전
- f) 예술, 문화, 유산 또는 과학의 발전
- g) 아마추어 스포츠의 발전
- h) 인권, 갈등 해결 또는 화해의 증진 또는 종교적 또는 인종적 조화 또는 평등과 다양성의 증진
- i) 환경 보호
- j) 청소년(영유아 포함), 고령, 질병, 장애, 재정적 어려움 또는 기타 불이익으로 인해 도움이 필요한 사람들의 구제
- k) 동물 복지의 증진
- l) 왕실 군대, 경찰, 소방 및 구조 서비스 또는 구급차 서비스의 효율성 증진
- m) 기타 목적

the Charities Act of 2006은 공익목적의 구체적으로 정의하였다고 할 수 있다. 즉 동법은 the Preamble to the Statute of Elizabeth의 구체화를 실현했다고 평가할 수 있다. 실질적으로 이는 영국의 판례법을 반영한 것이다. 즉 ‘g) 아마추어 스포츠의 발전’을 제외한 나머지는 모두 영국 판례법에서 공익목적의 판단함에 있어서 확인된 것들이다. 특히 동법에서는 위원회(Charity Commission for England and Wales)가 정부 부서로 인정하고 기능 수행에 있어 상당한 독립성을 보장하고 있다(Sections 6 and 7 of Chapter 1 of the Charities Act of 2006).

## 2) the Charities Act 2011

스코틀랜드는 the Public Services Reform (Scotland) Act 2010에 의해, 북아일랜드는 Charities (Northern Ireland) Order 2007 and the Charities Act (Northern Ireland) 2008에 의해, 아일랜드 공화국은 the Irish Charities Act 2009에 의해 공익단체들을 규율하고 있다. 한편 영국과 웨일즈의 공익단체들은 the Charities Act 2011에 의해 규율된다.<sup>15)</sup> 영국과 웨일즈를 기준으로 보면, Charity가 되기 위해서는 공익을 위한 목적<sup>16)</sup>으로 설립된 단체로서 공익을 위해서 설립된 단체여야 한다(Section 2(1) of the Charities Act 2011).<sup>17)</sup> 공익을 목적으로 설립되었으며 법원에 의해 통제를 받는 모든 기관(단체)이 이에 해당하며 법인일 필요는 없다. the Charities Act 2011에 의하면 공익단체가 되기 위해서는 다음의 네 가지 요건을 충족시켜야 한다.

- (1) 단체의 목적이 Section 2 of the Charities Act 2006에 제시된 13개의 제도적 목적 중에 하나에 해당하여야 한다.
- (2) 단체는 Section 3 of the Charities Act 2006과 일치하는 공익성을 가지고 있어야 한다.<sup>18)</sup>
- (3) 단체의 목적은 정치적이거나 사적인 목적을 지향해서는 안된다.
- (4) 단체의 구성원에게 단체에 발생한 이익을 분배해서는 안된다.

일반적으로 영국과 웨일즈의 공익단체는 반드시 등록을 해야 하며, 위 단체는 독립적인 규율기관인, the Charity Commission for England and Wales에 의해 통제된다. 한편 단체의 연간 총수익액이 £5,000을 초과하면 반드시 이를 등록하여야 한다(Section 30 of the Charities Act 2011). 다만 등록되었다고 하여 공익단체로서의 자격(Section

---

15) Alison Dunn, CHAPTER 4 REGULATION ABSENT: THE CHIMERA OF CHARITABLE FOUNDATION LAW IN ENGLAND AND WALES, 39 IUS Gentium 51(2014), 53 ff.; Oonagh B. Breen/Patrick Ford/ Gareth G. Morgan, CROSS-BORDER ISSUES IN THE REGULATION OF CHARITIES: EXPERIENCES FROM THE UK AND IRELAND, 11 Int'l J. Not-for-Profit L. 5(2009), 5 ff.

16) Section 3 of the Charities Act 2011에서 공익목적의 범주를 규율한다.

17) the Charities Act 2011은 공익재단을 위한 독립적이고 세부적인 기준을 제시하지 않고 있다.

18) 만약 단체가 공익목적으로부터 직접적으로 발생하는 이익을 제공하는 경우라면, 일반적으로 공익목적은 달성되었다고 볼 수 있다.

13 of the Charities Act 2011)이 당연히 부여되는 것은 아니다. 특히 공익위원회(the Charity Commission)는 많은 제도적 목적과 역할을 담당하는데, 먼저 그것은 공익신탁과 공익단체의 신뢰도를 증진시킨다. 한편 위원회는 기부자원의 효과적인 사용을 촉진하고, 기증자와 수혜자 및 일반대중에 대한 공익단체의 사회적 책임성을 강화하고 공익실현에 대한 요구사항을 인식시키는 것을 목적으로 한다(Section 14 of the Charities Act 2011). 또한 위원회는 공익단체에 대한 자문뿐만 아니라 대내·대외적인 감시역할도 담당한다. 요컨대 위원회는 공익단체의 위법행위를 조사하고 공익단체활동을 격려하는 등의 업무를 담당한다(Section 15 of the Charities Act 2011).<sup>19)</sup>

## 2. 영국법상 잔여재산처리(Cy-près doctrine 등)

### 가. 기부 이후 목적달성이 불가능해진 경우: Cy-près doctrine<sup>1)</sup> (가급적 근사의 법리)로 해결

기부목적의 달성불능과 관련하여서는 원시적 불능인 경우<sup>2)</sup>와 후발적 불능인 경우를 나누고 전자는 기부자에의 반환을 후자는 the Charities Act에서 규정하고 있는 cy-pres의 원칙(가급적 근사의 원칙)을 통해 유사목적으로 사용 가능하다.

가급적 근사의 법리란, 기부의 의도된 수혜자가 사망, 청산 등으로 존재하지 않거나 유증이 불가능한 경우에 기부 자체를 불가능한 것으로 보아 무효로 보지 아니하고, 기부자의 최초 의도와 가급적 근사한 수혜자를 법원이 지정할 수 있다는 영미법상의 법리이다.<sup>3)</sup>

---

19) 펀딩방법 또한 다양한 방식을 활용할 수 있다(Section 281 of the Charities Act 2011). 즉 영구적인 기증을 받거나 정기적으로 분할기증을 받는 방법을 자유롭게 활용할 수 있다. 더 나아가 기증된 재산에 대한 신탁을 활용할 수도 있다(Section 281(4) of the Charities Act 2011).

1) 이 표현은 ici-près(여기 근처) 또는 aussi près(가능한 한 가까이)에서 유래하였다. *Moggridge v Thackwell*(1803) 7 Ves 36, 69.

2) 원시적인 불능인 경우에는 기부자의 신뢰를 전제로 한 의도와 목적 자체가 상정되지 않기 때문에 가급적 근사의 법리를 적용할 수 없다.

3) *AG v City of London*[(1703) 3 Bro CC 171] 버지니아의 이교도들 사이에서 기독교 종교의 발전을 위해 기부되었는데, Cy-pres doctrine는 버지니아에 더 이상 "이교도"가 없다는 것이 분명해졌을 때 이루어졌다. 이 법리에 대한 상세한 설명은 Rob Atkinson, *The Low Road to Cy Pres Reform: Principled Practice to Remove Dead Hand Control of Charitable Assets*, 58 Case W. Res. L. Rev. 97, 97 (2007); Melanie B. Leslie, *Time To Sever The Dead Hand: Fisk University and the Cost of the Cy Pres Doctrine*, 31 Cardozo Arts & Ent. L.J. 1, 5 (2012); Alberto B. Lopez, *A Reevaluation of Cy Pres Redux*, 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1312 (2010); Eric G. Pearson, *Reforming the Reform of the Cy Pres Doctrine: A Proposal to Protect Testator Intent*,

대표적으로 가급적 근사의 법리와 관련하여 Moggridge v Thackwell[(1803) 7 Ves 36, 69]에서 Lord Eldon는 다음과 같이 설시하고 있다:<sup>4)</sup>

“유언자가 공익적 기부를 한 경우, 특정 기부방식의 실패는 기부의 불능을 의미하지 않는다. 기부자의 실질적인 의도가 다음과 같은 경우에 기부재산을 유사한 공익목적에 사용할 수 있을 것이다.”

이는 기부자의 의도가 공익 활동을 통해 자신의 영혼을 이롭게 하는 것이기 때문에 최대한 기부자의 의도가 실행되도록 해야 한다는 원칙에 따른 것이다.<sup>5)</sup> 즉 가급적 근사의 법칙은 기부가 무위로 돌아가지 않도록 하면서 기부자의 의도를 최대한 보호하는 취지에서 발전한 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 기부자의 의도가 매우 구체적이어서 가급적 근사한 수혜자를 지정할 수 없도록 한 경우에는 위 법리는 적용되지 않는다. 가급적 근사의 법리는 교회법을 그 출발점으로 하고 있으나, 현재 대부분의 영미법 국가에서 신탁 내지 공익기부 관련 법률에서 이를 명시적으로 입법한 사례가 많다(ex. 영국의 Charities Act, 미국의 Uniform Trust Code 등).

(1) 영국 the Charities Act 2011은 Part 6(제6장)에서 cy-pres의 법리를 명시적으로 규정한다.<sup>7)</sup>

즉 the Charities Act 2011는 가급적 근사의 법리가 적용되는 이하의 요건을 규정하고 있다(제62(1)조).

(i) 기부의 당초 목적이 전부 또는 일부가 불가능하게 되거나 기부자의 지침과 취지에

---

90 Marq. L. Rev. 127, 127 (2006).

4) “I have no doubt, that cases much older than those I shall cite may be found; all of which appears to prove, that if the testator has manifested a general intention to give to charity, the failure of the particular mode, in which the charity is to be effectuated, shall not destroy the charity: but, if the substantial intention is charity, the law will substitute another mode of devoting the property to charitable purposes, though the formal intention as to the mode cannot be accomplished.”

5) Tudor, Charities, 7th ed., 1984, p. 229; Tait, THE SECRET ECONOMY OF CHARITABLE GIVING, 95 B.U. L. Rev. 1663, 167(2015); Ro Atkinson, Reforming Cy Pres Reform, 44 Hastings L.J. 1111, 1115 (1993).

6) Peter Luxton, Cy Près and the Ghost of Things that Might Have Been, 47 Conv. & Prop. Law. 107, 116 (1983).

7) Lord Hodgson’s review in July 2012 pursuant to section 73 of the Charities Act 2006 (ChaA 2006).

부합하기 곤란한 경우,

- (ii) 기부의 당초 목적이 기부자산의 일부만을 활용하는 경우에 비효율적인 경우,
- (iii) 더 큰 공익을 위하여 기부 자산을 다르게 활용할 수 있는 경우,
- (iv) 당초 기부의 수혜자의 목적이 바뀌었거나 수혜적격을 상실한 경우,
- (v) 당초 목적이 이미 충족되었거나, 공익목적상 효용을 상실했거나, 적절한 고려에 따라 당초 목적을 따르는 것이 적절하지 아니한 경우

(2) 이러한 가급적 근사한 법리의 적용은 (i) 공익목적 신탁의 경우 수탁자에게 가급적 근사의 법리에 따른 관리자의 의무 및 권한을 명시하고 있고(제61조), (ii) 그 외의 경우에는 법원 또는 공익단체위원회(Charities Commission)가 그 권한을 가진다(제67조 이하).<sup>8)</sup>

(3) 영국 법원은 기부의 당초 목적이 (i) 원시적 불능(initial failure) 인 경우와 (ii) 후발적 불능(subsequent failure)인 경우를 구분하여 후자의 경우에 가급적 근사의 법리를 적용하고 있다. 즉 영국 법원은 후발적 불능인 경우에 있어 “일단 유효한 기부는 불능이 되어서는 안된다”는 입장을 취한다.<sup>9)</sup> 예컨대 영국 법원은 “한번 유효하게 기부가 완료된 금액은 일반목적이나 특정목적 기부를 불문하고 증여자의 잔여재산수유자 내지 상속인이 권리를 주장할 수는 없다”고 판시하며, 기부자와 기부자의 상속인은 잔여금의 분배를 청구할 수 없다고 결정하였다(Re Wright [1954] Ch 347, CA 참조).

## 나. 청산

일반적으로 개인에 대한 기부는 세법상 “기부”로 인정되지 아니하므로, 잔여금의 처리 등은 기부의 수익자인 공익단체의 청산을 전제로 검토된다. 한편 청산절차는 각 단체의 법적 성질에 따라 달라지는데, 원칙적으로 단체의 법적 성질에 따른 관련 법이 우선적용된다.<sup>10)</sup> 예컨대 공익단체의 청산인 경우, 잔여금은 우선적으로 (i) 기부자와의 계약상 잔여금의 처리에 대해 정한 내용에 따르고, (ii) 기부목적이 불능<sup>11)</sup>인 경우에는 기부자에게

8) 과거의 the Charities Act는 이러한 가급적 근사의 법리를 제한적으로 허용하였으나, 1960년도 개정안에서 확대하였다. 이후 2006년 개정안에서는 “기부의 취지”를 “적절한 고려”로 수정하면서 가급적 근사의 법리의 적용범위를 더 넓혔다(제62조 제2항).

9) Re Weir Hospital[(1910) 2 Ch 124, CA]

10) <https://www.gov.uk/guidance/how-to-close-a-charity>

반환되어야 한다. 즉 청산시 잔여금 처리는 기부자와의 약정이 가장 우선하므로 약정에 대한 해석이 중요하며, 약정이 명확하지 않은 경우에는 그 자산이 유사한 공익목적에 위해 쓰이도록 할 것을 먼저 기부자에게 요구할 수도 있다(예: 청산의 경우에는 다른 유사 목적재단에 양도 등).

#### 다. 소결

영국의 Charities Act 2011과 영국 법원의 판례에 의하면, 기부 이후 수혜자가 사망한 경우 기부금은 (다른 특별법이나 행정명령이 적용되지 않는 것을 전제로) (i) 신탁의 경우 the Charities Act 제61조에 따라 수탁자가 기부 취지와 최대한 근사한 수혜자에게 기부금을 지급하고 이를 공시하여야 하며, (ii) 그 외의 경우 법원 또는 위원회가 Charities Act 2011에 따라 잔여금을 처리한다. 단, 사적자치의 원칙에 따라 기부 역시 기부자의 의사표시가 우선하므로 당초 기부자의 구체적인 의사표시로 가급적 근사의 법리의 적용을 막을 수 있으며 이는 법원 또는 위원회에서 개별적으로 판단하게 된다.

---

11) 참고로 모금행위의 경우 Fundraising Regulator에서 “Code of Fundraising Practice”에서 규율함. 영국은 부당이득 및 FRUSTRATION 법리에 의해 해결하는 경우가 있음.

## IV. 일본법 및 우리법상 기부의 정의와 법적 성질

고형석

### 1. 기부에 관한 일본법의 현황 및 기부금에 대한 정의

일본의 경우에 기부금에 관한 일반법은 존재하지 않으며, 개별법에서 기부금에 대해 일부 규정하고 있다. 이에 관한 법으로는 법인세법(法人稅法)이 대표적이며, 동법에서는 기부금에 대해 기부금, 각출금, 위로금 기타 내국법인이 금전 기타 자산 또는 경제적인 이익의 증여 또는 무상공여(광고선전 및 견본품 비용 기타 이와 유사한 비용 및 교제비, 접대비 및 복리후생비 제외)를 한 경우에 그 금전 또는 금전 이외의 자산의 증여 시에 가액 또는 경제적인 이익의 공여 시의 가액으로 규정하고 있다(동법 제37조 제7항). 또한 특정공익신탁도 기부금으로 인정하고 있다(법인세법 제37조 제6항). 여기에서 특정공익신탁이라 함은 공익신탁에 관한 법률(公益信託に関する法律)상 공익신탁 중 신탁 종료 시 신탁재산이 위탁에게 귀속하지 않으며, 시행령에서 정한 요건을 충족한 신탁을 말한다. 이와 같이 일본 법인세법에서는 기부금에 대해 규정하고 있지만, 법인에 대한 과세 또는 면세를 목적으로 하기 때문에 기부금 전반에 관한 사항을 규율하고 있지 않다.

일본 법인세법(원문)	번역문 <sup>1)</sup>
<p>第三十七条 6 内国法人が特定公益信託(公益信託ニ関スル法律(大正十一年法律第六十二号)第一条(公益信託)に規定する公益信託で信託の終了の時における信託財産がその信託財産に係る信託の委託者に帰属しないこと及びその信託事務の実施につき政令で定める要件を満たすものであることについて政令で定めるところにより証明がされたものをいう。)の信託財産とするために支出した金銭の額は、寄</p>	<p>⑥ 내국법인이 특정공익신탁[공익신탁에 관한 법률 제1조(공익신탁)에서 규정하는 공익신탁으로 신탁의 종료 시에 신탁재산이 그 신탁의 위탁자에게 귀속하지 않은 것 및 그 신탁사무 실시에 대해 시행령에서 정하는 요건을 충족하는 것]이라는 점에 대하여 시행령에서 정하는 바에 따라 증명된 것을 말함의 신탁재산으로 하기 위해 지출한 금전의 금액은 기부금으로 간주하여 제1항, 제4항, 제9항 및 제10항의 규정을 적용한다. 이 경</p>

<p>附金の額とみなして第一項、第四項、第九項及び第十項の規定を適用する。この場合において、第四項中「 ) の額」とあるのは、「 ) の額 ( 第六項に規定する特定公益信託のうち、その目的が教育又は科学の振興、文化の向上、社会福祉への貢献その他公益の増進に著しく寄与するものとして政令で定めるものの信託財産とするために支出した金銭の額を含む。 ) 」とするほか、この項の規定の適用を受けるための手続に関し必要な事項は、政令で定める。</p>	<p>우에 제4항 중의 금액이라 함은 의 금액 (제6항에서 규정하는 특정공익신탁 중, 그 목적이 교육 또는 과학의 진흥, 문화향상, 사회복지에의 공헌 기타 공익의 증진에 현저하게 기여하는 것으로서 시행령으로 정하는 것의 신탁자산으로 하기 위해 지출한 금전 금액을 포함)」라고 하는 외에 이 항 규정의 적용을 받기 위한 절차에 관하여 필요한 사항은 시행령으로 정한다.</p>
<p>7 前各項に規定する寄附金の額は、寄附金、拠出金、見舞金その他いずれの名義をもつてするかを問わず、内国法人が金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与 ( 広告宣伝及び見本品の費用その他これらに類する費用並びに交際費、接待費及び福利厚生費とされるべきものを除く。次項において同じ。 ) をした場合における当該金銭の額若しくは金銭以外の資産のその贈与の時における価額又は当該経済的な利益のその供与の時における価額によるものとする。</p>	<p>⑦ 제1항 내지 제6항 각 항에서 규정하는 기부금은 기부금, 각출금, 위로금 기타 내국법인이 금전 기타 자산 또는 경제적인 이익의 증여 또는 무상공여(광고선전 및 견본품 비용 기타 이와 유사한 비용 및 교제비, 접대비 및 복리후생비인 것을 제외. 제8항에서 같음)를 한 경우에 그 금전 또는 금전 이외의 자산의 증여 시에 가액 또는 경제적인 이익의 공여 시의 가액에 따른 것으로 한다.</p>

## 2. 일본 학설상 기부 및 법적 성질<sup>2)</sup>

### (1) 기부의 개념

#### 1) 石坂音四郎 박사의 견해

1) 세계법제정보센터(<https://world.moleg.go.kr/web/main/index.do?1=1>)

2) 小出 隼人, 寄付の法的構成に関する一考察 — 日独における寄付の法的構成に関する学説を手がかりに — (1), 法学 84(1), 2020・6

石坂音四郎 박사는 기부금 모집에 대해 서로 관계없는 다수의 자가 무형 또는 사회적 이익을 위해 일시적 또는 계속적으로 모집자에게 무상으로 재물을 기여하는 것으로 정의하고 있다. 즉, 일정한 목적을 위해 일반 대중으로부터 기부금 또는 의연금을 모집하는 것은 오늘 빈번하게 이루어지고 있다. 예를 들어, 지진·기근·화재 등의 피해를 입은 사람들에 대한 지원, 사립 대학·도서관 등의 건축목적, 빈민구제 또는 개인을 지원하기 위해 모집하는 기부금이 대표적이라고 할 수 있다.

## 2) 中島玉吉 박사의 견해

中島玉吉 박사는 기부를 공모의연금이라 칭하고, 공모의연금은 화재·수해·지진 등의 재해를 입은 사람들을 지원하거나 사찰의 건축을 위해 모집된 금품이라고 말하고 있다. 이러한 공모의연금은 예전부터 모집되었으며, 현대에 있어서는 신문 또는 광고 등을 이용하여 모집이 이루어지고 있다.

## 3) 加藤永一 박사의 견해

加藤永一 박사는 기부를 기부자가 수혜자를 위해 일정한 목적에 따라 무상으로 금전 또는 그 밖의 물건을 공여 또는 공여의 약속을 하는 것으로 정의하고 있다. 또한 이를 두 가지 유형으로 구분하여 설명하고 있다. 첫 번째 유형은 모집자와 수혜자가 일치하는 경우이며, 사찰 또는 보육원 등 시설이나 단체 등이 직접 기부를 받는 경우이다. 이는 모집행위에 있어 모집자에 의해 특별한 목적에 의한 제한 또는 조건이 부가되어 있는 경우와 조건기부자가 특정 목적에 의한 제한 내지 조건을 붙인 경우로 구분된다. 두 번째 유형은 모집자와 수혜자가 각기 상이한 경우이며, 赤い羽根募金 등 이른바 모금회의 기부금모집이 그 전형적인 예이다.

## (2) 기부행위의 법적 성질

### 1) 증여설 또는 부담부증여설

증여설은 기부자와 모집자간 증여가 성립한다는 학설과 기부자와 수익자간 증여가 성립한다는 학설로 구분된다. 이러한 증여설에 대해 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 전자는 기부자가 기부에 따라 모집인에게 무상으로 재산을 제공하는 의사를 가지지 않으며, 모집자도 기부재산을 자신의 재산으로 보유하는 의사가 아닌 다른 목적을 위해 기

부금을 모집하고, 그 목적사업을 실행한다는 점에서 타당하지 않다고 비판하고 있다. 후자에 대해 기부금은 직접 기부자에서 수익자에게 이전되지 않고, 일단 모집자에게 이전된 후 수익자에게 이전된다면 누가 수증자인지를 알 수 없다는 점을 이유로 비판하고 있다.

## 2) 기탁설

기탁설은 기부자가 모집인에게 재물을 기탁하는 것으로써 기탁자와 모집자간의 관계는 기탁계약으로 해석하여 모집자는 수기자(受寄者)로써 목적실행까지 기부재산을 보관할 의무를 부담한다고 한다. 그러나 기부자가 기부재산의 소유권을 포기하는 의사를 가지기 때문에 모집자가 반환의무를 부담하는 것은 적절하지 않다는 비판이 있다.

## 3) 위임설

위임설은 기부자가 직접 그 목적사업의 완성에 관여하지 않고, 모집자에게 위임하는 것으로써 기부자와 모집자간 위임계약이 성립한다는 입장이다. 그러나 모집자는 기부재산의 용도에 대해 스스로 결정하며, 기부자와의 관계에서 독립된 지위를 가진다는 점에서 일반적 위임과 차이가 있다.

## 4) 제3자를 위한 계약설

제3자를 위한 계약설은 모집자와 기부자간 제3자를 위한 계약이 성립하여 모집인은 기부자에 대해 제3자(수익자)에게 급여할 의무를 부담하고, 제3자가 수익의 의사를 표시한 때는 그 소유권을 취득한다는 견해이다. 이에 대해 모집자가 직접 제3자에게 권리를 취득하게하는 의사를 가지고 모집을 하는 경우의 문제점이 존재한다는 비판이 있다.

## 5) 조합설

조합설은 기부자 상호간 조합계약이 성립한다고 보는 견해이다. 즉, 모집된 기부재산은 조합재산이 되며, 모집자가 조합의 기관이 되어 기부목적을 달성할 때까지 기부자도 기부재산에 대한 관계가 단절되지만, 목적이 불능인 경우에 기부자는 그 재산의 반환을 요구할 수 있다. 그러나 일인 기부인 경우 또는 실제 각 기부자는 기부자 상호간 법률관계를 형성하고자 하는 의사가 없다는 점에서 한계가 있다.

## 6) 법인설

법인설은 기부모집을 법인설립행위로 인정하고, 기부재산을 재단법인의 기초로 인정하는 견해이다. 이에 따르면 기부재산은 법인에 속하고, 모집인은 관리인으로 본다. 그러나 모집자는 재산모집 전에 존재하며, 기부자는 전혀 관여하지 않는다는 비판이 제기된다.

## 7) 신탁행위설

기부자는 기부재산의 소유권을 포기할 의사를 가지며, 소유권을 유보할 의사가 없다. 또한 기부는 모집자에게 이전하는 것이지만, 기부자는 모집자에게 증여할 의사로써 권리를 이전하는 것이 아니며, 모집자의 재산을 증가시킬 의사도 없다는 입장이다. 그리고 기부하는 것은 모집자에 대해 기부금모집목적이 되는 사업에 사용되도록 권리를 이전하는 것이며, 이는 목적달성을 위한 수단에 불과하다는 비판이 제기된다.

## 8) 증여 및 신탁행위설(大村敦志 교수)

이 설은 수혜자에 따라 그 법적 성질을 구분하고 있다. 즉, 기부가 상대방에게 직접 이루어지는 경우에는 증여지만, 제3자에게 이루어지는 경우에는 수익자를 위해 지출할 의무가 발생하는 신탁적 양도로 구성한다.

## 9) 판례(大正 12년 판결<sup>3)</sup>)

일반적으로 기부금은 공공적 성격을 갖는 일정한 사업의 창설 유지 등에 소요되는 자금을 조달하기 위해 불특정 다수의 사람이 무상으로 출연하는 금전이라고 할 수 있지만, 일반적인 경우에 기부자의 특별한 의사표시가 없는 한 그 출연하는 금전의 소유권은 사업의 발기인 단체에 귀속하는 것으로 해석을 상당하다고 할 것이다.

### 3. 우리 기부금품법상 기부금품의 개념에 대한 정의

“기부금품”이란 환영금품, 축하금품, 찬조금품(贊助金品) 등 명칭이 어떠하든 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품을 말한다. 다만, 법인·정당·사회단체·종친회(宗親會)·

---

3) 大判 大正 12年 5月 18日 刑集2卷 6号 419頁.

친목단체 등이 정관·규약 또는 회칙 등에 따라 소속원으로부터 가입금·일시금·회비 또는 그 구성원의 공동이익을 위하여 모은 금품, 사찰·교회·향교·그 밖의 종교단체가 그 고유활동에 필요한 경비에 충당하기 위하여 신도(信徒)로부터 모은 금품, 국가·지방자치단체·법인·정당·사회단체 또는 친목단체 등이 소속원이나 제3자에게 기부할 목적으로 그 소속원으로부터 모은 금품 또는 학교기성회(學校期成會)·후원회·장학회 또는 동창회 등이 학교의 설립이나 유지 등에 필요한 경비에 충당하기 위하여 그 구성원으로부터 모은 금품에 해당하는 것은 제외한다(기부금품법 제2조 제1호).

## 2. 기부금품법상 기부금품 개념정의의 한계

### (1) 증여와의 비차별성

기부금품법상 기부금품은 반대급부없이 취득하는 금전 또는 물품이며, 그 목적에 있어 제한이 없다. 이로 인해 민법상 증여와 구별되지 않으며, 극단적인 예로 부모가 자녀에게 무상으로 지급하는 재산도 역시 기부금품에 해당하게 된다. 따라서 자녀가 부모에게 증여를 요구하는 경우에도 기부금품 모집에 해당하며, 그 요구금액이 1천만원 이상이면 동법에 따라 모집등록을 하여야 하는 이상한 결과가 발생하게 된다. 특히, 혼례 또는 장례 등에 있어 축의금 또는 조의금 등도 이에 해당하는 문제가 발생한다.

### (2) 금전 또는 물품의 한계

동법상 기부금품은 금전 또는 물품으로 한정된다. 따라서 이에 해당하지 않으면서도 재산적 가치가 있는 권리·유가증권·전자화폐 또는 가상자산<sup>1)</sup>을 모집하는 경우에 동법

1) 가상자산업 발전 및 이용자 보호에 관한 법률안(김병욱의원 대표발의)

1. “가상자산”이란 경제적 가치를 지닌 것으로 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표(그에 관한 일체의 권리를 포함한다)를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것은 제외한다.

가. 화폐·재화·용역 등으로 교환될 수 없는 전자적 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인이 사용처와 그 용도를 제한한 것  
나. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제32조제1항제7호에 따른 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물

다. 「전자금융거래법」 제2조제14호에 따른 선불전자지급수단 및 같은 조 제15호에 따른 전자화폐  
라. 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 전자등록주식 등

마. 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 전자어음

바. 「상법」 제862조에 따른 전자선하증권

의 적용대상이 되지 않는다. 또한 목소리, 재능 등과 같이 무형재산(재능기부)에 대해서도 인정되지 않아 기부문화의 확산에 한계가 있으며, 재능기부자에 대한 차별이 발생하고 있다. 즉, 재능기부가 기부금품법에 따른 기부에 해당하기 위해서는 모집인이 기부자의 재능에 대해 대가(금전 등)를 지급하고, 그 대가를 기부받는 방식을 취하기 때문에 절차 등의 복잡성 문제가 발생한다.

### (3) 종친회 및 친목단체 등에 대한 적용배제

기부금품법상 법인, 정당, 사회단체, 종친회(宗親會), 친목단체 등이 정관, 규약 또는 회칙 등에 따라 소속원으로부터 가입금, 일시금, 회비 또는 그 구성원의 공동이익을 위하여 모은 금품은 기부금품에 해당하지 않는다. 그러나 종친회 및 친목단체의 회원이 아닌 자가 증여한 경우에 그 증여재산(예 : 제3자의 찬조금 등)은 기부금품에 해당하게 된다. 또한 구성원의 공동이익이 아닌 특정 회원의 이익을 위한 금품모금 및 제공(예 : 회원의 자가 대학입학시 축하금 지급 등)은 기부금품에 해당하게 된다. 이로 인해 기부금품의 인정에 있어 형평의 문제를 야기하고 있다.

### (4) 종교단체의 적용배제

기부금품법상 사찰, 교회, 향교, 그 밖의 종교단체가 그 고유활동에 필요한 경비에 충당하기 위하여 신도(信徒)로부터 모은 금품은 기부금품에 해당하지 않는다. 그러나 고유활동의 범주가 모호하며, 고유활동이 아닌 활동을 위해 신도로부터 모은 금품은 기부금품에 해당하게 되어 기부금품법의 적용 여부에 대해 논란이 발생할 수 있다.

### (5) 국가 등의 제3자 기부목적 모금에 대한 적용배제

기부금품법상 국가, 지방자치단체, 법인, 정당, 사회단체 또는 친목단체 등이 소속원이나 제3자에게 기부할 목적으로 그 소속원으로부터 모은 금품은 기부금품에 해당하지 않는다. 예를 들어, 초등학교에서 수재의연금을 내기 위해 교직원 및 학생들에게 금품을 모금한 경우에 그 모집금액은 기부금에 해당하지 않는다. 그러나 이러한 자가 다른 모집

---

사. 거래의 형태와 특성을 고려하여 대통령령으로 정하는 것

기관에 기부할 경우에 기부금품법상 기부금품에 해당하기 때문에 모집기관에 따라 기부금품에의 해당 여부가 상이하게 결정되는 문제점을 가지고 있다.

#### (6) 학교에 대한 기부금에 대한 적용배제

기부금품법상 학교기성회(學校期成會), 후원회, 장학회 또는 동창회 등이 학교의 설립이나 유지 등에 필요한 경비에 충당하기 위하여 그 구성원으로부터 모은 금품은 기부금품에 해당하지 않는다. 그러나 공익 목적임에도 불구하고, 기부자에 따라 기부금품에의 해당여부가 상이하게 되는 문제점을 가지고 있다. 또한 동창회 회원이 아닌 졸업생의 자격으로 학교에 기부한 경우에 기부금품에 해당하기 때문에 이 규정의 실익은 없다.

#### (7) 각호의 추가적 문제점

기부금품법 제2조 제1호 각호에서 규정하고 있는 내용은 목적이 공익성이 아닌 재산출연자의 지위에 따른 적용배제이다. 물론 구성원의 경우에 회비 등의 납부는 회원의 의무이기 때문에 이를 배제하는 것은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 그 단체의 목적사업이 아닌 공익목적임에도 이를 제외하는 것은 타당하지 않으며, 학교와 동창회는 별개의 단체임에도 불구하고 양자를 동일시하고 있다는 점에서 타당하지 않다.

### 3. 기부금품의 정의규정의 개선방안

#### (1) 개선에 있어 기본방향

첫째, 기부금품 또는 기부재산을 정의함에 있어 목적은 핵심적인 요건이라고 할 수 있으며, 이는 민법상 증여와 구별을 위해 필수적이라고 할 수 있다. 또한 공익목적에 대해 일부를 제시하는 방법도 있지만, 공익신탁법에서 공익사업을 규정하고 있기 때문에 이를 차용하는 것을 제안한다. 둘째, 목적물의 범주를 확대할 필요가 있다. 즉, 금전 또는 물품 이외에 재산적 가치있는 재산<sup>2)</sup>뿐만 아니라 재능까지 포함하여 기부자에 대해 동일한

2) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 시행령 제2조(신고 또는 공로의 범위)

①「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제13조제1항에 따른 포상금(이하 “포상금”이라 한다) 지급 대상이 되는 신고 또는 공로의 범위는 다음 각 호와 같다.

혜택을 부여할 필요가 있다. 셋째, 구성원의 의무이행은 제외되어야 한다. 즉, 공익목적으로 설립된 법인 또는 단체의 회원이 정관 등에 따른 의무 이행에 따른 재산의 납부는 반대급부의 여부와 관계없이 제외되어야 한다. 다만, 납입의무에 따른 회비액을 초과하여 지급한 재산에 대해서는 기부재산으로 인정할 필요가 있다. 마지막으로 모집인 중심이 아닌 기부자 중심으로 개념정의를 할 필요가 있다. 기부금품법의 목적은 기부활성화에 있으며, 이를 위해서는 기부자의 적극적 참여가 필요하기 때문에 기부자가 존중받을 수 있는 표현으로 수정하는 것이 바람직하다.

## (2) 개정안의 제시

위에서 제시한 기본방향을 기초로 기부금품에 대한 용어 및 정의를 제시하면 다음과 같다. 첫째, “기부재산”이란 공익신탁법 제2조제1호에 따른 공익사업을 위해 반대급부 없이 주는 재산을 말한다. 다만, 법인 또는 단체의 회원이 정관 또는 회칙에 따라 주어야 할 재산은 제외한다. 둘째, “기부재능”이란 공익신탁법 제2조제1호에 따른 공익사업을 위해 반대급부 없이 제공하는 용역을 말한다. 다만, 법인 또는 단체의 회원이 정관 또는 회칙에 따라 주어야 할 재산에 상응하는 용역은 제외한다.

<표-1> 기부금품의 정의 비교

기부금품법	개정시안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “기부금품”이란 환영금품, 축하금품, 찬조금품(贊助金品) 등 명칭이 어떠하든 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “기부재산”이란 공익신탁법 제2조제1호에 따른 공익사업을 위해 반대급부 없이 주는 재산을 말한다. 다만, 법인 또

1. 법 제2조제1호의 특정범죄 또는 법 제3조·제4조의 죄에 해당하는 행위에 대하여 수사의 단서를 제공한 경우
  2. 법 제8조제2항에 따른 몰수대상재산(이하 “몰수대상재산”이라 한다)에 대하여 신고하거나 그 재산의 소재를 확인할 수 있는 중요한 정보를 제공한 경우
  3. 몰수·추징의 판결이 확정된 자의 은닉재산을 신고하거나 그 재산의 소재를 확인할 수 있는 중요한 정보를 제공한 경우
- ② 제1항제3호에서 “은닉재산”이란 몰수·추징의 판결이 확정된 자가 은닉한 현금, 예금, 주식, 그 밖에 재산적 가치가 있는 유형·무형의 재산을 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 재산은 제외한다.
1. 「국세징수법」 제25조 등에 따라 국가 또는 지방자치단체의 청구에 의하여 사해행위(詐害行爲) 취소소송의 대상이 되어 있는 재산
  2. 검사가 은닉 사실을 알고 조사 또는 「국세징수법」에 따른 체납처분 절차에 착수한 재산

<p>을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것은 제외한다.</p> <p>가. 법인, 정당, 사회단체, 종친회(宗親會), 친목단체 등이 정관, 규약 또는 회칙 등에 따라 소속원으로부터 가입금, 일시금, 회비 또는 그 구성원의 공동이익을 위하여 모은 금품</p> <p>나. 사찰, 교회, 향교, 그 밖의 종교단체가 그 고유활동에 필요한 경비에 충당하기 위하여 신도(信徒)로부터 모은 금품</p> <p>다. 국가, 지방자치단체, 법인, 정당, 사회단체 또는 친목단체 등이 소속원이나 제3자에게 기부할 목적으로 그 소속원으로부터 모은 금품</p> <p>라. 학교기성회(學校期成會), 후원회, 장학회 또는 동창회 등이 학교의 설립이나 유지 등에 필요한 경비에 충당하기 위하여 그 구성원으로부터 모은 금품</p>	<p>는 단체의 회원이 정관 또는 회칙에 따라 주어야 할 재산은 제외한다.</p> <p>2. “기부재능”이란 공익신탁법 제2조제1호에 따른 공익사업을 위해 반대급부 없이 제공하는 용역을 말한다. 다만, 법인 또는 단체의 회원이 정관 또는 회칙에 따라 주어야 할 재산에 상응하는 용역은 제외한다.</p>
--	--

#### 4. 지정기부금의 수익자 사망 시 잔여 기부금 처리방안

##### (1) 일본 공익신탁법의 내용

##### 1) 공익신탁법상 사정변경 및 신탁종료시 사무처리

공익신탁에 관한 법률(公益信託に関する法律)상 공익신탁단체는 공익신탁행위 당시 예견하지 못한 사정이 발생한 경우에 주무관청의 인가를 받아 신탁의 본질에 반하여 않은 범위에서 신탁을 변경할 수 있다(공익신탁법 제5조). 또한 공익신탁의 목적 달성 또는 달성 불가능과 같이 공익신탁이 종료된 경우에 귀속권리자에 대한 지정이 없거나 귀속권리자가 그 권리를 포기한 때에 주무관청의 인가를 받아 신탁의 본질에 따라 유사한 목적으로 신탁을 유지할 수 있다(공익신탁법 제9조). 이러한 공익신탁법상 공익신탁은

수익자를 지정하지 않은 공익목적에 한정된다(공익신탁법 제1조).

## 2) 일본 공익신탁법의 한계

공익신탁법에서는 사정변경 또는 신탁종료시 신탁재산의 처리에 관해 규정하고 있으며, 수익자를 지정하지 않은 경우에 한해 적용되기 때문에 수익자를 지정한 경우에 수익자 사망시 잔여 신탁재산의 처리문제에 대해서는 규율하고 있지 않다.

### (2) 지정기부금의 수익자 사망시 잔여 기부금 처리방안에 대한 우리 법의 내용 및 개선 방안

#### 1) 기부금품법상 모집목적외 사용방법

모집자는 모집된 기부금품을 제13조에 따라 모집비용에 충당하는 경우 외에는 모집목적 외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 기부금품의 모집 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 모집된 기부금품을 그 목적에 사용하고 남은 금액이 있는 경우 중 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록청의 승인을 받아 등록된 모집목적과 유사한 용도로 사용할 수 있다. 또한 등록청은 모집금품을 사용하려는 용도가 당초의 모집목적과 같은 사업(제4조제2항의 구분에 따른 사업을 말한다)에 해당되면 이를 승인하여야 한다(동법 제12조).

#### 2) 기부금품법에 대한 분석

기부금품법상 기부금품은 모집목적 사업비 및 모집비용으로만 사용할 수 있다. 다만, 그 이외의 용도로 기부금품을 사용하기 위해서는 실체적 요건과 형식적 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 실체적 요건으로는 모집 목적을 달성할 수 없거나 모집 목적을 달성하여야 하며, 잔여 기부금품이 존재하여야 한다. 또한 다른 목적으로 사용하기 위해서는 그 목적이 모집 목적과 유사하여야 한다. 둘째, 형식적 요건으로 등록청의 승인을 받아야 한다.

이와 같이 기부금품을 모집목적과 다르게 사용하기 위해서는 그 목적은 모집목적과 유사하여야 하기 때문에 유사성이 없는 다른 목적으로 잔여 기부금품을 사용할 수 없다. 또한 등록청의 승인을 받기 위해서는 처분 또는 사용방법을 구체적으로 기재하여야 하기 때문에 유사목적에의 해당성 여부 역시 승인 여부를 결정하는 주된 기준이다.

### 3) 지정기부금 수익자의 사망시 적용

지정기부금 수익자가 수혜 도중 사망한 경우에 잔여 기부금의 처리 문제는 앞에서 살펴본 유사목적사용절차에 따라 해결하여야 할 것이다. 즉, 모집자가 기부금품을 모집한 이유는 수익자에 대한 지원목적이기 때문에 수익자가 사망한 경우에 모집자는 모집 목적을 달성할 수 없다. 따라서 모집자는 잔여 기부금품을 모집 목적으로 사용할 수 없으므로 유사 목적으로 사용할 수 밖에 없으며, 이를 위해서는 행정청의 승인을 받아야 한다.

### 4) 수혜자 사망시 유족에게 잔여 기부금 지급가능 여부

수혜자가 사망한 경우에 잔여재산을 유가족에게 지급할 수 있는가의 문제가 제기되며, 이에 관한 사건이 최근에도 발생하였다. 즉, 불치병을 앓고 있는 사람을 위해 약 10억원의 기부금이 모집되었으며, 그 중 2억원이 사용된 후 수혜자가 사망한 경우에 재단과 유족간 잔여 기부금 처리에 관해 분쟁이 발생하였다. 1심법원은 수익자가 환자 및 가족이기 때문에 잔여 기부금 전부를 유족에게 지급하도록 판결하였다. 반면에 2심법원은 재단이 모집의 주체이며, 수익자는 환자로 판단하여 잔여 기부금을 유족에게 지급할 수 없다고 판결하였다. 이후 유족의 상고포기로 2심판결은 확정되었다. 이 사건의 핵심은 모집목적에 있으며, 1심과 2심은 재단의 지위 및 그 모집 목적을 달리 판단하고 있다. 즉, 1심법원은 재단을 수탁자로 보고, 환자와 가족에 대한 후원으로 보았다. 반면에 2심법원은 재단을 모집주체로 보고, 환자에 대한 후원으로 보았다.

이와 같이 법원의 판단은 상이하였지만, 기부에 있어 모집인(재단)은 단지 수탁자에 불과한 것이 아닌 기부금품의 소유권을 취득하며, 이 사건에 있어 수혜자는 환자로 한정하는 것이 타당하다. 다만, 재단은 자체 자문위원회 및 보건복지부 등의 승인 후 잔여 기부금 중 1억원을 유족에게 생계비로 지급하고, 나머지 7억원을 유사 목적으로 사용하겠다고 발표하였다. 이러한 결과는 기부금품법에 의한 것이며, 수혜자의 사망은 모집목적 달성이 불가능한 경우에 해당하기 때문에 모집인은 등록청의 승인을 받은 경우에 한

해 잔여기부금품을 유사목적사업에 사용할 수 있다.

## 5) 개선방안

모집자는 모집목적에 따라 기부금품을 사용하여야 한다. 다만, 기부목적은 달성하였거나 달성할 수 없는 경우에 있어 등록청의 승인을 받아 잔여기부금을 유사목적으로 사용할 수 있다 그러나 이보다 더 우선시 되어야 하는 것은 기부자의 의사라고 할 수 있다. 이를 위해서는 기부금품법에서 이에 관한 사항을 규정하고 있어야 하지만, 현행법에서는 이에 관한 사항을 규정하고 있지 않다. 따라서 모집목적은 달성한 경우 또는 달성할 수 없는 경우 중 잔여기부금품이 있는 경우에 잔여기부금품이 기부자의 의사에 따라 처리될 수 있는 내용이 추가되어야 한다. 이를 위해서는 기본적으로 모집등록시 이에 관한 사항을 등록신청서에 기재하도록 함과 더불어 기부재산을 모집할 경우에 이를 공개하도록 할 필요가 있다. 만일 기부자가 잔여기부금의 처리에 대해 모집자에게 위임한 경우에 그 잔여기부금에 대해서는 행정청의 승인을 얻어 유사목적으로 사용하도록 한다면 앞에서 제기한 문제를 발생시키지 않을 뿐만 아니라 기부자의 의사에 기한 기부금품의 사용에 합치하게 될 것이다.

# 제3장 모집자와 모집 비용 등

## I. 미국법상 기부금 모집자와 모집 비용 등

장 보 은

### 1. 기부금 모집에 대한 규제

미국법에서 기부금 모집은 헌법상 보장되는 언론의 자유의 형태로 인식된다. 따라서 기부금 모집에 대한 정부 규제에는 제한이 있다.

공익 목적의 기금 모집 절차는 주로 주 정부에 의하여 규제되는데, 대부분의 주에 기부금품 모집에 관한 법이 있다.<sup>1)</sup> 이들 법의 대체적인 내용은 공익단체의 등록 절차,<sup>2)</sup> 연간 보고 의무, 등록 및 보고 등 의무 면제 단체,<sup>3)</sup> 전문모집자(professional fundraiser), 전문모집인(professional solicitor), 상업적 공동투자자(commercial co-venturer) 등록 및 보고 절차와 기록 유지 요건, 공익단체와의 계약 원칙, 금지 행위, 위반시 제재 조치 등이다.<sup>4)</sup> 그 주된 목적은 공익단체의 기금 모집에 대한 주요 정보를 공개하고, 그에 대한 조사 및 검토가 가능하여 기부가 남용되지 않도록 하는 것이다.

---

1) Hopkins, *The tax law of charitable giving*, 2014, p. 877. 2014년 현재, 4개 주를 제외한 주들에 규제가 있고, 39개 주에서는 charitable solicitation acts 는 공식적인 법이 마련되어 있다. 뉴욕의 Solicitation and Collection of Funds for Charitable Purposes (Article 7-A, Executive Law) 등이 대표적이다. 1950년대 중반까지는 주법이 규정하지 않았으나, 소비자 보호 운동의 일환으로 North Carolina에서 처음 법제화되었고, 그 외에 여러 주에서 charitable solicitation acts를 채택하였다. 뉴욕은 후자의 법규를 마련한 두 번째 주인데, 다른 주들은 뉴욕법을 모델로 한 것이 대부분이다.

2) 공익목적의 금품 모집을 위한 등록은 통상 1년간 유효하다. Hopkins, *The tax law of charitable giving*, 2014, p. 882.

3) 의무 면제 단체는 주마다 다르나, 예를 들어 펜실베이니아 주의 경우, 신의성실한 종교단체, 법 집행자, 소방관, 다른 공공안전을 위해 일하는 사람들의 단체, 교육기관, 병원, 앰블런스 연합, 공공 비영리 도서관 단체, 노인센터, 너싱홈, 학부모-교사 연합, 연간 기부금 25,000 달러 이하의 단체는 등록이 면제된다. 뉴욕주의 경우도 이와 유사하다.

4) Hopkins, *The tax law of charitable giving*, 2014, pp. 877-878.

원래의 주법에서 기부금 모집을 규제하는 것은 일종의 면허를 주는 정도였는데, 점차 공익 모금을 규제하는 내용으로 변화하였다. 이는 부분적으로는 시민들의 민원에도 이유가 있었으나 주정부가 경찰권 행사를 보여주려는 목적도 있었다. 초기에는 기금을 모금하는 단체나 전문가들의 노력을 실제로 규제하는 것보다는 기부자에게 정보를 공개하는 것에 보다 방점을 두었으나, 법규의 내용이 점점 윤리적인 원칙을 담고 작위 및 부작위의무를 두는 식으로 변화하였고, 그 정점에 고액의 모금비용 지출을 금지하는 규제가 있었다. 이는 후술하는 바와 같이 위헌적인 내용이라고 하여 폐지되었다. 다만, 각 주의 기부금 모집에 관한 법률에는 기록 유지 의무를 강화하고 모집 자문이나 모집자와의 계약 내용을 자세히 규정하거나 상업적인 공동투자자에 개입하고 심지어는 공익 행사에 대한 티켓 판매에까지도 개입하는 등 다양한 방법으로 기부금 모집 절차 관련하여 주정부가 자신들의 역할을 행사하려는 모습이 남아 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 모집자<sup>6)</sup>

대부분의 주들은 전문모집자(professional fundraiser) 개념을 인정한다. 이는 통상 서면 계약에서 정한 일정한 보수를 받고 공익단체를 위하여 또는 이를 대신하여 기금 모집과 관련하여 직접 또는 간접적으로 계획, 실행, 자문하는 자를 말한다. 통상 실제로 기금을 모집하는 자는 전문모집자에서 제외된다. professional fundraising counsel, professional fundraiser consultant, independent fundraiser라는 용어가 사용되기도 한다.

대부분의 주에서 전문모집인(professional solicitor)은 보수를 받고 공익단체를 위하여 또는 이를 대신하여 직접 또는 다른 사람을 통하여 기금을 모집하는 자 또는 전문모집인 자격은 없으나 모금 절차에 관여하는 자를 의미한다. 일부 주에서는 전문모집자에게 고용되거나 보수를 받고 채용되어 기금을 모집하는 자를 의미하기도 한다. 전문모집자/전문모집인인지 여부에 따라 규제가 다른데, 양자의 구분이 어려운 경우도 많다.

많은 주에서는 전문모집자/전문모집인들도 등록 및 보고 의무를 부담한다.<sup>7)</sup>

어떤 주에서는 상업적 공동투자(commercial co-venturing) 또는 공익적 판촉

---

5) Hopkins, The tax law of charitable giving, 2014, pp. 879-880.

6) 아래 내용은 주로 Hopkins, The tax law of charitable giving, 2014, pp. 881-882 참조.

7) Hopkins, The tax law of charitable giving, 2014, pp. 882-883.

(charitable sales promotions)라는 개념이 사용된다. 이는 회사가 공중에게 일정 기간 동안 판매 금액의 일정액(비율)을 공익 단체에 기부하겠다고 하는 경우이다.

### 3. 모집 비용의 제한

한때는 각 주들이 공익단체들이 주에서 기금 모금에 많은 비용을 지출하는 것을 금지하였다. 기부금의 몇 % 이상을 비용으로 지출할 수 없다는 등으로 규정이 있었고, 나아가 전문적인 모집 자문(fundraising consultant)과 전문모집자(professional fundraiser)에 대하여 지출하는 비용도 제한하는 식이었다. 그러나 대법원이 이러한 비율제한 규정이 공익단체의 언론의 자유를 제한한다는 판단을 한 이후, 이들 규정은 폐지되었다.<sup>8)</sup>

각 주는 공익 목적의 기부 모집 절차를 규율할 경찰권이 있다. 그러나 그 권한을 공익 단체와 모집 자문 및 모집인의 언론의 자유를 부당하게 침해하는 방향으로 행사할 수는 없다.

대법원은 1980년대 일련의 사건에서 언론의 자유를 보다 정교하게 언급하였다. 가장 먼저 Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment 판결<sup>9)</sup>에서는 공익단체의 모집비용 수준을 해당 지역에서 그 공익단체가 불법적으로 모집을 하였는지 여부를 판단하는 기준으로 삼을 수 없다고 하였고, 그 후 법원은 주 정부가 공익단체에게 모집비용이 합리적이라는 점을 설명할 수 있는 기회를 부여한다고 하더라도, 일정 비율을 넘는 비용은 “과도하다”는 가정이 있는 한, 언론의 자유가 문제된다고 하였다.<sup>10)</sup> 더 나아가 법원은 공익단체의 모집 비용에 대한 제한이 아니라 전문모집인에게 지급할 수 있는 금액에 대한 제한이 있는 경우에도 언론의 자유가 문제된다고 하였다.<sup>11)</sup>

### 4. 금지행위 중 참고할 만한 조항

- 다른 사람의 동의 없이 기금 모금을 위하여 다른 사람의 이름을 사용하는 행위

---

8) Hopkins, The tax law of charitable giving, 2014, p. 884.

9) 444 U.S. 620 (1980). 이 사안에서는 기부금의 75%를 공익 목적으로 사용하였다는 것을 보이지 못하면 기부를 받지 못하도록 한 일리노이의 카운티 조례가 위헌이라고 판단하였다.

10) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., Inc., 467 U.S. 947 (1984). 이 사안에서는 전체 모금 액수의 25% 이상을 모금 비용으로 배분하는 것을 금지하는 매릴랜드 주법이 문제가 되었다. 일부 단체에는 이 규정이 면제되었으나 그것과 관계없이 위헌이라는 결론이었다.

11) Riley v. National Fed'n of the Blind of North Carolina, Inc., 487 U.S. 781 (1988).

대중이 오인하거나 혼동할 수 있는 다른 공익단체나 정부 기구를 사용하는 행위  
주에 등록하였다는 사실을 모금에 대해 주의 허가를 받았다는 식으로 오인할 수 있도록 이용하는 행위  
공익 목적으로 사용되지 않을 것임에도 공익 목적으로 사용될 것처럼 오인할 수 있는 행위 등<sup>12)</sup>

## 5. 우리 법상 공동모집인 관련 규정 도입시 검토할 사항

- 모집/사용계획서에 적절히 반영할 수 있나?

회계 등은 적절히 반영할 수 있나?

기부자들이 자신들의 기부 행위와 그 결과를 오인/혼동할 우려는 없는가?

일부 유명한 공익단체와 그렇지 않은 공익단체가 묶여 있으면?

전문모집인을 두는 것과 차이는? 미국법에서는 모금 경쟁에 소요되는 예산 등의 낭비를 막고 모금 집중화를 위한 목적보다는 전문적인 모금을 위하여 인정되는 제도로 이행됨.

---

12) Hopkins, The tax law of charitable giving, 2014, pp. 885-886.

## II. 영국법상 공익단체의 등록 등

서 종 희

1. 모든 공익단체는 다음의 예외를 제외하고는 등록을 해야 한다(Section 30(1) of the Charities Act 2011).

1) 면제공익단체(exempt charities, Section 22 of the Charities Act 2011 및 별표 3참조)<sup>1)</sup>,

2) 총수입<sup>2)</sup>이 100,000파운드를 초과하지 않는 공익단체로서 위원회의 명령에 의해 영구적으로, 또는 일시적으로 제외된 경우나 장관이 제정하는 규정에 의해 영구적으로, 또는 일시적으로 제외된 경우(Section 30(2) of the Charities Act 2011),

3) 총수입이 5,000파운드를 초과하지 않는 공익단체(Section 30(2) of the Charities Act 2011)

그러나 2)와 3)의 경우에는 위원회의 요청시에 등록부에 등록되어야 한다(Section 30(3) of the Charities Act 2011).

회사로 설립되는 공익단체는 보통 company limited by guarantee 형식이라는 비영리법인의 표준양식을 사용한다. 즉 회사 구성원은 주식을 보유하는 대신 회사가 파산할 경우 회사 자산에 일정 금액(보통 £1)을 기부할 것을 보증하는 형식이다.<sup>3)</sup> 등록이 된 공익단체는 세금면세를 위한 단체로 인정받기 위하여 HM Revenue and Customs (HMRC)에 이를 신청하게 된다.

---

1) 본 법에서의 “면제공익단체”란 공익단체이면서 별표 3에 해당하는 모든 기관을 의미한다. 국립교과과정위원회, 고등학교법인(university, college), 국립해양박물관 관리자 등(이 대부분 여기에 속한다).

2) 공익단체의 총수입은 다음과 같은 특정 기간과 관련하여 (a) 그 기간 직전의 회계연도 내 공익단체의 총수입으로 해석된다. (b) 위원회의 결정이 있는 경우, 그 결정에서 명시하는 공익단체의 회계연도 내 공익단체의 총수입액이라고 위원회가 추정하는 금액으로 해석된다(Section 30(4) of Charities Act 2011). 한편 장관은 명령을 통해, 명시되는 기간동안의 총액을 다른 총액으로 대체하여 다음을 개정할 수 있다(Section 32 of Charities Act 2011).

3) Taxation of Exempts, SETTING UP IN THE UK, 25 Tax'n Exempts 31(2014), 34.

## 2. 공익사업법인(Charitable incorporated organisations; CIO)에 대한 특칙

the Charities Act 2006은 공익사업을 위한 새로운 법적 형태인 공익사업법인(Charitable incorporated organisations; CIO)을 Section 34와 별표7(Schedule 7)에 기해 설립할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 공익사업자가 공익사업을 용이하게 운영하도록 하고, 사업을 위해 회사를 설립할 경우 공익위원회와 회사법의 2중 규제를 받는 것을 회피할 수 있는 수단을 만들어주기 위한 것이다. 별표 7은 기본적으로 CIO의 정관(constitution), 회원은 유한책임성, 공익위원회에 등록, 조직변경, CIO간의 합병, CIO의 파산과 해산관련 규정 등을 두고 있다. the Charities Act 2011은 Section 204<sup>4)</sup>이하에서 이에 대해 상세하게 규율한다.<sup>5)</sup>

1) CIO는 공익사업을 위한 맞춤형 단체라 할 수 있다. 공익단체에 적합한 다른 법적 형식과 달리 CIO는 공익단체를 염두에 두고 설계된 것이다. 예컨대 공익단체가 회사인 경우 수탁자는 공익재단 수탁자와 회사의 대표(관리자)로서의 이중 역할을 해야 하는데, 회사는 CIO에 의해 전적으로 공익재단 수탁자의 역할에만 집중하게 한다. 규제기관은 공익위원회 뿐이며 the Charities Act만을 준수하면 되며 회사관련 법률(company legislation)을 준수할 필요는 없다.<sup>6)</sup>

2) CIO는 유한 책임을 지므로 회사와 마찬가지로 수탁자는 일반적으로 공익단체의 채무에 대해 책임을 지지 않는다.

3) CIO는 소득 기준이 없기 때문에 5,000파운드가 모금되었음을 보여줄 필요가 없다. 등록은 단일 애플리케이션으로 법인 설립과 공익단체 등록을 모두 수행하는 원스톱 작업으로 가능하다.<sup>7)</sup>

---

4) Part 11 of the Charities Act 2011 for the statutory basis for the CIO. The Charitable Incorporated Organisations (General) Regulations 2012 (SI 2012 No.3012) cover matters relating to the running of a CIO including registration requirements, matters to be included in constitutions, meetings, registers to be maintained, charity trustees, capacity of CIOs, communications etc. The Charitable Incorporated Organisations (Consequential Amendments) Order 2012 (SI 2012 No.3014) applies the Company Directors Disqualification Act 1986 to the charity trustees of CIOs. The Charitable Incorporated Organisations (Insolvency and Dissolution) Regulations 2012 (SI 2012 No.3013) apply the relevant parts of the Insolvency Act 1986 to CIOs.

5) Taxation of Exempts, SETTING UP IN THE UK, 25 Tax'n Exempts 31(2014), 35 f.

6) 회사의 경우에는 다른 규제기관으로서 Companies House가 있는 것과 비교된다.

7) Taxation of Exempts, SETTING UP IN THE UK, 25 Tax'n Exempts 31(2014), 36.

### 3. 회계감사 또는 검사(audit or examination of account)

1) 회사가 아닌 공익단체의 관재인은 공익단체의 모든 거래내역을 설명하고 나타내는 회계기록을 유지하고 이를 6년 동안 보존하여야 하는데(Section 41 of the Charities Act 1993), 연간 총수입이 £1,000,000를 초과하거나 그 해 공익단체의 총수입이 회계 기준을 초과하고 연말에 그 자산의 총액(부채 차감 전)이 326만 파운드를 초과하는 경우(대형 공익단체)에는 그 공익단체는 감사를 받아야 한다(Section 144 of the Charities Act 2011).

2) 공익단체의 그 해 총수입이 25,000파운드를 초과하는 경우, 그 연도에 대한 공익단체의 회계는 공익단체 관재인들의 선택에 따라 감사(audit)가 아니라 회계보고서(accountant's report)에 의한 검사로 대체할 수 있다(Section 144 of the Charities Act 2011).

### 4. 기금의 모집(charitable collection)

1) the Charities Act 2006은 공개적인 기부금 모집의 방법으로 공공장소에서의 모집과 개인주택 또는 사업장의 직접적인 방문을 통해 모금을 하는 방문모집을 규정하고 있다(Section 45 of the Charities Act 2006). the Charities Act 2011에서는 the Charities Act 2006를 그대로 적용한다(Section 15(6) of the Charities Act 2011). 그리고 교회, 장례식장 등과 같은 공공의 예배장소와 이에 인접하는 장소에서 이루어진 모집, 모집장소의 소유자가 모집의 주관자일 경우 등은 공개적 기부금 모집의 예외로 본다(Section 46 of the Charities Act 2006).

공개적 기부금 모집을 할 경우 주관자는 허가증(certificate)을 교부를 받아야 한다. 먼저 공공장소의 모집의 경우에는 행사가 이루어지는 장소의 담당자의 허가를 구해야 하며(Section 48 of the Charities Act 2006), 방문모집의 경우에는 모집기간 시작 전 일정 기간 전에 지역 담당자에게 통지를 하고 허가증사본을 제출해야 한다(Section 49 of the Charities Act 2006).

2) 참고로 영국에서는 기금 마련과 관련된 문제를 포함하여 공익위원회의 한계가 지적되었다. 예컨대 2013년 12월 감사원(National Audit Office)에서는 위원회의 "급격한 변화"가 필요하다는 비판적 보고서를 제출하였고<sup>8)</sup>, 2014년 4월 Public Accounts Committee (PAC) 위원장 또한 위원회에 대한 부정적인 시각을 드러냈다.<sup>9)</sup> 이에 대해

위원회 위원장은 위원회의 효율적인 운영을 위해서는 적절한 자금지원과 강력한 법적 권한이 필요하다는 답변을 제출하였다.<sup>10)</sup> 특히 the House of Commons Public Administration Select Committee (PASC)에서 출간<sup>11)</sup>한 The role of the Charity Commission and ‘public benefit’: Post-legislative scrutiny of the Charities Act 2006이 발표되면서<sup>12)</sup> 위원회와 관련된 입법적 개정이 집중되었다. 그 결과물로 2015-16년 공익단체(보호 및 사회적 투자) 법안(Bill)이 2015년 5월 27일 여왕에 의해 발표되었으며 그 후 위 법안은 의회를 통과한 후 2016년 3월에 왕실의 승인을 받아 the Charities (Protection and Social Investment) Act 2016로 제정되었다.<sup>13)</sup> 특히 the Charities (Protection and Social Investment) Act 2016에서는 Section 13 및 14에서 기금모집과 관련한 규정을 두고 있으며, 이를 통해 기금 마련에 있어 위원회의 통제를 강하게 받게 되었다. 특히 연례보고서(Section 162 of the Charities Act 2011)에 다음을 추가할 것을 요구한다(Section 162A of the Charities Act 2011).

[Section 13 of the Charities (Protection and Social Investment) Act 2016]

Section 144(2) of the Charities Act 2011가 자선 단체의 회계 연도에 적용되는 경우 해당 연도에 대한 연례 보고서에는 해당 연도에 대한 다음 각각의 진술이 포함되어야 한다.

(a) 기금 모금을 목적으로 공익 단체 또는 공익 단체를 대신하는 자의 접근 방식, 특히 전문 기금 마련자 또는 상업적 참여자가 이러한 활동을 수행했는지 여부

(b) 공익단체 또는 공익단체를 대신하여 행동하는 자가 공익단체를 위한 활동과 관련하여 기금 모금을 규제하기 위한 자발적 계획 또는 기금 모금의 자발적 기준에 구속된

8) Rajeev Syal, Charity Commission ‘Not Fit for Purpose’ says Margaret Hodge, Guardian (Dec. 3, 2013, 7:02 PM), <http://www.theguardian.com/society/2013/dec/04/charity-commission-not-fit-for-purpose-says-hodge>.

9) House of Commons Comm. of Pub. Accounts, The Charity Commission, Forty-second Report of Session 2013-14 (2014) (UK), <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubacc/792/792.pdf> [hereinafter Charity Commission].

10) Press Release, Charity Comm’n, Commission Chairman Calls for Adequate Funding and Stronger Powers (Apr. 10, 2014), <http://www.gov.uk/government/news/commission-chairman-calls-for-adequate-funding-and-stronger-powers> [hereinafter Charity Commission Press Release].

11) House of Commons Pub. Admin. Select Comm., The Role of the Charity Commission and “Public Benefit”: Post-legislative Scrutiny of the Charities Act 2006, Third Report of Session 2013-14 76 (2013) (UK), [www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubadm/76/76.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubadm/76/76.pdf).

12) Ministers must decide whether they think it is necessary to have a proactive regulator of the charitable sector, and if so, the government must increase the Commission’s budget and ask Parliament to clarify their powers. If funding cannot be found for the Commission to carry out such a role, ministers should be explicit that they accept that the regulatory role of the Commission will, by necessity, be limited.

13) 이 법에 대한 평가는 Debra Morris, THE CHARITY COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES: A FINE EXAMPLE OR ANOTHER FINE MESS?, 91 Chi.-Kent L. Rev. 965(2016) 참조.

다는 약속의 대상이 되었는지 여부, 그렇다면 어떤 계획 또는 표준을 제시하였는지

(c) (b)에서 언급한 계획 또는 기준을 준수하지 못하였는지

(d) 공익단체가 기금 마련을 목적으로 공익단체를 대신하여 수행하는 자의 활동을 모니터링했는지 여부, 그렇다면 어떻게 모니터링했는지

(e) 공익단체 또는 공익단체를 대신하여 기금 마련을 위한 활동에 대해 공익단체 또는 공익단체를 대리하는 자에게 접수된 불만 건수

(f) 기금모집 활동의 과정에서 또는 이와 관련하여 모집의 상대방을 (2)항 내의 행동 (개인의 사생활에 대한 부당한 침해, 공익단체를 대신하여 금전이나 기타 재산을 모집하거나 조달할 목적으로 부당하게 지속적으로 접근하는 행위, 금전이나 기타 재산을 제공하도록 사람에게 부당한 압력을 가하는 것)으로부터 보호하기 위해 공익단체가 한 일.

## 5. 관리비용의 사용

영국은 목적에 따른 효율적 운영 등을 위해서 적절하게 관리비용을 운영하도록 하고 있으며, 그 비용에 대해서는 투명하게 공시하도록 하고 있다. 특히 공익단체의 관리비용 운영으로 발생하는 위험은 기부자들의 선택에 맡긴다(시장경제에 맡김). 즉 “신뢰하되 책임은 강하게”, “재량권을 주지만 그에 따른 위험은 스스로 부담하는”방식을 채택하고 있다.

물론 기부자금이 일부는 자선 목적으로, 일부는 비자선 목적으로 지급되는 경우, 법원이 개입하여 그 할당을 명령하는 경우가 있다. 이 경우에 법원은 “평등은 형평성”이라는 격언에 따라 자선을 위한 사용과 기타의 사용을 위한 자금을 동등하게 분배한다. 예컨대 *Salisbury v Denton*에서 법원은 기금을 두 부분으로 균등하게 나누고 절반을 공익 목적으로만 사용되도록 하였다.<sup>14)</sup>

---

14) (1857) 3 K & J 529, HC. 영국 판례의 일반적인 모습이다. Nuzhat Malik, DEFINING “CHARITY” AND “CHARITABLE PURPOSES” IN THE UNITED KINGDOM, 11 Int’l J. Not-for-Profit L. 36(2008), 43.

### Ⅲ. 일본법의 현황

고형석

#### 1. 일본 공익법인제도 관련 법제의 변화

##### 1) 일본 민법 법인편에 의한 규율과 한계

일본의 공익법인제도에 관한 법의 효시는 1896년에 제정된 일본 민법의 법인에 관한 규정이었다. 그러나 일본 민법에서의 공익법인의 설립은 주무관청의 허가를 요하기 때문에 다양한 공익법인의 설립 등의 수요를 해결하지 못하는 한계가 발생하였다.<sup>1)</sup>

##### 2) 특정비영리활동촉진법 및 중간법인법 제정

민법에 따른 규율의 한계를 해결하기 위해 일본은 1998년 특정비영리활동촉진법(NPO법)을 제정하고, 2001년에 중간법인법을 제정하였다. NPO법에 따라 자원봉사단체나 시민단체는 법인격을 취득하였다. 그러나 동창회나 동호회 등과 같은 비공익 비영리 단체들은 “불특정 다수자의 이익증진에 기여하는 활동”을 하는 것이 아니기 때문에 여전히 “특정비영리활동”을 하는 단체로서 NPO법상의 인증을 받을 자격이 없었다. 이러한 NPO법의 한계를 해결하기 위해 준칙주의를 채택한 중간법인법(中間法人法)<sup>2)</sup>을 2001년에 제정하였다.<sup>3)</sup>

##### 3) 법인정비법(2006년)

공익법인제도에 대한 근본적인 재검토 요구에 따라 일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률” (이하 “일반법인법”), “공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률” (이하 “공익인정법”), 및 “일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률 및 공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률의 시행에 따르는 관계법률의 정비 등에

1) 이중기, 공익신탁의 활성화를 위한 법제 개선방안 연구, 법무부 연구용역보고서, 2009, 27면.

2) 중간법인법은 2001년에 공포되어 2002년부터 시행되었지만, 법인정비법 제정에 따라 폐지되었음

3) 이중기, 앞의 보고서, 28면.

관한 법률”(이하 “법인정비법”)을 제정하였다.

## 2. 일본 공익인정법에 따른 공익사업액의 비율

### 1) 인정요건 중 공익사업비율 및 보수제한

공익목적사업<sup>4)</sup>을 수행하고자 하는 일반사단법인 또는 재단법인은 행정청의 인정(認定)을 받아야 한다(법 제4조). 동법상 공익인정기준 중 하나는 그 사업활동을 행함에 있어 법 제15조에서 규정한 공익목적사업비율이 50% 이상이어야 한다(법 제5조 제8호). 또한 이사, 감사 및 직원에 대한 보수등(보수·상여 기타 직무수행의 대가로서 받는 재산상 이익 및 퇴직수당을 말함)은 시행규칙<sup>5)</sup>에서 정한 바에 따라 민간사업자의 임원의 보수 등 및 종업원의 급여, 해당 법인의 경제사정 기타 사정을 고려하여 부당히 고액이 아닌 것을 지급하는 기준을 정하고 있을 것이 추가적인 요건이다(같은 조 제13호).

### 2) 공익목적사업비율

동법 제15조에서 규정하고 있는 때 사업연도 공익목적사업비율은 금액을 기준으로 산정하며, 그 금액은 다음과 같다. 첫째, 공익실시비용액으로 해당사업연도의 손익계산서에 계상된 공익목적사업에 관한 사업비액이다. 둘째, 수익등실시비용액으로 해당 사업연도의 손익계산서에 계상된 수익사업등에 관한 사업비액이다. 마지막으로 관리운영비용액으로 해당사업연도의 손익계산서에 계상된 관리비액이다.

### 3) 보수의 지급 및 지급기준의 공개

공익법인은 보수지급기준에 따라 그 이사 등에 대한 보수를 지급하고, 그 기준을 공개하여야 한다(법 제20조).

### 4) 위반에 따른 인정의 취소

---

4) 공익목적사업은 학술, 기예, 자선 기타 공익에 관한 별표 각호에서 규정된 종류의 사업으로써 불특정 다수의 이익의 증진에 기여하는 것을 말함(법 제2조 제4호). 이 법에서는 공익목적사업으로 총 22개를 규정하고 있지만, 그 이외에 시행령에서 정할 수 있음을 규정함(별표)(前各号に掲げるもののほか、公益に関する事業として政令で定めるもの).

5) 이사 등의 근무형태에 따라 보수등의 구분, 그 액의 산정방법, 지급방법 및 형태에 관한 사항을 정하여야 함(시행규칙 제3조).

공익법인이 공익목적사업비율 또는 보수지급기준을 위반한 경우에 행정청은 해당 공익법인의 인정을 취소할 수 있다(법 제29조 제2항).

### 3. 일본법의 시사점 및 한계

일본 공익인정법은 법인을 대상으로 하기 때문에 모집인을 법인으로 제한하고 있지 않은 우리 기부금품법상 기부금품 모집비용 등에 그대로 적용하기에는 한계가 있다. 또한 일본 공익인정법은 지속적 공익사업을 목적으로 한다는 점에서 일시적 공익사업을 위한 모금까지 포함하고 있는 우리 기부금품법에 적용하기에는 한계가 있다. 그리고 일본 공익인정법에서는 공익사업비율을 50% 이상으로 정하고 있으며, 보수 외의 사항에 대해서는 제한을 두고 있지 않다. 다만, 우리 기부금법은 다른 법률의 적용을 받는 경우를 제외하고 공익법인의 기부금품 모집에 대해 적용하고 있기 때문에 참고할 필요는 있다.

## IV. 우리 기부금품법상 모집비용 등의 제한 및 개선방안

김진우

### 1. 기부금품법상 모집비용 등의 제한

현행 기부금품법에 따르면, 모집자는 모집된 기부금품의 규모에 따라 100분의 15 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율을 초과하지 아니하는 기부금품의 일부를 기부금품의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등에 필요한 비용에 충당할 수 있다(법 제13조). 그리고 같은 법 시행령 제18조에 관한 [별표 1]은 모집비용 충당비율을 아래와 같이 규정하고 있다.

■ 기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 시행령 [별표 1]  
모집비용 충당비율(제18조 관련)

모집금액	적용비율	비고
1. 10억원 이하	모집금액의 15% 이하	
2. 10억원 초과 100억원 이하	모집금액의 13% 이하	
3. 100억원 초과 200억원 이하	모집금액의 12% 이하	
4. 200억원 초과	모집금액의 10% 이하	

### 2. 문제점

기부금품법에서는 모집비용 등을 사용할 수 있는 금액에 대해 모집금액 중 일정금액으로 제한하고 있으며, 이를 위반한 경우에 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금을 부과하고, 양벌규정으로 처벌하고 있다(법 제16조 제1항 제6호, 제17조). 이는 모집액을 주로 모집목적에 사용하도록 한 것이지만, 다음과 같은 문제점을 가지고 있다. 첫째, 기부금품을 모집하기 위해서는 종전과 달리 광고비용 등이 소요된다. 그 비용은 물

가상승에 따라 높아지고 있지만, 그 모집비용비율은 2006년과 동일하다. 둘째, 기부금품을 모집하기 위해서는 인력이 필요하며, 최저임금의 상승에 따라 인건비 역시 증가하고 있다. 그러나 그 비율은 2006년과 동일하기 때문에 현실과 일치하지 않는다(최저임금 : 2006년 3,100원, 2021년 8,720원 281% 인상). 셋째, 필요비용의 용처의 한계성이다. 기부금품법에서는 모집비용 등으로 사용할 수 있는 비율을 정하고 있으며, 이에 해당하는 비용으로 기부금품의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등에 필요한 비용으로 규정하고 있다. 그 결과, 예시로 제시된 비용 이외에 지출하였을 경우에 필요비용에 해당하는지의 논란이 발생할 수 있다. 마지막으로 기부금품법에서는 모집비용 등으로 사용할 수 있는 비율을 산정하는 기준으로 모집된 기부금품으로 한정하고 있다. 그 결과, 기부금품으로부터 발생하는 과실(이자 등)은 이에 포함되지 않는 문제가 발생하며, 모집자의 임의적 사용에 대해 제한이 없다.

현행 모집비율 총당비율은 현실성이 떨어지므로 상향조정되어야 한다는 민간공익단체의 목소리가 비등하고 있다. 특히 전문적인 기부마케팅에는 광고수단의 마련이나 자료의 가공 등을 위한 인적·물적 요소의 투입에 많은 비용을 요하고, 그 비용은 우선 전문모집종사자가 지급하여야 한다. 만일 전문모집종사자에 대한 보수가 모집재산의 50% 또는 심지어 100%라고 한다면 일견 경악할만한 것으로 보일 수 있지만, 민간공익단체의 시각에서는 경제적으로 합리성이 있는 것으로 평가될 수도 있다. 왜냐하면 가령 사단에서는 전문모집종사자가 회원을 크게 증가시킨 경우 전문모집종사자에게 최초의 기부금 전액을 모두 주더라도, 증가된 회원의 수년간의 회비수입에 의하여 지속적으로 정관상의 목적을 수행할 수 있기 때문이다. 나아가 민간공익단체의 입장에서는 전문모집종사자와 높은 비율의 보수지급약정을 하더라도 별도로 경제적 손실을 볼 것이 없다. 기부모집에 필요한 인적·물적 요소에 드는 비용은 일단 전문모집종사자가 지급하기 때문이다. 또한 재단이나 사단 중 어느 조직구조를 취하는가에 따라 관리비용 및 광고비용 등은 상이할 수밖에 없다. 한편으로 기부재산은 기부자의 기부의사에 따라 사용되어야 한다는 요청이 있지만, 다른 한편으로 외국의 입법례에서 모집관리비용의 비율을 명시적으로 규정하는 경우는 찾기 어렵다. 그래서 독일의 경우 사안별로 제반 사정을 고려하고 있다.<sup>6)</sup> 이러한 상황에서 모집관리비용의 비율의 적정선을 구획하는 일은 결코 용이하지 않으나, 전문모집종사자에게 모집재산의 50% 내지 100%를 지급하는 것은 민간공익조직에 대한 신뢰 및 기부자의 기부의사에 비추어 우리의 경우 아직 용인되기 어려울 것이다.

영국의 경우 민간공익조직의 관리인은 원칙적으로 전문모집종사자를 고용할 권한이

---

6) BMF v. 15. 5. SStR 2000, 968; Schauhoff, Gemeinnützigkeitsrecht: Zum zulässigen Aufwand beim Spendensammeln, DStR 2002, 1695.

있지만,<sup>7)</sup> 그곳의 공익위원회(Charity Commission)는 전문모집종사자의 보수가 과다한 점에 대하여 비판적이다. 전문모집종사자가 모집한 기부금액의 90%를 상회하는 보수지급 약정 그 자체는 민사법적으로 유효한 것으로 간주되지만,<sup>8)</sup> 기부모집 시에 기부자에게 모집된 기부금품 총계 중 전문모집종사자에게 지급될 보수의 비율에 대한 정보가 제공되지 아니한 경우에는 횡령에 해당한다는 판결례가 있다.<sup>9)</sup> 그리고 1992년의 민간공익활동법(Charities Act 1992) 제58조는 전문모집종사자의 모든 기부모집에는 어떤 민간공익조직을 위한 모집인지, 그리고 전문모집종사가 어떤 방법으로 보수를 지급받게 되는지를 밝힐 것을 요구하고 있다.

우리의 경우에도 전문모집종사자가 민간공익조직과 기부모집에 대한 보수의 비율을 약정하는 것은 민법상으로는 사적 자치의 원칙상 유효하다고 할 것이나, 기부모집 시에 그러한 약정을 명시하도록 하여 기부자가 그것을 기부의 판단기준으로 삼을 수 있도록 기부금품법을 개정함이 바람직하다.

### 3. 개선방안

첫째, 모집비용 비율을 인상할 필요가 있다. 현행 모집비용 비율을 최고 15%에서 물가상승률을 감안하여 30%로 인상하는 것이 필요하다. 둘째, 중장기적으로는 모집비용 인정방식에 있어 변경 가능성을 인정할 필요가 있다. 현행 기부금품법에서는 모집비용의 인정방식에 있어 최고 비율만을 규정하고, 이를 초과한 경우에 형사처벌을 부과하고 있다. 그 결과, 광고비 증가 또는 최저임금 인상 등과 같이 모집비용이 증가할 수 밖에 없는 정당한 사유가 있는 경우에도 이를 초과집행할 수 없어 공익목적사업을 수행하기에는 한계가 있다. 따라서 최고 비율을 상향 조정하더라도 정당한 사유로 인해 모집비용을 초과할 수 밖에 없는 경우에는 등록청의 승인을 받아 초과집행할 수 있는 여지를 규정할 필요가 있다. 셋째, 기부금품의 사용목적 제한 방식에 있어 소극적 방식이 아닌 중적극적 방식으로 전환할 필요가 있다. 즉, 기부금품법에서는 모집비용 등으로 사용할 수 있는 비율을 규정하고 있지만, 그 항목들을 모두 열거할 수 없다. 이러한 규정방식을 모집목적의 사용비율로 전환하고, 모집목적 및 모집 등에 필요한 사업 이외의 목적으로 사

---

7) Trustee Act 2000, s. 11 (3) (c).

8) Warburton, *Tudor on Charities*, 8<sup>th</sup> ed., 1997, p. 265.

9) *Jones v. Att.-Gen.* The Times Nov. 10 1976; *Decisions of the Charity Commrs.* 1993, 33.

용하는 것을 금지하는 방식으로 개정할 필요가 있다. 마지막으로 모집목적에 사용하여야 할 기부금품의 범주에 과실(果實)을 추가할 필요가 있다.<sup>10)</sup>

한편 기부금품법 제13조는 “모집비용 총당비율”이라는 표제 아래 “(…) 기부금품의 일부를 기부금품의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등에 필요한 비용에 총당할 수 있다”고 규정하고 있다. 그런데 “모집비용 총당비율”이라는 용어는 다소 모호한 점이 있어 일반인의 이해를 어렵게 한다. 이와 같은 비용은 “모집관리비용”(Verwaltungsaufwand) 개념으로 묶을 수 있으므로, 동조의 “모집비용 총당비율”이라는 표제는 “모집관리비용의 비율”로 개정함이 바람직하다. 아울러 기부금품법 제13조의 내용은 “모집자는 모집된 기부재산 또는 그것의 과실(果實)의 규모에 따라 100분의 30 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율을 초과하지 아니하는 기부재산 또는 그것의 과실의 일부를 기부재산의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등의 필요한 비용에 총당할 수 있다.”로 개정한다. 여기의 기부재산의 과실이라 함은 가령 기부재산이 부동산인 경우 그것을 임대하여 얻게 되는 수익인 차임 등을 말한다.

현 행	개정시안
<p>제13조(모집비용 총당비율) 모집자는 모집된 기부금품의 규모에 따라 100분의 15 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율을 초과하지 아니하는 기부금품의 일부를 기부금품의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등에 필요한 비용에 총당할 수 있다.</p>	<p>제15조(모집관리비용의 비율) 모집자는 모집된 기부재산 또는 그것의 과실(果實)의 규모에 따라 100분의 30 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율을 초과하지 아니하는 기부재산 또는 그것의 과실의 일부를 기부재산의 모집, 관리, 운영, 사용, 결과보고 등에 필요한 비용에 총당할 수 있다.</p>

10) 김진우, 위의 글, 297면.

## V. 투명성 강화방안

고형석

### 1. 일본 공익인정법에 따른 투명성 확보

일본 공익인정법에서는 공익법인의 회계 투명성을 확보하기 위한 방안으로 재산목록 등의 제출 및 공개, 회계감사인의 선임, 행정청의 감독을 규정하고 있다. 첫째, 공익법인은 매사업연도 종료 3개월 이내에 재산목록 등을 행정청에 제출하여야 한다. 행정청은 공익법인이 제출한 재산목록 등에 대해 열람 또는 복사청구가 있는 경우에 열람 또는 복사를 제공하여야 한다. 둘째, 공익법인은 원칙적으로 회계감사인을 선임하여야 하며, 이는 인정요건이다. 선임된 회계감사인은 공익법인의 재산목적 등의 서류를 감사한다. 마지막으로 공익법인에 대한 감독은 행정청에 의해 이루어지며, 행정청의 감독은 공익법인의 보고 및 행정청의 검사 그리고 권고 또는 명령으로 이루어진다. 이와 더불어 내각부에는 7인으로 구성되는 공익인정등 위원회가 설치되어 있으며, 내각총리대신의 요청에 대한 자문 또는 권고 등의 역할을 담당한다.

### 2. 우리 기부금품법상 투명성 확보 방안

#### (1) 등록청의 공개

등록청은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제7조에 따라 기부금품의 모집과 사용에 관한 정보를 공개한다(법 제8조).

#### (2) 검사 및 등록 말소

등록청은 모집인에 대해 검사할 권한을 가지고 있으며, 모집목표액이 50억원 이상인 경우에 모집기간 중 1회 이상 검사를 실시하여야 한다(법 제9조). 검사결과, 법 위반행위가 적발된 경우에 행정청은 모집인의 등록을 말소하고, 기부금품의 반환을 명령할 수 있다(법 제10조).

### (3) 공개 및 회계감사

모집자 및 모집종사자는 장부 등을 비치하여야 한다. 또한 모집자는 기부금품 사용 종료시 보고서에 공인회계사 또는 감사인이 작성한 감사보고서를 첨부하여 등록청에 제출하여야 한다. 다만, 모집금액이 1억원 이하인 경우에 영수증 등 지출증명서를 제출하여야 한다. 그리고 모집 중단 또는 종료시, 기부금품 사용 또는 다른 용도로 사용시 그 결과를 공개하여야 한다. 그 방법으로는 등록청에 보고하고, 인터넷 홈페이지 30일 이상 게시한다. 보고 또는 게시할 내용은 모집자의 성명 또는 명칭, 등록일자 및 등록번호, 모집금품의 총액 및 수량, 기부금품의 사용명세이다.

### (4) 문제점

#### 1) 내부 감독기관 부존재

기부금품법에서는 투명성을 확보하기 위해 다양한 규정을 두고 있지만, 외부 감독기관인 등록청의 감독만이 존재하고, 내부적 통제절차를 규정하지 않고 있다. 물론 회계감사 제도가 있기는 하지만, 사후점검 방식이기 때문에 내부적 통제장치로는 충분하지 않다.

#### 2) 행정청의 한계

등록청이 사전, 중간 및 사후 감독기관으로서 그 역할을 수행하고 있지만, 일반 행정 공무원에 의해 이루어지기 때문에 전문성에 있어서는 한계가 있을 수 밖에 없다. 이는 위원회를 통한 전문적인 지원 및 감독의 실시가 필요함을 의미한다.

### (5) 개선방안

#### 1) 내부 감독기관 설치 의무화

모집금액이 일정금액 이상인 경우에 내부 통제기관으로 기부재산관리위원회를 설치하도록 의무화하여 내부적 통제장치를 마련할 필요가 있다.

#### 2) 행정안전부 및 지자체에 기부금품위원회 설치<sup>1)</sup>

---

1) 김진우, 한양법학 제27권 제4호, 2016, 307면.

행정안전부 및 지자체에 기부금품에 관한 전문위원회를 각기 설치하고, 전문적인 자문 및 지원을 담당할 필요가 있다. 즉, 행정안전부에는 중앙기부재산위원회를 설치하고, 기부관련 정책수립, 등록심의, 자문 및 감독 등을 담당하도록 할 필요가 있다. 지자체에는 지방기부재산위원회를 설치하고, 기부관련 조례 제/개정·등록심의, 자문 및 감독 등을 담당하게 할 필요가 있다.

## VI. 공동모집자 개념 신설

### 1. 필요성

복수의 자가 동일 목적을 위해 공동으로 기부재산을 모집할 경우가 다수 존재하지만, 현행법에서는 공동모집에 관한 사항을 규정하고 있지 않다. 그 결과, 모집자 전원이 모집등록 등을 수행하여야 하는 절차상 번거로움이 존재한다. 따라서 대표모집자 규정을 신설하여 행정절차는 대표모집자가 진행하고, 그 위반에 대한 책임은 공동으로 부담하는 것이 필요하다.

### 2. 추가적 신설 사항

공동모집에 관한 사항을 신설할 경우에 대표모집자에 대한 정의와 더불어 등록절차, 등록의무자, 기부기품법상 각종 의무부담자 등의 의무와 책임에 관한 내용이 신설될 필요가 있다.

## Ⅶ. 현행 기부금품법 제4조(기부금품의 모집등록)의 문제점 및 개정안

고 형 석

### 1. 기부금품법의 내용

#### (1) 모집자

기부금품법상 “모집자”란 제4조에 따라 기부금품의 모집을 등록한 자를 말한다(제2조 제3호).

#### (2) 모집등록

기부금품법에서는 기부금품 모집시 등록을 요구하고 있지만, 이에 대해서는 예외와 목적에 의한 제한이 있다. 즉, 예외는 등록없이 기부금품을 모집할 수 있는 경우이며, 목적에 의한 제한은 기부금품법에서 정한 목적 이외의 목적으로 기부금품을 모집할 경우에는 등록할 수 없는 것을 말한다. 먼저, 등록의무가 면제되는 경우는 모집금액이 1천만원 미만인 경우이다. 다만, 당초 예상 모집금액이 1천만원 미만이었지만, 실제 모집금액이 그 이상인 경우에 지체없이 모집등록을 하거나 초과 기부금품에 대해 기부자에게 반환하여야 한다. 그 다음으로 모집목적의 제한으로 국제적으로 행하여지는 구제사업, 천재지변이나 그 밖에 이에 준하는 재난(「재난 및 안전 관리기본법」 제3조제1호가목에 따른 재해는 제외한다)의 구휼사업(救恤事業), 불우이웃돕기 등 자선사업 또는 영리 또는 정치·종교 활동이 아닌 사업으로서 교육·문화·예술·과학 등의 진흥을 위한 사업, 소비자 보호 등 건전한 경제활동에 관한 사업, 환경보전에 관한 사업, 사회적 약자의 권익 신장에 관한 사업, 보건·복지 증진을 위한 사업, 남북통일·평화구축 등 국제교류·협력에 관한 사업, 시민참여, 자원봉사 등 건전한 시민사회 구축에 관한 사업, 그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업에 해당하는 경우에 해당하는 경우에 한해 등록할 수 있다. 따라서 모집목적이 이에 해당하지 않은 경우에 모집자는 모집등록을 신청할 수 없다.

## 2. 문제점

### (1) 모집자의 정의

모집자는 등록된 자에 한정되기 때문에 1천만원 미만을 모집하고자 하는 자는 모집자가 아니다. 그 결과, 1천만원 미만 모집자는 기부금품법의 적용을 받지 않는다. 그러나 기부금품의 모집에 대해서는 모집금액에 관계없이 적용되어야 한다. 이는 모집자와 등록 의무자를 혼동함에 따라 발생한 것이다.

### (2) 모집목적의 제한성

기부금품법에서는 고액 기부금품의 모집에 대해 공익목적으로 제한하기 위해 그 사업을 제한하고 있다. 그러나 공익목적사업은 열거된 경우로 한정되는 것이 아닌 더 광범위하게 존재할 수 있다. 물론 그 사업을 시행령에서 추가할 수 있도록 규정하고 있지만, 시행령에서는 이를 규정하지 않다. 그 결과, 그 이외의 공익목적사업을 위해 기부금품을 모집하여야 하는 경우에 1천만원 미만으로 축소하여 여러 번 모집하여야 하는 문제가 있다.

## 3. 개선방안

### (1) 모집자

모집자는 기부재산을 모집하는 자이기 때문에 등록은 그 정의요건에 맞지 않는다. 따라서 모집자는 '제0호에 따른 기부재산을 모집하는 자'로 정의할 필요가 있다.

### (2) 모집목적

모집 목적을 확장하는 방식에 대해서는 현행 사업 목적을 확대하는 방안과 소극적으로 등록제외사업을 규정하는 방식을 제시할 수 있다. 소극적 방식의 예로 불법행위 등을 목적으로 하는 경우를 제시할 수 있다.<sup>1)</sup> 그러나 기부 또는 기부재산에 대한 정의에서 공익 목적을 추가하는 것을 제안하였기 때문에 등록요건에 있어 추가적으로 공익 목적을 규

---

1) 김진우, 위의 글, 299면.

정하는 것은 적합하지 않다고 판단된다. 따라서 현행법 제4조 제2항 전문은 삭제하고, 후문만을 규정하거나 후문을 제1항으로 이동하는 것이 바람직할 것이다.

# 제4장 유산기부 활성화

## I. 유산기부 활성화를 위한 입법과제

김진우

### 1. 시작하며

(1) 우리 국민 중에는 고령이나 질병으로 인한 죽음을 앞두고 자신의 재산 전부 또는 일부를 공익활동을 하여 기꺼이 바치고자 하는 사람들이 있으며, 이러한 형태의 기부(이른바 유산기부)는 고령화 시대, 핵가족 및 무자녀 시대를 배경으로 앞으로 점점 더 증가할 것으로 예상되고 있다. 유산기부는 민사법적으로 볼 때 유언 또는 사인증여(민법 제 562조)에 의한 기부이다. 즉, 유산기부는 피상속인이 상속재산(유산)의 전부 또는 일부를 공익목적을 위하여 출연하기로 약정하는 단독행위(유증에 의한 기부<sup>1)</sup>) 또는 계약(사인증여에 의한 기부)을 말한다. 이러한 유산기부는 고령화 시대, 핵가족 및 무자녀 시대를 배경으로 앞으로 점점 더 증가할 것이다.<sup>2)</sup>

(2) 그러나 민법상의 유류분 제도로 인하여 피상속인의 이러한 유지(遺志)가 아예 실현되지 못하거나 부분적으로만 실현될 위험이 있다. 유류분권리자는 유류분을 침해하는 기부행위에 대하여 그 이행에 응하지 않아도 되기 때문이다. 그 점에서 유류분 제도는 유산기부에 대한 최대의 법적 장애물이라고 할 수 있다. 현행법상 유류분은 일정한 범위의 상속인(직계비속, 배우자, 직계존속, 형제자매)에 대하여 피상속인의 재산 형성에 실제로 기여했는가를 불문하고 피상속인의 재산 중 일정한 비율(법정상속분의 1/2 또는 1/3)을 확보할 수 있도록 하기 때문이다. 이 권리는 근친이 피상속인의 재산 형성에 기여했는가와 완전히 무관하게 인정된다. 그들의 경제적 상황과 감정적인 결속 여부도 아

---

1) 기부(Spende, Contribution)는 우리 현행법에 정의되지 않았지만 공익활동을 위한 자발적·종국적 무상출연이라고 할 것이다. 이 개념에 관한 상세한 논의는 김진우, “기부금품법의 몇 가지 사항에 관한 개정방안”, 한양법학 제27권 제4집, 2016, 291면 이하. 서종희, “기부활성화를 위한 기부연금제 도입에 있어서의 한계: 민법상 유류분과의 관계”, 외법논집 제43권 제1호, 2019, 64면도 같은 취지이다.

2) 미국과 영국의 경우 전체 기부금액에서 유산기부 비중이 각 8%와 33%에 이르지만, 우리나라는 0.5%에 불과한 것으로 알려져 있다. 조선일보 2013. 10. 16., 6면.

무런 역할을 하지 못한다. 유류분권리자는 직계비속, 배우자, 직계존속, 형제자매이다(민법 제1112조). 이러한 유류분 제도는 그동안 강행적 친족상속과 무제한적 유언자유 사이의 타협의 산물로 받아 들여져 왔다.<sup>3)</sup> 그러나 현재 이러한 유류분 제도에 대하여는 공감대가 점점 줄어들고 있다. 유언 관련 상담 실무에서는 상속재산을 유류분권의 제약 없이 처분하거나 상속시키고 싶다는 요구가 빗발치고 있으며, 공익목적에 위한 출연에 대해서는 유류분에 대한 특전을 인정해야 한다는 목소리도 대두하고 있다.

## 2. 현행 유류분 제도의 문제점, 정당화사유 및 개선방안

### 가. 문제점

입법자는 누가 상속을 받아야 하는지와 관련하여 원칙적으로 두 가지 가능성 중 어느 하나를 선택할 수 있을 것이다. 하나는 피상속인으로 하여금 유언을 통해 재산을 자유롭게 처분할 수 있도록 하는 것이다(유언의 자유). 둘은 피상속인의 처분의 자유를 박탈하여 상속재산을 일정 규칙에 따라 근친에게 배분되도록 하는 것이다(친족상속). 그러나 우리 민법은 어느 대륙법계와 마찬가지로 유언의 자유를 인정하면서도 유류분에 의하여 이를 제한하는 절충적 입장을 취하고 있다.

유류분이란 법정상속인을 보호하기 위하여 그에게 유보된 상속재산에 대한 최소한의 법정비율이다.<sup>4)</sup> 이러한 유류분은 일반적으로 유언의 자유를 무제한으로 인정할 경우 발생할 수 있는 부작용, 즉 법정상속인의 생계가 어려워지는 상황을 극복하려는 데 있다고 설명되어 왔다. 즉, 사후부양기능 내지 유족생존보장기능이 유류분 제도의 핵심 근거라고 한다.<sup>5)</sup> 그 밖에 유류분 제도는 가족구성원 사이의 유대기능 내지 연대성, 공동상속인 사이의 상속에 관한 공평성 유지기능을 가진다고 한다.<sup>6)</sup>

3) 김주수/김상용, 친족·상속법, 제15판, 2018, 859면; 윤진수, 친족상속법 강의, 제2판, 2018, 557면; 한봉희/백승흠, 가족법, 2013, 644면.

4) 윤진수, 친족상속법 강의, 557면.

5) 윤상현의원 대표발의, 민법 일부개정법률안, 제398호, 2016. 6. 22.의 “제안이유 및 주요내용”은 “현행법은 일정한 범위의 상속인에 대하여 피상속인의 재산 중 일정한 비율 확보할 수 있게 함으로써 피상속인의 사후에도 생계의 기초를 유지할 수 있도록 배려하기 위하여 유류분제도를 마련하고 있음”이라고 설명하고 있다; 김주수/김상용, 친족·상속법, 859면; 한봉희/백승흠, 가족법, 644면; 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명: 유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토”, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 710면, 715면 이하.

6) 정구태, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 715면 이하; 가정준, “유언의 자유와 제한을 통해 본 유류분제도의 문제점과 그 개선방안”, 비교사법 제78호, 2017, 1280면 이하.

유류분 제도가 실제로 위와 같은 기능을 담당하고 있는지 그리고 어떠한 문제점을 가지고 있는지를 판단하는 데 기초가 되는 몇 가지 사례를 들어 본다.

<사례 1> 부부가 경제적으로 자립한 성년의 자녀들을 배제하고 각각 생존배우자에게 자신의 재산 전부를 물려주고자 한다.

<사례 2> 자녀 없는 부부 각자가 사망할 경우 생존배우자가 피상속인의 각각의 부유한 부모와 상속재산을 분배해야 하는 사태를 피하고 싶다.

<사례 3> 처와 사별한 피상속인에게는 아들과 딸이 있다. 그는 자신의 전 재산을 직업적으로 성공하고 부유한 집안의 배우자와 혼인한 아들을 대신하여 아프고 경제적으로 불우한 환경에서 살고 있는 딸에게 물려주고 싶어 한다.

<사례 4> 피상속인은 그의 사업체를 가족구성원이 승계하여 운용하기를 원하고 그래서 고등교육을 받은 딸에게 상속시키고 싶어 한다. 그러나 아들은 상속 시에 돈을 만지고 싶다고 한다.

<사례 5> 피상속인은 그의 외동딸과 심한 말다툼을 한 뒤 딸과 전혀 접촉할 수 없었고 손자도 볼 수 없었다. 그는 자신의 전 재산을 그의 노년을 돌보았던 조카에게 물려주고 싶어 한다.

<사례 6> 배우자와 사별한 고령의 피상속인은 중병에 걸려 있는 5년 동안 딸로부터 간병을 받았으며, 아들은 이 기간 동안 피상속인의 근처에 얼씬도 하지 않았다. 피상속인은 그의 전 재산을 딸에게 물려주고 싶어 한다.

현행 유류분 제도는 지나치게 경직되어 있다. 현행법 아래서는 위 <사례 1>부터 <사례 6>까지 모두 유류분으로 인하여 피상속인의 희망이 실현될 수 없기 때문이다. 한편으로 <사례 1>부터 <사례 4>까지에서 피상속인이 보다 많은 유언의 자유를 바라는 것은 이기주의나 특정 가족구성원에 대한 적대감에 기한 것이 아니라 오히려 가족에 대한 책임감과 연대성 내지 유대의식에 입각한 것이다. 즉, 그것은 고령 잔존배우자의 생계보장,<sup>7)</sup> 특히 부양을 요하는 자녀에 대한 지원, 평생을 바쳐 일군 가족사업체의 유지를 위한 것이다. 다른 한편으로 <사례 5>와 <사례 6>에서 피상속인이 조카 또는 딸에게 재산을 물려주려고 하는 것은 피상속인이 가족적 결합을 일반적으로 거부해서가 아니라 유류분권을 가진 직계비속의 가족적 유대의식의 결여로 인한 것이다. 현행법의 범위 내에서는 피상속인의 희망이 아무리 좋은 의도를 가지고 또 객관적으로 수긍할만한 이유를 갖더라도 유류분의 질곡으로부터 벗어날 수 없다. 이것은 우리 유류분 제도의 존재이유에 물음표를 던진다. 아래에서

7) 서종희, 외법논집 제43권 제1호, 2019, 56면에 의하면, 우리나라의 65세 이상 빈곤율은 2015년 기준 OECD 국가 중 가장 높으며, 평균수명의 연장으로 인하여 고령자에 대한 부양이 심각한 사회문제화 되었다고 한다.

는 유류분 제도가 자연법적 존재로서 불가결한 것인지 그리고 유류분권을 인정하는 입법례에서 권리자의 범위가 어떠한지 등을 파악하기 위하여 외국의 법상황을 간략히 살펴본 후 유류분 제도의 현재적 정당성 여부를 밝히고 우리 법의 개정론을 전개한다.

## 나. 유류분 제도의 정당화사유에 관한 검토

### (1) 헌법재판소 결정에서의 정당화사유와 그 한계

유류분은 피상속인의 기본권인 재산처분의 자유 내지 유언의 자유(헌법 제23조 제1항) 및 행복추구권(헌법 제10조)을 제한하는 것이므로 정당화사유를 필요로 한다.<sup>8)</sup> 우리 헌법재판소는 유류분 제도의 취지를 피상속인의 재산처분의 자유 및 유언의 자유를 보장하면서도 ① 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하며, ② 유족의 상속재산형성에 대한 기여, ③ 유족의 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 데서 찾는다.<sup>9)</sup> 그러나 이에 대하여는 ㉠ 유류분 제도의 부양적 기능이 오늘날 상당부분 상실되었고, ㉡ 상속인의 재산형성에 대한 기여도 크게 감소하였으며, ㉢ 무엇 때문에 상속인의 상속재산에 대한 기대가 보장되어야 하는지를 설명하지 않고 있다는 비판이 가능하다.<sup>10)</sup>

먼저 유류분 제도의 **생존권 보호 내지 부양기능**에 관하여 살펴본다. 강행적 친족상속권의 도입과 유지를 위하여 가장 흔히 등장하는 논거는 유족에 대한 경제적 부양 내지 생존권 보호이다. 그러나 2010년 이후 우리 국민의 평균수명이 80세를 넘으면서<sup>11)</sup> 상속 개시 당시 자녀의 연령이 40-50대 이상인 경우가 대부분을 차지하게 되었다. 이러한 연령대의 자녀들은 대개 이미 가정을 꾸리고 경제적으로 독립하여 생활하고 있는 까닭에 부모에 대하여 부양청구를 할 수 없다. 이들 연령대의 유류분은 대개 권리자의 생활수준을 개선하거나 경우에 따라서는 손자들의 경제적 독립을 지원하는 역할을 하게 될 것이다. 그러나 유류분권이 권리자의 생계보장이 아니라 생활수준의 개선 또는 손자들에 대한 경제적 지원에 기여한다는 사실은 피상속인의 의사에 반하여서까지 유산에 대한 최소한의 지분을 보장하기 위한 설득력 있는 논거가 될 수 없다.<sup>12)</sup> 따라서 이러한 경우에는 피상속인이 유언

8) 정구태, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 714-715면. 최준규, “독일의 유류분 제도”, 가족법연구 제22권 제1호, 2008, 297면은 유류분 제도는 자유주의 이념에 반할 여지가 있다고 한다.

9) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정.

10) 유사한 지적으로 김수정, “유류분제도의 헌법적 근거와 법정채적 논의”, 가족법연구 제20권 제2호, 2006, 12면; 가정준, 비교사법 제78호, 2017, 1275면.

11) 중앙일보 2019. 5. 8., 3면에 의하면, 한국인의 예상수명은 남성은 85.2세, 여성은 88.6세이다.

12) 정구태, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 718면은 유류분 제도가 상속인의 기존의 생활수준을 유지하도록 하는 데 그 취지가 있다고 하나 적어도 자녀에 관한 한 수긍하기 어렵다. 이미 독립된 경제생활을 하고 있을 40-50대의 상속인에 대하여 유류분은 기존의 생활수준 유지가 아니라 생활수

의 자유를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 경제적 능력이 없거나 부족한 배우자가 있을 수 있으며, 특히 다음과 같은 경우에는 배우자나 자녀의 유류분이 여전히 인정되어야 할 것이다.

<사례 7> 처와 두 자녀를 남겨둔 채 불치의 병으로 죽음을 앞 둔 40대 피상속인이 유언을 통해 그의 전 재산을 동물복지를 위한 재단에 기부하였다. 두 자녀는 미성년자이고 아직 교육 중에 있으며, 그들은 지금까지 피상속인의 도움으로 살아 왔고, 처도 재산이 없다.

위 사례에서 자녀와 처는 피상속인의 유산이 없다면 공적 부조나 그 밖의 도움에 의존해야 하므로, 이러한 경우에는 -비록 공익목적의 출연이라 하더라도- 상속재산 중 일부나마 자녀와 배우자에게 주어져야 할 것이다. 그런데 <사례 7>과 유사한 경우들은 현실에서는 오히려 드물다고 할 수 있으므로 생존권 보호 내지 부양기능을 유류분 제도의 존재이유로 전면애 내세우는 것은 그다지 적절치 않다.

피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호한다는 논거는 피상속인이 유언의 자유를 오남용하는 경우로부터의 유족 보호를 포함할 것이다. 이러한 보호는 한편으로 피상속인이 가족 아닌 사람, 특히 유증을 받기 위하여 피상속인에게 접근한 자나 다른 법정 상속인에게 불리하고 자신에게 유리한 사인처분을 유도하기 위하여 노력하는 상속인의 영향을 받고 있는 경우에 중요성을 가질 것이다. 다른 한편으로 무제한의 유언자유는 피상속인이 다른 가족구성원에 대하여 부적절한 압력을 행사하는 도구로 사용될 것이라는 우려가 있을 수 있다. 그러나 이들 시각은 설득력이 크지 않다. 현행법상의 유류분권은 생전에 피상속인으로부터 사랑받지 못한 자녀의 재산적 이익이 무시되는 사태로부터 자녀를 보호하는 기능을 갖는 것은 사실이다. 그러나 피상속인이 특정 근친에 유리한 사인처분을 하였다면 거기에는 필시 그럴만한 사정이 있을 것이다(위 <사례 1>에서 <사례 6> 참조). 뿐만 아니라 피상속인의 근친에 대한 일정 행태의 기대에 대하여는 무분별하다거나 심지어 오남용의 가능성이 있다고 비난하기 쉽지 않다. 오히려 위 <사례 5>나 <사례 6>에서 볼 수 있듯 자녀가 피상속인을 수년간 돌보지 않았고, 심지어 손자에 대한 접근을 거부했다면 피상속인이 그러한 자녀에게 재산을 남기지 않으리라고 결심하는 것을 이해 못할 바 아니다. 나아가 유류분권이 생존 중 부모의 편애에 대한 적절한 사후적 보상수단인지도 의심스럽다. 오히려 유류분은 이 문제를 피상속인의 사망 후에 부각시켜 잔존 가족의 평화를 근본적이고 지속적으로 파괴할 수도 있다.<sup>13)</sup> 또한 유언의 자유가 피상속인이 다른 가족구성원

---

준을 개선하는 역할을 할 것이어서 피상속인의 유언의 자유를 훼손시킬만한 정당화사유로 보기 어렵기 때문이다.

에 대하여 부적절한 압력을 행사하는 도구로 사용될 수 있다는 입론은 무엇 때문에 근친에게 상속재산에 최소한 참여할 수 있는 권리가 주어지는지를 적극적으로 설명하지 못한다. 유언자유에 대한 오남용에 대한 효과적인 방지는 가령 방식규정의 강화와 같은 조치에 의해야 할 것이다.

우리 문헌 중에는 연혁적으로 유류분 제도가 존재하지 않던 우리나라에 1977년에야 비로소 이 제도가 도입된 것은 “피상속인이 딸들에게는 재산을 물려주지 않으려는 남녀차별 현상을 막으려는 것이 주된 목적”이었던 것으로 보인다고 설명하는 경우가 있다.<sup>14)</sup> 근래 유류분반환청구소송이 급증하는 원인은 고령의 부모 세대에 남아있는 남아선호사상으로 인한 장남에 대한 많은 재산의 증여에 있으며, 딸들의 권리의식의 향상으로 실제로 대다수의 유류분반환청구소송은 여성이 남자형제를 상대로 제기하고 있다고 한다.<sup>15)</sup> 한편으로 이러한 현상을 부정할 수는 없지만, 다른 한편으로 앞의 <사례 1>부터 <사례 6>까지에서 볼 수 있듯 누구보다도 가족의 사정을 잘 감안하여 상속재산을 처분하려고 하는 피상속인을 감정적이고 편파적인 인간으로 만들어 버리는 현행 유류분 제도는 다분히 문제가 있다. 또한 상속인 사이의 공평한 상속재산분배라는 차원에서는 위 남녀차별의 방지에 관한 위와 같은 논거가 의미가 있지만, 경제적으로 자립한 상속인에 대한 상속재산의 계승과 공익 활동을 위한 피상속인의 의사가 충돌하는 경우에는 위 논거는 효용성을 발휘하기 어렵다.

다음으로 유류분의 존재이유를 **상속재산형성에 대한 기여**에서 찾는 것은 상속재산이 가산(家産)임을 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 피상속인과 배우자가 아닌 그의 자녀가 피상속인의 재산을 공동으로 형성한다는 것은 오늘날의 경제적·사회적 상황과 잘 어울리지 않는다. 재산 형성에 대한 자녀의 기여도는 이제 극히 드물다.<sup>16)</sup> 과거의 가족은 경제·생산공동체였지만, 오늘날의 가족은 오히려 양육·소비·여가공동체로서의 성질을 갖는다.<sup>17)</sup> 심지어 농촌에서도 부모와 자녀가 함께 살고 일하는 경우는 드물다. 자녀들은 이미 청소년기에 흔히 학업을 위하여 부모의 집을 떠나 생활하기도 한다. 자녀가 부모의 집에서 사는 경우에도 피상속인의 재산 형성에 기여하는 바 없다. 자녀는 부모의 소득으로 학업을 수행하거나 소비생활을 한다. 그래서 피상속인의 재산 형성에 대한 자녀의 기여는 자녀가 소비를 포기하거나 줄이는 데서 찾을 수 있을 뿐이다. 가산 개념 자체도 모순적이다. 현행 법상 “가족”은 권리의무의 주체가 될 수 있는 능력을 갖지 않기 때문이다.<sup>18)</sup> 유류분권은

13) 전경근, “유류분제도의 현황과 개선방안: 유류분의 산정을 중심으로”, 가족법연구 제32권 제2호, 2018, 345면.

14) 윤진수, 친족상속법 강의, 558면.

15) 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호, 2016, 111면; 전경근, 가족법연구 제32권 제2호, 2018, 343-344면.

16) 김상용, “변화하는 사회와 상속법: 자녀의 유류분을 중심으로”, 민사판례연구 제38권, 2016, 984면.

17) 이러한 맥락에서 오늘날 가족구성원의 기여는 주로 정서적 지원, 도움 및 배려의 형태로 이루어진다.

현행법상 권리자가 피상속인의 재산 형성에 전혀 기여한 바 없는 경우에도 인정된다는 점에서 -헌법재판소의 판시에도 불구하고- 그것이 어떻게 정당화될 수 있는지 여전히 해명을 요한다.

마지막으로 상속인의 **상속재산에 대한 기대 보장**의 논거에 대하여 살펴본다. 피상속인을 생전에 정서적으로 후원하였던 상속인은 상속 시에 유산으로 보상받기를 희망할 것이다. 유류분권은 이러한 상속인의 상속재산에 대한 최소한의 참여를 기대케 한다. 그러나 이러한 기대는 피상속인을 그의 생전에 가족적 유대관계 아래서 정서적으로 후원하였던 상속인에 대해서만 정당화될 수 있다. 피상속인과 관계가 오랫동안 단절되었던 자녀의 가족적 유대관계에 대한 기여는 관념하기 어렵고, 이 경우에는 기껏해야 관계의 단절이 주로 피상속인의 행태에 원인이 있는 때에 자녀의 유류분권이 정당화될 수 있을 것이다.

결국 필자의 시각에서는 유감스럽게도 위 헌법재판소 결정은 유류분권의 존재이유를 설명하는 데 충분하지 않다. 유류분 제도는 암묵적으로 혈통에 근거한 가족의 재산적 이해를 대변하지만, 이는 현대 사회에서의 가족의 모습과는 썩 조화를 이루지 못한다. 독일에서도 유류분 제도는 수용위기(Akzeptanzkrise)에 처해 있다고 한다.<sup>19)</sup>

## (2) 가족의 연대 내지 유대관계

오늘날 유류분권은 일반적으로 가족의 연대 내지 유대관계를 통해 정당화될 수 있을 것이다.<sup>20)</sup> 가족은 각 구성원 사이의 유대관계를 기반으로 한다. 부부의 연대는 혼인에 의하여 성립한다. 이에 의하여 부부는 서로를 보호하고 보살필 의무를 지게 된다. 자녀의 경우 유대관계는 출생 또는 입양으로 시작된다. 부모와 자녀는 서로 돕고 배려할 의무가 있다. 이와 같은 유대공동체에서 배우자 간 그리고 부모와 자녀는 서로 간에 인적·물적으로 책임을 부담하게 된다. 이것은 생존 중에는 부양의무로 표현된다. 여기서 부모와 자녀는 서로에게 물적 지원을 해야 할 의무를 부담한다. 가족구성원 사이의 이러한 유대관계는 피상속인의 상속재산에 대한 최소한의 참여도 정당화한다. 즉, 유류분권은 가족구성원 사이에 전형적인 유대관계에 기한 급부에 대하여 총괄적 정산 형태로 후발적 보상이 이루어지도

18) 가산 개념에 대한 비판으로 박세민, 일감법학 제33호, 2016, 109-110면; 정소민, “유류분반환청구권에 관한 고찰: 법적 성질 및 시효 소멸에 관한 논의를 중심으로”, 외법논집 제30호, 2008, 3면.

19) Dauner-Lieb, DNotZ 2001, 460; Röthel, Pflichtteil und Stiftungen: Generationengerechtigkeit versus Gemeinwohl?, ZEV 2006, 8.

20) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바567 결정은 “유류분권리자는 일반적으로 혈연이나 가족 공동생활을 통하여 피상속인을 중심으로 긴밀한 유대관계를 가졌던 사람들로서, 유류분은 피상속인이 법정상속에서 완전히 벗어난 형태로 재산을 처분하는 것을 일정 부분 제한함으로써 가족의 연대가 종국적으로 단절되는 것을 저지하는 기능을 갖는다”고 판시한다; 정구태, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 721면 이하.

록 한다. 피상속인이 생존 중에 가족생활을 하였고 유대관계에 기한 급부를 제공받았다면 그는 가족구성원을 상속재산에 대한 참여로부터 완전히 배제할 수 없는 것이다. 부양필요성에 따라 유류분권을 인정하는 방안에도 선뜻 찬동하기 어렵다. 부양필요성은 아래의 <사례 8>에서 볼 수 있는 바와 같이 우연에 의존할 수 있기 때문이다.

<사례 8> 갑(甲)남과 을(乙)녀는 두 명의 자녀가 있는 부부였다. 을은 3년 전 암으로 사망하였다. 자녀 병(丙)과 정(丁)은 25세와 19세이다. 병은 대학졸업 및 군복무 후 은행원으로 일하고 있다. 정은 의과대학 신입생이다. 갑은 정의 대학입학 한 달 후 질병으로 사망하면서 그의 새로운 배우자 무(戊)에게 전 재산을 주라고 유언하였다. 이에 병과 정은 유류분권을 행사하고자 한다. 유류분권이 권리자의 부양필요성에 의존한다면, 이 사례에서는 교육 중인 정만 유류분권을 갖게 된다. 만일 병이 교육 중이고 정이 교육과 대학을 이미 마쳤다면 유류분을 청구할 수 있는 자가 반대로 된다. 그에 따라 유류분권은 우연에 의존한다. 상속이 25년 후에 개시된 경우도 마찬가지일 것이다. 다음과 같은 상황을 상정해 보자. 병은 은행의 합리화 조치 과정으로 퇴직한 후 1년 동안 무직상태였다. 정은 의사로서 성공가도를 달려왔다. 여기서도 유류분권은 다시 우연에 의존한다. 결국 부양필요성을 유류분권의 요건으로 하게 되면, 두 자녀 중 한 사람은 상속 개시 당시 교육 중이고 다른 한 사람은 교육을 이제 막 마쳤거나, 한 사람은 무직상태이며 다른 한 사람은 상속 개시 후 한 달 후에 무직상태가 되는 경우에 불공평을 초래한다.

한편 유류분권을 부양필요성에 의존케 하는 것은 유류분권의 부양기능에 초점을 맞춘 것이다. 그러나 유류분권의 부양기능은 변화된 경제·사회관계 속에서 크게 퇴색하였다. 뿐만 아니라 유류분권의 존재이유를 유족의 부양기능에서 찾는 것은 현행법상 유류분은 구체적인 부양필요성과 무관하게 인정된다는 점과 조화를 이루기 어렵다.

요컨대 오늘날 유류분권은 가족적 유대관계에서 그 존재이유를 찾을 수 있다. 유류분권이 부양청구권으로 변형된다면, 가족구성원의 상속재산에 대한 최소한의 참여는 더 이상 인정될 수 없게 된다. 변화된 유류분권의 존재이유와 부당한 우연적 결과로 인하여 유류분권은 유류분권리자의 부양필요성에 의존케 해서는 안 된다.

물론 가족구성원 사이에 원만한 유대관계가 전혀 존재하지 않았던 경우에는 유대사상에 의한 유류분권의 정당화는 의제(Fiktion)에 불과하다. 또한 유대관계에 입각한 유류분권은 가족사업체의 지속과 조화를 이루지 못한다. 예컨대 앞의 <사례 4>에서 돈을 만지고 싶어 하는 아들로 인하여 경우에 따라서는(특히 자금 유동성이 좋지 아니한 경우에는) 궁극적으로 사업체가 매각되어야 하므로 가족에 의한 사업의 계속이라고 하는 가족의 유대를 기할 수 없고 피상속인의 유지도 존중될 수 없다.<sup>21)</sup> 결국 가족의 유대관계는 현재의 유류분 제

21) 박세민, 일감법학 제33호, 2016, 110면도 유류분 제도는 가족사업체의 승계를 저해하는 부작용을 가

도의 존재이유를 설명하기 위한 가장 유력한 논거일 수는 있으나 거기에 절대적인 의미를 부여할 수는 없다.

### 3. 유류분 제도의 개정방안 및 그 배경사상

(1) 유류분 제도의 기초가 된 가족관계의 모습은 과거와 크게 달라졌다. 유류분의 주된 취지는 유언의 자유를 무제한으로 인정할 경우 발생할 수 있는 부작용(법정상속인의 생계가 어려워지는 상황)을 극복하려는 데 있다고 설명되어 왔으나, 유류분의 부양적 기능은 오늘날 상당 부분 상실되었다. 2010년 이후 우리 국민의 평균수명이 80세를 넘으면서 상속 개시 당시 자녀의 연령이 40~50대 이상인 경우가 대부분을 차지하고 있다. 이 연령대의 자녀들은 대개 이미 가정을 꾸리고 경제적으로 독립하여 생활하고 있는 까닭에 부모에 대하여 부양청구를 할 수 없다. 이들 연령대에 대하여 유류분은 대개 상속인의 생활수준을 개선하거나 경우에 따라서는 손자들의 경제적 독립을 지원하는 역할을 하게 된다. 유류분권이 권리자의 '생계보장'이 아니라 '생활수준의 개선' 또는 '손자에 대한 경제적 지원'에 기여한다는 사실은 피상속인의 의사에 반해서까지 유산에 대한 최소한의 지분을 보장하기 위한 설득력 있는 논거가 될 수 없다.

(2) 상속재산의 일정 비율을 근친에게 유보하는 것을 강제하는 자연법적 원칙은 존재하지 않는다. 오히려 유류분 제도는 입법자의 결단에 의하여 그 도입 여부가 정해지는 실정법의 산물이다.<sup>22)</sup> 유류분 제도를 소유권적 관점에서 접근할 것인지 아니면 가족법의 관점에서 다룰 것인지와 관련하여 재산권적 성격이 강하다면 유언의 자유 내지 재산처분의 자유에 보다 비중을 두어야 할 것이다. 그러나 유류분의 완전한 폐지는 우리 국민의 다수가 찬성하지 않을 것이다. 피상속인이 사망한 때에 부양을 요하는 배우자 또는 자녀가 있을 수 있고 또 피상속인이 생존 중에 가족생활을 통해 가족의 연대 내지 유대관계에 기한 급부를 제공받았다면 유류분 제도를 통해 적정한 범위에서 총괄적 정산을 받는다고 생각할 수 있으므로 유류분 제도를 전면적으로 폐지하는 것은 곤란하다. 나아가 기부에 대해서만 유류분 제도의 직접적인 특례를 인정하는 것은 대개의 국가에서 채택하지 아니하고 있으며 우리 국민의 정서상으로도 아직 그것을 수용할만한 단계에 이른 것으로 보기 어렵다.

---

진다고 한다.

22) Buchholz, Pflichtteilsrecht als Naturrecht?, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium 30. 11. - 2. 12. 2006 in Salza, 2007, 133은 유류분법이 자연법인지에 관한 의문에 대하여는 연혁적으로 부정할 수밖에 없다고 한다. Pintens, Pflichtteilsrecht in Belgien und in den Niederlanden, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium 30. 11. - 2. 12. 2006 in Salza, 2007, 219는 네덜란드의 역사상 배우자는 단 일순간도 유류분권리자에 포함된 적이 없다고 한다.

또한 유류분이 우리 고유의 전통적 제도라고 할 수는 없지만<sup>23)</sup> 적어도 상속재산의 일부가 상속인에게 유보된다는 사실은 1977년 유류분 제도가 시행된지 40여년이 경과한 이제 우리 국민의 일반적 법의식으로 정착되었다고 할 것이다. 또한 모든 대륙법계가 근친의 유류분을 인정하고 있는 상황에서 우리 민법이 돌연 근친의 유류분을 전적으로 폐지하는 것은 옳은 선택이 아닐 것이다. 그러나 유류분권리자인 근친의 범위를 재조정할 필요는 있다.

(3) 직계존속과 형제자매<sup>24)</sup>의 유류분권은 폐지함이 좋을 것이다(프랑스 민법, 오스트리아 민법, 네덜란드 민법과 같음).<sup>25)</sup> 직계존속 및 형제자매의 유류분권은 대가족이 일반적이었던 시대의 유물로서 부부 중심의 핵가족으로 변화된 오늘날의 일반적 가족형태에 비추어 정당화되기 어렵다. 가족의 유대관계도 1차적으로 부부와 자녀 사이에, 즉 핵가족의 범위 내에서 존재한다. 이처럼 오늘날 핵가족이 사생활의 중심을 이루고 있다면, 그것은 유류분권리자의 범위도 결정하는 기준이 될 수 있어야 한다. 특히 자녀 없는 부부가 유산 기부를 하였는데, 직계존속이나 형제자매가 유류분 반환청구를 하는 것은 사회적으로 바람직하지 않고 수긍하기도 어렵다.

(4) 직계비속과 배우자의 유류분권을 폐지하는 방안은 유류분권의 존재이유나 우리 국민의 정서에 비추어 채택하기 어렵다. 헌법상 보호되는 자녀와 배우자의 유류분권을 현저히 침해하지 않으면서도 합리적인 범위 내에서 사회 일반을 위하여 기부하고 재단을 설립할 수 있는 유언자유의 확대 방안이 모색되어야 한다.

(5) 자녀와 배우자가 법정상속분의 1/2을 유류분으로 청구할 수 있도록 하는 것은 유언의 자유를 상대적으로 우선해야 한다는 시각에서 볼 때 적절하지 못하다. 배우자와 자녀의 유류분권을 각 법정상속분의 1/3로 축소하는 것은 유언의 자유를 유류분보다 상대적으로 우선한다는 시그널을 주는 것으로<sup>26)</sup> 유의미하며 헌법적으로도 문제되지 않는다고 할 것이다. 직계비속과 배우자의 유류분 비율을 1/3로 축소하더라도 가족의 유대관계가 약화되지

23) 이에 관하여는 박세민, “일본 유류분제도의 도입과 고유의 상속법 원리와의 조화”, 법사학연구 제58호, 2018, 237면 이하; 이동진, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 157면 이하.

24) 유류분권리자에서 형제자매를 제외하자는 입장으로 변동렬, “유류분 제도”, 민사판례연구 제25권, 2003, 807면; 이은영, “유류분의 개정에 관한 연구”, 가족법연구 제18권 제1호, 2004, 220면; 김민중, “유류분제도의 개정에 관한 검토: 외국의 유류분제도와 비교를 중심으로”, 동북아법연구 제4권 제2호, 2010, 121-122면; 김상용, 민사판례연구 제38권, 2016, 1007면.

25) 김민중, 동북아법연구 제4권 제2호, 2010, 122면; 이동진, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 195면. 서종희, 외법논집 제43권 제1호, 2019, 67면은 민법 개정에 의하여 형제자매를 유류분권리자에서 제외하거나 형제자매는 공익목적의 증여에 대하여는 유류분권을 주장할 수 없도록 하자고 한다.

26) 윤상현 대표발의, 민법 일부개정법률안, 제398호, 2016. 6. 22.도 직계비속 및 배우자의 유류분을 법정상속분의 1/3로 개정할 것을 제안하고 있다. 최준규, 가족법연구 제22권 제1호, 2008, 297-298면은 유류분권이 헌법상의 권리라고 하여도 유언의 자유와의 관계에 있어서는 후자가 우선해야 하는 것으로 본다.

는 않을 것이다. 유류분 비율의 축소는 가족은 혈연뿐만 아니라 정서적·사회적 관계의 질에 의해서도 형성된다는 인식을 부각시켜 가족의 유대관계에 대한 노력을 유인할 것이어서 가족관계의 증진에 오히려 기여할 수도 있다. 더욱이 우리의 경우 서양과 달리 부모가 대학교 그리고 심지어 대학원 과정까지 교육비를 지원하고, 자녀 결혼 시 주택자금의 (일부) 공여 등 상당한 가치의 증여가 이루어지는 현실을 감안할 때 유언의 자유를 현재보다 강화하는 것이 바람직하다.

자녀의 유류분권이 인정되지 않는 미국에서 피상속인은 몇몇 이례적인 경우를 제외하고 스캔들 없이 재산상속에 대한 의사결정을 하고 있다고 한다. 조금 오래 전의 것이기는 하지만 미국의 실증적 연구에 의하면, 피상속인은 상속사례의 10%에서만 자녀를 상속에서 배제하는 데, 그것은 피상속인과 자녀 사이에 대개 더 이상 유대관계가 없는 경우를 대상으로 한다.<sup>27)</sup>

(6) 우리 판례와 통설은 유류분권의 사전 포기를 인정하지 않는다. 그에 반하여 덴마크, 독일, 아일랜드, 오스트리아, 이탈리아, 스웨덴, 스위스, 스코틀랜드, 터키, 폴란드, 프랑스, 핀란드, 헝가리에서는 유류분의 사전 포기가 가능하다.<sup>28)</sup> 일본에서는 가정법원의 허가를 받아 상속 개시 전에 유류분권을 포기할 수 있다(일본 민법 제1043조).<sup>29)</sup> 유류분의 사전 포기가 가능해야 민간공익활동을 장려할 수 있을 뿐만 아니라 가족사업체의 유지가 가능해진다. 이것을 막고 있는 우리 현행 유류분 제도는 매우 경직된 것이라고 할 수 있으므로 보다 유연성을 부여할 필요가 있다. 이에 유류분의 사전 포기를 인정하는 조항을 (민법 제5편 제3장에) 신설할 것을 제안한다.<sup>30)</sup> 이 경우 유류분 포기는 계약에 의한 상속법적 처분 행위로서의 성질을 갖는다고 할 것이다. 유류분 포기는 대개 보상을 받고 이루어질 것이나 무상의 유류분 포기를 부정할 이유는 없다.<sup>31)</sup>

(7) 가족적 유대관계가 붕괴된 경우, 예컨대 자녀의 피상속인에 대한 중대한 비행 또는 가족적 유대관계에 기한 피상속인에 대한 의무를 심히 위반한 경우<sup>32)</sup> 피상속인이 그 자녀

27) Rosenfeld, Disinheritance and Will Contests, Marriage and Family Review 5, 1982.

28) Inkmann, Die Sittenwidrigkeit von Pflichtsverzichten, 2019, 37 ff.

29) 일본의 유류분 제도에 관한 최근의 연구로는 박세민, 법사학연구 제58호, 2018, 237면 이하(최근 일본 유류분 제도 개혁은 유류분 제도를 약화시키는 것이라고 한다).

30) 이에 대하여 긍정적으로 김민중, 동북아법연구 제4권 제2호, 2010, 144-146면; 윤진수, “배우자의 상속법상 지위 개선 방안에 관한 연구”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 57면; 최준규, “유류분과 기업승계: 우리 유류분 제도의 비판적 고찰”, 사법 제37호, 2016, 385면 이하; 박세민, 법사학연구 제58호, 2018, 265면.

31) 독일의 경우도 이와 같다는 점은 Inkmann, 46 ff.

32) 독일 민법 제2333조는 ① 피상속인, 그의 배우자나 다른 직계비속 또는 피상속인과 이와 유사하게 가까운 관계에 있던 사람(계부모, 계자녀, 위탁아동 등)의 생명을 해하거나 해하려고 한 경우, ② 제1호에 언급된 자에 대한 범죄행위(1년 이상의 자유형에 처해질 수 있는 행위) 또는 중대한 비행을 저지른 경우(특히 부모와 자녀의 관계를 무시하고 부모에게 모욕적인 행위를 한 경우), ③ 피상속인에

의 유류분을 상실케 하는 상속결격사유(민법 제1004조)를 확대하는 방안을 고려해 볼 수 있다.<sup>33)</sup> 이러한 경우에도 자녀가 유류분을 주장할 수 있도록 하는 것은 유류분 제도의 존재이유(무엇보다도 가족의 유대관계)에 비추어 불합리하기 때문이다.

(8) 피상속인의 재산의 형성 또는 유지에 기여가 없는 자녀와 피상속인과 가족적 유대관계가 붕괴된 경우, 피상속인이 그 자녀의 유류분을 상실시킬 수 있도록 한다. 이에 민법에 유류분 상실 제도를 두어 가족적 유대관계에 기한 후발적 보상이라는 의미를 가지는 유류분 제도의 본질을 살린다(안 제1112조 제2항 신설).

위 방안과 선택적으로 ① 피상속인이 상속인에게 상속재산을 취득시키고자 하는 의사가 없고, ② 그와 같은 의사를 관철시키더라도 상속인에게 부양의 문제가 전혀 생기지 않으며, ③ 피상속인과 상속인 간에 이미 가족적 유대관계가 소멸한 경우에는, 상속인이 유류분반환청구를 한 경우라도 법원이 재판에 의해 그 유류분을 박탈할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

(9) 생전증여의 경우 수증자가 너무 오랫동안 유동적 상태에 놓여서는 안 된다. 유류분권자가 피상속인이 사망할 때까지 오랜 기간 증여로 인한 재산감소로 초래된 상태에 익숙해졌고 따라서 그들은 오래 전의 증여로 인한 유류분의 감소를 피해로 인식하지 않을 것이다. 그에 따라 증여 후 10년이 지나면 증여는 완전히 무시해도 좋을 것이다. 이를 위해 민법 개정안 제1114조를 다음과 같이 개정한다. “증여는 상속 개시 전 1년 내에는 전부를, 상속이 개시되기 전 그 이전의 각 연도는 각 10분의 1씩 감축하여 반영된다. 증여 객체를 급부한 때부터 10년이 경과한 때에는 증여는 반영하지 않는다.”

(9-1) 여기서 10년의 기간은 법적 안정성에 이바지하는 제척기간으로 한다. 10년 기간의 기산점은 피상속인이 출연의 객체를 급부한 시점이며, 그것은 개별적 증여에 대해 각 탐지되어야 한다.

(9-2) 개정안 제1114조에 따른 ‘급부’는 유류분권자를 위해 급부행위가 아니라 급부결과를 가리킨다고 새겨야 한다. 따라서 동산이든 부동산이든 소유권이 완전히 이전된

---

대한 법률상의 부양의무를 고의로 위반한 경우, ④ 고의적 형사범죄에 대하여 1년 이상의 집행유예 없는 자유형의 확정판결을 받은 경우. 이와 유사하게 중대한 고의의 범죄로 인하여 정신병원이나 중독치료소에 수용되도록 선고하는 판결이 확정된 경우에 피상속인이 자녀의 유류분을 박탈할 수 있도록 하고 ①부터 ④까지는 직계존속 또는 배우자의 유류분 박탈에 관하여 이를 준용하도록 하고 있는 바, 이는 우리 법이 거의 그대로 계수할 수 있는 내용으로 여겨진다. 그 밖에 오스트리아 민법 제770조, 스위스민법 제477조도 이와 유사한 내용을 두고 있다.

33) 정구태, (단국대) 법학논총 제33권 제2호, 2009, 724-725면은 신의칙의 적용을 통해 유류분반환청구를 인정하지 않을 수 있다고 하나 상속결격사유의 확대사유를 명문화하는 것이 수범자나 법원의 입장에서 공히 법적 안정성을 제고하는 데 유리할 것이다. 같은 취지로 김세준, “유류분제한의 필요성과 그 요건: 독일상속법 규정의 검토 및 그 시사점을 중심으로”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014, 346면; 이동진, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 197면.

시점이 기준이 된다. 특히 부동산은 물권적 변동을 초래하는 등기가 있어야 한다.

(9-3) 필자의 개정안에 따르면 증여가액이 매년 비율적으로 감축된다.<sup>34)</sup> 예컨대 증여액이 100인 경우, 상속개시 전 첫해에는 전액 고려되고 상속개시 전 2년째부터는 1/10씩 감액된다(가령 상속개시 전 2년째에는  $9/10 = 90$ , 3년째에는  $8/10 = 80$ ). 이처럼 증여가액이 매년 1/10씩 녹아 사라지기 때문에 용해모델(Abschmelzungsmodell)이라고도 일컬을 수 있다. 이러한 법률개정을 전제로 있을 수 있는 가상사례를 들어본다.

<사례 1> 처와 사별한 피상속인 甲은 딸 乙에게 그의 주택을 넘기고 양로원으로 이사하는 것을 고려하고 있다. 이러한 상속재산 선급의 중요한 동기는 호감이 가지 않는 아들 丙을 상속에서 배제하기 위한 것이다. 甲은 자신이 고령이어도 이 목표를 적어도 부분적으로 달성할 수 있는지를 그의 변호인에게 묻는다.

위 <사례 1>에서 피상속인의 기대수명이 10년 미만이라도 유류분의 감축이라는 관점에서 생전 증여 및 미리 행하여진 상속은 고려할 가치가 있다. 증여 객체의 급부가 10년이 지나면 증여는 전혀 고려되지 않는다.

<사례 2> 피상속인 甲은 2007. 3. 공익목적 추구를 위한 재단법인에 10억 원을 기부하였고, 2013. 4. 다시 3억 원을 기부하였다. 그 후 2018. 5. 甲이 사망하였다.

위 <사례 2>에서 증여가 있는 후 10년이 지난 첫 번째 증여는 전혀 고려되지 않는다. 증여가 있는 후 5년이 지난 두 번째 증여는 50%의 가액인 1억 5,000만 원에 대해 유류분반환청구권을 위해 유류분 산정의 기초재산으로 산입된다. 유언에 의한 재단 설립 및 그와 연계된 재산의 출연은 유류분반환청구권의 객체가 된다.<sup>35)</sup> 생전처분에 의한 재단 설립은 설립자의 단독행위이므로 증여가 아니지만, 유류분반환청구권을 유명무실화하지 않기 위해 제1114조가 유추 적용되어야 한다.<sup>36)</sup> 재단의 법형식을 가진 공익조직의 기본

34) 독일 민법 제2325조 제3항 제1문에 해당한다.

35) 독일의 경우에 관하여 Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl., 2014, Rn. 564; Joachim, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 328; Pawlytta, in: J. Mayer u.a., Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 86.

36) 독일의 통설과 판례: Pawlytta, in: J. Mayer u.a., Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rn. 86 및 Bock, in: AnwK-BGB, 2. Aufl. 2007, BGB § 2325 Rn. 19와 이곳에 소개된 판례 및 문헌 참조.

재산을 증가시키는 추가출연(Zustiftung)과 공익목적의 달성을 위한 출연인 기부(Spende)는 증여에 해당하고, 따라서 유류분반환청구의 대상이 된다.<sup>37)</sup>

---

37) BGH NJW 2004, 1382 f.; Gietl, in: Dauner-Lieb/Grziwotz, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, , BGB § 2325 Rn. 65; Abele u.a., Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 2010, § 2 R. 26; Pawlytta, in: J. Mayer u.a., Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rn. 87.

신·구조문대비표

현 행	개정시안
<p>제1112조(유류분의 권리자와 유류분) (생략)</p> <p>상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 2분의 1</li> <li>2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 2분의 1</li> <li>3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 3분의 1</li> <li>4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 3분의 1</li> </ol>	<p>제1112조(유류분의 권리자와 유류분)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① <u>상속인의 유류분은 다음 각 호에 의한다.</u> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 3분의 1</u></li> <li>2. <u>피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 2분의 1</u></li> </ol> </li> <li>② <u>피상속인의 재산의 형성 또는 유지에 기여가 없는 직계비속이 피상속인의 사망 전 10년 이상 피상속인과 연락을 단절하여 피상속인이 그 주소, 거소 및 연락처를 알 수 없는 경우에는 피상속인은 유언으로 제1항제1호의 유류분을 상실시킬 수 있다.</u></li> </ol>

신·구조문대비표

현 행	개정시안
<p>해당 조문 없음</p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p>	<p>제1112조의2(유류분의 포기)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① <u>직계비속, 배우자는 가정법원의 허가를 얻어 상속 개시 전에 유류분을 포기할 수 있다.</u></li> <li>② <u>제1항의 공동상속인의 1인이 한 유류분의 포기는 다른 공동상속인의 유류분에 영향을 미치지 아니한다.</u></li> </ol>

신·구조문대비표

현 행	개정시안
<p>제1114조(산입될 증여)</p> <p>증여는 상속개시전의 1년간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년전에 한 것도 같다.</p>	<p>제1114(산입될 증여)</p> <p>증여는 상속이 개시 전의 1년 내에는 전부를, 상속이 개시 전 그 이전의 각 연도는 각 10분의 1씩 감축하여 반영된다. 증여 객체를 급부한 때부터 10년이 경과한 때에는 증여는 반영하지 않는다.</p>

신·구조문대비표

현 행	개정시안
<p>해당 조문 없음</p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p>	<p>제1115조의2(유류분의 박탈)</p> <p>피상속인이 유언에 의해 직계비속 또는 배우자의 유류분을 박탈하겠다는 의사를 명시적으로 표시한 경우 법원은 피상속인과 유류분권리자 사이의 관계, 유류분 권리자가 피상속인의 재산 형성과 유지에 기여한 정도, 피상속인 사망 당시 피상속인의 재산 규모와 유류분 권리자의 생활능력 그 밖의 사정을 고려하여 유류분반환청구를 기각할 수 있다.</p>

## II. 공익활동과 유류분 제도의 개선 방향

장 보 은

### 1. 미국법의 경우

유언의 자유를 강조하는 미국법에서는 우리나라와 같은 유류분 제도를 두고 있지 않다. 다만, 생존한 배우자의 정당한 청산을 확보하기 위하여 강제분(forced share) 또는 선택분(elective share) 제도를 두고 있는바, 이것이 제한적인 범위에서 우리의 유류분 제도와 유사한 기능을 하고 있다고 볼 수 있다.

#### (1) 미국 각주의 대응

부부별산제를 택하고 있는 대부분의 주에서는 생존배우자를 보호하기 위하여 생존배우자를 위한 강제분 제도를 두고 있다.<sup>1)</sup> 그 구체적인 내용은 주마다 차이가 있으나, 대체로 배우자가 상속개시 당시 피상속인이 소유하고 있던 상속재산 중 1/3(또는 1/2)에 대해 권리를 행사할 수 있다는 식이다. 주에 따라서는 강제분을 주장하기 위한 요건으로 일정 기간 이상의 혼인기간, 미성년자녀의 존재, 부양능력의 결여 등을 요구하기도 하고, 피상속인이 생전에 증여하거나 신탁한 재산에도 강제분을 행사할 수 있는지 여부는 주마다 상황이 다르다.<sup>2)</sup>

미국의 일부 주에서는 부부공동재산제도를 취하고 있는바,<sup>3)</sup> 이 경우에는 일방 당사자가 해소되는 경우 생존배우자는 1/2의 상속분을 가진다. 따라서 강제분을 인정하지 않는다. 다만, 예외적으로 루이지애나 주는 프랑스 민법을 계수하여 유류분 제도를 두었는

1) 가정준, “유언의 자유와 제한을 통해 본 유류분제도의 문제점과 그 개선방안”, 비교사법 제24권 제3호, 2017, 1293면.

2) 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안 - 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여 -”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 61-62면.

3) 주로 대륙법 체계를 택하고 있는 뉴멕시코, 루이지애나, 아리조나, 아이다호, 위스콘신, 워싱턴, 텍사스, 캘리포니아 주가 이에 해당함.

데, 1995년 헌법 개정으로 그 범위가 축소되어 23세 이하의 직계비속이나 정신적 또는 신체적 장애로 스스로 돌볼 수 없거나 자기 재산을 관리할 수 없는 상속인(이하 ‘강제상속인’)에 대해서만 일정한 권리를 인정하는 것으로 그 범위가 축소되었다. 현행 루이지애나 민법에 따르면 상속개시 당시 피상속인에게 강제상속인(forced heir)이 1인 있는 경우 상속재산의 1/4, 강제상속인이 2명 이상인 경우에는 상속재산의 1/2까지는 피상속인의 유증 또는 증여가 제한된다.<sup>4)</sup>

## (2) 통일유언검인법(Uniform Probate Code, 이하 ‘UPC’)상 선택분

UPC는 각 주의 상속법을 통일하기 위하여 1969년 제정되었다. 당시 UPC에서는 생존 배우자에게 상속개시 당시 피상속인 명의의 상속재산 중 1/3에 대해 선택분<sup>5)</sup>을 인정하였다. 이후 1990년 개정된 UPC에서는 생존배우자에게 인정하는 선택분을 혼인기간에 따라 정하도록 하였는데, 현행 UPC에 따르면 상속개시 당시 부부 총재산에 혼인존속기간에 따라 정해진 비율을 곱한 금액의 1/2이 선택분으로 인정된다.<sup>6)</sup>

현재 UPC는 네브래스카, 노스다코타, 뉴멕시코, 뉴저지, 메사추세츠, 메인, 몬타나, 미네소타, 미시건, 사우스다코타, 사우스캐롤라이나, 아리조나, 아이다호, 알래스카, 유타, 콜로라도, 펜실베이니아, 하와이 등 총 18개주에서 채택하고 있다. 다만, UPC를 채택한 주에서도 그와 다른 내용을 주법에 규정할 수 있고, UPC를 채택하지 않은 주 중에도 그와 동일한 내용을 주법에 둔 경우도 있다.<sup>7)</sup>

## 2. 우리법상 유류분 제도 개선에 대한 논의

미국법과 우리법은 그 체계를 달리하고, 특히 미국법은 우리법상 유류분권을 인정하지

---

4) 조상희, “미국 루이지애나(Louisiana) 법에서의 유류분 제도의 변천”, 일감법학 제36권, 2017, 83-86면.

5) 선택분은 위에서 살펴본 강제분 제도와 취지나 내용이 거의 같은데, UPC는 상속재산관리절차 중 생존배우자가 그 권리의 행사 여부를 선택할 수 있다는 점에서 선택분이라는 용어를 사용하였다. UPC, Part 2. General Comment, p. 72.

6) UPC §2-202(a). 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안 - 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여 -”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 63-64면.

7) 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안 - 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여 -”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 64-65면.

않고 있으므로, 미국법의 논의를 우리 실정에 그대로 적용하는 것은 맞지 않다. 다만, 우리법상 유류분 제도는 1977년에 비로소 도입된 것으로서 우리의 고유한 관습이라거나 선형적인 제도라고 볼 수 없는 만큼, 시대의 흐름과 사회적 필요에 따라 수정되어야 할 것이고, 경직된 현행 제도를 보다 유연한 방식으로 전환하는 것이 바람직하다. 특히 공익활동과 관련하여 유류분 제도는 이른바 유산의 기부를 방해하는 걸림돌이 되고 있으므로, 이를 중심으로 우리법상 유류분 제도의 개선 방안을 제안하고자 한다.

현행 민법상 유류분 제도는 가족의 연대를 유지하는 기능을 한다고 하나, 부부 중심의 핵가족 시대인 오늘날의 실정에는 맞지 않는 제도이다. 우선 직계존속과 형제자매에 대하여는 유류분권을 폐지하는 것은 현실에도 맞고 비교법적으로도 근거를 쉽게 찾을 수 있다.<sup>8)</sup>

유류분권을 유지하는 이상 생존배우자의 부양에 초점을 맞추어야 할 것인바, 배우자 유류분권은 상속분과 균형을 맞추는 것이 바람직하다. 그러나 자녀의 경우에는 유류분 비율을 감축하는 방안을 보다 적극적으로 고려해 볼 수 있겠다. 특히 성년 자녀에게는 유류분 청구권을 축소하는 것이 더욱 설득력이 있다.<sup>9)</sup> 또한 법정상속분 또는 상속재산의 규모에 유류분 비율을 연동시켜서 상속재산의 규모가 큰 경우 유류분비율을 감축하는 견해도 있는바,<sup>10)</sup> 실제 부양의 목적을 달성할 수 있을 정도로 유류분의 보호 범위를 축소하는 것도 가능한 접근 방법일 것이다.

유류분권의 사전포기를 허용하는 것도 공익활동을 위해서는 의미가 있다.<sup>11)</sup> 유류분 사전포기를 금지하는 명문의 규정은 없으나, 이를 무효라고 하는 것이 우리 통설과 판례의 태도이다. 피상속인의 강요를 우려하는 것으로 이해된다. 그러나 가정법원의 허가 등의 제도적 장치를 보완하면 이러한 문제점을 최소화할 수 있을 것이다.

현행 민법에 따르면 유류분 반환청구권은 수유자, 수증자 순으로 그 가액에 비례하여 청구할 수 있다. 이를 유류분 비율을 초과하여 증여 또는 상속받은 공동상속인으로부터 가액반환을 받는 것으로 개선하는 것도 공익활동을 위해 생각해 볼 수 있는 방안이다.

---

8) 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 195면 등 다수.

9) 미성년자인 직계비속에 대해서만 유류분권을 인정해야 한다는 견해는 가정준, “유언의 자유와 제한을 통해 본 유류분제도의 문제점과 그 개선방안”, 비교사법 제24권 제3호, 2017, 1303면 참조.

10) 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 196-197면.

11) 다만, 이동진, “공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정 - 오스트리아법과 독일법의 시사점”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 42면에서는 유류분 사전포기의 기능을 과대평가할 수 없다는 점을 지적한다. 적절한 대가를 받고 사전포기한 경우에는 결과적으로 유류분권을 인정하는 것과 경제적인 차이가 크지 않을 수 있고, 대가 없이 사전포기한 경우에는 피상속인의 압박에 의한 것으로서 그 효력을 인정하기 어렵게 될 수 있다는 것이다.

현실적으로 유류분 부족분을 생전 또는 사망 시 훨씬 많은 증여 또는 상속을 받은 다른 상속인에게서 반환받음으로써 해결이 될 가능성이 높아, 공익기부를 보호하는 측면이 있다.<sup>12)</sup>

---

12) 이동진, “공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정 - 오스트리아법과 독일법의 시사점”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 39-40면.

### Ⅲ. 유류분

서 종 희

#### 1. 영국의 유류분 유사 제도<sup>1)</sup>

##### (1) 1837년 유언법(Wills Act 1837)

영국에서는 1837년 유언법(Wills Act 1837)<sup>2)</sup>이 제정된 이래 1938년 상속법(Inheritance (Family Provision) Act 1938)이 제정될 때까지 장기간 유언의 자유가 절대적으로 보장되었다(1837년 유언법 제3조).<sup>3)</sup>

따라서 당시 유언자의 유언은 사후에 혈족·배우자 기타 누구에 의해서도 자신의 유언에 의한 처분의 효력이 부정되지 않았다. 특히 공익단체에 대한 유증의 자유는 1891년 양도 및 자선목적법(Mortmain and Charitable Uses Act)에 의해 보장되어 왔다.<sup>4)</sup>

##### (2) 1938년 상속(유족유산분여)법(Inheritance (Family Provision) Act 1938)<sup>5)</sup>

1920년대 ‘평등한 시민권을 위한 단체들의 전국 연합 캠페인(The National Union of Societies for Equal Citizenship campaign)’에 따라 피상속인의 부당한 유언에 의해 배우자가 아무런 재산도 분여받지 못하게 되는 문제를 해결해야 한다는 여론이 높아지

---

1) 이하 영국법에 대한 소개는 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안 - 영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여 -”, 외법논집 제43권 제2호, 2019, 49면 이하; 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 182면 이하를 주로 참조 하였음.

2) 영국의 1837년 유언법을 소개하고 있는 문헌으로 조미경, “영국 무유언상속법상의 배우자상속분”, 가족법연구 제13호, 1999, 419면; 김기영, “영국 유언제도에 관한 소고”, 가족법연구 제11호, 1997, 565-566면 참조.

3) 모든 사람은 유언에 의해 자신이 사망 당시 소유하고 있는 재산을 유증 기타 처분할 자유를 갖는다.

4) 현소혜, 앞의 논문, 52면; Cretney, Family Law in the Twentieth Century: A History, Oxford University Press, 2005, p. 485 ff.

5) 영국의 1938년 상속법을 소개하고 있는 문헌으로 이동진, 앞의 논문(가족법연구), 182-183면; 현소혜, 앞의 논문, 52면 이하.

자 영국은 개선책을 마련하기로 하였는데, 그것이 바로 1938년 상속(유족유산분여)법(Inheritance (Family Provision) Act 1938, 이하 ‘1938년 상속법’이라고 한다.)의 결과로 나타난다. 요컨대 동법에서는 피상속인에게 부양을 요하는 가족이 있는 경우에는 유언에도 불구하고 그 가족을 위해 상속재산으로부터 일정액을 지급할 수 있도록 하는 유족유산분여 제도(Family Provision)를 도입하였다.

피상속인 사망 당시 그에게 ① 생존 배우자(夫 또는 妻), ② 미혼의 딸 또는 정신적·신체적 장애로 인해 스스로를 부양할 수 없는 딸, ③ 미성년의 아들(infant son), ④ 정신적·신체적 장애로 인해 스스로를 부양할 수 없는 아들(이하 ‘요부조자(dependant)’라고 한다.)이 있었음에도 불구하고, 유언에서 그들의 부양을 위한 합리적인 재산분여가 이루어지지 않은 경우에, 요부조자의 신청에 의해 법원은 상속재산으로부터 요부조자의 부양을 위해 적절하다고 판단되는 합리적(reasonable)인 재산분여를 할 것을 명할 수 있고, 그 명령에 조건이나 제한을 가할 수도 있다(1938년 상속법 제1조 제1항 본문). 단, 유언자가 상속재산의 2/3 이상을 생존배우자에게 유증하였고, 다른 요부조자가 생존배우자의 자녀인 경우에는 위와 같은 유족유산분여를 신청할 수 없다(1938년법 제1조 제1항 단서).<sup>6)</sup> 상속재산이 2천 파운드를 초과하는 경우에 유족유산분여는 정기금 지급을 명하는 방식으로 행해져야 하는데, ① 생존배우자가 재혼한 경우, ② 딸이 혼인하거나 장애를 면한 경우, ③ 아들이 21세에 달한 경우, ④ 장애가 있었던 아들이 장애를 면한 경우 및 ⑤ 요부조자가 사망한 경우에는 그 지급이 종료된다(1938년 상속법 제1조 제2항).<sup>7)</sup> 또한 요부조자들에게 지급될 수 있는 유족유산분여의 연총액은 유언자가 생존배우자 및 요부조자에게 상속재산을 남긴 경우라면 연수입의 2/3를, 상속재산을 남기지 않은 경우라면 연수입의 1/2을 초과할 수 없다(1938년 상속법 제1조 제3항).

또한 유족유산급여 신청에 따른 명령은 상속재산관리인 선임시부터 6개월 내에 이루어져야 하는 것이 원칙이나(1938년 상속법 제2조 제1항), 뒤늦게 새로운 사정이 발견되었거나, 사정 변경이 있었던 경우 또는 다른 요부조자의 유족유산분여 청구가 있는 경우에는 그 기간이 도과한 후에도 가능하다(1938년 상속법 제4조제1항).

이처럼 정기금 급여를 원칙으로 하는 유족유산분여 제도는 일시적인 효과만을 가지고 있으므로, 청구권자에게 부양의 필요성이 사라지면 유언자가 본래 의도하였던 바와 같이 유언이 그대로 효력을 발휘한다고 할 수 있다.<sup>8)</sup> 유언의 자유를 최대한 보장하는 것을 전제로 피상속인 사망 후 부양을 필요로 하는 생존배우자 또는 자녀에게 최소한의 배려

6) 현소해, 앞의 논문, 52면.

7) 향후 1952년 상속재산법(Intestates' Estates Act 1952)에 의해 2천파운드는 5천파운드로 상향조정된다.

8) 현소해, 앞의 논문, 53면.

만을 제공한 것이다.<sup>9)</sup>

### (3) 1966년 유족유산분여법(Family Provision Act 1966)

1938년 상속법은 유언의 자유를 제한하는 내용을 담고 있었으므로, 그 요건이 매우 엄격하여 법원의 재량이 폭넓게 인정되지 않았고 법관 또한 유언의 자유를 제한하는 것에 대해 매우 신중하였다. 반면에 1966년 유족유산분여법은 법원의 재량권한을 대폭 확대한다. 먼저 유언자가 상속재산의 2/3 이상을 생존배우자에게 유증하였고, 다른 요부조자가 생존배우자의 자녀인 경우에는 위와 같은 유족유산분여를 신청할 수 없다고 규정하였던 1938년 상속법 제1조 제1항 단서를 삭제하였다. 또한 법원이 정기금 급여를 명할 것인지 또는 일시금 급여를 명할 것인지를 상속재산의 규모에 따라 확일적으로 판단하였던 1938년 상속법의 태도를 포기하고, 당사자의 편의를 도모하기 위해 정기금 급여와 일시금 급여 중 법원이 적당하다고 생각하는 방법을 재량에 따라 선택할 수 있도록 하였다. 더욱이 동법은 법원의 허가가 있는 경우에는 상속재산관리인 선임시로부터 6개월이 지난 후에도 유족유산분여를 신청할 수 있도록 하였으며 청구기간을 사실상 연장하였다. 마지막으로 동법은 요부조자가 즉시 재정적 도움을 필요로 하고 있음에도 불구하고 유족유산분여 명령의 내용을 확정할 수 없는 경우에는 임시처분(interim orders)을 명할 수 있도록 하였다.<sup>10)</sup>

### (4) 1975년 상속(유족 및 요부조자 유산분여)법(Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975)<sup>11)</sup>

동법에서의 가장 큰 특징은 유산분여를 청구할 수 있는 자의 범위가 확대되었다는 점이다(제1조제1항). 특히 1938년 상속법에서는 부양의 필요성이 있는 것으로 인정되는 유형의 자녀에게만 청구권을 부여한 반면, 1975년법에서는 연령·성별·혼인 여부·장애 유무와 무관하게 모든 자녀는 언제나 유산분여를 청구할 수 있도록 하였다. 또한 피상속인과 혈연관계에 있지 않더라도 피상속인으로부터 부양을 받고 있었던 자라면 누구든지 이를 청구할 수 있도록 한 점도 기존의 법과 차이가 있다. 생존배우자를 위해 유산분여

9) 현소혜, 앞의 논문, 53면; 홍요섭, “유류분제도의 연혁 및 입법례에 대한 소고”, 법학연구 제26집, 2008, 261면.

10) Cretney, op. cit., p. 506; 현소혜, 앞의 논문, 54면.

11) 현소혜, 앞의 논문, 56면 이하.

를 하는 경우 법원은, 청구인의 부양의 필요성과 무관하게, 배우자가 다른 사안에서라면 받을 수 있었을 것이라고 합리적으로 인정되는 액수에 대해 유산분여를 명할 수 있다(제1조제2항(a)). 사망시 유산분여 액수가 이혼시 재산분할액수와 유사해질 수 있도록 그 기준을 상향조정한 것이다.

1975년 상속법은 “피상속인의 아내 또는 남편의 청구가 있는 경우에 법원은, 사망일 당시 별거명령이 효력 발생 중이었거나 별거가 계속되고 있었던 경우가 아닌 한, 만약 피상속인이 사망한 날짜에 혼인이 사망에 의해 해소되지 않고 이혼명령에 의해 해소되었더라면 청구인이 합리적으로 기대할 수 있었을 급부를 고려하여야 한다.”고 규정한다(제3조 제2항). 그 경우에 법원은 청구인이 배우자인 경우에는 ① 청구인의 연령과 혼인 기간, ② 청구인이 가사 또는 돌봄 노동에 의해 피상속인의 가족의 복리에 기여한 정도를 특별히 고려하여야 한다(제3조 제2항).

생존배우자 외의 자를 위한 유산분여에서는 여전히 부양이 가장 중요한 요소가 된다(제1조 제2항(b)). 따라서 유산분여를 청구하는 자는 피상속인이 유언 당시 청구인을 위해 재정적 배려를 하지 않은 것이 왜 합리적이지 않은지를 스스로 증명해야 하며, 단순히 친자관계가 있다는 등의 사정만으로 유산분여를 청구하지는 못한다.

청구인이 자녀 또는 자녀에 준하는 자인 경우에는 ① 청구인이 그동안 교육 또는 훈련받아 왔거나 받을 것이라고 기대되었던 방법, ② 피상속인이 청구인을 부양해 왔는지 여부, ③ 청구인이 자신의 친생자녀가 아님을 알면서 부양을 해온 것인지 여부, ④ 청구인을 부양할만한 다른 사람이 있는지 여부 등을 고려하여야 한다(제3조 제3항).

## (5) 결론

초기 영국은 유언의 절대적인 자유를 보장하였으나 추후에 유산분여제도를 통해 부양이 필요한 상속인을 보호하고자 하였다. 물론 영국은 우리나라와 같이 법률의 규정에 의해 무조건적으로 일정 비율 이상의 재산을 배우자나 혈족상속인에게 취득시킬 것을 강제하는 내용의 유류분 제도를 두고 있지 않다. 그 비율의 산정을 법원에게 재량을 부여하여 유언의 자유를 절대적으로 보장하는 오랜 전통을 지키고, 가족관계의 다양한 태양이 상속재산분할에 반영하도록 유도하였다. 영국의 유산분여제도는 그 청구권자가 점차 확대되고 있을 뿐만 아니라, 분여액수를 결정하는 기준도 청구권자가 생존배우자인 경우에는 이혼시 재산분할의 경우에 준하여 분여액을 결정하는 것이 원칙으로 하여 실질적으로 1/2을 생존배우자에게 보장하는 것이 사실이다.<sup>12)</sup> 다만 영국에서 자녀 등의 유산

분여청구권은 법정상속인이 되는 당연한 대가로 획일적으로 주어지는 것이 아니라 부양이라는 특수한 목적을 달성하기 위해 예외적으로 부여되고 있다. 더 나아가 그 액수를 산정함에 있어 법관의 재량에 맡겨져 있다는 점 등에서 우리나라의 강력한 유류분 제도와는 상당한 차이가 있다.

이를 종합적으로 고려해 보면 배우자에 대한 유류분을 인정하는 것은 영국법에서는 ‘청산과 부양’이라는 관점에서 자연스럽다는 점을 확인할 수 있으며, 그 밖의 자는 법정 상속을 받을 수 있는 지위로부터 당연히 보장되는 것이 아니라는 점을 감안하면 영국법의 태도는 우리에게 직계비속 등의 유류분을 인정할 것인지를 판단함에 있어 주요한 자료가 될 것이다.

## 2. 유류분의 개정방향

### (1) 유언의 자유와 유류분의 존재이유

배우자에 대해서는 배우자의 기여에 대한 청산을 고려해야 할 것이므로 배우자에 대해서는 유류분을 인정해야 할 것이다. 그러한 점에서 다른 상속인들에 대해서는 피상속인의 유언의 자유가 절대적으로 보장되는 것이 바람직할 것이나 우리 사회에서 자녀(손자녀 등 직계비속 포함)에 대한 피상속인의 부양까지도 고려한다면 직계비속까지는 유류분을 인정할 필요가 있을 것이다. 다만 그 자녀 및 직계비속이 미성년인 경우에 국한하여 유류분을 인정하는 것이 가장 바람직할 것이다.

생각건대 현행법상 직계존속, 형제자매까지 유류권자로 인정하는 것은 피상속인의 유언의 자유를 침해하고 유류분제도를 통해 달성하고자 하는 목적 및 기능을 넘는다는 점에서 재고가 필요하다.

### (2) 유류분권자의 범위 관련 검토

현 행	개 정 안
제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속	제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속

12) 재산분할에 있어 1/2을 원칙으로 하는 대표적인 판례로는 Miller v. Miller [2006] UKHL 24, para 141 참조.

<p>인의 유류분은 다음 각호에 의한다.</p> <p>1. ~ 2. (생략)</p> <p>3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u></p> <p>4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u></p>	<p>인의 유류분은 다음 각호에 의한다.</p> <p>1. ~ 2. (현행과 같음)</p> <p>3. 4. (삭제)</p>
--	--

(3) 반환방법에 관한 부분 검토

1) 비교법적 측면<sup>13)</sup>

국가	법적 성질(청구권, 형성권)	반환방법
독일	청구권(독일민법 제2305조 이하)	가액반환(3년의 시효에 걸림, 독일민법 제233조조 및 제197조)
프랑스	청구권	원칙: 가액반환, 예외: 원물반환(프랑스민법 제924-1)
스위스	청구권	원칙: 원물반환, 예외: 가액반환(스위스민법 제536조)
일본	청구권	가액반환(일본민법 제1046조)

2) 원물반환이 가지는 문제점

부동산의 경우에 원물반환에 의해 공유관계를 만들어 복잡한 갈등구조를 만든다는 점, 불필요한 거래비용을 만들어 효율적이지 않다는 점, 민법 제1014조의 가액지급청구권과 같이 법적 안정성을 고려할 필요가 있다는 점 등을 고려하면 가액반환을 인정하는 것이 타당할 것이다. 다만 그 채권의 담보를 위해 담보제공청구를 인정할 필요가 있을 것이며

13) 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호, 2019, 182면 이하 참조.

단기행사기간을 1년에서 2년으로 연장할 필요가 있다(민법 제1117조의 개정).

### 3) 검토

현 행	개 정 안
<p>제1115조(유류분의 보전) ①유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.</p> <p>② (생 략)</p>	<p>제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 <u>특별한 사정이 없는 한</u> 부족한 한도에서 <u>가액의 지급을</u> 청구할 수 있다. <u>유류분권자는 그 채권을 담보하기 위하여 상대방에게 상당한 담보를 제공할 것을 법원에</u> 청구할 수 있다.</p> <p>② (현행과 같음)</p>

## IV. 유산기부의 법제도적 정착방안 및 유류분 제도의 개정방안

고 형 석

### 1. 유산기부와 유류분의 관계

기부는 기부재산의 이전시점에 따라 생전기부와 사후기부로 구분할 수 있다. 일반적으로 기부라 함은 생전기부를 말하지만, 유언 또는 사인증여로 기부재산을 출연할 수 있다. 다만, 사후기부의 경우에 기부자의 상속인과의 관계가 논란이 될 수 있으며, 그 중심에 유류분 제도가 있다.<sup>1)</sup> 즉, 기부자가 유언 또는 사인증여로 기부재산을 출연할 경우에 법정상속인의 유류분을 침해하지 않는다면 문제가 발생하지 않지만, 기부재산이 법정상속인의 유류분을 침해할 경우에 유류분을 제외한 나머지 기부재산만이 출연될 수 밖에 없어 기부자의 기부의사가 충분히 반영되지 못하는 결과가 발생한다.

이러한 점은 단지 기부와 관련된 문제에 국한되는 것이 아닌 피상속인의 재산권 문제와 관련되며, 피상속인의 유언의 자유와 직결된다. 다만, 이에 대해서는 상속인의 상속에 대한 기대권과의 상충문제가 발생한다. 따라서 이 문제에 대한 검토는 유류분 제도에 서부터 시작하여야 한다.

### 2. 민법상 유류분 제도

#### (1) 유류분권자 및 유류분의 범위

민법상 유류분권자는 법정 상속인 중 4촌 이내의 혈족을 제외한 법정 상속권자이다. 유류분 비율은 배우자 및 직계혈족의 경우에 법정상속분의 1/2이며, 직계존속 및 형제자매는 법정 상속분의 1/3이다(민법 제1112조).

---

1) 생전기부의 경우에도 유류분 침해 문제가 발생할 수 있다. 즉, 유류분을 산정함에 있어 1년 이내의 증여 재산을 포함하며, 그 이전의 증여라고 하더라도 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 한 증여 재산도 포함되기 때문이다.

## (2) 유류분 산정

유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다. 조건부의 권리 또는 존속기간이 불확정한 권리는 가정법원이 선임한 감정인의 평가에 의하여 그 가격을 정한다(민법 제1113조). 증여는 상속개시전의 1년간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년전에 한 것도 같다(민법 제1114조).

## (3) 일본 민법상 상속제도와 유류분제도

### 1) 일본 민법상 상속제도

일본 민법상 상속인은 우리 민법과 비교하여 약간의 차이가 있다. 동일한 점으로는 자(子), 배우자, 직계존속 및 형제자매를 상속인으로 인정하고 있다는 점이다(일본 민법 제 886조, 889조 및 제890조). 차이점은 4촌이내의 방계혈족에 대해 상속인으로 인정하고 있지 않다는 점이다.

또한 상속분에 있어서는 배우자 상속분을 가중하고 있다는 점은 일본 민법의 특징이며(일본 민법 제900조), 우리 민법과의 차이점이다. 즉, 피상속인의 배우자와 다른 상속인이 있는 경우에 배우자의 상속분은 다음과 같다. 첫째, 자와 배우자가 공동으로 상속할 경우에 자와 배우자의 상속분은 동일하다. 그러나 우리 민법과 비교하여 다음과 같은 차이점이 있다. 우리 민법에서는 배우자의 상속분에 50%를 가산하고 있다. 반면에 일본 민법은 배우자의 상속분에 가산 제도를 두고 있지 않다. 또한 일본 민법상 배우자와 자의 상속비율은 자의 수와 관계없이 배우자의 상속분은 결정된다. 예를 들어, 피상속인의 자가 1인이거나 복수인 경우와 관계없이 배우자의 상속분은 피상속인의 상속재산의 1/2이다. 그러나 우리의 경우에 피상속인의 자의 수에 따라 배우자의 상속분은 달라진다. 예를 들어, 자가 1인이 경우에 배우자는 3/5을 상속받지만, 자가 2인인 경우에 배우자의 상속분은 3/7을 상속받기 때문에 자의 수에 따라 배우자의 상속분은 차이가 있게 된다. 이와 달리 일본 민법상 배우자의 상속분은 자의 수와 관계없이 항상 상속재산의 1/2이다. 둘째, 배우자와 직계비속이 공동으로 상속받을 경우에 배우자의 상속분은 2/3이며, 직계존속의 상속분은 1/3이다. 셋째, 배우자와 형제자매가 공동으로 상속을 받을 경우에 배우자의 상속분은 3/4이며, 형제자매의 상속분은 1/4이다. 마지막으로 자, 직계

존속 또는 형제자매가 수인인 경우에 각자의 상속분은 균등이다. 다만, 부모가 같지 않은 형제자매의 상속분은 부모가 동일한 형제자매의 상속분의 1/2로 한다.

## 2) 일본 민법상 유류분 제도

첫째, 유류분권자는 모든 상속인이 아닌 형제자매를 제외한 자이다. 둘째, 유류분비율은 상속인별로 상이하다. 직계존속의 경우에 법정상속분의 1/3이지만, 자 및 배우자의 경우에 법정상속분의 1/2이다(일본 민법 제1012조). 이러한 점은 우리 민법과 비교하여 유류분권자에 있어 차이가 있다. 즉, 우리 민법에서는 형제자매에 대해서도 유류분권로 인정하고 있지만, 일본 민법은 이를 배제하고 있다. 또한 유류분 비율은 우리와 동일하지만, 유류분 산정에 있어 상속의 비율이 상이하다는 점은 우리와 차이점이다. 예를 들어, 피상속인의 배우자와 자(2인)이며, 피상속인이 유언으로 전재산을 제3자에게 증여한 경우에 배우자는 상속재산의  $1/2 \times 1/2$ 에 해당하는 금액을 유류분으로 주장할 수 있으며, 자 역시 각각  $1/4 \times 1/2$ 에 해당하는 금액을 유류분으로 주장할 수 있다. 우리의 경우라고 한다면 배우자는  $3/7 \times 1/2$ 에 해당하는 금액을 유류분으로 주장할 수 있으며, 자는 각각  $2/7 \times 1/2$ 에 해당하는 금액을 유류분으로 주장할 수 있다.

## 3) 유류분의 포기

우리 민법과 달리 일본 민법에서는 유류분권 포기제도를 두고 있다. 따라서 유류분권자는 상속개시전에 가정법원의 허가를 받아 유류분권을 포기할 수 있다. 만일 공동상속인 중 1인이 유류분권을 포기하였을 경우에 다른 공동상속인의 유류분 비율에 영향을 미치지 않는다(일본 민법 제1019조). 예를 들어, 배우자 및 자가 유류분을 갖는 경우에 자가 유류분권을 포기하였을 경우에 배우자의 유류분이 증가하는 것이 아닌 포기 전과 동일하다.

## (4) 법무부의 유류분제도 개선 추진

법무부에서는 민법상 유류분 제도를 개편하기 위해 TFT를 운영하고 있으며, TFT의 다수 견해는 배우자 및 직계비속에 대해 현행을 유지하지만, 형제자매에 대해서는 폐지하자는 것이다. 이에 대해 소수 견해는 유류분 비율을 축소( $1/2 \rightarrow 1/3$ ,  $1/3 \rightarrow 1/4$ )하자는 것이라고 한다. 이에 법무부에서는 TFT의 논의를 기초로 2021년 하반기에 민법개정안 마련하여 법안을 제출할 예정이라고 한다.

#### (5) 기부법 관련 논의

유류분제도에 대해 민법 개정 논의와 별개로 진행할 것인가 아니면 민법 개정 추이를 살펴본 후 이에 따라 해결할 것인가로 구분할 수 있다. 이 중 후자의 방안인 민법 개정 추이를 살펴본 후 추가 논의를 진행하는 방안이 보다 바람직하다고 판단된다. 즉, 기부금품법 개정 또는 기부법 제정에서 유류분 문제를 다루어 개정(제정)안을 마련하더라도 민법 개정의 내용을 기초로 그 개정(제정)안을 다시 검토하여야 하기 때문이다.

## V. 종합

유산기부 제도는 기부의 중요한 형태의 하나이지만, 민법의 유류분 제도와 밀접한 관련성을 가지고 있어 기부법에 담지 않기로 하였다.

# 제5장 온라인 모집중개 등

## I. 온라인 모집중개자의 개념 및 의무에 관한 규정의 신설

김진우

인터넷과 스마트폰 활용이 증가하면서 기부 행태도 변모하고 있다. 사람들은 인터넷 화면에 뜨는 공익단체의 기부 캠페인 사연을 찬찬히 뜯어본 뒤 좀 더 마음에 가는 곳에 기부하는 경우가 늘었다. 예전엔 그저 공익단체의 이름만 보고 “묻지마” 식으로 기부했다면 요즘의 인터넷 기부 캠페인은 내가 돕고 싶은 곳에 계획적으로 기부할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 온라인 캠페인을 통한 기부가 공익활동 후원의 대세로 자리 잡고 가고 있다.

현행법은 온라인을 통한 기부재산의 모집 등(예컨대 크라우드 펀딩<sup>2)</sup>)을 전문으로 하는 단체의 증가와 기부재산 모집을 돕는 온라인 플랫폼의 등장 등 최근의 기부환경의 변화를 제대로 반영하지 못하고 있어 온라인 모집중개자에 관한 규정을 신설할 필요가 있다. ‘온라인 모집중개자’는 ‘모집종사자’와 구별된다. 이를 위하여 기부법 제2조 제7호에 및 제0조에 다음과 같은 조항을 신설한다. 특히 제0조 제2항은 기부재산의 모집에 온라인 플랫폼을 제공하는 자에 대한 특칙에 해당한다.

현행	개정시안
없음	제2조(정의)  (생략)

2) 크라우드펀딩(crowdfunding)이란, 대중을 의미하는 “Crowd”와 자금조달을 의미하는 “Funding”의 합성어로, 일반적으로는 인터넷을 통해 공익활동, 이벤트 개최, 상품 개발 등을 목적으로 불특정 다수인으로부터 소액의 자금을 모집하는 것을 말한다.

	7. 온라인 모집중개자라 함은 모집자와 일정한 계약을 체결하고 기부재산의 모집을 위한 홍보 및 모집에 필요한 결제수단을 제공하는 등의 방법으로 기부재산의 모집을 중개하는 자를 말한다.
현 행	개정시안
없음	<p>제0조(모집중개자의 의무)</p> <p>① 온라인 모집중개자는 기부자가 다음 각 호의 사항을 쉽게 알 수 있도록 표시하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 모집자의 성명 또는 명칭, 주소, 전화번호, 전자우편주소, 등록일자 및 등록번호 등 모집자에 관한 정보</li> <li>2. 온라인 모집중개자는 모집자가 아닌 점, 모집자와의 계약내용 및 이에 따른 수수료</li> <li>3. 기부재산의 모집목적, 모집목표액 및 모집기간</li> <li>4. 모집재산의 총액·수량 및 사용명세</li> <li>5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항</li> </ol> <p>② 온라인 모집중개자가 모집자 또는 모집종사자의 범죄행위 또는 불법행위 다음과 같은 사항에 관하여 믿을만한 증거를 제시받고도 온라인 이용자를 보호하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 경우 이러한 부작위로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>③ 온라인 모집중개자는 온라인을 이용하여 기부재산 모집이 이루어지는 경우 온라인을 이용하여 기부재산을 모집하는 모집자 또는 모집종사자가 이 법에 따른 의무를 준수하도록 안내하고 권고하여야 한다.</p> <p>④ 온라인 모집중개자가 제1항과 제2항을 위반하여 기부자의 피해가 확산될 우려가 있는 경우 행정안전부장관은 해당 의무 제공의 중단 또는 차단의 조치를 취할 것을 요청할 수 있으며, 그 요청을 받은 온라인 모집중개자는 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.</p>

기부법 제8조 제1항은 온라인 플랫폼이나 전자게시판 운영자와 같은 온라인 모집중개자의 표시의무 및 투명성의무를 정한 것이다. 먼저 온라인 모집중개자는 모집자의 신원

정보제공의무를 부담한다. 온라인 모집중개자는 모집자와 플랫폼 이용계약을 체결할 때 모집자의 신원정보를 파악하게 되는바, 이를 기부가 이루어지기 전에 잠재적 기부자에게 공개하도록 하는 것이다. 또한 온라인 모집중개자는 자신이 모집자가 아니라는 점을 분명히 밝혀 기부자의 오인이 발생하지 않도록 해야 한다. 제2항은 온라인 모집중개자가 모집자의 활동을 모니터링할 일반적인 의무를 부담하지는 않지만, 플랫폼 운영자가 형사 처벌의 대상이 되거나 다른 이용자를 위협하는 행위에 대한 믿을만한 증거를 제시받은 경우, 온라인 모집중개자는 그의 온라인 이용자를 보호하기 위해 적절한 조치를 취해야 한다(보호의무). 온라인 모집중개자가 신원정보제공의무, 표시의무, 보호의무를 이해하지 않아 기부자가 피해를 입을 우려가 있는 경우 제3항의 조치가 취해질 수 있다.

기부법 제8조 제1항 제5호의 대통령령은 현 단계에서는 마련할 필요가 없는 것으로 판단되며, 향후 이 조항의 운용 경험을 토대로 규율의 여지를 인정하기 위한 것이다.

## ※ ‘1인 미디어’에 대한 규제 여부

최근 인터넷 개인방송 중심의 ‘1인 미디어’<sup>3)</sup>가 활성화되고 시청자와 실시간 소통(채팅)을 통해 신 유형 콘텐츠 산업으로 대두되고 있으며, 인터넷 개인방송을 통한 후원금 모집도 증가하고 있다. 1인 미디어의 주 수입원은 동영상을 통한 광고 수익(유튜브의 경우 콘텐츠 생산자가 제공한 동영상에서 발생한 광고 수익 중 55%를 지급)과 유료 서비스(아이템, 아프리카TV의 경우 별풍선, 유튜브의 경우 슈퍼챗) 매출이다. 시청자는 유료 아이템을 구매하여 자발적으로 방송자에게 선물하는 구조로 아이템은 단순히 시청료가 아니라 증여의 성격을 갖고 있다(아이돌-팬덤의 관계와 매우 유사). 이러한 1인 미디어에 관하여는 정보통신망법 제44조의7,<sup>4)</sup> 방통위법 제21조 제3호, 청소년보호법 제7조<sup>5)</sup>

3) ‘1인 미디어’는 개인이 다양한 콘텐츠를 직접 생산하고 공유할 수 있는 커뮤니케이션 플랫폼으로 구글의 ‘유튜브’ 및 국내 ‘아프리카TV’가 대표적이다.

4) 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.  
<개정 2011. 9. 15., 2016. 3. 22., 2018. 6. 12.>

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보

등이 규제하고 있다. 또한 2018. 11. 방통위에서 「인터넷 개인방송 유료후원아이템 결제

- 
4. 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보
  5. 「청소년 보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보
  6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보
  - 6의2. 이 법 또는 개인정보 보호에 관한 법령을 위반하여 개인정보를 거래하는 내용의 정보
  - 6의3. 총포·화약류(생명·신체에 위해를 끼칠 수 있는 폭발력을 가진 물건을 포함한다)를 제조할 수 있는 방법이나 설계도 등의 정보
  7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보
  8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
  9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보
  - ② 방송통신위원회는 제1항 제1호부터 제6호까지, 제6호의2 및 제6호의3의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다. <개정 2016. 3. 22., 2018. 6. 12.>
  - ③ 방송통신위원회는 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다. <개정 2016. 3. 22., 2018. 12. 24.>
    1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청[제1항 제9호의 정보 중 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)에 대하여는 수사기관의 장의 요청을 포함한다]이 있었을 것
    2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것
    3. 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것
  - ④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견제출의 기회를 주지 아니할 수 있다.
    1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
    2. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
    3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우
  - 5) 제7조(청소년유해매체물의 심의·결정)
    - ① 청소년보호위원회는 매체물이 청소년에게 유해한지를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물을 청소년유해매체물로 결정하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 해당 매체물의 윤리성·건전성을 심의할 수 있는 기관(이하 “각 심의기관”이라 한다)이 있는 경우에는 예외로 한다.
    - ② 청소년보호위원회는 매체물이 청소년에게 유해한지를 각 심의기관에서 심의하지 아니하는 경우 청소년 보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 심의를 하도록 요청할 수 있다.
    - ③ 청소년보호위원회는 제1항 단서에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 매체물에 대하여는 청소년에게 유해한지를 심의하여 유해하다고 인정하는 경우에는 그 매체물을 청소년유해매체물로 결정할 수 있다.
      1. 각 심의기관이 심의를 요청한 매체물
      2. 청소년에게 유해한지에 대하여 각 심의기관의 심의를 받지 아니하고 유통되는 매체물
    - ④ 청소년보호위원회나 각 심의기관은 매체물 심의 결과 그 매체물의 내용이 「형법」 등 다른 법령에 따라 유통이 금지되는 내용이라고 판단하는 경우에는 지체 없이 관계 기관에 형사처벌이나 행정처분을 요청하여야 한다. 다만, 각 심의기관별로 해당 법령에 따로 절차가 있는 경우에는 그 절차에 따른다.
    - ⑤ 청소년보호위원회나 각 심의기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 매체물에 대하여는 신청을 받거나 직권으로 매체물의 종류, 제목, 내용 등을 특정하여 청소년유해매체물로 결정할 수 있다.
      1. 제작·발행의 목적 등에 비추어 청소년이 아닌 자를 상대로 제작·발행된 매체물
      2. 매체물 각각을 청소년유해매체물로 결정하여서는 청소년에게 유통되는 것을 차단할 수 없는 매체물
    - ⑥ 청소년보호위원회 심의·결정의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

관련 가이드라인」을 작성하였다(붙임 참조).

위와 같은 1인 미디어의 무상출연을 유도하는 행위가 기부법에 따른 기부(공익목적을 위한 종교적인 무상출연)에 해당한다면 당연히 기부법의 적용을 받게 된다. 개인에 의한 기부재산 모집도 허용되기 때문이다. 그러나 1인 미디어의 무상출연을 유도하는 행위가 기부가 아니라면 기부법이 적용될 수 없고, 기존의 관련 법령만 적용된다. 정치인의 유튜브 슈퍼챗 후원금 모집은 정치자금법 제2조, 제45조 위반에 해당하고(중앙선관위 2019 2. 26. 유권해석), 기부법은 정치, 정당에 관련된 사항에 대하여는 적용되지 않는다(현행 기부금품법 제4조 제2항 제4호 참조). 따라서 1인 미디어에 대한 새로운 규제는 현 시점에서 필요치 않은 것으로 판단될 수도 있다. 이 경우 1인 미디어에 무상출연(증여)할 것인지 여부는 전적으로 증여자의 판단에 맡기는 것이 된다. 개인에 대한 증여는 문제의 소지가 많다(기부재산의 오남용)는 점을 널리 홍보하여 개인의 기부모집에 대해서는 잠재적 기부자가 기부를 하지 않도록 하는 유도하는 방식으로 대처할 수 있을 것이다.

이와 선택지로 1인 미디어 또는 개인은 기부재산을 모집할 수 없도록 법률로 정하고 단체만 기부재산을 모집할 수 있는 것으로 기부법을 통해 명시할 수도 있을 것이다. 그러나 선진외국의 입법례 중 단체만 기부재산을 모집할 수 있는 것으로 정하고 있는 경우는 찾기 어렵다. 나아가 이는 일반적 행동자유권(헌법 제10조)을 제한한다는 측면에서 헌법적 문제를 발생시킬 수 있다.

## 1인미디어 유료후원아이템 결제 관련 가이드라인 주요 내용

\* 한국방송통신위원회 (2018년 11월)

**제5조(사업자의 의무)** 유료후원아이템 결제한도 설정, 이용자 대가 결제 이전 고지

**제6조(유료후원아이템의 충전 및 선물 제한)** 이용자당 유료후원아이템 결제(충전 및 선물) 한도를 1일 100만원으로 제한하는 기술적 조치 마련

**제7조(결제 오류 방지 및 철회권 보장)** 결제 진행 단계별로 결제 금액을 인지할 수 있도록 고지, 유료후원아이템 충전 후 7일 이내 위약금 부담 없이 철회할 수 있는 철회권 보장, 자동결제서비스 가입 사실(금액, 주기 등) 고지 및 자유로운 해지 보장

**제8조(결제완료 후 고지의무)** 유료후원아이템 결제 시 이용자 고지, 결제 내역 확인 방법 제공 및 서면 요청 시 2주 이내 제공

**제9조(유료후원아이템의 소멸·환불)** 유료후원아이템 소멸 여부, 시기 등 고지, 신용카드 또는 현금 충전 시 소멸 방지 혹은 환불 조치

**제10조(이용자보호 및 권리구제)** 유료후원아이템 충전 및 선물 관련 민원처리를 위한 고객센터 운영, 이의 신청 시 2주 이내 조사 또는 결과 고지

**제11조(미성년자 보호대책)** 미성년자의 유료후원아이템 결제(충전 및 선물) 시 법정대리인의 동의 여부 확인, 결제 동의 사실 및 내역 고지

## II. 미국법상 온라인 모금에 관한 규제

장 보 은

미국에서도 온라인으로 기부금을 모집하는 경우가 늘어나면서, 1990년대 후반부터 이에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 아직까지 이에 대한 규제는 분명하지 않은 부분이 많고, 각 주에 따라서도 차이가 나지만, 주 차원에서 이를 규제하고자 하는 법적용상, 입법상 노력이 있고, 연방 차원에서도 특히 미국 공정거래위원회는 소비자 피해를 방지하고자 하는 시각에서 이 문제를 접근하고 있다.

### 1. 온라인 모금에 대한 주법상 규제

미국법상 기부금 모집은 각 주에서 규율하고 있고 대부분의 주(2021년 현재 41개 주)에서는 사전 등록을 요하는바, 온라인 모금은 전국적으로 할 수 있다는 점에서 특히 그 관할을 어디로 하는지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 2001년 National Association of State Charity Officials (NASCO)<sup>1)</sup>에서는 그간의 논의를 종합하여 인터넷을 이용한 기부금 모집에 대한 가이드라인, 이른바 Charleston Principles<sup>2)</sup>을 발표한 바 있다. 이는 구속력 있는 법은 아니고, 각주의 담당자가 인터넷 기반의 기금 모집 활동에 대한 각주의 법을 적용할 때 가이드라인으로서 참고가 된다. 이에 따르면 인터넷 모금에도 각주의 등록에 관한 법규가 적용될 수 있고, 특히 다음과 같은 경우 해당 주법에 따른 등록 및 보고 의무가 인정된다고 한다.

#### (1) 단체의 주소지

온라인으로 모금을 하는 단체는 그 주소가 위치한 주에서 모금활동을 하고 있는 것으로 간주된다. 이러한 대부분의 단체들은 인터넷을 활용하지 않은 모금활동을 주소지에서

1) NASCO는 공익단체와 기부금품 모집을 규율, 감독하는 각 주의 attorney general, secretaries of state 등의 연합으로, 공통된 주제에 대해 정보 교환과 협력을 꾀하여 통일된 목소리를 내고자 한다.

2) The Charleston Principles: Guidelines on Charitable Solicitation using the Internet. <http://www.nasconet.org/wp-content/uploads/2018/04/Charleston-Principles.pdf>.

하고 있으므로, 이미 주소지에서 기부금품 모집에 관해 등록을 하였을 것이다. 그러나 통상 제한된 기부자에 의해 운영되어 기부금품 모집을 하지 않는 사적 공익재단에서도 온라인을 통한 모금이 점차 늘어나고 있으므로, 이러한 경우에는 새롭게 등록이 요구된다.

(2) 인터넷을 통해 특히 주소지 밖의 주에 소재한 사람들을 대상으로 모집행위를 하는 경우<sup>3)</sup>

인터넷을 통해 주별로 모집행위를 하는 경우, 해당 주법에 따른 등록 등의 절차를 따라야 한다. 예컨대 어떤 회사가 프린트 브로셔를 통해 50개 주에서 특정 월에 웹사이트를 통해 일어난 매출의 10%를 지정된 공익단체에 기부한다는 내용을 광고하였다면, 실제 거래는 온라인으로만 일어났더라도 관련된 모든 주에 등록하여야 한다.

(3) 공익단체가 쌍방향 웹사이트를 통해 모집행위를 하고, 이를 통해 주소지 밖의 주에서 반복적이고 계속적으로 또는 상당한 기부를 받는 경우<sup>4)</sup>

가이드라인에서 이 부분은 기준이 명확하지 않은데, 주법으로 횡수나 금액에 대한 기준을 정할 필요가 있다고 하였다. 일부 주<sup>5)</sup>에서는 당해 회계연도에 온라인 기부 횡수, 온라인 기부 금액, 온라인 기부 금액 중 해당 주에서 기부된 비율을 함께 고려하여 기준을 정하고 있다. 가이드라인은 또한 공익단체를 특정 주에 등록하도록 하려면 해당 주와 충분한 최소한의 접점이 있어야 한다고 하는데,<sup>6)</sup> 이른바 ‘최소한의 접촉’ 기준은 적법절차를 보호하기 위한 헌법상 요건이다.<sup>7)</sup>

## 2. 온라인 모금으로 인한 소비자 보호

---

3) The Charleston Principles 17.

4) The Charleston Principles 3.

5) 콜로라도, 미시시피, 테네시. 그 외에 코네티컷의 경우 Charleston Principles을 법률로서 받아들이지 않으나, 그 기준을 따른다고 한다. “Frequently Asked Questions from Charitable Organizations and Paid Solicitors,” Connecticut Department of Consumer Protection, Sections 21a-175 through 21a-190l, Connecticut General Statutes.

6) The Charleston Principles, 16.

7) World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 (1980).

한편, 미국의 공정거래위원회(Federal Trade Commission)는 온라인 모금으로 인한 소비자 피해를 방지하기 위하여 온라인 기부에 관한 가이드라인들을 마련하고 있다.

소비자들에 대해서는 다음과 같은 점을 숙지하도록 한다. 즉, 온라인 기부 포털은 웹 사이트에 열거된 여러 공익단체 중 하나에 기부하는 것을 보다 신속하고 편리하게 한다. 이처럼 온라인 포털을 통한 기부시에는 기부금이 직접 해당 공익단체에 바로 전달되지 않고, 다른 회사에서 이를 받아 수수료를 공제한 나머지를 전달되기도 하며, 시차를 두고 입금이 될 수도 있다. 온라인 기부 포털을 통해 기부금을 모집하는 자는 기부자가 기부금이 어디로 전달되는지, 그 중 얼마가 공익단체로 가는지, 공익단체로 기부되는 시점이 언제인지에 관한, 분명하고 진실된 답변을 쉽게 얻을 수 있게 해야 한다. 기부자가 이러한 답변을 쉽게 받지 못하거나 답변이 기부자의 마음에 들지 않는 경우, 기부자는 다른 방식으로 기부할 수 있다.<sup>8)</sup>

예를 들어 크라우드펀딩 사이트를 통한 기부금 모집의 경우, 조직과 자금 모집이 용이한 장점이 있다. 기부금품을 모집하고자 하는 자는 가령 화재로 집을 잃은 가족을 돕는다거나, 재향군인들의 의료비 지급을 돕는다거나 보다 일반적으로 특정 지역에서 자연재해로 고통받는 사람들을 돕는다 등의 목표를 설정할 수 있다. 기부금 모집을 소셜미디어나 크라우드펀딩 사이트를 통해 공지하는 경우도 많다. 이러한 크라우드펀딩을 통해 모집된 돈은 일단 모집자에게 가는 것이지, 바로 목표하는 곳에 전달되지 않는다. 공익 목적 외에 사업적 목적으로 크라우드펀딩을 하는 경우도 있는데, IRS에서 면세단체로 등록된 공익단체에 대한 기부만이 면세 혜택을 받을 수 있다. 공정거래위원회는 크라우드펀딩 사기를 당하지 않기 위해 누가 모금을 하는지를 최대한 확인할 것을 당부하고, 의심스러운 정황이 있으면 신고하도록 신고처를 열거하였다.

한편, 크라우드펀딩이나 소셜미디어, 펀드레이징 플랫폼을 통해 기부금을 모집하는 자들은 기부자(소비자)들에게 기부가 어떻게 일어나는지에 대한 정확한 정보를 전달하여야 하고, 광고에 관한 법 원칙들을 위반해서는 안된다. 중요한 정보에는 누가 기부금을 받는지, 수수료가 있는지, 언제 공익법인이 기부금을 수령하는지, 기부자의 정보가 공유되는지 등이 포함된다.<sup>9)</sup>

### 3. 온라인 모금에 관한 입법적 시도

---

8) [https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2018/06/online-giving-portals-what-should-you-know?utm\\_source=govdelivery](https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2018/06/online-giving-portals-what-should-you-know?utm_source=govdelivery).

9) <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/online-charitable-giving-portals>.

주에 따라서는 온라인 모금에 대한 특별법을 별도로 규정하려는 움직임이 있다. 대표적으로 캘리포니아의 경우, 2018년부터 관련 법안이 발의되고 있다.<sup>10)</sup> 2021. 2. 가장 최근에 발의된 Assembly Bill 488에 의하면 기부금 모집 플랫폼(charitable fundraising platform)과 플랫폼 공익단체(platform charity)는 캘리포니아 주 Attorney general에게 등록 및 보고해야 하고, 사기, 혼동 및 오해를 막기 위해 분명한 정보 공개를 하여야 하며, 특정 예외사유가 없으면 기부금을 받을 공익단체의 이름을 사용하기 전에 사전 서면 동의를 받아야 하고, 모집한 기부금은 별도 은행 계좌에 보관하고 처리 과정에서 수수료가 발생하면 이를 반영하여 신속하게 공익단체에 전달하여야 한다.<sup>11)</sup>

이 법안에 따르면 기부금 모집 플랫폼은 인터넷을 이용해 인터넷 웹사이트, 서비스, 플랫폼을 캘리포니아주에 있는 사람들에게 제공하여 모금 활동을 수행하고 허가하거나 다른 방법으로 이를 가능하게 하는 사람, 법인, 단체 등을 의미한다. GoFundMe, Facebook, Amazon, Tiltify, Pledgeling 등이 이에 포함된다. 플랫폼 공익단체는 기부금 모집 플랫폼에서의 모집 활동을 촉진하는 수탁자나 공익법인을 의미한다. PayPal Giving Fund, Network for Good 등 중개자 또는 플랫폼을 통해 모집된 기부금의 법적 수령자가 이에 해당한다.

이 법안이 통과되면 누가 기부를 받는지(기부금 모집 플랫폼, 플랫폼 공익단체, 실제로 이를 수령하는 공익단체 또는 다른 개인이 있는 경우 그 개인), 만일 실제 수령하는 공익단체가 기부금을 받지 못하는 경우가 있다면 그 경우, 실제 수령까지 걸리는 최대 시간과 그 이유, 중간자들의 수수료, 기부금이 면세 대상인지 여부 등의 정보를 공개하여야 한다.

---

10) 특히 2020년 발의된 법안에 대하여 NASCO는 지지의견을 제출하였는데, 지난 20년간 인터넷의 영향력을 목도하고 있다고 하면서 더 이상 공익단체의 모금 활동이 전화, 우편, 공익단체의 웹사이트에 제한되지 않는다는 점을 상기시켰다. 제3자 웹사이트, 소셜미디어 앱, 라이브 비디오 스트리밍 서비스가 오히려 일반적이라고 할 수 있을 정도이고, 특히 최근에는 COVID-19과 인종차별 등의 사태에서 온라인 모금이 더욱 강화되고 있다고 하였다.

11) [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=202120220AB488](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202120220AB488).

### Ⅲ. 온라인 기부

서 종 희

#### 1. 국내 모금플랫폼의 책임

온라인 모금플랫폼인 카카오 “같이가치 with Kakao”(이하 같이가치), 네이버 해피빈<sup>12)</sup>, CJ 나눔재단 도너스캠프<sup>13)</sup>는 수 많은 비영리조직들이 다양한 모금캠페인을 진행하는 수단이 되었다.<sup>14)</sup> 물론 일부 비영리조직은 모금플랫폼을 이용하지 않고 비영리조직이 운영하는 개별사이트에서 별도로 진행하는 경우도 있다.

일반적으로 모금플랫폼은 운영방식은 약간 상이할 수 있으나, 진행하고자 하는 모금캠페인에 대해 모금목적, 기간, 사용계획 등을 사전에 심사한다는 점에서 같다. 같이가치에서의 기부의 방식은 현금기부뿐만 아니라 참여기부, 플랫폼 매칭기부가 가능하다. 한편 해피빈의 경우는 일반시민들의 현금기부와 기업기부로 구성된다. 기부의 내용이 약간 다르기는 하지만, 크게 일반시민들의 기부는 현금과 참여기부로 이루어지고, 카카오의 플랫폼 매칭과 해피빈의 기업기부는 기업기부의 형태로 구분할 수 있다.

최근 COVID-19로 인하여 모금플랫폼에 의한 기부가 증가하였는데, 모금플랫폼에 대한 규율은 실질적으로 모금플랫폼 약관에 의해 통제되고 있을 뿐이다. 대표적인 모금플랫폼인 해피빈의 약관을 모두 모금플랫폼은 중개자의 역할을 한다는 점, 무상으로 서비스를 제공한다는 점 등으로 이유로 면책조항 등을 두고 있다.<sup>15)</sup>

##### (1) 제7조 (개인정보의 보호 및 사용)

해피빈은 관계법령이 정하는 바에 따라 이용자 등록정보를 포함한 이용자의 개인정보를 보호하기 위해 노력합니다. 이용자 개인정보의 보호 및 사용에 대해서는 관련법령 및

12) <http://happybean.naver.com/>

13) <http://www.donorscamp.org/>

14) 지금은 사라졌지만 사회복지공동모금회 행복주식거래소(<http://happyexchange.chest.or.kr/>) 또한 온라인 기부를 위한 중개수단이였다

15) 실질적으로 책임은 해피빈이 아니라 해피로그 운영자가 책임을 지도록 하는 구조를 취하고 있다(제19조 내지 제29조).

해피빈의 개인정보 보호정책이 적용됩니다. 단, 해피빈의 공식 사이트이외의 웹에서 링크된 사이트에서는 네이버의 개인정보 보호정책이 적용되지 않습니다. 또한 해피빈은 이용자의 귀책사유로 인해 노출된 정보에 대해서 일체의 책임을 지지 않습니다.

(2) 제11조(이용자의 의무) 제4항 및 제5항

4. 해피빈이 관계법령 및 '개인정보 보호정책'에 의거하여 그 책임을 지는 경우를 제외하고 회원에게 부여된 기부내역 및 '기부내역에 대한 소득공제영수증발급'의 관리소홀, 부정사용에 의하여 발생하는 모든 결과에 대한 책임은 회원에게 있습니다.

5. 회원은 해피빈 서비스를 이용하여 영리활동을 할 수 없으며, 그 영리활동의 결과에 대해 해피빈은 책임을 지지 않습니다. 또한 해피빈은 이와 같은 영리활동으로 해피빈이 손해를 입은 경우, 회원은 해피빈에 대해 손해배상 의무를 지며, 해피빈은 해당 회원에 대해 서비스 이용제한 및 적법한 절차를 거쳐 손해배상 등을 청구할 수 있습니다.

(3) 제16조(광고게재 및 광고주와의 거래) 제2항

2. 해피빈은 서비스상에 게재되어 있거나 본 서비스를 통한 광고주의 판촉활동에 회원이 참여하거나 교신 또는 거래를 함으로써 발생하는 손실과 손해에 대해 책임을 지지 않습니다.

(4) 제31조(손해배상)

해피빈은 서비스에서 무료로 제공하는 서비스의 이용과 관련하여 개인정보보호정책에서 정하는 내용에 해당하지 않는 사항에 대하여는 어떠한 손해도 책임을 지지 않습니다.

(5) 제34조 (면책조항)

1. 해피빈은 천재지변, 전쟁 및 기타 이에 준하는 불가항력으로 인하여 서비스를 제공할 수 없는 경우에는 서비스 제공에 대한 책임이 면제됩니다.

2. 해피빈은 기간통신 사업자가 전기통신 서비스를 중지하거나 정상적으로 제공하지

아니하여 손해가 발생한 경우 책임이 면제됩니다.

3. 해피빈은 서비스용 설비의 보수, 교체, 정기점검, 공사 등 부득이한 사유로 발생한 손해에 대한 책임이 면제됩니다.

4. 해피빈은 회원의 귀책사유로 인한 서비스 이용의 장애 또는 손해에 대하여 책임을 지지 않습니다.

5. 해피빈은 이용자의 컴퓨터 오류에 의해 손해가 발생한 경우, 또는 회원이 신상정보 및 전자우편 주소를 부실하게 기재하여 손해가 발생한 경우 책임을 지지 않습니다.

6. 해피빈은 해피로그 서비스를 이용하여 기대하는 모금수익을 얻지 못하거나 상실한 것에 대하여 책임을 지지 않습니다.

8. 해피빈은 회원이 서비스를 이용하면서 얻은 자료로 인한 손해에 대하여 책임을 지지 않습니다. 또한 해피빈은 회원이 서비스를 이용하며 타 회원으로 인해 입게 되는 정신적 피해에 대하여 보상할 책임을 지지 않습니다.

9. 해피빈은 회원이 서비스에 게재한 각종 정보, 자료, 사실의 신뢰도, 정확성 등 내용에 대하여 책임을 지지 않습니다.

10. 해피빈은 이용자 상호간 및 이용자와 제 3자 상호 간에 서비스를 매개로 발생한 분쟁에 대해 개입할 의무가 없으며, 이로 인한 손해를 배상할 책임도 없습니다.

11. 해피빈이 직접수행하는 기부서비스 이외의 사항에 대해서 발생하는 불이익이나 손해에 대해 책임을 지지 않습니다.

## 2. 영국 모금플랫폼의 책임

영국 또한 오래전부터 간편하고 빠른 연결을 통해 니시 커뮤니티(Niche Communities)를 생성할 수 있는 인터넷의 장점을 살려 기부자와 쉽게 연결될 수 있다는 점 등을 이유로 온라인 웹사이트를 이용한 기부가 이루어지고 있다. 대표적으로 온라인 중개 웹사이트인 [charitychoice<sup>16\)</sup>](http://www.charitychoice.co.uk/)와 [justgiving<sup>17\)</sup>](https://www.justgiving.com/)를 통해서 기부가 이루어진다.<sup>18)</sup> 영국 또한 우리와 마찬가지로 모금 플랫폼의 약관에 의한 통제가 이루어지고 있을 뿐이며 이를 개별적으로 규율하는 법은 없는 것으로 확인된다.

---

16) <http://www.charitychoice.co.uk/>

17) <https://www.justgiving.com/>

18) 온라인쇼핑몰을 통한 기부는 <http://www.easyfundraising.org.uk/> 참조.

charitychoice의 약관은 모금플랫폼이 ‘중개’를 한다는 점을 이유로 공익단체와 기부자 간에 발생한 사건에 대해서 벗어날 수 있도록 하는 조항을 두고 있다.<sup>19)</sup>

(1) 물품, 자원봉사 및 서비스 제공에 있어서의 면책

“우리는 공익단체등이 제공한 정보의 정확성, 최신성 또는 완전성에 대해 어떠한 주장, 보장 또는 약속도 하지 않습니다. 공익단체와 사용자 간에 교환되는 정보의 내용에 대한 모든 책임은 정보를 제공한 사람에게 있습니다. 우리는 자원봉사자를 사전 심사하거나 승인하지 않습니다. 웹사이트를 통해 공익단체를 위해 일하는 자원봉사 개인을 검토하는 것은 관련 공익단체의 전적인 책임입니다. 기증 또는 증여된 모든 상품은 있는 그대로 제공되며, 상품의 품질, 상품성 또는 가치를 보증하거나 보증하지 않습니다.”<sup>20)</sup>

- 웹사이트와 Wilmington plc의 다른 모든 웹사이트에 게시된 자료와 정보는 명시적이든 묵시적이든 어떤 종류의 보증 없이 "있는 그대로" 제공됩니다. Wilmington plc는 자료나 정보의 정확성이나 무결성, 특정 목적에 대한 적합성을 보증하지 않습니다. 법이 허용하는 범위 내에서 Wilmington plc는 계약, 불법 행위(과실) 또는 기타 웹사이트의 부정확하거나 오해의 소지가 있는 정보에 대한 책임을 배제합니다.<sup>21)</sup>

- Wilmington plc는 오류가 수정될 것이라고 보장하지 않습니다. 서비스 중단이나 바이러스, 웜, 트로이 목마 및 기타 유해한 구성 요소가 Wilmington plc 시스템 및 네트워크에 존재하거나 전송되는 경우에 대해서도 책임을 지지 않습니다.<sup>22)</sup>

- Wilmington plc는 데이터 또는 소프트웨어의 손실, 수익, 비즈니스, 이익 비용 또는 비용, 또는 사용 또는 관련하여 발생하는 직간접적, 우발적 또는 결과적 손실 또는 손해에 대해 책임을 지지 않습니다(웹사이트 또는 콘텐츠의 가용성 및 기타 항목에 따라 제공된 자료를 사용할 수 있는 모든 권한, 권리 또는 라이선스와 관련하여)<sup>23)</sup>

- 귀하의 비즈니스 및 개인 상황에 비추어 웹사이트에 있는 정보 및 자료의 가치를 평가하는 것은 귀하의 책임입니다.<sup>24)</sup>

- Wilmington plc가 책임을 지는 경우 웹사이트에서 또는 웹사이트와 관련하여 발생

19) 참고로 charitychoice는 2018년 7월 31일 이후부터는 기부서비스를 직접수행하지 않는다.

20) <https://www.charitychoice.co.uk/terms-and-conditions>

21) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

22) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

23) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

24) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

하는 손실 또는 손해에 대한 Wilmington plc의 총 책임(계약, 불법 행위, 과실 또는 기타)은 다음과 같습니다. 하나의 사건 또는 일련의 사건에 대해 £1,000로 제한됩니다. 이 조항은 소비자로서의 법적 권리에 영향을 미치지 않습니다.<sup>25)</sup>

- Wilmington plc의 사기성 있는 허위 진술 또는 그 또는 그 직원의 과실로 인하여 피해자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 Wilmington plc의 책임을 배제되지 않습니다.<sup>26)</sup>

#### (2) 공익단체 등의 계약종료 후 정보제거 의무<sup>27)</sup>

“귀하 또는 귀하의 공익단체에 대한 정보를 웹사이트(귀하가 설정했을 수 있는 마이크로 사이트 또는 기부 페이지 포함)에서 제거하는 것은 계약종료 후 귀하의 책임입니다.”

#### (3) 당사 사이트를 통해 체결된 기부에 대한 책임<sup>28)</sup>

Charity Choice는 이러한 외부 링크를 통해 자선 단체 웹사이트 또는 선택한 기부 시설에 대한 기부로 인해 발생하는 기부 문의에 대해 책임을 지지 않습니다.

#### (4) 사용자의 행동과 모금플랫폼의 책임<sup>29)</sup>

“사용자는 다음과 같은 행위를 해서는 안 됩니다.

- 귀하의 신원 또는 다른 사람 또는 조직과의 제휴를 허위로 표시하는 행위
- 귀하의 이메일 수신을 원하지 않는 사람들에게 정크 이메일 또는 '스팸'을 보내기 위해 웹사이트를 사용하는 행위
- 웹사이트 또는 웹사이트에서 제공되는 서비스와 어떤 식으로든 관련되지 않은 설문 조사, 추첨, 복권, 콘테스트, 피라미드 방식, 행운의 편지 또는 기타 활동을 수행, 표시

25) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

26) [https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?\\_ga=1.154248573.490598484.1486722806](https://www.wilmingtonplc.com/copyright-notice?_ga=1.154248573.490598484.1486722806)

27) <https://www.charitychoice.co.uk/terms-and-conditions>

28) <https://www.charitychoice.co.uk/terms-and-conditions>

29) <https://www.charitychoice.co.uk/terms-and-conditions>

또는 전달하기 위해 웹사이트를 사용하는 행위 또는 서비스 또는 서비스 또는 서비스에 연결된 네트워크를 방해하거나 방해하고 당사 시스템에 컴퓨터 바이러스(변종 또는 유사한 악성 코드 또는 지침 포함)를 도입하는 행위 또는 타인에 대한 명예 훼손, 외설, 증오, 공격적이거나 선동적이거나 성적으로 노골적인 콘텐츠, 폭력 또는 불법 활동을 조장하는 콘텐츠를 웹사이트에 게시하거나 업로드하는 행위.

- 공익단체를 돕기 위해 기금 마련 페이지를 구축하는 것은 귀하의 기금 마련 활동에 대한 당사나 자선 단체의 승인을 의미하지 않습니다.

- 많은 공익단체는 위험한 스포츠나 특이한 도전을 승인하지 않으며 참여하기를 원하지 않습니다. 선택한 활동이 자선 단체의 정책에 위배되지 않는지 먼저 공익단체에 확인하는 것은 귀하의 책임입니다.

우리는 위의 규칙을 위반하는 경우 통지 없이 회원 자격을 취소하고 모금 페이지를 삭제할 권리가 있습니다. 이러한 시나리오에서 이전에 모금 페이지를 통해 기부된 모든 금액은 관련된 자선 단체에서 보유하게 합니다.”

#### (5) 공익단체의 웹사이트 이용시 의무<sup>30)</sup>

“공익단체의 웹사이트 사용 본 약관에 따라 웹사이트에 등록하는 데 동의함으로써 공익단체는 웹사이트에 자료를 업로드할 수 있습니다.

공익단체는 웹사이트에 게시된 모든 콘텐츠가 다음과 같은지 확인해야 합니다. 최신 정보이며 정확합니다. 관련 법률 또는 규정을 준수합니다.

그리고 어떤 식으로든 웹사이트 사용자를 오도하거나 오도하지 않습니다.

공익단체는 웹사이트를 사용하여 설문조사, 추천, 복권, 콘테스트, 피라미드 방식 또는 행운의 편지를 실시, 전시 또는 전달해서는 안 됩니다.

웹사이트에 자료를 업로드할 때 자선 단체는 대중이 해당 자료에 액세스하고 사용할 수 있도록 허용합니다.”

---

30) <https://www.charitychoice.co.uk/terms-and-conditions-for-charities>

### 3. 모금플랫폼의 책임관련 규정의 신설

(1) 기부금모집자 등의 허위정보 제시 등 불법행위를 모금플랫폼이 인식한 경우에는 이를 삭제할 의무를 부여하고 그 의무를 위반한 경우에는 불법행위자인 공익단체와 연대 책임을 지도록 하는 규정 신설

(2) 모금플랫폼은 모집자가 아니라는 점을 기부자들이 알 수 있도록 명확하게 고지할 의무를 부여하는 규정 신설

#### 기부금품법 제00조(모금플랫폼의 의무와 책임)

- ① 모금플랫폼은 자신이 기부금모집자가 아니라는 사실을 기부자가 쉽게 알 수 있도록 미리 고지하여야 한다.
- ② 모금플랫폼은 모집자에 대한 상세한 정보를 고지하여 기부자가 오인하지 않도록 해야한다.
- ③ 모금플랫폼은 모집자의 허위정보 제시 등의 불법행위를 인식한 경우에는 그러한 행위를 차단하는 기술적인 조치 등을 해야 한다.
- ④ 모금플랫폼이 고의 또는 과실에 기하여 제1항 내지 제3항을 위반하여 기부자 등에게 재산상 손해가 발생한 경우, 모금플랫폼은 기부자 등에게 배상할 책임을 진다.



## IV. 온라인을 통한 기부재산 모집

고 형 석

### 1. 현행 기부금품법상 기부금품의 모집방법

#### (1) 모집방법 및 모집장소의 제한 여부

기부금품법에서는 기부금품의 모집에 관해 규정하고 있지만, 그 모집방식에 대해서는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 모집자는 오프라인 또는 온라인을 통해 불특정 다수인을 상대로 기부금품을 모집할 수 있다. 다만, 기부금품법에서는 기부금품의 접수장소에 대해 제한을 두고 있다(법 제7조 제1항).

#### (2) 온라인 모집의 장점과 단점

기부금품을 모집함에 있어 제한이 없기 때문에 모집자는 다양한 방법으로 기부금품을 모집할 수 있지만, 온라인 환경 속에서는 온라인을 통한 기부금품 모집이 확대되고 있다. 즉, 대면 모집과 달리 온라인을 통한 모집은 모집 비용을 절약할 수 있으며, 보다 광범위하게 기부금품의 모집을 홍보할 수 있기 때문이다.<sup>1)</sup> 특히, 코로나 19 상황 속에서 대면 기부권유방식은 매우 제한되기 때문에 온라인을 통한 기부금품 모집활동이 확대되고 있는 추세이다.

이러한 온라인을 활용한 기부금품 모집은 매우 간편하게 기부금품을 모집할 수 있지만, 그 악용을 방지하기 곤란하다는 단점이 존재한다. 즉, 기부금품법상 1,000만 원 이상의 기부금품을 모집하기 위해서는 목적 요건과 방법요건을 충족하여야 한다. 먼저, 목적 요건으로 모집의 목적이 공익목적에 해당하여야 한다. 그 다음으로 절차 요건으로 행정청에 등록을 하여야 한다. 그러나 온라인 모집의 경우에 그 목적 및 등록 여부를 확인하기 곤란할 뿐만 아니라 모집기간이 단기이기 때문에 행정청의 규제도 쉽지 않다. 특

1) 노연희, 온라인 모금캠페인의 내용 및 성과분석, 「2016년 기획연구 보고서」, 아름다운재단 기부문화연구소, 2016, 11면.

히, 기부자의 측은지심을 활용한 온라인 모집의 경우에 기부자의 감성에 호소하는 홍보물 등의 제작을 통해 악의적 기부금품 모집이 쉽게 이루어질 수 있다. 이 처럼 불법적인 기부금품 모집은 기부를 빙자한 기부자에 대한 기망 또는 사기이며, 기부문화의 활성화에 악영향을 줄 수 있기 때문에 규제가 필요하다.

## 2. 온라인 기부재산 모집에 대한 규제방식

### (1) 현행 기부금품 모집 방식의 유지 및 한계

기부금품법에서는 1,000만 원 이상의 기부금품 모집 시 행정청의 등록을 필수 요건으로 하고 있으며, 이 내용은 온라인 모집에서 그대로 적용된다. 다만, 현행 기부금품법은 온라인 모집의 특수성을 감안하고 있지 않기 때문에 온라인 모집에 관한 특칙을 규정할 필요가 있다.

### (2) 온라인 불법모집에 대한 규제(신고 및 등록체계)

온라인 모집방식은 크게 자체 사이트를 개설하여 기부금품을 모집하는 방식과 온라인 플랫폼 사업자의 플랫폼을 이용하여 기부금품을 모집하는 방식으로 구분할 수 있다. 양자 모두 불법적으로 기부금품을 모집할 경우에 누구든지 신고할 수 있도록 담당기관(신고접수 및 처리기관)을 지정할 필요가 있으며, 방송통신위원회 및 과학기술정보통신부와의 협력체계를 구축하여 사이트의 차단(해외 사이트) 또는 폐쇄 조치(국내 사이트)를 취할 수 있도록 할 필요가 있다.

### (3) 온라인 플랫폼 사업자에 의한 통제

온라인을 통한 기부금품을 모집하는 대다수의 방식이 온라인 플랫폼을 이용하는 것이다. 즉, 자체 사이트를 개설하는 것은 많은 시간과 비용이 소요되며, 더 많은 홍보 효과를 유발하기 위해서는 유명 온라인 플랫폼(카카오, 네이버, 유튜브 등)을 이용한다. 이 경우에 불법적인 기부금품 모집을 효과적으로 차단할 수 있는 자는 온라인 플랫폼 사업자이다. 다만, 온라인 플랫폼 사업자에게 불법 기부금품 모집에 대해 감독의무를 부과하

는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 과도한 규제 문제를 야기하기 때문에 합리적인 수준에서 그 의무를 설정할 필요가 있다. 그 방안으로는 종전부터 인정되어왔던 ‘Notice & Take down’ 방식을 채택할 필요가 있다. 즉, 온라인 플랫폼 사업자는 자신이 운영하는 온라인 플랫폼을 통해 기부금품을 모집하는 자에 대해 정보제공(기부금품법상 기부금품 모집에 관한 일반 원칙)을 하고, 신고접수 등의 업무를 수행할 수 있는 온라인 신고센터를 운영하도록 한다. 이를 통해 위반행위에 대한 신고가 접수된 경우에 운영사업자는 위법사실을 확인한 후 해당 모집자에게 그 사실을 통보하고, 플랫폼 이용을 중단시킨다. 만일, 모집자가 그 행위의 합법성을 증명한 경우에 플랫폼을 통한 기부금품 모집을 계속 허용하도록 한다.

이를 위해서는 온라인 플랫폼 사업자가 그 의무를 용이하게 이행할 수 있는 방안을 마련하여야 한다. 첫째, 온라인 플랫폼 사업자가 모집자에게 쉽게 고지할 수 있도록 고지 내용(기부금품 등록 사항 등) 또는 기부금품 모집을 위한 플랫폼 이용약관(표준약관)을 제공할 필요가 있다. 둘째, 신고사항에 대해 법 위반 여부를 신속하게 판단할 수 있도록 담당 행정기관을 지정한다. 셋째, 이러한 조치의무를 이행한 경우에 온라인 플랫폼 사업자의 면책을 인정한다.

#### (4) 유사입법례(저작권법)

제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

③ 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 기술적인 조치 등 필요한 조치의 이행 여부를 정보통신망을 통하여 확인하여야 한다.

④ 문화체육관광부장관은 제3항에 따른 업무를 대통령령으로 정하는 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

### 3. 기부금품 모집장소에 대한 규제의 타당성

### (1) 기부금품법상 모집장소 및 취지

기부금품법상 기부금품은 국가기관, 지방자치단체, 언론기관, 금융기관, 그 밖의 공개된 장소에서 접수하여야 한다. 이는 기부금품 모집을 빙자하여 모집자가 다른 용도로 사용하는 것을 방지하기 위함이라고 할 수 있다.

### (2) 온라인 모집과 관련한 문제점

국가기관 등이 아닌 자가 기부금품을 모집하기 위해서는 공개된 장소에서 기부금품을 접수하여야 하지만, 온라인 모금의 경우에 모집자의 계좌번호로 기부금이 입금된다. 이 경우에 모집자의 계좌번호로의 입금이 공개된 장소에서의 접수인가의 논란이 발생할 수 있다. 이러한 점은 단지 온라인 모금에 국한되는 것이 아니며, 오프라인에서 모금활동을 하면서 그 수령을 금융계좌로 하는 것 역시 동일하다. 이러한 점은 기부금품의 모집이 현장 모금의 방식(구세군 자선냄비에 기부 등)으로 진행된 것을 전제로 하고 있지만, 현재 이루어지고 있는 다양한 기부금품의 모집방식과 일치하지 않는다. 물론 법 규정과 관계없이 계좌번호로의 입금 역시 기부금품 접수로 인정하고 있지만, 그 위반에 대해 과태료(500만 원 이하)를 부과하고 있기 때문에 보다 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.

### (3) 기부금품법 개정방안

#### 1) 기부금품 접수방식에 관한 규정의 삭제 방안(제1안)

기부금품법에서 접수방식을 제한하는 것은 모집된 기부금품의 액 또는 내용을 명확히 파악할 수 있게 하고, 모집자의 사적 용도로 사용하는 것을 방지하기 위함이라고 할 수 있다. 그러나 이 목적은 법 제7조 제2항의 내용만으로도 충분히 해결할 수 있다. 또한 기부금품의 접수방식이 매우 다양함에도 불구하고 이를 제한함과 더불어 그 위반에 대해 과태료를 부과하는 것은 변화된 환경 및 방식을 충분히 반영하지 못한 것이다. 이를 근본적으로 해결하는 방법으로 기부금품 접수방법을 제한하고 있는 법 제7조 제1항을 삭제하는 것이다.

현 행	개정안
기부금품법 제7조(기부금품의 접수장소 등) ①기부금품은 국가기관, 지방자치단체, 언론기관, 금융기관, 그 밖의 공개된 장소에서 접수하여야 한다.	기부금품법 제7조(기부금품의 접수장소 등) ①<삭제>

## 2) 기부금품 접수방식의 확대방안

현행 기부금품법 제7조 제1항도 그 존재의의가 있기 때문에 이를 삭제하였을 경우에 이 규정의 목적을 달성할 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 이 규정을 삭제하는 방안이 아닌 그 접수방법을 확대하는 방법을 고려할 수 있으며, 기부금품 모집등록과 연동시키는 방안도 제시할 수 있다. 즉, 기부금품 모집을 위해 등록신청할 경우에 등록신청서에 모집장소 또는 방법을 기재하도록 하고, 기재된 모집장소 또는 모집방법으로 기부재산을 모집하도록 하는 것이다. 다만, 현행 기부금품법에서는 1천만원 이상을 모집할 경우에 한해 등록의무가 발생하므로 1천만원 미만을 모집할 경우에 이 방식을 적용할 수 없다는 한계가 있다. 따라서 소액 기부금품 모집에 대한 방안도 추가할 필요가 있다.

현 행	개정안
<p>기부금품법 제7조(기부금품의 접수장소 등)            ①기부금품은 국가기관, 지방자치단체, 언론기관, 금융기관, 그 밖의 공개된 장소에서 접수하여야 한다.</p>	<p>기부금품법 제7조(기부금품의 접수장소 등)            ① <u>모집자는</u> 국가기관, 지방자치단체, 언론기관, 금융기관, 그 밖의 공개된 장소에서 <u>기부재산을 모집하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공개된 장소에서 기부재산을 모집한 것으로 본다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제00조에 따른 등록서에 기재된 <u>모집장소 또는 모집방법</u></li> <li>2. <u>모집자 명의의 금융계좌를 통한 모집</u></li> <li>3. <u>기부재산이 가상자산인 경우에 모집자 명의의 전자우편 또는 가상저장소</u></li> <li>4. <u>기타 대통령령으로 정하는 접수방법</u></li> </ol>

# 제6장 기타

김진우/고형석/서종희

## 1. 벌칙규정 등

### (1) 등록의무 위반자에 대한 시정명령 조항 신설

현행 기부금품법 제4조 제1항에 따라 등록할 의무가 있는 자가 등록을 하지 않고 있는 경우에 등록청이 미등록 모집자에 대하여 등록을 명할 수 있는지에 대해 현행법은 침묵하고 있다. 그러나 기부재산 모집자가 등록을 하지 않은 것이 이 법을 회피하기 위한 것이 아니라면 등록청이 등록을 명하여 등록을 할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

이에 “등록청은 미등록 모집자에 대하여 등록을 명할 수 있다.”는 조항을 신설할 필요가 있다.

현행법 제4조(기부금품의 모집등록)	개정안 제4조(기부재산의 모집등록)
① 내지 ⑤	① 내지 ⑤: 좌동 ⑥ 등록청은 미등록 모집자에 대하여 등록을 명할 수 있다.

### (2) 벌칙규정의 개정

현행법은 제16조 제1항 제1호에서 “제4조제1항에 따른 등록을 하지 아니하였거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 기부금품을 모집한 자”를 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

기부모집을 하는 소규모 비영리단체는 충분한 인력을 갖추지 못한 경우가 적지 않은데, 단순 과실로 기부금품법이 정한 기간 내에 모집등록을 하지 못하였음을 이유로 위와 같은 벌칙을 적용하는 것은 비영리활동의 현실을 외면한 과도한 제재라고 할 수 있으므로 먼저 등록청이 시정조치 명령을 내릴 수 있도록 법률을 개정할 필요가 있다. 이에 현

행 기부금품법 제16조 제1항 제1호는 “제4조제6항에 따른 등록에 관하여 등록청의 시정 명령을 받고도 2주 이내에 등록을 하지 아니하였거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 기부금품을 모집한 자”라고 개정한다.

현행법 제16조(벌칙)	개정시안 제18조(벌칙)
<p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. <u>제4조제1항에 따른 등록을 하지 아니하였거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 기부금품을 모집한 자</u></p>	<p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제4조제6항에 따른 등록청의 시정 명령을 받고도 2주 이내에 등록을 하지 아니하였거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 기부재산을 모집한 자</p>

### (3) 과태료 규정 개정

현행 기부금품법 제18조 제1항 제2호는 “제7조제1항을 위반하여 공개된 장소가 아닌 장소에서 기부금품을 접수한 자”에 대하여 “500만원 이하의 과태료를 부과한다”라고 규정하고 있다. 온라인 기부 모집 등 다양한 형태로 기부 모집이 이루어지고 있는 상황을 감안하여 제7조 제1항을 삭제한다면 제18조 제1항 제2호도 삭제하여야 한다.

현행 제18조(과태료)	개정시안 제20조(과태료)
<p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>1. 제6조제2항을 위반하여 모집행위가 모집자를 위한 것임을 표시하지 아니한 모집총사자</p> <p>2. 제7조제1항을 위반하여 공개된 장소가 아닌 장소에서 기부금품을 접수한 자</p> <p>3. 제9조제1항에 따른 관계 서류 등의 제출 명령에 따르지 아니하거나 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피 또는 방해한 자</p>	<p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p>1. 제6조제2항을 위반하여 모집행위가 모집자를 위한 것임을 표시하지 아니한 모집총사자</p> <p>2. 제11조제1항에 따른 관계 서류 등의 제출 명령에 따르지 아니하거나 관계공무원의 출입·검사를 거부·기피 또는 방해한 자</p>

## 2. 기부단체 인증 마크제 또는/및 등록번호 표시의무 도입방안

### (1) 기부단체 인증 마크제

기부 모집과 관련된 신뢰성을 제고하기 위해 ‘기부단체 인증제’를 도입하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 즉 행안부의 검증을 거친 단체임을 표시하는 마크를 통해 잠재적 기부자가 어느 단체에 기부해도 좋은지에 관한 가이드라인을 제공하는 것이다. 이 기부단체 인증 마크제는 잠재적 기부자에 대해 나침반의 역할을 할 수 있다. 이러한 인증 마크를 무단으로 사용한 단체나 개인에 대해서는 기부법에 따른 벌칙을 부과한다. 다만 이것이 실효를 거두기 위해서는 행안부에 기부단체의 활동을 실제로 검증할 수 있는 인적·물적 자원이 확보되어야 한다.

### (2) 등록 표시의무

단체나 개인이 1,000만 원 이상의 기부재산을 모집하려면 행정안전부 장관 등에게 등록해야 하고, 모집·사용계획서의 내용을 변경하려는 경우에도 같다(현행 기부금품법 제4조 제1항). 그러나 기부자는 모집자의 등록 여부를 알 수 없는 경우가 많으므로, 신뢰성 제고를 위해 등록번호가 포함된 마크를 통해 등록 사실을 표시하도록 한다. 이와 관련하여 기부법 제9조에 “모집자는 대통령령으로 정한 마크에 등록번호를 기입하고 기부모집 시 이를 표시하여야 한다”라는 조항을 신설한다. 이 마크를 위·변조하거나 도용한 단체 또는 개인에 대하여는 현행 기부금품법 제16조에 해당하는 벌칙을 부과한다.

현행 제4조(기부금품의 모집등록)	개정시안(기부단체 인증표시)
없음	⑥ 모집자는 대통령령으로 정한 마크에 등록번호를 기입하고 기부모집 시 이를 표시하여야 한다.

현행 제16조(벌칙)	개정시안 제0조(벌칙)
-------------	--------------

없음	2. 제9조에 따른 마크 및 등록번호를 위·변조하거나 도용한 자
----	-------------------------------------