

■ 논 단

새마을금고의 법적성격과 지배구조

김 정 연

인천대학교 법학부 조교수 / 법학전문박사(상법)

요 약 문

새마을금고는 2017년 말 현재 총자산규모가 150조를 넘어선 상호금융조직으로서 중요한 소매금융기관이다. 새마을금고는 새마을금고법에 따라 지역·직장별 회원의 출자로 설립된 개별 금고와 이들을 감독·지원하는 별도 법인인 중앙회로 구성되어 있으며, 새마을금고법에서는 이를 비영리법인으로 규정한다. 그러나 비영리법인은 구성원 및 출자자들에 대해서 수익배분의 제약을 핵심적 속성으로 삼기 때문에, 출자자에 대한 출자금·이용고 배당이 허용되는 새마을금고는 전형적인 비영리법인이 아니다. 출자자와 이용자가 일치하는 상호부조적 성격을 가지고, 모든 회원이 1인당 하나의 의결권·선거권을 행사하는 협동조합에 속한다. 새마을금고는 비회원에 대한 신용·공제사업을 영위할 수 있게 되면서 상업형 금융기관과 기능적 측면에서 점차 유사하게 되었다. 아직까지 새마을금고가 비영리법인에 해당하는지 여부를 정면으로 다룬 대법원 판례는 없지만, 최근 일부 하급심 판결에서는 수익배분이 허용되므로 비영리법인이 아니라는 판시를 한 바 있고, 다른 판결들에서는 비영리법인성의 전제로 기능하던 새마을금고의 자조조직적 성격을 부인하고 상업적 금융기관과 유사하게 취급하는 경향이 관찰되기도 한다.

새마을금고의 지배구조를 개선함에 있어서도 상업적 금융기관과 유사한 기능을 하는 협동조합형 조직에서 발생할 수 있는 대리인 문제를 극복할 수 있는 방안을 적극 고려해야 한다. 협동조합에서도 다른 영리법인·비영리법인에서와 마찬가지로 경영진은 주의의무 및 충실의무를 준수하여야 한다. 또 효율적 의사결정을 가능하게 할 목적으로 도입된 대의원회가 오히려 충의를 왜곡시키는 측면을 감안하여 총회제도를 획기적으로 개선할 필요가 있다. 현재 새마을금고의 부실 경영의 주된 원인으로는 이사장의 무제한 연임과 전형적 행위가 지적되고 있는데, 대의원제도의 개선만으로는 이를 견제하는 데 한계가 있기 때문이다. 다음으로는 일부 상근 임원에 대해서는 금고의 회원 자격을 요구하지 않음으로서 이사회의 전문성과 독립성을 강화하여야 할 것이고, 상근 이사의 보수를 정하는 방식과 보수의 기준에 대해서도 법률상 정함이 있어야 할 것이다.

주제어 : 새마을금고, 지배구조, 대리인문제, 협동조합형 금융기관, 충실의무

— <目 次> —

I. 서 론	III. 새마을금고의 지배구조
1. 문제의 제기 및 선행연구	1. 협동조합 금융기관의 지배구조 특수성
2. 본 논문의 구성	2. 새마을금고법의 검토
II. 새마을금고의 조직법상 특징	IV. 결 론
1. 새마을금고 연혁과 현황	
2. 새마을금고는 비영리법인인가?	
3. 새마을금고의 법적 성격과 관련된 판례의 입장	

I. 서 론

1. 문제의 제기 및 선행연구

새마을금고는 2017년 말 기준 자산규모가 150조원을 넘어섰고, 금고 수는 1,315개, 회원 수는 1,927만 명¹⁾에 달하는 대규모의 상호금융조직이다.²⁾ 새마을금고란 새마을금고법(이하 “법”이라 약칭함)에 따라 설립된 비영리법인인 개별 금고(새마을금고법 제2조 제1항) 및 이들을 지원·감독하는 별도의 법인인 중앙회(법 제2조 제3항, 제54조)로 구성되며, 새마을금고를 감독하는 주무부처는 행정안전부이다. 새마을금고는 시중은행에 비하여 높은 예금 금리를 제공하고, 신용도가 상대적으로 낮은 서민들도 대출을 이용할 수 있도록 하는 지역밀착형 관계금융기관으로서 자리매김 하였지만, 금융사고와 부실대출 논란으로 인하여 지배구조 및 건전성 감독을 강화해야 한다는 필요성이 끊이지 않고 제기된다.³⁾ 물론 제2금융권 가운데 새마을금고의 부실

1) 새마을금고중앙회, 새마을금고통계(2018, 32쪽)에서는 ‘거래회원수’를 1,927만명으로 표기하고 있으나, 행정안전부 발표에 따르면 정회원은 861만명, 일반거래자가 1,066만명에 해당한다. 행정안전부, 새마을금고 감독체계 반세기만에 대혁신(2017.12.19.).

2) 전국은행연합회 회원사 공시에 따르면, 2018년 기준 중소규모의 지방·시중은행 세 개의 자산규모의 합계액에 상응하는 금액이다(씨티은행 약42조, 부산은행 약 52조, SC제일은행, 약 65조).

3) [새마을금고 황제경영①] 평균 16년 임원으로 ‘종신’ 재직… 사실상 금고 사유화 (이투데이, 2018.11.13), [새마을금고 황제경영②] 신설합병, 이사장 임기 연장 필수 전략 (이투데이, 2018.11.14), [새마을금고황제경영③] 이사장, 퇴임·취임 반복 ‘신분세탁’…법규 연임제한 ‘회피’ (이투데이, 2018.11.16), [새마을금고 황제경영④] 이사장 임기 제한 폐지, “전문성” vs “전횡건제” (이투데이, 2018.11.25) [새마을금고 황제경영 ⑤] 서민금융 빌미로 ‘권력 남용’…정부 감시·견제도 소용없다, 이투데이(2018.11.29.); 국민은행보다 점포 많은데...‘감독사각’ 새마을금고

운영 문제가 가장 심각하다고 예단할 수는 없다. 상호저축은행, 대부업체, 새마을금고, 신용협동조합(이하 “신협”), 농업협동조합(이하 “농협”), 수산업협동조합(이하 “수협”), 산림조합 등 서민금융 기관들은 그 법적 형태와 감독 체계가 상이하고, 그에 따라 부실의 유형이나 원인으로 다르게 나타난다. 주식회사 형태로 설립되어 금융감독기관의 감독을 받던 저축은행 부실 사태는 대주주의 사금고화와 모럴헤저드, 감독 포획 등이 문제의 원인으로 지적되고⁴⁾ 비영리법인으로 설립되고 금융위원회의 감독을 받는 신협·농협·수협·산림조합등 상호금융 조직에서도 내부통제 취약으로 인한 금융사건 사고가 빈발한다.⁵⁾

새마을금고에서 발생하는 금융사고 및 부실운영 문제는 지배구조적 취약성과 금융감독의 사각지대에 놓여있다는 점에 기인한다. 선행연구들에서도 새마을금고에 대한 관리·감독을 강화해야 한다는 주장과 지배구조를 개선해야 한다는 주장이 공존하고 있다.⁶⁾ 첫째, 새마을금고에 대한 규제강화 방안으로는 (i) 금융감독기구의 개입과 금융관련 법령의 적용을 위한 법적 근거를 마련하는 방안,⁷⁾ (ii) 자율규제조직인 새마을금고중앙회(이하 “중앙회”)의 권한을 확대하거나 별도의 자율규제 조직을 만드는 방안,⁸⁾ (iii) 상호금융기본법을 제정함으로써 유사한 금융기능을 수행하는 상호금융조직들에 대해서는 동일한 수준의 규제가 이루어질 수 있도록 해야 한다는 방안 등이 제시되었다.⁹⁾ 새마을금고의 신용사업과 공제사업에 대하여는 주무부장관인 행정안전부 장관이 금융위원회와 협의하여 감독하도록 하고 있고(법 제74조 제1항), 중앙회의 특정 신용사업 부문은 「은행법」 제2조에 따른 은행 및 「한국은행법」 제11조에 따른 하나의 금융기관으로 보지만(제6조 제1항)¹⁰⁾, 건전성 감독 이외의 부문에서 금융당국의 개입은 제한적이다. 각 금고의 영업행위에 대한 감독은 전적으로 중앙회에 의해서 이루어지지만, 감독에 대한 기준도 제재결과에 대한 공시도 다른 금융업권에 비하면 매우 허술하다. 새마을금고는 금융회사의 지배구조에 관한 법률, 금융산업의 구조개선에 관한 법률, 예금자보호법 등 각종 금융관련법령의 적용대상에서 제외되고, 새마을금고법상 지배구조, 도산시 처리, 예금자보호

(국민일보, 2017.9.19.); 새마을금고, 금융사고·부실대출로 7000억원 결손처리(아시아경제, 2015.9.13.)

4) 박준, 1997년 경제위기와 IMF 구제금융이 금융법에 미친 영향, 서울대학교 법학 제55권 제1호(2014), 158-159쪽; 정찬우·박창균·이시연, 상호저축은행 백서, 금융위원회(2012), 269-280쪽.

5) 비리로 얼룩진 상호금융... 신협 금융사건·사고 5년간 1,500억(아주경제 2017.2.16.), 금감원 “신협 등 영세 상호금융조합 내부통제 취약”(뉴스 1, 2018.11.4.).

6) 정순섭·강경훈·박창균·임정하, 새마을금고 건전성 제고를 위한 제도개선방안, 서울대학교 금융법센터(2015)[이하 정순섭 외(2015)]

7) 중앙회의 신용사업 부문을 확대 개편하고 그 감독권한을 금융위원회가 직접 수행하도록 하는 법안이 발의된 바 있다. 김관영 의원등 12인, 새마을금고법 일부개정법률안(의안번호 2001154, 제안일자 2016.7.25.).

8) 정찬우, 예금수취 비은행금융회사 발전방안, 한국금융연구원(2010), 56쪽; 구정옥, 협동조합형 상호금융기관의 리스크 특성과 규제감독에 대한 함의, 협동조합연구, 제30집 제3호(2012), 139쪽.

9) 정순섭 외, 위 보고서(주 6), 281-282쪽. 상호금융기본법 제정... 통일된 규율체계 확립해야 (이데일리, 2018.11.20.).

10) 금고 및 금고의 회원을 위한 내국환 업무(법 제67조제1항 5호 다목) 및 국가·공공단체 또는 금융기관의 업무의 대리(같은 호 마목).

관련 조항들을 두도록 하는 데 그친다. 금융규제자원의 한계와 새마을금고 조직원리의 특수성으로 인해 금융감독 차원의 개입이 어려운 것 또한 현실이다.

다음으로, 새마을금고의 지배구조 개선에 주목하는 선행연구들에서는 새마을금고가 지니는 협동조합으로서의 성격에 주목한다.¹¹⁾ 새마을금고와 같은 상호금융조직은 특별법에 의해서 설립된 '협동조합 성격의 특수법인'이라는 데에 한국과 일본의 통설이 일치한다.¹²⁾ 다만, 일본에서와 달리 한국에서는 새마을금고와 신용협동조합을 각 설치근거가 되는 법률상 비영리법인으로 규정하고 있고, 그에 따라 통설적 견해에서도 유사한 목적의 금융기관들을 '협동조합형 비영리법인'의 하나로 취급하는 점을 특징으로 한다. 그러나 새마을금고는 회원들에 대한 배당을 허용하기 때문에 전형적 비영리법인의 성격과는 거리가 멀고, 따라서 비영리법인에 고유한 접근법으로는 해당 조직의 지배구조 문제를 해결하기 적절치 않다.¹³⁾ 선행연구들에서는 비영리법인과 영리법인의 중간적 형태를 띠고 있는 협동조합형 상호금융조직으로서 새마을금고가 갖는 특성을 감안하여 회원들 참여 메커니즘을 활성화하고 및 이사회의 전문성을 강화해야 한다는 견해가 제시되었다.¹⁴⁾

2. 본 논문의 구성

본 논문에서는 선행연구를 바탕으로 새마을금고가 지니는 비영리법인적 특성의 한계를 분석하고 사실상 영리법인으로서 협동조합형 금융기관이 갖는 구조적 특성을 검토한 다음, 이를 토대로 현행 새마을금고법상 지배구조와 관련된 조항들의 개선방안을 제시하는 것을 목표로 한다. 새마을금고는 국민의 자주적 협동조직으로서 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상을 목적으로 삼는 비영리법인(새마을금고법 제1조, 제2조 제1항)으로 규정되어 있고, 스스로도 비영리법인으로서의 성격을 강조하고 있다.¹⁵⁾ 통설도 새마을금고나 신탁과 같은 협동조합적 성격의 특수법인의 성격을 비영리법인이라고 해석하는데 이견이 없다.¹⁶⁾ 대법원 판결에서도 그 설립목적에 비추어 볼 때 새마을금고가 비영리법인에 해당한다는 점이 수차례 강조된 바 있다.¹⁷⁾

11) 같은 취지, 정영철, 상호금융조합의 지배구조 시론: 신탁을 중심으로, 신탁연구 제67호(2018), 123쪽.

12) 김용담 편집대표, 주식 민법총칙, 제4판(2010), 특수법인, 강일원 집필, 67쪽; 山野目 章夫 (編集) 新注釋民法(1) 總則(1) (有斐閣コンメンタール) 後藤元伸(2018), 719쪽.

13) 비영리법인의 지배구조의 특수성에 관해서는 김정연, 비영리법인 이사의 주의의무에 관한 연구, 비교사법 제26권 제2호 (2019)[이하 김정연(2019a)], 369-371쪽. 협동조합형 금융기관에서 발현되는 이해상충 문제의 특수한 양상으로는 정순섭 외(2015)(주 6), 105-107쪽.

14) 정순섭 외(2015)(주 6), 123쪽. 최진배·김병록, 한국 금융협동조합과 대리인문제 : 신용협동조합을 중심으로, 한국협동조합연구, 제34권 제3호(2016), 18쪽.

15) 새마을금고중앙회, 새마을금고50년사(2013), 156쪽.

16) 김용담 편집대표, 주식 민법총칙, 제4판 (2010), 특수법인, 강일원 집필, 67쪽.

17) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다6272 판결, 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다28340 판결 등. 해당 판결에서 의미하는

새마을금고는 회원에 대한 배당을 할 수 있기 때문에 구성원 등에 대한 수익배분에 제약이 있는 전형적인 비영리법인의 성격과는 거리가 멀다. 즉, 새마을금고는 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 등 민법에서 전형적으로 상정하는 목적을 추구하는 비영리법인과는 달리 그 운영의 성과가 배당을 통하여 회원들의 경제적 이익과 연동되어 있기 때문에 회원들이 운영진의 사익추구를 감시할 인센티브가 존재한다. 또, 1인 1표제라는 민주주의적 원칙을 중시하는 협동조합의 특성상 회원들이 이사장을 직접 선출하고, 선출된 이사장이 이사회 의장으로서 막강한 권한을 지니는 점도 특징적이다. 또, 1998년 이후에는 금고의 비회원도 회원의 이용에 지장을 주지 않는 범위 내에서 새마을금고의 신용 및 공제사업을 이용할 수 있게 되었기 때문에 폐쇄적인 자조조직으로서의 성격도 퇴색하고 있다. 즉, 새마을금고는 협동조합의 구성원리를 근간으로 하면서도 점차 상업적 금융기관으로서의 성격을 키워가고 있는 것이 현실이다. 단, 국내법상 협동조합은 각 협동조합의 설치근거법률이 되는 별도의 특별법에 의해서 설립되거나, 2013년부터 시행되고 있는 협동조합기본법에 의해서만 설립될 수 있다. 따라서 본 논문에서 새마을금고를 ‘협동조합’의 틀로 분석하는 것은 출자 및 수익분배구조, 구성원간의 권리·의무 관계의 정합을 감안할 때 새마을금고가 기능상 협동조합적 성격을 지니고 있다는 취지임을 밝혀둔다.

이하 II.에서는 새마을금고의 연혁과 현황을 검토하고, 새마을금고의 법적 성격을 분석한다. 다음으로 III.에서는 협동조합형 금융조직의 지배구조상 특수성을 검토하고 현행 새마을금고법을 분석하여 새마을금고의 지배구조 개선을 위한 고려사항을 제시한다. 마지막으로 IV.에서는 논의를 정리하고 향후의 과제들을 살펴본다.

II. 새마을금고의 조직법상 특징

1. 새마을금고 연혁과 현황

가. 역사적 발전 과정

새마을금고는 1963년 설립된 경남 산청의 ‘하둔신용조합’을 효시로 삼고 있으며, 같은 해 경남의 각 지역에서 선도적으로 설립되기 시작했다.¹⁸⁾ 해당 마을 주민들은 부산의 메리놀 수녀회 주최 ‘협동조합교도봉사회’의 신용강습회(1963~1964년)를 수강한 다음 마을금고를 설립·운

¹⁸⁾ ‘비영리성’에 관한 검토·분석은 이하 II.2.

18) 새마을금고중앙회, 새마을금고50년사(2013), 122,140쪽. 당시에는 신용조합, 마을금고, 재건금고 등의 명칭이 혼재하였으며, 재건국민운동중앙회에서는 마을금고라는 명칭으로 통일을 시도했고 1972년 신용협동조합법에 의하여 마을금고로 공식화되었다. 새마을금고중앙회, 같은 책, 144쪽.

영하였고 재건국민운동본부 및 1964년 민간법인으로 전환된 재건국민운동중앙회는 마을금고 및 신용조합¹⁹⁾을 새마을운동의 역점 사업으로 삼고 전국적 확산을 추진하였다. 서울지역 최초의 마을금고가 1972년 설립된 난곡금고이고, 광주지역에서는 1974년에 최초로 양1동 금고가 설립된 데 비추어보면 전국적 조직망을 갖추는데 10년 정도가 걸린 셈이다.²⁰⁾

1972년 정부가 사채동결에 관한 소위 “8·3조치”²¹⁾를 발표하기 직전 신용협동조합법, 상호신용금고법, 단기금융업법 등 사채관련 3개 법안이 국회 본회의를 통과하였고, 그에 따라 새마을금고는 마을금고, 신용협동조합, 사설 무진(無盡) 및 영세 사채업을 제도권으로 편입할 목적으로 제정된 신용협동조합법의 적용을 받게 되었다.²²⁾ 신용협동조합법이 시행됨에 따라 마을금고는 비영리법인으로 설립되어야 했기 때문에²³⁾ 임의단체로 활동하던 마을금고들의 법인화가 진행되었고, 그 과정에서 자연스럽게 부실마을금고가 정리되고 금고의 지배구조가 제도적으로 확립되기 시작하였다.²⁴⁾ 1970년대에는 새마을운동의 역점 추진에 힘입어 마을금고의 숫자와 도시지역 회원 수가 증가함에 따라 「금고의 부실화 방지를 위한 지도지침」이 시행되었고, 1983년 새마을금고법이 제정되고 예금자보호제도에 상응하는 안정기금제도를 도입하여 독자적인 성장기반을 구축하게 되었다.²⁵⁾ 1980년대 초 새마을금고 입법 과정에서 내무부와 재무부가 주무부처 지정을 놓고 첨예하게 대립하였는데, 신용사업 부분은 재무부 장관 소관으로 하고 조직·운영·관리 등 전반적인 감독·지도사항은 내무부 장관 소관으로 조정하는 데 실패한 끝에 결국 주무부처가 내무부로 일원화되어 현재의 행정안전부로 이어지고 있다.²⁶⁾ 이후 새마을금고는 정치적 상황 및 금고 사고 발생 빈도 등에 따라 일정한 부침을 겪기는 하였지만 꾸준한 성장을 거듭하였고, 현재에 이르기까지 회원수, 금고 수 및 자산규모의 측면에서 서민금융의 중요한 축을 담당하고 있다.²⁷⁾

19) 1960년 대구 메리놀병원의 성가(聖家)신용협동조합 또는 메리놀 수녀회의 가브리엘라 수녀가 설립을 주도한 부산지역의 신용협동조합이 신협(新協)의 효시라고 한다. 공병호, 이용만 평전, 21세기북스(2013), 223쪽.

20) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 150쪽.

21) 경제의안정과정성장에관한긴급명령(시행 1972. 8. 3.) [대통령긴급명령 제15호, 1972. 8. 2., 제정]

22) 정찬우·박창균·이시연, 위의 책(주 4), 16쪽. 새마을금고는 신용협동조합법에 통합·규율되는 것을 반대하는 입장이었지만, 당시 재무부관료였던 이용만의 회고에 따르면 재건운동중앙회장이었던 안호상은 미국계 금융조직으로 인식되던 신협의 외자유출 부담을 강조하면서 전통적 자조조직인 마을금고를 입법추진 중이던 신용협동조합법을 통하여 제도화할 필요성을 강조했다고 한다. 공병호, 위의 책(주 19), 233-234쪽.

23) 제2조(정의) ①이 법에서 “신용협동조합” 또는 “마을금고”(이하 “組合”이라 한다)라 함은 전조의 목적을 달성하기 위한 조직체로서 이 법에 의하여 설립된 비영리법인을 말한다. {신용협동조합법, (시행 1972. 8. 17.) [법률 제2338호, 1972. 8. 17., 제정]}

24) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 169쪽. 협동조합은 민법상 조합과 본질적으로 가까운 단체이나, 다수의 법률행위에 직접적으로 관여하기 위하여 권리·의무의 주체가 되는 법인으로 설립되는 것이 편리하기 때문에 협동조합의 설치근거가 되는 각종 법률에서는 협동조합을 명시적으로 법률로 규정하게 되었다. 김용담 편집대표, 주석 민법총칙, 제4판 (2010), 특수법인, 강원원 집필, 68쪽.

25) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 184쪽. 209-210쪽.

26) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 484쪽.

27) 1979년 마을금고 수는 3만 9,265개로 집계되었으나, 새마을금고 시행을 계기로 5,360개로 정리되었고, IMF

나. 새마을금고의 현황

새마을금고는 비영리법인으로서 정관으로 정하는 업무구역에 주소나 거소(居所)가 있는 자 또는 생업에 종사하는 100명 이상의 회원이 각 1좌 이상을 출자하여 설립되는 금고(법 제9조)이다. 또, 중앙회는 금고의 업무를 지도·감독하며 그 공동 이익의 증진과 건전한 발전을 도모하기 위하여 금고와는 별도의 법인격을 가지는 조직으로 설립된다(법 제54조). 금고는 총회와 이사회를 통하여 의사결정을 하고 3인 이하의 감사를 두어 금고의 재산과 업무 집행상황에 대하여 분기마다 1회 이상 감사하고 그 결과를 총회와 이사회에 보고하도록 한다(법 제12조, 제17조). 이사회는 이사장, 부이사장을 포함하여 7명 이상 15명 이하의 이사로 구성되며(법 제18조 제1항) 자산 규모에 따라 상근 임원을 둘 수 있는 대형 금고를 제외하고 모든 임원은 원칙적으로 비상근이며 보수를 받지 않는다(법 제18조 제2항). 금고의 회원들은 현금으로 출자금²⁸⁾을 납입하고 금고가 제공하는 예금, 대출 서비스를 이용할 수 있으며(법 제31조), 금고의 운영 성과 및 각 회원의 이용실적에 따라 출자금에 대한 배당을 받을 수 있다(법 제43조 제2항). 각 회원은 출자좌 수에 관계없이 금고의 의사결정에 참여하고 금고 이사장을 선출할 권리를 가진다(법 제9조 제5항). 1998년 새마을금고법 전면개정 이후에는 신용 및 공제사업에 대한 비회원의 이용도 허용되었다.²⁹⁾

2017년 말 현재 중앙회의 자산규모는 50조원에 이른다.³⁰⁾ 새마을금고중앙회는 산업지원 조직으로서의 성격과 자율규제조직으로서의 성격을 모두 가지고 있을 뿐만 아니라, 금고 및 금고 회원에 대한 예금, 대출 등의 금융서비스를 직접 제공하기도 한다. 새마을금고중앙회에는 각 금고 및 회장으로 구성된 총회 또는 총회를 갈음하는 대의원회와 11인 이상 21인 이하의 이사로 구성된 이사회가 의사결정기구가 되며, 5인 이하의 감사위원을 둔다(법 제64조). 회원들의 직선으로 선출되는 새마을금고중앙회장은 비상근 명예직이며, 일정한 금융관련 전문경력이 요구되고 인사추천위원회의 추천을 거쳐 선임된 신용공제사업대표이사, 지도감독이사 및 전무이사가 상근임원으로서 급여를 받고 각 업무를 분장하여 주관한다(법 제64조의 2, 제64조의 3).

금융위기 이후 계속되는 인수·합병 및 부실금고 정리를 통해 2017년말 현재 1,315개로 감소하였다. 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 182쪽, 300쪽.

28) 출자 1좌의 금액과 납입방법(현금납입)은 금고의 정관에서 정하도록 하고 있다(법 제9조 제4항). 새마을금고중앙회에서 제공하는 정관(예)에도 1좌당 출자 금액은 공란으로 되어 있으며, 금고의 사정에 따라 1좌당 최소 1천원에서 10만원 정도로 정하고 있다. 새마을금고중앙회, 위의 책(주), 134쪽. 2017년말 현재 거래회원수당 평균 출자액은 32만5,000원이다.

29) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 247쪽.

30) 새마을금고중앙회, 위의 통계(주 1), 61쪽.

2. 새마을금고는 비영리법인인가?

가. 비영리법인의 본질적 속성 보유 여부

(1) 수익배분의 제약 및 잔여재산분배청구권의 제한

헨리 한스만 교수에 따르면 비영리법인과 영리법인을 구별하는 가장 중요한 기준은 구성원 또는 출자자, 임원 등 법인에 대하여 지배권을 행사하는 자에 대하여 법인 운영에 따른 수익이 배분되는지 여부이다.³¹⁾ 즉, 비영리법인은 수익배분의 제약(Non-distribution Constraint)을 핵심적 속성으로 삼는다는 것이다. 한국과 일본에서도 비영리법인을 영리법인과 구별하는 주된 특성을 구성원에게 수익을 분배할 수 있는지 여부에 따라 판단하는 것이 통설이다.³²⁾ 독일에 서는 영리사업을 목적으로 하는지에 따라 비영리사단법인(독일민법 제21조)과 영리사단법인(독일민법 제22조)을 구별하고 법인이 영위하는 사업이 추구하는 목적과 특히 그 객관적 활동 내용을 기준으로 비영리법인인지 여부를 파악하는 것으로 이해되었으나.³³⁾ 최근에는 사원에 대한 이익배분이 금지된다는 점이 중요시되고 2017년 대법원의 Kita 결정³⁴⁾을 통해서 이러한 점이 확인되고 있다.³⁵⁾

수익배분의 제약은 자본금 비율을 높이고 위험지향적 투자를 억제함으로써 거래상대방 보호에 기여하며³⁶⁾ 특히 공공적 목적을 지닌 비영리법인에서 기부금 등 무상 출연금이 출자자나 구성원 등에게 배분되지 않고 설립목적을 위해서 사용될 것이라는 출연자 또는 서비스 수혜자 등의 신뢰를 보호하기 위해서 인정된다.³⁷⁾

(2) 잔여재산청구권의 제한

사원 또는 출연자의 잔여재산청구권은 비영리법인의 핵심적 속성인 수익배분의 제약을 우회하는 수단으로 활용될 수 있고, 따라서 영리법인적 성격을 보여주는 하나의 징표가 될 수 있

31) Henry Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise, 89(5) Yale Law Journal 115 (1980), p.838.

32) 김용담 편집대표, 주석민법 제4판, 제32조, 제4판(2010)599쪽. 송호영 집필부분, 599쪽; 神作裕之, “非營利團體のガバナンス - コーポレート・ガバナンス論との比較を中心に”, NBL No.767(2003. 8. 15.), 商事法務. 24쪽.

33) 김진우, 영리법인과 비영리법인의 구별에 관한 비교법적 고찰, 비교사법 제10권 제3호(2003), 110쪽.

34) 어린이집을 운영하는 사단법인의 수익사업을 이유로 사단법인등록취소 절차가 진행된 사안에 관하여 독일 연방 대법원이 일부 어린이집의 영리활동에도 불구하고 비영리목적성을 인정할 수 있다는 취지로 하급심의 결정을 파기 한 사안인데, 회사와 달리 비영리법인에서는 영업수익과 각 구성원의 경제적 이익을 목적으로 하지 않는다는 판시 내용이 포함되어 있다. BGH NJW 2017, 1943.

35) MüKoBGB/Leuschner 8. Aufl. 2018, BGB §§ 21, 22 Rn. 44.

36) MüKoBGB/Leuschner 8. Aufl. 2018, BGB §§ 21, 22 Rn. 44.

37) 神作裕之, 위의 논문(주 32), 28-29쪽.

다.³⁸⁾ 반면, 비영리·공익 목적을 위하여 출연한 재산으로 영위하는 사업이 종료된 이후에도 이를 원 출연자에게 귀속시킬 수 없다면 사적 자치에 대한 과도한 침해라고 볼 여지도 있다. 민법상 비영리법인은 청산 잔여재산의 국가귀속이 강제된 공익법인의 설립·운영에 관한 법률에 따른 공익법인과 달리, 정관에 근거가 있는 경우 유사목적 법인에 대한 처분이나 국가귀속에 앞서 정관 규정에 따른 잔여재산 처분이 가능하다(제80조). 이 때 설립자의 의사에 따라 청산 잔여 재산을 처분하거나 출연자에게 귀속시키는 것이 가능하다는 해석³⁹⁾이 있지만 이것이 가능하다면 사원 또는 출연자에게 잔여재산 청구권을 인정하는 결과가 되어 비영리법인 제도의 본질과 상충될 우려가 있다.

일본에서도 일반법인법상 일반사단법인은 사원의 잔여재산 분배를 받을 권리를 부여하는 취지의 정관규정을 둘 수 없다고 하면서도(제153조 제3항) 정관에서 정하는 자에게 또는 사원 총회나 평의원회의 결의에 따라 잔여재산을 처분하는 것이 가능한데(제239조 제1항, 제2항), 그 처분 대상이 사원이나 출연자가 될 수 있는지에 관한 논란이 있다. 이와 관련하여 “청산시 각 사원의 출자금액의 한도 내에서 이를 반환하는 정관 규정은 무효이다”는 유권해석과 같이 이를 엄격하게 해석하는 견해도 있고, 사인들이 일정 기간 재산을 비영리·공익 목적에 제공했다가 돌려받는다고 해서 공익·비영리목적에 반하지 않는다는 견해가 공존한다.⁴⁰⁾

독일에서는 비영리사단법인이 해산하는 경우 그 재산은 정관에 정해진 사람에게 귀속되거나(독일민법 제45조 제1항), 사원총회의 결의에 의하여 공적 재단이나 공적 영조물에 귀속시키거나(동조 제2항), 귀속권리자에 대하여 정함이 없는 경우에는 사단이 정관상 그 사원의 이익만을 위한 것인 경우에는 해산 당시의 사원에게 균등한 비율로 귀속되도록 한다(동조 제3항). 이 때 “오로지 사원의 이익만을 위한 것인지”는 해당 법인의 자산을 이용함으로써 창출된 가치가 누구의 이익을 위하여 제공되었는지를 기준으로 판단한다.⁴¹⁾ 즉, 비회원대상 수익활동을 하지 않는 비영리법인에서는 사원의 잔여재산청구권이 인정될 수 있으나 비회원의 이용이 가능한 회원제 골프클럽과 같이 외부인을 대상으로 영업을 하는 비영리사단법인의 경우에는 청산 시 회원에 대한 분배가 어려울 것이다.⁴²⁾

생각건대, 비영리법인에서는 수익배분제한성을 회피하기 위한 목적으로 잔여재산을 출연자나 사원에게 분배하는 내용의 총회 결의 또는 정관 규정은 무효가 될 여지가 있다. 그리고 여기에는 비영리법인의 외부인 대상 수익활동으로부터 취득하는 재산을 비영리법인의 사원 또는 출자자가 회수하는 것을 포함할 것이다. 다만, 출자자산을 오로지 비영리 목적사업을 위해 서만 사용한 다음 목적 달성 이후 시점의 잔여 재산을 원 소유자에게 반환하는 것까지를 막을

38) 神作裕之, 위의 논문(주 32), 29쪽

39) 김용담 대표집필, 주석민법총칙(I), 제80조 주기동 집필부분, 799쪽.

40) 神作裕之, 위의 논문(주 31), 30쪽, 주36; 松元暢子, 營利法人の役員の信認義務, 商事法務(2014), 8-9쪽.

41) MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, BGB § 45 Rn. 12-13.

42) MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, BGB § 45 Rn.13.

필요성은 크지 않아 보인다. 출자재산이 비영리 목적사업에만 사용된다면 잔여재산이 출자재산보다 작을 것이기 때문이다.

(3) 새마을금고의 경우

새마을금고에서는 비영리법인이란 “단체의 경제적 이익을 개인의 이익으로 분배하지 않고 단체 고유의 비영리사업에 사용하는 법인”이기 때문에 자신들은 이윤을 주주 개인에게 배당하는 주식회사와는 확연히 다르다는 점을 강조한다.⁴³⁾ 그러나 새마을금고는 손실금을 보전하고 적립금을 공제한 후 납입출자좌수에 비례하여 잉여금을 배당할 수 있기 때문에(법 제35조 제10항) 전형적인 비영리법인이라고 볼 수는 없다. 운영성과에 따라 법률이 허용하는 범위 내에서 출자금에 비례하여 회원들에게 지급되는 배당금은 주식회사의 배당금과 본질적으로 차이가 없다.⁴⁴⁾ 한편, 새마을금고는 이용고에 따른 배당도 허용되고 있는데(법 제35조 제10항) 이는 이용자와 출자자 집단이 동일한 협동조합의 특수한 조직원리에서 비롯된 것이다.

새마을금고의 경우에는 해산시 그 채무를 완제(完濟)하고 남은 재산이 있으면 정관으로 정하는 바에 따라 이를 처분하도록 되어 있고(법 제80조), 새마을금고중앙회가 제공하는 정관(예)에서도 청산 잔여재산은 총회의 의결에 의하여 처분하도록 정하고 있다(법 제64조). 문언상으로는 민법상 비영리법인의 경우와 유사하게 규정되어 있으나, 배당이 허용된 협동조합에서는 법률에서 특별히 언급하지 않는 이상 회원에 대한 잔여재산처분을 제한할 근거가 없다.⁴⁵⁾ 즉, 새마을금고는 비회원 대상으로 사업을 영위하여 거둔 수익을 법인의 청산 후 회원에게 귀속시키는 것이 가능하기 때문에 비영리법인과 달리 회원의 잔여재산청구권이 인정되는 것으로 보는 것이 타당하다. 중앙회도 출자자인 각 금고에 대한 배당을 할 수 있다(법 제56조, 제70조의 2)는 점에서 비영리법인의 본질적 속성을 보유하고 있지는 않다. 또, 각 금고 및 금고의 회원(법 제67조 제1항 제6호, 제6호)이 아닌 비회원에 대해서도 신용 및 공제사업을 제공할 수 있으며(법 제67조 제4항), 실제로도 2017년 말 현재 중앙회의 10조 275억 원의 대출금 가운데 기업 대출이 6조7천억 원으로서 상당한 비중을 차지한다는 점을 확인할 수 있다.⁴⁶⁾

43) 새마을금고중앙회, 위의 책(주 15), 134, 156쪽.

44) 이대중, 협동조합, 참 쉽다, 푸른지식(2016), 186-188쪽.

45) 정순섭 외, 위의 보고서(주 6), 10쪽.

46) 새마을금고, 위 통계(주 1), 68-69쪽.

나. 비영리법인과 협동조합의 구분

(1) 협동조합의 특징

헨리 한스만 교수는 새마을금고 또는 신협과 같이 이익배당이 가능한 자조적 목적의 상호금융조직을 비영리법인이 아닌 협동조합이라는 별도의 범주로 분류한다.⁴⁷⁾ 협동조합은 출자자이자 서비스 이용자인 회원들에게 부과되는 가격을 제한하기 위한 목적으로 설립되었으며 회원에 대한 수익의 분배를 일정 정도 허용하고, 회원들이 조합에 대한 지배권을 행사하는 것을 주된 특징으로 하는 제한된 영리 법인(limited-profit corporation)에 가깝다. 다만, 폐쇄적, 자조조직적 성격을 지닌다는 점에서 일정 부분 상호부조적 비영리법인(mutual benefit corporation)과 유사한 성격을 띠는 점을 부인할 수는 없다.⁴⁸⁾ 특히 미국에서는 비영리법인이 미국변호사협회에서 제정한 모델비영리법인법의 내용을 주로 반영하여 각주에서 제정·시행하는 비영리법인 관련 법령의 적용을 받는 반면 협동조합은 각 주에서 제정·시행하는 별도 법률의 적용을 받기 때문에 비영리법인과 협동조합의 구별이 유의미할 수 있다.⁴⁹⁾

(2) 미국의 상호금융제도 : 비영리법인과 협동조합 조직의 공존

미국에서는 가계를 대상으로 한 소액금융 부문에서 비영리법인의 형태와 협동조합의 형태가 오래 전부터 공존하였다.⁵⁰⁾ 대표적으로 상호저축은행(mutual savings bank)은 비영리법인이고, 상호저축대부조합(mutual savings and loan association) 및 신용협동조합(credit union)은 협동조합의 형식을 취한다.⁵¹⁾ 미국의 상호저축은행은 1816년 필라델피아에서 최초로 설립되었으며, 자선기금을 출자 받아 비영리법인으로 운영함으로써 도시 임금노동자들의 소액 예금을 상업은행의 위험한 투기행태로부터 보호해주는 기능을 하였다.⁵²⁾ 상호저축은행은 1981-82년 전체 수탁고의 28%에 해당하는 33억 달러의 손실을 입는 위기를 맞았지만,⁵³⁾ 현재까지도 연방 또는 각 주의 인가(charter)를 받고 통화감독청(Office of Comptroller of Currency), 연방예금보험공사(Federal Deposit Insurance Corporation) 및 각 주 감독당국의 감독 하에 영

47) Henry Hansmann, 위의 논문(주 30), p.889. 헨리 한스만 지음, 박주희 옮김, 기업 소유권의 진화, 한국협동조합연구소 북돋움(2017), 334-336쪽.

48) Henry Hansmann, 위의 논문(주 30), p.899.

49) Henry Hansmann, 위의 논문(주 30), pp.891-892.

50) 미국의 저축기관의 역사에 관한 국내 문헌으로는 김용재, 미국 저축기관의 발전과 제도적 변천 및 우리나라에 대한 시사점 분석, 고려법학 제75호(2014), 224-225쪽.

51) 헨리 한스만, 위의 책(주 47), 326쪽.

52) Federal Deposit Insurance Corporation(FDIC), History of the Eighties: Lessons for the Future. Vol. 1, An Examination of the Banking Crises of the 1980s and Early 1990s(1997), pp.211-212.

53) FDIC, 위의 책(주 52), pp.221-222.

업 중에 있다.⁵⁴⁾ 한편, 상호저축대부조합은 회원 가계의 주택자금을 마련하기 위한 목적으로 1930년대에 설립되었는데, 필요자금의 과소 공급을 초래하는 금융기관과 고객 사이의 정보불균형 문제를 공동내의 유대 및 상호 압력으로 극복할 수 있었기 때문에 채무 불이행 우려를 해소하고 성공적으로 사업을 영위할 수 있었다.⁵⁵⁾ 상호저축대부조합은 회원들의 주택 마련 목적이 달성된 이후에도 예금 수취 및 대출 사업을 확장하는 과정에서 회원과 경영진의 분리현상이 가속화 되었고, 경영진의 과도한 사익 추구로 1980년대 중반 금융시스템 전체에 위험을 야기한바 있다.⁵⁶⁾

(3) 한국과 일본의 상호금융관련 법제

협동조합에 관한 독자적 법리형성이 지체된 한국과 일본에서는⁵⁷⁾ 협동조합 금융기관은 그 설치근거가 되는 개별 법령에서 어떻게 규정하는지에 따라 법적 성격이 결정되는 측면이 있다. 한국에서는 신용협동조합 및 새마을금고를 각 설치 근거 법률에서 비영리법인으로 규정하고 있으며, 해석상으로도 상호금융조직은 비영리법인 성격의 특수법인이라고 분류된다.⁵⁸⁾ 반면, 일본에서는 조합원의 출자에 의한 협동조직의 성격을 지닌 신용금고 및 신용협동조합에 관하여⁵⁹⁾ 각각의 설치근거 법률인 신용금고법 및 중소기업협동조합법에서는 이들을 ‘법인’으로만 규정하고 회사법에 관한 각종 규정들을 준용하고 있으며, 해석상으로도 영리법인에 준하는 특수법인이라고 분류한다.⁶⁰⁾ 일본에서는 2008년 공익·비영리법인 관련 제도가 개편된 이후 비영리사단법인·재단법인이나 공익사단법인·공익재단법인에서는 사원 또는 출연자에 대한 잉여금의 분배 또는 잔여재산에 관한 분배를 받을 권리를 부여하는 취지의 정관 규정은 효력이

54) 연방 및 각 주 인가장의 중요 내용으로는 Richard Schaberg and Laura Biddle, Corporate Governance for Mutuals, American Bankers Association(2013), pp.5-6, Appendix B. 연방인가장을 받은 상호저축은행(“연방상호저축은행”)의 예금자는 사원(member)의 자격을 얻고 1000표의 한도 내에서 100달러 당 1표의 의결권을 행사할 수 있고, 주법에 따른 인가장을 받은 상호저축은행(“주 상호저축은행”)도 예금 금액에 따른 의결권 행사의 차등을 둘 수 있다.

55) 헨리 한스만, 위의 책(주 47), 334-335쪽.

56) 규제 완화 문제를 중심으로 S&L 위기를 다룬 책으로는 William K. Black, The Best way to Rob a Bank is to Own One, 2nd edition, Texas(2013).

57) 2012년 시행된 협동조합기본법상 일정한 요건을 충족시킨 ‘사회적협동조합’은 비영리법인으로 하고 민법상 비영리법인에 관한 규정을 준용하며(동법 제4조 제2항, 제14조 제2항), 그 밖의 협동조합은 상법상 상법총칙·상행위 및 유한책임회사와 관련된 규정을 준용하는 법인(동법 제4조 제1항, 제14조 제1항)으로 규정한다. 동법상 사회적협동조합에 대해서도 구성원에 대한 이익배당이 가능하기 때문에 이는 본질적으로 영리법인에 가깝다는 지적으로는 류창호, 협동조합기본법상 협동조합의 조직과 구조, 아주법학 제8권 제4호(2014), 299쪽.

58) 김용담 편집대표, 주석 민법총칙, 제4판 (2010), 특수법인, 강일원 집필, 67쪽; 山野目 章夫(編集) 新注釋民法(1) 總則(1) (有斐閣コンメンタール) 後藤元伸(2018), 718쪽.

59) 일본의 신용금고와 신용조합의 비교에 관해서는 이재연·이병윤·이시연, 상호금융기관의 기능 재정립방안, 한국금융연구원(2012), 94쪽.

60) 山野目 章夫(編集) 新注釋民法(1) 總則(1) (有斐閣コンメンタール) 後藤元伸(2018), 719쪽.

없다는 취지의 조항(일반법인법 제11조 제2항, 제153조 제3항 제2호)을 신설하였기 때문에 배당을 허용하는 협동조합을 더 이상 비영리법인으로 규정하기는 어렵게 된 것으로 보인다.⁶¹⁾

(4) 새마을금고의 협동조합적 성격

새마을금고는 이익배당과 회원의 잔여재산청구권을 허용하고 있는 이상 비영리법인이라 단정하기 어렵고, 협동조합형 금융기관이라는 범주로 분류되는 것이 타당하다. 새마을금고의 조직·운영원리는 국제협동조합연맹에서 표방한 협동조합원칙, 즉 가입자유의 원칙·민주적 관리의 원칙(1인 1표의 원칙)·잉여금 공정분배의 원칙·출자에 대한 배당 제한의 원칙·교육촉진의 원칙·협동조합 간 협동의 원칙⁶²⁾과 일치하고, 새마을금고의 발전 과정은 산업화 시대 초기에 사회·경제적 약자들이 상호 부조를 통해 구성원들의 이익을 추구하고 사회 경제적 지위 향상을 목표로 하는 자발적 조직으로서 협동조합이 걸어온 역사적 과정⁶³⁾과 흡사하다. 아직까지 협동조합이 조직법상의 독자적인 위상과 체계를 차지하고 있다고 보기는 어렵지만, 금융시스템에서 차지하는 역할과 기능, 조직원리와 발전과정에 비추어 볼 때 새마을금고를 협동조합형 금융기관이라고 분류하는 데는 어려움이 없다.⁶⁴⁾ 다만, 현행법에 따르면 새마을금고는 협동조합 설립의 근거법률이 되는 신용협동조합법 등 각종 특별법 또는 협동조합기본법에 따라 설립되는 엄밀한 의미의 협동조합은 아니다. 그러나 조직의 운영원리에 비추어 볼 때 새마을금고는 비영리법인으로 분류될 수는 없으며, 협동조합과 유사한 면이 더 많기 때문에 그 명칭에 ‘협동조합’이라는 단어를 포함하는지 여부와는 별개로 협동조합형 금융기관의 하나로 분석하는 것이 타당할 것이다.

일부 판결례에서는 새마을금고가 “국민의 자주적인 협동 조직을 바탕으로 우리나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금의 조성·이용, 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상” 등을 목적으로 하는 비영리법인 점을 들어 새마을금고에 대해서는 일반 영리법인이나 상업적 금융기관과는 다른 법리가 적용될 수 있다고 판시한다.⁶⁵⁾ 그러나 새마을금고의 상호부조적 성격은 새마을금고의 출자자와 이용자가 일치한다는 점을 표현한 것에 지나지 않으며, 그 자체를 비영리법인의 표지라고 보기는 어렵다. 상호부조적 목적의 조직들도 구성원들간의 이익배분을 허용하는지 여부에 따라 상호부조적 비영리법인(mutual benefit corporation)과 협동조합적 특수법인으로 달리 분류될 수 있다.⁶⁶⁾ 특히, 영미법계에서의 비영리법인에서는 구성원·출자

61) 松元暢子 “非營利法人の役員の信認義務” 商事法務(2014), 8쪽.

62) 황적인·염기부, 협동조합법 I, 법경출판사(1996), 107-113쪽.

63) 독일의 사례에 관해서는 한스 뢰크너, 전형수 역, 독일협동조합은행의 경험과 시사점, 신헌연구 제55호(2009), 64-66쪽.

64) 김용담 편집대표, 주식 민법총칙, 제4판 (2010), 특수법인, 강일원 집필, 67쪽.

65) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결.

66) Henry Hansmann, 위의 논문(주 31), p.842.

자에 대한 수익배분제한성과 그 활동의 비영리성이 긴밀하게 결합되어 있지만 대륙법계 국가들에서는 영리법인 형태로 교회, 법인을 운영하거나 사원에 대한 분배를 행하면서도 공공의 이익을 목적으로 하는 사업을 영위하는 경우도 많다.⁶⁷⁾ 또 비영리법인형과 협동조합형이 공존하는 미국의 사례를 참고할 때, 새마을금고 등 상호금융조직을 반드시 비영리법인으로 정해야 할 필요성도 인정하기 어렵다. 특히 새마을금고의 이윤 창출을 위해 비회원에 대한 신용 및 공제 서비스의 제공을 허용하면서 부터는 새마을금고의 상호부조적 성격조차 점점 희석되는 추세이기 때문에 새마을금고의 설립목적에 감안하여 비영리법인으로서의 성격을 인정해야 한다는 주장도 설득력이 떨어진다.⁶⁸⁾

새마을금고법상 규정하고 있는 바와 달리 회원에 대한 배당을 허용하는 새마을금고를 비영리법인으로 규정해야 할 이유는 없다. 일본에서도 이미 많은 협동조합을 영리법인에 준하여 취급하고 있고, 미국에서도 협동조합을 비영리법인과는 구별되는 별도의 조직형태로 취급하고 있다. 또, 비회원 대상의 업무가 확대됨에 따라 상업적 금융기관과 새마을금고의 업무 태양이 유사해 지게 되면서 자조조직적 성격을 감안한 별도의 법리를 적용할 필요성도 점차 후퇴하고 있다. 이러한 점에서 새마을금고는 비영리법인적 성격을 점차 상실해 가고 있다고 보는 것이 타당하다.

3. 새마을금고의 법적 성격과 관련된 판례의 입장

가. 판례의 변화 경향

다수의 판례에서는 새마을금고법 및 그 전신에 해당하는 신용협동조합법을 원용하여 새마을금고가 비영리법인에 해당한다는 점을 당연한 전제로 삼아 판단을 내리는 경향이 있다. 즉, 새마을금고는 새마을금고법상 비영리법인으로 규정되어 있고, 회원들의 경제적 이익 증진을 목적으로 내세우는 상호부조적 조직이기 때문에 비영리법인이라는 태도이다. 그러나 법인의 비영리성을 판단하는 기준은 출자자에 대한 수익의 배분이 제약되는지 여부이고, 상호부조적 목적은 비영리법인의 다양한 속성 가운데 하나에 불과하므로 기존 판례의 태도는 새마을금

67) 神作裕之, 위의 논문(주 32), 24-25쪽.

68) 새마을금고법상 비회원 대출은 그 한도를 제한하고 있는 신용협동조합법과 비교할 때 그 허용범위가 매우 넓다. 새마을금고의 자산 가운데 비회원 대상 신용사업이 차지하는 비중은 공개된 통계에서는 확인하기 어렵다. 신용협동조합법 시행령 제16조의2(비조합원등의 사업이용) 조합이 법 제40조제1항에 따른 조합원이 아닌 자와 같은 조 제2항에 따른 다른 조합의 조합원에게 법 제39조제1항에 따른 사업을 이용하게 하는 경우 그에 대한 대출 및 어음할인(이하 "대출등"이라 한다)은 다음 각 호에 따른 금액의 합계액의 3분의 1을 초과할 수 없다. <개정 2011. 11. 23., 2018. 12. 18.>

1. 조합이 해당 사업연도에 새로이 취급하는 대출등 중 조합원(다른 조합의 조합원은 제외한다)에 대한 것으로서 금리 등을 고려하여 금융위원회가 정하는 대출등의 100분의 150에 해당하는 금액
2. 조합이 해당 사업연도에 새로이 취급하는 대출등 중 제1호에 따른 대출등을 제외한 금액

고를 비영리법인으로 규정한 입법상의 과오를 수정하기 어렵도록 고착화 시키는데 기여할 수 있다.

대법원 판례들 가운데 새마을금고의 비영리법인적 성격이 판단의 근거로 언급된 주요 사안들은 (i) 새마을금고의 대출에 대한 상사시효의 적용여부, (ii) 동일인 대출한도 제한을 위반하여 대출을 한 임원에 대한 배임죄의 적용가부, (iii) 새마을금고 이사장이 이사회 의결 없이 개인으로부터 자금을 차입하거나, 채무를 부담하는 행위의 무효 여부에 관한 것이다. 기존의 대법원 판례는 (i) 새마을금고의 대출은 상행위에 해당하지 않고⁶⁹⁾, (ii) 내부 규정인 동일인 대출한도 제한 위반은 (설립목적에 반하여) 타 회원의 대출기회를 박탈하는 손해를 야기하므로 배임죄가 성립하고⁷⁰⁾, (iii) 이사회 의결 없는 새마을금고 이사장의 채무부담 행위는 무효라고 판단⁷¹⁾하면서 새마을금고가 상호부조목적의 비영리법인이라는 점을 주요 근거로 삼았다. 그러나 최근 들어서는 새마을금고가 비회원을 대상으로 신용사업 등을 영위하는 이상 상호부조적 성격의 법인으로서의 성격이 희석되고 있다는 점을 인정하고 (i) 새마을금고 대출행위에 대해 상사소멸시효를 적용하거나, (ii) 동일인 대출한도 제한 위반만으로 법인의 손해를 단정할 수 없는 이상 배임죄가 성립되지 않는다는 취지의 판례가 선고된 바 있다. 즉, (i)과 (ii)의 사안유형과 관련하여 상호부조적 목적을 근거로 새마을금고가 비영리법인이라는 것을 당연시하던 기존 태도의 변화가 관찰된다. 이하에서는 (i)과 (ii) 유형의 사안에 관한 판례에서 나타난 법원 판단의 변화를 상세하게 검토한다.

나. 판례의 분석

(1) 새마을금고의 대출과 상사시효 적용여부에 관련된 판례

(가) 기존 판례의 태도

새마을금고가 상인인 회원에게 자금을 대출한 경우 그 대출금 채권에 대하여 상사시효의 적용여부가 문제된 사안과 관련하여 새마을금고가 비영리법인이라는 점을 주요 판단근거로 삼은 대법원 판결이 1998년 선고되었다.⁷²⁾ 동 판결에서는 “새마을금고는 우리나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금의 조성 및 이용과 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상 및 지역사회개발을 통한 건전한 국민정신의 함양과 국가경제발전에 기여함을 목적으로 하는 비영

69) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결.

70) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005도6586 판결, 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도5332 판결.

71) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다6272 판결. 신탁다 이사장의 대표권 제한 위반 행위의 유·무효 여부가 문제된 사안에서는 비영리법인인 신탁의 특수성을 고려해야 한다는 언급과 함께, 민법상 비영리법인 이사의 대표권에 관한 조문(제59조 제2항, 제130조)이 준용된 바 있다. 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003다 56625 판결.

72) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결. 사안에서는 차주인 회원이 상인이었기 때문에 그 대출금 채권은 상사채권으로서 5년의 소멸시효 기간이 적용된다는 결론이 내려졌다.

리법인”이라는 설립목적에 비추어 “새마을금고가 금고의 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로는 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵다”고 판단하였다.⁷³⁾

(나) 최근 하급심 판결의 변화

한편, 최근 확정된 하급심 판결⁷⁴⁾에서는 새마을금고가 새마을금고법상 허용된 바에 따라 비회원에게 자금을 대출하고 이자를 수취하는 행위는 “영업으로 상법 제46조 제8호의 ‘수신, 여신, 환 기타의 금융거래’를 하는 경우에 해당하여 상행위”이고, 회원에 대한 대출행위라 하더라도 회원이 상인인 경우뿐만 아니라, “당해 회원의 자격, 출자 대비 대출규모, 대출이자율, 대출금의 사용처 등 제반 사정에 비추어 앞서 본 새마을금고의 목적을 넘어 영리성이 인정되는 특별한 경우에는 상행위에 해당한다.”고 판시한 바 있다. 판결의 사실관계에서는 해당 새마을금고의 업무구역에 주소를 두고 있어 회원자격을 갖춘 피고가 1만원의 출자금을 납입하고 가계대출 명목으로 대출거래약정을 체결하였으나 실제로는 피고로부터 명의를 차용한자가 즉시 출금하여 공사대금에 사용하였기 때문에 재판부에서는 이를 실질상 비회원에 대한 대출로 간주하였던 것이다.

위 판결은 새마을금고의 영업양태 변화에 따라 영리성이 인정될 수 있다는 점을 시사해 준다. 판결에 따르면 회원간의 상부상조를 주된 목적으로 하는 새마을금고 업무의 영리성을 인정하기 어렵지만, (i) 비회원 상대의 대출 및 (ii) 회원 상대의 대출이라고 하더라도 당해 회원의 자격, 출자 대비 대출규모, 대출이자율, 대출금의 사용처 등에 비추어 새마을금고의 자조조직적 성격을 벗어나는 대출업무는 영리행위에 해당한다는 취지이다. 이러한 판단은 새마을금고가 행한 특정한 대출 행위의 영리성과 비영리성을 구별하는 문제에 관한 것으로서 새마을금고가 수익배분제한성을 갖는 비영리법인으로서의 성격을 지니는지 여부와 직접 관련된 것은 아니다.⁷⁵⁾ 즉, 상인성을 판단함에 있어서의 요건이 되는 ‘영리성’은 수익배분가능성과는 무관한 개념으로서 회사와 비영리법인을 구별하는 기준이 되는 영리성과는 차이가 있다.⁷⁶⁾ 다만, 앞서 언급한 판례들은 새마을금고의 상업적 금융업무의 비중이 높아는 상황에서 비영리성을 전제로 새마을금고에 대해 적용되던 조직법적·금융거래법적 법리들도 그에 맞추어 변화·발전할 필요가 있다는 점을 시사해 준다는 의의가 있다.

73) 신용협동조합상 설립목적에 비추어 비영리법인인 신용협동조합의 상인이 아닌 일반인에 대한 대출금채권의 소멸시효는 10년에 해당한다고 판시한 하급심 판결도 있다. 대구지법 1991.6.14, 선고, 90나9085, 제3민사부판결. 송재일, 신탁관련 대법원판례의 검토, 신탁연구 제64호(2015), 134-136쪽.

74) 서울서부지방법원 2015. 9. 10. 선고 2014나4907 판결.

75) 일본 최고재판소도 신용금고법 및 중소기업협동조합법상의 설립 목적을 감안하여 신용금고와 신용조합에 대해서 상법상 상인으로 인정할 수 없다는 취지의 판결이 각각 선고되었다. 昭 63·10·18三小法廷判決(신용금고법상 신용금고) 및 昭 48·10·5二小法廷判決(중소기업협동조합법에 기초하여 설립된 신용협동조합),

76) 송옥렬, 상법강의 제8판, 홍문사(2018), 19쪽.

(2) 새마을금고의 동일인 대출제한 위반여부에 관련된 판례

(가) 기존 판례의 태도

기존의 대법원 판례들에서는 새마을금고 임직원이 동일인 대출한도 규정을 위반한 행위는 배임죄의 구성요건인 손해를 야기한 행위에 해당한다는 입장을 취했다.⁷⁷⁾ 그 근거로는 새마을금고는 일반 금융기관과 달리 자주적인 협동조직을 바탕으로 자금의 조성과 이용 등을 도모하기 위하여 설립되었고, 새마을금고법시행령에서 회원 1인에 대한 대출의 한도를 정한 취지가, 소수의 회원들에게 거액의 대출이 이루어지는 것을 제한하여 다수의 회원들에게 골고루 대출이 이루어질 수 있도록 함으로써 회원 다수에게 대출 혜택이 돌아가도록 함과 아울러 회원 1인에 대하여 과도한 대출을 하면 당해 회원의 변제능력 상실로 대출금의 회수가 불가능하게 됨에 따라 그 재정이 악화되어 새마을금고가 부실화될 수도 있으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다는 이유가 제시되었다.⁷⁸⁾

한편, 대법원 판례에서는 수산업 경영개산 자금의 대상자 외 대출이나⁷⁹⁾ 중소기업진흥기금의 용도 외 대출⁸⁰⁾과 같이 특정한 정책적 목적을 지닌 자금 운용 규제의 위반이나 경제정책 목표 달성 저해를 재산상 손해로 보고 배임죄의 성립을 인정한 바 있으므로, 회원들의 상부상조를 주된 목적으로 하는 새마을금고에서 동일인 대출 한도 제한은 정책 목표 달성을 위한 주된 수단으로 평가되었을 수 있다.

(나) 2008년 전원합의체 판결

2008년 대법원 전원합의체는 새마을금고 임직원이 동일인 대출 한도 규정을 위반하여 대출한 사실 만으로는 새마을금고에 재산상 손해가 발생한 것으로 볼 수 없으므로 업무상 배임죄 성립을 부정한다는 취지의 판결을 선고하였다.⁸¹⁾⁸²⁾ 판례의 사실관계에 따르면 새마을금고의 이사장 등 임원들인 피고인들이 새마을금고회장의 사전승인을 받지 않고 2001.2.28.부터 2004.4.19. 경까지 총 90회에 걸쳐 25명에게 동일인 대출한도를 초과하여 대출하였고, 한도초과 대출금의 합계액이 91억 6087만 8000원에 이르렀다. 동 판결의 다수의견에서는 새마을금고의

77) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002도2030 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3926 판결, 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005도6586 판결, 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도5332 판결.

78) 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도5332 판결.

79) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007도1038 판결.

80) 대법원 1997. 10. 24. 선고 97도2042 판결.

81) 대법원 2008.6.19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결. 해당 판결에 관한 평석으로는 유현중, 동일인 대출한도 초과대출과 배임죄의 성부, 서울대학교 금융법센터, BFL 제36호(2009.7).

82) 같은 날 선고된 신용협동조합의 이사장이 행한 동일인 대출한도 초과대출행위에 대하여도 업무상 배임죄의 성립을 부정하는 판결을 선고하였다. 대법원 2008. 6. 19. 선고 2008도1406 전원합의체 판결.

동일인 대출한도를 초과하였다고 해서 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없는 것으로 판단하였는데, (i) 새마을금고의 적정한 운영을 위한 내부 규정에 불과한 동일인 대출제한 위반을 대출채권 회수 위험과 곧바로 연결시킬 수 없고, (ii) 새마을금고의 비회원 대출이 허용되는 이상 동일인 대출 제한 위반으로 다른 회원에 대한 대출 기회가 박탈되어 새마을금고의 적정한 자산 운용을 저해하는 위험이 발생하였다고 볼 수 있다는 점을 주된 근거로 들고 있다.⁸³⁾

다만, 위 전원합의체 판결에서는 “동일인 대출한도 제한을 위반했다고 하더라도 새마을금고 법상 본질적 정책목표를 위반한 것은 아니라”고 명시적으로 판단한 것은 아니다.⁸⁴⁾ 그러나 새마을금고의 비회원 대출이 허용되기 전에는 비회원에게 대한 대출 금지를 위반한 경우 형사 처벌이 가능하도록 하는 근거 조항이 새마을금고법에 있었을 정도로 회원간의 상호부조적 금융이용이라는 설립목적이 매우 강조되었다.⁸⁵⁾ 따라서 위 대법원 전원합의체 판결의 다수의견에서는 새마을금고가 자조조직적 성격의 금융기관에서 상업적 성격의 금융기관으로 변모하고 있다는 점을 중요하게 고려한 것만은 분명하다.⁸⁶⁾

(3) 검토 및 분석

판례는 새마을금고법상 새마을금고가 비영리법인임을 당연한 전제로 하여 개별 사안에 관한 판단을 내리고는 있지만, 새마을금고의 업무가 점차 주식회사형 상업적 금융기관에 근접함에 따라 상호부조적 조직으로서의 특수성이 의미를 상실하고 있는 상황으로 보인다. 새마을금고의 비회원대상 대출채권에 대한 상사소멸시효를 적용한다거나 동일인 대출한도 규정 위반에 대한 대출을 정책자금의 목적에 어긋난 자금운용이 아닌 상업적 금융기관의 내부적 업무규정과 위반과 유사하게 취급하는 태도가 나타나는 것이 그 예이다. 이에 더하여, 새마을금고의 부실대출에 대한 이사의 책임이 문제된 사안과 관련하여 새마을금고의 이사를 주식회사인 은행 이사와 동일하게 보고 상법상 주식회사 이사에 대해서 적용되는 선관주의의무 및 충실의무 규정을 준용하는 대법원 판결들도 선고된 바 있다.⁸⁷⁾

대법원은 아직까지 새마을금고의 비영리법인으로서의 본질적 속성에 관해 명시적으로 입장

83) 유현종, 위의 논문(주 81), 86쪽.

84) 유현종, 위의 논문 (주 81), 85쪽.

85) 새마을금고 이사장이 구 새마을금고법 및 정관에 반하여 비회원인 회사에게 대출해 준 경우, 설령 그 회사가 위 대출금으로 회원인 회사근로자들의 상여금을 지급하였다 하더라도 정당행위에 해당하지 않는다고 본 판결에도 있다. 대법원 1999.2.23. 선고 98도1869 판결.

86) 해당 전원합의체 판결의 별개의견은 과거 판결에서와 같이 새마을금고 조직 및 운영의 특수성에 비추어 볼 때 동일인 대출한도 초과 대출은 한도 위반 대출의 기회를 제공받은 상대방에게 금융이익을 제공하고 금고에 대해서는 자금조성 및 운용 목적의 실현을 저해하는 등으로 위험을 초래한다는 점을 인정하였다. 다만, 재산상 이익 또는 손해의 가액을 산정할 수 없으므로 배임죄가 성립하지 않는다는 점에서는 다수의견과 결론을 같이하였다.

87) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다62608 판결.

을 밝힌 바 없다. 즉, 대법원은 아직까지 새마을금고법상 비영리법인으로 규정되어 있지만 회원은 배당을 받을 수 있고, 임원의 책임이나 각종 의사결정 절차에 관하여 상법의 규정이 준용되고 있는 이중적·모순적 상황에 관하여 판단을 제공한 바는 없다. 다만, 2009년 부산시 사하구의 새마을금고가 보건소장에게 의료기관개설 신청을 하였으나 의료법상 의료기관 개설이 가능한 비영리법인(제33조)에 해당하지 않는다는 이유로 불허처분을 받은 데 대해 행정소송을 제기한 사안에서 1심법원이 “출자에 따른 지분권과 지분에 따른 이익배당권이 인정되고 있어” 일반적인 비영리법인과는 다르며, 의료법 제33조의 비영리법인으로 볼 수 없다고 판시한 사례가 있다.⁸⁸⁾ 법제처에서는 동 사안에 관하여 “출자에 따른 지분, 잉여금 배당 등은 「새마을금고법」이 국민의 자주적인 협동 조직을 바탕으로 우리나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금의 조성·이용, 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상이라는 새마을금고의 목적을 달성하기 위하여 부득이 나타나는 최소한의 현상일 뿐이고, 이러한 규정들이 법률에서 명백하게 규정하고 있는 새마을금고의 비영리법인성을 부정할 만큼 중대하다고 볼 수 없”다는 취지의 법령해석⁸⁹⁾을 제공하였는데, 법원에서는 이를 달리 판단한 것이다. 동 1심 판결에서는 비영리법인의 본질적 속성에 착안하여 새마을금고와 같이 비영리법인으로 규정된 곳이라고 하더라도 의료기관의 개설을 위해서는 “그 업무내용이 영리행위를 목적으로 하는지, 수익을 그 구성원에게 분배하는지, 법인해산시 잔여재산의 처리는 어떻게 하는지 등을 모두 검토해” 의료법의 관점에서 영리성 여부를 실질적으로 판단해야 한다고 설시하였다.⁹⁰⁾ 대법원에서도 “새마을금고법상 비영리법인이라고 규정되어 있으므로 새마을금고는 비영리법인에 해당한다”는 동어반복적 태도를 버리고, 하급심에서 제시한 판단 기준을 수용하여 비영리법인의 본질적 속성에 관하여 타당한 판단을 제공할 것이 기대된다.

III. 새마을금고의 지배구조

1. 협동조합 금융기관의 지배구조 특수성

가. 협동조합형 금융기관의 대리문제

협동조합 금융기관은 어느 나라에서나 가게·중소사업체 등 지역공동체 차원에서 회원들을

88) 부산지방법원 2009. 10. 9 선고 2009구합2796 판결.

89) 법제처 09-0171, 2009. 7. 14 [부산광역시 사하구 새마을금고가 「의료법」에서 말하는 “「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인”에 해당하는지 여부(「의료법」 제33조제2항제4호 관련)]

90) 단, 해당 판결의 항소심에서는 의료기관개설허가의 주체가 시·도지사이므로 보건소장의 처분은 위법하다는 이유를 들어 1심판결을 취소하였다. 부산고등법원 2010. 5. 26 선고 2009누6209 판결.

대상으로 생계 및 노후대비에 필요한 자금을 공급하는 데 중요한 역할을 해 왔지만, 사업을 영위하는 방식과 법적 성격, 규제 체계 및 역사적 발전과정은 모두 다르다.⁹¹⁾ 심지어 협동조합형 금융조직은 “가장 과약이 덜 된” 금융기관이라는 평가가 있을 정도이다.⁹²⁾ 협동조합형 금융기관들이 안고 있는 지배구조의 문제에 관하여 제시되는 다양한 진단과 해법들 가운데 새마을금고의 지배구조를 논의함에 있어서 참고가 될 만한 요소들은 다음과 같다.

첫째, 협동조합형 금융기관은 소유자와 서비스 이용자가 일치하기 때문에 주식회사에서와 같은 대주주와 소수주주간 이익충돌 문제 및 주주와 채권자간 이익충돌 문제는 미약하게 나타난다. 협동조합에서는 1인 1표라는 민주적 의사결정 방식을 원칙으로 하며 최대 출자자의 지분 비율에 제한을 두고 있기 때문에 주식회사와 같이 지배주주의 지배 문제가 없다.⁹³⁾ 또 협동조합은 대주주에 의한 이익극대화만을 유일한 목적으로 삼지 않으며 출자자들이 장래의 지분 가치 상승을 기대할 수 없기 때문에 운영진이 위험을 감수하고 무리한 사업을 감행함으로써 채권자의 이익을 해할 확률이 낮다.⁹⁴⁾ 다만, 이러한 전제는 출자자와 이용자의 동질적 유대가 강한 협동조합의 초기 단계에서 유의미 하고, 사업범위나 자산규모가 확대되는 경우에는 상업적 금융기관과 실질적으로 동일하게 취급되어야 할 필요성도 제기된다.⁹⁵⁾

둘째, 협동조합형 금융기관에서는 출자자들의 감시 유인이 낮기 때문에 주식회사의 경우 보다 본인-대리인 문제가 더 심각할 수 있다. 본인-대리인 문제는 본인이 대리인의 행태를 감시하기 위해서 많은 비용이 발생하거나 감시할 유인이 부족하여 본인과 대리인이 추구하는 목표의 차이를 통제하기 어려워지는 현상을 의미한다.⁹⁶⁾ 협동조합형 금융기관은 소유자와 서비스 이용자 및 운용주체가 일치하기 때문에 주식회사에서와 같은 이익충돌 문제가 발생하지 않는다는 분석도 있으나⁹⁷⁾ 경영진의 자격을 조합원으로 제한한다고 하더라도 경영진의 행위에 의하여 출자자 전체의 복리가 영향을 받는 구조를 취하는 이상 대리비용은 사라지지 않는다.⁹⁸⁾ 특히 협동조합 자산의 규모가 커지고 사업범위가 확대되면서 경영진과 소유자의 분리 현상은 가속화 될 수밖에 없다. 1963년 최초 설립된 농촌 지역의 마을금고와 비교할 때 금고당 평균 자산규모가 1,144억 원에 달하는 현재의 새마을금고에서 “회원의 예금·대출을 회원이 관리하

91) Rodrigo Coelho, Jose Angelo Mazzillo, Jean-Philippe Svoronos and Taohua Yu, Regulation and supervision of Financial Cooperatives, Bank for International Settlements(2019) [“Rodrigo Coelho et al.,(2019)”], p.17.

92) Carlos E. Cuevas, Klaus P. Fischer, Cooperative Financial Institutions :Issues in Governance, Regulation, and Supervision, World Bank Working Paper No.82 (2006)[“Cuevas and Fischer(2006)”], p.12.

93) 村本 孜, 信用金庫論-制度論としての整理, きんざい(2015), 167쪽.

94) Rodrigo Coelho et al.,(2019), 위의 논문(주 91), p.17.

95) 일본에서 제기된 협동조합 금융기관과 주식회사형 금융기관의 동질화론에 관해서는 村本 孜, 위의 책(주 93), 8-9쪽.

96) Michael C. Jensen & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 305 (1976), pp.308, 323-326.

97) Rodrigo Coelho et al.,(2019), 위의 논문(주 91), p.18.

98) Cuevas and Fischer(2006), 위의 논문(주 92), p.1.

므로 관리자는 당연히 회원 전체의 이익을 우선 도모할 것이다”는 전제는 이상적인 가정에 그칠 수 있다.

주식회사에서는 소유자와 경영진, 대주주와 소수주주 및 주주와 채권자 간의 이익충돌 문제를 해결하는 것이 중요한 과제이다.⁹⁹⁾ 협동조합에서는 출자금에 비례하는 권리의 차등이 없고, 출자자와 이용자가 동일하므로 소유자와 경영진간의 이익충돌 문제를 해결하는 것이 지배구조 개선을 위한 유일한 과제가 된다.¹⁰⁰⁾ 또, 협동조합 금융기관은 설립 취지상 주주들에게 극대화된 이익을 제공하는 것 보다는 회원들에게 접근 가능한 금융기회를 제공하는 것이 주된 목표이므로, 지배구조를 개선함에 있어서도 더 많은 회원들에게 새마을금고의 서비스를 이용할 수 있는 기회가 더 많이 제공할 수 있도록 하는 목적이 증시되어야 할 것이다.¹⁰¹⁾

나. 회사법상 대리비용 통제 전략의 활용 방안

기업지배구조란 넓은 의미로는 주주, 채권자, 거래상대방 등 기업에 둘러싼 다양한 이해관계자들과 기업 사이의 관계를 설정하는 것을 의미하고, 좁은 의미로는 기업에서 경영자와 소유자인 주주간의 대리비용을 해결하는 메커니즘을 구축하는 것을 의미한다.¹⁰²⁾ 새마을금고와 같은 상호금융 조직의 지배구조를 검토함에 있어서도 조직을 둘러싼 이해관계자들의 범주와 그들 간의 이익의 충돌 양상에 관한 분석이 전제되어야 할 것이다.

「회사법의 해부(The Anatomy of Corporate Law)」에서는 주식회사에서 나타나는 본인-대리인 문제를 해결하기 위한 다양한 전략들을 정식화하고 이를 모두 열 가지로 분류하였다.¹⁰³⁾ 주식회사에서 발생하는 주주와 경영진간의 본인-대리인 문제를 해소하기 위한 법적 전략은 (i) 규제전략으로서 대리인의 행동기준(①룰과 스탠더드)을 정하고, 대리인의 진입조건을 강제하거나 본인에게 탈퇴기준을 보장(②진입과 탈퇴)하는 방안과 (ii) 지배구조 전략으로서 대리인을 임명하는 권한(③선임과 해임), 본인이 회사 경영에 관여할 권한(④발의와 승인), 대리인의 인센티브 구조(⑤수탁자와 보상)를 정하는 방안 등을 합하여 모두 열 가지로 분류된다.¹⁰⁴⁾ 이러한 전략은 경영진의 사익추구를 억지함으로써 주식회사의 대리비용을 낮추는 방안들로서, 여하한 조직형태에서도 본인과 대리인간의 정보격차 및 그로 인한 도덕적 해이로 인하여 발생하는 문제들에 관한 해결책을 찾기 위한 출발점이 될 수 있다.

99) 김건식·노혁준·천경훈, 회사법 제3판, 박영사(2018), 31-32쪽.
 100) 주식회사에서 찾아보기 힘든 순차입자와 순예금자간 이익충돌도 존재한다. 정순섭 외, 위의 보고서 (주), 105-106쪽.
 101) Rodrigo Coelho et al.,(2019), 위의 논문(주 91), p.2.
 102) 김건식·노혁준·천경훈, 위의 책(주 98), 23-35쪽.
 103) 라이니어 크라아크만 외, 회사법의 해부, 김건식 외 옮김, 소화(2014) (“크라아크만 외”), 제2장 대리문제와 법적전략, 70쪽 이하.
 104) 크라아크만 외, 위의 책(주 103), 74-83쪽.

협동조합형 금융기관에서는 이러한 ①내지⑤ 전략 가운데 일부는 효과적으로 작동하기 어려울 수도 있고, 다른 일부는 비영리법인 또는 주식회사에서보다 강력하게 추구되어야 할 필요성이 생겨날 수도 있다.

첫째, 협동조합에서는 임원의 성과가 회원의 수익과 연동되기 때문에 비영리법인과 달리 회원의 참여를 전제로 하는 ③이사의 선임 및 해임, ④발의와 승인 전략이 활용될 여지가 있다. 민법상 사단법인의 경우 연 1회 이상 소집되는 사원총회가 원칙적인 의사결정 및 사무처리 기관이고(민법 제68조) 총사원의 5분의 1이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 임시총회를 소집하도록(민법 제70조 제2항) 규정하고 있지만, 사원들이 법인의 의사결정에 적극적으로 참여할 인센티브를 찾기 어렵기 때문에 유의미한 지배구조 전략이 될 수 없다는 점과 대조적이다. 한편, 1인 1표 원칙을 표방하는 협동조합에서는 출자금액과 무관하게 한 명의 회원마다 하나의 의결권 및 선거권이 주어지는 것을 원칙으로 삼고 있다. 따라서 소액 출자자라고 하더라도 주인의식을 가지고 참여하도록 독려할 수 있는 대신 많은 금액을 출자한 회원이라고 하더라도 적극적으로 행동에 나서게 할 인센티브가 없다는 양가적인 측면이 공존한다.

둘째, 협동조합 임원의 인센티브 구조가 비영리법인 및 주식회사 임원의 인센티브 구조와 차이가 있기 때문에 이를 활용한 대리비용 통제 전략도 달라진다. 위의 ⑤수탁자와 보상 전략은 회사의 이사가 금전적 이해관계라는 고강도 인센티브에 반응한다는 점을 전제로 하고 있는데,¹⁰⁵⁾ 협동조합형 금융기관에는 상근직 이사도 있지만 무보수·명예직이 많기 때문에 비영리법인의 이사와 마찬가지로 평판, 명성, 사회관계망 및 자부심과 같은 저강도 인센티브가 강하게 작동한다. 따라서 보수가 지급되는 상근직 이사들에 대해서는 주식회사에서와 조직의 운영성과와 보상체계를 연동할 수 있지만, 비상근 이사들에 대해서는 그러한 방안이 무용할 수 있다.

협동조합형 금융기관은 비영리법인에 비해서는 출자자의 참여를 전제로 하거나 대리인의 이해관계와 조직의 이해관계를 일치시키는 전략을 활용할 여지가 크다. 한편, 협동조합은 주식회사와 달리 지분에 비례한 의사결정 권한이 인정되지 않기 때문에 참여의 인센티브에 한계가 있다. 따라서 협동조합형 조직에서는 ① 룰과 스탠더드를 정하고 그 위반에 대해 제재·집행하거나 ② 이사의 선임 요건을 강화하고 본인의 탈퇴를 보장하는 ‘규제 전략’의 중요성을 간과해서는 안 된다. 따라서 ① 임원의 권리와 의무에 관한 법률관계를 명확히 하는 것을 룰과 스탠더드를 마련하고 이를 위반할 경우에 대비한 사법상의 구제절차(private enforcement)가 마련되어야 할 것이다. 또, ② 선임과 탈퇴 전략의 경우에는 법률상 이사의 자격요건을 강화하고 감독기관에 의해서 이를 심사하는 방식으로 구현될 수 있을 것이다.

105) 크라이크만 외, 위의 책(주 103), 82-83쪽.

2. 새마을금고법의 검토

새마을금고는 금융회사지배구조에 관한 법률의 적용 대상 기관은 아니다. 금융회사 지배구조법은 글로벌 금융위기를 계기로 금융회사의 과도한 위험인수를 방지하려는 국제적 금융규제 움직임과 국내 금융기관의 지배구조상 취약성 해소 요청에 힘입어 금융회사에 공통적으로 적용될 지배구조의 기본원칙을 제시하기 위하여 제정되었다.¹⁰⁶⁾ 위 법률은 은행, 보험, 금융투자업, 저축은행, 여신전문, 지주회사 등 모든 분야의 금융기관과 일부 산업은행 등 일부 특별법에 따라 설립된 금융회사를 포함하지만, 주식회사 형태를 취하지 않는 새마을금고 및 신용협동조합 등 상호금융기관에는 적용이 없다. 협동조합은 주주의 단기적 이익을 최우선 목표로 하지 않고, 민주적인 작동원리가 지배한다는 조직법적 논리와 각 금고와 같이 상호금융조직의 기초 단위를 이루는 개별 협동조합의 규모가 영세하므로 규제강화의 비용을 감당하기 어렵다는 현실 논리가 작용한 것으로 생각된다. 그러나 협동조합 조직에서도 대리인 문제가 심각하게 발현될 수 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같고, 개별 금고의 평균 자산이 1,144억에 이르고¹⁰⁷⁾ 새마을금고의 총 자산이 금융시장에서 상당한 비중을 차지하고 있는 상황에서 영세함을 지배구조 개선의 방어막으로 삼는다는 논리도 설득력이 떨어진다. 일본에서도 2000년대 후반 협동조합 금융기관의 지배구조 개선을 위한 워킹그룹이 진행되었는데, 상호금융조직이 신용질서 유지에서 중요한 기능을 차지하고 있는 점을 감안하여 금융상품거래법등의 제정을 계기로 타법에서 강화되고 있는 지배구조 개선 노력을 수용해야 한다는 결론을 도출하였다.¹⁰⁸⁾

다만, 법규범의 형식적 측면에서는 반드시 금융회사 지배구조법에 새마을금고 등의 법률이 포함되는 것이 바람직한지는 논란이 있을 수 있다. 최소한 같은 조직법상 형식을 취하고 유사한 기능을 수행하는 상호금융기관들에 대해서는 같은 수준의 의무가 부과되는 것이 장기적으로는 바람직 할 것이나, 단기적으로는 현행 새마을금고법의 관련 규정들을 재 정비하는 것이 시급한 과제이다. 이하에서 현행 새마을금고법상 지배구조에 관한 조문들을 검토하면서, 위 III.1.에서 검토한 협동조합의 대리비용 통제를 위한 방안들이 어떻게 구현되고 있는지 분석하고 미진한 부분에 관하여 대안을 제시한다.

106) 정순섭, 금융회사의 조직규제, 상사판례연구 제24집 제2권(2011), 45쪽.

107) 새마을금고, 위의 통계(주 1), 14쪽.

108) 金融審議會 金融分科會第二部會 協同組織金融機關のあり方に關する ワーキング・グループ, 中間論点整理報告書(2009), 7쪽.

가. 경영진의 행위 기준의 설정 : 충실의무의 입법화

(1) 충실의무의 의미와 입법의 필요성

새마을금고법에서는 금고의 임원은 “이 법과 이 법에 따라 하는 명령과 정관·규정 및 총회와 이사회 의결 사항을 지키고 금고를 위하여 성실히 그 직무를 수행하여야 한다.”고 규정하고(제25조 제2항), 금고의 임원에 관하여 민법상 위임에 관한 규정을 준용하는 상법 제382조 제3항을 준용하고 있다(제26조 제1항). 한편, 새마을금고법상 충실의무에 관한 조항을 별도로 두고 있지는 않다. 해석에 따라서는 ‘금고를 위하여 성실히 그 직무를 수행할’ 법 제25조 제2항에 따른 의무를 상법상 주식회사 이사의 충실의무를 입법화 한 것이라고 볼 수 있다. 상법상 사채관리회사가 사채권자를 위하여 공평하고 성실하게 사채를 관리할 의무 가운데 성실의무는 이사의 충실의무에 상응하는 것으로 해석되고 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾

주식회사 이사와의 관계에 민법상 위임계약에 관한 규정을 준용하도록 하는 상법 제382조 제2항을 새마을금고 이사에 대하여 준용하는 규정은 1982년 11대 국회에 최초 제출된 새마을금고법률안부터 포함되어 있었다.¹¹⁰⁾ 상법상 주식회사의 이사의 충실의무에 관한 조항이 1998년 신설된 것에 비추어보면, 새마을금고법에서 이사의 주의의무와 충실의무 가운데 주의의무에 관한 규정만을 선택적으로 채택한 것이라기보다는 단지 상법의 개정을 반영하지 않았거나, 별도의 성실의무 규정을 둔 것으로 갈음하는 것으로 생각된다. ¹¹¹⁾ 새마을금고의 비회원에 대한 신용 및 공제 사업은 1997년부터 허용되었으므로 회원들만을 대상으로 예금을 수취하고 대출을 제공하던 시점에도 새마을금고의 이사는 민법상 비영리법인보다는 상법상 주식회사의 이사와 동일시되고 있었던 점이 흥미롭다.

대법원 판례에서는 새마을금고 임원에 대한 부실대출 책임을 묻는 사안에서 새마을금고법상 준용규정의 유무와 무관하게 주의의무와 충실의무 위반을 함께 언급하고 있다. 판례에서는 새마을금고 임원의 부실대출 관련 임무해태를 판단함에 있어서 “금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임

109) 김건식·노혁준·천경훈, 위의 책(주 99), 691쪽.

110) 새마을금고법안(맹은재의원 외 37인, 의안번호 110221).

111) 새마을금고의 이사에 관하여 민법상 비영리법인 이사의 선관주의의무에 관한 민법 제61조가 아닌 상법상 주식회사의 이사에 관한 제382조 제2항을 준용하는 이유를 1983년 새마을금고법 제정 당시의 입법자료에서 찾기 어렵다. 새마을금고법의 모태가 된 신용협동조합법에서는 1972년 제정시점부터 그 임원에 대하여 민법 제35조만을 적용해 왔으나, 1998년 개정을 계기로 “책임경영의 강화”를 이유로 들면서 상법 제382조 제2항 및 제399조 등을 신협 이사에 준용하기로 한 점을 참고할 수 있다.

원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것"이라 판시하였다.¹¹²⁾ 이러한 판시사항은 동 판결 선고 수개월 전 선고된 시중은행 임원의 부실대출 사안에 관한 대법원 판결¹¹³⁾의 실시와 동일한 것인데, '금융기관'으로서의 동질성을 강조하는 것을 넘어서서 '회사의 최대이익', '회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무'와 같은 표현까지도 반복하고 있다.

위 판결의 사안에서는 새마을금고의 이사장이 "친분관계 있는 자에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있었고 그 채권의 환수가 채무자의 당시 자력에 비추어 어렵게 되자 퇴임 직전 자신의 직권을 남용하여 금고로부터 동일인 한도를 초과하여 집중적으로 채무자에게 대출을 일으켜 채무자가 그 대출금의 일부로 이사장 자신에 대한 채권변제에 충당하게 함으로써 채권회수불능의 위험성을 금고에게 전가시켜 금고의 부실을 초래"하였다.¹¹⁴⁾ 2011년 선고된 대법원 판결에서도 지역 새마을금고의 이사장 및 임원이었던 피고들이 동일인 한도 초과 대출, 담보가액 저평가 등 여신업무규정을 위반한 대출을 결정·실행하고 사례금을 받은 사안에서도 주의의무 및 충실의무를 함께 언급하고 있다.¹¹⁵⁾

이사가 자기 또는 제3자의 이익보다 법인 또는 회사의 이익을 우선시할 의무는 이사에게 주어진 권한과 재량, 법인 또는 회사(주주집단 전체)의 신뢰를 보호할 필요성에 따라 이사 직무의 성질상 충실의무에 관한 명시적 규정의 존부와 무관하게 인정될 수 있다.¹¹⁶⁾ 형평법상 신인의 의무 법리에서는 충실의무가 핵심적 위치를 차지하는데,¹¹⁷⁾ 이는 신탁법상 수탁자나 주식회사의 이사 등에 대해서만 적용되는 의무가 아니라 타인을 위하여 사무를 처리하는 자가 보유한

112) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

113) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086판결.

114) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

115) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다62608 판결. 해당 판결에서는 동일인 대출한도 위반도 문제가 되었는데, 대법원은 위 2008년 전원합의체 판결을 인용하여 "동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없고, 동일인 한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 비로소 재산상 손해가 발생하였다고 보아야 한다."고 실시하였다.

116) 김정연, 비영리법인 이사의 이익충돌과 충실의무, 상사법연구 제38권 제1호(2019), 12쪽.

117) Paul Miller "Justifying Fiduciary Duties" 58(4) McGill Law Journal 969(2013); Matthew Conaglen, Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties, Oxford University Press(2010), p.37.

권한과 재량을 통제하기 위한 목적에 부합하는 한 보편적으로 적용될 수 있다.¹¹⁸⁾ 특히 충실의무는 재량을 부여받은 자와 재량을 부여한 자 간에 발생할 수 있는 이익충돌에 관한 총칙적 규범으로서 설령 구체적 규칙이 부재한 경우에도 이를 제어할 수 있는 최후 수단적 기능을 한다는 점에서 해당 관계에서 이익충돌이 발생할 우려가 큰 경우에는 별도의 규범으로 설정하는 것이 바람직하다. 현행법상 성실의무에 관한 조항이 있다고 하더라도, '성실'이라는 용어의 통상적 용례상 임원과 금고의 이익이 충돌하는 경우 금고의 이익을 우선시할 의무를 규정한 것이라고 받아들이기 어려울 수 있다.

새마을금고 등 협동조합형 금융기관의 지배구조 취약성의 원인으로 빈번히 지적되는 것은 이사장의 전횡인데,¹¹⁹⁾ 충실의무가 행위 준칙으로 확립되지 않을 경우 개별 금고 및 조합 전체의 부실을 야기하는 영업행위가 만연할 우려가 크다. 따라서 새마을금고법상으로도 금고와 이사의 이해관계가 잠재적, 현실적으로 충돌하는 경우 이사는 법인의 이익을 위하여 직무를 수행하여야 한다는 내용의 총칙적 규범을 제정하거나, 성실의무에 관한 조항을 보다 명확하게 개정하여 수범자로 하여금 최우선의 행위준칙으로 삼도록 하는 것이 필요하다. 법원에서도 입법 여부와 무관하게, 위 II.2.에서와 같이 상법상 주식회사의 이사에 대하여 적용되는 충실의무 조항을 준용하는 방식으로 적극적으로 충실의무 법리를 활용하는 것이 기대된다.

(2) 구체적인 이익충돌 방지·회피 규범의 제정 필요성

나아가 이사와 금고 간의 이익충돌 상황에서 구체적으로 적용될 수 있는 행위 준칙을 규범화 할 필요가 있다. 상법에서는 주식회사의 이사와 회사와의 이익충돌 문제가 예상되는 전형적인 사안들에 관하여 (i) 이사의 경업 및 겸직금지(상법 제397조), (ii) 이사의 자기거래(상법 제398조), 상장회사 주요주주·특수관계인 및 임원에 대한 신용공여 금지(상법 제542조의9) 및 (iii) 회사회유용(제397조의2)에 관한 규정을 두고 있다.¹²⁰⁾ 새마을금고법에서는 경업자의 임직원 취임금지(법 제24조)를 제외하고는 임원과 금고의 이익충돌을 규율할 수 있는 조항은 없다. 또, 4년 임기의 이사의 연임에 제한이 없고, 이사장의 연임은 2차로 제한되지만 중임에는 제한이 없어서(법 제20조 제1항) 장기재직 임원의 부당한 영향력 행사 우려가 크다,¹²¹⁾ 그럼에도 불구하고 새마을금고법에서는 이사회 승인을 필요로 하는 자기거래의 범위 및 승인의 절차나 요건에 관해서 전혀 규정하고 있지 않다. 일본의 신용금고법에서는 임원의 충실의무를 규정할 뿐만 아니라(신용금고법 제35조의4), 이사의 자기거래, 즉 이사가 자기 또는 제삼자를 위

118) 영국과 미국에서의 충실의무가 발전한 역사적 기원을 비교한 연구로는 David Kershaw, *The Foundations of Anglo-american Corporate Fiduciary Law*, Cambridge University Press(2018).

119) 이재연·이병윤·이시연, 위의 보고서(주 59), 77-78쪽.

120) 천경훈, 회사에서의 이익충돌, *저스티스 통권 제159호*(2017), 260-261쪽.

121) 40년 넘는 이사장도...“정계·감시 강화해야”(MBN, 2018.11.7.).

해 금고와 거래를 하려는 경우 및 금고가 이사의 채무를 보증하거나 그 밖에 이사 이외의 자와 금고와 해당 이사 간의 이익이 상반되는 거래를 하려는 경우에는 이사회에서 중요한 사실을 공개하고 승인을 받도록 하는 조항(신용금고법 제35조의5)을 두는 점과는 대조적이다.

나. 경영진의 선임과 해임

(1) 이사의 선임과 해임 제도

개별 금고에서는 이사장 1명, 부이사장 1명을 포함한 7명 이상 15명 이하의 이사와 3명 이하의 감사를 임원으로 두며(법 제18조 제1항), 이사장은 회원 가운데 총회, 대의원회 또는 회원의 직접 선거로 선출하고, 나머지 임원은 총회 또는 총회를 갈음할 대의원회에서 선출한다(법 제18조 제5항). 최근 개정된 새마을금고법에서는 금고 이사장이 총회(15%)에 비해 대의원회(85%)를 통해서 선출되는 경우가 많아 소수 대의원만 배려하는 선심경영 문제를 해결하기 위하여 이사장 회원직선제를 정관으로 도입할 수 있도록 하였다(법 제18조 제5항).¹²²⁾ 주식회사에서는 이사회에서 제안한 후보나 주주들이 선임을 제안한 후보가 보유 주식수에 비례한 주주들의 의결권 행사 결과 일정한 비율 이상의 찬성을 얻는 경우 선임이 이루어지는 반면, 새마을금고에서는 임원이 되고자 하는 회원이 자발적으로 입후보 하여 1인 1표의 선거를 거쳐 최다 득표자를 당선인으로 결정하는 차이가 있다.

중앙회에서는 회장 1명, 부회장 2명, 신용공제대표이사 1명, 지도이사 1명, 전무이사 1명을 포함하여 11명 이상 21명 이하의 이사와 감사위원 5명을 임원으로 두며(법 제64조 제1항), 회장, 부회장 및 신용공제대표이사, 지도이사, 전무이사를 포함한 이사로 구성된 이사회 의장이 되는 중앙회장은 총회를 갈음하는 대의원회에서 선출된다. 중앙회장은 각 금고의 임원과 마찬가지로 회원가운데 입후보한 후보자들 가운데 대의원회의 다수득표자가 선출되는데(법 제64조의2 제1항), 막강한 권한으로 인하여 선거 때마다 부정·비리 의혹이 제기된다.¹²³⁾

(2) 대의원제의 문제점 극복 방안

금고와 중앙회의 임원선출과 관련해서는 대의원제의 문제점이 빈번하게 지적된다. 각 금고의 회원수가 300명을 초과하는 경우 100인 이상의 대의원으로 구성된 대의원회를 구성하여 총회에 가림할 수 있는데, 대의원은 출자 10좌 이상을 1년 이상 보유한 회원들 가운데 일정 금액의 이용 실적이 있는 회원 중에서 회원들의 직접투표로 선출된다. 1,315개의 금고 가운데 거래 회원수가 10,000명 이상인 금고가 769개, 5,000명 이상 10,000명 미만인 금고가 362개를 차지하

122) 행정안전부, 위 보도자료(주 1), 3쪽..

123) 중앙회직의 '소송 후역사'... "선거 때 고소·고발 난무, 임기 내내 재판에 시달려"(한국경제, 2019.2.16.).

는 상황에서¹²⁴⁾ 금고의 주된 의사결정이 원활히 이루어질 수 있도록 대의원제를 채택하는 취지는 이해한다. 그러나 1주당 1표의 원칙이 지배하고, 주주의 숫자도 훨씬 많은 상장법인의 경우에도 주주총회 참여 독려 및 내실 있는 의결권 행사를 위한 전자투표 편의성 제고 등 각종 방안이 제시되고 있는 상황에서 대의원제를 통해 집단행동의 문제를 해소하겠다는 방안은 다소 안일하다.¹²⁵⁾ 현행 대의원제가 회원의 의사를 보다 합리적으로 반영하도록 개선하는 방안도 제시되고 있지만,¹²⁶⁾ 굳이 중간적 기구를 두어 이사장의 대리문제를 방조하도록 하는 것 보다는 총회를 활성화 하고 이사회에 감사·견제 기능을 회복하도록 하는 방안도 장기적으로 고민해야 할 것이다. 최근 브라질, 아일랜드 등에서는 협동조합형 금융기관들이 전자투표 제도나 위임장 권유 제도를 활성화 하는 방안을 모색하기 시작했다는 점도 참고할 수 있다.¹²⁷⁾

다. 회원의 의사결정 참여권

(1) 새마을금고법상 보장된 회원의 의사결정 참여권

마지막으로, 새마을금고의 지배구조 개선을 위해서는 회원들이 금고의 의사결정에 참여할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 새마을금고법상 총회에서는 정관의 변경, 해산·합병 또는 휴업, 임원의 선임과 해임, 기본 재산의 처분, 결산 보고서의 승인, 사업계획과 예산의 결정을 의결하도록 하고 있다(법 제12조). 300명이 넘는 금고에서는 대의원회가 총회를 갈음할 수 있는데(법 제16조), 실제 총회가 개최되는 금고의 비율을 확인하기 어려우나 대의원회를 통해서 임원을 선출하는 비율이 85%에 달한다.¹²⁸⁾

새마을금고 회원은 총회 소집을 청구하거나, 총회 결의의 효력을 다투는 방식으로 금고의 의사결정에 관여할 수 있다. 각 금고 회원은 회원 3분의 1 이상의 동의를 받아 회의의 목적과 이유를 적고 서명 날인한 서면을 제출하여 임시총회의 소집을 이사장에게 요구할 수 있고(법 제14조 제1항), 이사장이 정당한 사유 없이 요구가 있는 날부터 2주일 내에 총회를 개최하지 않을 경우에는 감사가 5일 이내에 총회를 소집하여야 하며, 감사가 이를 소집하지 않으면 총회 소집을 요구한 회원의 대표가 총회를 개최할 수 있다(법 제14조 제3항 내지 제5항). 또 회원은 총회의 소집 절차, 의결 방법, 의결 내용 또는 임원의 선거가 법령이나 법령에 따른 행정처분 또는 정관을 위반한 것을 사유로 하여 그 의결이나 선거에 따른 당선취소의 취소 또는 무효확인을 청구하는 소송을 제기할 수 있고 이 때 상법상 주주총회 무효 및 취소의 소에 관한 조문이 준

124) 새마을금고중앙회, 위의 통계(주 1), 26쪽.

125) 금융위원회·법무부, 상장회사 등의 주주총회 내실화 방안 마련(2019.4.24.).

126) 정순섭 외, 위의 보고서(주 6), 124쪽.

127) Rodrigo Coelho et al.,(2019), 위의 논문(주 91), p.19.

128) 행정안전부, 위 보도자료(주 1), 3쪽.

용된다(법 제11조의2). 또, 회원은 금고의 정관·총회 의사록 및 회원 명부에 대한 열람·복사를 청구할 수 있다(법 제27조).

(2) 회원의 참여권 강화 및 총회 활성화 방안

이러한 규정에 비추어보면, 새마을금고의 회원에 대해 상법상 주식회사의 주주에 준하는 소수주주권에 관하여 아무런 규정이 마련되어 있지 않다는 비판¹²⁹⁾은 다소 지나치다. 그럼에도 불구하고 이사회에 대한 견제 기능이 대의원회에 맡겨진 조합에서는 일반 회원의 의사결정 참여권이 보장되기 어려우므로, 소수 회원에 의한 총회소집권의 문턱을 낮추고, 의안 제안권을 신설하며 임원의 의무 위반에 대한 대표 소송을 제기할 권한을 확대할 필요성이 존재한다. 새마을금고법상 임원이 그 직무를 수행할 때에 고의 또는 과실로 금고에 대해 손해를 끼친 경우 발생하는 책임에 대해 회원 3분의 1 이상의 동의를 받은 회원 대표가 구상권을 행사할 수 있도록 하고 있으나(법 제25조 제6항) 상법상 마련된 주주대표소송 등의 제도와 비교할 때 새마을금고 출자자인 회원의 권한에 대한 제약이 훨씬 크다.

회원의 의사결정 참여를 통하여 경영진을 통제하기 위해서는 대의원제도의 개선을 넘어서 총회 제도를 활성화 하는 것이 근본적인 해결방법이 될 것이다. 절차적으로는 현행법상 7일로 되어 있는 통지 기간(법 제15조 제2항)을 연장하고, 재적회원 과반수의 출석 또는 재적회원 수가 300명을 초과하는 경우 151명으로 되어 있는 개의 요건(법 제13조 제1항)을 정비하는 것 외에도, 한 회원이 대리할 수 있는 회원을 두 명으로 한정하는 요건(법 제9조 제6항)을 완화하여 의결권 위임을 활성화 하며 서면투표 및 전자투표를 도입하는 등의 장기적 개선방안도 마련되어야 할 것이다.

라. 경영진에 대한 외부적 견제 및 보수의 통제

(1) 경영진에 대한 외부적 견제

각 금고 이사장 및 중앙회장의 사익추구를 제어하기 위해서는 외부 인사들을 지배구조에 편입시킴으로써 이들을 견제할 장치를 마련하는 한편(‘수탁자 전략’), 이사들의 보수구조를 성과와 연동시킴으로써 회원 전체의 이익을 위하여 업무를 수행할 유인을 제공할 필요가 있다(‘보상 전략’).

새마을금고와 같이 출자자와 이용자 및 경영진이 ‘회원’이라는 동질성을 공유하는 협동조합의 이사회는 사내이사로만 구성되며, 이들은 주식회사형 금융기관의 이사와 같이 견제 및 감

129) 정영철, 위의 논문(주 10), 144쪽.

시기능을 담당하기 어렵다는 견해가 있다.¹³⁰⁾ 새마을금고법에서는 임원의 자격을 2년 이상 일정 수의 출자좌수를 보유한 회원으로 한정(법 제21조 제1항 제16호)하고 있지만, 이사장이 비상근인 금고에서 자산이나 재무구조에 따라¹³¹⁾ 일정한 전문경력을 갖출 것이 요구되는 상임이사를 선임하는 경우에는 회원의 자격요건을 요구하지 않는다(법 제18조 제3항, 제4항 및 제21조 제1항 단서). 그러나 대부분의 마을금고에서는 이사장이 보수를 지급받을 수 있는 상근이사의 직위에 있고, 그 경우 독립이사의 선임이 필수 요건이 아니며, 설사 규모에 따라 추가 1인의 상근이사를 선임할 수 있다고 하더라도 얼마나 많은 금고들에서 이 제도를 채택하였는지는 확인하기 어려울뿐더러, 해당 금고에서 5년 이상 상근으로 재직한 자도 자격요건(을 인정받기 때문에)(법 시행령 제8조 제1호) 경영진 견제기능을 기대하기 어렵다. 독립이사란, “회사의 어떠한 이해관계자와도 고강도 금전 인센티브에 의해 밀접하게 관련되어있지 않고 주로 윤리나 명성적 고려에 따라 행동하는 이사회 구성원”을 의미하므로¹³²⁾, 금고의 상임이사는 회원이 아니라는 이유로 독립이사의 범주에 포함될 수는 없다. 차라리 상임이사만이라도 외부인사가 포함된 추천위원회에서 추천을 받은 자들 가운데 선출하도록 하는 규정을 둬으로써 장기 재임하는 이사장에 대한 견제 원리를 작동할 해야 한다는 제언이 더 현실성이 있다.¹³³⁾

한편, 회장을 제외한 중앙회의 임원은 회원의 자격을 요구하지 않으며, 신용공제대표이사 등 상근임원, 감사위원과 같이 회장을 견제할 임원은 전문성과 투명성, 독립성을 확보하기 위해 신설된 2014년 인사추천위원회를 통하여 추천을 받아 선출된다(법 제64조의 2). 또 최근 법률 개정으로 감사위원회 제도에도 큰 변화가 생겼다. 기존에는 이사회에서 이사들 중에 3인의 감사위원을 선출하여 감사위원회를 구성하였는데, 현재는 인사위원회추천위원회에서 추천을 받아 외부전문가 3인을 포함한 감사위원 5인으로 구성된 감사위원회를 총회서 선출하도록 되어 있다(법 제61조 제2항, 제3항).¹³⁴⁾

(2) 임원 보수의 통제

새마을금고법은 임원들의 보상지급과 관련된 원칙과 절차에 관한 규정이 미비하다. 예컨대,

130) 이재연·이병윤·이시연 외, 위의 보고서(주 59), 78쪽.

131) 새마을금고법 시행령 제7조(상근임원) 법 제18조제2항에 따라 상근임원을 둘 수 있는 금고의 자산 규모, 재무구조 및 상근임원의 수는 다음 각 호와 같다. 이 경우 자산은 직전 사업연도 평균 잔액으로 계산한 총자산을 기준으로 한다.

1. 자산이 500억원 이상 1,000억원 미만인 금고로서 법 제79조제6항에 따른 경영상태 평가 결과가 행정안전부장관이 정하는 기준을 충족하는 금고: 1명
2. 자산이 1,000억원 이상인 금고로서 법 제79조제6항에 따른 경영상태 평가 결과가 행정안전부장관이 정하는 기준을 충족하는 금고: 3명 이하

132) 크라아크만 외, 위의 책(주 103), 114쪽.

133) 정순섭 외, 위의 보고서(주 6), 125쪽.

134) 행정안전부, 위 보도자료(주 1), 2쪽.

새마을금고법은 금고의 자산규모에 따라 최대 2명의 이사 및 1명의 감사의 상근을 허용하고 상근임원에 대해서만 보수를 지급하도록 하면서(법 제19조 제2항, 제8항), 그 보수를 정하는 절차와 한도에 관한 아무런 규정을 두지 않고 있다. 일본 신용금고법에서는 이사의 보수에 관한 회사법 제361조 제1항 내지 제4항을 준용하도록(신용금고법 제35조의6) 하고 있는 점과 대조적이다. 현재 각 금고 상근 이사의 보수는 이사회에서 정하고, 회원들이나 외부인에 대한 사전적 통제가 전혀 이루어지지 않기 때문에 배임적 과다보수 수취를 통제하기 위한 근거 규정을 신속히 마련해야 한다.

한편, 각 금고로부터 출자를 받은 50조 이상의 대규모 자산을 회원 및 금고에 대한 대출(20.2%) 및 유가증권 매입(73%)의 방식으로 운용¹³⁵⁾하는 중앙회 임원에 대해서는 이사의 보수를 누가 어떤 기준에 의해서 정하는지도 중요하지만 회원과 이사의 이해관계를 연동시킬 수 있는 유인을 제공하는 것도 중요하다.¹³⁶⁾ 협동조합 금융기관은 주주 이익극대화가 유일한 목적이 될 수는 없지만, 회원들에게 폭넓은 금융기회를 제공할 수 있도록 자산 운용에서 수익을 발생시키고 부실 대출 회수율을 높이는 등 그 성과를 수치로 측정할 수 있는 부분에 대해서는 성과급을 일정부분 지급할 수 있어야 한다. 더불어 글로벌 금융위기 이후 금융회사 지배구조 개선책의 하나로 논의된 금융회사 임원에 대한 보수 규제의 논리, 즉 과도한 위험감수와 연동된 성과보수 지급의 억제 정책도 함께 고려해야 한다.¹³⁷⁾ 그리고 중앙회 차원에서도 개별 금고 단위에서와 마찬가지로 직무수행의 난이도 및 노력과 무관하게 자의적으로 결정하는 고액보수가 문제된다. 예컨대, 새마을금고중앙회의 경우 2017년 말 새마을금고법 개정을 통하여 회장을 명예직으로 전환하였고 보수를 지급받을 수 없음에도 불구하고, 최근 이사회에서 회장의 보수를 기존의 4억 8천만 원에서 50% 인상한 7억 2천만 원으로 정하여 행정안전부로부터 시정명령을 받은 바 있다.¹³⁸⁾ 현재로서는 임원의 보수에 관하여 감독기관에 의한 사후적 통제만이 이루어지고 있는데, 장차 이를 정하는 절차와 기준을 법률로 정하는 것이 바람직하다.

135) 새마을금고중앙회, 위의 통계(주 1), 61쪽.

136) 크라이크만 외, 위의 책(주 103), 130쪽.

137) John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford(2016), pp.380-385. 미국의 도드프랭크법 제956조에 따른 적용대상 금융기관에는 10억 달러 이상의 자산을 보유한 신용협동조합도 포함되어 있다.

138) 행안부, 박차훈 새마을금고중앙회장 연봉인상 제동... 삭감 불가피(이투데이, 2019.3.18.). 새마을금고는 중앙회장의 연봉과다에 대한 국회의 지적에 관하여 경영자 수당이 연봉에 포함되어 있고, 대규모 조직을 관리하기 위한 이사장의 직무에 대한 수당을 지급하기 위한 필요가 있다고 답변한 바 있다. 새마을금고회장 7년간 연봉 50억 받아 ... 1년 새 3배(중앙일보, 2017.10.12.)

IV. 결 론

본 논문에서는 협동조합형 금융기관으로서 새마을금고가 가지는 조직법적 특성을 분석하고, 지배구조에 관한 현행 법규를 검토하여 개선방안을 제시하고자 하였다. 학계 및 각 정부부처·국회에서도 새마을금고의 협동조합의 성격에 바탕을 둔 제도 개선 방안을 고민하고 있는 상황 인바, 본 연구에서도 그 연장선상에서 새마을금고법을 검토·분석하였다. 특히, 본 논문에서는 새마을금고의 조직원리, 출자 및 수익배분 구조, 참여자들의 권리의무 관계를 감안하여 경영진에 대한 감시를 강화하고 출자자의 의견이 효율적으로 반영될 수 있는 지배구조 개선의 필요성을 강조하였다. 금융감독 차원에서 새마을금고 및 중앙회의 인가요건과 영업활동, 건전성 등에 관한 규제 수준을 강화하고, 행정안전부의 특정 부서가 아니라 금융감독당국으로 규제 권한을 이관하는 문제는 별도의 연구에서 다루고자 한다.

모든 조직은 그 인적·물적 특성을 반영하여 구성원들 간의 이해관계를 조정하고, 그 조직의 설립 목적을 달성하는 데 적합하게 운영이 이루어질 수 있도록 지배구조가 설계되어야 한다. 새마을금고법은 새마을금고를 비영리법인으로 규정하고 있고, 판례에서도 새마을금고의 인적·물적 속성에 관한 고찰 없이 설치근거법상 규정만을 근거로 새마을금고가 비영리법인이라는 판시를 반복함으로써 배당과 잔여지분청구권이 인정되는 새마을금고의 협동조합으로서의 특수성이 외면당할 우려가 있었던 것도 사실이다. 다행히 점차 새마을금고의 영리적 성격을 인정하는 취지의 판결이 선고되고 있는 실정이고, 하급심 판결에서는 새마을금고의 법적 성격이 비영리법인에 해당하지 않는다는 취지의 견해를 채택하기도 하였다.

새마을금고는 개인·가계 및 중소기업자들의 금융조달에 중요한 역할을 수행하는 대표적인 협동조합형 금융기관으로서, 협동조합의 특성에 맞게 경영진과 출자자·이용자들의 권리의무관계가 설정되어야 할 것이고 특히 경영진의 사익추구를 견제할 수 있는 장치들을 마련하는 것이 중요하다. 본 연구에서는 주식회사의 대리비용 통제에 관한 기존의 논의 가운데 협동조합형 금융기관에서 활용될 수 있는 방안들을 토대로, 1) 이사의 행위준칙으로서 충실의무 및 그 하부 규범을 제정할 것, 2) 총회제도를 개선하여 회원에 의한 임원의 선출과 금고 의사 결정에 참여를 가능하게 할 것, 3) 독립성·전문성을 갖춘 임원을 선임하여 이사회 내·외부에서 이사장을 견제하도록 하고 이사의 보수 책정 기준 및 책정 방식을 규정할 것 등을 제시하였다.

이러한 제안들을 제도화 하는 것은 상당한 비용을 수반하는 일이고, 궁극적으로 금고 이용자들의 금융접근성에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 지적도 가능하다. 그러나 독립된 법인인 개별 금고의 평균 자산만 해도 1,100억원을 상회하는 현실에서 금고의 경영진이 준수해야 할 행위 준칙, 금고 회원들이 금고 운영에 관하여 확인 가능한 정보의 범위, 회원들이 자신의 의사를 개진하고 금고 경영진의 전횡을 견제할 수 있도록 하는 메커니즘은 유사한 자산 규모의

주식회사와 비교할 수 없이 취약하다. 이를 개선하여 이사장의 전횡을 견제하고 부실한 운영을 차단할 때만이 궁극적으로는 금융시스템에 대한 접근성을 높여서 포용적 금융 기능을 활성화 하는 데도 기여할 수 있을 것이라고 생각한다. ☐

(논문접수 : 2019. 6. 3. / 심사개시 : 2019. 7. 5. / 게재확정 : 2019. 7. 19.)

참 고 문 헌

[국내문헌]

- 공병호, 이용만 평전, 21세기 북스(2013)
- 구정옥, 협동조합형 상호금융기관의 리스크 특성과 규제감독에 대한 함의, 협동조합연구, 제30집 제3호(2012)
- 김건식·노혁준·천경훈, 회사법, 제3판, 박영사(2018)
- 김용담 편집대표, 주식민법 총칙(I), 제4판(2010)
- 김용재, 미국 저축기관의 발전과 제도적 변천 및 우리나라에 대한 시사점 분석, 고려법학 제75호(2014)
- 김정연, 비영리법인 이사의 주의의무에 관한 연구, 비교사법 제26권 제2호(2019)
- _____, 비영리법인 이사의 이익충돌과 충실의무, 상사법연구 제38권 제1호(2019)
- 김진우, 영리법인과 비영리법인의 구별에 관한 비교법적 고찰, 비교사법 제10권 제3호(2003)
- 라이니어 크라아크만 외 저, 김건식 외 옮김, 회사법의 해부 제2판, 소화(2014)
- 류창호, 협동조합기본법상 협동조합의 조직과 구조, 아주법학 제8권 제4호(2014)
- 박 준, 1997년 경제위기와 IMF 규제금융이 금융법에 미친 영향, 서울대학교 법학 제55권 제1호(2014)
- 새마을금고중앙회, 2018년 새마을금고통계(2018)
- 새마을금고중앙회, 새마을금고 50년사(2013)
- 송옥렬, 상법강의 제8판, 홍문사(2018)
- 송재일, 신탁관련 대법원판례의 검토, 신탁연구 제64호(2015.8.)
- 이대중, 협동조합, 참 쉽다, 푸른지식(2016)
- 이재연·이병윤·이시연, 상호금융기관의 기능 재정립방안, 한국금융연구원(2012)
- 장철익, 금융기관 이사의 주의의무와 경영판단 원칙, 민사판례연구 33 (상), 박영사(2011)
- 정순섭, 금융회사의 조직교제, 상사판례연구 제24집 제2권(2011)
- 정순섭·강경훈·박창균·임정하, 새마을금고 건전성 제고를 위한 제도개선방안, 서울대학교 금융법센터(2015)
- 정영철, 상호금융조합의 지배구조 시론: 신탁을 중심으로, 신탁연구 제67호(2017)
- 정찬우·박창균·이시연, 상호저축은행 백서, 금융위원회(2012)
- 천경훈, 회사에서의 이익충돌, 저스티스 통권 제159호(2017)
- 최진배·김병록, 한국 금융협동조합과 대리인문제 : 신용협동조합을 중심으로, 한국협동조합연구, 제34권 제3호(2016)

한스 뮌크너, 전형수 역, 독일협동조합은행의 경험과 시사점, 신탁연구 제55호(2009)
 헨리 한스만, 기업소유권의 진화, 박주희 옮김, 한국협동조합연구소·북돋움(2017)
 황적인·염기부, 협동조합법 I, 법경출판사(1996)

[외국문헌]

John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne, Principles of Financial Regulation, Oxford(2016)
 Richard Schaberg and Laura Biddle, Corporate Governance for Mutuals, American Bankers Association(2013)
 William K. Black, The Best way to Rob a Bank is to Own One, 2nd edition, Texas(2013).
 Rodrigo Coelho, Jose Angelo Mazzillo, Jean-Philippe Svoronos and Taohua Yu, Regulation and supervision of Financial Cooperatives, Bank for International Settlements(2019)
 Matthew Conaglen, Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties, Oxford University Press(2010)
 Carlos E. Cuevas, Klaus P. Fischer Cooperative Financial Institutions Issues in Governance, Regulation, and Supervision, World Bank Working Paper No.82(2006)
 Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), History of the Eighties: Lessons for the Future. Vol. 1, An Examination of the Banking Crises of the 1980s and Early 1990s(1997)
 Henry Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise, 89(5) Yale Law Journal 115(1980)
 Klaus J. Hopt and Thomas Hippel(eds), Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations, Cambridge(2010)
 Michael C. Jensen & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. FIN. Econ. 305(1976)
 David Kershaw, The Foundations of Anglo-american Corporate Fiduciary Law, Cambridge University Press(2018)
 Paul Miller "Justifying Fiduciary Duties" 58(4) McGill Law Journal 969(2013)

金融審議會 金融分科會第二部會 協同組織金融機關のあり方に関する ワーキング・グループ, 中間論点整理報告書(2009)
 松元暢子, 非營利法人の役員の信認義務, 商事法務(2014)

70 선진상법률연구 통권 제87호 (2019.7.)

神作裕之, “非營利團體のガバナンス - コーポレート・ガバナンス論との比較を中心に”, NBL
No.767, 商事法務(2003. 8. 15.)

山野目 章夫(編集) 新注釋民法(1) 總則(1) 有斐閣(2018)

村本 孜 信用金庫論-制度論としての整理, きんざい(2015)

MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018,

Abstract

Legal Characteristics and the Corporate Governance of Sae-Ma-UI Gumgo

Kim, Jung-Yeun

‘Sae-Ma-UI Gumgo’(“MG” hereunder) is one of the most important financial cooperative in Korea. MG consists of more than 1300 individual cooperatives with 19 million members and its assets exceed 15 billion KRW as of 2017. Under the MG Act, MG is defined as ‘non-profit organization’ and several supreme court decision reiterates the same provision with regard to the legal characteristics of MG as non-profit organization. However, MG is not non-profit organization but cooperative organization because profit distribution to its members is permissible under the MG act, which is prohibited for non-profit organization.

In order to establish better governance for MG, agency problem in financial cooperatives needs to be addressed. Firstly, the duty of care and the duty of loyalty should be applicable to the directors of MG. Secondly, the general assembly system needs to be amended to reflect member’s voice in business decision and appointment of directors and auditor. Thirdly, the professionalism and independency should be required for some standing director who is responsible for credit business for individual MG.

Key Words : MG, Corporate Governance, Principle-agent problem, Financial Cooperatives,
Duty of Loyalty

