creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000263589

2013年 2月

博士學位論文

교회정관에 관한 민사법적 연구

-교회분쟁 해결을 중심으로-

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

蘇 在 烈

교회정관에 관한 민사법적 연구

-교회분쟁 해결을 중심으로-

A Study of Civil Law on Articles of Church

- Focusing on the Resolution of Church Schisms -

2013년 2월 일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

蘇 在 烈

교회정관에 관한 민사법적 연구

-교회분쟁 해결을 중심으로-

指導敎授　姜　爀　臣

이 論文을 法學 博士學位申請 論文으로 提出함

2012년 10월　일

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

蘇　在　烈

蘇在烈의 博士學位論文을 認准함

委員長	木浦大學校 敎授	姜 南 鎭	印
委 員	韓世大學校 敎授	申 文 澈	印
委 員	朝鮮大學校 敎授	金 凡 鐵	印
委 員	朝鮮大學校 敎授	鄭 求 兌	印
委 員	朝鮮大學校 敎授	姜 爀 臣	印

2012년 12월 일

朝鮮大學校 大學院

목 차

Abstract ····· 1

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 필요성 ····· 7
제3절 연구의 방법 및 범위 ····· 10

제2장 교회의 자기이해와 법률관계 ····· 12

제1절 서 설 ····· 12
제2절 교회의 자기이해 ····· 13
1. 교회법에서의 교회이해 ····· 13
2. 교회의 정체 ····· 16
3. 국가와의 관계에서 교회이해 ····· 20
4. 한국 개신교회의 교회법 ····· 22
가. 장로교헌법 ····· 23
나. 감리교 교리와 장정 ····· 24
다. 성결교헌법 ····· 24
라. 기독교 대한 하나님의 성회 헌법 ····· 25
제3절 민사법의 교회이해와 법률관계 ····· 25
1. 실정법과 판례에서의 교회 ····· 26
가. 실정법의 규정 ····· 26
나. 판례상의 규정 ····· 27
2. 단체법적 성질로 본 교회이해 ····· 28

가. 단체성 또는 사단성의 표지 ····· 28
나. 교회의 정체에 따른 단체형태의 검토 ····· 30
(1) 감독정체: 로마 가톨릭교회 ····· 30
(2) 감독정체: 감리교회 ····· 31
(3) 구세군 교회정체 ····· 31
(4) 장로정체 ····· 32
(5) 회중정체 ····· 32
다. 교회의 법인격 취득 ····· 33
3. 법인 아닌 사단으로서의 교회이해 ····· 34
가. 법인 아닌 사단의 의의 ····· 34
나. 법인 아닌 사단의 법률관계에 따른 적용법규 ····· 37
(1) 총유규정 ····· 37
(2) 법인규정의 유추적용 ····· 39
다. 법인 아닌 사단인 교회의 법률적 성질 ····· 40
라. 지교회와 교단과의 법률관계 ····· 44
제4절 소 결 ····· 48

제3장 교회의 권징재판과 결의에 대한 사법심사 ····· 51

제1절 서 설 ····· 51
제2절 종교단체의 권징재판에 대한 사법심사 ····· 52
1. 부분사회의 법리 ····· 52
2. 교회 권징재판의 효력 판단에 적용되는 법리 ····· 54
3. 신분지위 등에 관한 권징재판과 판례 ····· 55
가. 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1118 판결 ····· 55
나. 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결 ····· 56
다. 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47193 판결 ····· 59
라. 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다32386 판결 ····· 60
4. 면직된 대표자의 당사자 적격에 대한 판례 ····· 62

가. 대법원 1972. 7. 24. 선고 72다1330 판결 ····· 62
나. 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다276 판결 ····· 63
다. 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결 ····· 66
5. 권징재판의 불법행위와 손해배상의 관계 ····· 68
6. 평가와 검토 ····· 69
제3절 종교단체의 결의에 대한 사법심사 ····· 70
1. 학 설 ····· 71
2. 공동의회 결의의 효력 등에 대한 판례 ····· 72
가. 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결 ····· 72
나. 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다82612,82629 판결 ····· 77
다. 서울고등법원 2009. 10. 29.자 2009라579 결정 ····· 80
라. 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1124 판결 ····· 82
제4절 소 결 ····· 84

제4장 교회분쟁시 재산귀속에 대한 사법심사 ····· 88

제1절 서 설 ····· 88
제2절 교회재산의 일반론 ····· 88
1. 교회재산의 정의 ····· 89
가. 적극재산 ····· 90
나. 소극재산 ····· 91
다. 교회헌금의 법률관계 ····· 94
2. 교회재산의 형성과정과 권리관계 ····· 94
가. 교회 개척(설립)시 재산 ····· 94
나. 교회 설립 후 형성된 재산 ····· 96
3. 교회재산의 공시문제 ····· 96
가. 지교회 유지재단 명의로 등기하는 경우 ····· 96
나. 교단의 유지재단 명의로 등기하는 경우 ····· 97
(1) 명의신탁과 부동산실명법 ····· 98

(2) 지교회재산의 교단 유지재단에의 편입은 증여에 근거한 명의신탁 ····· 99
(3) 유지재단명의로 신탁된 교회부동산의 환원방법 ····· 101
(4) 부동산실명법을 위반한 지교회 자치규범의 효력 ····· 102
(5) 교단이 아닌 교단 유지재단 이사회에로의 재산 증여의 효력 ····· 103
다. 개인 명의로 등기하는 경우 ····· 104
라. 지교회 명의로 등기하는 경우 ····· 104
4. 교회재산의 소유형태 ····· 105
가. 민법 시행 이전의 판례 ····· 105
(1) 법인 아닌 사단인 교회의 경우 ····· 106
(2) 교회 이외 단체의 경우 ····· 107
나. 민법 시행 이후의 판례 ····· 107
(1) 분열 당시 그 교회 교도의 합유 ····· 107
(2) 분열 당시 그 교회 교도의 합유와 총유 ····· 109
5. 총유물인 교회재산의 관리·보존행위 ····· 110
가. 학 설 ····· 110
나. 입법례 ····· 111
다. 판 례 ····· 114
제3절 설립중의 교회와 청산중의 교회 ····· 119
1. 설립중의 교회 ····· 119
가. 사실관계 ····· 119
나. 원심법원의 판단 ····· 120
다. 상고심인 대법원의 판단 ····· 120
(1) 설립중의 회사의 법리를 유추적용한 문제 ····· 121
(2) 채무변제를 위한 담보와 명의신탁 ····· 122
(3) 반소, 건물명도와 부당이득 반환 문제 ····· 122
2. 청산중의 교회 ····· 123
가. 교회법에서의 교회폐쇄(해산·청산) ····· 124
나. 청산중의 법인 아닌 사단의 성격 및 권리능력 ····· 125
다. 법인 아닌 사단인 교회청산과 민법규정의 유추적용 ····· 126

라. 청산인의 직무와 잔여재산 처리 문제 ····· 127
제4절 교회분열시 재산귀속에 대한 사법심사 ····· 128
1. 학 설 ····· 129
가. 분열 긍정설 ····· 129
(1) 공유설 ····· 130
(2) 청산설 ····· 131
(3) 이탈적 분열과 대등한 분열을 구별하는 견해 ····· 132
(4) 총유적 귀속설 ····· 132
나. 분열 부정설 ····· 133
다. 2분설 ····· 135
2. 판 례 ····· 136
가. 대법원의 종전판례 ····· 136
(1) 대법원 1971. 2. 9. 선고 70다2478 판결 ····· 136
(2) 대법원 1988. 3. 22. 선고 86다카1197 판결 ····· 138
(3) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결 ····· 139
나. 새로운 판례(대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결) ···· 142
(1) 사실관계 ····· 142
(2) 소송의 경과 ····· 143
(3) 판결요지 ····· 144
(4) 판결의의 ····· 147
3. 대법원 새로운 판례에 대한 검토 ····· 148
가. 적법한 절차와 결의권자 3분의 2 이상의 교단탈퇴 결의 ····· 148
나. 교단탈퇴는 설립목적으로부터의 이탈행위 ····· 150
다. 교회탈퇴와 교단탈퇴 ····· 154
라. 분쟁 해결로서 교회재산분할 규정 평가 ····· 156
마. 분쟁시 적법한 절차법에 대한 평가 ····· 158
바. 정교분리 원칙에 대한 평가 ····· 159
4. 민법개정에서의 관련 논의 ····· 160
5. 보론: 미국에서의 교회분쟁에 대한 논의 ····· 162

제5절 소 결 ····· 168

제5장 교회정관의 자치법상 구속력과 판례검토 ····· 171

제1절 서 설 ····· 171
제2절 정관의 의미와 효력 ····· 173
1. 정관의 정의 및 법리와 판례 ····· 173
가. 정관의 정의 ····· 173
나. 학설과 법리 ····· 175
다. 판 례 ····· 178
(1) 사실관계 ····· 178
(2) 판결요지 ····· 178
(3) 판결의의 ····· 178
2. 교회분쟁의 해결과 예방을 위한 교회정관 ····· 180
가. 정관의 권력구조 규정 ····· 181
나. 교인의 권리의무 규정 ····· 184
다. 교회재산 규정 ····· 185
라. 결의절차에 대한 규정 ····· 185
제3절 교회정관의 제정과 법적 효력 ····· 186
1. 정관상 명칭과 목적 ····· 186
가. 교회 명칭 ····· 186
나. 소 속 ····· 188
다. 고유 목적 ····· 190
라. 목적의 변경과 제한 ····· 190
2. 정관제정의 주체 ····· 190
가. 담임목사 임의로 제정한 정관 ····· 190
나. 당회 임의로 제정한 정관 ····· 191
다. 교인총회로 제정한 정관 ····· 193
3. 정관제정·변경을 위한 의사정족수와 의결정족수 ····· 195

가. 정관제정 ····· 195
나. 정관변경 ····· 196
4. 정관 유무의 증명력 ····· 198
가. 당회의 교인총회 소집결의를 위한 회의록 ····· 198
나. 정관제정, 변경을 위한 공동의회 회의록 ····· 199
5. 정관 해석의 구속력 ····· 199
가. 사실관계 ····· 200
나. 판결요지 ····· 200
다. 판결의의 ····· 200
6. 정관위조와 공정증서부실기재죄 ····· 201
제4절 교회정관과 교단헌법의 법률관계 ····· 203
1. 교회정관과 교단헌법과의 관계 ····· 203
가. 교단과 총회의 개념이해 ····· 203
나. 교회정관과 교단헌법과의 관계 ····· 205
다. 교회정관과 노회규칙과의 관계 ····· 208
라. 정관상으로 담임목사 임기제와 시무투표제 규정 문제 ····· 210
2. 교회정관과 교단헌법이 교회에 적용되는 범위와 한계 ····· 211
가. 지교회의 자유로운 법률행위 ····· 211
나. 지교회재산에 대한 자기결정권의 효력 ····· 212
다. 지교회 운영에 대한 교단헌법의 구속력 ····· 212
제5절 교회 내부징계와 권징재판 절차 ····· 214
1. 종교단체 내부의 징계규정 효력 ····· 215
가. 종교단체 내부규정의 효력 ····· 215
나. 제소금지 규정 ····· 217
다. 교회 구성원의 징계(권징) ····· 220
라. 적법절차의 원리, 공정한 재판을 받을 권리 ····· 221
2. 교회 내부의 권징재판의 절차 ····· 222
가. 교회재판의 종류 ····· 223
나. 교회재판의 관할 ····· 225

다. 공소제기와 소를 제기한 원고 ····· 228
라. 재판 전 화해절차 ····· 230
마. 판결효력 ····· 239
바. 소송의 특별규칙 ····· 231
(1) 위탁판결 ····· 231
(2) 상소절차 ····· 232
(3) 재심절차 ····· 232
(4) 소원 ····· 233
(5) 치리회간의 재판규례 ····· 233
(6) 시벌과 해벌 ····· 234
제6절 정관효력이 사법심사에 미치는 영향과 판례검토 ····· 235
1. 교회분쟁시 정관의 자치법상 구속력과 적용의 한계 ····· 235
가. 소속교단의 정체에 반한 정관 규정의 효력 문제 ····· 235
나. 부제소 위반의 징계규정의 효력 문제 ····· 238
2. 불법행위에 대한 정관적용과 한계 ····· 239
3. 권징재판에 대한 사법심사의 적용범위와 정관 ····· 241
가. 권징재판에 있어서 정관의 효력 ····· 241
나. 권징재판에 대한 사법심사의 정관적용 범위 ····· 242
4. 재산분쟁에 대한 사법심사의 범위와 정관 ····· 245
가. 재산분쟁에 있어서 정관의 효력 ····· 245
나. 재산분쟁에 대한 사법심사의 정관적용 범위 ····· 246
제7절 소 결 ····· 247

제6장 결 론 ····· 249

· 참고문헌 ····· 256

Abstract

A Study of Civil Law on Articles of Church

- Focusing on the Resolution of Church Schisms -

So, Jae-Youl
Advisor : Prof. Kang, Hyuck-Shin, Ph.D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

An association is a personal organization for which many people gather for joint purposes and if it acquires legal personality based on the registration of corporation, it can be a corporation and if not, it becomes an association without legal personality. The organizations which are regarded as non-legal association follow precedents-oriented theories. One of non-legal associations which are recognized by precedents is church. The court identifies its reality based on the general theories of the Civil Law on non-legal association to settle discords on legal relations and decides whether it has to be judicially reviewed as church is a non-legal association. However, legal relations of church has lots of problems. As our Civil Law has a special institution of Gesamteigentum on revert of its property, its complication is increasing.

As church is a personal organization, continuous discords happen. The discords lead to property disputes and defects in judgement and procedures cause discords. One of important reasons of such discords is illegal behaviors of church. The standards to judge such illegal behaviors are the church articles and constitutions which are regarded as self-governing regulations. The problems are lack of recognition on importance of the articles, vagueness and imperfection of regulations, and ignorance of legal relations of the articles which are reasons of church discords. In considering the precedents of the supreme court, the internal relations of church as a non-legal association shall follow the regulations on corporation unless there are no regulations in other articles except the cases in respect to legal personality, or as long as there are no special conditions such as articles of corporation or regulations on specific projects, except cases which are not remarkably valid in social common concepts or whose decision procedures are remarkably against justice, the articles are important data for judicial reviews of the court on the church discords.

For the judicial review in church discords in accordance to the American Judiciary Law, peculiarity of church was respected, but now, they are being considered the same as property discords of general organizations, and whether a solution of discords follows the positive law is strictly examined. That is, Japanese and Korean precedents tend to deal with discords depending on the concept of the benefit in Civil Law or ′judicial discord′ rather than constitutional viewpoints while American precedents consider the freedom of religion or the principle of the separation of religion and politics in the Constitution. Our country has a judicially negative position on

religious situations(interpretation of religious doctrines, religious judgement and positions in religious organizations) while it is based on a judicial activism on property discords(positions of representatives in religious corporations and property disputes according to church discords and division).

However, most of the cases involving religious organizations or churches have suffered discords on church property rather than purely religious problems or religious doctrines, or they need judgement on religious parts as the first consideration to settle property discords.

In particular, in respect to legal relations on property discords or revert, previous judgements have recognized church divisions approximately for 50 years and when a church was divided into two, it has been considered that the property of previous church is owned by church members at the time of division.

As church members can use and have profits from church property within the range of church activities, one part can not ask to quit the church building to the other.

However, unanimity judgement negated church division against the previous supreme court's judgement in 2006, and it was declared that if members withdraw from their religious society, more than two thirds of church members with rights to vote shall agree to it. The judgement was meaningful in that a social phenomenon of church division was dealt with not through a legal approval, but general legal principles of the Civil Law.

The articles have legal functions to prevent church discords and normative nature which regulates legal relations as self-governing regulations as they restrict those who joined newly after the articles were made as well as those who participated in making them. The

court judges based on the standards presented by the Civil Law and the court itself rather than the regulations of the articles for the cases which remarkably violate the concept of justice. In considering that reasonable and objective articles are effective as standards to prevent and deal with church discords, it can be said that the articles are a useful means for more reasonable management of churches, not suppressing church activities. They should include the contents to control absolute power and corruption of church organizations. If conscientious management of church can not be expected based on human nature, it is suggested that rather the articles can protect churches and the members.

key words : church polity, non-legal association, Gesamteigentum, judgement, judicial review, church schisms, church division, foundation, revert of church property, articles of church, change of articles, principle of decision by majority

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

민법은 자연인과 법인에 대하여만 권리와 의무의 주체가 될 수 있음을 선언하고 있다(민법 제3조, 제34조).[1] 법인이란 법률에 의하여 권리능력이 부여된 법적인 주체를 말한다.[2] 민법이 단체 자체에 독립된 법인격(法人格)을 부여하여 단체 고유의 재산과 활동을 인정함으로써 법률관계를 명확하게 하고자 하는 목적에서 법인제도를 두고 있다. 민법은 다수의 사람들이 모여 공동목적의 사업을 하기 위하여 결합한 인적 단체로서 설립등기에 의해 법인격을 취득한 경우 이를 사단법인이라 하며, 일정한 목적에 바쳐진 재산을 중심으로 하는 재단법인으로 구분하여 규정하고 있다.[3]

그러나 사단 가운데는 실질적으로 사단이지만 법인으로서 설립등기를 하지 않았기 때문에 법인격이 부여되지 않는 단체인 법인 아닌 사단[4]으로 활동하는 여러 모습의

---

1) 민법 제3조(권리능력의 존속기간) "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다." 제34조(법인의 권리능력) "법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다."

2) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009, 213면.

3) 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 72-73면; 이은영, 상게서, 217면.

4) 사단법인의 요건을 갖추지 못하여 법인격을 취득하지 못한 사단의 명칭에 관하여 '법인격 없는 사단', '권리능력 없는 사단', '법인 아닌 사단', '비법인 사단', '미등기 사단', '법인설립등기를 갖추지 않은 사단'등으로 지칭하는데 본 논문에서는 '법인 아닌 사단'으로 통일하여 표기할 것이다. 그러나 인용문의 경우는 예외로 한다. 법인 아닌 사단으로 인정을 받기 위해서는 후술한 바와 같이 공동의 목적을 위하여 다수의 구성원들이 인적 단체를 구성해야 하며, 그 구성원과 별개의 주체로서 단체가 존재하여 대외적으로 단체의 이름으로 활동해야 한다. 물론 단체의 기관과 조직이 존재해야 하며, 의사결정기관으로서 사원총회와 업무집행기관이 있어야 한다. 구성원이 변경되더라도 단체의 동일성에 영향을 주지 않을 단체의 명칭과 사단의 중요 사항이 정관으로 정해져 있을 것 등의 요소를 갖추어야 한다. 곽윤직, 상게서, 124-125면, 이은영, 전게서, 243-245면, 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2009, 102면. "사단의 실체를 가지고 있음에도 불구하고 법인격을 취득하지 못한 권리능력 없는 사단이 발생하는 이유는 주무관청의 허가(제32조)를 받지 못하였거나 행정관청의 감독을 기타 규제를 받기를 원하지 않기 때문이다. 민법은 법인설립에 관하여 강제주의를 채택하지 않다."

단체가 존재한다. 예컨대 교회, 종중, 사찰, 동(洞)·리(里), 부락, 아파트 주민단체 등이 있고, 그 밖에는 건축조합과 재건축조합 및 연합주택조합, 공동주택 입주자 대표회의, 시장 번영회 등이 있다. 한편 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 법인 아닌 사단으로 볼 수 있다.[5)]

우리 사회에는 이러한 법인 아닌 단체들이 많이 있는데 그 중에 하나가 바로 교회이다. 교회는 종교적, 신앙 단체적 측면과 세속적, 법적 측면이 있는데 그 중 세속적, 법적인 측면의 교회조직이 법률상 어떤 단체 내지 조직으로 분류할 것인지 문제가 된다. 학설과 판례는 대체로 교회를 법인 아닌 사단으로 보고 있다.[6)] 교회를 비롯한 법인격이 부여되지 않는 이러한 단체들을 법적으로 어떻게 취급하여야 하는가라는 문제가 제기된다. 법인 아닌 사단에 대하여 사단법인 가운데서 법인격을 전제로 하는 것[7)]을 제외하고는 모두 유추적용[8)]하므로 민법에서의 법인 아닌 사단에 대한 입법적 불비(不備)의 하나로써 이들의 법률관계를 일률적으로 명확하게 단정하기 어려운 실정이다.[9)]

이같은 법인 아닌 사단의 문제점들은 지교회[10)]의 분쟁시 법원의 사법심사[11)] 과정

---

5) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결, “시민연합은 활동의 내용면에서는 중앙조직과 연관이 있으나, 독자적인 정관 또는 규약을 가지고 이에 근거한 총회의 의사결정기관 및 업무집행기관을 두고 있고, 각 독립된 회원으로 구성되어 있으며, 예·결산 처리 및 활동도 중앙조직과는 별개로 이루어지는 사실을 인정한 다음, 위 원고들이 법인 아닌 사단으로서의 당사자능력이 있다.”

6) 곽윤직, 전게서, 124-126면; 지원림, 전게서, 107면; 변동걸 “교회의 분열과 교회재산의 제문제”,「사법행정」제7권, 한국사법행정학회, 1993, 519면.

7) 지원림, 전게서, 136-137면. 그 예로 법인등기, 가령 이사의 대표권 제한에 관한 제60조는 성질상 권리능력 없는 사단에 적용될 수 없다.

8) 이은영, 전게서, 247면. 이영준,「민법총칙」, 박영서, 1995, 853면, 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다549 판결: “법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 제1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인의 규정이 유추적용된다.”

9) 곽윤직, 전게서, 126면.

10) 본 논문 제2장 제2절에서 후술한 대로 ‘지교회(支敎會)’란 일반적으로 일정 지역 안에 있는 신자들의 집단, 즉 개별교회를 가리킨다. 개별교회의 의미를 포함하고 있는 이 용어는 일반적으로 상급기관의 산하단체를 의미한다. 지교회의 상급치리회로 지교회 대표인 담임목사와 교인의 대표인 장로와 함께 노회를 구성하며, 노회의 상급치리회로 전국교회, 즉 교단의 최고 행정 및 치리회인 총회를 두고 있으나 판례에서는 ‘지교회’만을 법적 단위로서의 교회로 인정하고 지교회를 포괄하는 교단은 단순히 종교적 내부관계에 지나지 않는 것으로 해석한다(대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결). 교회법에서 지교회의 개념은 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치 제8장 제2조에 “교회 각 치리회에 등급은 있

에서 많은 쟁점들로 논의되었으며, 교회법과 국가법이 판결에 적용된 법리와의 충돌 현상[12], 혹은 사법적 판단의 기준에 대한 범위와 한계가 논의되고 있다. 교회의 분쟁과 분열은 곧 법인 아닌 사단의 법리 속에서 이해되면서 그동안 우리의 법제가 이를 예상한 성문의 법 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 일반의 사단법·재단법상으로도 단체 내지 조직의 분열과 분쟁에 관한 법 규정이나 법리가 존재하지 않으며[13] 다만 학설과 판례로 이러한 문제를 해결해 왔다. 이러한 판례도 이론구성 자체에 문제점이 제기될 뿐만 아니라 현실적으로도 교회 분쟁의 실질적 해결방안으로서는 미흡했다는 평가를 듣고 있다. 따라서 시대에 따라 법리의 변천과 더불어 교회에 대한 판례도 변천되어 왔다. 이러한 쟁점들에 관해 그동안 민법학계에서는 많은 분량의 관련 논문이 발표되어 왔으며[14], 그동안 법원의 판례도 사례별로 많이 확충되어 왔다.

으나 회원은 목사와 장로뿐이므로 각 회가 다 노회적 성질이 있으며"라고 한다. 법원 판례는 지교회만을 법적 단위로서의 교회로 인정하지만 교회법에서 지교회란 노회의 산하 교회를 지칭할 때 붙여진 칭호이다. 감리교회의 감독정체하에서는 개별교회라 하지만 장로교회는 개별교회와 같은 맥락에서 지교회라 하지 않는다. 장로회 정체에서 중심 치리회는 지교회들의 모임인 노회이다. 교회를 설립하거나 당회를 조직하는 권한이 개별교회에 있지 않고 노회에 있기 때문에 지교회, 당회라고 부르는 것도 노회중심의 칭호이다. 장로회 정체에서 지교회는 노회와 관계 속에서만 존립이 가능한 체계와 원리를 갖고 있다.

11) 원래 사법심사(judicial review)라 함은 영미법계 국가에서 행정사건소송을 일반법원이 심리·재판하는 권한을 가지는 제도를 말하나, 여기에서는 부분사회적 요소를 가지는 종교단체의 내부분쟁에 법원이 개입하여 판단을 할 수 있는가 여부를 말하는 의미로 사용할 것이다(이영진, "종교의 자유의 한계와 정교분리에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 1998, 226면).

12) 오시영, "법인 아닌 사단으로서의 교회의 실체에 대한 고찰",「민사법학」제40호, 한국사법행정학회, 2008, 300면: "현대에 들어오면서 종교의 자유가 인류보편의 기본권으로 인정된 이후 기독교, 불교, 힌두교, 이슬람교 등 다양한 세계적 종교가 뿌리를 내리게 되었고, 종교와 정치의 분리정책을 통해 교회의 독립성이 인정되면서 종교단체는 가치적 규약에 의해 자율권을 보장받게 됨으로써 세속법과 다른 체계에서 운영되는 특성을 갖게 되었다. 그 결과 종교단체의 자치규범인 교회법과 국가통치권의 근거인 세속법의 충돌현상이 발생하게 되었고, 이를 어떻게 합리적으로 조정하고 규율할 것인가가 현대사회의 새로운 과제가 되어 왔다.

13) 김진현, "교회분열시 재산귀속문제에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문, 1988, 202면.

14) 민법에서 교회와 관련 박사학위 논문은 주로 대법원의 분열인정 여부와 재산귀속에 대한 판례를 50년만에 변경한 2006년 전원합의체 이전의 다음과 같은 논문들이 주류를 이루고 있다. 김진현, 상게논문, 1988; 김인섭, "권리능력 없는 사단의 재산관계에 관한 연구", 한양대학교 박사학위논문, 1995; 이덕승, "권리능력 없는 사단에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 1996; 최병덕, "교회분쟁시 재산관계에 관한 연구", 숭실대학교 박사학위논문, 1999; 2006년 전원합의체 이후의 박사학위 논문은 백현기, "교회의 분쟁에 대한 민사법적 연구," 한양대학교 박사학위논문, 2010 등이 있다.

교회의 분쟁이 자치법규로 해결되지 못하고 국가 사법기관에 소를 제기하는 경우가 많아졌다. 사법기관인 법원은 종교단체의 문제인 교회의 각종 분쟁사건에 대한 사법심사 여부가 문제되고 있다. 어떤 문제는 사법심사의 범위에서 제외시키면서 어떤 문제는 사법심사의 대상으로 삼는다.[15] 법원의 사법심사에 대한 기준이 문제로 제기되고 있다. 우리 헌법 제20조 제1항은 "모든 국민은 종교의 자유를 가진다."라고 규정하면서 국가의 종교적 중립성의 원칙(제20조 제2항)을 따로 두어 국교를 인정할 수 없다는 점과 종교와 정치가 분리되어야 한다는 "정교분리원칙"을 규정하고 있다. 종교의 자유는 국민의 기본권 보장이라는 측면에서 다른 기본권과 마찬가지로 국가권력의 직접·간접의 간섭에 의해서 방해를 받지 않을 이른바 '신앙강제로부터 자유'를 그 내용으로 한다.[16] 이러한 종교의 자유에 근거해서 사법부의 사법심사 배제측면이 있기도

각종 논문 중에서도 2006년 대법원 전원합의체에서 교회분열과 재산귀속관계에 대해 변경되기 이전의 논문들은 다양한 주제들로 본 주제와 관련된 연구 작품들이 풍성하다. 한편 50년만에 변경된 판례에 근거한 2006년 대법원 전원합의체 판결 이후에 나온 논문 중에 다음과 같은 것들이 있다. 남세진, "교회분열의 인정 여부 및 재산귀속결정기준에 대한 검토", 서울동부지방법원, 2006; 남윤봉, "법인격 없는 사단의 총유", 「법학논총」 제23집 제1호, 한양대학교, 2006; 남윤봉, "비법인교회재단의 귀속에 관하여", 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 판결을 중심으로, 「법학논총」 제23집 제2호, 한양대학교, 2006; 민유숙, "교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우 법률관계", 「대법원 판례해설」 제60호, 법원도서관, 2006; 고규정, "종단에 등록된 사찰의 주지의 지위에 관한 소의 적법성: 판례로 본 법원이 종교단체 내부의 징계처분의 당부를 판단할 수 있는 경우", 「판례연구」 제8집, 부산판례연구회, 2007; 김교창, "준사단법인인 교회 분할", 「저스티스」 제98호, 한국법학원, 2007; 김민규, "교회의 분열과 재산귀속에 관한 판례법리의 변천, -대상판결: 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결-", 「재산법연구」 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007; 송호영, "교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계", 「민사법학」 제35호, 한국사법행정학회, 2007; 양형우, "교회분열에 따른 재산귀속, 재산법연구", 제24권 제1호, 법문사, 2007; 최인석, "교회분열의 인정 여부 및 재산의 귀속", 「판례연구」 제19집, 부산판례연구회, 2008.

15) 우리 헌법이 서로 상반되는 내용의 규범 내지는 원칙을 내포하고 있는 경우에 두 규범 내지 원칙에 의해서 표현되는 가치 내지 법익을 서로 비교교량해서 보다 큰 가치 내지 법익을 보호하고 있는 헌법규범 내지 원칙에 효력의 우선권을 주어야 한다는 해석지침이다. 우리 헌법재판소는 헌법규정 상호간의 효력상의 차등을 원칙적으로 부인한다. 즉 어느 특정 규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간의 효력상의 차등을 두지 않는다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3 결정; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2010, 72-73면). 또한 이익의 형량의 원칙이 서로 상반하는 법규범 중에 어느 한 규범을 우선시키는 데 반하여 '조화의 원칙'은 규범이나 헌법적 원칙을 최대한으로 조화시켜 동화적인 효력을 나타낼 수 있도록 해석해야 한다(허영, 상게서, 73면).

16) 허영, 상게서, 418면.

하지만 법원에 정당한 재판을 요구함으로써 사법권에 의한 기본권의 보호측면이 있기도 하다.

헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."라고 규정하면서 모든 국민은 "재판을 받을 권리"를 보장하고 있다. 또한 제101조 제1항은 "사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다."라고 규정하면서 사법권은 법관으로 구성된 법원에 맡기고 있으며, 법원조직법 제2조 제1항은 "법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상 쟁송을 심판한다."고 규정함으로써 모든 국민의 일체의 법률상의 쟁송에 대한 국가사법권의 독점을 원칙으로 하고 있다.[17] 본 논문에서는 사법심사 배제측면과 사법권에 의한 기본권 보호측면에 대한 양자간 학설과 법원의 판례입장에 대한 법리구성에 대한 연구와 검토가 진행될 것이다.

법인 아닌 사단인 교회의 분쟁은 대다수 재산분쟁으로 이어진다. 민법은 법인 아닌 사단에 대하여 조합에 관한 규정을 준용한다는 규정을 두지 않고 오히려 소유 관계를 지분권 없는 총유라고 소유권을 규정하고 있다. 소유권은 재산적 이익을 배타적으로 귀속하는 권리로써 공법학에서 국가 권력과의 관계에서 자유의 보장 문제가 중요 과제인 것 같이, 사법학의 영역에서도 시민상호간의 소유권 보장 문제는 그 중핵적 위치를 점하고 있고, 실제로 물권에서 중심적 이론을 형성·전개하고 있다.[18] 민법에서는 법인 아닌 사단에 관하여 그 소유관계를 '총유'(민법 제275조)로써, 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의하고 사용·수익은 정관 기타 규약에 좇아 각 사원이 할 수 있다(제276조)고 규정하고 있다.[19] 또한 총유물에 대한 권리의무는 사원의 지위를 취득 상실함으로써 취득 상실된다(제277조). 이같은 입법례에 따라 법인 아닌 사단인 교회구성원은 교인 자격을 취득함으로써 교인의 지위를 얻게 되고 반대로 권징,

---

17) 이영진, "사법권과 종교단체의 내부분쟁",「사법논집」제33집, 대법원 법원행정처, 2001, 96면.

18) 강혁신, "일본의 '건물의 구분소유 등에 관한 법률'에 있어서의 구분소유권의 동태",「민사법학」제43권 제1호, 한국민사법학회, 2008, 170면.

19) 총유에서 소유권은 '보존행위'와 '관리·처분'이 있는데 보존행위는 교회재산을 등기하거나 등록한 것을 의미하고 '관리·처분'은 교회재산을 매각하거나 다른 사람에게 빌려주는 것을 의미한다. 둘째, '사용·수익'권인 바 교회재산인 예배당을 사용하거나 교회에서 교회재산으로 건립한 수양관을 이용하는 등 편의를 제공받는 행위를 의미한다. 여기서 말한 '수익'이란 소득을 나눈다거나 이자를 받는다는 등의 의미라기보다는 교회재산을 사용하면서 얻어지는 포괄적인 경제적 이익 등을 의미한다.

탈퇴 등으로 그 자격을 상실하게 된다.

교인이 개인적으로 교회를 탈퇴하면 교회구성원으로의 자격을 상실하지만 일부의 교인들이 집단적으로 기존교회를 이탈하는 것을 '분열'이라고 하여 탈퇴와 구별하는 견해가 제기되었다. 교인들의 탈퇴냐, 교회의 분열이냐에 따라 교회재산권 행사에 있어서 차이를 보이고 있으므로 분열이라는 개념을 인정할 것인지 여부는 교회재산권과 관련하여 중요한 의미가 있다. 이 부분에서 대법원의 사법심사는 2006년 전원합의체 판결[20]을 통하여 기존의 입장을 변경하여 교회의 분열을 부정하였다. 이 부분에 대한 연구와 검토가 필요하다. 교회의 분쟁시[21] 권징, 각종 결의, 재산권에 대한 사법심사 문제와 관련하여 지교회의 자치법규인 정관의 법률관계와 그 정관이 분쟁을 예방과 해결 기능으로서의 효력을 갖기 위한 조건이 무엇인가에 대한 연구가 필요하다. 본 논문은 이러한 주제들을 가지고 교회 분쟁시 국가법의 적용범위와 한계를 비롯해서 법인 아닌 사단으로서 교회정관[22]의 법률관계를 논하면서 교회의 분쟁을 예방하기 위한 목적이 있다.

---

20) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

21) 교회가 분쟁이 발생했을 때 화해가 불가능한 이유중에 하나는 "자신들의 주장이 곧 하나님의 정의"라고 믿기 때문이다. 자신들의 주장이 하나님의 정의라고 믿기 때문에 자신들이 심판자, 입법자가 되어 상대를 정죄하고 처단한다. 그래서 법원의 판사들이 교회의 분쟁에 대한 재판이 가장 힘들다고 한다. 종교인은 그렇지 않는 사람들에 비해 더 철저한 도덕적, 윤리적 기준에 엄격해야 한다. 그러나 분쟁이 발생되었을 때 종교라는 이름으로 더 폭력적이며, 법을 지키려고 하지 않고 자신들이 처단하려는 의식을 갖고 있다. 이는 "선왕 때에 누명 쓴 이들의 자손은 복수를 허락한다."라는 고려시대 경종 임금이 내린 명령과 같은 법 집행을 자신들이 하겠다는 것과 별반 다를 바 없어 보인다. 자기의 권리가 침해되었을 때 그것을 스스로의 힘으로 구제하도록 하는 것에 대하여 국가는 원칙적으로 그것을 금지하고 사법권을 독점하게 되었다. 이는 "자력구제 금지의 원칙"이다. 교회는 교회분쟁이 발생했을 때 스스로 법관의 자리에서 판단하고 정죄하고 혼란을 갖게 해서는 안된다. 교회에서까지 분쟁이 집단화 되고 폭력이 난무하며 권리자가 승리하리라는 보장이 전혀 없어져 약육강식의 비정한 원리가 통하는 집단이 되고 말 것이다.

22) 정관을 가지지 않는 교회는 없다. 정관이 없는 것처럼 교인들에게 공개하지 않았을 뿐 정관이 있으며, 있어야 한다. 교회가 세제혜택이나 기부금 영수증을 발행하기 위한 조건을 충족하기 위한 관련 서류에 정관은 필수적이다. 정관과 교회는 뗄 수 없는 관계에 있으며, 정관은 교회운영과 교인들의 교회생활에서 차지하는 비중이 매우 크다. 정관과 교회가 불가분의 관계에 있다는 것은 교회이기 위해서는 정관이라는 통치규범, 운영규범을 반드시 가져야 한다는 것을 뜻한다. 정관을 통해서 교회의 질서와 화평을 확립하고 교회 구성원들의 신앙생활과 통합을 촉진시킬 수 있는 규범적 틀과 정치적 추진력이 반드시 필요하다.

제2절 연구의 필요성

한국교회는 128년(1884-2012)의 짧은 선교의 역사[23]에도 불구하고 전체인구 중 개신교 신자 수만 1천만 명이 넘는 종교단체로 성장하였다. 그 동안 기독교[24]는 개화와 근대화운동, 민족운동에 중요한 역할을 해 왔으며, 이제 정치·사회·경제·문화적으로도 적지 않은 영향력을 행사하는 거대한 종교단체로 성장하였지만[25] 이러한 성장 이면에는 어두운 그늘이 공존할 뿐만 아니라 심각한 분쟁과 문제점들도 노출되고 있

---

23) Charles Allen Clark, Korean Chruch and the Nevius Methods of Korea(New York: Fleming H. Revell Co., 1928; "한국은 50년 동안의 사역으로, 기독교 최초의 1세기 지난 후에 전 로마 세계에 있었던 그리스도교인들 숫자보다 더 많은 수의 그리스도 교인들을 가지게 되었다." 이는 1937년 1월 23일자「리터러리 다이제스트」(*Literary Digest*)에서 뎁트 스피어 박사가 1884년 9월 20일 개신교의 최초 의료선교사 알렌의 입국 후 약50년을 전후하여 급성장한 한국교회에 관해 평가한 내용이다(곽안련·Charles A. Clark,「한국교회와 네비우스 선교정책」 대한기독교서회, 1994, 21-22면),

우리나라에 기독교 복음이 로마 가톨릭교회는 1785년에, 개신교 교회는 1884년에 전래되었다. 개신교는 천주교보다 100년이 지난 후에 전해지면서 최초의 개신교 장로교회는 1887년 9월에 이르러 시작되었다.

24) 보통 기독교란 16세기 마르틴 루터의 종교개혁 이후 로마 가톨릭교회와 별개의 교회전통을 갖게 된 '개신기독교'(개신교, Protestantism)를 의미한다. 종교개혁으로 인하여 개신교란 새로운 유형의 교회개혁운동이 전개되었지만 이같은 종교개혁은 로마 가톨릭교회 내부에도 심각한 반성과 자각운동을 일으켰고 그 운동의 일환으로 예수회(Jesuits)란 신앙단체가 설립되어 중국, 일본에까지 기독교를 전파하게 되었다. 따라서 일본과 중국을 통해 우리나라가 복음을 접하게 된 것은 이 예수회의 동양선교회에 의해 가능했다. 이렇게 들어온 로마 가톨릭교회는 우리나라에서 천주교란 이름으로 정착하였다.

25) 한국 개신교회는 이제 선교를 받는 교회에서 선교하는 교회로 크게 성장됐다, 〔사〕한국세계선교협의회(대표회장 강승삼 목사, 이하 KWMA)는 2012년 1월 9일 정기총회를 통하여 2011년 한국교회가 파송한 선교사 수는 2만3천명으로 1년 전에 비해 1천 3백명 증가한 것으로 보고했다. KWMA가 발표한 자료에 따르면 현재 파송선교사 수는 169개국 23,331명으로 2010년에 비해 1,317명 증가하였다. 선교사 자녀는 15,913명으로 집계됐으며 파송교단 순서로는 합동, 기하성 여의도측, 통합, 기감 순으로 기하성 여의도와 기감이 1천명을 돌파했으며 선교단체는 한국대학생성경읽기선교회, 인터콥, 국제대학선교협의회 순이었다. 또 처음으로 조사한 한국선교사들의 주요사역으로는 교회개척, 제자훈련, 캠퍼스, 교육 순으로 나타났다.

2005년 11월 1일 기준 통계청 집계 우리나라 전체 인구수는 47,041,434명이다. 2005년 인구 및 주택센서스 집계에 의하면 기독교 신자 수는 8,616,438명이었다. 전체 인구에 18%로 집계됐다(문화체육관광부,「한국종교의 현황」, 2008, 9면. 그러나 장로회 총회 자체 통계에 의하면 대한예수교장로회 통합총회는 교인 총신자수는 300만 명이며, 합동총회는 2,953, 116명으로써 장로회 두 교단만 하더라도 600만 명에 이른다(제96총회 총회보고서, 213면).

다.

교회에서 서로의 의견대립과 갈등으로 인한 충돌과 그로 말미암은 다툼은 시대의 변화에 따라 필연적으로 다양한 종류의 분쟁이 발생하고 있으며, 분쟁은 결국 교회분열[26]로 이어졌다. 종교단체인 교회에서 법이 개입된 것은 대체로 좋지 못한 상황에서 비롯되며 결코 바람직한 현상은 아니다. 교회와 관련된 각종 분쟁이 발생될 경우 교회 스스로 해결하지 못하고 분쟁해결의 최후수단으로서 사법기관에 의뢰하는 경우가 많아졌다.[27] 한국 개신교라는 종교단체와 많은 교회들이 분쟁의 발생으로 내외적으로

---

26) 논자는 본 논문에서 교회의 '분쟁', '분렬', '분립'이라는 단어의 의미를 구분해서 사용할 것이다. '분쟁'이란 교회내에 반목과 대립이 격화되고, 파벌이 생겨서 갈등관계 내지는 교회운영이 불가능한 상태의 상황과 그 의미로 사용할 것이며, 그 파벌과 갈등관계가 발전하여 한 교회 내에서 조직상 분리되어 공식적인 예배행위를 하는 상태를 '분열'이라고 칭할 것이다. 그리고 '분립'(分立)은 단순히 '분리'되었다는 개념보다 종교단체의 내부의 합의에 의해서 단일 교회가 두 교회 이상의 분리된 상태의 의미로 사용할 것이다. 관련 박사학위논문에서의 용례를 정리하면 다음과 같다.

먼저 백현기 박사의 박사학위 논문인 "교회의 분쟁에 관한 민사법적 연구"(A Study of Civil Law on Church Disputes)에서 저자는 분열의 개념을 "하나의 교회가 두 개 이상의 교회로 나누어지는 것"으로 정의를 내리고 있다(152면). 그리고 "교회분열과 구별하여야 할 개념으로 교회의 분립 또는 분할이 있다."고 하면서, 분립은 합법적인 절차에 따른 교회의 결의에 의한 것이므로 합법적인 절차를 거치지 않은 교회의 분열과는 구별된다고 한다. 백현기 박사는 그의 논문에서 제목을 '교회분열'이라고 하지 않고 '교회분쟁'이라고 한 이유에 관하여, 첫째 교회분열이라고 하면 교회분열의 개념을 당연히 인정하는 것을 전제로 한 것처럼 보이므로 이를 피하기 위함이고, 둘째, 단순히 개별교회 자체의 분열의 문제만을 다루지 않고, 교회분열에서 당연히 따라오는 문제인 목사, 교인의 징계 등 교회운영의 문제와 교단 또는 개인 명의로 된 지교회 부동산의 환원문제도 다루게 되는데, 이러한 문제는 교회 구성원과 교회 내지 교단과의 분쟁 또는 교회와 교단과의 분쟁의 문제이므로 이러한 모든 문제를 포괄하는 의미를 나타내기 위함이라고 한다.

다음으로 최병덕 박사의 박사학위 논문인 "교회분쟁시 재산관계에 관한 연구"(A Study on Church Property at Schisms)에서 저자는 "교회의 분쟁이라는 용어 속에는 판례나 학설에서 사용하는 교회의 분열의 개념도 포함되어 있음을 밝혀둔다. 사견으로는 교회분열의 개념을 부정하고 있는 바, 가급적 교회의 분열이라는 개념을 사용하지 않으려고 하나 편의상 판례나 학설에서 사용하고 있기 때문에 본 논문에서도 부분적으로 사용되고 있다."고 한다.

마지막으로 김진현 교수의 박사학위 논문인 "교회분열시 재산귀속문제에 관한 연구'(A Study on church property disputes at schisms, 서울대학교, 1988)에서 저자는, 교회분열을 "교회 내에 파벌이 생기고 그들 사이에 반목과 대립이 격화되어 교회의 정상적 운영이 불가능하거나 현저히 곤란해지고(파벌대립), 끝내 그 파벌들이 조직상 분리·독립하는 것(조직분립)"이라고 보고 있다(김진현, 상게논문, 173-174면). 논문제목을 '분열'로 한 것은 시기적으로 대법원이 분열을 인정하는 시기에 작성된 논문이기 때문인 것으로 보인다.

27) 유장춘 "교회사건에 대한 국가법령 적용 범위와 한계에 관한 연구", 단국대학교 박사학위논

지탄의 대상이 되었으며, 분쟁하는 교회치고 사법기관에 소를 제기하지 않는 교회가 없을 정도로 "교회분쟁은 곧 세상 법정"이라는 공식이 생길 정도이다. 분쟁으로 교회가 무너지는 참담한 현실을 목도하면서 무언가 대안을 제시하지 않으면 안되겠다는 심각한 위기의식 속에서 본 논문 연구의 필요성을 갖게 되었다.

본 논문은 교회의 정체에 따라 분쟁의 성격이 약간씩 다르긴 하지만 일반적으로 교회가 분쟁이 발생됐을 때 사법기관으로부터 유리한 사법심사를 받아내기 위한 요령을 찾기 위해 준비한 연구는 결코 아니다. 사법기관에 소를 제기하지 않더라도 교회의 독립성과 종교자유의 원리하에서 교회에 대한 올바른 법률관계는 교회법 연구 못지 않게 중요하다. 또한 교회의 자치운영을 위한 자치법규의 합리적 제정의 필요성이 제기되면서 교회는 이 분야에 관해 많은 연구를 할 필요가 있다.[28] 논자는 이같은 연구의

문, 2012, 4면, 7면; 교회 내부 분쟁으로 국가법원 사법당국에 고소 고발이 빈번해졌고 권리침해나 주장을 위해 소송이 빈번해졌다. 2012. 4. 19.자 현재까지 처리된 교회사건은 대법원 2,509건, 고등법원 6,857건, 제1심법원 53,634건 등이다.

28) 칼빈(Jean Calvin, 1509-64)의 제자 베자(Theodore. Beza)는 "사탄은 교회의 기초가 되는 교의를 뒤엎기보다는 그 보다 쉬운 교회정치를 뒤엎기를 희망한다"(Theodore Beza, "Sermons sur la Resurrection", 371, quoted in Joseph H. Hall, "History and Character of Church Government", David W. Hall & Joseph H. Hall(ed.), Paradigms in Polity, William B. Eerdmans Publishing Company Grand Rapids Michigan, 1994, p.3.) 라고 했다. 이 말은 실로 옳았다. 교회법과 교회정치에 대한 학문적인 연구와 발전은 언제나 뒷전이었고 무관심이었다. 그 이유는 성경과 신학에 대한 다양한 발전을 초래했음에도 불구하고 여전히 성경에 대한 폭넓은 실천적 이해에 이르지 못했기 때문이다. 성경 이외에 다른 학문을 연구하는 것에 대하여 회의적이게 하며, 성경신학만이 가장 가치 있고 귀중하며, 권위 있는 것으로 생각했다. 이러한 생각은 교회헌법 또는 교회정치에 대한 연구를 사문화 시켰으며, 교회의 실제적인 문제를 규정짓는 교회법적 질서에 혼란을 가져왔다. 결국 교회법과 국가법과의 관계에 대한 부진한 연구는 교회법과 국가법에 적용하는 관련 문제에 대해 자의적 해석을 허용하게 했고 가장 비성경적인 교회 헌법적 실재를 만들어 냈다. 특별히 목회자를 양성하는 교단의 신학대학원에서는 교회법과 국가법과의 관계에 대한 체계적인 연구와 과목개설이 전무한 상태이다. 논자가 몸담고 있는 교단의 목회자 양성학교인 총신대학교 신학대학원을 졸업하려면 100학점을 이수해야 한다. 그러나 "교회행정과 정치"라는 과목으로 2학점을 이수하게 하는데 이 중에도 행정 1학점, 정치 1학점을 이수하게 하는 정도이다. 100학점 중에서 겨우 교회정치는 1학점 정도이고 보면 교회법이 얼마다 홀대를 받고 있는가를 알 수 있다. 또한 논자가 강의하고 있는 칼빈대학교 신학대학원에서는 이제 "교회행정과 정치"를 필수과목에서 선택과목으로 변경시켜버림으로서 모든 목회자 후보생들이 "교회행정과 정치"를 수강할 이유가 없어져 버렸다. 그러나 가톨릭대학교 대학원에서는 "한국교회법"을 필수과목으로 2학점을 이수하게 하는 것과 대조를 이루고 있다. 목사가 되기까지 공적 교육과정을 통해서 한 번도 교회법 내지는 국가법과 관련된 아무런 교육을 받지 못한 채 목회전선에 뛰어든다. 그러나 목회하는 과정에서 시행착오가 있을 뿐이며, 교회는 더욱 혼란에 빠질 수밖에 없다. 국가법과 관계 속에서 법률적인 이해부족

필요성에 의해 그 대안을 제시하여 설령 교회 문제로 사법부에 소를 제기한다 하더라도 사법부가 교회자치법규(정관)대로 심사해 줄 수밖에 없도록 하여 국가의 간섭이나 개입 없이 교회 본래의 영역을 교회가 스스로 지켜나가도록 하기 위한 현실적인 필요성에 의해 본 논문을 준비하는 계기가 되었다.

제3절 연구의 방법 및 범위

본 연구는 민사법적 일반 이론, 특히 법인 아닌 사단의 일반 이론과 교회의 분쟁(분열) 및 법원 판례의 연혁적 검토, 문헌연구를 그 방법으로 하기로 한다. 그리고 문헌연구는 주로 관련 서적과 판례이론을 그 대상으로 하기로 한다. 이미 연구 목적에서 전술한 대로 법인 아닌 사단의 법리 속에서 이해되어진 교회의 민사법적 문제는 우리의 법제가 이를 예상한 성문법을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 법 이론이 뚜렷하게 존재하지 않으며, 다만 법원 판례로 해결하려는 것이 일반적인 경향이지만 학설과 판례의 이론구성 자체에도 문제점이 제기되면서 법리논쟁과 판례의 변천은 교회의 문제를 해결하는데 그 한계가 노출되고 있을 뿐이다. 이는 우리나라와 동일법계의 독일이나 일본에도 법제나 법 이론이 정립되어 있지 않는 것은 마찬가지이다.[29] 결국 본 연구는 판결로서 정립된 종교단체 내부의 분쟁에 대한 사법심사의 범위와 한계에 관하여 연구할 수밖에 없다. 아울러, 그 사법심사와 교회의 정관과의 법률관계를 연구하고자 한다.

구체적인 각 장별 연구의 범위는 다음과 같다.

연구의 범위로서 먼저 제2장에는 본 논문의 연구대상인 교회에 관한 이해를 논술할 것이다. 기독교 자체에서 이해하고 있는 교회의 개념과 민사법에서 종교의 단체로

으로 교회가 분쟁에 휩싸인 경우들이 많이 있다. 이제 교회헌법은 정치권력을 얻기 위한 수단 또는 교권획득의 도구쯤으로 생각해서는 안 되며, 체계적인 연구와 대책이 없을 경우 한국교회, 특히 한국장로교회는 분쟁으로 무너지는 참담한 현장을 계속 목격하게 될 것이다.

29) 김진현, 전게학위논문, 2면: "우리나라뿐만 아니라 우리와 동일법계의 독일이나 일본에도 법제나 법이론이 정립되어 있지 않기 때문이다. 심지어는 독일이나 일본의 경우는 이들 나라들의 교회의 성격상 교회분열이나 그에 따른 재산귀속 분쟁이 거의 문제되지 않아 동 문제에 관한 판례조차 형성되어 있지 않은 상태이다. 다만 우리나라의 경우는 판례평석의 형태로 몇 분 학자들의 연구결과가 산견되어 있다." 김진현 교수의 1988년의 이같은 논제 이후 20년이 지났으며, 이 기간 동안 많은 연구 논문들이 축척되었으며, 대법원 판례도 법리변경과 전원합의체 판결로 교회관련 판례를 변경하기도 하였다.

서 이해되어진 교회 개념과 법률관계를 논할 것이다. 교회는 크게는 가톨릭교회와 개신교회로 구분된다. 개신교회는 다시 다양한 교회로 구분하는데 각각 자기들의 신경(信經), 의식, 규칙, 정치제도(정체)를 갖고 있는바, 한국에서는 장로교(합동, 통합, 기장, 고신)와 감리교, 성결교, 침례교, 순복음교회 등의 교파로 형성되어 있다. 본 장에서는 개신교 각 종파의 조직에 있어서 단체법적 성질을 다룬다.

제3장에서는 교회의 분쟁에 대한 사법심사 범위와 한계에 관해 살펴볼 것이다. 교회를 운영하는 자치규범이나 상급기관과 내부적 관계를 맺고 있는 상급단체의 헌법이나 규약에 자체 징계규정이나 권징에 따라 처분한 징벌권이 국가 사법기관에서 심사하거나 관여할 수 있는지의 여부는 법리적으로 매우 중요하며 논쟁의 대상이 된다. 어떤 경우에 사법심사가 가능하며, 어떤 경우에는 사법심사에서 제외되는지에 대한 문제를 논할 것이다.

제4장에서는 교회의 분열인정 여부와 교회재산 귀속관계에 관해서 살펴볼 것이다. 교회의 법적 개념으로서 교회분열을 인정할 수 있는지 종래의 학설, 판례와 변경된 법리와 판례를 검토하면서 사실상 교회재산 귀속의 문제를 검토하여 타당한 견해를 제시하고자 한다.

제5장에서는 교회정관의 자치법상 구속력과 판례검토로서 효력있는 정관의 요건과 법률관계를 비롯해서 정관이 사법심사에 미치는 영향과 범위에 관한 내용을 살펴볼 것이다. 지교회 정관이 분쟁시 교회 문제를 해결할 수 있는 법적 근거는 무엇인지에 관해서 살펴보되, 예고되지 않은 지교회 분쟁이 발생되었을 때 그 분쟁을 해결하고 처단할 수 있는 교회 자체 내의 법적 근거인 정관이 부존재하거나 분쟁을 해결할 수 없는 정관이 대부분인바, 이 정관의 중요성은 물론 어떤 내용들로 구성되어야 하는가를 논할 것이다. 특히 분쟁이 발생되었을 때 법원의 판례는 지교회 정관의 법적 위치를 어떻게 판단하는지를 확인하면서 교회 분쟁을 예방하고 처리하기 위한 방안으로써 정관의 법률관계에 관해 논술할 것이다.

제6장에서는 본 논문의 결론으로서 연구의 요약과 논자가 연구하고자 하는 연구결론을 제시할 것이다. 또한 본 논문의 한계와 더 연구되어져야 할 주제를 제시하면서 앞으로 한국교회가 지켜야 할 여러 명제들을 제시할 것이다.

제2장 교회의 자기이해와 법률관계

제1절 서 설

기독교 개신교회중 장로교 정체[30]에서는 "그들의 교회 정치의 상세전부(詳細前部)가 성경에 의해 결정되었다고 보지 않고 다만 그 근본적 원리들이 성경에서 직접 인출된다."라고 주장한다.[31] 여기서 교회의 각 정체에 따라 성경에서 인출된 근본적 정치원리들은 제각각이다. 이는 성경에 대한 관점의 차이, 인식의 차이로 말미암은 현상일

30) '정체'라는 단어는 '정체성'(正體性, identity)이 아니라 '정치체제'(政治體制)의 준말로 교회의 정치체제의 준말인 교회정체(church polity)를 의미하고 있는 단어로 사용된다. 박형룡 박사는 그의 교의신학「교회론」(은성문화사, 1976, 107면)에서 교회가 취한 정치체제를 "교회의 정체"로 표기하고 있다. 따라서 본 논문에서 '교회 정치체제'를 '교회정체'라는 단어로 사용한다.

31) 박형룡, 상게서, 106면, 박혜근, "성경의 무오와 영성안수 문제", 말씀사역, 2005, 29-30면 참조, "개혁주의 교회는 특별히 교회의 조직과 예배에 있어서는 '규범적 원리'(regulative or prescriptive principle)라고 불리는 독특한 해석적 원리를 발전시켜 왔다. 이 원리는 청교도들이 영국의 국교회와 교회론의 영역 말하자면 예배와 교회의 직제에 대해서 논쟁을 할 때 발전시켰고 그 구체적인 예는 바로 웨스트민스터 신앙고백서(Westminster Confession of Faith)에서 찾을 수 있다. 신앙고백서 I:VI에 나타난 대로 성경의 절대성(*sola Scriptura*)과 충분성에 대한 신앙에 의거해서 이들은 성경에서 부인할 수 없을 정도로 명백하게 가르치지 않은 것은 교회론의 영역에 일체 도입하지 않았다. 웨스트민스터 신앙고백서에 나타난 교회의 조직과 예배에 관한 부분은 바로 이 규범적인 원리의 실현인 것이다." 종교개혁자 루터는 성경에서 명백하게 금하지 않은 것은 교회의 조직에 허용하고자 했다. 그러나 칼빈은 전통을 존중하였으나 그 전통은 성경에 근거하고 성경으로부터 분명히 지지된다고 간주되는 전통만을 인정하였고, 이런 경우에도 전통은 결코 성경의 권위를 넘어서거나 대등한 것으로 잔주하지 않았다(Louis Befkohf, *Introduction to Systematic Theology* (Grand Rapids: Baker Book House, 1979, 169, 박혜근, 상게논문 29면)). 전통적으로 행해져 오던 것이라도 성경의 승인을 받지 못하는 한 교회의 조직과 예배의 정당한 요소로 인정할 수 없다는 것이 칼빈의 입장이라면, 루터는 전통이 성경의 구체적인 금지에 제한받지 않는 한 용인하고자 했고, 그것이 비성경적인 것이라고 반대한다면 그 점을 증명해야 할 책임(*onus probandi*)은 바로 반대하고자 하는 그 사람들에게 있는 것이라고 보았다.

것이다. 따라서 각 교파마다 교회정체에 대해 역사적으로 다양한 견해가 있어 왔으며, 같은 기독교 안에서 가톨릭과 개신교, 개신교 안에서 각 교파마다 견해가 일치하지 않고 있다. 본 연구에서는 교회론에 대한 신학적인 연구가 아니기 때문에 교회론에 대한 구체적인 논의보다 본 논문의 이해와 연구를 위해 필요한 부분의 범위 내에서 논의하게 된다.

교회에서 분쟁이 발생했을 때 그 해결을 위해 적용되어야 할 법규를 결정하기 위해서 뿐만 아니라 분쟁의 사전방지를 위해서라도 교회에 대해 "법률상 어떤 단체 내지 조직으로 분류할 것인가"라는 문제가 제기된바 사단과 재단 중 어느 한쪽으로 교회조직의 성질을 결정할 필요가 있다.[32] 따라서 교회 내부의 규정에 의한 교회의 표지와 교회의 조직이 사단으로 인정되기 위하여 갖추어야 할 요건을 살펴보면서 각 교회의 정체에 따라 단체형태를 살펴봄과 동시에 법인 아닌 사단으로서의 교회에 적용되는 법규 및 유추적용 문제에 관한 논의가 필요하다.

제2절 교회의 자기이해

본 장에서 논의될 교회에 대한 이해는 본 논문의 전개상 필요한 부분만을 그 대상으로 한다. 교회란 유형(有形)교회인 보편교회와 지역교회 혹은 지교회로 구분한다. 세계에 흩어져 있는 지교회들은 보편적 교회에 소속되어 있다. 보편적 교회가 한 곳에 다 모일 수 없기 때문에 지교회의 형태로 존재한다.

1. 교회법에서의 교회이해

헬라 세계에서 '에클레시아'라는 단어가 있는데 이 단어는 '대중', '집회'를 가리키는 단어였다. 즉 선택된 자들의 집회로 사용되었다. 이러한 단어가 신약성경에서 채용할

32) 대법원 1999. 9. 7. 선고 97누17261 판결. 교회의 법적 성격을 법인격 없는 사단이면서 동시에 법인격 없는 재단으로 볼 수 있는지의 여부에 대해 대법원은 "교회를 법인격 없는 사단으로 인정하는 이상, 그 교회의 재산은 교인들의 총유에 속하고 교인들은 각 교회 활동의 목적범위 내에서 총유권의 대상인 교회재산을 사용·수익할 수 있다 할 것인데, 이러한 교회가 법인격 없는 재단으로서의 성격을 함께 갖고 있다고 본다면, 교회재산인 부동산이 교인의 총유이면서 동시에 법인격 없는 재단의 단독소유가 된다는 결과가 되어 그 자체가 모순될 뿐만 아니라 그 소유관계를 혼란스럽게 할 우려가 있으므로, 교회가 법인격 없는 사단이면서 동시에 법인격 없는 재단이라고 볼 수는 없다."고 판시하였다.

때에는 '하나님의'(tou' qeou) 또는 '그리스도 안에서'(ejn Cristw')라는 말을 덧붙여서 사용하므로 이 단어는 헬라 세계에서 사용된 단어와 전혀 다른 의미의 단어가 되었다. 이 단어는 집회와 교회로 정의되면서 온전한 한 몸으로서의 교회(보편교회)와 지역 회중 또는 개별교회(지역교회)로 구분한다. 따라서 교회는 하나님께 속한 모든 사람들로 이루어진 하나님의 에클레시아이다. 신자들에게 적용될 때 이 용어는 본질적으로 수식어이다. 즉 이 용어는 하나님께서 친히 모은 사람들로 이루어진 집회를 의미한다.[33]

신약 '교회'[34]의 구약적인 배경인 히브리어인 '카할'과 '에다'는 각각 구약성경에서 언약 공동체로서의 이스라엘 백성을 가리키고 있다. 이 사실은 신약 교회의 성격을 특징지어 줄 뿐만 아니라 구약 성경의 성격을 분명히 제시하고 있다. 본 논문에서 관심을 갖는 교회의 정의는 신학적인 포괄적인 주제를 의미하지 않는다. 교회란 믿는 무리들이 집단적으로 모임을 결성하여 하나님께 예배행위를 할 때 그 모임의 단체법적 성격과 그 모임을 위한 일정한 장소가 마련될 것이고, 그 장소는 재산이라는 형태로 남게 되어 결국 법률문제가 개입될 수밖에 없다. 하나님께 예배하는 종교행위를 위한 모임의 성격, 모임을 갖는 공동체의 구성원의 재산형성과 보존, 사용·수익 및 처분, 그리고 구성원간의 이해관계, 권리문제, 법률문제 등은 이슈가 될 수밖에 없다. 이러한 문제는 본 논문의 주제연구와 밀접한 관계가 있다.

교회란 일반적으로 가톨릭교회와 개신교회를 가리킨바, 가톨릭교회에서 가톨릭의

---

33) 게르하르트 킷텔,「신약성서신학사전」, 번역위원회, 요단출판사, 1986, 455-456면.

34) 오늘날 교회를 가리켜 영어에서는 '처치'(Church), 독일어의 '키르케'(Kirche)라고 부른다. 이 단어의 유래에 관하여 스티븐즈(W. W. Stevens)는 "이러한 낱말들은 아마도 희랍 용어인 '퀴리아콘'에서 유래하였으며, 이 용어는 희랍 그리스도인에 의하여 예배드리는 집을 뜻하는 것으로 사용되었다."고 주장한다(W. W. Stevens,「조직신학개론」, 허긴 역, 요단출판사, 1979, 401면). 그리고 박형룡 박사는 이 용어에 대하여 설명하기를 '주께 속한다'는 의미의 '퀴리아케에서 온 것이다'라고 하면서 '토 퀴리아콘'(주의 것), 또는 '헤 퀴리아케'(주께 속한 것)라는 명칭은 처음에 교회가 소집한 처소를 가리켰다. 그 처소는 주께 속한 것으로 사고(思考)되어 '토 퀴리아콘'이라고 호칭되었다."고 주장하면서 "그 처소 자체만은 공허하여 교회가 예배하려고 거기에 회집하기 전에는 '토 퀴리아콘'으로 나타나지 아니하였다. 그리하여 그 말은 필경 교회 자체를 의미하는 말로 이전하게 되었다."라고 하였다(박형룡, 전게서, 19-20면). 교회를 인적 단체에 해당된 '무리들의 모임'과 "무리들이 모이는 장소, 건물" 등을 교회라는 용어의 어원으로 혼용하여 사용하였다. 하지만 "신약성경에서는 에클레시아로 쓰였는데 이 말은 기독교인들의 지역적인 집회를 가리키는 말로 거의 대부분 쓰였고 결코 그 건물을 의미하지 아니하였다."고 말한다(J. D. Douglas, (edited), *The New Bible Dictionary*, (I.V.F.1970), 228-229면).

보편교회는 베드로의 후계자요, 그리스도의 대리자인 교회와 사도들의 후계자인 주교들에 의해 지도되는 로마 가톨릭교회가 유일한 보편교회라 보고 있다. 개신교회에서의 보편교회란 예수 그리스도를 믿는 신자들의 전체를 보편교회, 혹은 무형교회를 포함한 유형교회라 한다. 무형교회는 하나님만이 아시며 비가시적인 형태를 말하며, 유형교회는 외형적으로 그리스도에 관한 신앙을 고백하고 교회의 조직을 통해 임명된 직원들의 지도 아래 예배를 목적으로 조직된 그리스도인들의 가시적 모임의 집회를 의미한다. 이러한 의미의 교회에 대한 개념은 장로회 정체에서의 교회법인 '대한예수교장로회 헌법'[35]에 잘 나타나 있다. 헌법 정치편 제2장에서 언급된 교회에 관해 첫째, 교회는 하나님의 택한 백성들이라고 전제하면서 이 교회는 개인주의적인 분열을 가져오는 것이 아니고 하나의 유기체로서 하나님의 백성, 그리스도의 몸, 성령의 전(殿)을 이루기 위한 것이다. 둘째로 교회로 말미암아 하나님의 무한하신 은혜와 지혜가 나타난다고 규정하고 있다. 셋째, 거룩한 공회라고 한다.[36]

교회는 '유형한 교회'와 '무형한 교회'로 구별되는바, 무형교회의 교인은 하나님만이 아시고, 유형교회는 "온 세계에 흩어진 교회"라고 규정한다. 보편적 교회(universal church)는 모든 나라에 흩어져 있는 신자들로 이루어져 법도를 순종하는 자들이다. 보이는 교회는 온 세계에 흩어져 있는 교회로서 모든 지교회들은 세계에 흩어져 있는 보이는 교회(보편적 교회)에 소속되어 있다. 보편적 교회가 한 곳에 다 모일 수 없기 때문에 지교회 형태로 존재한다.[37] 지교회 집회로서 각 처에 지교회를 세움이 "사리에 합당하다."고 규정하고 있을 뿐만 아니라 "성경에 기록된 모범에도 그릇됨이 없다."고 규정하고 있다.[38] 개혁교회의 신조 제84조에 "어떤 교회든지 다른 교회들을 주장하지 못하며, 어떤 목사든지 다른 목사들을 주장하지 못하며, 어떤 장로나 집사가 다른 장로나 집사들을 주장하지 못한다."[39]고 하였다. 이같은 신조의 원리에 따라 지교

35) 대한예수교장로회(합동) 헌법 제1장은 장로회정치원리를 말하고 제2장에서는 교회를 규정하고 있다. 제1장의 원리를 보면(정치 제1장 제1조-8조, 대한예수교장로회 총회, 2000), 제1원리 양심의 자유(제1조), 제2원리 교회의 자유(제2조), 제3원리 교회의 직원과 그 책임(제3조), 제4원리 진리와 행위의 관계(제4조), 제5원리 직원의 자격(제5조), 제6원리 직원 선거권(제6조), 제7원리 치리권(제7조), 제8원리 권징(제8조).

36) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제1장 제1조.

37) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제1장 제2조.

38) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제1장 제3조.

39) I.V.Dellen & M. Monsma, Church Order Commentary, 1864, pp. 340-341(박윤선,「헌법주석」, 29면에서 재인용).

회는 자주적 자율성이 보장된다. 지교회는 "예수를 믿는다고 공언하는 자들과 그 자녀들이 일정한 장소에서 그 원대로 합심하여 하나님을 경배하며 성결하게 생활하고, 예수의 나라를 확장하기 위하여 성경에 교훈한 모범대로 연합하여 교회 헌법에 복종하며, 시간을 정하여 공동예배로 회집하면 이를 지교회라 한다."고 규정한다.[40] 즉 각 지교회는 일정한 장소에서 합심하여 하나님을 경배하고 성경에서 가르치고 교훈한 모범대로 연합하여 교회의 헌법에 복종하며 시간을 정하여 공동예배를 회집하게 되는데 이를 지교회라 한다.

2. 교회의 정체

개신교회는 다양한 교파를 이루고 있으며 각각 자기들의 신경, 의식, 규칙, 정치제도를 가지고 있다. 특별히 정체에 관해서는 감독정체를 추구하는 교단, 대의정체를 추구하는 교단, 회중정체를 추구하는 교단으로 나누어진다. 대의정체를 추구하는 교단이라 하더라도 정치원리에 따라서 다 같은 정체의 성격을 지닌 것은 아니다. 예컨대 대의정체를 추구하는 정체 중에 장로교와 성결교와 순복음 교단이 있는바, 각 교단들은 장로회정체에 따른 정치원리를 갖고 있지 않았기 때문에 같은 장로직 제도와 그 장로와 목사로 구성된 당회 역시 그 권한의 범위가 다르므로 일률적으로 각 교단의 정체를 살피지 않고 같은 정체로 볼 경우 문제가 있을 수 있다.

감독정체를 추구하는 교단은 그리스도가 교회의 정치를 사도들에게 위임했고, 그 권위는 사도들의 후계자인 감독들에게 감독직 계승을 통하여 전승된다고 본다. 이같이 감독위주의 정체를 띠고 있는 교회로서 가톨릭교, 동방정교회가 이에 속한다. 이러한 감독정체형태를 띠고 있는 교회들은 교인들에게 자율적 의사형성의 권리가 주어지지 않기 때문에 사단성을 인정하기 어렵다.[41] 가톨릭교회로부터 분열된 영국교회는 '영국 성공회(Church of England)'로 탄생하였으며, 정치형태는 로마 가톨릭교회와 별반 다르지 않다.[42] 우리나라의 감리교교회는 감독정체를 취하는 교회로 분류하지만 실제에서는 감독제도와 의회제도를 혼합한 정체로서 감독정체와 장로정체의 절충형 정체라 할 수 있다.[43] 감리교회의 총회는 전국 단일조직으로 1개이며, 2년마다 한 번

40) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제1장 제4조.
41) 김진현, 전게 학위논문, 35면.
42) 김영선,「존 웨슬리와 감리교 신학」, 대한그리스도교서회, 2002, 17면.

씩 개최한다. 그리고 홀수 연도에는 입법의회로 모여 감리교회의 신앙과 법인 '교리와 장정'(Discipline of the Korean Methodist Church)을 개정하는 입법 활동을 한다. 이 회의 의장은 각 연회(年會)의 대표자들에 의해 선거를 통해 선출된 감독회장이 맡는다. 총회의 하회인 연회는 개체교회의 정회원 교역자와 동수의 평신도 대표, 준회원 교역자 및 협동회원으로 구성한 지역별 연례회의가 있다.

감리교는 장로교의 당회에 해당하는 기획위원회의 구성을 노회에 해당하는 연회의 위원과 개체교회 장로들을 중심으로 하여 조직한다.[44] 연회의 하회인 지방회는 개체교회의 담임자와 장로, 구역 대표자 및 연합회 대표, 연회원들에 의해 구성되는 연례회의로서 의장은 연회에서 지방회 정회원 목사와 동수의 평신도 대표로 구성된 선거인단에 의해 선출된 2년 임기의 감리사(목사)이다. 각 연회마다 지역별로 12개 내지 30개 이하의 지방회가 있다. 감리사는 지방회의 사업과 행정을 관할하게 된다. 지방회의 하회인 구역회는 해당 구역의 연례 회의로서 정기구역회는 매년 12월 또는 1월 중에 모여 구역 안의 영적 정황, 수입지출 결산 및 재산권(부동산 구입, 매매, 임대차)의 유지재단 편입에 대한 사무를 조사 처리한다. 또 지방회 대표 선출 및 교역자의 이·취임식, 주택, 생활비, 은퇴와 은급, 안식년(매7년)에 대한 안건을 협의하여 결정한다. 구역회의 하회인 당회는 세례받은 18세 이상의 입교인과 연회 및 지방회에서 파송한 교역자가 매년 11-12월 중 모이는 의회이다. 이 의회에 모든 임원의 보고를 받고 집사, 권사, 감사, 교회학교장, 장로를 선출한다.[45] 이러한 대의정체를 채택하기 때문에 감리교는 외형적으로는 감독의 형태를 띠고 있지만 실제적으로는 강력한 중앙집권체제라고 볼 수는 없다.

회중정체란 영국 성공회의 감독정치에 대한 반발로 일어난 정체이다. 그리스도 이외의 그 어떠한 교회의 수장도, 감독도, 장로도, 국왕도 부정한다. 성직자는 교인 중에 하나로서 교인 이상의 권한과 권리가 없는 사역자일 뿐이며 치리는 교인들의 직접 결의에만 의존한다. 교황 정체가 교황 전제정체라고 한다면 자유(회중)교회정체는 교인 전제정체라 할 수 있다. 회중정체는 교회 직분에서 계급을 인정하지 않으며, 교회회의와 같은 위계질서를 부정한다. 곧 개별교회주의를 표방하면서, 지교회의 완전 독립을 인정하며 상급치리회라는 것은 존재하지 않으며, 상급회의 판결에 복종하지 않

43) 김진현, 전게 학위논문, 22면; 변동걸, "교회의 분열과 교회재산의 귀속", 518면.
44) 교리와 장정, 제3절 기획위원회 25조.
45) http://www.kmc.or.kr/intro/sub02_01.php.

고, 교회의 모든 일을 결정할 수 있는 최종적인 권한을 개별교회의 교인회에 둔다. 회중교회(Congregation Church), 독립교회(Independent Church), 침례교회(Baptist Church)[46], 조합교회(Congregational Church), 그리스도 제자교회(Disciples of Church) 등이 여기에 속한 종파이다. 특히 침례교회들은 회집한 회중의 투표에 의하여 회원들을 받아들인다. 교회간의 연합체 내에서 이루어지는 결정들은 대표제에 근거하여 이루어지며, 상회라는 것이 존재하지 않으며, 완전히 지교회 중심의 교회이다.[47]

장로회 정체[48]는 "대의(代議)를 특징으로 한 교회 정치체제"이다.[49] 즉 장로회주의(presbyterianism)[50]를 표방하고 있다. 교회의 주권이 교황이나 감독 등 성직권을 갖고 있는 성직자에게 있지 아니하고 교인들에게 있는 민주정치이다. 다만 교인들의 주권행사는 주권을 갖고 있는 교인들에 의해 선택된 교인의 대표자인 장로와 당회의 상회인 노회가 위임하여 파송한 목사와 당회를 조직하여 그 당회로 하여금 치리권을 행사하는 정치제도이다.[51] 장로회 정체는 극단적인 정체인 감독정체와 달리 교회직분 사이에 평등(Parity)을 주장하고, 회중정체와 달리 당회, 노회, 총회[52]와 같은

---

46) 침례를 행할 때 물을 뿌리거나 부어서 하지 않고 물 속에 들어갔다가(침례) 나오는 의식을 주장하는 교파인 침례교는 캠브리지에서 신학을 공부하여 성공회에서 안수를 받았으나 성공회의 오류와 모순을 발견하고 성공회를 떠난 존 스미스로부터 시작되었다. 스미스는 성공회의 극심한 박해를 받자 신자들을 이끌고 네덜란드의 암스테르담으로 피신했다가 거기서 침례교도가 되었고, 1609년 토마스 헬위스(Thomas Helwys)와 함께 최초의 참례교회를 세운다. 그러나 최근의 사람들은 스위스 쮜리히의 개혁자인 쯔빙글리(Ulrich Zwingli, 1484-1531)의 제자들로부터 시작된 재세례파를 그 기원으로 보기도 한다.

47) 박형룡, 전게서, 111-113면.

48) 장로정치 사상은 4세기 전에 이미 만개한 바 있었고, 교황권이 절정에 이르렀던 중세시대에도 소수의 무리들에 의해 그 명맥이 유지되었으며, 16세기의 종교개혁자 존 칼빈(John Calvin, 1509-1564)에 의하여 재발견되어 회복되었다. 그 후 영국, 스코틀랜드, 네델란드, 스위스, 남부 독일, 프랑스의 종교개혁자들에 의해 가장 성경적인 교회 정치 형태로 채택되었으며, 오늘날 유럽 및 남아프리카에서는 개혁파, 영미 계통에서는 장로교회라고 불려지며, 전 세계에 5,000만 명 이상의 신자를 가지고 있다.

49) 박형룡,「교회론」, 110면.

50) 김득룡,「개혁파교회 정치신강」, 총신대학교출판부, 1992, 261면. 장로회 정체에 있어서 장로회주의(presbyterianism)란 용어는 1644년 죠지 길레스피(George Gillespie)가 쓴 'Recrimination'에서 처음으로 쓰여졌지만 정치체제로서 의회체제 정치의미는 플라톤, 아리스토텔레스 등이 고대로부터 논한 개념이다. 오늘날 이 용어는 장로교회의 신학사상, 정치체제, 정치행정 등 포괄적인 개념이다.

51) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 총론 제5항.

52) 장로회정체는 체승적 혹 체강적 순서의 회의들을 특색을 가지고 있다. 이 회의들은 당회,

교회회의의 위계성을 인정한다. 곧 장로교회의 정체는 교회 연합을 구현하는 일에 실패하고 있는 회중정체의 약점과 교권의 행사를 교직자 개인이나 교직자로 구성된 교회 회의에 귀속시키는 감독정체의 오류를 의식적으로 거부하면서 중용적 정체를 유지하는 정체로써 감독정체와 회중정체의 중간적인 형태를 취하면서 지상에 존재하는 유일한 성경적 정치체제라고 주장한다.[53]

장로교회의 교리적, 정치적 체계를 완성한 종교개혁자 칼빈은 1536년부터 1538년까지 제네바시의 개혁에 대해 뜻을 이루지 못하자 제네바 시를 떠나 스트라스부르로 가서 3년 동안 망명생활을 하였다. 칼빈은 스트라스부르에 3년 동안 있으면서 마르틴 부처(Martin Bucer)의 장로직에 대한 직제론을 체득하면서 스트라스부르에 오기 전 제네바에서 작성한 교회 조직 관련 법규를 발전적으로 완성하였다. 스트라스부르에서 다시 제네바로 돌아온 그는 제네바 "교회 법규(1541)"를 만들었는데 이 교회법에 장로회 정치원리를 적용하고 있다. 이 교회법은 1542년 칼빈이 세운 제네바 컨시스토리[54]를 설립하게 된 근거가 되기도 하였다. 그는 교회법의 서론에서 "질서가 잡히기를 당부하는 것이 합당한 줄로 여겼던바, 이제 이 일은 어떤 생활규율과 태도가 있어 각자의 직무를 이해하지 않고는 이룰 수 없기 때문에, 우리 주님께서 그의 말씀으로 보이시고 가르치신 대로의 영적 통치 규범을 실행하고 우리 안에 보존하기에 좋은 형식으로 작성하는 것을 선하게 생각하였다. 그리하여 우리는 우리 도시의 영토에서 다

노회, 대회, 총회이다. 당회는 지교회의 목사와 장로로 구성된다. 노회는 일정한 지방내의 각지교회의 모든 목사와 총대 장로들로 구성된다. 대회는 각 노회로부터 파송된 같은 수의 목사와 장로로 구성된다. 총회는 각 노회로부터 파송된 같은 수의 목사와 장로로 구성된다 (장로회정체에서는 총회는 대회로부터가 아닌 노회로부터 파송된다).

53) 오덕교, "장로교회의 원리에 대한 역사적, 신학적 고찰",「신학정론」제19권 2호, 통권 제37집, 2001, 477-478면.

54) 소재열, "장로회 정치에 있어서 합리적인 당회운영에 관한 연구", Reformed Theological Seminary, 박사학위논문, 2002, 89-90면; "칼빈은 1541년 그의 교회법에 근거하여 1542년 상담 및 교육, 권징에 대한 컨시스토리(consistory)가 설립되었다. 이 컨시스토리는 칼빈의 신학이 목회의 현장 속에서 어떻게 적용되었는지를 효과적으로 보여주는 기관이다. 이 같은 컨시스토리 연구는 좁게는 칼빈의 신학과 목회를 이해하는 데 중요하다. 또 넓게는 16세기 이후 개신교회들의 성도의 권징(church discipline) 제도를 이해하는 기초 자료가 된다. 컨시스토리는 목사를 통해서 선포된 하나님의 말씀을 성도들이 얼마만큼 현장 상황에 잘 접목시키고 있는지를 확인하고, 그렇지 못한 경우 권면하고 그 권면도 받아들이지 않고 계속 성도의 무질서한 삶을 보일 때 권징을 통해서 돌아오게 하는 역할이었다. 이와 같은 컨시스토리의 역할은 성도들을 통제하고, 혹은 권력의 핵심 기관으로 검을 휘두르는 그런 치리회가 아니었다는 것을 명심해야 한다."

음과 같은 교회 규칙을 따르고 간직하도록 정하고 세웠다. 이는 이 규칙이 예수 그리스도의 복음에서 얻어진 것으로 여기기 때문이다."라고 하였다.[55]

칼빈이 교회법 서론에서 말하고 확인하고 있는 것은 교회는 "생활 규율"이 필요하다는 것과 그 규율은 각자의 직무를 이해하는 데 도움이 되며 자신의 직무를 이해하지 못하고서는 직무를 감당할 수 없음을 말하고 있다. 또한 그는 "영적 통치 규범"은 주님께서 말씀을 통해서 보이시고 가르치신 내용에 근거한 것임을 말하고 있으며 동시에 이런 교회법(1541년)은 예수 그리스도의 복음에서 얻어진 것이기에 선한 것임을 말하고 있다. 따라서 칼빈의 제네바 교회법(1541년)은 성경과 신학, 그리고 교회목회에 대한 접목에서 온 결정체임을 확인할 수 있으며, 이러한 칼빈의 교회법 사상과 장로회 정치원리가 한국장로교회의 교회법과 장로회 정치원리에 잘 반영되고 있다.

한국에서 장로교단뿐만 아니라 순복음교회 등이 장로회 정체를 채택하고 있다. 또한 성결교회[56]도 장로정체를 갖고 있는데 지교회에 목사와 시무장로로 구성된 당회라는 치리회를 두며, 상회인 지방회와 총회도 각각 원칙적으로 동수의 목사와 교인대표인 장로로 구성된다는 점에서, 성직자와 평신도의 동등한 참여로 교회정치를 해나간다는 장로정체를 조직원리로 하고 있다.[57]

3. 국가와의 관계에서의 교회이해

본 논문은 "교회분쟁시 사법심사"에 대한 주제를 포함하고 있다. 교회분쟁시 사법심사에 관한 연구는 국가와의 관계에 대한 이해가 필요하다. 교회는 국가권력으로부터 종교의 자유와 종교행사의 자유를 헌법으로 보장받고 있다. 종교의 자유는 개인의 정신적 자유 가운데 가장 기본적인 권리중의 하나이고, 법치국가적 기본질서의 근본

55) 박건택,「개혁주의 교회론」. 1997, 총신대 목회신학박사원 강의안, 24-25면.

56) 일본인 나가다 시게하루는 미국 무디 성경학원에 유학하고 있는 동안 어느 집회에 출석하여 특별한 영감을 받아 일본으로 귀국한 후 각처로 순회하며 열심히 전도하였고, 그의 미국인 친구 C. E. 카우만과 카우만의 아내와 함께 일본에서 활동하던 중 1904년부터는 "동양선교회학원"을 설립하고 또 몇몇 주요한 도시에 전도관을 세우고 전도사업을 확장하였다. 한국에서는 1907년에 동양선교회 복음 전도관을 서울에 세우고 전도를 계속하다가 1922년에 동양선교회 성결교회라는 이름으로 교회를 조직하고 해방 후부터 대한성결교회로 이름을 고쳐 현재에 이르고 있다.

57) 기독교대한성결교회「헌법」, 5차 개정판, 기독교대한성결교회총회, 1983, 제7장(치리회의) 제48조, 제52조, 제67조〔이하 '기성헌법'으로 인용함〕.

내용을 이룬다는 점에서 이중적 성격을 가지며, 종교의 자유는 누구나 향유할 수 있는 인간의 권리이다. 그래서 우리 헌법 제20조 제1항에서 "모든 국민은 종교의 자유를 가진다."고 규정한 것은 인간의 권리로서 "모든" 국민에게 종교의 자유를 보장하고 있다는 것을 의미한다. 즉 여기에서의 "모든 국민"은 종교의 자유가 "인간의 권리"라는 것을 선언적으로 밝히는 것으로서, 그 주체의 국적이나 그 여부를 묻지 않는다.

현행 헌법 제20조 제2항은 "국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다."고 하여 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다. 국교의 부인과 정교분리의 원칙은 국가의 종교적 중립성의 요청, 다시 말하면 국가의 종교적 중립의 원칙을 의미한다. 헌법이 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있는 것은 국교를 수립하거나 종교와 국가가 결합하는 경우 종교의 타락과 국가의 파멸을 피할 수 없었다는 역사적 교훈에서 비롯된 것이다. 그러므로 정교분리의 원칙은 국가와 종교단체의 관계에 관한 질서로서 자유로운 정서에 관한 원칙으로서도 기능하다. 정교분리의 원칙은 국가와 종교단체의 결합을 금지하는 것이며, 국가의 과제와 종교단체의 과제가 원칙적으로 상이함을 헌법적으로 확인한 것이라고 할 수 있다.[58]

역사적으로 교회와 국가의 관계는 313년 콘스탄티누스의 기독교 공인 후 가장 흥미로운 논쟁 중에 하나였다. 특히 기독교가 제국의 종교가 되면서 상황은 급변하였다. 콘스탄티누스 황제와 이후의 황제들은 전제적 통치자로 교회를 옹호하고 주교들에게 제국 정부의 충성스러운 신하로 행동할 것을 요구하였다.[59] 황제는 기독교 신앙을 수호하지만 분쟁시에는 독자적으로 자신이 결정하려고 하였다. 기독교 국가에서 황제의 권한은 통제할 수 없게 되었다. 이에 기독교 주교들은 황제를 날카롭게 비판하며 권위에 도전하였다. 이러한 현상은 종종 주도권을 둘러싸고 발생했던 칼과 방패의 갈등과 대립, 투쟁과 분리로 묘사되었다. 교회와 국가의 통치자들은 세력의 유지와 균형을 위해 각각 필요에 따라 지도자들을 이용하였다.[60] 교황과 황제 사이의 투쟁은 본래 교회의 독립성과 신앙의 자율성을 보장받기 위한 교회측의 외침이었다. 그러나 교권의 신장을 추구한 교황이 정치적으로 세속권을 지배하려다가 마침내 세속 권세에 굴욕을 당하였다. 그 후 교회는 망망대해를 방황하듯이 걷잡을 수 없는 부패의 늪에 깊이 빠

58) 문광삼,「한국헌법학」, 삼영사, 2009, 475면.
59) 브라이언 타이어니·시드니 페인터,「서양중세사」, 이연규 역, 집문당, 1993, 43면; 서요한,「중세교회사」, 그리심, 2009, 229면.
60) W. 울만,「서양중세 정치사상」, 박은구·이희만 역, 숭실대학교 출판부, 2000, 14-18면.

지게 되었다.

중세기를 통해 제기된 교회와 국가의 대립은 황제 지상주의와 교황 지상주의에 기초하였다. 이들은 서로 하나님으로부터 통치권을 받았다고 주장하며 극심하게 대치하였다.[61] 교황 지상주의는 교회 지상주의라 할 수 있으며, 황제 지상주의는 국가 지상주의라 할 수 있는 바, 로마교회는 국가를 교회의 한 국면이라고 본다. 국가는 교회의 일부분이기 때문에, 국가 조직은 특수한 종속적인 목적을 위하여 교회 안에 존재하는 것으로 이해되어야 하며, 따라서 그에게 맡겨진 모든 권위를 교회를 위하여 행사할 책임이 있는 것이라고 한다. 국가 지상주의는 교회를 국가 안에 다른 여러 기관들 가운데 하나로 본다. 그리하여 로마교회와 정반대의 주장을 하게 된다. 즉 로마교회는 국가를 교회의 일부분으로 보고 국가는 교회의 지배를 받아야 한다고 하는데 반해 이들은 교회를 국가의 일부분으로 보고 교회는 국가의 지배를 받아야 한다고 주장한다.

정교분리 및 보완주의의 견해를 갖고 있는 장로교회, 즉 개혁교회는 교회와 국가는 다같이 신적 기관이지만 서로 다른 목적을 가지고 독립되어 있으면서 또한 서로 보완적인 관계라고 본다. 교회 회원들과 직원들은 인간으로서 국가의 회원이며, 선량한 시민이어야 하고 또한 국가의 회원들과 직원들은 그리스도인이라면 동시에 교회의 법에도 복종해야 한다. 그러나 어느 편의 직원이나 법도 다른 한편의 영역 안에서 어떠한 권위도 가질 수 없다. 교회와 국가는 양자간 소속과 영역이 다르며, 배타적 관계가 아니라 상호보완적 관계인 바, 교회와 국가는 하나님이 세우신 목적에 따라 국가는 하나님의 일반은총을 베푸시는 하나의 기구라고 할 수 있으며, 교회는 하나님의 특별은총을 베푸시는 하나의 기구라고 할 수 있다. 교회와 국가는 모두가 하나님의 은총을 베푸는 기구이며, 일반은총과 특별은총은 상호 배타적인 관계가 아니라 상호보완적인 관계인 것이다. 교회는 선량한 사회인을 만들고 이로 말미암아 국가 존재의 목적인 사회 질서 유지와 공공복리 증진에 기여한다.

4. 한국 개신교회의 교회법

교회법이라 했을 때 지교회 정관이 있고 지교회 상급기관인 교단의 헌법이 있다. 각 교회의 정체에 따라 교회법은 그 내용을 달리한다. 한국에 최초로 들어온 교회는

61) 서요한,「중세교회사」, 289면.

장로교회와 감리교회 그리고 성결교회이다.

가. 장로회헌법[62]

장로회헌법은 두 부분[63]으로 구분된다. 도리적 헌법은 신조(신경)와 요리문답이 이에 속하며, 관리적 헌법으로는 정치, 권징조례, 예배모범이다. 이 모두를 장로회헌법이라 한다. 한국에 모든 장로교의 뿌리라고 할 수 있는 대한예수교장로회 조직인 독노회(1907년)시에 세계장로교회통상헌법인 신경, 정치를 대략으로 제정하여 임시로 시행해 오다가 1915년 제4회 총회에서 정치편 개정과 전 헌법 편집위원회를 조직하여, 웨스트민스터 헌법의 목차를 모방하여 신경, 소요리문답, 정치, 권징조례, 예배모범 등 다섯 부분을 개정하였다. 이는 1921년 제10회 총회에서 통과되어[64] 1922년 5월 5일에 출간되었다.[65] 제1차 개정은 1930년, 제2차 개정은 1934년이었고 1954년에 제3차 개정이 있었다. 이 후 1959년 장로회 최대 교단인 합동측과 통합측이 분열되면서[66] 합동측은 1961년에 1951년에 분열된 고신측 교단과 합동하면서 헌법은

---

62) "대한예수교장로회 헌법"인가, "대한예수교장로회 총회 헌법"인가? 이 같은 질문은 하나마나 하는 질문 같으나 이 질문의 답변 여하에 따라 장로회 정치 원리와 제도가 왜곡되어진다. 우리들은 너무나도 쉽게 "총회헌법"이라고 한다. 이 말은 마치 "대한민국 헌법"을 "대법원 헌법"이라는 말하는 것과 같다. "대법원 헌법"이 아니라 "대한민국 헌법"이듯이 "총회 헌법"이 아니라 "대한예수교장로회 헌법"이다. 총회는 대한예수교장로회 안에 당회, 노회, 대회, 총회가 속해 있다. 즉 총회는 대한예수교장로회 안에 소속되어 있는 최고회일 뿐이다. 대한예수교장로회가 곧 총회를 의미하지 않는다. 즉 대한민국이 대법원이라고 말하지 않는 것과 같은 이치이다. 이런 개념이 반영된 규정이 바로 헌법(합동) 정치 제12장 제1조이다. "제1조 총회 정의: 총회는 대한예수교장로회의 모든 지교회 및 지리회의 최고회(最高會)니 그 명칭은 대한예수교장로회 총회라 한다." 전국지교회의 공식 명칭은 "대한예수교장로회"이며 그 안에 최고회인 총회가 있다.

63) 곽안련,「장로교회사전휘집」, 조선야소교서회, 1918년, 74면; "예수교장로회헌법에 이개 부분이 잇스니 일은 도리적 헌법이니 신경과 대소요리문답이오 일은 관리적 헌법이니 정치, 권징, 예배모범이다."

64) 조선예수교장로회 제10회 총회, 1921,「총회회의록」영인본, 52면.

65) 조선예수교장로회서론, 1922, 2면. 최초의 장로회 헌법은 1922년판이며, 1차 개정은 1930년, 2차 개정은 1934년, 3차 개정은 1954년이다.

66) 1959년 9월 제44회 총회에서 분열된 이후 WCC 반대측인 승동측은 1960년 9월 총회에서 "합동연구위원"을 선정하여 고신측과 합동하기 위하여 "합동위원"을 선정한 후 고신측 역시 1960년 9월 총회에서 승동측과 합동하기 위하여 "합동연구위원"을 선정하여 정회하였다. 이후 1960년 10월 25일 대전 중앙교회당에서 쌍방위원들이 합석하여 12월 12일 승동교회에서 "합동총회를 갖기로 결의한 승동측과 고신측이 합동하여 합동측 총회가 되어 합동총회가 된 것이다. W.C.C. 찬성측은 연동측에서 새로운 총회를 구성하였다. 1960년 2월 27일에는

1934년판에 근거해서 일정 부분을 개정하여 사용하였고, 통합측은 계속 1954년판을 사용하였다.[67] 1963년에와 1970년에 개정하였으며, 이후 2007년에는 1922년판 헌법을 전면 개정하여 오늘에 이르기까지 최초의 장로회헌법과 전혀 헌법을 제정하여 사용하고 있다. 한국 최초의 장로회 헌법인 1922년판을 그대로 계승한 교단은 대한예수교장로회(합동) 헌법이다.

나. 감리교 교리와 장정

감리교회의 교회법은「교리장정」에 수록되어 있다. 역사와 교리, 헌법과의 관계, 입법과 행정과정과 연회경계, 예문 등을 그 내용으로 하고 있으며, 장정부칙과 문서양식이 부록으로 삽입되어 있다. 1908년에 "감리교회의 조례"를 사용하다고 이와 별도로 1910년에 미국 북감리교 선교사에 의해 "미국감리회강령과 규칙"을 번역하여 사용해 왔다. 이같이 다른 교회법을 갖고 있다가 1924년 서울에서 남북감리회 진흥방침연구회가 모임을 시작으로 1926년 양감리교회에서 통합방침연구위원회가 조직되어 1930년 5월에 통합전권위원회에서 통합교리와 장정을 제정하여 같은 해 12월 2일에 기독교조선감리회 제1회 총회에서 채택되었다. 해방 후 정치 부분인 장정의 내용은 그동안 많은 개정을 거쳤으며, 1978년 제13차 총회에서 "총리원"이 "감리회본부"로 되면서 많은 직제가 변경되어 이에 따른 장정도 변경이 불가피하게 되어 1979년 특별총회에서 현행 장정의 모순된 부분을 개정하여 지금까지 수정을 거쳐 사용하고 있다.

다. 성결교 헌법

한국성결교회 헌법은 비교적 늦게 제정되었다. 교단 자체가 정치적인 제도의 성격

연동측이 중립파와 승동측 이탈자들을 합하여 새문안교회에서 회집하여 "통합통회"가 구성되어 오늘날까지 통합측, 혹은 통합교단이라고 말한다.

67) 1922년판 헌법을 그대로 사용하면서 그 정통성을 이어가고 있는 대한예수교장로회 합동측은 현재까지 이 헌법의 특정 일부만을 개정한 후 사용하고 있다. 그러나 대한예수교장로회 통합측은 1959년 이후 1922년판인 기존 헌법을 수차례 부분 개정을 한 후 2003년 제88회 총회에서 1922년판의 헌법을 전면 개정을 결의한 뒤 3년간 개정작업을 진행한 후 2006년 제91회 총회에서 전면개정안을 통과시켜 2007년 5월 15일에 총회 공포 효력이 발생되어 새로운 헌법을 갖게 되었다(대한예수교장로회(통합)「헌법」, 2007, 서문 3면). 따라서 한국 최초의 장로회 헌법인 1922년판이 그대로 계승된 교단은 대한예수교장로회(합동) 헌법이다.

보다 신앙운동에 역점을 두고 활동해 왔기 때문이다. 교단적인 성격을 띤 것은 1921년 조선예수교 동양선교회 성결교회란 이름으로 총회를 조직한 데서 비롯된다. 따라서 교단의 교리와 정치를 규정하는 헌법제정도 다른 교단보다 늦을 수밖에 없었다. 1933년 "조선예수교 동양선교회 임시약법"이 제정되었고, 1943년 5월에 일제에 의해 교단이 폐쇄되었으며, 해방 이후 1945년 11월 9일 기독교조선성결교회 제1회 총회에서 재래의 임시약법을 개정하여 헌법으로 제정 공포하였고, 1949년 조선을 대한으로 변경하여 "기독교대한성결교회 헌법"을 제정하여 오늘에 이르고 있다. 한편 1961년 분리된 예수교대한성결교회에서는 1962년 총회에서 "예수교대한성결교회 헌장"을 제정 공포하였다.

라. 기독교 대한 하나님의 성회 헌법[68)]

기독교 대한 하나님의 성회는 1953년 4월 8일에 설립되었고, 창립 총회시 미국의 하나님의 성회 헌법에 준한 중앙집권제의 헌법을 제정하였다. 1969년 제18회 정기총회시 헌법의 전면 개정을 결의하고 헌법 개정위원회를 조직하여 위원을 선정하고 개정안을 차기 총회에 제출토록 작성을 위촉하였던 바, 1970년 제19회 총회시 제출한 헌법 개정안이 통과되어 자립 자치 상호 협력의 정신에 입각한 지방 분권제 헌법이 제정되었다. 2008년 6월 24일 2개 교단 통합을 추진하여 기독교 대한 하나님의 성회 명칭을 같이 쓰고 있던 2개 교단이 통합되어 통합헌법 제정 특별위원회를 구성하여 헌법을 제정하고, 2008년 10월 13일에 임시헌법 총회에서 통합헌법 인준을 양 교단이 결의하였다. 양 교단의 통합총회를 2009년 3월 3일에 개최하여 양측 통합을 공포하여 2009년 5월 18일부터 개회된 정기총회에 총회행정도 완전 하나의 체제로 전환되었다.

제3절 민사법의 교회이해와 법률관계

교회는 본질적으로 같은 신앙을 기초로 한 교인들의 모임인 신앙공동체이나 기독교의 개별교회는 대표기관과 구성원의 공동의사기구를 갖추고 재산을 관리하는 등 교회의 일상업무를 처리하는 측면에서 보면 법인 아닌 사단의 형태를 갖추고 있다. 교회

68) http://www.kihasung.org.

의 단체법상 법인 아닌 사단으로서의 교회이해는 무엇인가?

1. 실정법과 판례에서의 교회

가. 실정법의 규정

실정법(positive law)으로 시행되고 있는 법규범들을 보면 광의적 의미로 '종교'(혹은 '종교단체')라는 규정과 협의적 의미로 '교회'라는 규정을 혼용하여 사용하고 있다. 광의적 의미로 대표적인 규정은 헌법 제20조에서 "국민은 종교의 자유를 가진다."라는 것과 "종교와 정치는 분리된다."라는 규정에서는 교회를 포함한 광의적 개념으로 '종교'라고 규정하고 있다고 볼 수 있다. 면세나 규제완화 혜택에 관한 규정으로 '종교단체'와 '교회'를 언급하고 있는데, 예컨대 '부가가치세법'[69]에서는 '종교'라는 단어를 사용하지만 '개별소비세법'[70]이나 '주세법'[71]에서는 구체적으로 '교회'라는 단어를 사용한다. 실정법상 '종교'라는 용어를 사용했을 때에는 교회를 포함한 모든 종교단체를 의미한다고 볼 수 있으며, '교회'라고 했을 경우는 다른 종교와 나열하면서 그 종교 가운데 하나인 교회를 의미하는 경우들이다. 그러나 각 법령들은 구체적으로 '종교' 내지는 '교회'의 의미를 구체적으로 정의하지 않고 사회 일반 관념 속에서 일컬어지는 용어로서 종교와 교회라는 단어를 사용하면서 법규범을 규정하고 있다. 특히 '종교'라는 용어 대신 '종교단체'라는 용어로 규정되어 있을 때 교회의 상급기관인 교단을 의미하는지 아니면 개별교회를 포함한 보편개념인 종교단체를 의미하는지를 살펴야 한다.[72] 때로는 종교나 교회라는 용어 대신 '비업무용'이라는 규정을 교회에 포함하여 시행하는 경우들도 있다.[73] 그 외 상속세법 및 증여세법, 법인세법, 법인법시행령, 주민세, 재산세, 도시계획세, 공동시설세, 관세법, 기부금품 모집 및 사용에 관한 법률 등이 있다.[74]

---

69) 부가가치세법 제12조 제1항 제17호.
70) 개별소비세법 제18조 제1항 제5호.
71) 주세법 제31조 제2항 제2호.
72) 예컨대 건축시행령 제2조 제1항 제12호, 개별소비세법 제18조 제1항 제5호 등에 규정된 '교회'는 개별교회(지교회)를 의미하는 것이 명백하고, 기부금품모집금지법 제2조 제1항에서의 교회는 개별교회를 의미한다.
73) 지방세법 제127조 제1항 제1호(등록세).
74) 김진현, 전게 학위논문, 18면; 백현기, 전게 학위논문, 21면.

나. 판례상의 규정

법원의 초기 판례는 교회를 "교회라 함은 야소교의 교도들이 교리의 탐구, 예배 기타 신교상 공동목적을 달성하기 위하여 각기 자유의사로 구성된 단체로서"라고 교회를 적극적으로 정의하고 있지만[75] 간접적으로 교회에서 "교인들의 연보, 헌금 기타 교회의 수입으로 이루어진 재산"을 교회재산 혹은 총유물로 정의하면서 "그 재산의 처분은 그 교회의 정관 기타 규약에 의하거나 그것이 없는 경우에는 그 교회소속 교인들에 의한 총회의 결의에 따라야 한다."는 정의를 하기도 한다.[76] 또한 '교회'를 '종교단체'와 병행하여 사용하면서 "종교단체의 권징결의는 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계 제재하는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하므로, 이는 사법심사의 대상이 되지 아니하고, 그 효력과 집행은 교회 내부의 자율에 맡겨져야 할 것인바, 대한예수교장로회(합동) 총회 재판국의 목사직 정직 등 결의에 불복하고 동 총회로부터의 이탈을 선언하여 독자적인 운영체제를 구축하여 교회의 권위와 질서에서 벗어난 목사에 대한 목사직 상실 및 타 목사 파송결의를 위 장로회 서울노회에서 하였다면 그 결의의 효력은 긍인되어야 한다."라고 판시[77]하기도 한다. 대법원은 교회를 종교의 특수한 목적을 수행한 기관으로 정의하고 있다. 이런 이유 때문에 종교단체와 교회 용어를 병행하면서 판시하고 있다.

대법원은 노회의 승인없이 교인들의 총의에 의하여 선임된 당회장의 제3자에 대한 관계에 있어서의 대표자 자격과 교인들의 총의에 의하여 선임된 대표자의 교인총유재산의 처분권과 교회가 소속할 노회의 선택권에 관해 판단함에 있어 "교회를 독립된 법인 아닌 사단으로서의 당사자능력을 갖춘 단체로 인정하는 이상 그 교회와 그 소속 노회와의 관계에 있어서는 교회의 당회장 취임에는 노회의 승인을 요하는 것이어서 교회에서 교인들의 총의에 의하여 선임한 당회장도 그 승인이 없는 한 노회에 대하여는 당회장으로서의 권리 의무를 주장할 수는 없다 할지라도 법인 아닌 사단의 성질상 교회가 소속 교인들의 총의에 의하여 그를 대표할 당회장으로 선임한 자는 노회 이외의 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 교회를 대표할 자격이 있는 것이다."라고 판시함으로써 사회통념상 대체적으로 지교회만을 법적 생활단위로서의 교회로 인정하고, 그

75) 대법원 1957. 12. 13. 선고 4290민상182 판결.
76) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다2045,2046 판결
77) 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다276 판결.

지교회를 포함한 교회들의 단체인 교단교회는 지교회와 단순한 내부관계로 판단한다.[78] 지교회의 대표권에 대한 정의에서 노회의 승인이 없을 경우 노회와의 관계에는 당회장으로서의 권리와 의무가 없을지라도 법인 아닌 사단으로 법률행위를 할 경우에는 노회의 승인이 없을지라도 지교회 교인들의 총의에 의하여 당회장으로 대표권을 인정받았다면 노회 이외에 대해서는 대표권을 갖는다는 판결이다. 지교회와 상급단체인 노회의 관계는 단순한 종교적 내부관계에 불과할 뿐 법적 구속력이 없다고 판단하였다. 그러나 "대한예수교장로회에 소속된 교회는 그 관리 운영에 관한 종헌인 대한예수교장로회의 헌법에 따라야 하고 그 헌법에 따라 장로를 면직 판결하였다면 그는 대표자격이 없어진다."고 판시[79]함으로 상급치리회의 판결의 구속력을 시인하는 판결 등을 통하여 법적 실체로서의 교단교회가 인정되는 경우도 있음을 알 수 있다.[80]

2. 단체법적 성질로 본 교회이해

교회는 일정한 고유 목적을 가지고 이 목적에 찬동한 교인들이 회집하여 일정한 조직하에 운영된 인적 단체이다. 이러한 조직이 법률상 어떠한 단체로 분류할 것인지 문제가 되는데 법적 실체는 '사단'과 '재단'으로 구분한다. 교회조직은 교회대표자로서 성직자와 신도 등 인적 요소와 교회건물 등 물적 요소가 병존하므로 전자에 치중하여 파악하면 사단성을, 후자에 착안하면 재단성을 각 인정할 수 있을 것이다. 따라서 단체가 '사단' 또는 '재단'으로 인정받기 위한 전제조건으로 표지에 관해서 확인해 보면서 본 논문의 연구주제인 다양한 정체를 갖고 있는 교회가 법적으로 어느 단체에 가까운지를 확인해 보기로 한다.

가. 단체성 또는 사단성의 표지

우리 민법은 법인격을 부여할 실체로서 일정한 목적과 조직 아래에 결합한 인적 단체인 사단과 일정한 목적에 바쳐진 재산을 중심으로 한 재단의 모습만을 인정할 뿐 그 중간의 것은 인정하지 아니하며, 법적 규율의 면에서도 민법의 사단성과 재단성을 사

78) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결,
79) 대법원 1972. 7. 24. 선고 72다1330 판결.
80) 김진현, 전게 학위논문, 30면.

단법인과 재단법인에만 각각 적용하며, 법인격 없는 조직의 경우에도 사단과 재단에만 그 법들이 해석상 각각 준용되는 것으로 되어 있을 뿐, 중간적인 조직을 그 규율대상으로 하고 있지 않다. 따라서 교회분쟁이 생겼을 경우 그 해결을 위해 적용해야 할 법규뿐만 아니라 분쟁의 사전방지를 위해서라도 사단과 재단 중 어느 쪽으로 교회조직의 성질을 결정할 필요가 있다.[81]

학설은 주로 법인 아닌 사단의 성립요건을 설명하면서 사단의 표지를 들고 있는데, 다음의 두 가지 표지에 일치하고 있다.[82] 첫째, 별도로 조직행위를 요하지 않더라도 단체로서의 조직을 갖추어야 하고 구성원의 변경과 관계없이 존속할 것과, 둘째, 대표의 방법·총회의 운영·재산의 관리 기타 사단으로서의 주요한 점이 정관에 의하여 확정되어 있어야 한다.[83] 전자는 이른바 사단적 조직(korperschaftliche Organisation)이어야 한다는 의미이며, 후자는 조직의 골격이 '자치규범(정관)', '교리와 장정'에 의하여 확립되어 있어야 한다는 뜻으로 풀이될 수 있다. '사단'의 표지로서 학설[84]과 판례는 ①지속성 있는 목적을 가질 것,[85] ②독립된 사회적 단위로서 독자적인 사회활동을 하는 존재일 것,[86] ③사회적 조직, 즉 대내외적으로 의사결정기관(총회)[87]과 업무집행기관[88]을, 대외적으로 단체를 대표할 대표기관을 갖고 있을 것,[89] ④사회적 조직을 포함하는 단체의 기본구조가 정관에 의하여 확정되어 있을

81) 김진현, 상게 학위논문, 86면; 박병칠, "교회의 분열과 교회재산의 귀속", 「민사법연구」 제7집, 대한민사법학회, 1999, 297-298면; 이은영, 전게서, 2009, 217면; 곽윤직, 전게서, 117면; 박종두, 「민법총칙」, 삼영사, 2008, 257면.

82) 김증한, 「민법총칙」, 박영사, 1981, 175면; 황적인, 「현대민법론 I〔총칙〕」, 박영사, 1981, 92면; 김용희, 「민법총칙」, 진명문화사, 1981, 150면; 정무동, 「민법총론강의」 박영사, 1982, 174면.

83) 곽윤직, 전게서, 127면; 지원림, 전게서, 104면.

84) 이은영, 전게서, 244면.

85) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2334 판결; 대법원 1969. 6. 10. 선고 69라254 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 74다1585 판결; 대법원 1980. 1. 15. 선고 78다2364 판결; 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2810 판결.

86) 대법원 1960. 2. 25. 선고 4291민상467 판결; 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 74다1585 판결; 대법원 1977. 1. 25. 선고76다2194 판결; 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2810 판결.

87) 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결, 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2334 판결, 대법원 1976. 7. 13. 선고 74다1585 판결; 대법원 1980. 1. 15. 선고 78다2364 판결,

88) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2334 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 77다1585 판결; 대법원 1974. 8. 30. 선고 72다1439 판결.

89) 대법원 1957. 12. 5. 선고 4290민상244 판결; 대법원 1960. 2. 25. 선고 4291민상467

것,[90] ⑤구성원의 변동에도 불구하고 단체의 동일성이 유지될 것 등을 들 수 있고, 재단의 표지로서는 ①지속성 있는 목적이 정관에 의하여 확정되어 있을 것, ②독립된 출연재산이 있을 것, ③비사단적으로 조직[91]된 독자적인 관리기구가 있을 것 등을 들 수 있다.[92]

나. 교회의 정체에 따른 단체형태의 검토

(1) 감독정체(로마 가톨릭교회)

로마 가톨릭교회는 보편교회나 지역교회나 모두 철저한 주교중심의 군주정체를 채택하고 있으며, '밑으로부터의 권위'(Autoritat von unten her), 즉 국민주권을 전혀 인정하지 않는 것이다. 가톨릭교회는 내외적으로 자율적 단체로서 구성원의 의사를 연결하여 단체의 의사를 도출하는 의사결정기관으로서의 사원총회는 존재하지 않는다. 이는 사단적 조직의 근본인 구성원의 자율적 의사형성기관, 즉 총회를 법리상 가질 수 없으므로 사단성을 인정받지 못하기 때문이다.[93]

판례 역시 가톨릭교회의 각 교구 산하 본당(각개 성당)은 민사소송법상 당사자능력이 없다고 함으로써 가톨릭교회가 사단(권리능력이 없는)이 아니라고 판시하였다. 판시에 따르면 가톨릭교회는 "신자의 단체라는 면에서 보더라도 내부적으로 단체의사를 결정할 수 있는 자율기관이 없을 뿐 아니라 대표자의 정함이 있는 단체라고 볼 수 없고 또 외부적으로 보더라도 그 단체를 구성하는 개개 신자의 특성을 초월하여 자기재산을 가지고 독립한 사회적 활동체로서 존재하는 단체라고 볼 수 없으므로 민사소송법 제52조 규정의 법인 아닌 사단이나 재단에 해당하는 것이라고 할 수 없다."고 판

판결; 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2334 판결; 대법원 1980. 3. 25. 선고 80다156 판결; 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다871 판결.

90) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2334 판결; 대법원 1967. 10. 25. 선고 66다2333 판결; 대법원 1969. 6. 10. 선고 69다54 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 74다1585 판결; 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2194 판결; 대법원 1982. 2. 23. 선고 81누42 판결.

91) 비사단적 조직체: 재단의 조직상의 기초는 인적인 것은 아니나, 재단목적의 수행을 위하여 다소간의 인원이 필요하며, 그들은 경우에 따라서 일정한 조직을 이룰 수 있다. 그러나 그것은 비사단적·타율적인 관리기구에 불과하다. 관리기구로서는 이사회가 필요기관이다.

92) 곽윤직, 전게서, 128면; 김진현, 전게 학위논문, 97면, 대법원 1969. 3. 4. 선고 68다2387 판결.

93) *Evangelisches Staatslexikon*, S. 1282; 김진현, 전게 학위논문, 35면; 박병칠, 전게논문, 300면.

시[94]함으로써 교구산하 개개의 본당들은 권력능력이 없는 사단이나 재단이 아니므로 당사자능력이 없다고 볼 수 있다.

(2) 감독정체(감리교회)

감리회의 재산관리, 대표의 운영, 총회의 운영 등 단체를 위한 기본구조가 "교리와 장정"에 의하여 확정되어 있다. 그 밖에 지속성 있는 공동의 목적, 단체의 명칭이 존재하며 대외적으로 독립적인 활동을 하고 있으므로 교단교회의 경우 사단성을 갖고 있다고 볼 수 있다. 판례도 "기독교 대한감리회 산하 단체인 교회가 사단의 실질을 구비한 이상 그 조직과 활동을 규율하는 규범으로서 상부단체인 기독교 대한감리회가 제정한 '교리와 장정'이 있다고 하여 사단성을 상실하는 것은 아니고, 상부단체가 사단이라 하여 구성원인 교회에 사단의 실질이 있음에도 불구하고 사단이 아니라고 할 수도 없는 것이며, 또 교회가 상부단체인 교단에서 이탈하였을지라도 사단의 실질을 유지하고 있는 이상 여전히 '사단'이라 할 것이다."라고 판시[95]하고 있다.

(3) 구세군 교회정체

개신교회 중 구세군교회는 그 교리의 특성상 "구세군의 모든 자산은 구세군 대장이 소유하고 그 관리는 구세군대장이 구세군 신탁회사를 설립하여 그 회사로 하여금 관리"하도록 하고 있다. 따라서 구세군교회의 경우에는 교회장정에 따라 그 재산이 교인들의 총유가 아니라 구세군대장의 소유에 속하게 된다. 구세군교회 산하 영문(營門)의 재산에 관하여 교인들은 일체의 사권행사를 할 수 없다고 본다. 구체적인 판결요지를 보면 "구세군군령군율이 구세군의 전자산은 구세군 대장만이 유일한 소유자이고 구세군 대장은 구세군 신탁회사라는 명칭을 가진 회사를 설립하여 그 재산을 관리하도록 규정하고 있다면 구세군은 지역교회중심인 일반교회와는 달리 강력한 중앙집권적 조직을 갖추어 산하 영문의 재산에 관하여 일체의 사권행사를 부인하고 있다고 해석하여야 할 것이므로 구세군 영문회당의 대지를 구입하고 건물을 신축함에 있어서 그 비용 가운데 구세군 교인들의 헌금이 일부 들어갔다 하더라도 위 대지 및 건물이 교인들의 총유에 속하는 것으로 볼 수 없다."고 판시[96]하였다.

---

94) 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결.
95) 대법원 1960. 2. 25. 선고 4292민상467 판결.

(4) 장로정체

장로교회 역시 사단성이 인정되고 있다. 판례에 의하면 "교회는 대한기독교 장로회의 소속교회로서 대한기독교 장로회헌법의 규율을 받는 신도 50명 정도와 제직 10명 정도를 가지고 있고 목사를 제직회장으로 하고 있으므로 이는 대표자 있는 법인 아닌 사단에 해당한다 할 것이다."[97]라고 한다. 장로교회뿐만 아니라 성결교회, 순복음교회 등 개신교 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 교단의 정체에 따라 차이는 존재하지만 원칙적으로 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이라고 판시하였다..

교회가 법인격을 취득하지 않은 경우에도 기독교 교리를 신봉하는 다수인이 공동의 종교활동을 목적으로 집합체를 형성하고 규약 기타 규범을 제정하여 의사결정기관과 대표자 등 집행기관을 구성하고 예배를 드리는 등 신앙단체로서 활동함과 함께 교회재산의 관리 등 독립된 단체로서 사회경제적 기능을 수행함에 따라 법인 아닌 사단의 일반적인 요건을 갖추었다고 인정되는 경우에는, 그 교회는 법인 아닌 사단으로서 성립·존속하게 된다. 기독교 교리를 널리 전파하려는 의도에서 교회가 교인의 자격을 엄격히 심사하지 아니하고 예배에 참여를 허용하는 결과 교회의 가입·탈퇴가 자유롭고 특정 시점에서 교회구성원이 정확히 파악되지 아니한다고 할지라도 법인 아닌 사단으로서의 실체를 인정함에는 아무런 지장이 없다고 판례[98]는 보고 있다.

(5) 회중정체

회중정체는 "독립성의 정체"라고 칭하며, 그리스도의 개별적인 교인(회중)이 각기 정치의 자치권을 갖는 정치제도이다. 이 정체는 지교회의 완전한 독립을 인정하며, 교회의 상급치리회는 인정되지 않으며, 지교회의 완전한 독립에 근거한 "자율성"과 "민주적" 이라는 두 가지 개념에 기초한다. 지역 회중은 독립적이고 자치적이며, 지교회의 행정방침과 치리권을 행사하거나 지시·명령하는 주체는 없으며, 지역 회중에 속한 모든 교인은 그 교회의 업무에 참여할 권리를 가진다. 이러한 회중정체를 취하는 교회로

96) 대법원 1986. 7. 8. 선고 85다카2648 판결.
97) 대법원 1962. 7. 12. 선고 62다133 판결.
98) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

서 침례교회는 행정적으로 독립되어 있으며, 다만 연합으로 전도사업을 위해 침례교회와 같은 단체를 만들어 전국적인 조직을 갖추고 있다. 그러나 그 단체는 협동기구에 불과할 뿐 교단교회라고 보기는 어렵다. 따라서 그 기관에서 어떤 결의를 하더라도 이는 가입교회를 구속하는 어떠한 결정도 할 수 없고 다만 선언적·권고적 의미를 가질 뿐이다. 이에 반하여 지교회는 가장 자율적인 조직을 갖추고 있으며 성직자와 평신도 전원이 동등한 자격으로 참여하는 신도총회가 명실상부한 최고기관이다. 그리고 장로교회의 헌법과 같은 교단헌법이라는 것이 없으며, 위 전국조직이 갖고 있는 규약은 협의기구 자체의 운영을 위한 내규에 불과하므로 각 지교회는 각 독립적인 규약 내지 정관을 필수적으로 가지게 된다.

따라서 침례교회에서의 지교회는 가장 독자성이 강하고 구성원의 자율성이 높으며 민주적 성격이 뚜렷한 구조를 가짐으로써 명실상부한 사단성을 가진다고 할 것이다. 판례 역시 "침례회는 교리를 같이 하는 가입교회를 구성원으로 하는 종교단체이기는 하지만, 자주성을 지닌 가입교회들이 자발적으로 구성한 연합체에 불과하며 모든 가입교회는 행정적으로 독립적인 것은 사실"이라 판시[99]하고 있다.

다. 교회의 법인격 취득

법인의 설립은 일정한 절차에 따라 설립되고 그 설립의 형태는 각 나라의 입법정책에 따라 다양하다. 일본은 종교법인법(宗教法人法)[100]을 시행하고 있다. 우리나라는 일본처럼 종교법인법과 같은 특별법이 없는 관계로, 교회가 법인격을 취득하려면 허가주의를 택하고 있기 때문에 민법상 비영리법인으로서 주무관청인 문화체육관광부의 법인설립허가를 받아 설립등기를 해야 한다. 일본의 종교법인법은 헌법상 보장된 종교의 자유 이념에 따라 종교단체의 조직·운영에 도움을 주고자 하는 취지에서 그 단체에 법인격을 부여함을 그 목적[101]으로 하고 종교법인의 설립에 있어 이른바 준칙주의[102]를 취하여 종교단체는 설립자가 정관을 작성하여 소관청의 인증을 받아 등기함

99) 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다30466 판결.
100) 昭和(1951) 26. 4. 3. 제정 공포되어 같은 날부터 시행됨.
101) 종교법인법 제1조.
102) 준칙주의란 법인설립에 관한 요건을 미리 법률로 정하여 놓고, 그 요건이 충족되는 때에 당연히 성립되는 것으로 하는 주의이다. 이 설립주의는 그 조직을 공시하기 위하여 등기를 성립요건으로 하는 것이 보통이며, 영리법인, 노동조합 등에서 채용된다. 일본에서 종교법인 설립에 있어 준칙주의를 택하고 있지만 우리나라는 법인의 허가주의를 택하고 있다. 허가주

으로써 설립할 수 있어 우리나라에 비해 쉽게 법인격을 취득할 수 있도록 하고 있다. 이 법에 따르면 조직·관리, 정관의 변경, 합병 및 해산, 종교법인, 예배용 건물 및 그 부지의 등기 등에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 일본의 경우 1987. 12. 말 현재 183,999개의 종교법인이 설립되어 있는데 반하여, 우리나라의 경우는 2008. 12. 현재 불교 184개(재단법인 69개, 사단법인 115개), 개신교 294개(재단법인 127개, 사단법인 167개), 천주교 91개(재단법인 79개, 사단법인 12개), 유교 23개(재단법인 17개, 사단법인 6개), 기타종교 29개(재단법인 16개, 사단법인 13개)로[103] 설립되어 있을 뿐이어서 그 수는 일본에 비해 아주 미미한 실정인데,[104] 여기에는 위와 같은 종교관련 특별법의 유무가 크게 영향을 미치고 있다고 하겠다. 이처럼 우리나라는 종교법인 설립이 저조한 이유는 종교단체의 무관심에도 그 원인이 있겠지만, 민법상 허가주의를 취하는 비영리법인의 설립허가를 함에 있어 주무관청에서 까다로운 요건을 요구하고 있는 데에도 그 원인이 있을 것이다. 일부 교단에서는 사단법인을 설립하거나, 교단 유지재단법인을 설립하여 소속 교회의 모든 부동산의 소유명의를 그 재단법인 앞으로 등기하도록 규정하고 있지만 대법원은 이를 명의신탁으로 판단하여 해석한다.

3. 법인 아닌 사단으로서의 교회이해

민사법에서는 교회를 법인 아닌 사단의 범주 안에서 정의를 내리는바, 법인 아닌 사단에 대한 의의와 적용법규에 관한 이해는 민사법적 교회이해에 매우 중요하다.

가. 법인 아닌 사단의 의의

법인 아닌 사단이란 실질적으로 사단이나 법인으로서 설립등기를 하지 않았기 때문에 법인격이 부여되지 않는 단체를 말한다.[105] 결과적으로 권리능력이 없게 된 단

의란 법인의 설립에 주무관청의 자유재량에 의한 허가를 필요로 하는 주의이다. 따라서 법인설립이 크게 제한되며 민법상 비영리법인 및 특별법에 의한 학교법인, 증권거래소 등에 관하여 이 주의를 취한다(박종두, 전게서, 200면).

103) 문화체육관광부,「한국의 종교현황」, 2008, 64면, 사회복지법인은 개신교 194개, 불교 86개, 천주교 56개, 원불교 14개이다(132면).

104) 이동명,「민법주해 Ⅴ」,“공동소유 후론”, 박영사, 1996. 650-651면.

105) 이은영, 전게서, 244면.

체[106]이나 엄밀한 의미에서 이 용어는 정확하지 않으며, 그 이유는 법인 아닌 사단에 대해서도 부동산소유 등의 권리능력이 부여되며. 따라서 이러한 범위에서 법인격이 인정되기 때문이다. 더 정확한 표현은 "법인설립등기를 갖추지 않는 사단"이라 해야 할 것이다.[107] 사단으로서의 실질은 갖추었으면서도 민법상 주무관청의 허가(제32조)와 설립등기(제33조) 등 법인이 되기 위한 요건은 갖추지 않은 단체를 법인 아닌 사단이라 부른다.[108] 법인 설립등기가 되어있지 않았다는 점에서 사단법인과 차이가 있을 뿐 양자 사이의 실질적인 요건에는 차이가 없다.

법인 아닌 사단은 사단의 실질요건으로서 단체(사단)로서의 조직을 갖출 것과, 대표의 방법, 총회의 운영, 재산의 관리 기타 주요한 사항이 정관 기타 규약에 의하여 규정되어 있어야 하고[109], 그 밖에 다수결 원칙이 행하여질 것과 구성원의 변동과 상관없이 존속해야 한다. 판례 역시 어떤 단체가 "고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 법인 아닌 사단으로서의 실체를 가진다."고 판시[110]하고 있다.

---

106) 곽윤직, 전게서, 124면; 이영준,「한국민법론·총칙편」, 박영사, 2003, 777면.

107) 이은영, 전게서, 244면.

108) 사단법인의 요건을 갖추지 못하여 법인격을 취득하지 못한 사단의 명칭에 관하여 "법인격 없는 사단", "권리능력 없는 사단", "법인 아닌 사단", "법인 아닌 사단", "미등기 사단", "법인 설립등기를 갖추지 않은 사단"등으로 지칭하는데 이미 전술한 대로 본 논문에서는 "법인 아닌 사단"으로 통일하여 표기할 것이다. 학계에는 '미등기사단'으로 칭하는 것이 타당하다는 견해가 제시되고 있다. 남기윤, "사법상 법인개념의 새로운 구성 - 새로운 법인이론의 제안", 「저스티스」제70호, 한국법학원, 2002. 12, 206면.

109) 곽윤직, 전게서, 124-125면; 이영준, 전게서, 851-852면; 김상용, "비법인사단과 조합의 채무에 대한 책임",「고시연구」, 1989. 10, 고시연구사, 79-80면; 김인섭, 전게 학위논문, 14면; 이영욱, "법인 아닌 사단의 총유물 관리·처분행위와 채무부담행위,「판례연구」제19집, 부산판례연구회, 2008, 292면.

110) 대법원 1992. 7. 20. 선고 92다2431 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39738 판결; 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결; 대법원 1999. 6. 25. 선고 97누20854 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98도4200 판결 등. 대부분 학설들을 종합해 보면 다음과 같다. "첫째, 사단은 통일적인 조직과 기관을 가지고 있어야 하며, 대체로 단체의 명칭을사용하고, 그 기관에 의하여 행동하며, 기관의 행위의 효과는 모두 단체 자체에 귀속되어야 한다. 둘째, 구성원은 총회라는 단체의 의사결정

법인 아닌 사단의 구성요건이 구비되는 것을 전제로 판례상 법인 아닌 사단으로 인정되는 단체로서 대표되는 것은 종중[111], 사찰[112], 교회[113], 동·리, 부락[114], 아파트주민단체[115]등이 있고, 그 밖에는 건축조합[116]과 재건축조합[117] 및 연합주택조합[118], 공동주택 입주자대표회의[119], 시장 번영회[120] 등이 있다. 법인 아닌 사단의 내부관계는 일차적으로 정관의 적용을 받고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인에 관한 규정을 유추적용하게 된다. 사단은 대외적으로 민법 외의 법률, 즉 부동산등기법[121]이나 민사소송법[122], 행정심판법[123], 특허법[124], 국세기본법[125], 기

기관을 통하여 다수결의 원칙에 의하여 단체운영에 참여해야 한다. 셋째, 사단에서는 재산은 자산, 부채를 불문하고 모두 사단에 귀속하며, 구성원은 규약(정관)에 따라서 간접적인 유한책임을 진다. 넷째, 사단은 원칙적으로 법인격이 주어진다." 곽윤직, 전게서, 124-126면; 김상용,전게서, 227-228면: 김형배,「민법학강의」, 법문사, 2003, 61면; 이영준,「한국민법론 총칙편」, 박영사, 2003, 778면; 이은영, 전게서, 245면; 지원림, 전게서, 98면,

111) 대법원 1983. 4. 12. 선고 83도195 판결; 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다18965 판결; 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다27034 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다27703 판결; 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결; 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결 등. 자연발생적 단체로서의 종중의 의미에 대하여는 김재형, "단체로서의 종중," 민사재판의 제문제 한국사법행정학회, 2005, 352면 이하 참조.

112) 대법원 1997. 12. 9. 선고 94다41249 판결; 대법원 1992. 1. 23. 선고 91마581 판결.

113) 대법원 1962. 7. 12. 62다133 판결; 대법원 1988. 3. 22. 선고 86다카1197 판결; 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다30675 판결; 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두5566 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다64127 판결.

114) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다1775 판결; 대법원 1993. 3. 9. 92다39532 판결; 대법원 1990. 6. 26. 선고 90다카8692 판결 등.

115) 대법원 1991. 4. 23, 선고 91다4478 판결 등.

116) 대법원 1994. 6. 28. 선고 92다36052 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고 93다23862 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39738 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다73626 판결 등 참조.

117) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다10246 판결; 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다45349 판결; 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다7408 판결 등 참조.

118) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2000다96판결; 대법원 2003. 5. 13. 선고 2000다50688 판결 등 참조.

119) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결; 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다6307 판결 등 참조.

120) 대법원 1995. 11. 7. 선고 94다24794 판결 등 참조.

121) 부동산등기법 제26조(법인 아닌 사단 등의 등기신청).

122) 민사소송법 제52조.

123) 행정심판법 제10조.

124) 특허법 제4조는 법인격 없는 사단이 특허권 출원심사의 청구인, 특허이의신청인, 심판의 청구인 및 피청구인 또는 재신의 청구인 및 피청구인이 될 수 있다.

타[126] 등에서는 "법인 아닌 사단"도 사실상 사단법인과 동등하게 권리와 의무의 주체로서 독자적으로 활동하고 있고, 당사자능력과 등기능력을 부여하고 있다.

나. 법인 아닌 사단의 법률관계에 따른 적용법규

(1) 총유 규정

법인 아닌 사단의 법률관계에 관하여 민법은 그 재산의 귀속관계에 대해서만 물권편의 소유권 중 제3장 공동소유에 관한 제3절인 제275조 내지 제278조의 4개 조항을 두고서 공유 및 합유와 대비되는 총유 내지 준총유로 규율하고 있을 뿐이다.[127] 민법전은 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속의 5편으로 구성되어 있는데 여기 물권편에서 공동소유권에 대해 규정하고 있다. 하나의 물건을 한사람의 권리주체가 소유하는 경우가 단독소유이고, 하나의 물건을 2인 이상의 다수의 사람이 공동으로 소유하는 것이 공동소유이다.[128] 소유권은 본래 물건을 배타적·전면적으로 지배하는 권리이므로 원칙적으로 한 물건에 한 소유권이 성립하며, 한 물건에 동시에 수인이 소유권을 가질 수 없다. 그러나 실제상 수인이 한 물건을 공동으로 소유하거나 이용할 필요성이 없지 않으므로 이에 대응하려는 제도가 공동소유인데[129] 이러한 공동소유에 관하여 구민법은 공유에 관해서만 규정을 두고 있었는데(구민법 제249조 내지 제263조) 현행 민법이

---

125) 국세기본법 제13조는 법인격 없는 사단이 각종 세법의 적용에 있어서 법인과 같은 취급을 받는다.

126) 법인격 없는 사단에 관하여 규정하고 있는 것으로 철도시설관리권등록령 제19조, 공항시설관리권등록령 제19조, 항만시설관리권등록령 제20조, 유료도로관리권등록령시행규칙 제8조, 수도시설관리권및하수종말처리장시설관리권등록령시행규칙 제8조에 각 철도시설관리권 공원시설관리권, 항만시설관리권, 유료도로관리권, 수도시설관리권및하수종말처리장시설관리권의 등록주체가 될 수 있는 규정 등이 있다.

127) 이영욱, 전게논문, 293면.

128) 여러 사람이 공동으로 소유한다는 의미에서 서로 비슷한 개념이지만 민법에서는 그 형태를 구별하여 각각의 관와 활용에 있어 내용을 달리하고 있다. 그 분류기준은 하나의 물건에 대한 공동소유자 상호간의 인적 결합의 정도에 따라, 공동의 목적이 없이 결합된 것은 공유, 일정한 사업 등 공동의 목적을 위하여 결합하였으나 그 결합체가 단체로서의 성질을 가지지 못하고 조합을 이루고 있으면 합유, 법인이 아닌 사단으로 결합되어 있으면 총유하고 본다. 총유는 공유와 상반되는 개념이며, 법인 아닌 사단의 소유형태이다(민법 제275조 제1항). 법인 아닌 사단은 여러 사람이 모여서 단체를 만들기는 했지만, 회사나 다른 법인들처럼 정식으로 설립등기를 한 것이 아닌 독립적인 단체라고 할 수 있다.

129) 전경운, "우리 민법상 총유에 관한 일고찰",「토지법학」제26집 제1호, (사)한국토지법학회, 2010, 145면; 장경학,「물권법」, 법문사, 1990, 500면.

제정되면서 공동소유의 형태로 공유(제260조-제270조)·합유(제271조-제274조)·총유(제275조-제277조)의 3가지 형태로 규정하게 되었다.

총유는 다수인이 하나의 단체로 결합되어 있어서 목적물의 관리·처분 권능은 단체에 귀속되고 단체의 구성원들은 일정한 범위 내에서 목적물을 사용·수익할 수 있는 소유형태라고 일반적으로 설명한다. 총유에 있어서는 지분의 개념이 인정되지 아니하고 따라서 공동 소유자들은 단체로부터 탈퇴만이 인정될 뿐 자신의 지위를 타인에게 양도할 수 없다. 현행 민법은 법인 아닌 사단의 재산관계를 총유로 하고 있으며(민법 제275조 제1항)[130] 판례도 전적으로 이에 따르고 있다. 따라서 총유관계는 법인 아닌 사단이라는 인적 단체를 그 기본을 하여 성립된다.

민법의 규정인 총유는 법인 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유하는 지분권 없는 공동소유의 형태이다. 총유는 법인 아닌 사단이라는 인적 결합체의 존재를 전제로 하고, 그 구성원이 그 인적 결합체로부터 단체적 구속을 받는 점에서 공유와 다르고 합유와 공통된다. 합유와의 차이점은 그 기초인 인적 결합체가 단일적 활동체로서 단체의 체제를 갖추고 있으며, 그 단체의 기구를 통하여 그 소유권이 행사된다는 점에 있다.[131]

총유에서 각 사원은 지분권을 갖는가에 있어서 "법인에서는 법인만이 소유의 주체가 되고 사원은 소유주가 되지 못하므로 따라서 지분권도 갖지 않음이 원칙이며 이 점은 법인 아닌 사단"[132]에서도 같다. 또한 물건의 사용·수익은 정관이나 규약에 따라 각 사원에게 허용된다는 점에서 법인이나 법인 아닌 사단이나 같으며, "법인 소유의 물건의 지분에 관해서 민법에 규정이 없으나 사원총회의 결의를 거치도록 하는 것이 관습"[133]이며, 대부분의 법인이 이에 관한 정관규정을 갖고 있다. 법인 아닌 사단의

---

130) 총유에 관한 규정이 없었던 구민법에서는 그의 재산귀속형태에 많은 논란이 있었다. 즉 권리능력 없는 사단의 재산을 구성원의 총유로 보는 것이 지배적이었지만, 이를 합유로 보는 견해, 당해 단체의 성격에 따라 총유 또는 합유로 보는 견해, 총유나 합유를 권리능력없는 사단에 대하여 일괄적으로 사용하지 말고 각종의 단체에 관하여 개인의 각개의 효과를 인정하여야 한다는 견해, 공유를 기본으로 하고 구체적인 법률관계의 성질에 따라 그 차이를 검토하면 족하다고 하는 경해 등이 있다(김증한·이영준,「판례학설주해민법(상)」, 사법행정학회, 1973, 461면).

131) 이은영,「물권법」, 박영사, 1999, 511면.

132) 곽윤직,「물권법」, 박영사, 2008, 220면; 이은영, 전게서(「민법총CLR」), 248면; 대법원 2000. 9. 26. 선고 97다51186 판결 참조.

133) 이은영, 상게서, 248면.

경우에는 정관 기타 규약에 다른 규정이 없으면 사원총회의 결의에 의하여야 한다(민법 제276조 제1항).

(2) 법인규정의 유추적용

법인 아닌 사단은 법인등기를 하지 않았을 뿐 사단법인의 실질을 가지고 있으므로 사단법인에 관한 규정이 유추적용된다.[134] 유추해석[135]은 입법정신을 찾아 법을 적용하는 법해석이라 할 수 있다. 법인 아닌 사단에 있어서 민법은 물건소유관계 이외에는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 법인의 설립에 관하여는 허가와 등기라는 형식적인 요건을 제외한 실질적인 요건이 충족되어야 하며, 법인의 기관, 이사의 대표권 및 행위, 법인의 해산에 관하여도 등기나 행정감독에 관한 규정이 아닌 한 법인 아닌 사단에 유추적용된다.[136] 이처럼 법인 아닌 사단이 법인격을 갖추지 못하였을 뿐 실질에 있어서는 사단법인과 다를 바가 없음을 이유로 법인 아닌 사단의 재산귀속관계를 총유 또는 준총유로 다루는 것 외에는 사단법인에 관한 민법 총칙편의 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고 이를 모두 유추적용하는 것이 타당하다는 것이 통설이다.[137] 사단의 권리능력, 행위능력, 대표기관의 권한과 그 대표의 형식, 대표기관의 불법행위로 인한 사단의 배상책임 등에 관하여는 사단법인에 관한 규정을 모두 유추적용한다는 것이 지배적인 견해이다.[138]

민법 제정 이전의 판례는 유추적용에 대하여 부정적인 태도를 취한 바 있었으나[139], 민법 시행 이후로는 통설과 같이 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격

---

134) 김증한,「신민법총칙」, 박영사, 1986, 123면; 이영준,「민법총칙」, 박영사, 1995, 853면; 이은영, 전게서(「민법총칙」), 247면.

135) 홍성찬,「법학개론」, 박영사, 2008, 174면: "유추해석(analogy)이란 법령에 직접적인 규정이 없는 사항에 대해서 이와 성질이 유사한 다른 사항에 관한 법령을 적용하여 같은 법적 효과를 인정하는 해석이다."

136) 이은영, 전게서(「민법총칙」), 247면; 민법 제57조, 제96조 참조.

137) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 127면; 이영준, 전게서, 844면; 김상용, 전게서, 82-83면; 김진현, "권리능력 없는 사단", 민사법학 제11, 12호(1995), 한국사법행정학회, 514면; 문준섭, "사원총회 결의 없는 법인 아닌 사단 금전채무 보증행위의 효력",「저스티스」제99호, 한국법학원, 2007. 8. 240면; 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 94다18522 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결.

138) 곽윤직, 상게서(「민법총칙」), 126면; 김상용,「민법총칙」, 화산미디어, 2009, 270면.

139) 대법원 1961. 11. 16.자 4293민재항431 결정.

을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용할 것이라고 판시[140]하고 있다. 대법원은 "법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인의 규정이 유추적용된다."고 판시[141]하였다. 구체적으로 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 청산인에 관한 민법 제82조를 유추적용한 예[142]나, 정관의 규정에 따른 이사의 임면을 규정하고 있는 민법 제40조, 수인의 이사의 사무집행에 관한 제58조 및 총회의 권한을 정관에 의하여 이사 또는 기타 임원에게 위임할 수 있다는 제68조의 유추적용[143], 사원총회에 관한 민법 제73조 제2항 및 제75조 제2항의 유추적용[144], 주택조합과 같은 법인 아닌 사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 민법 제35조 제1항의 유추적용[145]의 판례를 통하여 이를 인정하고 있다.[146]

다. 법인 아닌 사단인 교회의 법률적 성질

이미 전술한 대로 교회가 법인격을 취득하지 않은 경우에 기독교 교리를 신봉하는 다수인이 공동의 종교활동을 목적으로 집합체를 형성하고 규약 기타 규범을 제정하여 의사결정기관과 대표자 등 집행기관을 구성하고 예배를 보는 등 신앙단체로서 활동함과 함께 교회재산의 관리 등 독립된 단체로서 사회경제적 기능을 수행함에 따라 법인 아닌 사단의 일반적인 요건을 갖추었다고 인정되는 경우에는, 그 교회는 법인 아닌 사단으로서 성립·존속하게 된다.[147] 종래 대법원 판례는 특정 교단에 소속된 지교회가

---

140) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 94다18522 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39738 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결; 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결; 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다7408 판결 등 참조.

141) 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다549 판결.

142) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결: "비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이므로 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되며, 이 경우 해산 당시 그 비법인사단의 총회에서 향후 업무를 수행할 자를 선정하였다면 민법 제82조 제1항을 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 비법인사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다."

143) 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39738 판결.

144) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91다46830 판결.

145) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다27088 판결.

146) 홍춘의, "법인 아닌 사단의 법률관계", 「토지법학」 제26권 제2호, 2010, 108면.

독립된 법인 아닌 사단이라고 판시[148]하여 왔다. 이는 위 법리에 기초한 것으로서 앞으로도 교회를 둘러싼 법률관계를 해석하는 기본 원리로서 유지될 것이다.

교회와 같은 신앙에 관한 단체의 재산은 권리능력 없는 사단으로 취급하기보다는 권리능력 없는 재단으로 취급하는 것이 적당하다는 견해[149]도 있으나 교회의 기초는 신앙을 목적으로 한 인적 결합체이므로 신앙을 위하여 제공된 시설물이나 토지, 건물 등 재산을 중심으로 교회의 성격을 규정하는 것은 타당하지 않다. 판례[150] 및 다수설[151]도 교회를 인적 결합체로 파악하고 있다. 종례 대법원 판례는 특정 교단에 소속된 지교회가 독립된 법인 아닌 사단이라고 판시[152]해 왔다. 여기서 사단적 구조라 함은 구성원의 단체의사(총의)에 따른 자율적 운영을 가능케 하는 조직형태로서 이를 위하여 구성원의 의사를 결집하여 단체의사를 도출하기 위한 의사결정기관(총회)이 있어야 하며 또한 업무집행기관과 대표기관이 있어야 한다. 우리나라의 개별교회들은 대체로 구성원의 자율성이 보장되는 사단적 조직형태를 취하고 있으므로 일반적으로 사단체라고 할 수 있다. 그리고 사단체이기는 하지만 실정법에서 정한 법인격의 요건을 취득하지 않은 경우가 대부분이므로 법인격 없는 사단으로 보아야 할 것이다.[153]

교회가 법인 아닌 사단으로 인정된 단체이고, 교회재산이 교인들의 총유[154]이므로

---

147) 대법원 1960. 2. 25. 선고 4291민상457 판결; 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결; 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

148) 대법원 1960. 2. 25. 선고 4291민상467 판결; 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결 등 참조.

149) 최식, "교회가 분열된 경우의 재산귀속",「사법행정」제15권 제3호. 한국사법행정학회, 1974.
68면. 그 밖에도 교회의 법인격 없는 사단적 단체이나 교회재산에는 공익적인 재단의 색채가 가미되어 있다는 주장도 있다(박일환, "교회가 분열된 경우의 재산귀속관계",「대법원 판례해설」제12호, 법원도서관, 1990, 131면).

150) 대법원 1962. 7. 12. 선고 62다133 판결.

151) 이덕승, "총유-교회재산의 소유형태와 그 처분",「민법판례해설(물건법 2권)」, 경세원, 1992, 160면; 이은영, 전게서(「민법총칙」), 250면.

152) 대법원 1960. 2. 25. 선고 4291민상467 판결; 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결 등.

153) 대법원 1957. 12. 13. 선고 4289민상182 판결: "교회라 함은 예수교의 신도들이 연구, 예배, 기타 신교상 공동목적을 달성하기 위하여 각기 자유의사로 구성한 단체로서 법률상 법인이 아니므로 그 구성원을 떠나 독자적인 권리, 의무의 주체가 될 수 없다."

154) 구민법에서는 공유제도에 대해서만 규정하였을 뿐 합유 및 총유에 대하여 규정하지 아니하였기 때문에, 교회가 분열되더라도 교인들의 연보와 헌금 등으로 형성된 교회재산에 대하여 원칙적으로 분열 당시 교인의 합유관계로 파악하여 교회의 재산형성에 기여한 개별 교인의 권리를 중시하는 듯한 경향을 보였다. 대법원은 제정민법 시행(1961. 1. 1.) 후에도 일

교회재산의 관리·처분은 민법의 총유에 관한 규정이 적용된다. 따라서 재산의 관리·처분은 교인들의 의사에 따라 가입한 교단헌법 또는 교인들의 의사에 의하여 제정된 교회의 회칙 내지 정관의 규정에 의하고, 그러한 규정이 없으면 총유재산의 관리·처분에 대한 민법 제276조에 따라 사원총회에 해당하는 공동의회의 결의에 의해야 할 것이다.[155] 판례도 "기독교 단체인 교회에 있어서 교인들의 연보, 헌금 기타 교회의 수입으로 이루어진 재산은 특별한 사정이 없는 한 그 교회 소속 교인들의 총유에 속한다. 따라서 그 재산의 처분은 그 교회의 정관 기타 규약에 의하거나 그것이 없는 경우에는 그 교회 소속 교인들로 구성된 총회의 결의에 따라야 한다."고 하였다.[156]

법인 아닌 사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없고, 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지도 아니하며, 교인들의 총회의 결의가 없었음에도 불구하고 있었던 것처럼

정기간 여러 차례 교회재산을 교인들의 합유라고 판시했다(대법원 1970. 2. 10. 선고 67다2892,2893 판결, 대법원 1970. 2. 24. 선고 68다615 판결; 대법원 1973. 1. 16. 선고 72다2070 판결).

대법원은 초창기에는 한동안 합유라고 판시하다가, 현행민법 시행 후에는 총유라는 개념을 사용하기 시작하였으나 70년대 초까지도 총유와 합유를 혼용하였다. 그러나 용어의 사용에도 불구하고 대법원은 공동소유의 형태에 대하여 총유로 보고 있다. 판례가 합유라는 표현을 쓴 것은 총유와 구별되는 엄밀한 의미에서가 아니라 공유가 아닌 공동소유를 막연하게 총유라고도 부르고 합유라고도 부르던 시대의 용어법을 좇은 것에서 비롯된 것이라고 말하기도 한다(김진현, 전게 학위논문, 132면).

제정민법이 시행되기 전이나 후에도 일정기간 교회재산을 '합유'로 판결하면서도 1960년 민법이 제정된 이후 최초로 교회재산을 총유로 판시하기도 했다(대법원 1960. 7. 14. 선고 4291민상547 판결). 이 판결은 교회재산이 그 소속교단의 유지재단 명의로 등기되었다고 할지라도 그 재산 소유가 아니라 지교회 소속 교인들의 총유라는 취지로서 교회분열과는 무관하였다. 그 이후 판결 역시 교회의 분열을 인정하지 않는 사안에서 종전교회와 동일성을 유지하는 교회(잔존교회) 교인들의 총유라고 보았다. 즉 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결은 교회는 법인 아닌 사단이고 재산은 교인들의 총유라고 판시하면서 나아가 종전교회의 일부가 이탈하더라도 교회재산은 종전교회의 잔류교인들의 총유이며 그 잔류교인들에 의한 원고 교회가 종전교회와의 동일성이 인정된다고 판시하였다. 나아가 교인들의 총의에 따라 교단변경도 인정하였다. 대법원은 1971. 2. 9. 선고 70다2478 판결에서 비로소 단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에는 분열 당시 교회 교도들의 총유에 속하는 것이라고 판시하였으며 그 후에도 합유로 본 판례가 혼재하다가 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다466 판결 및 그 이후에는 총유라는 판시가 확립되었다.

155) 백현기, 전게 학위논문, 130면.

156) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

관계서류를 위조하여 경료한 소유권이전등기는 원인무효이다.[157] 또한 지교회 대표자가 총회결의 없이 지교회 교인들의 총유물인 교회 부지 및 건물을 재단법인 앞으로 증여하여 소유권이전등기를 마친 행위는 공정증서부실기재죄를 구성한다.[158] 이러한 법률관계에 따라 노회가 "지교회에 속한 것을 물론하고 토지 혹 가옥 사건에 대하여 변론이 나면 노회가 처단할 권한이 있다."[159]거나 "부동산은 노회 소유로 한다."[160]라는 규정은 강제성을 띤 법적 효력이 없다. 판례는 지교회 상급기관인 교단헌법은 "지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서만 구속력을 가진다."고 하였다.[161] 또한 "물권인 부동산소유권의 귀속 등 국가의 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 교회헌법의 규정이 적용될 여지가 없다."[162]고 하였다. 지교회의 부동산과 재정 문제는 지교회의 독립성과 종교자유의 본질에 해당되므로 지교회의 상위 치리회인 노회나 총회가 관여할 수 없으며, 총유물권자인 교인들의 권한이다.

관리·처분에 이어 민법 제276조 제2항에서 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."고 하였다. 판례도 "교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익하게 된다."는 취지로 판시[163]하였다. 사용·수익권한은 교인이 종교적인 활동을 위해 교회를 사용할 수 있는 권한을 의미하는데 이 역시 교회정관에 따라 사용해야 한다. 교회가 공적인 예배를 보는 시간과 장소를 어겨 독자적으로, 혹은 독자적인 그룹을 만들어 별도의 장소에서 예배를 보는 행위가 정관을 좇지 않는 행위라면 위법이라 할 수 있다. 교인이 총유물에 대한 사용·수익 권한은 교회정관에 제한을 받는다.

대법원 판례는 교인들에 의한 소속 교단변경의 자유를 인정하면서도 교인의 개념

---

157) 대법원 1986. 6. 10. 선고 86도777 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결: "비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표견대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다."

158) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3198 판결.

159) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제10장 제6조 제8항.

160) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제21장 제2조 제3항.

161) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다3775 전원합의체 판결.

162) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다29446 판결.

163) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

에 관해서는 명확한 입장을 취하고 있지 않다.[164] 대법원은 그냥 교인이라고 했을 때 교회의 교인명부에 등재된 모든 사람을 교인으로 볼 것인지, 아니면 그 중에서 세례교인만을 교인으로 볼 것인지가 논란의 대상이 되었지만, 2006년에 대법원 전원합의체는 사단의 "총 구성원"으로 구성된 "의사결정기구인 총회"를 언급하면서 교회는 "사단법인 정관변경에 준하여", "의결권을 가진 교인"이라고 판시[165]하였다. 그렇다면 의결권을 가진 교인을 확인하기 위해서는 지교회 규약에 준하는 자치규범으로 받아들인 교단의 헌법의 규정과 그 규정에 근거해서 작성된 지교회 정관에 따라야 한다. 이러한 정관에 교회 출석한 모든 사람들이 법적인 권리를 갖고 있는 교인이 아니라 세례교인, 혹은 입교인이 법적 권리를 갖고 있는 의결권을 갖고 있는 교인이라 할 수 있다.

분쟁시 재산귀속에 관한 법적 결정권은 교인총회(공동의회)에 있고, 교인총회에서 교인은 그 회원이다. 회원인 교인들은 누구며, 총 재적회원에 대한 문제는 법적 판단에 중요한 근거가 된다. 정확한 법적 근거를 갖고 있지 않으면 교회 분쟁시에 자파 교인수를 늘리기 위하여 교인을 급조할 우려가 있다. 이를 방지하기 위해서 법적으로 교인의 권리에 효력을 발생케 해 주는 정확한 명부와 그 명부에 대한 교회법의 근거를 갖고 있어야 한다. 민법 제55조 제2항에 의하면 "사단법인은 사원명부를 비치하고 사원의 변경이 있는 때에는 이를 기재해야 한다."고 규정한다. 이같은 규정에 준하여 교회는 교인명부를 정확히 해 두어야 한다.

라. 지교회와 교단과의 법률관계

지교회[166]와 관련하여 대한예수교장로회 헌법(합동)에서는 "예수를 믿는다고 공언

164) 대법원 1978. 10. 10, 선고 78다716 판결에서는 교인을 가리켜 '세례교인'으로 보았으나, 나머지 관련 판례인 대법원 1967. 12. 18, 선고 67다2208 판결; 대법원 1980. 2. 12, 선고 79다1664 판결; 대법원 1981. 9. 22, 선고 81다276 판결; 대법원 1985. 2. 8, 선고 84다카730 판결; 대법원 1991. 5. 28, 선고 90다8558 판결 등에서는 그냥 '교인'이라는 표현을 쓰고 있다.

165) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

166) 장로교회에서는 주로 '지교회'라는 용어를 사용하지만 감리교에서 '개체교회'라고 부른다. 기독교대한감리회의 '교리와 장정', 제3편 조직과 형정법 제2조에 의하면 "의회법에 따라 당회가 구성된 교회를 개체교회라 한다."고 규정하고 있다. 장로교에서는 목사와 교인의 대표인 장로가 당회를 조직하여 지교회를 주관(대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 총론 제5항)하는 정치제도로 이런 교회를 '조직교회'라 한다. 그러나 장로가 없는 목사만의 교회를 '미조직교회'라 칭한다(대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제4장 제4조 제2항). 본 논문 주3) 참조.

하는 자들과 그 자녀들이 일정한 장소에서 그 원대로 합심하여 하나님을 경배하며 성결하게 생활하고, 예수의 나라를 확장하기 위하여 성경에 교훈한 모범대로 연합하여 교회 헌법에 복종하며, 시간을 정하여 공동 예배로 회집하면 이를 지교회라 한다."(정치 제2장 제4조)고 정의하고 있다. 이러한 지교회와 교단과의 법률관계가 제기된다. 통상 교단(敎團)이라고 할 때에는 "개신교에 있어서 신앙의 내용과 형식을 같이 하는 교회들의 단체"를 의미한다.[167] 문자적 의미의 교단은 글자 그대로 "종교단체"의 약자라고 할 수 있으나 불교의 종교단체는 "종단"(宗團)이라고 하기 때문에 "교단"은 개신교의 교파별 단체와 같은 의미로 사용되고 있다.

대법원 판례중에 교단을 설명하는 부분이 나오는데 "교단이란 신앙원칙 내지 신앙고백의 내용인 '교리'와 신앙적 행위양식인 '예배'라는 본질적인 요소를 공통적으로 하고 있는 여러 교회들이 대외적 선교와 대내적 교회행정을 공통으로 행할 목적으로 조직한 상급 종교단체"라고 정의하고 있다.[168] 이러한 교단에 소속된 교회의 사단성이란 "본질적으로 같은 기독교 신앙을 기초로 하는 교인들의 모임인 신앙공동체이고, 신앙공동체인 교회의 본질적이고도 핵심적인 요소는 공동의 신앙원칙 내지 신앙고백의 내용인 '교리'와 공동의 신앙적 행위양식인 '예배'라고 할 것"인데, 이러한 "신앙공동체 가운데 존재하는 사회 단체적 측면의 성격을 법적으로 평가한 데 불과한 것"이다. 한편 교단은, "신앙원칙 내지 신앙고백의 내용인 '교리'와 신앙적 행위양식인 '예배'라는, 본질적이고도 핵심적인 요소를 공통으로 하고 있는 여러 교회들이, 대외적 선교와 대내적 교회행정을 공동으로 행할 목적으로 연합하여 조직한 상급 종교단체라고 할 것"[169] 이라고 교회와 교단을 정의하고 있다. 이처럼 개신교 지교회와 교단의 단체법적 성질이 모두 법인 아닌 사단으로 당사자능력이 있다.[170]

지교회는 종교 자유의 원리에 입각하여 소속 교단을 선택할 자유가 있고 소속된 교단으로부터 절차에 따라 탈퇴할 권한이 있다. 교회를 처음 설립할 때부터 교단에 소속하는 경우가 있고, 교회를 설립한 후에 소속교단에 가입한 교회들도 있다. 교단에 소속하지 않고 독립으로 남아 있는 교회도 있지만 이는 지교회 교인들의 자율적인 결정

167) 황교안,「종교활동과 분쟁의 법률지식」, 정림출판사, 1999, 133면.
168) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결〔별개의견〕, 해산규정준용설의 판시중에서 이와 같이 설명하고 있다.
169) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결 중 대법관 손지열, 대법관 박재윤, 대법관 김용담, 대법관 김지형의 별개의견.
170) 백현기, 전게 학위논문, 52면.

에 따른다. 문제는 특정 교단에 소속된 지교회를 운영하면서 지교회 정관이 소속 교단의 헌법과 충돌할 경우가 발생할 수 있다. 물론 충돌하지 않도록 지교회 정관을 제정하면 되지만 경우에 따라서는 충돌하는 경우들도 발생한다. 예컨대 교단 헌법에는 "목사와 장로의 시무는 만 70세까지로 한다."라는 규정을 두고 있는 교단 소속 지교회가 "목사와 장로는 만 65세까지로 한다."라는 규정이 정관상으로 제정되어 있다면 양자간 충돌이 일어날 수 있다. 지교회 정관을 따라야 하는가, 아니면 교단의 헌법을 따라야 하는가라는 문제가 제기될 수 있으므로 지교회와 교단과의 관계에 대한 정확한 법리관계의 확립이 요구되며, 원칙은 지교회 정관이 우선한다.

이런 문제가 분쟁으로 이어져 소송이라는 방식으로 문제를 해결하려고 할 때에는 법원은 지교회와 교단과의 법률관계의 법리에 따라 판단한다.[171] 지교회와 소속 교단이나 노회와의 관계는 내부관계에 불과하고 대외적으로는 교단과 노회와 상관없이 지교회가 독립적인 법적 주체라 할 수 있다. 즉 교회에서 담임목사 청빙투표로 선출된 목사를 노회가 승인해 주지 않았을 경우 노회를 상대로는 대표권이 인정되지 않을지라도 노회 이외의 제3자에 대해서는 법률적으로 담임목사로서 대표권이 인정된다.

또한 대법원은 2006년 전원합의체 판결[172]을 통하여 교회의 법률적 성질을 설명하면서 "법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 개신교 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 교단의 정체에 따라 차이는 존재하지만 원칙적으로 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급단체에 지나지 않는다."라고 판시하여 교회와 교단과의 법률적 관계를 구체화했다. 이 판례에 의하면 지교회와 소속 교단과는 원칙적으로 종교 내부관계로, 소속 교단은 지교회의 상급단체에 불과하다는 판결이다. 다만, "지교회가 자체적으로 규약을 갖추지 아니한 경우나 규약을 갖춘 경우에도 교단이 정한 헌법을 교회 자신의

171) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결: "원고 교회를 독립된 법인 아닌 사단으로서의 당사자능력을 갖춘 단체로 인정하는 이상 그 교회와 그 소속 노회와의 관계에 있어서는 교회의 당회장 취임에는 노회의 승인을 요하는 것이어서 교회에서 교인들의 총의에 의하여 선임한 당회장도 그 승인이 없는 한 노회에 대하여는 당회장으로서의 권리 의무를 주장할 수는 없다 할지라도 법인 아닌 사단의 성질상 교회가 소속 교인들의 총의에 의하여 그를 대표할 당회장으로 선임한 자는 노회 이외의 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 교회를 대표할 자격이 있다."

172) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있지만, 지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 교단 헌법에 구속된다."라고 판시하였다. 대법원은 "특정교단에 가입한 지교회가 교단이 정한 헌법을 지교회 자신의 자치규범으로 받았다고 인정되는 경우"에는 교단의 헌법[173]이 "지교회 자신의 규약에 해당하는 자치규범으로서의 효력이 있다."고 판시[174]하고 있다. 지교회 자치규범으로 받아들인 교단의 헌법은 곧 지교회 자치규범으로 그 효력이 발생되지만 원칙적으로 교단은 지교회와의 종교 내부관계의 상급단체에 불과하므로 상급단체인 교단이 지교회의 "지교회의 독립성"이나 "종교적 자유의 본질"을 침해하거나 제한할 수 없다는 판결이다.

예컨대 교단 헌법에 "제직회는 교회에서 위임하는 금전을 처리하고 부동산은 노회 소유로 한다."[175]라든가, "어느 지교회에 속한 것을 물론하고 토지 혹 가옥 사건에 대하여 변론이 나면 노회가 처단할 권한이 있다."[176]라고 할지라도 대법원은 "대한예수교장로회의 헌법에는 대한예수교장로회 경북노회 소속의 지교회에 속한 부동산은 노회로 하고 토지나 가옥에 관하여 분쟁이 생기면 노회가 이를 처단할 권한이 있음을 규정하고 있으나, 물권인 부동산소유권의 귀속 중 국가의 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 교회헌법의 규정이 적용될 여지가 없다."[177]고 하였다. 결국 지교회와 교단과의 관계에 관해 교회재산권에 대한 문제는 지교회의 자율적인 독립성을 중요시하지만 지교회의 대표자(담임목사) 청빙이나 권징재판 및 교회 운영에 대해서는 교단이 지교회를 기속하는 것으로 판단하되 경우에 따라서 기속하지 않는 것으로 판단하기도 한다.

---

173) 대법원 1975. 12. 9. 선고 73다1944 판결, "원고 교회는 대한예수교장로회 경북노회이며 소속하고 있는 지교회로서 설사 2개의 파로 분파되어 있다 하더라도 원고 교회의 대표자는 어디까지나 위 경북노휜 원고 교회의 운영방법을 규율하고 있는 종헌(宗憲)인 대한예수교장로회 헌법에 정하는 바에 따라 선임되어야 한다."

174) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

175) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 2000, 정치 제21장 제2조 제3-1항.

176) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제10장 제6조 제8항.

177) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다29446 판결: 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다1330 판결: "대한예수교장로회에 소속된 교회는 설사 한 개의 교회로서 독자적으로 종교활동을 하고 있는 말단 종교단체라고 하여도 그 관리운영에 관한 종헌인 대한예수교장로회의 헌법을 무시하고 그 관리운영을 할 수는 없으므로 그 헌법에 따라 소속교회의 장로를 면직판결하였다면 그 장로는 원고 교회의 대표자로서의 대표 자격이 없다."고 할 것이다.

제4절 소 결

교회에 대하여 신학적 정의와 법적 정의가 있는바, 신학적으로 교회는 '에클레시아'라는 헬라어를 번역한 용어로서 '택함을 받은 자'라는 의미를 가진다. 즉 교회는 하나님으로부터 택함을 받은 성도의 무리를 의미한다. 희랍어에서 이 단어의 어원은 처음에는 교회를 '무리들의 모임'과 '무리들이 모이는 장소, 건물'이라는 용어의 어원으로 혼용되어 사용되다가 신약성경에서 교회를 '에클레시아'로 사용하면서 건물이 아닌 지역적인 집회인 무리들의 모임으로 사용되었다. 교회란 무리들의 모임이지만 무리들이 모이는 장소 혹은 건물 역시 교회의 중요한 부분으로 등장한다. 교회의 신학적 표지로서는 '말씀의 진정한 전파', '성례의 정당한 거행', '권징의 신실한 시행'[178]이다. 법적 정의로서 교회는 "기독교 교도들이 교리의 연구, 예배 기타 선교의 목적으로 구성한 단체"라고 하고 있다. 즉 대법원 판례에 의하면 "교회라 함은 예수교의 신도들이 교리의 연구, 예배 기타 선교상의 공동목적을 달성하기 위하여 각기 자유의사로 구성한 단체"[179]라고 정의한다.

---

178) 칼빈은 성도의 권징의 기관인 "교회"를 성직자와 평신도의 연합모임이어야 한다고 이해했다. 칼빈은 어떤 군주도 교회가 전담하는 일에 군주의 자격으로서는 참석할 수 없다고 보았기에 행정장관의 참석을 극구 반대하게 되었다고 볼 수 있다. 칼빈의 이러한 생각은 몇 차례에 걸쳐 발전되어진 것으로 보여진다. 1536년판 "기독교 강요"에서 칼빈은 출교의 필요성을 강조하고 출교의 권한이 믿는 자들의 모임인 교회에 있음을 분명히 하고 있다. 그는 열쇠의 권세(the power of keys)를 다루면서(마 16:9과 18:17 이하) 치리기관에 대하여 자세히 말하고 있다(이정숙, "제네바 컨시스토리".「칼빈학회」, 2000, 8면). "교회는 출교하는 자를 묶는다. 이것이 그를 영원한 멸망과 좌절로 내던지는 것이 아니다. 그러나 출교가 그의 삶과 도덕성을 정죄하는 것이기 때문에 회개하지 않으면 정죄 당하게 된다는 사실을 경고받는 셈이 된다. 교회는 그를 성찬에 받아들임으로써 풀어줄 수 있다. 왜냐하면 이 풀어줌이 그로 하여금 그리스도 안에 있는 연합을 나누는 자가 되게 하기 때문이다. 그러므로 누구도 교회의 결정(the judgment of the church)을 고집스럽게 경멸할 수 없다. 아니면 신자들의 투표에 의하여(by the vote of believers) 자신이 정죄 당한 것은 중요하지 않다고 생각해서는 안된다. 주께서 증거하시기를 신자들의 이 같은 판단은 그의 선포와 같은데 교회가 땅에서 하는 것은 하늘에서 인정을 받기 때문이다. 왜냐하면 그들은 하나님의 말씀을 가지고 범죄자들을 정죄하는데 하나님의 말씀은 회개하는 자를 은혜로 이끌 수 있기 때문이다. 그들은 잘못하거나 하나님의 심판과 불일치할 수가 없다. 왜냐하면 그들은 불확실하고 지상에 속한 의견이 아니라 하나님의 거룩한 뜻과 하늘의 신탁(oracle)으로만 판단하기 때문이다. 더구나 그(하나님)는 교회를 부르시는데 머리를 밀고, 린넨천의 옷을 입은 소수(주: 로마 가톨릭 성직자들)를 부르신 것이 아니라 그의 이름으로 모이는 믿는 자들의 모임을 부르신다."

179) 대법원 1957. 12. 31. 선고 4289민상182 판결.

교회는 사단적인 구조를 갖고 있으며 구성원의 자율성이 보장되는 사단적 조직형태를 취한바, 크게 세 가지의 유형으로 나누어진다. 감독정체교회는 교단과 개별교회가 엄격한 상하관계로 맺어져 있고 개별교회의 독자성이 아주 약한 반면에 장로정체교회는 교단에 지교회가 소속되어 있지만 지교회의 독자성을 인정하고 있다. 회중정체교회는 개별교회가 교단에 속해 있기는 하지만 개별교회의 독자성을 아주 강하게 인정하고 있다. 감독정체의 교단조직을 구성하여 유지하고 있는 교회는 로마 가톨릭교회, 동방정교회, 프로테스탄트 감독교회, 감리교회, 구세군교회가 있으며, 장로정체의 교회는 장로교회, 개혁교회, 루터교회가 있고, 회중정체는 침례교회가 있다.

교회는 법인 아닌 사단으로 인정되며, 민법 시행 이후에는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용할 것이라고 판례는 판시하고 있다. 법문언상 대체로 '교회'라는 개념에는 지교회만을 의미하고 교단은 교회개념보다는 종교단체라는 더 넓은 개념으로 보고 있다. 법령상 '교회'라고 했을 때와 '종교단체'라고 했을 때 교회는 개별교회(지교회)를 의미하고, 종교단체라고 했을 때에는 지교회의 상급단체인 교단을 의미하는 경우가 있으므로 법령상 열거된 규정을 통해서 확인해야 한다.

헌법 제21조 제1항은 결사에 대한 허가를 금지하고 있으므로 단체의 결성과 관련하여 민법 제32조가 비영리법인의 설립에 관하여 주무관청의 허가를 얻도록 한 '허가주의' 규정이 위헌이 아닌가 하는 문제가 제기되곤 한다. 즉 법인설립의 자유는 결사의 자유의 한 내용을 이루는데, 법인 설립의 자유를 제한하는 허가주의는 정당한 제한사유 없이 국민의 기본권을 침해하는 것으로 헌법에 반한다고 주장이 설득력이 있다. 이러한 문제제기는 현재 민법의 입법개정안에 있어서 "헌법상 보장된 결사의 자유를 실질적으로 보장하고 법인운영의 자유를 증진시키며 법인 아닌 사단·재단에 대한 규율을 명확히 하기 위하여 법인의 설립을 허가주의에서 인가주의로 변경"[180]하는 개정이

180) 민법개정안 제3장 법인 제1절 총칙 제32조(비영리법인의 설립과 인가) ①영리를 목적으로 하지 않는 사단법인을 설립하고자 하는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 주무관청에 인가를 신청하여야 한다. 1. 5인 이상의 사원이 있을 것 2. 제40조에 따라 작성된 정관이 있을 것 3. 다른 법인과 동일한 명이 아닐 것 4.기타 법인 설립에 관련된 규정을 준수하였을 것. 제96조의3(합병·분할의 절차) ①법인이 합병하는 때에는 합병계약서를 작성하여야 하고, 분할하는 때에는 분할계획서를 작성하여야 한다. ②사단법인은 사원총회에서 총사원 4분의 3 이상, 재단법인은 총이사의 4분의 3 이상의 동의로 합병계약서 또는 분할계획서의 승인을 받아야 한다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 따른다. ③법인은 제2항의 승인을 받은 합병계약서 또는 분할계획서를 제출하여 주무관청의 인가를 받

유를 내놓고 있다. 민법 입법예고안대로 법인(사단, 재단법인) 설립이 '허가주의'에서 '인가주의'로 변경될 경우가 되면, 법률이 정한 일정한 요건을 갖추어 신청한 경우에는 반드시 인가를 받을 수 있을 것으로 기대되며 법인과 교회에 새로운 지평이 열릴 것으로 보인다.

사법부는 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것으로 판단하고 있다. 또한 교회의 상급단체는 지교회의 독립성과 종교자유의 원리를 침해하지 않는 범위 내에서 구속되며, 지교회의 독자성과 자율성을 존중되는 방향으로 판결하고 있다. 사법상 단체 내부의 문제는 기본적으로 사법법률로서 기본권이 미치는 영역이 아니며, 다만 이른바 기본권의 간접적 효력에 의하여 단체 내부의 문제라도 공서양속과 같은 일반조항을 통하여 법원이 개입할 수 있는 길을 열어놓고 있다.

아야 한다.

제3장 교회의 권징재판과 결의에 대한 사법심사

제1절 서 설

오늘날 종교단체인 교회 등을 비롯해서 지방자체단체, 대학, 정당, 사회단체 등의 징계 효력과 관련된 단체 내부의 분쟁에 관해 민사소송이 제기되어 사법심사를 받는 일이 빈번해졌다. 본 장에서는 법원의 사법심사와 관련하여 헌법이 보장한 종교의 자유 등 단체의 자치와 자율성과 독자성을 어느 범위까지 인정해야 하는가라는 문제, 즉 단체 내부의 분쟁 중에 어떤 분쟁은 사법심판권의 대상이 되고, 어떤 분쟁은 제외되는지에 관한 문제가 제기된 바 교회내부의 사법권에 해당된 권징재판과 입법권에 해당된 교인총회의 결의와 관련된 사법심사 여부에 관한 논의를 전개하고 있다.

인적 단체는 사원을 구성원으로 하여 조직되며[181] 반드시 정관상 사원들의 권리와 의무에 관한 규정을 두고 있다.[182] 사원들은 단체의 대내외적인 목적활동의 원활한 수행을 위해서 정관상으로 의무규정 준수와 특별한 행위를 금지하는 규정을 두고 이를 위반했을 때 일정하게 제재하는 규정을 두며 단체를 운영하고 있다. 예컨대 변호사협회가 비위가 있는 회원 변호사에 대해서 과태료를 부과하거나, 운동경기단체가 경기규칙을 위반한 팀에 대해서 일정기간 출전을 금하는 조치를 내리거나 혹은 노동조합이 자신이 속한 노조에 대해서 불법행위를 한 노조원을 제명하는 경우 등이 그것이다. 이처럼 "단체가 자신의 구성원인 사원에 대하여 일정한 제재를 가할 수 있는 권한

181) 사원을 구성원으로 조직된 사원총회는 사단법인의 최고의결기관이다. 사원총회는 사단법인에 관한 모든 근본적 의사를 결정하는 기관으로서서 사단법인의 필수기관이다. 그리고 사원총회는 정관의 규정에 의하여 이를 폐지하지 못한다. 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 150-151면; 이은영, 전게서(「민법총칙」), 269면.

182) 통설과 판례에 의하면 정관상 사원들의 의무와 권리에 대한 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보고 있다. "사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것"이 타당하다는 것이 대법원 판결이다(대법원 2000. 11. 24. 선고 99다12437 판결). 사원의 권리와 의무는 정관상 규정에 구속된다.

을 단체의 징계권이다"라고 한다.[183]

종교단체인 교회 역시 자치규범을 통하여 교인으로서의 비위가 있는 사람을 종교적인 방법으로 제재하는 종교단체 내부의 규제인 징계권에 맞서 징계를 당한 당사자가 징계행위의 당부에 대해 사법부에 소를 제기할 경우 헌법이 보장한 종교의 자유영역과 국민의 재판청구권이 충돌될 수 있다. 과연 어떤 경우에는 사법심사의 대상이 되며, 어떠한 경우는 사법심사의 대상에서 제외되는지에 대한 문제가 제기된다.[184] 교회의 징계권을 사법심사의 대상으로 삼을 경우 종교자유의 침해나 지나친 간섭으로 여길 것이며, 사법심사의 대상에서 제외된다고 했을 경우 이는 헌법에서 보장한 국민의 기본권인 재판받을 권리가 침해되지 않는가 하는 문제가 제기될 수 있다.

제2절 종교단체의 권징재판에 대한 사법심사

종교단체 내부의 분쟁으로 사법기관에 소를 제기했을 경우 어떤 경우에는 사법심사의 대상이 되며, 어떤 경우에는 사법심사의 대상이 아닌지, 그 범위와 한계에 관한 대법원의 판단은 교회의 자치규범 제정과 운영에 도움이 될 것으로 보인다.

1. 부분사회의 법리

우리 헌법규정은 "모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."(헌법 제27조 제1항)라고 규정하고 있으며 또한 "사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다."(제101조 제1항)라고 규정하고 있고, "법원은 헌법에

183) 송호영, "소속사원에 대한 단체의 징계권에 관한 연구", 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 1면.

184) 우리 헌법이 서로 상반되는 내용의 규범 내지는 원칙을 내포하고 있는 경우에 두 규범 내지 원칙에 의해서 표현되는 가치 내지 법익을 서로 비교고량해서 보다 큰 가치 내지 법익을 보호하고 있는 헌법규범 내지 원칙에 효력의 우선권을 주어야 한다는 해석지침이다. 우리 헌법재판소는 헌법규정 상호간의 효력상의 차등을 원칙적으로 부인한다. 즉 어느 특정 규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간의 효력상의 차등을 두지 않는다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 결정, 허영, 「한국헌법론」, 72-73면.) 또한 이익의 형량의 원칙이 서로 상반하는 법규범 중에 어느 한 규범을 우선시키는 데 반하여 '조화의 원칙'은 규범이나 헌법적 원칙을 최대한으로 조화시켜 동화적인 효력을 나타낼 수 있도록 해석해야 한다.

특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상 쟁송을 심판한다."(법원조직법 제2조 제1항)라고 규정하고 있음에도 불구하고 사법권은 종교단체 내부의 분쟁에 따른 권징재판 등에 대하여 사법심사 범위 밖에 있다고 해석하여 판시하여 왔다. 이러한 판례는 그 근거를 정확히 밝히지 아니하나 일본의 부분사회의 법리에 따른 것으로 보인다.[185] 부분사회의 법리란 종교단체 등은 일반 시민사회와는 다른 특수한 부분사회를 형성하고 있기 때문에 그 내부의 법률관계에 관한 자치권 내지 자율권이 인정되어야 한다는 이론이다.

부분사회의 법리를 긍정하는 입장은 사법권의 임무는 시민법질서를 유지하고 인권을 보장하는 것에 있으며, 특별한 법률관계에 있어서 순수한 내부적 행위에 개입할 수는 없지만, 내부규율 문제의 범위를 넘어, 시민법질서로 이어지는 경우에는 사법권이 통제할 수 있어야 한다는 이유를 들고 있다.[186] 이를 부정하는 입장은 어떠한 단체적 속성을 가질 때 부분사회라고 할 수 있는 것인지 명확하지 않고, 단체의 자율권을 존중한다는 이유로 법원이 외면한다면 법치주의의 사각지대가 발생할 우려가 있다는 이유로 수용하기 어렵다는 입장이 있다.[187] 부분사회의 법리는 확실하게 확립된 이론적 기초나 헌법적 기초의 제시를 동반하는 것은 아니며, 사법부에 일체의 법률적 쟁송을 받을 권리(헌법 제27조)를 침해할 여지가 있다는 점 등에 비추어 그 개념내용 그대로 적용될 것은 아니며, 공적 단체와 사적 단체의 다양성을 외면한 체 형식적인 면에서 일반적·포괄적인 것으로 파악하여 그 모든 것을 사법심사의 대상에서 제외하려 하는 사고방식 자체가 부당하며, 부분사회의 내부문제에 대해서 사법심사가 미치지 않는 것에 대한 이유가 불문명하며, 부분사회의 법리에 의한 사법심사의 부정은 단체구성원의 권리구제의 길을 막을 가능성을 갖고 있다는 이유 등으로 비판을 받아 왔다.[188]

이러한 부분사회의 이론은 사법권 개입을 거부할 수 있는 근거가 제시되지 못하고 있으며, 이는 재판받을 권리의 침해가 될 수 있다. 부분사회론은 결사의 자유에 근거를 두고 있지만 단체 안에서 개인의 인권침해에 대한 사법적 구제를 억제할 우려가 있다는 주장이 제기되고 있다.[189]

---

185) 이영진, 전게논문, 96면.
186) 천병태, "법치행정 예외로서의 부분사회론: 이른바 특별권력관계해체론", 「고시연구」 제23집 제7호, 고시연구사, 1996, 55면; 대법원 1982. 7. 27. 선고 80누86 판결.
187) 송호영, 전게논문, 24-25면 참조.
188) 이영진, 전게논문, 98-99면.
189) 이영진, "사법권과 종교단체의 내부 분쟁", 「사법논집」 제32-33집, 법원도서관편, 2001,

2. 교회 권징재판의 효력 판단에 적용되는 법리

종교단체, 즉 교회의 권징재판으로 면직을 당한 자가 그 무효를 주장하며 법원에 소를 제기했을 경우 법원의 사법심사 여부에 관하여는 "종교단체의 징계결의는 종교단체 내부의 규제로서 헌법이 보장하고 있는 종교 자유의 영역에 속하는 것이므로 교인 개인의 특정한 권리의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니라면 원칙적으로 법원으로서는 그 효력의 유무를 판단할 수 없다고 할 것이지만, 그 효력의 유무와 관련하여 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁이 존재하고, 또한 그 청구의 당부를 판단하기에 앞서 위 징계의 당부를 판단할 필요가 있는 경우에는 그 판단의 내용이 종교 교리의 해석에 미치지 아니하는 한 법원으로서는 위 징계의 당부를 판단하여야 한다."는 판결[190]과 "처분이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아니라거나 그 종교단체 소정의 징계절차를 전혀 밟지 아니하거나 징계사유가 전혀 존재하지 아니한다는 등 이를 무효라고 볼 특별한 사정이 없는 한 교회 헌법규정에 따라 다툴 수 없는 이른바 확정된 권징재판을 무효라고 단정할 수 없다."는 판결[191] 등이 있다.

또한 "사찰의 주지는 종교상의 지위와 아울러 법인 아닌 사단 또는 단체인 당해 사찰의 대표자로서의 지위를 겸유하면서 사찰 재산의 관리처분권 등을 갖게 되는 것이어서, 그 주지 지위의 확인이나 주지해임무효확인 등을 구하는 것이 구체적인 권리 또는 법률관계와는 무관한 단순한 종교상의 자격에 관한 시비에 불과하다고 볼 수는 없다."고 판시[192]하고 있다. 권징재판의 유무에 대한 사법심사는 현재 구체적인 법적 분쟁이 존재하고 그 당부를 판단하기에 앞서 권징재판 판결의 당부를 판단할 필요가 있

238- 239면 참조.

190) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67658 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결.

191) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67665,67672 판결; 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결; 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41026 판결 등 참조. 목사면직에 관해서 적법한 재판기관인 노회가 재판회로 변경하여 재판하거나 재판국을 조직하여 위탁하여 재판한 경우를 제외한 예컨대 조사처리위원회를 조직하여 이 위원회에 재판권을 부여하여 재판을 했을 경우 이는 적법한 재판기관에 의해서 재판한 것이 아니기 때문에 무효사유가 된다. 뿐만 아니라 국기기관에 소송을 제기했다는 이유로 목사면직을 했을 경우 징계사유가 전혀 존재하지 아니한다는 이유 등으로 무효라는 판결에 있음을 주지해야 한다.

192) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결.

다고 인정될 경우 권징재판의 효력 유무는 사법심사의 대상이 되고 있다. 그러나 권징재판이 교리해석에 미치는 판결일 경우, 혹은 종교 내부의 규제에 위한 징계권이라고 한다면 종교자유의 영역에 해당한 것으로 판단하여 사법심사 배제원칙을 적용한다.

3. 신분지위 등에 관한 권징재판과 판례

가. 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1118 판결

(1) 사실관계

총회 재판국에서 교회 목사의 지교회 위임해제 및 6개월간 목사직 정직에 처하고 장로에 대해서는 면직 및 1년간 수찬정지에 처한 판결을 확정했는데 목사와 장로가 법원에 "총회 재판국 결의 부존재 확인"의 소를 구하면서 "총회 재판국의 판결이 무효임을 확인한다는 판결을 구하는 사건이다. 이 사건은 교회의 재판이 무효확인의 소의 대상이 되는지 여부에 대한 사건이었다.

(2) 판결요지

본 사건은 원심과 1심에서 원고의 신청을 인가하여 원고가 승소했지만 상고심인 대법원에서 원심판결을 파기하고 1심판결을 취소했으며, 원고들의 본건 소를 각하시켜 피고인 대한예수교장로회 총회가 승소한 사건이다. 대법원 재판부는 대한예수교장로회 총회의 재판국이 목사, 장로 등에 대하여 정직, 면직 등에 처하는 결의(재판)는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교인 개인의 특정한 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니므로 그 무효확인을 구하는 것은 법률상의 쟁송사항이 아니라고 판시하였다.

대법원이 설시한 내용은 종교단체인 교회 권징의 목적은 "진리를 보호하며 그리스도의 권병과 존영을 견고하게 하며 악행을 제거하고 교회를 정결하게 하며 덕을 세우고 범죄한 자의 신령적 유익을 도모하는데 있다."고 하면서 "일반적으로 피고와 같은 종교단체가 그 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계 제재하는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교인개인의 특정한 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아님이 명백하다."고 판단했다. 본 건에서 "무효를 구하는 결의(재판) 역시 직접

으로 원고들인 목사의 지교회 위임해제와 정직, 장로의 면직과 수찬정지 등의 권징은 원고들에게 법률상의 권리침해가 있다 할 수 없다."고 보았으며, "이런 결의(재판의 무효확인을 구하는 것)는 소위 법률상의 쟁송사항에 관한 것이라 할 수 없다."며 이 사건 소는 부적법하다고 하여 각하하였다.

(3) 판결의의

교회 내부의 구성원들의 비위에 대한 권징재판은 권징재판으로 목사의 지교회 위임목사직 해제와 정직, 장로의 면직 및 수찬정지는 먼저 사법심사의 대상으로 삼을 수 있는 법률상 권리를 침해하거나 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니라고 본 것이다. 또한 이 사건 총회 재판국의 판결에 대해 무효확인을 구하는 소송은 법률상 쟁송사항이 아니라고 하여 재판 자체가 성립되지 않는다면서 각하 판결을 내렸다. 결국 이 판결의 의의는 본 사건과 같은 사안에 대해 법원이 교회 내부의 권징재판을 사법심사의 대상으로 보지 않았다는 점이다. 이같은 판결에 따르면 목사와 장로는 소속 교단의 치리회로부터 권징재판을 받지 않도록 하든지, 아니면 교단의 권징재판에 순응하여 해벌(解罰)의 절차를 밟는 것이 유익함을 보여준 판결이라 할 수 있다.

나. 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결

(1) 사실관계

이 사건은 지교회가 소속하고 있는 교단이 분열되어 교회분쟁이 발생된 사건이다. 1959년 합동과 통합이 분열되자 이 사건 교회는 합동측 교단 소속 순천노회 소속으로 있었다. 그러나 그 합동측이 1979년에 또 주류와 비주류로 분열되자 당회장인 목사는 자신을 추종하는 430명의 교인 중 131명이 임시제직회를 통하여 대한예수교장로회 합동보수파 순천노회에 이속한다고 결의하였다. 그러자 대한예수교장로회 합동파 순천노회의 전권위원회에서는 합동측 순천노회를 탈퇴하고 합동보수 순천노회에 가입결의한 당회장을 당회장직에서 해임하고 대신 다른 목사를 임시당회장을 임명하였다.

그리고 합동측 순천노회 전권위원회는 재판을 열어 합동측 순천노회를 탈퇴한 목사를 면직하는 권징판결을 하였다. 합동측 순천노회에서 임시당회장으로 파송한 목사는 탈퇴한 교회와 그 장로, 집사 등을 면직하고 그들을 제명·출교하는 권징결의를 하였다. 그러함에도 피신청인들은 위 권징판결(결의 등)의 무효를 주장하면서 신청인

교회소유인 교회당에서 신청인 교회의 목사, 장로, 집사 등으로 행세하여 그 직무를 집행하고 그들에 반대하는 교인들에 대하여는 교회당의 출입을 금지하였다. 그러자 신청인인 합동측 순천노회 소속 임시당회장은 부득이 교회 밖에서 따로 방을 빌려 예배를 보게 되었다.

원심법원[193]은 원래의 이 사건 교회는 피신청인들측 교인 131명이 합동보수파 순천노회에 가입하기로 결의를 했음에도 불구하고 여전히 합동파 순천노회에 속하는 신청인 교회로 남아 있고, 따라서 원래의 교회소유였던 교회당건물은 신청인 교회소유이며, 한편 피신청인들은 합동파 순천노회의 전권위원회 및 신청인 교회의 당회에서 한 권징판결과 권징결의에 의하여 목사, 장로, 집사 등 직분에서 면직되었음을 전제로 하여 신청인 교회의 이 사건 가처분신청을 인용하였다. 이 사건은 첫째, 교회의 소속 교단변경에 관하여 교인들의 의사가 대립되어 교인들 중 일부가 새로운 교단에 가입한 경우의 법률관계였으며, 둘째, 교회가 분열된 경우, 교회재산의 귀속 등의 관계 문제, 셋째, 교회 권징재판의 효력이 미치는 범위 문제였다.

(2) 판결요지

원심법원이 한 교회 안에 두 교회로 분열된 교회 중에 원래 합동측 순천노회에 소속한 교회 교인들에게 종전교회재산귀속을 판결하였다. 합동측 순천노회를 탈퇴하여 합동보수측 순천노회 소속 교인들에게는 재산권이 없다는 판결이었다. 그 이유는 합동측 순천노회 전권위원회로부터 목사, 장로, 집사 등이 면직되었기 때문이라고 보았다. 그러나 대법원은 이 사건 교회가 두 교회로 분열되었다고 판단하면서 분열 전 교회의 재산인 교회당은 특별한 사정이 없는 한 피신청인을 포함한 분열 당시의 교인들의 총유에 속한다고 할 것이라고 하면서 분열된 두 교회 모두에게 재산권이 있음을 판단하였다.[194]

193) 광주고등법원 1984. 5. 18. 선고 83나580 판결.

194) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결은 교회의 분열을 인정했지만 판례를 변경한 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 판결은 아예 분열 자체를 인정하지 않는다. 교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우, 법인 아닌 사단인 교회가 2개로 분열되고 분열되기 전 교회의 재산이 분열된 각 교회의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 형태의 '교회의 분열'을 인정하지 않았으며, 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실한 경우, 종전 교회재산의 귀속관계는 잔존 교인들의 총유에 속한다고 판시하였다. 또한 교회의 소속 교단 탈퇴 내지 소속 교단변경을 위한 결의요건인 의결권을 가진 교인 2/3 이상의

한편 대한예수교장로회 합동파 순천노회의 전권위원회나 그 산하 신청인 교회의 당회가 그 소속이 아닌 대한예수교장로회 합동보수파 순천노회 산하의 피신청인들측 교회의 목사 및 교인들에 대하여 권징판결이나 권징결의를 하였다 하더라도 그들에 대하여 그 효력이 없다고 판시하였다. 교회의 권징재판은 사법심사의 대상 밖에 있고 그 효력과 집행은 교회내부의 자율에 맡겨지는 것이나 이는 어디까지나 그 교회에 소속된 목사나 교인에 대한 관계에서 그러한 것이고 그 소속을 달리하는 목사나 교인에 대하여서까지 그 효력이 미친다고는 할 수 없다. 즉 한 교회가 2개 교회로 분열될 경우 어느 한쪽이 상대방측의 목사, 장로, 집사를 면직하였을 경우 그 면직의 효력은 없다고 보면서 원심법원으로 환송하였다.

(3) 판결의의

이 사건 판결은 노회의 전권위원회는 행정을 위한 특별위원회로서 재판권까지 부여받았다고 할지라도 사법권인 권징재판을 할 수 없음에도 불구하고 권징재판으로 면직판결을 하였는데 법원은 이 문제를 판단하지 않고 이미 한 교회 안에서 두 교회로의 분열을 인정한 상태에서 이미 종전교회에서 탈퇴한 목사와 장로와 집사를 면직하는 것은 권징재판이 소속을 달리하는 목사나 교인에 대하여서까지 그 효력이 미친다고 볼 수 없다고 판결하였다. 이미 탈퇴한 자들은 면직이나 출교처분을 할 수 없다는 취지의 판결로서 의의가 있다. 지교회에서 목사와 교인들이 소속 교단을 탈퇴하여 다른 교단에 가입한 그들을 상대측에서 면직을 할 수 없다는 본 판결은 면직판결은 소속 구성원들을 대상으로 하는 것이지 소속이 다른 목사와 교인들에게 권징의 효력이 없다고 판시함으로써 권징대상을 정확히 했다는 데 본 판결의 의의가 있다 할 것이다.[195]

찬성이 있는 경우, 이같은 결의요건을 갖추어 교회가 소속 교단을 탈퇴하거나 다른 교단으로 변경한 경우, 종전 교회재산의 귀속관계 탈퇴한 교회 소속 교인들의 총유라고 판시하였다.

195) 대법원은 권징재판의 효력이 미치는 범위와 관련하여 교회분열로 그 소속을 달리하는 목사나 교인에 대해서는 권징재판의 효력이 미치지 않는다고 판단하였다. 그러나 이는 교회분열을 인정했던 종전판례(새롭게 변경된 2006년 판결)전에 근거한 사례이지만 새로운 판례(새롭게 변경된 2006년 판결)는 분열을 인정하지 않기 때문에 분열 당시의 권징재판은 교회와 교단을 탈퇴하여 소속을 달리하는 목사나 교인들에 대한 권징재판의 효력이 미친다고는 할 수 없다는 판례이다. 그러나 새로운 판례 이후 교회의 소속 교단 탈퇴 내지 소속 교단 변경을 위한 결의요건인 의결권을 가진 교인 2/3 이상이 찬성하여 기존 교단과 교회를 탈퇴하여 새로운 교단변경에 참여한 자들은 기존 교회와 교단으로부터 권징재판의 대상이 될 수

다. 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47193 판결

(1) 사실관계

본 사건은 "직무집행 금지 등 가처분"에 관한 소송이었다. 법원은 이 사안에서 교회가 분열에까지 이르지 않고 서로 예배를 달리 보는 두 집단으로 나누어 있는 상태에서 원고 교회가 직무집행금지가처분을 신청하여 원고 교회의 대표자의 자격이 문제된 사건으로, 그 전제문제로 피고에 대한 권징재판이 문제된 사례이다. 교회분열 기준에 대한 판례뿐만 아니라 "교회의 권징재판으로 말미암은 목사, 장로의 자격에 관한 시비가 사법심사의 대상이 되는지 여부"에 관한 판결이다. 교회가 분쟁이 발생됐을 경우 목사와 장로가 권징재판으로 시벌(施罰)을 받았을 경우 시벌을 받은 목사와 장로의 직무집행에 관한 사항을 다툼으로 소가 진행됐을 경우 법원은 목사와 장로의 신분에 따른 자격을 사법심사의 대상이 되는지에 대한 여부를 판단하는 사례이다.

(2) 판결요지

앞의 사건인 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결은 한 교회가 분열되어 두 집단으로 예배를 보고 있을 때 한쪽이 상대방측의 목사, 장로, 집사를 면직·출교하였을 때 교인지위가 상실됨으로 재산권이 상실되었다고 판단한 원심법원의 판결을 대법원이 파기환송하였다. 대법원은 두 개 교회로의 분열을 인정하면서 권징재판의 효력과 집행은 교회내부의 자율에 맡겨지는 것이지만 이는 어디까지나 그 교회에 소속된 목사나 교인에 대한 관계에서 그러한 것이고 그 소속을 달리하는 목사나 교인에 대하여서까지 그 효력이 미치지 않는다고 판시하므로 이 경우의 권징재판은 무효라고 판결하는 사례이다. 교회가 서로 예배를 달리 보는 두 집단으로 나뉘어 있지만 교회분열의 인정기준에 비추어 볼 때, 두 개의 교회로 분열되었다고까지 볼 수 없다[196]면서, 법원은 "교회의 권징재판은 종교단체가 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 목사 등 교역자나 교인에게 종교상의 방법에 따라 징계 제재하는 종교단체의 내부적인 제재에 지나지 아니하므로 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지 아니하고 그 효력과 집행은 교회 내부의 자율에 맡겨져 있는 것이므로[197] 그 권징재판

없다고 해석할 수 있는 판결이다.

196) 그러나 이같은 분열 기준에 대한 판결은 교회분열을 인정하지 않는다는 새로운 판례인 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 판결에 따라 변경해야 하는 판례이다.

으로 말미암은 목사, 장로의 자격에 관한 시비는 직접적으로 법원의 심판의 대상이 된다고 할 수 없다."한 판시[198]이다.

(3) 판결의의

권징재판으로 목사와 장로가 권징판결을 받았으므로 그 직무집행을 금지해 달라는 소를 제기하였지만 법원은 권징재판으로 인한 목사와 장로의 자격시비가 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판단함으로써 교회 내부의 권징재판의 효력은 교회내부의 자율에 맡긴다는데 의의가 있다. 본 사건과 같은 판결은 교회내부의 권징재판으로 종국적으로 확정된다는 의의가 있는 판결이라 할 수 있다.

라. 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다32386 판결

(1) 사실관계

기독교성결교회에서 발생한 사건으로 소외1 목사가 교단에서 이단이라고 명시한 소외2 목사를 강사로 초청하여 부흥회를 개최한 것을 문제 삼아 소외1 목사를 이단이라는 이유로 교단에 고발하였고, 총회 및 이단 사이비대책 위원회는 소외1 목사에게 권고 및 불기소 결정을 하였다. 소외1인 담임목사에 대한 고발과 장로 선출을 둘러싼 분쟁과 그에 따른 소송 등으로 원고들과 담임목사 및 피고 소속 교인들 간에 갈등이 심화되자 이 사건 원고들을 교인 제적결의에 이르게 되었다. 그러자 제적처분을 받은 원고들인 장로, 집사, 권사들이 법원에 "제명처분 무효 확인 청구" 소송을 제기한 사건이다.

(2) 판결요지

원심법원은[199] "제적결의를 통하여 종교단체로서 교리를 확립하고 신앙상의 질서

197) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결 참조.

198) 본 사건의 판례에서 법원은 참조조문으로서 교회분열의 기준에 대해서는 민법 제275조 , 제276조를 참조했으며, 권징재판에 대한 사법심사의 대상 여부에 대한 참조조문은 민사소송법 제226조를 참조했다. 또한 교회분열인정기준에 대한 판례참조는 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결, 대법원 1988. 3. 22. 선고 86다카1197 판결, 대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3037 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결이었으며, 교회 권징재판에 대한 사법심사의 대상 여부에 대한 참조판례는 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결이다.

를 유지하는 한편 피고에 대하여 교리를 확립하고 신앙상의 질서를 유지하는 한편 피고에 대하여 해교행위를 하는 교인들을 구성원에서 배제하는 방법으로 조직의 안정과 화합을 도모하려고 하였던 것임이 인정되므로 이 사건 제적결의 및 그 효력 등에 관한 사항은 피고 내부의 자율에 맡겨야 할 것으로서 사법심사의 대상이 되지 아니한다."고 판시하였다. 이에 대법원은 원심법원의 판단은 정당한 것으로 보면서 "이 사건 제적결의 및 그 효력 등에 관한 사항은 사법심사의 대상이 아니다."라고 판시하였다.

대법원은 이 사건 판단에 있어서 "제적결의의 효력 유무가 구체적인 권리의무에 관한 청구의 전제문제로 다투어지는 사안이라고 보기 어렵다."고 판단했다. 구체적인 권리의무에 관한 청구의 전제문제는 교단의 교리문제였기 때문에 이 부분에 대해서는 사법심사의 대상이 아니라고 본 것이다. 원고들은 "이 사건 제적결의로 총유물인 교회건물을 사용·수익하거나 예배에 참석할 수 없게 되었다."고 주장하지만 이같은 주장은 이 사건 제적결의에 전제 문제가 아니라 "제적결의에 따른 후행적인 효과일 뿐 그것이 제적결의의 효력 유무와 별도의 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁이라고 볼 수 없다."고 판단하면서 원고들의 주장을 받아들이지 않았다. 또한 이 사건 제적결의를 무효로 돌릴 정도의 정의관념에 반하거나 중대한 하자가 있다고 볼 수 없다고 판시하여 원고들의 상고를 기각하였다.

(3) 판결의의

종교활동은 헌법상 종교의 자유와 정교분리의 원칙에 의하여 국가의 간섭으로부터 그 자유가 보장된다. 따라서 사법부인 법원도 종교단체 내부관계에 관한 사항에 대해서는 그것이 일반국민으로서의 권리의무와 법률관계를 규율하는 것이 아닌 이상 원칙적으로 그 실체적인 심리판단을 하지 아니함으로써 당해 종교단체의 자유권을 최대한 보장하고 있다고 본 것이다. 그러면서 대법원은 "종교단체가 그 교리를 확립하고 종교단체 및 신앙의 질서를 유지하기 위하여 교인으로서의 비위가 있는 사람을 종교적인 방법으로 제재하는 것은 종교단체 내부의 규제로서 헌법이 보장하는 종교의 자유의 영역에 속한 것임에 비추어 교인의 구체적인 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁에 있어서 그에 관한 청구의 당부를 판단하는 전제로 종교단체의 교인에 대한 징계의 당부를 판단하는 것은 별론으로 하더라도 법원이 그 징계의 효력 그 자체를 사법심사의 대상

199) 서울고등법원 2009. 4. 8. 선고 2008나79380 판결.

으로 삼아 그 효력 유무를 판단할 수는 없다."고 판시[200]함으로써 기존 판례의 입장을 고수하고 있다는데 의의가 있는 판결이다.

4. 면직된 대표자의 당사자 적격에 대한 판례

가. 대법원 1972. 7. 24. 선고 72다1330 판결

(1) 사실관계

원고 교회의 대표자가 누구인지가 문제된 사안에서 대법원은 "대한예수교장로회 경북 노회에 소속된 원고 교회가 설사 한 개의 교회로서 독자적으로 종교활동을 하고 있는 말단 종교단체라 하여도 그 관리운영에 관한 종헌인 대한예수교장로회의 헌법을 무시하고 그 교회를 멋대로 관리 운영할 수는 없다할 것이므로 대한예수교장로회 경북 노회가 위 헌법에 따라 그에 소속된 원고 교회의 장로 A에 대하여 피고 주장과 같이 1965. 5. 4. 그 면직판결을 하고 그 판결이 본인에게 통고되었다고 한다면 그 판결이 당연 무효사유가 있다던가, 또는 번복되었다는 등 어떤 특별한 사정이 없는 한 그 면직판결은 그 효력을 지속하고 그 종교단체의 구성분자는 누구든지 이에 따라야 할 것임에도 불구하고 그 특별사정에 대한 아무런 심리판단도 없이 원심이 소외 1에게 그 대표자격이 있음을 인정한 것은 위법"이라고 판시하여 원심[201]을 파기환송한 사건이다.

(2) 판결요지

본 사건은 종교단체 소송의 전제문제로서 원고 교회의 대표자의 자격과 관련된 권징판결(면직처분)의 효력이 문제된 사안으로 그 면직처분의 당부를 판단하여야 한다면, 당부를 판단하는 경우에도 당연 무효사유가 있다든지 권징판결이 번복되었다는 등 특별한 사정이 없는 한 종교단체 내부의 결정을 존중하여야 하는 것으로 보면서 "대한예수교장로회에 소속된 교회는 그 관리 운영에 관한 종헌인 대한예수교장로회의 헌법에 따라야 하고 그 헌법에 따라 장로를 면직 판결하였다면 그는 대표자격이 없어

200) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다77609 판결 참조.
201) 원심판결은 제1심 대구지방, 제2심 대구지방 1972. 5. 31. 선고 71나74 판결이다.

진다."고 판시하였다.

(3) 판결의의

지교회가 소속교단에 가입하여 소속 교단의 헌법을 자치규범으로 받아들인 경우 교회는 교단의 헌법 규정에 따라 교회를 운영해야 한다는 전제 아래 교단의 헌법에 따라 장로가 면직되었다면 그 면직된 장로는 교회 대표권이 없다는 판단은 첫째, 교단헌법 준수와 둘째, 교단의 헌법에 따라 장로를 시벌했다면 법원은 그 권징재판을 그대로 인정하였으며, 셋째, 그 결과 권징재판을 받은 장로의 대표권 상실이라고 판단했다는 데 판결의 의의가 있다. 교회에서 소속 교단의 헌법에 의해 면직되었으면 장로는 교회에서 시무장로로서 교인의 대표권이 상실된다.[202] 이는 교단내부의 권징기관에서 문제를 풀어야지 국가 사법기관에 소를 제기하여 문제를 해결하려 할 때 결국 뜻을 이루지 못한다는 사실을 보여준 판례이다.

나. 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다276 판결

(1) 사실관계

원심판결에 의하면 원심[203]은, 대한예수교장로회 총회(합동)의 재판국은 피고 1에 대하여 원고 교회의 "목사직 위임해제 및 6개월 간 목사직 정직"에 처하고, 피고 2에 대하여 "장로면직 및 1년 간 수찬정지에 처한다."는 판결(결의)을 하여 위 피고들에게 통지하였다. 이와 같은 장로회 총회 재판국의 판결에 불복한 원고 교회의 신도 약 500명 중의 약 150명의 신도와 피고들은 총회 재판국의 재판은 "장로회 총회의 헌법 규정에 위반되는 무효의 재판이라"고 하여 "그 재판이 시정될 때까지 장로회 총회나 그 산하 대한예수교장로회 서울노회와 모든 관계를 단절하고 독립된 교회가 됨을 선언"하며 "어떠한 교단의 간섭도 받지 아니한다."고 결의한 후 장로회 총회에 위와 같은 결의 내용을 통고하고 일간신문 등을 통하여서도 그와 같은 뜻의 공고하였다.

그러자 계속 피고 1인 원고 교회에서 계속 목사로서의 직무를 집행하자 다시 목사

202) 장로회 정체에서 교회의 대표는 목사이며, 교인의 대표는 장로이다. 교인의 대표는 교인들의 총회인 공동의회에서 선출되지만 교회의 대표는 공동의회에서 선출한 것이 아니라 상급치리회인 노회에서 위임하여 파송한다. 단지 교회 공동의회에서 위임하여 파송해 달라고 청원할 수 있다.

203) 서울고등법원 1980. 12. 15. 선고 80나1251 판결. 이는 서울 충정교회 사건이다.

제명과 목사직 상실 등의 결의를 하고 원고 교회 소속 노회는 소외인을 임시당회장으로 파송하였다. 그러나 피고들은 장로회 총회 재판국의 재판, 위임해제, 제명 등의 결의가 무효라고 주장하면서 승복하지 않고 계속 원고 교회의 종전 교회 건물에서 당회장인 목사, 장로, 집사 등으로서의 직무를 집행했다. 원고 교회의 임시당회장은 직무집행을 방해당하여 부득이 종전교회에서 예배를 드리지 못하고 별도로 임시 교회당을 마련하여 피고 등에게 동조하지 않는 신도들과 함께 예배를 드리게 되었다. 이에 원고 교회가 피고들을 상대로 직무집행방해금지 등을 청구하여, 본안의 전제문제로서 원고 교회가 피고들에게 행한 권징판결의 효력이 문제된 사안이다.

(2) 판결요지

본 사건에 대해 대법원은 "종교단체의 권징결의는 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계 제재하는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하므로, 이는 사법심사의 대상이 되지 아니하고, 그 효력과 집행은 교회 내부의 자율에 맡겨져야 할 것인바, 대한예수교장로회(합동) 총회 재판국의 목사직 정직 등 결의에 불복하고 동 총회로부터의 이탈을 선언하여 독자적인 운영체제를 구축하여 교회의 권위와 질서에서 벗어난 목사에 대한 목사직 상실 및 타 목사 파송결의를 위 장로회 서울노회에서 하였다면 그 결의의 효력은 긍인되어야 한다."고 판시하여, 원고 교회 소속 서울노회가 임시당회장을 파송하는 결의 등을 무효라고 본 원심[204]을 파기환송하였다.

결국 피고 1, 2가 대한예수교장로회 총회를 피고로 하여 제기한 총회 재판국 결의 부존재확인 청구소송은 "총회 재판국의 권징결의는 일반적으로 종교단체가 그 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계 제재하는 종교단체내부의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교인 개인의 특정한 권리의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아님이 명백하여 이러한 결의의 무효확인을 구하는 것은 법률상의 쟁송사항이 될 수 없다"고 하여 소각하를 선고했다. 권징은 "예수그리스도께서 그 교회에 부여한 권(權)을 행사하며 설립한 법도를 시행하는 것으로 교회에서 그 교인과 직원과 각 치리회를 치리하여 권고하는 사건 일체가 포함되어 진리를 보호하며 그리스도의 권병과 존영을 견고하게 하며 악행을 제거하고 교회를 정결하게 하며 덕을 세우고 범죄한 자의 신령적 유익을 도

204) 서울고등법원 1980. 12. 15. 선고 80나1251 판결.

모하는데 그 목적"이 있는 것으로 이는 "사법심사의 대상 밖에 있고 그 효력과 집행은 전혀 교회 내부의 자율에 맡겨져야 할 것"이다.

대법원의 그와 같은 판결이 선고된 후 "총회 재판국 결의에 불복하고 총회로부터의 이탈을 선언하여 독자적인 운영체제를 구축하여 교회의 권위와 질서에서 벗어난 피고 1에게 목사직 상실을 결의하고 그로 인하여 원고 교회에 위임목사가 없게 되었으므로 원고 2의 파송결의를 하기에 이른 사정이 인정되고 위 결의는 노회의 고유의 권한에 속함이 대한예수교장로회 헌법에 명백한 바이니 그 효력이 긍인되어야 할 것"이다. 한편 "원심판결 이유 기재와 같이 원고 교회의 신도 약 500명 중 약 150명과 피고들이 장로회 총회 및 그 산하 서울노회를 이탈하였다가 대한예수교장로회 합동 보수측 총회에 가입하였다면 그 결의에 찬동한 교인 개개인의 탈퇴 또는 타교파 가입으로서는 그 결의의 효력이 있다 할 것"이나 "이 결의에 참석하지 아니한 교인에까지 그 효력이 미친다."고는 할 수 없다. 따라서 "이 결의는 원고 교회의 총의라고도 할 수 없으므로 이 결의에도 불구하고 원고 교회는 여전히 대한예수교장로회 합동측 총회와 그 산하 서울노회에 속하고 있음이 명백하니 그 소속을 달리하는 목사가 그 소속을 달리하는 원고 교회에서 당회장과 목사로서 시무할 수 없음은 당연"하며 "피고 1은 위 서울노회의 결의에 의하여 원고 교회의 당회장인 목사직을 확정적으로 상실하였다고 할 것"이며, "원고 2가 원고 교회의 적법한 대표자로서 파송되었다고 할 것이므로 원심판결에는 이와 같은 점에서 심리를 다하지 아니하여 그 이유에 모순이 있거나 이유를 갖추지 아니하고 종교단체의 결의의 효력과 그에 의한 대표자의 자격에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없다."고 판시하여 원고 교회의 상고 논지는 이유 있어 원심판결을 파기하여 다시 심리하게 하기 위하여 이 사건을 서울고등법원에 환송하는 판결을 내렸다.

(3) 판결의의

이같은 판결 역시 본안의 전제문제로서 종교단체의 결의의 효력이 문제된 사안에서 그 효력의 유·무를 심리 판단할 수 있으되, 이 때에도 종교단체 내부의 결의를 특별한 사정이 없는 한 존중하고 있다는 데 판결의 의의가 있다.

다. 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결

교회권징재판의 효력과 집행에 관한 충정교회 사건 판결이 있는지 3년 후 서울 후암교회 판결에서 대법원의 판결입장이 보충된다.

(1) 사실관계

원고 교회인 후암교회 담임목사인 한○○ 목사는 소속 노회인 수도노회 재판국으로부터 정직 및 면직판결을 받았다. 그러자 원고 교회 소속 노회는 임시당회장을 파송하였다. 원고 교회는 임시당회장을 교회대표로 하여 목사 면직판결을 받아 교회대표권이 상실되었으므로 교회부동산 소유권 이전등기를 말소해 달라는 "원인무효로인한부동산소유권이전등기말소"를 구하는 소송사건이었다.

(2) 판결요지

원심[205]은 목사를 면직한 수도노회 재판국이 재판 절차법을 위반하여 재판하였으므로 노회재판국의 면직판결은 무효라고 판결하였다. 아울러 담임목사를 면직하고 임시당회장을 원고 교회를 대표하여 제기한 이 소송은 부적법하다고 원고 패소판결을 내렸다. 즉 원심 법원은 교회의 권징재판을 사법심사의 대상으로 삼았으며, 무효사유로는 재판의 절차법 위반으로 보았다. 절차법 위반이란 목사소환에 응하지 아니하여 궐석재판을 할 경우에는 치리회가 변호인을 선임해야 한다는 규정과 증거조사를 하지 않았다는 이유였다.

그러나 대법원은 원심법원의 판결을 교회의 권징재판의 법리를 오해한 데서 나온 위법한 조치라고 판단하여 원심판결을 파기하여 환송하였다. 대법원은 본 사건 재판에서 기존 판례를 확인한 점은 "교회의 권징재판이 법률상 쟁송의 대상이 되는지 여부에 관해 소위 권징재판은 원고와 같은 종교단체가 그 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 목사 등 교역자나 교인에게 그 헌법 소정의 범죄(종교상의 비위)가 있는 경우에 종교상의 방법에 따라 징계제재하는 종교단체 내부에서의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교직자나 교인개인의 특정한 권리의무에 관한 법률관계를 규율하는 것이 아님이 명백하므로 그 재판기관에서 한 권징재판 자체는 소위 법률상의 쟁송의 대상이 될 수 없다."고 판시했다는 점이다. 권징재판이 특정한 권리의무에 관한 법률관계를 규율하는 것이 아닌 이상 종교단체의 적법한 재판기관에서 한 권

205) 서울고등법원 1983. 9. 30. 선고 83나583 판결.

징재판은 법률상 쟁송의 대상이 될 수 없다는 부분사회의 법리를 적용하여 사법심사의 대상이 아님을 명백히 하였다.[206]

그러나 기존의 판결에 보충된 것은 권징재판이 사법심사의 대상이 될 경우의 한계를 설정하였는데 "교회대표자의 소송상 대표권을 부인하는 전제로서 다투어지는 권징재판의 유효 여부에 관해 교회 대표자의 지위에 관하여 소송상 그 대표권을 부인하면서 그 전제로 권징재판의 무효를 다투고 있는 경우"는 예외로 하였다. 그러나 이 경우에도 "그 권징재판이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아니라는 등 특별한 사정이 없는 한 교회헌법 규정에 따라 다툴 수 없는 이른바 확정된 권징재판을 무효라고 단정할 수 없다."고 판시하였다.

(3) 판결의의

부분사회 법리는 종교단체의 권징재판은 사법심사의 대상이 아니라는 판례입장으로써 본 사건 판례에서도 유지되었다. 그러나 본 사건 판례에서 교회 담임목사가 면직됨으로써 교회 대표권이 상실되었기에 교회 대표로서 자격이 없다는 전제로 그 담임목사의 자격 유무를 판단하지 않으면 안 되는 경우에는 법원은 불가피하게 그 담임목사에 대한 권징재판의 유·무효를 판단하지 않을 수 없다는 것이다. 그러나 사법부의 기본적인 입장은 헌법에서 보장된 종교의 자유에 포함되는 종교단체의 자율권을 존중하고 보장하고 있으므로 권징재판을 판단할 경우에도 교회의 권징재판이 명백하고도 중대한 하자가 있는 경우라야 무효이고 그렇지 아니한 경우에는 유효라고 판단하고 있다. 따라서 본 판결요지에서처럼 교회의 권징재판이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아닌 경우에는 그 권징재판은 무효라고 할 것이기 때문에 이에 대하여는 사법심사의 대상으로 삼았다는 점이 본 판례의 의의라 할 수 있다. 또한 권징재판 과정에서 변호인을 선임해야 하는 규정이나 증거조사를 해야 한다는 규정을 위반한 행위는 권징재판을 무효로 돌릴 수 있는 하자로 보지 않았다는 것이 특징이라 할 수 있다. 또한 부목사는 위임목사 보좌개념이며, 당회장이 될 수 없다는 교단헌법의 규정을 긍인하면서 노회에서 파송한 임시당회장이 교회를 대표하여 제기한 소송이 적법하다고 판단한 것은 판례의의라 할 수 있다.

206) 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1118 판결 참조.

5. 권징재판의 불법행위와 손해배상의 관계

민법은 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."[207]고 규정하고 있다. 이 규정이 법인 아닌 사단인 교회에서도 적용되는지에 대해 판례를 통해서 살펴보기로 한다.

가. 사실관계[208]

종교단체의 권징재판이 그 단체 내부의 규범에 위배된 경우, 곧바로 국가 법질서를 위반한 것으로서 위법하게 되는지 여부를 청구한 사건으로 교단의 권징절차에 의하지 아니하고 원고 등 장로들에 대한 제명·출교를 결의하였다. 그러자 원고들은 교단 총회에 상소하였으며, 교단총회는 제명·출교 처분이 권징조례에 의해 정당한 재판절차를 거치지 아니한 하자가 있으므로 제명·출교 처분의 무효라는 판결을 선고하였다. 원고들은 피고들이 이러한 불법적인 처분 결과를 교회 벽보에 부착 내지 피켓에 게재함으로써 원고의 명예를 훼손하였으므로 피고들은 원고에게 이로 인한 손해배상금을 지급하고, 원고의 명예회복을 위하여 국민일보와 대구매일일보에 사과문을 3회에 걸쳐 게재하라는 청구취지로 소를 제기한 사건이다.

나. 판결요지

대법원은 먼저 "종교단체의 권징재판은 일반 국민의 권리의무나 법률관계를 규율하는 것이 아니라 종교단체가 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 종교단체의 구성원에 대해 종교상의 방법에 따라 징계·제재하는 종교단체 내부의 제재로서 헌법상 보장되는 종교의 자유의 영역에 속하므로, 법원은 원칙적으로 그 교리와 종교단체 내부규범의 해석을 전제로 한 징계의 효력의 유무나 그 당부를 판단할 수 없다."는 기존의 판례입장을 확인하였다. 그리고 "어떤 종교단체의 권징재판이 그 단체 내부의 규범에 위배하여 이루어져 내부적 규범으로 정한 이의, 상소 등의 절차에 따라 무효라고 판단되었더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 내부규범의 위배가 부

207) 민법 제750조(불법행위의 내용).
208) 대구지방법원 2007. 11. 14 선고 2007가합2569 판결.

당한 행위라고 평가할 수 있을지언정 바로 국가 법질서를 위반한 것으로 위법하다고 할 수는 없다(교회 내부에서만 적용되는 교회법을 위반하였다고 하여 이를 국가의 사법질서를 위반한 것으로 볼 수는 없다)."고 판시하였다.

다. 판결의의

장로회 헌법에 의하면 "교회 각 권징 치리회는 국법상 시벌을 과(科)하는 권한이 없고 오직 도덕과 신령상 사건에 대하여 교인으로 그리스도의 법을 순종하게 하는 것뿐이다."라고 규정하고 있다.[209] 이같은 규정은 교회 문제는 교회 내부적 사건으로 내부에서 그 효력이 발생된다는 점은 분명히 하고 있다. 교회내부의 권징재판의 불법행위가 곧바로 국가 법질서의 위반이 아니라고 한 점이 판결의 의의라 할 수 있다. 이같은 판례는 교회의 권징재판으로 한정하고 있을 뿐 다른 사안에 대해서는 교회내부의 불법행위에 대한 명예훼손죄에 대한 성립여부를 법원이 판단하고 있다.

6. 평가와 검토

우리 판례는 교회의 권징재판과 관련하여 "권징재판이 교회 헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아니라는 등 특별한 사정이 없는 한 확정된 권징재판을 무효라고 단정할 수 없다."고 하여[210] 헌법에 규정된 적법한 재판기관이 권징재판을 하였다면 권징절차에 위배되더라도 법원이 개입할 수 없다고 하고 있다. 그러나 교회의 권징재판기관이 교회 내부의 헌법 및 권징규정의 절차법을 위반하여 부당한 권징재판을 한 경우마저 사법부가 법률적 쟁송이 아니라며 외면하고 있어 문제가 아닐 수 없다. 법원은 교리에 대한 판단의 문제는 교회 자율권을 보장하여 개입하지 않는 것이 바람직하겠으나 교회 헌법의 준수 여부 및 절차에 따른 권징재판절차가 제대로 이루어졌는지에 대하여 개입하는 것이 마땅하다고 본다.[211] 즉 열거된 규정을 위반한 권징재판을 불법행위 차원에서 판단하여 사법심사를 해야 한다고 본다.

---

209) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치 제8장 제4조(
치리회의 권한).
210) 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다276 판결; 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결.
211) 오시영, 전게논문("민사소송절차와 교회 내부 징계절차 및 행정쟁송절차의 비교 검토"), 497면.

종교단체인 교회의 권징재판을 사법심사의 대상에서 제외하여 종교단체의 내부적 자율권을 인정하는 판례의 태도는 최대한 종교의 자유를 보장하기 위한 것으로 이러한 판례 취지는 종교단체 구성원의 법적 지위 전반에 대하여 확대 적용될 필요가 있다고 볼 수 있다. 그러나 종교의 자유에 의한 교회 내부사항이라고 하더라도 그 사항에 교회, 교인 등의 직접적인 법률 또는 권리관계에 영향을 주는 별개 사항과 중대한 관련이 있다거나 그 결의가 일반실체법체계나 소송법체계와 모순, 저촉이 된다거나 당해 교회재판에 실체적, 절차적으로 중대하고 명백한 하자가 있는 경우에는 예외적으로 교회의 자유 보장이라는 측면과 이해관계에 있는 당사자간의 법률상 이익의 균형조화의 범위에서 사법심사가 가능하다고 볼 여지가 있다고 생각한다.[212)]

일반 시민사회와는 다른 특수한 부분사회를 형성하고 있는 종교단체인 교회 내부의 분쟁에 대해서 원칙적으로 사법부가 사법심사를 배제하는 것이 타당하다고 생각한다. 부분사회로 평가되는 종교단체인 교회는 사법심사가 부정되는 헌법상의 근거로서는 헌법 제20조가 규정한 종교의 자유에서 찾을 수 있다. 종교단체 내부분쟁에 법원의 개입을 허용할지 여부는 일본의 판례가 시사하듯이 그 처분이 시민법적인 질서에 직접적으로 관련되어 있는지 여부에 의하여야 할 것으로 생각한다. 종교단체 내부의 징계에 해당하는 권징재판은 헌법상 종교의 자유와 결사의 자유의 영역에 속하는 것으로써 자치적인 자율권의 행사를 보장해야 하기 때문에 원칙적으로 사법심사의 대상으로 보기 어렵다 할 것이다. 그러나 종교내부의 분쟁의 원인이 불법행위와 종교내부의 절차법 위반에 있다면 이런 행위들 역시 타인에 대한 종교의 자유를 침해한 것으로 간주하여 법원은 종교의 자유의 기본권 보호를 위해서 사법심사의 대상이 될 수 있다고 본다.

제3절 종교단체의 결의에 대한 사법심사

교회는 '의회'와 치리회로 구분한다. 의회는 교회의 최고의결기관인 공동의회와 재정 집행을 취급하는 제직회가 있으며, 치리회인 당회가 있다. 당회가 사법치리회로 모일 경우에는 재판규정을 따라야 하며, 사법치리회가 아닌 일반 행정치리회로 소집되

212) 김성만, "교회의 권징재판과 사법적 심사", 「판례월보」 제175호, 판례월보사, 1985. 157면; 이영진, 전게논문("종교단체의 권징결의와 사법심사의 한계"), 108면.

었을 경우에는 재판규정에 따른 것이 아니라 일반 회의규정에 따라야 한다. 교회 내 모든 기관의 결의는 반드시 절차법에 따라야 한다.[213] 절차법을 위반한 경우 결의에 대한 효력 문제가 제기되면서 이를 불복하여 법원에 소송으로 그 결의의 무효의 소를 제기하게 되며, 이때 사법심사의 범위와 한계 문제가 제기된다. 교회 내 각종 결의의 정당성 여부에 대한 사법부의 사법심사 범위와 한계에 대한 논의를 본 절에서 살펴본다.

1. 학 설

사법상의 단체 가운데 주식회사의 경우 상법은 주주총회 결의의 무효와 취소를 구분하고 있다. 그리하여 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 할 때에는 결의무효확인을 구할 수 있고(상법 제380조 참조), 결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다고 규정한다(상법 제379조 참조). 그러나 그 외의 다른 단체에 관하여는 이와 같은 규정이 없기 때문에 다른 단체의 사원총회의 결의는 그 내용상 법령에 위반한 것인지, 아니면 그 절차상 위법이 있는지를 불문하고 모두 무효로 된다고 해석할 수밖에 없다.

판례도 "법인 아닌 사단의 총회에 절차상 하자가 있으면 원칙적으로 총회결의무효 사유가 된다고 할 것이고 따로 총회결의취소의 소를 인정할 근거가 없다."고 한다.[214] 그렇게 되면 사원총회의 결의가 무효로 되는 범위가 너무 넓어지게 되기 때문이다.[215] 이에 학설상으로 이를 제한하려는 견해가 주장되고 있다. 즉 결의의 절차상의

213) 교회 내 각종 기관에서 회의가 성립하기 위한 최소한의 출석회원 수와 의결이 성립하기 위한 최소한의 찬성의원 수를 규정하고 있고 전자를 의사정족수, 후자를 의결정족수라고 하는데 이를 정족수의 원리라고 말한다. 회의 중 회원의 퇴장으로 이 의사정족수에 미치지 못했을 때에 정관상으로 특별한 규정이 없다면 회의를 중지하거나 산회를 선포해야 한다. 의결정족수는 일반정족수와 특별정족수로 나누는바, 특별한 규정이 없다면 재적회원 과반수의 출석과 출석회원 과반수의 찬성으로 의결한다. 특별정족수는 신중을 요한다고 판단되는 의안처리에 대해서는 의결정족수를 한층 높이고 있는데 이를 특별정족수라고 하며, 예컨대 정관개정안의 의결이나 재산관리, 처분, 직원선출 등이다. 안건을 의결하려고 할 때에는 안건을 성립시키는 과정으로써 동의와 재청이 있어야 한다. 특별히 공동의회는 반드시 1주일 전에 회의 목적을 공지해야 하며 공지한 안건만 처리해야 한다.

214) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다50799 판결.

215) 윤진수, "2006년도 주요 민법관련 판례 회고",「법학」 제48권 제1호, 서울대학교법학연

하자가 비교적 경미하고 또한 명백하지 않든가, 시간이 지나감에 따라 그 판단이 어려운 경우에는 구체적인 경우에 따라 무효가 아니라고 풀이하는 것이 옳다는 주장[216]이 있다. 그러나 절차상 하자의 문제는 성문규정 위반 여부를 기준으로 판단해야 할 것이다.

2. 공동의회 결의의 효력 등에 대한 판례

이제 종교단체 내부의 권징재판에 관한 사항이 아니라 종교단체 내부 총회의 결의에 대한 사법심사에 관해서 살펴보기로 한다.

가. 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결

본 사건에서는 피고 교회의 시무장로였던 원고들이 피고 교회의 공동의회에서 시무투표를 통해 불신임을 받아 시무장로직을 상실한 후, 피고 교회의 공동의회 소집절차에 당회의 사전 결의를 거치지 아니한 하자가 있음을 주장하며 공동의회 결의 무효확인의 소를 제기하였다.

(1) 사실관계

피고 교회는 대한예수교장로회 총회에 소속되어 있는 교회로서 소속 총회가 분열되는 양상을 보이자 당회를 열어 당분간 분열된 총회 중 어느 곳에도 가입하지 않고 관망하기로 결의하였다. 원고들은 피고 교회의 시무장로들이며 피고 교회 당회장은 정년을 앞두고 있고 시무장로들과 목사 은퇴문제와 교회운영을 둘러싼 알력과 반목이 계속되었다. 이때 14명의 안수집사와 서리집사들이 주축이 되어 세례교인 약 1,500명

구소, 378면.

216) 윤진수, 상게논문, 378면, 주18); 박이규, “권한 없는 자가 소집한 총회의 효력”,「민사판례연구, XXⅦ」, 2005, 25면 참조). 대법원의 판례도 공동의회결의무효확인 소송에서 “우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절차상 하자가 있는 것으로는 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우라야 한다.”(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결).

중 951명의 서명을 받아 시무장로들에 대한 시무투표를 위해 공동의회 소집을 당회에 청원했다. 제직회도 목사와 장로의 신임투표를 위한 공동의회 소집 청원을 당회에 제출했다. 피고 교회 당회는 목사와 장로에 대한 신임투표를 위한 공동의회를 소집하기로 하고 교회 주보에 광고하였다. 이후 피고 교회의 당회는 신임투표를 위한 공동의회 소집 결의를 부결시켰다. 원고들의 반대로 목사 및 장로들에 대한 신임투표를 실시하지 못하게 되자, 피고 교회의 제직회는 "피고 교회의 목사, 장로 신임투표를 위한 공동의회 소집건을 당시 당회장 소외 1에게 위임한다."는 결의를 하였고, 소외 1은 당회의 결의 없이 공동의회 소집을 공고했고, 958명의 교인이 참석한 공동의회에서 원고들은 모두 과반수의 투표를 얻지 못함으로써 불신임당하여 당회의 회원이 될 수 없는 무임장로가 되었다.

소외 1은 정년으로 더 이상 피고 교회에서 시무할 수 없게 되자 교회헌법에 따라 위임목사 청빙을 위한 당회를 개최하기로 하고 17명의 장로 중 공동의회 결의에 따라 불신임당한 원고들 및 같은 무렵 정년이 되어 퇴임한 소외 2를 제외한 나머지 장로들 7인만이 참석한 당회에서 목사 소외 3을 피고 교회의 위임목사로 청빙하기로 하고 공동의회 소집일정을 결의하여 교회 주보를 통하여 공고하였다. 새로운 위임목사 청빙을 위한 공동의회는 993명의 세례교인 중에 3분의 2 이상인 695명이 찬성하여 피고 교회의 새 위임목사로 소외 3을 청빙할 것을 결의하였다. 새로 청빙받은 소외 3은 피고 교회의 위임목사로 시무를 시작한 후에 원고들을 제외하고 개최된 당회에서 신임장로 선출결의를 하고 공동의회 소집을 결의하여 공고하였다. 이후 공동의회에서 소외 4 등 15인을 피고 교회의 장로로 선임하기로 결의하였다. 이에 원고들은 공동의회 결의 무효확인의 소송을 제기한 사건이다.

(2) 판결요지

대법원은 "교회의 목사와 장로에 대한 신임투표를 위한 공동의회의 소집절차에 당회의 사전 결의를 거치지 아니한 하자가 있으나 그 하자가 정의관념에 비추어 도저히 수긍할 수 없을 정도의 중대한 하자가 아니라는 이유로, 공동의회에서의 시무장로에 대한 불신임결의가 당연 무효라고 볼 수 없다."고 판시하였다. 또한 후임 목사의 청빙을 위하여 당회 및 공동의회를 소집하고 주재하는 일이 민법 제691조에 따라 당회장의 직무를 계속 수행하고 있는 은퇴목사의 직무범위에 속한다고 보았다. 이같은 판결

요지에 적용된 법리는 "교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계·제재하는 종교단체 내부의 규제(권징재판)가 아닌 한 종교단체 내에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미치는 단체법상의 행위라 하여 반드시 사법심사의 대상에서 제외하거나 소의 이익을 부정할 것은 아니다."라고 보았으며, 또한 "우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절차상 하자가 있는 것으로는 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우라야 한다."고 판시하였다.

원심[217]은, "이 사건 소가 피고 교회 내부의 분쟁과 관련된 것이기는 하나 그 분쟁의 내용이 피고 교회 내부의 교리를 확립하고 신앙의 질서를 유지하기 위한 것이라기보다는 결의를 둘러싼 일반 시민단체에 있어서의 분쟁과 다를 바 없으므로 이는 사법심사의 대상이 된다."고 하였다. 사법심사대상이 되는 이유로서 "불신임결의는 원고들의 교회 내에서의 법적 지위[218]에 상당한 영향을 미치는 것이어서 그 결의의 무효의 확인을 구할 법률상 이익"이 있다고 하였다.[219] 원심은 이 사건 소에 대해 사법심사의 대상이 될 뿐만 아니라 공동의회 결의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다는 전제 아래 피고 교회가 소속된 대한예수교장로회 총회 헌법에 교회의 공동의회는 "당회의 결의에 의하여 당회장이 소집하도록 규정"되어 있는 점과 70세 정년[220]이 지난 담임목사가 "시무장로들에 대한 신임을 묻는 공동의회를 개최하는 것은 당회장의 일상적인

217) 광주고등법원 2003. 10. 24. 선고 2003나4692 판결.

218) 원고들인 시무장로는 피고 교회의 항존직원으로서 전체 교인의 대표자이고, 목사와 함께 치리회의 일원으로서 치리를 하며, 또한 교인의 입회와 퇴회를 결정하고 장로와 집사를 임직하며 교회의 각 기관을 감독하고 교인을 권징할 수 있는 당회의 일원이다.

219) 피고 교회측에서는 "공동의회 결의의 실질은 피고 교회 내부의 교리를 확립하고 신앙상의 질서를 유지하기 위한 교회 내부의 권징재판으로서의 성질을 갖고 있으므로 그 절차에 중대한 하자가 없는 한, 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지 아니하고, 또한 그것이 원고들의 사법상 특정한 권리의무에 관계되는 법률 관계를 규율하는 것이라고 볼 수 없어 그 확인을 구할 이익도 없으므로, 위 공동의회 결의의 무효 확인을 구하는 원고들의 이 사건 소는 각하되어야 한다."고 주장했으나 원심 법원은 이같은 주장을 배척하였다.

220) 피고 교회의 담임목사는 1931. 12. 15.생으로 2001. 12. 15. 이미 피고 교회 목사의 시무연한인 70세에 도달하여 그 직무가 종결되었음에도 불구하고 원고들의 신임투표를 묻는 2001. 12. 30.에 공동의회를 소집하여 집행하였다.

업무행위에 포함된다고 볼 수 없다."고 볼 때 원고들의 신임투표를 묻는 "공동의회는 소집권한 없는 자에 의해 소집된 것이다."라고 판단하면서 원고들의 신임을 묻는 공동의회 결의는 "당회의 결의 없이 소집한 공동의회"로서 그 소집절차에 중대하고도 명백한 흠이 있어 무효라고 판단"하여 공동의회 결의 무효를 확인하였지만 대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 광주고등법원에 환송하여 원고들이 패소하여 공동의회에서 불신임 결의로 시무장로직이 박탈되었다.

(3) 판결의의

본 사안은 원고들이 피고 교회의 시무장로 등으로 있다가 피고 교회의 공동의회에서 불신임결의를 받고 그 효력 여부 자체를 다툰 사안인데, 대법원이 전제문제가 아닌 교회에서의 불신임결의 그 자체의 효력에 관하여 본안판단을 한 사례로 그 의미가 매우 크다고 할 것이다. 대법원은 위 공동의회에서의 불신임결의가 권징재판과 같이 당사자의 교회 내에서의 지위에 영향을 주는 점에서는 차이가 없으나, 권징재판은 그러한 처분의 원인 내지 이유를 신앙·교리에서 찾는 반면 공동의회에서 이루어진 신임투표는 반대로 그 효과면에서 교회의 신앙적 정체성에 영향을 미치는 것으로 차이가 있다고 보면서, 이 사안에서의 신임투표가 신앙이나 교리와 직접 연관되어 있지 않다고 보고 본안판단을 하였다는데 판결의 의의가 있다.

대법원은 "피고 교회의 공동의회는 적법한 소집권자인 당회장 소외 1이 소집한 것으로서, 비록 그 소집 전에 거쳐야 할 당회의 결의를 거치지 아니한 하자는 있으나, 그러한 하자가 정의 관념에 비추어 도저히 수긍할 수 없을 정도로 중대하다고 보기 어려우므로, 위 공동의회에서 이루어진 원고들에 대한 불신임결의를 당연 무효로 볼 수 없다."고 하였다. 또한 "당회에서의 결의"나 그에 따라 이루어진 "공동의회 결의 또한 원고들에게 위 당회 소집 통지를 하지 아니한 채 개최되었다는 이유만으로 당연히 무효가 되는 것은 아니다."라고 판단하면서 원심의 판결을 파기하였다. 담임목사가 만 70세[221] 정년으로 임기가 끝난 상태에서 당회를 소집하고 공동의회를 소집하여 후임

221) 민법 제158조(연령의 기산점)에 의하면 "연령계산에는 출생일을 산입한다."라고 규정한다. 연령의 기산점과 기간의 기산점은 다르다. 민법 제157조(기간의 기산점)는 "기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다."라고 규정한다. 예를 들어 기간에 대한 기산점에 관해 본 교단 정치 제10장 제9조에 노회 회집은 "회집날짜를 개회 10일 선기하여 통지한다."고 했을 때 노회가 3월 15일이라면 그 전일인 14일을 초일로 하여

담임목사를 청빙하는 결의를 했다면 그 결의의 효력 유무에 대한 사안에 대해 "후임 목사의 청빙을 위하여 당회 및 공동의회를 소집하고 주재하는 일이 민법 제691조[222]에 따라 당회장의 직무를 계속 수행하고 있는 은퇴목사의 직무범위에 속한다."고 한 사례에 관한 판시이다.

대법원은 "공동의회를 소집할 당시 소외 1이 이미 당회장으로서 임기가 지난 상태였음은 물론이나, 위임목사는 당회장이자 교회의 대표자인 점, 피고 교회의 경우 소속 교단의 분열로 임시 당회장을 파송할 노회를 특정조차 할 수 없었음은 물론 당회원들 간의 분열과 반목으로 대리 당회장을 선정하는 것도 사실상 불가능한 형편이었던 점"을 인정하였다. 소외 1은 "민법 제691조에 따라 후임 당회장이 정해질 때까지 당회장으로서의 사무를 계속 처리할 수 있다 할 것"으로 판단했으며, "은퇴목사가 자신의 후임자를 청빙하기 위한 당회 및 공동의회를 소집하고 주재하는 일은 특히 은퇴목사로 하여금 수행케 함이 부적당한 임무라고 볼 수 없고, 오히려 대한예수교장로회 헌법에 노회가 파송한 임시 당회장은 그 교회에 시무할 목사를 청빙하는 일에 최선을 다해야 한다고 규정되어 있는 점에 비추어, 민법 제691조에 따라 당회장의 직무를 계속 수행하는 은퇴목사의 경우에도 후임 목사의 청빙은 그 직무의 범위에 속한다."고 보았다.

따라서 정년으로 임기가 지난 담임목사가 공동의회를 소집하여 결의한 "공동의회 결의가 모두 당연 무효라는 그릇된 전제하에 공동의회 결의 또한 당연 무효"라고 보았으니, 이러한 원심의 조치에는 "채증법칙 위배로 피고 교회 당회장의 정년 등에 관한 사실을 오인하고, 소집절차상의 하자와 공동의회 결의의 효력에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법"이라고 하여 공동의회 결의를 무효라고 하는 원심을 파기한 사안이다.

역으로 계산하여 5일이 10일에 말일이 되고, 그 전날 영(0)시에 기간이 만료한다. 따라서 늦어도 4일 중에 소집통지서가 발송되어야 한다. 연령계산에 있어서는 출생일을 산입한다. 여기 "산입"이란 "셈하여 넣는다."는 의미이다. 출생한 날을 1세에 셈하여 넣어서 그 만료점인 다음 생일 전날 오후 12시(子正)까지 만1세이다. 1942년 6월 15일 생이면 만 70세까지란 2012년 6월 15일의 앞 날(2012년 6월 14일) 오후(子正) 12시가 "만 70세"에 해당된다. 예를 들어 목사와 장로의 시무는 '만 70세까지'라는 규정 역시 '만 70세'로 해석하여 적용한다. 즉 '만 70세'나 '만 70세 까지'나 같은 '만 70세'로 적용한다. 결국 "만 70세까지"란 "생년월일상 생일을 기산일로 하여 만 70세가 되는 생일 전날 오후 12시(子正)까지"이다. 만 70세가 되는 생일날은 만 71세 시작이라고 할 수 있다(민법 제158조). 민법이 출생일을 1세의 시작으로 계산하여 다음 생일 전날 오후 12시(子正)까지를 "만1세까지"라고 계산하는 원칙이다.

222) 민법 제691조(위임종료시의 긴급처리).

나. 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다82612,82629 판결

공동의회의 소집에 대한 절차상 하자를 치유하기 위하여 다시 공동의회를 소집하여 이전 공동의회 결의를 추인하는 결의에 대한 공동의회 결의 무효확인에 대한 소로서 추인결의에 대한 법률관계에 대한 사안으로서 전주서문교회에 관한 문제였다.

(1) 사실관계

피고 교회는 종래 개혁측 교단 전북노회에 소속되어 있었는데 위 교단이 노량진총회, 성내동총회, 홍은동총회로 분열되자 피고 교회 당회의 결의로 분열된 총회 중 어느 곳에도 가입하지 않고 관망하다가 2003. 2. 9.자 공동의회에서 합동측 교단 서북노회에 가입하기로 결의하였다. 교단을 변경하는 결의였으므로 교단변경에 필요한 총세례교인 3분의 2 이상의 찬성을 얻지 못했다. 그러자 2003. 2. 9.자 교단변경에 대한 정족수미달로 절차상 하자가 있는 결의를 2008. 7. 27.자 공동의회에서 종전공동의회 결의에 대해 추인결의를 하였다.

(2) 판결요지

첫 번째로, 교단변경 결의에 대한 공동의회의 절차적 하자와 이를 추인하는 공동의회 결의가 무효라는 판례이다.

ⓐ 원심법원 판결요지

이 사건의 원심법원[223]은 무효행위를 추인한 때에는 달리 소급효를 인정하는 법률규정이 없는 한 추인결의에 의하여 2003. 2. 9.자 공동의회 결의가 처음부터 유효한 것이 되는 것이 아니며, “2003. 2. 9.자 교단변경을 위한 공동의회는 의결정족수 미달로 무효”라고 하였다. 또한 “2003. 2. 9.자 교단변경을 위한 공동의회 결의는 2008. 7. 27.자 공동의회의 추인결의에도 불구하고 여전히 무효”라고 판시하였다.

ⓑ 대법원 판결요지

223) 광주고등법원 2008. 10. 8. 선고 2008나1872 판결.

이러한 원심판결에 대해 대법원은 원심판결에 불복하여 상고한 피고 교회의 상고를 기각시킨 사안이다. “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의는 무효라는 원심법원인 광주고등법원의 판단은 정당”하며, “원심인 광주고등법원이 추인의 소급효에 관한 법리 오해, 교단변경 결의의 의결정족수에 관한 심리미진 및 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”며, 피고 교회의 상고를 기각했다.

두 번째로, 담임목사를 청빙하는 결의에 대한 공동의회의 절차적 하자와 이를 추인하는 공동의회 결의가 무효라는 판례이다.

ⓐ 원심법원 판결요지

원심법원[224]은 “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의 및 2004. 11. 7.에 한 A 목사를 피고 교회의 위임목사로 청빙하는 결의는 모두 무효”라고 판시하였다.

ⓑ 대법원 판결요지

상고심인 대법원[225]은 “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의 및 2004. 11. 7.에 한 A 목사를 피고 교회의 위임목사로 청빙하는 결의는 모두 무효라는 원심판결은 정당하다.”고 판단하였다. 원심인 “광주고등법원이 추인의 소급효에 관한 법리 오해, 교단변경 결의의 의결정족수에 관한 심리미진 및 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 하여 원심판결에 불복하여 상고한 피고 교회의 상고를 기각하였다.

세 번째로, 장로선출 결의에 대한 공동의회의 절차적 하자와 이를 추인하는 공동의회 결의가 무효라는 판례이다.

ⓐ 원심법원 판결요지

224) 광주고등법원 2008. 10. 8. 선고 2008나2738 판결.
225) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다82629 판결.

원심법원[226]은 “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의 및 2003. 2. 23.에 한 원심 판시 별지 선출장로표 기재 사람들을 피고 교회의 장로로 선임하는 결의는 무효”라고 판시하였다. 원심은 “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의 및 2003. 2. 23.에 한 원심 판시 별지 선출장로표 기재 사람들을 피고 교회의 장로로 선임하는 결의는 무효”라고 판시하였다.

ⓑ 대법원 판결요지

이에 대해 상고심인 대법원[227]은 “2003. 2. 9.에 한 피고 교회가 대한예수교장로회 총회(합동) 교단에 가입하기로 한 결의 및 2003. 2. 23.에 한 원심 판시 별지 선출장로표 기재 사람들을 피고 교회의 장로로 선임하는 결의는 무효라는 원심판결은 정당”하며 “원심인 광주고등법원이 추인의 소급효에 관한 법리 오해, 교단변경 결의의 의결정족수에 관한 심리미진 및 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하면서 피고 교회의 상고를 기각하였다.

(3) 추인결의에 적용된 법리

대법원은 결론적으로 추인결의에 대한 법률관계에 대해 “무효행위를 추인한 때에는 달리 소급효를 인정하는 법률규정이 없는 한 새로운 법률행위를 한 것으로 보아야 할 것이고, 이는 무효인 결의를 사후에 적법하게 추인하는 경우에도 마찬가지라 할 것”이라고 하면서 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다53419 판결[228]을 인용하였다.

---

226) 광주고등법원 2008. 10. 8. 선고 2008나1889 판결.

227) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다82612 판결.

228) 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다53419 판결(결의무효확인): “피고 어촌계는 첫 번째로 개최한 임시총회에서 손실보상금을 계원들에게 분배하기로 결의하였다. 두 번째 임시총회를 소집하여 첫 번째 임시총회에서 한 결의를 추인하는 결의를 하였다. 그러나 첫 번째 임시총회를 개최함에 있어서는 원고들이 계원이 아니라는 이유로 원고들에게 총회 소집사항을 통지하지 아니하였고, 위 두 번째 임시총회에서 원고들에게 계원이 아닌 참고인자격으로 참석할 것을 통지한 후 참석한 원고들에게 계원이 아니라는 이유로 의결권을 주지 않는 것이 문제가 되어 세 번째 임시총회를 피고 어촌계가 다시 적법한 소집절차를 거쳐서 소집하여 원고들이 모두 참석하여 발언, 표결권도 행사한 세 번째 임시총회에서 위 첫 번째, 두 번째 임시총회의 각 결의를 추인하는 결의를 하였다. 이같은 사안에 대해 원심 법원(광주고등법원 1994. 10. 5. 선고 94나995 판결의 임시총회 결의무효확인 소송에서 “위 각 임시총회는 그 소집 또는 결의절차가 부적법하므로 특별한 사정이 없는 한 그 총회에서 한 결의 역시 무효”

(4) 판결의의

전 공동의회에서 절차법을 위반한 흠결을 치유하기 위하여 후에 공동의회를 소집하여 추인결의를 했다 하더라도 후에 공동의회 추인 결의로 전 공동의회 흠결을 치유할 수 없다는 판결이다. 불법공동의회 결의 후 다시 공동의회 결의로 전 공동의회의 결의를 합법할 수 없다는 것이다. 이는 불법결의는 여전히 불법결의인 것이지, 불법결의 후에 합법적인 결의로 추인해 준다 하더라도 이는 불법이라는데 판결의 의의가 있다고 볼 수 있다.

다. 서울고등법원 2009. 10. 29.자 2009라579 결정

(1) 사실관계

총신대학교의 설립·운영 주체인 학교법인 대한예수교장로회 총회신학원을 두고 있는 기독교종단으로, 원고는 이 사건 법인의 이사였다. 총신대학교를 직영신학교로 운영하고 있는 소속 교단이 "대한예수교장로회 총회(합동)가 이 사건 법인 이사회 회의록을 변조하여 총신대학교 정관을 개정하고 학교법인을 종교사학에서 일반사학으로 변경시켰다는 이유로 종교단체인 총회가 이 사건 법인의 재단이사회 임원과 개방이사진을 해임하기로 하는 결의를 하였다. 이에 원고인 신청인들은 총회를 상대로 학교법인 대한예수교장로회 총회신학원 재단이사회 임원과 개방이사를 해임하기로 한 총회결의의 효력 정지를 구하는 총회결의 효력정지가처분의 소를 제기하였다.[229]

(2) 판결요지

법원은 "이 사건 법인 이사의 임기 전 해임은 이사회의 전속결의사항이라 할 것이

라고 판시하면서 "그러나 피고 어촌계가 다시 적법한 소집절차를 거쳐서 소집하였고, 원고들이 모두 참석하여 발언, 표결권도 행사"한 세 번째 임시총회에서 위 첫 번째 및 두 번째 임시총회의 각 결의를 "추인하는 결의를 하였기 때문에 그 추인결의"로 위 "첫 번째 임시총회와 두 번째 임시총회의 소집 또는 결의절차상의 하자는 모두 치유되어 적법하게 되었다."고 판시한 원심과 1심에 대해 상고심인 대법원이 원심과 1심을 파기한 사례이다.

대법원은 "무효행위를 추인한 때에는 달리 소급효를 인정하는 법률규정이 없는 한 새로운 법률행위를 한 것으로 보아야 할 것이고, 이는 무효인 결의를 사후에 적법하게 추인하는 경우에도 마찬가지라 할 것"이라고 판시하였다. 원심이 세 번째 임시총회에서 "종전의 결의를 추인하는 결의를 하였다 하여 종전 결의의 하자가 소급하여 치유되어 그 결의가 유효하게 되었다고 한 것은 무효행위의 추인에 관한 법리오해의 위법이 있다."고 판시한 사건이다.

229) 서울중앙지방법원 2009. 1. 28자 2008카합4721 결정.

니 애초 피신청인의 총회가 그 권한사항이 아닌 안건을 처리한 이 사건 결의는 우선 이 점에서 그 효력을 인정할 수 없는 것이고, 그럼에도 피신청인측에서 이 사건 결의를 근거로 신청인을 이 사건 법인 이사 지위를 박탈하려는 시도를 하고 있는 이상, 위 신청인들로서는 그 법률상 지위 또는 권리에 위와 같이 현존하는 불안·위협을 제거하기 위하여 피신청인을 상대로 하여 가처분으로 시급히 이 사건 결의의 효력정지를 구할 피보전권리 및 보전의 필요성이 인정된다."고 판단하면서, "비록 총신대학교가 총회의 산하기관이라 하더라도 총신대학교의 운영주체로서 이 사건 법인이 갖는 독자성을 감안할 때, 총회가 이 사건 법인 이사의 해임을 이사회의 전속결의사항으로 정한 이 사건 법인 정관의 명문규정을 벗어나 총회에서 이를 의결할 수 있다는 취지로 해석될 수는 없다"고 판단하면서 신청인의 총회결의 효력정지를 인가하였다.[230]

이에 피고인 총회는 항고하게 되었고 항고심[231]인 서울고등법원은 항고를 기각하였다. 기각 사유로는 1심판결과 같이 "종교교육 및 종교지도자 양성은 헌법에 규정된 종교의 자유의 한 내용으로서 보장되지만 그것이 학교라는 교육기관의 형태를 취할 때에는 교육기관 등을 정비하여 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 교육제도 등에 관한 법률주의에 관한 헌법의 규정 및 이에 기한 교육법상의 각 규정들에 의한 규제를 받게 되므로 사립학교법에 따른 규제를 받는다."고 판단하였다. 또한 "사립학교법 제20조 제1항은 "임원은 정관이 정하는 바에 의하여 이사회에서 선임한다."고 규정하고 있고, 학교법인의 정관 제20조 제2항은 "임기 전의 이사회 임원의 해임은 이사회의 의결을 거쳐야 한다."고 규정하고 있는 것으로 보아 "이사의 해임은 사립학교법과 학교법인의 정관에 따라 이사회의 의결사항이라 할 것이고 총회는 이사의 해임을 결의할 권한이 없다."고 하였다. 따라서, "총회가 학교법인의 이사들에 대한 해임건의를 학교법인에 하여 그 이사회에서 정관규정에 따른 적법한 절차에 따라 해임하는 것은 몰라도 총회에서 학교법인의 재단이사 및 개방이사 전원을 해임하기로 하는 결의는 무효라 할 것이다."고 판단하였다.

법원은 학교법인의 정관 제1조에 총회의 지도를 받는다고 되어 있고 학교법인의 이사회가 총회의 지도를 받는 것은 당연하나 사립학교법이나 학교법인의 정관에 별도의 규정이 없는 이상 총회가 지도의 범위를 넘어 직접 학교법인의 이사를 해임할 수

230) 서울중앙지방법원 2009. 1. 28. 자 2008카합4721 결정.
231) 서울고등법원 2009. 10. 29.자 2009라579 결정〔가처분이의 항고심〕.

있는 권한을 가진다고 볼 수는 없다고 판단하면서 총회의 항고를 기각하였다.[232] 본 사건에 대한 본안 소송에서 법원은 가처분의 인가결정과 항고심의 결정의 취지대로 피고가 학교법인 대한예수교장로회 총회신학원 재단이사회 임원과 개방이사를 해임하기로 한 총회결의는 무효임을 확인한다고 판결하였다.[233]

(3) 판결의의

법인 아닌 사단인 총교단체(총회)가 학교법인을 구성하여 교단의 목회자 양성을 위한 직영신학교로 운영한다면 학교운영 방침과 학교법인은 사립학교법과 이사회의 정관에 의해서 운영되는 것이지 종교단체인 총회가 직접적으로 관리·운영하는 것이 아니다. 그러므로 종교단체인 총회가 이사 해임권을 갖고 있는 이사회로 하여금 법령에 따라 이사를 해임하라고 지시할 수는 있어도 직접 해임결의를 할 수는 없다. 이는 법인 아닌 사단인 교회가 교회 내 복지나 특정 사업을 위해 법인을 구성하였을 경우, 이 법인은 법인 아닌 사단이 관리·운영하는 것이 아니라 법인의 정관에 따라 관리·운영된다는 취지의 판결이라 할 수 있다.

라. 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1124 판결

"세계기독교통일신령협회(이른바 통일교)가 기독교의 종교단체인지 여부에 관하여 사회적으로 논란이 있다 하더라도 위 협회가 종교단체인지 여부는 원고의 권리의무 등 법률관계와는 아무런 관련이 없는 사실문제로서 그 확인을 청구하는 것은 즉시 확정의 이익이 있다 할 수 없어 부적법하다."는 이유로 소 각하 판결을 한 원심[234]에 대

232) 서울고등법원 2009. 10. 29. 자 2009라579 결정.

233) 서울중앙지방법원 2009. 10. 23. 선고 2008가합132048 판결: 종교교육 및 종교지도자 양성은 헌법에 규정된 종교의 자유의 한 내용으로서 보장되지만 그것이 학교라는 교육기관의 형태를 취할 때에는 교육기관 등을 정비하여 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 교육제도 등에 관한 법률주의에 관한 헌법의 규정 및 이에 기한 교육법상의 각 규정들에 의한 규제를 받게 되므로 사립학교법에 따른 규제를 받는다 할 것이다. 그런데 사립학교법 제20조 제1항은 "임원은 정관이 정하는 바에 의하여 이사회에서 선임한다고 규정하고 있고, 학교법인의 정관 제20조 제2항에서 임기 전의 이사회 임원의 해임은 이사회의 의결을 거쳐야 한다고 규정된 점은 앞서 본 바와 같으므로 이사의 해임은 사립학교법과 학교법인의 정관에 따라 이사회의 의결사항이라 할 것이고 총회는 이사의 해임을 결의할 권한이 없다할 것이어서 피고가 학교법인의 이사들에 대한 해임건의를 학교법인에 하여 그 이사회에서 정관규정에 따른 적법한 절차에 따라 해임시키는 것은 몰라도 채무자가 총회에서 학교법인의 재단이사 및 개방이사 전원을 해임하기로 하는 결의는 무효라 할 수밖에 없다.

한 상고심인 대법원에서 기각된 사안이다.

(1) 사실관계

특정 종교단체가 다른 종교단체인 '세계기독교통일신령협회(이른바 통일교)'의 교의의 해석에 관하여 이른바 이단으로 평가되는 종교단체가 기독교 종교단체인지 여부의 확인을 청구한 사건이다.[235]

(2) 판결요지

본 사건은 "사회단체 등록취소 절차이행"에 관한 소송으로써 "통일교가 기독교의 종교단체인가 여부에 대한 확인의 이익"이 있는지 여부에 대한 판단으로서 대법원은 "세계기독교통일신령협회(소위 통일교)나 그 유지재단이 기독교의 종교단체인지 여부는 원고의 권리·의무 등 법률관계와는 아무런 관련이 없는 사실문제이므로 그 확인을 구하는 부분은 즉시확정의 이익이 없다."고 판시하였다. 대법원의 판단은 세계기독교 통일신령협회(소위 통일교)가 기독교의 종교단체인지 여부에 관하여 사회적으로 논란이 있는 점을 알 수 있으나, 위 협회나 피고 유지재단이 종교단체인지 여부는 원고의 권리·의무 등 법률관계와는 아무런 관련이 없는 사실문제일 뿐 아니라, 피고 등이 기독교와 가톨릭교회 교리를 모욕하고 교조 예수 그리스도와 성모 마리아를 능멸한 여부도 한낱 과거의 사실관계에 지나지 아니함이 분명하므로 원심판결이 같은 취지로 원고의 본건 청구 중 확인을 구하는 부분을 즉시 확정의 이익이 없다고 부적법시하여 소를 각하한 조치는 정당하다고 판단하였다.

명예훼손[236] 부분에서 "피고들이 원고의 명예를 훼손하였다고 볼 자료를 찾아볼

234) 서울고등법원 1979. 5. 11. 선고 78나2630 판결.

235) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1124 판결

236) 2005년 5월 11일 총신대학교 신학대학원 채플예배시에 박 모 교수가 모 교회 목사에 대해 "이단 중에 이단"이며, "그는 피가름을 실천에 옮겨야 된다."고 가르치며, 그것도 "비밀리에 가르치고 있다."고 설교하자 관계당사자로부터 허위사실을 적시하여 명예를 훼손했다면 소송을 제기했으나 대법원에서는 명예훼손이 성립되지 않는다고 판결한바 있다(대법원 2008. 10. 9. 선고 2007도1220 판결). 또한 2005년에 총신대학교 교수들을 상대로 모교회의 목사에 대한 조사연구보고서 내용에 대한 명예훼손으로 인한 손해배상 소송에서 인용된 판결 내용에는 "표현 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부"에 대한 판단기준이 제시되고 있다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다84236 판결). "언론·출판을 통해 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 때에는 진실한 사실이라는 증

수 없을 뿐 아니라, 가사 피고들이 기독교나 가톨릭교회 및 예수 그리스도와 성모 마리아를 모욕 또는 능멸하였다 하여 그것이 곧 기독교도인 원고의 명예를 훼손한 것이라고도 볼 수 없다."고 판단하면서 "사죄광고 게재 청구 부분을 배척한 원심의 조치"는 정당하고 위법이 없다고 판단하여 원고의 상고를 기각하였다.

제4절 소 결

민사소송은 권리의무에 관한 법적 해결을 전제로 개시된다고 할 것이므로, 정당에서의 정치문제, 종교단체에서의 신앙에 관한 문제에 개입하여 이를 법적으로 처리하는 것은 매우 부적절하나, 다만 정당 또는 종교단체의 내부사항이라도 임금체불, 명예훼손으로 인한 불법행위 등 특정한 권리의무에 관한 사항은 당연히 민사소송의 대상이 된다는 견해가 있다.[237] 또한 교회내부의 분쟁에 관하여, 교회의 고유한 내부사항, 국가법과 저촉하는 교회의 내부 및 공동사항, 법률상 쟁송의 선결문제로서 교회의 본질적인 고유한 내부사항에 대한 판단이 요청될 때 등으로 나누어 설명하는 견해[238]가 있다. 보편적으로 우리의 학설과 판례는 국민의 재판청구권 등 헌법규정에도 불구하고 통치행위론이나 특별신분관계론, 자유재량론 등을 들어 사법권의 한계를 설정하여 오고 있다. 종합하여 정리하면 다음과 같다.

첫째, 종교적인 교리에 관한 분쟁이다. 종교의 자유는 헌법상 보장되는 고도의 정신적 자유이므로 종교상 교의의 해석이나 특정종교의 교리의 진위, 신앙의 내용에 직접 관련되는 분쟁에 있어서는 사법심사는 미치지 않는다고 할 것이다. 예컨대 이단으로 평가되는 종교단체가 기독교 종교단체인지 여부의 확인을 구하는 소[239]에서 이를 확인하는 원고의 권리의무 등 법률관계와는 아무런 관련이 없는 사실문제로서 그 확

명이 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그 표현 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 적시 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다."

237) 강현중,「민사소송법」, 박영사, 2004, 367면.

238) 황우여, "국가의 법과 교회의 재판,「사법논집」제13집, 법원행정처, 1982, 19면.

239) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1124 판결.

인을 구하는 청구는 즉시 확정의 이익이 없다고 판시함으로써 소의 이익을 통해서 사법심사를 하지 않는 것으로 종교적인 교리 등에 관하여 법원이 직접 판단하는 것이 허용되지 않는다는 점이다. 이는 종교의 자유를 침해할 소지가 있으며, 법률상의 쟁송도 아니라고 본다.

둘째, 교인으로서 비위가 있는 자를 종교적인 방법으로 제재하는 종교단체 내부의 규제는 헌법이 보장하고 있는 종교자유의 영역에 속할 뿐 더러 교인 개개인의 특정한 권리 의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니므로 법원으로서는 권징결의의 효력의 유무를 판단할 수 없다.[240] 예컨대 "대한예수교장로회 총회의 재판국이 목사, 장로 등에 대하여 정직, 면직 등에 처하는 결의(재판)는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교인 개인의 특정한 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니므로 그 무효확인을 구하는 것은 법률상의 쟁송사항에 관한 것이라 할 수 없다."고 판시[241]하고 있다.

셋째, 종교단체 내에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미치는 단체법상의 행위라 하여 반드시 사법심사의 대상에서 제외하거나 소의 이익을 부정하지는 않는다. 종교단체의 권징결의의 효력 유무가 구체적인 권리의무와 법률관계에 관한 청구의 전제문제로 다투어지는 사안에 대해서는 법원이 종교단체 내부의 권징결의라 할지라도 권징결의의 당부에 대해서 법원이 사법심사의 대상으로 본다. 즉 종교상의 지위가 오히려 세속적인 법률상 권리, 의무를 침해할 우려가 있는 경우에는 사법적 구제를 부정해서는 안된다. 또한 우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절차상 하자가 있는 것으로는 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우라야 한다는 단서를 달았다.

넷째, 사법심사의 대상이 되는 분쟁의 내용이 종교단체의 교리를 둘러싸고 내부대립이 발생한 것인지, 또 법원의 심판의 범위를 절차적 사항에 한정하여도 분쟁해결에

240) 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1118 판결, 대법원 1983. 10. 11. 선고 83다233 판결, 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결 등 참조.

241) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다32386 판결.

유익한가에 대한 고찰도 필요하다. 즉 재판권의 한계를 확정하는 데는 일반적인 시민법 질서와 밀접한 관계를 가지는지 여부가 기본이 되고, 이것은 그 자체로 다소 불안정하지만 원고가 받는 생활, 재산상 불이익의 크기에 의하는 바, 따라서 단체의 목적, 성격, 기능 등에 의해 사법심사가 마치는 범위는 각각 다를 수 있다는 점에 주의할 필요가 있다고 한다.[242] 판례 역시 종교단체의 징계(권징)재판에 관하여 법원의 사법심사의 대상 밖에 있다는 취지로 판시한 예가 많다. 그런데 사법심사가 배제되는 근거 내지 이유에 대하여 자세한 설명 없이 소의 이익이 없다거나 사법심사의 대상이 되지 않는다고만 하고 있다. 그 이유는 아마도 전술한 대로 일본의 판례에서 보이는, 이른바 "부분사회의 법리"에 근거하여 법원조직법(제2조)상의 '법률상의 쟁송'에 해당하지 않는 것으로 보는 전제에서 출발하고 있는 것으로 보이지만[243] 수용하기 어렵다고 주장하는 견해도 있다.[244] 프로테스탄트 교회관은 교회의 유형함을 시인하는 동시에 이것의 조직을 또한 시인한다. 그러나 그 조직은 결코 교회의 본질이 아니라 부수적 산물이라는 것을 강조한다.[245] 교회를 두 부분으로 구분하는 근거가 '무형'과 '유형'으로 볼 때 '무형'은 비가시적(非可視的)인 형태의 교회로서 신(神)만이 아는 교회라 할 수 있다면 '유형'은 가시적 형태의 교회로서 지상의 보편교회를 의미한다.[246] 지상에 존재하는 유형교회구성원들 중심의 단체는 운영을 위해 조직이 필요하다. 여기에는 대표의 방법・총회의 운영·재산의 관리 기타 사단으로서의 주요한 점이 정관에 의하여 확정되어 있어야 하는 등의 사단적 조직이여야 한다. 사단으로서의 표지는 지속성 있는 목적과 독립된 사회적 단위로서 독자적인 사회활동을 하는 존재여야 한다. 또한 사회

---

242) 고규정, 전게논문, 608-609면.

243) 이영진, 전게논문("종교단체의 권징결의와 사법심사의 한계"), 102면.

244) 부분사회론에 관하여 송호영 교수는 다음과 이유로 반대견해를 주장한다. (1) 부분사회라는 것은 도대체 어떠한 것인지 분명하지 않으며, 어떠한 단체적 속성을 가질 때 '부분사회'라고 할 수 있는 것인지 명확하지 않으며, 부분사회인지 여부에 대한 기준이 모호하다. (2) 단체의 자율권을 존중한다는 이유로 법원이 외면한다면 법치주의의 사각지대가 발생할 우려가 있다는 이유로 부분사회론은 일반적으로 수용하기는 어려운 법리라고 주장한다(송호영, "소속사원에 대한 단체 징계권에 관한 연구",「재산법연구」제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 24-25면.

245) 박형룡, 전게서, 36면.

246) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제2장 제2조, 교회에 두 가지 구별이 있으니 유형(有形)한 교회와 무형(無形)한 교회라. 무형한 교회의 교인은 하나님만 아시고 유형한 교회는 온 세계에 흩어져 있는 교회니 그 교인은 그리스도인이라 칭하고 성부 성자 성령 삼위일체 되신 하나님을 공경하는 자이다.

적 조직, 즉 대내외적으로 의사결정기관(총회)과 업무집행기관을 대표할 대표기관을 갖고 있어야 하며, 사회적 조직을 포함하는 단체의 기본구조가 정관에 의하여 확정되어 있어야 한다. 이런 의미에서 교회는 사단적 구조를 취하고 있다고 볼 수 있으므로 교회정체마다 약간씩 다르기는 하나 재단보다 사단에 가깝다고 볼 수 있으나 로마 가톨릭교회는 비사단적 조직의 형태가 아닌 재단적 형태의 조직체로 인정되고 있다.

우리나라의 교회는 일본의 종교법인법과 같은 특별법이 없기 때문에 법인격을 취득하려면 민법상 비영리법인으로 설립등기를 해야 한다. 교회가 구태여 비영리법인으로 설립허가를 받아야 하는 절박한 필요성이 없을 뿐만 아니라 설립허가를 받는 복잡한 절차는 물론 법인격을 취득할 때 일반법의 규제와 규율을 받기 때문에 그러한 간섭을 피하기 위하여 의도적으로 법인격을 취득하지 않는 측면이 강한다. 법인격을 취득하지 않은 많은 단체를 법인 아닌 사단이라 하며 교회도 여기에 속한다. 따라서 교회의 분쟁시 사법부로부터 사법심사의 대상 여부는 교회는 종교단체이기 때문에 사법부는 종교내부의 문제를 전혀 개입할 수 없다가 아니라 교회가 어떤 단체법적 성질을 갖고 있느냐에 따라 사법심사의 대상 여부가 결정된다. 교회의 정체에 따라 약간씩 다르기는 하나 사단적 구조를 갖고 있는 교회와 국가와의 관계는 서로 다른 목적을 갖고 있는 신적 기관으로 본다. 국가는 사회를 그 바탕으로 해서 사회구성원 각 개인의 능력과 개성이 최대한으로 발휘할 수 있는 정의로운 사회질서와 사회평화의 확립·보장을 위해서 존재한다. 국가가 사회의 조직된 결정 내지 활동단위라고 이해되는 이유도 그 때문이다. 국가는 사회의 자율기능을 유지하기 위하여 필요한 법질서를 마련하는 기능을 갖고 있다. 종교는 인간의 형이상학적인 신앙을 그 내용으로 하여 상념의 세계에만 존재하는 초인적인 절대자에 대한 귀의(歸依) 또는 신과 내세(피안)에 대하여 '내적인 확신'의 집합체이다.[247] 교회구성원들과 직원들은 개인적으로 국가의 구성원이며, 국가의 법에 복종해야 함은 물론 국가의 선량한 시민이어야 한다. 또한 국가의 구성원들이 그리스도인이라면 동시에 교회의 법에도 복종해야 한다. 교회와 국가는 배타적 관계가 아니라 상호보완적 관계이다.

247) 허영, 전게서, 3, 5, 417면.

제4장 교회분쟁시 재산귀속에 대한 사법심사

제1절 서 설

교회는 기독교 신앙을 위해 구성된 인적 단체로서 신앙유지와 활동을 위해 교회재산을 필요로 한다. 교회재산에 관한 법적인 규율은 교회법이나 국가법에서도 함께 규율하는 법영역이다. 즉 교회재산의 관리 문제는 교회법의 관할영역임과 동시에 국가법의 규율대상이기도 하면서 국가법에 의한 규율을 받지 아니할 수 없게 되었다. 그러나 정교분리 원칙에 의하여 국가법이 교회재산의 관리에 너무 깊이 규율하게 되면 간접적으로 신앙의 자유를 침해하게 되고 정교분리 원칙에 반하는 결과를 초래할 수도 있다.

우리나라는 교회재산관리에 관해 법원(法源)은 주로 판례법으로 구성되어 있으며, 사법부 역시 정교분리의 원칙을 존중하여 가능한 한 교회재산의 관리를 둘러싼 분쟁에 개입하는 것을 자제하는 사법 소극주의적 자세를 견지하고 있다. 그러나 현실적으로 교회재산을 둘러싼 분쟁이 적지 않게 발생하고 있다. 국가법이 교회의 재산관리법에 관여할 수 없을 정도로 투명하게 관리되고 있거나 이를 원인으로 하여 국가법에 소를 제기하는 일이 없다면 별문제가 없겠지만 이러한 기대와는 다르게 교회재산관리와 회계 원리에 맞게 투명하게 관리할 수 있는 능력의 부족과 투명화를 위한 의지와 지식과 노력이 충분치 못한 문제점을 갖고 있다. 이로 인해 교회내부의 재산관리 분쟁을 사법부에서 국가법의 원리를 따라 해결해 줄 것을 호소하는 사례가 빈번하게 일어나고 있다. 이런 경우 사법부가 이를 심사할 때 어떤 원칙과 원리를 적용하여 심사하고 있는지, 법원판례와 종교내부의 주장들을 본 장에서 살펴보기로 한다.

제2절 교회재산의 일반론

교회의 다양한 분쟁중 교회재산과 관련한 분쟁이 주류를 이루고 있다. 교회재산은

교인들의 헌금으로 이루어진 것으로 지분권 없는 공동재산으로 사용·수익권은 개인에게, 관리·처분은 사원총회라는 총유개념으로 설명한다. 오늘날 교회분쟁은 이러한 교회재산(재정) 문제가 주류를 이루고 있다. 본 절에서는 교회재산의 개념정의에서부터 교회재산의 형성과정과 권리관계, 재산의 공시, 재산에 대한 지교회와 유지재단의 관계, 취득과 처분, 교회재산의 소유형태에 관해서 살펴본다.

1. 교회재산의 정의

기독교에서 헌금은 예배의 한 부분으로 규정하고 있다.[248] 예배는 "하나님 곧 성부, 성자, 성령께"만 드려야 하며, "천사들이나 성도들이나, 다른 어떤 피조물에게 예배해서는 안 된다."라고 말한다.[249] 그렇다면 예배의 한 부분으로 드려진 헌금이 교회재산으로 형성되었다면 교인들은 교회재산이 신앙의 관점에서 나의 소유가 아닌 하나님의 소유라는 인식을 가져야 한다. 주 예수 그리스도의 명하신 대로 복음을 천하 만민에게 전파하기 위해 교회의 각 신도는 주께로부터 받은 재물을 정책대로 헌금하는 일을 배양하여, 하나님 앞에 드려진 교회재산이라면 그 재산은 하나님의 소유라는 인식 아래 교회재산의 관리를 투명하게 하는 것은 교회가 하나님의 뜻을 이 땅에서 실천하는 하나의 길이며, 교회가 세상의 빛과 소금의 역할을 다하는 일 중에 중요한 하나라고 생각한다.[250]

교회가 성장하면서 교인의 증가와 더불어 교회의 재산도 자연히 증가되었다. 교회재산이란 신도들이 예배, 교리연구 기타 신교상 공동목적을 달성하기 위하여 교인들의 연보, 헌금 기타 수입으로 형성된 금전적 가치 있는 물건 및 권리·의무의 전체를 포함하고 있다. 교회는 그리스도께서 위탁하신 복음 선포를 세상 안에 실현하기 위한 수단으로 재산을 필요로 한다. 이러한 교회재산에 대한 취득과 관리 및 처분에 대한 문제가 발생된다.

대한민국 헌법이 보장한 재산권은 사회적인 유용성과 임의적인 처분권능이 인정되

---

248) "성경에 가르치신 대로 헌금하는 것은 전능하신 하나님께 엄숙히 예배하는 일부분으로 한다."(대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅶ. 예배모범, 제18장 제1조).
249) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅶ. 예배모범, 제18장.
250) 김상용, "교회재산의 관리에 대한 현황 법률과 판례의 검토",「법조」제59집 제6호, 법조협회, 2010, 37면.

는 모든 재산가치 있는 권리를 뜻한다. 헌법상의 재산권은 민법상의 소유권(민법 제211조)보다는 넓은 개념이다.[251] 즉 민법상의 소유권은 어떤 물건에 대한 절대적인 지배권을 뜻하지만, 헌법상의 재산권은 재산가치(경제적 가치) 있는 모든 사법상·공법상의 권리를 뜻한다.[252] 민법이론상에서 볼 때 보편적으로 재산이란 "어떤 주체를 중심으로 또는 일정한 목적 아래에 결합한 금전적 가치 있는 물건 및 권리·의무의 전체"를 가리켜 말하며 이같은 재산은 "관리, 담보, 귀속, 상속 등의 개체인 물건과 권리·의무를 통틀어서 일컫는 것"이라 할 수 있다.[253]

이러한 "재산에 대한 경제적 가치를 갖는 이익의 향수를 목적으로 하는 권리"[254], 혹은 "시민적 사회생활 관계에서 가장 기본적인 권리이며, 권리자의 인격이나 신분과는 관계없이 금전적 가치를 목적으로 하고, 권리 자체도 금전적 가치를 지니는 권리"[255]를 재산권이라고 한다. 재산권의 가장 주요한 것은 물권, 채권, 지적소유권을 포함한다. 물권은 특정한 물건을 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리이며, 채권은 특정인(채권자)이 다른 특정인(채무자)에 대하여 일정한 행위를 요구하는 권리이며, 이를 채권법에서 다룬다.[256] 지적소유권은 무체재산권(無體財産權)이라고도 하며, 저작, 발명 등의 정신적 지능적 창조물을 독점적으로 이용하는 것을 내용으로 하는 권리이며, 특허권, 실용신안권, 상표권[257], 저작권 등이 이에 속한다.

가. 적극재산

적극재산 중에 물권은 권리자가 직접 물건을 지배해서 이익을 얻는 권리이다. 민법상 기본적 물권으로서 점유권·소유권·지상권·지역권·전세권·유치권·질권·저당권을 규정한다. 이러한 물권은 사법상 적극재산에 속하며, 헌법상의 재산권에 포함된다[258]. 물권법정주의(物權法定主義)란 법률에 규정이 있는 물권만이 허용된다는 원칙이다.

---

251) 허영, 전게서, 489면.
252) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26 결정.
253) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 171면.
254) 이은영, 전게서(「민법총칙」), 109면.
255) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 50면, 박종두, 전게서, 46면.
256) 곽윤직, 상게서(「민법총칙」), 50면.
257) 목포의 시온교회는 이단자들이 같은 지역에서 시온교회라는 명칭으로 활동하자 시온성교회로 명칭을 변경하여 사용하고 있다. 이처럼 교회명칭 사용에 대한 문제가 제기된바 재산권 차원에서 교회명칭을 특허청에 상표권을 신청하기도 한다.
258)「헌법」, 제23조 제1항.

민법 제185조는 "물권은 법률(민법 기타의 법률) 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다."고 규정함으로써 물권법정주의를 선언하고 있다. 그 결과 채권법에서와 같은 '계약자유의 원칙'이 인정되지 않는다.

민법 제185조가 적용될 법률적 분쟁에서 이와 저촉되는 교회헌법상의 규정이 적용될 수가 없다. 대법원은 이같은 법리에 근거해서 부동산소유권의 귀속 등 국가의 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서 그와 저촉되는 교회헌법 규정 적용의 가부에 대한 판결에서 "대한예수교장로회 헌법에는 대한예수교장로회 경북노회 소속의 지교회에 속한 부동산은 노회의 소유로 하고[259] 토지나 가옥에 관하여 분쟁이 생기면 노회가 이를 처단할 권한[260]이 있음을 규정하고 있으나 물권인 부동산소유권의 귀속 등 국가의 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 교회헌법의 규정이 적용될 여지가 없다."고 판시하였다.[261]

나. 소극재산

법인 아닌 사단이 지는 채무(소극재산)는 사단의 재산인 총유재산에 의하여만 책임지고, 정관에 다른 규정이 없는 한 사원은 회비 기타 부담금 외에 개인 재산으로는 이에 대한 책임을 지지 않는다.[262] 사단이 감당할 수 없는 과도한 채무를 지도록 한 사원이나 이사, 기타 대표자는 사단의 파산·해산으로 인해 채권자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.[263] 민법 제278조가 말하는 "소유권 이외의 재산권" 가운데에는 적극재산뿐만 아니라 소극재산, 즉 채무도 포함되며, 따라서 법인 아닌 사단의 채무는 총사원의 준총유라는 것이 통설이다.[264] 따라서 통설의 주장에 의하면 교회교인(사단의

259) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제2조 3.①: "제직회는 교회에서 위임하는 금전을 처리하고 부동산은 노회 소유로 한다(행 6:3-5)."

260) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제10장 제6조 8, "어느 지교회에 속한 것을 물론하고 토지 혹 가옥 사건에 대하여 변론이 나면 노회가 처단할 권한이 있다."

261) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다29446 판결.

262) 지원림, 전게서, 980면; 이은영, 전게서, 249면. 법인 아닌 사단이 영리단체인 경우에는 사원의 무한책임을 인정해야 한다는 견해가 있다(김주수,「민법총론」, 삼영사, 1996, 198면). 한편, 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 192면은 영리사단에 있어서는 합유(준합유)라는 견해이다.

263) 민법 제35조 제2항 유추적용.

264) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 231면; 김증한,「민법총칙」, 박영사, 1981, 176면; 김류태,「민법총칙」, 교문사, 1982, 163면; 김상용, 전게논문("법인 아닌 사단과 조합의 채무에 관한 책임"). 84면; 김홍규, "권리능력 없는 사단",「법정」, 1962. 5. 1. 10면; 김진

사원)은 법인 아닌 사단의 사단법인에 관한 법리에 의하여 교회의 채무에 대한 교인의 책임은 교회재산(사단재산)에 국한한다. 즉 사단법인상 교인의 책임은 유한책임이며, 교회의 채무에 대하여 책임을 지는 것은 교회재산뿐이며, 교인은 소정의 회비 기타의 부담금(각종 헌금) 지급 외에 교인의 개인적인 책임은 없다.[265] 교인 헌금의 의사표시는 법률행위로서의 의사표시가 아니고 신앙행위(종교행위)이며, 신앙행위는 법률관계가 아니고 인간관계이다.[266] 따라서 교회는 각 교인에 대하여 헌금 기타의 부담금 지급행위 청구권이 없다 할 것이다. 교인에게 직접 납부이행을 청구할 수 없다.[267]

교회가 건축자금이나 운영자금 등 재정적으로 곤란하여 은행 등 제3자로부터 대출을 받았으나 변제기일까지 그 대출금을 은행 등에 변제하지 못한 경우, 교회는 이 대출금을 변제할 책임이 있다. 그리고 변제는 교회재산으로 변제하는 것이며, 신자들 각 개인재산으로 변제할 책임이 있는 것은 아니다. 그러나 개인이 보증채무를 약정했다면 변제할 책임이 있다. 교회의 예배도구에 대하여는 압류가 금지되어 있다.[268]

특별히 교회 채무에 대한 문제는 정관상으로 규정해 두어야 한다. 교회가 채권자이든, 채무자이든 정관상의 교회명칭으로 이루어져야 하며, 채무는 교회재산권에 변동을 가져온 이상 대출행위는 정관에 명시된 규정이 없는 경우는 반드시 교인총회(공동의회)의 결의가 있어야 한다. 그러나 공동의회로부터 인준을 받은 정관상의 규정이 없거

현, "권리능력 없는 사단", 556면에서 재인용; 이완근, 전게논문, 149면.

265) 곽윤직, 상게서(「민법총칙」), 232면.

266) 법률관계와 존재의 평면을 달리하는 것에 인간관계와 호의관계가 있다. 이들은 원칙적으로 법의 규정을 받지 않고 관습, 도덕, 종교의 규율을 받는 생활관계이다. 따라서 인간관계에 기한 약속을 어겨도 그 이행을 청구한다든가 손해배상을 청구할 수 없다. 이러한 청구권을 인정하면 바로 위와 같은 약속을 한 의미가 파괴되기 때문에 이를 법률관계로 하지 않는 것이다. 예컨대 세례의 약속을 강제 이행하여 세례를 받게 한다든지 감사헌금의 약속을 강제 이행하여 헌금지급을 이행토록 하였다면 세례와 감사헌금의 종교적 의의는 상실되어 오히려 종교적 의의에 역행한 결과가 될 것이다, 이영준, 전게서, 34면.

267) 이완근, 전게논문, 주79: "교인의 헌금작정 민법 제554조의 증여의 의사 표시로 볼 수 없다. 헌금작정의 의사표시는 신앙행위이며 법률행위의 의사표시가 아니다. 따라서 헌금작정의 불이행은 의무불이행이라고 할 수 없다. 그리고 교인이 헌금을 작정하였다 하더라도 교회를 탈퇴하면 교인은 작정한 헌금의 지급 의무는 소멸된다고 할 것이다. 설사 교인의 헌금작정을 법률행위의 의사표시로 본다고 할지라도 작정의 의사표시는 민법 제555조(서면에 의하지 아니한 증여와 해제) 규정에 의하여 교인은 헌금 작정의 의사표시를 해제할 수 있다고 본다."

268) 민사집행법 제195조 제8호.

나 교인총회의 결의도 없음에도 불구하고 권한 없는 특정 개인인 목사나 당회나 제직회가 이채를 결의하고 법률행위를 하여 교회재산의 변동을 초래하였다면 이는 법적 책임이 따를 수 있는 여지가 있다. 불법집행에 따라 교회재산상의 손실을 가져왔을 경우 법률적 책임을 물을 수 있는 근거도 정관상으로 규정을 둠으로써 불법과 분쟁을 예방하는 좋은 제도라 볼 수 있다.

교회 채무는 교회재산으로만 책임이 있고 개인적으로 책임이 없기 때문에 교회 채무에 대한 심각한 위기의식을 느끼지 못하고 있으며 교회는 채무로 인하여 많은 고통을 겪고 있다. 개인적으로 교회 채무에 대한 보증으로 책임이행을 법률적으로 약정했다면 모르지만 그렇지 않고는 개인적으로 교회 채무에 대한 책임이 없다. 그러다 보니 교회는 교회재산의 범위 내에서 기채(起債)하여 교회 건축자금이나 운영자금으로 사용하고 있는 현실 속에서 채무 상환능력이 한계에 빠질 때 이는 교회문제뿐만 아니라 사회문제가 될 가능성이 높아 그 대책이 수립되어야 할 것이다.[269]

---

269) 금융감독원이 국회의원에게 제출한 자료에 의하면(2012. 5. 14일 이성남 민주통합당 국회의원에게 제출한 자료) 금융권의 종교단체 대출이 2012년 3월 23일 현재 4조 9416억원이라는 사실이 밝혀졌다. 은행이 4조 6780억원으로 가장 많고 저축은행 1477억 원, 부동산신탁 1104억원, 할부금융사 48억원, 보험사 6억원 순이다. 이번 통계에서 빠진 새마을금고·신용협동조합 등 상호금융사까지 포함하면 대출 규모는 훨씬 더 클 것으로 보인다. 종교별로는 개신교가 4조 9416억원 가운데 90.4%에 해당된 4조 4606억원이었으며, 가톨릭이 1.9%에 해당된 959억원, 불교는 2.3%에 해당된 1117억원이었으며, 기타는 5.4%에 해당된 2685억원이었다. 이처럼 개신교가 압도적으로 대출액이 많은 이유는 교회건축과 증축으로 인한 대출수요가 많기 때문인 것으로 풀이된다. 종교단체에 대출해 준 은행별로는 수협이 1조 7516억원으로 가장 많이 대출해줬다. 그 뒤는 농협은행(8115억원), 우리은행(7726억원), 신한은행(5416억원) 순서다. 그러나 종교단체의 불확실한 구조와 상환능력을 입증할 객관적 입증자료가 부족해 엄격한 기준으로 외국계 은행과 국민은행(159억원), 하나은행(338억원)들은 조심스럽게 접근하고 있다. 서서히 연체율도 문제가 되고 있다. 수협의 종교단체 대출 연체율은 2008년 0.13%에서 2012년 4월 말 현재 0.36%로 올라갔다. 우리은행도 2010년 0.38%까지 높아졌다. 우리은행은 종교단체 대출 가운데 296억원은 사실상 회수가 어렵다고 보고 올 3월에 전액 손실처리하였다. 2000년대 초반까지만 해도 종교단체 대출은 거의 이뤄지지 않았으나 수협 측은 "기존 은행들이 대출을 꺼리는 것을 보고 틈새시장 공략 차원에서 뛰어들었다."고 설명하지만 과연 영업상 틈새시장으로 계속적인 득이 될 것인지는 두고 볼 필요가 있다. 특히 특수은행과 후발 주자, 지방은행, 2금융권의 종교 대출이 상대적으로 많은 것은 바로 이 틈새시장 차원으로 풀이할 수 있다. 은행권은 종교단체, 특히 개신교 교회 대출이 틈새시장 차원에서 수익률이 일정하게 보장될 것으로 보고 있지만 그것이 악성채권이 되지 말라는 법은 없을 것이다. 대출을 해 주고 이자납부를 꾸준히 한다고 할지라도 원금상황 능력은 전혀 없는 경우들이 많다. 교회는 다른 기업들처럼 일정한 매출액이 있는 것이 아니라 예배시간에 참여하는 교인들의 숫자나 참석인원을 근거로 하거나 교회 부동산 가치를 평가하여 대출을 해 준다.

다. 교회헌금의 법률관계

대법원은 교회재산에 관해 "교도들의 헌금 기타 교회의 수입"으로 이루어진 것으로 판시[270]하였다. 이같은 헌금 및 재산의 관리와 처분은 교회정관이나 기타 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 따르지만 그런 규정이 없는 경우는 교인총회의 의결방법에 따른다.[271] 이 헌금에 대한 법률관계는 "기독교 신도가 그가 적을 두고 있는 교회에 대하여 특정된 재산을 '연보'하였다거나 그 신앙의 대상이 되는 하나님께 '바쳤다'고 한다면 특히 그 재산권의 사용권한을 교회에 제공하는 것이라는 명확한 표시가 없는 이상 그 재산 자체를 증여한 것이라"고 판시[272]하고 있다. 그러나 교회에 대한 증여의 의사표시를 취소함으로 인한 원상회복과 교인들의 결의 요건 여부에 관해 "교회재산이 교인들의 총유라고 할지라도 교회에 재산을 증여한 자가 사기로 인한 증여의 의사표시를 취소함으로써 그 원상회복을 구하는 경우에는 수증자인 원고 교회나 그 교인의 처분행위를 별도로 필요로 하는 것이 아니라 할 것이므로 교인들의 결의 여부는 아무런 영향이 없다."고 판시하고 있다.

2. 교회재산의 형성과정과 권리관계

대법원은 교회재산을 지분권 없는 교인들의 공동재산이기 때문에 교인들이 총의를 거쳐 재산관리규정을 포함한 교회 운영관리규정인 정관을 제정했다면 그 정관은 재산분쟁을 처리하는 법적 기준으로 취급하여 판단한다고 하였다. 만약에 그러한 정관이 부존재할 경우 교인의 총회인 공동의회 결의가 법적 처리 기준이 되는데 이는 교인들의 총유재산으로 성격을 규명하기 때문이다. 따라서 교회 교인들의 총유물의 형성과정과 그 권리를 확인하는 일은 교회재산의 소유형태 내지는 공시 문제를 판단하는데 전제 요건이 될 수 있다.

가. 교회개척(설립)시 재산

교회가 기본적으로 교인들의 집합체인 신앙단체인 점을 고려하면 그 사회 단체적

270) 대법원 1970. 2. 10. 선고 67다2892,2893 판결.
271) 대법원 1957. 12. 13. 선고 4289민상182 판결.
272) 대법원 1975. 7. 30. 선고 74다1844 판결.

측면의 성격은 사단적 성질을 지닌 법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘다. 이러한 교회는 기독교 교리를 신봉하는 다수인이 공동의 종교활동을 목적으로 집합체를 형성하고, 규약 기타 규범을 제정하여 의사결정기관과 대표자 등 집행기관을 구성하고 예배를 드리는 등 신앙 단체로서 활동함과 교회재산의 관리 등 독립된 단체로서 사회경제적 활동을 수행한다. 이같은 교회의 법률관계는 교회를 개척(설립)하는 것으로 시작된다.

한 예로 장로회 정체인 대한예수교장로회(합동)에 소속된 목사가 되려면 반드시 교단에서 운영하는 종교사학[273]인 교단 직영신학교를 졸업한 후 교단에서 시행하는 목사되기 전 단계인 강도사(講道師) 고시에 합격해야 한다. 합격 후 소속 노회에서 강도사 인허식과 1년 후 목사고시를 통해 목사 임직을 받는다. 목사 임직을 받을 때에는 반드시 자신을 청빙해 준 기존 지교회가 있어야 한다. 본인이 교회를 개척하였을지라도 개척된 그 교회가 공동의회를 통하여 개척한 목사를 담임목사로 노회에 청빙청원과 노회의 결의로 목사 임직을 받는다. 개척은 기존 건물을 임대하여 교회를 개척하는 경우가 있고, 아예 교회 대지를 구입하고 건축하여 교회를 개척하는 경우가 있다. 전자나 후자는 공히 재원이 투입되어야 한다는 점이다. 이때 재원의 법적 성격에 관한 문제가 발생된다. 어떤 형태로 재원이 마련되었느냐에 관한 문제와 더불어 현재 법적 등기권리자가 누구로 되어 있느냐가 문제가 된다. 차용개념이라면 이를 법적으로 잘 정리하여야 한다. 교회 개척자금을 교회에 헌금을 했는지, 아니면 차용해 주었는지를 명확하게 구분할 필요가 있다.[274] 그렇지 않으면 훗날 이 문제로 재산권 분쟁이 발생

---

273) 사립학교법 제14조 제4항: "대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다."
사립학교법 시행령 제7조의2(개방이사의 추천·선임 등): "⑥법 제14조제4항 단서에서 '종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인'이란 정관에서 그 설립목적과 해당 종교단체의 관계를 명확히 하고 있는 학교법인으로서 해당 종교단체에서 종교의식의 집행, 신도의 교육, 선교 활동, 종교단체의 운영 등을 지도·담당하는 자의 양성만을 위하여 설립된 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인을 말한다."

274) 어떤 목회자가 상가를 임대하여 교회를 개척하였다. 상가 임대계약서를 첨부하여 교회 설립권한을 갖고 있는 노회에 교회설립신청을 하여 정식으로 교회설립 허락을 받아 교회를 유지해 오던 중 교회를 사임하여 후임자에게 물려주었다. 이때 상가 임대계약서는 설립자의 개인 명의로 체결된 개인 재산이므로 전세보증금을 후임자에게 받았으며 후임자는 건물 주인으로부터 명의 변경으로 승계하였다. 이런 경우 교회설립 당사자가 교회를 매매했다는 오해를 받을 수 있지만 이는 정당한 거래인 이유는 임대계약서는 교회계약서가 아니라 개인재산에 대한 계약체결이기 때문이다. 따라서 이런 분쟁을 예방할 수 있는 길은 교인총회에

될 수 있다. 자신의 재원으로 시작은 했지만 그 재원을 헌금했다면 교회재산으로 관리·보존되어야 할 것이요, 그렇지 않을 경우에는 개인 소유로 해야 한다. 이를 교회의 최고의결기관인 공동의회 회의록[275]에 그 근거로 남겨 놓아야 한다.

나. 교회설립 후 형성된 재산

교회가 설립된 후 교인들의 헌금과 기타 기부금으로 교회가 운영되면서 재산이 형성된다. 교인들의 헌금으로 형성된 교회의 재산은 개인 소유재산이 될 수 없다. 따라서 이러한 재산은 교회명의로 관리·보존해야 한다. 그렇지 않고 개인명의로 관리보존될 경우, 이것이 개인 재산으로 되어 버리는 이유는 "부동산실권리자명의등기에관한법률"(이하 '부동산실명법'으로 약술함) 때문이다. 교회재산을 특정 개인의 명의로 관리·보존할 경우 이는 뷰동산실명법 위반에 대한 문제가 발생된다. 교회재산으로 환언하기 위해서는 소송이라는 복잡한 과정을 거쳐야 하며, 설령 승소한다고 할지라도 부동산실명법 위반에 대한 책임을 피할 수 없다.

3. 교회재산의 공시문제

가. 지교회 유지재단 명의로 등기하는 경우

지교회가 독자적으로 주무관청의 허가를 받아 설립등기를 마치면 민법상 비영리법인으로서 성립한다. 중앙에 본 교회를 두고 그 본 교회 산하 각 지역에 지성전(至聖殿)을 둔 교회가 효율적인 재산 관리를 위하여 유지재단을 설립하여 그 재단에 편입시켜 관리할 수 있다. 이 경우 본 교회와 각 지역교회 사이에 분쟁이 발생될 경우 법

서 "임대계약서는 개인 재산으로 확인하다"라는 결의를 하여 회의록으로 남겨두면 좋을 것으로 보인다.

275) 교회는 인적 단체인 관계로 많은 사람들이 모여서 종교적 목적을 위해 관리·운영되는 단체이다. 그러다 보니 언제든지 의견대립으로 분쟁이 발생할 가능성이 있다. 이 경우 불법으로 인한 분쟁을 처리하기 위해서는 관련 규정과 처리 결과를 입증할 수 있는 증거들을 갖고 있어야 한다. 이 입증은 공동의회, 당회, 제직회 회의록이며, 이 회의록은 잘 관리되어야 하는데 잘 관리되지 않고 있다는 점이다. 공동의회나 당회 서기 장로가 회의록을 사유물처럼 자신의 집으로 가져가 나중에 분실한 경우들이 많다. 또한 목회자들이 교회를 사임하여 떠날 때 회의록까지 가져가 버리므로 회의록이 없는 경우들이 많다. 잘 보존할 수 있는 규정을 두어야 한다. 회의록 분실은 교회 역사 기록을 분실하는 것과 같다.

인 이사회와 지교회와의 관계에서 법률적인 문제가 발생될 수 있다. 즉 지성전 교회와 그 교회 교인들의 의사와 재단법인 이사들의 의사가 이견을 보일 경우 분쟁은 필연적이다. 이와 같은 경우 외에도 대형교회가 독자적으로 법인을 설립하여 재산을 편입할 경우 역시 '법인 아닌 사단'으로서의 교회와 '재단법인 이사회'와의 법률적인 관계로 인한 분쟁이 있을 수 있다.

이러한 문제는 법인 아닌 사단인 교회가 교회 내 별도의 단체 기관을 설립하고 관할청으로부터 법인인가를 득했을 때 법인 아닌 사단인 교회와 교회 내 법인과의 관계가 문제될 수 있다. 이러한 문제는 종교단체인 총회가 산하기관인 대학교를 설립하여 학교법인으로 인가를 받았을 때 설립주체인 법인 아닌 사단에 해당된 총회와 그 총회 내 산하기관인 학교법인과의 관계가 문제되는 경우와 같다. 이때 법인 아닌 사단인 교회나 총회가 교회 내 법인이나 총회 내 학교법인에 대해서 법률행위를 할 수 없는 것과 같은 이치이다.

나. 교단의 유지재단 명의로 등기하는 경우

한국의 개신교 각 교단들은 교단의 결속력을 높이고, 재단의 안정성을 유지하기 위하여 유지재단을 운영하면서 지교회의 재산을 유지재단으로 편입시켜 관리하고 있다. 각 교단들은 지교회나 교단의 재산을 보존·관리하기 위하여 독자적인 유지재단 또는 신탁회사[276]를 설립하여 운영하고 있다. 이러한 유지재단을 설립하기 위해서는 주무관청의 허가(민법 제32조)와 등기(민법 제33조)를 요건으로 하고 있기 때문에, 허가와 등기를 경료한 유지재단은 권리능력이 있는 법인들이다. 지교회가 유지재단에 재산을 증여하고 유지재단 명의로 등기하여 지교회재산을 관리하는 경우에 대한 법률관계가 문제된다.

---

276) 구세군 교회는 그 교리의 특성상 "구세군의 모든 재산은 구세군 대장이 소유하고 그 관리는 구세군대장이 구세군 신탁회사를 설립하여 그 회사로 하여금 관리하도록 하고 있다. 따라서 구세군교회의 경우에는 교회장정에 따라 그 재산이 교인들의 총유가 아니라 구세군대장의 소유에 속하게 된다. 대법원 1986. 7. 8. 선고 85다카2648 판결: "구세군 군령군율(軍令軍律)이 구세군의 전자산은 구세군 대장만이 유일한 소유자이고 구세군 대장은 구세군 신탁회사라는 명칭을 가진 회사를 설립하여 그 재산을 관리하도록 규정하고 있다면 구세군은 지역교회 중심인 일반교회와는 달리 강력한 중앙집권적 조직을 갖추어 산하 영문의 재산에 관하여 일체의 사권행사를 부인하고 있다고 해석하여야 할 것이므로, 구세군 영문회당의 대지를 구입하고 건물을 신축함에 있어서 그 비용 가운데 구세군 교인들의 헌금이 일부 들어갔다 하더라도 위 대지 및 건물이 교인들의 총유에 속하는 것으로 볼 수 없다."

(1) 명의신탁과 부동산실명법

종전판례는 지교회의 교인들이 총유하는 지교회의 재산을 소속 교단명의로 등기하거나 또는 개인(주로 지교회 목사) 명의로 등기하는 경우 모두 명의신탁의 법리로 해결하였다. 그런데 부동산실명법[277] 시행 후 등기된 부동산의 경우에는 법 제4조 제2항 단서[278]의 예외적인 경우를 제외하면 명의신탁을 허용할 수 없게 되었으므로 종전 명의신탁이론에 의하였던 교회재산에 관한 소송은 앞으로 위 법률의 규율을 받게 될 것이다.[279]

다만, 부동산실명법 제11조 제1항은 종교단체의 기존 명의신탁 부동산 중 대통령령이 정하는 범위에서 실명전환의무를 면제하였고[280], 법 시행령 제5조 제1항은 종교단체를 법인 또는 부동산등기법상 등록번호를 부여받은 법인 아닌 사단 형태의 교단(제1호), 위 교단에 소속된 단체(제2호)라고 규정하고[281], 제2항은 위 교단과 소속 종교단체 사이의 명의신탁 부동산 및 종교단체가 사용하는 농지가 이에 해당한다

277) 민유숙, 전게논문, 80-81면 참조.

278) 부동산실명법 제4조 제2항: "명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다."

279) 신탁자와 수탁자의 명의신탁은 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효가 되므로 양자 사이에는 계약관계가 존재하지 않고, 신탁자가 수탁자에게 명의신탁해지를 원인으로 하는 원상회복청구도 할 수 없다. 이러한 소유권이전등기 또는 말소등기신청은 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백하므로 신청을 받은 등기공무원은 부동산등기법 제55조 제2호에 해당한다는 이유로 신청을 각하해야 한다. 대법원 1997. 5. 1. 선고 97마384판결 참조.

280)부동산실명법 제11조: ①이 법 시행 전에 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 명의로 등기하거나 하도록 한 명의신탁자(이하 "기존 명의신탁자"라 한다)는 이 법 시행일부터 1년의 기간(이하 "유예기간"이라 한다) 이내에 실명 등기하여야 한다. 다만, 공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의하여 명의수탁자로부터 제3자에게 부동산에 관한 물권이 이전된 경우(상속에 의한 경우를 제외한다)와 종교단체, 향교 등이 조세포탈, 강제집행의 면탈을 목적으로 하지 아니하고 명의신탁한 부동산으로서 대통령령이 정하는 부동산의 경우는 그러하지 아니하다."

281) 부동산실명법 제5조(종교단체 및 향교 등의 실명등기 등) ①법 제11조 제1항 단서에서 "종교단체, 향교 등"이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 법인 또는 부동산등기법 제41조의 2 제1항 제3항의 규정에 의하여 등록번호를 부여받은 법인 아닌 사단·재단·유지재단 또는 이와 유사한 연합종교단체(이하 이 조에서 '종단'이라 한다) 및 개별 단체

2. 종단에 소속된 법인 또는 단체로서 종교의 보급 기타 교화를 목적으로 설립된 것(이하 이 조에서 '소속종교단체'라 한다).

고 규정하였으므로[282] 위 예외에 해당하는 기존 명의신탁 부동산은 여전히 종전의 명의신탁 법리가 적용될 것으로 생각된다.

(2) 지교회재산의 교단 유지재단에의 편입은 증여에 근거한 명의신탁

대한예수교장로회 총회(합동)나 대한기독교장로회 총회(기장), 대한 감리회 등은 하나의 유지재단을 설립하여 운영하고 있는 반면 대한예수교장로회 총회(통합)는 각 노회별로 수개의 유지재단을 설립·운영하고 있다. 개별교회의 재산에 관해 그 소유를 교단 또는 교단에서 설립한 별도의 유지재단의 소유로 한다[283]는 내용의 헌법, 장정 규정을 갖고 있기도 하다.[284]

문제는 지교회에서 뜻을 달리하는 교인들끼리의 분쟁과 교회와 교단과의 분쟁으로 재산분규가 발생하게 될 경우 법적으로 지교회재산의 소유관계, 즉 교단의 재산인가, 지교회의 재산인가에 대한 문제가 발생한다. 지교회재산이 교단이나 교단의 유지재단 명의로 편입되어 있다 하더라도 현재의 법체계 아래서 교단의 소유라고 주장할 수 없다. 대법원 판례도 부동산소유권의 귀속에 관한 법률적 분쟁에 대해서는 교단의 헌법이 지교회에 적용될 여지가 없다고 판단하고 있다.[285] 대법원은 지교회재산을 총회 유지재단 등에 증여한 경우 그 지교회가 교단을 탈퇴할 때에는 재산권이 없어진다는[286] 권리상실조항에 대해 구속력을 인정하지 않고 있다. 이에 대하여 만약 교단헌

282) 부동산실명법 제5조 ②법 제11조 제1항 단서에서 '대통령이 정하는 부동산'이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.
1. 제1항 제1호의 종단과 제1항 제2호의 소속종교단체간에 명의신탁한 부동산.
2. 제1항의 종교단체 및 향교 들이 그 고유목적을 위하여 사용하는 농지법에 의한 농지(농지에 정착된 건축물을 포함한다).

283) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3198 판결: "지교회가 소속된 교단의 헌법상 지교회의 부동산을 특정 재단법인 앞으로 등기하도록 하는 규정이 있다고 하더라도, 지교회의 대표자가 총회의 결의 없이 지교회 교인들의 총유에 속하는 교회 부지 및 건물을 위 재단법인 앞으로 소유권이전등기를 마친 행위는 공정증서불실기재죄를 구성한다."

284) 대한예수교장로회 합동측, 통합측은 노회 소유로 한다고 규정하고 있고, 예장 고신, 기독교 대한감리회, 기독교대한 성결교회는 총회유지재단의 소유로 한다는 규정을 갖고 있다.

285) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다29446 판결: "대한예수교장로회의 헌법에는 대한예수교장로회 경북노회 소속의 지교회에 속한 부동산은 노회의 소유로 하고 토지나 가옥에 관하여 분쟁이 생기면 노회가 이를 처단할 권한이 있음을 규정하고 있으나, 물건인 부동산소유권의 귀속 등 국가의 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 교회 헌법의 규정이 적용될 여지가 없다."

286) 예컨대 대한예수교장로회(통합) 헌법 제2편 제94조 단서에서는 "신도가 동산이나 부동산

법이 자치법규라고 한다면, 목사 등의 임면권뿐만 아니라 재산권의 행사와 관련한 모든 규정들은 지교회를 구속하기 때문에 지교회는 이 규정에 복종하여야 한다. 그럼에도 불구하고 교단변경이나 대표자 임명 등의 조항에 대해서는 지교회로 하여금 준수하도록 강제하면서, 재산권 귀속에 대한 조항은 준수하지 않아도 되는 것으로 해석하는 것은 합리적인 근거가 없는 자의적인 것으로 타당한 해석이라 할 수 없다는 견해가 있다.[287] 지교회 재산을 교단이나 교단에서 설립한 재단법인(유지재단)의 소유로 등기해 놓았을 때 그 법률관계는 "명의신탁"으로 보고 있다.[288]

대법원은 "교회가 그 교회의 예배당건물과 그 부지를 소속교단 명의로 등기한 것은 교단으로 하여금 그 소유권을 종국적으로 취득하게 하겠다는 데에 있었다고 보기보다는 가입교회의 교단에 대한 소속감을 강화하고 소속교단의 결집성을 확보하기 위한 상징적 의미로서 또는 교단의 가입회원으로서의 권리와 의무를 성실히 이행하고 교단의 설립목적에 어긋나는 행위를 하지 아니하겠다고 다짐하는 취지의 신표로서 한 것으로서 일종의 명의신탁에 해당한다."[289]라고 판시하고 있다. 지교회의 재산을 교단의 재단법인(유지재단) 명의로 등기 이전해 놓은 개별교회의 재산을 교단 탈퇴로 인하여 환수하려고 요구하면 "교단은 교회 앞으로 그 재산을 반환해야 하는가"라는 법률문제가 발생된다. 대한감리회나 대한예수교장로회 통합측 교단은 유지재단에 이전 등기된 지교회가 교단이나 노회를 탈퇴하는 경우에, 유지재단에 편입시킨 재산에 대한 소유권을 회복할 수 없는 권리상실규정을 두고 있다.[290]

대법원은 교회의 분열을 부정하는 태도와는 달리 탈퇴 또는 소속 교단의 변경결의가 적법·유효하게 이루어졌다는 점은 이를 주장하는 자가 입증하여야 한다고 판시[291]

을 노회나 지교회에 헌납할 때는 헌납 즉시로 노회나 교회의 재산이 되는 동시에 지교회가 노회에 증여한 재산은 그 교회가 이탈 때는 재산권이 없어진다."고 규정하고 있다.

287) 윤철홍, "기독교유지재단의 운영현황과 문제점", 「민사법학」 제43집 제1호, 한국민사법학회, 2008, 3-42면; 백현기, 전게 논문, 19면. 같은 견해로는 이충상, "침례교회가 유지재단에게 교회건물을 명의신탁한 것인지 증여한 것인지", 「대법원판례해설」 제34호, 법원도서관, 2000년 상반기, 2000. 11, 67-68면; 변동걸, "교회의 분열과 교회재산의 귀속", 「법과 정의」, 경사 이회창 선생 회갑기념논문집, 1995, 490면; 오시영, "지교회와 유지재단의 재산관계(주8), 238면.

288) 윤철홍, 전게논문, 15면, 20면; 백현기, 전게 학위논문, 131-151면.

289) 대법원 91. 5. 28. 선고 90다8558 판결.

290) 대한예수교장로회(통합) 「헌법」, 제96조 제3항: "대한예수교장로회 교리나 법규를 준행하지 않거나 이탈한 자는 재산의 사용권을 가지지 못한다."

291) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2007마224 판결.

하여 교회의 분열을 부정하는 태도와는 달리 정당한 절차를 통한 교단의 탈퇴는 인정하고 있다. 이렇게 지교회가 교단을 탈퇴한 경우, 지교회측에서는 유지재단에 편입시킨 재산을 환수받고자 할 것이다. 이때 소속 교단을 탈퇴한 지교회는 재산권상실조항의 무효와 함께 명의신탁해지에 의한 소유권반환청구소송을 제기할 수 있고, 이에 반해 유지재단측에서는 재단에 편입된 부동산을 "유지재단에 증여한 재산"이라고 주장하게 될 것이다. 그러나 대법원은 증여 형식으로 지교회가 유지재단에 소유권을 이전해 주었다고 하더라도 이것을 일종의 명의신탁이라고 이미 살펴본 바와 같다. 그러나 반환할 경우 실무에 있어서 행정적인 제약이 뒤따른다. 즉 우리 민법에 의하면 재단법인의 기본재산은 정관에 기재해야 하고(제43조) 정관변경에는 주무장관의 허가가 필요하므로(제45조 제3항) 결국 재단법인에 있어서 기본재산의 변경은 주무장관의 허가를 받아야 한다는 결론에 이른다.[292] 대법원은 "비록 명의신탁 관계에 있었던 것이라고 하더라도 재단에 편입된 재산을 처분하는 것에는 주무장관의 허가가 필요하다."고 판시[293]하고 있다.

(3) 유지재단 명의로 신탁된 교회부동산의 환원방법

교단의 유지재단명의로 신탁된 교회부동산의 환원방법을 검토할 때 부동산실명법 시행[294] 전에 명의신탁된 부동산인가, 아니면 시행 이후에 명의신탁된 부동산인가를 구분해서 검토해야 한다.

첫째, 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 할 수 있다. 교회 교인들의 헌금과 기타 여러 방법에 의해 형성된 재산을 교회 특정 개인이나 교단 명의, 혹은 교단의 유지재단에 명의신탁한 경우, 교회는 부동산실명법 제11조 제1항의 실명등기의무가 없어 여전히 유효하므로 개인과 교단과 유지재단으로부터 교회부동산을 환원하

292) 황교안,「기독교인이 알아야 할 법률상식」, 도서출판 만나, 1994, 176면.

293) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다8558 판결: "재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무장관의 허가를 받아야 하고, 따라서 기존의 기본재산을 처분하는 행위는 물론 새로운 기본 재산으로 편입하는 행위도 주무장관의 허가가 있어야 유효하고, 또 일단 주무장관의 허가를 얻어 기본재산에 편입하여 정관 기재사항의 일부가 된 경우에는 비록 그것이 명의신탁관계에 있었던 것이라 하더라도 이것을 처분(반환)하는 것은 정관의 변경을 초래하는 점에 있어서는 다를 바가 없으므로 주무장관의 허가 없이 이를 이전등기할 수는 없다."

294) 부동산실명법 부칙 제1조, "이 법은 1995. 7. 1.부터 시행한다."라고 규정하고 있다.

기 위해서는 전술한 대로 종례판례 이론에 따라 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권 이전등기를 구하면 된다.[295]

둘째, 유지재단의 정관변경이 있어야 한다. 증여의 원인으로 유지재단 명의로 소유권이전등기가 경료되고 그 부동산이 유지재단으로 편입된 경우[296], 이는 정관의 기재사항에 해당되며 이때 기본 재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무장관의 허가를 득해야 한다. 증여에 의한 유지재단 편입이 명의신탁관계라 하더라도 그것을 처분하거나 반환하는 것은 기본재산의 변경에 해당되므로 주무장관의 허가를 얻어 정관을 변경한 후에 이를 이전등기할 수 있으며, 정관변경 없이는 이를 이전등기할 수 없다.[297] 비록 유지재단의 정관변경을 하지 못하여 지교회 명의로 신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료할 수 없다고 하더라도, 유지재단은 신의칙상 교회 예배당 등을 실제 사용하고 있는 지교회를 상대로 임료청구나 명도청구소송을 제기할 수 없다고 보아야 할 것이다.[298]

(4) 부동산실명법을 위반한 지교회 자치규범의 효력

"교회 부동산은 담임목사 명의로 등기한다."라고 하거나 "등기할 수 있다."라는 규정을 지교회 정관으로 제정했을 경우 이 규정에 대한 법적 효력이 문제가 되는 경우이다. 이는 부동산실명법에 의한 명의신탁에 관한 규정으로 실명법의 위반이라 할 수 있다. 이 경우 설사 등기의 명의가 지교회 정관에 따라 담임목사에게 이전되었다 하더라도 이를 원인으로 소를 제기할 경우 무효에 해당될 수 있다. 이 규정은 "지교회재산은 노회의 소유로 한다."라는 헌법 규정이 있다 하더라도 법적 효력이 없는 것과 같은 이치이다. 만약에 "교회 부동산을 담임목사 명의로 등기할 수 있다. 왜냐하면 이 경우는 담임목사에게 증여한 것으로 본다."라는 규정을 제정했을 경우 역시 법률문제가 제기된다. 이 경우는 교인들이 사원총회(공동의회)의 정당한 절차에 따라 담임목사 명의로 등기할 것인지 여부를 확실하게 심사하여 결정해야 한다. 이 경우는 재산을 담임목사에게 증여하는 결의로서 재산권에 대한 권리가 교회에서 개인으로 이전되기 때문이

295) 백현기, 전게 학위논문, 145면.
296) 대법원 1978. 7. 25. 선고 78다783 판결, 대법원 1982. 9. 28. 선고 82다카499 판결 참조. 증여로 인한 기본재산 편입 역시 주무장관의 허가가 있어야 유효하다.
297) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다8558 판결; 백현기, 전게 학위논문, 125-146면.
298) 오시영, "지교회와 유지재단의 재산관계에 대한 고찰",「토지법학」제24집 제1호, 2008. 6, 236면; 백현기, 전게 학위논문", 146면.

다.

(5) 교단이 아닌 교단 유지재단 이사회에로의 재산 증여의 효력

지교회 총회의 결의로 교단의 유지재단에 증여에 의한 명의신탁을 할 수 있다. 그러나 여러 가지 이유로 지교회가 교단을 탈퇴할 경우 지교회는 교단에 명의신탁한 재산을 원상회복하고자 한다. 그러나 대부분 교단 헌법이나 장정에서 이러한 경우 재산권상실규정을 두어 재산권의 회복을 허용하지 않고 있다. 판례에 의하면 법해석상 이러한 재산권상실조항은 물권법상의 강행규정을 위반하는 것으로 효력이 부인되고 있다. 그러나 윤철홍 교수는 교단 헌법이나 장정을 자치법규로 본다면 지교회도 이러한 법규에 구속되어야 한다고 주장한다. 그 이유로 교단 헌법은 자치규범으로서, 이 교단에 가입한 지교회에게 교단 소속 지교회로서 권리를 행사하고 의무를 부담하도록 하기 때문이라고 한다. 그럼에도 불구하고 지교회가 다른 모든 권리를 향유하면서도, 재산권에 관한 의무 조항만 적용이 배제된다는 해석은 부당하다고 주장하면서 재산권에 대한 규정 역시 적용되어야 하며, 이에 배치되는 판례도 재검토되어야 한다고 주장한다.[299]

그러나 논자는 이같은 주장에 반대한다. 그 이유는 이 문제는 교회 내부의 교리적인 문제, 신앙적인 문제이기 때문이다. 교회 내부의 신앙원칙에 있어서 교회재산은 예배의 한 부분이다. 교인들은 신앙고백적 표현으로 헌금을 하며 그 헌금이 재산으로 형성된다. 그 재산은 교회 교인들의 신앙고백적 표현으로 목적사업을 수행하며, 이는 제3자가 대신해 줄 수 없다. 사유재산을 침해할 수 없듯이 신앙의 표현으로 말하면 하나님께서 각자에게 허락한 재산을 제3자가 법적 권리주체로 행사하는 것은 온당하지 않다. 교단의 유지재단은 교단의 재산을 관리하기 위해 설립된 법인이다. 여기서 교단법인은 교단에 소속된 교회를 섬기며, 행정적 필요성을 충족시켜주기 위해 존재하며 이 과정에서 교단의 재산이 형성된다. 그러한 교단이 아예 지교회의 재산까지 유지재단으로 법적 권리를 갖겠다는 것은 신앙양심적으로도 옳지 않다.[300] 지교회 입장에서

299) 윤철홍, 전게논문, 36면.

300) 교단 유지재단의 모든 법적 권리는 그 교단이 갖는 것이 아니라 법인인 유지재단 이사회가 갖고 있다. 이사회는 15명 정도된바, 이 15명의 이사회로 구성된 법인이 권리행사를 한다는 측면에서 이 15명에게 지교회재산의 권리를 넘긴다는 것도 위험한 일이다. 15명으로 구성된 유지재단 이사회 정관보다 더 철저한 법인 아닌 사단으로서의 교회 정관을 만들어 재산을 관리하면 아무런 문제가 없어 보인다.

는 지교회 명의인 법인 아닌 사단인 교회의 명의로 재산을 관리할 수 있음에도 불구하고 분쟁의 가능성을 이유로 지교회구성원들의 소유인 총유물에 대한 교인들의 처분권을 박탈하면서 유지재단에 증여하여 사용만 하자는 것은 법해석상 옳지 않다고 본다. 논자는 문제해결 대안으로 지교회 정관과 분쟁을 예방하기 위한 조치로서 재산권에 대한 관련 규정을 철저히 할 경우, 교회법에 의해 불법행위에 대한 교회 내부의 권징재판과 그에 따른 교인의 지위와 재산권 상실규정의 법제화는 현행 제도로 얼마든지 지교회 재산권이 보호될 것으로 보인다.

다. 개인 명의로 등기하는 경우

현실적으로 교회를 설립하거나 교회재산을 취득할 경우 목회자나 교회 특정인(장로나 집사)의 명의로 등기하는 경우가 있다. 이는 부동산실명법[301] 위반으로 명의신탁에 해당된다. 교인들의 헌금과 노력으로 교회를 설립하고 확보한 교회재산이 개인명의로 명의신탁되었다는 사실을 입증해야 하는데 이를 입증할 수 없다면 그것은 개인소유 재산일 뿐이다. 그러나 명의신탁이 입증된다 하더라도 이는 부동산실명법에서 금하고 있는 불법행위가 된다. 이 경우 개인 명의로 명의신탁된 등기는 무효가 되고 목회자 등이 이를 무단으로 매각하는 것은 횡령죄로 처벌된다. 그러나 목회자나 일부 특정인이 자신들의 재산만으로 교회를 설립하고 소유권은 유보한채 단순히 개인소유의 재산을 교회당으로 사용하도록 허락한 것일 뿐인 경우는 교회재산이 아니므로 명의신탁은 아니다.[302]

라. 지교회 명의로 등기하는 경우

전술한 대로 교회는 법인 아닌 사단이고, 부동산등기법 제26조에 따라 등기능력을 인정받고 있으므로, 교회명의로 그 재산을 등기하는 것 또한 허용되고 있다. 이 경우는 명의신탁의 법리가 적용되지 않는다. 지교회 명의로 등기되어 있던 교회재산인 부동산을 교단(또는 개인)에게 명의신탁하여 교단(또는 개인) 명의로 등기하는 경우로서, 명의신탁약정이 무효이므로 그에 따라 수탁자 명의의 소유권이전등기가 원인무효

---

301) 민유숙, “교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우 법률관계”,「대법원 판례해설」제60호, 법학도서관, 2006, 80-81면 참조.
302) 백현기, 전게 학위논문, 132면.

의 등기가 되고 신탁자는 소유권을 회복하므로 신탁자(지교회)는 소유권에 기한 방해배제청구로서 수탁자에 대하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다. 또한 이 경우 신탁자는 소유권자로 표상되어 있으므로 진정한 등기명의의 회복청구로서 소유권이전등기를 구할 수도 있을 것이다.[303] 다만 신탁자는 이 경우에 등기를 회복하기 위하여 부동산실명법이 정한 과징금·이행강제금 및 형사처벌의 제재를 받아야 한다.[304]

4. 교회재산의 소유형태

지교회가 사단법인으로 법인등기를 경료한 경우에는 그 교회는 독립인격체이며, 그 교회재산은 교회의 단독소유이다. 그리고 지교회가 법인 아닌 사단으로 존재하는 경우에 그 교회의 재산은 교인들의 총유에 속한다.[305] 물론 교회재산이 부동산인 경우에는 법인 아닌 사단인 교회명의로 등기할 수 있다(부동산등기법 제26조).[306]

가. 민법 시행 이전의 판례

303) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

304) 백현기, 전게 학위논문, 140면.

305) 법인 아닌 사단으로서의 교회가 교회명의로 등기된 교회재산에 대하여 총유라는 판례가 형성되기까지의 과정을 살펴보면, 대법원 1957. 12. 13. 선고 4289민상182 판결, 대법원 1958. 8. 14. 선고 4289민상569 판결 등에서는 교인들의 합유라고 판시하였으며, 대법원 1971. 2. 9. 선고 70다2478 판결에서 교인들의 총유라고 판시한 후 교회재산은 교인들의 총유라는 법리가 판례로 굳어지기에 이르렀다. 대체로 1959년에서 1970년까지의 기간동안은 합유라고도 판결하기도 하고 총유라고 판결하기도 하였다. 김상용, 전게논문("교회재산의 권리에 대한 현행 법률과 판례의 검토"), 47면.

306) 법인 아닌 사단명으로의 등기가 가능할 수 있었던 역사적 과정을 살펴보면, 일제에 의한 토지조사사업을 실시할 초기에 당시에 의용된 부동산등기령에서는 비법인사단명으로의 등기가 인정되지 아니하였다. 그리하여 당시에 우리나라에는 비법인사단인 종중소유토지가 많았으나 종중명의로 등기할 수가 없었다. 이러한 종중소유토지의 등기를 위하여 1913년 조선총독부임시토지조사국조사규정 제8조에는 서원, 종중으로서 법인격이 없는 경우는 그 소유토지를 그 구성원의 공유로 등기할 수 있도록 하였으며, 1918년 조선임야조사령(1918. 5. 1. 제령 제5호) 제2조에 의한 신고심득(申告心得) 제2항에서는 종중재산을 종중원의 공유 또는 개인소유로 신고할 수 있도록 하였다. 그 후 1923년에 와서 비로소 부동산등기령의 개정(1923. 10. 23. 제령 제10호)에 의하여 그 제2의 4에서 법인 아닌 사단 명의로 등기할 수 있도록 하였다. 이와 같은 역사적 변천을 거쳐서 법인 아닌 사단 명의로의 등기가 가능할 수 있게 되었다(김상용, 상게논문, 49면 주21 참조).

제정민법 시행 이전에는[307] 민법상 총유에 관한 규정이 존재하지 않았으며 공동소유의 형태로 공유만이 인정되었으나 그 당시에도 법인 아닌 사단의 소유형태로서 총유를 인정하는 데에 장애는 없었다.[308]

(1) 법인 아닌 사단인 교회의 경우

교회의 분열에 대한 대법원 최초의 판결인 1957. 12. 12. 선고 4289민상182 판결, 대법원 1959. 1. 11. 선고 4293민상395 판결은 제정민법 시행 이전 판례로서 당시 일반적인 통설에 의한 해석에 의하여 총유설을 채택할 수 있었음에도 불구하고 "교회가 분열된 경우에도 교회재산은 구성원들이 합유한다."라는 합유설을 채택하여 판결하였다. "교회라 함은 야소교(耶穌敎)의 교도들이 교리의 탐구 예배 기타 신교상 공동목적을 달성하기 위하여 각기 자유의사로 구성된 단체로서 법률상 법인이 아니므로 그 구성원을 떠나 독자적인 권리 의무의 주체가 될 수 없고 교도들의 연보, 헌금 기타 교회의 수입으로 된 재산은 특별한 사유가 없는 한 당해 교회의 소속 교회신도들의 합유[309]"라고 판시하므로써 이는 교회재산이 교인들의 출연에 의하여 형성되었다는 특수성 측면에서 조합재산과 유사하게 파악하여 합유라고 판시했을 가능성을 추측해 볼 수 있다. 하지만 합유라고 판시하면서도 "교도들이 공동으로 권리를 가지고 의무를 부

307) 우리나라에 계수된 근대민사법은 일제치하에서「조선민사령」(조선민사령은 1911년 3월 25일 총독부법률 제30호로 제정된「조선에시행할법령에관한건」제4조에 근거하여 1912년 조선총독의 명령인 제령 제7호로 공포되었으며 그 후 17차에 걸친 개정이 있었다)에 의하여 의용되었던 일본의 민사법들이 그 시초를 이룬다.

308) 민유숙, 전게논문, 31면. 총유에 관한 규정이 없는 일본에서는 해석론으로서 합의와 총유의 개념을 모두 도입하여 법인 아닌 사단의 소유형태는 총유라고 해석하였고 이러한 해석이 우리의 구민법에도 도입되어 해석상 총유, 합유가 인정되었다. 예컨대, 일본 최고재판소 1957. 11. 14. 노동조합의 분열에 관한 판결에서 권리능력 없는 사단의 재산은 사단을 구성하는 총사원의 총유라고 판시하였고 학설도 총유설이 다수설이다.

309) 대법원 판례는 "교회재산의 소유형태"에 관해 초기에는 "합유"라고 판단하다가 1970년대부터는 대체로 "총유"라고 판단하였으며, 1980년대 이후에는 예외 없이 "총유"라고 판단하고 있다. 대법원 58. 8. 14. 4289민상569 판결: "동일교회의 교도가 수파로 분리되어 수개의 교회로 분립하는 경우에는 그 분립당시 교회 소속재산은 특별한 사유가 없는 한 원칙적으로 그 분리 당시의 교회 소속 교도의 합유에 속한다." 대법원 62. 1. 11. 4293민상395 판결: "안양교회가 예수교 장로교회 교파인 원고 교회와 기독교장로회 교파인 피고 교회로 나누어진 경우에 그 당시의 안양교회재산은 그 나누어질 당시의 안양교회 소속 교도들의 합유라고 할 것이다." 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다466 판결; 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결; 대법원; 1988. 3. 22. 선고 86다카1197 판결: "교회가 두 파로 분열되었으면 특별한 사정이 없는 한 그 교회재산은 분열될 당시의 그 교회 신도들의 총유에 속한다."

담하게 되는 것이나 그 권리가 지분권이 아니므로 이를 단독적으로 처분할 수 없고 그 재산처분에 있어서는 교회 장정(章程) 회칙 기타 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 따라 유효히 할 수 있으되 그것이 없는 경우에는 본법의 원칙에 따라 교도 총회의 의결에 의하여야 할 것이다."라고 총유성격으로 판시하고 있음을 확인할 수 있다.

(2) 교회 이외 단체의 경우

민법 시행 전 대법원 판례 중에 교회 이외의 법인 아닌 사단에 대한 판례 중에 자연부락을 들 수 있다. 자연부락에 대하여 법인 아닌 사단으로서의 실체를 부여하고 그 재산은 주민전체의 재산으로서 부락 주민들의 총유라고 판시하였다.[310] 다음으로 종중은 조선고등법원 시절의 판례에 의하면 "종중재산을 합유"로 판시하였으나 그 구체적인 내용은 "각자에게 지분권은 없다."라든가, "그 처분은 종회의 다수결에 의하여야 한다."라고 판시함으로써 실질적으로는 총유로 이해하고 있는 것처럼 보이기도 한다.[311] 한편 제정민법 시행 전의 대법원 판결은 종중 그 자체의 소유라는 의미로 판시[312]한 경우가 많았다. 그 외 법인 아닌 사단으로서 주택조합에 대하여는 합유로 보았다.[313]

나. 민법 시행 이후의 판례

310) 대법원 1953. 4. 21. 선고 4285민상162 판결: "서울특별시 용산구 후암동 서부동회 및 서울특별시 용산구 후암동 동부동회가 원고가 되어 대한민국을 상대로 소유권이전등기청구를 한 사안에서 동리회는 주민 전부의 공동체로서 영속적 단체이나 법률상 인격이 없으므로 실체법상 독립하여 재산을 소유할 수는 없고 그 재산은 결국 주민전체의 재산이고 소송법상 정당한 당사자자격을 가진 원고 동회는 동주민을 대표하는 의미에서 동주민을 위하여 동주민의 소유에 속한 본건 부동산의 권리를 주장할 수 있다."

311) 민유숙, 전게논문, 41면.

312) 대법원 1958. 11. 20. 선고 4291민상2 판결: "위 부동산은 원고 문중원 및 피고의 공동선조인 병의 분묘가 있는 이다야로서 원고 문중보다는 대종중인 월성손 씨 종중의 소유임." 대법원 1962. 2. 28. 선고 4294민상1009 판결: "원고 종중이 신탁한 5명의 수탁자 중 이기룡의 공유 지분 1/5에 관하여 무권대리인에 의하여 피고 이제민에게 매각된 각 계약을 원고 종중이 그 유보된 소유권에 기인하여 추인한 것으로 인정되었다는 정당하고…."

313) 대법원 1962. 4. 12. 선고 4294민상1220,1221 판결: "권리능력이 없는 사단이 가지고 있는 재산은 그 구성원의 합유에 속하는 것이므로 …원고들이 신리주택조합을 조직하여 그 조합원이 되어 있다 하더라도 원고들이 위의 조합이 구성원 전원인 것이 명백한 이상 위의 조합에 관한 법률관계를 대상으로 하는 본건 소송에 있어서 조합 구성원의 전권인 원고들의 공동소송인으로서의 소송당사자 적격을 부인할 수는 없다."

(1) 분열 당시 그 교회 교도의 합유

제정민법이 시행[314]된 후에도 대법원은 여러 차례 교회재산을 교인들의 총유가 아닌 합유라고 판시[315]하였다. 교회의 재산을 교인들의 총유라고 인정한 최초의 대법원 판결[316]은 "교회의 목적, 성격과 우리 재산법의 근본이론으로 보아 교회신도들의 연보·헌금 기타 교회의 수입으로 된 재산은 특별한 사유가 없는 한 그 교회신도들의 총유에 속한다고 해석하여야 한다."고 하였다.

대법원은 제정민법 시행 후에도 일정기간 여러 차례 교회재산을 교인들의 합유라고 판시[317]하였지만 총유라는 판시가 전혀 없었던 것은 아니다. 현행민법 시행 후에는 총유라는 개념을 사용하기 시작하였으나 70년대 초까지도 총유와 합유를 혼용하였다. 그러나 합유라고 판시하였음에도 불구하고 대법원은 공동소유의 형태에 대하여 총유로 보고 있다.[318] 판례가 합유라는 표현을 쓴 것은 총유와 구별되는 엄밀한 의미에서가 아니라 공유가 아닌 공동소유를 막연하게 총유라고도 부르고 합유라고도 부르던 시대의 용어법을 좇은 것에서 비롯된 것이라고 말하기도 한다.[319]

---

314) 우리 민법은 '1958. 2. 22. 법률 제471호'에 의해 제정되었고 1961년 1월 1일부터 시행됐다.

315) 대법원 1970. 2. 10. 선고 67다2892, 2893 판결: "교도들의 연금 기타 교회의 수입으로 된 재산은 특별한 사유가 없는 한 당해 소속 교회의 교도들의 합유로서 각 교도들이 공동으로 권리를 가지고 의무를 부담하게 되는 것이며…."

대법원 1970. 2. 24. 선고 68다615 판결: "이와 같이 단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여 어떤 다른 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 그 재산은 분열 당시의 그 교회의 교도의 합유에 속하는 것이요."

대법원 1973. 1. 16. 선고 72다2070 판결: "단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여 어떤 다른 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 그 재산은 분열 당시의 그 교회의 교도들의 합유에 속하는 것이다."

316) 대법원 1960. 7. 14. 선고 4291민상547 판결.

317) 대법원 1970. 2. 10. 선고 67다2892,2893 판결: "교도들의 연금 기타 교회의 수입으로 된 재산은 특별한 사유가 없는 한 당해 소속 교회의 교도들의 합유로서 각 교도들이 공동으로 권리를 가지고 의무를 부담하게 되는 것이며…."

대법원 1970. 2. 24. 선고 68다615 판결: "이와 같이 단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여 어떤 다른 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 그 재산은 분열 당시의 그 교회의 교도의 합유에 속하는 것이요."

대법원 1973. 1. 16. 선고 72다2070 판결: "단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여 아떤 다른 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 그 재산은 분열 당시의 그 교회의 교도들의 합유에 속하는 것이다."

318) 김진현, 전게 학위논문, 132면.

319) 김증한, "교회가 분열한 경우의 재산귀속", 「법학」 제1권 제1호, 서울대학교법학연구소,

(2) 분열 당시 그 교회 교도의 합유와 총유

제정민법이 시행되기 전이나 후에도 일정기간 교회재산을 '합유'로 판결하면서도 민법이 제정된 직전인 1960년에 최초로 교회재산을 총유로 판시[320]하기도 하였다. 이후 판결 역시 교회의 분열을 인정하지 않는 사안에서 종전교회와 동일성을 유지하는 교회(잔존교회) 교인들의 총유라고 보았다.[321] 즉 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결[322]은 교회는 법인 아닌 사단이고 재산은 교인들의 총유라고 판시하면서 나아가 종전교회의 일부가 이탈하더라도 교회재산은 종전교회의 잔류교인들의 총유이며 그 잔류교인들에 의한 원고 교회가 종전교회와의 동일성이 인정된다고 판시하였다. 또한 교인들의 총의에 따라 교단변경도 인정하였다.

대법원은 1971. 2. 9. 선고 70다2478 판결[323]에서 비로소 단일교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에는 분열 당시 교회 교도들의 총유에 속하는 것이라고 판시하였으며 그 후에도 합유로 본 판례가 혼재하다가 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다466 판결[324] 및 그 이후에는 총유 개념의 판시가 확립되어 정착되었다. 1970년대 이후 분

1959, 213면.

320) 대법원 1960. 7. 14. 선고 4291민상547 판결: "교회의 목적, 성격과 우리 재산법의 근본이론으로 보아 교회신도들의 연보·헌금 기타 교회의 수입으로 된 재산은 특별한 사유가 없는 한 그 교회신도들의 총유에 속한다고 해석하여야 한다."

321) 교회 중에서도 천주교는 개신교와는 다르게 "법인 아닌 사단이나 재단"이 아니라는 판결이 있다. 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결: "피고 신태인 천주교회는 신자들 단체라는 면에서 보더라도 내부적으로 단체의사를 결정할 수 있는 자율적 기관이 없고 대표자의 정함이 있는 단체라고 볼 수 없고 외부적으로 보더라도 그 단체를 구성하는 개개 신자의 개성을 초월하여 자기재산을 가지고 독립한 사회적 활동체로 존재하는 단체라고는 볼 수 없으므로 본조 규정의 법인 아닌 사단이나 재단에 해당하는 것이라고 할 수 없다."

322) "원고 교회가 독립성있는 비법인 사단인 이상 그가 소속하는 전기노회와의 내부적 관계에 있어서는 그 노회의 규약에 따라 교회의 운영기타의 종교활동을 하여야 할 것이라 할지라도 그 노회 이외의 대외적 관계에 있어서는 소속교인들의 총의에 의하여 자율적으로 그의 대표자 기타의 임원을 선임하고 그들을 통한 종교적인 행사를 하며 교인들의 총유에 속하는 교회당을 처리 할 수 있을 것은 물론 종교자유의 원칙에 따라 소속교인의 총의에 의하여 그가 소속할 노회도 선택할 수 있는 것이라고 할 것이다."

323) 판결요지: "당일 교회가 2개 이상으로 분열된 경우 그 재산의 처분에 있어서는 교회장정, 회칙 기타 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 따를 것이지마는 그와 같은 규정이 없는 경우에는 그 재산은 분열 당시의 그 교회 교도의 총유에 속하는 것이므로 종전교회의 교도들의 총의에 따른 의결방법에 의하여 그 귀속을 정하여야 한다."

324) 판결요지: "교회가 두 파로 분열되었으면 특별한 사정이 없는 한 그 교회의 재산은 분열될 당시의 그 교회신도들의 총유에 속한다."

열된 경우에도 그 교회재산을 교인들의 총유관계로 이해하면서 1993년 대법원 전원합의체 판결로서 특별한 사정이 없는 한 "분열될 당시 교회 신도들의 총유"관계에 속한다고 판시하였고 이와 같은 경향이 통일된 대법원의 판례경향으로 자리잡게 되었다.[325]

5. 총유물인 교회재산의 관리·보존행위

가. 학 설

총유물의 보존행위란 "총유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하는 행위와 그 가치를 보전하는 행위를 포함하는 사실상·법률상의 행위"를 의미한다.[326] 총유물의 보존행위에 대하여는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항의 사원총회의 결의를 요한다는 것으로 본다.[327] 총유물의 보존행위는 관리행위에 포함되는 것으로 보고 있다.[328] 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유는 단체성이 강하며, 구성원 개인에게는 지분권이 인정되지 않기 때문에 관리보존행위는 법인 아닌 사단의 명의로 하여야 하고 그 절차에 관하여 정관에 특별한 정함이 없으면 구성원 총회 결의를 거쳐야 한다. 민법상 사단과 조합은 다른 조직체로 구별되지만 다수의 구성원이 공동의 목적을 갖고 공동의 사업을 구성한다는 점에서 유사성을 갖는다.

사단이란 다수의 사람들이 모여 공동목적의 사업을 하기 위하여 결합한 인적 단체이며, 사단이 설립등기에 의해 법인격을 취득하면 사단법인이 되고 그렇지 않으면 법인 아닌 사단으로 남는다. 따라서 사단은 단체성이 강하며 그 구성원은 개성을 상실하고 단체가 권리주체로서 법률행위를 한다.[329] 사단은 다수의 구성원이 독자적인 활동

---

325) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결: "하나의 교회가 2개의 교회로 분열된 경우 …교회의 법률적 성질이 권리능력 없는 사단인 까닭으로 종전교회의 재산은 그 분열 당시 교인들의 총유에 속하고, 그 교인들은 각 그 교회활동의 목적범위 내에서 총유권의 대상인 위 교회재산을 사용·수익할 수 있다." 같은 취지: 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다21733 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 95다5912 판결.

326) 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도4910 판결.

327) 이영준,「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2009, 592면; 윤철홍,「물권법 강의」, 박영사, 1998, 239면.

328) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결.

329) 이은영, 전게서, 225면.

을 하는 조직체를 구성하여 그 단체의 명의로 재산을 관리하고 활동하며, 사단은 단체의사를 갖고 그에 따라 활동하되 그 단체의사는 정관으로서 표현된다. 사단은 단체 고유의 권리능력을 가지므로 단체 명의로 물건을 소유하고 권리의무를 취득하며, 단체의 행위도 인정되어 단체는 기관의 매개를 통한 행위로서 타인과 계약을 맺는 등 법률행위의 당사자가 될 수 있다. 사단의 권리의무는 그 구성원의 것과는 엄연히 구별되며, 단체의 자산이나 부채는 모두 단체 자신에 속한다. 구성원은 단체의 자산으로부터 배당을 받을 뿐이고 단체의 채무를 이행할 책임을 지지 않으며, 사단은 민사소송법상 소송당사자능력도 인정된다. 여기서 법인 아닌 사단도 등기하지 않았다는 점에 차이가 있을 뿐 실질은 사단법과 거의 같으므로 그와 유사한 법적 지위가 인정된다.[330]

조합에서는 조합원이 공동으로 참여하는 단체적 결속을 갖긴 하지만 그 결속은 조합원 상호간의 채권관계일 뿐 조합원 이외의 제3자에 대한 관계에 있어서는 조합이라는 공동체의 존재는 인정되지 않는다. 대외관계에서는 전조합원의 집합만이 존재할 뿐 그들을 대표하는 단체는 존재하지 않는다.[331] 조합은 법인격이 부여되지 않으므로 조합 스스로 권리능력, 행위능력을 갖지 못한다. 대외적으로 조합명의 재산이 인정되지 않으며, 조합의 법률행위나 불법행위라는 것이 없으며, 조합의 이름으로 민사소송을 수행할 수 없다. 조합재산은 전조합원의 명의로 등기되어야 하며, 조합채무는 조합원이 분할 또는 연대하여 부담하고 소송에서는 전조합원이 소송당사자가 되어야 한다.

나. 입법례

우리 민법에서 하나의 물건 또는 권리를 여러 사람이 공동으로 소유하게 되는 경우가 있는데, 이것을 공동소유라고 하며, 공동소유에는 공유(共有), 합유(合有), 총유(總有)의 세 가지가 있다. 제정민법 시행 이전에는[332] 민법상 총유에 관한 규정이 존재하지 않았으며 공동소유의 형태로 공유만이 인정되었으나 그 당시에도 법인 아닌

330) 이은영, 상게서, 226-227면.
331) 이은영, 상게서, 226면.
332) 우리나라에 계수된 근대민사법은 일제치하에서「조선민사령」에 의하여 의용되었던 일본의 민사법들이 그 시초를 이룬다. 의용된 일본민사법의 범위를 보면 민법·민법시행법·상법·수형법·소절수법·유한회사법·상법시행법·파산법·화의법·민사소송법·인사소송수속법·비송사건수속법·민사소송비용법·민사소송용인지법·집달이수수요규칙 등이었는데, 조선 민사령에 특별한 규정이 있는 경우에는 거기에 따르도록 하고 있어, 가족법 분야는 우리나라 관습을 법원으로 삼고 기술적인 부분만 일본민법을 의용하도록 하고 있었다.

사단의 소유형태로서 총유를 인정하는 데에 장애는 없었다.[333] 해방 후 제정민법 시행 전 판례는 자연부락에 대하여 법인 아닌 사단으로서의 실체를 부여하고 그 재산을 부락 주민들의 총유라고 판시[334]하였다. 다음으로 종중에 관하여 보면, 조선고등법원 시절의 판례는 종중재산을 합유로 판시하였으나 그 내용을 구체적으로 보면 "각자에게 지분권은 없다.", "그 처분은 종회의 다수결에 의하여야 한다"는 등의 내용이 있어 실질적으로는 총유로 이해한 것처럼 보인다. 공동재산의 세 가지를 공유물, 합유물, 총유물이라 하며 이에 대한 관리 보존에 대하여 제276조, 제265조, 제272조의 규정[335]을 두고 있다.

총유물은 단체성이 강하나, 아직 법인으로까지는 발전되지 못한 단체가 그 재산을 소유하는 형태로서 공유나 합유에서 말하는 지분이 인정되지 않고 단체의 구성원으로서 단체재산에 대한 수익권을 가질 뿐 그 수익권을 다른 사람에게 양도할 수 없다는 점에서 공유나 합유와 다르다. 총유물은 개인적으로는 사용·수익할 수 있으므로 사용·수익에 관해서는 각자가 할 수 있으나 관리보존이나 처분은 사원총회의 결의로 가능하다. 이는 총유물이란 지분권이 인정되지 않기 때문이다.

우리 민법에서는 사단법인에 있어서 구성원의 탈퇴나 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속하면서 종전 사단법인에게 귀속되었던 재산을 소유하는 방식의 사단법인이의 분열은 인정하지 아니한다.

---

333) 총유에 관한 규정이 없는 일본에서는 해석론으로서 합의와 총유의 개념을 모두 도입하여 법인 아닌 사단의 소유형태는 총유라고 해석하였고 이러한 해석이 우리의 구민법에도 도입되어 해석상 총유, 합유가 인정되었다. 예컨대, 일본 최고재판소 1957. 11. 14. 노동조합의 분열에 관한 판결에서 권리능력 없는 사단의 재산은 사단을 구성하는 총사원의 총유라고 판시하였고 학설도 총유설이 다수설이다.

334) 대법원 1953. 4. 21. 선고 4285민상162 판결: "서울특별시 용산구 후암동 서부동회 및 서울특별시 용산구 후암동 동부동회가 원고가 되어 대한민국을 상대로 소유권이전등기청구를 한 사안에서 동·리회는 주민 전부의 공동체로서 영속적 단체이나 법률상 인격이 없다로 실체법상 독립하여 재산을 소유할 수는 없고 그 재산은 결국 주민전체의 재산이고 소송법상 정당한 당사자자격을 가진 원고 동회는 동 주민을 대표하는 의미에서 동 주민을 위하여 동 주민의 소유에 속한 본건 부동산의 권리를 주장할 수 있다"

335) 민법 제276조(총유물의 관리·처분과 사용·수익) ①총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다. ②각사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용, 수익할 수 있다.

민법 제265조(공유물의 관리·보존) 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

민법 제272조(합유물의 처분·변경과 보존) 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

이미 제2장에서 전술한 대로 법인격을 갖추지 못한 법인 아닌 사단이 실질에 있어서는 사단법인과 다르지 않다는 이유로 법인 아닌 사단의 재산귀속관계를 총유 또는 준총유로 다루는 것 외에는 사단법인에 관한 민법 총칙편의 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고 이를 모두 유추적용하는 것이 통설이다.[336] 민법에서 법인의 해산사유는 "법인은 존립기간의 만료, 법인의 목적의 달성 또는 달성의 불능 기타 정관에 정한 해산사유의 발생, 파산 또는 설립허가의 취소로 해산"하며 "사단법인은 사원이 없게 되거나 총회의 결의로도 해산"한다(민법 제77조). 또한 "법인 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유"(민법 제275조)로 하는데 "그 총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함으로써 취득상실된다."(민법 제277조) 따라서 사단법인이나 법인 아닌 사단에서 구성원의 탈퇴나 해산은 인정된다.

그러나 분열을 인정하는 측에서는 우리 민법이 사단법인의 분열을 특별히 금지하지도 아니하였고 또 사단법인의 분열을 금지하여야 할 특별한 이유도 보이지 않으므로 사단법인의 분열은 우리 민법하에서도 허용되는 것이라고 보아야 한다고 주장한다. 그리고 구성원들의 자발적 의사에 기인하지는 않았으나 다른 어떠한 사정으로 인하여 사단법인이 사실상 분열된 상태가 초래되어 하나의 사단으로 회복될 가능성이 없어진 경우, 그 상태를 그대로 기정사실로 인정하여 사단법인이 분열된 것으로 보아 법률관계를 정리하는 것 또한 굳이 허용되지 않을 이유는 없는 것이라고 주장한다.[337] 총유재산에 관한 관리보존을 위한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

법인 아닌 사단의 재산은 그 구성원의 총유이며(민법 제275조 제1항), 법인 아닌 사단의 구성원은 사단 내부의 규약 등에 정하여진 바에 따라 사용·수익권을 가진다(민

336) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 190면; 이영준, 전게서(「민법총칙」), 844면; 김상용, 전게서, 82-83면; 김진현, "권리능력없는 사단",「민사법학」제11호, 제12호, 1995, 한국사법행정학회, 514면; 문준섭, "사원총회 결의 없는 법인 아닌 사단 금전채무 보증행위의 효력",「저스티스」제99호, 한국법학원, 2007. 8. 240면. 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 94다18522 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결.

337) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결〔대법관 박시환의 별개의견〕.

법 제276조 제2항). 이와 같이 법인 아닌 사단의 구성원으로서 사단의 총유인 재산의 관리처분에 관한 의결에 참가할 수 있는 지위나 사단의 재산에 대한 사용·수익권은 사단 구성원의 지위를 전제로 한 것이어서, 구성원은 법인 아닌 사단을 탈퇴하는 동시에 그 권리를 상실한다(민법 제277조). 한편, 법인 아닌 사단의 단체성으로 인하여 구성원은 사용·수익권을 가질 뿐 이를 넘어서서 사단 재산에 대한 지분권은 인정되지 아니하므로, 총유재산의 처분·관리는 물론 보존행위까지도 법인 아닌 사단의 명의로 하여야 하고[338] 그 절차에 관하여 사단 규약에 특별한 정함이 없으면 의사결정기구인 총회 결의를 거쳐야 한다(민법 제276조 제1항). 총회 결의는 다른 규정이 없는 이상 구성원 과반수의 출석과 출석 구성원의 결의권의 과반수로써 하지만(민법 제75조 제1항), 사단에 따라서 재산 내역이 규약에 특정되어 있거나 그렇지 않더라도 재산의 존재가 규약에 정하여진 사단의 목적수행 및 사단의 명칭·소재지와 직접 관련되어 있는 경우에는 그 재산의 처분은 규약의 변경을 수반하기 때문에 사단법인 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 총 구성원의 3분의 2 이상의 동의를 필요로 한다고 해석하여야 한다.

총유물 보존을 위한 소송의 대표권은 교회 정관이 존재하지 않을 경우 교회의 중요 결정은 공동의회 결의로 법적 효력이 발생된다. 특히 교회 총유물의 보존에 있어서는 교회의 정관이나 규약이 없을 경우 오로지 교회의 전체교인들의 총회 결의가 요구된다. 그러나 총유물의 보존을 위해 교회의 대표자는 교회소속 전체교인들의 총회 결의에 의한 특별수권 없이도 교단 헌법 등의 규정에 따라 상급기관인 노회가 지교회에 임시당회장을 파송했을 경우 교회의 당회장으로서 교회를 대표하여 교회의 소유 부동산에 관한 소송을 제기 수행할 수 있다.[339]

다. 판 례

법인 아닌 사단의 관리·보존에 대한 판결도 처음의 판결을 변경하는 연혁을 갖고 있다. 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결 이전인 종전 판례에서는 총유에서 보존행위를 각자 단독으로 할 수 있다고 판시[340]하였다. 또한 총유물

338) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결.
339) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85다카659 판결.
340) 대법원 1960. 5. 5. 선고 4292민상191 판결.

의 보존행위에 관하여는 민법 제276조 제1항에 의해 사원총회의 결의를 요하며, 그 결의가 있는 때에는 사원 각자가 보존행위를 할 수 있다고 보았다.[341] 법인 아닌 사단의 대표자 개인 또는 구성원 일부가 총유재산의 보존을 위한 소를 제기할 수 있다고 판시한 대법원 1958. 2. 6. 선고 4289민상617 판결, 1960. 5. 5. 선고 4292민상191 판결, 대법원 1966. 3. 15. 선고 65다2465 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 73다47 판결, 대법원 1977. 3. 8. 선고 76다1029 판결, 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다2045,2046 판결, 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다41507 판결, 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결 등은 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 이를 변경하였다.

법인 아닌 사단의 구성원 개인이 총유재산의 보존을 위한 소를 제기할 수 있는지 여부에 대한 소에서 대법원 전원합의체는 민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 판시하였다.

이 판결은 첫째, 보존행위의 근거를 공동소유물에 대해 지분권을 가지는 것에서 찾았다. 그래서 법인 아닌 사단이 소유하는 형태인 총유에서는 단체성이 강하고 구성원 개인의 지분권이 인정되지 않으므로 사원 각자가 보존행위를 할 수도 없는 것으로 보았다. 둘째, 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자(필수적 공동소송)가 되는 것으로 보았다.

---

341) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다2045,2046 판결; 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다41507 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결.

사원총회의 결의가 있더라도 어느 사원이 보존행위의 이름으로 소송의 당사자가 되는 것은 민사소송법상의 당사자적격에 위배된다고 본 것이다. 그러면서 이에 배치되는 종전의 대법원 판례를 변경한 것이다.[342]

법인 아닌 사단과 조합과의 구별로서는 민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 법인 아닌 사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로(민법 제703조) 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 단체인데 비해 법인 아닌 사단은 구성원과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다고 판시[343]하였다.

대법원은 교회에 대한 법인 아닌 사단이 총유재산에 관한 소송을 제기함에 있어서는 정관에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 결의[344]를 거쳐야 하는 것이므로, 법인 아닌 사단이 이러한 사원총회의 결의 없이 그 명의로 제기한 소송은 소송요건이 흠결된 것으로서 부적법하다고 했다.[345] 또한 법인 아닌 사단이 당사자인 사건에 있어서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로 법원으로서는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도 이미 제출된 자료에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈만한 사정이 엿보인다면 그에 관하여 심리·조사할 의무가

342) 김준호,「민법판례강의」, 법문사, 2008, 377면; 민유숙, “법인 아닌 사단의 보존행위를 위한 소의 원고 적격”,「대법원 판례해설」제57호, 103면 이하.

343) 대법원 1994. 4. 23. 선고 99다4504 판결.

344) 이때 사원총회 결의를 위한 의사정족수와 의결정족수는 어떻게 되는가? 이에 대한 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다17062 판결에 의하면 다음과 같이 판시하고 있다. “총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항의 규정에 따라 사원총회의 결의를 거쳐야 하므로(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다28437 판결 참조), 법인 아닌 사단인 교회가 그 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 교인총회의 결의를 거쳐야 한다. 이와 관련하여 ‘총회의 결의는 민법 또는 정관에 다른 규정이 없으면 사원 과반수의 출석과 출석사원의 의결권의 과반수로써 한다’는 민법 제75조 제1항의 규정은 법인 아닌 사단에 대하여도 유추적용될 수 있다.”

345) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다97044 판결; 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다28437 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다64573 판결 등 참조.

있다고 판시[346]하였다.

이와 같은 대법원의 판례와 법리에 근거해서 교회분쟁시 관리보존에 대한 하급심의 판단들을 보면 다음과 같다. 산본중앙교회 분쟁시 교회 장로를 소속 노회가 권징재판을 통하여 제명·출교 판결을 내렸다.[347] 그러나 하급심이긴 하지만 원고측인 교회는 제명·출교된 장로들에 대해 교회출입을 금지시켜 달라는 교회출입금지 가처분 신청을 법원에 제기하였으나 법원은 각하결정을 내렸다. 법원은 결정문에서 "총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항 소정의 사원총회의 결의를 거쳐야 하고 이는 대표자의 정함이 있는 법인 아닌 사단인 교회가 그 총유재산에 대한 보존행위로서 대표자의 이름으로 소송행위를 하는 경우라 할지라도 정관에 달리 규정하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그대로 적용되는 것이라 할 것이다."라는 대법원 판결[348]을 인용하여 판시하였다.

법원은 "채권자 교회의 명의의 지분은 총유재산이므로 정관에 달리 규정하고 있지 않는 한 교인들에 의한 총회의 결의를 거쳐야 할 것인데, 채권자 교회에 정한 기타재산의 보존행위 또는 관리행위에 관한 규약이 있다거나 채권자 교회가 이 사건 신청을 제기함에 있어 교인들에 의한 총회의 결의를 거쳤다는 점을 소명할 아무런 자료가 없다."는 이유에서 각하결정을 내렸다. 교단에서의 권징결의가 있다고 하더라도 교회재산이 총유형태인 한, 교회당 출입금지를 하기 위해서는 교인총회를 거쳐야 하는 것이다. 교단의 책벌과 민법상의 재산의 보존행위와 관리행위를 분리해서 본 것이다. 이러한 판결은 대구순복음교회도 마찬가지이다. 신청인인 원고측은 피신청인 목사가 교단으로부터 제명·출교를 당하자 피신청인의 교회출입을 금지하는 가처분을 제기했다. 법원은 신청인측이 피신청인 목사에 대해 담임목사직은 물론 그 총유재산에 대한 사용·수익권을 상실하였으므로 피신청인에 대해 예배·출입·직무집행의 금지를 청구할 수는 있으나 총유재산의 보존 및 관리행위로서 하는 소송은 법인 아닌 사단의 명의로 하는 경우라도 정관 등에 달리 규정하고 있다는 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 결의를 거쳐야 하는 것이고, 이 부분에 대한 신청도 총유재산에 대한 보존 또는 관리행위에

346) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다97044 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결 참조.
347) 수원지방법원 안양지원 2011. 3. 3, 자 2010카합180 결정.
348) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다28437 판결.

해당하는 것이어서 사원총회의 결의를 거쳐야 하는데 신청인 교회가 사원총회 결의를 거쳤다는 아무런 소명자료가 없을 뿐만 아니라 기독교 대한 하나님의 성회 헌법에도 달리 규정한 바가 없기 때문에, 이 부분 신청은 부적합한 것으로 판단하였다.[349]

권징재판으로 제명·출교처분을 받은 자에게 교회출입을 금지하는 소를 제기할 경우에는 교회총회(공동의회) 결의가 있어야 한다는 판결이다. 출입금지 소를 제기하려면 법인 아닌 사단의 관리·보존의 법률관계는 사원총회의 결의로 가능하기 때문에 교인총회 결의가 있었다는 사실에 대한 입증책임은 신청인측에게 있다. 이러한 문제에 대비해서 정관에 제명·출교 처분을 받은 자는 교회에 출입해서는 안된다는 규정을 두면 좋을 것으로 보인다.[350]

총유물의 보존행위의 관련 판례로서 법인 아닌 사단인 A재건축주택조합은 B가 C에 대해 부담하는 공사대금 채무에 대해 조합장의 명의로 보증을 하였다면 이러한 보증행위에 관하여도 총유물의 관리·처분의 법리가 적용되는 것인지, 따라서 제276조 제1항에 의해 사원총회의 결의가 없으면 그 보증은 무효가 되는지가 문제된 판결에서 종래의 판례[351]는 이를 긍정하였는데, 이 판례는 2007년 전원합의체 판결로 변경되었다. 변경된 판례[352]는 "민법 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 타인의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다."(다만 조합의 규약에 위 경우 조합 임원회의 결의를 거치도록 되어 있는 경우, 이는 대표권의 제한으로서, 상대방이 이를 알았거나 알 수 있는 때에 한해 그 보증이 무효이고, 그러한 사실을 A조합이 입증하여야 한다).

이와 관련하여 지교회 담임목사가 교회 사원총회 결의를 거치지 않고 소속 노회나 총회의 행사에 일정한 경비를 지불하기로 합의하고 계약을 체결했을 경우 이 계약의

349) 대구지방법원 2007. 6. 8.자 2007카합108 결정.

350) ○○교회는 분쟁 이후 다음과 같은 내용의 정관을 제정했다. 관리보존에 대한 법률문제에 근거해서 작성된 정관이다. 제10조(재산권의 보장과 제한) ①본 교회의 교인은 본 교회 정관에 따라 재산권이 보장된다. ②교인은 정관에 따라 총유물을 사용·수익한다. ③본 교회의 정관에 따라 시벌(施罰)하에 있는 교인은 재산권이 보류되고 교인제적 및 출교처분을 받은 자는 재산권을 상실하며 교회에 출입할 수 없다.

351) 대법원 2001. 12. 14. 선고 2001다56256 판결.

352) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072,60089 판결.

효력이 문제가 될 수 있지만 교회재정지출은 공동의회에서 예산계획을 승인해 주지 않는 재정지출은 위법이기 때문에 담임목사 임의로 상급기관인 노회나 총회의 경비 일부를 부담하겠다는 계약체결은 담임목사 당사자의 계약체결이지 교회와 맺은 계약 체결이라 할 수 없어 위법으로 판단할 수 있다는 것이 교회법의 설명이라 할 수 있다.

제3절 설립중의 교회와 청산중의 교회

1. 설립중의 교회

교회를 개척하여 설립하기로 하고 개척(설립)준비를 하는 경우가 있다. 아직 교회를 설립하지 않는 상태, 즉 법인 아닌 사단으로 성립되지 못한 상태에서 교회를 건축할 목적으로 부지를 매입하거나 건축하는 경우, 또는 예배용 건물 등을 분양받는 경우가 있을 수 있다. 이때 사용된 재산의 귀속문제와 법률관계가 제기될 수 있다. 이러한 문제를 설립중 교회재산 귀속문제라 할 수 있으며 이 문제에 관한 법원의 판례태도를 살펴보기로 한다.

가. 사실관계

소외 1은 지교회인 원고(반소 피고) 교회를 설립하기로 하고 교회당으로 사용할 건물을 분양받고 분양대금의 잔금 등을 마련하기 위해 피고(반소 원고)로부터 변제기나 이자의 약정 없이 약 6,000만원을 차용하고 이에 대한 담보로 분양받은 건물에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 경료했다. 이후에 원고 교회는 이 건물에 입주하여 개척예배를 드린 후 교회 정관을 만들고 같은 날 교회 정관에 대한 승인 및 교회 대표자 선임에 관한 결의를 하여 소외 1을 대표자로 선임하고 이 사건 교회의 건물을 교회당으로 점유·사용하고 있다. 이에 원고 교회는 피고를 상대로 소유권이전등기 말소소송을 제기하였다.[353] 이에 피고는 원고 교회를 상대로 건물명도에 대한 반소를 제기하였다.[354] 원심법원인 서울고등법원은 피고는 원고 교회에게 이 사건 건물에 관한 피고 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판시하여 원

353) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37394 판결(본소).
354) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37400 판결(반소).

고 교회의 손을 들어줬다. 그러나 대법원은 교회가 아직 실체를 갖추지 못하여 법인 아닌 사단으로서 성립되기 이전에 설립의 주체인 개인이 취득한 권리의무는 그것이 앞으로 성립될 교회를 위한 것이라 하더라도 바로 법인 아닌 사단인 교회에 귀속될 수 없다며 피고의 손을 들어준 판례이다.

나. 원심법원의 판단[355]

교회는 법인 아닌 사단으로서 특별한 사정이 없는 한 사단법인에 관한 규정이나 설립중의 회사에 관한 법리가 유추적용되고, 설립중의 교회의 대표자가 설립중의 교회 명의로 법률행위를 하면, 설립중의 교회 명의로 취득한 권리의무는 설립중의 교회에 총유의 형식으로 귀속하였다가 성립 후의 교회에 별도의 이전행위 없이 귀속하게 된다고 보았다.

계속해서 원심은 사실관계에 있어서 소외 1은 원고 교회를 대표하여 이 사건 분양계약을 체결한 것이고, 그 당시 원고 교회가 설립중의 교회였음은 명백하다 할 것이어서 소외 1이 설립중의 교회를 대표하여 이 사건 분양계약을 체결한 계약상의 지위는 별도의 이전행위 없이 원고 교회에 귀속하며, 피고는 명의신탁자인 원고 교회로부터 그 등기 명의만을 신탁받은 명의수탁자에 불과하다고 보았다. 원심은 이러한 명의신탁 약정과 그에 기한 등기는 부동산실명법에 의하여 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로, 명의신탁자는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있다 할 것이어서, 피고는 원고 교회에게 이 사건 건물에 관한 피고 명의 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하여 원고 교회의 손을 들어주었다.

다. 상고심인 대법원의 판단[356]

대법원은 원심판결 중 본소에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하여 원심판결과는 다르게 피고의 손을 들어줬다. 대법원은 다음과 같은 이유

355) 서울고등법원 2007. 5. 16. 선고 2006나106585 판결(본소); 대법원 2007. 5. 16. 선고 2006나106592 판결(반소).

356) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37394 판결(본소); 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다37400 판결(반소).

로 원심판단은 수긍하기 어렵다고 하였다.

(1) 설립중의 회사의 법리를 유추적용한 문제

대법원은 법인 아닌 사단으로서 교회는 특별한 사정이 없는 한 설립중의 회사에 관한 법리를 유추적용한 원심판단의 법리오해를 지적하면서 법인 아닌 사단인 교회가 성립되기 전의 단계에서 설립중의 회사의 법리를 유추적용할 수는 없다고 판단하였다. 설립중의 회사라 함은 주식회사의 설립과정에서 발기인이 회사의 설립을 위하여 필요한 행위로 인하여 취득하게 된 권리의무가 회사의 설립과 동시에 그 설립된 회사에 귀속되는 관계를 설명하기 위한 강학상의 개념으로서, 설립중의 회사는 정관이 작성되고 발기인이 적어도 1주 이상의 주식을 인수하였을 때 비로소 성립된다.[357]

설립중의 회사가 성립하기 위해서는 발기인이 정관을 작성하고 1주 이상의 주식을 인수하는 등 어느 정도 회사로서의 독립된 실체를 갖추어야 하고, 이 점에서 설립중의 회사의 법적 성격은 법인 아닌 사단으로 볼 것이다. 따라서 이러한 실체를 갖추지 못하여 아직 설립중의 회사가 성립되기 이전에 발기인이 취득한 권리의무는 설립중의 회사에 귀속될 수는 없고, 구체적인 사정에 따라 발기인 개인 또는 발기인 조합에 귀속되는 것으로서, 이들에게 귀속된 권리의무를 그 후에 성립된 설립중의 회사나 설립후의 회사에게 귀속시키기 위해서는 양수나 계약자 지위인수 등의 특별한 이전행위가 있어야 한다.[358]

그리고 교회는 주무관청의 허가를 받아 설립등기를 마치면 민법상 비영리법인으로서 성립하나, 교회가 법인격을 취득하지 않더라도 기독교 교리를 신봉하는 다수인이 공동의 종교활동을 목적으로 집합체를 형성하고 규약 기타 규범을 제정하여 의사결정기관과 대표자 등 집행기관을 구성하고 예배를 드리는 등 신앙단체로서 활동하는 경우에는 법인 아닌 사단으로서 설립·존속하게 된다.[359] 교회가 이와 같이 그 실체를 갖추어 법인 아닌 사단으로서 성립한 경우에 교회의 대표자가 교회를 위하여 취득한 권리의무는 교회에 귀속된다고 할 것이나, 교회가 아직 실체를 갖추지 못하여 법인 아닌 사단으로서 성립되기 이전에 설립의 주체인 개인이 취득한 권리의무는 그것이 앞으로 성립될 교회를 위한 것이라 하더라도 바로 법인 아닌 사단인 교회에 귀속될 수 없다고 할 것이다. 또한 앞서 본 설립중의 회사의 개념과 법적 성격에 비추어, 법인

357) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다50215 판결; 대법원 1990. 12. 26. 선고 90누2536 판결.
358) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다56020 판결; 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다50215 판결.
359) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

아닌 사단인 교회가 성립되기 전의 단계에서 설립중의 회사의 법리를 유추적용할 수는 없다고 판단하였다.

이같은 법리에 따라 살펴보면 원고 교회는 주무관청의 허가를 받아 설립등기를 마친 법인인 교회가 아니라 법인 아닌 사단인 교회로써 이 사건 건물에 입주하여 개척예배를 드렸고 교회 정관을 만들고 같은 날 교회 정관에 대한 승인 및 교회 대표자 선임에 관한 결의를 하여 소외 1을 대표자로 선임하였다. 소외 1이 이 사건 건물에 관한 분양계약을 체결할 당시에는 원고 교회는 아직 그 실체를 갖추지 못하여 법인 아닌 사단으로서 성립되기 전이라 할 것이다. 따라서 소외 1이 이 사건 건물에 관하여 체결한 분양계약이 원고 교회를 대표하여 체결한 것이라거나 그 계약상의 지위가 별도의 이전행위 없이 바로 원고 교회에 귀속된다고는 할 수 없다고 판단하였다. 그럼에도 불구하고, 원심은 소외 1이 원고 교회를 대표하여 이 사건 분양계약을 체결하였다거나 이 사건 분양계약상의 지위가 별도의 이전행위 없이 원고 교회에 귀속한다고 판단하였으니, 원심판결에는 법인 아닌 사단인 교회의 성립 및 설립중의 회사에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다고 판단하였다.

(2) 채무변제를 위한 담보와 명의신탁

나아가 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우는 부동산실명법 제4조 소정의 무효로 되는 명의신탁약정에 해당되지 아니한다(동법 제2조 제1호 (가)목). 원심은, 이 사건 건물에 관한 피고 명의의 소유권이전등기가 소외 1에 대한 대여금 채권을 담보하기 위하여 경료된 것이라고 인정하면서도 피고와 소외 1 사이의 명의신탁약정과 그에 기한 등기가 무효로 된다고 판단하였으나, 이 사건 건물에 관한 피고 명의의 소유권이전등기가 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 그 채권의 변제를 담보하기 위하여 경료된 것인 이상, 부동산실명법 제2조 제1호 가. 목에 해당하여 명의신탁약정으로 인한 무효의 법률효과는 발생하지 않는다고 할 것이어서, 원심이 피고 명의의 소유권이전등기가 무효라고 판단한 것은 법률적용을 그르치거나 이유가 모순되는 위법이 있다고 판단하였다.

(3) 반소, 건물명도와 부당이득 반환 문제

원심은, 이 사건 건물은 피고의 소유인데 원고 교회가 이를 점유하고 있으므로 원

고 교회는 피고에게 이 사건 건물을 인도하고 사용이익 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다는 피고의 반소 청구에 대하여, 이 사건 건물에 관하여 피고의 대여금에 대한 채권담보 목적으로 피고 명의로 소유권이전등기가 경료되었으므로, 피고가 원고 교회와의 사이에서 이 사건 건물의 소유자임을 내세울 수 없다는 이유로, 피고의 위 청구를 배척하였다. 대여금 채권의 담보를 위하여 부동산에 소유권이전등기를 경료한 양도담보권자는 가등기담보 등에 관한 법률 제3조 및 제4조에 정한 청산절차를 밟아야만 목적부동산의 소유권을 취득한다. 그리고 일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적부동산에 대한 사용·수익권은 채무자인 양도담보 설정자에게 있는 것이므로, 양도담보권자는 사용·수익할 수 있는 정당한 권한이 있는 채무자나 채무자로부터 그 사용·수익할 수 있는 권한을 승계한 자에 대하여는 사용·수익을 하지 못한 것을 이유로 임료 상당의 손해배상이나 부당이득반환청구를 할 수 없다.[360]

원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 건물에 관한 피고 명의의 소유권이전등기는 소외 1에 대한 대여금 채권의 담보 목적으로 경료된 것이고, 한편 소외 1은 원고 교회의 교회당으로 사용하기 위하여 이 사건 건물을 분양받고 그 후 원고 교회의 대표자로 선임되어 현재까지 이 사건 건물을 원고 교회의 교회당으로 점유·사용하고 있음을 알 수 있어서 원고 교회는 소외 1로부터 적법하게 이 사건 건물을 인도받아 점유·사용하고 있다 할 것이므로, 양도담보권자인 피고가 가등기담보 등에 관한 법률이 정한 청산절차를 밟아 이 사건 건물의 소유권을 취득하였다고 볼 아무런 자료가 없는 이 사건에서, 피고는 원고 교회에게 이 사건 건물의 소유권에 기하여 그 인도를 구하거나 사용이익 상당 부당이득의 반환을 구할 수는 없다고 판단하였다.

2. 청산중의 교회

강원도 탄광촌에 교회를 신축하고 예배를 보면서 독자적인 종교활동을 시작한 교회가 정부의 석탄산업 합리화 정책에 따른 탄광산업 쇠퇴로 교회의 교인수가 감소하여 더 이상 교회를 유지할 수 없게 되었다. 그래서 부근 단독주택을 매수하여 예배를

360) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카2555 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다40213 판결.

보았으나 남은 교인 5명은 예배를 중단하고 전원 다른 교회로 출석하기로 하고 떠나자 최종적으로 장로 1인만이 남게 되었다. 이 경우 법인 아닌 사단인 교회의 청산문제에 대한 민법의 규정과 법원의 판결입장은 무엇인가? 또한 농촌교회가 독립한 교회건물과 교회 부지를 갖고 예배를 보다가 교인들이 감소되고 목회자 가족만이 남게 되어 더 이상 교회를 유지할 수 없을 경우 교회를 폐쇄하려고 할 때, 혹은 교회를 해산·청산하려고 할 때 민법의 규정과 법원의 판결태도는 무엇인가를 살펴보기로 한다.

가. 청산중의 법인 아닌 사단의 성격 및 권리능력

법인 아닌 사단에 해산 사유가 발생하였다고 하더라도 곧바로 당사자능력이 소멸하는 것이 아니라 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되고, 이 경우 청산중의 법인 아닌 사단은 해산 전의 법인 아닌 사단과 동일한 사단이고 다만 그 목적이 청산 범위 내로 축소된 데 지나지 않는다.[361]

대법원은 교회가 교회 건물을 다른 교회에 매도하고 더 이상 종교활동을 하지 않음으로써 해산하였다 하더라도, 교회의 교인 지위를 유지하고 있던 자들이 교회재산의 귀속관계에 대하여 다투고 있다거나, 달리 교회 건물의 매도 등을 비롯하여 교회재산의 귀속과 관련한 청산이 종료되었다고 볼 근거가 없는 이상 이 경우의 교회의 청산사무는 종료되지 않았다고 판단한다. 이런 경우의 교회는 아직 청산사무가 종료되지 않았다고 보며, 청산 목적의 범위 내에서는 권리·의무의 주체가 되어 당사자능력이 있다고 본다. 그리고 청산중의 교회는 해산 전의 교회와 동일한 법인 아닌 사단으로서 그 목적이 청산 범위 내로 축소된 데 지나지 않으므로, 종교활동을 하지 않지만 아직 교인의 지위를 유지하고 있는 자들은 청산중의 교회 대표자 지위 부존재 확인을 구하는 소송에는 해산 전은 물론 청산중의 교회 대표자 지위, 즉 청산인 지위 부존재 확인을 구하는 취지가 당연히 포함되어 있다고 판단한다. 한편 교회의 헌법 등에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 교회의 대표권(담임목사)은 예배 및 종교활동을 주재하는 종교상의 지위와 아울러 법인 아닌 사단의 대표자 지위를 겸유하면서 교회재산의 관리처분과 관련된 대표권을 갖는다고 할 것이므로, 재산의 권리처분과 관련한

361) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 158-160면; 이은영, 전게서, 291-193면; 박종두, 전게서, 252-253면; 대법원 2007. 11. 16. 선고 2006다41297 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결.

교회 대표자 지위에 관한 분쟁은 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁에 해당하여 그 대표자 지위의 부존재 확인을 구하는 것은 소의 이익이 있다고 판시하였다.[362]

나. 법인 아닌 사단인 교회청산과 민법규정 유추적용

법인 아닌 사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이므로[363] 법인 아닌 사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되며, 이 경우 해산 당시 그 법인 아닌 사단의 총회에서 향후 업무를 수행할 자를 선정하였다면 민법 제82조 제1항을 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 법인 아닌 사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다.[364]

대법원 판례에 따르면, 법인 아닌 사단인 교회의 교인들이 예배를 중단하고 다른 교회로 나가기로 결의한 후 교인 중 한 사람인 갑이 교회의 재산을 보관·관리하여 오다가 교회건물에 대하여 보상금이 책정된 경우, 위 교회의 보상금처리를 위한 청산업무를 수행할 자는 해산 당시 교인들에 의하여 묵시적인 방법으로 청산인으로 선임된 갑이라고 한 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결의 사례를 보면 다음과 같다.

사실관계를 살펴보면, 강원도 탄광지역에 위치한 지역에 임야상의 부지에 교회 건물을 신축하고 예배를 드리며 독자적인 종교활동을 시작하고 소속교단에 가입하였다. 그런데 정부의 석탄산업 합리화 정책에 따른 탄광 산업 쇠퇴로 원고 교회의 교인수가 급격히 감소하여 독립한 교회건물에서 예배도 보기 어려울 정도가 되므로 교인들은 교회 재정을 맡아 왔던 A장로 명으로 부근 단독주택을 매수하여 이곳에서 예배를 보다가 최종 남은 다섯 명의 교인들마저 다른 교회에 예배에 참석하였다. 남은 교인들 중 유일하게 A장로는 종전에 예배를 보던 단독주택에 거주하면서 원고 교회의 기물과 건물을 관리해 왔다. 그런데 그 일대가 카지노 사업장으로 개발되면서 사업시행자인 주식회사 강원랜드는 미등기 건물인 원고 교회의 건물의 철거에 대한 보상금을 책정

362) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2006다41297 판결.
363) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결.
364) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결.

하였다. 문제는 원고 교회의 남은 교회 5인은 모두 원고 교회에서 예배를 중단하고 다른 교회로 나가기로 결의함으로써 예배 등 독자적인 종교활동이 완전히 없어지게 됨에 따라 교인이 존재하지 않게 되어 해산절차에 들어가게 되었으며, 교회 결의에 의해 교인들은 A장로를 향후 원고 교회의 청산업무를 수행할 자로 선정함으로써 그를 청산인으로 선임하였다.

판결요지를 보면 원고 교회는 법인 아닌 사단으로서 보상금의 처리라는 청산목적 범위 내에서 존속하므로 청산사무의 처리를 위하여 이 사건 소로서 위 보상금의 수령권을 주장할 수 있으며, 보상금의 수령권이 원고 교회에게 귀속된다고 하고 있으며, 법인 아닌 사단인 교회의 교인들이 예배를 중단하고 다른 교회로 나가기로 결의한 후 교인 중 한 사람인 A장로는 해산 당시 교인들에 의하여 묵시적인 방법으로 청산인이며, 이 청산인이 보상금의 수령권을 가지며, 이 보상금은 청산중의 교회에 귀속된다고 하고 있다..

다. 청산인의 직무와 잔여재산 처리 문제

청산인의 직무중에 잔여재산의 인도에 있어서 잔여재산은 채무의 변제를 완료한 다음에 남은 적극재산을 말한다.[365] 잔여재산의 귀속권리자에 관하여는 민법 제80조에서 규정하고 있다. 민법 제80조의 '잔여재산의 귀속'의 규정은 ①해산한 법인의 재산은 정관으로 지정한 자에게 귀속한다. ②정관으로 귀속권리자를 지정하지 아니하거나 이를 지정하는 방법을 정하지 아니한 때에는 이사 또는 청산인은 주무관청의 허가를 얻어 그 법인의 목적에 유사한 목적을 위하여 그 재산을 처분할 수 있다. 그러나 사단법인에 있어서는 총회의 결의가 있어야 한다. ③전 2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다. 청산인으로 인하여 잔여재산의 귀속관리자는 우선 정관으로 지명한 자(제80조 제1항)인데 간접적으로 지정방법을 정한 경우도 포함된다.[366]

대법원도 법인 해산시 잔여재산의 귀속권리자를 사원총회나 이사회의 결의에 따라 정하도록 한 정관 규정도 유효한지 여부와 민법상의 청산절차에 관한 규정에 반하는 잔여재산 처분행위의 효력 여부에 관해 민법 제80조 제1항과 제2항의 각 규정 내용을

365) 백현기, 전게 학위논문, 242면.
366) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다13473 판결; 지원림, 전게서, 147면.

대비하여 보면, 법인 해산시 잔여재산의 귀속권리자를 직접 지정하지 아니하고 사원총회나 이사회의 결의에 따라 이를 정하도록 하는 등 간접적으로 그 귀속권리자의 지정방법을 정해 놓은 정관 규정도 유효하며, 민법상의 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 이른바 강행규정이라고 해석되므로 이에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특단의 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다고 판시[367]하였다.

라. 교회법에서의 교회 폐쇄(해산·청산)

장로회 정체에서 교회를 설립하는 주체는 설립하고자 하는 교인들이 아니라 지교회의 상급기관인 노회이다. 노회란 그 지방에 있는 지교회의 목사 모두와 각 교회가 파송한 총대 장로로 구성된다. 노회의 직무 중에 하나가 교회의 설립, 분립, 합병, 폐지 등의 권한을 갖고 있다. 이같은 권한행사는 반드시 지교회의 청원에 의해서 이루어진다. 지교회는 교회를 설립할 권한도 분립이나 합병 및 폐지의 권한이 없다. 이러한 자치규범은 교회가 분쟁이 발생하여 소송이라는 방법으로 분쟁을 종국적으로 해결하려고 할 때 법적 효력이 없다. 즉 지교회가 소속하고 있는 상급단체인 노회는 지교회의 종교의 자유의 원리와 독립성을 훼손할 수 없다는 대법원 판결에 따라 이같은 교단의 헌법은 지교회를 구속하지 못한다. 민법에서 단체법상 교회를 법인 아닌 사단이라 할 때 교회의 설립, 분립, 합병, 폐지 등은 민법의 일반 이론에 따라 판단한다.[368]

---

367) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다13473 판결; 대법원 1980. 4. 8. 선고 79다2036 판결: "민법 제80조, 제81조, 제87조와 같은 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 소위 강행규정이라고 해석되므로 만일 그 청산법인이나 그 청산인이 청산법인의 목적범위 외의 행위를 한 때는 무효라 아니할 수 없다."

368) 민법의 강행법규는 지교회재산은 지교회 정관에 따라, 정관이 부존재하거나 명시적 규정이 없을 경우 총회결의로 처분한다. 법률적으로 제3자인 소속 상급단체인 노회나 총회가 관여할 수 길은 없다. 문제는 농어촌교회에서 교인들이 감소하여 목회자 가족만 남거나 아니면 장로 가족만 남는 경우 재산을 처분할 수 있는 법적 권한과 법률행위는 남아 있는 교인총회(공동의회)에 있다. 이럴 경우 얼마든지 가족으로 구성된 공동의회는 임의로 재산을 처분하여 개인 소유화 할 수 있다. 이를 방지할 대책이 없다는 점이 문제점으로 제기된다. 특히 특정지역에 있는 교회재산를 임의로 처분하여 개인소유화 하기 위한 작업의 일환으로 교회를 다른 지역으로 옮기기 위해 교인총회(공동의회) 교회이전결의를 한다. 목회자 가정과 장로 역시 목회자 인척관계에 있으므로 이러한 결의는 아무런 문제없이 이루어진다. 교회 이전을 원거리로 이전한 관계로 대다수 많은 교인들이 이전한 교회로 출석할 수 없는 상황이 전개된다. 이렇게 하여 교회재산을 개인소유화 하는 경우들이 있다. 이전하면서 재정 일부를 목회자 사택으로 아파트를 구입할지라도 교인총회에서 의도적으로 결의를 했기 때문에 일부

문제는 관련건으로 법원에 분쟁을 해결해 달라고 청구했을 때에 민법의 원리에 따라 판단하지만 종교 내부에서는 민법의 원리가 아닌 종교 내부의 규약이나 교단 헌법의 규정에 따라 처리한다. 노회가 지교회의 설립, 분립, 합병, 폐지 등의 권한은 있지만 그 전제로서 반드시 지교회 청원이 있어야 한다. 즉 특별한 경우는 제외되지만 지교회의 결정과 청원이 없는 한 노회는 분립, 합병, 폐지를 할 수 없다. 문제는 분립, 합병, 폐지의 최종적인 법적 효력을 갖게 하는 결정의 주체가 지교회가 아니라 노회라는 문제는 종교 내부의 자치규범이라 할 수 있다. 교회를 폐지하려고 할 때에는 반드시 노회소속인 지교회 담임목사가 폐지 사유를 구체적으로 적시하여 재산관계 처리와 더불어 노회 허락을 받아야 한다. 만약에 이를 거부하고 독단적으로 지교회를 폐지할 경우 담임목사는 노회로부터 책임추궁을 받아 권징재판으로 면직을 받을 수 있다. 그러나 면직을 받을지라도 교회재산을 처분하여 자신의 개인소유로 하고 교회를 폐지할 경우 노회는 지교회의 재산권을 행사할 수 없으므로 그냥 지켜보기만 해야 하는 경우들이 있다.

제4절 교회분열시 재산귀속에 대한 사법심사

교회의 분열에 대한 법리적 개념을 어떻게 갖느냐에 따라 재산귀속에 대한 결과가 달라질 수 있다. 분열을 긍정하는 경우와 부정하는 경우가 있다. 대법원은 그동안 교회에 대한 최초의 판결 이후 50여 년 동안 분열을 인정하면서 재산귀속은 분열 당시의 총유로 판시해 왔다. 이러한 판례에 문제점이 제기되자 대법원은 50년 만에 분열

교인들이 소송을 제기해도 공동의회 회의록이 존재하는 합법적인 절차에 따랐기 때문에 소송을 제기한 쪽이 패소하게 된다. 특히 재개발지역에서 많은 보상을 받은 교회가 목회자와 장로가 의도를 갖고 원거리로 이전한 후 많은 교인들이 이전한 교회로 출석할 수 없게 되자 종전교회의 교인지위를 상실시킨 후 남아 있는 특정 교인들이 재산권을 행사하여 처분하므로 개인소유화 하는 경우들이 있다. 또한 교회를 개척한 목사가 교회를 은퇴하고 원로목사가 된 후 원로목사 명의의 법인을 구성한다. 교회는 그 법인에 많은 재정을 증여하는 것으로 결의하여 법인의 이사장인 원로목사가 그 재원으로 노후에 자의적으로 활용하는 편법들이 제기되고 있는데 강행법규로 이를 제재할 수 있는 길이 없다. 이는 한국교회가 고민해야 하는 사안들이다. 교단의 상급기관인 노회나 총회는 사건이 종료된 후 해당 목회자나 장로를 치리하는 선에 멎어져 버린다. 사건이 처리되기 전에 목사와 장로를 면직과 출교시켜 대표권과 교인의 지위를 박탈시킨다 할지라도 이는 재산권 처리가 종료된 후행적 결정일 수밖에 없어 지교회재산을 보호할 수 있는 길은 못된다. 논자는 이러한 상황들이 많이 상담해 왔고 실재적으로 이루어지고 있는 사례들임을 확인하기도 했다.

인정에서 분열부정으로 변경된 판례를 내놓았다. 이같은 내용의 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

1. 학 설

가. 분열 긍정설

법인 아닌 사단의 구성원 자격은 그 단체에 가입함으로써 취득되고 탈퇴함으로써 상실되며, 따라서 법인 아닌 사단으로 인정되는 교회의 경우에도 그 교회의 신도가 됨으로써 교회구성원의 자격을 취득하고 권징, 탈퇴 등으로 그 자격을 상실하게 된다. 교인이 개인적으로 교회를 탈퇴하면 교회구성원으로서의 자격을 상실하지만 일부의 교인들이 집단적으로 기존 교회를 이탈하는 것을 '분열'이라고 하여 탈퇴와 구별하는 견해가 제기되었다. 교인들의 탈퇴냐, 교회의 분열이냐에 따라 교회재산권 행사에 있어서 차이를 보이고 있으므로 분열이라는 개념을 인정할 것인지 여부는 교회재산권과 관련하여 중요한 의미가 있다.

긍정설은 교회의 분열이 있게 되면 종전교회는 소멸되고 새로운 두 개의 교회가 설립하였다고 보아, 분열된 새로운 교회 모두에게 종전재산에 대한 권리를 인정한다는 견해이다.[369] 그 근거로서는 집단이탈은 아니지만 교회 안에서의 두 개 교회로 분열

---

369) 오시영, "교회의 분열과 재산 귀속 관계에 대한 고찰",「인권과 정의」, 대한변호사협회, 2006. 9., 대한변호사협회, 181면; 김민규, "교회의 분열과 재산귀속에 관한 판례 법리의 변천", 재산법연구 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007, 191면; 송호영, "교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계",「민사법학」제35호, 2007, 191면; 김교창, 전게논문, 248면; 양형우, "교회분열에 따른 재산귀속",「재산법연구」제24권 제1호, 2007, 59-94면; 김준호, "교회분열에 따른 재산귀속",「사법행정」제34권 제4호, 1993, 76면; 이학수, "교회의 분열 및 그에 따른 교회재산의 귀속에 관하여 현재 대법원 판례가 취하는 태도에 대한 검토",「판례연구(1)」, 부산판례연구회, 1986, 73면; 김진현, 상게 학위논문, 170면; 박일환, "교회가 분열된 경우의 재산귀속관계",「대법원 판례해설」제12호, 법원도서관, 1990, 129면; 이준상, "교회분열과 재산귀속문제",「재판실무연구」제1권, 수원지방법원, 1996, 68면; 박병칠, "교회의 분열과 교회재산의 귀속",「광주지법 재판실무연구」, 법원도서관, 1996, 56면; 박해성, "종교단체에 대한 법적 규율",「민사판례연구원」, 박영사, 1997, 619면; 김상용, "교회분열시의 재산귀속",「민사판례평석(1)」, 법원사, 1995, 228면; 김증한, 전게논문("교회가 분열한 경우의 재산귀속"), 218면; 조용연, "교회의 분열과 재산의 귀속,"「민사판례연구(Ⅷ)」, 박영사, 1987, 73면; 추신영, "교회분열시 재산귀속방법",「법학연구」제11집, 경상대학교, 2002, 133면.

이 되었을 경우 법적인 상황을 배제할 수 없다는 점, 교회인 경우 신앙단체의 특성에 따라 사단의 분열을 인정한다고 하더라도 법인 아닌 사단의 본질에 반한다고 할 수 없다는 점, 신앙단체인 교회의 특성상 다수결의 원리에도 한계가 있으므로 이를 강제하는 것은 형편성의 원칙에 어긋난다는 점, 두 개의 단체가 합해져서 하나의 단체로 병합되는 것을 법인이 인정하고 있으므로 그 반대현상으로서의 1개의 단체가 2개의 단체로 나누어지는 것도 논리적으로 불가능한 것은 아니라는 점, 이를 인정하지 않을 경우 소수파가 고의로 교회의 운영을 저해하여 다수파를 탈퇴케 함으로써 그 재산을 독점하는 현상을 막을 수 없다는 점을 들고 있다. 다만, 교회분열 긍정설에서도 교회분열시 구체적인 재산귀속에 대해서는 다음과 같이 여러 학설이 주장되고 있다.

(1) 공유설[370]

370) 오시영, 상게논문, 181면 이하; 김민규, 상게논문, 191면 이하; 송호영, 상게논문, 191면; 김교창, 전게논문, 248면 이하; 양형우, 상게논문, 59-94면 이하. 대법원 1993. 1. 19, 91다1226 전원합의체 판결에서 대법관 이회창의 반대의견도 이와 같다: "종전의 당원 판례는 교회의 분열을 인정해 왔고 이 사건에서의 다수의견도 이러한 종전의 견해에 따르고 있는바, 분열의 요건에 관하여 종전판례가 설시하는 바는 막연하고 추상적이어서 분열의 개념을 지나치게 확장 해석한 흠이 없지 않으나, 나는 결론적으로 교회의 분열을 인정하는 다수의견에 동조한다. 다음에 교회가 분열된 경우에 교회재산의 귀속에 관하여 다수의견은 역시 종전판례의 견해에 따라 분열 당시 교인들의 총유에 속한다고 보고 있으나, 이 점은 찬성할 수 없으므로 반대의견을 개진하고자 한다. 아래에서 먼저 교회의 분열에 관하여 본 다음 나아가 분열시의 교회재산귀속에 관하여 본다. 교회는 공동의 종교적 이념인 교리(Dogma)와 종교적 행위양식인 예배(Kultus)를 기초로 하는 교인들의 집결체로서 기본적으로 신앙단체이면서 한편으로는 대표기관과 구성원의 공동의사결정기구를 갖추고 재산을 관리하는 등 사회단체로서의 조직과 기능을 아울러 갖는다. 위와 같은 교회의 사회단체로서의 성격은 교회에 따라 다양하여 한가지로 정의하기 어려우나, 이 사건에서 문제된 기독교 개신교의 개체교회에 관하여 판례는 사단의 실질을 갖춘 점에 착안하여 권리능력 없는 사단으로 파악해 왔는바, 이러한 견해에 대하여는 교회의 기본적 요소가 인적결합보다 는 출연재산을 중심으로 한 운영조직에 있음을 들어 재단으로 보아야 한다는 반론이 있기는 하나, 교회가 기본적으로 교인들의 집결체인 신앙단체인 점을 고려하면 그 사회 단체적 측면의 성격은 사단적 성질을 지닌 것으로 보는 것이 타당하다. 위와 같이 교회의 단체적 성격을 신앙단체성과 사단성으로 이원화해 놓고 보면 교회 내의 분쟁도 신앙단체적 분쟁과 사단적 분쟁으로 구분할 수 있다. 신앙단체로서의 교회의 기초는 공동의 교리와 예배이므로 교인 사이에 교리 및 예배에 관한 분쟁이 생겨 양분됨으로써 그 공동성의 기초가 상실되어 각각 별개의 신앙단체를 형성하게 되었다면, 종전의 신앙단체는 소멸되어 존재하지 않고 각각 별개의 신앙단체로 분열된 것으로 볼 수밖에 없다. 그런데 교회는 기본적으로 신앙단체이고 그 사단성은 사회단체적 측면의 성격을 법적으로 평가한 것에 지나지 않으므로 기본적인 신앙단체가 분열된 이상 그 사단적 구성도 이에 따라 분열된 것으로 평가할 수밖에 없으며, 이와 같이 교회가

종전판례는 분열시 재산귀속 결정 권한은 교인총회에 있으며, 교인총회도 전원 일치로서만 귀속결정을 할 수 있으므로 그렇지 않는 다수결로서는 이를 할 수 없다고 보아야 하며, 결국 이를 교인 스스로 결정할 길은 없는 것이므로 교회재산은 분열된 두 개 교회의 공유에 속하고 그 공유지분이 각 교회의 교도 전체에 총유적으로 귀속한다고 해석할 수밖에 없다. 그리고 그 지분의 비율이나 분할방법에 관하여 다툼이 있을 때에는 법원에 그 분할을 청구할 수 있는데 그때 원래교회의 승계자라고 인정되는 측에 교회재산의 전부 또는 보다 후한 비율을 귀속시킬 필요는 없다. 각 분파 모두가 원래교회의 분신이기 때문이다. 분열 각파의 공유로 보아 분할해 주는 수밖에 없다고 한다.[371]

(2) 청산설

지교회의 내부사정으로 분규가 발생하여 두 개의 교회로 분열되었을 경우 그 분규에 대하여 교회헌법에 따른 상급치리회의 결정과 그 결정에 불복하는 자들은 이탈로 인정하고 교회분열이라는 개념을 인정해서는 안될 것이며, 또한 하나의 교단이 두 개의 교단으로 분열될 경우 그 교단에 소속된 교회 역시 두 개 교회로 분열된 경우, 그 교회의 분쟁을 관리 감독해 주는 상회인 교단이 없어져 버렸기 때문에 두 개의 교회로

분열되면 종전교회에 속한 권리의무는 분열된 두개의 각 교회에 공유적 형태로 분리하여 포괄승계되는 것으로 보아야 한다."

371) 김증한, 전게논문("교회가 분열한 경우의 재산귀속"), 218면: 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 판결의 반대의견인 "각 교회의 공유 지분 비율에 고나하여 분열당시 총유재산에 대하여 개별적 사용·수익권을 가진 각 교회별 비율, 즉 각 교회의 세례교인의 수에 의하여 결정하는 것이 가장 합리적일 것이라는 견해가 있다. 또한 교인의 수, 교회재산의 형성과정 및 그 기여정도 등 제반사정을 감안하여 법원이 합목적적으로 정함이 상당하다는 견해(이학수, "교회분열 및 그에 따른 교회재산의 귀속에 관하여 취하는 판례의 태도",「판례연구」제1집, 부산판례연구회, 1991, 40면), 교회의 속성상 교인 자격과 그 수를 정확히 파악할 수 없다는 현실적인 문제점과 그렇게 되면 수가 많은 교회에서 마음대로 관리할 것이므로 분열을 인정하는 본래의 취지에 반하게 되므로 분열이 인정된다면 분열 후 단체가 1/2씩 공유하는 것으로 보는 것이 타당하다는 견해(「민법주해Ⅴ」, 662면). 이에 덧붙여 공유설의 난점으로 공유 지분 확정문제를 들면서 분열 당시 재적교인수의 비율에 의하여 공유지분을 확정한다고 할 때 원고와 피고가 서로 그 교인 수에 대하여 다투는 것이 일반적이나 법원이 양측에서 거론되는 교인들에 대하여 모두 심사하여 그 수를 확정하는 것은 불가능하므로 재판과정에서 원고, 피고 사이에 분열되어져 나간 교회로 이동한 교인수와 남아 있는 교인수를 대출 계산하게 하여 다툼 없는 사실 등으로 정리할 수 있도록 유도하는 수밖에 없다고 하는 견해도 있다(이준상, 전게논문).

분열을 인정하되 교회재산 문제는 교인총회의 결의로 결정하고 분규로 교인총회가 불가능할 경우에는 이를 법인의 목적달성이 불가능하게 된 경우에 해당한다고 보고, 민법 제77조 제1항을 유추하여 법인의 청산절차에 따라 교회재산을 처리하자는 견해이다.[372]

(3) 이탈적 분열과 대등한 분열을 구별하는 견해

김진현 교수는 그의 박사학위 논문에서 교회분열의 유형을 종전교회의 동일성이 유지되는 이탈적 분열과 종전교회를 소멸시키는 대등적 분열로 나누어 이탈적 분열의 경우에는 종전교회는 그대로 유지되므로 그와 동일한 잔류파가 재산의 전부를 차지한다고 하며, 대등적 분열의 경우에는 종전교회는 소멸하게 되므로 그 종전교회를 둘러싼 법률관계의 청산이 필요하다고 한다. 그렇지만 권리능력 없는 사단인 교회의 성질상 사단법인의 청산에 관한 민법의 규정을 유추적용하기는 어려우므로 법이론상, 실제상으로 난점이 있지만 부득이 권리능력 없는 사단에 있어서의 평상시의 총유의 관리, 처분에 관한 민법 제276조 제1항 및 제275조 제2항을 유추적용하는 수밖에 없다고 한다. 따라서 교단헌법이나 지교회 정관 등 교회 자치규범으로 분열시의 재산분쟁에 대한 해결방법이 있으면 그에 따르고, 이러한 규정이 없는 경우에는 교인총회의 결의에 따라 결정하여야 한다고 주장한다.[373]

(4) 총유적 귀속설

총유적 귀속설은 종전판례의 총유설과는 달리 법적 의미의 교회분열을 인정하면서도 종전교회와 동일성이 인정되는 교회가 전 재산을 총유적으로 소유한다는 견해이다.[374] 다만 "종전교회와의 동일성"의 판단은 정교분리의 원칙상 교리에 의하여 판단할 수는 없고, 분열원인, 분열과정, 소유물의 등기관계, 교인들의 수 등을 고려하여 특히 교회의 자치법규를 세속법이 존중하여 자치법규에의 충실성의 정도를 고려하여야 판단할 것이라고 한다. 이러한 동일성을 기준으로 하여 교회재산을 처리하면 공유설이 주장하는 교회재산의 분할이나 종전판례의 총유설에 의한 처리의 불능의 문제는

372) 정귀호 집필, 곽윤직 편집대표,「민법주해(Ⅰ)」, 박영사, 1992, 828면.
373) 김진현, 전게 학위논문, 203면.
374) 김상용, "교회분열시의 교회재산에 관한 연구",「성신법학」제2호, 성신여자대학교법학연구소, 2002. 12, 230면.

극복될 수 있고 신앙양심에도 반하지 않을 것이라고 한다.[375]

나. 분열 부정설

교회분열 부정설은 교회분쟁시 교리 및 예배와 관련된 부분이 있다고 해도 종교단체에 관해서만 법인 아닌 사단의 분열을 인정할 만한 법적 근거도 없고, 분열은 단체법적 입장에서도 반가치적 성격을 띠고, 종교적인 입장에서도 바람직하지 않기 때문에 교단의 변경문제를 비롯한 모든 분쟁은 정관에 정함이 없다면 법인 아닌 사단의 법리에 따르고 분열된 새로운 교회는 종전교회에 대하여 어떤 권리도 갖지 못하다고 보는 견해이다.[376] 그 근거는 다음과 같다.

첫째, 민법 제277조에 의하면 "총유물에 관한 사원의 권리 의무는 사원의 지위를 취득 상실함으로써 취득 상실된다."고 규정하고 있는바, 교인의 일부가 종전교회로부터 이탈하여 다른 교파로 가입한 것은 탈퇴로써 종전교회의 구성원으로서 자격이 상실과 교회재산권도 상실된다. 기존의 단체로부터 이탈하면 개인이든 집단이든 탈퇴이며, 탈퇴하면 사원으로서의 자격도 상실될 뿐이지 분열이란 개념을 인정할 수 없다. 둘째, 신앙의 자유의 원칙상 분열을 인정할 수밖에 없다고 하지만 탈퇴한 집단이 다른 교파에 가입하든 또한 독립된 교파를 창설하든 그것은 자유이므로 신앙의 자유를 해치는 것은 아니며 기존교회 교인으로서의 자격이 상실될 뿐이다. 셋째, 사회적 현상으로서의 분열을 법적으로도 직시하여 이를 허용하는 것이 형평의 원칙에 부합한다고 하지만 법인 아닌 사단인 교회는 그 구성원들이 설립 당시부터 그 단체가 계속적으로 유지될 것이라고 기대하는 것이 일반적 사회현상이므로 교회의 분열은 오히려 단체법

375) 김상용, 상게논문("교회분열시의 교회재산에 관한 연구"), 231-232면.

376) 백현기, 전게 학위논문, 208-210면; 민유숙, "교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우 법률관계", 「대법원판례해설」 제60호(2006 상반기), 31면; 윤진수, "사법상의 단체와 헌법", 「비교사법」 제15권 제4호, 2008.12, 58-62면; 홍기태, "교인들의 탈퇴에 따른 교회재산의 귀속관계", 「민사판례연구 XXIX」, 2007, 613면; 배성호, "교회분열과 재산귀속", 「한국부패학회보」 제12권 제4호, 2007, 47면; 김상기, "교회분열과 분열된 교회재산에 관한 법리", 「법조」 제35권 제3호, 법조협회, 1986, 11면; 이덕승, "권리능력없는 사단에 관한 연구", 성균관대학교 대학원, 1995, 161면; 이완근, "교회분열의 법률관계, 민사법의 실천적 과제", 「한도정환담교수 회갑기념논문집」, 발간위원회, 2000, 133면; 최식, 전게논문, 68면; 변동걸, "교회의 분열과 교회재산의 귀속(상·하)," 「사법행정」 제382, 383호, 한국사법행정학회, 1992, 482-485면; 이덕승, "교회의 분열시 그 재산의 귀속관계", 「사회과학논총」 제5집, 안동대사회과학연구소, 1993. 5, 131-134면.

적 견지에서 볼 때 반가치적 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다. 넷째, 분열을 인정치 않을 경우 소수파가 고의로 교회의 운영을 저해하여 다수파를 탈퇴케 함으로써 그 재산을 독점하는 현상을 막을 수 없다고 하나 설립 당시부터 분열되지 않고 잘 유지되는 것을 기대하였다면 그 기대에 부합되도록 계속 그대로 지속하려는 소수의 의견이 더 타당할 수도 있는 것이다. 만약 구성원의 1인이나 일부의 교인들이 교회를 이탈하면 탈퇴이고 집단적으로 이탈하면 탈퇴가 아니라 분열이라고 한다면 어느 정도의 집단이 이탈하여야 분열이라고 할 수 있느냐의 경계가 모호하기 짝이 없다. 이렇게 모호한 개념을 법적 개념으로 적용하는 것은 타당하지 않다.[377]

우리 민법은 사단법인의 구성원의 탈퇴나 사단법인의 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속한다고 하는 식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니하며, 따라서 사단법인이 분열되는 경우에 종전법인의 재산의 귀속에 관하여도 규정하는 바가 없기 때문에 어느 사단법인의 구성원 중 일부가 종전의 법인의 목적이나 기타 정관에 기재된 기본사항에 반대하고 독자적으로 법인을 조직하기를 원하여 사실상 2개의 법인이 존재하게 된 경우라도, 법인의 해산결의가 있는 때를 제외하고는 법적으로는 1개의 법인이 종전법인과 동일성을 유지하는 법인으로 존속할 뿐 2개의 법인의 병존을 인정할 수 없는 것이다.[378]

교회는 법인 아닌 사단이므로 그 본질상 분열은 인정될 수 없고, 그 재산은 구성원의 총유에 속하므로 구성원인 교인은 내부규약이 정한 바에 따라 교회재산에 대한 사용 수익권을 가진다. 그러나 이같은 사용·수익권은 교인의 지위가 유지될 때 인정되며 교회를 탈퇴할 때 그 지위가 상실된다.[379] 교회재산은 지교회 재산처분 결정방법이 교회정관 등 자치규범의 정하는 바가 있으면 이에 준하고[380], 따로 없는 한 민법 제276조 제1항에 따라 교회의 최고의결기관인 교인총회의 결의에 의하여 처분한다.

다만 재산내역이 규약에 규정되어 있거나, 그 재산의 존재가 규약에 정하여진 사단의 목적수행과 사단의 변경, 소재지와 직접 관련되는 경우에는 그 재산의 처분은 규약변경을 수반하기 때문에 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 총구성

377) 이덕승, 전게논문("권리능력없는 사단에 관한 연구"), 161-162면.
378) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결에서 반대의견을 제시한 윤관, 김상원 대법관의 견해.
379) 최식, 전게논문, 68면; 이덕승, "교회분열시 그 재산의 귀속관계," 안동대 사회과학논총 제5집, 1993.5, 안동대사회과학연구소, 1993, 140면.
380) 김진현, 전게 학위논문, 183면.

원의 3분의 2 이상의 동의가 요구된다. 이러한 결의요건을 충족시키지 못했을 경우 집단적으로 교회를 이탈하여 새로운 교회를 설립했을지라도 기존교인들이 종전교회의 동일성을 유지하므로 기존 교인들의 구성원이 총유적으로 소유한다고 본다. 바꾸어 말하면 사실상 분열이 있더라도 공동의회의 분열 결의가 없는 한 법적으로 배려해야 할 분열은 없는 것이며, 교회재산은 여전히 종전교회에 속한다.[381]

다. 2분설

2분설은 교회의 분열을 일률적으로 인정하는 것이 아니라 분열 사유에 따라 교회 분열의 인정 여부를 결정해야 한다는 견해로서 교회분열에 대해 이탈적 분열과 대등적 분열로 나누고, 이탈적 분열은 종전교회는 유지되고 그와 동일시되는 잔류파가 재산의 전부를 차지하는 분열형태이고, 대등적 분열의 경우는 종전교회가 소멸되므로 분열의 결과 생긴 각 교회 중 어느 교회도 종전의 교회와 동일성을 인정하기 곤란한 분열상태라 하고 있다.[382] 이 견해는 분열을 인정하는 기준과 관련하여 몇 가지 견해를 제시한다. 첫째 신앙단체적 분쟁과 사단적 분쟁을 구별하는 견해가 있다. 먼저 신앙단체적 분쟁의 견해는 "교회의 단체적 성격을 신앙단체성과 사단성으로 이원화해 놓고 보면 교회 내의 분쟁도 신앙단체적 분쟁과 사단적 분쟁으로 구분"하면서 "신앙단체로서의 교회의 기초는 공동의 교리와 예배"이므로 "교인 사이에 교리 및 예배에 관한 분쟁이 생겨 양분됨으로써 그 공동성의 기초가 상실되어 각각 별개의 신앙단체"로 분열된 것으로 보아야 한다는 견해이다. 사단적 분쟁의 경우는 교회의 재산, 운영, 또는 인사 등의 사단의 유지 존속에 관련된 분쟁으로서 사단법인의 일반 법리에 따라 다수결의 원리와 해산 및 청산의 방식에 의하여 처리해야 한다는 견해이다. 다만 교단의 변경에 대한 분쟁은 비록 교리 및 예배와 무관한 세속적 사유에 비롯되었다 하더라도 일단 소속 교단의 변경형태를 취한 이상 이를 교리와 예배에 관한 신앙적 분쟁과 마찬가지로 처리해야 한다.[383]

둘째, 내부사정으로 인한 분열과 교단 자체의 분열을 구별하는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 지교회가 소속된 교단인 총회가 2개로 분열될 경우 지교회 역시 두 교회

---

381) 최병덕, 전게 학위논문, 149면.
382) 김진현, 전게 학위논문, 174면.
383) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결에서 반대의견을 제시한 이회창 대법관의 견해.

로 분열하는 경우는 지교회의 분쟁을 처리해 줄 상회인 총회(치리회)가 없어져 버리므로 지교회의 분열을 인정하되 재산귀속은 교인총회의 결의에 의하고, 교인총회가 불가능할 경우 법인의 해산절차에 준하여 교회재산을 처리해야 한다고 주장한다. 또한 지교회 내부 분쟁으로 두 개의 교회로 분열하는 경우 상회인 총회가 존재하므로 상회인 총회의 결정과 이에 불복하는 교인들의 단순한 이탈만을 인정할 것이고 교회의 분열이라는 개념을 인정해서는 안된다고 주장하는 견해이다.[384]

셋째, 대등적 분열과 이탈적 분열을 구별하는 견해이다. 이 견해에 의하면 "분열의 결과로 생긴 각 교회 중 어느 교회도 종전교회와의 동일성을 인정하기 곤란한 분열"을 대등적 분열이라고 하고 "분파교회들을 이탈파와 잔류파로 나누어 어떤 방법으로든 또는 어떤 기준에 의해서든 잔류를 종전교회의 계속적 실체로 인정할 수 있고 따라서 종전교회는 유지되며 이와 별도의 새로운 교회가 이탈측에 의하여 만들어졌다고 볼 수 있는 분열"을 대등적 분열로 본다.[385] 이탈적 분열의 경우에는 종전교회와 동일성이 유지되는 잔류파가 재산의 전부를 차지하게 하고, 대등적 분열의 경우에는 어느 분파도 종전교회와 동일하다고 볼 수 없어 종전교회는 소멸된다고 보면서 종전교회를 둘러싼 법률관계에 대한 청산이 필요하고 한다. 이러한 청산은 비사단법인의 평상시 총유물의 관리 처분에 대한 민법 제276조 제1항, 제275조 제2항을 유추적용하여 정관 등에 재산처분에 대하여 규정한 바가 없다면 공동의회의 결의에 따라 결정된다고 한다.[386]

2. 판 례

가. 대법원의 종전판례

(1) 대법원 1971. 2. 9. 선고 70다2478 판결

본 사건 판례는 교회의 분열인정과 동시에 분열된 교회의 경우 그 재산은 분열 당시의 그 교회교도의 총유라는 판례이다.

① 사실관계

384) 정귀호 집필, 곽운직 편집대표, 전게서, 828면.
385) 김진현, 전게 학위논문, 174면.
386) 김진현, 전게 학위논문, 195면.

피고가 원고 교회의 사찰직에 취임하여 본 건 건물에 입주하였으나, 사찰임무를 태만이 하고, 목사의 설교를 방해하였다는 이유로 원고 교회로부터 제명되어 그 직에서 물러났으면서도 계속 위 건물에 거주하면서 원고 교회와 대립되는 신도를 규합하여 거기서 예배를 보게 함으로써 원고 교회가 피고에 대하여 명도를 청구한 사건이었다.

② 판례요지

원심법원은 피고가 영도하는 교회는 비록 명칭이 '대한예수교장로회'이지만 원고 교회에서 이탈한 몇몇 사람이 주동이 된 새로운 신도들이므로 본건 건물의 실체법상의 권리자가 원고 교회인 점은 위 분파로 인하여 변함이 있을 수 없고, 피고의 점유는 불법한 것이라 하여 본건 건물은 원고 교회에 속한 것이라고 판시하였다. 그러나 대법원은 원고 교회는 원래 대한예수교장로회 ○○노회에 소속된 지교회였으나 그후 분파되어 원고 교회 대표자가 속하는 파와 피고가 속하는 파로 갈라져서, 두 개의 교회로 분립된 사실이 엿보인다고 판단하였다. 위와 같이 단일 교회가 두 개 이상으로 분열된 경우에는 그 재산의 처분에 있어서는 교회장정, 회칙 기타 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 따를 것이지만, 그와 같은 규정이 없는 경우에는 그 재산은 분열 당시의 그 교회교도들의 총의〔유〕에 속하는 것이어서 종전교회의 교도들의 총의에 따른 의결방법에 의하여 그 귀속을 정하여야 할 것이라고 판시[387]하여 파기 환송하였다. 대법원은 이 판결을 통하여 어떤 교단에 소속하는 교회의 교인들이 소속교단을 두고 의견이 대립되어 일부는 종전의 소속교단에 계속 남아 있기로 하는데, 일부는 그 교회의 소속교단을 변경하기로 결의하고 새로운 교단에 가입한 경우에는 원래의 교회는 종전의 교단에 소속하는 교회와 교단변경을 결의 찬동하는 교인들에 의하여 새로운 교단에 가입한 교회의 2개로 분열된 것이라고 보아야 할 것이고, 또한 교회가 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여 어떤 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 교회재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속한다는 판시였다.

③ 판결의의

본 사건 판결은 일부 신도들의 종전교회 이탈을 교회분열을 인정했다는 점에서 그

387) 대법원 1960. 7. 14. 선고 4291민상547 판결 참조.

의의가 있으며, 동시에 분열된 교회의 경우 그 재산은 분열 당시의 그 교회교도들의 총유에 속하는 것으로 판시하였고, 그 귀속에 대해서는 종전교회의 교도들의 총의에 따른 의결방법에 따라 정하여야 한다는 판결이었으며, 분열된 교회에 대해서는 분열 당시 교인들의 총유에 속하는 것으로 이해하였기 때문에 일방의 교회가 타방 교회에 대하여 명도를 청구할 수 없다는 판결이었다.[388] 이같은 판결의 법리는 대법원 1993년 전원합의체 판결에 그대로 적용되어 계승되었다는 데 의의가 있다.

(2) 대법원 1988. 3. 22. 선고 86다카1197 판결

교회재산의 법률관계, 교회가 분열된 경우 교회재산의 소유관계 및 분열 당시 교인들의 총유에 속한다는 의미가 무엇인가에 대해 해석하는 사건 판결이다.

① 사실관계

본 사건은 예배방해 재제 등 가처분으로 구례중앙교회의 사건 판례이다. 자세한 사실관계는 본 논문 제4장 구례중앙교회의 사건과 같은 맥락이다.

② 판결요지

첫째, 교회재산의 법률관계에 관해서 교회의 재산은 교인들의 총유에 속하며 그 재산에 관한 권리의무는 교회의 교인으로서의 지위를 상실함과 동시에 상실된다. 둘째, 동일교단에 소속하는 교인들이 그 소속교단을 두고 의견이 대립되어 그 일부교인들이 다른 교단에 가입한 경우 법률관계에 관해서 동일 교단에 소속하는 교회의 교인들이 소속교단을 두고 의견이 대립되어 일부는 종전의 소속교단에 남아 있기로 하는 한편 일부는 그 교회의 소속교단을 변경하기로 결의하고 새로운 교단에 가입한 경우에는 원래의 교회는 종전의 교단에 소속하는 교회와 교단변경을 결의 찬동하는 교인들에 의하여 새로운 교단에 가입한 교회의 2개로 분열된 것이라고 보아야 한다. 셋째, 교회가 분열된 경우 교회재산의 소유관계에 관해서 교회가 분열된 경우에 그 재산의 귀속에 관하여는 어떤 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 교회재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속한다. 넷째, 분열된 교회가 새로운 구성원과 함께 분열 전 교회의 재산을 독자적으로 사용·수익할 수 있는지 여부에 관해서 분열된 각 교회는 별개의 독

388) 김민규, 전게논문, 2002면.

립된 교회로서 각각 상대방 교회의 사용·수익을 방해하지 않는 범위 내에서 총유권자로서 교회당건물 등 종전의 교회재산을 사용·수익할 수 있는 것으로서 교회재산을 사용·수익하는 가장 중요한 방법은 예배행위라 할 것인즉, 교회의 구성원이 계속적으로 변경되어 가는 교회의 속성에 비추어 볼 때 분열된 각 교회는 새로운 교인들을 받아들일 수 있음은 물론, 예배행위를 주관할 목사를 청빙하여 총유재산인 교회당을 사용하여 예배행위를 할 수 있는 것이며 반드시 분열 당시의 교인들에 한하여서만 그 사용·수익의 권리가 있는 것은 아니라고 판시하였다.

③ 판결의의

분열된 각 교회는 별개의 독립된 교회로 인정되면서 각각 상대방 교회의 교인들의 사용·수익을 방해하지 않는 범위 내에서 총유권자로서 종전교회 건물을 사용할 수 있다는 점과 사용·수익하는 가장 중요한 방법은 예배행위로 판단했다는 점이다. 교회는 새로운 교인들을 받아들일 수 있으며, 반드시 분열 당시의 교인들에 한하여서만 그 사용·수익의 권리가 있는 것이 아니라고 판단함으로써 각각 교회의 예배행위 등 교회재산의 사용·수익행위를 방해하여서는 안된다는 해석의 판례로서 의의가 있다고 볼 수 있다.

(3) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결[389)]

389) 1993. 1. 19. 선고 91다1226 판결과 2006. 4.20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결과 비교(최인식, “교회분열의 인정 여부 및 재산의 귀속”,「판례연구」제19집, 부산판례연구회, 2008, 58면), 1993년 대법원 전원합의체 판결에서 소수의견이 2006년 전원합의체 판결에서는 다수의견이 되었다.

구 분		1993. 1. 19. 선고 91다1226	2006. 4. 20. 선고 2004다37775
분열 인정여부	다수의견	분열 인정	분열 불인정
	소수의견	분열 불인정 (윤관, 김상원 대법관)	① 분열 인정(박시환 대법관) ② 종전판례 유지(강신욱 대법관)
재산 귀속	다수의견	분열 전 교회 교인들의 총유	잔류 교인들의 총유가 원칙 2/3 이상 동의 있을 경우 탈퇴교회 교인들의 총유로 귀속
	소수의견	① 잔류교회 교인들의 총유가 원칙 3/4 이상 동의 있을 경우 탈퇴교회 교이들의 총유로 귀속 (윤관, 김상원 대법관) ② 분열 교회 상호간의 공유 (이회창 대법관)	① 종전판례 유지(강신욱 대법관) ② 분열교회 상호간의 공유 (박시환 대법관)

① 사실관계

대한예수교장로회 통합측 부산노회 부산영락교회가 A목사의 양녀 입양을 둘러싸고 신도들 사이에 대립이 격화되자 자신을 지지한 신도들과 함께 위 대한예수교장로회 통합측 부산노회 부산영락교회(원고 교회)를 탈퇴하고 대한예수교장로회 합동정통파 교단의 경남노회 부산영락교회(피고 교회)로 가입하였다. 위 경남노회는 A목사를 당회장으로 파송하여 그를 지지하는 신자들이 교회건물을 점유 사용하였다. 이에 원고 교회는 대한예수교장로회 부산영락교회 명의의 각 건물의 소유자를 대한예수교장로회 통합측 부산노회 부산영락교회(원고 교회)로 변경하는 등기명의인표시변경등기를 마쳤고 이에 건물에 대한 명도를 구한 원고의 상고를 기각한 사건이다.

② 판결요지

〔다수의견〕 교회 일부 교인들이 교회의 소속 교단을 변경하기로 결의하여 새로운 교단에 가입한 경우 종전교회는 새로운 교단에 소속된 교회와 잔류교인들로 이루어진 종전교단에 소속된 교회의 2개로 분열되었다고 판시하였으며, 2개의 교회로 분열된 경우 교회의 장정 기타 일반적으로 승인된 규칙에서 교회가 분열될 경우를 대비하여 미리 재산의 귀속에 관하여 정하여진 바가 없으면 교회의 법률적 성질이 권리능력 없는 사단인 까닭으로 종전교회의 재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속하고, 교인들은 각 교회활동의 목적범위 내에서 총유권의 대상인 교회재산을 사용·수익할 것이므로, 그 교회재산 총유권자의 일부인 잔류교인들로 이루어진 원고 교회가 다른 총유권자들로 이루어진 피고 교회에 대하여 이 사건 교회 건물의 명도를 구할 수 없다할 것이고, 위 각 건물의 등기명의가 원고 교회의 명의로 되어 있다 하더라도 이는 위와 같은 총유재산임을 공시하는 선에서 유효한 것이라고 하였다.

종전교회가 소속한 교단 헌법에 “교단의 교리나 법규를 준행하지 않거나 이탈한 자는 재산의 사용권을 가지지 못한다.”고 규정되어 있는 경우, 교회와 소속교단과의 관계는 교회의 기본적 독립성이 인정되는 범위에서 정립되어야 하며, 종교자유의 원칙상 교회의 교인들이 소속교단을 탈퇴하거나 변경할 수 있으며, 종전교회의 교인들이 교회 자체를 탈퇴하여 교회구성원의 지위를 상실하는 경우가 아니라 다수교인들이 소속교단을 탈퇴하고 새로운 교단에 가입하여 별개의 교회를 결성함으로써 종전교회가 2개의 교회로 분열된 경우에까지 구속력을 가진다고 할 수 없다고 판시하였다. 분열

이후에는 반드시 분열 당시의 교인들에 한하여서만 종전교회의 재산에 대한 사용 수익의 권한이 있는 것은 아니라 분열 이후 가입한 교인들에게도 그 권한이 있다고 판시하였다.

〔반대의견 1〕 교회의 분열은 인정하나, 교회는 기본적으로 신앙단체이고 그 사단성은 사회 단체적 측면의 성격을 법적으로 평가한 것에 지나지 않으므로 기본적인 신앙단체가 분열된 이상 그 사단적 구성도 이에 따라 분열된 것으로 평가할 수밖에 없으며, 이와 같이 교회가 분열되면 종전교회에 속한 권리의무는 분열된 두개의 각 교회에 공유적 형태로 분리하여 포괄승계되는 것으로 보아야 한다. 이 경우에 있어서 각 교회의 공유지분비율은 분열 당시 총유재산에 대하여 개별적 사용·수익권을 가진 교인의 각 교회별 비율, 즉 각 교회의 세례교인의 수에 의하여 결정하는 것이 가장 합리적이다. 그러므로 하나의 총유단체인 교회가 두 개의 총유단체인 각 교회로 분열되면 종전 총유단체인 교회에 속한 재산은 분열 후의 두 개의 총유단체인 각 교회의 공유로 되고 각 교회의 공유지분은 총유의 형태로 각 교회 및 그 구성원에게 귀속된다고 보는 것이 타당하다.

〔반대의견 2〕 민법은 사단법인의 구성원의 탈퇴나 사단법인의 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속한다고 하는 식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니하며, 따라서 사단법인이 분열되는 경우에 종전법인의 재산의 귀속에 관하여도 규정하는 바가 없는바, 그렇다면 사단법인과 유사한 실질을 가지는 권리능력 없는 사단에 대하여도 사실상의 분열은 몰라도 법적 의미에 있어서의 분열은 이를 인정할 여지가 없으며, 가령 그와 같은 분열을 인정한다 하더라도 그 경우의 재산귀속관계 기타의 법률관계에 관하여 직접 적용할 법규는 물론 유추적용할 법규도 실정법상 찾아볼 수 없다. 또한 교회가 사실상 분열된 경우에는 사단법인의 해산결의에 관한 민법 제78조를 유추적용하여 사단법인의 총회라 할 수 있는 지교회의 공동의회에서 재적회원의 4분의 3 이상의 찬성으로 교단변경을 결의할 수 있게 함이 타당하고, 이와 같이 교인들의 총의에 따라 소속교단을 적법하게 변경하게 되면 종전교회의 교인들의 총유에 속하였던 교회의 재산은 변경된 교회의 교인들의 총유로 귀속되며, 위와 같은 적법한 절차 없이 교인들의 집단탈퇴로 새로운 교회가 생긴 것에 불과한 경우에는 종전교회의 교인들의 총유에 속하였던 모든 재산은 종전교회와 동일성을 유지하는 종전교회의 교인들의 총유로 계속하여 남는 것이고, 종전

교회와 법적으로 무관한 새로운 교회 또는 그 교인들이 이에 대하여 어떤 형태이든 권리를 가질 수는 없다.

③ 판결의의

본 사건 판결에서 다수의견은 교회분열을 인정하면서 종전교회의 재산은 분열 당시 교인들의 총유관계이며, 분열된 각 교회가 목적범위 내에서 사용·수익할 수 있으며, 분열 이후 가입한 새로운 교인들에게도 종전교회의 재산에 대한 사용·수익할 수 있는 권한을 인정하는 법리구조를 취하고 있다는 점이다. 이에 대해 〔반대의견1〕은 교회분열을 인정하되 종전 총유단체인 교회에 속한 재산은 분열 후의 두 개의 총유단체인 각 교회의 공유관계로서 공유지분의 비율은 각 교회 세례교인의 수에 따라 그 귀속을 결정해야 한다는 견해를 취하고 있다. 〔반대의견2〕는 교회분열은 인정되지 않으며, 종전 소속교단에 속한 교회는 종전교회와의 동일성 유지, 교인들의 총유에 의한 교단변경을 허용하며, 정관 변경사유가 아니고 해산사유에 해당(새로운 교단의 소속교회로 조직)이라는 입장을 취하고 있다는 점이 판례의 의의라 할 수 있다. 2006년 대법원의 새로운 판례로 변경한 전원합의체 판결은 본 사건 판례의 〔반대의견2〕를 기본축으로 터를 잡아 받아들이면서 교단변경을 해산사유(재적회원 4분의 3 이상 찬성, 민법 제78조 참조)로 파악하지 않고 정관변경사유(결의권자 3분의 2 이상의 찬성, 민법 제42조 참조)로 파악하였다는 점[390]이 다를 뿐이다.

나. 새로운 판례(대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결)

(1) 사실관계

신서교회는 기독교대한성결교회 소속 지교회이고, 소외인은 그 교회 담임목사로 재직해 오던 중 6명의 당회원중 1명에 대한 인사문제로 당회원들인 시무장로들과 갈등을 빚자 임의로 기획위원회를 조직하여 교회를 운영하였다. 이로 인해 당회원 중 장로 1명(소외 2)이 소속 강서지방회에 담임목사가 교회재산을 유용하거나 독자적으로 집행하고 있다는 이유로 고소하였고, 담임목사는 소외 2 장로를 교회 장로직에서 박탈하고 직원명부에서 제명하였다. 담임목사는 강서지방회에서 징계처분이 유력해지자 소외 1은 지지자들을 모아 소속교단을 탈퇴하여 신서성결교회(이하 '피고 교회')를 설

390) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결 〔다수의견〕 참조.

립하였다. 강서지방회는 소외인에 대하여 목사면직판결 처분을 내리고 후임목사로 소외 3을 파송하였다.

피고 교회는 기독교대한성결교회 신서교회 명의로 등기되어 있던 교회건물 및 대지 등에 관하여 실제로는 피고 교회가 이를 매수한 적이 없음에도 불구하고, 위 교회 당회의 결의서 등 관련서류를 임의로 작성하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.[391] 그리하여 기독교대한성결교회 신서교회는 기독교대한성결교회 헌법에 정하여진 바에 따라 담임목사와 3명의 장로가 참석한 당회에서 소제기를 결의하고 피고의 소유권이전등기에 대해 소유권말소등기청구소송을 제기한 사건이다. 본 사건 교회는 분쟁초기에는 원·피고 양측이 교회 건물을 각각 점유하고 예배를 보다가 피고측교회가 원고측교회 교인들의 교회건물 진입을 물리력으로 차단하자 원고 교회가 방해물 제거, 통행금지, 예배방해금지의 가처분을 제기하였고 서울고등법원이 이 신청을 인용함에 따라 이 사건 교회 건물에서 양측이 각각의 목사 인도하에 예배를 봄으로써 사용·수익권을 행사한 상태였다.

(2) 소송의 경과

1심법원은 대법원의 종전판례 입장에 따라 원고 교회와 피고 교회의 두 교회로 분열되었다고 판시하였다. 이에 따라 분열된 교회의 재산귀속은 분열 당시 교인들의 총유에 속하고 총유재산의 관리·처분은 물론 그 보존행위도 총회결의에 의하여 하는 것이므로[392] 본 사건은 기독교대한성결교회 신서교회가 원고 교회와 피고 교회로 분열될 당시 교인들의 총회결의가 있었음을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 기독교대한성결교회 신서교회의 일부 교인들로 구성된 원고 교회로서는 피고 교회에 대하여 위 소유권이전등기의 말소청구를 할 수 없다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.[393] 이에 원고의 항소에 원심법원 역시 같은 이유로 기각했다.[394] 원고는 대법원에 상고하였으며, 대법원은 전원합의체 판결로서 교회의 분열과 그에 따른 교회재산의 귀속에 관한 종전의 견해를 변경하면서, 원심판결을 파기하여 환송하였다.[395]

391) 이는 '공정증서원본부실기재, 부실기재공정증서원본행사(대법원 1991. 4. 23. 선고 91도276 판결 참조).
392) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다21733 판결 참조.
393) 서울남부지방법원 2003. 6. 26. 선고 2002가합5195 판결.
394) 서울고등법원 2004. 6. 22. 선고 2003나48701 판결.
395) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

1심과 원심법원 판결은 종전판결에 충실한 판결이었다. 이는 분열을 인정한 판례로서 두 교회로 분열되었다고 보아 소유권이전등기의 말소청구를 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 대법원은 교회분열 인정을 종식시키고 "종전교회는 잔존 교인들을 구성원으로 하여 실제의 동일성을 유지하면서 존속하며 종전교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속됨이 원칙이다."고 판시하여 소속교단 잔류파의 입장을 존중하였고, 집단적으로 탈퇴하여 새로운 교회를 설립한 교회가 종전교회의 소유권을 가지려면 적법한 절차에 따라 결의권자 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다고 판시하였다. 소속교단으로부터 면직된 피고 교회의 목사는 총회소집권자가 될 수 없으며, 교단헌법에 따른 적법한 절차에 따른 교인총회 결의가 없었기 때문에 변경된 판례가 요구하는 결의권자 3분의 2 이상의 찬성 결의가 없었으므로 대법원 판결에서 피고 교회가 패소되고 원고 교회가 승소한 판례였다.

(3) 판결요지

① 〔다수의견〕

우리 민법이 사단법인에 있어서 구성원의 탈퇴나 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속하면서 종전 사단법인에게 귀속되었던 재산을 소유하는 방식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니한다. 그 법리는 법인 아닌 사단에 대하여도 동일하게 적용되며, 법인 아닌 사단의 구성원들의 집단적 탈퇴로써 사단이 2개로 분열되고 분열되기 전 사단의 재산이 분열된 각 사단들의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 결과를 초래하는 형태의 법인 아닌 사단의 분열은 허용되지 않는다.

교회가 법인 아닌 사단으로서 존재하는 이상, 그 법률관계를 둘러싼 분쟁을 소송적인 방법으로 해결함에 있어서는 법인 아닌 사단에 관한 민법의 일반 이론에 따라 교회의 실체를 파악하고 교회의 재산 귀속에 대하여 판단하여야 하고, 이에 따라 법인 아닌 사단의 재산관계와 그 재산에 대한 구성원의 권리 및 구성원 탈퇴, 특히 집단적인 탈퇴의 효과 등에 관한 법리는 교회에 대하여도 동일하게 적용되어야 한다.

따라서 교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익할 것인데, 일부 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실하게 되면 탈퇴가 개별적인 것이든 집단적인 것이든 이와 더불어 종전 교회의 총유 재산의 관리처분에 관한

의결에 참가할 수 있는 지위나 그 재산에 대한 사용·수익권을 상실하고, 종전 교회는 잔존 교인들을 구성원으로 하여 실체의 동일성을 유지하면서 존속하며 종전 교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속됨이 원칙이다. 그리고 교단에 소속되어 있던 지교회의 교인들의 일부가 소속 교단을 탈퇴하기로 결의한 다음 종전 교회를 나가 별도의 교회를 설립하여 별도의 대표자를 선정하고 나아가 다른 교단에 가입한 경우, 그 교회는 종전 교회에서 집단적으로 이탈한 교인들에 의하여 새로이 법인 아닌 사단의 요건을 갖추어 설립된 신설 교회라 할 것이어서, 그 교회 소속 교인들은 더 이상 종전 교회의 재산에 대한 권리를 보유할 수 없게 된다.

② 별개의견

우리 민법이 사단법인의 분열을 허용하고 있지 않다는 다수의견의 견해에 찬성할 수 없다. 우리 민법이 사단법인의 분열에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있기는 하나, 사단법인의 분열에 관한 규정이 없다고 하여 우리 민법이 사단법인의 분열을 금지하고 있는 취지라고 단정할 것은 아니다. 우리 민법 중 사단법인에 관한 규정은 사단법인을 규율하기 위하여 필요한 최소한의 내용만을 규정해 둔 것이고, 그 나머지 부분은 사적자치에 맡겨 사단법인의 본질에 반하거나 제3자의 이해관계를 해치지 않는 한 사단법인의 구성원들과 당사자 사이에서 임의적으로 결정할 수 있도록 허용하고 있는 것이라고 해석하여야 한다고 주장한다.

따라서 우리 민법이 사단법인의 분열을 특별히 금지하지도 아니하였고 또 사단법인의 분열을 금지하여야 할 특별한 이유도 보이지 않으므로 사단법인의 분열은 우리 민법하에서도 허용되는 것이라고 보아야 한다. 실제로도 사단법인의 구성원들이 결의나 합의에 의하여 자발적으로 사단법인을 분할하고(이 경우 법인 설립 또는 정관변경의 경우에 준하여 주무관청의 허가를 받아야 할 것이다) 각자의 의사에 따라 분열된 사단법인 중 한 쪽의 구성원으로 남기로 하는 경우 굳이 이를 불법이라고 금지하여야 할 이유는 없다. 그리고 이와 같이 사단법인 구성원들의 자발적 결의에 의한 사단법인의 분열이 가능하다면, 구성원들의 자발적 의사에 기인하지는 않았으나 다른 어떠한 사정으로 인하여 사단법인이 사실상 분열된 상태가 초래되어 하나의 사단으로 회복될 가능성이 없어진 경우 그 상태를 그대로 기정사실로 인정하여 사단법인이 분열된 것으로 보아 법률관계를 정리하는 것 또한 굳이 허용되지 않는 것이라고 할 것은 아니

다.

교회분열은 한 개의 교회가 교리나 예배 방식에 대한 견해 대립, 교회재산 또는 교회 운영의 주도권 쟁탈 등을 원인으로 분쟁이 계속되다가 급기야는 목사와 교인들이 두 집단으로 나누어져 서로 완전히 별개의 교회가 양립하는 것과 같은 상태로 되는 것으로서, 이는 하나의 단체가 둘로 분열된 것으로 보는 것이 실질에 맞는 것이고, 그 중 한 쪽의 교인들이 개별적 또는 집단적으로 탈퇴하는 것과는 그 의미와 법적 평가에 있어서 전혀 다른 사회적 현상임에도 다수의견은 이를 교인들의 개별적 또는 집단적 탈퇴로 구성함으로써 본질에 어긋나는 평가를 하고 있다. 그러므로 민법상 사단법인의 분열이 허용되지 않으므로 그 법리가 법인 아닌 사단에 있어서도 동일하게 적용되어야 하고, 그 결과 교회에 있어서도 분열이 허용될 수 없다는 다수의견의 논리에는 찬성할 수 없다는 주장이었다.[396]

③ 반대의견

대법원은 반세기가 넘는 기간 동안 일관하여 교회의 분열을 허용하고 이 경우 교회 재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속한다는 법리를 판시하여 왔는바, 종전 판례가 각종의 법인 아닌 사단 중 오직 교회에 대하여만 분열 개념을 허용하고 분열 전 교인들의 총유권을 인정해 온 것은, 교회가 본질적으로 같은 기독교 신앙을 기초로 하는 교인들의 모임인 신앙단체로서 교인들이 신앙노선의 차이에서 별도로 예배주관자를 두고 그의 인도하에 종교활동을 하거나 소속 교단을 달리하는 집단으로 나누어진 경우에는 더 이상 신앙단체로서의 본질적 기초를 같이 할 수 없으므로 분열되었다고 평가할 수밖에 없다는 점을 직시하고 나아가 교회재산은 대체로 소속 교인들의 헌금을 기초로 형성되므로 설령 일부 교인들이 종전교회를 탈퇴한다고 할지라도 탈퇴한 교인들이 종전교회 재산 형성에 기여한 이상 그 재산에 대한 총유권자로서의 지위, 즉 사용·수익권을 보장해 주어야 한다는 점에서 비롯된 것이다. 그렇다면 종전판례가 민법상 사단법인에 관한 규정 또는 법인 아닌 사단에 관한 법리와 모순된다고 볼 수 없으며 오히려 교회 운영의 실제를 반영하고 있는 이상 종전의 확고한 판례를 변경하여야 할 아무런 필요성이 없다고 할 것이다.[397]

---

396) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결〔대법관 박시환의 별개의견〕.
397) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결〔대법관 강신욱의 반대의견〕.

(4) 판결의의

새롭게 변경된 판례는 일부 교인들이 개별적인 것이든 집단적인 것이든 “교회를 탈퇴”하면 교인의 지위가 상실하게 되어 종전 교회의 총유 재산의 관리·처분에 관한 권리가 상실된다는 점을 확인하면서 이를 확실히 했다는 점에서 의의가 있다. 또한 교단에 소속되어 있던 지교회 교인들의 일부가 소속 “교단을 탈퇴”하기로 결의한 다음 종전교회를 이탈하여 별도의 교회를 설립하여 별도의 대표자를 선정하고 나아가 다른 교단에 가입한 교회 교인들은 종전교회의 재산에 대한 권리가 상실된다는 점도 확실히 했다. 그러나 적법한 절차에 의해 결의권을 가진 교인 3분의 2 이상의 결의로 소속 교단에서의 탈퇴 내지 소속 교단을 변경하여 종전 교회의 재산권을 확보할 수 있다는 판결로서 기존의 판례를 변경하므로 사단법인의 존립의 기반인 다수결의 법리를 적용했다는 점이다. 이같은 판례 이후 교회분쟁사건에서 그대로 적용되어 교회분쟁이 종국적으로 해결되었다. 김제중앙교회의 판결에서 공동의회에서 3분의 2 에 미치지 못한 교단 탈퇴 결의는 효력이 없으며, 담임목사가 상급치리회에서 면직 및 제명 처분을 받은 상태에서 공동의회를 소집했다면 면직과 제명의 유·무효와 관계없이 공동의회를 소집할 수 있는 지위에 있지 아니한 자가 공동의회를 소집하여 교단 탈퇴를 결의했다면, 이는 절차상 중대한 하자로 교단 탈퇴를 결의한 공동의회가 효력이 없음을 판시하기도 했다.

결국 절차법을 엄격하게 한 이유, 또는 결의권자 3분의 2 이상을 엄격하게 판단한 이유는 이탈측에 권리를 인정할 수 없다는 취지의 판례 입장이라 할 수 있다. 교인명부에 의해 결의권자인 세례교인 3분의 2 이상이 공동의회에 참여하여 결의했다는 사실을 주장하는 쪽에서 입증해야 하는데 이 입증이 분쟁중에 교회에서 그리 간단하지 않다는 점이다. 법원은 종례에 종교단체의 분쟁에 개입하지 않으려는 태도 때문에 법원이 교회의 분쟁에 관하여 실질적안 분쟁해결기능을 포기하였다는 비판을 받아왔다. 그러나 교회분쟁과 분열로 인한 재산 귀속 문제는 교회 내부에서 해결될 수 있는 것이 아니라는 것이 드러났다. 이에 따라 새롭게 변경된 판례는 교회의 분열이라는 사회현상을 단순히 법적으로 승인하는 방식으로 해결한 것이 아니라, 민법의 일반 법리를 적용함으로써 그 해결책을 제시하고 있다는 점에서 판례의 의의가 있다고 볼 수 있다.

3. 대법원의 새로운 판례에 대한 검토

종전판결은 사법심사를 자제하는 측면에서 다수의 교인들이 종교적 신념 등의 이유에서 종전의 교회에서 탈퇴하여 새로운 교파에 소속하는 '교회분열'을 인정하면서 분열시 재산관계는 분열 당시의 교인들의 총유에 속한다는 판시하였다. 이는 법원이 분쟁 당사자간의 자율적인 해결에 맡기려는 것은 사법심사의 소극적인 입장을 취하여 최대한 종교단체 내부의 문제는 자율적인 해결에 맡기려는 태도였다. 이런 판례의 입장 때문에 분열을 인정했고, 재산은 분열 당시의 총유라는 판시했던 것이다. 그러나 새로운 판결은 그동안 소극적인 입장인 사법적 심사를 자제하는 입장에서 선회하여 적극적인 태도로 선회하였다는 평가를 받았다. 교회를 법인 아닌 사단으로서의 성질에 충실하게 법리를 전개하면서 우선 사단에서 분열을 인정하지 않는 면을 고려하여 '교회의 분열' 자체를 인정하지 않는 판결로 선회하였다. 즉 교회의 탈퇴만이 인정될 뿐이고, 이 경우는 종전교회의 동일성은 그대로 유지되어 교회재산은 잔존 교인들만의 총유에 속하고 탈퇴한 교인들은 아무런 권리를 갖지 못하는 것으로 구성한 점에서 종전판례와는 결정적인 차이가 있다.[398]

다만 다수교인들이 적법절차에 따라 집단으로 탈퇴하고 그것이 소속교단의 변경이나 탈퇴가 되어 교회 규약의 변경을 수반하는 경우에는 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 총 의결권자 3분의 2 이상의 동의가 필요하다고 보았다. 이 요건을 충족한 때에 한하여 종전교회는 교단을 탈퇴한 교회로서 존속하고 종전 교회재산은 탈퇴한 교인들의 총유에 속하는 것으로 본 것이다.

가. 적법한 절차와 결의권자 3분의 2 이상의 교단탈퇴 결의

새로운 판결 이전의 종전판결의 근본 문제점은 다수의견이 지적한 것처럼 종전교회재산의 관리·처분에 관한 소송은 분열 당시 교인들로 구성된 교인총회의 결의를 거쳐 종전교회 자체가 당사자가 되어 소를 제기하여야 하는 부분이다.[399] 즉 소송의 당

398) 김준호,「민법판례강의」, 법문사, 2008, 379-380면.

399) 학설은 이미 전술한 대로 총유물의 보존행위는 공유나 합유와 달리 총유물의 관리·처분에 관한 민법 제276조 제1항의 적용을 받으며(이영준,「한국민법론-물권법」, 592면, 이은영,「물권법」, 513면), 판례 역시 총유물의 보존행위를 민법 제276조 제1항의 관리행위의 개념에 포함시켜 사원총회의 결의를 요하는 것으로 보았다(대법원 1980. 12. 9. 선고 80다2045, 2046 판결; 대법원 1986. 9. 23. 선고 84다카6 판결; 대법원 1994. 10. 25. 선고

사자 문제이다. 종전판례에서 '분열 당시' 교인들로 구성된 교인총회의 결의가 없었다는 이유로 교회재산의 인도청구나 등기말소의 청구는 다투어 보기도 전에 각하되거나 기각될 수밖에 없게 된다. 종전판례는 종전교회재산의 관리·처분에 관한 소송은 분열 당시 교인들로 구성된 교인총회의 결의를 거쳐 종전교회 자체가 당사자가 되어 소를 제기해야 한다고 했는데 이러한 판례대로라면 일부교인들이 부당하게 교회재산 및 건물을 점유하거나 이전등기에 대해서 적법한 절차에 의한 것인지 다투어 보지도 못하고 분열 당시 교인들로 구성된 교인총회의 결의가 없었다는 이유로 교회재산 인도청구나 등기말소 등의 청구가 각하 내지 기각될 수밖에 없다. 그래서 불법 점유나 이전등기에 대해 대항력이 없어져 버린다. 그러나 새로운 판례의 원심법원 역시 피고 교회 목사가 관련서류를 불법적으로 피고 교회의 명의로 매매한 것처럼 조작하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 하여 공정증서원본부실기재죄 및 동행사죄와 횡령죄로 유죄확정판결을 받았음에도 불구하고 용인할 수밖에 없는 상황이 전개된 것이다.

대법원의 새로운 판결은 이러한 불합적인 법감정[400]을 불식시키기 위해 신앙단체적 성질뿐만 아니라 단체법적 성질에서 보다 적극적으로 판단하고 있다.[401] 즉 피고

94다28437 판결). 2005년 관련 전원합의체 판결에서 총유재산의 보존행위로서 소를 제기한 사건에서 "총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없다."고 판시하면서(대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결) 총유물에 대한 보존행위의 행사를 더욱 엄격히 제한하고 있다.

400) 송호영, "교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계", 「민사법학」 제35호, 2007, 한국사법행정학회, 214면.

401) 새로운 판결의 의미와 배경에 관해 대법원 공보관은 다음과 같이 설명하고 있다(대법원 공보관, "교회의 분열 허용과 재산귀속에 관한 대법원 전원합의체 판결관련 보고자료", 2006. 4. 20, 5면), 첫째, 사단에 대한 통일적 규율 기능이다. 대법원 판결은 교회의 신앙단체로서의 성격과 사단으로서의 성격을 모두 인정하면서도, 신앙단체인 교회에 대해서는 종교의 고유한 영역에 맡기더라도, 재산분쟁과 관련된 사단으로서의 교회에 대하여는 다른 법인 아닌 사단에 관한 민법의 일반원리를 적용함으로써 사법질서의 통일성을 기한 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 교회 분쟁에 대한 예방적 기능 발휘이다. 대법원 판결로 인해 앞으로 교회 내부에서 교단 탈퇴 및 변경을 둘러싸고 분쟁이 발생하는 경우, 교단 탈퇴를 의도하는 교인들로서는 최소한 결의권자의 1/3에 이르는 교인들로부터 지지를 얻고 적법한 소집절차에 따른 결의를 거칠 것이 요구되고, 반대로 교단 탈퇴에 반대하는 교인들로서도 만약 위의 요건을 갖추어 결의가 이루어진 경우에는 여기에 승복할 것이 요구된다. 이에 따라 민주주의 원칙에 따른 교회 운영이 기능해짐으로써 교회 분쟁에 대한 예방적 기능을 수행할 수 있게 되었다.

셋째, 종교의 자유와 조화이다. 교인들은 자신이 신봉하는 교리에 좇아 자유로이 교회를

교회가 교단을 탈퇴하여 새로운 교회를 설립하여 종전교회재산의 이전등기가 합법적인 법률행위가 되기 위해서는 교단탈퇴와 새로운 교회 설립에 있어서 피고교회의 교단탈퇴가 적법한 절차에 따라 결의권자 3분의 2 이상이 찬성해야 한다는 점을 들고 있다. 그러나 만약 이에 이르지 못했을 경우 피고 교회는 종전교회를 집단적으로 이탈한 것에 불과하다고 판시하여 원심법원의 종전판례 입장에서의 판결을 파기하여 피고교회의 재산권은 인정할 수 없으며, 잔류파인 원고 교회만이 종전교회의 동일성을 유지하며 총유권을 갖고 있다고 판시하였다.

이러한 새로운 판례입장은 본 사건과 같은 종류의 분쟁은 억제될지 모르지만 새로운 판례로서는 전혀 판단할 수 없는 분쟁이 존재하여 그 분쟁을 고착화할 수 있는 효과를 가져오는 여지가 있다. 예컨대, 3분의 2 이상의 의결권을 가진 신자들을 규합하지는 못했을지라도 교단을 탈퇴하지 않고 한 교회 건물 안에서 사용·수익권에 따라 예배[402]를 달리 보면서 계속 분쟁상태로 남기를 원한다면 분쟁은 해결될 수가 없게 된다. 현재 이런 종류의 분쟁중인 교회들이 속출하고 있다. 3분의 2 이상의 요건을 충족할 수 없을 뿐만 아니라 이를 입증하는데 실패 할 경우 교회 교인의 지위가 상실된다는 점을 피하기 위해 계속 분쟁상태로 남아 합의를 이끌어내기 위해 의도된 분쟁을 일으킬 수 있다는 문제점이 있다.

나. 교단탈퇴는 설립목적으로부터의 이탈행위

적법한 절차에 따라 교단탈퇴를 위해 결의권자 3분의 2 이상의 찬성으로 새로운 교회를 설립했을 경우 이 교회가 종전교회의 동일성을 유지한 것으로 판단하여 재산권을 가진다는 판결에 강신욱 대법관은 반대의견에서 "다수의견에 따를 경우 소수자의 종교의 자유를 침해하는 문제점이 발생한다."라는 지적하였다. 이에 다수의견의 입장에서 보충의견을 낸 김영란 대법관의 주장은 "소수파로 되는 교인들이라 하더라도 자신들이 신봉하는 교리를 좇아 스스로 교회를 선택하거나 선택하였던 교회에서 탈퇴하

선택하거나 또는 선택하였던 교회를 탈퇴함으로써 종교적 자유를 향유할 수 있고, 뿐만 아니라 만약 적법하게 교단변경 결의가 이루어진 경우에 이에 반대하는 교인들로서도 자신이 원하는 교단 소속 교회를 찾아감으로써 자신의 종교적 신념을 유지할 수 있다. 이같은 판결은 판례 변경을 통해 사단에 대한 통일적 규율과 함께, 개인별 교인들의 종교의 자유 보호를 조화시킬 수 있는 토대를 마련하였다는 데는 의미가 있다.

402) 대법원 1988. 3. 22. 선고 86다카1198 판결. "교회재산을 사용·수익하는 가장 중요한 방법은 예배행위"라고 판시하는 부분을 참조하라.

여 원하는 교회를 찾아감으로써 종교의 자유를 향유할 수 있는 이상 이를 넘어서서 개개 교인들의 종교의 자유를 내세워 이를 기준으로 교회재산의 귀속을 결정하여야 한다는 것은 구성원의 개성이 매몰되는 단체법원리를 부인하는 것이다."는 견해를 밝혔다. 이같은 견해와 새로운 판례는 단순히 단체법상의 법리에서 판단한 판례에 불과하다고 볼 수 있다. 신앙단체적 측면이나 단체법적 측면에서 지교회 정관의 효력과 교단 소속 지교회로 존재하는 한 교단 헌법은 지교회 정관에 준한 자치규범으로서 효력이 있다는 것이 새로운 판례였다.[403]

사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점[404]에 비추어 볼 때 교회구성원 모두는 소속 교단과 지교회의 교리적, 신학적 입장을 따르겠다는 선서[405]를 통해서 소속 교인이 법적으로 확정된다. 신앙을 가진 교도들이 모여서 소속교단을 결정하고 그 교단의 신학을 지교회 신학으로 삼는 결정을 하는 것이 아니라 이미 결정된 교단과 교단신학에 의해서 운영·관리되고 있는 교회에 본인이 교인등록을 신청함으로써 절차에 따라 교인(의결권자)이 되었다. 문제는 개인적이든, 집단적이든 이러한 교회와 교단을 탈퇴하는 것은 결국 교인으로서의 지위를 스스로 포기한 행위에 해당된다. 교회 설립 이후 소속 교인으로 입회될 때에 소속 교단의 설립목적에 명시된 교리에 충실하겠다는 선서에 의해 교인이 된 이후 소속교단과 교회가 설립목적으로 삼고 있는 교리를 거부하여 개인적이든, 집단적이든 탈퇴하였다면 이는 교인의 지위가 상실되며, 종전교회의 설립목적과 교리의 동일성에 충실한 교인들에게로 총유권이 주어져야 하는 것이 종교자유의 원리와 지교회 독립성에 충실한 것으로 보여진다. 그러나 새로운 판례는 교단을 탈퇴하지 않고 소속 교단과 교회의 설립목적과 그 목적에 명시된 교리에 충실한 3분의 1에 해당된 소수의 교인들에게 오로지 소수라는 이유로 자신들이 신봉하는 교리를 좇아 스스

403) 법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 개신교 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 교단의 정체에 따라 차이는 존재하지만 원칙적으로 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급단체에 지나지 않는다. 다만, 지교회가 자체적으로 규약을 갖추지 아니한 경우나 규약을 갖춘 경우에도 교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있지만, 지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 교단 헌법에 구속된다.

404) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99다12437 판결.

405) 이 선서는 교인의 자격이 부여되는 시점인 세례식 때 이루어진다. 세례식을 통해 세례교인이 되어야 교인총회에서의 교인(사원) 자격을 획득한다.

로 타 교회를 선택하든, 다수측을 따라가는 것이 종교의 자유원리에 부합하다는 주장은 설득력이 없어 보인다.

새로운 판례가 현재 지교회의 소속 교단를 탈퇴한 행위는 교회설립 당시 교단의 원교리를 배척하는 것으로써 스스로 교인으로 지위를 포기한 행위라고 볼 수 있다. 따라서 교단을 이탈하는 행위나 탈퇴하는 자들이 집단적으로 종전교회의 총유권을 주장하는 것은 교회 내부의 자치규범과 교단헌법에서 규정한 교인의 권리일 수가 없다. 따라서 개인이든, 집단적이든 종전교회에서 탈퇴했다면 종전교회의 동일성을 유지하고 있다는 법리로 이들에게 교인의 권리를 부여해 줄 수 없다. 총유권에서 관리·처분뿐만 아니라 사용·수익의 권리도 박탈되었다고 볼 수 있다. 사용·수익권은 같은 건물 안에서의 예배행위인바, "사용·수익은 정관 기타 규약에 좇아 각 사원이 할 수 있다."(제276조)는 것이 민법의 규정이며 원리를 교회 내부 분쟁에 적용한다면 교회의 설립목적에 명시된 교리에 이탈 내지 탈퇴행위는 사원(교인)의 지위가 상실된다고 보아야 할 것이다. 그러나 대법원의 새로운 판결은 이러한 교회의 교리적인 내부관계를 도외시한 채 교회설립목적과 교리를 이탈한 의결권을 갖고 있는 다수의 교인들(3분의 2 이상)에게 총유권을 부여하는 것은 문제가 있어 보인다.

대법원의 새로운 판결은 "교단변경 결의에 관한 새로운 법리가 적용되는 영역은 교회의 운영 내지 재산에 관한 법률관계에 한정된다. 교인들은 자신이 신봉하는 교리에 좇아 자유로이 교회를 선택하거나 또는 선택하였던 교회를 탈퇴함으로써 종교적 자유를 향유할 수 있다. 뿐만 아니라, 만약 적법하게 교단변경 결의[406]가 이루어진 경우

406) 대법원 2007. 6. 29. 자 2007마224 결정: 교회의 교인총회에서 소속 교단에서의 탈퇴결의가 이루어졌으나 그 소집절차나 결의방법 등에 중대한 흠이 있어 의결권 있는 교인 2/3 이상의 찬성이라는 의결정족수 충족 여부를 알 수 없어 무효라고 한 사례에서 대법원은 "사건 탈퇴결의 당시에 신청인 교회에 적용되던 대한예수교장로회 헌법에는 당회의 결의를 거쳐서 교인총회(공동의회)를 소집하도록 규정되어 있으나 이 사건 교인총회는 당회의 결의 없이 소집되었고, 그 소집공고도 주보에는 게재되지 아니한 채 본당 내부 게시판에만 게시된 사실, 이 사건 교인총회는 같은 날 1부에서 5부까지 5차례에 걸쳐서 진행된 예배를 통하여 나누어 이루어졌는데, 그 당시 신청인 교회의 의결권 있는 교인(무흠 세례교인 중 18세 이상인 자)의 명부가 미리 작성·비치되어 있지 아니한 상태에서 거수로 표결이 이루어져서 의결권 없는 자의 투표 및 중복투표(예컨대, 1부 예배의 참석 교인이 퇴장하지 아니하고 남아서 2부, 3부 예배에서도 의결권을 행사할 수 있었음)가 가능하도록 방치된 사실, 한편 이 사건 교인총회의 회의록에는 5차례에 걸친 예배에 참석함으로써 이 사건 탈퇴결의에 참여한 인원 전원이 의결권 있는 세례교인이라고 기재되어 있고, 투표에서 기권한 교인이 1명도 없다고 기재되어 있는 등 일반적인 예배 참가자 현황이나 투표 행태에 비추어 볼 때 극히 이

에 이에 반대하는 교인들로서도 자신이 원하는 교단 소속 교회를 찾아감으로써 자신의 종교적 신념을 유지할 수 있다."고 하여 종교의 자유를 주장하고 있다. 교인들이 자신이 신봉하는 교리를 좇아 교회를 선택할 수도 있고 선택하였던 교회를 탈퇴할 수도 있다. 이는 종교의 자유에 해당된다. 문제는 종교의 자유에 의해 스스로 본인이 선택한 교회를 탈퇴할 경우는 교회의 모든 권리가 박탈된다. 즉 지위가 상실된다. 교회와 교단탈퇴는 정관변경에 해당되므로 정관변경에 해당된 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 의결권자 3분의 2 이상이 정관을 변경하기로 결의하면 교단탈퇴가 가능하므로 종전교회재산을 확보할 수 있다는 것은 오히려 종교의 자유를 침해하는 판결이라 생각된다. 교인들은 종교의 자유의 원리에 따라 본인 스스로의 결정으로 본인이 교회를 선택한다. 교회를 선택하여 교회에 등록함으로써 그 교회가 소속한 교단과 그 교단의 신학적 입증에 찬성한다는 뜻을 담고 있다. 또한 교회 역시 교회와 소속교단의 신학적 입장을 따르지 않는다면 정관과 교단헌법에 의해서 교인으로 입회할 수 없다. 따라서 교회정관상으로, 소속교단의 헌법에 따른 교리에 의해 교회설립목적이 명시되었다면 그 교리에 반한 교단변경을 위한 정관변경은 엄격해야 하고 원교리 변경에 해당된 교단변경을 위한 정관변경으로 재산권을 독점하는 것은 허락될 수 없다. 이런 점에서 한 교회가 두 개로 분열된 개념의 교회분열을 인정하여 분열 당시의 총유라는 법리는 옳지 않으며, 또한 정관상으로 교회설립목적에 명시된 원교리에 이탈하여 의결권자 3분의 2 이상의 다수가 정관변경을 결의했다는 이유로 종전교회의 재산권을 갖게 하는 것은 옳지 않다고 생각된다.[407]

례적인 내용이 기재되어 있는 사실 등을 인정한 다음, 이 사건 탈퇴결의는 그 소집절차나 결의방법 등에 중대한 흠이 있어 의결권 있는 교인 2/3의 찬성이라는 의결정족수의 충족 여부 등에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 무효이고, 신청인들이 추후에 제출한 '총회결의확인명부'로는 이 사건 탈퇴결의의 흠이 치유된다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 이는 이 사건 탈퇴결의 당시에 신청인 교회의 의결권 있는 교인이 누구이고 몇 명인지, 그 중 실제로 투표에 참석한 교인이 몇 명인지 등을 알 수 없고, 따라서 이 사건 탈퇴결의가 의결권 있는 교인의 2/3 이상의 찬성을 얻어서 이루어진 것인지도 알 수 없다는 취지라고 할 것인데, 앞에서 본 법리에 비추어 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위반으로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다."고 설시하였다.

407) 미국의 묵시신탁법리가 적용된 Attorney General v. Pearson 사건 판례에서 전통적인 교회의 삼위일체교리에 의해 설립되고 신탁된 교회에서 새로 부임한 목사와 일부 신도들이 정통교회에서 그리스도의 신성을 부인했다는 이유로 이단으로 정죄된 단일신론파의 교리를 주장하여 분쟁이 발생되어 제기된 소송에서 대법관인 Eldon경은 교회 내 수탁자들 사이의 분쟁으로써 단순히 코먼 로상의 소유명의가 어느 편에 속하느냐에 대한 문제가 아니라고 판

종교적인 사항에 대한 판단이 청구의 당부를 결정하는 전제문제인 경우 그 소송이 법률상의 쟁송에 해당한다 할지라도 그것이 종교적 사항이 종교 교리상 분쟁일 경우 교회 내부에 맡기는 것이라고 볼 때 교단변경을 위한 정관변경이 정관상으로 교회설립목적에 해당된 설립될 당시의 원교리를 이탈한 행위라고 한다면 정관을 변경을 하여 교단을 변경할 경우 원교리에 충실한 소수(1/3)에게가 아니라 원교리에 이탈한 다수에게(2/3) 종전교회의 동일성을 부여한 판결은 오히려 지교회의 독립성과 종교자유의 원리를 침해한 것으로 볼 수 있다.

다. 교회탈퇴와 교단탈퇴

학설과 판례의 원칙은 교인이 교회를 이탈하거나 탈퇴할 경우 교인의 지위가 상실된다는 점이다. 민법 제277조(총유물에 관한 권리의무의 득상)에 의하면 "총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함으로써 취득상실된다."고 규정하고 있다. 당연히 자의든 타의든 교인의 지위가 상실되면 교회재산에 대한 권리도 동시에 상실된다. 문제는 교단의 탈퇴가 곧 교회의 탈퇴로 해석되느냐는 것이다. 교회법으로 정관상으로, 아니면 교인총회 결의로 지교회가 교단에 소속되어 있을 경우 그 교단을 탈퇴한 것은 곧 교회를 탈퇴한 것으로 간주한다.

대법원은 종전판례에서 "교회가 소속하고 있는 교단에서 교인들이 탈퇴하였다 하여 그들이 곧 교회에서 탈퇴한 것이라고는 할 수 없다."고 판시[408]하였다. 단체법상 교회가 법인 아닌 사단으로 인정된 점, 법적 단위의 교회는 지교회만을 의미한다는 점 때문에 교단을 탈퇴하였다고 하여 교회를 탈퇴한 것이 아니며, 교단은 교회에 대해 단지 내부적인 관계[409]에 지나지 않는다고 점 때문으로 본다. 그러나 지교회가 정관상으로

단하면서 분쟁시 교회재산은 특정교리의 전파를 위하여 신탁된 것이므로 그 교리가 명시적으로 규정되어 있으면 그 규정에 따르지만 그러한 규정이 부존재할 경우 역시 법원은 원래 종전교회의 본질과 교리에 충실한 측에게 재산을 귀속시켜야 한다고 판시하였다. 본 사건 판결의 특징은 분열의 양측 중에 종전교회의 원 교리의 실체를 유지한 측에 교회재산귀속을 확정해주는 판결이라 할 수 있다. 즉 신탁 당시 명문 규정이 있으면 그 규정에 따르지만 그러한 규정이 없을 경우 분열중의 교회재산은 원 교리의 실체를 충실히 유지하는 측에 확정해 주는 판결을 참조할 수 있다(Attorney General v. Pearson, 36 Eng. Rep. 135(Ch. 1817), Notes, "Judicial Intervention in Disputes over the Use of Church Property", *Harvard Law Review*, Vol. 75(1962), p.1146).

408) 대법원 1978. 1. 31. 선고 77다2303 판결.

409) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결, 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775

교단의 지교회로 성문 규정이 있을 경우 교단의 탈퇴는 곧 정관상의 교회 소속과 명칭의 변경을 의미하는 것이 될 뿐만 아니라 이같은 변경은 곧 교회재산의 소유권 보존을 위한 등기의 변경을 의미하는 것이 되므로 교회의 실체가 다른 교회로 변경됨을 의미하는 것이 되므로 교단의 탈퇴는 교회의 탈퇴로 봐야 한다. 지교회 정관의 법적 효력과 구속력을 인정한다면 정관상의 명칭이나 소속의 성문규정이 있는 한 교단의 탈퇴는 곧 교회의 탈퇴에 해당된다.

그러나 새로운 판례인 2006. 4. 20. 대법원의 판결 이후 사건과 대법원은 사건에 따라 "교단의 탈퇴는 교회의 탈퇴"라는 입장과 "교단의 탈퇴는 교회의 탈퇴가 아니다."는 입장으로 구분되고 있다.[410] 대법원은 신서성결교회 사건 판결에서 교단의 탈퇴가 곧 교회의 탈퇴로 인정한 경우로서 "교단에 소속되어 있던 지교회 교인들의 일부가 소속 교단을 탈퇴하기로 결의한 다음 종전교회를 나가 별도의 교회를 설립하여 별도의 대표자를 선정하고 나아가 다른 교단에 가입한 경우, 그 교회는 종전교회에서 집단적으로 이탈한 교인들에 의하여 새로이 법인 아닌 사단의 요건을 갖추어 설립된 신설교회라 할 것이어서, 그 교회 소속 교인들은 더 이상 종전교회의 재산에 대한 권리를 보유할 수 없게 된다."고 판시[411]하였다.

그러나 광성교회 사건 판결에서 교단의 탈퇴가 곧 교회의 탈퇴가 아니라고 판시한 경우로서 "일부 교인들이 소속 교단을 탈퇴하고 다른 교단에 가입하기로 하는 내용의 교단변경을 결의하는 것은 종전교회를 집단적으로 탈퇴하는 것과 구별되는 개념으로, 교단변경에 찬성한 교인들이 종전교회에서 탈퇴하였다고 평가할 수 있을지 여부는 법률행위 일반의 해석 법리에 따라, 교회를 탈퇴한다는 취지의 의사표시를 하였는지 여부, 종전교회가 따르던 교리와 예배방법을 버리고 다른 교리와 예배방법을 추종하게 되었는지 여부, 종전교회와 다른 명칭을 사용하거나 종전교회의 교리 등을 따르기를 원하는 나머지 교인들을 의도적으로 배제한 채 독립한 조직을 구성하거나 종전 교리

전원합의체 판결에서는 단순 내부적인 관계에 지나지 않는다고 판단하면서도 지교회의 독립성과 종교자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 교단헌법은 지교회에 구속된다고 봄으로써 교단과 지교회를 단순 내부관계와 상관관계로 설시하고 있다.

410) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다17062 판결(정릉제일교회 판결)에서는 '교단탈퇴는 교회탈퇴'라고 판단한 반면, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67665 판결(광성교회)는 '교단탈퇴가 교회탈퇴가 아님'을 판단하고 있다.

411) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

를 따르지 않는 새로운 목사를 추대하여 그를 중심으로 예배를 보는 등 종전교회와 별도의 신앙공동체를 형성하였다고 볼 수 있는지 여부, 스스로 종전교회와 다른 조직임을 전제로 하는 주장이나 행위 등을 하여 왔는지 여부, 교단변경에 이르게 된 경위, 즉 단순히 종전교회의 소속 교단만을 변경하는 데 그치겠다는 의사에서 결의에 나아간 것인지 아니면 만약 교단변경의 결의가 유효하게 이루어지지 아니하여 종전교회의 소속 교단이 그대로 유지된다면 종전교회에서 탈퇴하겠다는 의사를 갖고서 결의에 나아간 것인지 여부, 교단변경 결의가 유효하게 이루어지지 아니하는 경우 교회재산의 사용·수익권을 잃는 것을 감수하고서라도 새로운 교회를 설립할 것인지 아니면 사용·수익권을 보유하면서 종전교회에 남을 것인지 사이에서 교인들이 어떠한 선택을 하였다고 볼 것인지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다."라고 판시하였다.

라. 분쟁 해결로서 교회재산분할 규정 평가

교회법에서 자치법규로 교회의 분할에 관한 상세한 규정을 둠이 바람직하다면서 교회 내부에서도 교인간의 신앙이 서로 다르기 때문에 교회가 분할을 하여 각각의 분파가 독립적으로 운영할 필요가 있는 경우에는 각각의 교인들이 그들의 신앙을 지켜나갈 수 있는 길을 열어 주어야 하며, 그러기 위해서는 교회법에서 먼저 교회 분할을 청구할 수 있는 방법을 규정하고 그 절차를 상세하게 규정함이 타당하다고 주장하지만[412] 이는 설득력이 없다. 교회가 자치규범인 정관을 제정할 때 미리 분쟁을 예견해서 재산분할 규정과 서로 다른 신앙의 이유로 분할의 길을 열어 두어야 한다는 주장은 교회분쟁의 원인을 제공하는 것과 같은 논리이다. 분쟁으로 교회재산분할 규정을 둘 경우 이를 악용하여 교회 내 일정한 세력들이 재산분할을 위해 의도적으로 분쟁을 일으킬 가능성이 있다. 이는 실제적으로 현실교회에서 일어나고 있다. 분쟁의 원인을 교회법으로 처단해야 할 사항이므로 교회재산분할을 위한 근거로 삼을 수 없다.

또한 교회는 지교회 정관상으로, 혹은 교단의 헌법을 지교회 자치규범으로 삼을 경우 교단헌법은 지교회 자치규범의 효력이 있는바, 이같은 규정으로 지교회가 추구하는 목적사항을 위해 신학적, 교리적, 신앙적 입장들이 명문규정으로 열거되어 있다. 이러한 교리적 신앙적 입장에 동의하지 않고는 지교회 교인이 될 수 없고, 교회 직분

412) 김상용, 전게논문("교회재산의 관리에 대한 현대 법률과 판례의 검토"), 44면.

을 부여받을 수 없다. 교인이 되는 자격이나 직분의 자격을 위해 선행요건으로 회중 앞에서 선서를 요구하고 있다. 따라서 지교회가 명문화된 규정을 통해 교리적, 신앙적 입장에 동의하지 않으면 교인된 권리를 제한할 수 있는 규정이 교단헌법과 지교회 정관상으로 열거된 문장으로 성문화되어 있다. 신앙이 다르면 교인의 권리가 제한되어야 하는데 신앙이 다르다는 이유로 분쟁이 발생할 것을 대비하여 교회재산분할을 청구할 수 있는 방법을 규정하는 것은 불가하다. 지교회 정관상으로 재산분할을 규정하지 않더라도 분쟁이 발생될 경우 쌍방간 합의하고 교인총회에서 합의하면 분할이 아니라 일정한 지교회 설립자금을 제공할 수 있는 길이 민법의 원리에 따라 가능한 이유는 총유물의 처분이 사원총회에 있기 때문이다.[413]

새로운 판결은 교회의 자치법규가 있으면 그 자치법규에 의하고 그 자치법규를 변경하거나 자치법규가 없을 때에는 소속교회 교인의 3분의 2 이상의 다수결에 의하여 자치법규의 변경이 가능하다고 판시하고 있으므로 교회의 교단이 교회법으로 교회의 분할을 가능하도록 허용하고 그 절차를 민법상의 사단법인의 정관변경에 관한 규정에 부합되게 규정하는 것이 요청된다고 주장하지만[414] 종교단체인 지교회 정관상 재산관계 규정이 교회법에 의해 정확하고도 세밀하게 규정되어 있을 경우 교회분쟁시에 소송이라는 방법으로 분쟁을 해결하려고 한다면 법원은 민법상 사단법인 규정에 부합한

413) 모 교회가 교회 내분으로 분쟁이 일어났다. 목사측과 장로측의 분쟁이었다. 목사측은 다수였고, 장로측은 소수였으며, 소수인 장로측은 교회의 상급기관인 총회인사들과 밀접한 관계를 맺고 있었다. 장로측과 관계를 맺고 있는 총회측 인사들이 목사측을 압박하자 목사측은 교단을 탈퇴하고 말았다. 이 탈퇴가 당시 대상판결인 2006년 전원합의체 판결에 의하면 적법한 절차에 의해 교회 의결권을 갖고 있는 재적교인 3분의 2 이상의 찬성으로 교인총회를 했다는 사실을 입증할 수 없는 불법 결의였다. 교단헌법이나 교회 정관에 대한예수교장로회 합동측에 소속한다는 규정이 있음에도 불구하고 절차법을 위반하여 불법적인 교인총회를 통해서 교단탈퇴를 결의한 것이다. 교단탈퇴는 정관변경에 준한 민법의 규정이나 대상판결에 따라 재적교인 3분의 2 이상이 모여 결의하지를 못했다. 그렇다면 종전교회 동일성은 비록 소수이기는 하지만 장로측에 있다고 볼 수 있다. 그러나 다수측은 이러한 법리를 알고 소속 교단총회의 주선을 받아들여 장로측에 지교회를 세우기 위한 분립자금 ○○억원을 주어 분쟁이 종식되었다. 문제는 ○○억을 받아서 교회를 설립한 장로측은 이 ○○억원 일부를 가지고 땅을 매입하고 교회를 건축하였다. 부지를 매입할 때 매도인과 계약을 체결했던 원래의 매입가와 등기를 신청할 때 매입가의 차이로 공금유용이라는 혐의와 불신을 갖게 했고, 분립자금중 일부를 분립되어 나온 장로들이 그동안 싸우면서 본인들이 지출했다고 주장한 금액과 제 경비를 지출증빙서류 없이 일부를 가져간 후 교인총회에서 추인결의를 하므로 분쟁 이후 분립된 교회에서도 분립자금에 대한 재산권 문제로 갈등이 있는 사례가 있다. 이것이 한국교회의 현실이다.

414) 김상용, 전게논문("교회재산의 관리에 대한 현대 법률과 판례의 검토"), 46면.

지에 대한 판단보다도 지교회 자치규범인 정관의 규정을 근거로서 일차적으로 사법심사를 한다는 점이 이해되어진다면 오히려 정관에 분쟁시 재산분할은 불가하며, 불법의 원인자를 지교회 징계권에 의해 권징재판을 통해 교인으로서 지위 유무에 대한 규정을 제정하는 것이 오히려 교회 분쟁을 예방할 수 있다. 민법에서 교인의 지위 상실은 총유물에 대한 권리가 상실된다는 규정에 부합하며, 또한 법원은 교회교인에 대한 권징재판은 교회 내부의 자율권에 맡기는 판례입장이기 때문에 얼마든지 교회분쟁을 예방할 수 있다.

마. 분쟁시 적법한 절차법에 대한 평가

새로운 판결이 기왕 분열 부인설을 채택한 김에 가능한 한 그 일관성을 견지하여 머릿수만을 따져 재적교인 3분의 2 이상의 찬성에 의한 의결인지 여부만 심리할 것이 아니라 소집권자, 당회 결의[415], 소집기간 등의 교단헌법에 규정된 내부규정을 준수하였는지 등을 엄격하게 심사하여 종전교회의 실체의 이전 여부를 인정하여야 한다는 주장이 있다.[416] 이는 지극히 타당한 주장이라 생각된다. 교회 분쟁이 의결권을 가진 교인 3분의 2 이상의 찬성에 의한 결의가 있어도 그 결의를 함에 있어 교단헌법에 규정된 내부 규정을 준수하지 아니하였다면 신설교회가 종전교회의 동일성을 유지하지 못한다는 입장이다. 실제적으로 소속 교단의 탈퇴 내지 소속교단의 변경 문제 대부분이 교단헌법에서 정한 정당한 절차에 따라 분쟁의 해결이 곤란한 경우에 비로소 발생하는 것임에 비추어 분쟁이 발생한 대부분의 경우에 그 분쟁을 해결할 방법이 없어진

415) 당회에 대한 전형적인 오해는 다음과 같다. “당회는 지교회의 사실상의 모든 업무를 총괄하는 최고상위기관이기 때문에 지교회 전반에 걸친 관련서류를 보관한다.”((오시영, 전게논문(“법인 아닌 사단으로서의 교회의 실체에 대한 고찰”), 320면))는 주장은 위험한 주장이다. 지교회 최고의결기관은 교인총회, 즉 공동의회를 지칭한다. 민주적 권력분립 원칙에 따라 판단한다면 교인총회는 국회와 같은 입법권을 의미하며, 당회는 치리회라고 하는데 이는 재판기관을 의미하는 법원과 같은 사법기관을 의미한다. 당회의 당회원인 장로는 교인들의 대표로서 교인총회(공동의회)에서 교인의 대표권을 부여(장로임직투표 및 임직)하거나 철회(장로시무투표)할 수 있는 권한을 갖고 있으며, 당회장인 목사는 지교회 위임권을 갖고 있는 소속 노회에 위임철회를 청원할 수 있다. 따라서 당회는 모든 업무를 총괄하는 최고상위기관이 아니다. 교인총회의 견제를 받아야 하고 교인총회에 보고의무가 있다. 또한 당회는 재정수입지출 및 집행권은 전혀 없다. 교회의 분쟁은 오히려 당회가 최고의결기관인 것처럼, 지교회 최고상위기관인 것처럼 월권으로 발생된다. 한국교회 분쟁의 핵심 중앙에 당회 구성원인 목사의 독재와 장로의 월권이 자리잡고 있다.

416) 최인식, 전게논문, 82면.

다. 대상판결이 파기환송 이유로, 교단탈퇴를 결의한 교인총회가 총회 소집통지 등 소집절차에 있어서 소속 교단헌법 등에 정하여진 요건을 준수하였다거나 결의권자 3분의 2 이상이 동의하였다고 인정할 자료가 부족함에도 더 심리하지 않았다는 것을 들고 있다. 여기서 교회가 분쟁시 규정에 따른 적법한 절차에 따랐는지 여부를 엄격하게 심사하여 판결한다면 불법행위는 소송으로 갔을 때 패소한다는 강인한 인상을 심어주므로 교회 자치규범에 충실해야 한다는 분위기가 형성될 것이다.

바. 정교분리 원칙에 대한 평가

새로운 판결은 교회 내부의 분쟁을 해결함에 있어 일반의 법인 아닌 사단에 관한 법리를 그대로 적용한 것으로 보인다. 이는 국가가 종교단체의 분쟁에 지나치게 개입함으로써 정교분리의 원칙을 선언하고 있는 우리 헌법과 관련하여 문제가 제기되기도 한다. 그러나 법원에 제소되어 오는 이상 어떤 기준을 세워서 해결해 줄 수밖에 없다고 답변하면서, 종전판례에 의하면 법원에 들고 오더라도 당사자 적격을 문제 삼아 각하 또는 기각하곤 하였는데 사실상 당신네들이 알아서 하라는 것이었는데 가시적인 기준을 제시하였다는 데 의미가 있다고 주장하기도 한다.[417]

가시적인 기준이 오로지 민법의 원리에만 의존한다는 데 문제가 있다. 대상판결에 따라 교회의 분열적 현상을 민법의 일반원리에 의하여 규율함으로써 사법질서의 통일성을 기할 수 있게 되고 나아가 대상판결에서 명백히 한 교단변경 결의 요건 등을 통하여 앞으로는 민주주의 원칙과 사단의 일반 법리에 따라 교회를 운영할 수 있게 되고 또한 이로써 교회 분쟁에 대한 예방적 기능을 수행할 수 있게 될 것으로 기대된다고 주장하나[418] 이같은 주장이라면 종교 내부의 교리적, 신앙적 목적사항을 실현하기 위한 자치규범은 아무런 의미가 없어져 버린다. 교회 분쟁은 종교단체 내부에 맡기되 법원이 사법심사를 할 경우 종교단체 내부의 자율권 및 자치규범(지교회 정관 및 교단헌법)이 부존재할 경우에는 민법의 원리와 민주적 정의관념에 반하지 않는 방향으로 사법심사를 하는 것이 정교분리의 원칙에 부합하다 판단된다.

4. 민법개정에서의 관련 논의

417) 최인식, 상게논문, 87면.
418) 민유숙, 전게논문, 84면.

우리 민법에서는 사단법인의 합병과 분할에 관하여 규정하고 있지 않지만 상법에서는 주식회사의 합병[419]과 분할[420]을 인정하고 있다.[421] 그러나 우리 민법이 사단법인에 있어서 구성원의 탈퇴나 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속하면서 종전 사단법인에게 귀속되었던 재산을 소유하는 방식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니한다.[422] 그 법리는 법인 아닌 사단에 대해서도 동일하게 적용되며, 법인 아닌 사단의 구성원들의 집단적 탈퇴로써 사단이 2개로 분열되고 분열되기 전 사단의 재산이 분열된 각 사단들의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 결과를 초래하는 형태의 법인 아닌 사단의 분열은 허용되지 않는다.[423] 그러나 지금 작업이 진행되고 있는 민법개정과정에서 법인부분의 개정

---

419) 상법 제522조, 제530조.

420) 상법 제530조의 내지 제530조의 12.

421) 김상용은 "학설은 회사에는 합병과 분할에 관하여 규정하고 있으므로 이러한 회사의 합병·분할의 규정에 비추어 사단인 교회도 역시 합병과 분할이 가능하고 한다. 그리고 사실상의 회사 개념이 인정되는 것에 비추어보면 사실상의 분열을 통하여 성립된 교회도 사단으로서의 속성을 가지는 한 그 존재성을 인정할 수 있다고 하여 교회의 분할을 인정함이 타당하다."고 주장한다. 김상용, 전게논문("교회재산의 관리에 대한 현행 법률과 판례의 검토"), 43면; 송호영, 전게논문("교회의 교인들의 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률효과"), 220면.

422) 이미 전술한 대로 학설상으로는 교회의 분열을 인정할 수 있다는 견해(오시영, 전게논문("교회의 분열과 재산귀속에 대한 고찰"), 200면)와 교회분열은 있을 수 없고 오로지 교회들의 교회로부터의 이탈이 있을 뿐이라는 견해(정귀호 집필, 곽운직 편집대표, 상게서, 826면)가 주장되었다. 그러나 종전에는 교회의 분열을 인정하였다(대법원 1970. 2. 24. 선고 68다615 판결; 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결; 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결; 대법원 2000. 11. 14. 선고 99다20667 판결; 대법원 2001. 6. 12. 선고 2000다32420 판결; 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2222 판결; 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002도5216 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도3772 판결). 그러나 지금의 교회분열은 인정하지 아니하고 교인들의 교회로부터 이탈 내지 탈퇴가 있을 뿐이라 한다(대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결).

423) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결; 오시영, "법인 사단으로서의 교회의 실체에 대한 고찰", 「민사법학」 제40호, 2008. 3, 309면. 오시영은 사단법인의 분열에 대한 민법의 규정이 없다는 이유로 분열을 허용할 수 없다거나 분열의 형태로 집단탈퇴하는 일정 수 이상의 교인들에 대한 교회의 재산권을 전혀 인정하지 않는 위 전원합의체 판결는 교인들이 개인적으로 헌금하여 형성한 교회재산에 대하여 권리를 분속적으로 공평하게 행사하는 것이 사원권 및 재산권을 보장하는 민법 체계에 타당하다고 할 것이므로 위 판례의 견해는 타당하지 않다고 본다(전게논문 311면. 이같은 자세한 내용은 오시영, 전게논문("교회의 분열과 재산귀속에 대한 고찰"), 199면, 204면 이하 참조).

안에 의하면 민법상의 법인도 합병과 분할을 인정할 예정으로 있다.[424]

민법일부개정법률(안) 입법예고에서 개정이유로 "헌법상 보장된 결사의 자유를 실질적으로 보장하고 법인운영의 자유를 증진시키며 비법인 사단·재단에 대한 규율을 명확히 하기 위하여 법인의 설립을 허가주의에서 인가주의로 변경하고, 합병·분할제도를 신설하며 비법인 사단·재단에 관하여 법인에 관한 규정을 준용"하도록 하기 위해서이다. 이렇게 개정한 이유는 "비법인 사단·재단에 관한 분쟁의 제도권 내 해결이 기대"되며 다만 "영리 목적의 비법인 사단이 출연하여 상사회사에 관한 규범을 회피하는 현상을 방지하기 위해 영리 비법인 사단재단의 채무에 관하여는 사원의 연대책임을 규정하여 규범회피를 억지"하도록 하였다.

비영리법인에 관하여 '합병·분할'제도를 도입(안 제96조의2부터 제96조의15까지 신설)하였으며, ①종래 비영리법인의 경우 해산·청산 후 신설이라는 우회적 방법으로만 조직을 변경할 수 있어 법인 운영의 자유를 저해하는 문제점이 있었으며, ②합병·분할제도를 도입함으로써 우회적인 방법이 아닌 직접적인 조직 변경이 가능하게 하였다. ③해산·청산 후 신설이라는 우회적 과정에 소요되는 사회·경제적인 비용을 감소시키고 법인 운영의 자유를 실질적으로 보장함과 동시에 조직변경 후 법인을 둘러싼 법률관계가 명확해지는 효과가 기대된다고 법제처가 밝히고 있다.

민법 개정안인 "제96조의3(합병·분할의 절차) 제2항"에 의하면 "사단법인은 사원총회에서 총사원 4분의 3 이상"의 동의로 분할을 인정하되 "정수(定數)에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 따른다."라는 했는데, 다수쪽인 4분의 3 이상이 숫적 기득권을 이용해서 교회를 지키려하지 않고 반대측에 교회재산을 분할하여 제공할 수 있다는 발상은 분쟁시 교회의 특성을 오해한 결과이다. 2006년 전원합의체 판결이 교회재산분할은 인정하지 아니하고 교단변경만을 인정하고 있는데 교단변경과 아울러 분할도 인정하여야 한다면서 교회의 분할결의를 인정하고 분할결의시에 결의로 적절히 나누지 못하였으면 적절히 나누어 주도록 법원에 청구할 수도 있어야 하며 이 점에서도 교단변경과 아울러 분할도 인정하여야 할 뿐만 아니라 분할의 길이 입법으로 열리기 전까지는 판례로 열어주어야 한다고 주장하기도 하지만[425] 이 주장 역시 교회 분쟁을 더욱 고착화시킬 것이다. 분쟁의 원인이 되는 불법행위를 성문법인 교회

424) 김상용, 전게논문("교회재산의 관리에 대한 현행 법률과 판례의 검토"), 43면.
425) 김교창, 전게논문, 269면.

정관(규약)을 자치규범으로 삼고 있는 교단의 헌법에 근거해서 위법성을 판결해 주는 방향으로 가지 않고 분쟁의 원인이야 어쨌든 분쟁발생시 분할 쪽으로 분쟁을 해결하려 한다면 이를 이용해서 분할을 목적으로 불법적으로 문제를 만들어 분쟁을 야기시키는 불법행위들이 교회를 더욱 파멸로 끌고 갈 것이다. 특히 이러한 불순한 의도로 분쟁을 일으켜 분할하려는 것을 미연에 차단하기 위한 조치로 지교회 정관으로 "본 교회는 어떤 형태로든지 분할은 금한다."라는 규정을 두게 될 경우 법인 아닌 사단인 교회의 분할을 유추적용할 사단법인의 분할을 민법규정으로 입법화한다 할지라도 이는 지교회 정관의 규정을 파기할 수 없게 된다.[426]

5. 보론: 미국에서의 교회분쟁에 대한 논의

한국에 개신교의 전래는 1884년 9월 20일의 알렌[427] 의료선교사의 입국으로 시작되었다. 다음해인 4월 5일에 장로교 목사 선교사인 언더우드와 감리교 목사 선교사인 아펜젤러 선교사가 입국하였다.[428] 이들은 미국에서 파송된 선교사들로서 특히 알

426) ○○○교회는 2012년 7월 1일에 교회정관을 전면개정을 하였는데 "분쟁시 재산권"이라는 규정에서 "어떤 경우에서든 교회분립과 분열로 인한 재산분할은 불가하다."라는 규정을 두었으며, 분쟁발생시 재산을 분할하는 쪽으로 문제를 해결하는 방식이 아니라 분쟁의 원인인 불법행위를 자치징계권을 발동하여 교인의 지위를 박탈시키는 방식인 "당회의 결의로 퇴회된 교인은 교인의 지위가 상실되어 교회재산권(관리 및 처분·사용・수익권)이 없다."(분당중앙교회 정관 제78조 참조)는 규정을 두고 있다. 이러한 규정(정관)은 민법의 법인 아닌 사단에서 준용하는 사단법인의 규정보다 우선한다 할 것이다.

427) 창립 120주년 기념 출판위원회,「연세의 발전과 한국사회」, 연세대학교 출판부, 2005, 19면; 1884년 9월 20일 장로교 첫 선교사로 입국한 호레이스 뉴톤 알렌(Horace Newton Allen, 安連, 1858-1932)은 미국 북장로교 해외 선교부 파송을 받아 중국 상해에 의료 선교사로 1883년 10월부터 중국 상해에서 활동하다가 한국으로 왔다. 알렌 선교사는 1884년 9월 14일에 남경호(南京號)편으로 상하이를 출발하여 7일 동안 긴 항해 끝에 9월 20일에 인천 제물포에 도착하게 되었다. 알렌이 입국한 당시에는 선교의 자유가 입약(立約)되어 있지 않았기 때문에 선교사로 입국하지 못하였다. 그는 외국 공사관들의 공의(公醫)로 입국한 처지였다. 알렌은 한국에서 20년 동안 봉사하였는데 그 중에서 17년간은 미국의 외교관으로 봉사하였다.

428) 알렌에 이어 미국 북장로회의 언더우드(Horace Grant Underwood, 1859-1916)와 미국 북감리회의 아펜젤러(Henry G. Appenzeller, 1858-1902)목사 부부가 1885년 4월 5일에 입국하였다. 그러나 아펜젤러 부부가 인천에 상륙한 당시의 한국 정정(政情)은 갑신정변, 1884. 12)의 정치적 소용돌이 속에서 청일간의 군사적 대립을 격화하게 만들었고 수도 서울은 불안이 감돌고 있을 때였기 때문에 외국인부녀자의 입경이 허락되지 않았다. 그래서 단신인 언더우드만 입경하고 아펜젤러 부부는 인천에 있는 호텔에서 약 일주간 체류하면서

렌과 언더우드선교사는 1861년에 북장로회와 남장로회의 분열시 북장로회 소속 선교사들이다. 남장로회는 1891년에 와서야 한국에 선교사를 파송하였다.[429] 미국은 우리나라와 같이 정교분리주의를 헌법상으로 엄격하게 규정하고 있으며, 국교(established church)를 인정하지 않으며, 교회 분쟁은 우리나라와 다를 바 없다. 한국의 개신교 교회분쟁의 내용들을 국가 사법권에 소를 제기하는 일이 미국과 다를 바 없는 이유는 한국교회의 정치형태는 웨스트민스터 헌법에 기초한 미국교회의 헌법을 한국교회가 모방하여 사용했기 때문이다.[430]

미국은 한국보다 훨씬 오래된 교회의 역사 가운데 교회분쟁으로 인한 사법심사의 범위와 한계를 경험한 축적된 결과물들을 갖고 있다. 종교단체의 정관자치에 반한 구성원들간의 내부분쟁의 원인들은 다양한 측면에서 나타나지만 결국 대부분 교회재산에 대한 권리분쟁이 대부분이어서 교회분쟁에 대한 사법개입 문제는 교회재산 분쟁과 관련되어 있다. 분쟁의 전제문제로서 교리적 문제, 자치법규에 의한 치리(시벌) 문제, 각종 결의방법과 그 절차에 관한 문제, 교회 직원 임직 문제 등이었다. 이러한 문제로 인한 분쟁은 분열로 이어지고 이는 필연적으로 재산분쟁으로 이어진다. 이같은 현상은 미국이나 한국이 별반 다를 바 없다.

미국의 경우에서 종교단체는 대부분 종교법인으로 되어 있기 때문에 종교법인의 내분, 특히 교회재산분쟁에 관해서 미연방대법원의 판례는 주로 두 가지의 시기로 나누어진다. 제1의 시기는 Watson Case(1871)에서부터 Kedroff Case(1952)까지이고, 제2의 시기는 Presbyterian Church Case(1969)에서부터 Jones Case(1979)까지이다.[431] 미국에 있어서 교회재산 분쟁법의 가장 오래된 법리는 19세기초 영국

서울 입경의 시기를 기다리고 있다가 뜻을 이루지 못하고 4월 13일에 부인과 함께 일본으로 되돌아 갔다가 한국 정세가 안정되기를 기다려 6월 20일에 제물포에 도착하여 한 달간 지내다가 7월 19일에 서울에 도착하게 되었다. 아펜젤러는 목포의 레이놀즈 선교사 집에서 열리는 성경번역자회의에 참석하기 위해 1902년 6월 배를 타고 제물포를 출발하여 목포로 가던 중 어청도 앞바다에서 다른 배와 충돌하여 침몰하게 되어 죽게 되었다.

429) 미국 남장로교는 1891년 테이트(Lewis Boyd Tate)와 정킨(William M. Junkin), 레이놀드(William D. Reynolds)를 파송하여 호남지역을 선교지역으로 활동하였다(소재열, 「호남선교이야기」, 말씀사역, 2004, 38-40면 참조).

430) 「조선예수교장로회 헌법」, 조선예수교장로회 총회, 1922년, 1-2면.

431) 이 판례의 개관은 김진현, 전게논문("교회재산분쟁에 있어서의 소의 이익"), 민법학논총, 박영사, 1985, 234면 이하, 김진현, 전게 학위논문, 54면 이하; 龍谷大學宗教法研究會 편, 종교법연구 제2집, 1981, 3면; 이영진, "종교의 자유의 한계와 정교분리에 관한 연구", 226면 이하 참조; 김진현, 전게 학위논문, 55-56면; 김태환·최병덕, "교회재산분쟁에 있어서 미

에서 개발된 묵시신탁법리[432]로서 영국 코먼로(Common law)상의 법리였던 것을 미국에 계수한 것이다.[433] 이 법리는 교회설립과 소속 교단에 가입할 당시의 그 교회와 교단 교리의 이탈 여부에서 재산분쟁 해결의 근거를 찾는 법리이다.[434] 이 법리는 1871년 Watson사건 판결[435]에서 일부만 적용되었으나 상당수 주에서 Watson사건의 존중원칙(deference rule)을 제치고 계속 교회재산분쟁법의 지배적 법리로서 적용되어 오다가 1969년의 Hull사건 판결에 의하여 연방헌법적으로 폐기되었다. 이에 묵시신탁법리의 적용이 축소, 소멸되어감에 따라 나타나게 된 새로운 법리가 존중원칙과 중립법이론이다. 존중원칙은 1871년의 Watson사건의 판결[436]에서 처음 나타

국 판례법상의 법리",「사회과학연구」제20집, 호서대학교 사회과학연구소, 2001, 10-11면 이하를 참조하라.

432) 이영진, 전게논문("사법권과 종교단체의 내부분쟁"), 주148): 영국의 Craigdallie v. Aikman, 3 Eng. Rep. 601 (H.L. 1813) 사건에서 정식화되고 Attorney General v. Pearson, 36 Eng. Rep. 135(Ch. 1817) 사건에서 확립된 교회재산분쟁의 해결을 위한 원칙으로서 교회의 설립자가 그 재산을 설립자가 신봉하는 교리를 따르는 자에게 묵시적으로 신탁하였다는 이론이다. 이 이론에 의하면, 교회재산은 기부가 행하여진 시점에서 교회의 교의에 충실한 교파를 위하여 신탁되었다고 보고 있으며, 설령 이를 명시하는 신탁조항이 존재하지 않아도 묵시적으로 그러한 신탁이 설정되어 있다고 볼 수 있기 때문에 教階型(階層型) 교회에 있어서 지방교회를 감독하에 두고 있는 모교회가 신탁설정시의 교의를 이미 유지하고 있지 않다고 인정되는 경우에는 지방교회 재산의 신탁은 종료되어 그 재산은 지방교회의 지배하에 이전하게 된다고 한다. 상세한 내용은 75 Harv. L. Rev. 1147(1962); 74 The Yale Law Journal 1115(1965) 참조.

433) Dallin H. Oaks, *Trust Doctrines in Church Controversies*(Macon, Georgia: Mercer University Press, 1984), p.33.

434) Common law 로서의 묵시신탁법리가 적용된 최초의 판결은 Craigdallie v. Aikman 사건(Craigdallie v. Aikman, 3 Eng. Rep. 601. H.L. 1813)이었으며, 동 법리가 Attorney General v. Pearson 사건(Attorney General v. Pearson, 36 Eng. Rep. 135,(Ch. 1817); Notes, "Judicial Intervention in Disputes over the Use of Church Property", *Harvard Law Review*, Vol. 75, p. 1146(1962); 김진현, 전게 학위논문, 56면 참조)에서 확립되었다.

435) Watson v. Jones, 80 U.S.(13 Wallace) 679(1872); 김진현, 전게 학위논문, 61면 이하 참조; 이영진, "종교의 자유의 한계와 정교분리에 관한연구", 227면 이하 참조; Lloyd J. Lunceford, A Guide to Church Property Law: Theological, Constitutional And Practical Considerations, Reformation Press, 2006, 208-211면.

436) Watson v. Jones 사건은 존중원칙에 입각하여 처음으로 구성된 법리라 하여 Watson 원칙이라고 불리우면서 교회의 자율적 결정에 대하여 법원이 이를 존중했다는 의미에서 '존중원칙'이라고 한다. 이 존중원칙은 19세기 후반부터 1960년대까지 교회재산분쟁에 관한 미국연방판례의 주류를 이루는 법리의 사건 판례이다. 이는 교회재산분쟁에 대한 사법심사의 리딩 케이스(Leading Case)로서 이 사건 판결은 미국 교회재산분쟁의 사법심사에 빠짐없이 거론되고 있다. 최초로 연방대법원이 교회재산분쟁을 판결한 법원의 자유에 관한 문제점

나고 Hull사건 판결에서 완성된 원칙으로, 회중정체교회를 일반 사적 단체와 동일하게 취급하여 그 쟁점해결을 위한 자율적 결정을 존중하여 취급하지만, 교계정체교회는 교단정체교회의 경우에 있어서 각급의 치리회(judicatory), 특히 최고치리회 내지 최고치리권자의 결정을 계약원칙, 교리판결금지원칙, 그리고 엄격존중원칙 등의 복합적 근거하에 존중한다는 법리이다. 즉 회중정체교회는 지교회 자체의 결정이, 그리고 교단교회의 경우에는 관련 지교회의 결정 여하에 불구하고 교단측의 결정이 분쟁해결의 기준이 된다는 것이다. 어느 교회의 경우에도 그 자율적 결정이 존중된다는 의미에서 Watson사건의 입장을 존중원칙[437]이라고도 한다.

이러한 Watson판결은 Hull판결에서 처음으로 등장한 중립법이론에 의하여 그 독점적인 지위를 잃게 되었다. 중립법이론[438]은 교회의 특수성을 가능한 배제하고 다른

을 언급한 것은 1871년에 나타난 Watson v. Jones 사건에서부터이다. 이영진, 전게논문("사법권과 종교단체의 내부분쟁"), 주149): 근본적인 교의이탈이 있었던 경우에만 교회재산권을 부정한다고 하는 수정을 위 묵시신탁론에 부가한 이론으로서, 묵시신탁이론이 영국에서는 타당한 원칙이었으나 정교분리와 종교의 자유를 존중하는 미국에는 적합하지 아니하여 생겨났다고 한다. 상세한 내용은 Paul G. Kauper, "Church Autonomy and the First; Watson v. Jones, 80 U. S.(13 Wallace) 679(1871, William W. Van Alstyne, Fist, Amendment, 2nd ed., The Foundation Press Inc.(1995), p.1135; Kent Greenawalt, "Hand off! Civil Court Involvement in Conflict over Religious Property", Columbia Law Review, 1998, p.1843.

437) 연방헌법 수정 제1조에 기초한 존중설의 또다른 대표적인 사건은 Kedroff v. St. Nicholas Cathedral사건(344 U.S. 94(1952)으로서 1952년에 뉴욕市에 소재한 '성니콜라스대성당'의 사용권 및 점유권을 둘러싼 소련교회와 미국교회와의 분쟁에 관한 Kedroff Case이다. 1954년에 동서교회의 분열로 인하여 서방의 가톨릭교회와 동방의 정교회와의 분열 이후 양 교단에 소속된 교회의 분쟁이라 할 수 있다. 성니콜라스대성당은 뉴욕시에 건립된 러시아정교회 소속교회이다. 법인격을 취득한 성니콜라스성당법인이 현재 대성당을 점유하고 있는 모스크바 본부로부터 임명된 재미대주교를 상대로 뉴욕주법원에 부동산점유회복소송을 제기하여 다투어진 Kedroff 사건으로써 Watson 사건과 함께 그 후에 미친 영향이 큰 획기적 판결로 평가한다.

438) Presbyterian Church 사건은 Watson 판결에서 존중설이 표명된 이래 약 1세기가 지난 후 거의 동일한 형태의 교회재산분쟁이 다시 생기게 되었다. Watson 판결은 당시 정치적인 이슈인 남북전쟁 당시 노예문제가 교회 안에서 논쟁으로 내분이 일어나 분열되었다고 본다면 1960년대 베트남 전쟁이나 여성해방 문제로 인한 정치적 쟁점들은 교회가 어느 부분까지 세상 정치적 이슈에 관여해야 하는가, 혹은 교회 내 여성안수로 인한 여성임직문제, 공립학교에서의 종교행사 문제가 제기되어 교회는 분쟁이 발생되어 이러한 문제가 결국 국가 사법기관에 소를 제기하여 사법심사를 받는 상황에 이르게 되었다. 특히 본 사건인 1969년 회중정체가 아닌 장로정체에 속한 장로교회에서 여성목사, 장로 안수를 허용하고, 베트남 전쟁에 관하여 선언을 하자 지방교회가 이를 원래의 성경해석과 교리인 신앙원리에서 일탈하였다는 이유로 소속교단을 탈퇴하자 교회재산 귀속이 문제가 된 사건인데 이 사건이

일반 사단법리를 그대로 적용하는 것이다. 이 이론에 근거한 판결은 종교단체인 교회의 사법심사에 있어서 교리이탈이론의 원칙은 명백히 위헌이라고 판결함으로써 국가 사법부인 법원이 교회의 교리개입을 일체 금지시키고 교의적 안정을 유지하기 위하여 적용하였던 묵시신탁이론을 배제했다는 점에서 존중설의 완성으로 평가[439]할 수 있지만 그러나 중립설에 대한 구체적인 내용은 언급되지 않았다. 아울러 본 판결은 교회에 대한 국가의 교리 불개입, 즉 국가의 교회교리에 대한 엄격한 중립성은 수정헌법 제1조의 이론상 핵심으로써 이러한 종교단체인 교회의 교리에 개입하지 않는 원칙을 명확히 확립한 판결로 평가되고 있다. 이같은 판결은 Presbyterian Church사건 판결에 잘 나타나 있다.[440]

이후 1979년 Jones판결에서 나타난 것처럼 현재 미국 수정헌법 제1조에 위배되지 않는 원리로서 존중원칙과 중립법이론이 경합하고 있으며, 그 선택은 각 주에 달려있다. 이러한 교회분쟁시 사법심사 여부에 대한 미국판례법상의 특징은, 먼저 교회의 특수성을 존중하여 판단한다는 것으로부터 일반사회단체의 재산분쟁과 동일하게 취급하는 경향으로 나가고 있으며, 분쟁을 해결하는데 있어 실정법에 맞는지를 철저하게 검토하고 있다는 점, 교회의 자율적 해석을 중시하고 있다는 점, 분쟁재산을 거의 한쪽에 귀속시키고 있다는 점이 그 특징이다.[441] Jones사건의 판결의의는 다음과 같이 정리할 수 있다.[442]

Presbyterian Church 사건이다(Presbyterian Church in the United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church, 393 U.S. 440(1969); John E. Nowak, Ronald D. Rotunda & J. Nelson Young, *Constitutional Law*, 3rd ed., 1986, p.1091 f. 참조).

439) Lawrence H. Tribe, American Constitutional Law, 2nd ed. The Foundation Press Inc.(1988), 14-11, 1234면 참조; 이영진, 전게논문("사법권과 종교단체의 내부분쟁"), 286면 참조.

440) Presbyterian Church in the United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church, 393 U.S. 440(1969): 본 판결은 종교단체인 교회의 사법심사에 있어서 교리이탈이론의 원칙은 명백히 위헌이라고 판결함으로써 국가 사법부인 법원이 교회의 교리개입을 일체 금지시키고 교의적 안정을 유지하기 위하여 적용하였던 묵시신탁이론을 배제했다는 점에서 존중설의 완성으로 평가할 수 있지만 그러나 중립설 에 대한 구체적인 내용은 언급되지 않았다(Lawrence H. Tribe, American Constitutional Law, 2nd ed. The Foundation Press Inc.(1988), 14-11, p.1234; 이영진, "사법권과 종교단체의 내부분쟁", 286면). 아울러 본 판결은 교회에 대한 국가의 교리 불개입, 즉 국가는 교회의 교리에 대해 엄격한 중립성은 수정헌법 제1조의 이론상 핵심으로써 이러한 종교단체인 교회의 교리에 개입하지 않는 원칙을 명확히 확립한 판결로 평가되고 있다.

441) 김진현, 전게 학위논문, 93면; 김태환·최병덕, 전게논문, 10-11면.

첫째, 중립법이론의 일반적 적용을 헌법원칙(constitutional principles)에 부합되는 것으로 긍정하고, 또한 그 의미내용을 소상히 밝혔다는 것이다. Hull사건에서는 동 법리의 존재만을 아무런 풀이 없이 간단히 언급하였을 뿐이었고, 뒤이은 Sharpsburg사건에서도 원심법원인 메릴랜드주 대법원의 중립법이론에 입각한 판시사항(holding)을 논평없이 인용함으로써 간접적으로 그 타당성을 인정하였음에 반하여,[443] Jones사건에서는 "일반적으로 중립법이론은 기존의 헌법원칙들과 부합된다고 생각한다"고 그 일반적 합헌성을 직접적으로 천언하였다.

둘째, Jones판결에서도 Watson원칙, 즉 존중원칙은 가능하다는 것이다. 본 판결은 분명 중립법이론에 기울어 있으나, 동 법리는 필수가 아니라 선택이므로, 중립법이론은 교회재산분쟁해결을 위한 하나의 해결방안일 뿐이다. 따라서 Presbyterian 판결에 의하여 부인된 묵시신탁법리를 제외하고, 주법원은 가능한 방안 중 하나를 선택하면 족하기 때문에 Watson원칙도 적용할 수 있는 것이다.[444]

셋째로, 교리판결금지원칙의 재확인이다.[445] 전술한 바와 같이 Watson사건 이래의 헌법원칙을 재규명한 것이다. 특기할 것은 Jones사건이 스스로 중립법이론의 난점으로 지적한 바이지만, 동 법리를 사용하다 보면 교단헌법 같은 종교문서의 심사를 해야 할 경우가 생기게 되는데, 이때는 '순수하게 세속적 용어'(in purely secular terms)로 조사하여야 할 뿐만 아니라, 자료문서들에 포함되어 있는 종교적 개념의 해석이 필요한 때는 반드시 교회치리기관의 결정을 존중하여야 한다는 것이다.[446]

넷째, 계약원칙의 인정이다.[447] 분쟁 발생 전이면 언제라도 당사자들은 재산의 귀속에 관하여 미리 정해 놓을 수 있고, 이를 수정할 수도 있으며, 법원은 당사자의 의사가 '법적으로 인식 가능한 형태'로 구체화되어 있다면 이에 구속된다고 판시하고 있다. 그러나 계약의 표현이라고 할 수 있는 각종 관련문서에 나오는 종교적 용어의 해석은 교회치리기관의 견해를 따르도록 요구하고 있으므로,[448] 제한된 계약론에 머무

442) 김진현, 상게 학위논문, 89-90면 참조.
443) 물론 Brennan대법관 외 2인의 concurring opinion에서는 상세한 설명을 하고 있다(396 U.S., 368~370).
444) Ashley Alderman, "Where's the Wall?: Church Property Disputes within the Civil Court and the Need for consistent Application of the Law", Georgia Law Review, v.39, 2005, p.1038.
445) 443 U.S., 602.
446) 443 U.S., 604.
447) 443 U.S., 606.

른 것이라 할 것이다.[449]

제5절 소 결

교회는 인적 단체인바, 단체를 구성하는 구성원들의 특징은 일반 사회단체와는 다른 독특한 형태의 단체로 구성되어 있다. 구성원들의 동일한 목적은 신에 대한 근본적인 가르침에 따라 자신의 종교적 신앙을 극대화하여 삶의 현장에서 실천하는 신앙으로 신에게 예배하는 형태로 살아가는 자들이다. 여기에 자연스럽게 신에게 예배하는 형태는 물질(제물)을 드리는 형태로도 구현된다. 이런 신앙의 가르침과 실천은 결과적으로 교회의 재산이 형성되고 그 재산을 관리하는 형태의 조직을 필요로 하였다. 문제는 그 조직을 이해당사자들이 종교적 영역에서 사고하고 실천하기보다 교회라는 단체 안에서 자신들의 기득권과 권력을 유지하기 위한 수단으로 이용하면서 자신들의 유리한 조건에서 각종 사안들을 결정하고 규정들을 가지려는 유혹을 받는다. 이 과정에서 지난 수세기 동안 교회는 분쟁으로 치닫게 되었으며, 교회의 종교적인 영역이나 공익성은 무너져 가고 있다.

교회의 재산을 개인 명의로 관리·보존한다거나, 특정인들이 교회의 재산을 임의로 처분할 수 없다. 이는 교인들의 재산이 총유재산이기 때문이다 총유재산이란 구성원 개인들에게는 사용·수익권이 주어지지만 처분·관리는 자치규범으로 삼고 있는 교단 헌법이나 교회 정관 등에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 교회 교인총회의 결의로 가능하도록 한 재산이 교회재산이며, 이를 총유물이라 하며, 교인 개인의 지분권이 없으며, 반면에 교회채무의 책임이 없다. 이러한 총유재산을 교회명의로 등기를 경료할 수 있음에도 불구하고 목사나 장로의 특정 개인 이름으로 등기함으로써 분쟁의 불씨를 남겨놓은 경우들이 많다.

교회재산의 관리방법에 따라 다양한 형태가 존재하는바, 지교회가 사단법인으로 법인등기를 경료한 경우에는 그 교회는 독립인격체이며, 그 교회재산은 교회의 단독소수가 되지만 법인격 없는 사단으로 존재하는 경우에 그 교회의 재산은 교인들의 총유에 속하며 부동산등기는 법인 아닌 사단인 교회명의로 등기할 수 있다(부동산등기법 제26조). 그리고 교회재산을 교단의 유지재단 명의로 등기를 경료한 경우에 유지재단

448) 443 U.S., 604.
449) Ellman, *op.cit.*, pp.1397, 1398.

에 교회재산을 귀속시킨 지교회와 유지재단과는 현 실정법에서 금한 명의신탁의 법률관계에 있다는 것이 전술한 대로 대법원의 판례[450]이다. 이러한 판례는 유지재단 명의로 명의신탁된 교회재산에 대해서는 부동산실명법이 적용되어 동법이 시행된 후부터는 지교회가 유지재단에 명의신탁을 하는 것이 금지되었다.[451] 만약에 동법의 시행후에 지교회가 유지재단에 명의신탁을 한 경우에는 그 명의신탁약정과 그 명의신탁약정에 기한 물권변동은 무효이다(동법 제4조 제1항, 제2항 본문). 이를 위반하여 명의신탁등기를 한 경우에는 명의신탁자에게는 과징금이 부과되며(동법 제5조 제1항) 명의신탁자에게는 이러한 행정벌 이외에 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금이 처해지며(동법 제7조 제1항 1호) 명의수탁자에게는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제7조 제2항). 그러므로 부동산실명법에 의하여 동법 시행후에는 더 이상 지교회가 유지재단에 교회재산을 명의신탁할 수 없게 되었다. 그러나 동법 이전에 이미 유지재단 명의로 명의신탁된 교회재산에 대해서는 명의신탁자인 지교회 명의로의 실명전환 의무가 면제되어 있다.[452] 결국 지교회가 유지재단에 증여라는 형식을 통하여 유지재단에 기본재산으로 편입시킨 이후 교단변경으로 편입된 재산으로 환원하려고 할 경우 유지재단의 정관변경 및 주무관청의 허가를 득하는 절차를 밟지 않을 경우 명의신탁 해지만을 이유로 유지재단에 편입된 재산을 반환받을 수 없게 되는 제약을 받게 된다.

또한 교회재산을 신탁에 의하여 관리하는 경우가 있는바, 구세군에서와 같은 관리방법이다. 구세군 개별영문의 재산을 관리하는 방법으로 구세군 교단의 재산을 관리할 신탁회사를 설립하여 그 신탁회사에 신탁하는 방법으로 관리하고 있다. 이 방법은 교회재산을 관리하는 교단에서는 개별영문은 단지 신탁재산에 대한 수익권을 가질 뿐이며, 교인들은 교회재산에 대하여 직접적인 권리를 갖지 아니한다. 판례도 구세군 교회의 재산은 교인들의 총유에 속하지 아니한다고 전술한 바와 같이 판시하고 있다. 이

450) 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다30466 판결.

451) 부동산실명법 제3조 제1항.

452) 부동산실명법, 제11조 제1항 단서: "교회재산 이외에도 종중재산, 향교재산의 명의신탁의 경우에도 실명전환의무가 면제되었으며, 그 이외의 명의신탁재산은 동법 시행일(1995. 7. 1.)로부터 1년간의 유예기간 중에 실명전환을 하도록 의무화하였다(동법 제11조 제1항 본문). 부부간의 명의신탁은 동법의 명의신탁의 금지에도 불구하고 장래에도 계속 그 유효성이 인정되고 있으며(동법 제8조 제2호), 동법시행 전의 부부간의 명의신탁의 경우에도 실명전환의무가 면제된다고 해석된다." 김상용, 전게논문("교회재산의 관리에 대한 현행 법률과 판례의 검토"), 50-51면 참조.

방식은 실정법에 위배된 유지재단에 증여하여 편입시켜 관리하기보다 신탁회사를 설립하여 교단과의 관계를 강화하고 교단 헌법을 준수함으로써 정통성을 보장받아 교세를 확장할 수 있는 장점이 있고 교회재산분쟁을 방지할 수 있다고 평가는 이 방법이 주목받고 있기는 하지만 과연 지교회가 이런 방식의 재산관리방식을 사원총회를 통해서 허락해 줄 것인지가 관건이라 할 수 있겠다.

지교회의 총유재산에 대한 분쟁은 총유재산의 법리만큼이나 모호하며 이로 인해 교회는 재산분쟁으로 끊임없이 계속되고 있다. 지교회분열을 인정했고, 분열 당시의 총유재산을 판단했다. 그러나 2006년 전원합의체 판결에서는 분열을 인정할 수 없게 되었으므로 종전과 같이 교회재산은 분열 당시의 총 교인들의 총유에 속한다는 원칙이 지켜질 수 없게 되었으며, 교회를 이탈하거나 탈퇴하는 교인은 그 수의 다수를 불문하고 교회재산에 대해서 권리를 갖지 못하게 되었다. 총유재산의 처분·관리는 물론 보존행위까지도 법인 아닌 사단의 명의로 하며, 그 절차에 관하여 사단 규약에 특별한 정함이 없으면 의사결정기구인 총회 결의를 거쳐야 한다. 총회 결의는 다른 규정이 없는 이상 구성원 과반수의 출석과 출석 구성원의 결의권의 과반수로써 하지만, 사단에 따라서 재산 내역이 규약에 특정되어 있거나 그렇지 않더라도 재산의 존재가 규약에 정하여진 사단의 목적수행 및 사단의 명칭·소재지와 직접 관련되어 있는 경우에는 그 재산의 처분은 규약의 변경을 수반하기 때문에 사단법인 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 총 구성원의 3분의 2 이상의 동의를 필요로 한다는 대법원의 50년만의 새로운 판결을 내놓게 되었다.

특별히 설립중의 재산은 교회재산에 관해 대법원은 교회가 아직 실체를 갖추지 못하여 법인 아닌 사단으로서 성립되기 이전에 설립의 주체인 개인이 취득한 권리의무는 그것이 앞으로 성립될 교회를 위한 것이라 하더라도 바로 법인 아닌 사단인 교회에 귀속될 수 없다고 보았다. 또한 청산중의 교회에 대해서 유추적용되는 민법의 원리에 의해 법인 해산시 잔여재산의 귀속 권리자를 직접 지정하지 아니하고 사원총회의 결의에 따라 이를 정하도록 하는 등 간접적으로 그 귀속 권리자의 지정방법을 정해 놓은 정관 규정도 유효하다고 보았다.

제5장 교회정관의 자치법상 구속력과 판례검토

제1절 서 설

본 장에서는 지금까지 전술한 교회분쟁시 교회권징재판과 각종 결의, 재산분쟁에 대해 내부관계로서 정관과 외부관계로서 사법부에 소를 제기했을 때 교회분쟁의 요인들에 대해 법원의 사법심사 범위와 그 원칙들에 관해서 살펴보았다. 이제 구체적으로 법적 효력을 갖게 하는 정관은 어떤 형태의 정관이어야 하며 이 정관이 교회의 분쟁해결과 예방에 어떤 결과를 가져왔으며, 법원의 사법심사는 정관에 대해 어떠한 판례입장으로 통일성을 유지해 왔는가를 살펴볼 것이다. 특히 교회분쟁시 법원이 교회정관에 대해 어떤 원칙들을 사법심사의 준거로 받아들였는지, 사법심사의 범위와 한계를 검토할 것이다.

교회정관은 자치법상 구속력으로서 교회의 구성과 활동과 관계된 규제작용을 한다. 이를 위하여 교회의 구성원들은 정관규정이 준수되도록 노력하여야 하고 정관규정의 위반이 발생한 경우 그 위반의 교정을 교회 내부적인 기관을 통해, 외부적으로 법원에 청원할 권리를 갖는다고 할 수 있다. 정관규정의 준수강제는 모든 정관규정에 대해서 인정되어야 한다. 교회는 법인 아닌 사단으로써 내부적 법률관계와 외부적 법률관계를 갖고 있다.

법인 아닌 사단의 내부관계는 그 사단의 규칙(정관)에 따른다. 정관 기타 규약에 다른 규정이 없으면 사원총회의 결의에 의하여야 한다. 법인 아닌 사단인 교회의 내부관계로는 일차적으로 정관 기타 규약에 정함이 있으면 정관의 적용을 받고 정관의 규정이 없는 경우에는 사단법인에 관한 민법의 규정이 준용된다.[453]

---

453) 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다549 판결: "법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인의 규정이 유추적용된다." 참고로 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결은 판결은 통설과 같은 맥락을 갖고 있다. 일차적인 판단의 기준은 정관이다. 정관에 규정이 있으면 그 규정대로 시

대법원 판례에서도 언제나 지교회 정관과 규약을 먼저 언급한다. “교단의 헌법, 교회의 정관 등에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한”[454], “사단 구성원 지위의 취득과 상실은 그 사단의 규약에 정하여진 바에 따라 이루어지나(민법 제40조 제6호), 법인 아닌 사단은 구성원의 탈퇴나 가입에 의하여 동일성을 잃지 않고 그 실체를 유지하면서 존속한다.” 또한 “법인 정관변경에 관한 민법 제42조 제1항을 유추적용하여 교회의 규약 등에 정하여진 적법한 소집절차를 거친 총회에서 의결권을 가진 교인 3분의 2 이상의 결의로 소속 교단을 탈퇴, 변경할 수 있고, 이 경우 종전교회의 실체는 교단을 탈퇴한 교회로서 존속하고 종전교회 재산은 그 탈퇴한 교회 소속 교인들의 총유로 귀속된다.”[455]라는 등의 판결을 종합하면 법원은 교회와 관련된 사법심사에서 교회 자치규범인 정관을 중요시한다.

총유물의 사용·수익이나 관리·처분에 관하여 정관이나 규약에 규정되어 있으면 그에 따라야 하고, 이에 관한 규정이 없으면 사원총회의 결의에 의하여야 하므로, 사원총회의 결의를 거치지 않은 총유물의 관리 및 처분행위는 무효라는 것이 학설과 법리와 법원의 판례이다. 비법인 성립요건 역시 대표자와 총회 등 사단으로서의 조직을 갖추어야 하고 구성원의 변경과 관계없이 존속하여야 한다. 그 밖에 사단법인의 정관에 상응하는 것이 있어야 하는지가 문제되는데, 반드시 “성문”의 규약이 아니더라도[456] 사단법인의 정관에 상응하는 것은 있어야 한다.[457]

이처럼 정관은 법인 아닌 사단인 교회의 중요한 법률행위 및 법원의 판례의 중요한 요건이다. 문제는 이처럼 중요한 교회 정관을 대다수 많은 교회들이 가지고 있지 않거나 가지고 있다 하더라도 정관에 분쟁이 발생되었을 때를 대비해서 각 사안별로 구체적으로 규정하고 있지 않으므로 유명무실한 경우가 허다하다. 정관이 교회를 운영하는 규범으로 효용가치가 있기보다도 금융권에서 교회 운영자금을 대출받기 위해 급조해서 법적 권한을 갖고 있지 않는 정관이 사용되는 경우들도 있다.

행하면 된다. 그러나 정관에 특별한 규정이 없다면 사원총회의 결의로 가능하지만 그 결의는 반드시 민법의 규정에 준용 내지 유추적용해야 한다. 정관에 규정을 갖고 있는 것이 분쟁을 예방하고 분쟁을 해결하는 길이 된다. 교회 정관제정은 제아무리 강조해도 지나침이 있을 수 없다.

454) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2006다41297 판결.

455) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

456) 가령 종중에 관한 대법원 1985. 10. 22. 선고 83다카2396,2397 판결 참조.

457) 지원림, 전게서, 104면.

제2절 정관의 의미와 효력

정관이 법적 효력을 가지려면 합법적으로 제정되어야 한다. 권한을 갖고 있는 자들이 절차에 따라 제정해야 하며 그렇지 않을 경우 정관은 효력이 없다. 즉 교회정관제정은 정관을 제정하는 권한을 갖고 있는 사람들이 절차에 따라 그들의 최고의결기관을 통하여 작성되어야 법적 효력이 발생된다. 또한 정관에 기재하지 않았을 때에 정관의 무효를 초래할 절대적 기재사항을 포함해야 한다. 민법에서는 법인 정관에 절대적 기재사항을 민법 제40조[458]에서 규정하고 있다.

1. 정관의 정의 및 법리와 판례

가. 정관의 정의

민법은 단체의 사적 자치를 존중하여 특히 거래의 안전을 해치지 않는 한 제 1차적으로 정관의 구속력을 인정하고 그것이 없는 경우에 보충적으로 민법의 원칙과 민법 규정에 따른 단체의 사원총회의 의결을 좇아 적용한다. 민법에서 사단법인의 구성원은 정관작성의 자유를 가지며, 정관은 단체의 내부적 규범으로서 조직 내부법에 해당한다. 정관의 작성 및 변경은 단체설립의사에 기초하여 행해진다. 구성원의 단체설립의사는 설립 이후에도 정관의 변경을 통해서 표시되며 그 밖의 사원총회라는 의사결정기관을 통하여 표현된다.[459]

사단법인은 다수의 사람들이 모여 공동목적의 사업을 하기 위하여 결합된 인적 단체로서 설립등기에 의해 법인격을 취득하는 것을 의미한다. 법인격을 취득하기 위하여 설립등기를 해야 하며, 설립등기에 있어서 정관은 필수적이다. 여기서 정관이라 함은 2인 이상의 설립자가 법인의 조직 및 활동에 관한 근본규칙을 정하여 이를 서면에 기재하고 기명·날인한 서면을 말하며(민법 제40조) 기명·서명 날인이 없는 정관은 효력이 없다. 2인 이상의 설립자가 사단법인의 근본규칙을 정하는 행위인 '정관의 작성'

---

458) 민법 제40조(사단법인의 정관) 사단법인의 설립자는 다음 각호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다. 1. 목적 2. 명칭 3. 사무소의 소재지 4. 자산에 관한 규정 5. 이사의 임면에 관한 규정 6. 사원자격의 득실에 관한 규정 7. 존립 시기나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유.

459) 이은영, 전게서(「민법총칙」), 219면.

이 곧 사단법인의 '설립행위'이다.[460] 설립행위와 정관작성은 혼동되지만 양자가 같은 것은 아니다. 설립행위에는 정관작성이 포함된다. 정관은 단체의 기본규범에 해당한 것으로서 단체 활동의 근거가 되므로 성문화되어야 한다. 법인격을 취득하지 않는 법인 아닌 사단의 근본규칙도 정관이라 한다(민법 제276조 제2항).

교회가 법인 아닌 사단로서 인정을 받기 위해서는 인적 단체로서 조직을 갖추고 대표의 방법, 총회의 운영, 재산의 관리, 결의방법, 기타 중요한 사항들이 규칙에 의하여 확정되어 있어야 한다. 이러한 규칙들이 정관이라는 형태로 존재해야 한다. 교회재산의 세제 혜택을 받기 위해서는 종교단체 등록을 해야 하며, 관할세무서에 사업자 등록을 발부받아야 한다. 이를 위해 반드시 교회정관이 있어야 법률행위를 할 수 있다. 현대 교회들은 헌금한 교인들에게 기부금 영수증을 발행해 주려면 교회의 사업자 등록증을 제시해야 하며, 교회정관을 제출해야 한다. 따라서 교회가 법률행위의 요건으로 정관은 필수적이며, 모든 교회는 정관을 가지고 있다고 보아야 할 것이다. 그 이유는 재산취득시 세제 혜택과 기부금 영수증 발행을 위해 종교단체등록과 관할세무서에서 사업자 번호를 받아야 하기 때문이다. 문제는 그러한 정관이 법인 아닌 사단의 사원총회에 해당된 교인총회에서 작성되어야 함에도 불구하고 불법적으로 특정 개인들이 정관을 만들어 법률행위를 하고 있다는 점이다. 이것이 현대 교회의 가장 큰 문제중에 하나이다. 그러나 판례에 의하면 법인 아닌 사단인 종중은 자연발생적인 관습상의 종족 집단체로서 특별한 조직행위나 성문의 규약을 필요로 하지 않는다고 판시하고 있다.[461] 그러나 교회는 종중과 그 성격이 다르다고 볼 수 있으며, 종교단체로서

---

460) 이 설립행위의 성질은, 즉 법인 아닌 사단을 구성원 상호간의 계약에 의해서 설립되는 것이 아니라 합동행위인 사단법인 설립행위에 의하여 성립하며 그 구성원에게는 사원의 지위가 인정된다. 사단법인 설립행위를 합동행위로 이해함이 타당하다고 생각하지만〔곽윤직, 「민법총칙」, 131면; 김상용, 전게서(「민법총칙」), 220면〕, 오늘날은 합동행위를 부인하고 점차 사원 상호간의 계약으로 이해하는 견해가 증대되고 있다(이영준,「민법총칙」, 박영사, 1987, 860면). 사단법인은 2인 이상의 설립자간의 합동을 필요로 하며, 사단법인의 설립행위는 계약이나 단독행위가 아니라, 그 밖의 특수한 법률행위에 해당된다. 이러한 특수성에 비추어 이를 '합동행위'라고 부르는 것이 통설이다〔곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 134면〕.

461) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다16525 판결. 종중은 공동선조의 분묘수호와 제사 그리고 종중원 상호간의 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상의 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하거나 성문의 규약을 필요로 하는 것이 아니고 그 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자는 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면

의 특별한 목적수행을 위해 조직행위나 성문의 규약이 필요한 단체이다.

교회정관이란 교회를 운영하는 자치규범으로서 조직·활동·권력의 형태를 정한 근본 규칙이라 할 수 있다. 규약자치의 원칙에 따라 운영의 관리 및 사용에 관하여 포괄적으로 규정하는 일종의 상호간의 규범이며,[462] 정관은 교회의 법률관계를 계속적으로 구속한다. 역사적으로 상급단체인 교단은 지교회의 정관을 심사하거나 관리·감독하는 규정뿐만 아니라 한 번도 지교회 상급기관이 지교회 정관에 대한 심사가 없었던 이유는 정관제정은 지교회의 고유권한이므로 상급기관이 이를 침해할 수 없기 때문이다. 현대 교회는 교단의 헌법을 지교회 자치규범으로 삼아 교회를 운영 및 관리하는데 한계가 있다. 따라서 복잡한 현대 교회에 있어서 정관의 중요성이 대두되고 있다. 올바른 정관 작성과 정관 준수, 집행은 분쟁을 예방할 수 있으며, 분쟁이 발생되었을 경우 그 책임소재를 분명히 하여 불법행위를 처단하므로 교인들의 권리와 의무관계를 정확히 하는 일은 교회 분쟁을 방지하고 화평을 위해서 매우 중요하다. 그리고 이러한 정관은 특정인의 독재와 월권을 방지해 준다. 예컨대 교회의 분쟁 가운데 하나인 목사의 독재와 장로의 월권이 이에 해당된다. 독재는 개인 또는 일정한 집단에 권력을 집중시켜서 지배하는 비민주적인 정치를 말한다. 교회정체 가운데 장로회 정치는 "민주적 정치"라고 규정한다.[463] 이때 "민주적"이라는 말은 "민주주의"가 아니라 성경에 근거를 둔 성경적 제도에 따른 민주적 정치를 말한다. 민주적 정치나 민주적 권력제도란 교회의 운영규범이 특정 직분자나 기관에게 권력이 집중되는 것을 막기 위해 서로 견제와 균형의 원리에 따른 자치규범이 정관으로 만들어져야 한다.

나. 학설과 법리

법인 아닌 사단으로 인정된 교회 정관의 성질에 대하여는 교인간의 계약으로 보는 계약설과 교회라는 단체의 자치법규라고 보는 자치법규설로 대립된다. 계약설은 정관

비법인 사단으로서의 단체성이 인정되는 것이다(대법원 1983. 4. 12. 선고 83도195 판결, 1989. 6. 27. 선고 87다카1915,1916 판결 참조).

462) 강혁신, "구분소유권의 소유권성 변질론",「민사법학」제40호, 한국민사법학회, 2008, 131면.

463) 오스틴 래리, 권만학 외 7인 역,「현대정치학」, 을유문화사, 2002, 159면: "궁극적 권력이 한 사람에게 귀속될 때 그 정부는 독재적이다. 권력이 소수의 사람들에게 집중되어 있을 때 그들은 지배 엘리트를 구성하며, 이러한 체제는 정치학자들이 국민들에게 귀속되어 있을 때에만 민주주의이다."

의 성질에 대하여는 교인간의 계약으로 보는 견해이다. 계약설에 따르면 정관의 구속력은 교인의 자유로운 의사이다. 그러므로 정관작성 후에 교인이나 기관이 되는 자는 정관의 내용에 승복하고 교회와 관련을 맺는 것이다. 그 구속을 벗어나고 싶을 때는 언제든지 교인의 지위를 포기하면 되므로 정관은 계약적 성질을 갖는 것이라고 할 수 있다. 계약설에 따르면 교회설립행위는 교인들 사이에 설립에 관한 계약이 되므로 정관은 그 계약서에 불과하게 된다. 즉 정관은 교회와 교인들간의 계약 또는 계약서로 본다. 정관의 성립과정을 보면 작성 당사자의 합의에 의한다는 면에서 계약이론에 따른다고 볼 수 있다.

이같은 계약설이 소수의견으로 있는 반면 다수의견인 자치법설에 따르면 정관작성에 참여한 자들뿐만 아니라 작성 이후 새로 가입한 자까지 당연히 구속한다는 점을 들어 자치법규로서의 성질을 갖는다고 본다. 교회 교인이 될 자격을 취득하는 것은 그의 자유의사이다. 그러나 교인인 이상 그의 의사에 관계없이 당연히 교회 정관에 구속된다. 일단 정관작성에 참여한 자들뿐만 아니라 계속해서 새로이 교회조직에 가입하는 자까지도 당연히 구속력을 가진다. 또 정관은 구성원의 일반의사에 의하여 변경될 수 있다. 이와 같은 사실에서 볼 때에 정관은 자치법규로서의 성질을 갖는다고 본다. 즉 정관은 교회내부의 법률을 정한 것으로 각 교회에 부여된 자치입법권을 바탕으로 제정된 자치법의 일종으로 본다.

교회란 여러 가지 방법으로 정의할 수 있지만 "둘 이상의 개인이 하나 혹은 그 이상의 신앙의 목적을 위하여 자발적으로 연합한 계속적 단체"라고 정의할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 계속적 단체관계의 법률적 모습은 정관의 형태로 표출되고, 정관은 계속적 활동에 관한 단체법적 법률관계를 규율하는 규범적 성질을 가지게 된다. 이러한 정관규정에 따른 교회활동의 지배현상은 '정관자치'라는 단어로 표현되는데 정관자치의 계속성은 정관규정의 위반이 발생한 경우 교회구성원들에 대해 정관규정의 준수를 강제 청구할 수 있는 힘에 의해 담보되게 된다. 그 결과 정관규정에 위반한 상황이 발생할 경우 정관자치의 실현을 위하여 누가, 어떠한 정관 규정의, 어떠한 위반 상태를, 어떠한 방법으로 교정할 수 있는가 하는 구체적 해결방안을 확정해야 할 필요가 발생하게 된다. 교회정관에 의하여 교회구성원들의 이익에 반하는 행위를 하거나 불법행위를 한 경우 교회 운영을 담당한 교인이나 직원은 면책되지 아니한다. 교회의 중요한 정책결정이 모두 교인총회의 권한에 귀속되며 교회 내부의 권한 분배는 교인총

회 결의 내지 정관을 통해 자유롭게 형성할 수 있게 되어 있다. 그러므로 교회 내부의 권한 분배는 인적 단체인 교회의 중요한 요인이며 표지가 된다

결국 정관이란 법인의 조직·활동을 정한 근본규칙(민법 제42조, 제44조, 제45조). 또는 그것을 기재한 서면(민법 제40조, 제43조)을 가리킨다.[464] 즉 2인 이상이 법인의 근본규칙을 정하여 서면에 기재하고 기명하여 날인하여야 한다(제40조). 이 서면을 정관이라고 하기도 하고 근본규칙(민법 제42조, 제44조, 제45조) 자체를 정관이라고 하기도 한다. 이같이 서면에 기재하고 기명날인 또는 서명하는 것 중에 어느 하나라도 빠지면 그 정관은 무효이다(제40조). 이것을 필요적 기재사항이라 한다. 정관 기재사항에는 법인의 목적·명칭·사무소의 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 사항, 사원자격의 득실에 관한 사항, 존립시기나 해산사유를 정한 경우에 그 시기나 사유 등이다. 그 밖의 사항도 사단의 근본규칙으로 정하여 정관에 기재할 수 있다. 이것을 정관의 임의적 기재사항이라고 하는데 이것도 일단 정관에 기재되면 필요적 기재사항과 마찬가지로 효력을 가진다.[465]

교회가 법인 아닌 사단으로 인정을 받으려면 법인 아닌 사단의 성립요건인 단체의 고유 목적, 사단적 성격을 가지는 규약을 가지고 있어야 한다. 그 규약에는 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직, 기관의 의결이나 업무집행방법인 다수결의 원칙, 구성원의 가입·탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 규정되어 있어야 한다. 교회의 정관은 작성에 참여한 교인들뿐만 아니라 그 후에 가입한 교인 등도 구속하는 점에 비추어 보면 전술한 대로 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치규범이라 할 수 있다. 민법 제276조는 "법인 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다."는 규정과 "총유에 관하여는 사단의 정관 기타 규약에 의하는 외에 다음 2조의 규정에 의한다."라고 규정한다. 교회는 신앙단체로서의 성격 외에 독립된 법인 아닌 사단으로서의 성격을 가지고 있기 때문에 교회 내부의 문제일지라도 그 실질이 사단으로서의 특질에 관한 것일 때에는 단체에 관한 민법의 일반 법리가 적용된다. 일반 법인이 아닌 특수법인으로서의 법인 아닌 사단의 근본규칙도 '정관' 내지 '규약'이라고 부른다.

---

464) 강영호,「법률용어사전」, 청림출판, 2008, 865면.
465) 지원림, 전게서, 115면.

다. 판 례[466]

(1) 사실관계

사단법인의 정관에 회장의 중임을 금지하는 규정만 두고 있을 뿐 전임자의 궐위로 인하여 선임된 이른바 보선회장을 특별히 중임제한 대상에서 제외한다는 규정을 두고 있지 않은 경우, 중임이 제한되는 회장에는 보선회장도 포함되는 것으로 해석함이 상당하다고 한 사단법인 대한민국헌정회 사건이다. 이 사건은 정관에 의하여 회장의 중임을 금지하고 있는데(정관 제12조 제1항 단서), 피고 법인의 회장이 갑작스럽게 사망하자 회장의 궐위를 메우기 위하여 임시총회에서 회장을 선출한 내용이다. 그러나 회장의 잔여임기가 만료되자 통상 총회을 소집하여 후임 회장을 새로 선출하게 되었는데, 회장이 그 후임 회장으로 다시 입후보한 사례에 대해 이 후보자가 정관의 중임금지에 해당되느냐 해당되지 않느냐에 대한 사례이다.

(2) 판결요지

사단법인의 정관에 회장의 중임을 금지하는 규정만 두고 있을 뿐 전임자의 궐위로 인하여 선임된 이른바 보선회장을 특별히 중임제한 대상에서 제외한다는 규정을 두고 있지 않은 경우, 중임이 제한되는 회장에는 보선회장도 포함되는 것으로 해석함이 상당하다고 판시하였다. 그러면서 정관의 해석에 대한 문제와 정관의 법률적 관계를 판시하고 있는 사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하다고 판시하고 있다.

(3) 판결 의의와 해설

대법원은 사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 판단한 것이다. 법인 아닌 사단은 구성원간의 관계를 규율할 근본규칙인 정관 내지는 규약을 갖고 있어야 한다. 법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 제1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인 규정이 유추적용된다. 법인 아닌 사단으로서의 교회의 정관과 그 정관의 법률관계에 대

466) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99다12437 판결.

한 바른 이해와 정립은 분쟁해결의 최후 수단이 될 수 있다. 대법원은 지방 향교의 분쟁에 있어서 "법인이거나 법인 아닌 사단인 어느 단체가 상급단체에 가입되어 있는 경우, 상급단체의 지위에서 가입단체에 대하여 업무상 지휘·감독할 수 있는 권한은 인정될 수 있다."고 전제하고 있지만 "그 권한은 가입단체의 독립성을 침해하지 아니하는 범위 내로 제한되어야 한다."고 판시한다. 그리고 "같은 이치로 가입단체가 상급단체의 규칙이나 정관을 자신의 정관으로 받아들인다고 규정하고 있지 아니한 이상 가입단체의 조직과 운영에 관하여 상급단체가 제정한 규칙에 따라 규율된다고 볼 수 없다."[467] 고 함으로써 상급단체의 정관과 규칙이 가입단체의 자치규범이 되기 위해서 제기되는 법률관계를 판시하였다.

또한 대법원은 교회에 대해 상급단체에 가입된 지교회가 "교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있다."는 것을 전제하였다. 이 판결은 "교단의 규칙이나 정관을 지교회 자신의 정관으로 받아들인다고 구체적인 규정을 갖고 있어야 한다."거나 이러한 규정을 갖고 있지 아니할 경우 "지교회의 조직과 운영에 관하여 상급단체가 제정한 규칙에 따라 규율된다고 볼 수 없다."는 것을 의미한다. 이같은 법원의 판단은 지교회는 법인 아닌 사단의 독립된 단체법이 적용되므로 "상급단체인 교단이 지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해할 수 없다."는 법리에 기초한 판결이다. 심지어 "지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 교단 헌법에 구속된다."는 판례 역시 "교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규

467) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다72109 판결: "성균관과 지방 향교는 유교사상에 관한 신앙단체로서의 성격 외에 독립된 법인 아닌 사단으로서의 성격을 가지고 있으므로, 지방 향교에 관한 분쟁이라도 그 실질이 사단으로서의 특질에 관한 것일 때에는 단체에 관한 민법의 일반 법리가 적용되어야 한다. 지방 향교나 성균관이 모두 유교를 전파하고 유교문화를 연구하는 일종의 종교단체 및 학문 연구 단체의 성격을 띠고 있고 성균관이 실질적인 상급단체로서 지방 향교들과 함께 전국적인 조직을 이루어 유교 활동을 하고 있으며, 지방 향교들 내지는 유림 사이의 제한된 범위 내에서 발생한 분쟁은 성균관과 해당 지역의 유림이 노력하여 자율적으로 해결하는 것이 바람직하다는 점을 참작한다고 하더라도, 지방 향교의 관할 구역 및 구성원의 자격과 같이 법인 아닌 사단의 중요한 요소에 관한 사항이 분쟁의 실체를 이루고 있는 경우에는 종교단체로서의 특수성 내지 자율성만을 고려할 것이 아니라, 단체법적인 일반 법리에 따라 절차상의 하자 유무를 가려야 한다. 법인이거나 법인 아닌 사단인 어느 단체가 상급단체에 가입되어 있는 경우, 상급단체의 지위에서 가입단체에 대하여 업무상 지휘·감독할 수 있는 권한은 인정될 수 있지만 그 권한은 가입단체의 독립성을 침해하지 아니하는 범위 내로 제한되어야 하고, 같은 이치로 가입단체가 상급단체의 규칙이나 정관을 자신의 정관으로 받아들인다고 규정하고 있지 아니한 이상 가입단체의 조직과 운영에 관하여 상급단체가 제정한 규칙에 따라 규율된다고 볼 수 없다."

약에 준하는 자치규범으로 받아들인다."는 자체 규정을 갖고 있을 때로 한정하고 있다. 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급단체에 지나지 않지만 상급단체인 교단이 지교회의 업무상 지휘·감독할 수 있는 권한은 인정된 것으로 판단하고 있다.

결국 대법원은 개신교회에 대한 판결에서 "법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 개신교 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 교단의 정체에 따라 차이는 존재"하지만 원칙적으로 "지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급단체에 지나지 않는다."고 하였다. 다만, "지교회가 자체적으로 규약을 갖추지 아니한 경우나 규약을 갖춘 경우에도 교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있지만, 지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 교단 헌법에 구속된다."고 판시[468]함과 동시에 "지교회의 법률관계에 대한 유효한 결정들은 지교회 자체의 정관, 규약, 장정에 따르거나 교인총회의 결의가 필요하다."고 하였다. 또한 "법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 제1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인의 규정이 유추적용된다."고 판시[469]하였다. 이 같은 판례에 의하면 지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질은 지교회 정관이나 규약에 따라 결정된다는 것을 보여준다. 이러한 판결은 지교회 정관에 규정된 내용이 교단의 헌법과 상충될 때 이 경우 지교회의 독립성 입장에서 볼 때 교단의 헌법보다 지교회 정관이 우선한다는 것을 보여주고 있다.

2. 교회분쟁의 해결과 예방을 위한 교회정관

교회는 운영을 위하여 일정한 행정·조직·정치가 필요하다. 교회의 특정 기관이나 특정인에게 권력이 집중되면 교회는 반드시 부패하고 타락하게 된다. 교회의 권력이 어느 한쪽에 집중되거나 치우치는 것을 방지하여 교회의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 권력구조는 민주적 국가 권력에서와 마찬가지로 3권 분립을 근간으로 하고 있

468) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.
469) 대법원 1967. 7. 4, 선고 67다549 판결.

다. 제도적으로 교회 기관의 권력을 상호 견제함으로써 힘의 균형을 이루어 권력집중화로 인한 전횡과 절대부패를 제재하는 구조를 갖고 있어야 한다. 교회의 정관은 반드시 이 부분이 엄격하게 규정되어야 한다.

가. 정관의 권력구조 규정

교회는 운영을 위하여 일정한 행정·조직·정치의 권력구조의 형태가 필요하다. 이여 '견제와 균형'의 원리를 통해서 권력 남용을 막고 법치주의의 실질적 내용을 실현하기 위해서 각 권력기관이 분립되어 서로 견제를 필요로 한다. 교회의 특정 기관이나 특정인에게 권력이 집중되면 교회는 반드시 부패하고 타락하게 된다. 교회의 권력이 어느 한쪽에 집중되거나 치우치는 것을 방지하여 교회의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 권력구조는 민주적 국가 권력에서와 마찬가지로 3권 분립을 근간으로 하고 있다. 제도적으로 교회 기관의 권력을 상호 견제함으로써 힘의 균형을 이루어 권력집중화로 인한 전횡과 절대부패를 제재하는 구조를 갖고 있어야 한다. 교회 정관은 반드시 이 부분이 엄격하게 규정되어야 한다.

인적 단체로서 신앙을 가진 사람들이 기독교가 추구하는 이상을 실현하기 위하여 모인 교회 역시 3권을 중심으로 한 민주적 정치형태를 취하고 있다. 이러한 단체 역시 통치를 위한 일정한 정치권력의 형태와 구조를 갖고 있다. 민주적 정치제도를 근간으로 하는 한국의 장로교, 즉 대한예수교장로회 역시 이러한 정치원리와 제도를 갖고 있다. 교회 내 일정한 권력이 성직권을 갖고 있는 목사에게, 혹은 평신도의 기본권 대표자인 장로 중 어느 한쪽에 집중되는 것을 방지하면서 상호 견제와 균형의 원리 속에서 운영된다.[470] 이를 삼권분립(입법, 사법, 행정) 내지는 권력분립이라고 한다. 권력분립이론은 군주의 절대 권력을 전제로 하여 이를 분리하고 상호 견제하도록 함으로써 권력을 완화하여 개인의 자유를 보장하려는 군주국가시대에 형성된 이론으로 국가기능을 수행하도록 헌법에서 위임된 기관과 그 기관들의 권한을 규율하는 기본원리로서 오늘의 헌법질서의 결정적 원리이듯[471] 교회 역시 이같은 권력의 분립에 대한 기본원

470) 성직권을 가진 목사에게 권력이 집중되면 감독정치와 같으며, 반대로 평신도에게 권력이 집중되면 이는 회중정치인바 장로회정치는 성직권과 평신도권의 어느 한쪽에 권력이 편중되지 않고 서로 견제하여 균형을 이루는 정치형태이다.

471) 계희열, "헌법원리로서의 권력분립의 원리", 「고려법학」 제38호, 고려대학교 법학연구원, 2002, 2면.

리들이 정관에 규정되어 있어야 한다.

최고의결기관의 입법권, 공동의회와 당회와 재정집행에 대한 규정이 있어야 한다. 공동의회는 교인들의 최고의결기관으로서 법적 효력이 있는 총회결의는 어떤 조건이 충족되어야 하는지를 규정할 필요가 있다. 총회소집의 근거와 소집일과 회의목적에 대한 사전공지, 회원의 자격과 의사·의결정족수로부터 각종 안건처리 방법들에 대한 규정을 갖고 있어야 한다. 당회는 의회가 아니라 치리회 개념으로써 그 직무에 대한 정확한 규정이 있어야 한다. 당회는 공동의회의 견제를 받도록 돼 있으며, 재정집행권은 제외된다. 그 이유는 장로회정체에 있어서 장로회헌법의 규범이 이를 허락하지 않기 때문이다.[472] 재정집행은 오로지 제직회를 통해서만 가능하다. 그 집행 역시 공동의회의 인준승인에 구속된다. 특히 장로회 헌법에는 당회의 의사정족수는 규정돼 있어도 의결정족수는 규정되어 있지 않다. 이는 합동측이나 통합측이 마찬가지이다. 이는 독특한 장로회 정치원리 때문이다. 목사와 장로가 합하여 과반수나 다수결로 결의할 수 없는 당회 정치원리 때문이다.[473] 당회의 직무는 사법권과 성문법으로 명시하

472) 박병칠, "교회의 분쟁과 교회재산의 귀속", 「재판실무연구」, 광주지방법원, 1997, 301면: "지교회의 사단성을 보건대, 지교회의 조직으로는 교회의 모든 권력을 장악하는 치리회로서 당회가 있고 지교회의 무흠 입교인(혹은 세례교인)으로 구성되어 교회운영의 중요사항들에 관한 결정권을 갖는 교인총회인 공동의회와 교회의 전 직원(당회원, 집사, 권사 및 교역자)으로 구성되어 주로 재정에 관련된 업무를 처리하는 제직회가 있다. 당회는 최고기관으로 헌법이 공동의회와 제직회에 부여한 권한 이외의 모든 권한을 가진다." 여기서 교회법을 오해할 소지가 있는 부분은 "당회가 모든 권력을 장악하는 치리회"로 해석하는 부분이다. 또한 최인식, "교회분열의 인정 여부 및 재산의 귀속", 「판례연구」, 부산판례연구회, 2008, 78면에서 "장로회 정체, 즉 대의제를 취하고 있는 교단의 교회헌법의 일상적 운영, 중요사항의 결정, 공동의회(교인총회, 사무총회)에의 회부 여부 등에 관하여 대체적으로 당회의 결의를 거치도록 규정하고 있어, 장로정체에서의 당회는 주식회사의 이사회와 같이 교회운영전반에 있어 포괄적인 권한을 행사한다."라고 교회법을 오해하고 있다. 특히 당회의 법적 성질을 오해하고 있는 경우도 있다, "지교회의 경우, 담임목사와 사무장로로 구성되는 최고기관이며 입법·사법·행정의 교회능력을 장악하는 치리회로서 포괄적 권력기관인 당회"라고 말한 부분이나 "〔당회는〕 최고의 교회 권력기관으로서 당연히 그 사항에 관한 교회의 의사를 결정하며(의사결정기관), 이를 집행하고(업무집행기관), 대외적으로 당해 지교회를 대표하며(대표기관)"(백현기, 전게 학위논문, 37면)라는 주장은 장로회정체에서 당회에 대해 오해할 수 있는 여지가 있다.

473) 당회에서 목사 1명과 장로 10명인 경우 총 11명이 다수결로 결의해야 한다고 주장하는데 이는 장로회 정치원리에 대한 그릇된 전제로부터 출발한 오해이다. 목사는 한 사람이요, 장로는 여러 명인 당회에서 목사와 장로는 '같은 권한'이라고 했을 때 이는 치리회에서 양권의 동등을 의미한바, 목사의 성직권(목양권과 치리권)과 교인의 대표로서 교인의 기본 교권인 장로직이 상호 대등하게 동등하다는 뜻으로서 양권의 동등은 목사 1명과 장로 전체와 동등

고 있는 8가지로 한정되어 있다. 당회가 마치 교회의 최고의결기관인 것처럼 행세하며, 지교회의 절대적인 권력을 갖고 있는 것으로 생각하고 있는 모순을 극복하고 장로의 직무와 당회직무의 본연의 자리로 돌아가도록 하기 위해 반드시 정관에 당회 직무의 범위와 한계, 그리고 그 책임에 관해 명시해야 한다.

교회재정운영에 대한 집행권은 당회가 아닌 제직회의 권한이다.[474] 제직회의 임무가 "교회에서 위임하는 금전 처리"[475]에 있으며, 교회의 금전 처리 위임은 1년 회기 단위로 제한되어 있다.[476] 장로회 정치원리에서 전형적인 당회의 월권 중에 하나가 교회 재정에 대한 집행권을 행사한다는 점이다. 당회의 직무[477]중에 교회 재정을 집행할 권한은 없다. 시무장로가 당회를 통해서 교회의 사법권과 인사권 및 재정권까지 장악하려는 월권적 태도는 권력의 집중화와 독점을 가져오고 이로 인해 교회의 부패

한 권한이어야 양권의 '같은 권한', 즉 '양권의 동등'이 이루어진다. '목사와 장로'로 구성된 당회에서 목사에게 가부권이 주어지고 당회원인 장로들에게는 동의와 재청권이 주어진다. 동의와 재청이 있어도 가부를 묻지 않을 수 있고, 가부를 묻고 싶어도 동의와 재청이 없으면 가부를 물을 수 없도록 하여 양권이 상호 견제와 균형을 이루도록 한 정치원리이다. 목사 1명과 장로 10명으로 구성된 당회에서 1:10 이면 평신도권에 권력이 집중되어 이는 장로회 정치라 할 수 없다. 목사 1명과 장로 전체를 1로 해서 1:1이다. 따라서 당회장인 목사와 당회원인 장로 전체를 합하여 그 중에서 다수결로 결정하는 것이 아니라 당회원의 동의와 재청으로 당회장이 가부권을 행사하여 결의하는 방식이다. 당회원 중에 찬반으로 나누어져 있을 경우에는 당회원을 대상으로 다수쪽에 당회장이 가부권을 행사하는 방식이다. 이때 당회장은 가부권을 행사하지 않을 수도 있으며 당회원은 동의와 재청을 하지 아니할 수도 있다. 이같이 양권의 동등이 이루어진다. 이러한 당회의 의결정족수의 법리적 해석 때문에 대한예수교장로회 합동측, 통합측 헌법에서는 당회의 의결정족수를 아예 규정하지 않고 있다(이종일,「꼭 알아야 할 100가지 교회법률」, 기독신보사, 1996, 25-32면 참조).

474) 지교회의 권력이 당회에 집중되어 당회가 제직회까지 관장하는 형태는 장로회 정치원리가 아니다. 성경의 원리와 장로회 정치원리에 있어서 시무장로는 당회원으로 당회의 직무를 수행한다. 집사는 제직회를 통하여 제직회의 직무를 수행한다. 그러나 대한예수교장로회(합동)「헌법」은 당회원이 제직회 회원으로 규정하고 있다. 시무장로가 제직회 회원으로 제직회에 참여하고 제직회의 금전출납과 재정운영에 대한 집행은 공동의회의 인준근거에 따라 집사중심으로 이루어져야 한다. 그러나 현재 한국교회의 상황은 시무장로의 본질적인 직무인 사법권과 신령한 관계의 총찰을 중심으로 한 당회의 직무와 교회운영에 있어서 금전 문제를 취급하는 제직회의 직무를 독점하는데서부터 교회의 갈등과 분쟁이 오는 경우가 많다. 이를 철저히 이원화시켜 권력의 분립이 이루어져야 한다.

475) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제1조 5.

476) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제2조 3. ①.

477) 당회의 직무(합동)「헌법」, 제9장 제5조. 당회의 직무는 신령상 모든 사무와 교인의 지식과 행위를 총찰하는 직무이다. 특히 당회는 "교회에 속한 토지 가옥에 관한 일도 장리한다." 고 했는데 여기서 말한 당회의 교회재산 장리(掌理)권은 법률적으로 민법 제276조에 해당된 재산의 관리, 처분을 의미하는 것이 아니라 수완를 잘 발휘하여 지킨다는 의미이다.

를 가져온다. 제직회의 직무는 "재정처리", 즉 재정집행인데 "교회에서 위임하는 금전을 처리하고 부동산은 노회 소유로 한다."[478]라고 규정한다. 여기서 "교회에서 위임하는 금전을 처리"한다는 것과 "부동산은 노회의 소유로 한다."라는 규정은 전술한 대로 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 교회헌법의 규정이 적용될 여지가 없다. 따라서 교회정관상으로 교회권력구조, 즉 입법, 사법, 행정이 서로 조화균형, 그리고 일정한 견제 기능을 통해서 절대권력으로 인한 교회의 타락을 막을 수 있는 구조를 갖고 있어야 하며 정관은 이를 명시하여 이에 구속받도록 하는 것은 공정성과 투명성, 그리고 합리적인 운영을 하게 하는 요인이 된다.

나. 교인의 권리의무 규정

권리는 교회의 적극적 행동에 의해 제공되는 법적으로 보장하는 혜택들로서 권익을 향유하도록 법에 의해 주어지는 힘이므로, 법이 존재하지 않으면 권리도 존재할 수 없다. 따라서 법과 권리는 밀접한 관계를 맺고 있다.[479] 개인의 천부적 권리를 보장하고 권리의 침해를 구제하는 일이 법의 임무이며[480], 권리는 법률상의 힘이다. 힘이란 법적 이익의 향수를 위해 필요한 행위를 할 가능성을 말하며 사실상의 힘인 권력과는 다르다. 권리는 힘 그 자체가 아니라 이익을 향수할 수 있는 수단이다. 권리자가 이익을 얻기 위해서는 힘의 발동, 즉 권리의 행사가 있어야 한다. 권리에는 의무가 수반된다. 의무는 일정한 작위 또는 부작위를 강제당하는 법률상의 구속을 의미한다. 권리가 법률상의 힘이며, 그 내용이 특정한 권익인데 반하여, 의무는 법률상의 구속이며 내용은 특정한 불이익이다. 권리가 특정인에게 주어지면 이에 상응하는 의무가 따르게 된다. 권리와 의무는 각각 독립된 존재이지만 권리가 있는 곳에는 언제나 이에 따른 의무가 있는데 반하여, 의무가 있는 경우에 반드시 이에 대응하는 권리가 존재한다고 할 수 없다.[481] 의무의 개념과 구별되어야 할 것으로서 책임이 있다. 책임은 위반으로 말미암아 형벌·강제집행·손해배상 등의 제재를 받게 되는 기초이다. 즉 의무는 책임을 수반함으로써 그 구속성이 확보되는 것으로 책임은 의무의 담보이다. 그런데 의무가 책임을 수반하지 않는 경우, 즉 책임 없는 의무가 존재한다.[482]

---

478) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제2조 3. ①.
479) 홍성찬, 전게서, 242면.
480) 이은영, 전게서, 99면.
481) 홍성찬, 상게서, 251-252면.

교인의 의무규정은 교회의 운영과 분쟁을 대비한 규정으로 매우 중요한 부분이다. 정관상으로 교인의 지위 여부는 의무이행과 연계하여 교인의 불법행위로 인하여 분쟁을 일으켰을 때 교회가 절차에 따라 교인 지위를 상실케 하여 교인의 권리를 누리지 못하게 하므로 교회의 분쟁을 사전에 예방하는 차원에서 본 규정은 절대적으로 필요하다. 뿐만 아니라 교회의 정관상의 목적수행을 위해 교인의 의무규정은 필요하다. 의무를 이행하지 않으면 권리가 제한된다는 원칙이 적용되어야 교회는 분쟁을 예방할 수 있다.

다. 교회재산 규정

법인 아닌 사단인 교회의 내부관계는 그 단체의 규칙(정관)에 다른 정함이 없는 한 법인격을 전제로 한 것을 제외하고는 사단법인에 관한 규정이 준용된다. 그러나 사단법인에 관한 민법의 규정도 정관으로 달리 할 수 있는 여지를 두고 있으므로 민법이 사단법인의 규정보다 구성원의 개성을 더욱 존중하는 단체규약의 설정은 가능하다.[483] 교회의 의사결정은 정관에 따라 총회의 결의(공동의회 결의)로 정한다. 정관에 다른 정함이 있는 경우에는 그 정관대로 시행한다. 그 정관이 없을 경우 총회 결의로 가능하다. 이때 총회 결의는 민법상 사단법인에 관한 규정이 준용된다.[484] 따라서 교회가 민법의 규정에 따라 운영되지 않고 교회 자치규범으로 운영하기를 바란다면 반드시 구체적인 교회의 자치규범인 정관을 갖고 있어야 한다. 특히 교회재산과 재정운영을 위해서 구체적인 규정이 필요하다.

교회재산권은 단순히 교회 내부의 문제로만 끝나는 것이 아니라 대외적으로 법률행위를 해야 하기 때문에 정확한 절차를 규정해 두어야 한다. 그렇지 않으면 교회가 나름대로 법이라고 생각하여 재산에 대한 권리·처분을 결의했다 할지라도 법원은 위법으로 판단할 경우가 있으므로 재산권 규정은 교회법과 법인 아닌 사단의 총유물의 법률관계를 잘 이해해서 정관을 제정해야 한다.

라. 결의절차에 대한 규정

482) 홍성찬, 상게서, 252면.
483) 박종두, 전게서, 268면.
484) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결; 대법원 1992. 9. 14. 선고 91다46830 판결.

교회가 법인 아닌 사단으로 인정을 받으려면 법인 아닌 사단의 성립요건인 단체의 고유 목적, 사단적 성격을 가지는 규약을 가지고 있어야 한다. 그 규약에는 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직, 기관의 의결이나 업무집행방법인 다수결의 원칙, 구성원의 가입·탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 규정되어 있어야 한다. 이러한 규정들이 모호할 경우 법인 아닌 사단인 교회는 엄청난 혼란과 분쟁을 야기할 수 있다. 법인 아닌 사단은 사원총회가 존재하면서 최고의결기관으로서 각종 사안을 결의한다. 결의에는 절차법을 준수해야 하며, 절차법을 위반한 결의는 분쟁의 원인이 됨은 물론 소송의 대상이 된다. 이로 말미암아 단체는 큰 혼란을 겪는다. 특히 교회 역시 교인들의 최고의결기관인 공동의회와 교회 산하 각 기관에서 각종 회의를 통하여 교회를 운영 및 관리해 나간다. 이러한 문제점을 사전에 인지하여 정관상이나 정관의 시행세칙으로 제정해 두어야 한다.

제3절 교회정관의 제정과 법적 효력

통설이나 법리 혹은 판례의 입장을 종합할 때 정관의 중요성이 제기된바, “정관이나 규약에 정함이 없는 경우에는 사원총회의 결의에 의한다.”라는 형식으로 보아 종교단체내부의 정관은 교회운영과 분쟁시 교회의 처리기준으로 판단될 수 있으므로 정관이 꼭 필요하다. 그 정관이 법적인 효력이 있는 정관이 되기 위해서 어떤 절차를 따라 어떤 내용으로 제정되어야 하는가?

1. 정관상 명칭과 목적

가. 교회 명칭

법인 아닌 사단은 반드시 명칭이 있어야 하며 제3자와의 법률행위를 할 때에도 사단의 명칭을 사용하여야 한다.[485] 교회는 정관에 교회 명칭을 명시해야 한다. 장로회 헌법에서는 교회 명칭의 변경은 지교회 청원으로 노회의 승인이 있어야 하는 것으로

485) 김기선,「한국민법총칙」, 법문사, 1991, 183면.

규정하고 있으나 법인 아닌 사단인 교회는 교회 구성원인 교인들이 교회 명칭의 변경을 할 수 있는 권한이 있다고 본다. 노회가 승인해 주지 않았다는 이유로 지교회 명칭 변경에 책임을 추궁하는 것은 법인 아닌 사단의 법률관계에서 용납되지 않는다. 지교회 상급기관인 노회가 지교회의 명칭변경을 허락해 주지 않았음에도 불구하고 지교회가 교회명칭을 변경했다는 이유로 무효를 주장할지라도 강행법규를 적용하여야 할 법률적 분쟁에 있어서는 이와 저촉되는 규정과 노회의 결정이 적용될 여지가 없다. 법인 아닌 사단으로서 교회가 분쟁이 발생되어 제3자와의 법률행위를 할 때에는 매우 중요하다. 정관상 명칭은 특정 개인이나 특정 기관이 임의로 변경하지 못하며, 법인 아닌 사단인 교회가 재산등기를 할 경우 반드시 교회명칭으로 경료해야 한다. 명칭변경은 재산등기변경을 요구하기도 하며, 이를 변경할 경우 반드시 규정인 정관변경의 절차에 따라 교인총회를 통하여 결의되어야 한다.

교회 명칭[486] 앞에 반드시 '대한예수교장로회'를 포함해야 하는 이유는 이는 교회의 정체를 결정하는 법률적인 근거가 되기 때문이다. '대한예수교장로회'로 교회가 설립되고 법인 아닌 사단이 성립되었다면 이 명칭 속에는 교회 설립목적이 장로회 정체와 그 교리를 근간으로 하고 있어야 한다. 예컨대 정관 명칭상 '대한예수교장로회'를 '감리교'나 '성결교' 등으로 변경하는 경우에 해당되므로 이를 변경하는 총회결의는 엄격해야 한다. 따라서 정관상 명칭은 중요하며 그 명칭 앞에 교회정체를 의미한 '대한예수교장로회'는 매우 중요하다. 또한 교회 명칭을 같은 지역에서 이단자들이 함께 사용할 경우 그 피해는 엄청나다. 이런 불상사를 미연에 대비하는 길은 교회명칭을 상표등록해 두어야 한다. 그렇지 않으면 같은 지역에서 이단자들이 명칭을 동일하게 사용했을 경우 이를 제재할 수 있는 길이 없다.[487]

나 소 속

지교회가 교단에 소속되어 교단의 정체와 교리적, 신앙적 측면을 수용하기로 하고 교단의 헌법을 자신들의 자치규범으로 삼기로 했다면 반드시 정관에 이에 대한 소속을 분명히 해야 한다. 대법원은 "법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법·장정에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이

486) 예; 본 회의 명칭 - 제1조(명칭) 본 교회의 명칭은 '대한예수교장로회 ○○교회'라 칭한다.
487) 논자가 몸담고 있는 교회는 상표법에 의하여 종교모임조직업으로 서비스표등록을 했다.

파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 지교회는 교단이 정한 헌법·장정을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들임으로써 그의 독립성이나 종교적 자유의 본질이 침해되지 않는 범위 내에서 교단의 헌법·장정에 구속된다."고 판시하였다.[488] 따라서 정관에 소속을 명시하되 소속 교단의 헌법을 지교회의 규약(정관)에 준하는 자치규범으로 받아들인다는 규정을 갖고 있어야 한다.[489]

나. 고유 목적

개신교의 단위종교단체인 교회(지교회)는 법인 아닌 사단으로 보는데 견해가 일치하고 있다. 따라서 교회 분쟁시 소송이라는 방법으로 문제를 해결하려고 할 경우, 법인 아닌 사단의 법리로 판단한다. 그러나 교회는 법인 아닌 사단의 법리만으로 모든 문제를 판단할 수 없는 것은 교회는 종교라는 측면이 강조되면서 사법심사의 대상으로 삼을 수 없는 종교 내부의 종교적 신앙의 교리문제가 개입되기 때문이다. 신앙을 가진 자들이 단체를 구성하여 법인 아닌 사단인 교회를 설립할 당시 교회의 설립목적

---

488) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2000다15944 판결, 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다1330 판결 등 참조.

489) 예; 본 회의 소속 - 제1조(소속) ①본 교회는 대한예수교장로회 총회(합동) 소속으로 한다. ②장로회 헌법을 본 교회 정관에 준하는 자치규범으로 한다.

여기서 소속을 명시할 경우 총회 소속만 명시하고 노회 소속을 명시하는 것과 명시하지 않는 것을 생각해 볼 수 있다. 예컨대 ①본 교회는 대한예수교장로회 총회(합동)와 ○○○ 노회 소속으로 한다. 이처럼 노회 소속을 명시하는 것과 명시하지 않는 경우가 있을 수 있는데 명시하였을 경우 같은 총회 내에서 노회의 분립으로 노회 소속을 변경할 경우는 반드시 공동의회를 소집하여 정관변경 절차를 밟아야 한다. 그러나 노회소속을 명시하지 않을 경우 같은 총회 내에서 소속노회를 변경할 경우는 공동의회 결의로 가능한다. 여기서 정관변경을 결의하는 것과 공동의회 결의하는 것 중에 어느 쪽을 택하는 것이 더 절차상 간판하는지, 혹은 정관변경을 하는 것과 공동의회 결의에 대한 법리적 검토가 필요하다. 사견으로 정관변경보다 공동의회결의로 처리하는 것이 법리적이나 절차상 간편하다. 그렇다면 정관에 소속은 총회 소속으로만 명시하고 노회소속은 공동의회 결의로 확정해 두어야 할 것으로 보인다. 대한예수교장로회 합동측 교단은 무지역 노회가 있다. 총회결의는 지역노회에서 무지역노회로 옮길 수는 없지만 무지역노회에서 지역노회로 옮길 수 있는데 절차는 지역노회로 이적해 가겠다고 노회에 청원하면 보내주도록 했으며, 이적을 허락해 주지 않을 때는 그냥 옮겨가도록 하고 있다. 이때 이적 청원은 공동의회 결의로 가능하도록 돼 있다. 문제는 정관에 노회 소속을 명시해 두었을 때 공동의회 결의로는 불가능하고 정관변경 절차를 밟아야 한다. 그렇지 않으면 위법이 된다. 따라서 무지역 노회 소속 교회는 정관에 노회 소속을 명시하지 않는 것이 좋을 듯하며, 이 경우 지역노회로 이적해 갈 경우 공동의회 결의로 가능하리라 본다.

을 정관으로 규정한다. 이 정관에는 신앙적 측면과 교리적 측면을 명시하면서 구성원 중에 누구를 막론하고 이 교리적 입장을 부정할 때에는 구성원이 될 수 없다는 규정을 삽입했을 경우, 정관을 제정할 당시에 참여한 교인들이나 이후에 교회에 등록한 교인들일지라도 이같은 자치규범을 인정하지 아니할 경우 교인의 지위상실의 규칙을 삽입해야 한다. 교인의 지위상실은 재산권의 사용·수익권 및 처분권도 상실됨을 의미한다.

이런 문제 때문에 교회설립목적과 그 목적에 설립한 교회의 신앙적 측면, 교리적 측면의 규정을 삽입하되 누구든지 이같은 규정을 위반하거나, 거역할 때 지교회 권징재판을 통하여 교인의 지위를 박탈시킬 수 있다는 규정을 자치규범으로 제정해야 한다. 지교회 종교의 자유는 교단변경을 인정하고 있으나 교단변경은 신앙적, 교리적 입장이 전혀 다른 교단으로 변경되는 결과를 초래할 수 있다. 이런 문제 때문에 교회설립목적에 동의하고 설립목적에 규정하고 있는 신앙적, 교리적 측면에 반대하는 경우에는 교인의 지위를 박탈할 수 있는 정관의 제정 역시 필요하다.

대법원은 "하나의 교회가 2개의 교회로 분열된 경우 …교회의 법률적 성질이 권리능력 없는 사단인 까닭으로 종전교회의 재산은 그 분열 당시 교인들의 총유에 속하고, 그 교인들은 각 그 교회활동의 목적범위 내에서 총유권의 대상인 위 교회재산을 사용·수익할 수 있다."라고 판시[490]하여 법인 아닌 사단인 교회의 설립 목적을 언급하고 있다. 교회정관의 목적[491]사항이 변경되지 않는 한 이 목적에 위배한 자들은 교인들의 지위를 박탈시키는 시벌이 가능하며, 시벌을 받을 경우 교인의 지위가 상실되면 자동적으로 교회재산권인 총유권도 상실된다. 즉 교회를 이용할 수 있는 사용·수익권과 관리처분권이 상실된다. 따라서 분쟁의 요인이 정관의 목적사항을 위배한 원교리위반과 그에 따른 교단의 헌법에 대한 불법행위일 경우 이들을 자체내규나 교단의 헌법인 권징조례에 의해 권징재판을 통하여 분쟁을 처단할 수 있다. 분쟁의 원인이 실천적인 행위의 근거가 되는 진리나 교리적인 문제로 연계시켜 이를 시벌했을 경우 법원에 소

490) 대법원 1993. 1. 19. 선고 91다1226 전원합의체 판결; 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다21733 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 95다5912 판결.

491) 예, 본 회의 목적 - 제1조(목적) 본 교회가 소속하고 있는 교단의 신학적 입장인 장로회 신조와 웨스트민스터신앙고백과 대소요리문답에 나타난 전통적인 개혁신앙이 성경에 가장 충실한 표현으로 믿으며 이를 근거한 교회정치 및 예배모범, 권징조례를 정당한 것으로 받아 구원받은 백성들로 구성된 교회의 근본적인 사명이 예배, 복음증거, 교육, 성도의 교제, 기도, 봉사, 그리고 선교이며, 이 세상에서 하나님의 나라를 실현하기 위한 교회의 문화적 및 사회적 책임을 감당하는 것을 목적으로 한다.

를 제기하여 해결할 때에는 법원은 이를 사법심사의 대상으로 보지 않는다는 판례입장에 따라 분쟁의 원인을 처단할 수 있다. 즉 법원은 교리적인 해석에 미치는 경우 이를 판단하지 않고 기각 내지 각하시킨다.

다. 목적의 변경과 제한

교회 설립에 대한 목적을 단순히 상징적인 문제들로 구성하면 분쟁이 발생되었을 경우 많은 혼란이 발생된다. 정관의 설립목적으로 규정하는 권한은 교인들이다. 처음 교회정관에 설립목적으로 규정할 때 구체적인 신앙적, 교리적 문제를 상급기관과의 관계 속에서 규율되어져야 한다. 상급기관이 교리적 문제를 변경하지 않는 한 상급기관의 관계유지가 가능하며 만약 그렇지 아니할 경우 교회설립목적 유지를 위해 그 교단으로부터 탈퇴결의를 할 수 있다. 이는 교회의 설립목적을 유지하기 위한 종교 자유의 원리에 해당한다고 볼 수 있다.

다음으로 정관의 목적 변경 제한이다. 교회의 정관에 규정된 교회설립의 고유 목적을 변경할 수 있는가? 교단변경은 교회설립목적을 변경하는 것을 의미하며, 이같은 교단변경 결의는 지교회의 종교적 자유와 함께 지교회의 존립목적 유지라는 양 측면에서의 내재적 한계가 존재한다. 대법원은 "기독교가 아닌 전혀 다른 종교를 신봉하는 단체로 변경하는 등 교회의 존립목적에 본질적으로 위배되는 교단변경 결의는 정관이나 규약 변경의 한계를 넘어서는 것이므로 허용될 수 없다."고 판시[492]한다. 즉, "다른 종교를 신봉하는 단체로 변경"하는 것은 교회 존립목적에 본질적으로 위배되기에 교단변경 결의는 허용될 수 없다고 보고 있다. 교회분쟁으로 교회 설립목적을 절차에 따라 변경하여 교단변경을 종교의 자유측면에서 인정하고 있지만 교단변경이 종교의 자유에 의해 제한할 수 있는 정관제정이 필요하다.

2. 정관제정의 주체

가. 담임목사 임의로 제정한 정관

교회가 설립될 당시 교회구성원들인 교인들은 대부분 소수이다. 설립된 작은 교회라고 해서 교회 법률행위가 없는 것은 아니다. 예컨대 교회를 설립하고 교회재산권 행

492) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

사, 즉 재산을 취득하거나 은행권에 교회운영 자금과 건축자금을 대출받을 때, 혹은 관공서에 비법인 단체를 신고할 경우 반드시 교회 정관이 필요하며 이를 요구한다. 이때 담임목사는 정관을 임의로 작성하여 제출하는 경우들이 종종 있다. 교회가 점점 성장할 경우 정관의 필요성과 중요성이 대두되면서 사용되고 있는 정관이 어떻게 제정되었는지에 대한 근거 자료가 없다. 이는 담임목사 개인이 만들었기 때문이다. 문제가 제기될 때 법적인 문제가 제기되면서 담임목사를 탄핵하는 빌미가 된다. 따라서 정관은 담임목사 개인이 임의로 작성하면 정관은 부존재 상태가 되므로 반드시 교인들의 총회인 공동의회를 통해서 제정해야 하고 이를 회의록으로 남겨 두어야 한다. 권한 없는 자들이 정관을 만드는 행위는 불법행위이며, 이를 사용했다면 위조 및 동행사죄에 해당될 수 있다. 정관은 권한을 갖고 있는 교인총회에서 제정되어야 한다.

나. 당회 임의로 제정한 정관

소위 당회를 법인의 이사회 정도로 생각하는 경향이 있다. 당회가 지교회를 대표하는 최고의결기관인 것처럼 잘못 판단하여 당회가 정관을 제정하고 재산권을 행사하는 경우들이 있다. 당회가 임의로 정관을 제정하는 것은 불법정관이 되고 만다. 당회는 정관을 제정할 수 있는 기관이 아니다. 당회가 정관을 제정하여 법률행위를 하는 경우 이는 불법행위에 해당된다. 교회 정관은 반드시 교인들의 총회인 공동의회에서 제정 및 개정되어야 법적 효력이 발생한다.

서울의 A교회는 2010년 1월 31일 공동의회에서 교회 정관을 제정하였다. 이미 있던 정관을 개정하는 것이 아니라 새로 제정하였다. 이는 정관이 없는 것을 전제로 하여 새로 정관을 제정한 것이다. 갑 목사가 교회를 개척하여 교회를 운영할 때 이미 정관을 갖고 있었다. A교회는 “1996년 12월 1일부터 시행한다.”는 정관이 이미 존재하였다. 그러나 이 정관은 “1996년 12월 전후로 공동의회가 열리거나 정관을 제정했다.”는 기록이 없다. 그 이유는 교인총회인 공동의회에서 제정한 것이 아니라 당회에서 정관을 제정했기 때문이다. 1996년의 교회 정관은 교회 담보제공과 대출을 위해 공동의회가 아닌 당회에서 임의로 만들어졌을 가능성이 크다. 그렇다고 한다면 이같은 정관은 법적 효력이 없는 정관이며, 이같은 정관으로 재산권 행사를 했다면 그 행위는 법적 문제가 발생할 소지가 있다. 1996년 12월 1일부터 법적 효력이 발생된 정관이 A교회 교인총회(공동의회)에서 작성되었다는 사실을 입증하려면 정관제정을 위해 안건

을 명시한 공동의회 소집을 위한 당회의 결의와 이 사실을 기록한 당회록이 있어야 한다. 공동의회 소집 1주일 전에 교회 주보에 정관제정 광고가 있었고 공동의회를 소집하여 정관을 제정했다는 공동의회 회의록이 있어야 하며 이를 입증해야 한다. 이러한 사실이 증거로 입증되지 못한다면 그동안 A교회는 정관이 없는 상태였다고 볼 수 있다.

그러나 정관이 있는 것처럼, 잘못된 정관으로 법률행위, 재산권행사를 했다면 문제가 있다.[493] 법적으로 교인들의 합의에 의해 작성된 교회장정이나 규약을 가지고 있지 못했다면 교회재산(담보제공, 대출 및 처분)에 관한 법률관계는 민법 제275조 내지 제278조에 의해 처리하되 그 방법은 의결권을 가진 3분의 2 이상의 찬성이 필요하다. 그런 의미에서 1996년 12월 1일에 제정되었다는 A교회 정관에 "당회는 교회에 속한 자산 및 재정에 관한 일을 장리(掌理)하며 본 교회에 속한 부동산, 동산의 소유권 취득이나 처분, 증여, 매매, 교환, 변경 등에 관한 모든 업무를 관장한다."는 규정에 따라 집행했다면 위법이 된다. A교회는 새로운 교회 건축을 앞두고 2010년 1월 31일에 공동의회를 소집하여 정관 개정이 아닌 제정을 했다. 이런 모순을 극복하기 위해 2010년 1월 31일 공동의회에서 제정한 정관 제47조(경과조치)에 의하면 "이 정관 시행 이전에 대한예수교장로회 A교회에서 시행해 온 제반 관련 행정처리는 이 정관에 의하여 시행된 것으로 간주한다."라고 명시하고 있다. 결과적으로 갑 목사의 후임자로 목회한 을 목사가 공동의회를 소집하여 전 교인들을 상대로 무기명 비밀투표로 정관을 제정한 일은 정당하다 할 것이다.

다. 교인총의로 제정한 정관

493) 논자는 교회에 부임하여 목회를 할 때 가장 먼저 교회 정관을 살핀다. 그러나 당시 2006년 현재 목회했던 교회는 모교회의 분쟁으로 분립자금을 받아 교회를 시작했다. 교회 부지를 매입하고 교회를 건축했다. 이런 과정에서 세제혜택을 받기 위해 시청에 종교단체등록과 관할 세무서에 사업자 번호를 부여를 받기 위해 필수준비서류인 교회정관을 제출해야만 했는데 이때 교회 공동의회에서 정관을 작성하지 않고, 그렇다고 불법이긴 하지만 당회에서도 작성하지 않고 장로 개인들이 정관을 임의로 만들어 관공서에 제출했다. 그리고 건축자금 대출을 위해 은행에 정관을 제출했는데 이때 정관은 법적 효력이 없는 정관, 즉 위조된 정관이었다. 이는 실정법에 형사책임이 가능한 행위이다. 이런 상황에서 부임한 논자는 먼저 정관을 공동의회에서 새롭게 작성하여 법률행위를 했다. 이 문제는 언제든지 목회자의 발목을 잡을 수 있는 요인이기도 한다. 공동의회에서 정관을 작성해야 하면, 이를 입증할 수 있는 공동의회 회의록, 그리고 당회 회의록을 갖고 있어야 한다.

대법원은 교인총회의 소집절차에 관해 "법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖추고 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법·장정을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들여 이에 구속되는 교회라고 하더라도, 민법 제71조, 제72조에 비추어 정관이나 교단의 헌법·장정에 다른 규정이 없는 한 총회는 1주간 전에 그 목적사항을 기재한 통지를 발하여 소집하여야 하고, 통지된 목적사항에 관하여서만 결의할 수 있다 할 것이다."고 판시[494]하였다.

교인총회를 소집하여 정관을 제정한다거나, 교회재산을 처분하는 등의 결의는 지교회 존립목적에 지대한 영향을 끼친다. 따라서 의사정족수, 의사정족수 유지 원칙, 의결정족수, 결의할 때 출석회원에 대한 정의는 매우 중요하다.[495] 회의를 개회할 때 회원 호명으로 출석한 교인과 회의가 진행되는 도중 회원 일부가 회의장을 이탈했을 경우 출석회원이란 개회 당시 인원인가, 아니면 회의장을 이탈한 회원을 제외한 인원이 출석회원인가에 대한 문제가 제기된다. 판례는 "당초 총회에 참석한 모든 종원을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 종원만을 의미한다고 할 것이므로 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 종원들은 이에 포함되지 않는다."고 판시하였다.[496] 지교회 정관에 구체적으로 규정되어 있다면 그 규정대로 총회를 소집

494) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3198 판결, 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결, 대법원 2006. 6. 30. 선고 2000다15944 판결, 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다7408 판결 등 참조.

495) 모든 단체의 총회인 "회의체"의 정족수는 2가지로 구분한다. 구성원의 어느 정도가 출석해야 회의를 열 수 있는가를 따지는 "의사정족수"가 있고 구성원의 어느 정도가 찬성을 해야 하는가를 따지는 "의결정족수"가 있다. 이중 의결정족수를 정하는 방법은 회원의 수를 기준으로 하는 방법과 출석회원 수를 기준으로 하는 2가지 방법이 있다. 또 특별한 경우 총투표수(기권표를 제외)나 유효투표수(기권표와 무효표를 제외)를 기준으로 하는 방법 등이 있다. 통상적으로 의결정족수는 출석회원을 기준하여 "과반수 이상 찬성", 혹은 "2/3 이상의 찬성" 등으로 규정돼 있다. 이 때 "출석회원"을 어느 범위까지로 볼 것인가에 따라 상정의안의 의결정족수 충족 여부가 달라지는 경우가 많다.

그동안 판례의 경우 "출석조합원이라 함은 총회에 참석하였으나 의결시 회의장을 이탈하거나, 회의장에 재석하면서도 투표를 하지 않음으로써 기권한 조합원수를 모두 포함하는 개념으로 보아야 하며 … 조합원 참석자 명부에 의결 전까지 서명 또는 날인한 조합원 수가 출석조합원 수의 수라 할 것"(서울중앙지방법원 1997. 10. 29. 선고 97노5108 판결)이라고 판시하고, 이러한 전제에서 "조합원 중 일부가 그 안건 상정 사실을 알고 그 표결 전에 회의장을 이탈했다면 그들의 의사는 그 결의에 불참한다는 것이 아니라 다만 기권하겠다는 의미로 해석하는 것이 타당할 것"(서울중앙지방법원 2002. 8. 12. 선고 2001가합51300 판결)이라며 퇴장한 조합원수를 포함해 의결정족수를 산정해야 한다고 밝히고 있다. 그러나 대법원 판결은 의결정족수에 대한 유권해석은 "결의 당시 회의장에 남아 있던 조합원을 기준으로 산정해야 한다."라고 판시하였다.

하여 결정하면 된다. 그러나 아예 정관이 없거나 정관에 그런 규정이 없을 경우에는 "경우의 수"가 복잡해진다. 교단의 헌법대로 하면 되지 않겠느냐고 할지 모르지만 그 교단 헌법은 지교회 분쟁에 때론 법적 효력이 미치지 못한 경우들이 있다.

교회 정관은 교인총회의 결의로 제정되어야 법적 효력이 있다. 교회에서의 교인총회란 공동의회를 의미한다. 공동의회는 교회의 최고의결기관이다. 공동의회 교인이라면 공동의회에 참여하여 결의권을 행사할 수 있다. 결의권을 행사하는 교인이란 교회 내부적으로 세례받은 교인을 의미한다. 이는 교회의 정체성에 관한 교리적인 문제이다. 교회정체 가운데 장로회 헌법은 "주권이 교인들에게 있는 민주적 정치"[497]라고 하였다. 이 규정은 성경의 원리와 상관없는 민주주의를 근간으로 하는 "민주주의 정치"가 아니라 "민주적 정치"라고 규정한다. 성경적 제도로서 민주적 정치라는 의미이다. 장로회헌법 총론에서 장로회 정치제도는 "성경적인 제도"라고 하였다. 박형룡 박사에 의하면 여기서 성경적이라는 말은 "개혁파, 장로파 교회들은 그들의 교회 정치의 상세 전부(詳細前部)가 성경에 의해 결정되었다고 보지 않고 다만 그 근본적 원리들이 성경에서 직접 인출된다."고 본다.[498]

교회에서 주권을 행사하는 자를 세례교인으로 제한한 것[499]은 바로 예수 그리스도로 말미암아 구원받은 백성들인 교인들이 하나님의 주권을 실현한다는 성경적 교리 때문이다. 세례교인이나 입교인만이 교회의 최고의결기관인 공동의회 회원권으로 제

---

496) 이번 대법원 판결은 의결정족수에 대한 유권해석은 "도시 및 주거환경정비법 제24조에 따라 조합원 총회에서 관리처분계획의 수립을 의결하는 경우의 의결정족수를 정하는 기준이 되는 출석조합원은 당초 총회에 참석한 모든 조합원을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 조합원만을 의미하고, 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 조합원은 이에 포함되지 않는다."고 판시하였다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5568 판결). 또한 대법원은 "직선제에 의한 종중의 회장 선출시 의결정족수를 정하는 기준이 되는 출석종원이라 함은 당초 총회에 참석한 모든 종원을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 종원만을 의미한다고 할 것이므로 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 종원들은 이에 포함되지 않는다."(대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다56037 판결)고 판시하였다.

497) 대한예수교장로회「헌법」, Ⅳ. 정치, 총론 5.

498) 박형룡, 전게서, 106면.

499) 대한예수교장로회「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제1조 1.에서 교회 최고의결기관이며, 교회 입법권을 갖고 있는 공동의회 회원은 "무흠입교인"이라 규정한다. "입교인"이란 유아세례를 받고 만 14세 이상된 자가 입교문답을 통해 입교식을 행한 교인을 입교인이라 한다. 다음으로 입교인은 예수를 믿고 학습을 받은 후 6개월 후에 세례문답을 통해 세례를 받은 교인은 입교인이 된다(대한예수교장로회「헌법」, Ⅴ. 헌법적 규칙, 제5조, 제6조).

한한다. 또한 교회의 권징재판으로 시벌을 당한 자, 즉 시벌 아래 있는 자는 공동의회 회원권이 보류된다.

3. 정관제정·변경을 위한 의사정족수와 의결정족수

의사정족수는 합의제 기관이 의사(회의)를 여는데 필요한 구성원의 출석 인원수를 의미하며, 의결정족수란 의결을 하는데 필요한 수를 말한다. 교회 정관을 제정할 때와 변경할 때 의사정족수와 의결정족수에 관해서 알아본다.

가. 정관제정

정관은 사원총회에서 제정 및 변경한다. 사원총회는 최고의 의사결정기관[500]으로서, 사단법인을 구성하는 사원의 전원으로써 구성되는 결의기관이며, 또한 반드시 두어야 하는 필요기관이다.[501] 또한 총회는 집행기관이 아니라 의결기관이므로 총회의 의결사항의 집행은 집행기관 및 총회로부터 위임받은 자가 집행한다. 총회의 결의로서 정관을 제정하려면, 먼저 총회 자체가 성립하고 있어야 한다. 총회가 적법하게 성립하였다고 하기 위해서는 정해진 절차에 따라 적법하게 소집되어야만 한다.[502] 총회를 성립시키는 정족수에 관해서는 민법에 규정이 없으므로 정관에서 정하여야 하나, 정관에서도 그에 관하여 특별히 정한 바가 없으면 2인 이상의 사원의 출석이 필요하며, 그것으로 총회는 성립한다고 하여야 한다.[503] 이에 대하여 민법 제75조 제1항을 근거로 총사원의 과반수의 출석으로 총회가 성립한다는 소수설이 있다.[504] 그러나 제75조 제1항은 의결정족수를 정한 것이며 의사정족수를 정한 것은 아니다. 정관은 총회의 결의에 의하지 않고는 제정할 수 없다. 교회의 정관을 제정하려고 할 경우 성립된 총회에서 법인 아닌 사단에 유추적용되는 민법 제75조[505]에 따라 사원 과반수의

500) 정관의 변경, 법인의 해산 등을 비롯하여 사단법인에 관한 모든 근본적 의사를 결정하는 기관으로서 총회는 필요기관으므로, 정관의 규정에 의하여서도 이를 폐지하지 못한다.
501) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 150면: 사원이 없는 재단법인에는 사원총회가 있을 수 없으며, 재단법의 최고 의사는 정관에 정해져 있다.
502) 총회 소집절차는 1주간 전에 그 회의 목적사항을 기재하여 통지한다. 통지의 방법은 개별통지, 신문광고, 기관잡지로 가능하나, 전 사원에게 알릴 수 있는 적당한 방법이면 가능하다.
503) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 152면.
504) 김증한, 전게논문("교회가 분열한 경우의 재산귀속"), 217면.

출석과 출석사원의 결의권의 과반수이다.[506]

나. 정관변경

정관변경이란 법인의 동일성을 유지하면서 그 조직을 변경하는 것을 말한다. 정관의 변경이 허용되느냐 않느냐는 사단법인과 재단법인에 있어서 그 사정이 다르다. 사단법인은 인적 결합체를 그 실체로 하며, 그 조직이나 활동은 모두 구성원의 자주적 의사결정에 의하여 정해진다. 그러므로 그의 실체가 되는 인적 결합 자체가 동일성을 잃지 않는 한 정관이 자주적으로 변경되더라도 법인의 동일성은 상실되지 않는다. 즉 사단법인에서는 정관을 변경할 수 있다.[507] 그러나 재단법인은 설립자가 결정한 근본규칙에 따라서 운영되는 타율적 법인이며, 법인의 활동을 자주적으로 결정하는 기관을 가지고 있지 않다. 따라서 재단법인의 정관은 이를 변경할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 민법은 일정한 제한 아래에 재단법인의 정관의 변경을 인정하고 있다.

정관변경은 사원총회의 전권사항이며, 정관에서 총회의 결의에 의하지 않고서 변경할 수 있다고 규정하여도 그 규정은 무효이다.[508] 정관의 변경에는 총사원의 3분의 2 이상의 동의가 있어야 한다.[509] 그러나 총사원의 3분의 2 이상이라는 특별결의의 정수는 정관에 다르게 규정할 수 있다(민법 제42조 단서). 또한 사단법인의 본질에 반하는 정관변경은 무효이며,[510] 법인의 목적은 법인의 동일성이 유지되는 범위 내에서

---

505) 민법 제75조(총회의 결의방법) ①총회의 결의는 본법 또는 정관에 다른 규정이 없으면 사원 과반수의 출석과 출석사원의 결의권의 과반수로써 한다. ②제73조 제2항의 경우에는 당해사원은 출석한 것으로 한다. 제73조 제2항 ②사원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있다.

506) 서울 ○○교회가 2010년에 기존의 정관이 있음에도 불구하고 새로운 정관을 제정하기로 하고 공동의회를 소집하여 무기명 비밀투표로 정관을 제정결의를 하였다. 기존의 정관이 총회의 결의에 의해서 제정된 정관이 아니여서 그 효력에 대한 다툼이 예상된 상황에서 정관을 변경하는 길을 택하지 않고 제정하는 길을 택하였다. 이는 정관을 변경하는 문제보다 제정하는 것이 법리적으로 훨씬 유리하기 때문이다. 정관을 새로 제정하면서 경과조치로 "본 정관 이전의 모든 교회 결의는 본 정관에 의해서 결의된 것으로 한다."라고 함으로써 이전의 모든 교회 결의에 대한 법적 효력의 근거를 마련하였다.

507) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 154면.

508) 곽윤직, 상게서, 155면.

509) 민법 제42조 (사단법인의 정관변경) ①사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있을 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

510) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다15048 판결.

그 변경이 가능하다. 아울러 정관에 그 정관을 변경할 수 없다고 규정하는 있는 경우[511]에 정관을 변경할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이 경우는 전사원의 동의가 있으면 정관의 변경은 가능하다는 것에 학자들의 견해는 일치하며 통설로 자리잡고 있다.[512]

이와 같은 법인에 있어서 정관변경에 관한 규정과 학설, 판례에 근거하여 법인 아닌 사단인 교회의 정관변경에 관해 민법의 사단법인에 유추적용하여 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

교회 정관의 변경에서 교회의 설립목적을 변경할 수 있는가 하는 문제이다. 통설로서 받아들여지고 있는 것은 정관변경이란 법인의 동일성을 유지하면서 그 조직을 변경하는 것을 의미하는데 교회설립목적을 변경하는 것은 교회설립의 동일성을 훼손하지 않는 범위 내에서 가능하다고 본다. 즉 동일성을 훼손할 경우에는 정관변경이 허용될 수 없다고 생각된다. 예컨대 정관상으로 교회설립목적에 교리적인 이유와 교회의 권력구조, 운영의 구조, 예배의식, 정치제도를 위해 소속 교단을 결정하여 이를 목적에 명시했다면 이를 변경하는 것은 설립목적에 따른 동일성의 훼손을 의미한바, 이같은 경우 정관변경을 허용하지 않아야 교회 분쟁을 예방할 수 있는 좋은 방안이라 생각된다.

교단변경 결의에는 지교회의 종교적 자유와 함께 지교회의 존립목적 유지라는 양측면에서의 내재적 한계가 존재한다. 따라서 소속 교단의 헌법에서 교단 탈퇴의 허부

---

511) 학교법인 연세대학교 정관 제5조(정관변경)에 의하면 "이 법인의 정관변경은 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회의 의결을 거쳐 관할청의 인가를 받아야 한다. 다만 제1조, 제25조 제1항, 제40조, 제41조 및 본 조의 단서는 변경할 수 없다."라고 규정하고 있다. 여기 제1조(목적)는 "이 법인은 진리와 자유정신을 체득한 기독교적 지도자의 양성을 위주하여 기독교 교의에 조화하고 대한민국의 교육이념에 의거하여 고등교육을 실함을 목적으로 한다."는 규정이며, 제25조(임원선임의 제한) 제1항은 "이사 및 감사와 이 법인에 소속되는 전임의 교원 및 사무직원은 국내에 거주하는 자로서, 기독교 성경이 가르치는 기독교인의 신앙생활을 하는 자라야 하며, 이사정수의 반수이상은 대한민국 국민이어야 한다."이며, 제40조(해산)는 "이 법인을 해산하고자 할 때에는 이사 정수의 4분의 3이상의 찬성으로 관할청의 인가를 받아야 한다."이며, 제41조(잔여재산의 귀속)는 "이 법인을 해산하였을 때의 잔여재산은 재적 이사 4분의 3이상의 동의에 의하여, 관할청에 대한 청산 종결의 신고가 종료된 후, 이 법인과 동일 또는 유사한 목적을 가진 학교법인이나 교육사업을 경영하는 학교 기독교 단체에게 기부하여 귀속하게 한다"라는 규정이다.

512) 곽윤직, 전게서(민법총칙), 155면: "정관의 변경을 인정하지 않는다면 그것은 시대의 변천에 따라 자주적으로 활동하는 사단의 본질에 반하므로, 비록 정관에서 정관변경을 금지하고 있더라도, 전 사원의 동의가 있으면 변경할 수 있다는 통설은 타당하다."

및 요건에 관하여 위와 달리 정한 경우에도[513] 그 규정이 지교회의 독립성과 종교적 자유의 본질을 해하는 경우에는 지교회에 대한 구속력을 인정할 수 없다. 다른 한편, 실질적으로 지교회의 해산 등 교회의 유지와 모순되는 결과를 수반하는 교단변경 결의, 나아가 기독교가 아닌 전혀 다른 종교를 신봉하는 단체로 변경하는 등 교회의 존립목적에 본질적으로 위배되는 교단변경 결의는 정관이나 규약 변경의 한계를 넘어서는 것이므로 허용될 수 없다.[514]

4. 정관 유무의 증명력

교회가 설립될 경우 적은 수의 인원으로 시작되면서 교회 운영을 위해 정관의 필요성을 크게 느끼지 못한다. 그러다가 교회운영이나 교회 부지를 구입하거나 건축하려고 할 때 금융권에서 그 자금을 기채하려고 할 때 요구된 것 중 하나가 교회 정관이다. 이때 정관의 필요성을 느낀 나머지 오로지 보증담보나 관련 법률행위를 위해 담임목사가 정관을 임의로 만들어 관공서에 제출한다. 그러나 훗날 교회운영을 위해 정관의 필요성이 제기되었을 경우 "이미 정관이 존재한다."는 사실을 알게 되었고, 이 정관이 법적 효력이 있는 정관인지에 대한 문제가 제기될 경우가 있다. 이러한 유사한 사건들은 정관의 존재 여부와 법적 효력 유무가 다툼이 될 수 있다.

가. 당회의 교인총회 소집결의를 위한 회의록

장로회 정체에서는 교인총회(공동의회)의 소집은 당회 결의가 있어야 한다. 정관제정을 위한 공동의회 소집은 1주일 전에 사전공고가 있어야 한다. 연말 정기공동의회는 안건을 명시하지 않고 소집하는 경우가 있는데 예외 없이 안건을 명시해야 한다. 임시공동의회 역시 당회가 안건을 명시하여 공동의회를 소집해야 한다. 따라서 정기공동의회를 통하든 또는 임시공동의회를 통하든 정관을 제정하려면 사전에 회의목적을 명시한 공고에 의해 결의돼야 하며, 당회 회의록에 안건을 명시한 공동의회 소집결의가 그 근거로 기록돼 있어야 한다.

나. 정관제정, 변경을 위한 공동의회 회의록

513) 「민법」 제42조 제1항 단서 참조.
514) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

교인총회의 의사정족수와 의결정족수는 민법에 따라야 한다. 지교회 정관이 제정되었거나 개정(변경) 되었다면 이를 입증할 수 있는 회의록이 존재해야 한다. 그러나 이를 입증하지 못한다면 정관이 존재한다고 볼 수 없다. 대법원은 정관을 제정했고, 변경했다면 교인들의 총회 회의록에 그 근거가 있어야 한다고 판시하였다. "만약에 교인총회(공동의회) 회의록에 정관변경 결의에 관한 내용을 찾아볼 수 없다면 정관이 변경되었다고 볼 수 없다"고 하였다.[515] 정관의 법적 효력 발생은 교인들의 총회에서 제정 및 개정되어야 한다. 교인총회는 의사록을 작성하여야 하고 의사록에는 의사의 경과, 요령 및 결과(결의내용 등) 등을 기재해야 한다. 이와 같은 의사의 경과, 요령 및 결과 등은 의사록을 작성하지 못하였다던가 또는 이를 분실하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한 이 의사록에 의하여서만 증명된다고 판시[516]하였다.

5. 정관 해석의 구속력

교회정관에 규정되어 있지 않는 문제에 대해 이견이 있을 때 이를 다른 규정과의 관련 속에서 어떻게 해석하여 적용할 것인지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 또한 정관 자체에 대한 해석의 문제에 대해 이견이 있을 경우 이를 어떠한 원칙에 의해서 해석하여 적용할 것인지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 이같은 문제에 대해 대법원은 사단법인의 정관해석에 대한 문제를 판단한 사례가 있다. 민법의 사단법인에 유추적용하므로 법인 아닌 사단인 교회의 정관해석에 대한 문제를 사단법인의 정관해석의

515) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3198 판결: "원심은 2004. 3. 1.자 정관이 유효하게 작성되었다고 볼 만한 자료가 없고, 비록 피고인이 2004. 2. 29.에 종전 정관을 위 정관으로 개정하는 결의가 있었다고 주장하나 그 회의록에는 정관변경 결의에 관한 내용을 찾아볼 수 없으며, 피고인 스스로도 검찰에서 위 정관을 혼자서 임의로 작성하였다고 자인한 점 등에 비추어 위 2004. 3. 1.자 정관이 유효하다고 볼 수 없다고 판단하고 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 비록 그 표현에 있어 부적절한 부분이 없지 아니하나 정당하고, 거기에 피고인이 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 위 정관이 유효함을 전제로 하는 피고인의 의결정족수 등에 관한 상고이유들은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다."

516) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5568 판결; 대법원 1984. 5. 15. 선고 83다카1565 판결: "법인의 총회 또는 이사회 등의 의사에는 의사록을 작성하여야 하고 의사록에는 의사의 경과, 요령 및 결과(결의내용 등) 등을 기재하고 이와 같은 의사의 경과, 요령 및 결과 등은 의사록을 작성하지 못하였다던가 또는 이를 분실하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한 이 의사록에 의하여서만 증명된다."

문제로 살펴볼 수 있을 것이다.

가. 사실관계

사단법인 대한민국헌정회 정관에 “회장의 중임을 중지하고 있다. 피고법인의 회장이 사망으로 궐위되자 이를 메우기 위하여 임시총회에서 새로운 회장을 선출하였다. 보궐선거로 당선된 회장에게도 ”회장의 중임을 금지한다“는 중임제한규정이 적용되는지의 여부에 관한 정관해석의 문제였다. 즉 사단법인의 정관에 회장의 중임을 금지하는 규정만 두고 있을 뿐 전임자의 궐위로 인하여 선임된 이른바 보선회장을 특별히 중임제한 대상에서 제외한다는 규정을 두고 있지 않은 경우, 중임이 제한되는 회장에는 보선회장도 포함되는 것인지 해석의 문제였다.

나. 판결요지[517]

사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하므로, 이는 어디까지나 객관적인 기준에 따라 그 규범적인 의미 내용을 확정하는 법규해석의 방법으로 해석되어야 하는 것이지, 작성자의 주관이나 해석 당시의 사원의 다수결에 의한 방법으로 자의적으로 해석될 수는 없다 할 것이어서, 어느 시점의 사단법인의 사원들이 정관의 규범적인 의미 내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명하였다 하더라도 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 구성원인 사원들이나 법원을 구속하는 효력이 없다.

사단법인의 정관에 회장의 중임을 금지하는 규정만 두고 있을 뿐 전임자의 궐위로 인하여 선임된 이른바 보선회장을 특별히 중임제한 대상에서 제외한다는 규정을 두고 있지 않은 경우, 중임이 제한되는 회장에는 보선회장도 포함되는 것으로 해석함이 상당하다고 판시하였다.

다. 판결의의

정관해석은 정관 초안을 작성한 자가 “당시 이러한 의미로 작성했다”고 하거나 해

517) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99다12437 판결.

석 당시의 교인총회(공동의회)에서 교인들의 다수결에 의한 방법으로 자의적으로 해석될 수 없다는 점이다. 예컨대 정관변경 규정이 재적교인의 과반수 이상의 참석으로 변경하는 규정에 따라 재정교인 과반수 이상이 찬성하지 아니했으므로 정관변경은 할 수 없음에도 불구하고 "재적교인이 과반수 이상 참석했다고 하고 변경하는데 이의 있습니까?"라고 물은 후 이의가 없자 정관변경을 하는 경우이다. 이러한 정관해석으로 인한 정관변경결의는 구속력이 없다. 또한 정관이나 교단 헌법에 목사장로의 은퇴는 만 70세라고 했을 경우 이를 해석할 때 법규해석방법이 아닌 만 71세 생일전일로 한다는 총회해석결의는 구속력이 없다 할 것이다.

교회구성원들은 어느 누구도 예외 없이 정관 자치규범에 구속된다. 정관을 자의적으로 해석하여 자기 유리한 입장에서 적용하면 안된다. 교회의 분쟁은 교회정관이나 소속 교단의 헌법과 교단의 결의들이 있는바 지교회는 여기에 구속됨에도 불구하고 구속받지 않고 불법을 범할 때 교회분쟁이 발생된다.[518]

6. 정관위조와 공정증서불실기재죄

위변조 죄는 권한이 없는 자가 타인의 명의로 문서나 유가증권 등을 작성하는 경우를 말한다. 이에 대해 무형위조[519]는 권한은 있지만 허위의 내용으로 문서를 작성하

---

518) 한국교회는 오로지 믿음과 그 믿음으로 말미암는 구원을 강조해 왔다. 그 구원은 하나님의 은혜이지 인간의 행위가 아님을 강조하면서 받은 은혜를 보답하기 위하여 헌금하고 봉사해야 한다고 강조해 왔다. 그러한 헌금과 봉사는 계속적으로 복을 받는 비결이라는 형식논리는 한국교회를 지탱한 요인 중에 하나였다는 사실을 부인할 수 없다. 문제는 그것이 신앙생활의 전부로 설명되어져 왔다는 점이다. 교회와 교인들의 대 사회적인 책임, 지역사회의 공익적 사역들, 그리고 준법정신 함양 등이 기독교 정신을 구현하는 중요한 요인들임을 강조하는데 상당한 부분 실패했다고 본 것이다. 그러다 보니 교회정관이 교회 자치규범의 중요성을 심각하게 인식하지 못한 것은 당연한 일이 되었으며 이 문제에 대해 무관심했고, 바른 교육이 전무했다. 교인들이 이러한 정관의 중요성을 많이 알면 안된다고 생각하기까지 한다. 중세기 때 우민정책과 같은 맥락이다. 그러다 보니 정관규정의 법적 효력과 구속력은 특정인(목사와 장로), 특정기관(당회)이 무력화시켜 왔다. 이제 교회분쟁을 해방하고 해결하기 위해서는 교회정관의 중요성과 법적 무서움을 새롭게 인식해야 때인 것 같다.

519) 무형위조란 권한이 있는 자가 진실에 반하는 내용의 문서를 작성하는 행위로서 예로 들면, "이사회의 출석 및 의결에 관한 권한을 위임하고 불참한 이사들이 이사회에 참석하여 의결권을 행사한 것처럼 이사회 회의록을 작성한 경우에 사문서의 무형위조에 해당할 뿐이므로 처벌대상이 되지 않는다."는 대법원 판결(대법원 1984. 4. 24. 선고 83도2645 판결)과 같은 내용이다.

는 경우를 말한다. 예를 들면 갑이 함부로 을의 명의를 사용하여 문서를 작성하는 것이 유형위조이고, 작성권한이 있는 공무원이 지시받은 내용과 다르게 허위로 기재하는 것이 무형위조에 속한다. 우리나라 형법에서 사용하는 위조라는 용어는 곧 유형위조를 뜻하며, 무형위조는 작성(作成)이라고 표현하여 위조와 구별한다. 형법에서는 유형위조만 처벌하고 무형위조에 대해서는 원칙적으로 처벌하지 않는다. 왜냐하면 사문서에 대한 신용은 그 내용의 진실성보다는 작성명의의 진정성에 있다고 보기 때문이다. 무형위조에 대해서는 허위공문서 작성(제227조), 허위진단서 등의 작성(제233조), 공정증서원본 등의 부실기재(제228조)에 한하여 처벌한다.

사문서위변조에 대해 대법원은 "사문서의 위, 변조 죄는 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 것을 말하는 것이므로 사문서를 작성, 수정함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위, 변조 죄에 해당하지 않고, 한편 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조 죄가 성립하지 않는다고 할 것이나[520], 명의자의 명시적인 승낙이나 동의가 없다는 것을 알고 있으면서도 명의자 이외의 자의 의뢰로 문서를 작성하는 경우 명의자가 문서작성 사실을 알았다면 승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측한 것만으로는 그 승낙이 추정된다고 단정할 수 없다."[521]고 판시한다.

기독교 단체인 교회의 재산은 특단의 사정이 없는 한 그 교회소속 교인들의 총유에 속하므로 그 재산의 처분에 있어서는 그 교회의 정관 기타의 규약에 의거하거나 그것이 없는 경우에는 그 교회 소속 교인들의 총회의 결의에 따라야 하는 것인바, 교인총회의 결의가 없었음에도 있는 것 같이 관계서류를 위조하여 경료한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이다. 또한 교회가 분쟁이 발생할 때 재산처분을 위한 교인총회에서 반대측의 교인들에게 통지하지 않고 행한 교인총회는 "교인총회의 결의"로 인정을 받지 못하며, 이 경우에도 "관계서류 위조"로 본다.[522] 또한 지교회가 소속된 교단의 헌법상 지교회의 부동산을 특정 재단법인 앞으로 등기하도록 하는 규정이 있다고 하더

520) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도3101 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도235 판결 등 참조.
521) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987 판결.
522) 대법원 1986. 6. 10. 선고 86도777 판결.

라도, 지교회의 대표자가 정관에 의하지 아니하거나 총회의 결의 없이 지교회 교인들의 총유에 속하는 교회 부지 및 건물을 위 재단법인 앞으로 소유권이전등기를 마친 행위는 공정증서부실기재죄에 해당된다.[523]

제4절 교회정관과 교단헌법의 법률관계

1. 교회정관과 교단헌법과의 관계

교회는 각각 정체에 따라 그 형태를 달리하지만 회중정체를 제외하고는 모든 정체에서는 소속 교단이 존재한다. 교단에 소속된 지교회는 교회의 정관과 소속 교단의 헌법이나 권리장전을 갖고 있다. 지교회는 정관상으로 규정된 내용이 일차적으로 적용되어 효력이 발생되며, 교단의 헌법을 지교회 자치규약으로 받아들인다는 정관상의 규정이 없을지라도 교단에 소속된 지교회라는 명시적 규정이 있는 한 교단헌법은 지교회 정관에 준한 자치규범으로서 효력이 있다. 그러나 이는 전제조건이 있는바, 이는 지교회의 독립성과 종교의 자유의 원리를 침해해서는 안된다는 점이다.

가. 교단과 총회의 개념이해

우선 장로회 정체에 있어서 교단의 헌법과 지교회의 관계를 이해할 필요가 있다. 이미 본 논문 제2장에서 교회를 보편교회와 지교회(개체교회)로 구분된다고 전술한바 있다. 보편교회란 지역을 초월하여 흩어져 있는 모든 신자들의 모임을 가리키며 이를 유형교회라고도 한다. 그 보편교회가 한 장소에 모일 수 없기 때문에 각 지역별로 개별교회 형태, 즉 지교회 형태로 존속한다. 대한민국이라는 지역에 합동측 소속 모든 신자들을 가리켜 보편교회라 한다면 이 교회 명칭은「대한예수교장로회」라고 한다. 이 장로회를 우리는 교단이라고 한다. 총회는 3심제도하에서의 상고심에 해당된 대법원과 같은 의미를 갖고 있다. 우리나라 명칭을 대법원이라고 하지 않고 대한민국이라 하듯이 "교단"의 공식명칭은 "총회"라 하지 않고 "대한예수교장로회"라 한다.

대한예수교장로회는 전국 각 지역별로 지교회가 존재하고 그 상회로서 소속 목사와 당회가 파송한 총대장로로 조직한 노회(대한예수교장로회 ○○노회)가 있다.[524] 노

523) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도3198 판결.

회의 직무는 일정지역 안에 있는 지교회를 총찰한다. 노회의 상회인 총회(대한예수교장로회 총회)는 노회에서 파송한 목사와 그와 동수의 장로로 조직한다. 직무는 소속 각 교회와 치리회의 모든 사무와 그 연합관계를 총찰하며, 헌법 등의 해석권을 갖는다.

따라서 "대한예수교장로회" 안에는 "○○교회", "○○노회", "총회"가 존재한다. 교회와 노회와 총회 앞에는 언제나 "대한예수교장로회"를 명기함으로써 그 소속을 분명히 하고 있다. 그렇기 때문에 "대한예수교장로회"가 곧 "대한예수교장로회 총회"를 의미하지는 않는다.[525] "총회"란 "대한예수교장로회"에 소속된 "최고회"이다. 최고회란 그 이상의 회가 없다는 의미이다. 총회의 직무는 "총회 소속 교회 및 치리회의 모든 사무와 그 연합관계를 총찰한다."고 규정하고 있다.[526] "총회"는 법인 아닌 사단에 해당된다. 그러나 총회의 재산을 관리하기 위하여 법인을 구성하여 관리하는데 그 명칭은 "대한예수교장로회 총회 합동측 유지재단"이다. 이 법인은 "장로회헌법"이나 "총회규칙"에 의해서 관리·운영되는 것이 아니라 국가 관할청의 관리감독하에 법인 이사회가 운영관리한다. 법인 이사회는 총회 소속 인사들로 구성된다.

여기에서 "헌법"이란 "총회헌법"이 아니라 "대한예수교장로회 헌법"이다. 교단이라 했을 때 "총회"를 의미하는 것이 아니라 "대한예수교장로회"를 의미한다. 그래서 "장로회헌법"을 "교단헌법"이라 하는 것이지 "총회헌법"이라 하지 않는다. "총회"는 자치규범으로 "총회규칙"이 있고 "○○노회"는 "노회규칙"이 있으며, "○○교회"는 "교회정관"이 있

---

524) 알기 쉽게 정리하면 다음과 같다.

대한예수교장로회 - 헌법

1. 지교회(당회) - 교회정관
2. 노회 - 노회 규칙
3. 총회 - 총회 규칙

여기서 헌법이란 총회헌법을 의미하는 것이 아니라 대한예수교장로회 헌법이라 한다. 총회는 장로회헌법 적용을 받으며, 자치규범인 총회규칙이 존재한다. 헌법과 총회규칙의 충돌이 있을 수 있으며, 제3자에 대하여 법률행위를 할 때에는 총회규칙이 우선적용되는 구속력을 갖고 있다. 총회규칙은 장로회헌법과 상충된 규정을 제정하지 않아야 하지만 만약에 현실적인 필요성 때문에 상충될 때 내외적인 관계에서의 법률행위는 총회규칙이 우선하는 것이 민법과 대법원의 판례 입장이라 할 수 있다. 이는 지교회 정관과 장로회헌법이 상충될 때 교회만을 법적 단위의 교회로 판단한 대법원은 정관자치규범이 일차적인 구속력을 갖는다는 것이 판례입장이다.

525) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제12장 제1조: "총회는 대한예수교장로회의 모든 지교회 및 치리회의 최고회이니 그 명칭은 대한예수교장로회 총회라 한다."

526) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, 정치 제12장 제4조.

다. 여기서 첫째, 교회정관과 교단헌법, 둘째, 노회규칙과 교단헌법, 셋째, 총회규칙과 교단헌법이라는 법률관계가 제기된다. 즉 교회정관과 교단헌법이 충돌될 때, 노회규칙과 교단헌법과의 충돌, 총회규칙과 교단헌법과의 충돌이 제기될 때 각각의 법률관계와 어느 법이 우선 적용되어야 하는가라는 문제가 제기된다.

나. 교회정관과 교단헌법과의 관계

교회가 법인 아닌 사단으로 인정된바, 법인 아닌 사단으로서 교회는 자치법규인 정관에 구속된다. 교회정관은 자치법상 구속력을 갖고 있으며, 이 정관에 의해서 교인은 사용·수익권이 있으며, 관리·처분권을 갖는다. 교회 최고의결기관인 공동의회(교인총회)에 참여하는 교인의 지위를 부여받는다. 또한 이 정관에 의해서 재판받을 권리를 가지며, 각종 청원권을 갖는다. 부당한 재판이라고 생각될 때에는 상급기관에 상소할 수 있는 권한이 있다. 이런 모든 문제는 정관에 보장된 교인의 기본권으로 규정되어 있어야 한다. 그리고 교인으로서 교회 내부에서 인권침해를 받았을 때 이를 법적으로 치유할 수 있는 절차법이 정관에 규정되어야 한다. 교회직분과 관련된 규정과 민주적인 의사결정 절차, 투명한 재정계획과 집행이 정관상으로 규정되어 있어야 한다. 이러한 정관은 교회 내부의 법률관계에서의 효력뿐만 아니라 외부적 법률관계에서도 정의관념에 반하지 않는 범위 내에서 그 효력이 있다. 법원도 그 효력을 인정하는 판례입장을 보이고 있다. 따라서 이러한 정관은 객관성과 공정성이 담보되어야 한다.

교회정관은 교회 내부적으로 교단 소속교회로 존재하는 경우 교단헌법에 반한 정관을 제정할 수 없다. 교단 소속 지교회가 분쟁이 발생되었을 때 상급기관에 상소 내지는 소원이 이루어질 경우 소속 교단은 지교회의 정관대로만 판단하는 것이 아니라 상급기관의 헌법에 준해서 판단한다. 이런 이유 때문에 교단소속 지교회로 남기를 원한다면 소속 교단헌법에 반한 정관을 제정할 수 없다. 단지 소속 교단헌법이 규정하고 있지 않거나 불분명한 것은 분명한 규정으로 제정했을 경우는 제외된다. 그러나 교회 내부의 문제를 외부적으로 법률행위를 한다거나 판단을 받을 경우에는 지교회 정관을 무시하고 교단헌법에 의해서만 판단하지 않는다는 점이다. 일차적인 판단기준은 지교회 정관이며, 정관에 명시되지 않는 부분은 소속 교단의 헌법의 규정을 적용한다. 이 경우는 반드시 지교회가 소속 교단의 헌법을 자치규범에 준하여 받아들인다는 규정이 있거나 소속교단에 대한 명시적 규정이 정관상으로 존재해야 한다.

첫째, 지교회에 대한 교단헌법의 구속력이다. 대법원은 “대한예수교장로회 경북노회에 소속된 원고 교회가 설사 한 개의 교회로서 독자적으로 종교활동을 하고 있는 말단 종교단체라 하여도 그 관리운영에 관한 종헌인 대한예수교장로회의 헌법을 무시하고 그 교회를 멋대로 관리 운영할 수 없다.”[527]고 했으며, “어느 지교회가 자유로이 선택한 어느 특정교파에 속하고 있는 한 그 교파의 교리 내지 의식 등 그 규약에 따라야 함은 두말할 나위도 없다.”고 판시[528]했다. 또한 “법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법·장정에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 지교회는 교단이 정한 헌법·장정을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들임으로써 그의 독립성이나 종교적 자유의 본질이 침해되지 않는 범위 내에서 교단의 헌법·장정에 구속된다.”[529]

대법원은 법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 교회가 특정교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기관을 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급기관에 지나지 않는다고 판단했다. 다만 지교회가 정관을 갖고 있든지 없든지를 상관하지 않고 교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있다고 했다. 이 경우 교단헌법은 지교회의 독립성과 종교적 자유의 본질을 침해하지 못한다고 했다. 예컨대, 교회재산을 교단의 유지재단으로 편입하라고 명령한다든지, 지교회재산은 노회 소유로 한다든지, 지교회 재정집행을 교단의 관리감독을 받으라는 것 등은 불가하다. 그러나 지교회 독립성과 종교 자유의 본질을 침해하지 않는다면 교단헌법을 따라야 한다고 판시했다.[530]

법인 아닌 사단인 종중사건 판결에서 대법원은 “법인이거나 비법인 사단인 어느 단체가 상급단체에 가입되어 있는 경우, 상급단체의 지위에서 가입단체에 대하여 업무상 지휘·감독할 수 있는 권한은 인정될 수 있지만 그 권한은 가입단체의 독립성을 침해하지 아니하는 범위 내로 제한되어야 하고, 같은 이치로 가입단체가 상급단체의 규

527) 대법원 1982. 11. 14. 선고 72다1330 판결.
528) 대법원 1978. 10. 10. 선고 78다716 판결.
529) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결, 대법원 2006. 6. 30. 선고 2000다15944 판결 참조.
530) 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

칙이나 정관을 자신의 정관으로 받아들인다고 규정하고 있지 아니한 이상 가입단체의 조직과 운영에 관하여 상급단체가 제정한 규칙에 따라 규율된다고 볼 수 없다."고 판시[531]하기도 한다. 정관상에 지교회의 소속 교단의 지도를 받는다는 규정만으로 "교단의 헌법을 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들였다."고 할 수 있느냐에 대한 판단은 해석의 여지가 있을 수 있는 문제이다. 교단에 가입한 지교회가 상급단체인 교단헌법을 자신의 자치규범으로 받아들인다는 구체적인 성문규정의 존재 여부를 확인하여 판단해야 할 것으로 보인다.

둘째, 지교회 정관과 교단헌법과의 충돌문제이다. 지교회 정관과 교단헌법 규정이 충돌할 때 어느 법을 우선해야 하는가라는 문제이다. 물론 교회 내부관계에서는 교단헌법에 반한 지교회 정관을 갖고 시행할 경우 교단은 이를 용인하지 않을 것이며, 그 책임을 물을 수 있을 것이다. 이때 이 문제가 소송으로 사법심사를 요구할 때 다툼의 대상이 된다. 법원은 지교회 정관이 교단헌법에 반한다는 이유로 교단이 처벌했을 때 그 처분결의가 지교회 독립성을 훼손한 것이라면 무효로 판단할 것이며, 그렇지 않을 경우에는 처분의 무효를 주장하는 원고측이 패소할 것이다. 그러나 지교회 정관과 교단헌법이 충돌하고 있다는 이유로 교단이 지교회의 교단소속을 거부했을 경우 지교회는 법적 대항력이 없다. 그러나 교단에 소속하기를 원한다면 교단헌법에 따라 정관을 제정해야 한다.

문제는 지교회 정관규정과 교단헌법(교단결의)이 충돌할 때 법률적으로 지교회 정관을 변경하지 않는 한 그 정관이 교단헌법(교단결의)보다 앞선다고 볼 수 있다. 예컨대, 교단헌법규정이 교회 직원의 정년이 만 70세라고 했을 경우 교단결의로 해석하기를 "만 70세라 함은 만 71세 생일 전날로 하기로 한다."라고 했을지라도 교회정관상으로는 "만 70세 생일날을 정년으로 한다."고 했다면 정년은퇴는 만 70세 생일날로 적용해야 한다.[532]

다. 교회정관과 노회규칙과의 관계

---

531) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다72109 판결.

532) 다음은 논자가 상담한 사례이다. 교회 당회에서 당회원 중 1명이 이미 교회 정관에 따라 만 70세 생일이 지나서 정년으로 은퇴라고 하자 당사자인 본인은 총회가 만 71세 생일전날이라고 결정했기 때문에 자신은 아직 은퇴가 아니라고 주장하면서 하는 말이 "교회 정관이 무슨 필요가 있으며, 그것이 목사가 만들었다."고 하면서 화를 내는 것을 보았다. 공동의회에서 제정한 정관을 목사가 만들었다고 주장하거나 정관이 필요 없다고 말할 정도로 웃지 못 할 일들이 일어나고 있는 것이 현실 교회 일부 장로들의 수준이다.

장로교회나 감리교회는 상회치리회에서 지교회 교역자를 파송하는 형태를 취하고 있다. 조직상 사단적인 구조를 갖고 있지만, 내부적인 관계에 있어서 교인들의 자율적인 결정보다는 교단헌법에 입각한 상회치리회인 노회와 총회의 타율적인 결정에 의해 운영되는 경우가 많이 있다. 이런 이유로 지교회는 교역자를 해임시키려면 상급치리회의 최종 처분결정이 있어야 한다. 그렇지 않고는 지교회가 해임시킬 수 없다. 목회자의 청빙이나 해임은 지교회의 권한이 아니라 상급치리회의 고유권한이므로 이 문제에 대한 분쟁이 제기된다.

대법원은 노회의 승인없이 교인들의 총의에 의하여 선임된 당회장의 제3자에 대한 관계에 있어서의 대표자 자격문제와 교인들의 총의에 의하여 선임된 대표자의 교인총유재산의 처분권과 교회가 소속할 노회의 선택권에 대한 판결사례에서 교회를 법인 아닌 사단으로 인정하면서 교회 교인들이 법인 아닌 사단의 대표자, 즉 교회 대표자를 선임했다는 노회의 승인취임이 없었다고 할지라도 노회 이외에 제3자에 대해서 법률행위를 할 수 있다고 판시하고 있다. 이는 노회가 지교회의 독립성을 침해하지 못한다는 판례입장인 것으로 보인다.

구체적으로 판결요지를 보면 "교회를 독립된 비법인 사단으로서의 당사자능력을 갖춘 단체로 인정하는 이상 그 교회와 그 소속 노회와의 관계에 있어서는 교회의 당회장 취임에는 노회의 승인을 요하는 것이어서 교회에서 교인들의 총의에 의하여 선임한 당회장도 그 승인이 없는한 노회에 대하여는 당회장으로서의 권리 의무를 주장할 수는 없다 할지라도 비법인 사단의 성질상 교회가 소속 교인들의 총의에 의하여 그를 대표할 당회장으로 선임한 자는 노회 이외의 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 교회를 대표할 자격이 있는 것이다."고 판시하였으며, "원고 교회가 독립성 있는 비법인 사단인 이상 그가 소속하는 전기노회와의 내부적 관계에 있어서는 그 노회의 규약에 따라 교회의 운영 기타의 종교활동을 하여야 할 것이라 할지라도 그 노회 이외의 대외적 관계에 있어서는 소속교인들의 총의에 의하여 자율적으로 그의 대표자 기타의 임원을 선임하고 그들을 통한 종교적인 행사를 하며 교인들의 총유에 속하는 교회당을 처리할 수 있을 것은 물론 종교자유의 원칙에 따라 소속교인의 총의에 의하여 그가 소속할 노회도 선택할 수 있는 것이라고 할 것이다."고 판시[533]했다. 노회 선택의 자유는 종교자유의 원칙으로 보고 있다.

533) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결.

또한 대법원은 “지교회가 속한 교단의 노회가 지교회의 당회장인 목사 갑이 노회 재판국으로부터 직무정지 가처분 결정을 받아 당회장으로서의 모든 권한이 정지되는 등 당회장의 결원이 생기자 목사 을을 지교회의 임시 당회장으로 파송한 것은 적법하고, 그 후 일시적으로 임시 당회장의 파송사유가 해소되었다 하더라도 노회가 목사 갑에 대한 면직·출교처분 후 목사 을을 임시 당회장으로 인정하여 그 직무수행을 승인하고 있는 이상 목사 을 및 그 후임 목사들은 모두 임시 당회장으로 지교회를 대표할 권한이 있다.”[534]고 판시하여 지교회가 소속 교단의 노회에 소속된 지교회의 담임목사 파송권과 해임권이 노회에 있다는 사실을 인정한 판례이다.

교회 대표자는 교단헌법에 따라 선임되어야 한다는 취지의 대법원의 판례에 의하면 “원고 교회는 대한예수교장로회 경북노회에 소속하고 있는 지교회로서 설사 2개의 파로 분파되어 있다 하더라도 원고 교회의 대표자는 어디까지나 경북노회 또는 원고 교회의 운영방법을 규율하고 있는 종헌인 ”대한예수교장로회 헌법“에 정하는 바에 따라 선임되어야 한다.”고 판시하였다.[535]

대법원은 근래 최종적인 판례입장을 보였던 2006년 전원합의체 판결[536]에서 “법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖춘 개신교 교회가 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법에 따라 의사결정기구를 구성하고 교단이 파송하는 목사를 지교회의 대표자로 받아들이는 경우 원칙적으로 지교회는 소속 교단과 독립된 법인 아닌 사단이고 교단은 종교적 내부관계에 있어서 지교회의 상급단체에 지나지 않는다.”고 판시하였다. 다만, 지교회가 “교단이 정한 헌법을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들일 수 있다.”는 사실을 전제하면서 교단의 헌법은 “지교회의 독립성이나 종교적 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서”만 구속한다고 보았다. 이 판시는 교단의 헌법이 지교회의 독립성과 종교적 자유의 본질을 침해할 수 없다고 본 것이다. 이는 대법원이 앞으로 이같은 법리를 터잡아 교회와 교단과의 관계를 둘러싼 법률관계를 해석하는 기본 원리로 삼겠다고 판시하기도 했다.

따라서 지교회와 노회와의 관계에서 교회의 재산권과 교회의 대표자 선임을 노회가 인정하지 않았다고 할지라도 재산권에 대표자로서 노회 이외의 제3자에 대해 법률행위의 효력에 관해서 지교회의 독립성과 종교자유의 원리를 인정해서 지교회 결정을

534) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67665,67672 판결.
535) 대법원 1975. 12. 9. 선고 73다1944 판결.
536) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.

우선시 하지만 그 외 신앙단체적 측면에서의 교회 대표자의 선정과 대표자의 해임에 대한 노회의 규칙과 교단의 헌법 규정을 그대로 인정하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 노회는 지교회의 독립성과 종교자유의 원리를 침해하고나 훼손하는 결의나 규칙을 제정하면 안되며, 반대로 지교회는 노회를 자치단체의 상급기관으로 결의했거나 정관상으로 규정돼 있다면 그에 따라 운영되어야 한다.

라. 정관상으로 담임목사 임기제와 시무투표제 규정 문제

보편적으로 개혁정관, 즉 민주정관을 추구하겠다는 일부 단체와 교회에서 목사의 독재와 월권을 방지하기 위하여 지교회 정관상으로 목사의 임기제를 도입하거나 신임투표 제도를 두어서 정관 규정으로 일정한 시무기간이 종료되면 교인총회에서 신임투표를 통하여 계속시무 여부를 결정하는 정관제도를 두고 있다. 이런 제도가 장로정체를 근간으로 하는 장로교회에서 일어난 사건으로 이는 신학적인 문제로 인한 정체의 오해로부터 기인한 것이라 할 수 있다. 이는 장로회 정체로 교회를 운영하는 교회에서 회중정체로의 정관을 만드는 경우에 해당된다.

교회 분쟁이 목사의 독재와 장로의 월권이 그 원인이 되는 경우가 많은바, 목사와 장로의 임기제를 두는 정관을 만들려는 경향이 있다. 특히 장로 시무투표제가 장로회 헌법상으로 규정되어 있기 때문에 목사 시무투표제도를 정관에 규정해야 한다고 주장하는 이들도 있다. 실제적으로 이런 내용을 정관으로 규정한 장로교회도 있다. 이는 교단의 신학적, 교리적 원리와 정치원리를 무시하는 사례에 해당된다. 목사의 지교회 시무권, 목양권은 교인들에 의해서 결정되어 부여된 것이 아니라 노회가 부여해 주는 권한이다. 이는 강단권(설교권)으로도 설명된다. 노회가 노회소속 지교회를 목사에게 맡긴다는 개념이다. 교인들이 이 권한을 행사하는 것은 바로 회중정치이다. 그러나 장로회 정치와 신학적 입장은 지교회 담임목사의 목양권과 강단권(설교권)은 하나님의 말씀인 성경을 주해하고 설교하는 직무이므로 이를 교인들이 결정할 수 있는 위치에 있지 않을 뿐 더러 그러한 권한이 없다. 단지 교인들은 교인총회를 통하여 상급기관인 노회에 담임목사를 파송해 달라고 요청, 즉 청원할 수 있다.

이런 의미에서 목사의 시무에 대한 임기제나 시무투표를 통하여 시무 여부를 결정할 수 있는 정관을 만든다는 것은 곧 장로회 정치원리와 교단의 신학적 입장을 포기 및 거절하는 행위이기 때문에 노회는 이를 근거로 치리할 수 있다. 교단 소속 노회의

지교회로 존재하기를 원한다면 이 원칙은 지켜져야 한다. 장로는 교회 소속이요, 교인들의 투표와 복종서약으로 치리권이 부여되므로 이를 철회하는 권한도 교인의 권한이다. 시무위임 철회를 위한 시무투표는 정당하다. 그러나 담임목사의 목양권과 설교권은 교인들의 투표에 의해 결정한 것이 아니라 노회로부터 파송하여 위임하므로 담임목사직의 권한에 대한 법적 효력이 발생된다. 이런 이유 때문에 교회 교인들이 공동의회를 통해서 담임목사 임기제나 시무투표권을 행사하려는 것은 위법이다.

목사의 소속은 노회요, 장로의 소속은 지교회이다. 장로는 공동의회 회원이요, 당회원이다. 당회원인 장로의 1심 재판관할은 당회이다. 이는 지교회의 당회 소속이기 때문이다. 목사의 소속은 당회 소속이 아니라 노회이기 때문에 목사의 1심 재판관할은 당회가 아니라 노회이다. 이런 법리 때문에 목사는 당회원이 아니며, 당회장이다. 장로는 공동의회의 교인회원 자격으로 참여하지만 목사는 교인회원 자격이 아니라 당회장이 회장을 겸무하는 법리에 따라 당회장, 회장의 자격으로 참여한다. 모든 단체는 그 단체구성원이 회장을 선출한다. 그러나 교회 최고의결기관인 교인총회(공동의회)의 의장은 공동의회 회원들로 구성된 교인들이 선출한 것이 아니라 이미 당회장인 담임목사로 의례히 결정되어 있다. 이런 이유 때문에 목사는 구역편성이나 남전도회 회원이 될 수 없다.[537] 그러나 이러한 문제가 교단헌법과 상충된 내용을 지교회 정관으로 규정되어 있을 경우 대내적으로, 즉 교단 자체 안에서는 교단헌법으로 판단하여 처분결정을 하겠지만 내외적으로 법률행우를 할 때에는 정관이 효력을 갖게 된다.

2. 교회정관과 교단헌법이 교회에 적용되는 범위와 한계

가. 지교회의 자유로운 법률행위

개별교회의 법적 성격이 법인 아닌 사단이기 때문에 개별교회가 독자적으로 법률행위를 하는데 아무런 문제가 없다는 사실은 이미 전술한 바와 같다. 따라서 교회는 소속 교단과 아무런 상관없이 대외적 관계에서 자유롭게 법률행위를 할 수 있으며,

537) 논자가 몸담고 있는 교회에 처음 부임했을 때 교회장로들이 담임목사도 남전도회 회원에 가입해야 한다고 했다. 그동안 자신들은 교회에서 그렇게 배워왔다는 것이다. 그리고 당회장인 담임목사도 당회원이라고 하면서 장로 2명과 당회장 1명인 총 3명이 다수결로 결정되어야 하기 때문에 목사는 장로가 하자는 대로 해야 한다는 식으로 말하는 경우를 경험했다. 그러면서 어떤 교회목사는 당회에서 장로들이 하자는 대로 한다고 했다. 이런 식으로 장로교 정치원리와 교리적 입장이 왜곡되어 있다. 이런 개념오해가 교회 분쟁을 가져온다.

교단은 이같은 교회의 법률행위의 효력을 침해할 수 없다. 소속 교단이 존재하지 않더라도 교회는 독자적인 자기결정으로 각종 재산취득, 처분권 등으로 법률행위를 하는데 아무런 제약이 없다.[538] 교단은 개별교회에 대해 억지로 자기 교단에 가입하도록 강제할 수 없고 가입한 교회의 자기결정 없이 소속노회를 임의로 변경을 강제할 수 없다. 스스로 교단에 가입한 개별교회는 교단의 지도와 감독을 받아야 하며, 교단은 교회의 신앙질서를 유지하기 위하여 통제권한이 부여된다는 것은 자연스러운 이치이다.

나. 지교회 재산에 대한 자기결정권의 효력

지교회의 재산문제나 분열시의 그 재산의 귀속을 둘러싼 분쟁에 관하여 교단치리회가 어떤 결정을 내리더라도 지교회가 이를 받아들이지 않은 한 지교회에 대하여 효력이 없다.[539] 그러나 교단의 헌법에 포함된 개별교회의 재산에 관한 규정을 교회 스스로가 자발적으로 준수하는 경우에는 개별교회의 재산에 대해서도 교단의 헌법이 유효하게 적용될 수 있다. 그러나 이것은 교단의 헌법과 교단의 결의 등이 교회재산에 관해 어떤 규정을 갖고 있기 때문에 결과적으로 교단헌법 등이 효력을 갖는 것 같은 모습을 갖게 된 것 뿐이다. 따라서 이러한 경우에도 개교회는 언제든지 교단의 헌법 내용과 다른 방법으로 교회재산을 처분할 수 있는 것이며, 개별교회가 일단 교단헌법 규정을 준수한 바 있었다고 하여 개별교회의 자유로운 재산관리 및 처분권한이 상실되는 것은 아니다.[540]

다. 지교회 운영에 대한 교단헌법의 구속력

재산문제가 아닌 교회운영에 대해서는 교단의 헌법이 지교회에 구속력이 있다. 지교회 운영을 위해 대표자를 선정하는 방법, 대표자인 목사나 교인들의 권징 등 교회운영에 관한 문제에 대해서는 교단의 헌법이 강제적 효력을 갖게 되고 따라서 그 규정은 개교회를 구속한다. 이는 법률로 규정된 것이 아니라 실무적으로 법률적 효력을 갖고

---

538) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결: “교회가 독립성 있는 비법인 사단인 이상 노회 이외의 대외적 관계에 있어서는 소속교인들의 총의에 의하여 자율적으로 그의 대표적인 행사를 하며 교인들의 총유에 속하는 교회당을 처리할 수 있을 것이다.”

539) 백현기, 전게 학위논문, 72면.

540) 황교안, 전게서, 216-217면.

있는 법원판례의 확고한 입장이다.

민사소송법은 재판의 실익이 없는 경우는 재판대상이 되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 종교단체 내부의 문제에 불과한 권징재판 등에 대해서는 법원에 그 무효확인소송 등을 제기하여도 특별한 경우인 개인의 특정한 권리의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니라면 소송을 제기해도 소용없고, 소송을 제기하면 패소하게 된다. 이런 의미에서 교단에서의 권징재판은 상당히 강력한 효력을 갖고 있다고 볼 수도 있다. 특히 교단의 헌법에 3심제 재판의 심급제도를 규정하고 있으므로 개별교회에서 교인의 지위를 박탈하는 출교처분이나 장로직을 면직판결을 했다고 해서 곧바로 장로가 아니라든가, 교인이 아니라고 물리력을 행사할 수 없다. 그 이유는 3심제 심급제도에서 아직 확정판결이 안내려졌기 때문이다.

하급심의 결정에 의하면 "신청인은 피신청인 이○○, 박○○이 면직 및 제명·출교 처분을 받았으므로 이 사건 교회의 장로 및 교인이 아니라고 주장하나, 이 사건 교회가 2012. 8. 30. 피신청인이 이○○, 박○○을 면직 및 제명·출교한다는 처분을 내린 후 피신청인인 이○○, 박○○이 2012. 9. 7.경 대한예수교장로회 총회에 상소하여 위 처분이 아직 확정되지 않았으므로 피신청인 이○○, 박○○이 이 사건 교회의 장로 또는 교인이 아니라고 단정할 수 없다."고 결정[541]했다. 또한 "피신청인은 또한 피신청인이 속한 ○○노회에서 신청인들 전원에 대하여 면직, 출교, 제명 처분을 하였는데, 이로써 신청인들은 교인의 자격을 상실하여 피보전권리를 갖지 아니한다고 주장하나, 기록상 신청인들이 위 제명 등 처분에 대하여 총회에 상소하여 다투고 있는 사실이 소명되므로, 위 처분이 아직 확정되지 않았으므로 위 주장은 받아들일 수 없다."고 결정[542]했다.

교단헌법이 1심(당회), 2심(노회), 3심(총회) 제도의 규정을 갖고 있으며, "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정한다."라는 대한민국 헌법 제27조 제4항과 같이 교회에도 적용된다는 사실이 소명되어 이같은 결정이 나온 것으로 보인다. 교회의 하급심에서 면직 및 출교처분을 받았다 할지라도 최종회인 총회에 상소했다면 총회의 재판이 아직 남아 있기 때문에 하급심의 면직·출교는 확정판결이 아니라는 것을 보여줌으로써 교단의 헌법이 지교회에 구속력을 갖고 있음을 알 수 있다.

---

541) 서울남부지방법원 2012. 10. 25.자 2012카합379 결정.
542) 서울남부지방법원 2010. 3. 18.자 2010카합43 결정.

제5절 교회 내부징계와 권징재판 절차

교회는 법인 아닌 사단이지만 또한 한편으로는 비사단적 요소가 있기도 하다.[543] 교회 내부적인 관계에서 교인들의 자율적인 결정보다는 교단헌법에 입각한 상회치리회인 노회와 총회의 타율적인 결정에 좌우될 경우가 많다. 교단에 소속된 교회는 독립성을 침해받지 않는 범위 내에서 교단의 헌법에 따라 운영한다. 장로교나 감리교회는 상급 기관에서 교회 대표자인 목사를 파송한다. 교회는 단지 파송해 달라는 청원만을 할 뿐이다. 교인들이 목사를 해임시키려고 해도 상급기관의 최종적인 권징재판이나 결의로만 가능하다. 목사의 소속 관할은 교회가 아니라 상급기관에 있다. 따라서 목사의 지교회 대표권은 상급기관의 규칙이나 교단헌법 규정에 따라야 한다. 목사를 제외한 장로와 그 외 교인들의 소속 관할은 교회이므로 교회 정관상으로 권징재판과 결의로 징계권와 지위와 상실에 관한 규정을 두되 이는 1심에 해당되며, 상급기관인 노회와 총회를 통해 종국적으로 확정되는 심급을 갖고 있다. 교회의 문제로 법원에 소를 제기했을 경우 법원의 사법심사는 교단의 헌법, 교단의 산하 기관의 규칙, 교회의 정관에 따라 이루어진다. 이 사법심사와 정관은 밀접한 관계를 갖고 있으므로 올바른 관계설정은 종국적인 사법심사를 이해하기 위해 필요하며 교회 분쟁을 해결하는 데 중요한 요건이다.

1. 종교단체 내부의 징계규정 효력

사단의 경우는 조직의 설립 및 구성과 운영에 있어서 그 자율성에 기반을 둔 이른바 사단자치의 원칙이 적용되기 때문에, 사단은 자체적으로 정관에 구성원에 대한 징계사항을 규정하고 이를 근거로 사원에 대한 징계조치를 실행할 수 있다는 것에 대해서는 의문이 없다. 교회가 교인의 관리를 위해 정관에 대한 벌칙이나 징계에 관한 규정을 두지만 그러한 규정이 전혀 없는 경우가 많이 있다. 자치규범으로 인정하는 교단의 헌법을 징계규범으로 집행되고 있는바 그 규정의 효력 문제를 살펴본다.

가. 종교단체 내부규정의 효력

543) 박병칠, 전게논문, 303-304면.

종교단체 내부 징계인 권징재판의 규정과 사법심사를 논하기 전에 먼저 종교단체 내부규정의 법적 효력에 관해서 살펴본다. 종교단체의 조직과 운영에 관한 규칙을 정하고 있는 것이 정관이다.[544] 정관이나 규약 등의 내부규정은 그것이 강행법규에 어긋나지 않는 등 특별한 사정이 없는 한 이른바 자치규범으로서 효력을 가지며 그 효력은 구성원을 구속하며 법원도 이를 존중하는 태도를 보이고 있다.[545] 대법원은 "법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 이를 유효한 것으로 시인하여야 한다."라고 판시[546]하고 있다. 생각건대 "대한예수교장로회 헌법(합동)"에 의하면 지교회 최고의결기관인 교인총회(공동의회)의 의사정족수 규정에서 "작정한 시간에 출석하는 대로 개회한다."고 규정하고 있다.[547] 이같은 교단헌법의 규정에 따라 지교회에서는 교단헌법에 준하여 정관상으로 지교회 최고의결기관인 공동의회의 의사정족수를 "출석하는 대로 개회한다."라는 정관을 갖고 있다. 이러한 규정에 따라 공동의회를 소집하여 교회의 재산권을 비롯한 중요한 결의들을 처리한다.

예컨대 대법원이 교회재산처분은 "정관에 규정되어 있지 않으면 공동의회 결의에 의한다."라는 판례입장에 따라 공동의회에 참석하는 대로 개회하여 과반수 이상의 찬성으로 재산을 처분했을 때 이 처분행위로 인한 분쟁시 소를 제기하는 경우들이 있을 수 있다. 이때 법원은 이러한 정관의 규정에 근거해서 사법심사를 할 것인가에 대한 문제가 제기될 수 있다. 이런 경우 법원은 민법 제103조인 "선량한 풍속 기타 사회질

544) 송호영, 전게논문("소속사원에 대한 단체의 징계권에 관한 연구"), 5면.
545) 윤진수, 전게논문("사법상의 단체와 헌법"), 28면.
546) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다29026 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다30566 판결에서도 종중의 회장선임결의무효확인의 소에서도 법인 아닌 사단인 종중의 자치권이 존중되고 있다. "종중은 공동선조의 분묘수호와 제사, 그리고 종원 상호간의 친목도모 등을 목적으로 자연발생적으로 성립한 종족 집단체로서, 종중이 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인 사단으로서의 단체성이 인정된다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다47024 판결 등 참조). 이와 같은 종중의 성격과 법적 성질에 비추어 보면, 종중에 대하여는 가급적 그 독자성과 자율성을 존중해 주는 것이 바람직하고, 따라서 원칙적으로 종중규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정하여야 할 것이다."
547) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제21장 제1조 4, 2000, 191면.

서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다."는[548] 규정을 교회 관련 건에 적용하여 결의 효력을 판시할 수 있다. 법원의 판례 역시 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회 관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등은 인정할 수 없다."는 사법심사의 결과를 판시[549]로 내놓고 있다. 통설은 "선량한 풍속 기타 사회질서"를 사회생활의 평화와 질서를 유지하는 데 있어서 일반국민이 반드시 지켜야 할 일반규범으로 이해한다.[550] 그러나 제103조를 일반규범 또는 일반조항으로 이해하게 되면 법관이 재판을 통하여 그 내용을 구체화하는데 있어서 '일반조항으로의 도피'를 할 수 있으므로 법적 안정성을 훼손할 위험이 있다.[551]

종교단체의 정관은 이를 제정할 당시의 교인들에게만 적용된 것이 아니라 이후에 교회에 등록한 교인들에게도 적용되어 법적 효력이 발생된다. 이는 종교단체의 법적 성질이 계약이 아니라 자치규범으로 보기 때문이다. 또한 그 정관의 법규해석 방법은 해석 당시의 교인들의 총회에서 다수결에 의한 방법으로 해석될 수 없다. 단지 객관적인 기준에 따라 그 규범적인 의미 내용을 확정하는 법규해석의 방법으로 해석되어야 한다. 법원은 교회가 법인 아닌 사단으로 인정되면서 법인 아닌 사단의 내부관계는 일차적으로 정관의 적용을 받고 정관의 규정이 없는 경우에는 민법의 사단법인에 관한 규정을 유추적용하여 판결을 한다. 판례에 따르면 "사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하므로, 이는 어디까지나 객관적인 기준에 따라 그 규범적인 의미 내용을 확정하는 법규해석의 방법으로 해석되어야 하는 것이지, 작성자의 주관이나 해석 당시의 사원의 다수결에 의한 방법으로 자의적으로 해석될 수는 없다 할 것이어서, 어느 시점의 사단법인의 사원들이 정관의 규범적인 의미 내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명하였다 하더라도 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 구성원인 사원들이나 법원을 구속하는 효력이 없다."고 판시[552]하였다.

---

548) 예를 들어 전체 결의권을 500명이라 했을 때 출석한 회원이 100명 미만일 경우에 과연 이 출석회원으로 교회 중요한 재산권과 진로를 결정한다고 하면 이를 합리적인 교인총회 결의라고 할 수 있겠는가?

549) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다29026 판결.

550) 곽윤직, 전게서(「민법총칙」), 302면; 김형배 외 2인, 전게서, 167면.

551) 김형배 외2인, 상게서, 167면.

정리하면 종교단체의 정관에 강행법규에 어긋난 규정을 두고 있거나, 공서양속에 어긋나거나, 사회질서에 위반되거나, 사회 관념상 현저히 타당성을 상실하거나 내부규정을 결정하는 절차가 현저히 정의관념에 위반할 경우에는 그 효력이 없다는 판결입장을 취하고 있다. 법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 이를 유효한 것으로 본다.[553] 교회에 대한 사법심사에서 사회질서나 선량한 풍속, 공서양속 개념들을 적용하는 그 대상사건들은 이면적으로 신앙의 교의적 근거를 갖고 교회 자체적으로 판단하는 개념들일 경우가 많다. 이 점이 고려되어야 할 것이다. 이러한 교회의 개념들을 무시하고 사법부가 교회적 교의의 개념들을 일반사회 관념상의 기준에 의해 "사회 관념상 타당성 상실"로 해석하여 민법 제103조를 준용하여 교회 내부관계의 문제를 심사 및 판단하는 것은 종교의 자유 침해일 수 있다는 점이 지적되어야 할 것이다.

나. 제소금지 규정

종교단체 내부의 정관에 제소금지 규정을 제정하고 그 규정을 위반하였을 때 징계인 권징재판으로 관련 당사자들을 시벌하였을 경우 제소금지 규정에 대한 법적 효력이 문제가 될 수 있다. 대법원은 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하여 국민의 재판을 받을 권리를 기본적 인권 중의 하나로 보장하고 있다. 또한 법원조직법 제2조 제1항은 "법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판하고, 이 법과 다른 법률에 의하여 법원에 속하는 권한을 가진다."고 규정하여 "국민의 재판청구권을 실질적으로 보장하고 있으며 한편, 권리의무의 주체인 당사자간에서의 부제소 합의라도 그 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하다."고 판시[554]하

552) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99다12437 판결.
553) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다29026 판결.
554) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2000다65086 판결. 이 판결은 "노동조합이 조합규약에 근거하여 자체적으로 만든 신분보장대책기금관리규정에 기한 위로금의 지급을 둘러싼 노동조합과 조합원간의 분쟁에 관하여 노동조합을 상대로 일절 소송을 제기할 수 없도록 정한 노동조합

고 있다. 이같은 판결의 취지는 자치규범에 일절 소송을 제기할 수 없도록 정한 규정은 재판을 받을 권리를 구체적 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 박탈한 것으로서 국민의 재판을 받을 권리를 보장한 헌법 제27조 제1항 및 법원조직법 제2조 제1항의 규정과 부제소 합의 제도의 취지에 위반되어 무효라는 판단이다.

종교단체인 교회의 제소금지 규정과 그 규정을 위반한 자에 대한 출교처분이 정의관념에 반한다는 취지로 법원이 권징재판의 무효를 결정한 사례가 있다. 서울 ○○제자교회[555]는 "중직자 및 성도들은 대외적인 기관이나 노회 및 총회에 ○○교회와 관련된 송사를 제기하거나 인터넷 및 언론기관에 유포할 시는 필히 당회의 승인을 득하여야 하며, 이에 불복시는 출교키로 한다."라는 당회 결의를 갖고 있었다. 이러한 결의가 있음에도 불구하고 장로들은 담임목사를 교회의 헌금을 횡령하였다는 범죄사실로 서울남부지방검찰청에 고발했고, 서울남부지방검찰청 앞에서 이와 관련하여 기자회견을 하였다. 또한 ○○교회가 연말공동의회를 통해 예산결산을 하지 않는 이유 등으로 법원에 재정회계장부의 열람 등 등사를 구하는 가처분신청을 제기하자 법원은 재정회계장부의 열람 및 등사를 허용하라는 결정[556]을 내렸다. 이같은 가처분 결정에 교회(담임목사)는 이의를 제기했으나 법원은 가처분결정을 인가하는 결정[557]을 하였다. 그러자 담임목사는 즉시항고를 제기하였으나 기각됐다.[558] 항고가 기각되어 대법원에 상고했으나 기각됐다.[559]

이같은 법원의 가처분 결정을 위반하자 이에 장로들은 가처분결정을 집행권원으로 하여 간접강제 신청을 제기하자 받아들여졌다.[560] 여기에 교회는 불복하여 간접강제 결정에 대해 항고했으나 기각됐다.[561] 이와 같은 소송이 진행되는 중에 ○○교회는 장

의 신분보장대책기금관리규정 제11조는 조합원의 재산권에 속하는 위로금의 지급을 둘러싸고 생기게 될 조합원과 노동조합간의 법률상의 쟁송에 관하여 헌법상 보장된 조합원의 재판을 받을 권리를 구체적 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 박탈한 것으로서 국민의 재판을 받을 권리를 보장한 위의 헌법 및 법원조직법의 규정과 부제소 합의 제도의 취지에 위반되어 무효"라고 판시한 내용이다.

555) 서울에 있는 ○○교회는 예장합동교단 소속 교회로서 담임목사의 교회재정집행에 대한 전횡으로 장로들과 분쟁이 일어나 검찰에 고발하자, 검찰은 기소하여 서울고등법원에서 3년형을 받았다.

556) 서울남부지방법원 2010. 3. 18.자 2010카합43 결정.

557) 서울남부지방법원 2010. 5. 18.자 2010카합197 결정.

558) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010라1087 판결.

559) 대법원 2011. 4. 26. 선고 2010마1981 판결.

560) 서울남부지방법원 2010. 4. 19. 선고 2010타기860 판결.

로들에 관해 소속노회인 ○○노회에 위탁판결을 구했다. 이에 ○○노회는 장로들이 담임목사 A를 고발했다는 이유와 교회를 상대로 재정회계장부 열람 및 등사 가처분신청을 제기한 것과 교회를 상대로 간접강제 신청을 했다는 이유로 장로들을 면직, 출교하는 판결을 하였다.

장로들은 ○○노회의 판결에 불복하여 대한예수교장로회 총회에 상고하였다. 그러자 총회는 "피신청인 장로들이 담임목사 A를 고발하고 재정 의혹을 성토하면서 기자회견을 한 것은 불법이고, 친교를 구실삼아 집단행위를 하고 교회 주변 빌딩 옥상에서 유인물을 살포하고 전단지를 배부하며 담임목사의 측근에 위압적인 행동을 한 것이 입증되므로 상소를 기각한다."는 내용의 판결을 하여 ○○노회의 면직, 출교판결이 확정됐다. ○○교회는 이와 같은 면직 출교가 총회로부터 확정되자 이를 근거로 장로들은 면직·출교되었으므로 ○○교회에 출입하여서는 안된다는 출입금지가처분을 제기했으나 법원은 장로들에 대해 "출교판결은 정당한 징계사유로 삼을 수 없는 내용을 징계사유로 삼은 것으로서 그 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의 관념에 반하는 경우에 해당하므로 당연 무효"라고 결정[562]하였다.

법원이 ○○교회 장로들에 대한 면직과 출교처분을 내렸던 ○○노회의 판결과 이를 확정한 총회의 판결이 무효라고 결정하면서 면직·출교하였다는 이유로 ○○교회에 출입을 막을 수 없다는 결정을 하였다. 법원이 ○○노회와 총회 판결을 무효화시키면서 내놓은 법리는 "우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반 단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절차상 하자가 있는 것으로 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의 관념에 반하는 경우라야 한다."라는 대법원의 판시를 그 근거로 삼고 있다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결).

이제 ○○노회와 총회에서 ○○교회 장로들의 면직 및 출교 판결이 법원에 의해 무효가 된 이상 ○○교회의 문제를 소송이라는 방법으로 해결하려고 할 경우 장로들이 면직을 당하였다는 이유로 당회원이 아니라고 하거나 교인이 아니라고 한다면 이는 위

561) 서울고등법원 2010. 5. 26. 선고 2010라878 판결.
562) 서울남부지방법원 2011. 3. 8.자 2010카합 848 결정.

법이라 할 것이다. 강제법규를 적용하는 소송에서는 총회의 위법적인 장로들에 대한 면직과 출교처분은 그 효력이 상실되며 대항력이 없다. 법원이 ○○교회 장로들을 면직하고 출교처분을 내렸던 ○○노회와 총회의 판결이 무효라고 했는데, 총회가 판결의 유효를 주장할지라도 이는 의미가 없는 이유는 ○○교회 문제는 교회와 총회의 자치규범으로 해결할 수 있는 문제가 아니라 강제규정이 적용되는 법원의 소송이라는 방식으로 해결되기 때문이다.

다. 교회구성원의 징계(권징)

현행 우리 법은 단체 구성원의 자체 징계에 대한 문제에 관해 몇몇 예외적인 경우[563] 외에는 침묵을 지키고 있다. 법 규정이 침묵을 지키고 있음에도 불구하고 단체 스스로가 단체 구성원들의 징계권 행사를 가지고 있다는 점[564]과 아울러 법원이 그 징계의 당부에 대하여 심사할 수 있다는 점은 일반적으로 받아들여지고 있다.[565] 그러나 법리적으로 그 징계권의 성질과 사법심사의 범위가 무엇인지에 대해 강제할 수 있는 법규범이 부재하며 단지 통설과 법원의 판례로 남아 있을 뿐이다.[566]

종교개혁자들은 참된 교회를 분별케 해주는 기준 중에 하나가 바로 권징이 신실하게 실시되어야 한다고 주장했다. 권징이란 선한 일은 권장하고, 악한 일에는 징계를 가한다는 '권선징악'의 준말이다. 그리고 권징이 신실하게 시행된다는 것은 권징이 교회의 질서유지와 순결을 유지하기 위하여 실행됨을 의미한다. 교회를 그 순수함에서 보전하기 위해서는 출교라는 권징이 필요하다고 말한다. 권징을 신실하게 시행하기 위해서 다음의 몇 가지 기준이 요구된다. ①성경적 표준을 따라야 한다. ②회개를 목

563) 민법 제718조(조합원의 제명), 상법 제220조, 제268조(합명회사와 합자회사의 사원 제명) 등.

564) 법인 아닌 사단이 권징의 주체로 등장한 경우는 다음과 같다. 교회(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결 등), 종중(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다47024 판결 등), 사찰(대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결 등).

565) 윤진수, 전게논문("사법상의 단체와 헌법"), 31면.

566) 우리나라에서 이 문제에 관한 독일의 논의를 소개하고 있는 것으로 박종희, "사단의 구성원에 대한 통제권의 법적 기초와 사법심사의 범위", 「안암법학」 제7호, 고려대학교법학연구소, 1998, 437면 이하가 있으며, 종교 내부의 징계인 권징재판과 사법심사에 관한 내용으로 김진현, "교회재산분쟁의 소의 이익", 후암 곽윤직 회갑기념, 「민법학논총」, 박영사, 1985, 283면 이하, 이영진, "종교단체의 권징결의와 사법심사의 한계", 「고시계」 2000년 7월, 95면 이하, 황우여, 전게논문, 30면 이하, 백현기, 전게논문, 76면 이하.

적으로 해야 한다. ③일정한 절차를 밟아야 한다.[567] 죄를 범한 교인과 직원이 형벌의 범죄와는 달리 교인과 직원의 신앙과 행위 또는 치리회의 결의나 결정이 성경에 위배되거나, 성경에 따라 제정된 교회의 규례를 위반하거나, 다른 사람으로 범죄를 행하게 하거나, 덕을 세우는 것을 방해하는 행위를 한 자에게 권징재판을 통하여 시벌한다.[568]

종교단체 내부의 권징에 대한 사법부의 정의는 "교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계·제재하는 종교단체 내부의 규제(권징재판)"라고 한다.[569] 종교단체 내부의 규제는 헌법상 종교의 자유와 정교분리의 원칙에 기초하여 그 교리를 확립하고 신앙의 자유를 유지하는 자율권은 최대한 보장되어야 한다는 판례입장을 보이고 있다. 그러나 우리나라의 법원은 일반적인 단체의 징계의 효력을 다음 몇가지로 부인하고 있다. 첫째, 판례는 정관의 효력에 관하여는 강행규정에 어긋나는 징계에 관한 정관규정은 무효라고 한다. 둘째, 단체의 구성원에 대한 제명은 단체의 목적 달성이 어렵게 되거나 공동의 이익을 위하여 불가피한 경우에 최종적인 수단으로서만 인정되고, 법원은 그 제명사유의 존부와 결의내용의 당부 등을 가려 제명처분의 효력을 심사할 수 있다고 한다.[570]

라. 적법절차의 원리, 공정한 재판을 받을 권리

오늘날 세계 각국의 헌법에서 가장 중요한 부분을 차지하고 있는 국민의 기본적 권리에 관한 조항들은 미국 연방헌법이 제정되었을 당시에는 미처 헌법 속에 들어가지 못하다가 1789년에 발의된 미국의 제1차 수정 헌법을 통해 이른바 "권리장전(Bill of Rights)"이라 불리는 10개의 기본권 관련조항을 신설하게 된다. 특히 사법권과 관련해서는 저 유명한 "적법절차의 원칙"이나 "공정한 재판을 받을 권리" 등이 이때 헌법 속으로 들어오게 되었다. 사법부의 형사재판을 비롯해서 모든 재판은 법관이 재판을 할 때에는 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 정의와 공평을 이념으로 하는 재판을 해야 한다는 '공정한 재판의 원칙'이 있다. 또한 '적정절차의 원리'가 있다. 적정절차의

567) 소재열, 전게논문("장로회 정치에 있어서 합리적인 당회운영에 관한 연구"), 105면.
568) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제3조: 이하 '권징조례'는 대한예수교장로회(합동) 헌법, 권징조례를 의미한다.
569) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결.
570) 윤진수, 전게논문("사법상의 단체와 헌법"), 31-32면.

원리란 형사절차가 적법하면서도 공정한 법적 절차에 따라서 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 적법·공정한 형사절차를 유지함으로써 피고인의 인권을 존중하고, 국가가 형벌권을 남용하는 것을 견제할 수 있다.

교회 역시 마찬가지로 권징재판은 정당한 재판기관을 통해서 성문법인 교단의 헌법과 규정에 따른 적정절차에 의해 진행되어야 하며 모든 교인은 공정한 재판을 받을 권리를 기본권으로 갖고 있을 뿐만 아니라 적법한 재판절차에는 심급제와 최고법원에 해당된 총회 재판국의 상고 절차가 포함된다고 보아야 한다. 사법부가 종교 내 권징재판이 재판기관을 통해서 이루어졌다는 사실만 입증되면 그 절차적 하자로는 권징재판의 처분을 무효로 돌릴 수 없다는 사법심사는 문제가 있어 보인다. 이러한 판례는 종교 내 권징판결에 있어서 적법한 절차가 무너지게 하는 요인이 되기도 하며, 오히려 절차적 하자인 불법을 정당화 시킬 여지가 있다. 규정에 따른 적법한 재판절차를 위반했을 경우에는 사법심사 범위가 광범위하다 할지라도 그것이 사소한 것이든, 중대한 것이든 법원이 적극적으로 사법심사를 할 수 있어야 하며, 적법한 절차법 위반은 사법심사에서 패소한다는 판례가 있는 한 분쟁중의 교회에서 철저히 절차를 지키면서 공정한 재판을 하게 되는 동기부여가 될 것으로 보인다.

2. 교회 내부의 권징재판의 절차

재판이란 구체적인 분쟁사건에 대하여 사법기관인 법원이 일정한 절차를 거쳐서 종국적으로 내리는 공적인 판단 작용을 말한다. 이러한 재판의 정의대로 종교단체인 교회에도 교회재판이란 제도가 있는데 교회 내에서 구체적인 분쟁사건에 대하여 사법권을 갖고 있는 치리회인 당회, 노회, 총회가 일정한 절차를 거쳐서 종국적으로 내리는 공적인 판단작용이라 할 수 있다. 사법부는 이러한 종교단체의 내부 사법재판(권징) 및 행정재판에 대한 법률관계를 사법심사의 대상에서 제외시키므로 법률적 쟁송성을 인정하지 않지만 종교 교리에 관한 것이 아닌 이상 구체적인 권리 및 법률관계에 관한 분쟁이 존재하면서 법률적 쟁송성을 인정되어 법원이 심사할 수 있다는 판례의 입장을 보이고 있다. 특히 교회의 권징재판과 관련하여 그 재판이 교회 헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려졌거나 교리적인 문제가 전제될 경우는 사법심사에서 제외된다는 판례입장을 취하고 있다. 그러나 사소한 절차법 하자는 문제시되지 않는다는

판례입장을 보이는 바, 교회법에 의한 권징재판 절차가 종교단체인 교회의 독립성과 종교자유의 원리에 의해서 얼마나 중요한 것인지를 교회 내부의 재판절차를 장로회 정체로 제한하여 살펴본다.

여기서는 한국에 모든 장로교의 뿌리라고 할 수 있는 대한예수교장로회 조직인 1907년 독노회시에 세계장로교회 통상헌법인 신경, 정치를 대략으로 제정하여 임시로 시행해 오다가 1915년 제4회 총회에서 정치편 개정과 전 헌법 편집위원회를 조직하여 웨스트민스터 헌법의 목차를 모방하여 신경, 소요리문답, 정치, 권징조례, 예배모범 등 다섯 부분을 1921년 제10회 총회에서 통과되어[571] 1922년 5월 5일에 출간되었다.[572] 1953년 기장측과 분열이 있기까지 같은 헌법을 사용했으며, 통합측은 1959년 합동측과 분열하기 까지 같은 헌법을 사용하였다.[573] 한편 통합측은 2007년에 1922년판 헌법을 전면 개정하였는데 최초의 장로회 헌법과 전혀 다른 것이 되었다. 한국 최초의 장로회 헌법인 1922년판을 그대로 계승한 교단은 대한예수교장로회(합동) 헌법이다. 따라서 대한예수교장로회 합동측 헌법을 중심으로 교회 내부의 권징재판 및 행정재판의 절차를 구체적으로 살려보기로 한다.

가. 교회재판의 종류

교회에서 시행하고 있는 재판의 종류는 두 가지가 있는데, 첫째는 사법재판이요, 둘째는 행정재판이다.[574] 사법재판을 권징[575]재판이라고 한다. 권징재판이란 교회직

---

571) 조선예수교장로회 제10회 총회, 1921,「총회회의록」영인본, 52면.

572) 조선예수교장로회서론, 1922, 2면, 최초의 장로회 헌법은 1922년판이며, 1차 개정은 1930년, 2차 개정은 1934년, 3차 개정은 1954년이다.

573) 1922년판 헌법을 그대로 사용하면서 그 정통성을 이어가고 있는 대한예수교장로회 합동측은 현재까지 이 헌법의 특정 일부만을 개정한 후 사용하고 있다. 그러나 대한예수교장로회 통합측은 1959년 이후 1922년판인 기존 헌법을 수차례 부분 개정을 한 후 2003년 제88회 총회에서 1922년판의 헌법을 전면 개정을 결의한 뒤 3년간 개정작업을 진행한 후 2006년 제91회 총회에서 전면개정안을 통과시켜 2007년 5월 15일에 총회 공포 효력이 발생되어 새로운 헌법을 갖게 되었다(대한예수교장로회(통합),「헌법」, 2007, 서문 3면). 따라서 한국 최초의 장로회 헌법인 1922년판이 그대로 계승된 교단은 대한예수교장로회(합동) 헌법이다.

574) 대한예수교장로회「헌법」중에 재판의 규범은 "권징조례"이다. 권징조례 제5조(재판건과 행정건)에 의하면 "교인이나 직원에 대하여 범죄 사건으로 소송하면 하회(下會)와 상회를 불문하고 이런 사건은 재판간이라 하고 기타는 행정건이라 한다."라고 규정하고 있다.

575) 권징조례 제1장 제1조 권징의 의의 "권징은 예수 그리스도께서 그 교회에 주신 권을 행사하며, 설립하신 법도(法度)를 시행하는 것이니 교회에서 그 교인과 직원의 각 치리회를 치

원의 범죄에 대한 징계 및 처벌을 목적으로 이루어지기 때문에 국가 사법부의 형사재판에 해당된다. 권징재판에서의 책벌의 종류는 권계(勸誡)[576], 견책(譴責)[577], 수찬정지(受餐停止)[578], 제명(除名)[579], 출교(黜敎)[580]이다.[581] 다음은 행정소송에 따른 행정재판으로써 어느 치리회를 막론하고 각 부속기관에서 장로회 헌법 및 규정을 위반한 행정행위에 대하여 제기하는 소송을 의미한다. 또한 결의취소[582] 소송으로는 각급 회의 소집의 절차상 하자와 결의방법이 장로회 헌법과 규정에 위반일 경우 제기하는 소송이며, 결의무효소송은 치리회에서 행정사건에 대해 결정할 당시 장로회 헌법과 규정에 위반한 결의를 했을 경우 참석한 회원 중에서 치리회 회장을 피고로 하여 상회에 소를 제기하는 소송이다.[583] 다음은 치리회간의 소송으로써 어느 치리회이든지 그 동등한 치리회를 상대로 한 소송이다.[584]

리하며 권고하는 사건이 일체 포함된다."

576) 타일러 훈계하는 것.

577) 잘못을 꾸짖고 나무라며 잘못에 대하여 다시는 그런 일이 없도록 주의시키는 것.

578) 성찬에 참여하지 못하게 하는 것.

579) 어떤 단체의 구성원의 자격을 본인의 의사에 반하여 박탈하는 행위.

580) 교인을 교적(敎籍)에서 삭제하여 내쫓는 것.

581) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제9장 제6조, Ⅵ. 권징조례 제5장 제35조.

582) 사법상의 단체 가운데 주식회사의 경우에는 상법은 주주총회 결의의 무효와 취소를 구분하고 있다. 그리하여 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 할 때에는 결의무효확인을 구할 수 있고(상법 제380조 참조), 결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다고 규정한다(상법 제379조 참조). 그러나 그 외의 다른 단체에 관하여는 이와 같은 규정이 없기 때문에 다른 단체의 사원총회의 결의는 그 내용상 법령에 위반한 것인지, 아니면 그 절차상 위법이 있는지를 불문하고 모두 무효로 된다고 해석할 수밖에 없다(대법원 1993. 10. 12 선고 92다 50799 판결은 법인 아닌 사단의 총회에 절차성 하자가 있으면 원칙적으로 총회결의무효사유가 된다고 할 것이고 따로 총회결의취소의 소를 인정할 근거가 없다고 한다). 그렇게 되면 사원총회의 결의가 무효로 되는 범위가 너무 넓어지게 된다(윤진수, 전게논문("2006년도 주요 민법관련 판례 회고"), 378면). 그리하여 학설상으로는 이를 제한하려는 견해가 주장되고 있다. 즉 결의의 절차상의 하자가 비교적 경미하고 또한 명백하지 않든가, 시간이 지나감에 따라 그 판단이 어려운 경우에는 구체적인 경우에 따라 무효가 아니라고 풀이하는 것이 옳다는 주장이 있다(윤진수, 상게논문, 378면, 주18), 박이규, "권한 없는 자가 소집한 총회의 효력",「민사판례연구」XXⅦ, 2005, 25면 참조).

583) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제9장 제86조: "재판사건 외 행정사건에 대하여 하급 치리회에서 결정할 때에 참석하였던 자 중 3분의 1이 연명하여 소원을 선언하면 그 사건을 상회가 결정할 때까지 하회 결정을 중지한다."

584) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제14장 제144조: "어느 회든지 그 동등된 회를 상대로 소원할 일이 있으면(제84조, 제93조 참조) 한층 높은 상회에 기소할 것이니 이런 경우에 사건 발생 후 1년 이내에 피고된 회의 서기와 그 상회 서기에게 통지한다."

나. 교회재판의 관할

교회에서 쟁송이 발생되었을 때 재판의 관할이 문제된다. 규정은 "교회의 교리와 정치에 대하여 쟁론 사건이 발생하면 성경 교훈대로 교회의 성질과 화평을 성취하기 위하여 순서에 따라 상회에 상소함이 가하며, 각 치리회는 각 사건을 적법하게 처리하기 위하여 관할 범위를 정할 것이요, 각 회는 고유한 특권이 있으나 순서대로 상회의 검사와 관할을 받는다."[585]라고 하였다. 장로회 정치원리 중에 재판은 3심제도의 심급을 갖고 있다. 장로회 헌법이 규정한 '장로회 정치'에 의하면 "이 정치는 지교회 교인들이 장로를 선택하여 당회를 조직하고 그 당회로 치리권을 행사하게 하는 주권이 교인들에게 있는 민주적 정치이다. 당회는 치리장로와 목사인 강도장로의 두 반으로 조직되어 지교회를 주관하고, 그 상회로서 노회 대회 및 총회 이같이 3심제의 치리회가 있다."라고 규정하고 있다.[586] 그러나 이 규정은 정확한 3심제도의 원리를 표현하고 있지 못하며 다음과 같이 개정되어야 한다. "이 정치는 노회에서 파송하여 위임한 지교회 담임목사와 지교회 교인들이 선택한 장로와 함께 당회를 조직하고 그 당회로 치리권을 행사하게 하는 주권이 교인들에게 있는 민주적 정치이다. 당회는 목사인 강도치리장로와 치리장로의 두 반으로 조직되어 지교회를 주관하고 당회, 노회, 대회와 노회, 대회, 총회인 3심제의 치리회가 있다."라고 개정해야 할 것이다.[587]

이렇게 개정되어야 하는 이유는 재판의 관할 문제 때문이다. "목사에 관한 사건은 노회 직할에 속하고 일반 신도에 관한 사건은 당회 직할에 속한다."라는 규정하고 있다.[588] 예컨대 대한민국 모든 국민의 1심 재판관할이 있듯이 장로교회의 내부 규정에 의한 재판의 관할은 목사의 소속은 노회이기 때문에 목사의 1심 재판권은 노회이다. 장로와 기타 교인들의 재판의 관할은 노회가 아니라 지교회 당회이기 때문에 장로와

585) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제8장 제2조 1.

586) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 총론. 이 총론 규정은 장로회 최초의 헌법인 1922년판에서는 이 총론 규정이 없다. 이 총론 규정은 예장합동측 교단이 1951년에 분열한 고신측 교단과 1960년에 합동할 당시 1934년판 헌법으로 돌아가 필요한 부분만 개정하여 사용하기로 할 때 총론이 삽입되었지만 장로회 재판의 3심제도의 심급을 정확히 표현하지 못하고 있다. "당회의 상회로서 노회 대회 및 총회 이같이 3심제의 치리회가 있다."라는 이 규정은 장로회가 4심 제도를 갖고 있는 것처럼 규정되어 있다.

587) 현행 대한예수교장로회(합동) 총회는 명문화된 헌법규정인 '대회'를 시행하고 있지 않다. 따라서 당회, 노회, 총회와 노회, 총회라는 두 종류의 3심제도가 시행되고 있다. 통합측의 현행 헌법은 '대회'제도를 아예 삭제해 버렸다.

588) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제4장 제19조.

교인들의 1심 재판관할은 당회이다. 목사를 당회에서 1심재판권을 행사하면 위법이며, 장로와 교인을 노회에서 1심재판권을 행사해도 위법인 이유는 재판의 관할이 다르기 때문이다. 이러한 원리에 의하면 장로회 3심 제도는 당회가 관할인 장로와 교인은 당회, 노회, 대회로 해서 3심제도이며 이때 대회가 최종 심리회가 된다. 반대로 노회가 관할인 목사는 노회, 대회, 총회로 해서 3심제도이며 이때 총회가 최종 심리회가 된다.[589] 따라서 두 종류의 3심제도가 있다고 봐야 할 것이다. 그러나 현행 장로회 헌법은 대회가 정치편이나 권징조례편에 규정되어 있으나 그 시행을 보류하고 있어서 목사에 대한 재판의 심급은 노회와 총회로 제한되어 있으며 당회를 관할로 하는 장로와 교인들의 최종심리회는 총회로 하여 시행되고 있다.[590]

다음은 재판의 관할 측면에서 재판회와 재판국을 구분하여 이해할 필요가 있다. 당회는 재판국이 존재하지 않고 재판회만 존재할 뿐이다. 재판국에 관한 특별규례(권징조례 제13장)에는 노회재판국(권징조례 제117조-제123조)과 대회재판국(권징조례 제124-133조), 총회 재판국(권징조례 제134-143조)으로 규정하고 있지만 당회재판국은 규정이 없다. 그 대신 "당회재판에 관한 특별규례"(권징조례 제5장 제34조-36조)가 있을 뿐이다. 따라서 당회재판국은 존재하지 않고 당회재판회가 있을 뿐이다.[591]

노회는 재판회와 재판국이 존재하며 재판건이 성립되어 재판할 경우 "노회는 재판사건을 직할 심리하거나 재판국에 위탁할 수 있고 재판국은 위탁받은 사건만 심리판결할 수 있다."는 규정(권징조례 제117조)에 따라 본회를 재판회로 변경하여 치리회

589) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제11장 제4조 제8항, "대회에 제기한 상고, 고소, 문의의 안건이 교회의 도리나 헌법에 관계되는 일이 아니면 대회가 최종심의회가 된다."

590) 대회제도는 노회와 총회 사이에 있는 치리회로써 최초의 헌법인 1922년판에는 대회가 정치편과 권징조례편에 규정되어 있었으나 제1차 헌법 개정판인 1930년 판에는 정치편과 권징조례편에서 삭제되었다. 그러다가 고신측과 합동 당시 개정된 헌법에 다시 삽입되어 오늘에 이르고 있다. 최종판인 2000년판에는 정치편과 권징조례편에 대회가 삽입되어 규정되어 있지만 1968년에서 1970년에 잠깐 시행하다가 1971년에 다시 대회제 시행을 보류한 이후 지금까지 헌법에는 규정되어 있으나 시행하고 있지 않는 사문화 규정이 돼 버렸다.

591) 당회가 고소장을 접수할 경우 먼저 재판을 열 것이 아니라 피고인과 화해를 주선해야 한다. 화해가 불가능하다고 생각될 때 재판을 진행하되 행정당회를 사법재판회로 변경하여 재판을 해야 한다. 재판은 사법권인바 행정당회로 모인 회에서 곧바로 재판할 수 없다. 행정당회에서 접수된 고소장을 정식 안건으로 성안시킨 재판을 진행하려면 당회를 재판회로 변경결의하여 재판을 진행해야 한다.

인 노회가 직할로 재판할 것인지, 아니면 재판국에 위탁하여 재판하든지 둘 중에 하나를 택해야 한다. 재판국을 구성할 때에는 반드시 투표[592]를 통해서 7인 이상을 선정하되 과반수는 목사로 선택한다.[593] 즉 목사가 장로보다 1인 더 많게 선택되므로 목사를 통한 말씀권 중심의 재판제도를 규정하고 있다(권징조례 제117조). 노회재판국은 소송이 제기돼야 재판국을 구성하여 재판한다는 의미에서 비상설재판국이라 한다. 노회재판국은 1심법원인 당회의 판결에 불복하여 상소한 건과 노회를 1심으로 한 노회소속인 목사의 고소장에 의해서만 재판을 한다. 당회의 재판판결에 불복하여 서면으로 상소장을 당회 서기에게 제출하였으나 접수를 거절할 경우 '부전지'(附箋紙)[594]를 첨부하여 노회에 직접 제출한다. 장로나 교인이 교회 목사에 대한 소송을 노회에 접수하려고 할 때에는 반드시 당회와 시찰회[595]를 경유해야 한다. 이때 경유를 거절했을 경우에도 '부전지'를 첨부하여 노회에 제출한다.

총회는 고소고발장을 접수받아 재판하는 곳이 아니라 상소와 소원에 의해서만 재

592) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례 제13장 제117조에서 "노회는 본 관내 목사와 장로 중에서 재판국원을 투표 선정할 수 있으니"라는 것은 노회가 직할심리로 재판건을 처리해야 하지만 "투표로 재판국원을 선정하여 재판국에 위탁하여 처리할 수 있다."는 규정으로 재판국원은 반드시 투표를 통해서 선정해야 한다는 규정이다. 투표로 선정하지 않을 수 있다는 말은 아니다.

593) 목사와 장로로 구성된 재판국에서 재판국원은 7인 이상으로 하되 목사가 장로보다 한 사람 더 많게 한다. 7인의 재판국원이라면 목사는 4인, 장로는 3인으로 한다. 이는 목사가 한 사람 더 많게 하는 것은 말씀권 중심의 판결을 해야 한다는 당위성을 위한 결과이다. 목사가 장로보다 한 사람 더 많게 하기 위해서는 짝수가 아닌 홀수로 하되 7명, 9명 등으로 구성해야 하면 9명의 재판국원이라면 목사는 5인, 장로는 4인으로 구성해야 합법적 재판국 구성이 된다. 구성의 흠결은 재판 결과의 흠결로 이어지기 때문에 재판국 구성을 권징조례 제117조 규정에 따라야 한다.

594) 재판받을 권리는 교인의 기본권으로 규정하고 있는바 이 권리가 당회에 접수 자체를 박탈당했을 경우 상급기관인 노회에 부전지를 첨부하여 접수하면 노회는 본 소송건을 받아 재판절차를 진행한다. 부전지란 접수를 거절한 사유에 해당된 서류이다.

595) 시찰회는 일정 지역교회를 관리감독하는 노회로 하여금 원할한 행정과 치리를 위해 보조기관으로 시찰하는 권한이지 치리권은 없다. 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅳ. 정치, 제10장 제6조 제9항: "노회는 교회를 감독하는 치리권을 행사하기 위하여 그 소속 목사 및 장로중에서 시찰위원을 선택하여 자교회 및 미조직 교회를 순찰하고 모든 일을 협의하여 노회의 치리하는 것을 보조할 것이니 위원의 정원과 시찰할 구역은 노회에서 작정한다. 시찰위원은 치리회가 아니니 목사 청빙 청원을 가납(可納)하거나 목사에게 직전(直傳)하지 못하고 노회가 모이지 아니하는 동안 임시목사라도 택하여 세울 권한이 없다. 그러나 허위(虛位)당회에서 강도할 목사를 청하는 일을 같이 의논할 수 있고 또 그 지방의 목사와 강도사의 일할 처소와 봉급에 대하여 경영하여 노회에 보고한다."

판을 한다. 총회 역시 재판사건을 직할 심리하거나 재판국에 위탁할 수 있고 재판국은 위탁받은 사건만 심리판결한다(권징조례 제134조 제2항). 총회는 노회와 다르게 상소장이 접수되지 않더라도 항상 재판국을 상설로 구성해 놓는다. 따라서 총회 재판국을 상설재판국이라고도 한다(권징조례 제134조).

다. 공소제기와 소를 제기한 원고

형사재판은 검사에 의한 공소 제기가 있는 경우에, 법원이 범죄를 인정하여 형벌을 과할 것인가 아닌가를 판단하는 재판을 의미한다.[596] 민사재판은 개인과 개인의 관계에서 법률적으로 분쟁이 발생했을 때에 분쟁을 해결해 달라고 권리를 주장하는 개인이 소송을 청구한다. 형사재판에서 원고는 검사가 되고 입증책임은 검사에게 있다. 민사재판에서는 소를 제기하는 자가 원고가 되며, 입증책임은 소송을 청구하는 원고에게 있다. 이러한 원칙이 교회법인 대한예수교장로회 헌법(합동)에는 적용되지 않는 재판제도로서 이러한 제도로써 100년 동안 한국장로교회의 권징재판권을 행사해 왔다.

소를 제기할 때 반드시 죄형법정주의를 근거해야 한다. 죄형법정주의란 "법률 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다."는 원칙으로써 가벌성뿐만 아니라 형벌의 종류와 정도도 범행 이전에 미리 성문화된 명확한 법률에 의해 확정되어 있어야 함을 의미한다.[597]

---

596) 협의의 형사재판은 국가형벌권의 구체적인 행사, 즉 공소의 제기로부터 재판의 확정에 이르기까지의 일련의 과정을 말하며, 이에 대해 광의의 형사재판은 국가형벌권의 실행과 관련 있는 일체의 과정으로서 협의의 형사재판은 물론 수사·공판 및 집행의 전부를 가리킨다. 형사사건에서는 국가에 의한 기소독점주의를 원칙으로 하기 때문에 공소의 제기는 원칙적으로 검사만이 할 수 있으며, 국민은 직접 형사재판을 청구할 수 없다. 그러나 검사의 불기소처분에 대해서는 검사가 아닌 고소인·고발인의 재정신청제도(裁定申請制度)가 인정되고 있으며(형사소송법 제260~265조), 부당한 재판의 지연이나 정당한 이유가 없는 비공개재판의 경우에는 신속한 공개재판을 청구할 수 있다. 또 약식재판이나 즉결심판의 경우에는 정식재판을 요구할 수 있으므로, 간접적인 의미에서는 형사사건에 관해서도 국민에게 재판청구권이 인정되어 있다고 할 수 있다.

597) 황병돈, "형법상 소유권 개념에 대한 비판적 검토", 「법학논총」 제15집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2008, 110면 참조. 죄형법정주의 원칙의 세부원칙은 다음과 같다. 1. 법률주의 및 관습형법금지의 원칙 가. 법률주의, 범죄와 형법은 성문의 법률에 의하여 규정되지 않으면 안된다. 백지형법 또는 위임입법은 금지되지 아니하나 법률에는 금지된 행위와 형법의 종류 및 그 폭을 구체적으로 정하고 위임대리수권의 범위가 명확히 규정되어야 한다. 나. 관습형금지의 원칙: 관습법에 의해 가벌성을 인정하거나 형을 가중하여서는 안된다는 원칙을 말한다. 가벌성의 인정 및 형벌·보완처분의 가중에 적용되며 범죄자에게 위한 관습형법의

죄형법정주의는 재판안건의 성립 여부에 대한 준거를 마련한 것이라 볼 수 있다. 대한예수교장로회 헌법 중 권징조례 제1장 제4조에 의하면 "〔재판안건〕 성경에 위반으로 준거할 만한 일이든지 성경에 의하여 제정한 교회 규칙과 관례에 위반되는 일이든지 다른 권징조례로 금지할 일이 아니면 재판 안건이 되지 아니한다."고 규정하고 있다. 재판하여 판결하기 위해서는 반드시 법적용조문이 있어야 한다는 의미이다. 법조문으로 첫째, 성경에 위반으로 준거할 만한 일. 둘째, 성경에 의하여 제정한 교회 규칙과 관례에 위반되는 일. 셋째, 권징조례로 금지할 일 등으로서 이상과 같은 성문화된 규정안에서 재판이 진행되며 시벌할 수 있다.

소송하는 원고는 권징규정에 다음 같이 규정되어 있다. 권징조례 제5조에 의하면 "교인이나 직원에 대하여 범죄 사건으로 소송하면 하회(下會)와 상회를 불문하고 이런 사건은 재판건이라 하고 기타는 행정건이라 한다."고 규정하며 "소송하는 원고가 없으면 재판할 수 없으며", 소송하는 원고가 없을지라도 "권징할 필요가 있는 경우에는 치리회가 원고로 기소"하여 재판을 할 수 있다.[598] 재판이 진행되려면 반드시 소송하는 원고(고소고발자)가 있어야 하며(권징조례 제7조), 소송하는 고소고발자가 없을지라도 권징할 필요가 있는 경우에 치리회가 원고로 기소하여 재판을 한다. 치리회는 기소위원을 선정하여 기소하므로 재판이 이루어진다(권징조례 제7조).[599]

범죄한 자를 기소하기 위해서는 고소고발이 있어야 하며, 범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계가 있는 자가 치리회에 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시가 바로 고소고발이다. 소장에는 범하였다는 죄상을 기록하고 죄증설명서에는 범

경우 법치국가적으로 문제가 되지 않으므로 허용된다는 것이 통설이다. 2. 소급효금지의 원칙: 형벌을 근거지우거나 가중시키는 법률을 입법자가 사후에 입법하는 것과 법관이 소급적용하는 것은 허용되지 않는다는 원칙을 말한다. 3. 명확성의 원칙: 형벌은 구성요건과 그 법적 효과인 형벌을 명확하게 규정해야 한다는 원칙으로서, 형법의 예견가능성을 통한 규범의 내면화 및 책임비난의 기초를 제공하기 위한 것이다. 4. 유추해석금지 원칙: 법규의 내용을 '가능한 문언의 의미' 한계 밖에 있는 다른 비슷한 사례에 적용해서는 안된다는 원칙으로서, 법관의 자의로부터 개인의 자유와 안전을 확보하기 위한 것이다. 5. 적정성의 원칙(죄형법정주의 실질적 내용), 죄형법규의 내용이 기본적 인권을 실질적으로 보장할 수 있도록 적정하게 규정되어야 한다는 원칙을 말한다. 형벌법규적용의 필요성과 죄형균형을 그 내용으로 한다. "적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다."

598) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제1장 제6조.

599) 국가사법기관에서의 형사소송은 범죄에 대해 법원이 처벌 여부를 판단하는 재판이 있기 전에 검찰의 검사가 기소 여부를 결정한다. 장로교회의 권징재판에서는 검찰의 검사 기능이 존재하지 않는다. 곧바로 고소고발이 있으면 곧바로 재판이 진행된다는 점이 다르다.

죄의 증거를 상세히 기록한다(권징조례 제16조). 고소장과 죄증설명서를 치리회 서기에게 제출한다.

라. 재판 전 화해절차

고소장이 접수되면 이는 재판건이며(권징조례 제5조), 치리회는 곧바로 재판절차에 들어가는 것이 아니라 먼저 피고인과 화해하게 하는 절차가 있어야 한다(권징조례 제9조).[600] 그러나 치리회가 직접 기소하여 재판할 때에는 화해절차는 생략된다. 하지만 치리회나 피해자 이외의 제3자가 기소하고자 할 때에는 치리회는 쌍방으로 종용히 사화(私和)하게 하고 가급적 재판하는 데 이르지 않게 하는 것이 옳다(권징조례 제10조). 또한 손해를 당한 사건에 피해자측의 개인 혹 두 사람 이상이 직접 고소하고자 하면 그 소장과 마태복음 18:15-17절[601]에 기록한 바 주님의 교훈대로 행하여 보았다는 진술서까지 제출해야 재판건으로 성립된다(권징조례 제18조). 고소장이 접수될 때에 화해를 위해 화해위원을 선정하여 파송할 때에는 고소장에 대한 청구권을 유안건(有案件)으로 처리한다거나 재판국을 선출하여 재판을 위탁결정을 할 때 먼저 화해를 위탁하고 그 화해가 여의치 못할 경우 재판을 하도록 하는 노회 결정이 요구된다.

마. 판결효력

당회 재판회에서 재판을 했을 경우 그 효력은 즉시 발생된다. 노회는 본회가 재판회로 변경하여 직할심리하여 판결했을 경우는 그 즉시 판결효력이 발생된다. 또한 재판국을 구성하여 재판국에 위탁하여 판결했을 경우 재판국이 본노회 개회 시무 중에

---

600) 권징조례 제9조: "누가 다른 사람에게 피해되었다 하여 소송할 때에 치리회는 그 원고로 하여금 마태복음 18장 15~17절에 있는 주님의 교훈에 의하여 먼저 피고인과 화목하게 하여 볼 동안에는 재판을 열지 말 것이다.「네 형제가 죄를 범하거든 가서 너와 그 사람과만 상대하여 권고하라 만일 들으면 네가 네 형제를 얻는 것이요 만일 듣지 않거든 한두 사람을 데리고 가서 두세 증인의 입으로 말마다 증참하게 하라 만일 그들의 말도 듣지 않거든 교회에 말하고」하였다."

601) 마 18:15-17: "네 형제가 죄를 범하거든 가서 너와 그 사람과만 상대하여 권고하라 만일 들으면 네가 네 형제를 얻은 것이요 만일 듣지 않거든 한두 사람을 데리고 가서 두세 증인의 입으로 말마다 확증하게 하라 만일 그들의 말도 듣지 않거든 교회에 말하고 교회의 말도 듣지 않거든 이방인과 세리와 같이 여기라."

위탁받은 안건은 판결하였으면 그 판결을 즉시 본회에 보고한 후에 본회가 전부채용 및 취소나 변경하여 받았을 때 판결의 효력이 발생된다. 그러나 본회가 폐회한 후 본회를 대리한 재판국에서 재판한 안건은 재판국이 재판하여 공포한 때로부터 본회의 판결로 인정한다(권징조례 제121조). 총회 역시 직할로 심리하여 판결할 경우에는 판결 즉시 효력이 발생된다. 그러나 총회 재판국에 심리판결을 위탁했다면 재판국이 심리판결 후 차기 총회에서 보고하여 총회가 채용할 때 확정되는데 이때 총회는 재판국의 판결을 검사할지라도 변경이 없으면 총회 폐회 때부터 그 판결은 확정된다(권징조례 제141조).

바. 소송의 특별규칙

(1) 위탁판결

위탁판결[602]이라는 하급 치리회가 판결하기 어려운 재산 사건에 대하여 지도를 구하는 것이나(권징조례 제78조), 하회가 전례없는 사건이나 긴중한 사건이나 판결하기 어려운 사건이나 형편상 상관하기 어려운 사건이나, 하회 결정이 공례(公例)나 판결례가 될 듯하거나 하회 회원의 의견이 한결같이 아니하거나 혹 어떤 사고로 인하여 마

602) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례, 제9장 제78조-83조, 하회인 당회가 상급기관인 노회에 권징조례 제80조에 의해 전부를 위임청원을 했음에도 불구하고 노회가 이를 투표로 거절했을 경우 법률관계는 다음과 같다. 위탁판결에 있어서 "위탁의 청구 범위"는 다음 종류가 있다. 권징조례 제80조 "위탁 판결은 본회보다 한층 높은 회에 대하여 청구하는 것이니, (1)하회가 결정하기 전에 준비 재료로 상회의 지도를 구하기도 하며, (2)직접 상회의 심사와 판결을 구한다. 지도만 구하는 안건이면 하회는 그 결정을 임시로 정지하고, 심사판결을 구하는 것이면 그 사건은 상회에 전부 위임한다."라고 규정하고 있는 데 여기서 두 종류의 위탁판결은, 첫째는, 하회가 판결하기 전에 상회에 지도를 구하는 방법이요, 둘째는, 그 재판사건을 상회에 이관하여 상회로 하여금 직접 심리하여 판결하도록 위탁하는 방법이다. 당회는 재판을 진행하다가 상회인 노회의 지도를 구한 위 첫 번째 청구건이 아니라 위 두 번째 해당된 건으로 "재판 사건을 상회로 하여금 직접 심리하여 판결하도록 위탁"한 청구건일 경우 위의 첫 번째 청구인 "지도만 구하는 위탁판결"일 경우에는 권징조례 제82조에 근거해서 "지시 없이 그 회에 환송하든지 상회의 결의대로 한다."라는 결정대로 할 수 있지만, 위 두 번째에 해당된 "직접 상회의 심리 판결을 구한" 위탁판결은 권징조례에 따라 노회가 직할로 심리판결을 하든지, 재판국을 구성하여 심리판결하든지 해야 함에도 불구하고 심리판결 자체를 거부하였으므로 노회가 기각 결의한 것은 흠결에 해당된다. 여기서 기각은 재판심리한 후 판결로서 기각이 아니라 위탁판결 안건 상정 여부를 놓고 받지 않기로 한 기각결정에 해당된다. 이 경우 당회는 노회의 위탁판결 반려의 경우 당회가 다시 재판을 할 수 있다.

땅히 상회에서 하는 것이 합당한 안건은 상회에 위탁판결을 구한다(권징조례 제79조). 위탁판결을 청구할 경우에는 반드시 치리회의 결의가 있어야 한다.

(2) 상소절차

판결에 불복하는 원고 또는 피고는 소송 사건에 대하여 판결을 취소하거나 변경하고자 상회에 서면으로 제출하는 것을 상소라 한다(권징조례 제94조). 상소는 하회 판결 후 10일 이내에 상소통지서와 상소 이유설명서를 본회 서기에게 제출한다. 그 서기는 그 상소장과 안건에 관계되는 기록과 일체 서류를 상회 다음 정기회 개회 다음날 안에 상회 서기에게 교부한다(권징조례 제96조).

(3) 재심절차

재심은 제1심 또는 상소심에서 유죄의 판결이 내려진 이후, 즉 어느 치리회의 종국결안[603]에 상소 기간이 끝난 후라도 피고를 면죄할 만한 새 증거가 발현되면 피고는 재심을 청구할 수 있고, 그 수소(受訴) 재판회는 재심에서 공의가 나타날 줄로 알면 허락할 수 있다(권징조례 제69조).[604] 당회, 노회에 각각 재심을 청구할 수 있지만

603) 결안(決案)이란 법률용어로서 조선시대 사형에 해당하는 죄를 범한 죄수를 처형하는 과정에서 국왕의 최종 결정을 받아 형을 확정하는 데 필요한 법적인 절차와 문서를 의미한다. 대한예수교장로회 총회(합동) 헌법의 재판절차를 규정한 '권징조례'가 있다. 대한예수교장로회 총회 재판국에서 재판을 하게 되면 이는 확정판결이 아니라 예심판결이라 한다(권징조례 제139조). 총회 재판국에서 내린 예심판결을 총회에 보고하여 총회가 재판국의 예심판결에 대하여 검사하지 않거나 검사할지라도 변경이 없으면 총회 폐회 때부터 그 판결이 확정된다(권징조례 제141조)는 의미에서 '종국 결안'이란 단어를 사용한다.

604) 대한예수교장로회(합동)「헌법」, Ⅵ. 권징조례 제8장 제69조. 권징조례 제69조는 하회 재판국이 판결한 후 피고가 상소할 수 있는 기간인 10일이 경과되었다면 하회판결이 "어느 치리회의 종국 결안"에 해당된다. 원심인 당회 재판회 판결 이후 피고가 상소할 수 있는 10일이 지난 후나, 원심인 노회재판국 판결 이후 피고가 상소할 수 있는 10일이 지나 노회재판국 판결이 확정된 후라도 새로운 증거가 발견되었을 때 피고였던 자는 수소치리회의 관할에 따라 당회와 노회에서 재심청구를 할 수 있다. 권징조례 제69조는 원심인 당회 재판회 판결 이후 피고가 상소하여 노회재판국이 확정판결일 경우와 원심인 노회 재판국 판결 이후 피고가 상소하여 총회 재판국에서 확정된 판결 사건은 재심재판을 청구할 수 없다. 총회 재판국에서 확정판결을 받은 경우는 "상소 기간이 끝난 후라도 피고를 면죄할 만한 새 증거가 발현되면"이라는 규정에 적용되지 않는다. 그 이유는 이미 총회 재판국 판결은 "원심재판(노회)의 판결에 불복하여 10일 이내에 총회에 상소"를 제기했기 때문이다. 따라서 원심판결(노회)에 불복하여 10일 이내에 총회에 상소하여 총회 재판국이 판결하여 총회가 채택하므로 판결이 확정된 사건은 제69조에 해당되지 않는다. 권징조례 제69조의 "새 증거가 발현되

총회재판으로 확정된 재판건에 대해서는 재심청구가 불가하다. 권징조례 제69조의 "상소 기간이 끝난 후라도"라는 규정은 상소하지 않고 상소기간이 지난 후 확정된 사안에 해당된다 할 것이다. 더구나 총회재판 판결에는 상소할 수 있는 상회가 존재하지 않으므로 총회 재판국의 판결에 불복하여 재심하는 것은 여기에 해당되지 않는다 할 것이다. 그러나 총회판결로 확정된 후라도 당회나 노회의 재판판결에 재심청구 사유가 발생하여 재심을 청구했을 경우 재판부가 이를 적절하게 판단하여야 할 것으로 보인다.

(4) 소원

소원(訴願)은 서면으로 상회에 제출하는 것으로 하회 관할에 속하여 그 치리권에 복종하는 자 중 1인 혹 1인 이상이 행정사건에 대하여 하회가 그 책임을 이행하지 아니하거나 위법한 행동이나 결정에 대하여 변경을 구하는 것이다(권징조례 제84조). 소원은 하회 결정 후 10일 내로 소원통지서와 소원이유서를 작성하여 그 회 서기에게 제출한다. 소원서를 받은 그 회 서기는 상회 정기회 개회 다음 날 안에 그 소원 통지서와 이유서와 그 안건에 관한 기록과 일체 서류를 상회 서기에게 교부한다(권징조례 제85조). 당회나 노회에서 행정사건을 결정할 때에 참석하였던 자 중 3분의 1이 연명하여 소원을 선언하면 그 사건을 상회가 결정할 때까지 하회 결정을 중지한다(권징조례 제86조). 이 경우의 소원은 소원하기로 성명한 자는 소원서를 그 회 서기에게 제출한 것이 아니라 그 다음 정기회 개회 다음날 안에 소원통지서와 이유서를 상회 거기에게 제출한다(권징조례 제87조).

(5) 치리회간의 재판규례

당회, 노회, 즉 어느 회든지 그 동등한 회를 상대로 소원할 일이 있으면 사건 발생 후 1년 이내에 소속 상급치리회에 기소한다. 여기서 기소한다는 규정은 소원통지서와 소원이유서를 제출한다는 의미이다. 소원서는 피고된 회의 서기와 그 상회 서기에게 통지한다(권징조례 제144조). 소원을 접수한 상회는 그 사건을 조사하여 이유가 상당

면"이라는 조항은 재판 당시에 취급되지 않는 증거여야 한다. 이미 재판 당시에 채택된 증거로 재심을 청구하는 것은 받아들일 수 없다. 따라서 제69조는 수소치리회의 관할은 당회와 노회로 제한되며, 총회 재판국 판결에 대한 재심청원은 불가하다. 여기서 수소치리회는 총회 재판국에서 제외된다 할 것이다.

하면 피고 회의 결정 전부 혹 일부를 취소하거나 변경하고 그 피고 회에 대하여 처리할 방법을 지시한다. 원고나 피고 회는 또 그 상회에 상소할 수 있다(권징조례 제146조).

(6) 시벌과 해벌

시벌(施罰)이란 위법한 행위를 한 자를 재판에 의하여 그 책임을 물어 처벌하는 것을 의미한다. 시벌은 개인에게 있지 않고 치리회에 있다. 시벌은 권계나 견책이나 정직이나 면직[605]을 할 수 있다. 정직이나 면직할 때에 수찬정지를 함께 할 수 있고 함께 하지 아니할 때도 있다. 면직뿐만 아니라 출교도 할 수 있으며 출교는 회개하지 않는 자에게만 한다(권징조례 제35조).[606] 출교는 가장 중한 벌로서 교리에 패역한 자와 회개하지 않는 자를 교인 중에서 출교한다(정치 제8장 제4조). 정직을 당한 지 1년 안에 회개의 결과가 없으면 다시 재판할 것 없이 치리회에서 면직할 수 있다(권징조례 제41조). 죄에 대하여 시벌한 후 교회에 공포 아니하기도 하며, 공포할지라도 그 교회에나 관계되는 교회에서만 한다(권징조례 제36조).

또한 시벌에 대한 공포는 개인 자신에 관한 죄 같으면 혹 재판석에서 비밀히 책벌하든지 혹 본 치리회 회원 2,3인을 파송하여 대표로 시벌한다. 뚜렷한 공개된 범죄일 경우, 본 치리회 공개석상에서 책벌하거나 혹 교회 앞에서 공포한다. 드러난 죄라도 이상한 형편이나 특별한 이유가 있어 그 성질이 과히 중하지 아니한 때는 비밀히 권계하든지 혹 유기(有期) 책벌을 한다. 그러나 만일 무기(無期) 책벌이면 흔히 교회에 공포한다. 출교 및 면직은 교회 앞에서 직접 본인에게 언도하거나 혹 본 치리회의 의결대로 교회에 공포만 한다(예배모범 제16장).

해벌(解罰)이란 위법한 행위를 하여 벌을 받은 자가 회개하였다면 확실한 증거가

605) 교회 담임 목사된 자가 목사 신분에 대해 면직을 당하고 출교는 되지 않았다면 일반교인으로 돌아간다. 또한 교회 담임하는 목사의 신분인 목사직이 정직되었을 때 시무하고 있는 지교회 담임목사직(당회장권)까지 해제할 수 있으나 정직당한 당사자가 총회에 상소한다는 통지서가 있으면 교회 담임(당회장권)은 해제하지 못한다. 총회의 확정판결을 받을 때까지 교회담임목사직을 수행할 수 있다. 이것이 권징조례 제45조의 규정이다.

606) 본인의 의사에 반하여 면직·출교된 교인으로서는 시벌한 치리회와는 극심한 이해관계 대립할 수밖에 없다. 그런 만큼 면직·출교는 교회 내에서 위반행위를 한 자가 회개치 아니할 때, 더 이상 교회의 본질적인 목적을 함께 수행할 수 없을 정도의 충분한 사유가 있을 때 내려지는 최종적이고 불가피한 수단이어야 한다. 그러나 감정적으로 면직·출교하는 경우들이 있는데 이 역시 범죄행위라 할 수 있다.

있는 경우에 그 죄를 사면하여 주는 것이다(권징조례 제35조). 해벌은 시벌과 마찬가지로 개인에게 있지 않고 당회, 노회, 총회 같은 치리회에 있다(정치 제8장 제1조). 출교를 당한 교인이 회개하고 교회에 다시 들어오기를 원하는 때는 당회는 그의 진실한 회개의 만족한 증거를 얻은 후에 허락한다. 이 일을 행하려면 당시 회장된 목사는 그 본 교회에 해벌하는 이유와 당회에서 결의된 것을 공포한다(예배모범 제17장 제3항). 면직을 당한 자가 공식 자복과 문답을 하게 되면 임직식을 받는다(예배모범 제17장 제4항). 목사가 면직을 받은 후 복직은 다시 목사임직을 받아야 한다(예배모범 제17장 제5항). 장로나 집사 역시 면직된 후 복직되었으나 그 교회에서 다시 피선되지 못하면 시무하지 못한다(예배모범 제17장 제6항).

제6절 정관효력이 사법심사에 미치는 영향과 판례검토

논자는 이미 교회분쟁시 분쟁의 가장 큰 원인인 교회의 권징재판, 재산분쟁, 결의방식과 절차에 대한 문제로 분쟁이 발생된다는 사실을 전제하면서 교회가 자체적으로 이같은 분쟁을 해결하지 못하고 종국적으로 국가 사법기관에 청구할 때 법원은 어떠한 원칙하에서 종교 내부, 특히 교회의 분쟁사건을 판단하고 판결하는지에 관해서 논술했다. 이같은 논술 이후 다음 단계의 논지는 사법심사에 교회정관과 교단헌법은 어떤 영향을 끼쳤으며, 그 효력의 법률관계는 무엇인지에 관해서 본 절에서는 구체적인 법원의 판례를 통해서 살펴보려고 한다.

1. 교회분쟁시 정관의 자치법상 구속력과 적용의 한계

교회분쟁이 발생되었다는 것은 두 종류로 설명할 수 있다. 첫째는 한 교회가 한 곳에서 예배를 드리면서 갈등으로 분쟁이 발생하는 경우가 있고, 둘째, 한 교회 건물 안에서 분쟁으로 두 장소에서 예배를 보면서 분쟁이 발생할 때에 정관의 적용문제가 제기된다.

가. 소속교단의 정체에 반한 정관 규정의 효력 문제

교회는 신앙단체로서 신앙을 위한 교리, 신학이 필요하다. 신학과 교리는 교회정체

와 밀접한 관계를 갖고 있다. 교회정체의 문제는 신학적 문제이다. 신학적인 입장에 따라 교회정체가 결정된다. 장로회 정체에서 신앙에 관한 지도 원리는 당회를 통해서 가능하도록 돼 있다. 당회는 의회 개념이 아니라 치리회 개념이다. 치리라는 말은 잘못된 신앙행위를 바로잡아 죄와 그 오염으로부터 교회의 순결성을 지켜나가는 직무이다. 이러한 직무는 치리회인 당회에 귀속된다. 당회는 목사와 장로로 구성하여 치리직무를 수행한다. 교회에 소속된 교인들이 신앙의 올바른 길에서 이탈될 때 교인의 대표인 장로는 그들을 권면한다. 그러한 권면도 받아들이지 않으면 당회에 보고하여 그들을 소환하여 치리한다. 이런 이유 때문에 시무장로는 당회를 통해서 그 직무를 수행하되 교인들을 심방하고 기도하는 직무가 포함되어 있다.

당회원인 시무장로는 교인을 심방하고 돌보면서 불법행위자들을 권면하고 교훈[607] 하되 듣지 아니할 때 이들을 당회에 보고하여 소환한다. 그리하여 그들을 권징재판으로 범죄를 처단하고 그들로 하여금 회개하여 돌아오도록 한다. 따라서 권징재판은 처단하여 정죄하는 기능보다 회개하여 돌아오도록 하는 구원론적 목회적 기능을 갖고 있다. 이런 치리기관은 당회는 목사 혼자서 재판해서도 안되고 장로들만으로 재판해서도 안된다. 또한 그 교회 교인들로부터 이같은 치리에 복종하겠다는 서약을 받은 목사와 장로만이 이 치리권을 행사할 수 있다는 그런 의미에서 목사는 위임식 때, 장로는 장로 임직식 때 구체적으로 치리에 복종하겠다는 교인들의 선서를 받게 되는 것이 장로회 정체이다. 이같은 정체는 목사의 성직권과 평신도의 대표권을 갖고 있는 장로들이 일정한 견제와 균형을 통하여 치리권(재판권)을 행사한다. 이때 목사의 치리권의 근거는 노회이고, 장로는 교인들이다. 성직권과 평신도권의 대표인 장로의 양권이 같아야 견제가 이루어진다. 교인들에 의해서 성직권이 결정될 수 없고, 교인들이 아닌 노회가 평신도권을 결정할 수 없다. 따라서 성직권은 노회, 평신도의 대표권인 장로는 교회 교인들에게 있다. 이런 의미에서 성직권은 교회소속이 아닌 노회 소속으로 노회가 파송하여 위임한다. 이러한 법리 때문에 목사의 1심 재판권은 당회가 아닌 노회이

607) 장로의 이러한 직무 때문에 장로는 교인들에게 모범을 보여야 하며, 교회 공식예배나 기도회에 빠지면 안된다. 그러나 장로가 자신의 직업이나 직장, 혹은 타지로 이사를 간 이후 한 달에 한 두 번 정도의 주일을 지키는 형편이라면 휴직하든지, 아니면 주일을 성수할 수 있는 지역교회로 이명하는 것이 옳다. 시무장로가 한 달에 한 두 번 정도 주일을 지키면서 장로의 직무를 감당할 수 없다. 이러한 부분도 정관상으로 규정해 두어야 한다. 당사자들과의 이해관계로 정관상 규정이 어려우면 총회차원에서 총회결의로 확정해 두면 개별교회의 문제를 사전에 차단해 주는 결과를 가져올 것으로 생각된다.

며, 장로는 노회가 아닌 당회이다.

이러한 성직권을 갖고 있는 목사의 말씀권과 교회 목양권을 교인들이 결정하는 행위는 장로회 정체에서는 위법행위이다. 반대로 목사가 교회의 기존 신앙적 입장을 변경하는 경우도 이와 마찬가지이다.[608] 목사의 목양권과 강단에서의 설교권은 교인들의 총회에서 결정하는 것이 아니라 노회에서 결정한다. 교인들이 결정하겠다는 것은 회중정체이다. 목사의 강단권이 성경해석에 대한 문제는 교인들의 결정 영역이 아니다. 그리고 시무기간이나 목사 시무투표[609]를 통하여 계속시무 여부를 교회정관상으

608) 이와 유사한 상황이 미국교회 분쟁 사건에서 찾아볼 수 있다. 본 논문 제4장 미국 관련 판례를 참조하라.

609) 지교회가 목사의 시무투표는 할 수 없으며, 장로 시무투표는 교인들의 기본권으로 규정하고 있다. 장로의 시무투표를 언급한 것은 정치 제13장 제4조이다(장로회헌법-합동). "치리장로, 집사의 임기는 만 70세까지이다. 단, 7년에 1차씩 시무투표할 수 있고 그 표결수는 과반수를 요한다." 여기서 "7년에 1차씩 시무투표할 수 있다"고 했다. 이 같은 법 조항은 교인의 기본권이라는 취지에서 해석되어져야 한다. 장로회의 정치 제도는 장로회 정치이다. 이 같은 제도를 우리는 대의정치라고 한다. 헌법 정치 총론 제5항에 "장로회 정치는 지교회 교인들이 장로를 선택하여 당회를 조직하고 그 당회로 치리권을 행사하게 하는 주권이 교인들에게 있는 민주적 정치이다."라고 했다. 이 같은 민주적 정치를 대의정치라고 한다. 대의정치란 "국민이 자기 의사를 반영하는 대표자를 선출하여 그 대표자에게 정치의 운영을 맡기는 정치 제도"를 말한다. 이 같은 정치 형태가 우리 장로회 정치 제도이다. 주권을 가지고 있는 교인이 대표자인 장로를 선택하여 그 장로로 하여금 당회를 구성하여 치리하게 하는 정치 구조이다. 그렇다면 먼저 지교회 장로가 되려면 가장 중요한 것은 지교회 교인들로부터 택함이 있어야 하고(정치 총론 제5항, 정치 제13장 제1조) 다음으로는 그 교인들이 대표자인 장로에게 위임해 주면서 그 장로의 치리에 복종하겠다는 서약이 있어야 한다. 교인들이 투표로 세운 장로에게 대표자로 위임해 준 것은 목사가 아니라 교인들이다. 그렇다면 그 장로가 이단을 주장하거나 잘못에 관해 권징을 받지 않는 한, 또한 다른 교회로 이명하지 않는 한 그 어느 누구도 장로의 권한을 제한하거나 정지시킬 수 없다. 단 그 장로를 위임해 준 교인들만이 그 권한을 정지시킬 수 있으며 그것은 교인의 기본권이다. 이 같은 권한 정지는 공동의회를 통해서만 가능하다. 이것을 교인의 기본권이라고 하며 헌법은 이 같은 교인의 기본권을 제한하지 않고 있다.

장로의 불성실함 및 월권과 전횡으로 교인들을 대신하고 대표한 장로직을 감당할 수 없을 때 교인들은 장로시무투표를 통하여 치리권한위임을 철회한다. 이것이 바로 장로 시무투표제이다. 그러나 그 장로가 덕을 세우지 못할 때 치리회인 당회는 그를 권고휴직시킬 수 있다. 이것은 장로 시무투표가 아니라 당회 행정치리에 해당된다. 장로 시무투표는 교회 대표자에 대한 시무투표가 아니라 교인 대표자에 대한 시무투표이다. 교회 대표자는 교인들이 선출해서 뽑는 것이 아니다. 목사청빙 투표는 교인들이 담임할 목사를 선출한 행위가 아니라 담임목사를 파송하여 위임해 줄 주체인 노회에 아무개 목사를 보내달라는 청원에 불과하다. 장로회 정치 자체가 지교회 교인들로부터 위임받은 장로와 노회로부터 파송받아 위임받은 목사가 당회를 구성하여 치리권을 행사하는 정치제도이다. 교인들이 목사와 장로 모두를 시무투표하여 그 결과에 따라 처리한다면 교인들에게 막강한 권한이 주어진 회중정치이지

로 규정하는 행위 역시 장로회 정체에서 있을 수 없는 위법이다. 이는 효력이 없는 정관으로서 장로회 정체를 따르는 교단의 지교회로 인정할 수 없다. 이러한 법리 때문에 당회 의결정족수는 목사와 장로가 합하여 다수결로 결정하지 않는다. 이럴 경우 성직권을 갖고 있는 당회장의 직무는 다수의 장로들에 의해 무너지고 만다. 이럴 경우 목사직과 장로직이 서로 견제가 이루어지지 않는다. 이런 이유 때문에 당회의 의결방식은 다수결이 아닌 당회원인 장로에게는 동의와 재청권이, 목사에게는 가부권이 부여됨으로써 상호 견제를 이루게 하고 있다. 목사의 가부권은 다수의 찬성쪽에 가부를 묻는 것이며, 반대자가 있을 때 화합을 위하여 가부를 묻지 않을 수도 있는 권한이 있으며, 당회원들에게 유안건(有案件)으로 결의하자고 설득하여 회의를 진행할 수 있는 권한이 당회장인 성직권을 갖고 있는 목사에게 주어진 직무중에 하나이다. 이렇게 해야만 성직권인 목사에게 주어진 말씀권이 지켜질 수 있다. 결국 지교회가 목사의 임기제와 신임투표 여부에 따라 계속 시무를 규정한 정관은 상급기관인 노회를 무시한 행위이며, 이는 권징조례로 치리의 대상이 된다. 이러한 치리는 법원이 사법심사에서 제외시킨다. 그 이유는 이 문제가 교리적인, 신학적인 문제이기 때문이다. 법원인 교회의 신학적인 문제까지 판단할 수 없다는 입장이다.

나. 부제소 위반의 징계규정의 효력 문제

정관에 국가 사법기관에 소송을 제기한 자를 교인의 지위에서 박탈하거나 징계규정을 둔 경우 법적 효력 문제가 발생한다. 이런 경우 하급심이긴 하지만 "출교판결은 정당한 징계사유로 삼을 수 없는 내용을 징계사유로 삼은 것으로서 그 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우에 해당하므로 당연 무효"라는 결정[610]이 있기도 하다. 소송을 제기한 자의 징계규정의 효력이 없다고 볼 수 있다. 따라서 이런 부분을 정관으로 규정할 경우, 교회 문제로 국가 사법기관에 소송을 제기한 자는 확정판결을 받을 때까지 교인의 지위가 보류된다는 규정은 종교 내부의 질서를 위해 정의관념에 반한 것으로 볼 수 없다고 본다.

대법원은 "헌법 제27조 제1항은 국민의 재판을 받을 권리를 기본적 인권 중의 하

장로회 정치는 아니다. 이런 이유 때문에 장로만 시무투표를 하고 목사는 시무투표를 하지 않는 이유이다.

610) 서울남부지방법원 2011. 3. 8. 선고 2010카합848 결정.

나로 보장하고 있고, 법원조직법 제2조 제1항은 국민의 재판청구권을 실질적으로 보장하고 있다면서 법률상의 쟁송에 관하여 헌법상 보장된 조합원의 재판을 받을 권리를 구체적으로 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 박탈한 것으로서 국민의 재판을 받을 권리를 보장한 위의 헌법 및 법원조직법의 규정과 부제소 합의 제도의 취지에 위반되어 무효"라고 판시하고 있다.[611] 교회정관이 대한민국 국민으로서 주어진 기본권인 재판받을 권리를 박탈 내지 침해하는 규정을 둘 경우 사법적 규제절차까지 봉쇄하는 결과를 가져오며 이는 교회구성원의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하는 결과를 초래하므로 이러한 정관과 결의들은 무효라고 봄이 상당하다.

2. 불법행위에 대한 정관적용과 한계

교회운영과 관리는 철저하게 교회정관에 의해서 이루어져야 한다. 따라서 교회는 정관상으로 교회운영과 관리에 대한 자치규범을 갖고 있어야 한다. 이때 정관은 투명해야 하고 공정해야 한다. 그리고 실천가능성이 있는 객관적 적용을 위한 규범이어야 한다. 막연한 정관규정은 그 규정을 놓고 해석문제로 분쟁이 발생될 수 있다. "법률 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다."는 죄형법정주의가 있는바, 곧 교회정관의 규정이 없으면 불법행위를 처단할 수 없다는 말이기도 하다. 전술하였듯이 대한예수교장로회 헌법 중 권징조례 제1장 제4조에 의하면 "〔재판안건〕 성경에 위반으로 준거할 만한 일이든지 성경에 의하여 제정한 교회 규칙과 관례에 위반되는 일이든지 다른 권징조례로 금지할 일이 아니면 재판 안건이 되지 아니한다."고 규정하고 있다. 불법행위를 시벌하기 위해서는 반드시 법적용조문이 있어야 한다는 것을 의미한다.[612]

교회에서 위법행위로 분쟁이 발생되었을 때 사실관계를 분명히 하여 정관과 교단헌법을 적용하여 그 분쟁의 원인이 불법행위를 처단할 수 있는 규정을 두어야 한다. 권징재판이 시행되어 불법행위를 시벌하여 일정하게 제재한다면 제아무리 교회를 혼란케 한다 할지라도 이런 경우는 교회정관으로나 국가법으로도 인정을 받지 못할 것

611) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2000다65086 판결.

612) 너무나 막연하게 "성경에 위반"에 대한 준거할 만한 일이 발생되었을 때 재판안건으로 처벌할 수 있다고 했다. 너무나 막연하다. 성경에 위반이 너무나 광범위하다. 심지어 길거리에 가래침 투척 사건으로 재판을 진행하여 목사면직을 시킬 수 있는 법이 돼 버렸다. 그리고 양형기준이 없으므로 재판하는 사람 자의적 판단에 의존될 수 있다.

이다. 교인의 지위가 박탈되면 교회에서 자신의 권리는 상실되어 법률행위를 할 수 없다.

현대교회에서 교인들의 법 인식은 치명적이다. 법을 준수한다는 것은 종교적인 원리로 보면 그것은 당연하다. 높은 도덕적 수준은 높은 준법정신과도 밀접한 관계에 있다. 일반적으로 교회분쟁은 재정집행의 문제, 인사문제, 권징문제, 공동의회 결의방법 및 그 절차에 대한 문제로 발생되는 경우가 많다. 이러한 분쟁은 결국 교회재산분쟁으로 이어진다. 교회가 분쟁이 발생되면 교회의 기본 교권이 파괴된다. 분쟁의 가장 일차적인 표현은 자파 사람들까지 별도로 예배를 본다는 점이다.

민법은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의하고 사용·수익은 정관 기타 규약에 좇아 각 사원이 할 수 있다(제276조)."고 했다. 사용·수익은 교인들이 교회건물을 이용하여 종교적 활동을 할 수 있는 권리이다. 문제는 이같은 권리는 "정관 기타 규약에 좇아"할 수 있다. 전술한 대로 교회에서 담임목사의 설교권은 노회의 고유권한이다. 노회가 파송하여 위임식을 거친 담임목사의 허락 없이는 그 어느 누구도 설교권을 행사할 수 없다. 설교권은 교인들이 부여한 것이 아니라 노회가 부여한다. 설교권은 담임목사에게 있지만 예배시간과 예배 주관은 당회의 결의로 당회장이 집례한다. 이같은 법리는 교회의 정관과 교단헌법이 규정하고 있음에도 불구하고 대법원은 분쟁시 이러한 교회법의 원칙과 정관과 교단헌법의 법리와 다르게 권한 없는 자가 설교하고 당회의 전권사항인 예배시간 및 장소를 거부하여 별도의 사람들이 별도의 장소와 시간에 예배를 볼 때 이를 불법행위로 판단하지 않고 이러한 불법행위들 역시 형법상 보호받을 가치가 있다고 판단하였다. 즉 불법행위자들의 예배와 설교를 방해하기 위하여 폭행, 폭언, 소란 등으로 평온한 수행에 지장을 주는 행위를 하였다면 이러한 행위는 형법 제158조가 규정하고 있는 예배 또는 설교를 방해하는 죄에 해당한다고 판시[613]하였다. 이러한 판결은 "분열당시 교인들의 총유"라는 법리로 판단했던 종전판결로써 교회의 정관과 교단헌법이 정당한 것으로 서약했을 뿐만 아니라 순종하기로 했다면 총유물인 교회에서 사용·수익은 민법의 규정에 따라 정관에 따라야 한다. 자신들이 예배시간과 장소를 결정한 당회의 전권사항이나 교회에서 목사의 설교권이 노회의 권한이라는 노회전권사항인 자치규범을 거부하고 별도의 장소에서 권한없는 자의 설교행위로 사용·수익이 이루진다면 이는 보호받아야 할 가치가 아니라 권징재판

613) 대법원 1971. 9. 28. 선고 71도1465 판결.

을 받아야 할 불법행위라고 해야 한다.

그러나 문제는 한계가 있다. 담임목사의 불법행위, 당회의 갈등과 분열은 정관과 교단헌법에 따라 당회의 전권사항을 결의하고 집행할 수 없는 상황으로 전개될 경우 정관대로 집행하기란 쉽지 않다. 교인이나 장로의 불법행위에 대해 소송이 제기되었을 경우 이를 처리하는 당회의 기능이 마비됨으로써 이를 처리할 수 있는 길이 막혀버린 경우가 많다. 당회소집에 의한 의결정족수가 충족되지 못할 때 이를 처리할 수 있는 길이 없다. 당회가 처리할 수 없을 경우 노회에 위탁판결을 청원해야 하는데 당회가 소집할 수 없으므로 당회결의를 할 수 없다. 그렇다고 목사 개인자격으로 노회에 위탁판결을 의뢰하면 이 역시 불법이다. 이런 경우 더 이상 정관으로 분쟁을 해결할 수 없게 되면서 법원에 소송이라는 방식으로 문제를 해결하려는 사태가 발생된다.

3. 권징재판에 대한 사법심사의 적용범위와 정관

가. 권징재판에 있어서 정관의 효력

이미 본 논문 제3장에서 논술한 대로 권징재판에 관한 일정한 절차법을 알아보았다. 형사소송법이나 민사소송법처럼 교회권징재판도 일정한 절차법이 있다. 그 절차법이 지교회 정관상으로 규정되어야 한다. 그러나 권징재판은 사법권으로서 장로회 정체에서 3심제도를 갖고 있다. 이 3심제에 대한 재판의 절차법은 교단헌법에 지교회 당회와 노회, 총회에서 사법권인 재판이 어떤 절차에 따라 진행되어야 하는지에 대한 성문규정이 존재한다. 따라서 3심제도하에서 1심재판의 관할인 지교회 당회의 재판절차는 교회정관상으로 규정하지 않고 교단헌법의 규정을 자치규범으로 받아들이고 있으므로 교단헌법에 따른다. 단지 지교회 정관에서는 "1심재판인 당회의 재판규정은 교단헌법에 따른다."라는 규정을 둠으로써 법적인 장치를 두고 있다.

권징재판을 통해 시벌이 확정될 경우 교인의 지위가 상실된다거나, 3심제도하에서 상고심인 총회재판 확정시까지 교인의 지위가 보류된다는 규정을 둠으로써 비위자로부터 교회를 보호하여 교회운영의 안전성을 유지하는 것은 중요하다. 또한 기간을 정하여 시벌이 주어졌을 경우 그 기간 동안은 교인의 권리가 중지되는 규정을 두는 것도 예기치 못한 분쟁으로부터 교회를 보호하는 길이라 생각된다.

나. 권징재판에 대한 사법심사의 정관적용 범위

교회권징재판에 의한 판결에 불복하여 사법당국에 소를 제기한 경우들이 있다. 특히 권징재판을 통하여 목사나 장로, 기타 신도들의 직위가 박탈되었을 경우 교인의 지위에 따른 교회재산의 관리·처분이나 사용·수익이 박탈된다거나 목사의 면직으로 교회대표권이 상실될 경우 소송을 통하여 권징재판의 효력을 정지하거나 무효를 주장하여 사법심사를 요구할 때 법원은 교회의 권징재판에 대해 어떤 사법심사의 원칙, 즉 그 범위를 어떻게 설정하며, 교회정관 효력을 어느 범위까지 인정하는지 여부를 확인하는 일은 중요하다고 본다.

교회의 권징재판에 관한 최초의 대법원 판결은 1978년에 있었다. 총회 재판국 결의 부존재확인의 소에서 "대한예수교장로회 총회의 재판국이 목사, 장로 등에 대하여 정직·면직 등에 처하는 결의(재판)는 종교단체 내부의 규제에 지나지 아니하고 그것이 교인 개인의 특정한 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니므로 그 무효확인을 구하는 법률상의 쟁송사항에 관한 것이라 할 수 없다."고 판시[614]하였다. 이 판결에서 대법원은 권징의 성격을 설시하기를 "종교단체가 그 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적 방법으로 징계 제재하는 종교단체 내부의 규제"라고 했다. 그러면서 사법심사의 원칙은 직접적으로 원고에게 법률상의 권리침해가 있을 경우에는 법률상의 쟁송사항으로 판단하여 사법심사의 대상으로 삼지만 그렇지 않을 경우 사법심사의 대상이 될 수 없으며, 이 경우 재판의 무효확인을 구하는 것은 부적법하여 각하판결을 하고 있다.

두 번째의 대법원 판례는 1981년에 있었다. 대법원은 종전의 판례에서와 같이 "종교단체 권징결의"는 "사법심사의 대상이 되지 아니한다."고 했다.[615] 종교단체 권징결의의 "효력과 집행은 교회 내부의 자율에 맡겨져야 한다."고 판시하였다. 이때 최초로 교회정관이라는 용어를 사용하고 있다. 권징재판의 효력과 집행을 정관상으로 규정되어 있을 경우 이는 교회 내부의 자율권에 해당되며 사법심사의 대상이 아니라는 판례 입장이다. 대법원은 이러한 교회권징재판의 효력과 집행을 그대로 인정하고 있다. 즉 "총회 재판국의 목사직 정직 판결에 불복하여 총회로부터 이탈을 선언하여 독자적인 운영체제를 구축하여 교회 권위와 질서에서 벗어난 목사에 대한 목사직 상실의 효력"

614) 대법원 1978. 12. 26. 선고 78다1118 판결.
615) 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다276 판결.

이라고 판시함으로써 교회의 권징판결의 효력은 곧 법원의 판결효력으로 그대로 인정하고 있는 입장이다. 이때까지만 해도 대법원은 '권징판결'이라는 용어를 '권징결의'라는 용어를 사용하고 있다.

세 번째의 대법원 판결은 1984년에 있었다. 이 판결에서는 종전의 "권징결의"라는 용어에서 "권징재판"이라는 용어로 변경하여 사용하고 있다는 점이 특징이다. 교회의 권징재판이 사법심사의 대상이 되지 않는다는 측면에서의 판결이었다면 이 세 번째 판결에서는 종전판례의 사법심사의 대상이 아니라는 사실을 확인하면서 구체적으로 사법심사의 대상인 경우에 대해 판단하는 판례이다. 대법원은 이전 판례를 전제하면서 "개인의 특정한 권리의무에 관한 법률관계를 규율하는 것"이 아닐 경우 "그 재판기관심사에서 한 권징재판 자체는 소위 법률상의 쟁송의 대상이 아니므로 사법심사의 대상이 아니다."라고 판시[616]한다.

그러나 "교회 대표자의 지위에 관하여 소송상 그 대표권을 부인하면서 그 전제로 권징재판의 무효를 다투고 있는 경우에 있어서는 그 유·무효를 가려 보아야 할 것인데 이 때에 있어서도 그 권징재판이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아니라는 등 특별한 사정이 없는 한 교회헌법 규정에 따라 다툴 수 없는 이른바 확정된 권징재판을 무효라고 단정할 수 없다."고 판시하였다. 즉 권징재판으로 목사가 면직이 되었기에 교회 대표권이 없다고 하여 교회재산권 문제가 발생되었을 때 대법원은 교회 대표자의 지위에 관하여 소송상 그 대표권을 부인하면서 그 전제로 권징재판의 무효를 다투고 있는 경우, 그 권징재판의 면직판결은 사법심사의 대상으로 보고 있다. 이 경우 권징재판이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려졌느냐 그렇지 않느냐에 따라 확정된 권징재판의 유무효를 판단해야 한다는 입장이다. 만약에 특별한 사정이 없이 교회헌법이 정한 정당한 치리기관에서 판결을 했다면 확정된 권징재판을 법원이 무효라고 할 수 없다는 판결이다. 교회헌법이 규정하고 있는 재판기관에서 재판을 했느냐가 사법심사 기준으로 삼고 있다. 교회정관과 교단헌법의 규정이 법적 효력이 있음을 확인할 수 있다.

2005년에 와서는 권징재판의 효력 유무와 관련하여 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁이 존재할 경우, 종교 교리의 해석에 미치지 아니하는 한 법원으로서는

616) 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카2065 판결. 이같은 판결은 1985년, 1995년에도 그대로 적용되고 있다. 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1262 판결; 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47193 판결 참조.

징계의 당부를 판단해야 한다는 입장의 판결이 있게 되었다. 이는 불교의 주지해임 무효 확인의 소에서 나온 판례로서 2010년에 광성교회 판례에서 인용되고 있는 내용으로써 "종교단체의 징계결의는 종교단체 내부의 규제로서 헌법이 보장하고 있는 종교자유의 영역에 속하는 것이므로 교인 개인의 특정한 권리의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이 아니라면 원칙적으로 법원으로서는 그 효력의 유무를 판단할 수 없다고 할 것이지만, 그 효력의 유무와 관련하여 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁이 존재하고 또한 그 청구의 당부를 판단하기에 앞서 위 징계의 당부를 판단할 필요가 있는 경우에는 그 판단의 내용이 종교 교리의 해석에 미치지 아니하는 한 법원으로서는 위 징계의 당부를 판단하여야 한다."고 판시[617]하였다.

2011년에 와서 대법원은 교회의 권징재판으로 교인의 지위를 박탈시키는 제적결의 효력 유무가 구체적인 권리의무에 관한 청구의 전제문제로 다투어지는 사안에서 제적결의의 권징재판이 사법심사의 대상이 되어야 한다는 주장에 대해 "원고들은 이 사건 제적결의로 총유물인 교회건물을 사용·수익하거나 예배에 참석할 수 없게 되지만, 이것은 이 사건 제적결의의 따른 후행적인 효과일 뿐 그것이 제적결의의 효력유무와 별도의 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁이라고 볼 수 없다"고 설시하였다.[618]

또한 권징재판건이 아닌 행정건으로써 공동의회를 통해 교인들의 결의로 시무장로직을 정지하는 결의에 공동의회 결의 무효확인의 소에서 권징재판과 관련하여 판결하고 있는 내용으로써 "교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계·제재하는 종교단체 내부의 규제(권징재판)가 아닌 한 종교단체 내에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미치는 단체법상의 행위라 하여 반드시 사법심사의 대상에서 제외하거나 소의 이익을 부정할 것은 아니다."라고 하면서 "우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절차상 하자가 있는 것으로는 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우라야 한다."고 판시[619]하였다.

---

617) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67658 판결.

618) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다32386 판결.

4. 재산분쟁에 대한 사법심사의 범위와 정관

가. 재산분쟁에 있어서 정관의 효력

교회재산의 분쟁에 있어서 정관의 중요성은 학설로나 법리, 그리고 대법원 판례로서 그 중요성이 제기되고 있는 것은 전술한 바와 같다. 대법원의 교회에 대한 최초의 판례에서 "각 교도들이 공동으로 권리를 가지고 의무를 부담하게 되는 것이나 그 권리가 지분권이 아니므로 이를 단독적으로 처분할 수 없고 그 재산처분에 있어서는 교회장정, 회칙 기타 일반적으로 승인된 규정이 있으면 그에 따라 유효히 알 수 있으되 그것이 없는 경우에는 본법의 원칙에 따라 교도총회의 의결에 의하여야 할 것이다."고 판시[620]하였다. 여기서 '본법의 원칙'이란 민법을 의미한다. 교회재산처분은 교회분쟁 중이거나 그렇지 않고 평온한 상태이거나 할 것 없이 "교회재산처분의 법률관계"에 따라 처리해야 한다. 그렇지 않을 경우 나중에 교회재산처분 문제로 교회가 커다란 혼란에 빠진다.[621] 교회재산 처분은 그 교회의 정관 기타 규약에 의거하거나 그것이 없는 경우에는 그 교회 소속 교인들에 의한 총회의 결의에 따라야 한다.[622]

교회재산은 지분권 없는 교인들의 공동재산인바, 교회재산에 대한 분쟁이 발생했을 때 법적으로 해결할 수 있는 근거는 재산의 주인들이 결정해야 한다는 원칙이다. 교회재산은 목사의 개인 재산이 아니라 교인들의 공동소유재산이기 때문에 그 교인들이 처리해야 한다. 여기서 재산분쟁에서 정관이 법적 효력이 있다는 말은 그 정관을 교인들이 제정했기 때문이다.

---

619) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다63104 판결.

620) 대법원 1970. 2. 10. 선고 67다2892,2893 판결.

621) 교회 담임목사와 당회가 분쟁이 발생하자 합의조건으로 담임목사가 살고 있는 사택(아파트)을 제공하는 조건으로 사임하기로 합의를 보았다. 이때 사택은 교회재산이다. 교회재산은 교인들의 총유물이기 때문에 교회재산을 처분한 규정이 정관에 명시돼 있으면 그 정관대로 처리하면 되지만 정관규정이 없을 경우 반드시 공동의회 결의로 처분결의를 해야 한다. 그런데 이 교회는 임시당회장이 제직회의 결의로 가능하다고 하면서 제직회 결의로 처리했다. 제직회는 공동의회가 아니기 때문에 재산처분에 권한이 없다. 제직회 결의로 등기이전을 했다면 반드시 공동의회 결의가 있었던 것처럼 서류를 조작하지 않으면 등기할 수 없을 것이다. 그렇다면 이는 무효사유에 해당된다. 이같은 교회 상담에서 공동의회를 통해서 다시 결의해야 한다고 하자 그대로 시행하여 문제를 풀어갔던 사례가 있다.

622) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다2045,2046 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

교회재산의 공동소유자들이 정관을 만들 때 교회재산의 처분과 취득에 관한 규정을 두었다면 그 정관의 규정대로 집행하는 것이 원칙이요, 법이다. 대법원의 변함없는 판례의 입장은 정관의 규정이 있으면 그 규정대로 할 것이요, 정관규정이 없을 경우 교인총회를 통해서 처리해야 한다는 것이 변함없는 판례의 입장이다. 교회분열(분쟁)시 "그 재산의 귀속에 관하여 어떤 다른 규정이 있으면 모르되 특별한 정함이 없으면 … 교도의 총의에 따른 의결방법에 의하여 그 귀속을 정해야 한다."고 판결[623]이 현재까지 유효한 판결로 교회재산분쟁의 원칙으로 삼고 있다.

나. 재산분쟁에 대한 사법심사의 정관적용 범위

교회재산 분쟁에 대한 사법심사는 분쟁시 재산관련 규정이 정관에 명시되어 있느냐를 먼저 확인한다. 교회재산분쟁의 1차적 근거는 정관이다. 그러나 그러한 정관이 없을 경우 2차적 근거는 교인총회 결의이다. 물론 총회 결의가 적법해야 한다. 그러나 그 적법성 논란이 제기된다. 우리 민법은 법인 아닌 사단의 법률관계에 관하여 재산의 소유 형태 및 관리 등을 규정하는 제275조 내지 제277조를 두고 있을 뿐이므로, 사단의 실체·성립, 사원자격의 득실, 대표의 방법, 총회의 운영, 해산사유와 같은 그 밖의 법률관계에 관하여는 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 원칙적으로 유추적용된다.[624] 법인 아닌 사단으로서의 실체를 갖추고 특정 교단 소속 지교회로 편입되어 교단의 헌법·장정을 교회 자신의 규약에 준하는 자치규범으로 받아들여 이에 구속되는 교회라고 하더라도 민법 제71조, 제72조에 비추어 정관이나 교단의 헌법·장정에 따른 규정이 없는 한 총회는 1주일 전에 그 목적사항을 기재한 통지를 발하여 소집하여야 하고, 통지된 목적사항에 관하여서만 결의할 수 있다.[625] 이러한 법리 때문에 교회 정관상으로 총회 소집절차에 관한 규정을 두어야 한다. 정관에 이러한 규정을 둘 경우 이 정관은 민법의 규정보다 앞서는 효력이 있다. 이같은 정관의 효력을 법적으로 인정받으려면 정관이 유효하게 작성되었다고 볼 수 있는 증거자료가 있어야 하며, 교회가 필요에 의해 정관을 변경했다면 공동의회 회

623) 대법원 1970. 2. 14. 선고 68다615 판결.
624) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결; 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결.
625) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다56866 판결; 대법원 2006. 6. 30. 선고 2000다15944 판결; 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다7408 판결.

의록에 정관변경 결의에 관한 내용이 있어야 한다.[626]

정관상으로 교회재산 처분을 당회에 위임하여 처리할 수 있다는 규정이 있을 경우 교인총회가 특정재산을 명시하여 당회에 위임해 주는 결의를 하지 아니했음에도 불구하고 당회가 총회의 위임이 있었다는 것을 전제로 처분했을 경우 이는 위법이다. "당회에 위임하여 처리할 수 있다."는 규정은 반드시 공동의회가 처분대상 목록을 당회에 위임하는 결의를 해야 당회가 처리할 수 있다.

제6절 소 결

종교 내부의 징계재판과 총회결의에 관해 법원의 사법심사에 대한 많은 논의가 필요하며, 법적 문제점들이 제기되고 있음을 인정하고 있다. 종교단체의 내부관계 문제인 징계권인 권징재판뿐만 아니라 교회의 다양한 분쟁으로 발생된 문제에 관한 청구를 받은 법원은 정교분리와 종교의 자유의 원칙에 입각해서 어떠한 법리를 적용해서 사법심사를 할 것인지, 만약 적용할 성문법이 불비할 경우 어떤 법에 준용하여 판단할 것인지는 상당한 논란이 있을 수 있다. 이때 민법의 법인론 및 이를 준용하여 판단했을 경우 교회의 자치규범에 의한 자치권과의 법률적 관계를 어떻게 정립하느냐에 따라 사법심사의 결과가 다를 수 있다.

권징재판이나 각종 결의에 대한 사법심사는 물론 재산분쟁에 있어서 사법심사에 정관적용의 범위와 한계가 있다. 교회재산에 대한 분쟁이 발생했을 때 법적으로 해결할 수 있는 근거는 재산의 총유권자들이 결정해야 한다는 원칙이다. 교회재산은 교인들의 공동소유재산이기 때문에 그 교인들이 처리하되 교회정관에 따라야 한다. 정관에 따라 처리한다는 것은 결국 교인들에 의해 처리한다고 볼 수 있다. 그 이유는 그 정관을 교인들이 최종적으로 결정했기 때문이다.

특별한 경우를 제외하고는 정관은 재산분쟁의 판단과 해결에 구속력이 있으며 법원은 이를 인정하고 있다. 그 정관이 정의관념에 반하지 않는 것이라면 정관이 사법심사에 영향력을 갖고 있다고 볼 수 있다. 그러나 정의관념에 반한 내용이 무엇이냐에 따라 법원의 판단과 종교 내부의 해석 사이에 차이가 있을 수 있다. 법원은 교회 내부의 규정은 특별한 원칙인 종교상의 교리와 신학적인 문제가 개입되어 있다는 사실을

626) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

인정해주어야 한다. 그렇게 되면 상당한 부분 종교 내부의 규정인 정관이 법적 구속력이 있는 방향으로 판단해 줄 경우 교회는 정관의 중요성과 스스로가 정관을 준수하려는 의식을 갖게 되어 상당한 부분 분쟁이 예방되는 효과가 있을 것이다.

제6장 결 론

이제 본 논문의 결론을 맺어야 하는 단계이다. 논자는 '교회정관에 관한 민사법적 연구'라는 주제로 연구하면서 제1장 서론에서 밝힌 특별권력집단으로서 종교단체인 교회는 단체법상 법률적 성격, 교회분쟁시 교회가 각종 문제로 법원에 소를 제기했을 경우 법원의 사법심사의 범위와 한계, 종교의 자유와 정교분리의 원칙에 따른 법원의 사법심사에 있어서 교회의 자치법규인 정관과의 관계, 종교단체(교회)의 자치규범인 합리적인 정관의 존재 여부와 분쟁예방·해결을 위한 정관의 효력 및 법률관계 등을 연구의 범위로 제시한바, 이러한 연구의 범위를 중심으로 본 논문의 요약과 결론을 맺으려고 한다.

본 논문에서는 특별히 가톨릭교회를 언급한 부분을 제외한 나머지 모든 부분에서는 개신교회를 의미하고 있다. 한국교회는 각각 정체가 다르기는 하나 '법인 아닌 사단'으로 인정된다. 교회에 대한 입법례나 판결, 혹은 학설은 교회를 단순히 신앙단체로만 이해하는 선에서 멎어진 것이 아니라 우리나라의 헌법과 각종 법령에서 법인격이 없는 법인 아닌 사단으로 그 성격을 규정한다. 본 논문은 총 6장으로 구성되어 있으며, 각 장별 연구내용을 요약하면 다음과 같다.

제2장에서는 교회의 자기이해와 법률관계로서 대내외적으로 교회의 자기이해와 법률관계를 어떻게 정리하고 있는가 하는 문제이다. 보편교회로서 유형교회는 한 장소에 다 모일 수 없기 때문에 지역교회, 즉 지교회 형태로 존재한다. 여기서 말한 교회는 에클레시아로서 선택받은 백성들의 모임, 집회 등을 의미한다. 대법원 판례에서 교회를 "예수교의 신도들이 교리의 연구, 예배 기타 선교상의 공동목적을 달성하기 위하여 각기 자유의사로 구성된 단체"로 정의한다. 교회는 사단적인 구조를 갖고 있으며, 구성원의 자율성이 보장되는 사단적 조직형태를 갖고 있다. 교회가 법인 아닌 사단으로 인정되며, 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하는 법리와 판례를 갖고 있다. 교회는 국가 안에 존재한다는 점에

서 우리의 헌법과 법령에 제한을 받을 수 있으며, 교회도 정교분리 원칙은 지켜야 한다. 반대로 교회는 헌법이 보장한 종교의 자유의 기본권으로 보장된다.

제3장에서는 교회의 권징재판과 결의에 대한 사법심사에 관한 연구내용이다. 교인으로 비위가 있는 자에게 종교적인 방법, 즉 종교권징재판으로 징계·제재하는 종교단체 내부의 처벌이나 각종 결의에 관해서는 법원의 사법심사의 대상 밖에 있다는 취지로써 소의 이익이 없다거나 사법심사의 대상이 아니라는 판례입장을 보이고 있다. 이는 본장에서 언급한 이른바 일본의 부분사회 법리에 근거하여 법률상의 쟁송에 해당하지 않는 것으로 보는 전제에서 출발하고 있다. 그러나 반대로 종교단체의 징계처분의 효력은 반드시 사법심사의 대상에서 제외할 것이 아니라고 하면서 종교의 자유와 정교분리원칙에서 종교단체 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 하지만 처분(처벌)이나 결의가 무효로 돌릴 정도의 일반적인 하자로는 부족하고 그러한 하자가 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우일 경우 사법심사의 대상으로 보고 있다. 또한 종교단체 내부의 재판이나 규제, 결의라 할지라도 그 효력 유무와 관련하여 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁이 존재하고 그 청구의 당부를 판단하기에 앞서 징계재판, 규제, 결의의 당부를 판단할 필요가 있는 경우에는 그 판단의 내용이 종교 교리의 해석에 미치지 아니하는 한 법원은 사법심사의 대상으로 보고 있다.

제4장은 교회분쟁시 재산귀속에 대한 사법심사에 관한 연구이다. 교회의 단체법상 재산이 형성되고 그 재산에 대한 관리·처분의 법률적인 문제가 제기된다. 교회의 법률적 성질은 법인 아닌 사단이다. 교회가 법인 아닌 사단으로 인정된바, 교회의 재산 형태는 법인 아닌 사단의 총유물로 해석하고 적용한다. 총유물은 지분권 없는 교인(사원)들의 공동재산이다. 공동재산으로 합유나 공유가 있지만 교회는 합유나 공유가 아닌 총유물이다. 총유물이란 개인적으로 사용·수익권이 있지만 취득처분이나 관리보존은 개인이 아닌 사원총회(교인총회)을 통하여 개인의 재산권을 행사한다. 이 경우 반드시 채무자는 개인이 아닌 정관상의 교회명칭이어야 하며, 교회 분쟁시 교회재산귀속에 대한 사법심사는 첫째, 정관상으로 관련 규정이 있을 경우 그 규정대로 처리하되 절차를 따라야 한다. 둘째, 정관상으로 명시적 규정이 부존재할 경우 교인총회 결의가 있어야 하며, 이때의 결의는 민법의 법인 아닌 사단에 대하여 사단법인 가운데서 법인격을 전제로 하는 것(예 법인등기)을 제외하고는 모두 이를 유추적용한다.

제5장은 교회정관의 자치법상 구속력과 판례검토에 대한 내용이다. 교회는 정관작성에 참여한 자들뿐만 아니라 작성 이후 새로 가입한 자까지 당연히 구속된다는 점에서 그 법적 성질은 계약이 아니라 교회에 부여된 자치입법권을 바탕으로 제정된 자치법으로 본다. 법인 아닌 사단은 구성원간의 관계를 규율할 근본규칙인 정관 내지는 규약을 갖고 있어야 한다. 법인 아닌 사단의 내부관계에 관하여는 제1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고 정관의 규정이 없는 경우에는 교인총회로 가능하며 이때 총회의 절차와 결의방식은 민법의 사단법인 규정이 유추적용된다. 법인 아닌 사단으로서의 교회의 정관과 그 정관의 법률관계에 대한 바른 이해와 정립은 분쟁을 예방하고 종국적으로 법원의 분쟁해결을 위한 최후 수단이 될 수 있다.

이상과 같은 연구의 내용을 근거로 논자의 결론은 다음과 같다.

첫째, 교회의 단체적 성격을 신앙단체성과 사단성으로 이원화해 놓고 보면 교회 내의 분쟁도 신앙단체적 분쟁과 사단적 분쟁으로 구분할 수 있다. 교회는 기본적으로 신앙단체이고 그 사단성은 사회 단체적 측면의 성격을 법적으로 평가한 것에 지나지 않으므로 기본적인 신앙단체가 분쟁이 일어난 이상 그 사단적 구조도 이에 따라 분쟁이 발생된 것으로 평가할 수밖에 없다. 따라서 교회는 신앙단체성, 즉 보편교회에 소속된 지역교회인 지교회의 특성과 더불어 사단성으로서의 교회이해는 사회 단체적 측면에의 법적 성격, 법률관계 속에서 이해하여 갈등과 분쟁을 풀어나가야 한다.

그러나 오늘날 대부분 많은 교회들은 신앙단체적 성격만으로 교회를 운영하므로 사회 단체적 측면인 사단성에 대한 법률문제가 제기될 경우 분쟁예방기능과 해결능력을 상실하는 경우들이 많다. 논자는 본 논문을 통하여 신앙단체인 교회에 대해서는 종교의 고유한 영역에 맡겨지지만 교회재산분쟁을 비롯한 각종 분쟁들과 관련된 사단으로서의 교회에 대해서는 법인 아닌 사단에 관한 민법의 일반 원리를 적용하고 있으므로 이에 대한 바른 개념이해는 교회분쟁 예방차원에서 매우 중요한 요인이라는 사실을 확인할 수 있었다.

둘째, 논자는 본 논문을 통하여 교회정관의 중요성을 확인하였다. 교회를 법인 아닌 사단으로서의 실체를 인정함에는 아무런 지장이 없다는 것이 학설이며 판례입장이다. 법인 아닌 사단에서 중요한 성립요건은 정관이다. 교회의 사단성과 관련된 교회의 법적 문제는 민법의 법인 아닌 사단의 규정을 적용하되 규정 외에 문제는 민법의 법인규정에 유추적용하되 정관규정이 있으면 이 정관은 민법의 법인규정보다 앞선 법적

효력이 있다는 점이다. 지교회 재산권이나 권징재판, 총회결의 등의 문제가 사법심사의 대상이 되었을 경우 가장 먼저 정관규정 유무가 판단의 준거로 삼고 있다는 점이다. 그러나 그 정관이 법적 효력을 갖는 정관으로서 객관적, 합리적, 공서양속, 정의관념에 반하지 않는 정관으로 하자가 없어야 하는데 그렇지를 못하여 정관으로서 법적 구속력이 없는 정관들이 많다는 점이다. 이미 본 논문에서 전술한 대로 교회자금이 필요하여 은행권에서 대출을 받기 위해 권한 없는 자들에 의해 급조해서 만들어진 정관들이 허다하며, 그 내용 역시 정관으로서 법적 기능을 발휘하기에는 하자가 있는 경우들이 많이 있다. 논자는 본 논문을 통하여 법적 근거에 의한 정관제정은 교회 스스로가 종교의 자유을 지켜나가는 요인이라 생각되며, 그 모호한 정관에 대해 법원이 사법심사를 하였을 경우 종교의 자유의 침해라는 말을 하기 전에 교회 스스로가 종교의 자유의 원리를 지켜나가기 위해서 올바른 정관작성이 필요하다는 것을 확인하였다.

셋째, 교회 내부의 권징재판에 대한 사법심사의 문제이다. 교회의 권징재판은 종교단체가 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 교회구성원들에게 종교상의 방법에 따라 징계 제재하는 종교단체의 내부적인 제재라 할 수 있다. 그 효력과 집행은 교회 내부의 자율적인 사항이다. 그러므로 이러한 권징재판은 원칙적으로 사법심사의 대상이 될 수 없다. 그러나 그 효력의 유무와 관련하여 구체적인 권리 또는 법률관계를 둘러싼 분쟁이 존재하거나 또한 그 청구의 당부를 판단하기에 앞서 그 징계의 당부를 판단할 필요가 있는 경우에는 그 판단의 내용이 종교 교리의 해석에 미치지 아니하는 한 법원으로서는 징계의 당부를 판단한다는 것이 판례입장이다. 또한 권징재판이 교회헌법에 정한 적법한 재판기관에서 내려진 것이 아니라는 등 특별한 사정이 없는 한 교회헌법 규정에 따라 다툴 수 없는 이른바 확정된 권징재판을 무효라고 단정할 수 없다는 것이 통설이며, 판례입장이다.

법인 아닌 사단인 교회의 권징재판이나 각종 결의에 절차상 하자가 있으면 원칙적으로 권징재판과 각종 결의가 무효사유가 되지만 이렇게 될 경우 사법심사에서 무효가 되는 범위가 너무 넓어지게 되므로 대법원은 공동의회 결의무효 확인의 소송에서 우리 헌법이 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능을 엄격히 분리하고 있는 점에 비추어 종교단체의 조직과 운영은 그 자율성이 최대한 보장되어야 할 것이므로, 교회 안에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미칠 각종 결의나 처분이 당연 무효라고 판단하려면, 그저 일반적인 종교단체 아닌 일반단체의 결의나 처분을 무효로 돌릴 정도의 절

차상 하자가 있는 것으로는 부족하고, 그러한 하자가 매우 중대하여 이를 그대로 둘 경우 현저히 정의관념에 반하는 경우라야 한다는 것이 판례입장이다. 이같은 판결은 권징재판과 결의의 절차상 하자가 비교적 경미하고 또한 명백하지 않는 부분에 대해서는 무효가 아니라는 형식이 판례입장인바, 객관적 기준에 대한 판결의 통일성이 훼손될 수 있다. 따라서 논자는 본 논문을 통하여 권징재판과 각종 결의의 절차상 하자를 논할 때 지교회 정관이나 지교회 자치규범으로 인정하는 성문법인 교단헌법에 열거된 명백한 규정을 위반했을 경우 이를 무효로 사법심사가 이루어져야 교회가 절차법의 중요성을 인식할 뿐만 아니라 교회분쟁을 예방할 수 있다고 생각한다. 교회로 하여금 사소한 절차는 위반해도 된다는 잘못된 착오를 갖게 해서는 안된다. 명문화된 규정위반에 대한 사법심사는 교회의 독립성을 침해한 행위가 아니라 더욱 강화해 주는 것이 되며, 교회로 하여금 종교의 자유에 충실하고 교회문제는 교회 내부에서 해결해야 한다는 정신을 심어주도록 해 주는 요인이 될 것으로 생각된다.

넷째, 교회분쟁시 재산귀속문제이다. 종래 대법원 판결은 일부 교인들이 집단적으로 기존교회를 이탈하는 것을 '분열'이라고 하여 탈퇴와 구별하여 분열을 인정함으로써 교회재산귀속을 "분열 당시 총유" 개념으로 판시하였으나 2006년 전원합의체 판결은 일부교인들이 교회를 탈퇴하는 경우 탈퇴가 개별적이든 집단적이든 종전교회재산의 사용·수익과 관리·처분권이 상실되며 대신 교회재산은 잔존교인들의 총유에 귀속된다고 판례를 변경했다. 단 사단법인의 정관변경에 준하여 의결권자 3분의 2 이상의 찬성결의로 소속교단을 탈퇴하고 별도로 법인 아닌 사단의 요건을 갖추어 새로운 교회를 설립했다면 종전교회재산은 탈퇴한 교회 소속 교인들의 총유에 귀속된다고 판시하였다. 이같은 법리와 판례가 교회재산권 분쟁을 종국적으로 해결할 것으로 보았다. 그러나 이러한 판례입장은 교회분쟁을 종식시킬 수 없는 분쟁의 사각지대가 있었다. 분쟁의 양당사자 중에 어느 한쪽도 의결권자 3분의 2 이상이 모여 합법적인 결의로 종전교회재산권을 확보하지 못하자 한 교회 안에서 분쟁의 양측이 각각 예배를 달리보면서 두 체제의 행정운영으로 분쟁이 고착화되어 이는 2006년 전원합의체 판결이 분쟁해결에 아무런 도움을 주지 못한다는 점이다. 이러한 상황으로 분쟁이 고착화된 교회가 발생하기 시작했다. 이러한 분쟁은 민법 개정안이 통과되어 법인 아닌 사단의 분할규정이 입법화된다 할지라도 분할에 대한 교인총회의 결의요건을 충족시킬 수 없다고 판단되므로 쌍방간 합의하여 분립을 결의하지 않으면 분쟁해결은 불가능에 가깝다. 이같은

분쟁의 사각지대를 해결하기 위해서는 분쟁의 원인제공자, 누가 교회자치규범을 위배하여 불법을 범했는가를 사법심사로 판단하여 분쟁의 원인을 시벌하여 기본 재산권의 지위를 상실케 하는 방법 외에는 없어 보인다.

다섯째, 개신교교회의 분쟁은 교회정체에 따라 그 원인이 약간씩 다르지만 보편적으로 교회 권력구조에 대한 오해로부터 출발하는 경우가 많다. 논자는 한국의 장로교회, 특히 논자가 소속되어 있는 대한예수교장로회 총회(합동)에 소속된 교회 중에 현재 분쟁으로 교단내부나 법원에 소가 제기되어 소송 중에 있는 교회 10여 곳을 분석한 결과 10곳 전부가 한결 같이 분쟁의 근원지는 목사와 장로로 구성된 당회였다. 당회의 당회원이 두 파로 나뉘어져 목사측과 그 반대편에 속한 장로측과의 분쟁, 아예 목사와 장로들과의 갈등이 교회 전체의 분쟁으로 이어지는 경우들이었다. 이는 당회의 기능과 직무에 대한 오해로부터 출발한 경우가 대부분이다. 본 논문에서 전술한 대로 마치 당회를 "지교회의 조직으로는 교회의 모든 권력을 장악하는 치리회로서 당회"가 있다고 주장한 내용이나, "장로회 정체에서의 당회는 주식회사의 이사회와 같이 교회운영 전반에 있어 포괄적인 권한을 행사한다."는 주장, "담임목사와 시무장로로 구성되는 최고기관이며 입법, 사법, 행정의 교회능력을 장악하는 치리회로서 포괄적 권력기관인 당회"라고 주장하는 부분은 전형적으로 잘못 이해하고 있는 부분으로 이런 주장들은 전형적으로 장로회 정체에서 오해하고 있는 부분중에 하나이다. 논자가 조사한 바에 의하면 "당회의 입법, 사법, 행정의 3권에 대해 당회원들의 인식을 살펴본 결과 입법, 사법 행정의 3권이 모두 필요하다고 인식하는 당회원이 89.7%로 대부분을 차지"한 것으로 조사한바 있다.[627] 당회가 본질적인 사명을 잃어버리고 입법기관, 행정기관, 사법기관의 기능을 함께 소유한 막강한 권력기관이라고 인식하는 것이다. 이

627) 소재열, 전게논문("장로회 정치에 있어서 합리적인 당회운영에 관한 연구"), 229면: 조사에 의하면 당회의 입법, 사법, 행정의 3권에 대해 당회원들의 인식을 살펴본 결과는 입법, 사법 행정의 3권이 모두 필요하다고 인식하는 당회원이 89.7%로 대부분을 차지하였다. 신분별로는 목사가 장로보다 사법권과 행정권이 필요하다고 인식하였고, 장로는 목사보다 입법, 사법, 행정의 3권 모두가 필요하다고 인식하였으며, 신분에 따라 유의미한 차이를 보였다($\chi2=15.01$, $p<.01$). 교회의 장로수별로는 교회에 장로가 3-4명이 있는 당회원이 다른 당회원보다 사법권과 행정권이 필요하다고 인식하였으나 유의미한 차이는 아니었다. 임직경력별로는 10-15년의 당회원이 다른 당회원보다 입법, 사법, 행정의 3권 모두가 필요하다고 인식하였다. 당회가 본래 중요한 사명을 잃어버리고 국회와 같은 입권기관, 행정기관, 사법기관인 검찰의 기능을 함께 소유한 막강한 권력의 기관, 즉 입법, 사법, 행정을 독점하고 있는 줄 생각하고 있었다.

러한 오해는 권력의 부패를 가져왔고 오늘날의 교회분쟁을 가져왔다. 이 문제를 해결하지 않으면 한국의 장로교회는 희망이 없어 보이며 계속된 분쟁이 이어질 것이다.

논자의 주장은 장로회 정체에서 당회는 권력의 한 기관임에는 틀림없지만 교회의 모든 권력을 갖는 포괄적 권력기관이 아니라는 점이다. 당회는 목사와 장로로 구성된 바, 목사는 소속 노회로부터, 장로는 기본교권을 위임해 준 교인들로부터 견제를 받도록 되어 있다. 당회 역시 매년 연말 공동의회에 상황보고를 하게 함으로써 교인총회의 준엄한 견제와 심판을 받도록 하고 있다. 당회원인 장로들에 대한 견제의 방편으로 기본권을 부여했던 교인들(장로 임직식 때 교인들에 대한 복종서약)에 의해 철회할 수 있는 권한도 교인총회에 있으며, 이는 장로직에 대한 계속시무투표이다. 당회원인 장로는 1심 재판에 참여하여 당회의 사법권을 행사하며, 장로회 헌법상으로 규정한 8가지 당회 직무로 제한을 받도록 되어 있다. 당회를 통한 장로의 직무는 교인들을 돌보고 목사가 선포한 하나님의 말씀대로 교인들이 삶의 현장에서 순종하며 실천하고 있는가를 심방하여 살피고 그렇지 못할 경우 당회에 보고하여 그들을 권면하고 교훈하되 이를 거역했을 때 치리권을 동원한다. 이것이 당회를 통한 장로의 중요한 직무인 신령적 관계 총찰이다. 문제는 이러한 당회의 장로 직무를 외면하고 당회원이 제직회의 회원이라는 이유로 제직회의 재정집행권을 장악하려는 것은 당회와 장로의 본래의 직무인 신령적 관계 총찰직무를 외면한 결과이다. 당회의 직무를 벗어나 목사의 독재, 장로의 월권이 바로 장로회 정치원리를 파괴하며 교회분쟁을 가져오는 요인임을 확인할 때 분쟁예방은 자치규범인 정관과 교단헌법에 충실할 때 가능하리라고 본다.

참 고 문 헌

〈교회법〉

기독교대한감리회,「권리와 장정」, 기독교대한감회 홍보출판국, 2005.

기독교대한성결교회「헌법」, 기독교대한성결교회총회, 1983.

대한예수교장로회(통합)「헌법」, 대한예수교장로회 총회, 2006.

대한예수교장로회(합동)「헌법」, 대한예수교장로회 총회, 2000.

조선예수교장로회「헌법」, 조선예수교장로회 총회, 1922.

조선예수교장로회 제10회 총회, 회의록, 1921.

대한예수교장로회 제96총회,「총회보고서」, 2011.

문화체육관광부,「한국종교의 현황」, 2008.

〈단행본〉

강영호,「법률용어사전」, 청림출판사, 2008.

강현중,「민사소송법」, 박영사, 2004.

곽안련,「한국교회와 네비우스 선교정책」, 대한기독교서회, 1994.

곽윤직,「물권법」, 박영사, 2008.

_____,「민법총칙」, 박영사, 2007.

권영성,「헌법학원론」, 법문사, 2007.

기독교 대한감리회 인천내리교회,「內里百年史」, 편찬위원회, 1985.

김기선,「한국민법총칙」, 법문사, 1991.

김득룡,「개혁파교회 정치신강」, 총신대학교출판부, 1992.

김상용,「민법총칙」, 법문사, 2003.

_____,「민법총칙」, 화산미디어, 2009.

_____,「민사판례평석(1)」, 법원사, 1995.

김영선,「존 웨슬리와 감리교 신학」, 대한그리스도교서회, 2002.

김용희,「민법총칙」, 진명문화사, 1981.

김준호,「민법판례강의」, 법문사, 2008.
김증한,「민법총칙」, 박영사, 1981.
김진현,「민법학논총」, 박영사, 1985.
김철수,「헌법학개론」, 박영사, 2008
김형배 외2인.「민법학강의」, 법문사, 2010,
김형배,「민법학강의」, 법문사, 2003.
문광삼,「한국헌법학」, 삼영사, 2009.
박건택,「개혁주의 교회론」, 총신대 목회신학박사원 강의안, 1992.
박병진,「교회정치통람」, 성광문화사, 1988.
박윤선,「헌법주석」, 영음사, 2005.
박종두,「민법총칙」, 삼영사, 2008.
박해성,「민사판례연구」, 박영사, 1997.
박형룡,「교회론」, 은성문화사, 1976.
박혜근,「성경의 무오와 영성안수 문제」, 말씀사역, 2005.
박홍우,「미국헌법」, 사법연수원, 2007.
서요한,「중세교회사」, 그리심, 2009.
소재열,「호남선교이야기」, 말씀사역, 2004.
윤철홍,「물권법 강의」, 박영사, 1998.
이동명,「민법주해 Ⅴ」, 박영사, 1996.
이영준,「민법총칙」, 박영사, 1995.
_____,「한국민법론 총칙편」, 박영사, 2003.
_____,「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2009.
이은영,「물권법」, 박영사, 1999.
_____,「민법총칙」, 박영사, 2009.
이종일,「꼭 알아야 할 100가지 교회법률」, 기독신보사, 1996.
장경학,「물건법」, 법문사, 1990.
정무동,「민법총론강의」, 박영사, 1982.
정종섭,「헌법학원론」, 박영사, 2008.
조용연,「민사판례연구(Ⅷ)」, 박영사, 1987.

지원림,「민법강의」, 홍문사, 2002.
_____,「민법강의」, 홍문사, 2009.
허 영,「한국헌법론」, 박영사, 2010.
홍성찬,「법학개론」, 박영사, 2008.
홍치모,「영미장로교회사」, 개혁주의신행협회, 1998.
황교안,「종교활동과 분쟁의 법률지식」, 정림출판사, 1999.

〈학술연구논문〉

강혁신, “일본의 ‘건물의 구분소유 등에 관한 법률’에 있어서의 區分所有權의 動態”, 「민사법학」제43권 제1호, 한국민사법학회, 2008.
고규정, “종단에 등록된 사찰의 주지의 지위에 관한 소의 적법성: 판례로 본 법원이 종교단체 내부의 징계처분의 당부를 판단할 수 있는 경우”,「판례연구」제8집, 부산판례연구회, 2007.
권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론」,「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1996.
김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”,「한국회의법학회지」 제8권, 한국회의법학회, 2012.
_____, “준사단법인인 교회 분할”,「저스티스」제98호, 한국법학원, 2007.
김균진, “가톨릭교회와 개신교회의 교회관”,「현대와 신학」제20호, 연세대학교 연합신학대학원, 1995.
김민규, “교회의 분열과 재산귀속에 관한 판례법리의 변천, -대상판결: 대법원 2006, 4, 20, 선고 2004다37775 전원합의체 판결”,「재산법연구」제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007.
김상기, “교회분열과 분열된 교회재산에 관한 법리”,「법조」제35권 제3호, 법조협회, 1986.
김상용, “교회재산의 관리에 대한 현황 법률과 판례의 검토”,「법조」제59집 제6호, 법조협회, 2010
_____, “법인 아닌 사단과 조합의 채무에 대한 책임”,「고시연구」제10호, 고시연구사, 1989.
김성만, “교회의 권징재판과 사법적 심사”,「판례월보」제175호, 판례월보사, 1985.

김증한, “교회가 분열한 경우의 교회재산의 귀속”, 「서울대법학」 제1권 제1호, 서울대학교법학연구소, 1959.

김증한·이영준, 「판례학설주해민법(상)」, 사법행정학회, 1973.

김진현, “권리능력없는 사단”, 「민사법학」 제11호, 12호, 한국사법행정학회, 1995.

김태환·최병덕, “교회재산분쟁에 있어서 미국판례법상의 법리”, 「사회과학연구」 제20집, 호서대학교과학연구소, 2001.

남세진, “교회분열의 인정 여부 및 재산귀속결정 기준에 대한 검토”, 서울동부지방법원, 2006.

남윤봉, “법인격 없는 사단의 총유”, 「법학논총」 제23집 제1호, 한양대학교, 2006.

_____, “비법인교회재단의 귀속에 관하여, 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 판결을 중심으로”, 「법학논총」 제23집 제2호, 한양대학교, 2006.

문준섭, “사원총회 결의 없는 법인 아닌 사단 금전채무 보증행위의 효력”, 「저스티스」 제99호, 한국법학원, 2007.

민유숙, “교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우 법률관계”, 「대법원 판례해설」 제60호, 법원도서관, 2006.

박병칠, “교회의 분열과 교회재산의 귀속”, 「광주지법 재판실무연구」, 법원도서관, 1996.

박일환, “교회가 분열된 경우의 재산귀속관계”, 「대법원 판례해설」 제12호, 법원도서관, 1990.

박종희, “사단의 구성원에 대한 통제권의 법적 기초와 사법심사의 범위”, 「안암법학」 제7호, 고려대학교 법학연구소, 1998.

변동걸, “교회의 분열과 교회재산의 귀속(상,하)”, 「사법행정」 제382,383호, 한국사법행정학회, 1992.

소성규, “종교단체를 둘러싼 분쟁과 법적 규율 방향”, 「한양법학」 제12집, 한양법학회, 2002.

소재열, “법인 아닌 사단의 법률관계”, 「한국콘텐츠학회논문지」 제12권 제5호, 한국콘텐츠학회, 2012.

송호영, “교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계”, 「민사법학」 제35호, 한국사법행정학회, 2007.

_____, “소속사원에 대한 단체의 징계권에 관한 연구”,「재산법연구」제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.
양형우, “교회분열에 따른 재산귀속”,「재산법연구」제24권 제1호, 법문사, 2007.
오덕교, “장로교회의 원리에 대한 역사적, 신학적 고찰”,「신학정론」제19권 제2호, 제37집, 신학정론사, 2001.
오시영, “교회의 분열과 재산귀속에 대한 고찰”,「인권과 정의」, 대한변호사협회, 2006. 9.
_____, “민사소송절차와 교회 내부 징계절차 및 행정쟁송절치의 비교 검토”,「민사소송」 제12권 1호, 한국민사소송법학회, 2008.
_____, “법인 아닌 사단으로서의 교회의 실체에 대한 고찰”,「민사법학」제40호, 한국사법행정학회, 2008.
윤진수, “2006년도 주요 민법관련 판례 회고”,「서울대 법학」 제48권 제1호, 서울대학교, 2006,
_____,「단체법 및 법인관계법의 이슈와 정책」“사법상의 단체와 헌법”,「한국사법학회」, (사)한국상법학회 한국비교사법학회 공동학술대회, 한국사법행정학회, 2008.
윤철홍, “기독교유지재단의 운영현황과 문제점”,「민사법학」제43집 제1호, 한국민사법학회, 2008.
이덕승, “교회의 분열시 그 재산의 귀속관계”,「사회과학논총」제5집, 안동대사회과학연구소, 1993. 5.
_____, “총유-교회재산의 소유형태와 그 처분”,「민법판례해설(물건법 2권)」, 경세원, 1992.
이영욱, “법인 아닌 사단의 총유물 관리·처분행위와 채무부담행위,「판례연구」제19집, 부산판례연구회, 2008.
이영진, “사법권과 종교단체의 내부분쟁”,「사법논집」제33집, 법원행정처, 2001.
_____, “종교단체 내분과 사법권의 개입”,「수원지방변호사회지」, 수원변호사회, 1999.
_____, “종교단체의 권징결의와 사법심사의 한계”,「고시계」제45집 제7호, 고시계사, 2000.

이완근, “교회분열의 법률관계”, 민사법의 실천적 과제,「한도 정환담교수 회갑기념논문집」, 발간위원회, 2000.
이준상, “교회 분열과 재산귀속문제”,「재판실무연구」제1권, 수원지방법원, 1996.
이진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”,「인권과 정의」제384호, 대한변호사협회, 2008.
이학수, “교회의 분열 및 그에 따른 교회재산의 귀속에 관하여 현재 대법원 판례가 취하는 태도에 대한 검토”,「판례연구(1)」, 부산판례연구회, 1986.
전경운, “우리 민법상 총유에 관한 일고찰”,「토지법학」제26집 제1호, 한국토지법학회, 2010.
조규창, “교회헌금채무의 법적 성질”,「조규창교수논문집」, 법문사, 1998.
천병태, “「법치행정」예외로서의 부분사회론 : 이른바 특별권력관계해체론”,「고시연구」, 제23집 제7호, 고시연구사, 1996.
최 식, “교회가 분열된 경우의 재산귀속”,「사법행정」제15권 제3호, 한국사법행정학회, 1974.
최인석, “교회분열의 인정 여부 및 재산의 귀속”,「판례연구」19집, 부산판례연구회, 2008.
추신영, “교회분열시 재산귀속방법”,「법학연구」제11집, 경상대학교, 2002.
편찬위원회, “창립 120주년 기념, 연세의 발전과 한국사회”, 연세대학교 출판부, 2005.
홍춘의, “법인 아닌 사단의 법률관계”,「토지법학」제26권 제2호, 한국토지법학회, 2010.
황병돈, “형법상 소유권 개념에 대한 비판적 검토”,「법학논총」제15집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2008.
황우여, “국가의 법과 교회의 재판”,「사법논집」제13집, 법원행정처, 1982.

〈천주교 자료〉

제2차 바티간 공의회 문헌〔헌장·교령·선언문〕, 한국천주교 중앙협의회, 1983.
제2차 바티칸공의회 문헌」, 한국천주교주교회의, 2010.
한국세계선교협의회, 2012년 1월 9일, 정기총회 보고서.

한국천주교중앙협의회,「제2차 바티칸 공의회 문헌 해설총서」, 성바오로출판사, 1991.
한국천주교중앙협의회편,「가톨릭교회의 가르침」36, 한국천주교중앙협의회, 2007.

〈박사학위논문〉

김인섭, “권리능력없는 사단의 재산관계에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 1995.
김진현, “교회분열시 재산귀속문제에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1988.
백현기, “교회의 분쟁에 대한 민사법적 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2010.
소재열, “장로회 정치에 있어서 합리적인 당회운영에 관한 연구”, Reformed Theological Seminary 박사학위논문, 2002.
_____, “51인 신앙동지회와 자유주의신학과의 투쟁”, 칼빈대학교 박사학위논문, 2006.
유장춘, “교회사건에 대한 국가법령 적용 범위와 한계에 관한 연구”, 단국대학교 박사학위논문, 2012.
이영진, “종교의 자유의 한계와 정교분리에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 1998.
최병덕, “교회분쟁시 재산관계에 관한 연구”, 숭실대학교 박사학위논문, 1999.
조성수, “한국에서의 교회와 국가”, 연세대학교 박사학위논문, 2008.

〈번역서〉

C. 허어만 프리쳇트,「미국헌법제도론」, 양승두·최양수 공역, 박영사, 1975.
W. 울만,「서양중세 정치사상」. 박은구·이희만 역. 숭실대학교 출판부, 2000.
W. W, Stevens.「조직신학개론」, 허긴 역. 요단출판사, 1979.
라이언 타이어니·시드니 페인터,「서양중세사」.이연규 역. 집문당, 1993.

〈영미문헌 및 논문〉

Adams, Arlin M./ Hanlon, William R., "Jones v. Wolf: Church Autonomy and the Religion Clauses of the First Amendment," *University of*

Pennsylvania Law Review, Vol.128, No.6, 1980.

Allen, H. N., *Things of Korea.*, New York : Fleming H. Revell Co., 1908.

Befkohf, Louis, *Introduction to Systematic Theology,* Grand Rapids: Baker Book House, 1979.

Calvin, *Institutes of the Christian Religion*, ed. John T. McNeill, Vol.2, Philadelphia, Westminster Press, 1973.

_____. *Institutes of the Christian Religion*, ed. John T. McNeill, Vol. 1, Philadelphia, Westminster Press, 1967.

Clark, Charles Allen, *Korean Chruch and the Nevius Methods of Korea,* New York: Fleming H. Revell Co., 1928.

Cox, Archibald, Role of the Supreme Court in American Government, Oxford University Press, 1987,

Dellen, I.V. & Monsma, M. Church Order Commentary, 1864.

Douglas, J. D. (edited), The New Bible Dictionary, (I.V.F.1970).

Eades, Ronald W. Watson v. Jones, *The Walnut Street Presbyterian Church and the First Amendment*, 1st ed., Louisville, Kentucky, Archer Editions Press, 1982.

Greenawalt, Kent, *"Hand off! Civil Court Involvement in Conflict over Religious Property"*, Columbia Law Review, 1998.

Hall, R. S, The Life of Rev. William James Hall, M. D., 1897.

Johnson, Thomas Carey, The Life and of Benjamin Morgan Palmer, Richmond, VA: n. p.1906.

Kauper, Paul G, "Church Autonomy and the First Amendment, The Presbyterian Church Case", *The Supreme Court Review,* Vol. 347, 1969.

Kauper, Paul G. & Ellis, Syephen C. "Religious Corporations and the Law", 71 Mich. L. Rev. 1512 f., 1973.

Krumwiede, H. W. u. a.(Hrsg.), Kirchen und Theologiegeschichte in Quellen Ⅳ/1, 1979

Lunceford, Lloyd J. A Guide to Church Property Law: Theological, Constitutional and Practical Considerations, Reformation Press, 2006.

Minutes of the General Assembly(O.S.) 1845.

Note, "Judicial Intervention in Disputes over the Use of Church Property," *Harvard Law Review*, Vol.75, 1962.

Note, "Toward a Constitutional Definition of Religion," *Harvard Law Review*, Vol.91, No.5, 1978.

Oaks, Dallin H, Trust Doctrines in Church Controversies, Macon, Georgia: Mercer University Press, 1984.

Stein, Robert H, *The Method and Message of Jesus's Teachings*, Philadelphia, Westminster Press, 1978.

Tuell, Jack M., *The Organization of the United Methodist Church*, Nashville·New York, Abingdon Press, 1973.

Underwood, H. G, "Korea, First Church in Korea, Oct. 7. 1887", The Church at Home and Abroad, Vol.3, Feb. 1888.

Underwood's Letter to the Board of Foreign Missions of the Presbyterian Church of America, Sep. 30. 1887.

Zollmann, Carl, *American Civil Church Law*, New York, Ams Press. 1969.