

## 민법 제275조의 타당성 여부에 관한 연구

### A Feasibility Study on the Act 275 of Korea civil Law

김 상 명\*  
Kim, Sang-Myeong

#### 목 차

- I. 서 론
- II. 비법인사단의 인정여부
- III. 조합과의 구별의 필요성 여부
- IV. 민법규정의 타당성 여부
- V. 민법상 총유의 문제점과 입법적 과제
- VI. 결 론

#### 국문초록

비법인사단이란 일반적으로 사단으로서의 실체를 가지고 있으면서도 민법 기타 법률에 의하여 법인격이 부여되지 않는 단체를 말한다. 본래 사단은 단체로서의 실체를 가질 수 있으나, 민법이 사단법인의 설립에 관하여 허가주의를 취하고 있으므로 설립허가를 얻지 못하였거나, 법적규제를 받기 꺼려서 법인으로 설립하기를 원하지 않은 경우에, 또는 허가주의를 취하는 결과 설립기간이 오래 걸리고 법인설립의 절차를 밟는 기간동안에는 비법인사단으로 활동하기 때문에 현행민법하에서도 여전히 비법인사단이 많이 존재하게 된다.

논문접수일 : 2011. 12. 26

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

\* 법학박사 · 제주국제대학교 경찰행정학과 부교수

이러한 비법인사단을 규율하기 위해서 민법 제275조 내지 278조의 총유에 관한 규정에서 간접적으로 규정하고 있을 뿐 직접적인 규정을 두고 있지 않으므로, 그 적용에 있어서는 학설과 판례에 맡겨져 있다. 우리나라 현실에 있어서 비법인사단은 종중과 교회, 사찰 등으로 많이 존재하고 있고, 이러한 형태를 가지고 있는 비법인사단을 총유규정만으로 여러 분쟁을 규율하기에는 한계가 많다고 생각한다.

따라서 민법 제275조의 타당성여부에 대하여 학설과 판례를 중심으로 검토하여, 입법적 보완을 제시하면, 비법인사단에 관하여 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 사단법인에 관한 규정을 준용할 수 있도록 개정하여야 하고, 많은 비법인사단이 불투명하게 운영되는 것을 막기 위하여 설립등기를 강제하도록 하는 제도적 장치가 필요하고, 투명하고 공정하게 운영될 수 있도록 하기 위한 주무관청의 감독을 받을 수 있는 제도적 보완이 필요하다고 생각한다.

주제어 : 비법인사단, 법인격 없는 사단, 총유, 민법 제275조, 종중, 교회, 사찰, 조합

## 1. 서론

사람들은 사회공동생활에서 다른 사람들과 함께 여러 가지 조직형태로 법인을 만들거나 지역적으로 자치단체를 만들기도 하고, 정치·경제·사회·문화 등의 분야에서 사단 또는 재단을 만들어 공동생활을 하기도 한다. 그 중 다수인이 일개의 조직체를 이루고 일개의 단일체로서 사회활동을 할 때에는 이것을 개인에 준하여 법기술적 차원에서 인격을 부여하는 법인의 하나인 이른바 사단법인이 있다. 하지만 우리나라에서는 사단법인의 설립에 관하여 주무관청의 허가(제32조)와 법인설립의 등기(제33조)를 요구함으로써 여러 가지 이유로 법인격을 취득하지 못한 단체가 수없이 발생하고 있다. 이러한 비법인사단을 일반적으로 권리능력 없는 사단 또는 법인격 없는(이하 '비법인사단'이라 함)이라고 한다. 이러한 비법인사단이 사회적으로 활동하는 과정에서 현실

적으로 발생하는 법률관계에 대하여 어떠한 법규범을 적용할 것인가 하는 문제가 제기된다.<sup>1)</sup> 이에 대하여 민법은 비법인사단에 대해서는 민법 제275조 내지 제278조의 총유의 규정에서 간접적으로 규정하고 있을 뿐 직접적인 규정을 두고 있지 않다.<sup>2)</sup> 이러한 민법의 태도에 대하여 이는 민법의 입법적 불비의 하나라는 비판이 민법 제정당시부터 있었고,<sup>3)</sup> 민법 제정당시에 일부 민법 학자들로 구성된 '민사법연구회'가 국회의 민법안 심의과정에서 '민법안의견서'를 통하여, 그리고 최근 법무부 민법개정특별분과위원회의 민법개정가안 제39조의 2에서도 「법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 그 성질에 반하지 않는 한 본장의 규정을 준용한다.」는 입법론<sup>4)</sup>을 제시한 바 있었으나 그것을 채택하지 않았음을 비판하는 지적도 있다.<sup>5)</sup>

그렇지만 모든 단체들이 정관이나 규약을 가지고 있는 것은 아니고, 정관이나 규약이 있다하더라도 그 것으로는 해결하기 곤란하여 분쟁이 발생하는 경우가 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 민법에 직접적 규정을 두어야 하겠지만, 이를 직접적으로 규정하지 않고 학설과 판례에 맡겨지고 있다. 특히 비법인사단의 대표적 형태인 종중과 교회는 우리의 실생활과 밀접한 관련이 있는 단체이지만 이에 대한 법규범의 미비로 그 재산을 둘러싼 내부적인 분쟁이 빈번히 발생하고 있고, 그 사단과 거래하는 상대방은 그 단체의 내부적인 상황을 알지 못하여 불측의 손해를 받을 우려가 있다.

그러므로 본 연구에서는 비법인사단의 인정여부를 학설과 판례를 중심으로 알아보고, 이와 가장 밀접한 조합과의 구별필요성에 대하여 학설과 판례를 중심으로 검토한 후, 민법규정의 타당성 여부에 대하여 살펴본 다음, 현행 민법상 규정된 총유의 문제점에 따른 입법적 방안을 제시하고자 한다.

- 1) 홍춘의, "법인 아닌 사단의 법률관계", 『토지법학』 제26-2호, 한국토지법학회, 2010, 105면.
- 2) 이영준, 『한국민법론(총칙편)』, 박영사, 2003, 778면.
- 3) 양창수, 『민법연구』 제3권, 박영사, 1995, 53면; 장경학, 『민법총칙』, 법문사, 1994, 257면.
- 4) 비법인사단에 대하여 의용민법은 아무런 규정을 두고 있지 않았고, 민사법연구회의 민법안 의견서에서도 아무런 규정을 두지 않았었다. 그러나 그 당시에 현석호수정안 제4항은 "법인 아닌 사단 또는 재단에 관하여 본장의 규정을 준용한다"고 민법규정의 필요성을 제시한 바 있다(양창수, 상게서, 53면 참조). 한편, 법무부 민법개정특별분과위원회, 민법개정가안, 2002, 12, 2, 13-14면에서도 같은 내용으로 민법을 보완하도록 하고 있다.
- 5) 이영섭, 『신민법총칙강의』, 박영사, 1959, 175면; 양창수, 전게서, 53면; 이영준, 전게서, 779면.

## II. 비법인사단의 인정여부

### 1. 인정여부의 판단

비법인사단이라 함은 일반적으로 사단으로서의 실체를 가지면서도 민법 기타의 법률에 의하여 법인격이 부여되지 못하는 단체를 말한다. 본래 사단은 법인으로서의 실체가 될 수 있으나, 현행민법에서는 법인의 설립에 있어서 자유설립주의를 채택하지 않고 허가주의(제32조)에 의하도록 하고 있으므로, 2인 이상이 사실상의 단체를 가지고 있어도 주무관청의 허가를 얻지 못하면 비법인사단이 된다. 그러므로 법인이 될 수 있는 사단일지라도 법인설립의 절차를 밟지 않고 있던가 또는 아직 등기하지 않았을 경우, 또한 설립허가를 받음으로써 주무관청의 감독을 받는 것을 꺼리는 것 등의 이유로 설립자가 법인격의 취득을 희망하지 않은 경우에 그 사단은 비법인사단으로 계속 존속하게 되는 것이다.<sup>6)</sup>

학설로서는, 비법인사단의 성립에 관하여 민법 제275조 내지 제278조에서의 총유에 관한 규정 및 민사소송법, 부동산등기법 등에서 간접적으로 규정한 것 이외에는 구체적인 규정을 두지 아니하여, 그 성립요건에 관하여는 학설과 판례에 맡겨져 있을 뿐이라 한다.<sup>7)</sup> 학설은 비법인사단의 성립요건에 관하여 두 가지 성립요건을 드는 것이 일치된 견해이다. 첫째는 단체로서의 조직을 갖추어야 하고, 둘째는 대표의 방법·총회의 운영·재산의 관리 기타 사단으로서의 주요한 점이 정관에 의하여 확정되어 있어야 한다는 것이다. 이외에도 다수결의 원칙이 행하여질 것과 구성원의 변동에도 불구하고 단체 그 자체가 존속할 것 등을 드는 견해<sup>8)</sup>가 있다.

판례로서는, 이제까지 그 사단성을 긍정한 사회조직 가운데 가장 예가 많은 것은 종중과 교회이다. 그 밖에 동·리, 자연부락 등에 대해서도 사단성을 인

6) 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003, 274면; 장경학, 전게서, 294면.

7) 송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2011, 582면.

8) 장경학, 상게서, 295면.

정하고 있다. 이들 사회조직들에 대하여 사단성을 긍정 또는 부정함에 있어서는 판례는 비법인사단의 일반적인 성립요건에 관하여는 판단하지 아니하고, 구체적 사건에 있어서 개별적·구체적으로 성립요건에 관하여 판단하고 있다.<sup>9)</sup> 다만 최근의 판례에서 「...고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되며, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다.」고<sup>10)</sup> 하여 비법인사단의 구체적인 성립요건을 제시하고 있는 경우가 있다.

따라서 판례가 제시하는 비법인사단의 성립요건으로는, 첫째, 일정한 고유의 목적을 가지고 있어야 하고,<sup>11)</sup> 둘째, 그 목적은 어느 정도 지속성이 있어야 하며,<sup>12)</sup> 셋째, 그 조직 자체가 하나의 독립된 사회단위로서 독자적인 사회활동을 하고 있어야 한다.<sup>13)</sup> 넷째, 의사결정기관과 업무집행기관 및 대표기관이 있어야 하고,<sup>14)</sup> 다섯째, 반드시 서면화된 성문의 규약이 있어야 하는 것은 아니지만 일정한 규약이 있어야 한다는 것이다.<sup>15)</sup>

9) 이영준, 전제서, 778면.

10) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98도4200 판결: 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결: 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결 등 참조.

11) 대법원 1987. 3. 10. 선고 85다카2508 판결: 자연부락이 그 부락주민을 구성원으로 하여 고유목적을 가지고 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두어 독자적인 활동을 하는 사회조직체라면 비법인사단으로서 당사자능력이 있다.

12) 대법원 1991.8.27. 선고 91다16525 판결: ...종종의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정되는 것이다.

13) 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2810 판결: ...고유의 조직으로서 의사결정기관인 총회와 총회에서 선출하는 집행기관인 대표자를 두고 독자적인 활동을 하는 사회조직체인 비법인 사단으로서 당사자능력이 있다.

14) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98도4200 판결: ..고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되며, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다.

15) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결: 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다63683 판결:

학설과 판례는 비법인사단의 성립요건으로, 목적이 지속성이 있어야 하고 단체의 고유한 목적을 가지고 독립의 사회적 단위로서 독자적으로 사회활동을 하는 사회적 조직이어야 한다는 요건을 제시하고 있다. 이는 대내적으로는, 자율적 단체로서 구성원의 의사를 결집하여 단체의사를 결정할 수 있는 의사결정기관(총회) 및 단체의 업무의 처리를 위한 업무집행기관이 있어야 하는 것을 말하고, 대외적으로는, 단체를 대표할 대표기관이 있어야 하는 등 단체의 기관이 있어야 한다는 의미이다.<sup>16)</sup> 또한 반드시 서면화되어 있어야 할 필요는 없지만 단체의 기본구조가 정관에 의하여 확립되어 있어야 하며,<sup>17)</sup> 구성원의 변동에도 불구하고 단체의 동일성이 유지되어야 한다고 한다.<sup>18)</sup>

사건으로서는, 구성원의 수가 다수인지 여부 및 그 재산의 소유형태가 총유인지 아니면 합유인지 및 소송당사자능력이 인정되는지 여부 등도 판단요소가 될 수 있으나, 재산의 소유형태 및 소송당사자능력의 유무는 비법인사단의 성립요건을 구비하면 당연히 그 효과로서 주어지는 것이므로 원칙적으로 성립요건이라고는 볼 수 없다고 생각한다.

## 2. 판례가 인정하는 경우

비법인사단의 종류에 대해서는 법률에 규정이 없기 때문에 학설 및 판례에 의하여 인정되어 오고 있다. 비법인사단을 이루는 원인은 동일하지 않고 비법인사단의 유형에 따라서 차이가 있다. 가령 종중은 동일한 선조에서 나온 자손들의 종족단체라는 점에서 그 혈족관계를 매개체로 하여 성립하고,<sup>19)</sup> 교회는 특정 신앙을 믿는 사람들이 모인 인적 결합체라는 점에서 특정 신앙을 매

---

대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결: ...어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고...

16) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다30675 판결.

17) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다16525 판결: ...자연발생적인 관습상의 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하거나 성문의 규약을 필요로 하는 것이 아니다.

18) 이영준, 전게서, 777-778면.

19) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다14165 판결: 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다44986 판결: 대법원 1995. 11. 7. 선고 94다5649 판결: 대법원 1994. 10. 11. 선고 94다19792 판결.

개체로 하여 성립하며,<sup>20)</sup> 자연부락은 특정마을 주민들로서 구성된다는 점에서 특정의 마을이라는 장소를 매개체로 하여 성립하여<sup>21)</sup> 각각 비법인사단마다 차이를 보이고 있다.

우리나라에서는 비법인사단이 많이 존재하는데, 그 대표적인 것으로 종중<sup>22)</sup>과 교회<sup>23)</sup>가 있다. 그리고 동<sup>24)</sup>·리<sup>25)</sup>·자연부락<sup>26)</sup>·등록된 일반적인 사찰<sup>27)</sup>·구 주택건설촉진법에 의한 주택조합<sup>28)</sup>이나 구의동연합주택조합<sup>29)</sup> 또는 재건축조합<sup>30)</sup>·불교신도회<sup>31)</sup>·산제치성의 목적을 위한 마을주민의 결합

20) 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2202 판결; 대법원 1962. 7. 12. 62다133 판결.

21) 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다카25765 판결.

22) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다49007 판결.

23) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67665,67672 판결: ...종전 교회 재산의 귀속관계(=잔존 교인들의 총유) 및 교단 소속 지교회의 교인들 일부가 소속 교단을 탈퇴하기로 결의한 다음 종전 교회를 나가 별도의 교회를 설립하여 대표자를 선정하고 다른 교단에 가입한 경우, 신설 교회 소속 교인들이 종전 교회의 재산에 대한 권리를 보유하고 있는지 여부에 대하여 부정하고 있다.

24) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다1775 판결; 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카25895 판결.

25) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다71469 판결; 대법원 2008. 1. 31. 선고 2005다60871 판결; 대법원 1995. 9. 29. 선고 95다32051 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다173 판결: 임야가 임야조사령에 의하여 동·리의 명의로 사정되었다면, 그 동·리는 단순한 행정구역용을 가리키는 것이 아니라 그 행정구역 내에 거주하는 주민들로 구성된 법인 아닌 사단으로서 행정구역과 같은 명칭을 사용하는 주민공동체를 가리킨다.

26) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2005다60871 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다64573 판결; 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다33512 판결; 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다39532 판결; 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다카25765 판결: ...자연부락이 그 부락주민을 구성원으로 하여 고유목적 가지고 의사결정기관과 집행기관인 대표자를 두어 독자적인 활동을 하는 사회조직체라면 법인 아닌 사단으로서의 권리능력이 있다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다64573 판결 등 참조).

27) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98다13600 판결; 대법원 1999. 12. 9. 선고 94다41249 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다46484 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다45562 판결: 개인사찰로 관리·운영되어 오던 사찰이 종단 소속 사찰로 등록되어 종단으로부터 주지 임명을 받은 후 관할 관청에 종단 소속으로 사찰등록 및 주지등록을 하고 사찰 부지에 관하여 사찰 명의로 소유권이전등기를 경료한 경우...(중략)...소속 불교단체 내지는 법인 아닌 사단 또는 재단으로서의 실체를 갖춘 독립된 사찰로 보아야 한다.

28) 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다34420 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고 93다23862 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 92다36052 판결.

29) 대법원 1999. 12. 24. 선고 97누3569 판결; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92누8163 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39738 판결; 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두17623 판결.

30) 대법원 2006.7.13. 선고 2004다7408 판결; 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다7002 판결; 대법

체<sup>32)</sup> · 회사의 채권자들로 구성된 청산위원회<sup>33)</sup> · 법인 아닌 어촌계<sup>34)</sup> · 사단 법인의 산하단체나 하부조직<sup>35)</sup> · 보증(泫中)<sup>36)</sup> · 공동주택(아파트)의입주자대표회의<sup>37)</sup> · 아파트부녀회<sup>38)</sup> · 성균관<sup>39)</sup> 등을 비법인사단으로 보고 있다. 여기에서는 구체적인 사건에 있어서 판례가 비법인사단으로 인정한 것 중에서 그 대표적인 것에 대하여 검토하고자 한다.

첫째, 종중에 관해서는, 「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 비법인사단으로서의 단체성이 인정되는 것이다.」<sup>40)</sup> 판시함으로써 종중이 비법인사단에 해당한다는 일관되게 판단하고 있다.

둘째, 교회에 관해서는, 「원고 00교회는 대한기독교 장로회의 소속 교회로서 대한기독교장로회 헌법의 규율을 받는 신도 70여명 정도를 가지고 있고 목사를 제직회장으로 하고 있으므로, 이는 대표자 있는 비법인사단에 해당한다 할 것이다.」<sup>41)</sup> 하는 등 특히 장로교회가 비법인사단에 해당한다고 한다.

셋째, 자연부락에 관해서는, 「이태원리(里)의 행정구역 내에 거주하는 주민

---

원 2005. 6. 24. 선고 2003다55455 판결: 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다19552, 19569 판결.  
31) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다6103 판결.  
32) 대법원 1991. 5. 28. 91다7750 판결.  
33) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다16582 판결.  
34) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다22846 판결: 대법원 2009.1.30. 선고 2006다60908 판결.  
35) 대법원 2008.10.23. 선고 2007다7973 판결.  
36) 대법원 1997. 5. 30. 선고 96다23375 판결: 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다15288 판결.  
37) 대법원 2008.9.25. 선고 2006다86597 판결.  
38) 대법원 2006.12.21. 선고 2006다52723 판결.  
39) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다46423 판결.  
40) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다16525 판결: 대법원 1985. 10. 22. 선고 83다카2396,2397 판결.  
41) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다67665,67672 판결: 대법원 1962. 7. 12. 선고 62다133 판결

들이 그들의 공동편익과 복지를 위하여 주민 전부를 구성원으로 한 공동체로서 이태원동(洞)을 구성하고 행정구역과 동일한 명칭을 사용하면서 일정한 재산을 공부상 그 이름으로 소유하여 온 이상 이태원동은 비법인사단으로서의 당사자능력이 있다.»고<sup>42)</sup> 판시함으로써 자연부락도 비법인사단으로 보고 있다. 대법원은, 역시 동·리도 비법인사단으로 보고 있는데, 「동·리는 단순한 행정구역을 가리키는 것이 아니라 그 행정구역 내에 거주하는 주민들로 구성된 법인 아닌 사단으로서 행정구역과 같은 명칭을 사용하는 주민공동체를 가리킨다.»고<sup>43)</sup> 하여 동이나 리의 재산을 그 상급행정기관의 구나 읍·면의 소유가 아닌 주민전체의 총유로 보고 있는 것이다.

넷째, 아파트입주자대표회의에 관해서는, 「아파트입주자대표회의는 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 자치관리기구를 지휘, 감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로 특별한 다른 사정이 없는 한 비법인사단으로서 당사자능력을 가지고 있는 것이다.»고<sup>44)</sup> 하여 입주주민들이 단체로 소송을 하는 경우에 아파트관리소장이 그 소송의 대표자가 되는 것이 아니고 아파트입주자대표회의의 대표자가 당사자 소송의 대표자가 된다고 할 것이다.

다섯째, 어촌계에 관해서는, 「어촌계는 계원들이 공동목적을 위하여 조직한 비법인사단으로서, 어업권은 물론 그 소멸에 따른 손실보상금도 특별한 사정이 없는 한, 어촌계의 총유에 속한다.»고<sup>45)</sup> 하여 어촌계도 비법인사단의 한 유형으로 보고 있다. 다만 어촌계는 어업권이라는 권리의 취득과 밀접한 관련이 있고 어업권의 취득에 따른 수익을 그 구성원에게 분배하는 경우도 있는 등 일반적인 비법인사단에 비하여 다소 영리성을 가진 경우가 있음을 유의할 필요가 있다.

여섯째, 청산위원회에 관하여, 「회사의 채권자들이 그 채권을 확보할 목적

42) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다1775 판결; 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카25895 판결; 대법원 1980. 1. 15. 선고 78다2364 판결.

43) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2005다60871 판결.

44) 대법원 1965. 2. 9. 선고 64다1768 판결.

45) 대법원 2007. 1. 26. 선고 2002다73333 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다6291 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92누8163 판결.

으로 구성된 청산위원회가 단체 고유의 목적을 가지고 의결기관인 총회 및 집행기관인 대표자를 두는 등 일정한 조직을 갖추어 탈퇴와 사망 등으로 구성원의 변경에 관계없이 단체 그 자체로 존속하며, 대표방법, 총회의 운영, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있어, 비법인사단으로서의 실체를 가진다.」고<sup>46)</sup> 하여 회사의 채권자들의 청산위원회도 비법인사단으로 보고 있다.

일급제, 사찰에 관해서는, 「기존의 사찰에서 이탈한 신도들과 승여가 조계종에 소속될 새로운 사찰의 건립이라는 공동목적으로 사찰대표, 신도회장 등 체계적인 조직을 만들고 그들의 출제와 노력에 의하여 토지를 매수하여 그 지상에 불당을 완공한 경우, 불당의 완공 당시 위 단체는 그 명칭이나 특정 종단의 소속 여부에 불구하고 독립된 사찰로서의 실체를 갖추게 된 것으로 그 실질은 비법인사단이다.」고<sup>47)</sup> 판시함으로써 사찰에 대하여 비법인사단을 인정하고 있다. 이와 반대로 「종래부터 존재하여 오던 사찰의 재산을 기초로 구 불교재산관리법에 따라 불교단체등록을 한 사찰은 권리능력 없는 재단으로서의 성격을 가지고 있다고 볼 것이므로, 비록 그 신도들이 그 사찰의 재산을 조성하는데 공헌을 하였다 할지라도 그 사찰의 재산은 신도와 승려의 총유에 속하는 것이 아니라 권리능력 없는 사찰 자체에 속한다.」라고<sup>48)</sup> 하는 판례가 있다. 따라서 사찰의 법적 성격은 당해 사찰의 창립과정, 사찰의 의사결정방법, 사찰의 운영 및 재산관리권의 소재, 주지임면권의 소재와 주지의 선출방법, 재산소유형태, 신도회의 조직과 사찰운영에의 참여정도 등을 종합하여 구체적으로 경우에 따라 개별적으로 결정하는 수밖에 없을 것이다. 다만 사찰이 그 종교적 목적을 위한 독립한 재산을 기초로 주지나 은혜를 입는 신도·종단 등으로부터 분리되어 관리하는 주지나 신도의 증감·변경이 있더라도 독자적으로 존속하는 존재라면, 기본적으로는 재단적 성격을 가지고 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

46) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다16582 판결.

47) 대법원 1997. 12. 9. 선고 94다41249 판결.

48) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다43545 판결.

### 3. 판례가 부정하는 경우

판례가 비법인사단에 해당하지 않는다고 보는 것은 농지위원회<sup>49)</sup>·용산학구노인회<sup>50)</sup>·전국화물자동차운송사업조합연합회공제조합<sup>51)</sup>·신태인천추교회<sup>52)</sup>·학교<sup>53)</sup>·동백홍농계<sup>54)</sup>·부도난 회사의 채권자들이 조직한 채권단<sup>55)</sup> 등은 비법인사단이 아니라고 한다. 이 중 대표적인 것을 보면 다음과 같다.

첫째, 「60세 이상 고령자를 계원으로 하고 그 가족을 보호자로 하는 회원으로 하여 회원이 상을 당할 때마다 매회 금 1,000원씩의 계금을 일정회수 한도 내에서 불입하게 하고, 상을 당한 회원에게는 그 동안 불입한 계금의 액수에 관계없이 가입기간에 따라 일정액의 상포금을 지급하기로 하는 내용의 계로서 조직 및 운영을 전적으로 계주(회장)가 책임지며 그 회원들은 상호간에 잘 알지 못한 채 다만 계주로부터 계금을 불입하라는 통지가 오면 계주가 지정하는 우편 대체계좌를 통하여 계금을 불입하고 가입한 회원이 사망하면 계주에게 연락하여 소정의 상포금을 지급받으면서 위 계에서 탈퇴하게 되는 노인 상포계는 비법인사단에 해당하지 않는다.」<sup>56)</sup> 하고, 또한 「동백홍계의 규약 조항에 동계의 실체가 각 회원의 개성이 각기 뚜렷하게 계의 운영에 반영되게끔 되어 있고, 사단의 경우처럼 그 사원의 개성이 그 사단에 몰입되고 각기 사원은 집합체의 겉에 현출되지 아니하게끔 되어 있지 아니하다면 이 동백홍농계는 비법인사단이 아니다.」<sup>57)</sup> 하는 등 원칙적으로 계에 대해서는 비법인사단이 아니라 재단으로 보고 있다.

둘째, 판례는 「신태인천주교회는 내부적으로는 단체의사를 결정할 수 있는

49) 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1397 판결.

50) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다35950 판결.

51) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90다4419 판결.

52) 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결.

53) 대법원 1977. 8. 23. 선고 76다1478 판결.

54) 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다573 판결.

55) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결.

56) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다41101 판결.

57) 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다573 판결.

자율적 기관이 없고, 대표자의 정함이 있는 단체라고 볼 수 없으며, 외부적으로 보더라도 그 단체를 구성하는 개개 신자의 개성을 초월하여 자기재산을 가지고 독립한 사회적 활동체로 존재하는 단체라고 볼 수 없으므로 법인 아닌 사단이나 재단이라고 볼 수 없다.»<sup>58)</sup> 하여 천주교회의 지교회에 대해서는 비법인사단에 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 이는 천주교는 일반 장로 교회와는 달리 감독정체를 취하고 있으므로 이는 당연한 결과라고 생각한다.

### Ⅲ. 조합과의 구별의 필요성 여부

#### 1. 구별의 필요성

비법인사단의 성립요건을 갖춘다 해도 구체적인 법률관계에 있어서 어떤 단체가 비법인사단에 해당하는지 아니면 조합에 해당하는지 여부가 문제가 된다. 이러한 구별이 중시되는 이유는 단체로서의 조직도 정비되지 않고 또한 그 조직이 공시되어 있지 않는 단체는 조합의 규정을 적용하여, 단체구성원에게 무한책임을 인정하지 않으면 제3자를 해할 수 있고 거래안전을 위협할 우려가 있기 때문이다.

비법인사단과 조합은 단체성의 강약에 의하여 구별하는 것이 관례인 듯하다.<sup>59)</sup> 조합이란 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 목적으로 결합한 단체(제703)이므로, 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인데 비하여 비법인사단은 구성원의 개성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적인 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특징이 있다. 하지만 민법상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등 조직을

58) 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결.

59) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결: 민법상의 조합과 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 한다.

갖추고 있고, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변동에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진 것으로 본다고<sup>60)</sup>하고 있다.

어떠한 단체가 사단인가 조합인가는 명칭에 의해서가 아니고 실질에 의하여 판단하여야 한다. 따라서 조합의 명칭을 가지고 있더라도 실질적으로 사단으로서의 요건을 갖추고 있으면 비법인사단이라고 할 수 있다.<sup>61)</sup>

## 2. 학설에 의한 구별기준

학설상 논의되고 있는 비법인사단과 조합의 구별에 관하여 검토하면 다음과 같다. 첫째, 비법인사단에서는 개개의 구성원이 단체속에 매몰되어 그 개성이나 중요성을 잃게 되고 단체가 그 구성원의 개성을 초월한 독립한 존재로 표면에 나타난다. 이에 반하여 조합에 있어서는 단체의 구성원인 개인은 여전히 독립한 존재로서 개성을 가지고 있고 공동의 목적을 달성하는데 있어 필요한 한도에서 제약을 받을 뿐이어서 단체로서의 독립성보다는 구성원인 개인이 표면에 강하게 나타난다.<sup>62)</sup> 둘째, 비법인사단은 구성원의 가입·탈퇴가 비교적 자유롭게 인정되고, 이러한 구성원의 가입 혹은 탈퇴로 인한 변동에도 불구하고 단체의 동일성이 유지된다. 그러나 조합은 이와 달리 조합의 가입은 조합원 전원의 동의가 있어야 하고 탈퇴 역시 모든 조합원에 대한 의사표시로 하여야 하기 때문에 사단에 비하여 비교적 가입 혹은 탈퇴가 어렵다고 할 수 있다. 또한 조합은 계약관계에 불과하기 때문에 구성원으로부터 독립된 존재가 아니므로, 구성원의 변동이 있으며 동일성이 유지되지 않고 조합의 변동이 있는 것이 원칙이다.<sup>63)</sup>

셋째, 비법인사단은 구성원간의 관계를 정한 내부규칙이 당사자를 특정하지

60) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결.

61) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결.

62) 相本宏, “權利能力社團法律關係-法人·組合異同論”, 『民法爭點 I (增刊)』, 有斐閣, 1985, 4面.

63) 송덕수, 전거서, 583면.

않고 일반적인 규정의 형태를 가지는데 반하여, 조합은 내부규칙이 특정의 구성원간의 계약의 형태로 정하여진다.<sup>64)</sup> 넷째, 비법인사단은 통일적인 조직과 총회 등에서 선임된 업무집행자로서의 기관을 가지고 있으나, 그 기관에 의하여 행위를 하며, 기관의 행위는 단체 그 자신의 행위로 되기 때문에, 기관의 행위의 효과는 모두 단체 자체에 귀속한다. 이에 비하여 조합에 있어서는 단체의 업무집행이 특정의 조합 구성원에 전속하거나 구성원 전원으로부터 대리권이 주어진 자에 의하여 행위를 하며, 그 법률효과도 각 조합원에게 귀속한다.<sup>65)</sup> 다섯째, 비법인사단은 기관으로서의 총회가 반드시 있어야 하고 총회는 사단의 최고 의사결정기관이 된다. 이에 비하여 조합에 있어서는 기관으로서의 총회가 존재하지 않는다.<sup>66)</sup>

여섯째, 비법인사단은 구성원이 총회라는 단체의 의사결정기관을 통하여 다수결의 원칙에 의하여 단체의 운영에 참여할 수 있을 뿐이나, 조합에 있어서는 조합원 각자가 직접 단체의 운영에 참여할 권한을 가지며 업무집행자를 선임하는 때에는 각 조합원의 위임에 의하여 운영하게 된다.<sup>67)</sup> 일곱째, 비법인사단은 제3자와의 대외적인 법률행위를 할 때 단체로서의 명칭을 사용함이 원칙이나, 조합은 제3자와의 대외관계에서 조합원 전체의 명의로 법률행위를 함이 원칙이다.<sup>68)</sup> 여덟째, 비법인사단에서는 재산은 모두 그 사단에 귀속하며 구성원은 규정에 따라서 사단의 자산으로부터 이익을 얻고, 또한 출자 내지 회비를 내어서 사단의 부채에 관하여 간접적으로 유한책임을 부담할 뿐이다. 이에 반하여 조합에서는 재산은 모두 각 조합원의 소유이다. 조합의 자산은 각자의 소유에 속하지만 단체적 구속을 받아야 하는 이른바 합유로 되며, 조합의 부채도 역시 각자의 부채이어서 조합재산이외에 각자의 개인재산을 가 지고서도 그 책임을 져야만 한다.<sup>69)</sup>

64) 이영준, 전계서, 842면.

65) 장경학, 전계서, 292면.

66) 이영준, 전계서, 777면.

67) 장경학, 전계서, 292면.

68) 김상용, 전계서, 275-276면.

69) 송덕수, 전계서, 582면.

### 3. 판례에 의한 구별기준

비법인사단과 조합의 구별에 관한 포괄적인 기준을 정하는 판례는 아직 보이지 않지만, 구체적인 경우에 있어서 양자를 구별하는 판례는 있다. 먼저 비법인사단에 해당하느냐, 조합에 해당하느냐의 여부가 문제되는 경우에 「동백홍농계의 규약 조항에 동계의 실체가 각 계원의 개성이 각기 뚜렷하게 계의 운영에 반영되게끔 되어 있고, 사단의 경우처럼 그 사원의 개성이 그 사단에 몰입되고 각기 사원은 집합체의 곁에 현출되지 아니하게끔 되어 있지 아니하다면, 이 동백홍농계는 비법인사단이 아니다。」라고 하여 구성원의 개성의 현출 유무를 그 표준으로 삼고 있는 판례<sup>70)</sup>가 있다.

그 후 대법원은, 「민법상 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인 사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상의 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로(제 703조), 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인데 비하여 비법인사단은 구성원 개인성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특징이 있다. 민법상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 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 행해지며, 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 비법인사단으로서의 실체를 가진다。」라고<sup>71)</sup> 한 판례에서 보듯이 이에 관하여 포괄적이고 구체적인 기준을 제시하고 있다.

70) 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다573 판결.

71) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결; 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결.

## Ⅳ. 민법규정의 타당성 여부

### 1. 문제의 소재

비법인사단은 권리능력이 없으므로 단체 자체가 재산을 소유하고 있더라도 원칙적으로 단체 자체에게 소유권이 귀속될 수가 없다. 그러면 그 재산은 누구에게 귀속되는 것인가? 라는 문제가 제기된다. 특히 비법인사단의 재산의 귀속형태는 비법인사단재산의 공시방법, 관리·처분, 책임 등의 문제와 밀접한 관계를 가지고 있으므로 재산의 귀속형태를 검토할 필요가 있다.

이에 대하여 독일민법 제54조<sup>72)</sup>와 그것을 본받은 스위스민법 제62조는 비법인사단에 대하여 조합에 관한 규정을 준용하고 있는 바, 이는 비법인사단의 자유설립을 억제하여 설립자도 하여금 권리능력취득의 노력을 촉구하고, 공시되어 있지 않은 비법인사단에 대하여 조합의 규정에 따라서 구성원의 개인적 무한책임을 인정하는 것이 거래안전을 보호할 수 있다는 취지에서 규정된 것으로 해석할 수 있다.

우리나라에서는 비법인사단이 재산을 소유하고 있는 경우 그 재산의 소유형태에 대하여 구민법에서는 규정이 없었기 때문에 학설·판례가 나뉘어져 있었으나, 현행민법은 제275조에서 명문의 규정을 두어 입법적으로 해결하였다. 그러나 「비법인사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.」고 규정하여, 비법인사단의 재산은 각 구성원의 재산과는 별개의 재산으로서 구성원 전체에게 총유적으로 귀속하게 되었다. 명문으로 총유라고 규정함에도 불구하고 현행법의 해석상 또는 입법론상 비법인사단의 소유형태에 관하여 어떠한 소유형태가 타당한가에 대하여 학설이 대립하고 있으므로, 이하에서는 학설에 대하여 검토한 후에 비법인사단의 재산귀속관계의 형태로서의 총유에 대하여 검토하고자 한다.

72) 독일민법 제54조는, "비법인사단에 관하여는 조합에 관한 규정이 적용된다. 그러한 사단의 이름으로 제3자에 대하여 행하여진 법률행위에 관하여는 그 행위자가 개인적으로 책임지며, 다수인이 행한 경우에는 그들은 연대하여 책임을 진다."고 규정하고 있다.

## 2. 학설의 다툼

### (1) 공유설

비법인사단에 관하여 조합에 관한 규정을 준용한다는 독일법의 영향을 받아 비법인사단재산의 소유형태가 공유이지만 민법상의 순수한 공유는 아니고 조합의 규정에 관한 공유라고 한다. 특히 비영리를 목적으로 하는 비법인사단에 있어서 지분분할청구권이 의사표시에 의하여 포기되고 있다고 인정해야 할 경우가 많다고 주장한다. 해산 후 잔여재산분배에 관하여 정관의 규정 또는 총회의 결의로서 분명하지 않을 경우에는 조합의 잔여재산분배와 마찬가지로 각 구성원의 출자가액에 따라 분배될 수 있고 결국 비법인사단의 구성원은 지분을 가질 가능성이 있으므로 그 소유형태는 공유라고 주장하는 학설이다. 이 설은 비법인사단의 소유형태에 관하여 이론상 처음으로 주장되었으며 일본에서 주장되었던 학설로서 우리나라에서는 비법인사단의 대표적인 형태인 중증재산에 관한 조선고등법원의 판례<sup>73)</sup>가 있었으나, 학설상으로는 주장되지 않고 있다.

이러한 공유설에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 비법인사단에 있어서 구성원 지분을 가질 가능성이 있다고 지적한 점에서는 일면 타당한 점도 있으나, 비법인사단은 모두 조합이라고 하는 것은 법인격의 유무의 문제와 단체 유형의 문제를 혼동한 것으로 타당하지 않다.<sup>74)</sup>

### (2) 합유설

비법인사단의 재산귀속관계에 관하여 합유설을 취하는 학설로는 비법인사단의 재산귀속형태를 총유라고 하는 민법의 태도가 대단히 의심스럽다고 하면서, 특히 비영리사단에 있어서 보다 영리사단에서 문제가 되는 바, 법률관계를 명확히 하기 위해서는 합유라고 하였음이 훨씬 타당하였을 것이라고 하는

73) 조선고등법원 1916. 1. 21. 선고 민상251 판결.

74) 遠藤浩·川丙健·西原道雄 編, 「演習民法(總則·物權)」, 靑林書院, 1989, 73面

견해<sup>75)</sup>가 있는가 하면, 비법인사단에는 조합형의 것도 있으므로 민법의 규정과 같이 단순히 총유라고 해버릴 수만은 없고, 합유라고 보아야 할 경우가 있는 것도 부정할 수 없다는 등을 근거로 하여 합유로 보아야 한다는 견해<sup>76)</sup>도 있다.

그러나 이러한 합유설에 대하여는 합유의 관념은 게르만고대사회의 가족공동체에 있어서 공동상속관계에 기원을 두고 있는 것을 근대에 있어서 사단의 소유형태에 적용하는 것은 타당하지 않고, 비법인사단의 실체는 조합형도 포함된다는 것을 부정할 수 없으나 조합형이 비법인사단의 전부라고 할 수 없으므로 합유설은 부당하다는 비판<sup>77)</sup>이 있고, 비법인사단의 재산은 구성원의 개인재산과 분리·독립된 재산이며 사단재산의 독립성이야 말로 사단의 본질적 특징을 나타내는 것이며 사단의 통일성을 소유형태의 면에 반영시킨 것이므로 합유의 관념을 적용하는 것은 적절하지 않는다는 비판<sup>78)</sup>이 있다.

### (3) 총유설

비법인사단이 재산을 가지고 있다고 할지라도 권리의 주체성을 결한 결과 그 재산은 사단 자체에 귀속한다고 할 수 없고, 그 소유권의 권능은 단체 구성원 각자에게 있으나 관리·처분 권능은 단체 자체에 있는 소유형태라고 하는 견해<sup>79)</sup>이다. 이 견해는 총유에 있어서는 공유나 합유와는 달리 단체구성원에게 지분이 인정되지 않기 때문에 구성원의 분할청구권이 인정되지 않으며, 비법인사단의 부채도 구성원의 총유에 속하고, 또한 채무에 있어서도 사단의 총유재산만이 담보로 된다고 한다. 현재 총유에 관하여 명문 규정이 없는 일본의 경우에도 총유설이 다수설<sup>80)</sup>이고 판례의 태도<sup>81)</sup>이기도 하다.

75) 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 126면.

76) 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2004, 206면.

77) 장경학, 전게서, 298면.

78) 遠藤浩 外, 「新版民法1」, 有斐閣, 1969, 72面.

79) 이영준, 전게서, 778면; 장경학, 전게서, 297면.

80) 我妻榮, 「新訂民法總則(民法講義1)」, 岩波書店, 1975, 33面; 於保不二雄, 「權利能力のない社團の法律關係」, 「法學教室1號」, 1961, 25面.

그럼에도 불구하고 총유설에 대한 비판은 역사적으로 게르만법의 촌락공동체에서 유래하는 총유가 개인을 중심으로 한 근대소유권에는 부적당할 뿐만 아니라 민법의 체계적인 일관성을 깨뜨리는 동시에 현대사회구조를 반영한 것이 아니라는 비판<sup>82)</sup>이 있다.

#### (4) 신탁설

비법인사단재산은 실질적으로는 사단자체에 귀속하지만 법인격이 없기 때문에 형식적으로는 대표자가 사단 내지 전구성원을 위해서 신탁적으로 소유하는 것으로서, 법형식과 사회적 실질이 다른 것을 통일적으로 처리하기 위한 가교적 역할을 해주는 것이 바로 신탁이라는 것이므로, 비법인사단재산은 사단 내지 구성원을 위해 대표자가 신탁적으로 소유하는 것으로 된다는 학설이다. 우리나라에서는 신탁설을 주장하는 견해는 없으며, 다만 원칙적으로 총유설의 입장에 서면서 실질적으로 신탁관계에 의하는 것이 보통이라고 하는 견해<sup>83)</sup>가 있다.

신탁설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 신탁설에 의하면 대표자의 명의로 소유권이 인정되는 경우 대표자가 배신하여 임의처분하면 구성원은 피해를 보게 되며, 종래 문종의 재산을 대표자가 부당 처분하는 경우가 빈번하였음이 총유로 입법한 이유의 하나이기도 함으로, 신탁설은 부당한 역행을 시도하는데 불과하다는 비판<sup>84)</sup>이 있다. 또한 사단자체를 위탁자로 한다면 그것은 사단자체의 권리주체성의 인정을 전제로 하지 않으면 안되며, 권리주체성이 있다고 하면 굳이 신탁적으로 구성할 필요가 없다고 하는 모순이 생긴다. 한편 구성원 전원과 대표자와의 신탁계약에 의하여 성립하는 것으로 한다면 구성원 전원의 명의로 계약을 체결하는 것은 번잡하고 사실상 불가능하다는 비판이 있다.<sup>85)</sup>

81) 日本最高裁判所, 1957. 11. 14.

82) 최석, "총유에 관한 문제", 「법조」 제14권 제2호, 대한변호사협회, 1989, 36면.

83) 김홍규, "권리능력 없는 사단", 「법정」, 1962. 7면.

84) 장경학, 전게서, 298면.

### (5) 단독소유설

소송법상 비법인사단에도 소송당사자능력을 인정하고, 부동산등기법상 비법인사단의 명의로 사단의 재산을 등기할 수 있음을 인정하고 있는 것은 비법인사단에 권리의 주체성을 인정한 것으로 되어 그 사단의 재산도 사단자체에 귀속하게 되므로, 재산의 귀속형태가 민법상 총유라고 할지라도 실질적으로는 단독소유의 형태로 귀속되는 것이나 다름이 없다는 견해<sup>86)</sup>이다. 이 견해는 비법인사단에 권리능력, 행위능력 및 불법행위능력을 인정하고 있으므로 권리능력을 인정한 당연한 귀결로서 재산소유능력이 있을 것이며, 비법인사단이 부담한 채무는 그 사단자체의 재산만으로 책임을 지고 사원의 개인재산으로는 책임을 지지 않는 것으로 보아 사단자체의 단독소유설이 타당하다고 주장한다.

사단법인에 있어서 단독소유를 인정하는 이상 비법인사단의 경우에도 그와 동일하게 단독소유를 인정해야 한다는 것은 지나친 형식론에 불과하며, 비법인사단의 사회적 실체를 무시한 견해라는 비판<sup>87)</sup>과 법률의 규정에 의하여 사원의 권리와 의무, 그리고 책임의 내용이 구체화되어 있지 않는 비법인사단에 단독소유라고 하는 관념을 접목시키더라도 구성원의 구체적인 권리·의무의 내용이 불명확하게 되고, 사단 채권자의 이익에 반하므로 공익사단의 경우에는 구성원의 자익권이 문제로 되지 않기 때문에 여기에 적합하지만 영리사단의 경우에는 단독소유를 적용하는 것은 무리가 있다고 하는 비판<sup>88)</sup>이 있다.

## 3. 판례의 태도

판례는 1928년까지는 비법인사단의 대표적인 유형인 중증재산에 대하여 중증원의 공유로 보아왔다. 이에 관하여 대표적인 판례<sup>89)</sup>는 「위토(位土)는 공

85) 遠藤浩 外, 前掲書, 201面.

86) 森泉章, “權利能力なき社團に關する研究”, 「團體法の諸問題」, 1971, 70面.

87) 장경학, 전계서, 298면.

88) 福地俊雄, “法人非社團”, 「神法」第16卷 2號, 1990, 159面.

89) 朝鮮最高裁判所 1916. 1. 21. 선고 民上 251 판결.

동조상의 제사에 제공하기 위한 재산으로 종중원에 한하여 공유의 성질을 갖는 것이다. 만약 비공유자가 공유자 1인으로부터 다른 공유자의 승낙을 받지 않고 위토를 매수한 경우 그 매매계약은 완전무효이다.»라고 한 것이 있다. 그러나 그 후 판례는 종전의 견해를 바꾸어 「종중 일문의 선조가 의장(儀裝)으로 정한 토지는 종중재산을 구성하며 종중의 공동소유하는 법률관계는 관습상 소위 합유이다.»라고 판결<sup>90)</sup>한 이후 종중재산은 종중원의 합유에 속한다는 견해를 취하고 있었다. 그러나 위 조선고등법원 판례도 종중을 비법인사단으로 인정하고 종중재산의 관리 및 처분은 관습 또는 정관에 정함이 없고 관습이 불명한 때에는 총회를 열어 출석자의 과반수의 의결에 의한다고 하고 있으므로 그 공동소유관계는 합유가 아니라 실질적으로는 총유로 보고 있었다. 그럼에도 불구하고 조선고등법원 판례가 이것을 합유라고 단정한 것은 공유 아닌 공동소유형태를 합유라고 총칭하는 용어상의 표현에 불과하다고 할 수 있다.

그 후 현행민법에서 비법인사단의 사원이 물건을 소유할 때에는 이를 총유로 한다고 규정하자, 「종중원은 총유자의 한 사람으로서 그 총유물인 종산을 사용·수익할 수 있다고 하여도 그 종산에 대한 분묘설치행위는 사용수익에 불과한 것이 아니고 관습에 의한 지상권 유사의 물권을 취득하게 되는 처분행위에 해당된다할 것이므로 총유체인 종중의 결의가 필요하다.»<sup>91)</sup> 하는 등 비법인사단의 소유형태를 총유라고 함은 이제 확고한 판례의 흐름이다.<sup>92)</sup>

#### 4. 검토

먼저, 공유설을 취할 경우 구성원의 비법인사단에 대한 개별적인 지분의 처분을 막을 방법이 없다는 근본적인 난점이 있으며, 비법인사단의 실체가 조합형이라면 그것을 비법인사단이라고 하여 그 소유형태를 합유로 할 것이 아니라 조합이기 때문에 그 소유형태가 합유라고 보아야 하므로, 합유설은 이를

90) 朝鮮最高裁判所 1934. 10. 2. 선고 民上351 판결.

91) 대법원 1967. 7. 18. 선고 66다1600 판결.

92) 대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카3113 판결; 대법원 1972. 8. 22. 선고 72다882 판결.

혼동한 것으로 타당하지 않다. 그리고 신탁설을 취할 경우 비법인사단은 권리능력이 없기 때문에 사단명의로 등기할 수 없으므로 할 수 없이 대표자의 개인명의로 등기한다는 것은 재산귀속의 형태가 신탁이라는 것이 아니라 재산귀속관계의 공시방법이 신탁이라는 것으로 재산귀속관계의 공시방법의 문제는 별개의 문제이므로 신탁설도 타당하지 않다.

다음으로, 단독소유설은 최근에 유력하게 주장되는 이론이지만 민사소송법과 부동산등기법은 소송 및 등기의 편의, 단체의 보호 등의 특별한 이유로서 소송당사자능력과 등기능력을 인정하고 있으므로, 이를 모든 경우에 권리능력을 인정한다는 근거로 삼는 것은 부당하다고 생각한다. 그리고 비법인사단이 부담하는 채무를 비법인사단자체의 재산만으로 책임을 지고 구성원 개인재산으로는 책임을 지지 않는 것으로 보아 사단자체의 단독소유로 하는 것이 타당하다고 하나, 구성원 전체의 총유라고 할 경우에도 사단자체의 재산만으로 책임질 뿐이고 구성원 개인재산으로는 책임을 지지 않으므로 총유라고 하지 않고 단독소유라고 해야 할 절대적인 이유는 되지 못한다. 또한 비법인사단의 재산의 소유형태를 권리능력 있는 사단소유형태와 같이 단독소유로 한다면 그 재산의 처분도 사단의 규정을 적용하여야 할 것이다. 가령 법인이 영리법인 경우에는 그 재산의 구성원에게의 분할이 가능하겠지만 비영리법인 경우에는 총회의 결의에 의하더라도 그 재산의 구성원에게의 분할이 가능하지 않을 것이다. 이 경우에 비법인사단에게도 영리 혹은 비영리로 나누어 구성원에게의 재산분할의 가능 혹은 불가능을 판단하게 될 것이다. 그러나 비법인사단의 재산소유형태를 총유라고 한다면 영리 혹은 비영리와 관계없이 정관 또는 총회의 결의에 의하여 구성원에게 재산의 분할이 가능하게 된다. 만일 비법인사단의 재산을 단독소유로 한다면 총회의 결의에 의해서도 단체 구성원에게의 분할이 가능하지 않을 것이지만, 그 소유형태를 총유라고 한다면 총회의 결의에 의하여 구성원에게의 분할이 가능하게 될 것이므로, 비법인사단의 재산귀속형태를 구성원 결의에 의한 재산처분의 자유를 제한하는 단독소유로 하는 것보다는 현행 민법규정과 같이 총유라고 해석하는 것이 타당하다.

## V. 민법상 총유의 문제점과 입법적 과제

### 1. 문제의 소재

총유는 게르만법의 단체주의적인 공동소유, 특히 게르만의 촌락공동체의 공동소유형태에서 유래한다. 총유는 비법인사단이라는 인적 결합의 존재를 전제로 하고, 그 구성원의 인적 결합체로부터 단체적 구속을 받는 단체적 소유권의 원초적 태양이라는 점에서 개인적 소유권의 예외적 태양인 공유와는 다르며 합유와는 같다. 그러나 그 기초인 인적 결합체가 단일 활동체로서 단체의 실체를 갖추고 구성원의 총유에 속하는 기능이 그 단체의 기관을 통하여 행하게 된다는 점에서 목적물의 이용이 본래적으로 개인의 권리로서 관념되고 본질적으로는 단체적 제약을 받지 아니하는 합유와는 다르다.

따라서 비법인사단의 재산귀속관계로, 총유의 개념과 주체, 그리고 우리 민법상 총유의 법률관계로 총유물의 관리·처분·사용·수익의 권능과 판례가 인정하는 보존행위에 대하여 검토할 필요가 있으며, 나아가 비법인사단의 채무에 대한 책임에 대하여 검토할 필요가 있고, 민법규정상의 문제점과 입법적 방안을 제시할 필요가 있다고 생각한다.

### 2. 총유의 법률관계

민법상 총유란 각 공동소유자의 지분이 인정되지 아니하며, 또한 공동소유자는 목적물에 대하여 사용·수익권을 가지고 관리·처분권은 공동소유자 전원으로 구성된 단체에 속하는 공동소유형태의 한 유형이다(제276조 1항). 그러므로 비법인사단은 법인격이 없기 때문에 법인 자체가 단독소유하지 못한다. 이러한 관리·처분 권능과 사용·수익 권능이 단체의 조직적 통제를 정한 내부적 규약에 의해 통일됨으로써 완전한 소유권의 전내용을 실현하게 된다. 민법상 총유는 우선적으로 권리능력 없는 사단의 정관 기타의 규약에 의하여 규율되고, 그러한 것에 정함이 없는 경우에만 민법의 보충적 규정에 의한다

(제275조 2항). 따라서 총유에 관한 민법규정은 임의규정이다. 또한 총유의 주체는 비법인사단 자체이다. 그리고 부동산의 총유 재산은 사단명의로 그 대표자 또는 관리인이 등기하여야 하고(부동산등기법 제30조), 소송에 있어서도 당사자 능력이 인정된다(민사소송법 제48조).

그리고 총유물에 대한 사원의 권리와 의무는 사원으로서의 그 지위를 취득 혹은 상실함으로써 당연히 취득 혹은 상실된다(제277조). 총유물의 관리·처분은 전체 구성원의 총회에서 결정하고(제276조 1항), 총유물의 사용·수익은 정관 기타 규약에서 정한 바에 따라서 각 사원이 할 수 있다(동조 2항). 따라서 총유에는 지분이 있을 수 없다.<sup>93)</sup> 한편, 보존행위에 관해서 대법원은, 「총유재산에 관한 소송은 비법인사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필요적 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.」라고<sup>94)</sup> 판단하고 있다. 그러나 이러한 판례의 입장에 대하여, 총유물의 보존행위는 민법 제276조 1항의 총유물의 관리·처분의 개념 속에 포함시켜 보는 견해가 있으나,<sup>95)</sup> 총유물의 보존행위로 소를 제기하는 경우에는 비법인사단의 이해상반행위가 아닌 한 단독으로도 가능하도록 하는 것이 옳다고 생각한다.

그리고 비법인사단의 채무에 대해서는 사원의 준총유에 속하므로(제275조, 제278조), 사단재산으로 책임을 부담하게 된다. 이와 관련하여 첫 번째로, 사원개인의 책임은 없는가? 이점이 문제가 된다. 이에 대하여 비법인사단의 채무는 사단만이 책임이 있으며, 사원 개인은 특별히 정관에서 정하지 않는 한 회비 기타 일정한 부담을 지는 이외에는 제3자에 대하여 책임을 부담하지 않는다는 것이 학설<sup>96)</sup>과 판례<sup>97)</sup>의 태도이다. 그러나 이에 관하여 이익이 구성

93) 비법인사단의 형태는 아주 다양함으로 확일적으로 총유지분을 인정할 수 없다고 하는 것은 사회현실과 전혀 맞지 않기 때문에 총유지분을 인정하는 방안으로 이론을 정립하여야 하고, 나아가 입법적 보완을 할 필요가 있다고 한다(김상용, 전계서, 419면).

94) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체판결.

95) 송호영, "교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계", 「민사법학」 제35호, 한국민사법학회, 2007. 3, 237면.

원에게 분배되든가 사단을 탈퇴할 때에 지분의 반환청구가 인정되는 영리단체의 경우에는 될 수 있는 한 사원의 무한책임을 인정하는 것이 거래하는 제3자 보호를 위해서 필요하다는 입법론을 제시하는 견해가 있다.<sup>98)</sup>

두 번째로, 대표자 개인에게 책임을 물을 수 있는가? 이 점이 문제가 된다. 이에 대하여 비법인사단과 거래의 상대방이 어느 정도 행위자의 개인재산으로부터 지급받을 것으로 예상하고 거래를 하였는가에 따라 상대방에게 어느 정도의 법적 보호를 줄 것인가를 고려하여 결정하여야 한다는 견해<sup>99)</sup>가 있는가 하면, 채권자 보호 및 비법인사단의 대표자의 업무집행에 있어서 주의의무의 강화를 위해서 독일민법 제54조 2항에서와 같이 대표자 개인에게 책임을 부담하게 하는 방향으로 입법을 보완하는 것이 타당하다는 견해<sup>100)</sup>가 있다. 또 다는 견해로, 비법인사단의 성질상 사단법인의 경우와 동일하게 대부분 무보수로 봉사하고, 그 단체는 대부분 공익단체이며, 거래하는 상대방은 그 거래에 따르는 책임이 사단재산에만 국한되는 것을 전제로 거래에 임하여야 할 주의의무가 있다는 점 등을 고려할 때 대표자 개인의 책임은 인정할 수 없다고 한다.<sup>101)</sup>

### 3. 문제점

우리 민법 제275조가 비법인사단재산의 소유형태를 총유로 규정함으로써 우리 민법만의 독자성을 가진 내용으로 평가할 수 있으나 이 규정으로 인하여 몇 가지 문제점이 있음을 부인할 수 없는 것이 현실이다.

첫째, 우리 민법상 총유에 관한 규정은 충분한 논의와 이론정립 없이 비법인사단의 소유형태를 총유로 규정하였다. 이는 비법인사단의 소유형태를 총유로 규정한 것은 너무 성급하게 일본민법을 여과없이 받아들여 규정한 것이 아닌가라는 문제가 있다. 총유는 농업경제를 중심으로 하는 게르만사회의 촌

96) 김상용, 전계서, 272면; 고상용, 「민법총칙」, 법문사, 2004, 259면; 김주수, 전계서, 207면.

97) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결.

98) 김주수, 전계서, 207면.

99) 황적인, 「현대민법론 I」, 박영사, 1988, 106면.

100) 김상용, 전계서, 273면.

101) 김진현, “권리능력 없는 사단”, 「강원법학」 제5권, 강원대학교 법학연구소, 1993. 8. 58-59면.

락공동체 소유형태에서 유래되었다. 이는 일본에서 받아들여 비법인사단의 하나로 이론구성하였으나 이론적 정립이 입법에 반영될 정도로 치밀하게 구성되어 있지 않았으며, 일본에서도 비법인사단의 소유형태로서 총유에 대하여 많은 비판이 제기되고 있다. 또한 중세 게르만사회의 총유이론이 현대에서 다양하게 성립하는 비법인사단의 소유형태를 일괄적으로 규정할 수 있다고 하는 견해는 많은 비판과 함께 그 타당성 잃고 있다고 생각한다.

둘째, 우리 민법은 단 4개조(제275조 내지 제278)만으로 비법인사단의 소유형태인 총유를 규정함으로써 법적으로 충분하게 규율할 수 없다는 비판이 있을 수 있다. 오늘날 비법인사단은 그 형태가 아주 다양하고 영리를 추구하는 경우가 있는가 하면, 비영리를 추구하는 경우가 있어서 총유물의 관리·처분은 단체자체의 권한으로 하고, 사용·수익은 사원 각자가 할 수 있다는 간단한 규정만으로는 우리의 현실에서 다양하게 존재하는 비법인사단의 소유형태를 규율할 수 없는 어려운 점이 있다. 또한 비법인사단의 채무에 대해서는 명문의 규정이 없으므로 거래의 상대방의 보호를 위한 규정이 없어 해석상 준총유로 보고 있을 뿐이다. 아울러 영리를 목적으로 하는 비법인사단의 경우에는 지분도 인정하지 않고 있으므로 사원을 충분하게 보호할 수 없다는 문제점이 있다. 이와 반면으로 책임에 있어서는 사단의 총유물로만 책임을 진다고 새겨야 함으로 거래상대방의 보호에 전혀 기여하지 못하고 있으며 오히려 사원만을 무리하게 보호하게 되는 점이 있다.

한편, 공동소유의 형태 중에서 합유는 합유물의 처분·변경은 합유자의 전원의 동의를 얻어야 한다(제272조). 하지만 총유에 있어서 관리·처분은 사원총회의 결의에 의하도록 하고 있다(제276조 1항). 구성원의 개성이 단체에 흡수되지 않은 합유에서는 그 합유물을 처분하거나 변경할 경우에 전원의 동의를 요하나, 구성원의 개성이 단체에 흡수되어 있는 총유물의 관리하거나 처분하는 경우에는 사원총회의 결의에 의하도록 함으로써 다수결에 따를 수 있도록 하고 있다. 이는 우리나라 현실에서 보는 종중이나 교회 등 다양한 비법인사단은 실제적으로 총회의 결의에 의하여 총유물의 관리 또는 처분을 하지 않고 있는 것이 현실이다.<sup>102)</sup>

셋째, 비법인사단의 소유형태를 규정한 민법규정은 실제 사인간의 권리의

존부에 관하여 분쟁이 발생할 때에는 이를 적극적으로 해결해 주는 재판규범으로서의 기능을 제대로 하지 못한다. 민법은 개인의 행위의 기준인 행위규범과 사인간의 권리의 존부에 대하여 분쟁이 발생하는 경우에 이를 해결하기 위한 재판규범으로서의 기능을 함께 가지고 있다.<sup>102)</sup> 그런데 민법의 총유에 관한 규정은 분쟁을 해결할 수 있는 재판규범으로서의 기능을 제대로 하지 못하고 있다고 생각한다. 이러한 것들은 교회분열시의 재산관계를 둔 다툼에서 볼 수 있다. 판례는 교회의 분열을 지속적으로 인정하면서도 교회는 비법인사단으로서 교회재산은 그 교회 교인들의 총유에 속한다고 하며, 교회가 교인들의 분파에 의한 교회분열의 경우에 그 교회재산은 역시 분열 당시 교인들의 총유에 속한다고 하면서 실제에 있어서는 교회재산의 정리가 이루어질 수 없는 모습을 보여주고 있다. 이에 따라 사법권이 교회분열과 관련하여 소극적인 모습을 보인다는 비판이 제기될 수 있다. 법원의 입장에서 총유물의 관리나 처분은 사원총회의 결의에 의해야 한다는 민법 제276조의 규정을 피할 수 없는 규정이라는 비판이 있을 수 있다. 총유물의 관리나 처분은 단체자체의 권한으로 하고 사용·수익은 사원 각자가 할 수 있다는 간단한 규정만으로는 오늘날 발생하는 다양한 법적 분쟁을 제대로 해결하지 못한다고 할 것이다.

넷째, 민법 제32조에서 비영리사단의 설립은 주무관청의 허가를 얻도록 함으로써 비영리법인의 설립을 엄격하게 통제하고 있으나 우리의 현실에서는 비법인사단이 다양하고 많이 존재하고 있다. 이러한 단체들은 어렵고 복잡한 설립 등기를 통하여 권리능력을 취득하려고도 하지 않는다. 비법인사단이 굳이 허가를 받고 설립등기를 할 필요성이 크지 않는 것이 큰 이유이기도 하고, 이러한 이유는 허가주의에 있다. 비법인사단재산의 소유형태를 총유라고 함으로써 법인등기를 하지 않더라도 사단이 활동하는데 있어서 크게 불편한 점을 발견할 수 없기 때문이다. 또한 굳이 복잡하고 까다로운 법인설립등기를 하여 주무관청의 감독(제37조), 재산목록과 사원명부의 비치(제55조) 등의 불편을 감수할 필요성이 없기 때문이다. 비법인사단의 소유형태를 총유로 규정함으로써 이들 규정을 통하여 어렵고 복잡한 설립등기의 필요성을 발견하지 못하는 것이다.

102) 김진현, 전계논문, 43면.

103) 김상용, 전계서, 11면.

우리 민법에서는 설립등기를 하지 않는 사단에 대해서도 불이익보다는 충분하게 보호되고 있으므로 법인설립등기의 필요성을 크게 인식하지 못한다.

#### 4. 입법적 방안

우리 민법이 법인 설립에 관하여 자유설립주의를 취하지 않는 한, 비법인사단의 성립은 불가피할 것이다. 또 법이 배척하려고 할 하등의 이유가 없으므로, 결국 단체의 대부분은 비법인사단으로 남게 될 것이다. 이와 같이 비법인사단은 결코 예외적인 존재가 아니라 현실적으로 무수히 존재하는 것인 만큼 그 준거법규를 밝혀 두는 것이 옳다고 생각한다. 그 준거법규가 없으면 더욱 분쟁을 조장할 수 있기 때문이다. 특히 종래 종중재산을 위한 소송사건이 많은 것도 종중의 성격과 종중의 재산을 소유하는 관계가 어떠한 유형의 공동소유이나의 문제가 명확하지 않았기 때문이다. 그리고 또 이미 민사소송법과 부동산등기법에서 비법인사단에 대하여 각각 당사자능력과 등기능력을 부여하고 있지만 가장 기본적인 법전인 민법이 이에 관한 규정을 두지 않는 것은 타당하지 않으므로,<sup>104)</sup> 민법 제275조 내지 278조를 특별한 다른 대안 없이 삭제하자는 견해는 옳지 않다고 판단된다.

그러므로, 우리 민법이 비법인사단의 소유형태를 총유로 규정하고 있으나 우리나라의 현실에 있어서는 비법인사단은 영리와 비영리, 종중과 교회, 특수지역권(어촌계) 등으로 존재하고 있고, 이러한 모습을 가진 비법인사단을 간단한 민법상 총유규정으로 규율하기에는 한계가 너무 많다고 생각한다.

민법상 총유에 관한 규정을 삭제하고 해석론에 맡기자는 견해가 있을 수 있으나, 그 개정방향을 다양한 비법인사단의 현실적인 면들을 감안하여, 독일민법에서 비법인사단의 규정과 관련된 해석론과 판례를 통한 유동적으로 규율하고 있는 점들을 검토하고, 또한 일본의 학설과 판례, 그리고 새로운 중간법인법의 입법적 노력 등을 종합적으로 고려하여 판단할 필요가 있다.

비법인사단의 소유형태를 총유로 규정하는 것은, 당사자간 법률행위시에 상대방의 보호가 문제가 되는 점이 있고, 또한 주무관청은 허가를 남용하여 법

104) 민사법연구회, 「민법안의견서」, 1957, 102면.

인의 설립허가를 하지 않는 등의 문제가 있으므로, 이를 방지하기 위해서라도 비법인사단의 소유형태를 공동소유 중의 하나로 규정하지 않고, 사단단독소유로 인정하는 것이 보다 합리적이라 생각한다. 이에 대하여 비법인사단의 단독소유를 인정하지만 총유에 관한 규정을 삭제하려는 입장은 확정된 것이 아니라 이 문제에 대하여 물권법 분야의 개정작업시에 반영하는 것이 옳다는 견해가 있을 수 있다.

비법인사단에 대하여 그 사단의 본질에 반하거나 관습상 예외가 인정되는 경우가 아닌 한 법인에 관한 규정을 준용되도록 하여야 하고, 그 밖의 경우에는 정관이 정하는 바에 따라야 하며, 주무관청의 허가나 설립등기를 전제로 한 규정은 준용되지 않도록 하여야 할 것이다. 이는 비법인사단에 대하여 특별한 사정이 없는 한 법인에 관한 규정이 준용되게 됨으로써 비법인사단의 재산의 소유형태는 단독소유가 될 수 있으며, 법인실재설의 입장에서 보면 민법의 총유에 관한 규정은 사실상 사문화되었고 비법인사단의 물건을 총유라고 하더라도 그 법률관계는 사단의 소유라고 하는 경우와 결과적으로 거의 동일하므로, 비법인사단에 관하여는 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고 사단법인에 관한 규정을 유추 적용되도록 개정하는 것이 합리적이라 생각한다.

나아가 우리나라 많은 비법인사단이 불투명하게 운영되고 있으므로, 이들 비법인사단이 법인설립등기를 하도록 제도적으로 보완하고, 투명하고 공정하게 운영을 할 수 있도록 주무관청의 감독이 필요한 제도적 장치를 보완할 필요가 있다고 생각한다.

## Ⅵ. 결 론

사람들은 정치·경제·사회·문화 등의 분야에서 사단법인을 만들어 공동생활을 하기도 한다. 이러한 사단은 법인격을 가지는 실체로 활동할 수 있으나, 우리나라 민법이 사단법인의 설립에 관하여 자유설립주의를 채택하지 않고 허가주의(제32조)를 취하므로 주무관청으로부터 사단법인설립허가를 얻지 못하거나, 법적규제를 받기 꺼려서 사단법인으로 설립하기를 원하지 않거나,

또는 허가주의를 취하는 결과 법인설립기간이 오래 걸리며 법인설립의 절차를 밟는 동안에는 비법인사단으로 활동하기 때문에 현행민법하에서도 여전히 비법인사단이 존재하는 이유가 있다.

우리민법은 비법인사단에 관한 규정을 두지 않았으며, 사람의 단체에 관한 규정으로는 사단법인 이외에는 겨우 조합의 규정이 있을 뿐이다(제703조 이하). 비법인사단의 법적처리를 위해서는 조합의 규정을 적용할 것이 아니라,<sup>105)</sup> 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 사단법인에 관한 규정을 유추 적용하여야 한다는 것이 종래의 통설이다. 우리민법은 비법인사단을 규율하기 위해서 민법 제275조 내지 278조의 총유에 관한 규정에서 간접적으로 규정하고 있을 뿐 직접적인 규정을 두고 있지 않으므로, 그 적용에 있어서는 학설과 판례에 맡겨지고 있다. 우리나라 현실에 있어서 비법인사단은 종중과 교회, 사찰 등으로 상당히 존재하고 있고, 이러한 형태를 가지고 있는 비법인사단을 총유규정만으로 규율하기에는 한계가 많다고 생각한다.

따라서 민법 제275조의 타당성여부에 대하여 학설과 판례를 중심으로 검토하여, 입법적 보완을 제시하면, 비법인사단에 관하여 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 사단법인에 관한 규정을 준용할 수 있도록 민법을 개정하여야 하고, 많은 비법인사단이 불투명하게 운영되는 것을 막기 위하여 민법 및 부동산등기법을 개정하여 사단법인설립등기를 할 수 밖에 없도록 하는 제도적 장치가 필요하며, 또한 사단법인을 투명하고 공정하게 운영될 수 있도록 주무관청의 감독을 받을 수 있는 입법적 보완이 필요하다고 생각한다.

## 참고문헌

- 고상용, 「민법총칙」, 법문사, 2004.  
곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007.  
김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003.

105) 독일민법 제54조, 스위스민법 제62조에서는 조합의 규정을 적용한다.

- 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2004.
- 민사법연구회, 「민법안의견서」, 1957.
- 양창수, 「민법연구」 제3권, 박영사, 1995.
- 이영섭, 「신민법총칙강의」, 박영사, 1959.
- 이영준, 「한국민법론(민법총칙)」, 박영사, 2003.
- 장경학, 「민법총칙」, 법문사, 1994.
- 황적인, 「현대민법론 I」, 박영사, 1988.
- 김진현, “권리능력 없는 사단”, 「강원법학」 제5권, 강원대학교 법학연구소, 1993.
- 김홍규, “권리능력 없는 사단”, 「법정」, 1962.
- 송호영, “교회의 교인들이 종전교단으로부터 집단적으로 탈퇴하여 별도의 교회를 설립한 경우의 법률관계”, 「민사법학」 제35호, 한국민사법학회, 2007.
- 최식, “총유에 관한 문제”, 「법조」 제14권 제2호, 대한변호사협회, 1989.
- 홍춘의, “법인 아닌 사단의 법률관계”, 「토지법학」 제26-2호, 한국토지법학회, 2010.
- 地俊雄, “法人非社團”, 「神法」 第16卷 2號, 1990.
- 森泉章, “權利能力なき社團に關する研究”, 「團體法の諸問題」, 1971.
- 我妻榮, 「新訂民法總則(民法講義1)」, 岩波書店, 1975.
- 於保不二雄, “權利能力のない社團の法律關係”, 「法學教室1號」, 1961.
- 遠藤浩·川丙健·西原道雄 編, 「演習民法(總則·物權)」, 青林書院, 1989.
- 遠藤浩 外, 「新版民法1」, 有斐閣, 1969.
- 相本宏, “權利能力社團法律關係-法人·組合異同含”, 「民法爭點 I (增刊)」, 有斐閣, 1985.

[Abstract]

## A Feasibility Study on the Act 275 of Korea civil Law

Kim, Sang-Myeong

*Professor, Jeju International Univ.*

From the civil law of Korea, any provision related to the unincorporated association is not found excluding provision(Article 275-Article 278)that Chong-yu(Gesamteigentum) is prescribed as a type of possession for Association without Legal Personality's property. So, legal interpretation related to unincorporated association depends on theory and judicial precedent.

In order to examine about the above problem, this study was to research unincorporated association related problems come from the present state of Korea by focusing on domestic theory and judicial precedent.

The unincorporated association legal issues including its internal or external issues in law and various matters related to its representative was investigated. Theory and judicial precedent related to the interpretation of current civil law prescribing the possession issue of unincorporated association property as Chong-yu were reviewed. A variety of problems connected with Jong-jung and church which are the representative case of unincorporated association were treated.

As the conclusion of the study, the sixth chapter suggested the desirable interpretation and legislative theory of current civil law prescribing the possession type of unincorporated association property as Chong-yu, to solve related problems.

**Key words** : unincorporated association, Chong-yu, Act 275 of Korea civil Law, Jong-jung, church, Buddhist temple, association.