

20세기 초 프랑스의 종교법인 법제에 관한 소고 - 1905년 정교분리법의 '종교사단' 문제와 살레이유의 '재단'론 -

권 철*

【목 차】

- | | |
|--------------------------------|--|
| I. 머리말: 프랑스의 정교분리와 비영리법인 | III. 'association' 체제 하에서 시도된 'fondation'론 |
| II. 1905년 정교분리법의 성립과 '종교사단' 문제 | IV. 맺음말에 갈음하여 |

【국 문 요 약】

본고는 20세기 초 프랑스에서 전개된 비영리단체 법제 정비에 관한 움직임에 주목한다. 프랑스대혁명 이후 구체제하의 단체는 적대시되었고, '르샤플리에법(Loi Le Chapelier)'과 형법전에서는 단체와 결사가 철저히 금지되었다. 1804년에 시행된 민법전에서도 단체의 존재를 전제로 한 규정은 두지 않았다. 이러한 맥락에서 민법전이 시행되고 100년 가까이 지난 1901년 비영리사단법이 제정되어 결사의 자유가 법제화됨으로써 대혁명 이후의 단체 금압 사상이 극복된 것은 프랑스 비영리단체법의 큰 특징이다. 이러한 경위는 결사·단체·법인의 본질을 생각하는 작업에서 실마리가 될 수 있는데, 이 법에서 우리가 주목할 만한 포인트는 우선 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유가 법제화되었다는 점, 그리고 비영리사단의 법적구성에서 계약구성을 채택한 점, 비영리법인의 기본 유형으로 사단(association) 개념을 채용한 점이다. 한편 1905년 정교분리법이 성립하여, 19세기 내내 공인종교로 인정되어 국가 보조금을

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

받고 있었던 교회 관련 시설이 완전히 세속화되고 종교단체에 관한 규정이 상세하게 규정되었다.

법적 구성의 측면에서 보면, 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법에서 규정하는 비영리법인과 종교단체법인은 ‘사단’으로 번역될 수 있는 association으로 구성되어 있다. 이러한 점을 보다 심도 있게 이해하기 위한 고찰의 일환으로 본고에서는 20세기 초반에 fondation=‘재단’ 개념의 도입을 주장한 소수설의 논의를 소개하고자 한다. 주도적으로 논의를 전개한 학자는 당시 파리대학의 교수였던 레이몽 살레이유(Raymond Saleilles)이다.

본고의 전반부에서는 프랑스 제3공화정 정부가 야심차게 제정한 1905년 정교분리법의 수용을 둘러싸고 로마 교황청으로 대표되는 가톨릭교회가 어떠한 방식으로 반발하였는지 그 논점은 무엇이었는지에 관하여 주목한다(Ⅱ). 그리고 후반부에서는 이러한 1905년 정교분리법의 시행에 관한 논쟁에서 살레이유가 전개한 주장을 보다 구체적으로 살펴본다(Ⅲ). 본고는 지금부터 120년 가까이 지난 20세기 초반 프랑스 제3공화국 체제 하의 짧은 기간에 펼쳐진 논의의 일부를 살펴보는 것에 지나지 않는다. 하지만 이러한 관점에서 비영리단체, 종교법인, 사단, 재단 개념에 관한 재검토를 촉발하는 실마리를 찾아낼 수 있다.

I. 머리말 : 프랑스의 정교분리와 비영리법인

1. 본고는 20세기 초 프랑스에서 전개된 비영리단체 법제 정비에 관한 움직임에 주목한다. 프랑스대혁명 이후 구체제하의 단체는 적대시되었고, 1791년 ‘르샤플리에법’¹⁾과 1910년 ‘나폴레옹형법전’²⁾에서는 단체와 결사가 철저히 금지되었다. 1804년에 시행된 ‘나폴레옹민법전’에서도 단체의 존재를 전제로 한 규정은 두지 않았다. 이러한 맥락에서 민법전이 시행되고 100년 가까이 지난 1901년에 ‘비영리사단계약에 관한 1901년 7월 1일 법률’³⁾(이하 ‘1901년 비영리사단법’)⁴⁾이 제정되어 결사의 자유가

1) Loi Le Chapelier du 14 juin 1791. 렌느(Rennes) 출신의 변호사이자 제헌의회(Assemblée nationale constituante)의 의장을 지낸 이삭 르 샤플리에(Issac Le Chapelier)의 발의로 제정된 법률의 통칭이다. '르샤플리에법'에 관한 우리말로 된 관련 서술로는 이하의 문헌을 참조. 신동규, “프랑스 노동 조합운동의 태동과 도시 공동체 : 직능별 조직과 지역별 연대의 길항 관계의 역사적 기원” 도시인문학연구, 8권 1호, 2016, 44면; 손영우, 사회적 대화 : 노동은 어떻게 프랑스 사회를 운영하는 주체가 됐나, 이매진, 2018, 41면 이하. 손영우, 사회적 대화, 336면 이하에는 이 법의 번역과 원문도 게재. 참고로 프랑스어 원문이지만 이 법에 관한 사항을 일목요연하게 정리하고 있고 쉽게 접근할 수 있는 것으로 ‘위키피디아’ 프랑스어판의 관련 항목(https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_Le_Chapelier) 참조.

2) ‘나폴레옹형법전’은 통칭이고, 정식명칭은 Code pénal de 1810. 나폴레옹형법전에 관한 우리말로 된 개설로는 최근혁, “프랑스혁명과 근대형법”, 법학연구(충남대) 4권 1호, 1993, 73면 이하가 있는데, 아쉽게도 결사죄에 관한 설명은 없다. 결사죄를 규정한 나폴레옹형법전 제291조의 원문은 프랑스국립도서관 홈페이지(<https://gallica.bnf.fr/>) 또는 정부가 관리하는 법령정보시스템(<https://www.legifrance.gouv.fr/>)에서 검색 가능하다.

ARTICLE 291. Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société.

Dans le nombre de personnes indiqué par le présent article, ne sont pas comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit.

3) Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, publiée au Journal officiel de la République française (JORF) du 2 juillet 1901.

4) 1901년 비영리사단법에 관한 개략적인 서술로는 남효순, “프랑스법에서의 법인의 역사 : 법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사”, 서울대 법학, 40권 2호, 1999; 여하운, “프랑스 민법상의 법인론 : 비영리법인에 관한 논의를 중심으로”, 비교사법 15권 4호, 2008; 박수곤, “프랑스법에서의 민사법인에 대한 규율 : 공익성이 인정된 사단 및 재단법인을 중심으로”, 경희법학 45권 1호, 2010, 77면을 참조.

법제화됨으로써 대혁명 이후의 단체 금압 사상이 극복된 것은 프랑스 비영리단체법의 큰 특징이다.⁵⁾ 이러한 경위는 결사·단체·법인의 본질을 생각하는 작업에서 실마리가 될 수 있는데, 이 법에서 우리가 주목할 만한 포인트는 우선 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유가 법제화되었다는 점, 비영리사단의 법적구성에서 계약구성을 채택한 점, 그리고 비영리법인의 기본유형으로 사단(association) 개념을 채용한 점이다. 1901년 비영리사단법은 프랑스의 비영리법인법의 기본규정으로 헌법적인 가치를 인정받기에 이르렀고 지금까지 프랑스 사회에 깊게 뿌리를 내린 법률이다. 한편 1901년 비영리사단법은 사단법인의 수증능력을 엄격하게 제한하고 종교단체인 수도회(congrégation)를 엄격하게 규율하였다. 다른 한편 1905년에는 ‘국가와 교회의 분리에 관한 1905년 12월 9일 법률’⁶⁾(이하 ‘1905년 정교분리법’)이 성립하여, 19세기 내내 공인종교로 인정되어 국가 보조금을 받고 있었던 교회 관련 시설이 완전히 세속화되고 종교단체에 관한 규정이 상세하게 규정되었다.⁷⁾

법적 구성의 측면에서 보면, 1901년법과 1905년법에서 규정하는 비영리법인과 종교단체법인은 ‘사단’으로 번역될 수 있는 association⁸⁾으로

5) 이러한 관점에서 1901년 비영리사단법의 연혁과 의미를 본격적으로 고찰하는 연구는 아직 우리민법학계에서는 찾아볼 수 없다. 맺음말에서 언급하는 바와 같이 본고의 논점의 전체 상황을 확인하고 비영리단체 법제의 비교법적인 검토 자료를 제공한다는 의미에서 심층적인 소개 및 고찰이 필요하다.

6) Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, publiée au JORF du 11 décembre 1905.

7) 이상에 관해서는 우선 권철, “프랑스 종교단체 법제에 관한 소고: 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법을 중심으로”, 성균관법학 33권 3호, 2021, 129면 이하를 참조.

8) association의 번역어로 무엇을 선택할 것이지는 어려운 문제이다. 번역자의 전공이나 소개 논문의 문맥에 따라서 여러 선택지가 있기 때문이다. ‘결사’, ‘사단’, ‘협회’, ‘비영리조합’ 등으로 번역될 수 있다. 이러한 다양한 번역어 때문에 굳이 번역어를 하지 않고 원어인 association를 그대로 쓰는 방법도 하나의 선택지가 될 수 있다. 본고에서는 이미 위의 본문에서 ‘결사’, ‘사단’의 번역어를 사용했는데, ‘재단’, ‘기부’, ‘기초’ 등으로 번역될 수 있는 프랑스의 법률용어 fondation이 ‘재단’의 의미를 가지는 경우와 대비하는 의미에서 association의 번역어는 기본적으로 ‘사단’으로 하고 뉘앙스를 살리는 것이 바람직한 경우에는 따로 부기하기로 한다. 참고로 덧붙이면, 프랑스의 법률용어 société가 일본의 구민법(1890), 구상법(1890)을 거쳐 독일민법의 영향을 받은 민법(1898)과 상법(1899)에서 ‘회사’, ‘조합’, ‘사단’ 등의 법률용어로 혼란스럽게 채택되는 과정에 대한 개략적인 서술로 권철,

구성되어 있다. 이러한 점을 보다 심도 있게 이해하기 위한 고찰의 일환으로 본고에서는 20세기 초반에 *fondation*=‘재단’ 개념의 도입을 주장한 소수설의 논의를 소개하고자 한다. 주도적으로 논의를 전개한 학자는 당시 파리대학의 교수였던 레이몽 살레이유(Raymond Saleilles, 1855-1912)⁹⁾이다.

본고의 전반부에서는 프랑스 제3공화정 정부가 야심차게 제정한 1905년 정교분리법의 수용을 둘러싸고 로마 교황청으로 대표되는 가톨릭교회가 어떠한 방식으로 반발하였는지 그 논점은 무엇이었는지에 관하여 주목한다(Ⅱ).¹⁰⁾ 그리고 후반부에서는 이러한 1905년 정교분리법의 시행에 관한 논쟁에서 살레이유가 전개한 논의를 보다 구체적으로 살펴본다(Ⅲ). 본고는 제3공화국 체제 하의 프랑스, 그 중에서도 20세기 초반 짧은 기간의 논의의 일부를 살펴보는 것이지만, 이러한 관점은 재단법인 개념의 도입 주장이 정치경제적, 공법학적, 민법학적 관점에서 어떠한 의미로 받아들여졌는지를 엿볼 수 있는 소재가 될 수 있다.¹¹⁾

2. 프랑스 과학학과의 주도자 중 한 명이며 프랑스 사법학에 큰 족적을 남긴 살레이유의 여러 업적 중 하나로 법인론을 언급하는 것이 통상적이다. 우리나라에서도 각종 법인학설을 정리 분류할 때의 유력한 논자로 소개되곤 한다.¹²⁾ 다만 본고의 목적은 살레이유의 법인론을 종합적으로 정리하고 새롭게 자리매김하려는 거창한 것은 아니다. 본고에서는 1905년 정교분리법 성립 후 가톨릭교회의 법적 처우, 구체적으로는 교회재

“사단·조합 준별로” 재검토 小考”, 비교사법 27권 1호, 2020, 122면 이하를 참조.

9) 살레이유의 생애와 연구업적, 그리고 가톨릭사상에 관한 상세한 영문 소개로는 Marco Sabbioneti, Raymond Saleilles (1855-1912), Edited by Olivier Descamps and Rafael Domingo, *Great Christian Jurists in French History*, Cambridge University Press, 2019, p.324 s.를 참조.

10) 최근에는 각 종교의 구성 비율에 변화가 있기는 하지만, 프랑스는 전통적으로 가톨릭의 나라라고 할 수 있다. 본고에서는 20세기 초반 제3공화정 시기에 불거진 공화파 정부와 가톨릭교회와의 대립에 주목한다. 한편, 최근의 상황을 포함하여 가톨릭, 개신교, 유대교, 이슬람교 등 각 종교 단체에 대한 규율에 관해서는, 권철, 전개논문(주7), 133면, 143면, 145면 이하를 참조.

11) 다만 민법학상의 재단법인에 관한 특별법을 제정하려는 시도(후술 III. 3.)에 관해서는 관련 사료 자체가 방대한 분량이라는 점을 감안하여 보다 본격적인 분석을 위해서 별고에서 다루기로 한다.

12) 박윤직, 민법총칙(신정판), 1989, 216면; 고상룡, 민법총칙, 1989, 162면; 송덕수, 민법총칙(제4판), 2018, 317면.

산(biens écclesiastiques)의 관리 주체로서의 association 즉 비영리사단법인(구체적으로는 ‘종교사단’(association culturelle)¹³⁾을 설립하는 것의 가부를 둘러싼 논쟁에 주목한다. 세속법상의 새로운 조직을 도입하는 규정을 둘러싸고 프랑스정부와 교황청 사이에는 심각한 알력이 발생하였다. 이러한 논쟁에서 살레이유는 정교분리를 수용하는 ‘화해파(transigeant)’의 가톨릭으로서 위기에 개입하였다.

본고에서는 1905년부터 1910년까지의 살레이유의 논의를 소재로 하여 정교분리법의 수용에 관하여 어떻게 대응하였는지 살펴본다. 교황청에 대하여 정교분리법의 수용을 촉구하는 것으로 보이는 1905년의 텍스트부터 1906년, 1907년의 논문에서 서술된 내용들, 재단법인에 관한 특별법 제정을 주장하는 입법론(1906년-1909년), 그리고 사망하기 2년 전인 1910년에 출판된 대작 “법인격에 대하여”(De la personnalité juridiques)의 관련 서술에 주목해본다.

여기서 프랑스법에 관한 전제적 상황으로 상기해 두어야 할 것은, 두 개의 법인 형태에 대해 프랑스법이 취한 접근의 차이이다. 방금 언급한 바와 같이, 프랑스 대혁명 이념은 모든 단체를 적대시하는 여러 법제들로 결실을 맺었다. 사단 설립에는 엄격한 허가제가 기본이 되었고, 허가 없는 결사는 형법상 범죄를 구성하게 되었다. 대혁명이 가지고 온 이러한 관념으로부터 벗어난 것은 바로 1901년 비영리사단법의 제정을 통해서 가능하게 되었다. 그러나 재단법인은 국사원(Conseil d'État)의 공익인정을 거치지 않으면 그 존재조차 인정되지 않았다. 살레이유의 구상에는 실정법상의 근거가 결여되어 있었던 것이다. 그는 재단법인의 일반법 초안 작성에 진력한다. 다만 1909년에 완성된 초안에는 교회조직에 적용 가능한 유형이 보이지 않는다. 이러한 일종의 좌절에는 어떤 배경이 있었는가.

본고의 관점에서 보면, 두 개의 100주년을 전후로 관련 자료 및 연구가 공간된 것이 주목된다. 2005년은 1905년 정교분리법 성립 후 100년이 되는 해였고,¹⁴⁾ 2012년은 살레이유가 사망한 지 100년이 되는 해였

13) ‘association culturelle’은 종교단체, 신도회, 문화결사 등 여러 번역어가 사용되고 있는데, 본고에서는 ‘종교사단’을 사용한다. 번역어의 선택에 관해서는 권철, 전개논문(주7) 133면의 각주12)를 참조.

14) Conseil d'Etat, *Un siècle de laïcité - Rapport public 2004*, Collection Les études du

다.¹⁵⁾ 본고는 살레이유의 방대한 저작의 일부만을 다루는 데 지나지 않지만, 프랑스 제3공화정기의 법학에 관한 관심에서 구상되었다.

이하에서 우선 20세기 초 프랑스에서 정교분리법 제정에 따른 종교사단법인 개념의 수용 및 관련 논의를 살펴보고(Ⅱ), 이러한 상황에서 전개된 살레이유의 주장을 분석한다(Ⅲ).

Ⅱ. 1905년 정교분리법의 성립과 ‘종교사단’ 문제

1. 문제 상황의 정리

출발점은 1905년 정교분리법이다. 당시의 정치사회 정세 및 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법의 개요 및 상호 관계에 관해서는 선행 연구로 대신하고,¹⁶⁾ 본고의 관점에서 필요한 논점에 집중하여 법률 내용을 정리하면 다음과 같다. 1905년 정교분리법은 양심(conscience)의 자유 및 종교활동(culte)의 자유를 보장하면서(제1조), 1801년 정교협약(Concordat, 이하 ‘콩코르다’) 하의 공인종교체제를 끝내고, 이른바 라이시테(laicité=정교분리) 원칙을 실질적으로 선언하고 구체화하였다. 모든 종교에 대한 공적 지원이 끊기고, 성직자는 급여를 받지 못 하게 되었다. 공공시설법인(établissement publique)으로 자리매김되어 있었던 교회관련의 기관들도 폐지되었다(제2조). 이러한 총칙 아래 새로운 제도가 규정되었다. 특히 논쟁이 벌어진 것은 교회재산의 관리 주체에 관련된 제4조이다.

Conseil d'Etat, 2003; Émile Poulat, *Les Diocésaines*: République française, Eglise catholique: Loi de 1905 et associations culturelles, le dossier d'un litige et de sa solution(1903-2003), 2007.

15) Patrice Rolland, Un « cardinal vert » Raymond Saleilles, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, no28, 2008, p.273 et s. ; Sous la direction de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, *Raymond Saleilles et au-delà*, 2013.

16) 권철, 전계논문(주7).

제4조 본 법률 공포로부터 1년 이내에, 교구재산관리회(menses), 교회 재산관리회(fabrique), 장로회(conseils presbyteraux), 종무국(consistoire) 및 기타 종교 공공시설법인(etablissements publics du culte)의 동산 및 부동산은, 그 재산에 부과된 모든 부담 및 의무, 그 재산의 특정 목적지정(affectation spéciale)과 함께, 당해 시설법인의 적법한 대표자에 의하여 비영리사단으로 이전된다. 이 비영리사단은 상기 시설법인의 종래 교구에서의 종교활동을 수행하기 위하여, 당해 사단이 활동을 하게 되는 종교의 일반조직상 규칙에 따라 제19조 규정에 의하여 적법하게 설립된 것이어야 한다.

본조의 취지는 교회재산의 관리주체를 각종 공공시설법인에서 새롭게 설립된 비영리사단(종교사단)으로 변경하는 것에 있다. 두 가지 논점으로 나누어 부연한다.

(1) 교회재산 이전의 당사자

우선, 교회재산의 기존 관리주체인 공공시설법인, 그 중에서도 그 전형으로 여겨지는 ‘교회재산관리회(fabrique)’에 대하여 살펴보자.¹⁷⁾ 교회재산관리회는 교회건물이나 그 부속시설의 수선, 보전을 주목적으로 하는 교회 내 기관으로 프랑스 대혁명 이전부터 존재하였다. 콩코르다를 국내 법화하는 조직규정에서 새롭게 그 설립근거가 마련되고 ‘교회재산관리회에 관한 1809년 12월 30일 테크레’가 제정되었다. 관리회는 소교구(paroisse) 또는 그 분교회교구(succursale)마다 설립되어(이하 ‘소교구’) 교회시설의 수선, 보전, 예배용 자산의 관리, 예배실천에 필요한 비용의 변제 등, 소교구의 재정을 한꺼번에 담당하였다(제1조). 그 조직은 총회(conseil) 및 사무국(bureau des marguilliers)으로 구성된다(제2조). 총회는 예산, 결산 외에 교회재산에 관한 중요한 행위에 관하여 의결하고(제12조) 사무국이 회계관리와 일상적인 지출을 담당하였다.

다음으로 총회의 구성에 대해 확인하자. 첫째, 콩코르다 체제 하에서

17) Léon Duguit, Le régime du culte catholique antérieur à la loi de séparation et les causes juridiques de la séparation (conférence faite à l'École des Hautes-Études sociales, le 13 mars 1907), 1907, p.29.

교회에 대한 공권력 관여를 나타내는 것으로, 소교구의 사제(cure)와 나란히, 당해 소교구의 중심지인 시읍면(commune)의 장(maire)이 당연 구성원으로 의사에 참가하는 것이 주목된다(제4조). 다른 한편으로 둘째, 총회는 소교구의 규모에 따라 9명 또는 5명의 회원(conseillers)으로 구성된다. 회원자격은 가톨릭신도이며 소교구에 주소가 있는 ‘명사(notables)’라고 규정되어 있다(제3조).

이상을 바탕으로 교회재산의 새로운 관리주체에 대해 검토하자. 1905년 정교분리법은 예배를 사적인 것으로 규정한 것이므로, 거기에 필요한 재산의 관리자도 또한 사적 존재여야 했다. 그 점을 고려하면 이미 일반법인 1901년 비영리사단법에 의하여 마련되어 있던 사단(association)이 후보로 지목된 것은 자연스럽다. 1905년 정교분리법에 따라 설립된(제18조) 이 사단은 ‘종교사단(association cultuelle)’이라고 불린다.

그러나 1901년 비영리사단법에서 규정하는 일반 비영리사단과의 차이는 크다. 첫째, 1901년 비영리사단법에서는 비영리성 이상의 목적의 한정은 없다. 이와 달리 종교사단은 ‘예배의 비용 지출, 유지, 및 공공의 실천’을 목적으로 한다(제18조). 둘째, 1901년 비영리사단법은 간단한 신고(보다 정확하게는 신고에 따른 관보공시)에 의해 법인격 취득이 인정되지만, 신고만으로는 수증능력이 허용되지 않는다. 완전한 능력을 얻기 위해서는 국사원(Conseil d'État)의 공익인정을 필요로 한다. 여기서 주의할 점은 설립 시의 재산 출연도 증여에 해당한다는 해석이 일반적이었다는 점이다. 그렇기 때문에 당초 재산을 전혀 가지지 않은 사단이 다수를 점한다. 이 점에서 보면 설립 직후에 구 공공시설법인으로부터 재산이전을 받은 종교사단은 ‘특권적 사단’이라 할 수 있다.

조직 및 운영에 대해서는 제19조가 1901년 비영리사단법에 대한 특칙이 된다. 물론 구 관리회의 회원수를 엄두에 둔 최소 사원수, 탈퇴의 자유, 사원총회에 의한 결산승인, 예배관련 업무에 관한 대가수령권한, 보조금의 수령금지를 정한 것에 불과하고, 세칙은 정관에 맡긴다. 제4조에서 말하는 ‘예배의 일반적 조직규율’에 대한 적합성은 설립요건에 보이는 데, 이것이 정관의 자유를 어떤 범위에서 제한하는가는 해석이 열려있다. 몇 가지 문제를 예시하면, 첫 번째로 문제가 되는 것은 사원의 범위이다. 법문상, 성직자와 평신도의 구별은 문제시되지 않는다. 따라서 성직자만

또는 평신도만의 사단은 물론 양쪽에서 사원을 모집한 사단도 허용될 수 있다. 또한 사단 수에 상한은 없다. 둘째로, 사단인 이상 사원총회의 의결에 의한 정관변경이 인정된다. 따라서 설립 시에는 ‘예배의 일반적 조직규율’에 대한 적합성이 확보되었더라도 추후에 이에 반하는 변경이 될 가능성이 남아있다. 특히, 엄격한 입회요건을 두지 않은 개방적 사원에서는 평신도 수가 성직자 수를 넘어설 것이 당연히 예상되며, 의결권에 경중을 마련하는 등을 조치를 하지 않으면 평신도 주도로 ‘예배의 일반적 조직규율’에서 이탈이 생길 수 있다. 셋째로, 더욱 심각한 것은 ‘예배의 일반적 조직규율’에 대한 적합성 심사이다. 교회조직 내부에서 사전심사는 필수로 되어 있지 않고 동일 소교구에 여러 개의 사단이 설립되는 것을 방해하지 않는다. 어떤 사단이 구 교회재산관리회로부터 재산이전을 받을 것인가가 문제시되는데, 이를 결정하는 것은 국사원(Conseil d'Etat)으로 되어 있다. 게다가 국사원은 ‘모든 사실을 고려하여’ 양수인인 사단을 지정한다(이상 제8조 3항). 교회조직상 일방의 사단이 정통이고, 타방이 ‘분리적 사단(association schismatique)’으로 여겨지더라도 그 판단이 존중된다는 보장은 없다.

(2) 이전대상 교회재산

위와 같은 구조를 인정한 교황청은 1905년 정교분리법의 수용을 거절한다. 이 점에 대해 부연하기 전에, 제4조가 이전 대상으로 하는 ‘동산 및 부동산’의 의의 및 그 외의 권리의 성질에 대해 정리하자. ‘동산 및 부동산’에는 교회에 관한 모든 재산(bien)이 포함되는 것은 아니다. 1905년 정교분리법은 교회건물을 전형으로 하는 ‘교회건축물(édifices)’(및 그 부속재산)에 대해서는 ‘국가, 도, 시읍면의 소유에 머무른다’고 규정한다(제12조 1항). 다른 한편, ‘예배의 공적인 실천에 제공되는’ 교회건축물은 종교사단에게 ‘무상으로 맡겨진다’고 규정한다(제13조 1항). 여기서 말하는 교회건축물은 혁명기에 국유화된 후 콩코르다 체결 시 ‘주교에 맡겨진’ 그것을 가리킨다. 이 점에 대해 두 갈래의 해석이 전개되어 논의의 귀결을 보지 못 했다. 통설적 입장은 교회건축물의 소유권은 여전히 국민에게, 구체적으로는 국가 또는 지방 공공단체에 귀속한다고 이해한다. 교회조직은 이를 사용할 수 있지만, 인정되는 권리는 용익권

(usufruit) 또는 (민법전상의 여러 권리에 환원되지 않는) 사용수익권(jouissance)으로 되어 있었다. 다른 입장은, 교회건축물은 반환되었다고 생각하여 우선은 주교가 수령하지만, 교회재산관리회가 설립된 후에는 이것이 소유권자가 되었다고 해석한다. 물론 이러한 두 학설은 콩코르다 체제 아래에서는 귀결의 차이를 가져오지 않았다. 수선(경미한 것을 제외한 이른바 ‘대수선(grosse réparation)’) 의무는 소유권자가 부담하지만, 누가 소유권자라도 그 비용을 보조금의 형태로 부담하는 것은 언제나 국가 또는 지방공공단체였기 때문이다. 이러한 문제에 대해 1905년 정교분리법은 소유권의 소재를 명확하게 하는 한편, 소유권을 가지지 않은 종교사단에게 ‘모든 성질의 수선’ 의무를 부담하게 하였다(제13조 6항).

제4조를 엄밀하게 보면, 교회건축물에 관해서는 별도 조문이 마련되어 있으므로 그 이외의 ‘동산 및 부동산’이 동조에서 말하는 이전 대상이라고 이해된다. 여기서 문제가 되는 권리가 소유권이라는 점에 다툼은 없었다. 또한 승계취득이라고 해석한다면, 당해 재산에 부여된 ‘부담과 의무’가 존속한다는 것도 용이하게 설명된다. 그러나 마찬가지로 유지되는 ‘특정의 목적지정(affectation spéciale)¹⁸⁾이란 어떤 의미인지 문제가 된다.

2. 관련 문제의 전개

이하에서는 정교분리법 시행을 둘러싼 위기의 전개를 정리한다. 전제로 교황의 교대를 언급할 필요가 있다. 1903년에 제3공화정에 ‘가담’(ralliement)을 촉구한 레오13세가 서거하고(7월 20일), 프랑스강경파의 비우 10세가 즉위했다(8월 4일). 이후 가담과 성직자의 서임거부 및 외교관계 단절 등 정교관계는 긴장이 높아졌다. 1905년 정교분리법은 이러한 상황 아래에서 성립한 것이며, 교황청의 저항은 용이하게 예측할 수 있었다. 외교관계 두절 후도 비공식교섭의 여지는 남아있었지만, 프랑스정부는 이를 하지 않았다. 교황청의 의향은 교황회칙(encyclique)으로 일방적으로 발표되어, 대응에 분주한 것은 주교단이었다.

18) ‘affectation’라는 용어에 어떤 번역어를 사용할 것인지 어려운 문제이다. ‘총당’, ‘할당’, ‘목적지정’ 등의 번역어가 사용되고 있는데, 본고에서는 원문의 뉘앙스를 비교적 잘 살리고 있는 것으로 보이는 ‘목적지정’을 사용하기로 하고 문맥에 따라서 ‘할당’이라는 번역어도 사용한다.

(1) 교황청의 수용 여부

교황청은 즉시 태도를 밝히지 않았다. 1905년 정교분리법 성립으로부터 3개월 후에 제정하는 것으로 되어 있었던(제43조 1항) 동법 적용을 위한 데크레(이후 1906년 3월 6일 데크레로 성립)를 기다린다는 방침을 취하고 있었다고 한다. 상황은 재산 이전의 전제가 되는 목록작성을 위한 재산조사(inventaire)(제3조)를 계기로 바뀌게 된다. 절차의 세부사항을 정한 데크레(1905년 12월 27일)를 기본으로 하여, 1906년 1월 말 이후 교회시설에 대한 현장조사가 실시된다. 당초에는 큰 혼란이 없었지만, 2월 1일 파리에서의 조사를 시작으로 일부 신도가 관리의 입장을 거부하는 사태가 각지에서 발생했다.

위기가 현실화되는 가운데 대기 방침이 철회되고 2월 11일에 교황회칙(encyclique) ‘Vehementer nos’(이하 ‘1906년 2월 교황회칙’)가 발표되었다.¹⁹⁾ 이 회칙은 1905년 정교분리법을 규탄하면서 성직자단에 대하여 ‘어느 누구에게도 상처 입히지 않고’ 가톨릭의 권리를 옹호하기를 촉구했다. 이는 분쟁의 진정을 촉구하는 것으로 이해되는데,²⁰⁾ 다른 한편에서는 평신도에 대해서 ‘프랑스의 탈가톨릭화(Décatholiser la France)’에 대항하도록 단결을 호소한다. 이러한 교황회칙이 저항을 촉발하였고, 이에 대응하여 프랑스 정부 측은 경찰부대를 동원하는 등 분쟁이 계속 격화되었다. 그러나 3월 초순에 2명 사망자가 발생하자 분위기가 바뀌었다. 당시 내각은 총사퇴하고 재산조사는 정지되었다.

뒤에서 볼 살레이유의 논의와 관련해서 중요한 점은 ‘1906년 2월 교황회칙’의 종교사단에 대한 평가이다. 교의상 교회 개념과 괴리가 지적된다. 위계제에 근거하는 성직자단과 이에 복종하는 평신도단으로 구성되는 교회는, 양자가 분명히 구별된다는 점에서 ‘불평등한 집단(société inégale)’이다. 그러나 1905년 정교분리법은 성직자단에 대해서는 침묵하고 ‘평신도의 사단(association de personnes laïques)’에 대해 예배에 관한 사항들을 담당하게 하려 한다는 것이다.

이러한 내용에서 보면 ‘1906년 2월 교황회칙’은 사단의 설립을 허용하

19) 교황회칙의 내용은 한국천주교주교회의 홈페이지(<https://cbck.or.kr/>)에서도 열람 가능.

20) Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1991(réimpression de l'édition de 1966), p.90.

지 않는 듯 보인다. 그러나 1905년 정교분리법의 수용을 주장하는 일부 성직자는 ‘평신도 사단’은 비판 받지만, 종교사단의 설립 자체는 금지되지 않았다고 희망을 잃지 않았으며, 교회 내의 규범에 반하지 않는 사단, 당시의 용어로는 ‘세속법 및 교회법에 맞는 사단(association légale et canonique)’을 설립하고자 시도하였다. 더 나아가, 교황청으로부터도 주교들에 대해 (‘1906년 2월 교황회칙’의 판단을 유지하면서) 사단의 형태에 관해 자문이 있었다고 한다. 정관안은 두 종류로 구별된다.²¹⁾ 첫째로, 입회 및 운영에 관해 주교의 권한을 명기하여 1905년 정교분리법 제4조의 ‘예배의 일반적 조직규율’과의 적합성을 확보하려 한 것이 있다. 둘째로, 같은 규정이면서도 1905년 정교분리법에서 규정하는 종교사단의 설립은 허용되지 않는다고 하여, 1901년 비영리사단법을 근거법으로 하는 것이 있었다. 1901년 비영리사단법 상으로 목적 제약은 ‘비영리성’만 요구되는 것을 고려하면 종교(예배)목적이라도 사단을 설립할 수 있다는 해석에 의한 것이다.

이러한 배경 아래, 종교사단의 가능한 형태를 논의하고자 3월 초에 전국주교회의(assemblée plénière de l'épiscopat)(이하 ‘1906년 3월 주교회의’) 소집이 결정되었다. 수차례에 걸쳐 연기되었지만, 5월 30일부터 6월 1일에 걸쳐 개최되었다.²²⁾ 거기에서는 전술한 정관 중에 전자, 즉 1905년 정교분리법 아래에서 ‘예배의 일반적 조직규율’을 배려한 사단을 허용하는 취지가 의결되었다. 이에 따라서 사단 설립의 움직임이 가속되었다. 그 정확한 수는 분명하지 않지만 적어도 약 200개의 사단이 설립되었다고 한다.

(2) 교황청의 거부

1906년 3월 전국주교회의 의결 내용은 교황청에 송부되었다. 그러나 수차례에 걸친 추기경단 회의를 거쳐 전국주교회의 의결 내용은 채용하지 않는다는 취지가 결정되었다. 1906년 8월 10일에는 새롭게 교황회칙 ‘Gravissimo’(이하 ‘1906년 8월 회칙’)가 발표되어, 1905년 정교분리법상 종교사단뿐 아니라, 1901년법에 의거한 비영리사단을 포함하여 모든

21) Émile Poulat, *Les Diocésaines*: République française, Eglise catholique: Loi de 1905 et associations culturelles, le dossier d'un litige et de sa solution(1903-2003), 2007, p.58 et s.

22) 이러한 경위에 대해서는 Mayeur (1991), supra note 20, p.130 et s.

사단의 설립이 금지되었다. 9월 4일에 다시 개최된 주교회의도 이에 따랐다. 결과적으로 가톨릭교회에서는 그 재산을 이전받는 곳이 없는 비정상적 사태가 발생하게 된 것이다. 다만 이미 설립된 사단이 이 시점에서 해산된 것은 아니었다. 그 많은 수는 다음에서 볼 1907년법 성립 후 사단의 필요성이 없어져 해산한다. 다만 일부 사단은 여전히 존재하여 후에 분쟁을 야기하였다.

3. 문제의 수습을 위한 노력

1905년 정교분리법 제4조는 교회재산 이전을 위해 동법 공포(1905년 12월 11일)로부터 1년 이내에 종교사단으로부터 청구가 있어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 사단이 없는 경우는 테크레에 의해 교회재산은 시읍면의 관할 아래 부조사업, 자선사업을 하는 시설법인에 이전된다(제9조 1항). 교회건조물에 대해서도, 그 사용수익권자는 사단으로 지정되어 있었으므로, 이를 결여한 당해 건조물을 예배에 사용할 수 없다. 소유권자인 국가, 도, 시읍면은 교회당을 폐쇄할 수도 있다. 그러나 이렇게 되면 1905년 정교분리법 제1조의 ‘공화국은 예배의 자유로운 실천을 보장한다’라는 문언에 저촉된다.²³⁾ 정부는 대응을 모색하지 않을 수 없었다.

(1) 무질서 상태에 대한 대응

기한 도래 후 얼마 지나지 않아서 ‘예배의 실천에 관한 1907년 1월 2일 법률’이 성립한다. 동법은 상반되는 2가지 요소로 구성되었다. 첫째, 사단으로부터 청구가 없는 교회재산은, 그 대상에 따라 국가, 도, 시읍면(제1조 1항) 또는 부조사업, 자선사업 공공시설법인(제2조 1항)에 귀속하는 것으로 한다. 1905년 정교분리법 제4조에 말하는 ‘동산 및 부동산’이 교회조직으로부터 박탈되는 것을 의미한다. 그러나 둘째, 교회건조물에 대해서는 종교사단의 설립 여부에 관계없이, ‘신도 및 성직자에 맡긴다’고 하였다(제5조 1항). 더욱이 이용의 계속을 보장하고자, 그 근거로서 ‘무상의 사용수익권(jouissance gratuite)’을 인정했다. 사용수익권은 1905년 정교분리법상 사단이 있으면 그 사단이, 사단이 없더라도 사제(ministres du culte) 또는

23) Poulat (2007), supra note 21, p.99.

1901년 비영리사단법상의 사단이 이를 가진다(이상 제5조 2항).

교황청은 1907년 1월 6일에 회칙 <Une fois encore>(이하 ‘1907년 1월 회칙’)를 발표하여, ‘1906년 2월 교황회칙’ 이상으로 격렬한 어조로 1907년법을 ‘약탈법’이라고 비난했다. 또한, 교회건조물의 사용에 대해서는, ‘무질서상태(anarchie)’를 초래하였다고 비난하였다. 이 지적은 무상 사용수익권의 부여절차에 관계된다. 사제(또는 1901년법상의 사단)가 이 권리를 얻고자 하는 경우 ‘행정행위(acte administratif)’가 필요하다고 되어 있다(역으로 1905년 정교분리법상 사단이 있으면 불필요). 국가, 도에 귀속하는 건조물에 대해서는 도지사가, 시읍면에 귀속하는 건조물에 대해서는 그 장이 행위 주체가 된다(이상 제5조 3항). 이 행정행위는 일종의 계약으로 파악되었다. 그러나 법문에는 이전된 권리의 성질에 대해서만 규정이 있다. 계약의 세칙은 교섭에 달려있다. 소교구를 예로 들면, 사제와 시읍면장이 교섭하여 각지에 ‘작은 평화조약(petits traités de paix)’ 내지 ‘시읍면 콩코르다(concordats municipaux)’가 체결되어야 한다.²⁴⁾ ‘무질서상태’란 소교구마다 대응이 각양각색인 것을 의미한다.

다시 개최된 주교회의(1월 15일~18일)는 상세한 계약안을 가지고 성명을 발표했다. 이를 근거로 파리 대주교와 센느 도지사 사이에 교섭이 개시되었다. 이 교섭은 교황청의 동의 아래 진행되어, 전국에 적용될 계약 체결이 목적으로 있었다. 그러나 주로 두 가지 점에서 난항했다. 첫째, 교회측은 주교의 교대가 있는 경우, 새로운 주교가 당연히 사용수익권을 승계한다고 했다. 이에 대해 행정측은 주교직의 비속인성이라는 교회법상 개념을 긍정하고 싶지 않아하면서, 무상의 ‘(임)대차(bail)’로 성질 부여하여 갱신을 요구했다.²⁵⁾ 둘째, 수선의무가 문제되었다. 행정측은 1905년 정교분리법 제13조의 유추에 의해, 사제가 이를 부담해야 한다고 한다. 그러나 (임)대차라는 성질결정과의 사이에는 괴리가 있다. (임)대차에서는 임대인이 대수선의 의무를 지기 때문이다.²⁶⁾

교섭은 결렬로 끝나(3월 6일), 회칙이 우려한 ‘무질서상태’가 현실화

24) Poulat (2007), supra note 21, p.108.

25) Poulat (2007), supra note 21, p.107.

26) Mayeur (1991), supra note 20, p.150.

되려 하였다. 그러나 많은 소교구에서는 계약은 체결되지 않았고 사용수익권은 부여되지 않았다. 결과적으로 사제는 ‘법적 권원 없는 점용자(occupant sans titre juridique)’에 불과하게 된다. 그렇지만 1907년법에 의해 교회당에서 예배실천 그 자체는 확보된 것도 분명하다. 가톨릭교회는 많은 교회재산을 잃었지만 종전과 다름없는 활동을 유지하게 된다.

(2) 보론 : 1910년 이후의 수습과정

본고에서 주목하는 살레이유의 논의와 관련하여 파악되어야 할 사항은 이상과 같다. 이 시기 이후의 상황에 대하여 추가적으로 두 가지 점을 확인해 두기로 한다. 첫째로, 1905년 정교분리법을 수정한 ‘1908년 4월 13일 법률’은 수선문제에 관하여 교회 측에 유리한 규정을 두었다. 즉 국가, 도, 시읍면은 ‘교회건조물의 유지 및 보전에 필요한 비용을 부담한다’고 규정하였다(제5조, 1905년 정교분리법 13조 7항에 추가). 소유권자에 의한 비용부담이라는 원칙으로 회귀한 것인데, 공적 지원의 사실상 부활을 의미한다. 둘째로, ‘법적 권원 없는 점용자’인 사제 지위의 취약성은 문제점으로 계속 잠복하고 있었다. 특히 1905년 정교분리법 상의 종교사단이 존속하는 경우에는 심각하게 된다. 예를 들어, 사제가 새롭게 서임된 교회건물의 사용을 개시했으나, 반교권적인 시장이 기존 사단에 교회건조물의 사용수익권을 승인한다면, 사제는 명도를 강요받을 수 있다. 실제로 상당수의 분쟁이 발생하였다. 판례법리는 ‘예배의 일반적 조직규율’을 우선하는 것으로 전개된다. 이것을 계기로 교황청의 신뢰가 생겼다고 하며, 제1차 세계대전 후 외교관계의 회복(1921년 5월 2일) 이후 1924년에는 가톨릭교회 고유의 예배목적사단인 ‘교구 사단(association diocesaine)’ 설립이 승인되었다(1924년 6월 18일의 회칙).²⁷⁾ 교구마다 설립된 것으로부터 분명하듯이 위계제에 근거한 주교의 권위를 정면에서 긍정하는 것이었다.

27) 권철, 전계논문(주7)의 142면

III. ‘association’ 체제 하에서 시도된 ‘fondation’론

1. 1905년 정교분리법 수용 설득

(1) “녹색 추기경의 서간”(Lettre des Cardinaux verts, 1906) : 사단의 수용
 위에서 정리한 상황을 전제로 하여 아래에서는 살레이유의 논의를 검토한다. 먼저 다뤄야 할 것은 ‘녹색 추기경의 서간(Lettre des Cardinaux verts)’이다.²⁸⁾ ‘1906년 2월 교황회칙’이 발표된 후, ‘1906년 3월 주교회의’ 개최 전에, 화해파 의원, 법률가, 학자 등 23명 연명으로, 프랑스 주교단에 보낸 것이다. 비밀리에 회람되었지만, 피가로지에 “주교에게 보낸 청원(supplique aux évêques)”으로 공개되었다. 공동서명자 가운데, 법학교수로서는 유일하게 살레이유의 이름이 보인다. 실제의 기초자는 특정되지 않았지만, 살레이유가 적극적인 관여했을 것으로 추정된다.

보낸 사람들은, 교황청은 사단 설립을 금지하지 않았다고 전제하면서, 이것이 결여된 상황에 예상되는 귀결을 열거한다. 첫째로, 1905년 정교분리법 상 사단이 설립되지 않으면 재정기반을 잃고, 카톨릭시즘은 ‘자산 풍부한 특권적 계층(privilégiés de la fortune)’만이 실천할 수 있는 ‘사종교(religion privée)’로 타락해버린다. 둘째로, ‘신을 모신 건물이 건초창고 아니면 댄스홀로 전용’되는 것을 저지하고자 ‘실력으로 교회당을 방위하는가’라고 질문하면서, 바로 가까이 있었던 분쟁 기억을 환기한다. 결론으로는 셋째, 내전의 위기를 경고하고, 주교단의 책임이 중대하다고 한다. 이상의 협박과 같은 주장을 거듭한 뒤에 다음과 같이 말을 맺는다. “교황이 이 법률에 대해 엄숙하게 말씀하신 것이 전부라고 우리도 생각하며, 이 법률에 대한 항의 의사를 계속적으로 가지고 있다. 그러나 동시에, 장래에 폐지나 수정이라는 목적을 달성하기 위해, 아주 제한적이라고 하더라도, 이 법률이 그 여지를 남기고 있는 조직에 관한 모든 선택지를 활용하여, 그렇게 함으로써 조국을 위하여 또한 신앙을 위하여 노력해야 한다고 생각한다.” 이로부터는 서간 내용이 ‘1906년 2월 교황회칙’에 제시된 교황청의 판단과 부합하지 않는다는 자각을 읽어낼 수 있다.

28) Lettre dite des cardinaux verts, Les textes de la politique française en matière ecclésiastique 1905-1908, Librairie critique Émile Nourry, Paris, 1909, p. 68-74. 피가로(Le Figaro)지에 1906년 5월 26일에 게재. 원문은 인터넷 Wikisource에서도 열람 가능.

(2) “모리스 오리우의 논의에 대한 고찰” (1906) : 재단적 사단

두 번째로 검토할 것은, 공법학의 태두 모리스 오리우(Maurice Hauriou)²⁹⁾가 ‘행정법’ 제6판에 부가한 1905년 정교분리법에 관한 서술을 소재로, 종교 사단에 대해 검토한 논문이다.³⁰⁾ 집필시기는 ‘1906년 8월 회칙’ 이전이라 하며, 사단설립이 여전히 가능하다는 전제에 서있다.

살레이유가 오리우로부터 차용한 것은 1905년 정교분리법 제4조에서 유지할 필요가 있다고 한 ‘특별한 목적지정(affectation spéciale)’의 해석이었다. 오리우에 의하면 이는 구 공공시설법인이 가지는 재산의 성질이 종교사단으로 인계된다는 것을 의미한다. 사단은 사법인이면서 ‘공익목적 재산체 dotation de l'utilité publique’를 가지는 것이 된다. 사단은 목적지정(affectation)에 반하는 처분이 금지된다. 공익성이 강조된 것은 정교 분리 후에도 여전히 사단에 대한 공적 컨트롤이 미친다는 것을 기초로 삼기 위해서였다.

살레이유는 공적 개입의 정당화라는 관점을 제쳐두고 오리우의 논의를 비판적으로 분석한다. 먼저, 재산이전 후에 사단이 가지는 소유권에 관하여, 개인의 절대적 소유권과는 다른 새로운 종류 즉 ‘목적지정을 받은 소유권(propriété d'affectation)’을 인정받았다고 부연한다. 논증과정에서는 영국 법상 신탁에서 수탁자의 소유권에 관하여 언급한다. 수탁자는 관리자로서 소유권을 얻는 것에 불과하며, 진정한 소유권은 ‘피목적지정자=수익자(affectataire)’에게 귀속한다(p.852). 이 관계는 실질적인 소유권자는 사단의 배후에 있는 무엇이라는 것을 시사한다. 그리고 "목적지정 관념은 사단 개념(그 자체)에까지 침투하여 이를 변용시킨다." 재산에 부과된 목적지정의 준수는 사단의 활동 자체가 목적지정에 구속된 것을 의미하기 위해서다. 살레이유는 그러한 사단을 ‘재단적 사단(association-fondation)’이라고 불렀다.³¹⁾ 오리우의 주장은 사단의 재산이 재단화된다는 것이었는데, 살레이유

29) 모리스 오리우에 관한 심층적인 소개로는, 한국행정관례연구회편, 공법학의 형성과 개척자, 박영사, 2007에 게재된 이광윤 교수의 논고(“프랑스 公法學과 모리스 오리우(Maurice Hauriou)”)를 참조.

30) Raymond Saleilles, Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État, *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.), 1906, p.847 et s.

31) Raymond Saleilles (1906), supra note 30, p.855.

는 사단이 통째로 재단으로 여겨진다고 생각한 것이 된다.

이러한 입론의 목적은 교회 측의 위기를 불식시키는 데 있었다. 살레이유에 따르면 “구 교회재산관리회의 회원은 단순한 관리자에 불과하였다. 이제부터는 소유권자인 사원(*associés propriétaires*)이 이를 대신한다. [...] 이 귀속변경이 교회의 권위 있는 자들(*autorités ecclésiastiques*)을 놀라게 하고 동요시켰다.” 사원이 그 재산의 ‘단체 소유권(*propriété corporative*)’을 가진다는 발상은, 개개의 교회를 각각 ‘신도의 모임(수도회(*congrégation*))’이라고 관념하고, 그 구성원이 재산을 공유한다는 생각과 큰 차이 없으며, 가톨릭교회의 ‘보편성(*universalité*)’과 모순되기 때문이다. 따라서 ‘인적 단체(*corporation*) 관념을 시절 내지 재단의 관념으로 환치하여’ 게다가 ‘대표(*représentation*) 관념으로 환치’하지 않으면 안 된다.³²⁾ 이를 위하여 ‘[소교구의] 전체 신도로 구성되는 단체와 같은 의미인 개방적 사단’을 부정하고, ‘폐쇄적 사단(*association fermée*)’으로 할 필요가 있다. 이렇게 함으로써, 사원은 ‘[신도] 집단의 대표(*représentatifs d'une collectivité*)’가 되며, ‘예배라는 목적을 위하여 재산을 관리한다’는 것이 된다.³³⁾

이상과 같은 살레이유의 논의는 프랑스에서 법인확설의 대표자의 한 사람인 레옹 미슈(*Leon Michoud*)의 구상과 대립적인 것이었다. 그는 구 교회재산관리회로부터의 계속성을 중시하는 폐쇄적 사단에 대한 이해를 보이면서도, 숫자 상한을 두지 않고 널리 사원을 모집할 것을 제안했다. 이 취지는 일반 평신도의 교회에 대한 관여를 촉진하여 일종의 민주화를 달성할 수 있는 것에 있었다. 열게 그리고 널리 회비를 모을 수 있다는 점에서 공적 보조를 잃은 후의 재원확보에도 도움이 된다. 이 구상은 화해파의 중요한 모체였던 ‘자유가톨릭(*catholiques libéraux*)’ 가운데 교회조직에 민주적 요소를 들여오고자 하는 ‘민주가톨릭(*catholiques démocrates*)’의 구상으로서 받아들여질 수 있다. 이러한 주장에 비하면 살레이유의 구상은 보수적으로 보일 수 있다. 개방적 사단은 소교구의 전체 신도가 사원이 되는 것을 이상적이라 하지만, 당연하게도 입회하지 않은 신도가 다수 존재한다. 미슈는 그들을 배제하지 않는다는 뜻을 말하면서, 회비를 부담하

32) Raymond Saleilles (1906), *supra* note 30, p.858.

33) Raymond Saleilles (1906), *supra* note 30, p.855.

는 사원과 차별화를 위하여 비입회자에 대해서는 세례, 혼인, 매장이라는 기본적인 의례를 유상으로 하도록 제안했다. 반대로 살레이유는 신도로 있는 것과 사원으로 있는 것을 구별하여, 1905년 정교분리법이 초래하는 법기술적 문제의 적용범위를 후자에게만 한정할 것으로 파악할 수 있다. 신도들의 집단은 사단으로의 포섭을 강요하지 않으면서 사단으로 대표되며 교회재산의 수익자로서의 지위를 확보하게 된다.

“모리스 오리우의 논의에 대한 고찰”(1906)의 단계에서는, 재단 개념으로 접근하면서도 재단에서는 확보되지 않는 이점을 사단에서 찾고자 한 것으로 보인다. 종교사단은 교회와의 관계에서는 ‘예배의 일반적 조직규율’에 대한 적합성을 요구한다는 점에서 정관의 자유를 제한받는다. 그러나 공적 기관의 개입을 필요로 하지 않는다는 한도 내에서는 ‘사단은 정관에 관하여 자유를 계속 가진다’는 것이며 ‘사단을 설립하는 것에 큰 관심이 모아졌다.’³⁴⁾

2. “정교분리의 법제도”(1907) : ‘fondation’(=사시설법인)론

다음으로 살펴보는 것은 ‘1906년 8월 회칙’이 발표되고 그리고 1907년법이 성립한 이후 1907년 3월 20일에 있었던 강연을 바탕으로 한 논문 “정교분리의 법제도”(Le régime juridique de la séparation, 1907)이다.³⁵⁾ 살레이유는 강연 후반에서 구성을 변화된 상황에 대응시키고 있다. 우선 1905년 정교분리법에 대하여, 교회조직에 대한 고려가 없다는 점에서 1905년 정교분리법에 대한 비판이 있었는데 이는 잘못된 것이라 한다. ‘예배의 일반적 조직규율’을 배려한 사단설립이 여전히 가능했기 때문이다. 이 서술은 사단의 수용을 요청하는 ‘녹색 추기경의 서간(Lettre des Cardinaux verts)’과 부합하는 것이다. 그러나 사단의 선택은 차선책이었다는 인식을 밝히고 있다. “집단적이며 영속적인 목적(but collectif et permanent)’이 문제가 되는 경우, 재산관리에 관해서는 이 목적에 집단성과 영속성이라는 동일한 성질을 가지는 기관을 준비하지

34) Raymond Saleilles (1906), supra note 30, p.868.

35) Raymond Saleilles, Le régime juridique de la séparation, *Revue des institutions cutuelles*, 1907.

않으면 안 된다. 이것이 바로 법인이라 불리는 것이다. 현행법에서는 적어도 사법상의 제도체(institutions de droit privé) 중에서 법인격을 가질 수 있는 것은 사단뿐이다. 따라서 선택의 여지는 없었다."³⁶⁾

이러한 이해는 교황청에 의한 사단의 설립 금지를 정당화하는 논거로도 서술하고 있다. “조금 전에 법인이라 불리는 일종의 관념적 존재(une sorte d'être idéal)에 관해서 언급했다. [...] 교회재산관리회는 이런 종류의 법인이었다. 그러나 그 회원은 관리회에 귀속하는 재산의 소유권자인 사원은 아니었다. 이 재산은 그 소유권을 목적지정(할당)받는 (또 하나의) 관념적 존재(l'être idéal) 요컨대 교회(Église)에 귀속해 있었다. [...] (1095년법에 의해) 소유권은 교회라고 불리는 이 관념적 존재에 귀속하는 것을 그만두고, 사원에게 즉 개인들의 집단으로 이전되었다. [...] 이 개인들은 스스로 소유권자라고 부르며, 이 권리를 교의상의 정통성(orthodoxie)에 엄격하게 뒷받침된 목적지정으로부터 면제되도록 한 것은 아닌가.”³⁷⁾ 1905년 정교분리법 제4조에 의하면 그러한 우려는 기우에 불과하다고 할 수 있었는데, 외교관계 단절 후 정부가 그 취지를 확인하지는 않았다. “그리하여 (교황에 의해) 1905년 정교분리법의 사단은 금지된 것이다.”³⁸⁾

살레이유는 교황청의 대응을 높이 평가한다. “처음으로 1905년 정교분리법의 법문을 읽었을 때 나는 전율을 느꼈다. [...] (사단설립을 기회로) 가톨릭 정당(parti catholique)이 창설되어, 규약을 가지고 조직화되는 것은 아닌가. [...] 정치투쟁에 동원된 가톨릭군(armée catholique)이 설립되버린다.”³⁹⁾ “교황 비우 10세에게 감사해야 하지 않는가. 그는 프랑스를 재난으로부터 피하도록 해 준 것이다.”⁴⁰⁾ 이러한 서술에서 살레이유가 기존의 생각을 바꾸어 사단을 거부하는 것으로 생각을 전환한 것으로 파악할 수 있다.

살레이유는 1907년법을 비판하면서 ‘1907년 1월 회칙’의 표현을 차용하여 프랑스는 ‘무질서상태’로 떨어지고 말았다고 지적한다. “시읍면장관 사제 사이에 작은 평화조약이 체결되게 된다. [...] 이 체제는 더 이상 정

36) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.12.

37) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.15.

38) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.16.

39) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.16.

40) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.17.

교분리의 그것은 아니다. 수만 건이나 되는 콩코르다 체제이다.” 다른 한편으로 아래에서 제시되는 구상을 시사하면서 ‘목적지정’에 기대를 건다. “교회당이 예전의 목적지정을 계속 받는 한, 그것은 가톨릭 예배에 대한 것이 아니면 사용될 수 없다. [...] 목적지정에 의해 시읍면의 소유권은 사제를 위해 당연히 인정되는 사용수익권이라는 부담을 받는 것이며, 소유권자는 더 이상 이 사용수익권을 임의로 제한하는 것도 해치는 것도 불가능하다.”⁴¹⁾ 다른 한편 1907년법은 교회 내부에서도 무질서를 야기한다. “사제는 (예배에 충당되어야 할) 금전을 자신의 그것과 혼화시킬 것이다. [...] (그러나) 예배를 위한 금전은 사제에게도 주교에게도 속하지 않으며, 확고한 적합한 방식이며 영속적인 조직과 함께 인격화된 예배(culte, personnifié dans l’organisme stable, régulier et permanent)에 귀속한다. 따라서 [...] 예배에 귀속하는 재산체(patrimoine du culte) 즉 사제의 그것과는 분별되는 재산체가 존재하는 것이 아니면 안 된다.”⁴²⁾

여기에서 1905년 정교분리법상의 사단으로 일단 돌아가면서 최종적으로는 재단의 필요성을 이끌어낸다. “재산체의 분별이야말로 사단 법체가 이용됨으로써 실현이 기대된 일이었다. [...] 그러나 가톨릭과 같은 익명의 대규모의 집단에 대해서는, 사단이라고 해도 기만적인 것에 불과하다. 사단은 그 자체로는 독립성을 과시할 수 없다. 왜냐하면 사단은 그 상위에 있는 무엇인가(quelque chose de supérieur)에 지배되기 때문이다. 여기서 무엇이든 것은 (사단의 틀을) 벗어나는 누구라고 알려지지 않은 자들의 무리가 가지는 권리이며 그 종교적 신앙이다. 사단은 이 무리를 대표한다. 이렇게 하여 사단의 배후에 이것과는 다른 발상이 생겨나고 서서히 형태를 이루게 되었다. [...] 이러한 새로운 발상에서 바로 지금의 모든 시행착오가 생겨난 것이다. 즉 (소교구 단위의) 개개의 교회가 예배를 위하여 목적지정을 받은 작은 시설(petit établissement)을 설립한다. 관념적 존재이면서 대표자인 이 시설이 고유의 재산을 가지는 시설법인이 되는 것처럼 스스로 귀속하는 재산체를 가지는 법인이 된다. 예전의 교회재산관리회는 바로 그러한 존재였다. [...] 콩코르다 체제 아래에서

41) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.18.

42) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.20.

는 이는 공공시설법인이었다. 그러나 오늘날에는 (공법인으로서의인 성질은) 정교분리의 관념과 부합하지 않는다. 따라서 교회재산관리회를 사시설법인(établissement privés)으로 재건해야 한다. 이는 독일에서 사적재단(fondations privées)이라고 칭하는 것이다. [...] 그러나 프랑스에서는 사인은 학술기관이든 자선조직이든 공익인정을 거쳐 국가의 공인을 얻지 않는 한 (재단의 형태를 취하는 비영리의) 사업체(oeuvre)를 설립할 수 없다. [...] 따라서 (1905년 정교분리법을 잇는) 제3의 법률, 즉 교회재산관리회를 사시설법인으로 재건하는 법률을 제정할 필요가 있다. 물론 이 법률은 교회나 교회재산관리회에 특권적인 지위를 부여하는 것은 아니다. 1901년법이 사단법인의 일반법을 창설한 것처럼 재단법인의 일반법을 창설하는 것이다.”⁴³⁾ 이상과 같이 살레이유는 구 종교재산관리회를 사시설법인=재단법인의 형태로 재건할 것을 시도했다.

3. 토론 : fondation법 제정 시도와 좌절 (1906-1909년)

“정교분리의 법제도”(1907)에서 서술된 재단(fondation)의 일반법에 대해서 살펴보자. 그러한 규정의 조문화 작업은 살레이유 본인이 주도하여 1901년에 설립한 '입법연구협회'(Société d'études législative)에서 이루어졌다. association개념을 주축으로 하는 1901년 비영리사단법만으로는 사회적 수요를 만족시킬 수 없다고 지적하면서 '비영리재단법'을 제정할 필요성을 주장하였다. 살레이유 자신이 법안을 기초하여 1906년에 준비보고서가 제출되었다. 이 보고서에서는 우선 사인에 의한 생전 재단 설립 및 유언에 의한 재단설립에 대해서 기술적인 논점을 다수 다루고, 이어서 독일법, 영국법을 소개한다. 교회조직에 관해서는 마지막 부분에서 다루고 있다. 그러나 1908년에 원안이 제출된 최종보고서에서는 프랑스 고법, 영국법에 관한 부분은 있지만 교회조직에 관한 서술은 없다. 이 최종보고서는 1909년에 심의가 진행되었는데, 교회조직에 관한 문제가 다루어지지 않았다.⁴⁴⁾

43) Raymond Saleilles (1907), supra note 35, p.21.

44) 관련되는 자료는 입법연구협회에서 발행하는 잡지인 "Bulletin de la Société d'études législative"에 상세한 기록으로 남아 있다.

기초작업 당초부터 독일 특유의 제도로 프랑스에서는 불필요하다는 반대론이 지배적이었지만, 살레이유를 중심으로 한 추진파는 독일(Gierke), 스위스(Huber)의 저명학자의 의견도 수렴하면서 위원회초안을 완성하였다. 이 초안에 대해서 법인론의 유력학자인 미슈 등은 수정의견을 제시하는 등 입법 자체에 대해서는 적극적으로 평가하고 있었다. 그러나 총회 심의에서는 망모르트(mainmorte)⁴⁵⁾에 대한 우려가 지적되는 등 입법 자체를 반대하는 주장도 제기되어, 살레이유로 대표되는 추진파는 비판적 논의와 상대하면서 심의를 계속해야 했다. 총회 심의를 거쳐서 완성된 협회 최종안에서는 살레이유가 중점을 두고 있었던 ‘유언에 의한 직접 설립’에 관한 소급효 인정규정이 삭제되고, 국사원(Conseil d'État)에 의한 통제를 전제로 하는 실무를 조문화하는 정도로 조정되었다. 독일민법에서 인정되는 (직접)재단법인과 같은 카테고리의 수용이 거부된 것이다. 이렇게 우여곡절을 거쳐 완성된 협회최종안도 결국은 입법에 이르지 못했다. 결과적으로 1901년 비영리사단법 체제가 점점 강고하게 정착되었다.

관련 자료를 검토해 보면, 기초단계 및 초안심의 과정에서 입법의 유용성 유무를 비롯하여 구체적인 조문 기초를 둘러싸고 찬반양론이 격돌하여 사법상의 재단법인에 관한 다양한 논점이 검토되었다. 이러한 논의에 관한 사료 소개를 통하여 전말을 소개하는 것은 별고에서 다루기로 하고, 여기에서는 이상과 같은 흐름만 지적해 둔다.

4. “법인격에 대하여” (De la personnalité juridiques, 1910)

살레이유가 사망하기 2년 전에 출판된 “법인격에 대하여”(1910)⁴⁶⁾도 살펴보기로 하자. 이 책에는 ‘역사와 이론들’이라는 부제가 붙어 있다. 여러 학설을 정리하고 자신의 학설을 주장하는 것은 후반부의 이론편에서 전개되었다. 본고에서는 서론과 전반부의 역사편에 주목한다.

45) 직역하면 '죽은 손'이 되는데, 원래 죽은 손이 쥐고 있는 재산('死手재산') 즉 (교회)시설에 기부되어 더 이상 유통되지 않는 재산을 의미하는 용어이다. 이하에서는 일단 '망모르트'로 부르기로 한다.

46) Raymond Saleilles, *De la personnalité juridiques, Histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1re éd., 1910.

(1) 단체소유권의 역사

1910년에 출판된 “법인격에 대하여”는 살레이유가 파리대학 법학부에서 1907년부터 1908년에 걸쳐서 담당한 ‘비교민법강의’를 바탕으로 한다. 전체적인 서술의 특징으로 지적할 수 있는 것은, 영리법인(조합, 회사)이 차지하는 비율이 매우 낮다는 것이다. 서론인 제1장에서 이미 비영리법인으로서의 사단과 재단을 비교대상으로 초점이 맞추고 있다. 그리고 키워드로 ‘단체소유권(propriété corporative)’이 제시된다. 예전에는 이견의 여지없이 인정되었지만, 특히 교회에 축적된 재산은 유통이 되지 않는 ‘망모르트(mainmorte)’ 즉 사수(死手)재산이 된다는 비판을 적시하면서 대혁명 이후 개인 소유권(propriété individuelle)만이 인정되게 되었다고 서술한다.⁴⁷⁾ 망모르트 비판은 특히 재단에 타당하다. 구성원이 존재하지 않기 때문에 목적이 무의미하게 되어도 정관변경은 되지 않는다. 이와 비교하여 사단은 구성원의 변동이 있으며 정관변경도 가능하고 완전히 무익하게 되면 해산되기 때문에 망모르트화를 면한다.⁴⁸⁾ 그러나 반대로 보면, 재단은 목적의 영속성을 확보하기 위해서는 좋은 법인 형태라는 것도 가능하다. 이러한 이해를 바탕으로 과거로 거슬러 올라가서 ‘사단에서 재단으로’라는 추세를 이끌어낸다.

로마법에서의 재단에 대해서는 1907년의 별도 논문에서 이미 다루어졌다. 이른바 매장사단(collegium funeraticium)이나 빈민사단(collegium tenuiorum)의 형태로 한정적인 단체소유권이 인정되었던 단계를 거쳐, 비잔틴에서 ‘경건한 목적(Pia causa)’을 위한 재단=시설이 광범하게 허용되어 ‘Pia causa 그 자체가 인격화되는’ 과정이 묘사되었다. 이러한 서술을 “법인격에 대하여”에서도 답습되고 있다.⁴⁹⁾ 다른 한편, 중세의 법학(로마법학, 교회법학)에 대해서는 재단에 보였던 ‘목적의 인격화’의 관점이 사단에도 응용되어, 구성원과는 구별되는 인격의 실재성이 인정되었다는 인식이 제시된다. "카노니스트들은 [...] 목적의 관념 즉 기관(institut)의 관념이 깊이 침투되어 있었다. institut는 그 실천을 담당하는

47) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.5 et s.

48) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.25 et s..

49) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.135 et s.

자들의 의사와는 독립적으로 기능한다. [...] 이 관념은 고유의 의미에서 시설(établissements) 그 가운데에서도 경건한 신체[단체](Pia corpora)라고 칭해지게 되는 자선시설에 특징적인 것이었는데, 사단의 영역까지 적용범위를 넓히게 되었던 것이다."⁵⁰⁾

이상에 비하여 근세 프랑스에서는 거꾸로 재단 개념 안에 ‘단체적 이해(conception corporative)’가 스며들었다고 한다. 즉 수익자의 집단이 재단의 ‘실체(substance)’를 이룬다고 이해되었다. "재단에 대해서는 두 가지 이해가 보였다. 한편으로는 단체로서의 형태를 중시하는 것이다. 재단은 익명의 수익자 집단에 일정한 이익을 확보하기 위한 기관(시설)으로 설명된다. 다른 한편으로는 재단을 오로지 재산체의 특정 목적에 대한 목적지정(할당)으로 본다. 수익자가 상정되어도 그들이 재산체의 소유권자에 상당하는 것이라고는 보지 않는다."⁵¹⁾ 전자는 프랑스법의 입장, 후자가 사단과 재단을 준별하는 독일법의 입장과 중첩된다. 또한 후자가 보다 현대적이라는 서술도 보인다.⁵²⁾

프랑스에 특징적인 ‘재단의 단체적 이해’는 그 귀결로서 공적 개입을 초래하는 것이라고 한다. "자선시설의 사무국을 대규모 사단의 이사회로 생각하면 [...] 이 이사회의 행동지침 내지 방향부여는 거의 변경불가능한 정관의 형태로 제시된 이미 존재하지 않는 설립자의 의사에는 유래하지 않게 된다. 즉 이사회의 행동지침, 방향부여는 당해 시설에 의해 대표되는 가난한 자들의 현재 및 미래의 이익으로부터가 아니면 도출될 수 없게 된다. (그렇다고 하지만) 당연히 가난한 자들이 통상의 사단에서와 마찬가지로, 정관에 대해 의결하거나 관리자를 선임하거나 하기 위해서 총회 장소에 모여 참가할 수 있을 리가 없다. 그렇다면 재단은 정관의 작성 또는 변경에 있어서 공권력(autorités publiques)의 판단에 몸을 맡기려 할 것이다. 국가 전체의 일반이익을 담당하는 것은 공권력이다. 공권력은 재단의 수익자의 이익, 위의 예에서 말하면 가난한 자의 이익에 배려할 자격을 가질 것이다."⁵³⁾

50) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.218.

51) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.229.

52) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.232.

53) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.230.

앞서 지적한 "모리스 오리우의 논의에 대한 고찰"(1906)⁵⁴의 비판적 관점에서 말하자면, 살레이유는 공권력의 개입을 단체적 이해가 가지는 부정적 작용으로 파악하고 있는 것으로 생각된다. 실제로 단체적 이해를 배척하는 기본자세는 본서 전체의 결론부분에서 다음과 같이 서술되고 있다. "재단에서야말로 단일화(unification)와 인격화(personnification)라는 현상의 생성 정도가 최고조에 달한다. 바로 재단이야말로 뛰어난 전형적인 법인이다. 왜냐하면 재단에서는 그에 이해관계를 가지는 개인들이라도 그들이 해당 제도체(institution)의 기관을 구성하는 일은 없기 때문이다. 그들은 그 밖에 놓인다. (제도체로서의) 단일성은 달성되어야 할 관념적인 목적을 축으로 삼아 형성된다. 이 목적에 기관으로서 일하는 이사회는 재단의 활동이 대상으로 하는 모든 개인에 의하여 구성되는 것은 아니다. 이사회가 그들을 하나하나 대리한다고도 할 수 없다. 이사회는 오로지 관념적인 목적을 대표하는 것이다."⁵⁵

여기에 제시된 살레이유의 이해는 '재단=목적을 대표하는 법인'으로 정식화 할 수 있다. 공적 개입은 재단이 수익자집단을 대표한다고 생각하기 때문에 요청되는 것이므로, 그러한 집단 대신 목적을 위치시키고 재단은 이를 대표한다고 생각하면 자율성이 확보될 수 있다.⁵⁶

(2) 정교분리에 관한 재고

역사편의 마지막 장인 제13장에서 사적 시설(établissements privés)을 다룬다. 그러나 사적 시설에도 일반법이 적용된다고 하는 당시의 이해와 달리, 이것과 순수한 의미의 재단을 구별한다. "재단은 장래 (재산

54) Raymond Saleilles (1906), supra note 30.

55) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.649.

56) "모리스 오리우의 논의에 대한 고찰"(1906)에서 "정교분리의 법제도"(1907)로의 전개에 비춰 보고 또한 1905년 정교분리법에 의하여 교회조직이 사적인 것이 된 것을 전제하면, 단체적 이해를 배제한 재단 개념은 구 교회재산관리회=사적시설에 적합한 것으로 보인다. 다만 후술 하듯이, 그러한 부연은 되어있지 않다. 덧붙여, "법인격에 대하여" 제13강과의 관계에서, 일정한 재산 그 자체가 재단화되는 'fondation-patrimoine'와 목적으로서 사업이 운영되는 물적 시설로 화체된 'fondation-établissement'과의 식별에 대해서 독일법을 참조하면서 서술하는 점이 주목된다. 즉 전자가 고유의 의미에서의 재단(Stiftung)에, 후자가 시설 내지 영조물(Anstalt)에 대응한다. Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.126 et s.

을) 수령하기 위한 빈 금고가 아니고, 이미 꽉 찬 금고이다. 이에 비하여 내가 여기에서 언급하는 시설은 빈 금고 즉 조직(모든 기관의 총체 organisme)이 어도 좋다. 이 organisme은 (재산을) 수령하여 점유하기 위하여 창설되는데, 아직 (재산을) 점유하지는 않는다. 이러한 시설의 아마도 가장 현저한 예는 국가와 "완전히" 분리된 교회의 시설이다.⁵⁷⁾ "(통상의) 재단은 한 사람의 사인을 전제로 한다. 이 자가 일정액의 자본을 목적지정 한다. 교회가 재산관리회의 재건을 바란다고 하자. 이 때 관리회에 자본을 목적지정(할당)할 필요는 없다. 재산관리를 위한 이사회 즉 관리주체인 기관을 두면 충분하다. 그러나 사인은 누구든 이런 종류의 시설을 설립할 수 없다. 한 사람의 신도에 불과한 이 사인은 교회를 대표하지 않는다. 교회는 그 설립규범에 따라서 교회의 이름으로 말할 자격을 가지는 권위 있는 자들(autorités)에 의하지 않고서는 대표되지 않는다."⁵⁸⁾

고유한 의미의 재단과 시설을 구별하는 것은 후자를 일반법에 넣는 것 즉 설립의 자유를 명문화하는 것을 단념하는 것으로 귀결되었다고 한다.⁵⁹⁾ 그 이유에 대해서는 다음과 같이 추상적으로 서술한다. "... 시설의 정의에서 이하와 같은 언명이 도출된다. 한 사인에 유래하는 것이 아닌 재단 즉 사람의 집합체(groupement collectif)가 설립하는 재단을 상정하자. 이 groupement collectif는 (재단설립) 이전부터 이미 사실상 존재하고 (이것도 또한) 사실상의 (사람의) 집합체의 상태에서(a l'état de fait collectif) 이미 존재하는 사적 제도체(institution collectif)을 대표한다. 다른 한편 (전자인) groupement collectif는 기존의 재산체와는 관계없이 재산관리를 위해서 설립된다. 바로 이러한 두가지 성격이 전적으로 organisme로 설립된 재단(fondation purement organique)와 고유한 의미의 사적 재단을 나누는 것이다. 왜냐하면 전자는 groupement collectif를 대표하고 또한 기존의 제도체를 대표하기 때문이다. 그러나 이 (대표되는) 제도체는 그 자체로 존재하는 것이 아니고, 법률에 의하여 이미 승인된 것도 아니고, 법적으로 존재를 인정받은 사단 형태로 설립된 것도 아니다. organisme으로서 재단이 승인된 것은 그것이 대표하는 사적 제도체의 간접적인 승인에 상당한

57) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.288.

58) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.291.

59) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.293.

다. 그렇다면 법률은 (사람의) 집합체인 성격을 가지는 대규모 제도체 (vaste institution de caractère collectif)가 법적인 활동을 하기 위한 기관의 존재를 승인함에 있어서는, 한 사인에게 하여 순수하게 개인적인 것으로 재단이 설립되는 경우 이상의 엄격함을 보여줄 것이라고 생각된다.”⁶⁰⁾

여기에서 말하는 ‘사적 제도체’를 교회라고 해석한다면, 교회를 대표하여 재단을 설립하는 ‘groupement collectif’는 위에서 언급한 ‘권위 있는 자들’ 즉 주교단이 될 수 있다. 교회이든 주교단이든 이들은 분명히 존재하지만 세속법의 관점에서 보면 사실상 존재하는 것에 지나지 않는다. organisme으로서의 재단=시설의 설립 후에 비로소 인정된다. 이상과 같은 구조는 대표인 기관을 뒤편으로써 대표되는 쪽도 또한 인격화된다는 “정교분리의 법제도”(1907)에서 밝혀진 대표 개념의 작용을 응용한 것으로 보인다. 다만 여기에서는 대표되는 쪽인 주교단과 교회는 인격과는 만나지 못한다. 인격화의 대상이 인적 집단이 아니고 그것과는 절연된 ‘목적’이라고 해석된다면, 이번에는 “법인격에 대하여”에서 전개된 ‘재단= 목적을 대표하는 법인’이라는 정식화에 접근한다고 볼 수도 있다. 그러나 공적 개입 필요성을 강조하는 점은 오히려 ‘재단의 단체적 이해’와 부합한다. 이 점을 강조하면 살레이유의 이해는 다음과 같이 부연될 수 있다. (1) organisme으로서의 재단=시설의 배후에 인적 집단이 사실상이라고는 해도 확고하게 존재하기 때문에, 그들의 이익을 배려하지 않을 수 없다 (2) 이러한 배려를 하는 것은 공권력이고 따라서 시설이 설립될 때에 공적 규율을 요한다. (3) 시설이 공인된 결과 배후에 존재하는 인적 집단도 또한 간접적으로 공인된다. (4) 다만 당해 집단이 인격화되지는 않는다.

이러한 이해를 입증하는 듯이, 살레이유는 교회가 ‘사적 제도체’라는 것 자체를 부정한다. “내가 강조하고자 하는 것은 원리원칙 그 자체이다. 교회 또는 여러 교회(=여러 종교의 각 교회)는 국가 및 그 하위의 단위(=지방공공단체) 밖에서 재산관리를 위한 특별한 기관을 동반하면서 사적인 것으로 존재할 수 있는, 그러한 제도체는 아니다.”⁶¹⁾ 여기에서 볼

60) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.293.

61) Raymond Saleilles (1910), supra note 46, p.295.

수 있는 것은, 교회 그 자체의 존립을 위해서 공인이 필요하다는 논리이고, 교회를 사적인 존재로 한 정교분리원칙을 부정하는 것이라고 평가할 수밖에 없다. 1905년 정교분리법의 수용을 설득하기 위해 노력했던 살레이유의 모습은 찾아볼 수 없다. 추측의 영역에 속하는 것이지만, 살레이유는 과문의 공포에 두려워했을 것이고 이것이 만년의 집필활동에도 영향을 미쳤을 것이다.⁶²⁾⁶³⁾ 실제로 “법인격에 대하여”를 출판한 후, 살레이유는 재단에 대해서도 정교분리에 대해서도 더 이상 언급하지 않은 것으로 보인다.

V. 맺음말에 갈음하여

1. 이상으로 1901년 비영리사단법이 제정되어 결사의 자유와 비영리단체의 법인화를 인정함으로써 비영리단체의 기본법으로 자리 잡은 후에 1905년 정교분리법에 따라 가톨릭교회로 대표되는 종교를 공적인 영역에서 완전히 분리하는 과정에서 일어난 논쟁의 한 단락을 살펴보았다. 로마 교황청으로 대표되는 가톨릭교회가 1905년 정교분리법의 종교사단

62) 1905년 정교분리법에 관한 논쟁 중에 그가 느낀 개인적 위기를 보여주는 사료가 최근 발견되었다. '녹색 추기경의 서간(Lettre des Cardinaux verts)'에 서명한 살레이유는 '1906년 8월 회칙'이 발표된 후 교황청 국무장관 메리 델 발 (Merry del Val)에게 개인 서한을 보냈다. 1905년 정교분리법의 수용을 독촉한 자신의 행실을 뉘우치고, 교황에 공손을 맹세하는 내용이다. Raymond Saleilles, Lettre au cardinal Merry Del Val (septembre 1906), *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008, pp. 399-401. 원문은 인터넷 상에서도 검색 및 열람 가능하다(<https://www.cairn.info/>).

63) 이른바 '가톨릭교회에서의 모더니즘(Modernisme dans l'Église catholique)문제에서 '모더니스트의 위기(Crise moderniste)'의 관련도 지적될 수 있다(인터넷 상에서 열람 가능한 정리된 내용으로 프랑스어판 Wikipédia의 관련항목(Crise_moderniste)을 참조). 알프레드 르와지(Alfred Loisy)의 신학서에 대한 규탄에서 촉발된 논쟁은, 부정되어야 할 사상을 열거한 1907년 9월 8일 교황회칙 "Pascendi"의 등장에 의하여 다수의 가톨릭 지식인이 연루된 거대한 위기로 발전했다. 교황회칙 "Pascendi"는 역사학에 의거하여 성서가 전하는 내용에 의심을 나타내는 신학이론 및 진화론 등과 아울러, 정교분리 그 자체를 비난의 대상으로 하고 있었다. 살레이유의 저술활동은 모더니즘과 일맥상통하는 것이라 할 수 있었다. 즉 성서의 '역사적 해석'을 다룬 소논문이나, 모더니즘에 속하는 것으로 여겨진 소설의 서평 등 규탄을 받을만한 논문을 집필했던 것이다.

(association culturelle) 개념을 수용할 것인지에 관한 논란에 가담한 파리대학 법학부 교수 살레이유는 처음에는 가톨릭교회가 이 개념을 수용할 것을 주장하였다. 다만 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법에서 정하는 사단(association) 카테고리과 별도로 재단(fondation) 개념의 인정이 유용할 수 있다는 논의를 점차로 발전시킨 점이 흥미롭다. 이러한 논의는 결국 실패로 종결되었지만, 본고에서는 이러한 논의의 단면을 살펴봄으로써 부차적으로는 비영리법인의 유형으로 사단과 재단을 당연한 2대 개념으로 상정하면서도 그 구별이 명확하지 않은 우리민법학의 전제를 상대화할 수 있는 관점을 추출하기 위한 실마리를 찾아보려 하였다.

본고에서는 프랑스의 1905년 정교분리법의 특색과 종교단체의 법제화에 관한 고찰에 대해서는 어느 정도 흥미로운 관점을 제시한 것으로 생각되는 반면, 20세기 초반 프랑스에서 민법학상의 재단법인 개념 도입이 시도되었음에도 불구하고 결국 철저히 외면된 부분에 관해서는 추가적인 고찰이 필요하다. 구체적으로는 1906년부터 1909년에 이르는 기간 동안 '입법연구협회'(Société d'études législative)에서 다각적으로 논의된 사료의 분석이 고려될 수 있다. 다만 사료 자체가 상당한 양에 이르는 관계로 이에 관한 소개는 별고를 기약할 수밖에 없다.

2. 나아가 프랑스의 법제에 관한 본고의 논의를 제대로 이해하기 위해서는 1901년 비영리사단법에 관한 심층적인 분석이 필요하다는 점을 확인해 둔다. 이미 지적한 바와 같이 1901년 비영리사단법에 관한 '개설적인 소개'는 존재하지만, 프랑스 대혁명 이후 1901년 비영리사단법이 성립되기까지 100년간의 논의를 다각적으로 분석하는 고찰이 선행되어야 본고에서 소개한 소수설이 가지는 의미를 보다 잘 자리매김할 수 있다. 순서가 뒤바뀐 감이 없지 않지만, 1901년 비영리사단법에 관한 본격적인 고찰도 별고에서 다루기로 한다.

3. 본고는 20세기 초반의 프랑스법제사에 관한 내용인 만큼 선불리 구체적인 시사점을 도출하려는 시도는 하지 않는다. 다만 맺음말에 갈음하여 본고가 외국법 수용(계수)의 모습 및 방법에 관하여 우리에게 생각해

불 계기가 될 수도 있다는 인식을 밝혀둔다. 본고와 관련하여 굳이 지적하자면 독일민법학상의 개념의 수용 여부 및 방법이다. 우리민법에서는 비영리법인을 그 조직구성에 따라 사단법인과 재단법인으로 양분하고 있고, 이러한 점은 의심할 여지없는 당연한 전제로 되어있다. 우리민법 제정 당시의 논의에서 이러한 이분법에 대한 언급이나 문제 제기가 없었고 그러한 점은 지금도 크게 변함이 없다.⁶⁴⁾ 1898년에 시행된 일본민법(이른바 ‘메이지민법’)의 법인규정은, 2006년의 개정에 따라 민법에서 법인규정이 대부분이 삭제되었지만, 사단법인과 재단법인을 당연한 분류로 전제하고 있었고 2006년 이후에 신설된 ‘일반법인법’에서도 이러한 분류는 당연한 것으로 되어있다.⁶⁵⁾ 1898년에 시행된 일본민법의 법인규정은, 프랑스민법의 영향을 받아 만들어진 구민법의 시행이 연기되고 단기간에 전면적으로 ‘수정’된 것으로 독일민법 제1초안의 규정을 대폭 참조하여 만든 것이다. 다만 이를 전면적으로 참조하는 과정에서 달라진 부분이 없지 않았다. 달라진 점 중의 한 예로 사단법인과 재단법인 규정을 절구분 없이 섞어서 규정한 것을 들 수 있다. 독일민법은 제1초안 단계에서는 물론 지금까지도 사단법인과 재단법인 규정을 명확히 분리해서 규정하고 있고 설립주의에도 차이가 있다. 일본민법의 기초자들은 이러한 항목 분리를 없애고 사단법인과 재단법인 규정을 섞어서 규정한 것이다. 이러한 규정 방식이 영향을 미친 것인지 구체적인 검토가 필요한데, 민법 시행 이후 일본에서는 강학상 사단법인과 재단법인의 차이가 이론적으로는 설명되지만, 실제로는 두 법인 종류가 설립자의 기호에 따라 큰 차이 없이 선택되고 있다.⁶⁶⁾ 우리민법도 의용민법의 규정을 무비판적으

64) 물론 의용민법이었던 일본민법과 우리민법의 법인규정에는 무시할 수 없는 차이가 존재한다. 그 중에서도 의용민법에서는 민법상 법인이 공익법인에 한정되어 있었던 규정을 버리고 보다 폭넓게 비영리법인 제도로 구성한 것에 관해서는 칭찬이 이어졌다. 예컨대, 박윤직, 민법총칙(신정판), 1989, 222면의 다음과 같은 서술을 참조. “비영리법인에 관하여 일언해 둘 것은, 구민법은 현행 민법과 달라서 법인을 영리·비영리법인으로 나누지 않고 「공익법인」과 「영리법인」으로 이분하고 있었다. [중략-인용자] 현행 민법은 법인을 영리·비영리로 이분하고 있기 때문에, 비영리·비공익을 목적으로 하는 단체도 법인이 될 수 있게 되었다. 이것은 독일민법과 스위스민법을 본받은 것이며, 대단히 적절한 입법이다.”

65) 2006년에 이루어진 일본민법의 전면개정에 관한 소개와 새로운 법률에 관한 비판적인 검토로는 권철, “일본의 새로운 비영리법인 제도에 관한 소고 : 최근 10년간의 동향과 신법의 소개”, 비교사법 14권 2호, 2007

로 계수한 결과 (독일민법과는 다르게) 사단법인과 재단법인 규정을 절구분 없이 섞어서 규정하고 있다. 일본민법 기초과정에서 비롯된 상황은 부지불식간에 우리민법에서도 당연한 전제로 받아들여진 것으로 보인다.⁶⁷⁾

프랑스의 비영리단체 법제는 민법전에 관련 규정이 없다는 점에서도 우리의 그것과 차이가 있지만, 사단법인과 재단법인의 구별에 관하여 사단법인을 중심으로 한 선명한 실천을 보여주고 있다. 독일민법에 고유한 개념들, 예컨대 법률행위 개념, 재단법인 개념 등은 19세기 후반에서 20세기 초반에 걸쳐서 프랑스민법학에 영향을 미쳤지만, 거의 20세기말까지 이러한 개념이 학설상의 설명 도구를 넘어서 프랑스민법전의 개념으로 자리 잡지는 못하였다.⁶⁸⁾ 프랑스법학의 전통적인 개념의 진화에 영향을 주었지만, 그것을 뒤엎을만한 힘을 가지지는 못한 것이다. 이러한 점에 주목하면, 백지상태에서 특정 개념을 당연한 전제로 '선형적으로' (그것도 일본이라는 매개자를 통해서) 받아들인 우리나라와 프랑스를 비교하는 것은 흥미로운 관점이 될 수 있다.⁶⁹⁾

66) 이러한 경향에 대한 비판적인 지적으로 大村敦志『新基本民法2・物權編(第2版)』(2019) 144頁.

67) 보다 정확한 판단을 위해서는 실태에 관한 비교 검토가 필요하다. 다만, 최근에도 사단법인으로 설립되어 운영되어오던 법인을 재단법인으로 조직변경하거나 사단법인과 재단법인을 통합하여 재단법인으로 만드는 것이 자연스럽게 행하여지고 있는 것을 고려하면 이런 상황을 반증한다고 볼 여지가 있다.

68) 다만 최근의 프랑스민법 교과서에서는 비영리법인에 사단법인과 재단법인의 구별이 존재하는 것을 전제로 서술하고 있는 예가 늘어나고 있고, 최근의 프랑스민법 개정에서는 '법률행위' 개념을 민법전으로 포섭한 점은 부기하여 둔다.

69) 비영리법인에 관한 본고의 소재와는 거리가 있지만, 공동소유에 관한 우리민법 규정을 소재로 그 수용형태를 비판적으로 검토하는 양창수 교수 논문의 다음과 같은 서술을 마지막 주에서 인용해 두기로 한다. "... 총유나 합유는 독일의 게르만법학자들이 중세게르만의 공동소유형태를 파악하는 과정에서 마련한 개념으로서, 이는 일본학자들의 수용을 통하여 우리에게도 선형적으로 타당한 것으로 전제되었다", "언어에 대한 논의에서도 보는 것처럼, 법적 사상의 파악은 즉물적으로는 행하여질 수 없고 이를 인도하는 사고범주가 요구된다. 법전은 그러한 사고범주 또는 개념으로 가득 차 있고, 그것은 대부분 외국으로부터 차용한 것이다. 우리 민법학은 사고하기 위하여 또 외국의 민법학으로부터 차용한 개념을 사용한다. 그러나 거기에는 언제나 당연히 타당한 개념은 없으며, 어떠한 경우에도 그 전제와 경과를 음미하고 또한 우리의 경험과 관찰의 용광로를 거쳐야 할 것이다". 양창수, "공동소유: 민법의 제정 과정에서의 논의와 그 후의 평가를 중심으로", 한국민법이론의 발전(I), 1999, 393면.

(논문투고일: 2021.11.19., 심사개시일: 2021.12.6., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ 권 철

비영리법인, 1905년 정교분리법, 종교사단, 사단, 재단, 프랑스법,
레이몽 살레이유

【참 고 문 헌】

I. 프랑스(발행 연도순)

- Maurice Hauriou, Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État (Extrait du "*Précis de droit administratif*". 6e éd.), 1906
- Raymond Saleilles, Étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État, *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.), 1906, p.847 et s.
- Raymond Saleilles, Le régime juridique de la séparation, *Revue des institutions cutuelles*, 1907
- Raymond Saleilles, *De la personnalité juridiques, Histoire et théories*, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, 1re éd., 1910
- Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1991(réimpression de l'édition de 1966)
- Conseil d'Etat, *Un siècle de laïcité - Rapport public 2004*, Collection Les études du Conseil d'Etat, 2003
- Émile Poulat, *Les Diocésaines: République française, Eglise catholique: Loi de 1905 et associations cultuelles, le dossier d'un litige et de sa solution(1903-2003)*, 2007
- Raymond Saleilles, LETTRE AU CARDINAL MERRY DEL VAL (SEPTEMBRE 1906), *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008, pp. 399-401
- Patrice Rolland, Un « cardinal vert » Raymond Saleilles, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008, p.273 et s.
- Frédéric Audren. La Belle époque des juristes catholiques (1870-1914). *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, L'Harmattan, 2008,

pp.233 - 271.

Sous la direction de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, *Raymond Saleilles et au-delà*, 2013

Marco Sabbioneti, Raymond Saleilles (1855-1912), Edited by Olivier Descamps and Rafael Domingo, *Great Christian Jurists in French History*, Cambridge University Press, 2019

II. 한국(발행 연도순)

고상룡, 민법총칙, 법문사, 1989.

곽윤직, 민법총칙(신정판), 박영사, 1989.

최근혁, “프랑스혁명과 근대형법”, 법학연구(충남대) 4권 1호, 1993.

양창수, "공동소유 : 민법의 제정과정에서의 논의와 그 후의 평가를 중심으로", 한국민법이론의 발전(I), 1999.

남효순, “프랑스法에서의 법인의 역사 : 법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사”, 서울대 법학, 40권 2호, 1999.

권철, "일본의 새로운 비영리법인 제도에 관한 소고 : 최근 10년간의 동향과 신법의 소개", 비교사법 14권 2호, 2007.

한국행정판례연구회편, 공법학의 형성과 개척자, 박영사, 2007

여하운, "프랑스 민법상의 법인론 : 비영리법인에 관한 논의를 중심으로", 비교사법 15권 4호, 2008.

박수근, "프랑스법에서의 민사법인에 대한 규율 : 공익성이 인정된 사단 및 재단법인을 중심으로", 경희법학 45권 1호, 2010.

신동규, “프랑스 노동 조합운동의 태동과 도시 공동체 : 직능별 조직과 지역별 연대의 길항 관계의 역사적 기원”, 도시인문학연구, 8권 1호, 2016.

송덕수, 민법총칙(제4판), 박영사, 2018.

손영우, 사회적 대화 : 노동은 어떻게 프랑스 사회를 운영하는 주체가 됐나, 이매진, 2018.

권철, “‘사단·조합 준별론’ 재검토 小考 : 단체·법인론의 기본 문제”, 비교사법

27권 1호, 2020.

권철, “프랑스 종교단체 법제에 관한 소고 : 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법을 중심으로”, 성균관법학 33권 3호, 2021.

Ⅲ. 일본(발행 연도순)

大石眞 『憲法と宗教制度』 (有斐閣、1996)

小泉洋一 『政教分離と宗教的自由：フランスのライシテ』 (法律文化社、1998)

石川健治 『自由と特権の距離：カール・シュミット「制度体保障」論・再考』
(日本評論社、2004)

権澈 『遺言による財団設立』 (未公刊博士論文、東京大学、2007)

大村敦志 『20世紀フランス民法学から』 (東京大学出版会、2009)

大村敦志 『新基本民法 2・物権編 (第2版)』 (2019)

Abstract

Rethinking of the Legal System of French
Religious Organizations in the early 20th century
: 'association culturelle' and 'fondation'

KWON, Chul

This Article focuses on the legal system of religious organizations in French Law in the early 20th century from the perspective of Korean Civil Law.

'The 1905 law' made it possible for the religious associations "to take care of their expenses, maintenance and public exercise of their religion" so they could perform all the missions previously performed. An independent legal entity was needed indeed in order for these religious associations to acquire a property and buildings to be made available for public worship and with respect the public exercise of worship only. This included also the exercise of worship such as the maintenance of the places of worship, the receiving of donations, and the remuneration of ministers.(association culturelle 1905) Catholicism refused to accept the 1905 law (It would create later the diocesan associations).

In terms of legal theory, both nonprofit and religious corporations stipulated in 'The 1901 Law' and 'The 1905 Law' are legally constituted as association. As part of the consideration to understand this point, this paper examines the argument that insisted on the introduction of the concept of 'fondation' in the early 20th century. The scholar who led the discussion was

Raymond Saleilles.

The first half of this Article focuses on how the Catholic Church opposed the acceptance of 'The 1905 Law' enacted by the French 3rd republican government and what the issues were (II). And in the latter part, we look more specifically at the argument made by Saleilles in the debate about the Catholic Church's acceptance of 'The 1905 Law' (III).



▶ KWON, Chul

Non-Profit Organization, 1905 French law on the Separation of the Churches and the State, Association, foundation, Raymond Saleilles, Korean Civil Law

