

## 여성의 종회회원 인정 여부 관련 판례 평석

박 소 현(법여성학 박사과정 수료)

### I. 판례의 의미 및 문제의 제기

2005년에 '여성과 법의 영역' 내지 '여성들의 법적 지위'와 관련하여 획기적인 발전이 있었다. 그 중 하나는 2005년 2월3일에 있었던 헌법재판소의 호주제 헌법불합치 결정이고, 또 다른 하나는 7월 21일에 여성들의 종회 회원 지위를 인정한 대법원 판결이다. 이 두 결정은 혼인과 가족생활 영역에서 법적으로 여성과 남성을 오랫동안 차별해왔던 입장을 전환하여 비로소 양성평등의 이념에 부합한 결정을 한 것으로, 가족생활 영역 뿐만 아니라 우리사회 모든 영역에서의 양성평등 구현을 앞당기는 견인차가 되었다.

특히 2005년 여성들에게 종회회원의 지위를 인정한 두 건의 대법원판결(대법원 2005.7.21. 선고 2002다1178판결, 대법원 2005.7.21. 선고2002다13850판결)로 여성이 남성과 동등하게 종회 회원의 지위를 인정받게 된 의미는 가부장제도의 핵심체인 종중에서 여성과 남성의 차별을 철폐하였다는 점에서 그 의미가 매우 크다.

그러나, 대법원이 여성의 종회회원 지위를 인정한 이후에도 종중소유 부동산의 수용보상금지급시 기혼여성들을 차별하였으며(서울서부지법 2006.11.10. 선고2006가합2070판결), 소집통지절차를 거치지 않고 개최한 임시총회의 결의로 남성 종중원에게만 종중소유 부동산의 수용보상금을 대여하기로 결의하는 등(대법원 2007.9.6. 선고 2007다34982판결 사실관계), 종중재산의 처분과 관련하여 부계혈통을 중시하고 남성우월적이며 여성차별적인 태도가 여전히 존재하고 있어 문제이다.

### II. 종중에 대한 종래의 법 태도

우리 대법원은 1958.1.20. 선고 58다2판결에서 '종중은 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성하는 종족의 집단'이라고 정의한 이래, 종중을 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연발생적 집단,<sup>1)</sup> 공동선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘수호와 종제사 및 후손 상호간의 친목도모를 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족(친족)단체,<sup>2)</sup> 공동선조의 분묘수호, 제사, 종원상호간의 친목을 목적으로 하여 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단<sup>3)</sup>으로 정의하면서, 종중은 성립

1) 대법원 1966.7.26. 선고 66다881판결; 대법원 1973.7.10. 선고 72다1918판결 등

2) 대법원 1992.7.24. 선고 91다42081판결; 대법원 1995.6.9. 선고94다42389판결 등

을 위하여 특별한 조직행위를 필요로 하지 않으므로 반드시 특별한 명칭 사용 및 서면화된 종중규약이 있어야 하거나 종중의 대표자가 선임되어 있는 등 조직을 갖추어야 하는 것은 아니고, 4) 혈족 아닌 자나 여성은 종중의 구성원이 될 수 없고 타가에 출계한 자와 그 자손 역시 종중의 구성원이 될 수 없다고 하였다. 5)

또한 종중대표자의 선임이나 종중규약의 채택을 위한 종중회의의 결의 방법은 종중규약이나 종중관례에 따르되, 종중규약이나 종중관례가 없을 때에는 종장 또는 문장이 종중원 중 성년 이상 남자를 소집하여 출석자의 과반수의 찬성으로 결의하는 것을 일반관습으로 인정하였다. 6)

종래 대법원판례에 따르면 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 후손 상호간의 친목도모를 목적으로 하는 단체로서 특별한 조직행위없이 성립하고, 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자만이 종원의 자격을 갖되, 종원의 자격을 갖는 자는 당연히 종중의 구성원이 되어 자의든 타의든 그 자격을 상실하지 않는 점에 있어서 다른 비법인사단과 구별되는 특성을 갖는다.

### III. 대상판례 검토

#### 1. 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 : 용인 이씨에 의한 종회회원 확인 청구 사건

##### (1) 사실관계 및 사건 진행과정

1999. 용인 이씨 사맹공파 종중은 종중토지 매각대금 359억원 중 성인 남성들에게 1억 5천만원씩, 미성년 남자에게는 1650만원- 5000만원씩 분배하고, 결혼하지 않은 여성에게는 3000만원씩 지급하면서 출가한 여성에게는 한푼도 지급하지 않았다. 이에 출가한 여성들이 집단 항의하자 114명에게 1인당 2002만원씩 지급하고 다시 며느리들에게 1인당 3000만원씩 지급하였다.

같은 후손인데도 혼인하여 소위 출가하였다는 이유로 종중원으로 인정하지 않고 재산분배에서 제외시키는 것에 대한 권리회복을 위해 2000년 3월 용인 이씨 출가 여성회를 결성하여 같은 문제를 갖고 있던 청송 심씨 혜령공파 및 성주 이씨 안변공파 여성들과 연대해 활동하기로 하고(성주 이씨의 경우 추후 서울고등법원의 조정으로 종중측과 합의 1000만원씩 지급받고 소송 취하함) 각계에 지원요청 편지를 보냈다.

2000. 3. 27. 종중재산분배요구 결의대회, 시위, 서명운동

2000. 4. 6. 용인 이씨 여성 5명이 수원지방법원에 종회회원 확인청구 소송 제기

2000. 6.12. 국회의사당 앞에서 시위

3) 대법원 1992.12.11. 선고 92다30153판결 등

4) 대법원 1966.7.26. 선고 66다881판결 ; 대법원 1972.9.12. 선고 72다1090판결 등

5) 대법원 1992.12.11. 선고 92다30153판결

6) 대법원 1994.11.11. 선고 94다17772판결

2001. 3.23. 원고 패소 판결(수원지법 2000가합5711판결)  
 2001.12.11. 서울고등법원 항소 기각 (서울고법 2001나19594 판결)  
 2002. 1. 4. 대법원 상고  
 2003.12.18. 대법원 최초 공개변론 통해 원고와 피고측 전문가 의견 청취  
 2005. 7.21. 대법원 전원재판부 파기환송 판결

## (2) 쟁점

원고(상고인)들은 용인 이씨 33세손인 이원숙씨 외 4인이고, 피고(피상고인)는 용인 이씨 사맹공파 종회이다.

피고의 종중규약 제3조는 "본회는 용인 이씨 사맹공의 후손으로서 성년이 되면 회원 자격을 가진다"고 규정되어 있다.

원고들은 피고의 종중규약에서 회원자격을 남자로 제한하고 있지 않으므로 원고들도 피고의 회원(종원)자격을 갖는다고 주장함에 대하여, 피고는 종래 관습법에 의하면 여성은 종원이 될 수 없으므로 피고의 종중규약에서 회원의 자격을 명시적으로 남자로 제한하고 있지 않다고 하더라도 원고들이 피고의 회원자격을 갖는다고 할 수 없다고 다투었다.

## (3) 제1심 판결의 요지<sup>7)</sup>

① 종래의 관습상 종중은 공동 선조의 분묘 수호, 제사, 종원 상호간의 친목을 목적으로 공동 선조의 후손 중 성년인 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단이고, 따라서 혈족이 아닌 자나 여자는 종중의 구성원이 될 수 없으며, 종중의 구성원이 될 수 없는 자에게 종원의 자격을 부여한 종회 결의에 따라 제정된 회칙은 종중의 본질에 반하여 부적합하다. 종중이 성년의 남자를 구성원으로 하여 자연적으로 성립된다는 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 피고 종회의 규약이 회원의 자격을 명시적으로 남자로 제한하고 있지는 않으나 그로 인해 여자도 피고 종회의 회원 자격을 갖는다고 할 수는 없다.

② 피고 종회의 회의에 여자들이 참석한 적이 없었던 점 및 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 피고 종회가 종회의 규약을 통해 피고 종회를 관습상의 종중과는 다른 종중 유사 사단으로 변경하려는 의사가 있었다고 인정할 수 없다.

## (4) 원심판결의 요지<sup>8)</sup>

항소심에서도 1심 판결과 같은 이유로 원고들의 주장을 배척하여 항소를 기각하였다.

7) 수원지법 2001. 3.23. 선고 2000가합5711 판결

8) 서울고법 2001.12.11. 선고 2001나19594 판결

## (5) 대상판결의 요지

### ① 다수의견의 요지

#### 가. 관습법의 요건에 대하여

대법원은 사회구성원들이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범인 관습법의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었거나, 사회를 지배하는 기본적인 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 법적 규범으로서의 효력이 부정되어야 한다.

#### 나. 종중 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래 관습법의 효력에 대하여

1970년대 이래의 급속한 경제성장에 따른 산업화·도시화로 인한 가족생활과 제사문화의 변화, 화장(火葬)의 확산 등 분묘제도의 변화, 성년 여성에게도 종원의 지위를 부여하는 종중이 상당수 등장하는 등 종중의 구성원에 대한 국민의 인식의 변화, 1980.10.27. 전문개정된 헌법에서의 '혼인과 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등' 원칙 규정 신설 및 1985.1.26.부터 국내법과 같은 효력을 갖게 된 유엔의 여성차별철폐협약, 1991년 개정 민법, 1995년 제정된 여성발전기본법, 2005.3.31. 개정된 호주제폐지를 내용으로 하는 민법 등 우리나라 법질서의 변화로 기존의 종중 구성원에 관한 관습에 대한 법적 확신이 상당 부분 흔들리거나 약화되었다.

그리고 "공동선조의 후손 중 성년남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다"는 종래의 관습은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다. 따라서 종중 구성원에 관한 종래의 관습법은 법적 효력을 가질 수 없게 되었다".

#### 다. 종중 구성원의 자격에 대하여

종중구성원에 대한 관습법이 효력을 잃게 되었으므로 민법 제1조에 의하여 (법률-관습법-조리) 조리에 의하여 보충되어야 한다고 보고, 조리에 의하면 "종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 합당하다."

#### 라. 새로운 판례의 적용 시점과 이 사건에의 소급 적용에 대하여

종중 구성원의 자격에 관하여 종전 대법원의 견해를 변경하는 것이므로, 법적 안

정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자 보호를 위하여 판결 선고 이후 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 보아야 하며, 다만 대상판결 사건에 대하여도 변경된 견해가 적용되지 않는다면 구체적인 사건에 있어서 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 사법작용의 본질에 어긋날 뿐만 아니라 현저히 정의에 반하게 되므로 원고들이 피고 종회의 회원 지위의 확인을 구하는 이 사건 청구에 한하여 변경된 견해가 소급적용되어야 할 것이다.

## ② 별개의견의 요지

가. 시대의 변화와 우리 사회의 법질서의 변천 등에 따라 종중에 관한 종래의 관습법에 일부 변화가 있어야 할 것이라는 점에 대하여는 다수의견에 찬성한다.

다만, 다수의견의 '공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다'고 하는 견해에는 반대한다.

나. 어떤 사적단체의 구성원의 자격을 인정함에 있어서 구성원으로 포괄되는 자의 신념이나 의사에 관계없이 인위적·강제적으로 누구든지 구성원으로 편입되어야 한다는 조리는 존재할 수 없고 존재해서도 안되며, 종래의 종중 구성에 관한 관습법 중 문제가 되는 부분은 해석에 있어 종중에 가입하려는 의사를 표명한 성년 여자가 여자라는 이유만으로 종중 구성원에서 배제된 부분에 한정된다.

즉, 민법 제103조에 의해<sup>9)</sup> 어떤 단체가 그 단체에 대하여 중대하거나 본질적인 이해관계를 가지는 개인이 가입을 원하는 경우 합리적이고 정당한 이유없이 가입을 거부함으로써 그 개인을 차별적으로 대우하거나 부당한 불이익을 주어서는 안되는 것으로 해석할 수 있는데, 피고 종회규약 제3조는 성년의 여자를 회원에서 배제한다는 규정이 없으므로 성년 여자인 원고들이 피고 종회에의 가입의사를 표명한 경우 원고들이 용인 이씨 사맹공파의 후손이 아니라는 등 그 가입을 거부할 정당하고 합리적인 이유가 없는 이상 원고들은 가입의사를 표명함으로써 피고 종회 회원 자격을 가진다고 해석하여야 한다는 것이며, 원심에서 이에 관하여 심리하여 판단하지 아니한 채 원고들의 청구를 배척하였으니 종중에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

## ③ 다수의견에 대한 보충의견의 요지

별개의견이 본인의 의사와 관계없이 종중 구성원이 되는 점에 대하여 결사의 자유와 양심의 자유 등을 들어서 부당하다고 비판한 것에 대하여 종중의 본질과 통상적인 사단법인 또는 비법인사단과 구별되는 특성을 고려하지 않은 것일 뿐만 아니라,

9) 민법 제 103조 [반사회질서의 법률행위] 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

본인의 의사와 관계없이 종종 구성원이 되는 점이 왜 성인 남자에게는 문제될 것이 없고 성년 여성에게만 문제가 되는지 납득하기 어렵다는 점을 들어 다시 반박하였다.

## 2. 대법원 2005.7.21. 선고 2002다13850 판결 : 청송 심씨에 의한 종종회원 확인 청구 사건

### (1) 사실관계 및 사건 진행과정

원고(상고인)는 청송 심씨 후손 심정숙 외 2인이고, 피고(피상고인)은 청송 심씨 헤령종중이다.

1995.4.1. 피고는 정관을 개정하여 제4조(종원의 자격)를 “종중 회원은 선조 정자원자의 후예자손으로 구성한다”고 규정하고, 제19조 제3항(재산권의 행사)은 “재산권 중 제한사항으로 선조께서 정하여 있는 시제위토에 대하여는 일체 변동 및 매매행위를 할 수 없다”고 규정.

1997. 청송 심씨 헤령공파 종종의 남성종원들이 경기도 용인 수지 일대 부동산 산매각대금을 1인당 2500만원~1억 8천만원씩 나누면서 출가 여성들에게는 지급하지 않음.

1998. 피고는 8.23. 11:00경 수원시 영통구 소재 술밭골 식당에서 임시총회를 개최하여, 피고 종원 중 29명이 참석한 가운데 구 정관 중 종원의 자격에 관한 제4조를 ‘종중 회원은 선조 철자지자의 후예자손으로 성인 호주 만20세 이상 남자로 구성한다’라고 변경하고, 재산권의 행사에 관한 제19조 제3항을 제2항으로 변경하면서 “단 부득이한 매매행위를 할 경우 이사회를 소집, 승인을 득하여 총회에서 결정한다”는 단서조항을 추가하는 등 정관의 일부를 개정하기로 의결.

2000. 2. 청송 심씨 여성 3명 종종회원 확인청구소송 제기

원고는 피고가 임시총회를 개최하면서 피고의 구 정관에 의하여 종원 자격이 있는 원고들에게 아무런 통지를 하지 아니하였을 뿐만 아니라, 종종 총회를 개최함에 있어서 총회의 소집통지 대상이 되는 종원의 범위를 확정하고 연락 가능한 종원들에게 빠짐없이 개별적으로 소집통지를 하여야 함에도 불구하고 소집통지대상이 되는 종원조차 제대로 파악하지 못한 채 29명의 종원에게만 소집통지를 하여 1998.8.23.자 임시총회는

소집절차에 잘못이 있을 뿐만 아니라 결의내용도 남녀평등의 원칙에 반하여 여자인 원고들의 종원 자격을 박탈하고 아울러 종중의 목적에 반하여 종중 재산을 매각하여 그 매각대금을 각 종원에게 배분하기로 하였으므로 임시총회의 결의는 무효임을 구하고, 아울러 피고의 구 정관에 의하면 원고들이 피고 종원의 자격이 있음에도 불구하고 피고가 원고들의 종원 자격에 대하여 다투고 있으므로 원고들이 피고 종원임의 확인을 구하였다.

2000. 6.20. 원고 패소 판결(수원지방법원 2000가합 2477판결), 항소

2002. 1.11. 서울고등법원 항소 기각(서울고법 2000나36097판결)

2005. 7.21. 대법원 전원재판부 파기환송 판결

2005. 9.13. 서울고등법원 제11민사부에 의한 화해(서울고법 2005나62664 결정)

## (2) 쟁점

원고가 해령공 심철지의 후손으로서 피고 종중의 구성원 자격을 갖는다는 원고의 주장과 관련하여 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래 관습법의 효력 유무와 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 되는지 여부가 쟁점이 되었다.

## (3) 1심 및 원심판결의 요지

종중은 공동선조의 분묘수호, 제사, 종원 상호간의 친목을 목적으로 하여 공동선조의 후손 중 성년남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단으로서 혈족 아닌 자나 여자는 종중의 구성원이 될 수 없으므로 피고가 해령공 심철지의 후손 중 성년인 남자들로 구성된 종중인 이상 원고들은 그 구성원이 될 수 없다.

(4) 대법원은 2002다1178 판결의 요지와 같은 이유로 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

(5) 이에 따라 서울고등법원에서는 2005.9.13. 화해결정을 하였고, 화해조항은 "1. 원고들은 피고의 종원임을 확인한다. 2. 소송 총 비용은 각자 부담으로 한다"이다.

## 3. 서울서부지법 2006.11.10.선고 2006가합2070판결 : 종중재산 차등분배 사건

### (1) 사실관계 및 사건 진행과정

원고는 우봉 김씨 후손 출가여성들로 김용길 외 26명이고, 피고는 우봉김씨 계동 공파 종중이다.

2005.6. 2. 피고 소유의 서울 은평구 진관내동 소재 토지가 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의하여 SH공사에 수용되고 그 보상금으로 13,748,779,530원을 수령.

2005.10.23. 피고는 총회에서 ①토지수용보상금 중 50억원은 독립세대주에게 지급하고 40억원은 20세 이상의 비세대원과 20세 이상의 딸들에게 지급하기로 결의(후손 성인남녀 모두 종중원으로한다 라고 종중 규약규정도 개정)

②이사회가 총회의결에 기초한 구체적인 사항에 관하여 의사를 결정하기로 함.

2005.10.9/ 10.29/ 11.26 피고의 이사회는 3회에 걸쳐 수용분배금 결의안 -세대주에게 각 3800만원, 비세대주 성인, 출가외인에게 1500만원, 미망인, 배우자, 종중발전기여자, 장애우, 취학 미성년자에게 각 700만원, 미취학 미성년자에게 400만원을 분배하는 내용-을 의결.

2006. 원고, 분배금 청구 소송 제기

2006.11.10. 서울서부지방법원, 원고 일부승소

2006.12.13 원고 항소, 서울고등법원

2007. 9 5. 항소기각(서울고등법원 2006나112351 판결)

2007.10.31. 상고, 대법원(대법원2007다74775 현재 사건 진행중)

## (2) 쟁점

원고의 주장 : 종중총회가 종중재산을 종중의 본래 용도(다른 형태의 종중재산으로 보존 또는 종중활동비용으로 사용하는 경우)가 아닌 종중원 등에게 분배하기로 의결한 경우, 그 의결 즉시 종중 재산으로서의 지위를 상실하게 되어 특별한 사정이 없는 한 종중원에게 균등하게 귀속되므로 피고가 종중재산 토지 수용보상금 90억원을 종중원에게 분배하기로 한 결의 자체는 유효하나, 출가한 여자 종중원들의 몫에 해당하는 지분을 침해하는 범위 내에서는 무효이고, 별도의 분배비율에 의한 결의 없이도 당연히 분배결의 당시 성인남녀 종중원에게 균등하게 돌아가는 것이므로 피고는 원고들에게도 균등분배금을 지급하여야 한다.

피고의 주장 : 종중 재산의 관리와 처분에 종중규약에 정하여진 바가 없으면 총회 결의에 따라 하는 것이므로, 수용보상금의 분배는 총회결의에 따라 적법하게 이루어졌고, 후손들의 종중에 대한 기여도, 세대주 여부, 사회경제적인 책임 능력, 연령 등 제반 사정을 감안하여 차등지급한 것이므로 수용보상금 분배에 관한 방법이

나 내용이 부당하다고 할 수 없다. 또한, 종중재산에 관한 종중총회의 결의없이 당연히 종중원에게 균등한 비율에 따른 지급청구권이 생기는 것은 아니므로, 원고들이 이 사건 총회결의의 무효를 주장함과 동시에 그와 다른 별도의 종중총회 결의 없이 바로 90억원에 관한 균등 분배를 청구할 수 없다.

- ① 미성년자인 종중원을 분배대상에서 제외하거나 결의 내용이 현저하게 불공정한 종중 총회의 종중재산 처분에 관한 결의의 효력 유무
- ② 미망인, 배우자, 종중발전기여자, 장애우, 취학 미성년자, 미취학 미성년자인 종중원에게 종중재산을 차등 분배하기로 한 종중 총회의 종중 재산 처분에 관한 결의가 합리적인 범위 내의 결의로서 유효한지 여부
- ③ 성이나 본을 달리하는 남자와 결혼한 여자 종중원에게 종중 재산을 차등 분배하기로 한 종중 총회의 종중 재산 처분에 관한 결의의 효력 유무
- ④ 종중원이 종중재산에 대한 분배청구권을 행사하는 방법은 여하하여야 하는지

### (3) 대상판결(1심 법원)의 요지

① 종중재산인 토지에 대한 수용보상금은 종중재산으로 총유에 속하고, 그 처분은 종중규약이나 종중총회의 결의에 의하여 결정되며, 종중재산의 처분이나 분배로 그 이익을 개인에게 귀속시킴에 있어서는 신탁의 법리를 유추하여 성년남녀 종중원뿐만 아니라 미성년자를 포함한 공동선조 후손 전원에게 합리적 기준에 따라 배분되어야 하므로 성년남녀 종중원에게만 분배하는 것은 허용될 수 없고, 종중재산 처분에 관한 결의 내용이 제반 사정에 비추어 현저하게 불공정한 경우에는 무효이다.

② 종중재산을 세대주가 아닌 남자와 여자에게는 균등 분배하고, 미망인, 배우자, 종중발전기여자, 장애우, 취학 미성년자, 미취학 미성년자인 종중원에게는 차등 분배하기로 한 종중총회의 종중재산 처분에 관한 결의가 합리적인 범위 내의 결의로서 유효하다.

③ 세대주인 종중원에게 3800만원을 지급하되, 성이나 본을 달리 하는 남자와 결혼한 여자 종중원에게는 세대주인 경우에도 1500만원만 지급한 것은 외견상으로 불합리한 기혼 여성 차별이라고 볼 여지는 있으나, 종중이 공동선조의 분묘 수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단으로 공동선조와 성과 본을 같이하는 후손을 중심으로 구성된 세대와 여자 후손으로 타 종중원과 결혼하여 타 종중의 후손을 낳게 되어 구성된 세대를 차등화한 것은 부계 혈족을 중심으로 구성된 종중의 특성상 합리적 범위 내라면 허용될 수 있다.

④ 총회결의와 그에 기초한 이사회결의의 무효확인을 구하는 청구 부분은 이유없

다.

⑤ 수용보상금은 종중재산으로 특별한 사정이 없는 한 종중총회의 결의에 의하여서만 분배될 수 있으므로 원고들은 피고로 하여금 정당한 분배결의를 하게 한 다음 그 결의에 따른 분배금을 청구할 수 있을 뿐이고, 원고의 주장과 같이 분배결의 자체가 유효하므로 별도의 구체적인 분배결의없이도 남녀종중원에게 균등한 비율로 당연히 귀속되는 것으로 보아 바로 종중에게 그 몫에 해당하는 금액의 지급을 구할 수는 없다.

#### 4. 대법원 2007.9.6.선고 2007다34982판결 : 종중임시총회결의무효확인 등

##### (1) 사실 관계 및 사건 진행과정

원고(선정당사자, 피상고인)는 충주 박씨 후손으로 성년 여성인 박영순이고, 피고(상고인)는 충주 박씨 참판공,통덕랑공파 종중이다.

피고는 2005.11.21.과 2005.12.18. 임시총회를 개최하면서 원고들에게 소집통지를 하지 않았고 2005. 11.21.자 임시총회에서 피고 종중 규약을 개정하면서 제27조에서 “여손 본인이 종원 자격을 원할 경우에 한하여 종중원 자격을 주며, 준종원은 총회에서 의결권을 인정하지 않는다”고 하였고, 2005.12.18.자 임시총회의 결의로 피고 종중 소유의 부동산에 관한 수용보상금의 처리방법을 정하면서 “남자 종원 69명에 한하여 1인당 4,000만원씩 대여한다”고 정하였다.

이에 원고들(충주 박씨 박인효, 박덕효의 후손인 성년 여성으로 원고와 선정자들)은 피고 종중의 종원의 지위를 당연히 가지며 피고 종중의 족보에 종원으로 등재되어 있고 국내에 거주하며 소재가 분명하여 통지가 가능함에도 불구하고 피고 종중은 원고들에게 소집통지를 함이 없이 2005.11.21.자 및 2005. 12.18.자 각 임시총회를 개최하였으므로 피고 종중의 위 각 임시총회에서의 결의는 모두 무효라고 주장하였다.

2006. 2. 15. 원고 대전지방법원에 소송 제기

2006. 7. 26. 원고 승소(대전지방법원 2006가합1545판결)

2006. 8. 14. 피고 항소

2007. 5. 2. 항소 기각(대전고등법원 2006나8847판결)

2007. 5. 18. 피고 상고

2007. 9. 6. 상고 기각(대법원 2007.9.6.선고 2007다34982판결)

##### (2) 쟁점

- ① 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 되는지 여부
- ② 종중총회 소집통지의 대상과 방법 및 일부 종중원에 대한 소집통지를 결여한 종중총회 결의의 효력 유무
- ③ 종중의 족보에 종중원으로 등재된 성년 여성들에게 소집통지를 하지 않고 개최된 종중 임시총회 결의의 효력 유무
- ④ 종중이 종원의 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 처분을 할 수 있는지 여부
- ⑤ 여성의 종중원 자격과 종중총회에서의 의결권을 제한하는 내용으로 종중 규약을 개정하고, 종중 소유 부동산에 관한 수용 보상금을 남성 종중원들에게만 대여하기로 한 종중 임시총회 결의의 효력 유무

(3) 원심 판결(대전고법 2007.5.2. 선고 2006나8847판결)의 요지

원고는 박인효, 박덕효의 후손들로 구성된 피고 종중의 종원의 지위를 당연히 갖는다고 할 것이고, 피고 종중의 족보에 종원으로 등재되어 있고 국내에 거주하며 소재가 분명하여 통지가 가능함에도 불구하고 피고 종중이 원고들에게 소집통지를 함이 없이 2005.11.21.자 및 2005. 12.18.자 각 임시총회를 개최하였으므로 피고 종중의 위 각 임시총회에서의 결의는 모두 무효이다.

(4) 대법판결의 요지

- ① 원심 판결의 사실인정과 판단에 동의
- ② 규약에서 정한 정기총회 절차를 규정없는 임시총회에 준용할 수 있는지 여부에 대하여

종중은 규약에서 매년 음력 10월8일의 시제일에 시제 장소에서 정기총회를 개최한다는 규정을 두고 있다. 따라서 정기총회의 경우에는 굳이 소집통지를 할 필요가 없으나 임시총회에 관한 규정은 두고 있지 않으므로 이 사건 피고 종중의 2005.11.21.자 및 2005.12.18.자 각 임시총회를 소집통지절차를 거치지 않고 개최한 것은 소집 절차에 하자가 있다.

- ③ 피고 종중이 2005.11.21.자 임시총회의 결의로써 피고 종중 규약을 개정하면서 그 제27조에서 '여손 본인이 종원 자격을 원할 경우에 한하여 준종원 자격을 주며, 준종원은 총회에서 의결권을 인정하지 않는다'고 한 것과 2005.12.18.자 임시총회의 결의로 피고 종중 소유의 부동산에 관한 수용보상금의 처리방법을 정하면서 '남자 종원 69명에 한하여 1인당 4000만원씩 대여한다'라고 정한 것은 모두 여성의 종원으로서의 자격 자체를 부정하는 전제하에서 한 처분이어서 원고들이 종원으로서 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이므로 무효이다

#### IV. 대상판례의 젠더법학적 의미와 분석

2002다1178 전원합의체판결과 2002다13850 전원합의체판결은 별개의 사건이나 논점이 동일하고, 2007다34982판결 역시 종중구성원 자격여부가 주요 논점이어서 2002다1178 전원합의체판결에서 쟁점이 된 종중 구성원의 자격 문제를 중심으로 검토하기로 한다.

##### 1. 종중구성원과 종회회원의 구별

판례는 종중에 대하여 일관되게 “공동선조의 자손 중 성년의 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단”이라고 판시하고 있으나, 이는 종중 구성원과 종회 구성원을 혼동한 것이고 공동선조의 자손은 남녀노소 구별없이 종중의 구성원이 된다고 보아야 한다는 주장이 있다.<sup>10)</sup> 족보를 편찬할 경우 미성년자라 하여 종중원에서 제외하는 경우는 없으며, 실제로 안동지방 종중의 경우 종중의 사업을 하면서 그 비용을 충당하기 위하여 혼인한 자는 6만원, 혼인하지 않은 미성년자는 3만원을 부담시킨 경우가 있으며, 더욱이 종손은 아무리 나이가 적어도 종손인 것을 보면 종중의 구성원은 성년남자만을 말하는 것이 아님을 명백히 알 수 있다는 것이다.<sup>11)</sup>

종중이 공동선조의 자손으로 구성된다는 점에서 성인남자만을 종중의 구성원으로 한다는 판례의 해석이 종회 구성원과 혼동한 것이라는 지적은 타당성이 있으며, 종중 총회인 종회의 구성원이 될 자격은 종중의 구성원과 다르다고 할 것이다.

종회 구성원 자격에 대하여는 정관의 규정이 있는 경우에는 그에 의할 것이나 규정이 없다면 관습에 의하게 된다. 종회 구성원이 될 수 있는 자격에 대한 관습은 고정되어 있는 것이 아니라 시대의 흐름에 따라 변화되어 왔는데 해방 전에는 종원 중 일가의 호주만이, 해방 후에는 일가의 가장이면 호주가 아니라도 종원의 권리와 의무를 가지는 것을 일반사회의 관습으로 파악하였고, 대상 판례 이전의 판례는 종원 중 성년남자이면 종원의 권리와 의무가 있는 것으로 판시하였다.<sup>12)</sup>

종원 자격에 대한 변화는 또한 현재의 법질서, 가족생활, 사회생활에 맞는 개념으로의 변화를 요구하였으며, 이것은 바로 종중제도에 젠더관점이 수용되어야 한다는 것을 의미한다.

##### 2. 여성에게 종중 구성원의 자격을 인정하여야 하는 근거

대상판례는 종중 구성원의 자격에 대하여 ‘공동선조와 성과 본을 같이하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다’고 하여 종전의 견해를 변경하였다.

대법원의 견해 변경의 이유로 종중에 대한 사회일반의 인식 변화와 우리 사회 법질서의 변화를 들고 있으며, 이는 다음과 같은 구체적인 근거에 비추어 볼 때 매우

10) 이화숙(2002), 「종중의 여성문제: 「현대민사법연구: 逸軒 최병욱교수정년기념」, 일헌 최병욱교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, p.96

11) 이덕승(1995), “종중의 변화에 대한 일고찰”, 「법사학연구」, p.18

12) 이화숙(2002), 「종중의 여성문제: 「현대민사법연구: 逸軒 최병욱교수정년기념」, 일헌 최병욱교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, p.96

타당하다.

(1) 헌법적 관점에서의 근거

① 헌법 제11조 : 법 앞의 평등

우리 헌법은 1948년 7월 17일 제정시부터 평등권을 규정하여 왔으며, 현행헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 선언하고 있다.

평등권이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니라 상대적 평등으로 ‘본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하거나 혹은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하는 것을 금지하는 것’이라고 하며, 판례도 역시 이러한 입장에서 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 적용할 것을 선언하고 있다.<sup>13)</sup>

따라서 공동의 자손을 갖고 있음에도 불구하고 결혼하였다는 이유만으로 여성을 남성과 달리 취급하여 종종 구성원의 자격을 인정하지 않는 것은 합리적인 이유가 없고 정의에 반한다.

② 헌법 제10조 : 개인의 존엄과 행복추구권

헌법은 제 10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 선언하고 있다.

결혼한 여성을 차별하여 종종 구성원의 자격을 인정하지 않는 것은 개인의 존엄과 행복추구권에 배치된다.

③ 헌법 제36조 : 혼인과 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성평등 원칙

1980년 제5공화국 헌법 개정시 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”는 규정이 신설되었고, 1987년 제6공화국 헌법 개정시 후단을 추가하여 “국가는 이를 보장하여야 한다”는 규정을 신설하였다.

헌법에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장과 평등권 보장에서 선언한 내용을 혼인과 가족제도에서 다시 강조한 이유는 과거의 긴 역사를 통하여 고착되어 온 가족생활에서의 남존여비적 차별을 제거하고 ‘개인의 존엄과 양성의 평등’에 입각한 가족질서 이념을 선언하기 위해서였다.<sup>14)</sup>

13) 대법원은 평등의 정의에 대하여 “법앞에 평등하다는 취지는 모든 국민을 절대적으로 평등하게 대우하여야 한다는 것은 아니고 인간으로서의 존엄성과 인격적 가치에 있어서 평등하여 성별 또는 사회적 신분 등의 차이로 인하여 불이익한 대우를 받아서는 안된다는 대원칙을 표시한 것으로서 불합리한 차별대우를 금지한다는 취지이고, 구체적인 인간으로서의 개개인의 국민은 경제적, 사회적 기타 여러 가지 조건에 따른 차이가 있으므로 구체적인 차이에 따른 일반사회관념상 합리적인 근거가 있는 차등처리를 금지하는 것은 아니라고 할 것”이라고 하였다(대법원 1988.12.27. 선고 85다카657판결).

14) 윤후정·신인령(2001), 「법여성학-평등권과 여성」, 이화여자대학교출판부, p.97

양성평등 원칙이 헌법에 규정됨에 따라 이후 혼인과 가족생활의 양성차별을 철폐하기 위한 가족법 개정 과정에서 기준점이 되어 왔으며, 특히 호주제 폐지 및 여성 종원 자격 인정시 직접적인 근거가 되었다.

## (2) 민법상 관점에서의 근거

### ① 분묘관리 및 제사공동체 주재자로서의 여성

종회원의 지위가 성년 남성에게만 인정되었던 근거는 조상의 묘소를 관리하고 제사를 주재하는데 연유한다고 보여진다.

그런데 현행법상 여성도 제사를 주재하는 것이 가능하고 또한 묘소를 주재하는 자가 금양임야와 묘토, 족보와 제구의 소유권을 승계할 수 있으며,<sup>15)</sup> 제사문화에 있어서도 변화가 생겨서 여성이 제사에 참여하는 것이 보편적인 일로 받아들여지고 있다.

따라서, 여성도 제사주재, 분묘관리가 가능하고 그러한 근거로 여성들에게도 종중원의 지위가 인정되는 것이 당연하다. 관습상 종중원의 개념도 현실적인 사회와 법질서에 따라 현실적인 개념으로 변해야 하기 때문이다.

### ② 호주제 폐지와 관계

2005년 3월 호주제폐지를 포함하는 내용의 민법개정안이 통과되고 2008년 1월부터 실제로 호주제가 폐지됨에 따라 가(家)가 폐지되었으므로 가(家)를 기준으로 한 출가외인의 개념은 의미가 없다. 실질적인 권리와 의무에서 딸을 제외하거나 차등을 두는 차별은 이미 폐지되었다.

## (3) 여성발전기본법

“헌법의 남녀평등이념을 구현하기 위한 국가와 지방자치단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 남녀평등을 촉진하고 여성의 발전을 도모함” 목적으로 1995년 12월 30일 법률 제5136호로 여성발전기본법이 제정되었다.

동법은 헌법상의 평등권명령실현을 위한 국가의 의무를 구체화한 행정법으로서 여성정책에 관한 기본법이다. 즉, 여성관련개별법에 대해 해석상의 지침으로서 또는 입법 정책적 방향제시의 기능을 가지며, 나아가 기본법으로서의 내용에 비추어 입법권자의 의사를 중시하여 법률해석의 차원에서 그 효력의 우월성을 인정할 수 있다.

동법 제4조(국민의 책무)는 “모든 국민은 남녀평등의 촉진과 여성의 발전의 중요성을 인식하고 그 실현을 위하여 노력하여야 한다”고 하였으며, 제5조(국가 및 지

15) 민법제1008의3 [분묘등의 승계] 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다(본조신설 1990.1.13)

방자치단체의 책무)는 “국가 및 지방자치단체의 남녀평등의 촉진, 여성의 사회참여 확대 및 복지증진을 위하여 필요한 법적·제도적 장치의 마련과 이에 필요한 재원을 조달할 책무를 진다”라고 규정하고 있다.

종종 구성원의 지위에 있어 남녀를 차별하는 것은 여성발전기본법의 이념에 부합하지 않는 것으로 이를 철폐하는 것이 국가의 의무이다.

#### (4) 유엔 여성차별철폐협약

여성에 대한 차별을 규정한 최초의 국제인권협약이고 1985년 우리나라도 비준한 유엔 여성차별철폐협약<sup>16)</sup> 제1조는 차별의 정의에 대하여 “정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 혹은 기타 분야에 있어서 혼인여부와 관계없이 남녀동등의 기초위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다”고 하였다.

여성에 대한 차별을 금지하여야 할 이유로는 여성차별이 권리평등 및 인간의 존엄성의 존중원칙에 위배되며, 여성이 남성과 동등한 조건하에 국가의 정치적, 사회적, 경제적 및 문화적 생활에 참여하는데 장애가 되며, 사회와 가족의 번영의 증진을 어렵게 하며, 국가와 인류에 대한 공헌에 있어 여성 잠재력의 완전한 개발을 어렵게 한다는 사유를 제시하고 있다.

협약 제15조(b)는 “당사국은 여성에게 법 앞에서 남성과의 평등을 부여하여야 한다”고 하면서 “민사문제에서 여성에게 남성과 동등한 법적 능력 및 동 능력을 행사할 동일한 기회를 부여해야 한다.”고 규정하였다.

제16조에서는 혼인과 가족생활에 대하여 규정하고 있는데 구체적으로는 혼인할 동일한 권리, 혼인 중 및 혼인종료에서의 동일한 권리, 부모로서의 동일한 권리와 의무, 자녀의 수 및 출산간격을 결정할 권리, 남편 및 아내의 동일한 개인적 권리, 재산의 소유·취득·운영·관리·이용·처분할 동일한 권리 등을 규정하고 있다.

유엔여성차별철폐협약에 의하더라도 결혼한 여성을 종원으로 인정하지 않는 것은 명백한 남녀차별이며 인권침해이다.

#### (5) 가족생활의 변화

종중에서 딸에 대한 차별은 가족법에서는 용납하기 어려운 시대착오적인 것이다. 가족생활에서 핵가족이 중심이 되고 출산율이 저하됨에 따라<sup>17)</sup> 딸만을 둔 가정의 비율이 늘어나게 되었다.

16) 「여성에 대한 모든 형태의 차별을 금지하는 협약 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)」, 1979년 12월 18일 UN총회에서 채택, 1980년 9월 3일 발효.

17) 2008.5.20. 세계보건기구(WHO)가 발표한 '세계보건통계 2008'에 따르면 한국 여성의 평균 출산율은 1.2명(2006년 기준)으로 벨로루시 체코 폴란드 우크라이나 등과 함께 세계 193개국 가운데 최저인 것으로 조사됐다. 2008.5.22. 동아일보 기사.

대상 사건의 경우 딸이 차별받았던 근거로 '아들이 부모를 부양한다'는 관념이다. 그러나 이러한 획일적인 기준은 실제 가족생활과는 부합하지 않는다. 이미 부모 부양의 책임은 아들과 딸이 똑같이 나누고 있다.

#### (6) 소결

대상판례 이전의 대법원의 입장이 관습법상의 종중원 자격을 성년 남성에게 한정하고, 우리사회에는 가부장제, 남성우월주의, 남아선호주의 인식을 조장, 재생산하고 최근 들어서는 종중재산 등과 관련한 이익의 수혜마저 공동선조의 후손이라 할지라도 기혼여성들과 그 자녀들을 배제한 채 남성들에게 한하여 향유하게 된 점은 변화된 사회환경과 사회구성원들의 의식 변화 및 법질서로서는 용인할 수 없다.

이에 따라 종중 구성원을 '성년이면 성별에 관계없이 남녀모두에게' 인정하여야 하며, 대상판례의 다수의견의 취지에 동의한다.

종중 규약을 정함에 있어서도 민법은 헌법의 정신을 구현하는 하위법으로서 개인과 개인의 생활 속에서 헌법정신에 따라 입법되고 적용되어야 한다. 사적자치는 스스로 한계를 갖게 되며 이 때의 기준은 신의성실과 권리남용을 금지한 민법 제2조와 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위를 무효로 하는 제103조이다.

민법 제2조(신의성실)는 "①권리의 행사와 의무의 이행을 신의에 좇아 성실히 하여야 한다 ②권리는 남용하지 못한다"고 규정하고 있으며, 제103조(반사회질서의 법률행위)는 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다"고 규정하여 사적자치의 한계를 선언하고 있다.

따라서 종중 규약이 성인 남자만을 회원으로 하는 것은 사적자치의 한계에도 위반되는 것으로 무효이다. 즉, 여성을 제외한 종중 규약은, 헌법적 타당성 뿐만 아니라, 헌법정신에 따라 제정된 민법의 일반원칙에도 반하는 것이다.

### IV. 젠더법학적 관점에서의 과제

#### (1) 사법부의 후진성

헌법에 '평등권' 및 '혼인과 가족생활 영역에서의 개인의 존엄과 양성평등'조항이 규정된 것은 오래 전부터의 일이다. 그럼에도 불구하고 하위법에서 헌법의 이념에 배치되는 관습을 인정해온 것은 우리 법질서가 그만큼 가부장적이고 남성 우월적이며 부계혈통에 입각해왔음을 확인해주는 사실이다. 또한 명백하게 여성과 남성을 차별해왔음을 알 수 있다.

대상판결에서 대법원은 비로소 헌법상 규정 및 일련의 사회 법질서의 변화를 '양성평등한 것대로' 해석하고 적용하였는데, 그러한 여건으로 종중에 대한 사회 일반의 인식이 변화하였고 또한 종중 구성원에 대한 종래 관습법의 효력이 변화된 우리 사회의 법질서에 부합하지 아니하기 때문이라고 하였다.

이는 사법부가 평등권을 실체법에 적용하고 판단하는데 종전의 판례를 변경하여

야 하는 과정에서 당연히 고려되어야 할 점으로 보인다.

사법부는 오랫동안 종전의 판례를 되풀이하여 확인하였을 뿐 우리 사회법질서를 최상위법인 헌법의 이념에 맞도록 개선하는 적극적인 역할을 하지 않았고, 여성들의 주도에 의한 가족법개정운동과 그로 인한 법질서와 사회인식이 변화한 막다른 상황에서 판례를 변경하는 후진성을 보였다.<sup>18)</sup>

#### (2) 여성들의 종중일 수행에 대한 재평가 문제

여성에게 종중원의 자격을 인정하지 않았던 가장 큰 이유로는 여성이 종중의 일에 참여하지 않았음을 들고 있지만<sup>19)</sup>, 실제로 종중의 구성원이 종중에 참여하여 활동한 사람을 선별하여 인정하는 것도 아니고, 단지 여성 또는 남성이라는 성별적 요인에 따라 종중 활동에의 참여 기회 자체가 주어지거나 박탈당하여왔기 때문에 지금까지의 실제생활에서 여성들은 종중의 일에 실질적인 기여를 하였음에도 불구하고 정당한 평가를 인정받지 못했다.

#### (3) 관습법의 변경 여부에 대한 문제

여성에게 종회 회원의 지위를 인정한 대상판례에서는 성년 남자만으로 종중 구성원의 자격을 제한하는 관습법이 법적 효력을 가지지 못하게 되었고, 관습법이 존재하지 아니하므로 민법 제1조에 따라 조리에 의하여야 하는데 성별 구별없이 구성원으로 되는 것이 조리에 합당하다고 하였다.

그런데 대상판례에서 종래의 관습법이 소멸하고 규범 공백상태로 보아 조리를 적용한 이유는 대법원이 “성년 남자만을 종중원으로 한다는 관습법이 소멸”한 부분에 관하여만 확신이 있을 뿐, “성인이면 남녀 구분없이 평등하게 종중원이 된다는 관습법”으로 변경이 이루어졌다는 확신이 없었기 때문인 것으로 추측된다. 만일 관습법이 없다고 하더라도 조리를 곧바로 적용할 것은 아니고, 종중에 관한 강행규정이 없는 상황에서 자치규범이 있다면 마땅히 자치규범을 적용하는 것이 일반적인 원칙에 부합할 것인데, 이렇게 되면 종중 규약에 따라 여성의 권리가 사실상 제한되는 것이 용인되어 대상판결이 가지는 양성평등의 의미가 크게 퇴색하게 된다<sup>20)</sup>.

대법원은 관습법이 소멸하였으므로 그후 적용할 규범이 없다고 보고 조리를 적용하도록 이론을 전개하였는데, 그보다는 종중원에 대한 변화된 현실과 변화된 관습법을 적용하는 것이 양성평등의 원칙 구현이라는 입장에서 더욱 바람직할 것으로 생각된다.

#### (4) ‘결사의 자유’ 문제 : 별개의견에 대한 반박

18) 대상판결의 경우 호주제에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정과 본 사건에 대한 여성단체들의 지지, 사회적 이슈화로 인한 여론 등의 영향에서 자유롭지 못하였을 것으로 본다.

19) 김인숙(2006), “종중과 관련된 판례”, 「사법정의와 여성」, 민주사회를 위한 변호사모임, p.234

20) 김제환(2005), “단체 법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격”, 대법원 2005.7.21. 선고 2002다 1178 전원합의체 판결 이후의 과제, 「인권과 정의」 대한변호사협회지 통권 355호(2006.3), p.144

여성에게 종회 회원의 지위를 인정한 대상판례의 별개의견은 성년 남성은 당연히 종중원이 되고, 성년 여성은 가입의사를 밝힌 경우에만 종중원이 되도록 하여야 한다고 주장하였다. 이는 일단 종중원으로서 성년 남성만을 상정하고 그 외 성년 여성은 가입의사를 표명한 경우로 한정하여 여성과 남성의 차별을 유지하려는 것으로 양성평등의 원칙에 소극적인 자세를 보이고 있다는 점에서 찬성할 수 없다.

종중규약 문안상 여성을 배제하고 있다고 보기 어려운 종중의 경우는 별개의견과 같은 법리로도 남녀차별 문제가 해결될 수 있겠으나, 종중규약에 여전히 성년 남성만을 구성원으로 규정하고 있거나 아무 규정이 없는 대다수의 종중에 있어서는 여성이 종중원이 될 수 없다는 점과 결사의 자유를 왜 여성에게만 문제삼는지를 설명할 수 없다.

#### (5) 불소급적 판례변경의 의미

종원의 자격에 대한 판례변경은 우리 사회일반의 인식변화로 종래 관습법에 대한 법적 확신이 약화되었고 아울러 전체 법질서의 변화로 인하여 종래 관습법이 우리 법질서가 지향하는 남녀평등의 이념에 부합하지 않게 됨으로써 더 이상 법규범으로서의 효력을 갖지 못하게 된 데 따른 것인데, 이 사건에서 새로이 선언하는 종원의 자격에 관한 대법원의 견해를 소급하여 적용한다면 수십년 동안 유지되어 온 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계, 즉 종중대표자 선임 및 종중재산 처분 등에 관한 종중총회 결의의 효력을 좌우하게 될 것이어서 당사자의 신뢰를 해치게 된다는 점에서 이 사건은 판례변경의 소급효를 제한하고 있다.<sup>21)</sup> 법적 안정성과 당사자의 신뢰보호를 위하여 판례변경의 소급효를 제한하는 것이 부득이한 점은 인정된다. 다만, 이와 관련하여 실제적인 면에서 판례 이전에 차별대우를 받았던 많은 여성들에 대하여 아무런 보상이 주어지지 않는다는 점은 아쉬운 일이고, 이러한 점에서 현재 진행되는 차별에 대한 미래의 구제 역시 미완의 것이라는 점에서 양성차별 철폐라는 과제 해결이 시급함을 알 수 있다.

#### (6) 기혼여성에 대한 재산분배의 차별문제

대상판례는 종중원의 자격을 성년남자로 제한하는 종래 관습법에 대하여 우리 사회 일반의 인식이 변화하여 법적 확신이 약화되었으며 양성평등의 이념을 지향하는 전체 법질서에 부합하지 아니함을 이유로 법적 효력을 부인하면서, 법적 안정성과 당사자의 신뢰 보호를 이유로 장래적으로 판례변경을 하였고 당해사건에 한하여만 소급적용을 인정하였다.

이 판결이 당사자 피고는 물론 수많은 종중 구성원 및 국민 생활에 미치는 영향

21) 대법원 1994. 10.25. 선고 93다42740판결은 위헌결정의 소급효를 제한하는 근거로서 법적 안정성과 신뢰보호를 들면서, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것이 오히려 법치주의의 원칙에 부합하는 것이라고 하였다. 문영화(2005), "종원의 자격을 성년남자로 제한하는 종래 관습법의 효력", 21세기 사법의 전개 : 송민 최종영대법원장 재임기념/ 송민최종영대법원장재임기념문집간행위원회 편, 박영사, P.431.

은 매우 크다.

실제로 이 판결 이후 선고된 2007다 34982판결은 여성종중원을 인정하는 전제 하에 절차하자를 다투었고 서울서부지법 2006.11.10. 선고 2006가합2070판결 역시 여성종중원을 인정하고 있다.

그러나, 재산분배금 판결(서울서부지법 2006.11.10. 선고 2006가합2070판결)의 1심 재판부는 세대주인 종중원에 비하여 성이나 본을 달리하는 남자와 결혼한 여자 종중원 세대주에게 훨씬 적은 수용보상금을 분배한 이사회에 구체적 결의와 이사회에 권한을 위임한 총회 결의에 대하여 “남녀평등의 관점에서 반드시 바람직하다고 단정할 수 없으나, 사적자치 원칙의 한계를 넘었다거나 법률상 그 결의 내용이 제반 사정에 비추어 현저하게 불공정하여 무효라고까지 단정하기는 부족하고” “따라서 이 사건 총회 결의와 그에 기초한 이 사건 이사회 결의의 무효 확인을 구하는 청구 부분은 이유없다”고 판시하였다.

재판부는 이와 같은 판시의 이유로 “공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손을 중심으로 구성된 세대와 여자 후손으로 타 종중원과 결혼하여 타 종중의 후손을 낳게 되어 구성된 세대를 차등화한 것은 부계혈족을 중심으로 구성된 종중의 특성상 합리적 범위 내라면 허용될 수 있다”는 점을 들었다.

그러나, 재판부가 적시한 합리적 범위 내의 차별은 결국 우리 사회에 부계혈통을 공고히 하기 위한 또 하나의 잣대를 뿌리내리는 결과가 될 수 있다.

21세기 가족의 변화는 굳이 혼인하여 타 종중원의 후손을 낳았느냐, 아니냐의 여부로 종중에의 기여도를 차등평가할 것은 아니다. 여성종중원의 구체적인 권리가 단지 다른 종중 구성원과의 혼인이라는 사실 여부로 남성 종중원보다 열등하게 인정되는 것은 부계혈통 중심의 종중 문화를 유지하려는 것으로 여성 종중원의 지위를 인정한 대법원 판례의 정신에 배치되므로 파기되어야 한다.

#### (7) 종중이 나아가야 할 방향

공동선조를 같이 하는 후손들이라면 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하는 종중의 구성원으로서 종중 활동에 모두 참여할 수 있도록 기반을 마련하는 것이 바람직하며, 또한 그것이 바로 지금까지의 실제 생활을 반영하는 것이다.

따라서, 종중원의 지위를 성년 여성과 성년 남성에게 평등하게 인정한 것과 마찬가지로 구체적인 권리의 실현과 책임 부담도 평등하게 인정해나가야 할 것이다.

#### •참고문헌

- 김인숙(2006), “종중과 관련된 판례”, 『사법정의와 여성』, 민주사회를 위한 변호사모임  
김제완(2005), “단체 법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격”, 대법원 2005.7.21. 선고 2002다1178  
정원합의제 판결 이후의 과제”, 인권과 정의: 대한변호사협회지 통권 355호(2006.3)

- 문영화(2005), "종원의 자격을 성년남자로 제한하는 종래 관습법의 효력", 21세기 사법의 전개 : 송민  
최종영대법원장 재임기념/ 송민최종영대법원장재임기념문집간행위원회 편, 박영사
- 윤후정·신인령(2001), 「법여성학-평등권과 여성」, 이화여자대학교출판부
- 이화숙(2002), 「종중의 여성문제: 「현대민사법연구: 逸軒 최병욱교수정년기념」, 일현 최병욱교수 정  
년기념논문집 간행위원회, 법문사
- 이덕승(1995), "종중의 변화에 대한 일고찰", 「법사학연구」