

서울기독교청년회 손해배상 사건

-서울중앙지방법원 2007. 6. 28. 선고2005가합82852판결-

1. 사건의 개요

가. 서울기독교청년회(이하 청년회라 함)는 회원과 총회원으로 구성되어 있고, 이중 회원은 소정의 회비를 납부하고 등록된 자로서 일반회원, 평생회원, 명예회원으로 구분된다. 총회원은 회원 중 일정한 자격을 갖춘 자로서 총회에서 선거권, 피선거권, 의결권을 가지고 있다. 청년회 헌장 제12조에 의하면 “총회구성원은 ①만 20세 이상의 기독교청년회(입교인)인 사람, ②2년 이상 계속 회원인 사람으로 청년회 활동에 참여한 회원 중에서 서울기독교청년회 이사회가 정하는 총회구성원 자격심사를 거쳐 그 자격이 인정된 사람으로 구성한다”고 되어 있고, “총회구성원은 의결권과 선거권 및 피선거권이 있다”고 규정하고 있다. 서울 YMCA회원규정도 “총회원은 ①회원으로서 만20세 이상의 회비를 납부한 자, ②보통회비 이상의 회비를 납부한 자, ③2년 이상 계속회원으로서 본회활동에 참여한 자로 회원위원회의 추천에 따라 이사회가 심의결정”하도록 규정하고 있다. 이처럼 헌장과 회원규정에는 회원이나 총회원 자격에 남녀의 제한을 두고 있지 않지만 청년회는 여성들에게는 총회구성원의 지위를 인정하지 않았다. YMCA의 전체 회비납부 회원의 60% 이상이 여성이고, 자원봉사활동 참여자의 90%가 여성이다.

나. 2003. 2. 22. 서울기독교청년회 제100차 총회에서 ①서울기독교청년회의 모든 의사결정과정에 여성과 남성은 동등한 자격으로 참여하고, ②선거권, 피선거권에 있어서 여성은 남성과 동등한 권리를 가지며, ③여성회원들의 실질적인 참여 활성화 방안, 실무 조직에서의 차별해소 등 과제를 추진하기로 결의하였다. 총회원이 되기 위하여는 일반회원 등 중에서 회원위원회의 추천과 이사회의 심의의결을 거쳐야 하므로, 여성회원들은 100차 총회결의와 헌장규정에 근거하여 총회구성원으로서의 지위를 인정해달라는 요구를 하였다. 그러나 청년회는 여성들을 총회원으로 추천, 인정하는 절차를 밟지 않았다. 이에 여성회원들 52명은 차별에 의한 정신적 피해를 입었다고 주장하며 서울기독교청년회와 이사들을 상대로 손해배상 청구 소송을 제기하였다.

다. 이에 대하여 피고인 청년회는 임의단체는 내부의 운영에 있어 규약등에 의한 자치가 보장되고, 헌장 및 회원규정이 개인의 인권을 과도하게 침해하거나 그 내용이 강행법규에 위반하는 경우가 아니라면 유효이며, 일반회원이 총회원의 자격을 갖추기만 하면 자동으로 회원위원회의 추천을 받거나 이사회가 이들을 총회구성원으로 인정하여야 한다는 규정은 없으므로, 원고들이 회원위원회 추천을 받은 사실이 없는 이상, 총회원으로서의 적격여부를 이사회에서 심의할 수 없다고 주장하였

다. 또한 YMCA가 남성단체라는 정체성을 가지고 있으며, 여성회원의 총회참여를 인정하기 위해서는 헌장개정 사항으로 특별한결정족수인 출석회원 2/3이상의 찬성이 필요한데, 총회에서 부결되었기 때문에 이사회로서는 총회원들의 의사에 반하는 결정을 할 수 없었다고 주장하였다.

2. 판결의 요지

가. 피고 청년회의 헌장에 정해진 ‘사람’의 해석에 관하여

피고 서울회가 1903년 창설된 후 초기에는 남자만이 회원이 될 수 있었는데 1967. 1. 31. ‘남자’를 ‘사람’으로 바꾸는 내용으로 헌장을 개정한 점, YMCA전국연맹도 여성회원의 증가추세에 따라 남자만이 총회의 구성원인 총회원이 될 수 있는 정회원이 될 수 있다는 헌장을 현재와 같이 청년회의 목적에 찬성하는 자는 회원이 될 수 있고, 다만 총회는 일정한 자격을 갖춘 자 중에서 이사회가 심사, 결정한 정회원인 자로 구성하는 것으로 개정된 점 등에 비추어 볼 때 헌장의 ‘사람’을 ‘남자’로 한정 해석 할 수 없고, 여성들에게 총회원의 자격을 주기 위해 별도로 헌장을 개정할 필요는 없다.

나. 피고 서울회의 구성원 중 여성회원들을 총회원으로 인정하지 않는 것이 헌법 제11조에 위반되는지 여부

비법인 사단의 구성원의 의결권은 비법인 사단의 구성원이 가지는 공익권 중에서 가장 중요한 것이고, 이러한 의결권은 정관에 특별한 규정이 없는 한 평등하며(민법 제73조 제1항), 정관에 의해서도 일부의 구성원으로부터 의결권을 완전히 박탈하는 것은 허용되지 않는다. 다만 헌법에서 평등권의 경우에는 사법상의 일반원칙(권리남용금지, 신의성실의 원칙 등)을 통해서 간접적으로 사인 간에 적용될 수 있는데 불과하다. 따라서 헌법 제11조는 사법과 단체법의 원리가 지배하고 있는 사인간의 단체의 내부관계에는 직접 적용될 수 없고, 따라서 피고들의 이러한 행위가 직접 헌법 제11조에 위반된다고 보기 어렵다. 나아가 헌법 제10조와 제119조 제1항에 정해진 계약자유의 원칙을 핵심으로 하는 사적자치의 원칙과 헌법 제21조에 정해진 단체의 결성, 존속, 활동의 자유와 단체에의 가입 및 탈퇴의 자유 등을 내용으로 하는 결사의 자유 등의 헌법규정에 비추어 피고들이 여성회원들에게 피고 서울회의 총회원의 자격을 인정하지 않은 것이 권리남용금지 또는 반사회적 법률행위 등의 사법상의 일반원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

다. 피고들이 여성회원들을 총회원으로 인정하지 않은 것이 불법행위를 구성하는지 여부

→ NPO법
139
법원의 재량

단체의 구성원으로서의 지위의 취득과 상실이 자유로운 비법인사단으로서 자율적인 법규범을 가지는 단체의 내부에 있어서 해당 규범의 운용에 관하여는 내부규율의 문제로서 그 단체의 자율적인 조치에 맡기는 것이 원칙이므로 그 단체내부의 결의가 현저하게 그 구성원의 일반 민사법과 밀접한 관련이 있는 경제생활이나 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해하는 결과가 되는 경우에 한하여 민법 제750조의 불법행위가 성립한다.

이 사건에서 피고 서울회는 비법인사단으로서 구성원의 가입과 탈퇴가 자유로운 임의적 단체이고, 피고가 여성회원들에 대하여 합리적인 근거나 타당성도 없이 총회원으로 인정하지 않아 여성회원들이 단체의 구성원이 가지는 공익권 중 가장 중요한 총회의결권 등을 행사할 수 없었다고 하더라도, 이는 피고 내부에서 자치적이고 자율적으로 해결해야 하는 비법인 사단의 내부문제에 불과하다. 또한 총회원의 권리는 일반회원과 동일하고 다만 총회에 참석하여 의결권을 행사할 수 있고, 이사와 감사의 선거권과 피선거권을 가지는 점에서 일반회원과 차이가 있다. 이처럼 원고 여성회원들이 총회원이 되지 못하여 총회의결권과 그 운영에 관여할 수 있는 권리를 박탈당하게 되었다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 비법인사단인 피고 서울회의 내부문제를 넘어서 원고 여성회원들의 일반 민사법의 질서와 밀접한 관련이 있는 경제생활이나 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해하였다고 단정할 수 없다. 뿐만 아니라 피고 이사들이 피고 서울회의 구성원인 여성회원들에 대하여 그들을 반드시 피고 서울회의 총회원으로 선정하여야 할 법적 의무를 부담한다고 볼 근거도 없다. 따라서 원고 여성회원들이 피고 서울회 내부에서의 총회의결권, 임원입후보권과 투표권의 실현이 방해되는 결과는 민사법의 법규범에 의하여 방지하려고 하는 위험의 실현으로 평가할 수 없고, 원고들의 이러한 이익침해는 불법행위로 인한 위자료청구권이 발생할 정도의 위법한 법적인 침해로 보기 어려워 불법행위의 보호목적 범위에 속한다고 볼 수 없으므로 피고 이사들의 불법행위가 성립함을 전제로 하는 원고들의 주장은 이유없다.

3. 관련법령

헌법 제11조 제1항 : 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

민법 제35조 제1항 : 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.

민법 제73조 제1항 : 각 사원의 의결권은 평등으로 한다.

동조 제3항 : 전 2항의 규정은 정관에 다른 규정이 있는 때에는 적용하지 아니한다.

4. 평등권과 사적자치의 원칙

가. 평등권의 이중적 성격

헌법 제11조는 일반적 평등의 원칙을 규정한 것으로서 우리 헌법의 기본원리이자 기본적 법질서의 내용을 규정하는 객관적 법규범인 동시에 국가에 의하여 불평등한 취급을 받지 아니함과 동시에 국가에 대해서 평등한 취급을 요구할 수 있는 주관적 공권의 성격을 가지고 있다. 평등의 원칙은 보편적인 정의의 실현을 위해 헌법 전반에 걸쳐 적용되는 원칙이기 때문에 개별기본권과 경합되는 경우가 대부분이다. 평등의 원칙은 기본권 체계 내에서 평등한 사인간의 객관적 질서형성 기능을 수행하는 기본권 실현의 방법적 기초로서¹⁾, 자유권, 절차권, 생존권 등 기본권들과 결합하여 사회구성원간의 통합의 효과를 증대시켜주고 헌법의 생활 규범력을 높여준다. 예컨대 자유권과 결합한 평등권은 규범 수신인에서 배제된 비교집단의 평등위반의 심사를 통해 자유권의 객관적 사회질서 형성기능을 수평적으로 강화하는 역할을 하고, 자유 실현의 절차적 정의를 강조하는 절차권에서의 평등권은 바로 절차권의 생성 근거이자 통제척도가 되고, 급부권 내지 참여권에서의 평등권은 급부의 수준, 급부제공의 이유 내지 불평등의 이유를 판단하는 기준이 된다²⁾는 것이다.

나. 평등권의 효력

(1) 대국가적 효력

평등의 원칙은 헌법의 근본규범 중의 하나이며, 모든 기본권을 공통적으로 제약하는 우리 헌법의 기본원리의 하나이다. 헌법재판소는 평등원칙을 '기본권보장에 관한 헌법의 최고원리'이자 '기본권 중의 기본권'이라고 판시하고 있다.³⁾ 따라서 국가가 법을 입법, 해석, 집행함에 있어서 반드시 평등의 원칙에 따라 합리적인 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말아야 할 의무가 있다.

1) 허영, 한국헌법론, 박영사, 330쪽

2) 장영철, 기본권체계내에서의 평등권의 기능에 관한 연구, 공법연구 제34집 제4호 제1권

3) 헌법재판소 1989. 1. 25.선고 88헌가 7 [헌법은 그 전문에 "정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고"라고 규정하고, 제11조 제1항에 "모든 국민은 법 앞에 평등하다"고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권인 것이다.]

(2) 대사인적 효력

평등권이 모든 국가권력을 구속한다는 데는 아무런 이견이 없으나, 사인 간에도 적용되는가에 관하여는 여러 학설이 대립하고 있다.

(가) 효력 부인설 : 이 설은 헌법이 정하는 기본권은 국가권력에 대한 자유의 보장으로 사인간에는 직접 적용되지 않는다는 학설이다. 효력부인설은 시민상호간의 관계에 관한 질서는 헌법의 영역에 포함되지 않는다는 것을 전제로 하고 있다.

(나) 직접적 효력설 : 이 설은 헌법상의 원칙은 공·사법 모든 영역에서 당연히 적용되어야 한다고 보아 사인 상호간에 있어서도 기본권의 효력을 헌법에 의해 직접적으로 인정하는 절대적·직접 효력설과, 특별한 기본권에 한하여 한정적으로 직접적인 효력을 인정하는 한정적 직접효력설로 나뉜다. 직접적인 효력을 무한정으로 확대하게 되면 계약의 자유와 당사자의 사적 자치가 부인되게 되어 각 개인 상호간의 생활관계의 혼란을 가져올 우려가 있다는 것이 그 이유이다.

(다) 간접적 효력설 : 이 설은 기본권의 효력을 직접적으로 사인 상호간의 관계에 도입하지 아니하고, 사법의 일반조항에 관한 해석이나 불확정개념의 구체적인 내용에 관하여 판단하는 경우에 이를 헌법의 기본권의 존중·보장의 취지에 따라서 간접적으로 기본권의 효력을 사인에게도 미치도록 하는 결론을 도출하려고 한다. 기본권의 보장에 관한 헌법조항을 직접적으로는 사법관계에 적용하지 아니하고 당해 사법의 각 조항을 통하여 간접적으로 헌법의 취지를 사법관계에도 확장하려는 견해이다. 이 견해에 따르면 당사자의 기본권을 침해하는 계약이나 법률행위는 민법의 공사양속조항의 위반 등으로 무효가 된다고 본다.

(라) 학설에 대한 검토 : 효력 부인설은 사적인 관계에서 국민의 기본권이 침해되는 경우가 많다는 점을 간과한 학설로서 비판을 받고 있으며, 우리나라에서 이를 지지하는 견해는 찾아보기 어렵다. 직접적 효력설은 1) 기본권을 사인간에 직접 적용하게 되면 사법체계가 붕괴되고 사법의 사회화·국가화를 토대로 하여 궁극적으로 공법과 사법의 구분이 없다는 점과 2) 기본권은 개인의 자유영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 것이기 때문에 사법관계에 기본권의 직접적인 효력을 인정하게 되면 전통적인 자유관념을 부당하게 후퇴시킬 수 있다는 비판을 받는다. 간접적 효력설은 기본권을 사법의 일반원칙에 따라 해석을 하게 되면 법관에게 지나치게 많은 재량권을 인정하게 되고, 법적 안정성을 기하기 어렵다는 비판을 받고 있다.

우리나라에서는 국가배상청구권, 형사보상청구권 등은 사인이 전혀 관여할 수 없기 때문에 대사인적 효력을 부인하고, 근로3권, 언론, 출판의 자유, 인간의 존엄과 가

치, 행복추구권, 참정권 등은 대사인적 효력을 인정하며, 나머지 기본권들은 간접적으로 효력을 갖는다고 보는 입장이 일반적이다.⁴⁾

(마) 소결 : 역사적으로 기본권은 국가권력으로부터 개인의 자유를 보호하기 위하여 형성된 것이지만, 현대사회에서 국가의 기능과 역할이 확대됨에 따라 기본권 보장은 국가권력으로부터 국민을 보호한다는 방어적이고 소극적인 개념으로부터, 국가가 국민의 기본권 실현을 위해 노력할 의무가 있다는 적극적인 개념으로 발전하고 있다. 또한 산업사회가 발달하면서 사적인 집단이나 세력의 힘이 커지고 사인이나 사회적 세력에 의해 개인의 권리가 침해받는 일이 많아짐에 따라 사인 상호간의 기본권 침해를 방지하는 것이 중요한 문제로 제기되고 있다. 따라서 국가의 실질적인 기본권 보장을 위해서도, 헌법의 기본권 규정은 국민 상호간의 관계에서도 효력을 미친다고 해석할 필요가 있다. 다만 헌법의 규정이 직접적으로 사인간에 적용된다고 해석하게 되면, 헌법에서 보장하고 있는 행복추구권(제10조), 직업의 자유(제15조), 결사의 자유(제21조), 재산권(제23조) 등과 충돌이 발생할 수 있기 때문에⁵⁾ 직접적용설보다는 기본권이 사법상의 일반원칙을 통해 사법관계에서도 효력을 미친다고 하는 간접적 효력설이 타당하다고 생각한다.

다. 사법관계에서 평등원칙의 적용

평등권의 원칙이 객관적 법질서로서 기능한다면, 이는 입법, 사법, 행정을 구속하는 것만이 아니라 사적자치의 원칙이 적용되는 사인 상호간의 관계에도 적용되어야 한다. 어떠한 사법규정도 객관적 규범으로서의 기본권규범에 위반되어서는 안되기 때문이다.⁶⁾

사법관계에서 평등원칙의 적용문제에 관하여는 전술한 바와 같이 효력부인설, 직접적용설, 간접적용설이 대립하며, 간접적용설에 따라 평등권의 제3자적 효력을 인정하는 것이 일반적이다. 간접적용설에 따르면 평등권은 사법상의 일반원칙인 민법 제3조, 제103조, 제750조 등이나 불확정개념 등을 매개로 사법관계에 적용된다.⁷⁾ 간접적용설에 대하여는 ① 다양하게 대립되는 기본권 주체들에 의하여 주장되는 다수의 기본권적 가치들의 방사(放射)로 말미암아 다수의 기본권의 가치충돌이 야기될 수 있다는 점, ② 기본권적으로 채워질 수 있는 것이 사법상의 일반조항에 국한될 필요가 없고 사법상의 구성요건과 법개념도 헌법합치적인 해석을 할 수 있다는 점, ③ 매개조항의 역할을 하여야 할 사법조항의 흠결시 직접 기본권 규정에 소급할 필요가 있는데 간접적용설은 이러한 흠결의 문제를 고려하지 않는다는 점이 문제로

4) 김철수, 헌법학개론 제11권정신판, 290 내지 296쪽 참조

5) 김선택, 사법질서에 있어서 기본권의 효력, 고려법학 제39호,

6) 김주환, 기본권의 규범구조와 제3자적 효력

7) 장영철, 사법질서에 있어서 기본권의 의미, 새올법학, 제5권 제2호

8) 객관적 원칙규범으로서의 기본권규범이 사법규정을 매개로 사법관계 형성에 미치는 효력을 '방사적 효력'이라고 한다. 김주환, 위 논문

지적되고 있다. 9) 위 ①에서 지적하는 바와 같이 평등권이 사인간에서 문제가 될 때 평등을 주장하는 측과 그 상대방의 재산권, 계약자유, 원칙, 영업자유, 원칙 등이 충돌하는 경우가 대부분일 것이고, 이러한 경우에 어떠한 가치를 우선할 것인가의 문제가 법관의 재량에 맡겨질 위험이 있다. 또한 ②와 같이 사법상의 모든 법 개념과 구성요건을 해석함에 있어서 헌법합치적인 해석을 하여야 하므로 평등권이 사법상의 일반조항을 매개로 할 필요가 없다는 지적도 일면 타당하다.

그러나 평등권의 원칙을 사법관계에 직접 적용하여 모든 법규범을 해석하게 되면 평등권을 재산권과 영업의 자유 등 다른 기본권보다 우위에 두는 결과가 되는데 이는 자유시장 경제질서를 근간으로 하는 헌법에도 부합하지 않는다. 따라서 ②와 같이 사법상의 모든 법개념과 요건을 평등권에 부합하게 해석하는 것은 타당하지 않다. 또한 ①에서 우려하는 바와 같이 다수의 기본권 사이에 가치충돌이 발생하는 문제를 근본적으로 피할 수 있는 방법은 없다. 사인간의 법률분쟁에서 어떠한 가치를 우선할 것인가 하는 문제를 임법적으로 해결하지 못한다면 결국 어느 가치를 우선할 것인가 문제는 법관의 재량에 맡겨지는 것이 불가피하다.

따라서 평등의 원칙을 사법관계에 적용할 때 사법상의 일반원칙을 매개로 하는 것이, 사법관계의 자율성을 존중하면서도 사법의 일반원칙을 평등권의 원칙에 부합하도록 해석하는 것이 사법관계 속에서 평등의 원칙을 실현할 수 있는 가장 무리 없는 해석이 아닌가 생각한다.

라. 평등권과 사적자치의 원칙이 충돌하는 경우 해결방법

사법관계를 평등권에 비추어 해석하게 되면 두 개의 기본권이 충돌하는 문제가 발생한다. 예컨대 사인 상호간에 사적 자치에 의해 계약이 체결되고 그 계약의 내용이 국가에 의해 행해진 것이라면 평등권의 침해로서 불법이고 무효라고 주장될 수 있는 것이지만, 당사자간의 합의에 의해 이루어진 계약이기 때문에 유효한 것이라고 인정되는 경우에 어떻게 할 것인가? 이러한 경우가 사적자치의 원칙과 평등의 원칙이 충돌하는 대표적인 경우일 것이다.

이처럼 평등권과 사적자치의 원칙이 충돌하는 경우에 어떠한 기준에 따라 문제를 해결할 것인가?

우선 문제되는 사인간의 계약내용이 민법의 일반원칙인 신의칙 및 공서양속 규정에 위반되는지 여부를 판단하면 될 것이다. 예컨대 어떤 사람이 자기가 가진 재산을 딸과 아들에게 차등을 두어 증여를 하였다면 이를 공서양속 규정에 위반하여 무효라고 할 수 없지만, 어떤 사람이 종업원을 채용하면서 여성과 남성의 임금에 차등을 두어 지급한다면 이는 남녀고용평등법 위반인 동시에 민법상의 공서양속 규정에

위반된다고 해석할 수 있다.¹⁰⁾ 자녀들에게 재산을 증여하는 일은 순수하게 개인적인 영역에서 발생하는 문제이며 이러한 영역에서는 개인의 자유의사가 더욱 강하게 존중받아야 하지만, 종업원을 채용하거나 임금을 지급하는 행위는 개인적인 영역이 아니라 사회적인 영역에서 발생하는 것이고, 헌법은 정치·경제·사회·문화적 모든 영역에서 차별을 금지하고 있기 때문에 남녀간의 임금차별은 공서양속 규정에 반하는 것으로 해석할 수 있다.

두 번째로 사인간의 계약이 사인의 기본권을 침해하는 것을 그 내용으로 하고 있는 경우에는 고의·과실로 인한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다. 예컨대 어떠한 회사가 여성 근로자와 결혼을 하지 않을 것을 조건으로 근로계약을 체결하였다면, 이는 평등권 및 개인의 인격권, 행복추구권, 자유권 등을 침해하는 내용이므로 남녀고용평등법위반인 동시에 민법상의 불법행위가 성립한다고 해석할 수 있다.

그러나 민법상의 일반원칙을 적용하여 문제를 해결할 수 없는 경우도 있다. 예컨대 평등권침해이기는 하나 당사자의 합의에 의해 자율적인 합의가 이루어진 경우가 이에 해당할 것이다. 이 경우에는 충돌하는 기본권 가운데 어떠한 기본권이 우선하는지 판단하는 수 밖에 없다. 이때 기본권 상호간의 이익을 해결하는 방법으로 이익형량에 의한 해결방법과 실제적 조화의 원칙에 의한 해결방법이 제시된다. 이익형량에 의한 해결방법은 상위기본권(인간의 존엄성, 생명권 등)에 우선적 효력을 인정하여야 하고, 동위 기본권간의 충돌이 있을 때는 재산권적인 가치를 보호하기 위한 기본권 보다는 인격적인 가치를 보호하기 위한 기본권에, 평등권적 가치보다는 자유권적 가치에 우선적인 효력을 인정해야 한다는 내용이다.

그러나 동위 기본권간의 충돌이 있을 때 어떠한 기본권이 다른 기본권에 비해 우선하는지 여부는 구체적인 상황마다 다를 수 있다. 앞서 본 자녀에 대한 재산의 증여와 같이 자유권적인 기본권이 우선하는 경우가 있을 수 있고, 남녀직원에 대한 임금차별과 같이 평등권이 우선하는 경우도 있을 수 있기 때문에 이익형량에 의한 해결방법은 한계를 가질 수 밖에 없다. 실제적 조화의 원칙에 의한 해결방법은 충돌하는 기본권 모두가 최대한 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화시켜 보장하려는 것이다.¹¹⁾ 그러나 충돌되는 기본권 가운데 어느 한가지를 선택할 수 밖에 없는 상황에서는 이익형량이 불가피한데, 이익형량을 함에 있어서는 기본권을 서열화하여서는 곤란하고 구체적인 사정을 고려해서 판단하여야 할 것이다. ¹²⁾궁극적으로는 구체적인 사안에 따라 과연 어떠한 이익을 더욱 우선시키는 것이 정의에 부합하는가의 문제로 귀결될 것이다.

10) 이 문제는 근로기준법과 남녀고용평등법을 통해 입법적으로 해결되었지만 소규모사업장에서는 남녀간의 임금차별이 다양한 형태로 나타나고 있다.

11) 김선택, 위 논문

12) 장영수, 기본권의 대사인격효력과 기본권의 충돌, 고려법학 제38호

마. 소결

평등권은 국가로부터 차별적인 취급을 받지 않고 평등한 취급을 요구할 수 있는 구체적인 권리이며, 평등의 원칙은 헌법의 기본원리이자 객관적 법규범이다. 따라서 사인상호간의 관계에서도 평등권이 적용되어야 한다. 그러나 평등권을 사법관계에 직접 적용하게 되면 평등권을 다른 기본권에 비해 우선하는 결과를 초래하며, 공.사법 체계에도 부합하지 않기 때문에, 사법상의 일반원칙을 매개로 하여 사법관계를 존중하면서도, 사법관계 속에서 평등의 원칙을 실현할 수 있도록 사법관계의 법규범을 해석하는 것이 바람직하다. 사법상의 일반원칙을 매개로 평등의 원칙을 적용하는 경우에, 그 핵심은 법원이 평등의 원칙을 고려하여 사법관계에서 발생하는 법률문제를 해석하는지 여부에 달려있다. 법원이 평등의 원칙에 부합하는 법률 해석을 할 때만이 사법의 독자성이 존중됨과 동시에 헌법을 최고정점으로 하는 법질서의 통일성이 확보된다. 이것이 합헌적 법률해석 방법이고, 합헌적 법률해석은 법관의 의무이기도 하다. 헌법 제103조가 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판하여야 한다”고 규정하고 있고, 여기에서 말하는 법률은 합헌적 법률을 의미하므로 법관은 사법관계라 할지라도 평등의 원칙에 비추어 해석할 의무가 있다.¹³⁾

5. 대상판결의 검토

가. 평등원칙이 사법관계에 적용되는지 여부

대상 판결은 “헌법에서 평등권의 경우에는 사법상의 일반원칙(권리남용금지, 신의성실의 원칙 등)을 통해서 간접적으로 사인간에 적용될 수 있는데 불과하다.”고 판시하였다. 다시 말해 이 판결은 간접적 효력설에 의거 평등권의 대사인적 효력을 인정하고 있다. 그러나 판결은 다시 “따라서 헌법 제11조는 사법과 단체법의 원리가 지배하고 있는 사인간의 단체의 내부관계에는 직접 적용될 수 없고, 따라서 피고들의 이러한 행위가 직접 헌법 제11조에 위반된다고 볼 수 없다”고 하여 “평등권 규정의 간접적 효력=직접적 효력 부인=사인간의 관계에 직접적용 불가”라는 논리를 이끌어 내고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 간접적 효력설은 평등권의 효력을 직접적으로 사인관계에 도입하지 않고 일반조항을 매개로 하여 간접적으로 헌법의 취지를 사법관계에 적용한다는 내용이지 헌법이 사인간의 관계에 적용되는 것 자체를 부인하는 내용은 아니다. 따라서 평등권의 간접적 효력으로부터 “사인간의 단체 내부에는 헌법 제11조가 직접 적용될 수 없다”는 논리를 이끌어낸 판결은 평등권의 효력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 사법상 일반원칙의 적용배제

대상판결은 “비법인 사단의 구성원의 의결권은 비법인 사단의 구성원이 가지는 공익권 중에서 가장 중요한 것이고, 이러한 의결권은 정관에 특별한 규정이 없는 한 평등하며(민법 제73조 제1항), 정관에 의해서도 일부의 구성원으로부터 의결권을 완전히 박탈하는 것은 허용되지 않는다.”라고 판시하여 원고들이 정관에 특별한 규정 없이 여성이라는 이유만으로 의결권을 박탈당하는 것은 위법하다는 점을 인정하였다.

그러나 이 판결은 “헌법 제10조와 제119조 제1항에 정해진 계약자유와 원칙을 핵심으로 하는 사적자치의 원칙과 헌법 제21조에 정해진 단체의 결성, 존속, 활동의 자유와 단체에의 가입 및 탈퇴의 자유 등을 내용으로 하는 결사의 자유 등의 헌법규정에 비추어 피고들이 여성회원들에게 피고 서울회의 총회원의 자격을 인정하지 않은 것이 권리남용금지 또는 반사회적 법률행위 등의 사법상의 일반원칙에 위반된다고 보기 어렵다.”고 하여 피고들의 평등권 침해행위는 사법상의 일반원칙에 위반되지 않는다는 결론을 내리고 있다. 이를 풀어 보면 “피고들의 의결권 박탈은 위법하다. 그러나 권리남용금지 또는 반사회적 법률행위 등 사법상의 일반원칙에 위반되지 않는다”는 것으로서 앞뒤가 맞지 않는다. 권리남용금지 또는 반사회적 법률행위란 대등한 지위를 가진 사인 간에 이루어진 법률행위라고 하더라도, 그 내용이 지나치게 형평에 반하거나 사회의 근본적인 가치규범에 반하는 경우에는, 비록 법률에 명시적으로 이를 금지하는 규정이 없더라도 무효로 하기 위한 개념이다. 그런데 이 사건의 경우는 사법상의 일반원칙을 적용하기에 앞서 민법 제73조에서 정관에 다른 규정이 없는 한 사원의 의결권은 평등으로 규정하고 있는데도, 비법인사단인 피고가 정관에 규정도 없이 여성들에게 의결권을 주지 않고 있는 사안이다. 즉 피고가 명시적으로 위법한 행위를 하고 있는 것이 분명한데, 어떻게 그러한 행위가 권리남용금지 또는 반사회적 법률행위가 아니다”라고 판단할 수 있는가? 이는 사법상 일반원칙의 법리에 대한 중대한 오류가 있는 판결이라고 하지 않을 수 없다. 굳이 민법 제73조가 없다고 하더라도 피고들의 행위는 평등의 원칙에 비추어 볼 때 원고들의 의결권을 부당하게 침해하고 있어 민법 제103조의 공서양속 규정에 반한다는 결론을 도출함이 타당할 것이다.

다. 불법행위책임의 배제

대상판결은 “단체의 구성원으로서의 지위의 취득과 상실이 자유로운 비법인사단으로서 자율적인 법규범을 가지는 단체의 내부에 있어서 해당 규범의 운용에 관하여는 내부규율의 문제로서 그 단체의 자율적인 조치에 맡기는 것이 원칙이므로 그 단체내부의 결의가 현저하게 그 구성원의 일반 민사법과 밀접한 관련이 있는 경제생활이나 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해하는 결과가 되는 경우

13) 장영철, 위 6)논문

에 한하여 민법 제750조의 불법행위가 성립한다.”고 하여 원칙적으로 단체내부의 결의가 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해하는 경우 불법행위 책임을 인정하였다. 그러나 다시 “이 사건에서 피고 서울회는 비법인사단으로서 구성원의 가입과 탈퇴가 자유로운 임의적 단체이고, 피고가 여성회원들에 대하여 합리적인 근거나 타당성도 없이 총회원으로 인정하지 않아 여성회원들이 단체의 구성원이 가지는 공익권 중 가장 중요한 총회의결권 등을 행사할 수 없었다고 하더라도, 이는 피고 내부에서 자치적이고 자율적으로 해결해야 하는 비법인 사단의 내부문제에 불과하다.”고 하여 “피고가 합리적인 근거나 타당성 없이 여성회원들을 총회원으로 인정하지 않음-여성회원들이 가장 중요한 총회의결권을 행사할 수 없음-그러나 이는 피고 내부문제에 불과함”이라는 결론을 이끌어 내고 있다. 이는 다시 말해 사적인 단체 내에서는 부당한 차별행위가 있다고 하더라도 내부문제에 불과하여 국가가 개입할 수 없다는 뜻으로 해석되며, 기본권의 대사인적 효력을 부정한 내용이다.

만약 이러한 논리를 일반화한다면, 사인에 의해 발생하는 기본권의 침해에 대하여 국가는 아무런 조치를 취할 수 없게 되어 국민의 기본권을 보호할 의무를 방기하는 결과가 된다. 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 이유도 기본권이 국가에 의해서 뿐만 아니라 우월한 힘을 가진 사인에 의해서도 침해될 수 있고, 이러한 위협으로부터 국민의 기본권을 실효성 있게 보장하려는 데 있다. 이 판결의 실시내용은 기본권의 대사인적 효력을 부정하는 것으로서 심각한 문제가 있고, 더구나 판결 앞부분에서 기본권의 간접적 효력설을 인정한 태도와도 모순되는 등의 문제점을 가지고 있다.

나아가 판결은 “원고 여성회원들이 총회원이 되지 못하여 총회의결권과 그 운영에 관여할 수 있는 권리를 박탈당하게 되었다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 비법인사단인 피고 서울회의 내부문제를 넘어서 원고 여성회원들의 일반 민사법의 질서와 밀접한 관련이 있는 경제생활이나 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해당하였다고 단정할 수 없다.” “원고들의 이러한 이익침해는 불법행위로 인한 위자료청구권이 발생할 정도의 위법한 법적인 침해로 보기 어려워 불법행위의 보호목적 범위에 속한다고 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

다시 말해 “여성회원들이 총회의결권을 박탈당함-사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해당하지 않았음-위자료 청구권이 발생할 정도의 위법한 법적인 침해가 아님”이라는 것인데, 판결 앞 부분에서 “비법인 사단의 구성원의 의결권은 비법인 사단의 구성원이 가지는 공익권 중에서 가장 중요한 것”이라고 하여 의결권이 중요한 법적 권리라고 인정한 태도를 갑자기 바꾸어 뒷부분에서는 “사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해당하지 않았다”고 한 이유가 무엇인지 납득하기 어렵다. 만약 의결권이 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익이 아니라면 굳이 민법 제73조가 비법인 사단의 의결권에 관한 규정을 두고 있는 이유

는 무엇으로 설명할 수 있을까?

피고가 합리적인 근거나 타당성 없이 원고들을 총회원으로 인정하지 않았다면 이는 비법인 사단의 구성원들인 원고들의 의결권을 침해한 행위로서 당연히 불법행위가 성립하고, 액수의 다과는 별론으로 하더라도 이러한 침해행위로 인하여 원고들이 입은 정신적 고통에 대한 위자료를 지급할 의무가 있다고 해석하여야 한다.

라. 이익형량의 필요성

이 사건에서는 원고들의 ‘평등하게 회원으로서 의결권을 행사할 권리’와 피고단체가 ‘자율적으로 회원자격에 관하여 결정할 권리’가 충돌하고 있다. 이처럼 평등권과 단체의 사적자치원칙이 충돌하는 경우에 어떠한 이익을 우선할 것인가에 대하여 이익형량의 문제가 발생한다. 그런데 ①원고들이 회원으로서 회비를 납부하고 활동을 하고 있으며, ②피고단체에 여성에게 총회원 자격을 배제하는 명시적인 규정도 없고, ③원고들에게 총회원자격을 인정하였을 때 피고단체가 전통적으로 남성단체라는 상징적인¹⁴⁾ 정체성을 잃는 것 이외에 특별히 침해되는 이익이 없는 반면, ④원고들은 합리적인 근거 없이 가장 중요한 공익권인 의결권을 행사하지 못하고 있는 점, ⑤피고단체가 사적인 친목모임이 아니라 회원이 36,000명이나 되는 단체이자 선교, 사회교육, 사회개발, 사회복지, 국제협력 등의 사업을 목적으로 하고 있는 공익적인 단체인 점 등을 종합하여 이익형량을 한다면 원고들이 평등하게 총회원 자격을 가지고 의결권을 행사할 권리가 피고가 자율적으로 단체를 운영할 권리에 우선한다고 하겠다. 대상 판결은 이익형량의 문제에 대하여는 언급하지 않고 있다.

마. 소결

결론적으로 대상판결은 ①평등권의 간접적 효력을 인정하는 태도를 취하면서도, “사인간의 단체 내부에는 헌법 제11조가 직접 적용될 수 없다”는 논리를 이끌어냄으로써 평등권의 대사인적 효력에 관한 법리를 오인하였고, ②피고가 명시적으로 민법 제73조에 위반하는 행위를 하고 있음을 인정하면서도 이러한 행위가 사법상의 일반원칙에 반하지 않는다고 함으로써 사법상 일반원칙의 법리를 오인하였으며, ③위법한 차별행위가 있었다고 하더라도 사회생활상의 권리나 법적으로 보호받을 이익을 침해당한 것이 아니라면 불법행위가 아니라고 함으로써 앞뒤 논리가 모순되는 등의 문제점을 가지고 있다. 더구나 사인간의 관계에서 기본권의 충돌문제가 발생하였을 때 이익형량을 통해 사인간의 자율권을 보장하는 한편 그러한 자율권이 헌법의 일반원칙인 평등의 원칙에 위반되지 않도록 해석하여야 함에도, 이러한 고려없이 ‘사적자치의 원칙’을 ‘평등의 원칙’에 우선하는 것으로 해석한 잘못이 있다.

14) 피고단체의 회비납부 회원 60%가 여성이므로 지금은 남성단체로서의 정체성을 가지고 있다고 보기 어려우나, 피고가 남성단체로서의 정체성을 주장하고 있어 ‘상징적’이라는 수식어를 붙였다.

6. 젠더법학적 관점에서 판결의 의미

오늘날 개인의 자유와 권리는 국가뿐만이 아니라 기업, 단체, 사회적 세력 등에 의해 심각한 위협을 받고 있다. 사적인 영역에서 발생하는 기본권 침해를 묵인한다면 실질적인 기본권 보장이 실현될 수 없다. 특히 사법관계에서 평등권이 영업의 자유, 재산권, 직업선택의 자유, 결사의 자유 등과 충돌되는 경우가 수없이 발생한다. 대부분의 경우 경제적, 사회적으로 우월한 힘을 가진 자의 이익이 관철되고, 당사자의 합의라는 형식을 빌어 차별이 정당화된다. 만약 사법관계에서 평등의 원칙을 적용하기 거부한다면, 평등의 원칙이 가지는 규범력은 현저하게 약화될 수 밖에 없다.

따라서 사적자치의 원칙과 평등의 원칙이 충돌할 때 어떠한 방법으로 사적자치의 원칙을 존중하면서도 그 안에서 평등의 원칙을 실현할 것인가에 대한 젠더법학적 관점에서의 고민이 절실하게 필요하다. 평등의 원칙을 법률에 구현하여 입법적인 방식으로 해결하는 것이 효과적이겠지만, 그에 못지 않게 사법상 일반원칙의 해석을 통해 평등의 원칙을 구현하려는 법관의 노력이 중요하다. 이 판결은 기본권의 대사인적 효력에 관하여 직접적으로 언급한 몇 안되는 국내판결 가운데 하나이고, 필자가 아는 한 평등권의 대사인적 효력에 관한 문제가 처음으로 다루어진 중요한 판결로 의미가 있다. 그럼에도 1심 판결인 관계로 충분한 검토와 분석이 이루어지지 않아 못내 아쉽다. 평등의 수준은 한 국가, 사회가 가지는 정의의 수준을 말해준다. 사적자치의 원칙에도 불구하고 평등권을 실현할 수 있는 방안, 최소한 보장하여야 할 평등권의 수준, 그리고 우리사회가 보편적으로 지향하여야 할 정의의 원칙 등에 관한 논의가 이 사건의 상급심¹⁵⁾에서 충분히 다루어지기를 바란다.

(참고문헌)

- 장영수, 기본권의 대사인적 효력과 기본권충돌, 고려법학 제 38호, 2002
- 장영철, 기본권체계내에서 평등권의 기능에 관한 연구, 한국공법학회 공법연구 제34집, 2006년
- 조한석, 기본권의 대사인적 효력과 민사재판, 재판자료 77집
- 김선택, 사법질서에 있어서 기본권의 효력, 고려법학 제39호, 2002
- 계희열, 기본권과 사법, 법학논집 35집
- 장영철, 사법질서에 있어서 기본권의 의미, 서울법학 제5권, 2002
- 김주환, 기본권의 규범구조와 제3자적 효력, 사법행정 제42권
- 김철수, 헌법학개론, 박영사

15) 서울고등법원 2007나72665호로 계류중임.