

제62차 로포럼 & 19세기 조선의 국가, 법, 사회 제12회 월례발표회 자료집

주제: 관습법에 대한 법사학적, 민법학적 분석

발제: 분묘기지권에 관한 관습 -2017년 전원합의체 판결을 중심으로-
(손경찬, 충북대 사회교육과)

토론: 심희기(연세대 법학전문대학원, 연구책임자), 문준영(부산대
법학전문대학원), 박동진(연세대 법학전문대학원)

○ 일시: 11월 27일(금) 15:00 ~ 18:00

○ 장소: Zoom 회의

이 자료집은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.(019S1A5C2A02082825)

목차

발제: 분묘기지권에 관한 관습 -2017년 전원합의체 판결을 중심으로- (손경찬, 충북대 사회교육과)	4
제1토론: 분묘기지권 논의에서 추가되어야 할 史料로서의 속편고(續編 稿) (심희기, 연세대 법학전문대학원, 연구책임자)	32
제2토론: (문준영, 부산대 법학전문대학원)	40
제3토론: 현행 민법의 관점에서 본 관습법의 의미 (박동진, 연세대 법학 전문대학원)	48

분묘기지권에 관한 관습
- 2017년 전원합의체 판결을 중심으로 -

연세 로 포럼
2020. 11. 27.
손경찬(충북대)

1. 관습법의 의의

- ▶ 민사관습법의 의의
- ▶ 관습법이란 어떤 사항에 관하여 반복적으로 행하여진 **관행**이 사회구성원의 **법적 확신에 의한 승인을 받아** 법규범으로서의 지위를 가지게 된 것을 말한다.
- ▶ 관습법의 정의는 분설할 필요가 있다.

- ▶ ‘관행’은 convention을 지칭하는가? 아니면 custom을 지칭하는가?
- ▶ 한국 다수견해는 convention을 ‘관행’으로 custom을 ‘관습’으로 번역하여 사용한다.
- ▶ 그렇다면 관습법의 정의에서 ‘관행’이란 convention이 아니라 custom에 해당할 것이다.
- ▶ 일본 학자들은 convention을 習俗, custom을 習律이라 지칭하는 바, 주목할 만한 견해라 할 것이다.

- ▶ 관습법은 불문법의 일종이라는 견해(실정법학자), 관습법과 불문법은 개념적으로 명확히 구분되어야 한다는 견해(법철학자) 등 견해가 대립한다.
- ▶ 중세 프랑스의 관습법, 독일의 관습법, 영미법 상의 관습 등은 각각 용례가 다르다.
- ▶ 중세 프랑스에는 유래를 찾기 힘든 지방분권체제였고, 각 지역의 영주들은 독자적 입법·사법·행정권을 확보하기 위한 노력을 경주하였다.
- ▶ 자연스럽게 각 지역별로 다양한 규범을 가진 관습법이 형성될 수 밖에 없었다.

- ▶ 중세 프랑스의 관습법 승인과정은 다음과 같았다. ① 국왕의 명령에 의한 관습조사관 파견, ② 조사관에 의한 각 지역의 관습조사·보고, ③ 국왕의 배석 하의 학식법률가(Juristen)의 심의·확신·승인, ④ 관습법(관습법전의 존재)
- ▶ 즉 중세 프랑스식 관습법은 법전의 형태로도 현존한다. 650여 개의 조문으로 구성된 관습법전(민사·상사·국제거래·소송절차·관할 등 규정 포함)도 현존하고 있다.
- ▶ 중세 프랑스식의 관습법의 승인과정은 이후 일본의 『慣習調査報告書』의 작성과정과 매우 유사하다. 이는 梅謙次郎의 영향이 크다고 본다.

2. 관습법의 법원성(法源性)

- ▶ 민법학에서는 당연히 관습법의 법원성을 긍정한다.
- ▶ 주지하듯, 민법 제1조 규정(민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.)에 의해 법원성이 긍정된다.
- ▶ 반면, 법철학적으로 관습법 및 조리의 법원성을 당연히 긍정할 것인가를 두고 논의가 존재하고 있다.
- ▶ 법규범의 유형을 확정적 법규범과 법원리 규범으로 구성된다고 보는 비실증주의 법원리주의(R. Dworkin)에 의한다면 관습법의 법원성은 긍정될 수 있을 것이다.

- ▶ 반면 실증주의 법이론에서는 관습법의 법원성을 긍정할 것인지 견해가 대립된다.
- ▶ 포용적 실증주의(soft legal positivism)와 배제적 실증주의(strong legal positivism)에서 관습법에 대한 시각 차는 존재한다.
- ▶ 배제적 실증주의는 조리, 정의, 도덕 등은 법외적 규범(extra-legal norms)이지 법규범이 아니라 한다. 법관의 재량으로 재판규범으로 원용될 수는 있지만 법규범은 아니라는 것이다. 그러므로 이 경우 도덕적 추론을 통해 법을 ‘형성’하게 된다.
- ▶ 포용적 실증주의에서 법관은 조리, 정의, 도덕 등은 법체계의 승인규칙이 이를 수용하는가에 따라 법규범 될 수도 아닐 수도 있다. 그러므로 법관은 도덕을 포함한 승인규칙에 의해 인정된 법인 법원리를 ‘발견’한다.

3. 관습법의 효력

- ▶ 민법학적으로 관습법의 효력에 대해 2개의 학설이 대립한다.
- ▶ 첫째, 보충적 효력설
- ▶ 둘째, 변경적(대등적)효력설
- ▶ 통설과 판례는 보충적 효력설의 입장이다.
- ▶ 오히려 중세 프랑식 관습법에서는 변경적(대등적) 효력설이 다수설의 지위를 점하기도 하였다.
- ▶ 한국전통사회에서 관습법의 부재론을 주장한 김성학의 연구는 중세 프랑식의 관습법을 전제로 주장한 내용이라 할 것이다.

4. 한국 민법학에서 관습법의 예

- ▶ 한국민법학에서 관습법의 예로 인정되는 것은 다음이다. 이를 실증하는 것이 본 연구자의 과제이다.
- ▶ 전세 관습
- ▶ 명의신탁(명의신탁에 관한 관습, 재산법연구 37-1, 2020. 5)
- ▶ 양도담보(양도담보에 관한 관습, 민사법학 92, 2020. 9)
- ▶ 명인방법
- ▶ 관습법상 법정지상권
- ▶ 상속회복청구권의 20년 시효에 관한 관습법(상속회복청구권의 시효에 관한 관습법 실증, 법사학연구 60, 2019. 10)
- ▶ 분묘기지권(분묘기지권에 관한 관습, 법학논고 61, 2018.4)

5. 분묘기지권에 관한 관습

내 땅에 있는 남의 묘, 알아서 해결하라고요? [뉴스 투데이]

입력 : 2019-05-28 18:37:30 | 수정 : 2019-05-28 22:38:03



'분묘기지권' 갈등 빈번한데... 당국은 뒷짐 / 대법 판례로 인정되는 관습법 / 허락 없이 묘 써도 20년 지나면 / 토지주라도 함부로 철거 못 해 / '묘지 신고제' 사실상 유명무실 / 묘 있는지 파악조차 쉽지 않아 / "신고 일원화 등 제도개선 필요"



그림=김시은기자

'땅 주인이 우선인가, 묘지 주인이 먼저인가.'

5.1. 대법원 전원합의체 판결

- ▶ 타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다는 점은 오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인되어 왔고, 이러한 법적 규범이 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있다고 보아야 한다.
- ▶ (출처 : 대법원 2017.01.19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 분묘철거등 [공2017상,347])

- ▶ 종래 대법원은 분묘기지권의 유형으로 세 가지를 인정하여왔고, 전원합의체판결에서도 기존견해를 유지한 것이다.
 - ▶ ① 토지소유자의 승낙을 받은 경우, ② 분묘를 설치한 자가 본인의 토지(산지)를 타인에게 매매한 경우, ③ 타인소유 토지에 대해 20년간 점유하여 취득시효를 완성한 경우에 인정되었다.
- 

5. 2. 조선시대 산송(山訟)

- ▶ 역사학 연구에서 조선시대 산송(山訟)에 대한 연구가 축적되었다.
- ▶ 대개 산송이 가지는 사회사·문화사적 측면의 접근이 주류였다.(김경숙, 전경목, 심재우)
- ▶ 법학에서 산송(山訟)에 대한 본격적인 연구는 없었다.
- ▶ 역사학적 평가에 의하면, 산송은 조선조의 특유한 분묘매장문화의 영향을 받은 것으로, 고려시대에는 찾기 힘든 분쟁유형이었고, 16세기 이후 주자가례, 종법사상, 위선(爲先)사상 등의 영향을 받은 바가 크다고 한다.
- ▶ 16세기 이후 조선사회에서 산송은 중요한 분쟁의 하나였고, 이를 둘러싼 소지(所志) 등 소송관계 문헌이 다수 산재되어 있다.

- ▶ 특히 역사학 연구에서, 산송이 가지는 의미에 대하여 소유권의 확립의 측면에서 서술하고 분석한 바가 크다.
- ▶ 일견 타당한 분석이다. 그렇지만 의문도 제기된다. 산송을 소유권의 확립의 측면에서 설명한다면, 대법원 판결에서 인정하는 분묘기지권은 지상권 유사의 물권이 되므로, 양자는 전혀 다른 별개의 제도가 된다.
- ▶ 이 점에서 분묘기지권은 조선과는 상관 없는 별개의 관습 및 관습법으로 볼 수 있으며, 분묘기지권의 관습법은 조선고등법원에서 창출된 관습으로 판단하는 것이 타당하다는 주장이 가능하다.

- ▶ 더욱이 산송을 통해 소유권이 확립되었다는 점은 논증이 필요하다.
- ▶ (근대) 소유권은 무엇인가? 소유권의 개념징표를 어떻게 볼 것인가?
- ▶ 로크(John Locke)는 노동소유권 개념을 주창하였고, 토지를 공유물로 보았다. 즉 로크는 원래의 공동소유가 노동을 통하여 사유(私有)로 전환된다는 점을 밝히고 있다.
- ▶ 칸트(Immanuel Kant)는 ‘자유’와 ‘이성법’의 원리 아래 개인의 소유권을 인정하였고(실천이성의 허용법칙, *lex permissiva*), 토지를 무주물(無主物, *res nullius*) 이 아니라 공유물(*res omnius*)이라고 보았다. 칸트는 계약소유권을 주장하였다.
- ▶ 그렇다면 조선의 토지에 대한 소유권의 확립절차는 무주물 선점이었는가? 공유물 분할이었는가?
- ▶ 이에 대한 답을 찾는 것은 산송의 본질을 이해하는데 선결되어야 하며, 조선조의 토지소유관계와 경제관계를 설명하는 데 중요한 쟁점이 된다.

5. 3. 승낙형 분묘기지권의 관습

- ▶ 조선조의 산송 사건을 분묘기지권과 ‘유사’한 관습이라는 전제 하에 논의한다.
- ▶ 승낙형의 분묘기지권은 주로 사위의 분묘를 처가의 선산에 조성하는 관습에서 기원을 찾을 수 있다. 16세기 이후 분쟁이 발생한 산송 사건에서 사위의 후손과 본족의 후손이 분묘의 소유권을 두고 분쟁을 벌인 사건이 등장한다.
- ▶ ‘借葬’이라는 분묘형태는 토지소유자의 승낙에 의한 분묘조성을 뒷받침하는 용어이기도 한다.(그렇지만 차장과 승낙형 분묘기지권을 동치 시킬 수는 없다.)
- ▶ 차장은 승낙형 분묘기지권과 ‘유사한 관습’이다.

5. 4. 양도형(매매형) 분묘기지권의 관습

- ▶ 개화기에는 일본상업 자본 등의 등장으로, 조선말기보다 토지의 매매 양도가 상대적으로 활성화되었다. 채무자가 채권자에게 토지(산지)를 담보로 제공(전당)하였는데, 채무자가 채무를 변제하지 못한 경우 채권자가 담보물을 귀속청산·처분 청산하는 예가 종종 있었다.
- ▶ 이 경우 채무자 입장에서는 본인 소유 선산에 설치된 분묘의 수호는 중요한 문제가 되었다.
- ▶ 따라서 채무자가 채권자에게 산지에 대한 분묘의 관리 만을 허락 받은 사례도 ‘일부’ 존재한다. 따라서 양도형 분묘기지권에 관한 ‘유사한 관습’도 찾을 수는 있다.

5. 5. 취득시효형 분묘기지권의 관습

- ▶ 문제는 취득시효형 분묘기지권의 관습을 인정할 수 있는가 하는 점이다.
- ▶ 즉 “타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다”는 관습이 실재하는가가 문제이다.
- ▶ 이에 대한 점을 하나씩 논증해 본다.

5. 5. 1. 전통법제에서 시효제도의 존재가능성

- ▶ 그렇다면 전통법제에서 시효제도가 존재하였는가?
- ▶ 조선조에는 정소기한 규정이 있었다. 조선의 법전에서도 경국대전 호전 5년 과한, 대전속록의 60년 과한 30년 과한 등 기간에 관한 규정은 다수 있었다.
- ▶ 하지만 이 규정들은 엄밀한 의미에서 시효제도에 관한 규정으로 판단할 수는 없다.
- ▶ 정소기한은 시효제도와 제척기간의 성격을 고루 가지고 있긴 하지만, 정소기한은 중단이 인정되지 않고, 완성 시 소급효가 인정되지 않았다. 이러한 법리구성을 볼 때 정소기한은 제척기간에 가까운 제도라 보아야 한다.

5. 5.2전통법제에서 취득시효 인정가능성?

- ▶ 조선시대에 시효제도가 존재한다는 전제를 해 보고, 그렇다면 취득시효는 인정되는가?
- ▶ 현행 취득시효의 기원은 로마법상 '점용취득(*usucapio*)'이다.
- ▶ 이 점용취득이 인정되기 위해서는 "*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*(사용취득가능물, 권원, 선의, 자주점유, 기간)"의 요건이 있어야 하였다. 위 점용취득 제도와 조선시대의 정소기한을 비교하여 보자면, 정소기한에서는 '*titulus*권원', '*fides*선의', '*possessio*자주점유' 등의 요건은 빠져있다. 조선시대의 정소기한에서 확인 가능한 요건은 "*res habilis, tempus*(점용취득가능물, 기간)" 두 가지이다.

- ▶ *usucapio*는 이후 유스티니아누스 황제에 의해 현재 시효에 더 가깝게 변하였다. 즉 '長期時效(*praescriptio longi temporis*)'는 동산의 경우 3년, 부동산의 경우 양당사자가 동일 관구 거주 시(*inter praesentes*)에는 10년, 서로 다른 관구 거주시(*inter absentes*)에는 20년이였다. 즉 *usucapio*는 *praescriptio*와 융합되었고, 로마 법률가들은 이 제도가 쟁송의 종식을 위해 인정된 것이라고 평가하였다.
- ▶ 전통법제에서 위와 같은 관념의 취득시효라는 제도는 관습상 존재하지 않는 제도였던 것이다.
- ▶ 분묘에 대한 취득시효로 지상권 유사한 물권을 가진다는 관습이 존재한다는 대법원의 판단은 정확한 것은 아니다.

5. 6. 로마법상 분묘(Sepulcrum)에 관한 소

- ▶ 동서양 법문화 비교를 위해, 로마에서의 분묘에 관한 소송을 살펴볼 필요가 있다.
- ▶ 로마법상 분묘는 신성법(*ius sacrum*)의 영역에 해당하는 신성물(*Res religiosae*)이었다. 그러므로 분묘를 침해한 경우 벌금이 부과되었다(*Multa*).
- ▶ 그리고 토지 소유자는 다른 유언이 없는 한, 자기 토지에 묻힐 수 있었고(*ius sepulcri*. 분묘에 매장될 권리), 소유자가 유언으로 자신과 가(家)의 구성원을 위한 것임을 지정한 경우 가의 분묘가 되었다.

- ▶ 분묘에 대한 타인의 토지에 대한 통행지역권도 인정되었다. 즉 분묘 到達역권(Iter ad sepulcrum.)이 긍정되었다.
- ▶ 분묘 건축에 관한 特示命令(Interdictum de sepulcro aedificando)도 인정되었다. 즉 사체를 타인 소유지에 매장할 권리를 가지는 자는 그 분묘에 비석을 세우는 것이 허용되어야 한다는 점에서 '사자매장에 관한 특시명령'과 관련이 있으며,(D.11.8.) 분묘설치자의 분묘에 대한 점유의 보호와 관련이 있다 할 것이다.

- ▶ 또한 다른 사람의 분묘를 도굴하거나 매장된 시체를 훼손한 경우에는 분묘침범의 모독(Violatio sepulcri)으로 형사처벌을 받았다. 그리고 분묘의 점유를 침해 당한 사람은 분묘침해소권(actio sepulcri violati)에 따라 손해를 소구할 수 있었다.
 - ▶ 특히 로마의 분묘는 민중소권(actio popularis)의 행사대상이었으므로, 이해당사자(분묘의 설치자)가 범죄자를 고소하지 않으면, 로마시민은 누구든지 이를 고발 할 수 있었다.
- 

- ▶ 종합하자면, 로마의 분묘는 신성물이었고 따라서 신성법의 적용대상이 되었다. 그러므로 분묘를 침해 당한 자는 분묘침해소권을 제기하여 손해배상을 받을 수 있었고, 분묘의 점유자가 아닌 로마시민 누구나 소제기가 가능한 민중소권의 대상이 되었다.
- ▶ 이는 조선의 분묘에 대한 관념과 대비된다.
- ▶ 첫째, 조선은 원토지 소유자의 분묘권리를 보호하기 위한 법제가 정비되었던 반면, 로마법은 원토지 소유자의 보호를 위한 법제도 있으면서 동시에 분묘설치자의 점유를 보호하기 위하여 법제도 일부 정비되었다.

- ▶ 둘째, 조선의 분묘는 신성물이 아니었으나, 로마법에서는 신성물이었다.
- ▶ 셋째, 조선에서는 분묘침해를 두고 민중이 소를 제기할 수 있는 대상이 아니었으나, 로마에서는 민중이 소권을 제기할 수도 있었다.
- ▶ 넷째, 조선은 원토지소유자(산지 소유자)의 분묘 설치권을 보장하는 법제였으므로, 통행지역권, 분묘(비석)의 점유를 보호하기 위한 특시 명령 등과 유사한 제도는 인정되지 않았다.
- ▶ 다섯째, 로마에서 분묘의 점유를 침해 당한 분묘의 점유자는 손해배상을 받을 수도 있었다.

- ▶ 자, 원 질문으로 다시 돌아가보자. “땅 주인이 우선인가? 묘지 주인이 우선인가?”
- ▶ 조선적 관념에 의하면 땅 주인이 우선이 되는 것이 더 타당할 것이다. 로마의 관념에 의한다면 땅 주인의 권리를 우선적으로 보장되지만, 경우에 따라 묘지 주인의 권리도 보장하는 것이 타당할 것이다.
- ▶ 결국, 타인의 토지에 대해 분묘를 설치하고 20년간 평온 공연하게 점유한 경우 지상권 유사의 물권인 법정지상권을 취득할 수 있다는 법리구성은 전통법적 사고와 배치된다. 이는 분묘의 신성성, 불가침성을 강조하는 서양의 법사상과 법문화와 밀접한 관련이 있는 제도이다.

6. 결론

- ▶ 분묘기지권에 관한 관습은 관습법의 일종이다.
- ▶ 분묘에 관한 분쟁은 우리 사회에서 많은 분쟁이 발생하는 영역이기도 하다.
- ▶ 분묘기지권의 취득시효 관습이 전통적 관습이 아니라 하여, 이를 지금 와서 폐지할 필요는 없을 수도 있다.
- ▶ 대법원 전원합의체에서는 특히 법적안정성의 관점에서 분묘기지권에 관한 관습법을 폐지하지 않고 유지하였다. 대법원의 결론에 동의한다.

7. 결론의 보론

- ▶ 한국법사(민법학, 법사학)에서 민사 관습법은 어떻게 보아야 하는가?
- ▶ 민사관습법을 인정할 실익이 있는가?
- ▶ 조선의 법제와 시대상이 이러하다는 점만을 근거로, 관습법으로 인정하는 것은 무리가 아닌가?
- ▶ 조선고등법원에서 인정된 관습법은 타당한가?
- ▶ 조선고등법원은 무슨 논거를 바탕으로 관습법을 인정하였는가?
- ▶ 조선고등법원의 법리가 현재 우리에게도 유용한 것인가? 이를 무비판적으로 받아들여야 하는가?
- ▶ 앞으로의 연구 과제라 할 것이다.

분묘기지권 논의에서 추가되어야 할 史料로서의 《속편고(續編稿)》(심희기)

-20201127 Law Forum & 19세기 조선의 국가, 법, 사회 월례발표회-

I. 한국 대법원이 인정하는 관습법상의 분묘기지권 발생의 3유형

대법원이 인정하는 이른바 관습법상의 법정지상권으로서의 분묘기지권은 다음의 세 가지이다.¹⁾

(1) '承諾型 분묘기지권' : 타인 소유 토지에 승낙을 얻어 분묘를 설치하는 경우²⁾를 말하는데, 이 경우 당사자의 의사에 따를 문제이므로, 그 의사의 해석에 따라 분묘기지권 성립, 존속기간, 지료발생 등이 결정될 것이다.³⁾

(2) '讓渡型 분묘기지권' : 자기 소유의 토지에 분묘를 설치하였으나, 매매 등으로 토지 소유자를 달리하게 된 경우⁴⁾이다. 이 경우, 분묘기지권의 성립, 지료발생 등에 관하여 '관습법상 법정지상권' 또는 '민법상 법정지상권'의 법리가 유추적용되고, 특히 매매 등 당사자의 의사에 따른 처분행위로 인한 것이라면 그 의사의 해석에 따르게 된다.⁵⁾

(3) '時效取得型 분묘기지권' : 취득시효에 의한 경우⁶⁾이다. 대상판결 전의 최근 관련 판결로 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결이 있다.⁷⁾ 2001. 1. 13.부터 시행된 장사법은 시효취득형 분묘기지권을 인정하지 않는 명시적 규정을 두었다.⁸⁾

II. 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결

1) 이하의 서술은 권철, 성균관법학 30권 3호(2018.9), 351면에서 재인용함

2) 대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결, 대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 등 다수

3) 장사법 시행(2001.1.13.) 전 승낙형 분묘기지권이 성립한 사안으로, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다39650 판결이 있다.

4) 대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결(매매), 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1359, 1360 판결(강제경매), 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002다59375 판결(임의경매), 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다79559 판결(강제경매) 등 다수.

5) 최근 관련 판결로는 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다79559 판결이 있다(장사법 시행 전에 분묘가 설치되었으나, 장사법 시행 후 강제경매로 인한 매각으로 분묘기지권을 취득한 사안). “자기소유 토지 위에 분묘를 설치하고 그 후 그 토지가 강제경매에 의하여 소유자를 달리하게 된 경우에 특히 그 분묘를 파 옮긴다는 조건이 없는 한 분묘의 소유자는 위 토지 상에 그 분묘소유를 위한 지상권 유사의 물권을 취득한다고 할 것이다(대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1359, 1360 판결 참조).”

6) 대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결, 대법원 1959. 11. 5. 선고 4292민상130 판결, 대법원 1963. 7. 25. 선고 63다157 판결, 대법원 1969. 1. 28. 선고 68다1927, 1928 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등.

7) 1974. 11. 분묘가 설치되어 장사법 시행 전에 취득시효가 완성된 사안이다. “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘기지권은 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 분묘의 설치목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이다.”

8) 김민중, “분묘기지권 - 쿼바디스?”, 현대민사법연구, 법문사, 2002, 200면은 양도형 분묘기지권도 배제한 것이라고 설명한다.

“타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다는 점은 오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인되어왔고, 이러한 법적 규범이 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있다고 보아야 한다.”

“오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인”된 것이 관습법이라는 한국 대법원의 관습법 개념이 조선고등법원의 관습법 개념과 일치하는지 여부도 검증의 필요한 연구과제이다. 양자의 개념이 다르다면 현재의 관습법 담론은 수정이 불가피하다.

Ⅲ. 현행 대법원판결과 조선고등법원판결과의 연속성

1. 1927년의 조선고등법원판결(1926年民上第585號)

승낙형 및 시효취득형 분묘기지권을 명시적으로 인정하는 취지의 판결을 하였는데, 일반적으로 이 판결을 분묘기지권에 관한 최초의 판결로 보고 있다.⁹⁾ 이 ‘1926年民上第585號’ 판결 이후 조선고등법원은 다른 판결에서 이를 인용함으로써 분묘기지권을 인정하는 입장을 그대로 유지하였다.¹⁰⁾

2. 조선고등법원과 대법원이 관습법상의 분묘기지권이라고 인정하는 권리의 내용은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는데¹¹⁾ 이를 차지권이라고 하지 않고 굳이 ‘지상권 유사한 관습상의 물권’¹²⁾이라고 하는 이유는 분묘의 후손에게 소유권의 이전승계인에게도 봉제사 목적의 이용권을 인정하기 위한 것으로 보인다.

Ⅳ. 관습조사보고서(慣習調查報告書)와 민사관습회답휘집(民事慣習回彙集)을 사료로 활용하는 민법학 논고들 논증의 취약성

1. 권철의 논증

권철은 “慣習調查報告書¹³⁾ 또는 朝鮮總督府 등의 민사관습에 대한 회답내용 등에 분묘기지권을 관습으로 볼 수 있는 내용이 일부 포함¹⁴⁾되어 있다.”고 적었다. 그가 전거로 들고

9) 朝鮮高等法院 1927. 3. 8. 宣告 1926年民上第585號 判決. “조선에서 타인의 승낙을 얻어 그 소유 토지 내에 분묘를 설치한 자는 이를 소유하기 위하여 타인의 토지에 대하여 지상권과 유사한 일종의 물권을 취득하고, 타인의 토지에 그 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 자라 하더라도 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지를 점유한 때에는 시효에 의하여 타인의 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하며, 이러한 권리에 대해서는 증명 또는 등기를 받지 않고 이를 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습이다.” 원고가 피고에게 피고 母의 분묘의 굴이를 청구하자, 피고가 해당 분묘는 21년 전 당시 소유자의 승낙을 받고 설치한 것으로 그 후 20여 년간 아무런 이의를 받지 않고 이를 점유해 왔으므로, 원고의 청구에 응할 수 없다고 다툼 사안이다. 권철, 앞의 논문(2018), 350면 각주 10)에서 재인용.

10) 朝鮮高等法院 1928. 5. 15. 宣告 1928年民上第140號 判決

11) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결 등 참조.

12) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2007다16885 판결 등 참조.

13) ‘慣習調查報告書’ 제34항(1908~1910년 조사 결과)

있는 부분은 다음의 기술이다.

[A] “분묘소유를 위한 차지(借地)는 **드물게 그 사례가 보이고**, 통상 지대를 지불하지 않는 듯하다. **원래 분묘용지는 이를 매수해야 하는 것이지만**, 자력이 없는 자는 부득이하게 차지하여 분묘를 설정한다. 분묘의 차지는 아주 특별한 경우에 속한다. 그렇지만 차지하여 분묘를 설정하면, 분묘설정자가 분묘를 이전하지 않으면 지주(地主)는 해약을 할 수 없다. 또 대개의 지방(강릉지방, 1910년판)에서는 매장 후 3년을 지나면 개장하는 풍습이 있는데, 이러한 경우에는 3년에 한정하여 지대를 지불하고 차지를 하는 사례도 있다고 한다.”
[慣習調査報告書 제34항(1908~1910년 조사 결과)]

[B] “(X) 갑이 그 조선의 분묘 있는 임야를 을에게 매각하면서 그 매도증서에 특히 분묘 구역(莎草內)을 제외하는 취지를 명시하지 않은 경우에 해당 분묘 구역은 당연히 매각지역 중에 포함된 것으로 보는 것이 관습이어서 갑은 사초지 안의 토지소유권을 주장할 수 없다. (Y) 그러나 관습에 의하여 의연 분묘를 존치할 수 있고 을은 갑에게 분묘 굴이를 강요하거나 또는 그 구역을 침해할 수 없는 것이 관습이다. 이는 을이 매수 당시 갑의 조선의 분묘의 존재를 알았든 몰랐든 다르지 않다.”[民事慣習回彙集 301호(1923년 함경남도지사의 조회에 대한 조선총독부중추원서기관장의 회답)]

첫째, **승낙형**에 대하여 관습조사보고서에서는 ㉠ “그 사례가 드물게 보인다.”, “분묘의 차지는 아주 특별한 경우에 속한다.”고 기재되어 있고, ㉡ 지상권을 설정하였다고 기록하지 않았는데도 권철은 이 기재를 근거로 “분묘수호를 위한 지상권설정이 관습”일 수 있다고 추정하였다. 둘째, **양도형**에 대하여 민사관습회답회집 제301항은 확실하게 ‘관습’이라는 용어를 사용하였으므로 권철의 추정은 자연스러운 추정이다. 그러나 민사관습회답회집 편집자가 관습의 의미를 어떻게 설정하였는가를 정밀히 추적하지 않으면 생산적인 논의가 불가능하다. 한국 민법학계의 관습, 관습법 용어 사용은 좀 더 정밀해질 필요가 있다.

2. 오시영의 논증¹⁵⁾

오시영은 민사관습회답회집에 1927년 조선고등법원판결(1926年民上第585號 判決¹⁶⁾ 이하 ‘1927년 조고판’으로 약칭함), 1923년의 함경남도지사의 조회에 대한 조선총독부중추원서기관장의 회답(이하 ‘1923년 회답’으로 약칭함)과 반대되는 다음과 같은 회답을 지적하여 ‘1927년 조고판/1923년 회답’에 비판적이다.

[C] “공주지방법원 홍산(鴻山) 지청의 대정 2년(1913년) 1월 17일 질의에 대한 정무총감의 회답이다. 질의 내용은 “갑의 소유지인 임야에 을이 투장(偷葬)을 하여 수년이 지난 후 갑이 병에게 임야를 매각한 경우 새로운 소유자인 병이 투장자인 을에게 위 분묘의 굴이를 청구할 수 있는 관습이 있는지 여부”에 대한 것이었는데, 정무총감은 “새로운 토지 소유자인 병에게 을의 투장분묘에 대한 굴이(掘移)를 청구할 수 없다는 관습이 없다.”라고 회답하

14) ‘民事慣習回彙集’ 제301항(1923년 함경남도지사의 조회에 대한 조선총독부중추원서기관장의 회답)

15) 오시영, 慣習法上の墳墓基地權의 폐지 여부에 대한 考察, 韓國土地法學會 土地法學 第23-1號 (2007年 6月), pp. 1~37

16) 1918년 조고판에도 비슷한 취지의 기술이 있다고 한다. 권철, 성균관법학 30권 3호(2018.9), 351면

여 투장자인 을의 분묘기지권을 인정하는 관습이 없으므로 새로운 토지 취득자는 분묘굴이 청구권을 행사할 수 있다고 하였다.”¹⁷⁾

[D] “광주지방법원 전주지청의 대정 10년(1921년) 11월 1일의 질의에 대한 정무총감의 회답 또한 앞서의 회답 내용과 같다. 즉 정무총감은 “약 30년 전에 타인 소유의 임야에 분묘를 설치한 후 소유자로부터 하등의 이의가 없는 경우에 당해 분묘기지 및 분묘 주위 약 4간 부지의 소유권을 취득하는 관습”이 있는지 및 “타인 소유의 임야에 분묘를 설치한 후 평온·공연하게 그 묘지의 점유를 계속해 왔다면 분묘설치 후 수년이 경과한 후에 그 임야에 대한 새로운 소유권을 취득한 자는 당해 분묘의 굴이를 청구하지 못하는 관습”이 있는지 여부에 대한 질의에 대하여 “타인 소유의 산지에 토지 소유자의 승낙을 얻지 않고 분묘를 설치한 후 누구에게도 이의를 받지 않고 30년 이상을 경과한 경우에도 그 분묘의 자손에게는 그 분묘의 소재지 및 주위 약 4간의 부지에 대하여 소유권을 취득하는 관습이 없으며, 타인 소유의 산지에 분묘를 설치하여 평온·공연하게 그 묘지를 점유한지 몇 년이 지난 이후 토지소유자가 변경된 경우에 새로운 소유자에게는 그 분묘의 굴이를 청구할 수 없는 관습이 없다.”고 회답하였다.”¹⁸⁾

사료 [B(1923)(함경남도지사의 조회)]와 사료 [C(1913)(공주지방법원 홍산(鴻山) 지청의 조회)], 사료 [D(1921)광주지방법원 전주지청의 조회]]는 상호 배치되는 내용의 회답이다. 사료 [B]는 행정기구의 조회요청에 대한 회답이고 사료 [C], [D]는 법원의 조회요청에 대한 회답이다. 일제의 관습조사사업은 근대민법적 지식을 습득한 일본의 법조인들이 주로 조선의 구지배층(전직 양반관료층)에게 질문을 한 다음 얻어진 답변을 토대로 일본어로 정리하는 방식으로 진행되었다. 처음에는 구체적인 사건과 관계없이 사업을 진행하였고 그 결과물이 관습조사보고서였다. 그러나 이 자료는 재판하는 데 별 도움이 되지 못하는 자료였다. 한일합방(1910) 후 일본식 재판소/재판부가 설치되고 조선민사령이 본격적으로 시행된 이후에는 구체적인 사건에서 생성되는 쟁점에 대하여 조선총독부 중추원에 조회하여 그 회답을 얻는 형식으로 진행되었는데 그 결과물이 민사관습회답휘집(1933.12.)이었다.

일본의 법조인들이 이른바 조선의 구관(舊慣)을 알아내는 일은 매우 어려운 일이었을 것이고 그들이 의도적으로 왜곡하려는 의도가 없었다 하더라도 그 결과물 사이에 상호 배치/모순되는 회답이 수도 없이 발생하였을 것이다. 이와 유사한 현상은 유럽 중세에 로마법으로 무장된 학식법률가들이 중세 유럽의 지방적 관습법을 집대성할 때에도 발생하였다. 로마법의 패러다임과 유럽 중세의 지방적 관습법의 패러다임이 현격히 다르기 때문에 불가피하게 발생하는 현상이다. 비슷한 현상이 일본 법조인들이 조선관습을 문자화할 때도 일어났을 것이다. 민사관습회답휘집을 상세히 분석하면 회답 사이의 상호 모순/배치 현상은 더 많이 발견될 수 있다.

오시영은 사료 사이의 상호 모순/배치 현상을 지역적 관습의 차이일 것이라고 추정하고 있지만 일제강점기에 그 발견이 추구되었던 관습은 전국적 관습법¹⁹⁾이었다. 따라서 사료 사

17) 대정 2년(1913). 1. 17. 질의에 대한 동년 1. 24. 參 제4호 정무총감 회답, 民事慣習回答彙集, 122면·123면.

18) 대정 10년(1921년) 11. 1. 질의에 대한 같은 해 12. 6. 朝樞 제430호 정무총감 회답, 민사관습회답휘집, 402면·403면.

19) 이승일, 일제의 관습조사와 전국적 관습의 확립과정 연구 -『관습조사보고서』의 편찬을 중심으로-성균관대학교 대동문화연구원 대동문화연구 67권0호(2009년 09월)(365-402)

이의 상호 모순/배치 현상은 일본인들의 조선 관습 정리 현상의 진화과정으로 보는 것이 자연스럽다.

V. 민사관습회답휘집 속편고(民事慣習回答彙集續編稿)의 존재와 중요성

지금까지 발표된 분묘기지권 관련 연구업적들을 모두 일별하여 보았지만 어떤 논고에서도 이 사료를 활용하지 않고 있음을 발견하였다. 민사관습회답휘집은 1933년 12월에 출간되었고 수록사항은 324개 사항에 달한다. 속편고는 위 책의 출간 이후에 생성된 회답 17건을 추가로 수록(1933.11-1945.2, 325호부터 341호까지)한 필사본이다. 이 속편고가 중요한 이유는 1933년 출간 인쇄본에는 없는 ‘이유(理由)’가 부가되었다는 점이다. 속편고 326호는 제목이 ‘분묘기지에 관한 건’이고 이에 관한 관습을 위의 조선고등법원판결처럼 이론구성한 이유가 부차되어 있어 흥미롭다. 향후의 관습법 관련 연구자들은 속편고를 주목해야 할 것이다.

1. 326호의 조회사항(1933년 12월 5일 진주지청조회)

원고 : 경상남도 진주군 금산면 가모리 성호기

피고 : 같은 도 의령군 의령면 동(東)동 이우식

위 원고는 진주군 대고면 와룡리 산212번지에 임야 10정 1반 7묘보를 수 백년 동안 소유하여 왔는데 200년전 조선(祖先)의 분묘를 설치하여 소유하고 그 묘소 약 2간(間) 아래에도 위 조선의 비속(卑屬)으로 칭하여지는 분묘의 기지(基地)가 있다. 원고는 지금부터 28년 전 그 임야를 타인에게 매도하고 그 후 전전(輾轉)하여 위 임야는 大正14년(1925년) 10월 중 피고가 매수하여 소유권이전등기를 경유하였다. 원고는 그 임야를 타인에게 매도할 때 분묘의 환송(環松) 구역의 동서남북 직경 12간 총평수 수백 13평에 대하여 등기를 경유하지 않았어도 그 소유권을 유보하여 매도한 것이라고 주장하지만 그 증명은 불명이다. 피고는 소화6년(1931) 중 원고의 위 조선의 분묘라고 칭하는 분묘의 좌측 약 2척 거리에 있는 개소(個所)에 망부(亡父)의 분묘를 신설(도지사의 신설 허가가 있지만 원고의 위 분묘에 접근하여 매장할 수 있다는 허가는 아니다)하였다. 원고는 그 환송 구역에 대하여 현재 소유권을 주장할 수는 없다고 하더라도 20년간 평온 공연하게 분묘기지를 점유하려고 하는 때에는 시효로 인하여 그 토지에 대하여 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하는 관습이 있다는 취지로 주장하고 피고에게 피고의 위 분묘의 굴이를 청구하고 있다. 원고의 위 환송 구역이라 칭하는 구역에 대하여 위 분묘가 있다는 이유로 평소 제단(祭壇)을 설치하여 제전(祭典)등을 행한 형적은 없다. 본 안건에 대하여 원고 주장의 환송 구역을 원고 분묘의 기지가 된다고 해석할 것인가? 피고는 신설한 위 분묘를 굴이(掘移)하지 않으면 안되는 의무가 있는가?

2. 조회에 대한 회답(1933년 12월 28일 중추원의장 회답)

“(X) 종래 조선(朝鮮)에서 조선(祖先)의 분묘가 있는 임야의 소유자가 그 임야를 타인에게 매도하는 경우에 매도인이 그 매도**문기**에 분묘의 환송내(環松內)를 제외하는 취지를 명시하

지 않거나 또는 그 구역의 소유권을 유보하는 취지의 의사표시를 하지 않을 때는 그 구역은 당연히 매매의 목적 중에 포함되는 것으로 보는 것이 관습이다. 그러나 (Y) 매매 당시 매수인이 특히 분묘의 굴이를 요구하지 않을 때 매도인은 의연 그 분묘를 소유하기 위하여 사성내(沙城內)의 토지(사성 없는 분묘인 경우에는 사성에 준하여 제사를 지내는데 필요한 구역)를 사용하는 권리가 있고 이후 그 임야가 전전양도(輾轉讓渡)되는 경우에도 분묘 소유자는 그 권리(기지권 : 필자)를 신소유자에게 대항할 수 있는 것으로 한다.”

이 회답은 이른바 양도형의 경우 1927년 이래의 조고판 판결내용을 따르는 것이다. 필자의 관심을 끄는 부분은 다음의 이유 부분의 논증에 있다.

3. 이유 : 황당한 논증의 연속

(1) 이유에는 수시로 사실적 증거 없이 어떤 것이 조선의 **통례(通例)**, **일반(一般)의 관습(慣習)**이라는 논증이 등장한다. 아래는 그 하나의 예이다.

“ 조선에서 분묘가 존재하는 임야를 매매하는 경우에 분묘기지권을 유보하려는 때에는 반드시 그 방매**문기**에 분묘의 4면의 각면의 ‘몇 보를 제외한다’고 표시하는 것이 **통례(通例)**이다. 따라서 특히 이를 문기(文記)에 표시하지 않거나 달리 별단의 의사표시를 하지 않을 때 그 분묘 기지는 당연히 매매지역 중에 포함되는 것으로 보는 것이 **일반의 관습**이다[1923년 9월 13일 함경남도지사의 조회, 같은 해 10월 15일 중추원서기관장회답 참조]”²⁰⁾

일반의 관습이란 지역적으로 편중되지 않은 관습으로 전국적인 단위에서 고루 발견되는 관습이라는 취지이다. 조선후기의 문기(文記)에 “분묘의 4면의 각면의 ‘몇 보를 제외한다’는 표시를 한 문기는 발견되지 않는다. 만약 그런 문기의 실례가 있다면 일본인들이 조선에 진출한 시기 이후에나 있을 수 있다. 조선인들의 조상 숭배의식에서 선산을 매각한다는 것은 거의 상상할 수 없는 배은망덕한 행위이다.

(2) 이유에는 “조선에서는 고래(古來) 분묘를 중시하여 일단 적법하게 분묘를 설치한 때는 그 **존엄**을 유지하기 위하여 각기 그 신분에 따라 분묘의 법정 **제한(法定界限)**이 있고 그 제한 내에는 경목(耕牧), 입장(入葬) 기타 타인의 침해를 허용하지 않는다. 그러나 앞의 대전(大典) 규정은 자기의 금양산(禁養山) 또는 무주공산(無主空山)에 분묘를 설정한 경우에 관한 규정인 것 같다.”는 논증이 있다. 이 논증은 그럴듯한 논증이다. 그런데 갑자기 “《대전회통(大典會通) 형전(刑典) 청리(聽理)》조에 ‘**유주산근처투장자금단(有主山及人家近處偷葬者禁斷)**’이란 규정이 있고 그 주(註)에 ‘투장자백일내부득현출 즉허령산주고관계문후 자관굴이(雖一人家舍百步內 毋得入葬. 偷葬者百日內不得現出 則許令山主告官 啓聞後自官掘移)’라 규정하고 있다.”는 《대전회통 형전 청리》의 조문을 인용하면서 그 조문을 근거로 “타인의 산야(山野)라 하더라도 이를 차수(借受)하거나 소유자의 승낙을 얻어 적법하게 분묘를 설정한 때 분묘의 소유자는 이를 소유하기 위하여 제한 내의 토지를 사용할 수 있어야 하고 또 누구에 대하여도 그 제한을 주장하여 타인의 침해를 배제할 수 있고 토지 소유자라 하더

20) 이 부분은 [사료 [B](1923)]를 인용한 것이지만 그 내용에 대하여 통례 혹은 일반의 관습이라는 식의 다른 표현을 부가하여 구사하고 있어 주목된다.

라도 그 권리를 해할 수 없다. 소유자 변경의 경우에도 다르지 않다.”는 논증을 이끌어낸다. 합리적으로 납득불가능한 비약적 억지 논증이다.

(3) 이유에는 “대전회통은 갑오개혁 후 자연히 폐멸(廢滅)되었는데 그 후 분묘에 관하여는 하등 법령의 근거가 없게 되었다. 그렇다 하더라도 그 관념은 관습으로서 여전히 일반에게 준행된 것 같다. 광무9년(1905) 법률 제2호 형법(대전)에도 대전회통과 거의 동일한 규정(동법 제453조 내지 455조 참조)이 설치되어 있어 분묘 소유자를 보호하였다. 그 형법은 명치45년(1912) 제령(制令) 제2호 조선형사령(朝鮮刑事令)에 의하여 폐지되었지만 그 법의(法意)는 여전히 관습으로서 일반에 행하여져 현시점에도 미치고 있다.”는 논증이 있다. 조선 최후의 실정법인 대전회통의 규범력이 약화되었지만 ‘대전회통의 법의가 일반의 관습으로 준행되고 있다’거나 혹은 “형법대전은 조선형사령에 의하여 폐지되었지만 형법대전의 법의는 여전히 관습으로서 일반으로 준행된다”는 식의 황당한 추리가 감행되고 있다. 관습조사보고서나 민사관습회답회집 편찬자의 관습 개념을 정밀히 재검토해 볼 필요가 있음을 시사하는 논증이다.

(4) 이유에는 “임야에 대하여 소유권의 관념이 점점 발달하고 특히 임야조사에 의하여 임야 소유권확정에 수반하여 타인의 소유지상에 존재하는 분묘에 대하여 구시(舊時)와 같이 광범한 기지(基地)를 인용(認容)하지 않기에 이른 현시(現時)에는 일반적으로 그 분묘의 사역내(砂域內)(서역 없는 분묘가 있는 때에는 사역에 준하여 제사에 필요한 구역)에 한하여 이를 분묘기지로 보기에 이르렀다.”는 식의 억지 논증도 이어지고 있다.

위와 같은 황당한 추리가 거듭된 후 다음과 같은 관습법 창설의 논증이 완결되고 있다.

(5) “(Y) 적법하게 조선(祖先)의 분묘를 설치하여 수호금양(守護禁養)해 온 임야의 소유자가 그 임야를 타인에게 매도할 당시에 분묘의 보존이나 굴이에 대하여 별단의 의사표시가 없는 경우에 분묘 소유자는 그 분묘를 소유하기 위하여 계속하여 그 토지를 사용하는 권리를 보유하여야 하는 것은 당연하므로 그 후 그 임야가 전전양도되어 소유자에 변경이 있는 경우에도 분묘소유자의 권리에 소장(消長)이 없는 것이 관습이라고 인정하는 것이 상당하다.”

증빙자료에 기초한 논증이라기보다는 미리 결론(X, Y)을 내려놓고 그 결론에 부합되려만 이러저러하는 것이 일반의 관습이라는 식의 논증이다.

VI. 잠정적 소감

연구의 초기단계이므로 지금은 잠정적 소감을 제시할 수밖에 없다.

첫째, 관습조사보고서와 민사관습회답회집을 사료로 활용할 때에는 좀 더 세밀한 분석을 하고, 좀 더 많은 사례연구를 하지 않으면 안된다는 점을 지적하고 싶다.

둘째, 필자가 보기에 적어도 분묘기지권 분야의 회답과 판결은 결론을 미리 책정해 놓고 관습을 도구로 논증을 이리저리 조작해 낸 사례로 보인다. 논증의 질은 매우 영성하고 황당하기까지 하다.

셋째, 그럼에도 불구하고 그 회답과 판결례가 현행 대법원판결로 전승되고 학술적/대중적 지지를 얻어내는 이유가 무엇인지 궁금하다.

아마도 결론이 변화된 근대사회에서 대중적 지지를 얻어내기에 유리한 모습을 띠고 있기

때문이 아닐까 한다. 1933년 326호 사안에서 분묘 설치자(원고)는 분묘 기지의 소유권을 주장하지 않고 단지 봉제사 목적의 사용만을 주장하였다. 판결 결과에 대한 조선 민중의 반응을 무시할 수 없었던 조선고등법원이나 중추원의장 회답은 **토지의 상품화를 촉진**하여야 하는 일본 민법의 테두리 안에서(X 부분), **조선 민중의 비난을 최소화**하는 결론(Y부분)이 무엇이였을까를 고심한 후 양자를 절충/결합하는 선에서 이론 조작을 하되 그 근거를 관습법에서 찾아낸 것이라는 의심을 하지 않을 수 없다. 《속편고》 전편에 걸쳐 거의 옛 조선의 실정법(대전회통)과 왕조실록 등 연대기 자료에서 뽑아낸 사례 몇 개를 가지고 조선의 관습을 추정하는 논증을 거듭하고 있다.

조선의 사료(史料)를 정밀하게 분석하면 조선적 관습의 모습을 어느 정도 추출해 낼 수 있다. ‘**通行之例**’, ‘**通行之規**’, ‘**通例**’, ‘**通行規例**’가 그것이다, 조선인들에게 ‘무엇이 관습, 관습법이었는가’라고 묻지 말고 무엇이 조선의 ‘**通行之例**, **通行之規**, **通例**였는가’하고 물었다면 좀 더 유의미한 답이 나오지 않았을까?

조선인들에게도 실정법과 다른 속례(俗例)의 존재가 알려져 있었으며²¹⁾, 그 속례는 지방적 특성이 있어 보다 보편적인 속례가 있을 수 있다고 상상되어 보다 보편적인 속례를 ‘**通行之例**, **通行之規**, **通例**’로 기록하였다. 그러나 조선인들은 ‘**通行之例**, **通行之規**, **通例**’를 조사하여 집대성하려는 발상을 한 적이 없다. 말할 것도 없이 조선인들에게 법원(法源)의 순서를 실정법→관습법→조리로 서열화하고자 하는 발상, 지역적 규범은 사실인 관습, 전국적 관습이 관습법이라는 발상도 존재하지 않았다.

21) 特敎定式 4.3. 本曹稟定 奴婢賣買限 奴婢賣買限[肅宗 7年(1681)] “肅宗七年, 本曹判書南龍翼所啓, “凡奴婢賣買, 過十五日後, 勿爲還退, 載在法典, 至於賣買後逃亡者, 限三年, 令本曹推給, 或還徵價本, **雖是俗例, 不載法典**, 又因故相臣李景奭陳筭 有勿限年歲 竝許還退 故爭訟紛紜, 無所適從, 必須受教, 可以奉行.” 領議政金壽恒曰, “二周年使喚後逃亡, 則勿令本曹推給, 亦勿還徵本價, 似可矣.” 上曰, “從之.”

토론

「대한제국기 민사재판에서 관습의 규범적 역할－ 전통 소송의 성격과 관습법에 관한 논쟁에 부쳐－」, 『법학논고』 52, 경북대 법학연구원, 2015

「한말의 민사분쟁과 식민지 사법관력: 관습에 관한 재판례를 중심으로」, 『법학연구』 52-4, 부산대 법학연구소, 2011.

“당시의 민사판결문을 이용하면 관습조사보고서를 다시 쓸 수 있을까?”

- 두 가지 난관
 - 판결문에 담긴 정보의 양과 질
 - 당시의 민사재판의 성격 (전통적 민사재판의 성격)
- 당시의 민사판결문을 통해 분묘기지권 또는 그와 유사한 관습에 대해 논할 수 있을까? 과연 어디까지 논할 수 있을까?
 - 이 질문은 필연적으로 전통적 민사재판의 성격 및 법원(法源)을 어떻게 이해할 것인가 하는 문제와 연결

1. ‘관습법 개념’ 부재론이 제기하는 문제

- 유럽중세의 관습법
 - 제롬 부르공(Jérôme Bourgon)
 - 서양 중세의 관습법은, ① 지역성(locality), ② 강제력 있는 법규범성, ③ 응집성(cohesiveness)을 가진 일단의 규칙과 원칙(a set of rules and principles)
 - 단순한 관행이 아니라, 직업적 법률가들에 의한 관찰·선별·재가공을 거쳐 생기가 불어넣어진 ‘법적 인공물’

cf. 위 관습법 개념은 ‘ius commune’와 ‘제정법’ 개념과도 관련됨

- 대륙 ius commune <--> local customs. 대관습법>중관습법>소관습법
- 잉글랜드 the common law . 왕국 ‘공통’의 법과 관습
- 일본·대만·한국에서의 관습조사에서 ‘전국적’ 관습을 조사. why? 사업의 목적이 ‘통일적인 법제 정립’, ‘법전편찬 준비’와 관련

○ 관습법 개념 부재론이 제기하는 문제

- 전통적 법과 재판에 대해 ‘관습법 개념’을 무반성적으로 사용하는 것에 대한 문제제기
- 동시에, 민사재판의 성격 및 민사관행의 규범적 기능을 새로운 각도에서 포착·설명할 것을 요구

⇒ 유럽법사적 의미에서의 관습법 개념이 없었더라도, 또한 민사적 관계를 규율하기 위한 규칙의 체계를 구축하지 않았다고 해도, 사회경제생활상 각종 관행이 형성되고 그와 관련된

각종 분쟁이 발생하는 것은 필연적임. 그러한 관행 참가자 사이에 상호관계를 형성하고 손익을 분배하기 위해 일정한 룰이나 이상적 행위패턴이 형성되고 공유될 것임. 관행 참가자는 상대방이 그것을 따르리라는 기대 속에서 거래에 참여하고 그러한 기대를 저버린 자를 비난. 그와 같이 **민간관행 내지 관행참여자들 사이에 공유·기대되는 행위규준들이 전통적 민사재판에서 아무 역할도 하지 못하였을까?**

2. 논의의 정돈

○ 막스 베버, 「법과 경제」, Sitte, Convention, Gewohnheitsrecht

(1) Sitte; customs; plain habit 관습, 습관

어느 공동체에 속한 사람들이 어떤 유형적으로 동일한 행위가 단지 '익숙함'(습관)이나 무반성적인 '모방'에 의하여 행해져 온대로 유지되는 경우. 타인의 요구나 강제도 없고 타성적으로 그 행위가 계속됨.

(2) Convention 관습율

어떤 유형적으로 동일한 행위가 ('강제장치'에 의해 조직화된 '법강제'에 의해서가 아니라) 행위자 주변에 있는 일정 범위의 사람들이 승인이나 비난에 의해 유지되는 경우

cf. 데이비드 흄의 'Convention': 사람들이 자기이익을 추구하는 과정 중에서 서로의 행동을 함께 '조정함으로써' 성립하는 행위의 일치(Agreement)

(3) Gewohnheitsrecht, customary law, 관습법

제정된 것은 아니지만, 법과 마찬가지로 규범위반이 있으면 강제장치(coercive apparatus)에 의해 규범의 준수가 보장되고 있는 단계

○ '관습법 개념' 부재론은 법학의 법원(法源)론에서 말하는 관습법 개념에 관한 것

- 위에서 (3) 단계가 어떤 구조와 양태인가?

- **'전통적 법과 재판에서 관습법이 있었는가?'라는 질문은 기실 '당시에 civil law라는 것이 있었는가?'라는 질문의 일부이기도 함**

○ (법원론적 의미의) 관습법 또는 관습법 개념 부재론과 혼동하지 말아야 할 것

- 규범적 의미를 가지는 관습(율) 또는 관습적 규범의 존재를 부정하는 것이 아님

- 그러한 의미의 관습(율)에서 '법'으로의 이행은 얼마든지 가능 (성문화, 수교 등)

- 재판에서 어떤 관습적 규범을 참고해야 할 경우가 필연적으로 있음

- 지방관은 행정과 재판을 위해 지방습속을 파악해야. 지방의 '례'의 형성 및 정립

○ '理'와 관습적 기준

- 수령은 일상생활 경험이나 인민의 쟁송을 처리하며 다양한 민간관행과 접촉. 사안에 따라 민간관행상의 행위규준을 참고·승인. 이 경우에도 조선의 언어세계에서는 理, 도리, 사리, 경위, 법리 등의 말로 표현될 가능성이 높음

- 각종 민간관행에서 불거진 분쟁들에 접하여 송관이 분쟁의 진정 및 당사자의 교화에 효과적인 해결책을 찾는 과정에서 그 관행 참가자들이 따르는 행위규준-협정된 것일 수도, 단순한 습관에 불과한 것일 수도, 관습률적인 것일 수도, 혹은 개개인의 막연한 법·도덕 인식에 불과한 것일 수도 있음-을 참고해야 하는 상황이 발생하는 것은 필연적

- 그 경우 송관은 그러한 규준을 묵인·승인하거나 자신이 생각하는 이상적 규준 또는 현실적인 해결책을 ‘理’ 등의 말로 표현하며 단안할 것임. 동시에 송관의 단안은 사람들-해당 소송의 당사자, 그 관행에 직간접적으로 연결되어 있는 이해관계자, 지역의 주민과 엘리트층, 또는 상급관헌 등-의 법례 또는 ‘理’의 관념 아래 조명될 것이기에 다시 관습률적 규범의식과 접하게 됨

○ “불문의 규범으로서 情·理와 관습은 서로 분리하기 어렵게 얽혀 있다.”

* 시가 슈조(滋賀秀三), 『続・清代中国の法と裁判』, 創文社, 2009,

- 관습에 관한 지식은 情·理·法이란 세 가지 기준에 의거하는 공평한 판단을 위한 전제조건이고, 관습(불문의 법)이 情理와 구별되는 존재로서 관념되는 일은 없었다.

- 理란 실제로는 중국의 관습, 중국인에 의해 보편적으로 받아들여지고 있던 관습적인 원칙들에 다름 아니다

- 情 개념은 지방적인 관습의 다양성에 적절한 고려를 하라는 요청을 포함한다. 무정형의 기준인 情 자체가 중국적 사고양식에 있어 매우 중요한 요소를 이루고 있었다는 의미에서 이 역시 중국의 관습이라고 부를 수 있다.

- 중국에서 관습은 항상 상식적인 형평감각으로부터 구별되지 않는 비실정적인 모습인 채 있다.

○ 조선시대 재판에서 관습

- 조선시대 청송에서 ‘관습’이 오늘날과 같은 의미에서 법원(法源)으로서 인식되고 적용된 것은 아니었음. 그러나 재판의 장애 민간관행이 현출되고 공명한 단안의 기준을 찾기 위해 관습적 규범들을 참고해야 할 계기는 얼마든지 있었음.

- 조선의 재판의 운영 방식은, 객관적인 준칙의 정립을 통해 민간관행을 규율한다는 목적의식에 입각하지 않았음. 한편으로 민간관행을 방임하면서, 다른 한편으로 개별 분쟁사안에 접하여 악사(惡事)를 징계하고 원통함을 해소하는 차원에서 만족.

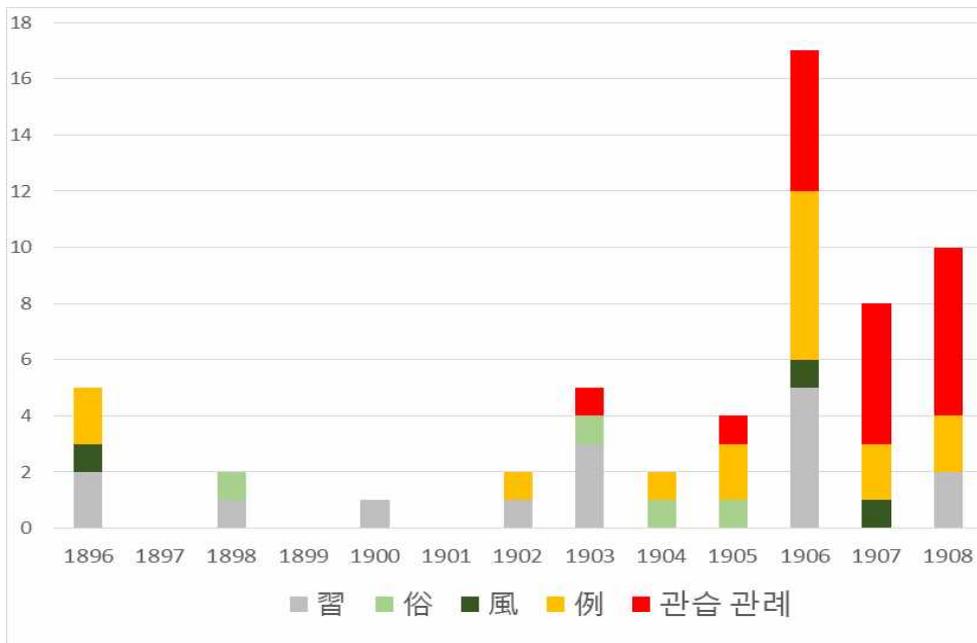
그 안에서 제시되는 판단 기준들은, 송관이 생각하는 法·理에 합치하는 규준, 해당 분쟁과 재판을 바라보는 인민의 평범한 法·理 관념, 그리고 해당 관행에 밀착된 사람들이 따르는 관례 또는 관습률적 규준 사이의 어느 곳엔가 위치하며 모호하고 유동적인 내용과 표현을 가지 수밖에 없음. 그러나 동시에 그것들 사이의 융화와 긴장 속에서, 비록 ‘관습법’의 모습을 아니지만, 그때그때 거래당사자의 행태를 규율하는 것으로 기대되고 필요한 경우 관사의 재판을 통해 확인받을 수 있을 것으로 기대되는 규준들이 형성되고 그에 대한 인식이 그 범위가 넓든 좁든 사람들 사이에 공유되고 있었을 것임

3. 갑오·광무연간의 민사판결문의 분석 결과

<표 1> 관습 관련 용어가 언급된 재판례

연도	판결문의 총수 (한성재 / 고등·평리원)	관습 관련 용어가 나오는 판결문														
		習	俗		風		例			慣習·貫例						
			俗	習俗	風	風規	例	規例	通例	習慣	慣習	貫	商慣	舊慣	관례	
1895	219 / 17															
1896	460 / 20	2			1		2									
1897	312 / 8															
1898	192 / 12	1	1													
1899	414 / 27															
1900	67 / 12	1														
1901	150 / 10															
1902	194 / 6	1						1								
1903	216 / 9	3	1								1					
1904	175 / 15			1						1						
1905	390 / 24		1				1		1	1						
1906	802 / 28	5			1		4	2		1	3				1	
1907	598 / 75					1	2				1	1	1	1	1	
1908	302 / 60	2					2				1	1			1	3
계	4491 / 323	15	3	1	2	1	11	3	2	4	5	1	1	2	5	
		15	4		3		16			18						

- 1) 개인의 비난받을 행태·습성으로서의 習
- 2) 향간의 습속·관행으로서의 俗·習·風
- 3) 관(官)의 선례, 관례와 관련된 例·慣例
- 4) 민상사 거래관행상의 기준과 관련된 例·慣·관습 등



* 例, 通例, 規例, 通規

<표 2> 민상사관행과 관련된 例·관습 등이 언급된 재판례

분야	세부구분	판결문의 수	사용된 표현
상관습 및 어음관습	동상(同商) 관계	1	同商之例(1896)
	어음 관계	6	市上於音通例(1904), 商路之習慣之遺俗(1905), 商路上習慣(1906), 商路上慣習(1906), 例(1906), 商界風規(1908)
	목재임치	2	柴商之遺例(1905), 商貫(1907)
	선박운송	1	船人慣習(1906)
	봉록물의 예매(豫賣)	2*	豫買慣例, 舊慣, 豫買習慣, 商路規例(1908)
일반 민사관습	가옥월세 중개수수료(口文)	1	定例(1907)
	부동산매매(문권, 가계의 책임)	2	賣買慣例(1907, 1908)
	대지사용료	2	例規(1902), 慣例(1908)
	채무정산시 이자의 감액·면제	1	常例(1908)
	남편의 가정 治產權者로서의 책임	1	於慣於法(1907)
기타	상품의 시가 산정	1	市上賣買之例(1906)
	통화표시 방법(타성적 관행)	1	稱元之習慣(1903)
	거간을 통한 대금수수(타성적 관행)	1	流來之慣習(1906)

* 표시한 2건은 동일 사안에 대한 한성재와 평리원을 판결문임.

4. ‘관습’ 관련 용어와 ‘理’의 병치·융화

○ ‘어음의 양도와 왕답(往踏) 혹은 답음(踏音) 관행’을 예로 들면

- 어음발행인 A → B → C → D.

- 어음양수인 D가 어음발행인(A)을 찾아가 ‘해당 어음을 발행하였는지, 만기에 어음금을 지급할 것인지’ 등을 묻고 어음발행인의 의사를 확인하는 것.

踏 = ‘다지다’

- 발행인 A가 지급을 거절하면, D는 자신에게 어음을 양도한 C에게 어음을 물리고 채무이행을 독촉. 다시, C → B → 발행인 A

○ 한성재판소 수반판사 김연식의 보고, 1904. 9. 15.

답음의 법의가 어음발행인이 돈을 지급하지 않겠다고 명언하면 어음을 본처(本處)에게 반환하는 것이 곧 **고금의 통례**(踏音法意가 成音者가 明言其不出하면 還音本處는 乃是古今通例)

○ 한성재 1905. 9. 6. 광무7년 제3호

어음거래에서 답음을 하거나 하지 않는 것은 채권자의 생각에 달려 있다고 하겠지만, 왕답하지 않고도 무사하면 이는 요행스런 일이나 **왕답을 거쳐 어음금을 지급하는 것은 실로 정직한 일**이니, **요행과 정직**이 단지 경중의 차이만 있는 것이 아닐 뿐더러 **경위상 시비**가 저절로 명백하다(於音上或踏或不踏은 惟在於債主之思量이는 不踏而無事는 乃是僥幸之事也오 往踏而給錢은 實係正直之事則僥幸正直이 非徒輕重之攸在라, 逕渭上是非가 自爾分析)

○ 한성재 1906.2.13. 광무10년 제30호 판결

누구의 어음을 막론하고 어음주에게 왕답하여 수락을 받은 후에 돈을 추심하는 것이 **상로상의 관습(商路上習慣)**이요, 만약 사단이 있어서 어음주가 답송하지 않으면 본처에 환귀(還歸)하는 것 역시 **어음거래의 경계(行音之經界)**이거늘

○ 한성재 1906.4.27.광10제29호

왕답했다 해도 피고(어음발행인)가 돈을 갚지 않으면 본처에 퇴음하는 것이 **상로상 관습(商路上慣習)**이거늘 그 직접한 소외 A를 버리고 피고에게 **늑토(勒討)함은 이치상 부당(於理不當)하다.**

○ 평리원 1908.7.31.용2제□호

갑의 어음을 을이 병에게 전하고 병이 해당 어음금을 갑에게 추심하려고 하는데, 갑이 이유가 있어서 어음금을 갚아줄 수 없으니 해당 어음을 을에게 환퇴(還退)하라고 말하면, 병이 당해 어음을 을에게 환퇴하는 것이 **상계의 상규(商界之規)**라고 하는바.

○ 평리원 1908.4.2.용2제58호

피고는 **어음경위(於音經緯)**가 후장(後章)을 날급(捺給)해야 비로소 효력이 있다고 주장하고, 원고는 신실한 거래처(信實處)에 대해서는 당초 후장을 하는 일이 없다고 주장하는 바, 상업회의소의 증명에 따르면 어음을 제3자가 답험(踏驗)할 때에 증명표시로서 발행인이 후장을 날급함은 **종로상계의 풍규(風規)**가 없다고 했으니, 피고는 어음금을 변상해야 한다.

cf. 같은 취지이나 理, 例, 또는 慣習 등을 언급하지 않은 판결례도 있음. (이른 시기)

ex) 한성재 1897.12.14.제1088호: 왕답 시 於音主가 지급을 거절하면 당해 어음을 所來處에 還傳하고 자신 준 금전을 반환받음이 가하거늘 어음주를 상대로 제소한 것은 부당

한성재 1898.10.29. 제384호: 발행인에 ‘답험’할 때에 돈을 내주지 않겠다는 말을 듣고 곧 바로 발행인을 상대로 제소함은 부당하다

<참고 1>

- 청구상인 甲이 거래처인 상인 乙에게서 외상대금 변제조로 丙 발행 어음(지급일은 양수일과 같음)을 양수하였는데, 3일 동안 丙에게 왕답하지 않았음. 그 사이에 丙이 도산[出板]하여 도주. 甲은 乙에게 어음을 반환하고 외상대금을 추심하려고 한 사안.
- 평리원 1905.9.26. 제68호 판결: 어음을 양수한 당일 즉시 丙에게 왕답하여 추심해야 했음에도 왕답을 미루다가 丙이 도산한 후 비로소 乙에게 어음을 물리는 것[退音]하는 것은 “상로상 경위”(商路上經緯)가 아니며 “시민(市民)을 소집하여 공의(公議)에 자순(諮詢)한 바 중구(衆口)가 일치하여” 甲이 옳고 乙이 그르다고 한다.

<참고 2> 오거섭·김흥식 대 조병택 민사소송에서 ‘답음’에 대한 판결

○ 평리원 1908. 7. 31 판결. 왕답은 상계의 상규

甲의 어음을 乙이 丙에게 양도하고 丙이 당해 어음금을 甲에게 추심하려고 하는데 甲이 이 유가 있어 어음금을 지급할 수 없으니 당해 어음을 乙에게 반환하라고 말하면, 丙이 당해 어음을 乙에게 반환하는 것이 **商界의 常規**

○ 경성지방법판소 1909. 3. 30. 왕답 필요설

- 어음이 전전하는 경우 어음양수인이 발행인에게 그 권리를 주장할 수 있으려면 양수인이 발행인에 대해 왕답을 한 사실이 있어야 한다. 만약 발행인이 지불을 거절한 경우에는 양수인은 발행인에 대해 아무 권리가 없다고 하는 것은 **어음의 양도에서 일반적으로 행해지는 특종의 관습**이다

○ 경성공소원 1909. 6. 23. 왕답 불요설

유통금지의 특약이 없는 어음은 수취인이 임의로 이를 타인에게 양도할 수 있고, **양수인은 왕답을 거칠 필요가 없으며, 그 전전 양도는 단지 양도인 및 양수인의 합의와 어음의 영수로서 족하므로, 이 절차를 행한 이상은 양수인은 누구에게나 어음상의 권리로서 대항할 수 있는 것이 관습**이다.

○ 대심원 1909. 9. 9.: 왕답 불요설

○ 『관습조사보고서』

- 어음의 양도는 채권자 성명의 기재 여부를 불문하고 어음의 교부로서 그 효력이 발생하며 배서하는 관습은 없다. 그리고 양도에는 **채무자의 승낙**이 필요 없지만, **양수인은 이를 일단 채무자에게 제시하고 채무자가 작성.교부한 것인지 아닌지와 기한에 이르러서 지급할 것인지 아닌지를 확인하는 것이 통례**이다(이를 踏音이라 하며 드물지만 채무자에게 어음의 여백이나 이면에 날인시키기도 한다). 만약 채무자가 그 성립을 부인하거나 지급을 거절하면 양수인은 이를 양도인에게 반환하고 그 양수를 취소할 수 있다.

- 기한이 되어 어음의 소지인이 지급을 청구하는 경우에는 어음을 채무자에게 제시하고 이와 상환하여 지급을 받는다. 이 경우에 **채무자는 답음절차를 거치지 않은 것을 이유로 지급을 거절할 수 없다.**

5. 관습법 개념은 없었으나 관습법이 있는 것처럼 움직이는 세계?

○ ‘관습’과 ‘理’의 병치·융화의 사고방식

- ‘관행적 사실’과 ‘규범적 확신’(리, 경위, 경계, 規 등)이라는 두 요소가 결합
- 이 점에서는 오늘날 법학에서 말하는 ‘관습법’의 의미와 완전히 동떨어지지 않음(장기간의 관행 + 법적 확인). 그러나 본질적 차이가 있음.

- 조선의 청송세계에서는, 관행상의 규준이 재판관현에 의하여 理에 부합하는 행위규준으로 인정되고 때로는 그것이 ‘동종의 사례에서 거듭 확인될 수 있었다’ 하더라도, 어디까지나 개별 개별의 사안에 적용되는 일회적 규준에 그칠 수밖에 없음, 바꿔 말하면 조선의 청송세계에서는 구속력 있는 선례로서의 ‘법’(관습법, customary law)을 만들어내지는 않았음.

- 그러나 관습적 규준이 가진 유형성(類型性)과 理가 가지는 범형성(範型性)이 결합하여 동종 사안에 대한 판결이 일정한 규칙성을 띌 수 있게 됨.

- 관습법 개념도 없고 또 실정 관습법의 체계를 정립해나가는 재판실무와 법학도 없었지만, 관습적 규준의 실효성 내지 타당성(validity)이 마치 법강제장치에 의해 보장되고 있는 ‘듯한’ 세계가 펼쳐지고 있었던 것

- 구한말 민사판결문을 이용하여 ‘관습(법)’이란 것을 석출하려 할 때 이상의 논의에 유의하여 신중하게 접근해야 함.

- 『관습조사보고서』, 기타 관습조사기록은, 일본인 법제·사법 관료들이 위와 같은 전통적 민사질서의 단면을 ‘근대법’(서양근대법)의 프레임으로 포착하고 그들의 법지식, 법감각, 정책적 판단 등에 입각하여 때로는 몰이해, 무시, 개찬까지 감행하며 만들어진, 따라서 신중에 신중을 거듭하여 읽어야 할 기록임

【판시사항】

- [1] 관습법의 의의와 효력 및 '사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범'이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위한 요건
- [2] 관습법으로 승인되었던 '사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범'이 그 법적 규범으로서의 효력을 상실하게 되는 경우
- [3] 종종 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법의 효력
- [4] 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 종종 구성원이 되는지 여부(적극) 및 그 근거
- [5] 종종 구성원의 자격에 관한 대법원의 변경된 견해가 이 사건 판결 선고 이전의 종종 구성원의 자격과 이와 관련된 법률관계에 대하여 소급적용되는지 여부(소극)
- [6] 종원 지위의 확인을 구하는 이 사건 청구에 한하여 종종 구성원의 자격에 관한 대법원의 변경된 견해가 소급적용되는 근거

【판결요지】

- [1] **관습법이란** 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(법원)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아

니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.

[2] 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.

[3] [다수의견] 종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의

관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.

[별개의견] 남계혈족 중심의 사고가 재음미·재평가되어야 한다는 점에 대하여는 수긍한다 하더라도 종중의 시조 또는 중시조가 남자임을 고려할 때, 종중에 있어서의 남녀평등의 관철의 범위와 한계에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요하고, 특히 종중은 다른 나라에서 유래를 찾아보기 어려운 우리나라에 독특한 전통의 산물이므로, 헌법 제9조에 비추어 우리의 전통문화가 현대의 법질서와 조화되면서 계승·발전되도록 노력하여야 할 것인바, 고유한 의미의 종중에 있어서 종원의 가장 주요한 임무는 공동선조에 대한 제사를 계속 실천하는 일이고, 따라서 종원은 기제·묘제의 제수, 제기 구입, 묘산·선영 수호, 제각 수리 등을 비롯한 제사에 소요되는 물자를 조달·부담하는 것이 주된 임무였으며, 종원의 이러한 부담행위는 법률적으로 강제되는 것이 아니고 도덕적·윤리적 의무에 불과하여, 그들의 권리가 실질적으로 침해되는 바가 없었으므로 법률이 간섭하지 않더라도 무방하다고 보기 때문에 종래의 관습법상 성년 남자는 그 의사와 관계 없이 종중 구성원이 된다고 하는 부분은 현재로서는 문제될 것이 없고, 결국 관습법과 전통의 힘에 의하여 종래의 종중관습법 중 아직까지는 용인되는 부분이 있을 수 있다는 것을 이유로, 그러한 바탕 없이 새롭게 창설되는 법률관계에 대하여서까지 다수의견이 남녀평등의 원칙을 문자 그대로 관철하려는 것은 너무 기계적이어서 찬성할 수 없다.

[4] [다수의견] 종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족 집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다.

[별개의견] 일반적으로 어떤 사적 자치단체의 구성원의 자격을 인정함에 있어서 구성원으로 포괄되는 자의 신념이나 의사에 관

계없이 인위적·강제적으로 누구든지 구성원으로 편입되어야 한다는 조리는 존재할 수 없으며 존재하여서도 안 되는데, 주지하는 바와 같이 결사의 자유는 자연인과 법인 등에 대한 개인적 자유권이며, 동시에 결사의 성립과 존속에 대한 결사제도의 보장을 뜻하는 것이고, 그 구체적 내용으로서는 조직강제나 강제적·자동적 가입의 금지, 즉 가입과 탈퇴의 자유가 보장되는 것을 말하며, 특히 종중에서와 같이 개인의 양심의 자유·종교의 자유가 보장되어야 할 사법적(사법적) 결사에 있어서는 더욱 그러하다는 점 등에서 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 조리에 따라 당연히 그 구성원이 된다고 보는 다수의견의 견해에는 반대하고, 성년 여자가 종중에의 가입의사를 표명한 경우 그 성년 여자가 당해 종중 시조의 후손이 아니라는 등 그 가입을 거부할 정당하고 합리적인 이유가 없는 이상 가입의사를 표명함으로써 종중 구성원이 된다고 보아야 한다.

[다수의견에 대한 보충의견] 별개의견이 본인의 의사와 관계없이 종중 구성원이 되는 점에 대하여 결사의 자유와 양심의 자유 등을 들어서 부당하다고 비판하는 것은 종중의 본질과 종중이 통상적인 사단법인 또는 비법인사단과 구별되는 특성을 고려하지 않은 것일 뿐만 아니라, 본인의 의사와 관계없이 종중 구성원이 되는 점이 왜 성년 남자에게는 문제될 것이 없고 성년 여성에게만 문제가 되는지 납득하기 어렵고, 성별에 의하여 종원 자격을 달리 취급하는 것은 정당성과 합리성이 없다.

[5] 종중 구성원의 자격에 관한 대법원의 견해의 변경은 관습상의 제도로서 대법원판례에 의하여 법률관계가 규율되어 왔던 종중제도의 근간을 바꾸는 것인바, 대법원이 이 판결에서 종중 구성원의 자격에 관하여 '공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다.'고 견해를 변경하는 것은 그동안 종중 구성원에 대한 우리 사회일반

의 인식 변화와 아울러 전체 법질서의 변화로 인하여 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하는 종래의 관습법이 더 이상 우리 법질서가 지향하는 남녀평등의 이념에 부합하지 않게 됨으로써 그 법적 효력을 부정하게 된 데에 따른 것일 뿐만 아니라, 위와 같이 변경된 견해를 소급하여 적용한다면, 최근에 이르기까지 수십 년 동안 유지되어 왔던 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력을 일시에 좌우하게 되고, 이는 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰보호를 내용으로 하는 법치주의의 원리에도 반하게 되는 것이므로, 위와 같이 변경된 대법원의 견해는 이 판결 선고 이후의 종중 구성원의 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 함이 상당하다.

[6] 대법원이 '공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다.'고 종중 구성원의 자격에 관한 종래의 견해를 변경하는 것은 결국 종래 관습법의 효력을 배제하여 당해 사건을 재판하도록 하려는 데에 그 취지가 있고, 원고들이 자신들의 권리를 구제받기 위하여 종래 관습법의 효력을 다투면서 자신들이 피고 종회의 회원(종원) 자격이 있음을 주장하고 있는 이 사건에 대하여도 위와 같이 변경된 견해가 적용되지 않는다면, 이는 구체적인 사건에 있어서 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 사법작용의 본질에 어긋날 뿐만 아니라 현저히 정의에 반하게 되므로, 원고들이 피고 종회의 회원(종원) 지위의 확인을 구하는 이 사건 청구에 한하여는 위와 같이 변경된 견해가 소급하여 적용되어야 할 것이다.

【참조조문】

[1] 민법 제1조, 제106조/ [2] 민법 제1조, 제106조/ [3] 민법 제1조, 제31조, 헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항/ [4] 민법 제1조, 제31조, 제105조, 헌법 제19조, 제20조, 제21조 제1항/

[5] 민법 제1조, 제31조/ [6] 민법 제1조, 제31조

【참조판례】

[1] 대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결(공1983, 1072),
대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(공
2003하, 1785)

【전 문】

【원고,상고인】

원고 1 외 4인 (소송대리인 세계종합 법무법인 담당변호사 황덕남 외 4인)

【피고,피상고인】

용인 이씨 사맹공파 종회 (소송대리인 변호사 이진강 외 1인)

【원심판결】

서울고법 2001. 12. 11. 선고 2001나19594 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 원심판결의 요지

원심은, 피고는 용인 이씨 시조 길권의 18세손 말손을 중시조로 하는 종중이고, 원고들은 말손의 후손인 여성들로서 용인 이씨 33세손이며, 피고의 종중규약 제3조에 "본회는 용인 이씨 사맹공(휘 말자 손자)의 후손으로서 성년이 되면 회원자격을 가진다."고 규정되어 있는 사실을 인정한 다음, 위 규약에서 회원 자격을 남자로 제한하고 있지 않으므로 원고들도 피고 종회의 회원(종원) 자격을 갖는다는 원고들의 주장에 대하여, 종래 관습상 종중은 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 공동선조의 후손 중 성년인 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단으로서 혈족이 아닌 자나 여성은 종중의 구성원이 될 수 없고, 종중의 구성원이 될 수 없는 자에게 종원의 자격을 부여하는 종회의 결의에 따라 제정된 회칙은 종중의 본질에 반하여 부적법하다는 법리에 비추어 볼 때, 비록

피고의 종중규약이 회원의 자격을 명시적으로 남자로 제한하고 있지는 않다고 하더라도 이로 인하여 여성도 피고 종회의 회원 자격을 갖는다고 할 수는 없다고 하여 이를 배척하고, 나아가 피고가 관습상의 종중과 다른 종중 유사단체에 해당한다는 원고들의 주장에 대하여도, 피고의 종중회의에 여성들이 참석한 적이 없었던 점과 종중은 성년의 남자를 구성원으로 하여 자연적으로 성립된다는 점에 비추어 볼 때, 피고가 종중규약을 통하여 피고 종중을 관습상의 종중과는 다른 종중 유사의 사단으로 변경하려는 의사가 있었다고 인정할 수 없다고 하여 이를 배척하였다.

2. 대법원의 판단

가. 종중에 대한 종래의 대법원판례

종래 대법원은 관습상의 단체인 종중을 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 하여 공동선조의 후손 중 성년 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단이라고 정의하면서, 종중은 공동선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립되는 것으로서 종중의 성립을 위하여 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니므로, 반드시 특별하게 사용하는 명칭이나 서면화된 종중규약이 있어야 하거나 종중의 대표자가 선임되어 있는 등 조직을 갖추어야 하는 것은 아니라고 하였고, 종원은 자신의 의사와 관계없이 당연히 종중의 구성원이 되는 것이어서 종원 중 일부를 종원으로 취급하지 않거나 일부 종원에 대하여 종원의 자격을 영원히 박탈하는 내용으로 규약을 개정하는 것은 종중의 본질에 반하는 것으로 보았으며, 혈족이 아닌 자나 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다고 하였다.

나. 관습법의 요건

관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(법원)으로서 법령

에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며(대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결 참조), 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결 참조).

따라서 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.

다. 종중 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래 관습법의 효력

(1) 종중에 대한 사회일반의 인식 변화

종중은 조상숭배의 관념을 바탕으로 제사를 일족일가(일족일가)의 최중요사(최중요사)로 하는 종법사상(종법사상)에 기초한 제도로서, 조상에 대한 제사를 계속 실천하면서 남계혈족(남계혈족) 중심의 가(가)의 유지와 계승을 위하여 종원들 상호간에 긴밀한 생활공동체를 달성하는 것을 주된 목적으로 성립되었으며, 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하는 종래의 관행은 이러한 종법사상에 기초한 가부장적, 대가족 중심의 가족제도와 자급자족을 원칙으로 한 농경중심의 사회를 그 토대로 하고 있었다.

그런데 우리 사회는 1970년대 이래의 급속한 경제성장에 따른 산업화·도시화의 과정에서 교통과 통신이 비약적으로 발달하고 인구가 전국적으로 이동하면서 도시에 집중되며 개인주의가 발달하는 한편 대중교육과 여성의 사회활동참여가 대폭 증대되고 남녀평등의식이 더욱 넓게 확산되는 등 사회 환경이 전반적으로 변화하였고, 이에 따라 가족생활과 제사문화 등에 있어서도 커다란 변화가 있게 되었다.

가족생활에서는 부모와 미혼의 자녀를 구성원으로 하는 핵가족의 생활공동체를 바탕으로 출산율의 감소와 남아선호(남아선호) 내지 가계계승(가계계승) 관념의 쇠퇴에 따라 딸만을 자녀로 둔 가족의 비율이 증가하게 되었고, 부모에 대한 부양에 있어서도 아들과 딸의 역할에 차이가 없게 되었으며, 핵가족의 확산 등에 따라 과거의 엄격한 제사방식에도 변화가 생겨 여성이 제사에 참여하는 것이 더 이상 특이한 일로 인식되지 않게 되었다.

그리고 국토의 효율적인 이용을 위한 국토이용계획의 수립과 묘지제도의 변화로 화장(화장)이 확산됨에 따라 조상의 분묘수호를 주된 목적의 하나로 하는 종중의 존립기반이 동요될 수 있는 요인이 생겼고, 개인주의의 발달과 함께 조상숭배관념이 약화됨으로써 종중에 대하여 무관심한 현상이 일부 나타나고 있기도 하며, 다른 한편으로는 교통·통신의 발달, 경제적 생활여건의 개선과 더불어 자아실현 및 자기존재확인 욕구의 증대 등으로 종중에 대한 관심이 고조되는 현상도 일부 나타나고 있다.

이러한 변화된 사회현실은 종중의 구성원에 대한 국민의 인식에도 적지 않은 변화를 가져오게 되었는바, 종중이 종원의 범위를 명백히 하기 위하여 일족의 시조를 정점으로 그 자손 전체의 혈통, 배우자, 관력 등을 기재하여 반포하는 족보의 편찬에 있어서 과거에는 아들만을 기재하는 경우가 보통이었으나 오늘날에는 딸을 아들과 함께 기재하는 것이 일반화되어 가고 있고, 전통적인 유교사상에 입각한 가부장적 남계혈족 중심의 종중 운영

과는 달리 성년 여성에게도 종원의 지위를 부여하는 종중이 상당수 등장하게 되었으며, 나아가 종원인 여성이 종중의 임원으로 활동하고 있는 종중들도 출현하게 되었다.

결국, 위와 같은 사회 환경과 인식의 변화로 인하여 종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래의 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 그것이 현재 소멸되었다고 단정할 수는 없으나 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 이러한 현상은 시일의 경과에 따라 더욱 심화될 것으로 보인다.

(2) 우리 사회 법질서의 변화

우리 헌법은 1948. 7. 17. 제정 시에 모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 선언하였으나, 가족생활관계를 규율하는 가족법 분야에서는 헌법에서 선언한 남녀평등의 원칙이 바로 반영되지는 못하였다.

그 후 1980. 10. 27. 전문 개정된 헌법에서는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 규정이 신설되었는데, 이는 유교사상에 의하여 지배되던 우리의 전통적 가족제도가 인간의 존엄과 남녀평등에 기초한 것이라고 보기 어렵기 때문에 헌법이 추구하는 이념에 맞는 가족관계로 성립되고 유지되어야 한다는 헌법적 의지의 표현이라고 할 것이다.

한편, 1985. 1. 26.부터 국내법과 같은 효력을 가지게 된 유엔의 여성차별철폐협약(CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN)은 '여성에 대한 차별'이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부와 관계없이 여성이 남녀동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 것을 목적으로 하는

성별에 근거한 모든 구별, 제외 또는 제한을 의미한다고 규정하면서, 위 협약의 체약국에 대하여 여성에 대한 차별을 초래하는 법률, 규칙, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것과 남성과 여성의 역할에 관한 고정관념에 근거한 편견과 관습 기타 모든 관행의 철폐를 실현하기 위하여 적절한 조치를 취할 의무를 부과하였다. 그리고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되어 1991. 1. 1.부터 시행된 민법은 가족생활에서의 남녀평등의 원칙을 특히 강조하고 있는 헌법정신을 반영하여 친족의 범위에 있어서 부계혈족과 모계혈족 및 부족인척(부족인척)과 처족인척(처족인척) 사이의 차별을 두지 아니하고, 호주상속제를 폐지하는 대신 호주승계제도를 신설하면서 실질적으로 가족인 직계비속 여자가 호주승계인이 되어 조상에 대한 제사를 주재(주재)할 수 있도록 하였으며, 재산상속분에 있어서도 남녀의 차별을 철폐하였다.

또한, 1995. 12. 30. 법률 제5136호로 제정되어 1996. 7. 1.부터 시행된 여성발전기본법은 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 남녀평등을 촉진하고 여성의 발전을 도모함을 목적으로 하여, 모든 국민은 남녀평등의 촉진과 여성의 발전의 중요성을 인식하고 그 실현을 위하여 노력하여야 하고, 국가 및 지방자치단체는 남녀평등의 촉진, 여성의 사회참여확대 및 복지증진을 위하여 필요한 법적·제도적 장치를 마련하고 이에 필요한 재원을 조달할 책무를 지며, 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 여성의 참여를 촉진함으로써 실질적인 남녀평등의 실현을 위한 적극적인 조치를 취할 수 있도록 규정하였다.

나아가 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 개정된 민법은, 호주를 중심으로 가(가)를 구성하고 직계비속의 남자를 통하여 이를 승계시키는 호주제도가 남녀평등의 헌법이념과 시대적 변화에 따른 다양한 가족형태에 부합하지 않는다는 이유에서 호주에 관한

규정과 호주제도를 전제로 한 입적·복적·일가창립·분가 등에 관한 규정을 삭제하고, 자녀의 성(성)과 본(본)은 부(부)의 성과 본을 따르는 것을 원칙으로 하되 혼인신고 시 부모의 협의에 의하여 모(모)의 성과 본을 따를 수도 있도록 규정하기에 이르렀다.

(3) 종중 구성원에 관한 종래 관습법의 효력

앞에서 본 바와 같이 종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원칙적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다. 따라서 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 할 것이다.

라. 종중 구성원의 자격

민법 제1조는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에

의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다고 규정하고 있는바, 성문법이 아닌 관습법에 의하여 규율되어 왔던 종중에 있어서 그 구성원에 관한 종래 관습은 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었으므로, 종중 구성원의 자격은 민법 제1조가 정한 바에 따라 조리에 의하여 보충될 수밖에 없다.

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 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다고 할 것이다.

마. 새로운 판례의 적용 시점과 이 사건에의 소급적용
이와 같은 종중 구성원의 자격에 관한 대법원의 견해의 변경은 관습상의 제도로서 대법원판례에 의하여 법률관계가 규율되어 왔던 종중제도의 근간을 바꾸는 것인바, 대법원이 이 판결에서 종중 구성원의 자격에 관하여 위와 같이 견해를 변경하는 것은 그동안 종중 구성원에 대한 우리 사회일반의 인식 변화와 아울러 전체 법질서의 변화로 인하여 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하는 종래의 관습법이 더 이상 우리 법질서가 지향하는 남녀평등의 이념에 부합하지 않게 됨으로써 그 법적 효력을 부정하게 된 데에 따른 것일 뿐만 아니라, 위와 같이 변경된 견해를 소급하여 적용한다면, 최근에 이르기까지 수십 년 동안 유지되어 왔던 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력을 일시에 좌우하게 되고, 이는 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰보호를 내용으로 하는 법치주의의 원리에도 반하게 되는 것이므로, 위와 같이 변경된 대법원의 견해는 이 판결 선고 이후의 종중 구성원의 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 함이 상당하다.

다만, 대법원이 위와 같이 종중 구성원의 자격에 관한 종래의

견해를 변경하는 것은 결국 종래 관습법의 효력을 배제하여 당해 사건을 재판하도록 하려는 데에 그 취지가 있고, 원고들이 자신들의 권리를 구제받기 위하여 종래 관습법의 효력을 다투면서 자신들이 피고 종회의 회원(종원) 자격이 있음을 주장하고 있는 이 사건에 대하여도 위와 같이 변경된 견해가 적용되지 않는다면, 이는 구체적인 사건에 있어서 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 사법작용의 본질에 어긋날 뿐만 아니라 현저히 정의에 반하게 되므로, 원고들이 피고 종회의 회원(종원) 지위의 확인을 구하는 이 사건 청구에 한하여는 위와 같이 변경된 견해가 소급하여 적용되어야 할 것이다.

따라서 종종 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 관습에 법적 규범인 관습법으로서의 효력을 인정하고 이를 적용하여 성년 여성인 원고들에게 피고 종회의 회원 자격을 인정하지 아니한 원심의 판단에는 관습법의 효력에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

3. 결 론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결하는바, 이 판결에는 대법원장 최종영, 대법관 유지담, 대법관 배기원, 대법관 이규홍, 대법관 박재윤, 대법관 김용담의 별개의견이 있는 외에는 관여 대법관들의 의견이 일치되었고, 대법관 고현철의 다수의견에 대한 보충의견이 있다.

4. 대법원장 최종영, 대법관 유지담, 대법관 배기원, 대법관 이규홍, 대법관 박재윤, 대법관 김용담의 별개의견은 다음과 같다.

가. 시대의 변화와 우리 사회의 법질서의 변천 등에 따라 종종에 관한 종래의 관습법에 일부 변화가 있어야 할 것이라는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이한다.

그러나 다수의견이 실시한 바와 같은 이유로 종래의 종종 구성

에 관한 관습법의 효력을 통틀어 부정한 다음, 공동선조와 성과
본을 같이 하는 후손은 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고
보는 것이 조리에 합당하다는 견해에는 찬성할 수 없다.

나. (1) 종래 종중에 관한 관습법으로 대법원이 승인한 것은 '고유한 의미의 종중이란 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족단체'라는 것이고, 이러한 고유한 의미의 종중은 남계혈족 중심의 사고를 전제로 한 것임은 분명하다.

남계혈족 중심의 사고가 재음미·재평가되어야 한다는 점에 대하여는 수긍한다 하더라도 종중의 시조 또는 중시조가 남자임을 고려할 때(여자를 시조 또는 중시조로 하는 종중도 가능하나, 이는 관습법의 범위 밖의 문제이다.), 종중에 있어서의 남녀평등의 관철의 범위와 한계에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요할 것이다.

또한 종중은 다른 나라에서 유래를 찾아보기 어려운 우리나라에 독특한 제도이며, 우리 전통의 산물이다. 그런데 우리 헌법상 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 할 헌법적 의무를 지고 있다(헌법 제9조). 그러므로 종중에 관한 종래의 관습법을 평가함에 있어서도 우리의 전통문화가 현대의 법질서와 조화되면서 계승·발전되도록 노력하여야 할 것이다.

(2) 다수의견은 종래의 관습법이 우리의 '전체' 법질서에 부합하지 않게 되었다고 말하면서도 실제에 있어서는 종중의 구성원에 관하여 오직 남녀평등의 원칙 그 하나만을 유일한 기준으로 종중관습법을 평가하고 있다.

그러나 종중은 그 주된 기능상 제사공동체·친목공동체이며, 본질적으로 사적 자치단체이다. 그리고 이러한 사적 자치단체의 구성에 관하여 그것이 합헌적·합법적인지 여부 등을 '전체 법질서'에 비추어 판단함에 있어서 고려하여야 할 요소로는 남녀평등의 원칙만이 있는 것이 아니며, 오히려 헌법 제21조 제1항의

결사의 자유와의 관계가 먼저 검토되어야 할 것이다.

또한, 종중의 주된 목적 중의 하나인 제사와 관련하여서는, 봉제사(봉제사)는 인륜의 기본이며 계승되어야 할 미풍양속이라는 견해에서부터 소극적으로 침묵하거나 종교적 신념 또는 양심에 기초하여 이를 미신으로 보아 극단적으로 반대하는 태도에 이르기까지 다양한 입장을 취할 수 있으며, 이러한 개인의 자유는 보장되어야 하는 것이므로, 양심의 자유(헌법 제19조), 종교의 자유(헌법 제20조)와의 관계도 신중히 고려되지 않으면 안 된다.

(3) 이러한 기본인식에 비추어 볼 때, 다수의견이 '공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다.'고 하는 결론에 대하여는 의문을 제기하지 않을 수 없다.

일반적으로 어떤 사적 자치단체의 구성원의 자격을 인정함에 있어서 구성원으로 포괄되는 자의 신념이나 의사에 관계없이 인위적·강제적으로 누구든지 구성원으로 편입되어야 한다는 조리는 존재할 수 없으며 존재하여서도 안 된다.

주지하는 바와 같이 결사의 자유는 자연인과 법인 등에 대한 개인적 자유권이며, 동시에 결사의 성립과 존속에 대한 결사제도의 보장을 뜻하는 것이다. 그리고 그 구체적 내용으로서는 조직 강제나 강제적·자동적 가입의 금지, 즉 가입과 탈퇴의 자유가 보장되는 것을 말하며, 특히 종중에서와 같이 개인의 양심의 자유·종교의 자유가 보장되어야 할 사법적(사법적) 결사에 있어서는 더욱 그러한 것이다.

(4) 그럼에도 불구하고, 다수의견이 위와 같은 결론을 도출한 것은 종래의 종중관습법상 종중은 '자연발생적' 단체라는 것과 성년 남자는 그 의사와 관계없이 당연히 종중 구성원이 된다는 것과의 균형 때문인 것으로 짐작된다.

그러나 대법원판례가 종중이 자연발생적이라고 한 것은 조상승

배를 일족일가의 가장 중요한 일 중의 하나로 여기는 남계혈족 중심의 종법 아래 특별한 소집권자나 소집절차 없이 그야말로 자연스럽게 모여 제사를 지내고 친목을 도모하던 현상(현상)을 있는 그대로 표현한 것이지, 종중은 자연발생적이어야 한다는 규범을 설정한 것이 전혀 아니다. 그러므로 종중이 자연발생적 단체이기 때문에 성년여자도 그 의사와 관계없이 모두 종중 구성원이 되어야 한다는 논리구성을 취하는 것이라면, 이는 사실과 규범을 혼동한 것이라고 생각된다.

그리고 종래의 관습법상 성년남자는 그 의사와 관계없이 종중 구성원이 된다고 대법원이 파악하여 왔음은 주지하는 바와 같고, 이 부분에 관한 한 현재로서는 문제될 것이 없다는 것이 우리의 견해이다. 그러나 그와 같이 보는 것은 고유한 의미의 종중에 있어서 종원의 가장 주요한 임무는 공동선조에 대한 제사를 계속 실천하는 일이고, 따라서 종원은 기제·묘제의 제수, 제기 구입, 묘산·선영 수호, 제각 수리 등을 비롯한 제사에 소요되는 물자를 조달·부담하는 것이 주된 임무였으며, 종원의 이러한 부담행위는 법률적으로 강제되는 것이 아니고 도덕적·윤리적 의무에 불과하여, 그들의 권리가 실질적으로 침해되는 바가 없었으므로 법률이 간섭하지 않더라도 무방하다고 보기 때문일 뿐이다.

그러므로 관습법과 전통의 힘에 의하여 종래의 종중관습법 중 아직까지는 용인되는 부분이 있을 수 있다는 것을 이유로, 그러한 바탕 없이 새롭게 창설되는 법률관계에 대하여서까지 다수의 견이 남녀평등의 원칙을 문자 그대로 관철하려는 것은 너무 기계적이라고 할 것이다.

(5) 이와 같이 볼 때 종래의 종중 구성에 관한 관습법 중 문제가 되는 부분은 종래의 관습법을 해석함에 있어 종중에 가입하려는 의사를 표명한 성년여자가 여자라는 이유만으로 종중 구성원에서 배제된 부분에 한정된다고 본다. 왜냐하면, 공동선조의

후손들이 가지는 분묘수호와 제사 및 종중원 상호간의 친목 등을 통한 명예와 인격권의 발현 또는 종중재산에 대한 이용·관리·처분에 관한 재산상의 권리 등은 그 성질상 종중을 통해서만 실현될 수 있는 것이며, 특히 여성들의 권리의식 및 자기존재 확인의 욕구 등이 높아짐에 따라 성년여자들의 종중 참여욕구가 점증하고 있는 현상도 일부 나타나고 있는데, 그럼에도 불구하고 여자라는 이유만으로 그 참여를 배제하는 것은 우리 헌법과 현행의 법질서상 허용될 수 없기 때문이다.

그리고 우리는 위와 같은 문제는 현행 법질서 안에서 충분히 해결될 수 있다고 생각한다. 즉, 우리 민법 제103조는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다고 규정하고 있는데, 그 당연한 이치로서 사적 자치의 적용을 받는 단체라 하더라도 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로 타인에게 손해를 끼쳐서는 안 되는 것이므로, 이러한 법리에 비추어 보면, 어떤 단체가 그 단체에 대하여 중대하거나 본질적인 이해관계를 가지는 개인이 가입을 원하는 경우 합리적이고 정당한 이유 없이 가입을 거부함으로써 그 개인을 차별적으로 대우하거나 부당한 불이익을 주어서는 안 되는 것이다.

따라서 그 단체의 정관이 별도의 가입요건을 규정하여 제한하고 있더라도 그 요건은 더 이상 무제한적으로 정당화될 수 없고, 그 제한규정에 정당성과 합리성이 없는 한 가입을 허용하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 할 것이며, 위와 같은 법리를 이 사건에 적용하면 종중 구성에 관하여 전통적으로 확인하여 온 관습법을 송두리째 허물지 않더라도 전체 법질서에 부합하는 결론을 도출할 수 있기 때문이다.

(6) 다수의견은 법실천적인 면에서도 문제가 있다는 것이 우리의 생각이다. 종중의 목적과 기능에 대한 변화 중 가장 두드러진 것이 종중의 재산공동체적 성격이 제사공동체, 친목공동체적

성격보다 점점 더 전면에 부상하고 중요성을 띠게 되었다는 점이다. 또한 국토이용계획과 장묘문화의 변화와 함께 종중재산의 가치가 증가함에 따라 종중 참여에의 관심이 제고된 반면, 종중의 법률관계를 둘러싼 분쟁도 증가·격화되고 있는 것이 오늘의 현실이다.

그러나 먼저, 종원 자격과 종중재산의 분배의 문제는 전혀 별개의 문제로 보아야 할 것이다. 종중은 종중 목적을 달성하기 위하여 종중재산을 가지고 있으나, 이러한 종중재산은 제사불인멸(제사불인멸)·재산영구보전(재산영구보전)의 원칙 아래 처분은 원칙적으로 금지되며, 종중재산으로부터 얻어지는 수익은 주로 선조의 제사봉행 등에 소요되고, 나머지가 있는 경우에 종원의 원조 내지 공익을 도모하는 용도에 충당되는 것이다.

대법원은 종중을 비법인사단으로 보면서 종중재산은 종중원들의 총유라고 판시하여 왔는바, 종중재산의 형성과정, 목적, 관리·처분관계를 종합적으로 고려하면 여기에서는 일종의 신탁 유사의 관계가 성립한다고 보는 것이 합리적이다. 즉, 종중의 재산은 제사의 봉행 및 공동선조의 후손 전체의 이익을 위해 종중에게 신탁된 것으로 보아, 종중은 신탁목적에 맞게 종중재산을 관리·처분하여야 한다고 해석되므로, 종중재산을 처분하여 이를 개인에게 귀속시킴에 있어서는 신탁의 법리를 유추하여 성년 여자 뿐만 아니라 미성년자들을 포함한 전체 후손 전원에게 합리적 기준에 따라 배분하여야 하며, 종원에게만 분배하는 것은 허용될 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

요컨대, 종중이 소유하는 재산으로는 분묘수호 등에 쓰이는 종산(종산)과 제사봉행 등에 소요될 식량 및 그 비용의 조달 등을 위한 위토전답(위토전답) 그리고 제구(제구)등이 주된 것이고, 이러한 재산은 주로 재력 있는 선조나 후손들의 증여 또는 종원들의 출연에 의하여 마련된 종중의 총유로서, 일단 종중의 소유로 귀속되면 그 재산을 종중에 증여한 사람이나 그의 상속인이

라도 배타적인 권리를 주장할 수 없고, 오로지 종중의 목적에 합당하게 사용되어야 하며, 종중재산을 처분하여 이를 개인에게 귀속시킴에 있어서는 신탁의 법리를 유추하여 후손 전원에게 합리적으로 분배하고, 종원에게만 분배하는 것은 허용될 수 없는 것이다.

종중재산의 법률관계가 위와 같음에도 불구하고, 현재 종중에 관한 다툼은 종중재산의 보존·관리·처분을 둘러싼 분쟁에서 비롯되는 것이 거의 전부인바, 다수의견대로라면 종원이 그때그때 편의에 따라 소송에 이용되거나 동원되는 현상이 성년여자에게 까지 확대됨으로써 분쟁을 더욱 더 심화시키고 복잡화시킬 뿐이라는 우려를 지울 수 없다.

(7) 결국, 우리는 이 사건이 파기환송되어야 한다는 결론에 있어서는 다수의견과 결론을 같이하나, 이 사건은 다음과 같은 이유로 파기되어야 한다고 본다.

기록에 의하면, 피고 종회규약 제3조에는 "본회는 용인 이씨 사맹공(휘 말자 손자)의 후손으로서 성년이 되면 회원자격을 가진다."라고만 규정하고 있을 뿐, 그 어디에도 성년의 여자를 회원에서 배제한다는 규정을 두고 있지 아니한바, 성년 여자인 원고들이 피고 종회에의 가입의사를 표명한 경우 원고들이 용인 이씨 사맹공의 후손이 아니라는 등 그 가입을 거부할 정당하고 합리적인 이유가 없는 이상 원고들은 가입의사를 표명함으로써 피고 종회 회원자격을 가진다고 보아야 할 것이므로, 원심으로서는 이에 관하여 심리를 하여 원고들 청구의 당부를 판단하여야 함에도 불구하고, 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같은 이유로 원고들의 청구를 배척하고 말았으니, 거기에는 종중에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하므로, 원심판결은 이러한 이유로 파기환송되어야 하는 것이다.

다. 그러므로 우리는 다수의견의 이유에 반대하여, 위와 같이 별

개의견을 밝히는 바이다.

5. 대법관 고현철의 다수의견에 대한 보충의견은 다음과 같다.

가. 대법원은 종중을 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 하여 공동선조의 후손 중 성년 남자를 종원으로 하여 구성되는 종족의 자연적 집단이라고 정의하면서, 종중은 공동선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립되는 것으로서 종중의 성립을 위하여 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고, 종원은 자신의 의사와 관계없이 당연히 종중의 구성원이 되는 것이어서 종원 중 일부를 종원으로 취급하지 않거나 일부 종원에 대하여 종원의 자격을 박탈하는 내용으로 규약을 개정하는 것은 종중의 본질에 반하는 것이며, 혈족이 아닌 자나 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다고 판시하여 왔다.

비록 공동선조의 후손 중 성년 남자에 한정하기는 하였으나, 대법원이 공동선조의 후손이면 본인의 의사와 관계없이 당연히 종중 구성원인 종원이 되고 자의든 타의든 종원의 자격을 상실하지 않는다고 한 것은, 종중이 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 친목도모를 목적으로 후손에 의하여 자연발생적으로 성립되는 종족단체라는 종중의 본질에서 연유하는 것이다(대법원판례가 종중을 자연발생적 종족단체라고 한 것이 남계혈족이 자연스럽게 모여 제사를 지내고 친목을 도모하던 현상을 그대로 표현한 것일 뿐 규범적 의미가 있는 것은 아니라고 하는 별개의견에는 동의할 수 없다).

이와 같은 점에서 종중은, 정관에 의하여 구성원의 자격이 정해지고 구성원의 임의 가입과 탈퇴가 허용되는 통상의 사단법인 또는 비법인사단과 구별되는 특성이 있는 것이다. 이러한 특성에 관하여는 근대 사단법의 법리와는 부합되지 않는다는 비판론도 없지는 않다.

그러나 대법원이 위와 같이 종중을 자연발생적 종족단체로서 그 구성과 조직에 있어서 특수한 단체임을 인정하고, 나아가 종

중재산을 총유로 하여 그 관리와 처분에 있어서 종중총회의 결의를 거치도록 한 것에는 긍정적인 역할과 기능이 있다.

공동선조의 후손(종래 대법원판례에 따르면 성년 남자이고, 이 판결에 의하여 변경되는 대법원의 견해에 따르면 성년자이다.)이면 누구나 사회적 신분, 거주지역, 재산의 다과 등을 불문하고 당연히 종중의 구성원이 되고, 이러한 구성원들 전체의 의사에 의하여 종중재산을 관리 또는 처분하도록 함으로써 일부 후손에 의하여 종중재산이 처분되어 일실되는 것을 방지하며, 이를 통하여 종중이 일부 후손들의 이익이 아니라 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목도모라는 본래의 목적에 따라 유지·운영되도록 하는 역할과 기능을 해오고 있는 것이다.

또한, 별개의견에서도 지적하는 바와 같이 종원의 종중에 대한 의무는 도덕적·윤리적인 성격이 강하여, 공동선조의 후손들이 성년이 되면 본인의 의사와 관계없이 종중의 구성원이 된다고 하더라도, 종원으로서 종중의 활동에 참여할 것인지 여부는 개인의 의사에 달린 것이고, 이로써 종중 활동에 참여하도록 강제되거나 법률적 의무가 부과되는 것은 아니므로 이러한 종중의 구성을 법질서에 위반된 것이라고 볼 수 없으며, 별개의견 역시 종래 관습법에 따라 남성이 성년이 되면 본인의 의사와 관계없이 당연히 종원이 되는 것에 대하여는 법률상 아무런 문제가 없다고 하고 있다.

별개의견이 본인의 의사와 관계없이 종중 구성원이 되는 점에 대하여 결사의 자유와 양심의 자유 등을 들어서 부당하다고 비판하는 것은 종중의 본질과 종중이 통상적인 사단법인 또는 비법인사단과 구별되는 특성을 고려하지 않은 것일 뿐만 아니라, 본인의 의사와 관계없이 종중 구성원이 되는 점이 왜 성년 남자에게는 문제될 것이 없고 성년 여성에게만 문제가 되는지 납득하기 어렵다.

다수의견은 종중에 관한 종래의 관습법 중 공동선조의 후손이

면 당연히 종원이 된다는 점을 유지하면서, 이를 전제로 할 때, 성년 남자에게만 종원의 자격을 부여하고 성년 여성에게는 그 자격을 부여하지 않는 것이 우리 법질서가 지향하는 남녀평등의 이념에 부합하지 않는다고 보는 것이다.

덧붙인다면, 우리 사회에는 위에서 본 고유 의미의 종중 이외에 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 유사종중이나 종중유사단체가 얼마든지 있을 수 있고 또 실제로 존재하고 있는바, 이러한 단체는 관습법에 의하여 규율되는 것이 아니라 사적 자치의 영역에 속하는 것이므로, 이에 대하여 그 조직행위에서 배제된 후손을 가입시키도록 강제하거나 양성평등의 이념을 들어서 공동선조의 후손인 여성을 그 구성원에서 배제하고 있는 정관의 효력을 부인할 수 없음은 당연하다 할 것이다.

나. 종원 자격을 성년 남자에 한하여 인정하는 종래 관습법에 대하여 이에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 상당 부분 흔들리고 있고, 무엇보다도 남녀평등의 실현을 지향하는 헌법 등 전체 법질서에 더 이상 부합하지 않게 되었다고 함은 다수의견에서 상세히 설시하였으므로 이에 대하여 더 이상의 언급은 피하기로 한다.

별개의견은 성년 여성들에게도 종원 자격을 인정하는 점에서 다수의견과 견해를 같이 하면서도 그 이론적 근거를 달리하고 있고, 특히 그 인정 범위나 방법에 있어서 다수의견이 성년 여성 전부에 대하여 종원 자격을 인정하는데 반하여 가입을 희망하는 여성에 한하여 종원 자격을 인정하고 있다.

그 이론적 근거는 차치하고라도, 그와 같은 견해는 앞에서 본 바와 같이 공동선조의 후손이면 당연히 종중의 구성원이 되는 종중의 본질과 특성에 맞지 아니할 뿐만 아니라, 남성에게는 당연히 종원 자격을 부여하면서도 여성에게는 희망하는 경우에 한하여 종원이 된다고 하는 것은 성별에 의하여 종원 자격을 달리

취급하는 것으로서 그 정당성과 합리성이 있다고 하기 어렵다.

이에 대하여 별개의견은 종원은 시제 및 분묘수호에 소요되는 물자를 조달·부담하는 것이 주된 임무이고 이러한 부담행위는 법률적으로 강제되는 것이 아니고 도덕적·윤리적 의무에 불과하여 그들의 권리가 실질적으로 침해되는 바가 없으므로, 성년 남자에게 그 의사와 관계없이 종종 구성원이 되도록 하더라도 무방하다는 것을 그 근거로 삼고 있는 것으로 짐작된다.

그러나 그와 같이 종원으로서의 부담행위가 도덕적·윤리적 의무에 불과하여 그 의사와 관계없이 종종 구성원이 되도록 하더라도 무방한 것이라면, 이러한 이치는 여성이 종원이 되는 경우에도 마찬가지로 보아야 할 것이다.

별개의견이 성년 여성에게 종원 자격을 허용하면서도 성년 남성과는 달리 희망하는 여성에 한하여 종원 자격을 부여하는 것은 종종 구성에 관하여 양성평등의 원칙을 둘러싼 또다른 시비와 갈등을 빚을 수밖에 없다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

다. 우리 헌법은 제9조에서 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 조상숭배와 친족간의 친목도모라는 전통윤리에 바탕한 종종제도가 우리나라 고유의 미풍양속임을 부인할 수는 없다.

그러나 전통문화와 관습도 현재의 헌법을 최상위규범으로 하는 전체 법질서와 오늘날에 있어서 보편타당한 가치와 이념에 적합한 것이어야 하고 이에 반하여서는 아니 된다. 최근 오랫동안 전통에 의하여 이어져 왔던 호주제가 남녀평등의 헌법이념과 시대적 변화에 따른 가족형태에 부합하지 않는다는 이유로 민법 개정을 통하여 폐지된 것에서도 이러한 원칙을 확인할 수 있다.

여성인 후손에게 종원의 자격을 부여한다고 하여 종종제도의 계승·발전에 지장을 초래한다고는 할 수 없다. 오히려 여성을 종종 구성원에 포함시켜 남녀평등이 이루어진 기초 위에서 종종제도를 계승·발전시키는 것이 우리 사회가 지향하는 기본이념에

부합하는 것이라고 생각한다.

라. 이 판결에 의하여 종래 종원 자격을 갖지 못하던 성년 여성들이 종원 자격을 갖게 됨으로써 피고 종중을 비롯한 수많은 종중에서는 공동선조의 후손인 성년 여성들의 소재를 파악하여야 하고 종중총회를 개최함에 있어서는 기존의 종원인 성년 남성들뿐만 아니라 새로이 종원으로 된 여성들에게도 소집통지를 하여야 하는 등 그 운영에 있어서 어려움이 있을 것으로 예상된다.

그러나 이러한 어려움은 출가한 여성이 더 이상 출가외인으로 취급되지 않는 우리의 변화된 가족관계, 양성평등에 대한 국민 의식, 교통과 통신의 발달에 의한 사회환경의 변화 등을 고려할 때 능히 극복될 수 있을 것이라고 믿는다.

결국, 성년 여성에게도 종원 자격을 부여하는 것이 옳고 또 종원 자격을 부여해야 한다면, 희망하는 여성에 한하여 부여할 것이 아니라 여성 전부에게 자격을 부여하고, 실제로 종중에 참여하여 활동할 것인지 여부는 개인의 의사에 맡겨두는 것이 종중의 본질과 특성에 부합할 뿐만 아니라, 오늘날의 전체 법질서와 우리 사회가 지향하는 기본이념과 가치에 부응하는 것이라고 생각하기에, 이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

대법원장 최종영(재판장) 유지담 윤재식 이용우 배기원 강신욱 이규홍 이강국 박재윤 고현
철(주심) 김용담 김영란 양승태
