

# 宗中財産의 法的 問題\*

- 朝鮮高等法院判決을 중심으로 -

鄭 肯 植\*\*

## 차 례

- I. 問題의 提起
- II. 宗中의 意義
  - 1. 宗中의 性格
  - 2. 宗中의 構成員
  - 3. 宗中의 代表者
- III. 宗中財産
  - 1. 位土의 所有權歸屬
  - 2. 共同所有의 性質
  - 3. 宗中財産의 處分
- IV. 맺 음 말

## I. 問題의 提起

종중이라는 단체는 한국에만 있는 특이한 친족단체이다. 이는 특별한 설립행위도 없이 성립하며 또한 일정한 자의 후손이 완전히 없어질 때-이는 사실상 불가능하다-까지는 절대로 소멸하지도 않는 '자연발생적 단체'이다. 또한 개인은 출생과 동시에 본인의 의사와 무관하게 여러 단계의 종중에 자연히 속하게

\* 본고는 1992년 7월 한국법사학회 제20회 정례발표회 발표문을 보완·정리한 것임

\*\* 韓國法制研究院 先任研究員

된다. 이러한 자연발생적 단체인 종중은 사회적 실체를 가지고 법률행위를 하면서, 종중 내부에서만 뿐만 아니라, 제3자와 관련한 외부에서 많은 법적 문제를 야기하기도 한다.

종중에 대한 법률문제는 주로 종중재산을 둘러싼 분쟁이다. 이러한 종중에 대한 법률관계를 통일적으로 규율하는 법규정은 없고, 필요에 따라서 민법과 민사소송법, 회사법 등의 규정을 유추적용하거나, 관습 내지 관습법을 내세워 개별적·단편적으로 해결해오고 있다. 이러한 해결의 집중이 종중에 관한 판례 법체계를 형성하였다.<sup>1)</sup>

종중에 관한 판례법의 내용은 아래와 같다. 종중은 자연적으로 발생한 '권리 능력없는 사단'으로 가입의사 없이 저절로 가입하게 되고, 또 구성원을 축출할 수도 없다. 종중재산에 대한 소유관계는 '총유'이며, 종중재산에 대한 처분권은 종중총회에 있고, 종중총회는 적법한 대표자가 적법한 절차에 따라 소집하고 결의는 출석인원의 과반수로 한다.

종중에 대한 연구는 실무가를 중심으로 진행되었다. 일제기에 최초로 多田吉鍾은 종중의 소유형태는 合有이고, 종중은 재단의 실질을 갖는 것으로 파악하여 朝鮮高等法院의 판결을 비판하였고, 宗中名義의 保存登記를 허용하는 법개정을 촉구하였다. 또 다른 논문에서는 종중재산에 관한 名義信託理論을 비판하였다.<sup>2)</sup> 高橋隆二는 종중소유의 성격에 대한 판결이 공유에서 합유로 변경된 후 소송법의 측면에서 고찰하였고, 그 후 법인격을 인정하여 재단법인에 대한 규정의 유추적용을 주장하였다.<sup>3)</sup> 野村調太郎은 朝鮮總督府 中樞院의 촉탁을 받아 집필한 『朝鮮祭祀相續法 序說(朝鮮總督府 中樞院, 1939)』에서 朝鮮王朝實錄과 각종 文集 등 과거의 문헌과 당시까지의 判例와 회답을 중심으로 하여, '自然發生的 團體說'을 비롯하여 종중에 대한 일제의 입장을 총정리하였다.<sup>4)</sup> 이러한 논의는 이후 종중에 대한 판례형성의 지침이 되었다.<sup>5)</sup>

- 
- 1) 鄭貴鎬, 「宗中에 관한 判例의 動向」, 『민사판례연구』 10(민사판례연구회, 1988), 333면.
  - 2) 多田吉鍾, 「祭位土ノ總有性=就テ」, 『朝鮮司法協會雜誌』 1-3(1922.3) 및 「宗中財産の査定と登記(3)」, 『雜誌』 4-1~3(1925.1~3) 참조. (『朝鮮司法協會雜誌』는 『雜誌』로 약칭함.)
  - 3) 高橋隆二, 「合有物を訴訟物とする訴の當事者適格」, 『雜誌』 7-10(1928.10) 및 「宗中財産を纏る法律關係に就て」, 『雜誌』 19-10·11(1940.11) 참조.
  - 4) 野村調太郎, 「位土」, 『雜誌』 18-10(1939.10) 및 「宗中に關する法律關係」, 『雜誌』 18-11(1939.11)도 동일한 내용이다.
  - 5) 多田吉鍾은 해주지방법원 판사, 高橋隆二는 경성복심법원 판사, 野村調太郎은 고등법원판사를 역

해방후에는 許奎 등이 최초로 종중에 대한 연구를 하였는데, 朝鮮總督府의 回答, 朝鮮高等法院判決과 당시까지의 大法院判例를 집대성한 것으로 이후 종중에 대한 연구의 지침이 되었다.<sup>6)</sup> 曹秉甲은 '相對的 法主體概念'을 원용하여 종중에 대한 법인격의 인정여부를 검토하였다.<sup>7)</sup> 高昌鉉 등은 종중의 법적 근거를 마련할 필요가 있음을 주장하였다.<sup>8)</sup> 姜信雄은 종중재산과 관련된 登記制度의 개선을 주장하였다.<sup>9)</sup> 이러한 연구는 종중에 대한 일제기 이후의 판결을 승인하면서 부분적으로 개선을 요구하는 수준이었다. 종중에 대한 판례법의 재검토 요구는 실무계에서 먼저 대두되었다. 鄭貴鎬는 종중에 대한 '自然發生的 團體說'을 비판하고 宗中訴訟에서의 문제점을 지적하고 나아가 특별법으로 「宗中法」의 제정을 주장하였고, 또 종중에 대한 판례를 검토하여 판례의 태도를 비판하였다.<sup>10)</sup> 李鎬奎는 판례의 종중에 대한 '자연발생적 단체설'은 일제가 종중을 해체하기 위한 논리라고 비판하고, 종중이 법인의 실체를 갖는 것임을 주장하였다.<sup>11)</sup> 沈羲基는 종중의 '자연발생적 단체설'이 朝鮮後期의 사례로 허구임을 실증하였다.<sup>12)</sup> 李禹錫 등은 종중에 대한 대법원의 판례를 분석하여 그 문제점을 지적하고 종중재산을 보호하기 위한 대책으로 특별법의 제정을 주장하였다.<sup>13)</sup>

---

임한 모두 實務家이다. 이러한 실무가들의 이론과 판결 그리고 회답 등의 전체적 관계를 조망하여야 한다.

- 6) 許奎 · 盧宗相 · 李泰勳, 「宗中 · 宗中財産에 관한 諸考察-沿革的 · 實務的-」, 『司法論輯』 4(법원행정처, 1973), 5-101면; 許奎, 「宗中 · 宗中財産에 관한 諸考察(2)」, 『法史學研究』 2,3(한국법사학회, 1974,5)
- 7) 曹秉甲, 「宗中 · 宗中財産의 法的 性格」, 『사회과학논총』 9(전남대, 1979), 167-176면.
- 8) 高昌鉉, 「宗中財産에 대한 法的 考察」, 『法大論叢』 20(경북대, 1980), 83-98면; 金基相 · 高昌鉉 · 姜信雄, 「宗中財産에 대한 法的 考察」, 『사회과학연구』 5(조선대, 1882), 157-190면.
- 9) 姜信雄, 「宗中の 法的 性質과 宗中財産 登記에 관한 考察」, 『사회과학연구』 3(조선대, 1980), 213-229면.
- 10) 鄭貴鎬, 「宗中法에 대하여」, 『民法學論叢』(곽윤직교수 화갑기념논문집, 1980), 78-98면; 「宗중에 관한 判例의 動向」, 『민사판례연구』 10(민사판례연구회, 1988), 333-346면 참조.
- 11) 李鎬奎, 「韓國傳統社會에 있어서의 團體의 所有 -특히 宗中을 중심으로-」, 서울대 법학석사학위논문, 1987.
- 12) 沈羲基, 「朝鮮後期 宗中の 團體性과 所有形態」, 『법사학연구』 10(한국법사학회, 1989); 同, 『한국법사연구 -토지소유와 공동체-』(영남대출판부, 1992)에 재수록.
- 13) 曹定鎬 · 李禹錫, 「大法院의 宗中判例 檢討」, 『사회과학연구』 12-2(영남대, 1992), 51-66면.

종중에 대한 실태조사는 인류학<sup>14)</sup> 등의 분야에서 이루어졌으며, 법학분야에서는 李德承과 全在慶 등의 조사가 있다. 李德承은 실태조사로 권리능력없는 사단으로서의 종중의 실체를 규명하려고 하였다.<sup>15)</sup> 全在慶 등은 전국적 규모에 걸친 관행·관습조사의 일환으로 종중의 실태를 조사하였다.<sup>16)</sup> 그리고 法人을 설립한 종중에 대한 실태조사를 한 연구가 있다.<sup>17)</sup>

종중에 대한 朝鮮高等法院判決 등은 현재의 판례법의 형성기초가 되는 것이지만, 기존연구에서 심도있게 다루어지지 않았다. 그러므로 본고에서는 기존의 연구성과를 바탕으로 하면서, 朝鮮高等法院判決과 回答<sup>18)</sup> 등을 중심으로 종중의 의의, 소유관계, 권리자, 처분문제 등을 중심으로 고찰하기로 한다. 종중과 관련하여 남은 문제는 土地調査事業에서 宗中所有土地의 査定-所有名義者の 確定-으로, 이는 판결을 통하여 名義信託理論으로 발전하였고, 더우기 名義信託理論은 다른 영역에도 확대적용되어 확고한 판례법을 형성하였다.

朝鮮高等法院判決을 통하여 종중에 대한 분쟁을 살펴보면, 1932년부터 1940년 6월까지 총 117건이 있었으며, 당사자는 122명(원고: 105, 참가인: 3, 피고: 14)이었고, 이러한 분쟁은 1건을 제외하고는 모두 재산을 둘러싼 것이었다.<sup>19)</sup>

- 
- 14) 李光奎, 『한국의 家族과 宗族』(민음사, 1990) 제2편; 朴姿映, 「문중조직의 성격과 그 변화에 관한 연구」, 서울대 인류학석사학위논문, 1990. 등
- 15) 李德承, 「權利能力없는 社團財産의 法的 性格에 관한 考察 -종중재산과 어촌계재산을 중심으로-」, 대구대 법학석사학위논문, 1985.
- 16) 全在慶 외, 『慣習法調査研究(Ⅰ) -豫備調査篇-』(한국법제연구원, 1992) 제4편 제1장 제1절 村落地域 참조.
- 17) 趙康熙, 「都市化過程의 同姓集團研究 -대구지역 한 문중의 구조적 변화-」, 『민족문화논총』 9(영남대, 1988) 참조.
- 18) 일제기에는 朝鮮民事令(1912)으로 일본민법이 의용되었지만, 能力(朝鮮民事令 제11조)과 不動產物權(朝鮮民事令 제12조) 등에 대해서는 한국의 관습이 法源으로 인정되었다. 이러한 관습은 朝鮮高等法院의 판결과 中樞院 등에서 개별적인 사안에 대해서 발하는 回答의 형식으로 확인되었다. 鄭肯植, 「日帝의 慣習調査와 意義」, 『國譯 慣習調査報告書』(한국법제연구원, 1992), 24-5면 참조. 그리고 1909년에서 1933년 8월까지의 回答은 『民事慣習回答彙集』(이하 『彙集』으로 약칭함)에 수록되어 있다. 그리고 이에 누락된 것과 이후에 나온 回答은 『朝鮮司法協會雜誌』(1922.1. 창간)에 수록되어 있다. 흩어져 있는 回答을 수집·정리하는 것도 시급한 과제이다.
- 19) 高橋隆二, 「宗中財産を繞る法律關係に就て」, 『雜誌』 19-10·11(1940. 11), 2面. 그러나 117건은 민사소송법의 개정(1929.10)으로 宗中の 當事者能力이 인정된 후, 실제 당사자로 등장하기 시작하는 1932년부터의 자료이므로, 그 이전에 종중을 둘러싼 소송은 이보다 훨씬 더 많다.

## Ⅱ. 宗中の 意義

### 1. 宗中の 性格

종중에 대한 최초의 언급은 『慣習調査報告書』이다. 여기서는 종중을 組合의 일종으로 파악하고 있다. 또 종중을 親族會로 보고 있는데, 宗會는 일족의 호주로 구성되며 門會는 이보다 작은 것으로 문중의 호주가 회원이라고 한다. 종회나 문회는 最高尊屬親인 宗長이나 門長이 소집하며 의결은 출석자의 과반수로 하거나 종장이나 문장이 결정한다. 그리고 여자의 출석은 허용되지 않으며,<sup>20)</sup> 비종중원에 대해서는 의결권 없이 진술권만 허용하였다.<sup>21)</sup> 종중을 친족회로 보는 것은 1921년 12월 1일과 5일의 舊慣及制度調査委員會의 決議에서도 그대로 유지되었고,<sup>22)</sup> 이는 친족회에 대해 조선민사령의 개정(1921)으로 친족회에 대한 일본민법이 의용되기 전까지 지속되었으며,<sup>23)</sup> 현재 법원도 이를 구관습으로 언급하고 있다.<sup>24)</sup>

종중의 성격에 대한 언급을 조선총독부의 回答 등에서 보기로 한다.

○ 조선에서 一門 또는 門中이라는 것은 친족의 단체로 인격을 갖지 않는다. (1911.9.4. 取調局長 回答, 『彙集』, 72面)

○ 종중은 상호친목을 목적으로 하는 종족단체로 奉祀祖를 단위로 성립하며 代數의 제한이 없다. 관습상 당연히 성립하므로 出資라든가 제사의 계속, 조직의 협의 등 조직행위가 없어도 당연히 성립하며, 나아가 아무 활동을 하지 않고 재산도 없어 존재를 인식할 수 없어도 종중의 존속을 인정해야 한다. 종중은 동일인에게 자손이 2인 이상 있으면 그 자의 사망과 동시에 성립한다. (1940.3.30. 中樞院議長 回答)<sup>25)</sup>

20) 그러나 여자에 대해 親族會 會員의 자격을 인정한 회답이 있다. “친족회에는 남자만이 출석하여 의결하는 것이 통례이나 여자가 친족회에 참가할 수 없는 제한이 있는 것은 아니다. 따라서 친족회 회원의 자격에는 남녀의 구별이 없다.” 1916.10.10. 政務總監 回答, 『彙集』, 293-4面.

21) 鄭肯植, 『前掲譯書』, 306면, 378-9면 참조.

22) 『彙集』 附錄, 39-40面 참조.

23) 南雲幸吉, 『朝鮮親族相續法類集』(大阪屋號書店, 1935), 290-1面.

24) 法院行政處, 『親族相續에 관한 舊慣習』(재판자료 제29집, 1985), 349-350면.

25) 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대출판부, 1967), 172-4면에서 재인용.

- 종중은 동일선조에서 나온 자손이 공동으로 선조의 제사를 계속하고 분묘를 수호하고 아울러 종원 상호간의 친목 및 복리의 증진을 도모하기 위하여 자연히 발생하는 종족단체라고 할 수 있다.(1941.8.4, 中樞院議長 回答)<sup>26)</sup>
- 종중은 조직행위가 필요없는 자연적 단체이며, 無官者를 中始祖로 하는 소종중이 있으며, 이는 姓氏에 派祖의 諱를 첨부하여 다른 종중과 구분한다.(1944.2.20. 中樞院書記長官 回答)<sup>27)</sup>

朝鮮高等法院判決에서 종중의 성격에 대해 명시적으로 언급한 것은 보이지 않고 다만 하급심에서 언급한 것이 보인다.

- ◇ 일문 또는 문중은 친족단체의 집단이다.(1917.10.19. 同年 民上48, [大邱 覆審法院 판결])<sup>28)</sup>

또 野村調太郎은 다음과 같이 종중의 자연발생적 단체설을 분명히 하였다.

종중이란 제사에 관한 관습에서 자연히 발생하는 단체로써, 제사를 지내야 할 자손이 있는 한 영원히 존속하고 인위적으로 해소할 수 없다. 가령 종중이 단체로써 어떠한 활동을 하지 않고 그래서 형식상 그 존재를 인식하기 어려운 때에도 실질상 그 종중은 존재하는 것이다. 따라서 종중의 사멸은 族人 모두가 사망하고 없는 경우에만 생각할 수 있다.<sup>29)</sup>

종원들로 구성된 宗契의 성격을 組合으로 파악하고 있으며, 이는 종중과는 별개의 것이라고 한다.<sup>30)</sup> 그리고 宗約所에 대해서는 종중과는 별개로 宗約을 실시하기 위한 기관이거나 단순한 宗中의 規約이라고 보았다. 回答은 “조상묘소 소재지의 산과 그 분묘에 속하는 제위전답을 자손인 종중이 공유하고 그 공유관계를 정하기 위해 중회를 개최하여 서면계약을 체결하는 행위는 宗約의 일종이다”<sup>31)</sup>라고 하였다. 判決는 우선 조합계약에 기초하지 않은 종중에 대하여

26) 許奎 등, 「전계논문」, 10면에서 재인용.

27) 鄭光鉉, 「전계서」, 163-4면에서 재인용.

28) 朝鮮高等法院 判決錄 4卷 855-860面, 이하 錄 4: 855-860面の 형식으로 인용함.

29) 野村調太郎, 「朝鮮祭祀相續法 序說」(朝鮮總督府, 1939), 512面.

30) 金斗憲, 「韓國家族制度研究」(서울대출판부, 1968), 99-100면에서는 종중과 종계를 분리하여 고찰하고 있다.

31) 1911.10.25. 取調局長官 回答, 「彙集」, 77-9面.

조합의 규정을 적용하는 것을 배척하였으며,<sup>32)</sup> 종중이 종중재산을 공동으로 소유하는 경우에 組合인 종계를 조직하고 그 조합원이 공유한다는 관습의 주장을 배척하였다.<sup>33)</sup> 그러나 門契錢으로 구입한 토지에 대해서는 종중의 공유를 인정하였고,<sup>34)</sup> 3파의 자손 10여명이 宗約契組合을 결성한 후 업무집행사원이 契金을 횡령한 경우에 대해서는 조합의 규정을 적용하여 “종중이 갖는 채권은 조합채권이므로 조합원 전원이 청구하여야 하지만, 단 1인 또는 수인이 대리권한을 위임받으면 그렇지 않다”라고 하였다.<sup>35)</sup> 이와 같이 종계에 대해서는 組合規定을 적용할 것을 분명히 하였다.

宗約所에 대해서는 아래의 회답에서 종중과 별개임을 분명히 하고 있다.<sup>36)</sup>

○ ① 宗約所는 종약에 의한 단체 또는 종약을 실행하는 사무소를 일컫는다. ② 동일시조의 남계혈족중 남자를 約員으로 하며 그 자격과 入約節次 그리고 임원과 그 선정방법, 임기는 規約에 따른다. ③ 목적은 대개 조상 숭배, 친족회합, 예속의 장려, 殖産興業 등이다. ④ 종약소의 규약과 종중과의 관계는 종약소의 성질에 따라 다른데, 이의 가입자만을 구속하거나 전종중원을 구속하기도 한다. 규약의 변경은 각 규약의 규정에 따르며 동일하지 않다. ⑤ 종약소가 종중과 별개의 종족단체인 경우에는 재산을 소유하나 그렇지 않은 경우에는 재산을 소유하는 예는 없다. ⑥ 宗中事務所가 宗約所인 경우에는 종약소의 長은 宗長에 해당하나 그렇지 않은 경우에는 양자는 아무런 관계가 없다.(1932.6.15. 中樞院 回答, 『彙集』, 473-9面)

일제기에는 종중에 대하여 일관하여 ‘자연발생적 단체설’의 입장을 견지하고 있다. 또 門中은 종중과 같은 의미이지만, 門中은 특히 소규모의 종중, 즉 繼高祖 이하의 종중을 지칭하는 경우가 많다.<sup>37)</sup> 대법원의 판결도 朝鮮高等法院의

32) 1916.10.27. 同年 民上113, 錄 3: 789-796面.

33) 1917.7.9. 同年 民上58, 錄 4: 674-679面.

34) 1916.11.14. 同年 民上 154, 錄 3: 816-8面.

35) 1917.4.17. 同年 民上54, 錄 4: 275-7面.

36) 이호규는 종약소는 일제가 農村振興策(1932)의 일환으로 종중을 통제하기 위해서 종중에 대한 전형을 제시한 것으로 파악하며, 종약소를 전통으로 파악하는 의견을 비판한다. 이호규, 「전계 논문」, 88-91면 참조.

37) 1940.3.30. 中樞院議長 回答『雜誌』, 19-5(1940. 5). 許奎 등, 「전계논문」, 28면에서 재인용.

판결을 답습하여, 종중의 성립에 대해서는 自然發生的 團體說을 인정하고 있다. 즉 종중은 아무런 설립행위가 없어도 자손을 2인 이상 둔 자가 사망함과 동시에 그를 시조로 하는 종중이 성립된다고 보고 있다.

그러나 종중은 자연적 단체가 아니라 인위적인 단체이며, 이는 설립행위인 '宗約'을 보아도 분명하다. 설사 종중이 자연적 단체라고 하더라도 그 의미는 출생과 동시에 종중의 구성원이 될 수 있다는 개연성을 갖는 것이지 그 자체로 종중이라는 단체를 형성하는 것은 아니며, 종중이라는 단체는 종중원의 의사에 따라 단체결성의사와 행위-종계의 설립 등-로 단체가 되는 것이다.<sup>38)</sup> 또 본인의 의사와 관계없이 단체에 귀속-그것도 아주 복합적으로- 되는 것은 현재의 법체계와도 부합하지 않는다.<sup>39)</sup> 그리고 『慣習調査報告書』에서는 종중과는 달리 國家와 王室, 里洞, 寺院, 學校, 射亭, 相續人不存在의 遺産 등에 대해서는 법인격을 인정하였고,<sup>40)</sup> 또한 朝鮮總督府의 回答<sup>41)</sup>과 朝鮮高等法院의 判決<sup>42)</sup>도 법인격을 인정하였다. 이러한 사실은 일제의 종중에 대한 이해의 부족 또는 다른 정책적 고려에 의한 것으로 파악할 수 밖에 없다.

## 2. 宗中の 構成員

종중소유의 성질이 共有 또는 合有라면, 그 권리자는 宗中員 전원인지 아니면 家를 대표하는 戶主(家長)만인지가 논란이 되었다. 이에 대해 朝鮮高等法院은 일관하여 종중에 속하는 家의 家長인 戶主만을 권리자로 보고 있다. 그리고 친족회의 구성원으로는 여자를 인정하였지만, 종중의 구성원, 즉 종중공동소유권자로는 여자를 인정하지 않았다. 아래에서 판결을 보기로 한다.

따라서 본문에서는 門中과 宗中을 구별하지 않는다. 정귀호, 「종중법에 대하여」, 79면 참조.

38) 심희기, 『전계서』, 348-9면.

39) 정귀호, 「종중법에 대하여」, 80면 참조.

40) 鄭肯植, 『전계역서』, 106-114면 참조.

41) 『彙集』에서는 "사후 제사를 부탁할 목적으로 소유지를 學契 등에 기증하는 예가 있고, 이 경우에 그 부탁문서에 소유권의 이전을 명기하지 않았더라도 소유권은 그 단체로 이전된다(1914.5.29. 政務總監 回答)"라고 하여 종중외의 제사단체의 법인격을 인정하였다. 『彙集』, 186-7면 참조. 그리고 『同 要旨索引』에는 이에 관한 39건의 회답을 수록하였다.

42) 1920.6.18. 판결 등, 司法協會 編, 『朝鮮高等法院判例要旨類集』(同協會, 1943), 6-7면에 수록된 판결 참조.



- ◇ 공유권자는 독립된 생계를 유지하는 남자가 아니라, 일문에 속하는 各家에서 조상의 제사를 주재하는 家長인 戶主만 공유권자이고 가족원은 권리가 없다.(1916.12.19. 同年 民上169, 錄 3: 966-974面)
- ◇ 山阪이 일문의 공유에 속하는 경우에 그 권리의 귀속자는 일문에 속하는 친족 각자가 아니라, 新舊家 여부를 묻지 않고 그 일문에 속하는 각자의 가장인 호주인 것이 한국에서의 관습이며, 이는 家를 중요시하는 조선의 관습상 지극히 당연하다.(1917.10.19. 同年 民上48, 錄 4: 855-860面)
- ◇ 墓山 등의 합유의 권리주체는 호주에 한하므로 장남도 분가하기 전에는 합유권자가 아니다.(1930.6.24. 同年 民上223, 錄 17: 134-7面)

호주만을 공유권자로 보는 것에 대하여 상고이유에서 長男과 次男 이하의 지위를 비교하여 가족원의 공유권을 주장한 예가 있다.

- ◇ 가족은 조상의 제사에 참여할 권리의무를 갖고, 또 推定家督相續人인 장남은 父死亡前에는 공유권이 없으나 차남은 분가하여 호주가 되면 공유권을 가지는데, 이는 장남이 차남보다 우월한 조선의 관습과 모순된다. 또 분가하여 호주가 되면 공유권이 있고 廢家하여 復籍하면 공유권이 없다는 것은 괴이한 현상이다<상고이유>. 그러나 이러한 사실만으로 호주만이 권리자인 관습과 판례를 변경할 수 없다.(1919.10.21. 同年 民上230, 錄 6: 532-542面)

중중구성원을 가장(호주)만으로 보는 朝鮮高等法院의 판결은 해방 후에 변경되어 대법원은 성인남자를 중중구성원으로 보고 있다.<sup>43)</sup> 이러한 판결의 취지는 미성년자와 여성은 종회의 의결권이 없다는 것이고, 그렇다면 이는 헌법의 平等原則에 위배된다는 조심스런 의견<sup>44)</sup>과 만약 중중에 대한 여성의 권리를 인정하면 중중에 他姓인 外孫이 참여하게 된다는 우려가 있다. 중중구성원에 대한 논의는 현실적으로 중중재산의 형성과정에 비추어 결정해야 하며, 특히 외

---

43) 大判 1973.7.10. 72다1918 판결 등. 그리고 “한 가정을 주재하는 家長인 성인남자는 비록 호주가 아니라도 또한 宗會員인 권리와 의무를 가지는 것이 일반종회의 관습이다”라고 판시한 판결이 있다(大判 1945.5.14. 4279民上3 판결). 정귀호, 「宗中法에 대하여」, 80면 註9) 참조.

44) 정귀호, 「전계논문」, 80면.

손이 外家の 종중에 참여하는 것은 조선전기까지 존재하였던 祭祀輪廻와 外孫奉祀의 풍속<sup>45)</sup>에 비추어 전통에 크게 어긋나지 아니할 것이다.

### 3. 宗中の 代表者

우선 종중의 대표자로 떠올릴 수 있는 것은 宗孫과 門長·都有司 등이다.

- 墳墓確認의 訴에서 종손이라는 사실만으로 당사자가 될 수 없다.(1911. 8.12. 取調局長官 回答, 『彙集』, 68-9面)
- 문장은 종중재산에 대해 당연히 대표권을 갖는 것이 아니고, 실제로는 종중의 협의로 문장이 대표하는 예가 많은데 이는 종중원의 위임에 의한 것이다.(1911.9.4. 取調局長官 回答, 『彙集』, 72-3面)
- 조선의 관습에서 종중에 관한 대표자는 종손만이 이를 담당하는 것이 아니다. 종중의 대표는 門長이 말아도 祭祀에 대해서는 宗孫이 대표하고 종중재산에 관해서는 特別代表者를 선정하는 것이 보통의 관례이다. 종중재산에 관한 대표자에 대해 異議가 있으면 종중의 協議로 선임하고 그 방법은 宗中會議에서 多數決로 정한다.(1923.10.23. 中樞院 書記長官 回答, 『彙集』, 439-440面)

이러한 회답의 입장은 종중과 종손을 분리하여 종손은 종중의 제사에 대해서는 종중을 대표하지만, 종중 자체에 대하여 종중원으로 지위만 가질 뿐이다. 門長·有司 등 전통적인 종중의 임원의 권한을 배제하는 것으로 되었다. 종중재산을 비롯한 종중에 관한 사무에 대해서는 宗孫·門長·有司 이외에 대표자를 선임한다고 하였다. 그리고 종중의 대표자가 적법한 대표권을 갖는지에 대한 문제는 법원의 職權調查事項으로 보고 있다.<sup>46)</sup>

종중의 대표자를 선임하는 방법에 대한 회답은 다음과 같다.

- 종중의 대표자 또는 그 재산관리인의 선임방법은 종장(문장)이 일문의 성년남자를 소집하여 회의를 개최하고 출석자 과반수의 의결로 선정하는 것이 일반의 관례이다.(1930.9.23. 中樞院議長 回答, 『彙集』, 470面)

45) 朴秉濠, 『韓國의 傳統社會와 法』(서울대출판부, 1985), 137-143면 참조.

46) 1933.2.10. 昭和 7 民上636, 錄 20: 74-80面

- 의결권이 있는 자는 성년남자로서, 특별한 규약이 없으면 거주지 원근을 묻지 않으며, 법률행위능력이 있어야 하고, 본인에 한하며 대리인은 포함되지 않는다.(1931.12.19. 法務局長 回答)<sup>47)</sup>
- 종중재산의 관리자를 선정하는 방법은 종중규약에 따라 종회의 결의로 하고, 소집권자는 종장(문장)이며 이들이 소집을 하지 않으면 무효이다. 그러나 종장 등이 불응할 경우에는 次席의 임원이나 받기인이 소집을 할 수 있다. 그리고 결의권자는 성년인 호주이며 미혼자나 생계비독립자라도 무관하다. 비종중원을 관리자로 선출하는 예는 없다.(1938.8.20. 中樞院書記長官 回答)<sup>48)</sup>
- 종중공유의 재산을 처분하거나 그 관리방법을 정하기 위해 종장 또는 유사가 각 공유자에게 적법한 종회소집을 통지한 이상, 출석자만으로 한 결의는 闕席者에 대해서도 효력이 미치며 결석자가 결의 직후에 이의를 제기하거나 승인을 하지 않더라도 결의의 효력에는 영향이 없다.(1920.7. 7. 政務總監 回答, 『彙集』, 377-9面)

이와 관련하여 宗孫權에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 관습조사보고에는 祭祀相續을 한국에서의 상속제도 가운데 가장 중요한 것으로 파악하였으며,<sup>49)</sup> 종손은 長子系의 男子孫으로 長子인 자를 일컫는다.<sup>50)</sup> 宗孫權은 戶主權, 財産權, 祭祀權을 통칭하는 것으로 일문의 종손이 本系를 상속하면 호주권, 재산권만이 아니라 門祖의 제사권까지 상속하며, 종손권에 대한 確認訴訟은 法律上 利益이 있는 것으로 적법한 確認訴訟이라고 하였다.<sup>51)</sup> 그러나 1933년에는 호주·재산상속제가 확립되었기 때문에 종손권은 단지 도덕상의 의무에 불과하다고 하여 종손권의 법적인 성격을 부인하였다.<sup>52)</sup> 이러한 일련의 조치는 제사상속의 전통

47) 『雜誌』, 11-1(1932.1), 141-4面.

48) 鄭光鉉, 『전계서』, 170-2面에서 재인용.

49) 鄭肯植, 『전계역서』, 382면.

50) 1911.8.12. 取調局長官 回答, 『彙集』, 68-9面.

51) 1913.10.21. 同年 民上258, 錄 2: 346-8面; 1917.12.11. 同年 民上223, 錄 4: 1066-72面.

52) 판결이유는 다음과 같다. “조선에서는 祭祀相續을 기본으로 하며, 종손은 지손에 대하여 사회적으로도 특수한 권리의익을 향수하며, 祭祀權(宗孫權)은 호주의 지위를 승계하여 전호주의 재산과 先代의 봉사자인 지위를 승계하여 수반하는 것이다. 그러나 戶主·財産相續制가 확립된 현재에는 이를 제외한 제사상속의 관념은 조상을 봉사하고 제사를 지내야 하는 道義上의 地位를 承繼하는 것에 불과하다. 따라서 호주권이나 재산권의 승계가 아니라, 다만 종손의 자격을 다투는

을 부인하면서 한편으로는 호주권을 강화하여,<sup>53)</sup> 한국의 가족을 戶主(家督)중심인 일본의 가족에 적합하게 하려는 일본의 정책의 반영이다.

현재의 판례는 종손과 종중의 대표를 분리하고 있다. 종회의 소집권자, 의결 방법, 절차, 의결의 효력 등에 대해서 回答과 朝鮮高等法院判決을 그대로 답습하고 있다.<sup>54)</sup> 이러한 정책의 기초는 종손과 종중의 분리, 나아가 종족집단의 재편성이다. 이에 따라 종손은 종래의 종족의 중심적 지위를 박탈당하여 다만 도의적 의무를 부담하는 제사의 주재자의 지위로 전락한 것이다. 그리고 이러한 제사상속의 부인과 호주권의 강화는 민법제정시에 호주상속인에 대한 상속분의 加給(개정전 민법 제1009조 제1항)과 분묘 등의 호주상속인승계(개정전 민법 제996조, 현행민법 제1008조의 3)에 그대로 계승되었다.<sup>55)</sup>

### Ⅲ. 宗中財産

#### 1. 位土의 所有權歸屬

묘지가 존재하는 墓山과 제사를 지내기 위해 마련된 토지인 位土는 종중재산 가운데 가장 기본적인 것이며, 또 대부분을 차지하는 것이다. 우선 위토와 묘산의 소유주체에 대한 判決과 回答을 보기로 한다. 즉 묘산과 위토가 宗孫의 단독 소유인지, 아니면 宗中の 共同所有인지에 대해 논란이 있었는데, 朝鮮高等法院

것은 법률상의 이익이 없다.” 1933.3.3. 昭和7 民上626, 錄 20: 154-162面.

53) 이러한 의도는 종중재산이 信託의으로 양도되어, 名義受託者가 제3자에게 양도하는 경우에 그 양도가 유효한 제3자의 범위에 非戶主人 宗中員이 포함되지 않는다고 한 다음의 판결에서도 잘 나타난다. “宗中財産의 占有權은 가장인 호주에게만 있고 비호주인 자에게는 없지만, 위토를 신탁한 경우에는 비호주인 자는 信託契約의 당사자는 아니지만 당사자에 준하고 제3자는 아니다. 그 이유는 위토는 제사에 제공되는 재산이므로 이에 대한 이익에 관해서는 호주와 가족간에 어떠한 차이도 없고, 또 호주만 권리자인 것은 가족은 호주를 통하여 그 이익을 주장할 수 있으며, 호주는 가를 위하여 실질상 대표하여 권리를 행사할 것이기 때문이다.” 1933.2.10. 昭和 7 民上636, 錄 20:74-80面.

54) 이우석 외, 「전계논문」, 58-9면.

55) 이호규는 1933년의 宗孫權의 否認, 즉 祭祀相續의 法的 性格의 부인을 일체의 宗中再編作業의 완결로 보고 있으며, 일체의 태도를 계승한 현행민법의 입장을 비판하고 있다. 「전계논문」, 86-99면 참조.

은 이에 대해서 일관하여 법적인 문제가 아닌 사실 -位土의 形成過程- 문제로 파악하고 있다. 그러나 초기의 回答에서는 종중의 공유 또는 종손의 단독소유로도 보았다. 위토 등의 소유권귀속에 대한 回答과 判決은 아래와 같다.

- 宗土 또는 位土는 종가의 소유에 속하고 종손이 단독으로 처분할 수 있다. 그러나 친족의 공유로 보아야 할 특별원인이나 약속이 있으면 공유로서 공유자의 승인이 있어야 처분할 수 있다.(1912.3.13. 取調局長官 回答, 『彙集』, 97面)
- 문중재산은 그 단체를 조직하는 친족의 공유에 속한다.(1911.9.4. 取調局長官 回答, 『彙集』, 72-3面)
- 제위전답은 자손인 종중의 공유이다.(1911.10.25. 取調局長官 回答 『彙集』, 72-3面)
- 위토는 관습상 당연히 봉사손의 단독소유가 아니라 長派의 단독소유 또는 長·支派의 공동소유이다.(1926.11.25. 政務總監 回答, 『彙集』, 111-2面)
- ◇ 무릇 위토는 관습상 당연히 봉사손의 專有에 속하는 것이 아니라, 一門의 공유에 속하는 경우가 있다.(1912.12.3. 同年 民上44, 錄 2: 78-80面)
- ◇ 위토의 소유주체는 종손, 문중, 문중원 일부의 공유로, 이에 대한 확정적인 관습은 없다.(1913.9.12. 同年 民上216, 錄 2: 319-321面)<sup>56)</sup>

그리고 정당한 奉祀孫이 아닌 支孫이 위토를 마련하고 관리해온 경우에 위토의 소유권귀속에 대한 사례가 있다. 즉 임란후에 一族이 흩어져 嗣孫을 알 수 없어서, 支孫이 위토를 마련하고 관리해온 것에 대하여 400여년이 지난 1920년대에 嗣孫이 위토를 관리해온 支孫에 대해 그의 명의로 신고된 위토에 대한 소유권이전을 청구하였다. 이에 대해 원심[大邱覆審法院]은 “지손은 위토에 대한 소유권은 없지만, 사실상 소유권을 행사한 것과 동일하므로 嗣孫의 위토에 대한 소유권회복청구는 大典會通 刑典 ‘聽理條’의 出訴期限의 적용을 받아 청구할 수 없다.”고 하였다. 이에 대해 상고이유로는 “지손은 봉사자를 위

56) 同旨 1916.12.19. 同年 民上169, 錄 3面: 966-974; 1916.12.28. 同年 民上293, 錄 3: 1077-84面; 1917.6.22. 同年 民上121, 錄 4: 589-593面; 1917.7.9. 同年 民上58, 錄 4: 674-679面; 1919.1.31. 同年 民上9, 錄 6: 26-31面; 1925.11.17. 同年 民上255, 錄 12: 40-7面 등.

해 관리한 것으로 소유의사가 없으므로 소유권을 침해하지 않았고, 또 사손의 입장에서는 지손이 봉사를 하였으므로 사실상 권리의 목적이 달성되었기 때문에 권리가 침해되지 않았으므로 출소기한의 규정을 적용할 수 없다.”고 주장하였다. 이에 대해 朝鮮高等法院은 “管理와 所有를 한 경우를 구분하여 전자의 경우에는 사손의 소유권이 침해되지 않았기 때문에 출소기한의 제한을 받지 않으며, 후자의 경우에는 그렇지 않기 때문에 출소기한의 제한을 받는데, 원심은 이에 대한 법규적용을 분명히 하지 않았다.”고 하여 원심판결을 파기하였다. 그리고 지손이 사손을 위하여 설정한 위토는 봉사손에게 소유권을 이전해야 한다는 주장에 대해서는, 그 소유권은 봉사손에게만 있는 것이 아니므로 지손이 봉사자에게 위토의 소유권을 이전하지 않더라도 무효가 아니고 위토로 존재한다고 하였다.<sup>57)</sup>

중손단독소유의 근거로는 다음의 사실을 주장하고 있다.

- ① 위토는 봉사손이 단독으로 상속하는 것이 조선의 관습이며, 奉祀의 의무 부담에 대한 대가로 家督相續의 경우에 가독상속인이 家에 속하는 재산을 상속한다.<sup>58)</sup> ② 祭祀相續은 중손이 하며 따라서 位土도 당연히 중손이 단독으로 상속한다.<sup>59)</sup> ③ 종중소유의 경우에는 특별한 사정이 있어야 한다.<sup>60)</sup>

종중소유로 인정한 사례는 다음과 같다.

- ① 一門이 入葬하고 禁養·守護하였으면 일문의 공유이다.[京城覆審法院 判決]<sup>61)</sup> ② 구릉에 분묘가 많고 그 분묘는 종중원의 묘지이면, 그 토지는 공유이다.[大邱覆審法院 判決]<sup>62)</sup>

그리고 종중소유임을 주장하였으나 배척된 사례는 다음과 같다.

- ① 明文은 소유권을 표시하는 것이며, 宗中名義의 明文이 있는 토지는 종중소유이며 또 10代祖 6派의 자손이 공동으로 관리·수익하는 것은 종중소유

57) 1917.7.17. 同年 民上65, 錄 4: 701-710面.

58) 1912.12.3. 同年 民上44, 錄 2: 78-80面.

59) 1917.7.9. 同年 民上58, 錄 4: 674-9面.

60) 1913.9.12. 同年 民上216, 錄 2: 319-321面.

61) 1916.12.28. 同年 民上293, 錄 3: 1077-84面.

62) 1925.11.17. 同年 民上255, 錄 12: 410-7面.

이다.<sup>63)</sup> ② 1909년 森林法 실시 이후 일문공유토지를 종중원 1인이 一門을 위해 신고하는 관습이 있었다.<sup>64)</sup>

그런데 墳墓 자체에 대한 소유권에 대해서는 위도와 다르게 宗孫의 單獨所有로 보고 있다. 判決은 모두 분묘 자체에 대해서는 종중의 공유가 아닌 종손의 단독소유를 인정하고 있다.<sup>65)</sup> 그러나 回答은 분묘에 대해서는 종손의 단독소유권을 인정하지만, 移葬 또는 處分하는 경우에는 支孫 등 관계자손과의 협의가 필요하다<sup>66)</sup>고 하였다. 분묘의 소유권에 대해서는 판결과 회답이 일치하지만, 그 처분에 관계자손과의 협의가 필요한지에 대해서는 혼동된 모습을 보여주고 있다. 나아가 묘지와 그 묘지가 존재하는 산지의 소유자가 항상 동일한 것도 아니라고 하여, 慣習上의 墳墓基地權을 인정하고 있다.<sup>67)</sup> 분묘에 대한 관리자(소유자)의 문제는 戶主權과 함께 고찰해야 할 것이다. 宗孫權을 약화시키면서 호주권을 강화하는 것이 일제가족정책의 일반적 추세인데, 분묘에 대한 권리관계는 이와 부합하지 않는다. 그러나 실제 제사를 주재하는 자가 호주임을 상기하면 서로 모순되는 것은 아닐 것이다.

朝鮮高等法院은 位土 등에 대해서 일률적으로 종손의 단독소유 또는 종중의 공동소유가 아니라, 묘산과 위토를 누가 형성하였가에 달려 있는 법률문제가 아닌 사실문제로 사실심에서 판단할 것이라고 하였다. 위도에 대해 종중의 단독소유권 또는 종중소유를 확일적으로 인정하지 않고 사실문제로 보는 朝鮮高等法院의 판결태도는 대법원에도 지속되고 있다.<sup>68)</sup>

63) 1911.4.17. 同年 民上43, 錄 1: 238-241面.

64) 1917.6.22. 同年 民上121, 錄 4: 589-593面.

65) 移葬함에는 관계자손의 동의가 필요하고 동의를 받지 않는 것은 公序良俗을 위반하는 것이라는 상고이유를 배척하고, 묘지는 제사상속인의 승계할 특권에 속하고 또 移葬함에는 친족 종중의 동의가 필요 없다. 1933.1.31. 昭和 7 民上631, 錄 20: 17-21面.

66) ① 墳墓의 소유자가 누구인가는 사실문제에 속하고, 보통 분묘가 속하는 家の 戶主이다.(1911. 8.12. 取調局長官 回答, 『彙集』, 68-9面) ② 조상의 분묘는 종손의 단독소유로 문중의 공유가 아니다. 그러나 조상의 분묘를 移葬할 때에는 문중의 협의가 필요하며 문중이 異議를 하면 장자 손이라도 할 수 없다.(1912.6.1. 政務總監 回答, 『彙集』, 99-100面) ③ 조선의 관습상 조상의 분묘는 종손의 소유에 속하지만, 이를 이장하거나 처분하는 경우에는 관계자손의 협의를 거치는 것이 관례이다.( 1914.4.15. 政務總監 回答, 『彙集』, 181面)

67) 1918.9.10. 同年 民上212, 錄 5: 711-3面; 1919.2.25. 同年 民上29, 錄 6: 49-53面.

68) 朴秉濂, 『墓山·位土의 權利主體』, 『민사판례연구』 2(민사판례연구회, 1980), 5-12면.

## 2. 共同所有의 性質

위토 등에 대해서 朝鮮高等法院은 중중의 공동소유라고 인정한 경우에 그 공동소유의 성질에 대해서는 초기와 후기에 내용을 달리하였다. 초기의 판결은 중중의 共有라고 보았으며, 중중재산의 공유도 일반의 공유와 차이를 두지 않고 있다.

- ◇ 공유는 소유권이 2인 이상에게 속하는 상태이므로, 그 본질상 單獨所有權과 다르지 않다. 따라서 각 공유자는 공유자 이외의 자에 대하여 소유권자로서 확인 또는 목적물의 인도를 청구할 수 있다.(1913.3.18. 同年 民上14, 錄 2: 176-9面)<sup>69)</sup>
- ◇ 위토는 일문의 공동조상의 제사에 제공하기 위한 재산으로 종중원에 한하여 공유의 성질을 갖는 것이다. 만약 비공유자가 공유자 1인으로부터 다른 공유자의 승락을 받지 않고 위토를 매수한 경우 그 매매계약은 완전무효이다.(1916.1.21. 同年 民上251, 錄 3: 380-6面)
- ◇ 공유물의 매각·처분에는 공유자 전원의 합의가 있어야 한다.(1916.10.27. 同年 民上113, 錄 3: 789-786面)
- ◇ 일문의 공유토지의 수확물은 역시 토지공유자의 공유에 속하는 것이며, 공유자가 분할을 협의하여 분할할 수 있고, 만약 협의가 성립되지 않는 경우에 비로소 재판소에 분할을 청구할 수 있는 것이다. 분할의 절차를 거치지 않고 소유권에 근거하여 다른 공유자에 대하여 수확물의 반환을 청구하는 것은 타당하지 않다.(1917.7.9. 同年 民上58, 錄 4: 674-9面)

이러한 판결은 중중의 특수성을 전혀 고려하지 않은 채, 일본민법에 따른 것이다. 그러나 일본에서의 공동소유에 대한 학설의 변천에 따라 중중소유에 대한 새로운 견해가 나왔다. 1921년에 중중공유의 位土에 대해 일반의 공유와 달리 分割請求權과 持分讓渡를 부정하는 回答이 먼저 나온 후, 일반의 공유와 그 성질을 달리하는 合有라는 聯合部判決이 1927년에 나와 중중소유를 공유라고

69) 同旨 1919.4.15. 同年 民上48, 錄 6: 244-259面; 1917.7.9. 同年 民上58, 錄 4: 674-679面.



본 종래의 판결을 폐기하였다.<sup>70)</sup>

○ ① 종중공유의 위토에 대해서는 관습상 각공유자가 分割의 請求를 할 수 없다. ② 전항의 위토에 대해서는 持分을 讓渡할 수 없다. 따라서 공유자 1인이 한 지분의 양도는 무효이다.(1921.2.15. 政務總監 回答, 『彙集』, 390面)<sup>71)</sup>

◇ ① 2인 이상이 物을 공동소유하는 경우에는 하나의 소유권이 分數的 比率에 따라 다수인에게 속하는 상태와 완전히 單一不可分的인 것으로 包括的으로 수인에게 속하는 상태가 있다. 전자는 민법상의 共有이고, 후자는 合有이다. ② 合有는 공동자 전원의 공동목적수행을 위해 발생한 것으로 목적물에 대한 持分權이 없다. 목적물에 대한 권리는 이를 양도하거나 담보에 제공하는 등 任意로 處分할 수 없다. ③ 門中 또는 그 一派가 조상의 墓地 또는 位土를 공동소유하는 경우에는 그 소유자(戶主)가 조상의 祭祀 遂行을 목적으로 하므로 單一不可分的으로 그 소유권을 갖고 또 그 권리자의 변동에 따라 위토 등에 대한 권리에 분수적 비율에 따른 변동을 가져오는 것이 아니다. 位土에 대한 共同所有는 관습상 항상 合有의 法律關係이지 공유관계는 아니다.(1927.9.23. 同年 民上223, 錄 14: 321-8面)<sup>72)</sup>

70) 종중재산보다 먼저 1927년 4월에 侍天敎의 재산에 대해서 合有 또는 總有라고 판결하였다. 그 요지는 다음과 같다. ① 單一所有權이 不可分的 複數主體에게 귀속되는 상태는 總有 또는 合有라고 부르며, 이는 보통의 共有와는 그 성질이 다르다. ② 合有는 통상 권리주체 총원으로 구성되는 共同團體의 利益을 위하여 공동사업의 經營·수행을 목적으로 하므로, 구성원 각자의 持分은 존재하지 않는다. 따라서 구성원 각자는 독립적으로 그 권리를 처분할 수 없음은 물론, 각자의 이익을 위하여 목적물을 사용할 권리도 없다. ③ 합유에 속하는 物 또는 권리의 관리와 처분에 대해서는 특별한 규정이 없으면 일반의 관습 또는 단체내의 규약 등에 따라 결정한다. 1927. 4.19. 同年 民上 65, 錄 14: 122-130面 참조.

71) 이는 海州地方法院에서 ① 조선인 一門의 공동조상의 제사에 제공되는 위토로 종중의 공유재산에 속하는 것에 대해 각 공유자는 영구히 分割請求를 할 수 없는 관습의 有無 ② 공유재산에 대해 각공유자는 다른 공유자의 동의를 얻지 않고 持分權을 양도할 수 있는 관습의 有無 ③ 만약 양도할 수 없는 관습이 있다면 각공유자가 이를 무시하고 양도를 한 경우 다른 공유자는 양수인에 대해 그 양도의 무효를 주장할 수 있는 관습의 有無에 대하여 照會한 것이다.

多田吉鍾은 당시 海州地方法院에 재직중이었으며 이듬해에 「祭位土ノ總有性ニ就テ」이라는 논문을 발표한 점을 고려하면, 朝鮮高等法院이 合有-總有-論을 수용한 것은 多田吉鍾의 영향임을 알 수 있다. 이호규, 「전계논문」, 79면 註165) 참조.

72) 상고이유는 다음과 같다. “位土는 제사를 위한 재산이므로 사용·처분할 수 없으며 또 持分權이

또 始祖가 후손들의 상호부조를 목적으로 마련한 토지인 義莊에 대해서도 소유권귀속관계는 合有라고 보았다.

- ◇ 義莊은 일족 후예의 거주지이거나 그 收益으로 일족의 후원, 관혼상제의 부조 또는 일족의 화목과 공존공영을 목적으로 설치한 것으로, 의장인 토지는 종중재산을 구성하고 그 법률관계는 관습상 합유이다.(1934.10.2. 同年 民上304, 錄 21: 351-5面)

그리고 종중재산이 처분된 경우에는 종중재산의 합유성은 상실되며, 단독소유 또는 일반공유로 되고 따라서 양수인은 공유지분을 적법하게 양도할 수 있다. 그러나 위토를 종중원의 합의로 매각하고 그 매매대금으로 새로운 위토를 마련하는 경우에는, 당사자의 합의로 합유를 창설할 수 없으나, 이 경우에는 합유관계가 그대로 새로운 위토에 존재한다고 하였다.

- ◇ 合有인 위토가 적법하게 양도되면 그 성질인 합유성을 잃으며, 그 양도가 신탁적이면 내부관계에서는 합유이더라도 對外關係에서는 양수인이 1인 이면 단독소유이고 양수인이 수인이면 단순한 共有가 성립하며, 공유자인 양수인은 그 持分權을 제3자에게 이전할 수 있다. 따라서 종중이 합유인 토지에 대해 편의상 1인 또는 수인에게 그 권리를 信託하여 그 자의 單獨所有 또는 公有로 査定 또는 登記를 받으면 보통 合有關係는 내부에 한하고 외부관계에서는 受託者의 單獨所有 또는 公有로 하는 취지라고 해석해야 한다.(1929.2.19. 昭和3 民上517, 錄 16: 21-33面)
- ◇ 합유권은 당사자의 합의로 이를 설정할 수 없다. 다만 수익으로 공동조상의 제사에 제공하기 위한 합유인 위토를 교환 또는 매각하여 동일한 목적을 갖는 다른 토지와 교체는 것은 그 용도에 변경이 없고, 또 당사자의 합의에 따라 새로이 합유권을 설정하는 것이 아니므로 종전의 합유관계는 交替地에 존속하는 것으로 보는 것이 타당하다. 그리고 종전의 위토의 賣却代金債權 또는 受領金員은 새로운 위토의 구입에 사용되어야 하는 것이

---

없는 것이 관습이다. 그리고 지분의 관념을 인정하면 戶主身分의 취득으로 共有權을 취득하는데, 分家를 하면 신후주가 등장하여 공유자가 증가하고 따라서 지분이 변하게 되어 지분의 계산이 곤란하며, 또 지분의 처분이 가능하므로 동족이 아닌 他姓이 참가할 수 있기 때문에 종중재산은 공유가 아니라 합유라고 보아야 한다.” 同旨 1928.7.27. 同年 民上201, 錄 15: 218-222面; 1930.6.24. 同年 民上223, 錄 17: 134-7面.

므로 合有의 目的物이다.(1933. 3 31. 同年 民上64, 錄 18: 65-75面)

중중재산을 대외적으로 주장하는 경우에 대해서는 訴訟과 관련하여 살펴보고자 한다.

우선 중중재산에 대한 소송은 權利關係가 전원에 대해 合一的으로 확정되어야 하는 必要的 共同訴訟으로 보고 있으며,<sup>73)</sup> 공유관계를 다투고 있는 원·피고에 대하여 제3자가 원·피고를 상대로 공유권의 확인을 구하는 主參加訴訟도 必要的 共同訴訟으로 보았다.<sup>74)</sup> 그리고 각 공유자가 공유권을 침해받았을 때에 개별적으로 공유권의 확인 등의 소를 제기할 수 있는가에 대해서는 日本大審院은 만약 일부 공유자가 패소하는 경우에 다른 공유자에게 손해를 끼칠 우려가 있기 때문에 각 공유자는 개별적으로 공유권확인 소를 제기할 수 없다고 보았다(1916.6.13, 1919.5.31 등). 학설은 동일한 이유로 부정하는 消極說과 사실상 손해를 끼치더라도 행위의 성질이 保存行爲이므로 인정을 해야 한다는 積極說이 있다.<sup>75)</sup> 朝鮮高等法院은 적극설에 따라 單獨의 確認訴訟을 인정하였다.

- ◇ 各 共有者는 공유자 이외의 자에 대하여 所有權確認, 目的物의 引渡를 청구할 수 있다. 그리고 이를 공유자 수인이 주장하여도 공유자 전부가 아닌 일부의 자격만을 확인하는 것이지, 다른 공유자를 제외하는 것은 아니다.(1919.4.15. 同年 民上48, 錄 6: 244-259面)<sup>76)</sup>
- ◇ 중중재산인 合有權의 주체는 호주이고, 合有權자 각자의 측면에서 보면 공유권과 같이 독립적으로 처분할 수 있는 지분의 관념은 없지만, 다른 合有자와 공동으로 불가분적 권리를 갖는 지위는 부정할 수 없다. 그리고 이러한 관계는 각자에 대해 보호되어야 하므로 따라서 이러한 법률관계에 대해 다툼이 있으면 각자는 독립하여 자기를 위해 확인의 소를 제기할 수 있다.(1935.11.22. 同年 民上343, 錄 22: 559-567面)<sup>77)</sup>

73) 1916.11.14. 同年 民上154, 錄 3: 816-8面; 1919.4.29. 同年 民上18, 錄 6: 278-288面.

74) 1919.10.21. 同年 民上230, 錄 6: 532-542面.

75) 多田吉鍾, 「祭位土ノ總有性ニ就テ」, 35-8面 참조.

76) 同旨 1913.3.18. 同年 民上14, 錄 2: 176-9面.

77) 同旨 1916.11.14 同年 民上154, 錄 3: 816-8面; 1919.4.15 同年 民上48, 錄 6: 244-265面; 1919.4.29 同年 民上18, 錄 6: 278-288面 등. 위 인용판결은 合有에 대해서이나, 공유의 경우에도 마찬가지다. 多田吉鍾, 「前掲論文」, 37面 참조.

既判力과 관련하여서는 앞의 確認訴訟에서 敗訴한 共有者는 다시 後訴에서 증거에 따라 공유자로 확인 받을 수 있으며,<sup>78)</sup> 비법인 단체에 대한 판결의 기판력은 단체를 구성하는 사원이나 재산의 실체상의 권리자에게는 辯論主義에 근거하여 미치지 않는다고 하였다.<sup>79)</sup>

중중재산의 소유관계를 합유라고 보는 것은 1927년 이후 지속되었다. 合有의 성격은 전형적인 團體的 所有로 持分의 개념을 인정하지 않는 것이다. 이러한 것은 일본민법의 공동소유규정과는 다른 共同所有의 새로운 형태를 창출한 것이다. 일본민법은 독일민법전 제1초안의 영향을 받은 결과로, 공동소유의 종류로 共有만, 또 권리능력없는 사단을 組合의 형태만을 인정하고 있다. 이후 逸民法學의 영향-學說繼承-으로 공동소유의 여러 유형에 대한 논의가 시작되었다. 우선 石田文次郎<sup>80)</sup>은 개인적 공동소유로서의 共有와 단체적 소유로서의 總有를 들고 그 사이에 합유를 두어, 공동소유를 共有와 合有 그리고 總有의 3형태로 유형화하였다. 我妻 榮은 石田文次郎의 학설을 수용하여 체계화하였다.<sup>81)</sup> 그리고 이러한 논의는 당시 일본이 1926년 昭和恐慌 이후에 개인주의적 민법이론에 대한 반성으로 독일의 기르케(Otto von Gierke) 등의 團體主義 法思想의 영향을 받아 나온 것이다.<sup>82)</sup> 그리고 이 논의는 朝鮮高等法院을 비롯하여 조선에도 영향을 주어, 1920년대 후반 이후에는 중중재산의 소유형태를 합유라고 본 것이다. 이후 중중공동소유의 성질에 대해서 朝鮮高等法院은 일관하여 合有로 보았다. 현행민법은 공동소유를 共有와 合有 그리고 總有로 삼분하고 있고, 이에 따라 대법원은 민법이 제정되기 전에는 合有로 보았다가 민법 시행후에는 總有로 보고 있다. 현재 중중공동소유의 성질이 總有라는 것에는 이설이 없다. 학설은 중중을 소유형태가 총유인 권리능력 없는 단체의 전형으로 제시하고 있다.<sup>83)</sup>

78) 1919.4.15. 同年 民上48, 錄 6: 244-259面.

79) 1939.2.7. 昭和13 民上536, 錄 26: 70-80面.

80) 石田文次郎, 『土地總有權史論』(岩波書店, 1927)

81) 이상은 鄭鍾休, 「獨逸와 日本의 總有理論史」, 「歷史的 視点에서 본 宗中(Ⅱ)」(한국법사학회 제 22회 정례발표회 발표문, 1993.1), 25-9면 참조.

82) 그러나 石田文次郎 외에는 總有와 合有에 대한 개념을 분명히 구별하지 않고 양자를 혼동하거나 聯有, 同有 등의 개념을 사용하였다. 이호규, 「전개논문」, 79-80면 註)166, 167 참조.

83) 최근의 논의로는 金學東, 「總有의 本質과 實際」, 『私法研究』1(청헌법률문화재단, 1992), 113-172면 참조.

### 3. 宗中財産의 處分

位土를 특히 조상이 설정한 不遷位土를 처분할 수 있는지와 또 분묘가 존재하는 산지를 양도할 수 있는지에 대해서는 다음의 판결이 있다.

- ◇ 조상이 어떤 부동산을 私不遷位土로 설정하고 이를 一門의 공유로 함과 동시에 유언으로 영구히 이의 매매 등 처분을 금지한 것은 그 자손인 공유자(各家의 호주)가 이를 처분할 수 없는 관습은 없고, 또 不遷位土에 대한 앞의 유언은 영구히 그 자손 전원을 구속하는 효력을 갖는 것은 아니다.(1919.10.21. 同年 民上230, 錄 6: 532-542面)
- ◇ 조선에서 조상의 묘소가 존재하는 산판을 양도의 목적물로 할 수 없다는 관습은 없다. 그리고 분묘와 기지를 별개로 관찰하여 별개의 소유권의 목적으로 할 수 있으므로, 분묘의 소유권을 유보하면서 그 산판의 소유권을 양도할 수 있다.(1918.9.10. 同年 民上212, 錄 5: 711-3面)

종중재산에 대한 처분권은 권리자 전원의 동의가 필요하다고 하였다.

- 종중공유지에 대하여 특별관리인을 선정하였든 종손이 관리를 하였든 간에 종손의 단독처분권은 허용되지 않는다. 그리고 제3자도 이로써 소유권을 취득하는 것은 아니다.(1911.10.25. 取調局長官 回答, 『彙集』, 77-9面)
- 종중공유의 墓山은 어떠한 경우에라도 종장이 단독으로 매각할 수 있는 관습은 없으며, 그 소유인명의로 해야 한다.(1913.3.14. 政務總監 回答, 『彙集』, 128-9面)
- 종중공유의 墓山은 어떤 경우에라도 종장이 종중원의 일부와 협의하여 그 명의로 매각할 수 있는 관습은 없다.(1913.8.12. 政務總監 回答, 『彙集』, 147面)
- 종중공유산의 입목의 매매 등 처분행위는 공유자 전원의 협의가 필요하며, 종중의 有司는 특별수권이 없으면 처분행위를 할 수 없다.(1913.9.30. 政務總監 回答, 『彙集』, 157面)
- 종장과 종손의 협의만으로 宗山을 매각할 수 없고, 宗孫과 支孫의 협의가 있어야 한다.(1915.12.28. 政務總監 回答, 『彙集』, 260面)

- 종중재산은 종손이 단독으로 처분할 수 없고, 종중의 협의에 따르는 것이 관례이다.(1923.8.21. 中樞院書記長官 回答, 『彙集』, 433-4面)
- 종족의 設墓·採草 등의 목적으로 종가에서 임야를 매입하여 사용·수익의 구역을 정하여 종족이 이를 관리하고, 그 처분권을 종가가 유보하는 예가 있는데, 이 경우에 종가가 종족이 관리하는 구역을 처분함에는 종족의 동의를 얻어야 한다.(京畿道 平澤郡 西面地方)(1915.12.24. 政務總監 回答, 『彙集』, 253-4面)
- ◇ 종중재산을 처분하기 위해서는 공유자의 전원의 동의가 필요하며, 종중의 도유사, 유사 등이 당연히 그 권한을 갖는 것이 아니라 계약의 취지에 따라 다르다.(1916.10.27. 同年 民上113, 錄 3: 789-796面)
- ◇ 공유자의 전원의 동의가 없으면 처분할 수 없고, 중요 종중원의 협의로 처분하는 관습은 없다.(1919.4.15. 同年 民上48, 錄 6: 244-259面)
- ◇ 문중공유의 토지를 처분하기 위해서는 공유자 전원, 전원의 동의를 얻어서 하거나 또는 문중의 규약에 따라 그 권한을 가진 자가 아니면 이를 할 수 없다. 다만 공유물을 변경하는 이외의 관리에 관한 사항은 공유자의 과반수결의로 할 수 있다. 따라서 공유자 가운데 1인 또는 수인이 공유물에 대한 관리 또는 처분행위를 하거나 이에 대해 동의를 하는 것은 부적법하다.(1926.7.20. 1925 民上251, 錄 13: 176-182面)<sup>84)</sup>

종중재산의 처분방법에 대한 주장사실을 보면 아래와 같다.

- ◇ 종중재산에 대한 처분은 종중 2/3의 합의가 있어야 한다.(1928.7.27. 同年 民上201, 錄 15: 218-222面)
- ◇ 집회일시와 의결사항 등을 사전에 통지해야 하는 등의 형식이 불필요하며, 호주의 과반수 의사로 결정한다. 종중원이 존재하는 각 지방의 대표자 과반수로 대표자를 선출하는 것은 정당하다.(1933.2.10. 昭和7 民上 636, 錄 20: 74-80面)
- ◇ 종중재산처분에 대한 문중규약에 따라 종중전원의 동의가 필요하며, 만약 문중규약이 없으면 관습에 따라 문중 과반수의 동의로 가능하다.(1940. 2.17. 昭和13 民上536, 錄 26: 70-80面)

34) 同旨 1929.2.19. 1928 民上517, 錄 16: 21-33面.

명의수탁자가 종중 등의 동의를 받지 않고 임의로 종중재산을 매각<sup>85)</sup>하거나, 저당권을 설정<sup>86)</sup>하는 등 처분한 경우에 刑事的으로는 内部關係에서 橫領의 責任을 진다.

종중재산의 처분과 관련하여 종중규약의 존재가 두드러지지 않는다. 이는 당시에 종중의 조직성이 강화되지 않았음을 반영한다. 개별적으로 종중재산의 처분방법에 대한 논의가 있으나 판례로 확실하게 나타난 것은 없다.

그리고 현행판례는 종중재산의 처분에 대하여 종중규약이 없으면, 종회에 참석한 종중원의 과반수결의로 처분할 수 있다고 하여 종중재산의 처분을 손쉽게 하고 있다. 이는 법인의 결의방법을 규정한 민법 제75조를 유추적용한 것이다. 이는 합유재산의 처분, 조합의 해산규정에 비추어 불합리하다. 결국 이러한 처분방법은 종중의 해체를 기도한 증추원 등의 회답과 朝鮮高等法院의 판결을 아무 비판없이 그대로 답습한 결과이다. 이에 대한 근본적인 검토가 필요하다.

#### IV. 맺 음 말

朝鮮高等法院의 판결에 따르면 종중은 다음과 같다. 종중은 친족단체로 자연적으로 발생하는 권리능력없는 사단이다. 그 소유형태는 합유(초기는 공유, 현재는 총유)이며 합유인 재산을 처분하면 합유성은 상실되고 단독소유 또는 공유로 된다. 그 합유권자는 호주(현재는 성인남자)이며, 그 대표자는 종손이 아니라 종중총회에서 선출된 자이다. 종중재산의 처분금지는 효력이 없고, 종중재산의 처분에는 권리자 전원과 협의하여야 한다. 그러나 이는 현실상 불가능하므로 대법원에서는 이를 완화하여, 규약이 있으면 규약에 따르고 그렇지 않으면 종중총회의 출석자 과반수의 의결로 처분할 수 있다.

현재의 대법원은 종중에 대한 朝鮮高等法院의 판결을 그대로 답습하고 있다. 이는 결국 역사성을 고려하여 과거 식민지의 판결을 근본적으로 검토함이 없이, 법적안정성만을 고려한 안이한 사고방식이다. 게다가 대법원은 종중재산에 대한 처분을 쉽게 하고 있으며, 또 현실적으로 종중재산의 불법적인 처분, 나아가 종중의 해체, 그리고 이와 관련된 많은 분쟁을 야기하고 있다. 종중재산

85) 1927.12.12. 同年 刑上88, 錄 刑14: 42-52面; 1929.3.19. 同年 民上429, 錄 16: 63-6面

86) 1929.7.18. 同年 刑上26, 錄 刑16: 31-4面.

의 보호를 강화할 것인가는 종중에 대한 평가의 문제이다. 실제로 종중은 개인화되어가는 사회분위기속에서 여전히 존재하고 있으며 더욱 더 그 영역과 재산을 확대하고 있다.<sup>87)</sup> 결국 종중은 우리의 고유제도로 결코 쉽게 사라져 버리지는 않을 것이다. 그렇다면 종중의 긍정적인 역할을 인정하고 이에 따른 대책을 수립해야 할 것이다. 이를 위해서는 현재의 종중에 대한 판례법을 근본적으로 재검토할 필요가 있다.

종중에 대한 총체적인 접근을 위한 향후의 연구과제를 제기하는 것으로 이 글을 맺고자 한다. 우선 좀 더 거시적인 안목에서 종중에 대해 접근해야 한다. 현재 학계에서는 종중을 법인격없는 단체의 대표적인 것으로 파악하고 있다. 그러나 단지 종중만을 다루고 있을 뿐, 法人理論과 함께 고찰하는 연구는 부족하다. 특히 식민지기-서구법수용기-에 法人格이 인정된 洞里, 寺刹, 相續人不存在의 遺産 등에 대해서도 같은 맥락으로 고찰해야 비로소 종중의 전체적인 모습을 그릴 수 있을 것이다.

다음으로는 비교법적인 시각으로 문제에 접근하는 것이다. 즉 일본의 대만과 조선지배는 어떠한 동질성과 차별성을 가지며, 이러한 것은 각각의 법정책에 어떻게 반영되고 있는가를 규명하는 것이다. 종중과 유사한 것으로는 중국의 경우에 祭祀公業<sup>88)</sup>을 들 수 있다. 이의 성질에 대해서는 共有說, 總有說(臺灣私法에서의 견해<sup>89)</sup>), 法人說로 나누어지며, 判例와 學說은 公益法人과 營利法人의 성격을 모두 갖는 法人으로 보고 있다.<sup>90)</sup> 그런데 일본은 祭祀公業과 목적이 같은 한국의 종중에 대해서는 법인격을 부인하였다. 이러한 일제의 입장차이에 대한 역사적 해석은 종중에 대한 中樞院 등의 回答과 朝鮮高等法院의 判決에 대한 이해를 증진시킬 것이고, 이는 현재의 종중문제를 해결하는데 실마리가 될 것이다. 즉 유사제도에 대한 비교법적 고찰은 우리의 특성을 잘 부각시켜 문제의 해결을 위한 하나의 통로를 분명히 열어줄 것이다. (1993.5.31)

87) 金海金氏는 全 金氏를 총괄하는 新羅金氏聯合大宗院을 결성하여, 전국적인 조직을 갖추고 남북 통일까지 대비하고 있다. 新羅金氏聯合大宗院宗憲 참조.

88) 이에 대해서는 이광규, 『전계서』, 210-2면, 그리고 일본인의 업적으로는 姉齒松平, 『祭祀公業並臺灣ニ於ケル特殊法律ノ研究』(東都書籍株式會社, 1938), 1-186면 참조.

89) 臺灣私法(전 6권, 臺灣總督府, 1910)은 1899년부터 1909년까지 조사한 대만의 관습조사보고서이다. 鄭肯植, 『전계논문』, 『전계역서』, 19-21면 참조.

90) 姉齒松平, 『前掲書』, 32-8면 참조.