

宗中裁判事例研究

池 哲 瑚*

대법원 1987년 7월 14일 선고 85 다카 1033판결; 소유권이전등기
원고(상 고 인): 광산김씨 참의공파종중
피고(피상고인): 김대근외 25인

[사실관계]

원고는 광산김씨 시조인 홍광의 19대손으로서 참의공 벼슬을 지낸 중균을 공동시조로 하여 그 후손들로 구성된 종중인 바, 서울 구로구 개봉동 산 2의 1, 4, 5 번지 임야(이 사건 제정 임야)를 수백년전부터 宗山으로 소유해오고 있는 중 1908년에 「土地建物所有權證明規則施行細則」이 시행됨에 따라 그 당시의 유력한 종원 소외 亡 김재달에게 소유권신고를 해달라고 부탁하여 동인이 소유권신고를 하여 부평군수의 확인을 받고, 1918년 「林野調査令」에 따라 임야에 대한 所有權査定을 할 당시에도 위 김재달에게 신탁하여 동인명의로 사정을 받은 뒤 1939. 10. 5. 위 김재달의 명의로 소유권보존등기를 경료하였다가 1941. 12. 11. 원고종중의 3개파(백사파, 독정파, 도당파)의 각 대표자인 김구현, 김필현, 김동수의 3인에게 명의신탁하여 소유권이전등기를 경료하였고, 다시 1966. 7. 29. 위 3인에 대한 명의신탁을 해지하고 원고종중의 백사파 종원인 김선수·김영주·김영택, 도당파 종원인 김영규·김용수, 독정파 종원인 김용목·김동수 등 7인에게 명의신탁하여 위 7인의 合有로 소유권이전등기를 경료해두었는 바, 원고종중은

* 서울대 법대 대학원 박사과정수료, 변호사

1980. 6. 14. 종중총회를 열어 위 7인에 대한 명의신탁을 해지하고 소유자 명의를 원고종중으로 환원하기로 의결하고 피고들(위 명의수탁자 및 그 상속인들)에 대하여 이 사건 訴狀副本送達日字 신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하였다. 위 소제기에 있어 원고종중의 대표자인 피고 김동수는 이 사건 임야에 관한 합유등기명의자 7인중 1인인 관계로 동인이 대표자로서 위 소송을 제기할 수 없어 법원으로부터 소외 김천수를 제소에 있어 원고종중의 특별대리인으로 선임한다는 결정을 받아 이 사건 소송에 이르렀다. 그 후 원고종중은 소송계속중인 1981. 3. 15. 원고종중 대표자 회장 김동수가 소집한 임시종중총회에서 종원 113명중 85명이 참석한 가운데 위 김천수가 원고종중의 특별대리인으로 수행중이던 이 사건 소송을 지지하는 내용의 결의를 하였다.

이에 대하여 (1) 피고들은 본안전항변으로 (가) 피고들은 원래 광산김씨의 시조인 홍광으로부터 14대손인 문숙공을 공동시조로 하여 약 500년전에 구성된 광산김씨 문숙공파 종원들인데, 1969. 1. 3. 위 종중에서 그 공동시조로서 홍광으로부터 16대손인 삼사좌사공 및 19대손인 참의공을 각각 추가하고 그 명칭을 광산김씨 문숙공파·삼사좌사공파·참의공파 종중이라 개칭하였는데, 위 종중의 종원중 인천과 부평지방에 거주하는 일부종원들이 1980. 6. 14. 임시종중총회를 소집하여 종중의 명칭을 광산김씨 참의공파종중(원고)으로 개칭하고 그 대표자로 피고 김동수를 선출하여 이 소를 제기하였으나, 앞서 본 바와 같이 원고종중이 위 참의공파만을 공동시조로하여 그 후손들로서 구성된 종중으로서 위 문숙공을 공동시조로 하여 구성된 원래 종중과 다른 종중이라면 그와 같은 종중은 존재하지 않으므로 당사자적격이 없고, (나) 가사 당사자적격이 있다고 하더라도 원고주장에 의하면 원고종중은 1980. 6. 14. 개최된 종중임시총회에서 원고종중을 대표하는 회장으로 피고 김동수를 선임하였다는 것이나, i) 당시 비상계엄이 선포되어 일체의 집회가 금지된 상태였으므로 실제로 종중총회가 개최된 사실이 없었고 ii) 그렇지 않다 하더라도 원고 종중은 3개파로 구성되어 있고 종원은 130명에 이르고 있는데 위 1980. 6. 14자 종중총회 소집에 있어서는 3개파중 백사좌종원들에게는 아무런 소집통지를 하지 아니한 채 나머지 파 중

원 약 30여명만이 모여서 종종총회를 개최하고 거기서 피고 김동수를 회장으로 선임하였으므로, 동인은 원고 종종을 대표할 자격이 없으며 Ⅲ) 대표권도 없는 위 김동수가 원고 종종대표자의 지위에서 원고 종종의 특별대리인으로 소외 김천수를 선임하였는 바, 위 김천수는 적법한 대리인이 될 수 없으며 Ⅳ) 특별대리인이 소송행위를 함에는 후견인과 동일한 특별수권이 있어야 하는데 원고의 특별대리인인 위 김천수는 원고 종종으로부터 그와 같은 특별수권을 받은 일이 없어 이 사건 소송을 수행할 권한도 없으므로 이 사건 소는 부적법각하되어야 한다고 다투고(피고들은 이외에 본안전항변으로 필요적 공동소송 문제도 거론하고 있으나 생략한다), (2) 본안에 대하여 피고들중 피고 김영주·김영택(나머지 피고는 다투지 아니함)은 이 사건 부동산은 원고 종종 소유가 아니고 그들의 조부인 소외 망 김재달의 개인소유로서 위 김재달이 그 임야상에 있는 선대분묘를 수호하고 처분하지 못하게 하기 위해 그의 아들인 망 김필현 외에 가까운 집안 사람들인 김구현·김동수 등 3인의 공동소유명으로 소유권이전등기를 경료해 두었다가 또 다시 위 임야를 영구보존하기 위하여 집안사람들을 추가하여 7인 합유로 소유권이전등기를 해둔 것이라고 다투었다.

제1심인 서울지방법원 남부지원은 원고청구를 인용하였으나, 항소심(원심)인 서울고등법원은 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대하여 원고가 상고하여 본 판결에 이른 것이다.

[원심판결]

원심은 (1) 피고들의 본안전항변을 배척하였는바, 그 이유는 다음과 같다. (가) 원고 종종은 광산김씨시조인 홍광의 19대손으로서 참의공 벼슬을 한 중군을 공동시조로 하여 그 후손들에 의하여 봉제사·분묘수호·위토관리 등을 목적으로 자연발생적으로 형성된 것으로서 그 종원의 자격은 위 참의공의 후손으로서 사실상 독립세대주인 성년남자로 되어 있고 종종의 대소사는 전체종원의 과

반수출석으로 결의하는 것이 종중의 관례이었고 성문의 규약이 없음을 물론 종중명칭도 정하지 아니하고 종중대표자도 선임하지 아니한 채 봉제사 외에는 별다른 활동을 해오지 않다가 1939년에 이르러 소외 김영만을 상대로 소송을 제기하기 위하여 종중명칭을 광산김씨종중이라고 하고 대표자로 피고 김동수를 선출한 사실, (나) 원고종중의 증원들은 주거지역에 따라 백사파·독정파·도당파로 나누어 있었던 사실, 그 후 증원들간에 공동시조인 종중의 관직을 종중앞에 넣어 원고종중명칭을 광산김씨 참의공파 종중으로 하자는 의견과 참의공의 5대조인 문숙공 및 3대조인 삼사좌사공을 참의공의 명칭앞에 붙여 광산김씨 문숙공파 삼사좌사공파 참의공파 종중으로 하자는 의견이 대립된 사실, (다) 원고종중은 위 김동수가 회장이었다가 그 후 다른 사람들을 거쳐 1974년부터 현재까지 위 김동수가 회장으로 선임되어 있는 사실, 원고종중 소유인 이 사건 임야에 대한 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구의 소를 제기하고자 회장인 위 김동수는 1980. 6. 7. 그 당시 확인된 종원 109명에게 1980. 6. 14. 15:00에 부천시 소사동 소재 우양산업주식회사에서 종중임시총회를 개최한다는 통지를 우편 또는 인편으로 하여 종원 60명(위임장으로 대치한 8명 포함)이 모여 원고종중의 명칭을 광산김씨 참의공파종중으로 개칭하기로 하고, 회장에는 위 김동수를 유임시키기로 하며, 이 사건 임야에 관하여 원고종중 명의로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하기로 의결한 사실, (라) 그 후 원고종중은 그 대표자인 위 김동수가 이 사건 임야의 합유등기명의자중의 1인인 관계로 위 김동수가 원고종중대표자로서 위 소송을 제기할 수 없기 때문에 법원으로부터 소외 김천수를 위 제소에 있어 종중의 특별대리인으로 선임하는 결정을 받아 제소에 이른 사실, (마) 그 후 원고종중은 소송계속중인 1981. 3. 15. 11:00경 위 김동수가 소집한 임시종중총회에서 당시 종원 113명중 85명이 참석한 가운데 위 김천수가 원고종중의 특별대리인으로 수행중이던 이 사건 소송을 지지하는 내용의 결의를 한 사실을 인정하고, 위 인정사실에 기초하여 i) 원고종중의 존재와 당사자적격을 인정하고 ii) 1980. 6. 14.자 원고종중임시총회의 성립 및 결의방법의 적법성을 인정하고 그에 따라 위 총회에서

회장으로 선임된 위 김동수를 원고종중의 적법한 대표자로 인정하고 Ⅲ) 1981. 3. 15.자 임시총회결의에 의하여 원고종중이 특별대리인 위 김천수가 특별수권 없이 한 이 사건 소송행위를 추인하여 그 흠결이 보정되었다는 것이다.

(2) 그러나 원심은 본안에서 이 사건 임야가 원고종중소유로서 종원들에게 명의신탁한 것이라는 원고주장사실을 배척하였는 바, 그 이유는 다음과 같다.

이 사건 임야에 관하여 소외 망 김재달 명의로 소유권보존등기가 경료되고, 그 후 3인 공유, 7인 합유로 순차적으로 소유권이전등기가 경료된 사실만으로는 원고종중소유로서 명의신탁한 것을 추단할 수 없고, 원고가 종중의 성립시기, 이 사건 임야위에 설치되어 있는 분묘의 내용, 종중이 이 사건 임야를 취득하게 된 내력과 그 시기 및 원고종중이 이 사건 임야를 소외 망 김재달에게 명의신탁한 일자 등에 관하여 일관된 주장을 하지 못하고 수시로 주장을 바꾼 점, 위 김재달이 이 사건 임야에 관하여 1909. 12. 3. 소유권신청을 하여 1910. 2. 4. 관할군 수로부터 소유권증명을 받고 1916. 11. 2. 망인명의로 토지사정을 받은 다음, 1939. 10. 5. 소유권보존등기를 경료한 동 망인이 위 3인의 공유자앞으로 소유권이전등기를 경료한 점, 그 후 다시 7인 명의로 등기된 후에도 위 김재달의 손자인 피고 김영주·김영택 등이 이 사건 임야를 관리하여 온 점 등에 비추어 보면 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 임야는 원래 위 김재달의 소유로 봄이 타당하기 때문이다.

[대법원판결]

(본안부분만 상고하였음)

이 사건 계쟁임야는 원고종중의 공동선조 중군의 2대손인 계원의 분묘를 비롯하여 수백년간에 걸쳐 종중선조들의 분묘수십기가 설치되어 내려온 사실이 인정되는 바, 이에 비추어볼 때 이 사건 계쟁임야는 원고종중 이외의 다른 종중이나 원고종중원 아닌 다른 사람의 소유였다고 볼 수는 없고, 위 계원의 분묘가 설치된 당시부터 원고종중의 소유로 전해져 내려온 것이거나, 아니면 적어도 원

고종중원 중 어느 개인이 대대로 상속하여 내려온 것으로 봄이 타당할 것이다. 따라서 이사건 계쟁임야가 원고종중의 소유였음을 부인하고 있는 피고측이 위 임야는 소외 망 김재달이 개인적으로 매수한 것이라고 주장하는 취지는 동인이 위 임야를 그 소유자이던 어느 원고종중원으로부터 매수하였다는 것으로밖에 볼 수 없는 바, 위 임야가 원고종중 소유가 아니고 어느 원고종중원 개인의 소유였고, 이를 위 김재달이 개인적으로 매수한 것이라면 대대로 이사건 임야상에 분묘를 설치해 온 원고종중원들 사이에서는 원래 이사건 임야를 소유하고 있던 종중원이 누구인지, 언제 어떠한 연유로 위 임야가 위 김재달에게 양도되었는지 널리 알려져 왔을 것임에도 소송상 이에 관한 아무런 주장 및 입증자료가 없는 점, 원고종중원들은 거주지역에 따라 3개파로 구성되어 있는데, 위 3인의 공유자는 위 각 파에 1명씩 소속되어 있고, 위 7인의 합유자 중 3인은 백사파, 2인은 도당파, 나머지 2인은 독정파 소속이고 위 7인중 3인은 위 김재달의 아들 또는 손자들이나, 나머지 사람들은 모두 김재달과 같이 종중원의 입장일 뿐 계촌할 수 있는 정도의 친척이 아니라는 것인 바, 종중원 개인소유의 임야를 종중원들 공유나 합유 명의로, 특히 계촌간도 아닌 종중원들을 각 계파별로 안배하여 그 명의를 신탁한다는 것은 극히 이례에 속하고, 대부분의 경우는 종중소유 토지에 대하여 신탁등기가 행하여지는 것이 상례인 점 및 피고 김영택이 소송계속중에 원고종중에 대하여 위 임야중 일부는 도당파와 독정파 명의로 이양하여 주고 나머지는 백사파에서 임의처리하기로 하는 메모를 작성해 준 사실, 종중회의록에 의하면 원고종중이 1971. 8. 8. 종중총회를 개최하고 위 임야에 관하여 7인에 대한 명의신탁을 해지하고 원고종중 명의로 소유명의를 환원시키기로 결의한 당시 피고 김영택은 의장으로서 그 회의를 주재하여 진행시켰고, 피고 김영주도 위 회의에 참석하여 모두 위 결의에 찬성한 것으로 기재되어 있는 바, 위 회의록이 진정하게 작성되었고, 피고들이 참석하여 그같은 결의를 한 것이 사실이라면, 위 회의록은 위 임야가 원고종중소유임을 인정함에 있어 유력한 증거가 된다고 볼 것이다. 따라서 원심으로서 위 회의록 및 메모의 작성자, 작성경위등을 심리하여 이를 신빙할 수 없는 경우가 아니면 원고들 주장을 쉽게 배척할 수

없음에도 이를 배척하였음은 심리미진이나 채증법칙위배로 인한 사실오인 또는 명의신탁의 법리를 오해한 위법이 있으므로 파기사유에 해당된다.

[연 구]

1. 問題의 提起

가. 宗中에 관한 裁判에서 주로 문제가 되는 것은 宗中財産이고 구체적으로 말하면 그 재산이 宗中所有냐 아니냐 하는 것이다. 아울러 宗中代表者의 適法性, 宗中の 存在여부도 자주 문제된다.

나. 이 判決은 위 문제점들에 관하여 비교적 구체적으로 판시하였는 바, 종중재산을 둘러싸고 일어나는 분쟁 중 이와 같이 宗中이 그 소유부동산에 관하여 宗員 1인 또는 수인에게 名義信託한 경우 상대방인 名義受託者側에서 신탁의 존재를 부인하여 분쟁이 일어나는 事例가 대부분이고, 특히 최근에는 地價의 上昇으로 이러한 분쟁이 빈번히 발생하여왔다.

2. 宗中の 存在여부

가. 宗中은 權利能力 없는 社團으로서(대법 1985. 10. 22. 선고, 83다카2396, 2397 판결) 종원의 共同先祖의 奉祭祀, 墳墓의 守護 및 종원 상호간의 친목도모를 목적으로 하는 宗族團體이며, 어느 공동선조의 사망과 동시에 생존한 후손들에 의하여 자연발생적으로 구성되며 成文의 規約 등 별도의 組織行爲 없이 성립되는 점에 특이성이 있고, 종원은 “공동선조의 후손 중 성년이상의 남자로 구성된다(대법 1973. 7. 10. 선고, 72다1918 판결), 공동선조의 후손 중 出系者는 제외된다(대법 1987. 4. 14. 선고, 84다카750 판결). 그런데 우리 慣習上 과연 성년남자 모두가 宗員資格이 있었는지는 의문이며, 戶主 내지 한집을 대표하는 家長(현재의 관념으로는 世帶主)에 한하여 종원자격이 있었던 것이 아닌가 생각된다.¹⁾

1) 鄭貴鎬, “宗中에 관한 判例의 動向”, 民事判例研究 X, 335면; 許奎, 盧宗相, 李泰勳, “宗中·宗中財産에 관한 諸考察”, 司法論集 4, 33면.

그러나, 共同先祖의 後孫 중 일정한 지역에 거주하거나 이와 緣故가 있는 후손들만을 구성원으로 하고 있는 종중도 고유한 의미의 종중이라고 보기는 어려우나, 후손들이 선조분묘를 수호하고 친목도모를 위한 사회조직체로서 고유의 재산을 소유관리 하면서 독자적인 활동을 하고 있어 그 단체로서의 실체를 부인할 수 없다면 당사자 능력을 인정하고 있다(대법 1982. 11. 23. 선고, 81다372 판결). 宗員은 자신의 의사와 관계없이 宗中の 구성원이 된다. 宗中の 성질상 宗員은 宗中에서 脫退할 수도 없고 宗中도 宗員을 逐出할 수 없다. 宗中이 일부 종원에 대하여 영원히 그 자격을 박탈하는 것으로 규약을 개정하는 것은 종중의 본질에 반하는 것으로서 규약개정의 한계를 넘는 무효의 것이다(대법 1978. 9. 26. 선고, 78다1435 판결).

또, 종중의 名稱에 관하여 원래 小宗中이나 支派宗中の 명칭은 中始祖의 官職이나 諡號 다음에 支派宗中 등 始祖의 官職이나 諡號 등을 붙여 부르는 것이 일반적인 慣行내지 慣習이라고 할 것이나, 그 실체는 名稱 여하에 불구하고 同先祖의 祭祀, 宗中の 財產管理 및 宗員의 親睦 등을 위하여 自然發生的으로 형성된 種族集團體라고 할 것이므로 어느 종중의 명칭사용이 위에서 본 관습에 어긋난다는 점만으로는 종중의 실체를 부인할 수 없다(대법 1989. 12. 26. 선고, 89다카14844 판결). 이와 관련하여 판례는 원고 창녕성씨종중은 시조인 성인보의 10대손인 사숙공 성세순을 派祖로 하는 창녕성씨의 성년남자로 구성된 종중이고, 그 명칭에 있어서 이조의 명신들인 성세순(시호가 사숙공), 그의 아들인 성수심(시호가 문정공), 손자 성훈(시호가 문간공)이 창녕성씨가 배출한 특출한 인물로서 위 성세순의 자손중에서도 성수심, 성훈의 자손이 번창하였으므로, 원고종중을 창녕성씨종중 또는 창녕성씨 사숙공파종중이라고 부르기도 하지만, 위 성세순, 성수심, 성훈의 세 인물을 배출한 종중이라 하여 3인의 시호를 따서 창녕성씨 사숙공, 문정공, 문간공파종중 또는 단순히 창녕성씨 문정공파종중, 창녕성씨 문간공파종중이라고 혼용하여 호칭해왔으므로, 원고종중의 명칭사용이 종중명칭에 있어서의 관습에 어긋난다하여 그 점만으로는 원고종중이 공동시조가 분명하지 않거나 그 구성원의 범위가 특정되지 아니하여 종중의 실체가 없다고

는 할 수 없다(대법 1983. 12. 27. 선고, 80다1302 판결)고 판시하고 있다. 또, 판례는 종중의 실체가 유지되는 한 그 명칭이 변경되어도 종중의 동일성을 인정하고 있다. 즉 원고종중이 1979년도 정기총회에서 그 구성원의 다수를 점하는 충청공후손의 주장에 따라 원고종중의 명칭을 그 공동선조인 월헌공보다 벼슬이 높았던 충청공파로 개칭하고 거기에서 종중대표자를 선출하였다가 1982. 10. 15. 다시 원고종중 명칭으로 개칭한 사실과, 그 명칭을 충청공파로 개칭할 때도 따로 충청공 후손들만으로 종중회의가 구성되지 아니하였고, 특히 종중규약에 의하면 그때 월헌공파 또는 공안공파 등의 명칭과 규약을 폐지하여 충청공파로 단일화하면서 종중사무실도 월헌공묘하의 제각영모제를 그대로 사용하고 종중재산도 종전의 월헌공종중의 위토 등으로 구성한 경우, 이와 같이 원고종중의 실체를 그대로 둔채 그 명칭만을 일시적으로 바꾸었다면 이를 들어 바로 원고종중과 별개의 종중을 양립시킨 것이라고 볼 수 없다고(대법 1990. 2. 13. 선고, 88다카9401 판결) 판시하고 있다.

나. 이사전에서 원심은 원고종중은 광산김씨 참의공을 공동시조로 하는 종중으로서 처음에는 명칭을 광산김씨종중이라고 했다가 그후 참의공의 선조인 문숙공, 삼사좌사공의 명칭을 병기하자는 의견이 대두되던 중 적법한 소집권자 및 통지에 의하여 소집된 1980. 6. 14. 종중임시총회에서 명칭만을 광산김씨 참의공파종중으로 개칭한 것이므로, 그 동일성이 인정되고 당초부터 피고들 주장과 같이 광산김씨 문숙공을 시조로 하는 종중은 아니라는 이유로 원고종중의 존재 및 동일성을 인정하였다.

이것은 결국 사실인정의 문제라고 하겠다.

3. 宗會決議 및 代表者의 適法性

가. 宗中代表者의 選任은 宗中規約이나 宗中慣例에 따르되 規約이나 慣例가 없을 때에는 宗長 또는 門長이 宗員중 성년이상의 남자를 소집하여 과반수 결의로 선출하는 것이 일반관습이며 평소에 宗長이 선임되어 있지 아니한 때에는 현존하는 年高行尊者(가장 향렬이 높고 나이가 많은 사람)가 門長이 되어 총

회를 소집하여야 하는 것으로 이러한 소집권한이 없는 자가 소집한 총회의 결의는 부적법하여 그 효력을 인정할 수 없다(대법 1990. 4. 10. 선고, 89다카6102 판결). 다만 門長이 소집권한 없는 자의 宗會召集에 동의하여 동인으로 하여금 소집하게 하였다면 그와 같은 중회소집은 권한없는 자의 소집이라고 할 수 없다(대법 1985. 10. 22. 선고 83다카2396, 2397 판결). 소집대상은 宗員중 국내에 거주하는 通知可能한 成年男子이고(대법 1982. 5. 11. 선고 81다609 판결), 다만 규약에 따라 중원일부만 참석해도 유효할 수 있고(대법 1978. 6. 13. 선고 77 다 654 판결)대의원에 의한 중회도 가능하다(대법 1974. 4. 9. 선고 73 다 1393 판결). 소집방법은 반드시 書面通知에 의하여야만 하는 것은 아니고 口頭 또는 電話로 통지해도 좋고 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가능한 중원에게 이를 통지하면 된다고 할 것이다(대법 1977. 1. 25. 선고 76 다 2199 판결). 다른 중원을 통하여 하여도 좋다(대법 1987. 1. 23. 선고 86 다카 2654 판결). 중원들이 중중회의의 소집을 요구하였으나, 소집권자가 정당한 이유없이 소집하지 아니한 때에는 次席 또는 發起人이 회의를 소집할 수 있다(대법 1980. 9. 9. 선고 80 다 1215 판결). 중중원이 매년 1회 일정일에 일정장소에서 정기적으로 회합하여 중중사무를 처리하기로 미리 약정이 되어 있는 경우(대법 1987. 10. 23. 선고 87 다카 1194 판결), 또는 그러한 관계가 있는 경우(대법 1989. 3. 28. 선고 88 다카 11602 판결)에는 따로 중중총회의 소집통지나 의결사항통지가 없었다 하더라도 그 회의의결을 무효라 할 수 없다.

나. 이 사건에 관하여 보면 원심은 원고중중의 회장 김동수가 1980. 6. 7. 그 당시 확인된 중중원 109명에게 우편 또는 인편으로 중중총회일시 및 장소를 통지하여 총회를 소집하고, 그 총회에서 회장 김동수를 유임시키기로 결의한 사실을 인정하고 위 총회가 적법하므로 그 결의에 의한 대표자(회장) 선임도 적법하다고 판시하였다.

4. 宗中の 訴訟上の 節次와 問題

가. 중중은 법인이 아닌 사단으로서 當事者能力이 인정되는 결과 普通裁

判籍을 비롯하여 소송법상 法人 아닌 社團과 동일한 취급을 받는다. 당사자의 표시는 종중으로 하고 비법인의 소송수행은 대표자 또는 관리인이 하게 되므로 종중을 당사자로 하는 경우의 대표자는 소송법상 法定代理와 法定代理人에 관한 규정이 준용된다(민사소송법 제60조). 누가 대표자인가 하는 것은 실체법에 의하여 정해진 것이므로(민사소송법 제47조) 규약 또는 관습에 의하여 정해진 자이다. 따라서 종중 또는 문중의 대표자는 종중 또는 문중의 이름으로 소송행위를 할 수 있고, 특히 소송행위에 관하여 수권이 있음을 요하지 않는다.²⁾ 종중의 대표자에게 법정대리인에 관한 규정이 준용되는 결과 대표자가 대리권을 행사할 수 없는 경우에 법인 아닌 사단으로 소송행위를 할 필요가 있는 때에는 이해관계인은 受訴法院에 특별대리인의 선임을 신청할 수 있다(대법 1962. 12. 6. 선고 62 사 21 판결). 특별대리인은 소송행위를 함에 있어 후견인과 동일한 특별수권을 요한다(민사소송법 제58조 제4항). 그러나 대법원은 특별대리인이 소를 제기하고 유지하는 행위를 하는 데 특별수권을 요하지 않는다고 판시하고 있다(대법 1983.2.8. 선고 82므34 판결).

나. 宗中·門中訴訟에는 대표자를 정해야 하므로, 종중에 대표자가 선임되어 있지 아니한 경우에는 민사소송법 제58조, 제60조를 준용하여 종중을 상대로 제소하려는 제3자는 먼저 법원에 특별대리인의 선임을 신청하여야 할 것이고,³⁾ 종중의 대표자가 누구인가를 알 수 없는 경우에도 특별대리인선임을 신청할 수 있도록 허용하여야 할 것이다. 종중소송에서는 종중의 존재 및 대표자자격을 증명하기 위한 방법으로 서면으로 된 규약과 宗中總會決議書를 제출하고, 여기에 종중총회결의의 적법성을 인정하는 증인의 증언이 보태어지는 것이 보통인데, 실무상 종중의 존재 및 대표자선임에 관해서는 대체로 적법성을 인정하고 있는 경향이다.

다. 이 사건에서 원고종중은 대표자 김동수가 이해상반되는 경우에 해당되므로, 특별대리인 김천수를 선임하여 소송수행을 하게 한 것은 앞서 보았다.

2) 허규 등, 「전계논문」, 41면

3) 李英燮 編, 『註釋民事訴訟法(상)』, 239면, 정귀호, 『전계서』에서 341면에서 재인용

대법원판례에 따르면 특별대리인은 특별수권없이 소송행위를 할 수 있다고 하였는 바, 원심은 확실하지 않으나 이와 달리 김천수가 특별수권없이 소송수행을 하고 이를 후에 중증이 추인한 것으로 보아 유효하다고 하는 것으로 보인다.

5. 不適法한 決議의 欠缺補正

가. 만일 종중총회에 중회원자격이 없는 자가 참가하여 결의를 한 경우에는 당해 인원으로 인하여 결의의 결과를 좌우할 경우(통상 과반수가 되는지 여부)에는 그 결의를 무효로 할 것이고, 그렇지 않은 경우에는 그 효력에 영향을 미치지 않는다(대법 1946. 5. 14. 선고 1946민상3 판결).

실사 부적법한 총회결의가 있었다 하더라도 종중 스스로 위 결의를 유효한 것으로 추인한 경우에는 결의의 효력을 잃지 않는다(대법 1991. 5. 28. 선고 90다16252 판결).

나. 이 사건에서도 1981. 3. 15. 적법한 종중총회가 새로 개최되어 거기서 특별수권없이 한 김천수의 소송행위를 추인하는 결의를 하였으므로, 위 추인의 결의가 적법한 이상 위 김천수의 소송행위의 흠결은 보정되었다고 판시하였다(대표자문제에 관해서도 만일 위 총회에서 1980. 6. 14.자 결의에 의한 김동수의 대표자선임을 재확인하였다면 김동수는 1980. 6. 14.자 결의가 무효가 될 경우에도 1981. 3. 15.자 결의에 의하여 적법한 대표자로 인정될 것이다).

실무상 피고측이 본안전항변에서 종중총회결의의 부적법성 및 그 결의에서 선임된 대표자가 자격이 없다는 주장을 할 때 원고종중은 새로 적법한 종중총회를 개최하여 위 부적법한 종중총회결의를 추인하여 흠결을 보정하는 예가 많이 있다.

6. 宗中財産의 名義信託

가. 종중재판에 있어 가장 문제가 되는 것은 종중과 중원간에 일어나는 소송으로 특히 宗中財産의 名義信託與否라고 하겠다.

나. 판례는 1925년(大正 14年)까지는 종중재산을 중원의 共有에 속하는

것으로 보다가 그 후 合有로 견해를 바꾸었다가(대법 1958. 1. 30. 선고 민상 736 판결), 민법시행후부터 總有로 견해를 변경하였으며, 현재까지 일관하여 總有로 보고 있다(대법 1989. 2. 14. 선고 88다카3131 판결; 대법 1975. 5. 27. 선고 73 다 476 판결).

다. 일제기의 토지조사령 또는 임야조사령에 의하면 중중재산에 관하여 중중명의로 등기하는 방법이 없었으므로 편의상 宗孫 또는 다른 중중원의 단독 소유 또는 중중의 대표자 수인의 공유로 등기하는 것이 통례였다.⁴⁾ 1930년(昭和 5)에 朝鮮不動產登記令改正에 의하여 중중이라는 단체에 등기능력을 인정하였으나, 여전히 중중재산을 중중 또는 중중원들 몇사람의 連名으로 등기를 경료해 둔 형태가 많은데, 판례는 이 경우에 중중이 종손 또는 중원에게 명의신탁한 관계로 파악하고 대외적으로는 수탁자의 단독소유 또는 공유로 보고 있다(대법 1966. 1. 31. 선고 65다186 판결; 대법 1970. 11. 30. 선고 70다1831 판결)

라. 그러면 어떤 부동산이 위와 같은 종손 또는 중중원들 몇 사람 소유로 등기가 경료되어 있을 때 위 부동산이 과연 중중소유로 종손 또는 중원들에게 명의신탁된 것인지 아니면 등기명의자인 종손 또는 중원들 개인소유인지, 이를 판단하는 기준이 문제로 된다. 이는 소송기록에 나타난 당사자의 주장과 증거자료를 모두 검토하여 종합적으로 판단하여야 함은 물론이다. 따라서 墓山·位土가 중중소유인가, 개인소유인가의 여부는 전적으로 사실문제에 속하는 것이다.⁵⁾ 판례도 어느 토지가 특정묘의 위토로 되는 경위는 그 특정묘와 관계있는 중중이 그 소유권을 취득하여 위토설정을 한 경우와 후손중의 어느 개인이 개인소유의 토지를 특정선조묘의 위토로 설정하는 경우 등이 있을 수 있으므로 위토라는 사실만으로는 중중소유라고 볼 수 없다고 판시하고 있다(대법 1985. 11. 26. 선고 85다카847 판결; 대법 1984. 3. 13. 선고 83도1726 판결)

판례는 토지조사부에 수필지가 거주지가 상이한 중중원들의 공동명의로 査定

4) 허규 외, 「전제서」 73면

5) 朴秉濠, 「墓山·位土의 權利主張」, 『민사판례연구』Ⅱ, 11면

받은 것으로 되어 있다면 이는 당해 토지가 그 종중의 소유라는 주장을 뒷받침하는 자료가 될 수 있다고 하였고(대법 1991. 8. 13. 선고 91 다 1189 판결), 등기명의자 4인이 종중의 4개支派에서 각 1인씩 들어간 경우에 종중소유임을 인정하였다(서울지방법원 의정부지원 1992. 6. 18. 선고 91 가합 4789 판결). 반대로 예전부터 다른 토지들은 종중원 수인명의로 등재되어 있었음에 반하여 계쟁토지만은 종손단독소유로 등재되어 있는 경우에 종중소유를 부정한 판례가 있다(서울민사지방법원 1992. 9. 30. 선고 91나6862 판결). 명의신탁여부를 판단하기 위해서는 계쟁토지에 관한 종중문서(宗契文書 등), 족보에 나타난 종중재산 목록, 등기권리증을 누가 소유하고 있는지, 묘지거나 산지기를 두고 있는 경우 종중이 보수를 지급했는지, 묘산에 공동선조들의 묘가 있는지, 묘산에 종원들의 묘를 쓸 때 누구의 허락을 받았는지, 위토의 경우 그 所出物로 공동선조들의 제사를 모시는데 썼는지, 종중소유 부동산을 임대한 경우 임대료는 누가 수령하였는지, 명의신탁 당시 등기명의자들의 재산상태가 어떠한지(등기명의자 개인 소유라면 그 당시 계쟁 부동산을 매수할 만한 재력이 있었는지 여부), 종중소유의 다른 토지들과의 등기형태와 동일여부 등을 검토해야 할 것이다.

마. 이 사건에서 대법원은 이 사건 계쟁임야상에 수백년에 걸쳐 원고종중 선조들의 분묘 수집기가 설치된 사실을 토대로 일단 이 사건 임야가 원고종중 또는 종중원 개인소유임을 인정한 후 피고측의 선대인 김재달이 이 사건 계쟁 임야를 매수하였다면 구체적으로 매도인, 매수일자, 매수경위 등을 밝혀야 함에도 피고측이 이를 전혀 밝히지 못하고 있는 점, 등기명의자들의 관계, 서증의 기재내용 등을 종합적으로 검토한 결과 이 사건임야를 개인소유라기보다는 종중소유로 보고 이에 따라 원심을 파기하였다. 지금까지의 논의에 비추어 보면 위 대법원판결은 타당하다고 본다.