

서울고등법원 2004. 6. 2 선고 2002나75782 판결 [등기명의인 표시변경등 등기말소]

재판경과

대법원 2004. 11. 12 선고 2004다36475 판결

서울고등법원 2004. 6. 2 선고 2002나75782 판결

서울동부지방법원 2002. 11. 7 선고 99가합8849 판결

전문

원고, 항소인 밀◇◇◇ 참의공파종중(密●●● 參議公派宗中)

대표자 박♣수, 박@일, 박▼수

소송대리인 법무법인 중앙

담당변호사 이▼래, 신▲남, 유◆중, 홍■오

피고, 피항소인 밀□□□ 참의공파종중(密●●● 參議公派宗中)

대표자 박◆영

소송대리인 변호인 김●수, 박♡용

소송대리인 법무법인 세종, 담당변호사 오▽환, 홍□렬, 이◇구

인×

참가인 1. 주식회사 청♡

2. 주식회사 아◇△▲이팜

3. 주식회사 한국토지신탁

인×

참가인들

소송대리인 변호사 박♡용

인×참가인 1,2의 소송대리인 법무법인 세종

담당변호사 오▽환, 홍□렬, 이◇구

제1심판결 서울지방법원 동부지원 2002.11.7. 선고 99가합8849 판결

변론종결 2004.4.28.

판결선고 2004.6.2

주 문

1. 제1심 판결을 취소한다.

2. 원고에게,

가. 피고는 별지목록 기재 각 부동산에 관하여 서울동부지방법원 1998.10.17. 접수 제60791호로
마친 등기명의인 표시경정등기의 말소등기절차를 이행하고,

나. 인×참가인 주식회사 청♡은 별지목록 제2,3 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2003.2.12. 접수
제8990호로 마친 소유권이전등기의,

다. 인×참가인 주식회사 아◇△▲이팜은 별지목록 제1 기재 부동산에 관하여 같은 법원 2003.2.12.

접수 제8990호로 마친 소유권이전등기의,

라. 인×참가인 주식회사 한국토지신탁은 별지목록 제1 기재 부동산에 관하여 같은 법원 2003.2.12.

접수 제9018호로 마친 소유권이전등기 및 별지목록 제2,3 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원

2003.2.12. 접수 제9019호로 마친 소유권이전 등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.

3. 소송총비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고의 부담으로 하고, 원고와 인× 참가인들 사이에 생긴 부분은 인×참가인들의 부담으로 한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주문 제2항과 같다(인×참가인들에 대하여는 당심에서 주문 제2의 나, 다, 라항과 같은 내용을 청구취지로 하여 추가적 소송인×의 결정이 있었다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 주문 제2의 가항과 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 본안전 항변에 관한 판단

가. 항변내용

원고가 별지목록 기재 각 부동산(이하 이 사건 각 부동산이라 한다)의 소유권에 기하여 피고 및 인×참가인들 명의의 주문 제2항 기재의 각 등기명의인 표시경정등기 및 소유권이전등기의 말소를 구함에 대하여, 피고 및 인×참가인들(이하 이들을 합하여 피고들이라고 한다)은 원고가 종중으로서의 실체가 없으므로 당사자능력이 없고, 또한 원고의 대표자가 적법한 절차에 의하여 선출되지 아니하였으므로 이 사건 소는 부적법하다고 항변한다.

나. 사실인정

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 3,4,5,7호증, 갑 11호증의 1, 갑13호증의 8,9, 갑 13,15호증, 갑 17호증의 1 내지 4, 갑 22호증, 갑 23호증의 1 내지 18, 갑 24호증, 갑 25호증의 1 내지 5, 갑 27,28,29호증, 갑30호증의 1 내지 5, 갑 31호증의 1 내지 43, 갑32,33,34호증, 갑 35호증의 1,2, 갑36,37,38호증, 갑 39호증의 1 내지 55, 갑 40호증, 갑 63호증의 1,2, 갑 64호증의 1,2,3, 갑65,66,69 내지 91,112 내지 119,126호증, 갑 128호증의 1 내지 24, 갑 129호증의 1,2, 갑 130호증의 각 기재와 제1심 증인 박@일의 증언에 변론의 전취지를 종합하여 이를 인정할 수 있고, 이에 반하는 을 12호증의 16,18, 을 30,31,33호증의 각 기재와 제1심 증인 박△원의 증언을 믿지 아니하며, 을 12호증의 9내지 12,15, 을 22내지 26호증, 을 28호증의 1내지 12, 을 32의 각 기재나 영상은 위 인정에 방해가 되지 아니한다.

(1) 밀●●● 규정공 현의 21세손이자 문♡공 영의 12세손인 참의공 박▽형은 슬하에 명▲를 두었고, 명▲는 영▼과 영@ 형제를 두었으며, 영▼은 시♣, 창×, 태◎ 3형제를, 영@은 응◇을 각 두었는데, 박▽형이 사망한 후 그를 중시조로 하여 그 분묘의 수호와 제사 및 후손들 사이의 친목 도모를 목적으로 한 원고종중이 자연발생적으로 형성되었다.

(2) 원고종중은 당초 종중규약이라는 것이 존재하지 아니하였고, 종장이나 문장도 선임되지 아니하였다가, 박□윤의 아들인 박▲혁이 1932년경 선대로부터 상속받아 소유하고 있던 서울 성동구 행당동(구 행정구역으로는 경기 ○○군 ○○면 ○○리)산 22 임야와 23 전, 26대지 등 3필지의 토지(이 사건 각 부동산에 포함됨. 이하 위 3필지의 토지라고 한다)를 매매의 형식으로 원고종중에게 기증하기로 하고, 1932.4.1. 다음과 같은 내용의 정관을 제정함으로써 원고종중을 조직화하였다.

① 본 사단은 밀양박씨 문♡공 13세손(원고종중이 세수를 착오하여 기재한 것으로 보인다)

참의공(치형)과 그 부인, 14세손 참판공(명▲)과 그 부인, 15세손 판관공(영▼)과 그 부인의 각 제사와 묘소 및 종중재산을 수호하고 일반 사원의 돈목을 목적으로 한다(제1조).

- ② 본 사단은 '밀◇◇◇ 참의공파 종중 사단'이라고 칭한다(제2조)
- ③ 본 사단의 사무소는 경성부 황금정 1정목 71-1(박▲혁의 당시 주소지로서, 현 행정구역은 서울 중구 을지로 1가 71-1이다)에 둔다(제3조).
- ④ 본 사단은 이사 3인을 선정하고, 그들 3인이 공동으로 본 사단을 대표하며, 그 임기는 10년으로 하여 중임할 수 있도록 하여 총회에서 선임하되, 설립시에 한하여 박♡록, 박▽덕, 박□목 3인을 이사로 한다(제8,10,11조).
- ⑤ 본 사단의 사원은 문♡공 13세손 참의공의 자손 중 성년 남자로 한다(제12조).
- ⑥ 본 사단의 사원으로서 '사망, 심신상실, 선조에 대하여 불명예스러운 행위를 하였거나, 종중재산에 대하여 불법행위를 한 경우'에 해당하는 사유가 있을 때에는 그 자격이 상실된다(제13조)
- ⑦ 본 사단의 이사는 매년 음력 10월 중 그 일시, 장소와 목적사항을 정하여 정기총회를 소집하고, 필요하다고 인정될 때에는 언제든지 임시총회를 소집할 수 있다(제16,17조).
- ⑧ 본 사단의 총회는 총사원의 3/4 이상 출석으로서 개최하되, 출석하지 아니한 사원은 대리서면을 제출하거나 다른 사원으로 하여금 대리인으로 출석하게 할 수 있으며, 그 과반수로써 결의한다(제19,21조)
- ⑨ 본 사단은 제1조의 목적 달성이 불가능하게 되었다고 인정할 때에는 전 사원의 일치된 결의에 의하여 해산할 수 있다(제24조).

(3) 위와 같이 정관의 규정에 의하여 원고종중의 이사로 선임된 박♡록, 박▽덕, 박□목 3인은 그 이후부터 원고종중의 대표자로서 위 기증받은 서울 ○○구 ○○동산22임야에 설치된 중시조 박▽형과 그 후손들의 분묘를 수호·관리하는 등 종중의 업무를 수행하였는데, 1958년경 그들이 모두 사망하자 원고종중은 1958.5.18. 임시총회를 열어서, 당시가 6·25사변 직후의 혼란한 시기이어서 종◆들이 모두 흩어져 있다는 이유로 편의상 박□목의 아들인 박♠수를 상임이사로 선임하고, 정관의 규정에 따른 후임자가 선출될 때까지 그가 단독으로 원고종중을 대표하기로 하는 결의를 하였으며, 그 이후 박♠수가 원고종중의 대표자로서 종중의 업무를 처리하여 오다가 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하기에 이르렀다.

(4) 이 사건 소제기 이후 박♣수의 대표권에 흠결이 있다는 지적이 제기되자, 원고종중은 정관의 규정에 따라 종중을 대표할 3인의 이사를 선출하기 위하여 박♣수의 소집으로 2001.4.7. 35명의 종◆들이 참석한 가운데 임시총회를 개최하여 박♣수, 박@일, 박▼수 3인을 원고종중을 대표할 이사로 선임하는 결의를 하였으나, 위 임시총회 역시 그 소집절차 등의 문제가 있다는 지적을 받게 되었다.

(5) 이에 원고종중은 다시 새로운 임시총회를 개최하기로 하고, 우선 1974.12. 작성된 사원명부(1939년에 발행된 밀양박씨 파보를 근거로 작성됨)를 기초로 하여, 영▼의 후손들 중 시♣ 집안은 박@일, 창× 집안은 박◇수, 태◎ 집안은 박동▼이 각각 위 사원명부에 기재된 종◆들의 주소나 전화번호에 근거하여 직접 찾아가거나 우편 또는 전화 연락을 하는 방법으로 종◆의 범위를 확정하고 그들의 소재를 파악하였는데, 영@의 후손들은 그 소재가 전혀 파악되지 아니하였다. 그 결과, 원고종중은 2001.6.말까지 박동철을 비롯한 67명의 종◆들의 소재를 파악하였으나, 당시 성년남자로서 사원명부에 주소가 명시되어 있는 동▼(東@), 찬♣(贊×), 광◎(光◇), 동□(東▽), 동♡(東●), 동■(東◆), 동♣(東×), 동◎(東◇), 동□(東▽), 동♡(東●), 동■(東◆), 동▼(東▼), 남@ (南♣), 동×(東◎), 동◇(同□), 동■(東♡), 재●(宰■), 정◆(鼎▲), 동▼(東@), 동♣, 관×(棺◎), 갑◇(甲□), 준▽(俊▽), 동×(東◎), 동■(東▲), 동■(東@), 양♣(亮×), 동◎(東◇), 정◆(鼎▽), 현♡(賢●) 등 30명에 대하여서는 소재파악을 위한 아무런 조치도 취하지 아니하였다.

(6) 원고종중은 위와 같이 소재가 파악된 67명의 종◆들에게만 박♣수와 원고종중의 연고항존자인 박△순이 공동으로 임시총회의 소집통지를 하여서 2001.7.28. 임시총회를 열었는데, 당시 33명은 직접 참석하고, 26명은 위임장을 보내옴으로써 총 59명이 위 임시총회에 출석하였고, 그 회의에서 만장일치로 박♣수, 박@일, 박▼수를 이사로 다시 선임하는 결의를 하였으며, 위 3인은 원고종중의 대표자로서 박♣수가 선임한 소송대리인을 다시 선임한 후 그가 제기한 이 사건 소를 추인하고 소송행위를 하였다.

(7) 그러나 위 2001.7.28.자 임시총회 역시 위와 같이 박동▼ 등 30인에 대한 소재파악을 위한 아무런 조치 없이 그들을 소집대상자에서 누락시킨 문제점이 있다는 지적이 있다(실제로 그와 같은 이유로 제1심 법원은 원고종중의 대표자들의 대표권에 흠결이 있다는 이유로 이 사건 소를 각하하였다), 원고종중은 위 사원명부(갑 24호증, 갑107호증)와 1939년에 작성된 밀양박씨 파보(갑 3호증, 갑 13호증의 8), 밀양박씨 세보(갑 17호증의 4)등의 기재내용을 중심으로 새로이 종중원을 파악하기로 하여, 위 사원명부상 주소가 기재되어 있으면서도 그 전에 소재확인에서 누락된 위 박동▼ 등 30인에 대하여 소재확인절차를 거치고(그 결과 24인의 소재가 파악되었고, 동▼, 갑◇는 소재 파악이 되지 않았으며, 남@, 동◇, 정◆, 준▽ 4인은 사망한 것으로 확인되었다), 1974년 이후에 태어나 2002.3.9.을 기준으로 새로이 20세 이상의 성인 남자가 된 성일, 성민, 성현 3인을 추가로 종◆에 포함시키는 등으로 종중원의 명단 및 소재확인작업을 하였다. 이 과정에서 영@의 후손들은 영@의 손자인 정●, 충■과 그 다음 항렬인 종◆, 종▲, 종▼ 및 그 다음 항렬인 덕@, 봉♣, 인×, 용◎, 재◇까지 명단이 파악되었지만, 위 정●, 충■이 1930년대 중반에 사망한 후 위 종◆, 종▲, 종▼이 가족을 이끌고 북한으로 이주한 후 연락이 두절되어 그 소재가 전혀 파악되지 아니하였고, 영▼의 후손 중 종록 집안 역시 일제시대에 북한으로 이주한 후 연락이 두절되어 그 소재가 전혀 파악되지 아니하였다.

(8) 위와 같은 명단확인 및 소재확인작업 결과 사망자를 제외하고 총 109인이 종중원으로 파악되었는데, 다만 그 중 12인은 소재가 확인되지 않았다(위 12인중에는 영@의 후손들 중 수자 항렬 5인과 종록 집안 6인이 포함되어 있다). 이에 원고종중은 소재가 확인되지 않은 12인을 제외한 종중원 97인에게 주소나 전화번호에 근거하여 직접 방문 또는 전화로 연락하거나 배달증명▲편으로 2002.3.9.의 임시총회개최를 통지하였는데, 부모 또는 형제들의 연락처가 확인된 종◆들에게는 구두 또는 전화에 의하여 각 세대별로 위 임시총회의 소집사실을 통지하였고, 부모 또는 형제들의 연락처가 확인되지 않는 종◆들에게는 주소지에 배달증명▲편으로 통지하였으며, 그에 더하여 2002.2.5. 일간지인 국민일보에도 위 임시총회안내문을 게재하였다. 그 결과 2002.3.9. 원고종중 임시총회에는

44인이 직접 출석하였고, 43인은 다른 종◆에게 권한행사를 위임한다는 위임장을 제출하여 총 87인이 참석하였고, 참석자 전원이 만장일치로 위 박♣수, 박@일, 박▼수를 원고종중의 대표자로 새로이 선출하였다. 이에 위 3인은 원고종중의 대표자로서 박♣수가 제기한 이 사건 소를 추인하고 계속 소송행위를 하였다.

다. 판단

(1) 먼저 피고들은, 원고종중이 위와 같이 '밀◇◇◇ 참여공파 종중 사단'이라는 일반관습에 어긋나는 명칭을 사용하고 있고, 그 정관에 종중의 본질에 반하는 내용인 종◆의 자격상실 조항과 종중의 해산조항이 있다는 점에서 고유한 의미의 종중이 아니라 종중에 유사한 권리능력 없는 사단에 불과하고, 또한 종중으로서의 실체가 없으므로 당사자능력이 없다는 취지로 주장한다.

그러므로 살피건대, 위에서 인정하는 원고종중의 목적, 성립과 조직의 경위, 구성원의 범위와 자격기준, 종중규약인 정관의 내용 등에 비추어 볼 때, 원고종중은 공동선조의 후손들 중 성년 남자를 구성원으로 한 자연발생적 종족집단으로서 종중규약과 그에 따른 대표자를 가지는 등 조직화된 실체를 갖춘 고유한 의미의 종중임이 분명하고, 피고의 주장처럼 원고종중의 명칭이 일반적인 관계에 다소 어긋나고 그 정관에 종중의 본질과 어울리지 않는 규정이 일부 있는 점은 인정되지만, 그러한 사정만으로 원고종중의 위와 같은 실체를 부정하고 이를 종중에 유사한 권리능력 없는 사단이라고 단정할 수 없다고 할 것이므로, 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 다음으로 피고들은 애초에 이 사건 소를 제기한 박♣수는 원고종중의 정당한 대표권자가 아니었고, 그후 박♣수, 박@일, 박▼수를 원고종중의 대표자로 선출한 2001.7.28.자 임시총회는 소집절차에서 원고종중의 직원명부상 주소가 기재되어 있는 박동▼ 등 30인의 소재파악을 하지 아니한 채 소집되는 등의 문제점이 있어 효력이 없고, 2002.3.9.자 임시총회 역시 종◆들의 파약 및 소집통지에 있어서 영@의 후손들을 특별한 이유 없이 누락시키는 등의 하자가 있으므로 유효한 임시총회라고 할 수 없고, 따라서 그 임시총회에서 대표자로 선출된 위 3인은 대표권에 흠결이

있으므로 이 사건 소는 부적법하다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 위에서 본 바와 같이 원고중중의 정관에는 총사원의 3/4이상이 출석하여 총회를 개최하도록 규정되어 있는데, 위 규정의 의미를 해석, 적용함에 있어서는 우선 원고중중의 파보 등에 의하여 전체 중◆의 범위를 먼저 확정된 다음(사망자 제외), 확정된 중◆ 가운데 소재가 파악된 중◆들에게 소집통지를 하여 그들 중 3/4이상이 출석하면 총회를 개최할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그리고, 그와 같이 원고중중이 중◆의 범위를 확정하거나 그 소재를 파악함에 있어서는 파보 또는 세보를 발간할 때와 같은 정도의 노력을 기울여야 할 것이고, 그것이 불가능하였다면 그에 대한 합리적인 이유가 뒷받침되어야 할 것이며, 만일 원고중중이 총회를 개최함에 있어서 위와 같은 절차를 거치지 아니함으로써 확정된 중◆으로서 소재파악이 가능한 중◆들 중 일부에 대하여 소집통지를 누락하였다면 그 총회에서의 결의는 효력이 없다고 할 것이다. 또한 소집통지의 방법에 있어서는 반드시 직접 서면으로 하여야 하는 것은 아니고 구두 또는 전화로 하여도 되고, 다른 중중원이나 세대주를 통하여 하여도 무방하다(대법원 2001.6.29. 선고 99다32257 판결 참조).

그런데 위 인정사실에 의하면, 원고중중의 정관에는 이사가 소집하는 총회에서 대표자를 선임하도록 규정되어 있는데, 1958년경 박♡록 등 3인이 사망함으로써 이사의 직무를 수행할 자가 없게 되었으므로, 원고중중으로서는 일반 관습에 따라 그 당시 생존하던 중◆들 중 향렬이 가장 높고 나이가 많은 연고항존자가 종장 또는 문장이 되어서, 앞서 본 절차에 따라 소재가 파악된 중◆들을 소집하여 그들 중 3/4이상이 출석하여 총회를 개최하고, 그 출석자의 과반수의 결의로 원고중중을 대표할 3인의 이사를 선출하였어야 할 것이다. 그러나 원고중중의 위 1958.5.18.자 임시총회는 위와 같은 절차를 거쳐서 이루어졌다는 증거가 없고, 가사 그러한 절차를 가졌다고 하더라도 박♣수 1인만이 원고중중을 대표하도록 한 위 임시총회에서의 결의는 그 내용이 위 정관의 규정에 정면으로 위반하는 것이어서 효력이 없다고 할 것이므로 박♣수 1인으로서 원고중중을 대표할 적법한 권한이 없고, 따라서 그가 대표자로서 제기한 이 사건 소는 일응 부적법하다.

그리고, 원고중중의 2001.7.28.자 임시총회는, 앞서 본 바와 같이 위 사원명부에 동▼ 등 30인의 명단과 주소가 명시적으로 기재되어 있음에도 불구하고 원고중중이 특별한 이유도 없이 이들의 소재를 파악하지 아니함으로써 그들에 대하여 이 사건 총회의 소집통지를 하지 아니하였으므로

종◆의 소재확인 및 소집절차에 하자가 있다 할 것이고 따라서 위 총회에서 한 대표자선임의 결의는 효력이 없다 할 것이다.

그러나, 원고종중은 2002.3.9.자 임시총회를 준비하기 위하여 앞서 본 바와 같이 위 사원명부와 밀양박씨 파보, 밀양박씨 세보 등의 기재내용을 중심으로 명단확정 및 소재파악작업을 하여, 위 2001.7.28.자 임시총회에서 소재파악에서 누락시켰던 동▼ 등 30인에 대하여 일일이 소재확인절차를 하였고, 새로이 20세 이상의 성인 남자가 된 3인을 추가로 종◆에 포함시키는 등으로 종◆의 명단 및 소재확인작업을 하여 총 109인의 종◆ 명단을 파악하고 그중 소재가 확인된 97인에게 개별적으로 총회소집통지를 하여 그중 87인이 참석하여 대표자선임 결의를 한 것이고, 그 소재확인과정에서 영@의//후손들은 일제시대에 북한으로 이주한 후 연락이 두절된 관계로 소재확인을 하지 못한 것이므로, 위 임시총회는 원고종중이 파보 또는 세보를 발간할 때와 같은 정도의 상당한 노력을 기울여 종◆의 명단 및 소재를 파악하여 소집한 것으로서 그 소집절차가 정당하다 할 것이고, 위 임시총회에 참석한 87인의 종◆의 수는 소재가 파악된 97인을 기준으로 하여서는 물론이고, 명단이 파악된 총원 109인을 기준으로 하여서도 위 종중 정관에서 정한 개회정족수인 3/4이상이 되므로, 박♣수, 박@일, 박▼수 3인을 원고종중의 대표자로 선임한 위 임시총회의 결의는 유효하다 할 것이다. 따라서 위 3인의 대표자가 애초에 박♣수에 의하여 제기된 이 사건소 제기행위 및 위 임시총회 이전의 자신들의 소송행위를 모두 추인함으로써, 원고종중 대표자의 대표권의 흠결은 모두 치유되었다 할 것이므로, 위 3인이 원고종중의 적법한 대표자가 아니아서 이 사건 소가 부적법하다고 하는 피고들의 주장은 받아들이지 아니한다.

2. 본안에 관한 판단

가. 사실인정

아래 사실은 앞서 채용한 증거들 및 갑 1호증의 1,2,3, 갑 2호증의 1내지 4, 갑 6호증의 1 내지 10, 갑 9호증, 갑 10호증의 1,2,3, 갑 11호증의 1,2, 갑 12호증의 1내지 4, 갑 13호증의 4 내지 14, 17, 갑 14호증의 9 내지 13, 갑 15호증, 갑 18호증의 2 내지 11, 갑 20, 21호증의 각 1,2,3, 갑

42호증의 1,2,3, 갑 43, 44, 45호증, 갑 46호증의 1,2, 갑 47호증의 1 내지 4, 갑 48, 49, 50호증, 갑 51호증의 1,2,3, 갑52호증 1,2, 갑 53내지 59호증, 갑 61,62,89 내지 95호증, 갑 96,97호증의 각 1,2, 갑 98,100,101,103,104,105호증, 갑 106호증의 1,2,3, 갑 107 내지 111, 120, 121호증의 각 기재와 당원의 현장검증결과에 변론의 전취지를 종합하여 이를 인정할 수 있고, 이에 반하는 을 29호증의 기재와 제1심 증인 박△원의 증언은 믿지 아니하며, 을 11호증의 1의 기재는 위 인정에 방해가 되지 아니한다.

(1) 이 사건 각 부동산의 소유관계

(가) 이 사건 각 부동산은 원래 소외 망 박□윤의 아들인 박▲혁이 1932년경 선대로부터 상속받아 소유하고 있던 서울 성동구 행당동(구 행정구역으로는 경기 ○○군 ○○면 ○○리) 산 22 임야와 23 전, 26 대지 등 3필지의 토지의 일부인데, 위 박▲혁은 위 3필지의 토지를 매매의 형식으로 원고종중에게 기증하면서, 1932.4.1.위에서 본 바와 같은 내용의 정관을 제정함으로써 원고종중을 조직화하였다. 이에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여는 1933.10.27. 접수 제62930호로 1933.10.18. 매매를 원인으로 하여 박▲혁으로부터 원고종중 명의로의 소유권이전등리가 경료되었는데, 등기부상 등기명의인은 '밀◇◇◇ 참의공파종중', 그 주소는 '서울 중구 을지로 1가 71의 1'로 기재되었다.

(나) 피고종중이 위 박▲혁으로부터 매수하여 소유권이전등기를 경료한 것이라면서 제출한 등기필증(갑 13호증의 10)과 원고가 제출한 등기필증(갑 2호증의 1)을 비교하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고가 제출한 등기필증에는 작성일자가 '소화 8년(1933년) 10월18일'로, 작성자가 '사법서사(司法書士) 이만중'이라고 기재되어 있는데, '사법서사'라는 명칭은 소화 10년(1935년) 5월 1일부터 사용되었고, 그 이전에는 '사법대서인(司法代書人)'이라는 명칭이 사용되었다. ② 원고가 제출한 등기필증에는 부동산의 표시란에 고양군 '한지면'의 한자효기가 '漢芝面'으로

정확하게 기재되어 있는데, 피고가 제출한 등기필증에는 '漢之面'으로 틀리게 기재되어 있다. ③ 원고가 제출한 등기필증에는 부동산의 표시란에 서울시 성동구 행당동(현재의 행정구역) 산22-1, 23, 26-1, 3 필지의 토지가 기재되어 있고, 접수란에 '소화 8년 10월 17일, 제62930호'라고 기재되어 있으며, 위 3필지의 토지에 관한 폐쇄등기부 등본에 의하면 위 접수일자 및 접수번호로 위 3필지의 토지 전부에 관하여 소유권이전등기가 경로되어 있어서 위 등기필증의 기재와 일치하는데, 피고가 제출한 등기필증에는 위 26-1 토지가 누락된 채 2필지만 기재되어 있다. ④ 위 3필지 중 '고양군 한지면 행당리 23 전 684평'은 소화 12년(1937년) 분할되어 행당리 23-1 전 668평과 행당리 23-2 도로 16평으로 되었고, 그중 23-2 도로 16평은 조선총독부에 수용되어 소화 13년(1938년) 7월 14일 접수 제1172호로 소유권이전등기가 경로되었는데, 원고가 제출한 등기필증에는 그 좌상단부에 '소화 13년 7월 14일, 제1172호, 소유권이전, 조선총독부'라는 내용이 기재되어 있어 위 등기이전사실과 일치하지만, 피고가 제출한 등기필증에는 그러한 기재가 없다. ⑤ 서울지방법원 의정부지원은 2002.8.5. 피고 대표자 박◆영이 소외 김×영과 공모하여 1997.6. 일자미상경에 소외 황♠수에게 부탁하여 피고 제출의 위 등기필증을 위조하여 행사하였다는 범죄사실을 인정하고 위 박◆영과 김×영에게 각 벌금 500만원의 약식명령을 발령하였는데, 박◆영은 이에 정식재판을 청구하여 위 법원 2002고단6965호로 계류되어 있으나, 위 김×영에 대하여는 위 약식명령이 확정되었다. ⑥ 원고가 제출한 등기필증에 날인된 매도인 박▲혁의 인영이 원고의 종중정관에 날인된 동인의 인영과 일치하고, 위 종중정관의 작성연도가 그 문서에 기재되어 있는 1932년경인 것으로 보인다.

(다) 원고종중의 시조인 박▽형과 그 자인 박명▲ 등의 묘소가 이 사건 각 토지상에 존재한다.

원고종중의 대표자이던 박□목은 1939(소화 14년) 7. 경 위 3필지의 토지에 관하여 분필절차를 밟았고, 1940년에는 그 중 23번지 지상에 건축허가를 받아 주택을 건축하였으며, 원고종중이 1996년경 이전까지 위 토지들에 대한 대지세, 재산세, 종합토지세 등의 제세공과금을 납입하여 온 것으로 보이고, 1965년 이 사건 각 부동산 일대에 포플러 나무를 심었다. 원고종중은 1940년경 이 사건 각 부동산에 설치된 분묘를 관리하기 위하여 관리인의 가옥을 건축하여, 소외 망 허◇환의

아버지 및 허◇환에게 1978.7.7.경까지 관리를 위임하였고, 1978.11.18.부터는 약 24년간에 걸쳐 소외 임@호에게 관리를 위임하고 매년 관리비로 200 내지 300만원을 지급하여 위 임@호가 위묘지들을 관리하여 왔다. 이 사건 각 부동산에 관한 구 등기부상 등기명의인의 주소가 '서울 중구 을지로 1가 71의 1'로 기재되어 있었는데, 원고종중의 주소가 창립 이래로 계속 위와 같고, 또한 위 조시지의 주택에 위 박▲혁이 거주한 후에 그 직계자손인 박□목, 박♣수, 박동▼이 1997.4.경 주택을 매도하고 다른 곳으로 이사를 가기까지 순차적으로 거주하여 왔다.

(2) 피고들의 등기

(가) 피고종중은 밀●●● 규정공 현의 7세인 박◇충을 중시조로 하는 종중인바, 이 사건 부동산의 등기명의인의 명의가 피고종중과 동×한 것을 이용하여 위 각 부동산에 관하여 서울지방법원 동부지원 1998.10.17. 접수 제60791호로 신청착오를 원인으로 하여 등기명의인의 주소를 위 '서울 중구 을지로 1가 71의 1'에서 피고종중의 주소인 '경기도 ○○군 ○○면 ○○리 621'로 경정하는 등기명의인 표시경정등기를 경료하였다.

(나) 인×참가인 주식회사 청♡과 인×참가인 주식회사 아◇△▲이팜은 피고종중이 경료한 위 등기명의인 표시경정등기에 기초하여 각 2003.1.15. 매매를 원인으로 하여 피고종중으로부터 이 사건 각 부동산에 관하여 주문 제2의 나, 다항 기재와 같은 소유권이전등기를 각 경료하였고, 인×참가인 주식회사 한국토지신탁은 인×참가인은 주식회사 청♡과 인×참가인 주식회사 이이디에이팜의 위 각 소유권이전등기에 기초하여 각 2003.2.12. 신탁을 원인으로 하여 주문 제2의 라항 기재와 같은 소유권이전등기를 각 경료하였다.

나. 판단

위 인정사실과 같이 원고종중이 이 사건 각 부동산에 관한 진정한 등기필증을 소지하고 있고, 위 부동산상에 조상의 분묘가 있으며, 장기간에 걸쳐 관리인을 통하여 분묘를 관리하고, 위 각 부동산에

관하여 분필절차를 밟고, 지상에 주택을 건축하였으며, 위 각 부동산에 대한 제세공과를 납부하여 왔고, 원고종중의 주소가 등기명의인의 주소와 일치하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 각 부동산은 원고종중의 소유라고 인정된다. 피고는 원고의 종중정관상에는 종중의 명칭이 '밀◇◇◇◇ 참의공파종중사단'이라고 기재되어 있어서 이 사건 각 부동산의 등기부상 등기명의인의 명칭과 다르다는 점도 원고의 소유권을 다투는 논거로 지적하지만, 종중이 판례상 권리능력이 없는 사단으로 인정되는 점 등에 비추어 보면 위와 같은 명칭의 상위는 사소한 차이이어서 이 사건 각 부동산이 원고종중의 소유라고 인정하는 데 방해가 되지 아니한다고 본다.

따라서, 이 사건 각 부동산은 원고종중의 소유인데, 피고종중은 정당한 권리 없이 1998.10.17. 등기명의인인 원고종중의 주소를 경정하는 등기를 경료하였으므로 위 경정등기는 무효의 등기라 것이고, 인×참가인들은 위 무효의 경정등기에 기초하여 피고 종중으로부터 위 각 소유권이전등기를 순차 경료하였으므로, 원고에게 피고종중은 위 경정등기를 말소하고, 인×참가인들은 각 소유권이전등기를 말소하여 줄 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 소를 각하한 제1심 판결은 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심 판결을 취소한다. 다만, 이 사건은 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우에 해당하므로 민사소송법 제418조에 의하여 당원이 스스로 본안판결을 하기로 하는데, 원고의 피고에 대한 청구 및 당원에서 추가된 인×참가인들에 대한 청구는 앞서 본 바와 같이 모두 이유 있으므로 이를 인용하기로 한다.

재판장 판사 유원규 판사 오재성 판사 곽동우

[별지 - 부동산 목록: 생략]