

전주지방법원 2019. 8. 13 선고 2019나145, 2019나152(병합) 판결 [소유권이전등기말소
등 · 근저당권설정등기말소]

재판경과

전주지방법원 2019. 8. 13 선고 2019나145, 2019나152(병합) 판결

대법원 2018. 11. 29 선고 2018다9463, 2018다9470(병합) 판결

전주지방법원 2017. 12. 21 선고 2016나7213, 2016나7626(병합) 판결

전주지방법원 2016. 8. 10 선고 2014가단31624, 2015가단15735 판결

전문

원고, 항소인A종중

소송대리인 변호사 허장협

피고, 피항소인1. B

2. C

3. D

4. E

피고 3, 4의 소송대리인 법무법인 대연

담당변호사 강주원

5. F조합

6. G조합

7. 주식회사 I

변론 종결2019. 6. 28.

판결 선고2019. 8. 13.

제1심판결전주지방법원 2016. 8. 10. 선고 2014가단31624, 2015가단15735 (병합) 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.

2. 원고에게,

가. 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여,

1) 피고 B은 전주지방법원 김제등기소 2006. 11. 24. 접수 제27629호로 마친 소유권이전등기의,

2) 피고 C은 같은 등기소 2013. 2. 13. 접수 제3036호로 마친 소유권이전등기의,

3) 피고 G조합은 같은 등기소 2014. 1. 27. 접수 제1965호로 마친 근저당권설정등기의,

4) 피고 주식회사 I는 같은 등기소 2014. 9. 4. 접수 제20713호로 마친 근저당권설정등기의,

나. 별지 목록 제2, 3, 6항 기재 부동산에 관하여,

1) 피고 D은 같은 등기소 2007. 11. 8. 접수 제26880호로 마친 소유권이전등기의,

2) 피고 F조합은 같은 등기소 2015. 1. 28. 접수 제2906호로 마친 근저당권설정등기의,

다. 별지 목록 제4항 기재 부동산에 관하여 피고 E은 같은 등기소 2010. 5. 26. 접수 제12173호로 마친 소유권이전등기의,

라. 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여,

1) 피고 D은 같은 등기소 2006. 11. 24. 접수 제27628호로 마친 소유권이전등기의,

2) 피고 F조합은 같은 등기소 2007. 4. 19. 접수 제10417호로 마친 근저당권설정등기의,

마. 별지 목록 제7, 8항 기재 부동산에 관하여,

1) 피고 D은 같은 등기소 2010. 5. 26. 접수 제12172호로 마친 소유권이전등기의,

2) 피고 G조합은 같은 등기소 2011. 3. 2. 접수 제4150호로 마친 근저당권설정등기의,

각 말소등기절차를 이행하라.

3. 소송총비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고 종중의 유래

원고는 J씨 시조 K의 22대손인 L을 공동선조로 하여 그 후손들로 구성된 종중으로서, 1993. 6. 15. 총회를 개최하여 종중규약을 제정하고 M을 대표자로 선출하였다. M은 2003. 5. 25. 사망하였다.

나. 별지 목록 기재 각 부동산 관련 등기

별지 목록 기재 각 부동산(이하 별지 목록의 순번에 따라 '이 사건 제1부터 제8부동산'이라고 하고, 위 부동산들을 통틀어 '이 사건 각 부동산'이라고 한다)은 원고의 소유였는데, 이 사건 각 부동산에 관하여 아래와 같이 피고들 앞으로 각 소유권이전등기 또는 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

- 1) 이 사건 제1부동산 피고 B에게 2006. 11. 23. 매매를 원인으로 한 전주지방법원 김제등기소 2006. 11. 24. 접수 제27629호로 마친 소유권이전등기(이하 '제1등기'라 한다), 피고 C에게 2013. 2. 13. 증여를 원인으로 한 같은 등기소 2013. 2. 13. 접수 제3036호로 마친 소유권이전등기(이하 '제2등기'라 한다), 피고 G조합(이하 '피고 G조합'이라고만 한다)에게 2014. 1. 27. 설정계약을 원인으로 한 같은 등기소 2014. 1. 27. 접수 제1965호로 마친 근저당권설정등기(이하 '제3등기'라 한다), 피고 주식회사 I(이하 '피고 I'라 한다)에게 2014. 9. 3. 설정계약을 원인으로 한 같은 등기소 2014. 1. 27. 접수 제1965호로 마친 근저당권설정등기(이하 '제4등기'라 한다)
- 2) 이 사건 제2, 3, 6부동산 피고 D에게 2007. 10. 30. 매매를 원인으로 한 같은 등기소 2007. 11. 8. 접수 제26880호로 마친 소유권이전등기(이하 '제5등기'라 한다), 피고 F조합(이하 '피고 F조합'이라고 한다)에게 2015. 1. 28. 설정계약을 원인으로 한 같은 등기소 2015. 1. 28. 접수 제2906호로 마친 근저당권설정등기(이하 '제6등기'라 한다)
- 3) 이 사건 제4부동산 피고 E에게 2010. 5. 17. 매매를 원인으로 한 같은 등기소 2010. 5. 26. 접수 제12173호로 마친 소유권이전등기(이하 '제7등기'라 한다)

4) 이 사건 제5부동산 피고 D에게 2006. 11. 23. 매매를 원인으로 한 같은 등기소 2006. 11. 24. 접수 제27628호로 마친 소유권이전등기(이하 '제8등기'라 한다), 피고 F조합에게 2007. 4. 17. 설정계약을 원인으로 한 같은 등기소 2007. 4. 19. 접수 제10417호로 마친 근저당권설정등기(이하 '제9등기'라 한다)

5) 이 사건 제7, 8부동산 피고 D에게 2010. 5. 17. 매매를 원인으로 한 같은 등기소 2010. 5. 26. 접수 제12172호로 마친 소유권이전등기(이하 '제10등기'라 한다), 피고 G조합에게 2011. 3. 2. 설정계약을 원인으로 한 같은 등기소 2011. 3. 2. 접수 제4150호로 마친 근저당권설정등기(이하 '제11등기'라 하고, 제1 내지 11등기를 통틀어 '이 사건 각 등기'라 한다).

다. 이 사건 각 등기 관련 종종 총회의 개최

원고는 제5등기를 신청할 당시, 2007. 10. 10. 총원 20명 중 8명이 참석한 가운데 총회를 개최하여 N을 대표자로 선임하고 이 사건 제2, 3, 6부동산을 매도한다는 결의를 하였다는 내용의 2007. 10. 10.자 총회 의사록(갑 제8호증의 1)을, 제7, 10등기를 신청할 당시 2010. 4. 10. 총원 10명 중 인원 7명이 참석한 가운데 총회를 개최하여 N을 대표자로 선임하고 이 사건 제4, 7, 8부동산을 매도한다는 결의를 하였다는 내용의 2010. 5. 1.자 결의서(갑 제10호증의 1)를 각 등기소에 제출하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 7 내지 10, 30호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 소의 적법 여부에 관하여

가. 원고 주장의 요지

원고의 종원들 중 김제시 ○ 일대에 거주하는 일부 종원들이 적법한 소집절차 없이 총회를 개최하여 N을 대표자로 선출하고 이 사건 각 부동산의 매각을 결의하였고, 이에 따라 피고 B, D, E 앞으로 위 각 소유권이전등기가 마쳐졌다.

이에 원고는 당초 P를 연고항존자로 알고 소집절차를 거쳐 2013. 5. 26. 임시총회를 개최하여, Q를 대표자로 선임하고, 종종 재산인 이 사건 각 부동산의 회복을 위한 소송을 제기하기로 하는 내용의 2013. 4. 7. 개최된 임시총회에서의 결의를 추인하였고, Q를 대표자로 하여 이 사건 각 등기의 말소등기청구소송(전주지방법원 2013가단 13193호)을 제기하였다. 그런데 Q은 임의로 위 소송을

취하하였고, 이에 상임이사인 R이 2014. 7. 19. 임시총회를 소집하여 위 총회에서 Q을 대표자에서 해임하고 S을 새로 선임하며 소송을 다시 제기하기로 하는 등의 내용의 결의가 이루어졌다.

그런데 S이 제기한 이 사건 제1심판결은 N이 적법하게 선임된 원고의 대표자이므로 그가 소집하지 않은 위 각 총회 결의가 부적법하고, P가 아닌 W이 원고의 연고항존자이므로 위 각 총회의 소집절차가 부적법하다는 취지로 원고의 청구를 각하하였고, 이에 W은 연락 가능한 종원들에 대한 소집통지서를 발송하고 임시총회 개최공고를 하는 등으로 환송 전 항소심 진행 중인 2017. 5. 27. 임시총회(이하 '이 사건 총회'라 한다)를 소집하여, 2013. 5. 26.자 임시총회 및 2014. 7. 19.자 임시총회에서 이루어진 결의사항을 모두 추인한다는 결의를 하였다. 따라서 이 사건 소는 적법하다.

나. 피고 D, E, F조합의 본안전항변의 요지

원고는 관례적으로 매년 음력 3월 1일 시제 이전으로서 농한기인 1월부터 3월 사이에 김제시 ○ 일대에 거주하는 종원들이 모여 종중의 대소사를 논의한 다음, 시제 때 참석한 종원들로부터 추인을 받는 방식으로 의사결정을 하여 왔다(이하 위와 같은 모임을 '종원회의'라 한다). M의 사망 후 같은 방식으로 2004. 1. 8. 개최된 종원회의에서 N이 회장으로 추대되고 그해 음력 3월 1일 시제에서 종원들의 추인을 받았으므로, N이 원고 종중의 적법한 대표자이고, 2013. 4. 7.자, 2013. 5. 26.자, 2014. 7. 19.자 임시총회는 물론 이 사건 총회 역시 대표권 없는 자에 의하여 소집되어 부적법하다. 또한 연고항존자가 아닌 P가 소집한 2013. 5. 26.자 임시총회의 결의는 부적법하여 Q이 원고의 적법한 대표자였다고 할 수 없는바, Q이 소집을 거부한다는 이유로 소집된 2014. 7. 19.자 임시총회에서의 결의도 부적법하다.

이 사건 총회를 소집한 W(1932년생)이 아닌 AG(AH생)이 원고의 연고항존자이며 원고는 피고들이 제1심에서 제출한 종원연락처(을가 제22호증, 이하 '이 사건 연락처'라 한다)를 통하여 AG의 존재와 주소를 알 수 있었다. 원고는 이 사건 총회를 소집하면서, 원고의 족보에 등재되고 이 사건 연락처에 기재되어 있으나 종원명부(갑 제48호증, 이하 '이 사건 명부'라 한다)에 기재되지 않은 종원인 BC, BH, BM, BP, BT, BW, CD 및 동명이인인 종원과 누락된 종원들에 대한 소집통지를 하지 아니하였으므로, 이 사건 총회에서의 결의는 부적법하고 결국 이 사건 소는 대표권 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하다.

다. 판단

1) 원고의 총회 소집절차 필요 여부 및 N의 대표자 선임 적법성에 관하여 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 별도로 종중총회의 소집절차가 필요하지 않고(대법원 2007. 5. 11. 선고 2005다56315 판결 등 참조), 종중이 매년 정해진 날짜의 시제에 특별한 소집절차 없이 정기적으로 총회를 열어 종중 재산관리에 관하여 결의를 하여 왔다면 위 결의는 종중의 관례에 따른 것으로서 유효한 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2011다34743 판결 등 참조). 다툼 없는 사실 및 갑 제31호증, 을가 제3호증의 각 기재에 증인 P의 제1심 증언에 의하면 원고가 종중총회의 소집을 위하여 문서로 통지한 적은 없고, 2000년 이후로 종원회의에서 원고의 재산에 관한 결의를 해 왔으며, M의 생전에 이 사건 제1, 4부동산을 매도하는 결의가 이루어졌다는 내용의 종원회의록(을가 제3호증의 1, 2)이 작성된 사실은 인정된다.

그러나 갑 제1, 31호증, 갑 제44호증의 2, 을가 제2, 3, 18호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 위에서 인정한 사정들만으로는 원고가 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 하는 관행이 있었다고 인정하기는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 종원회의에서 선출된 N은 적법한 원고의 대표자가 아니라고 할 것이어서, 위 피고들의 이 부분 본안전항변은 이유 없다.

① 피고 D, E이 제출한 종원회의 회의록(을가 제3호증, 가지번호 포함, 이하 같다)은 그 작성자나 참석자의 서명이나 날인이 없으며, 참석자의 표시 여부도 일정하지 아니하여 진정하게 성립되고 내용이 진실하다고 보기는 어렵다(원고는 을가 제3호증의 진정성립 및 허위 여부를 다투고 있다).

② 종원회의의 개최일과 장소는 매번 변경되었으므로, 종원회의를 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 개최되어 소집절차가 필요하지 아니한 종중총회라고 보기는 어렵다. 다만 원고가 시제일인 매년 음력 3. 1.에 시제를 모신 전후로 종중 대소사를 결의하는 방편으로 종원회의에서 있었던 결의를 추인하는 결의를 해왔다면, 위 시제 전후의 결의는 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 개최되는 종중총회에 해당한다고 할 수는 있다. 그러나 원고는 종원회의에서 결의를 할 때는 매번 회의록을 작성하였으면서도, 시제 후의 추인 결의에 관하여는

회의록이나 참석자 및 추인 결의가 실제로 있었는지에 대한 자료는 전혀 제출하지 아니하였다. 또한 종원회의는 대체로 그 해의 시제 전에 개최된 듯하나, 시제 전의 기간을 상당히 벗어난 2006. 10. 20.자 종원회의에서 이 사건 제2, 3, 5, 6부동산을 피고 D에게 매도하는 결의가 이루어지기도 하였다. 게다가 위 결의는 이 사건 제5부동산의 매매대금은 2006년까지 지급받고, 나머지 제2, 3, 6부동산의 대금은 2007년까지 지급받는 것을 내용으로 하여 이 사건 제5부동산의 매매에 관한 결의는 2007년 시제에서의 추인을 전제로 하지 않은 것이고, 실제로 추인 없이 제8등기가 마쳐졌다. 그렇다면, 원고가 매년 시제일에 이 사건 회의의 결의내용을 추인하는 결의를 하여 왔다는 취지의 증인 P나 AI의 위와 같은 진술은 이를 그대로 믿기 어렵고, 오히려 원고의 일부 종원들이 종원회의를 통하여 실질적으로 원고의 대소사를 사실상 임의로 처리해 왔다고 봄이 타당하다.

③ 1993년도 재산관리대장(을가 제2호증의 2)에 의하면, 김제시 ○ 일대에 거주하지 않는 종원들을 포함한 원고의 종원들 34명이 당시 원고의 재판비용을 각출한 사실이 인정된다. 즉 그 무렵 원고는 김제시 ○ 외에 거주하는 종원들에게도 종종에 큰 일이 발생하였을 때는 연락을 하였으며, 위 종원들 역시 연락받은 일에 참여해 온 것으로 보인다. 따라서 종종의 대소사를 모두 종원회의를 통하여 결정하고 사전에 안건 등을 명시한 소집통지 없이 시제 후에 이를 추인한다는 관행이 있었다고 보기도 어렵다.

④ 원고의 1996. 12. 12.자 종종총회에서 종원 3분의 2 이상이 참석하여 종종 소유 부동산 일부를 매도하기로 결의한다는 내용의 결의서가 작성되어 위 부동산이 대한민국에 협의 매도된 사실은 있으나, 위 결의가 반드시 종원회의와 같은 방식으로 개최된 회의에서 이루어졌거나 종원회의의 결의가 이루어진 다음 시제 후에 실질적인 추인결의가 있었다고 볼 자료가 없다.

2) W의 연고항존자 여부에 관하여 가) 대표자를 선임하기 위하여 개최되는 종종총회의 소집권을 가지는 연고항존자를 확정함에 있어서 여성을 제외할 아무런 이유가 없으므로, 여성을 포함한 전체 종원 중 항렬이 가장 높고 나이가 가장 많은 사람이 연고항존자가 된다. 다만 이러한 연고항존자는 족보 등의 자료에 의하여 형식적·객관적으로 정하여지는 것이지만 이에 따라 정하여지는 연고항존자의 생사가 불명한 경우나 연락이 되지 아니한 경우도 있으므로, 사회통념상 가능하다고 인정되는 방법으로 생사 여부나 연락처를 파악하여 연락이 가능한 범위 내에서 종종총회의 소집권을

행사할 연고항존자를 특정하면 충분하다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결).

나) 이 사건 기록에 의하면 아래와 같은 각 사실이 인정된다.

① 피고 D, E은 2015. 5. 26.자 준비서면에서 원고의 연고항존자가 P라고 기재하였다. 원고가 2015. 5. 28. 제1심법원에 제출한 W 작성의 사실확인서(갑 제34호증의 2)에는 W의 조카가 X이라는 취지의 기재가 있고, W의 생년월일(AJ)을 알 수 있는 인감증명서가 첨부되었으나, 이후에도 P가 연고항존자임을 전제로 하여 상당한 기간 공방이 이루어졌다.

② 피고 F조합은 2015. 10. 27.자 준비서면에서 P가 원고의 연고항존자가 아님을 이 사건에서 최초로 주장하였고, 원고는 같은 날 준비서면을 제출하여 W의 항렬, 나이를 알지 못하였다는 취지의 주장을 하였다.

③ 피고 D, E이 2016. 1. 2. 제1심법원에 제출한 족보(을가 21호증)에는 9대손(31세)인 AG이 2명(AL의 증손, AM의 손이자 AN의 자인 AG, AO의 증손, AP의 손이자 AQ의 자인 AG) 기재되어 있으나, 7대손에 해당하는 'AG'은 기재되어 있지 않다. 이 사건 연락처에는 'AG'이 3명 기재되어 있는데(10번, 43번, 111번), 위 3명의 AG의 항렬이나 연령을 알 수 있는 기재는 전혀 없다. 이 사건 연락처의 10번 AG의 주소는 김제시 AR이고 전화번호는 기재되어 있지 않으며, 43번 AG의 주소는 전주시 덕진구 AS아파트 AT호이고 그 전화번호가 기재되어 있으며, 111번 AG의 주소는 김제시 Z이고 전화번호가 기재되어 있지 않다.

④ 2016. 8. 10. 선고된 제1심판결은 W이 원고의 연고항존자이고 그 생사 여부나 연락처를 파악할 수 있었다고 봄이 상당하므로, 연고항존자 W이 아닌 P의 위임에 따라 소집된 2013. 5. 26.자 임시총회 결의는 부적법하다는 취지의 이유를 포함하고 있다. 원고가 항소하자 피고 D, E은 2017. 5. 11. 항소답변서를 제출하여, L의 7대손 W이 1932년생으로서 2013. 5. 26.자 종중총회를 소집한 P(1935년생)와 같은 항렬이나 나이가 3살 많으므로 P가 원고의 연고항존자가 아니라는 취지의 주장을 하였다.

⑤ 이후 원고는 기존의 임시총회 결의를 추인하기 위한 이 사건 총회를 개최하기로 하면서, 위 W의 동의를 받아 위 W의 명의로 소집통지를 우편으로 발송하고 신문에 공고하는 등으로 이 사건 총회를 연 후, 2017. 6. 13.자 준비서면에서 이 사건 총회 결의로서 기존 임시총회 결의가 추인되었다는

취지의 주장을 하였다.

⑥ 이 사건 총회 이후 피고 D, E은 2017. 8. 9.자 준비서면에서 W은 원고의 연고항존자가 아니고, AG(AH생)이 연고항존자라는 주장을 처음으로 하였다.

다) 위 인정사실을 종합하여 알 수 있는 다음 각 사정들을 종합하면, 원고가 이 사건 총회의 소집절차를 진행할 무렵 AG이 사회통념상 그 생사 여부나 연락처가 파악되어 연락이 가능한 범위 내에 있었던 연고항존자라고 보이지 않으므로, 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

① 피고 D, E은 2017. 8. 9.자 준비서면에서 위 10번 AG이 7대손인 연고항존자라고 주장하고 있는데, 족보에 기재된 AG은 2명에 불과하나 7대손이 아니므로, 10번 AG이 43번 또는 111번 AG과 다른 사람임을 이 사건 연락처의 기재만으로 확정하기는 불가능한 것으로 보인다.

② 이 사건 연락처에는 10번 AG의 전화번호가 기재되어 있지 않고, 주소도 번지나 건물번호가 기재되어 있지 않아 원고로서는 10번 AG에게 연락을 취하여 연령과 항렬 등을 확인하는 것이 현저히 곤란하였을 것으로 보인다.

③ 적어도 원고가 이 사건 총회를 소집할 때까지는 원고와 피고들 모두가 AG이 원고의 연고항존자라는 사실을 알지 못하였던 것으로 보이며, 원고는 기존의 임시총회를 추진하기 위하여 W을 연고항존자로 보고 이 사건 총회를 개최한 것인데, 만약 사전에 AG의 존재와 항렬 및 연령을 알았다면 당연히 AG을 연고항존자로 하여 이 사건 총회를 개최하였을 것이 자명하다.

3) 이 사건 총회의 소집절차의 하자 여부에 관하여 가) 관련 법리

종중총회는 특별한 사정이 없는 한 족보에 의하여 소집통지의 대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 함으로써 각자가 회의'와 토의 및 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야 하고, 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없으나, 그 소집통지의 방법은 반드시 직접 서면으로 하여야만 하는 것은 아니고 구두 또는 전화로 하여도 되고 다른 종중원이나 세대주를 통하여 하여도 무방하며(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결 등 참조), 소집통지를 받지 아니한 종중원이 다른 방법에 의하여 이를 알게 된 경우에는 그 종중원이 종중총회에 참석하지 않았다고 하더라도 그 종중총회의 결의를 무효라고 할 수는 없으나(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다70169 판결 등

참조), 종중이 그 총회를 개최함에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 세보에 기재된 종중원은 물론 기타 세보에 기재되지 아니한 종중원이 있으면 이 역시 포함시켜 총회의 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 소재가 분명하여 연락 가능한 종중원에게 개별적으로 소집통지를 하여야 하므로, 종중이 종중원을 확정하고 그 소재를 파악함에 있어서는 세보의 발간 시에 기울였던 노력에 상당한 정도의 노력을 기울여야 마땅하고, 그것이 불가능하였다면 그에 대한 합리적인 이유가 뒷받침되어야 하며, 종중이 총회를 개최함에 있어 이와 같은 소집절차를 거치지 아니하였다면 그 총회에서의 결의는 효력이 없다(대법원 2000. 7. 6. 선고 2000다 17582 판결 참조).

나) 피고 D, E 주장의 요지

이 사건 총회의 소집통지 대상이 된 이 사건 명부에는 이 사건 연락처와 비교하여 동명이인 98명, 성명 자체가 누락된 35명 합계 133명의 종원이 빠져 있고, 위 합계 133명의 종원에 대하여는 소집통지가 되지 않았고, BC, BH, BM, BP, BT, BW, CD 등은 족보에 등재되어 있고 이 사건 연락처에 그 주소나 연락처가 기재되었음에도 이 사건 명부에서 누락되어 있어 이 사건 총회의 소집절차에는 하자가 있다.

다) 판단

위 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 앞서 든 증거 및 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음 각 사실 또는 사정들을 종합하면, 원고는 상당한 정도의 노력을 기울여 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 모든 종중원에게 서면, 전화나 다른 종중원을 통하여 개별적인 소집통지를 한 것으로 보이는바 이 사건 총회의 소집절차에 하자가 있다고 보기 어려우므로 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

① 위 피고들이 이 사건 총회의 소집절차에 하자가 있다고 주장하는 근거로 제시하는 이 사건 연락처는 위 피고들이 종원이라고 주장하는 자들의 이름 및 주소, 전화번호가 기재되어 있는데, 그 중 일부만 그 아버지나 조부가 함께 기재되어 있어 특정이 가능하고, 주소 역시 상세하게 기재되어 있지 않거나 기재가 누락된 것이 다수이며 일부 사람들은 이름이 잘못 기재되기도 한 것으로 보인다[이 사건 연락처 141번 CG(7세손 BB의 자)는 이 사건 명부 267번 CH와 동일인으로서 이름이 잘못 기재되었으며, 이 사건 연락처 234번 CI은 이 사건 연락처 33번 BH의 자로서 정확한 이름은 CJ이다].

② 위 피고들이 동명이인이라고 지적하는 사람들 중 상당수는 동일인으로 보이며, 이 사건 연락처에 기재되어 있으나 이 사건 명부에 성명이 기재되지 아니한 사람들이 모두 원고의 종원이라고 단정할 수도 없다. 그런데도 위 피고들은 이 사건 연락처 이외에 이 사건 연락처에 기재된 사람들이 원고의 종원인지 여부를 객관적으로 뒷받침할 수 있는 자료는 함께 제출하고 있지 않다. 따라서 이 사건 연락처에 기재되어 있으나 이 사건 명부에 성명이 기재되지 아니한 사람들에 대한 통지가 누락되었다는 사정만으로 이 사건 총회의 소집절차에 하자가 있다고 단정하기는 어렵다.

③ 원고는 위 피고들이 이 사건 연락처를 제출하자 기존에 원고가 보유하고 있던 연락처에 이 사건 연락처의 내용을 합치고 보완하여 이 사건 명부를 만들었고, 이 사건 명부에 기초하여 이 사건 총회의 소집통지를 하였다. 이 사건 명부는 기재된 자들이 누구의 손 또는 자인지 기재하여 가계를 파악할 수 있게 하였고, 대부분의 사람들의 상세한 주소가 기재되어 있으며 주소가 불명인 경우에는 동일 가계의 다른 종원에게 내용증명을 발송하여 주소가 불명인 종원에게도 이 사건 총회 개최사실을 알려줄 것을 독려하였다(갑 제55호증의 1 내지 13). 원고는 이 사건 총회의 개최를 일간신문에도 광고하여 공고하였다.

④ 원고의 족보와 이 사건 연락처에 기재되어 있으나 이 사건 명부에서 누락된 이 사건 연락처 15번 BC, 33번 BH, 113번 BM, 134번 BP, 135번 BT, 227번 BW, 228번 CD에 관하여 본다.

○ BC: 갑 제58 내지 63호증(가지번호 포함)의 각 기재에 의하면 BC은 일명 CK이며 이 사건 총회 소집 당시 사망하였고, L의 형제인 CL의 후손으로 원고 종중원인 L의 후손이 아니다. 위 피고들은 15번 BC이 P의 동생으로 원고의 종원이라고 주장하나 피고들이 주장하는 BC이 원고의 종원으로 족보에 기재되어 있음을 뒷받침할 만한 자료를 찾기 어렵다.

○ BH: 을가 제29호증의 기재에 의하면 33번 BH의 연락처는 BH이 실제 사용하는 연락처이기는 하나, 이 사건 연락처에는 BH의 전화번호만 기재되어 있는 데다가 BH은 성직에 종사하고 있었으므로 원고로서는 BH이 전화를 받지 않을 경우 그 소재를 파악하기 쉽지 않았을 것으로 보인다.

○ BM: 원고는 환송 전 항소심에서부터 113번 BM이 사망하였다고 주장하였는데, 위 피고들은 당시에는 BM의 생존 여부를 다투지 않았으며, 이 사건 연락처의 BM의 주소가 정확하지 않아 원고로서는 BM의 생존 여부를 제대로 파악하기 어려웠을 것으로 보인다.

○ BT: 갑 제52호증, 제55호증의 12, 13의 각 기재에 의하면 원고는 135번 BT에게 이 사건 총회의 소집통지를 발송하였고 동일 가게에 있는 CM, D에게도 내용증명을 발송하여 BT에게 이 사건 총회의 개최를 알려줄 것을 요청하였다.

○ BP: 134번 BP은 이 사건 연락처에 전화번호만 기재되어 있을 뿐만 아니라, BP은 135번 BT의 동생이고 AM의 손이므로, 원고가 동일 가게에 있는 CM, D에게 내용증명을 발송하여 AM의 손에게 임시총회에 참석하도록 통지를 요청한 이상 위 내용증명에 BP의 이름이 기재되어 있지 않다는 사실만으로 원고가 BP에게 통지가 가능하였음에도 이를 누락하였다고 단정하기 어렵다.

○ BW, CD: 227번 BW, 238번 CD은 CC의 자녀로서 남매관계인데, 이 사건 연락처에는 BW, CD의 주소가 없고 전화번호만 기재되어 있는데다가 을가 제34호증의 기재에 의하면 이 사건 연락처에 있는 CD의 전화번호는 잘못 기재되어 원고로서는 CD에게 제대로 통지를 할 수 없었을 것으로 보인다. 갑 제55호증의 6의 기재에 의하면 원고는 BW, CD과 동일 가게에 있는 CN에게 내용증명을 발송하여 BW, CD의 아버지인 CC에게 임시총회에 참석하도록 통지하였는데, CN과 동일 가게에 있는 종원들에게 통지하여 줄 것을 요청한 이상 위 내용증명에 BW, CD의 이름이 누락되었다는 사정만으로 원고가 통지가 가능하였음에도 이를 누락하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 결국 이 사건 명부에서 누락된 종원들의 이름과 연락처가 피고들이 별다른 입증자료 없이 제시한 이 사건 연락처에 기재되어 있었다는 사정만으로는, 원고가 이 사건 총회의 소집통지를 함에 있어 종원의 범위를 확정하고 개별적으로 총회 개최를 통지하는 데 필요한 노력을 다하지 아니하였다고 평가하기는 어렵다.

라. 소결론

피고 D, E, F조합의 본안전항변은 이유 없으므로, 적법하게 개최된 이 사건 총회에서 선임이 추인된 원고의 대표자인 S이 제기한 이 사건 소는 적법하다.

3. 본안에 관한 판단

이 사건 소가 부적법하다는 이유로 이 사건 소를 각하한 제1심판결을 취소하여야 하나, 이 사건은 이미 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되어 있으므로 민사소송법 제418조 단서에 따라 이 법원이 스스로 본안판단을 한다.

가. 청구원인의 요지

이 사건 부동산에 마쳐진 제1, 5, 7, 8, 10등기는 그 소유권을 이전하기로 하는 적법한 종중총회의 결의가 없이 마쳐진 것으로서 무효이고, 원인무효인 위 각 등기에 터잡아 마쳐진 제2, 3, 4, 6, 9, 11등기 역시 원인무효로서 말소되어야 한다.

나. 판단

종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중 규약이 없으면 종중 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결 등 참조).

앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 각 부동산은 원고 종중원의 총유로서 원고 종중 규약은 종중 재산의 매도에는 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있는바(규약 제12조), 앞서 본 바와 같이 피고 B, D, E이 이 사건 각 부동산의 소유권을 이전받을 당시 원고의 적법한 총회결의가 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그러므로 피고 B의 제1등기, 피고 D의 제5, 8, 10등기, 피고 E의 제7등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 위 각 등기들이 원인무효인 이상, 원인무효인 제1등기에 터잡아 마쳐진 피고 C의 제2등기, 피고 G조합의 제3등기, 피고 I의 제4등기, 원인무효인 제5등기에 터잡아 마쳐진 피고 F조합의 제6등기, 원인무효인 제8등기에 터잡아 마쳐진 피고 F조합의 제9등기도 말소되어야 한다. 따라서 원고에게, 피고 B은 제1등기, 피고 C은 제2등기, 피고 D은 제5, 8, 10등기, 피고 E은 제7등기, 피고 F조합은 제6, 9등기, 피고 G조합은 제3, 11등기, 피고 I는 제4등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있으므로, 원고의 청구는 모두 이유 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 모두 이유 있어 이를 인용할 것인바, 이와 결론을 달리 한 제1심판결은 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 피고들에게 이 사건 각 등기의 말소를 명하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사오재성

판사김자림

판사이슬아

별지