

의정부지방법원 2020. 5. 22 선고 2017가합2219 판결 [소유권이전등기말소등기]

재판경과

서울고등법원 2020. 11. 25 선고 2020나2019423 판결

의정부지방법원 2020. 5. 22 선고 2017가합2219 판결

전 문

원고A문중

소송대리인 변호사 장철희

피고1. B

2. C

피고 1, 2의 소송대리인 법무법인 진성

담당변호사 김덕현

3. 주식회사 D

4. 대한민국

변론 종결2020. 4. 17.

판결 선고2020. 5. 22.

주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.

2. 소송비용은 원고의 대표자로 표시된 E가 부담한다.

N

청 구 취 지

원고에게, 피고 B는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2009. 1. 22. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제7424호로 마친 소유권이전등기의, 피고 C은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2013. 2. 27. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제22690호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 피고 주식회사 D은 별지 목록 1 기재 부동산에 관하여 2017. 6. 30. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제59598호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하고, 피고 대한민국은 별지 목록 2 기재 부동산에 관하여 2015. 9. 24. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제128483호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. A문중(이하 '이 사건 종중'이라 한다)¹⁾은 F의 17세손이자 G의 현손인 H을 공동선조로 하는 후손들로 구성된 단체이다.

나. 이 사건 종중은 남양주시 I 답 871m², J 답 19m², K 답 150m², L 답 44m²(이하 '이 사건 변경 전 토지'라 한다)에 관하여 각 1953. 4. 24. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제7823호로 회복에 의한 보존등기를 마쳤다.

다. I 답 871m²는 2010. 8. 5. 주유소용지로 지목이 변경되었고, J 답 19m², K 답 150m², L 답 44m²가 같은 날 위 I 답 871m²에 합병되어 I 주유소용지 1084m²가 되었다가 2013. 2. 4. I 주유소용지 881m²(별지 목록 1 기재 부동산, 이하 '이 사건 1 토지'라 한다)와 I 주유소용지 203m²(별지 목록 2 기재 부동산, 이하 '이 사건 2 토지'라 한다)로 분할되었다.

라. 피고 B는 2009. 1. 22. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제7424호로 이 사건 변경 전 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 피고 C은 이 사건 변경 전 토지가 이 사건 1, 2 토지로 변경된 뒤 2013. 2. 27. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제22690호로 위 각 토지에

관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

마. 피고 대한민국은 2015. 9. 24. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제128483호로 이 사건 2 토지에 관하여 2015. 8. 18.자 수용을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 피고 주식회사 D은 2017. 6. 30. 의정부지방법원 남양주등기소 접수 제59598호로 이 사건 1 토지에 관하여 2017. 6. 30.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기를 마쳤다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

이 사건 종중은 이 사건 각 토지를 피고 B에게 처분한 사실이 없는 바, 이 사건 각 토지에 관한 피고 B 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 하고, 피고 B 명의의 소유권이전등기에 터잡은 이 사건 각 토지에 관한 피고 C 명의의 소유권이전등기, 피고 C 명의의 소유권이전등기에 터잡은 피고 주식회사 D의 이 사건 1 토지에 관한 근저당권설정등기와 피고 대한민국의 이 사건 2 토지에 관한 소유권이전등기도 원인무효의 등기로서 모두 말소되어야 한다.

3. 본안 전 항변에 관한 판단

가. 피고 B, C, 주식회사 D의 주장

1) E2) 를 대표자로 하는 단체인 원고는 진정한 A문중인 이 사건 종중과 별도의 단체로 종중 유사단체에 불과하다.

2) E를 이 사건 종중의 대표자로 선출한 2018. 3. 4.자 종중총회 결의는 소집통지가 적법하게 이루어지지 않았거나 정당한 소집권자에 의하여 소집되지 않아 무효이므로 E는 이 사건 종중의 적법한 대표자가 아니다.

3) 이 사건 소 제기는 적법한 총회 결의 없이 한 것이므로 부적법하다.

나. 이 사건 종중이 고유한 의미의 종중인지 여부에 관한 판단

1) 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 그 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 그 선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 성립하는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정되고, 종중이 비법인사단으로서

당사자능력이 있느냐의 문제는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 하는 것이다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결 등 참조).

2) 갑 제7, 19, 26, 27, 28, 29호증, 을가 제3, 10, 17, 18호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정 등을 종합하면, 이 사건 종중은 고유한 의미의 종중에 해당하여 당사자능력이 있다고 할 것이므로, 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 이 사건 종중은 F의 17세손이자 G의 현손인 H를 공동선조로 하는 후손들로 구성되어 있다.

② 이 사건 종중은 1981. 5. 1.에 이르러 규약을 제정하고 대표자 등 임원을 선출하였다. 최초로 규약을 제정할 당시 종중의 명칭, 목적, 회원구성, 총회, 임원 등에 관한 내용이 규정되어 있었고, 이 사건 종중의 족보 및 회원명부에 따르면, 이 사건 종중은 종원의 성별이나 거주 지역과 상관없이 H의 후손들에게 종원의 자격을 부여하고 있다.

③ 이 사건 종중은 매년 종중총회를 개최하여 임원을 선출하거나 종중재산을 관리하고 종중의 대소사 등을 의논하는 활동을 하여 왔으며, 이 사건 종중의 명칭으로 세금 납부를 위한 고유번호를 발급받아 사용하고 있다.

④ 피고 B, C, 주식회사 D 주장에 의하더라도 고유한 의미의 종중인 이 사건 종중이 실재하는 것에는 다툼이 없고, 다만 E가 대표자인 단체는 이 사건 종중이라고 볼 수 없다는 취지로 보인다.

다. E가 이 사건 종중의 적법한 대표자인지 여부에 관한 판단

1) 관련 법리 종중이 당사자인 사건에 있어서 그 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지의 여부는 소송요건에 관한 것인데(대법원 1995. 5. 23. 선고 95다5288 판결 참조), 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결 참조).

2) 인정사실 갑 제8, 11, 15, 16, 17, 25, 26, 27호증, 을가 제3, 4, 9호증의 각 기재, 증인 O의 증언, 변론 전체의 취지를 종합하면 아래와 같은 사실들이 인정된다.

가) 이 사건 종중은 1981. 5. 1. 종중규약을 제정하였고, 2005. 11. 6. 종중규약을 일부 개정하였는데, 그 중 총회와 관련된 규정은 아래와 같다.

제6조(정기총회) 정기총회는 매년 A 시제일에 개최하고, 종원 20인 이상의 참석으로 성립함을

원칙으로 하되, 부득이한 경우에 한하여, 총회에 참석한 종원으로 총회를 개최할 수 있으며, 다음 사항을 의결한다.

- 1) 규약의 제정 및 개정
- 2) 전년도 사업보고 및 결산보고
- 3) 당해연도의 사업계획 및 예산에 관한 사항
- 4) 임원의 선임 및 해임
- 5) 종중재산의 보존, 취득, 처분, 관리에 관한 사항
- 6) 기타 총회의결을 요하는 중요한 사항

제7조(임시총회) 임시총회는 본회 운영상 필요한 경우에 회장이 부회장과 협의하였을 경우, 운영위원회의 결의가 있을 경우, 문중원 20인 이상의 소집요구가 있을 경우에 개최하며 다음 사항을 의결한다.

- 1) 본회 운영에 관하여 긴급을 요하는 사항
- 2) 사업계획의 수정
- 3) 결원된 임원의 선임

나) 이 사건 종중의 종원들은 남양주 P에 있는 Q 제각(이하 '제각'이라 한다)에서 2011. 10. 31.(음력 10. 5.) 시제를 지냈다.

다) 2011. 10. 31. 10:30경 위 제각에서 R이 주재한 총회(이하 '이 사건 오전 총회'라 한다)가 개최되었고, 회의 결과 S을 이 사건 종중의 새로운 대표자로 선임하는 내용의 의결이 이루어졌다.

라) 한편, 2011. 10. 31. 12:30경 위 제각에서 T이 소집하고 U이 주재한 총회(이하 '이 사건 오후 총회'라 한다)가 개최되었는데, 회의 결과 V를 이 사건 종중의 새로운 대표자로 선임하고, 위 가)항과 같이 2005. 11. 6.자로 변경된 종중규약을 무효로 하며, 종중규약 중 총회와 관련된 내용을 아래와 같이 변경하는 내용의 의결이 이루어졌다.

제9조(총회와 소집) 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하고 다음과 같이 개최한다.

1. 정기총회는 매년 1회, 한식일 또는 대보름 전후 주말(일요일 아님)로 소집통보하여 개최한다.
2. 임시총회는 운영위원회의 결의에 의한 요청이 있을 때 또는 종원 15명 이상이 서면으로

회의목적사항을 명시하여 소집요청이 있을 때 회장의 소집통지에 의하여 수시로 개최한다.

3. 소집통보는 늦어도 7일 전에 전 문중회원에게 도착시키되 방법은 서면으로 함을 원칙으로 하나 핸드폰 문자나 이메일로 하여도 무방하다.

3) 판단 E가 이 사건 종중의 적법한 대표자인지 여부에 관하여 판단하기 위해서는 이 사건 오전 총회와 오후 총회 중 어떤 총회가 원고의 적법한 정기총회에 해당하는지에 대한 판단이 선행되어야 할 것이므로, 이하에서는 먼저 위 각 총회의 적법 여부에 관하여 판단한다.

가) 이 사건 오전 총회의 적법 여부에 관한 판단

(1) 이 사건 오전 총회가 적법한 대표자에 의하여 주재되었는지 여부

(가) 종중의 대표자가 사임하는 경우에는 대표자의 사임으로 그 권한을 대행하게 될 자에게 도달한 때에 사임의 효력이 발생하고 이와 같이 사임의 효력이 발생한 뒤에는 이를 철회할 수 없다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90다10247 판결 등 참조). 한편 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(대법원 2006. 6. 15. 선고 2004다10909 판결 등 참조).

(나) 갑 제26호증, 을가 제3, 4, 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하면 R이 2004. 11. 17. 이 사건 종중의 대표자로 선임되어 2011. 10. 31.까지 원고 종중의 대표자였다는 사실이 인정되고, 이 사건 종중의 당시 종중규약(2005. 11. 6.자로 변경된 것)에 따르면 회장(대표자)이 각종 회의의 의장이 된다고 할 것이므로, 이 사건 오전 총회는 적법한 대표자에 의하여 주재되었다고 인정된다.

이에 대하여 원고는 R이 2010. 12. 11. 사임의사를 표시하여 이 사건 종중의 대표자 지위를 상실하였다고 주장하나, 갑 제32호증의 기재만으로는 R의 사임 의사표시가 그 권한대행자에게 도달하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 오전 총회가 적법한 소집절차를 거쳤는지 여부

(가) 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 별도로 종중회의의 소집절차가 필요하지

아니하다(대법원 2005. 12. 8. 선고 2005다36298 판결 등 참조).

(나) 갑 제7, 11호증, 을가 제3호증의 기재, 증인 W의 증언에 변론 전체의 취지를 더하면, 이 사건 종중은 종중규약 및 관례에 따라 매년 음력 10. 5. 제각에 모여 시제를 지내고 정기총회를 개최하여 종중의 중대사를 결의하여 온 사실이 인정되므로, 2011. 10. 31.자 정기총회는 별도의 소집절차를 필요로 하지 않는 것으로 보인다. 따라서 이 사건 오전 총회는 적법하게 개최되었다고 인정된다. 이에 대하여 원고는 이 사건 종중의 정기총회는 매년 음력 10. 5.에 이루어지는 것이 아니라 운영위원회에서 구체적인 날짜를 정하여 소집하는 절차를 거쳐 개최되었다고 주장하나, 갑 제26, 32호증의 기재만으로는 이 사건 종중의 정기총회일을 매년 따로 정하여 왔다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) 이 사건 오전 총회에서의 대표자 선임에 절차상 하자가 있었는지 여부

(가) 종중총회의 소집권을 가지는 연고항존자를 확정함에 있어서 여성을 포함한 전체 종원 중 향렬이 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 종중총회의 소집권을 행사할 연고항존자를 특정하면 충분하다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결 등 참조).

(나) 을가 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하면 이 사건 종중은 임기 만료로 대표자를 새로 선출하는 경우 대표자의 주재로 총회를 개최하여 다른 안건을 처리한 후, 대표자 선임과 관련하여서는 참석자 중 연고항존자가 임시의장이 되어 총회를 진행하는 관례가 있었고, 이 사건 오전 총회는 당시 대표자였던 R의 위임을 받은 총무에 의하여 개최되었으며, 관례에 따라 참석자 중 연고항존자였던 X을 임시의장으로 선출하여 대표자 선임을 위한 회의를 진행하여 원고의 새로운 대표자로 S을 선임한 것으로 보인다. 따라서 이 사건 오전 총회에서의 대표자 선임은 적법한 절차를 거쳤다고 인정된다.

(다) 이에 대하여 원고는 이 사건 오전 총회 당시 이 사건 종중의 대표자는 궐위 상태였으므로 이 사건 종중의 관례에 따라 연고항존자가 총회를 개최해야 하는데, 당시 이 사건 종중의 연고항존자는 T이었으므로 T이 개최하지 않은 이 사건 오전 총회에서는 대표자 선임을 할 수 없다고 주장하나, 갑

제27 내지 30호증의 각 기재만으로는 이 사건 오전 총회 당시 이 사건 종중의 대표자가 궐위상태여서 연고항존자가 총회를 개최해야 하는 경우에 해당한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(라) 덧붙여 가사 이 사건 오전 총회가 이 사건 종중의 연고항존자가 개최해야 하는 경우에 해당한다 하더라도, 갑 제26, 27, 29호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉 ① T은 이 사건 종중의 족보에 그 이름이 기재되어 있지 않고 사위 Y가 기재되어 있으며, 그 생년월일도 기재되어 있지 않은 점, ② T은 이 사건 오전 총회 이전에 이 사건 종중의 종사에 관여한 적이 없었던 점, ③ 2004년경부터 이 사건 오전 총회 당시까지 이 사건 종중의 종원들은 X을 이 사건 종중의 연고항존자로서 대우해 왔는데, 이에 대해 이의를 제기한 종원은 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 오전 총회에서 X을 연고항존자로 특정하여 그 주재 하에 이 사건 종중의 대표자를 선임한 것이 잘못되었다고는 할 수 없다.

(4) 이 사건 오전 총회의 개최 시각이 관례에 어긋나는지 여부

원고는 이 사건 오전 총회가 시제를 지내기 전인 오전 10:30에 개최된 것은 관례에 어긋나는 것이라고 주장하나, 갑 제26호증의 기재만으로는 이 사건 종중이 시제를 오후에 지내는 관례가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

나) 이 사건 오후 총회의 적법 여부에 관한 판단

(1) 이 사건 오후 총회가 이 사건 종중의 정기총회에 해당하는지 여부

갑 제8, 11, 15, 16, 17, 18, 23, 24, 25호증의 각 기재에 의하면 이 사건 오후 총회가 2011. 10. 31. 12:30경 T의 위임을 받은 U의 주재로 현장참석 인원 17명, 위임장제출 인원 38명으로 개최되었고 U이 의장으로서 이 사건 종중의 정기총회일을 '한식일 또는 대보름 전후 주말(일요일 아님)로 소집통보하여 개최한다'고 변경하는 등 종중규약을 개정하는 안건이 가결되고, 대표자를 V로 선임하였다는 총회회의록이 작성된 사실이 인정되나, 을가 제4, 9, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하면 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고의 2011. 10. 31.경 대표자는 R이었고, 이 사건 오전 총회를 거친 후에는 대표자가 S로 변경되어 이 사건 오후 총회 당시 이 사건 종중의 적법한

대표자 또는 총회 소집권자는 T이 아니었던 점, ② T이 이 사건 종중의 정기총회 소집권자 및 주재자가 되어야 할 다른 사정이 존재하지 않는 점, ③ 원고의 주장에 의하더라도 이 사건 오후 총회는 이 사건 오전 총회를 마친 뒤 기존 이 사건 종중의 임원들이 상당수 자리를 이탈한 뒤에 개최된 점, ④ 이 사건 오후 총회에서 이 사건 종중의 대표자로 선임되었다는 V는 관련 사건에서 '이 사건 종중의 회장직을 수락한 사실이 없음을 진술합니다'라는 취지의 진술서를 작성하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 오후 총회가 이 사건 종중의 정기총회에 해당하고 위 총회에서 V가 이 사건 종중의 대표자로 선출되었음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 앞서 본 바와 같이 이 사건 종중의 2011. 10. 31.자 정기총회는 2011. 10. 31. 오전에 R의 주재로 진행되었고, 새로운 대표자로 S이 선임된 뒤 폐회를 선언함으로써 모두 종료되었다고 봄이 타당하고, 이 사건 오후 총회는 이 사건 오전 총회가 종료된 뒤 U이 식사 중이거나 식사를 마친 이후 남아 있던 종원들 일부와 모여 별도의 회의를 개최한 것으로 보이는데, 이는 정기총회가 마쳐진 후 시간적으로 차이가 발생한 뒤에 개최된 것이므로 별도 임시총회의 실질을 갖는다고 할 것이다.

(2) 이 사건 오후 총회가 적법한 임시총회인지 여부

(가) 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 종중총회 소집절차가 필요하지 아니하나, 그 외에 별도로 종중총회를 소집함에 있어서는 특별한 규약이나 종중관행이 없는 한 종중원 중 통지 가능한 모든 성년 이상의 남자에게 소집통지를 함으로써 각자가 회의와 토의와 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야 하고, 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없다(대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결 등 참조).

종중대표자는 종중규약이나 특별한 관례가 있으면 그에 따라 선출하고 그것이 없으면 일반관습에 의하여 종장 또는 문장이 그 종중원 중 성년 이상의 남자를 소집하여 출석자의 과반수결의로 선출하여야 하며, 평소에 종장이나 문장이 선임되어 있지 아니하고 그 선임에 관한 종중규약이나 관례가 없으면 생존하는 종중원 중 향렬이 가장 높고 나이가 많은 연고항존자가 종장 또는 문장이 되는 것이 우리나라의 일반관습이다(대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2654 판결 등 참조).

(나) 살피건대, 을가 제3, 9, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 오전 총회 및 점심식사까지 마친 이후 일부 종원들이 총회를 개최함에 있어서 그 총회 개최를 위한 적법한 소집통지가 있었음을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 이 사건 오후 총회에 참석한 종원 중 일부가 종원 65명으로부터 이 사건 오후 총회의 의안에 대한 위임장을 받은 사실은 인정되나 이 사건 종중의 총 종원에 대하여 임시총회 소집을 통지한 것도 아니어서 이를 적법한 소집통지로 보기 어려운 점, ③ 이 사건 종중의 종중규약(2005. 11. 6.자) 제7조는 임시총회의 소집 요건에 관하여 '본회 운영상 필요한 경우에 회장이 부회장과 합의하였을 경우, 운영위원회의 결의가 있을 경우, 문중원 20인 이상의 소집요구가 있을 경우에 개최한다'라고 정하고 있는데, 이 사건 오후 총회가 위 소집 요건을 갖추었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 오후 총회는 적법한 소집통지 없이 개최된 것이어서 이를 적법하게 개최된 회의라고 인정하기 어렵다.

다) E를 이 사건 종중의 대표자로 선임한 총회 결의(2018. 3. 4.자 총회)의 적법 여부에 관한 판단

(1) 2018. 3. 4.자 총회가 이 사건 종중의 정기총회에 해당하는지 여부

V를 이 사건 종중의 대표자로 선출하고, 이 사건 종중의 정기총회일 및 소집방법을 변경하는 종중규약을 의결한 이 사건 오후 총회가 부적법함은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 정기총회일은 여전히 원고의 시제일인 음력 10. 5.이라 할 것이고 2018. 3. 4.은 음력 1. 17.임이 역수상 명백하므로, 2018. 3. 4.자 총회는 이 사건 종중의 정기총회에 해당하지 않는다.

(2) 2018. 3. 4.자 총회가 이 사건 종중의 임시총회에 해당하는지 여부

이 사건 종중의 종중규약이 2005. 11. 6.자로 개정된 이후 변경되지 않았음은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 종중의 임시총회 소집은 위 종중규약에 따라야 할 것이고, 종중규약 중 임시총회에 관한 규정에 관하여 보건대, 이 사건 종중의 임시총회가 소집되기 위해서는 본회 운영상 필요한 경우에 회장이 부회장과 합의하였을 경우, 운영위원회의 결의가 있을 경우, 문중원 20인 이상의 소집요구가 있을 경우에 해당하여야 하는데(제7조), 원고가 제출한 증거만으로는 위 2018. 3. 4.자 총회가 임시총회의 소집 요건을 갖추었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 2018. 3. 4.자 총회의 소집권자가 적법한지에 관하여 보건대, 갑 제3, 6호증의 각 기재에 의하면 이 사건 오후 총회에서 대표자로 선임된 V의 후임 대표자로 Z이, Z의 후임 대표자로 AA이 각

선임되었고, AA의 후임 대표자로 W이 선임되었으며, W이 2018. 3. 4.자 총회를 소집한 사실은 인정되나, 위 각 증거만으로는 W이 이 사건 종중의 적법한 총회 소집권자라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 을가 제4, 9, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실, 즉, 이 사건 오전 총회에서 이 사건 종중의 대표자로 선임된 S의 임기가 만료된 후 2014. 11.경 S의 후임 대표자로 AB이 선임되었고, 2017. 11.경 AB의 후임 대표자로 AC이 각 선임되어 현재까지 이 사건 종중의 대표자인 사실들을 종합하여 보면, 2018. 3. 4.자 총회의 적법한 소집권자는 AC이라 할 것이다.

4) 소결 따라서 E는 이 사건 종중의 적법한 대표자라 할 수 없다.

라. 이 사건 소 제기에 관한 총회 결의가 있었는지에 관한 판단

1) 종중의 재산권 관련 소송은 총유재산에 관한 소송으로 종중이 종원들의 총회결의가 없이 소송을 제기하면 소제기에 관한 특별 수권을 결하여 부적법하다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다64573 판결 참조).

2) 살피건대, 갑 제3, 4, 5, 6, 8호증의 각 기재에 비추어보면 이 사건 오후 총회에서 종중규약 중 운영위원회의 권한에 관하여 '종중재산의 보존행위는 운영위원회의 권능으로 한다'고 개정하는 안건이 의결된 사실, 2016. 12. 30. 이 사건 종중의 운영위원회가 개최되어 이 사건 소제기가 의결된 사실이 인정되나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 오후 총회는 이 사건 종중의 적법한 총회라 할 수 없으므로 이 사건 종중의 종중규약이 위와 같이 개정되었다고 볼 수 없는 이상 이 사건 종중의 종중재산 보존행위는 기존의 종중규약(2005. 11. 6.자로 개정된 것)에 따라 총회의 결의를 요한다. 그런데 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 종중이 총회에서 이 사건 소제기를 결의하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 따라서 총회의 결의 없이 제기한 이 사건 소는 부적법하다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하고, 소송비용의 부담에 관하여는 민사소송법 제108조, 제107조 제2항, 제1항을 적용하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사하현우

판사오선아

판사공병훈

별지

1) 원고 종중의 적법한 대표자가 누구인지에 관하여 다툼이 있으므로, 편의상 원고 종중을 '이 사건 종중'이라 칭한다.

2) M씨의 한자 독음에 관하여 가족관계등록부 기재의 실무상 'N'와 'M'가 혼용되고 있는 것으로 보이고, 이 사건의 당사자도 'M'와 'N'를 혼용하고 있다. 여기에서는 편의상 'N'로 통일하여 기재하기로 한다.