

대구고등법원 2024. 4. 3 선고 2023나11607 판결 [소유권이전등기청구 등]

재판경과

대구고등법원 2024. 4. 3 선고 2023나11607 판결

대구지방법원 경주지원 2023. 2. 3 선고 2021가합2271 판결

전문

원고, 피항소인 A종중

소송대리인 변호사 황영목

피고, 항소인 1. B

2. 망 C의 소송수계인

가. AV

나. AW

다. AX

라. AY

마. AZ

바. BA

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 해광

담당변호사 권성우, 서영경

변론종결 2024. 2. 21.

판결선고 2024. 4. 3.

제1 심판결 대구지방법원 경주지원 2023. 2. 3. 선고 2021가합2271 판결

주 문

1. 망 C의 소송수계인 피고 AV, AW, AX, AY, AZ, BA의 소송수계에 따라 이 법원에서 변경된 청구를 포함하여 제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

원고에게, (1) 피고 B은 별지 제1 목록 기재 각 임야에 관하여 이 사건 소장 부분 송달일자 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, (2) 망 C의 소송수계인 피고 AV는 39,087,692원과 그 중 29,580,000원에 대하여는 2015. 1. 12.부터, 9,230,769원에 대하여는 2015. 2. 23.부터, 나머지 276,923원에 대하여는 2015. 1. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, (3) 망 C의 소송수계인 피고 AW, AX, AY, AZ, BA은 각 26,058,461원과 그 중 각 19,720,000원에 대하여는 2015. 1. 12.부터, 각 6,153,846원에 대하여는 2015. 2. 23.부터, 나머지 각 184,615원에 대하여는 2015. 1. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 피고 B에 대한 소 중 금전지급청구 부분, 망 C에 대한 소 중 임대료 횡령으로 인한 금전지급청구의 일부를 각 취하하고, 망 C의 사망으로 인한 소송수계에 따라 그에 대한 청구취지를 위와 같이 변경하였다).

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. A 종중의 존재와 활동

- 1) D파 17대(E씨 67대) F은 유일한 아들로 G을 두었고, G은 장남 H, 차남 I, 삼남 J을 두었다. F의 묘는 별지 제1 목록 기재 경주시 L 임야 29,355㎡(이하 'L 토지'라 한다)에 있고, 그 배우자의 묘는 M 임야 1,983㎡(이하 'M 토지'라 한다)에 있으며, G, I의 묘는 N 묘지 5,158㎡(이하 'N 토지'라 한다)에 있다.
- 2) 'A 종중'(이하 편의상 'A 종중'이라 한다)은 일제 강점기 이전부터 경주시 K리 일대를 기반으로 선조의 묘를 수호하고 시제를 지내면서 종중 재산을 관리하고 대소사를 논의하는 등 종중으로서 활동해왔다. [뒤에서 보는 바와 같이 원고가 위 A 종중인지 여부에 관하여는 다툼이 있다.]
- 3) A 종중(당시 대표자 C)은 1998. 5.경 종중 등록(등록번호 BB)을 마치고, 2002. 12. 5. 종중원 T로부터 M 토지를, 종중원 U으로부터 N 토지 중 1/2 지분을 각 이전받아 위 종중 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. A 종중은 2006. 5.경 종중원 AK을 상대로 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구 소송을 제기하였다가 2007. 6. 1. AK으로부터 N 토지 중 나머지 1/2 지분을 이전받고 위 종중 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 별지 제1 목록 기재 토지의 등기 및 사용현황

- 1) 별지 제1 목록 기재 L 토지 및 V 임야 6,347㎡(이하 'V 토지'라 한다)는 1917. 11. 25. I의 차남인 W의 차남 X 명의로 사정되었다가 1926. 5. 24. X의 장손 Y 앞으로 소유권이 이전되었다.
- 2) 그 후 위 각 토지는 1989. 4. 11. '1979. 3. 14.자 재산상속'을 원인으로 하여 Z(Y의 처) 및 피고 B(Y의 장손이자 X의 종손이다) 등 11인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 1989. 6. 28. 피고 B 단독 명의로 1989. 6. 26.자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐져 피고 B이 단독 소유하게 되었다.

다. 별지 제2 목록 기재 토지의 등기 및 사용현황

- 1) AB는 1936. 5. 19. 별지 제2 목록 기재 경주시 AC 전 158평(이하 'AC 토지'라 한다)에 관하여

소유권이전등기를 마쳤는데, AB가 사망(1971. 12. 10.)한 후 그의 아들 C은 2013. 10. 7. AC 토지에 관하여 1962. 3. 5.자 협의분할에 의한 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤다.

2) AC 토지는 2014. 1. 27. AC 전 182㎡와 AD 전 340㎡로 분할되었는데, C은 2015. 1. 12. 그 중 AD 전 340㎡가 도로로 편입되면서 보상금 128,180,000원을 수령하였고, 2015. 2. 23. AE에게 AC 전 182㎡(분할 후 토지. 2015. 11. 27. 대지로 지목이 변경되었다)를 매도하고 매매대금으로 4,000만 원을 받았으며, 2010년경부터 2014년경까지 AC에 관하여 AF 주식회사로부터 매년 안테나 설치 임대료로 300,000원씩을 송금받았다.

3) C은 “종중으로부터 명의신탁받은 AC 토지에 대한 수용보상금과 매매대금, 그로부터 발생하는 임대료를 횡령하였다.”라는 공소사실로 기소되어 2018. 4. 25. 대구지방법원 경주지원에서 징역 1년 2월, 집행유예 2년의 형을 선고받았고(대구지방법원 경주지원 2017고단308, 이하 ‘관련 형사사건’이라 한다), 위 판결은 2021. 2. 10. 확정되었다.

4) C은 이 사건 소송계속 중인 2023. 10. 13. 사망하여 배우자인 피고 AV, 자녀들인 피고 AW, AX, AY, AZ, BA이 C을 상속하였고(상속분은 피고 AV가 3/13, 피고 AW, AX, AY, AZ, BA이 각 2/13이다), 이 사건 소송에서 C을 수계하였다(이하 C의 소송수계인들을 ‘피고 AV 등’이라 한다).

라. 종중 총회 관련 사항

1) 원고는 이 사건 소 제기 후 2021. 6. 20. 연고항존자인 AG의 이름으로 당시 인적사항을 파악한 98명의 종중원에게 통지하여(다만 피고들 및 그 가족, 후손에 대한 소집통지가 결여되었다) 임시 종중총회를 개최하였고, 위 총회에서 Q을 대표자로 선출하고 이 사건 소 제기를 추진하는 결의를 하였다.

2) 피고들이 이 사건 소송에서 위 총회의 소집권한과 소집절차를 다투자 원고는 2022. 7. 10. 재차 AG으로부터 위임을 받은 Q의 소집 하에 피고들의 가족을 포함한 112명의 종중원에게 통지하여 종중 총회를 개최하였고, 위 총회에서 Q을 대표자로 선출하고, 이 사건 소 제기를 재차 추진하는 결의를 하였다(이하 ‘이 사건 종중 총회’라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9, 18 내지 30호증(가지번호 있는 경우 가지번호 포함, 이하

같다), 을 제27, 29, 40 내지 43호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

- 1) 원고(대표자 Q)는 F의 손자 I을 공동선조로 하는 고유한 의미의 종중으로서 A 종중에 해당한다.
- 2) 원고는 L, V 토지를 X에게 명의신탁하였고, 위 토지에 관한 명의수탁자 지위는 Y를 거쳐 피고 B에게 승계되었는데, 원고는 최근 위 토지에 대한 명의신탁을 해지하였다.
따라서 피고 B은 원고에게 위 토지에 관하여 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.
- 3) 원고는 AC 토지를 AB에게 명의신탁하였고, 위 토지에 관한 명의수탁자 지위는 AB의 사망으로 C에게 승계되었는데, C은 위 토지에 대한 수용보상금 128,180,000원, AE로부터 지급받은 매매대금 40,000,000원, AF으로부터 지급받은 임대료 1,200,000원(= 300,000원 × 4년)을 임의로 횡령하였다.
따라서 C의 상속인인 피고 AV 등은 원고에게 불법행위에 기한 손해배상 내지 부당이득반환으로 위 수용보상금, 토지 매매대금, 토지 임대료 상당을 지급할 의무가 있다.

나. 피고들의 주장

- 1) 과거부터 A 종중이 존재하였으나 이는 F을 공동선조로 하는 종중이고, 원고가 주장하는 'I을 공동선조로 하는 종중'(원고 종중)은 A 종중과 무관한 것으로 이 사건 소송 제기를 위해 급조된 것일 뿐 실체가 없다. 설령 I을 공동선조로 하는 원고 종중이 존재한다고 하더라도, 이 사건 소를 제기하고 Q을 원고 종중의 대표자로 선출하기로 결의한 이 사건 종중 총회는 종중원을 정확하게 파악하지도 못한 상태에서 연고항존자인 AG의 적법한 위임 없이 개최되어 무효이다. 따라서 원고의 이 사건 소는 부적법하다.
- 2) 피고들은 원고가 주장하는 'I을 공동선조로 하는 종중'(원고 종중)으로부터 별지 목록 기재 각 토지를 명의신탁 받은 사실이 없다.

3. 본안전 항변에 관한 판단

가. 당사자능력에 관한 판단

1) 고유의 의미의 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 그 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 특별한 조직행위가 없더라도 그 선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 성립한다. 다만 비법인사단이 민사소송에서 당사자능력을 가지려면 일정한 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하는 단체성이 있어야 하고 또한 그 대표자가 있어야 하므로, 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011다64607 판결 등 참조).

2) 앞서 인정한 사실, 갑 제4 내지 35호증의 각 기재, 제1심 증인 U, AG의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 I을 공동선조로 하여 족보에 의해 종중원의 범위를 확정된 후 이 사건 종중 총회를 개최하는 등 수 차례 종중 총회를 개최한 점, ② 이 사건 종중 총회를 통해 임원으로 대표자 및 감사를 선임한 점, ③ 이 사건 종중 총회를 개최할 때 I의 후손들을 종중원으로 파악했을 뿐 종중원의 범위에 제한을 두지 않은 점, ④ 원고 종중에 적용되는 회칙이 존재하는 점, ⑤ 원고가 이 사건 종중 총회에서 대표자로 선임된 Q을 대표자로 하여 이 사건 소를 제기하는 등 조직적인 대외활동을 하고 있는 점 등을 종합하면, 원고는 I을 공동선조로 하는 종중으로서 소송의 당사자가 될 정도의 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하는 단체성이 있다고 봄이 타당하므로, 원고가 당사자능력이 없다거나 종중유사단체임을 전제로 하는 피고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 제소결의에 관한 판단

1) 종중 총회를 개최함에 있어서는, 종원에 관한 족보가 발간되었다면 그 족보의 기재가 잘못되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 족보에 의하여 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 함으로써 각자가 회의와 토의 및 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야 하고(대법원 2011. 4. 28. 선고

2010다104454 판결 등 참조), 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 무방하다(대법원 2001. 6. 29. 선고 99다32257 판결 등 참조).

2) 앞서 인정한 사실, 갑 제4 내지 8, 10, 11, 14 내지 22, 34, 35호증, 을 제2호증의 각 기재 또는 영상, 제1심 증인 U, AG의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 종중 총회를 소집하기 위해 종중원 U이 연고항존자인 AG을 찾아가 AG의 아들 AL이 함께 있는 자리에서 그 의미에 관하여 구체적으로 설명한 후 AG으로부터 ‘AG이 Q에게 총회와 관련된 일체의 권한을 위임한다’라는 취지의 위임장을 작성받은 것으로 보이는 점, ② 원고는 1975년 작성된 족보를 기반으로 각 집안의 종중원을 통하여 1975년 이후 출생한 후손들을 파악한 점, ③ 원고는 그 소속으로 총 112명의 성년 종중원이 있음을 확인하고 종중명부를 작성한 점(종중명부에는 피고 B 및 C의 자녀들도 포함되어 있다), ③ 주소가 파악되는 37명에게는 우편으로, 나머지 종중원들에게는 전화 또는 인편으로 소집을 통지한 점 등을 종합하면, 원고는 연고항존자인 AG으로부터 임시총회 개최에 대한 권한을 적법하게 위임받은 후 종중원의 범위를 확정하고, 국내에 거주하고 소재가 분명한 종중원에 대한 소집통지를 마쳤다고 봄이 타당하므로, 이 사건 종중 총회에서의 결의가 소집 및 통지 절차의 하자로 인하여 무효임을 전제로 한 피고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 명의신탁 재산 여부에 관한 판단

1) L, V 토지

앞서 인정한 사실, 갑 제10, 11, 24 내지 33호증, 을 제4, 12호증의 각 기재 또는 영상, 제1심 증인 U, AG의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 이 사건 L, V 토지는 피고 B의 개인 재산이 아니라 종중1) 으로부터 명의신탁받은 토지라고 판단된다.

가) L 토지에는 묘비가 세워진 F의 분묘가 있고, L, V 토지에는 F의 분묘 이외에도 F의 후손인

AM(72대), AN, AO, AP(이하 73대), AQ(74대)의 분묘가 설치되어 있다.

나) L, V 토지가 개인의 소유가 아니라 종중의 소유라는 점에 관하여 오랜 세월 동안 종중원들 사이에 사이에서 공통된 인식이 있었던 것으로 보이고, 피고 B 또한 이를 인정해 온 것으로 보이며, 종중 회칙에는 위 각 토지가 종중의 재산으로 명시되어 있다. 위 각 토지에는 AO의 분묘도 설치되어 있는데 AO은 사정명의인인 X의 자손이 아님에도 매장되었고, 피고 B를 비롯하여 X의 후손들 중 누구도 이에 대하여 이의하지 않았다. 심지어 피고 B의 누나들도 위 각 토지가 종중 소유라는 취지의 확인서를 제출하기도 하였다.

다) G, I의 분묘가 위치한 N 토지는 X의 명의로 사정된 후 X의 후손이 아닌 종중원 AR, AS이 위 토지에 관한 소유권보존등기를 하였고, 종중원 U 등을 거쳐 종중 명의로 소유권이전등기를 마쳤는데, 피고 B를 비롯한 X의 후손들 중 누구도 이에 대하여 이의하지 않았다. 이처럼 X의 후손들이 X의 자손이 아닌 자의 명의로 위 토지 소유권이 이전되는 것에 대하여 장기간 이의하지 않았다는 점은 X가 위 N 토지를 개인적으로 소유하기 위하여 사정받은 것이 아니라는 점을 보여준다. 위 N 토지가 X 개인의 소유가 아니었다는 점에 비추어 볼 때, 유독 L, V 토지가 N 토지와는 달리 X 개인의 소유였다고 보기는 어렵다.

라) L, V 토지에 관하여 종중 명의로 이전하기 위한 논의가 있었는데, 당시 피고 B이 위 각 토지에 관하여 소유 명의를 보유함으로써 부담하게 된 제세공과금에 대한 보상액을 얼마로 할 것인지에 대한 다툼이 있어 종중 명의로 이전하지 못한 것으로 보이고, 종중 명의로 소유권을 이전하는 것 자체에 대한 다툼은 없었던 것으로 보인다.

2) AC 토지

가) 민사재판에서는 형사재판의 사실인정에 구속받지 않는다고 할지라도 동일한 사실관계에 관하여 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 된다 할 것이므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사판결의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수는 없는 것이다(대법원 1994. 1. 28. 선고 93다29051 판결 등 참조).

나) 확정된 관련 형사사건의 판결에 의하면, 적어도 C이 ‘어떠한 종중으로부터 명의신탁받은 AC

토지에서 발생한 수용보상금과 매매대금, 임대료를 횡령한 사실'은 인정되고, 달리 위 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정할 만한 특별한 사정이 없으므로, AC 토지는 C이 종중2) 으로부터 명의신탁받은 토지라고 할 것이다.

나. 명의신탁자에 관한 판단

원고가 제출한 증거들만으로는, 원고(I을 공동선조로 하는 종중)가 위 각 토지의 명의신탁자라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 앞서 인정한 사실, 갑 제4, 10, 11, 15, 16, 42, 43호증, 을 제11, 15 내지 23, 25 내지 27, 36 내지 43호증의 각 기재 또는 영상, 제1심 증인 U의 일부 증언, 이 법원 증인 BC의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 의하면, L, V 토지를 피고 B에게, AC 토지를 C에게 각 명의신탁한 주체는 원고 종중과 달리 F을 공동선조로 하는 A 종중인 것으로 봄이 타당하다. 따라서 원고 종중의 주장은 모두 이유 없다.

1) 이 사건의 종중원들은 매년 L 토지에 있는 F의 분묘에서 봉제사를 이어 왔을 뿐 N 토지에 있는 I의 분묘에서 봉제사를 이어 왔다고 볼 만한 자료는 찾아보기 어렵다(L 토지와 N 토지는 1.6km 정도 떨어져 있다).

2) F의 독자 G에게는 H, I, J 3명의 아들이 있었는데 그 중 차남 I의 후손들이 L 토지 인근 마을에 정착하고, H, J의 후손들은 대부분 위 마을을 떠나 있었다. 그러나 F의 분묘에서 시행된 봉제사에 H, J 후손들 중 일부가 매년 참석해 온 것으로 보인다.

3) 구 족보(을 제23호증)에는 F을 시조로 하여 그 후손들이 이어지고 있다.

4) 원고 종중이 선산이라고 주장하는 N 토지에는 다섯 기의 분묘가 있고 그 중 어느 것이 I의 분묘인지 정확하게 확인되지 않는다. H의 아들 BD의 분묘가 위 토지에 존재하고 있을 가능성도 배제하기 어렵다.

5) 2020. 5. 10. 개최된 종중 임시총회의 회원명부를 보면, I 후손 외에 H 후손, J 후손이 기재되어 있고, H의 후손 중 2명은 총회에 참석하여 결의에 참가하기도 하였다.

6) 원고가 그 소속 종중원이라고 주장하는 BE, S은 '입향조(F) 이하 모든 후손은 우리 문중입니다.'라고 확인서를 제출하는 등 종중의 공동선조를 I이 아니라 F으로 이해하고 있다(갑

제11호증의 44, 45).

7) 원고의 2019년 회칙(을 제12호증의 3)에도 'F을 중시조로 한다. 석현의 후손은 누구나 회원이 된다.'고 기재되어 있다.

8) 원고(대표자 Q)는 2018. 5. 30. 및 같은 해 6. 11. 자신이 F을 공동선조로 하는 종중이라고 주장하면서 피고들을 상대로 이 사건 소와 같은 취지의 소유권이전등기청구 및 손해배상청구 소송을 제기한 바 있다. 원고는 위 소송에서 법원으로부터 '원고의 대표자로 기재된 Q은 종중 총회의 결의를 거친 적법한 대표자라고 보기 어렵다'는 이유로 각하판결(대구지방법원 경주지원 2020. 7. 1. 선고 2018가단12042 판결, 같은 지원 2020. 8. 26. 선고 2018가단12158 판결)을 선고받자 항소하였다가 위 항소를 취하한 후, 2021. 4. 6. '종전 소송은 종중의 실체를 법률적으로 잘못 표현한 것으로 원고의 시조는 F이 아니라 I이다'라고 주장하면서 이 사건 소를 제기하면서 I의 후손들만을 종중원으로 하여 총회를 개최하고, 대표자의 선임과 소송 제기에 관한 추진결의를 하였다. 그러나 공동선조가 누구인지는 종중의 실체와 종중원의 범위를 결정하는 핵심적인 요소라는 점에서 공동선조를 오인하였다는 원고의 설명은 납득하기 어렵다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고들의 항소를 받아들여 피고 AV 등의 소송수계에 따라 이 법원에서 변경된 청구를 포함하여 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다(원고가 이 법원에서 소취하한 부분에 대한 제1심판결은 실효되었다).

재판장 판사 손병원, 판사 남명수, 판사 이도경

별지

1) 명의신탁자가 원고 종중인지, F을 공동선조로 하는 종중인지는 아래 나.항에서 판단한다.

2) 각주 1)과 같다.