

의정부지방법원 2020. 11. 5 선고 2018가합51249 판결 [소유권이전등기 말소등기 등 청구]

전 문

원고A종친회

소송대리인 법무법인 대오

담당변호사 강경구

피고1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 오서빈, 신해중

변론 종결2020. 9. 10.

판결 선고2020. 11. 5.

주 문

1. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

(1) 피고 B는 피고 C에게 별지1 [목록1] 기재 토지(이하 '제1토지'라 한다)에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2011. 5. 17. 접수 제18535호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라. (2) 피고 C은 원고에게, 제1토지 및 별지1 [목록2] 기재 각 부동산(이하 위 [목록2] 각 부동산을 통틀어 '제2부동산'이라 하고, 그중 개별 부동산을 가리킬 때는 위 [목록2] 순번에 따라 '제2-○토지 또는

건물'이라 하며, 제1토지 및 제2부동산을 통틀어 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 각 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. (3) 피고 C은 원고에게 460,000,000원 및 그중 200,000,000원에 대하여는 2006. 4. 3.부터, 130,000,000원에 대하여는 2009. 2. 6.부터, 130,000,000원에 대하여는 2013. 4. 24.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자의 지위 및 D씨의 계보등

- 1) D씨의 시조는 고려 때 E을 지낸 F(이하 편의상 경우에 따라 성 표시를 생략한다)이고, 그 15세손 G의 손자인 H(F의 17세손)의 차남 I(18세손)는 조선 현종 때에 J를 지냈다.
- 2) I는 K, L 형제를, K은 M, N, O 3형제를 두었다. I의 장남 M의 직계 후손인 P(25세손)은 아들이 없어 그 동생인 Q의 장남 R(족보에는 S으로 기재되어 있다)을 양자로 하였고, R은 아들 T(27세손)을 두고 사망하였으며 T은 아들이 없이 딸만 1명 두었다.
- 3) Q의 차남인 U의 아들로서 T과는 4촌 형제간인 V은 W, X, Y, Z(원고의 현재 대표자이다), 피고 C, AA의 6형제를 두었는데, V이 1957년 족보 발행시 X을 T의 아들 겸 종손으로 등재하였다(사망한 T의 사후양자격으로 X을 T의 아들 겸 종손으로 등재한 것이다).
- 4) 그 후 X이 1980년 초경 미국에 이민하면서, 피고 C이 2003년도 족보 발행시 T의 아들로서 종손으로 등재되었다.

나. 의정부시 AB 임야의 사정, 분할, 수용 및 관련 소송 등

- 1) 의정부시 AB 임야는 1917. 10. 10. AC, AD, R(족보상 S) 명의로 사정되었는데, AC은 M의 손자인 22세 종손 AE의 4남 AF의 손자이고, AD은 19세 종손 K의 차남인 N를 중시조로 하는 'AG 종중(이하 'AG 종중'이라고 한다)' 소속 종원이다. R은 앞서 본 바와 같이 25세 종손 P의 양자로

26세 종손으로 등재된 자이다.

2) 위 AB 임야는 6·25 전쟁으로 그 지적공부 등이 모두 소실되어 지적 및 소유자 미복구 상태로 있다가 1981. 7. 20. 의정부시 AB 임야 23,598㎡(이하 'AB 임야'라고만 하고, 이후 모든 토지들은 동 이하로만 표시한다)로 지적이 복구되었다.

3) AB 임야는 1982. 1. 29. AB 임야 13,888㎡, AH 임야 9,710㎡로 분할되었다. 그 무렵 AB 임야에서 AI 전 655㎡도 분할되어²⁾, 그 분할된 부분은 이후 AJ 전 655㎡로 등록전환되었다.

4) 한국전력공사는 1982. 3. 19. AB 임야 13,888㎡에 관하여 당시 시행되던 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 따라 소유권보존등기를 마쳤다(이후 1994. 6. 17. AK로 합병되었다).

5) 피고 C은 1982년경 'AL 종친회(당시 대표자 W)'를 대리하여 대한민국을 상대로 AH 임야 9,710㎡ 및 AJ 전 655㎡에 관하여 소유권확인을 구하는 소를 제기하였다(서울지방법원 의정부지원 82가단11).

위 법원은 1982. 8. 12. "AB 임야는 당초 'AL 종친회' 종중의 소유였는데, 위 종중이 종중원인 AC, AD, R에게 명의신탁하여 1917. 10. 10.3) 위 종중원들 명의로 사정받았고, 위 종중이 위 종중원들이 사망하기 전에 이미 명의신탁계약을 해지하였다."는 사실을 인정한 다음, 지적복구 후 분할 및 등록전환을 거친 AH 임야 9,710㎡ 및 AJ 전 655㎡에 관한 위 종중의 소유권확인 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하여 그 무렵 확정되었다(이하 '관련 민사판결'이라 한다).

6) 이에 따라 AH 임야 9,710㎡에 관하여 1982. 10. 18. 'AL 종친회' 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다가, 1995. 6. 5. 신청착오를 원인으로 원고와 같은 명칭인 'A종친회(이하 원고와 구분하여 특정이 필요할 때 'AM종친회'라고 한다)' 명의로 등기명의인 표시경정등기가 마쳐졌다(AH 임야 9,710㎡는 이후 2006. 7. 4. AN 임야 9,710㎡로 등록전환된 후, 같은 날 AN 임야 9,469㎡, AO 임야 163㎡, AP 임야 77㎡, AQ 임야 1㎡로 각 분할되었다).

다. 남양주시 AR, AS 임야의 사정, 분할, 수용 및 관련 소송 등

1) AR 임야 114,843㎡, AS 임야 44,826㎡는 1917. 10. 15. AC, R 명의로 사정되었다.

2) 위 각 임야는 소유자 미복구 상태로 있다가 1970. 7. 23. X, AT, AU 명의로 각 소유권보존등기가 마쳐졌는데, AT은 24세 종손 AV의 3남 AW의 손자이고, AU은 U(25세 종손 Q의 차남)의 아들

AX의 손자이다. X은 앞서 본 바와 같이 피고 C의 친형으로 27세 종손 T의 양자로 족보에 기재되었던 자이다. 이후 1971. 6. 29. 위 각 임야의 X 지분에 관하여 W(X의 친형) 명의로 지분이전등기가 마쳐졌다.

3) 1984. 11. 30. 위 각 임야 지분 전부에 관하여 AM중친회 명의로 1973. 4. 5. 매매를 원인으로 한 각 소유권이전등기가 마쳐졌다.

4) AR 임야 114,843m²는 2003. 10. 15. AR 임야 95,179m², AY 임야 17,794m² 및 AZ 임야 1,870m²로 분할되었다. AS 임야 44,826m²는 2004. 3. 29. AS 임야 148m² 및 BA 임야 44,678m²로 분할되었다.

5) 한국토지공사는 토지수용을 원인으로 2004.10. 22. BA 임야 44,678m²에 관하여 소유권이전등기를 마치고, 2004. 10. 19. 수용보상금 1,490,011,300원을 피고 C 명의 계좌로 입금하였다. 이후 피고 C은 2004. 12. 4. AM중친회를 대표하여 한국토지공사를 상대로 수용보상금을 추가로 지급할 것을 구하는 소를 제기하였고, 2006. 11. 3. 일부 승소판결을 선고받았다(서울고등법원 2006누4181, 2006. 11. 24. 확정). 이에 한국토지공사는 2006. 12. 5. 추가 수용보상금 468,845,752원을 피고 C 명의 계좌로 입금하였다.

6) 주식회사 BB(이하 'BB'이라 한다)은 수용을 원인으로 2006. 4. 3. AY 임야 17,794m²에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

라. 피고들의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기 등

1) 피고 C은 1985. 7. 2. 강원 철원군 BC 답 5,200.3m²(제2-1토지), BD 답 7,273.3m²(제2-2토지)에 관하여 각 1985. 7. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

2) BE 임야 31,736m²는 2005. 12. 29. BE 임야 30,800m² 및 BF 임야 936m²로 분할되었다.

3) 2005. 12. 29. BF 임야 936m²에 관하여 2005. 12. 16. 매매를 원인으로 AM중친회 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 피고 C은 2005. 12. 29. 같은 일자 매매를 원인으로 BE 임야 30,800m² 및 BG 목장용지 1,322m²(제2-3토지)와 그 지상 건물(제2-8건물)에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

4) 이후 BE 임야 30,800m²는 2010. 2. 24. BH 임야 30,472m²로 등록전환되었고, BH 임야

30,472m²는 2010. 2. 24. BH 임야 24,302m²(제2-4토지), BI 임야 1,220m², BJ 임야 1,658m²(2010. 3. 22. 전으로 지목변경, 제2-6토지) 및 BK 임야 3,292m²(2010. 3. 22. 전으로 지목변경, 제1토지)로 분할되었으며, BI 임야 1,220m²는 2010. 8. 20. BI 임야 1,168m²(2011. 3. 18. 창고용지로 지목변경, 제2-5토지), BL 임야 52m²(2015. 12. 29. 도로로 지목변경, 제2-7토지)로 분할되었다.

5) 피고 C은 2011. 3. 25. 제2-5토지 지상 건물(제2-9건물)에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다.

6) 피고 B는 피고 C의 배우자로 2011. 5. 17. 제1토지에 관하여 2011. 5. 6. 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

마. 피고 C의 제2-1, 2, 5, 7, 9 각 토지 또는 건물에 관한 근저당권설정

1) 피고 C은 2009. 2. 6. 제2-1, 2 각 토지를 공동담보로 하여 BM조합에 채권최고액 1억 6,900만원, 채무자 피고 C으로 하는 근저당권(이하 '제1근저당권'이라 한다)설정등기를 마쳐주었다.

2) 피고 C은 2013. 4. 24. 제2-5, 7, 9 각 토지 또는 건물을 공동담보로 하여 위 BM조합에 채권최고액 1억 6,900만원, 채무자 피고 C으로 하는 근저당권(이하 '제2근저당권'이라 하고, 제1근저당권과 통틀어 '이 사건 각 근저당권'이라 한다)설정등기를 마쳐주었다.

바. 피고 C에 대한 형사판결

1) 피고 C은 2016. 9. 22. "① 2004. 10. 20.경부터 2008. 3. 8.경까지 한국토지공사로부터 지급받은 수용보상금 1,490,011,300원 및 추가 수용보상금 468,845,752원 중 합계 776,876,108원을 임의로 사용하였다. ② 2006. 4. 3.경 BB으로부터 지급받은 수용보상금 2억 원을 임의로 사용하였다. ③ 2009. 2. 6.경 제2-1, 2 각 토지에 제1근저당권을 설정하고 1억 3,000만 원을 대출받았다. ④ 2013. 4. 24.경 제2-5, 7, 9 각 토지 또는 건물에 제2근저당권을 설정하고 1억 3,000만 원을 대출받았다. ⑤ 2011. 5. 17.경 제1토지를 피고 B에게 증여하였다."는 등의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 공소사실로 기소되었다.

2) 제1심법원은 2019. 2. 19. 위 ② 부분에 관하여는 "수용보상금의 보관자, 사용처 등이 객관적인 자료에 의하여 확인되지 않은 상황에서 정확성을 담보하기 어려운 피고 C의 진술만으로 공소사실을 인정할 수 없다."는 등의 이유로, ③ 부분에 관하여는 "수용보상금의 액수나 사용처가 객관적인

자료에 의하여 확인되지 않은 이상 제1-1, 2 각 토지를 매수한 때부터 30년간 지나서 이루어진 피고 C의 진술만으로 한국전력공사가 AB 임야의 수용보상금으로 지급한 2,500만 원으로 위 토지들을 매수하였다고 인정하기 어렵고, 설령 그렇게 보더라도 Z의 '원고가 피고 C에게 위 각 토지를 명의신탁한 것으로 알고 있었다.'는 진술 등만으로는 원고가 피고 C에게 위 각 토지를 명의신탁하였다고 인정하기 부족하다."는 등의 이유로 각 무죄로 판단하였고, 나머지 부분에 관하여는 'AL 종친회'가 D씨 18세손 I를 공동선조로 하는 종중이라고 판단하면서 이를 원고와 동일성이 인정되는 종중이라고 보고 위탁 관계도 존재한다고 보아 모두 유죄를 선고하였다(의정부지방법원 2016고합427).

3) 그런데 항소법원(쌍방의 항소로 심판 범위는 공소사실 전부였고, 공소장변경을 통하여 일부 형량 금액과 방법이 변경되었으나 기본적인 공소사실은 동일하였다)은 2020. 5. 7. "AB 임야, AR, AS 각 임야가 사정될 당시(1917. 10. 10.경 또는 1917. 10. 15.경이다)나 공소사실에 기재된 일시(2004. 10. 20.경부터 2013. 4. 24.경까지이다) 무렵을 기준으로, 고유한 의미의 종중으로서 피해자 원고가 실제로 존재하였다는 사실과 피해자 원고가 그 소유자로서 공소사실에 기재된 부동산 등을 피고 C에게 명의신탁하였다는 사실이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다."고 하여 공소사실 전부에 관하여 무죄를 선고하였고(서울고등법원 2019노809), 위 판결은 2020. 8. 20. 대법원의 상고기각 판결로 확정되었다[이하 위 형사소송을 통틀어 '관련 형사사건(또는 소송)'이라 한다]. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 6 내지 18, 22 내지 29, 32, 33, 35 내지 38, 40, 41, 55, 57, 60, 61, 63, 66, 72, 73, 74, 76, 82, 84, 85, 92호증, 을 제4, 7호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들 주장

가. 원고의 주장

- 1) 원고는 D씨 20세손 M를 공동시조로 하여 그 후손들로 구성된 고유의미의 종중이다.
- 2) 원고는 AB 임야 및 AR 임야 114,843m², AS 임야 44,826m²(이하 면적은 빼고 칭하고, 위 각 임야에서 분할 이후의 토지들도 분할 전 토지와 지번이 같아서 특정의 필요가 없는 이상 마찬가지로이다. 또한 위 3필지 임야를 통틀어 칭할 때 '종전 3필지 임야'라 한다)를 1917. 10.경

원고의 종중원인 25세손 AW의 자 26세손 R(족보상 BN)을 통해 종중원인 AC, R(족보상 S) 등 명의로 사정받았다. 그런데 이후 해방 및 6·25 전쟁을 거치면서 지적공부가 훼손된 상태에서 분할 후 AB 임야 13,888㎡가 한국전력공사에 수용되어 수용보상금이 공탁되었고, 이에 원고는 등기명의를 회복하기 위해 국가를 상대로 소유권확인의 소를 제기하여 AB 임야가 원고 소유임을 확인받았으며, AB 임야에서 분할 및 등록전환된 토지들에 대하여 1982. 10. 18. 원고 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다. 또한 원고는 AR 임야와 AS 임야에 관해서도 지적복구를 하여 종중원들 명의로 소유권보존등기를 하였다가 1984. 11. 30. 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.

3) 원고는 AB 임야 13,888㎡의 수용보상금으로 제2-1, 2 각 토지를 피고 C 명의로 매수하였다. 또한 AS 임야에서 분할된 BA 임야의 수용보상금으로 2005. 12. 29. 제2-3 토지와 그 지상 제2-8 건물, BE 임야를 피고 C 명의로 매수하였으며, 이후 위 BE 임야는 등록전환 및 분할 등을 거쳐 제1 토지 및 제2-4 내지 7 각 토지가 되었다. 또한 위 수용보상금으로 제2-9 건물도 신축하였다.

4) 따라서 이 사건 각 부동산은 원고가 피고 C에게 명의신탁한 것으로, 원고는 이 사건 소장 부분의 송달로 이 사건 각 부동산에 관한 명의신탁약정을 해지한다. 한편 피고 C은 배우자인 피고 B에게 증여를 원인으로 제1토지에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었는데 이는 명의수탁자인 피고 C의 배임행위에 피고 B가 적극 가담한 반사회적 법률행위로 무효이다. 그러므로 피고 B는 피고 C을 대위하여 구하는 원고의 청구에 따라 피고 C에게 제1토지에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 C은 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 각 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

5) 또한 피고 C은 AR 임야에서 분할된 AY 임야에 관하여 BB으로부터 받은 2억 원의 수용보상금을 횡령하고, 제2-1, 2각 토지에 관하여 제1근저당권을 설정하고 1억 3,000만 원을, 제2-5, 7, 94) 각 토지 또는 건물에 관하여 제2근저당권을 설정하고 1억 3,000만 원을 각각 대출받아 횡령하였으므로, 위 각 돈 합계 4억 6,000만 원을 불법행위에 따른 손해배상금 또는 부당이득금으로 원고에게 지급하여야 한다.

나. 피고들의 주장

1) 원고의 회장이라는 Z은 관련 형사사건에서 원고의 공동선조가 18세손 I라고 주장하다가 20세손

M라고 주장을 변경한 점, 원고가 공동선조의 시제를 지냈다는 음력 10. 5. 이후 첫 번째 일요일은 16세손 BO의 기일인 점, Z 등이 과거부터 원고의 분묘 수호 및 시제 등을 지내온 사실이 없는 점 등에 비추어 원고는 고유의미의 종중으로서 실체가 없다. 등기명의인인 AM종친회는 피고 C이 실제 아무런 총회 결의 없이 결의서와 규약을 만들어 1993년경 남양주시에 등록한 것으로 명칭만을 지어낸 것에 불과하다.

2) 이 사건 각 부동산은 피고 C이 사후양자로 들어간 T의 종가집 소유 재산으로 피고 C이 사실상 이를 상속받아 이에 대한 각종 제세공과금 등을 납부하면서 관리하여 온 것으로, 피고 C과 원고 사이에 명의신탁 관계는 존재하지 않는다.

3) 따라서 원고가 법률상 종중으로 실체가 있음을 전제로 하는 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 하고, 설령 그렇지 않더라도 명의신탁 사실이 인정되지 아니하므로 기각되어야 한다.

3. 본안전항변에 대한 판단

가. 관련 법리

고유의 의미의 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 그 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호 간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 특별한 조직행위가 없더라도 그 선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 성립한다. 다만 비법인사단이 민사소송에서 당사자능력을 갖추려면 일정한 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하는 단체성이 있어야 하고 또한 그 대표자가 있어야 하므로(민사소송법 제52조), 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정되고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결 등 참조). 그리고 자연발생적으로 성립한 종중이 특정 시점에 부동산 등에 대한 권리를 취득하여 타인에게 명의신탁할 수 있을 정도로 유기적 조직을 갖추고 있었는지 등은 그 권리귀속의 주체에 관한 문제, 즉 본안에 관한 문제로서 종중의 당사자능력과는 별개이다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011다64607 판결 등 참조).

나. 판단

갑 제1, 3, 5, 30, 31, 42, 43, 44호증, 갑 제4호증의 2의 각 기재, 갑 제75호증의 각 기재 및 영상에

변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정을 종합하여 위 법리에 비추어 보면, 원고는 고유의미의 종중으로 적어도 2017년경 이후로는 규약을 갖추고 총회에서 선출된 대표자에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추어 지속적인 활동을 한 사실이 인정되므로 당사자능력을 갖추었다고 봄이 타당하다.

따라서 피고들의 본안전 항변을 받아들이지 아니한다.

1) 원고는 이 사건 소송에서 일관되게 자신을 '20세손(8대조) M'를 공동선조로 하여 공동선조의 분묘수호 및 봉제사 등을 목적으로 그 후손들로 구성된 고유의미의 종중이라고 주장하고 있다. 원고의 당사자능력 유무는 원고가 내세우는 그러한 단체의 목적, 조직, 구성원 등 단체를 사회적 실체로 규정짓는 요소를 갖춘 단체가 실재하는지의 여부만을 가려 판단해야 하고(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다69265 판결 등 참조), 설령 원고가 종래 원고의 공동선조 등을 다르게 주장했다고 해서 그를 고려하여 당사자능력의 충족 여부를 판단할 것은 아니다.

2) 원고의 종원들 등은 2016. 11. 6.경 원고의 시조라고 하는 20세손(8대조) M가 포함된 18세손(10대조) [부터 23세손(5대조) 종순까지의 선조들에 대하여 시제를 지내는 등 위 무렵부터 매년 위 M를 포함한 선조들에 대하여 시제를 지내온 것으로 보인다.

3) 원고의 종원들 10명은 2017. 8. 29. 원고 명의로 임시총회를 소집할 것을 허가하는 결정(의정부지방법원 2016비합502)을 받아, 원고의 종원들 78명 중 국내에 거주하고 주소가 파악된 44명의 종원들에게 임시총회 소집통지를 하였다. 이후 원고는 2017. 10. 28. 임시총회를 개최하여 원고의 규약(갑4-2)을 개정하고, 피고 C을 원고의 회장에서 해임하고, Z을 회장으로 선임하는 결의를 하였다.

4) 원고는 2017. 11. 16. 원고의 종원들 중 46명의 종원들에게 정기총회 소집통지를 하고, 2017. 11. 26. 정기총회를 개최하여 이 사건 소를 제기하기로 하는 결의를 하였다.

4. 본안에 대한 판단

가. 관련 법리

종중과 종중원 등 등기명의인 사이에 어떤 토지에 관한 명의신탁 여부가 다투어지는 사건에 있어서, 일단 그 토지에 관하여 등기명의인 앞으로 등기가 경료될 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진

종중이 존재한 사실이 증명되고, 그다음 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 직접 증명된 경우는 물론, 등기명의인과 종중과의 관계, 등기명의인이 여럿이라면 그들 상호 간의 관계, 등기명의인 앞으로 등기가 경료된 경위, 공동선조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치상태, 분묘수호와 봉제사의 실태, 그 토지의 규모와 관리상태, 그 토지에 대한 수익의 수령·지출관계, 제세공과금의 납부관계, 등기필증의 소지관계 등 여러 정황에 미루어 그 토지가 종중 소유라고 볼 수밖에 없는 상당한 자료가 있는 경우라면 그 토지가 종중의 소유로서 등기명의인 앞으로 명의신탁한 것이라고 인정할 수 있으나, 그와 같은 자료들이 충분히 증명되지 아니하거나 오히려 반대되는 사실의 자료가 많을 때는 이를 인정하여서는 아니 되며, 그 토지가 위토라는 사실만으로 종중 소유의 토지라고 볼 수는 없다(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다15923 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다31754 판결 등 참조).

나. 인정되는 사실(위 인정사실 중 관련 부분의 요약) 등

원고의 피고들에 대한 청구는 원고가 피고 C에게 이 사건 각 부동산을 명의신탁하였고, 피고 C이 AY 임야에 관하여 BB으로부터 지급받은 수용보상금을 원고를 위하여 보관하고 있었음을 전제로 한다. 그리고 원고는 이 사건 각 부동산을 피고 C에게 명의신탁하게 된 과정이나 내용 관련 원고가 종전 3필지 임야를 종중원들에게 명의신탁하여 사정받았고, 이후 위 각 토지들에 관해 원고 명의로 등기를 마쳤으며, 위 각 토지에서 분할된 일부 토지들의 수용보상금으로 이 사건 각 부동산을 취득했다고 주장하고 있다.

위 인정사실에 의하면 이러한 원고의 주장과 관련하여 다음 사실은 알 수 있다.

- 1) AB 임야 관련 ① AC, AD, R 명의로 사정된 AB 임야에 관해 관련 민사판결은 'AL 종친회' 소유라고 인정하였고, 이에 따라 AB 임야에서 분할된 AH 임야에 관해 1982. 10. 18. 'AL 종친회' 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다가 1995.6.5. AM종친회 명의로 표시경정등기가 마쳐졌다.
- ② AB 임야 13,888㎡는 1982. 3. 19. 한국전력공사에 수용되었다.
- ③ 피고 C은 1985. 7. 2. 제2-1, 2 각 토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.
- 2) AR 임야, AS 임야 관련 ① AC, R 명의로 사정된 AR 임야, AS 임야에 관해 X 등 명의 소유권보존등기, 일부 지분이전등기 등을 거쳐 1984. 11. 30. AM종친회 명의로 소유권이전등기가

마쳐졌다.

② AS 임야에서 분할된 BA 임야는 한국토지공사에 수용되었고 2004. 10. 19. 및 2006. 12. 5. 그 수용보상금이 피고 C 계좌로 지급되었다.

③ 피고 C은 2005. 12. 29. 제2-3토지와 그 지상 제2-8건물, BE 임야(제1토지 및 제2-4 내지 7 토지로 분할 및 등록전환, 지목변경 전 토지)에 관해 소유권이전등기를 마쳤다.

④ AR 임야에서 분할된 AY 임야는 2006. 4. 3. BB에 수용되었다.

⑤ 피고 C은 2011. 3. 25. 제2-5토지 지상 제2-9건물에 관해 소유권보존등기를 마쳤다.

다. 판단

그러나 위 인정사실과 앞서 든 증거들, 갑 제2호증, 갑 제4호증의 1, 제39, 62, 64, 68호증의 각 기재, 갑 제48, 49, 52, 54, 58, 65, 67, 69, 81호증의 각 일부 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정을 위 법리에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 그 밖에 원고가 제출한 증거들만으로는 피고 C이 이 사건 각 부동산을 원고로부터 명의신탁을 받았다거나 AY 임야의 수용보상금을 원고를 위하여 보관하고 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

1) 원고가 1917. 10.경 무렵부터 이 사건 각 부동산의 등기 무렵까지 유기적 조직을 가진 종중으로 존재하였는지 여부 아래의 여러 사실이나 사정에 비추어 보면, 원고가 종전 3필지 임야의 사정 당시인 1917. 10.경 및 이 사건 각 부동산에 관하여 피고 앞으로 등기가 경료될 무렵[제2-1, 2 각 토지에 관하여는 1985. 7. 2.경, 제1토지 및 제2-3 내지 8 각 토지나 건물에 관하여는 2005. 12. 29.경(제2-4 내지 7 각 토지와 제1토지에 관하여는 분할 및 등록전환 등 이전의 BE 임야에 관한 소유권이전등기일), 제2-9 건물에 관하여는 2011. 3. 25.경] 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중으로 존재한 사실이 증명되었다고 보기 어렵다.

가) 원고가 종전 3필지 임야에 대한 사정 무렵인 1917년경 어느 정도의 유기적 조직을 가지고 활동하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없다. 원고가 작성했다는 규약(갑4-1)은 원고의 주장에 의해도 1993. 5. 16.경 작성되었다는 것이고, 원고 총회의 결의서(갑2)라는 것도 같은 날 작성된 것이며, 그 밖에 원고의 족보라는 D씨세보(갑1, 갑85-1, 2)도 2003년경 발행된 것이다.

나) 원고는 사정 무렵부터 AB 임야에 선조들의 분묘가 설치되어 있었고, 원고가 이를 관리하면서

계속하여 분묘수호와 봉제사를 지내왔다는 취지로 주장한다. 그런데 원고가 AB 임야에 있었다는 분묘는 원고의 공동선조라는 20세손(8대조) M 이전의 19세손(9대조) K, 18세손(10대조) I의 것도 있었다는 것이고, 원고와 별개 종중일 뿐 원고의 소중중이거나 대중중이라고 보기도 어려운 AG 종중(19세손 K의 차남 N를 공동선조로 하는 종중)의 것도 있었다는 것이다. 또한 원고의 주장에 의하더라도 원고 소속 종중원 등은 '18세손 I'부터의 선조들에 대하여 매년 시제를 지내왔다는 것이고, 관련 형사사건에서 원고의 대표자인 Z은 "BP(18세손 I이다)을 모시는 종중의 시제에는 70년대부터 참석하였다."는 취지로, 원고의 종중원인 BQ는 "I를 공동선조로 하는 참의공문중 종친회로 시제를 지냈다."는 취지로 각 증언하였으며, 피고 C도 "종가집 선대의 시제를 지낸 사실은 있지만, 원고가 정식 종중인 것처럼 활동하거나 시제 등을 행한 사실은 없다."고 진술하였다. 나아가 작성일이 확인되지 않는 BR(갑30)에도 '10대조 BP(18세손 I이다)부터 5대조에 이르는 선조들께 시향을 올리는 제례를 시작하겠다'라고 기재되어 있다. 이런 사정을 종합하면 AB 임야에는 조선 현종 때 J를 지낸 BP I부터 시작하여 그 후손들(AG 종중도 포함된다)의 분묘가 설치, 관리되어 오면서, I부터의 시제를 지낸 것으로 보여서 봉제사의 대상은 18세손 I였던 것으로 보인다. 따라서 AB 임야에 18세손 이후의 선조들의 분묘가 있었다거나 그들의 시제를 그 후손들이 지내왔다는 사정만으로 그것이 20세손 'M'를 공동선조로 하는 원고의 활동으로 이루어졌다고 단정하기 어렵다.

다) 한편 1993. 5. 16.경 작성된 'A종친회 결의서(갑2)'가 있고, 위 무렵 작성된 것으로 보이는 '본회는 A종친회라 한다.' '본회는 BS문중 M 후손 성년남자로 구성된다'는 내용이 기재된 규약(갑4-1)이 있기는 하다. 그러나 다음 사정을 고려하면 이러한 규약 등만으로 1917년경 무렵부터 계속하여 원고가 실제 어느 정도의 유기적 조직을 가지고 활동하였다고 보기도 부족하다. ① 원고의 대표자인 Z은 관련 형사사건의 수사과정에서 "정기총회를 하지 않았고, 종중 규약이 있는 줄도 몰랐다가 2015. 12. 3. 남양주시청에서 회신한 정보공개를 보고 알았다.", "국가를 상대로 소송을 하기 위해 종친회를 만든 것은 사실이다.", "피고 C이 1993. 5. 16. 규약을 만들어 남양주시에 등록하였다."는 취지로 진술하였다. 원고의 종중원으로 1993년경에 이사였다는 BQ도 관련 형사소송에서 "AM종친회는 언제 만들어졌는지도 잘 모르겠고, D씨 종친회로 알고 있다. AM종친회는 피고 C이 임의로 만들어낸 명칭으로 알고 있다."는 취지로 증언하였다. ② 이에 관하여

피고 C은 관련 형사사건의 수사과정에서부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 "1984년경 AM종친회 명의로 부동산을 등기하기 위하여 자신이 AM종친회 이름을 만들었고, 1993년경 종중 등록을 위하여 규약 등을 만들었다."는 취지로 진술하였다. 특히 피고 C은 관련 형사사건에서 규약의 작성 경위에 관하여 "남양주시청의 담당공무원으로부터 번호부여가 없으면 부동산 매매를 하지 못하니 다른 종중 사람들이 제출한 것처럼 적당히 서류를 만들어내라는 말을 듣고 위 담당 공무원이 예시로 보여준 다른 종중에서 제출한 규약 등을 참고하여 AM종친회 명칭의 규약을 작성한 다음 AM종친회에 대한 번호부여신청서에 첨부한 것에 불과하다."는 취지로 구체적으로 주장하기도 했다.

③ 위 1993. 5. 16.자 결의서에는 안건으로 '종친회 규약 확정'의 건' 다음에 '당국에 종친회 등록에 관한 건', '당국에 하기 종친회 재산(AR, AS 임야 및 AH 임야, AJ 전) 등록에 관한 건'이 있고, 위 안건 처리를 위하여 회장 피고 C에게 일체의 업무를 위임하는 결의를 하였다고 되어있어서 위와 같은 피고 C의 주장에 부합한다. 한편 위 결의서에는 12명이 참석하여 임시총회를 개최한 것으로 되어있는데 당시 AM종친회의 종중원이 누구였는지, 그 종중원들에게 적법한 소집통지를 하여 임시총회가 개최된 것인지 등은 확인되지 않는다. ④ 이런 사정을 고려하면, 위 규약은 피고 C이 만든 AM종친회 명의로 등록번호를 부여받기 위해 형식상 작성된 것일 여지가 있고, 위 결의서는 그것만으로 그러한 임시총회가 실제 개최되었는지나 그것이 원고의 활동으로 이루어졌다고 단정하기 어렵다.

라) 2014. 10. 9.자로 작성된 AM종친회 회원 명부에는 '피고 C, Z, AA, BT, BU' 외에는 회원이 없다는 내용이 기재되어 있고, 위 회원 명부에는 피고 C 외에 Z 등의 도장도 날인되어 있다. 20세손 M를 공동선조로 하는 원고의 회원이 2014년도에 위 5명밖에 없다고 기재된 회원 명부가 있는 것은 당시 원고가 실제 어느 정도 유기적 조직을 가지고 활동하였다고 보기 어려운 정황이다.

마) 그 밖에 앞서 본 2017년경 법원의 허가를 얻어 총회가 개최되기 이전까지 원고가 종중원들에게 소집통지를 거쳐 종중총회를 개최하였다고 볼 만한 자료도 없고, 종중 차원의 시제나 벌초 등이 있었다고 볼 만한 자료도 없다. Z도 관련 형사소송에서 "종중 재산에 관하여 원고 차원의 총회는 없었다."는 취지로 증언하기도 했다. 또한 원고의 주장대로면 원고는 1917년경부터 종전 3필지 임야를 보유하고, 위 각 토지에서 분할된 일부 토지의 수용보상금을 수령하여 이를 이용하여 이 사건 각 부동산(또는 분할이나 등록전환 전 토지)을 매수하기도 하는 등 상당한 자산을 운용하였다는

것인데, 그러한 자산 운용 상황을 정리하거나 메모한 회계내역 등의 서류도 없다.

바) 2017년경 원고의 총회가 개최되기 전까지 원고(또는 원고와 명칭을 같이하는 AM종친회)의 대표자는 피고 C이었다. 그런데 피고 C은 원래 원고의 종손이 아니라 종손인 T과 4촌 형제간인 V의 5남이었고, V의 차남인 X이 T의 아들이자 종손으로 등재되었다가 그가 이민을 하자 X을 대신하여 2003년경 족보에 T의 아들이자 종손으로 등재된 것이었다. 이처럼 원고 종중에서 원래부터 종손이 아니었을 뿐 아니라 2003년경에야 종손으로 기재된 피고 C(원고도 피고 C은 실제로 양자 또는 종손이 아니라고 주장하고 있기도 하다)을 1917년경부터 또는 위 규약 작성일인 1993년경 무렵 이전부터(규약과 같은 날 작성된 결의서에는 피고 C을 '회장'으로 지칭할 뿐 피고 C을 회장으로 선출하는 결의를 하였다는 기재는 없다) 원고를 대표하는 회장으로 하여 종중의 활동을 하였다는 것도 선뜻 납득하기 어렵다.

사) 한편 ① 1982년경 선고된 관련 민사판결은 원고가 아니라 'AL 종친회' 명의로 소가 제기된 것인 점, ② 위 민사판결의 이유만으로는 원고와 위 AL 종친회의 관계나 그 각 공동선조 및 종원의 범위 등을 알 수 없고, 이후 AL 종친회 명의로 등기된 토지에 관해 원고와 명칭이 같은 AM종친회로 표시변경등기가 이루어졌다고 해서 위 AL 종친회와 원고가 동일성이 인정된다고 단정하기 어려운 점(이에 관해서는 뒤에서 추가로 살핀다), ③ 위 소송도 피고 C이 위 AL 종친회를 대리하여 진행한 점[판결문(갑55)의 당사자표시에 '소송대리인 C'이라고 기재되어 있다)] 등을 종합하면, 당시 위와 같은 소가 제기되고 판결이 선고되었다는 사정만으로 이를 원고의 활동이라고 보기도 어렵다.

2) 이 사건 각 부동산이 원고 소유로 된 과정이나 내용이 증명되었거나 이 사건 각 부동산이 원고 소유라고 볼 수밖에 없는 상당한 자료가 있는지 여부 아래의 여러 사실이나 사정에 비추어 보면, 이 사건 각 부동산이 원고 소유라고 볼 수밖에 없을 만한 사정이 충분한 자료들에 의해 증명되었다고 보기도 어렵다.

가) AB 임야는 1917. 10. 10. AC, AD, R 명의로, AR 임야, AS 임야는 1917. 10. 15. AC, R 명의로 각 사정되었다. 원고는 위 종전 3필지 임야가 원고가 종중원들에게 명의를 신탁하여 사정받은 것이라고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없다. 오히려 AB 임야의 사정명의인 중 AD은 원고의 종원이 아니라 AG 종중의 종원이었는바, 종중이 자신의 종원도 아닌 다른 종중의 종원 명의로 토지를

사정받는다라는 것은 선뜻 납득하기 어렵다(한편 관련 민사판결은 AB 임야를 'AL 종친회'가 사정받았다고 인정하였고, 이후 위 판결에 따라 위 임야에서 분할된 토지들에 관해 AL 종친회 명의 등기가 마쳐졌다가 AM종친회 명의로 표시변경등기가 이루어지기는 했으나, 이는 등기를 통해 표시명의자가 변경된 것이어서 관련 민사판결이 위 임야를 원고가 사정받은 사실을 인정했다고 볼 수는 없다).

나) 원고는 종전 3필지 임야에서 각 분할된 일부 토지들의 수용보상금으로 이 사건 각 부동산(분할 및 등록전환 등 이전의 BE 임야 포함)을 매수하거나 신축하였다고 주장하고 있다. 그러나 제출된 증거들만으로는 위 수용보상금이 이 사건 각 부동산의 매수자금 등으로 사용된 사실이 증명되지 않는다. 한편 피고 C은 관련 형사사건의 수사과정에서 AB 임야 13,888㎡가 한국전력공사에 수용되어 받은 보상금 2,500만 원으로 제2-1, 2각 토지를 매수하였다고 진술하였던 것으로는 보인다. 그러나 이와 관련하여 Z은 수사과정에서 "제2-1, 2 각 토지를 1985년에 피고 C 명의로 명의신탁한다는 말도 듣지 못했다."는 취지로 진술하였고, 일부 공소사실을 유죄로 인정한 관련 형사사건의 제1심판결도 "수용보상금의 액수나 사용처가 객관적인 자료에 의하여 확인되지 않는 이상 위 각 토지를 매수한 때부터 30년가량 지난 후의 피고 C의 진술만으로 제2-1, 2각 토지를 AB 임야 13,888㎡가 한국전력공사에 수용되어 받은 보상금으로 매수했다고 보기 어렵다."고 판단하였다. 이러한 사정 등을 고려할 때 수사과정에서의 피고 C의 위 진술만으로 이 사건 각 부동산 중 제2-1, 2각 토지가 AB 임야 13,888㎡의 수용보상금으로 매수된 것이라고 보기는 부족하다. 나아가 원고는 수용보상금을 언제, 어떻게 받았는지, 이 사건 각 부동산을 누구로부터 어떠한 방법으로 매수하고 매수대금은 언제, 어떻게 지급했는지, 제2-9 건물은 어떻게 신축했는지 등의 구체적인 취득 경위나 방법 등에 관해서도 아무런 주장을 하지 못하고 있다.

다) 관련 민사판결은 AB 임야를 'AL 종친회'의 소유라고 인정하였고, 그에 따라 AB 임야에서 분할된 AH 임야에 관해 1982. 10. 18. 'AL 종친회' 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다가 1995. 6. 5. AM종친회로 표시경정등기가 마쳐진 사실, AR 임야 및 AS 임야의 경우 1984. 11. 30. AM종친회 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 설령 이러한 등기를 근거로 위 종전 3필지 임야가 원고의 소유였다고 보더라도(뒤에서 보는 바와 같이 등기명의자인 'AM종친회'가

원고와 동일성이 인정되는지를 불문하고), 원고의 주장은 그중 AB 임야의 분할 이후 AB 임야 13,888m²와 AS 임야에서 분할된 BA 임야의 수용보상금으로 이 사건 각 부동산을 취득했다는 것이므로, 그러한 사실이 증명되지 아니하는 이상 종전 3필지 임야가 원고 소유였다는 사정만으로 이 사건 각 부동산이 원고의 소유가 된 과정이나 내용이 증명되었다고 볼 수는 없다.

라) 실제 위 수용보상금의 수령이나 사용, 이 사건 각 부동산의 매수 등 제반 행위는 피고 C이 한 것으로 보이는데, 앞서 본 바와 같은 피고 C과 원고 종중의 관계 등에 비추어 볼 때, 이 사건 각 부동산이 실제 원고 소유라면 이를 모두 피고 C이 알아서 취득하게 하면서 그의 단독 명의로 등기하게 하고, 그때부터 원고 종중 총회가 있었던 2017년경까지 최대 약 30년 이상(제2-1, 2 각 토지의 경우)이 지나기까지 이 사건 각 부동산에 관한 원고의 소유권을 보전하기 위한 아무런 조치도 취하지 않았다는 것은 선뜻 납득하기 어렵다. 특히 피고 C이 2009. 2. 6. 이미 제2-1, 2 각 토지를 담보로 대출받기도 한 것을 고려하면 더욱 그러하다.

마) 원고는 제2-3토지(BG 목장용지) 및 BE 임야(제1토지, 제2-4 내지 7 각 토지의 분할 및 등록전환, 지목변경 전 토지)를 매수하여 그곳에 선조들의 분묘 10기(18세손 I부터 24세손 BV까지)를 이장하여 선영으로 조성하였다고 주장한다. 그러나 설령 원고 주장처럼 위 각 토지들의 전부 또는 일부에 선조들의 분묘가 설치되어 있다고 하여 그러한 사정만으로 위 각 토지들이 원고 소유 토지라고 볼 수는 없다. 앞서 본 바와 같이 위 선조들의 분묘수호 등 활동을 원고가 했다고 보기도 어려운 점을 고려하면 더욱 그러하다.

바) 원고는 이 사건 각 부동산과 종전 3필지 임야에 관한 제세공과금을 원고가 납부해왔다는 취지로 주장하나 이를 인정할 아무런 증거가 없다. 또한 BE 임야는 이후 등록전환 및 분할된 일부 토지가 전이나 창고용지, 도로로 지목이 변경되기도 했는데(제1, 제2-5, 6, 7 각 토지) 원고가 그러한 지목변경신청을 하는 등의 이 사건 각 부동산을 사용, 관리해왔다고 볼 만한 증거도 없다. 그 밖에 원고는 이 사건 각 부동산에 관한 등기필증 등 원고를 이 사건 각 부동산의 소유자라고 볼 만한 다른 자료도 제출하지 못하고 있다.

3) 수용보상금의 횡령 주장 부분 관련 원고가 횡령을 주장하는 AR 임야에서 분할된 AY 임야의 수용보상금의 경우, 위 토지가 'AM종친회' 명의로 등기된 상태에서 2006. 4. 3. 수용을 원인으로 BB

앞으로 소유권이 이전되기는 하였다. 그러나 다음과 같은 사정들에 비추어 볼 때, 위와 같은 등기 사실만으로 위 토지의 수용보상금이 원래 원고에게 귀속될 것인데 피고 C이 이를 횡령하였다고 보기는 어렵다.

가) AR 임야와 AS 임야는 1984. 11. 30. 'AM종친회' 명의로 소유권이전등기가 되었고, AB 임야의 경우 AL 종친회 명의로 소유권보존등기가 되었다가 1995. 6. 5. 위 임야에서 분할된 AH 임야가 'AM종친회' 명의로 표시변경등기가 된 사실은 앞서 본 바와 같다. 그런데 앞서 본 사정들에 더하여 다음과 같은 사정을 종합하면, 위 각 등기명의자인 'AM종친회'가 원고와 동일한 단체라고 단정하기 어렵다.

① 부동산등기법상 등기의 명의인이 될 수 있을 정도의 실체를 갖추지 못한 단체의 명의로 된 등기는 부적법하여 효력이 없는데(대법원 2012. 3. 15.자 2010마1411 결정 등 참조), 앞서 본 바와 같이 원고가 위 각 등기 또는 표시변경등기 당시 유기적 실체를 갖춘 단체였음이 증명되지 않는다. 한편 당시 원고에게 부동산등기용 등록번호도 부여되었다고 하더라도 부동산등기용 등록번호는 부여절차에서 단체의 실체나 대표자 자격이 실질적으로 심사되지 않는 점(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다14094 판결 참조)에 비추어 그것만으로 당시 원고가 단체의 실체를 갖추고 있었다고 보기도 어렵다.

② AB 임야의 경우 확정된 관련 민사판결에서 'AL 종친회'의 소유임을 인정하였고, 위 임야에서 분할된 AH 임야에 관해 'AL 종친회'에서 'AM종친회'로 표시변경등기가 이루어졌다. 그런데 원고의 주장에 의하더라도 'AL 종친회'는 원고가 AG 종중과 함께 소송을 제기하기 위하여 원고의 공동선조인 20세손 M의 조부인 '18세손 I'를 공동선조로 하는 종친회로 조직하였다는 것이다. 어느 종중을 특정하고 그 실체를 파악함에 있어서는 그 종중의 공동선조가 누구인가가 가장 중요한 기준이 되고, 공동선조를 달리하는 종중은 그 구성원도 달리하는 별개의 실체를 가지는 종중이라고 할 것인데(대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다4863 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다101251 판결 등 참조), 위와 같은 원고의 주장대로면 '18세손 I'를 공동선조로 한다는 AL 종친회가 '20세손 M'를 공동선조로 한다는 원고와 동일한 종중이라고 보기 어렵다. 등기명의인 표시변경등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실체와 합치시키기 위하여

행해지는 것인바, 위 표시변경등기가 동일성이 유지되는 범위 내에서 행해졌다면 그 등기명의자인 'AM종친회'는 'AL 종친회'와 같은 종중으로 보아야지 원고가 될 수 없다(만일 그렇지 않고 위 표시변경등기가 동일성을 해치는 방법으로 행해졌다면 관련 민사판결을 거친 후 표시변경등기가 되었다는 사실만으로 AB 임야가 원고 소유였다고 볼 수는 없다).

나) 명의신탁된 종중 소유의 임야에 관하여 횡령죄가 성립하려면 우선 피고인과 위탁관계에 있는 타인인 종중이 실재하여야 하고, 그 종중과의 사이에 위탁신탁관계가 있어야 할 것이므로 임야의 소유권자가 어느 문중인지 불명확하고 위탁신탁관계도 확정할 수 없다면 횡령죄는 성립하지 아니한다(대법원 1997. 9. 26. 선고 97도1624 판결 등 참조). 그런데 앞서 본 바와 같이 피고 C와 위탁관계에 있다고 주장하는 원고가 실재하였음이 증명되지 아니하고, 종전 3필지 임야의 소유권자가 어느 종중인지도 불명확하다.

다) 관련 형사사건에서 기소된 공소사실에는 원고가 이 사건에서 주장하는 'AY 임야의 수용보상금'을 피고 C이 횡령하였다는 부분도 포함되어 있었다(그 밖에 BA 임야에 관한 수용보상금을 횡령하였다는 것도 공소사실이었고, 이 사건 각 부동산 중 일부에 제1, 2 근저당권을 설정하여 대출을 받아 횡령하였다는 부분 등도 공소사실이었다). 그런데 관련 형사사건의 항소심 법원은 앞서 본 바와 유사한 취지로 고유의미의 종중으로서 원고가 실제로 존재하였다는 사실과 AY 임야를 비롯한 공소사실에 기재된 각 부동산(AS 임야와 제1토지, 제2-1, 2 각 토지, 제2-5, 7 각 토지를 포함한다) 등을 피고 C에게 명의신탁하였다는 사실이 증명되었다고 보기 어렵다고 하여 무죄를 선고하였고 상고를 거쳐 그 판결이 확정되었다(게다가 AY 임야의 수용보상금 횡령 부분은 항소심 법원과 일부 판단을 달리한 관련 형사사건의 제1심법원도 무죄를 선고하였다). 원래 민사판결에 있어서는 형사판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사판결의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되는바(대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카3946 판결, 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다29051 판결 등 참조), 제출된 증거들만으로는 위 확정된 형사판결을 뒤집을 만한 특별한 사정을 인정하기 어렵다.

4) 기타 원고의 주장 관련 가) 원고는 1993. 1. 31. AG 종중과 사이에 피고 C의 사무실에서 각

종종의 재산 목록을 분명히 하고 서로 간섭하지 않기로 합의하였다는 주장도 한다. 이러한 원고의 주장을 종전 3필지 임야가 원래 원고의 소유가 아니었더라도 이후 위 합의에 따라 원고의 소유가 되었다는 취지의 주장으로 선행하더라도 다음과 같은 이유로 이를 받아들이기 어렵다.

이에 관해 원고가 제출한 종친회 모임통보(안건, 갑39)에는 피고 C이 1993. 8. 5. 작성한 "1993. 1. 31. 회의를 하여 잠정적 결론을 하여 보고드리며 이를 최종적인 문중의 길로 확정하고자 하니 문중 여러분은 오는 8. 15. 골초가 끝난 다음 갖게 되는 회의에 꼭 참석하시어 분명한 의사를 밝혀달라. 잠정결정사항은 '큰댁종친회와 작은댁종친회는 그 재산을 목록으로 분명히 하여 서로간 간섭하지 않는다. 큰댁종친회(A종친회) 재산과 작은댁종친회 재산을 제외한 나머지 재산은 총종친회(BS문중종친회) 재산으로 하며 그 목록은 다음과 같다."라는 취지로 기재되어 있다. 그러나 위 모임통보에는 큰댁종친회라고 하는 원고의 재산 목록이 첨부되어 있지 않아 종전 3필지 임야를 원고 소유로 하겠다고 잠정결의했다는 것인지 알 수 없을 뿐만 아니라, 위 사항은 잠정결정사항이라는 것이어서 이후 원고를 포함한 BS문중의 총종친회가 개최되어 위 잠정결정사항을 최종적인 결론으로 추인하였다고 볼 만한 자료도 없다. BQ도 관련 형사소송에서 위 잠정결정사항에 관하여 "총종친회에서 최종 승인이 되었는지는 모른다."는 취지로 증언하였다. 또한 위와 같은 내용만으로는 위 모임통보에 기재된 큰댁종친회, 작은댁종친회, 총종친회의 각 공동선조 및 종원의 범위 등 및 위 각종친회 사이의 관계를 알기도 어렵다(한편 위 모임통보에 의하면 피고 C은 원고의 회장이 아니라 총종친회의 회장이었던 것으로도 보인다). 따라서 위와 같은 사실만으로 종전 3필지 임야가 원래는 원고의 소유가 아니었는데 이후 원고의 토지로 하기로 합의가 되었다고 볼 수도 없다.

나) 원고는 종전 3필지 임야에 관하여 등기부취득시효가 완성되어 원고 명의의 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 주장도 한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 종전 3필지 임야에 관해 등기된 명의인인 'AM종친회'가 원고와 동일한 단체라고 단정하기 어렵다. 나아가 원고의 주장은 종전 3필지 임야에서 분할된 토지의 수용보상금을 피고 C이 횡령하였거나(AY의 경우), 그 수용보상금으로 이 사건 각 부동산을 취득하면서 이 사건 각 부동산을 피고 C에게 명의신탁했다는 것이므로, 설령 종전 3필지 임야에 관해 원고가 시효취득하였더라도 그와 관련된 수용보상금의 횡령 또는 이 사건 각 부동산의 명의신탁 사실까지 당연히 인정되는 것도 아니다.

5. 결론

따라서 이 사건 각 부동산의 명의신탁 사실이나 AY 임야의 수용보상금 횡령 사실 등이 인정됨을 전제로 한 원고의 피고들에 대한 주장은 모두 받아들이기 어렵다. 원고의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최규연

판사정윤현

판사최아름

별지

- 1) 원고들이 제출한 D씨세보 등에 의한다. 주된 부분은 별지2 계보도 참조.
- 2) 뒤에서 보는 관련 민사판결에는 '분할 전후의 지적에 차이가 있으나 이는 측량상의 오류로 인정된다'고 기재되어 있다.
- 3) 판결문상 1일은 10일의 오기로 보인다.
- 4) 원고는 소장에 제2-5, 7 각 토지만을 기재하였으나, 제2-9 건물도 제2근저당권의 공동담보로 제공되었으므로, 누락한 것으로 본다.