

대전고등법원 2019. 12. 12 선고 2019나13672 판결 [소유권이전등기 등 청구의 소]

---

## 재판경과

대전고등법원 2019. 12. 12 선고 2019나13672 판결

대전지방법원 2019. 7. 24 선고 2018가합106375 판결

## 전문

**원고, 항소인**A종중

소송대리인 변호사 김종훈, 이창훈

**피고, 피항소인**1. B종중

2. D

3. E

피고들 소송대리인 법무법인(유한)바른

담당변호사 이보상

**변론 종결**2019. 11. 12.

**판결 선고**2019. 12. 12.

**제1심판결**대전지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018가합106375 판결

## 주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

C씨종중에게1),

가. 피고 B종중(이하 '피고 B종중'이라 한다)은

1) 별지 목록 기재 순번 1 내지 11번 각 토지(이하 'O번 토지'로 지칭하는 토지는 모두 별지 목록 기재 순번 O번 토지이다)에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2015. 7. 22. 접수 제5056호로 마친 소유권이전등기의,

2) 12 내지 14번 각 토지(위 1 내지 11번 토지와 통틀어 '이 사건 각 토지'라 한다)에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2015. 7. 22. 접수 제50057호로 마친 소유권이전등기청구권가등기(위 피고 B종중 명의의 소유권이전등기와 통틀어 '피고 B종중 명의의 등기'라 한다)의,

나. 피고 D은 1 내지 5번, 7 내지 11번 각 토지에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2018. 8. 7. 접수 제59176호로 마친 소유권이전등기청구권가등기의,

다. 피고 E은 6번 토지에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2018. 8. 24. 접수 제63532호로 마친 소유권이전등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

### 2. 항소취지

제1심 판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 청구취지와 같은 판결을 구한다(원고는 제1심에서 제1심 공동피고 C씨종중에 대하여 이 사건 각 토지에 관한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하였고 제1심은 원고의 위 청구를 인용하였는바, 제1심 공동피고 C씨종중이 항소하지 아니함으로써 제1심 공동피고 C씨종중에 대한 부분은 확정되었다).

## 이 유

### 1. 기초사실

가. F의 후손과 C씨 각 소종중의 형성

1) C씨 시조 G의 15세손 F은 H 지역으로 낙향하여 터전을 잡았다. F의 자손이 그 외아들인 16세손 I, I의 외아들인 17세손 J로 이어졌고, J가 3남 K(K, 'L'이라고도 불리었다)을 포함하여 18세손인 여러 자녀를 둔 이래 그 후손들이 H을 중심으로 퍼져 살았다.

2) F과 I, J, K을 비롯한 F의 자손들이 사망한 이후 F의 자손들 중 일부 사람들을 각 중시조로 하는 여러 소종중이 형성되었고, 위 소종중들은 각각 H 인근에 있는 여러 필지의 토지를 소유하였다.

3) 원고의 대표자 N, 피고 B종중의 대표자 O과 아래 라.항에서 보는 바와 같이 C씨종중의 대표자로 자처하였던 P은 모두 F의 자손들로 C씨 29세손(이하 'C씨 ○○세손'으로 지칭하는 사람은 모두 15세손 F의 자손이다)이다.

4) 원고는 C씨 15세손 F을 중시조로 하는 소종중이고, 피고 B종중은 C씨 26세손 Q를 중시조로 하는 소종중이다2).

#### 나. 이 사건 각 토지에 관한 공부상 현황 및 소유명의 변동 경과

1) 이 사건 각 토지 또는 분할 전의 모지번이 각 사정된 후 피고 B종중 명의의 등기가 경로되기까지 공부상 소유명의가 변동된 내역을 요약하면 아래 표와 같다.

|                                 |                                                                                                                                                |                     |
|---------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|
| R906m <sup>2</sup>              | 1912. 8. 15. S(S, C씨 26세손) 명의로 사정1915. 2. 14. T(T, C씨 27세손)에게 소유권 이전1935. 1. 15. C씨종중(대표자 U(U, C씨 28세손))에게 소유권 이전1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 회복등기 | 1                   |
| V261m <sup>2</sup>              | 시기불상경 C씨종중에게 소유권 이전1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 회복등기                                                                                               | 2                   |
| W1,511m <sup>2</sup>            | 1912. 8. 15. S 명의로 사정1915. 2. 14. T에게 소유권 이전1935. 1. 15. C씨종중(대표자 U)에게 소유권 이전1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 보존등기                                     | 3                   |
| 분할 전<br>X1,309m <sup>2</sup>    | 시기불상경 T에게 소유권 이전1935. 1. 15. C씨종중(대표자 U)에게 소유권 이전1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 회복등기                                                                 | 4,<br>6,<br>7,<br>8 |
| Y658m <sup>2</sup>              | 1916. 4. 4. S 명의로 사정1934. 5. 15. Z(C씨 27세손)에게 소유권 이전1935. 1. 15. C씨종중(대표자 U)에게 소유권 이전1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 회복등기                             | 5                   |
| 분할 전<br>AA153,124m <sup>2</sup> | 1916. 4. 4. S 명의로 사정1985. 5. 29. C씨종중 명의로 소유자 명의 변경1985. 6. 8. C씨종중 명의로 소유권 보존등기                                                               | 9,<br>10,<br>11     |
| AB1,127m <sup>2</sup>           | 1935. 4. 1. S가 사정받음1953. 4. 6. C씨종중 명의로 소유권 회복등기                                                                                               | 12                  |
| AC2,321m <sup>2</sup>           | 1916. 4. 4. S가 사정받음1985. 5. 29. C씨종중 명의로 소유자 명의변경1985. 6. 8. C씨종중 앞으로 소유권 보존등기                                                                 | 13                  |
| AD1,131m <sup>2</sup>           | 1916. 4. 4. S가 사정받음1985. 5. 29. C씨종중 명의로 소유자 명의변경1985. 6. 8. C씨종중 앞으로 소유권 보존등기                                                                 | 14                  |

2) 이후 분할 전 X와 분할 전 AA은 아래 표와 같이 분할 및 등록전환 되어 현재의 지번 및 면적으로 되었다.

|                                                                                                              |                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|----|
| X1,309m <sup>2</sup>                                                                                         | X 749m <sup>2</sup>        | 4  |
| 2002. 10. 11. 396m <sup>2</sup> 가 AE로 분할됨                                                                    | 6                          |    |
| 2008. 8. 6. 65m <sup>2</sup> 가 AF로 분할됨                                                                       | 7                          |    |
| 2008. 8. 6. 99m <sup>2</sup> 가 AG로 분할됨                                                                       | 8                          |    |
| AA153,124m <sup>2</sup>                                                                                      | AA<br>32,183m <sup>2</sup> | 10 |
| 1994. 12. 23. 94,383m <sup>2</sup> 가 AH로 분할됨(같은 날 25,558m <sup>2</sup> 가 BJ로 분할되었으나, BJ은 이 사건 각 토지에 포함되지 않음) | 11                         |    |
| 2005. 12. 13. 1,000m <sup>2</sup> 가 AI로 분할되면서 AJ로 등록전환됨                                                      | 9                          |    |

#### 다. 이 사건 종규의 제정 및 임원 선출

원고의 대표자 N를 포함하여 C씨 28세손과 29세손을 주축으로 한 23명은 1987. 1. 2.

C씨종친회(AK종중)의 종친회를 개최하여 다음과 같은 내용의 종규(이하 '이 사건 종규'라 한다)를 제정하고, C씨 28세손 AL을 회장으로 선출하는 등 임원을 선출하였다.

##### AK종친회 종규

##### 제1조

본회 종규는 AK 소종중, AO종중, AP종중을 총망라하여 AK종친회 종규라 칭한다.

1. 소종중은 AM(AN)의 자손으로,
2. AO종중은 L(18세손 K)의 자손으로,
3. AP종중은 AQ(21세손 M)의 자손으로 구성함을 말한다.

##### 제4조

본회 사업은 아래와 같이 한다.

1. 조상의 분묘수호 및 제향봉행
2. 종중 재산 관리

단, 재산관리에 필요한 재산 목록을 후면에 첨부한다. 만일 종중 재산으로 명의신탁건에 대하여는

언제든지 종종 요구가 있을 때에는 종종 명의로 하기로 한다.

### 3. 기타 수시 발생하는 위선사업 및 종종사업

#### 제8조

총회는 매년 초 2일에 하기로 하되, 고문 이하 각 임원 및 기타의 집합을 원칙으로 한다. 단  
안건처리에 출석자수 과반수 이상의 찬동에 의하여 의결할 수 있다. 때에 따라 임시총회도 할 수 있다.

### 라. 피고 B종중 명의의 등기 이전 경위

1) 피고 B종중 대표자인 O과 그의 형 P, 이들의 매제인 AS(이하 통칭할 때는 'O 등'이라 한다)은  
2015. 7.경 종종원 23명(위 O, P 포함)이 참석한 자리에서 C씨종중 임시총회를 개최하고 다음과  
같은 내용으로 2015. 7. 7.자 C씨종중 임시총회 회의록(이하 '이 사건 회의록'이라 한다)을  
작성하였다.

#### 종중임시총회회의록

##### 제1호 의안: 대표자 선출의 건

그동안 위 P이 C씨종중 대표직을 수행하여 오던 중 임기가 만료되었으므로 후임 대표자로 위 P을  
다시 선임한다.

##### 제2호 의안: 사무소 이전의 건

당 종중의 사무소를 충남 연기군 AT에서 세종특별자치시 AU(위 P의 거주지)로 이전한다.

##### 제3호 의안: 재산처분의 건

별지 기재 16필지의 토지(이 사건 각 토지를 포함하고 있다)는 현재 우리 종중(C씨종중)으로  
소유권이전등기가 되어 있으나, 실질 소유자는 B종중이고 B종중이 소유권을 이전받을 형편이  
아니어서 우리 종중이 명의만을 빌려준 것으로서, B종중이 조직을 정비하여 이제는 그 명의를  
돌려주어도 될 때가 되었으므로 명의신탁해지를 원인으로 소유권을 이전하여 줄 것과 농지여서  
소유권을 이전할 수 없는 토지에 대하여는 명의신탁해지로 인한 소유권이전청구권가등기를 해주고  
후일 소유권을 이전할 수 있을 때에 소유권을 이전해 주기로 한다.

2) ○ 등은 2015. 7. 22. 이 사건 회의록 등을 첨부하여 이 사건 각 토지에 관하여 2015. 7. 7.자

명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기 또는 소유권이전등기청구권가등기를 신청함으로써 피고 B중중 명의의 등기가 마쳐지도록 하였다.

#### **마. 피고 D, E 명의의 소유권이전등기청구권가등기 또는 소유권이전등기 경로**

그 후, 피고 D은 1 내지 5번, 7 내지 11번 각 토지에 관하여 2018. 7. 31.자 매매예약을 원인으로 대전지방법원 세종등기소 2018. 8. 7. 접수 제59176호로 소유권이전등기청구가등기를 마쳤고, 피고 E은 6번 토지에 관하여 2018. 7. 23.자 매매를 원인으로 대전지방법원 세종등기소 2018. 8. 24. 접수 제63532호로 소유권이전등기를 마쳤다.

#### **바. 관련 사건의 진행**

1) 형사재판의 진행 가) 원고의 대표자 N는 2015. 10.경 "O 등이 C씨중중의 회장 자격을 모용하여 이 사건 회의록을 작성하고, 이를 근거로 이 사건 각 토지에 관한 불실한 소유권이전등기가 마쳐지도록 하였다"고 주장하며, 자신을 C씨중중의 대표자로 하여 위 중중 명의로 위 3인을 고소하였다.

나) 검찰은 "C씨중중은 Q를 시조로 하는 중중이 아니고 P은 위 C씨중중의 회장 역할을 수행한 적이 없었음에도 O 등은 C씨중중의 회장 자격을 모용하여 이 사건 회의록을 작성하고 행사하였다. 그리고 위와 같은 자격모용작성사문서로 허위신고를 하여 토지등기부와 동일한 공전자기록에 불실의 사실을 기록하게 하고, 이를 비치하게 하여 행사하였다"는 범죄사실로 2016. 8. 30. O 등을 자격모용사문서작성 및 그 행사죄, 공정증서원본불실기재 및 그 행사죄로 기소하였고, 제1심은 2019. 2. 12. 위 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다(대전지방법원 2016고단2690). 이에 ○ 등이 항소하였으나 2019. 8. 14. 항소기각 판결(대전지방법원 2019노510)을 선고받고 이에 O 등이 상고하였다3) .

2) 민사재판의 진행 N는 C씨중중 명의로 다음과 같은 각 민사소송을 제기하여 그 판결이 선고되었다(이하 아래에서의 각 민사소송을 '이 사건 각 관련소송'이라 하고, 이 사건 각 관련소송에서의 원고를 '관련소송 C씨중중'이라 한다)

가) 1 내지 11번 토지에 대한 관련소송

관련소송 C씨중중(이 사건 원고의 대표자 N는 자신이 관련소송 C씨중중의 대표자라고

주장하였다)은 F 후손의 소종중들이 연합하여 결성한 종중 유사단체라고 주장하며, 2015. 10. 23. 피고 B종중을 상대로 하여 1 내지 11번 토지에 관한 피고 B종중 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 이에 제1심 법원은 "관련소송 C씨종중은 F을 중시조로 하는 소종중이다"라고 실시하면서 관련소송 C씨종중과 공부상 C씨종중이 동일함을 전제로 승소 판결을 하였으나(대전지방법원 2015가합3444), 피고 B종중은 위 판결에 항소하였다. 관련소송 C씨종중은 제2심에서 제1심 판결 취지대로 "관련소송 C씨종중은 F의 후손들로 이루어진 고유 의미의 종중이다"라고 주장하였고, 제2심 법원이 관련소송 C씨종중에게 실체에 관한 주장을 명확히 하도록 석명하자, 관련소송 C씨종중은 다시 제1심에서와 같이 "관련소송 C씨종중은 F 후손의 소종중들이 연합하여 결성한 종중 유사단체이다"라고 주장을 정리하였다. 이에 제2심 법원은 '공부상 기재된 C씨종중은 F을 중시조로 하는 소종중 또는 그 후손 중 특정인을 중시조로 하는 소종중이므로 공부상 C씨종중과 관련소송 C씨종중의 동일성이 인정되지 않아 설령 피고 B종중 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 말소를 구할 수 없다'는 취지로 제1심 판결을 취소하고 원고 패소 판결을 하였다(대전고등법원 2016나16939). 관련소송 C씨종중은 이에 상고하였으나 대법원은 2018. 5. 15. 심리불속행기각 판결을 하였고, 위 판결이 확정되었다(대법원 2018다209676).

나) 12 내지 14번 토지에 대한 관련소송

또한 관련소송 C씨종중은 2015. 10. 23. 피고 B종중을 상대로 하여 12 내지 14번 토지에 관한 피고 B종중 명의의 소유권이전등기청구권가등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 이에 제1심 법원은 "관련소송 C씨종중은 F을 중시조로 하는 소종중이다"라고 실시하면서 관련소송 C씨종중과 공부상 C씨종중이 동일함을 전제로 승소 판결을 하였으나(대전지방법원 2015가단37976), 피고 B종중은 위 판결에 항소하였다. 제2심에서 관련소송 C씨종중은 자신이 "C씨 15세손 F 후손의 소종중들이 연합하여 결성한 종중 유사단체이다"라고 주장하였고, 제2심 법원은 '공부상 기재된 C씨종중은 여러 소종중들과 부류를 같이하는 것으로서 공부상 C씨종중과 관련소송 C씨종중의 동일성이 인정되지 않으므로 설령 피고 B종중 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 말소를 구할 수 없다'는 취지로 제1심 판결을 취소하고 원고 패소 판결을 하였다(대전지방법원 2016나112776). 이에 관련소송 C씨종중은 상고하였으나 2018. 5. 23. 상고를 취하하여 위 판결이 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 19, 24, 25, 29, 30, 32, 37, 39, 40, 44, 45호증(가지번호 있는 경우 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을가 제1 내지 5호증의 각 기재, 제1심 증인 AV의 일부 증언, 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장 요지

이 사건 각 토지는 원고가 종손인 26세손 S 명의로 사정을 받아 소유하고 있다가 원고와 BF종중4)의 일부 종중원들이 함께 결성한 종중 유사단체인 C씨종중에게 명의신탁하였다.

한편, 피고 B종중은 2015. 7.경 이 사건 각 토지를 편취하고자 종중 유사단체인 C씨종중의 대표자 자격을 모용하여 이 사건 회의록을 작성하였고, 이를 등기원인서류로 하여 이 사건 각 토지에 관하여 피고 B종중 명의의 등기를 각 마쳤다. 이후 피고 D은 1 내지 5번, 7 내지 11번 각 토지에 관하여 피고 D 명의의 소유권이전등기청구권가등기를, 피고 E은 6번 토지에 관하여 피고 E 명의의 소유권이전등기를 각 마쳤다.

피고 B종중 명의의 등기는 자격모용작성사문서에 의하여 설정된 것으로 모두 원인무효의 등기이고, 그 원인무효의 등기에 터잡아 이루어진 피고 D과 피고 E 명의의 위 각 등기도 모두 무효임에도 불구하고 종중 유사단체인 C씨종중은 이 사건 각 토지의 명의수탁자로서 피고들에 대하여 말소등기청구권을 행사하고 있지 아니하므로, 원고는 명의신탁자로서 종중 유사단체인 C씨종중을 대위하여 피고들 명의의 위 각 등기들의 말소를 구한다.

## 3. 피보전권리의 존부에 관한 판단

### 가. 판단의 전제

1) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결 등 참조).

2) 어떤 토지가 종중의 소유인데 사정 당시 종중원 또는 타인 명의로 신탁하여 사정받은 것이라고 인정하기 위하여는 사정 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중이 존재하였을 것과 사정 이전에 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 증명되거나 또는 여러 정황에 미루어 사정 이전부터

종중 소유로 인정할 수밖에 없는 많은 간접자료가 있을 때에 한하여 이를 인정할 수 있을 뿐이고, 그와 같은 자료들이 충분히 증명되지 아니하고 오히려 반대되는 사실의 자료가 많을 때에는 이를 인정하여서는 아니 된다. 종중의 명의신탁에 의한 사정을 인정하기 위한 간접자료가 될 만한 정황으로서는, 사정명의인과 종중과의 관계, 사정명의인이 여러 사람인 경우에는 그들 상호간의 관계, 한 사람인 경우에는 그 한 사람 명의로 사정받게 된 연유, 종중 소유의 다른 토지가 있는 경우에는 그에 대한 사정 또는 등기관계, 사정된 토지의 규모 및 시조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치 상태, 분묘수호와 봉제사의 실태, 토지의 관리 상태, 토지에 대한 수익이나 보상금의 수령 및 지출 관계, 제세공과금의 납부 관계, 등기필증의 소지 관계, 그 밖의 모든 사정을 종합적으로 검토하여야 한다(대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결 참조).

3) 어떠한 단체가 고유 의미의 종중이 아니라 종중 유사의 권리능력 없는 사단을 표방하면서 그 단체에 권리가 귀속되어야 한다고 주장하는 경우, 우선 권리 귀속의 근거가 되는 법률행위나 사실관계 등이 발생할 당시 종중 유사단체가 성립하여 존재하는 사실을 증명하여야 하고, 다음으로 당해 종중 유사단체에 권리가 귀속되는 근거가 되는 법률행위 등 법률요건이 갖추어져 있다는 사실을 증명하여야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결 참조).

4) 앞에서 실시한 법리를 종합해보면, 원고가 이 사건 각 토지를 종중 유사단체인 C씨종중에 명의신탁 하였다며 위 C씨종중을 대위하여 피고들을 상대로 각 등기의 말소를 구하는 이 사건에서는, ① 원고가 이 사건 각 토지가 S 명의로 사정될 당시 유기적 조직을 가진 종중의 실체를 가지고 이 사건 각 토지를 소유하고 있었다는 사실이 입증되어야 할 것이고, ② 이 사건 각 토지가 공부상 C씨종중 명의로 등기될 무렵 종중 유사단체인 C씨종중이 실제로 성립하여 존속하고 있었으며, 종중 유사단체인 C씨종중이 공부상 C씨종중과 동일한 실체라는 사실 또한 입증되어야 할 것이다.

#### **나. 원고가 이 사건 각 토지의 사정 당시 유기적 조직을 가진 종중으로서 존재하면서 이 사건 각 토지를 소유하고 있었는지 여부**

앞에서 본 바와 같이 이 사건 각 토지 중 대부분은 1912년 내지 1916년경 원고 종중의 종손인 26세손 S 명의로 사정되었고, 일부 토지는 원고 종중원인 27세손 T 또는 Z 명의로 이전등기되었던 점, 이후 이 사건 각 토지에 관하여 1935년, 1953년 또는 1985년경에 'C씨종중' 명의로

소유권보존등기 내지 소유권회복등기가 경로된 점 등과 더불어 앞서 든 증거와 갑 제21, 22, 29, 31, 33, 43, 44, 45호증의 각 기재, 제1심 증인 AV의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고는 이 사건 각 토지가 S 명의로 사정될 당시 종중으로서의 실체를 가지고 있었으며 현재까지 이 사건 각 토지를 소유 및 관리하여 왔다고 봄이 상당하다.

① 원고는 H 지역에 낙향하여 터전을 잡은 C씨 15세손 F을 중시조로 하는 종중이고, 이 사건 각 토지 일대에서 F보다 높은 항렬의 선조를 시조 내지 중시조로 하는 종중은 확인되지 않는다(1, 3번 토지에는 C씨 9세손 AX를 기리는 'AY'이 있으나, 이 사건 각 토지 일대에서 위 AX를 중시조로 하는 종중이 있다는 사실은 확인이 되지 않는다).

② 원고가 보관하고 있던 '소종중 AZ 및 BA'(갑 제29호증의 1, 2)는 1896년경부터 1955년까지 작성된 것으로서 '소종중' 소유 토지들을 임대하고 해당 토지의 임차인으로부터 정기적으로 돈 및 쌀을 받은 내역이 기재되어 있고, 이 사건 종규 제1조에는 '소종중은 AM(AN) 자손으로'라고 기재되어 있으며5), 제1심 증인 AV은 C씨 15세손 F, 16세손 I, 17세손 J까지 독자로서 후손이 동일하기 때문에 위 15, 16, 17세손의 공동 후손들을 대종중과 구분하여 '소종중'이라 칭한 것이라고 진술하고 있다6). 그렇다면 '소종중'은 AN인 C씨 15세손 F을 중시조로 하는 원고를 지칭하는 것이라고 봄이 상당하다.

③ 역시 원고가 보관하고 있는 '소종중 수납 및 지출총계부'(갑 제43호증)에는 1956년부터 1989년까지 소종중이 관리하던 토지를 임대하여 그 수입으로 종중의 필요 경비에 사용한 내역이 기록되어 있다. 또한 원고가 보관 중인 'C씨종중 금전출납부'(갑 제31호증)에는 1971년부터 1999년까지 C씨종중이 이 사건 각 토지를 포함하여 세종특별자치시 BM리 일대에 소재하는 F 후손의 소종중들 소유의 토지들에 대하여 이를 임대하고 그 재산세를 납부하는 등으로 관리해 온 내역이 기록되어 있는바, 위 금전출납부는 '소종중'의 유사를 맡았던 C씨 28세손 U이 1971년부터 1990년경까지 작성하였다(피고 B종중은 위 금전출납부에 원고뿐만 아니라 다른 종중들에 지출한 내역도 병렬적으로 기재되어 있어 원고가 이 사건 각 토지를 관리하였다는 증거로 볼 수 없다고 주장하나, 원고는 15세손 F을 중시조로 하는 종중으로서 F 이하의 선조를 중시조로 하는 여러 소종중들을 관리하는 위치에 있었다는 점에 비추어보면, 위 금전출납부에 원고 외에 다른 종중들에

지출한 내역이 병렬적으로 기재되어 있는 것이 부자연스럽지 않다).

④ AA 임야(10번 토지)에는 중시조인 F의 분묘가 있고(15세손 F보다 높은 항렬인 선조의 분묘가 이 사건 각 토지 인근에 있다는 점은 확인되지 않는다), 원고는 매년 음력 10. 7. 중시조 15세손 F, 16세손 I, 17세손 J에 대한 시향제를 올리고 있다.

⑤ 이 사건 각 토지 대부분은 피고 B종중의 종중원이 아닌 S 명의로 사정되었으며 일부 토지(1, 3 내지 8번 토지)가 피고 B종중의 종중원이 아닌 C씨 27세손 T, Z의 명의로 등기되었던 점까지 고려하면 피고 B종중이 이 사건 각 토지의 소유자가 아님은 분명하다 할 것이다. 또한 앞에서 본 증거들에 의하면 피고 B종중의 대표자 O이 C씨종중의 회장 자격을 모용하여 이 사건 회의록을 작성하고 이에 기하여 이 사건 각 토지에 피고 B종중 명의의 등기를 마친 사실을 알 수 있는바, 이 사건 각 토지에 관한 피고 B종중 명의의 등기는 모두 원인무효의 등기로서 등기의 추정력은 깨어졌다고 할 것이다. 한편, 원고 외에는 이 사건 각 토지를 소유 또는 관리하였음을 주장하는 종중이나 종중 유사단체가 확인되지 않는다.

#### **다. 종중 유사단체인 C씨종중이 공부상 C씨종중과 동일한 실체로서 성립 및 존속하였는지 여부**

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고가 주장하는 종중 유사단체인 C씨종중에 관하여 그 결성 시기나 결성 당시의 대표자, 소속 종중원의 범위, 종중 규약 및 공동 목적의 달성을 위하여 행한 사회적인 활동 등에 대하여 알 수 있는 증거가 없는바, 이 사건 각 토지의 소유권이 공부상 C씨종중 명의로 이전된 1935년 무렵에 위 종중 유사단체인 C씨종중이 성립되어 존속하였다고 보기 어려운 점, ② 원고는 종중 유사단체인 C씨종중에게 이 사건 각 토지를 명의신탁 하였다는 사실이나 명의신탁을 하게 된 경위 등을 입증할 만한 증거를 전혀 제출하지 못하고 있는바, 가사 원고가 주장하는 종중 유사단체인 C씨종중이 성립되어 존속하였다고 하더라도 공부상 C씨종중과 동일한 실체라고 보기 어려운 점, ③ 원고는 이 사건 각 토지 중 종산과 위토 부분이 BF종중과 관리범위가 겹치게 되어 종중 유사단체를 결성하였다고 주장하나, 종산과 위토가 아닌 토지들(BN, BO, BP, BQ, BR, BS, BT 토지, 갑 제46 내지 52호증 참조)에도 공부상 C씨종중 명의로 등기가 된 것이 확인되는바, 원고의 위 주장은 쉽게 납득하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고가 제출한 갑 제55 내지 58호증의 각 기재만으로는 이 사건 각 토지가 공부상

C씨종중 명의로 등기될 무렵인 1935년경 종중 유사단체인 C씨종중이 위 공부상 C씨종중과 동일한 실체로서 성립 및 존속하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

## 라. 소결론

따라서 이 사건 각 토지의 소재지, 원고와 사정명의인 S와의 관계, 그 이후의 등기 관계, 분묘의 설치 상태, 토지의 관리 상태 등을 종합적으로 고려하면 H 지역에 최초로 자리잡은 15세손 F를 중시조로 하는 원고가 이 사건 각 토지의 소유자이자 공부상 C씨종중이라고 봄이 상당하고, 이와 다른 전제에서 원고가 종중 유사단체인 공부상 C씨종중에게 이 사건 각 토지를 명의신탁 하였다고 볼 수는 없다. 그렇다면 원고가 직접 피고들을 상대로 각 말소등기를 구하는 것은 별론으로 하고, 이 사건에서는 원고의 공부상 C씨종중에 대한 피보전권리가 인정되지 않으므로 원고는 공부상 C씨종중의 피고들에 대한 권리를 대위행사할 당사자적격이 없다. 따라서 원고의 나머지 주장에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 원고의 피고들에 대한 소는 모두 부적법하다.

## 4. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 피고들에 대한 각 말소등기절차이행청구 부분은 부적법하여 각하하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 재판장판사권혁중

### 판사정정미

### 판사성하경

### 별지

1) 이 사건에서 원고는 등기부 및 토지임야대장에 소유자로 기재된 'C씨종중'(이하 위 등기부 및 대장을 '공부'라 하고, 위 종중을 '공부상 C씨종중'이라 한다)에게 별지 목록 기재 각 토지를 명의신탁 하였다고 주장하며 공부상 C씨종중을 대위하여 피고들을 상대로 각 말소등기절차의 이행을 구하고 있고, 다만 제1심에서는 공부상 C씨종중이 C씨 시조 G의 후손들로 구성된 대종중(제1심 공동피고

C씨종중)이라고 주장하였다가 패소하였다. 이에 원고는 당심에서 공부상 C씨종중의 실체를 원고와 BF종중(이하 'BF종중'이라 한다)의 일부 종중원들이 결성한 종중 유사단체라고 주장을 변경하였다.

2) 한편, BG종중은 18세손 K, 19세손 BH, 20세손 BI를 공동 중시조로 하는 소종중이고, AP종중은 21세손 M를 중시조로 하는 소종중이다.

3) 대법원은 이 사건 변론종결 후인 2019. 11. 28. 상고기각 판결을 하여 위 판결이 확정되었다(대법원 2019도12711).

4) C씨 15세손 F의 유일한 손자인 17세손 J를 중시조로 하는 소종중이다.

5) 여기에서 'AM(AN)'는 C씨 15세손 F를 의미한다. 한편, 이 사건 종규에는 피고 B종중의 대표자 P의 아버지인 C씨 28세손 BK이 자필로 서명날인 하였는바, '소종중'이 C씨 15세손 F를 중시조로 하는 종중이라는 점에 대하여 피고 B종중도 이미 주지하고 있었던 것으로 보인다.

6) 또한 제1심 증인 AV은 소종중이라는 용어가 혼선을 야기할 수 있기 때문에 22세손 BL 이하의 종중은 '사(私)'자를 써서 '사종중'이라고 칭하였다고 진술하고 있다.