

서 울 고 등 법 원

제 3 8 민 사 부

판 결

사 건	2017나2041383 등기명의표시변경등기말소등기이행청구
원고, 항소인	A종중(소종중) 소송대리인 변호사 변선종
피고, 피항소인	B종중(대종중) 소송대리인 법무법인(유한) 해송 담당변호사 남궁율
제 1 심 판 결	수원지방법원 여주지원 2017. 7. 19. 선고 2016가합270 판결
변 론 종 결	2019. 1. 22.
판 결 선 고	2019. 3. 19.

주 문

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 이 사건을 수원지방법원 여주지원에 환송한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 수원지방법원 양평등기소 2008. 2. 18. 접수 제6124호로

마친 등기명의인표시변경등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

원고는 'D씨 62세손 E'를 중시조로 하는 고유한 의미의 종중으로 피고와 명칭만 동일할 뿐 실체가 전혀 다른 별개의 종중이다. 그런데 피고는 원고와 명칭이 동일하다는 점을 이용하여 원고 소유인 이 사건 각 부동산에 관하여 소유자의 주소지를 피고의 종전 대표자 주소지로 변경하는 등기명의인표시변경등기를 마쳤다. 따라서 위 등기명의인표시변경등기는 소유자인 원고의 의사에 의하지 않은 원인무효의 등기로써 말소되어야 한다.

나. 피고의 본안 전 항변

원고는 비법인사단의 요건을 갖추지 못해 당사자능력이 없다. 또한 원고의 2017. 6. 3.자 임시총회 및 2018. 9. 5.자 임시총회 등은, 연고항존자가 아닌 자가 소집통지를 하거나 일부 종중원에 대한 소집통지를 누락하는 등의 절차상 하자가 있고, 위 각 총회 당시 C을 원고의 대표자로 선임하는 결의도 없었으므로, C은 원고의 적법한 대표자가 아니다. 또한 이 사건 소 제기에 관한 원고의 종중총회 결의도 없다.

2. 인정사실

가. 피고는 D씨 51세손 I를 공동선조로 하는 종중이다.

나. 원고가 자신의 공동선조라고 주장하는 E는 I의 후손으로 D씨 62세손인데, E와 그 조부 W(60세손), 부 X(61세손)은 모두 독자(獨子)이다. 또한 1980년 4월경 발행된

'G과족보'(이하 '이 사건 족보'라 한다)에 의하면, E의 아들(63세손)은 Y, Z, AA, AB가 있다. 한편 이 사건 족보에 의하면, W의 묘소는 경기 양평군 AC면(이하 '경기' 기재는 생략한다)에, X과 E의 묘소는 각 양평군 J리에 각 위치하고, E의 후손들(63 내지 66세손) 중 상당수의 묘소도 양평군 AD면 또는 그에 인접한 양평군 AE리에 있다.

다. 원고의 이 사건 소 제기 전 활동 내역

1) 원고 작성의 'AF종중 회의록'에 다음과 같은 기재가 있다. 또한 위 회의록에는 자금의 수입·지출 내역도 기재되어 있는데, 그 지출 내역에는 시제(시향), 벌초(금초) 관련 비용이 포함되어 있다.

순번	일자	내용
1	1972. 10. 10.(음)	1972년 현재 종중돈을 금년 예치하였다가 작년도까지 미등기분을 1973년 시향시까지 등기하기로 한다. 미등기분 AG 경작분 3두락식 2필지 AH 대지분, AI 토지 2필지 종중산에 있는 잔나무는 묘목대로 2,000원을 지불하고 1973년부터의 잔나무수입은 종중수입으로 한다. 관리인은 AG, AJ 2인에게 위임함. 1971년 종중결의에 의하여 회원들 각자 1,000원씩 출자하기로 한 금액 하기와 여히 출자함. AH 1,000 AK 1,000 AJ 1,000 AL 1,000 AM 1,000 AN 1,000 AO 1,000 AP 1,000 AG 1,000 AQ 1,000 AR 1,000 AS 1,000
2	1974. 10. 10.(음)	AH씨 제안에 의하여 AJ 사용대지(AH씨 소유분) 237평을 종중에서 75,300원에 매입하기로 결의하고 대금 75,300 지불함. 1975년 구 10월 10일 시향시에는 종중계금이 없으므로 부득이 각 호 단위로 1,500씩 출자하기로 한다.
3	1975.10.10.(음)	AL 1,500 AT 1,500 AG 1,500 AJ 1,500 AQ 1,500 AM 1,500 AH 1,500 AK 1,500 AO 1,500 1975년도 재산세 종중 토지 2,949 (AG, AU 2인분) 잔액 32,351 금년부터 세법에 의한 재산세를 종중 소유토지인 관계로 종중

		에서 부담하기로 결의함. 종중결의에 의하여 AH씨를 고문으로 추대하고 AG를 재무책임자로 선정하여 종중 일체에 관한 책임을 맡기기로 한다.
4	1979. 10. 10.(음)	5대조 산소 시향 봉행 건에 대하여 전 68평이 전적비 사용관계로 대금 102,000 나온 것을 종중금으로 하고 시행봉행료로 백미 3두를 봉행자에게 매년 주기로 한다.
5	1982년	양평군 AV 57평 상기 토지를 종중에 내여 놓음 소유자 AW 자 AX
6	1992. 11. 15. (음 10.10.)	장소: AJ 자택 회장: AT 총무: C,AX 참석인원: 14명 금전출납보고 시제문제: AX, AJ 두 분이 하심 금초문제: 종중이 모여서 함(8월 음력으로 첫주 일요일) 장학제도 차후결정 7대조 산소 앞 나무제거(AY 분담)(보류할 것) AF 종중땅(임야) 쓰레기 청소문제
7	1993. 9. 19. (금초일)	장소: AZ(자택) 회장 인사 총무보고: 재산정리(서류) 1.등록현황, 2.토지대장, 3.지적도, 4.족보, 5.가족현황 개정되어야할 것 1.도지 (세금) 일관성 2.시제 및 금초 문제 해결 3.이장 및 (묘지) (5-9)월 사이에 할 것 4.규약 제정 5.도지받는 땅 매매 (AZ,AJ,(BA) 6.철조망 설치(한옥단지 뒷편) 시제행사계획 장소: BB식당 내용: 족보 교육 및 종친인사, 기념품 증정, 원로어르신 말씀 경청

2) 위 1972. 10. 10.자 및 1975. 10. 10.자 각 회의시 일정 금액을 출자하기로 한 원고의 회원에는 E의 아들인 Y, Z, AA, AB의 후손이 아래와 같이 각 포함되어 있다.

가) Y의 후손 : AK[이 사건 족보상 이름¹⁾ : BC, 66세손), AO(BD, 66세손),
AP(BE, 67세손), AS(BF, 67세손)

나) Z의 후손 : AL(BG, 67세손), AG(BH, 67세손), AT(BI, 67세손)

다) AA의 후손 : AM(BJ, 67세손), AN(66세손),

라) AB의 후손 : AH(BK, 66세손), AQ(BL, 66세손), AJ(66세손)

3) 원고는 1993년경 '종친회(G과 중 H과 26대) 규약'이라는 제호로 아래와 같은 내용의 규약(이하 '이 사건 규약'이라 한다)을 만들었다.

제1조(명칭) 본회는 종친회라 한다.

제2조 본회는 회원 상호간의 친목을 도모하고 상부상조함을 목적으로 한다.

제3조 본회의 집합장소는 경기도 양평군 J리에 둔다.

제4조 본회는 목적을 달성하기 위하여 종친기금을 마련하고 다음과 같은 사업을 한다.

1. 종친회 야유회 실시
2. 금초
3. 시제
4. 기타 필요하다고 인정하는 사업

제5조 (회비) 위와 같은 사업을 진행하기 위하여 회비를 징수하고 사정이 유할시 임시회비를 거출할 수 있다.

제7조(임원) 본회의 임원은 다음과 같다.

1. 회장 1명, 2. 총무 2명, 3. 감사 2명

제8조(임무)

가) 회장 : 본회를 대표하고 결의할 사항을 집행한다.

나) 총무 : 회장을 보좌하고 회장 지시에 따라 회무를 집행하며 모든 행사에 선두적 역할을 한다.

다) 감사 : 본회 사업 및 회비 업무를 4/4분기 감사를 하며 총회시 보고한다.

제11조 : 회원으로서 금전을 대출받을 수 있으며 대출받을 시에는 반드시 회원 중 2인의 보

1) 이 사건 회의록에는 자(字 : 한자 문화권에서 성년 무렵에 족보상 이름 외에 스스로없이 부를 수 있도록 짓는 새로운 이름을 말한다)가 주로 기재되어 있다. 이하 자와 족보상 이름이 다를 경우 족보상 이름은 괄호 안에 기재한다.

증인이 있어야 한다.

4) 원고의 총무였던 AG(67세손)는 1993. 7. 28.경 그 명칭을 피고와 동일하게 'A종 중'으로 하되, 소재지를 'BM'로 하고 대표자를 AG 자신으로 하여 종중등록증명(등록번호 : BN)을 마쳤고, 그 무렵 'AF 종중(토지 및 임야) 재산 목록'이라는 제호의 문서를 만들기도 하였다.

5) 원고는 2014년부터 2016년까지 일부 종원들이 참석한 가운데 'K'이라는 명칭 하에 종중총회를 개최하여 이 사건 소 제기 여부 등에 대하여 논의하였다. 원고는 2016. 2. 20.자 총회 당시 그 대표자로 C을 선출하였는데, 위 2016. 2. 20.자 총회 회의록에는 "총원 30명 중 28명이 참석하였다"는 취지로 기재되어 있다.

라. 원고의 이 사건 소 제기 후 활동 내역

1) 원고의 대표자 C은 이 사건 제1심 계속 중이던 2017. 5. 17.경 이 사건 족보를 토대로 종중원을 파악한 후 그 소재가 확인된 종중원 131명에게 임시총회 소집통지를 하였는데, 그 소집통지서에는 "총회에 참석하고자 하는 누이나 고모 등의 연락처를 가능한 한 취합하였으나, 혹시 미흡할 수 있으므로 종회 회원들께서는 서로 연락하여 모두 참석할 수 있도록 협조 바랍니다."라고 기재되어 있다. 원고는 위 소집통지에 따라 2017. 6. 3.경 임시총회(이하 '이 사건 제1임시총회'라 한다)를 개최하여 ① 정관 개정의 건, ② 종중재산의 보전에 관한 소송 추진의 건에 대하여 각 참석자 전원의 찬성으로 결의하고, 그 외에도 ③ 별초 및 시제, ④ 족보 발간에 관하여 논의하였다. 한편 이 사건 제1임시총회 회의록에는 종중원 55명이 참석한 것으로 기재되어 있으나, 그 중 10명²⁾은 종중원의 처이다.

2) 갑 제6호증의 3 중 8쪽 이하 참석자 명단 중 2. BO, 14. BP, 49. BQ, 72. BR, 80. BS, 117. BT, 122. BU, 133. BV, 148. BW, 159. BX

또한 원고가 이 사건 제1임시총회 당시 개정하기로 결의한 2017. 6. 3.자 정관(이하 '이 사건 정관'이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(명칭) ① 본회는 K소중중이라 칭한다(이하 본회라 한다).

제2조(목적) ① 본회는 조상을 숭상하고, 종회원간의 친목과 단결을 도모하며 선대묘소를 관리, 수호하며 회원상호간 상호부조를 목적으로 한다.

제4조(사업) 본회는 제2조의 목적을 달성하기 위하여 다음과 같은 사업을 한다.

1. 선조의 묘역 수호와 위토 관리 및 기본재산 관리
2. 회원 상호간에 친목 도모와 상부상조 관련 사업

제5조(회원의 자격) 본회의 회원은 I의 11세손인 E의 후손 중 법률상 성인 남, 녀를 회원으로 한다.

제7조(임원의 구성 및 임기)

1. 본회는 다음의 임원을 둔다.

회장 1명, 부회장 1명 (중략)

제10조(회의) 1. 본회는 정기총회와 임시총회, 이사회가 있으며 의결은 참석인원 과반수 이상으로 의결한다.

2. 정기총회는 매년 1회 실시하며 음력 10월 10일이 되기 직전 토요일 11시에 개최한다.

2) 원고는 당심 계속 중이던 2018. 9. 23.경 종중원 40명이 참석한 가운데 임시총회(이하 '이 사건 제2임시총회'라 한다)를 개최하였다. 그에 앞서 원고의 대표자 C은 이 사건 족보를 토대로 종중원을 170여 명으로 확정 한 후, 2018. 9. 6.경 연고항존자인 BY으로부터 소집통지 권한을 위임받아 위 170여 명 중 소재가 파악된 137명에게 임시총회 소집통지를 하였는데, 그 소집통지서에 "통지서를 받은 종원께서는 수신인 명단에 없는 종원에게 임시총회에 참석할 수 있도록 해 주기 바란다."라는 취지로 기재되어 있다. 원고는 이 사건 제2임시총회에서 참석자 전원의 찬성으로 ① 이 사건 제1임시총회에서 C을 대표자로 선출한 결의를 추인하고, ② 이 사건 제1임시총회에서 결의한 정관 개정결의를 추인하며, ③ 이 사건 소에 관한 권한을 C에게 부여하기로 각 결

의하였고, 그 외에도 ④ 족보 발간, ⑤ 종중 단합을 위한 야유회 에 관하여도 논의하였다. 한편, 이 사건 제2임시총회 회의록에 첨부된 참석자 서명부(갑 제26호증 제12쪽 이하)에는 42명의 서명이 있으나, 그 중 2명(순번 7. BZ, 9. BO)은 종중원의 처이다. 다만 원고는 이 사건 제2임시총회 회의록(갑 제26호증 제2쪽)에는 위 2명을 제외하고 종중원 40명만이 참석하였다고 기재하였다.

3) 원고는 2018. 12. 14.경 그 연고항존자 BY를 통하여 소재가 파악된 종중원 137명에게 다시 임시총회 소집통지를 하였고, 2018. 12. 13.자 CA언론 및 2018. 12. 17.자 CB언론 신문에다 임시총회 소집공고를 하였다. 그 후 원고는 2018. 12. 29.경 종중원 24명이 참석한 가운데 임시총회(이하 '이 사건 제3임시총회'라 하고, 이 사건 제1, 2임시총회와 통틀어 '이 사건 각 임시총회'라 한다)를 개최하여 참석자 전원의 찬성으로 ① C을 대표자로 선출하고, ② 기존의 정관을 유지하며, ③ 이 사건 소에 관한 권한을 C에게 위임하기로 각 결의하였다.

[증거] 갑 제3, 4, 6 내지 11, 15 내지 17, 26 내지 32호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 피고의 본안 전 항변에 대한 판단

가. 원고가 고유한 의미의 종중에 해당하는지, 당사자능력이 있는지에 관하여 본다.

1) 관련법리

가) 고유한 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. 따라서 종중에 해당한다고 보기 위하여 반드시 특정한 명칭을 사용하거나 서면화된 종중규

약을 갖추고 종중의 대표자가 계속하여 선임되어 있는 등 조직을 갖추어야 하는 것은 아니다(대법원 1995. 11. 14. 선고 95다16103 판결 등 참조).

해당 종중이 어떠한 종중인지는 그 명칭 여하에 불구하고 봉제사의 대상인 공동선조와 구성원인 후손의 범위 및 분묘 관리의 상황 등 그 실체적 내용에 의하여 판단되어야 한다(대법원 1995. 6. 9. 선고 94다42389 판결 등 참조). 또한 소종중이나 지파종중의 명칭은 중시조의 관직이나 시호 다음에 지파종중 등 시조의 관직이나 시호 등을 붙여 부르는 것이 일반적인 관행 내지 관습이지만, 그 실제의 명칭 여하에 불구하고 공동선조의 제사, 종중의 재산관리 및 종원의 친목 등을 위하여 자연발생적으로 형성된 종족단체인 이상 해당 종중의 명칭 사용이 위와 같은 관습에 어긋난다는 점만 가지고 그 실체를 부인할 수 없다. 따라서 종중이 공동선조의 후손들 일부만이 거주하고 있는 지역의 명칭을 사용하였다 하더라도, 그 곳에 거주하는 후손들로만 구성된 것이 아니라 그 공동선조의 분묘를 수호하고 그 시제를 봉행하기 위하여 그 후손들 전부를 중심으로 형성되어 왔고, 그 후 별도의 총회를 소집함에 있어서도 그 공동시조의 후손 전부를 소집하여 규약과 대표자를 정하였다면, 해당 종중은 그 지역에 거주하는 후손들만을 구성원으로 하는 종중 유사 단체에 불과하다고 할 수 없고, 그 공동시조의 후손 전부를 구성원으로 하는 고유한 의미의 종중이라고 봄이 타당하다(대법원 1996. 2. 23. 선고 95다1316 판결 등 참조).

나) 다만 비법인사단이 민사소송에서 당사자능력을 가지려면 일정한 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하는 단체성이 있어야 하고 대표자가 있어야 하므로, 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정되는데, 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심 변론종결

시를 기준으로 판단해야 한다. 그리고 자연발생적으로 성립한 종중이 특정 시점에 부동산 등에 대한 권리를 취득하여 타인에게 명의신탁을 할 수 있을 정도로 유기적 조직을 갖추고 있었는지 여부 등은 그 권리귀속의 주체에 관한 문제, 즉 본안에 관한 문제로서 종중의 당사자능력과는 별개이다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011다64607 판결 등 참조).

2) 먼저 위 인정사실과 앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정을 종합해 보면, 원고는 E를 공동선조로 하는 고유한 의미의 종중이라고 봄이 상당하다.

① 이 사건 규약은 원고의 공동선조가 누구인지, 종중원의 범위가 어디까지인지에 관하여 규정하고 있지 않다. 하지만 종중에 해당한다고 보기 위하여 반드시 서면화된 규약이 있어야 하는 것이 아니므로, 이 사건 규약에 위 각 내용이 없다는 사정을 들어 원고가 고유한 의미의 종중이 아니라고 할 수 없다. 오히려 종중은 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 그 목적으로 하는데, 이 사건 규약 제4조는 원고의 목적으로 '종친회 야유회 실시, 금초, 시제'를 들고 있을 뿐만 아니라, 실제로 원고는 늦어도 1972년경부터 7대조를 비롯한 선조의 분묘를 금초하고 시제를 지내며 장학 제도 등에 관하여 논의함으로써 고유한 의미의 종중으로서의 목적에 부합하는 활동을 해 왔다.

② 나아가 1992. 11. 15.자 회의록에 7대조가 누구인지는 기재되어 있지 않으나, 1992년경 원고의 총무였던 AG가 D씨 67세손인 점 등에 비추어 보면, 위 7대조는 E의 조부 W(D씨 60세손)를 의미하는 것으로 보인다. 그런데 W, X, E는 모두 독자(獨子)이므로, 그 중 누구를 공동선조로 보더라도 그 후손의 범위는 같으므로, 원고는

여전히 E를 공동선조로 하는 종중이라고 할 수 있다(다만 원고가 제1심 제2회 변론기
일에서 "원고의 공동선조는 피고와 같은 I이다"라는 취지로 진술하였으나, 앞서 본 사
정 및 원고는 자신이 피고와 별개의 종중이라는 전제 하에 이 사건 소를 제기하였던
점, 원고가 I에 대한 분묘수호 내지 봉제사 활동을 주관해 왔다고 볼 증거가 없는 점
등을 고려하면, 원고의 위 진술은 진실에 반하고 착오로 인한 것이라고 봄이 상당하다.
따라서 위 진술은 원고의 2017. 4. 4.자 준비서면 등을 통하여 적법하게 취소되었다).

③ 원고가 '종친회(G과 중 H과 26대)', '종중계' 또는 'K'라는 명칭을 사용하
였고, 이 사건 규약 제11조는 회원에 대한 대출에 관하여도 규정하고 있기는 하다. 하
지만 ㉔ 원고는 그 작성의 회의록상 1972년경부터 '종중'이라는 용어를 사용하였고, 종
중원들에 대한 대출도 종중원을 위한 상부상조 활동으로 고유한 의미의 종중으로서의
목적·활동에 반한다고 볼 수 없으며, 이 사건 규약 제4, 5조에 의하면, 원고가 자금을
거둔 것도 시향, 금초 등 비용을 마련함에 주된 목적이 있다. ㉕ 1972. 10. 10.자 및
1975. 10. 10.자 회의를 비롯한 원고의 활동에 E의 아들 Y, Z, AA, AB의 후손들이 골
고루 참여해 왔고, 그 참여자들도 66세손, 67세손으로 특정 항렬에 국한되어 있지 않
은 점에 비추어, 원고는 E의 후손들 전부를 중심으로 형성되어 왔다고 할 것이다. ㉖
'K소종중'이라는 명칭은 원고의 공동선조인 E와 그 부 X의 묘소가 각 양평군 AD면에
위치하고 후손들 중 상당수도 양평군 AD면 일대에 세거해 온 것을 반영한 것으로 볼
수 있다. ㉗ 나아가 이 사건 각 임시총회도 양평군 AD면 일대에 거주하는 후손들뿐만
아니라 E의 후손 전부를 참석대상으로 해 소집되었고, 실제로 E의 아들들의 후손이 골
고루 참석하였으며, 이 사건 정관 제5조는 E의 후손 중 성인 남녀를 모두 회원으로 한
다고 명시하고 있다(다만 이 사건 제1임시총회의 회의록상 참석자 수에 일부 종중원의

처도 포함되어 있고 이 사건 제2임시총회의 참석자 서명부에 일부 종중원의 처도 서명하였으나, 원고는 이 사건 각 임시총회 당시 E의 후손들에게만 소집통지를 하였고, 이 사건 제2임시총회 회의록상 종중원의 처를 제외하고 참석자 수를 기산한 점 등에 비추어, 이 사건 제1임시총회의 회의록상 참석자 수에 종중원의 처들이 포함되어 있는 등의 사정은 착오 내지 단순 오류로 인한 것으로 보인다). 위 각 사정을 고려하면, 원고를 단순한 친목단체라거나 양평군 AD면 일대에 거주하는 후손들 또는 종중원들의 처를 구성원으로 하는 종중 유사의 단체에 불과하다고 볼 수 없고, 원고는 E의 후손 전부를 구성원으로 하는 고유한 의미의 종중이라고 봄이 타당하다.

④ 이에 대하여 피고는, 1930년경 및 1958년경 각 발행된 D씨 족보에 E의 4명의 아들 중 Y, Z만이 등재되어 있고, AA, AB는 등재되어 있지 않았으므로, 원고는 1972년경 그 구성원의 범위조차 확정할 수 없는 상태였다고 주장한다.

살피건대, 을 제18, 20호증의 각 기재에 의하면, 1930년경 및 1958년경 각 발행된 D씨 족보에 AA, AB가 등재되어 있지 않은 사실은 인정된다. 그러나 족보는 후손들로부터 단자(單子)를 거두어들이는 방법에 의하여 작성되고 반드시 명확한 고증을 거치는 것은 아니므로 편찬시마다 그 등재 여부나 세부 기재에 다소의 차이는 있을 수 있고, 일단 족보에 등재된 이상 그 등재 경위에 명백히 의심할 만한 정황이 있지 않은 한 그 이전의 다른 족보의 기재와 차이가 있다 하여 그 기재내용을 함부로 배척할 것은 아니다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다34281 판결 등 참조). 그런데 1980년경 발행된 이 사건 족보에 E의 아들로 AA, AB도 등재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고 제출의 증거만으로는 그 등재 경위에 명백히 의심할 만한 정황이 있다고 하기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고가 1972년경 종중원의 범위를 확정할 수

없는 상태였다고 볼 수 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

3) 결국 원고는 고유한 의미의 종중에 해당한다. 나아가 원고는 늦어도 1972년 정부터 매년 음력 10월 10일경 총회를 개최하고 E를 비롯한 공동선조의 분묘에 대한 금초, 시제 활동을 하여 왔으며 이 사건 규약을 제정하고 대표자(회장) 등을 선출하여 왔을 뿐만 아니라, 이 사건 소 제기 이후에도 이 사건 각 임시총회를 통하여 정관을 개정하고 대표자를 선출하였으며, 금초 및 시제, 족보 발간, 야유회 등에 대하여 논의하는 등 활동을 지속해 온 사실은 앞서 본 바와 같다. 위 인정사실에 의하면, 원고는 적어도 당심 변론종결일 기준으로 일정한 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 함으로써 비법인사단으로서의 당사자능력도 갖추었다고 봄이 상당하다.

나. 다음으로 C이 원고의 적법한 대표자인지, 이 사건 소 제기에 관한 종중 총회의 결의가 있었는지에 관하여 본다.

1) 종중 총회는 특별한 사정이 없는 한 족보에 의하여 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정 한 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 함으로써 각자가 회의와 토의 및 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야하고, 그 소집통지의 방법은 반드시 직접 서면으로 하여야만 하는 것은 아니며, 구두 또는 전화로 하여도 되고 다른 종중원이나 세대주를 통하여 하여도 무방하다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결 등 참조).

2) 살피건대, 앞서 본 인정사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음 사정, 즉 ① 연고항존자인 BY 또는 그로부터 위임을 받은 C이 이 사건 제2, 3임시총회를 각 소집하였던 점, ② 원고는 이 사건 족보를 통하여 종중원의 범위를 확정 한 후 소재가 파악된 종중원 모두에게 소집통지를 하였고, 그 소집통지서를 통하여 종중원들

에게 소재를 파악할 수 없는 종원들도 참석할 수 있도록 협조해 달라고 요청하였으며, 이 사건 제3임시총회 당시 일간 신문에 총회 개최 공고까지 하였던 점 등을 종합해 보면, 피고는 적어도 이 사건 제2, 3임시총회 당시 종중원들의 소재를 파악하기 위하여 가능한 노력을 기울인 끝에 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 종중원들에게 개별적으로 소집통지를 하였다고 봄이 상당하고, 위 각 총회에 어떠한 절차상 하자가 있다고 할 수 없다(다만 갑 제20호증의 기재에 의하면, 이 사건 제2, 3차 임시총회 당시 원고의 종중원인 CC, CD, CE, CF에 대하여 소집통지가 이루어지지 않은 사실은 인정되나, 이는 원고가 위와 같이 가능한 노력을 모두 다하였음에도 소재를 파악하지 못하였기 때문이다).

3) 나아가 원고가 이 사건 제2, 3임시총회에서 C을 대표자로 선임하고 C에게 이 사건 소 제기 등에 관한 권한을 부여하기로 결의한 사실은 앞서 본 바와 같다. 위 인정사실에 의하면, C은 원고의 적법한 대표자이고 이 사건 소 제기에 관한 원고 종중총회의 결의도 있었다고 할 것이다.

4. 결론

원고는 고유한 의미의 종중으로 당사자능력이 있고, C은 원고의 적법한 대표자이며 이 사건 소 제기에 관한 원고 종중총회의 결의도 있었다. 그렇다면 이와 달리 원고의 당사자능력이 인정되지 않는다는 이유로 이 사건 소를 부적법하다고 본 제1심 판결은 유지될 수 없으므로 이를 취소한다. 또한 이 사건은 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되지 않았고, 이 법원이 본안판결을 함에 당사자의 동의도 없으므로, 민사소송법 제418조 본문에 따라 이 사건을 제1심 법원인 수원지방법원 여주지원에 환송한다.

재판장

판사

박영재

판사

박혜선

판사

강경표

별지

목 록

1. 경기 양평군 L 답 251m²
2. 경기 양평군 M 전 592m²
3. 경기 양평군 N 전 321m²
4. 경기 양평군 O 임야 129m²
5. 경기 양평군 P 전 757m²
6. 경기 양평군 Q 답 265m²
7. 경기 양평군 R 대 542m²
8. 경기 양평군 S 전 321m²
9. 경기 양평군 T 전 992m²
10. 경기 양평군 U 답 1,838m²
11. 경기 양평군 V 전 2,688m² 끝.