

울 산 지 방 법 원

판 결

사 건 2015가단64581 손해배상(기)
원 고 A
피 고 B
변 론 종 결 2017. 1. 11.
판 결 선 고 2017. 2. 8.

주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고 대표자로 표시된 C가 부담한다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 110,000,000원 및 이에 대하여 2015. 2. 9.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

- 1) 원고는 00서씨감찰공파의 중시조인 감찰공 서Z 으로부터 8세손인 두**(시조로부

터 15세손)를 파조로 하는 종중이다.

2) 원고의 종원인 서**(시조로부터 19세손)이 양산시 D에 정착한 후 장남 서xx, 차남 서00 등을 두었고, 서00이 고향에서 부모를 봉양하고 조상 제사를 지냈으며 슬하에 E, F, G을 두었다.

3) 1952.경 서△△(E의 장남), 서▲▲(F의 장남), 서◇◇(G의 차남)이 1952.경 각 아버지를 대신하여 양산시 H 임야에 설치된 서●●(시조로부터 16세손)과 서●● 아들, 그리고 양산시 I에 설치된 서□□ 등의 묘제를 위한 묘답으로 양산시 J 929(이하 '이 사건 H 토지'라 한다)와 양산시 K(이하 '이 사건 토지'라 한다)을 각 1/3씩 부담하여 구입하였다.

4) 위와 같이 구입한 토지는 M, N, L에게 명의신탁하기로 하면서 명의신탁업무를 피고의 아버지인 L이 처리하였다. 그런데 이 사건 H 토지와는 달리 이 사건 토지에 관하여는 L 단독명의로 1965. 6. 30.자로 일반농지소유권이전등기등에관한특별조치법 등기가 마쳐졌다. 그리고 이후 이 사건 토지에 관하여 상속을 원인으로 2008. 6. 24. 피고 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다.

5) 피고는 2015. 5. 29. 이 사건 토지를 제3자에게 110,000,000원에 매매하였다.

6) 따라서 피고는 원고에게 물권적 청구권의 이행불능에 따라 110,000,000원의 손해배상책임 또는 부당이득반환책임을 부담한다.

나. 피고의 주장

1) 원고는 대표자인 C 등이 주축이 되어 자신과 친분이 있는 자들을 모아 자신을 대표자로 선정하여 이 사건 소송을 위해 만든 것이어서 당사자능력이 없다.

2) 설령 종중의 당사자능력이 인정된다고 하더라도 이 사건 소송을 위한 종중총회에

서 여성종중원 등 종중원들 전체에 대한 통지 없이 회의를 진행하여 이 사건 소송에 이른 것이어서 효력이 없다.

3) 이 사건 토지는 원고로부터 명의신탁 된 것이 아닌 피고의 재산이다.

2. 판단

가. 종중 실체의 존부

1) 관련 법리

고유한 의미의 종중이라 함은 공동선조의 분묘 수호와 제사 그리고 종중원 상호간의 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상의 종족 집단체로서 그 공동선조의 후손 중 만 20세 이상의 자는 당연히 그 구성원이 되는 것이므로 특별한 조직행위를 필요로 하거나 성문의 규약을 필요로 하는 것은 아니나, 위와 같이 종중이 자연발생적인 집단이라고 해서 공동선조의 후손들이 있기만 하면 자동적으로 종중이 성립되는 것이 아니라 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 그 구성원들이 위와 같은 목적을 위하여 지속적으로 활동한 행적이 있어야 비로소 고유한 의미의 종중을 인정할 수 있다(대법원 1991. 8. 27. 선고 M5 판결 참조).

한편 종중이 당사자능력을 가지는지 유무를 판단함에 있어서는, 당사자가 내세우는 종중이나 단체의 목적, 조직, 구성원 등 단체를 사회적 실체로서 규정짓는 요소를 갖춘 실체가 실재하는지의 여부를 가려서, 그와 같은 의미의 단체가 실재한다면 그로써 소송상 당사자능력이 있는 것으로 볼 것이고, 그렇지 아니하다면 소를 각하하여야 할 것이다(대법원 1997. 12. 9. 선고 N9 판결 참조).

2) 판단

갑 제11호증의 1, 2, 3, 을 제1호증의 각 기재, C에 대한 당사자본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 보면, 비록 원고가 2015. 9. 30.자로 총회를 개최하여 임원을 선임하고 부동산등기용 등록번호 등록증명서를 발급받은 등 단체로서의 외형을 갖추고 있다고 하더라도, 원고가 특정한 공동선조의 후손들로 구성되어 자연발생적으로 형성된 관습상의 종족집단체로서 고유한 의미의 종중에 해당한다고 보기 어렵다.

① 원고는 그 독자적인 실체를 인정할 만한 세보나 계책을 보유하고 있지 않다.

② 2014.경 이전에 원고 종중의 대표자가 별도로 없었던 것으로 보이고, 2015. 1. 25. 위 문중 임시총회에 참석한 사람들이 작성한 사실확인서(갑 제13호증)와 원고 대표자인 C 등 4인이 작성한 사실확인서(갑 제15호증) 이외에, 원고가 종중으로서 2015. 9. 20. 종중총회 이전에 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추었다고 볼 만한 자료가 없다.

③ 한편 2015. 1. 25. 작성한 문중 임시총회결의서(C가 피고를 상대로 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기를 구하는 소송을 위한 임시총회)에는 종중원 28명 중 21명이 참석한 것으로 기재되어 있고, 2015. 9. 20.자 문중총회결의서에는 단순히 종중원 중 20명 참석이라고만 기재되어 있으며, 원고 종중원 명단 및 종중원 수, 연락처 등이 포함된 객관적인 자료는 없다. 원고는 2016. 8. 22.자 준비서면에서 종중원 총 수는 42명이고 그 중 여성이 14명이라고 주장하나, 원고 대표자인 C는 이 사건 5차 변론기일에 원고 및 피고 각 소송대리인의 질문에 대하여 여성은 12명이라고 진술하는 등 종중원 구성에 대하여도 객관적인 자료는 없는 것으로 보인다.

④ 이 사건 소송에 제출된 원고의 2015. 9. 20.자 문중총회결의서 및 회칙은 그 결

의의 내용 및 이 사건 소 제기 일시가 그로부터 3개월여만인 2015. 12. 24.라는 점에서 이 사건 소송을 위한 결의 및 회칙 제정으로 봄이 상당하다.

⑤ 원고 회칙은 2015. 10. 1.에 제정·시행된 것으로 보이고, 그 이전에 이와 같은 회칙이 존재하였는지에 관하여는 이를 인정할 증거가 없다.

⑥ 이 사건 H 토지에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기가 되는 등으로 원고 명의로 어떠한 재산을 보유하고 있다는 점에 부합하는 아무런 증거도 없다.

⑦ 갑 제12호증의 기재에 의하면, 양산시 O 전에 관하여 서P, 서Q, 서R, 서S이 2013. 3. 22. 공증한 내용에는 '위 토지는 양산시 D 00마을 서씨 집안들'이라는 표현이 나올 뿐 원고 종중의 정식 명칭은 나오지 않는다.

나. 2015. 9. 30.자 종중총회 소집이 적법했는지의 여부

1) 관련 법리

종중 총회의 소집은 특별한 사정이 없는 족보에 의하여 소집대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 연락 통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 하여야 하는 것이고(대법원 2007. 9. 6. 2007다34982 판결 등 참조), 일부 종중원에게 소집통지를 하지 않은 채 개최된 경우에는 종중총회의 결의는 무효이다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273 판결 등 참조).

2) 판단

살피건대, 원고는 2015. 9. 30.자 종중총회와 관련하여 종중원 42명에게 소집통지를 하였고 그 중 21명이 참석하였다고 주장한다.

그런데 문중총회 결의서(갑 제11호증의 1)에는 총회참석 위임장(갑 제11호증의 5 내지 18호증)에서 수임자가 아닌 위임자로 되어 있는 사람도 결의한 것으로 표시되어

있는 것(서T, 서U, 서V, 서W, 서X, 서Y 등)에 비추어 볼 때, 실제 참석하거나 위임을 한 사람 모두가 위 결의서에 기재된 것으로 보이는바, 위 문중총회 결의서에 기재된 21명을 제외한 나머지 사람들에게 실제로 소집통지를 하였는지에 관하여는 이를 인정할 증거가 없다

한편 원고는 갑 제16호증의 1 내지 7을 제출하며 여성종원들에게도 소집통지를 한 바 있다고 주장하고 위 갑 제16호증의 각 기재 내용은 '위 확인자는 2015. 1.경과 2015. 9.경 문중총회 참석통보'를 받았다는 것인바, 적어도 2015. 1.경에는 여성종원들에게 통지를 한 바 없다는 사실은 을 제1호증(총 종중원을 28명으로 표시)의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있다는 점에서 '2015. 1.경'에도 문중총회 참석통보를 받았다는 내용이 기재된 위 갑 제16호증의 각 기재는 믿을 수 없다.

또한 설령 위 7명에게 통보를 하였다고 하더라도 원고가 통보를 하였다는 증거가 없는 14명(종중원 42명 - 위 21명 - 갑 제16호증 7명)에 대하여 연락 통지가 불가능한 상황인지, 위 14명에 대하여 연락처 또는 주소지가 파악된 것인지 등을 확인할 수 있는 자료가 없다.

따라서 2015. 9. 30. 종중총회가 적법하게 이루어졌다거나, 그 곳에서 이루어진 결의가 유효한 것으로 인정할 수 없다.

3. 결 론

그렇다면 이 사건 소는 당사자능력이 없는 자에 의하여 제기된 것이거나 종중 총회의 결의 없이 소 제기가 이루어진 것이어서 부적법하므로 이를 각하한다.

판사 이오영