

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건	2009다26596 사해행위취소등
원고, 피상고인	원고 종종 소송대리인 변호사 홍함표 외 1인
피고, 상고인	피고 1 외 2인 피고들 소송대리인 변호사 강윤구 외 3인
원 심 판 결	대구고등법원 2009. 2. 12. 선고 2007나9789 판결
판 결 선 고	2010. 12. 9.

## 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들이 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 도과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유서를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 원고 종종이 당사자능력을 갖추지 못하였다는 주장에 관하여

종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 그 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 그 선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 성립하는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정되고, 종중이 비법인사단으로서 당사자능력이 있느냐의 문제는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 하는 것이다(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다31661 판결, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원고 종중은 1695년 사망한 성주○씨 21세손인 ○□□를 공동선조로 하여 그 후손들로 구성되어 ○□□ 및 ○□□의 처인 ○○장씨와 ○□□의 장남 ○□○의 처인 ○○신씨에 대한 묘사를 지내온 사실, 원고 종중은 위와 같은 공동선조의 분묘수호와 봉제사, 종원 상호간의 친목 등을 위하여 종원들로부터 자금을 출연받아 묘위전·답을 마련하고, 유사를 정하여 종원 출연금과 묘위전·답 및 그 수익금 등의 종중재산을 관리하여 온 사실, 원고 종중은 2005. 10. 23. 피고들의 이 사건 임야의 매도행위에 대한 대처방안을 논의하기 위한 목적으로 종중총회를 개최하여 종중규약을 제정하고 종중 대표자로 소외 1을 선출한 사실, 소외 2 등 원고의 종원들은 이 사건 소송 도중 피고들로부터 위 총회가 연고항존자에 의하여 소집된 것이 아니라는 지적을 받아 연고항존자로 인정되는 소외 3에게 종중총회의 소집을 요구하였음에도 소외 3이 이에 응하지 아니한다는 이유로 차석 연고항존자인 소외 2가 종원들에게 소집통지를 한 후 2007. 3. 18. 재차 종중총회를 개최하였으며 위 총회에서 2005. 10. 23.자 종중총회에서 제정한 종중규약을 승인하고 소외 1을 대표자로 다시 선출한 사실

등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고 종중은 원심 변론종결일인 2008. 12. 11. 당시 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 있어 당사자능력이 있다고 할 것이다. 원고 종중의 당사자능력을 인정한 원심의 판단은 그 이유설시에 다소 적절치 아니한 부분이 있기는 하지만 결과적으로 정당하고, 거기에 종중의 당사자능력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 소외 1에게 대표권이 없다는 주장에 관하여

종중의 대표자는 종중의 규약이나 관례가 있으면 그에 따라 선임하고 그것이 없다면 종장 또는 문장이 그 종원 중 성년 이상의 사람을 소집하여 선출하며, 평소에 종중에 종장이나 문장이 선임되어 있지 아니하고 선임에 관한 규약이나 관례가 없으면 현존하는 연고항존자가 종장이나 문장이 되어 국내에 거주하고 소재가 분명한 종원에게 통지하여 종중총회를 소집하고 그 회의에서 종중 대표자를 선임하는 것이 일반 관습이고 (대법원 1997. 11. 14. 선고 96다25715 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다7182 판결 등 참조), 종원들이 종중재산의 관리 또는 처분 등에 관하여 대표자를 선정할 필요가 있어 적법한 소집권자에게 종중총회의 소집을 요구하였으나 소집권자가 정당한 이유없이 이를 소집하지 아니할 때에는 차석 연고항존자 또는 발기인이 총회를 소집할 수 있다(대법원 1993. 8. 24. 선고 92다54180 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다 51454 판결 등 참조).

한편 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차

별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀 평등의 원칙은 더욱 강화될 것이라는 점과 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원 합의체 판결 선고 이후부터는 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 되는 점, 연고항존자는 종중의 대표자가 선임되어 있지 아니하고 그 선임에 관한 규약이나 관례가 없을 경우 대표자 선임을 위한 종중총회의 소집권을 가지는 데 불과하므로 여성이 연고항존자가 된다고 하더라도 이러한 종중사무의 집행에 특별한 어려움이 있다고는 보이지 아니하는 점 등을 종합하여 보면, 위 전원합의체 판결 선고일인 2005. 7. 21. 이후에 대표자를 선임하기 위하여 개최되는 종중총회의 소집권을 가지는 연고항존자를 확정함에 있어서 여성을 제외할 아무런 이유가 없으므로, 여성을 포함한 전체 종원 중 향렬이 가장 높고 나이가 가장 많은 사람이 연고항존자가 된다 할 것이다. 다만 이러한 연고항존자는 족보 등의 자료에 의하여 형식적·객관적으로 정하여지는 것이지만 이에 따라 정하여지는 연고항존자의 생사가 불명한 경우나 연락이 되지 아니한 경우도 있으므로, 사회통념상 가능하다고 인정되는 방법으로 생사 여부나 연락처를 파악하여 연락이 가능한 범위 내에서 종중총회의 소집권을 행사할 연고항존자를 특정하면 충분하다.

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다. 원고 종중은 2007. 3. 18.자 종중총회를 소집함에 있어 소외 3을 연고항존자로 보고 그에게 먼저 소집을 요구하였으나, 원고 종중의 족보(갑 제1호증의 1)에 의하면 원고 종중에는 소외 3과 향렬이 같지만 그보다 나이가 더 많은 소외 4, 소외 5(여), 소외 6(여) 등의 종원이 있다. 그런데 우선 소외 4는 비록 족보상 사망 사실이 기재되어 있지 아니하나 사망한 것으로 보인다. 소외 5는 소외 4를 제외할 경우 족보상 가장 나이가 많은 종원이기는 하나,

그녀의 아버지인 소외 7은 원래 ○□□의 동생 소외 8의 후손으로서 원고 종중의 종원이 아닌데, 원고 종중의 종원인 소외 9의 양자로 입적하였다가 1923. 12. 6. 파양하였고 소외 9가 사망한 이후인 1953년경 다시 소외 9가에 사실상 입양되어 소외 9가의 분묘수호와 봉제사 등의 일을 행하여졌지만 입양신고를 하지 않았을 뿐만 아니라 당시에는 소외 9에게 장손인 피고 도세득이 있어 입양이 유효하다고 볼 수 없으므로 원고 종중의 종원이 될 수 없고, 따라서 그 딸인 소외 5 역시 원고 종중의 종원이 아니다. 한편 소외 6은 소외 5 다음으로 나이가 많은 종원이기는 하나 오래 전부터 원고 종원들과 연락이 두절된 상태로 현재 그 소재가 파악되지 아니하고 있다.

이러한 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 결국 대표자 선임을 위한 종중총회의 소집권을 가지는 원고 종중의 연고항존자를 소외 3로 특정할 수 있고, 따라서 차석 연고항존자인 소외 2가 소외 3을 연고항존자로 보고 그에게 종중총회의 소집을 요구하였다가 그가 이에 응하지 아니하자 자신이 직접 소집 통지를 하여 개최된 원고 종중의 2007. 3. 18.자 종중총회는 적법한 소집권자에 의하여 개최된 종중총회라고 할 것이다.

그리고 기록에 비추어 살펴보면, 소외 2는 2007. 3. 18. 종중총회의 소집을 통지하면서 족보에 의하여 인정되는 종원 중 연락가능한 종원들 모두에게 등기우편 또는 일반우편 등으로 소집을 통지한 사실을 알 수 있으므로 일부의 종원들에게 소집통지를 누락하였다고도 할 수 없다.

같은 취지에서 원심이 원고 종중의 2007. 3. 18.자 종중총회는 적법하게 소집되었고, 그 총회의 결의에 의하여 선임된 소외 1이 원고 종중의 적법한 대표자라고 본 조치는 정당하고, 거기에 종중총회 결의의 적법성이나 연고항존자, 종중의 대표자에 관한 법리 오해나 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 이 사건 임야가 명의신탁된 재산이 아니라는 주장에 관하여

어떤 토지가 종중의 소유인데 사정 당시 종원 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 아니된다고 할 것이며, 그 간접자료가 될 만한 정황으로서, 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 등기 관계, 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 2002. 7. 26. 선고 2001다76731 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도10271 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고 종중은 ○□□를 공동선조로 한 후손들로 구성되어 있는데, ○□□의 분묘는 상위 종중인 ◆◆문중 소유의 임야에 설치되어 있어 ○□□의 후손들이 ◆◆문중의 중시조에 대한 묘사와 함께 ○□□에 대한 묘사를 지내왔고, 한편 ○□□의 처인 ○○장씨와 ○□□의 장남 ○□○의 처인 ○○신씨의 분묘가 이 사건 임야에 설치되어 있고 ○□□의 후손들이 매년 위 분묘를 벌초하고 묘사를 지내온 사실, 이 사건 임야의 사정명의인들 중 소외 10, 소외 11은 6촌간이고, 이들과

소외 9는 9촌간인 사실, 이 사건 임야에는 이 사건 사정 이전에 ○□□의 처와 후손의 분묘가 11기 설치되어 있었고 그 중 사정명의인의 직계 선조가 아닌 분묘가 6기에 이르며, 사정 이후에도 사정명의인의 직계후손이 아닌 종원의 분묘가 4기 더 설치되었으나, 사정명의인들의 분묘는 설치되지 아니하였고 사정명의인 중 1인인 소외 11 후손의 분묘는 전혀 설치되어 있지 아니한 사실, 사정명의인의 후손들은 이 사건 임야를 독자적으로 관리하지 아니하였을 뿐만 아니라, 1994. 8. 20. 이 사건 임야에 대한 소유자 주소등록을 한 이후부터 2004년까지 이 사건 임야에 관하여 부과된 종합토지세를 전혀 납부하지 않고 있다가 뒤늦게 2005. 2. 28.에 이르러 최근 3년간의 종합토지세를 납부하였던 사실 등 그 판시와 같은 사정들을 인정한 다음, 이 사건 임야는 원고 종중의 소유로서 원고 종중이 종원인 소외 10, 소외 11, 소외 9에게 명의신탁하여 그들 명의로 사정받았다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 위 사실에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 종중재산의 명의신탁, 종중의 실재성, 등기의 추정력 등에 관한 법리오해나 경험칙이나 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 4. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률위반이라는 주장에 관하여

이 부분 피고들의 상고이유의 주장은 원고 종중이 고유한 의미의 종중이 아니라 종중 유사단체에 불과한 것을 전제로 하는 것인데, 원고 종중은 고유한 의미의 종중이라고 할 것이므로 이와 다른 전제에 선 상고이유의 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

#### 5. 종중을 자연발생적 단체로 보는 것은 결사의 자유, 사적자치의 원리 등에 반한다는 주장에 관하여

대법원이 공동선조의 후손이면 본인의 의사와 관계없이 당연히 종원이 된다고 하는 것은, 종중이 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 친목도모를 목적으로 후손에 의하여 자연발생적으로 성립되는 종족단체라는 종중의 본질에서 연유하는 것인 점, 그 결과 공동선조의 후손이면 누구나 사회적 신분, 거주지역, 재산의 다과 등을 불문하고 당연히 종중의 구성원이 되고, 이러한 구성원들 전체의 의사에 의하여 종중재산을 관리 또는 처분하도록 함으로써 일부 후손에 의하여 종중재산이 처분되어 일실되는 것을 방지 하며, 이를 통하여 종중이 일부 후손들의 이익이 아니라 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목도모라는 본래의 목적에 따라 유지·운영되도록 하는 역할과 기능을 해오고 있다는 점, 종원의 종중에 대한 의무는 도덕적·윤리적인 성격이 강하여, 공동선조의 후손들이 성년이 되면 본인의 의사와 관계없이 종중의 구성원이 된다고 하더라도, 종원으로서 종중의 활동에 참여할 것인지 여부는 개인의 의사에 달린 것이고, 이로써 종중 활동에 참여하도록 강제되거나 법률적 의무가 부과되는 것은 아니므로 이러한 종중의 구성을 법질서에 위반된 것이라고 볼 수 없다는 점 등에 비추어 볼 때 종중을 자연발생적 단체라고 보는 것이 결사의 자유나 사적자치의 원리에 반한다고 할 수 없으므로 위 주장은 받아들일 수 없다.

## 6. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      민일영 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 이홍훈 \_\_\_\_\_

대법관 김능환 \_\_\_\_\_

대법관 이인복 \_\_\_\_\_