

종중의 실체에 따른 종중재산의 법률관계

The Legal relationship of Jong-jung's property in accordance with it's substance

김 상 명*
Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서 론
- II. 종중의 실체관계
- III. 종중재산의 법률관계
- IV. 종중재산의 분쟁해결
- V. 결 론

국문초록

종중은 조상숭배의 전통사상에 바탕을 둔 우리나라 특유한 관습상의 제도로, 특별한 조직행위 없이 자연발생적 집단으로 당연히 성립한다. 종중은 종중 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자와 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있으면 법인 아닌 사단의 단체성이 인정된다. 이러한 종중은 우리의 일생생활과 많은 관련을 맺고 있으므로 여러 가지 분쟁이 있을 수 있다. 종중의 법률관계를 통일적으로 규율하는 법률 없이 판례에 의존하고 있다. 특히 공시방법이 없어 법률관계가 불명확하고, 종중의 분쟁해결 규정의 미비 등으로 인해

논문접수일 : 2012.12.21

심사완료일 : 2013.01.22

게재확정일 : 2013.01.24

* 법학박사 · 제주국제대학교 경찰행정학과 부교수

종중의 분쟁해결이 곤란한 문제점이 있다.

따라서 종중을 둘러싼 법적 분쟁을 해결하기 위해서는 관습법에만 맡기지 말고 사단법인의 성립요건을 갖추 수 있도록 법률관계를 구체화시킬 필요가 있다. 또한 종중의 대표자선임을 둘러싼 종중총회결의무효확인¹⁾의 소 혹은 종중총회결의부존재확인²⁾의 소 등의 분쟁을 합리적으로 해결하기 위하여 종중대표자를 공시하는 방안을 모색할 필요가 있다. 아울러 종중재산에 관한 종중대표자의 선임 및 등록을 강제하는 방안 등이 포함되어야 한다.

주제어 : 총유, 종중, 종중구성원, 종중재산, 공동소유, 법인 아닌 사단

1. 서론

종중은 이른바 ‘법인 아닌 사단’ 또는 ‘비법인사단’의 대표적인 것 중의 하나로, 공동선조의 분묘수호, 제사, 종원 상호간의 친목을 목적으로 하는 공동선조의 후손(성년자¹⁾)을 종원으로 구성되는 종족의 자연집단을 의미한다. 그 기원은 종중제(宗中制)에서 찾아 볼 수 있다. 종중제의 기원을 삼한시대의 족제에서 찾는 견해와 여말이초(麗末李初)에 유교의 발전과정에서 중국 전래의 종제 내지 제사에 의해 찾는 견해가 있으나 그 어느 설도 정설이라고 할 수 없다.²⁾ 종법제 제사상속이 지켜진 것은 대체로 17세기 이후의 일이다.³⁾ 오늘날 종중에 대한 제도관습의 기원을 중국 종법제의 영향을 받은 고려말에서 찾는 견해가 있으나,⁴⁾ 우리나라는 조선조에 들어와서야 종중의 모습이 시작

1) 종래 판례(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다16800 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다32446 판결; 대법원 1997. 3. 3. 자 96스67 결정)는 공동선조의 후손 중 出系자와 미성년남자는 제외하였으나 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결)고 판례를 변경하였다.

2) 정귀호, “종중에 관한 판례의 동향”, 『민사판례연구』 제10집, 민사판례연구회, 1988. 334면; 정귀호, “법인 후론”, 『민법주해(Ⅰ)』, 박영사, 1997, 804면.

3) 박병호, 『한국법제사』, 민속원, 2010, 41면.

4) 한삼인, “종중에 관한 판례분석”, 『인권과 정의』 369호, 대한변호사협회, 2007, 148면.

한 것으로 보인다.⁵⁾

종중은 조상숭배의 전통사상에 바탕을 둔 우리나라 특유한 관습상의 제도로, 특별한 조직행위 없이 자연발생적으로 성립하고, 우리나라 사람이면 누구나 출생하면서부터 반드시 특정의 어느 종중에 소속하게 되어 있고,⁶⁾ 사망함으로써 종중구성원의 자격을 잃게 된다. 종중은 우리의 의식과는 무관하게 우리의 일생생활과 많은 관련을 맺고 있으므로 여러 가지 분쟁이 발생할 수 있다. 종중의 법률관계를 통일적으로 규율하는 법률이 없을 뿐만 아니라, 특히 공시방법의 미비로 인한 법률관계의 불명확하고, 종중의 분쟁해결 규정의 미비 등으로 인한 종중의 분쟁해결이 곤란한데 그 문제점이 있다.

따라서 이 글에서는 종중의 실체관계의 검토에 따른 종중재산의 법률관계 및 종중의 분쟁해결방안에 대하여 판례의 법리를 중심으로 검토하여 판례이론을 체계화하고 그 입법적 방안을 제시하는데 있다.

II. 종중의 실체관계

1. 종중의 의의

종중은 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단으로,⁷⁾ 관습상 당연히 성립하기 때문에 특별한 조직행위를 필요로 하지 않으며,⁸⁾ 종중규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있으면 법인 아닌 사단으로서의 단체성이 인정된다.⁹⁾ 그리고 종중은 공동선조를 정

5) 최창렬, “종중의 구성과 본질에 관한 법리 소고”, 『성균관법학』 21권 3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009, 364 ; 정귀호, 위의 책, 805면.

6) 정귀호, 위의 논문, 335면.

7) 대법원 2010. 7. 22. 자 2009마1948 결정; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다92739 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다8898 판결; 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

8) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다63683 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다1166 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다16800 판결.

하는 방법에 따라 대종중과 소종중 또는 지파종중 등 다층적으로 성립될 수 있다.¹⁰⁾ 종중 안에 무수한 소종중이 있을 수 있고,¹¹⁾ 같은 혈족이지만 공동선조를 달리 별개의 소종중이 통합하여 새로운 종족집단으로 통합종중을 구성하는 경우, 그 통합종중은 고유한 의미의 종중이 아니긴 하지만 그것이 단체로서 실체가 인정될 수 있을 때에는 종중 유사의 법인 아닌 사단으로서 단체성만을 인정될 수 있다.¹²⁾ 그런데 그 때에도 자연발생적 집단으로서 선조의 사망과 동시에 자손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중으로서 통합 전 소종중의 객관적 실체가 없어지는 것은 아니다.¹³⁾ 그리고 종중에 대하여 가급적 그 독자성과 자율성을 존중해 주는 것이 바람직하므로, 원칙적으로 종중규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정된다.¹⁴⁾

종중이 그 본래의 목적인 선조의 제례와 분묘의 수호·관리 등을 위하여 소유하는 재산을 종중재산이라 하는데, 종중재산을 구성하는 것은 부동산·동산·채권 등 다양하나 종중재산으로 주가 되는 것은 매장과 제사, 분묘의 수축이나 개축, 석물의 시설, 제당의 건축이나 보수, 종산의 식목, 종원의 구조, 족보나 선조의 문집간행, 종회 개최 등에 필요한 비용을 마련하기 위한 전답 또는 임야이다. 선조의 분묘가 있는 임야를 묘산(墓山) 또는 종산이라 하고, 제사비용 등의 자원인 토지를 종위토(宗位土), 문위토(門位土), 묘위토(墓位土) 또는 간단히 줄여 위토, 종토라고 한다. 위토는 다시 제전(祭田)과 묘전(墓田)으로 구별되는데 제전은 교조 이하의 사제를 위해 설정된 토지이고, 묘전은 친진조천(親盡祧遷)¹⁵⁾된 신주의 묘제를 위한 위토로 위토대장에 등재되

9) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005다56315 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다60417 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다27703 판결; 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다16525 판결.

10) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2007, 96면.

11) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다14165 판결; 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다44986 판결.

12) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95다34330 판결.

13) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다41567 판결.

14) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다47024 판결.

어 있는 토지이며, 이는 시효취득의 대상이 된다.¹⁶⁾ 종중재산의 대표적인 것이 묘산과 위토라는 것과 묘산과 위토의 경우 그 소유자는 종중이라는 것과는 엄밀히 구별되어야 한다.

2. 종중 구성원의 자격

종래 판례는¹⁷⁾ 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자는 당연히 종중의 구성원이 된다는 것으로 미성년의 남자와 여자는 구성원이 될 수 없었고 또 타가에 출계한 자는 생부를 공동선조로 한 종중의 구성원이 될 수 없었다.¹⁸⁾ 그런데 최근 대법원은, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 우리의 전체 법질서에 부합하지 않아 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 하면서, 공동선조의 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다고 하여 판례를 변경하였다.¹⁹⁾ 공동선조의 후손들 중 특정지역 거주자나 특정범위 내의 자들만으로 구성된 종중은 있을 수 없으며,²⁰⁾ 그것은 종중 유사의 단체에 지나지 않는다.²¹⁾ 종중규약으로 일부 종원의 자격을 임의로 제한하거나 확장한 종중규약은 종중의 본질에 반하여 무효이다.²²⁾ 특히 특정지역 내에 거주하는 일부 종중원에 한하여 의결권을 주고 그 밖의 지역에 거주하는 종중원의 의결권을 박탈할 개연성이 많은 종중규약은 무효이다.²³⁾ 종중의 구성원

15) 친진(親盡)이란 代盡이라고도 한다. 정례(正禮)에서는 4대조까지 사당 혹은 정침(停寢: 주가내의 정실)에서 봉사하고 5대조가 되면 이를 묘소에 매안(埋安)하고 이후 묘제를 하는데, 이를 조천(祧遷)이라 한다.

16) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다58870 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다16800 판결; 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다28928 판결; 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다33377 판결.

17) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다16800 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다14794 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다49007 판결.

18) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다14228 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다12566 판결.

19) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결.

20) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다4228 판결; 대법원 1995. 5. 27. 선고 92다34193 판결.

21) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다16800 판결; 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다34193 판결.

22) 대법원 1997. 11. 14. 선고 96다25715 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다49007 판결.

인 종원에 대하여 장기간 동안 종중의 의사결정에 참여할 수 있는 모든 권리를 박탈하거나²⁴⁾ 여성의 종중원 자격과 의결권을 제한하고 종중 부동산에 관한 수용보상금을 남성 종중원에게만 대여하기로 한 종중 임시총회 등도 무효이다.²⁵⁾

3. 종중의 대표자

종중의 대표자는 종중규약이나 특별한 관계가 있으면 그에 따라 선출하되, 그것이 없으면 일반 관습에 의하여 종장 또는 문장이 그 종중원 중 성년 이상을 소집하여 출석자의 과반수의 결의로 선출하고, 평소에 문장이 선임되어 있지 아니하고 그 선임에 관한 종중규약이나 관계가 없으면 종중원 중 향렬이 가장 높고 나이가 많은 연고항존자(年高行尊者)²⁶⁾가 종장 또는 문장이 되는 것이 우리나라의 일반관습이다.²⁷⁾ 그리고 연고항존자라고 하여 그것만으로 당연히 종중재산에 대한 대표권을 갖는 것이 아니며, 별도로 선임된 대표자만이 대표권을 갖는다고 할 것이다.²⁸⁾ 한편 전원합의체 판결 2002다1178 이후에는 대표자를 선임하기 위하여 개최되는 종중총회의 소집권을 가지는 연고항존자를 확정함에 있어 여성을 제외할 이유가 없으므로, 여성을 포함한 전체 종원 중 향렬이 가장 높고 나이가 가장 많은 사람이 연고항존자가 되며, 다만 이러한 연고항존자는 족보 등의 자료에 의하여 형식적·객관적으로 정해지는 것이지만, 이에 따라 정해지는 연고항존자의 생사가 불분명한 경우나 연락이 되지 않는 경우도 있으므로, 사회통념상 가능하다고 인정되는 방법으로 생사 여부나 연락처를 파악하여 연락이 가능한 범위 내에서 종중총회의 소집권을 행사할 연고항존자를 특정하면 충분하다.²⁹⁾

23) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다 15048 판결; 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다516 판결.

24) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다30566 판결; 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다26367 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다47024 판결.

25) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70220 판결.

26) 연고항존자(年高行尊者)는 향렬이 가장 높고 나이가 가장 많은 자를 말한다.

27) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다7182 판결.

28) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다9523 판결; 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1463 판결.

4. 중증총회

중증총회의 소집권자는 종장 또는 문장이나³⁰⁾ 평소 종장이나 문장이 선임되어 있지 않고 선임에 관한 규약이나 일반관례가 없으면 현존하는 연고항존자가 종장이나 문장이 되어 총회의 소집권한을 갖는다.³¹⁾ 여기서 연고항존자인지 여부는 원칙적으로 법원의 제출된 증거를 취사선택하여 자유로운 심증에 따라 인정할 수 있는 것이나, 소집통지 대상 중증원의 범위 확정을 위하여 족보를 살펴보아야 할 것이라면 소집통지 대상자에 대응하는 소집권자인 연고항존자의 확정도 그 족보를 포함하여 판단하여야 한다.³²⁾ 한편 중증의 대표자격이 있는 연고항존자가 직접 총회를 소집하지 아니하였다더라도 그가 다른 중증원의 총회 소집에 동의하여 그 중증원으로 하여금 소집케 하였다면 그와 같은 총회 소집을 전혀 권한 없는 자의 소집이라고 볼 수 없다.³³⁾ 그리고 중증원들이 필요가 있어서 적법한 소집권자에게 임시총회의 소집을 요구하였으나 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 않는 경우에는 차석의 임원 또는 발기인이 소집권자에 대신하여 총회를 소집할 수 있다.³⁴⁾ 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 중원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다.³⁵⁾ 중증총회의 소집통지 대상이 되는 중원의 범위를 확정하는 방법에 관하여 관례는, 중원에 관한 족보가 발간되었다면 그 족보의 기재가 잘못되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 족보에 의하여 그 범위를 확정하여야 하며,³⁶⁾ 중원에 관한 새로운 세보가 발간되면 이에 의하여 총회 소집통지 중원의 범위를 확정하여야 하고 종전의 세보에 의하면 부적법하다.³⁷⁾ 여기에서 발간된 족보란 소집통지 대상이 되는 중증원의 범위

29) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2012, 405면; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결.

30) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다34124 판결; 대법원 1990. 11. 13. 90다카11971 판결.

31) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다20155 판결; 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다42439 판결.

32) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다45740 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다20155 판결.

33) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005다33060 판결; 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다61689 판결.

34) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54253 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25279 판결.

35) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다83199,83205 판결.

36) 대법원 2010. 29. 선고 2008다45740 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결.

를 확정하기 위하여 필요한 것이므로 반드시 사건 당사자인 종중이 발간한 것일 필요는 없고 그 종중의 대종중 등이 발간한 것이라도 무방하다.³⁸⁾ 총회의 소집은 특별한 사정이 없는 한 족보에 의하여 소집대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 연락 통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 하여야 하나 그 소집통지의 방법은 반드시 직접 서면으로 하여야만 하는 것은 아니고 구두 또는 전화로 하여도 되고 다른 종중원이나 세대주를 통하여도 무방하다.³⁹⁾ 그러나 소집권자가 지파 또는 거주지별 대표자에게 총회소집을 알리는 것만으로는 충분하지 않다.⁴⁰⁾ 그리고 소집통지를 받지 않은 종원이 다른 방법에 의하여 이를 알게 된 경우에는 그 종원이 종중총회에 참석하지 않았다고 하더라도 그 종중총회의 결의를 무효라고 할 수 없다.⁴¹⁾ 한편 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 별도로 종중회의 소집절차가 필요하지 않다.⁴²⁾ 종중총회 자체가 종중규약에 따르지 않고 정당한 소집권자에 의하여 소집되지 않거나,⁴³⁾ 일부 종중원에게 소집통지를 하지 않는 채 개최된 경우에는 종중총회의 결의는 무효이다.⁴⁴⁾ 특히 2005. 7. 21. 전원합의체판결이 선고된 후에는 공동선조의 자손이 성년 여자도 종중원이라고 할 것이므로 위 판결 선고 이후에 개최된 종중총회 당시 남자 종중원들에게만 소집통지를 하여 개최된 종중 총회에서 대표자로 선출된 자에 의하여 제기된 소는, 대표권이 없는 자에 의하여 제기된 것이므로 부적법하여 무효이다.⁴⁵⁾ 그리고 종중의 족보에 종원으로 등재되어 있는 성년 여성들에게 통지함이 없이 개최된 임시총회의

37) 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000다17582 판결; 대법원 1993. 3. 9. 서고 92다42439 판결.

38) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결; 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다51454 판결.

39) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273 판결; 대법원 2001. 6. 29. 99다32257 판결.

40) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다45244 판결; 대법원 1982. 5. 11. 선고 81다609 판결.

41) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다77583 판결; 대법원 2006. 10. 27. 선고 2006다23695 판결.

42) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005다74273 판결; 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005다36298 판결.

43) 대법원 1990. 11. 13. 선고 90다카28542 판결.

44) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다74273; 대법원 2001. 6. 29. 선고 99다32257 판결.

45) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다92739 판결; 대법원 2010. 7. 22. 자 2009마1948 결정.

결의는 무효이다.⁴⁶⁾ 종중총회의 결의방법에 있어 종중규약에 다른 규정이 없는 이상 종원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있으므로 일부 종원이 총회에 직접 출석하지 아니하고 다른 출석종원에 의한 위임장 제출방식에 의하여 종중의 대표자 선임 등에 관한 결의권을 행사하는 것도 허용된다.⁴⁷⁾ 또한 종중총회의 결의는 특별한 규정이나 종친회의 관계가 없는 한 과반수의 출석에 출석자의 과반수로 결정된다.⁴⁸⁾ 그러나 종중 대표자의 선임이나 종중규약의 채택을 위한 종중회의의 결의의 방법은 출석자의 과반수의 찬성으로 결의하는 것이 일반 관습이며,⁴⁹⁾ 종중원의 과반수가 출석하여 그 출석자의 과반수가 찬성하여야 유효한 결의로 되는 것은 아니다.⁵⁰⁾ 그리고 직선제에 의한 회장 선출시 의결정족수를 정하는 기준이 되는 출석종원이라 함은 당초 총회에 참석한 모든 종원을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 종원만을 의미한다고 할 것이므로 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 종원들은 이에 포함되지 않는다.⁵¹⁾

III. 종중재산의 법률관계

1. 종중재산의 법적 성질

종중은 법인 아닌 사단으로 법인격이 없어 권리주체가 될 수 없으므로 종원이 종중재산의 권리주체로 될 수밖에 없다. 조선고등법원은 종중재산은 종중에 속하는 소유형태를 종중원의 공유에 속하는 것으로 해석하였으나,⁵²⁾ 공유

46) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95387 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34982 판결.

47) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다45740 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다61567 판결.

48) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다73284 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2001다82439 판결.

49) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카6102 판결; 1981. 9. 22. 선고 81다832 판결.

50) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다1166 판결; 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다17772 판결.

51) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5568 판결; 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다65336 판결.

52) 조선고등법원 1912. 12. 13 판결; 조선고등법원 1913. 9. 12. 판결; 조선고등법원 1916. 12. 19 판결.

설을 취할 경우 구성원의 종중재산에 대한 개별적인 지분처분을 막을 방안이 없는 단점이 있음에 따라 이를 해소하기 위하여, 1927년 조선고등법원 연합부 판결로서 종전의 공유라는 견해를 변경하여 합유라고 판시한 이래 현행 민법 시행시까지 이를 유지하여 왔다.⁵³⁾ 그러나 현행민법 시행 이후에 판례는 합유 설을 취한 적도 있으나,⁵⁴⁾ 현재는 총유설을 취하고 있다.⁵⁵⁾ 현행 민법이 법인 아닌 사단의 소유형태를 총유로 보고 있는 이상 종중재산의 귀속형태 또한 총유로 보아야 할 것이다. 학설로도 총유로 새기는 것이 대체로 일치된 견해이다.⁵⁶⁾

2. 종중재산의 권리주체

종중재산, 즉 종토 또는 위토는 종가의 소유에 속하고 종손은 일족의 승인을 얻지 않고도 임의로 처분할 수 있다는 것이 일제의 관습법이다. 그러나 일족의 공유로 할 특별한 원인 또는 약속이 있는 때에는 공유자의 승인을 요하며, 제위토는 반드시 봉사손의 소유에 속한다고 할 수 없고, 문중의 공유로 할 수 있다고 함으로써 모두 종손의 소유로 인정하였다. 하지만 조선고등법원 판례는, 묘위토는 관습상 당연히 봉사손(奉祀孫)의 전유에 속하는 것만은 아니고 일문의 공유에 속한다고 하였으나,⁵⁷⁾ 위토의 소유권은 봉사자자손의 단독 소유인 것도 있고, 일문의 공유인 것도 있으며, 또 일문중 일파의 공유인 것도 있어서 항상 봉사자자손의 단독소유에만 속한다고 할 수 없다고⁵⁸⁾ 한다. 조선 시대에는 공동조상의 분묘가 있는 산판의 소유권은 그 종손에 속하는 일도 있고, 공동선조의 자손인 일문 또는 문중일파의 공유에 속하는 일도 있어 반

53) 조선고등법원 1927. 9. 23. 판결: 조선고등법원 1934. 10. 12 판결: 대법원 1958. 1. 30. 선고 4290민상736 판결: 대법원 1956. 10. 13. 선고 4288민상 435 판결.

54) 대법원 1970. 11. 30. 선고 70다1831 판결.

55) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다45349 판결: 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다10246 판결: 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결: 대법원 1994. 10. 11. 선고 94다19792 판결.

56) 송덕수, 앞의 책, 409면: 지원립, 앞의 책, 107면: 김상명, "명의신탁 교회재산의 법률관계", 「원광법학」 제28권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2012, 211면.

57) 조선고등법원 1912. 12. 23. 판결.

58) 조선고등법원 1917. 7. 17. 판결.

드시 종손의 단독소유가 아니면 자손 전체의 공유라는 관습은 없다고⁵⁹⁾ 한다. 그것이 누구의 소유이냐는 사실문제에 속하므로 그 소유관계 역시 사실문제에 속하는 것으로 볼 수 있다.

최근 대법원은, 어느 토지가 특정 묘의 위토로 되는 경위는 그 특정 묘와 관계있는 종중이 토지의 소유권을 취득하여 위토 설정을 하는 경우도 있지만 후손 중의 어느 개인이 그 소유의 토지를 특정 선조 묘의 위토로 설정하는 경우 등이 있을 수 있으므로 위토라는 사실만으로 종중 소유의 토지라고 볼 수는 없고, 또한 위토라고 하여 반드시 묘주의 소유라고 단정할 수도 없다고⁶⁰⁾ 판시하였다. 이는 조선고등법원판례와 동일하게 묘산, 위토의 권리주체에 관하여 순수한 사실인정의 문제로 보고 있다고 할 수 있다.⁶¹⁾ 그러나 대법원은 역사적 연혁이나 일제 관습법과는 달리 묘산, 위토의 경우 권리주체는 일반적으로 종중의 소유로 보는 경향이 강하다고 할 수 있다.⁶²⁾

3. 종중재산의 공시

종중재산의 공시는 첫째, 1930년 조선부동산등기령 개정 이전의 경우 둘째, 1930년 조선부동산등기령 개정 이후의 경우 셋째, 현대 부동산등기에 의한 경우 등의 세 가지로 나누어 검토할 필요가 있다.

첫째, 1930년 조선부동산등기령 개정 이전 조선시대에는 주자가례를 따라 제전설정에는 입약문관(立約聞官)이라고 하여 종중재산에 관한 규약을 만들어 관에 신고하고 관청이 장부에 등록하거나 문기·문권의 형식으로 설정하는 방법을 취하였다. 일제의 침략과 함께 토지조사령(1912. 8. 13 제령 제2호)과 조선임야조사령(1918. 5. 1 제령 제5호)의 실시에 의한 토지 및 임야조사사

59) 조선고등법원 1919. 1. 31. 판결.

60) 대법원 1997. 10. 16. 선고 95다57029 전원합의체 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005다33060 판결.

61) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다409 판결.

62) 박병호, "묘산위토의 권리주체-대법원 1977. 6. 28. 선고 76다1580 판결-", 「민사판례연구」, 2권, 박영사, 1980, 9-10면; 박덕희, "부동산 명의신탁자와 수탁자 사이의 내부적 법률관계", 「민사법연구」 16집, 대한민사법학회, 2008, 94면.

업이 시행된 결과 우리나라 근대적 의미의 부동산소유권제도의 확립이 이루어지게 되었다. 위 토지조사령에 의하면 토지의 소유자는 조선총독이 정하는 기간 내에 그 주소·성명 또는 명칭 및 소유지의 주소, 지목, 자번호, 사표, 등급, 지번, 결수를 임시토지조사국장에게 신고하여야 하고(동령 제4조), 임시토지조사국장은 토지의 조사 및 측량을 통해 토지의 소유자 및 그 강계(疆界)를 사정(동령 제9조)하여 토지대장에 사정으로 확정된 사항을 등록(동령 제17조)하도록 규정하고 있으며, 또한 토지조사령에 의하여 조사한 것을 제외한 임야에 대하여 임야의 소유자는 도(장관)가 정하는 기간 내에 성명 또는 명칭, 주소 및 임야의 소재와 지적을 부윤 또는 면장에게 신고하고(동령 제3조), 부윤 또는 면장이 임야의 조사와 측량을 하여 도(장관)에 제출하면(동령 제4조) 도(장관)가 임야의 소유자 및 그 경계를 사정(동령 제8조)한 후 임야대장에 사정함으로써 확정된 사항을 등록(동령 제17조)하도록 규정하고 있다. 그리고 사정에 의하여 소유권을 취득⁶³⁾한 소유자는 의용부동산등기법 제105조에 의하여 토지대장 또는 임야대장에 소유자로 등록된 것을 증명하여 소유권보존등기를 함으로써 등기부에 공시하게 되어 있었다. 따라서 묘산과 위토 등 종중소유재산의 경우에도 종례의 관습적 사실에 의한 소유자를 사정받게 되었는데 토지조사령이나 임야조사령에 의한 사정 무렵에는 종중이란 단체명의로 등기방법이나 사정방법을 알지 못하였으므로 종중재산인 묘산, 위토의 경우도 사정방법은 개인재산인 경우와 마찬가지로 개인명의로 사정을 받아 소유권보존등기를 하였다. 종중재산임을 사정명의로 옆에 병기한 경우 사정명의를 누구로 확정하여야 하는가에 관한 초기에 사정명의로 개인으로 본 것⁶⁴⁾과 공유자인 사정명의로 1인 및 단체원인 타공유자 전원이 사정명의로 된 것으로 보는⁶⁵⁾는 상반된 판례가 있었으나 토지조사국에서 토지를 사정함에 있어서 공유자의 1인의 성명 및 종중공유재산임을 병기하여 사정할 때에는 공

63) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다39011 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다15288 판결: 일제시의 임야조사령이나 토지조사령에 의하여 사정을 받은 사람은 소유권을 원시적·창설적으로 취득한다.

64) 조선고등법원 1918. 4. 16 판결.

65) 조선고등법원 1919. 5. 9 판결.

유자의 1인은 타공유자 전원과의 신탁계약으로 인하여 외부관계에 있어서는 완전한 소유권을 취득한 것으로 1인의 명의로 사정한 것으로 보아야 하며, 종중소유재산임의 기재는 단지 공유자의 1인인 사정명의인과 타공유자 전원과의 내부관계에서 공유자의 소유임을 표명한 것에 불과하고 토지조사령에 의한 사정으로서 소유권을 확정하는 효력이 없다⁶⁶⁾는 연합부 판결에 의하여 사정명의인은 개인으로 보되 내부관계에서는 종중재산으로 보았다.

그러나 종중재산이라도 사정명의인 옆에 종중재산임을 병기하지 않고 단독 명의로 사정받은 경우도 있었으므로 위와 같은 사정의 형식이 반드시 그 묘산, 위토의 권리주체를 표시하는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 사정명의인 옆에 종중재산임이 병기되었다면 종중재산인데 사정명의인에게 명의신탁되었다고 보아야 함이 일반적이나 그렇지 않고 단순히 개인명의로 사정되었다고 하여 반드시 개인재산으로 볼 수는 없을 것이므로 결국 사실인정의 문제로서 이를 해결하여야 할 것이다.⁶⁷⁾

둘째, 1930년 조선부동산등기령 개정 이후 종중재산에 관하여는 1930년 제령 제10호로 조선부동산등기령을 개정하여 종중, 문중 기타 법인 아닌 사단 또는 재단으로서 조선총독이 정하는 것에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단 또는 재단의 이름으로써 그 대표자 또는 관리인이 이를 신청하여야 한다(동령 제2의 4)고 규정하여 종중이라는 단체에 등기능력을 인정하였다. 이에 비로소 그 실체에 적합한 등기를 할 수 있게 되었다. 그러나 이와 같은 조선부동산등기령의 개정으로 종중명의로 등기할 수 있었음에도 등기 실정은 여전히 종손의 명의로 등기하거나 종중의 유력인사의 명의로 등기하는 일이 많았고 그전에 종손 등에게 명의신탁한 재산을 종중명의로 이전하지 않았기 때문에 현재도 종중명의로 등기된 종중부동산은 비교적 적고 종가의 자손이나 아니면 종원 중의 유력인사의 단독소유 또는 공유로 등기되어 있는 것이 상당하다.

이와 같이 종중명의로의 등기가 가능함에도 불구하고 사정된 그대로 혹은 수

66) 조선고등법원 1924. 12. 26 판결.

67) 정귀호, 앞의 책, 631-633면.

인 또는 단독명의로 등기한 채로 방치해 둔 것에서 오늘날 여러 가지 복잡한 법률문제가 생기게 되어 종종재산에 관한 분쟁이 끊이지 않고 있다.⁶⁸⁾

셋째, 부동산등기법(1960. 1. 1 법률 제536호로 시행)에 의하여 종전의 조선 부동산등기령은 폐지되었으나(부칙 제191조) 새로 시행된 부동산등기법도 종중, 문중 기타 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단 또는 재단을 등기관리자 또는 등기의무자로 한다. 등기는 사단 또는 재단의 명의로 그 대표자 또는 관리인 이를 신청한다는 규정⁶⁹⁾을 두어 종중에게 등기능력을 인정하여 여전히 그 명의로 등기할 수 있게 되었다. 그 후 부동산등기법의 개정(1986. 12. 23. 법률 제3859호)으로 부동산등기신청시에 법인 아닌 사단이나 재단이 등기관리자인 경우 부동산등기등록번호를 병기하여야 하고(동법 제41조 제2항), 이를 등기부에 기재하게 되었다(동법 제57조 제2항). 한편 부동산등기등록번호는 부동산소재지 관할시장·구청장, 군수가 부여하게 되어 있고(동법 제41조의2 제2항), 그 절차는 사단이나 재단의 대표자가 등기할 부동산의 표시, 사단이나 재단의 명칭 및 사무소 소재지, 대표자의 성명과 주소가 기재된 등록번호부여신청서를 제출⁷⁰⁾하면 시장, 군수가 부동산등기규칙 제56조에 의한 서면을 필요한 경우 요구하는 등에 의하여 단체의 성립이나 대표자의 자격 등 요건을 심사하여(동법 제6조) 등록번호를 부여한 후 그 사실을 등록대장에 기재하여 비치(동법 제7조)하도록 되어 있다. 나아가 부동산등기법의 새로운 개정(1991. 12.14. 법률 제4422호)으로 법인 아닌 사단이나 재단의 등기신청시에 신청서에 대표자나 관리인의 성명과 주소를 기재하는 외에 그의 주민등록번호를 병기하도록 하였고(동법 제41조 제2항), 이를 등기용지에도 기재하도록 하였다(동법 제57조 제2항). 이는 비법인 사단이나 재단의 대표자 또는 관리인을 등기부상 명백히 하여 됨으로써 그에 속하는 부동산의 처분권한이 누구에게 있는지를 쉽게 분간케 하고 이를 통하여 그 부동산의 처분에 따른 법적 분쟁을 예방하기 위한 것이다.⁷¹⁾

68) 정귀호, 위의 책, 633-634면.

69) 부동산등기법 제30조

70) 법인 아닌 사단·재단 및 외국인의 부동산등기용 등록번호 부여절차에 관한 규정 제5조 참조.

71) 정귀호, 앞의 책, 634-635면; 정귀호, 앞의 논문, 340면.

4. 중증재산의 사용·수익, 관리·처분

통상 총유의 경우 총유물의 사용·수익은 법인 아닌 사단의 각 사원에게 귀속하나 중증재산은 매장과 제사에 제공되거나 제사비용을 마련하기 위한 것이고, 중원의 편익을 위하여 보유하는 것이 아니기 때문에 중원에 의한 일반의 총유재산과 같은 사용·수익권은 없다.⁷²⁾ 법인 아닌 사단에 있어서 총유물의 관리 및 처분은 정관 기타 계약에 정함이 없으면 사원총회의 결의에 의해야 하고,⁷³⁾ 법인 아닌 사단의 사원이 총유자의 한 사람으로서 총유물인 임야를 사용·수익할 수 있다하여도 위 임야에 대한 분묘설치행위는 단순한 사용수익에 불과한 것이 아니고 관습에 의한 지상권 유사의 물권을 취득하게 되는 처분행위에 해당된다 할 것이므로 사원총회의 결의가 필요하다.⁷⁴⁾ 또한 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권인 분묘기지권을 취득하나,⁷⁵⁾ 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 범위 안에서 새로운 분묘를 설치하거나 원래의 분묘를 다른 곳으로 이장할 권능은 포함되지 않는다.⁷⁶⁾

중증재산의 관리는 일반 총유재산의 관리와 같이 중증규약의 정하는 바에 따라야 하고 중증규약에 별도로 정한 바가 없는 때에는 중중원 총회의 다수결의에 따라야 한다. 총유물의 보존은 특별한 사정이 없는 한 그 관리에 관한 민법 제276조 제1항의 규정에 따라 사원총회의 결의를 거쳐야 한다. 따라서 중중원들이 총회의 결의 없이 보존행위로서 총유물에 관한 타인명의로의 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하면서 그 말소등기와 중중소유임을 확인을 구하는 것은 부적법하다.⁷⁷⁾

72) 대법원 1973. 2. 13. 선고 72다2297 판결.

73) 민법 제275조 제2항, 민법 제276조 제1항.

74) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결: 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다41507 판결: 대법원 1967. 7. 18. 선고 66다1600 판결.

75) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다1092 판결: 대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결: 대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결.

76) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다28367 판결: 대법원 1958. 6. 12. 선고 4290민상771 판결.

77) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결: 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다64573 판결: 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다51591 판결.

종중재산의 취득이나 처분은 제3자와의 거래가 필요하게 될 경우에는 대표기관을 선임할 필요가 있다. 종중재산의 처분에 있어서는 종회의 결의에 의하여 선임된 종중의 대표자가 대외적으로 종중을 대표하여 처분한다. 종중재산의 처분권은 종회에 따라 선임된 대표자가 행하므로 종중의 문장이나 종손이라도 종중으로부터 종중재산의 처분권한을 수입 받지 않은 한 당연히 재산권을 처분할 권한이 없다.⁷⁸⁾ 종중재산에 관한 종중의 대표자는 일정기간 동안 종중의 전재산의 관리처분에 관하여 종중을 대표하는 것이지 동일한 기간 동안에 종중소유의 개개 부동산에 관하여 종중을 대표하는 대표자를 둘 수는 없다고 할 것이다.⁷⁹⁾ 판례도 같은 태도이다.⁸⁰⁾ 다만 종래 판례는 개별 부동산의 처분시마다 종중총회를 소집하여 재산처분에 관한 결의와 처분에 있어서의 대표자 선출에 관한 결의를 하여 종중대표를 선임하는 형식을 취하는 경우가 많은데 이는 종중재산을 처분하는 경우가 흔하지 않으므로 선임된 대표자는 일회의 처분행위로 그 임무가 종료되는 수가 많았고 평소에는 재산처분에 관한 대표자를 선임하여 둘 필요가 없었기 때문이라 한다.⁸¹⁾ 그러나 종중재산의 등기시 대표자가 함께 등기되어 공시되게 된 이상 그 대표자가 적법하게 교체될 때까지 관리처분권한을 계속하여 유지한다고 보아야 할 것이다.⁸²⁾ 적법한 대표권이 없는 자가 한 처분행위는 무효이나 종중이 추인하면 유효가 된다. 이 경우 추인하는 것은 종중의 처분행위와 다를 바 없으므로 규약 또는 종중원 총회의 결의에 따라야 한다.⁸³⁾ 대표권이 있는 자가 종중재산이 처분에 관하여 종중총회의 결의 없이 임의로 처분한 경우에 그 효력은 어떻게 될 것인가가 문제된다.⁸⁴⁾ 법인 아닌 사단인 종중의 경우 재산처분에 관

78) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다9523 판결: 대법원 1978. 5. 23. 선고 78다570 판결.

79) 정권섭, "토지소유권의 형태에 관한 일유형 : 총유의 법리구성을 중심으로", 「토지법학」 11호, 경암 금융육교수 정년기념, 한국토지법학회, 1995, 34-35면.

80) 대법원 1972. 2. 22 선고 71다2476 판결: 동일한 문증이 법인 아닌 사단으로서 때를 같이하여 문중소유 재산마다 대표자를 달리 정하여 그 재산을 소유한다 함은 문중의 동일사단의 성질상 성립될 수 없다.

81) 대법원 1997. 10. 10. 선고 95다44283 판결: 대법원 1991. 6. 14. 선고 91다2946 판결: 대법원 1988. 9. 6. 선고 87다카514 판결.

82) 정권섭, 앞의 논문, 36면.

83) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다27034 판결: 대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카3113 판결.

하여는 중중규약에 별도로 정한 바가 없을 때에는 민법 제276조 제1항에 의한 결의를 하여야 하고, 등기신청시에 정관 기타 규약과 함께 위 결의서를 첨부하도록 되어 있으므로(부동산등기법 제56조) 대표자라도 통상의 경우 결의 없이 임의로 처분할 수 없으나 결의서를 위조하는 방법에 의하여 처분할 수 있을 것인바 이 경우는 무효로 보아야 할 것이다.⁸⁵⁾

IV. 중중재산의 분쟁해결

1. 중중재산의 분쟁의 특수성

중중재산에 관한 분쟁이 발생하는 경우는 먼저, 누가 중중을 대표해 중중재산을 처분하거나 중중재산에 대한 소송수행을 하는 자격(대표권)을 가지는 것이고, 다음으로는, 과연 어느 경우에 소송대상의 부동산이 사실상 중중소유인가이다. 이는 결국 사실인정의 문제로 귀착된다. 법관 개개인의 인생관과 중중관도 연관되는 부분이다.⁸⁶⁾ 이러한 중중재산에 관하여 중중명의로 등기된 중중부동산은 비교적 적고 종가의 자손이나 아니면 종원 중의 유력인사의 단독소유 또는 공유로 등기되어 있는 것이 중중의 특수성상 발생할 수밖에 없다. 이와 같은 특수성에 비추어 중중재산에 관한 분쟁의 유형은 크게 둘로 나누어 볼 수 있다. 중중과 종원 아닌 제3자간의 소송과 중중과 종원간의 소송이 그것이다. 전자는 주로 중중재산인 부동산을 제3자에게 처분한 경우 그 처분의 효력에 관한 것으로서, 중중이 제3취득자를 상대로 한 소유권이전등기말소청구소송의 형태 또는 제3취득자가 중중을 상대로 한 소유권이전등기청구소송의 형태를 가지게 된다.⁸⁷⁾ 중중원에게 신탁된 경우에는 제3자에의 처분이 원칙적으로 유효하므로, 주로 중중명의로 등기된 부동산이 처분된 경우의 문

84) 한삼인, 앞의 논문, 163-164면.

85) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다45349 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다10246 판결; 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결.

86) 정귀호, 앞의 논문, 341면.

87) 정귀호, 위의 논문, 342면.

제이다. 이는 종중대표자가 등기되는 현행 부동산등기법에서는 대표자의 자격에 관하여 별문제가 없으나 부동산등기법의 규정이 없던 시절 등기된 대부분의 종중명의로의 등기에 있어서는 현재도 문제가 된다. 후자는 종원명의로 등기 또는 대장상 등록되어 있는 부동산에 관하여 종중이 종원을 상대로 종중소유의 재산임을 전제로 명의신탁한 것임을 주장하여 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하는 형식을 가지는 경우이다. 이와 같은 소송이 종중의 적법한 대표자에 의하여 제기되었는가와 그 부동산이 종중소유의 부동산인가가 쟁점이 될 것이다. 따라서 종중재산에 관한 분쟁에는 공통적으로 종중의 적법한 대표자에 관한 문제와 더불어 개인 명의로 등기된 부동산이 종중소유의 부동산인가가 논점이 될 것이다.⁸⁸⁾

한편, 명의신탁된 종중부동산의 토지수용 공탁금의 귀속과 관련된 대상청구권에 관한 문제가 있는데, 이 경우에는 종중이 수용의 시기 이전에 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기소송에서 승소하여 종중명의로 등기를 하였을 때에는 이를 근거로 하여 직접 출급할 수 있으나,⁸⁹⁾ 종중재산의 명의신탁과 수용에 있어서 공탁금의 대상(代償)청구권과의 관계에 있어서는 명의신탁임을 이유로 명의수탁자를 공탁금수령자로 하여 공탁금에 대하여 직접 출급을 청구할 수는 없다. 이 경우 수용의 효과가 발생하면 종중명의로의 등기가 불가능하므로 종중이 어떠한 절차로 공탁금에 대하여 권리를 행사할 것인가가 문제되는데, 명의수탁자의 소유권이전등기의무가 수용으로 이행불능이 되고 그 대상으로 취득한 공탁금출급청구의 청구권을 취득하였으므로 명의신탁자인 종중은 명의수탁자로부터 대상으로 취득한 공탁금출급청구권을 양도받아 공탁금출급청구를 할 수 있을 것이다.

2. 정당한 대표자 여부

종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 별도로 종중

88) 정귀호, 앞의 논문, 340면.

89) "토지수용보상금의 공탁에 관한 사무지침", 「법정행예」 제73호, 1990. 12. 19.

회의의 소집절차가 필요하지 않으나,⁹⁰⁾ 그러나 정기회에서 대표자를 선출하는 행위는 적법하다.⁹¹⁾ 그리고 증증규약에 규정이 있으면 증원의 일부 소수만 참석해도 유효하고,⁹²⁾ 또 대의원에 의한 총회도 가능하다.⁹³⁾ 증증의 대표자를 선출함에 있어 증증 규약이나 관습이 없는 경우에는 종장 또는 문장이 통지 가능한 성년 이상의 증원에게 총회소집통지를 하여 총회를 개최하고 출석총원 과반수의 결의로 증증대표자를 선출하는 것이 증증에 관한 일반관습이다.⁹⁴⁾ 소집권자는 문장이 선임되어 있지 않고 그 선임에 관한 문증규약이나 관습이 없으면 생존하는 증원 중 행령이 가장 높은 나이가 많은 사람이 문장이 되는 것이 일반관습이다.⁹⁵⁾ 증증원의 대부분이 증증재산의 관리 또는 처분 등에 관하여 대표자를 선정할 필요가 있어 종장에게 증회의 소집을 요구 하였으나 종장이 정당한 이유 없이 소집하지 않을 때는 차석 또는 발기인이 증회를 소집 할 수 있다.⁹⁶⁾ 증증대표자가 증증과 이해 상반되는 지위에 있어서 총회를 소집하지 아니하거나 소집을 기대할 수 없는 경우에는 대표자가 유고 시 그 권한행사를 할 수 있는 자가 총회를 소집할 권한이 있다.⁹⁷⁾ 증증총회의 소집통지는 증증의 규약이나 관례가 없는 한 통지 가능한 모든 증원에게 소집통지를 함으로써 각자가 회의의 토의와 의결에 참여할 수 있는 기회를 주어야 하고 일부 증원에게 이러한 소집통지를 결여한 채 개최된 증증총회의 결의는 그 효력이 없다.⁹⁸⁾ 일부 증증원에게 이러한 소집통지를 결여한 채 개최된 증증총회의 결의는 효력이 없고, 그 결의가 통지 가능한 증증원의 과반수의 찬성을 얻은 것이라고 하여도 효력이 없다.⁹⁹⁾ 증증총회의 결의방법에 있

90) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005다56315 판결; 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005다36298 판결.

91) 대법원 1998. 10. 23. 선고 97다4425 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결.

92) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다45244 판결; 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30309 판결.

93) 황기선, “증증이 당사자인 소송에 있어서의 몇 가지 문제점” 『재판실무연구』, 광주지방법원, 2001, 229-230면; 같은 취지의 판례, 대법원 1974. 4. 9. 선고 73다1393 판결.

94) 대법원 1999. 6. 17. 선고 98다58443 전원합의체 판결; 대법원 1987. 2. 24. 선고 86다215 판결; 대법원 1983. 12. 13. 선고 92다2899 판결.

95) 대법원 1983. 4. 23. 선고 84다카2053 판결; 대법원 1983. 7. 26. 선고 80다3106 판결.

96) 대법원 1993. 3. 12. 선고 92다51372 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결.

97) 대법원 1992. 12. 8. 선고 91다23981 판결; 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30309 판결.

98) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다7182 판결; 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결.

어 종중규약에 다른 규정이 없는 이상 종원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있다 할 것이므로, 일부 종원이 총회에 직접 출석하지 아니하고 다른 출석종원에 대한 위임장 제출방식에 의하여 종중의 대표자선임 등에 관한 결의권을 행사하는 것도 허용된다.¹⁰⁰⁾ 이상과 같은 요건이 갖추지 않은 종중 총회의 결의는 아무런 효력이 없으므로,¹⁰¹⁾ 그 결의에 의하여 선임된 대표자는 종중의 적법한 대표자라고 할 수 없을 것이고 그 대표자가 행한 종중재산의 처분은 무효라고 할 것이다.

3. 종중재산의 증명

종중재산임을 인정하기 위해서는 임야나 전답의 상황을 확정하여 묘산 또는 위토인가를 확정하여야 한다. 계쟁 부동산이 묘산이나 위토로 인정되지 않는다면 특별한 경우 외에는 종중재산으로 인정할 수 없다. 일단 묘산이나 위토로 인정되는 경우에는 그 부동산이 종중소유로 명의신탁한 것인가, 공부상의 명의자 개인의 것인지 여부에 대한 사실인정을 통하여 확정하여야 한다. 묘산, 위토인 여부와 권리주체의 문제는 별개의 문제이므로 묘산, 위토라고 하더라도 바로 종중소유로 인정할 수는 없다. 묘산, 위토가 종중재산일 요건사실은 묘산, 위토가 종중재산으로 설정된 사실일 것이므로 개인명의로 등기 또는 대장상 등록된 묘산, 위토가 종중재산으로 공부상 명의인에게 명의신탁하였음을 주장하는 자는 그러한 사실과 명의신탁을 한 경위를 주장·입증하여야 한다.

종중원 명의로 등기된 묘산이나 위토가 종중소유인지 종원 개인의 소유인지를 판정하는 기준은 명확히 확립되어 있지 않으므로, 소유권 자체를 입증할 수 없어 소유권의 귀속원인을 입증하여야 한다. 개인명의로 사정된 토지를 종중소유로 주장하는 경우에는, 사정 당시 종중이 소유관리하고 있던 사실을 입증하여야 한다. 종원이 공동출자하여 설정한 사실이나 종중재산의 증식이나 교환으로 설정한 사실을 입증하거나 상속분의 일부를 따로 떼어 봉사조로 설

99) 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005다36298 판결; 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결.

100) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다45740 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다61567 판결.

101) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다20155 판결; 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다34124 판결.

정한 경우에는 당사자의 의사, 당해 종중의 관습, 종손의 위치 등을 종합하여 볼 때 종중소유로 설정된 것임을 주장·입증하여야 한다.

V. 결 론

종중의 관습 내지 제도는 다른 나라에서 찾아 볼 수 없는 우리나라 특유한 전통이라 할 것이다. 종중을 둘러싼 사회적 관행은 관습에 해당하므로 우리나라 사회여건과 종중구성원들의 가치관에 따라 그 관습의 형태나 의식이 변화할 수 있는 것이다. 따라서 판례가 종중구성원의 자격을 공동선조의 후손 중 성년 이상이면 성별 또는 출가여부에 관계없이 종원이 될 수 있다고 종래 판례를 변경하는 것은, 헌법질서에 잘 부합될 뿐만 아니라 오늘날 사회변화의 흐름을 잘 반영한 것으로 타당하다. 그럼에도 불구하고 종중은 관습 내지 관습법에 의하여 규율되고 있으므로, 여러 가지 분쟁이 발생할 수 있다.

앞에서 검토한 분쟁을 해결하기 위하여 그 입법적 방안을 제시하면 다음과 같다. 첫째, 종중을 둘러싼 법적 분쟁을 해결하기 위해서는 종중의 경우에도 관습과 관습법에만 맡기지 말고 사단법인의 성립요건을 갖출 수 있도록 법률관계를 구체화시킬 필요가 있다. 이에 종중의 존재여부, 종중대표자 자격여부, 종중재산 처분의 적법성 여부 등을 규정할 필요가 있다. 둘째, 종중의 대표자선임을 둘러싼 종중총회결의무효확인 소 혹은 종중총회결의부존재확인 소 등의 분쟁을 합리적으로 해결하기 위하여 종중대표자를 공시하는 방안을 모색할 필요가 있다. 이에 종중재산에 대하여 종중대표자를 선임·등록을 강제하는 방안 등이 포함되어야 할 것이다. 아울러 종중총회의 소집통지, 결의 방법 등이 포함되어야 할 것이다.

하지만, 이와 같은 입법방안에도 불구하고 종중이 비록 조상숭배사상으로 인하여 봉제사를 주된 목적으로 하는 법인 아닌 사단이지만, 현대 사회의 복잡다양한 사회구조에 있어서 종중구성원 각자의 의사를 묻지 않고 당연히 그 구성원으로 보는 것은 개선할 필요가 있다고 생각한다. 또한 종중에 관한 관습은 일정불변하는 것이 아니라 사회현상 속에서 계속하여 끊임없이 변화하고 있으

므로 입법화되기까지는 법원의 능동적인 태도가 필요하다고 생각한다.

참고문헌

- 박병호, 『한국법제사』, 민속원, 2010.
- 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2009.
- 송덕수, 『민법강의』, 박영사, 2012.
- 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2007.
- 강인철, “중증재산을 둘러싼 법적 분쟁에 관한 연구”, 『저스티스』(통권 제119호), 한국법학원, 2010.
- 김문수, “중증소송에 있어서 당사자확정의 기준”, 『판례연구』 4집, 부산판례연구회, 1994.
- 김태계, “중증재산에 관한 법리”, 『법학연구』제15집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2007.
- 김상명, “명의신탁 교회재산의 법률관계”, 『원광법학』 제28권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 김시승, “중증의 법률적 성격” 『판례연구』 4집, 부산판례연구회, 1994.
- 박덕희, “부동산 명의신탁자와 수탁자 사이의 내부적 법률관계”, 『민사법연구』 16집, 대한민사법학회, 2008.
- 박병호, “묘산위토의 권리주체-대법원 1977. 6. 28. 선고 76다1580 판결-”, 『민사판례 연구』 2권, 박영사, 1980.
- 배병일, “대법원 판례에서의 유사 중증”, 『가족법연구』 20권 2호, 한국가족법학회, 2006.
- 이우석, “중증재산의 귀속과 분배에 관한 연구”, 『재산법연구』제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.
- 이찬우, “총유물의 보존행위”, 『재판과 판례』 15집, 대구판례연구회, 2007.
- 이창현, “중증의 자율권과 그 한계”, 『가족법연구』 제24권 1호(통권 제37호), 한국가족법학회, 2010.

- 정귀호, "종중에 관한 판례의 동향", 「민사판례연구」 제10집, 민사판례연구회, 1988.
- 정권섭, "토지소유권의 형태에 관한 일유형 : 총유의 법리구성을 중심으로", 「토지법학」 11호, 경암 금융육교수 정년기념, 한국토지법학회, 1995.
- 최창렬, "종중의 구성과 본질에 관한 법리 소고", 「성균관법학」 21권 3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009.
- 한삼인, "종중에 관한 판례분석", 「인권과 정의」 369호, 대한변호사협회, 2007.
- 황기선, "종중이 당사자인 소송에 있어서의 몇 가지 문제점" 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2001.

[Abstract]

The Legal relationship of Jong-jung's property in accordance with it's substance

Kim, Sang-Myeong

Professor, Jeju International Univ.

The jong-jung is one of our customary system based on the traditional idea of ancestor worship, it is spontaneous group and is created without the need for special organizational conduct. The Jong-jung is recognized as a unincorporated association, if it's activity continues, has the organization and elected representatives according to it's regulation and customs.

These jong-jung our daily lives, and many are actively involved, so there may be several disputes. No unified the Legal relationship of Jong-jung's property and rely on precedent, and especially the legal relationship is unclear not to have a method of public notice. And due to the lack of a

dispute resolution provisions, there are difficult aspects to the settlement of disputes.

Therefore, the proposed legislative measures are as follows: First, Only do not rely on the common law, the legal relationship should be materialized to satisfy the requirements of the corporation. Second, Should be disclosed jongjung representatives to resolve the dispute reasonably. In addition, should include measures to force the elected and registered representatives on Jong-jung's property.

Key words : Chong-yu, Jong-jung, Members of Jong-jung, Property of Jong-jung, Joint Ownership, Unincorporated association