

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

[공유물분할·소유권이전등기말소등기·독립당사자참가의소] [공2011상, 567]

판 시 사 항

- [1] 행위자가 타인의 이름으로 계약을 체결한 경우, 계약당사자의 확정 방법
- [2] 종중이 명의신탁한 부동산에 관하여 종중 및 수인의 명의수탁자를 매도인으로 하여 매매계약이 체결된 사안에서, 명의수탁자들이 종중과 함께 공동매도인의 지위에 있다고 한 사례
- [3] 무효행위나 무권대리행위를 묵시적으로 추인하였는지 여부의 판단 기준
- [4] 종중총회의 적법한 소집권자가 종중◇들의 정당한 소집 요구에 불응한 경우, 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는지 여부(소극)
- [5] 종원들이 비상대책위원회를 구성하여 종중의 임시총회 소집권자들에게 임시총회의 소집을 요구하였으나 이에 불응하자 직접 소집통지를 하여 임시총회를 개최한 사안에서, 기존 회장 등이 정당한 이유 없이 위 소집요구에 불응하였으므로 비상대책위원회 측 종원들이 직접 모든 종원들에게 소집통지를 하여 개최한 임시총회는 적법하다고 한 사례

판 결 요 지

[1]계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질 · 내용 · 목적 · 체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다.

[2]종중이 명의신탁한 부동산에 관하여 종중 및 수인의 명의수탁자를 매도인으로 하여 매매계약이 체결된 사안에서, 매매계약서 기재 내용대로 명의수탁자들이 종중과 함께 공동매도인의 지위에 있다고 판단한 사례.

[3]무효행위 또는 무권대리행위의 추인은 무효행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 묵시적인 방법으로도 할 수 있으므로, 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있는 경우에는 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있다.

[4]종중◇들이 종중 재산의 관리 또는 처분 등을 위하여 종중의 규약에 따른 적법한 소집권자 또는 일반 관례에 따른 종중총회의 소집권자인 종중의 연고항존자에게 필요한 종중의 임시총회 소집을 요구하였음에도 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 차석 또는 발기인(위 총회의 소집을 요구한 발의자들)이 소집권자를 대신하여 그 총회를 소집할 수 있는 것이고, 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다.

[5]종원들이 비상대책위원회를 구성하여 종중의 기존 회장 및 연고항존자 등 임시총회 소집권자들에게 종중 재산의 관리 · 처분 등과 관련한 대표자 자격시비를 없애기 위하여 임시총회의 소집을 요구하였으나 이에 불응하자 비상대책위원회 측 종원들이 소집통지를 하여 임시총회를 개최한 사안에서, 기존 회장 등이 정당한 이유 없이 위 소집요구에 불응하였으므로 비상대책위원회 측 종원들이 직접 모든 종원들에게 소집통지를 하여 개최한 임시총회는 특별한 사정이 없는 한 적법하다고 한 사례.

참 조 조 문

[1]민법 제105조

[2]민법 제105조

[3]민법 제130조,제139조

[4]민법 제31조,제70조,제71조

[5]민법 제31조,제70조,제71조

참 조 판 례

[1] 대법원 1998.3.13.선고 97다22089판결(공1998상,1011), 대법원 2003.12.12.선고 2003다44059판결(공2004상,125)

[2] 대법원 1997.5.16.선고 97다7356판결(공1997하,1840), 대법원 2000.10.6.선고 2000다27923판결(공2000하,2284)

[3] 대법원 2009.9.24.선고 2009다37831 판결(공2009하,1747)

[4] 대법원 1993.3.12.선고 92다51372판결(공1993상,1170), 대법원 1995.6.16.선고 94다53563판결(공1995하,2501), 대법원 1997.9.26.선고 97다25279판결(공1997하,3250), 대법원 2006.1.26.선고 2005다45636판결

따 름 판 례

대법원 2017. 11. 14 선고 2014다21021, 21038 판결 , 대법원 2014. 2. 13 선고
2012다112299, 112305 판결 , 대법원 2013. 11. 28 선고 2010다91831 판결 , 대법원 2013. 6.
27 선고 2013다11959, 11969 판결 , 대법원 2011. 2. 10 선고 2010다82639 판결

전 문

【원고,상고인 겸 피상고인】 선■정공 주식회사 외 2인

【원고,피상고인】 피○케이 주식회사 외 1인

【원고,상고인 겸 피상고인】 주식회사 동□▲랙스 외 1인

【원고,피상고인】 원고 8

【원고,상고인 겸 피상고인】 주식회사 영▼기연 외 1인

(소송대리인 법무법인 바른 담당변호사 석▽철 외 1인)

【원고 피○케이 주식회사,주식회사 서○의 승계참가인,상고인】 주식회사 중◇

(소송대리인 법무법인 바른 담당변호사 석▽철 외 1인)

【원고 8의 승계참가인,상고인】 주식회사 천△스틸

(소송대리인 법무법인 바른 담당변호사 석▽철 외 1인

【피고,피상고인】 피고 1외 3인

【독립당사자참가인,상고인】 탐●●●중♡♡♡신◇◇중중 (소송대리인 변호사 최×영)

주 문

원심판결을 파기하고,사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1.원고들 및 승계참가인들의 상고이유에 관하여

가.상고이유 제1,2점에 관하여

(1)계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는,우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고,행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질 · 내용 · 목적 · 체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대법원 1998.3.13.선고 97다22089판결, 대법원 2003.12.12.선고 2003다44059판결 등 참조).

(2)원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면,원심은 그 채용증거를 종합하여,탐△최씨 제12세손 ‘소외 1’및 그 아들 ‘소외 2’의 후손 중 성년 이상인 사람을 구성원으로 하는 이 사건 종중은 1971.12.8.중산인 충남 ○○군 ○○면(이하 상세지번 1생략) 임야 320,109㎡(이하 ‘이 사건

임야라고 한다)를 피고 1에게 명의신탁하여 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤다가 1973.5.18.그 중 8/9지분을 피고 2,피고 3,피고 4를 포함한 종원 8인에게 명의신탁하여 이들의 합유로 소유권이전등기를 마쳤으며,이후 위 8인 중 5인이 순차로 사망하여 2007.10.18.위 8/9지분의 합유자를 피고 2,피고 3,피고 43인으로 변경하는 변경등기를 마친 사실,이 사건 종중은 충남 ○○군 ○○면(이하 상세지번 2생략)답 992㎡ 등 12필지의 전답 및 대지(이하 ‘종중 명의 토지’라고 한다)에 관하여도 소유권보존등기를 마치고 소유하고 있었던 사실,2007.7.18.피고들 및 이 사건 종중을 매도인으로 하고,원고 신♡♡@화●업 주식회사를 제외한 나머지 원고들(이하 ‘매수 원고들’이라고 한다)을 각 매수인으로 하여,이 사건 임야 중 285,685㎡ 및 종중 명의 토지(이하 통칭하여 ‘매매 대상 토지’라고 한다)에 관한 9개의 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’이라고 한다)이 체결된 사실,이 사건 매매계약에는 “매도인이 각 매수인에게 매매 대상 토지 중 약정된 부분을 이전하고,각 매수인은 이에 해당하는 매매대금을 종중에서 지정하는 계좌에 입금하는 방식으로 지급한다.추후 발생하는 모든 법적,행정적인 문제는 합유자들이 아닌 종중에서 책임진다.”는 등의 내용이 포함되어 있는 사실,이 사건 매매계약은 매도인 측에서는 이 사건 종중의 회장인 피고 1과 총무인 소외 3등 당시의 종중 임원들의 주도로 체결되어 위 임원들은 이 사건 임야의 소유명의자인 피고들로부터 교부받은 인장과 종중의 인장을 각 매매계약서의 매도인란에 날인하였고,이후 매수 원고들은 이 사건 종중이 관리하는 통장으로 매매대금을 입금하였으며,종중의 임원들은 2008.5.14.피고들로부터 이 사건 임야의 소유권이전에 필요한 서류를 교부받아 이 사건 임야 중 합계 859,809/960,327지분 및 종중 명의 토지 중 각 매수 부분에 관하여 매수 원고별로 각 지분소유권이전등기를 마쳐준 사실,원고 선■정공 주식회사(이하 ‘원고 선■정공’이라고 한다)를 제외한 나머지 매수 원고들 8인은 2008.12.26.이전받은 이 사건 임야의 각 지분 중 일부씩을 원고 신♡♡@화●업 주식회사에 매도하고 2008.12.31.각 지분소유권이전등기를 마쳐주었고,그 후 원고 피●케이 주식회사는 그의 지분을 원고 주식회사 고♡♡♡스트 및 원고 피●케이 주식회사,주식회사 서●의 승계참가인에게,원고 주식회사 서●은 그의 지분을 위 승계참가인에게,원고 8은 그의 지분을 그의 승계참가인에게 각각 매도하고 지분소유권이전등기를 마쳐준 사실,이에 따라 이 사건 임야에 관하여는 원고 피●케이 주식회사,주식회사 서●,원고 8을 제외한 나머지 원고들과 위 승계참가인들

및 피고들의 명의로 그 판시 지분비율에 따른 소유권이전등기가 마쳐져 있는 사실 등을 인정한다. 이 사건 매매계약이 매도인을 피고들 및 이 사건 종중 명의로 하였고, 매매계약의 내용에 “매수인은 매매대금을 종중에서 지정하는 계좌에 입금하는 방식으로 지급하고, 추후 발생하는 모든 법적, 행정적인 문제는 합유자들이 아닌 종중에서 책임진다.”라는 내용이 포함되어 있는 점, 이 사건 매매계약 당시 이 사건 종중의 회장인 피고 1, 총무 소외 3등 종중 임원들의 주도하에 매매계약의 주된 요소라고 할 수 있는 매수인 및 매매대금의 확정, 매매대금의 지급 방법, 소유권이전등기에 필요한 서류의 준비 및 교부 등이 결정되는 등 이 사건 매매계약의 체결 경위와 그 이행 경과 등에 비추어 보면, 이 사건 매매계약의 매도인은 이 사건 종중이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(3) 그러나 원심의 판단은 앞에서 본 법리와 아래에서 보는 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다. 먼저, 원심이 확정된 사실에 의하면, 이 사건 임야는 이 사건 종중이 피고들에게 명의신탁하여 피고들 명의로 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 마쳐져 있었고, 이 사건 매매계약서에도 피고들이 이 사건 종중과 함께 매도인으로 기재되어 있음은 분명하다. 또한 기록에 의하면, 이 사건 종중의 회장인 피고 1등 임원들은 당초 매매 대상 토지를 원고 선■정공에 평당 26만 원에 단독으로 매도하기로 하고 그 계약체결일을 2007.6.21.로 약정하였으나, 이 사건 임야의 명의수탁자인 피고 4의 아들 소외 4등이 등기명의에 대한 보상을 요구하면서 계약체결에 협조하지 아니하여 계약체결일을 몇 차례 연기하였고, 그 과정에서 위 피고 등의 요구를 받아들여 위 보상 등을 위하여 대금을 평당 27만 원으로 증액한 사실, 이 사건 종중의 회장인 피고 1은 2007.7.18. 원고 선■정공과 사이에 매도인을 피고들로 하는 이 사건 임야에 관한 매매계약 및 매도인을 이 사건 종중으로 하는 종중 명의 토지에 관한 매매계약을 각각 체결한 사실, 그런데 이후 원고 선■정공이 물류센터 허가를 받지 못하여 위 각 매매계약의 특약에 의하여 매수인을 매수 원고들로 변경하여 줄것을 요청하자, 이 사건 종중과 매수 원고들은 다른 계약내용은 그대로 유지하면서 매매대상 토지의 일부씩을 분할하여 매매했기로 하는 내용의 이 사건 매매계약을 각각 체결하면서 그 날짜를 당초의 매매계약일인 2007.7.18.로 소급한 매매계약서를 작성한 사실, 이 사건 매매계약서에는 목적물의 소유명의에 관계없이 일률적으로 피고들 및 이 사건 종중이 매도인란에 기재되고 각각 도장이 날인되어 있는 사실, 피고들은 당초의 매매계약 및 이 사건 매매계약 체결 당시 현장에 입회하여 인감도장 등을 건네주어 계약서에

날인하도록 하였고,이후 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 교부한 사실,이 사건 종중은 피고들에게 등기명의에 대한 보상금 명목으로 위 매매대금 중에서 1억 원씩을 지급하였고,피고 1,피고 4에게는 같은 명목 등으로 4억 원을 추가로 지급한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계 및 기록을 통하여 알 수 있는 다음과 같은 사정,즉 이 사건 임야는 피고들 명의로 등기되어 있었으므로 만약 피고들이 매매계약 체결 또는 소유권이전등기절차에 협조하지 않으면 매수인으로서 그 소유권을 취득할 수 없거나 현저히 곤란하여지는 점,따라서 원고 선■정공을 비롯한 매수 원고들이 주로 이 사건 임야의 명의신탁자인 이 사건 종중의 임원들과 매매대금 등에 관하여 협의하였다고 하더라도,그 등기명의자인 피고들을 매도인에서 완전히 배제하려는 의사였다고 생각하기는 어렵고,이는 이 사건 매매계약 체결 과정에서 일부 피고들의 협조 거부로 어려움을 겪다가 그들에게 등기명의에 대한 보상금을 지급하기로 한 이 사건 종중도 마찬가지라고 할 것인 점,당초 이 사건 임야에 관한 매매계약은 그 등기명의자인 피고들을 매도인으로 하여,종중 명의 토지에 관한 매매계약은 그 등기명의자인 이 사건 종중을 매도인으로 하여 각별로 체결되었다가 매수인이 원고 선■정공에서 매수 원고들로 변경되는 과정에서 매도인을 이 사건 종중과 피고들로 한 이 사건 매매계약서가 소급 작성된 점,피고 1은 이 사건 종중의 회장으로로서 이 사건 매매계약 체결을 주도하였고,나머지 피고들 또한 이 사건 매매계약 현장에 입회하여 인감도장을 교부하여 날인하도록 하고 소유권이전등기절차에 협력하는 등 계약체결에 어느 정도 관여하였으며,그 대가로 등기명의 보상금을 받기도 한 점,이 사건 매매계약에서 매매대금을 이 사건 종중이 지정하는 계좌로 입금하기로 한 것은 이 사건 임야가 명의신탁부동산이어서 당연한 것으로 보이고,계약과 관련한 법적인 문제 등을 종중에서 책임지기로 한 것도 같은 취지로 이해할 수 있으므로,그것이 피고들의 매도 당사자 지위를 부정하는 근거는 되지 못한다고 할 것인 점 등을 종합적으로 고려하여 보면,이 사건 매매계약은 그 계약서 기재내용대로 매수 원고들을 매수인으로,이 사건 종중과 피고들을 매도인으로 하여 체결된 것으로서,피고들은 이 사건 종중과 함께 공동매도인의 지위에 있다고 봄이 상당하다고 할 것이다(대법원 1997.5.16.선고 97다7356 판결, 대법원 2000.10.6.선고 2000다27923판결 등 참조).

(4)그럼에도 원심은 이와 달리 이 사건 종중만이 이 사건 매매계약의 당사자라고 하여 이 사건 임야의 처분에 관한 종중결의에 하자가 있다는 이유만으로 원고들 및 승계참가인들 명의의 각

지분소유권이전등기가 모두 무효라고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 계약당사자 확정에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 상고이유 제3점에 관하여

(1) 무효행위 또는 무권대리행위의 추인은 무효행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 묵시적인 방법으로도 할 수 있으므로, 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있는 경우에는 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있다(대법원 2009.9.24. 선고 2009다37831판결 등 참조).

(2) 원심이 확정된 사실 및 그 채택증거에 의하면, 이 사건 종중은 원고들로부터 매매대금을 모두 지급받은 후 그동안의 수입지출 등의 경과를 보고하고 매매대금의 배분을 결의하기 위하여 여성 종원들을 포함한 연락 가능한 종원들에게 2008.4.22. 당시 회장인 피고 1명의로 ‘종재활용 계획안 외 3건’을 안건으로 하여 임시총회에 대한 소집통지를 한 사실, 이에 따라 2008.5.10. 개최된 임시총회에서 남성 종원 108명, 여성 종원 71명이 참석하여 그동안 종원의 자격이 부인되었던 여성 종원들도 당해 총회에 한하여 의결권을 인정하자는 결의와 종중의 명칭 변경 및 등록, 잔여 종토의 처리 방안, 사업비와 운영자금을 공제한 잉여종재를 3개파(●파, 웅▲파, 송×파)에 공동 배분하기로 한다는 잉여종재 활용방안에 대한 안건을 참석한 종원 중 92명의 찬성으로 가결하였고, 당시 종중의 총무인 소외 3이 공지사향으로 “총회 의결에 따라 종토 90,862평을 평당 27만 원씩 총 245억 2,900만 원에 매각하였으며 잔여 면적은 2필지로 대략 1만 5,000여 평을 남겼다.”라는 내용을 보고한 사실, 위 임시총회 결의에 따라 이 사건 종중의 3개파는 각자 위 매매대금 일부씩을 배분받아 종원들에게 분배한 사실, 한편 이 사건 종중은 이 사건 매매계약이 체결된 후 그 계약내용을 이행하기 위하여 종원들의 협조를 얻어 이 사건 임야에 있던 분묘를 이장하는 등의 조치를 취하였고, 이에 따라 이 사건 종중의 종원들도 대부분 이 사건 매매계약 체결사실을 알고 있었으나 위 임시총회 이후 2008년 6월경까지는 별다른 이의를 하지 아니한 사실을 알 수 있다.

위와 같이 이 사건 종중의 종원들이 이 사건 매매계약 체결 사실을 알고 있는 상태에서 이 사건 매매계약이 유효함을 전제로 그 대금을 종원들에게 분배하기로 하는 결의를 하였고, 이에 따라 실제로

분배까지 이루어졌다면,앞에서 본 법리에 비추어 이 사건 종중은 적어도 묵시적으로나마 종중재산 처분에 관한 종전 결의 및 이 사건 매매계약을 추인하였다고 보아야 할 것이다.따라서 이 사건 매매계약의 공동매도인의 지위에 있는 이 사건 종중의 총회결의에 하자가 있었다고 하더라도,그와 같은 하자는 위 추인에 의하여 적법하게 치유되었다고 할 것이므로(원심과 같이 이 사건 종중이 단독 매도인의 지위에 있다고 볼 경우에도 마찬가지임은 물론이다),이 사건 매매계약을 기초로 마쳐진 매수 원고들의 각 지분소유권이전등기는 유효하다고 할 것이다.

(3)그럼에도 원심은 이와 달리 묵시적 추인이 있었던 것으로 보기 어렵다고 판단하고 말았으니,이러한 원심판결에는 묵시적 추인에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

2.독립당사자참가인의 상고이유에 관하여

가.종중◇들이 종중 재산의 관리 또는 처분 등을 위하여 종중의 규약에 따른 적법한 소집권자 또는 일반 관례에 따른 종중총회의 소집권자인 종중의 연고항존자에게 필요한 종중의 임시총회의 소집을 요구하였음에도 그 소집권자가 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 차석 또는 발기인(위 총회의 소집을 요구한 발의자들)이 소집권자를 대신하여 그 총회를 소집할 수 있는 것이고(대법원 1993.3.12.선고 92다51372 판결, 대법원 1995.6.16.선고 94다53563판결, 대법원 1997.9.26.선고 97다25279판결 등 참조),반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다(대법원 2006.1.26.선고 2005다45636판결 참조).

나.원심이 확정된 사실에 의하면,이 사건 종중의 종중◇인 소외 5,소외 6등은 종중임원들 주도의 종중 재산 매도 및 그 매매대금의 분배에 불만을 품고 2008년 6월경부터 비상대책위원회(이하 ‘비대위’라고 하고,이를 구성하거나 이에 동조한 종원을 ‘비대위 측 종원’이라고 한다)를 구성하여 종중 회장인 피고 1에게 위 매매대금의 분배,종중 임원 개임 등의 의안을 다룰 종중 임시총회의 개최를 요구하였고,위 피고가 이를 거부하면서 이 사건 종중은 기존 임원들에 동조하는 종원들과 비대위 측 종원들 사이에 심한 갈등이 발생한 사실,비대위 측 종원들이 2008년 8월경 이 사건 종중의 회장인

피고 1 및 연고항존자 소외 7, 차석 연고항존자 소외 8에게 종종 임시총회의 소집을 요구하였으나 위 3인은 이를 거부하였고, 이에 소외 6은 2008.9.3. 비상대책위원회 명의로 자신이 파악하고 있는 종원들에게 ‘회장, 총무 및 임원진 전원사퇴, 임원진 공금횡령 환수조치문제 등’을 안건으로 한 비상 임시총회 소집을 통지한 사실, 이에 따라 2008.9.6. 14:00경 임시총회가 개최되어 “종원 44명이 참석하여 전원 찬성으로 소외 5가 회장으로 선임되었다.”는 내용의 총회 회의록이 작성되었고, 곧바로 15:00경 소외 5가 비대위원장 자격으로 총회를 진행하여 “참석 종원 44명 중 34명이 비대위를 인준하였고 기존 임원들은 2008.9.6.부터 자격이 상실되었으며 향후 비대위가 종종 업무를 추진하여 바로잡은 연후에 새로운 임원을 구성해 업무를 인계하겠다.”는 내용의 총회 회의록이 작성된 사실, 이후 소외 5는 2008.9.9. 비대위원장 명의로 피고 1 등 이 사건 종종의 기존 임원들에게 “비대위가 발족하여 기존 임원을 해임하였으니 추후 종종 업무는 비대위에서 인수하겠다.”는 내용의 통지를 하고, 2008.9.25. 비대위 명의로 종원들에게 총회 개최를 통지한 후 2008.10.5. 비대위원장 자격으로 총회를 개최한 사실, 한편 피고 1은 비대위와는 별도로 2008.12.22. 종종 회장 지위에서 이 사건 종종의 임시총회를 개최하고, “피고 1은 회장직을 사임하였고, 참석 종원 61명 중 의결권이 부인된 여성 종원 3명을 제외한 58명 중 47명의 찬성으로 소외 9를 신임 회장으로 선임하였다.”는 내용의 총회 회의록을 작성한 사실, 이후 소외 9는 2009.3.22. ‘자금사용에 대한 감사보고, 이사 선임’을 안건으로 한 임시총회를 개최하였는데, 비대위 측 종원들이 다수 참석하여 소외 9에 대한 탄핵안을 발의하고 이에 찬성하는 종원들의 서명을 받자, 위 임시총회는 파행으로 끝난 사실, 비대위 측 종원들인 소외 6, 소외 10 등은 소외 5의 위임을 받아 2009.3.26. 임시총회 소집통지를 하였고, 2009.4.5. 개최된 임시총회에서 “참석 종원 31명 중 25명의 찬성으로 소외 9를 탄핵하고 소외 10을 신임 회장으로 선임하였다.”는 내용의 총회 회의록을 작성한 사실, 한편 소외 9는 별도로 임시총회 소집통지를 하여 2009.4.20. ‘규약 개정, 임원 선임’을 안건으로 한 총회를 개최한 사실, 그러다가 이 사건 소송의 진행 중에 소외 10 및 소외 9를 종종 회장으로 선임한 각 임시총회의 절차상 적법성에 대한 의문이 제기되자, 비대위 측 종원들은 2009.6.15. 피고 1(기존의 회장) 및 소외 9(기존 임원진이 새로운 회장이라고 주장하는 사람), 소외 7(연고항존자), 소외 8(차석 연고항존자)에게 ‘종중 회장 확정’을 안건으로 한 임시총회의 소집을 요구하였으나, 위 4인은 이를

거절한 사실,이에 비대위 측 종원들은 이 사건 종중의 족보를 통해 종원을 확정하고 각 종원의 연락처를 조사한 후 2009.6.26.자신들을 이 사건 종중의 임시총회 발기인으로 하여 여성 종원을 포함한 연락 가능한 종원 261명에게 임시총회 소집을 통지한 사실,이에 따라 2009.7.5.개최된 임시총회에 82명의 종원이 참석하였고,그 중 81명의 찬성으로 “소외 10을 회장으로 선임하고,종중의 명칭은 ‘탐●●●중♡♡♡신평파중회’으로 확정한다.”는 내용의 결의를 한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면,비대위 측 종원들이 이 사건 종중의 기존 회장 및 연고항존자 등 임시총회 소집권자들에게 종중 재산의 관리,처분 등과 관련한 대표자 자격시비를 없애기 위하여 임시총회의 소집을 요구한 것은 정당하고,피고 1등은 정당한 이유 없이 위 소집요구에 불응하였다고 할 것이므로,비대위 측 종원들이 직접 모든 종원들에게 소집통지를 하여 개최한 2009.7.5.자 임시총회는 특별한 사정이 없는 한 적법하다고 보아야 할 것이다.

다.그럼에도 원심은 앞에서 본 대법원 판례는 민법 제70조를 적용할 수 없는 특별한 사정이 있거나 위와 같은 방식에 의한 총회의 소집을 허용하지 아니하면 종중이 그 목적을 달성할 수 없게 되는 등 극히 제한적인 경우에 한하여 적용되는 것이라고 전제하고 이 사건에서는 그와 같은 특별한 사정이 인정되지 않는다고 하여 비대위 측 종원들이 소집한 임시총회는 부적법하고 그 총회에서 소외 10을 회장으로 선임한 결의 또한 부적법하다고 하여 독립당사자참가신청을 각하하고 말았으니,원심판결에는 종중총회 소집권자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

3.결론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고,사건을 다시 심리 · 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여,관여 대법관 의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장) 박시환 안대희(주심) 차한성