

대법원 2004. 11. 11 선고 2004다37164 판결 [소유권말소등기]

재판경과

대법원 2004. 11. 11 선고 2004다37164 판결

서울고등법원 2004. 6. 24 선고 2003나9164 판결

전문

【원고, 상고인】 남양홍씨 중랑장파종중(소송대리인 법무법인 정A 담당변호사 박BA외 13인)

【피고, 피상고인】 고CA외 4인(소송대리인 법무법인 희망 담당변호사 정BB외 4인)

【원심판결】 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003나9164 판결

주문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이유

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 1989. 10.경 원고 종중의 회장은 홍재수였으며, 당시 원고 종중의 규약은 ‘회장은 총회에서 선출하고’, ‘정기총회는 매년 4월 마지막 일요일 당성사향시 개최하며’, ‘총회는 규약의 개정, 임원선출, 감사보고 기타 중요사항을 의결하고, 총회는 출석회원의 과반수 이상

찬성으로 의결한다'고 규정하고 있을 뿐, 임시총회의 소집절차에 관하여는 별달리 정하고 있지 않았던 사실, 1998. 3. 14. 홍DA을 비롯한 16명의 종A이 임시총회를 개최하여 원고 종중 비상대책위원회를 결성하기로 하고 향후 일체의 종중사업에 관한 논의 및 결정을 원고 종중 비상대책위원회에서 의결하기로 하여 위원장으로 홍DA을 선출한 다음 이 사건 부동산의 매각과 관련된 문제의 처리를 논의하여 온 사실, 홍DA은 '원고 종중 비상대책위원회 위원회 위원장', '종사소위원회 위원장' 및 '20인 준비위원회 대표위원'의 자격으로 2000. 12. 15.자 임시 종중총회를 소집하여 그 총회에서 원고 종중의 회장으로 선출되었고, 위 총회의 소집 통지는 원고 종A 중 283명에게 소집통지서를 우편 발송하는 방법으로 보낸 사실 등을 인정한 다음, 원고 종중의 1998. 3. 14.자 임시총회는 적법한 소집절차를 거쳤는지는 물론, 누가 소집하였는지조차 불분명하여 부적법하므로 위 총회에서 결성된 원고 종중 비상대책위원회의 위원장으로 선출된 홍DA은 원고 종중의 적법한 대표자라고 할 수 없으며, 2000. 12. 15.자 임시 종중총회의 소집자인 홍DA이 적법한 총회 소집권자가 아닐 뿐만 아니라 소집절차 역시 국내에 거주하고 소재가 분명한 원고 종중의 종A 전원에게 적절한 방법에 의한 소집통지를 거쳤다고 볼 수 없어서 부적법하므로, 2000. 12. 15.자 임시 종중총회에서 원고 종중의 회장으로 선출된 홍DA은 원고 종중의 적법한 대표자라고 할 수 없으며, 따라서 홍DA이 원고 종중을 대표하여 제기한 소는 부적법하다고 하여 이 사건 소를 각하하였다.

종중 대표자의 선임에 있어서 그 종중에 규약이나 일반 관례가 있으면 그에 따라 선임하고 그것이 없다면 종장 또는 문장이 그 종A 중 성년 이상의 남자를 소집하여 출석자의 과반수 결의로 선출하며, 평소에 종중에 종장이나 문장이 선임되어 있지 아니하고 선임에 관한 규약이나 일반 관례가 없으면 현존하는 연고항존자가 종장이나 문장이 되어 국내에 거주하고 소재가 분명한 종A에게 통지하여 종중총회를 소집하고 그 회의에서 종중 대표자를 선임하는 것이 일반 관습이며(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다50722 판결, 1997. 11. 14. 선고 96다25715 판결 등 참조), 종중의 규약이나 관행에 의하여 매년 일정한 날에 일정한 장소에서 정기적으로 종중원들이 집합하여 종중의 대소사를 처리하기로 되어 있는 경우에는 종중총회 소집절차가 필요하지 않다고 할 것이지만(대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결 참조), 종중이 임시총회를 개최할 때에는 특별한 사정이 없는 한 세보에

기재된 모든 종중원은 물론 기타 세보에 기재되지 아니한 종A이 있으면 이 역시 포함시켜 총회의 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 소재가 분명하여 연락 가능한 모든 종A에게 개별적으로 소집통지를 하여야 할 것이고(대법원 2000. 7. 6. 선고 2000다17582 판결 참조), 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없으며(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다20155 판결 참조), 적법한 소집절차를 거치지 아니한 종중총회에서 선출된 대표자는 종중의 적법한 대표자라 할 수 없다(대법원 1996. 10. 11. 선고 95다34330 판결 참조).

한편, 종중이 당사자인 사건에 있어서 그 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지의 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이고, 이러한 직권조사사항은 자백의 대상이 될 수 없으며(대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다42908 판결 참조), 따라서 법원으로서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지에 대한 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리, 조사할 의무가 있다고 할 것이다(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다40578 판결, 1991. 10. 11. 선고 91다21039 판결 등 참조).

앞서 본 법리 및 기록에 의하면, 원고 종중의 1998. 3. 14. 임시회의 및 2000. 12. 15.자 종중총회가 부적법하고, 그 종중총회에서 선출되었다는 홍DA이 원고 종중의 적법한 대표자라고 볼 수 없다는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 당사자변론주의 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 원고가 부담하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 윤재식 이규홍 김영란(주심)