

대구지방법원 2019. 10. 2 선고 2019나300109 판결 [명의신탁해지로 인한 소유권이전등기청구]

재판경과

대구지방법원 2019. 10. 2 선고 2019나300109 판결

대구지방법원 영덕지원 2018. 12. 18 선고 2018가단331 판결

전문

원고, 항소인 A 총회

소송대리인 변호사 신용길

피고, 피항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 해송

담당변호사 남궁울

변론 종결 2019. 8. 21.

판결 선고 2019. 10. 2.

제1심판결 대구지방법원 영덕지원 2018. 12. 18. 선고 2018가단331 판결

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고의 대표자로 표시된 D이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다.

별지1 목록 기재 각 부동산에 대한 각 1/3 지분에 관하여

1. 피고 C은 피고 B에게 대구지방법원 영덕지원 2011. 11. 1. 접수 제11588호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,
2. 피고 B은 원고에게 이 사건 소장 송달일자 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

- 원고는 T파 L(K 61세손)을 공동선조로 하는 종중이다.
 - 위 시조의 11세손(K 71세손) S은 2018. 2.경 원고의 종원 약 311명에게 종중총회 소집통지를 하였다.
 - 위 소집통지에 따라 개최된 2018. 3. 3.자 종중총회(이하 '이 사건 종중총회')에서 종중원에게 명의신탁되었던 원고의 재산을 회수한다는 내용의 이 사건 소를 제기하는 것에 대한 결의가 이루어졌다. 또한 소송수행을 위한 대표자로 D이 선출되었다.
- [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑4 내지 8호증(가지번호 포함), 변론 전체의 취지

2. 이 사건 소의 적법 여부

가. 관련 법리

- (1) 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐이다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결 등 참조).
- (2) 종중대표자의 선임이나 종중총회의 소집통지에 관하여 종중규약이나 관례가 있으면 그에 따라야

하고, 그 규약이나 관례가 없으면 생존하는 종원 중 향렬이 가장 높고 나이가 많은 사람(연고항존자)이 문장이 되어 총회의 소집권한을 가진다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다78258 판결 등 참조).

(3) 종중 대표자의 선임을 위한 종중총회의 결의가 유효하기 위하여는 그 총회가 적법한 소집권자에 의하여 소집되었을 것을 요하므로 적법한 소집권자에 의하여 소집되지 아니한 경우에는 위 총회에서의 대표자선임결의는 효력이 없다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다51076 판결 등 참조).

나. 당사자들의 주장

(1) 피고들의 주장 - S은 연고항존자가 아니다. S의 소집통지에 의하여 개최된 이 사건 종중총회는 적법한 소집권자가 아닌 자에 의해 소집된 셈이다.

- 또한 원고의 종원들 중 일부에 대하여는 소집통지조차 없었다.
- 따라서 이 사건 종중총회는 그 효력이 인정되지 아니한다.
- 그렇다면 이 사건 소는 적법한 종중총회의 결의 없이 제기되었고, 원고를 대표하여 이 사건 소를 제기한 D 또한 원고의 적법한 대표자가 아니다. 이 사건 소는 부적법하다.

(2) 원고의 주장 - S은 생존하고 있는 원고의 종원 중 향렬이 가장 높다. 또한 연고항존이 종중총회 소집권한의 절대적 요건이 되는 것도 아니다.

- 원고는 족보를 근거로 연락이 가능한 종원 311명에게 종중총회 소집통지를 하였다.
- 따라서 이 사건 종중총회 결의는 적법하다.

다. 판단

(1) 대표자를 선임하기 위하여 개최되는 종중총회의 소집권을 가지는 연고항존자를 확정함에 있어서 여성을 포함한 전체 종원 중 향렬이 가장 높고 나이가 가장 많은 사람이 연고항존자가 된다.

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(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결의 취지 참조).

(2) 앞서 본 바와 같이 이 사건 종중총회 소집통지를 한 S은 원고의 시조의 11세손이다.

그런데 원고의 계보도(갑15호증)에는 10세손 생존자 중 연락가능한 종원이 4명이라고 기재되어 있다(별지2 도표 참조).

또한 위 계보도에는 구체적으로 10세손 U가 생존하여 있고 연락가능한 종원으로 기재되어

있다(별지3 도표 참조).1) 2) 따라서 S보다 항렬이 높은 U가 생존하여 있고, 연락도 가능한 것으로

보이므로, S이 연고항존자로 특정된다고 보기 어렵다(한편 원고는 족보에 기재된 자들 중 240명

가량이 L의 후손이 아니라고 주장하여 왔고, 당시 변론종결 후에 제출된 2019. 9. 16.자

요약준비서면에서는 좀 더 구체적으로 10세손 중 V, W, X, Y, Z은 후손이 없었으므로 이들의

후손으로 등재된 자들은 모두 허위로 등재된 자들인바, 그 수가 242명에 이른다고 주장한다. 위

주장대로라고 하더라도 10세손 U는 허위로 후손으로 등재된 자는 아니라고 보인다).

달리 S이 연고항존자의 동의를 얻어 이 사건 종중총회를 소집하였다거나3) , 종원들이

연고항존자에게 종중총회 소집을 요구하였음에도 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하여 S이

소집통지를 하였다는 점4) 에 대한 주장, 증명도 없다.5) 따라서 이 사건 종중총회는 소집권한 없는

자에 의하여 소집되었으므로 일부 종원에 대하여 소집통지를 누락하였는지에 관하여 더 나아가 살펴

볼 필요 없이 이 사건 종중총회에서 한 결의는 효력이 없다.

이 사건 종중총회 결의가 효력이 없는 이상 이 사건 소는 적법한 종중총회 결의 없이 제기된 것이고,

D의 대표권 또한 인정할 수 없으므로 이 사건 소는 부적법하다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하여 각하하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고의 항소를 기각한다.

재판장판사예혁준

판사김대규

판사정지영

별지

1) 족보(갑13호증, 을나1호증)에도 L의 11세손으로 1947년생 U가 기재되어 있다.

2) 당심 증인 AA는 U가 생존하여 있기는 하나 연락이 되지 아니한다고 증언하였으나, 위 계보도 등에 비추어 그대로 믿기 어렵다. 오히려 피고가 당심 변론종결 후에 제출한 2019. 9. 27.자 참고자료에 의하면 U는 연락가능한 것으로 보일 뿐이다.

3) 종중의 대표 자격이 있는 연고항존자가 직접 종회를 소집하지 아니하였더라도 그가 다른 종중원의 종회 소집에 동의하여 그 종중원으로 하여금 소집케 하였다면 그와 같은 종회 소집을 전혀 권한 없는 자의 소집이라고 볼 수도 없다는 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다42908 판결 등 참조

4) 종중원들이 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 있다는 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다83199, 83205 판결 등 참조

5) 원고는 당심 변론종결 후에 제출한 2019. 9. 27.자 참고서면에서 S이 10세손 여성 종원 AB의 허락을 받아 종중총회 소집통지를 하였다고 주장하면서 AB 명의의 확인서를 첨부하였다. 그러나 이 사건 종중총회 회의록에 S이 연고항존자라고 기재되어 있는 점, S이 1심에서 연락이 되는 종원 중에는 자신이 항렬이 가장 높고 나이도 많다는 취지로 증언하였을 뿐 연고항존자의 동의를 받아 종중총회 소집통지를 하였다는 취지의 증언은 전혀 한 적이 없는 점 등에 비추어 위 참고서면의 주장이나 확인서는 그대로 믿기 어렵다.