



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

공유물분할의 효력

- 공유물분할판결과 공유물분할소송에서
조정·화해가 성립된 경우와의 비교를 중심으로 -

2020년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민사법전공

김수현

공유물분할의 효력

- 공유물분할판결과 공유물분할소송에서
조정·화해가 성립된 경우와의 비교를 중심으로 -

지도교수 권 영 준

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2019년 10월

서울대학교 대학원
법학과 민사법전공
김 수 현

김수현의 법학석사 학위논문을 인준함
2020년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

공유물분할소송에 있어서 판례는 공유자 중 일부가 현물 전체를 취득하고 나머지 공유자들은 그에 상응하는 가액을 지급받도록 분할하는 방법도 현물분할의 한 형태로 인정하고 있으며, 공유물분할의 소가 제기된 경우에도 실무상 조정이나 화해를 통하여 분쟁을 해결하는 경우가 점차 많아지고 있는 등 공유물분할에 대한 분쟁 해결을 다양한 방법으로 확대해 나가고 있다. 그러나 민법은 공유물분할에 관하여 3개의 조문만을 두고 있어, 공유물분할소송에 있어서 이러한 분할방법 및 분쟁해결방법의 다양화에 따라 발생할 수 있는 여러 문제점을 명확히 규율하지 못하고 있다.

본 논문에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 공유물분할소송에 있어 공유물분할의 효력을 크게 공유물분할판결의 경우와 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립된 경우로 나누어 고찰하고, 공유물분할의 효력과 관련하여 협의의 현물분할, 가액보상, 대금분할의 경우로 나누어 각 경우에 있어 공유자와 공유물의 이해관계인과 관련된 여러 문제점을 살펴보고, 문제점과 견해의 대립을 해소하기 위한 입법론적 방안을 제시하여 보았다. 특히 최근 대법원은 공유물분할소송에서 공유물분할판결이 확정된 경우와 달리 현물분할을 내용으로 하는 조정이나 화해가 성립한 경우는 민법 제186조에 따라 그에 따른 등기까지 이루어져야 물권변동의 효력이 발생한다고 보았는데, 이러한 입장이 타당한지를 집중적으로 고찰하였다.

먼저, 재판에 의한 공유물분할에서 분할방법의 유연화·다양화로 인한 부분적·전면적 가액보상의 인정 필요성과 허용가능성, 인정요건 등에 대해 알아보았다. 이를 인정하되, 공유자 사이의 실질적 가치의 공평한 교환이라는 공유물분할제도의 기본취지를 실현하기 위하여 인정요건 단계에서는 가액이 적정하고 합리적으로 평가되었는지와 그 가액을 실제로 지급할 능력이 있는지를 우선 심사하고, 판결을 명하는 단계에서 주문에

소유권이전등기와 가액지급을 동시이행으로 명하도록 하는 등으로 가액 보상을 받게 되는 공유자와 현물취득자 간 이행의 불균형을 해소하는 방안이 현행 규정하에서는 최선의 방안이라 할 것이다.

공유물분할판결에 따른 부동산 물권변동의 효력에 대하여, 공유물분할판결에도 민법 제187조가 적용되는지에 대해서는 공유물분할판결이 형성판결임을 고려하여 긍정함이 타당하고 나아가 공유물분할등기도 확정판결만으로 단독으로 신청 가능하다고 보았다. 이러한 결론은 협의의 현물분할뿐만 아니라 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결에도 마찬가지로 적용되나, 대금분할을 명하는 판결의 경우는 그에 따른 경매절차를 거쳐야 비로소 소유권의 변동이 일어나므로 물권변동의 효력시기를 달리 보아야 한다. 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결도 확정시 물권변동이 일어난다고 봄에 따른 공유자 간 이행의 불균형은, 판결의 주문에 동시이행을 명하여 실제로 현물취득한 공유자가 가액보상금을 지급하지 아니한 채 단독으로 공유물분할등기를 마치는 것을 막을 수 있도록 하는 외에도 입법론적으로 법원이 현물취득하는 공유자의 현물에 대하여 담보권 설정을 명할 수 있도록 하는 방안, 가액보상을 받는 공유자가 현물취득자가 취득한 현물을 목적으로 한 저당권설정청구권을 인정하는 방안, 공유자들 사이에서 경매하는 것을 허용하는 방안 등이 있을 수 있음을 제시하였다.

공유물분할판결이 아니라 공유물분할소송에서 현물분할을 내용으로 하는 조정이 성립한 경우, 형성력의 본질 측면에서 형성판결과 차이가 없는 점, 조정이 확정판결과 같은 효력을 가진다고 하는 명문의 규정이나 논리적인 측면, 당사자의 의사 등을 고려했을 때 대법원의 태도와 달리 공유물분할판결처럼 민법 제187조가 적용되어 조정이 성립한 때에 물권변동이 일어난다고 보는 것이 타당하다. 또한 조정뿐만 아니라 재판상 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정 등에 있어서도 마찬가지로 민법 제187조에 따라 각각 화해 성립시, 조정을 갈음하는 결정 및 화해권고결정의 확정시에 물권변동이 일어난다고 보았다. 나아가 가액보상을

내용으로 하는 조정·화해 등에서도 기준시점이 불명확하고 입증도 곤란한 가액보상금의 지급시로 볼 수는 없고 현물분할을 내용으로 하는 경우와 마찬가지로 보았다.

공유물분할을 둘러싼 분할방법, 분할의 효력에 관한 위와 같은 여러 첨예한 견해의 대립은 근본적으로 민법이 공유물분할과 관련하여 단 3개의 조문만을 두고 있어 현행 규정만으로 해결되기 어려운 많은 부분을 해석론에 맡기고 있는 데 기인한 것이므로, 공유물분할방법으로 부분적·전면적 가액보상을 명시적으로 인정하고, 법원이 부분적·전면적 가액보상을 명할 때 취득할 현물에 저당권 설정을 명할 수 있도록 하고, 공유물분할에 따른 물권변동의 효력발생시기에 관하여도 민법 제187조의 ‘판결’에 판결과 동일한 효력이 있는 조정·화해 등을 포함하도록 개정하는 안을 제시해 보았다. 이를 통하여 부분적·전면적 가액보상의 경우 이행의 불균형을 궁극적으로 해소하고, 조정·화해 등의 효력을 무리하게 판결과 구별하지 않도록 하여 논리적인 타당성도 확보하면서, 형성적 내용의 조정·화해 등에 의한 물권변동의 효력에 대한 일반 국민의 예측가능성을 제고하고, 공적 조정인 법원의 조정시스템을 국민이 더 신뢰하고 의지할 수 있도록 하여 공유물분할소송에 있어 조정의 활성화에도 기여할 수 있을 것으로 본다.

공유물분할의 유연화·다양화에 따라 부분적·전면적 가액보상의 인정례가 점차 늘어나고 있고, 향후 조정의 활성화로 공유물분할소송이 제기된 경우에도 조정·화해 등의 방법으로 분쟁이 해결되는 형태가 늘어날 것으로 예상되는바, 향후 공유물분할소송에 있어 분할방법 및 분쟁해결방법의 다양화에 따른 공유자와 공유물의 이해관계인들에게 미칠 수 있는 영향에 관하여 지속적이고 체계적인 연구가 필요하다.

주요어 : 공유물분할판결, 전면적 가액보상, 조정, 재판상 화해, 부동산 물권변동

학 번 : 2018-21236

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 논의의 대상 및 구성	2
I. 논의의 대상	2
II. 논문의 구성	2
제 2 장 공유물분할 일반론	4
제 1 절 공유의 의의	4
I. 공유의 개념 및 의의	4
II. 공유지분 처분의 자유 및 공유물분할의 자유	4
제 2 절 공유물분할청구권의 성질	5
I. 견해의 대립	5
II. 판례의 태도	7
III. 검토	7
제 3 장 공유물분할의 방법	9
제 1 절 서설	9
제 2 절 협의에 의한 분할의 경우	9
I. 분할의 방법	10
II. 분할 및 등기절차	11
제 3 절 재판에 의한 분할의 경우 : 공유물분할소송	14
I. 서설	14
II. 공유물분할소송의 성질	15
III. 공유물분할소송의 소송물	20
IV. 공유물분할소송에서의 분할방법	24

V. 부분적·전면적 가액보상의 허용 여부	33
제 4 장 공유물분할판결의 효력	42
제 1 절 일반적 내용	42
I. 소유권의 변동	42
II. 공유물분할로 인한 담보책임	42
제 2 절 공유물분할판결로 인한 부동산 물권변동의 효력	43
I. 부동산 물권변동의 효력발생시기	43
II. 공유물분할판결만으로 등기권리자의 단독신청 가부	48
III. 전면적 가액보상에서 가액보상을 받는 공유자에 대한 이행확 보 방안	50
제 3 절 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에게 미치는 효력	57
I. 공유물의 용익물권자에게 미치는 효력	57
II. 공유지분의 담보물권자에게 미치는 효력	58
III. 대금분할의 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에 미치는 효력	60
제 5 장 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립한 경우 의 효력	64
제 1 절 서설	64
제 2 절 공유물분할소송에서의 조정·화해	65
I. 조정과 재판상 화해의 의의	65
II. 조정과 재판상 화해의 법적 성질	66
III. 조정과 재판상 화해와의 관계	71
IV. 공유물분할소송과 조정·화해	72
제 3 절 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여	

조정·화해 등이 성립한 경우 부동산 물권변동의 효력발생시기 ..	73
.....	73
I. 관례의 태도	73
II. 견해의 대립	77
III. 검토	85
IV. 관련문제 : 공유물분할소송에서 현물분할의 내용으로 성립된 조정·화해조서에 형성조항 외에 이행조항이 병존하는 경우	103
V. 입법론	106
 제 6 장 결론	 116
참고문헌	119
Abstract	127

표 목 차

[표 1] 2014년 활동을 마친 법무부 민법개정위원회에서의 민법 제 269조 개정에 대한 논의의 경과	109
[표 2] 공유물분할에 있어 개정안 제시에 따른 부동산 물권변동의 효력발생시기	115

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

민법상 공유물분할은 기본적으로 공유자들의 지분 소유권에 기초하여 사적 자치에 맡겨져 있는 부분이므로 각 공유자는 언제든지 공유물의 분할을 청구하여 공유관계를 해소할 수 있도록 하고 있다. 민법은 분할방법에 관하여 공유자 간에 합의가 되지 않는 경우 법원에 공유물분할의 소를 제기할 수 있도록 하여 구체적인 공유물분할방법은 법원의 판단에 의하도록 규정하고 있다.

공유물분할소송에 있어서 판례는 각 공유자에게 현물을 분할하여 각각 취득하게 하는 현물분할뿐만 아니라 공유자 중 일부가 현물 전체를 취득하고 나머지 공유자들은 그에 상응하는 가액을 지급받도록 분할하는 방법(이른바 ‘전면적 가액보상방법’)도 인정하고 있으며, 법원이 조정·화해를 통하여 분쟁을 해결하는 사안이 증가함에 따라 공유물분할의 소가 제기된 경우에도 실무상 조정이나 화해를 통하여 분쟁을 해결하는 경우가 점차 많아지고 있는 등 공유물분할에 대한 분쟁 해결을 다양한 방법으로 확대해 나가고 있다. 그러나 민법은 공유물분할에 관하여 제268조 내지 제270조의 3개 조문만을 두고 있어, 공유물분할소송에 있어서 이러한 분할방법 및 분쟁해결방법의 다양화에 따라 발생할 수 있는 여러 문제점을 명확히 규율하지 못하고 있는 실정이다.

따라서 본 논문에서는 공유물분할소송에 있어 공유물분할의 효력을 크게 공유물분할판결의 경우와 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립된 경우로 나누어 고찰하고, 공유물분할의 효력과 관련하여 협의의 현물분할, 가액보상, 대금분할의 경우로 나누어 각 경우에 있어 공유자와 공유물의 이해관계인과 관련된 여러 문제점 및 해결방안에 대해 살펴보고자 한다. 특히, 대법원은 2013년 전원합의체 판결을 통해 공유물분할소송에서 조

정이나 화해가 성립하지 않아 공유물분할판결이 확정된 경우와 조정이나 화해가 성립한 경우의 물권변동의 효력시기를 서로 다르게 보았는데, 이러한 입장이 타당한지를 각 제도의 취지 및 법규정 간의 조화로운 해석의 측면에서 검토하고, 이를 포함하여 공유물분할소송에 있어서 분할방법 및 분쟁해결방법의 다양화에 따른 여러 문제점 및 견해의 대립을 해소하기 위한 입법론적 방안을 제시하여 본다.

제 2 절 논의의 대상 및 구성

I. 논의의 대상

공유물분할의 대상은 부동산, 동산, 채권을 포함하는 것이지만, 일반적인 논의는 부동산에 집중되고 있으므로 본 논문의 연구 대상도 부동산의 공유물분할로 한정하기로 한다. 또한 구분소유적 공유의 경우 비록 등기는 지분공유등기가 되어 있으나 각 공유자가 자기의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익한다는 점에서 일반적인 공유와는 차이가 있고, 구분소유적 공유관계의 해소는 일반적인 공유물분할과는 달리 명의신탁의 해지를 의미하는 것¹⁾이므로 본 논문에서 논의하고자 하는 공유물분할과는 그 성질이 전혀 다르고, 논의의 대상에서 제외하기로 한다.

II. 논문의 구성

이하 제2장에서는 본 논문이 다루는 주제와 연관성 있는 범위에서 공유물분할에 관한 일반론을 다룬다. 제3장에서는 공유물분할의 방법을 협의

1) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다84171 판결[공2010하,1205].

에 의한 분할의 경우와 재판에 의한 분할의 경우로 나누어 검토한다. 특히 재판에 의한 분할의 경우, 현행 민법 하에서도 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결이 허용되는지, 허용된다면 어떠한 요건 하에서 가능한지를 검토한다. 제4장에서는 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립하지 않고 공유물분할판결이 확정되었을 때의 공유물분할판결의 효력에 대해 검토한다. 특히 민법 제187조와 관련하여 물권변동의 효력이 언제 발생하는지, 전면적 가액보상의 경우 가액보상만을 받는 공유자에 대한 이행을 어떻게 확보할 것인지를 검토하고, 공유물에 담보권자 등 이해관계인이 있는 경우에는 공유물분할판결로 인해 이해관계인들에게 어떤 효력이 미치는지를 검토한다. 제5장에서는 제4장과 비교하여, 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립한 경우의 효력에 대해 대법원의 태도와 이에 대한 견해를 정리하고, 어떤 견해가 타당한지를 검토한 후 이와 관련된 문제점들을 입법론적으로 해결하는 방안을 제시하고자 한다.

제 2 장 공유물분할 일반론

제 1 절 공유의 의의

I. 공유의 개념 및 의의

공동소유란 한 개의 물건에 대한 소유권이 2인 이상의 다수인에게 속하는 것을 의미하며, 공동으로 소유하거나 이용할 현실적인 필요에 대응하는 제도이다. 우리 민법상 공동소유의 형태로는 공유, 합유, 총유가 있는데, 그 중 공유는 수인이 그 지분에 의하여 하나의 물건을 공동으로 소유하기는 하지만, 공유자 상호 간에 아무런 인적 결합관계 없이 각자가 독립적으로 목적물을 지배할 수 있는 공동소유형태이다(민법 제262조 제1항 참조).²⁾

이러한 공유제도는 공동소유 중에서도 가장 원칙적이고 보편적인 형태이며,³⁾ 주택, 상가건물, 토지 등을 소유하고 사용, 수익하는 데 필요한 비용의 부담을 줄일 수 있고 자유로운 소유권 개념에 입각하여 각 공유자가 언제든지 개인 소유권으로 분할할 수 있다는 점에서 현실적으로 널리 이용된다.

II. 공유지분 처분의 자유 및 공유물분할의 자유

공유는 합유, 총유 등 다른 공동소유의 형태와는 달리 공유자 사이에 인적 결합관계가 있는 것이 아니므로 각 공유자는 그 지분을 다른 공유자와 상관없이 자유롭게 처분할 수 있고(민법 제263조)⁴⁾, 언제든지 공유

2) 박윤직·김재형, 물권법[민법강의II], 제8판 보정, 박영사, 2015, 281면.

3) 김상용, 물권법, 제4판, 화산미디어, 2018, 399면.

물의 분할을 청구하여 공유관계를 해소할 수 있는 것(민법 제268조 제1항 본문)을 그 특색으로 하고 있다. 이 분할청구의 자유와 지분처분의 자유는 공유의 본질을 형성한다.

우리 민법이 다른 공동소유의 형태인 합유, 총유와는 달리 공유에 대해서만 분할의 자유를 인정하고 있는 이유는, 첫째, 공유는 다른 공동소유와는 달리 공유자 간에 아무런 인적 결합관계가 없기 때문이고, 둘째로는 연혁적인 이유를 들 수 있다. 즉, 공유는 로마법에서 유래하는데, 로마법은 개인주의적 성격이 강하기 때문에 공동소유에 대해서는 소극적이어서 공유만 인정하였고, 이러한 공유조차도 분쟁의 원인(mater rixarum)이 된다고 하여 그 성립은 어렵게 하고 소멸은 쉽게 할 수 있도록 하였다. 그 결과 공유자는 자신의 지분을 자유롭게 처분할 수 있고, 언제든지 공유물의 분할도 청구할 수 있었으며 영구불분할의 특약은 효력이 없었다.⁵⁾

제 2 절 공유물분할청구권의 성질

I. 견해의 대립

4) 그러나 물건을 단순히 공동으로 보유, 사용, 수익하는 외에 ‘공동사업’(민법 제703조)이 없는, 그리하여 민법상 조합은 존재하지 아니하는 관계에서도 공유자 상호간 지분의 처분을 막을 필요가 있을 수 있고, 잘 모르는 사람을 공유자로 상대하는 것을 피하기 위함이라 하더라도 그러한 희망 내지 이익은 존중되어야 한다는 점에서, 법무부 민법개정특별분과위원회가 2004년 제시한 민법 개정안에는 공유자가 5년 내의 기간으로 지분을 처분하지 않을 것을 약정할 수 있도록 하고 부동산등기법 개정안에 공유지분의 처분금지특약이 있는 경우 그 특약을 등기의 신청서에 기재하도록 규정하였으나, 최종적으로는 민법 개정에 반영되지 않았다. 이동진, “민법 중 공유에 관한 규정의 입법론적 고찰”, 민사법학(78), 2017, 115-118면 참조.

5) 곽윤직, 물권법, 박영사, 1992, 362면.

민법 제268조 제1항 본문은 ‘공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다’고 규정하고 있다. 위 규정에 의해 공유자가 가지는 공유물분할청구권의 성질에 대하여는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

1. 형성권으로 보는 견해

공유물분할청구권은 분할청구라는 재판 외의 일방적 의사표시에 의하여 각 공유자 간에 어떠한 방법으로든 구체적으로 분할을 실현하는 법률관계를 형성시키는 형성권이라는 견해이다.⁶⁾ 이와 같은 법률관계의 효과 때문에 각각의 공유자는 분할에 협의해야 할 의무를 부담하는 것이고, 만약 협의를 이루어지지 아니하는 경우 분할을 구하는 자는 법원에 소송을 제기하여 분할을 받게 된다.⁷⁾

2. 공유관계에 따르는 물권적 청구권의 내용이라는 견해

공유물분할청구권은 공유자가 공유관계에 잠재화되어 있는 공유물분할을 현재화시켜 다른 공유자로 하여금 협의에 응하지 아니하거나 협의가 성립하지 아니하는 경우에는 공유물분할청구의 소가 제기될 위험을 내세워 협의에 응하도록 하는 법률관계를 형성하는 것으로서 공유관계에 따르는 물권적 청구권의 한 내용으로 보는 견해이다.⁸⁾ 이에 따르면 민법

6) 편집대표 김용담, 주석민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2011, 84면; 송덕수, 물권법, 박영사, 2019, 371면.

7) 이에 대하여, 공유물에 대한 분할청구권의 행사는 공유관계의 폐지에 따라 더 이상 공유자들은 공유의 법률관계에 구속되지 않는 새로운 관계의 형성이라는 의미에서 형성권의 행사라고 보고, 법원에 제기하는 공유물분할청구의 소는 분할청구권을 행사하여 새롭게 성립된 법률관계의 구체적 실현을 위한 조치이며 공유물분할청구권 그 자체의 행사와는 구별되어야 한다는 견해로는 최성호, “공유물분할소송에서 조정절차에 회부되어 성립된 조정에 의한 물권변동에 관한 검토”, 법학논고 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 231-232면.

8) 김용한, 물권법론, 박영사, 1985, 333면; 川島武宜, 川井健 編, 新版 注釋民法(7) 物權(2), 有斐閣, 1988, 468면에서도 공유물분할청구권은 협의에 의한 분할, 재판에 의한 분할의 전제요건으로서 그 행사가 필요한 일종의 물권적 청구권이

제268조 제1항 본문에 의한 분할청구권의 행사에 의하여 당사자 사이에 분할의 협의가 개시될 뿐(그러한 한도 내에서 협의라는 법률관계가 형성된다고 볼 수는 있다) 당장 어떠한 분할결과가 도출되는 것도 아니기 때문에 공유물분할청구권은 공유권에 따르는 물권적 청구권의 한 내용일 뿐 이를 독자적인 다른 권리로서의 청구권 또는 형성권이라고 볼 여지는 없다고 한다.⁹⁾

II. 판례의 태도

공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효소멸될 수 없다고 판시하여 형성권으로 본다.¹⁰⁾

III. 검토

일반적으로 청구권은 상대방의 작위 또는 부작위를 구하는 권리인 반면, 형성권은 그 행사의 요건만 갖추어지면 행사 자체로 상대방의 행위가 개입됨이 없이 일방적인 의사표시로 법률관계의 변동을 가져오는 권리이다. 공유물분할청구권은 공유관계 해소를 위한 것으로 특정 상대방을 대상으로 하지 않으며, 공유자의 일방적 의사표시에 의한 공유물분할청구권의 행사로 공유자 사이의 공유물 보존·이용 등의 관리를 중심으로 한 법률관계를 해소하기 위해 공유자 모두로 하여금 공유물분할을 위한 협

고, 그것을 형성권이라고 할 필요는 없다고 한다.

9) 김황식, “공유물분할의 소는 형성의 소인가? - 공유물분할판결의 효력과 그 등기방법을 중심으로-”, 민사재판의 제문제 제8권, 1994, 659-660면.

10) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888, 1889 판결[집29(1)민,121;공1981.5.15. (656) 13840].

의 또는 재판상 청구에 응할 법률관계를 창설시킨다. 즉, 공유물분할청구권의 행사에 의하여 이미 ‘공유물의 분할’이라는 법률관계는 발생한 것이며, 협의 또는 재판은 구체적인 분할의 실현을 위한 절차적 법률관계일 뿐이므로 공유물분할청구권 자체는 형성권으로 봄이 타당하다.¹¹⁾ 여기서 공유자가 다른 공유자들에게 공유물분할의 협의를 구하는 것은 협의에 협력할 의무의 이행을 청구하는 것이 아니라, 협의에 응하지 않으면 공유물분할청구의 소를 통해 소유권을 확보하겠다는 일방적 의사인 것이므로, 공유물분할청구권을 이행판결을 전제로 하는 물권적 청구권으로 보기는 어려운 것이다.¹²⁾

다수설·판례의 입장인 형성권설에 의하더라도 공유물분할청구권의 행사로 형성되는 법률관계는 공유자들 사이에서 분할을 구체적으로 실현할 법률관계, 즉 분할에 관하여 협력할 의무일 뿐이어서,¹³⁾ 공유물분할청구권의 행사에 의한 법률효과와 관련하여 두 견해의 실질적 차이는 없다. 즉, 공유물분할청구권의 행사로 실체법상 공유물분할이라는 효과가 그 즉시 형성되는 것은 아니고 각 공유자는 분할에 협의할 의무를 부담하게 되는 것인데, 만약 이 협의가 성립하지 않을 때에는 법원에 그 분할의 실현을 소구할 수 있게 된다.¹⁴⁾

11) 남성민, “공유물분할소송의 심리”, 2010년 광주지방법원 재판실무연구, 광주지방법원, 2011, 93면; 추신영, “공유물분할과 물권변동의 효력발생시기”, 재산법연구 제31권 제4호, 한국재산법학회, 2015, 184면; 최문기, “공유물분할에 관한 판례분석”, 경성법학, 경성대학교 법학연구소, 1991, 126면.

12) 추신영(주 11), 184면에서는, 물권적 청구권설의 법리대로라면 공유자가 다른 공유자에 대하여 자신의 소유물을 반환하라거나 방해를 배제해 달라고 구하는 것이고, 이는 실체법상 권리인 공유물분할청구권이라는 이행청구권을 통하여 공유물분할청구의 소라는 형성의 소를 제기한다는 것으로서 실체법상 권리와 소송법상의 소권의 결합에 있어 어색한 면이 있다는 점을 지적하고 있다.

13) 박윤직·김재형(주 2), 293면; 편집대표 김용담(주 6), 84면.

14) 최문기(주 11), 126면.

제 3 장 공유물분할의 방법

제 1 절 서설

민법 제268조 제1항 본문에 의해 인정되는 공유자의 분할청구권은 구체적으로는 공유자간의 협의에 의하여, 그리고 협의가 성립되지 아니하는 때에는 법원에 분할을 청구하는 방법에 의하여 행사된다(민법 제269조 제1항).

공유자들은 언제든지 자유롭게 공유물의 분할을 청구함으로써 공유관계를 종료시킬 수 있는 것이 원칙이나, 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다(민법 제268조 제1항). 공유물이 부동산인 경우 이러한 분할금지의 특약은 등기되어야 하고 등기하지 않으면 공유지분의 양수인에게 대항하지 못한다(부동산등기법 제67조 제1항 후문 참조).

이하에서는 공유물분할의 구체적인 방법을 협의에 의한 분할과 재판에 의한 분할의 경우로 나누어 살펴보기로 한다.

제 2 절 협의에 의한 분할의 경우

공유물분할에 있어서는 협의에 의한 분할이 원칙이고(민법 제269조 제1항), 협의가 성립되지 아니한 때에는 재판상 분할을 청구할 수 있다.

공유물분할은 협의분할을 원칙으로 하고 협의가 성립되지 아니한 때에는 재판상 분할을 청구할 수 있으므로, 공유자 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우에는 일부 공유자가 분할에 따른 이전등기에 협조하지 않거나 분할에 관하여 다툼이 있더라도 그 분할된 부분에 대한 소유권이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별문제이나 또다시 소로

써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지함은 허용되지 않는다.¹⁵⁾

I. 분할의 방법

분할방법에 대하여 민법상 아무런 규정이 없으므로, 계약자유 원칙에 따라 분할의 협의가 성립하면 그 구체적 방식을 불문하고 유효한 것으로 인정된다. 상정 가능한 방법을 다음과 같이 유형화해볼 수 있다 : ① 물리적으로 1개의 공유물을 수 개로 분할하는 방법(개별분할), ② 수 개의 공유물 중 일부를 한 공유자의 소유로 하고 나머지를 다른 공유자의 소유로 하는 방법(일괄분할), ③ 수 개의 공유물 중 일부에 대하여만 분할하고 나머지에 대하여는 공유관계를 존속시키는 방법(일부분할), ④ 위 각 방법을 실행하면서 공유자의 취득부분이 그 지분비율에 상응하지 않을 경우 금전으로 이를 정산하는 방법(부분적 가액보상¹⁶⁾분할), ⑤ 공유물 전부를 특정 공유자의 소유로 하고 다른 공유자에 대하여는 그 지분의 교환적 가치에 상응한 대가를 지급하는 방법(전면적 가액보상분할), ⑥ 공유물을 제3자에게 임의로 매각하여 그 대금을 지분비율에 따라 나

15) 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다30348, 94다30355(반소) 판결[공1995.2.15.(986), 876].

16) 판례 및 문헌에서 가액보상과 가격배상, 때로는 가격보상이라는 용어가 혼용되고 있으나, 보상은 적법행위에 의하여 가하여진 재산상의 손실을 보전하고자 제공되는 대상이고, 배상은 위법하게 남의 권리를 침해한 자가 그 손해를 전보하는 일이라고 정의되므로 당사자 사이의 이해조정을 위하여 법원의 적법한 재판에 의하여 이루어지는 공유물분할의 경우에는 가액보상이라는 용어가 더 적절하다. 따라서 이하에서는 판례나 학설을 직접적으로 인용하거나 의미전달에 있어 혼란을 초래할 경우를 제외하고는 ‘가액보상’이라는 용어를 사용하기로 한다. 오세율, “전면적 가격보상방법에 의한 공유물의 분할”, 재판과 판례 15집, 대구판례연구회, 2007, 193면; 진현민, “민법상 공유물분할방법에 관한 연구 - 재판에 의한 공유물분할의 방법과 실현을 중심으로-”, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2006, 6면 참조.

누는 방법(대금분할), ⑦ 위 여러 방법들을 혼용하는 방법.¹⁷⁾

공유자 사이에 공유물분할의 협의가 성립한 이상 위 ① 내지 ⑦ 분할방법 선택의 우선순위에도 제한이 없으며, 협의가 성립한 각 방법에 있어서도 협의 자체가 유효한 이상 아래 제3절에서 살펴볼 공유물분할소송에서의 각 분할방법의 요건을 충족하지 않더라도 원칙적으로 유효한 분할이라고 할 것이다. 즉, 예를 들어 협의로 현물분할을 하면서 분할된 부분의 경제적 가치가 지분비율과 상응하지 않더라도 (그 협의가 불공정한 법률행위 등에 해당하여 무효로 됨은 별론으로 하고) 그것만으로 협의에 의한 분할의 효력을 부정할 수는 없을 것이다.

II. 분할 및 등기절차

1. 개관

협이에 의한 공유물분할의 경우에는 분할의 합의가 이루어졌다고 하여 공유자가 곧바로 분할된 부분에 대한 단독소유권을 취득하는 것이 아니고 공유물분할등기를 하여야 비로소 단독소유권을 취득하게 된다는 것이 이설이 없다(민법 제186조). 그러나 주로 문제되는 공유토지의 경우 일물일권주의의 원칙과 1부동산 1등기기록의 원칙상 1필지의 토지 중 일부에 대한 소유권의 변동은 곧바로 등기할 수는 없고, 먼저 ① 대장상 ‘토지분할’ 절차를 밟은 후, ② 그 토지대장에 의하여 ‘분필등기’를 하여야 하고, ③ 마지막으로 공유물분할을 원인으로 지분이전등기를 함으로써 협의에 의한 공유물분할의 절차가 완료된다.¹⁸⁾¹⁹⁾

17) 오세율(주 16), 192면.

18) 김우중, “현행법상 공유관계 해소방법의 문제점과 개선방안”, 민사집행법연구 제9권, 2013, 106면.

19) 이와 비교하여 재판에 의한 공유물분할의 경우에는 후술하는 바와 같이 민법 제187조의 규정에 의하여 공유물분할판결이 확정되면 등기하지 않아도 분할된 부분에 대하여 각 공유자는 단독소유권을 취득하나, 이 경우에도 공유자는

2. 토지분할

토지분할이란 지적공부에 등록된 1필지를 2필지 이상으로 나누어 등록하는 것인데(공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제2조 제31호), 협의에 의한 공유물분할이 이루어진 경우에는 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제79조 제1항, 동법 시행령 제65조 제1항 제1호에 따라 토지공유자 전원이 지적소관청에 토지분할을 신청하여야 하는 것이 원칙이나, 공유물분할의 협의가 성립하거나 공유물분할판결을 받은 때에는 공유자 중 일부가 다른 공유자들을 대신하여 토지분할을 신청할 수도 있다(공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제87조 제4호 참조).

3. 분필등기

토지의 분할이 있는 경우에는 토지소유권의 등기명의인은 그 사실이 있는 때부터 1개월 이내에 분필등기를 신청하여야 한다(부동산등기법 제35조). 분필등기도 토지소유권의 등기명의인이 신청하여야 하며, 토지가 공유인 때에는 공유자 전원이 신청하는 것이 원칙이나 공유물분할의 합의가 있거나 공유물분할판결이 있는 경우에는 공유자 1인이 타 공유자 전원을 대위하여 분필등기절차를 신청할 수 있다(부동산등기법 제28조 참조). 즉, 공유자 중 1인은 지분이전등기를 받을 것을 전제로 그 분할협의서를 첨부하여 다른 공유자들을 채무자로 하여 채권자대위에 의하여 지적소관청에 토지분할을 신청하고 등기소에 분필등기를 신청할 수 있다.

분할된 부분을 제3자에게 처분하기 위해서는 등기를 마쳐야 하므로(민법 제187조 단서), 분할 및 등기절차가 마찬가지로 필요하다. 그러므로 공유물분할의 토지분할 및 등기절차는 협의에 의한 분할과 재판에 의한 공유물분할의 경우 모두에 공통으로 필요한 절차이나, 서술의 편의상 제3장 제2절 ‘협의에 의한 분할의 경우’의 하위 항목으로 논의하고 재판에 의한 공유물분할과의 차이점이 있는 경우에는 각주 등을 통해 추가로 논의하기로 한다.

4. 공유물분할등기

공유물분할은 궁극적으로는 분할에 의하여 단독소유권을 취득하는 것을 목적으로 하는 것인 만큼 그에 상응하는 등기가 행해져야 한다. 공유물의 분할은 공유자 상호간의 지분의 교환 또는 매매를 통하여 공유의 객체를 단독소유권의 대상으로 하여 공유관계를 해소하는 것²⁰⁾이므로 공유물분할의 등기도 소유권 일부이전의 등기방식에 의한다.

협의로 공유물분할을 한 경우 이로 인한 공유물분할등기는 공유자들이 공동으로 지분이전등기를 신청하여야 하는 것이 원칙이나(부동산등기법 제23조 제1항), 만약 공유자 사이에 분할에 관한 합의가 성립되었으나 일부 공유자가 분할에 따른 이전등기에 협조하지 않아 공유자가 그 일부 공유자를 상대로 그 분할된 부분에 대한 소유권이전등기를 청구하여 공유물분할약정을 원인으로 한 지분이전등기를 명하는 확정판결을 받은 경우, 승소한 원고는 위 판결문을 첨부하여 단독으로 지분이전등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제23조 제4항). 그러나 이 판결은 형성판결인 공유물분할판결이 아닌 이행판결에 해당하므로 위 소송에서 피고는 위 판결문을 첨부하여 단독으로 위 토지의 나머지 부분에 대한 지분이전등기를 신청할 수 없고, 원고를 상대로 별도의 지분이전을 명하는 확정판결을 받아야 단독으로 지분이전등기를 신청할 수 있다.²¹⁾

20) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결[공2004.11.15.(214),1805].

21) 2009. 12. 30. 부동산등기과-2693 질의회답. 이와 비교하여 공유물분할판결의 경우는 아래 제4장 제2절 II.에서 보는 바와 같이 등기권리자 단독으로 그 확정판결을 첨부하여 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기를 신청할 수 있다고 할 것이다.

제 3 절 재판에 의한 분할의 경우 : 공유물분할소송

I. 서설

공유물분할소송의 실무에서는 공유물을 어떻게 공유자에게 분배하는 것이 당사자의 의사에 부합하고 이해를 일치시키며 아울러 현상의 변경을 최소화할 것인지 등을 고려한 구체적인 분할방법의 선택이 가장 중요하고도 핵심적인 문제이다. 그러나 우리 민법은 공유물의 분할방법에 관하여는 제269조의 단 1개의 조문만을 두고 있어, 구체적인 분할의 방법 및 그 선택의 기준 등은 학설과 판례에 일임되어 있다고 하여도 과언이 아니다.²²⁾

공유물분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다(민법 제269조 제1항). 즉, 공유물분할 금지의 약정 없이 공유물분할청구를 할 수 있는 공유관계라 할지라도 재판에 의한 공유물분할청구를 하기 위해서는 공유자 사이에 분할 협의가 성립되지 않아야 한다. 공유물분할청구권은 공유관계에서 비롯되는 것이므로 협의 불성립은 공유물분할청구권의 발생요건이 아니고 권리보호의 이익에 관한 것이므로, 공유물분할 협의의 유무는 당사자의 주장이 없어도 직권으로 조사하여야 한다. 실무상 판결문의 이유 부분에 ‘기초사실’로 “당사자 사이에 공유물 분할방법에 관한 협의가 성립되지 않았다.”는 것을 설시하는 것은 이러한 이유에서이다.²³⁾ 공유자 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립하였음에도 공유물분할의 소가 제기된 경우에는 협의에 따른 지분이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별론으로 하고 공유물분할의 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법한 소로서 각하해야 함은 앞서 본 바와 같다.

이러한 공유물분할소송은 공유물분할청구권을 행사한 법률효과에 근거

22) 오세율(주 16), 191면.

23) 남성민(주 11), 103면.

한 것일 뿐, 민법 제268조 제1항에서 규정하고 있는 공유물분할청구권의 행사 그 자체는 아니다.²⁴⁾

II. 공유물분할소송의 성질

1. 견해의 대립

(1) 통설·판례

공유물분할소송의 성질에 대하여 통설²⁵⁾은 아래와 같이 본질적 비송사건, 형성의 소, 형식적 형성소송, 고유필수적 공동소송 등을 들고 있으며, 판례도 이와 같은 입장이다.

1) 본질적 비송사건

공유물분할의 소는 법원이 공유자 간의 협의에 갈음하여 가장 적당하다고 생각되는 방법으로 분할하여 새로운 권리관계를 창설하는 것이다. 즉, 형성요건이 법률에 정하여진 것이 아니라 법원의 자유재량에 일임되어 있기 때문에 본질적으로는 비송사건의 성격을 가지고 있다.

2) 형성의 소

공유물분할의 소는 기존의 공유관계를 폐지하고 각자의 단독소유권을 창설하는 판결을 구하는 소이고, 이는 각 공유자가 가지는 분할청구권이 라는 형성권을 기초로 하는 것이기 때문에 형성의 소이다.

3) 형식적 형성소송

비송사건절차법에는 공유물분할에 관한 규정이 없어서 공유물분할소송의 절차에 관해서는 민사소송법에 따를 수밖에 없어 형식적으로 민사소

24) 박윤직·김재형(주 2), 293면.

25) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(IV), 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 15-16면; 이시윤, 신민사소송법, 제10판, 박영사, 2016, 209면; 김홍엽, 민사소송법, 제8판, 박영사, 2019, 245면; 지원립, 민법원론, 홍문사, 2017, 1248면; 이용훈, “공유물분할청구의 소와 이와 관련된 몇 가지 문제에 대하여”, 사법논집 제4집, 법원행정처, 1973, 138면.

송이라고 해석된다. 그렇게 함으로써 당사자들이 절차적으로 더 두텁게 보호되는 측면도 있다. 그렇다 하더라도 공유물분할의 소에 있어서 분할의 형성요건도 규정되어 있지 아니하고 실질적으로는 비송사건이라고 이해되어 형식적 형성소송에 해당하며 판결의 확정에 의하여 공유물이 분할되는 법적 상태가 형성된다.²⁶⁾

4) 고유필수적 공동소송

공유물분할의 소는 공유관계를 해소하는 형성소송이므로 공유자 전원이 당사자가 되어야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공유자 전원에게 대하여 합일적으로 확정되어야 하므로 공유자 일부가 누락된 상태에서 판결이 확정되었더라도 효력이 없다.²⁷⁾ 따라서 공유자 중의 일부에 대하여는 분할에 관한 협의가 성립되었으나 일부에 대하여는 협의가 성립되지 아니한 경우에도 공유자 전원이 당사자로 되어야 한다.

5) 판례

① 공유물분할청구의 소는 공유자 사이의 기존의 공유관계를 폐기하고 각자의 단독소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것이다.²⁸⁾

② 공유물분할의 소는 형성의 소이며, 법원은 공유물분할을 청구하는 자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 합리적인 방

26) 문영화, “공유물분할소송의 소송물”, 성균관법학 제28권 제3호, 2016, 434면에서는, 우리 대법원은 2001. 3. 13. 선고 99다17142 판결에서 민법 제366조 단서에 의한 지료결정청구의 소를 형식적 형성소송이라고 명시적으로 판시하였음에 반하여 공유물분할소송에 대하여는 ‘법원은 원고가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유물을 분할할 수 있다’는 취지의 판시를 해 오고 있음에도 형식적 형성소송이라고 명시적으로 판시한 바는 없는데, 이러한 대법원의 입장이 학계의 통설인 형식적 형성소송설을 따른 것인지에 관해서는 깊이 있는 논의 없이 긍정하는 견해가 있을 뿐이라는 점을 지적하고 있다.

27) 이용훈, “대습상속인이 누락된 상속등기의 추정력과 공유물분할의 소에 있어서 당사자적격”, 사법행정 20권 1호, 한국사법행정학회, 1979, 62면.

28) 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결[집17(4)민,244].

법으로 공유물을 분할할 수 있는 것이다.²⁹⁾

③ 공유물을 경매에 붙여 그 매각대금을 분배할 것을 명하는 판결은 경매를 조건으로 하는 특수한 형성판결로서 공유자 전원에 대하여 확일적으로 공유관계의 해소를 목적으로 하는 것이다.³⁰⁾

④ 공유라 함은 수인이 지분에 의하여 공동으로 어떤 물건의 소유권을 갖는 상태를 말하며 그 공유관계를 종료시키는 방법이 즉 공유물의 분할이라 할 것인바, 공유물의 분할은 공유자들 가운데 어떤 사람들만에 의하여서는 할 수 없고 반드시 공유자 전원이 분할 절차에 참여하여야 한다는 것은 공유의 성질상 당연한 결과라 할 것이다. 따라서 각 공유자는 공유물의 분할에 있어서는 당사자로서 직접 이해관계를 갖는 것이므로 공유자 중 어떤 사람을 제외하고 분할절차를 진행한다고 하는 것은 협의상의 분할이나 재판상의 분할이나를 막론하고 절대로 이를 불허하는 것이다.³¹⁾

(2) 이행의 소라는 견해

공유물분할의 소는 이행의 소라고 하는 견해³²⁾도 있다. 즉, 분할청구권은 공유물의 분할을 원하는 자가 다른 공유자에 대하여 그 동의를 구하는 청구권이라고 이해하면서 분할의 소는 이행의 소로서 소장에는 피고에 대하여 원고가 구하는 분할의 방법을 표시하여 그에 따른 분할에 동의할 것을 구하는 내용의 것이 표시되며 그 인용판결은 의사표시를 명하는 판결로서 집행된다는 것이다.

(3) 형성의 소와 이행의 소가 병행하는 성격을 가지고 있다는 견해

29) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결[집39(4)민,141;공1992.1.1.(911),102].

30) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다216981 판결[공2017하,1380].

31) 대법원 1968. 5. 21. 선고 68다414, 415 판결[집16(2)민,047].

32) 松岡義正, 民法論 : 物權法, 清水書店, 1931, 614면[최성호(주 7), 234-235면에서 재인용]. 현재 우리나라에서는 이러한 견해를 주장하는 문헌은 없는 것으로 보인다. 송인권, “공유물분할판결의 효력”, 법조협회, 2014, 139면(주 4) 참조.

공유물분할의 소는 공유관계의 폐지와 분할의 실현이라는 두 단계를 포함하는 소송이기에 형성의 소와 이행의 소가 병행하는 성격을 가지고 있다는 입장이다.³³⁾ 이에 따르면 공유물의 당사자 사이에 공유물분할에 관한 협의가 이루어지면 그에 따른 이행의 문제만 잔존하고, 그러한 협의가 이루어지지 아니하면 부득이 법원을 통해 문제를 해결할 수밖에 없는데, 법원이 후견적 기능을 가지고 당사자 사이의 현물분할의 협의에 갈음하여 구체적 타당성을 실현하는 공유자들에 대한 법률관계를 형성할 수 있는 판결에 이르게 되고 이러한 판결은 공유자들의 협의라는 의사의 진술에 갈음한 것으로 이해한다. 그러나 이러한 판결만으로는 공유물분할의 협의를 갈음하는 내용의 실현이 완성될 수 없으며 이를 구체적으로 실현하는 절차, 즉 실질적으로 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기 절차의 이행이 뒤따라야 한다는 점에서 이행의 소의 성격도 병행한다고 본다.

2. 검토

공유물분할의 소는 각 공유자가 가지는 공유물분할청구권이라는 형성권을 기초로 하여 기존의 과도기적 공유관계를 종료하고 분할된 부분에 대하여 각자의 단독소유권이나 새로운 공유관계를 창설하는 판결을 구하는 것이고, 공유자 간에 분할의 협의가 이루어지지 않은 이상 공유물분할소송의 원고가 구하는 분할의 구체적인 방법을 제시하게 하여 피고가 이에 따르게 할 것인지 여부만을 판단하는 것은 공유관계의 불안정을 궁극적으로 해소하지 못하는 경우가 많아 공유관계의 분쟁 해결에 어려움이 많을 것이다. 따라서 통설의 견해와 같이 법원이 공유물을 분할하는 것은 본질적으로 공유자 간의 협의에 대신하여 기존의 법률관계를 폐기하고 적절한 분할방법을 도출하여 장래의 권리관계를 직접 창설한다는 점에서 형성의 소에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이렇게 보는 것이 합리적인 현물분할의 가능성을 더욱 넓히고 법원이 후견적 입장에서 당사자 간

33) 최성호(주 7), 235-236면.

의 분할에 관한 분쟁을 합리적으로 조정·해결하는 데에도 유익하여 공유물분할의 소를 이행의 소로 구성하는 입법례보다 더 우수하다.³⁴⁾ 공유물분할의 소를 통해 공유관계를 종료하고 분할부분에 대한 새로운 소유관계를 창설한다고 보는 이상, 그에 따른 공유물분할등기절차의 이행은 형식과 실질을 일치시키기 위한 것으로서 공유물분할판결에 따른 후속조치의 성격을 가지므로, 이를 공유물분할의 소의 내용에 포함시켜 공유물분할의 소가 이행의 소의 성격도 가진다고 보기는 어렵다.

이에 따라, 공유물분할소송 실무에서도 공유물분할판결의 주문을 ‘별지 목록 기재 토지를, 별지 도면 표시 ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ의 각 점을 차례로 연결한 선내 ㉠ 부분 70㎡는 원고의 소유로, 같은 도면 표시 s, a, q, e, s의 각 점을 차례로 연결한 선내 ㉡ 부분 30㎡는 피고의 소유로 분할한다’(현물분할의 경우), 또는 ‘별지 목록 기재 부동산을 경매에 부쳐 그 대금에서 경매비용을 공제한 나머지 금액을 원고에게 7/10, 피고에게 3/10의 각 비율로 분배한다’(경매에 의한 대금분할의 경우)와 같이 형성효과의 발생을 선언하는 형태를 취하고 있다.

따라서 공유물분할의 소를 제기함에 있어서 원고는 단순히 공유물분할을 구하는 취지를 청구하면 족하고 분할방법·내용 등을 구체적으로 청구할 필요가 없고,³⁵⁾ 설령 구체적인 내용이 명시되어 있어도 이는 법원에 대한 분할방법 등에 관하여 당사자의 제안, 특히 그것이 합리적이라면 법원의 판단에 사실상 깊은 영향을 주는 하나의 유력한 제안으로서의 의미를 갖는 것에 그치고 그 구체적인 내용은 법원의 판단내용을 법적으로

34) 김황식(주 9), 660면은 공유물분할의 소에서 분할을 구체적으로 실현하는 방법은 나라마다 다르며, 어떠한 방법을 취하느냐는 입법정책의 문제라고 한다.

35) 그러나 실무상으로는 공유물분할소송의 청구취지에 원고가 분할방법을 구체적으로 특정하는 경우가 대부분이며, 재판실무에서도 공유물분할방법에 대한 원고의 의견은 법원의 심리와 피고의 답변을 위한 출발점이 되므로 재판장의 보정명령이나 참여사무관의 보정권고로써 원고가 바라는 분할방법을 특정하게 하는 것이 바람직하다고 하고 있다. 법원행정처, 공유물분할·경계확정 재판실무 편람, 2004, 27면 참조.

구속하는 것이 아니다. 즉, 법원이 구체적으로 어떠한 내용의 법률관계를 형성할 것인가는 법원의 자유재량에 일임되어 있다.³⁶⁾ 또한 당사자 사이에 다툼이 있는 한 법원은 어떠한 형식으로든 분할을 명하여야 하므로 형성의 기준이 없다는 이유로 청구기각의 판결은 허용되지 아니하고,³⁷⁾ 법원이 당사자의 공유물분할방법이 구체적으로 기재된 청구취지의 일부만을 인정하더라도 그 청구취지는 참고적 의미밖에 없으므로 ‘나머지 청구기각’의 주문은 필요하지 아니하다.

III. 공유물분할소송의 소송물

1. 문제의 소재

아래 제5장 제3절의 ‘공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해가 성립한 경우 부동산 물권변동의 효력발생시기’를 논의함에 있어서 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결[공2014상,97]의 다수의견은 공유물분할판결과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력에 차이를 두는 근거로서 ‘공유물분할소송 도중 수소법원이 조정회 부결정을 하여 조정이 성립한 경우, 이와 같은 조정은 공유물분할의 소의 소송물 자체를 대상으로 하여 그 소송에서의 법원의 판단을 갈음하는 것이 아니어서 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다’는 점을 들고 있다. 위 다수의견이 공유물분할의 소의 소송물을 무엇으로 보고 위와 같은 판시를 한 것인지를 살펴보기 위해 먼저 이에 대해 논의해 보고자 한다.

36) 김황식(주 9), 660면.

37) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카10517 판결[집37(3)민,20;공1989.11.1.(859),1457] (공유물분할의 소는 형성의 소로서 공유자가 그 분할을 청구하면 법원으로서도 공유자 간에 공유물을 분할하지 아니하기로 하는 약정이 있는 등 분할의 장애 사유가 있는 것이 아닌 한 당사자가 구하는 분할방법에 구애됨이 없이 어떠한 방법으로 공유물분할청구를 인용하여야 하는 것임은 소론과 같다).

2. 형성소송의 소송물

소송물이란 소송의 객체, 즉 심판대상을 말하는데, 국내에서는 형성소송의 소송물에 관하여 신·구 소송물론에 따라 각각 다음과 같이 설명한다.

① 구 실체법설(구 소송물론)에 의하면 형성소송의 소송물은 실체법상의 형성권 그 자체의 주장이다. ② 소송법설(신 소송물론) 중 일지설(일원설)에 의하면 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장이다. ③ 소송법설 중 이지설(이원설)에 의하면 청구취지에 표시된 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인인 사실관계의 양자에 의하여 소송물이 구성된다.³⁸⁾

3. 공유물분할소송의 소송물

(1) 우리나라에서의 논의

1) 공유물분할소송은 민법 제269조 제1항에서 정하고 있는 공유물분할청구권에 근거하여 공유관계의 폐기에 따른 새로운 법률관계의 형성을 구하는 형성소송이므로 그 소송물은 민법 제269조 제1항의 공유물분할청구권으로서 형성권이라는 견해³⁹⁾가 있다.

2) 공유물분할소송의 소송물에 관하여 언급하고 있는 공유물분할소송의 실무에 관한 문헌⁴⁰⁾에서, 청구병합과 관련하여 ‘실무상 현물분할과 경매분할을 주위적·예비적 청구취지로 청구하거나 분할방법을 달리한 복수의 현물분할을 주위적·예비적 청구취지로 청구하는 예를 볼 수 있으나, 형성소송의 소송물은 청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장 내지 판결을 통한 법률관계의 형성의 요구이고, 따라서 공유물분할소송의 소송물은 공유자 지위의 주장 또는 공유물분할판결의 요구로 보아야 하므로 공유물분할방법에 관한 원고의 서로 다른 주장은 독립한 소송물이 아니라 공격방어방법에 불과하다’고 기술하고 있다.

38) 정동윤·유병현, 민사소송법, 제4판, 법문사, 2014, 240-244면.

39) 문영화(주 26), 464면; 최광선, “공유물분할소송에서 판결과 조정의 형성력에 관한 연구”, 사법 45호, 사법발전재단, 2018, 291면.

40) 법원행정처, 공유물분할·경계확정 재판실무편람, 27면.

(2) 일본에서의 논의

1) 공유물분할소송에서 어떤 법률요건사실에 기초하여 어떤 내용의 분할이 청구될 수 있는지에 관해서는 규정되어 있지 않음을 이유로 소송물이 존재하지 않는다고 하는 견해⁴¹⁾와, 공유물분할청구권이 공유물분할소송의 소송물이 아니라고 한다면 공유물분할청구권의 부존재를 이유로 원고의 청구를 기각한 판결이 확정되더라도 그 판단에 기판력이 생긴다고 할 수 없게 되기 때문에 공유물분할소송에서 공유물분할청구권의 존부가 심판대상이 된다고 보는 견해⁴²⁾가 있다.

2) 일본 최고재판소 1952(昭和 27). 5. 2.판결은, ‘당해 소의 청구원인은 상고인 소유의 본건 부동산에 관하여 상고인으로부터 피상고인에게 1/2 지분을 양도하는 취지의 조정이 당사자 사이에 성립하고, 그의 소유권이 전등기를 마쳤지만, 그 조정은 가장의 의사표시에 기한 것이므로 무효라는 것이고, 또 원심판결이 인용한 전 확정판결은 피상고인이 원고가 되어 상고인을 피고로 하여 그 조정에 기하여 취득한 1/2지분권에 기하여 분할청구권이 있다는 것을 원인으로 제기한 공유물분할청구소송에 대한 것이다. 그러므로 전자는 위 조정에 기하여 권리관계의 존부를 소송물로 한 데에 반하여, 후자는 위 조정에 의한 공유권의 취득을 전제로 한 것이라고 할 수 있고 직접 소송물은 공유권에 기한 분할청구권의 존부라는 것이 명확하다’고 판시하면서, 위 공유물분할청구소송에서 위 조정에 의한 1/2지분이 피상고인에게 유효하게 증여되었지만 당사자 사이에 공유물의 분할을 청구하지 않기로 하는 계약도 동시에 성립되었기 때문에 피상고인은 공유물분할을 청구할 수 없다는 이유로 청구기각의 판결이 확정되었으므로 그 확정판결의 기판력은 소송물인 공유물분할청구권의 존재가 부정된 것에만 미칠 뿐 1/2지분이 증여에 의해 피상고인에게 이전되었다고 판단한 부분까지는 미치지 않는다고 보았다.

41) 伊藤眞, 民事訴訟法 第5版, 有斐閣, 2016, 166면.

42) 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再検討(五·完) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-, 法學新報 120(3·4), 2013, 8-9면.

(3) 검토

공유물분할소송의 소송물이 존재하지 않는다는 견해는 공유물분할소송이 본질적으로는 비송사건의 성질을 갖는다는 점을 강조한 입장이다. 비송사건은 소송이 아닌 사건을 의미하므로 그 재판도 기존의 법률관계나 법률요건에 관하여 기판력을 가지지 않고, 소송물이라는 개념도 상정할 수 없다.

그러나 다음과 같은 이유에서 공유물분할소송이 비송사건의 본질을 가지고 있다는 점만을 강조하여 공유물분할소송의 소송물 개념 자체를 부정하기는 어렵다고 본다. 즉, ① 공유물분할소송은 기존의 공유관계를 폐지하고 각자의 단독소유권을 창설하는 판결을 구하는 소이고, 이는 각 공유자가 가지는 분할청구권이라는 형성권을 기초로 하는 형성소송이다. ② 공유물분할소송에서는 원고가 공유자로서 공유물분할청구권이 있는지를 먼저 심리하고 인정된다면 합리적인 공유물분할방법을 결정하기 위한 심리를 하여 판결에 이르는 2단계의 심리구조인데, 이는 통상의 민사소송의 유형 중 하나인 불법행위에 기한 손해배상의 심리구조와 크게 차이가 없다.⁴³⁾ ③ 소송물은 기판력 범위의 판별에 있어서 그 기준이 되는 것인데, 판례⁴⁴⁾도 공유물분할판결의 기판력을 긍정한 점에 비추어 공유물분할소송에서 확정되는 권리관계·법률관계가 없다고 할 수는 없다.

따라서 공유물분할소송을 통상적인 비송사건과 완전히 동일시할 수만은 없고, 일반적인 비송사건과는 달리 공유물분할소송은 비송사건절차법에

43) 즉, 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손해배상청구권이 있는지를 먼저 심리하고 인정된다면 손해의 범위에 관하여 심리를 하는 것과 구조가 일치한다. 문영화(주 26), 462면 참조.

44) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888, 1889 판결[집29(1)민,121;공1981.5.15. (656) 13840]. 이 판결에서는 원고가 공유물분할의 소를 제기하여 경매에 의한 매득금의 일정 비율을 분할 취득하라는 판결을 받아 확정되었는데, 다시 동일 부동산에 대한 공유물분할의 소를 제기한 사안이었는데, 공유물분할판결의 기판력을 인정하여 전소의 확정판결의 기판력이 이 사건 소에도 미치므로 소의 이익이 없다고 보았다.

그 규정이 없는 것을 단지 입법의 불비로만 새길 것은 아니라고 생각한다. 공유물분할소송은 공유자의 민법 제268조 제1항 상의 공유물분할청구권이라는 형성권의 행사에 의해 기존 공유관계의 폐기 및 각자의 단독소유권 취득이라는 새로운 법률관계의 형성을 구하는 형성소송이므로, 그 소송물은 앞서 형성소송의 소송물에서 검토한 바와 같이 민법 제268조 제1항의 공유물분할청구권으로서 형성권⁴⁵⁾(또는 신소송물론의 입장에서는 법원의 재량에 의한 공유물분할을 구할 수 있는 공유자의 지위)이고, 다만 그로 인한 법률관계 변동의 구체적 내용이 민법 제269조에서 정하는 범위 안에서 법원의 재량에 의하여 결정되는 경우라고 할 수 있다.

IV. 공유물분할소송에서의 분할방법

1. 현물분할의 원칙과 예외적 대금분할

공유물분할소송에서의 분할방법에 관하여 민법 제269조 제2항은 ‘현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다’고 규정하고 있다. 즉, 재판에 의한 공유물분할은 현물분할이 원칙이고, 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 그 가액이 현저히 감소될 염려가 있는 때에 비로소 경매에 의한 대금분할을 할 수 있다.

대금분할에 있어 ‘현물로 분할할 수 없다’는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용 상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나

45) 민법 제269조 제1항은 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니하면 법원에 공유물분할을 청구할 수 있다는 것에 불과하고, 공유관계의 폐기 및 각자의 단독소유권 취득이라는 실체법상 법률관계의 변동을 일으키는 근거 규정으로 보기는 어렵다. 따라서 공유물분할청구권이라는 실체법상의 형성권은 민법 제268조 제1항에 근거한 것으로 보는 것이 타당하다.

부적당한 경우를 포함한다⁴⁶⁾ 할 것이고, ‘현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 경우’라는 것도 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 공유지분 가액보다 현저하게 감소될 염려가 있는 경우도 포함한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

현물분할이란 각 공유자의 지분비율에 따라 공유물을 현물 그대로 수개의 물건으로 분할하고, 분할된 물건에 대하여 각 공유자가 단독소유권을 취득하도록 분할하는 것을 말한다. 여기에서 지분비율이란 원칙적으로 지분에 따른 가액(교환가치)의 비율을 말하는 것이므로, 법원은 분할 대상 목적물의 형상이나 위치, 이용상황이나 경제적 가치가 균등하지 아니한 때에는 원칙적으로 경제적 가치가 지분비율에 상응하도록 조정하여 분할을 명하여야 한다.⁴⁹⁾ 즉, 토지를 분할하는 경우에는 원칙적으로 각 공유자가 취득하는 토지의 면적이 그 공유지분의 비율과 같아야 할 것이지만, 경제적 관점에 비추어 각 부분의 가치가 균등하지 아니하면 경제적 교환가치를 기준으로 이를 조정하여 분할하는 것이 실질적 공평에 부합하는 합리적인 분할이다. 만약 공유물의 면적 위치, 사용가치, 가격, 공유자의 실제 점유 위치 등 제반사정을 종합 고려했을 때 어느 1인의 공유자에게라도 불공평하게 분할하게 되면 이는 위법이며⁵⁰⁾, 이러한 점에

46) 그 예로 논의되고 있는 것은 공유토지에 건물이 존재하고 있다든가 건물을 구분소유할 수 없을 때, 건물에서 구분소유할 수 있는 부분과 공유지분의 비율이 맞지 않는 경우 등이 있는데, 이 중 건물이 구분소유할 수 있는 정도가 아닌 경우를 제외하고는 가액보상의 방법으로 해결할 수 있는 경우가 많을 것이다. 김소영, “공유물분할의 소에 대하여”, 법원행정처, 사법논집 제24집, 1993, 167면 참조.

47) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결[공1992.1.1.(911),102].

48) 좁은 면적의 토지를 여러 공유자가 세분하기로 하여 정상가격으로 거래되기 어려운 경우, 상업지역 안의 토지를 구 건축법 제49조 제1항, 동법 시행령 제80조 제1항에 규정된 건물을 건축할 수 있는 대지면적의 최소한도 이하로 분할하는 경우(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다6746 판결[공1999.7.15.(86),1385]) 등이 이에 해당할 것이다. 신동기, “공유물분할의 소에 있어서 공유물의 분할방법”, 판례연구 12집, 부산판례연구회, 2001, 624면 참조.

49) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다6746 판결[공1999.7.15.(86), 1385].

서 구체적으로 어떠한 현물분할의 방법을 택할 것인지에 대한 법관의 자유재량은 무제한적으로 허용되는 것은 아니다.

재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에 법원은 현물로 분할하는 것이 원칙이므로, 불가피하게 대금분할을 할 수밖에 없는 요건에 관한 객관적·구체적인 심리 없이 단순히 공유자들 사이에 분할의 방법에 관하여 의사가 합치하고 있지 않다는 등의 주관적·추상적인 사정에 터잡아 함부로 대금분할을 명하는 것은 허용될 수 없다.⁵¹⁾

2. 현물분할방법의 유연화·다양화

우리나라 초기의 판례들은 이러한 원칙에 따라 대체로 현물분할 아니면 경매에 의한 대금분할 방법으로 공유물분할을 해 왔으나, 1990년대 이후 본격적으로 현물분할의 원칙을 중시하는 입장에서 현물분할의 방법이 다양해져 가는 경향을 보이고 있다.⁵²⁾ 즉, 사회의 복잡·다변화에 따른 다양한 모습의 공유관계의 발생 및 그 해소를 위해 유연하고 다양한 공유물 분할방법을 모색할 필요성이 점차 커지게 되었고, 대법원 1990. 8. 28. 선고 90다카7620 판결[집38(2)민,203;공1990.10.15.(882),2015]로서 가액보상에 의한 분할방법을 현물분할의 한 형태로 인정한 이래 현물분할방법을 다양하게 인정하고 대금분할의 요건을 엄격히 해석하여 대금분할을 명하는 것을 제한하고 있다.

앞서 살펴본 바에 따라 협의에 의한 분할의 경우 상정 가능한 방법을 유형화한 것 중, 현물분할방법의 가장 기본적인 형태라 할 수 있는 개별 분할(①유형)뿐만 아니라 ② 내지 ⑤유형의 방법도 현물분할의 한 형태로 인정하여 법원이 현물분할의 방법으로 택할 수 있는지 문제된다.

수 개의 공유물 중 일부를 한 공유자의 소유로 하고 나머지를 다른 공유자의 소유로 하는 방법을 일괄분할(②유형)이라고 하는데, 판례⁵³⁾도

50) 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결[집17(4)민,244].

51) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다40219, 40226 판결[공2009하,1643].

52) 신동기(주 48), 622면.

53) 대법원 1976. 5. 25. 선고 76다77 판결[공보불게재]. 원고 4인과 피고 2인이

‘공유물인 토지를 분할함에 있어서 공유자들이 가진 각 공유지분 비율에 따라 이를 분할함이 마땅하나 동 공유물의 토지에 각기 건물을 소유하고 그 토지를 사실상 각 분할점유하고 있어 그 점유부분에 따라 분할함에 다툼이 없다는 점을 감안하여 현물분할하였음은 공유물인 토지의 위치, 지적, 이용상황, 환경 등을 종합 고려한 합리적인 분할방법이라 할 수 있다’고 판시하여 이를 현물분할의 방법으로 긍정하였다.

공유자가 3인 이상인 경우에 원고 또는 피고의 일방 또는 쌍방이 복수인 경우, 법원이 공유물을 분할함에 있어서 복수인 원고 또는 피고의 지분의 범위 내에서 공유관계를 유지하게 하는 분할방법을 일부분할(③유형)이라고 한다. 일부분할의 경우 공유물분할의 결과 일부 공유자는 공유지분을 취득한다는 점에서 각 공유자가 모두 단독소유권을 취득하게 되는 개별분할 방식의 현물분할과는 차이가 있으나, 다수의 공유자 간에 의견대립이 있을 때 공유관계 전부를 해소해야 할 이유가 없고, 공유관계 지속을 원하지 않는 공유자 상호간에만 공유관계를 해소시키는 것이 분쟁 해결에 효과적이므로 인정해도 무방하다. 판례⁵⁴⁾도 ‘여러 사람이 공유하는 물건을 현물분할하는 경우에는 분할청구자의 지분한도 안에서 현물분할을 하고 분할을 원하지 않는 나머지 공유자는 공유자로 남는 방법도 허용될 수 있다’고 판시하여 재판에 의한 분할에서 현물분할의 한 방법으로 이를 인정하고 있다.

나아가 부분적 가액보상(④유형)과 전면적 가액보상(⑤유형)의 경우도 판례는 현물분할의 한 형태로 허용하고 있다. 이에 관한 자세한 내용은 아래 ‘V. 부분적·전면적 가액보상의 허용 여부’에서 논의하기로 한다.

A, B, C 토지를 각 공유하고 있고, A토지 위에는 피고 1이 건물을, C토지 위에는 원고 2 내지 4 및 피고들이 각 건물을 소유하고 있는 사안에서, C토지는 원고 2 내지 4 및 피고들 사이에서 점유부분에 따라 현물분할하고, A토지는 피고 1이 단독소유하고, B토지는 원고 1과 피고 1 사이에 현물분할을 명한 원심판결을 수긍하였다.

54) 대법원 1993. 12. 7. 선고 93다27819 판결[공1994.2.1.(961),336]; 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결[집39(4)민,141;공1992.1.1.(911),102] 등.

3. 대금분할판결과 공유물분할을 위한 경매

(1) 의의

민사집행법상의 경매에는 집행권원에 기하여 행하는 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매, 그리고 오로지 특정 재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 하는 경매의 세 가지가 있다. 이 중 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매는 채권자가 자기 만족을 얻기 위하여 실행한다는 의미에서 실질적 경매라고 하고, 이에 대응하여 재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 하는 경매를 보통 형식적 경매라고 한다.

공유물을 경매에 부쳐 매각대금을 분배할 것을 명하는 대금분할의 판결이 확정되면 종래의 공유관계는 변동되어 원·피고의 구별 없이 각 공유자는 경매신청권과 그에 따른 매각대금교부청구권(민법 제408조 참조)을 취득하고, 공유자들이 보유한 공유지분은 다른 공유자의 경매신청에 따라 매각하고 그 가치에 따라 현금화하기 위한 경매가 진행되는데, 이러한 경매를 공유물분할을 위한 경매라고 한다.

민사집행법 제274조 제1항은 ‘유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다’고 규정하고 있는데, 공유물분할을 위한 경매는 ‘민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매’에 해당하는 것으로서 환가형의 협의의 형식적 경매⁵⁵⁾에 속하며, 형식적 경매의 대다수를 차지한다.⁵⁶⁾

55) 광의의 형식적 경매는 협의의 형식적 경매와 유치권에 의한 경매로 나뉘고, 협의의 형식적 경매에는 공유물분할을 위한 경매와 자조매각을 위한 경매(민법 제490조, 상법 제67조, 제109조 등), 단주의 경매(상법 제443조 제1항), 청산을 위한 경매(민법 제1037조) 등이 있다. 이 중 청산을 위한 경매와 비교하여 나머지 유형은 단순한 환가를 위한 것이라 하여 ‘환가형’으로 부르고 있다. 진현민(주 16), 88면.

56) 2017년도에 진행된 총 867건의 형식적 경매 중 공유물분할을 위한 경매가 678건, 청산을 위한 경매가 153건, 유치권에 의한 경매가 23건, 파산신고에 의한 경매가 10건, 기타가 3건이었다. 부동산태인, “‘1원’ 받으려고 신청한 경매가 무려 867건?”, 태인경매정보(2018. 4. 3.) 참조.

(http://www.taemin.co.kr/community/board/news/cst_board_view_newsV2.php?no)

강제경매와 담보권 실행을 위한 경매에서는 채권자들 사이의 이해관계 조정이 가장 중요한 문제로 대두되는 반면, 공유물분할을 위한 경매에서는 공유자들 사이에서의 이해관계 조정이 중요한 문제로 대두된다.⁵⁷⁾

(2) 공유물분할을 위한 경매의 절차

민사집행법 제274조 제1항에 따라, 민법 제269조 제2항에 따른 경매인 공유물분할을 위한 경매도 담보권 실행을 위한 경매의 방식을 따른다. 즉, 공유물분할을 위한 경매신청을 위하여는 그와 같은 신청권이 있음을 증명하는 서류를 제출하여야 하며(민사집행법 제264조 제1항), 이 경우에는 대금분할을 명한 판결(화해조서 또는 조정조서도 가능하다⁵⁸⁾)의 등본을 제출한다. 현금화의 준비절차인 현황조사, 평가 및 최저경매가격의 결정, 일괄매각의 결정 등의 절차도 담보권 실행을 위한 경매의 예에 의하여 행한다.

그러나 공유물분할을 위한 경매는 대금분할의 전제로서 당해 공유물을 금전화함에 있어 그 적정을 도모하기 위하여 국가기관이 주관하는 경매 절차의 방법에 따르는 것으로서, 실제상의 우선변제권에 내재하는 환가권의 발동인 담보권 실행을 위한 경매와는 그 본질을 달리한다.⁵⁹⁾ 민사집행법 제274조 제1항의 의미도 공유물분할을 위한 경매의 성질에 적합한 범위 내에서 담보권 실행을 위한 경매에 관한 규정들을 적용하여 경매를 실시하라는 의미이므로, 실제 공유물분할을 위한 경매를 실시함에 있어 담보권 실행을 위한 경매의 규정이 어느 범위까지 적용될 것인지가 문제된다.

=4553&pagenum=1)

57) 이상덕, “공유물분할을 위한 경매절차에서 일부 공유자의 지분에 관하여 최선순위 가등기가 설정되어 있는 경우의 배당방법”, 인권과 정의 제428호, 대한변호사협회, 2012, 128면.

58) 법원행정처, 조정실무, 2002, 412면에 따르면 공유물분할의 소에서도 소송상 화해나 조정이 가능하다고 하고 있다. 구체적인 논의는 제5장 제2절 IV. 참조.

59) 진현민(주 16), 88면.

(3) 소멸주의의 적용 여부

1) 담보권 실행을 위한 경매의 경우, 부동산 위에 존재하는 제한물권 등의 부담은 매수인이 인수하는 것이 아니라 매각에 의해 소멸하는 것을 원칙으로 한다(민사집행법 제268조, 제91조 제2항 내지 제4항). 공유물분할을 위한 경매의 경우에도 이에 따라 소멸주의를 적용할 것인지, 아니면 형식적 경매의 특수성을 고려하여 인수주의를 적용할 것인지에 대한 견해의 대립이 있다.

2) ① 인수주의설⁶⁰⁾은, 형식적 경매는 원래 채권자와 채무자라는 개념이 존재하지 않고 청구금액도 없는 것으로 단지 법률의 규정에 의하여 목적재산의 환가만을 위하여 인정되는 것이므로 목적부동산에 부담이 있어도 있는 그대로 평가하여 매수인에게 이를 인수시키는 조건으로 현금화하면 경매의 목적이 달성된다고 본다. ② 소멸주의설⁶¹⁾은, 형식적 경매도 국가에 의한 환가절차라는 점에서 담보권 실행을 위한 경매와 다르지 아니하고 담보권 실행을 위한 경매의 경우 소멸주의가 우리 법의 원칙이므로 공유물분할을 위한 경매에서도 소멸주의가 적용된다고 본다. ③ 이분설⁶²⁾은, 환가를 위한 형식적 경매의 경우에는 인수주의와 동일한 입장에서서 이러한 경매는 변제를 위한 것이 아니므로 목적 재산에 부담이 있더라도 그 부담이 있는 그대로 환가를 하면 족하지만, 청산을 위한 형식적 경매는 목적 재산으로부터 변제를 받을 수 있는 채권자들에 대하여 일괄 변제를 목적으로 하여 이루어지는 것이므로 소멸주의에 따라 담보권을 소멸시키고 배당을 실시하는 것이 타당하다고 본다.

3) 판례는 공유물분할을 위한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시된다고 봄이 상당하다고 판시하여 소멸주의를 원칙으로

60) 법원행정처, 민사집행법해설, 2002, 237면.

61) 문정일, “공유물분할을 위한 경매에 있어서 몇 가지 문제점에 관하여”, 민사집행법실무연구(재판자료 제109집), 2006, 251면.

62) 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 민사집행법실무연구(재판자료 제109집), 2006, 415면.

한다고 판시하였다.⁶³⁾

4) 검토하건대, 비록 우리 민사집행법은 일본 민사집행법에는 없는 제 274조 제2항, 제3항을 두어 인수주의설에 입각하여 법률이 제정되었지만,⁶⁴⁾ 동법 제274조 제1항에 ‘담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다’고만 규정하고 있어 공유물분할을 위한 경매에 소멸주의를 배제하는 것은 아니고, 이 역시 공유자들 사이에서의 이해관계의 조정 및 경매로 인하여 새로운 이해관계를 가지게 되는 매수인의 보호를 둘러싼 법해석의 문제이다.

공유자들 사이의 이해관계 조정 측면에서, 인수주의를 취할 경우 경매대금을 지분비율에 따라 분배함으로써 자기의 지분 위에 부담을 가지고 있는 공유자가 아무런 부담이 없는 공유자보다 실질적으로 더 많은 대금을 분배받게 되어 형평에 반하며,⁶⁵⁾ 그렇다고 하여 대금분할판결을 명할

63) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2006다37908 판결[공2009하,1963]. 다만 집행법원은 필요한 경우 위와 같은 법정매각조건과는 달리 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 할 수 있으나, 이 때에는 매각조건 변경결정을 하여 이를 고지하여야 한다고 판시하였다. 이 판결에 뒤이어 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정[공2011하,1437]은 광의의 형식적 경매에 속하는 유치권에 의한 경매에서도 소멸주의의 원칙이 적용된다고 판시하였다.

64) 위 규정은 형식적 경매사건과 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 경합하는 경우 형식적 경매사건이 선행사건이라 하더라도 이 절차를 정지하고 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매로 진행하여야 한다는 규정이다. 이러한 규정이 없는 일본에서는 소멸주의를 취하는 입장에서, 인수주의를 취할 경우 형식적 경매사건과 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 경합하는 경우 경매를 진행하기 어렵다는 문제가 있다고 지적한다. 문정일(주 61), 247면(주 19) 참조.

65) 예를 들어 甲이 3/4지분(채권최고액 300만원의 근저당권 부담), 乙이 1/4지분을 가진 시가 1,200만원의 공유물을 인수주의에 따라 부담분을 제외하여 최저매각대금을 900만원으로 한 경매절차에서 950만원에 매각되고, 그 비용이 50만원일 경우, 지분대로 나누면 甲은 675만원, 乙은 225만원을 교부받게 되어 최저매각대금을 기준으로 한 지분가액 600만원보다 많이 받을 위험이 있다. 이에 반하여 소멸주의에 따라 배당하게 되면, 최저매각대금 및 실제매각가격이 부담액 수만큼 상승할 것이므로 각각 1,200만원, 1,250만원이라고 할 경우 甲과 乙에게

때 지분비율이 아닌 다른 합리적인 분배비율을 정하는 것도 사실상 매우 어려우므로⁶⁶⁾ 소멸주의를 원칙으로 하는 것이 타당하다.

매수인의 보호 측면에서도, 비공식적 통계에 의하면 전체 경매절차에서 형식적 경매가 차지하는 비율은 약 5%에 불과한데, 매수를 원하는 일반인들은 당연히 소멸주의에 의하여 제한물권의 부담이 없는 목적물을 취득하리라고 예상하고 매수신청을 하는 경우가 많을 것이다. 만약 인수주의를 취할 경우 매수인은 제한물권의 부담을 인수하게 된다는 점을 간과하여 피해를 입을 우려가 있으며, 매각물건명세서에 인수주의의 적용이 기재된 점을 파악한 매수인은 공유물에 있는 부담 때문에 경락받을 것을 꺼려하여 경매 자체가 진행되지 않는 경우가 많고, 경매가 진행되더라도 시가보다 훨씬 낮은 대금으로 경락되는 경우가 많을 것이다. 따라서 적정 가치에 따른 경매목적물의 환가를 용이하게 함과 동시에 매수인의 기대도 보호할 수 있다는 점에서 소멸주의를 택할 필요가 있다.

(4) 공유자의 입찰 참가 가부

실제 배당할 금액은 각각 900만원, 300만원이고, 근저당권의 소멸로 인해 근저당권자가 300만원을 배당받게 되어 남은 최종적으로 600만원을 배당받게 된다. 따라서 각 이해관계인의 배당액 산정도 간명해지고 각 지분별 실질적 교환가치를 고려하였을 때에도 형평성에 문제가 없다. 문정일(주 61), 254-257면.

66) 공유물분할소송의 실무상 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할할 경우 현저히 가액이 감소할 염려가 있음이 밝혀지면, 법원은 단순히 경매분할을 할 것을 명할 뿐이지 구체적인 배당방법에 관하여는 아무런 심리를 하지도 않으며 그 결과 실질적으로 아무런 결정도 내려지지 않으므로 대금분할판결에는 매각대금 분배비율 등의 구체적인 배당방법에까지 구속력이 미친다고는 볼 수 없다. 즉, 대금분할판결에서 사용되고 있는 전형적인 주문례(“부동산을 경매에 부쳐, 대금에서 경매비용을 공제한 나머지 금액을 원고와 피고에게 ...의 비율로 분배한다”)에서 법원의 핵심적인 결정은 경매분할을 명하는 부분에 있으며, 뒷부분은 실제 배당할 금액이 ‘원고와 피고의 지분 비율에 따라’ 배분되어야 한다는 자명한 원칙을 큰 의미를 부여하지 않고 상투적으로 부기하는 것에 불과하다. 이상덕(주 57), 140면.

공유자가 스스로 입찰 참가가 가능한지에 대하여, 담보권 실행을 위한 경매의 경우 채무자는 매수신청을 할 수 없지만(민사집행규칙 제194조, 제59조 제1호), 공유물분할을 위한 경매의 경우는 채무자가 별도로 존재하지 않는 것이 통례이고 공유자 스스로 자력이 충분하다면 입찰에 참가하여 경락받는 것을 막을 이유가 없으므로 가능하다고 볼 것이다.⁶⁷⁾ 하지만 공유물분할을 위한 경매는 공유물 전부를 경매에 부쳐 매각대금을 환가하는 것이므로 공유물지분에 대한 경매에서 다른 공유자에 대한 경매개시결정 통지와 다른 공유자의 우선매수권을 규정한 민사집행법 제139조, 제140조는 적용이 없고,⁶⁸⁾ 일반적인 입찰 참가자의 지위에서 평등한 조건 하에 매수신청을 할 수 있을 것이다.

V. 부분적·전면적 가액보상의 허용 여부

1. 부분적·전면적 가액보상의 의미

부분적 가액보상에 의한 공유물분할이란 공유자 중 일부의 자가 자기 지분 이상의 공유물을 취득하고 지분 이하의 공유물을 취득한 다른 공유자에게 그 가치의 차액에 해당하는 금액을 금전으로 지급하도록 하는 분할방법을 의미하고, 전면적 가액보상에 의한 공유물분할이란 어느 특정 공유자에게 그 지분의 교환적 가치에 상응하는 가액보상만을 하여 그를 현물분할에서 배제하고 다른 공유자에게 공유물 전부를 취득하게 하면서 그 공유자에게 가액보상을 명하는 분할방법을 의미한다.⁶⁹⁾

67) 진현민(주 16), 33면도 같은 취지이다. 일본에서도 이와 같은 취지로 논의되고 있다고 한다. 遠藤浩 외 編, 民法註解 財産法(物權法 2), 清林書院, 1997, 576면(石川善一 집필부분) 참조.

68) 대법원 1991. 12. 16. 자 91마239 결정[공1992.2.15.(914),633]. 이와 비교하여 대만은 공유물분할을 위한 자조매각 시 공유자에게 우선매수권을 인정하고 있다(대만민법 제824조 제7항).

69) 김소영(주 46), 170면; 김대원, “전면적 가격배상 방법에 의한 공유분할의

이러한 부분적·전면적 가액보상의 방법이 협의에 의한 분할의 경우에는 당연히 분할방법의 하나로 인정됨은 앞서 본 바와 같으나, 재판에 의한 공유물분할의 경우에는 민법 제269조 제2항이 현물분할 또는 경매에 의한 대금분할의 방법만을 규정하고 있으므로 법원이 공유물분할을 명할 때 부분적·전면적 가액보상 방법으로 명하는 것도 현행 규정상 허용되는지, 허용된다면 이를 현물분할의 한 방법으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 전면적 가액보상 방법이 허용되는지 여부에 대해 주로 논의가 있었고, 만약 전면적 가액보상 방법이 허용된다면 그 부분적 형태라고 할 수 있는 부분적 가액보상 방법도 허용된다고 볼 것이므로 이하의 논의에서는 주로 전면적 가액보상의 허용 여부에 대한 견해의 대립을 소개하고 검토하고자 한다.

2. 견해의 대립

(1) 부정설

재판에 의한 공유물분할에 있어서는 전면적 가액보상의 방법은 허용될 수 없다는 견해로서, 종래 우리나라의 다수 견해⁷⁰⁾는 민법 제269조를 엄격하고 문리적인 해석을 강조하여 전면적 가액보상을 부정하였다.

논거로는, ① 우리 민법 규정이 현물분할과 경매에 의한 대금분할만을 인정하고 있고, 상속재산분할의 경우는 가사소송규칙 제115조 제2항⁷¹⁾이 공동상속인 간의 금전에 의한 정산을 인정하고 있는 반면 공유물분할의 소에 있어서는 이를 인정할 수 있는 근거규정이 없는 점, ② 공유자는 지분의 비율에 따라 동등한 권리를 가지는데 어느 공유자에게 현물을 취

허용 여부”, 대법원판례해설 통권 제51호, 법원도서관, 2005, 71면.

70) 이용훈(주 25), 143면; 박준서 외 편, 주석민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2000, 91면(박삼봉 집필부분); 이영준, 물권법, 박영사, 2002, 561면; 이상태, 물권법, 법원사, 2002, 260면 등.

71) ‘가정법원은 분할의 대상이 된 상속재산 중 특정의 재산을 1인 또는 수인의 상속인의 소유로 하고, 그의 상속분 및 기여분과 그 특정의 재산의 가액의 차액을 현금으로 정산할 것을 명할 수 있다’

득하게 하고 어느 공유자에게 가액보상을 받도록 할 것인지에 대한 기준이 없는 점, ③ 공유지분은 소유권의 성질을 가지고 있는데 전면적 가액보상을 인정할 경우 공유자 일부에 의한 사적인 수용의 결과를 가져오게 되어 부당한 점, ④ 전면적 가액보상의 방법에서는 현물의 분할을 전혀 받지 않는 공유자가 존재하기 때문에 공유자 전원에 대한 현물의 분할이라는 그 본질에 반한다는 점 등을 들고 있다.

이에 대하여 이론적인 면에서도 현물분할에 관한 민법의 규정을 넓게 해석하여 부분적 가액보상은 인정할 수 있지만, 전면적 가액보상은 일부 공유자의 지분비율이 극히 적어 현물로만 분할하는 것이 부적당하고 그 공유자를 위하여 공유물을 경매하는 것도 형평의 원칙에 심히 반하게 되는 예외적인 경우가 아닌 한 위와 같은 논거로 이를 인정할 수 없다는 견해⁷²⁾도 있다.

(2) 긍정설

재판에 의한 공유물분할에 있어서도 부분적·전면적 가액보상의 방법이 허용된다는 견해로서, 일본 최고재판소가 아래와 같이 1996. 10. 31. 전면적 가액보상에 의한 공유물분할을 인정한 이후 우리나라에서도 이러한 방법을 허용해야 한다는 견해⁷³⁾가 나타나기 시작하였다.

논거로는, ① 일부의 공유자에게 현물분할이 되지 아니하는 점에서 보면 민법이 정한 현물분할의 원칙에 반하는 것으로도 보이지만, 다른 한편 공유자 전체로 보면 경매에 의한 대금분할로 전부가 현물을 취득하지 못하는 것보다는 일부 공유자라도 현물을 취득하는 점에서 현물분할의 정신에 부합하는 점, ② 대금분할에서는 법원의 재량에 좌우됨이 없이 기계적으로 지분비율에 따라 분할할 수 있어 형식적 공평성이 유지된다는 장점은 있지만, 통상적으로 시가보다 상당히 저액으로 환가되기 때문

72) 김소영(주 46), 173-174면.

73) 양창수, “전면적 가액보상에 의한 공유물분할판결과 등기문제”, 민법연구 제 9권, 박영사, 2007, 128면; 신동기(주 48), 628면; 진현민(주 16), 60면.

에 결국 모든 공유자에게 불이익한 결과가 되는데 전면적 가액보상을 택하여 이를 극복할 수 있는 점, ③ 공유물분할의 이상은 공유물을 그 교환가치에 있어서 각 공유자의 지분의 가액에 비례하도록 공평하게 분할하는 것에 있는데, 구체적 사안에서 공평한 분할을 위한 최선의 방법이라고 인정될 때에는 이를 인정할 필요가 있는 점 등을 들고 있다.

3. 판례의 태도

(1) 일본 최고재판소의 태도

공유물분할청구를 받은 법원으로서 현물분할을 함에 있어서 지분의 가격 이상의 현물을 취득하는 공유자에게 해당 초과분의 대가를 지급하게 하여 과부족의 조정을 하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 당해 공유물의 성질 및 형상, 공유관계의 발생원인, 공유자의 수와 지분 비율, 공유물의 이용상황과 분할된 경우의 경제적 가치, 분할방법에 관한 공유자의 희망 및 그 합리성의 유무 등의 사정을 종합적으로 고려하여, 당해 공유물을 공유자 중에서 특정한 자에게 취득하게 하는 것이 상당하다고 인정되고, 또한 그 가격이 적정하게 평가되며, 당해 공유물을 취득한 자에게 지급능력이 있고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득하게 하여도 공유자간의 실질적 공평을 해하지 않는다고 인정되는 특단의 사정이 있을 때는, 공유물을 공유자 중 일인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하고, 그들로부터 다른 공유자에 대해 지분의 가격을 배상하게 하는 방법, 즉 전면적 가격배상의 방법에 의한 분할을 하는 것도 허용된다고 할 것이라고 판시⁷⁴⁾하여 부분적 가액보상뿐만 아니라 전면적 가액보상도 명시적으로 인정하였다.

공유물의 분할방법에 대하여 우리 민법 제269조와 같은 내용의 규정을 두고 있는 일본의 경우, 전면적 가액보상에 의한 공유물분할이 인정되기

74) 日本 最高裁判所 平成 8. 10. 31. 平成3年(オ)1380号 判決(1996년 판결). 일본 최고재판소는 같은 날 전면적 가액보상에 의한 공유물분할 가능성을 인정한 다른 두 건의 판결[平成7年(オ)1962号 判決, 平成8年(オ)677号 判決]을 선고하였다.

위한 요건에 대한 일본 최고재판소의 판시는 아래에서 보는 바와 같이 우리 대법원의 판시와 비슷하다. 다만 일본 최고재판소는 ‘공유자 간의 실질적 공평을 해치지 아니한다’는 것과 관련하여 ① 가격이 적정하게 평가되고, ② 해당 공유물을 취득하는 자에게 지급능력이 있을 것을 추가로 적시하고 있다. 이는 현물취득 공유자에게 사실상 수용을 당하는 가액보상 공유자의 권리를 보호하기 위한 고려에서 나온 것으로 보인다.⁷⁵⁾

(2) 우리나라 대법원의 태도

우리 판례도 일본 판례의 동향과 유사하게 재판상 공유물분할의 유연화·다양화 방향으로 가닥을 잡고 있다.⁷⁶⁾ 전통적인 판례의 입장은 민법 제269조 제2항에 따라 원칙적인 현물분할과 대금분할의 범주에서 벗어나지 않았으나, 대법원 1990. 8. 28. 선고 90다카7620 판결⁷⁷⁾[집38(2)민,203; 공1990.10.15.(882),2015]로서 부분적 가액보상에 의한 공유물분할을 처음으로 수용하였다. 즉, 현물분할이 가능하고 또 그 필요도 있으며 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려도 없고 다만 각 공유자가 취득하는 현물의 가격과 지분의 가액에 과부족이 생기지 않도록 하는 합리적인 현물분할 방법이 없고 그렇다고 하여 경매를 명하여 대금분할을 하는 것은 더욱 불합리한 경우와 같은 특별한 사정이 있을 때에는 공유지분의 가액 이상의 현물을 취득하는 공유자는 그 초과부분의 대가를 지급하여

75) 남성민(주 11), 107면.

76) 오세율(주 16), 200면.

77) 공유자 3인(甲, 乙, 丙)이 3필지의 토지를 공유하면서 乙이 그중 1필지의 토지상에 소유건물을 축조하여 점유하고, 丙이 다른 1필지의 토지상에 소유건물을 축조하여 점유하고 있었으며 甲은 나머지 다른 토지를 점유하고 있었는데, 甲이 乙, 丙을 상대로 공유물분할 및 각 건물의 철거를 구한 사안에서, 원심은 각 필지의 면적이 지분비율에 상응하지 아니한 사정 등을 들어 경매에 의한 대금분할을 명하고 철거청구를 인용하였으나, 대법원은 공유자 乙, 丙이 점유하고 있는 각 토지를 각각의 단독소유로, 나머지 토지를 甲의 단독소유로 하되 가격조정을 통하여 형평을 꾀하는 방법 등 합리적인 분할방법을 찾아야 한다고 판시하며 원심판결을 심리미진으로 파기환송한 사안이다.

과부족을 조정하게 하여 분할을 하는 것도 현물분할의 한 형태로서 허용된다고 판시하여 이를 인정하였다.

이후 전면적 가액보상에 관하여는, 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다고 판시⁷⁸⁾하여 부분적 가액보상뿐만 아니라 전면적 가액보상에 의한 공유물분할도 인정하기에 이르렀다.

4. 검토

(1) 부분적·전면적 가액보상의 허용 여부

공유물분할의 소는 형식적 형성소송으로서 법원의 재량을 인정하여 합리적인 현물분할의 가능성을 더욱 넓히고 법원이 후견적 입장에서 당사자 간의 분할에 관한 분쟁을 합리적으로 조정·해결할 수 있는 범위를 넓혀줄 수 있다는 관점에서 가액보상을 허용할 필요가 있다. 이를 허용하지 않아 결국 대금분할에 의할 경우 통상 시가보다 훨씬 낮은 금액에 경매되는 결과 공유자 모두가 자신들의 지분에 대한 경제적 가치에 미치지 못하는 금액을 분배받게 될 것이므로, 가액보상을 받는 공유자 입장에서도 대금분할을 통해 받을 지분에 상응하는 금액에 비해 가액보상의 액수가 적지 않다면 이를 마다할 이유가 없을 것이다. 가액보상의 방법을 통해 공정하고 합리적으로 평가된 지분 가액을 다른 공유자로부터 보상받

78) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결[공2004.11.15.(214),1805]. 이에 따라 경매에 의한 대금분할을 명한 원심 판결을 파기·환송하였는데, 파기환송된 사건(광주지방법원 2004나11595)은 소 취하로 종료되었다.

게 하는 것이 경매에 의한 대금분할을 하는 것보다 더 형평에 맞다.

부정설의 견지에서 공유물의 소유를 희망하는 공유자는 스스로 경매에 의한 대금분할절차에서 매수인으로 참가하여 경락받음으로써 대처 가능하다고 하나, 경매에 의한 대금분할에서는 공유자의 우선매수권이 인정되지 않으므로 공유자가 경락받는다든 보장 없다는 점에서 여전히 실질적으로 공평한 분할을 위해 부분적·전면적 가액보상을 인정할 실익이 있다. 그리고 현행 민법 규정상으로도 제269조 제2항이 ‘원칙적 현물분할, 예외적 대금분할’이라고만 규정하여 부분적·전면적 가액보상을 배제하는 것은 아니므로, 이를 인정함이 타당하다.

(2) 전면적 가액보상을 명하기 위한 요건

부분적·전면적 가액보상을 허용하더라도 이를 무제한적으로 인정할 것은 아니고, 어디까지나 현물분할의 원칙적인 모습이 개별분할이므로 구체적인 사안에서 부분적·전면적 가액보상, 특히 전면적 가액보상을 인정하기 위해서는 일정한 요건이 필요할 것인데, 구체적 타당성이나 공평과 같은 이상은 추상적인 기준을 세우는 것만으로는 달성될 수 없다는 점에서 허용 요건에 관한 구체적 기준이 필요하다. 판례가 제시하는 전면적 가액보상을 인정할 수 있는 ‘특별한 사정’의 요건인 상당성과 공유자 사이의 실질적 공평성이 그 기준이 될 수 있다. 이와 같은 고려 요소는 현물분할에서 완전히 배제되고 가액보상만을 받게 되는 특정 공유자를 어떻게 보호할 것인가에 초점이 맞추어진 것이라고 할 수 있다. 특히 ‘실질적 공평성’을 판단함에 있어서는 일본 최고재판소의 판시와 같이 ① 전면적 가액보상을 받는 공유자의 측면에서 볼 때 그 지분이 적정하고도 합리적으로 평가되어야 하고, ② 그렇게 평가된 지분 가액을 현물분할을 받는 공유자가 지급할 수 있는지를 고려해야 할 것이다.⁷⁹⁾ 특히 현물분할을 받는 공유자의 지급능력에 대하여는, 경매에 의한 대금분할의 경우 매수인의 경매대금 완납과 공유물분할판결의 주문으로 인해 공유자가 매

79) 남성민(주 11), 112면.

각대금에서 지분에 상응하는 금액을 받는 것이 확실하다는 점과 비교하면, 전면적 가액보상의 경우 인정요건 단계에서 우선 해당 공유물을 취득하는 자에게 지급능력이 있는지를 법원이 구체적으로 심리하여 가액보상의 현실적 이행가능성을 확보하여야 가액보상을 받는 공유자의 권리를 실질적으로 보호할 수 있을 것이다.⁸⁰⁾

(3) 입법론적 측면에서의 검토

판례가 부분적·전면적 가액보상을 인정한 이후, 제3기 민법개정위원회 제2분과위원회는 민법 제269조 제2항에 현물분할 외에 ‘적절하고 합리적인 방법’에 의한 분할을 규정하고, 다른 방법이 없을 때에 한하여 경매에 의한 대금분할을 명할 수 있도록 개정하는 안을 제시하였다. 이어 실무위원회는 이를 더욱 구체화하여 수정하였는데, 민법 제269조 제2항에는 부분적 가액보상을 명할 수 있도록 명시하였고, 동조 제3항은 현행 동조 제2항과 같이 예외적 대금분할을 규정하였으며, 동조 제4항에서 ‘법원은 상당한 이유가 있는 경우에는 일부 공유자가 공유물을 전부 취득하고, 나머지 공유자에게 금전을 지급할 것을 명할 수 있다’고 규정하여 전면적 가액보상의 근거가 되는 규정을 개정안으로 제시하였다.⁸¹⁾ 비록 실제 민법 개정으로까지는 이어지지 못했지만, 실무위원회의 개정안은 부분적·전면적 가액보상을 허용할 수 있는 명문의 근거규정을 도입⁸²⁾하면서도

80) 이와 더불어 아래 제4장 제2절 III.에서 논의하는 바와 같이 공유물분할판결의 주문에서 가액보상과의 동시이행을 명하는 방안, 현물로 취득하는 공유자의 현물에 대하여 담보권의 설정을 명하는 방안, 공유자들 사이에서 경매하는 것을 허용하는 방안 등으로 가액보상을 받는 공유자의 권리를 보호하는 방안을 생각해볼 수 있다.

81) 이동진(주 4), 147면.

82) 외국의 경우, 스위스는 부분적 가액보상을 명문으로 인정하고 있으며(스위스민법 제651조 제3항 : 현물분할시에 각 부분이 균등하지 아니한 경우에는 그 부분에 대한 조정금을 지급하게 할 수 있다), 대만은 부분적·전면적 가액보상을 모두 인정하고 있다(대만민법 제824조 제3항 : 원물로 분배할 때에 공유자 중에 분배를 받지 못하거나 그 지분에 따라 분배받을 수 없는 경우에 금전으로 이를

전면적 가액보상의 요건을 ‘상당한 이유가 있는 경우’라고 포괄적으로 규정함으로써 관례가 판시한 요건을 포함한 여러 제반 사정을 종합적으로 고려하여 공유자 간 실질적 공평을 꾀할 수 있는 길을 열어두었다는 점에서 찬성하는 바이다.

5. 부분적·전면적 가액보상이 현물분할에 속하는지 여부

일본 최고재판소의 판시와는 달리 우리 대법원은 부분적·전면적 가액보상에 의한 공유물분할이 ‘현물분할의 한 형태’임을 명시적으로 선언하였다. 이는 현행 민법 제269조 제2항의 해석범위를 넘어서지 않는 선에서 부분적·전면적 가액보상을 인정하기 위하여 현물분할로 포섭한 것으로 보이며, 특히 전면적 가액보상의 경우 현물을 취득하지 못하는 공유자가 있다는 점에서 현물분할의 한 형태로 보는 것에 대한 비판이 있지만 적어도 현행 민법 규정상으로는 타당한 해석이라고 생각한다.

부분적·전면적 가액보상을 현물분할의 한 형태로 본다고 하더라도, 법원이 공유물분할방법을 택함에 있어서 앞서 본 현물분할의 다른 유형들과 대등한 하나의 방식으로 인정되는 것으로 보기는 어렵고, 개별분할 등 공유자 모두에게 현물로 분할하는 방식이 여의치 않을 경우에 보충적으로 고려되어야 할 방법이다.⁸³⁾ 그러나 이 또한 현물분할의 한 형태이므로, 법원으로서는 경매에 의한 대금분할을 고려함에 앞서 부분적·전면적 가액보상을 함이 타당한지를 심리·판단하여야 할 것이다.⁸⁴⁾

보상할 수 있다).

83) 동지 : 남성민(주 11), 127면; 신동기(주 48), 629면.

84) 일본 최고재판소도 전면적 가격배상에 의한 공유물분할이 허용되는 특별한 사정의 존부에 대하여 심리함이 없이 경매에 의한 대금분할을 한 것은 위법하다고 판시한 바 있고[日本 最高裁判所 平成 8. 10. 31. 平成8年(オ)677号 判決(1996년 판결)], 우리 대법원도 부분적 가액보상을 인정한 90다카7620 판결이나 전면적 가액보상을 인정한 2004다30583 판결에서 가액보상이 가능한지를 심리하지 않고 경매에 의한 대금분할을 명한 원심을 심리미진으로 파기하였다.

제 4 장 공유물분할판결의 효력

제 1 절 일반적 내용

I. 소유권의 변동

공유물분할판결로 인해 기존의 공유관계는 종료되고 소유권이 변동된다.⁸⁵⁾ 현물분할의 경우는 각 공유자가 분할에 의하여 자기에게 귀속하게 된 부분에 대하여는 다른 공유자들로부터 그들의 지분을 양수하고, 다른 공유자에게 귀속하게 된 부분에 대하여는 자기의 지분을 양도하는 방식으로 상호 지분을 교환하는 실질을 가지며, (전면적) 가액보상과 대금분할의 경우는 각각 공유자 중 1인과 제3자가 다른 공유자들의 지분을 매수하는 실질을 가진다.⁸⁶⁾ 이와 같이 공유물분할이 지분의 교환 또는 매매의 실질을 가지므로 소유권 변동의 효과는 소급효가 없다.⁸⁷⁾

II. 공유물분할로 인한 담보책임

공유자는 다른 공유자가 분할로 인하여 취득한 물건에 대하여 그 지분의 비율로 매도인과 동일한 담보책임이 있다(민법 제270조). 일종의 유상계약인 협의에 의한 공유물분할에 관하여는 본조는 주의적 규정에 불과하지만, 재판에 의한 공유물분할에 관하여는 민법 제567조가 적용되지

85) 다만 경매에 의한 대금분할을 명하는 판결이 있는 경우에는 각 공유자는 경매신청권과 그에 따른 매각대금교부청구권을 취득함은 앞서 본 바와 같다.

86) 송덕수(주 6), 375면. 이는 협의에 의한 공유물분할의 경우도 마찬가지이다.

87) 이러한 소유권 변동의 효력발생시기는 아래 제2절에서 논의하는 바와 같이 판결이 확정된 때이다. 일반적인 공유물분할과 달리 공동상속재산의 경우에는 민법 제1015조에 의해 분할의 소급효가 인정된다.

않으므로 본조에 의해 담보책임이 인정된다.⁸⁸⁾ 담보책임의 일반적 효과로는 손해배상, 대금감액청구, 해제 등이 있으나, 재판에 의한 공유물분할의 경우에는 해제에 의하여 재판의 결과를 뒤집는 것은 허용되지 않으므로 해제는 인정되지 않는다고 할 것이다.⁸⁹⁾

제 2 절 공유물분할판결로 인한 부동산 물권변동의 효력

I. 부동산 물권변동의 효력발생시기

1. 문제의 소재

협이에 의한 공유물분할은 법률행위임이 명백하므로 민법 제186조에 따라 공유물분할등기를 한 때에 협이에 따른 소유권 변동의 효력이 생긴다. 반면 민법 제187조는 ‘상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다’라고 하여 판결에 의한 부동산 물권변동은 등기 없이도 효력이 발생하도록 규정하고 있는데, 이러한 ‘판결’에 공유물분할판결이 포함되는지가 문제된다.

2. 견해의 대립

(1) 민법 제187조의 ‘판결’에 포함된다는 견해

공유물분할판결도 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하므로 공유물분할판결의 확정시에 소유권 변동의 효력이 발생한다는 견해로, 통설⁹⁰⁾적 견해이

88) 최문기(주 11), 129면(주 26).

89) 지원림(주 25), 1250면; 송덕수(주 6), 375면

90) 편집대표 곽윤직, 민법주해 IV, 물권(1), 박영사, 1992, 172면; 편집대표 김용담, 주석민법 물권(1), 한국사법행정학회, 2010, 201면; 김준호, 물권법, 제12판, 법문사, 2019, 58면; 최종길, “판결에 의한 부동산물권변동”, 법학 제6권, 제1호, 서울대법학연구소, 1964, 107-109면.

다. 민법 제187조의 판결은 형성판결만을 의미하며 이행판결·확인판결은 포함되지 않는데, 공유물분할판결도 형성판결이므로 공유물분할판결이 확정되면 그에 관한 등기가 행하여지지 않아도 판결 내용에 따른 소유권 변동의 효력이 발생한다는 견해이다.

(2) 민법 제187조의 ‘판결’에 포함되지 않는다는 견해

공유물분할판결이 형성판결이라 하여 그 내용대로 소유권 변동이 생긴다고 볼 수는 없고, 민법 제186조의 원칙으로 돌아가 공유물분할판결에 따른 등기가 이루어졌을 때 비로소 물권변동이 일어난다는 견해⁹¹⁾이다. 우리 민법은 물권변동에 관하여 소위 성립요건주의를 취하고 있으므로 등기 없이 소유권변동이 생기는 것으로 하려면 그렇게 하여야 하는 충분한 이유가 있어야 하는데, 본질적으로는 사적 관계에 불과한 공유자 간의 분할협약과 그 협약에 갈음하는 분할판결을 달리 취급할 이유가 없다는 점, 협약의 경우에는 등기를 하여야 하는데 분할판결의 경우에는 등기가 없이도 소유권의 변동이 생기는 것으로 한다면 공시관계에 혼란을 가져와 바람직하지 아니하다는 점, 경매절차에 의한 대금분할을 명하는 공유물분할판결은 민법 제187조의 판결에 해당하는 것으로 볼 여지가 없는 점 등을 논거로 들고 있다. 이에 따르면 공유물분할판결을 형성판결이라고 하는 것은 협약에 상당하는, 즉 공유자 간에 필요한 법률행위에 한정하여 그렇게 말할 수 있을 뿐이고, 그 판결내용에 합치되는 등기가 행해지지 않는 한 물권변동은 생길 여지가 없는 것으로 보아야 한다.

3. 판례의 태도

‘민법 제187조에서 규정하고 있는 ‘판결’은 판결 자체에 의하여 부동산 물권취득의 형성적 효력이 발생하는 경우를 말하는 것이고, 당사자 사이

91) 김황식(주 9), 663면; 송인권(주 32), 142면; 문준섭, “공유물분할소송에서의 판결 및 조정의 효력”, 민사판례연구 37권, 박영사, 2015, 124면; 최성호(주 7), 241면.

에 이루어진 어떠한 법률행위를 원인으로 하여 부동산 소유권이전등기 절차의 이행을 명하는 것과 같은 내용의 판결은 이에 포함되지 않는다'92)고 판시하여 형성판결만이 이에 해당한다고 판시하였으며, 공유물분할판결에 대하여는 '공유물분할청구의 소는 공유자 사이의 기존의 공유 관계를 폐기하고 각자의 단독 소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것이고, 분할판결의 확정으로 각자의 취득부분에 대하여 비로소 단독소유권이 창설되는 것이다'93)라고 하여 공유물분할판결도 민법 제187조의 '판결'에 포함된다고 한다.

4. 검토

(1) 민법 제187조 적용의 타당성

민법 제187조에 따라 물권변동에 등기를 요하지 아니하는 경우의 예시로서 '판결'이 명시적으로 규정되어 있고, 이 판결에는 실제법상 권리변동의 형성적 효력이 생기는 형성판결만이 해당함에는 이론이 없는 것으로 보인다. 앞서 검토한 바와 같이 법원이 공유물을 분할하는 것은 본질적으로 공유자 간의 협의에 대신하여 기존의 법률관계를 폐기하고 적절한 분할방법을 도출하여 장래의 권리관계를 직접 창설한다는 점에서 형성판결로 보는 이상, 적어도 현행법상으로는 공유물분할판결은 민법 제187조에 포함된다고 보아야 할 것이다. 공유물분할판결이 민법 제187조의 '판결'에 해당하지 않는다는 견해에 따르면 재판에 의해 비로소 공유물분할방법이 구체적으로 정해지는 공유물분할을 민법 제186조의 '법률행위'로 인한 물권의 변동으로 볼 수밖에 없는데 이는 다소 무리한 해석이며, 공유물분할판결을 함에 있어 '지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하라'와 같은 의사의 진술을 명하는 형태가 아니라 형성효과의 발생을 선언하는 형태의 주문을 취하는 의미도 없어지게 된다. 따라서 현물

92) 대법원 1964. 9. 8. 선고 64다165 판결[집12(2)민,086].

93) 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결[집17(4)민,244].

분할을 명하는 공유물분할판결의 경우 민법 제187조에 따라 판결의 확정시 물권변동의 효력이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

(2) 부분적·전면적 가액보상판결의 경우

부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결의 경우 ‘가액보상금을 지급하면 단독소유권을 얻는다는 내용의 법률관계가 그 판결의 확정으로 형성된다’고 보아 동시이행의 판결주문을 내고 그 주문에 따라 가액보상금의 지급시 소유권변동의 효력이 발생한다고 보는 견해⁹⁴⁾가 있고, 이와 관련한 명확한 대법원의 판시는 아직 없는 것으로 보인다.⁹⁵⁾

그러나 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결의 경우도 일반적인 현물분할을 명하는 공유물분할판결과 마찬가지로 판결의 확정시 물권변동의 효력이 발생한다고 보는 것이 타당하다고 보며, 그 이유는 다음과 같다.

우리 민법은 제186조에 의한 물권변동의 경우 효력발생시기를 등기시라는 명확한 시점을 기준으로 하면서 예외적으로 등기를 요하지 아니하는 부동산 물권변동을 민법 제187조에 열거하고 있는데, 민법 제187조의 경우 등기라는 공시방법을 갖추지 않더라도 물권변동의 여부나 시점이 명료하기 때문에 민법 제186조의 예외로서 인정될 수 있는 것이다. 즉, 어느 경우에도 부동산 물권변동에 있어 그 기준이 되는 시점은 명료해야 하는 것이고, 특히 등기를 요하지 않는 민법 제187조에 의한 물권변동의 경우에는 거래 안전을 다소 후퇴시키면서도 인정하는 것이므로 물권변동의 기준시점이 명료해야 할 필요성은 더욱 커진다. 그러나 가액보상판결의 경우 단독소유권 취득이라는 물권변동의 시점 자체를 가액보상금의 지급시로 본다면 그 시점이 매우 불분명해진다. 국가기관도 아닌 사인에

94) 양창수(주 73), 133면.

95) ‘공유물분할을 명한 대상판결은 형성판결의 일종으로서 그 판결이 확정되어야 비로소 권리변동의 효과가 발생하고, 가격배상금 지급의무의 효력 발생 역시 마찬가지이다’라고 판시한 하급심 판례(서울고등법원 2017. 5. 18. 선고 2016나 2089029 판결)는 있으나, 위 판결에서도 소유권변동의 효력발생시기에 관한 판시는 없었다.

게 가액보상금을 지급한 사실은 명확한 공시방법도 없고 분쟁이 생겼을 때 입증도 쉽지 않으며, 현물취득할 공유자가 지급한 액수가 지급하여야 할 가액보상금에 아주 근소하게 미달한 경우에도 소유권을 취득하지 못하였다고 해야 하는 것인지, 그 차이가 아주 근소한 경우는 신의칙 등의 사유로 소유권을 취득한다고 보더라도 미달액의 기준을 얼마로 보아 소유권 취득을 인정할 것인지 등이 문제되어 물권변동 시점을 둘러싼 큰 혼란을 야기할 우려가 있다. 또한 가액보상금 지급시를 기준으로 한다면 가액보상금의 지급이 이루어지지 않는 한 공유관계가 해소된 것으로 볼 수 없으므로 전면적 가액보상 방식의 공유물분할판결을 인정할 의미가 퇴색되는 점도 있다.

따라서 부분적·전면적 가액보상도 현물분할의 한 형태로서 허용된다고 보는 이상 부동산 물권변동의 효력에 있어 개별분할 등 다른 현물분할의 형태의 경우와 차등을 둘 근거가 없고, 공유물분할판결의 확정시 현물취득자가 소유권을 취득하는 것으로 보아야 한다. 이렇게 보는 것은 현행 법상 가액보상을 받게 되는 공유자의 보호에 소홀한 측면이 있으나, 그러한 이유만으로 부동산 물권변동의 시점을 동시이행의 판결주문에 따라 가액보상금의 지급시로 본다면 부동산 거래의 안전을 위한 최소한의 담보조차 포기하는 것이 되어 오히려 부당한 것이다. 공유자 간 불균형의 문제만으로 부동산 물권변동의 기준시점에 영향을 주어서는 아니 되며, 이러한 문제는 아래 III.에서 논의하는 바와 같이 궁극적으로 법 개정을 통해 해결해야 할 것이다.

(3) 경매에 의한 대금분할판결의 경우

경매에 의한 대금분할을 명한 공유물분할판결도 경매를 조건으로 하는 형성판결이긴 하지만,⁹⁶⁾ (부분적·전면적 가액보상을 포함한) 현물분할을 명한 공유물분할판결과는 달리 그 판결 자체만으로는 공유물의 분할이라는 권리관계의 변동이 생기지 아니하고 경매를 거쳐야 비로소 실현될 뿐

96) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다216981 판결[공2017하,1380].

이며, 그와 같은 판결이 선고되고 그에 따른 경매절차가 종결되기 전까지는 실제로 어떠한 권리관계의 변동도 생기는 것이 없다.⁹⁷⁾ 따라서 대금분할을 명한 공유물분할판결은 예외적으로 판결이 확정되더라도 물권변동의 효력이 곧바로 발생하는 것은 아니고, 경매절차를 거쳐 매수인이 매각대금을 완납한 때 물권변동의 효력이 발생한다고 봄이 타당하다(민법 제187조의 ‘경매’ 및 민사집행법 제274조 제1항, 제268조, 제135조).

II. 공유물분할판결만으로 등기권리자의 단독신청 가부

1. 문제의 소재

앞서 검토한 바와 같이 공유물분할판결(대금분할을 명한 공유물분할판결은 제외하고 논의하기로 한다)이 확정된 경우 민법 제187조에 따라 공유물분할등기 없이도 분할부분에 대한 소유권을 취득하지만, 각 공유자가 분할된 각 부분을 타에 양도하기 위해서는 공유물분할등기를 하여야 하므로, 결국 재판에 의한 공유물분할에 있어서도 공유물분할등기를 마쳐야 분할절차가 완전히 종료된다고 할 수 있다.⁹⁸⁾

부동산등기법 제23조 제4항은 공동신청주의의 예외로서 ‘판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 신청한다’고 규정하고 있는데, 이 판결에 공유물분할판결도 포함되는가의 문제이다. 공유물분할판결도 포함된다고 본다면 공유물분할의 확정판결만으로 등기권리자가 단독으로 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기를 신청할 수 있을 것이지만, 포함되지 않는다고 본다면 분할된 부분을 소유하게 된 공유자는 지분이전등기절차의 이행을 구하는 판결을 별도로 받아야 단독으로 등기를 할 수 있을 것이다.

97) 문정일(주 61), 237면.

98) 김소영(주 46), 179면.

2. 견해의 대립

(1) 긍정설

판결에 의한 등기를 등기권리자만이 신청할 수 있도록 한 이유는 판결에 의하여 등기의 진정이 보장되어진다는 점에 있다. 따라서 판결에 의하여 등기권리자의 권리가 진정한 것이라는 사실이 명확히 밝혀진 이상 그 판결이 이행판결이거나 형성판결이거나를 묻지 아니하고 승소한 등기권리자가 단독으로 등기를 신청할 수 있다고 보아야 한다.⁹⁹⁾

(2) 부정설

공동신청주의의 예외를 규정한 부동산등기법 제23조 제4항은 등기의무자가 등기신청에 응하지 않는 경우 등기권리자가 의무자에게 등기신청이라고 하는 의사의 진술을 요구하는 소를 제기하여 그 승소판결을 얻어서 등기권리자만의 등기신청을 할 수 있도록 한 것이라고 해석되어야 하므로, 부동산등기법 제23조 제4항의 판결은 적어도 권리변동의 등기에 있어서는 의사의 진술을 명한 급부판결에 한하고, 확인판결이나 공유물분할판결과 같은 형성판결은 이에 해당하지 않는다.¹⁰⁰⁾

3. 검토

공유물분할판결의 확정에 의해 물권변동의 효력이 발생하므로, 이미 효력이 발생한 물권변동을 반영하기 위한 등기를 위해 추가적으로 의사의 진술을 요구하는 소를 제기하여 판결을 받도록 강제하는 것은 지나치다. 지분이전등기를 명하는 판결내용은 공유물분할판결의 내용이 정해짐에 따라 형식적으로 정해지는 것에 불과하기 때문이다. 부동산등기법 제23조 제4항이 공유물분할판결의 경우를 배제하고 있지 않고, 공유물분할판결

99) 이용훈(주 25), 149면; 김인수, “공유, 공유물분할과 등기”, 재판자료 제44집, 법원도서관, 1988, 148면; 김소영(주 46), 183면.

100) 김황식(주 9), 666-667면. 다만 예규로서 공유물분할판결만으로도 지분이전 등기의 형식에 의하여 등기를 정리할 수 있는 길을 마련하는 것도 무방할 것으로 보고 있는데, 이에 따르면 등기신청의 절차 및 등기결과 등은 긍정설의 경우와 같아질 것이다.

자체에 의하여도 등기권리자와 의무자의 식별이 가능하므로 공유물분할 판결의 경우에도 부동산등기법 제23조 제4항이 적용되어 등기권리자 단독으로 신청할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 현행 등기실무상으로도, 판결 등 집행권원에 의한 등기의 신청에 관한 업무처리지침(2016. 11. 30. 등기예규 제1607호)에서 부동산등기법 제23조 제4항의 판결에 공유물분할판결도 포함하고 있으며, 공유물분할판결이 확정되면 소송당사자는 원·피고 여부와 관계없이 그 확정판결을 첨부하여 등기권리자 단독으로 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기를 신청할 수 있도록 하고 있다.

Ⅲ. 전면적 가액보상에서 가액보상을 받는 공유자에 대한 이행확보 방안

1. 문제의 소재

공유자 중 일부가 공유물 전부를 소유하고, 나머지 공유자들에게 대금을 지급하는 방식의 전면적 가액보상도 현물분할의 한 방법으로 허용되며, 전면적 가액보상을 명한 공유물분할판결도 민법 제187조에 따라 판결 확정시 공유자는 그 소유권을 취득하고, 현행 등기실무상 단독으로 공유물분할을 원인으로 하는 지분이전등기까지 신청하여 마칠 수 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 전면적 가액보상을 명한 판결에서 가액보상을 받게 되는 공유자는 금전채권만을 취득할 뿐이어서 판결에 따른 집행 절차가 추가로 요구되므로 이행의 불균형이 생긴다.¹⁰¹⁾ 물론 법원은 전면적 가액보상의 요건 단계에서 현물취득 공유자의 지급능력을 고려하여 전면적 가액보상을 명할지 여부를 신중히 결정해야 하는 것이지

101) 부분적 가액보상의 경우에도 마찬가지로 지분의 가액 미만의 현물을 취득하는 자에 대한 차액 부분 대가 지급의 이행확보방안이 문제되지만, 이행의 불균형은 전면적 가액보상의 경우가 더 심하고, 전면적 가액보상에서의 이행확보방안이 대부분 그대로 적용될 수 있으므로 이하에서는 전면적 가액보상의 경우를 바탕으로 검토하였다.

만, 변론종결 이후에 현물취득 공유자의 재산상태가 악화되거나 가액의 지급을 거절하는 등의 경우가 있을 수 있으므로 가액보상을 받게 되는 공유자에게는 여전히 위험이 남아 있다. 따라서 전면적 가액보상을 명하는 판결 단계에서 형평의 원칙상 가액보상의 이행확보를 위한 방안의 장구가 필요하다.

2. 판결의 주문에 동시이행을 명하는 방안

(1) 전면적 가액보상의 경우 상정 가능한 주문례

전면적 가액보상의 방법으로 공유물분할판결을 할 경우 다음과 같은 주문례를 생각해 볼 수 있다.¹⁰²⁾

① 단순이행 주문 : 공유물분할은 판결의 확정으로 효력이 발생하므로 현물분할을 받는 당사자에게는 현물분할의 취지를, 전면적 가액보상을 받는 공유자에게는 금전지급을 받는 주문을 표시하자는 것이다.¹⁰³⁾ 이때 보상할 지분 가액에 대하여 판결 확정일 다음날부터 연 5%¹⁰⁴⁾의 지연손해금을 붙인다.

1. 별지 목록 기재 부동산을 원고의 소유로 한다.
2. 원고는 피고에게 ○○○원과 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

102) 남성민(주 11), 119-120면.

103) 법원행정처, 공유물분할·경계확정 재판실무편람, 39면. 최근 하급심 판결 중에도 대전지방법원 공주지원 2018. 1. 25. 선고 2016가단21642 판결, 창원지방법원 마산지원 2016. 5. 25. 선고 2015가단5852 판결 등에서 이와 같은 주문을 채택하였다.

104) 공유물분할에 따른 가액보상의 지급의무는 판결의 확정으로 인하여 비로소 그 효력이 발생하므로 소송촉진 등에 관한 특례법상의 지연손해금 이율은 적용되지 않고, 민사법정이율에 의하여야 한다. 오세율(주 16), 218면.

② 동시이행 주문 : 현물분할을 받는 공유자의 공유물에 대한 소유권 취득과 전면적 가액보상을 받는 공유자에 대한 가액지급을 동시에 이행하는 것이다.¹⁰⁵⁾

1. 원고가 피고에게 ○○○원을 지급함과 동시에 별지 목록 기재 부동산을 원고의 소유로 한다.
2. 피고는 원고로부터 ○○○원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 대한 ○/○ 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
3. 원고는 피고로부터 별지 목록 기재 부동산에 대한 ○/○ 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 피고에게 ○○○원을 지급하라.

③ 조건부 이행 주문 : 현물분할을 받는 공유자가 가액보상을 받는 공유자에게 해당 지분 가액을 지급할 것을 조건으로 공유물에 대한 소유권을 취득하게 하는 것이다. 단순한 조건부 현물취득에서 더 나아가 일정한 기간(6개월 정도가 적당한 기간으로 제시되고 있다) 내에 가액을 지급할 것을 조건으로 현물에 대한 소유권을 취득하고, 그 기간 내에 가액이 지급되지 않을 때에는 공유물을 경매에 부쳐 대금을 분할하여야 한다는 주문을 내자는 견해¹⁰⁶⁾도 있다.

105) 양창수(주 73), 132-134면. 이 견해는 주문의 제2항, 제3항은 피고의 보상금채권과 원고의 단독소유권등기의 사실적 실현을 위해서 요청되는 것이며, 이 부분은 형성효가 있다고 할 수는 없지만 분쟁의 1회적 해결을 위하여 필요하다고 본다. 최근 하급심 판결 중 청주지방법원 2017. 12. 15. 선고 2017가단101447 판결, 춘천지방법원 영월지원 2018. 4. 11. 선고 2016가단1835 판결, 춘천지방법원 원주지원 2019. 7. 25. 선고 2017가단37347 판결 등에서는 위 예시 중 제1항을 제외한 제2, 3항과 같은 주문을 채택하였고, 일본의 하급심 판결도 최고재판소가 전면적 가액보상을 허용한 이후에는 이와 같은 동시이행의 주문을 채택하고 있다(大阪高裁 1999(平成11). 4. 23. 判決, 東京高裁 2001(平成13). 4. 26. 判決 등).

106) 주로 일본에서 제시되는 견해로서, 日本 最高裁判所 平成 10. 2. 27. 平成7

1. 원고가 피고에게 이 판결 확정일로부터 6월 이내에 ○○○원 및 이에 대한 이 판결확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 지급한 때에는 별지 목록 기재 부동산을 원고의 소유로 한다.
 (2. 원고가 이 판결확정일 다음날부터 6월 이내에 피고에게 제1항 기재 금원을 지급하지 않는 때에는 별지 목록 기재 부동산을 경매에 부쳐 ... 분배한다.)

(2) 검토

단순이행의 주문을 명하게 되면 현물취득하는 공유자는 판결의 확정으로 소유권을 바로 취득할 뿐만 아니라, 판결 등 집행권원에 의한 등기의 신청에 관한 업무처리지침(2016. 11. 30. 등기예규 제1607호)에서 공유물 분할판결 중 전면적 가액보상을 명하는 판결을 제외하고 있지 않기 때문에 단독으로 신청하여 공유물분할등기까지 마칠 수 있으므로 판결의 확정 즉시 소유권 취득에 따른 부가적 이익을 누리는 데 반하여, 가액보상을 받는 공유자는 보상금 지급 이행 자체를 확보할 아무런 담보장치가 없어 형평성에 문제가 있다.

그러므로 동시이행의 주문 또는 조건부 이행의 주문을 고려해봄직 한데, 가액보상을 받는 공유자로부터 현물취득하는 공유자로의 공유지분 소유권의 이전과 현물취득하는 공유자로부터 가액보상을 받는 공유자로의 보상금 지급의무의 부담은 공유물분할이라는 하나의 원인에 의해 발생하고 서로 대가관계에 있으므로, 쌍무계약에 있어서와 마찬가지로 공평의 원칙상 이행상의 견련관계를 인정하여 동시이행관계에 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁷⁾ 조건부 이행 주문의 경우는 가액보상을 받는 공유자의 권리 보호에 좀 더 중점을 두고 있는 견해이나, 가액보상금 지급이 어떤 근거로 소유권취득보다 선이행관계에 있는지가 의문이고, 양립할 수 없는 현물

年(才)1684号 判決(1998년 판결) 중 재판관 河合伸一의 보충의견, 札幌地裁 1999(平成11). 7. 29. 判決 등이 있다.

107) 동지 : 남성민(주 11), 121면; 오세울(주 16), 220면.

분할의 하나인 전면적 가액보상과 경매에 의한 대금분할을 명하게 되는 논리적 모순도 가지고 있다는 점에서 취하기 어렵다.

형성판결인 공유물분할판결에서 반대급부의 이행 등 넓은 의미의 조건에 걸리게 하는 것이 허용되는지에 대해 의문이 있을 수 있다. 공유물분할소송은 형성소송이긴 하지만 적용할 형성요건이 실제법상 정해진 것이 아니라 법관의 합리적 재량에 의해 정해진다는 점에서 ‘형식적 형성소송’에 해당함은 앞서 본 바와 같다. 이러한 견지에서 전면적 가액보상도 공유물분할판결에서의 합리적 방법 중 하나로 인정되는 한 반대급부의 이행과 상환으로 하여 소유권이전등기절차를 명하도록 하는 판결을 함으로써 공유관계를 해소하는 것도 법관의 재량에 의한 형성요건의 범주 내에 있다고 보아 형식적 형성소송의 주문이 될 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

따라서 판결의 주문에 공유지분의 소유권 이전과 가액지급을 동시에 이행하도록 명하는 동시이행주문을 내는 것이 타당하다. 다만 앞서 검토한 바와 같이 전면적 가액보상의 경우에도 공유물분할판결의 확정시 현물취득자가 소유권을 취득하는 것으로 보아야 하므로, 이에 따라 위 동시이행 주문례 중 제1항을 ‘별지 목록 기재 부동산을 원고의 소유로 한다’로 수정하는 것이 바람직하다고 본다.¹⁰⁹⁾

공유물분할판결의 주문에 보상금지급의무와 지분이전등기절차 이행의무의 동시이행을 명하는 조항을 포함시켜 놓게 되면, 현물취득하는 공유자로서는 공유물분할을 원인으로 한 이전등기 신청 시에 등기원인증서로 제출되는 판결에 보상금지급의무가 이행되었음을 증명하는 서면을 첨부하여야 할 것이므로,¹¹⁰⁾¹¹¹⁾ 실제로 현물취득한 공유자가 가액보상금을

108) 양창수(주 73), 133면에서는, 전면적 가액보상판결의 경우는 금전을 지급하면 단독소유권을 얻는다는 내용의 법률관계가 그 판결의 확정으로 ‘형성’된다고 보면 족하다고 한다.

109) 법원행정처, 조정실무, 633면에서도 가액보상의 경우 조정조항 작성례를 이와 같이 제시하고 있다.

110) 오세율(주 16), 221면(주 39). 참고로 반대의무와 상환으로 소유권이전등기절차를 명하는 이행판결의 경우 민사집행법 제263조 제2항에 따라 등기권리자

지급하지 아니한 채 단독으로 공유물분할등기를 마치는 것은 막을 수 있어 현행 규정하에서는 가액보상을 받는 공유자를 보호하기 위한 최선의 방안이라고 본다. 나아가 공유물분할판결의 분할방법에 관한 비송사건성을 고려하였을 때, 당사자가 동시이행항변을 하지 않았더라도 법원은 재량에 의하여 동시이행의 주문을 낼 수 있을 것이다.

3. 현물을 취득하는 공유자의 현물에 대하여 담보권 설정을 명하는 방안
판결로 현물취득하는 공유자의 특정현물에 대하여 보상금채무에 대한 담보권 설정을 명하는 방안으로, 주로 일본에서 논의된 방안 중 하나이며 일본 하급심 중에는 담보권의 설정을 명한 심판례도 다수 있다고 한다. 일본의 민법개정연구회가 제시한 공유물분할에 관한 개정안 제172조 제3항은 전면적 가액보상이 가능함을 규정하면서, 동조 제4항에서 ‘전항에 기한 공유분할에 의하여 채권을 취득한 자는 공유분할의 목적물에 관하여 선취특권을 가진다’고 규정하고 있다.¹¹²⁾

우리나라의 경우, 상속재산분할은 가사소송규칙 제115조 제3항, 제97조와 같은 규정을 두고 있어 담보제공도 명할 수 있는 것과 달리 재판상 공유물분할의 경우에는 명문의 근거규정이 없어 취하기 어려운 방안이라고 보는 견해¹¹³⁾도 있으나, 당사자들의 사전동의를 얻어 보상금채무를 담보하기 위하여 현물을 취득하는 자의 특정현물에 대하여 저당권 등의 담보권의 설정을 명하게 하는 것은 재판에 의한 공유물분할에 있어 법원

는 먼저 반대의무를 이행한 사실을 증명하여 집행문을 부여받아야 단독으로 등기신청을 할 수 있다.

111) 양창수(주 73), 134면에서는 더 나아가 전면적 가액보상에서 동시이행주문이 아니라 단순이행주문이 행하여졌더라도 등기공무원은 전면적 가액보상을 명하는 공유물분할판결에 기하여 등기권리자 단독으로 단독소유권등기를 신청한 것을 받아서 지분이전등기를 하여서는 안 될 것이고, 가액보상금이 지급되어야 소유권등기를 마칠 수 있다는 것을 명확하게 밝히기 위하여 새로운 등기선례가 필요하다고 보고 있다.

112) 윤진수, “공동소유에 관한 민법 개정안”, 민사법학 제68호, 2014, 135면.

113) 오세율(주 16), 220면.

의 후견적 입장을 고려하였을 때 재량의 범위 내에 있다고 본다.¹¹⁴⁾ 그러나 논의의 여지가 있을 수 있으므로, 입법적으로 공유물분할판결에서도 가사소송규칙 제115조 제3항, 제97조와 같이 담보제공을 명할 수 있는 근거를 규정하거나, 나아가 가액보상을 받는 공유자가 가액보상금 채권을 담보하기 위하여 현물취득자가 취득한 현물을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있도록 규정¹¹⁵⁾하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

4. 공유자들 사이에서 경매하는 것을 허용하는 방안

앞의 논의들이 전면적 가액보상을 명하면서 가액보상을 받는 공유자에 대한 이행확보 방안에 대한 것인데, 전면적 가액보상을 명하기 전 단계에서 공유자들 사이에서 경매하는 것을 허용하는 안¹¹⁶⁾도 제시되고 있다. 즉, 공유자들로 참가를 제한한 경매를 명함으로써 전면적 가액보상에 의한 분할과 사실상 같은 효과를 거두면서 법원이 그중 누구에게 현물을 주어야 할지 정하는 부담도 피할 수 있고, 공유부동산의 소유를 원하는 공유자는 경매절차를 거쳐 매각대금을 완납하여야 소유권을 취득하는 것이므로 가액지급의 이행확보도 특별히 문제되지 않을 것이다. 이를 위해서는 법원의 결정으로 경매의 인적 범위를 제한할 수 있게 하는 민사집행법 개정이 필요할 것이다.

114) 동지 : 김소영(주 46), 175면.

115) 민법 제666조는 부동산공사의 수급인 보호 관점에서, 부동산에 관하여 가지게 된 보수채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 도급인에게 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 전면적 가액보상에서 가액보상을 받는 공유자도 그 공유부동산에 관하여 가액보상금채권을 취득한다는 점에서 유사한 점이 있다.

116) 이동진(주 4), 150-151면. 외국의 입법례를 보면, 스위스민법 제651조 제2항은 일반 경매 이외에 공유자들로 참가를 제한한 경매를 허용하고 있으며(‘공개로 또는 공유자간에 경매한다’), 독일민법 제753조 제1항도 제3자에 대한 지분처분이 금지된 경우에는 분할시 공유자들 사이에서 경매하여야 한다고 정한다.

5. 소결

전면적 가액보상에서 가액보상을 받게 되는 공유자의 불이익을 없애고 이행을 확보하는 조치가 필요하지만, 현행 민법 규정과 등기예규 하에서는 공유물분할판결의 확정으로 현물취득 공유자의 소유권 취득 자체를 막을 수는 없고, 판결의 주문에 동시이행을 명하여 공유물분할을 원인으로 한 이전등기 신청 전에 가액의 지급을 사실상 강제하는 것이 최선의 방법이다. 그러나 이로써는 가액보상을 받게 되는 공유자의 보호에 미흡하므로, 법 개정을 통하여 현물취득 공유자의 현물에 저당권 설정을 명하거나 가액보상을 받게 되는 공유자에게 저당권설정청구권을 인정하는 방안, 공유자들 사이에서만 경매하는 것을 허용하는 방안이 더 효과적인 이행확보 수단이 될 수 있을 것이다.

제 3 절 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에게 미치는 효력

I. 공유물의 용익물권자에게 미치는 효력

용익물권은 타인 소유의 부동산을 일정한 목적을 위하여 독점적으로 사용·수익할 수 있는 권리이므로 공유지분에 용익물권을 설정하는 것은 상정하기 힘들다.¹¹⁷⁾ 공유물 전체에 설정된 용익물권의 경우, 물권의 대세효가 인정되므로 공유물분할(현물분할의 경우를 가정한다)이라는 사정으로 인하여 각자의 소유로 전환되더라도 바뀐 소유자에 대하여도 이를 주장할 수 있고, 여전히 분할된 각 부분 위에 효력이 미친다. 공유물 중 일

117) 동지 : 이종혁, “공유물분할의 효과에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2006, 34면(주 86).

부에 설정된 용익물권의 경우도 마찬가지로 분할 후에도 그 부분 위에만 효력이 그대로 미친다.¹¹⁸⁾

II. 공유지분의 담보물권자에게 미치는 효력

1. 문제의 소재

공유물 전체에 담보물권이 설정된 경우에도 용익물권의 경우와 같이 공유물분할로 인하여 영향을 받을 이유는 없으므로 분할된 각 부분 위에 그 효력이 미친다. 그러나 이와 달리 공유지분에 담보물권이 설정된 상태에서 공유물이 분할된 경우 지분에 관한 담보물권이 존속하는지에 대해 민법에는 명문의 규정이 없어서 문제된다. 주로 문제되는 것은 현물분할의 경우이므로, 현물분할의 경우를 먼저 논의하고 경매에 의한 대금분할의 경우는 아래 ‘Ⅲ. 대금분할의 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에 미치는 효력’에서 따로 논의하기로 한다.

2. 판례의 태도

공유부동산 중 일부 공유자의 지분 위에 설정된 근저당권 등 담보물권은 특단의 합의가 없는 한 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속하고 근저당권설정자인 갑 앞으로 분할된 부분에 당연히 집중되는 것은 아니다. 따라서 분할된 각 부동산은 저당권의 공동담보가 된다.¹¹⁹⁾

3. 검토

이에 대해 지분담보물권의 설정은 다른 공유자의 지분에 영향을 줄 수

118) 편집대표 곽윤직, 민법주해 V, 물권(2), 박영사, 1992, 601면.

119) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다74932 판결[공2012상,660]; 대법원 1989. 8. 8. 선고 88다카24868 판결[집37(2)민,296;공1989.10.1.(857),1350].

없고 주어서도 아니되며, 대금분할의 경우 지분담보물권자는 공유자가 받을 금전에 대해 담보물권을 행사할 수 있으므로 사실상 분할부분에 집중되는 것과 같은데 현물분할의 경우는 집중되지 않는 것으로 본다면 형평을 잃게 되는 점 등을 이유로 공유지분 위에 설정된 담보물권은 공유물분할로 이를 설정한 공유자 앞으로 분할된 부분에 집중된다는 견해¹²⁰⁾도 있으나, 그렇게 본다면 저당권자로서는 자신의 의사와 상관없이 공유물분할이라는 우연한 사정으로 인하여 담보가치의 변동이라는 결과를 받아들일 수밖에 없어 거래의 안전을 해할 우려가 있다. 공유물의 현물분할은 지분의 교환이라는 실질을 가지므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권의 추급효로 인해 분할 후에도 여전히 각 분할 부분에 대하여 그 지분만큼 존속하는 것으로 보는 것이 타당하다.¹²¹⁾ 등기실무상으로도 공유물분할 후 분필등기를 할 때 저당권자가 소멸승낙을 하지 않으면 분할 전 토지에 등기되어 있던 저당권설정등기를 분할 후의 분할토지에도 그대로 전사한다.¹²²⁾

이렇게 저당권이 공유물 전부의 위에 종전의 지분비율대로 존속하는 것으로 볼 경우 자신이 설정하지도 않은 저당권의 부담을 떠안게 되는 다른 공유자가 예기치 못한 손해를 입을 수 있다는 점을 고려하여, 입법론적으로는 저당권자를 분할절차에 참여시키는 대신 저당권의 효력을 분할된 부분에 집중시킬 가능성을 부여하는 방안¹²³⁾¹²⁴⁾도 제시되고 있다.

120) 이진기, “공유지분에 설정된 담보물권과 공유물분할”, 법률신문, 2019.

121) 동지 : 이종혁(주 117), 53면.

122) 김우중(주 18), 111면. 부동산등기규칙 제76조 참조.

123) 김우중(주 18), 158면; 이동진(주 4), 153면에서는 독일민법 제1066조 제2항, 제3항은 지분에 용익권을 설정한 경우 분할은 공유자와 용익권자가 공동으로 하여서만 청구할 수 있고, 분할 후 용익권은 지분권자가 취득하는 부분에 대하여 존속한다고 규정하고 있고 제1258조 제2항, 제3항은 질권의 경우도 유사하게 규정하고 있는데, 우리 법에 대하여도 이와 비슷한 규정을 두는 안을 제시하고 있다.

124) 비록 공유물분할소송에는 적용되지 않지만, 공유토지분할에 관한 특례법 제34조 제1항은 ‘공유지분 위에 존속하는 소유권 외의 권리는 그 공유자가 분할

한편 전면적 가액보상에 의한 분할의 경우 다른 공유자가 공유물의 소유권을 취득하게 되면 가액보상을 받게 되는 공유자의 저당권자는 물상대위의 규정(민법 제342조, 제370조)에 따라 그 공유자가 취득하는 가액보상금에 대하여 권리를 행사할 수 있다고 보는 견해¹²⁵⁾도 있으나, 공유물분할은 공유물의 멸실, 훼손 또는 공용징수에 해당하지 않고 이 경우에도 마찬가지로 저당권의 추급효로 인해 공유물 위에 존속하여 여전히 효력이 미친다고 보는 이상 물상대위는 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.¹²⁶⁾

III. 대금분할의 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에 미치는 효력

1. 공유물 또는 공유지분에 담보권자 내지 압류 등 채권자가 있는 경우 매각대금의 배당방법

대금분할의 판결 주문에 공유자별로 분할비율이 확정되어 있으므로 매각대금에서 집행비용을 뺀 나머지를 위 분할비율에 따라 나누어 교부하여야 한다. 교부받을 공유자는 매각으로 소유권이 이전될 당시의 공유자를 의미한다. 공유물분할을 위한 경매에도 앞서 본 바와 같이 소멸주의가 적용되는 것이 타당하므로, 공유물 전체에 대한 담보권자 내지 압류 등의 채권자가 있고 공유지분에 대한 담보권자 내지 압류 등의 채권자도 있는 경우에는, 매각대금에서 집행비용을 뺀 나머지 금액에서 먼저 공유

취득하는 토지부분 위에 집중하여 존속한다'고 명문으로 규정하고 있다. 외국의 입법례를 보면, 대만민법 제824조의1 제2항은 공유지분에 저당권이나 질권이 있는 경우에 그 권리는 공유물의 분할로 영향을 받지 아니하나, 권리자가 한 분할동의, 권리자가 이미 한 공유물분할소송에의 참가, 권리자가 공유자의 소송고지를 받고도 불참가한 경우에는 그 권리가 저당권 또는 질권설정자에게 분할부분을 이전하도록 규정하고 있다.

125) 지원림(주 25), 1250면; 이영준, 물권법 전정판, 박영사, 1996, 612면.

126) 송덕수(주 6), 376면.

물 전체에 대한 담보권자 내지 압류채권자에게 배당하고 잔여 금액을 판결에서 정한 분할비율에 따라 공유자별로 일단 잠정적으로 나눈 다음, 특정 지분에 대한 담보권자 내지 압류 등의 채권자에게 해당 지분의 공유자 앞으로 잠정 배분된 금액의 범위 내에서 배당하고 그 후 공유자에게 잔여액을 교부하는 순서로 진행된다.

이 경우에도 경매를 통해 매수인이 공유물의 소유권을 취득하면 공유지분의 저당권자는 물상대위의 규정에 따라 지분을 가지던 이가 취득하는 대금에 대하여 권리를 행사할 수 있다는 견해도 있으나, 대금분할의 경우는 소멸주의에 따라 매수인의 매각대금 완납으로 저당권이 소멸하고 저당권자는 매각대금에서 위와 같은 순서에 의하여 배당을 받는 것으로 해결하면 족할 것이다.

2. 공유지분에 최선순위 지분이전등기청구권 보전을 위한 가등기가 설정되어 있는 경우 매각대금의 배당방법

일부 공유자의 지분에 최선순위의 지분이전등기청구권 보전을 위한 가등기가 설정되어 있는 상태에서 법원이 대금분할판결을 명한 경우에는 소멸주의에 따르더라도 저당권이 설정된 경우와는 달리 말소되지 않고 매수인에게 인수된다. 따라서 지분에 가등기를 설정한 공유자, 가등기권자, 매수인과의 관계에서 매각대금을 어떻게 배당할 것인지가 저당권이 설정된 경우와는 다른 형태로 문제될 수 있는데, 이와 관련된 하급심 판결¹²⁷⁾이 있다.

127) 인천지방법원 2012. 2. 23. 선고 2011가소249760 판결. 사실관계를 간략히 소개하면 다음과 같다 : 甲과 乙이 공유토지를 각각 4/23, 19/23 지분으로 소유하고 있었는데, 甲이 2004. 9. 15. 丙에게 자신의 4/23 지분을 대금 2,800만원에 매도할 것을 예약하고 丙으로부터 증거금 1,500만원을 수령한 다음 丙에게 2004. 9. 22. 매매예약을 원인으로 한 지분이전청구권가등기를 마쳐주었다. 한편 乙은 2004. 9. 15. 공유물분할의 소를 제기하여 ‘매각대금의 19/23을 乙, 4/23을 甲에게 분배한다’는 내용의 대금분할을 명하는 판결이 확정되었다. 이후 乙은 2009. 6. 17. A에게 자신의 19/23지분에 관하여 채권최고액 1억 9,500만원의 근

저당권의 경우와는 달리 지분에 대한 최선순위 가등기는 경매 후에도 매수인에게 인수되므로 추후 본등기절차의 실행으로 가등기권자와 새롭게 공유관계가 형성되어 공유물의 보존·관리방법에 관한 분쟁이 생길 소지가 농후하다. 따라서 매수의향자들은 매수를 꺼리게 되고, 위 하급심 판결 사안과 같이 감정평가액보다 매각가격이 훨씬 하락하게 될 것이다. 공유물분할을 위한 경매는 지분별로 매각을 하는 것이 아니라 분할 대상인 공유물 전체를 매각하는 것이므로, 이러한 매각가격 하락의 피해는 가등기를 설정하지 않은 다른 공유자들에게도 미치게 된다. 반면 최선순위 가등기를 설정한 공유자는 이를 통해 매매예약증거금 등의 어떤 형태로든 자신의 지분가치 중 일부를 이미 환가하여 취득한 경우가 일반적일 것이므로, 위 1.에서 논의한 배당방법과는 달리 하여 공유자들 사이의 이해관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.¹²⁸⁾

이 경우 가등기를 설정하지 않은 상태에서 매각될 경우와 비교하였을 때, 매각대금은 적어도 공유자가 가등기를 설정함으로써 취득한 환가액만큼¹²⁹⁾은 더 높았을 것이다. 따라서 이러한 사정을 반영하여, ‘매각대금

저당권을 설정해주고 1억 5,000만원을 대출받았고, 甲이 2009. 10. 22. 위 공유물 분할판결에 기하여 경매를 신청하여 경매절차에서 丁이 감정평가액이 4억 1,056만원인 위 토지를 2억 2,560만원에 매수하고 대금 완납하였는데, 최선순위인 丙 명의의 위 가등기를 인수하였다. 집행법원은 甲에게 경매비용을 제하고 실제 배당할 금액인 2억 2,251만원에 甲이 이미 수령한 매매예약증거금 1,500만원을 더한 금액에 지분비율을 곱한 후 이미 수령한 증거금 1,500만원을 빼는 방법으로 甲에 대한 배당액을 산출하고, 乙에 대해서는 甲에 대한 배당액을 공제한 나머지 배당액 중 근저당권자 A에게 배당 후 잔액을 배당하였는데, 甲이 증거금 1,500만원을 포함시켜 계산한 것은 위법하다고 주장하며 乙을 상대로 배당이의 취지의 부당이득반환청구의 소를 제기하였다.

128) 이상덕(주 57), 138면.

129) 실제로는 최선순위 가등기의 존재로 인한 가격저감 효과는 공유자가 취득한 환가액보다 훨씬 상회할 가능성이 높으나, 그 효과를 현실적으로 수치화하여 배당액에 반영할 합리적인 방법을 찾기가 사실상 불가능하므로 실제 취득한 환가액만큼을 조정액수로 반영하는 것이 최소한의 이해조정기준이 될 것이다. 이상덕(주 57), 139면 참조.

에 매매예약증거금을 더한 금액'을 기준으로 하여 이에 각 공유자의 지분비율을 곱하는 방법으로 각 공유자의 지분가치를 산정한 후, 가등기를 설정한 공유자에게는 실제로 배당시 이미 취득한 환가액은 공제하여 배당하는 것이 타당하다.¹³⁰⁾ 이는 자기 지분에 저당권을 설정하여 가치 중 일부를 이미 환가한 경우 지분비율에 따른 잠정 배분된 금액에서 피담보 채무액을 공제한 나머지를 배당하는 경우와 본질적으로 다르지 않다.

130) 이는 2011가소249760 판결의 판단이기도 하다.

제 5 장 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립한 경우의 효력

제 1 절 서설

지금까지는 공유물분할의 소가 제기되어 법원이 공유물분할판결을 통해 분쟁을 해결하는 경우 각 공유자와 이해관계인을 둘러싼 효력에 대해 살펴보았다. 그러나 공유물분할방법에 관하여 협의가 성립되지 아니하여 공유자가 법원에 공유물분할의 소를 제기한 경우 항상 공유물분할판결로만 해결되는 것은 아니고, 당사자의 조정신청 또는 수소법원의 조정회부에 의한 조정 및 조정담당판사의 조정을 갈음하는 결정, 재판상 화해, 화해권고결정(이하에서는 이를 합하여 ‘조정·화해 등’이라 한다)에 의해 분쟁이 해결되는 경우도 점차 늘어나고 있다.

공유물분할이 조정·화해 등으로 이루어지는 경우는 법원이 그 절차에 관여하여 종국적으로 분쟁이 해결된다는 점에서는 공유물분할판결에 의한 경우와 같으나, 당사자 간의 분할방법에 관한 합의가 이루어졌다는 점에서는 공유물분할판결과 차이가 있다. 협의에 의한 공유물분할에서도 인정되는 공유물분할의 효력인 소유권의 변동, 공유자의 분할로 인한 담보책임 등은 조정·화해 등으로 해결된 경우에도 마찬가지로 적용될 것이다. 그러나 조정·화해 등과 판결과의 차이점을 고려했을 때, 공유물분할소송에서 조정·화해 등이 이루어진 경우에도 앞서 논의한 공유물분할판결의 효력이 그대로 적용될 수 있는지가 특히 소유권변동의 효력발생시기를 중심으로 문제될 수 있다. 이하에서는 공유물분할소송에서의 조정·화해의 양상을 살펴보고, 조정·화해 등이 성립한 경우 부동산 물권변동의 효력발생시기를 언제로 보는 것이 타당한지에 대해 논의하고자 한다.

제 2 절 공유물분할소송에서의 조정·화해

I. 조정과 재판상 화해의 의의

1. 조정의 의의

조정은 국가기관인 법원과 조정위원회가 분쟁당사자를 중개하여 화해의 성립을 원조·협력하는 제도로서, 화해, 중재 등과 함께 대체적 분쟁해결 방법(Alternative Dispute Resolution)에 해당한다. 민사조정법은 당사자의 신청에 의하여 또는 소송사건의 조정회부에 의하여 조정담당판사나 수소법원, 또는 법원에 설치된 조정위원회가 간이한 절차에 따라 분쟁당사자들로부터 각자의 주장을 듣고 관계자료를 검토한 후 여러 사정을 고려하여 그들에게 상호 양보하게 합의하도록 권유·추진함으로써 화해에 이르게 하는 제도를 마련하여 두고 있다(민사조정법 제1조, 제2조, 제7조). 이러한 조정제도는 일도양단적인 결론에 따른 당사자 사이의 인적 관계의 파탄 등의 폐단을 막기 위한 것이며, 절차가 간이하고 비용이 저렴하며 사회 각 분야의 권위자·전문가들이 조정위원이 되어 그 전문적 지식을 활용하여 분쟁을 타협과 양보에 의하여 인적 관계를 파괴함이 없이 신속하고 원만하게 종국적으로 해결할 수 있다는 장점이 있다.¹³¹⁾

2. 재판상 화해의 의의

재판상 화해는 사법상의 권리관계에 관하여 다툼이 있는 당사자가 법원의 면전에서 서로 그 주장을 양보하여 분쟁을 종료시키는 행위이다.¹³²⁾ 재판상 화해에는 제소전 화해와 소송상 화해가 있는데, 제소전 화해는 소송의 제기 전에 미리 법원에서 당사자가 화해를 함으로써 분쟁이 소송화되는 것을 방지하는 것을 말하고, 소송상 화해는 소송계속 중에 당사자 쌍방이 소송물인 권리관계에 관한 주장을 서로 양보하여 소송을 종료

131) 최성호(주 7), 242-243면.

132) 이동흡, “재판상 화해의 효력”, 민사재판의 제문제 제8호, 1994, 774면.

시키기로 하는 기일에 있어서의 합의를 말한다. 제소전 화해는 소송계속을 전제로 하지 않아 소송종료의 효과가 발생하지 않는다는 점 외에는 소송상 화해와 성질 및 효과가 동일하다.¹³³⁾ 이하에서는 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립한 경우를 논의하고자 하므로 특별한 사정이 없는 한 소송상 화해를 기준으로 검토하기로 한다.

II. 조정과 재판상 화해의 법적 성질

1. 조정의 법적 성질

(1) 견해의 대립

조정은 당사자의 양보와 타협을 통해 자주적으로 분쟁을 해결하는 것을 목적으로 하므로 당사자의 의사가 매우 중요하지만, 한편으로 조정은 민사조정법의 목적에서도 밝히고 있듯이 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하는 것이기 때문에(민사조정법 제1조) 조정담당판사와 조정위원회는 이에 부합하는 결론인지를 적극적으로 판단하여야 하고, 조정기관은 조정안을 제시하여 조정에 갈음하는 결정을 할 수도 있고, 당사자 간의 합의가 성립하였더라도 그 합의가 상당하지 않다고 판단될 때에는 직권으로 사건을 종결시킬 수도 있다(민사조정법 제30조, 제34조). 이러한 점에서 조정의 본질이 합의인지, 재판인지에 대한 견해의 대립이 있다.

1) 조정합의설

조정에 판단적 요소가 있는 것은 사실이나, 조정의 타당성은 소송과 달리 조정판단 그 자체로 가지는 것이 아니라 당사자의 합의에 의해 부여되는 것이라고 보며, 이러한 해석은 당사자의 자주적 의사를 존중하여 분쟁을 해결한다는 현대 조정법의 정신에도 부합하는 것이라고 한다.¹³⁴⁾

133) 주석 신민사소송법(V), 한국사법행정학회, 2004, 524면.

134) 宮崎澄夫, “調停の理念”, 民事訴訟法講座5, 有斐閣, 1962, 138면[최성호(주 7), 243면에서 재인용]; 김상찬, “민사조정 of 본질과 효력에 관한 연구”, 법

이에 따르면 조정기관은 분쟁당사자를 위하여 그 합의를 알선하는 국가 기관에 지나지 않으며, 조정당사자가 조정제도에 구하는 것은 화해의사의 존부 및 그 조건 등에 관하여 상호의 의사를 살피는 조정기관의 후견적 견해를 참고로 하여 분쟁해결을 위한 합의를 형성하는 것이다.

2) 조정재판설

조정에서 분쟁해결의 본질은 당사자 간의 합의가 아니고 조정기관의 분쟁해결을 위한 공권적 판단에 의한 것이며, 따라서 조정은 당사자의 합의를 조서에 기재함으로써 하는 재판이라는 견해이다.¹³⁵⁾ 이 견해는 조정이 민사분쟁 자체의 전체적 근본적 해결을 도모하는 데 그 존재이유가 있다고 보며, 민사소송과 민사조정은 당사자 간에서는 해결할 수 없는 민사분쟁을 국가의 분쟁해결기관의 공정한 공권적 판단에 의하여 해결하는 것을 목적으로 하는 제도라는 점에서 동일하다고 한다.

(2) 검토

조정은 당사자 간의 합의를 그 내용으로 하고 있지만, 관할, 조정위원의 자격 등 요건 및 형식이 법률이 정하고 있는 절차에 따라 국가기관에 의해 결론에 도달하는 것이므로 사실상 재판과 다르지 않다고 보아야 한다. 즉, 민사조정법에서는 조정사건은 법원이 관할하여 주재하도록 하고 있고(동법 제3조), 민사소송법상 당사자능력, 소송대리인, 변론의 절차, 기일, 기간, 서류의 송달 등에 관한 규정들을 준용하고 있으며(동법 제38조), 조정담당판사는 조정에 관하여 필요하다고 인정되면 사실 또는 증거를 조사할 수 있는 권한도 부여되어 있다(동법 제22조). 사건의 종결 여부에 있어서도 조정담당판사는 사건이 그 성질상 조정을 하기에 적당하지 아니하다고 인정하거나 당사자가 부당한 목적으로 조정신청을 한 것임을 인정하는 경우, 성립된 합의의 내용이 적당하지 아니하다고 인정하는 경

과 정책 제2호, 제주대학교 법과 정책연구소, 1996, 210-211면.

135) 佐佐木吉男, 民事調停の研究, 法律文化社, 1974, 161면[최성호(주 7), 243면에서 재인용].

우에는 조정을 하지 아니하는 결정으로 사건을 종결시킬 수 있도록 규정하여 법관의 종국적 판단에 의하도록 되어 있다(동법 제26조, 제27조). 그리고 조정의 본질이 당사자 간의 합의라고 본다면 조정을 통한 분쟁해결의 결론을 약화시킬 수 있는 위험이 있고, 당사자는 조정기관의 역할을 과소평가하고 조정의 기능을 현저히 저하시킬 우려가 있는 점, 조정이 성립되어 국가의 공권력 표시를 통해 재판상의 화해와 동일한 효력을 부여받게 되는 점 등을 고려하면 그 본질은 재판이라고 보는 것이 타당하다.¹³⁶⁾ 판례¹³⁷⁾는 조정도 아래에서 살펴볼 재판상 화해와 같은 이유로 법적 성질이 소송행위임을 밝히고 있다.

그러나 조정의 본질이 무엇인지에 대한 결론만으로 이하 제3절에서 논의할 공유물분할조정에 따른 부동산 물권변동의 효력발생시기에 관하여 민법 제186조와 제187조 중 어느 규정을 적용할 것인지가 곧바로 결정된다고 보기는 어렵고, 추가적인 검토가 필요하다.

2. 재판상 화해의 법적 성질

(1) 견해의 대립

재판상 화해가 민법상의 화해와 다른 것은 그것이 소송절차를 통하여 성립한다는 데 있다. 따라서 민법상의 화해와 달리 재판상 화해에는 집행력이라는 소송법상의 법률효과가 부여되고 확정력도 있다. 하지만 재판상 화해라 하여 실제법상의 효과를 전혀 무시할 수는 없기 때문에 그 성질에 관하여 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

1) 사법행위설

소송상 화해의 본질을 민법상의 화해와 동일한 사법상의 법률행위로 보며, 다만 소송의 기회에 법원의 면전에서 행하여지는 것뿐이라고 한다.¹³⁸⁾

2) 소송행위설

136) 동지 : 추신영(주 11), 194면.

137) 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다55087 판결[공보불게재].

138) 河本, 新堂[주석 신민사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 2003, 389면에서 재인용].

소송상 화해를 사법상의 화해와는 성질이 전혀 다른 순수한 소송행위라고 보는 견해이다. 이 견해는 표현에 따라 당사자의 양보에 의하여 소송을 종료시키고자 하는 합의라고도 하고,¹³⁹⁾ 또는 당사자가 서로 양보하여 얻은 결과를 일치하여 법원에 진술하는 합동소송행위라고도 한다.¹⁴⁰⁾

3) 양행위병존설

소송상의 화해에는 사법상의 화해계약(사법행위)과 소송종료의 합의(소송행위)가 병존한다는 견해이다.¹⁴¹⁾

4) 양행위경합설(양성설)

소송상의 화해는 일방에 있어서 사법상의 화해임과 동시에, 타방에 있어서는 소송상의 화해로서 1개의 소송상 화해에 위 양 행위가 경합한다는 견해이다. 즉, 법원에 대한 관계에 있어서는 화해가 성립되어 조서에 기재되면 소송은 종료되어 소송법이 적용되나 당사자 간의 관계에 있어서는 사법상의 화해계약이 이루어진 것이므로 이에 민법의 규정이 적용된다고 한다.¹⁴²⁾

(2) 관례의 태도

이에 관하여 관례는, 1961. 9. 1. 법률 제706호로 개정되기 전의 민사소송법 하에서는 양행위경합설을 취하였으나,¹⁴³⁾ 1961. 9. 1. 법률 제706호로 개정으로 준재심제도가 도입된 이후의 민사소송법 하에서는 관례를

139) 細野[주석 신민사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 2003, 390면에서 재인용]

140) 김홍엽(주 25), 771면.

141) 김용욱[주석 신민사소송법(Ⅱ), 한국사법행정학회, 2003, 390면에서 재인용].

142) 정동윤·유병현(주 38), 667면; 호문혁, 민사소송법, 제13판, 법문사, 2016, 776면.

143) 대법원 1955. 9. 15. 선고 4288민상229 판결[집4(1)민,001](재판상 화해는 소송 당사자가 상호양보하여 소송물인 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁을 중지하는 사법상 규약인 동시에 소송을 종료할 것을 목적으로 하는 소송법상 합의이다. 그러므로 화해조항이 조서에 기재되면 소송법상 확정판결과 동일한 효력이 있다 하여도 사법상 무효 또는 취소의 사유가 있을 때에는 확정판결과 달라서 소송법상 효력도 당연무효이거나 그 효력을 상실하는 것이다).

변경하여 명시적으로 소송행위설로 전환하였고,¹⁴⁴⁾ 이후에도 이러한 입장을 유지하고 있다.¹⁴⁵⁾

(3) 검토

법원의 면전에서 이루어지는 재판상 화해를 당사자 간의 사법상 합의에 따른 민법상 화해와 동일하다고 볼 것은 아니며, 재판상 화해가 이루어지면 소송이 종료되고 기판력 및 집행력이 인정되는 등 확정판결과 같은 효력을 가지는 점(민사소송법 제220조) 등을 고려하면, 재판상 화해는 당사자가 기일에 소송목적에 관하여 일정한 실체법상의 처분을 함으로써 소송을 마친다는 진술을 하는 것으로 법원에 대한 소송행위라고 보는 판례의 태도가 규정에도 부합하는 해석이라고 할 것이다. 다만 판례는 재판상 화해를 소송행위로 보면서도 실체법적인 효력의 하나인 창설적 효력을 인정하고 있는데,¹⁴⁶⁾ 이에 대하여는 재판상 화해의 성질을 소송행위로 보는 이상 창설적 효력을 인정하는 것은 쉽게 받아들일 수 없다는 견해가 있으나 당사자들이 소송절차에서 자주적으로 분쟁을 해결할 수 있는 제도인 재판상 화해의 실효성을 확보해 주고자 하는 측면에서 보았을 때 인정하는 것이 타당하다.¹⁴⁷⁾

144) 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결[집10(1)민,122](재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자간에 기판력이 생기는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경이 없는 한, 당사자는 그 화해의 취지에 반하는 주장을 할 수 없다. 이 점에 관하여 본원의 판례(4288민상229 판결 등)는 이를 변경하는 바이다).

145) 대법원 1979. 5. 15. 선고 78다1094 판결[집27(2)민,6;공1979.8.1.(613),11975](소송상의 화해는 소송행위로서 사법상의 화해와는 달리 사기나 착오를 이유로 취소할 수는 없다. 민사소송법 제422조 제1항 제5호 소정의 사유가 소송상의 화해에 대한 준재심사유로 될 수 있는 것은 그것이 당사자가 화해의 의사표시를 하게 된 직접적인 원인이 된 경우에 한한다).

146) 대법원 2001. 4. 27. 선고 99다17319 판결[공2001.6.15.(132),1227](재판상 화해 또는 제소전 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있으며 당사자 간의 사법상의 화해계약이 그 내용을 이루는 것이면 화해는 창설적 효력을 가져 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸한다).

3. 소결

조정에서 있어 분쟁 해결의 본질은 합의한 내용이 조정조서에 기재되는 순간 공권적 문서로서 재판의 성격을 갖추게 되는 것으로 보아 재판에 가깝다고 보고, 이러한 조정의 법적 효력은 재판상의 화해와 동일한 효력이 인정되므로(민사조정법 제29조) 재판상 화해의 법적 성질에 관하여 소송행위로 보는 견해에 따라 조정도 이에 해당한다고 본다.

III. 조정과 재판상 화해와의 관계

조정과 재판상 화해 모두 당해 소송물에 관한 당사자 쌍방의 양보를 전제로 판결에 이르지 않고 소송을 종료시키는 방법으로 활용되고 있다. 조정의 형식으로 조정조서(민사조정법 제28조)와 조정을 갈음하는 결정(민사조정법 제30조)이 있는데, 이들 모두 재판상의 화해와 동일한 효력이 인정된다(민사조정법 제29조, 제34조 제4항). 즉, 민사소송법상 화해조서인가 아니면 민사조정법상 조정조서, 조정을 갈음하는 결정인가는 담당 기관과 합의에 의하여 조서에 기재됨으로써 효과가 발생하는지, 직권으로 한 결정에 대해 이의를 하지 아니하는 등으로 효과가 발생하는지에 의한 차이만 있을 뿐 그 효력은 모두 재판상 화해와 동일하므로 효력에 있어 차이가 없다. 따라서 앞서 살펴본 재판상 화해의 법적 성질 등에 관한 논의는 모두 조정, 조정에 갈음하는 결정에도 그대로 적용될 수 있다.¹⁴⁸⁾

특히 앞서 논의한 재판상 화해의 창설적 효력이 조정에도 인정되는지에 대하여 판례¹⁴⁹⁾도, 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함

147) 이상완, “공유물분할소송에서 조정이 성립한 경우 물권변동의 효력발생시기”, 부산고등법원, 2014, 17면.

148) 이상완(주 147), 12면.

149) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결[공2007.6.1.(275),770]. 조정에 갈음하는 결정에 대하여 동일 취지로 판시한 판례로는 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다58346 판결[공보불게재].

으로써 성립하고 조정조서는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있으며 창설적 효력을 가지는 것이어서 당사자 사이에 조정이 성립하면 종전의 다툼 있는 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다고 하여 재판상 화해와 마찬가지로 창설적 효력도 인정하고 있다. 조정 또한 당사자들이 소송절차에서 자주적으로 합의를 통해 분쟁을 해결하는 제도라는 점은 재판상 화해와 다를 바가 없으므로 마찬가지로 창설적 효력이 인정된다고 보는 판례의 태도는 타당하다.

IV. 공유물분할소송과 조정·화해

공유물의 분할은 민법 제269조 제1항의 규정에서도 알 수 있듯이 공유자간의 합의에 맡기는 것이 우선이고, 비록 합의가 이루어지지 않아 공유물분할의 소가 제기되었다 하더라도 소송이 종료되기 전에 가능한 당사자 간 합의가 이루어지는 것이 분쟁의 원만한 해결을 위한 최선의 방법이므로 공유물분할소송은 조정·화해에 친하고 적합하다. 비록 공유물분할판결에 있어 우리 판례도 현물분할방법의 유연화·다양화 방향으로 분할방법에 있어 법원의 재량을 확대해 나가고 있지만 기본적으로 민법 제269조 제2항의 제약이 있는 반면, 조정·화해를 통한 해결의 경우에는 중국판결에 의한 분할방법보다 더 다양한 분할방법을 강구할 수 있어 당사자 사이의 이해관계에 대한 조정의 폭이 넓다는 장점이 있으므로 공유물분할소송에서 법원은 우선적으로 조정이나 화해를 통한 분쟁의 해결에 초점을 맞추는 심리태도를 갖는 것이 바람직하다.¹⁵⁰⁾¹⁵¹⁾

150) 오세율(주 16), 216면.

151) 공유물분할판결이 형식적 형성소송이라는 점에서 재판상 화해나 조정이 가능한지에 대한 의문이 제기될 수 있고, 실제로 일본의 경우 경매에 의한 대금분할을 내용으로 하는 재판상 화해가 가능한지에 대하여 긍정하는 실무례와 부정하는 실무례도 있다고 하나[문영화(주 26), 437면, 448면 참조], 당사자에게 처

제 3 절 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해 등이 성립한 경우 부동산 물권변동의 효력발생시기

I. 판례의 태도

1. 사실관계

(1) 원고는 1990. 5. 7. 서울 서초구 내곡동 1-717 답 1,947㎡(이하 위 토지를 ‘분할 전 토지’라 한다) 중 422/1,947 지분에 관하여 1980. 11. 24. 매수하였음을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤고, 2003. 4. 14. 원고가 422/1947 지분을 소유하는 것으로 변경등기가 마쳐졌다.

(2) 분할 전 토지는 원고와 소외 1 내지 7(이하 ‘원고와 소외 1, 2’를 ‘원고 등’이라 하고, ‘소외 3 내지 7’을 ‘나머지 공유자’라 한다)의 공동소유였는데, 원고 등은 2003. 7.경 나머지 공유자들을 상대로 분할 전 토지에 관하여 공유물분할 청구의 소를 제기하였다.

(3) 분할 전 토지의 공유자들은 2004. 7. 6. 위 분할 전 토지에 관하여 서울 서초구 내곡동 1-717 답 973㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)와 같은 동 1-2891 답 974㎡(이하 ‘분할 후 잔여토지’라 한다)로 분필등기를 경료하였고¹⁵²⁾, 그 후 2004. 7. 12. 위 공유물분할소송의 조정기일에서 분할 전 토지를 이 사건 토지와 분할 후 잔여토지로 분할하고, 원고 등은 분

분권이 부여된 권리에 관한 것이라면 비록 형성소송으로 본다고 하더라도 조정이나 화해가 가능하다고 보는 것이 타당하다. 판례(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결[공2014상,97])도 동일한 입장이다. 문정일(주 61), 240면(주 9) 및 법원행정처, 조정실무, 412면 참조.

152) 이로써 원고의 분할 전 토지에 관한 소유권 지분 422/1,947 는 이 사건 토지 및 분할 후 잔여토지에 관하여 각 위 지분만큼 존재하게 되었다.

할 후 잔여토지를 공유하고, 나머지 공유자들은 이 사건 토지를 공유하며, 위 공유지분권자들이 분할 전 토지에 관한 분필등기를 한 다음 각각의 소유부분에 관하여 위 공유물분할을 원인으로 하여 소유권이전등기절차를 이행하기로 하는 내용으로 조정(이하 '이 사건 조정'이라 한다)이 성립¹⁵³⁾하였고, 조정조서가 작성되었다.

(4) 그러나 조정이 성립한 이후에도 이 사건 조정에 따른 소유권이전등기가 마쳐지지 않고 있던 중, 원고의 채권자인 기술신용보증기금은 2006. 10. 12. 이 사건 토지 및 분할 후 잔여토지에 대한 원고의 각 소유권 지분에 관하여 강제경매신청을 하여 서울중앙지방법원 2006타경35156호로 강제경매개시결정이 내려졌다.

(5) 이후 기술신용보증기금은 2006. 10. 30. 분할 후 잔여토지에 관하여는 위 강제경매를 취하하였으나 이 사건 토지 중 원고의 소유권 지분에 관하여는 경매절차를 유지하였으며, 이 사건 토지에 관한 원고의 위 지분은 2007. 7. 13. 강제경매절차에서 90,000,000원에 매각되었다.

(6) 이에 피고인 파주세무서장은 2010. 2. 7. 원고에게 이 사건 토지에 관한 원고의 지분 양도에 따른 2007년 귀속분 양도소득세 5,415,220원을 부

153) 성립된 조정의 조정사항은 다음과 같다.

1. 원고 등과 나머지 공유자는 2004. 7. 12. 공유자들의 공유인 분할 전 토지에 관하여 아래와 같이 분할한다.

가. 원고 등의 소유 부분 : 분할 후 잔여토지

나. 나머지 공유자들의 소유 부분 : 이 사건 토지

2. 원고 등과 나머지 공유자는 제1항과 같이 분필등기를 한 다음 각각의 소유부분에 관하여 제1항의 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다. 위 등기절차비용은 이를 2분 하여 그 1은 원고 등의, 나머지는 나머지 공유자들의 각 부담으로 한다.

3. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다.

과하는 처분을 하였다.

(7) 원고는, ① 분할 전 토지의 공유자들 사이에 위 토지의 분필 이전에 공유물분할 소송이 진행 중이었는데, 2004. 7. 12. 위 소송에서 원고 등과 나머지 공유자들 사이에 이 사건 조정이 성립하였으므로 원고의 소유권 지분은 분할 후 잔여토지 위에만 존재하게 되었고 이 사건 토지에 대해서는 아무런 권리를 갖지 않게 되어 이 사건 토지에 존재하는 원고의 지분은 원인무효의 것이고, ② 만약 이 사건 처분에 따라 양도소득세를 납부한 이후에 분할 후 잔여토지에 관한 자신의 소유지분을 양도하는 때에는 거듭 양도소득세가 부과되어 부당하다는 점을 논거로, 결국 원고가 이 사건 토지의 소유권 지분을 양도한 사실이 없으므로 위 양도소득세 부과처분은 위법하다¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾고 주장하며 ‘피고가 2010. 2. 7. 원고에게 한

154) 채무자 소유의 부동산으로 잘못 알고 강제경매절차를 개시하였으나, 사실은 제3자 소유의 부동산인 경우 그 강제경매절차는 무효이므로(대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다59259 판결[공2004.8.1.(207),1205]), 매수인이 매각허가결정을 받고 매각대금을 납부하였다고 하더라도 제3자 소유의 부동산의 소유권을 취득할 수 없다.

구 소득세법(2006. 12. 30. 법률 제8144호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항은 거주자의 소득을 종합소득, 퇴직소득, 양도소득, 산림소득으로 구분하면서 그 중 양도소득을 ‘자산의 양도로 인하여 발생하는 소득’(제3호)이라고 규정하고 있다. 양도소득세는 자산의 양도로 인한 소득에 대하여 과세되는 것이므로, 외관상 자산이 매매·교환·현물출자 등(이하 ‘매매 등’이라고 한다)에 의하여 양도된 것처럼 보이더라도, 그 매매 등의 계약이 처음부터 무효이거나 나중에 취소되는 등으로 효력이 없는 때에는, 양도인이 받은 매매대금 등은 원칙적으로 양수인에게 원상회복으로 반환되어야 할 것이어서 이를 양도인의 소득으로 보아 양도소득세의 과세대상으로 삼을 수 없음이 원칙이다(대법원 2011. 7. 21. 선고 2010두23644 전원합의체 판결[공2011하,1818]). 위 법리에 의하면, 원고의 주장에 따라 이 사건 토지에 존재하는 원고의 지분이 원인무효라면 위 지분에 대한 강제경매절차가 무효가 되어 매수인이 납부한 매각대금을 채무자의 소득으로 보아 양도소득세의 과세대상으로 삼을 수 없으므로 피고의 양도소득세 부과처분이 위법하다고 할 것이다.

양도소득세 부과처분을 취소한다'라는 청구취지로 양도소득세부과처분취소소송을 제기하였다.¹⁵⁶⁾

2. 판결 요지

(1) 다수의견

공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다고 보아야 한다.

155) 피고 과주세무서장은 비록 공유물분할소송 중 이 사건 조정이 성립하였으나 이에 따른 지분의 이전등기가 이행되지 않은 이상 원고의 이 사건 토지에 대한 소유지분이 그대로 존속하고, 원고의 소유지분이 경락으로 인해 매각됨으로써 소득세법 제88조 제1항 상의 '양도'에 해당한다고 하여 양도소득세 부과처분을 한 것이다.

따라서 피고의 양도소득세 부과처분의 적법 여부는 결국 이 사건 조정으로 인해 이 사건 토지에 대한 원고의 소유지분이 별도의 이전등기 없이도 나머지 공유자들에게로 이전되는지, 아니면 이 사건 조정의 성립에도 불구하고 이 사건 토지에 대한 원고의 소유지분이 나머지 공유자들에게로 이전등기되지 아니한 이상 그대로 원고의 소유로 남아 있는지에 대한 판단에 따라 결정되는 것이므로, 공유물분할소송에서 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우 물권변동의 효력발생시기에 대한 판단을 하게 된 것이다.

156) 이상의 내용은 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결[공2014상,97](이하 '대상판결'이라 한다)의 원심 판결(서울고등법원 2010. 12. 16. 선고 2010누22629 판결) 및 제1심 판결(의정부지방법원 2010. 6. 29. 선고 2010구합1342)에서 확정된 사실관계를 바탕으로 정리하였다.

(2) 대법관 민일영의 반대의견

공유물분할의 소에서 공유부동산의 특정한 일부씩을 각각의 공유자에게 귀속시키는 것으로 현물분할하는 내용의 조정이 성립하였다면, 그 조정조서는 공유물분할판결과 동일한 효력을 가지는 것으로서 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당하는 것이므로 조정이 성립한 때 물권변동의 효력이 발생한다고 보아야 한다.

II. 견해의 대립

1. 등기시 물권변동의 효력이 발생한다고 보는 견해(민법 제186조 적용)

임의조정은 협의분할과 다르지 않으므로, 그에 기한 조정조서 등은 형성적 내용이 기재되었다 하더라도 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하지 않는다고 보는 견해가 있다. 이러한 견해에는 크게 ① 공유물분할판결이 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하지만 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해가 이루어진 경우는 민법 제186조가 적용되어야 한다는 견해(157)(158)와, ② 공유물분할판결은 민법 제187조의 ‘판결’에 해

157) 대상판결의 다수의견.

158) 재판상 화해의 법적 성질을 사법행위로 보는 견해에 의할 경우, 화해조서 및 이와 동일한 효력이 있는 조정조서는 민법 제187조 소정의 판결에 해당할 수 없고 민법 제186조 소정의 법률행위에 해당하므로, 조정·화해가 성립하였다고 하더라도 등기를 마친 경우에 한해 물권변동의 효력이 발생한다는 견해에 따를 수밖에 없을 것이다. 재판상 화해의 성질에 대하여, 판례가 민법상 화해의 특유한 효력인 창설적 효력을 인정하는 등 실체법의 적용을 긍정하는 점에 비추어 순수한 소송행위가 아니라 흠 없는 재판상 화해에 관하여는 실체법을 적용하여야 한다고 보는 입장에서, 공유물분할소송에서 협의분할의 내용으로 재판상 화해와 동일한 효력이 인정되는 조정이 성립한 경우에는 실체법을 적용하여야 하므로 물권변동에 있어 민법 제186조가 적용되어야 한다는 견해도 있다. 강현중, “조정에 의한 공유토지의 분할과 공유자의 단독소유권 취득”, 법률신문, 2016. 참조.

당하지 않아 그에 따른 물권변동에는 민법 제186조가 적용되어야 한다는 입장에서 조정·화해가 성립한 경우도 이와 마찬가지로 민법 제186조가 적용된다고 보는 견해¹⁵⁹⁾로 나뉜다. 각 견해의 논거를 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

2. ① 견해의 논거

위 ① 견해는 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해가 성립한 경우는 공유물분할판결과 효력이 구별되어야 한다는 입장에서 양자의 차이점을 강조한 견해이다. 그 논거는 다음과 같다.

(1) 조정의 대상은 공유물분할소송의 소송물 자체가 아님

공유물분할소송 계속 중에 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립한 경우 재판에 의한 공유물분할을 구하는 소는 소의 이익을 잃게 되는 것이나, 공유물분할의 소와 관계된 지분에 관한 실체법상 권리관계는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이므로 공유물분할소송 계속 중 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립할 가능성이 있는 경우에는 수소법원이 조정회부결정을 하고 직접 또는 조정전담판사나 조정위원회로 하여금 당사자들 사이에 조정이 성립하게 함으로써 해당 분쟁을 종결지을 수 있음은 물론이다.

그러나 이와 같은 조정은 공유물분할의 소의 소송물 자체를 대상으로 하여 그 소송에서의 법원의 판단을 갈음하는 것이 아니어서 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다. 따라서 그 조정이 재판에 의한 공유물분할의 효력, 즉 법원이 당해 사건에 관한 일체의 사정들을 고려하여 정한 현물분할 판결이 확정됨에 따라 바

159) 송인권(주 32), 142-143면, 158-160면; 최성호(주 7), 240-242면, 251-252면; 문준섭(주 91), 128면, 134면. 이 견해는 대상판결 사안의 결론에 있어서는 대상판결의 다수의견에 찬동하지만, 공유물분할판결과 공유물분할조정 효력을 달리 본 논리 구성에 대해서는 상당한 의문이 남는다고 하여 비판적인 입장이다.

로 기존의 공유관계가 폐기되고 새로운 소유관계가 창설되는 것과 같은 형성적 효력을 가진다고는 볼 수 없다.¹⁶⁰⁾ 즉, 일정한 제약 아래 예외적으로 공유물분할의 판결을 통해 이루어지는 법률관계의 변동을, 법원의 판단절차를 거치지 아니한 당사자의 협의에 따라 창설적으로 발생하도록 하는 것은 허용될 수 없다.

이를 절차적인 측면에서 보면, 조정은 소송의 대상이 된 권리 또는 법률관계에 한정되지 아니하므로 조정회부에 앞서 굳이 기존의 소송물을 이행의 소나 확인의 소로 변경할 필요가 없는 반면, 당초 공유물분할소송의 대상이 된 형성소권은 조정에 회부되지 아니한 채 중지된 소송절차에 남아 있다가 조정에 회부된 공유물분할의 협의에 관하여 조정이 성립하거나 조정에 갈음하는 결정이 확정된 때에 소취하된 것으로 본다(민사조정규칙 제4조 제2항, 제3항 참조).¹⁶¹⁾

160) 곽종훈, “공유물분할소송과 조정”, 법률신문, 2015. 여기서 이와 같은 견지에서, ‘조정은 상호 양보를 그 제도적 기초로 삼고 있는 데에 반하여, 형성판결은 사법적 법률관계의 변동에 형성요건의 충족 여부에 관한 법원의 판단을 개재시켜 공익성을 도모하고자 하는데다가 새로운 소유관계를 창설하는 것과 같은 형성적 효력을 가지는 특성이 있으므로 법원의 판단에 의한 것이 아니라 자유처분의 의사에 기한 당사자의 협의에 더 얽은 조정에 곧바로 형성적 효력을 부여하는 것은 그 자체로 허용될 수 없다. 따라서 형식적 형성소송에 해당하는 공유물분할소송에서도 당사자가 공유물분할판결과 동일한 형성적 효력을 가지는 조정을 의도하였다면 그러한 조정은 허용되기 어려운 것이 원칙이다. 다만, 당사자의 협의에 의한 공유물분할이 원칙인 점을 감안할 때, 당해 소송절차에서 공유물분할의 협의를 조정의 대상으로 삼아 협의내용을 확인하는 조정을 성립시키는 것이 합리적인 절차운영이므로 공유물분할소송에서도 조정을 인정할 수 있는 것이다. 그러나 이때 조정절차에 회부된 조정대상은 어디까지나 당사자들 사이에 성립하였거나 장차 성립할 공유물분할의 협의일 뿐이고, 그로 인한 조정조서는 이행판결이나 확인판결과 같은 내용을 담고 있는 것이므로 민법 제187조의 ‘판결’에는 해당하지 않게 된다’고 보고 있다.

161) 곽종훈(주 160)에서는, 대상판결의 다수의견은 실무상 공유물분할의 소송절차에서의 조정의 필요성을 인정하여 조정이 성립할 수 있는 길을 열면서도, 소송의 대상이 된 형성소권을 조정의 대상으로 본 것이 아니라 당사자들 사이

(2) 명확하지 않은 경우는 민법 제186조 적용이 원칙

입법정책적으로 보아도, 등기 없이 부동산물권변동이 생긴 후 등기를 하지 아니하고 방치하는 한 그동안에는 필연적으로 실체법상의 권리와 등기부상의 권리기재가 불일치하게 되고, 이는 부동산에 관한 권리관계를 명확히 공시하려는 등기제도의 이상에 반한다. 따라서 법률의 규정에 의한 부동산물권변동의 범위를 넓게 인정하는 것은 바람직하지 아니하므로 성질상 부득이한 경우가 아니면 그러한 규정을 억제할 필요가 있고, 또한 민법 제186조와 제187조 양자의 물권변동 가운데 어느 것에 해당하는지가 명확하지 않은 경우에는 등기 없이 물권변동이 생기도록 할 특별한 사정이 없는 한 법률행위에 의한 물권변동으로 보아 민법 제186조를 적용하여야 할 것이다.¹⁶²⁾

(3) 조정·화해조서나 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정은 재판의 형식상 ‘판결’에 해당하지 않음

민법 제187조의 ‘판결’에 어떤 판결이 포함될 것인지, 조정조서나 화해조서 등이 민법 제187조의 ‘판결’에 포함되는지는 해석의 문제인데, 우선 조정조서, 화해조서나 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정은 재판의 형식상 ‘판결’에 해당하지는 않는다. 그리고 조정조서와 화해조서 등은 확정판결과 동일한 효력이 인정되기는 하나(민사소송법 제220조, 민사조정법 제29조), ‘확정판결과 같은 효력을 가진다’고 규정한 다양한 제도에 있어서 그 효력의 내용이 항상 확정판결과 절대적으로 일치된 효력을 가지는 것은 아니다. 예를 들어 지급명령이나 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력이 있다고 규정하였지만(민사소송법 제474조, 소액사건심판법 제5조의7 제1항), 확정판결과 같이 기판력이 인정되지는 않는다.¹⁶³⁾

에 성립한 별개의 ‘공유물분할의 협의’를 그 대상으로 봄으로써 공유물분할판결이 가지는 형성적 효력을 조정에는 인정하지 않는 결론을 도출하였다고 평가하고 있다.

162) 편집대표 박윤직(주 90), 131면(김황식 집필부분).

163) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결[공2009상,824]; 대법원 2009. 7.

따라서 조정·화해조서 등이 확정판결과 같은 효력이 있다고 명문으로 규정되어 있다고 하더라도, 민법 제187조의 ‘판결’에 그 조정조서가 반드시 포함된다고 해석할 필요는 없다.¹⁶⁴⁾

(4) 거래의 안전

조정조서에 기재한 것만으로 물권변동의 효력이 발생한다고 하면, 이를 등기하고 있지 않은 상태에서 등기부를 믿고 거래한 자에게 불측의 손해를 가할 수 있어 거래의 안전을 심각하게 저해할 수 있다.

(5) 재판상 화해를 소송행위로 보는 대법원의 기존 견해에 배치되지 않음
대법원은 비록 앞서 살펴본 바와 같이 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 전원합의체 판결로 기존에 재판상 화해의 성질에 대해 양행위경합설을 취한 대법원 판례를 폐기하여 소송행위설로 변경하였지만, 그 이후로도 사법상의 효력을 완전히 부정하지는 않고 있다.¹⁶⁵⁾ 따라서 위 경우에서 민법 제186조가 적용되어야 한다는 견해를 취하더라도 위 전원합의체 판결에 배치되는 것이 아니다.

(6) 공유물분할등기에 있어 조정의 유용성 존재

소송 외에서 공유물분할협약이 이루어진 경우 그 등기를 위해서는 부동산등기법의 원칙에 따라 공동신청주의가 적용되지만, 조정조서가 있는 경우에는 의사표시의 진술이 있는 것으로 의제되어 소유권을 취득하게

9. 선고 2006다73966 판결[공2009하,1269].

164) 신용호, “공유물분할에 관한 조정과 물권변동의 효력 발생 시기와의 관계”, 민사재판의 제문제 제23권, 사법발전재단, 2015, 1175면.

165) 실효조건부 화해를 인정한 대법원 1988. 8. 9. 선고 88다카2332 판결[집36(2)민,86;공1988.9.15.(832),1211], 재판상 화해에 창설적 효력을 인정한 대법원 1981. 8. 25. 선고 80다2645 판결[집29(2)민,290;공1981.10.15.(666) 14295], 조정조서에 창설적 효력을 인정한 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결[공2007.6.1.(275), 770], 조정을 갈음하는 결정에 창설적 효력을 인정한 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다200771 판결[공2017상,1093] 등.

될 공유자가 단독신청을 할 수 있으므로 소송 외에서 공유물분할협약이 이루어진 경우와는 차이가 있고, 그것만으로도 조정의 유용성이 충분하다. 따라서 민법 제186조가 적용되어 소유권 취득을 위해 등기가 필요하다고 보더라도 조정의 효력을 너무 약화시키는 결과로 보기는 어렵다.

3. ② 견해의 논거

위 ② 견해는 공유물분할판결이 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하지 않는다는 전제하에, 그 논리적 귀결로 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해가 성립한 경우도 마찬가지로 민법 제187조가 적용될 수 없다고 보는 견해이다. 제4장 제2절 I. 2. (2)에서 이미 논의한 ‘민법 제187조의 ‘판결’에 포함되지 않는다는 견해’의 논거 외에도 다음과 같은 논거가 있다.

(1) 민법 제187조의 도입단계에서의 문제

우리 민법에서의 민법 제187조의 도입단계를 보면, 민법 제187조는 부동산물권변동에 관하여 대항요건주의 내지 의사주의를 취하고 있던 의용민법에는 없었던 조항으로, 민법이 제정되면서 채택된 규정이다. 민법 제187조는 스위스민법 제656조¹⁶⁶⁾ 제2항, 독일민법 제873조 제2항, 중국민법 제759조, 만주국민법 제178조를 참조한 것으로 되어 있는데, 민법 원안에는 ‘판결’과 ‘경매’가 포함되어 있지 않았으나, 법사위원회 민법안 심의소위원회의 심의과정에서 포함되었다.¹⁶⁷⁾ 따라서 그 ‘판결’에는 어떠한

166) 스위스민법 제656조 제1항 : 토지소유권을 취득하려면 토지등기부에 등기하여야 한다.

제656조 제2항 : 선점, 상속, 공용수용, 강제집행 또는 판결에 의한 경우에는 취득자는 등기 전에도 소유권을 취득한다. 그러나 등기한 때로부터 토지등기부상 토지를 처분할 수 있다.

167) 편집대표 곽윤직(주 90), 171면(이재홍 집필부분). 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정될 때의 당초제안서 및 심사보고서를 보면, 당초제안서에는 “민법 제178조 상속, 공용징수 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은

내용의 판결이 해당되는지에 대한 심각한 고민을 하지 않은 채 도입되었을 가능성이 있다. 이와 같이 민법 제187조에 ‘판결’을 규정한 입법자의 의도를 알기 어려운 상황에서 민법 제187조에서 ‘판결’을 규정하고 있다는 이유만으로 등기 없이 물권변동의 효력이 인정되는 판결의 유형이 하나 이상 존재하여야 하고 이를 위하여 공유물분할판결에 물권변동의 효력이 인정되어야 한다고 해석할 것은 아니다.¹⁶⁸⁾

(2) 실제 권리관계에 불일치하는 등기의 시정 곤란

종래 행정관청에서는 공유물분할판결이 있을 경우 행정법규에 의하여 분할이 금지된 토지에 대하여도 분할을 허용하기도 하였고, 이에 공유자들이 실제로는 공유물분할의 협의를 하였음에도 불구하고 법령 제한을 회피하기 위하여 공유물분할의 소를 제기하여 판결을 받는 경우가 있었다.

그런데 최근에는 점차 행정관청이 공유물분할판결이 있는 경우라도 행정법규를 이유로 공유물의 분할을 허용하지 아니하는 사례가 증가하고 있으며, 이와 관련하여 최근 대법원은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 농림지역 및 관리지역에 속한 임야에 관하여 행정청이 국토계획법상 토지분할 허가신청을 거부한 사안에서, ‘개발행위허가권자는 신청인이 토지분할 허가신청을 하면서 공유물분할 판결 등의 확정판결을 제출하더라도 국토계획법에서 정한 개발행위 허가 기준 등을 고려하여 거부처분을 할 수 있으며, 이러한 처분이 공유물분할 판결의 효력에 반하는 것은 아니다’라고 판시¹⁶⁹⁾하여 위와 같은 행정청의 업무처리의 적법성을 인정하여 주고 있다. 이와 같은 경우 공유물분할판결에 따른 분할등기 및 지분이전등기가 사실상 불가능하므로, 공유물분할판결에 물권변동의 효력이 인정된다면 실제 권리관계와 등기의 불일치를 수정할 방법이 없게 된다.¹⁷⁰⁾

등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다”라고 기재되었는데, 심사보고서에는 “제178조 중 「공용징수」의 다음에 「판결, 경매」를 삽입한다”라고 기재되어 있다.

168) 문준섭(주 91), 125면.

169) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결[공2013하,1493].

(3) 공유물분할판결은 ‘현물분할 협의에 갈음하는 의사의 합치’를 형성함
공유물분할판결을 형성판결로 보더라도 그것이 직접 물권변동을 일으키는 것은 아니고, 다만 ‘현물분할의 협의에 갈음하는 당사자들의 의사의 합치’를 형성한다고 이해한다면 공유물분할판결이 확정되더라도 곧바로 물권변동은 일어나지 아니하고 그 판결에 따른 등기가 이루어졌을 때 비로소 물권변동이 일어난다.¹⁷¹⁾

4. 민법 제187조를 적용하되, 제3자와의 관계를 별도로 규율하는 견해
공유물분할조정은 그 대상물이 소송의 경우와 실질적으로 동일하고, 소송절차와 조정절차의 긴밀성, 조정조서에 확정판결과 동일한 효력을 준 명문규정 등을 종합한다면 그 조정의 성질은 공유물분할의 소와 같이 비송적 성질을 가진 형성적 효력을 갖는다고 보아 민법 제187조의 형성판결에 준해서 조정의 효력이 발생하는 즉시 물권이 변동한다고 보면서도, 제3자와의 관계에서는 민법 제187조 단서에 따라 대항을 할 수 없게 된다고 보는 견해¹⁷²⁾이다. 대상판결의 결론을 수긍하면서도, 이론적 근거로 민법 제187조 단서를 활용하여 공유물의 소유권변동을 당사자 사이의 대

170) 문준섭(주 91), 127-128면.

171) 김황식(주 9), 663면; 문준섭(주 91), 128면. 한편, 최성호(주 7), 251면에서는 공유물분할의 소는 공유관계의 폐지라는 법률관계 형성과 이에 따른 지분권에 상응하는 단독의 소유권을 구체적으로 공유자에게 실현시킨다는 2단계의 절차가 병행되는 것이라는 입장에서, 공유자들의 공유관계의 폐지에 따른 지분권의 단독소유형태에 대한 구체적 의사표시가 공유자 사이에 협의되지 않은 경우 그 의사의 협의에 갈음한 것이 공유물에 대한 분할판결이라고 보아 판결 단계에서는 물권변동을 위한 의사표시만이 있기에 등기절차가 경로되어야 물권변동의 효력이 발생한다고 본다. 두 견해 모두 공유물분할판결의 형성적 효력은 인정하나 그 형성의 대상을 달리하여 단독소유권의 취득이라는 법률효과를 직접 형성하는 것으로는 보지 않고, 판결만으로 곧바로 물권변동의 효력이 일어나지 않는다고 보는 점에서 공통된다.

172) 문광섭, “공유물분할의 조정과 물권변동의 시기”, 분쟁해결 제2호, 한국조정학회, 2016, 170면.

내적 관계와 제3자에 대한 대외적 관계로 구분하여 해결하려는 견해이다.

III. 검토

1. 민법 제187조의 ‘판결’의 의미와 형성력

민법 제187조의 ‘판결’에는 실체법상 권리변동의 형성적 효력이 생기는 형성판결만이 이에 해당하고, 이행·확인판결은 이에 해당하지 않음은 앞서 본 바와 같다. 민법 제187조의 ‘판결’에 등기 없이도 곧바로 예외적으로 물건변동의 효력을 부여하는 이유는 그 판결이 형성판결로서 판결의 확정 즉시 부동산 물건취득의 효력이 발생하며 제3자에게도 효력을 미치기 때문인데, 그 근본적인 전제는 형성력이다.¹⁷³⁾

형성력이란 형성의 소를 인용하는 형성판결이 확정됨으로써 판결내용대로 새로운 법률관계의 발생이나 종래의 법률관계의 변경·소멸을 낳는 효력이다.¹⁷⁴⁾ 공유물분할판결의 경우 대상판결의 다수의견은 ‘협약에 대신하여 법원이 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유자 사이의 기존 권리관계, 즉 공유관계를 폐기하고 적절한 장래의 권리관계를 창설하는 것’이라고 판시하여 형성력을 인정하고 있다.

형성력은 권리관계를 변동시킴과 동시에 제3자에게 권리관계의 효력을 곧바로 미치는 힘으로서 제3자의 지위에 직접 영향을 주게 되므로 법률에 그 근거가 있어야 한다. 실체법이 형성판결을 구성하여 일정한 법률효과의 발생을 규정하고 있다면 실체법의 구속을 받는 자는 형성판결의 존재에 따른 형성의 결과가 발생하는 것을 따를 수밖에 없는 것이고, 이러한 명시적인 법률 규정을 통해 판결의 당사자가 아닌 자들에 대한 예측하지 못한 피해를 막고 법률관계의 안정을 도모할 수 있다. 이러한 법률요건적 효력에 형성력의 본질이 있는 것이다.¹⁷⁵⁾

173) 최광선(주 39), 308면.

174) 이시윤(주 25), 206면.

2. 민법 제187조 적용의 타당성

원래 공유물분할은 당사자 간 협의에 의하고 협의가 성립되지 않은 때에 법원에 제소하는데, 그 판결에 이르기 전에 조정이 성립되었다면 이는 ‘협의’와 ‘판결’의 중간영역에 위치하게 된다.¹⁷⁶⁾ 우선 앞서 살펴본 바와 같이 공유물분할의 협의가 성립한 경우는 민법 제186조가 적용되며 공유물분할판결의 경우는 민법 제187조가 적용된다고 보는 것이 타당한데, 그러한 공유물분할조정이 구체적 사건을 통하여 그것이 판결에 해당하여 민법 제187조가 적용된다고 볼지, 아니면 당사자의 합의에 해당하여 민법 제186조가 적용된다고 볼지 중 양자택일을 해야 하는 것이다.

단순히 민법 제187조의 문언만 본다면 조정은 ‘판결’과는 다른 것이므로 조정의 성립을 민법 제187조의 ‘판결’이 확정된 경우에 포섭시키기 위해서는 분명한 해석상의 연결고리가 필요하다.

위에서 본 바와 같이 민법 제187조에 ‘판결’이 포함된 근본적인 이유는 그 판결이 형성판결로서 형성력을 가진다는 점에 방점이 찍힌 것이다. 그런데 형성력의 본질 측면에서, 조정에 관하여는 이미 민사조정법 제29조, 민사소송법 제220조에 의해 확정판결과 같은 효력을 가진다는 점이 인정되고 있으므로 법률요건적 효력의 특성상 현물분할의 공유물분할조정과 같이 형성적 내용을 가지는 조정이라면 형성판결인 공유물분할판결과 마찬가지로 형성력이 있다고 보아야 한다.¹⁷⁷⁾ 즉, 형성적 내용의 조정의 경우 조정이 확정판결과 같은 효력을 가진다고 할 때의 그 ‘효력’에는 형성판결에서의 형성력이 포함되는 것이므로 형성력에 있어서 조정은 판

175) 최광선(주 39), 299면.

176) 문광섭(주 172), 172면.

177) 송덕수(주 6), 194면에서도 재판상 화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서가 확정판결과 같은 효력을 가지므로, 이들 조서 가운데 형성적인 효력을 생기게 하는 것은 민법 제187조의 판결에 포함된다고 하는데, 형성적 내용을 가지는 조정의 경우와 같은 맥락이라고 볼 수 있다. 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정도 각각 민사조정법 제34조 제4항, 민사소송법 제231조에 따라 형성적 내용을 가진다면 형성력이 인정된다고 본다.

결과 차이점이 있다고 할 수 없다. 대상판결의 다수의견은 조정이 법원의 판단절차를 거치지 아니한 것이므로 공유물분할조정은 창설적 효력이 없다고 판시하여 형성력도 부정하였는데, 이는 판결과 조정을 그 형식에 만 지나치게 치우쳐서 비교·해석한 것이다. 형성력의 유무는 법관의 관여 여부로 결정되는 것이 아니기 때문이다.¹⁷⁸⁾

따라서 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우 물권변동의 효력발생 측면에서는 민법 제187조의 ‘판결’과 같이 등기 없이도 현물분할의 협의를 내용으로 하는 조정 성립시에 물권변동의 효력이 발생한다고 보아야 한다. 이뿐만 아니라 이하 (1) 내지 (7)의 논거들도 공유물분할조정을 민법 제187조의 ‘판결’에 포섭시키기 위한 연결고리가 될 수 있다.

(1) 명문의 규정과 논리적인 면

민사조정법 제28조는 ‘조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립한다’고 규정하고, 민사조정법 제29조는 ‘조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다’고 규정하고 있으며, 민사소송법 제220조는 ‘화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다’고 규정하고 있다. 따라서 공유물분할에 관한 조정절차에서 현물분할하는 내용으로 조정이 성립한 경우에 그 조정조서는 현물분할을 명하는 형성판결인 공유물분할의 확정판결과 마찬가지로 효력이 있는 것으로서 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당한다고 보는 것이 명문의 규정에도 부합하고 논리적으로도 자연스러운 해석이다.

당사자 사이에 분할에 관한 협의가 성립한 때에는 공유물분할의 소를 제기할 필요가 없으나, 협의가 이루어지지 아니하여 일단 공유물분할의 소가 제기된 이상, 소송계속 중에 사실상 협의가 이루어져 그 내용을 반영하여 조정이나 재판상 화해가 성립하여 조서가 작성된 경우의 그 효력

178) 최광선(주 39), 299-300면.

을 확정판결과 달리 볼 이유나 필요가 없다. 조정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있고, 그 화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다는 단순한 논리를 굳이 부정해야 할 이유가 없다.¹⁷⁹⁾

(2) 민법 제186조의 ‘법률행위’의 개념 속에 소송행위를 포함시킬 수 없음
우리 민법은 제186조에서 ‘법률행위에 의한 물권변동’을 규정하고, 제187조에서 ‘법률행위에 의하지 않는 물권변동’을 규정하여 각각 다른 원칙에 의하여 규율하고 있다.¹⁸⁰⁾ 조정의 본질을 재판이라고 보고, 이러한 조정의 법적 효력은 재판상의 화해와 동일한 효력이 인정되는 점 등으로 재판상 화해의 법적 성질에 관하여 소송행위로 봄이 타당하다는 것은 앞서 살펴본 바와 같은데, 이에 따르면 조정·화해는 민법 제186조의 ‘법률행위’에 포함된다고 보기는 어렵고,¹⁸¹⁾ 민법 제187조에서 정한 ‘법률행위에 의하지 않는 물권변동’ 규정을 적용하여야 할 것이다.¹⁸²⁾

대법원은 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 전원합의체 판결로 기존에 재판상 화해에 관하여 양행위경합설을 취한 대법원 판례를 폐기하여 소송행위설로 변경하였고, 민법 제187조의 적용을 부정하는 견해에 의할 경우 위 전원합의체 판결과 배치되며 기존에 폐기된 판례의 양행위경합설을 부활시키자는 견해이다.¹⁸³⁾ 이는 조정이 ‘소송행위’임을 명시적으로

179) 신용호(주 164), 1170-1171면.

180) 편집대표 곽윤직(주 90), 131면(김항식 집필부분).

181) 법률행위라 함은 의사표시를 불가결의 요소로 하는 의사표시의 내용대로 법률효과가 발생하는 것을 범질서가 승인한 사법상의 법률요건인데, 행정행위나 소송행위 같은 공법상의 행위는 법률행위가 아니라고 할 것이다[편집대표 곽윤직, 민법주해 Ⅱ, 총칙(2), 박영사, 2010, 83면(송덕수 집필부분)].

182) 신용호(주 164), 1171면.

183) 이시윤, “민일영 대법관이 남긴 자취”, 민사재판의 제문제 23권, 2015, 366면에서는 기왕에 대상판결에서 판례 변경을 할 수 있는 전원합의체가 열린 마당이니만큼 다수의견이 공유물분할조정에서는 민법 제187조를 적용할 수 없는 한계를 느낀다면 그 한도 내에서만이라도 조정·화해의 법적 성질을 다시 양행위경합설로 판례 변경을 하였어야 할 것이라고 지적하고 있다.

판시한 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다55087 판결 등과도 배치되는 해석이다.

물론 판례도 조정과 재판상 화해의 창설적 효력을 인정하는 등 사법상의 효력을 완전히 부정하지는 않고 있으나, 이러한 창설적 효력이 인정되는 취지는 조정·화해의 실효성 확보 및 당사자의 의사 존중에 있는 것이지 조정·화해에 의한 부동산 물권변동의 효력발생시기 측면에서 도출된 것이 아니다. 따라서 조정·화해에 창설적 효력이 인정된다는 이유만으로 이를 민법 제186조의 ‘법률행위’에 해당한다고 볼 수는 없으며, 오히려 대법원이 조정이 명시적으로 소송행위라고 밝히고 있는 점 등에 비추어 민법 제187조가 적용된다고 보는 것이 자연스러운 해석이다. 조정·화해의 법적 성질에 있어서는 소송행위로 보는 것이 원칙이고 창설적 효력 등은 그 필요에 의해 예외적으로 인정되는 것이기 때문이다.

(3) 조정·화해 당사자의 의사에 부합하는 해석

공유물분할소송 계속 중에 화해나 조정을 하는 당사자의 의사는 화해나 조정 등으로 공유물분할소송과 관련한 분쟁을 일거에 해결하려는 것이고, 이미 화해 및 조정이 성립한 경우 화해조서, 조정조서 등은 확정판결과 동일한 효력이 있다는 것을 인식하고 화해 및 조정을 하는 이상 재판상 화해조서나 조정조서도 민법 제187조 소정의 판결과 동일한 효력이 있다고 보는 것이 당사자의 의사에도 부합하는 해석이라 할 것이다. 다수의견과 같이 조정을 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다고 본다면, 특히 공유물분할에 있어서는 협의를 이루어지지 않아 공유물분할소송이 제기된 것인데 소송 중 조정에 응할 실익이 줄어들게 되어 조정의 효력이 약화¹⁸⁴⁾되고, 조정을 기피하게 될 가능성이 있다.

184) 이에 따르면 조정조서는 공유물분할협의서를 공증한 것에 불과한 것이 되므로, 소송까지 제기하여 그 소송계속 중에 이루어진 조정의 효력을 너무 약화시키는 결과에 이르게 된다. 신용호(주 164), 1176면 참조.

(4) 공유물분할판결도 당사자의 의사를 충분히 깊게 고려함

공유물분할소송은 공유자 사이의 협의가 성립되지 않은 데에서 비롯된 것이므로 법원은 후견적 또는 객관적이고 합리적인 중재자 내지 조정자 지위에서 공유물 분할방법에 대한 협의가 성립되지 않는 공유자 사이의 이해관계를 조정할 필요가 있다는 점에서, 공유물분할소송에서 법원은 우선적으로 조정이나 화해를 통한 분쟁의 해결에 초점을 맞추는 심리태도를 가지는 것이 바람직함은 앞서 살펴본 바와 같다.

비록 조정이나 화해가 성립하지 않는 등의 이유로 공유물분할소송에서 공유물분할판결을 함에 있어서도, 법원의 재량은 공유물분할을 청구한 공유자가 구하는 분할방법이 적정하지 않을 경우 이에 기속되지 않고 더 구체적이고 타당한 공유물분할방안을 택할 수 있다는 의미가 있을 뿐이지, 당사자의 의사를 전혀 고려하지 않고 법원이 임의로 공유물을 분할할 수는 없다고 본다. 분할대상인 공유물은 궁극적으로 공유자의 지분권의 한 내용인 처분권의 대상이므로 공유물 분할방법에 대한 모든 공유자의 의사를 파악하고, 이를 존중하여 희망하는 공유물 분할방법의 타당성을 우선적으로 심리할 필요가 있다. 앞서 살펴본 공유물분할소송에서의 공유물분할방법의 유연화·다양화를 점차 확대해 나가는 의미도, 법원의 자유재량·직권주의적 색채를 강조하고자 하는 것이 아니라, 우선적으로 공유물분할방법에 대한 당사자의 의사 확인이 필요하고 법원의 재량권은 이를 기초로 석명권을 적극적으로 행사하여 가장 공정하고 타당한 분할방안을 찾기 위한 보조적 형태로 행사하는 것이 가장 바람직하다는 것이다. 따라서 공유물분할소송을 심리함에 있어서 법원은 원고의 청구뿐만 아니라 피고가 원하는 분할방법도 제출시켜 마찬가지로 비중을 두고 검토해야 하고, 적극적인 석명권을 행사하면서 중재자로서 공평·타당한 분할방안을 도출하도록 노력하여야 한다.¹⁸⁵⁾ 법원은 당사자의 공유물 분할방법에 대한 의사를 파악할 경우 단순히 희망하는 방안을 확인한 것뿐만 아니라 당사자에게 그 방안이 가장 합리적이라고 주장하는 근거의 제시를

185) 신동기(주 48), 629면.

요구하고, 그밖에 타협할 수 있는 구체적 내용의 유무, 여러 가지 분할방안에 대한 수용 여부 및 우선순위, 금전적 보상의 가부 등을 구체적으로 알아봄이 바람직하고, 이를 기초로 가장 적합한 공유물 분할방법을 도출하여야 한다.¹⁸⁶⁾

위와 같이 공유물분할판결을 함에 있어서도 공유물 분할방법에 대한 당사자의 의사를 우선적으로 고려하고 이를 최대한 반영하여야 한다는 요청은 조정·화해를 통한 해결과 본질적으로 다르지 않다.¹⁸⁷⁾ 그러함에도 공유물분할판결에 따른 물건변동의 효력은 민법 제187조에 따른다는 점에서, 당사자의 의사에 기한 물건변동인지 여부와 민법 제186조 또는 민법 제187조의 적용 여부는 논리필연적인 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 조정·화해에 의해 당사자의 협의가 이루어졌다는 것만으로 당사자의 의사에 기한 물건변동이어서 민법 제186조에 따라야 하는 것은 아니고, 오히려 공유물분할소송에서의 심리, 그리고 그에 따른 분할방법을 결정한 공유물분할판결이 공유물분할소송에서 조정·화해에 점점 가까워지는 점을 고려하면 그에 따른 물건변동의 효력도 공유물분할판결의 효력과 같게 보는 것이 타당하다.

186) 남성민(주 11), 109면.

187) 조정·화해를 통한 해결의 경우, 판례가 요구하는 해당 분할방법의 요건을 갖추지 않아도 되고, 협의분할에 준하여 다양한 분할방법을 강구할 수 있다는 점에서는 공유물분할판결을 통한 해결과 차이가 있으나, 실제로 판결문 검색 시스템을 통해 확인한, 광주지방법원에서 2009년도에 선고된 28건의 공유물분할판결 중 경매에 의한 대금분할은 예외적인 방법인데도 불구하고 50%가 이 방법에 따라 공유물을 분할하였고, 현물분할의 방법을 택한 50% 사건에서도 토지 일부에 대한 공유관계를 인정한 ‘일부 분할’이 21%, 현물분할과 함께 평가액 차액의 정산금 지급을 명한 ‘부분적 가액보상’이 14%로 나타났다[남성민(주 11), 92면].

이와 같이 공유물분할판결의 주문 형태가 실무상으로도 ‘원칙적 현물분할, 예외적 대금분할’과는 사실상 거리가 있고, 현물분할의 형태도 고르게 다양화되고 있다는 점에서 공유물분할판결을 통한 해결이 조정·화해를 통한 해결과 서로 가까워지고 있다.

(5) 조정을 갈음하는 결정이나 화해권고결정과의 대비

민사조정법 제30조, 제32조에 의하여 조정담당판사가 한 ‘조정을 갈음하는 결정’은 그에 대하여 당사자가 이의신청을 하지 아니하거나 제기한 이의신청이 취하 또는 각하되어 확정된 때에는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있다(민사조정법 제34조 제4항, 민사소송법 제220조). 이러한 조정을 갈음하는 결정은 공유물분할소송에서 공유물분할판결과 동일한 구조를 취하고 있고,¹⁸⁸⁾ 민법 제187조의 적용을 부정하는 견해의 논리에 따르더라도 조정을 갈음하는 결정은 당사자 사이의 합의가 아니라 법원의 판단절차를 거친 재판¹⁸⁹⁾이므로 그것이 확정되면 공유물분할판결과 마찬가지로 등기 없이도 물건변동의 효력을 인정하여야 한다. 나아가 화해권고결정도 민사소송법 제225조 내지 제230조에 따라 조정을 갈음하는 결정과 같이 판결과 동일한 구조를 취하고 있으며 확정판결과 동일한 효력이 있는 점에 비추어 마찬가지로 등기 없이도 물

188) 조정을 갈음하는 결정은 그 본질이 어디까지나 당사자 사이에 합의가 성립하지 아니하거나 성립한 합의의 내용이 적당하지 아니한 경우에 조정담당판사가 제반 사정을 고려하여 직권판단으로 하는 재판으로서, 이에 대하여 당사자가 이의신청을 하지 아니하거나 이의신청이 취하 또는 각하되어 확정되면 그 결정이 확정판결과 같은 효력이 있도록 되어 있고, 이러한 점에서 공유물분할소송을 담당할 법원이 제반 사정을 고려하여 공유물분할판결을 한 후 당사자가 상소를 하지 아니하거나 상소가 취하 또는 각하되어 확정되면 그때 확정판결로서 효력을 발휘하는 구조와 동일하다.

189) 조정을 갈음하는 결정의 합의적 요소를 강조하여 이를 일종의 판결이 아니라 최종적인 조정안으로 보는 견해도 있지만, 조정을 갈음하는 결정은 조정과 달리 합의조치 이루어지지 않았을 때 내려지는 결정인 점, 소송절차에서의 변론주의와 마찬가지로 신청인의 신청취지에 반하지 아니하는 한도 내에서 결정을 하도록 하는 점(민사조정법 제30조), 조정을 갈음하는 결정이 확정되면 재판상 화해와 같이 확정판결과 동일한 효력이 인정되는 점 및 절차 흐름상 판결과 동일한 구조를 취하고 있는 점(주 188) 등에 비추어 해당 분쟁사안에 대해 조정담당판사가 주체가 되어 내린 최종적인 판단으로서 그 본질은 재판이라고 본다. 김용주, “조정에 갈음하는 결정의 본질에 대한 고찰”, 언론과 법 제10권, 제2호, 한국언론법학회, 2011, 291면 참조.

권변동의 효력을 인정하여야 할 것이다.¹⁹⁰⁾

즉, 현물분할하는 내용의 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정도 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당하고, 그것이 확정된 경우에는 등기 없이도 물권취득의 효력이 생긴다고 보는 것이 논리적이며, 나아가 조정을 갈음하는 결정이 ‘조정을 갈음’하도록 함으로써 양자를 동일시하려고 한 조정 제도의 입법목적이나, 조정을 갈음하는 결정이 확정되거나 조정이 성립한 경우 양자 모두 재판상 화해의 효력이 있는 점(민사조정법 제29조, 제34조 제4항) 등을 고려할 때, 현물분할하기로 조정이 성립하여 그것을 기재한 조정조서 또한 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당한다고 보아야 한다.

(6) 민법 제186조가 적용되어야 한다는 견해의 논거에 대한 반박

1) ① 견해의 논거 (1)에 대한 반박

① 견해의 논거 (1)은 대상판결의 다수의견의 논거 중 하나로서, 조정에 의한 공유물분할은 소송에 의한 공유물분할과 소송물이 다르다는 이유로 민법 제187조가 적용될 수 없다고 보는 입장이다.

민사소송에서 소송물이라 함은 소송의 객체를 말하는 것으로서 공유물 분할소송에서의 소송물은 민법 제268조 제1항의 공유물분할청구권으로서 형성권(또는 법원의 재량에 의한 공유물분할을 구할 수 있는 공유자의 지위)에 해당함은 제3장 제3절 III.에서 이미 살펴본 바와 같다. 즉, ‘공유물분할에 관한 협의의 불성립’을 전제(소송요건)로 ‘법원의 재량에 의한 공유물분할방법의 결정 및 그에 따른 법률관계 형성’을 본안 심리의 대상으로 하는 것이다.

대상판결의 다수의견은 ‘공유물분할에 관한 협의의 불성립’과 ‘법원의 재량에 의한 공유물분할방법의 결정 및 그에 따른 법률관계 형성’을 엄격히 구분하여 공유물분할조정절차에 회부된 조정의 대상은 당사자들 사이에 성립하였거나 장차 성립할 공유물분할의 협의로 보아 공유물분할소

190) 신용호(주 164), 1172면.

송과는 그 소송물을 달리 한다는 것으로 이해할 수 있다.¹⁹¹⁾ 그러나 공유물분할에 관한 협의의 불성립과 공유물분할방법의 결정은 결국 공유물분할방법에 관한 다툼과 해결이라는 일련의 과정을 각각 별개의 관점에서 고찰한 것에 불과하여 이를 두고 양자의 소송물이 구분된다고 할 수는 없다.¹⁹²⁾

현행 민사소송법상 소송물 변경절차에 비추어 보아도 공유물분할조정에서의 소송물과 공유물분할소송의 소송물의 동일성이 뒷받침된다. 즉, 소송물을 변경하기 위해서는 민사소송법 제262조에 따라 서면에 의한 청구의 변경절차를 거쳐야 하는데, 공유물분할의 소에서 위 절차에 따라 이행의 소나 확인의 소로 소송물이 변경되지 않은 상태에서 조정절차에 회부되어 그대로 조정이 성립하였다면¹⁹³⁾ 그 조정에서의 소송물과 공유물분할의 소의 소송물이 서로 다르다고 볼 수는 없는 것이다. 더구나 조정조항이 공유물분할판결과 완전히 동일한 형태를 취하고 있는 경우라면 소송물의 차이를 인정하기는 더욱 어렵다.

191) 주 160 참조.

192) 문준섭(주 91), 133면에서는 공유물분할소송과 비교하여 소유권확인소송의 경우, ‘소유권에 관한 다툼(협의의 불성립)’은 소송요건(확인이익)이 되고, ‘소유권의 존부(확인)’는 본안의 심리대상이 되는 것이나, 이로써 소유권확인소송과 소유권확인조정이 서로 다른 소송물을 대상으로 한다는 결론에 이르는 것은 아니라고 보는데, 이러한 관점은 공유물분할소송에도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

193) 공유자 사이에 분할에 관한 협의가 성립한 경우 그 분할된 부분에 관한 소유권이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별론으로 하고 기왕의 공유물분할의 소는 이를 계속 유지할 이익이 없어 부적법하게 되므로(대법원 1995. 1. 12. 선고 94다30348, 94다30355(반소) 판결[공1995.2.15.(986),876]), 공유물분할의 소송 계속 중 분할에 관한 협의가 성립하였을 경우에는 부적법하게 된 공유물분할의 소를 그 협의에서 정해진 분할된 부분에 관한 이행의 소나 확인의 소로 소송물을 변경할 수 있고, 그 변경된 소송물에 관하여도 조정을 할 수 있음은 당연하다고 할 것이나, 이러한 조정은 이제는 이행의 소나 확인의 소에서의 조정일 뿐 더 이상 형식적 형성의 소에서의 조정은 아니므로 양자는 구분되는 것이다(대상판결의 소수의견 마. 참조).

따라서 원고가 공유물분할의 소를 제기하면서 심판의 대상을 위와 같이 특정한 후에, 그 심판의 대상을 변경함이 없이 조정절차로 이어졌고, 그 조정절차에서 합의를 통해 조정이 성립되어 조서에 기재한 경우라면 이러한 일련의 과정에서 소송물이 변경되었다고 보기 어렵고, 오히려 동일성을 유지한 채로 조정절차로 옮겨졌다고 보는 것이 타당하다. 민사조정규칙 제4조 제2항의 ‘소송사건이 조정에 회부된 때에는 조정절차가 종료될 때까지 소송절차가 중지된다’라고 하는 의미는 소송경제를 위해 법이 특별히 인정하는 것이지 소송물과는 직접 관련성이 없는 규정이며, 오히려 조정절차에서의 당사자의 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다고 규정하고 있는 민사조정법 제23조는 조정절차와 민사소송이 동일한 소송물이라는 근거가 될 수 있다.¹⁹⁴⁾¹⁹⁵⁾

2) ① 견해의 논거 (2)에 대한 반박

민법 제187조에서 ‘상속’의 경우, 포괄적 유증에 있어서는 상속인과 동일한 권리의무가 있으므로(민법 제1078조) 유증의 효력이 발생하면 포괄적 수증자는 수증분에 상당하는 상속재산을 당연히 포괄적으로 승계하게 되어 등기를 하지 않더라도 민법 제187조에 따라 물권변동의 효력이 있다.¹⁹⁶⁾ 민법 제187조의 ‘판결’에 있어서도 대법원은 화해조서의 기재 내용이 문제되었던 사안에서 ‘민법 제187조의 판결은 판결 자체에 의하여

194) 추신영(주 11), 199-200면.

195) 이와 다른 관점에서, 공유물분할의 협의가 성립한 경우 그 자체만으로 소유권변동의 효력이 발생하지 않고 그 협의 내용에 따른 등기가 이루어지지 않을 위험성이 존재하는 반면 공유물분할판결이 확정되면 등기 없이도 그 내용에 따른 소유권변동의 효력이 발생하므로, 공유물분할의 소가 제기되어 소송 계속 중에 당사자들 사이에 공유물분할의 협의가 성립한 경우에도 여전히 협의의 내용에 따른 공유물분할판결을 받을 소의 이익은 존재하는 것으로 보아야 하므로, 공유물분할의 소가 제기되어 소송 계속 중에 공유물분할의 협의가 성립한 경우 공유물분할의 소는 소의 이익을 잃는 것을 전제로 한 ① 견해의 논거 (1)은 받아들이기 어렵다는 견해로는 송인권(주 32), 159면 참조.

196) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결[공2003.7.1.(181)1419].

부동산 물권취득의 형성적 효력이 생기는 경우를 말하는 것이고 부동산 소유권을 확인하는 판결은 이에 포함되지 아니하는 것이다'라고 판시하면서, 화해조서의 내용이 소유권을 확인하는 것이므로 민법 제187조가 적용되지 않는다고 하였다.¹⁹⁷⁾ 이러한 대법원의 입장을 바꾸어 생각하면, 화해조서의 내용이 당사자 사이의 법률관계의 형성에 관한 것이라면 민법 제187조가 적용될 여지가 있다는 것이다.

물론 ① 견해의 논거 (2)에서 지적하는 바와 같이 거래의 안전과 공시의 원칙 측면에서 법률의 규정에 의한 부동산물권변동의 범위를 넓게 인정하는 것은 바람직하지 아니하다는 점도 타당하나, 민법 제187조의 '상속'에 포괄적 유증을, '판결'에 화해조서를 포함하는 해석은 민법 제1078조, 민사소송법 제220조 등의 규정에 근거한 합리적인 범위 내의 확대 해석이고, 판례도 위와 같이 민법 제187조의 개념을 넓게 해석하여 왔다.¹⁹⁸⁾ 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정조서도 민법 제187조의 '판결'에 포함되는 것으로 해석하는 것도 합리적인 범위 내의 확대 해석이라 할 것이다.

3) ① 견해의 논거 (3)에 대한 반박

위 논거 (3)에서 예시로 든 지급명령, 이행권고결정을 보면, 지급명령은 민사집행법 제58조 제3항에서 청구이의 사유에 대한 민사집행법 제44조 제2항을 적용하지 않는다고 명시적으로 규정하고, 이행권고결정 또한 소액사건심판법 제5조의8 제3항에서 청구이의 사유와 관련하여 민사집행법 제44조 제2항을 적용하지 않는다고 명시적으로 규정하였기 때문에 해석상 기판력이 인정되지 않는 것이다. 그러나 조정조서나 화해조서의 경우에는 오히려 이와 달리 기판력이 인정되며,¹⁹⁹⁾ 아직까지 확정판결과 조

197) 대법원 1969. 10. 8. 자 69그15 결정[집17(3)민,177]. 이와 마찬가지로 화해조서의 내용이 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 것이어서 민법 제187조가 적용되지 않는다고 판시한 대법원 1964. 9. 8. 선고 64다165 판결[집12(2)민,086]도 참조.

198) 추신영(주 11), 197면.

정·화해조서가 가지는 효력의 차이에 대하여 특별히 밝혀진 것도 없는 이상 원칙으로 돌아가 법문을 충실히 해석하는 것이 타당하다. 확정판결과 같은 효력 중 민법 제187조 소정의 물권변동의 효력을 배제한다고 해석할 만한 명문의 규정이 없으므로, 조정·화해의 경우도 민법 제187조가 적용되어야 할 것이다.

나아가, 상속재산분할의 심판도 공유물분할판결과 마찬가지로 민법 제187조의 ‘판결’에 해당한다는데 이설이 없다. 그런데 위 논거 (3)에 따르면 상속재산분할의 ‘심판’은 재판의 형식상 판결이 아니기에 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 그러나 상속재산분할에 관한 규정은 공유물분할에 관한 규정을 준용하고 있고, 따라서 ‘심판’이나 ‘판결’이나 형성적 내용을 가지는 것이라면 민법 제187조의 ‘판결’에 해당한다고 이론을 구성할 수 있을 것이며, 그렇다면 ‘조정이나 재판상 화해’, ‘조정을 갈음하는 결정이나 화해권고결정’도 판결이 아니기에 민법 제187조의 ‘판결’에 해당하지 않는다는 것은 ‘판결’이라는 문구에 지나치게 치중한 해석이다.²⁰⁰⁾

4) ① 견해의 논거 (4)에 대한 반박

거래 안전의 문제는 조정이 성립된 경우나 공유물분할판결이 있는 경우가 다르지 않으므로, 거래의 안전을 중시하려고 한다면 조정에 의한 물권변동의 효력을 부인할 것이 아니라, 공유물분할판결 자체의 물권변동의 효력을 부인하는 것이 근본적인 대책이다.²⁰¹⁾ 그러므로 공유물분할판결 자체는 민법 제187조의 ‘판결’에 해당한다고 보는 이상 조정이 성립된 경우도 이와 마찬가지로 보아야 한다.

199) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960,104977 판결[공2014상,911](조정조서에 관한 판결); 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결[집10(1)민,122], 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다25216 판결[공1995.6.15.(994),2103](화해조서에 관한 판결).

200) 신용호(주 164), 1173면.

201) 대상판결 반대의견의 바. 참조.

(7) 일반적인 조정과 달리 공유물분할조정인 경우만 창설적 효력을 부정할 뚜렷한 근거가 없음

대법원은 재판상 화해의 성질을 소송행위로 보면서도 조정·화해에 대하여 창설적 효력이 있다고 보아 왔으나, 대상판결의 다수의견에서는 공유물분할조정에서는 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니라고 하여 창설적 효력을 부정하여 공유물분할조정의 형성적 효력도 부정하였다. 그러나 그 근거로 제시한 ‘조정은 그 소송에서의 법원의 판단을 갈음하는 것이 아니’라는 것은 모든 조정에 공통적으로 해당하는 내용이므로,²⁰²⁾ 일반적인 조정과 달리 공유물분할조정의 경우에만 예외적으로 창설적 효력을 부정할 다른 뚜렷한 근거를 제시하지 않은 이상 이러한 예외를 인정하기에는 무리가 있다.

즉, 공유물분할소송에서 현물분할을 내용으로 하는 조정·화해가 성립한 경우에도 직접적으로 공유물을 분할하여 당사자의 권리의무관계를 확정하는 창설적 효력이 부여되는 것이며, 그러한 조정·화해조서는 형성적 효력이 생기는 형성판결과 같이 민법 제187조가 적용되어야 한다. 일반적인 형성소송에서와 달리 공유물분할에서는 본래적으로 당사자의 자유처분에 맡겨져 있다는 중요한 차이점이 있기 때문이다.²⁰³⁾²⁰⁴⁾

202) 이시윤, “민일영 대법관이 남긴 자취”, 365-366면.

203) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 법원행정처, 2005, 567면; 법원행정처, 조정실무, 412면, 597면에서도, 원칙적으로 청구이의의 소(민사집행법 제44조), 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)와 같은 형성소송에서는 판결에 의하여 형성되는 것과 동일한 내용의 효과를 소송상의 화해나 조정에 의하여 창설하는 것은 허용되지 않는다고 해석되나, 공유물의 분할은 이와 같은 차이점을 이유로 소송상의 화해나 조정이 가능하다고 보고 있다.

204) 민법 제187조의 ‘판결’은 판결 자체에 의하여 부동산 물권취득의 형성적 효력이 발생하는 경우를 말하는 것이므로, 이러한 요건을 충족하는 경우로 공유물 분할판결, 사해행위취소판결(민법 제406조), 상속재산분할심판[민법 제1013조 제2항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목 10)]이 제시되고 있으며 이를 제외한 다른 형성판결의 경우는 상정하기 쉽지 않다. 이 중 사해행위취소판결은 취소대상인 채무자와 수익자 간의 법률행위가 소송당사자인 채권자와 수익자 또는

3. 대상판결 사안의 적용

(1) 위 대상판결은 피고의 양도소득세 부과처분을 적법한 것으로 보면서, 원고가 위 처분에 따라 양도소득세를 납부한 이후에라도 분할 후 잔여토지에 관한 자신의 소유지분을 양도하는 때에는 그에 대한 양도소득세를 또 부과받게 될 것이지만, 이는 이 사건 조정에 따른 지분소유권이전등기의무를 제때에 이행하지 않은 데에 기인한 것이므로 부당하다고 할 수 없다고 한다. 이에 대하여는 공유물분할소송 중 조정이 성립하였다면 조정조서에 의해 의사표시의 진술이 있는 것으로 의제되므로 원고 단독으로 지분에 관한 소유권이전등기를 신청할 수 있었는데, 이와 같이 2004. 7. 12. 조정이 성립함으로써 원고가 단독으로 등기 신청을 할 수 있었는데도 강제경매개시결정이 내려진 2006. 10. 12.까지 2년 3개월 동안이나 등기를 하지 않고 있던 원고의 과실 비중을 크다고 보고 특별히 원고에게 불이익하다고 보기도 어려운 측면도 있다. 원고가 조정이 성립한 이후에 조정조서에 따라 지분소유권이전등기를 마쳤다면 소유관계가 공식적인 측면에서도 명확해져 이 사건과 같은 분쟁이 일어나지는 않았을 것이기 때문이다.

그러나 이러한 형평성 측면에 앞서, 공유물분할소송 중 현물분할과 같은 형성적 내용이 기재된 조정조서에도 민법 제187조의 ‘판결’과 동일한 효력이 있다고 보는 것이 타당함은 앞서 논한 바와 같고, 이에 따라 이 사건 조정이 성립한 2004. 7. 12.에 이미 조정조서의 조정사항대로 분할 후 잔여토지는 원고 등의 소유로, 이 사건 토지는 나머지 공유자들의 소

전득자의 자유처분에 맡겨진 것이 아니므로 판결에 의하여 형성되는 것과 동일한 내용의 효과를 가지는 조정은 허용되지 않을 것이다(주 203 참조). 상속재산 분할의 경우는 공동상속인의 공유재산이며(민법 제1006조), 원칙적으로 공동상속인들의 협의를 통하여 상속재산을 분할하도록 규정되어 있으므로(민법 제1013조), 공유물분할과 마찬가지로 조정이 허용되고 있다(법원행정처, 조정실무, 565면). 이러한 상속재산분할에 있어서 현물분할을 내용으로 하는 조정이 성립한 경우의 효력에 대하여도 공유물분할의 경우와 같은 논의가 있을 수 있으나, 본 논문에서는 공유물분할의 경우로 한정하여 논하기로 한다.

유가 되었다고 할 것이므로, 이 사건 토지에 관한 원고 명의의 지분등기는 원인무효등기이고, 이에 대한 원고 채권자의 강제경매는 무효라고 할 것이어서 원고 소유의 지분이 경락되었음을 전제로 한 피고의 이 사건 처분은 무효라고 할 것이다.

(2) 대상판결의 다수의견은 이 사건 조정조서에 기한 등기가 마쳐지지 않아 그에 따른 소유권변동의 효력이 발생하지 않았으므로 위 강제경매 절차에 따른 매각 및 그에 관한 양도소득세 부과처분이 적법하다고 판시하였으나, 이 부분 역시 추가적인 검토가 필요하다.²⁰⁵⁾ 사안에서 원고 등이 공유물분할청구의 소를 제기한 권원은 분할 전 토지에 대한 자신들의 지분권이므로 물권적 권리임이 명백하고, 이 사건 토지 중 원고의 소유권 지분에 관해 강제경매를 신청한 기술신용보증기금이나 강제경매절차에서 위 지분을 매수한 매수인은 이 사건 조정조서가 성립한 이후 이 사건 토지에 관하여 이해관계를 맺은 자에 해당한다.²⁰⁶⁾ 조정조서에도 기판력이 인정되므로, 기술신용보증기금이나 매수인은 이 사건 조정조서에 관하여 민사소송법 제218조 제1항의 ‘변론을 종결한 뒤의 승계인’(조정인 경우는 조정이 성립한 뒤의 승계인이 될 것이다)에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 원고를 비롯한 공유자들은 승계집행문을 받아 이 사건 조정조서의 내용과 양립할 수 없는 등기를 말소할 수 있을 것이고, 위 강제경매절차에 의한 지분 매각의 효력은 번복되어야 할 것이다. 대상판결이 이 부분에 관하여 판단하지 않은 것은 이에 대한 당사자들의 주장이 없었기 때문이었겠지만, 이 부분에 관한 주장이 있고 그에 관한 판단이 이어졌다면 대상판결과 다른 결론에 이르렀을 것이다.

205) 이하 내용은 송인권(주 32), 160-161면 참조.

206) 사안에서 기술신용보증기금이 이 사건 조정조서가 작성되기 전에 가압류 등의 조치를 취하였다면 이에 해당하지 아니할 것이나, 조정이 성립한 날이 2004. 7. 12.이고 강제경매개시결정이 내려진 날이 2006. 10. 12.인 점에 비추어 보면 위와 같은 가능성은 크지 않을 것이다.

4. 전면적 가액보상이나 대금분할의 내용으로 조정·화해가 성립한 경우
위에서 논의한 내용은 공유물분할소송에서 협의의 현물분할을 내용으로 하는 조정·화해가 성립한 경우를 기본적인 전제로 물권변동의 효력발생 시기에 대하여 검토한 것이다. 위 논의가 부분적·전면적 가액보상, 대금 분할을 내용으로 하는 조정·화해가 성립한 경우에도 그대로 적용될지 살펴보고자 한다.

(1) 부분적·전면적 가액보상

대상판결의 소수의견은 공유물분할에 관한 조정은 그 형태가 다양할 수가 있고 그 중 (협의의) 현물분할을 명하는 판결과 완전히 동일한 형태의 조정은 민법 제187조의 판결로 보자는 취지일 뿐 공유물분할소송 중의 모든 조정을 그렇게 보자는 취지는 아니다. 즉, ‘공유물분할 시 당사자 사이의 이해관계 조절 등을 위하여 서로 간에 등기와 정산금 등의 지급을 상환으로 이행할 것을 조건으로 하는 등 공유물분할의 효력발생시기를 따로 정하여 놓는 방식(이른바 순수한 현물분할과 가격배상의 혼합 형태)으로 조정이 성립할 경우에는 그에 따르면 되며 이런 경우까지 반대의견이 다수의견과 견해를 달리하는 것은 아니’라고 한다.

그러나 가액보상도 현물분할의 한 형태인 점, 앞서 검토한 바와 같이 공유물분할판결의 경우에도 물권변동의 효력발생시기를 가액보상 방식이라고 하여 달리 볼 수 없는 점(가액보상금 지급시로 보기 어려운 이유는 조정·화해가 성립한 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다), 조정·화해가 확정판결과 같은 효력을 가짐을 근거로 민법 제187조가 적용된다고 본 이상 부분적·전면적 가액보상을 내용으로 하는 조정·화해에도 물권변동의 효력 자체는 민법 제187조에 따라야 한다고 보는 것이 논리적인 점 등을 고려하면 부분적·전면적 가액보상을 내용으로 하는 조정·화해의 경우에도 조정·화해가 성립한 때 물권변동이 일어난다고 보는 것이 타당하다.

(2) 대금분할

위에서 논의한 민법 제186조 또는 민법 제187조의 적용 여부에 대한 논

의는 대금분할을 내용으로 하는 조정·화해가 성립한 경우에는 적용되지 않는다. 공유물분할판결의 경우에도 경매에 의한 대금분할을 명하는 판결은 판결의 확정만으로 물권변동의 효력이 곧바로 발생하는 것이 아니라 매수인의 대금완납시에 그 효력이 발생하므로, 이와 마찬가지로 대금분할을 내용으로 하는 조정·화해가 성립했다면 경매신청의 경우 매수인의 대금완납시, 제3자에게 임의매각 후 대금을 지분비율에 따라 나누는 경우는 제3자가 소유권이전등기를 마친 때 물권변동이 일어난다고 보면 족하다.

5. 재판상 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정에의 적용

대상판결은 형성판결인 공유물분할판결과 달리 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우에는 현물분할판결과 같은 내용이라도 조정 자체에 의한 물권변동의 형성적 효력이 발생하는 것은 인정하지 않은 것이다. 그리고 이러한 결론은 그 성질이나 효과가 동일하거나 유사하다고 보이는 재판상 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정이 공유물분할소송에서 이루어진 경우에도 영향을 미칠 것으로 보인다.

조정과 재판상 화해는 그 법적 성질이 동일하다고 보는 것이 일반적인 견해이므로 재판상 화해의 경우도 대상판결과 동일한 결론에 이를 것으로 보이고, 조정을 갈음하는 결정의 경우에도 대상판결의 다수의견은 민법 제186조에 따라 등기를 마쳐야 물권변동의 효력이 발생하는 것으로 보고 있으며,²⁰⁷⁾ 화해권고결정도 조정을 갈음하는 결정과 마찬가지로 같은 결론에 이를 것으로 보인다.

그러나 조정에 대해 검토한 바와 같은 논거로 재판상 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정에도 현물분할을 내용으로 하는 것이라면 민법 제187조가 적용된다고 본다.²⁰⁸⁾ 특히 공유물분할소송에서 조정을 갈

207) 대상판결의 반대의견 라. 참조

208) 대상판결이 나오기 전 등기실무에서는, ‘공유물분할소송에서 재판상 화해가

음하는 결정 및 화해권고결정은 공유물분할판결과 동일한 구조로서 당사자 사이의 협의가 아니라 법원의 판단절차를 거친 재판이라는 점에서 더욱 그러하다. 따라서 물권변동의 효력발생시기는 재판상 화해의 경우 화해성립시, 조정을 갈음하는 결정 및 화해권고결정의 경우 그 결정의 확정시로 보는 것이 타당하다.

IV. 관련문제 : 공유물분할소송에서 현물분할의 내용으로 성립된 조정·화해조서에 형성조항 외에 이행조항이 병존하는 경우

1. 문제의 소재

공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해 등이 성립한 경우 조정조서·화해조서 등에서 형성조항 이외에 이행조항이 병존하고 있는 경우가 많은데²⁰⁹⁾, 그 물권변동의 효과가 어느 시점에 발생한다고 볼 것인지에 대한 견해가 나뉠 수 있다.²¹⁰⁾

성립되면 공유자는 각자 분할된 부분에 대한 단독소유권을 취득하게 되는 것이므로 그 소송의 당사자는 화해조서를 첨부하여 등기권리자 단독으로 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기를 신청할 수 있다'고 보았는데[등기선례 4-221(1994. 3. 25. 등기 3402-250 질의회답), 등기선례 5-389(1997. 2. 17. 등기 3402-118 질의회답)], 민법 제187조가 적용됨을 전제로 한 타당한 판단이다.

209) 조정실무상 공유물분할사건 조정조항 작성례를 보면, 제1항은 '공유물분할을 하고 각자의 단독소유로 한다'와 같이 공유물분할판결의 주문처럼 분할 후 각 공유자의 소유표시를 나타내고, 제2항에 '원고와 피고들은 제1항의 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다'와 같이 지분이전등기 이행의 표시를 한다(법원행정처, 조정실무, 419면, 632면). 대상판결 사안에서도, 조정사항 제1항은 공유물분할판결의 주문과 동일한 형태로서 공유물의 현물분할을 내용으로 하는 형성조항이고, 제2항은 원고 등과 나머지 공유자들이 각각 서로 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하도록 하는 이행조항이다(주 153 참조).

210) 이상완(주 147), 16면; 문광섭(주 172), 169면.

2. 견해의 대립

(1) 형성조항 우선설

형성조항만이 실질적으로 조정조항이고, 이행조항은 사후적인 처리방법을 기재한 것에 불과하다는 견해로서, 이행조항을 두는 것은 절차상의 편의를 위해 그 등기절차를 안내하는 역할을 하거나 무익적 기재사항으로 본다.²¹¹⁾ 이 견해는 가사비송사건인 상속재산분할심판 역시 민법상의 공유물분할절차를 준용하는데, 상속재산분할심판의 경우 가사소송규칙 제115조, 제97조에 따라 부수적으로 이행명령을 할 수 있도록 하고 있으나 이행명령이 반드시 필요한 것이 아니고, 그러한 이행명령이 있더라도 심판확정일에 물건변동이 생기는 점을 감안하면 상속재산분할사건의 화해에서도 이행명령은 물건변동에 영향을 미친다고 보기 어렵고 이는 공유물분할소송에서의 화해에서도 그대로 적용할 수 있는 점 등을 그 논거로 한다.

(2) 이행조항 우선설

형성조항은 이행조항으로 인해 결론적으로 이행을 마쳐야만 물건변동이 있는 것이라고 해석하는 견해이다. 이 견해는 조정조서에 이행조항을 서로 합의 하에 기재하였다는 것은 무익적 기재사항이 아닌 핵심적인 조항이라고 보아야 하고, 공유물분할소송에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정·화해 등이 성립한 경우 민법 제187조가 적용되어야 한다는 견해에 따를 경우 거래의 안전에 다소 미흡하다고 할 것인데, 이행조항을 우선한다면 이러한 거래의 안전을 보호할 수 있는 점 등을 논거로 한다.

211) ‘이 사건의 조정조항을 보면, 조정대상인 공유부동산의 특정 일부씩을 원고 등 공유자들 사이에 각각의 소유로 분할하면서 나아가 그 분할로 소유하게 된 부분을 분필 및 소유권이전등기를 하도록 부가하고 있는바, 이러한 분필 및 이 전등기 조항은 그것이 없더라도 당사자 간에 당연히 그러한 절차를 이행하여야 하므로 위 조항은 당사자 간의 임의이행을 주의적으로 강조한 무익적 기재사항에 불과할 뿐 물건변동의 효력발생시기를 정한 것으로 볼 것은 아니다’(대법관 결의 대법관 민일영의 소수의견).

(3) 절충설

개별사건에서 조정조항 기재 내용에 따라서 공유물분할판결과 동일한 형식을 취한 경우는 민법 제187조에 따르고, 조정조항 제2항으로 부언하여 이행조항을 기재한 경우에는 민법 제186조에 따라 등기시 소유권이 변동되는 것으로 보는 견해²¹²⁾이다.

3. 검토

공유물분할소송의 경우 일반적인 형성소송과는 달리 각 공유자가 분할 후 소유권을 취득하는 내용의 형성적 효력을 가지는 조정이 가능하다는 것은 앞서 본 바와 같으므로, 조정조항에 이와 같은 형성조항을 둘 수 있다. 공유물분할소송에서 조정·화해 등이 성립한 경우 물권변동의 효력 발생시기를 언제로 볼 것인지는 결국 조정의 내용이 형성조항인 경우에 한해 문제가 되는 것인데²¹³⁾, 형성조항과 함께 이행조항이 있다고 하여 이행조항을 우선하여 실제로 이전등기절차가 이행되어야 물권변동의 효력이 있다고 본다면 앞서 논의한 민법 제187조를 적용하여야 한다는 견해를 취하는 의미가 반감된다.²¹⁴⁾ 그리고 당사자가 소유권이전등기절차까지 이행되어야만 물권변동의 효력을 발생시키고자 한다면 공유물분할소송에서도 이행조항만으로 조정·화해 등을 할 수 있을 것임에도 굳이 조정·화해 등의 내용에 형성조항을 두었다면, 이는 형성조항을 우선시하여 물권변동의 효력을 조정이 성립한 때 발생시키고자 하는 것이 당사자 및 법원의 의사였다고 해석함이 타당하다.

실제로 형성조항과 이행조항을 같이 두는 경우 형성조항을 먼저 기재하고 이행조항은 그 밑에 기재되어 있는 경우가 대부분인데,²¹⁵⁾ 이러한 조

212) 문광섭(주 172), 169면(주 27).

213) 조정·화해 등의 내용이 이행 또는 확인조항에 불과한 것이라면 법률행위로서의 성격이 있고 물권변동을 위해서도 민법 제186조에 따라 별도로 등기가 필요한 것이므로 민법 제187조가 적용될 여지가 없다. 문광섭(주 172), 166면.

214) 동지 : 이상완(주 147), 17면.

215) 조정조항 작성시에는 논리적 순서에 따라 조정대상이 되는 권리·의무의 발

정조서·화해조서의 구조적 측면을 고려할 때에도 이행조항보다 형성조항을 우선시하는 것이 타당하다. 이행조항을 둔 것은 등기절차의 편의 및 이미 발생한 물권변동에 따른 후속조치(권리관계와 공시관계를 동일하게 하기 위함)를 이행하도록 당사자에게 강조한 정도의 의미일 뿐, 이러한 이행조항을 들어 이전등기절차를 이행하여야 물권변동의 효력이 발생한다고 볼 것은 아니다.

따라서 현물분할을 내용으로 하는 조정·화해에 형성조항 및 이행조항이 병존하고 있다 하더라도 형성조항을 우선하여 조정·화해가 성립한 때에 물권변동의 효력이 발생한다고 보아야 할 것이다. 그리고 이러한 해석은 부분적·전면적 가액보상을 내용으로 하는 조정·화해가 성립하여 소유권변동의 형성조항 및 동시이행의 조항을 기재한 경우에도 마찬가지로 보아야 할 것이다. 공유물분할판결의 경우에도 협의의 현물분할과 가액보상 모두 물권변동의 효력발생시기를 판결의 확정시로 보고 가액보상의 이행확보수단을 논의하였던 것인데 조정·화해의 경우라고 해서 현물분할과 가액보상을 달리 볼 이유가 없기 때문이다.

V. 입법론

1. 민법 개정의 필요성

민법은 공유물분할과 관련하여 단 3개의 조문만을 두고 있어(민법 제 268조 내지 제270조) 공유물분할과 관련한 다양한 문제들의 해결을 해석론의 몫으로 남겨 왔다. 그 결과 공유물분할소송에서의 분할의 방법 단계에서 부분적·전면적 가액보상을 허용할 것인지, 허용한다면 이를 현물

생·변경·소멸 등을 정하는 형성조항을 먼저 기재하고, 그 다음 법률효과로서의 이행조항을 기재하는 것이 일반적이다(법원행정처, 조정실무, 598면 및 632면 작성례 참조). 대상판결 사안의 조정사항에서도 제1항이 형성조항이고 제2항이 이행조항에 해당한다.

분할의 한 형태로 보아야 하는지, 분할의 효력 단계에서는 공유물분할판결에 따른 물건변동의 효력발생시기를 언제로 보아야 하는지, 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결도 마찬가지로 보아야 하는지, 공유물분할판결이 공유지분의 저당권자에게 미치는 효력은 어떠한지, 공유물분할소송에서 판결이 아닌 조정·화해 등이 성립한 경우에는 물건변동의 효력발생시기를 언제로 보아야 하는지 등 공유물분할을 둘러싼 여러 쟁점에 대한 견해의 대립이 있는 것을 확인하였다.

공유물분할에 있어 분쟁이 발생하는 대부분의 사안은 공유물이 부동산인 경우이고, 부동산 물건변동의 효력은 공유자뿐만 아니라 그들과 이해관계를 맺은 자들에게도 지대한 영향을 미치므로, 위 쟁점들에 대한 논의들을 정립할 수 있는 민법 개정안의 도입으로 공유자 및 이해관계인들의 이해관계를 합리적으로 조정하고 거래의 안전을 도모할 수 있을 것이다.

2. 2014년 법무부 민법 개정시안

(1) 공유물분할과 관련한 민법 개정 논의의 경과

우리 민법 중 공유물분할과 관련된 규정의 개선방안에 대하여는 이미 몇몇 논의가 있었고, 1999년 구성되어 2004년 활동을 마친 법무부 민법 개정특별분과위원회에서는 법원행정처에서 공유물분할 후 제한물권의 처리에 대한 조항 신설 의견을 제출하여 이에 대한 논의가 이루어졌으나 이견이 있어 개정안 조항은 마련되지 않았다.²¹⁶⁾ 이후 대법원이 2004년 전면적 가액보상 방법에 의한 공유물분할판결을 명시적으로 허용하였고, 이에 따라 2009년 구성되어 2014년 활동을 마친 법무부 민법개정위원회는 공유물분할의 방법과 관련하여 각 논의의 단계별로 다음과 같은 민법 개정안²¹⁷⁾을 제시하였다.

216) 법무부, 2014년 법무부 민법 개정시안 해설 - 민법총칙·물권편-, 2017, 460면.

217) 법무부(주 216), 463-465면. 법무부 민법개정위원회는 『분과위원회→실무위원회→위원장단 회의→전체회의』의 순서로 논의를 진행하여 개정시안을 확정하였다.

<p>분과위원회 안</p>	<p>제269조(분할의 방법) ① (현행과 같음) ② 법원은 공유물을 현물로 분할하거나 적절하고 합리적인 방법으로 분할할 수 있다. 다른 방법이 없을 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다.</p>
<p>실무위원회 안</p>	<p>제269조(분할의 방법) ① (현행과 같음) ② 공유물을 현물로 분할하는 경우에는 법원은 일부 공유자가 다른 공유자에게 금전을 아울러 지급할 것을 명할 수 있다. ③ 공유물을 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 법원은 공유물을 경매하여 그 대금을 분배할 것을 명할 수 있다. ④ 법원은 상당한 이유가 있는 경우에는 일부 공유자가 공유물을 전부 취득하고, 나머지 공유자에게 금전을 지급할 것을 명할 수 있다.</p>
<p>위원장단안</p>	<p>제269조(분할의 방법) 〈제1안(실무위원회안)〉 ① (현행과 같음) ② (실무위원회안과 같음) ③ (실무위원회안과 같음) ④ 법원은 부득이한 사유가 있는 경우에는 일부 공유자가 공유물을 전부 취득하고, 나머지 공유자에게 금전을 지급할 것을 명할 수 있다.</p>

	<p><제2안(분과위원회안)></p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② 법원은 공유물을 현물로 분할하거나 가액보상, 그 밖의 적절한 방법으로 분할할 수 있다. 다른 방법이 없을 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다.</p>
개정시안	<p>제269조(분할의 방법)</p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② 법원은 공유물을 현물로 분할하거나 경매, 가액보상, 그 밖의 적절한 방법으로 분할할 수 있다.</p>

표 1. 2014년 활동을 마친 법무부 민법개정위원회에서의 민법 제269조 개정에 대한 논의의 경과

현행 민법 제269조를 개정하여 분할방법을 유연화·다양화할 필요가 있다는 점에 대하여는 별 이견이 없었으나, 분할방법의 규정은 각 단계별로 차이가 있었다. 분과위원회에서는 ‘적절하고 합리적인 방법’이라고 규정하여 분할방법을 추상적으로 규정하였고, 실무위원회에서는 부분적·전면적 가액보상을 각 항으로 나누어 구체적으로 규정하였다. 위원장단안은 두 안의 표현을 약간 수정하고 둘 다 전체회의에 상정하였고, 전체회의에서는 다수결에 의하여 수정된 분과위원회안을 채택하였다.²¹⁸⁾

(2) 검토

2014년 법무부 민법 개정시안은 판결에 의한 공유물의 분할방법으로 부분적·전면적 가액보상이 가능하도록 하였고, 이를 현물분할, 경매에 의한 대금분할과는 다른 방법으로 인정하면서, 그 외에도 ‘그 밖의 적절한 방법’으로 분할할 수 있도록 가능성을 열어두어 공유물분할방법의 유연화·다양화를 반영하였다.

218) 윤진수(주 112), 136면.

그러나 2014년 법무부 민법 개정시안에 따르면 현물분할이 원칙이라는 점이 제대로 표현되어 있지 않고, 특히 경매에 의한 대금분할이 가액보상 및 현물분할보다 먼저 고려될 수도 있는 것으로 해석될 여지가 있어 기존의 공유관계를 최대한 존중하면서도 공유자 사이의 실질적 가치를 공평하게 분배하고자 하는 공유물분할의 이념과 상충할 수 있다. 분과위원회안도 마찬가지로 현물분할이 원칙이라는 점이 제대로 표현되어 있지 않으며, 무엇이 ‘적절하고 합리적인 방법’인지, 이에 부분적·전면적 가액보상방법이 명시적으로 포함되는지 명확하지 않다. 따라서 공유물분할의 방법과 관련한 개정안 중에는 실무위원회안처럼 현물분할의 원칙을 유지하되 부분적·전면적 가액보상을 각 항으로 나누어 명시적으로 인정하고, 전면적 가액보상을 명하기 위해 판례가 판시한 요건을 모두 법문에 담기는 어려운 점, 이에 대한 법원의 합리적 재량을 기초로 사안별로 구체적인 판단이 필요한 점 등을 고려하여 ‘상당한 이유’로 규정하는 것이 타당하다고 본다.

그러나 공유물분할의 방법 개정을 통하여 부분적·전면적 가액보상이 가능하게 되더라도 그에 따라 생길 수 있는 효력과 관련한 여러 문제는 아직 남아 있음을 지금까지 검토하였다. 따라서 이를 일거에 해소하고자 아래와 같이 새로운 개정안을 제시하고자 한다.

3. 제안

(1) 부분적·전면적 가액보상의 명문화

우선 민법 제269조를 개정하여 부분적·전면적 가액보상을 명하는 판결도 가능하도록 규정할 필요가 있다. 그 구체적 내용은 2014년 활동을 마친 법무부 민법개정위원회의 실무위원회안에 따르되, 경매에 의한 대금분할은 부분적·전면적 가액보상도 여의치 않을 경우에만 보충적으로 고려하도록 한다.

민법 제269조(분할의 방법)

① (현행과 같음)

② 공유물을 현물로 분할하는 경우에는 법원은 일부 공유자가 다른 공유자에게 금전을 아울러 지급할 것을 명할 수 있다.

③ 법원은 상당한 이유가 있는 경우에는 일부 공유자가 공유물을 전부 취득하고, 나머지 공유자에게 금전을 지급할 것을 명할 수 있다.

④ 법원은 공유물을 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있고, 전항의 상당한 이유도 인정되지 아니하는 때에는 공유물을 경매하여 그 대금을 분배할 것을 명할 수 있다.

(2) 부분적·전면적 가액보상 시 법원의 저당권 설정

이어서 부분적·전면적 가액보상에서 가액보상을 받는 공유자에 대한 이행확보를 위해 다음과 같은 규정을 도입한다.

민법 제269조의2(취득한 현물에 대한 저당권의 설정)

전조 제2항 및 제3항의 경우 법원은 금전을 지급할 의무를 부담하는 공유자에게 이를 담보하기 위하여 그가 취득할 현물을 목적으로 한 저당권을 설정하도록 명할 수 있다.

(3) 민법 제187조의 수정

공유물분할소송에서 현물분할(가액보상을 포함한다)을 내용으로 하는 조정·화해 등이 성립한 경우에도 물권변동의 효력발생시기는 민법 제187조에 따라야 한다는 검토 내용을 반영하여 민법 제187조도 수정할 필요가 있다.

민법 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득)

상속, 공용징수, 판결(조정, 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정을 포함한다), 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

4. 제안에 따른 효과

(1) 먼저 민법 제269조 제2항에서 부분적 가액보상을, 동조 제3항에서 전면적 가액보상을 인정하고, 동조 제4항에서 '전항의 상당한 이유도 인정되지 아니하는 때에는'이라는 요건을 추가하여 경매에 의한 대금분할을 명하는 판결은 현물분할 및 전면적 가액보상의 방법까지 여의치 않을 경우에 보충적으로 택할 수 있다는 점을 명시하였다.

대법원이 부분적 가액보상뿐만 아니라 전면적 가액보상도 '현물분할의 한 형태'라고 판시한 것은 현행 민법 제269조 제2항의 해석범위를 넘어서지 않는 선에서 이를 인정하기 위해 불가피했던 것으로 보인다. 따라서 이를 인정하되, 위 개정안처럼 전면적 가액보상은 현물분할과는 구별되는 방법으로 규정한다면 전면적 가액보상의 경우 현물을 취득하지 못하는 공유자가 있으므로 현물분할의 한 형태로 보기 어렵다는 비판도 더 이상 문제되지 않을 것이다. 다만 전면적 가액보상이 일부 공유자라도 현물을 취득하므로 대금분할보다는 현물분할의 정신에 부합하는 점, 전면적 가액보상은 대금분할보다 현재 공유관계의 특수성을 고려한 구체적 타당성 있는 해결방안이 될 수 있는 점 및 판례의 입장(주 88 참조) 등을 고려하여 법원이 경매에 의한 대금분할을 고려함에 앞서 부분적·전면적 가액보상이 가능한지를 먼저 심리하도록 규정하였다.

(2) 부분적·전면적 가액보상 방법을 도입하면서 가액보상을 받게 되는 공유자와 현물취득자 간에 이행의 불균형이 생기므로 가액보상을 받게

되는 공유자의 보호가 필요함은 앞서 살펴본 바와 같다. 가액보상의 이행확보를 위한 방안으로 판결의 주문에 동시이행을 명하는 방안, 현물로 취득하는 공유자의 현물에 대하여 담보권 설정을 명할 수 있도록 하는 방안, 가액보상을 받게 되는 공유자에게 공유물에 대한 저당권설정청구권을 부여하도록 개정하는 방안, 공유자들 사이에서만 경매하는 것을 허용하도록 개정하는 방안 등을 제시하였다.

판결 주문에 동시이행을 명하는 방안은 현행 규정상으로는 최선의 방안이지만 가액보상의 경우에도 공유물분할판결의 확정시 현물취득자가 바로 소유권을 취득한다고 보는 이상 근본적인 이행확보방안이 될 수 없다. 공유자들 사이에서만 경매하는 것을 허용하는 것은 전면적 가액보상에 의한 분할과 사실상 같은 효과를 거두면서도 이행확보가 특별히 문제되지 않는다는 장점이 있으나, 가액보상을 명하는 판결 단계에서 공유물 분할절차가 완료될 수 있음에도 추가로 경매절차까지 거치도록 하여 신속한 분쟁 해결이라는 요청에는 다소 부합하지 않는다. 따라서 판결 주문에 동시이행을 명하는 방안에 더하여, 가액보상금 지급의 이행을 확실히 보장할 수 있으면서도 일률적으로 가액보상을 받게 되는 공유자에게 저당권설정청구권을 부여하기보다는 개별 사안에 따라 당사자가 가액보상금 지급이 확실시되는 사정²¹⁹⁾이 있는 경우는 현물취득자의 취득 공유물에 저당권을 설정하지 않을 수 있도록 법원에 저당권 설정의 권한을 부여하는 안을 제시하는 바이다.

개정안으로 제시한 민법 제269조의2에 따르면 법원이 부분적·전면적 가액보상방법을 택하면서 가액에 상응하는 저당권을 설정하도록 명함으로써 추가로 경매절차로 나아가지 않으면서도 분할 전 공유관계의 특수성을 존중하는 구체적 타당성 있는 분할을 피할 수 있고, 물건변동의 효력 발생시기를 불명확한 가액보상금 지급시로 보지 않고 판결의 확정시로

219) 현물을 취득하는 공유자가 그 현물에 담보권이 설정되는 것을 원하지 아니하여 가액보상을 받게 되는 공유자에게 다른 부동산을 담보로 제공하는 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

보더라도 이에 따른 이행의 불균형 문제도 해결할 수 있다.

(3) 공유물분할의 경우를 포함하여, 조정·화해 등도 형성력을 가진다면 민법 제187조의 ‘판결’에 해당한다고 보는 것이 타당함은 앞서 살펴본 바와 같다. 이에 따라 ‘조정, 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정’을 포함하도록 명시함으로써, 조정·화해 등에 있어서도 형성적 효력을 생기게 하는 경우에 한하여는 형성판결과 마찬가지로 민법 제187조에 따라 물건변동의 효력이 발생하는 것으로 개정하는 안을 제시하였다. 민법 제187조가 제186조와 비교했을 때 예외적인 규정이므로 그 범위를 명확하게 할 필요성이 있는데, 이러한 개정을 통해 명확성을 확보하고 해석상 다툼을 해소할 수 있다.

협의를 현물분할뿐만 아니라 부분적·전면적 가액보상을 내용으로 하는 조정·화해 등이 성립하더라도, 공유물분할판결과 마찬가지로 조정·화해 등의 조항에도 가액지급과 소유권이전등기의 동시이행을 내용으로 성립하게 하고 개정안으로 제시한 민법 제269조의2의 취지에 따라 조정담당판사, 상임 조정위원, 조정위원회, 수소법원 등이 조정·화해 등의 조항에 현물취득자에게 현물에 대한 저당권 설정을 명하는 내용도 적극적으로 고려한다면 마찬가지로 이행의 불균형을 방지할 수 있을 것이다.

이에 따라 공유물분할에 있어 물건변동의 효력발생시기를 정리하면 다음과 같다.

	(협의의) 현물분할	부분적·전면적 가액보상	대금분할
공유물분할판결	판결확정시	판결확정시	매수인의 대금완납시
조정·화해	조정·화해 성립시 (판례 : 등기시)	조정·화해 성립시	매수인의 대금완납시 (경매분할) / 등기시(임의 매각)
조정을 갈음하는 결정· 화해권고결정	결정 확정시 (판례 : 조정을 갈음하는 결정에서 등기시)	결정 확정시	매수인의 대금완납시 (경매분할) / 등기시(임의 매각)

표 2. 공유물분할에 있어 개정안 제시에 따른 부동산 물권변동의 효력발생시기

제 6 장 결론

본 논문에서는 공유물분할의 효력을 공유물분할판결과 공유물분할소송에서 조정·화해가 성립된 경우로 나누어 살펴보고, 특히 부동산 물권변동의 효력 측면에서 두 경우를 비교하여 양자를 구별함이 타당한지를 중점적으로 살펴보았다.

먼저, 재판에 의한 공유물분할에서 분할방법의 유연화·다양화로 인한 부분적·전면적 가액보상의 인정 필요성과 허용가능성, 인정요건 등에 대해 알아보았다. 이를 인정하되, 공유자 사이의 실질적 가치의 공평한 교환이라는 공유물분할제도의 기본가치를 실현하기 위하여 인정요건 단계에서는 가액이 적정하고 합리적으로 평가되었는지와 그 가액을 실제로 지급할 능력이 있는지를 우선 심사하여야 함을 살펴보았다.

공유물분할판결의 효력 중 가장 핵심적이고도 세밀한 검토를 요하는 것이 공유물분할판결에 따른 부동산 물권변동의 효력에 대한 것이다. 우선 공유물분할판결에도 민법 제187조가 적용되는지에 대하여, 협의의 현물분할뿐만 아니라 가액보상의 경우에도 이를 긍정하여 판결확정시 소유권변동의 효력이 발생하는 것으로 봄이 타당하고, 나아가 공유물분할등기도 확정판결만으로 단독으로 신청 가능하다고 보았다. 이에 따라 가액보상을 받게 되는 공유자에 대한 이행확보 방안이 문제되는데, 판결을 명하는 단계에서 주문에 소유권이전등기와 가액지급을 동시이행으로 명하도록 하는 등으로 가액보상을 받게 되는 공유자와 현물취득자 간 이행의 불균형을 해소하는 방안이 현행 규정하에서는 최선의 방안임을 확인하였다. 이어서 공유물분할판결이 공유물의 이해관계인에게 미치는 효력도 현물분할의 경우 공유물의 용익물권자, 공유지분의 저당권자에게 미치는 영향, 대금분할의 경우 공유자와 공유물의 이해관계인에게 매각대금을 어떻게 배당해야 하는지에 대해 나누어 살펴보았다. 어느 경우든 공유자와 이해관계인에게 불측의 손해가 가지 않고 이해관계의 공평한 조정이

이루어지도록 해석하고자 하였다.

이와 비교하여 공유물분할판결이 아니라 공유물분할소송에서 현물분할을 내용으로 하는 조정이 성립한 경우, 대법원은 민법 제187조가 아니라 제186조에 따라 등기가 이루어져야 물권변동의 효력이 발생한다고 보았으나 이러한 다수의견에 반대하며, 공유물분할판결의 경우와 같이 조정이 성립한 때에 물권변동이 일어난다고 보는 것이 타당하다. 또한 조정뿐만 아니라 재판상 화해, 조정을 갈음하는 결정, 화해권고결정 등에 있어서도 마찬가지로 민법 제187조에 따라 각각 화해 성립시, 조정을 갈음하는 결정 및 화해권고결정의 확정시에 물권변동이 일어난다고 보았다. 나아가 가액보상을 내용으로 하는 조정·화해 등에서도 기준시점이 불명확하고 입증도 곤란한 가액보상금의 지급시로 볼 수는 없고 현물분할을 내용으로 하는 경우와 마찬가지로 보았다.

그리고 공유물분할을 둘러싼 분할방법, 분할의 효력에 관한 위와 같은 여러 첨예한 견해의 대립은 근본적으로 민법이 공유물분할과 관련하여 단 3개의 조문만을 두고 있어 현행 규정만으로 해결되기 어려운 많은 부분을 해석론에 맡기고 있는 데 기인한 것이므로, 공유물분할에 대해 기존에 논의되었던 부분적·전면적 가액보상을 명시적으로 인정하는 민법 개정안에서 더 나아가 법원이 부분적·전면적 가액보상을 명할 때 취득할 현물에 저당권 설정을 명할 수 있도록 하고, 공유물분할에 따른 물권변동의 효력발생시기에 관하여도 민법 제187조의 ‘판결’에 판결과 동일한 효력이 있는 조정·화해 등을 포함하도록 개정하여 이를 해결하는 방안을 제시해 보았다. 이를 통하여 부분적·전면적 가액보상의 경우 이행의 불균형을 궁극적으로 해소하고, 조정·화해 등의 효력을 무리하게 판결과 구별하지 않도록 하여 논리적인 타당성도 확보하면서, 형성적 내용의 조정·화해 등에 의한 물권변동의 효력에 대한 일반 국민의 예측가능성을 제고하고, 공적 조정인 법원의 조정시스템을 국민이 더 신뢰하고 의지할 수 있도록 하여 공유물분할소송에 있어 조정의 활성화에도 기여할 수 있을 것으로 본다.

비록 대상판결이 전원합의체 판결로 공유물분할에서 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우에는 민법 제186조에 따라 등기가 있어야 물권변동의 효력이 발생한다는 판시를 함으로써 이후 조정 및 등기실무상 대상판결의 취지대로 정리되고 있으나, 본 연구내용이 민법, 민사소송법, 민사조정법의 관련 규정 간의 정합한 해석, 공유물분할에 있어서 공유자의 의사 등의 측면에서 향후 이에 대한 활발한 논의에 작게나마 기여하기를 기대한다.

법원의 업무 부담이 갈수록 과중해지고, 분쟁해결은 분쟁당사자 간의 이해, 양보, 화해에 따라 합의를 도출하는 것이 그 이후 당사자들 사이의 관계 지속·발전 측면과 소통과 화합이라는 시대정신의 측면에서도 궁극적으로는 바람직하다는 견해가 대두됨에 따라 조정과 화해를 통한 분쟁해결의 필요성 및 유용성이 점점 중요시되고 있다. 그러나 현재 전국 법원의 제1심 본안사건 중 조정신청 또는 조정회부된 사건은 수 자체는 점차 증가하는 추세이나 본안사건 대비 비율로는 아직 10%에도 미치지 못하고 있는데²²⁰⁾, 이에 따라 2009년 이후로 한국조정학회 설립 및 각급 법원의 조정센터 운영, 조정법원의 도입 논의 등으로 조정을 활성화하기 위한 노력이 계속되고 있다. 공유물분할의 유연화·다양화에 따라 부분적·전면적 가액보상의 인정례가 점차 늘어나고 있고, 향후 조정의 활성화로 공유물분할소송이 제기된 경우에도 조정·화해 등의 방법으로 분쟁이 해결되는 형태가 늘어날 것으로 예상되는바, 향후 공유물분할소송에 있어 분할방법 및 분쟁해결방법의 다양화에 따른 공유자와 공유물의 이해관계인들에게 미칠 수 있는 영향에 관하여 지속적이고 체계적인 연구가 필요하다.

220) 조정신청과 조정회부된 사건의 합계는 2009년 69,841건(본안사건의 6.50%), 2010년 75,101건(본안사건의 7.65%)에서 2014년 93,944건(본안사건의 8.26%), 2015년 94,088건(본안사건의 9.34%), 2016년 88,440건(본안사건의 9.09%), 2017년 87,371건(본안사건의 8.59%)이다. 수치는 해당 연도에 대한 법원행정처 발간 사법연감에 따른 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

- 편집대표 곽윤직, 민법주해 II, 총칙(2), 박영사, 2010
편집대표 곽윤직, 민법주해 IV, 물권(1), 박영사, 1992
편집대표 곽윤직, 민법주해 V, 물권(2), 박영사, 1992
편집대표 김용담, 주석민법 물권(1), 한국사법행정학회, 2010
편집대표 김용담, 주석민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2011
편집대표 민일영, 주석 민사소송법(IV), 제8판, 한국사법행정학회, 2018
주석 신민사소송법(II), 한국사법행정학회, 2003
주석 신민사소송법(V), 한국사법행정학회, 2004
법무부, 2014년 법무부 민법 개정시안 해설 - 민법총칙·물권편-, 2017
법원실무제요, 민사소송III, 법원행정처, 2005
법원행정처, 공유물분할·경계확정 재판실무편람, 2004
법원행정처, 민사집행법해설, 2002
법원행정처, 조정실무, 2002
곽윤직, 물권법, 박영사, 1992
곽윤직·김재형, 물권법[민법강의II], 제8판 보정, 박영사, 2015
김상용, 물권법, 제4판, 화산미디어, 2018
김용한, 물권법론, 박영사, 1985
김준호, 물권법, 제12판, 법문사, 2019
김홍엽, 민사소송법, 제8판, 박영사, 2019
박준서 외 편, 주석민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2000
송덕수, 물권법, 박영사, 2019
이상태, 물권법, 법원사, 2002
이시윤, 신민사소송법, 제10판, 박영사, 2016

이영준, 물권법, 박영사, 2002
이영준, 물권법 전정판, 박영사, 1996
정동윤·유병현, 민사소송법, 제4판, 법문사, 2014
지원립, 민법원론, 홍문사, 2017
호문혁, 민사소송법, 제13판, 법문사, 2016

나. 논문

강현중, “조정에 의한 공유토지의 분할과 공유자의 단독소유권 취득”, 법률신문, 2016
곽종훈, “공유물분할소송과 조정”, 법률신문, 2015
김대원, “전면적 가격배상 방법에 의한 공유분할의 허용 여부”, 대법원판례해설 통권 제51호, 법원도서관, 2005
김상찬, “민사조정 of 본질과 효력에 관한 연구”, 법과 정책 제2호, 제주대학교 법과 정책연구소, 1996
김소영, “공유물분할의 소에 대하여”, 법원행정처, 사법논집 제24집, 1993
김용주, “조정에 갈음하는 결정의 본질에 대한 고찰”, 언론과 법 제10권, 제2호, 한국언론법학회, 2011
김우중, “현행법상 공유관계 해소방법의 문제점과 개선방안”, 민사집행법연구 제9권, 2013
김인수, “공유, 공유물분할과 등기”, 재판자료 제44집, 법원도서관, 1988
김황식, “공유물분할의 소는 형성의 소인가? - 공유물분할판결의 효력과 그 등기방법을 중심으로-”, 민사재판의 제문제 제8권, 1994
남성민, “공유물분할소송의 심리”, 2010년 광주지방법원 재판실무연구, 광주지방법원, 2011
문광섭, “공유물분할의 조정과 물권변동의 시기”, 분쟁해결 제2호, 한국조정학회, 2016
문영화, “공유물분할소송의 소송물”, 성균관법학 제28권 제3호, 2016

- 문정일, “공유물분할을 위한 경매에 있어서 몇 가지 문제점에 관하여”, 민사집행법실무연구(재판자료 제109집), 2006
- 문준섭, “공유물분할소송에서의 판결 및 조정의 효력”, 민사판례연구 37권, 박영사, 2015
- 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 민사집행법실무연구(재판자료 제109집), 2006
- 송인권, “공유물분할판결의 효력”, 법조협회, 2014
- 신동기, “공유물분할의 소에 있어서 공유물의 분할방법”, 판례연구 12집, 부산판례연구회, 2001
- 신용호, “공유물분할에 관한 조정과 물건변동의 효력 발생 시기와의 관계”, 민사재판의 제문제 제23권, 사법발전재단, 2015
- 양창수, “전면적 가액보상에 의한 공유물분할판결과 등기문제”, 민법연구 제9권, 박영사, 2007
- 오세울, “전면적 가격보상방법에 의한 공유물의 분할”, 재판과 판례 15집, 대구판례연구회, 2007
- 윤진수, “공동소유에 관한 민법 개정안”, 민사법학 제68호, 2014
- 이동진, “민법 중 공유에 관한 규정의 입법론적 고찰”, 민사법학(78), 2017
- 이동흡, “재판상 화해의 효력”, 민사재판의 제문제 제8호, 1994
- 이상덕, “공유물분할을 위한 경매절차에서 일부 공유자의 지분에 관하여 최선순위 가등기가 설정되어 있는 경우의 배당방법”, 인권과 정의 제428호, 대한변호사협회, 2012
- 이상완, “공유물분할소송에서 조정이 성립한 경우 물건변동의 효력발생 시기”, 부산고등법원, 2014
- 이시윤, “민일영 대법관이 남긴 자취”, 민사재판의 제문제 23권, 2015
- 이용훈, “공유물분할청구의 소와 이와 관련된 몇 가지 문제에 대하여”, 사법논집 제4집, 법원행정처, 1973
- 이용훈, “대습상속인이 누락된 상속등기의 추정력과 공유물분할의 소에

- 있어서 당사자적격”, 사법행정 20권 1호, 한국사법행정학회, 1979
- 이종혁, “공유물분할의 효과에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2006
- 이진기, “공유지분에 설정된 담보물권과 공유물분할”, 법률신문, 2019
- 진현민, “민법상 공유물분할방법에 관한 연구 - 재판에 의한 공유물분할의 방법과 실현을 중심으로-”, 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2006
- 최광선, “공유물분할소송에서 판결과 조정의 형성력에 관한 연구”, 사법 45호, 사법발전재단, 2018
- 최문기, “공유물분할에 관한 판례분석”, 경성법학, 경성대학교 법학연구소, 1991
- 최성호, “공유물분할소송에서 조정절차에 회부되어 성립된 조정에 의한 물권변동에 관한 검토”, 법학논고 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014
- 최종길, “판결에 의한 부동산물권변동”, 법학 제6권, 제1호, 서울대법학연구소, 1964
- 추신영, “공유물분할과 물권변동의 효력발생시기”, 재산법연구 제31권 제4호, 한국재산법학회, 2015

다. 기사

부동산태인, “‘1원’ 받으려고 신청한 경매가 무려 867건?”, 태인경매정보 (2018. 4. 3.)

(http://www.taemin.co.kr/community/board/news/cst_board_view_newsV2.php?no=4553&pagenum=1)

라. 하급심 판례

대전지방법원 공주지원 2018. 1. 25. 선고 2016가단21642 판결
의정부지방법원 2010. 6. 29. 선고 2010구합1342 판결
인천지방법원 2012. 2. 23. 선고 2011가소249760 판결
창원지방법원 마산지원 2016. 5. 25. 선고 2015가단5852 판결
청주지방법원 2017. 12. 15. 선고 2017가단101447 판결
춘천지방법원 영월지원 2018. 4. 11. 선고 2016가단1835 판결
춘천지방법원 원주지원 2019. 7. 25. 선고 2017가단37347 판결
서울고등법원 2010. 12. 16. 선고 2010누22629 판결
서울고등법원 2017. 5. 18. 선고 2016나2089029 판결

마. 대법원 판례

대법원 1955. 9. 15. 선고 4288민상229 판결[집4(1)민,001]
대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결[집10(1)민,122]
대법원 1964. 9. 8. 선고 64다165 판결[집12(2)민,086]
대법원 1968. 5. 21. 선고 68다414, 415 판결[집16(2)민,047]
대법원 1969. 10. 8. 자 69그15 결정[집17(3)민,177]
대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결[집17(4)민,244]
대법원 1976. 5. 25. 선고 76다77 판결[공보불게재]
대법원 1979. 5. 15. 선고 78다1094 판결[집27(2)민,6;공1979.8.1.(613),
11975]
대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888, 1889 판결[집29(1)민,121;공1981.5.15.
(656) 13840]
대법원 1981. 8. 25. 선고 80다2645 판결[집29(2)민,290;공1981.10.15.(666)
14295]
대법원 1988. 8. 9. 선고 88다카2332 판결[집36(2)민,86;공1988.9.15.(832),
1211]
대법원 1989. 8. 8. 선고 88다카24868 판결[집37(2)민,296;공1989.10.1.

(857),1350]

대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카10517 판결[집37(3)민,20;공1989.11.1.
(859),1457]

대법원 1990. 8. 28. 선고 90다카7620 판결[집38(2)민,203;공1990.10.15.
(882),2015]

대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결[집39(4)민,141;공1992.1.1.(911),
102]

대법원 1991. 12. 16. 자 91마239 결정[공1992.2.15.(914),633]

대법원 1993. 12. 7. 선고 93다27819 판결[공1994.2.1.(961),336]

대법원 1995. 1. 12. 선고 94다30348, 94다30355(반소) 판결[공1995.2.15.
(986),876]

대법원 1995. 5. 12. 선고 94다25216 판결[공1995.6.15.(994),2103]

대법원 1999. 6. 11. 선고 99다6746 판결[공1999.7.15.(86),1385]

대법원 2001. 4. 27. 선고 99다17319 판결[공2001.6.15.(132),1227]

대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결[공2003.7.1.(181)1419]

대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다59259 판결[공2004.8.1.(207),1205]

대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결[공2004.11.15.(214),1805]

대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다55087 판결[공보불게재]

대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결[공2007.6.1.(275),770]

대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결[공2009상,824]

대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결[공2009하,1269]

대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다40219, 40226 판결[공2009하,1643]

대법원 2009. 10. 29. 선고 2006다37908 판결[공2009하,1963]

대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다84171 판결[공2010하,1205]

대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다58346 판결[공보불게재]

대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정[공2011하,1437]

대법원 2011. 7. 21. 선고 2010두23644 전원합의체 판결[공2011하,1818]

대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다74932 판결[공2012상,660]

대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결[공2013하,1493]
대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결[공2014상,97]
대법원 2014. 2. 14. 자 2013그305 결정[공보불게재]
대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960,104977 판결[공2014상,911]
대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다200771 판결[공2017상,1093]
대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다216981 판결[공2017하,1380]

2. 외국 문헌

가. 단행본

松岡義正, 民法論 : 物權法, 清水書店, 1931
佐佐木吉男, 民事調停の研究, 法律文化社, 1974
川島武宜, 川井健 編, 新版 注釋民法(7) 物權(2), 有斐閣, 1988
遠藤浩 외 編, 民法註解 財産法(物權法 2), 清林書院, 1997 (石川善一 집필부분)
伊藤眞, 民事訴訟法 第5版, 有斐閣, 2016

나. 논문

宮崎澄夫, “調停の 理念”, 民事訴訟法講座5, 有斐閣, 1962
秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(五·完) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-, 法學新報 120(3·4), 2013

다. 외국 판례

札幌地裁 1999(平成11). 7. 29. 判決
大阪高裁 1999(平成11). 4. 23. 判決

東京高裁 2001(平成13). 4. 26. 判決

日本 最高裁判所 1952(昭和 27). 5. 2.判決

日本 最高裁判所 平成 8. 10. 31. 平成3年(オ)1380号 判決

日本 最高裁判所 平成 8. 10. 31. 平成7年(オ)1962号 判決

日本 最高裁判所 平成 8. 10. 31. 平成8年(オ)677号 判決

日本 最高裁判所 平成 10. 2. 27. 平成7年(オ)1684号 判決

Abstract

The effect on division of co-owned property

- Based on the comparison between the cases where arbitration and reconciliation were established in the judgement for partition of co-owned property and partition lawsuit -

Kim, Soo-hyun

Department of Law, Major in Civil Law

The Graduate School

Seoul National University

In the case of partition lawsuits, the method of dividing some of the co-owners to get the whole spot and the other co-owners to receive the corresponding value is regarded as a form of spot division in Case Law. Even when a partition lawsuit is filed, common disputes are increasingly resolved through mediation or reconciliation. So Case Law is expanding the dispute resolution of commons in various ways. However, Civil Act contains only three articles on the division of co-owned property, and it does not clearly clarify the problems that may arise from the diversification of these divisions and dispute

resolution methods.

In this paper, based on this problem, the effects of the division of co-owned property in the partition lawsuit are largely divided into the case of the judgement for partition of co-owned object and the case where the arbitration and reconciliation were established in the partition lawsuit. In regards to the effect of the division of co-owned property, the issue is divided into the cases of spot division, value compensation and division by auction. I proposed a legislative plan to resolve the conflict of opinions and problems. In particular, the Supreme Court found that, in the case of the judgement for partition of co-owned object in a jurisdiction of a common division, in the case of arbitration or reconciliation with the contents of a spot division, a change in real rights is effective only when registration is made according to Article 186 of the Civil Act. I focused on whether this position is valid or not.

First, the necessity, acceptability, and recognition requirements of partial and total value compensation due to the flexibility and diversification of the division method in the judicial division by judging were examined. In recognition of this, in order to realize the basic purpose of the division of co-owned property system, which is the fair exchange of real values between the co-owners, the recognition requirements step first examines whether the value is adequately and reasonably valued and whether it is actually capable of paying the value. And it is the best way under current regulations to resolve the imbalance in the performance between the co-owners and the spot acquirer who are entitled to value compensation by ordering the order at the same time as ordering the judgment.

With regards to the effect of changes in real rights over immovables under the judgement for partition of co-owned object,

whether or not Article 187 of Civil Act applies to the judgement is considered affirmative, considering that the judgement is a judicial decision. I considered that it was possible. This conclusion applies not only to the in-kind division of consultation but also to partial and total value compensation, but in the case of a judgment ordering dividend, the change in ownership takes place only after the auction procedure. So we should look different. The decision of partial and total value compensation also seems to be subject to a change in real rights. Therefore, the imbalance in the transition between co-owners allows the co-order to be ordered to prevent the co-owners obtained in kind from completing the co-owners separately without paying the compensation. Also, in this paper, I suggested that there may be a way to order the security rights for the spots of the co-owners, the recognition of the mortgage claim for the goods acquired by the acquirer, and the allowance the auctions between co-owners.

In the case of a arbitration litigation, rather than a judgement for partition of co-owned object, if there is a partition arbitration, the prevailing rule or logical statement that there is no difference in the formative power, in terms of the nature of formative power and that the arbitration has the same effect as the final judgement. In consideration of the side and the intention of the parties, it is reasonable to see that a change in the real rights occurs when the arbitration is established by applying the Article 187 of the Civil Act, unlike the Supreme Court's attitude. Similarly, in case of reconciliation, decision to replace arbitration, and recommendation for reconciliation, as well as arbitration, it was considered that material reconciliation occurred when the settlement was reconciled and the settlement recommendation decision was established in accordance with Article 187 of the Civil Act. Furthermore, the arbitration and

reconciliation with value compensation are not the same as the case of payment of value compensation that is difficult to prove and cannot be considered as payment of value compensation.

The conflict between the above-mentioned methods of division over division of co-owned property and the effect of division is basically the Civil Act, which has only three articles related to division of co-owned property. Therefore, recognition of partial and full value payments by way of the division of co-owned property method allows the court to order the mortgage to be acquired when a partial or full value compensation is ordered, and when the change in the real rights of the division of co-owned property takes effect. The amendments to Article 187 of Civil Act proposed amendments to include arbitration and reconciliation, etc., which had the same effect as the judgement. In the case of partial or total value compensation, ultimately the imbalance of the implementation is resolved, and the logical validity is ensured by not discriminating the effects of the arbitration and reconciliation by judgment. It is expected to contribute to the activation of arbitration in litigations by enhancing the public's predictability of the effect and by allowing the public to trust and rely on the public court's arbitration system.

With the flexibilization and diversification of the division of co-owned property, the recognition of partial and total value compensation is gradually increasing and even in cases where the partition lawsuit is filed due to the revitalization of mediation, It is expected that the form of settlement of disputes will be increased through arbitration and reconciliation. Therefore, there is a need for continuous and systematic research on the effects of diversification of division and dispute resolution methods on co-owned object and litigation among co-owners.

keywords : the judgement for partition of co-owned object, total value compensation, arbitration, reconciliation, a change in real rights
Student Number : 2018-21236