

「보존행위」에서 「과반수 지분권」으로
-원인무효 공유지분말소에 관한 현 해석론의 문제와 그 대안-

송창희

〈목 차〉

- | | |
|---|---------------------------------------|
| <p>I. 들어가며</p> | <p>3. 과반수 지분권의 중요성</p> |
| <p>II. 원인무효 등기말소에 관한 보존행위 이론의 문제</p> | <p>4. 과반수 지분권의 중요성을 반영한 설명</p> |
| <p>1. 원인무효의 등기 말소에 관한 판례의 해석론 - 보존행위</p> | <p>5. 소결</p> |
| <p>2. 판례의 보존행위 이론의 문제</p> | <p>IV. 보존행위 이론의 근본적 문제</p> |
| <p>3. 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결과의 정합성 문제</p> | <p>1. 공유 ‘지분’의 문제로서 원인무효 소유권 이전등기</p> |
| <p>III. 대안으로서 지분권, 그리고 과반수 지분권의 중요성</p> | <p>2. 보존행위 이론의 흥행과 범주착오</p> |
| <p>1. [판결 1] 내지 [판결 2]에 대한 설명의 시도</p> | <p>V. 가능한 법적 구성</p> |
| <p>2. 문제상황의 명료화</p> | <p>1. 말소 구성</p> |
| | <p>2. 대위 구성</p> |
| | <p>3. 검토</p> |
| | <p>VI. 결론</p> |

〈국 문 초 록〉

공유법은 민법의 난제다. 공유와 관련하여 여러 법적 문제가 있다. 공유지분에 원인무효의 소유권이 전등기가 마쳐진 경우, 공유자 중 1인이 이를 말소할 수 있는지 또한 공유법의 중요한 법문제 중 하나이다. 특히 상속 등으로 공유관계가 형성되어 공유자 중 1인이 상속분할협의서를 위조하여 원인무효의 소유권이전등기를 마치는 등 공유자 사이에서의 지분침해가 실무상 잦다는 점에서, 이러한 문제를 적절히 다루는 것은 실무적으로도 매우 중요하다.

종래 대법원은 대법원은 공유물의 보존행위의 범위를 아주 넓게 이해하고, 그에 기초하여 이러한 사안 유형을 보존행위 이론에 터잡아 판단해왔다. 판례에 따르면 자신의 지분에 대한 원인무효등기가 마쳐져 지분을 침해당한 공유자 중 1인은 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기전부의 말소를 구할 수 있다. 반면 자신이 직접 지분침해를 받지 않은 경우에는 ‘다른 공유자의 지분권의 대외적 행사’가 되므로 보존행위의 범위를 넘어 말소가 일절 허용되지 않는다고 본다.

그러나 본고에서는 판례의 보존행위 이론을 비판적으로 분석한다. 본고는 특히 종래 주목되지 않았던 ‘과반수지분권’의 중요성을 밝히고, 과반수지분권의 개념을 중심으로 이 문제를 다루어야 한다고 주장한다. 판례와 학설은 자신의 지분침해가 없는 경우, 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 행사하는 것이 되어 이에 기초한 말소청구를 허용하지 않았으나, 과반수지분권의 개념을 고려하면 말소청구가 허용되어야 할 필요가 있음을 밝힘으로써 종전의 판례이론의 문제점을 해결하는 대안적 해석론을 제시한다. 요컨대 이 문제를 적절히 다룰 대안은 과반수지분권을 중심으로 한 지분권 이론이다.

보다 구체적으로, 우리 민법은 법문언 자체로도 과반수지분권을 중요하게 고려하며, 관련한 여러 해석론 또한 마찬가지이다. 그러나 원인무효 등기의 문제에서 과반수지분권의 중요성은 지금까지 진지하게 고려되지 못했다. 이러한 과반수지분권의 중요성이 제대로 이해되면 자신의 지분을 직접 침해받지 않은 공유자 중 1인 또한 타인의 지분침해에 관한 말소를 구할 수 있다는 점이 분명해진다. 공유에서 과반수지분권이 갖는 근본적 중요성 탓에, 침해자가 원인무효의 등기로써 과반수지분권의 외관(참칭 과반수지분권)을 갖게 되는 경우 등에는 자신의 지분침해가 없더라도 법적 불안이 발생할 수 있기 때문이다. 지분권에 기한 방해배제청구권은 이러한 법적 불안을 근본적으로 해소할 수 있는 수단으로서 인정되어야 한다.

나아가 그 법적 근거는 보존행위가 아닌 지분권에서 찾을 수 있다. 이는 보존행위 이론에 대한 전면적 회의로 이어진다. 본고는 우리 민법에서 공유지분과 공유물은 엄격하게 구분되는 것이며, 공유부동산의 불실등기 문제는 순수한 공유 ‘지분’의 문제이므로, 공유 ‘물’의 보존행위 이론은 처음부터 적용될 수 없는 것임을 보인다. 그 귀결은 원인무효의 불실등기의 말소에 관한 보존행위 이론의 전면적 포기이다.

I. 들어가며

민법 제262조 이하는 공동소유의 한 형태로서 공유를 규정한다. 공유는 인적 관계 없는 공동소유 형태이다. 공유자들의 결합은 다소간 우연하다. 그래서 민법은 공유물에 관한 사항은 지분에 기초해 결정하도록 정하였다. 공유물의 처분·변경은 공유자 전원의 동의, 즉 공유지분 전체에 동의에 기한 의사결정을 하도록 하였다. 관리행위는 지분의 과반수로(민법 제265조 본문, 이하 법명 인용 없는 조문은 「민법」의 조문) 정하되, 보존행위는 공유자가 단독으로 할 수 있도록 정하였다(제265조 단서).

부동산도 물건이므로(제99조) 당연히 공유물이 될 수 있다. 부동산의 공시방법은 등기인바, 공유부동산은 그 지분을 등기하도록 하였다(부동산등기법 제48조 제4항). 그러므로 공유지분 또한 단독소유 부동산과 마찬가지로 원인무효의 등기 등에 의하여 공유지분이 방해될 수 있다. 대법원은 공유물의 보존행위의 범위를 아주 넓게 이해하고, 그에 기초하여 이러한 사안 유형을 보존행위 이론에 터잡아 판단해왔다. 판례에 따르면 공유자 중 1인은 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.

그러나 본고에서는 공유자가 ‘보존행위’로서 공유지분에 관한 원인무효 등기에 관하여 말소를 구할 수 있다는 판례의 보존행위 이론을 비판적으로 분석한다. 본고는 특히 종래 주목되지 않았던 ‘과반수지분권’의 중요성을 밝히고, 과반수지분권의 개념을 중심으로 이 문제를 다루어야 한다고 주장한다. 판례와 학설은 자신의 지분침해가 없는 경우, 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 행사하는 것이 되어 이에 기초한 말소청구를 허용하지 않았으나, 과반수지분권의 개념을 고려하면 말소청구가 허용되어야 할 필요가 있음을 밝힘으로써 종전의 판례이론의 문제점을 해결하는 대안적 해석론을 제시한다. 요컨대 이 문제를 적절히 다룰 대안은 과반수지분권을 중심으로 한 지분권 이론이다.

이는 보존행위 이론에 대한 전면적 회의로 이어진다. 본고는 우리 민법에서 공유지분과 공유물은 엄격하게 구분되는 것이며, 공유부동산의 불실등기 문제는 순수한 공유 ‘지분’의 문제이므로, 공유 ‘물’의 보존행위 이론은 처음부터 적용될 수 없는 것임을 보인다. 그 귀결은 원인무효의 불실등기의 말소에 관한 보존행위 이론의 전면적 포기이다.

II. 원인무효 등기말소에 관한 보존행위 이론의 문제

공유자 중 1인은 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있다는 것이 다음과 같은 확고한 판례의 태도이다.

1. 원인무효의 등기 말소에 관한 판례의 해석론 - 보존행위

[판결 1] 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다464 판결⁷⁷⁾

부동산의 공유자의 한사람은 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있다 할 것이어서, 원고는 공유자의 한 사람으로서 공유물의 보존을 위하여 위 인낙 조서의 기판력에 저촉되지 않는 범위내에서 피고들 명의의 소유권이전등기가 원인 무효임을 주장하여 그 말소를 구할 수 있다 할 것[이다].⁷⁸⁾

한편 우리 민법은 상속인이 수인인 때 상속재산을 공유로 하며(제1006조), 상속재산분할협의를 의한 단독등기가 혼하다. 따라서 상속인 중 1인의 상속재산분할협의를 위조하는 등 다른 공유자에 의한 공유지분의 침해가 자주 문제가 된다. 이 경우에도 판례는 일관되게 그 공유자의 본래 지분에 관하여는 실체관계에 부합하는 등기가 마쳐진 것이므로, 나머지 부분 전체에 한하여 말소를 구할 수 있다고 본다.

[판결 2] 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카961 판결

부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기전부의 말소를 구할 수 있는 것인 바, 이와 마찬가지로 상속에 의하여 수인의 공유로 된 부동산에 관하여 그 공유자 중의 1인이 부정한 방법으로 공유물 전부에 관한 소유권이전등기를 그 단독명의로 경료함으로써 타의 공유자가 공유물에 대하여 같은 권리를 방해한 경우에 있어서는 그 방해를 받고 있는 공유자 중의 1인은 공유물의 보존행위로서 위 단독명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 그 공유자의 공유지분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 소유권이전등기말소등기절차의 이행을 구할 수 있다

이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 3명의 공동상속인이 공유부동산을 각 1/3씩 상속하였는데, 피고가 단독으로 마친 자신 명의의 원인무효의 소유권이전등기를 마친 사안에서, 원고가 소유권이전등기 전체에 대한 말소를 구한 사안이다. 대법원은 이에 대하여 다른 상속인의 상속부분(=1/3 지분)을 제외한 전부의 말소를 구할 수 있다고 보았다. 위 지분이 실체관계에 부합하기 때문이라고 한다.

이상의 [판결 1] 내지 [판결 2]의 법리가 확고한 판례의 태도라고 말할 수 있다.⁷⁹⁾ 요컨대 판례의 태도는 원인무효의 소유권이전등기 등으로 자신의 지분을 침해받은 공유자는 별도로 실체관계에 부합하는 경우를 제외하고는 항상 공유부동산의 원인무효등기 전체의 말소를 구할 수 있다는 것이다.

77) [판결 1]은 가장 널리 인용되는 판결이다. [판결 1] 이전의 같은 취지의 판시로는 대법원 1971.11.30. 선고 71다 1831 판결; 대법원 1966. 4. 19 선고 66다415 판결이 있다.

78) 같은 취지로 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다2408 판결 외 다수.

79) 대법원 1965. 4. 22. 선고 65다268 전원합의체 판결; 대법원 1986. 8. 19. 선고 86다카549 판결; 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006다32200 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다2408 판결; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다 248424 판결 등 참조.

2. 판례의 보존행위 이론의 문제

가. 다른 공유자의 지분침해만을 주장하는 말소청구에 관한 대법원의 입장

그러나 대법원은 전혀 다른 방향의 판시 또한 내놓고 있다. 공유자 중 1인이 다른 공유자의 지분에 대한 원인무효 소유권이전등기의 경료를 주장하며 말소를 구하는 경우 대법원은 다음과 같이 판단하여 왔다.

[판결 3] 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결

공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결 참조), 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 참조).

(중략) 앞서 본 바와 같이 원고로서는 자신의 공유지분이 아닌 다른 공유자인 망인의 공유지분을 침해하는 원인무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 말소를 구할 수는 없는 터이다.

[판결 3]은 최근 같은 취지의 판결로써 대법원의 확고한 입장이 되었다.⁸⁰⁾ 자신의 공유지분 침해가 없는 공유자는 다른 공유자의 지분 침해를 주장하며 원인무효등기의 말소를 구할 수 없다는 것이다. 다른 공유자의 지분권의 대외적 주장으로서 보존행위의 범위를 넘는다는 것이 그 논거다.

나. 대법원의 두 입장의 충돌

그러나 [판결 1]로 대표되는 대법원의 입장, 공유자는 원인무효 등기 전체에 관한 말소를 구할 수 있다는 것과 [판결 3]로 대표되는 대법원의 입장, 공유자가 다른 공유자의 침해만을 주장할 수는 없다는 것을 같이 놓고 살펴보면 이들이 양립하기 어렵다는 점을 알 수 있다.

우선 다음의 경우를 생각하여 보자. 공유부동산 X를 A, B가 각 1/2 지분에 관하여 공유하다가 B가 단독명의로 원인무효의 소유권이전등기를 마쳤다고 하자([사례 1]). 이때 A는 자신의 지분에 관한 말소를 구할 때 그 근거는 ‘보존행위’라고 보기 어렵다. 다른 공유자는 전혀 이익이 없기 때문이다.

다른 사례로 공유부동산 Y를 A, B, C가 각 1/3의 지분에 관하여 공유하는 경우([사례 2]) 또는 공유부동산 Z를 A, B, C가 A, B는 1/5 지분에 관하여, C는 3/5 지분에 관하여 공유하는 부동산 전체에 대하여 B가 원인무효의 등기를 마친 경우를 생각해 보자([사례 3]).⁸¹⁾ A가 자신의 침해 지분, 즉 사례 2에서는 1/3 지분, 사례 3에서는 1/5의 지분에 관하여만 말소를 구하는 한 그 말소청구는 보존행위가 목적하는 공유자 간의 공동이익의 문제가 아니다. 원인무효의 등기경료자 또한 공유자이므로, 말소등기으로써 등기 형식상 손해를 입게 되는 그 공유자의 이해에 오히려 반한다고 볼 여지도 있음을 고려하면 더욱 그렇다. 요컨대 이때 말소청구는 보존행위와 무관하며 그 근거는 지분권일 수밖에 없다.

그렇기에 [판결 1]이 허용하는 대로 원인무효 등기 전체에 관한 말소를 구하는 경우 그 청구는 자신의

80) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결.

81) 사례 1은 침해자 외 다른 공유자가 존재하지 않는다는 점에서, 사례 3은 과반수지분권자가 존재한다는 점에서 사례 2와 별도로 살필 이유가 있다.

지분권의 범위를 넘어서는 때, 그리고 그때에만 보존행위이다. 자신의 지분권의 범위 내에서는 지분권에 의한 청구이다. 예컨대 [사례 2]에서 A가 전체의 말소를 구하는 경우 이때 A의 청구는 1/3 지분에 관하여는 지분권에 기한 청구이고, 나머지 1/3에 관한 청구에 관하여만 보존행위이다.⁸²⁾ 따라서 보존행위이기 위해서는 논리필연적으로 다른 공유자의 지분권에 대한 침해를 주장하지 않을 도리가 없다. 그렇기에 보존행위로서 원인무효등기 전체의 말소청구는 항상 ‘다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장’ 하는 것이 될 수밖에 없다.

그러나 [판결 3]에 따르면, ‘다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장’ 하는 것은 보존행위로 정당화될 수 없다는 모순이 생긴다. 타인의 침해만을 구하면 ‘다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장’ 하는 것이 되어 보존행위의 범위를 넘었다가, 자신 몫의 지분의 침해를 함께 주장하면 새삼 ‘다른 공유자의 지분권의 대외적 주장’ 이 아니게 되어 보존행위가 되는가? 그럴 수는 없다. 대법원의 판시를 있는 그대로 읽으면, 두 입장 사이의 충돌을 피할 길이 없다.

충돌을 직접적으로 야기하는 ‘다른 공유자 지분권의 대외적 주장’ 이라는 논거를 잠시 내려두고, [판결 3]을 선택하여 보자. 위 판결이 단지 다른 공유자의 지분권 침해만을 주장하는 것은 허용하지 않는다는 결론을 내린 것으로 이해하는 것이다. 그러나 이렇게 이해해도 여전히 문제가 남는다. 공유자 자신의 지분에 대한 침해는 지분권의 행사로서, 다른 공유자의 지분에 대한 침해에 관하여는 보존행위로서 그 청구를 하는 것이라면 두 청구는 소송물이 다르다. 따라서 원인무효 소유권이전등기 전체에 대한 말소를 구한다고 해도, 실제로는 두 청구의 단순병합이다. 따라서 두 청구는 별개이고, 당연히 분리할 수도 있어야 한다. 그러나 [판결 3]의 귀결은 이를 분리하여 청구하는 순간 허용되지 않는다는 결과가 나온다.

요컨대 [판결 1]과 [판결 3]의 결론만을 조합하더라도, 그 귀결은 원인무효의 등기에 의한 방해에 있어 자신이 아닌 다른 공유자의 침해지분의 말소는 오직 자신의 권리를 함께 주장할 때에만 허용된다는 결과가 된다. 그런데 - 그 자체 법적으로 무관한 청구임을 전제하는 - 단순병합 관계의 가분적 청구 사이에서, 어떤 청구를 하기 위해서는 다른 청구를 추가하여야 한다는 것이 어떤 법적 의미가 있다는 것 인지는 알기 어렵다.

다. 청구의 불가분성?

물론 자신 지분에 대한 원인무효 소유권이전등기를 말소하기 위하여 다른 공유자의 지분권 침해를 함께 주장하는 것이 불가피하다면, 자신의 지분에 대한 원인무효 등기의 말소와 다른 공유자의 지분에 대한 원인무효 등기의 말소는 법적 관련성을 갖게 된다. 다시 말해 [사례 2] 또는 [사례 3]에서 A의 원인무효 소유권이전등기 전체에 대한 말소청구가 애초에 독립한 청구가 아니라면, 이상의 판례의 태도는 수긍될 여지가 있다.

실제로 두 청구가 일종의 불가분성을 가진다는 취지의 설명이 있다.⁸³⁾ 예컨대 [사례 1]과 같이 A, B가 각 1/2 지분에 관하여 공유하는 부동산에서 제3자인 C가 단독으로 원인무효 소유권이전등기를 마친 경

82) 이러한 취지의 설명으로 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제, 제4판, 박영사, 2021, 342면, 각주 29 참조. 초판부터 제5판까지 변경되지 않았다.

83) 김재형, “공유물에 대한 보존행위의 범위”, 민법론 I, 박영사, 2004, 219-220면; 이 견해는 지분권에서 그 근거를 찾고 있으나, 여기서는 자신의 침해에 대한 청구와, 다른 공유자의 침해부분에 대한 청구가 불가분인지 여부를 따지는 맥락에서 인용한다. 그 외 같은 취지의 설명으로 윤재식, “공유자 사이의 공유물의 보존행위”, 민사재판의 제문제 8권, 한국사법행정학회, 1994, 161면; 홍대식, “공유물의 보존행위: 공유물의 인도청구와 말소등기청구”, 재판실무연구 2권, 수원지방법원(1997), 183면; 이지영, “공유물의 소수지분권자의 다른 공유자에 대한 인도 및 방해배제 청구”, 자율과 공정(김재형대법관퇴임기념논문집) 사법발전재단, 2022, 1118면.

우, A가 1/2 지분에 관하여만 C의 등기를 말소하더라도 A는 다른 공유자인 B와의 관계에서 말소된 1/2 지분이 자신의 지분이라고 주장할 수 없다는 것이다. 같은 논리로 [사례 2]에서 B 명의의 단독 등기가 마쳐진 경우, A가 나머지 2/3지분 전체의 말소를 구하지 않고 1/3지분의 말소만을 구한다면 A는 다른 공유자 C와의 관계에서 말소된 자신의 지분이라고 주장할 수 없다는 것이다. 따라서 공유자는 “지분권을 보호하기 위하여 원인무효의 등기를 모두 말소시킬 필요성이 있다.” 라고 한다.⁸⁴⁾

이 견해에는 분명히 타당한 점이 있다. 이전부터 실무는 지분에 대한 경정 지분에 대한 말소등기의 집행을 구현해왔으나,⁸⁵⁾ 이러한 방식의 집행이 가능하다는 사실이 일반적으로 확립되었다고 보기는 어렵다. 따라서 이 경우 공유자가 자신의 법적 불안을 제거하기 위해서 전체의 말소를 구하는 일종의 ‘불가분성’이 설명될 여지가 있었다.

그러나 현재는 지분에 대한 경정등기 형식의 말소청구가 가능하다는 데에 이설이 없다.⁸⁶⁾ 따라서 자신의 지분권 부분만을 청구하더라도 자신 지분의 말소만을 구하는 판결서를 받아 경정등기의 방식으로 집행함으로써 자신의 지분권에 관한 침해를 제거할 수 있다는 것이 확립되어 있다. 자신의 침해지분만의 말소를 구한다 하여 다른 공유자에게 주장할 수 없게 되는 일은 발생하지 않는다. 그렇기에 위 설명은 적어도 현재로서는 더 이상 큰 설득력을 갖는다고 보기 어렵다.⁸⁷⁾

나아가 위 설명이 타당하다 하더라도, 오직 ‘한 번에’ 침해자 단독명의로 원인무효의 소유권이전등기가 종료된 상황만을 설명할 수 있다. 예컨대 [사례 2]나 [사례 3]과 같은 경우, 상속인 중 1인이 상속재산분할협의서를 위조하여 자신의 단독명의로 피상속인에게서 자신에게로 직접 소유권이전등기를 마치는 사안이 이에 해당한다. 그러나 가령 [사례 2]에서, 피상속인으로부터 A, B, C의 각 명의로 상속을 원인으로 한 지분등기가 마쳐진 이후에 B가 원인무효의 단독명의 소유권이전등기를 마친 사안에서, A가 1/3 지분을 말소하는 경우 위 설명이 적용되지 않는다. 이때는 말소부분의 특징이 가능하기 때문이다. 그런데 원인무효 이전등기를 한 번에 마친 것과 순차로 마친 것은 우연한 차이에 불과하고, 말소되어야 할 것임에 차이가 없다. 두 경우의 일관적 설명을 위해서는 어차피 두 청구의 불가분성에는 기댈 수 없다.

따라서 자신의 지분권에 대한 말소와, 다른 공유자의 지분권에 대한 말소청구는 가분적이라고 보아야 한다.⁸⁸⁾ 89) 다음의 판례들을 살펴보면 더욱 명백하다.

[판결 4] 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결

소외 1은 확정판결의 기관력에 의하여 피고를 상대로 자신의 상속지분에 관하여 피고 앞으로 마쳐진 위 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없는 지위에 놓여 있다 할 것이므로, 소외 1이 다른 공동상속인들과 이 사건 토지를 공유하고 있다고 하더라도, 위와 같이 더 이상 말소청구를 할 수 없게 된 소외 1 자신의 지분에 관한 한, 보존행위로서도 피고 앞으로 마쳐진 위 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 할 것이다

84) 김재형(주 7), 219면, 225면.

85) 법원행정처, 등기선례요지집 1, 140면.

86) 대법원 1995. 5. 9. 선고 94다38403 판결; 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결; 이동진, “민법 중 공유에 관한 규정의 입법론적 고찰”, 민사법학 제78호(2017), 139면. 주석민법 물권(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 31면(최준규 집필); 사법연수원, 부동산등기법, 2018.

87) 그러나 이를 고려하지 않고 여전히 위 설명을 인용하는 것으로 이지영(주 7) 1118면.

88) 이동진(주 10), 139면; 양창수·권영준(주 6), 342면

89) 다만 여기서 분명히 해 두어야 하는 것은, 공유자 중 1인이 원인무효 전체에 관한 말소를 구할 수 있는 경우가 있다는 결론 자체는 매우 타당하다는 것이다. 단지 그 논거를 ‘다른 공유자와의 관계에서 말소지분에 관한 주장가능성’에서 찾을 수 없을 뿐이다. 대신 본고는 지분권, 특히 공유에 있어 과반수지분권의 중요성에서 그 논거를 찾을 수 있다고 본다. 이에 관하여는 후술(IV. 2.) 참조.

[판결 4]는 공유자 중 1인의 지분에 관하여 확정판결에 따라 타인 앞으로 소유권이전등기를 마친 경우, 그 공유자는 확정판결의 기판력에 의하여 더 이상 말소청구를 할 수 없게 된 자신의 공유지분에 관한 한 보존행위로서도 그 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 한다.⁹⁰⁾

이 판결은 공유자 중 1인이 원인무효 전체의 말소를 구하는 경우, 자신의 부분을 초과한 부분에 대하여는 ‘다른 공유자의 지분권을 대위하여 행사’ 하는 것으로 설명된다. 이 점은 [판결 3]이 ‘다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것’ 이 되어 보존목적의 넘게 됨을 드는 그 논거로 드는 점과, 공유자 중 1인이 자신과 나머지 공유자들 전원을 위하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 구할 수 있다고 하는 점,⁹¹⁾ 나아가 다른 공유자가 명시적으로 반대하는 경우 이해가 충돌하여 보존행위가 될 수 없으므로 원인무효 등기 전체의 말소를 구할 수 없다는 판례군⁹²⁾에서도 확인할 수 있다. 즉, 현재의 판례는 공유자 중 1인이 원인무효 등기 전체에 대하여 말소를 구하는 권원은 자신의 지분침해에 관하여는 그 지분권의 행사이고, 다른 공유자의 지분침해에 관하여는 다른 공유자의 지분권을 ‘대위’ 하여 행사하는 것으로 이해된다. 다만 다른 공유자가 그 행사에 명시적으로 반대하지 않을 것을 소극적 요건으로 하는 제3자 소송담당이다.⁹³⁾

그런데 다른 공유자의 지분침해에 대한 청구를 ‘제3자 소송담당’에 기초한 다른 공유자의 지분권의 대위행사라고 보면, 이 청구와 자신의 지분권에 기한 청구가 가분적이라고 보지 않을 도리가 없다. 두 청구는 애초에 소송물이 다를뿐더러 자신의 권리의 행사와 타인의 권리의 대위행사로 서로 구분되기 때문이다. 따라서 원인무효의 단독명의 등기 전체의 말소청구는 자신의 지분침해에 대한 구제로서 지분권에 기한 방해배제청구권의 행사와 다른 공유자의 지분침해에 대한 구제로서 다른 공유자의 지분권에 기한 방해배제청구권의 대위행사라는 독립적인 두 청구의 결합으로 보아야 한다.

그러나 다음의 판결에서 보듯 대법원은 [판결 1]과 [판결 3]을 의식적으로 구별하고 있다. 그러함으로써 대법원은 두 판례가 결합하여 만들어내는 독특한 법리를 의식적으로 승인하거나, 적어도 방치하는 것으로 읽힌다.

[판결 5] 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결

부동산의 공유자 중 1인은 당해 부동산에 관하여 무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우에 민법 제265조 단서에서 정하는 공유물에 관한 보존행위로서 자신의 공유지분을 넘어서 그 무효인 등기 전부의 말소를 청구할 수 있다. 따라서 공동상속에 의하여 여러 사람의 공유로 된 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인이 피상속인과의 사이에 행하여졌다는 매매 등 효력 없는 계약을 원인으로 하여 공유물 전부에 관하여 소유권이전등기를 경료한 경우에도, 다른 상속인은 공유물에 관한 보존행위로서 등기명의인의 상속분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 그 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구할 수 있다([판결 1])(대법원 1982. 3. 9. 선고 81다464 판결, 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카961 판결 등 참조).

한편 공유물의 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적 법률적 행위로서, 공유물의 보존행위를 각 공유자가 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 그 보존행위

90) 같은 취지의 판결로 대법원 1994. 11. 18. 선고 92다33701 판결.

91) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결.

92) 대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다83932 판결; 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결 등.

93) 호문혁, 민사소송법, 제14판, 법문사, 2020, 252면; 전원열, 민사소송법 강의, 제4판, 박영사, 2024, 212면; 이동진(주 10), 139면; 김재형(주 7), 221면.

가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이므로, 어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 그 행사는 보존행위로 될 수 없다고 보아야 한다(대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다83932 판결 참조). (중략) 한편 상고이유에서 지적하고 있는 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결([판결 3])은 공유자의 지분이 등기부에 표시된 공유부동산에 관하여 자신의 지분이 침해되지 아니한 공유자가 원인 없이 마쳐진 다른 공유자의 소유지분에 관한 이전등기의 말소를 구하는 경우에 대한 것으로 이 사건과 사안을 달리하여 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.(강조는 필자)

그렇기에 판례는 원인무효 등기에 있어 자신의 지분권 말소 주장과 다른 공유자의 지분권 말소를 의식적으로 연결시키는 것으로 이해할 수밖에 없다. 요컨대 현재 판례는 자신의 지분권 말소(주장)와 다른 공유자의 지분권 말소 사이에 내적 관계가 있음을 함축한다. 그러나 우리 민법과 민사소송법은 그러한 내적 관계를 알지 못한다. 그렇다면 처음의 질문이 다시 제기된다. 다른 공유자의 지분권을 대위행사하기 위하여 자신의 청구를 ‘끼워 넣어야’ 하는 이유는 무엇인가?

라. 대법원의 방치?

사태를 더 어렵게 만드는 것은 대법원이 심지어 위 입장을 일관하지도 않을 때가 있다는 것이다.

[판결 6] 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결

공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없는바 (대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결 참조), 이 사건 토지의 공유자인 원고가 다른 공유자인 삼한실업과 피고 1 주식회사 사이에 실질관계의 소멸로 무효로 된 제1차 가등기를 유효하기로 하는 합의가 자신의 소유지분을 침해하는 지분 범위를 초과하는 부분에 대해서도 무효라고 주장하는 것은 다른 공유자인 삼한실업의 지분권을 대외적으로 주장하는 것으로서 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없으므로, 원고는 피고 2 주식회사에 대하여 제1차 가등기에 터잡아 순차로 이루어진 피고 2 주식회사의 소유권이전 등기 중 자신의 소유지분을 침해하는 지분을 초과하는 부분에 대하여는 그 말소를 구할 수 없다.(강조는 필자)

[판결 6]은 이상 살펴본 [판결 1]과 [판결 3]로 대표되는 대법원의 입장과 부합하지 않는다. 오히려 [판결 6]은 [판결 1]을 부정하는 것으로 읽힌다. 실제로 [판결 6]의 사안에서 원고는 자신의 지분과 다른 공유자의 지분 모두에 대한 말소를 주장했으나, 대법원은 원고가 말소할 수 있는 것은 오직 자신의 침해 지분에만 한정된다고 보았다. [판결 6]은 원고가 원인무효 등기 전체를 말소할 수 있다는 [판결 1]과는 조화될 수 없는 것이다.⁹⁴⁾

그러나 대법원의 후속 판결, 예컨대 [판결 3]과 같은 취지의 판결들은 모두 [판결 6]을 인용하고 있다. 이로써 보건대 대법원이 [판결 6]을 사실상 폐기하였다고 보기도 어렵다. 심지어 최근 판결에서는 [판결 1]과 [판결 6]을 모두 인용하고 있다.⁹⁵⁾ 그렇기에 대법원이 [판결 1]과 [판결 6]의 사이의 충돌을 인지하

94) [판결 6]이 ‘등기 유효의 합의’에 연여 있다는 점에서 다른 판결과 사안이 정확히 동일하지는 않지만, 이것은 다른 사안과 이 사안을 구별시킬 이유가 못 된다. 다른 공유자의 명시적 반대가 있는 경우 그 지분에 대한 원인무효등기를 말소시킬 수 없는 것은 다른 사안 또한 마찬가지이기 때문이다. 그 명시적 반대의 부재가 가등기 유효와 관련된다고 하여 위 법리의 적용양상이 달라질 이유가 없다.

는 것인지도 의심스러운 상황이다.⁹⁶⁾ 이 때문에 하급심은 혼선을 빚고 있다.⁹⁷⁾

3. 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결과의 정합성 문제

주지하듯 최근 대법원 전원합의체는 공유자 중 일부가 공유물을 권원 없이 점유하는 경우 다른 소수 지분권자가 공유물의 인도를 구할 수 없다고 판단, 배치되는 종전의 판례를 모두 변경하였다.

가. 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결

[판결 7] 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결

공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수는 없다고 보아야 한다. (중략) 보존행위를 공유자가 다른 공유자와 협의하지 않고 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이다(대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결 등 참조). 그런데 공유자 중 1인인 피고가 공유물을 독점적으로 점유하고 있어 다른 공유자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구하는 경우, 그러한 행위는 공유물을 점유하는 피고의 이해와 충돌한다. 애초에 보존행위를 공유자 중 1인이 단독으로 할 수 있도록 한 것은 보존행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 고려하면, 이러한 행위는 민법 제265조 단서에서 정한 보존행위라고 보기 어렵다.

대법원은 그 핵심 논거로 애초 공유자 중 1인이 단독으로 보존행위를 가능하게 한 취지는 그 행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 든다. 어떤 행위가 보존행위이기 위해서는 공유자 모두에게 이익이 되어야 하는 것이고, 그 이해의 충돌이 있을 때에는 보존행위일 수 없는 것이다.⁹⁸⁾ 위 전원합의체 판결 및 일련의 후속 판결로써 공유자 사이의 다툼에서는 ‘보존행위’라는 관념에 호소할 수 없음이 분명해졌다.

위 판결은 전원합의체로서 이루어졌으며, 위 판결이 취한 견해는 종전부터 학설의 광범위한 지지를 얻고 있었다.⁹⁹⁾ 자연 위 전원합의체 판결을 지지하는 견해가 대다수를 차지하고 있다. 그러므로 위 판결을 통째로 부정할 것이 아닌 한 공유법의 해석론을 전개함에 있어서도 위 전원합의체 판결과의 정합성이 진지하게 고려되어야 한다. 대법원이 보존행위의 일종으로 판단하여 왔던 다른 사안에서도 마찬가지이다.

나. 전원합의체 판결과의 정합성

95) [판결 8] 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결

96) 나아가 [판결 8]은 하급심 판례에서 굉장히 다수 인용되는 법리라는 점에서(175개, Lbox, 2024. 06. 26. 최종확인), 이러한 충돌은 더욱 문제이다.

97) [판결 6]에 가까워 보이는 판시로 수원지방법원 성남지원 2018. 2. 6. 선고 2017가단204949 판결; 부산지방법원 2022. 12. 16. 선고 2021가단322094 판결. [판결 3]에 가까운 판시로 서울동부지방법원 2021. 11. 4. 선고 2021가단123049 판결; 수원지방법원 성남지원 2016. 5. 20. 선고 2016가단201219 판결 등. 나아가 이 법리를 인용하는 판례는 매우 다수라는 점에서, 이는 분명히 정리될 필요가 있다. [판결 6]을 인용하는 판례는 175개, [판결 3]을 인용하는 판례는 51개이다(Lbox, 2024. 06. 26. 최종확인).

98) 이 법리 자체는 종전의 판례에서도 인정되었었다. 대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결; 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다49425 판결 등 참조. 이와 관련하여, 이미 위 법리가 공유자 간 인도청구를 허용한 종전의 전원합의체 판결과 조화되지 않는다는 평가가 있었다(김재형(주 7), 윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2015, 186-187면).

99) 종전의 학설상황에 대하여 최준규(주 10), 46면 각주 38 참조.

이러한 관점에서 원인무효의 등기말소 사안은 [판결 7]과 잘 부합하지 않는다. 위 전원합의체 판결은 공유자 사이에서의 침해와 제3자에 의한 침해를 구분한다. 보존행위는 후자에서만 성립할 수 있을 뿐이고, 전자에서는 성립할 수 없다. 그러나 그렇다면 우선 [판결 2]와 같이 공유자 중 1인에 의하여 원인무효의 등기가 경료된 사안에서 보존행위 이론이 작동할 수 있느냐의 의문이 제기된다. 공유자 중 1인이 그의 단독 명의로 소유권이전등기를 경료한 경우 그 등기를 말소함에 의하여 다른 공유자는 이익을 보지만, 단독명의로의 공유자는 등기형식상 손해를 입는다. 따라서 공유자 사이의 이해가 상반되며, 이 점에서도 보존행위 이론이 작동할 수 없다고 볼 여지가 있다.¹⁰⁰⁾ 보존행위는 ‘모든 공유자의 이익에 부합하므로 모든 공유자가 찬성하였으리라 평가되는 행위’ 좁혀서 해석해야 민법 제265조 단서의 취지에 부합한다는 점,¹⁰¹⁾ 공유물의 불법점유 사안에서도 소수지분권자의 점유가 적법하지 않은 것은 마찬가지인바, 위 등기가 원인무효 등기여서 법적 보호가치가 없더라도 이를 근거로 이해가 상반되지 않는다고 보기는 어렵다고 생각한다.¹⁰²⁾

여하간 공유물의 불법점유 사안에서는, 제3자의 불법점유와 다른 소수지분권자의 점유가 구별될 수는 있었다. 그러나 공유부동산에 대한 원인무효 등기의 문제에서는 제3자에 대한 침해의 태양과 공유자 중 1인에 의한 침해의 태양이 동일하다. 어느 경우이든 원인무효 등기로서 말소되어야 한다는 점은 다르지 않은 것이다. [판결 2]에서 대법원은 공유자 중 1인이 제3자에 대하여 그 단독명의로의 원인무효 등기 전부의 말소를 구할 수 있다는 점으로부터 공유자 중 1인에 대하여도 실체관계에 부합하는 부분을 제외한 등기 전체의 말소를 구할 수 있는 결론을 도출하고 있다. 즉, 대법원 또한 이 경우 공유자 사이에서의 침해와, 제3자에 의한 침해가 전혀 다르지 않다는 점을 인식, 전제하고 있는 것이다.

그러므로 위 전원합의체 판결의 취지대로 공유자 사이의 이해충돌 시에는 보존행위라는 관념이 설 자리가 없다면, 그리고 공유부동산의 등기의 문제에서는 공유자 사이에서의 침해와, 제3자에 의한 침해의 양상이 동일하다면, 이 점에서도 공유부동산 등기의 문제에서 보존행위 이론의 작동가능성에는 의문이 들게 된다.

III. 대안으로서 지분권, 그리고 과반수 지분권의 중요성

판례가 보존행위 이론을 취해왔던 유력한 이유는 종래 이에 관한 경쟁 이론이 성숙하지 않았다는 점에서 찾을 수 있다. 대법원 1966. 4. 19 선고 66다415 판결, 대법원 1971.11.30. 선고 71다1831 판결 등 보존행위 이론을 취한 판결들이 등장할 무렵에는 이를 설명하는 다른 이론이 충분히 발전하지 못했었다. 그러나 비교적 최근에는 공유자 상호간의 인도, 방해배제 청구 등에 있어 불가분채권 규정을 유추적용해야 한다는 불가분채권유추적용설¹⁰³⁾과 지분권의 본질에 의하여 가능하다는 지분권 이론¹⁰⁴⁾이 주장된 바 있다. 이제 보존행위 이론은 경쟁 이론들에 대한 우위 하에서 정당화될 수 있다.

1. [판결 1] 내지 [판결 2]의 법리에 대한 설명의 시도

100) 적어도 보존행위가 목적으로 하고 있는 ‘공동이익’의 추구를 위한 행위가 아님은 분명하다. 예컨대 [사례 1]에서 A의 말소청구는 공동이익과 무관하다. B가 아니라 제3자인 C가 A의 지분에 대한 등기를 마친 경우에도 자신의 지분에 관한 한 마찬가지이다.

101) 양창수·권영준(주 6), 236면.

102) 김재형(주 7), 209면.

103) 김증한·김학동, 물권법(제9판), 박영사(1997), 318면; 이은영, 물권법(제4판), 박영사(2006), 517면; 이영준, 물권법, 박영사(2009), 590면 등. 종래 다수설이다.

104) 김재형(주 7), 231면; 윤재식(주 7), 161면.

[판결 1]과 [판결 2]는 원인무효의 등기로 자신의 지분을 침해당한 공유자는 원인무효 등기 전체를 말소할 수 있다는 법리를 내세운다. 학설도 이러한 이치를 인정한다.¹⁰⁵⁾ 그만큼 이 결론은 직관적으로 타당해 보인다. 보존행위 이론은 이러한 결론을 보존행위로 설명한다.¹⁰⁶⁾ 불가분채권유추적용설은 같은 결론을 불가분채권과 같은 성질을 갖는다고 보아 정당화한다. 그러나 불가분채권유추적용설은 공유자 사이의 방해배제를 적절히 설명하지 못하며, 자신의 침해지분에 관한 말소와 다른 공유자의 침해지분에 관한 말소는 근본적으로 구분된다는 점에서 타당하다고 보기 어렵다.¹⁰⁷⁾

지분권 이론에서는 일종의 불가분성에 기대어 설명해왔다. 자신의 지분을 침해당한 공유자 중 1인이 자신의 지분에 관하여만 말소를 구하는 경우 지분을 침해당한 다른 공유자에게 말소된 지분이 자기 몫이라고 주장할 수 없게 될 우려가 있어 전부를 말소하여야 한다는 설명은 앞서 살펴본 바 있다. 그러나 이러한 청구가 불가분성을 갖는다고 볼 수 없다는 점은 마찬가지다.¹⁰⁸⁾

지분권 이론에 따르면 지분은 공유물 전부에 미치는 소유권과 같은 성질을 가진다는 점에서 대안적 설명을 찾을 수 있을 수 있을지도 모른다.¹⁰⁹⁾ 그러나 이는 공유토지 위에 건축되는 건물에 대한 철거청구와 같은 사안에서는 타당한 근거이지만, 원인무효 등기에서는 그 타당성이 감소한다. 공유지분을 표상하는 등기에서는 자신의 지분침해와 다른 지분에 대한 침해에 분명한 선을 그을 수 있기 때문이다.¹¹⁰⁾

그렇기에 불가분채권유추적용설과 종래의 지분권 이론에 터잡은 설명은 충분한 설명을 준다고 보기 어렵다. 반면 보존행위 이론은 비교적 나은 설명을 주었던 것으로 보인다. 다시 말해, 1) 공유자 중 1인이 침해 지분 전체의 말소를 구하는 결론은 타당한 것으로 보이며 2) 보존행위 이론은 이를 설명하는 데에 일견 비교우위가 있는 것으로 보인다. 따라서 이상에서 지적된 문제점에도 불구하고 보존행위 이론이 설득력이 있다고 볼 여지가 있을지 모른다.

그러나 지분권 이론에 따를 때 이상의 법리는 제대로 설명될 수 있다. 이는 막대한 중요성을 가지나 원인무효 등기 문제에서 충분히 조명받지 못한 ‘과반수지분권’의 개념에 주목함으로써 가능하다.

2. 문제상황의 명료화

이에 관하여 논의를 전개하기 위해 우선 [판결 1] 내지 [판결 2]와 관련한 문제상황을 명확히 할 필요가 있다. 종래부터 판례는 일관되게 [판결 1] 내지 [판결 2]에 따라 원인무효 소유권이전등기에 대한 공유자의 말소청구를 판단해왔다.¹¹¹⁾ 이를 [사례 2]를 통해 살펴보면 다음과 같다.

[사례 2]에서 A, B, C가 공유부동산에 관하여 각 1/3 지분을 갖는 상황을 상정하였다. [판결 1]과 [판결 2]의 요점은, 이 상황에서 공유자 아닌 제3자 D([판결 1]) 또는 공유자 중 1인인 B([판결 2])가 단독 명의로 원인무효 등기를 마쳤을 때 그 전부의 말소를 구할 수 있다는 것이다. 이때 지분상황은 다음과 같다.

105) 다만 이 법리가 불필요한 것일 수 있다는 생각을 내비치는 것으로 이동진(주 10), 139면.

106) [판결 1]에 대한 설명으로 자신의 지분에 대하여는 지분권, 다른 공유자의 지분에 대하여는 보존행위로 설명하는 견해로 양창수·권영준(주 6), 342면.

107) 장보은, “공유자 간 이해의 충돌, 해결방안과 그 한계”, 법조 제69권 제4호, 법조협회(2020), 403면.

108) 양창수·권영준(주 6), 341면; 이동진(주 10), 139면; II. 2. 다. 참조.

109) 박윤직·김재형, 물권법, 제9판, 박영사, 2024, 295면.

110) 양창수·권영준(주 6), 341면.

111) 대법원 1965. 4. 22. 선고 65다268 전원합의체 판결; 대법원 1986. 8. 19. 선고 86다카549 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결; 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006다32200 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다 67429 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다2408 판결; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다248424 판결 등 참조.

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분
A : 1/3 B : 1/3 C : 1/3	D : 1

<그림 1 : 제3자의 단독 명의 사안>

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분
A : 1/3 B : 1/3 C : 1/3	B : 1

<그림 2 : 공유자 중 1인의 단독 명의 사안>

앞서 원인무효 등기 사안에서 제3자에 의한 침해와 공유자 중 1인에 의한 침해가 구분되지 않는 이유를 밝혔고, 후자가 더 발생의 위험도가 높고 실제로 빈도가 많은 사례인바, 법적 해명의 필요성이 큰 <그림 2>를 중심으로 설명한다. 요점은 동일하다.

이때 A는 자신의 지분 부분을 침해하는 등기를 말소할 수 있다. 나아가 [판결 1] 내지 [판결 2]를 부정한다면, A는 자신의 지분 부분만을 말소할 수 있게 될 것이다. 이것이 [판결 6]과 같은 사안에서 발생하는 일이다. 일단 A가 자신의 지분만을 말소하였다고 하자. 그림으로 나타내면 다음과 같다.

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분
A : 1/3 B : 1/3 C : 1/3	A : 1/3 B : 2/3

<그림 3 : 공유자 중 1인의 단독 명의 사안 - A의 일부 등기 말소>

이때 [판결 1] 내지 [판결 2]의 타당성은 <그림 3>에서 A가 C의 명의를 추가로 말소할 이익이 있는지에 달려 있다. 이미 자신의 지분을 회복한 A가 더 이상의 이익이 없다면, 이러한 ‘추가적 청구’는 허용될 이유가 없을 것이기 때문이다.¹¹²⁾ 이는 [판결 1]에서 자신의 침해 지분에 관한 등기의 말소와 다른 공유자의 지분침해를 ‘순차적’으로 할 수 있는지의 문제이기도 하다.

여기서 잠시, 다른 사안 유형을 생각해 보자. A, B, C가 각 1/3씩 등기되어 있는 공유부동산에서, 처음부터 A의 지분은 침해받지 않은 채로, 공유자 B가 C의 지분에 대한 원인무효의 등기만을 마쳤다고 하는 것이다.¹¹³⁾ 이를 그림으로 나타내면 다음과 같이 된다.

112) 이러한 ‘추가적 이익’은 지분권 이론에서 필수적이다. 지분권 이론에서는 지분에 기초한 사용·수익권의 보호를 궁극적 근거에서 찾기 때문이다.

113) 제3자 D가 A의 지분 외 B, C의 지분에 대해서만 말소를 하였다 하더라도 요점은 동일하다. 이때는 <그림 1>에서 논리를 쫓아가게 된다.

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분
A : 1/3	A : 1/3
B : 1/3	B : 2/3
C : 1/3	

〈그림 4 : 공유자 중 1인의 일부 등기 사안〉

그런데 〈그림 4〉와 같은 경우에 관한 논의는 찾기 어렵고, 있더라도 A가 C의 지분에 대하여 말소를 구하는 것을 허용하는 견해는 찾기 어렵다. 특히 지분권 이론에서 이를 인정하는 견해는 찾기 어렵다.¹¹⁴⁾ 그 이유는 자의적이지 않음에도 타인의 지분권을 대위행사하는 결과가 나온다고 생각하는 데에 있다.

그러나 이 그림으로써 두 사안이 구조적으로 연결되어 있다는 사실을 이해할 수 있다. 〈그림 3〉과 〈그림 4〉는 구조적으로 동일하다. 따라서 [판결 1]의 법리를 긍정하면서 [판결 3] 전면적으로 부정하기는 어렵다. 이것이 전술한 [판결 1] 내지 [판결 2]와 [판결 3]이 정합적이지 않아 보였던 이유이다. 정리하면, 쟁점은 ‘자신의 직접적 지분침해가 없는데도 다른 공유자의 침해 지분에 관한 말소를 구할 수 있는지’이다. 이러한 점에서 〈그림 4〉는 [판결 3]에서 판시하고 있는 법리의 문언에 들어맞는다. 그러나 엄밀하게는 〈그림 4〉의 사안과 [판결 3] 사안의 이익상황이 다르다는 점을 인식하는 것이 매우 중요하다.

[판결 3]은 부동산 중 1/3 공유지분에 대하여 원인무효의 소유권이전등기가 경료되었음을 이유로 그 부동산에 대한 다른 공유지분권자가 그 소유권이전등기의 말소를 구한 사안이다. 논의를 위한 범위에서 다소 단순화하여 그림으로 나타내면 다음과 같다.

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분
A : 1/3	A : 1/3
B : 1/3	B : 1/3
C : 1/3	D : 1/3

〈그림 5 : [판결 3] 사안〉

결론부터 말하자면, 〈그림 5〉 사안에서 A는 D 명의의 등기를 말소할 수 없다. 그러나 〈그림 3〉 또는 〈그림 4〉의 사안에서 A는 C의 지분에 관하여 마쳐진 B 명의의 소유권이전등기를 말소할 이익이 있다. 차이는 〈그림 5〉 사안과 달리 〈그림 4〉는 등기부상으로 표상되는 과반수지분권자가 존재한다는 점이다. 과반수지분권자의 존재는 사태를 근본적으로 바꾸어놓는다. 이하 이에 대하여 살핀다.

3. 과반수 지분권의 중요성

민법 제265조 본문은 “공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다”라고 규정한다. 다만 보존행위의 경우를 그 예외로 두고 있다. 보존행위에 해당하는 경우에도 관리행위로 결

114) 명시적으로 부정하는 것으로 김재형(주 7), 220면, 231면; 지분권설을 취하면서도 [판결 1]의 근거를 지분권에서 찾지 않아 부정하는 견해로 이해되는 것으로 양창수·권영준(주 6), 342면.

정할 수 있음은 당연하다. 관리행위는 목적물의 보존·이용·개량을 총칭하는 것으로서, 그것이 처분·변경까지 나아가지 않는 모든 사항을 포함한다. 그렇기에 공유물의 관리행위는 전 공유자를 위하여 공유물의 사용가치를 보존, 이용, 개량시키는 모든 행위이다.¹¹⁵⁾ 이러한 점에서 보존행위는 관리행위에 속하는 사항 중 일부를 특별히 단독으로 할 수 있게 만든 것에 불과하다.

공유물의 처분·변경에 이르지 않는 모든 행위가 관리행위이므로, 관리행위의 범위는 매우 넓다. 판례는 공유물을 사용·수익하는 구체적 방법의 결정¹¹⁶⁾, 공유물의 임대행위¹¹⁷⁾ 및 관리행위에 해당하는 계약의 해제, 해지¹¹⁸⁾, 공유토지의 정지(整地)¹¹⁹⁾ 등을 관리행위로 본다. 이렇게 과반수지분권으로 결정된 사안에 대하여는 다른 지분권자가 보존행위 등을 논하며 결정을 뒤엎을 수 없다.¹²⁰⁾ 소수지분권자가 과반수지분권자에게 인도나 방해배제를 구할 수 없음은 당연하고, 이는 과반수지분권자가 될 지위에 있는 자에게도 마찬가지이다.¹²¹⁾ 소수지분권자의 인도청구의 상대방이 후발적으로 과반수지분권자가 된 경우에도 같다.¹²²⁾ 당연히 과반수지분권자로부터 사용·수익을 허용받은 점유자에 대하여도 소수지분권자가 인도, 건물의 철거, 퇴거 등 점유배제를 구할 수 없다.¹²³⁾ 반대로 과반수지분권자는 소수지분권자¹²⁴⁾ 및 소수지분권자로부터 임대차계약을 체결하고 그에 기하여 공유물을 점유, 사용하고 있던 제3자에게 관리행위로서 인도를 구할 수 있다.¹²⁵⁾

요컨대 관리행위의 범위는 매우 넓으며, 그 효과는 강력하다. 공유에서는 지분의 과반수로 공유물의 경영에 관한 사항을 모두 결정할 수 있다. 이때 과반수지분권자는 관리행위의 결정에 있어 다른 공유자들과 협의를 거칠 필요조차 없다.¹²⁶⁾ 이는 과반수지분권의 근본적 중요성을 드러낸다.

다시 말해 공유관계에 있어 지분 과반수는 마법의 수(magic number)이다. 이는 주식 과반수로 주식회사의 경영권을 정하는 사안과 유사하다. 경영 분쟁의 상황에서 과반수 주식의 중요성을 부정할 사람은 아무도 없다. 최근 전원합의체 판결(판결 7)을 보더라도, 과반수지분권자의 존재 여부가 공유의 문제에서 근본적으로 중요함을 알 수 있다. 그러나 원인무효 등기 문제에서는 이러한 과반수지분권의 중요성이 지금껏 거의 강조되지 않았다. 이를 충분히 강조하면, 등기의 문제를 달리 보게 된다. 과반수지분권을 기초로 관리행위를 모두 결정할 수 있기에 등기부가 과반수지분권자의 존재를 표상하는 것은 심각한 문제가 된다는 점에서 그렇다.

<그림 3> 또는 <그림 4>의 사안에서 B가 제3자인 D에게 협의 없이 공유부동산에 대하여 임대차를 설정하여 주었다고 하자. B가 실제로 과반수지분권자였다면, 이는 적법한 임대권한에 기한 임대이므로 D는 자신이 대항력을 취득할 수 있으리라는 합당한 기대 하에서 임대차계약을 체결했을 것이다. 그런데 B가 사실 1/3에 관한 지분만을 갖는 데에 그치는 소수지분권자인 경우 이 임대차계약은 나머지 공유자에 대하여는 무효이므로,¹²⁷⁾ 다른 지분권자는 이에 대하여 다시금 다른 공유자와 협의하여 과반수지분권을 확보한 형태로 인도를 구하거나 하여야 할 것이다.¹²⁸⁾ D는 이에 반발할 것이므로, 법적 분쟁으로

115) 박윤직·김재형(주 33), 296면; 최준규(주 10) 38면.

116) 대법원 1971. 7. 20. 선고 71다1040 판결.

117) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37905 판결.

118) 대법원 1964. 9. 22. 선고 64다288 판결.

119) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다20220 판결.

120) 대법원 1962. 4. 4. 선고 62다1 판결; 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결.

121) 대법원 1995. 9. 5. 선고 95다24586 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000다33638, 33645 판결.

122) 이 경우 점유할 권리를 갖추게 되어, 물권적 청구권이 소멸한다. 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다252458 판결.

123) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결.

124) 대법원 1981. 10. 24. 선고 81다563 판결.

125) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다569 판결.

126) 대법원 1991. 9. 24. 선고 88다카33855 판결.

127) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다569 판결; 대법원 1962. 4. 4. 선고 62다1 판결.

이어질 개연성이 크다. 이외에도 B는 다른 방법으로 계속 공유물에 관한 사항에 관하여 법적 문제를 일으킬 여지가 크다. B는 E 등에게 자신의 지분을 전부 처분할 수도 있다(제263조). 이때는 E가 다시금 권한 없는 과반수지분권자로서 발생시킨 똑같은 문제에 직면한다. 이에 대하여 A로 하여금 그때마다 B 또는 E가 관리행위를 명목으로 한 법률행위의 상대방에게 B 또는 E가 사실은 과반수지분권자가 아니었음을 주장하며 일일이 다투라고 하여야 하는가?

A로 하여금 자신의 지분에 대한 직접 침해가 없다고 하여 이를 말소할 수 없게 하다는 결론 - [판결 3]이 함의하는 - 은 B가 관리행위의 명목으로 벌이는 권한 없는 법률행위가 있을 때 마다 일일이 그 효력을 다투라고 요구하는 것에 다름없다. 이는 자신의 등기부에 원인무효의 등기가 마쳐져 있음에도, 어차피 우리 법제에서 등기의 공신력이 인정되지 아니하므로 큰 문제가 발생하지 않는다는 생각과 다르지 않다. 이는 전혀 실효적인 권리구제 수단이 아니며, 소유권을 중요하게 보호하여 물권적 청구권으로 문제를 근본적, 본원적으로 해결하도록 한 우리 민법의 태도¹²⁹⁾와도 맞지 않는다.

요컨대 ‘불실의 과반수지분권자’를 표상하는 등기부는 공유자의 지분을 직접 침해하지 않더라도 불실의 과반수지분권자를 표상하는 등으로 공유자의 지분에 기한 사용·수익권에 대한 중대한 방해가 될 수 있다. 이는 그 자체 자신의 지분권에 관한 법적 방해다.¹³⁰⁾ 적법한 과반수지분권자가 있었다면 이러한 부담은 그 수인의 범위에 있겠지만, 그렇지 않은 이상 당연히 이 방해는 위법한 방해이다. 그렇기에 A는 이를 제거할 법적 이익이 있다. 그 구제수단은 지분권에 기한 방해배제청구권이다.

4. 과반수 지분권의 중요성을 반영한 설명

[판결 1] 내지 [판결 2]와 같이 원인무효의 등기 전체를 말소하는 것은 직접 침해가 없더라도, 지분에 따른 사용·수익을 위해 반드시 필요하다. 학설을 막론하고 [판결 1]의 법리를 타당하다고 보아 설명하려는 까닭이 여기에 있다. 직접적 침해 없는 부분의 말소가 필요한 경우가 분명히 있는 것이다.

말소가 필요한 경우란 침해를 당한 공유자 중 1인이 자신의 지분을 말소하는 것만으로는 법적 불이익을 완전히 제거할 수 없는 경우를 말한다. 특히 소제기 시점에는 인용 여부, 범위가 불확실하므로, 원인무효등기 전체에 대하여 말소를 구할 수 있도록 하여야 실효적 권리구제가 된다. 그러므로 불실등기가 과반수지분권이 되지 않는 수준에 한하여 말소가 허용되는 것 또한 물론 아니다.

그렇다면 [판결 1]이나 [판결 2]와 같이, 자신의 지분이 침해된 경우 언제 다른 이의 말소를 구할 수 있을까. 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

(1) 원고가 과반수지분권자인 경우

원고가 애초부터 과반수지분권자인 경우, 자신의 지분에 대한 불실등기를 말소하는 것만으로 원칙적으로 권리구제에 충분하다. 이 경우 원칙적으로 다른 지분권자의 지분에 대하여 말소를 구할 이익이 없다고 보아야 한다.¹³¹⁾

128) [판결 7]에서도 쟁점이 되었던 문제이지만, 이때 소수지분권자 단독으로 다른 소수지분권자로부터의 계약으로써 점유를 승계받은 제3자에게 인도를 구하지 못한다고 보아야 한다. 확정적인 판례의 태도로 보기는 어려우나, 대법원 2020. 9. 7. 선고 2017다204810 판결.

129) 편집대표 김용덕, 주석민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 603면(이계정 집필); 양창수·권영준(주 6), 436면.

130) 적어도 방해의 염려가 있다고 보아야 한다.

131) 한편 이때 공유물의 처분·변경에는 공유지분 전체에 의한 결정이 필요하지만, 이는 자신의 지분권을 갖고 있는 한 일종의 거부권(Veto)이 있는 것이므로, 다른 공유자의 침해지분을 회복시키는 문제에서 고려할 필요가 없다.

(2) 원고가 과반수지분권자가 아닌 경우

원고가 과반수지분권자가 아닌 경우 경우의 수가 복잡해진다.

(가) 우선 과반수지분권자가 아무도 없는 공유를 생각해볼 수 있다. 대다수의 공유가 여기에 속한다. 이 경우 항상 전부 말소의 이익이 있다. 이때 원인무효의 등기가 과반수지분권을 표상하지 않더라도 마찬가지이다. 왜냐하면 이 경우 원고가 적절한 관리행위를 하기 위해서는 다른 지분권자와 협업하여 과반수지분권을 만들어내야 하기 때문이다. 이때 협업을 통한 과반수지분권을 근거로 제3자와 임대차계약 등의 관리행위를 하는 경우, 제3자는 등기부를 보고 그에 비추어 실제 과반수지분권에 기한 법률행위인지를 판단하게 될 것이다. 따라서 이때 등기부가 불실의 것을 표상하는 경우, 이를 말소할 이익이 있다.

예컨대 A, B, C, D가 각 1/4에 관하여 공유하는 공유부동산에 대하여 C가 D의 지분에 대하여 원인무효등기를 갖춘 경우, 또는 공유자 아닌 E가 C, D 지분에 관하여 등기를 마쳐 1/2 지분의 공유자처럼 표상되는 경우, A는 이를 말소할 이익이 있다고 보아야 한다. A, B가 1/2 지분에 관하여 공유하는 부동산에 대하여 C가 B의 지분에 관하여 원인무효의 소유권이전등기를 경료한 경우에도 마찬가지다.

(나) 반면 원고 외 다른 진정한 과반수지분권자가 있는 경우 상황이 다소 복잡하다. 이 경우 원고가 원인무효 등기를 말소하더라도 어차피 등기로 표상되는 과반수지분권자가 있어서, 그 이익이 명백하지 않기 때문이다. 그러나 종래 과반수지분권에 의한 결정을 참칭 과반수지분권자가 뒤엎는 것 또한 권리에 대한 방해가 될 수 있다. 따라서 이 경우에도 제한 없이 말소를 허용함이 옳다.

정리하면, [판결 1] 내지 [판결 2]와 같이, 자신의 지분과 다른 공유자의 지분이 모두 원인무효의 등기에 의하여 침해되는 사안에서는, 원고가 과반수지분권자가 아닌 한 항상 원인무효 등기 전체를 말소할 이익이 있다고 보아야 한다.

(3) 자신의 지분을 침해받지는 않은 경우

반면 처음부터 자신의 지분은 전혀 침해받지 않은 채, 다른 공유자의 지분만 침해된 경우가 있다. 이 때는 다른 공유자의 지분을 침해하는 원인무효 등기를 말소하지 않으면 자신의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 말소가 허용될 수 있다. 그 경우란 다른 참칭과반수지분권자가 존재하는 경우다. 예컨대 <그림 3> 또는 <그림 4>에서는 참칭과반수지분권자가 존재하므로, 여전히 그에 의하여 법적 지위를 위협당하는바, 이를 말소할 이익이 있다. 그러나 <그림 5>와 같은 경우, 참칭과반수지분권자가 존재하지 아니하는바, 이를 말소할 이익은 없다. 이는 자신의 지분에 대한 직접적 청구가 없는 경우를 그렇지 않은 경우에 비해 다소 엄격한 요건을 적용하는 것인데, 자익성이 확실한 상황으로 한정할 필요가 있다는 점에서 정당화할 수 있다.

관련하여 살펴볼 필요가 있는 다음의 흥미로운 사안이 있다.

[판결 8] 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다273206 판결

부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있으나(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다52870 판결 참조), 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실 · 훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적 · 법률적 행위인 공유물의 보존

행위에 속한다고 할 수는 없으므로(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결 참조), 자신의 소유지분 범위를 초과하는 부분에 관하여 마쳐진 등기에 대하여 공유물에 관한 보존행위로서 무효라고 주장하면서 말소를 구할 수는 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다 67429 판결 참조). 결국 공유물에 관한 원인무효의 등기에 대하여 모든 공유자가 항상 공유물의 보존행위로서 말소를 구할 수 있는 것은 아니고, 원인무효의 등기로 인하여 자신의 지분이 침해된 공유자에 한하여 공유물의 보존행위로서 그 등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이므로, 원인무효의 등기가 특정 공유자의 지분에만 한정하여 마쳐진 경우에는 그로 인하여 지분을 침해받게 된 특정 공유자를 제외한 나머지 공유자들은 공유물의 보존행위로서 위 등기의 말소를 구할 수는 없다.

[판결 8]의 사안은 다음과 같다. 망 소외인 D가 1911년 부동산을 국가로부터 사정받았는데, 2020년 D가 사망하여 전전상속되어 원고를 포함한 여러 명이 상속인들이 위 부동산을 상속하여 공유부동산이 되었으며, 이후 B를 제외한 모든 상속인이 원고에게 상속지분을 양도하여 원고는 262/280 지분을, B는 18/280 지분을 갖게 되었다.¹³²⁾ 원고는 피고를 상대로 피고의 소유권보존등기가 원인무효임을 이유로 이 사건 토지 중 262/280 지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하여 승소(‘1차 소송’)하고, 확정판결에 기하여 262/280 지분에 관한 원고 자신 명의의 소유권이전등기를 마쳤다.¹³³⁾ 이후 원고는 다시 B의 지분인 18/280 지분에 대하여 피고에게 B에 대한 진정명의회복을 위한 소유권이전등기의 이행을 구하는 소를 제기하였다(‘2차 소송’).

진정한 지분	등기부가 표상하는 지분(‘2차 소송’ 시점)
원고 : 262/280	원고 : 262/280
B : 18/280	피고 : 18/280

판례에 따르면, 만일 처음부터 원고가 1차 소송에서 전체에 관하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구하였다면 인용되었을 것이다.¹³⁴⁾ 그러므로 그 순서가 한 차례의 소송으로 한 번에 이루어지는지가 중요하지 않다고 볼 여지도 있다. 즉, 다소간 시간의 차이가 있기는 하지만 이미 한 번에 말소 또는 이전을 구하는 것이 가능하였다면, 소송의 개수가 다르더라도 상관이 없다고 보는 것이 전혀 불가능한 것은 아니다. [판결 8]의 제1심판결은 그러한 견지에서 원고의 청구를 인용하였다. 반면 원심과 대법원은 [판결 8]의 사안에서 원고의 청구를 허용하지 아니하였다. 원고가 이미 등기를 마친 시점부터는 ‘2차 소송’은 다른 공유자의 지분권자의 지분권의 대외적 주장이 된다는 취지이다.

[판결 8]은 그 자체로도 [판결 1]과 [판결 3]의 관계를 보여주는 흥미로운 판결이다. 판례의 태도에 따르면 말소청구를 한 번에 하는 경우와, 나눠서 하는 경우 결론이 달라질 수 있는 것이다. 그러나 본고의 견해에 따르면 원고는 과반수지분권자로서, 자신의 지분 부분의 원인무효 등기를 제거하는 것만으로 목적을 달성할 수 있으므로, 처음부터 자신의 지분을 초과해 말소를 구할 이익이 없다.

비록 [판결 8]이 [판결 3]의 법리를 인용하고 있기는 하나, 그 이익 상황이 매우 다르다는 점 또한 알

132) 판결에서 명시적으로 드러나지 않으나, 그 양도의 방법은 상속재산분할협의일 수밖에 없다. 상속 이전부터 위 부동산은 피고의 단독 소유로 등기되어 있었기 때문이다.

133) 공유자 중 1인이 자신과 나머지 공유자들 전원을 위하여 원인무효 소유권이전등기의 말소를 구할 수도 있지만, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 구하는 것 또한 가능하다. 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결.

134) 반면, 본고의 견해에 따르면, 이 경우 1차 소송에서 원고가 원인무효 등기의 전부말소를 구하였더라도, 자신의 부분만 인용하여야 할 것이다. 이때 원고는 과반수지분권자로서 자신의 지분 부분의 원인무효 등기를 제거하는 것만으로 목적을 달성할 수 있기 때문이다.

수 있다. [판결 8]은 이미 원고가 과반수지분권자로서 B의 지분에 대하여 별도로 말소를 구할 이익이 없기 때문에 허용되지 않는 것으로 이해해야 한다.¹³⁵⁾ 반면 [판결 3], 즉 <그림 5>에서는 원고가 이를 말소하지 않더라도 과반수지분권을 확보할 여지가 있으므로 따라서 다른 공유자의 지분권을 행사할 필요가 긴절한 것이라고는 보기 어렵다는 점에서 허용되지 않는다.

나아가 이를 기초로 <그림 3> 내지 <그림 4>의 사안과, [판결 3]에 관한 <그림 5>의 사안이 어떻게 다른지에 대하여 정확히 알 수 있다. <그림 3> 내지 <그림 4>의 사안에서 A는 여전히 과반수지분권자가 표상되는 등기부에 의하여 자신의 지분에 기초한 사용·수익에 대한 위험이 상존한다. 반면 <그림 5>의 사안에서는 A는 등기부에 의하여 입는 불이익이 타인의 권리를 행사하는 것만큼 크다고 보기는 어렵다. 요컨대 <그림 4>와 같이, 처음부터 원고 자신의 지분의 침해가 존재하지 않았던 경우에는 다른 공유자의 지분을 침해하는 원인무효 등기를 말소하지 않으면 자신의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 그 청구가 허용된다.

그러나 ‘다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것이 되어 보존행위의 범위를 넘는다’¹³⁶⁾는 공통적인 판시에도 불구하고, [판결 3], [판결 6], [판결 8]은 서로 전혀 다른 이익상황에 있고, 실제로 위 판결에서 적용하는 법리와 결론도 전혀 다르다.¹³⁷⁾ 그럼에도 마치 원고 자신의 지분에 대한 침해가 없다면 결코 말소를 구할 수 없다는 것처럼 판시되는 것은 적절하지 않다.

요컨대 [판결 3]에서는 <그림 4>와 <그림 5>의 차이를 잡아낼 수 없다. 따라서 단순히 ‘다른 공유자의 지분권의 대외적 주장’으로 따질 것이 아니라, ‘그 말소로써 권리자가 얻을 수 있는 이익이 있는 지’를 분명히 기준으로 세워 이에 따라 판단하여야 한다. [판결 1]과 [판결 3]의 비정합성은 [판결 3]을 수정함으로써 해결될 수 있다.

5. 소결

지금껏 판례가 [판결 1]과 [판결 2]와 같은 결론을 내온 것, 그리고 이러한 결론이 그 설명의 방식은 다를지라도 학설의 광범한 지지를 받아왔던 것에는 이유가 있다. 자신의 지분에 대한 말소만으로는 그 구제가 불충분하다는 법적 직관에 기초하고 있는 것이다. 그러한 직관의 법적 근거는 지분권, 특히 과반수지분권에 대한 강조 하에서 비로소 만족스럽게 설명된다. 지분권설은 이를 가장 적절히 설명하는 견해다.¹³⁸⁾

한편 [판결 3] 등이 판시하는 법리는 문언 자체로도 잘못 이해될 뿐만 아니라, 잘못된 함축을 내재한다. [판결 6]과 같은 일관되지 않은 판결은 대법원 판례가 이를 제대로 파악하지 못한 귀결이다. 이 때문에 하급심은 혼란을 겪고 있다. 그러나 과반수지분권에 기초한 귀결을 분명히 함으로써 판례와 같은 법이론적으로 이해하기 어려운 내적 관계를 창설할 이유가 없다. 관련한 법리를 지분권 이론에 기초하여 모두 일관되게 설명할 수 있다.

135) 아마 원고는 처분·변경을 위하여 이를 구하였던 듯한데, 이는 B의 동의를 구하면 충분하므로, 별도로 보호해야 할 이익이 아니다.

136) 보존행위를 논거로 드는 것 자체가 타당하지 않음은 잠시 미뤄둔다.

137) 특히 이상의 논의에 비추어 볼 때, 자신의 지분침해와 다른 공유자의 지분침해가 함께 있는데도, 자신의 지분침해를 넘는 청구를 전면 부정하는 [판결 6]은 그 타당성을 찾기 어렵다.

138) 그렇기에 김재형(주 7), 199면 이하는 근본적으로 타당하다.

IV. 보존행위 이론의 근본적 문제

어쩌면 보존행위 이론의 지지자들은 보존행위 이론을 수정함으로써 대응할지 모른다. 이상에서 지적한 보존행위 이론에 기초한 판례의 문제점을 인정하면서, 참칭과반수지분권자가 발생하는 경우 지분을 직접 침해당한 공유자 및 그 외의 법적 침해를 입고 있는 공유자의 이해가 공통되므로, 공유자 중 1인이 여전히 보존행위로서 원인무효 등기 전체를 말소할 수 있다고 설명하는 것이다. 요컨대 과반수지분권의 중요성을 받아들이면서도 보존행위의 틀 내에서의 설명을 시도할 수 있다. 그러나 이는 타당하지 않다. 원인무효 등기의 문제에 있어 보존행위 이론은 근본적 문제점을 갖기 때문이다. 이하 이를 살핀다.

1. 공유 ‘지분’의 문제로서 원인무효 소유권이전등기

가. 공유물과 공유지분 구분의 엄격성

우리 민법은 공유에 있어 공유 ‘지분’과 공유 ‘물’을 엄격하게 구분한다. 공유물의 처분은 공유자 전원의 동의를 요한다(제264조). 반면 공유지분의 처분은 자유롭다(제263조). 다른 공유자의 동의는 필요하지 않다.¹³⁹⁾ 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정되지만(제262조 제2항), 그와 달리 등기가 되어 있는 경우 당연히 등기가 우선한다. 요컨대 등기는 공유지분을 표상한다. 공유부동산의 등기가 나타내는 것은 공유지분이다.

한편 민법 제265조는 “공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다”라고 규정한다. 문언상 제265조 단서의 보존행위는 항상 공유 ‘물’에 관한 보존행위이다. 이에 통설과 판례는 공유물의 보존행위를 “공유물의 멸실, 훼손을 방지하고, 현상을 유지하기 위한 사실상, 법률상 행위”로 정의한다.¹⁴⁰⁾ 공유건물의 손괴를 방지하기 위한 수리, 수선을 위한 수선계약의 체결, 부패의 염려 있는 공유물의 매각 후 금전 보관(자조매각) 등이 그 예이다. 편의상 ‘보존행위’라고 줄여 논하지만, 보존행위는 항상 공유 ‘물’, 즉 물건에 관한 것이다.

원인무효 등기의 문제는 공유 ‘물’이 아니라 공유 ‘지분’의 문제다. 공유부동산의 등기부에 불실 등기가 있는 것은 공유물에 대한 침해가 아니라, 지분의 침해이다. 최근 전원합의체 판결에서 보듯, 점유에서는 공유자 중 1인에 의한 침해와 제3자에 의한 침해가 명확하게 구분된다. 그러나 등기에서는 공유자 중 1인에 의한 침해와 제3자에 의한 침해가 구분되지 않는다. 두 침해는 정확히 동일하고, 판례의 의하여도 인정되는 바이다.

이러한 차이가 발생하는 이유는 공유부동산의 등기가 표상하는 것은 공유 ‘지분’이기 때문이다. 표상되는 지분이 누구의 명의인지는 원칙적으로 중요하지 않다. 중요한 것은 단지 지분의 비율, 특히 과반수 지분이다. 그렇기에 [판결 7]과 달리, 원인무효 등기에서는 공유자 중 1인에 의한 침해와 제3자에 의한 침해가 그 양상이 다르지 않다. 요컨대 점유와 등기에서의 이러한 양상의 차이는 점유는 공유 ‘물’에 대한 점유이므로 공유물과 직접적으로 관련되는 반면, 등기는 그렇지 않다는 것이다.

그렇다면 원인무효 등기의 말소에 있어 보존행위를 근거로 삼는 것은 애초에 번지수를 잘못 찾은 것은 아닌가? 공유지분과 공유물을 엄격하게 구분하는 우리 민법에서 보존행위는 오직 공유물에 관련한 문제에서 작동할 수 있다고 보아야 한다.¹⁴¹⁾ 다음을 고려하면 이는 더욱 분명하다.

139) 대법원 1972. 5. 23. 선고 71다2760 판결; 박윤직·김재형(주 33), 293면.

140) 대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결; 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결; 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다240879 판결 외 다수. 최준규(주 10) 45면.

나. 공유물건의 현상과 등기 사이의 관련성

[판결 1], [판결 2] 등에서 살펴본 바와 같이, 판례는 제3자와 다른 공유자를 가리지 않고, 원인무효의 소유권이전등기에 의한 침해 또한 보존행위라고 보고 있다. 그러나 인도 또는 등기의 말소가 “공유물의 멸실, 훼손을 방지하고, 현상을 유지하기 위한 사실상, 법률상 행위”에 곧장 해당한다고 보기 어렵다는 점이 이미 지적되어왔다.¹⁴²⁾ 이상에서 보존행위의 예시로 든 수리나 수선의 범주에 비추어 볼 때 인도가 곧장 이에 해당한다고 보기는 어렵다. 그래도 인도의 경우 권원 없이 불법점유를 하는 제3자가 공유물을 선관주의(제374조) 또는 적어도 자기재산과 동일한 주의(제695조)로 보존할 것을 합리적으로 기대하기 어렵다는 점에서, 공유자 중 1인이 제3자에 대하여 공유물의 인도를 구하는 것이 그나마 보존행위로 정당화될 여지가 있었다.¹⁴³⁾

그러나 등기는 사태가 다르다. 제3자 또는 공유자 중 1인이 공유물에 대하여 불실등기의 단독명의를 갖고 있다고 하여 곧장 공유물에 변화가 일어나지 않는다. 제3자는 자신의 지분권을 표상하는 등기를 바탕으로 공유자 또는 다른 제3자에게 공유물의 인도를 받아야 비로소 공유물에 영향을 미치는 것이 가능하다. 이때 공유자 중 1인이 이미 공유물을 점유하고 있는 경우, 과반수 지분권 이상을 표상하는 등기가 있어야 그나마 인도를 시도해볼 수 있을 것이고, 이때는 인도를 둘러싼 소송이 벌어지게 될 것이다. 단독명의를 바탕으로 공유물을 제3자에게 처분하는 경우에도 마찬가지이다.

따라서 인도에 비교하여도 등기는 공유물에 미칠 수 있는 영향이 현저히 낮다. 등기는 물건의 현상과는 거의 관련을 맺지 않는다. 단지 등기를 바탕으로 인도를 구하는 방법으로써, 즉 인도를 경유하여서만 비로소 공유물에 영향을 미칠 수 있다. 그러므로 원인무효의 등기가 공유물의 현상에 미치는 영향은 단지 간접적인 것에 불과하다. 일반적인 소유권에서도, 원인무효의 등기가 소유 ‘권’의 행사에 대한 방해라고 하지, 소유 ‘물’에 대한 방해가 된다는 식으로 말하지 않는다.¹⁴⁴⁾

이미 보존행위로서 인도는 본래 보존행위 개념을 한 차례 ‘확장’한 것임을 고려한 것임을 기억하면, 판례와 같이 원인무효 등기의 말소를 구하는 청구를 보존행위라고 이해하는 것은 보존행위의 개념을 이중으로 확장하는 것이다. 이러한 무리한 확장은 징후적이다. 무리한 확장은 보존행위의 관념을 억지로 끌어들이는 부작용이다.

2. 보존행위 이론의 흥행과 범주착오

가. 보존행위 이론이 ‘흥행’한 원인

그렇다면 자연스럽게 제기되는 의문은 등기의 사안에 들어맞지 않는 보존행위의 관념이 흥행해온 이유가 무엇인지이다. 경쟁 이론의 부존재를 여기서도 그 원인으로 찾을 수 있겠으나, 보다 근본적인 그

141) 양창수·권영준(주 6), 342면은 공유물의 침해와 지분만의 침해를 구분하면서도, 구체적인 판례를 설명함에 있어서 는 다시 자신의 범위를 넘는 지분에 대한 말소는 ‘공유물의 보존행위’라고 하여 이러한 구분을 관철시키지 못한다.

142) 김재형(주 7), 229면.

143) 다만 이때에도 보존행위라는 개념이 필요한 것인지는 의문이다. 박윤직·김재형(주 33) 294면; 이동진(주 10), 138면.

144) 부동산의 점유취득시효(민법 제245조 제1항)와 같은 사안이 판례상 매우 빈번한 점에서도 이를 알 수 있다. 물건의 점유 및 사용·수익에 의한 물건의 현상유지에 등기가 밀접한 관련을 맺고 있었다면, 다수의 점유취득시효사안은 애초에 성립할 수 없었을 것이다. 미등기건물 또는 등기건물의 미등기매수인의 사용·수익에 관한 수많은 판례군들을 보더라도 마찬가지이다. 등기가 이들 물건의 현상유지에 직접적 관련이 있었다면, 미등기매수나 미등기건물에 관한 사안은 애초에 그렇게 빈번하지 않았을 것이다. 물건의 실제적 현상과 그 물건에 대한 권리를 표상하는 등기부의 거리는 멀다.

원인은 보존행위에 해당하여야 비로소 물권적 청구권의 행사가 가능하다는 이해에 있다. 물권적 청구권은 적당한 구제수단이 없어 ‘끌어다 쓰고’ 있는 것이고, 이를 가능하게 만드는 법적 근거가 관리행위 또는 보존행위라는 것이다.¹⁴⁵⁾ 판례 또한 여러 차례 ‘보존행위에 기하여’ 또는 ‘보존행위로서’ 물권적 청구권의 행사가 가능하다고 한다.¹⁴⁶⁾ 즉, 민법 제265조 단서가 물권적 청구권의 행사를 가능케 하는 일종의 ‘권한 부여적 규정’이라고 이해하고 있다.¹⁴⁷⁾ 그러나 들어맞지도 않는 보존행위의 관념을 조작하여 물권적 청구권을 ‘끌어다 쓴다’는 사고방식은 혼란을 야기하고, 설명을 더욱 어렵게만 만들고 있다.

보존행위 이론에 가까운 견해에서는 “민법은 지분의 보호를 목적하는 독립된 물권적 청구권을 알지 못한다.”¹⁴⁸⁾라고 하고, “또한 다른 사정이 없으면 지분만에 대한 직접침해가 가능하지도 않고 이를 인정할 실익도 없다.”라고도 한다. 그렇기에 “순수하게 지분에 기한 방해배제청구권의 행사는 인정될 수 없다.”¹⁴⁹⁾라 한다. 그러나 [사례 1]처럼 A, B가 각 1/2씩의 공유지분을 갖는 상황에서 B가 단독명의로 원인무효의 소유권이전등기를 경료한 경우, A가 이 등기를 말소시킬 수 있는 권리로서 물권적 청구권이 있음은 명백하다.

그러나 그 권리의 근거는 앞서 살펴보았듯 보존행위일 수 없다. 이 사안은 공유물 자체에 관한 문제가 전혀 아니다. 이 사안은 지분에 관한 문제이며, 오직 지분에 관한 문제이기만 하다. A의 지분 부분은 그 자체로 B의 지분 부분과는 독립하여 있는 것이고, 오직 합쳐서 1의 지분을 유지한다는 탄력성 하에서만 영향을 가질 뿐이다. 이 사안에서 A의 지분 부분에 대하여 B의 지분은 발언력이 없다. 이 사안은 공유자 중 1인의 다른 공유자의 지분에 대한 직접침해 상황이다. 이때 A의 구제수단으로 생각될 수 있는 것은 ‘지분에 기한’ 물권적 청구권뿐이다. 민법은 지분(권) 자체를 보호하기 위한 독립된 물권적 청구권을 아는 것이다. 이 견해에서는 원인무효 등기의 문제가 지분에 직접 연결되어 있어, 순수한 ‘지분에 기한 방해배제청구권’을 인정하지 않고는 작동할 수 없음을 간과한다.

지분권에 기한 독립된 물권적 청구권을 부정하는 대신 이 견해에서는 물권적 청구권의 행사를 “그럼에도 공유물의 보존이 필요한 경우에 대비하여, 민법의 입법자는 권리구제의 공백을 메우고 지분의 과반수로 공유물의 관리에 관한 사항을 결정하여야 한다는 원칙을 깨고 예외적으로 보존행위의 이름으로 다른 공유자의 관여없이 각 공유자가 단독으로 공유이익을 보호할 수 있는 기회를 제공한 것이다.”라고 한다.¹⁵⁰⁾ 그런데 여기서 A가 자신의 지분 부분에 대한 B 명의의 등기를 말소하는 데에 있어 보호할 어떤 ‘공유이익’이 있는가? 이 사례에서 A의 청구는 자익적이며, 오직 자익적이기만 하다. A의 청구는 제3자의 침해 또는 감가상각으로부터 공유물의 공동이익을 지키는 보존행위와 무관하다. 따라서 이 사안에서는 보존행위에 대하여 원인무효의 등기의 말소가 B의 이해의 충돌인지를 논할 것도 없이, 애초에 보존행위의 규율영역을 넘어선다.

마찬가지로 A, B, C의 각 1/3 지분의 등기가 마쳐진 상태에서, D가 C의 1/3 지분을 원인무효 등기로 경료한 사안을 생각하여 보자. 이때 C가 1/3 지분에 관하여 D 명의의 등기에 관한 말소를 구할 수 있음

145) 이진기, “민법전 [채권편]에 관한 2020년도 대법원판결례의 소개와 약간의 첨언”, 안암법학 제62호(2021), 228면 주 27 참조.

146) 보존행위에 ‘기하여’라는 표현으로 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다5001 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다57619 판결; 보존행위‘로서’라는 표현으로 이상의 [판결 1] 내지 [판결 4].

147) [판결 7] 이후 선고된 대법원 2020. 9. 7. 선고 2017다204810 판결에서 방해배제청구의 근거를 여전히 ‘보존행위’라고 보는 것에서도 이를 읽을 수 있다. 이는 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다245822 판결로써 정리되었다.

148) 이진기, “‘대법원 전원합의체 판결’과 법이론의 부조화 - 대판(전합) 2020.05.21., 2018다287522의 평석”, 민사법학 제92호(2020), 13면.

149) 이진기(주 72), 23면.

150) 이진기(주 72), 19면.

은 당연하다. 그런데 그것이 보존행위인가? 이것이 공유물의 문제가 아님은 차치하더라도, D의 지분을 말소하는 것은 다른 공유자들의 이해와 무관하다. D가 C의 지분에 관하여 등기를 갖는 경우에, A, B는 단지 공유물을 공유하는 상대방이 달라졌을 뿐이다. 아무런 인적 관계를 전제하지 않는 공유에서, A, B는 나머지 1/3의 공유자가 누구든 법적 이해관계를 갖지 않는다. 위 등기로 표상되는 것은 C가 D에게 지분을 처분한 것과 똑같은 상태이다. A, B가 C의 지분처분에 이해관계를 갖지 않는 것과 마찬가지로 이 경우에 따로 이해관계를 가질 이유는 없다. 그렇다면 이것이 ‘공유이익’의 문제가 아님은 분명하다. 이때 C의 등기말소는 지분에 기한 물권적 청구권을 상정하지 않고는 해결할 수 없는 것이다.

그럼에도 위 견해에서는 “장래를 향하여 원만한 공유상태를 실현하는 물권적 청구권의 행사도 보존행위에 속한다.” 라고 한다.¹⁵¹⁾ 그러나 적어도 원인무효 등기의 사안에서 이렇게 볼 근거는 없다. 이와 같은 이해는 등기의 문제에서는 범주착오다.

나. 민법 제265조와 물권적 청구권의 관계

비교적 보존행위의 관념을 상정할 수 있는 다른 사안이라 하여 보존행위를 끌어들이 필요 또한 없다. 이는 이론의 일관성을 해한다. 오직 지분권을 인정하는 것으로 충분하다. 물권적 청구권은 보존행위가 아니라 지분권에 기하여 인정된다. 보존행위가 ‘권한을 부여’ 한다면, 타인의 지분권을 ‘대위행사’ 할 권한을 줄 뿐이지, 직접 방해배제청구권을 제공하는 것으로 볼 수는 없다.

물권적 청구권은 이미 지분권에 의하여 그 근거를 찾을 수 있고, 단지 그것이 관리행위나 보존행위 등에 의하여 행사되는 것이다. 과반수지분권자로부터 공유물을 임대차한 임차인에게 인도를 구할 수 없다는 판결¹⁵²⁾ 등은 그러한 견지에서 읽을 수 있다. 이 독해는 공유자 사이에서의 지분에 따른 이해관계의 조정이라는 공유법의 이념에도 잘 들어맞는다. 또한 지분을 중심으로 이해함으로써 지분의 비율대로 사용·수익할 수 있다는 제263조의 규정의 취지에도 부합한다. 과반수지분권자의 임대차 사안에서 소수 지분권자가 과반수지분권자로부터 지분 비율에 따른 부당이득반환을 청구할 수 있다는 근거는 제263조에서 찾을 수밖에 없다. 보존행위와 같은 이론으로 이와 같은 사안과 등기/인도 사안을 분열시키는 것보다, 지분(권)을 중심으로 설명하는 것이 이론적으로 간명하고, 명쾌하다.

다. 물권적 청구권을 생산하는 권리로서 물권과 그 유추가능성

마지막으로, 물권적 청구권의 성질을 살펴봄으로써 이와 같은 점이 더욱 명확하게 드러날 수 있다. 물권적 청구권은 소유권에 부수하는 권리이다. 이미 발생한 물권적 청구권이라도 소유권이 이전, 소멸됨에 따라 마찬가지로 이전, 소멸된다. 물권적 청구권은 소유 ‘권’에 붙어 있다고 말할 수 있다. 소유권은 일종의 ‘모권성’(母權性)을 갖는다고 풀이된다.¹⁵³⁾ 이 점에서 물권적 청구권은 ‘권리’에 부수하는 권리이다.

지분권 이론에서는 하나의 부분소유권으로서 지분 ‘권’에 물권적 청구권이 발생한다고 해명함으로써, 물권적 청구권이 붙어 있을 ‘권리’를 상정할 수 있다. 즉, 지분권에 기한 물권적 청구권의 개념을 인정할 수 있다. 이로써 물권적 청구권의 속성을 옳이 설명할 수 있다. [사례 1]에서 A가 B를 상대로 자기 지분에 대한 원인무효의 소유권이전등기의 말소를 구하다가, 중간에 모종의 사유로 자신의 지분을

151) 이진기(주 72), 16면, 그리고 20면.

152) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결. 이 판결에서는 과반수지분권자로부터 체결한 임대차계약에 기한 점유가 ‘적법’하기 때문에 소수지분권자의 인도청구가 불가능하다고 한다. 즉, 이것은 물권적 청구권의 요건에 관한 문제이다.

153) 이계정(주 53) 603면; 민법주해 V, 물권(2), 박영사, 1992, 182면(양창수 집필); 양창수·권영준(주 6), 438면.

상실하게 되었다고 해 보자. 이때 위 청구는 더 이상 이유가 없다. 그 지분을 상실함에 따라, A는 더 이상 그에 부수하는 물권적 청구권 또한 갖지 않기 때문이다. 제3자인 C가 공유물을 무단점유하는 사안에서 A가 인도를 구하는 경우에도 마찬가지이다. 도중 A가 지분을 잃게 된 경우 위 청구는 이유가 없어진다. 지분권을 상실한 권리자는 지분권에 기한 물권적 청구권 또한 상실하기 때문이다.¹⁵⁴⁾

반면 보존행위 이론에서는 물권적 청구권을 ‘가져다 쓴다’ 라고 이야기한다. “보존행위에 의한 구제는 제213조와 제214조를 유추적용하는 방식으로 실현될 수밖에 없다.”¹⁵⁵⁾는 것이다. 그렇다면 이때 물권적 청구권은 어느 권리에 붙어 있는가? 이 견해에서는 독자적인 권리로서 지분권을 인정하지 않으므로, 여기에 붙는다고 말할 수는 없다. 이 견해에서는 보존행위가 지분에 기초하여 실재하는 각 공유자의 고유한 권리라고 하지만, 보존권은 물권이 아니므로, 물권적 청구권을 생산하는 ‘모권적’ 권리가 아니다. 따라서 물권적 청구권은 여전히 소유권에 붙어 있어야 한다.

그런데 이 견해에서 주장하는 것처럼 공유자 사이에서 다툼이 있어 그 구제수단으로 물권적 청구권을 ‘끌어다 써’ ‘유추적용’ 한다고 하면, 물권을 보호하기 위한 효력으로서 인정되는 물권적 청구권을 물권자를 상대로 휘두르게 된다. 물권자를 상대로 하는 물권적 청구권을 인정하게 되는 것이다. 이는 그 자체 모순이다.

나아가 이상 논의해온 사안에서 A가 중간에 자신의 지분을 모종의 사유로 상실하였으나, 여전히 B가 그 지분의 진정한 소유자는 아니라고 하자. 그렇다면 그 부분에 있어서는 여전히 원인무효의 등기이므로, 물권적 청구권이 소유권에 붙어 있는 상태라면, 물권적 청구권이 소멸할 일은 없다. 여전히 원인무효의 등기로서 소유권의 방해는 실재하기 때문이다. 그렇다면 이 견해에서는 A가 더 이상 말소를 구할 수 없는 이유를 물권적 청구권의 상실에서 찾을 수 없고, 지분에 기한 실재하는 권리로서 ‘보존권’ 을 잃었기에 불가능하다고 하여야 한다. 그러나 이 이해는 보존(행위)권이 물권적 청구권과 무관하다는 앞의 서술과 정면으로 충돌한다.

그렇기에 보존행위 이론이 주장하는 물권적 청구권의 ‘유추적용’ 이 물권적 청구권의 성질과 부합할 수 있는 것인지는 의문이 있다. 결국 지분과 물권적 청구권 사이의 일정한 관계를 인정하지 않고서는 물권적 청구권을 ‘유추적용’ 한다는 식의 사고도 있을 수 없다. 유추적용은 사안구조적 유사성이 있는 이익상황의 다른 법리를 가져오는 것인바, 유추되는 권리의 속성을 말살하는 유추적용이란 있을 수 없기 때문이다. 그리고 이 ‘일정한 관계’ 의 인정의 귀결은 지분권 이론에 대한 전면적 승인이다.

라. 소결

종합하면, 원인무효 등기의 문제는 순수한 공유지분의 문제로서, 공유물에 관한 문제가 아니다. 우리 민법은 이 두 가지를 엄격히 구분하는바, 지분의 문제는 공유물에 관한 문제와 구분된다. 그러나 보존행위는 항상 공유물에 관한 문제이다. 따라서 공유지분의 문제인 원인무효의 등기를 보존행위로 설명하는 것은 일종의 범주착오다.

보존행위에 가까운 견해¹⁵⁶⁾에서는 이 견해는 물권으로서 지분권의 개념을 인정하지 않는 대신, 보존행위에 해당하면 물권적 청구권을 ‘끌어다 써’ 유추적용한다고 한다. 그러나 이는 물권적 청구권의 근본 속성과 배치된다. 보존권은 물권적 청구권의 모권이 아니며, 그러므로 여전히 소유권이 물권적 청구권의 모권이 되나, 이는 공유자 사이의 관계에서는 소유권자에게 소유권에 기한 물권적 청구권을 행

154) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결.

155) 이진기(주 72), 19면.

156) 이진기(주 72), 13면 이하.

사하는 모순을 낳는다.

이 견해에서는 지분권이 일종의 물권처럼 취급되어야 함을 부정하여 지분에 기한 물권적 청구권의 개념을 부정하지만, 이는 인정되지 않을 수 없다. 나아가 물권과 물권적 청구권 사이의 일체성¹⁵⁷⁾을 고려하면, 지분권에 기한 물권적 청구권의 개념이 불가피한 이상 지분권의 물권성을 부정할 이유가 없다. 위 견해에서는 이를 부정하기 위해 맞지 않는 보존행위의 관념을 원인무효의 등기 문제에 끌어들이고 있는 것으로서, 타당하다고 보기 어렵다.

V. 가능한 법적 구성

남은 것은 법적 구성이다. 두 가지 가능한 법적 구성이 있다.

1. 말소 구성

첫 번째 가능한 법적 구성은 공유자가 자신의 지분권 행사로서 곧장 다른 공유자에 대한 원인무효의 소유권이전등기를 말소하는 것으로 구성하는 것이다. 다시 말해 이때 공유자는 자신의 지분권에 기한 방해배제청구의 내용으로서 곧장 다른 공유자의 지분침해에 관한 말소를 구하게 된다. <그림 3> 내지 <그림 4>의 사안에서, A는 C의 지분에 관한 B 명의의 원인무효 등기에 대하여 곧장 말소청구권을 갖는다.

이 법적 구성은 직관적이고 간명하다. 일견 타인의 권리에 간섭하는 느낌이 있지만, 이는 자신의 이익을 위한 것이다. 이 법적 구성의 모델은 원인무효의 저장권에 비추어 쉽게 이해할 수 있다. 제1순위 저장권이 원인무효 또는 부존성에 의하여 소멸한 것인 경우, 저장부동산의 소유자와 후순위저당권자, 그리고 이전 소유자 모두 위 제1순위 저장권을 말소할 이익을 갖는다. 이와 마찬가지로 다른 공유자들은 직접 침해가 아니더라도 침해 부분을 말소할 법률상 이익을 갖는다.

이 경우 자신의 지분 자체에 대한 침해라고 하여, 등기권리자가 되지 않는다고 볼 수 없다. <그림 3> 내지 <그림 4>의 사안에서 A는 등기권리자라고 보아야 한다. 등기권리자란 어떤 등기가 행해짐에 의하여 등기형식상의 이익을 보는 자를 말한다. 그런데 위 사안에서 A는 과반수공유자가 존재하지 않음으로써 이익을 본다. 이는 등기형식상의 이익이라고 보아야 한다. 다시 말해, 지금까지 강조되지는 아니하였으나, 공유자는 ‘과반수지분권자의 존재가 등기에 의하여 표상되지 않는’ 것 또는 ‘과반수지분에 의한 관리행위가 가능하도록 등기에 의하여 표상되는 것’에 대한 등기상 이익이 인정된다.

2. 대위 구성

두 번째 가능한 법적 구성은 자신의 지분을 침해받지 않은 공유자가, 지분을 침해받은 공유자의 지분권에 기한 방해배제청구권(=말소청구권)을 대위하여 행사하는 것으로 구성하는 것이다. 종래에도 대위구성을 취하는 견해가 통설이되, 다만 그 설명방식으로 보존행위를 취하는 경우와 지분권 이론을 취하는 경우의 설명방식만이 다를 뿐이었다.¹⁵⁸⁾

157) 판례는 제746조의 불법원인급여에 해당하여 물권적 청구권을 행사할 수 없게 된 경우 오히려 소유권이 반사적으로 귀속된다고 할 만큼 물권과 물권적 청구권의 일체성을 강하게 인정한다. 이에 대하여 학설 또한 이제는 별다른 이론이 없는 것으로 보인다. 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결; 편집대표 김용덕, 주석민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회, 2021, 999면 각주144(이정민 집필) 참조.

158) 보존행위에 관하여 제3자 소송담당으로 설명하는 것으로 호문혁(주 15) 252면; 전원열(주 15) 212면. 지분권 이

그 법적 근거에 의문이 제기될 수 있지만,¹⁵⁹⁾ 그 근거는 지분권에서 찾아야 한다. 지분권에 기한 사용·수익권으로부터 대위권이 도출되는 것이라고 새겨야 한다. 즉, 지분권에 기한 사용·수익권이 대위행사의 근거가 된다. 이와 같이 이해해야 하는 이유는 다음과 같다. 이러한 대위행사가 가능하지 않다면 지분권에 기한 사용·수익권의 침해에 대한 마땅한 구제책이 존재하지 않게 되는데, 이는 물건, 특히 소유권을 강하게 보호하는 우리 법제에 맞지 않다. 나아가 이 경우 채권자대위권이 인정되는 채권에 비하여도 오히려 보호를 덜 받게 될 수 있어 평가모순이 발생할 여지가 크다.

3. 검토

두 법적 구성 모두 체계에 부합하며, 나름의 타당성이 있는 것으로 생각된다. 따라서 그 구성에서 도출되는 결과에 비추어 결정하여야 한다. 말소 구성과 대위 구성의 가장 큰 차이는 기판력에 있다.

[판결 4]를 통해 공유자 중 1인의 지분에 관하여 확정판결에 따라 타인 앞으로 소유권이전등기를 마친 경우, 그 공유자는 확정판결의 기판력에 의하여 더 이상 말소청구를 할 수 없게 된 자신의 공유지분에 관한 한 보존행위로서도 그 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다는 법리를 확인한 바 있다.¹⁶⁰⁾

대위 구성을 취하는 경우, [판결 4]의 설명이 용이하다. 이미 다른 공유자가 패소한 경우 분쟁은 1회적으로 해결된다. 나아가 일단 소를 제기하였다가 패소하여 원하는 결과를 얻을 수 없게 된 자가 다른 공유자의 청구에 의하여 승소와 같은 결과를 얻게 되는 것이 적절하지 않다고 생각할 여지가 있다.

반면 말소 구성이 저장권에 관한 모델을 취하는 데에서 알 수 있듯, 이러한 청구를 꼭 1회적으로 제한하여야 할 이유가 있는 것은 아니라고도 볼 여지가 있다. 말소되어야 할 원인무효의 등기의 경우, 여러 권리자의 청구가 각 자신의 권리에 기초하여 하는 것으로서 그 권원이 독립적인 이상, 이미 다른 권리자가 패소하였다 하여 이를 원천적으로 막을 이유는 없다. 단지 판결의 증명효에 의하여 제한하는 것으로 충분하다. 이때는 일반적으로 등기의 추정력을 번복함에 있어서 요구되는 증명의 정도를 넘는 명백한 증거나 자료를 제출하여야 할 것이다.¹⁶¹⁾

사건으로는, 이미 실무가 대위행사로 정착되어 있고, 이미 지분을 직접 침해당한 공유자가 패소한 이상, 판결을 존중할 필요가 있다는 점에서 대위 구성이 타당하다고 본다.

Ⅶ. 나가며

판례의 보존행위 이론은 여러 문제를 발생시킨다. 그 이유는, 보존행위라는 개념이 원인무효 등기 사안에 애초부터 적용될 수 없는 문제였기 때문이다. 이는 공유지분의 문제로써, 지분권 이론을 관철함으로써 해결하여야 한다. 보존행위 이론을 관철하는 입장은 지분권에 기한 물건적 청구권을 인정하지 않기 위하여 보존행위의 관념을 무리하게 끌어들이지만, 이는 여러 모순과 문제를 낳는다.

원인무효의 등기는 지분권에 기초한 물건적 청구권이라는 개념을 인정하지 않고 해결할 수 없다. 나아가 물건과 물건적 청구권의 일체성을 고려하면, 부분소유권으로서 물건화된 지분권의 개념을 인정함이 타당하다. 이로써 지분권 이론이 가장 타당하게 적용될 수 있는 범례를 가지게 된 것이다. 이는 다시금 공유법의 다른 문제에서도 지분권에 기초한 사고로써, 즉 지분권 이론을 관철함으로써 문제를 해결

론에 기초한 대위행사라는 설명으로 김재형(주 7), 221면. 다소 유보적인 설명으로 이동진(주 10), 139면.

159) 이동진(주 10), 139면 주 77 참조.

160) 같은 취지의 판결로 대법원 1994. 11. 18. 선고 92다33701 판결.

161) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다26252 판결; 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다223591(본소), 2023다223607(반소) 판결의 유추.

할 수 있음을 보여준다.

그러므로 지분권 이론에 기초하여 원인무효의 등기 사안을 풀어나갈 필요가 있다. 이를 위해서는, 종전에 충분히 강조되지 않았던 과반수지분권의 중요성에 주목할 필요가 있다. 과반수지분권은 공유에 관한 법률관계의 양상을 바꿔 놓는다. 이를 기초로 볼 때, 자신의 지분권에 기초한 침해가 아니더라도, 다른 공유자에 대한 원인무효의 소유권이전등기를 말소할 필요가 있다. 이는 지분에 기초한 사용·수익권에서 도출되는 권리이다. 이에 대하여는 두 가지 법적 구성이 가능하며, 어느 구성이 타당한지는 추가적인 논의의 여지가 있다.

〈참 고 문 헌〉

단행본

곽윤직·김재형, 물권법, 제9판, 박영사, 2024
김중환·김학동, 물권법, 제9판, 박영사(1997),
김재형, 민법론 I, 박영사, 2004,
송덕수, 물권법, 제4판, 박영사, 2019.
양창수·권영준, 권리의 변동과 구제, 제4판, 박영사, 2021.
양창수·김재형, 계약법, 제3판, 박영사, 2020.
윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2015
전원열, 민사소송법 강의, 제4판, 박영사, 2024
호문혁, 민사소송법, 제14판, 법문사, 2020

이은영, 『물권법(제4판)』, 박영사(2006), 517면; 이영준, 『물권법(전정신판)』, 박영사(2009), 590면

논문

권영준, “2020년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2022).
윤재식, “공유자 사이의 공유물의 보존행위”, 민사재판의 제 문제8권, 한국사법행정학회(1994).
이동진, “민법 중 공유에 관한 규정의 입법론적 고찰”, 민사법학 제78호, 한국민사법학회(2017).
이지영, “공유물의 소수지분권자의 다른 공유자에 대한 인도 및 방해배제 청구”, 자율과 공정(김재형 대법관퇴임기념논문집), 사법발전재단(2022).
이진기, “민법전 [채권편]에 관한 2020년도 대법원판결례의 소개와 약간의 첨언”, 안암법학 제62호, 안암법학회(2021)
_____, “‘대법원 전원합의체 판결’과 법이론의 부조화 - 대판 (전합) 2020.05.21., 2018다287522의 평석”, 민사법학 제92호, 한국민사법학회(2020).
장보은, “공유자 간 이해의 충돌, 해결방안과 그 한계”, 법조 제69권 제4호, 법조협회(2020), 403면
홍대식, “공유물의 보존행위: 공유물의 인도청구와 말소등기청구”, 재판실무연구 2권, 수원지방법원 (1997), 183면

주석서

민법주해(V), 박영사, 1995.
주석 민법 채권총칙(1), 제4판, 한국사법행정학회, 2022.
주석 민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
주석 민법 물권(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2022.