

공유물분할의 조정과 물권변동의 시기*

-대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결-

문 광 섭**

[Abstract]

The Supreme Court's agreed decision of all justices(2011Du1917) deals with the timing effectuating date of change in subsequent ownership when dispute is resolved through the compromise of the division of land in joint ownership between joint owners in the actions or mediation process.

The Supreme Courts upheld that (i) it is not regarded as the newly established ruling for the plaintiff by the court, and it is essentially interpreted as the division of the parties through the compromise. The proper transfer of the title is only effective in the change of property according to the Civil Code Section 186. (majority opinion); (ii) As mediation report has same validity as final judgment, it may be regarded as a judgment pursuant to Civil Code Section 187 and therefore, it becomes effective in the change of property in ownership like the judgment on the division of joint ownership of the property; (iii) Other compromising opinions.

The paper has reviewed basic important issues on the foregoing arguments, including but limited to civil code on the division of joint ownership of the property, characteristics of actions for the division of joint ownership of the property, the reasons and significance of mediation in the division of joint ownership of the property because rulings for the plaintiff by the court generally are not applicable, the opinion of legal act as legal characteristics of its mediation, significance and assessment of the opinion of litigation action, arguments in the application of Civil Code section 186 on the raising issues(i.e., the opinion of legal act), the application of Civil Code 187(i.e., the opinion of final judgment), case and relationship in the division of property by compensation, the problems in the process of mediation provisions reported in the actual mediation, reasonable grounds for resolving the issues, and the

* 이 글은 2015. 7. 27. 한국조정학회 제16회 정기학술대회에서 제1주제 발표자인 정영환 교수님의 “조정절차에서 성립된 공유물분할과 관련된 조정의 효력” 발표내용에 대한 지정토론문 내용을 수정 보완한 글이다.

** 서울중앙지방법원 부장판사.

author gave a special addition to the presentation of paper on the subject judgement by Prof. Chung Young-whan.

The issues of the subject judgement contains lots of arguments. There might be the split of opinions such as majority, minority and other third opinion. Our court declared the clear theory of legal application on the issues after sufficient consideration. It looks likely that it is agreeable results in terms of legal stability and reasonable grounds.

It is expected that further researches on mediation system and practices should continue to be accelerated in this respect, and sufficient arguments and accurate understanding are required in the course of dealing with individual cases including the significance of mediation between mediator and interested party, and report of mediation provisions and its entailing effects.

<目 次>	
1. 서론	7. 실제 사안에서 작성된 조정조항의 특수성
2. 공유물 분할 소송	8. 사안 해결의 구체적 타당성 면
3. 형성의 소에서의 조정 가능성	9. 주제발표자 견해(민법 제187조를 적용하되, 제3자와의 관계를 별도 규율하는 안)에 대한 의견
4. 조정의 법적 성질	10. 결론
5. 민법 제186조(법률행위) 적용? 제 187조(판결) 적용?	
6. 가격보상에 의한 현물분할의 경우의 문제	

- 한글주제어; 공유물 분할, 소송, 조정, 물권변동등기, 민법 186조.
- 영어주제어; partition of co-owned property, lawsuit, mediation, registration

1. 서론

대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)은 공유물 분할의 소송 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물 분할의 협의가 이루어져 조정이 성립된 경우, 그에 따른 소유권 변동의 효력 발생 시기가 언제인지를 다루고 있다.¹⁾

1) 대상판결에 대한 해설 내지는 평석으로는, 신용호, “공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우 물권변동의 효력 발생 시기”, 양승태 대법원장 재임 3년 주요 판례 평석, 사법발전재단(2015), 730면 이하 ; 송인권, “공유물분할판결

이에 대하여는 요컨대 ① 소송 중에 조정이 성립하였다도 법원의 재판에 의한 창설적 형성판결과 같이 볼 수는 없고 본질적으로 당사자의 협의에 의한 분할과 마찬가지로 보아, 민법 제186조에 따라 이전등기를 마쳐야만 물건변동의 효력이 발생한다는 견해(대상판결의 다수의견), ② 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 민법 제187조 소정의 ‘판결’에 해당한다고 보아, 공유물분할 판결의 경우²⁾와 마찬가지로 조정이 성립한 때에 즉시 물건변동의 효력이 발생한다는 견해, 그리고 ③ 실제 조정이 이루어진 경위와 조정조항의 구체적 내용 등에 따라서 달리 취급하는 다양한 절충적 견해³⁾가 있을 수 있다.

이하에서, 관련되는 몇 가지 사항 내지 쟁점에 대하여 살펴본다.

2. 공유물 분할 소송

각 공유자는 언제든지 공유물 분할을 청구할 수 있음이 원칙이다(민법 제268조 제1항 본문). 협의에 의한 공유물분할은 사적자치와 계약자유의 원칙이 지배하는 영역이다.

공유물분할소송은 분할의 방법에 관하여 협의가 성립하지 아니한 때에만 제기할 수 있다(민법 제269조 제1항). 따라서 만약 당사자 사이에 협의가 성립되었다면 소의 이익을 흠결하게 되어 새로 소를 제기하는 것은 물론 이미 계속 중인 소를 유지하는 것도 허용되지 않는다는 것이 다수설, 판례이다.⁴⁾

의 효력”, 법조(통권693호), 법조협회(2014. 6), 136면 이하 ; 이상완, “공유물분할소송에서 조정이 성립한 경우 물건변동의 효력발생시기”, 판례연구(제26집), 부산판례연구회(2015. 2), 339면 이하 ; 최성호, “공유물분할소송에서 조정절차에 회부되어 성립된 조정의 효력에 관한 검토”, 법학논고(제46집), 경북대학교출판부(2014. 5), 225면 이하 참조

2) 공유물분할 판결은 권리관계를 창설하는 형성판결이므로 그 판결의 확정 즉시 소유권변동의 효력이 발생한다는 것이 다수설, 판례(대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결 등)이다.

그런데 이에 대하여는, 공유물분할 판결이 확정되었더라도 물건변동을 위해서는 등기를 필요로 한다는 견해도 유력하다(김형식, “공유물분할의 소는 형성의 소인가? -공유물분할 판결의 효력과 그 등기방법을 중심으로-”, 민사재판의 제문제(제8권), 한국사법행정학회(1994), 653면 ; 송인권, 앞의 논문 ; 최성호, 앞의 논문 참조).

이 글은 그와 같은 심도 있는 문제에 대하여는 검토하지 아니한 채 대상판결의 배경 내지는 취지에 대하여 살펴보는 데 그치고자 한다.

3) 대상판결의 소수의견은, 조정이 (a) 순수한 현물분할(현물분할을 명하는 판결과 완전히 동일한 형태로 이루어진) 경우에는 위 ②의 입장이지만, (b) 현물분할하되 당사자 사이의 이해관계 조절 등을 위하여 서로 간에 등기와 정산금 등의 지급을 상환으로 이행할 것을 조건으로 하는 등 공유물분할의 효력발생 시기를 따로 정하여 놓는 방식(순수한 현물분할과 가격배상의 혼합형태)의 경우에는 다수의견과 견해를 같이 한다고 한다.

4) 공유물분할은 협의분할을 원칙으로 하고 협의가 성립되지 아니한 때에 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 소로써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지함은 허용되지 않는다(부적법 각하, 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다30348, 30355 판결 참조).

한편, 공유물분할소송은 법원이 당사자 주장에 구속되지 않고 재량으로 판결에 의하여 장래의 권리관계를 창설하는 형식적 형성의 소에 해당한다(비송사건성).

3. 형성의 소에서의 조정 가능성

일반적으로 민사조정 대상은 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 권리·법률관계여야 하고, 판결로써만 창설적 효력이 생기는 형성소송 사항은 조정의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이다. 법률관계의 변동을 당사자의 자유처분에 맡기지 않고 법원의 판단을 개재시켜 판결에 의하여만 형성력을 발생시키는, 법원의 공익적 후견적 역할이 요구되는 영역이기 때문이다.

다만, 공유물분할소송의 경우는 형식적 형성소송이기는 하지만, 공유물분할이 원래 당사자의 협의로 할 수 있는 자유처분 영역이라는 점에서 조정이 가능하다고 해석된다.⁵⁾

4. 조정의 법적 성질

재판상 화해의 본질 내지 법적 성질에 관하여는 사법행위설, 소송행위설, 양행위 병존설 또는 양행위경합(동시양성)설 등이 있다. 이러한 논의는 조정의 경우에도 마찬가지이다.⁶⁾

판례는 과거의 양행위경합설⁷⁾을 폐기하고 소송행위설⁸⁾을 취해 오고 있다.

통상 여기서 소송행위라는 것은 소송절차를 형성하고 그 요건과 효과가 소송법에 의해 규율되는 행위로서, 착오나 사기·강박 등 민법상 법률행위 규정이 적용되지 아니하고, 존재함에 의하지 않는 한 그 효력을 부인할 수 없다는 것을 의미한다(행위의 명확성, 외관성, 절차적 안정성 등 요구).

그런데 살펴건대, 소송행위설을 취한다 하더라도 그것은 재판 절차법적인 측면이고, 조정이 당사자의 의사에 따른 자율적 합의에 기초하여 그에 대한 규율을 소송법적으로 추구하는 절차라는 측면을 완전히 무시할 수는 없다고 생각한다.

5) 그밖에도 원래 소송의 성격상으로는 조정이 불가능한 사항이라 하더라도, 법원 조정의 후견적, 비송사건적 기능을 감안하여 사건을 조정이 가능한 모습으로 전환·협의의 대상을 당초 소송물 외의 것으로 변경·확장하거나 조정조항을 적절히 정·하여 조정을 시도하고, 실제로 그에 따라 분쟁의 원만한 해결을 달성하는 경우도 종종 있다.

6) 이와 별도로 민사조정 대상에 대하여 크게 조정합의설, 조정재판설, 절충설의 논의가 있어 왔다.

7) 대법원 1955. 9. 15. 선고 4288민상229 판결.

8) 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결 ; 1962. 5. 31. 선고 4293민재6 판결 ; 1963. 10. 31. 선고 63다136 판결 ; 1979. 5. 15. 선고 78다1094 판결 ; 2005. 2. 17. 선고 2004다55087 판결(조정)

즉, 조정절차에서 합의를 이루어가는 당사자의 행위 측면에서는 법률행위적 성격이 있다. 하지만 조정은 단순히 당사자의 (사적) 합의로 성립되는 것이 아니다. 조정 기일 진행과 합의의 유도, 당사자 합의가 상당한지 여부에 대한 판단 등 법원의 소송행위가 개재되는 절차임이 분명할 뿐더러, 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 법원이 조서에 기재함으로써 성립하고(민사조정법 제28조), 일단 성립된 조정은 법에 의하여 단순한 합의 이상의 소송법적 효력과 규율을 받게 되는 것이기 때문이다. 그리하여 이러한 절차를 총체적으로 파악하여 결국 조정을 소송행위라고 하는 것이다. 따라서 소송행위설을 취하면서도 다른 차원에서 당사자의 법률행위적 측면을 인정한다고 해서 반드시 모순된다고 할 것은 아니라고 생각한다.

대법원 판례도, 조정은 ‘당사자 사이에 합의된 사항’을 조서에 기재함으로써 성립하고 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있으며 창설적 효력을 가지는 것이어서 당사자 사이에 조정이 성립하면 종전의 다름있는 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리의무관계가 성립하되,⁹⁾ 그 창설적 효력이 미치는 범위는 당사자가 서로 양보하여 확정하기로 한 사항에 한한다¹⁰⁾고 하고 있다. 한편, 조정조항 자체로서 조정의 효력을 어떤 조건에 좌우키로 하는 실효조건부 조정도 가능하다.¹¹⁾ 또한 조정조항의 해석이 문제되는 경우 일반 ‘법률행위의 해석방법’이 마찬가지로 적용된다.¹²⁾

그러할진대, 대상판결의 쟁점 즉 조정에 따른 부동산물권변동의 시기에 관하여 민법 제186조¹³⁾와 제187조¹⁴⁾ 중 어느 규정을 적용할 것이냐 하는 문제는 조정의 본질론만으로 쉽게 단정할 수 없고 추가적인 검토가 필요하다고 생각된다.

9) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다32814,32821 판결, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결 등

10) 대법원 2001. 4. 27. 선고 99다17319 판결 등

11) 대법원 1988. 8. 9. 선고 88다카2332 판결(재판상의 화해가 성립되면 그것은 확정판결과 같은 효력이 있는 것이므로 그것을 취소 변경하려면 재심의 소에 의해서만 가능하다 할 것이나 재판상의 화해의 내용은 당사자의 합의에 따라 자유로 정할 수 있는 것이므로 화해조항 자체로서 특정한 제3자의 이익이 있을 때에는 화해의 효력을 실효시키기로 하는 내용의 재판상의 화해가 성립되었다면 그 조건의 성취로써 화해의 효력은 당연히 소멸된다 할 것이고 그 실효의 효력은 언제라도 주장할 수 있다) 등

12) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다31550 판결 등

13) 제186조(부동산물권변동의 효력)

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 동기하여야 그 효력이 생긴다.

14) 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득)

상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

5. 민법 제186조(법률행위) 적용? 제187조(판결) 적용?

우리 민법은 (1) 제186조에서 ‘법률행위’로 인한 부동산 물권변동은 등기해야 효력이 생기고, (2) 제187조에서 ‘법률의 규정’에 의한, 내지 ‘법률행위에 의하지 않는’ 혹은 ‘당사자의 의사에 기하지 않는’ 물권변동은 등기 없이도 일어난다고 규율한다.

우선 우리 법의 기본체계상 부동산물권변동에 관하여는 (1)의 등기주의가 원칙이고 (2)가 예외라는 점을 염두에 두어야 할 것이다.

여기서 위 (2)의 취지는, 성질상 등기가 불가능하거나 법정정책 이유에 기한 것으로서 등기라는 공시방법을 갖추지 않더라도 물권변동의 여부나 시점이 명료하기 때문이라고 설명된다. 이러한 경우로 상속, 합병과 같이 법규 또는 법률행위에 의하여 다수의 권리의무의 총체가 이전하는 경우와 공용징수, 판결, 경매와 같이 국가의 권력행위에 의한 직접적인 물권변동 등이 있다.

그러면 (앞서 본 바와 같이 소송행위로) 조정이 성립된 경우 그것이 민법 제186조 소정의 ‘법률행위’에 해당하는지가 문제된다. 이행조항이나 확인조항의 경우에는 법률행위(합의)로서의 성격이 있고 물권변동을 위해서도 동조에 따라 별도로 등기가 필요하다는데 별 이견이 없을 것이다. 문제는 ‘형성적 내용의 조정’의 경우이다.

한편, 일반적으로 민법 제187조에서 말하는 ‘판결’이라 함은 실제법상의 형성판결만을 의미한다고 설명된다. 즉, 판결 자체에 의하여 부동산물권취득의 형성적 효력이 생기는 경우를 말하고(그 예가 공유물분할판결, 상속재산분할심판), 이행판결이나 확인판결은 여기에 해당하지 않는다고 하는 이른바 ‘제한론’이 통설, 판례¹⁵⁾이다.

그렇다면 이 사건과 같은 공유물분할의 형성적 조정조서는 어떠한가?
이에 대하여 크게 두 가지 입장이 있을 수 있다.

① 제187조 적용(확정판결 해당)설

조정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있어(민사조정법 제29조), 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다(민사소송법 제220조). 따라서 이러한 명문의 규정과 단순논리를 부정한 채 공유물분할 조정조서의 효력을 판결의 경우와 달리 볼 이유가 없다.

조정의 소송행위성을 순수하게 유지하여, 형성적 조정에서는 이행조항 등과 달리 새로운 법률관계의 창설을 위한 소송행위와 법원의 확인절차(이 또한 법원의 소송행위이다)만이 문제되는 것이므로 일반 법률행위와는 준별하여야 한다.¹⁶⁾ 조정에서

15) 대법원 1964. 9. 8. 선고 64다165 판결, 대법원 1970. 6. 30. 선고 70다568 판결 등

16) 역시 동일한 효력이 있는 것으로 법원의 조정갈음결정, 화해권고결정이 확정된 경우에는 더더욱 그러할

당사자의 합의는 조정성립의 전제일 뿐, 그 때문에 조정이 사법상의 법률행위가 될 수는 없고, 오히려 판례에서 언급한대로 조정의 창설적 효력을 중시하여야 한다. 결국 그러한 조정은 제186조의 ‘법률행위’에 포함시킬 수 없고 제187조의 적용대상이 라고 해야 한다.

기존의 교과서, 주석서나 법원의 등기실무¹⁷⁾에서도 대체로 재판상 화해나 청구인 낙조서도 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 마찬가지로 민법 제187조의 적용을 받는다¹⁸⁾고 설명되어 왔다.

② 제186조 적용(법률행위 해당)설

우선 근본적으로 민법 제187조의 도입단계에서의 문제를 염두에 둔다. 공시 및 등기제도의 이상에 비추어, 법률의 규정에 의한 물권변동의 범위를 넓게 인정하는 것은 바람직하지 않고, 거래의 안전을 위해서도 그러하다¹⁹⁾는 법정책적인 측면을 생각한다.

기본적으로 민법 제187조의 ‘판결’에 어떠한 판결까지 포섭할 지는 해석의 문제이므로,²⁰⁾ 공유물분할의 조정조서가 그에 해당하는지 여부도 해석을 통해 결정할 문제이며, 이는 우리 법체계 전체에서 그리고 정책적으로도 신중하게 접근할 필요가 있다.

조정조서(조정갈음결정, 화해조서 등도 마찬가지)는 우선 형식상으로 ‘판결’이 아니고, 비록 확정판결과 동일한 효력이 있다고는 하지만 언제나 모든 경우에 확정판결과 동일하게 취급해야 하는 것도 아니다.²¹⁾

조정 성질에 대해 소송행위설을 취한다고 하더라도 당사자의 합의 즉 법률행위적 요소를 배제할 수 없다는 점도 앞서 보았다.

일반적으로 형성의 소는 조정·화해와 친하지 않은데, 다만 공유물분할에 관해서는

것이다.

- 17) 등기선례 제4-221호(1994. 3. 25. 등기 3402-250 질의회답) : 공유물분할의 판결이 확정되거나 재판상 화해가 성립되면 공유자는 각자 분할된 부분에 대한 단독소유권을 취득하게 되는 것이므로, 그 소송의 당사자는 그 확정판결이나 화해조서를 첨부하여 등기권리자 단독으로 공유물분할을 원인으로 한 지분 이전등기를 신청할 수 있다. 등기선례 제5-389호(1997. 2. 17. 등기 3402-118 질의회답)도 같은 취지.
- 18) 다만, 당사자의 자유로운 의사에 의한 법률관계의 형성이 허용되지 않는 계쟁물에 관하여는 재판상 화해 등이 본조의 적용을 받을 수 없음을 당연한 일이라고 설명한다(민법주해Ⅳ 물권(1), 박영사, 172면).
- 19) 흔히, 민법 제187조에 대하여는 필연적으로 실체적 권리와 등기부상의 권리가 불일치하는 결과를 발생시켜 (등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 우리 법제에서) 선의의 제3자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 있는 규정이라고 지적되어 왔다.
- 20) 여기서의 ‘판결’을, 판결 자체에 의하여 직접 물권변동의 효력을 가져오는 형성판결만으로 제한 해석한다는 점은 앞서 보았다.
- 21) 원칙적으로 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하더라도, 달리 처리할 만한 별개의 요인이 있는 경우에는 달리 처리할 수도 있는 것이다. 지급명령이나 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력이 있지만 기판력은 인정되지 않는다.

당사자의 자발적 합의를 존중하여 조정을 허용하는 것이다.²²⁾ 그러나 이에 따라 조정이 성립되었다고 해서 판결이 확정된 것과 동일하게 볼 수는 또 다른 문제이다.²³⁾ 원래 공유물분할은 당사자 간 합의에 의하고, 합의가 성립되지 않은 때에 법원에 제소하는데, 그 판결에 이르기 전에 조정이 성립되었다면 ‘협의’와 ‘판결’ 사이의 “중간지대”에 위치하게 된다. 일반적인 이행의 소 등에서는 실제적 청구권의 존부와 범위를 법원이 판결로써 판단하고 그 이행을 명령하는 구조이므로 당사자 자치로 권리의무관계를 결정하는 조정에 대해서도 판결과 같은 효력을 충분히 줄 수가 있다. 그러나 본래 법률관계가 정해져 있는 것이 아니고 법원의 판결에 의해서만 권리관계의 창설변동을 직접 생기게 하려는 형성의 소 영역에서는, 판결에 이르지 아니한 단계에서의 당사자 간 합의에 대하여 판결과 완전히 동일한(물권의 직접 변동이라는) 효력을 주기가 어려운 측면이 있는 것이 사실이다.

그리하여 조정조서가 제187조 소정의 판결에 해당한다고 분명히 단언할 수 없다면, 반사적으로 내지는 물권변동의 대원칙으로 돌아가서, 결과적으로 제186조에 해당(적용)한다고 할 수밖에 없는 것이다.

이에 대해서는 그러면 법원에 의한 조정이 당사자의 협의분할 이상의 무슨 의미가 있는냐는 지적이 있겠지만, 조정조서가 집행권원이 되어 그 내용대로 단독 등기신청, 권리이전이 가능하게 된다는 중요한 의미는 여전히 있는 것이다.²⁴⁾

6. 가격보상에 의한 현물분할의 경우의 문제

참고로, 공유물을 현물 분할하면서 공유지분의 비율과 분할결과 등을 감안하여 실질적 공평을 맞추기 위해 상호간에 일정 금원을 지급하여 보상하도록 하는 것도 판결에서나 조정에서나 충분히 가능하다.

이 경우의 조정조항은 ① 물권의 변경 귀속에 관한 조항과 ② 금전의 지급에 관한 조항이 병존하게 된다. 그런데 이 경우 ①항은 형성조항으로 조정조서에 의하여 등기 없이도 물권변동이 일어나고 ②항은 이행조항으로 별도 이행의 문제를 남기는

22) 원래 법리적으로는 소송계속 중에 합의가 성립되면 소의 이익을 잃어 각하해야 하는 문제가 생긴다는 점은 앞서 보았다.

23) 사건의 성질과 이론상 조정이 곤란한 사건임에도 조정이 행해지는 경우는 종종 있다. 예컨대, 청구이의 등 집행판계사건은 형성소송으로서 판결주문(예. ...강제집행을 불허한다)과 같은 조정은 불가하지만, 조정을 통하여 상호간에 채권채무를 확인하기도 하고 강제집행을 취하 또는 장차 집행을 하지 않기로 합의하여 절차가 종결되기도 한다. 어떤 사건에서는 중간적(불완전한) 합의를 하거나 조건부 조정을 하기도 한다. 가급적 조정을 통하여 다소라도 합의를 이끌어 내고 분쟁을 종식시키려고 노력하는 것이다. 그런데 그렇게 하여 조정이 이루어졌다면 그 취지의 한도 내에서만 조정의 효력을 인정하면 되는 것이지, 그 이상의 효력을 부여할 필요는 없지 않을까? 물론, 조정과정에서 당해 조정의 의미에 대해 충분히 설명하고 동의를 얻는 것이 필요하다는 점은 별론이다.

24) 당사자의 원만한 분쟁해결, 임의이행의 가능성 높음 등 조정의 일반적 이점이 있음은 물론이다.

것인지, 양자가 동시이행관계 등으로 견련되어 있다고 할 것인지 등 복잡한 문제가 생긴다.

각각의 조항의 성격이 다르므로 별도로 처리하면 족하다고 할지 모르지만, 일방에게 현물소유권을 즉시 넘겨주면서 상대방에게는 아직 실현될지 모르는 확정채권만을 보유하는 것으로 만족하라는 것이 공평한 처리인지²⁵⁾도 생각해 볼 문제이다.

물론 이 문제는 비단 공유물분할의 조정이 아닌 판결의 경우에도 늘 제기되는 것이지만, 동기절차 없이 곧바로 소유권변동이 생기도록 하는 데 대하여는 그만큼 신중한 검토가 필요하다는 점을 지적하고자 한다.

7. 실제 사안에서 작성된 조정조항의 특수성

종래 법원의 조정실무상, 조정절차에서는 협의에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 분할의 합의가 이루어졌다고 하여 바로 소유권이 변동되는 것이 아니고 민법 제186조의 규정에 따라 등기하여야 비로소 소유권이 변동된다고 설명되어 왔다. 그래서 조정조항에서도 분할에 의하여 변동될 각 당사자의 소유부분을 선언한 다음 다시 그 소유권 변동을 위한 등기이전절차 이행조항을 기재하여 왔다.²⁶⁾

대상사건도 그러한 실무례에 따라 조정조항이 제1항(공유물분할판결에서의 주문례와 같은 형성조항)과 제2항(제1항의 내용대로 분필등기와 소유권이전등기절차를 이행하기로 하는 이행조항)으로 병존하는 사안이다. 따라서 조정조항 1항과 2항의 관계설정이 불분명하고 어느 조항 쪽에 더 의미를 두느냐 하는 문제가 발생하게 된다.

즉, 이러한 조정조항 실시례와 무관하게 또는 형성조항(1항)이나 이행조항(2항) 중 어느 하나를 더 우선적으로 평가하여 앞서 본 제186조 적용설이나 제187조 적용설을 일관되게 적용할 것인지가 문제되고, 아니면 제3의 안으로 구체적 사안에 따라 처리를 달리하자는 절충적 견해²⁷⁾도 있을 수 있게 되는 것이다.

8. 사안 해결의 구체적 타당성 면

대상판결의 사안에서 공유토지를 나누어 원, 피고 각각의 소유가 되도록 분할한다는 조정조항(제1항) 외에 그 각 소유부분에 관하여 소유권이전등기를 이행하

25) 이에 관하여 자세한 것은 양창수, “전면적 가액보상에 의한 공유물분할판결과 등기문제”, 민법연구 제9권, 박영사(2009), 129면 이하 참조

26) 조정실무, 법원행정처(2002), 419면, 632면

27) 개별사건에서 조정조항 기재내용에 따라서 공유물분할판결과 동일한 형식을 취한 경우는 제187조에 따르고, 조정조항 제2항으로 부언하여 이행조항을 기재한 경우에는 제186조에 따라 등기시에 소유권이 변동되는 것으로 보는 견해가 있을 수 있다.

기로 하는 조정조항(제2항)이 있었음에도 당사자들은 2년이 넘도록 그 이전등기 절차를 밟지 않았다. 그러다가 등기부상 원고 명의로 남아 있는 소유지분 부분에 대하여 강제경매가 개시되어 약 9개월 후 경락인이 대금을 완납하고 소유권을 취득하였다. 그 후 원고는 경매로 매각된 부동산지분에 관한 양도소득세를 신고하지 않았고 2년여 후에 이 사건 피고(세무서장)가 양도소득세를 부과하였다.

이러한 사안에서 만약 등기와 관계없이 소유권이 이미 변동되었다고 보는 결론에 다다른다면, 등기를 신뢰하여 즉 등기 기재대로 원고를 토지공유자로 파악하고 진행된 경매는 위법 무효가 되어 경락인은 소유권을 취득하지 못하게 되고, 배당금을 반환하는 문제가 생길 것이며, 원고의 채권자는 (등기명의로 관계 없이) 원고의 다른 소유물을 찾아 다시 경매를 진행해야 할 것이고, 종전의 이 사건 과세처분이 취소됨은 물론 새로운 권리변동에 따라 또 다른 과세처분이 이루어지는 등 일대 혼란이 올 것이 분명하다. 과연 그것이 바람직한 현상인지 심각한 고민이 든다.

9. 주제발표자 견해(민법 제187조를 적용하되, 제3자와의 관계를 별도로 규율하는 안)에 대한 의견

주제발표문에서는 공유물분할 조정은 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 본다. 따라서 민법 제187조 상의 형성판결에 준해서, 조정조서를 작성하여 조정의 효력이 발생하는 즉시 물권이 변동한다고 본다. 그러면서도 제3자와의 관계에서는 민법 제187조의 단서에 따라 대항(권리주장)을 할 수 없게 된다고 보고 있다.²⁸⁾

대상판결의 결론을 수긍하면서도, 이론적 근거로 민법 제187조 단서를 활용하여 공유물의 소유권변동을 당사자 사이의 대내적 관계와 제3자에 대한 대외적 관계로 구분하여 해결하려는 시도로 보인다. 그러나 이에 대하여는 과묵한 탓에 약간의 의문이 있다.

원래 민법 제187조 본문은 판결확정 등의 시점에 즉시 대세적 물권이 변동함을 선언한 것이다. 따라서 이전등기와 관계없이 양수인이 소유자가 되고 실체관계와 부합하지 않는 등기가 존재하게 됨을 인정하는 것이다.

그리고 동조 단서에 대해서는, 등기 없이 물권을 취득하였다 하더라도 이를 다시

28) 결과적으로 대외적으로는 등기상 권리자인 이 사건 원고가 그 책임을 부담하여야 하고, 그에 따른 손해에 대해서는 당사자 사이에서 손해를 전보받아 해결하여야 한다는 견해이다.

처분하려면 미리 물권취득을 등기²⁹⁾한 다음 그 법률행위를 원인으로 하는 등기를 경료해야 한다는 당연한 원칙을 선언한 것이다, 법률체계상 당연한 것으로 본문의 ‘임시적인 조치’를 정상화하는 것이다, 불필요한 규정인데 등기를 갖추도록 간접적으로 강제하려는 것이다 등등으로 통상 설명되고 있다.

그런데 만약 이와 같은 등기경로 없이 처분이 이루어진(결과적으로 중간생략등기가 경료된) 경우의 효력은 어떠한가? 이 경우 위 단서를 효력규정으로 해석한다면 상대방이 물권을 취득하지 못할 것이다. 그러나 이 경우에도 처분(원인)행위 자체는 여전히 유효하여 양수인이 이전등기청구권을 가질 터이고, 또 나아가 판례 등에서는 ‘실체관계에 부합하는 등기’라는 이유로 양수인의 물권취득을 그대로 인정하고 있는 상황이다.³⁰⁾

이와 같이 민법 제187조는 (예외적인 조치이기는 하지만) 분명히 대세적인 절대권으로서의 물권 변동의 효력발생관계를 규율하는 것이고, 설사 동조 단서에 의미를 부여한다 하더라도 그것은 (동조 본문에 따라 소유권이 이미 이전되었음을 전제로 해서) 미등기상태에서 다시 처분행위를 한 경우 그 다음단계의 처분에 대한 효력을 논할 문제일 뿐이다. 일반적으로 어떤 법률관계를 제3자에 대한 관계에서 달리(제3자에 대한 대항 금지) 규율하고자 할 때에는 법제적으로도 다른 방법³¹⁾이나 표현형식³²⁾을 사용한다. 결론적으로, 소유권변동 이후의 (재)처분 관계를 규율하는 제187조 단서를 가지고, 처분 이전의 소유권변동관계 자체를 소급해서 대내적·대외적으로 나누어 규율할 수 있는 것인지 궁금하다.

한편, 민법 제187조 단서의 ‘처분’이란 용어는 일반적으로 당사자의 의사에 의한 권리변동을 위한 법률행위를 의미하는 것이 아닌지 궁금하다. 대상사건은 공유물분할의 조정성립 이후 이전등기 미경로 상태에서 “강제경매”에 의하여 다시 소유권이 이전된 사안인데,³³⁾ 이 경우에도 위 단서의 ‘처분’에 해당한다고 보아 단서를 적용할 수 있는가 하는 것이다.

29) 이 등기는 創設의 등기가 아니고 訂正的 등기이다.

30) 대법원 1972. 2. 22. 선고 71다2687 판결 : 민법 제187조 단서는 같은 조 본문에 의하여 등기 없이 취득한 부동산물권을 처분하려면 새로운 취득자 명의로 등기하기 위하여 우선 자기명의로 등기를 경료하여야 한다는 원칙을 규정한 것이고 이미 새로운 취득자 명의로 등기가 경료되고 그 등기가 현재의 진실한 권리상태와 합치되는 이상 그 등기에 절차상의 흠결이 있어 민법 제187조 단서에 어긋났다 하여 이를 무효라 할 수 없다(대법원 1967. 5. 2. 선고 66다2642 판결 참조).

31) 그러한 것은 통상 부동산거래의 동적 안전 내지 ‘등기의 공신력’으로 접근할 문제이다.

32) 예컨대 “그러나(다만) … 경우에는 그러하지 아니하다(…에게 대항하지 못한다)”와 같은 형식을 취한다.

33) 경매 역시 또 하나의 법률의 규정에 의한 물권변동으로서 민법 제187조의 적용대상이다.

10. 결론

대상판결의 사안은 많은 쟁점과 고민을 담고 있다. 대상판결의 다수의견과 소수의견 외에도 다양한 제3의 견해가 나올 수 있는 사안임에 틀림없다.

여기에서 대법원은 논란 있는 쟁점에 대하여 충분히 고민한 끝에 명확히 법리를 선언했고, 그것은 특히 법적 안정성과 구체적 타당성 면에서 수긍할만한 결론이라고 생각한다.

다만, 대상판결의 실시 내지는 논리전개와 관련하여 필자의 소소한 의견 하나를 올린다. 이 사건과 같은 공유물분할의 조정은 당사자 협의에 의한 분할과 판결에 의한 분할의 중간영역에 해당하는 것이다. 그런데 그러한 조정이 구체적 사건을 통하여 그것이 판결에 해당(민법 제187조 적용)하느냐, 당사자의 합의에 해당(민법 제186조 적용)하느냐 중 양자택일을 해야 하는 기로에 서게 되었다. 대상판결의 다수의견과 소수의견은 각자 왜 그 어느 하나를 선택하는지에 관하여 보다 선명한 논리를 전개하기 위해 노력하였다는 느낌이다. 그런데 출견으로는 차라리 공유물분할 조정이 그 중간지대에 있음을 인정하는 데에서부터 시작하는 것이 어떨었을까, 그런 다음 사건의 해결을 위해서는 양자택일을 할 수밖에 없는데 공유물분할 조정이 이리러리한 측면에서 어느 쪽에 더 가깝다거나 그렇게 볼 수밖에 없다는 식으로 접근했으면 어떨까 하는 생각을 해본다.³⁴⁾

어쨌든, 대상판결은 공유물분할의 임의조정에 관한 사례인데, 추후 유사한 형성소송의 경우 또는 조정을 갈음하는 결정, 화해조서, 화해권고결정 등의 다양한 경우의 논의에도 영향을 미칠 것으로 보인다.

또 한 가지 노파심이지만, 대상판결로 인하여 민사조정 제도의 의미, 우리 사법이 추구하는 조정활성화 정책이 다소라도 약화되어서는 안 될 것이다.³⁵⁾ 오히려 조정제도에 대한 논의와 실제 조정실무와 관련된 연구검토가 계속 활성화되어야 할 것으로 생각한다.

또한 개개의 사건을 진행할 때 조정 진행의 의미, 조정조항의 작성과 그에 따른 효력 등에 대하여 조정위원과 당사자가 충분히 설명 논의하고 정확히 이해하는 작

34) 대상판결의 실시 중 “이와 같은 조정은 … 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다”, “… 법원의 판단절차를 거치지 아니한 당사자 사이의 협의에 따라 창설적으로 발생하도록 하는 것은 … 허용될 수 없다” 등의 부분은 법원의 조정전담판사인 필자를 포함하여 조정 업무관계자 입장에서 무언가 아쉬움이 남는다.

35) 그럴 수 없고 그래서도 안 된다고 생각한다. 여론(餘論)이지만, 우리가 추구하는 ADR(조정)이 ‘판결대체형’이나 ‘소송대체형’이나 하는 근본적인 문제를 화두로 던지고자 한다. 대상사건에서 성립된 조정의 의미가 법원의 공유물분할 ‘판결’을 대신해준 것이 아니라 당사자들 간에 마땅히 있었어야 할 공유물분할의 원만한 ‘협약’을 대신해준 것이라고 크게 생각해 보면 어떨까.

업이 반드시 필요하고 중요하다.

조정이 범국민적으로 신뢰와 만족도를 인정받는 사법서비스 제도로 정착되길 바라면서 글을 맺는다.