

【일반 연구논문】

# 공유토지분할에 관한 특례법 제20조 제1항에 대한 위헌론\*

- 법체계적 정합성과 입법재량의 한계를 중심으로 -

李相千\*\*

- I. 序說
- II. 공유토지분할에 관한 특례법상 공유토지분할절차의 특징적 문제점
- III. 공유토지분할개시의 결정·취소의 본질론
- IV. 공분할특법 제20조 1항의 법체계적 부정합성
- V. 공분할특법 제20조 1항의 위헌성과 개정방향
- VI. 맺음

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구된 것임

\*\* 동아대학교법학전문대학원 교수·변호사

논문 투고일: 2015. 9. 16. 논문 심사일: 2015.10.12. 게재 확정일: 2015.10.12.



## I. 序 說

토지는 물건으로서 민법상 단독소유가 원칙이나<sup>1)</sup> 부득이 공유로 남아 있게 된 공유토지도 많고, 단독소유로 되지 못해 큰 지장이 생기는 경우도 많다. 아파트 건립과 더불어 생긴 유치원의 경우 대부분 아파트부지와 공유인 상태로 분양되게 되었는데 그로부터 상당한 세월이 지난 후의 시점에서 그 증·개축이나 새로운 시설물을 설치할 필요가 있을 때는 그에 필요한 아파트 주민들의 동의를 받는 것이 매우 큰 문제가 되는 등 아파트단지를 중심으로 하여 공유토지가 단독소유로 분할되지 못하여 생기는 문제점의 발생 등이 그 예이다.

그렇다면 어떤 목적상 공유로 동기되게 되었는데 이후 공유관계가 불편하여 단독소유로 전화하려 할 때 법적 제한이 있다면 그 법적 제한을 특별법 등의 입법에 의한 법적 제한 완화조치로 풀어줄 필요가 있다. 구체적으로, 공유토지에 관하여 여러 특별법 이를테면 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(제12조 1항), 도시 및 주거환경 정비법(제5조 1항·7항), 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제8조) 등에서 공유토지에 대해 그 분할을 제한하고 있는데 그 제한으로 인한 공익 등의 이익보다 그 제한을 해제해 주어야 할 합당한 이익이 있다면 그 제한을 풀어주는 입법적 조치가 필요하다고 할 것이다.

그 필요를 위하여 공유토지분할에 관한 특별법(이하 '공분할특별법'으로 약칭한다)이 제정되었다. 그러나 동법은 여태 거의 그 기능을 하고 있지 못했던 것이 사실이다. 예로 많은 유치원이 필요에 의해서 그 부지를 아파트단지 부지로부터 분할하려고 하여도 아파트 주민들의 반대에 부딪혀 그 뜻을 관철할 수 없었다. 그것은 동법이 현실적으로는 공유자들 전부의 동의를 있을 때만 분할할 수 있는 분할절차상의 특례를 정한 것일 뿐인

1) 민법 제268조 제1항(공유물분할의 원칙)

것으로 기능하고 있었기 때문이다.<sup>2)</sup>

최근의 동법 개정(2014. 6. 3. 법률 제12738호, 시행 2015. 6. 4.)에 의한 몇몇 조문의 추가로 인해 좀더 동법의 현실적 기능을 강화하고자 하는 시도가 있기는 했지만 그럼에도 불구하고 종래 동법이 수행해 온 거의 전통적(?) 기능에서 얼마나 더 나아갈 수 있을 것인지에 대해서는 사실 지극히 부정적으로 평가된다.

그것은 동법이 취한 법체계적 부정합성에 있다고 보여 진다. 공분할특법에서 법체계론상 문제점은 신청자의 공유토지분할신청에 대하여 공유토지분할위원회에서 공유토지분할 여부의 결정을 하도록 되어 있는데 그 불복에 있어서는 동위원회를 상대로 하여 그 결정의 취소를 구하는 항고 소송적 구조가 아니라 그 결정을 내린 행정청은 전혀 불복의 당사자에서 배제시키고 오직 공유토지분할신청자와 그 나머지 공유자들 사이의 소송 구조로 돌리고 있는 것에 있다.<sup>3)</sup>

위 문제점은 선행의 연구에서 기능론상 구조적 문제점 중 하나로 이미 지적된 바가 있지만<sup>4)</sup> 그 연구는 공분할특법의 여러 문제점 중 하나로 열거하고 있는 것에 그치면서 바로 그 문제점에 대한 헌법적 시각에서의 추가적 연구는 향후 과제로 남겨두어진 것이었다.<sup>5)</sup> 본고는 공유토지분할 개시결정을 취소한 결정에 대하여 그 불복을 규정한 공분할특법 제20조 1항에 집중하되 헌법적 시각에서의 비판적 분석을 통하여 그 문제점을 다루기로 한다.

공유자들 사이의 합의를 전제로 공분할특법이 운용되게 된 나머지 동법에 대한 연구도 없었고, 분할 합의로 쟁송도 거의 제기되지 않아 동법 제20조 1항은 별로 주목을 끌지 못하였고 학계에서의 연구도 거의 찾을

2) 사실 동법에 관한 법리적 연구는 거의 찾아볼 수가 없었고 선행연구로 한 두 편(이상천, "공유토지분할에 관한 특례법의 기능론적 구조에 대한 비판적 검토", 『법학논총』 제32집 2호, 한양대학교 법학연구소, 2015.6. 등) 정도가 있다.

3) 공유자 사이의 민사상의 공유물분할청구소송이 현실적으로 가능하다면 굳이 공분할특법을 이용할 이유도 없을 것이다. 그렇다면 공분할특법의 입법취지가 거의 없게 된다.

4) 이상천, 상계서, 253면.

5) 이상천, 상계서, 264면.

수 찾을 수 없을 정도였다.<sup>6)</sup>

## II. 공분할특법상 공유토지분할절차의 특징적 문제점

### 1. 공분할특법에 의한 공유토지분할절차 개관

공분할특법상 공유토지분할은 신청자가 공유자 총수의 5분의 1 이상 또는 공유자 20명 이상의 동의를 받아 대통령령으로 정하는 바에 따라 지적소관청에 공유토지의 분할을 신청하고(공분할특법 제14조 1항), 그 신청에 대하여 공유토지분할위원회가 그 분할개시결정을 함에 의하여 진행되고 그 분할개시결정에 대하여는 다른 공유자가 이의신청을 할 수 있으며 그 이의신청사유는 ‘분할개시결정을 한 토지가 제3조에 따른 공유토지분할의 대상이 아니라는 주장을 하는 경우(분할신청 후 이의신청 전에 해당 공유토지의 분할을 위하여 공유물분할의 소 또는 이에 준하는 소송을 제기한 경우를 포함)(a)’, ‘분할신청이 제14조 제1항에 따른 요건을 갖추지 못하였다고 주장하는 경우(b)’, ‘공유물분할의 소 또는 이에 준하는 소송에 의하여 해당 공유토지를 분할하고자 하는 경우(c)’, ‘위원회의 분할개시결정 절차가 이 법을 위반하였다고 주장하는 경우(d)’, ‘공분할특법에 따른 분할이 도로의 인접관계 등 경계를 특정함에 있어 현저히 형평에 반한다고 주장하는 경우(e)’로 한정하고 있다.(공분할특법 제18조 2항)

위 이의신청사유 중 (b)와 (d)의 경우는 주로 외형적 요건에 의하여 판단할 것이므로 이에 대해서는 특별한 이의가 없을 것이다. 그러나 (a)와 (c)의 취지는 이의신청인이 민사소송의 공유물분할소송을 주장하는 것만

6) 참고할 논문으로는 ‘김형한, “공유토지의 분할 재판과 공법상 제한에 대한 소고”, 『재판과 판례』 제23집, 대구판례연구회, 2014.12.’가 있으나, 본고에 크게 참고할 사항은 별로 많지 않았고, 최근의 논문으로는 ‘이상천, 전개논문’이 있어 본고에 그 연구결과를 많이 참조하되 특히 문제의 제기와 사안해결의 상당 부분은 동논문과 중복됨은 어쩔 수 없었다. 본고가 동논문에서 남겨둔 위헌론을 논의대상으로 삼게 된 때문이기도 하다.

으로 공분할특법상의 분할절차는 이용될 수 없는 것으로 되게 되고, (e)의 경우는 경계 특정상 현저한 형평성 문제를 이유로 삼고 있는 것으로 그에 대한 공유토지분할위원회의 판단 여하에 따라 분할신청자가 공분할특법상의 분할절차를 이용할 수 있는지 여부가 결정되게 되는 것이다.

그러나 공분할특법의 판단에 대한 불복방법은 공분할특법 제20조 1항이 나머지 공유자 전원을 상대로 분할개시를 구하는 소의 제기로 할 것을 정하고 있는데, 대단위아파트단지 부지와 공유관계에 있는 유치원 부지의 경우에는 그 많은 아파트소유자들 모두를 상대로 한 소는 필수적 공동소송이어서 피고를 모두 망라하여 특정하는 일이 사실상 불가능한 것이므로 이 경우는 불복의 수단은 없는 것이 된다. 그런데 사실 이러한 경우의 공유토지분할절차의 간편을 위하여 공분할특법을 입법하였는데 위에서 정한 불복방법은 동법의 입법취지를 몰각시키는 결과가 되는 것이다.<sup>7)</sup> 곧 결정은 공유토지분할위원회가 내려놓고 그에 대한 불복은 애시당초 불복이 불가능한 방법으로 묻어놓고 있는 것이다.

## 2. 불복소송의 법적 성질

### (1) 소송의 유형

여기서 공분할특법 제20조 1항이 나머지 공유자 전원을 상대로 분할개시를 구하는 소란 도대체 어떤 내용과 성질을 가진 것인지를 명백히 해 둘 필요가 있다. 이 규정은 공분할특법 1986년 동법 제정 초기부터 현재까지 줄곧 그 표현을 대체적으로 그대로 유지하고 있다.

일단 이 소는 민법상의 공유물분할청구의 소는 아닐 것이다. 후자는 그 소로 인한 판결 확정상의 기판력으로 분할이 확정되는 형성적 효과가 발생한다고 할 것인데 전자는 그 확정으로 인해 단지 공분할특법상의 분할절차가 개시되는 공법적 효과가 나는 것이므로 양자는 명백히 다른 것이다.

7) 이에 관한 상세는 "이상천, 전계논문, 251면" 참조.

그 불복절차의 법적 성질이라 할 소송의 유형의 면을 보면 그 내용이 분할개시를 구하는 소이므로 문리적 해석으로는, 분할개시절차의 이행을 구하는 이행청구의 소로써 볼 수도 있고, 분할개시를 함에 그 동의를 구하는 의사표시를 구하는 이행청구의 소라고 풀이할 수도 있으며, 그 소로써 공분할특별법상의 분할개시가 적정하다는 객관적 상태의 확인적 의미의 확인소송이라고 하든가 아니면 그 소로써 분할이 개시되게 되는 형성의 소라고 풀이할 수도 있을 것이다.<sup>8)</sup>

우선 그 상대방은 공유토지분할결정을 내린 공유토지분할위원회가 아니라 나머지 공유자 전원임에 주목해야 한다. 곧 분할을 둘러싼 분쟁당사자들을 상대로 한 소인 것이므로 적어도 분할개시절차의 이행을 구하는 이행청구의 소라고는 할 수 없을 것이다. 분할개시절차이행의 능동적 주체는 행정청인 것이기 때문이고 공유자들 스스로는 그 절차에 따르게 되는 수동적 지위에 있음에 불과하기 때문이다.

다음으로 원래가 양 대립당사자 사이에 일방당사자가 타방상대방에 대하여 청구할 공분할특별법상의 분할청구권의 근거가 어디에도 규정되어 있지 않으므로 위 이행청구의 訴라는 두 견해는 타당성이 없다고 할 것이다.

결국 공분할특별법상의 분할개시가 적정하다는 객관적 상황이 구비된 것임의 확인을 구하는 확인의 소라고 하든가 아니면 공분할특별법 소정의 분할개시의 객관적 요건이 구비되었으므로 그를 전제로 분할개시의 형성력을 목적으로 하는 소송이라 해야 할 것인데, 그 소로써 공분할특별법상의 분할절차가 개시되는 효과가 바로 나타나는 것이므로 위 두 견해 중에서도 형성의 訴라는 후자의 견해가 더 타당한 것으로 보인다.

그리고 나머지 공유자들 모두를 피고로 삼아야 한다는 표현으로 그것은 필수적 공동소송의 하나라고 해야 할 것이고 어느 공유자라도 누락될 수 없으며 한 사람의 공유자라도 피고로 적시되지 않으면 부적법 각하되어야 한다는 의미로 풀이될 것이다.

또 이것은 어디까지나 공분할특별법상의 공유토지분할개시를 구하는 것

8) 이에 관한 연구는 현재로는 찾기 어려운데 그러나 일용 문면만으로 판단할 것이 아니라 소의 상대방의 주체도 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

이므로 민사상의 공유물분할청구의 소와는 무관한 것이라 할 것이므로 공분할특법 제20조 소정의 불복을 그 소정의 기한 내에 제기하지 못하였다 하더라도 그것은 민사상의 공유물분할청구의 소를 제기하는 데에는 전혀 지장이 될 수 없다 할 것이다.

## (2) 소송의 관할

이는 민사소송이나 행정소송이나의 문제로 치환하여 볼 수 있다. 민사소송이라면 일반 민사법원에 제기하여야 할 것이고 행정소송이라면 행정법원에 행정사건으로 제기하여야 하는 것이다.

위 소송의 유형론에서의 논의를 전제로 하면 공분할특법상의 분할개시라는 형성력을 목적으로 하는 형성소송으로써 그 효과는 특별법인 공분할특법상의 분할절차개시라는 공법적 효과가 생기는 것이므로 그 소송은 공법상 법률관계를 목적으로 하는 소송으로써 공법상 당사자소송이라 할 수 밖에 없을 것이다.<sup>9)</sup>

그러나 이는 공법적 효과의 면에 치중한 해석이다. 한편으로는 이 소송의 당사자를 생각하면 공법상 당사자소송이라 할 수 없다. 왜냐하면 공법상 당사자소송은 그 일방은 행정청이어야 하는 것인데 이 소송의 경우는 행정청은 당사자가 아니기 때문이다. 결국 주체면에서는 원초적으로 사인 사이의 법률관계의 다툼이 되어버려 행정사건이 될 수 없게 되는 것이다.

이것은 위 소송이 공법적 효과를 대상으로 하면서도 행정청이 내린 공권력 행사의 결과를 두고 그에 대한 법적 불복 쟁송은 애꿎은 공유자들 사이의 다툼으로 돌려버린 비정상적 입법에 기인하는 것이다. 행정청이 아닌 이상 공법적 효과를 목적으로 하면서도 민사소송절차로 해결해야 한다고 할 수밖에 달리 풀이할 방도가 없는 것이다.

9) '이상천, 전제논문, 253면'에서 논의한 것은 여기까지의 논의로 이것이 바로 이어 후술하는 설명과 모순된다기보다는 후술하는 바가 동논문의 해당논의를 포섭하여 추가적으로 설명하는 것이다.



### 3. 불복 소송의 실효성

사실 소송의 유형이나 법적 성질론 등과 관련하여 다소 체계적으로 문제가 있더라도 그 불복 소송이라는 수단이 실효적으로 작동한다면 결과적으로 법리적으로 그 합리성에 다소의 의문이 있더라도 공유자들의 권리구제적 입장에서는 현실적으로 크게 문제될 것은 없다 할 것이다.

그러나 공분할특별법이라는 특별법 특히 최근의 개정목적은 공유관계에 있는 대단위 공동주택의 부지와 유치원의 부지의 분할을 특별히 의식하여 공유물분할의 촉진을 기하기 위한 것이라고 개정이유에서 밝히고 있는 것이다.

그런데 대단위 공동주택의 경우 법문에서 말하는 ‘나머지 공유자 전원’이 너무나 다수이어서 피고로 특정하여 그 모두에게 송달하기는 송달료 등 비용과 노력의 면에서 사실상 불가능이라고 해야 할 것이다. 그 세대 중에 소유자가 사망이라도 할 경우에는 상속인들 모두를 파악하여야 할 것이고 소송 중 소유권자의 변동이 있을 경우 그 모두를 파악하여야 하는 것이고 그 어느 하나의 착오라도 있으면 그 수정이 필요하고 수정 없이 판결이 내려지게 된다면 그 판결의 효력이 문제되게 될 것이다. 곧 송달 문제가 가장 큰 걸림돌로 작용할 것이고 이에 관한 특별법의 입법이 없이는 송달 문제로 인해 불복의 길은 없다고 해야 할 것이다.

그렇다면 대단위 공동주택 부지와 관련된 공유토지의 분할에는 거의 불복수단이 없는 것으로 되게 되는 것이므로 적어도 이와 같은 경우에는 위 개정이유는 몰각되는 것이다.<sup>10)</sup>

### 4. 소결

우선, 공분할특별법 제20조 1항의 소송은 공법적 효과를 목적으로 한 공유토지분할위원회이라는 합의제행정청의 결정에 대하여 그 불복은 사인

10) 제소를 위한 송달문제를 해결하기 위한 조치는 공분할특별법의 개정입법상으로도 없다. 서류송달 특별법을 규정하고 있는 동법 제8조도 제소에 관한 특례는 아니다.

사이에 해결되도록 입법되어 있어 결정의 행위주체인 행정청은 오직 결정만 내리고 이후의 불복론에서는 전혀 개입하지 않는 기형적 구조이며 다음으로 더구나 대단위 공동주택 부지와 유치원 부지 사이의 공유토지 분할에 있어서는 분할신청인으로서는 피고 특정과 송달난으로 인해 사실상 사인 사이의 불복 제기도 불가능하다고 할 것이어서 결국 공유토지분할위원회는 위법한 결정을 내려도 제어될 수 없는 상황이다.

그런데 이러한 상황은 바로 법체계론상 심각한 부정합으로 인한 결과로 입법재량의 일탈 내지는 위헌성 여부까지 검토되어야 할 필요가 있다 할 것인데 그에 앞서 공유토지분할위원회 공유토지분할개시결정의 본질부터 검토한다.

### Ⅲ. 공유토지분할개시의 결정·취소의 본질론

#### 1. 공유토지분할위원회의 법적 지위

공유토지분할개시결정 등과 관련하여, 공유토지분할위원회의 법적 지위에 관하여 과거 자치단체장인 구청장과의 관계에서 독립된 행정청이 아니라 구청장을 행정결정의 주체로 보아야 하는지가 논의된 적이 있는데 동위원회를 결정의 주체로 보아야 한다고 결론 내렸고<sup>11)</sup>, 피고를 구청장으로 삼아 제기한 항고소송에서의 판례<sup>12)</sup>도 같은 취지이다.

공분할특법상 동위원회는 등기관, 지적소관청 소속 공무원, 해당 구역의 동장, 법률지식이 풍부한 사람, 해당지역 주민 등 9인을 구성원으로 하여(공분할특법 제10조 2항) 합의제로 운영되고(동법 제12조 1항), 공분할특법 제16조 소정의 공유토지분할개시결정 등의 공법적 효과를 갖는 결정을 하여 표명하는 권한을 가지므로(동법 제11조 1항) 결정 주체는 구청장이 아니라 당연히 동위원회 자체이고, 따라서 동위원회는 이른바 합의제

11) 김용직, "공유토지분할에 관한 특례법에 따른 분할과 그 쟁송방법", 『대법원판례해설』 제28호, 법원도서관, 1997.12., 461-462면.

12) 대법원 1996.11.15. 선고 94누10597 공유토지분할무효확인.

행정청의 성격을 가진다 할 것이다.

## 2. 공유토지분할위원회 공유토지분할개시의 결정·취소의 법적 성질 및 효과

공유토지분할위원회 결정 중 본고에서 특히 문제가 되는 공유토지분할개시결정(동법 제11조 제1항 제1호, 제16조 제1항 본문)은 신청인의 분할 신청에 대하여 공분할특법상의 분할절차에 의하여 분할할 것을 판단하는 확인적 성격을 아울러 갖는 형성적 행위로서의 결정이고, 그 이후에 전개 되는 공유자들 사이의 분할절차상의 다툼에 대하여 내리는 판단들(동법 제11조 제1항 제2, 4호)은 실질적 재판작용의 성질을 띠는 것이라 할 것이다. 곧 공유토지분할위원회는 합의제행정청으로서 때로는 실질적 재판 작용까지 공분할특법에 의해 부여받아 수행하고 있다고 할 수 있을 것이다.

그러나 그에 대한 불복은 공분할특법에서 자체적으로 규정하고 있으므로 그 한에서는 그 불복과 관련하여 행정쟁송법이 적용될 여지는 없다고 할 것이다.<sup>13)</sup>

동위원회의 공유토지분할개시의 결정 및 그 취소는 그에 따른 공법적 효과를 나타내므로 공권력의 행사라 할 것이고, 이는 보통의 행정행위의 발령 및 그 취소와 同質의 것이라 할 것이다.

그리고 그 효과는 공유토지분할개시결정은 공분할특법에 의하여 분할절차가 개시되게 되는 공법적 효과가 생기는 것이고 동결정의 취소는 그러한 공법적 효과가 소멸되는 효과가 생긴다 할 것이다. 이들은 모두 외부적·단독적·권력적·공법적 효과이므로 행정행위적 요소를 모두 갖추고 있으므로 공유토지분할개시의 결정·취소는 외부적 공권력의 행사라 할 것이다.

13) 행정소송이 아닌 다른 절차로 불복이 예정된 경우 처분성은 부인된다.(대법원 2012.6.14. 선고 2010두19720 공정중서무효등확인; 대법원 2012.10.11. 선고 2011두19369 추정금등부파처분취소)

### 3. 불복소송론

본고가 공유토지분할의 원활화를 기하기 위한 목적이므로 분할신청인이 할 것이 아니라 오히려 나머지 공유자들이라 할 이의신청인이 할 것인 공유토지분할개시결정에 대한 불복은 다루지 아니한다.<sup>14)</sup>

공유토지분할개시결정이 있었음에도 불구하고 다른 공유자들인 이의신청인의 취소로 쉬이 그 결정이 취소될 수 있는 구조임은 전술과 같다. 그런데 그에 대한 불복은 분할신청인이 나머지 공유자들 전원을 상대로 공유토지 분할개시를 구하는 소로써 하도록 되어 있다.(공분할특법 제20조 제1항) 행위자가 따로 있고, 소송당사자가 따로 있는 것이다.

공유토지 분할개시의 소는 합의제행정청인 공유토지분할위원회의 분할개시결정취소라는 공권력의 행사에 대한 불복임에도 당해 행정청은 피고로 되지 않고 있는 기형적 구조인 점, 분할신청인과 나머지 공유자들 사이의 사인간 소송으로 해결하도록 하고 있고 특히 대단위공동주택 관련 유치원 부지 분할문제는 나머지 공유자들 전원에 대한 제소가 사실상 불가능하여 실효적인 불복수단이 될 수 없는 것이다.

결국 행정청인 공유토지분할위원회는 공권력의 행사라 할 공유토지분할개시결정이 취소됨에 그에 위법의 하자가 있어도 분할신청인은 필수적 공동소송으로 나머지 공유자들 전원을 상대로 필수적 공동소송을 제기하여 구제를 받아야 하는 것이다.

그런데 그 소송은 사실상 피고 특정 및 각 그 송달문제로 제소가 사실상 불가능하며, 그 결과 결국 공유토지분할위원회가 한 분할개시결정취소에 위법이 있어도 그에 불복할 수단이 없는 것이다.

14) 이의신청인이 불복하는 데 있어서 특별히 지장되는 장애사항은 거의 지적될 것이 없기도 하고, 공유토지분할위원회의 이의신청인에 대한 결정등도 큰 즐거이서는 사실 공유토지분할신청인에 대한 결정과 관련된 법리와 대동소이할 것이기 때문이기도 하다.

## IV. 공분할특법 제20조 1항의 법체계적 부정합성

### 1. 법체계적 부정합성의 의의

#### (1) 법체계적 정합성의 개념 및 체계론적 지위

법체계 정합성은 법단계론과 관련하여 수직적 정합성과 수평적 정합성으로 나눌 수 있다.<sup>15)</sup> 여기서는 주로 헌법조항과의 관계에서 문제되기보다는 당해 법률에서의 법조문 사이의 부정합성의 문제 그 자체가 헌법상의 입법원칙에 위배되게 되는 경우이므로 원칙적으로 수평적 정합성의 문제라고 할 수 있다.

입법원칙과 관련하여 법체계적 정합성을 요구하는 것은 이른바 체계정당성(Systemgerechtigkeit)의 원칙 내지 체계정합성(Systemgemäßheit)의 원칙으로 불려지고 있다. 이것은 법치국가원리에서 도출될 수 있는 것으로 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 요청(Verfassungspostulat)인 것이고<sup>16)</sup>, 당연히 수평적 정합성도 요구된다고 할 것이다. 그리고 그 확보를 위한 원리는 기본권충돌이론이나 명확성의 원칙 등에 의해 구체화되고 적용된다 할 것이다.<sup>17)</sup>

일반적으로 일정한 공권력작용이 체계정당성에 위반한다고 해서 곧바로 위헌이 되는 것은 아니고, 그것이 위헌이 되기 위해서는 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야 하는 것이고, 또한 입법의 체계정당성 위반을 허용할 공익적인 사유가 존재한다면 입법상의 자의금지원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없어 그 위반은 정당화될 수 있는 것이며, 나아가 체계정당성의 위반을 정당화할

15) 양석진, "정보공개법과 개인정보보호법의 법체계 정합성 고찰", 『법학연구』 제33집, 한국법학회, 2009.2., 434-435면.

16) 홍완석, "체계정당성의 원리에 관한 연구 Eine Untersuchung über die Systemgerechtigkeit", 『토지공법연구』 제29집, 사단법인 한국토지공법학회, 2005.12., 461면.

17) 양석진, 상계서, 437-438면.

합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법의 재량이 인정되어 이러한 점에 관한 입법의 재량이 현저히 한계를 일탈한 것이 아닌 한 위헌의 문제는 생기지 않는다고 할 것이다.<sup>18)</sup> 곧 헌법재판소는 체계정당성의 원리를 비례의 원칙이나 평등원칙 위반을 판단하는 하나의 심사요소로 보고 있다고 할 수 있다.

그렇다면 법체계적 부정합성을 띤다고 하여 바로 위헌이 되는 것은 아니며 법체계적으로 부정합하나 위헌은 아니라고 하는 영역이 존재할 수 있는 것이고 그 부분은 입법재량의 영역으로 인정되게 되는 것이라 할 수 있다.

주의할 것은 다소의 법체계내에서 모순되는 부분이 있다고 하여 그것이 바로 법체계적 부정합의 문제로 되지는 않는다 할 것이다. 그 모순되는 부분이 서로간 신법우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙 등 법해석에 관한 일반원리에 의해서 해결가능할 때는 그것은 체계부정합의 문제는 아니라 할 것이고 그것은 그 해석의 원리로 풀 것을 법이 예정하고 있는 바이라 할 것이다.

## (2) 법체계적 정합성의 위헌심사기준으로서의 독자성론

법체계적 정합성에 관하여 위헌심사기준으로서의 그 독자성을 인정하는 견해가 있고 부정하는 견해가 있다. 독자성 긍정설의 입장은 청구인의 입증책임의 경감 및 평등위반의 심사기준의 강화에 법체계적 정합성 나름의 의미를 부여하는 것이고<sup>19)</sup> 부정설은 법체계적 정합성론을 법질서의

18) 2010. 6. 24. 2007헌바101·140 구 증권투자신탁업법 제7조 등 위헌소원.

19) 체계정당성의 위반은 입법형성권 행사가 자의적임을 의미할 뿐 그 자체가 헌법 위반은 아니라고 하면서도 체계정당성의 원리에 독자적인 의의를 인정한다. 그 기능으로 첫째, 체계정당성에 위반의 차별적 입법은 평등원칙 위반의 징후를 의미하는 것이고 그것은 관련기본권행사에 대한 중대한 제한의 경우라고 보면 엄격심사기준이 적용될 가능성이 존재하므로 일반적 평등원칙의 위반여부의 심사기준의 정도와 방법을 달리 할 수 있다고 한다. 둘째, 자의적 입법권 행사를 주장하는 청구인에게 입증책임을 경감시킬 수 있다고 한다. 체계정당성의 위반은 입법형성권 행사가 자의적임을 의미하므로 동 입법행위의 정당성을 헌법재판소가 적극적으로 판단할 필요가 있고, 입법재량도 체계정당성요청에 부합하는 한

통일성원리나 계속성의 원리<sup>20)</sup>에 포섭되는 것으로 보거나 규범을 통제규범과 행위규범으로 구별하면서 행위규범의 기능하는 것으로 입법자에 대한 입법에 있어서의 자기구속원리라고<sup>21)</sup> 보는 것이다.

법체계적 정합성은 그 정도의 문제일 것이다. 법체계적 부정합성으로 판단되면 그것으로 이미 입법재량의 범위 내라고 할 수는 없을 것이다. 그러므로 법체계적 정합성론은 입법재량의 일탈·남용의 한 태양으로 보아야 할 것이지만 법체계적으로 부정합이라고 하면서도 입법재량의 일탈·남용은 아니라고 하는 따위의 개념은 있을 수 없다고 할 것이다. 입법재량의 일탈·남용에는 그 한 태양으로 법체계적 부정합이 있다고 할 것이고 법체계적 부정합이라면 입법재량의 일탈·남용으로 인해 위헌의 입법이라고 해야 할 것이다.

이러한 법체계적 정합성에 관한 일반론을 전제로 하여 공분할특법 제20조 1항과 관련된 정합성 여부와 관련된 것을 쟁점별로 살핀다.

## 2. 쟁송법상의 처분이 아닌 ‘공권력 행사로서의 처분’

입법을 함에 있어서는 당연히 법의 일반원리에 위배되어서는 아니 될 것임은 물론 각 해당영역에서 요구되는 일반적 관념에도 위배되지 않도록 유의하여야 할 것은 물론이다.

우선 공분할특법 제20조 1항의 체계정합성을 논할 때 우선 무엇을 대상으로 하는가와의 관계를 살펴볼 필요가 있다.

공분할특법상 공유토지분할개시의 결정 내지 그 취소는 외부적·공법적 효과를 가져오는 것이므로 기능론상은 각 처분의 개념에 해당됨은 전술

도 내로 축소되기 때문에, 입법형성권의 행사의 불합리·불공정에 대한 입증책임을 청구인에게만 부담시킬 수는 없게 된다.(조재현, “헌법상 연령차별의 문제와 극복방안”, 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회, (2004.12), 32면)

20) 규범체계 내에서 규범 상화간에 상호모순 내지 저촉이 있어서는 안된다는 입법에 있어서의 헌법원칙이라고 정의될 수 있다.(장영철, “헌법원칙으로서의 계속성 원칙 : 정책적 조세입법의 위헌심사기준의 가능성검토”, 『공법학연구』 제13권 3호, 한국비교공법학회, (2012.8), 93면.

21) 홍완식, 전제논문, 480면.

한 바와 같다. 일반적으로 행정처분은 강학상의 행정행위 관념과 대비되는 개념으로 쟁송법상의 항고소송의 대상으로서의 지위를 가지는 것이다. 그리고 그 처분은 구체적 사건에서 외부적·법률적 효과를 가지는 것으로서의 개별성·구체성·직접성·외형성·정형성이 그 개념적 징표이다.

그런데 그러한 개념적 징표에도 불구하고 공유토지분할개시결정(공분할특별법 제11조 1항 1호, 제16조 1)은 공분할특별법 제18조 2항 각 호 소정의 이의신청사유로 취이 효과가 소멸되게 되어 있는 것이다. 물론 위 이의신청사유를 검토하여 공유토지분할위원회가 그 취소 여부를 결정할 것이지만 분할신청인 이외의 공유자 곧 이의신청인이 동항 제3호의 공유물분할의 소 또는 이에 준하는 소송에 의하여 해당 공유토지를 분할하고자 하는 경우라는 것만으로 공유토지분할개시결정은 허물어져 버리고 분할신청인으로 하여금 공분할특별법에 의한 분할절차를 활용하지 못하게 되도록 규정된 결과 공유토지분할개시결정은 직접성·외형성·정형성 등의 처분적 성질은 상당히 감쇄된 것이라 할 것이다.

위 3호의 경우 이의신청인은 그 이의신청일부터 3주 이내에 관할 법원에 나머지 공유자 전원을 상대로 소를 제기하여야 하나, 그 소가 취하되는 경우<sup>22)</sup>와는 달리 부적법각하<sup>23)</sup>될 경우에는 분할신청인은 속수무책일 것이다. 이것은 그 효력발생이 후속 절차에 지나치게 의존되어 있다는 측면에서 당초 항고소송의 대상으로서의 처분개념과는 상충하는 면이 있다 할 것이다. 항고소송의 대상으로서의 처분은 당해 행정청이 취소나 철회를 하여 그 효력을 스스로 소멸시키지 않으면 당사자는 쟁송의 방법이라는 적극적 노력으로 그 효력을 소멸시키는 구제를 예정한 정형성을 띤 개념일 것이기 때문이다.

원래가 예정한 처분 자체의 정형성에는 다소 반하는 것이긴 하지만 그러나 위에서 본 바의 것이 법체계적 부정합성의 문제를 일으킬 정도의

22) 물론 분할신청인이 소의 취자에 동의해 주지 않으면 되니 이 경우는 크게 문제될 것은 없을 것이다.

23) 공유물분할청구의 소는 이른바 필수적공동소송이므로(민사소송법 제67조, 68조) 대규모공동주택단지 경우에는 충분히 고의로 원고를 보정하지 않는 방법으로 소취하를 유도할 수도 있을 것이다.



것으로는 보이지 아니한다. 행정행위론이나 처분론에서 학리상 요구되는 그 정형성이 다소 손상되었다고 실정법의 효력을 문제시할 것은 아니기 때문에 보는 시각에 따라 법체계적 정합성 여부가 논란은 될 수 있을지 언정 법체계적 부정합성에 해당할 정도의 것이라고 볼 것은 아닐 것이다. 결국 공권력 행사라는 성질에도 불구하고 입법상 위에서 본 바의 다소의 느슨한 면이 있는 것은 사실이다.

그런데 위 공유토지분할개시결정에 대하여 그 불복은 분할개시결정에 반대하는 공유자들이 이의신청의 방법(공분할특법 제18조) 및 그 기각결정에 대한 법원의 소로 불복하도록 법정되어 있으므로(동법 제19조) 분할개시의 결정 및 그 취소는 실질상 처분성을 가짐에도 불구하고 공유토지분할위원회의 공유토지분할개시의 결정 및 취소는 항고소송으로 불복할 수 없는 것이어서<sup>24)</sup> 결국 재송법상의 처분은 아니게 된다.<sup>25)</sup>

그러나 그렇더라도 불복이 미리 법정되어 있기 때문에 재송법상의 처분이 아니게 된 것일 뿐이지 그것이 공권력의 행사로 원래가 외부적·권력적·단독적·공법행위라는 것이 의심되는 것은 아닌 것이다. 그렇다면 그것은 행정청이 하는 공권력의 행사인 것은 명백하다. 이를 전제로 후속논의를 진행한다.

### 3. 공권력 행사로서의 결정 주체가 다툼에서 제외되는 불복구조

직전에 논한 바와 같이 공유토지분할개시의 결정 및 그 취소는 공권력 행사로 공유토지분할위원회가 합의제행정청으로서 결정의 형식으로 하고 있다. 그런데 공분할특법 제20조 1항은 그 취소에 대한 분할신청인의 불복방법에 관하여 ‘나머지 공유자 전원을 상대로 분할개시를 구하는 소’를

24) 대법원 2010.05.13. 선고 2009다23306 소유권이전등기절차이행; 대법원 1996.11.15. 선고 94누10597 공유토지분할무효확인.

25) 대법원 2012.10.11. 선고 2011두19369 추정금등부과처분취소; 대법원 2012.6.14. 선고 2010두19720 공정증서무효등확인; 대법원 2000. 3. 28. 선고 99두11264 공소내용취소.

제기하도록 하고 있다.

명백하게 공유토지분할위원회가 합의제행정청으로서 한 공권력 행사에 대해 그 불복은 당사자 사이에서 다투라고 하고 있는 것이다.

이러한 구조는 수용재결에서의 보상금증감청구소송의 경우에도 보이기 는 한다. 보상금증감청구소송의 경우도 토지수용재결위원회가 그 결정을 하고 그 불복은 당사자 사이의 공법상 당사자소송으로 하고 있기 때문에 구조상 유사한 것은 사실이다.

그러나 수용재결에서의 보상금증감청구소송은 토지수용위원회에서 보상금을 결정하고 그 증감만이 문제되는 공법상 법률관계이므로 공법상 당사자소송으로 당사자 사이에서 다투게 함에 반하여 공분할특별법상의 공유토지분할개시결정의 취소에 대한 불복은 그 실질이 합의제행정청으로서의 공유토지분할위원회가 내린 공권력 행사인 공유토지분할개시결정취소 그 자체의 효력을 대상으로 하는 것이다. 수용재결 자체에 하자가 있는 경우는 당연히 행정청인 토지수용위원회를 피고로 삼아 동재결의 취소를 구하게 되어 있다.<sup>26)</sup> 그러므로 양자의 경우는 서로 차이가 엄연히 존재하는 것이다.

행정청이 자신이 내린 권한행사에 스스로는 전혀 책임을 지지 않는 것은 위법을 억제할 모멘텀도 없어지는 것이 된다. 행정청의 공권력 행사에 대해 그를 다투는 쟁송은 당사자 사이의 문제로 돌려버리는 것은 결코 정합성을 갖추었다고 할 수는 없을 것이다.

더구나 그 불복수단이 사실상 경유 불가의 것이라면 이것은 옳이 행정청이 공권력 행사에 어떠한 위법이 있어도 그 불이익 모두를 분할신청인이 지게 되는 결과가 되는 것이다. 어떠한 위법에도 불복할 수 없는 것이 되기 때문이다. 소위 대단위 공동주택 부지와 그 유치원 부지의 분할사안에서는 피고의 다수성으로 인해 피고들에의 송달문제를 처리할 수가 없어 사실상 불복이 불가능함은 사실상 불복을 막는 것이라 할 것이다.

결론적으로 공유토지분할위원회가 어떠한 결정을 내리더라도 동위원회의 위법행위는 제어되지 않는데, 이는 자기책임의 원칙에도 위배되는 목

26) 이상천, 전제논문, 253면.

과할 수 없는 체계적 부정합성이라고 할 것이다.

#### 4. 개정입법이유와의 관계에서 본 체계적 부정합성

2014. 5. 21.의 개정공특법도 대단위 공동주택 단지로부터의 유치원 부지 분할 문제를 해결하는 것을 중요 법개정 이유로 삼고 있으면서도 공유토지분할위원회의 공권력 행사상의 위법을 제거할 불복방안은 없음에도 여전히 해결책을 내고 있지 않고 있어 이는 개정이유에서 밝힌 대단위 공동주택의 특성에 맞는 입법이라 함을 무색하게 하는 것이라 할 것이고, 곧 대단위 공동주택 단지에서는 이 공분할특법은 전혀 기능하지 못한다 라고도 할 수 있는 것이다.

곧 2014. 5. 21.자 법개정의 개정이유 곧 공유토지분할에 관하여 대규모 공동주택단지의 특성에 맞도록 제도를 개정하려는 것이라는 입법목적은 전혀 달성할 수 없도록 입법된 것으로 개정이유와 개별조항이 서로 정합되지 않는다고도 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 류의 문제점은 개정이유와 명백히 모순된다기보다는 개정이유를 뒷받침함에 충분치 않은 불완전입법의 형태라 할 것이다. 그러므로 이러한 한도내에서는 이것은 입법재량의 일탈·남용에까지는 이르고 할 수 없을 것이다. 개정이유에 합당한 충분한 입법으로의 개정이 요청되기는 하나 법 그 자체로 위헌이라고 할 것은 아닌 것이다.

#### 5. 불복소송의 법적 성질의 혼란

공유토지분할개시의 결정의 취소는 공분할특법에 의한 분할 기회를 박탈하는 것으로서 동법에 의한 분할 기회외의 이익을 박탈하는 것이다. 그 결과 그 취소에 대하여 불복하는 분할신청인은 당연히 그 결정의 취소의 취소를 구하는 불복구조가 되어야 옳을 것이다. 그러나 공분할특법은 그 결정을 취소한 공유토지분할위원회는 소송에서 모습을 전혀 드러내지 않게 숨겨두고 느닷없이 분할신청인과 그 나머지 공유자들이라는 구도를 설정하고는 그들 사이에 ‘공유토지분할개시를 구하는 소’를 제기하도록

하였다. 곧 이러한 공분할특법에 의한 분할이라는 공법적 효과를 대상으로 하는 것이므로 당연히 행정소송으로 제기되어야 할 것이다. 그 소송의 대상도 합의제행정청인 공유토지분할위원회가 내린 공유토지분할개시결정취소의 처분이 되어야 할 것이다. 사실 '공유토지분할개시를 구하는 소'는 공분할특법상의 분할절차에 의할 것이라는 공법적 효과를 의도하는 소로서 그 실질은 항고소송이라 할 것이나 공분할특법이 이를 비틀어서 두 당사자 사이의 '공유토지분할개시를 구하는 소'로 규정해 놓으니 이것은 위 소송이 공법적 효과를 대상으로 하면서도 행정청이 내린 공권력 행사의 결과를 두고 그에 대한 법적 불복 쟁송은 애꿎은 공유자들 사이의 다툼으로 돌려버린 비정상적 입법에 기인하는 탓인 것이다. 행정청이 아닌 이상 공법적 효과를 목적으로 하면서도 민사소송절차로 해결해야 한다고 할 수밖에 달리 풀이할 방도가 없는 것이다.

사실 공유토지분할개시결정의 취소라는 처분을 다투도록 불복소송이 입법되었어야 하는 것이私人들인 양당사자 사이의 소송으로 다투도록 하였으니 그 효과는 공법적이며 다툼의 주체는私人들이게 되는 기형적 소송이 존재하게 된 것이다.

환언하면 위 기형적 소송의 출현은 그 소송이 행정청의 처분의 제거라는 공법적 효과를 대상으로 하면서도 행정청이 내린 공권력 행사에 대한 법적 불복 쟁송은 공유자들 사이의 다툼으로 돌려버린 그야말로 비정상적 입법형태에 기인하는 것이다. 그리고 그 일방당사자가 행정청이 아니게 된 이상 공법적 효과를 목적으로 하면서도 민사소송절차로 해결해야 한다고 할 수밖에 달리 풀이할 방도가 없는 것이다. 아무리 공법적 효과와 관련되어도 양당사자가 모두私人이므로 도대체 행정소송의 대상으로 분류될 수가 없기 때문이다.

## V. 공분할특별법 제20조 1항의 위헌성과 개정방향

### 1. 입법재량의 한계

헌법위반 여부를 판단함에 있어서는 헌법규정 자체가 최고의 가치체계와 가치질서를 담고 있어 추상성·개방성을 띠는 관계로<sup>27)</sup> 구체적인 사례에서의 헌법적 심사에는 심사기준을 단계화하여 적용하게 되는 경향을 띠게 된다. 곧 처음부터 헌법규정의 의미는 타규범에 비하여 그리 명확한 것이 아니므로 그러한 기준의 정립으로 헌법재판은 나름대로 객관성을 가지게 되고 헌법재판관의 주관화를 방지하게 되는 효과가 있게 되는 것이다. 헌법은 그 특수성으로 인해 그 해석에 의하여 규범으로서의 존재가 완성된다고 할 수 있는 것이다.

미국의 헌법적 심사에서도 단계별 심사가 있는데 엄격심사(strict scrutiny), 중간심사(mid-level scrutiny), 합리적 근거심사(rational basis review)로 나누어지는데 우리의 헌법재판소의 판단에도 단계별 심사가 행해지고 있다.<sup>28)</sup>

입법권은 입법부에 속하는데 그것은 범형성의 여지를 입법부에 부여하고 있음을 의미한다. 그러나 아무리 입법부라도 헌법위반의 범형성을 허용받지는 못한다. 범형성의 재량을 넓게 인정받는 것이면 헌법재판소도 헌법위반으로 판단함에 있어서 완화된 심사를 적용할 것이며 형성의 여지 곧 입법적 재량이 좁을수록 엄격한 심사척도가 적용될 것이다.

기본권을 평등권과 그 외의 기본권으로 나누어 평등권에 관하여는 이미 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 적용기준론이 거의 확립되어 있는데 재산권 등 나머지 기본권과 관련하여서도 헌법재판소는 엄격한 기준과 완화된 기준을 탄력적으로 적용하는 경향을 보인다.<sup>29)</sup>

이에 일용 각 침해가 예상되는 기본권별로 그 침해 여부를 판단하는

27) 이명용, "위헌여부 판단의 논증방법", 『저스티스』 통권 제106호, 한국법학원, (2008.9.), 314면.

28) 이명용, 전제논문, 316-317면.

29) 이에 관한 상세는 "이명용, 전제논문." 참조.

것이 입법제량의 일탈·남용 여부의 검토가 될 것이다. 그 외 다른 방향으로서의 검토는 비록 기본권 침해 측면과는 별개 차원의 입법제량의 한계인 법체계적 정합성의 준수 등의 면에서도 헌법 위배 여부의 판단에 접근한다.<sup>30)</sup>

## 2. 침해되는 기본권

### (1) 재판청구권

재판청구권은 국가에 대하여 법원에서의 재판을 받을 권리라고 설명되는 절차적 기본권이다. 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하고(헌법 제37조 1항), 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것인데(동조 2항), 그 보장을 위하여 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가짐을 선언하여 재판청구권을 보장하고 있는 것이다.(헌법 제27조 1항)

재판청구권은 형사소송에서만 그치지 않고 민사소송이나 행정소송과도 관련되는 것인데<sup>31)</sup>, 행정소송에서는 그 보장으로 행정소송법상 소위 개판주의를 취하고 있다. 곧 행정소송은 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하고(행정소송법 제1조), 모든 처분과 부작위에 대하여 불복소송이 허용된다.(동법 제2조 1항 각 호)

그런데 공분할특법 제20조 1항의 입법례는 공법적 효과에 관한 실질적 처분을 다룰 길이 없다. 곧 공법적 법률관계를 대상으로 하는 것이면서도 공법적 법률관계를 부여하는 당사자 곧 행정청은 그 효과론을 다툼에서

30) 적어도 이 조항과 관련하여서는 명확성의 원칙을 논할 필요성은 없을 것이다.

31) 이에 관한 상세는 “장석조, 『민사소송에 있어서의 사법행위 청구권 : 민사소송에 있어서의 재판청구권』, 『민사소송』 제2권, 한국민사소송법학회, (1999.1).” 참조.

빠지고 공유자들 사이의 갈등으로 환원하고 있으면서 실질적으로 분할신청자의 구제수단은 없게 만들어 원래 동법이 의도한 분할 촉진의 목적을 전혀 달성할 수 없게 만들어버렸다.

재판청구권의 보장과 관련하여서는 광범위한 입법재량이 허용되는 것이어서 비록 완화된 심사가 필요하기는 하나<sup>32)</sup> 적어도 비례의 원칙은 지켜져야 하는 것이다. 그러므로 단순히 이론적 가능성이나 형식적 제소가 능성이 있다는 것만으로는 부족하고 실질적으로 구제가능한 재판청구권의 보장 곧 실효성의 보장을 의미한다고 할 것이다.<sup>33)</sup>

그런데 이 조항은 실질적으로 법이 의도한 처분을 다룰 권리구제수단을 없애버린 것이어서 개괄주의의 포기인 것임과 동시에 위 헌법의 각 조항의 정신에 정면으로 배타되는 것으로 비례의 원칙에 배타되는 것이어서 재판청구권을 본질적으로 침해하는 조항이라 하지 않을 수 없는 것이다.

## (2) 재산권

재산권 보장과 관련하여서는 으레 경계이론과 분리이론으로 논해진다.<sup>34)</sup> 사실 이 논의는 좀더 조야하게 표현한다면 결국은 입법권 행사와 그에 대한 헌법재판소의 통제 사이의 기준론의 문제라고 할 수 있다.<sup>35)</sup> 입법부가 재산권과 관련하여 입법을 함에 있어서 공권력에 대한 관계에서의 특별한 희생 곧 공권력에 의한 특별한 침해 내지 제한의 경우에 사인의 재산권 보장론으로서의 논의인 것이다. 이러한 측면에서 일반적으로 헌법재판소는 재산권의 자유보장적 기능의 정도와 사회연관성과의 관계에서 그 제한의 정도에 차등을 두었다. 사회적 연관성이 클수록 입법자에

32) 헌법재판소 1996. 8. 29. 93헌바57 민사소송등인지법 제1조 등 위헌소원.

33) 헌법재판소 2001. 6. 28. 2000헌바77 토지수용법 제75조의2 제1항 본문 위헌소원.

34) 이 이론들에 관한 상세는 “이부하, “재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론 : 경계이론과 분리이론의 비교고찰을 중심으로”, 『공법학연구』 제9권 3호, 한국 비교공법학회, (2008.8).” 참조.

35) 표명환, “헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 법리에 관한 고찰”, 『법학연구』 제46집, 한국법학회, (2012.5.), 27면.

의한 규제가 강할 수 있다고 본 것이다.

그러나 본고에서 논하는 공분할특법 제20조 1항의 위헌논의는 위 경계이론·분리이론과는 차원을 달리하는 문제인 것이다. 위 경계이론·분리이론이 공권력이 사인의 재산권에 대한 침해자 내지 제한자로서의 논의라면 여기서의 논의는 국가 공권력인 입법권을 행사함에 있어서 사인 사이의 재산권 다툼에 대한 조정자로서의 역할을 합의제행정청인 공유토지분할위원회에 부여하고 그 과정에서 발생하는 부정의를 해소함에 있어서 어떠한 불복구조로 하게 할 것인가를 다루는 것이다. 곧 이것은 공권력의 행사와 관련하여 그에 대한 손해배상이나 손실보상 등 손해전보의 문제가 아니라 얼마나 그 부정의를 해소할 수 있는 배려를 다하는가의 문제라고 할 수 있다. 그 부정의를 해소하려는 배려가 부족하여 일면 무책임(carelessness)하다고 해야 할 것이거나 때로는 해태(negligence)하고 있다고까지 말할 수 있는 정도라면 이는 단순한 부적절한 입법 수준이 아니라 위헌론까지 논의될 수 있는 것이다. 국가는 사인의 재산권을 규율함에 있어 형평(equity)에 맞게 규율해야 할 것이기 때문이다.

그런데 공분할특법 제20조 1항은 전술과 같이 합의제행정청이 사인의 권익<sup>36)</sup>과 관련된 절차를 규율함에 있어서 그 공법적 효과를 다투게 하는 절차를 설계함에 사인 사이의 다툼으로 몰면서 종래의 절차적 불이익을 그대로 방치해 둔 것은 결국 공분할특법의 개정이유와도 맞지 않는 체계적 부정합성을 초래한 것일 뿐만 아니라 그 부정의를 해소하는 대책 마련에 대한 무책임(carelessness) 내지는 해태(negligence)라고 할 수 있는 것일 것이다.

그러나 이것은 원칙적 私法的 규율사항이던 것을 특별히 그 편의를 위하여 특별법을 마련하는 과정에서의 불충분한 입법에 불과한 것일 뿐이므로 위 입법의 무책임(carelessness) 내지는 해태(negligence)에도 불구하고 재산권을 침해한 것이어서 위헌이라고까지 할 것은 아닌 것 같다.

36) 공분할특법상의 분할절차를 거칠 수 있는 공법상의 이익.



### (3) 평등권

헌법 제11조 1항은 평등원칙을 선언하고 있다. 동항이 말하는 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.<sup>37)</sup> 우선 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 곧 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화되고, 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.

평등원칙과 관련하여 공분할특법 제20조 1항에 대한 위헌여부를 심사함에 있어서는 동항이 특별히 헌법에서 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역과 관련된 것이 아니며, 절차적 기본권이라 할 재판청구권 침해 여부의 문제로 이른바 실체적 기본권의 간접적 보장수단과 관련된 것일 뿐 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 것은 아니라 할 것이므로 완화된 심사척도에 의한 심사로 족하다 할 것이다.

그렇다면 평등원칙과 관련된 동항의 위헌 여부의 판단 문제는 차별에 상당한 이유가 있는가의 여부의 문제라 할 것이다.

우선 행정소송법은 행정청에 의한 모든 처분등이나 부작위에 대하여 법률상 이익이 있는 한은 행정소송을 제기할 수 있도록 하면서 유독 위 경우만은 행정청을 상대로 한 행정소송 제기의 길을 막고 나머지 공유자

37) 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인.

전원을 상대로 분할개시를 구하는 소를 제기하게 하여 당사자 사이의 다툼으로 돌려버리고 있다.

행정청인 공유토지분할위원회가 내린 처분에 대하여 동행정청을 피고로 삼을 수 없게 한 그 자체가 대개의 경우 공유물분할청구소송이 우선 필수적 공동소송이어서 대단위공동주택단지의 주민을 상대로 한 소송이 피고들의 특정 및 송달 문제로 사실상 그 제기가 불가능에 가까워 결국 불복을 할 수 없게 한 것이고 더구나 개정이유가 대단위공동주택단지외 유치원부지의 분할 촉진이 그 핵심이라 할 정도의 입법이므로 공유토지분할신청자의 분할신청을 사실상 봉쇄해 버리는 결과가 되는 것이므로 어느 모로 보나 위 조항은 법정합성의 관점에서조차 정당하지 않다고 할 것이고 다른 공법적 효과를 받는 처분을 받을 경우와 비교하여 형평에 맞지 않는다고 할 것이다.

그러므로 결코 차별을 정당화할 사유가 없다고 해야 할 것이므로 공분할특법 제20조 1항은 평등권을 침해한 것으로 평등원칙에도 반하는 위헌의 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

### 3. 법체계적 부정합성

법체계론으로는 일단은 공법과 사법의 구분에 응하여 공법관계와 사법관계의 구분론과 관련하여 논의될 수 있다. 전술과 같이 공유토지분할위원회는 합의제행정청이고 동위원회의 결정은 실질적 처분에 속한다. 그것은 공분할특상의 특례규정에 의한 분할의 이익을 받을 수 있는가를 결정하는 것으로, 그것은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(제12조 1항), 도시 및 주거환경 정비법(제5조 1항·7항), 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제8조) 등에서 공유토지에 대해 그 분할에 대한 공법적 제한을 적용받지 않을 수 있는 공법적 이익을 수혜받을 수 있느냐의 결정인 것이기 때문이다.

그렇다면 그것은 항고소송의 대상으로 하여야 할 것인데 그에 대한 불복을 공분할특법 20조 1항은 사인 사이의 다툼<sup>38)</sup>으로 돌려버리고 있음은 전술과 같다. 다른 불복수단이 있을 경우 그 절차에 의할 것이지 항고소

송으로 다툼 처분성은 부인되게 되는 관계상 항고소송은 제기할 수 없다는 것으로 되는데 일반적으로 실질적 처분이더라도 다른 비송사건절차법에 의하든지 할 것이지 민사소송으로 전환시켜 불복하게 하는 입법례는 아마도 위 조항이 유일한 것이 아닌가 생각된다.

상설하면, 불복을 위해서는 공유토지분할신청자가 나머지 공유토지소유자 전원을 상대로 분할개시를 구하는 소를 제기하여야 하는데 이는 필수적 공동소송으로 제기하되 공법적 효과와 관련되는 공법상의 이익을 둘러싼 소송이므로 실질은 공법상 당사자소송이나 양자가 모두 행정청이 아니므로 결국은 민사소송으로 민사법원에 제기하여야 하는 것이다. 원래 행정소송이어야 하는 것을 민사소송으로 전환시켜버리는 지극히 기이한 입법이라 할 것이다.

입법에서의 절차적 면에서도 그러하지만 실질적으로는 아예 필수적 공동소송 제기가 거의 불가능에 가까운 관계상 이는 실질적 처분인 위 위원회의 결정에 대한 불복을 아예 막아버리는 결과가 되는 것이므로 '불복할 수 없는 실질적 처분'인 셈이 된다. 굳이 불복을 막아야 할 사정도 없고 불복수단이라고 마련해 둔 것이 실질적으로 그 제기가 불가능한 것이므로 그 합리적 이유도 없는 것이 된다. 나아가 그에 그치지 않고 불복수단이 마련되지 않은 것이나 다름이 없어 이는 재판청구권이 침해된 것이면서 동시에 헌법이 보장한 심급제도(헌법 제101조)에도 어긋나는 입법태도<sup>39)</sup>로 법체계적 정합성의 관점에서나 헌법의 규정상 명백한 위헌이라 할 것이다.

38) 공유토지분할신청자가 나머지 공유토지소유자 전원을 상대로 분할개시를 구하는 소를 제기하여야 하므로 이는 필수적 공동소송으로 제기하되 공법적 효과와 관련되는 공법상의 이익을 둘러싼 소송이므로 이는 공법상당사자소송이라 할 것이어서 행정소송으로 행정법원에 공법

39) 재판청구권과 관련하여 전술하였다시피 원래 행정소송이나 비송사건절차법 등의 형식으로 불복하게 하여야 할 것을 사실상 불복이 불가능한 방법인 민사소송으로 불복하게 하는 방법으로 불복수단을 막는 것은 재판청구권을 보장하지 않는다는 것과 같은 맥락이기도 하다.

#### 4. 개정방향

공분할특법 제20조 1항은 공유토지분할위원회에 의한 공유토지분할개시결정의 취소를 처분성을 가지는 것으로 보고 그 취소의 취소를 구하는 항고소송으로 수정되어야 할 것이다. 그리고 소송의 당사자는 당연히 합의제행정청인 공유토지분할위원회이어야 할 것이다.

동항이 말하는 나머지 공유자들은 분할신청자와 공유토지분할위원회 사이의 공유토지분할개시결정의 취소를 다투는 소송에서 보조참가나 독립당사자참가를 할 수 있도록 소송구조를 바꾸어야 할 것이다. 이렇게 되면 다수의 나머지 공유자들도 선정당사자제도 등을 스스로 활용하여 유연하게 위 소송에 대처할 수 있을 것이다.

아니면 최소한 비송사건절차법상으로 불복할 수 있게 하는 방법도 검토해 볼 수 있을 것이다. 법률전문가들은 아주 소수만 포진되어 있는 공유토지분할위원회의 결정에 대하여 법원의 관여도 없이 사실상 불복을 할 수 없게 입법한다는 것은 입법재량의 한계를 넘는 것이므로 최소한 소송은 아니더라도 비송사건절차법으로 법원의 판단으로 공분할특법상의 특례적 이익을 향유하게 할 것인지의 여부를 판단하게 할 필요가 다분한 것이다.

그렇게 하는 것이 공분할특법상의 분할절차에 의하는 것이 타당한지에 관해 법원의 판단을 받아 보는 법적 수단을 분할신청인에게 제공하게 되는 것이며 자연스레 분할신청인의 재판청구권 문제도 해결되어지는 것이다.

### VI. 맺 음

공동주택부지와 공유로 되어 있을 경우 분할을 원하는 신청자는 그 분할이 쉽지 않았다. 세금관계, 중·개축 및 신축 등의 관계 등 많은 법률적 관계에서 불편을 느껴왔지만 언제나 공유토지로 남아 있을 뿐이었다.

이에 대한 민원이 쇄도하자 정부는 공분할특법을 개정하여 공유토지분할의 획기적 촉진을 목적으로 2014년 법개정을 단행하였지만 동법개정은

마음먹은 대로 그다지 공유토지분할의 촉진에 도움이 되지 않고 있는 실정이다. 쉬운 말로 유치원부지는 그대로 대규모아파트단지의 부지와 공유관계로 남아 있을 수밖에 없는 상황인 것이다.

이에 그 공유토지분할 촉진을 가로막는 실질적 장애로 남아 있는 조항인 공분할특법 제20조 제1항에 대한 법체계적 정합성을 따져 보고 위헌성을 살펴보게 되었다.

동조항은 한마디로 합의제행정청인 공유토지분할위원회가 내린 공유토지분할개시결정의 취소에 대한 불복은 분할신청인과 나머지 공유자들 전원 사이의 필수적 공동소송으로 해결하라는 것이다.

대규모아파트단지의 경우 필수적 공동소송을 철거한 피고를 망라하여 그 당사자 적시에서의 적법성을 확보한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이므로 그 불복소송은 실현불가능의 제도인 것이므로 결국 분할신청인에게는 공유토지분할위원회의 공유토지분할개시결정의 취소에 대한 그 법적 불복수단은 없는 셈이 되는 것이다.

공유토지분할위원회의 공유토지분할개시결정의 취소는 공분할특법에 의한 분할절차상의 이익을 박탈하는 것으로서 명백히 처분적 성질을 띠는 것이므로 그에 대한 불복소송의 제도적 입법도 그를 충분히 감안한 입법이어야 할 것이다.

그런데 그 불복소송을 규정한 공분할특법 제20조 1항은 법체계적 정합성의 면에서 공유토지분할위원회는 자기가 내린 결정에 대하여 책임을 전혀 지지 않는 입법으로 그로 인해 분할신청인은 평등권, 재판청구권 등을 본질적으로 침해받았다고 할 정도의 것이어서 법체계적 정합성을 갖추지 못하였고 입법재량의 한계도 넘어섰다고 할 수밖에 없는 것이다. 어느 경우에는든 공권력 행사를 받으면서도 그 모든 불이익을 수인하라는 것을 분할신청인에게 요구할 수는 없기 때문이다.

공분할특법 제20조 1항은 공유토지분할위원회에 의한 공유토지분할개시결정의 취소를 처분성을 가지는 것으로 보고 그 취소의 취소를 구하는 소송으로 수정되어야 할 것이다. 그리고 소송의 당사자는 당연히 합의제행정청인 공유토지분할위원회이어야 할 것이다.

동항이 말하는 나머지 공유자들은 분할신청자와 공유토지분할위원회

사이의 공유토지분할개시결정의 취소를 다투는 소송에서 보조참가나 독립당사자참가를 할 수 있도록 소송구조를 바꾸어야 할 것이다. 이렇게 되면 다수의 나머지 공유자들도 선정당사자제도 등을 스스로 활용하여 유연하게 위 소송에 대처할 수 있을 것이다. 최소한 비송사건절차법에라도 불복규정을 두어 불복하게 할 수 있어야 할 것이다.

그렇게 하는 것이 공분할특법상의 분할절차에 의하는 것이 타당한지에 관해 법원의 판단을 받아 보는 법적 수단을 분할신청인에게 제공하게 되는 것이며 자연스레 분할신청인의 재판청구권 문제도 해결되어지는 것이다.

【참고문헌】

- 김용직, "공유토지분할에 관한 특별법에 따른 분할과 그 쟁송방법", 『대법원판례해설』 제28호, 법원도서관, (1997.12.),
- 김형한, "공유토지의 분할 재판과 공법상 제한에 대한 소고", 『재판과 판례』 제23집, 대구판례연구회, (2014.12).
- 류인자, "대체지보상의 내용과 문제점", 『법학논총』 제21권 1호, 국민대학교 법학연구소, (2008.8.).
- 양석진, "정보공개법과 개인정보보호법의 법체계 정합성 고찰", 『법학연구』 제33집, 한국법학회, (2009.2.),
- 이부하, "재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론 : 경계이론과 분리이론의 비교고찰을 중심으로", 『공법학연구』 제9권 3호, 한국비교공법학회, (2008.8.).
- 이상천, "공유토지분할에 관한 특별법의 기능론적 구조에 대한 비판적 검토", 『법학논총』 제32집 2호, 한양대학교 법학연구소, (2015.6.).
- 이명웅, "위헌여부 판단의 논증방법", 『저스티스』 통권 제106호, 한국법학원, (2008.9.).
- 장석조, "민사소송에 있어서의 사법행위 청구권 : 민사소송에 있어서의 재판청구권", 『민사소송』 제2권, 한국민사소송법학회, (1999.1.).
- 장영철, "헌법원칙으로서의 계속성원칙 : 정책적 조세입법의 위헌심사기준의 가능성검토", 『공법학연구』 제13권 3호, 한국비교공법학회, (2012.8.).
- 조재현, "헌법상 연령차별의 문제와 극복방안", 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회, (2004.12.).
- 표명환, "헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 법리에 관한 고찰", 『법학연구』 제46집, 한국법학회, (2012.5.).
- 홍완식, "체계정당성의 원리에 관한 연구 Eine Untersuchung über die Systemgerechtigkeit", 『토지공법연구』 제29집, 사단법인 한국토지공법학회, (2005.12.).

## 【국문초록】

**공유토지분할에 관한 특별법 제20조 제1항에 대한 위헌론**

- 법체계적 정합성과 입법재량의 한계를 중심으로 -

공동주택부지와 공유로 되어 있을 경우 분할을 원하는 신청자는 그 분할이 쉽지 않았다. 세금관계, 증·개축 및 신축 등의 관계 등 많은 법률적 관계에서 불편을 느껴왔지만 언제나 공유토지로 남아 있을 뿐이었다.

이에 대한 민원이 쇄도하자 정부는 공분할특별법을 개정하여 공유토지분할의 획기적 촉진을 목적으로 2014년 법개정을 단행하였지만 동법개정은 마음먹은 대로 그다지 공유토지분할의 촉진에 도움이 되지 않고 있는 실정이다. 쉬운 말로 유치원부지는 그대로 대규모아파트단지의 부지와 공유관계로 남아 있을 수밖에 없는 상황인 것이다.

이에 그 공유토지분할 촉진을 가로막는 실질적 장애로 남아 있는 조항인 공분할특별법 제20조 제1항에 대한 법체계적 정합성을 따져 보고 위헌성을 살펴보게 되었다.

동조항은 한마디로 합의제행정청인 공유토지분할위원회가 내린 공유토지분할개시결정의 취소에 대한 불복은 분할신청인과 나머지 공유자들 전원 사이의 필수적 공동소송으로 해결하라는 것이다.

대규모아파트단지의 경우 필수적 공동소송을 철저한 피고를 망라하여 그 당사자 확정면에서의 적법성을 확보한다는 것은 현실적으로 거의 불가능하므로 결국 분할신청인에게는 공유토지분할위원회의 공유토지분할개시결정의 취소에 대한 그 법적 불복수단은 없는 셈이 되는 것이다.

공유토지분할위원회의 공유토지분할개시결정의 취소는 공분할특별법에 의한 분할절차상의 이익이라 할 공법적 이익을 박탈하는 것으로서 공유토지분할신청인과의 관계에 있어서는 명백히 처분적 성질을 띠는 것이므로 그에 대한 불복소송은 항고소송이어야 할 것이다.

그런데 공분할특별법 제20조 1항은 그 불복소송을 공유자들 사이의 민사소송으로 규정하고 합의제행정청인 공유토지분할위원회 자체는 전혀 법



적 당사자적격을 부인하여 자기가 내린 결정에 대하여 전혀 책임을 지지 않는 입법으로, 그로 인해 분할신청인은 평등권, 재판청구권 등을 본질적으로 침해받았다고 할 정도의 것이어서 법체계적 정합성을 갖추지 못하였고 입법재량의 한계도 넘어섰다고 할 수밖에 없다.

개선입법으로는 우선 공분할특법 제20조 1항상 그 불복수단으로는 공유토지분할위원회에 의한 공유토지분할개시결정의 취소를 처분성을 가지는 것으로 보고 그 취소를 구하는 것으로 하되 그 소극적 당사자는 당연히 합의제행정청인 공유토지분할위원회로 개정하는 안을 생각할 수 있다. 물론 동항이 말하는 나머지 공유자들은 그 소송에서 보조참가나 독립당사자참가를 할 수 있도록 개정된다면 더욱 좋을 것이다. 가사 그런 안이 아니라면 불복을 비송사건절차법으로 처리하는 방안이다.

이것이 공분할특법상의 분할절차에 의하는 것이 타당한지에 관해 법원의 판단을 받아 보는 법적 수단을 분할신청인에게 제공하게 되는 것이며 자연스레 분할신청인의 재판청구권의 보장 문제도 해결되어지는 것이다.

### 【주제어】

공유토지분할에 관한 특례법, 공유토지분할위원회, 공유토지분할개시결정, 분할개시청구의 소, 공유토지분할, 법체계적 정합성, 입법재량.

【ABSTRACT】

A View on Constitutional Violation of ‘Act on Special Cases Concerning the Partition of Co-Owned Lands’  
Article 20(1)

— Focused on Accordance in Legal System & Discretion in Legislation —

Lee, Sang-Cheon

Professor Dong-A, School of Law

Even though the “Act on Special Cases Concerning the Partition of Co-Owned Lands” has been focusing at assisting partition of co-owned lands from its aggregate building sites through simplifying the procedure of partition of co-owned lands, the procedure of partition of co-owned lands hardly could have been done through the “Act on Special Cases Concerning the Partition of Co-Owned Lands”

This article is to look over the accordance in legal system and the possibility of violation of constitutional law.

It commands that the issue to institute objection to the decision of cancelation of commencing partition of co-owned lands of co-owned land partition committee should be solved only between the two sides(the applicant and all the others co-owned of lands).

But it is impossible to seize the legality of fixing all the dependents concerned with its aggregate building sites, eventually the applicant side hoping partition of co-owned lands have no way to execute just the partition.

In fact, the decision of cancelation of commencing partition of co-owned lands of co-owned land partition committee has the character of disposal as object of administrative appeal, thus the legal

system of appeal should satisfy all the above situation.

By the way, according to the above Article 20(1) of 'Act on Special Cases Concerning The Partition of Co-Owned Lands' Co-owned Land Partition Committee is not the eligible dependent in the legal appeal issued by the applicant side, and it need not participate in the legal issue. The legal issue is treated only between the applicant side and all the other co-owned lands.

The applicant should bear all the effects and all the burdens occurred, for there is no way of appealing to the court. The co-owned members of its aggregate building site is so big in number, the applicant is not able to appeal to the court against all the persons concerned with co-owned lands.

The above Article 20(1) should be revised into the form which says the applicant should appeal to the court directly to Co-owned Land Partition Committee calling for the cancellation of 'cancellation of commencing partition of co-owned lands of co-owned land partition committee'. All the others of co-owned lands could join in the legal issue between the two parties.

**【Keywords】**

Act on Special Cases Concerning The Partition of Co-Owned Lands, Co-owned Land Partition Committee, Decision on Commencing Partition of Co-Owned Lands, Lawsuit to Seek a Commencement of Partition, Accordance in Legal System, Discretion in Legislation.