

# 소유권이전등기말소등

[대법원 2001. 3. 9. 선고 98다51169 판결]

## 【판시사항】

- [1] 공유물분할의 현물분할원칙 및 대금분할에 있어 '현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때'의 의미
- [2] 공유물분할청구소송에서 원래의 공유자들이 각 지분의 일부 또는 전부를 제3자에게 양도하고 지분이전등기까지 마친 경우 그 제3자에 대한 관계에서의 지분의 기준(=등기부상의 지분) 및 등기부상 지분과 실제의 지분이 다른 경우 원래의 공유자들 사이에서의 지분의 기준(=실제의 지분)
- [3] 상고심에서의 승계참가의 허용 여부(소극)

## 【판결요지】

- [1] 재판에 의한 공유물분할은 각 공유자의 지분에 따른 합리적인 분할을 할 수 있는 한 현물분할을 하는 것이 원칙이나, 대금분할에 있어 '현물로 분할할 수 없다'는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다 할 것이고, '현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 경우'라는 것도 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유지분 가액보다 현저하게 감소될 염려가 있는 경우도 포함한다.
- [2] 공유물분할청구소송에 있어 원래의 공유자들이 각 그 지분의 일부 또는 전부를 제3자에게 양도하고 그 지분이전등기까지 마쳤다면, 새로운 이해관계가 형성된 그 제3자에 대한 관계에서는 달리 특별한 사정이 없는 한 일단 등기부상의 지분을 기준으로 할 수밖에 없을 것이나, 원래의 공유자들 사이에서는 등기부상 지분과 실제의 지분이 다르다는 사실이 인정된다면 여전히 실제의 지분을 기준으로 삼아야 할 것이고 등기부상 지분을 기준으로 하여 그 실제의 지분을 초과하거나 적게 인정할 수는 없다.
- [3] 승계참가인이 소송당사자로부터 계쟁 부동산에 대한 지분 중 일부를 양도받은 권리승계인이라 하여 상고심에 이르러 승계참가신청을 한 경우, 이러한 참가신청은 법률심인 상고심에서는 허용되지 아니한다.

## 【참조조문】

- [1]  
[민법 제269조](#)
  
- [2]  
[민법 263조](#),
  
- [제268조](#),
  
- [제269조](#)

- [3]

민사소송법 제74조

**【참조판례】**

[1]

대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결(공1992, 102),

대법원 1993. 1. 19. 선고 92다30603 판결(공1993상, 719),

대법원 1999. 6. 11. 선고 99다6746 판결(공1999하, 1385)/[3]

대법원 1995. 12. 12. 선고 94후487 판결(공1996상, 391),

대법원 1998. 12. 22. 선고 97후2934 판결(공1999상, 236)

**【전문】**

**【원고,피상고인】**

대창기업 주식회사 (소송대리인 변호사 임동진)

**【원고인수참가인,피상고인】**

민락동 어촌계

**【원고승계참가인,피상고인】**

부산시 수산업협동조합

**【피고,피상고인】**

**【피고,상고인】**

**【피고 1 승계참가인,피상고인】**

**【피고 1 인수참가인,피상고인】**

**【피고 2 승계참가인,피상고인】**

**【피고 2 승계참가인】**

**【피고 1, 피고 2 보조참가인】**

**【피고 1 보조참가인】**

**【원심판결】**

부산고법 1998. 9. 11. 선고 91나1714 판결

**【주문】**

상고를 기각한다. 피고 2의 피고 승계참가인 58의 참가신청을 각하한다. 상고비용은 피고 2의, 참가로 인한 소송비용은 승계참가인의 각 부담으로 한다.

**【이유】**

1. 상고이유(기간 경과 후에 제출된 각 상고이유보충서는 그 이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

가. 공유물분할에 대한 법리오해 주장에 관하여

원심은 먼저, 이 사건 매립토지 중 사유지에 해당하는 부분(이 사건 각 부동산)이 공유물분할의 대상이 되는 공유물인지 여부에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 매립토지 중 사유지의 소유권은 준공인가 당시의 공동 매립면허권자인 원고 및 피고들의 합유에 속한다고 볼 것이나, 이 사건의 경우 원고와 피고들은 1988. 12. 23.자 약정에서 원·피고들 사이에 매립토지의 분배면적과 그 일응의 위치를 확정함에 따라 이들 사이에는 동업관계에서 처리하여야 할 잔무라고는 이 사건 매립토지의 분배만이 남게 되었고, 또한 그 약정은 원고 및 피고들 3인이 합의에 의하여 동업관계를 해산하고 그 조합재산을 청산하는 방법에 관하여 합의한 것이라고 볼 것인데, 위 동업자들 사이의 분쟁 때문에 매립토지를 동업자별로 나누지 못함으로써 각자에게 돌아갈 토지의 면적 및 위치를 정하지 못하고 있는 사이에 법원의 가처분촉탁등기에 의하여 위 매립토지 전 필지에 관하여 위 동업자들의 공유지분별 소유권보존등기가 마쳐지고, 원·피고들의 인수참가인 및 승계참가인들이 원·피고들에게 돌아갈 토지의 면적 및 위치가 정하여 지지 못하고 있는 사이에 원·피고들이 이들에게 위 매립지 중 특정 부분을 양도하여 주기로 한 약정에 따라 그 소유권이전등기 청구의 소를 제기하여 그 특정 부분에 대한 이전등기를 구할 수는 없어도 그들이 지정하는 이 사건 각 부동산 중 원고 및 피고들 소유의 지분의 이전등기는 구할 수 있다는 이유로 각 지분소유권이전등기를 마쳤고, 또한 이 사건 각 부동산에 대한 원·피고들 명의의 소유권보존등기에 터잡아 각종 가처분 등 보전처분등기와 소유권이전등기가 마쳐지고, 원·피고들도 위 보존등기에 터잡아 그들의 각 지분에 관하여 가등기를 마쳐 주거나 소유권이전등기를 마쳐 주었으므로, 다른 특단의 사정이 없는 한 이 사건 각 부동산은 원심 첨부 별지 1 소유권보존란 기재와 같이 원·피고들 명의로 공유지분별 소유권보존등기가 마쳐지게 됨으로 인하여 위 각 부동산에 대한 원·피고들의 소유형태는 이미 공유화되었다고 봄이 상당하다 할 것이라고 판단하고, 이 사건 각 부동산이 아직까지도 원·피고들 사이의 합유임을 전제로 하는 원고 및 피고들의 주장을 받아들이지 아니하였다.

관련 증거를 기록에 비추어 검토하면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 각 부동산이 원·피고들의 공유라고 본 조치는 정당한 것으로 이를 수긍할 수 있고(특히 원심이 들고 있는 사정 중, 원·피고들이 위와 같은 경위로 이루어진 보존등기에 터잡아 그들의 각 지분의 일부를 처분하고 이전등기나 가등기를 마쳐주었을 뿐 아니라 다른 공유 명의자가 자기의 각 지분의 일부를 처분하고 그에 따른 이전등기나 가등기를 마치고 또 제3자들이 공유 명의자들의 각 지분의 일부에 대하여 보전처분등기 등을 함에 대하여 아무런 이의를 제기한 바 없었다는 점은 원·피고들이 이 사건 각 부동산이 공유로 되었음을 당연한 전제로 한 것이라고 보여진다), 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 공유물분할에 대한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 판례는 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다.

나. 공유지분의 의미에 대한 법리오해, 처분문서의 해석의 잘못 및 경험칙 위반 주장에 관하여

원심은, 이 사건 각 부동산에 관한 원고 및 피고들의 분배비율에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정하고 나서, 원·피고들 사이에서의 위 매립토지 중 공공용지를 제외한 나머지 토지인 이 사건 각 부동산의 분배에 관한 각 약정은 종래의 약정내용을 수정하면서 계속 새로운 내용으로 변경하여 왔으므로, 그들 사이의 사유지 분배청산에 관하여는 그들 사이의 최종 약정인 1988. 12. 23.자 약정과 1989. 3. 15.자 약정이 기준이 된다고 할 것인데, 앞서 인정한 원·피고들 사이의 동업약정과 그 변천과정, 공유수면의 매립면허 및 그 준공에 이르기까지 원고 및 피고들이 투자한 비용과 그 기여도 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 종합하여 보면, 위 1988. 12. 23.자 약정과 1989. 3. 15.자 약정에 의하여 적어도 피고 2가 공공용지 및 어촌계 보상토지를 제외하고 최종적으로 취득한 그 몫의 사유지는 1,300평으로 확정된 것이라고 봄이 상당하다고 하고서, 원고

및 피고들이 분배받아야 할 몫을 원고 4,955.6평, 피고 2 1,300평, 피고 1 5,204.9평으로 판단하고, 이에 반하는 원·피고들의 주장을 모두 배척하였다.

관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 공유지분의 의미에 대한 법리오해, 또는 처분문서의 해석을 잘못하고 경형칙 등을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 공유물분할의 방법 등이 위법하다는 주장에 관하여

(1) 원심은, 원·피고들 사이에 최종적으로 현물분할에 대한 합의가 이루어지지 않았다고 전제한 다음, 변론에 나타난 여러 사정들을 종합하여, 비록 이 사건 각 부동산은 형식적으로는 현물분할이 가능하다고 하더라도 위 각 부동산의 위치, 면적과 주변도로 상황, 사용가치, 가격, 공유자의 소유지분 비율 및 사용이익의 현황 등을 종합하여 볼 때 각 공유자의 소유지분비율에 따른 공평한 분할이 이루어질 수 없다고 보아, 경매를 통한 대금분할의 방법이 타당하다고 판단하였다.

재판에 의한 공유물분할은 각 공유자의 지분에 따른 합리적인 분할을 할 수 있는 한 현물분할을 하는 것이 원칙이나, 대금분할에 있어 '현물로 분할할 수 없다'는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다 할 것이고, '현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 경우'라는 것도 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유지분 가액보다 현저히 감소될 염려가 있는 경우도 포함한다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결, 1993. 1. 19. 선고 92다30603 판결 등 참조).

이러한 법리를 전제로 관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 각 부동산에 대하여 각 필지별로 경매를 통한 대금분할을 명한 조치는 정당하다고 여겨지고, 상고이유에서 주장하는 바와 같은 사정만으로는 원심의 위와 같은 조치가 위법하다고 할 수 없다.

(2) 원심은 나아가 이 사건 각 부동산의 분할에 있어서 기준이 되어야 할 원·피고들의 지분에 대하여, 이미 원·피고들의 공유로 된 이 사건 각 부동산에 관하여 공유물의 지분권자는 공유자 상호간의 내부적 실제 지분이 등기부에 등기된 지분과 다르다고 하여 그 내부적 실제 지분을 가지고 제3자에게 대항할 수는 없다고 보아야 할 것이라고 한 다음, 이 사건 각 부동산에 관하여 원고 및 피고들 명의의 공유지분소유권보존등기에 터잡아 원고 및 피고들 각 지분에 관하여 제3자로부터의 각종 가처분 등 보전처분등기와 원고와 피고들 상호간의 가등기 등 보전처분등기가 각 마쳐져 있고, 또한 원고 인수참가인 및 승계참가인, 피고 1 승계참가인 및 인수참가인, 피고 2 승계참가인 앞으로 각 지분소유권이전등기가 마쳐지게 되어, 피고 1의 등기부상 지분은 모두 처분되어 현재 등기부상 피고 1은 공유자가 아니므로, 비록 이 사건 각 부동산에 관한 원고 및 피고들의 각 공유지분 등기가 이들 사이의 실제 지분과 상이하다 하더라도, 원래 취득할 지분보다 적게 취득한 지분권자가 과다하게 취득한 지분권자를 상대로 그 부분에 해당하는 지분에 관하여 말소등기소송을 제기할 수 있음은 별론으로 하고, 바로 실제 지분을 내세워 이를 제3자에게 대항할 수는 없어, 이 사건 각 부동산을 분할함에 있어 그 기준이 되는 공유자들의 지분은 등기부상에 등기된 지분에 따를 수밖에 없다고 판단하였다.

공유물분할청구소송에 있어 원래의 공유자들이 각 그 지분의 일부 또는 전부를 제3자에게 양도하고 그 지분 이전등기까지 마쳤다면, 새로운 이해관계가 형성된 그 제3자에 대한 관계에서는 달리 특별한 사정이 없는 한 일단 등기부상의 지분을 기준으로 할 수밖에 없을 것이나, 원래의 공유자들 사이에서는 등기부상 지분과 실제의 지분이 다르다는 사실이 인정된다면 여전히 실제의 지분을 기준으로 삼아야 할 것이고 등기부상 지분을 기

준으로 하여 그 실제의 지분을 초과하거나 적게 인정할 수는 없다. 그런데 원심은 앞서 본 바와 같이 그 적법한 채증의 과정을 거쳐 원고와 피고들의 실제 지분을 등기부상의 지분과 달리 인정하였음에도 이 사건 각 부동산을 분할한 후 그 매각대금을 분배함에 있어서는 제3자들뿐만 아니라 원래의 공유자들 사이에서도 등기부상 지분을 기준으로 삼은 조치는 위와 같은 법리에 어긋나는 것으로서 선뜻 수긍이 가지 아니한다. 그러나 피고 2의 실제 지분을 1,300평에 해당하는 몫으로 본 원심의 판단이 정당함은 위에서 본 바와 같고, 같은 피고의 등기부상 지분은 위 확정된 실제지분을 초과함이 기록상 명백한바, 피고 2만이 자신의 실제 지분이 등기부상의 지분을 넘는다고 주장하면서 이를 전제로 하여 상고한 이 사건에서, 앞서 본 바와 같이 실제의 지분을 초과하여 분배비율이 인정된 피고 2의 이 부분 상고이유는 불이익변경 금지의 원칙에 비추어 이를 받아들일 수 없음이 명백하므로, 위와 같은 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수는 없어 결국 이 부분에 대한 피고 2의 상고도 이유 없다.

2. 피고 2의 피고 승계참가인 58의 참가신청에 대하여 본다.

기록에 의하면, 피고 강성호의 승계참가신청인 한상동은 피고 강성호로부터 이 사건 각 부동산에 대한 지분 중 일부를 양도받은 권리승계인이라 하여 당심에 이르러 승계참가신청을 하고 있으나, 이러한 참가신청은 법률상인 당심에서는 허용되지 아니한다고 할 것이다(대법원 1995. 12. 12. 선고 94후487 판결, 1998. 12. 22. 선고 97후2934 판결 등 참조).

3. 그러므로 상고를 기각하고, 승계참가인의 참가신청은 부적법하여 이를 각하하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.