

대 법 원

판 결

사 건 2018다879 공유물분할
원고, 피상고인 원고 주식회사(변경 전 상호: ○○○○○○○○○○ 주식회사)
피고, 상고인 피고
원 심 판 결 인천지방법원 2017. 12. 5. 선고 2017나8494 판결
판 결 선 고 2020. 5. 21.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 인천지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 준비서면은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 원고는 한국자산관리공사로부터 소외 1에 대한 인천지방법원 부천지원 2008차 2957호 지급명령에 기한 양수금채권(6,399,954원 및 그 중 5,492,428원에 대한 1998.

6. 26.부터의 지연손해금, 이하 '이 사건 피보전채권'이라 한다)을 양수한 채권자이다.

2) 본래 소외 2의 소유이던 이 사건 아파트에 관하여 2013. 5. 23. 피고 앞으로

'2011. 12. 7. 협의분할에 의한 상속'을 원인으로 한 소유권이전등기가 되었다. 그러나 위 소유권이전등기에 관하여 2016. 11. 15.(원심판결의 '2016. 11. 16.'은 오기로 보인다) '2015. 8. 17. 사해행위 취소'를 원인으로 이 사건 아파트의 7분의 1 지분(이하 '이 사건 공유지분'이라 한다)은 소외 1의, 7분의 6 지분은 피고의 공유로 경정하는 내용의 등기가 이루어졌다.

3) 이 사건 아파트에는 위 소유권이전등기가 되기 전부터 농업협동조합중앙회 앞으로 채무자 소외 3, 채권최고액 2억 4,000만 원인 근저당권(원래 채무자는 소외 2였으나 2011. 3. 14.자 계약인수를 원인으로 채무자가 소외 3으로 변경되었다)과 채무자 소외 3, 채권최고액 합계 1억 800만 원인 근저당권이 각 설정되어 있었다(이하 위 각 근저당권을 통틀어 '이 사건 근저당권'이라 한다).

4) 신용보증기금이 이 사건 공유지분에 대한 강제경매를 신청하여 경매절차가 개시되었지만, 경매법원은 2017. 2. 8. 신용보증기금에 '이 사건 공유지분의 최저매각가격 59,000,000원이 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 부담 296,297,784원(근저당권, 체납조세, 공과금)에 미치지 못한다'고 통지한 다음 2017. 2. 17. 경매신청을 기각하였다.

5) 소외 1은 원심 변론종결 당시 채무초과로 무자력 상태에 있었다.

나. 제1심은 원고가 금전채권을 보전하기 위하여 소외 1을 대위하여 공유물분할을 청구할 보전의 필요성이 없다는 이유로 소를 각하하였다. 반면 원심은 다음과 같은 이유를 들어, 원고가 소외 1에 대한 금전채권을 보전하기 위하여 소외 1을 대위하여 피고를 상대로 이 사건 아파트에 관한 공유물분할을 청구할 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 원심은 제1심판결을 취소하고, 이 사건 아파트를 경매하여 그 대금에서 경매비용

을 뺀 나머지 돈을 원고에게 1/7, 피고에게 6/7의 비율로 분배할 것을 명했다.

1) 원고가 이 사건 공유지분에 대하여 강제집행을 시도하더라도 그 강제집행은 위에서 본 신용보증기금의 경매신청과 동일한 결과를 맞을 수밖에 없다.

2) 집합건물인 이 사건 아파트는 경매에 부쳐 그 대가를 공유지분에 따라 분배하는 방법(이하 '대금분할'이라 한다)이 가장 공평하고 합리적인 공유물분할 방법이다.

3) 원고가 공유물분할청구권을 대위행사하여 이 사건 아파트에 대한 대금분할이 이루어질 경우, 이 사건 아파트의 가격은 413,000,000원(= 59,000,000원 × 7) 정도여서 위에서 본 선순위 부담 296,297,784원을 뺀 다음 경매절차의 불확실성까지 고려하더라도 상당한 금액이 공유자인 소외 1과 피고에게 배당될 수 있다고 보이므로, 공유물분할청구권의 대위행사는 이 사건 피보전채권의 확보를 위한 유효·적절한 수단이 될 수 있다.

다. 이 사건 쟁점에 관하여 살펴본다.

1) 이 사건 아파트의 각 공유지분은 이 사건 근저당권을 공동으로 담보하고 있다. 이 사건 근저당권과 다른 우선권의 부담을 합한 금액은 이 사건 공유지분 가액보다는 크지만 이 사건 아파트(공유지분 전부)의 가액보다는 작다.

2) 민법 제368조 제1항은 "동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다."라고 정하고, 민법 제368조 제2항 전문은 "전항의 저당 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권 전부의 변제를 받을 수 있다."라고 정하고 있다. 여기서 '각 부동산의 경매대가'는 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권을 뺀 나머지 금액을 말한다(대법원

2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결 등 참조). 한편 부동산 강제경매에서 집행법원은 최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정한 때(이하 '남을 가망이 없는 경우'라 한다)에는 압류채권자에게 이를 통지해야 하고(민사집행법 제102조 제1항), 압류채권자가 통지를 받고 1주일 내에 그 부담과 비용을 넘는 가격의 매수신고가 없을 때에는 스스로 매수할 것을 신청하면서 충분한 보증을 제공하지 않으면 경매절차를 취소하여야 한다(민사집행법 제102조 제2항).

3) 민법 제368조는 공동근저당권의 경우에도 적용되므로(대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결 참조), 원고가 이 사건 공유지분만을 경매할 경우 민법 제368조 제2항에 따라 다른 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 뺀 경매대가에서 이 사건 근저당권의 피담보채권 전액을 변제하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 그 경매절차는 취소될 가능성이 높다. 반면, 법원이 공유물분할의 방법 중 하나로 대금분할을 명하여 이 사건 아파트 전부가 경매되고 민법 제368조 제1항에 따라 배당이 이루어지면, 이 사건 공유지분에 상응하는 경매대가에서 공동근저당권의 피담보채권 전액이 아닌 각 공유지분의 경매대가에 비례한 분담액(= 피담보채권액 × 이 사건 공유지분 경매대가 ÷ 공유물 전부의 경매대가)만을 변제하면 된다. 경매 결과에 따라서는 근저당권과 우선권의 부담을 변제한 후 소외 1에게 배분될 몫이 남을 수 있고, 원고는 이를 통해 채권의 만족을 얻을 여지가 있게 된다.

4) 이 사건의 주된 쟁점은 채무자의 책임재산인 부동산 공유지분에 대한 강제집행이 위와 같이 곤란한 경우에 채권자가 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사할 수 있는지 여부이다.

2. 금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사 허용 여부

가. 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여, 일신에 전속한 권리가 아닌 한 채무자의 권리를 행사할 수 있다(민법 제404조 제1항). 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권으로서 공유자의 일반재산을 구성하는 재산권의 일종이다. 공유물분할청구권의 행사가 오로지 공유자의 자유로운 의사에 맡겨져 있어 공유자 본인만 행사할 수 있는 권리라고 볼 수는 없다. 따라서 공유물분할청구권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있다.

나. 권리의 행사 여부는 그 권리자가 자유로운 의사에 따라 결정하는 것이 원칙이다. 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않는데도 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으려면 그러한 채무자의 권리를 행사함으로써 채권자의 권리를 보전해야 할 필요성이 있어야 한다. 여기에서 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결 등 참조).

다. 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한

공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 또한 특정 분할방법을 전제하고 있지 않는 공유물분할청구권의 성격 등에 비추어 볼 때 그 대위행사를 허용하면 여러 법적 문제들이 발생한다. 따라서 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없다고 보아야 한다.

이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남은 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남은 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

1) 공유자에 대하여 금전채권을 가진 사람은 공유자의 공유지분에 대한 강제집행을 통해서 채권의 만족을 얻는 것이 원칙이고, 공유물분할청구권 행사가 강제집행의 대상이 되는 채무자의 책임재산 감소를 방지한다거나 공유물분할청구권 행사로 책임재산이 늘어난다고 일반적으로 말할 수 없다. 공유부동산 전체를 매각하면 공유지분만을 매각할 때보다 공유지분의 매각대금이 더 커질 수 있다는 사실상의 가능성만으로 채무자의 책임재산이 늘어난다고 법률적으로 평가할 수도 없다.

2) 이 사건과 같이 부동산의 각 공유지분이 공동근저당 관계에 있는 경우에도 공유

물분할은 책임재산의 보전과는 직접적인 관련이 없다.

공유물분할이 되지 않더라도, 장래 공동근저당권 실행으로 공동근저당의 목적인 공유물 전부가 경매되어 공유지분 경매대가를 동시에 배당하는 경우에는 민법 제368조 제1항이 적용되어 '각 공유지분의 가치에 비례하여 공동근저당권의 피담보채권을 분담하는 효과'가 발생한다.

공동근저당권 실행으로 채무자의 공유지분만 먼저 경매되어 그 경매대가 전액이 공동근저당권자에게 배당되는 경우에도, 이 사건과 같이 물상보증인 지위에 있는 채무자는 변제자대위에 관한 민법 제481조, 제482조에 따라 구상권의 범위에서 공동근저당권자의 다른 공유지분에 대한 저당권을 행사할 수 있다. 물상보증인 지위에 있는 채무자는 이를 통해 최종적인 배당결과가 동시배당의 경우와 같도록 보호받을 수 있으므로, 그 책임재산에는 실질적인 변동이 없다.

3) 채권자 스스로는 남을 가망이 없어 채무자의 공유지분에 대하여 즉시 강제집행할 수 없더라도, 채무자의 공유지분으로부터 채권의 만족을 얻을 가능성이 사라지는 것도 아니다. 채권자는 공동근저당권자가 근저당권을 실행할 때를 기다려 채무자의 공유지분으로부터 채권의 만족을 얻을 수 있다. 근저당채무자의 피담보채무 변제로 근저당권이 소멸할 수도 있는데, 이때에는 채권자가 채무자의 공유지분에 대하여 직접 강제집행을 할 수 있게 된다.

채무자의 공유지분에 대한 강제집행이 남을 가망이 없다는 사정 또한 시시각각 변한다. 근저당권의 피담보채권은 그 자체로 확정되기 전까지는 계속 증감변동하는데, 특히 이 사건과 같이 공유자인 채무자가 물상보증인인 경우에는 채무자(공유자)의 자력과 무관하게 근저당권의 피담보채권액이 변할 수 있다. 공유물분할청구권 대위행사의 요

건이 이와 같이 채무자(공유자)의 자력과 관계없이 수시로 변할 수 있는 사정에 좌우 되도록 하는 것은 타당하지 않다.

4) 공유물분할의 방법 중에 공유물 전체를 경매하여 그 대금을 분할하는 방법이 있다고 하여, 일반채권자의 금전채권 만족을 위해 공유물분할청구권의 대위행사를 허용하는 것은 타당하지 않다.

우리 민법과 민사집행법은 일반채권자에게 채무자의 소유가 아닌 재산을 채무자의 재산과 함께 일괄 경매할 수 있는 권리를 부여하고 있지 않다. 그 재산들이 공동근저당 관계에 있는 경우에도 마찬가지로, 공동근저당의 목적인 채무자의 재산을 경매해서 는 남은 가망이 없다면 일반채권자는 공동근저당권이 변제로 소멸하거나 공동근저당권이 실행될 때까지 기다릴 수밖에 없다. 이는 선순위의 담보권을 설정하지 않은 일반채권자가 감수해야 하는 사정에 불과하다.

금전채권의 만족을 원하는 일반채권자에게 공유물분할청구권의 대위행사를 허용한다면, 공유물분할이라는 형식을 빌려 실질적으로는 일괄경매신청권을 부여하고 채무자 소유가 아닌 재산마저도 경매할 수 있도록 허용하는 것이 된다. 채무자의 재산이 공유지분이라는 이유만으로 채무자 아닌 공유자들의 이익까지 희생시키면서 일반채권자에게 법이 인정하지 않는 특별한 이익을 제공할 이유는 없다.

이는 공유관계의 해소를 희망하는 공유자가 다른 공유자들과 자유롭게 협의하여, 만약 협의가 되지 않으면 법원의 재판에 따라, 공유물을 공평하게 나누고 공유관계를 원만하게 해소하려는 공유물분할제도의 본래의 목적과 취지에도 부합하지 않는다.

5) 공유물분할청구권의 행사로 기존의 공유관계를 해소하고 각 공유자 사이에 공유물을 분배하는 법률관계를 실현할 수는 있지만, 공유물분할의 구체적인 방법이나 분할

로 인한 결과를 임의로 정해서 공유물분할청구권을 행사할 수 있는 것은 아니므로, 공유물분할청구권을 대위행사한다고 하여 반드시 금전채권 만족에 도움이 된다고 할 수는 없다.

공유물분할의 원칙적 모습은 공유자들의 합의에 의한 협의분할이고, 공유자들 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우에는 소로써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지하는 것이 허용되지 않는다(대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결 등 참조). 협의가 성립하지 않은 경우의 재판상 분할의 원칙적인 모습은 현물분할이다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결 등 참조).

각 공유지분이 근저당권의 공동담보로 되어 있는 부동산이 현물로 분할되면, 분할 후 공유자들이 취득하는 각 부동산 역시 근저당권의 공동담보가 되므로, 현물분할로 채무자가 취득하는 부동산을 경매하더라도 경매대가에서 여전히 공동근저당권의 피담보채권 전액을 변제해야 한다. 공동근저당 법리로 인하여 채무자의 책임재산에 대한 강제집행이 남을 가망이 없는 사정은 현물분할을 전후로 달라지지 않는다. 그렇다고 하여 채권자가 공동근저당의 목적물인 분할 후 각 부동산에 대하여 일괄경매신청권을 갖는 것도 아니다.

6) 공유물분할청구권은 이러한 모습으로 귀결될 가능성을 포함하고 있는 권리일 뿐이고, 위와 같은 경우를 모두 배제하고 오로지 대금분할만을 요구할 수 있는 '대금분할청구권'이 아니다. 그러한 '대금분할청구권'은 존재하지 않는다.

법원이 공유물분할의 방법 중 하나인 대금분할을 명함에 따라 공유물 전부가 경매되고 민법 제368조 제1항에 따른 배당이 이루어져 공동근저당권의 피담보채권이 각 공유지분의 경매대가에 비례하여 분담되는 것은 ① 공유물을 현물로 분할할 수 없거나

분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에 법원이 물건의 경매를 명할 수 있도록 정한 민법 제269조 제2항과, ② 이러한 공유물분할을 위한 경매도 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하도록 정한 민사집행법 제274조 제1항이 함께 적용될 때 발생하는 우연한 결과에 불과하다.

재판에 의한 공유물분할의 경우 법원은 당사자가 구하는 방법에 구애받지 않고 공유자의 소유지분비율과 사용수의 현황, 공유물의 위치, 면적, 주변상황, 사용가치, 가격 등 공유관계와 공유물과 관련된 제반 사정을 고려하여 자유로운 재량에 따라 합리적인 분할의 방법을 정할 수 있다.

법원이 민법 제269조 제2항에서 정한 대금분할을 명할 것인지를 판단할 때에도 공유관계와 공유물과 관련된 제반 사정을 고려하여 현물분할로 인하여 각 공유자의 소유지분비율에 따른 공평한 분할이 이루어질 수 없는 현저한 감소의 염려가 있는지 여부를 판단하면 되고, 공유물분할의 목적과 취지에서 벗어나 공유자의 채권자가 채권 만족을 얻을 수 있는지 여부를 고려하여 분할의 방법을 정할 것은 아니다.

금전채권자는 위와 같이 공유물분할 과정에서 발생하는 우연한 결과를 이용하여 채권 만족을 얻을 수도 있으나, 법원이 반드시 채권자의 그러한 이익을 보호해야 하는 것도 아니다. 공유물이 원칙적인 방법에 따라 현물로 분할되었을 때 금전채권자가 받아들여야 하는 결과에 비추어 보면, 금전채권자가 바라는 특정한 공유물분할 방법을 전제로 한 공유물분할청구권의 대위행사를 허용하지 않더라도 특별히 부당하다고 볼 수 없다.

7) 일반적으로 권리는 그 행사로 발생하는 법률효과가 특정되어 있지만, 공유물분할청구권의 행사로 인한 법률효과는 그 권리의 행사과정에서 드러나는 공유자들의 자

유로운 의사와 법원의 재량적 판단에 의하여 최종적으로 확정된다. 공유자가 공유물분할청구권을 행사하는 경우에는 어떠한 법률효과도 용인한다는 전제에 서 있는 것이다. 공유물분할청구권의 내용이 바로 그러하기 때문이다. 공유물분할청구권을 행사한 사람이 원하지 않는 방법으로 공유물이 분할된다고 하여 그 권리행사를 철회·취소할 수 있는 것이 아니다.

민법은 대금분할이라는 특정한 법률효과가 발생하는 경우에 한정하여서만 공유물분할청구권을 행사하는 것을 알지 못한다. 그 권리가 대위행사된다고 하여 달라질 수 있는 것도 아니다.

8) 채권자대위에 기한 공유물분할청구소송에서는 법원이 본안에 관하여 심리하여 가장 합리적이라고 결론을 내린 공유물분할 방법이 무엇이냐에 따라 채권자가 금전채권의 현실적인 이행을 확보할 수 있는지 여부가 달라진다. 그 분할방법이 금전채권의 현실적인 이행을 확보하는 데에 도움이 되지 않는 경우 공유물분할청구권 대위행사는 보전의 필요성을 인정하기 어렵고, 채권자대위소송에서 보전의 필요성이 인정되지 않는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하해야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결 참조).

금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사를 폭넓게 허용하게 되면 이와 같이 본안 전 판단 사항인 소송요건(보전의 필요성)의 구비 여부가 본안에 대한 최종심리 결과에 따라 달라지게 되어 본말이 전도된 기이한 모습이 된다. 법원이 가장 합리적인 공유물분할 방법에 관하여 결론을 내리고도 보전의 필요성이 없다는 이유로 공유물분할을 명하지 못하고 공유물분할청구의 소를 각하해야 한다면, 이는 공유물분할청구소송의 본질에 반한다.

소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다70181 판결 등 참조). 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사에서 소송요건인 보전의 필요성 여부는 위와 같이 본안판단 사항인 공유물의 분할방법에 달려 있다. 따라서 공유물분할청구의 소를 각하하는 판결이 확정되더라도 합리적인 분할방법이 무엇이라는 점에 대해서는 기판력 있는 판단이 없으므로, 채권자는 다시 대금분할이 가능하다고 주장하여 소송요건인 보전의 필요성 흠결을 보완하였다는 이유로 공유물분할청구를 반복하여 제기할 수 있게 된다. 이는 공유자 스스로 공유물분할을 청구하는 경우 법원이 합리적이라고 판단한 분할방법에 따라 공유물분할이 이루어지고 그로써 공유물분할청구로 인한 법률관계가 종료되는 것과는 전혀 다른 모습으로, 매우 부당하다.

9) 금전채권의 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사는 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다.

가) 공동근저당 때문에 채권자 스스로는 남을 가망이 없어 채무자의 공유지분에 대하여 즉시 강제집행이 불가능한 경우, 공유물분할청구권의 대위행사에도 불구하고 공유물 전부가 경매되지 않거나 민법 제368조 제1항이 적용되지 않는다면 금전채권자의 채권 만족을 기대하기 어렵다. 공유물분할청구권 대위행사로 공유물 전부가 경매되는 결과는 채무자뿐만 아니라 공유지분을 보유한 다수 당사자들로부터 공유물을 사용·수익할 권리를 근본적으로 박탈하게 된다. 공유자 중 어느 누구도 공유물의 분할을 희망하지 않는데도 단순히 금전채권자의 채권 보전을 위하여 채무자의 재산뿐만 아니라 다른 공유자의 공유지분 전부가 경매되는 것은 채무자를 포함한 공유자들에게 지나치게

가혹하다.

나) 채무자의 공유지분에 대하여 경매가 이루어지는 경우에는 민사집행법 제140조에 따라 다른 공유자들이 최고매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 공유지분을 우선 매수할 수 있고, 이를 통해서 공유자들 사이의 인적 관계와 공유물에 대한 종전의 사용관계를 유지할 수 있다. 그러나 공유물분할로 공유물 전부가 경매되는 경우에는 다른 공유자들이 공유물에 대한 종전 사용관계를 유지할 수 있는 아무런 수단이 없다.

다) 이에 비해 채권자는 여전히 채무자의 공유지분으로부터 채권의 만족을 얻을 가능성이 있고, 공유물분할이 책임재산의 증감에는 실질적인 영향을 주지 않음은 앞서 본 바와 같다.

라) 나아가 공유물분할청구에 따라 공유물의 분할을 실현하는 과정에서 공유자들 사이에 협의가 성립하여 현물분할과 같이 채권자의 금전채권 만족에 도움이 되지 않는 방법으로 공유물이 분할되는 경우에는, 채권자로서는 채권자대위권 행사가 무익하게 되고, 공유자들로서는 원하지 않는 시기에 공유물분할을 강요당하는 결과가 되고 만다.

3. 상고이유에 관한 판단과 판례변경

가. 결국 원고가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 이 사건 아파트에 관한 공유물 분할청구권을 대위행사할 수 있다고 본 원심의 판단에는 금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 이와 달리 공유물에 근저당권 등 선순위 권리가 있어 남을 가망이 없다는 이유로 민사집행법 제102조에 따라 공유지분에 대한 경매절차가 취소된 경우에는 공유자의 금전채권자는 자신의 채권을 보전하기 위하여 공유자의 공유물분할청구권을 대위행사

할 수 있다는 취지로 판단한 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다56297 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김상환의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 박정화의 보충의견이 있다.

5. 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수의 반대의견

가. 채무초과 상태인 채무자가 부동산의 공유지분을 소유하고 있으나, 공유부동산 위에 존재하는 공동근저당권으로 인하여 채무자의 공유지분에 대한 강제집행은 남을 가망이 없어 불가능한 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자인 공유자에게 배분될 몫이 남을 수 있는 경우(이하 '이 사건 유형'이라 한다)가 있다. 다수의견이 쟁점 부분에서 서술하였듯이, 이 사건도 여기에 해당한다.

다수의견은 '보전의 필요성'이 없다는 등의 이유로 채권자가 금전채권을 보전하기 위하여 공유자인 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사하는 것을 극히 예외적으로만 허용해야 하고, 이는 이 사건 유형에서도 마찬가지라고 한다.

그러나 이러한 다수의견에는 찬성하기 어렵다. 이 사건 유형에서는 채권자가 채무자의 재산권에 속하는 공유물분할청구권을 대위행사하여 채권의 현실적 이행을 유효·적

절하게 확보할 수 있도록 허용해야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 민법 제404조 제1항은 본문에서 "채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다."라고 정함으로써 채권자대위권의 행사 요건을 아주 단순하게 정하고 있고, 그 단서에서 '일신에 전속한 권리'에 대해서는 채권자대위권을 행사할 수 없다는 예외를 정하고 있을 뿐이다.

이 사건에서 채권자가 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사할 수 있는지 문제되고 있다. 채무자가 부동산 공유자로서 가지는 공유물분할청구권이 채무자의 권리에 속함은 분명하다. 따라서 채권자가 채무자의 공유물분할청구권을 행사하는 것이 '자기의 채권을 보전하기 위한 것'인지 여부가 문제의 핵심이다.

민법 제404조 제1항에서 말하는 '자기의 채권을 보전하기 위하여'란 채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보하기 위한 것을 뜻한다. 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우가 이에 해당한다.

대법원은 채권자대위권의 행사로 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 자력이 없어 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있으면 원칙적으로 보전의 필요성을 인정하였다(대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결, 대법원 1969. 7. 29. 선고 69다835 판결 등 참조). 여기서 채무자에게 자력이 없다는 것, 즉 무자력은 일반적으로 총채권자의 채권을 변제하기에 부족한 채무초과 상태에 있다는 것을 말한다.

그런데 대법원은 채권자가 보전할 채권이 소유권이전등기청구권과 같은 특정채권인 경우 채권자가 대위할 권리와 밀접한 관련이 있는 때에는 채무자의 무자력을 요건으로

하지 않고 채권자대위권 행사를 넓게 허용함으로써(대법원 1964. 12. 29. 선고 64다 804 판결, 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다 38699 판결 등 참조) 채권자대위권의 행사 요건을 완화해 왔다. 특정채권을 보전하는 것은 채무자의 무자력과는 상관없는 문제이기 때문이다.

이후 대법원은 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에도 그 채권과 채권자가 대위할 권리 사이에 밀접한 관련성이 있는 예외적인 사안에서 채무자의 무자력을 문제 삼지 않고 채권자대위권 행사를 인정하였다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다 89355 판결 등 참조).

금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 외에 추가적인 것을 요구하며 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사를 허용하는 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다.

2) 채무자가 무자력 상태에 있으면 원칙적으로 채권자대위권을 행사하여 금전채권을 보전할 필요성이 있으므로, 채무초과 상태인 채무자가 부동산의 공유지분을 소유하고 있는 경우 금전채권자는 채무자의 권리에 속하는 공유물분할청구권 역시 대위하여 행사할 수 있다고 보아야 한다.

공유자는 다른 약정이 없으면 언제든지 공유물의 분할을 청구할 수 있다(민법 제268조). 공유는 공동소유자 상호간에 아무런 인적 결합관계 없이 각기 독립적으로 목적물을 지배할 수 있는 공동소유 형태로서, 물건에 대한 1개의 소유권이 분량적으로 분할되어 여러 사람에게 속하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 각 공유자는 공유물의 분

할을 청구하여 기존의 공유관계를 해소하고 각 공유자 간에 공유물을 분배하는 법률관계를 실현하는 일방적인 권리를 가진다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결 등 참조).

이러한 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권으로서 공유자가 갖는 재산권 중 하나이고, 채권자대위가 허용되지 않는 일신전속적 권리가 아니다. 공유물분할은 공유자의 재산권이 행사되는 자연스러운 모습 중 하나이고, 공유물분할의 자유는 공유가 다른 공동소유제도와 구별되는 본질적 특징이다.

3) 이 사건에서 채권자가 채무자의 재산권에 속하는 공유물분할청구권을 대위행사하는 것은 금전채권의 현실적 이행을 확보할 수 있는 유효·적절한 수단이 된다.

가) 이 사건에서는 부동산의 각 공유지분 위에 존재하는 공동근저당권으로 인하여 책임재산인 '채무자의 공유지분'에 대한 강제집행은 현실적으로 불가능하다. 채무자의 공유지분만을 경매하면 민법 제368조 제2항에 따라 채무자의 공유지분 경매대가에서 공동근저당권의 피담보채권 '전액'을 변제해야 하므로 남은 가망이 없다. 이에 따라 채무자의 공유지분에 대한 경매가 이미 무산된 바 있다.

이 사건 아파트의 경우 그 구조, 면적, 공유자들의 소유지분비율, 사용수익 현황 등에 비추어 현물분할이 불가능하거나 현물분할로 인하여 현저히 가격이 감소될 염려가 있으므로, 공유물 전부의 경매를 명하여 대금을 분할하는 것이 가장 합리적인 분할 방법이다. 이러한 경우에 채권자가 공유자인 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사하면, 법원이 공유부동산 전부의 경매를 명하여 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례하여 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되므로, 채무자의 공유지분 경매대가에서 공동근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고도 공유자인 채

무자에게 배분될 몫이 남을 수 있고, 채권자는 이를 통해 비로소 금전채권의 만족을 얻을 수 있게 된다.

나) 다수의견은 공동근저당권자가 근저당권을 실행하면 공유물분할에 따른 경매와 같은 효과가 발생할 수 있고 근저당채무자의 피담보채무 변제로 근저당권이 소멸할 수도 있으므로, 채권자는 그 때까지 기다려 공유지분에 대한 권리를 행사하면 된다고 한다. 그러나 채권자에게 공동근저당권이 실행되거나 변제로 소멸되기만 기다리라는 것은 채권의 현실적인 이행을 확보하는 데에 아무런 도움이 되지 않는다. 거래 현실에서는 오랜 기간(짧게는 5년에서 길게는 50년)에 걸친 분할상황을 전제로 한 주택담보대출과 같이 피담보채무의 변제기를 장기로 약정하여 근저당권을 설정하는 경우가 있고, 피담보채무가 확정되었는데도 근저당권자가 오랜 기간 근저당권을 실행하지 않는 경우도 찾아볼 수 있다.

보전의 필요성을 판단할 때 채권자대위권 행사가 유일한 권리구제수단일 것을 요하지 않는다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결 참조). 위와 같이 채무자의 책임재산에 대한 강제집행을 불가능하게 하는 장애사유가 있어 채무자의 재산권을 대위행사하는 것이 장애사유를 해소하고 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하는 수단이 되는 경우에도 보전의 필요성을 인정할 수 있다.

다) 다수의견은 공유부동산 전부를 매각하더라도 책임재산이 늘어난다고 법률적으로 평가하기 어렵고 공유물분할청구권의 대위행사가 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없다고 한다. 그러나 공유물분할에서 현물분할을 하게 되면 그 가액이 현저히 감소될 염려가 있는 때에는 공유물의 경매를 명하여 대금분할을 할 수 있듯이 그 분할의 방법에 따라 공유물의 가액이 달라지고, 공유지분만을 매각할 때보다 공유물 전부를 매각

할 때 공유지분 자체의 매각금액이 커지는 것이 강제집행의 일반적 현실이기도 하다.

다수의견은 공유물분할청구권 행사의 결과가 실제 책임재산에 미치는 효과를 애써 외면하고 있다.

4) 다수의견은 공유물분할청구권의 대위행사를 허용하면 실질적으로 일반채권자에게 공동근저당 목적물에 대한 일괄경매신청권을 부여하는 것이 된다고 한다. 그러나 공유물분할청구에 따라 공유물 전부가 경매되더라도 공동근저당권자가 자신의 채권을 우선 변제 받는 데에 아무런 지장이 없으므로 공동근저당권자에게 불이익하다고 할 수 없다. 공유자인 채무자 스스로 공유물분할청구를 하여 대금분할이 될 때에도 일괄경매신청과 같은 효과가 나타나는데, 이는 공유지분을 공동근저당 목적물로 한 것에서 비롯된 결과에 불과하다.

이 사건에서 채무자의 공유지분에 대한 강제집행이 어려워진 이상, 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위해 다른 수단을 강구하는 것이 허용되어야 한다. 다수의견과 같이 보전의 필요성을 인정하지 않는다면, 채권자는 채무자의 책임재산이 있고 그로부터 채권의 만족을 얻을 수 있음에도 적시에 채권을 행사하기 어렵게 되고, 채무자는 그 책임재산이 공유재산이라는 이유만으로 일반채권자의 강제집행을 사실상 면하게 되는 반사적 이익을 얻게 되어 정의와 형평에 어긋난다.

일반채권자가 무자력 상태인 채무자의 권리를 대위행사하여 금전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하는 데 필요한 조치를 취할 수 있는 것은 민법 제404조에 기초한 법률상 권리이고, 이를 통해 채권자가 얻는 이익 역시 법률상 이익이다. 공유물분할청구권 대위행사에 따른 법률효과를 일반채권자에게 우연히 부여되는 사실상 이익으로 보는 다수의견은 타당하지 않다.

5) 이 사건에서 책임재산인 채무자의 공유지분에 대한 강제집행이 불가능한 것은 공동근저당권의 목적인 부동산 중 일부가 경매될 경우 근저당권자가 그 경매대가에서 피담보채권 전부를 변제받을 수 있도록 정한 민법 제368조 제2항 전문이 적용되기 때문이다. 그러나 공동근저당권의 피담보채권이 공동근저당 관계에 있는 부동산 중 일부로부터만 변제되는 결과가 반드시 바람직한 것은 아니다.

민법 제368조 제1항은 공동근저당권 목적 부동산의 전체 경매대가를 동시에 배당하는 이른바 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 않는 범위에서 각 부동산의 책임을 안분함으로써 각 부동산의 소유자, 후순위 저당권자와 그 밖의 채권자의 이해관계를 조절하고, 나아가 같은 조 제2항 후문은 대위제도를 규정하여 공동근저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과를 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동근저당권자의 실행선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 후순위 근저당권자를 보호하고 있다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결 등 참조). 그리고 민법 제481조, 제482조는 변제자대위제도를 규정하여 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같도록 물상보증인과 그 채권자를 보호하고 있다.

위와 같은 민법의 태도에 비추어 보면, 공동근저당권자의 이익을 해치지 않으면서 공동근저당권의 목적인 부동산의 경매대가가 동시에 배당되도록 하는 방법이 있다면 이를 허용하는 것이 타당하다. 공유물분할의 자유를 본질적 특징으로 하는 공유관계에서는 채권자대위의 법리에 따른 공유물분할청구가 바로 그러한 방법이 된다.

6) 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(대법원 2002. 4. 12. 선고 2002다4580 판결 참조). 이에 따라 재판실무에서는 현물분할 못지않게 대금분할이 빈번하게 이루어지고 있다.

다수의견은 공유물이 현물로 분할되었을 때의 채권자 지위에 비추어 대금분할 되었을 때의 채권자의 이익을 보호할 필요가 없다고 하나, 이 사건과 같이 애초에 현물분할을 생각하기 어렵고 대금분할이 타당한 경우에는 이러한 비교 자체가 무의미하다.

나아가 민법 제269조 제2항은 공유물 전부를 경매하여 대금을 분할하는 것을 공유물분할의 방법 중 하나로 정하고 있고, 민사집행법 제274조 제1항은 이러한 공유물분할을 위한 경매도 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하도록 정하고 있으므로, 공동근저당 관계에 있는 각 공유지분 전부가 공유물분할로 경매되어 동시에 배당될 때 민법 제368조 제1항이 적용되는 결과는 이미 우리 민법과 민사집행법이 예정하고 있는 것이다. 채권자대위권을 행사하는 채권자는 채무자가 스스로 자신의 재산권인 공유물분할청구권을 행사할 때와 동일한 결과를 얻을 뿐이다.

한편 반드시 대금분할의 방법으로 공유물분할이 이루어져야만 채권자가 자신의 채권에 대한 현실적 이행을 확보할 수 있게 되는 것도 아니다. 공유부동산을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에게 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 지급하게 하는 방법에 의한 분할(이른바 전면적 가액보상에 의한 현물분할)도 현물분할의 하나로 허용된다(대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결 등 참조). 이러한 분할방법에 따라 다른 공유자들이 공유자인 채무자의 지분을 취득하는 대신 채무자에게는 적절한 가액을 지급하도록 한다면 채권자는 공유자인 채무자가 공유물분할 후 받게 될 금전에 대하여 강제집

행을 할 수 있게 된다.

7) 공유물분할청구권을 행사할 때에 공유물이 장차 어떠한 방법으로 분할될지 미리 정해져 있지 않아 금전채권의 현실적인 이행을 확보하는 데에 도움이 되지 않는 형태의 공유물분할이 이루어질 수도 있다는 이유를 들어, 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권의 대위행사를 일반적으로 허용하지 않으려는 태도 역시 타당하지 않다.

구체적 사안에서 보전의 필요성 여부를 심사하여 공유물분할청구권의 대위행사를 허용할지 여부를 개별적으로 결정하면 충분하다. 법원이 공유물분할로 금전채권의 현실적인 이행을 확보하는 데에 아무런 도움이 되지 않는다고 판단하는 경우에는 보전의 필요성이 없음을 이유로 채권자의 무익한 공유물분할청구권 대위행사를 저지할 수 있다.

이에 대해 다수의견은 법원이 공유물분할청구소송의 본안에 해당하는 분할방법에 대해 심리한 다음 채권자대위권 행사에 보전의 필요성이 없다고 판단하는 것은 본말이 전도된 모습이라고 한다. 그러나 그러한 모습이 실무에서 특별히 문제된다고 볼 수 없다. 채권자대위소송에서 보전의 필요성 여부는 변론종결 당시를 기준으로 판단해야 하는데(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 등 참조), 법원이 본안에 관한 심리와 판단을 마치고도 변론종결 당시에 보전의 필요성이 없음을 이유로 채무자를 대위하여 채권자가 제기한 소를 각하하는 일은 비단 공유물분할청구권이 아닌 다른 권리를 재판상 대위행사하는 경우에도 발생한다. 오히려 다수의견처럼 '본안 전 소송요건에 대한 심리'와 '본안에 관한 심리' 단계를 엄격하게 구분하는 태도는 바람직하지 않다. 실무에서는 법원이 분쟁의 일회적, 종국적 해결을 도모하기 위하여 본안 전 소송요건에 관한 심리와 본안에 관한 심리를 함께 하는 경우도 흔히 볼 수 있다.

다수의견은 채권자대위에 기한 공유물분할청구소송에서 법원이 합리적인 분할방법에 관한 심리와 판단을 마쳤는데도 보전의 필요성이 없어 그 내용대로 공유물분할을 명하지 못하는 것도 문제라고 하나, 공유자가 스스로 제기한 공유물분할청구소송에서도 법원이 합리적인 분할방법에 관하여 심리와 판단을 마친 다음 소가 취하되거나 공유자들 사이에 협의가 성립함에 따라 공유물분할을 명하는 재판을 하지 못하는 경우가 있으므로, 이 부분 역시 특별히 문제된다고 볼 것은 아니다.

8) 채권자가 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사한다고 하여 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 볼 수 없다.

가) 채권자대위권은 채권자가 채무자의 권리를 대신 행사하는 것이므로 기본적으로 채무자의 재산권에 대한 일정한 간섭을 전제로 하고, 그 권리행사에 채무자의 동의를 필요로 하지 않는다(대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결 참조). 민법 제404조 제1항은 '부당한 간섭'을 채권자대위권 행사의 소극적 요건으로 정하고 있지도 않다. 따라서 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 이유로 채권자대위권 행사를 제한할 것인지 여부는 매우 신중하게 결정해야 할 문제이다.

채권자대위권에서 '부당한 간섭' 문제는 금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 요건을 완화할 필요가 있는 사안(위 대법원 2013다71784 판결, 대법원 2014다89355 판결 등 참조) 또는 채무자의 변제 자력과는 무관한 특정채권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사하는 사안(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결 등 참조)에서 주로 문제되었다.

채무자에 대한 부당한 간섭으로는 채무자의 권리를 행사하더라도 채권자에게 아무런

도움이 되지 않는 경우와 같이 이른바 권리남용에 해당하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결을 비롯하여 대법원이 채권자대위권 행사가 채무자의 자유로운 재산관리에 대한 부당한 간섭이 된다고 본 사례가 있지만, 그러한 사례에서는 특정채권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사하는 사안에서 채권자대위권 행사가 권리남용에 해당한다고 볼 여지가 있는 매우 예외적인 사정들이 있었다. 이러한 예외적 사안에서 인정된 '부당한 간섭'을 금전채권 보전을 위한 채권자대위권의 행사 요건으로 일반화하는 것은 바람직하지 않다. 채권자가 자기 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하는 것이 일신전속적 권리를 행사하는 것도 아니고 권리남용에 해당하지도 않는다면 채권자대위권의 행사를 쉽사리 부정해서는 안 된다.

나) 채권자가 채무자의 재산에 관한 형성권을 대위하여 행사한다는 것만으로 곧바로 채무자의 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 것은 아니다. 대법원은 골프클럽 회원인 채무자의 '회원가입계약 해지권'에 대한 대위행사가 문제된 사안(대법원 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결 참조), 임대인인 채무자의 '임대차계약 해지권'에 대한 대위행사가 문제된 사안(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결 참조), 조합원인 채무자의 '조합을 탈퇴할 권리'에 대한 대위행사가 문제된 사안(대법원 2007. 11. 30.자 2005마1130 결정 참조) 등에서도 채권자대위권 행사가 가능하다고 판단해 왔다.

다) 공유지분에 대한 강제집행의 경우와 비교해서 공유물분할 경매가 채무자에게 특별히 더 불리하다고 할 수 없다. 오히려 공유지분만을 매각하는 경우보다 공유물 전부를 매각하는 경우에 공유지분 자체의 매각금액이 커질 수 있음은 앞서 본 바와 같다. 강제집행은 기본적으로 책임재산에 대한 채무자의 처분권 박탈을 전제로 하므로, 채권

자가 채무자의 공유물분할청구권을 대위행사함으로써 공유지분에 관한 채무자의 처분권이 제한되더라도 채무자에 대한 부당한 간섭이 된다고 보기 어렵다.

라) 공유물분할청구권의 대위행사로 공유자들이 원하지 않는 시기에 공유물분할이 이루어지고 공유물 전부를 지분에 따라 사용할 수 있었던 기존의 사용관계가 소멸하더라도 이는 공유자들이 부동산을 단독 소유하지 않고 공유하고 있는 것에 따른 제약일 뿐이다. 공유자 중 한 사람이라도 공유물분할을 희망하면 다른 공유자들이 원하지 않더라도 공유물분할절차는 시작된다. 공유물은 언제든지 분할될 수 있고, 채권자는 채무자가 공유자 중 한 사람으로서 일방적으로 행사할 수 있는 권리를 채무자를 대위하여 행사하는 것이므로, 공유자들이 원하지 않는 시기에 공유물분할이 이루어진다는 결과가 공유자들에게 부당하다고 말하기 어렵다.

마) 법원은 공유물분할 청구자의 주장에 구애받지 않고 자유로운 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유물을 분할할 수 있다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결 등 참조). 공유자 모두를 당사자로 하는 필수적 공동소송인 공유물분할청구의 소에서 법원이 심리한 결과 대금분할이 타당하다고 판단하는 경우에 비로소 공유물의 경매가 이루어지게 된다. 채무자가 아닌 공유자들의 공유지분이 경매되는 것은 분할청구권을 행사해서 성립한 법률관계의 한 효과일 뿐이다.

바) 민사집행법 제140조에서 정한 공유자의 우선매수권은 공유자 일부의 공유지분이 경매로 매각되는 경우 다른 공유자들의 이익을 보호하기 위한 규정이다. 공유물 전부가 경매되는 대금분할 방법을 전제로 공유물분할이 이루어지는 경우에는 위 규정이 적용될 여지가 없다. 공유물에 대한 기존 사용관계를 유지하기를 원하는 공유자들은 분할협의 과정에서 분할을 청구한 공유자의 지분을 매수할 기회를 가질 수 있다. 법원도

다른 공유자의 기존 사용관계를 유지하는 분할방법으로 전면적 가액보상에 의한 현물 분할을 정할 수도 있다. 나아가 경매에 따른 매각금액이 그 부동산의 시가에 미치지 못하는 경우가 있을 수 있으므로 공유자들이 직접 경매에 참여하여 저렴한 가격으로 부동산의 소유권을 다시 취득할 수도 있다. 이에 비추어 보면, 공유물 전부가 경매되는 경우 민사집행법 제140조가 적용되지 않는다고 하여 특별히 부당하다고 볼 수 없다.

9) 다수의견은 공유물분할청구권이 채권자대위권 행사의 대상이 될 수 있다고 보면서도, 채권자가 금전채권을 보전하기 위하여 공유자인 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사하는 것을 극히 예외적으로만 허용해야 하고 이 사건 유형에서는 허용할 수 없다고 한다. 이는 위에서 살펴본 바와 같이 타당하지 않을 뿐만 아니라, 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권 대위행사가 허용되는 예외적 상황은 과연 어떤 것인지 명확히 밝히고 있지 않아 법적 안정성마저 해치므로 찬성하기 어렵다.

나. 그러므로 이 사건 유형에서 공유물분할청구권 대위행사를 허용한 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다56297 판결은 정당하고, 다수의견과 같이 위 판결의 법리를 변경할 필요가 없다.

다. 다음으로 피고의 상고이유와 이 사건의 결론에 관하여 살핀다.

1) 공유물분할청구권의 대위행사 관련 상고이유에 대한 판단

원심은 이 사건 공유지분은 강제집행이 가능하지 않지만 공유물분할의 방법으로 이 사건 아파트를 경매하면 상당한 금액이 공유자인 채무자 소외 1에게 분배될 수 있다고 보아, 금전채권자인 원고가 소외 1을 대위하여 이 사건 아파트에 관한 공유물분할을 청구할 수 있다고 판단하였다. 또한 공유물분할의 방법으로 대금분할을 선택함에 따라 피고의 공유지분이 함께 경매되더라도 원고의 채권자대위권 행사를 권리남용으로 볼

수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 채권자대위권 행사의 대상과 보전의 필요성, 권리남용 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2) 공유물분할 방법에 관한 상고이유에 대한 판단

원심은 이 사건 아파트를 지분에 따라 현물로 나누기는 매우 곤란하고 현물분할이 가능하더라도 분할된 각 부분의 가치가 현저히 저하되며 이 사건 근저당권 때문에 이해관계자들의 권리관계가 복잡해질 우려가 있다는 등의 이유를 들어, 이 사건 아파트를 경매하여 그 대가를 소외 1과 피고의 공유지분에 따라 분배하는 방법이 가장 공평하고 합리적인 공유물분할 방법이라고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 공유물분할 방법에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3) 채무자의 권리행사 여부와 관련한 상고이유에 대한 판단

원심은 피고가 상속재산분할협약에서 정한 바에 따라 사실상 이 사건 공유지분과 관련된 소외 1의 상속채무를 변제하고 있다고 하여, 이를 소외 1이 이 사건 공유지분에 관한 권리를 행사한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 채권자대위권의 행사요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4) 피고의 상고는 이유 없으므로 이를 기각해야 한다.

라. 이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김상환의 보충의견

가. 재판의 시작부터 집행에 이르기까지 일련의 과정은 대립하는 당사자들 사이의 이해 충돌의 장이며, 법원은 당사자들의 권리의무 내용과 한계를 명확히 밝혀 다툼을 합리적으로 해결하여야 한다.

이 사건 쟁점과 관련하여서는 공유물분할재판의 실무와 상속재산분할협약에 관한 사해행위취소의 법리를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

1) 우선, 공유물분할청구소송의 실무에서는 민법상 현물분할 원칙에도 불구하고 법원이 공유물의 경매를 명하여 대금을 분할(이하 본 보충의견에서는 '경매분할'이라 한다)하도록 하는 경우가 많다. 현물분할은 법령상 제한이나 대상물의 현황, 이용관계에 비추어 선택하기 어려운 경우가 대부분이고, 이 사건과 같이 분할 대상이 아파트인 경우 역시 현물분할이 거의 불가능하다.

공유부동산을 공유자 일부의 소유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에게 그 지분의 가격을 지급하도록 하는 이른바 전면적 가액보상에 의한 현물분할도 관념상으로는 언제든지 가능해 보이지만 실제로는 부동산을 보유하려는 공유자에게 충분한 현금성 자산이 있어야만 가능한 것이다. 부동산을 보유하려는 공유자에게 충분한 현금성 자산이 없으면 다른 공유자는 가액 지급을 명한 공유물분할 판결에 기하여 해당 부동산에 대한 강제집행을 할 수밖에 없어 경매분할과 마찬가지로의 결과가 된다.

이 사건 원심을 비롯하여 경매분할을 허용한 공유물분할 판결에 따라 경매절차가 개시되면, 공유부동산 전체가 시장에 던져져 자금력을 바탕으로 가장 높은 금액을 제시한 사람이 이를 전부 취득하게 된다. 공유지분만을 경매할 때에는 공유자들에게 민사집행법 제140조에 따라 경매물건인 공유지분을 우선 매수할 수 있는 기회가 있지만,

공유물분할을 위한 경매에서는 원칙적으로 공유자들이 최고가매수신고인으로 되지 않고는 공유물에 대한 종전 권리를 유지할 수 없다. 경매절차의 속성상 자금력이 풍부한 측이 매수인이 될 가능성이 더 높으므로 공유자가 아닌 사람이 매수인으로 되고, 공유자들은 공유물의 소유권을 잃게 되는 일이 얼마든지 생길 수 있다. 나아가 공유물분할을 대위 청구하였던 채권자 또는 그와 경제적으로 연결된 측에서 공유물분할소송 과정에서 취득한 정보를 이용하여 경매 부동산을 취득할 가능성이 상존한다.

2) 다음으로, 판례는 피보전채권 발생 후 상속이 개시됨으로써 원래 채무자의 책임 재산이 아니었던 상속재산이 생긴 경우에도 채무초과 상태에 있는 채무자가 포함된 공동상속인들의 상속재산분할협의 결과 일반채권자에 대한 공동담보가 감소한다면 채무자의 기존 재산 처분과 마찬가지로 채권자에 대한 사해행위가 된다고 보고 있다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결 등 참조).

나. 공유물분할재판의 현실과 상속재산분할협의에 대한 사해행위취소권 행사 법리가 이 사건 쟁점인 공유물분할청구권의 대위행사와 결합되면 새로운 문제가 생긴다. 즉, 채무자를 포함한 공동상속인들 전원의 의사가 합치된 상속재산분할협의에 따라 상속재산 분할이 완료되었는데도, 채무자가 상속개시 전에 가지고 있던 채무로 인하여 상속재산분할협의에 대한 채권자취소권이 행사됨에 따라 채무자 앞으로 상속재산의 공유지분이登記됨을 이유로 채권자가 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사함으로써 그 채무자와 무관한 다른 공동상속인의 상속재산 전부가 경매의 대상이 되어 공동상속인들이 상속재산 전체를 잃게 되는 부당한 결과에 이를 수 있다.

이 사건도 이에 해당한다. 이 사건 아파트는 그 소유자이던 소외 2가 2011년에 사망한 다음 공동상속인들 전원의 상속재산분할협의에 따라 피고 앞으로 소유권이전등기

되었다. 원고는 공동상속인인 소외 1에 대한 신용카드이용대금 채권(적어도 1999년 이전 발생)의 전전 양수인이고, 사해행위취소소송의 결과 이 사건 아파트의 7분의 1 지분이 소외 1 앞으로 등기되었다.

이러한 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 아파트나 그 공유지분은 이 사건 피보전채권이 성립할 당시에는 채무자 소외 1의 책임재산이 아니었다. 공동상속인들 사이에 이 사건 아파트 전부를 피고가 단독 상속하는 내용으로 상속재산분할협의를 이루어졌는데도 그것이 사해행위라고 하여 공유지분이 채무자 소외 1의 책임재산으로 회복되었을 뿐이다. 더구나 소외 1의 책임재산으로 된 재산은 이 사건 아파트 자체가 아니라 7분의 1 지분에 불과하다. 상속개시 후 공유자인 공동상속인들의 일치된 의사로 상속재산분할협약이 성립되어 피고에게 상속재산의 이전등기가 마쳐졌으니, 공유자들 중 어느 누구도 공유물분할을 원하지 아니하였다고 보인다.

그런데도 소외 1의 일반채권자가 그 책임재산인 이 사건 아파트 7분의 1 지분을 경매하면 남을 가망이 없어 강제집행이 곤란하다는 이유만으로 상속재산인 이 사건 아파트 전체가 경매에 던져지는 것은 피고에게 지나치게 가혹하다. 오히려 책임재산에 대한 강제집행이 남을 가망이 없는 경우에는 민사집행법의 원칙으로 돌아가 일반채권자는 경매를 실행할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 공유자의 의사에 따른 공유물분할청구가 언제든지 허용된다고 하여 그 공유자의 채권자에 의한 공유물분할청구까지 제한 없이 허용되어야 하는 것은 아니다. 후자의 청구는 보전의 필요성 등을 추가요건으로 하고 있다.

다. 종전 판례를 변경하여 채권자가 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없도록 하면, 채무자가 장래의 강제집행을 피하기 위하여 단독 소유하는 부동산의 일부 지분을 처분

하는 경우에 채권자의 채권회수 기회가 제한되는 불가피한 사례도 있을 것이다.

그러나 채무자가 단독 소유하는 부동산의 일부 지분을 처분하는 경우, 만약 채무자에게 다른 책임재산이 있는 등으로 자력이 있다면 채권자의 채권회수에 지장이 없을 것이고, 채무자의 자력이 불충분하여 위 처분행위로 책임재산에 부족을 가져온다면 채권자는 민법 제406조에 의한 채권자취소권을 행사하여 보호받을 수 있을 것이다. 이와 달리 채무자가 지분처분행위 당시에는 자력이 있었는데 이후 무자력에 빠지고 동시에 공유지분에 대한 강제집행마저 곤란하게 되는 상황은 극히 예외적인 경우라고 보아야 한다.

결국 위와 같이 아주 예외적인 경우까지 염려하여 공유물분할청구권의 대위행사를 허용할 것인가, 아니면 채권회수 기회가 제한될 수는 있더라도 채무자 아닌 공유자를 그 재산이 경매되어 없어질 위험에 놓이지 않도록 보호할 것인가는 법익 형량의 문제라 할 것이다.

라. 이러한 점을 지적해 두는 것으로 다수의견을 보충하는 의견을 개진한다.

7. 반대의견에 대한 대법관 박정화의 보충의견

가. 일반적으로 금전채권자가 채무자의 공유지분에 대한 강제집행으로 채권의 만족을 얻을 수 있다면 굳이 채무자의 공유재산에 대하여 공유물분할청구권을 대위행사할 필요가 없다. 그러나 이 사건 유형에서는 채권자의 채권확보를 위한 가장 유효·적절한 수단이 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사하는 것이다.

다수의견은 공유물분할청구권이 재산권이고 그 행사가 일신에 전속된 권리가 아니어서 채권자대위권의 대상이 될 수 있다고 하면서도, 금전채권 보전을 위한 부동산에 관한 공유물분할청구권 대위행사는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 허용되지 않는다고

한다. 그런데 다수의견이 들고 있는 그 이유를 살펴보면 공유물분할청구권은 어떠한 경우에도 채권자대위권의 대상이 될 수 없음을 전제로 하고 있는 듯이 보이고, 대위권을 행사할 수 있는 예외적인 경우를 상정하기 어렵다. 나아가 대위권을 행사할 수 있는 예외적인 경우에는 다수의견에서 제시한 이유들이 어떻게 극복될 수 있을 것인지에 대해서 밝히지 않고 있다. 이 점에서 다수의견은 채권자와 채무자 및 다른 공유자들에게 향후 공유물분할청구권의 대위행사가 다투어지는 상황에서 적절한 기준과 예측 가능성을 제시하지 못한 채 불확실성만을 높인다는 비판에서 자유로울 수 없다.

나. 이 사건 유형에서 다수의견에 따라 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권의 대위행사를 허용하지 않으면, 채무자가 그 책임재산에 공유관계를 형성함으로써 손쉽게 강제집행을 면탈할 수 있게 되는 문제를 해결할 수 없다. 다음과 같은 예를 생각해 볼 수 있다.

가령 채무자가 소유한 시가 1억 원 상당의 부동산에 피담보채무액이 6,000만 원인 근저당권이 설정되어 있는데 채무자가 장래의 강제집행을 염려하여 자력이 충분한 상태에서 미리 그 부동산 중 1/2 지분을 타인에게 이전하여 두면, 일반채권자들은 위 부동산에 대하여 강제집행을 할 수 없게 된다. 채무자의 공유지분 가액 5,000만 원(= 1억 원 × 1/2 지분)이 근저당권의 피담보채무액 6,000만 원에 미치지 못해 강제집행을 하더라도 남은 가망이 없고, 채무자가 자력이 있는 상태에서 공유지분을 처분하였으므로 채권자들이 채무자의 처분행위를 사해행위라고 하여 취소하기도 어렵기 때문이다.

결국 다수의견에 따르면 담보권이 설정된 부동산을 소유하고 있거나 취득하려는 채무자가 그 부동산을 지분으로 나누어 공유로 등기함으로써 강제집행을 손쉽게 피할 수 있게 된다. 반면 채권자들은 채무자의 책임재산에 대한 공유관계를 해소할 수 있는 수

단을 갖지 못한 채 이를 그냥 내버려 둘 수밖에 없다. 이러한 상황이 부당함은 다언을 요하지 않는다.

다. 다수의견에 대한 보충의견은, 공유물분할청구소송의 실무에서 현물분할의 원칙에도 불구하고 법원이 공유물의 경매를 명하는 경우가 많다는 점을 인정하면서 금전채권 보전을 위하여 공유물분할청구권에 대한 대위행사를 허용할 경우 자력이 풍부한 채권자나 그와 경제적으로 연결된 측이 경매절차에서 공유부동산 전체를 취득할 가능성이 상존한다는 이유를 들어, 채권자의 공유물분할청구권의 대위행사를 허용할 수 없다고 한다.

그러나 이러한 주장은 공유물분할을 위한 경매절차가 진행되는 모습 중 어느 한 국면만을 지나치게 부각시켜 염려하는 것에 불과하다. 채권자대위권을 행사하는 채권자가 매수인이 될 수도 있다는 사정은 공유물분할청구권 대위행사를 허용할 것인지 여부를 판단할 때 고려해야 할 요소라고 할 수 없다.

채무자의 책임재산에 대한 강제집행이 가능하도록 채권자에게 금전채권 보전을 위한 공유물분할청구권의 대위행사를 허용함으로써 공유부동산에 대한 경매절차가 진행될 수 있도록 하는 것과 채권자가 그 경매절차에서 직접 매수인이 될 가능성이 있다는 것은 국면을 달리한다.

공유물분할을 위한 경매절차에서 경매물건인 공유물의 매수인으로 될 수 있는 기회는 누구에게나 공평하게 부여된다. 공유자의 청구에 의한 공유물분할이든 채권자대위에 기한 공유물분할이든 마찬가지이다. 경매절차에서는 공유물을 더 높은 가격으로 취득하려는 사람이 매수인이 되므로, 아무리 자력이 풍부한 사람이라도 경매절차에 참가하는 다른 사람보다 낮은 가격으로 매수신고를 하는 경우에는 매수인이 될 수 없다.

한편 공유물분할을 위한 경매는 공유물을 현물로 분할하기 적절하지 않아 공유물을 매각하여 그 대금을 분할하기 위하여 진행한다. 공유자들은 단순히 경매를 당하는 것이 아니라 경매가 완료되면 자신의 공유지분에 상응하는 매각대금을 분배받게 된다. 자력이 풍부한 사람이 더 높은 가격을 제시하여 공유부동산을 매수한다면 이는 그 대금을 분배받는 공유자들에게도 이익이 될 수 있다. 만약 공유물이 실제 가치보다 낮은 가격으로 매각될 염려가 있거나 공유자들이 공유물에 대한 권리를 계속 보유하기를 원한다면, 공유자들 역시 경매절차에 참여하여 공유물을 매수하는 방법으로 자신의 권리를 보전할 수도 있다.

공유물분할청구권의 대위행사 허용 여부를 판단할 때 해당 채권자에게 자력이 있는지 여부나 공유물을 누가 매수하는지에 따라 결론을 달리하는 것은 바람직하지 않을뿐더러 이러한 사정을 금전채권자의 공유물분할청구권의 대위행사 자체를 부정하는 논거로 삼는 것은 타당하지 않다.

라. 다수의견에 대한 보충의견은 공유물분할청구권이 상속재산분할협의를에 대한 사해행위취소 법리와 결합되면 상속인들이 상속재산 전체를 잃게 되는 부당한 결과에 이를 수 있다고 주장한다.

그런데 위 보충의견도 지적하고 있는 바와 같이, 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산분할협의를 하면서 자신의 상속분에 관한 권리를 포기함으로써 일반 채권자에 대한 공동담보가 감소한 경우에는 원칙적으로 채권자에 대한 사해행위가 된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결 등 참조). 이러한 상속재산분할협의를 무자력인 채무자가 자신의 책임재산으로 될 수 있는 상속재산을 그 상속분에 따라 취득하지 않고 다른 상속인들에게 몰아주는 사해행위에 해당하므로 보호할 필요가 없다.

사해행위로 취소되어 원상회복이 된 재산은 채무자의 책임재산이므로 당연히 강제집행이 되도록 하는 것이 일관성 있는 논리이자 법해석이다. 악의의 상속인은 보호할 필요가 없으므로, 그 재산이 상속재산이라고 하여 다르게 볼 수 없다. 공유의 원인이 된 법률관계가 매매로 인한 것인지, 상속으로 인한 것인지, 처음부터 공유관계였는지 사해행위 취소에 따른 원상회복으로 인한 것인지를 살펴서 그때그때마다 채권자대위권 행사의 허용 여부를 달리할 수 없다. 채권 성립 당시에 채무자에게 그러한 재산이 있었는지 여부도 아무런 문제가 되지 않는다.

마. 이 사건의 구체적 사정에 비추어 보더라도 원고에게 공유물분할청구권 대위행사를 허용하여 일반채권자들이 채무자의 책임재산에 대한 강제집행을 할 수 있도록 하는 것이 공평과 정의 관념에 부합한다.

이 사건에서 소외 1은 채무초과 상태에서 자신의 상속분에 따라 상속재산인 이 사건 아파트의 공유지분을 취득할 수 있었는데도 상속재산분할협의를 하여, 피고에게 이 사건 아파트를 단독으로 상속하게 하였다. 소외 1의 채권자들이 위 상속재산분할협의를 사해행위에 해당함을 이유로 악의인 피고를 상대로 그 취소를 구하는 소를 제기하여 이 사건 공유지분이 소외 1의 책임재산으로 회복되었다. 이처럼 사해행위로 일탈되었던 채무자의 책임재산이 회복된 경우에는 일반채권자는 당연히 그 회복된 책임재산에 대하여 강제집행을 할 수 있어야 한다. 채권자를 해한 악의의 채무자를 보호하는 것이 정당한 채권자의 채권확보보다 법익 형량에서 반드시 우선한다고 할 수 없다.

바. 이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

재판장 대법원장 김명수

 대법관 권순일

 대법관 박상옥

 대법관 이기택

 대법관 김재형

주 심 대법관 박정화

 대법관 안철상

 대법관 민유숙

 대법관 김선수

 대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 김상환