

대 법 원

판 결

사 건 2018다287522 부당이득금
원고, 피상고인 원고
소송대리인 변호사 박문우 외 2인
피고, 상고인 피고
소송대리인 법무법인 송현
담당변호사 김정태
원 심 판 결 의정부지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017나214900 판결
판 결 선 고 2020. 5. 21.

주 문

원심판결 중 토지 인도 청구와 2018. 9. 21.부터 토지 인도완료일까지 월 194,750원의 비율로 계산한 금원 지급 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건 개요와 쟁점

원고는 이 사건 토지의 1/2 지분을 소유하고 있는 이른바 소수지분권자로서, 그 지상에 소나무를 식재하여 토지를 독점적으로 점유하고 있는 피고를 상대로 소나무 등 지상물의 수거와 점유 토지의 인도 등을 청구하였다. 원심은 원고가 공유물의 보존행위로서 공유 토지에 대한 방해배제와 인도를 청구할 수 있다고 보아 원고의 청구를 모두 받아들였다.

이 사건의 주된 쟁점은 공유 토지의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의 없이 공유 토지의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 다른 소수지분권자인 원고가 공유물의 보존행위로서 방해배제와 인도를 청구할 수 있는지 여부이다.

2. 공유물의 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해배제와 인도를 청구할 수 있는지 여부

가. 기존 대법원 판례

원고와 피고 모두 소수지분권자이고 공유자들 사이에 공유물의 관리에 관하여 합의나 과반수 지분에 의한 결정이 없는 경우 원고가 피고를 상대로 보존행위로서 공유물에 관한 방해배제와 인도를 청구할 수 있는지 문제된다. 기존 대법원 판례는 공유자는 다른 공유자와 협의하지 않고서는 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익할 수 없으므로, 다른 공유자는 소수지분권자라고 하더라도 공유물의 보존행위로서 점유 공유자에 대하여 방해배제와 인도를 청구할 수 있다고 하였다(대법원 1974. 6. 11. 선고 73다381 판결, 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다9392, 9408 전원합의체 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다43324 판결 등 참조).

나. 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수 있는지 여부

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. 상세한 이유는 다음과 같다.

(1) 민법 제265조는 "공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로서 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다."라고 정하고 있다. 여기에서 보존행위는 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적, 법률적 행위를 뜻한다. 이러한 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.

(2) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 이는 공유물 관리에 관하여 공유자들 사이에 합의나 과반수 지분에 의한 결정(민법 제265조 본문)이 없는 경우에도 마찬가지이다. 공유자가 공유물에 대하여 가지는 공유지분권은 소유권의 분량적 일부분이지만 하나의 독립된 소유권과 같은 성질을 가지므로, 공유자는 소유권의 권능에 속하는 사용·수익권을 갖는다. 민법 제263조는 이러한 사용·수익권이 소유권인 공유지분권의 내용을 구성하되, 1개의 소유권이 여러 공유자에게 나뉘어 귀속됨에 따라 소유권을 행사하는 데 일정한 제약이 따른다는 것을 뜻

한다. 따라서 소수지분권자인 피고가 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익하고 있더라도, 공유자 아닌 제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 것과는 다르다. 피고가 다른 공유자를 배제하고 단독 소유자인 것처럼 공유물을 독점하는 것은 위법하지만, 피고는 적어도 자신의 지분 범위에서는 공유물 전부를 점유하여 사용·수익할 권한이 있으므로 피고의 점유는 그 지분 비율을 초과하는 한도에서만 위법하다고 보아야 한다. 물건에 대한 점유를 지분에 따라 물리적으로 나눌 수 없더라도 그 점유가 지분 범위 내에서 보호할만한 것인지 여부를 법적으로 평가하는 것은 별개의 문제이다.

따라서 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 위법한 상태를 시정한다는 명목으로 원고의 인도 청구를 허용한다면, 피고의 점유를 전면적으로 배제함으로써 위에서 본 바와 같이 피고가 적법하게 보유하는 '지분 비율에 따른 사용·수익권'까지 근거 없이 박탈하는 부당한 결과를 가져온다.

(3) 일반적으로 물건의 '인도'는 물건에 대한 현실적·사실적 지배를 완전히 이전하는 것을 뜻한다. 민사집행법상 인도 청구의 집행은 집행관이 채무자로부터 물건의 점유를 빼앗아 이를 채권자에게 인도하는 방법으로 한다(민사집행법 제257조, 제258조). 따라서 원고의 인도 청구를 허용하면 원고는 강제집행을 통해 공유물을 점유하던 피고로부터 점유를 빼앗아 이를 단독으로 점유하게 된다.

원고의 피고에 대한 물건 인도 청구가 인정되려면 먼저 원고에게 인도를 청구할 수 있는 권원이 인정되어야 한다. 원고에게 그러한 권원이 없다면 피고의 점유가 위법하더라도 원고의 청구를 받아들일 수 없다. 그런데 이 사건과 같이 원고 역시 피고와 마찬가지로 소수지분권자에 지나지 않으므로 원고가 공유자인 피고를 전면적으로 배제하고 자신만이 단독으로 공유물을 점유하도록 인도해 달라고 청구할 권원은 없다.

기존 대법원 판례는 원고가 공유자인 피고에 대해 보존행위로서 공유물 전체의 인도를 청구할 수 있다고 하였다. 보존행위 이론이 원고가 자신의 지분 비율을 초과하여 공유물 '전부'에 대한 일정한 청구를 할 수 있는 근거를 제공할 수는 있지만, 원고가 공유자로서 아래 다.항에서 보는 것처럼 피고가 공유물을 독점하는 방해 상태를 제거할 것을 청구하는 것을 넘어서서 다른 공유자에 대한 관계에서 공유물을 '자신에게 인도하라'고 청구할 수 있는 근거가 될 수는 없다. 원고는 공유물을 점유할 아무런 권리가 없는 제3자에 대해서는 소유자, 정확하게는 공유물에 대한 지분권자로서 공유물을 점유할 권원이 있는 자신에게 그 반환을 청구할 수 있지만, 공유자인 피고에 대해서는 소수지분권자에 불과하여 공유물을 단독으로 점유할 권원이 없다. 원고는 피고와 마찬가지로 소수지분에 따라 서로 제한된 권한을 가지고 있을 뿐이므로, 공유물의 관리에 관한 결정이 없는 이상 원고가 공유물을 인도받아 자신만이 점유하겠다고 주장할 근거가 없다.

(4) 공유물에 대한 인도 판결과 그에 따른 집행의 결과는 원고가 공유물을 단독으로 점유하며 사용·수익할 수 있는 상태가 되어 '일부 소수지분권자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유'하는 인도 전의 위법한 상태와 다르지 않다. 위법 상태를 시정하기 위하여 또 다른 위법 상태를 만들어내는 결과를 가져오는 것이다. 그 결과 원고가 공유물을 인도받은 다음 자발적으로 피고에게 공유물의 공동 사용을 허락하지 않으면, 피고는 공유물에 대한 자신의 권리를 행사하기 위해 다시 원고를 상대로 소를 제기해야 하는 처지가 된다. 판결에 따른 집행의 결과는 공유물을 적법한 점유 상태에 두는 것이어야 한다. 그런데 위와 같은 결과는 분쟁의 종국적 해결을 위해 판결 결과 집행이 달성해야 할 적법한 상태라고 할 수 없다.

대법원 1994. 3. 22. 선고 93다9392, 93다9408 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견은 물건의 인도가 종전 점유자의 점유를 배제하고 인도받는 사람이 물건을 사실상 지배하게 되는 것을 뜻하지만 사용·수익과는 별개의 문제이고, 따라서 물건을 인도받아 사실상 지배는 하되 공유자들을 위해 보관만 하는 경우와 같이 사용·수익은 하지 않는 경우도 있을 수 있으며, 공유물 보존행위에 기한 인도 청구는 후자의 목적 범위에서만 허용된다고 한다. 그러나 위 (3)에서 본 바와 같이 민사집행법상 인도 청구의 집행은 집행관이 채무자로부터 물건의 점유를 빼앗아 채권자에게 이를 인도하는 방법으로 하는 것이다(민사집행법 제257조, 제258조). 집행관이 채무자를 배제하고 채권자로 하여금 물건의 현실적 점유를 취득하게 함과 동시에 집행 절차가 완료되며, 채권자는 그 후 인도받은 물건을 사용·수익하는 데 집행 절차상 아무런 제약을 받지 않는다. 위 보충의견은 인도 집행에 따라 채권자가 단독으로 물건에 관한 제한 없는 점유를 취득한다는 점을 간과하고, 인도의 의미를 채무자의 독점적 점유만을 해소시키는 '방해배제'의 의미 정도로 축소하여 해석한 것으로 옳지 않다.

(5) 기존 대법원 판례가 공유자 사이의 공유물 인도 청구를 보존행위로서 허용한 것은, 소수지분권자가 자의적으로 공유물을 독점하고 있는 위법 상태를 시정하기 위해서 인도 청구를 가장 실효적인 구제수단으로 보았기 때문이라고 할 수 있다(위 대법원 93다9392, 93다9408 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견 참조). 그러나 원고는 아래 다.항에서 보는 것처럼 공유물을 독점적으로 점유하면서 원고의 공유지분권을 침해하고 있는 피고를 상대로 지분권에 기한 방해배제청구권을 행사함으로써 위와 같은 위법 상태를 충분히 시정할 수 있다. 따라서 피고의 독점적 점유를 시정하기 위해 종래와 같이 피고로부터 공유물에 대한 점유를 빼앗아 원고에게 인도하는 방법, 즉 피고

의 점유를 원고의 점유로 대체하는 방법을 사용하지 않더라도, 원고는 피고의 위법한 독점적 점유와 방해 상태를 제거하고 공유물이 그 본래의 취지에 맞게 공유자 전원의 공동 사용·수익에 제공되도록 할 수 있다.

다. 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해 배제를 청구할 수 있는지 여부

(1) 모든 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 공유물을 구체적으로 어떻게 사용·수익할지, 예를 들어 공유 토지를 교대로 혹은 면적을 나누어 사용할지, 전체를 특정인에게 이용하게 하고 그 대가를 받을지 등은 원칙적으로 공유자들이 지분의 과반수로서 결정한다(민법 제265조). 그러한 결정이 없는 경우 개별 공유자는 누구도 공유물을 독점적으로 사용·수익할 수 없다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결 등 참조).

한편 공유자들은 공유물의 소유자로서 공유물 전부를 사용·수익할 수 있는 권리가 있고(민법 제263조), 이는 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우에도 마찬가지로 위에서 본 바와 같다. 공유물을 일부라도 독점적으로 사용할 수 없는 등 사용·수익의 방법에 일정한 제한이 있다고 하여, 공유자들의 사용·수익권이 추상적·관념적인 것에 불과하다거나 공유물 관리에 관한 결정이 없는 상태에서는 구체적으로 실현할 수 없는 권리라고 할 수 없다.

공유지분권의 본질은 소유권이고 소유권은 물건을 직접 지배하는 것을 내용으로 하는 물권이다. 물건의 사용·수익권능은 물권인 소유권의 가장 기본적이고 핵심적인 권능에 속한다(민법 제211조). 민법 제263조는 이러한 소유권의 권능이 공유지분권에도 마찬가지로 존재하되, 공유관계에서는 1개의 소유권이 여러 공유자에게 나누어 귀속됨에

따라 각 공유자는 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하면 안 된다는 제약이 따른다는 것을 뜻할 뿐이다. 따라서 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 없는 경우 공유자가 다른 공유자를 배제하고 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 것은 위법하여 허용되지 않지만, 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 다른 공유자와 함께 점유·사용하는 것은 자신의 지분권에 기초한 것으로 적법하다.

(2) 일부 공유자가 공유물의 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 이는 다른 공유자의 지분권에 기초한 사용·수익권을 침해하는 것이다. 공유자는 자신의 지분권 행사를 방해하는 행위에 대해서 민법 제214조에 따른 방해배제청구권을 행사할 수 있고, 공유물에 대한 지분권은 공유자 개개인에게 귀속되는 것이므로 공유자 각자가 행사할 수 있다.

공유물에 대한 방해배제 청구의 구체적 모습으로, 공유 토지에 피고가 무단으로 건축·식재한 건물, 수목 등 지상물이 존재하는 경우 지상물은 그 존재 자체로 다른 공유자의 공유 토지에 대한 점유·사용을 방해하므로 원고는 지상물의 철거나 수거를 청구할 수 있다(이는 대체집행의 방법으로 집행된다). 지상물이 제거되고 나면 공유 토지는 나대지 상태가 되고 피고가 다시 적극적인 방해행위를 하지 않는 한 원고 스스로 공유 토지에 출입하여 토지를 이용할 수 있으므로, 일반적으로 공유 토지에 피고의 지상물이 존재하는 사안에서 지상물의 제거만으로도 공유 토지의 독점적 점유 상태를 해소시킬 수 있다. 지상물 제거 후에도 피고가 원고의 공동 점유를 방해하는 행위를 하거나 그러한 행위를 할 것이 예상된다면, 원고는 피고를 상대로 그러한 방해행위의 금지, 예를 들어 원고의 공유 토지에 대한 출입이나 통행에 대한 방해금지를 청구할 수 있다.

그 밖에도 원고는 공유물의 종류(토지, 건물, 동산 등), 용도, 상태(피고의 독점적 점유를 전·후로 한 공유물의 현황)나 당사자의 관계 등을 고려해서 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 그 방해의 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 청구하는 형태로 청구취지를 구성할 수 있다. 법원은 이것이 피고의 방해 상태를 제거하기 위하여 필요하고 원고가 달성하려는 상태가 공유자들의 공동 점유 상태에 부합한다면 이를 인용할 수 있다. 위와 같은 출입 방해금지 등의 부대체적 작위의무와 부작위의무는 간접강제의 방법으로 민사집행법에 따라 실효성 있는 강제집행을 할 수 있다.

이와 같이 피고의 독점적 점유 상태를 제거하기 위해서 종래와 같이 피고로부터 공유물을 빼앗아 원고에게 인도하는 방법을 사용하지 않더라도, 공유지분권에 기한 방해배제 청구를 인정함으로써 원고는 피고의 위법한 독점적 점유와 방해 상태를 제거하고 공유물이 그 본래의 취지에 맞게 공유자 전원의 사용·수익에 제공되도록 하는 적법한 상태를 달성할 수 있다.

라. 판례 변경

이와 같이 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 그 인도를 청구할 수는 없고, 다만 자신의 지분권에 기초하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

이와 달리 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하고 있는 경우 다른 소수지분권자가 공유물에 대한 보존행위

로서 그 인도를 청구할 수 있다고 판단한 대법원 1966. 4. 19. 선고 65다2033 판결, 대법원 1971. 7. 20. 선고 71다1040 판결, 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다381 판결, 대법원 1976. 6. 8. 선고 75다2104 판결, 대법원 1978. 5. 23. 선고 77다1157 판결, 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다647 판결, 대법원 1983. 2. 22. 선고 80다1280, 1281 판결, 대법원 1991. 1. 15. 선고 88다카19002, 19019 판결, 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다9392, 93다9408 전원합의체 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 95다33290, 33306 판결, 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다48308 판결, 대법원 1998. 8. 21. 선고 98다12317 판결, 대법원 2003. 11. 13. 선고 2002다57935 판결, 대법원 2007. 4. 13. 선고 2005다688, 695 판결, 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006다40980 판결, 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006다40997, 41006 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다104458, 104465 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다43324 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다109804 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다58719 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

마. 이 사건에 관한 판단

(1) 원심판결 이유에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

소외 1과 소외 2는 이 사건 토지 중 각 1/2 지분을 공유하고 있던 중 사망하였다. 원고는 소외 2의 상속인으로서 이 사건 토지 중 소외 2의 지분 전체에 관하여 1992. 11. 28. 소유권이전등기를 마쳤다. 피고는 소외 1의 장남으로서, 소외 1이 1995년경 사망하면서 형제들과 함께 소외 1의 재산을 공동상속하였다.

피고는 2011년경부터 현재까지 이 사건 토지 일부에 소나무를 심어 그 부분 토지(이하 '소나무 식재 부분 토지'라 한다)를 독점적으로 점유하고 있다.

(2) 위와 같은 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 이 사건 토지의 소수지분권자로서, 그 토지 중 소나무 식재 부분을 독점적으로 점유하는 또 다른 소수지분권자인 피고를 상대로 토지의 인도를 청구할 수 없다. 다만 원고는 지분권에 기초한 방해배제로서 공유 토지 위에 심어진 소나무 등 지상물의 수거를 청구할 수 있다.

그런데도 원심은, 원고가 공유물의 보존행위로서 피고를 상대로 소나무 식재 부분 토지의 인도를 청구할 수 있다고 보아 원고의 이 부분 청구를 받아들이고, 피고에게 토지 인도 의무가 있음을 전제로 원고의 2012. 1. 1.부터 토지 인도완료일까지 부당이득금 반환 청구를 받아들였다.

원심이 원고의 토지 인도 청구를 받아들인 것에는 공유물의 보존행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 원심판결 중 토지 인도 청구 부분이 파기되어야 하는 이상 원고의 부당이득금 반환 청구 중 아직 확정적으로 발생하지 않은 원심 변론종결일 다음날(2018. 9. 21.)부터 토지 인도완료일까지 금원 지급을 명한 부분도 함께 파기되어야 한다.

한편 원심이 원고의 지상물 수거 청구를 공유물의 보존행위로서 허용된다고 본 것은 적절하지 않지만, 위에서 본 바와 같이 원고의 지상물 수거 청구를 받아들인 결론은 정당하므로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 이 사건 토지에 대한 합의의 존재 여부

피고는 상고이유에서 원고와 피고가 2006년과 2008년경 두 차례에 걸쳐 공유인 이 사건 토지와 파주시 (지번 생략) 토지를 교대로 사용·수익하기로 합의하였고, 피고는 그러한 합의에 따라 이 사건 토지를 적법하게 점유하고 있다고 주장한다. 그런데 이러

한 상고이유 주장은 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정의 당부를 다투는 것으로 적법한 상고이유가 아니다. 나아가 기록에 비추어 살펴보아도 원심의 사실인정에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 결론

원심판결 중 토지 인도 청구와 2018. 9. 21.부터 토지 인도완료일까지 월 194,750원의 비율로 계산한 금원 지급 청구 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하고, 나머지 상고를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 인도 청구에 관한 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 이동원, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 반대의견과 방해배제 청구에 관한 대법관 이기택의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 안철상의 보충의견과 다수의견 중 인도 청구에 관한 대법관 이기택의 보충의견이 있다.

5. 공유물 인도 청구에 관한 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 이동원, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 반대의견

다수의견은 공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하는 경우에, 다른 소수지분권자인 원고는 공유물의 보존행위로서 공유물을 자신에게 인도하라고 청구할 수는 없고 자신의 공유지분권에 기하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 원고의 공동 점유·사용을 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있을 뿐이며, 이에 반하여 원고의 인도 청구를 긍정한 기존의 대법원 판례는 변경되어야 한다는 것이다.

그러나 공유관계에서 소수지분권자인 피고가 자의적으로 공유물을 독점적으로 점유하는 위법 상태를 초래하여 그와 같은 위법 상태가 유지되고 있는 경우 이를 적법한 상태로 회복하기 위하여 다른 소수지분권자인 원고는 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 있다고 보아야 한다. 원고의 인도 청구를 긍정한 기존 대법원 판례는 타당하여 유지되어야 하고 이를 변경하려는 다수의견에 찬성할 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 쟁점에 관한 기존 대법원 판례의 확립된 법리

대법원 1966. 4. 19. 선고 65다2033 판결은 토지의 공유자는 그 토지의 일부라 하더라도 자의로 배타적인 사용을 할 수는 없으므로 그 사용이 공유지분 과반수의 결의에 의한 것이 아니라면 부적법한 것이어서 다른 공유자는 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도를 구할 수 있다고 하였다. 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다381 판결은 원고가 소수지분권자인 사안에서, 토지의 공유자가 비록 과반수에 못 미치는 소수지분권자라 할지라도 공유물의 보존행위로서 지분 과반수의 결의 없이 공유 토지를 불법점유하는 공유자를 상대로 토지의 인도와 지상 건물의 철거를 구할 수 있음을 명확히 하였다. 이러한 판시는 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다647 판결, 대법원 1991. 1. 15. 선고 88다카19002, 19019 판결 등에서도 원용되었다. 그 후 대법원은 1994. 3. 22. 선고 93다9392, 9408 전원합의체 판결을 통하여 그 법리의 타당성을 다시 확인하였고, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다43324 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다109804 판결 등 최근의 대법원판결까지도 위 법리를 따르고 있다.

이와 같이 쟁점에 관한 기존 대법원 판례의 법리는 오랜 세월을 걸쳐 확립된 것으로, 공유관계에서 자주 발생하는 소수지분권자의 공유물에 관한 자의적·독점적 점유로

인한 위법 상태를 다른 소수지분권자가 인도 청구의 방식으로 실효성 있게 해결할 수 있도록 한 것이다. 위 1994년 전원합의체 판결로 대법원이 법리를 확립함에 따라 재판 실무도 안정적으로 운영되고 있다. 이러한 상황에서 대법원이 소수지분권자들 사이의 공유관계 분쟁 해결에 관하여 분명한 대안을 제시하지 아니한 채 기존의 확립된 법리를 번복하는 것은 법적 안정성을 심하게 훼손하여 타당하지 않다.

나. 기존 판례 법리의 타당성

기존 대법원 판례가 소수지분권자의 인도 청구를 허용한 것은 법리상 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 공유자는 공유물 전부를 지분 비율로 사용·수익할 수 있다(민법 제263조). 따라서 소수지분권자인 피고가 공유물 전부를 점유하더라도 피고가 보유하는 지분 비율에 따른 사용·수익으로 인정될 수 있다면 공유지분권에 기한 정당한 점유로 볼 수 있다. 그런데 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 합의나 결정이 없음에도 다른 공유자를 배제하고서 공유물 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 피고의 이러한 점유는 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하게 되어 위법하다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결 등 참조).

점유는 물건에 대한 사실적 지배를 의미하므로 그 성질상 분량적으로 나눌 수 없다. 따라서 하나의 물건 중 특정 부분을 점유할 수는 있어도 일부 지분에 대한 점유는 상정할 수 없다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2012다72469 판결 참조). 앞서 본 바와 같이 소수지분권자에 불과한 피고는 다른 공유자들과의 관계에서 공유물의 전부나 일부를 독점할 권리가 없으므로, 피고의 독점적 점유는 전체가 위법하다고 보아야 한다. 점유의 사실적, 불가분적 성질을 고려할 때 다수의견과 같이 피고의 점유가 그의 지분 범

위에서는 적법하고 이를 초과하는 한도에서만 위법하다고 나누어 볼 수 없다. 만일 공유자들 사이의 합의나 결정에 의하여 피고가 행사할 수 있는 '사용·수익권'이 구체적으로 형성되었다면 그 부분 권리를 남겨놓은 채 위법 상태를 제거할 수 있다고 볼 수도 있겠으나, 공유자들 사이에 아무런 합의나 결정이 없어서 피고가 보유하는 '지분 비율에 의한 사용·수익권'이 어떠한 내용의 것인지 구체적으로 특정되지 않았다면 피고가 내세우는 사용·수익권이란 단지 관념적인 것에 불과하므로, 피고에게 공유물 전부의 인도를 명하더라도 피고의 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 원고가 소수지분권자에 불과하여 공유물 전부의 인도를 청구할 법적 권원이 없다는 다수의견의 논지는 타당하지 않다. 종래 판례가 소수지분권자인 원고가 공유물 전부의 인도를 청구할 수 있다고 인정한 것은, 이때의 청구가 민법 제265조 단서에서 공유자 각자가 할 수 있도록 정한 공유물 보존행위에 해당한다고 보았기 때문이다. 즉 공유물을 공유자 한 명이 독점적으로 점유하는 경우 이러한 위법 상태를 시정하여 공유물의 현상을 공유자 전원이 사용·수익할 수 있는 상태로 환원시킬 목적으로 방해 제거하거나 공유물을 회수하는 것은 공유물의 보존을 위한 행위에 해당한다. 일반적인 상황에서는 원고가 자신의 소수지분만을 근거로 하여 공유물 전부를 자신에게 인도해 달라고 청구할 수 없겠지만, 민법 제265조 단서에 따른 공유물의 보존행위에 해당하는 경우에는 원고가 자신의 지분에 한정되지 않고 공유물 전부의 인도를 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 대법원이 확립한 다른 법리들에서도 권리자가 자신의 권리를 실효성 있게 보전하기 위하여 자신의 권리 범위를 넘어서 물건이나 금전을 자신에게 인도하거나 지급할 것을 청구하는 것이 허용되고 있다. 가령 채권자가 자기의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우 제3채무자로 하여금 직

접 대위채권자 자신에게 이행하도록 청구할 수 있다는 법리(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결 등 참조)나, 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원물반환과 가액 배상을 불문하고 취소채권자가 직접 자신에게 이행할 것을 청구할 수 있다는 법리(대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다 84352 판결 등 참조) 등이 그 예이다.

다수의견은 '어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌할 때에는 그 행사는 보존행위로 볼 수 없다'는 대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결 등을 원용하면서, 원고의 청구가 다른 공유자를 상대로 하는 경우 그 공유자의 이해와 충돌하여 보존행위가 될 수 없다고 한다. 그러나 위 판결에서 말하는 '다른 공유자의 이해'에는 청구의 상대방이자 위법행위를 저지른 당사자인 피고가 위법한 상태를 유지하면서 누리는 이익이 포함된다고 할 수 없다. 피고는 권한 없이 다른 공유자의 권리를 침해하였을 뿐 아니라 공유물 전부에 대한 피고의 독점적 점유가 계속되는 한 위법한 상태가 지속된다고 볼 수 있는데, 이러한 위법한 상태를 바로 잡는 과정에서 피고가 종전의 위법한 상태에서 누리던 이익을 더 이상 거둘 수 없게 되더라도, 이는 보존행위 여부를 판단할 때 고려하여야 할 사항이라고 볼 수 없다. 만일 이러한 점까지 고려하게 되면 위법행위의 당사자가 공유자의 신분을 지니는 경우에는 다른 공유자를 위한 보존행위가 언제나 불가능하게 된다.

소수지분권자인 원고의 청구가 청구의 상대방인 피고를 제외한 나머지 다른 공유자의 이익에 어긋나거나 그 의사에 반한다면 그러한 보존행위는 허용될 수 없고 과반수 지분으로 결정된 공유물의 관리행위로서만 가능하다고 볼 수 있겠지만(대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결 참조), 이때 원고의 청구가 다른 공유자의 이익이나 의사

에 어긋난다는 점에 대한 주장·증명책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 할 것이다. 다수의견이 원용한 위 대법원 93다54736 판결은, 공유자 중 1인인 원고가 다른 공유자인 피고 앞으로 되어 있는 피고의 본래 지분을 초과한 소유권이전등기의 말소를 청구한 사안에서 다른 공유자들 중 일부가 피고의 소유권이전등기가 유효하다고 인정하는 의사를 소송 과정에서 명확히 표현했던 사안이었다. 반면 이 사건에서는 피고 외에 다른 공유자들의 의사가 소송상 현출된 적이 없으므로 원고의 인도 청구를 허용하는 것이 위 대법원 판결의 취지에 반한다고 볼 수 없다.

(3) 다수의견은 원고의 인도 청구를 허용하게 되면 또 다른 소수지분권자인 원고로 하여금 공유물을 독점적으로 점유하여 사용·수익하게 만드는 상태가 야기되어 부당하고, 이는 소수지분권자가 공유물을 독점하는 기존의 위법한 상태와 별반 다르지 않다고 한다. 그러나 이러한 비판은 원고에게 인도 청구를 허용한 취지를 오해하여 원고가 인도 판결에 의하여 취득하게 된 점유의 성질이 종전 피고의 독점적 점유와 마찬가지로 전제한 데서 비롯된 것으로 타당하지 않다. 원고는 자신만을 위해서가 아니라 전체 공유자를 위한 보존행위로서 공유물을 인도받게 되므로 원고가 취득하게 되는 점유는 모든 공유자들을 위한 것으로 보아야 하고, 이러한 점유가 공유물을 위법하게 독점하던 피고의 종전 점유와 같은 것이라고 할 수 없다. 원고의 인도 청구를 허용하는 것은 원고 단독으로 점유를 취득하도록 하기 위한 것이 아니라 피고의 위법한 독점적 점유를 배제하기 위한 것이고, 인도 집행의 과정에서 공유자인 피고가 배제되는 것은 위법 상태를 해소하기 위한 일시적인 현상에 불과하다. 원고는 보존행위의 취지에 따라 인도받은 공유물을 독점적으로 점유·사용하여서는 아니 되고 정상적인 공유관계에서의 본래 모습이 구현될 수 있도록 공유물을 선량하게 보관하여야 한다. 원고는 공유물을

모든 공유자들이 공동으로 이용할 수 있도록 제공하여야 하며, 보존행위가 완료된 뒤에는 종전 점유자인 피고도 다른 공유자들과 마찬가지로 공유물을 공동으로 사용·수익할 수 있는 지위를 갖는다. 따라서 원고의 인도 청구를 보존행위로서 허용한다고 하여 그 자체로 피고의 지분에 따른 사용·수익권을 박탈한다고 할 수 없다.

다수의견은 공유물을 공유자 아닌 제3자가 무단으로 점유하는 경우에는 원고가 소수지분권자라도 공유물의 인도를 청구할 수 있지만, 공유자인 피고에 대해서는 원고가 공유물을 단독으로 점유할 권원이 없어 인도를 청구할 수 없다고 한다. 그런데 다수의견과 같이 원고가 취득하게 되는 점유를 독점적인 성질을 지닌 것으로 파악한다면, 소수지분권자인 원고가 방해배제로서 제3자의 점유를 물리치는 것을 넘어서서 제3자로부터 공유물을 인도받아 단독으로 점유할 권원이 있는지 의문이다. 그 인도 집행의 결과 역시 소수지분권자인 원고가 권한 없이 공유물을 독점하게 되는 위법한 상태로 이어지기 때문이다. 결국 다수의견은 별다른 근거 없이 소수지분권자가 제3자와 다른 공유자로부터 공유물을 인도받아 취득하는 점유의 성질을 달리 파악한다는 비판을 피할 수 없다.

원고의 인도 청구를 허용하는 것이 공유물에 대한 원고의 독점적 점유·사용까지 정당화하거나 이를 보장하는 것은 물론 아니다. 만약 보존행위로서 공유물을 인도받은 원고가 다른 공유자와 협의 없이 공유물을 독점적으로 점유·사용한다면 이는 애당초 원고의 청구가 보존행위로서 허용되었던 취지에 반하므로 피고를 포함한 다른 공유자들은 그 뒤에 원고를 상대로 다시 방해배제와 인도 등을 청구할 수 있다. 이때에는 종전 인도 판결의 이유를 통하여 원고의 종전 인도 청구가 공유물의 보존행위로서 이루어진 것임을 알 수 있으므로, 피고가 설령 나중에 다시 원고를 상대로 방해배제와 인

도를 청구하더라도 이는 종전 인도 판결의 기판력에 반하지 않는다고 보아야 하기 때문이다.

민사소송법 제216조, 제218조가 규정하는 '기판력'이란 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것임은 주지하는 바와 같다. 특히 민사소송법 제216조 제1항은 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다고 규정하고 있으나 이는 해당 조문의 제목과 같이 기판력의 객관적 범위에 관하여 그러하다는 것이고, 기판력의 시적 범위에 의한 실권효가 미치는지 여부를 살피기 위해서는 확정판결의 이유를 주문과 함께 종합적으로 고찰하여 살피지 않을 수 없다. 어느 확정판결의 기판력에 의하여 표준시인 사실심 변론종결 시에 확정된 권리관계는 그 뒤에 변동될 수 있고, 따라서 표준시 후에 발생한 사유에 대해서는 기판력에 의한 실권효가 미치지 아니하여 당사자는 표준시 후에 사실관계가 변동되었다는 새로운 사유를 주장하여 다시 소를 제기할 수 있다 할 것인데(대법원 1995. 9. 29. 선고 94다46817 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결 등 참조), 이때 당사자가 주장하는 바가 표준시 후의 사유에 해당하는지는 전소의 확정판결 이유와 대비하여 살펴보아야만 명확하게 알 수 있기 때문이다. 따라서 보존행위로서 원고의 인도 청구를 인용한 판결이 확정되어 원고가 공유물을 인도받은 뒤 다른 공유자와 협의 없이 공유물을 독점적으로 점유·사용하게 되는 상황은 위 확정판결의 표준시 후에 발생하게 된 새로운 사유로서 여기에는 전소의 기판력이 미치지 아니한다고 보아야 한다.

나아가 앞서 본 바와 같이 보존행위로서 공유물을 인도받는 원고의 지위를 고려하면, 원고의 인도 청구를 허용한다고 하여 피고가 또다시 원고에게 인도 청구를 하게 되는 순환소송의 문제가 필연적으로 뒤따른다고 볼 수 없다. 종전 소송의 피고가 원고를 상대로 공유물의 인도 청구를 하게 되는 상황은 원고의 종전 인도 청구가 인용되어 인도 집행을 마친 시점부터 존재하는 것이 아니라, 원고가 인도 집행을 마친 다음 본래의 취지에 반하여 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 경우 비로소 발생하는 것이다. 순환소송의 사례를 실무에서 쉽게 찾아보기 어려운 이유도, 보존권을 행사한 원고가 종전 인도 판결의 취지에 따라 공유물을 독점적으로 점유·사용하지 않고 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 협의를 이루어 공유관계가 정상적으로 운용되게 하거나 그렇게 하기 어려운 경우 공유물 분할 등을 통하여 공유관계를 해소하기 때문으로 볼 수 있다.

(4) 원고의 인도 청구를 허용한 결과 종전 점유자인 피고가 일시적으로 점유에서 배제되는 현상이 나타나기는 하지만 이는 피고의 독점적 점유를 해제하고 위법 상태를 시정하기 위한 조치로 인한 반사적 결과이므로 불가피하다고 볼 수 있다. 앞서 본 바와 같이 보존권을 행사한 원고는 인도 집행을 마친 다음에는 선량한 보관자의 지위에서 공유물을 공유자들이 공동으로 이용할 수 있도록 제공하여야 하며, 보존행위 과정에서 일시적으로 배제되었던 피고도 이때는 다른 공유자들과 함께 공유물을 공동으로 사용·수익할 수 있다.

이와 같이 피고도 보존행위인 인도 집행이 완료된 뒤에는 공유물을 공동으로 사용·수익할 수 있는 지위에 있는 이상 이론적으로는 피고의 독점적 점유만을 해제하고 이를 곧바로 원고와 피고를 포함한 공유자 전원이 점유할 수 있도록 만드는 것이 보다

간명할 수는 있다. 그러나 독일과 같이 '피고는 공유물에 관하여 원고를 위하여 공동점유를 설정하라'는 공동점유 설정 청구의 소나 피고의 점유를 원고와 피고의 공동 점유로 대체하는 식의 강제집행은 우리 소송, 집행 실무상 전례가 없을 뿐 아니라 법률상 근거도 없어 허용될 수 없다. 따라서 민법 제265조 단서에 따른 보존행위를 실현하기 위한 차선책으로서 공유자 중 1인인 원고가 일단 피고의 점유를 해제한 뒤 이를 공유자들의 공동 이용에 제공하도록 하는 것은 부득이하다.

(5) 다수의견은 원고의 인도 청구는 부정하면서도 피고에 대한 지상물 철거나 공동점유·사용에 대한 방해금지 청구는 가능하다고 보면서, 이를 통하여 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 위법 상태를 충분히 시정할 수 있다는 입장을 취하고 있다. 그러나 공유 토지의 사용방법에 관하여 원·피고 사이에 다툼이 있고 누구도 과반수지분의 동의를 얻지 못하는 상황에서 '비독점적인 공유물의 공동 사용'은 극히 제한적인 경우(토지의 통행 등)를 제외하고는 현실적으로 이를 상정하기 어렵다. 대부분의 경우에 경제적 가치가 있는 공유물의 사용은 일시적이라도 독점적 형태의 점유를 수반할 것이기 때문이다.

나아가 다수의견은, 원고가 공유물의 종류, 용도, 상태나 당사자의 관계 등을 고려하여 원고의 공동 점유를 방해하거나 방해할 염려 있는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 그 방해의 금지, 제거, 예방을 청구하는 형태로 청구를 할 수 있고, 법원은 이러한 청구를 인용할 수 있으리라고 예상하고 있으나, 위와 같은 방해금지 청구가 소수지분권자의 권리를 구체하기 위한 새로운 수단으로 자리잡을 것이라는 전망은 다수의견이 기대하는 것만큼 밝아 보이지 않는다. 원고가 금지를 청구하는 방해행위가 제대로 특정되었는지, 민법 제214조의 방해배제 청구 범위에 포함되는지 문제가

있을 뿐만 아니라 원고가 방해금지 청구를 통해 달성하려는 공동 점유의 모습이 민법 제265조 본문에 따라 공유자들 사이에 공유물 관리에 관한 결정을 요하는 관리행위인지 그 범위와 한계가 불분명하여, 법원이 이를 공유자 중 1인이 단독으로 행사할 수 있는 '방해배제청구권'에 포섭시켜 그러한 청구를 인용할 수 있으리라고 단언하기 어렵기 때문이다. 나아가 원고가 구하는 방해금지의 청구취지가 방해배제 청구를 넘어서서 공유물의 관리행위에 해당한다고 판단되는 경우, 해당 사건을 심리하는 법원으로서 민법 제265조 본문의 요건이 충족되지 아니하였음을 이유로 원고 청구를 기각할 수밖에 없다. 아니면 청구취지를 '방해배제 청구'에 맞게끔 변경하도록 석명권을 행사하여야 할 것인데, 그러한 내용의 석명권 행사가 변론주의의 한계를 준수하는 것인지에 대해서 충분한 논의 및 검토가 이루어진 바 없고, 다수의견이 이에 대하여 의견을 제시한 바도 없다. 원고 외의 다른 공유자들을 소송에 참여시켜 그 의견을 반영한 다음 판단하는 방법도 생각해 볼 수 있지만, 현행 민사소송법에는 다른 공유자들을 소송에 참여시킬 수 있는 제도적 장치가 별도로 마련되어 있지 않다. 이러한 점에서 소수지분권자들 사이의 공유관계 분쟁을 해결할 수 있는 분명한 대안을 제시하지 않은 채 모색적이고 추상적인 담론만으로 실무상 별 문제없이 안정적으로 운영되고 있는 기존 대법원 판례의 법리를 이제 와서 변경하자는 다수의견은 타당하다고 보기 어렵다.

또한 공유 토지 위에 자의적으로 건축된 건물 등 지상물을 철거하여야 하고 공유자 사이의 공유물 관리에 관한 합의나 결정 없이는 어느 누구도 공유물을 독점적으로 사용하여서는 아니 된다는 목표는, 다수의견과 기존 대법원 판례가 함께 공유한다고 볼 수 있다. 다만 이러한 목표를 실현하기 위한 수단을 놓고서 양자의 차이가 존재할 따름인데, 기존 대법원 판례와 같이 인도 청구를 허용할 경우에는 원고가 직접강제(민사

집행법 제258조)의 방법에 의하여 피고의 위법한 점유를 일거에 배제할 수 있는 반면, 다수의견에 따를 경우에는 방해금지 청구는 간접강제(민사집행법 제261조)의 방법으로 집행할 수밖에 없다. 후자의 방법은 금전적 압박을 통하여 피고의 행위(독점적 점유의 중단)를 간접적으로 강제하는 것으로, 간접강제명령, 위반행위의 증명을 통한 집행문 부여, 간접강제금 추심을 위한 집행절차 등 집행 절차가 훨씬 복잡하여 피고의 독점적 점유로 야기된 위법 상태를 시정하기가 곤란해진다.

이러한 부정적인 측면은 현행 민사집행법상 간접강제의 방법이 안고 있는 한계를 고려할 때 한층 커진다고 볼 수 있다. 가령 간접강제로 인하여 피고에게 부과된 배상금보다 피고가 공유물을 독점적으로 점유하면서 얻을 수 있는 이익이 훨씬 큰 경우 간접강제의 방법은 피고의 독점적 점유를 해소하기 위한 실효성 있는 수단이라고 도저히 보기 어려울 것이다. 또한 법원이 내린 배상금결정에 피고가 불응하는 경우에는 배상금결정을 집행권원으로 하여 피고의 재산에 대하여 금전집행으로 압박을 가하는 길만이 남게 되는데, 만약 이때 피고가 무자력하여 금전집행이 불능으로 끝나게 되면 간접강제의 방법은 피고를 압박하는 수단으로 제대로 기능하지 못하여, 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 현상을 변경하려는 시도는 결국 무위에 그치고 말 것이다.

(6) 한편 다수의견에 의하면, 소수지분권자가 제3자에게 공유물을 임대한 경우(사용대차도 마찬가지이다) 모순되는 결론이 도출된다. 공유물을 타인에게 임대하는 행위는 공유물의 관리행위로서 공유지분의 과반수로 결정하여야 하고 그에 의하지 않은 공유자의 임대행위는 다른 공유자에 대하여 효력이 없으므로, 다른 공유자들은 소수지분권자로부터 공유물을 임차한 임차인을 상대로 공유물 인도를 청구할 수 있다는 것이 대법원의 일관된 입장이고(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다569 판결 등), 다수의견도 이

점까지 다르게 보지는 않으리라고 이해된다. 그런데 다수의견에 의하면 피고가 스스로 또는 점유보조자를 통하여 공유물을 독점적으로 점유할 경우에는 원고가 인도를 구할 수 없고, 피고가 제3자에게 임대하는 등과 같이 간접점유자의 지위를 유지하는 경우에는 직접점유자인 제3자를 상대로는 인도를 구할 수 있다는 식의 상반된 결과가 도출된다. 공유물을 구체적으로 어떻게 점유할 것인가는 피고가 사실상 자유로이 선택할 수 있는데, 전자와 후자의 경우를 전혀 다르게 취급하는 것은 그 자체로 납득하기 어려울 뿐더러, 이를 정당화할 수 있는 근본적인 이유도 찾기 어렵다.

이와 같이 다수의견이 갖는 문제점은, 소수지분권자인 원고가 피고와 그로부터 공유물을 임차한 제3자를 공동피고로 삼아 인도 청구를 하는 경우에 보다 선명하게 드러난다. 다수의견에 따르면, 이 경우 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송으로 보지 않는 한 통상공동소송에 해당하게 되어 원고가 간접점유자인 피고를 상대로 제기한 인도 청구는 기각될 것인 반면, 직접점유자인 제3자를 상대로 한 인도 청구는 인용될 것이다. 그런데 이 경우 원고가 제3자에 대한 승소 확정판결을 집행하고자 하더라도, 피고는 자신이 소수지분권자 겸 점유자의 지위에 있음을 들어 제3자의 소를 제기하면서 강제집행정지를 신청하거나, 혹은 피고가 제3자와의 관계에서 공유물에 대한 점유를 간접점유에서 직접점유로 전환시키거나 제3자를 간접점유자에서 점유보조자의 지위로 변경하는 등의 방법으로 원고의 제3자에 대한 인도 집행을 그리 어렵지 않게 불능으로 만들 수 있을 것이다. 다수의견과 같이 기존 대법원 판례를 변경하기에 앞서 이로 인하여 생기는 파급효과 내지 다른 법리에 미치는 영향에 관하여 충분한 검토가 필요하다.

(7) 다수의견은, 피고가 공유물을 독점적으로 점유하는 위법한 상태를 시정한다는 명

목으로 원고의 인도 청구를 허용한다면, 피고가 적법하게 보유하는 '지분 비율에 따른 사용·수익권'까지 근거 없이 박탈하는 부당한 결과를 가져온다고 보면서도, 원고의 방해배제 청구는 피고의 '지분 비율에 따른 사용·수익권'을 침해하는 것이 아니어서 허용된다는 결론에 이르고 있다. 그러나 다수의견이 전자의 인도 청구에 관하여는 원고의 보존권 행사를 불허할 정도로 피고의 '지분 비율에 따른 사용·수익권'을 중시하는 태도를 취하면서도, 후자의 방해배제 청구에 관하여는 어떻게 피고의 '지분 비율에 따른 사용·수익권'을 침해하지 않으면서 방해배제 청구를 인용할 수 있다는 것인지, 양자가 어떻게 양립할 수 있는 것인지 그 논지가 명확하지 않다. 다수의견이 인도 청구에 관하여 적용한 논리를 방해배제 청구에 그대로 적용하여 보면, 가령 공유 토지 상에 피고가 무단으로 건축·식재한 건물, 수목 등 지상물이 존재하는 경우, 피고는 지상물을 존치시키는 방법으로 공유 토지를 사용·수익하는 셈이고, 나아가 이와 같은 사용·수익에 관하여 피고는 그 지분 비율만큼의 권리를 갖는다고 볼 수 있다. 그러므로 원고가 방해배제청구권의 행사로서 구하는 바에 따라 그 지상물 전체의 제거가 인용될 경우, 피고가 공유 토지 상에 지상물이 존재하는 상태 하에서 가지던 '지분에 따른 사용·수익권'이 침해되는 결과가 야기되므로, 이러한 방해배제청구권의 행사 역시 인도 청구와 마찬가지로 허용되어서는 아니 된다는 결론에 이르게 된다. 그런데도 다수의견은 소수 지분권자인 원고의 보존권 행사 여부를 놓고 인도 청구와 방해배제 청구를 전혀 다르게 취급하고 있는바, 이러한 다수의견은 논리적으로 모순이거나 적어도 위 두 가지 청구별로 다른 잣대를 적용하였다는 비판을 면하기 어렵다.

다. 이 사건의 결론

원심은 이 사건 토지의 공유자인 원고는 그 소유 지분이 과반수에 못 미치더라도 이

사건 토지 일부를 독점적으로 점유하고 있는 소수지분권자인 피고를 상대로 공유물의 보존행위로서 이 사건 토지상 지상물의 수거와 그 점유 부분의 인도를 청구할 수 있다고 보아 원고의 청구를 인용하였다.

이러한 원심의 판단은 기존의 대법원 판례에 따른 것으로 정당하고, 원심의 판단에는 공유물 보존행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 방해배제 청구에 관한 대법관 이기택의 반대의견

가. 다수의견은 공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하는 경우에, 다른 소수지분권자인 원고가 공유물의 보존행위로서 공유물을 자신에게 인도하라고 청구할 수는 없지만 공유지분권에 기하여 지상물 철거·수거, 원고의 공동 점유·사용을 방해하는 행위의 금지 등 방해배제 청구가 가능하다고 한다.

그러나 민법 제263조에 근거한 공유물의 사용·수익권은 법령에 의하여서는 그 권리의 내용이 정하여져 있지 아니한 일반적·추상적 권리에 지나지 아니하므로, 공유물의 사용·수익 방법에 관하여 공유자들 사이에 과반수 지분에 의한 정함이 없는 경우에는 어느 공유자도 그 내용이 어떠한지 간에 자신이 주장하는 바와 같은 방법으로 그 공유물을 사용·수익할 권리가 있다고 할 수 없다. 기존 대법원판결은 소수지분권자의 인도 청구뿐만 아니라 방해배제 청구를 인정한 부분까지 모두 변경되어야 하고, 다수의견이 소수지분권자의 인도 청구를 부정하면서도 방해배제 청구를 긍정하는 것에 찬성할 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 공유관계에서는 1개의 소유권이 여러 사람에게 나뉘어 귀속되어 있기 때문에 공

유자들은 단독 소유자와 달리 공유물에 대한 소유권을 행사하는 데 일정한 제약을 받는다. 공유자는 자신의 공유지분을 자유롭게 처분할 수 있지만(민법 제263조), 공유물 자체를 처분하기 위해서는 다른 공유자들의 동의가 있어야 한다(민법 제264조). 공유물의 사용·수익에 관하여는 공유자들은 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있을 뿐이다(민법 제263조). 이때 공유물을 '지분의 비율로 사용·수익한다'는 것이 어떤 의미인지에 관하여 민법은 더 상세한 규정을 두고 있지 않다.

물건을 사용·수익하는 방법은 다양하고, 나아가 공유자들이 1개의 물건을 함께 사용·수익하는 방법은 더욱 다양하다. 예를 들어, 토지는 나대지로 두거나 포장하여 통행로나 주차장으로 사용할 수 있고, 지상에 농작물, 수목 등을 심거나 건물을 지을 수 있으며, 다른 사람에게 임대하거나 지역권, 지상권을 설정할 수도 있다. 공유자들이 토지를 함께 사용하는 경우 주차장, 논, 건물 대지 등 용도를 정하거나 혹은 용도를 정하지 않은 채 구역을 나누어 각각 사용하거나, 사용기간을 나누어 번갈아가며 사용할 수 있다. 또한 주택 단지 내 주민들이 함께 쓰는 조정 공간이나 주차장 부지와 같이 공용으로 사용할 수도 있다. 나아가 물건을 공유자 중 1명만이 사용하고 다른 공유자에게 대가를 지급하거나, 다른 사람에게 임대하고 차임을 받아 이를 분배하는 것도 가능하다.

이와 같이 물건을 사용·수익할 수 있는 방법은 경우의 수를 헤아리기 어려울 만큼 다양하므로, 1개의 공유물을 공유자들이 함께 사용·수익하기 위해서는 공유자들 사이에 어떤 식으로든 의사 결정이 필요하다. 민법 제265조 본문은 '공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다.'고 정하는데, 판례는 공유자 사이에 공유물의 구체적인 사용·수익 방법을 정하는 것은 위 규정에서 말하는 '공유물의 관리에 관한 사항'으로 공유지분의 과반수로써 결정해야 한다고 한다(대법원 1992. 6. 13.자 92

마290 결정, 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결 등 참조). 따라서 공유자들은 공유물을 어떻게 사용·수익할 것인지 협의하여야 하고 공유자 사이에 의견 일치가 이루어지지 않는 경우 지분의 과반수로 그 방법을 결정할 수 있다. 이 경우 공유물을 '지분의 비율로 사용·수익한다'는 것은 공유자들이 자신의 지분만큼 의결권을 행사하여 공유물의 사용·수익 방법을 결정할 수 있다는 것을 의미한다고 할 수 있다.

나아가 과반수 지분에 의한 결정에 따라 공유자 중 1인이 공유물을 독점적으로 사용·수익하거나 타에 임대하여 차임을 받는 경우 그로 인하여 지분은 있으나 공유물을 전혀 사용·수익하지 못하는 공유자들은 그 지분에 상응하는 차임 상당의 부당이득 반환을 청구할 수 있다(대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결 등 참조). 이 경우 공유물을 '지분의 비율로 사용·수익한다'는 것은 공유자들이 자신의 지분만큼 공유물에서 발생한 경제적 이익(천연과실과 차임 등의 법정과실 등을 포함한다)을 취득할 수 있음을 의미한다고도 할 수 있다.

그런데 공유자들 사이에 과반수 지분에 따른 결정이 이루어지지 않은 경우, 예를 들어 공유 토지의 1/2 지분권자인 갑은 토지 위에 건물을 짓고 싶어 하고, 1/2 지분권자인 을은 이를 나대지로 두고 주차장으로 사용하고 싶어 하는 경우와 같이 공유자 사이에 공유물의 사용·수익 방법에 관하여 의견이 일치하지 않고 누구도 과반수 지분의 동의를 얻지 못한 경우가 있을 수 있다. 이때 공유자들이 공유물을 어떻게 사용·수익할 수 있는지에 관하여 민법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이는 공유물분할이나 이혼시 재산분할, 기여분 등에 대해 당사자가 협의하여 자율적으로 정하되 당사자 사이에 합의가 되지 않는 경우 법원에 그에 관한 결정을 청구할 수 있고 법원이 재량을 가지고 형성적으로 이를 결정할 수 있도록 규정되어 있는 것과 구별된다(민법 제269조, 제

839조의2, 제1008조의2 등). 위 사례에서 갑과 을이 원하는 각각의 사용 방법은 모두 민법상 공유물 사용의 한 태양에 해당하지만, 갑과 을 누구도 과반수 지분에 따른 결정이 없는 한 자신이 원하는 특정한 방법으로 공유 토지를 사용·수익할 수 있게 해달라고 법원에 청구할 수 없다. 법원도 공유자들을 대신하여 공유물의 구체적인 사용·수익 방법을 결정할 수 있는 아무런 실체법적, 절차법적 근거가 마련되어 있지 않으므로, 갑과 을의 사용 방법 중 어느 것이 적법한지 판단할 수 없다. 판례는 공유물의 사용·수익 방법에 대한 결정이 없는 경우 각 공유자는 누구도 공유물의 일부라도 독점적으로 사용·수익할 수 없고, 그 공유자가 사용하는 면적이 그 공유자의 지분에 상응하는 면적에 못 미치더라도 다른 공유자에 대하여 지분 비율에 따른 부당이득반환의무를 진다고 하였다(대법원 1972. 12. 12. 선고 72다1814 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결 등 참조). 이는 공유물의 사용·수익 방법에 관한 정함이 없는 상태에서는 공유자들이 공유물을 독점적이든 비독점적이든 특정한 방법으로 사용·수익할 수 없음을 전제로 한 것이다.

결국 공유자들 사이에 공유물의 사용·수익 방법에 관한 결정이 이루어지지 않은 상태에서 공유자들이 가지는 '지분 비율에 따른 사용·수익권'이란 일반적·추상적 권리에 불과하고 이를 소로써 청구할 수 있는 구체적인 권리라고 할 수 없다. 공유자들이 공유물을 특정한 방법으로 사용·수익할 것을 전제로 어떤 소송상 청구를 하기 위해서는 과반수 지분에 의한 결정을 통해 그 사용·수익권이 구체적으로 형성될 것이 요구된다. 그러한 결정이 없는 상태에서 공유자들이 단순히 법에서 정한 '지분 비율에 따른 사용·수익권'을 가짐을 근거로 하여 그러한 사용·수익권을 실현한다는 명목으로 특정한 형태의 방해배제나 인도를 청구하는 것은 허용될 수 없다.

(2) 다수의견은 공유물의 사용·수익 방법에 관한 결정이 없더라도 공유자들이 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 비독점적인 형태로 공유물 전부를 공동으로 사용·수익할 수 있고, 그러한 상태를 실현하기 위하여 원고는 공유물을 독점하는 피고를 상대로 방해배제를 청구할 수 있다고 한다. 그런데 다수의견의 이러한 논지는 공유물의 '공동 사용·수익'도 공유물의 사용·수익 방법에 대한 구체적인 결정 없이는 불가능하다는 점을 간과한 것이다.

공유는 여러 사람이 단체를 이루면서 단체의 구성원으로서 물건을 소유하는 총유나 조합원들이 공동 사업을 경영하기 위해 물건을 소유하는 합유관계와 달리, 공유자들 사이에 정관, 총회 결의, 동업계약 등 공유물의 사용·수익 방법에 관한 최소한의 정함이나 단체적인 제약이 없다. 각 공유자의 공유물에 대한 지배권한은 서로 독립적이고 자유로우며 다만 목적물이 동일하여 그 행사에 제한을 받고 있는 데 지나지 않는다. 서로 간에 물건의 공동 사용을 위한 최소한의 합의나 공통적 인식이 없는 공유자들 사이에, 공동 사용을 위한 아무런 의사 결정이 없이 1개의 물건을 공동으로 사용하는 것이 현실적으로 어떻게 가능하다는 것인지 의문이다.

다수의견은 원고의 공동 점유를 방해하는 피고의 행위와 방해물을 구체적으로 특정하여 피고를 상대로 방해의 금지, 제거, 예방(작위·부작위의무의 이행)을 청구할 수 있다고 한다. 앞서 본 바와 같이 여러 사람이 1개의 물건을 함께 사용하는 방법에는 아주 다양한 경우의 수가 있고, 그 사용·수익 방법에 대한 결정이 없는 상태에서 공유자들은 자신이 원하는 특정한 방법으로 공유물을 사용·수익하겠다고 주장할 수 없으므로, 원고가 바라는 방법대로 공유물을 사용·수익하기 위하여 피고가 작위·부작위의무를 부담할 아무런 이유가 없다. 이는 법원에 공유물의 구체적인 사용·수익 방법을 정할 수

있는 비송적 재량이 있음을 전제로 하는 것으로서, 앞서 본 바와 같이 법에 아무런 근거가 없는 것이다.

다수의견은 공유물을 비독점적으로 공동 사용·수익하는 방법의 예로 공유 토지를 통행의 목적으로 사용하는 것을 들고 있다. 그런데 '공유자들이 공유 토지를 통행로로 사용하는 것'이 공유 토지를 공동 사용하는 방법 중 하나인 것은 맞지만, 앞서 본 바와 같이 공유 토지를 공동 사용하는 방법은 매우 다양하고 그 방법들 중에 원고가 이를 '통행로'로 사용하겠다고 청구할 근거가 없다. 원고는 통행로로, 피고는 다른 방법(주차장 등)으로 사용하겠다고 주장할 경우 법원이 원고가 주장하는 방법으로 사용할 것을 전제로 피고에게 작위·부작위의무의 이행을 명할 수 있는 실체법적, 절차법적 근거가 없음은 앞서 본 바와 같다.

결국 공유자들이 공유물을 사용하는 법률관계는 다음의 둘 중 어느 하나로 귀결된다. 공유자들이 관리방법으로 결정된 특정한 방법으로 공유물을 사용·수익하는 모습이거나, 그러한 결정이 없이 각자 자신이 원하는 방법으로 공유물을 사용하겠다고 주장하며 대치하는 상태이다. 다수의견이 말하는, 공유물의 관리에 관한 아무런 정함이 없음에도 공유자들이 특정한 방법으로 물건을 공동으로 점유·사용하는 제3의 영역은 법리적으로 존재하지 않는다.

(3) 나아가 공유자들 사이의 의사 결정 없이 물건을 '비독점적으로 공동 사용·수익하는 방법'을 쉽게 생각하기도 어렵다. 물건을 사용하는 것은 일시적으로라도 독점적인 점유를 전제하는 경우가 대부분이다. 예를 들어 한 공유자가 공유 토지 위에 어떤 물건을 쌓아두거나 동산인 공유물을 가져다 쓰는 것은 그 시간의 길고 짧음을 불문하고 그 시간 동안에는 물건을 독점적으로 점유하는 것이라고 할 수 있어 비독점적 사용에

해당하지 않는다. 공유 건물에 함께 거주하거나 공유 점포에서 공동으로 영업하는 경우도 면적을 나누어 사용한다면 결국 공유물 일부에 대한 독점적 점유가 되고, 구분소유나 동업 등 아무런 인적 관계가 없는 공유자들이 같은 공간을 구분하지 않고 함께 사용하여 거주하거나 영업을 하는 것도 생각하기 어렵다. 공유 토지를 단순히 통행 목적으로 사용하는 것조차도 통행의 횟수나 방법에 대한 최소한의 정함이 없으면 공유자들 사이에 충돌이 생겨 공동 사용이 불가능하다.

결국 다수의견이 말하는 '공유자들이 아무런 결정 없이 공유물을 비독점적으로 공동 사용·수익하는 상태'라는 것은 관념적인 가정에 불과하여 현실적으로는 생각하기 어렵다. 다수의견은 불가능한 상태를 달성하기 위한 명목으로 방해배제를 인정하는 것이다.

(4) 앞서 본 바와 같이 과반수 지분에 따른 결정이 없다면 소수지분권자에게 특정한 형태로 공유물을 사용·수익할 수 있는 구체적인 권리가 없으므로, 소수지분권자인 피고가 그러한 결정 없이 공유물을 특정 방법으로 사용·수익하는 것은 그것이 독점적이든 비독점적이든 간에 위법하다. 그러나 피고의 점유가 아무리 위법하더라도 원고에게 그 위법 상태에 대한 배제를 청구할 권원이 없다면 원고의 청구를 인용할 수 없는 것이 민사재판의 기본 원리이다.

그리고 토지 소유권에 기한 지상물 철거 청구와 토지 인도 청구는 별개의 청구이고 토지 소유자는 두 청구를 반드시 같이 할 필요 없이 어느 하나만을 청구할 수 있다. 하지만 토지소유자가 지상물 철거를 청구하는 것은 지상물이 존재하는 토지의 점유를 실효적으로 회복하기 위한 것이므로, 토지 소유자에게 토지의 인도청구권이 없다면 이를 실현하기 위한 지상물의 철거 청구도 불가능하다.

원고 역시 소수지분권자에 불과하여 과반수 지분에 따른 결정 없이는 특정한 형태로

공유물을 사용·수익할 수 있는 구체적인 권리가 없으므로, 원고가 이를 실현하기 위하여 공유물의 현재의 사용·수익 상태의 변경을 청구하는 것, 즉 토지의 인도뿐만 아니라 토지의 공동 점유·사용을 위한 방해금지를 청구하는 것이 불가능하다. 결국 피고의 점유는 위법하지만 원고가 그 배제를 청구할 수 없는 결과 현재의 상태가 유지될 수밖에 없고, 피고가 공유 토지를 지상물의 소유를 통해 점유하더라도 이는 피고가 공유 토지를 점유하는 한 태양에 불과하여 원고가 그 수거·철거를 청구할 수도 없다고 보아야 한다.

이와 같이 공유자 중 1인이 공유물을 독점적 또는 비독점적으로 점유·사용하는 상황에서 누구도 과반수 지분의 동의를 얻을 수 없다면 다른 공유자들은 손해배상, 부당이득을 통해 그 사용·수익으로 인한 이익을 반환받을 수 있다. 나아가 이러한 금전적 배상에 만족할 수 없는 공유자는 언제든지 공유물분할을 청구하여 공유관계를 해소시킬 수 있으므로 이러한 결론이 공유자의 사용·수익권을 부당하게 제한하는 것이라고 할 수 없다.

나. 원심은 이 사건 토지에 관하여 공유자들 사이에 과반수 지분에 따른 결정이 존재하지 않음에도, 이 사건 토지의 1/2 지분을 소유하는 원고는 이 사건 토지 일부를 독점적으로 점유하고 있는 피고를 상대로 공유물의 보존행위로서 이 사건 토지상 지상물의 수거를 청구할 수 있다고 보아 원고의 지상물 수거 청구를 인용하였다. 앞서 본 법리에 비추어보면, 원심이 원고의 지상물 수거 청구를 받아들인 것에는 공유물의 보존행위 및 공유자의 공유물에 대한 사용·수익권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 따라서 원심판결 중 지상물 수거 청구에 관한 부분도 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 방해배제 청구에 관한 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

7. 대법관 김재형, 대법관 안철상의 다수의견에 대한 보충의견

다수의견에 대한 2개의 반대의견은 완전히 상반된 태도를 보이고 있다. 하나는 공유물의 인도 청구와 방해배제 청구를 모두 인정해야 한다는 것이고, 다른 하나는 둘 다 인정해서는 안 된다는 것이다. 이들 반대의견에는 기존 논의에서 발견되지 않았던 몇 가지 문제를 새롭게 제기하고 있는 부분들이 있다. 이것은 공유에 관한 법리가 발전하는 데 도움이 될 것이라고 생각하고 여기서는 다수의견을 보강하기 위한 의견을 개진한다(이하 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 이동원, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 반대의견을 '반대의견1'이라 하고, 대법관 이기택의 반대의견을 '반대의견2'라 한다).

가. 공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권은 일반적·추상적 권리이고 공유물의 관리에 관한 결정이 있는 이후에 비로소 개별적·구체적인 권리로 되는가?

(1) 반대의견2는 공유물 관리에 관한 결정이 없는 상태에서 공유자의 공유물에 대한 사용·수익권은 일반적·추상적인 권리에 불과하여 이를 실현하기 위한 소송상 청구를 할 수 없고, 피고가 공유물을 독점하더라도 원고는 자신의 사용·수익권을 실현하기 위하여 공유물 인도나 방해배제를 청구할 수 없다고 한다.

공유지분권의 본질은 물권의 일종인 소유권으로서 그 권능에 속하는 사용·수익권을 갖는다는 점은 다수의견에서 언급하였다. 특히 민법 제263조는 공유자들에게도 지분 비율에 따른 사용·수익권이 있음을 명시하고 있다. 공유자들은 공유관계에 따른 제약을 받기 때문에 공유지분의 과반수로 공유물의 관리방법이 정해지면 그에 따라야 하지만(민법 제265조 본문), 이것이 곧 그러한 결정이 없는 경우 어느 누구도 물건을 사용·수

익할 수 없다는 것을 뜻하지는 않는다.

위와 같은 반대의견2는 공유지분권의 권능을 근거 없이 축소하는 것으로서, 공유지분권의 본질이 물권이라는 점이나 민법 제263조의 문언에 반한다. 또한 소수지분권자가 공유물을 위법하게 독점하더라도 다른 공유자들이 금전적 배상을 받는 외에는 물건을 점유·사용할 수 없게 되어 일반적인 법감정에 반하고, 물권인 공유지분권을 차임수취권으로 강등시키는 결과가 된다. 공유관계에 따른 제약으로 말미암아 각 공유자는 단독 소유자처럼 공유물을 독점할 수는 없지만, 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는 방법으로, 즉 독점적이지 않은 형태로 다른 공유자들과 함께 공유물을 실제로 사용·수익할 수 있다고 보아야 한다.

민법, 특히 물권편에 규정되어 있는 권리나 권능을 관념적인 권리 또는 일반적·추상적 권리라고 할 근거가 없다. 공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권은 일반적·추상적 권리에 불과하고 공유물의 관리에 관한 결정이 있는 이후에 비로소 개별적·구체적인 권리로 된다는 논리는 오히려 법률관계를 불필요하게 혼란스럽게 만들 수 있다. 공유자들은 공유물 관리에 관한 결정이 있는지 여부와 무관하게 공유물을 점유·사용하고 있는 자를 상대로 차임 상당의 부당이득 반환이나 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 부당이득이나 불법행위에 기한 청구의 기초가 되는 것도 공유물에 대한 사용·수익권이라고 할 수 있는데 이를 일반적·추상적인 권리라고 할 수 없다.

(2) 반대의견1은 공유자 사이에 공유물 관리에 관한 결정이 이루어지지 않은 경우 피고의 지분 비율에 따른 사용·수익권은 관념적인 것에 불과하므로 피고에게 공유물 전부의 인도를 명하더라도 피고의 권리를 침해하지 않는다고 한다. 이는 반대의견2와 같이 공유물의 관리방법이 결정되지 않은 한 어느 공유자에게도 공유물에 대한 구체적

인 사용·수익권이 없음을 전제로 한다. 한편 반대의견1은 소수지분권자인 원고가 공유물을 인도받은 다음 모든 공유자가 공동으로 이용할 수 있도록 공유물을 공유자 전원에게 제공해야 한다고 한다. 그러나 공유물의 관리방법이 정해지지 않은 경우 어느 소수지분권자도 공유물에 대한 구체적인 사용·수익권이 없다고 한다면 피고가 공유물을 독점하더라도 원고나 다른 공유자의 사용·수익권을 침해하지 않는다는 결론에 이르게 되어 부당하다. 또한 공유자의 사용·수익권이 관념적인 것에 불과하다면 원고가 다른 공유자와 공동으로 이용하기 위해서 공유물을 다시 제공할 이유도 없게 된다.

이와 같이 반대의견1은 공유물 관리에 관한 정함이 없는 경우 소수지분권자가 공유물을 사용·수익할 수 있는지에 관하여 모순된 태도를 보이고 있다. 공유자들의 사용·수익권을 관념적인 권리에 불과한 것으로 파악한다면 반대의견2와 같이 공유물 관리에 관한 결정이 있을 때까지 공유자 누구도 방해배제나 인도를 청구할 수 없다고 보는 것이 오히려 논리적이다.

나. 피고의 위법한 점유를 배제하기 위하여 인도 청구를 허용할 필요성이 있는가?

(1) 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의 없이 공유물을 독점하는 것이 위법하다는 점에 대해서는 다수의견과 반대의견1 사이에 이견이 없다. 공유물에 대한 피고의 위법한 점유를 배제하기 위해서 원고가 방해배제 청구를 할 수 있다는 점도 마찬가지이다. 그런데 여기에서 더 나아가 원고가 피고의 점유를 배제하고 공유물을 '자신에게 인도하라'고 청구할 수 있는지가 문제되고 있다. 반대의견1은 원고가 '공유물의 보존행위'임을 근거로 공유물을 자신에게 인도하라고 청구할 수 있고, 피고의 위법한 점유를 실효성 있게 배제하기 위해서는 인도가 불가피하며, 방해배제 청구는 허용하면서 인도 청구를 허용하지 않는 다수의견은 논리적으로 모순이거나 두 청구에 대해 다른

찾대를 적용한 것이라고 한다.

(2) 소유권에 기초한 인도 청구는 민법 제213조에 근거한 물권적 청구로, 원고가 소유자이고 피고가 물건을 점유하고 있을 것을 요건으로 하되, 점유할 권리가 있는 경우를 그 예외로 정하고 있다. 소유권에 기초한 방해배제 청구는 민법 제214조에 근거한 물권적 청구로서 원고가 소유자이고 피고가 소유권을 위법하게 방해할 것을 요건으로 한다. 토지 소유자가 지상 건물의 철거를 청구하거나 원인무효의 등기에 대한 말소를 청구하는 것이 전형적인 예이다.

이와 같이 인도 청구와 방해배제 청구는 그 법적 근거, 요건이나 작용하는 모습이 다르므로, 두 청구가 논리적으로 결론을 같이해야 하는 것은 아니다. 피고가 물건을 점유할 권리가 있지만 적법하지 않은 방법으로 이를 점유하고 있다면 원고는 방해의 제거만 청구할 수 있다. 예를 들어 경작을 목적으로 토지를 임차한 임차인이 토지 일부를 가축 사육을 위해 사용할 때, 경우에 따라서는 임대인은 임대차계약을 해제하고 가축의 수거와 토지의 인도를 청구할 수 있지만 이것이 임대차계약을 해제할 만한 사유에까지 이르지 않는 위반인 경우에는 그 가축의 수거만을 청구할 수 있다.

이 사건에서 피고는 공유 토지에 수목을 식재하여 토지를 독점적으로 점유하고 있다. 이는 원고의 지분권에 대한 위법한 방해이므로 원고는 수목의 수거를 청구할 수 있고, 일반적으로 수목이 제거되고 나면 피고의 방해 상태는 제거된다고 할 수 있다. 여기서 더 나아가 원고가 토지를 자신에게 인도할 것을 청구하려면 '피고에게 점유할 권원이 없을 것'이 요구된다. 피고는 공유자로서 공유물을 공동으로 점유·사용할 권한은 있으므로, 피고에게 토지를 점유할 권원이 전혀 없는 것은 아니다. 위와 같이 지상물의 제거 등 방해배제를 통해 피고의 독점적 점유 상태를 형성하는 유형물을 제거할

수 있는 상황에서 원고는 피고의 점유를 전부 빼앗을 필요 없이 피고에게 인정된 공동 점유 권한을 초과하는 피고의 행위, 즉 원고의 공동 점유를 방해하고 자신이 공유물을 독점적으로 점유하는 행위를 금지하기만 하면 '공유자 전원이 공동으로 공유물을 이용할 수 있는 상태'를 충분히 달성할 수 있다.

(3) 반대의견1은 원고의 인도 청구를 허용하는 것이 원고 단독으로 점유를 취득하기 위한 것이 아니라 피고의 위법한 독점적 점유를 배제하기 위한 것이고, 원고는 인도받은 공유물을 피고를 포함한 공유자들이 공동으로 이용할 수 있도록 제공해야 한다고 한다. 이는 공유자들이 공유물을 공동으로 점유하는 상태를 그 최종적 목표로 한다는 점에서, 방해제거 청구를 통해 피고의 독점적 점유만을 배제함으로써 공동 점유 상태를 달성하려는 다수의견과 다르지 않다. 차이점은 반대의견1이 원고가 자신이 가진 권리(공동 점유)를 넘는 법적 상태(원고의 단독 점유)를 실현한 다음 그 초과하는 부분을 다시 임의로 피고에게 되돌려주어 원래 실현되어야 할 상태(공동 점유)를 달성하겠다는 것인 반면, 다수의견은 '원고의 단독 점유'라는 중간 과정 없이 곧바로 공동 점유 상태를 달성하도록 한다는 것이다.

인도 판결과 강제집행의 결과는 원고의 단독 점유를 실현하는 데서 끝나고 반대의견1의 기대와 같이 원고가 이를 다른 공유자들에게 제공하여 공동 점유 상태로 이어질 것이라는 점에 대한 보장이 없다. 원고는 집행기관이 아니므로 이를 집행의 일환으로 보아 일단 원고로 하여금 공유물을 인도받도록 한 다음 이를 공유자 전원에게 제공하도록 강제할 방법이 없다.

방해금지 등을 통해 현재의 위법 상태(피고의 단독 점유)를 최종적으로 달성해야 할 적법한 상태(공동 점유)로 곧바로 만들 수 있는데도 이를 초과한 상태를 창출할 이

유가 없다. 반대의견1은 이것이 피고의 단독 점유를 배제하기 위해 필요하다고 한다. 이는 원고가 피고를 상대로 공동 점유·사용을 방해하는 구체적인 행위를 특정하여 금지를 청구하도록 하지 않고 피고로부터 공유물에 대한 일체의 점유·사용을 빼앗는 방법으로 방해배제를 허용하겠다는 것이다. 그러나 이것은 적법한 방해배제의 범위를 초과하여 피고의 점유 권한을 침해하는 것임이 분명하다.

(4) 반대의견1은 방해금지 청구를 집행하는 방법인 간접강제가 직접강제에 비하여 실효성이 떨어진다고 비판한다. 그러나 강제집행의 편의를 위하여 권리자에게 인정되는 권리를 넘어 청구를 인용할 수는 없다. 방해금지를 통해 피고의 독점적 점유를 해소하고 공유자인 원고와 피고가 토지를 공동으로 점유·사용할 수 있는 상태를 만들 수 있는데도, 원고의 강제집행의 편의를 위하여 토지 인도까지 허용할 수는 없다.

한편 위에서 본 바와 같이 원고의 공동 점유를 방해하는 지상물을 제거하는 것(이는 대체집행의 방법으로 집행할 수 있다)만으로도 피고의 독점적 점유를 해소할 수 있는 경우가 많다. 법원은 방해금지 청구와 관련하여 피고의 의무이행을 강제할 수 있는 적정한 금액을 간접강제금으로 정하고, 피고의 의무 위반이 계속되는 경우 위반행위마다 재차 금전적 배상 의무를 발생시켜 피고에게 지속적인 강제력을 가질 수 있는 점을 고려하면, 간접강제가 직접강제에 비하여 결코 실효성이 떨어진다고 할 수 없다.

오히려 직접강제의 경우 인도 집행을 마친 다음에도 피고가 다시 원고의 점유를 침탈할 가능성이 있는데, 인도 판결의 집행력은 이미 강제집행이 종료되어 효력을 상실하므로, 이런 경우 원고가 그 인도 판결에 기하여 다시 공유물을 인도받을 수 없다는 제약이 있다.

다. 소수지분권자가 공유자가 아닌 제3자에 대해서는 공유물의 인도를 청구할 수 있

는 근거는 무엇인가?

반대의견1은, 다수의견이 원고가 공유자 아닌 제3자에 대해서는 방해배제와 인도 청구를 모두 할 수 있다고 보면서도 공유자에 대해서는 방해배제 청구만 할 수 있고 인도 청구를 할 수 없다고 하는 것은 서로 모순된다고 한다.

제3자가 공유물을 무단으로 점유하는 경우 원고가 소유자, 정확히는 공유지분권자이고 원고의 지분권은 공유물 전체에 미치므로 원고는 제3자를 배제하고 자신이 점유하겠다는 인도 청구를 할 수 있다. 제3자는 물건을 점유할 아무런 권원이 없어 공유자인 원고의 인도 청구를 거부할 수 없다.

그런데 원고와 피고가 공유하는 물건을 피고가 점유하는 경우에는 이와 다르다. 이때에는 공유물 관리에 관한 결정이 없는 이상, 원고가 피고에 대하여 피고를 배제하고 자신만이 물건을 점유하겠다고 청구할 권원이 없다. 피고도 원고와 마찬가지로 공유자로서 물건을 점유할 권원이 있기 때문에 원고의 인도 청구를 거부할 수 있다. 결국 공유자 사이의 소송에서는 피고의 독점적 점유 상태를 해소하고 공유물을 원고와 피고가 공동으로 점유하도록 하는 형태의 청구를 할 수 있을 뿐이고, 위에서 본 것처럼 지상물 제거와 방해금지 청구가 그러한 청구에 해당한다. 따라서 제3자와 공유자에 대한 인도 청구를 달리 취급할 근거가 없다는 반대의견1의 비판은 타당하지 않다.

라. 원고의 방해금지 청구의 근거는 무엇이고 그 구체적인 모습은 어떠한가?

(1) 반대의견 1, 2는 다수의견이 말하는 방해금지 청구는 우리 소송, 집행 실무상 전례가 없고 법률상 근거도 없어 불가능하다고 한다. 그러나 원고와 피고 모두 공유물을 공동으로 사용·수익할 권리가 있으므로, 원고는 공유물을 피고와 공동으로 점유하는 상태로 만들기 위한 방해배제나 방해금지 청구를 할 수 있다. 이러한 해석은 위에서 보

있듯이 공유지분권의 본질과 공유관계의 기본 법리, 공유자들의 공유물에 대한 사용·수익권 규정(민법 제263조)에서 충분히 도출할 수 있다. 공유물의 사용·수익권은 실체법적인 권리로서 그 실현이 가능하도록 운용해야 한다는 점에서도 이러한 결론이 정당하다.

방해행위의 금지와 그 위반행위의 결과물에 대한 제거와 같은 작위·부작위의무의 이행을 청구하여 강제집행을 하는 모습은 우리 실무상 쉽게 찾아볼 수 있다. 판례는 통행권에 기초한 통행 방해금지, 저작권에 기초한 침해금지, 생활방해를 이유로 한 공사금지 등 권리를 보전하기 위해 필요한 경우 방해금지 청구와 그에 대한 강제집행을 인정해 왔다. 기존에 공유자 사이에 이런 청구를 인용한 실무례가 없었던 것은 기존 판례가 공유자 사이에 인도 청구를 허용하여 원고가 이러한 내용으로 청구할 필요가 없었기 때문이다.

(2) 공유자들 사이의 방해금지 청구에 관하여 좀 더 구체적으로 살펴본다. 피고가 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 모습은 사안마다 다르고 다양하므로, 이에 따라 원고가 금지를 청구하는 행위의 내용도 달라질 수밖에 없다. 원고는 청구취지에 피고가 실제로 한 방해행위(피고가 할 것으로 예상되는 방해행위도 포함할 수 있다)를 구체적으로 특정하여 그 행위의 금지를 청구하거나 그러한 방해행위로 인한 결과물이 있는 경우에는 그 결과물을 특정하여 제거를 청구하여야 한다. 이하에서 몇 가지 생각할 수 있는 예를 들어 본다.

공유 토지가 원래 나대지였는데, 피고가 그 지상에 무단으로 건물, 담장, 수목 등 지상물을 설치하는 경우 원고는 우선 피고를 상대로 지상물의 설치 행위에 대한 중지를 청구할 수 있고, 위반행위의 결과로 지상물이 설치된 경우 설치된 지상물의 철거·수

거를 청구할 수 있다. 지상물 설치행위의 중지와 함께 지상물이 제거되고 나면 토지는 나대지 상태가 되어 피고가 적극적으로 어떤 행위를 하지 않아도 원고 스스로 토지에 출입하여 토지를 이용할 수 있다. 대부분의 경우 지상물만 제거하여도 피고의 독점적 점유 상태가 해소되고, 지상물이 제거된 다음에도 피고가 같은 방법으로 또는 다른 방법으로 원고의 공동 점유를 방해하는 행동을 하거나 그러한 행동을 할 것이 예상된다면 원고는 피고를 상대로 그러한 행위의 금지(지상물 설치 금지, 토지에 대한 출입 방해금지)를 청구할 수 있다.

공유 토지에 원래 담장과 출입문이 설치되어 있었고 피고가 출입문을 시정한 채 토지를 독점적으로 점유하고 있다면, 담장이나 출입문이 공유물인 이상 원고가 그 철거를 청구할 수는 없다. 하지만 피고는 공유물인 출입문 시정장치의 열쇠를 원고에게도 주어야 하고(부대체적 작위의무) 원고가 공유 토지에 출입하는 것을 방해해서는 안 되므로(부작위의무) 원고는 피고를 상대로 이러한 내용의 작위·부작위의무를 이행할 것을 청구할 수 있다.

공유자인 원고와 피고가 1/2 지분씩 공유하는 주택에 함께 거주하는 경우 원고와 피고 사이에 각 방은 따로 사용하기로 합의하였지만 거실과 주방 등의 공동 공간에 대해서는 별다른 합의가 없고 피고가 원고를 배제한 채 이를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우가 있을 수 있다. 이때 원고는 거실과 주방에 대한 공동 점유·사용을 방해하는 피고의 행위, 예를 들어 원고의 거실, 주방 사용을 피고가 물리적으로 방해하는 행위라든가 피고가 자신의 가구 등을 쌓아두는 행위 등을 금지해 달라고 청구할 수 있다.

피고가 공유물인 주차장을 영업적으로 이용하면서 다른 공유자인 원고의 주차장 사

용 자체를 방해하는 경우에는 원고는 피고를 상대로 주차장 사용을 방해하는 행위를 금지해 달라고 청구할 수 있다.

(3) 공유물 관리에 관한 결정이 없어 공유자들의 사용 방법이 비독점적인 방법에 한정된다고 해도 그러한 사용 방법이 극히 이례적이라거나 비정상적이라고 할 수 없다. 공유자 사이에 공유물 관리에 관한 결정 없이 공유물을 공동 점유·사용하는 것으로 볼 수 있는 경우도 있다. 공유자들이 다른 공유자의 점유·사용을 양해하고 있는 경우에는 묵시적 합의를 인정할 여지도 있지만 그러한 상태를 들어 항상 합의가 있다고 볼 수 없다. 공유자들 사이에 별다른 협의 없이 각자의 점유·사용으로 공동 사용 상태가 형성되었고 공유자들이 일시적으로 이를 다투지 않고 그대로 사용하였다고 해서 언제나 공유물 관리에 관한 묵시적 합의가 이루어진 것으로 본다면, 과반수 지분에 따른 관리방법의 변경 없이는 그 사용 상태를 반복할 수 없게 되어 부당하다.

공유자가 일시적으로 해당 물건을 혼자 사용하고 있다는 이유만으로 독점적인 점유·사용이 되는 것도 아니다. 공유물을 공동으로 점유·사용하고 있는지 여부는 다양한 사정들을 종합적으로 고려해서 사회통념에 따라 판단해야 한다.

위에서 본 공유 주택의 예에서 반대의견2에 따르면 원고는 공유 공간인 거실과 주방에 대한 피고의 독점적 점유·사용을 배제할 수 없고 이를 전혀 사용하지 못한 채 금전적으로만 보상받거나 거주 목적을 포기하고 공유물분할을 청구해야 한다는 결론에 이른다. 반대의견1에 따르면 원고는 피고가 점유하는 거실, 주방에 대한 인도 청구와 집행은 통해 피고의 점유를 전면적으로 배제할 수 있다는 결론에 이른다. 이 두 견해는 원고가 애초에 가진 권리를 아예 인정하지 않거나 원고가 가진 권리를 초과한 청구를 인정하는 양 극단에 선 것으로서 그 부당성은 더 말할 필요가 없다. 원고는 자신이

적법하게 보유하는 권리만큼, 거실과 주방에 대한 공동 점유·사용권을 행사하기 위하여 그러한 공동 점유·사용을 방해하는 피고의 행위에 대한 금지 청구를 통해서 목적을 달성할 수 있다.

(4) 반대의견1은 다수의견이 인도 청구를 대체할 방해금지에 관한 구체적인 청구취지나 석명권의 한계에 대하여 충분히 논의하지 않은 채 선례를 변경하는 것은 타당하지 않다고 한다. 다수의견이 구체적인 청구취지에 관해 논하지 않은 것은 원고가 그러한 청구를 하지 않아 상고심에서 쟁점이 되지 않았기 때문이다. 환송 후 원심은 당사자가 청구취지를 특정해서 청구를 하면 그 청구의 당부를 판단하면 되고, 그 청구취지가 불분명하거나 특정되지 않는 등 석명의무가 인정되는 경우 석명권을 행사하여 보정할 기회를 주면 된다. 원고가 환송 후 원심에서 청구취지를 변경하기 전에, 법원이 원고가 어떤 청구를 할 것을 가정하여 그 청구의 당부를 미리 판단할 수 없다.

마. 소수지분권자로부터 임차한 제3자에 대해 인도 청구가 가능한가?

반대의견1은 소수지분권자가 제3자에게 공유물을 임대하여 제3자가 공유물을 점유하는 경우 다른 공유자들은 임차인을 상대로 공유물 인도를 청구할 수 있다고 하며 다수의견도 마찬가지로 한 다음 이러한 다수의견은 소수지분권자가 스스로 점유하는 경우와 이를 임대한 경우를 달리 취급하는 것으로서 부당하다고 한다(반대의견1은 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다569 판결 등을 인용하고 있지만 위 판결의 사안은 원고가 소수지분권자인 피고로부터 공유물을 임차한 임차인을 상대로 원고의 지분 비율에 따른 손해배상 또는 부당이득 반환을 청구한 것으로 인도를 청구한 사안이 아닐뿐더러 그 판결의 법리도 소수지분권자의 인도 청구를 긍정한 기존 대법원 판결의 법리를 전제로 한 것이다).

그러나 이 문제는 이 사건의 쟁점이 아니고 별도의 고려사항이 있기 때문에 다수의 견에서 이에 관하여 명시적인 판단을 하지 않았다. 소수지분권자의 임대행위가 공유자들에게 공유물의 관리행위로서 효력을 갖는 것은 아니지만, 그렇다고 해서 다른 공유자들이 소수지분권자로부터 공유물을 임차한 제3자에 대해 공유물 인도를 청구할 수 있다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니다.

임대권한이 없는 자의 임대차계약도 임대인과 임차인 사이에서는 유효하다. 또한 갑에게 물건을 점유할 권리가 있어 소유자가 갑에게 소유물 반환을 청구할 수 없다면, 소유자는 갑으로부터 매매, 임대차 등을 통해 점유할 권리를 이전받은 을에 대해서도 소유물 반환을 청구할 수 없다(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결 등 참조). 위 87다카1682 판결은 토지의 매수인이 매매계약의 이행으로 토지를 인도받은 때에는 그 토지를 점유·사용할 권리가 있고, 그 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자는 매수인의 토지에 대한 점유·사용권까지 취득한 것이므로 매도인은 그 건물소유자에 대해 건물 철거와 대지 인도를 청구할 수 없다고 판단하였다. 위 2001다45355 판결은 대물변제 약정에 따라 부동산 소유권을 이전받게 되는 자로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 자에게도 마찬가지로 인도나 부당이득 반환을 청구할 수 없다고 판단하였다.

소수지분권자는 공유물을 공동으로 점유할 권리가 있고, 임차인은 임대차계약을 통해 그 소수지분권자로부터 점유할 권리를 이전받았으므로, 다른 공유자가 공유자인 임대인에게 공유물 인도를 청구할 수 없다면 그 임차인을 상대로도 인도를 청구할 수 없다고 볼 수 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견의 논거를 보충하고자 한다.

8. 공유물 인도 청구에 관한 대법관 이기택의 다수의견에 대한 보충의견

반대의견1은 소수지분권자인 원고가 공유물을 독점하는 소수지분권자인 피고를 상대로 공유물 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 있고, 그에 따라 공유물을 인도받은 원고가 다른 공유자와 협의 없이 공유물을 독점적으로 점유·사용한다면 피고를 포함한 다른 공유자들은 원고를 상대로 다시 공유물의 인도를 청구할 수 있다고 한다. 그러나 이 경우 피고가 원고를 상대로 다시 공유물의 인도를 청구하는 것은 소송법적 측면에서 종전 인도 판결의 기판력에 반하여 허용될 수 없고, 이러한 부당한 결과는 애초에 원고의 인도 청구를 긍정한 데에서 비롯된 것이므로 이러한 점에서도 원고의 인도 청구를 허용하면 안 된다는 논지에서 다수의견을 보충하고자 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 전소의 확정판결에 따른 강제집행 결과를 되돌리는 내용의 후소 청구는 전소 확정판결과 모순관계에 있어 그 기판력에 반하므로 허용되지 않는다. 판례는 소유권이전등기절차를 명하는 확정판결에 의해 소유권이전등기가 마쳐진 경우 그 등기가 원인무효임을 내세워 그 말소등기절차의 이행을 청구하는 것은 전소에서 확정된 이전등기청구권을 부인하는 것이어서 기판력에 반하고(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결, 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다44014 판결 등 참조), 채권자가 대여금 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받아 강제집행을 마친 경우 채무자가 그 판결 전에 일부 변제를 하였다는 이유로 채권자에게 변제금에 해당하는 돈을 부당이득으로 반환 청구하는 것은 전소 판결의 기판력에 반한다고 하였다(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다41430 판결 참조).

나. 원고가 피고를 상대로 공유물 인도를 명하는 확정판결을 받았다면 원고에게 공

유물의 인도청구권이 있다는 점에 대해 실체적 확정력이 생기고, 그 판결의 당사자인 원고와 피고 사이에는 소로써 이와 모순되는 주장을 하는 것이 금지된다. 원고가 인도 판결에 따라 피고로부터 공유물을 인도받아 점유하는 경우 종전 소송의 당사자였던 피고가 원고를 상대로 다시 공유물의 인도를 구한다면 이는 전소 인도 판결의 기판력에 반하여 허용될 수 없다. 원고의 점유는 전소 인도 판결의 집행에 따른 것이고 이를 다시 피고가 인도받는 것은 곧 전소에서 확정된 원고의 인도청구권을 부인하고 전소 판결에 따른 강제집행 결과를 되돌리는 결과가 되기 때문이다.

다. 반대의견1은 종전 인도 판결이 공유물에 대한 원고의 독점적 점유·사용까지 정당화하는 것은 아니므로, 보존행위로서 공유물을 인도받은 원고가 보존행위 취지에 반하여 공유물을 독점적으로 점유·사용하는 경우 종전 소송의 피고가 다시 원고를 상대로 인도를 청구할 수 있고 이는 종전 인도 판결의 기판력에 반하지 않는다고 한다.

판결의 기판력은 판결 주문에 포함된 것에 한하여 발생한다(민사소송법 제216조 제1항). 인도 판결의 주문은 '피고는 원고에게 공유물을 인도하라'는 것이고 그에 따른 기판력은 원고가 피고에 대하여 공유물의 인도청구권이 있다는 점에 생긴다. 이는 그 인도를 청구하는 권원이 공유물의 보존행위이든, 단독 소유권에 기한 것이든, 매매 등 채권적 청구권에 기한 것이든 다르지 않다. 판결 주문에서 명하는 '인도'의 법적 의미는 모두 동일하여, 피고는 원고에게 공유물의 점유를 이전할 의무를 진다. 그 권원이 보존행위에 기한 것이라 하여 '인도'의 의미를 공유물의 점유를 원고에게 넘기되 인도 후 이를 다시 공동으로 점유할 수 있는 정도의 의미라고 축소 해석할 수 없다. 원고는 그와 같이 기판력 있게 확정된 인도청구권이 실현된 결과로서 피고로부터 공유물을 인도받아 점유하고 있는 것이다. 이후 권리관계의 변동 없이 그 상태가 유지되고 있음에

도, 원고가 스스로 인도받은 공유물을 모든 공유자를 위해 제공하는 등 오히려 새로운 사실이 발생하지 않았다는 것을 이유로 하여, 피고가 다시 원고를 상대로 소유권에 기한 보존행위로서 공유물의 반환을 청구할 수 있다는 것은 전소에서 확정된 '원고가 피고에 대해 인도청구권이 존재한다는 점'과 모순관계에 있어 허용될 수 없다.

기판력 제도는 판결에 의해 확정된 내용에 대해 같은 당사자가 동일한 사항을 되풀이하여 다투는 것을 방지하는 것을 그 본질로 한다. 반대의견1에서 상정하는 것과 같은 당사자 사이의 반복된 인도소송은 기판력 제도의 본질에 반하여 허용될 여지가 없는 것이다.

라. 결국 원고가 인도 판결에 따라 피고를 배제하고 공유물을 단독으로 점유하게 된 후 이를 계속하여 점유하여도 피고는 이러한 상태를 시정하기 위한 소송을 할 수 없다. 이와 같이 부당한 결과는 다수의견이 지적한 바와 같이 애초에 원고가 소수지분권자에 불과하여 공유자인 피고를 배제하고 단독으로 공유물을 점유할 권원이 없음에도 원고의 인도 청구를 인용하였기 때문에 생기는 것이다. 반대의견1은 다수의견이 제시한 논거뿐만 아니라 위와 같은 인도 판결의 기판력 이론과도 충돌하여 타당하지 않다.

이상과 같은 이유로 다수의견의 논거를 보충하고자 한다.

재판장 대법원장 김명수

 대법관 권순일

	대법관	박상욱
	대법관	이기택
주 심	대법관	김재형
	대법관	박정화
	대법관	안철상
	대법관	민유숙
	대법관	김선수
	대법관	이동원
	대법관	노정희
	대법관	김상환

대법관 노태약