

## 공유자지분 중 일부가 이전된 경우의 공유지분할등기

【선례요지】 공유물분할의 판결이 확정되면 공유자는 각자 분할된 부분에 대한 단독소유권을 취득하게 되므로, 그 소송의 당사자는 원·피고에 관계없이 그 확정판결 정본을 첨부하여 등기권리자 단독으로 공유물분할을 원인으로 한 지분이전등기를 신청할 수 있지만, 분할등기 전 공유자의 일부가 그 지분을 제3자에 이전하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 상태라면 위 판결에 의하여 단독으로 지분이전등기를 신청할 수 없고, 제3자 명의의 지분이전등기를 말소한 후에 공유자 각자 명의로 지분이전등기를 신청하여야 하며, 이는 제3자 명의의 등기가 신탁등기인 경우에도 같다.

[2000. 3. 11. 등기 3402-164 질의회답]

### 《해 설》

1. 공유는 소유자가 우연히 복수이기 때문에 부득이 그 범위 내에서 구속된 상태에 있고 각 공유자간에는 아무런 인적 결합이 존재하지 않으므로 각 공유자는 언제든지 자기의 소유권을 구체화하여 공유관계를 종료시키는 권한을 유보하고 있다. 공유자는 불분할의 약정이 없는 한 공유물의 분할을 청구할 수 있고(민법 제268조 제1항), 공유물분할청구권은 시효로 소멸하지도 않는다. 공유물분할의 법적 성질에 대하여는 분할의 결과 취득되는 각 공유자의 단독소유권은 각 공유자간의 권리의 상호적 이전의 결과라고 보는 것이 정당하므로 분할에 의하여 지분권의 교환 내지 매매가 성립한다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 공유물분할청구권은 일종의 형성권이라고 보고 있으며, 공유물분할의 소도 형성의 소라고 보고 있다(대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결).

또한 공유자들은 위와 같이 판결에 의하지 아니하고 협의에 의하여도 공유물을

분할할 수 있다. 협의에 의한 공유물분할방법에 관하여 민법은 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 계약자유 원칙상 당사자간의 협의에 의한 분할이 허용되는 것은 당연하다. 이 경우에도 반드시 지분비율에 따르지 않아도 무방하다고 본다. 분할방법으로 일반적으로 들고 있는 것은 현물분할, 대금분할, 가격배상의 3가지가 있다.

**2. 공유물분할등기와 물권변동** 공유물분할의 효과로서 위와 같은 물권변동이 발생하려면 공유물분할의 등기가 있어야 하는가 하는 것이 문제된다. 협의분할의 경우에는 분할의 합의는 민법 제186조의 법률행위에 해당하므로 합의가 이루어졌다고 하여 곧 분할된 부분에 대한 단독소유권을 취득하는 것이 아니고 등기하여야 비로소 단독소유권을 취득하게 된다. 그러나 재판상 분할의 경우에는 민법 제187조의 규정에 의하여 공유물분할의 판결이 확정되면 등기하지 않아도 분할된 부분에 대하여 공유자는 단독소유권을 취득한다고 할 것이다(대법원 1970. 6. 30. 선고 70다568 판결). 그렇지만 각 공유자가 분할된 부분을 타에 양도하기 위하여는 분할등기를 하지 않으면 안되기 때문에 결국 재판에 의한 공유물분할에 있어서도 분할등기를 마쳐야 분할절차가 종료된다고 할 수 있다.

### 3. 공유물분할과 등기와의 관계

**(1) 등기형식(공유지분이전등기)** 공유물이 분할된 경우의 등기는 공유지분이전등기의 형식에 의한다. 이는 일반 공유지분 매매 등에 의하여 지분을 이전하는 것과 같은 경우로서, 공유물분할 후 특정 부분에 대하여 어느 공유자가 소유권을 취득한 경우 그 공유자를 등기권리자로 타 모든 공유자를 등기의무자로 하는 지분(소유권을 취득한 자의 종전 지분을 제외한 지분)이전등기를 하는 것이다. 따라서 그 공유자가 나중에 소유권이전등기의 등기의무자로서 등기를 신청하는 경우에 제출하는 등기의무자의 권리에 관한 등기필증은 공유물분할등기를 할 때 교부받은 등기필증 이외에 종전 공유자로서 등기할 때에 교부받은 등기필증도 함께 제출하여야 하는 것이다.

또한 종전 공유지분에 대하여 담보물권 등이 설정되어 있는 경우에도 일반 지분이전등기와 같이 종전의 지분 비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속

하는 것이지 근저당권설정자가 취득한 부분에 당연히 집중되는 것은 아니다 (대법원 1989. 8. 8. 선고 88다카24868 판결).

다만 공유물토지분할에관한특례법에 의한 공유물분할의 경우에는, 공유물분할조서가 확정되면 그 공유토지는 분할조서의 내용대로 분할되며 공유지분 위에 존속하는 소유권이외의 권리는 그 공유자가 취득하는 부분위에 집중하여 존속하게 된다(동법 제34조 제1항).

**(2) 단독신청 가부** 위와 같이 지분이전등기를 신청할 때 협의에 의한 공유물분할의 경우에는 등기의 공동신청주의의 원칙상 당사자가 공동으로 신청하여야 함은 당연하나, 판결에 의하여 공유물을 분할하는 경우에는 등기권리자 단독으로 등기를 신청할 수 있느냐 하는 점에 대하여 견해가 나뉜다.

이에 대한 종래 전통적 견해인 부정설에 따르면 부동산등기법 제29조의 판결이란 소위 의사표시를 명하는 이행판결을 의미하는 것으로서, 등기의무자가 등기신청에 응하지 아니하는 경우 등기권리자는 의무자에 대하여 등기신청이라는 의사의 표시 또는 진술을 하여야 한다는 뜻의 소를 제기하여 승소판결을 받아 등기를 신청하는 수밖에 없기 때문에 이는 부동산등기법 제28조의 예외 규정으로 민사소송법 제695조 제1항의 한 적용에 불과한 점과 실제 법상 어떠한 권리의 존부가 확인되었다는 것과 어떤 자를 등기의무자로 하여 등기신청에 협력하게 할 수 있다는 것은 서로 다르다는 점 등을 이유로 형성판결인 공유물분할 판결에 의하여는 단독으로 등기를 신청할 수 없고 단독으로 등기를 신청하려면 다시 이행의 판결을 받아야 한다고 한다.

그러나 긍정설에 의하면 원래 판결에 의한 등기를 등기권리자만이 단독으로 신청할 수 있도록 한 근본 이유는 판결에 의할 경우 등기의 진정성이 보장되기 때문이며, 등기권리자의 등기진정성이 보장되는 이상 그 판결이 이행판결이거나 확인판결, 형성판결을 가릴 필요가 없는 것이고, 공유물분할 판결을 받은 공유자들에게 다시 지분이전등기를 명하는 판결을 받으라는 것도 지나치게 기교적이며 무용의 절차를 강요하는 것이고, 위 규정을 이행판결에 한한다고 해석할 문리적 구속을 받을 이유가 없는 것이어서 형성판결의 일종인

공유물분할판결에 의하여도 등기권리자 단독으로 등기를 신청할 수 있다고 한다.

종래 등기선례는 부정설을 취하였으나 1994. 3. 25. 등기 3402-250 질의회답 이래 긍정설에 따라 공유물분할 판결에 의하여도 단독으로 등기를 신청할 수 있는 것으로 하고 있다. 다만, 형성판결이라도 재심 또는 준재심에 의한 등기를 신청하는 경우에는 위 재심판결 등에 의하여 직접 등기를 신청할 수는 없고 다시 이행을 명하는 판결을 받아 단독으로 등기를 신청하라는 것이 등기선례이다(1992. 3. 11. 등기 제587호, 1997. 5. 10. 등기 3402-327 질의회답).

### (3) 등기당사자

① **공유물분할의 참가자** 협의에 의한 경우이건 재판에 의한 경우이건 공유물분할은 공유자 전원이 참가하여야 하고 공유자 이외의 자는 공유물분할에 참가할 수 없다. 공유물분할을 하였는데 이미 어느 공유자의 공유지분이 제3자로 이전된 경우 공유물분할등기를 신청할 수 있는가 하는 질의가 종종 접수되는데, 이는 공유물분할에 공유자 전원이 참가하지 않았을 뿐만 아니라 공유자가 아닌 자가 공유물분할에 참가하였으므로 불가능하다.

같은 이유로 3필지의 부동산 중 A, B필지는 갑, 을, 병 3인의 공유로 되어 있고, C필지는 갑, 을, 병, 정 4인의 공유로 되어 있는 경우에 A, B필지의 공유자가 아닌 정을 포함한 4인의 합의에 의하여 A필지는 갑의 단독 소유로, B필지는 정을 포함한 4인의 합의에 의하여 A필지는 갑의 단독 소유로, C필지는 을의 단독 소유로 하는 공유물분할도 할 수 없다(1999. 9. 21. 등기 3402-908 질의회답).

② **등기의 당사자** 공유물분할을 원인으로 하는 지분이전등기의 당사자는 당해 부동산의 소유권을 취득하는 종전 공유자가 등기권리자로, 반대로 공유지분을 잃는 종전 공유자가 등기의무자가 된다. 여기서 등기의무자는 등기부상의 등기의무자와 일치되어야 함은 물론이다(법 제55조 제6호). 그런데 해당 부동산에 대하여 공유물분할은 공유자 전원이 참가하였는데 그에 따른 등기를 신청하기 이전에 어느 공유자의 지분이 제3자에게 이전되어 등기부상의 등기

의무자와 일치되지 않는 경우도 있다. 이 경우 우선 협의에 의하여 공유물이 분할된 경우에는 아직 공유물분할등기를 하지 않은 이상 위에서 본 바와 같이 공유물분할에 따른 물권변동이 없는 것이며 따라서 통상적으로는 위 제3자에 대한 지분이전등기가 유효하다고 보아야 하며 따라서 공유물분할에 따른 등기를 신청할 여지가 없게 된다.

그러나 판결에 의하여 공유물이 분할된 경우에는 비록 그에 따른 등기를 하지 않더라도 이미 물권변동은 일어난 것이며, 위 제3자에 대한 지분이전등기가 변론종결 이후에 경료되었다면 이 제3자는 변론종결 이후의 승계인에 해당하는 것으로서 소유권을 취득한 공유자는 승계집행문을 부여받아 위 등기의 말소를 신청할 수 있는지가 형성판결도 승계집행문을 부여받을 수 있는지와 관련하여 문제로 된다.

**4. 사안의 검토** 사안은 공유물분할 판결 이후 그 등기를 신청하기 이전에 공유자 중 1인이 제3자에게 자신의 지분을 신탁한 경우, 공유물분할판결에 의하여 단독으로 등기신청을 할 수 있다는 것을 전제로 그 신탁등기를 말소하지 아니하고 막바로 공유물분할등기를 신청할 수 있는가에 대한 질의이다.

이에 대하여 생각할 수 있는 것은 위 제3자를 등기의무자로서 등기를 신청하는 방법과 종전 공유자를 등기의무자로 하여 등기를 신청하는 방법인데 전자의 경우에는 신청서와 원인증서가 부합하지 않기 때문에(법 제55조 제7호), 후자의 경우에는 신청서와 등기부상의 등기의무자가 부합하지 않기 때문에(법 제55조 제6호, 제3자에 대한 소유권이전등기의 등기원인이 신탁이라 할지라도 현 소유자로서 등기를 신청할 수 있는 자 즉 등기의무자가 될 수 있는자는 수탁자임), 각 등기를 신청할 수는 없는 것이다.