사례연습 11.7. 발표문

Ⅰ. 논점의 정리

사안은 건물을 공유하는 B와 C 중 B가 단독으로 A에게 부동산 '전체'에 대해서 임대차계약을 체결하고 사용.수익하게 하고 있는 경우에 C가 A에 대하여 어떠한 청구를 할 수 있는지 여부를 살펴보아야 한다. 먼저 명도청구가 가능한지 여부가 핵심 쟁점으로 부각된다. 문제는 청구권 행사의 근거인데, 특히 민법 제265조에서 규정한 보존행위로 인정할 수 있는지 여부이다. 그 외에도 해당 권리를 지분권에 근거한 것으로 보는 견해도 있으므로 또한 검토가 필요하다.
다음으로 명도청구 이외에 A 또는 B에 대해서 부당이득 반환청구나 불법행위로 인한 손해배상액의 청구가 가능한지 여부도 검토해 보아야 할 것이며, 그 범위 역시 살펴보아야 할 것으로 생각된다.

Ⅱ. B와 C의 법률관계 및 B와 A사이의 임대차계약

1. B와 C의 법률관계
사안의 甲건물은 B와C의 공유이다. 공유는 1개의 소유권이 분량적으로 분할된 것이라고 할 수 있으므로 공유자들은 각자가 자기의 지분 비율에 따른 지분권을 갖게 된다. 지분의 비율은 당사자와의 합의에 의하는 것이지만 등기상 명확히 기재되지 않은 경우에는 균등한 것으로 추정한다(제262조 제2항). 사안에서는 B와 C의 지분비율이 주어지지 아니하였으므로 균등한 것을 전제로 문제를 검토한다.

2. B와 A사이의 임대차계약
B는 공유물인 甲건물에 대해서 A와 임대차 계약을 체결하였다. 공유물에 대한 임대차계약은 일반적으로는 민법 제265조에서 규정한 공유물의 관리행위에 해당할 수 있다. 그러나 제265조에서는 공유물의 관리에 관한 사항에 대해서 결정하기 위해서는 지분의 과반수이상의 합의가 있을 것을 요한다고 규정하였다. 사안에서 B는 甲건물에 대하여 2분의1의 지분을 가지는데 불과한 것으로 추정되는데, 이는 과반수에 미치지 못하므로 C의 동의를 얻지 않고 체결한 임대차계약은 계약 당사자 사이에 채권적인 효력이 유효함은 별론으로 하더라도, 甲건물의 관리방법으로 다른 공유자인 C에 대해서는 부적법하다고 볼 것이다.

Ⅲ. 甲건물의 명도청구 가부

1. 청구의 상대방
(1) 서
사안에서 현실적 점유자인 임차인인 A가 청구의 상대방이 된다는 점에는 이론의 여지가 없다. 다만, 부수적으로 간접점유자인 B에 대하여도 청구할 수 있는지 여부가 문제된다.

(2) 학설의 대립
이에 대해서는 ① 반환청구권의 양도만을 청구할 수 있다는 견해, ② 현실의 인도 또는 반환청구권을 선택적으로 행사할 수 있다는 견해 및 ③ 현실의 점유를 반환할 수 있는 경우에는 현실의 인도를, 그렇지 않을 때에는 반환청구

권의 양도를 청구할 수 있다는 견해가 있다.

(3) 판례의 태도

판례는 68다1594 판결에서 권한 없는 자가 점유를 하다 제3자에게 임대차 계약을 체결하여 이전한 경우에 건물명도 청구에 있어서는 과거에 점유하였던 자라 할지라도 이미 다른 사람에게 그 점유물을 인도하여 현실적으로 점유를 하지 않게 된 이상 그 사람을 상대로 건물명도를 청구할 수 없다고 판시하여 이를 부정하는 것으로 보인다.

(4) 검토

생각건대 미리 청구를 받아 둘 실익이 전혀 없는 것은 아니나 직접적인 점유가 없는 자에 대해서 까지 소유물에 대한 반환청구를 인정하는 것은 어렵다고 사려된다. 판례의 태도가 타당하다고 생각된다. 따라서 A가 건물명도 청구의 상대방이 될 것으로 보인다.

2. C가 A에게 甲건물의 명도를 청구할 수 있는지 여부

(1) 문제점

B와 A의 임대차계약은 위에서 살펴봤듯이 요건을 갖추지 못한 공유물의 관리행위로서 부적법하므로 C는 일단 甲건물의 명도를 청구할 수 있을 것으로 보인다. 하지만 C역시 과반수에 미치지 못하는 비율을 가지는 소수지분권자에 불과하므로 공유물의 인도를 청구할 수 있는지가 문제된다.

(2) 판례의 태도(대법원 전원합의체 1994.3.22. 선고, 93다9392,9408)

(가) 다수의견

지분을 소유하고 있는 공유자나 그 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자라고 할지라도 다른 공유자와의 협의 없이는 공유물을 배타적으로 점유하여 사용 수익할 수 없는 것이므로, 다른 공유권자는 자신이 소유하고 있는 지분이 과반수에 미달되더라도 공유물을 점유하고 있는 자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도나 명도를 청구할 수 있다.

(나) 반대의견

1) 판결요지

소수지분권자가 다른 공유자와의 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 배타적으로 점유하여 사용 수익하고 있더라도, 아무런 권한도 없이 불법으로 점유하는 경우와는 달라, 적어도 그 자신이 소유하고 있는 지분의 범위 내에서는, 공유물 전부를 사용 수익할 권한이 있어서 그 권한에 기하여 공유물을 점유하고 있는 것으로 인정되기 때문에 적법한 것이고, 다만 그 지분의 비율을 초과하는 한도 내에서만 위법하게 점유(사용 수익)하고 있는 것으로 보아야 할 것이므로 일부 소수지분권자가 공유물을 독점적 배타적으로 점유하고 있는 위법한 상태를 시정한다는 명목으로 다른 소수지분권자로 하여금 공유물을 점유하고 있는 소수지분권자에 대하여 공유물 전부를 자기에게 명도할 것을 청구할 수 있도록 허용하는 것은, 결국 그 소수지분권자가 가지고 있는 "지분의 비율에 따른 사용 수익권"까지 근거 없이 박탈하고 역시 자신이 소유하고 있는 지분의 범위 내에서만 공유물을 점유할 권한밖에 없는 다른 소수지분권자로 하여금 공유물을 전부 점유하게 하는 부당한 결과를 가져오게 되는 것이므로, 공유물인 건물 등을 점유하고 있는 소수지분권자에 대하여 다른 소수지분권자가 그 건물 등의 명도를 청구하는 것이 공유물의 보존행위에 속한다고 볼 수 없다.

2) 추가적 근거

다수의견에 의할 경우에는 공유물인 건물 등을 점유하고 있는 소수지분권자가 공유물을 명도받아 자신이 단독으로 점유하게 되는데, 이와 같은 결과는 소수지분권자가 공유물을 배타적으로 점유하는 점에서는 명도를 청구하기 전의 상태와 다를바 없고, 또 전 소송에서 패소하여 공유물을 명도하여 준 소수지분권자가 명도를 받은 소수지분권자를 상대로 다시 명도청구소송을 제기할 수 있게 되어 무의미한 소송의 반복을 피할 수 없게 된다.

(다) 보충의견

소수지분권자가 공유물의 전부나 일부를 자기의 지분범위를 넘어서 다른 공유자의 사용 수익을 배제하고 독점적으로 사용 수익한다면, 이러한 소수지분권자의 점유상태는 전체적으로 보아(비록 지분범위 내에서는 사용 수익권이 있으나) 법의 보호를 받을 수 없는 부적법한 것이라 할 수밖에 없고 따라서 소수지분권자라고 할지라도 이러한 위법상태를 시정하고 공유물의 현상을 적절한 상태로 유지 보존하기 위한 필요가 있으면, 공유물을 점유하고 있는 소수지분권자에 대하여 공유물 전부의 명도청구를 할 수 있다고 보는 것이 법질서유지의 관점에서나 민법 제265조 단서의 취지에 비추어 정당하다.

(3) 학설

(가) 판례 입장을 지지하는 견해

1) 먼저 판례의 다수견해와 같이 결과론적 입장에서 소수지분권자의 독점, 배타적 사용수익은 전체적으로 보아 법의 보호를 받을 수 없는 부적법한 것이므로 이러한 위법상태를 시정하기 위하여 명도청구를 허용하는 것이 법질서 유지의 관점에서나 보존행위에 관한 민법 제265조 단서의 취지에 부합한다는 점, 점유중인 지분권자가 명도청구를 시정하기 위한 조치의 결과이므로 수인할 수 밖에 없고, 이러한 명도청구를 허용하지 않는다면 공유물의 합리적인 이용이 저해되는 결과가 된다는 점을 주요한 근거로 한다.

2) 구체적으로 공유자 상호간의 명도청구를 보존행위가 된다고 보는 근거는 공유자 상호간의 명도청구도 공유물의 현상을 유지하기 위한 행위일 때에는 공유물의 침해배제가 보존행위가 될 수 있는 것과 같은 맥락에서 보존행위가 될 수 있다는 점, 또 제3자에 대한 명도청구가 보존행위로 될 수 있는 것과 마찬가지로 공유자 상호간에 있어서도 보존행위가 될 수 있다는 점 등을 근거로 한다.

3) 그 외 판례와는 달리 '지분권'에 근거하여 인도청구를 할 수 있다는 견해도 존재한다. 즉, 지분권은 하나의 독립된 소유권의 성질을 갖는 것이고 각 공유자는 지분에 따라 공유물 전부를 사용.수익할 수 있는 권능을 가지고 있기 때문에 공유물에 대하여 사용.수익할 권능이 침해된 때에는 지분권에 기하여 침해행위 전부의 금지를 청구할 수 있다는 것이다.

(나) 판례 입장에 반대하는 견해

1) 먼저 판례의 다수입장에서는 명도청구에서 이를 민법 제265조 단서에 의한 보존행위로 인정하고 있다. 그러나 다수의 학자들은 이에 반대하고 있다. 가장 대표적인 이유는 사안과 같은 경우에는 보존행위가 불가능 하다는 것이다.

2) 즉, '공유물의 보존행위란 공유물의 멸실, 훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적.법률적 행위'를 말하는 것으로, 민법이 공유자 각자로 하여금 공유물 전부에 관한 보존행위를 다른 공유자와 협의 없이 단독으로 할 수 있게 한 이유는 이와 같은 보존행위는 다른 공유자에게 해롭지 아니하고 오히려 이익이 되는 것이 보통이며, 긴급을 요하는 경우가 많기 때문이라고 보기 때문이다. 따라서 공유자 이외의 자기 점유하는 것과는 달리 비록 소수지분권자라도 공유자는 민법 제263조에 따라 자기의 지분 비율에 따라서는 사용.수익할 권리가 존재하기 때문에 해당사안에서와 같이 소수지분권자가 다른 소수지분권자에 대해 전부명도청구를 인정한다면 위에서 언급한 보존행위의 인정취지에 반한다고 보이므로 이러한 행위는 보존행위의 개념에 포섭시킬 수 없다는 입장이다.

3) 또한 다수의견의 입장에서는 점유를 배제당한 지분권자의 권리행사의 실효성 확보를 하나의 근거로 하나, 권리행사의 실효성이 문제되는 경우는 비단 해당사안만의 문제가 아니라 실제에서 다양하게 문제되고 있으며, 권리행사의 실효성을 위하여 자기가 가진 권리 이상을 행사할 수는 없는 것이고, 타인의 정당한 권리 역시 박탈할 수는 없다는 점도 근거로 들고 있다.

4) 판례의 결론에 찬성하는 견해 중 명도청구를 지분권에 근거해 인정하는 견해에 대해서는 공유물을 사용.수익할 수 없게 된 때에 지분권에 기한 청구를 인정하는 것이 타당하다고 하더라도, 공유자가 다른 공유자에게 공유물을 인도를 청구하는 것은 그 공유자의 사용.수익권까지 박탈하는 결과가 되므로 인정할 수 없다고 한다.

(4) 검토

1) 대법원은 해당 판결이후에 다수의 비판적인 견해에 영향을 받아서 인지는 몰라도 1995.4.7에 선고된 93다54736 판례에서 「공유물의 보존행위는 공유물의 멸실 훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적 법률적 행위로서 이러한 공유물의 보존행위를 각 공유자가 단독으로 할 수 있도록 한 취지는 그 보존행위가 긴급을 요하는 경우가 많고 다른 공유자에게도 이익이 되는 것이 보통이기 때문이므로 어느 공유자가 보존권을 행사하는 때에 그 행사의 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에는 그 행사는 보존행위로 될 수 없다고 보아야 한다.」고 판시하였다.

2) 이 판례에 대해서 판례가 나온 당시에 전원합의체가 표시되지는 않았으나 사실상 판례의 변경이 있었다고 보는 견해가 존재했다(해당견해에서는 전원합의체로 선고하는 것이 타당했다고 까지 한다). 그러다 이후의 판례를 살펴보면 해당 판례에 따른 판례는 보이지 아니하고, 오히려 대법원 2007. 8.24. 선고 2006다40980, 대법원 2003.11.13. 선고 2002다57935 등의 판결에서 위의 94년도 전원합의체 판례를 그대로 따르고 있다.

3) 생각건대 대법원 반대의견에 따를 경우에 소수지분권자가 먼저 배타적인 점유를 개시한 경우에는 다른 소수지분권자는 이에 대해서 실효성 있는 구제수단이 어려워진다는 점과 먼저 점유를 개시한 소수지분권자의 점유가 자신의 지분의 범위 안에서는 적법하다하더라도 그를 넘는 다수의 부분은 위법하다는 것은 자명한 것인데 이에 대하여 해결하지 못한다는 문제점이 분명히 존재한다.

4) 그러나 민법 제265조 단서에서 이를 인정하는 근거에 대해서는 이러한 보존행위는 다른 공유자에게 해롭지 아니하고 오히려 이익이 되는 것이 보통이며, 긴급을 요하는 경우가 많기 때문이라고 보기 때문이라는 반대의견 및 학설의 해석이 지극히 타당하다고 생각한다. 따라서 보존행위를 근거로 전체에 대해서 인도청구를 할 수는 없다고 생각한다.

5) 또한 지분권에 근거한 청구에 대해서도 이를 근거로 하더라도 다른 공유자의 지분권까지 치 침해할 수는 없기 때문에 인도청구를 부정하는 견해가 타당하다고 생각된다.

6) 따라서 입법론으로 이를 인정하는 것이 타당할 것임은 별론으로 하더라도 현행법상 인도청구를 인정할 근거를 찾기는 어렵다고 생각된다. 따라서 대법원의 반대의견에 찬동한다.

Ⅲ. 부당이득 청구권의 행사 가부

1. 청구의 상대방

먼저 부당이득청구권의 행사에 있어서 실질적으로 이득을 본 자가 누구인지를 살펴볼 필요가 있다. 사안에서 비록 A가 물건을 소유하여 사용하였기 때문에 C에 대한 관계에서 실질적인 이득의 귀속자로 볼 여지도 있으나, A는 B와의 계약을 전제로 임료를 지급하면서 점유하고 있으므로, 실질적인 이득을 보고 있는 자는 B로 판단되므로 이에 대

한 청구를 검토해 보아야 할 것이다.

2. 부당이득반환청구권 행사 가부 및 그 범위

대법원은 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결에서 "토지의 공유자는 각자의 지분 비율에 따라 토지 전체를 사용·수익할 수 있지만, 그 구체적인 사용·수익 방법에 관하여 공유자들 사이에 지분 과반수의 합의가 없는 이상, 1인이 그 전부를 배타적으로 점유·사용할 수 없는 것이므로, 공유자 중의 일부가 그 전부를 배타적으로 점유·사용하고 있다면, 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익은 전혀 하지 않고 있는 자에 대하여는 그 자의 지분에 상응하는 부당이득을 하고 있다."고 판시하였다.

사안에서 B는 부적법한 임대차계약을 체결하여 임대료 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있다. 이는 공유자인 C의 지분에 대한 관계에서는 법률상 원인없이 이득을 취한 것이므로 민법 제741조에 의하여 C의 지분비율에 상당하는, 즉 임대료의 2분의1에 대한 금액의 반환청구를 할 수 있을 것이다. 다만 판례는 1991. 9. 24. 선고 91다23639 판결에서 임대차보증금의 경우는 계약관계에 의해 수수된 것으로 부당이득반환청구의 대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.

Ⅳ. 불법행위 청구권의 행사 가부

1. A에 대한 불법행위청구권의 행사 가능성

A가 B와 임대차계약을 체결하고 점유, 사용.수익한 것이 C에 대해서 불법행위가 성립할 수 있는지 문제된다. 불법행위의 요건을 검토해보건대, A의 고의.과실을 보건대 해당 행위가 불법행위에 있어 위법성이 인정될 정도라고 보기는 어렵다고 생각되므로 불법행위로 인한 손해배상청구권은 성립하지 않는다고 볼 것이다.

2. B에 대한 불법행위손해배상청구 가부

B는 C의 동의 없이 임대차계약을 체결하고, A로 하여금 점유, 사용.수익하게 함으로써 C의 지분에 따른 사용.수익권을 침해하였다고 볼 수 있다. B는 고의로 이와 같은 행위를 한 것이고, C는 甲건물을 사용.수익하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 있으므로 지분권 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.(제750조)

Ⅵ. 사례의 해결

1) 결론적으로 C의 권리의 실효성 있는 행사를 위해 A에게 건물의 명도청구의 필요성은 인정된다 하더라도 이를 인정할 수 있는 법적근거가 없으므로 명도청구권을 인정하기는 어렵다고 생각한다.

2) 부당이득 반환청구를 보건대 사안에서 실질적으로 이득을 취하고 있는 자는 임대를 해 준 다른 공유자인 B라고 보여지므로 그에 대해서 지분의 비율(1/2)로 임대료의 청구를 할 수 있다고 생각된다.

3) 불법행위 청구권의 경우에는 A는 절반의 지분권을 가진 B와 계약을 체결하고 이에 따라서 공유물을 사용했으므로, 비록 해당계약이 적법하지 못하다고 하여도 A의 행위가 불법행위를 구성할 만큼의 위법성이 인정된다고 보여지지는 않으므로 이에 대한 책임은 없다고 생각된다. 그러나 B의 경우에는 민법 750조의 요건을 무리없이 충족하므로 C에 대해서 손해를 한도로 배상책임을 져야 한다고 생각된다.

4) 사안에서 이러한 권리구제 수단은 직접 공유물에 대한 명도청구를 하는 것에 비해서 실효성이 상당히 떨어진다. 그러나 그를 이유로 권리를 인정할 수는 없다고 생각되고, 이에 대해서 불만족스럽다면 최종적으로 C는 B에 대해서 공유물 분할 청구를 하여서 공유관계를 해소해야 할 것으로 보인다.