

대법원 1995. 4. 7. 선고 93다54736 판결 [부동산소유권이전등기말소]

#### 판시사항

- 가. 상속재산의 협의분할에 공동상속인 전원이 참여하여야 하는지 여부
- 나. 공유자 1인의 보존권 행사 결과가 다른 공유자의 이해와 충돌될 때에도 공유물의 보존행위로 볼 수 있는지 여부

#### 판결요지

- 가. 상속재산의 협의분할은 공동상속인간의 일종의 계약으로서 공동상속인 전원이 참여하여야 하고 일부상속인만으로 한 협의분할은 무효이다.
- 나. 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.

#### 참조조문

- 가. 민법 제1013조 / 나. 민법 제265조 단서

원고, 피상고인      원고 1 외 5인  
피고, 상고인      망 소외 1의 소송수계인 피고 1 외 5인 피고들 소송대리인 변호사 이병후  
원심판결          광주지방법원 1993.10.14. 선고 92나1328 판결

### 주 문

원심판결 중 원심판결 주문기재 부동산에 대한 소외 2의 상속분에 해당하는 부분을 파기하고 이 부분 사건을 광주지방법원 합의부에 환송한다.

나머지 상고를 모두 기각한다.

상고기각 부분에 해당하는 상고비용은 피고들의 부담으로 한다.

## 이 유

피고들 소송대리인의 상고이유를 본다.

### 1. 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 망 소외 3이 생전에 그 소유의 재산을 아들들에게 분재하면서 피고 1의 부(부)인 망 소외 1에게 이 사건 부동산을 증여하였으며, 그렇지 않다고 하더라도 위 소외 3이 사망한 이후 상속인들인 원고들과 위 소외 1 사이에 원고 1을 제외한 나머지 원고들은 답 908평씩을 소유하고, 선대묘소가 있는 임야와 이 사건 부동산 등은 위 소외 1이 소유하기로 하는 내용의 재산분할이 이루어졌으므로 위 소외 1 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기라는 피고들의 항변에 대하여 피고들의 주장사실에 부합하는 그 판시 증거들을 믿지 아니하고 달리 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다.

증여는 증여자의 단독행위가 아니라 수증자의 승낙을 요하는 계약이므로 증여자의 일방적 의사표시로는 증여계약이 성립되지 않고 증여자가 수증자에게 자신의 재산을 무상으로 양도하겠다는 의사표시를 하고 수증자가 이를 승낙하여야 한다. 그리고 상속재산의 협의분할은 공동상속인간의 일종의 계약으로서 공동상속인 전원이 참여하여야 하고 일부상속인만으로 한 협의분할은 무효라고 할 것이다.

기록에 의하여 살펴보면, 이 사건 부동산에 대하여 위와 같은 의미의 증여나 상속재산의 협의분할이 있었음을 인정할 증거가 없다고 인정한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

논지는 이유 없다.

### 2. 제2, 3점에 대하여

피고들이 지적하는 준비서면의 내용을 살펴보면, 그 주장 속에 원고들이 선대인 위 소외 3이 사망한 후에 이 사건 부동산에 관한 각자의 상속지분을 위 소외 1에게 양도 또는 증여했다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 원심판결에 피고들의 그러한 주장에 대한 판단을 유탈한 위법이 있다고 볼 수 없고, 나아가 위 준비서면에 기재된 피고들의 주장이 불명하거나 모호하여 어떤 취지의 주장인지를 알 수 없는 것도 아니어서 원심이 피고들의 주장 속에 위와 같은 내용의 양도 또는 증여의 주장이 포함되어 있는지 여부를 석명하여 밝히지 아니하였다고 하여 거기에 석명권불행사의 위법이 있다고 할 수도 없다. 논지는 모두 이유 없다.

### 3. 제4점에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 공유자가 그 공유물에 대하여 아무런 원인 없이 경로된 소유권이 전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 것은 공유물에 대한 보존행위로서 각 공유자가 그의 지분을 넘는 부분에 대하여도 그 말소를 청구할 수 있으므로 원고들은 공동상속인인 소외 2 지분에 대하여도 아울러 말소를 구할 수 있다고 판시하였다.

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.

기록에 의하여 살펴보면, 소외 2는 이 사건 소 중 자신이 원고로 된 부분은 본인의 의사에 의하여 제기되지 않았다는 의사를 밝히면서 이를 취하하였고, 이 사건 소송에 증인으로 나와 피고들의 주장이 사실임을 증언하여 위 소외 1 명의의 소유권이전등기에 이의가 없음을 확실히 하고 있다. 위 소외 2의 이러한 태도가 단순한 상속지분의 포기가 아니라 위 소외 1의 증여 또는 상속재산의 협의분할에 의하여 이 사건 부동산의 소유권을 취득하였다는 피고들의 주장이 받아들여지지 않는 경우에도 자신은 이를 인정하거나 자기의 지분을 피고들에게 새롭게 증여하여 그 현상을 유지하겠다는 취지라면 원고들이 공유물의 보존행위로서 이 사건 부동산 중 위 소외 2의 지분에 해당하는 부분까지 말소를 구하는 것은 분명 위 소외 2의 이해와 충돌된다고 아니할 수 없다.

그렇다면 원심으로서서는 마땅히 위 소외 2의 진의가 무엇인지를 따져보아 원고들이 위 소외 2의 상속분에 대하여도 아울러 말소를 구하는 것이 공유물의 보존행위에 해당하는지 여부를 심리하였어야 함에도 불구하고 이에 이르지 아니한 원심판결에는 공유물의 보존행위에 관한 법리를 오해하고 심리를 미진하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결 중 원심판결 주문 기재 부동산에 대한 소외 2의 상속분에 해당하는 부분을 파기하여 이 부분 사건을 광주지방법원 합의부에 환송하고 피고들의 나머지 상고를 모두 기각하며, 상고기각 부분에 해당하는 상고비용은 피고들의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

	대법관	안용득
주심	대법관	지창권
	대법관	신성택