

조합재산의 처분에 대한 단상*

Disposition of Partnership Property

김형석**
Kim, Hyoung Seok

목차

- | | |
|----------------------------------|---------------|
| I. 도입 | IV. 우리 민법의 해석 |
| II. 새로 발생한 쟁점인가 아니면 새로 발견된 쟁점인가? | V. 결론 |
| III. 역사적·비교법적 관찰 | |

본고는 조합재산을 처분하는 경우 민법의 합유 규정이 적용되는지 아니면 업무집행 규정이 적용되는지에 관한 고전적 쟁점을 다시 살펴본다. 이 글의 결론을 요약하면 다음과 같다.

1. 조합재산의 처분에 대하여 합유 규정(민법 제272조)이 적용되는지 아니면 업무집행 규정(민법 제706조)이 적용되는지의 쟁점은 민법 제정에 의하여 새롭게 발생한 것이 아니라, 이미 의용민법 시대부터 잠복하고 있었던 문제였다. 다만 의용민법에서는 당연히 업무집행 법리가 우선한다고 해석되었으나, 현행 민법 제정 후 과거의 해석이 의문시되면서 새로운 논쟁 포인트가 탄생한 것이다.

2. 프랑스와 영국에서도 합유와 비슷한 조합재산의 공동적 귀속이 인정되고 있지만, 조합재산의 처분은 업무집행의 규율에 따른다. 독일의 경우 조합의 업무집행과 조합재산의 처분 모두에 합수성 원칙이 관철되어 있지만, 업무집행 법리와 재산 처분에서의 합수성 사이의 충돌 문제가 존재하는 공동상속재산의 경우 업무집행 법리가 우선한다.

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2025..60.37>

투고일: 2025. 3. 12. / 심사완료일: 2025. 4. 14. / 게재확정일: 2025. 4. 14.

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2025학년도 학술연구비 지원을 받았음 (서울대학교 법학발전재단 출연)

** 서울대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Seoul National University School of Law

3. 조합재산의 합유를 특징짓는 점은 조합원이 지분을 처분할 수 없고 조합재산의 분할을 청구할 수 없다는 것이며, 처분에 있어 합수성의 관철이 조합재산 합유의 본질적 요소라고는 말할 수 없다. 합유 규정을 임의적이고 보충적인 규율로 정하는 제271조 제2항의 취지에 따라, 조합재산의 처분이 업무집행에 해당하는 경우 제706조에 따라 처분이 결정되고, 그 범위에서 업무집행자에게 대리권이 인정되어야 한다. 반면 조합재산의 처분이 업무집행에 해당하지 아니하는 경우 즉 처분이 조합계약의 변경 또는 해지의 실질을 가지는 때에는 제272조에 따라 전원의 동의가 필요하다.

[주제어] 조합, 조합재산, 공유, 합유, 업무집행

I. 도입

1. 문제의 소재

조합재산의 처분이 어떠한 모습으로 행해져야 하는지에 관한 문제는 우리 민법의 시행 직후부터 의식되고 논의된 고전적인 쟁점의 하나이다. 서술은 보통 다음과 같이 진행된다. 조합의 재산은 조합원들에게 합유적으로 귀속하므로(민법¹⁾ 제704조), 조합원들이 조합재산을 처분하기 위해서는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다(제272조 본문). 그런데 그러한 조합재산의 처분은 동시에 조합의 사무집행에 해당할 수 있으므로, 처분을 위한 의사결정에는 조합원의 과반수 또는 업무집행자가 있으면 그 과반수의 찬성으로 충분하다(제706조 제2항). 그렇다면 조합의 재산을 처분하기 위해 필요한 내부적 의사결정의 요건은 조합원의 만장일치인가 아니면 조합원 또는 업무집행 조합원의 과반수 찬성인가?

2. 논의 상황

이 문제에 대한 논의 상황을 개관하면 다음과 같다.²⁾

(1) 우선 어느 규정을 다른 규정의 특별 규정으로 이해하여, 하나가 다른 하나를 배제한다고 해석하는 관점이 있을 수 있다. ① 제706조 제2항을 우선하는 견해는

1) 아래에서 범명의 지시 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

2) 김용덕 편집대표, 주석 민법 채권각칙4 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 532쪽(구자현) 이하도 참조.

조합에 관한 규율이 합유 일반에 관한 규정에 대하여 특별 규정일 뿐만 아니라 제271조 제2항이 물권편의 합유 규정은 “계약에 의하는 외에” 적용된다고 밝히고 있으므로, 계약법의 규정인 제706조 제2항이 특별 규정으로서 우선 적용된다고 이해한다.³⁾ 반면 ② 제272조를 우선하는 견해는 제272조는 민법을 제정할 때 신설된 규정으로 조합재산의 처분을 엄격히 하려는 입법자의 의사가 표현되어 있고 조합재산의 처분은 조합의 존속 및 목적 달성과 밀접한 관계에 있으므로 제272조가 제706조 제2항의 특별 규정으로 우선 적용된다고 설명한다.⁴⁾

(2) 한편 두 규정의 적용 범위를 구획해 충돌을 회피하는 해석이 있을 수 있다. 하나의 견해는 ③ 조합재산의 처분이 조합의 업무집행에 해당하는 때에는 제706조 제2항이 적용되지만, 조합의 존립과 불가분의 관계에 있는 기본적 재산의 처분이나 사업목적을 벗어난 처분과 같이 업무집행으로 볼 수 없는 처분의 경우에는 제272조가 적용된다고 한다.⁵⁾ 이에 대해 ④ 제272조는 업무집행조합원의 유무를 구별하지 않고 규정하고 있으므로, 업무집행조합원이 선임된 때에는 제706조 제2항 제2문이 적용되지만 그렇지 않은 때에는 제272조가 적용된다는 견해도 주장된다.⁶⁾ 더 나아가 ⑤ 제272조는 합유물의 처분에 관한 것으로 대외적으로 처분을 합유자 전원이 해야 한다는 것임에 반해 제706조 제2항은 내부적 수임 및 대리권 수여를 규율하므로 두 규정 사이에 상충이 없다는 지적도 존재한다.⁷⁾

3) 이호정, “우리 민법상의 공동소유제도에 대한 약간의 의문”, 법학 제24권 제2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1983, 108-109쪽; 송덕수, 채권법각론 제6판, 박영사, 2023, 433쪽; 윤철홍, “조합의 재산 관계”, 채권법에 있어서 자유와 책임: 김형배 교수 화갑기념 논문집, 박영사, 1994, 513-514쪽; 이덕환, 채권각론, 율곡출판사, 2010, 527쪽.

4) 이용훈, “조합재산의 처분과 민법 제272조, 제273조”, 법학논집: 김용철 선생 고회기념 논문집, 박영사, 1993, 556-558쪽; 김재형, “조합에 대한 법적 규율”, 민법론II, 박영사, 2004, 164-166쪽; 김중환/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006, 605쪽; 김상용, 채권각론 제4판, 화산미디어, 2021, 451쪽; 한승수, “민법상 조합의 부동산 취득 및 처분에 관한 소고”, 재산법연구 제39권 제3호, 한국재산법학회, 2022, 239쪽.

5) 김중환/안이준, 신채권법각론下, 박영사, 1965, 601-602쪽; 김형배, 채권각론[계약법] 신정판, 박영사, 2001, 763-765쪽; 박동진, 계약법강의 제3판, 법문사, 2024, 1133쪽.

6) 광윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2003, 311쪽; 김주수, 채권각론 제2판, 삼영사, 1997, 482-483쪽. 그러나 이 견해는 제272조에 대한 관계에서 제706조 제2항 제1문과 제2문을 구별할 근거가 없다는 비판을 받았으며(이호정, 앞의 논문, 107쪽; 이용훈, 앞의 논문, 557쪽; 김중환/김학동, 앞의 책, 604쪽 등), 이후 지지하는 새로운 문헌을 발견하기 어렵다.

7) 이은영, 채권각론 제5판 보정, 박영사, 2007, 611쪽; 장재현, 채권법각론, 경북대학교출판부, 2012, 462쪽. 그러나 제272조가 대외적 처분에 관한 것이라는 이 견해의 전제는 의문이다. 제272조와 평행한 규정인 제264조와 비교하면 드러나는 바와 같이, 제272조가 말하는 처분은 대외적인 처분행

(3) 판례는 제706조 제2항을 제272조의 특별 규정으로 이해해, 전자를 우선적으로 적용하는 해석(①)을 채택하고 있는 것처럼 보인다.⁸⁾ 즉 “민법 제272조에 따르면 합유물을 처분 또는 변경합에는 합유자 전원의 동의가 있어야 하나, 합유물 가운데서도 조합재산의 경우 그 처분·변경에 관한 행위는 조합의 특별사무에 해당하는 업무 집행으로서, 이에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 민법 제706조 제2항이 민법 제272조에 우선하여 적용된다고 할 것이므로, 조합재산의 처분·변경은 업무집행자가 없는 경우에는 조합원의 과반수로 결정하고, 업무집행자가 수인 있는 경우에는 그 업무집행자의 과반수로써 결정하며, 업무집행자가 1인만 있는 경우에는 그 업무집행자가 단독으로 결정한다고 할 것”이라고 한다.⁹⁾ 그러나 기존에 다루어졌던 사건들을 살펴보면, 조합재산의 처분이 조합의 존립 또는 사업 목적을 위태롭게 하는 성질의 처분이라는 주장·입증은 없었던 것으로 보이므로, 그러한 경우 제272조를 적용한다는 견해(③)까지 배척하는 취지인지 여부는 분명하지 않다(“특별한 사정이 없는 한”).

II. 새로 발생한 쟁점인가 아니면 새로 발견된 쟁점인가?

1. 일반적인 설명

우리 학설은 일반적으로 제272조와 제706조 제2항 사이에 존재하는 이러한 충돌이 민법 제정 과정에서 입법자가 조합의 재산관계에 관한 규율 변화를 간과하여 발생한 것이라고 설명한다. “이 문제는 근본적으로 입법의 잘못에 있”으며, “제272조를 민법이 새로 두면서, 이 점을 고려함 없이 의용민법 제670조를 그대로 제706조로서 따랐기 때문에 생긴 문제”라는 것이다.¹⁰⁾ 즉 조합재산의 형태인 합유에 대해 새로운 규정이 신설되었으므로 조합의 규율에서도 변화가 필요한데, 입법자가 이를 간과함으로써

위 뿐만 아니라 합유물에 대한 사실적 처분 그리고 합유물의 변경까지 포함하고 있어 적용 범위가 대외적 처분에 한정되지 않기 때문이다. 그러므로 제272조는 제264조와 마찬가지로 내부적 의사결정도 규율하고 있다고 해석하지 않을 수 없다.

- 8) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결, 공보 1998, 996; 김용덕 편집대표, 앞의 책, 533-534쪽(구자현) 참조.
- 9) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다18911 판결, 공보 2010, 969.
- 10) 박윤직, 앞의 책, 311쪽. 같은 취지로 이호정, 앞의 논문, 108쪽; 김증한/김학동, 앞의 책, 605쪽; 김재형, 앞의 논문, 163쪽; 윤철홍, 앞의 논문, 514쪽; 송덕수, 앞의 책, 432쪽 등.

써 합유 규정이 의용민법에서 전래된 조합의 업무집행 규정과 충돌하게 되었다는 것이다.

그러나 조합의 공동소유 형태로 합유를 도입하면서도 조합의 업무집행 규정을 그대로 유지함으로써 의용민법에서는 없었던 규범 충돌이 발생하였다는 설명에는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 공동소유 규정과 조합 업무집행 규정 사이의 충돌 가능성은 사실 이미 **동일한 모습으로** 의용민법에서도 존재하고 있었기 때문이다.

2. 규율의 비교

(1) 조합재산의 처분에 관하여 조합원 전원의 동의가 필요하다는 것 그리고 특별 사무에 해당하는 업무집행이 조합원 또는 업무집행조합원의 다수로 결정된다는 것은 이미 의용민법에도 규정되어 있었다. 따라서 양자 사이의 충돌이라는 쟁점 자체는 벌써 그 당시부터 잠복해 있었다.

의용민법은 조합재산의 귀속에 대하여 조합재산이 조합원의 공유에 속한다고 규정하고 있기는 하였다(동법 제688조). 그러나 동법은 동시에 공유 지분에 대한 조합원의 처분을 제한하고(동법 제676조 제1항), 청산 전에는 조합재산의 분할을 청구할 수 없도록 명하고 있었다(동조 제2항). 그 결과 우리 민법을 제정할 당시 의용민법의 학설은 조합재산의 공유가 일반적인 공유와 다른 성질을 가지고 있다고 설명하고 있었으며, 특히 그 실질에서는 독일법상의 합유가 정해진 것으로 이해하는 학설이 유력하였다.¹¹⁾ 또한 의용민법은 다른 공유자의 동의가 없으면 공유물에 변경을 가할 수 없다고 규정하고 있었는데(동법 제251조), 당시 통설¹²⁾은 변경에 준하여 처분 역시 다른 공유자의 동의가 있어야 한다고 해석하고 있었다.¹³⁾

그렇다면 적어도 규정상으로 논쟁의 소지는 이미 의용민법에서도 존재하고 있다고 말하지 않을 수 없다. 조합재산의 관리가 공유 법리에 따라 지분의 과반수로 정해 지는지 아니면 조합 업무집행의 규칙에 따라야 하는지, 그리고 조합재산의 처분에

11) 양창수, “공동소유”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 110-111쪽 참조.

12) 我妻榮, 新訂 民法大意 上卷, 岩波書店, 1953, 88頁 참조. 이는 이후의 학설도 마찬가지이며, 2021년 일본 민법 개정 작업에서는 처분에 공유자 전원의 동의가 필요하다는 것이 당연하다는 이유에서 새로운 규정을 신설하지도 아니하였다. 吉田克己, 物權法 I, 信山社, 2023, 432-433頁 참조.

13) 우리 입법자는 이러한 내용을 제264조에 명시적으로 규정하였다. 양창수, 민법전 제정자료 집성, 박영사, 2023, 489쪽: “초안은 당연한 것을 다시 규정한 것”.

공유 법리에 따라 공유자 전원의 동의가 필요한지 아니면 조합 업무집행의 규칙에 의해 다수결이면 충분한지의 문제는 이미 의용민법 하에서도 충분히 제기될 수 있었던 것이다.¹⁴⁾ 즉 거기서도 공동소유 규정과 조합의 업무집행 규정은 충돌한다고 보여지가 있었다. 그러나 의용민법의 해석론에서 조합재산의 관리·처분은 조합의 업무집행 사항으로 파악되었고, 그 결과 조합재산의 처분도 업무집행의 규율에 의하지 공유 법리가 적용된다고는 해석되지 않았다.¹⁵⁾ 그러한 이해가 당연한 것으로 통용되었기 때문에 공동소유 규정과 조합 업무집행 규정의 충돌이라는 논쟁은 아예 제기되지도 않았던 것으로 보인다.

(2) 국회에 제출되었던 민법 초안은 조합의 재산관계를 공유로 정하는 동시에, “공유”로 명명된 민법 제2편 제3장 제3절 아래에서 공유에 대해 상세히 규율하면서 종래 조선고등법원 판례가 인정하고 있던 형태의 “합유”에 대한 3개의 조문을 덧붙이고 있었다.¹⁶⁾ 그러나 주지하는 바와 같이 입법자는 『민법안 의견서』의 제안에 기초한 현석호 수정안을 수용하여 공동소유 형태로 공유·합유·총유를 규율하고 조합의 재산관계를 “합유”로 확정하는 수정을 가하였고, 이로써 현행 민법의 규정들이 성립하였다.¹⁷⁾ 즉 일반적인 합유 규정을 신설하고(제271조 이하) 조합의 재산관계를 합유로 규정하는(제704조) 변경을 하였을 때, 의용민법 제676조에 상응하는 초안 제706조는 이제 합유의 일반 규정인 제273조에 반영되어 있으므로 당연한 규정으로서 삭제되었다.¹⁸⁾

(3) 이상의 내용에 따른다면, 조합재산의 처분에 관한 현행 민법의 규율은 실제로 의용민법의 그것과 다르지 않다는 사실이 확인된다. ㉠ 조합재산의 처분에는 (의용민법에서는 공유 법리에 따라, 현행 민법에서는 합유 법리에 따라) 조합원 전원의 동의가 필요하고, ㉡ 조합원은 지분을 처분할 수 없으며, ㉢ 조합 존속 중에 분할을 청구할

14) 실제로 현재 시점에서 山本豊 編, 新注釋民法(14), 有斐閣, 2018, 497頁(西内康人)은 조합원이 단독으로 조합재산을 처분할 수 없다고 서술하면서, “다만 법률구성에 관해서는 업무집행사항설과 공유물처분설이 있을 수 있다”고 덧붙이고 있다.

15) 我妻榮, 債權各論 中卷二, 岩波書店, 1962, 805頁: “조합재산 그 자체는 조합의 업무집행의 규칙(제670조)에 따라 처분할 수 있다는 것은 자명하다(いうまでもない).” 이는 현재에도 마찬가지이다. 鈴木祿彌 編, 新版 注釋民法 債權(8), 有斐閣, 1993, 76頁(品川孝次); 日最判 1962. 2. 23, 民集 58, 939 등.

16) 양창수, 민법연구 제6권, 117-118쪽.

17) 상세하게 양창수, 위의 책, 120쪽 이하 참조.

18) 양창수, 민법전 제정자료 집성, 956쪽.

수 없고, ㉔ 특별 사무에 관하여 조합의 업무집행은 다수결 원칙에 따른다. 규율 내용은 변경되지 아니하였다. 다만 의용민법은 이 공동소유 형태를 “공유”로 표현하고 있었음에 반해, 현행 민법은 “합유”로 파악하고 있다는 점에서 용어상의 변화가 존재할 뿐이다.

실제로 입법과정에서 “합유”와 “총유”를 구별하면서 특히 후자의 규율을 구체화하는 것에 집중하였던¹⁹⁾ 입법관여자들에게 조합재산을 합유로 규정하는 작업은 기존의 규율을 전제로 하면서 당시 통설에 따라 단지 개념을 명확히 하는 일로 이해되었을 가능성이 크다. 즉 입법 과정을 일별할 때 받는 인상은 합유의 도입이 새로운 규범을 도입하는 것이 아니라(실제로 새로운 규범이 도입된 바 없다) 의용민법이 공유라고 잘못 표현하고 있는 조합의 공동소유 관계를 합유로 명명하는 정명(正名)의 작업에 가깝다는 것이다. 입법관여자들은 물론 당시 통용되던 견해에 따른 합유의 이념형적 특징의 하나로 합수성 원칙을 언급하기는 하였다.²⁰⁾ 그러나 적어도 의용민법에 규정된 모습으로 “문언은 공유이지만 실질에서 합유”인 조합재산의 법률관계 자체를 변경해야 한다는 필요성은 느끼지 못하였던 것으로 보인다. 실제로 입법의 배후에서 이론적 근거를 제공하였던 『민법안 의견서』의 설명에 따르면, 합유는 합수적 조합의 공동소유 형태인데,²¹⁾ 의용민법상 조합은 “Societas이기보다도 오히려 합수적 조합이라고 하는 것이 근래의 통설”이고, 이를 보이는 중요한 특징으로 ① **조합의 업무집행에 관하여 다수결이 행하여지는 것**, ② 어떤 조합원이 제명되거나 탈퇴하더라도 조합은 동일성을 가지고 존속한다는 것, ③ 조합에 대한 채권과 조합원에 대한 채권이 구별된다는 것, ④ 조합이 해산하면 청산절차가 행해진다는 것, ⑤ 지분 처분의 자유가 없는 것, ⑥ 조합재산의 분할청구가 금지되어 있는 것이 거론되고 있었던 것이다.²²⁾ 마찬가지로 민법 공포 직후에 출간되었던 문헌 중 다수에서는 조합재산의 처분과 관련해 어떠한 변화가 생겼거나 규정들의 충돌이 야기되었다는 의식 자체가 발견되지 아니한다.²³⁾ 그러나 민법 시행 초기에 한 문헌이 그러한 규범 상충의 가능성을 지적했을 때,²⁴⁾ 의용민법에서의 확고한 해석론은 일순간에 완전히 잊혔다. 그와 동시에 우리

19) 양창수, 위의 책, 482-484쪽 참조.

20) 양창수, 위의 책, 482, 499쪽 등.

21) 양창수, 위의 책, 481쪽.

22) 양창수, 위의 책, 480쪽.

23) 예컨대 김기선, 한국 채권법각론 제3전정판, 법문사, 1988, 313-315쪽; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1985, 361-362쪽 등 참조.

민법의 새로운 논쟁 포인트가 탄생하였다.

3. 소결

조합재산 처분과 관련한 공동소유 규정과 업무집행 규정의 “충돌”은 민법 제정에 따라 변화된 규율에 의해 발생하였다기보다는 우리 민법 제정을 기회로 학설이 공동소유 규정과 조합 규정의 충돌 가능성을 인식함으로써 새로이 발견한 문제라고 보는 설명이 보다 적절하다. 이러한 “발견”의 원인이 무엇이었는지는 물론 현재로서는 추측하기 어렵다. 아마도 명시적으로 채택된 “합유” 개념의 인상이-아마도 당시 통용되던 이념형적인 합유의 내용 그리고 조합재산 처분과 조합 업무집행에서 합수성을 관철하고 있던 독일 민법(아래 III. 3. (1) 참조)과의 비교를 통해-우리 규정들을 새롭게 바라보도록 촉진하였을지도 모른다.

그런데 이러한 관찰은 다음과 같은 질문을 자연스럽게 제기하게 한다. 조합재산 처분에 전원의 동의가 필요하다는 규정과 특별 사무의 업무집행이 다수결로 정해진다는 규정 사이에 충돌 가능성이 있었음에도 불구하고, 의용민법의 학설은 어떠한 맥락에서 당연히 후자가 우선한다고 해석하고 있었던 것인가? 그리고 이러한 동일한 문제를 안고 있는 외국의 법제는 없는가? 아래에서는 이 점을 살펴보고자 한다.

III. 역사적·비교법적 관찰

1. 개정 전 프랑스 민법

우선 조합재산 처분에 관하여 업무집행 규정을 우선하는 의용민법에서의 확고한 해석은 프랑스 민법의 영향으로 설명될 수 있을 것이다.

(1) 고전 로마법에서 조합은 조합원들 사이의 단순한 계약관계로 내부조합에 그쳤다. 그 결과 조합의 외부관계에 대해서는 특별한 법리가 존재하지 않았으며, 조합의 공동재산 역시 통상적이기는 하나 필연적으로 조성되는 것은 아니었다.²⁵⁾ 그러므로

24) 김중환/안이준, 앞의 책, 601쪽.

25) 전저와 함께 Holger Fleischer, *Personengesellschaft im Rechtsvergleich*, C.H.Beck, 2021, § 1 Rn. 27, 49.

조합의 업무집행과 재산관계의 충돌이라는 쟁점은 발생할 여지가 없었으며, 조합재산이 공동으로 조성된 경우 그 법률관계는 기본적으로 지분적 공동관계 즉 공유 법리에 따라 규율되었다.²⁶⁾ 양자의 충돌은 조합이 해산하는 경우 각각의 법률관계에서 발생하는 조합원 소권(actio pro socio)과 공동재산 분할소권(actio communi dividundo)의 경합에 그쳤던 것으로 보인다.²⁷⁾

(2) 그런데 중세 보통법학에서는 조합 법률관계의 안정성을 도모하기 위해 조합의 단체적 성격을 강조하는 해석이 대두하였다. 그 과정에서 조합에 관한 학설은 합명회사 등 상사조합 법리의 영향을 받기 시작하였고,²⁸⁾ 이로써 점차 조합재산 그리고 조합의 외부관계에 관한 규율이 구체화되었다.²⁹⁾ 이러한 발전의 결과로 조합의 업무집행과 재산관계의 충돌이라는 쟁점이 제기될 가능성이 창출되었다. 이 문제에 대해 포티에는 조합재산의 공유 법리에서 출발하여 조합원은 자신의 지분은 양도할 수 있겠지만 조합재산 자체는 처분할 수 없다고 하면서도,³⁰⁾ 업무집행자가 선임된 때에는 다른 조합원에 의하여 포괄적인 수권이 행해진 것으로 보아 업무집행자는 조합재산을 처분할 수 있다고 해석하였다.³¹⁾ 이 관점은 이후 당연한 내용으로서 프랑스 민법에 수용되었다.³²⁾ 그리하여 제정 당시 동법 제1860조는 다음과 같은 규정을 두고 있었다. “업무집행자가 아닌 조합원은 조합에 속한 동산이더라도 이를 양도하거나 담보로 제공하지 못한다.” 이로써 업무집행자는 다른 조합원의 동의가 없더라도 정당한 업무집행으로 조합재산을 처분할 수 있다는 원칙이 분명히 규정되었다. 동시에 포티에의 저술에 있었던 지분 처분 가능성에 대한 언급이 삭제된 것을 이유로, 이후 학설에서는 조합원이 지분을 양도할 수 없다는 해석도 관철되었다.³³⁾

(3) 일본 구민법의 기초자인 보아소나드는 프랑스 민법에 비하여 처분행위에 대한

26) 전거와 함께 Holger Fleischer, *Ibid.*, § 1 Rn. 50.

27) 이 문제에 대해 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996, pp. 465-466 참조.

28) Holger Fleischer, *op. cit.*, § 1 Rn. 60.

29) Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht Band I*, C.H.Beck, 1985, S. 464f.

30) Robert Joseph Pothier, “Traité du contrat de société, n° 89”, *Oeuvres de Pothier par Bugnet tome 4e*, Cosse et Marchal, 1861, p. 273.

31) Robert Joseph Pothier, *Ibid.*, n° 66 = p. 263.

32) Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil. tome 14*, Hachette Livre BNF, 1827, pp. 412-413 참조.

33) Walter Wilburg, “Rechtsgemeinschaft: Gesellschaft”, Franz Schlegelberger(hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes 5. Band*, F. Vahlen, 1936, S. 782.

업무집행자의 권한을 제약하는 규율을 의도하기는 하였지만(동법 재산취득편 제772조 제3항 참조), 그럼에도 조합재산의 처분에 공유 법리가 아니라 조합의 업무집행 법리가 적용된다는 것을 당연한 전제로 삼고 있었다.³⁴⁾ 그리고 이는 기본적으로 프랑스 민법에 기초한 구민법의 업무집행 규율을 수정하여 받아들인³⁵⁾ 의용민법의 기초자들에 대해서도 마찬가지였던 것으로 보인다. 즉 기초자 중의 한 사람은 조합의 법률관계를 해설하면서, 조합재산의 공유를 정하는 의용민법 제668조에 대해 이 규정의 경우 공유에 관한 일반 규정을 적용하기 어려울 것이므로 조합의 효력 절에 특별한 규정을 둔다고 설명하고 있는데,³⁶⁾ 이 언명이 조합재산 처분까지 의도한 것인지는 반드시 명확하지는 않지만 위에서 살펴본 역사적 배경 및 이후의 이설 없는 해석(각주 15 및 본문 참조)을 고려한다면 조합재산의 처분도 염두에 두었을 가능성이 크다고 추측된다.

(4) 물론 프랑스 민법에서는 이후 파기원이 조합에 권리능력을 인정함으로써³⁷⁾ 공동소유 규정과 조합 업무집행 규정의 충돌이라는 문제가 더 이상 제기될 여지가 없게 되었다. 그러나 그 이전 시기 즉 우리 민법과 같은 쟁점이 제기될 수 있었던 기간 동안에는 명시적인 규정으로 업무집행의 우선을 정하고 있었다는 사실이 확인된다. 그리고 이러한 내용은 이후 일본의 해석론에도 영향을 주었다고 생각된다. 그런데 이러한 사례는 단지 과거 프랑스 민법에서만 발견되는 것은 아니다.

2. 영국의 경우

영국법에서 민사적 조합(partnership)의 조합재산(partnership property)은 “오로지 조합의 목적을 위하여 조합 약정에 따라 조합원에 의해 보유하고 활용되어야 한다.”(Partnership Act 1890 section 20 (1)) 이로서 조합재산은 조합원 전원에게 공동적으로 귀속한다.³⁸⁾ 조합원이 조합재산에 가지는 이익(interest)은 확정적이고 직접적인 것이 아니고, 단지 조합이 해산할 때 청산으로 재산을 분배받게 될 불확정적이고

34) Gustave Boissonade, *Projet de code civil. tome 3 nouvelle édition*, Hachette Livre – BNF, 1891, n° 416 참조.

35) 이호정, 앞의 논문, 106-107쪽 참조.

36) 梅謙次郎, *民法要義 卷之三*, 有斐閣, 1909, 786頁.

37) Walter Wilburg, *op. cit.*, S. 782.

38) Geoffrey Morse, *Partnership Law 7th ed.*, Oxford University Press, 2010, n. 6.08 참조.

유동적인 이익에 지나지 않는다.³⁹⁾ 이는 어떠한 물권적 권리나 공유 지분이 아니며, 우리의 강학상 개념을 사용한다면 장래 채권적 성질을 가지는 권리라고 말할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾ 조합재산에 대한 집행도 조합 자체를 상대로 이루어진다(동법 section 23). 독일의 비교법학자들은 영국법에서의 이러한 조합재산 귀속 형태를 기능적으로 합유에 상응하는 것으로 설명하고 있다.⁴¹⁾ 그런데 영국법에서 조합재산은 조합의 업무집행 규율에 따라 처분된다.⁴²⁾

이러한 업무집행 규율은 사무의 성질에 따라 상이하게 규정되어 있다. 모든 조합원은 조합의 업무집행에 참여하는 것이 허용되나, 통상 사무(ordinary matters)의 경우 의견의 차이가 있으면 다수결에 의해 결정된다(동법 section 24 (5), (8)). 그러나 조합계약의 변경, 조합 목적의 변경, 조합원의 제명 등에는 만장일치가 요구된다(동법 section 19, 24 (8), 25). 요컨대 조합의 성격에 근본적으로 중요한 사항에 대해서는 전원의 동의가 필요한 것이다.⁴³⁾ 따라서 조합재산의 처분에 관한 업무집행에 어떤 형태의 결의가 요구되는지는 구체적 사안에서 개별적으로 판단된다.⁴⁴⁾ 예컨대 상품 매매를 영업으로 하는 상업조합(trading partnership)의 경우 통상 사무는 넓게 해석되고 있으며, 그에 따라 담보제공이 통상 사무에 해당할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 물론 조합계약에서 다른 업무집행 방법을 정하였다면 그에 따르게 될 것이다(각주 42에 인용된 판례 참조).

이상의 내용에 따르면 잉글랜드에서도 기본적으로 조합재산은 우리의 합유에 해당하는 모습으로 귀속하지만 그 처분은 업무집행의 규율에 따라 행해진다고 말할 수 있다.

3. 독일에서의 참조 사례

한편 독일법에서도 재산의 합유적 귀속과 업무집행 규율의 충돌이라는 쟁점이 우리와 비슷한 모습으로 등장하는 장면이 존재한다. 이는 조합의 법률관계에서가 아니

39) *Popat v. Schonchhatra* [1997] 3 All ER 800.

40) *Federal Commissioner of Taxation v. Everett* [1980] 54 ALJR 196 참조(“chose in action”).

41) Walter Wilburg, *op. cit.*, S. 782; Lars Harzmeier in Holger Fleischer, *op. cit.*, § 11 Rn. 45.

42) Harzmeier, *Ibid.*, § 11 Rn. 45; *Marshall v. Mclure* [1885] 10 App Cas 325 at 334 참조(조합 업무집행자에 의한 저당권 지분의 양도).

43) Geoffrey Morse, *op. cit.*, n. 5.24.

44) Lars Harzmeier, *op. cit.*, § 11 Rn. 39.

45) Lars Harzmeier, *Ibid.*, § 11 Rn. 39.

라, 공동상속의 법률관계에서 그러하다. 이 문제가 독일의 학설과 판례에서 어떻게 해결되어 가는지 살펴보는 일은 우리 민법의 해석이라는 관점에서 의미 없을 것이다.

(1) 종래 독일 민법에서 합유관계는 조합에 귀속하는 조합재산(개정 전 독일 민법 제718조 제1항),⁴⁶⁾ 부부의 공동재산(동법 제1416조 제1항), 공동상속(동법 제2032조 제1항)의 경우 상속재산에 대해 규정되어 있었다.⁴⁷⁾ 우리 민법과는 달리, 독일 민법은 합유에 대한 일반 규정을 두지 않고 조합과 공동상속에서 재산의 귀속관계를 개별적으로 정하는 방식으로 합유관계를 규율하였다.⁴⁸⁾ 비교를 위해 살펴보면 우선 동법은 조합의 경우 그 법률관계에 대해 대내적 업무집행과 대외적 대리관계를 구별하면서, 두 영역 모두 기본적으로 합수성 원칙 즉 만장일치 요건을 관철하고 있었다(개정 전 동법 제709조, 제710조, 제714조).⁴⁹⁾

(2) 이와는 대조적으로 공동상속의 경우 동법은 대내·대외관계를 구별하지 않는 대신 상속재산의 관리와 처분을 구별하여 규정을 두고 있다.

관리는 전체 상속재산의 유지 또는 증가를 내용으로 하는 모든 사실적 행위 또는 법적 행위를 말하는 것으로 이해되고 있다.⁵⁰⁾ 법률은 우선 원칙으로서 “상속재산의 관리는 상속인이 공동으로 한다”(동법 제2038조 제1항 제1문)고 선언한다. 그러나 동법은 실제로는 관리의 성질에 따라 분화된 규율을 정하고 있다. 즉 동법은 관리를 ① 필수적 보존을 위한 조치, ② 통상의 관리에 필요한 조치, ③ 통상의 관리를 넘어서는 조치로 구별한다. 첫째, 보존에 필요한 조치는 각 공동상속인이 다른 공동상속인의 협력 없이 할 수 있다(동법 제2038조 제1항 제2문 후단). 둘째, 공동재산의 성상에 상응하는 통상의 관리는 다수결에 따라 결정되고, 이때 다수결은 지분의 크기에 따라 계산되는데(동조 제2항 제1문, 제745조 제1항), 각 공동상속인은 다른 공동상속인에 대하여 통상의 관리에 필요한 조치에 협력할 의무를 부담한다(동법 제2038조 제1항 제2문 전단). 셋째, 통상의 관리를 넘어서는 조치에 대해서는 특별한 규정이 없으므로 원칙으로 돌아가 공동상속인 전원의 동의가 필요하다. 이들 규정은 대내·대외관계

46) 주지하는 바와 같이 2024년 1월 1일 이후 개정된 독일 조합법은 원칙적으로 조합에 권리능력을 인정하였으므로, 아래에서는 개정 전 독일 조합법을 참조한다.

47) 이호정, 앞의 논문, 104쪽.

48) 이호정, 위의 논문, 104-405쪽.

49) Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht 11. Aufl.*, Mohr Siebeck, 2020, § 1 Rn. 39, 53 참조.

50) Tobias Helms, *Erbrecht 8. Aufl.*, C.H.Beck, 2024, § 19 Rn. 13.

를 구별하지 않고 있다. 다만 동법은 “상속인들은 상속재산에 속하는 대상을 공동으로만 처분할 수 있다”(동법 제2040조 제1항)는 특별 규정을 정하고 있을 뿐이다.

필수적 보존을 위한 조치나 통상의 관리에 필요한 조치의 경우, 적법하게 성립한 결정은 대외적인 대리권도 부여하는 것으로 해석되고 있다.⁵¹⁾ 즉 예컨대 공동상속 부동산의 유지에 필수적인 수리는 공동상속인 한 사람이 단독의 결정으로 다른 공동상속인을 대리하여 도급계약을 체결할 수 있고, 공동상속 건물을 개량하는 작업은 다수의 지분으로 결정하여 공동상속인이 다른 공동상속인을 대리하여 도급계약을 체결할 수 있는 것이다. 다만 그러한 대외관계가 법적인 처분행위 즉 권리관계를 즉시 변동시키는 법률행위를 내용으로 하는 경우에는 동법 제2040조 제1항이 명시적으로 정하는 바에 따라 전원이 공동으로 즉 합수적으로만 이를 할 수 있다.

(3) 그런데 이 규정들로부터 해석상 난점이 생겨난다. 예를 들어 공동상속인 한 사람이 필수적 보존을 위하여 또는 공동상속인들이 다수의 지분으로 통상의 관리를 위하여 공동상속재산에 속하는 부동산의 수리를 위한 계약을 체결하는 경우, 공동상속인은 독일 민법 제2038조에 따라 유효하게 의무부담행위(예컨대 도급)를 할 수는 있지만, 동법 제2040조에 따라 공동상속인 전원의 동의가 없으면 유효하게 그 이행을 위한 처분행위(예컨대 보수의 지급)를 할 수 없다. 이는 가령 통상적인 관리의 사안에서 공동상속인은 지분의 다수로 의무부담은 할 수 있지만 처분은 할 수 없다는, 즉 한 사람의 공동상속인이라도 처분행위에 동의하지 않음으로써 지분 다수의 통상적 관리 결정을 좌절시킬 수 있다는 이상한 결과를 발생시킨다.⁵²⁾ 요컨대 업무집행의 단독 결정(필수적 보존) 또는 지분 다수의 결정(통상의 관리) 원칙이 처분행위에서의 합수성 원칙과 충돌하는 결과가 발생하는 것이다. 물론 이때 결정을 내린 공동상속인은 동의를 거부하는 공동상속인을 상대로 동의를 소구하여 판결로 이를 갈음할 수 있겠지만(동법 제2038조 제1항 제2문 전단), 이는 현실에서 사용하기 어려운 극히 번거로운 방법이다. 결과적으로 처분행위를 요구하는 관리의 경우 사실상 업무집행의 결정 자체에도 합수성이 관철되는 효과가 발생한다. 이러한 결과는 학설에서 불만족스럽게 받아들여졌다.

과거의 통설⁵³⁾과 판례⁵⁴⁾는 경우를 나누어, 필수적 보존을 위한 조치의 경우에는

51) Tobias Helms, *Ibid.*, § 19 Rn. 15f.

52) Tobias Helms, *Ibid.*, § 19 Rn. 19.

53) 예컨대 Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, *Erbrecht 5. Aufl.*, C.H.Beck, 2001, S. 1128ff., 1131. 여전히 Dirk Olzen/Dirk Looschelders, *Erbrecht 7. Aufl.*, C.H.Beck, 2023, Rn. 1013f.; Thomas Gergen in Sibyllie

단독 결정한 공동상속인이 다른 공동상속인의 동의 없이 대리할 수 있다고 해석하면 서도, 통상의 관리를 위한 조치의 경우에는 비록 지분 다수의 결정이 있더라도 공동상속인은 공동으로만 상속재산을 처분할 수 있다는 원칙을 유지하고자 하였다. 그렇지 않으면 독일 민법 제2040조는 형해화되는 결과가 발생한다는 것이다. 결국 동의를 거부하는 공동상속인이 있는 때에는 소에 의하여 동의를 구할 수밖에 없고, 협력의무 위반으로 인한 손해배상으로 이를 제재한다는 결론에 이른다. 그러나 현재의 통설은 법률이 의무부담은 가능하게 하면서 처분은 금지하는 불합리한 결과를 의도하지는 않았을 것이라는 전제 하에 원활한 상속재산의 관리를 위해 통상적 관리를 위한 조치의 경우에도 지분 다수에 의한 결정이 이루어진 경우 공동상속인은 대외적으로 대리권을 가진다고 해석하여 독일 민법 제2038조를 동법 제2040조의 특별 규정이라고 해석한다.⁵⁵⁾ 이제 판례도 같다.⁵⁶⁾ 제2040조가 형해화된다는 비판에 대해서는 상속재산의 처분이 통상적인 관리에 속하는 사안은 오히려 예외에 속한다는 지적이 행해진다.⁵⁷⁾ 오히려 규정의 체계적 해석상 업무집행 권한과 대리권은 동등한 범위에서 평행하게 부여되어야 한다는 것이다.⁵⁸⁾ 이로써 현재 독일의 통설과 판례는 상속재산의 관리와 관련해 말하자면 업무집행의 법리가 처분행위의 합수성에 우선한다는 점을 확인하였다.

Kessel-Wulf hrsg., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11 9. Aufl.*, C.H.Beck, 2022, § 2040 Rn. 3 등.

54) BGH NJW 1971, 1265f.

55) Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht 14. Bearb.*, Mohr Siebeck, 1990, S. 614; Tobias Helms, *op. cit.*, § 19 Rn. 19; Martin Löhnig/Philipp S. Fischinger, *Erbrecht 4. Aufl.*, C.H.Beck, 2022, Rn. 530; Knut Werner Lange, *Erbrecht 3. Aufl.*, C.H.Beck, 2022, Kap. 14 Rn. 75; Rolf Stürmer in Othmar Jauernig, Rn. 3 등.

56) BGHZ 183, 131: 임대차의 해지. 판례의 개관으로 Ilse Lohmann in Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 5 5. Aufl.*, C.H.Beck, 2023, § 2040 Rn. 2 참조.

57) Tobias Helms, *op. cit.*, § 19 Rn. 19.

58) Martin Löhnig/Philipp S. Fischinger, *op. cit.*, Rn. 530.

IV. 우리 민법의 해석

1. 역사적·비교법적 관찰의 요약

이상의 내용에 따라 프랑스, 영국, 독일의 합유재산의 처분에 관한 규율을 역사적·비교법적으로 개관하면 다음의 사실을 확인할 수 있다. 첫째, 조합원 지분의 처분이 제한됨으로써 조합재산이 조합원 전체에 공동적으로 귀속하는 상태가 인정된다. 둘째, 이러한 공동적 귀속에도 불구하고 처분에서의 합수성이 언제 어디서나 당연한 것으로 관찰된다고는 말할 수 없다. 셋째, 업무집행 법리에 따른 결정이 있으면 그에 따라 조합재산의 처분이 적법하게 이루어진다.

2. 시사점과 해석론

2.1 조합재산의 공동귀속

우선 처음의 두 가지 점에 대해서 살펴본다면, 조합재산의 공동적 귀속과 관련해 지분 처분 및 분할의 제한은 역사적·비교법적으로 일반적인 내용이라고 할 수 있으나, 조합의 업무집행이나 조합재산의 처분에 대해 전원의 동의(합수성)를 관찰하는 태도는 그렇지 아니하며, 오히려 특수 독일적인 규율이라는 사실을 지적할 수 있다.⁵⁹⁾ 즉 조합재산을 조합원 전체에 공동적으로 귀속시키는 규율을 채택하더라도, 조합의 업무집행 방법이나 조합재산 처분과 관련해 반드시 합수성 원칙을 채택해야 하는 필연성이 존재하는 것은 아니다. 즉 업무집행과 처분에 있어 합수성 원칙은 입법정책적으로 고려할 수 있는 하나의 선택지일 수는 있으나 논리 필연적으로 채택되어야 하는 해결은 아니라는 것이다.

실제로 독일 민법의 제정 과정에서 제2위원회가 게르만 법학자들의 비판을 수용해 조합에 대해 로마법적 공유 모델을 채택하고 있던 제1초안에서 벗어나 합유 모델로 전환하였을 때, 입법관여자들 사이에서 조합체의 합유에 대해 구체적으로 어떤 내용의 규율이 인정되어야 하는지에 대해 일치된 의견이 존재하지 아니하였다.⁶⁰⁾ 따라서

59) Susanne Lepsius in Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann/Frank L. Schäfer, *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB Band III 2. Teilband*, Mohr Siebeck, 2013, §§ 705-740 Rn. 22.

이들은 합수성 원칙을 정면에서 선언하는 것을 피하면서 몇몇 중요한 사항에 규율을 두는 것에 그쳤으며, 나머지 부분의 내용은 확설과 판례에 위임하였다.⁶¹⁾ 이때 논의에서 로마법상 조합과 대비해 게르만법상 합수적 조합의 중심적 특징으로 반복해서 강조되었던 내용은, 조합재산의 지분 처분이 금지되고, 분할이 허용되지 않으며, 대외적으로 연대하여 책임을 부담한다는 것이었지,⁶²⁾ 조합의 업무집행 방법 그리고 조합재산 처분에서의 합수성은 아니었다. 이러한 점은 합유로 구성된 공동상속재산의 관리에서 합수성이 관철되어 있지 않다는 사실(앞의 III. 3. (2) 참조)에서 이미 확인되는 바이며, 합유를 인정한 스위스 민법에서 지분 처분의 금지 및 분할 금지는 강행적으로 하면서도(동법 제653조 제3항), 처분에서의 합수성은 임의적·보충적 규율로 정하는 것에서도 간취할 수 있다(동조 제1항, 제2항).

특히 이 맥락에서 참조할 만한 것은 제국 법무부가 독일 제국의회에 초안과 함께 제출하였던 『의견서』(Denkschrift)의 서술이다. 『의견서』는 로마법적 조합과 게르만법적 조합을 대비해 다음 초안이 후자를 따른다고 밝히면서, 초안과 마찬가지로 게르만법적 합유 모델을 채택하고 있는 입법으로 프로이센 일반란트법 외에 프랑스 민법도 언급하고 있다.⁶³⁾ 그렇다면 독일의 입법관여자들은 프랑스 민법이 정한 업무집행 규정에 따른 조합재산의 처분(당시 프랑스 민법 제1860조; 앞의 III. 1. (2) 참조)이 게르만법적 합유 법리에 장애가 된다고 파악하지는 않았던 것으로 보인다.

그러므로 조합재산 “합유”의 핵심적인 특질은 지분 처분의 제한 및 분할의 금지에 있으며, 조합재산 처분에서의 합수성은 그 정도의 비중은 가질 수 없다고 생각된다. 이는 조금만 민법의 규정을 살펴본다면 당연한 결론이라고도 말할 수 있다. 이미 간단히 언급하였지만(앞의 II. 2. (1)도 참조), 합유에서뿐만 아니라 이미 공유에서도 공유물 자체의 처분에는 공유자 전원의 동의가 필요하기 때문이다(제264조). 이 결과는 합유에서는 지분 처분 자체가 제한됨으로써, 공유에서는 다른 공유자의 지분에 대한 처분이 제한됨으로써 발생하는 것으로, 두 법리 사이에는 질적인 차이가 아니라 양적인 차이만이 존재할 뿐이다.⁶⁴⁾

60) Holger Fleischer, *op. cit.*, § 1 Rn. 85.

61) Susanne Lepsius, *op. cit.*, §§ 705-740 Rn. 15.

62) Susanne Lepsius, *Ibid.*, §§ 705-740 Rn. 16.

63) Denkschrift, 84 = Mugdan II, 1259.

64) 실제로 공유와 합유 사이에 질적인 차이라기보다는 양적인 차이로서의 연속성을 설명하는 Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht 2. Band*, Duncker & Humblot, 1905, S. 384ff. 참조. 이 점에 대해

그렇다면 조합재산의 처분을 업무집행 규율에 따르도록 하는 입법 그리고 업무집행에서 합수적 결정 외에 다른 방법의 결정을 인정하는 입법이 조합재산의 “합유”의 본질에 반한다고는 말할 수 없다고 생각된다. 우리 학설은 종래 입법자가 합유를 도입하면서 제706조의 업무집행 규정을 그대로 둔 것을 입법적 실수라고 표현하고 있었다(각주 10). 그러나 이는 독일 민법상 조합의 업무집행 및 조합재산 처분 규정을 이상적인 것으로 전제할 때에만 성립할 수 있는 입론이다. 조합재산의 합유적 구속을 알고 있는 개정 전 프랑스 민법이나 영국법의 조합법 그리고 합유 형태로 규정된 독일 민법의 공동상속재산 규율과 비교한다면, 우리 민법의 조합재산의 처분 및 조합 업무집행 규정은 충분히 고려할 만한 하나의 입법적 선택이 될 수 있다고 보인다.

2.2 업무집행 방법의 우선

더 나아가 과거 프랑스 그리고 현재 영국에서는 조합재산이 합유적인 제약 하에 있더라도 업무집행 법리에 따라 조합재산의 처분이 결정되면 그 내용이 구속력을 가지고, 그 범위에서 업무를 집행하는 조합원에게 대리권이 인정되고 있다(앞의 III. 1. (2), III. 2 참조). 독일의 경우 조합에서는 업무집행과 조합재산 처분 모두에서 합수성이 관철되어 있어 그러한 문제가 발생하지 않았지만, 양자 사이에 괴리가 존재하는 합유재산인 공동상속재산에서는 마찬가지로 업무집행이 우선하는 해석이 현재의 통설과 판례라는 것을 살펴보았다(앞의 III. 3. 참조). 이러한 비교법적 경향 역시 우리 민법의 해석에서 경시될 수 없다고 생각된다.

실제로 조합의 업무집행 및 조합재산의 처분에서 합수성이 관철되어 있는 독일 민법에서도, 당사자들이 조합계약에서 약정으로 다른 내용을 정하는 것 예컨대 조합원의 다수결에 의한 업무집행 결정 및 조합재산 처분을 정하는 것은 가능하였다.⁶⁵⁾ 즉 독일 민법 시행 직후부터 합수성 원칙은 강행적이지 않다고 해석되었다.⁶⁶⁾ 우리 민법에서도 조합계약에서 조합재산 처분과 관련해 명시적인 약정으로 합의한 내용이 있다면 그것이 합수성 원칙에 우선함은 물론이며, 제271조 제2항이 합유관계에 대해

Susanne Lepsius, “Gesamthand, gesamte Hand”, Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Band II 2. Aufl.*, Erich Schmidt Verlag, 2012, S. 266도 참조.

65) Barbara Grunewald, *op. cit.*, § 1 Rn. 40ff., 53ff.

66) Susanne Lepsius, *op. cit.*, §§ 705-740 Rn. 21.

계약으로 달리 정할 수 있음을 밝힘으로써 명문으로 정하고 있는 바이기도 하다(스위스 민법 제653조도 참조). 그런데 조합원이 조합계약에서 그러한 명시적인 약정을 하지 않는다면, 조합의 업무집행에 관하여 조합원의 의사를 보충·추정하는 규정인 제706조의 규율이 명시적 약정 대신 조합계약의 내용이 된다는 점은 도저히 부정할 수가 없다.⁶⁷⁾ 일반적인 이해에 따를 때, 명시적인 약정으로 계약의 내용이 되었든 아니면 임의규정의 적용으로 계약의 내용이 되었든 양자 사이에는 아무런 효력의 차이가 존재하지 않으며, 모두 동등하게 “계약”의 내용이 되기 때문이다.⁶⁸⁾ 그러므로 명시적 약정에 의하여 조합원의 다수결로 조합재산을 처분할 수 있도록 조합계약의 내용을 정할 수 있다면, 동일한 이유에서 명시적 약정이 없는 경우 조합원의 의사를 보충·추정하는 제706조가 조합계약의 내용이 되어 그에 따라 조합재산을 처분할 수 있다는 결론은 불가피하다.⁶⁹⁾ 이는 합유 규정이 임의규정으로 계약에 보충적이라는 점을 선언하는 제271조 제2항에 비추어 피하기 어려운 귀결이다.

실제로 조합재산의 처분에 합수성 원칙을 우선하려는 견해(각주 4)도 이미 통상 사무와 관련해서는 예외를 인정할 수밖에 없을 것이다. 예컨대 다수의 식당에 매일 식자재를 납품하는 조합의 활동에서 재고로 보유한 식자재의 소유권을 매일 이전하는 행위가 통상 사무(제706조 제3항)로서 조합재산의 처분에 해당함에는 의문이 없다.⁷⁰⁾ 이 경우 아마 누구도 그때그때 조합원 전원이 공동으로 식자재 소유권을 이전하

67) 이미 이호정, 앞의 논문, 108쪽.

68) 양창수 편집대표, 민법주해[III] 제2판, 박영사, 2022, 212쪽(윤태식) 참조.

69) 김재형, 앞의 책, 164쪽은 “당사자들이 조합계약을 체결하였으면, 그 재산을 합유로 하고 그 처분·변경에는 전원 일치를 의도하였다고 보는 것이 당사자 의사에 더욱 부합할 것”이라고 서술하나, 이는 근거 없는 부당전제(petitio principii)다. ㉠ 우선 구체적 사건에서 그러한 당사자의 의사가 확인된다면, 제272조를 적용할 것도 없이 이미 제271조 제2항에 따라 처분에 있어 합수성이 채택된 것이다. ㉡ 반면 당사자의 의사가 확인되지 않는다면, 당연히 민법의 합유 규정과 조합 규정이 함께 적용될 수밖에 없으며, 본문에서 서술하는 것처럼 별도의 약정이 없으므로 제706조에 따른 내용이 합유 관계에 대한 “계약”이 된다는 결론은 피할 수가 없다. ㉢ 만일 구체적 사건에서 당사자의 의사가 확인되지 않음에도 조합계약의 체결만으로 그러한 의사를 상정할 수 있다는 의미라면, 이는 방법론적으로 정당화되지 아니하는 의제(Fiktion)이며, 민사소송법의 증명 버리वाद 합치하지 않는다. 그리고 상충하는 두 임의규정 사이에서 어느 하나를 당사자의 의사로 단정하는 태도는 자신의 결론을 정당화 없이 다른 말로 표현하여 부당하게 전제하는 것에 다름 아니다.

70) 우리 학설은 조합재산의 처분을 특별 사무(제706조 제2항)라고 설명하는 것이 일반적이다(곽윤직, 앞의 책, 311쪽; 송덕수, 앞의 책, 433쪽; 이덕환, 앞의 책, 527쪽; 이용훈, 앞의 논문, 557쪽 등). 그러나 이는 조합재산의 처분이 조합 활동에 대해 가지는 의미를 구체적으로 검토해서 판단되어야 할 문제이며, 선형적으로 모든 조합재산의 처분이 특별 사무라고 단정할 수는 없다. 통상 사무를 “일상 반복하여 행하는 통상적인 사무”로 이해하는 이상(곽윤직 편집대표, 민법주해XVI, 박영사,

거나 소유권을 이전하는 조합원이 매번 전원의 동의를 받아야 한다는 생각은 하지 않을 것이다.⁷¹⁾ 그렇다면 통상 사무로 조합재산이 처분되는 경우, 업무집행 규정이 합수성 원칙에 우선한다는 결론은 피하기 어렵다. 그런데 이렇게 통상 사무에 대해 전행(專行)이라는 업무집행 방법(제706조 제3항)이 처분의 합수성에 우선한다면, 이는 특별 사무의 업무집행에 관한 다수결 원칙(제706조 제2항)에서도 다를 이유가 전혀 없다. 여기서도 다수에 따른 업무집행 결정이 처분의 합수성에 우선해야 한다. 제706조 제2항과 제3항은 업무의 영역을 구별하여 결의의 요건을 달리 규정하고 있을 뿐, 두 조항 모두 업무집행 방법의 결정과 그 효과를 정하는 규범이라는 점에서는 성질상 아무런 차이가 없다. 그리고 제272조는 조합재산 처분 일반에 대해서 규정하고 있으며, 그 처분이 조합에 대해 어떤 사무에 해당하는지에 대해 아무런 언급도 하고 있지 않다. 아무런 구별을 하지 아니하는 제272조가 제706조 제3항에 대해서는 일반 규정이지만 동일한 성질을 가지는 제706조 제2항에 대해서는 특별 규정이라는 해석은 부자연스럽다고 하지 않을 수 없다.⁷²⁾

물론 조합재산의 합수성을 관철하려는 견해는 통상 사무나 일정 특별 사무의 경우 조합원 사이에 사전적으로 묵시적 동의가 있다고 상정하여 그러한 결과를 정당화하려고 할지도 모른다.⁷³⁾ 그러나 이는 입법자가 이미 제706조 제2항, 제3항에서 바로 그러한 상황에 대비해 임의규정으로 바로 해당 의사를 보충·추정하고 있음에도 불구하고 이를 무시하고서, 이로써 스스로 창출한 문제를 해결하기 위해 새삼 묵시적 동의를 인위적으로 의제하는 번거로우면서 방법론적으로 의문스러운 설명에 지나지 않는다. 바로 그러한 상황을 규율하기 위해 입법자는 제706조 제2항, 제3항을 두었고, 다른

1997, 75쪽(김재형) 참조, 조합 활동의 일환으로 일상적·반복적으로 행해지는 조합재산 처분은 당연히 통상 사무에 해당한다고 보지 않을 수 없다(영국법에 대해 앞의 III 2도 참조). 판례도 “조합재산의 처분·변경에 관한 행위는 **다른 특별한 사정이 없는 한** 조합의 특별 사무에 해당하는 업무집행”이라고 언급하여(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다28506, 28513 판결, 집 48-2, 96), 조합재산 처분이 통상 사무에 해당할 가능성을 열어두고 있다.

71) 그러므로 “업무집행조합원이 다른 조합원의 의사와 상관없이 조합재산을 처분할 권한이 있다고 보는 것은 그에게 너무 많은 권한을 주는 것”이라는 김재형, 앞의 책, 164-165쪽의 서술은 이렇게 포괄적·일반적인 수준에서는 타당할 수 없다. 앞서 살펴보았지만, 독일에서 공동상속재산의 관리와 관련해 합수성을 관철하려는 견해도 필수적 보존을 위한 조치에 대해서는 결국 예외를 인정할 수밖에 없었다(앞의 III. 3. (3) 참조).

72) 앞서 살펴보았지만, 독일에서 공동상속재산의 관리와 관련해 필수적 보존을 위한 조치와 통상적 조치를 구별하여 합수성 원칙을 달리 적용하려고 하였던 과거 통설이 결국 학설·판례에서 지지를 상실하였다는 사정도 이 맥락에서 참조가 된다(앞의 III. 3. (3) 참조).

73) 김재형, 위의 책, 166쪽 참조.

약정이 없으면 이는 존중되어 계약의 내용을 구성한다. 묵시적 동의를 상정하려는 견해는 의사를 보충·추정하는 임의규정이 있다면 그 사항에 대한 당사자의 합의는 굳이 주장·입증될 필요가 없이 임의규정이 적용된다는 일반적인 이해⁷⁴⁾에도 반한다.

또한 합수성 원칙을 우선하려는 견해는 우리 입법자가 제272조를 신설한 취지가 이를 제706조에 우선시키려는 것이었다고도 지적하나,⁷⁵⁾ 이 역시 설득력이 있다고 하기 어렵다. 앞서 우리 민법의 입법과정을 살펴보았지만(앞의 II. 2. (2), (3) 참조), 입법관여자들의 태도는 의용민법의 조합재산 소유관계를 합유로 이해하고 이를 명확한 개념으로 표현하고자 했던 것에 가깝지, 새로운 규율을 도입하려는 것이었다고 평가하기에는 무리가 있다. 조합재산의 처분에 전원의 동의가 필요하다는 것 그리고 조합재산의 처분에 업무집행 규율이 적용될 가능성이 존재한다는 법상태에는 아무런 변화가 없었다. 다만 의용민법의 해석에서는 당연히 업무집행이 우선한다고 해석되었던 것에 반해, 현행 민법이 시행되면서 그 우선 관계에 의문이 제기되어 새로운 논쟁점이 탄생한 것이었다(앞의 II. 2. (3), 3. 참조). 합수성 원칙을 지지하는 논거가 원용하는 입법자의 의사는 입법자료에 비추어 확인될 수 없으며, 따라서 설득력을 인정받기 어렵다.

2.3 합수성 원칙이 적용되는 영역

그렇다면 조합재산의 처분이 업무집행에 해당하는 경우 업무집행 방법의 결정에 관한 제706조 제2항, 제3항에 따라 처분이 결정되고, 그에 따라 업무를 집행하는 조합원에게 대리권이 인정된다고(제709조) 해석하는 것이 타당하다. 이러한 업무집행 방법의 결정에 따라 조합재산 처분이 결정되는 결론은 비교법적으로 전혀 이례적이지 않을 뿐만 아니라(앞의 III. 참조), 합유의 본질에 반한다고 볼 이유도 없다(앞의 IV. 2. (1) 참조).

이러한 결론에 대해서는 조합재산 처분에서 업무집행 규정을 우선하게 되면 제272조가 형해화된다는 비판⁷⁶⁾이 고려될 수 있을 것이다. 업무집행 규정을 우선하는 해석에 따를 때 과연 “합유에 관한 제272조는 우리 민법이 명문으로 합유로 인정하고 있는 유일한 케이스인 조합재산의 합유에는 적용되지 않는다는 허망한 사실이 입

74) 양창수 편집대표, 앞의 책, 212-214쪽(윤태식).

75) 김증한/김학동, 앞의 책, 604-605쪽; 김재형, 앞의 책, 166쪽.

76) 김재형, 위의 책, 164쪽.

증”⁷⁷⁾되는 것인가? 그러나 이러한 추론은 타당하지 않다고 생각된다. 이는 조합재산의 처분이 언제나 업무집행에 해당한다는 것을 전제할 때에만 가능한 결론이다.⁷⁸⁾ 그러나 업무집행을 조합의 목적 달성을 위하여 조합의 사무를 수행하는 활동으로 이해하는 이상,⁷⁹⁾ 모든 조합재산의 처분이 당연히 업무집행에 해당한다고 단정할 수는 없다. 어떤 활동이 조합의 업무집행에 해당하는지 여부는 조합계약이 정하는 조합의 목적 및 주된 사업에 비추어 판단되어야 하므로, 조합계약의 변경이나 조합 목적의 변경과 같이 조합의 기초에 해당하는 행위는 업무집행에 속하지 아니한다(영국법에 대해 III. 2.도 참조).⁸⁰⁾ 그러므로 이미 우리 학설에서 시사된 바와 같이(각주 5의 본문 참조), 예컨대 조합의 존립과 불가분의 관계에 있는 기본적 재산을 처분하는 경우 이는 업무집행이라고 볼 수 없다. 그 결과 그러한 조합재산의 처분에는 제706조 제2항이 적용될 수 없고, 제272조에 따라 전원의 동의가 필요하다. 조합재산 처분이 조합계약의 내용을 변경하는 실질을 가지거나(예컨대 재산의 처분으로 조합이 예정한 목적을 제대로 수행할 수 없어 사실상 목적 변경의 효과를 가지는 사안) 조합계약의 해지를 야기하는 경우(예컨대 재산의 처분으로 조합의 존립이 위태롭게 되는 사안), 그러한 처분은 업무집행에 해당하지 아니한다고 판단될 수 있다.

이렇게 업무집행 개념을 정확하게 이해할 때, 제272조와 제706조는 각각 고유한 적용 범위를 가지는 규범으로 병존하며, 양자 사이에 충돌은 존재하지 않는다. 이 해석은 규정의 문언에 비추어 무리가 없고(제271조 제2항: “계약에 의하는 외에”, 제706조 제2항, 제3항: “업무집행”), 두 규범을 모두 존중하며, 처분의 중대성에 따라 적절한 단계적·차별적 취급을 가능하게 할 뿐만 아니라(전행—다수결—만장일치), 업무집행에 해당하는 처분은 그 성질에 따라 전행 또는 다수결로 가능하게 함으로써 원활하고 효율적인 조합 활동을 가능하게 한다. 이 해석의 단점으로는 조합재산 처분의 거래 상대방으로서는 그러한 처분이 조합의 기초를 흔드는 것인지 여부를 쉽게 인식할 수 없어 거래의 안전에 위협이 될 여지가 있다는 측면을 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 이때에도 상대방이 선의·무과실이라면 표견대리(제126조)가 성립할 것이므로, 문제가 심중하다고는 말할 수 없을 것이다.

77) 이호정, 앞의 논문, 109쪽.

78) 실제로 이호정, 위의 논문, 107쪽; 곽윤직, 앞의 책, 311쪽; 김중환/김학동, 앞의 책, 604쪽 등.

79) 곽윤직 편집대표, 앞의 책, 72쪽(김재형) 참조.

80) Barbara Grunewald, *op. cit.*, § 1 Rn. 38; Stefan Habermeyer in J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Otto Schmidt, 2003, §§ 705-740, § 709 Rn. 2 참조.

V. 결론

본문의 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 조합재산의 처분에 대하여 합유 규정(제272조)이 적용되는지 아니면 업무집행 규정(제706조)이 적용되는지의 쟁점은 민법 제정에 의하여 새롭게 발생한 것이 아니라, 이미 의용민법 시대부터 잠복하고 있었던 문제였다(Ⅱ. 2.). 다만 의용민법에서는 당연히 업무집행 법리가 우선한다고 해석되었으나, 현행 민법 제정 후 과거의 해석이 의문시되면서 새로운 논쟁 포인트가 탄생한 것이다(Ⅱ. 3.).

2. 프랑스와 영국에서도 합유와 비슷한 조합재산의 공동적 귀속이 인정되고 있지만, 조합재산의 처분은 업무집행의 규율에 따른다(Ⅲ. 1., 2.). 독일의 경우 조합의 업무집행과 조합재산의 처분 모두에 합수성 원칙이 관철되어 있지만, 업무집행 법리와 재산 처분에서의 합수성 사이의 충돌 문제가 존재하는 공동상속재산의 경우 업무집행 법리가 우선한다(Ⅲ. 3.).

3. 조합재산의 합유를 특징짓는 점은 조합원이 지분을 처분할 수 없고 조합재산의 분할을 청구할 수 없다는 것이며, 처분에 있어 합수성의 관철이 조합재산 합유의 본질적 요소라고 말할 수 없다(Ⅳ. 2. (1)). 합유 규정을 임의적이고 보충적인 규율로 정하는 제271조 제2항의 취지에 따라, 조합재산의 처분이 업무집행에 해당하는 경우 제706조에 따라 처분이 결정되고, 그 범위에서 업무집행자에게 대리권이 인정되어야 한다(Ⅳ. 2. (2)). 반면 조합재산의 처분이 업무집행에 해당하지 아니하는 경우 즉 처분이 조합계약의 변경 또는 해지의 실질을 가지는 때에는 제272조에 따라 전원의 동의가 필요하다(Ⅳ. 2. (3)).

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2003.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해XVI, 박영사, 1997.
- 김기선, 한국 채권법각론 제3전정판, 법문사, 1988.
- 김상용, 채권각론 제4판, 화산미디어, 2021.
- 김용덕 편집대표, 주식 민법 채권각칙4 제5판, 한국사법행정학회, 2022.
- 김재형, 민법론II, 박영사, 2004.
- 김주수, 채권각론 제2판, 삼영사, 1997.
- 김증한/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006.
- 김증한/안이준, 신채권법각론下, 박영사, 1965.
- 김형배, 채권각론[계약법] 신정판, 박영사, 2001.
- 박동진, 계약법강의 제3판, 법문사, 2024.
- 송덕수, 채권법각론 제6판, 박영사, 2023.
- 양창수, 민법연구 제6권, 박영사, 2001.
- _____, 민법전 제정자료 집성, 박영사, 2023.
- 양창수 편집대표, 민법주해[III] 제2판, 박영사, 2022.
- 이덕환, 채권각론, 울곡출판사, 2010.
- 이은영, 채권각론 제5판 보정, 박영사, 2007.
- 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1985.
- 장재현, 채권법각론, 경북대학교출판부, 2012.
- 梅謙次郎, 民法要義 卷之三, 有斐閣, 1909.
- 鈴木祿彌 編, 新版 注釋民法 債權(8), 有斐閣, 1993.
- 吉田克己, 物權法 I, 信山社, 2023.
- 我妻榮, 新訂 民法大意 上卷, 岩波書店, 1953.
- 我妻榮, 債權各論 中卷二, 岩波書店, 1962.
- 山本豊 編, 新注釋民法(14), 有斐閣, 2018.
- Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht 11. Aufl.*, Mohr Siebeck, 2020.
- Dirk Olzen/Dirk Looschelders, *Erbrecht 7. Aufl.*, C.H.Beck, 2023.

- Geoffrey Morse, *Partnership Law 7th ed.*, Oxford University Press, 2010.
- Gustave Boissonade, *Projet de code civil. tome 3 nouvelle édition*, Hachette Livre – BNF, 1891.
- Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, *Erbrecht 5. Aufl.*, C.H.Beck, 2001.
- Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 5, 5. Aufl.*, C.H.Beck, 2023.
- Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht Band I*, C.H.Beck, 1985.
- Holger Fleischer, *Personengesellschaft im Rechtsvergleich*, C.H.Beck, 2021.
- Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann/Frank L. Schäfer, *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB Band III 2. Teilband*, Mohr Siebeck, 2013.
- J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 705-740*, Otto Schmidt, 2003.
- Knut Werner Lange, *Erbrecht 3. Aufl.*, C.H.Beck, 2022.
- Martin Löhnig/Philipp S. Fischinger, *Erbrecht 4. Aufl.*, C.H.Beck, 2022.
- Othmar Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch 19. Aufl.*, C.H.Beck, 2023.
- Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht 2. Band*, Duncker & Humblot, 1905.
- Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil. tome 14*, Hachette Livre BNF, 1827.
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996.
- Robert Joseph Pothier, *Oeuvres de Pothier par Bugnet tome 4e*, Cosse et Marchal, 1861.
- Sibylla Kessel-Wulf hrsg., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11 9. Aufl.*, C.H.Beck, 2022.
- Susanne Lepsius, “Gesamthand, gesamte Hand”, Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Band II 2. Aufl.*, Erich Schmidt Verlag, 2012.
- Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht 14. Bearb.*, Mohr Siebeck, 1990.
- Tobias Helms, *Erbrecht 8. Aufl.*, C.H.Beck, 2024.
- Walter Wilburg, “Rechtsgemeinschaft: Gesellschaft”, Franz Schlegelberger(hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und*

Auslandes 5. Band, F. Vahlen, 1936.

2. 학술지

이호정, “우리 민법상의 공동소유제도에 대한 약간의 의문”, 법학 제24권 제2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1983, 102-118쪽.

한승수, “민법상 조합의 부동산 취득 및 처분에 관한 소고”, 재산법연구 제39권 제3호, 한국재산법학회, 2022, 229-259쪽.

3. 자료집

윤철홍, “조합의 재산관계”, 채권법에 있어서 자유와 책임: 김형배 교수 화갑기념 논문집, 박영사, 1994.

이용훈, “조합재산의 처분과 민법 제272조, 제273조”, 법학논집: 김용철 선생 고회기념 논문집, 박영사, 1993.

[Abstract]

Disposition of Partnership Property

Kim, Hyoung Seok*

This paper reexamines the classical issue of whether the Civil Code's provisions on joint ownership or its provisions concerning business management apply when disposing of partnership property. The conclusions of this paper can be summarized as follows:

1. This issue did not newly arise with the enactment of the Civil Code, but was a problem that had been latent under the Japanese Civil Code imposed on Korea during the colonial period. At that time, it was interpreted without doubt that the business management rules took precedence, but after the enactment of the Civil Code, this interpretation was immediately questioned, giving rise to a new point of debate.

2. In France in 19th century and England, partnership property is jointly owned by its partners, but the disposition of partnership property follows the rules of business management. In Germany, the principle of unanimous consent applies to both business management and disposition of partnership property, but in the case of jointly inherited property where there is a conflict between management rules and disposition rules, provisions on management take precedence.

3. The characteristic feature of joint ownership of partnership property is that the partners cannot dispose of their shares and cannot request division of partnership property. It cannot be said that unanimity in disposition is its essential element. In accordance with the purpose of the Civil Code's Article 271, Paragraph 2, which establishes the provisions on joint ownership as non-mandatory, the disposition of partnership property should be determined according to the Civil Code's Article 706 when it constitutes a matter of business

* Professor, Seoul National University School of Law

management. Within that scope, the authority of representation should be recognized for the partners executing the disposition. Conversely, when the disposition of partnership property does not take place in the course of business management—that is, when it effectively changes or terminates the partnership contract—unanimous consent is required according to the Civil Code’s Article 272.

[Key Words] partnership, partnership property, co-ownership, joint ownership, business management