

소 장

원 고 김수길

서울 강남구 영동대로 234, 1동 806호(대치동, 혜성아파트)

소송대리인 변호사 신영민

서울 서초구 서초대로 227, 1406호(서초동, 범조빌딩)

전화번호: 02-535-7660, 전자메일: clever999@lawyers.com

피 고 1. 이민국

서울 동작구 상도로 803(상도동)

2. 정진선

서울 서초구 사평대로 432(반포동)

3. 주식회사 기쁨저축은행

서울 강남구 역삼로7길 17(역삼동)

대표이사 장병훈1)

4. 박성연

서울 중구 을지로 34, 306호(창우비스타)

5. 주진희

서울 강북구 수유로 412, 가동 203호(수유동, 새한연립)

6. 박이채

서울 마포구 공덕로 41, 201동 309호(공덕동, 대명아파트)

7. 최상진

서울 강남구 역삼2길 339, 101호(역삼동, 서준빌)

8. 김영철

서울 종로구 효자동 32(효자동)

소유권이전등기²⁾ 등 청구의 소

1) 법인등기부가 따로 없고 제17쪽의 내용증명 안에 있어 찾기가 어려웠다. 주소보다 위에 쓰면 감점이다.

2) 소유권이전등기/근저당권설정등기말소/물품대금(혹은 양수금)/사해행위취소/건물인도 등도 가능하다.

청 구 취 지

1. 피고 이민국은, 별지 목록 제1. 기재 부동산 중,³⁾ 유덕희[701114-2533447, 서울 양천구 목동동로 100, 101동 501호(신월동, 한라빌)]에게⁴⁾ 3/7 지분에 관하여, 김민경[980719-2968112, 서울 양천구 목동동로 100, 101동 501호(신월동, 한라빌)], 김준용[011018-3011421, 서울 양천구 목동동로 100, 101동 501호(신월동, 한라빌)]에게 각 2/7 지분에 관하여,⁵⁾ **각⁶⁾ 2020. 2. 1.7 시효취득⁸⁾을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.**
2. 피고 **이민국에게⁹⁾**, 별지 목록 제1. 기재 부동산에 관하여,
 - 가. 피고 정진선은¹⁰⁾ 의정부지방법원 남양주지원 가평등기소¹¹⁾ 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의¹²⁾ 말소등기절차를 이행하고,
 - 나. 피고 주식회사 기쁨저축은행은 같은 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 마친 근저당권 설정등기의 말소등기절차를 이행하고,¹³⁾
 - 다. **피고 박성연은 위 가.항 기재 소유권이전등기의 말소등기에 대하여¹⁴⁾ 승낙의 의사표시를 하라.**

3) 이행 상대방이 여러이어서 그 공동요소인 '객체'가 이행 상대방보다 먼저 앞으로 나왔으므로, 이러한 순서의 도치 상황에서는 그 앞뒤에 심표를 하는 것이 좋다.

4) '반드시 주민등록번호를 기재하여 특정'해야 하는 '유일한' 유형인 채권자대위에 의한 소유권이전등기청구가 최초로 출제되었다. 모든 상속인에게 주민등록번호와 주소를 일일이 기재해주어야 한다(다만 주소의 경우에는 "위 같은 주소"로 기재할 경우 점수 부여 가능성이 있으나, 형식적 등기사항이므로 일일이 기재하는 것이 안전함). 이행 상대방을 "원고에게"로 기재하면 확실하게 감점이 되는 유형이기도 하다.

5) 이처럼 이행 상대방이 공동상속인으로서 복수인 경우의 청구취지는 작년 청구취지 데일리테스트의 건물철거 청구취지(형식이 완전히 동일함)로 기재되어 있다.

6) 복수의 사람에게 각각 지분 이전등기를 해주어야 하기 때문에 이곳의 "각"은 반드시 기재해야 하는 것이다. 그 뒤에 다시 "각"을 쓸 필요는 없다.

7) 초일불산입에 따라 엄밀히는 2020. 2. 1. 24시(자정)지만 2020. 2. 2.로 쓰는 것은 추천하지 않는다.

8) "취득시효 완성"으로 기재해도 된다. 작년 언급대로 기록형에서 가장 출제 가능성 높은 주제가 취득시효였다.

9) 원인무효 등기 등을 마친 정진선, 기쁨저축은행, 박성연은 먼저 현 소유자인 이민국에게 말소등기나 승낙을 이행해야 하는데, 망 김정건(실제로는 그 공동상속인들, 이하 동일)은 이민국에 대해 취득시효 원인 소이등청구권이 있어 망 김정건이 이를 대위하게 되고, 망 김정건으로부터 매수한 원고는 이를 다시 대위하게 되어 결국 '순차대위'가 되었다. 그런데 **채권자대위에 의한 '말소등기청구'의 경우 이행 상대방은 "채무자에게"뿐 아니라 "원고에게"로 기재해도 전혀 감점이 없으므로, "이민국에게"뿐 아니라 "원고에게"로 하여도 감점은 없다.** 중간자인 "망 김정건에게"도 불가능할 것은 아니나 그 경우 공동상속인들의 각 지분을 모두 표시하여야 하여 수험요령상 피하는 것이 좋다.

10) 위조범 함진욱은 말소등기청구의 피고적격이 없다. 중요한 감점이 된다.

11) 가평등기소까지 쓰지 않으면 감점이다.

12) 정진선과 기쁨저축은행까지만 쓸 것이었다면 여기서 끊고 아래쪽에 "각 말소등기절차를 이행하라."가 되었을 것이다. 박성연에 대한 "승낙의 의사표시를 하라."는 이질적이어서 그냥 각각 일일이 기재했다.

13) 부기등기를 마친 양수인 기쁨저축은행을 피고로, 주등기(배승구 명의)의 말소를 구해야 한다(기본적 판례).

14) 승낙의 대상인 말소등기 객체가 가.항에 기재되었으므로 이와 같이 기재할 수 있다. 박성연에게 가압류등기의 말소를 구하게 되면 큰 감점이 된다(법원 실무는 석명하고 선행하지만 시험 평가는 다름).

3. 피고 주진희는 원고에게 80,000,000원¹⁵⁾ 및 이에 대한 2022. 10. 1.부터¹⁶⁾ 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
4. 가. 원고와 피고 박이채, 최상진 사이에서,¹⁷⁾ 최병철과 피고 박이채 사이에 별지 목록 제2. 기재 부동산에 관하여 2022. 10. 15. 체결된 대물변제약정을 취소한다.¹⁸⁾
나. 최병철에게,¹⁹⁾ 별지 목록 제2. 기재 부동산에 관하여,
1) 피고 박이채는 서울중앙지방법원 등기국 2022. 10. 15. 접수 제12321호로 마친 소유권이전등기의,
2) 피고 최상진은 같은 등기국 2022. 11. 15. 접수 제13123호로 마친 소유권이전등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.
5. 피고 김영철은 원고로부터 93,000,000원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 제5. 기재 건물²⁰⁾ 중 별지 도면 표시 1, 2, 3, 4, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 60㎡를 인도하라.²¹⁾
6. 소송비용은 피고들이 부담한다.
7. 제3항, 제5항은 가집행할 수 있다.
라는 판결을 구합니다.²²⁾

15) 변제총당을 오류 없이 정확히 계산해야만 점수를 받을 수 있는 금액이다. 청구취지에서는 아라비아숫자로 기재하지 않으면 감점이다.

16) 변제총당일 다음날이다.

17) 상대적 효력을 표현하기 위해서 꼭 기재하는 것이 좋다. 로기정에서 대비용으로 기재했던 것처럼, 수익자와 전득자 모두를 피고로 하는 경우는, ① 취소 청구취지는 1회만 기재하고, ② “사이에서”라는 상대호 부분에는 원고와 수익자, 전득자 전체를 한 번만 나열하며, ③ 굳이 “각” 취소한다고 기재할 필요는 없다.

18) 반드시 “취소한다.”로 기재하여야 하고, “취소하고.”로 기재하면 확실한 감점이다. 그렇기 때문에 취소청구와 원상회복청구를 괜히 묶으려고 “사이에서”나 “부동산에 관하여”를 공통으로 빼는 시도는 하지 말아야 한다 (국어 문법상 마침표로 끝나는 두 문장을 앞에서 쉼표로 묶는 것은 非文이어서 판결문으로도 부적합하다).

19) 수익자의 등기말소뿐 아니라 전득자의 등기말소도 원칙적으로 그 이행 상대방은 “채무자에게”가 되어야 함을 주의해야 한다. 전득자에 대한 등기말소청구의 상대방을 “수익자에게”로 하면 감점사유가 될 수 있다.

20) “(별지 목록 기재) 부동산”으로 기재해도 무방하다. 다만 철회청구의 경우는 가급적 “(별지 목록 기재) 건물”로 기재한다.

21) 취득시효 소이등청구와 더불어 11년간 한 번도 출제된 적 없던 가장 유력한 베스트 청구취지 중 하나였다.

22) ① 의뢰인 희망사항에서는 의뢰인이 소유권이전등기를 마치고 싶다고 하였지만, 이미 김정건에 대한 매매 원인 소이등청구의 승소확정판결이 있으므로(제11~12쪽), 그 변종 후 승계인인 상속인들에 대한 소이등청구는 권리보호이익이 없어 이를 청구하면 감점사유다. ② 이민국에 대한 취득시효 소이등청구는 피상속인 김정건의 전소 패소확정판결이 ‘매매’ 소이등청구였으므로 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 않는다.

③ 금곡동 토지의 매매계약에 대한 사해행위취소는, 사해성은 갓출 수 있겠으나 원고가 사해행위취소의 원상회복청구권인 등기말소청구권을 피보전채권으로 위 토지에 가처분등기를 마친 시점이 2022. 1. 10.로서, 적어도 그 신청일에는 취소원인을 알았을 것이고, 그렇다면 소제기일 2023. 1. 13.은 제척기간이 도과했으므로 금곡동 토지에 대한 사해행위취소청구를 하면 감점사유가 되고 시간도 매우 부족하게 된다.

청 구 원 인

1. 피고 이민국에 대한 취득시효 완성 원인 소유권이전등기청구 (대위행사)²³⁾

가. 20년 점유²⁴⁾

김창수²⁵⁾는 1985년경 별지 목록 제1. 기재 부동산(이하 '곡성리 토지'라 합니다)을 매수하였는데, 그 단독상속인인 김정건은²⁶⁾ 김창수 사망 후인 2000. 2. 1.부터 위 토지를 소유의 의사로 평온, 공연하게²⁷⁾ 계속 점유하여 2020. 2. 1. 점유로 인한 취득시효가 완성되었습니다.

그런데 김정건은 2022. 12. 24. 사망하였고, 그 배우자 유덕희, 자녀 김민경, 김준용은 김정건이 곡성리 토지에 관하여 취득한 위 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 각 상속지분 비율에 따라 상속하였습니다.

따라서 1980. 3. 8. 곡성리 토지에 관하여 소유권보존등기를 마친 현재 소유자 피고 이민국은,²⁸⁾ 곡성리 토지 중, 유덕희에게 3/7 지분에 관하여, 김민경, 김준용에게 각 2/7 지분에 관하여, 각 2020. 2. 1. 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있습니다.²⁹⁾

한편 원고는 2020. 3. 10. 김정건으로부터 곡성리 토지를 매매대금 3,000만원에 매수하였고(이하 '이 사건 매매'라 합니다),³⁰⁾ 앞서 말씀드린 것처럼 김정건이 사망함으로써 원고는 그 공

23) 제목을 구체적으로 쓰는 것은 평상시 연습에 유용하고 학습자료로서는 쟁점 파악에 좋고 실전에서는 채점자에게 잘 보여줄 수 있는 장점이 있는 반면, 틀릴 경우 오히려 이미지가 나빠질 수 있는 단점이 있다. 다만 대위행사의 경우에 늘 제목 뒤에 괄호하고 대위행사라고 쓰는 것은 실전에서도 스스로 작성 도중 쟁점을 놓치지 않기 위해 추천하는 편이다.

24) 실전에서는 이 부분 목차를 단순히 "청구원인"으로 기재하는 것이 더 현명할 수 있다. 여기서는 학습용으로 '요건사실'을 대략적으로 나열하는 식의 제목을 사용했는데, 취득시효 완성 원인 소이등청구의 요건사실은 "20년 점유" 딱 하나이다.

25) 최근에는 소장이나 판결문에 '소외'를 쓰지 않고 있다.

26) 여기까지는 김창수가 매수인으로서 자주점유이므로 그 단독상속인 김정건도 자주점유라는 것을 표현한 것인데, 기록형 소장에서 자주점유는 요건사실이 아니고 추정되므로 사실 반드시 기재해야 할 부분은 아니지만 스토리텔링 차원에서 아주 간략히 기재하였다(사례형 답안지와 차이점).

27) 역시 추정되는 내용이어서 요건사실도 아니고 증명책임도 없으나 기재하는 것도 무방하다.

28) 그 후 정진선 명의 소유권이전등기가 마쳐져 등기부 자체로는 이민국의 소유로 추정되고 있지는 않으나, 어차피 뒤에서 정진선 명의 소유권이전등기의 원인무효 부분이 주장·증명될 것이므로 여기서는 구체적인 이야기를 생략하였다. 본문에서 이 부분을 간략히 괄호 처리하여도 무방하다.

29) 이 부분이 소송물인 피대위권리의 소결이고, 이어서 피보전권리·보전의필요성·권리불행사는 원고적격으로서 그 뒤에 몰아서 한꺼번에 서술해도 무방하고 그것이 오히려 간명하다.

30) 원고가 김정건에게 매수대금을 완납했는지는 알 수 없으나 설령 완납이더라도 기재할 필요가 없고 미완납이더라도 문제되지 않는다. 대위소송에서 피보전채권에 붙어 있는 동이향은 문제되지 않기 때문이다(이행기 도래만 문제되는데 매매형 계약은 기한의 정함 없는 채권이 기본값으로서 결국 요건사실이 아님).

동상속인 유덕희, 김민경, 김준용(이하 3인을 ‘유덕희 등’이라 합니다)에 대하여 각 상속지분 비율에 따른 이 사건 매매를 원인으로 한 지분 소유권이전등기청구권을 가지게 되었습니다(피보전권리).

유덕희 등이 곡성리 토지에 관한 위 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 행사하여 소유권이전등기를 마쳐야만 원고가 유덕희 등으로부터 이 사건 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마칠 수 있으므로(보전의 필요성), 원고는 현재 유덕희 등이 행사하고 있지 않은 위 피고 이민국에 대한 시효취득을 원인으로 한 각 지분 소유권이전등기청구권을 대위하여 행사하고자 합니다(권리불행사).

나. 피고 이민국의 예상 주장에 대한 반박

1) 피고 이민국은 이 사건 매매가 가장매매라고 주장할지 모릅니다.

그러나 이 사건 매매가 가장매매라는 별다른 증거는 없으며³¹⁾, 오히려 원고는 김정건을 상대로 피보전채권에 관한 승소확정판결을 받았으므로, 채권자가 채무자 상대로 피보전채권의 이행청구를 하여 승소판결 확정되었다면 특별한 사정이 없는 한 대위소송의 제3채무자에 대한 관계에서도 피보전채권의 발생원인인 사실관계가 증명된 것이라는 법리에 따라,³²⁾ 위 주장은 부당합니다.

2) 피고 이민국은 김정건이 피고 이민국에게 제기한 소유권이전등기청구소송에서 자신이 2019. 4. 29. 피고로서 응소하였으므로 취득시효가 중단되었다고 주장할지 모릅니다.

그러나 피고 이민국이 응소한 소송은 김정건이 ‘매매’를 원인으로 소유권이전등기를 구하는 소송이어서, 점유자가 소유자 상대로 소유권이전등기청구소송을 제기하면서 청구원인으로 ‘취득시효 완성’이 아닌 ‘매매’를 주장함에 대하여 소유자가 응소하여 기각을 구함은 매매 사실을 부인한 것에 불과하고 자신의 소유권의 적극적 주장이 아니므로 취득시효가 중단되지 않는다는 법리에 따라,³³⁾ 위 주장은 부당합니다.

3) 피고 이민국은 김정건이 2020. 2. 23. 곡성리 토지의 매수를 제의하였으므로 취득시효 이익을 포기하였다고 주장할지 모릅니다.

그러나 취득시효 완성 후에 점유자가 매수를 제의했더라도 분쟁의 간편한 해결을 위해 매수를 제의하는 사례가 허다함에 비추어 이는 취득시효 이익의 포기로 볼 수 없다는 법리에 따라, 위 주장은 부당합니다.

31) 기록형 소장에서 입증의 문제는 논외로 하나, 본 쟁점이 95다18741 판결, 2017다228618 판결(후술)이 판시한 ‘증명력’을 주요 쟁점으로 하기 때문에 등장한 표현이다.

32) 95다18741 판결, 2017다228618 판결

33) 97다30288 판결

2. 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연에 대한 각 청구³⁴⁾ (순차 대위행사)

가. 피고 이민국 소유, 서류위조에 의한 등기 및 이를 기초로 한 등기의 원인무효³⁵⁾

앞서 말씀드린 것처럼 피고 이민국은 곡성리 토지의 현재 소유자입니다.

피고 정진선의 남편인 함진옥은 2020. 5. 20. 피고 이민국이 곡성리 토지를 정진선에게 매도하였다는 내용의 매매계약서를 위조하고, 이를 이용하여 곡성리 토지에 관하여 의정부지방법원 남양주지원 가평등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 피고 정진선 명의의 소유권이전등기를 마쳤으므로, 피고 정진선 명의의 소유권이전등기는 원인무효입니다.³⁶⁾

위 정진선 명의의 소유권이전등기를 기초로 하여,³⁷⁾ 배송구는 2020. 5. 21. 곡성리 토지에 관하여 2020. 5. 21. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 4,000만원, 채무자 함진옥으로 하는 위 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호 근저당권설정등기를 마쳤습니다. 그 후 피고 주식회사 기쁨저축은행(이하 '피고 은행'이라 합니다)은 2020. 6. 29. 확정채권양도를 원인으로 하여 배송구의 위 근저당권을 이전받기로 하고, 곡성리 토지에 관하여 같은 등기소 2020. 6. 30. 접수 제8877호로³⁸⁾ 근저당권 이전의 부기등기를 마쳤습니다.

위 정진선 명의의 소유권이전등기를 기초로 하여, 피고 박성연은 곡성리 토지에 관하여 서울중앙지방법원 2020카단55908 가압류 결정을 받은 후 같은 등기소 2020. 7. 7. 접수 제9460호로 가압류등기를 기입하였습니다.

피고 정진선 명의의 소유권이전등기가 원인무효인 이상 이를 기초로 한 배송구 명의의 근저당권설정등기, 피고 은행의 근저당권이전의 부기등기, 피고 박성연의 가압류기입등기도 모두 원인무효입니다.³⁹⁾

34) 지시사항에 가급적 피고별로 기재하라고 하였으나, '가급적'이라고 하였으니 반드시 관찰해야 할 기재요령은 아닌 것이고, 그렇다면 이처럼 청구의 근본적 원인(함진옥의 위조에 따라 위 3명의 등기가 모두 원인무효가 되었음)이 동일한 청구라면 이들을 묶어서 기재하는 것이 좋다.

35) 역시 편의상 요건사실을 축약하여 나열하였다.

36) 원인무효 등기말소 사건에서 함진옥의 사문서위조 등에 관한 형사 유죄판결 선고나 확정 사실을 기재하는 것이 득점을 위해서는 안전하다. 다만 이는 증명의 문제일 뿐 요건사실이거나 필수적 기재사항은 아니므로 여기서는 생략하였다.

37) 정진선 명의 위조 등기 이후의 등기들은 모두 '원인무효 등기를 기초로' 하였기 때문에 원인무효라는 점이 말소청구의 요건사실의 핵심이므로, 근저당권 뿐 아니라 가압류 역시 이러한 표현을 기재하는 것이 필수적으로 생각된다. 반면 배송구나 기쁨저축은행의 근저당권의 설정 혹은 이전 '계약'의 내용은 중요하지 않다. 따라서 그 부분을 상세히 기재하느라 시간을 낭비할 일은 아니다.

38) 알다시피 이 등기는 청구취지에서 말소할 대상인 등기는 아니므로 이처럼 청구원인에 접수일과 접수번호까지 확인해가며 반드시 기재해야 하는 것은 아니다. 해설자료인 이상 기재해보았으나, 실전에서는 다른 필수적 사항들의 고민과 기재에 시간을 양보하고 이 부분은 생략할 수도 있다. 심지어 청구취지의 말소 대상인 배송구 명의의 주등기라 하더라도 청구취지를 정확히 쓴다면 청구원인 부분에서 상세한 정보 기재를 생략해도 감점이 없거나 미미할 것이어서, 역시 필수사항의 기재를 우선순위로 하는 것이 좋다. 그 뒤 박성연의 가압류 사건번호나 가압류기입등기의 접수일 및 접수번호도 모두 마찬가지이다.

따라서 피고 이민국에게, 곡성리 토지에 관하여, ① 피고 정진선은 위 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의, 피고 은행은 같은 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있고,⁴⁰⁾ 나아가 ② 피고 박성연은 피고 정진선의 위 소유권이전등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있습니다.⁴¹⁾

한편 앞서 말씀드린 것처럼 원고는 유덕희 등에 대하여 이 사건 매매를 원인으로 한 각 지분 소유권이전등기청구권이 있고, 유덕희 등은 피고 이민국에 대하여 시효취득을 원인으로 한 각 지분 소유권이전등기청구권이 있습니다.

유덕희 등으로서 피고 이민국이 위 말소청구권 및 승낙청구권을 행사하여야만 곡성리 토지에 관한 소유권이전등기를 마칠 수 있음에도 현재 피고 이민국이 이를 행사하고 있지 않으므로 유덕희 등은 이를 대위할 수 있습니다.

원고로서는 유덕희 등이 이러한 채권자대위권을 행사해야만 곡성리 토지에 관한 소유권이전등기를 마칠 수 있음에도 현재 유덕희 등이 이를 행사하고 있지 않으므로, 원고는 이러한 채권자대위권을 다시 대위, 즉 순차대위하고자 합니다.⁴²⁾

나. 피고들의 예상 주장에 대한 반박

피고 은행, 피고 박성연은⁴³⁾ 함진옥의 위조 사실을 몰라 선의의 제3자로 보호받아야 한다고 주장할지 모릅니다.

그러나 부동산등기에 관하여 공신력을 인정하고 있지 않는 법제 하에서는 특별히 거래안전을 위한 보호 규정이 있는 경우를 제외하고는 선의의 제3자라고 하더라도 보호될 수 없으므로, 위 주장은 부당합니다.

3. 피고 주진희에 대한 양수금(물품대금)청구

가. 주채무 발생, 보증계약 체결, 채권양도 및 통지

문구제조업자 박수호는 2018. 8. 28. 인터넷쇼핑몰을 공동운영하는 이철진, 이철수에게 투명

39) 피고적격, 말소 대상, 말소 방식(승낙청구) 등과 무관하여 이러한 기재 자체는 정확한 기재로 볼 수 있다.

40) 청구취지와 공통요소 묶음을 다소 다르게 기재해보았다.

41) 여기가 최종 소송물의 소결이 된다.

42) '순차대위'는 이와 같이 기재하면 어떠한 요건도 누락되지 않아 완벽하면서도 가장 간략한 답안이 된다.

43) 피고가 아닌 배송구의 주장은 검토할 필요가 없고, 이를 피고 정진선의 항변으로 볼 수는 없다. 정진선은 어떠한 법적 항변도 하고 있지 않으므로 이름을 빼는 것이 맞다.

독서대 4,000개를 납품대금 2억 원, 지연손해금 월 1%로 정하여 매도하였고(이하 '이 사건 납품계약'이라 합니다), 그 인도는 2018. 9. 30. 납품대금 지급과 동시에 하기로 하였는데, 같은 날 피고 주진희는 위 납품대금채무 및 그 지연손해금채무[이하 이를 포괄하여 '이 사건 물품대금채무(물품대금채권)'라 합니다]를 지급보증하였습니다.

이철진, 이철수는 전원에게 상행위가 되는 행위인 투명독서대 납품계약을 체결하면서 채무를 부담하였으므로 연대채무관계가 됩니다(상법 제57조 제1항).⁴⁴⁾

박수호는 이행기인 2018. 9. 30. 위 약정대로 투명독서대 4,000개를 모두 인도하였습니다.⁴⁵⁾

그 후 박수호는 2019. 2. 8. 이기만에게 이 사건 물품대금채권(지연손해금 포함)을 양도하였고, 이기만은 2020. 1. 20. 이를 다시 원고에게 양도하였으며, 박수호, 이기만은 위 각 채권양도를 한 날에 채무자 이철진, 이철수에게 각 양도통지를 하여 그 다음날 각 도달하였습니다.

따라서 피고 주진희는 원고에게 일응 이 사건 물품대금, 즉 양수금 2억 원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.⁴⁶⁾

나. 일부 소멸시효 완성

이 사건 물품대금채권은 상인인 박수호의 채권으로서 그 소멸시효기간은 3년이므로 이행기로부터 3년이 경과한 2021. 9. 30. 일응 소멸시효가 완성되는 채권입니다.

그런데 박수호는 소멸시효 완성 전인 2018. 12. 27. 무렵 이철진이 소유하는 안산시 단원구 선부동 45 잡종지 50㎡에 관하여 가압류신청을 하였고, 2018. 12. 27. 수원지방법원 안산지원 2018카합198567 가압류결정을 받아 같은 날 가압류기입등기가 마쳐졌으므로, **가압류 신청 시로 소급하여** 이철진에 대하여 소멸시효가 중단되었습니다.

그러나 연대채무자 중 1인 이철진에 대한 가압류로 인한 소멸시효 중단은 다른 연대채무자 이철수에 대하여는 따로 민법 제176조에 따른 가압류 통지를 하지 않는 한 시효 중단효가 없고, 보증인 피고 주진희에 대하여는 통지를 할 필요 없이 중단효가 미치므로(민법 제440조), 2021. 9. 30. 이철수의 이 사건 물품대금채무는 시효로 소멸합니다. **이에 따라 다른 연대채무자 이철진의 이 사건 물품대금채무 원금도 그 절반인 1억 원이 되며(민법 제421조, 제424조 참조), 그 결과 피고 주진희의 보증채무 원금도 부종성에 의하여 1억 원이 됩니다.**

44) 납품계약서에 주진희는 단순히 "보증한다."고 기재되어 있으나 상법 57조 2항에 따라 단순보증인이 아니라 '연대보증인'이 되는데, 사실 본 소장을 기재하고 청구를 함에 있어서는 이를 기재할 필요가 없다. 보증인이 주채무자들과 함께 청구취지에 등장한다면 "연대하여"라는 표현을 기재하고 청구하기 위해 필요할 것이고, 최고검색의 항변권이 문제된다면 이를 부정하기 위해 필요하겠으나, 본 문제처럼 '소멸시효'나 '부종성' 쟁점을 풀기 위해서는 사실 모든 보증인이 동일하기 때문이다.

45) 누락하면 명백한 감점사유이다. 매매계약에서 지연손해를 청구하려면 반대이무 이행제공 계속, 목적물 인도가 모두 요건사실이기 때문이다(민법 587조). 다만 동산 매매이므로 인도 완료 사실만 기재하면 족하다.

46) 일부 시효소멸, 일부변제와 변제충당 이전 단계의 소결을 구체적 금액 없이 미리 기재하는 것이 좋다.

다. 일부변제와 변제충당

이철진은 2022. 9. 30. 원고에게 채무를 지정하지 않고 9,000만원을 변제하였는데, 위 변제 당시 이철진은 원고에 대하여 이 사건 물품대금채무의 잔존채무 외에도 별도의 대여금채무, 연대보증채무를 부담하고 있었습니다.

변제 당시 따로 충당의 합의나 지정이 없었으므로 이는 민법 제479조, 제477조의 법정충당의 문제가 되고, 위 이철진의 변제일을 기준으로 보면, ① 이 사건 물품대금채무 잔액은 원금 1억, 지연손해금 4,800만원[= 원금 1억 원 × 월 1% × 48개월(이행기 다음날인 2018. 10. 1.부터 변제일인 2022. 9. 30.까지), 이하 '①채무'라 합니다]⁴⁷⁾, ② 대여금 채무는 원금 2,000만원, 지연손해금 200만원[= 원금 2,000만원 × 월 2% × 5개월(변제기 다음날인 2022. 5. 1.부터 변제일인 2022. 9. 30.까지), 이하 '②채무'라 합니다], ③ 연대보증채무는 1억 원(이자 2022. 9. 30.까지 모두 지급한 상태, 이하 '③채무'라 합니다)이 각 존재하였으므로, 위 이철진의 변제금 9,000만원 중 5,000만원은 먼저 위 ①채무 및 ②채무의 각 지연손해금 합계액 5,000만원(= 4,800만원+200만원)에 충당됩니다.

다음으로 각 채무의 원금은 일부변제 당시 모두 변제기가 도래하였고, ①채무 및 ②채무는 보증채무인 ③채무보다 변제이익이 더 많고,⁴⁸⁾ 약정이율이 높은 ②채무가 ①채무보다 변제이익이 더 많습니다. 결국 나머지 4,000만원은 ②채무 원금, ①채무 원금, ③채무 원금 순으로 충당되어야 하므로, 먼저 ②채무의 원금 2,000만원에 충당되고 나머지 2,000만원은 ①채무의 원금 1억 원 중 2,000만원에 충당됩니다.

그렇다면 2022. 9. 30. 일부변제일을 기준으로 ①채무의 잔액은 원금 8,000만원(= 1억 원 - 2,000만원)이 됩니다.

따라서 피고 주진희는 보증인으로서 원고에게 잔존 원금 8,000만원 및 이에 대한 변제충당일 다음날인 2022. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 약정이율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.⁴⁹⁾

라. 피고 주진희의 예상 주장에 대한 반박

1) 피고 주진희는 보증인에 대한 채권양도통지가 없었다고 주장할지 모릅니다.

그러나 채권양도의 경우 주채무자에 대한 양도통지가 있으면 따로 보증인에게 통지를 하지 않아도 그에게 대항할 수 있으므로,⁵⁰⁾ 위 주장은 부당합니다.

47) 소멸시효의 효과는 소급하기 때문에 지연손해금도 처음부터 1억 원에 대하여 가산되는 것이다.

48) 99다68652 판결

49) 최종 소결이다.

50) 75다1100 판결

2) 피고 주진희는 채권양도 금지특약 위반으로 채권양도가 무효라고 주장할지 모릅니다.

그러나 채권이 전전양도된 경우 최초 양수인이 채권양도금지특약에 대하여 악의라고 하더라도 그로부터 양수한 양수인이 악의나 중과실이 없는 한 채무자는 그에게 대항할 수 없는 것이므로,⁵¹⁾ 최초 양수인 이기만이 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있었다라도 그로부터 채권을 다시 양수한 원고에게 악의 또는 중과실이 없는 한 피고 주진희는 원고에게 대항할 수 없는 것이어서, 위 주장은 부당합니다.

3) 피고 주진희는 부동산 가압류 집행 이후 다시 소멸시효가 진행한다고 주장할지 모릅니다.

그러나 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 한, 즉 부동산 가압류의 경우에는 부동산에 마쳐진 가압류등기가 말소되지 않는 한 그 소멸시효 중단의 효력은 계속되는 것이므로,⁵²⁾ 위 주장은 부당합니다.

4. 피고 박이채, 최상진에 대한 사해행위취소 및 원상회복청구

가. 피보전채권, 사해행위, 악의⁵³⁾

원고는 2016. 9. 1. 최병철에게 1억 원을 변제기 2017. 8. 31.로 정하여 무이자⁵⁴⁾ 대여하였습니다.⁵⁵⁾

그런데 최병철은 2022. 10. 15. 자기 소유의 유일한 재산인 별지 목록 제2. 기재 부동산(이하 '이 사건 건물'이라 합니다)을 그의 채권자인 피고 박이채에게 대물변제하는 약정을 체결하고 같은 날 위 대물변제약정을 원인으로 소유권이전등기를 마쳐주었습니다.

그 후 최병철의 아들인⁵⁶⁾ 피고 최상진은 2022. 11. 15. 피고 박이채로부터 이 사건 건물을 매매대금 2억 원에 매수하고 같은 날 위 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마쳤습니다.

51) 2012다118020 판결

52) 2000다11102 판결

53) '채권자대위'는 법정소송담당이므로 소송물인 피대위권리를 중심으로 요건사실을 충분히 기재한 후 뒤쪽에 몰아서 원고적격 3가지를 간략히 기재하는 방식이 좋지만, '채권자취소'는 소송담당이 아니라 자신의 고유한 권리로서 피보전채권, 사해행위, 악의가 모두 자신의 본안의 요건사실이므로 이에 맞춰 기재하는 것이 좋을 것이다.

54) 이자약정이 없는 것과 무이자는 다르며, 무이자는 '이자 없이'로 기재해도 무방한데, 본 사안에서는 원물반환을 하는 사해행위취소의 피보전채권에 불과하여 세부사항은 중요하지 않다.

55) 당시 안현숙이 연대보증을 하였는데, 이후 안현숙의 금곡동 토지 처분은 전술한 것처럼 사해행위취소소송을 하지 않을 것이어서 안현숙의 연대보증 사실은 본 소장에서 무의적 기재사항이 된다.

56) 인적 관계가 필수적인 것은 아니나, 수익자·전득자의 악의도 사해행위취소의 요건이므로, 설령 어차피 추정되고 요건사실이 아니어서 증명할 필요는 없다고 하더라도, 이러한 인적 관계들은 사해행위취소의 소장에 기재하는 습관을 들이는 것이 좋다(실무에서도, 피고의 선의 증명을 어렵게 하기 위해서라도, 반드시 기재하고 있다).

한편 장정자의 이상민에 대한 4억 원의 채무를 담보하기 위하여, 최병철은 2015. 7. 15. 시가 2억 원의 이 사건 건물을, 장정자는 같은 날 자기 소유인 시가 3억 원의 용인시 처인구 남사읍 복리 216 전 200㎡(이하 '용인 토지'라 합니다)을 공동의 담보로 제공하였고, 이에 따라 이 사건 건물과 용인 토지에는 같은 날 채권최고액 4억 원, 채무자 장정자로 하는 공동근저당권 설정등기가 마쳐졌습니다.

저당권이 설정된 부동산을 매각할 경우에 사해행위는 부동산 시가에서 채권최고액이 아닌 실제 발생해 있는 피담보채권액을 공제한 잔액 범위 내에서 성립하고, 이때 만일 공동저당권이 설정된 수 개의 부동산 중 일부가 양도된 경우라면 민법 제368조의 취지에 따라 그 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 공동저당권의 목적인 각 부동산의 가액에 비례하여 피담보채권액을 안분한 금액이지만,⁵⁷⁾ 그러나 공동저당권 목적인 수 개 부동산 중 일부 부동산이 물상보증인의 소유인 경우라면 물상보증인의 민법 제481조, 제482조 변제자대위를 고려할 때 채무자 소유 부동산의 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액이라고 보아야 합니다.⁵⁸⁾

그렇다면 이 사건에서, 최병철이 물상보증인으로서 제공한 이 사건 건물의 시가는 2억 원, 장정자가 채무자로서 공동담보에 제공한 용인 토지는 시가 3억 원이므로, 용인 토지의 피담보채무는 위 공동저당권의 실제 피담보채무 4억 원 중 용인 토지 시가인 3억 원 전액으로 보아야 하고, 결국 이 사건 건물에는 공동저당권의 피담보채무가 1억 원이 됩니다. 따라서 이 사건 건물에 대한 채권자들의 공동담보 내지 책임재산은 1억 원(= 2억 원 - 1억 원)입니다.

최병철은 채무초과 상태의 채무자로서 유일한 재산을 특정채권자에게 대물변제로 제공하여 사해의사가 추정되며,⁵⁹⁾ 이에 따라 수익자인 피고 박이채, 전득자인 피고 최상진의 악의도 추정됩니다.⁶⁰⁾

나. 소결

따라서 원고는, 원고와 피고 박이채, 최상진 사이에서, 채무자 최병철과 피고 박이채 사이에 이 사건 건물에 관하여 2022. 10. 15. 체결된 대물변제약정을 사해행위로서 그 취소를 구하고자 합니다. 이에 따라 최병철에게, 이 사건 건물에 관하여, 피고 박이채는 서울중앙지방법원 등기국 2022. 10. 15. 접수 제12321호로 마친 소유권이전등기의, 피고 최상진은 같은 등기국

57) 2003다39989 판결

58) 2008다25671 판결 등. 통상적으로는 협의의 청구원인에서 요건사실을 기재할 때 이처럼 판례 법리를 상세히 기재하지 않으나, 사안은 사해성 요건과 관련하여 중요한 쟁점이 있고, 또 이를 상대방이 주장하고 있는 것도 아니어서, 협의의 청구원인에 상세히 기재하였다. 목차를 따로 잡아도 무방하다.

59) 이는 요건사실로서 유일한 재산 처분으로 추정된다는 표현까지 반드시 기재해야 한다.

60) 수익자·전득자의 악의는 요건사실도 아니고 원고에게 증명책임이 있지도 않아 생략할 수 있으나, 추정된다는 사실을 간략히 기재한다고 하여 감점이 되지는 않으므로, 기재하는 것도 안전할 수 있다.

2022. 11. 15. 접수 제13123호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있습니다.

5. 피고 김영철에 대한 건물인도청구

가. 임대차계약, 인도, 종료, 연체차임 공제

원고는 2009. 4. 1. 피고 김영철에게 별지 목록 제5. 기재 건물 중 별지 도면 표시 1, 2, 3, 4, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 60㎡(이하 '이 사건 창고'라 합니다)를 임대차보증금 1억 원, 차임 월 100만 원(매월 말일 후불), 임대기간 2009. 4. 1.부터 2019. 3. 31.까지 10년으로 정하여 임대하면서(이하 '이 사건 임대차'라 합니다),⁶¹⁾ 같은 날 보증금 1억 원을 지급받고 위 창고를 인도하였습니다.⁶²⁾

그 후 임대기간이 만료한 후에도 피고 김영철이 사용수익을 계속하고 원고가 상당 기간 내 이의를 하지 않아 이 사건 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 갱신되었고(민법 제639조 제1항 참조), 원고는 2022. 4. 28. 피고 김영철에게 해지를 통고하여 같은 달 30. 도달하였으므로 이 사건 임대차는 그로부터 6월 뒤인 2022. 10. 31.⁶³⁾ 종료하였습니다(민법 제635조).

따라서 피고 김영철은 일응 원고에게 이 사건 창고를 인도할 의무가 있습니다.⁶⁴⁾

나. 보증금지급 상환이행 및 연체차임 공제 재항변⁶⁵⁾

임대차가 종료하면 원고의 임대차보증금반환의무는 피고 김영철의 위 인도의무와 동시이행 관계에 있습니다.

한편 원고가 피고 김영철에게 반환할 임대차보증금에서는 피고 김영철의 연체차임⁶⁶⁾이 공제

61) 임대차계약 또는 그 종료로 인한 청구에 있어 기본적인 요건사실의 기재에는 필수사항이다.

62) 나아가 임대인의 '인도청구'는 '인도 사실'이 필수적 요건사실인데, 다만 결국 상환이행을 청구할 것인 이상 '보증금 지급받은 사실'도 여기서 함께 기재하는 것이 자연스럽고 간편하다.

63) 4월 30일은 그 달의 말일이기는 하지만 그로부터 초일불산입으로 6개월 뒤라고 한다면 엄밀히는 10월 30일로 보는 것이 더 정확하다. 당사자가 어떤 달의 말일에 'N개월 뒤'라는 기간으로 '약정'을 했다면 당사자의 의사는 N개월 뒤의 '말일'일 수 있으나, 사안처럼 해지 통고를 보내어 우연히 도착한 날이 4월 30일이고 그로부터 법 규정상 6개월 뒤를 계산하는 경우는 '말일'이라는 당사자의 의사를 단정하기는 어려울 것이다(私見). 다만 그렇게 볼 여지가 없는 것은 아니고, 10월 30일로 할 경우 차임분의 계산 중 1일분이 애매해지는 상황이므로, 여기서는 편의상 10월 31일로 상정하였다.

64) 일응의 소결

65) 피고의 '동시이행' 항변을 '반영'하면서도 동시에 원고의 '공제' 재항변을 주장하는 부분이고(임대차 전형적), 수용할 수 없는 피고의 주장에 대해서는 항변 반박으로 따로 기재한다.

66) 통상 "또는 차임 상당 부당이득금"이라 기재하지만, 이 사건은 김영철이 2022. 9. 1.부터 사용수익을 하지 않았으므로 실질이익론에 따라 차임 상당 부당이득금은 청구하지 않을 것이어서 이와 같이 기재하였다.

되어야 합니다. 피고 김영철이 지급하지 않은 연체차임은 2016년 10월, 11월분(2개월분) 및 2022년 3월부터 10월분까지(8개월분)인데,⁶⁷⁾ 김청구는 위 연체차임 중 최후 8개월분에 대하여 2022. 2. 8. 서울중앙지방법원 2022타채570 채권압류 및 추심명령을 받아 피고 김영철로부터 그 중 3개월분인 300만원을 추심하였습니다. 그렇다면 임대차보증금 1억 원에서 피고 김영철의 연체차임 합계액 1,000만원 중 추심채권자 김청구가 실제로 추심한 300만원을 제외한 700만원이 공제하여야 합니다.

따라서 피고 김영철은 원고로부터 임대차보증금 1억 원에서 연체차임 700만원을 공제한 나머지 9,300만원을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 창고를 인도할 의무가 있습니다.

다. 피고 김영철의 예상 주장에 대한 반박

1) 피고 김영철은 이미 시효로 소멸한 2016년도 2개월분의 연체차임은 공제할 수 없다고 주장할지 모릅니다.

그러나 임대인과 임차인 모두 임대차보증금이 충분한 것에 기대어 연체차임을 청구하거나 지급하지 않고 임대차를 계속 이어왔다면, 설령 연체차임이 시효로 소멸하였더라도 임대차가 종료하면 임대인은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 이를 공제할 수 있다고 보는 것이 당사자들의 의사에 부합하므로,⁶⁸⁾ 위 주장은 부당합니다.

2) 피고 김영철은 김청구의 압류 및 추심명령이 내려진 8개월분의 연체차임을 모두 공제할 수 없다고 주장할지 모릅니다.

그러나 차임채권에 대한 압류 및 추심명령이 있어도 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때는 그때까지 실제로 추심(이 사건의 경우, 300만원)되지 않고 잔존한 차임채권 상당액(이 사건의 경우, 500만원)도 보증금에서 당연히 공제되는 것이므로,⁶⁹⁾ 위 주장은 부당합니다.

6. 결론

이상과 같은 이유로 원고는 청구취지와 같은 판결을 구하므로, 원고의 청구를 전부 인용하여 주시기 바랍니다.

67) 피고 김영철이 2022. 9. 1.부터 창고를 사용·수익하지 않았더라도 임대차계약이 존속하는 기간 동안의 약정 차임 지급의무는 면제될 수 없다. 따라서 종료일까지의 9월, 10월분 차임도 연체차임으로서 공제할 수 있다. 한편 차임 상당 부당이득금을 공제하지 않는 사건에서는 '인도완료일까지의 정기금'을 공제하는 것이 아닌 확정된 '정액금'을 공제하는 청구취지가 된다.

68) 2016다211309 판결. 제8회 변시 기록형에 출제된 후 4년만에 완전히 동일하게 출제되었다.

69) 2004다56554 판결

증명 방법
(생략)

첨부 서류
(생략)

2023. 1. 13.
원고 소송대리인
변호사 신영민

서울중앙지방법원 귀중⁷⁰⁾

70) 서울서부지방법원, 서울북부지방법원, 의정부지방법원 남양주지원도 무방하다.