

민사변호사실무 수습기록(IX) 답안

사 법 연 수 원

소 장

원 고 1. 이영구 (531109-1395421)
서울 도봉구 수유3길 505, 103동 705호(수유동, 진흥아파트)
2. 최영희 (560321-2395426)
서울 성북구 정릉로 510 (신양철물점)
원고들 소송대리인 변호사 박연수
서울 서초구 서초대로 301, 503호
전화 523-7632, 팩스 523-7633, 전자우편 jhs@hanmail.net

피 고 1. 서장대 (640430-1672418)
서울 용산구 갈월로 100
2. 정원수
서울 강남구 일원동 123 (이서방치킨)
3. 주식회사 한일상호저축은행
서울 성북구 정릉로 530
대표이사 구본승

토지인도 등 청구의 소

청 구 취 지

1. 원고들에게, 피고 서장대는 2019. 2. 19.이 도래하면,1)

가. 원고들로부터 각 1억 원을 지급 받음과 동시에,2) 별지 목록 기재 2.건물

1) 2019. 2. 19.의 도래는 가, 나 부분 모두에 적용되고, 가 부분과 나 부분의 상환이행금액이 다르므로 이들 관계를 분명히 하려면 이와 같이 가, 나로 나누어 기재하는 것이 좋다.

2) 피고 서장대가 매매대금과의 동시이행항변권을 행사해줄 것이 분명하므로 원고들로서는 미리 상환이행을 구하여야 청구의 일부 기각을 피할 수 있다. 이하 임대차보증금 반환의 상환 이행도 마찬가지다.

- 중 각 2분의 1 지분에 관하여 2019. 2. 19. 매매를 원인으로 한 소유권이 전등기절차를 이행하고, 위 건물을 인도하고,
- 나. 원고들로부터 공동하여 1억 9,850만 원에서 2018. 9. 1.부터 별지 목록 기재 1.토지의 인도 완료일까지 월 150만 원의 비율에 의한 금액을 공제한 나머지 금원을 지급받음과 동시에 위 토지를 인도하라.
2. 원고 이영구에게, 피고 서장대가 원고 이영구로부터 1억 원에서 2018. 6. 27.부터 별지 목록 기재 3.건물의 인도 완료일까지 월 120만 원의 비율에 의한 금액을 공제한 나머지 금원을 지급받음과 동시에,
- 가. 피고 서장대는 위 3.건물을 인도하고,
- 나. 피고 정원수는 위 3.건물 중 별지 도면 표시 2, 3, 6, 5, 2의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 41㎡로부터 퇴거하라.
3. 원고 최영희에게, 피고 주식회사 한일상호저축은행은 7,000만 원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 금원을 지급하라.
4. 소송비용은 피고들이 부담한다.
5. 제1항 중 인도 부분 및 제2, 3항은 가집행할 수 있다.³⁾
- 라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 피고 서장대, 정원수에 대한 청구

가. 별지 목록 기재 1.토지 및 2.건물에 관하여

1) 토지 임대차 및 건물 축조

원고들은 2014. 10. 20. 피고 서장대에게, 원고들이 각 2분의 1 지분씩 공유

3) 제1항 중 소유권이전등기절차 이행청구는 의사진술을 명하는 청구로서, 그 판결이 확정된 때에 의사를 진술한 것으로 보고(민사집행법 제263조 제1항) 별도의 집행행위를 요하지 않으므로, 그 성질상 가집행선고를 붙이지 아니할 상당한 이유가 있어(민사소송법 제213조 제1항 본문) 이를 붙이지 않는다.

① 가토 / ② 임대차계약 / ③ 월임 150만원

하는(갑 제1호증의 1) 별지 목록 기재 1.토지를 임대차기간은 2014. 11. 1.부터
로 하되 종기는 정하지 않고, 임대차보증금은 2억 원, 월 차임은 150만 원(매월
말일 지급)⁴⁾으로 약정하여 임대하였습니다(갑 제1호증의 2 참조).

위 1.토지는 나대지였는데, 피고 서장대는 원고들의 승낙을 얻어 자신의 비
용으로 위 1.토지 상에 별지 목록 기재 2.건물을 신축하여 2015. 1. 20. 그 명의 주인
의 소유권보존등기를 마친 후(갑 제1호증의 3 참조) 베이징까오야라는 상호로
현재까지 식당을 운영해오고 있습니다.

2) 임대차계약의 해지

위와 같이 임대차기간의 약정이 없는 경우 당사자는 언제든지 계약해지의
통고를 할 수 있는바(민법 제635조 제1항), 원고들은 이에 따라 2018. 8. 17. 피
고 서장대에게 위 임대차계약의 해지를 통고하여 그 통지가 2018. 8. 18. 도달
하였습니다(갑 제1호증의 4, 5 참조).⁵⁾⁶⁾

4) 임대차계약에 있어 임료는 목적물의 사용·수익에 대한 대가이므로(민법 제618조 참조) 그
사용·수익이 이루어진 후에 이를 지급함이 원칙이라 할 것이고, 이에 따라 민법은 동산, 건
물, 대지의 차임은 매월 말일, 기타 토지의 차임은 매년 말일 지급하도록 규정하고 있다(제
633조). 그러나 위 규정은 임의규정이므로 당사자의 합의가 있으면 이에 의한다. 그러므로
임대차계약상의 차임에 관하여는 그 지급주기(예컨대 연 단위, 월 단위, 3개월 단위 등)와
그 지급시기(선불인지 후불인지 및 그 지급날짜 등)를 분명히 밝혀야 그 지체 여부를 알 수
있다.

5) 임대차계약의 해지통고는 형성권의 행사로서 의사표시에 해당하므로 그 통고가 상대방에게
도달하여야 효력이 발생한다. 그러므로 통고일자, 그 도달사실 및 도달일자를 누락하지 않
도록 주의하여야 한다.

6) 원고들은 피고 서장대가 2018년 4, 5, 7월분 차임 중 각 일부를 지급하지 않은 것이 민법 제
641조, 제640조의 해지사유에 해당하는 것으로 보아 이에 따른 해지의 의사표시를 한 것으
로도 보이나(갑 제1호증의 4 참조), 위 규정에 의한 해지권은 미지급된 차임의 합계액이 2
기분 차임의 합계액 이상이어야 발생하므로, 단순히 그 차임 미지급이 2기 이상에 걸쳐 있
다고 하여 해지권이 발생하지는 않는다. 따라서 변호사는 갑 제1호증의 4를 잘 분석하여 그
해지가 적법·유효하도록 법리 구성을 하여야 하는바, 갑 제1호증의 4에 원고들이 1.토지를
다른 용도에 사용하고자 하여 더 이상 임대할 수 없다는 기재가 있으므로 이를 민법 제635
조에 의한 해지통고로 해석할 수 있을 것이다.

따라서 위 임대차계약은 민법 제635조 제2항에 의해 위 해지통고가 도달한 날로부터 6월이 경과하는 2019. 2. 19. 종료됩니다.78) 피고 서장대는 위 임대차 계약에 관하여 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법이 적용되어야 한다고 주장할지 모르나,9) 위 임대차계약의 목적물은 토지로서 위 각 법률상의 주택이나 상가건물이 아니므로 이들 법률이 적용될 여지는 전혀 없습니다.10)

3) 차임 지체

피고 서장대는 2018년 4월분(4. 1.~4. 30.)11) 차임 중 30만 원, 5월분(5. 1.~5. 31.) 차임 중 70만 원, 7월분(7. 1.~7. 31.) 차임 중 50만 원, 합계 150만 원을 지급하지 않았습니다(8월분 차임은 지급받았습니다).12) 그러므로 원고들은 우선 이를 위 임대차보증금 2억 원에서 공제하고 그 나머지 1억 9,850만 원만

7) 해지통고는 그 의사표시가 도달한 날인 2018. 8. 18.에 일단 의사표시 자체의 효력은 발생하나, 그로부터 6월이 경과하여야 해지의 효력이 발생하는바, 초일 불산입의 원칙(민법 제157조 본문)에 따라 2018. 8. 18.은 위 6월에 산입되지 않으므로 2019. 2. 18. 24:00가 되어야 6월이 되고, 결국 그 6월이 경과한 다음날인 2019. 2. 19. 00:00에 해지의 효력이 발생한다.

8) 원고들은 피고 서장대에 대한 해지통고에 이어 그 해지 사실을 2.건물의 근저당권자인 중소기업은행에 통지하였으나 이는 불필요하다. 민법 제642조가 건물 담보권자에게 해지의 통지를 요구하는 이유는, 그 건물 부지에 대한 임대차계약이 임차인의 차임 연체로 인하여 민법 제641조에 의해 해지되는 경우에 건물 담보권자로 하여금 지체 차임을 대위변제함으로써 자신의 담보권을 보존할 수 있는 등의 기회를 주기 위한 것이다. 따라서 그 해지사유가 민법 제629조, 제635조 등과 같이 차임 지체로 인한 것이 아닌 때에는 건물 담보권자가 자신의 담보권을 보존할 방법이 없기 때문에 민법 제642조가 준용될 여지가 없다.

9) 갑 제1호증의 5로 미루어 소송절차에서도 피고 서장대가 그 같은 주장을 해울 수 있고(그러나 갑 제1호증의 5는 소송의 문서이므로 그 기재 내용 자체가 곧바로 소송상의 주장이 되는 것은 아님에 주의할 것), 법원 역시 그 같은 오해를 할 수도 있으므로 미리 이를 밝혀주는 것도 좋다.

10) 임대차에 관하여는 그 규율 법령이 민법, 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법이 있고 각 법률마다 적용요건과 효과가 다르므로, 임대차계약이 문제되는 경우 항상 어떤 법률이 적용되어야 하는지 먼저 규명하여야 한다. 원고들과 피고 서장대 사이에서 2.건물은 임대차계약의 목적물이 아니므로 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법이 적용될 수 없다.

11) 단순히 4월분 차임이라고만 하면 구체적으로 언제부터 언제까지 발생한 것인지 알기 어려우므로 그 기간을 밝혀주어야 한다.

12) 이는 뒤에서 2018. 9. 1.부터의 차임 지급을 구하는 이유를 설명하기 위해서 필요하다.

을 피고 서장대에게 지급할 의무가 있습니다.13)

4) 건물의 매매

한편 위 임대차계약 당시 원고들과 피고 서장대는, 위 임대차계약의 종료 시 피고 서장대는 그 원상회복에 갈음하여 위 2.건물의 소유권을 넘겨주기로 약정하였으나(갑 제1호증의 2), 이는 임차인에게 불리한 약정으로서 민법 제 652조 제643조에 의해 효력이 없으므로14) 임차인인 피고 서장대가 위 2.건물에 대한 매수청구권을 행사할 수는 있습니다.15)

13) 원고들이 피고 서장대와의 1.토지에 대한 임대차계약관계가 종료되었음을 전제로 이 사건 소로써 그 인도를 구하고 있는 이상(더구나 그 보증금반환과의 상환이행을 구하고 있으므로 더욱 그러하다) 이 사건 소송절차 내에서 지체 차임을 보증금에서 공제하지 않고 따로 지급을 구하는 것은 적절하지 못하다. 왜냐하면 보증금과 관련하여 임대차계약 당사자 사이에는 임대차 종료 시 지체차임 등은 따로 공제의 의사표시가 없어도 보증금에서 당연히 공제하기로 이미 명시적, 묵시적으로 합의되어 있기 때문이다. 한편, 임대인이 임대차 목적물 반환청구 소송에서 지체 차임의 존재를 주장하지 않아 이것이 보증금에서 공제되지 않은 채 보증금 지급과 상환으로 목적물 인도 판결이 선고되거나 임차인의 반소에 따라 그 보증금 지급을 명하는 판결이 선고되고 각 그 판결이 확정된 후라도 별소로써 지체 차임의 지급을 청구하는 것은 가능하다. 이 경우 전소에서 지급을 명한 보증금 액수에 관하여는 기판력이 미치지 않는다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다61398 판결, 2007. 2. 22. 선고 2005다17082, 17099 판결).

14) 임대차계약에서 임차인의 지상물매수청구권을 배제 또는 제한하는 약정을 한 경우 그것이 임차인에게 불리한지 여부는 그 같은 약정의 경위, 위 약정으로써 임차인이 받는 이익과 손해의 크기와 정도, 원상회복의무와의 관계, 보증금이나 차임의 경감 여부 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다36130 판결).

토지 임대차 종료 시 지상 건물을 임대인에게 양도하거나 철거하기로 한 약정은 다른 사정이 없으면 매수청구권을 배제하는 것으로서 무효이다(대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19695 판결, 1992. 10. 9. 선고 92다22435 판결, 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결).

이 사건의 경우 임대차기간의 정함이 없어 임대인인 원고들의 해지통고에 의해 언제라도 계약이 해지될 수 있고, 실제로 원고들의 해지로 계약이 종료된 사정, 보증금이나 차임을 특별히 시세보다 저렴하게 해준 일도 없는 등의 사정을 종합하면, 위 약정은 임차인인 피고 서장대에게 불리한 것으로 판단된다.

15) 민법 제643조에 의한 임차인의 지상물매수청구권은 그 토지 임대차계약기간이 민법 제635조에 의하여 만료되는 때에도 적용이 있다(대법원 1977. 6. 7. 선고 76다2324 판결, 1977. 7. 26. 선고 77다373 판결, 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전합판결). 반면에 임차인의 채무불이행으로 인해 임대차가 해지되는 경우에는 매수청구권을 행사할 수 없다(대법원 1997. 4. 8.

그런데 피고 서장대는 2018. 8. 22.자 서산(갑 제1호증의 5)을 통해 위 2.건 물에 대한 매수청구권을 행사하고¹⁶⁾ 그 매매대금으로 시가 상당인 2억 원의 지급을 요구하였습니다.¹⁷⁾ 따라서 위 임대차계약이 종료하는 2019. 2. 19. 위 2.

선고 96다54249, 54256 판결, 2003. 4. 22. 선고 2003다7685 판결 등).

한편, 뒤에서 보는 바와 같이 2.건물에 대하여 피고 서장대가 중소기업은행 앞으로 근저당 권을 설정하였으나, 이와 같이 제한물권설정등기 또는 가등기 등이 기입되어 있는 경우에도 매수청구권을 행사할 수 있다(대법원 1972. 5. 23. 선고 72다341 판결, 2008. 5. 29. 선고 2007다4356 판결). 이 경우에 그 건물의 매수가격은 건물 자체의 가격 외에 건물의 위치, 주변 토지의 여러 사정 등을 종합적으로 고려하여 매수청구권 행사 당시 건물이 현존하는 대로의 상태에서 평가된 시가 상당액을 의미하고, 여기에서 근저당권의 채권최고액이나 피 담보채무액을 공제한 금액을 매수가격으로 정할 것은 아니다.

- 16) 지상물매수청구권은 형성권으로서 그 행사방법에 관하여 법률에 특별한 제한이 없으므로 재판상은 물론 재판 외에서도 행사할 수 있다. 한편, 위 권리는 임대차계약이 종료한 후에 행사함이 원칙이지만(대법원 1994. 7. 29. 선고 93다59717, 59724 판결 참조), 이 사건에서와 같이 임대차기간의 약정이 없어 민법 제635조에 의한 해지통고로써 일정한 기간 경과 후에 해지의 효력이 발생하는 경우, 임차인은 그 해지통고 이후이면 이를 행사할 수 있음은 물론이다. 다만, 이때는 그 매수청구권 행사의 의사표시가 있는 때가 아닌 해지의 효력 발생 시, 즉 임대차계약의 종료 시에 매매의 효력이 발생한다고 볼 것이다.

민법 제643조에 의한 임차인의 지상물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임차권 소멸 당시의 토지 소유자인 임대인이고, 임대인이 임차권 소멸 당시에 이미 토지 소유권을 상실한 경우에는 그가 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분하였다 하더라도 매수청구권을 행사할 수는 없으나(대법원 1977. 4. 26. 선고 75다348 판결, 1994. 7. 29. 선고 93다59717, 93다59724 판결), 임차인이 임차권등기를 하거나 그 지상 건물에 대하여 등기를 하여 대항력을 취득하였다면 임차권 소멸 후 임대인이 그 토지를 제3자에게 양도하는 등 그 소유권이 이전되었을 때에는 그 신 소유자에 대하여도 매수청구권을 행사할 수 있다(대법원 1977. 4. 26. 선고 75다348 판결, 1996. 6. 14. 선고 96다14517 판결).

한편, 임차인 소유 건물이 임차자와 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있고 구분소유의 객체가 되지 아니하면 건물 매수청구권이 없다(대법원 1997. 4. 8. 선고 96다45443 판결, 1996. 3. 21. 선고 93다42634 판결).

- 17) 매수청구권의 행사가 있으면 그 의사표시가 상대방(임대인)에게 도달한 때에 즉시 매매의 효력이 발생하고 매매대금 등의 결정은 부차적인 문제에 불과하다(대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1156 판결, 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전합판결). 이때 매매대금은 당사자 간에 합의가 없는 한 매매의 효력 발생 시의 객관적 시가이다(대법원 1967. 12. 18. 선고 67다235 판결, 1972. 7. 25. 선고 72다653 판결, 1987. 6. 23. 선고 87다카390 판결). 따라서 이 사건에서 임차인인 피고 서장대가 2억 원을 2.건물의 시가라고 주장하면서 그 지급을 구하였다고 하여 임대인인 원고들이 이에 구속되는 것은 아니나, 위 2억 원은 실제의 시가 4억 원에 미달하여 원고들에게 유리하므로 원고들로서는 이를 원용하여 다툼 없는 사실로 결말짓는 것이 유리하다.

건물 중 각 2분의 1 지분에 관하여 원고들과 피고 서장대 사이에 각 매매대금을 1억 원으로 하는 매매의 효력이 발생합니다.¹⁸⁾

5) 소결론

그러므로 피고 서장대는 원고들에게 2019. 2. 19.이 도래하면, 원고들로부터 각 1억 원을 지급받음과 동시에¹⁹⁾ 별지 목록 기재 2. 건물 중 각 2분의 1 지분

18) 원고들이 그 공유인 1. 토지의 각 지분을 각각 임대한 것이 아니라 그 전부를 공동으로 임대하였으므로 그 임대차계약상의 보증금반환채무는 불가분적으로 원고들에게 귀속한다고 보아야 할 것이나(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다43137 판결), 임차인이 지상물매수청구권을 행사함으로써 발생하는 건물에 대한 매매의 효력까지도 불가분적으로 귀속하는 것은 아니라 할 것이므로(통상 원고들의 의사도 이에 가깝다고 할 것이고, 이렇게 세겨도 임차인에게 는 매매대금 지급 시까지 건물의 인도 및 소유권이전등기의무에 대한 동시이행의 항변권이 있으므로 특별히 불리하게 되지 않는다), 원고들은 임대 목적물인 1. 토지의 공유 지분에 따라 2. 건물의 2분의 1 지분을 각각 매수한 것이라고 보아야 할 것이다.

19) 임대인의 임대차보증금반환의무와 임차인의 목적물반환(인도)의무는 동시이행관계에 있다(대법원 1977. 9. 28. 선고 77다1241, 1242 전합판결 등). 한편, 임차인이 지상물매수청구권을 행사하면 임차인은 그 매매대금을 지급받을 때까지 그 지상물의 인도 및 지상물에 대한 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있는 동시이행 항변권을 취득하게 된다(대법원 1991. 4. 9. 선고 91다3260 판결, 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결 등). 한편 건물 등 지상물은 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로 논리상 이때 임차인은 지상물의 존립·유지에 필요한 범위 내의 대지에 대하여도 인도를 거절할 수 있음은 물론이다. 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다 22114 판결 참조).

그런데 매매 목적물에 근저당권이 설정되어 있는 등으로 매수인이 장차 그 목적물에 대한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 경우 매수인은 그 위험의 한도(채권최고액 또는 실제의 채무액)에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있는바(민법 제588조 본문 및 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결, 2008. 5. 29. 선고 2007다4356 판결 참조. 이 경우 매도인의 의무는 근저당권설정등기까지 말소하여야 완전하게 이행되므로, 매도인의 대금 지급시기에 관하여 특약이 없는 한 매수인의 대금지급의무와 매도인의 근저당권설정등기 말소 및 소유권이전등기의무는 동시이행관계에 놓이게 된다. 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결 등), 이 사건에서 원고들은 이를 들어 피고 서장대에게 위 중소기업은행의 근저당권설정등기가 말소되기 전까지는 2. 건물의 매매대금 지급을 거절할 권리가 있다(일본 최고재판소 1964. 2. 4. 선고 소화 36년(才)1299호 판결 등 참조).

이때 임차인이 지상물의 인도 및 소유권이전등기의무에 관하여 선이행의무를 부담하는지 아니면 매매대금의 지급과 동시이행의무를 부담하는지가 문제되는데, 일본 동경고등재판소 1962. 1. 31. 선고 소화 32년(ネ)1403호 판결 및 요코하마 지방재판소 1965. 1. 22. 선고 소화 40년(レ)51호 판결은 임차인이 동시이행의 항변권을 행사할 수 없다고 판시한 바 있다(다만 위 요코하마 지방재판소는, 임차인이 우리 민법 제589조=일본 민법 제578조에 의하여 임대

에 관하여 2019. 2. 19. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행함과 아울러 위 건물을 인도하고, 원고들로부터 공동하여²⁰⁾ 위 임대차보증금 잔액 1억 9,850만 원에서 최종적으로 차임을 지급한 이후인 2018. 9. 1.부터 별지 목록 기재 1.토지의 인도 완료일까지 위 약정 차임 또는 그에 상당하는 부당이득²¹⁾

인에게 매매대금의 공탁을 청구한 경우에는 그 공탁시까지 건물의 인도 및 소유권이전등기를 거절할 수 있다고 보았다).

이와 같은 일본의 판례를 지지하는 견해도 있으나(조열래, “임대차에 있어서의 매수청구권”, 재판자료 제32집, 1986년), 그렇게 해석할 경우 임차인은 매매대금을 지급받기 전에 인도 및 소유권이전등기의무를 선이행하게 되어 크게 불리할 뿐 아니라(민법 제588조는, 매수인의 대금지급의무가 이행기에 도달한 경우라도 위험이 있으면 그 지급을 거절할 수 있다는 의미이지 반드시 매도인의 동시이행항변권까지 박탈하고 선이행을 요구하는 것이라고 해석하기는 어렵다), 임대인은 상환이행판결을 받더라도, 근저당채무를 대위변제하고 그에 따른 구상금채권과 매매대금채권을 상계하거나 민법 제487조 본문에 의하여 근저당권의 말소를 수령 조건으로 하여 그 매매대금을 공탁함으로써 자신의 채무를 이행하고 인도청구권 및 소유권이전등기청구권을 강제집행할 수 있어 아무런 손해를 입지 않는다는 점을 고려하면 반대의 견해를 취할 수도 있다. 더욱이, 대법원은 매매목적물에 근저당권이 설정된 경우 매수인은 그 채권최고액 또는 그 피담보채무액(채무액이 확인된 경우)의 한도 내에서만 매매대금 지급을 거절할 수 있다고 하고 있는바(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결, 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결, 2008. 5. 29. 선고 2007다4356 판결-임차인의 매수청구권 행사에 따른 매매의 경우임), 이에 의하면 이 사건에서 원고들은 중소기업은행의 근저당채권최고액의 한도 내에서만 매매대금 지급을 거절할 수 있다.

한편, 원고들은 피고 서장대를 대위하여 중소기업은행에 근저당채무를 변제한 후 변제자대위를 하거나 구상권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라, 장래 중소기업은행의 임의경매신청으로 인해 2.건물의 소유권을 상실한 경우 손해배상청구권을 취득하게 되는 물론이지만, 사전에 위 근저당채무액에 상당한 돈을 피고 서장대에게 요구하거나 그 채무를 대위변제함이 없이 미리 상계한다든지, 등기의무자 아닌 그에게 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수는 없다. 따라서 원고들은 매매대금 전액 지급과 상환으로 2.건물의 소유권이전 및 인도의무이행을 구하는 판결을 받은 후 위 근저당채무를 대위변제하거나 그 상당액을 공탁하고 나서 상계를 한 다음 그 잔액을 지급하고 이들 자료를 첨부하여(매매대금을 지급한 사실은 강제집행의 개시요건이다.) 2.건물의 소유권이전 및 인도의무에 대한 강제집행을 하는 수밖에 없다. 그런데 변제공탁의 경우 그로써 근저당권설정등기가 말소되지는 않으므로 대위변제하여 이를 말소한 후 2.건물의 소유권이전등기를 받는 쪽이 안전하고 일거에 문제를 해결하는 것이 된다.

20) 앞서 본 바와 같이 원고들이 1.토지를 공동으로 임대하였으므로 피고 서장대에 대한 보증금반환채무는 불가분채무이고, 따라서 공동하여 보증금지급의무를 진다.

21) 2019. 2. 19.부터는 임대차기간이 종료하여 임대차계약이 더 이상 존재하지 않으므로 피고 서장대가 2.건물의 매수청구권을 행사하였더라도 실제로 1.토지(와 2.건물)를 사용·수익하면

으로서 월 150만 원의 비율에 의한 금액²²⁾을 공제한 나머지 금원을 지급받음과 동시에 위 1.토지를 인도할 의무가 있습니다.²³⁾

피고 서장대의 현 태도로 보아 2019. 2. 19. 이후 위 1.토지의 인도 완료일까지도 식당영업을 계속할 것임을 추인할 수 있으며,²⁴⁾ 그는 갑 제1호증의 5와

그 사용·수익은 부당이득이 된다(대법원 1997. 3. 14. 선고 95다15728 판결). 그러나 2018. 9. 1.부터 2019. 2. 18.까지는 임대차계약이 존속하므로 피고 서장대가 1.토지를 사용·수익한 여부와 관계없이 약정 차임을 지급할 의무가 있다.

한편, 특별한 사정이 없는 한 임대차계약 종료 이후 그 사용·수익에 따른 부당이득은 차임 상당액으로서, 약정 차임이 객관적 차임과 현저한 차이가 없는 이상 약정 차임을 부당이득액으로 추인할 수 있다.

22) 피고 서장대가 이미 지급을 지체한 차임에 대하여는 1.토지의 인도 완료일(보증금의 반환일)까지 상법 소정의 연 6%의 법정 지연손해금이 붙게 되고, 임대차보증금은 이 역시 담보하므로 이에 대해서도 공제를 주장할 수 있으나, 그 금액이 소액인 반면 계산이 복잡하므로 이 사건에서는 편의상 제외하였다.

23) 위와 같이 임차인이 이미 2.건물의 매수청구권을 행사한 이상 원고들은 2.건물의 철거를 청구할 수 없고, 그 같은 청구는 기각되게 된다. 그리고 1.토지의 인도와 2.건물의 철거청구에는 매매의 대상물인 2.건물의 인도를 구하는 청구가 포함된 것으로 볼 수 없으므로(대법원 1966. 5. 24. 선고 66다548 판결, 1972. 5. 23. 선고 72다341 판결 등) 철거소송 계속 중에 임차인이 매수청구권을 행사한 경우에는 건물의 철거 대신 그 인도를 구하는 것으로 청구취지를 변경해야 한다.

24) 건물의 소유를 위한 대지 임대차의 경우, 임대차종료 후 임차인이 임차물을 사용·수익함에 따른 부당이득반환의무는 임차인이 임차물의 인도·반환에 대하여 동시이행의 항변권을 갖고 있지 않은 때에는 그 해지 등에 따른 임대차의 종료와 동시에 대지의 사용수익권을 상실하여 건물의 사용·수익과 관계없이 그 건물의 존속 자체로써 대지를 사용·수익하는 것이 되어 부당이득이 성립한다(대법원 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결, 2007. 8. 23. 선고 2007다21856, 21863 판결 참조).

반면, 임차인이 임차물의 인도·반환에 대하여 동시이행의 항변권을 갖고 있을 때에는 그 동시이행의 항변권 행사의 방편을 넘어 실질적으로 임대차 목적물을 사용·수익하였어야만 부당이득반환의무가 발생하고(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45202, 45219 판결, 1997. 3. 14. 선고 95다15728 판결 등), 위와 같은 건물 소유를 위한 대지 임대차의 경우 대지의 점유는 건물의 존립상 불가피한 이상 임차인은 그 대지를 적법하게 점유할 권원이 있다고 보아야 할 것이므로, 임대차 종료 후 임차인이 건물을 사용·수익까지 하였어야 부당이득반환의무가 성립한다고 할 것이다. 이와 같은 교수실 의견에 찬성하는 견해(김제완, “건물 소유 목적 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 효과”, 법조 제551호(2002. 8.))와 반대하는 견해(김세용, “건물매수청구권을 행사한 토지 임차인의 부당이득반환의무에 대하여”, 실무연구

같이 위 임대차계약의 해지통고에 따른 효력을 부인하며 임대차계약의 해지 효력 발생일 이후에도 그 인도 의무 등을 이행하지 아니할 의사를 표시하고 있어 원고들은 위 소유권이전등기절차 및 인도 의무 등의 이행을 미리 청구할 필요가 있습니다.²⁵⁾

나. 별지 목록 기재 3.건물에 관하여

1) 상가건물의 임대차

원고 이영구는 2014. 8. 24. 피고 서장대에게 자신의 소유로서 미등기상대인²⁶⁾ 별지 목록 기재 3.건물(건축물대장상으로는 창고, 실제 용도는 공장²⁷⁾)을

자료 제7권, 대전지방법원(2006); 기세룡, “지상물매수청구권 행사의 효과”, 민사법연구 제15집 1호(2007. 6.); 강영호, “타인의 토지 위에 건물을 소유하고 있는 자의 부당이득반환의 범위와 매수청구권에 관한 제문제”, 대법원 판례해설 제30호(1998. 11.))가 있다. 반대하는 견해에서는 대법원 1998. 5. 8. 선고 98다2389 판결을 들고 있으나, 이 판결에서는 임차인이 지상물매수청구권을 행사한 상태에서 자신 소유의 지상 건물을 점유·사용하는 문제를 직접적인 논점(쟁점)으로 삼지 않았고, 앞선 판결인 대법원 1997. 3. 14. 선고 95다15728 판결과의 배치 여부에 대하여도 아무런 언급이 없다.

한편, 장래의 특정 시점까지 계속적으로 발생할 채무의 이행을 청구할 경우 그 사유가 장래의 특정시점까지 계속하여 존속한다는 것이 변론종결 당시에 예정할 수 있어야 한다(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결). 따라서 2019. 2. 19. 이후 피고 서장대가 1.토지와 2.건물에서 계속 식당영업을 하여야만 부당이득반환의무가 발생한다.

25) 피고 서장대의 2018. 9. 1. 이후 1.토지 및 2.건물의 인도 완료일까지의 차임 또는 그 상당의 부당이득반환의무는 물론 1.토지와 2.건물의 인도 의무 및 2.건물의 소유권이전등기 의무 역시 소 제기 당시를 기준으로 하면 아직 이행기가 도래하지 않았으므로, 이에 대하여는 미리 청구할 필요가 있어야만 장래 이행의 소로서 그 청구가 허용된다(민사소송법 제251조, 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다25576 판결 등). 그러므로 이에 관한 사항을 누락해서는 안 된다.

26) 원고 이영구는 임차인인 피고 서장대에 대한 관계에서는 임대차계약에 기하여 인도 및 차임, 차임 상당 부당이득의 반환을 구할 수 있으나, 전차인인 피고 정원수에 대한 관계에서는 소유권을 내세워야만 한다.

27) 상가건물임대차보호법 제2조에 의하여 동법의 적용 대상이 되는 상가건물은 부가가치세법 등에 의한 사업자등록의 대상이 되는 건물인바, 부가가치세법 등에서는 그것이 실제 영업(영리활동)에 사용되는 것이면 족하고 특별히 그 종류나 건축허가의 여부, 등기된 여부 등을 묻지 않고 있다. 따라서 공부상 용도가 창고라고 하더라도 실제 영리활동에 적합한 구조를 갖추고 영리활동이 계속적·반복적으로 영위되는 건물이면 동법의 적용 대상이 될 수 있다.

임대차기간 2014. 8. 27.부터 12개월, 임대차보증금 1억 원, 월 차임 120만 원 (매월 후불)으로 약정하여 임대하였는바(갑 제2호증의 1 참조),²⁸⁾ 피고 서장대는 현재까지 위 3.건물에서 '그린슈슈'라는 상호로 물수건 세탁공장을 운영하고 있습니다.²⁹⁾

2) 임대차계약의 종료

한편 원고 이영구와 피고 서장대는 위 임대차기간이 만료한 2015. 8. 27.부터 2017. 8. 27.까지 3회에 걸쳐 쌍방 합의로 임대차계약을 갱신하였는바, 이에 따라 2017. 8. 27.에 갱신된 위 임대차계약기간은 2018. 8. 26.에 만료되었습니다.

피고 서장대는 2018. 7. 20.자 갱신요청서(갑 제2호증의 2)를 통하여 상가건물임대차보호법 제10조 제1항 본문에 의해 위 임대차계약의 갱신을 요구하였습니다.³⁰⁾ 그러나 피고 서장대는 2018. 2.경 위 3.건물 중 별지 도면 표시 2, 3,

28) 상가건물임대차보호법은 모든 상가건물의 임대차에 적용되는 것이 아니라 대통령령이 정하는 보증금을 초과하는 임대차에 대하여는 적용되지 않는다(동법 제2조 제1항 단서). 다만, 대항력에 관한 동법 제3조(2015. 5. 13. 이후 체결되거나 갱신된 임대차계약에 한함), 계약갱신청구권에 관한 동법 제10조 제1항, 제2항, 제3항 본문, 차임과 보증금의 증감, 권리금 등에 관한 동법 제10조의2 등 일부 규정은 위 보증금을 초과하는 임대차에 대하여도 적용된다(동법 제2조 제3항).

원고 이영구와 피고 서장대 사이의 최종 임대차계약 당시(2017. 8. 27.에 갱신) 시행 중이던 상가건물임대차보호법시행령에 의하면 서울특별시의 경우 보증금이 4억 원 이하인 경우에만 동법이 적용된다(시행령 제2조 제1항 제1호). 한편, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 이를 대통령령으로 정한 비율에 의해 환산한 금액을 보증금에 가산하는바(동법 제2조 제2항), 동법시행령에 의하면 월차임에 100을 곱한 금액을 보증금에 가산하도록 하고 있다(시행령 제2조 제2, 3항). 따라서 이 사건에서는 보증금 1억 원과 월차임 120만 원에 100을 곱한 1억 2,000만 원을 합한 금액이 2억 2,000만 원으로서 위 4억 원에 미달하므로 동법이 모두 적용된다.

29) 피고 서장대가 '그린슈슈'에 대하여 상가건물임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항요건인 사업자등록을 하지 않았으므로 대항력을 취득하지는 못하였으나, 이 대항력은 상가건물의 양수인 등 제3자에 대한 관계에서 임차권의 주장, 경매절차 등에서의 우선변제권 행사에만 필요하고 임대인과 임차인 상호간의 관계에서는 전혀 필요 없다. 즉, 대항력을 갖추지 않았더라도 상가건물임대차보호법 제9조, 제10조 등 많은 규정의 적용까지 배제되는 것은 아님에 주의하여야 한다.

6, 5, 2의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 41m'를 피고 정원수에게 무단히 전대하여, 현재 피고 정원수가 그곳에서 '이서방치킨'이라는 양념통닭집을 운영하고 있으므로, 원고 이영구는 2018. 7. 23. 위 법률 제10조 제1항 단서 제4호에 따라 피고 서장대에게 전화로 위 임대차계약의 갱신을 거절하였습니다.³¹⁾

3) 차임 지체

피고 서장대는 2018년 6월분(6. 27.~7. 26.) 이후 현재까지의 차임을 지급하지 않았습니다.³²⁾

30) 상가건물의 임차인은 전체 5년의 범위 내에서 임대차계약의 갱신을 요구할 수 있고, 특별한 사정 없이 이를 배제·제한하는 약정은 무효이다(상가건물임대차보호법 제10조 제2항, 제15조).

31) 임차인에게 상가건물임대차보호법 제10조 제1항 단서 각호의 사유가 있는 경우에도 임차인이 당연히 갱신요구권을 상실하는 것이 아니라, 임대인이 이 같은 사유를 들어 갱신요구를 거절할 수 있을 뿐이다. 즉, 임대인의 항변사유이지 임차인의 갱신요구권 상실사유가 아니다. 한편, 임대인이 임차인의 갱신요구 여부에 불구하고 계약기간 만료 전 6월부터 1월까지 사이에 임차인에게 갱신거절 또는 조건의 변경에 대한 통지를 하지 아니하면 위 법률 제10조 제4항에 의하여 그 기간 만료 시 전 임대차와 동일한 조건으로(단, 임대차기간은 2009. 5. 8.부터는 동법 제10조 제4항에 의해 1년으로 된다) 다시 임대차한 것으로 간주되므로(즉, 묵시의 갱신이 이루어진다. 그리고 제10조 제4항에서 정하는 법정갱신에 대하여는, 임차인의 갱신요구권에 관하여 전체 임대차기간을 5년으로 제한하는 제10조 제2항의 규정은 적용되지 아니한다. = 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결), 이를 막기 위해서는 반드시 임대인은 위 기간 내에 위와 같은 통지를 하여야만 한다.

32) 상가건물임대차보호법은 임차인이 3기의 차임액을 연체한 경우 임대인은 임차인의 갱신요구를 거절할 수 있고(제10조 제1항 단서 제1호), 2015. 5. 13. 이후부터는 임대차계약을 해지할 수 있도록(제10조의8) 규정하고 있는바, 민법은 2기의 차임을 지체한 경우 계약 해지사유로 하고 있고(제640조), 주택임대차보호법은 2기의 차임을 지체한 경우 묵시의 갱신을 배제하고 있는 것(제6조 제3항)과 대비된다.

그런데 이 사건에서와 같이 상가건물의 임차인이 2기 이상의 차임을 지체한 경우 민법 제640조에 의해 임대차계약을 해지할 수 있는지 의문이 있는바, 상가건물임대차보호법이 2015. 5. 13.에 개정되기 전의 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다28486 판결은, 상가건물임대차보호법의 적용을 받는 상가건물의 임대차에도 민법 제640조가 적용되고, 상가건물의 임대인이더라도 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 이르는 때에는 임대차계약을 해지할 수 있다고 판시하였다. 그러나 위와 같이 상가건물임대차보호법의 개정으로 연체액이 3기의 액에 달하여야만 해지할 수 있으므로 위 판례는 2015. 5. 13. 이후로는 적용되기 어렵다. 주택임대차와 관련해서는 주택임대차보호법 제6조 제3항에 불구하고 민법 제640조에 의한 해

4) 소결론

따라서 피고 서장대가 원고 이영구로부터 위 임대차보증금 1억 원에서 2018. 6. 27.부터 위 3.건물의 인도 완료일까지 월 120만 원의 비율에 의한 차임³³⁾을 공제한 나머지 금원을 지급받음과 동시에 원고 이영구에게, 피고 서장대는 임대차계약의 종료에 따라 위 3.건물을 인도하고, 피고 정원수는 원고 이영구의 소유권에 기한 방해배제 의무로서 그 건물 중 위 41㎡³⁴⁾로부터 퇴거³⁴⁾할 의무가 있습니다.

지를 할 수 있다는 것이 통설이다.

33) 상가건물임대차보호법에 의하면 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차관계가 존속하는 것으로 간주된다(제9조 제2항. 이는 주택임대차보호법 제4조 제2항과 같은 규정이다). 이를 통상 법정임대차관계로 부르며, 이는 보증금을 반환 받을 때까지 그 정산을 위한 범위 내에서 임대차관계가 의제되는 것이므로 약정임대차와 달리 차용물을 사용·수익한 경우에만 차임을 지급할 의무를 진다는 것이 통설이다.

34) 피고 정원수는 원고 이영구 소유인 3.건물 일부의 점유자인바, 원고 이영구는 임차인인 피고 서장대와의 임대차관계가 해지 등에 의하여 종료하지 않은 한 소유권에 기하여서도 피고 정원수에게 직접 자기 앞으로의 인도를 청구할 수 없고 임차인인 피고 서장대 앞으로의 인도만을 청구할 수 있다(통설. 반대 견해도 있음).

이 사건에서는 이미 원고 이영구와 피고 서장대의 약정임대차계약 기간이 만료하였고, 앞서 본 바와 같이 임대차보증금의 반환과 동시에 법률에 의해 의제된 임대차계약도 종료하게 되므로 피고 서장대에 대한 임대차보증금의 반환과 상환으로 직접 자신 앞으로의 인도 청구가 가능하다. 그 결과 피고 서장대는 임대차관계에서는 3.건물 전부에 대한 인도의무를 지고, 원고 이영구의 소유권에 대하여는 3.건물 중 직접 점유하고 있는 부분에 대하여만 인도의무를 지며(소유권에 기한 방해배제청구로서의 인도청구는 상대방이 직접 점유하는 부분에 대하여만 가능하고 간접점유하는 부분에 대해서는 할 수 없다. 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다68768 판결 등), 피고 정원수는 원고 이영구의 소유권에 대하여만 3.건물 중 자신의 점유 부분을 인도할 의무를 진다.

이 사건에서는 이 같은 복잡한 법률관계를 고려하여 편의상 피고 서장대에게는 3.건물 전부의 인도를 구하고, 피고 정원수에게는 인도에 갈음하여 그 점유 부분으로부터의 퇴거를 구하는 것으로 하였다. 퇴거는 소극적으로 점유를 해제하는 것에 불과하고 적극적으로 상대방에게 점유를 이전하는 것은 아니지만, 실질적으로는 큰 차이가 없다.

2. 피고 주식회사 한일상호저축은행에 대한 청구

가. 주택 임대차

1) 원고 최영희는 2014. 3. 5. 소외 정우리에게서 별지 목록 기재 4.건물 중 1층 점포 116㎡를 임대차기간 2014. 3. 10.부터 2019. 3. 9.까지, 임대차보증금 (채권적 전세금) 7,000만 원으로 약정하여 임차하고(갑 제3호증의 1 참조), 2014. 3. 10. 보증금 전액을 지급함과 동시에 이를 인도받았습니다(갑 제3호증의 2 참조).

2) 위 점포는 임대차계약 당시 철물점 50㎡, 방 60㎡, 화장실 6㎡의 구조였는데, 원고 최영희는 이를 인도받은 즉시 아들인 소외 방희재와 함께 입주하여 현재까지 거주하고 있고, 위 방희재는 2014. 3. 10. 주민등록전입신고를 마쳤으며, 2014. 3. 15. 확정일자도 받았습니다(갑 제3호증의 1, 3, 4 참조).

나. 임의경매와 배당

1) 한편 위 정우리는 위 4.건물 및 그 대지(서울 성북구 정릉2동 567 대 180㎡)에 관하여, 2009. 9. 1. 소외 주식회사 신한은행 앞으로 채권최고액 1억 원의 근저당권설정등기를 마쳐준 데에 이어 2014. 6. 10. 피고 주식회사 한일상호저축은행 앞으로 채권최고액 3억 원의 근저당권설정등기를 마쳐주었습니다.

2) 그런데 피고 주식회사 한일상호저축은행이 임의경매를 신청하여 2018. 2. 16. 귀 법원 2018타경127호로 임의경매개시결정이 내려지고 경매절차가 진행된 결과, 소외 전태수에게 매각허가결정이 선고³⁵⁾되고 2018. 7. 21. 대금이 납부되어³⁶⁾ 그가 소유권을 취득하였습니다(갑 제3호증의 5 참조).

35) 매각허가 여부의 재판은 결정으로 하지만, 이는 고지가 아닌 선고를 하여야 한다(민사집행법 제126조 제1항).

36) 등기기록에 “2018년 7월 21일 임의경매로 인한 매각”으로 기재되어 있는바, 이는 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금 납부일을 등기원인일자로 기재하도록 한 데에 따른 것이다.

한편, 원고 최영희는 배당요구기간 내인 2018. 2. 26. 배당요구를 하였는데 (갑 제3호증의 6 참조),³⁷⁾ 귀 법원은 2018. 8. 25.의 배당기일에 실제 배당할 금액 2억 5,000만 원 중 2,300만 원을 1순위로 위 신한은행에 배당하고, 나머지 2억 2,700만 원은 2순위로 피고 주식회사 한일상호저축은행에 배당하는 내용의 배당표를 작성하여 배당을 실시하고, 원고 최영희에게는 전혀 배당을 하지 않았습니다(갑 제3호증의 7 참조).

3) 그러나 원고 최영희는 주택임대차보호법 소정의 임차인으로서 피고 주식회사 한일상호저축은행과의 관계에 있어서는 우선하여 그 보증금 전액을 배당·변제받을 권리가 있습니다.

즉, ① 위 임대차 목적물인 점포는 비록 비주거용인 철물점이 일부 포함되어 있기는 하나, 그 면적이 주거용인 방과 화장실의 면적보다 작고, 원고 최영희와 방희재는 위 방과 화장실에서만 전적으로 기거하였을 뿐 그 외에 다른 주거가 없었으므로, 이는 주택임대차보호법 제2조의 주택에 해당하며,³⁸⁾ ② 주

37) 주택임대차보호법에 의한 대항요건 및 확정일자를 갖추거나 동법상의 임차권등기명령 또는 민법 제621조에 의한 임차권등기를 한 임차인은 저당권자와 마찬가지로 경매절차에서 보증금의 우선변제권이 있으나(제3조의2 제2항, 제3조의3 제5항, 제3조의4 제1항), 경매신청등기 전까지 임차권등기를 하지 않은 경우에는 배당요구를 하여야만 배당을 받을 수 있다(민사집행법 제148조 제2, 4호, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다10263 판결, 1998. 10. 13. 선고 98다12379 판결 등 참조). 이 배당요구는 경매절차상의 이해관계인이 되기 위한 권리신고(민사집행법 제90조 제4호)와는 다른 것이다.

38) 4.건물의 1층은 비주거 부분인 영업 부분과 주거 부분이 혼재하는바, 이 경우 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법 중 어느 것이 적용되어야 하는지 문제된다(양 법률의 내용은 많은 부분에서 다르다). 위 법률들은 상호간의 관계나 그 적용상의 구별기준을 명시하고 있지 않은바, 양 법률은 선택적 관계가 아니라 배타적 관계에 있는 것으로 보아야 할 것이고, 그 구별의 기준은 영업 부분과 주거 부분 중 어느 것이 주된 부분인지에서 구해야 할 것이다(박해식 외, 상가임대차분쟁소송, 법률정보센터, 47면; 민일영, 주택경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 20면 참조). 한편, 임차한 주거용 건물의 일부가 비주거용으로 사용되는 경우에도 주택임대차보호법이 적용되는바(동법 제2조 후문), 주거용 건물인지 여부는 공부가 아닌 현황과 실제 용도를 기준으로 하고(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카823 판결 등), 일부가 비주거용인 경우에는 임대차의 목적, 전체 건물과 임대차 목적물의 구조와 형태, 임차인의 목적물 이용관계, 임차인이 그곳에서 일상생활을 영위하는지

주택임대차보호법 제3조 제1항의 주민등록은 임차인 본인이 주민등록 전입신고를 하지 않았더라도 그 동거 가족이 주민등록을 하였으면 족한데,³⁹⁾ 위와 같이 원고 최영희와 그 아들인 방희재가 위 주택을 인도받고 방희재가 주민등록 전입신고를 마쳤을 뿐만 아니라 2014. 3. 15.자로 확정일자⁴⁰⁾까지 갖추었기 때문입니다.

다. 소결론

따라서 원고 최영희는 위 인도와 주민등록 및 확정일자 이후에 근저당권을 취득한 피고 주식회사 한일상호저축은행에 대한 관계에서는 주택임대차보호법 제3조의2 제2항 및 제8조에 의하여 그 보증금 전액을 우선 배당·변제받을 권리가 있음에도,⁴¹⁾⁴²⁾ 피고 주식회사 한일상호저축은행이 법률상의 원인 없이 이를

여부 등을 종합적·합목적적으로 고려하여 동법의 적용 대상 여부를 결정한다(대법원 1988. 12. 27. 선고 87다카2024 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다52522 판결, 1996. 5. 31. 선고 96다5971 판결 등).

이 사건에서는 주거 부분이 영업 부분인 철물점보다 크므로 주택임대차보호법을 적용하였다(더욱이 원고 최영희는 철물점에 대하여 사업자등록을 하지 아니하여 상가건물임대차보호법에 의한 대항력을 취득하지 못하였고, 따라서 동법 제5조 제2항이나 제14조에 의한 우선변제권을 행사할 수 없다는 사정이 있다).

³⁹⁾ 대법원 1987. 10. 26. 선고 87다카14 판결, 1988. 6. 14. 선고 87다카3093, 3094 판결, 1989. 1. 17. 선고 88다카143 판결, 1996. 1. 26. 선고 95다30338 판결 등. 한편, 임대인의 동의를 얻어서 한 임차권의 양도 또는 전대의 경우에는 전차인의 점유와 주민등록만으로도 대항력이 취득·유지된다(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2509 판결, 1994. 6. 24. 선고 94다3155 판결 등).

⁴⁰⁾ 주택임대차보호법상 대항력과 확정일자는 서로 다른 개념이고 그 효과도 다르다. 대항력은 주택의 인도와 주민등록만으로써 족하고, 이로써 임차 건물의 양수인 등에 대하여 임차권을 주장할 수 있는 효력이 있으나 확정일자를 못 갖추면 대항력 있는 임차인이라도 경매절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다(제3조의2 제2항) 다만, 소액보증금에 해당하는 경우 확정일자가 없어도 우선 변제받을 수 있다(제8조).

⁴¹⁾ 주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 의해 임차인이 우선변제권을 행사하는 경우 다른 근저당권자와의 우열관계는 인도·주민등록·확정일자 중 최후로 된 날짜와 근저당권설정등기 날짜의 선후에 의한다. 제3조의2 제2항의 임차인이라도 소액임차인에게 우선할 수 없음은 물론이며, 같은 제3조의2 제2항의 임차인 상호간에는 그 요건을 갖춘 선후에 의한다. 이에 반해 소액임차인 상호간은 대항력의 선후 및 보증금의 액수와 관계없이 동순위가 되고, 다만 그 우선변제되는 일정액의 합산액이 주택과 대지 가액의 2분의 1을 초과하는 때에는 위 2

배당받았으므로 피고 주식회사 한일상호저축은행은 원고 최영희에게 부당이득의 반환으로서⁴³⁾ 위 보증금 상당액인 7,000만 원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 의한 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.⁴⁴⁾

분의 1 금액을 각 일정액의 비율로 배분한다. 아울러 원고 최영희와 같이 임차인이 제3조의2 제2항의 요건과 소액임차인 자격을 점유하는 때는 먼저 소액임차인 지위에서 일정액을 배당받고 그 잔액은 제3조의2 제2항에 의해 배당받는다.

42) 원고 최영희는 주택임대차보호법 제3조의2의 요건을 신한은행의 근저당권설정등기 이후에야 갖췄으므로 신한은행에 우선할 수 없다. 그 결과 매수인(경락인)인 전대수에게도 대항력을 행사할 수 없게 된다(주택임대차보호법 제3조의5, 대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1936 판결, 2000. 2. 11. 선고 99다59306 판결 등). 또한, 동법 제8조에 의한 소액임차인은 2014. 1. 1.부터 2016. 6. 30.까지는 서울지역의 경우 그 보증금액이 9,500만 원 이하인 임차인은 이에 해당하나, 신한은행의 근저당권설정 당시(2009. 9. 1.)에는 동법상 보호되는 소액임차인의 보증금액은 6,000만 원 이하였고 그 후 동법상 보호되는 보증금액의 인상은 개정된 시행령 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대해서는 소급효를 갖지 못하므로(2008. 8. 21.자, 2010. 7. 21.자, 2013. 12. 30.자, 2016. 3. 31.자 각 개정된 주택임대차보호법시행령 부칙 참조) 역시 신한은행에 우선할 수 없다. 따라서 원고 최영희는 한일상호저축은행에 대한 관계에서만 제3조의2 제2항의 우선변제권 및 제8조의 소액임차인으로서의 우선변제권을 주장할 수 있다.

43) 배당순서가 잘못된 경우 배당을 받을 채권자는 배당기일에 출석하여 이의를 진술하고 배당기일로부터 1주일 내에 배당이의의 소를 제기하여 승소판결이 확정되면 배당표의 잘못을 바로잡을 수 있다(민사집행법 제151조, 제154조). 따라서 원고 최영희와 같이 배당기일에 출석하지 않았거나 출석하였더라도 이의를 진술하지 않은 사람은 배당이의의 소를 제기할 수 없다.

그러나 주택임대차보호법 등에 의하여 우선변제권이 있는 사람은 배당이의를 하지 않았거나(배당기일에 출석하였으나 이의를 하지 않은 경우는 물론 배당기일에 출석조차 하지 않은 경우를 포함한다), 배당이의를 하였으나 배당이의의 소를 제기하지 않은 경우(민사집행법 제155조)에도 배당이의의 소가 아닌 일반 소송절차로서 후순위권리자에게 부당이득반환 청구를 할 수 있다(대법원 1988. 11. 8. 선고 86다카2949 판결, 1994. 2. 22. 선고 93다55241 판결, 1997. 2. 14. 선고 96다51585 판결, 2001. 3. 13. 선고 99다26948 판결, 2002. 10. 22. 선고 2000다59678 판결 등). 나아가 대법원은 우선변제권 없는 일반 채권자(비 근저당채권자 등)에 대해서도 이를 허용한다(대법원 1993. 3. 26. 선고 92다52773 판결). 다만, 어느 경우에도 배당요구는 하였어야만 한다(대법원 1996. 12. 20. 선고 95다28304 판결 등).

44) 한일상호저축은행이 악의로 배당을 받은 경우에는 민법 제748조 제2항에 의하여, 이득을 취득한 배당표의 확정 시부터 법정이자를 가산하여 지급할 의무를 지게 되나, 이 사건에서 원고 최영희가 확정일자 있는 임대차계약을 경매법원에 제출하지도 않았고, 이에 따라 경매법원도 원고 최영희에게 우선변제권이 없는 것으로 판단한 것을 고려하면 위 은행이

3. 결론

이상과 같은 이유로 원고는 청구취지와 같은 재판을 구합니다.⁴⁵⁾

증 명 방 법

1. 갑 제1호증의 1 (등기사항전부증명서－ 일원동 124)
2. " 2 (임대차계약서－ 일원동 124)
3. " 3 (등기사항전부증명서－ 일원동 124 지상 건물)
4. " 4 (통지서)
5. " 5 (답신)
6. 갑 제2호증의 1 (임대차계약서－ 일원동 123)
7. " 2 (갱신요청서)
8. 갑 제3호증의 1 (임대차계약서－ 정릉2동 567)
9. " 2 (확인서)
10. " 3 (주민등록표 등본)
11. " 4 (제적 등본)
12. " 5 (등기사항전부증명서－정릉2동 567)
13. " 6 (배당요구서)

악의였다고 보기는 어렵다.

한편 민법 제749조 제2항은, 선의의 수익자라도 패소한 때는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 본다고 규정하고 있는바, 위 소는 부당이득반환청구의 소를 의미하며(대법원 1974. 7. 16. 선고 74다525 판결 참조), 그 소의 패소 확정 전에 미리 이를 전제로 소 제기 시부터 악의의 수익자로서의 반환을 구하는 것도 가능하다(대법원 1979. 8. 31. 선고 78다 858 판결). 다만, 위 '소 제기 시'가 소장의 제출 시인지 소장 부분의 송달 시인지 다툼이 있는데 대법원 판결(1974. 7. 16. 선고 74다525 판결 및 1978. 10. 10. 선고 78다1273 판결)은 소장 제출 시로 보고 있는 듯하다. 이 같은 판지에 따르면 소장 제출 시부터 소장 부분 송달 시까지는 법정이자에 지급을 구할 수 있으나, 그 기간이 단 며칠에 불과하고 이율도 낮으므로 이 사건에서는 편의상 이를 구하지 않았다.

45) 각각의 청구에서 이미 자세하게 소결론을 기재하였으므로 대결론에서는 이와 같이 간단하게 기재한다.

14. “ 7 (배당표)

첨 부 서 류

1. 위 증명방법	각 4통 ⁴⁶⁾
2. 토지대장 등본 ⁴⁷⁾	1통
3. 건축물대장 등본	2통
4. 송달료납부서	1통
5. 영수필확인서	1통
6. 소송위임장	1통
7. 등기사항전부증명서	1통
8. 소장 부분	3통

2018. 9. 3.

원고들 소송대리인

변호사 박연수 (인)

서울중앙지방법원⁴⁸⁾ 귀중

⁴⁶⁾ 피고(3인)용 3통 + 법원제출용 1통

⁴⁷⁾ 이 사건 소의 소송목적에 토지와 건물이 포함되어 있으므로 그 소가 산정을 위하여 토지대장 등본과 건축물대장 등본을 제출하여야 한다(민사소송 등 인지규칙 제8조 제2항).

⁴⁸⁾ 피고 서장대의 보통재판적 소재지 관할법원은 서울서부지방법원이나(각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률 제4조 별표 3 참조), 위 피고에 대한 소송 목적물인 1., 2., 3.부동산의 소재지 관할법원인 서울중앙지방법원에 특별재판적이 생긴다(민사소송법 제20조).

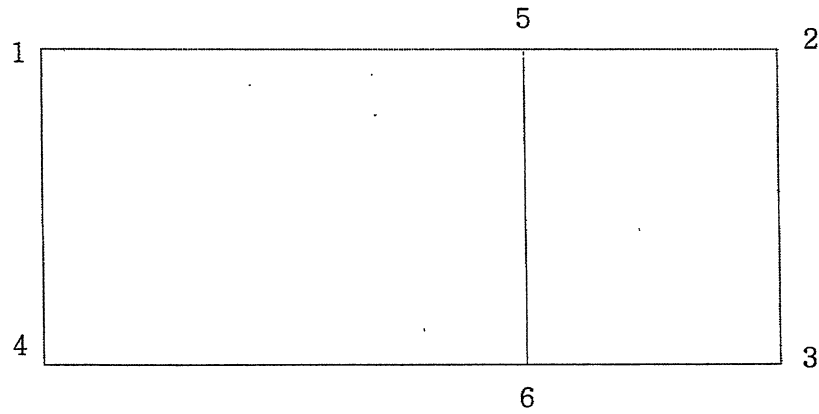
목 록

1. 서울 강남구 일원동 124 잡종지 120m²⁴⁹⁾
2. 위 지상(도로명 주소 : 서울 강남구 일원로 1204) 경량철골조 스테인리스
판넬 지붕 단층 근린생활시설 80m²
3. 서울 강남구 일원동 123 지상 세멘블록조 슬레이트 지붕 단층 창고 150m²
4. 서울 성북구 정릉로 510 시멘트벽돌조 기와 지붕 2층 주택 및 점포
1층 점포 116m²
2층 주택 116m². 끝.

⁴⁹⁾ 토지를 특정할 때는 특별한 사정(이미 앞에서 자세히 특정하여 중복을 피하고자 하는 경우 등)이 없는 한 지번과 지목, 면적을 반드시 표시하여야 한다.

도 면50)

4



50) 소 제기 시에는 우선 임의로 그렸다가 측량감정 후 그 결과에 따라 청구취지 및 원인 변경을 통하여 확정하면 된다.