

[문제 1]

소 장

원 고 1. 이석화 (611108-2369301)
서울 서초구 샘마루길 25
2. 전승우
서울 서대문구 연희로 221
원고들 소송대리인 변호사 사연생
서울 서초구 서초대로 37-1, 301호(서초동)
전화 525-1234, 팩스 525-1244, 전자우편 sayeonsu@naver.com

피 고 1. 정순만 (690513-1577696)
서울 송파구 올림픽로 226
2. 엄진수 (520519-1027513)¹⁾
서울 종로구 종로14길 15

소유권이전등기말소 등 청구의 소

청 구 취 지

1. 별지 목록 기재 부동산에 관하여,
가. 피고 엄진수는 원고 이석화에게서 5억 원 및 이에 대한 2016. 4. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율에 의한 금원을 지급받은 다음 원고 이석화에게 서울중앙지방법원 등기국 2016. 3. 27. 접수 제1153호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,

1) 여러 사람을 상대로 소를 제기할 필요가 있는 경우 공동소송의 요건을 충족하고 있다면 하나의 소로써 병합하여 제기하는 것이 소송수행이나 소송비용 면에서 매우 유익하다. 이 사안의 경우 원고와 피고 모든 당사자에 대한 관계에서 소송의 목적인 권리나 의무가 법률상 같은 원인으로 생긴 것이어서 민사소송법 제65조의 공동소송요건을 충족한다.

나. 피고 정순만은2) 피고 엄진수에게,

- 1) 위 같은 등기국 2018. 1. 17. 접수 제1624호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,
 - 2) 소외 엄창길에게서 2억 원 및 이에 대한 2016. 11. 5.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율에 의한 금원을 지급받은 다음 위 같은 등기국 2016. 11. 5. 접수 제2063호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고 정순만은 원고 전승우에게 별지 목록 기재 부동산을 인도하라.
 3. 소송비용은 피고들이 부담한다.
 4. 제2항은 가집행할 수 있다.
- 는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 원고 이석화의 청구

가. 피고 엄진수에 대한 청구

- 1) 소외 최정수는 2016. 2. 1. 피고 엄진수에게서 서울 은평구 불광동 721 잡종지 3,720㎡를 매수하면서 잔금 5억 원을 2016. 3. 31.까지 지급하되 지체 시에는 월 1%의 비율에 의한 지연손해금을 지급하기로 약정하였고, 원고 이석화는 최정수의 위 잔금 지급 채무를 연대보증하였습니다 (갑 제1호증).
 - 2) 최정수가 위 잔금의 변제기를 2016. 12. 말로 연기 받았는데, 원고 이석화는 2016. 3. 23. 위 보증채무를 담보하기 위하여 동 원고 소유의 별지 목록기재 부동산에 관하여 피고 엄진수 앞으로 2016. 3. 23. 매매를 원인
-
- 2) 원고 또는 피고별로, 또는 사실관계와 적용법리를 기준으로 청구취지나 청구원인을 나누어 효율적으로 기재하는 것이 좋다.

으로 한 소유권이전등기를 마쳐주기로 제소전화해를 해주었습니다(갑 제 2호증). 피고 엄진수는 위 제소전화해조서에 기하여 서울중앙지방법원 등기국 2016. 3. 27. 접수 제1153호로 별지 목록 기재 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤습니다(갑 제3호증).

- 3) 소비대차계약상의 차용금채무가 아닌 다른 채무의 담보를 위하여 채무자가 채권자 앞으로 부동산의 소유권을 이전하여 양도담보를 설정한 경우 '가등기담보' 등에 관한 법률'(이하 '가등기담보법'이라 함)³⁾은 적용되지 않으나, 그 소유권이전등기가 채무 변제를 갈음하여 확정적인 대물변제로 한 것이라는 특약이 없는 한⁴⁾ 정산절차를 요하는 '약한 의미의 양도담보' 계약을 한 것으로 추정됩니다.⁵⁾⁶⁾ 채권자가 그에 따른 정산절차를 마치지 않은 이상 변제기가 지났다는 것만으로는 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없고,⁷⁾ 실령 소유권이전등기가 제소전화해에 의하여 이

-
- 3) 가등기담보법은 1983. 12. 30.에 제정·공포되어 1984. 1. 1.부터 시행되고 있는데, 일본의 「가등기담보계약에 관한 법률」(1979. 4. 1. 시행)을 참고한 것이다.
- 4) 소비대차 아닌 원인으로 발생한 채권의 담보를 위해서 가등기나 양도담보가 이루어진 경우, 채무자 보호를 위하여 대법원은, 당사자 사이에 정산절차를 배제하기로 하는 확정적인 대물변제의 특약이 없는 이상 정산절차를 예정하고 있는 약한 의미의 양도담보로 해석하려고 한다. 확정적인 대물변제의 특약이 있는 경우에는 채권이 소비대차에 기한 것이 아니라면 민법 제607, 608조도 적용되지 않으므로 그 유효성을 인정할 수밖에 없다.
- 5) 민법 제607, 608조나 가등기담보법은 소비대차와 관련한 채권의 담보에만 적용된다. 소비대차 외의 원인으로 발생한 채권의 담보를 위해서도 가등기나 양도담보(매도담보, 재매매예약, 환매 등 포함)를 할 수 있는데, 이를 규율하는 법은 없으므로, 당사자 간의 약정과 판례로써 규율할 수밖에 없다.
- 6) 원고 이석화와 피고 엄진수가 제소전화해를 하기 전에 「변제기 전에는 제소전화해조서를 집행하지 않는다」고 약정하였고, 피고 엄진수가 그 약정에 반하여 변제기 전에 위 조서를 집행하여 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 위 조서에 원고 이석화의 소유권이전등기의무가 명시되어 있으므로 피고 엄진수 명의로 마쳐진 소유권이전등기가 무효라고 할 수는 없다. 부집행의 약속은 집행 단계에서 이를 주장하여 집행을 저지할 수 있을 뿐인데, 소유권이전등기와 같이 의사의 진술을 명하는 집행권원(판결, 화해조서)은 그 집행권원의 확정과 동시에 집행이 완료되는 것이므로 집행 단계에서 이를 저지할 수도 없다. 또한 제소전화해는 소송행위이고, 소송행위에는 민법 제109조, 제110조의 규정이 적용될 여지가 없으므로, 위 제소전화해가 피고 엄진수의 사기 등 기만에 의하여 착오로 이루어졌다고 주장하면서 그 효력을 부인하는 것도 불가능하다(대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결; 사법연수원, 민사실무 I, 2018년 판, 39면 이하 참조).

투어진 것이더라도 마찬가지입니다.⁸⁾

4) 피고 엄진수는 2017. 1. 31. 위 부동산의 시가가 5억 5,000만 원에 불과하여 당시까지의 매매잔대금 채무액과 같다는 이유로 원고 이석화에게 '지급할 정산금이 없다'는 취지의 통지를 해 왔으나(갑 제4호증), 위 통지 당시⁹⁾ 위 부동산의 가격은 15억 원 정도였습니다(갑 제5호증).

5) 양도담보채권자가 정산절차의 일환으로 담보 부동산의 가액을 평가하고 공제될 채무액을 계산하여 채무자 등에게 정산 통지를 하였더라도 그 부동산의 평가나 채무액 계산이 부당한 경우, 정당한 평가·계산을 통한 정산금을 지급하기 전까지는 정산절차가 마쳐지지 않아 이미 소유권이 전등기를 마쳤다 하더라도 채권자는 소유권을 취득할 수 없습니다.¹⁰⁾ 따

7) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다11900 판결, 2005. 7. 15. 선고 2003다46963 판결, 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결 참조

8) 대법원 1985. 10. 22. 선고 84다카2472, 2473 판결, 1987. 11. 10. 선고 87다카62 판결, 1992. 5. 26. 선고 91다28528 판결 등 참조. 종래에는 제소전화해가 가지고 있는 기판력을 이용하여 민법 제607, 608조나 가등기담보법의 제한을 회피할 목적으로 제소전화해가 많이 이용되었다. 그러나 대법원은 기판력을 침해하지 않고서도 채무자를 보호하기 위하여 제소전화해의 내용을 가능한 한 '약한 의미의 양도담보'계약으로 해석하여 왔다. 제소전화해에 터잡아 '약한 의미의 양도담보'에 해당하는 소유권이전등기가 마쳐졌지만 채권자가 정산절차를 마치지 않아 소유권을 취득하지 못한 경우라 하더라도 다른 원인무효 사유가 없는 한 이로써 바로 그 등기가 원인무효는 아니므로, 채무자 등은 채무를 변제 한 다음에 또는 채무 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구하여야 한다.

9) 피고 엄진수가 2017. 1. 31. 원고 이석화에게 통고서를 보낸 것은 담보권의 실행(정산)통지라고 볼 수 있다. 가등기담보법은 청산금 계산에 있어 부동산의 가액은 실행통지 시의 가액으로 한다고 명시하나(동법 제4조 제1항. 통지의 도달 시가 아니라 통지 시), 동법의 적용 대상이 아닌 양도담보 등에 있어서는 판례의 태도가 분명치 않다. 민법주해, 제7권, 351쪽은 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1608 판결이 귀속정산의 경우에는 청산금 교부 시를 취하였다고 설명하지만, 위 사안은, 변제기가 1971. 3. 7.이고 채권자가 1971. 7. 9. 귀속정산의 의사로 담보 부동산의 가액과 그 때까지의 채무액을 계산하여 잔액을 변제공탁한 경우인데, 판시 내용을 위 설명과 같이 해석하기는 어렵다. 다만, 처분정산의 경우에는 처분 시이다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000다12952 판결). 가등기담보법의 기준으로 해석함이 공평하므로 통지 후 부동산의 가액이 상승하였더라도 정산금 산정(부동산의 가액 및 채무액의 산정)은 실행통지 시를 기준으로 하여야 한다.

10) 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다10043, 10050 판결, 1994. 6. 28. 선고 94다3087, 3094 판결,

라서 피고 엄진수는 원고 이석화에게서 5억 원 및 이에 대한 2016. 4. 1. 부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율에 의한 금원¹¹⁾을 지급받은 다음 원고 이석화에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있습니다.¹²⁾¹³⁾¹⁴⁾

1996. 7. 30. 선고 96다6974, 6981 판결 등 참조. 이는 가등기담보법의 적용과는 관계 없이 모두 해당된다. 이 경우 채권자가 나름대로 평가한 청산금의 액수가 객관적인 청산금의 평가액에 미치지 못한다고 하더라도 담보권 실행통지로서의 효력이나 청산기간의 진행에는 영향이 없으므로 채권자는 다시 정당한 금액을 평가하여 청산통지를 할 필요가 없고, 채무자 등은 정당하게 평가된 청산금을 지급 받을 때까지 목적 부동산의 소유권이전등기 및 인도 채무의 이행을 거절하면서 피담보채무 전액을 채권자에게 지급하고 채권담보의 목적으로 마쳐진 가등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이다. 채무자 등이 정당한 청산금의 지급이 없었다는 이유로 동시이행 항변을 하는 경우에는 법원은 담보권 실행통지 당시의 부동산 시가와 선순위 채권액 등을 심리하여 정당한 청산금의 수액을 확정 후 채무자에게 정당한 청산금의 지급과 상환으로 가등기에 기한 본등기 및 인도 채무를 이행할 것을 명하여야 한다.

- 11) 채무자가 채무를 변제하고 담보가등기 또는 양도담보로 이루어진 소유권이전등기의 말소를 구하는 때에는 변제 시까지 발생한 원금, 이자, 지연손해금, 기타 채무자가 부담하기로 된 비용(예컨대 가등기나 양도담보 설정비용, 부동산 감정료 등) 전액을 변제하여야 한다(가등기담보법 제11조 본문 참조). 가등기담보법의 적용 대상이 아닌 경우에도 같다. 가등기담보법에서는 채무자의 변제와 그에 따른 말소청구는 변제기 경과 후 10년(제척기간) 내에만 허용된다(동법 제11조 단서).
- 12) 원고 이석화는 자신의 채무를 변제하지 않고 담보물의 소유권을 포기하는 대신 정산금의 지급을 청구할 수도 있고 채무를 변제하고 양도담보등기의 말소를 구할 수도 있다. 정산금의 지급을 청구하는 경우에는 정산금을 지급받는 때에 소유권은 채권자에게 확정적으로 귀속된다. 이 두 권리는 논리적으로 모순되지 않고 양립이 가능한데, 청구원인이 양립 가능하면 양자를 선택적으로 청구할 수도 있고, 순서를 정하거나 주위적·예비적 청구로 나누어 청구할 수도 있다. 전자의 경우 법원은 자유로이 어느 청구원인이든 선택하여 인용할 수 있고, 모든 청구원인이 이유 없으면 청구를 전부 기각하게 된다. 후자의 경우에는 법원은 그 순서에 따라 판단한다. 이때의 예비적 청구는 본래의 의미의 예비적 청구와 다르므로 부진정 예비적 청구라고도 부르며, 실질은 선택적 청구로서 '순위를 붙인 선택적 청구'라고도 한다. 이 답안에서는 원고 이석화의 의사에 따라 말소등기를 구하였다. 정산금을 구하는 청구를 한다면 다음과 같이 기재할 수 있다. [피고 엄진수는 원고 이석화에게, 9억 5,000만 원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 금원을 지급하라.] 그러나 이 사건에서는 피고 엄진수의 자력이 없으므로 거의 무익한 청구가 된다.
- 13) 원고 이석화가 엄진수에 대한 소유권이전등기의 말소 판결을 받더라도 그 판결에 기하여 바로 말소등기를 할 수는 없다. 엄진수의 소유권이전등기에 터잡아 서영익의 근저당권설정등기가 마쳐져 있으므로, 서영익에게서 엄진수의 소유권이전등기말소에 대한 승낙을 받거나(부동산등기법 제57조) 그에 갈음하는 판결을 받아야 한다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 서영익의 근저당권설정등기는 유효하므로 승낙에 갈음하는 판결을 받을 수 없다. 결국 소유권이전등기말소판결을 집행하기 전에 서영익에게 근저당권의 피담보

나. 피고 정순만에 대한 청구

1) 소외 엄창길은 2016. 11. 5. 피고 정순만에게서 2억 원을 변제기 2017. 11. 4., 이자 월 5%로 약정하여 차용하였습니다. 피고 엄진수와 피고 정순만은, 엄창길이 피고 정순만에게 위 차용원리금채무를 변제하지 못할 경우 피고 엄진수가 별지 목록 기재 부동산을 피고 정순만에게 양도한다는 내용의 대물변제예약을 체결하였습니다(갑 제6호증). 이에 따라 피고 엄진수는, 형식상으로는 같은 날짜 위 부동산에 관한 매매예약을 원인으로,¹⁵⁾ 피고 정순만에게 위 같은 등기국 2016. 11. 5. 접수 제2063호로 소유권이전청구권가등기를 마쳐주었습니다(갑 제7호증).

2) 엄창길이 채무를 변제하지 않자, 피고 정순만은 위 약정에 따라 피고 엄진수에게서 미리 받아 둔 인감증명서 등 등기신청에 필요한 서류를 이용하여 엄진수와 아무런 상의 없이 위 같은 등기국 2018. 1. 17. 접수 1624호로 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 마쳤습니다.

3) 위 대물변제예약을 한 2016. 11. 5.¹⁶⁾ 위 부동산의 시가는 11억 원이었고(갑 제5호증), 그 전에 소외 서영익¹⁷⁾ 앞으로 2016. 9. 11.자 채권최고액

채권을 임의로 변제하고 동인의 근저당권을 말소한 다음 소유권이전등기말소 판결을 집행하여야 한다.

14) '미리 청구할 필요'도 요건사실이지만, 이 사건에서는 이미 피고 엄진수의 청산통지사실 자체가 미리 청구할 필요를 나타내므로 별도로 기재할 필요가 없다.

15) 피고 엄진수와 정순만 사이의 매매예약이 순수한 매매예약이 아니라 대물변제예약이라는 것은 뒤에서 전개할 법리에 직접 관련되므로, 매매예약이 대물변제예약의 의사로써 형식적으로 이루어진 것이라는 취지를 명시하여야 한다.

16) 민법 제607, 608조와 가등기담보법은 대물변제 등의 예약 당시를 기준으로 재산권의 가액이 차용액 및 이자의 합산액을 초과하는 때에만 적용되므로(가등기담보법 제1조, 제2조 제1호), 가등기담보법이 적용되는가를 판단하기 위해서는 반드시 예약 당시를 기준으로 재산권의 가액과 차용액 및 이자를 산정하여야 한다.

17) 피고 엄진수 명의로 마쳐진 소유권이전등기는 담보 목적의 신탁적 양도로서 대외적 관계에서는 피고 엄진수가 적법한 소유권자이므로, 같은 피고가 정산절차를 거치지 않고 담보계약에 위반하여 이를 제3자(선악을 불문한다)에게 처분하더라도 유효하고 양도담보설정자는 제3자에게 대항할 수 없다(대법원 1962. 12. 27. 선고 62다724 판결, 1982. 7.

3,000만 원의 근저당권설정등기가 되어 있었으며(갑 제3호증), 2016. 11. 5.의 그 피담보채무는 2,000만 원이었으므로(갑 제8호증), 위 부동산의 시가에서 위 근저당권의 피담보채무액을 공제하면 2016. 11. 5.의 그 실질 가액은 10억 8,000만 원입니다.¹⁸⁾

- 4) 업창길과 피고 정순만은 이자율을 월 5%(연 60%)로 약정하였으나 그 차용 당시 이자제한법과 「이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정」에 따르면 최고이자율은 연 25%였으므로, 이를 넘는 부분은 동법 제2조 제3항에 따라 효력이 없습니다.¹⁹⁾ 따라서 위 차용 원금과 약정 변제기인 2017. 11. 4.까지의 이자제한법상의 이자는 합계 2억 5,000만 원[2억 원 + (2억 원 × 0.25 × 1년)]이어서²⁰⁾ 차용 당시 위 부동산의

13. 선고 81다254 판결, 1984. 9. 11. 선고 83다카1623 판결 등 참조). 따라서 소의 서영익의 근저당권설정등기는 유효하고, 서영익은 변제기까지의 이자와 원금만 지급받으면 근저당권설정등기를 말소해주겠다고 하고 있으므로, 미리 변제를 조건으로 말소를 구할 소의 이익도 없다. 다만, 양도담보권자인 엄진수의 배임행위에 서영익이 적극 가담하여 근저당권을 설정받은 사실을 원고 이석화가 입증할 수 있다면 「반사회적행위로서 무효」(대법원 1979. 7. 24. 선고 79다942 판결, 1984. 6. 12. 선고 82다카672 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002다18237 판결)라는 주장을 하여 말소를 구할 수 있겠으나, 이 사건 기록에는 그와 같은 사정이 나타나 있지 않다.

- 18) 재산권의 가액이 차용액과 이자의 합산액을 초과하는지를 판단함에 있어, 당해 재산권에 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 그 재산 가액 중 근저당권자의 우선변제권 있는 현존 피담보채무액 상당 부분은 대주의 이득으로 귀속될 수 없으므로, 차주가 그 피담보채무를 인수하였는가 아닌가와 관계없이 위 피담보채무액을 공제한 나머지 가액을 기준으로 재산권의 가액을 판단하여야 한다(대법원 1991. 2. 26. 선고 90다카24526 판결; 2005. 6. 10. 선고 2005다53 판결; 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결 참조). 예약 이후에 이루어진 선순위 근저당채무의 변제는 위 판단에 영향을 미치지 않는다.
- 19) 이자제한법은 1962. 1. 15.부터 시행되다가 1998. 1. 13. 폐지되었는데, 2007. 3. 29. 법률 제8322호로 다시 제정되고 2011. 7. 25. 개정되어 2012. 10. 26.부터 시행되다가 2014. 1. 14. 법률 제12227호로 다시 개정되어 제한이율이 연 25%로 축소되었다. 이들 법률에 의한 제한 최고이자율은, 각 소비대차계약일을 기준으로, 1983. 12. 16.~1997. 12. 21.은 연 25%, 1997. 12. 22.~1998. 1. 12.은 연 40%, 1998. 1. 13.~2007. 6. 29.은 무제한, 2007. 6. 30.~2014. 7. 14.은 연 30%, 2014. 7. 15.~2018. 2. 7.은 연 25%, 2018. 2. 8.~현재는 연 24%로서, 그 초과 부분은 무효이다(위 새 법률 제2조 제3항).
- 20) 민법 제607, 608조나 가등기담보법이 적용되는지 아닌지를 판단할 때에는 그 차용액의 이자 역시 이자제한법에 의한 제한이자를 기준으로 계산하여야 한다(대법원 1962. 10. 18. 선고 62다291 판결; 1970. 12. 22. 선고 70다2295 판결; 1991. 7. 26. 선고 90다15488

실질 가액이 차용원리금을 초과하므로, 위 대물변제예약에 관하여는 민법 제607조, 제608조와 가등기담보법이 적용됩니다.

5) 가등기담보법에 따라 채권자가 가등기담보권을 실행하여 본등기를 청구하려면, 채권의 변제기 후에 청산금의 평가액을 채무자 등²¹⁾에게 통지하여 그 통지가 도달한 날부터 2월의 청산기간이 경과하여야 하고, 이에 위반한 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 무효입니다(동법 제3조, 제4조 제2항, 제4항).²²⁾ 위 '채무자 등'에는 담보가등기 목적 부동산의 물상보증인도 포함되는데(동법 제2조 제2호), 피고 정순만이 물상보증인인 피고 엄진수에게는 이러한 실행 통지를 한 적이 없으므로(갑 제9호 증), 청산기간은 개시되지 않았습니다. 그러므로 피고 정순만은 위 부동산의 소유권을 취득하지 못하였고(동법 제4조 제2항),²³⁾ 피고 정순만이 마친 소유권이전등기는 원인무효입니다. 따라서 피고 정순만은, 피고 엄진수에게 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 소의 엄창길에게서 2억 원 및 이에 대한 2016. 11. 5.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율에 의한 금원을 지급받은 다음 피고 엄진수에게 위 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있습니다.

6) 원고 이석화는 피고 엄진수에게 앞서 본 바와 같은 소유권이전등기말소청구권이 있고, 피고 엄진수는 이미 청산절차가 끝났다는 이유로 이를 부인하면서, 피고 정순만에게 위 소유권이전등기말소청구 및 소유권이전

판결 등 참조). 엄창길의 경우에 이를 적용하면 차용액과 약정 변제기까지의 이자는 합쳐서 2억 5,000만 원이고(이자제한법을 적용하지 않은 경우의 3억 2,000만 원보다 적다.) 담보 부동산의 가액이 이를 초과하여 가등기담보법이 적용된다.

21) 채무자, 물상보증인, 제3취득자를 말한다(가등기담보법 제2조 제2호). 따라서 물상보증인이나 제3취득자가 있으면 이들과 채무자에게 함께 통지하여야 한다. 통지 대상자가 복수인 경우에는 최종적으로 통지가 도달한 때에 통지의 효력이 발생한다(통설).

22) 단, 특약이 채무자에게 불리하더라도 청산기간이 경과한 후에 행하여진 것으로서 제3자의 권리를 해하지 않는 것은 유효하다(동법 제4조 제4항 단서).

23) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결

청구권가등기말소청구권을 행사하지 않고 있습니다. 이에 원고 이석화는 피고 엄진수를 대위하여²⁴⁾ 피고 정순만에게 위 소유권이전등기의 말소 및 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차의 이행을 구합니다.

2. 원고 전승우의 청구

가. 원고 전승우는 2015. 6. 5. 원고 이석화 소유의 별지 목록 기재 부동산을 임대차기간 2015. 6. 9.부터 2020. 6. 8.까지, 임대차보증금 1억 원, 월 임대료 200만 원으로 약정하여 원고 이석화에게서 임차하고(갑 제10호증) 이를 사용하여 왔습니다.

나. 피고 정순만은 2018. 6. 9. 자신이 소유권자라고 주장하면서 용역업체 직원을 동원하여 강제로 원고 전승우를 별지 목록 기재 부동산에서 내보내고 현재 위 부동산을 점유·사용 중입니다.

다. 가등기담보법의 적용 대상인 담보계약의 경우 채무자는 채권자가 정당한 청산금을 지급하기 전까지 소유권이전등기나 인도를 거절할 수 있습니다(동법 제4조 제3항). 소비대차계약상의 채권이 아닌 다른 채권의 담보를 위한 양도담보가 이루어진 경우, 담보권자는 담보권 실행을 위한 환가절차의 일환으로서 채무자 또는 직접점유자인 제3자에게 담보물의 인도청구를 할 수 있지만,²⁵⁾²⁶⁾ 그 경우에도 채무자나 적법한 권원에 기하여 점

24) 양도담보설정자는 채무 변제 후의 등기명의 회복을 위한 소유권이전등기청구권 또는 소유권이전등기말소청구권에 기하여 양도담보권자를 대위하여 제3자명의로의 원인무효 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1988. 1. 19. 선고 85다카1792 판결; 대법원 1970. 7. 24. 선고 70다805 판결; 민법주해, 제9권, 751면).

25) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다21770 판결 등 참조. 가등기담보법의 적용 대상인 담보계약의 경우 정당한 청산금을 지급하기 전까지 채무자는 소유권이전등기나 인도를 거절할 수 있고(동법 제4조 제3항), 채무액을 변제하고 소유권이전등기의 말소를 청구할 수도 있다(동법 제11조 본문 참조). 법문에는 규정이 빠졌으나 가등기의 말소청구도 당연히 가능하다고 해석된다(민법주해, 제7권, 430쪽 참조). 채권자가 청산금을 지급하였더라도 정당한 청산금에 못미치면 소유권이전등기나 인도청구를 거절당할 수 있고, 이를 배제

유 중인 제3자에 대하여 소유권에 기한 인도청구를 할 수는 없습니다.²⁷⁾ 따라서 피고들은 별지 목록 기재 부동산의 소유권을 취득한 바가 없습니다.

라. 원고 전승우는 별지 목록 기재 부동산의 사용·수익권을 가지고 있는 원고 이석화에게서 위 부동산을 임차하여 적법하게 점유 중이었으므로, 피고 정순만은 원고 전승우에게 별지 목록 기재 부동산의 인도를 구할 권원이 없습니다. 따라서 원고 전승우의 적법한 점유를 침탈한 피고 정순만의 점유는 부적법하므로, 원고 전승우는 민법 제204조에 따라 피고 정순만에게 위 부동산의 인도를 구할 권리가 있습니다.²⁸⁾

3. 결어

이상과 같은 이유로 원고들은 본 소 제기에 이르렀습니다.

증 명 방 법

하는 내용의 처분정산은 가등기담보법 시행 후에는 허용되지 않는다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결; 2002. 12. 10. 선고 2002다42001 판결 참조).

26) 가등기담보법의 적용 대상이 아닌 담보계약의 경우 대법원은 채권자가 소유권을 취득하기 전이라도 환가를 위하여 인도가 필요한 경우에는 채무자 또는 직접점유자인 제3자에게 인도를 청구할 수 있다고 하고 있다. 이 경우 그 인도청구의 권원은 담보계약상의 권리이지 소유권이 아니므로 청구권원을 분명히 하여야 한다. 따라서 귀속정산의 경우에는 특별히 별도의 환가절차가 필요하지 않는 한 인도를 청구할 수 없는 것으로 해석할 수밖에 없다. 인도 청구의 상대방인 '제3자'에는 채무자에게서 적법한 점유권원을 취득한 자도 포함한다. 변제기 도과 후에는 채무자라도 채권자의 인도청구를 거부할 수 없기 때문이다.

27) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다9218 판결 참조

28) 민법 제204조에 의하면 점유를 침탈당한 점유자는 침탈을 당한 때로부터 1년의 제척기간 내에 그 물건의 반환을 구할 수 있다. 다만, 점유자가 점유회수청구의 상대방에 대하여 하자 있는 점유를 하는 경우에는 점유회수의 소를 제기할 수 없다(민법주해, 제4권, 450면). 손해배상청구도 가능하나(동법 제204조), 이 경우의 손해배상은 일반 불법행위로 인한 손해배상과 다를 바 없으므로, 그 행사기간은 민법 제766조의 소멸시효에 따른다고 해석하고 있다(민법주해, 제4권, 제451면).

1. 갑 제1호증 (부동산매매계약서)
2. 갑 제2호증 (화해조서)
3. 갑 제3호증 (등기사항전부증명서)
4. 갑 제4호증 (통고서)
5. 갑 제5호증 (감정평가서)
6. 갑 제6호증 (차용증)
7. 갑 제7호증 (등기권리증)
8. 갑 제8호증 (답신)
9. 갑 제9호증 (내용증명에 대한 답신)
10. 갑 제10호증 (임대차계약서)

첨 부 서 류

- | | |
|--------------------------|---------------------|
| 1. 위 증명방법 | 각 3통 ²⁹⁾ |
| 2. 영수필확인서 ³⁰⁾ | 1통 |
| 3. 송달료납부서 | 1통 |
| 4. 소송위임장 | 1통 |
| 5. 소장 부분 | 2통 ³¹⁾ |

2018. 10. 18.

원고들 소송대리인 변호사 사연생

서울중앙지방법원 귀중

29) 피고(2인)용 2통 + 법원제출용 1통

30) 첨부하거나 보정하여야 할 인지액(납부한 인지액이 있으면 그 합산액)이 1만 원 이상인 때에는 인지의 첨부 또는 보정에 갈음하여 인지액 상당의 금액 전액을 수납은행이나 인지납부대행기관에 납부하여야 하고 그 영수필확인서를 교부받아 소장에 첨부하여야 한다(위 법 규칙 제27조, 제29조, 단 시·군법원에 제출하는 소장 등과 위 법 제9조(제9조 제2항 단서의 경우는 제외)부터 제12조까지 규정된 신청서 등의 경우는 제외).

31) 피고(2인)용만 첨부하면 충분하다.

목 록

1. 서울 서초구 서초동 1650-4 잡종지 300m². 끝.

[문제 2]

1. 처분금지가처분

채권자 : 이석화, 채무자 : 정순만

2. 점유이전금지가처분

채권자 : 전승우, 채무자 : 정순만