

[문제 1.]

소 장

원 고 1. 최일국 (610209-1273697)

미국 일리노이주 시카고시 웨스트스트리트 881

2. 최이국 (641225-1273694)

서울 서초구 서초대로14길 53, 5호(서초동, 방배하이빌)

원고들 소송대리인 변호사 정여창

서울 서초구 법원로1길 27, 401호

전화: 02-571-3000, 팩스: 02-571-3001, 전자우편: cyc@korea.com

피 고 1. 문윤식 (510725-1357890)

서울 서초구 가로수로 33

2. 정옥자 (551212-2265413)

서울 서초구 서래로10길 100, 203동 305호(서초동, 서초아파트)

3. 이부영 (670225-1972042)

하남시 하남대로 10

소유권보존등기말소 등 청구의 소

청 구 취 지

1. 원고들에게,

가. 피고 문윤식은,

- 1) 별지 목록 기재 3.토지 중 별지 도면 표시 8, 9, 4, 5, 8의 각 점을 차례로 연결한 선내의 660㎡에 관하여 춘천지방법원 평창등기소 2018. 5. 19. 접수 제8901호로 마친 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행하고,1)

2) 원고들로부터 공동하여, 1억 원에서, 2018. 10. 7.부터 2019. △. △.까지는 월 210만 원, 그 다음날부터 위 1)항 기재 토지 660㎡에 대한 원고들의 소유권 상실일 또는 피고 문윤식의 사용·수익 종료일까지는 월 1,742,400원의 각 비율에 의한 돈을 공제한 나머지 돈을 지급받음과 동시에, 2) 별지 목록 기재 3.토지 중 별지 도면 표시 10, 11, 12, 13, 10의 각 점을 차례로 연결한 선내의 ㉔ 부분 지상 철골조 슬래브지붕 단층 근린생활시설 330㎡³⁾를 철거하고, 4) 위 1)항 660㎡ 토지를 인도하고, 6)

1) 대법원 1997. 6. 24. 선고 97다2993 판결; 대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1093 판결

2) 만약 피고 문윤식이 건물철거 및 토지인도는 임대차보증금반환과 동시이행이라는 항변을 해 올 가능성이 없다면, 청구취지에서는 ‘원고들로부터 ~ 지급받음과 동시에’ 부분을 빼고 「피고 문윤식은 원고들에게 (토지 중) 별지 도면 표시 10, 11, 12, 13, 10의 각 점을 차례로 연결한 선내의 ㉔ 부분 지상 (건물을) 철거하고, (토지를) 인도하고, 2018. 10. 7.부터 (토지의) 인도완료일까지 월 ~의 비율에 의한 돈을 지급하라.」고 쓰면 된다. 그러나 소송지연을 바라는 피고 문윤식은 응당 동시이행의 항변을 할 터이므로, 원고들로서는 아예 동시이행의 형태로 청구취지를 쓰는 것이 좋다.

3) ‘...의 각 점을 차례로 연결한 선내의 ○ 부분 지상(하) ☆☆조 △△지붕 < > 층 ▽▽시설 ★★㎡’ 형태로 기재한다. 다만 ‘< > 층’ 부분은 ‘▽▽시설’ 뒤에 기재할 수도 있다. 이 사건 건물의 경우 건물 전체가 1층 건물이므로 아예 앞부분에 층수를 표시하여 ‘단층 근린생활시설’이라고 표기하였다. 2층 이상 건물의 경우 일정 층 부분에 대하여 철거를 구할 수도 있는데, 이런 경우에는 건물 전체를 등기기록의 표제부와 동일하게 기재한 후 ‘< > 층’을 ‘▽▽시설’ 뒤에 기재하는 것이 좋다.

4) 판례는 없으나 소유자에 대한 ‘철거’ 청구는 퇴거의 개념까지 포함한다는 것이 일반적인 견해이다. 이론상으로 건물철거의 집행을 위한 퇴거는 건물인도 집행의 경우와 마찬가지로 그 집행의 전제인 채무자의 건물에 관한 ‘점유의 해제’로 논의되고 있으며(주석 민사집행법 VII, 213면), 실무상으로도 철거 판결만으로 집행을 하고 있다(법원실무제요, 민사집행(III), 556면). 그러나 소유자 아닌 제3자가 건물을 점유하고 있다면 제3자에 대한 ‘퇴거’까지 구하여야 한다.

5) 이 사건 건물에 박영수의 근저당권이 설정되어 있지만, 박영수는 이로써 원고들에게 대항할 수 없다. 박영수에 대한 배려는 민법 제642조에 의한 것뿐이다. 철거 판결이 내려지면 그 철거는 대체집행의 방법으로 이루어지는데, 근저당권자뿐만 아니라 철거의무자(건물소유자)의 금전채권자나 압류채권자 등도 대항을 할 수 없고, 가등기나 처분금지가처분이 되어 있더라도 마찬가지이다(법원실무제요, 민사집행(III), 582면).

6) 이와 달리, ‘1. 피고 문윤식은 원고들로부터 1억 원을 지급받음과 동시에 (건물)을 철거하고, (토지)를 인도하라. 2. 피고 문윤식은 원고들에게 2018. 10. 7.부터 위 철거 및 인도완

나. 피고 정옥자, 이부영은 위 소유권보존등기의 말소등기에 대하여 승낙
의 의사표시를 하라.78)

2. 소송비용은 피고들이 부담한다.

3. 제1항 중 철거 및 인도 부분은 가집행할 수 있다.

라는 판결9)을 구합니다.

청 구 원 인

1. 소유권보존등기말소 등 청구

가. 별지 목록 기재 1., 2.의 각 토지는 원래 등기기록상으로는 '강원도 평창
군 대관령면 횡계리 146-1 잡종지 1,650㎡'(이하 '원래의 146-1 토지') 1필지로

료일까지 월 210만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라.'는 형태로 청구하면 안 된다. 이미
발생한 지체임료청구채권과 토지 공유자의 무단 점거자에 대한 부당이득반환청구채권은
분할채권이므로 원고들이 다른 공유자인 최삼국의 청구권까지 행사할 수는 없기 때문이
다(대법원 1979. 1. 30. 선고 78다2088 판결 참조).

- 7) 문윤식 명의의 소유권보존등기에 기하여 이부영의 근저당권설정등기, 정옥자의 가압류기
입등기가 마쳐졌기 때문에, 위 소유권보존등기는 문윤식에 대한 소유권보존등기말소의
승소판결만으로 말소할 수 없고, 부동산등기법 제57조 제1항에 따라 소유권보존등기말소에 대
한 이부영, 정옥자의 승낙이 있어야 말소할 수 있다. 동인들의 승낙을 받거나 또는 승낙에 갈
음하는 승소판결을 받으면 등기관은 위 소유권보존등기를 말소하면서 등법 제57조 제2항에
따라 직권으로 이부영의 근저당권설정등기와 정옥자의 가압류기입등기를 말소한다.
- 8) 이부영에 대하여는 소유권에 기한 물권적 방해배제청구권의 행사로서 동인 명의의 근저
당권설정등기의 말소를 구할 수도 있다. 그러나 가압류가처분기입등기처럼 등기관의 직
권 또는 법원의 촉탁에 의하여 종료된 등기는 그 말소등기도 등기관의 직권 또는 법원의
촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 정옥자에 대해서는 가압류기입등기의 말소등기청구소
송을 제기할 수 없고 이처럼 승낙청구소송을 제기해야 한다.
- 9) 판결이 확정되면, 원고들은 피고 문윤식을 대위하여 지적소관청인 강원도 평창군청에
153 토지 중 종전의 146-2 토지에 해당하는 부분에 대한 분필을 신청하고, 그에 기한 토
지대장이 만들어지면, 피고 문윤식을 대위하여 분필등기를 한다. 그 후 종전의 146-2 토
지 부분으로 분할된 토지 부분에 관한 피고 문윤식 명의의 소유권보존등기에 대한 말소
등기를 한 다음, 이러한 자료들을 제출하면서 평창군청에 종전의 146-2 토지로 분필된
토지의 토지대장상 소유자 기재를 문윤식에서 최형철의 상속인들로 정정해달라는 신청을
하여 소유자 명의를 회복한다.

등기되어 있던 토지입니다(갑 제1호증). 소외 최형철은 전 소유자 박이요로부터 이를 매수하여 1975. 10. 13. 소유권이전등기를 마치고 소유하다가 2018. 12. 9. 사망하였고, 원고들 및 소외 최삼국이 그 아들들로서 이를 1/3 지분씩 공동 상속하였습니다.

나. 원래의 146-1 토지는 2013. 4. 23. 토지대장과 지적도상으로 '강원도 평창군 대관령면 횡계리 146-1 잡종지 990㎡'(별지 목록 기재 1.토지)와 같은 곳 146-2 잡종지 660㎡(별지 목록 기재 2.토지. 현재의 지적도에 횡계리 153 토지로 표시된 부분 중 별지 도면 표시 8, 9, 4, 5, 8의 각 점을 차례로 연결한 선내의 부분 660㎡)의 2필지로 분필되었으나(갑 제2호증), 등기기록에는 여전히 원래의 146-1 토지 1필지로 등기되어 있습니다(갑 제1호증).

다. 피고 문윤식은 원래의 146-1 토지가 위와 같이 토지대장과 지적도상으로만 분필되어 있는 것을 이용하여 아무런 권원 없이 위 146-2 토지를 춘천지방법원 평창등기소 2018. 5. 19. 접수 제8901호로 자신의 명의로 소유권보존등기하고 '강원도 평창군 대관령면 횡계리 153 잡종지 1221㎡'에 합병한 후 2018. 6. 25. 합병등기까지 마쳤습니다(갑 제3호증).

라. 피고 문윤식이 위 146-2 토지에 관하여 마친 위 소유권보존등기는 위 토지에 관하여 이미 소유권보존등기가 마쳐진 후 중복하여 이루어진 무효의 등기이므로 말소되어야 하고,¹⁰⁾ 원고들은 위 토지에 관한 공유지분권자의 보존행위로서¹¹⁾ 피고 문윤식에게 그 명의의 소유권보존등기 전부의 말소등기를 구할 권

10) 대법원 1988. 3. 22. 선고 87다카2568 판결 : 「어느 토지가 여러 필지로 분할된 경우에 분할 전의 토지와 분할되어 나온 토지에 관하여 각기 소유명의자를 달리하는 소유권보존등기가 병존하고 있다면 그 두 개의 등기는 실질적으로 동일한 토지 부분에 관한 한 동일 토지에 대한 중복등기이다.」 중복하여 소유권보존등기가 경료된 경우 후에 경료된 소유권보존등기는 전 소유권보존등기에 원인무효의 사유가 없는 한 1부동산 1등기용 지주의에 반하여 무효이다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다16913 판결 등).

11) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결 : 「부동산의 공유자 중 한 사람은 공유물에

리가 있습니다.¹²⁾¹³⁾

대한 보존행위로서 그 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있고, 진정한 명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 공유자 중 한 사람은 공유물에 경료된 원인무효의 등기에 관하여 각 공유자에게 해당 지분별로 진정한 명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행할 것을 단독으로 청구할 수 있다.]

- 12) 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다107064 판결).

- 13) 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것)에 의한 농지개발사업의 일환으로 이루어지는 환지처분은 시행구역 내의 종전 토지에 대신하여 농지정리공사 완료 후에 새로 지번을 붙인 다른 토지를 지정하여 이를 종전의 토지로 보는 일종의 대물적 행정행위로서, 환지계획을 고시한 날의 다음 날부터 종전의 토지소유자는 같은 법 제133조에 의한 환지등기가 없어도 환지된 토지의 소유권을 취득하고, 사업시행자가 소유자를 오인하여 소유자가 아닌 다른 사람에게 환지를 하였다 하더라도 다른 사람이 소유권을 취득하는 것이 아니며, 종전의 토지소유자는 환지처분 후 종전 토지의 소유권에 기하여 환지된 토지의 소유권을 주장할 수 있다. 어느 토지의 전부 또는 일부에 관하여 중복하여 별개의 지적공부가 작성되고 각각 소유권보존등기가 경료됨으로써 하나의 토지에 관하여 2개의 등기가 존재하는데 그중 후행등기에 대응하는 지적공부에 기초하여 환지처분이 이루어진 경우, 공부상으로는 별개의 등기가 있더라도 실제로는 하나의 토지만이 존재하는 가운데 이에 관하여 환지처분이 이루어진 것이어서, 그 환지처분의 효력은 후행등기와 중복되는 범위에서 선행등기에 의하여 표상되는 토지 부분에도 미친다 할 것이므로, 선행등기에 기한 해당 토지의 소유자는 위 환지처분으로써 후행등기와 중복되는 부분의 소유권을 상실하고, 그 대신 이에 상응하는 환지된 토지의 소유권을 취득한다고 봄이 타당하다. 이때 후행등기상의 토지 전체가 선행등기상의 토지와 중복되는 경우에는 환지의 단독소유권을, 후행등기상의 토지 일부만이 선행등기상의 토지와 중복되는 경우에는 후행등기상의 토지 중 선행등기와 중복되는 부분이 차지하는 비율에 따른 환지의 공유지분권을 각각 취득하게 된다(대법원 2014. 7. 10. 선고 2011다102462 판결).

마. 위 146-2 토지가 원래의 153 토지에 합병된 후, 합병 후의 153 토지(별지 목록 기재 3.토지)에 관하여 춘천지방법원 평창등기소 2018. 6. 26. 접수 제 9001호로 피고 이부영의 근저당권설정등기와 같은 등기소 2018. 7. 21. 접수 제9050호로 피고 정옥자의 가압류등기가 마쳐졌는데(갑 제3호증), 앞서 본 것처럼 위 146-2 토지에 관한 피고 문윤식 명의의 소유권보존등기는 무효이어서 말소되어야 하고, 피고 이부영과 정옥자는 등기기록상 이해관계 있는 제3자들로서 피고 문윤식의 위 말소등기에 대하여 각 승낙할 의무¹⁴⁾가 있습니다.

2. 건물철거 및 토지인도 청구

가. 위 최형철은 2017. 3. 7. 피고 문윤식에게 별지 목록 기재 3.토지 중 별지 도면 표시 8, 9, 4, 5, 8의 각 점을 차례로 연결한 선내의 660㎡(위 합병 전의 146-2 잡종지 660㎡. 이하 '임대토지')를 임대차보증금 1억 원, 월 차임 210만 원(매월 6일 후납), 임대차기간 2017. 3. 7.부터 2021. 3. 6.까지로 정하여 임대하고(갑 제5호증), 2017. 3. 7. 위 임대차보증금을 받은 후 위 임대토지를 피고 문윤식에게 인도하여 현재까지 피고 문윤식이 위 임대토지를 점유·사용하고 있습니다.

나. 위 임대차약정에 따라 피고 문윤식은 위 임대토지 중 별지 도면 표시 10, 11, 12, 13, 10의 각 점을 차례로 연결한 선내의 ㉠ 부분 330㎡ 지상에 시멘트벽돌조 슬래브지붕 단층 근린생활시설 330㎡(이하 '이 사건 건물')를 축조하고 위 임대토지를 사용하여 왔으나(갑 제6호증), 2018. 8.부터는 매월 6일에 후불로 지급하기로 한 월 차임을 제대로 지급하지 않았습니다.

다만, 피고 문윤식은 아무런 설명 없이¹⁵⁾ 2018. 8. 6.에 130만 원, 그해

14) 부동산등기법은 등기에 공신력을 인정하지 않기 때문에, 변경·경정등기와는 달리 말소 등기에 관한 제3자는 원칙적으로 승낙의무를 부담한다. 그러나 말소대상인 등기의 명의인이 실제법상 무권리자라 하더라도 제3자가 실제법상 무권리자가 아닌 경우에는 그 제3자[예컨대 민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) 제2항에 의한 선의의 제3자]는 승낙의무를 지지 아니한다.

9. 6.에 160만 원, 그해 10. 6.에 130만 원, 그해 11. 6.에 50만 원, 그해 12. 6.에 160만 원을 최형철에게 지급하였습니다. 위 합계금 630만 원을 민법 제477조 제3호에 따라 2018. 8. 6.부터 연체된 피고 문윤식의 월 차임 채무에 차례로 변제충당하면, 2018. 7. 7.부터 2018. 10. 6.까지의 3개월 분 지체차임 630만 원에 충당되므로, 결국 피고 문윤식은 2018. 10. 7. 이래 현재까지의 차임 납입을 연체하고 있습니다.

다. 최형철은 2018. 12. 9. 사망하여 최형철의 피고 문윤식에 대한 위 임대차계약상의 권리·의무를 원고들과 최삼국이 공동 상속하였습니다.

라. 현재 피고 문윤식이 연체한 차임액은 약정된 차임액의 2기¹⁶⁾분 이상에 달하므로, 위 임대토지의 2/3 지분권자인 원고들은 공유자의 관리행위¹⁷⁾로서 민법 제641조, 제640조에 따라 이 사건 소장 부분 송달로써¹⁸⁾ 피고 문윤식과의 위 임대차계약을 해지¹⁹⁾합니다.²⁰⁾²¹⁾²²⁾ 또한 원고들은 이

15) 피고 문윤식이 지급한 돈이 연체된 임료에 법정충당된 사실을 설명하기 위하여 이와 같이 기재할 필요가 있다.

16) 민법 제640조 소정의 '2기의 차임 연체'란 차임의 연체가 2기 연속되어야 한다는 뜻이 아니라 연체액의 합산액이 통산하여 2기분에 달하면 된다는 뜻이다.

17) 판례는, 공유물에 대한 임대차계약의 체결 내지 공유물에 대한 사용·수익 방법의 결정은 관리행위에 속한다고 판시하였고(대법원 1962. 4. 4. 선고 62다1 판결; 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결 등), 임대차계약의 해지를 관리행위로 본다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37905 판결). 일본의 판례도 「공유물을 목적으로 하는 임대차계약의 해제는 공유자 측이 해제하는 경우에는 민법 제252조(우리나라 민법 제265조에 해당) 본문의 '공유물의 관리에 관한 사항'에 해당하고, 이러한 해제에는 민법 제544조(우리나라 민법 제547조에 해당) 1항이 적용되지 않는다」고 판시하였다(最判昭 39-2-25 民集 18-2-329 ; 新版 注釋民法(13), 補訂版, 有斐閣, 2006, 867면).

18) 소장 부분 송달 또는 내용증명우편 등으로 해지의 의사표시를 할 수 있다. 소장 부분 송달까지는 시일이 소요되므로, 내용증명우편으로 해지를 하는 것이 더 빠르다. 이럴 경우 통상적으로 '배달증명부 내용증명우편'으로 통지한다.

19) 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다(민법 제547조 제1항). 이 사건에서 최삼국도 원고가 되었

거나, 소송 외에서 원고들과 최삼국이 모두 이 사건 임대차계약을 해지한다면 문제가 없는데, 최삼국이 빠진 상태에서 일부 공유자들인 원고들만이 이 사건 임대차계약을 해지할 수 있는가 하는 점은 심각한 문제가 된다. 우리나라의 학설상으로는 민법 제547조 제1항의 '당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우'란 처음부터 당사자가 복수인 경우뿐 아니라 공동상속이 개시된 경우와 같이 처음에는 당사자가 단수였다가 후에 복수가 되는 경우도 포함한다는 설(민법주해 13권, 302면 참조)이 있으나, 이에 관한 판례는 없다. 다만 「수탁자의 사망으로 인하여 수탁자의 지위가 공동 상속되었을 때 신탁해지의 의사표시가 그 공동상속인 일부에게만 이루어졌다면 신탁해지의 효과는 그 일부 상속인에게만 발생하는 것이고, 이때에는 해제권의 불가분에 관한 민법 제547조의 규정은 그 적용이 없고, 그 일부에 한하여 신탁해지의 효과가 발생하는 것일 뿐 수탁자나 수탁자의 지위를 승계한 사람이 수인이라 하여 그 전원에게 신탁해지의 의사표시를 동시에 하여야만 그 효과가 발생하는 것은 아니라 할 것이다.」라는 판례(대법원 1992. 6. 9. 선고 92다9579 판결)가 있다. 앞서 본 바와 같이 공유물에 관한 임대차계약의 해제·해지는 관리행위이므로 공유물에 대한 임대차계약의 해제·해지에는 민법 제547조가 적용되지 않는다고 보아야 한다.

- 20) 「건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임대차에 있어서 임차인의 차임연체로 임대차계약이 해지되었을 때에는 임차인에게 그 지상건물에 관한 매수청구권이 발생하지 아니한다.」(대법원 1994. 2. 22. 선고 93다44104 판결). 건물의 '철거' 및 토지 '인도'를 수임한 변호사로서는 피고 문윤식의 매수청구권 행사를 피하는 방법을 연구해 보아야 하고, '차임연체를 원인으로 한 해지'는 그 적절한 방법이 된다. 피고 문윤식의 건물매수청구권이 인정된다면, 원고 측은 철거할 건물을 상당한 가액에 매수하는 결과가 되어 손해이다.

- 21) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 94다51185(병합) 판결 : 「건물의 소유를 목적으로 한 임대차로 보이고, 원고가 기간의 약정 없는 임대차 계약을 해지함으로써 임대차가 종료하여 피고들이 원고에게 이 사건 토지를 인도하여야 하는 법률관계라면 피고들은 원고에게 계약갱신청구의 유무에 불구하고 건물매수청구권을 행사하여 건물대금의 지급을 구할 수 있고(당원 1977. 6. 7. 선고 76다2324 판결 참조), 만일 피고들이 건물매수청구권을 행사하는 권리가 인정된다면 원고의 건물철거 및 대지인도청구는 기각되어야 한다(당원 1972. 5. 23. 선고 72다341 판결 참조).」

대법원 1977. 6. 7. 선고 76다2324 판결 : 「민법 제643조가 규정하는 토지 임차인의 건물매수청구권은 보통의 경우 약정된 임대차의 존속기간이 만료되어 그 임차권이 소멸되는 경우에 임차인이 그 계약의 갱신을 청구하고 이것이 임대인에 의하여 거부되었을 때에 비로소 임차인의 건물매수청구권이 인정될 것이지만 ... 단순히 임대차의 기간을 약정하지 않았던 탓으로 임대인의 해지통고에 의하여 일정한 기간이 경과된 후에 해지의 효력이 발생함으로써 임차권이 소멸되는 경우에도 임차권이 소멸되는 점에 있어서 그 기간의 약정이 있었던 경우와 별로 다를 바가 없고, 이러한 해지통고를 한 임대인은 특별한 사유가 없는 한 임대차계약의 갱신을 원치 않고 있는 것이라고 일응 보아야 할 것이므로 계약갱신청구의 유무에 불구하고 본건과 같은 임대차계약에 있어서도 토지임차인의 건물매수청구권은 인정된다고 봄이 상당하다(당원 1977. 4. 26. 선고, 75다348 판결 참조).」

- 22) 임차인의 차임연체를 이유로 민법 제640조에 의하여 해지를 할 경우에는 상당한 기간을

사건 건물에 근저당권을 설정받은 소외 박영수에 대해서도 피고 문윤식과의 임대차계약을 해지한다는 사실을 통지하여, 그 통지는 2019. ○. ○. 박영수에게 도달하였습니다(갑 제7호증의 1, 2).²³⁾²⁴⁾

마. 그러므로 원고들은 위 임대토지의 공유자로서 공유자의 방해배제청구권에 기하여, 또는 이 사건 임대차계약에 기한 민법 제615조의 원상회복청구권에 기하여,²⁵⁾ 별지 목록 기재 3.토지 중 별지 도면 표시 10, 11, 12, 13, 10의 각 점을 차례로 연결한 선내 ㉠ 부분 지상의 이 사건 건물의 철

정하여 최고할 필요가 없다(대법원 1977. 6. 28. 선고 77다402, 403 판결).

23) 위 임대토지상의 건물에 관하여 박영수가 근저당권을 설정받았으므로, 임대차계약의 해지 사실을 박영수에게도 통지하여야 하고, 박영수가 통지를 받은 날로부터 상당한 기간이 경과하여야 임대차계약해지의 효력이 생긴다(민법 제642조, 제288조). 따라서 박영수에게도 해지를 통지한 사실과 그 통지의 도달 사실도 본 임대차 해지의 요건사실이 된다. 따라서 정확한 날짜는 나중에 확정되므로 그때 가서 청구를 변경할 필요가 있다.

24) 이 사건 건물에 근저당권을 취득한 박영수를 피고로 지정하여 '문윤식의 이 사건 건물에 관한 보존등기말소에 대한 승낙'이나 '근저당권설정등기의 말소'를 구하는 것은 옳지 않다. 원고들이 피고 문윤식의 이 사건 건물에 관한 소유권보존등기에 대하여 말소를 구한다면 박영수는 등기상 이해관계 있는 제3자이기 때문에 박영수에 대하여도 승낙을 구할 필요가 있으나(부동산등기법 제57조 제1항), 이 사건에서는 건물의 '철거'를 구하는 것이므로, 박영수에게 건물 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙을 구할 필요가 없기 때문이다. 또한 원고들은 박영수에게 근저당권설정등기말소를 구할 권원도 없다. 원고들이 피고 문윤식에 대하여 이 사건 건물의 '철거' 판결을 받아 건물을 철거하면 이 사건 건물은 멸실된다. 이 경우 건물의 소유권 등기명의인인 문윤식이 멸실등기를 하여야 하나(동법 제43조 제1항), 만약 철거일로부터 1개월 내에 문윤식이 멸실등기를 하지 않는다면 토지 공유자인 원고들이 문윤식을 대위하여 건물에 대한 멸실등기를 할 수 있다(동법 제43조 제2항). 다만 소유권 외의 권리가 등기되어 있는 건물의 멸실등기 신청을 받은 등기관은 그 권리의 등기명의인(이 사건에서는 박영수)에게 1개월 이내의 기간을 정하여 그 기간까지 이의를 진술하지 아니하면 멸실등기를 한다는 뜻을 알리게 되어 있다(동법 제45조 제1항). 멸실등기가 이루어지면 건물에 관한 저당권자 등의 존재 여부에 관계 없이 해당 등기기록은 폐쇄되고(부동산등기규칙 제103조), 위 건물 및 건물등기기록은 없어져 원고들은 목적을 달성한다. 박영수는 토지의 사용에 관한 대항력 있는 권리를 확보하지 못한 이 사건 건물에 관하여 근저당권을 설정받은 것부터 잘못이고, 원고들과는 직접적인 관계가 없다.

25) 임대인이 임대목적물의 소유자일 때에는 계약상의 반환청구권과 아울러 물권적청구권으로서의 반환청구권도 갖게 된다.

거와 위 임대토지의 인도를 청구할 권리가 있습니다.²⁶⁾

바. 피고 문윤식은 지금도 위 임대토지상에 위 건물을 소유하면서 임대토지 전체를 위 건물의 부지로 이용하고 있고, 장래에도 동일한 행위를 계속²⁷⁾할 것으로 예상됩니다. 한편, 피고 문윤식에 대한 임대차보증금반환채무는 원고들 및 소의 최삼국이 불가분적으로 부담하게 되었습니다.²⁸⁾²⁹⁾

26) 임차인의 매수청구권을 규정하고 있는 민법 제643조는 강행규정이므로 이에 위반하는 약정으로 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다(대법원 1992. 10. 9. 선고 92다22435 판결 : 임대차 종료 시에 건물을 철거하기로 한 특약은 다른 사정이 없는 한 민법 제643조 소정의 임차인의 건물매수청구권을 배제하기로 하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이어서 민법 제652조에 따라 무효이다).

다만 종합적으로 볼 때 임차인의 매수청구권을 행사하지 못하도록 하는 것이 임차인에게 불리하지 않다고 판단될 경우에는 매수청구권행사를 제한하는 약정도 유효한 경우가 있다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다26687 판결 : 「원심은 이 사건 건물은 원고들이 전 소유자인 위 잠협(蠶協)으로부터 이 사건 대지와 더불어 매수하려다가 낮고 노후되어 건물로서의 사용가치가 없고 다만 그 건축 목재만은 다소 가치가 있어 철거하게 되면 다른 건축자재로 쓸 가치는 있었지만 그 철거에도 상당한 금액이 소요되어 그 경제적 가치가 별로 없었으므로 매매대상에서 제외하기로 하여 위 잠협이 일시 사용하되 일정기간이 지나면 무조건 철거하기로 약정하여 이 사건 대지에 대하여만 매매가 이루어진 사실, 이와 같은 중에 피고는 이 사건 건물을 전전 취득하였고 그 부지 소유자인 원고들이 그 철거를 요구하자 이 사건 건물을 위한 법정지상권의 존재 여부에 관하여 서로 다투어 온 사실, 그러다가 피고가 원고들과의 사이에 이 사건 대지에 이 사건 건물을 위한 법정지상권이 존재하지 않을 시에는 이 사건 건물을 철거한다는 약정하에 이 사건 대지에 대한 임대차계약을 체결한 사실, 그 임대차계약이 기간만료로 종료되고, 이 사건 건물에 관하여는 당초부터 법정지상권이 발생할 여지가 없었던 사실을 인정한 다음, 위와 같이 이 사건 건물은 경제적 가치가 별로 없었던 것으로서 전 소유자인 위 잠협의 조건 없는 철거약정이 있었고, 또한 피고가 법정지상권이 없으면 이 사건 건물을 철거할 수밖에 없는 처지에서 이 사건 대지에 법정지상권이 없으면 이 사건 건물을 철거하기로 약정하고 이 사건 대지를 임차하였다면 그와 같은 철거약정은 임차인인 피고에게 일방적으로 불리한 약정이라고 볼 수는 없으므로 대지소유자에 대하여 민법 제643조 소정의 건물매수청구권을 행사할 수 없다고 해석함이 상당하다.」).

27) 장래의 특정 시점까지 계속적으로 발생할 채무의 이행을 청구할 경우 그 의무불이행사유가 장래의 특정 시점까지 계속하여 존속한다는 것이 변론 종결 당시에 예정될 수 있어야 한다(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결).

28) 공동임대인들의 임대보증금반환채무는 불가분채무이고(대법원 1998. 12. 8 선고 98다43137 판결 참조), 공동임대인 중 1인이 임대차계약의 존속 중 사망하게 되면, 그 상속인들 역시 다른 공동임대인과 함께 보증금반환채무에 대한 불가분채무를 부담한다고 보

그러므로 원고들은 공동하여 위 임대차보증금 1억 원에서 2018. 10. 7. 이후 위 임대차계약 해지가 효력을 발생할 때까지의 지체차임 및 그 후 피고 문윤식이 위 임대토지를 실제로 반환할 때까지 피고 문윤식이 얻을 객관적 차임 상당의 부당이득액³⁰⁾을 공제한 잔액³¹⁾만을 피고 문윤식에게 반환할 의무가 있고,³²⁾ 이는 피고 문윤식의 이 사건 건물 철거 및 위 임

야야 한다(하급심 판결 중 서울지방법원 1998. 10. 20. 선고 98가합32293 판결은 이와 같은 취지로 판시하였다).

29) 민법상 다수당사자의 채권관계는 원칙적으로 분할채권관계이고 채권의 성질상 또는 당사자의 약정에 의하여 불가분으로 하는 경우에 한하여 불가분채권관계로 되는 것이다(대법원 1992. 10. 27. 선고 90다13628 판결). 「건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대하고 보증금을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 임대는 각자 공유지분을 임대한 것이 아니고 임대목적물을 다수의 당사자로서 공동으로 임대한 것이고 그 보증금반환채무는 성질상 불가분채무에 해당한다고 보아야 한다.」(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다43137 판결).

30) 대법원 1989. 2. 28. 선고 87다카2114, 2115, 2116 판결 : 「임대차종료 후 임차인의 임차목적물명도의무와 임대인의 연체차임 기타 손해배상금을 공제하고 남은 임대차보증금반환채무와는 동시이행의 관계에 있으므로 임차인이 동시이행의 항변권에 의하여 임차목적물을 점유하고 사용·수익한 경우 그 점유는 불법점유라 할 수 없어 그로 인한 손해배상책임은 지지 아니하되, 다만 사용·수익으로 인하여 실질적으로 얻은 이익이 있으면 부당이득으로서 반환하여야 한다.」

31) 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2865 판결 : 「부동산의 임대차에 있어서의 보증금은 연체된 임료 등 임대차로 인한 일체의 임대인의 채권을 담보하기 위하여 임차인으로부터 임대인에게 교부되는 금전으로서 임대차기간이 종료하여 임대인이 목적물을 반환받을 때에는 명백하고도 명시적인 반대의 약정이 없는 한 임대차로 인한 임대인의 모든 채권액은 보증금으로부터 당연히 공제된다.」

대법원 1988. 1. 19. 선고 87다카1315 판결 : 「건물 임대차에 있어서의 임대보증금은 임대차존속 중의 임료뿐만 아니라 건물명도의무이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것으로서 임대차종료 후에 임대인에게 명도할 때 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관한 임차인의 보증금반환청구권이 발생한다.」

32) 앞서 본 바와 같이, 원고들의 임대보증금반환채무는 불가분채무로 볼 수 있으나, 대법원은 임대차계약이 해지된 후 임대인이 임차인에 대하여 갖게 되는 부당이득반환청구채권은 가분채권이라고 보고 있다.

공동임대인의 임대료청구채권에 관해서 판례는 없고, 학설은 대립되고 있다(자세한 것은 민법주해(X), 28면 참조). 일본에서는 불가분채권설이 다수설인데, 그 논거는 차임과 대가적 전련관계에 있는 임대인의 용익제공이 불가분이고, 불가분의 대가는 불가분이다

대토지의 인도와 동시이행관계에 있습니다.³³⁾ 한편, 위 합병 전 146-2 잡종지 660㎡를 보증금 없이 임대할 경우, 그 임료는 현재 월 1,742,400원을 받을 수 있으며, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 변론종결일까지도 이 정도 금액일 것으로 추정됩니다.

사. 따라서 피고 문윤식은 원고들로부터 공동하여, 1억 원에서, 2018. 10. 7. 부터 2019. △. △.³⁴⁾까지는 월 210만 원, 해지의 효력이 발생한 그 다음날부터 위 1)항 기재 토지 660㎡에 대한 원고들의 소유권 상실일 또는 피고 문윤식의 사용·수익 종료일까지는 월 1,742,400원의 각 비율에 의한 돈을 공제한 나머지 돈을 지급받음과 동시에, 이 사건 건물을 철거하고, 위 임대토지를 인도할 의무가 있습니다.

3. 결어

이상과 같은 이유로 원고들은 청구취지와 같은 판결을 구하기 위하여 본소를 제기합니다.

로, 공동임대인의 차임채권도 성질상의 불가분채권으로 보아야 하며, 만일 이를 분할채권으로 본다면 임대인 한 사람에게 차임 전액을 지급한 경우에도 다른 임대인에 대한 관계에서는 채무불이행의 책임을 부담하여야 하므로 임차인에게 예상하지 못한 불이익이 발생할 수 있기 때문이라고 한다(위 민법주해, 28면 참조).

그러나 임대차계약 해지 이전의 임대료청구채권과 해지 이후의 부당이득반환청구채권의 성격을 어떻게 보든 간에, 임대차보증금은 임대차계약 종료에 따라 목적물을 인도할 때까지 임대차와 관련하여 발생하는 임차인의 모든 채무(차임, 공과금, 부당이득금, 손해배상 등)를 담보하는 것이므로(대법원 1988. 1. 19. 선고 87다카1315 판결 등), 위 최삼국이 취득한 지체 차임 등을 포함하여 임대토지의 반환 시까지 생긴 지체 차임 및 부당이득은 공동상속인 최삼국 및 원고들의 특별한 의사표시를 기다리지 않고 피고 문윤식의 임대보증금에서 당연히 공제된다.

33) 대법원 1977. 9. 28. 선고 77다1241, 1242 판결 : 「임대차계약의 기간이 만료된 경우에 임차인이 임차목적물을 명도할 의무와 임대인이 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 명도 시까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무는 동시이행의 관계가 있다.」

34) 해지의 효력이 발생한 날. 즉, 박영수에게 문윤식과의 임대차계약을 해지한다는 사실을 통지한 날부터 “상당한 기간”이 경과한 날

증 명 방 법

1. 갑 제1호증 (등기사항전부증명서 : 황계리 146-1)
2. 갑 제2호증 (토지대장 등본)
3. 갑 제3호증 (등기사항전부증명서 : 황계리 153)
4. 갑 제4호증 (토지이용계획확인서)
5. 갑 제5호증 (부동산임대차계약서)
6. 갑 제6호증 (등기사항전부증명서 - 건물)
7. 갑 제7호증의 1 (내용증명우편)³⁵⁾
8. 갑 제7호증의 2 (우편물배달증명)
9. 갑 제8호증의 1 (기본증명서 - 최형철)
10. 갑 제8호증의 2 (가족관계증명서 - 최형철)
11. 갑 제8호증의 3 (친양자입양관계증명서 - 최형철)³⁶⁾
12. 갑 제8호증의 4 (감정평가서)
13. 검증 및 감정(측량)신청³⁷⁾
14. 문서송부촉탁신청³⁸⁾

35) 앞서 본 것처럼, 박영수에게도 해지의 통고를 할 필요가 있으므로, 박영수에게 내용증명우편으로 그 통고를 하였음을 상정하여 기재하였다.

36) 피상속인이 2008. 1. 1. 이후에 사망신고가 된 경우에 상속관계를 증명하기 위해서는 원칙적으로 갑 제8호증의 1 내지 3과 같은 서류를 제출하여야 한다. 피상속인의 입양관계증명서까지 제출하는 이유는 만일 2008. 1. 1. 이후 상속인이 친양자로 입양될 경우에는 피상속인의 가족관계증명서상으로는 그 상속인이 삭제되기 때문이다. 피상속인이 2007. 12. 31. 이전에 사망신고가 된 경우에는 피상속인의 가족관계등록부가 작성된 적이 없으므로 피상속인의 제적등본과 상속인의 가족관계증명서(또는 기본증명서)만 제출하면 된다. 이 경우에는 2008. 1. 1. 이후 상속인이 친양자 입양되더라도 그 지위에 변동이 없으므로 상속인의 친양자입양관계증명서를 별도로 제출할 필요가 없다.

37) 철거를 구하는 건물의 형상과 범위를 입증하기 위하여 필요하다. 소장에 이를 기재하는 것은 향후의 입증계획을 제시하는 것일 뿐 실제 증거신청을 하려면 별도의 '검증 및 감정 신청서'를 제출하여야 한다. 실무에서는 소장에 이를 기재하지 않고 구두로 신청을 하여 채택이 된 다음에 '검증 및 감정신청서'를 제출하는 경우가 많다.

38) 위 146-2 토지에 관하여 피고 문윤식 명의의 보존등기가 원인 없이 이루어졌음을 입증하기 위해서 등기소에 위 146-2 토지에 관한 소유권보존등기신청서류를 보내달라는 신

첨 부 서 류

1. 위 증명방법	각 4통
2. 토지대장 등본	1통
3. 건축물관리대장 등본	1통
4. 영수필확인서	1통 ³⁹⁾
5. 송달료납부서	1통
6. 소송위임장	1통
7. 소장 부분	3통

2019. 2. 19.

원고들 소송대리인

변호사 정여창 (인)

서울중앙지방법원 귀중⁴⁰⁾

청을 할 필요가 있을 것이다. 그러나 원고들이 소유권보존등기말소의 청구원인으로 중복등기만을 주장한다면 이는 필요 없다.

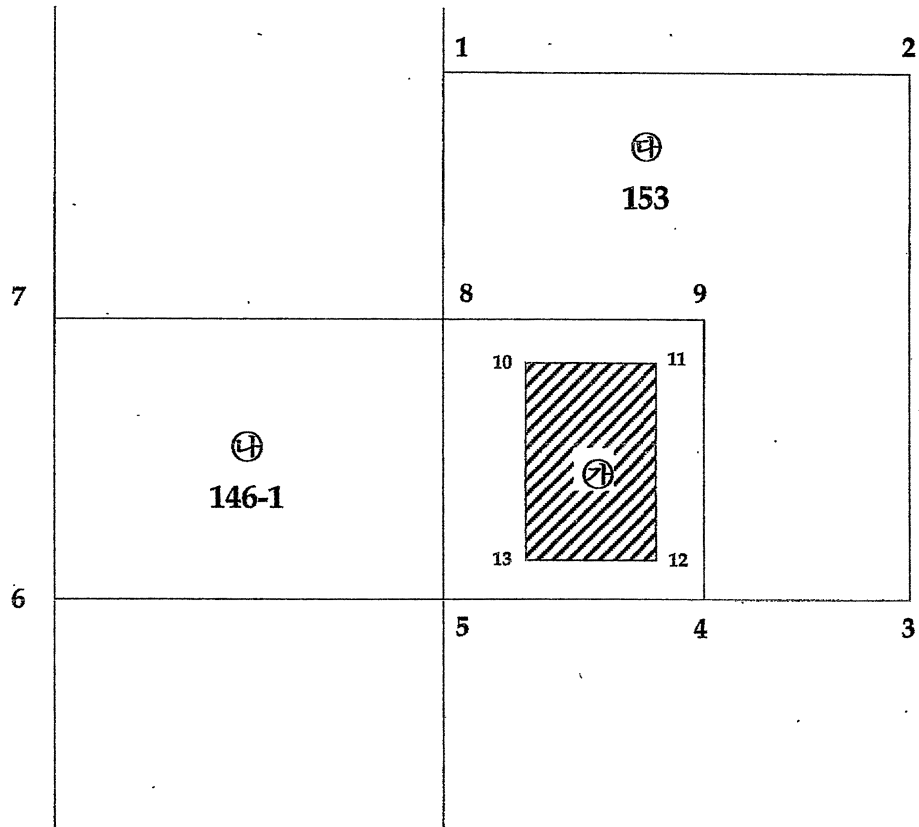
39) 소장 등에 첨부하거나 보정하여야 할 인지액(이미 납부한 인지액이 있는 경우에는 그 합산액)이 1만 원을 초과하는 때에는 인지의 첨부 또는 보정에 갈음하여 인지액 상당의 금액 전액을 현금으로 납부하여야 한다(민사소송 등 인지규칙 제27조 제1항). 본 소장에 서는 소장에 첨부하여야 할 인지액이 1만 원을 넘는다는 전제하에 '영수필확인서'를 기재하였다.

40) 피고 이부영에 대해서는 관련재판적이 있다(민사소송법 제25조 제2항).

목 록

1. 강원도 평창군 대관령면 횡계리 146-1 잡종지 990m²
2. 강원도 평창군 대관령면 횡계리 146-2 잡종지 660m²
3. 강원도 평창군 대관령면 횡계리 153 잡종지 1,881m². 끝.

도면



[문제 2.]

가.

생략(슬라이드 중 '18. 도로부지에 대한 권리행사' 참조)

나.

1. 피고⁴¹⁾는 원고들에게 각 4,944만 원⁴²⁾ 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터⁴³⁾ 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 금원과, 2019. 2. 19.부터 별지 목록 기재 토지⁴⁴⁾상의 도로폐쇄로 인한 피고의 점 유종료일 또는 원고들의 별지 목록 기재 토지에 대한 소유권상실일까지⁴⁵⁾ 각 월 88만 원의 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.
3. 제1항은 가집행할 수 있다.

41) 평창군

42) 지방재정법 제82조 : 「① 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리는 시효에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. ② 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체에 대한 권리도 제1항과 같다.」

소장 접수일인 2019. 2. 19.을 기준으로 할 때, 그날부터 역산하여 5년이 되는 2014. 2. 18.까지의 부당이득반환청구채권은 지방재정법 제82조에 따라 시효소멸하였으므로(이런 유형의 사건에서 지방자치단체인 피고는 으레 시효소멸로 항변한다), 2014. 2. 19.부터 소장 접수 전일인 2019. 2. 18.까지의 부당이득반환청구채권 1억 4,832만 원{(222만 원 × 24월) + (264만 원 × 36월)}과 장래의 부당이득반환청구채권만이 남아 있다. 원고들의 부당이득반환청구채권은 분할채권이므로 원고들의 지분액은 2019. 2. 18.까지 이미 발생한 금액 중 각 4,944만 원(1억 4,832만 원 × 1/3)과 2019. 2. 19. 이후의 각 월 88만 원(264만 원 × 1/3)이다.

43) 민법 제387조 제2항에 따라, 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다. 또한 소송촉진 등에 관한 법률 제3조 제2항 등에 따라, 법원은 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 소장 등이 채무자에게 송달된 다음날부터는 연 15%의 비율에 의한 손해배상의 지급을 명할 수 있다.

44) 강원도 평창군 대관령면 횡계리 146-1 잡종지 990㎡

45) 대법원 1993. 3. 9. 선고 91다46717 판결