

2023년도 제12회

변호사 시험

민사법 기록형

MGI Point 2023년도 제12회 변호사시험 민사법 기록형 메모장

원고 김수길

피고 1. 이민국 2. 정진선 3. 주식회사 기쁨저축은행 4. 박성연 5. 주진희 6. 박이채 7. 최상진 8. 김영철

청구원인	예상항변	결론(청구취지)
이민국 소유권이전등기청구권(대위행사) ① 피대위채권-소유권이전등기청구권-점유취득시효완성 민197, 198 자주점유, 점유계속 추정 ② 피보전채권-원고의 소외 김정건에 대한 소유권이전등기청구권(유덕희 외 2명에게 상속)-지분별로. ③ 보전의 필요성 및 권리불행사-밀접한 관련성	1)강제집행면탈 가장매매 2)취득시효 중단됨 3)시효이익 포기	피고 이민국은 별지 목록 제 1 기재 부동산 중 소외 유덕희[(701114-2533447), 주소: 서울 양천구 목동동로 100, 101동 501호(신월동, 한라빌)]에게 3/7, 소외 김민경[(980719-2968112), 주소: 유덕희와 동일]에게 2/7, 소외 김준용[(011018-3011421), 주소: 유덕희와 동일]에게 2/7 지분에 관하여 각 2020. 2. 1. 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연 각 말소등기청구(대위행사) 순차대위 ① 피보전채권 원고가 김정건의 소유권이전등기청구권을 대위행사. ② 피대위채권 피고 이민국의 피고 정진선, 기쁨저축은행, 박성연에 대한 각 말소등기청구권 및 승낙의 의사표시 청구. ③ 보전필요성, 권리미행사	1)선의의 제3자 -위조 원인무효 등기 이후에 등기 마친 자들은 선의여도 보호받지 못함.	1)피고 정진선은 피고 이민국에게 위 제1항 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 남양주지원 가평등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라. 2)피고 주식회사 기쁨저축은행은 피고 이민국에게, 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 3)피고 박성연은 피고 이민국에게 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
주진희 보증채권 이행청구 ① 주진희는 소외 이철진, 이철수의 납품대금채무를 지급보증 -2018. 8. 28. 자 독서대 납품대금 2억원 및 지연손해금 일체 ② 이기만에게 양도, 원고에게 양도 ③ 민법 제163조 제6호에 따라 3년의 단기소멸시효, 상법 제57조1항에 따라 연대채무, 상법 제57조2항 ④ 소외 박수호는 2018. 12. 27. 이철진 소유 토지에 대한 가압류집행, 소멸시효 중단.	① 양도통지 없었음 --> 주채무자에 대한 양도통지 효력은 보증인에게도 미치게 됨. ② 양도금지특약 -->원고는 선의. 대항불가.	피고 주진희는 원고에게 80,000,000원 및 이에 대한 2022. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

⑤ 가압류 집행의 시효중단효는 다른 연대채무자 1인에 대한 채권에는 미치지 않음. 이철수 소멸시효 완성. 민법 제421조. ⑥ 민법 제479조에 따라 소외 이철진 부담부분의 2018. 8. 28.자 물품대금 채무의 이자 및 지연손해금 4800만원(= 물품대금채무 부담부분 1억 × 월 1% × 48개월), 2021. 6. 30.자 대여금 채무의 이자 2백만원(=2천만원 × 월 2% × 변제기 후 5개월)에 우선 총당. ⑦ 민법 제477조에 따라 변제이익이 큰 대여금채무 전액 2,000만원에 총당, 나머지 2,000만원은 물품대금채무의 원금 1억원에 총당.		
박이채, 최상진 사해행위 취소 청구 ① 피보전권리 원고의 최병철에 대한 대여금 채권 ② 사해행위 최병철이 다른 채권자에게 대물변제 ③ 사해의사 채무자 추정, 수익자, 전득자 추정. ④ 원상회복 원물반환. 수익자, 전득자 앞으로 마쳐진 등기 모두 말소등기절차 이행. (채무자 안현숙, 수익자 장정자에 대한 사해행위 취소소송은 사해행위 안 날이 2022. 1. 초경이어서 제척기간 도과)		가. 피고 박이채와 소외 최병철 사이에 별지 목록 제 2 기재 부동산에 관하여 2022. 10. 15. 체결된 대물 변제약정을 취소한다. 나. 피고 박이채는 소외 최병철에게 위 가.항 기재 부동산에 관하여 서울 중앙지방법원 2022. 10. 15. 접수 제12321호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라. 다. 피고 최상진은 소외 최병철에게 위 가.항 기재 부동산에 관하여 서울 중앙지방법원 2022. 11. 15. 접수 제13123호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
김영철 ① 임대차목적물반환청구(인도) ② 보증금반환채무, 목적물 인도 의무 동시이행관계 ③ 연체차임 공제 1) 압류 추심의 효력 2) 소멸시효 도과한 연체차임	1) 압류 추심의 효력 압류 추심명령 받은 경우 추심되기 전의 연체차임은 모두 공제. 추심된 것은 공제불가. 2) 소멸시효 도과한 연체차임 소멸시효 도과한 연체차임채권이어도 민 495조 유추적용하여 상계가능. 공제가 가능함.	피고 김영철은 원고로부터 93,000,000 원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 제5기재 부동산 중 별지 도면 표시 1,2,3,4,1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (가) 부분 60㎡를 인도하라.

Contents

소 장

• 청구취지

• 청구원인

1. 피고 이민국에 대한 청구

가. 피보전채권

나. 피대위채권

다. 보전의 필요성 및 권리불행사

라. 소외 망인 김정건의 소유권이전등기청구권 대위행사

마. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

바. 소결

2. 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연에 대한 청구

가. 피보전채권

나. 피대위권리

다. 보전의 필요성 및 권리불행사

라. 예상되는 피고들의 항변에 대한 반박

마. 소결

3. 피고 주진희에 대한 청구

가. 피고 주진희의 보증채무

나. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

다. 소결

4. 피고 박이채, 최상진에 대한 청구

가. 사해행위취소의 피보전채권

나. 사해행위

다. 사해의사 및 수익자, 전득자의 악의

라. 원상회복방법

마. 소결

5. 피고 김영철에 대한 청구

가. 피고 김영철에 대한 인도청구

나. 보증금반환채무와 인도청구의 동시이행

다. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

라. 소결

6. 결론

소 장

원 고 김수길
 서울 강남구 영동대로 234, 1동 806호(대치동, 혜성아파트)
 소송대리인 변호사 신영민
 서울 서초구 서초대로 227, 1406호(서초동, 법조빌딩)
 전화 02)535-7660, 전자우편 clever999@lawyers.com

피 고 1. 이민국
 서울 동작구 상도로 803(상도동)
 2. 정진선
 서울 서초구 사평대로 432(반포동)
 3. 주식회사 기쁨저축은행
 서울 강남구 역삼로 7길 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 효자로32(효자동)

소유권이전등기 등 청구²⁾의 소

1) 기록 18면, 내용증명 2번에 대표자 이름이 있음.
 2) '청구 등'이라고 쓰면 안 된다. 주의해서 써야 한다.

청 구 취 지

1. 피고 이민국은 별지 목록 제 1 기재 부동산 중 소외 유덕희[(701114-2533447), 주소: 서울 양천구 목동동로 100, 101동 501호(신월동, 한라빌)]에게 3/7, 소외 김민경[(980719-2968112), 주소: 유덕희와 동일]에게 2/7, 소외 김준용[(011018-3011421), 주소: 유덕희와 동일]에게 2/7 지분에 관하여 각 2020. 2. 1. 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
 2. 피고 정진선은 피고 이민국에게 위 제1항 기재 부동산에 관하여 의정부지방법원 남양주지원 가평등기소³⁾ 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
 3. 피고 주식회사 기쁨저축은행은 피고 이민국에게, 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
 4. 피고 박성연은 피고 이민국에게 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
 5. 피고 주진희는 원고에게 80,000,000원 및 이에 대한 2022. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
 6. 가. 피고 박이채와 소외 최병철 사이에 별지 목록 제 2 기재 부동산에 관하여 2022. 10. 15. 체결된 대물변제약정을 취소한다.
나. 피고 박이채는 소외 최병철에게 위 가항 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2022. 10. 15. 접수 제12321호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
다. 피고 최상진은 소외 최병철에게⁴⁾ 위 가항 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2022. 11. 15. 접수 제13123호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
 7. 피고 김영철은 원고로부터 93,000,000원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 제5기재 부동산 중 별지 도면 표시 1,2,3,4,1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (가) 부분 60㎡을 인도하라.
 8. 소송비용은 피고들이 부담한다.
 9. 제5항, 제7항은 가집행할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

3) 등기소의 경우 등기소 이름까지 모두 써야 한다.

4) 사해행위자인 채무자에게 말소의무 이행을 청구해야 한다.

청 구 원 인

1. 피고 이민국에 대한 청구

가. 피보전채권

원고는 2020. 3. 10. 소외 망인 김정건으로부터 별지 목록 제1 기재 부동산을 매매대금 3,000만 원에 매수하였습니다. 또한 이러한 소유권이전등기청구권이 존재한다는 2020가단35466 판결이 2021. 1. 2. 확정되었습니다. 원고는 소외 망인 김정건에 대하여 소유권이전등기청구권을 가집니다.

나. 피대위채권

1) 소외 망인 김정건은 김창수의 사망 후인 2000. 2. 1.부터 단독상속인으로서 별지 목록 제1기재 부동산 위에 컨테이너를 설치하고 각종 자재를 적치하는 등 평온, 공연하게 소유의 의사를 가지고 계속 점유해왔습니다.⁵⁾ 민법 제197조 제1항에 따라 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되고, 제198조에 따라 점유 계속이 있는 것으로 추정됩니다.

2) 소외 김정건은 2020. 2. 1. 점유취득시효가 완성되어 별지 목록 제1기재 부동산에 관하여 피고 이민국에 대한 소유권이전등기청구권을 가집니다.

3) 소외 망인 김정건은 2022. 12. 24. 사망하였고, 그 배우자 및 자녀 김민경, 김준용이 각 3/7, 2/7, 2/7의 지분에 따라 피고 이민국에 대한 소유권이전등기청구권을 상속받았습니다.

다. 보전의 필요성 및 권리불행사

1) 소외 김정건에 대한 원고의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해서는 그와 밀접한 관련있는 소외 김정건의 피고 이민국에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 필요가 있습니다.

2) 또한 소외 김정건으로부터 소유권이전등기청구권을 지분대로 상속받은 소외 유덕희, 김민경, 김준용은 이러한 권리를 행사하지 않고 있습니다.

라. 소외 망인 김정건의 소유권이전등기청구권 대위행사

원고는 김정건에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여, 소외 망인 김정건의 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권을 대위행사 합니다.

5) 기록 7면 상담일지의 곡성리 토지 관련 의뢰인의 희망사항에 따라 “소외 망인 김정건의 부 김창수는 1985년 경 피고 이민국으로부터 별지 목록 제1기재 부동산을 매수하였습니다.”라는 내용은 청구원인에서 제외하였다.

마. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

1) 피고 이민국은 원고와 소외 김정건 사이의 별지 목록 제1기재 부동산의 매매계약이 강제집행의 면탈을 위한 가장매매이고, 취득시효가 중단되었거나, 시효이익이 포기되었다고 주장할지 모릅니다.

2) 그러나, 피고 이민국은 원고와 소외 김정건 사이의 별지 목록 제1기재 부동산의 매매계약이 강제집행 면탈을 위한 가장매매라는 점에 대해서 충분히 입증하지 못하고 있고, 원고에게 소외 김정건에 대한 별지 목록 제1기재 부동산의 소유권이전등기청구권이 존재한다는 2020가단35466 판결이 항소기간 도과로 2021. 1. 2. 확정되었습니다.

3) 또한 피고 이민국이 청구기각을 구하는 답변서를 법원에 제출하였다고 하더라도, 이 답변서는 시효취득이 아닌 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소에 대한 것인바, 매매 사실을 부인하는 것에 불과하여 소유자가 자신의 소유권을 적극적으로 주장한 것이라 볼 수 없으므로 시효중단사유 중 하나인 재판상의 청구에 해당하지 않습니다.⁶⁾

4) 또한 2020. 2. 1. 취득시효가 완성된 이후에 2020. 2. 23. 김정건이 피고 이민국에게 토지 매수 의사를 표시하였더라도 매수제의를 하였다는 사실만을 가지고 바로 이를 시효완성의 이익을 포기하는 의사로 단정할 수 없습니다.⁷⁾⁸⁾ 따라서 피고의 주장은 이유 없습니다.

바. 소결

따라서, 피고 이민국은 별지 목록 제 1 기재 부동산 중 소외 유덕희에게 3/7, 소외 김민정에게 2/7, 소외 김준용에게 2/7 지분에 관하여 각 2020. 2. 1. 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있습니다.

6) 대판 1997.12.12. 97다30288

7) 점유자가 취득시효기간이 경과한 후에 당해 토지의 권리자라고 자칭하는 상대방이 한 토지의 매수제의를 수락한 일이 있다 하더라도 일반적으로 점유자는 취득시효가 완성한 후에도 소유권자와의 분쟁을 간편히 해결하기 위하여 매수를 시도하는 사례가 허다함에 비추어 이와 같은 매수제의를 하였다는 사실을 가지고 점유자가 시효의 이익을 포기한다는 의사표시를 한 것이라고 볼 수 없다(대판 1988.04.25. 87다카2003).

8) 점유자가 취득시효기간 완성 후 계쟁토지에 대한 점유사실이나 토지의 존재사실조차 모른 채 다른 토지들을 매매하는 기회에 계쟁토지에 대한 점유까지 이전하여 주었다면 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 행사를 포기하였다고 볼 수 없다(대판 1992.11.13. 92다14083).

비교) 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권 이전등기 절차 이행청구의 소에서 적극적으로 시효의 이익을 포기하겠다고 표명한 바 없을지라도 소송 계속중 원고가 그 토지에 대한 피고의 소유를 인정하여 피고와 합의하여 위 소송을 취하한 것이라면 또 그때 취득시효가 완성되었던 것이 인정된다면 특별한 사정이 없는한 이는 원고가 그 취득시효의 완성을 알면서 그 시효의 이익을 피고에게 포기하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하다(대판 1973.09.29. 73다762).

2. 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연에 대한 청구

가. 피보전채권

앞서 본 것처럼, 원고는 별지 목록 제1 기재 부동산에 관하여 소외 유덕희, 김민경, 김준용이 각 상속받은 지분에 대한 소유권이전등기청구권이 있습니다. 소외 유덕희, 김민경, 김준용은 위 부동산에 관하여 피고 이민국에 대한 각 지분에 따른 소유권이전등기청구권이 있습니다.

나. 피대위권리

1) 채권자대위권을 다시 대위할 수 있음

채권자대위권을 다시 대위행사할 수 있습니다. 따라서 원고는 별지 목록 제1기재 부동산에 관하여 소외 유덕희, 김민경, 김준용과 피고 이민국을 순차로 대위하여 정진선에 대하여는 피고 이민국에게 소유권이전등기의, 주식회사 기쁨저축은행에 대하여는 피고 이민국에게 근저당권설정등기의 각 말소등기절차의 이행을 구할 권리가 있습니다. 그리고 피고 박성연에 대하여는 피고 정진선 명의의 위 소유권이전등기 말소등기절차에 대한 승낙의 의사표시를 구할 권리가 있습니다.⁹⁾

2) 피고 이민국의 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행에 대한 각 말소등기청구(피대위권리), 피고 박성연의 승낙의 의사표시

가) 피고 정진선에 대한 말소등기청구

피고 정진선의 남편인 소외 함진옥은 2020. 5. 20. 피고 이민국이 피고 정진선에게 별지 목록 제1기재 부동산을 매도하였다는 내용의 부동산매매계약을 위조하고, 의정부지방법원 가평등기소에서 다음날 부동산 소유권이전등기 서류를 위조한 뒤 이를 제출하였습니다. 별지 목록 제1기재 부동산에 관하여 피고 정진선 앞으로 의정부지방법원 가평등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기는 원인무효의 소유권이전등기입니다. 소외 함진옥은 이와 같은 내용의 사문서위조, 동행사죄로 2021고단7829 판결로 유죄 징역형을 선고받았습니다. 피고 이민국은 피고 정진선에 대한 위 소유권이전등기의 말소등기청구권을 가집니다.

나) 피고 주식회사 기쁨저축은행에 대한 말소등기청구

소외 배승구는 2020. 5. 21. 별지목록 제1기재 부동산에 관하여 채무자 함진옥, 채권 최고액 금40,000,000원, 근저당권자 배승구로 하는 근저당권설정계약을 맺고 이에 따라 의정부지방법원 가평등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 근저당권설정등기를 마쳤습

9) “원고는 소외 유덕희, 김민경, 김준용이 피고 이민국의 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연에 대한 각 말소등기청구권을 대위행사하는 채권자대위권을 다시 대위하여 청구합니다.”라고 서술할 수도 있다.

니다. 이후 근저당권자 소외 배승구는 피고 주식회사 기쁨저축은행과 채무정산을 협의하여 근저당권의 피담보채무인 대여금채권을 위 은행에 양도하고 그 근저당권 이전의 부기등기도 마쳤습니다. 소외 배승구와 피고 주식회사 기쁨저축은행의 위 근저당권설정등기는 피고 정진선 명의의 위조 원인무효 등기에 기하여 마친 것이어서 역시 원인무효 등기입니다. 피고 주식회사 기쁨저축은행은¹⁰⁾ 피고 이민국에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있습니다.

다) 피고 박성연에 대한 승낙의 의사표시 청구

피고 박성연은 위조사문서에 따른 원인무효 등기인 피고 정진선 명의의 소유권이전등기에 기하여 별지 목록 제1기재 부동산을 가압류하였으므로, 피고 박성연이 한 가압류 역시 효력이 없습니다. 가압류의 경우 소유권이전등기의 말소등기절차가 이행되면 그에 따른 승낙의 의사표시를 하여 해제하게 되므로, 피고 박성연은 별지 목록 제1기재 부동산에 관한 피고 정진선 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차에 따른 승낙의 의사표시를 할 의무가 있습니다.

3) 피보전채권

피보전채권은 피고 이민국에 대하여 소외 김정건이 가지고 있는 점유취득시효 완성에 기한 소유권이전등기청구권입니다. 소외 김정건이 사망하여, 각 상속지분별로 김정건의 배우자와 자녀들인 소외 유덕희, 김민경, 김준용이 소유권이전등기청구권을 가집니다.

다. 보전의 필요성 및 권리불행사

1) 소외 유덕희, 김민경, 김준용의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해서는 그와 밀접한 관련있는 피고 이민국의 피고 정진선, 주식회사 기쁨저축은행, 박성연에 대한 말소등기청구권 및 승낙의 의사표시를 청구할 권리를 대위행사할 필요가 있습니다.

2) 또한 피고 이민국은 이러한 권리를 행사하지 않고 있습니다.

라. 예상되는 피고들의 항변에 대한 반박

1) 피고 기쁨저축은행, 박성연은¹¹⁾ 자신들은 합진옥이 위조서류를 사용해서 피고 정진선 명의로 소유권이전등기를 마친 것을 몰랐으므로 선의의 제3자여서 보호받아야 한다고 주장할지 모릅니다.

10) 근저당권 이전의 부기등기가 마쳐진 경우, 근저당권설정등기의 말소등기청구 상대방은 그 근저당권의 양수인이므로, 주식회사 기쁨저축은행을 피고로 하여야 한다.

11) 기록 19면. 피고 정진선은 내용증명에서 어떠한 항변도 하고 있지 않은 것으로 보이고, 등기가 위법하게 이루어진 것도 인정하고 있다.

2) 그러나, 원인무효의 등기에 기한 후순위 등기들은 모두 보호받지 못하며, 이는 선의의 제3자여도 마찬가지입니다. 따라서 피고들의 주장은 이유 없습니다.

마. 소결

따라서 피고 주식회사 기쁨저축은행은 피고 이민국에게, 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3976호로 마친 근저당권설정등기의 말소 등기절차를, 피고 박성연은 피고 이민국에게 위 제1항 기재 부동산에 관하여 위 제2항 기재 등기소 2020. 5. 21. 접수 제3975호로 마친 소유권이전등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있습니다.

3. 피고 주진희에 대한 청구

가. 피고 주진희의 보증채무

1) 소외 박수호는 2018. 8. 28. 소외 이철진, 이철수에게 투명독서대 4,000개를 대금 2억 원, 대금지급일 2018. 9. 30., 지연손해금률 월 1%로 정하여 매도하였습니다. 이후 납품할 물품을 모두 납품하였습니다. 2018. 9. 30. 납품대금 지급일이 지나서 박수호의 물품대금채권 2억원이 발생하였습니다. 위 납품계약에서 피고 주진희는 소외 이철진, 이철수의 납품대금채무를 지급보증하기로 하였습니다.

2) 소외 박수호는 2019. 2. 8.에 2018. 8. 28. 자 독서대 납품대금 2억원 및 지연손해금 일체를 소외 이기만에게 양도하였고, 소외 이기만은 다시 2020. 1. 20. 위 채권을 원고에게 양도하였습니다. 이에 따른 채권양도 통지 역시 채무자 이철진, 이철수에게 도달하였습니다.

3) 소외 이철진, 이철수의 물품대금채무는 민법 제163조 제6호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용됩니다. 대금지급일이 2018. 9. 30. 이므로 2021. 9. 30.에 일응 소멸시효가 완성됩니다.

4) 이철진, 이철수는 상법 제57조 제1항에 따라 연대채무로서 위 물품대금채무를 부담하게 됩니다. 주채무가 상행위로 인한 것이어서 상법 제57조 제2항에 따라 보증인 피고 주진희 역시 연대하여 채무를 부담합니다.

5) 소외 이철진에 대하여 소외 박수호는 2018. 12. 27. 이철진 소유 토지에 대한 가압류집행을 하였으므로, 이철진에 대한 물품대금채권은 소멸시효가 중단됩니다. 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속되므로,¹²⁾ 이철진에 대한 물품대금채권은 소멸시효가 진행하지 않습니다.

12) 대판 2011.05.13. 2011다10044, 대판 2013.11.14. 2013다18622, 2013다18639

6) 이철진에 대한 가압류 집행의 시효중단효는 다른 연대채무자 1인에 대한 채권에는 미치지 않으므로,¹³⁾ 이철수에 대해서는 시효중단의 효력이 없습니다. 따라서 소외 이철수에 대한 물품대금채권은 2021. 9. 30.에 소멸시효가 완성되었습니다. 이에 따라 이철진의 이 사건 물품대금채무 원금은 소멸되고 남은 1억원이 되고(민법 제421조, 제424조), 피고 주진희의 보증채무 원금도 부종성에 따라 1억원이 됩니다(민법 제430조).

7) 한편, 소외 이철진은 2022. 9. 30. 원고에게 충당할 채무를 지정하지 않고 9천만원을 송금하여 민법 제479조에 따라 소외 이철진 부담부분의 2018. 8. 28.자 물품대금 채무의 이자 및 지연손해금 4800만원(=물품대금채무 부담부분 1억 × 월 1% × 48개월), 2021. 6. 30.자 대여금 채무의 이자 2백만원(=2천만원 × 월 2% × 변제기 후 5개월)에 우선 충당됩니다(민법 제479조).

8) 민법 제477조에 따르면 변제이익은 주채무가 보증채무보다 변제이익이 많고, 약정이율이 높은 것이 변제이익이 많습니다. 그렇다면, 나머지 4,000만원(= 9,000만원 - 4,800만원 - 200만원)은 주채무이자 약정이율이 월2%로 높은 대여금 채무의 원금 2,000만원에 충당되고, 나머지 2,000만원은 주채무인 물품대금 채무에 충당되어 8,000만원(= 1억원 - 2,000만원)이 남습니다.

9) 따라서 이철진의 위 물품대금 채무를 보증한 피고 주진희는 원고에게 변제충당되고 남은 8,000만원 및 이에 대한 변제충당 다음날인 2022. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있습니다.

나. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

1) 피고 주진희는 채권양도통지가 이철진, 이철수에게만 있었고, 자신에게는 양도통지가 도달하지 않았다고 주장하거나, 납품대금채권의 제3자 양도 금지 특약이 존재함을 이기만이 알고 있었으므로 채권양도가 무효라고 주장하거나, 채권의 소멸시효가 완성되었다고 주장할지 모릅니다.

2) 그러나, 채권양도통지는 주채무자에 대해서 하여 대항요건을 갖춘 경우, 보증인에 대해서도 그 효력이 미치므로,¹⁴⁾ 보증인 주진희에 대해서도 채권양도의 효력을 주장할 수 있습니다. 또한 이기만이 양도금지특약의 존재를 알고 있더라도 그로부터 다시 채권

13) 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인의 소유 부동산이 압류된 경우, 이로써 위 채무자에 대한 채권의 소멸시효는 중단되지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에게 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단의 효력을 다른 연대채무자에 대하여 주장할 수 없다. 이 판례와 같은 취지로, 이행청구가 아니라 연대채무자 중 1인에 대한 가압류에 의한 시효중단 효력은 다른 연대채무자의 채권에 대해서는 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다(대판 2001.08.21. 2001다22840).

14) 채권양도에 있어서 주채무자에 대하여 채권양도통지 등 대항요건을 갖추었으면 보증인에 대하여도 그 효력이 미친다(대판 1976.04.13. 75다1100).

을 양수받은 원고는 양도금지특약의 존재를 알지 못하였으므로 선의의 제3자로서 보호받습니다(민법 제449조 제2항 단서). 소멸시효의 경우 앞서 살펴본 것처럼 소외 이철진에 대한 가압류의 시효중단효력이 여전히 있으므로 피고의 주장은 모두 이유 없습니다.

다. 소결

피고 주진희는 원고에게 60,000,000원 및 이에 대한 2022. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있습니다.

4. 피고 박이채, 최상진에 대한 청구¹⁵⁾

가. 사해행위취소의 피보전채권

1) 원고는 2016. 9. 1. 소외 최병철에게 1억 원을 변제기 2017. 8. 31.고 정하고, 이자 없이 대여하였습니다. 이러한 대여금 채무를 소외 안현숙이 연대보증하였습니다. 원고는 소비대차 계약 후 1억 원을 최병철에게 지급하였습니다.

2) 이후 원고는 ‘최병철, 안현숙이 연대하여 원고에게 1억원 및 이에 대한 2017. 9. 1.부터 이 명령종달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라’는 취지의 지급명령을 신청하여 이러한 명령이 2018. 1. 4. 확정되었습니다.

나. 사해행위

1) 소외 최병철은 별지 목록 제2기재 부동산을 소유하고 있는 자로, 위와 같은 소비대차계약 이전에 별지 목록 제2기재 부동산에는 채권최고액 4억 원의 공동근저당권이 설정되어 있습니다.

2) 물상보증인 소유의 별지 목록 제2기재 부동산의 시가는 2억 원이고, 채무자 소유 부동산 시가는 3억 원이어서, 2억 원 중 채무자 소유 부동산에서 근저당권의 실행 후 변제받고 남은 1억원을 다시 제하여도 물상보증인은 남은 1억 원의 경매대가를 받을 수 있습니다.

15) 안현숙에 대한 보증채권을 피보전채권으로 하여 안현숙이 장정자에게 수원 토지를 매도한 계약(2022. 1. 2. 자 매매)을 사해행위로 볼 수 있다. 그러나, 민법 406조 제2항에 따라 채권자의 사해행위 취소소송은 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년 내에 제기할 수 있다. 기록 9면의 3. 사해행위취소 관련 사.항에는 의뢰인이 2022. 1. 초경 안현숙의 재산에 대해 수소문하다가 ‘안현숙이 채무초과상태에서 유일한 재산인 수원 토지를 장정자에게 매도하여 처분한 사실을 알게 되어’라고 기재되어 있어 채권자인 원고가 취소원인을 2022. 1. 초경에 알았다고 보아야 한다. 따라서 수익자 장정자에 대한 사해행위 취소소송은 제척기간 도과로 소제기할 수 없다.

3) 그런데 이러한 물상보증인 소유 부동산을 물상보증인인 소외 최병철이 자신의 다른 채권자인 피고 박이채에 대한 채무 8천만 원을 변제하기 위해 대물변제약정을 맺고 별지 목록 제2기재 부동산에 대한 소유권이전등기를 마쳐주었습니다.

4) 사해행위는 채무자의 무자력 중 처분행위로 공동담보의 감소를 가져오는 행위입니다.¹⁶⁾ 채무초과의 상태에 있는 채무자가 적극재산을 채권자 중 일부에게 대물변제로 양도하는 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리 원칙적으로 다른 채권자들에게 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있습니다.¹⁷⁾ 사안의 경우 소외 최병철과 수익자 피고 박이채 사이에 2022. 10. 15. 체결된 대물변제약정은 사해행위입니다.

다. 사해의사 및 수익자, 전득자의 악의

1) 채무자의 사해의사 역시 사해행위가 인정되어 존재하는 것으로 추정되고, 채무자의 사해의사가 인정되는 경우 수익자 또는 전득자의 악의는 추정됩니다.¹⁸⁾

2) 사안에서 수익자 피고 박이채, 전득자 피고 최상진의 악의는 각 추정됩니다.

라. 원상회복방법

1) 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법은 원칙적으로 원물반환의 방법에 의하여야 합니다. 원상회복이 사실상불가능한 경우, 선의의 전득자가 전득을 하여 법률상 불가능한 경우, 사해행위 이전 설정된 저당권 소멸로 공평의 관점에서 원상회복 불가능한 경우 예외적으로 가액배상을 하게 됩니다.¹⁹⁾

2) 사안에서는 사해행위 이전 설정된 공동근저당권이 소멸되지 않고 존속하므로, 원물반환의 방법으로 원상회복을 하여야 합니다.

3) 수익자 피고 박이채와 전득자 피고 최상진 앞으로 각 마친 소유권이전등기를 각 말소하여 원상회복하여야 합니다.

16) 사해행위의 전형적인 기재제임.

17) 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 유일한 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제로 제공하여 양도하였다면 그 채권자는 다른 채권자에 우선하여 채권의 만족을 얻는 반면 그 범위 내에서 공동담보가 감소됨에 따라 다른 채권자는 종전보다 더 불리한 지위에 놓이게 되므로 이는 곧 다른 채권자의 이익해하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 채무자가 그의 유일한 재산을 채권자들 가운데 어느 한 사람에게 대물변제로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다(대판 1990.11.23. 90다카27198, 대판 2005.11.10. 2004다7873, 대판 1999.11.12. 99다29916, 대판 2006.05.11. 2006다11494).

18) 대판 2006.07.04. 2004다61280

19) 대판 2001.12.27. 2001다33734

마. 소결

- 1) 피고 박이채는 소외 최병철에게 위 가항 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2022. 10. 15. 접수 제12321호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고,
- 2) 피고 최상진은 소외 최병철에게 위 가항 기재 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2022. 11. 15. 접수 제13123호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있습니다.

5. 피고 김영철에 대한 청구

가. 피고 김영철에 대한 인도청구

- 1) 원고는 2009. 4. 1. 피고 김영철에게 별지 목록 제5기재 부동산 중 별지 도면 표시 (가) 부분 60㎡를 보증금 1억 원, 월 차임 1백만 원, 임대기간 2009. 4. 1.부터 2019. 3. 31.까지로 정하여 임대하였습니다.
- 2) 이에 따라 원고는 피고 김영철에게 부동산 중 별지 도면 표시 (가)부분 60㎡를 인도하였고, 피고 김영철도 원고에게 보증금을 지급하였습니다.
- 3) 2019. 3. 31.이 지난 이후에도 피고 김영철은 계속하여 월 차임을 지급하였고, 원고도 인도해달라는 요청을 하지 않아 위 임대차계약의 기간이 종료된 이후에 원고와 피고 사이의 임대차는 기한의 정함 없는 임대차입니다.
- 4) 위 기한의 정함 없는 임대차는 민법 제635조 제2항 제1호에 따라 당사자가 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인이 해지를 통고한 경우 통고받은 날로부터 6월이 지나면 해지의 효력이 생깁니다.
- 5) 사안에서는 기한 없는 임대차에 대한 임대인 원고의 해지통고가 2022. 4. 30. 피고 김영철에게 도달하였으므로²⁰⁾ 10. 31.에 임대차 해지 효력이 발생합니다.
- 6) 임대차가 종료함에 따라 원고는 피고 김영철에 대하여 임대차 목적물인 위 부동산의 반환청구권을 가지게 됩니다.

나. 보증금반환채무와 인도청구의 동시이행

- 1) 임대목적물 반환의무와 임대차보증금 반환의무는 동시이행의 관계에 있습니다. 임대차보증금은 임대차관계가 종료되어 목적물을 반환하는 때까지 그 임대차관계에서 발생하는 임차인의 모든 채무를 담보합니다. 피담보채무 상당액은 임대차관계 종료 후 목적

20) 기록 40면 하단. 우편물배달증명서에 배달연월일 2022. 4. 30. 으로 기재되어 있음.

물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제됩니다.²¹⁾

2) 임대인은 임차인에게 돌려줄 보증금에서 임대차종료되고서 임대목적물의 인도시까지 차임 및 차임상당 부당이득을 공제하고 나머지 금액을 돌려줄 수 있습니다.

3) 피고 김영철은 2022. 10. 경 이 사안 임대차가 종료된 이후에 임대차 목적물을 실질적으로 사용 수익하지는 않았으므로,²²⁾ 일응 2022. 3. 1.부터 2022. 10.경까지의 연체된 차임 1,000만 원(월 차임 100만원 × 8개월 및 2016. 10월, 11월 분 연체 차임 200만 원)을 보증금 1억 원에서 공제한 나머지 9,000만 원을 돌려줄 수 있습니다.

다. 피고의 예상되는 항변에 대한 반박

1) 피고 김영철은 2016년에 연체된 차임은 이미 소멸시효가 완성되어 이를 자동채권으로 하여 보증금과 상계하거나 보증금에서 공제하는 것이 허용되지 않는다고 주장하거나, 차임 중 400만 원은 압류 및 추심명령을 받았으므로 의뢰인에게는 수령권이 없어 보증금에서 공제할 수 없다고 주장할지 모릅니다.

2) 그러나, 민법 제495조를 유추적용하여 소멸시효가 지난 연체차임이라도 임대차보증금에서 공제할 수 있습니다.²³⁾ 소멸시효 도과한 연체차임을 공제할 수 없다는 피고의

21) 대판 1987.06.23. 87카98, 대판 2004.12.23. 2004다56554 등.

22) 2022. 10. 30. 에 해지통고의 효력이 발생할 때까지 기한 없는 임대차로서 임대차관계는 존속한다고 보았다. 임대차가 종료되지 않고 임대차 존속 중인 경우, 그 임대차 기간에 임차인이 실질적으로 사용, 수익하지 않더라도 임대차 계약에 기하여 차임은 지급할 채무가 있다.

비교) 다음 판례는 임대차기간이 '종료'된 이후에 '부당이득'을 반환청구할 수 있을지의 문제이다.

대판 2018.11.29. 2018다240424, 2018다240431

법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 이익을 반환하여야 한다(민법 제741조), 여기에서 이익이라 함은 실질적인 이익을 의미하므로, 임대차계약관계가 소멸된 이후에 임차인이 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이익을 얻은 바 없는 경우에는, 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 않는다. 이는 임차인의 사정으로 인하여 임차건물 부분을 사용·수익하지 못하였거나 임차인이 자신의 시설물을 반출하지 않았다고 하더라도 마찬가지이다(대판 1998.07.10. 98다8554 등).

23) 임대차보증금은 차임의 미지급, 목적물의 멸실이나 훼손 등 임대차 관계에서 발생할 수 있는 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이므로, 차임의 지급이 연체되면 장차 임대차 관계가 종료되었을 때 임대차보증금으로 충당될 것으로 생각하는 것이 당사자의 일반적인 의사이다. 이는 차임채권의 변제기가 따로 정해져 있어 임대차 존속 중 소멸시효가 진행되고 있는데도 임대인이 임대차보증금에서 연체차임을 충당하여 공제하겠다는 의사표시를 하지 않고 있었던 경우에도 마찬가지이다. 더욱이 임대차보증금의 액수가 차임에 비해 상당히 큰 금액인 경우가 많은 우리 사회의 실정에 비추어 보면, 차임 지급채무가 상당기간 연체되고 있음에도, 임대인이 임대차계약을 해지하지 아니하고 임차인도 연체차임에 대한 담보가 충분하다는 것에 의지하여 임대차관계를 지속하는 경우에는, 임대인과 임차인 모두 차임채권이 소멸시효와 상관없이 임대차보증금에 의하여 담보되는 것으로 신뢰하고, 나아가 장차 임대차보증금에서 충당 공제되는 것을 용인하겠다는 묵시적 의사를 가지고 있는 것이 일반적이다.

한편 민법 제495조는 "소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다."라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 하는데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양 채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증

주장은 이유 없습니다.

3) 또한 임대차계약상의 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있더라도 임대차 종료 후 목적물의 반환시 그 때까지 추심되지 않은 잔존 차임채권액이 임대보증금에서 당연히 공제됩니다.²⁴⁾ 사안에서 300만 원의 차임에 대해서는 피고 김영철이 추심채권자 김청구에게 이미 지급하였으므로, 300만 원에 대해서는 임대차 보증금에서 공제할 수 없으나, 추심되지 않은 잔존 차임채권액인 100만 원은 임대보증금에서 당연히 공제됩니다. 따라서 위 피고의 주장은 일견 타당, 일견 부당합니다.

라. 소결

1) 보증금 1억 원에서 피고 김영철이 이미 지급한 300만 원의 연체 차임 부분은 추심 되었으므로 보증금에서 공제되지 않고, 나머지 연체차임 700만 원만 공제됩니다.

2) 따라서, 피고 김영철은 원고로부터 93,000,000원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 제5기재 부동산 중 별지 도면 표시 1,2,3,4,1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (가) 부분 60㎡을 인도할 의무가 있습니다.

6. 결론

위 청구원인과 같은 이유로 원고는 청구취지와 같은 판결을 구합니다.

금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없지만, 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다(대판 2016.11.25. 2016다211309).

24) 부동산 임대차에 있어서 수수된 보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이므로, 임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다(대판 2004.12.23. 2004다56554, 2004다56653, 2004다56578, 2004다56660, 2004다56646, 2004다56561, 2004다56615, 2004다56608, 2004다56585, 2004다56592, 2004다56622, 2004다56639).

**증명방법
(생략)**

**첨부서류
(생략)**

2023. 1. 13.

원고의 소송대리인 변호사 신 영 민

서울중앙지방법원²⁵⁾ 귀중

25) 기록1면 작성요령 4번. 피고 이민국, 정진선을 기준으로 정하였음.