

광주지방법원 해남지원 2022. 9. 7 선고 2022가합3237(본소), 2022가합3244(반소) 판결  
[근저당권설정등기말소 · 공사대금]

---

## 전 문

원고(반소피고) A

소송대리인 법무법인 광주로펌

담당변호사 최국신

소송복대리인 법무법인 새천년

담당변호사 정차범

피고(반소원고) B

소송대리인 변호사 성낙근

소송복대리인 변호사 박정남, 정경일

변 론 종 결 2022. 7. 20.

판 결 선 고 2022. 9. 7.

## 주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 광주지방법원 해남지원 등기계 2008. 8. 13. 접수 제24095호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고(반소원고)의 주위적 및 예비적 반소청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용은 본소와 반소를 통틀어 피고(반소원고)가 부담한다.

## 청 구 취 지

본소: 주문 제1항과 같다.

반소: 주위적으로, 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)에게 5억 원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 예비적으로, 원고는 피고에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 2004. 2. 7.자 대물변제 약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

## 이 유

본소와 반소를 함께 본다.

### 1. 기초 사실

가. 원고의 별지 목록 기재 각 토지 매수 및 소유권이전등기 경로

1) 원고는 2004. 6. 26. C와 사이에, 별지 목록 제3항 기재 토지를 2,160만 원에 매수하기로 하되 계약금은 216만 원으로 정하고 중도금 944만 원은 2004. 7. 10.까지, 잔금 1,000만 원은 2004. 7. 25.까지 각 지급하기로 하는 내용의 매매계약을 체결하고, C에게 같은 날 계약금 216만 원을, 2004. 7. 12. 중도금 944만 원을 각 지급한 후, 2004. 8. 2. D으로부터 위 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경로받았다.

2) 원고는 2004. 6. 26. E와 사이에, 전남 해남군 F 전 2,655㎡, G 답 1,389㎡를 4,400만 원에 매수하기로 하되 계약금 440만 원으로 정하고 중도금 1,636만 원은 2004. 7. 10.까지, 잔금 2,000만 원은 2004. 7. 25.까지 각 지급하기로 하는 내용의 매매계약서를 작성하고, E에게 같은 날 440만 원을, 2004. 6. 28. 600만 원을, 2004. 7. 12. 3,460만 원을 각 지급한 후(합계 4,500만 원), 2004. 7. 29. E로부터 위 각 토지에 관한 소유권이전등기를 경로받았다. 원고는 2004. 9. 21. 전남 해남군 H 전 2,046㎡에 관하여 I문중으로부터 2004. 8. 28.자 매매계약을 원인으로

소유권이전등기를 경료받았고, 전남 해남군 F 전 2,655㎡, G 답 1,389㎡는 2005. 6. 10. 다른 토지와 함께 H 전 2,046㎡에 합병되어 별지 목록 제7항 기재 토지가 되었다.

3) 원고는 2004. 7. 13. J과 사이에, 별지 목록 제1, 2, 4항 기재 각 토지를 86,361,000원에 매수하기로 하되 계약금은 3,000만 원으로 정하고 잔금 56,361,000원은 2004. 8. 12.까지 지급하기로 하는 내용의 매매계약을 체결하고, 같은 날 J에게 계약금 3,000만 원을 지급하였다. 이후 원고는 별지 목록 제1, 2항 기재 각 토지에 관해서는 2004. 8. 21. J으로부터 '2004. 8. 14.자 매매계약'을 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료받았고, 별지 목록 제4항 기재 토지에 관해서는 2007. 6. 4. K으로부터 '1994. 7. 28.자 매매계약'을 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료받았다.

4) 원고는 2004. 9. 21. 별지 목록 제6항 기재 토지에 관하여 공유자인 L, M, N으로부터 '2004. 8. 28.자 매매계약'을 원인으로 소유권이전등기를 경료받았고, 2007. 6. 4. 같은 목록 제5항 기재 토지에 관하여 O로부터 '1994. 7. 28.자 매매계약'을 원인으로 소유권이전등기를 경료받았다.

#### 나. P에 대한 소유권이전청구권가등기 설정 및 말소

원고는 P에게 2004. 9. 16. 별지 목록 제1, 2항 기재 각 토지 및 같은 목록 제7항 기재 토지로 합병되기 전의 전남 해남군 F 전 2,655㎡, G 답 1,389㎡에 관하여 2004. 9. 14.자 매매예약을 원인으로 하여, 2004. 10. 27. 같은 목록 제6항 기재 토지 및 제7항 기재 토지로 합병되기 전의 전남 해남군 H 전 2,046㎡에 관하여 2004. 10. 26.자 매매예약을 원인으로 하여 각 소유권이전청구권가등기를 마쳐 주었으나(이하 '이 사건 가등기'라 한다), 2005. 4. 29. 매매예약 계약의 해제를 원인으로 위 가등기는 2005. 5. 3. 모두 말소되었다.

#### 다. 피고에 대한 근저당권 설정

원고는 2008. 8. 13. 피고에게 광주지방법원 해남지원 등기계 2008. 8. 13. 접수 제24095호로 별지 목록 기재 각 토지(이하 통틀어 '이 사건 각 토지'라 한다)를 공동담보로 하여, 등기원인을 2008. 8. 11.자 설정계약으로, 채권최고액을 10억 원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐 주었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 5, 7호증, 을 제3, 4호증(가지번호가 있는 것은 각 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들의 주장 요지

### 가. 원고(본소 청구)

이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무 자체가 부존재하고, 설령 피고 주장처럼 2004. 2. 7.자 대물변제 약정에 기한 소유권이전등기청구권이 피담보채무에 해당한다고 보더라도 소멸시효의 완성으로 소멸하였으므로, 피고는 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

### 나. 피고(반소 청구)

주위적으로, 2007년 하반기 무렵 원고와 피고가 함께 추진하던 온천개발 사업이 최종 무산됨에 따라, 원고가 이 사건 각 토지를 처분하여 그 처분대금 상당인 5억 원을 피고에게 지급하기로 약정하였으므로 약정금 5억 원의 지급을 구한다. 예비적으로, 위와 같이 온천개발 사업이 무산됨에 따라 원고와 피고가 이 사건 각 토지에 관하여 2004. 2. 7. 체결한 대물변제 약정의 조건 불성취가 확정됨으로써 불확정기한이 도래한 결과, 원고는 피고에게 위 각 토지에 관하여 위 대물변제 약정을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐 줄 의무를 부담하므로, 원고에 대하여 위 각 토지에 관한 소유권이전등기 절차 이행을 구한다.

## 3. 판단

가. ① 피고는 2004년경 온천개발 및 운영업 등을 영위하는 주식회사 Q(이하 'Q'이라 한다)의 이사로 재직하면서 해남 등지에서 온천개발사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 추진하고자 계획한 사실, ② 피고는 이 사건 사업 추진 과정에서 원고를 알게 되었고, 원고는 장래 이 사건 각 토지에서 이 사건 사업을 추진하기 위한 목적으로 위 각 토지를 매수한 사실, ③ 피고는 이 사건 사업자금의 일부를 투자하였고 향후에도 추가로 투자할 계획을 하고 있었던바, 원고는 피고의 수익 회수를 보장하기 위한 차원에서 피고의 요청으로 위 각 토지를 공동담보로 하여 이 사건 근저당권을 설정해 준 사실, ④ 피고는 이 사건 사업과 관련하여 P와 사이에 투자약정을 체결한 후, 원고에게 P의 권리 담보 목적으로

위 각 토지에 이 사건 가등기를 경로해 줄 것을 요청하였고, 이에 원고는 P 앞으로 이 사건 가등기를 설정해 준 사실, ⑤ 2007년 하반기 무렵 이 사건 사업이 최종적으로 무산된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 위 인정 사실, 앞서 든 증거, 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다.

나. 이를 토대로 본소 청구에 관하여 보건대, 앞서 본 사실과 사정들을 종합하면 원고와 피고는 이 사건 사업을 동업하기로 하면서, 피고는 동종 영업을 영위하는 Q의 이사로 재직한 경험에 근거하여 노하우와 금원을 출자하고 투자자를 유치하기로 하고, 원고는 노무를 출자하고 업무집행조합원으로서 부지 매수 등 업무를 담당하기로 하며, 장차 이 사건 사업으로 인해 발생할 수익을 배분하기로 하는 약정을 체결하였다고 볼 수 있다.

그리고 원고는 피고에 대한 수익금 지급채무를 담보하고, 피고가 다른 투자자들에게 제시하고 투자를 유치할 수 있도록 협조하기 위한 목적에서 피고에게 이 사건 근저당권을 설정해 준 것으로 보인다.

위 수익 배분 약정은 이 사건 사업에 따라 장래 발생할 예정인 수익을 분배하기로 하는 내용으로서 이 사건 사업의 종료를 해제조건으로 한다고 봄이 타당한데, 2007년 하반기 무렵 이 사건 사업이 최종 무산된 사실은 앞서 본 것과 같은바, 결국 이 사건 근저당권이 설정될 당시 이미 위 수익 배분 약정은 해제조건이 성취되어 실효되었다 할 것이다(민법 제147조 제2항).

따라서 이 사건 근저당권의 피담보채무인 수익금 지급채무는 부존재하므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다. 한편 피고는, ① 피고가 이 사건 각 토지 매수자금을 부담하기로 하고, 원고는 자신의 명의로 위 각 토지를 매수하여 이 사건 사업이 확정되면 피고에게 위 각 토지의 소유권을 이전하기로 하는 대물변제 약정이 2004. 2. 7.경 체결되었다거나, ② 이후 2007년 하반기 무렵 이 사건 사업이 종국적으로 무산됨에 따라, 원고가 이 사건 각 토지를 전매하여 피고에게 그 처분대금을 지급하기로 하고, 다만 토지를 처분하기 전까지 원고가 위 각 토지에서 농작물을 경작하기로 하는 약정이 체결되었다고 주장하면서, 2007년 하반기 무렵의 약정(이하 ‘2007년 약정’이라 한다)을 기초로 주위적 반소청구를, 2004. 2. 7.자 대물변제 약정(이하 ‘2004년 약정’이라 한다)을 기초로 예비적 반소청구를 각 제기하였다.

그러나 을 제1호증의 기재 및 피고가 들고 있는 사정들을 모아보더라도 앞서 인정한 바와 같이 이

사건 사업에 관하여 원고와 피고 사이에 수익 배분 약정이 체결된 것을 넘어서, 피고 주장과 같이 2004년 약정 또는 2007년 약정이 체결되었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다(더구나 피고는 자신이 원고에게 이 사건 각 토지 매수자금 명목으로 지급한 금액, 시점, 지급방법 등에 관하여 구체적인 주장증명을 하지 못하고 있고, 이 사건 각 토지 처분대금이 5억 원이라고 주장하면서 주위적 반소로서 위 금액 상당의 약정금 지급을 구하면서도, 위 토지의 적정 처분가액을 5억 원으로 볼 만한 어떠한 자료도 제출하지 않고 있다).

그리고 설령 피고 주장처럼 원고가 피고로부터 이 사건 각 토지 매수자금을 지급받아 원고 명의로 위 토지를 매수한 후, 그 소유권을 피고에게 이전하기로 하는 내용으로 2004년 약정을 체결하였거나, 그 처분대금을 피고에게 지급하기로 하는 내용으로 2007년 약정을 체결하였다고 보더라도, 이는 원고와 피고 사이에 피고가 토지 매수자금을 부담하되 원고 명의로 이를 매수하기로 묵시적으로 명의신탁약정을 하고, 원고는 자신의 명의로 이 사건 각 토지의 매도인들인 C, E, I문중, J, L, M, N, O와 매매계약을 체결하며, 그 매매계약에 기초하여 원고 명의로 소유권이전등기를 경료한 것이므로, 계약명의신탁 약정에 의해 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 해당한다. 또한 매도인들이 원고와 피고 사이에 명의신탁약정이 있었음을 알고 있었다는 점에 관한 아무런 증거가 없으므로, 원고와 피고 사이의 위와 같은 명의신탁약정이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제1항에 따라 무효라고 하더라도, 명의수탁자인 원고 명의의 소유권이전등기는 유효하게 된다.

그런데 이 경우 계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 부동산실명법 제4조 제1항에 좇아 무효이므로(대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결 참조), 결국 피고가 이 사건 각 토지에 관하여 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 장차 원고가 피고에게 소유권을 이전하기로 하는 내용의 2004년 약정이나, 원고가 피고에게 그 처분대가를 지급하기로 하는 내용의 2007년 약정은 모두 부동산실명법 제4조 제1항에 따라서 그 효력을 인정할 수 없다.

그러므로 2004년 약정 또는 2007년 약정이 유효함을 전제로 하는 이 사건 주위적, 예비적 반소청구는 모두 이유 없다.

#### **4. 결 론**

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 있으므로 이를 인용하고, 피고의 반소청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 조현호, 판사 김경준, 판사 원도연

별지

#### 부동산 목록

1. 전남 해남군 R 전 883㎡
2. 전남 해남군 S 전 7,626㎡
3. 전남 해남군 T 전 2,162㎡
4. 전남 해남군 U 답 129㎡
5. 전남 해남군 V 전 645㎡
6. 전남 해남군 W 묘지 536㎡
7. 전남 해남군 H 전 7,040㎡. 끝.

