

광주고등법원 2024. 11. 20 선고 2023나23561 판결 [가등기 및 근저당권설정등기 말소]

재판경과

광주고등법원 2024. 11. 20 선고 2023나23561 판결

광주지방법원 목포지원 2023. 6. 13 선고 2022가합10625 판결

전문

원고, 피항소인 주식회사 A

소송대리인 변호사 박창식

피고, 항소인 1. 유한회사 B 농업회사법인

2. 유한회사 C

피고들 소송대리인 변호사 구길선

변론 종결 2024. 9. 25.

판결 선고 2024. 11. 20.

제1심판결 광주지방법원 목포지원 2023. 6. 13. 선고 2022가합10625 판결

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고의 피고 유한회사 B 농업회사법인에 대한 소 중

1) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 목포지원 2022. 7. 5. 접수
제23132호로 마친 소유권이전청구권가등기의,

2) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2022. 5. 31. 접수 제19042호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 유한회사 C에게 일부 이전된 부분(양도액 800,000,000원)을 제외한 나머지 부분의

각 말소등기청구 부분을 모두 각하한다.

나. 원고의 피고 유한회사 C에 대한 소 중

1) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 목포지원 2022. 5. 31. 접수 제19042호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 유한회사 C에게 일부 이전된 부분(양도액 800,000,000원)의,

2) 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2022. 5. 27. 접수 제18663호로 마친 근저당권설정등기 중 K에게 일부 이전된 부분의
각 말소등기청구 부분을 모두 각하한다.

다. 원고에게, 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여,

1) 피고 유한회사 B 농업회사법인은 광주지방법원 목포지원 2022. 7. 5. 접수 제23132호로 마친 소유권이전청구권가등기의,

2) 피고 유한회사 C는 같은 법원 2022. 5. 27. 접수 제18663호로 마친 근저당권설정등기 중 K에게 일부 이전된 부분을 제외한 나머지 부분의
각 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송 총비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고들이 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

원고에게,

가. 피고 유한회사 B 농업회사법인(이하 '피고 B'라 한다)은,

1) 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 목포지원 2022. 7. 5. 접수 제23132호로 마친 소유권이전청구권가등기의,
2) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2022. 5. 31. 접수 제19042호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 유한회사 C에게 일부 이전된 부분(양도액 800,000,000원)을 제외한 나머지 부분에 대하여
각 말소등기절차를 이행하라.

나. 피고 유한회사 C(이하 '피고 C'라 한다)는,

1) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 목포지원 2022. 5. 31. 접수 제19042호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도액 800,000,000원)에 대하여,
2) 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2022. 5. 27. 접수 제18663호로 마친 근저당권설정등기의
각 말소등기절차를 이행하라(원고는 이 법원에서 목포시 E 임야에 대한 가등기 및 근저당권설정등기의 말소등기청구 부분을 취하하였다)¹⁾).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 매매계약의 체결

원고와 피고 B는 2022. 5. 16. 원고가 피고 B에게 원고 소유의 목포시 E 임야 15059m²2) 및 별지 목록 기재 각 부동산3) (이하 '이 사건 부동산'이라 하고, 각 부동산을 특정할 때는 번지로만

특정하기로 한다)를 계약금 및 중도금 500,000,000원, 잔금 5,639,000,000원 합계 6,139,000,000원에 매도하기로 하는 부동산 매매계약을 체결하면서, 같은 날 위 매매계약과 관련하여 별도약정서(매매조건), 약정확인서, 확약서 등을 함께 작성하였다(이하, 이 사건 부동산의 매매계약 및 그와 함께 체결된 위 약정서들을 모두 통합하여 '이 사건 매매계약'이라 한다). 이 사건 매매계약의 주요 내용은 다음과 같다.

부동산매매계약서

매매대금 6,139,000,000원

계약금 및 중도금 500,000,000원

잔금 5,639,000,000원

[제1조] 본 계약의 계약금 및 중도금은 이 사건 분할 전 부동산등기부등본 상에 매수인(이하 '피고 B'라 한다) 명의로 "근저당 및 가등기"를 설정한 뒤에 지불한다(별도 약정 참조).

[제2조] 매매대금 지불 및 세부계약조건은 "별도약정서"를 체결하고, 매도인(이하 '원고'라 한다)과 피고 B는 "별도약정내용"에 대하여 이행하여야 한다.

[제7조] 피고 B가 추진하는 사업계획이 인·허가를 득하지 못할 경우, 본계약은 무효로 하고, 원고는 계약금 및 중도금을 피고 B에게 반환한다.

별도약정서(매매조건)

[제2조] 원고의 근저당권설정 채무원금(L조합대출금 1,560,000,000원)은 "이해관계인"이 아닌 자가 변제할 수 없으므로, 소유권이전이 되었을 때 변제한다(위 대출금에 대한 이자는 매매 또는 개발행위를 하기로 약정한 3년 동안 원고가 납입한다).

[제5조] 이 사건 부동산에 관한 개발행위 및 매매를 원활하게 추진할 수 있도록 원고는 적극 협조하고, 토지매매가격은 최소 근저당권 1,2 순위 금액(1,560,000,000원+1,336,500,000원)이상으로 한다(원고는 위 매매계약조건을 D에게 위임하고, 차용금 5억 원은 매매계약금으로 한다)

[제8조] 본 약정내용을 원고가 위반할 경우, 피고 B가 지출한 비용(컨설팅비용 및 설계비용, 기타비용 등)을 전부 배상한다.

약정확인서

2. 원고 및 M은 5억 원을 차용하는 조건으로, 이 사건 부동산의 인·허가 및 매매를 위해 D 및 피고 B가 원활한 개발행위(또는 매매)를 할 수 있도록 원고의 업무를 위임한다(D는 5억 원을 채권자로부터 차입한다).
4. 원고는 상기 부동산 표시 등기부등본 상에 3,250,000,000원을 피고 B 명의로 근저당설정 하고, 매매대금 6,139,000,000원을 가등기한다(위 근저당설정 및 가등기는 D가 자금을 융통하여 원활하게 개발행위 및 토지매매를 할 수 있도록 한 것이다).
5. 피고 B와 D는 위 3,250,000,000원 근저당권을 자율적으로 활용하여 제3자에게 양도양수 및 질권설정 시에는 동시에 계약금 및 중도금 5억 원 중, 먼저 3억 원을 지불하고, 2개월 내에 2억 원을 지불한다(원고는 피고 B 및 D의 근저당권 자율적 활용에 대하여 무관하므로 민형사상 이의제기를 하지 않는다).

확약서

1. 원고 및 M은 이 사건 부동산에 대하여 D 및 피고 B가 매매 또는 사업부지 인·허가를 득하지 못했을 시, 차용금 5억 원을 반환한다.

[특약사항]

- ① 부동산매매계약서에 따른 모든 서류는 별첨{‘별도약정서(매매조건)’, ‘동의서 및 승낙서(근저당권 양도, 질권설정, 가등기양도)’, ‘토지사용승낙서’, ‘확약서’, ‘금전차용증서’, ‘근저당말소협의서’, ‘약정확인서’]한다. 매수인의 모든 행위는 일금 5억 원이 입금되지 않을 시, 별첨에 따른 모든 서류는 무효로 하고 원상회복한다.
- ② 약정확인서 제5항에 3억 원 지불날짜는 계약일로부터 1개월로 정한다. 만약 불이행 시, 모든 계약은 특약사항 1항과 동일 시 한다.
- ③ 특약사항을 최우선으로 한다. 피고 B 및 D가 특약사항을 위반할 경우, 근저당권 및 가등기를 말소한다(말소가 안 되면 매매에 대한 모든 손해를 배상하고, 민형사상 책임을 진다).

나. 이 사건 부동산에 관한 근저당권설정등기 경로

이 사건 매매계약에 따라 원고는 이 사건 부동산에 관하여 피고 B에게 아래 표와 같은

근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 원인으로 하여 각
근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

E 임야 15059m ²	2022. 5. 28.	2022. 5. 31.	700,000,000	원고	피고 B
별지 목록 제1항	"	"	2,400,000,000		
별지 목록 제2항	"	"			
별지 목록 제3항	"	"			
별지 목록 제4항	2022. 5. 27.	2022. 5. 27.	150,000,000		
별지 목록 제5항	"	"			

다. 이 사건 부동산에 관한 매매예약 및 가등기 경로

- 1) 원고는 2022. 5. 18.경 피고 B와 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매예약을 체결하고,
매매완결일자를 2022. 6. 16.으로 정하였다(이하 '이 사건 1차 매매예약'이라 한다).
- 2) 이후 원고는 2022. 7. 5.경 이 사건 1차 매매예약과 같은 내용으로 그 매매완결일자만을 "2022.
8. 5."로 정한 매매예약을 다시 체결하고(이하 '이 사건 2차 매매예약'이라 한다), 같은 날 이 사건
부동산에 관하여 피고 B에게 위 2022. 7. 5. 자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를
마쳐주었다.

라. 이 사건 부동산의 근저당권 이전

- 1) 피고 B는 2022. 8. 17. 피고 C에게 ① 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여
근저당권설정계약의 피담보채권 중 800,000,000원의 양도를 원인으로 한 근저당권 일부이전의
부기등기를, ② 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 계약양도를 원인으로 한 근저당권이전의
부기등기를 각 마쳐 주었다.

별지 목록 제1항 별지 목록 제2항 별지 목록 제3항	2022. 8. 17.	확정채권 일부양도, 양도액 800,000,000	근저당권 일부이전	원고	피고 C
별지 목록 제4항 별지 목록 제5항	계약양도	근저당권이전	-		

2) 이후 피고 C는 2022. 11. 30. 소외 K에게 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 계약의 일부양도를 원인으로 한 근저당권 일부이전의 부기등기를 각 마쳐 주었다.

별지 목록 제4항별지 목록 제5항	2022. 11. 30.	계약일부양도	근저당권 일부이전	원고	K
--------------------	---------------	--------	-----------	----	---

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 11, 12호증, 을 제1 내지 4, 37, 38호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지

2. 소의 적법 여부에 관한 판단

가. 직권판단

1) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 및 가등기의 말소등기청구 부분 원고는 피고들을 상대로 별지 목록 제1 내지 3항 각 기재 부동산에 관하여 위 기초사실 기재와 같이 마쳐진 각 가등기 내지 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있다.

그런데 말소등기란 어떤 등기의 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로 실체관계와 불일치하게 된 경우 당해 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없는바(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 등 참조), 갑 제11 내지 13호증의 각 기재, 이 법원에 현저한 사실 및 변론 전체의 취지에 의하면, 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산의 근저당권자인 O조합이 2023. 8. 4. 광주지방법원 목포지원 P로 임의경매신청을 하여 같은 달 10. 임의경매 개시결정등기가 마쳐진 사실, 이후 주식회사 Q과 R가 2024. 10. 28. 위 각 부동산에 관하여 임의경매로 인한 매각을 원인으로 한 소유권이전등기를 마침에 따라, 같은 날 위 각 부동산에 관한 피고들 명의의 각 가등기 내지 근저당권설정등기가 모두 말소된 사실이 인정된다.

위 인정사실을 위 법리에 비추어 보면, 원고가 피고들을 상대로 말소를 구하고 있는 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 가등기 및 근저당권설정등기가 이미 모두 말소되어, 피고들을 상대로 더 이상 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다고 할 것이므로, 이 부분 소는 부적법하여 각하되어야 한다.

2) 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 중 K에게 일부 이전된 부분의 말소등기청구 부분 원고는 피고 C를 상대로 별지 목록 제4, 5항 각 기재 부동산에 관하여 위 기초사실 기재와 마쳐진 각 근저당권설정등기의 전부말소를 구하고 있다.

그런데 근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고적격이 없다(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결 등 참조).

별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 ① 이 사건 매매계약에 따라 2022. 5. 27. 피고 B 명의로 근저당권설정등기가 마쳐진 사실, ② 위 근저당권설정등기에 대하여 2022. 8. 17. 계약양도를 원인으로 피고 C에게 근저당권이전의 부기등기가 마쳐진 사실, ③ 이후 2022. 11. 30. 계약일부양도를 원인으로 K에게 근저당권 일부이전의 부기등기가 각 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같다.

위 인정사실을 위 법리에 비추어 보면, K에게 일부 이전된 근저당권에 관하여 그 최종 양수인인 K이 아니라 양도인인 피고 C를 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 부분은, 피고적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하므로, 이 부분 소는 각하되어야 한다.

나. 피고 B의 본안전항변에 관한 판단

1) 본안전항변의 요지 원고와 피고 B는 2022. 10. 25. 자 합의서(을 제39호증)를 통해 이 사건 부동산에 관하여 어떠한 민형사상 소도 제기하지 않기로 하는 부제소합의를 하였는바, 이 사건 소는 위 부제소합의에 위반한 것이므로 부적법하다.

2) 관련 법리 부제소합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것이다. 이와 같이 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사를 해석할 때는 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없다. 그리고 권리의무의

주체인 당사자 간에서의 부제소합의라도 그 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하게 된다(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결 참조).

3) 구체적 판단 피고들이 을 제39호증으로 2022. 10. 25. 자 합의를 제출하기는 하였으나, 위 합의서는 원고와 피고 B의 서명날인이 전혀 존재하지 않는 미완성 상태의 문서이므로, 이를 증거로 삼을 수 없다.

그 밖에 피고들이 제출한 증거만으로는 원고와 피고 B 사이에 이 사건 매매계약에 관한 부제소 합의가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 원고와 피고 B 사이에 작성된 확약서의 기재에 의하면, 제3항에 원고와 피고 B 사이의 이 사건 매매계약에 관하여 특약사항을 최우선으로 적용하기로 합의하면서 '근저당권 및 가등기가 말소되지 않을 시 민형사상 책임을 진다'는 내용이 기재되어 있으므로, 이 사건에 관하여도 위 확약서의 특약사항이 적용되어야 할 것으로 보인다.

따라서 이와 다른 전제에 있는 피고 B의 본안전항변은 이유 없다.

3. 본안에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

1) 피고 B에 대한 가등기말소청구5) 가) 주위적 주장(약정해제)

피고 B는 원고에게 이 사건 매매계약에 따른 계약금 및 중도금 5억 원(이하 '이 사건 매매대금'이라 한다) 중 3억 원은 위 계약 체결일인 2022. 5. 16.로부터 1개월 내에, 나머지 2억 원은 위 계약 체결일로부터 2개월 내에 각 지급하기로 약정하였다. 설령 이 사건 2차 매매계약에 따라 이 사건 매매대금의 지급기일이 변경되었다고 하더라도, 그 지급기일은 위 매매계약체결일인 2022. 7. 5.부터 1개월 후인 2022. 8. 5.로 변경되었다고 봄이 상당함에도, 피고 B는 현재까지 위 매매대금을 지급하지 않고 있다.

따라서 이 사건 매매계약은 원고의 해제 의사표시가 담긴 2022. 8. 10. 자 내용증명우편 또는 2022. 8. 30. 자 소장 부분이 피고 B에게 도달함으로써 적법하게 해제되었으므로, 피고 B는 원고의 확약서 특약사항 제1항에 유보된 약정해제권 행사에 따른 원상회복으로서 별지 목록 제4, 5항 기재 각

부동산에 관한 가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 말소할 의무가 있다.

나) 예비적 주장(법정해제)

만약 이 사건 2차 매매계약으로 인하여 이 사건 매매대금의 지급기일이 2022. 7. 5. 자 가등기 이후로 연기된 것이라면, 이는 기한의 정함이 없는 채무가 되었다고 할 것인데, 원고는 2022. 8. 10. 자 내용증명 및 2022. 8. 30. 자 소장 등을 통하여 피고 B에게 상당한 기한 내에 매매대금 지급의무를 이행할 것을 최고하였음에도 피고 B는 현재까지 위 매매대금을 지급하지 않고 있다.

따라서 이 사건 매매계약은 원고의 해제 의사표시가 담긴 소장 내지 2024. 5. 2. 자 청구원인 변경신청서가 피고 B에게 도달함으로써 적법하게 해제되었으므로, 피고 B는 원고의 법정해제권 행사에 따른 원상회복으로서 이 사건 가등기를 말소할 의무가 있다.

2) 피고 C에 대한 근저당권설정등기 말소청구 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 않음에도 불구하고 원고와 피고 B가 통정하여 허위로 체결한 근저당권설정계약에 기한 것이고, 피고 C는 위 근저당권설정계약이 통정허위표시에 해당한다는 것을 알면서도 계약양도를 원인으로 부기등기를 마쳤다.

따라서 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 피고 C에게 이전된 근저당권설정등기(이후 피고 C로부터 소외 K에게 일부 이전된 근저당권을 제외한 부분을 의미한다, 이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)는 원인무효의 등기이므로, 피고 C는 원고에게 이 사건 근저당권을 말소할 의무가 있다.

나. 피고들 주장의 요지

1) 최초 매매계약 당시 약정했던 매매대금의 지급기일이 도과한 후, 원고와 사이에 2022. 7. 5. 자 이 사건 2차 매매계약, 2022. 10. 25. 자 합의서 등 이 사건 매매계약의 이행에 관한 새로운 합의를 하면서 이 사건 매매대금의 지급기일을 별도로 정하지 않았으므로, 지급기일 도과를 이유로 한 원고의 약정해제권 주장은 인정할 수 없다.

2) 원고는 이 사건 소제기 이후 피고 B와 이 사건 매매계약의 이행에 관하여 새로운 합의를 하였는데, 그 내용은 2022. 10. 25. 자 합의서(을 제39호증) 및 2022. 11. 8. 자 구두계약(을 제51호증 녹취서)과 같다. 이에 따르면, 원고가 법무사에게 이 사건 부동산의 소유권이전에 필요한 일체의 서류를 보관시켜 두면, 피고 B는 이 사건 매매대금을 마련하여 법무사에게 보관함으로써 상호

매매계약상 의무를 이행하기로 하였는데, 원고는 매도인용 인감증명서만을 법무사에게 보관시켜 두었다가 2022. 12. 5.경 이 사건 부동산에 근저당권 처분금지가처분등기를 경료함으로써 위 합의를 위반하였고, 달리 이행제공도 하지 않고 있으므로, 원고의 법정해제 주장은 인정되지 않는다.

3) 이 사건 매매계약은 이 사건 부동산을 일체로 매도하기로 하는 계약으로, 원고는 소유권 이전이 이루어질 때까지 이 사건 부동산에 경료되어 있던 선행 근저당권의 대출이자 등을 납부할 의무가 있는데, 원고의 귀책사유로 인하여 위 선행 근저당권에 기한 임의경매가 진행되었고, 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산을 제외한 나머지 부동산들의 소유권이 모두 제3자에게 이전되었으므로, 이 사건 매매계약은 이행불능이 되었다. 원고는 귀책사유 있는 계약 당사자이므로, 이 점에서도 원고의 해제 주장은 인정될 수 없다.

다. 피고 B에 대한 주위적 주장에 관한 판단

원고의 이 부분 주장은 이 사건 매매대금의 지급기일이 확정기한임을 전제로 피고 B의 채무불이행이 있다는 것이므로, 이에 관하여 살피건대, 갑 제5호증, 을 제6, 40, 47, 50, 51, 58, 61, 68, 72, 73, 89, 94호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의해 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하면, 원고와 피고 B는 이 사건 매매대금의 지급기일을 묵시적으로 유예하기로 하면서, 그 지급기일의 기한을 별도로 정하지 아니하였다고 봄이 타당하다. 따라서 지급기일이 확정기한이라는 전제에 선 원고의 주위적 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

① 원고는, 이 사건 제1차 매매예약에 따른 매매예약완결일인 2022. 6. 16. 이후인 2022. 7. 5. 피고 B와 다시 이 사건 제2차 매매예약을 체결하면서 예약완결일을 2022. 8. 5.로 정하였는바, 이로써 최초 매매계약에서 정한 이 사건 매매대금의 지급기일(매매계약 체결일인 2022. 5. 16.로부터 3억 원은 1개월 내, 나머지 2억 원은 2개월 내 지급)에 관한 약정도 변경되었다고 봄이 상당하다.

② 2022. 7. 5. 체결된 이 사건 2차 매매예약은 계약완결일을 2022. 8. 5.로 정하고 있을 뿐, 당초 이 사건 매매대금의 지급기일을 규정하였던 확약서의 특약사항과 관련하여 그 지급기일을 어떻게 정할 것인지에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있다.

③ 피고 B가 이 사건 매매대금을 지급하지 않자 원고가 2022. 8. 10.경 피고 B에게 이 사건 근저당권 및 가등기의 말소를 요청하는 취지의 내용증명 우편(갑 제5호증)과 2022. 8. 13. D에게 이 사건

매매계약이 파기되었다는 취지의 문자메시지(을 제61호증)를 각 발송한 다음 2022. 8. 30. 피고들을 상대로 이 사건 소를 제기한 사실은 인정된다.

그러나 위 내용증명은 2022. 8. 19. 폐문부재로 반송되었고, 원고의 소장도 2022. 12. 말경이 되어서야 송달되었던 점, D는 원고의 위 문자메시지에도 불구하고 S을 통해 이 사건 매매계약을 유지하겠다는 의사를 전달하면서 이 사건 매매계약에 따라 이 사건 분할 전 부동산에 투자하거나 매수할 제3자를 물색했던 것으로 보이는 점, 원고의 이사 M은 이 사건 소제기 이후인 2022. 10. 24.경 D와 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 O조합 명의로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 선행 근저당권'이라 한다)의 피담보채무 대위변제 방안을 논의하거나(을 제50호증), 2022. 11. 8.경 D, 법무사와 함께 이 사건 매매대금의 지급 및 소유권이전에 관한 내용을 논의하였던 것으로 보이는 점(을 제51호증), 원고는 이 사건 소송 계속 중에도 피고 B에게 5억 원의 지급을 최고하였던 점(2024. 3. 25.자 준비서면) 등을 종합하면, 원고와 피고 B 사이에 이 사건 매매대금의 지급기일을 유예하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당하고, 그 이행기에 관하여 별도로 특정 기한을 정하였다고 볼 증거가 없으므로, 이 사건 매매대금의 지급채무는 기한의 정함이 없는 채무가 되었다고 할 것이다.

라. 피고 B에 대한 예비적 주장에 관한 판단

1) 이 사건 매매대금의 지급채무가 기한의 정함이 없는 채무에 해당하는 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거, 이 법원에 현저한 사실 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 이 사건 매매대금의 지급기일이 묵시적으로 유예된 이후, 원고가 이 사건 소송 과정에서 '피고 B가 이 사건 매매대금을 지급하지 않고 있으므로, 이 사건 매매계약을 해제하겠다.'는 취지의 2023. 4. 5. 자, 2024. 1. 22. 자, 2023. 3. 25.자 준비서면을 각 제출하고, 위 각 준비서면들이 피고 B에게 송달됨으로써 원고가 피고 B에게 이행을 최고한 사실6), ② 그럼에도 불구하고 피고 B가 원고에게 이 사건 매매대금을 지급하지 않은 사실, ③ 그러자 원고가 2024. 5. 2. 자 청구원인변경신청서를 통하여 '이 사건 매매대금 지급채무는 기한의 정함이 없는 채무인데 원고의 거듭된 최고에도 불구하고 상당한 기한 내에 이를 이행하지 않았으므로, 법정해제권을 행사한다'는 취지를 밝힌 사실, ④ 위 2024. 5. 2. 자 청구원인변경신청서가 2024. 5. 3. 피고 B에게 도달한 사실을 인정할 수 있다.

2) 이에 대하여 피고 B는, 원고가 피고 B에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차서류를 제공해야 할 의무(이하 '소유권이전 의무'라 한다)가 피고 B의 이 사건 매매대금 지급 의무보다 선이행의무에 해당하는데, 원고가 위 소유권이전 의무를 이행하거나 그 이행 제공과 함께 해제의 의사 표시를 한 사실이 없으므로, 피고 B의 이행 지체가 인정되지 않는다는 취지로 주장한다.

위 기초 사실, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 원고가 피고 B에게 이 사건 부동산에 관한 가등기 및 근저당권 설정 등기를 마쳐준 이상 피고 B는 이 사건 매매계약에 따라 원고에게 이 사건 매매대금 지급 의무를 이행해야 한다고 봄이 상당하고, 피고 B의 주장처럼 원고가 소유권이전 의무를 선이행하기로 약정하였다고 볼 수 없다. 피고 B가 원고의 거듭된 최고에도 불구하고 원고에게 이 사건 매매대금을 지급하지 않은 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 B의 이행 지체가 인정된다.

① 이 사건 매매계약서, 별도 약정서(매매조건), 약정확인서, 확약서에 의하면, 원고는 이 사건 부동산을 개발(투자)하거나 매도하기 위해 피고 B에게 그 개발 및 매도에 필요한 일체의 업무를 위임하면서, 피고 B가 자금을 융통하는 등 해당 업무를 원활하게 진행할 수 있도록, 먼저 피고 B 명의로 이 사건 부동산에 근저당권 및 가등기를 설정하여 유용할 수 있도록 하고, 그 대가로 원고는 피고 B로부터 계약금 및 중도금 명목으로 5억 원(이 사건 매매대금)을 지급받기로 약정하였다. 이 사건 부동산을 개발 내지 제3자에게 매각하는 경우 그 대금은 이 사건 부동산의 선행 근저당권 피담보채무액을 초과하는 금액 이상으로 하기로 하였고, 만약 이 사건 부동산이 3년 내에 매매 또는 개발되지 못하는 경우 원고는 피고 B로부터 지급받은 5억 원을 반환하기로 약정하였다.

② 한편, 이 사건 매매대금의 지급 기일에 관하여, 피고 B는 원고에게 매매계약 체결일부터 1개월 내에 3억 원을 지급하되, 이를 위반하는 경우 이 사건 매매계약을 무효로 하기로 약정하고, 위 약정을 다른 모든 계약내용보다 최우선으로 하기로 합의하였으나(확약서 특약사항), 이후 이 사건 제2차 매매예약으로 등으로 인하여 이 사건 매매대금의 지급 의무가 기한의 정함이 없는 채무가 되었음은 앞서 본 바와 같다.

③ 이와 같은 이 사건 매매계약의 내용을 보건대, 이 사건 매매계약은 원고와 피고 B가 이 사건 부동산을 개발 내지 제3자에게 매도함으로써 원고는 확정적으로 5억 원의 매매대금과 이 사건 선행

근저당권의 피담보채무 부담을 면하게 되는 이익을, 피고 B는 개발 내지 매매에 따른 차익을 각 얻을 목적으로 체결된 계약으로 보인다.

④ 이 사건 매매계약의 경우 그 약정내용 및 위와 같은 특수한 계약목적에 비추어 매도인의 가등기 및 근저당권설정등기 의무가 매수인의 이 사건 매매대금 지급의무와 선이행 내지 동시이행관계에 있었다고 할 것인데, 원고가 피고 B에게 이 사건 부동산에 관하여 2022. 5.경 근저당권설정등기, 2022. 7.경 가등기를 각 마쳐줌으로써 이 사건 매매계약에서 정한 선이행 내지 동시이행의무를 이행한 사실, 피고 B가 원고의 거둬진 최고에도 불구하고 원고에게 이 사건 매매대금을 지급하지 못한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이로써 피고 B의 이 사건 매매대금 지급의무는 이행지체에 빠졌다고 할 것이다.

⑤ 피고 B는, 2022. 10. 24.경부터 2022. 11. 8.경 무렵 원고와 피고 B 사이에는 원고가 먼저 소유권이전등기에 필요한 서류를 모두 마련해 두면, 피고 B가 이 사건 매매대금을 지급하기로 하는 새로운 합의(을 제39호증) 및 구두계약(을 제51호증)이 체결되었으므로, 원고의 소유권이전의무가 선이행의무에 해당한다고 주장한다.

그러나 피고들이 제출한 합의서(을 제39호증)를 증거로 삼을 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 2022. 10. 25.경 전후에 M과 D가 주고받은 문자내역(을 제82호증)만으로는 원고와 피고 B 사이에 피고들 주장과 같은 합의가 있었다고 보기 어려우며, M과 D가 2022. 10. 24.경 나눈 대화(을 제50호증)는 이 사건 선행 근저당권과 경매개시에 관한 것일 뿐, 피고들이 주장하는 새로운 합의와는 직접적인 관련성이 없어 보인다.

한편, 을 제51호증의 기재에 의하면, M, D 및 법무사가 2022. 11. 8.경 '원고가 소유권이전에 필요한 서류를 준비하면 피고 B가 5억 원을 지급했을 때 등기절차를 진행하면 된다'는 취지의 대화를 나눈 사실은 인정되나, ㉠ 일반적으로 소유권이전의무는 매매대금 전액의 지급의무와 동시이행관계에 있고, 이 사건 매매계약에서도 소유권이전과 이 사건 선행 근저당권 피담보채무의 변제가 함께 이루어져야 할 것으로 규정하고 있으므로(별도약정서 제2조), 이 부분에 관하여 아무런 정함이 없이 원고가 선행적으로 소유권이전에 필요한 서류를 모두 준비하기로 하는 것은 이례적인 점, ㉡ 원고와 피고 B 사이에는 위와 같은 중요한 계약내용의 변경에 관하여 아무런 처분문서도 작성되지

않았는바(D가 합의서를 작성하여 M에게 카카오톡으로 송부하였으나, 이에 대하여 원고와 피고 B의 날인이 이루어지지 않았다), 단지 녹취록의 기재만으로 피고 B가 주장하는 내용의 합의가 성립되었다고 단정하기는 어려운 점, ㉔ 당시 원고는 피고 B에게 이 사건 매매대금의 지급을 촉구하는 한편, 내용증명 내지 소장 등을 통해 해지 통보를 한 상태였는바, 원고가 자신의 해제권을 모두 포기하고 오히려 스스로 소유권이전의무를 선이행하기로 약정한다는 것은 통상적인 경우라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 약정 내지 합의에 관한 충분한 증거 없이는 이를 쉽게 인정하기 어려운 점, ㉕ 갑 제8호증의 기재에 의하면, M, D, 법무사가 앞서 본 대화를 나누고 불과 몇 시간 후 D가 법무사에게 소유권이전등기에 필요한 매매계약서와 인감증명서 등을 요구하자, M이 법무사에게 '미리 돈을 받지 않고 매매계약서에 인감을 찍고 매도용 인감을 보내줄 수는 없다. 돈 댈 사람이 있으면 법무사로 직접 전화를 해서 필요한 서류가 들어왔는지 확인을 해 보면 된다.'는 내용의 대화를 나눈 사실이 인정되는바, 결국 M이 D와 나눈 2022. 11. 8. 자 대화의 취지는 원고가 매매대금의 지급기일을 유예해주는 과정에서 피고 B가 실제로 투자자 내지 매수자를 유치해오면 그 사람에게 매매대금을 지급받고 소유권 이전에 협조하겠다는 정도의 것으로 보이고, 피고 B가 주장하는 별도 합의가 성립하였다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 이와 다른 전제에 있는 피고 B의 위 주장은 받아들이지 않는다.

㉖ 피고 B는 이 사건 매매계약이 원고의 귀책사유로 이행불능이 되었으므로 원고의 해제권 행사가 부당하다고 주장하나, 이 사건 부동산 중 일부가 경락된 것은 2024. 8. 6.경 이후로서 이미 원고가 2024. 5. 2. 자 청구원인변경신청서를 통해 해제를 통보하여 2024. 5. 3. 그 해제의 효력이 발생한 이후의 일이므로, 이 사건 부동산의 일부가 처분된 사정이 원고의 해제권 행사에 장애가 된다고 볼 수 없다. 또한 이 사건 매매계약상 이 사건 선행 근저당권의 대출이자 등 비용을 부담해야 할 주체가 원고이기는 하나, 만약 피고 B가 원고에게 이 사건 매매대금을 지급하였더라면 원고가 대출이자 등을 납부하지 못하여 임의경매에 이르는 일은 없었을 것으로 보이므로, 원고에게 일방적으로 책임을 돌릴 수 없는 사정도 존재한다.

3) 따라서 이 사건 매매계약은 원고의 적법한 해제 의사표시가 담긴 2024. 5. 2. 자 청구원인변경신청서가 2024. 5. 3. 피고 B에게 도달함으로써 해제되었다고 할 것인바, 피고 B는 그

원상회복의무의 이행으로서 이 사건 가등기를 말소할 의무가 있다.

마. 피고 C에 대한 주장에 관한 판단

원고와 피고 B가 이 사건 부동산에 관한 매매계약을 체결하면서, 부속합의를 통해 피고 B가 이 사건 부동산에 피고 B 명의로 근저당권을 설정한 다음 이를 유용하여 투자자를 유치하기로 한 사실, 피고 B가 2022. 5. 27. 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 채권최고액 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정한 사실, 피고 B가 2022. 8. 17. 피고 C에게 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 계약양도를 원인으로 한 근저당권이전의 부기등기를 각 마쳐준 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고들의 실질적인 운영자가 D인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다.

위 인정사실에 따르면 피고 B 명의로 마쳐진 근저당권설정등기는 단지 그 등기를 유용하여 투자자를 유치할 목적으로 원고와 피고 B의 합의 하에 마쳐진 것으로, 원고와 피고 B 사이에 체결된 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 위 근저당권설정등기도 원인무효라고 할 것이다. 피고 C가 피고 B로부터 계약양도를 원인으로 위 근저당권을 이전받았으나, 피고들의 실질적인 운영자가 D로서 모두 동일하므로, 피고 C는 통정허위표시에 있어 악의의 제3자에 해당한다. 따라서 피고 C 명의의 근저당권 역시 무효인바, 피고 C는 원고에게 위 무효인 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

바. 소결론

원고에게, 피고 B는 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 목포지원 2022. 7. 5. 접수 제23132호로 마친 소유권이전청구권가등기의, 피고 C는 같은 부동산에 관하여 같은 법원 2022. 5. 27. 접수 제18663호로 마친 근저당권설정등기 중 K에게 일부 이전된 근저당권설정등기를 제외한 나머지 부분의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 B에 대한 소 중 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 가등기 및 근저당권설정등기의, 원고의 피고 C에 대한 소 중 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 및 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기 중 소외 K에게

일부 이전된 부분의 각 말소등기청구 부분은 부적법하여 이를 모두 각하하여야 하고, 원고의 피고들에 대한 각 나머지 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리 하여 부당하므로 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이창한

판사김경준

판사김수양

별지

- 1) 원고는 당심에서 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 부분에 대하여도 소취하서를 제출하였으나, 피고는 위 소취하에 부동의하였다.
 - 2) 당심에서 원고가 취하한 부분이다.
 - 3) 별지 목록 제2-1, 2-2항 기재 각 부동산은 분할전 목포시 G 임야 46388m²였는데, 2022. 9. 28. G 임야 45563m²(별지 제2-1항), N 임야 825m²(별지 제2-2항)로 분할되었다(이하 가지번호 생략).
 - 4) 원고의 피고들에 대한 소중 일부는 앞서 본 바와 같이 부적법하여 각하되어야 하는바, 위 부분을 제외하고 본안 판단에 나아가는 부분에 국한하여 그 주장을 정리하기로 한다.
 - 5) 원고는 2024. 5. 2. 자 청구원인 변경신청서에서 제1심에서의 청구원인에다가 해제의 의사표시일자를 추가하면서, 이 사건 매매대금의 지급기일 변경을 전제로 한 예비적 청구원인을 추가한다고 밝혔다. 그러나 이는 결국 확약서 특약사항 제1항에 유보한 약정해제권에 기한 원상회복과 법정해제권에 기한 원상회복을 각 구하면서 그 해제의 의사표시일자를 추가한 것으로 봄이 상당하므로, 그 주장을 본문과 같이 정리하기로 한다.
- 한편, 계약 해제의 효과로서의 원상회복은 부당이득에 관한 특별규정의 성격을 가지는 것이고(대법원 1997. 12. 9. 선고 96다47586 판결 등 참조), 계약의 불성립, 무효, 취소, 또는 해제 등은 부당이득반환청구라는 하나의 소송물의 여러 공격방어방법에 불과하므로(대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결 등 참조), 원고의 위 청구를 별개의 청구로서 다루지는 아니하되, 원고의

의사를 존중하여 원고가 구하는 순서에 따라 판단하기로 한다(이하 주위적으로 구한 부분을 '주위적 주장', 예비적으로 구한 부분을 '예비적 주장'이라고 한다).

6) 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 특별히 그 급부의 수량을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고가 있었다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다(대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결 등 참고).