

의정부지방법원 2021. 7. 20 선고 2020가합51570 판결 [사해행위취소]

전 문

원고A

소송대리인 변호사 문광신

소송대리인 법무법인 민주

담당변호사 서정욱

피고주식회사 B

소송대리인 법무법인 남산

담당변호사 손유정

변론 종결2021. 6. 8.

판결 선고2021. 7. 20.

주 문

1. 원고의 주위적 청구 및 예비적 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주위적으로, 피고와 C 유한회사 사이에 별지1 목록 기재 각 채권에 관하여 2016. 7. 15. 체결된 각 근저당권부질권설정계약을 취소하고, 피고는 C에 위 각 채권에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2016. 7. 15. 접수 제63646호로 마친 근저당권부질권설정등기의, 같은 등기소 2016. 7. 15.

제63648호로 마친 근저당권부질권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 피고는 C에 위 각 채권에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2016. 7. 15. 접수 제63646호로 마친 근저당권부질권설정등기의, 같은 등기소 2016. 7. 15. 제63648호로 마친 근저당권부질권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.1)

이 유

1. 인정사실

가. 근저당권 설정, 경매 신청 및 D의 확정된 피담보채권 양수

- 1) 양주시 E 대 3,029m² 외 3필지(이하 '분할 전 각 토지'라 한다)에 관하여, 2011. 11. 9. 근저당권자 F조합, 채무자 G, 채권최고액 47억 4,500만 원인 근저당권설정등기가, 2012. 2. 14. 근저당권자와 채무자는 같고 채권최고액이 13억 원인 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다(이하 각 등기사항전부증명서의 순번에 따라 위 각 근저당권을 '제1 또는 3 근저당권', 그 등기를 '제1 또는 3 근저당권설정등기'라 하고, 이를 통틀어 '이 사건 각 근저당권' 및 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다).
- 2) 이후 분할 전 각 토지의 분할, 공동담보의 일부 포기 등으로 인하여 이 사건 각 근저당권설정등기는 별지2 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라 한다)를 공동담보로 하여 남게 되었다.
- 3) F조합은 2015. 1. 27. 이 사건 각 토지에 관하여 부동산 임의경매를 신청하여 2015. 2. 5. 경매개시결정(의정부지방법원 H, 이하 '제1 경매'라 한다)을 받았고, 이에 제1 근저당권의 피담보채권액이 4,421,494,799원, 제3근저당권의 피담보채권액이 1,260,755,543원으로 각 확정되었다(이후 C가 위 각 채권을 아래 다항 기재와 같이 매수하여 별지1 목록 기재 각 채권이 되었다. 이하 순서에 따라 '제1 또는 2 채권'이라 하고, 이를 통틀어 '이 사건 각 채권'이라 한다).
- 4) D회사(이하 'D'이라 한다)는 2015. 11. 26.경 F조합으로부터 이 사건 각 채권을 양수받고, 이 사건 각 근저당권설정등기에 관하여 2015. 11. 26. 확정채권양도를 원인으로 하여 2015. 12. 24. 각 근저당권이전등기를 마쳤다.

나. 원고의 C에 대한 채권 등

- 1) C 유한회사(이하 'C'라고만 한다)는 채권매입 및 매각자산관리 등을 목적으로 하는 회사로 2015. 12. 12.경 원고에게 액면금 1,000,000,000원의 약속어음(이하 '이 사건 약속어음'이라 한다)을 발행하였고, 이에 관하여 2015. 12. 13.경 사원총회를 개최하여 건물부지 또는 건물의 경매대금 명목으로 원고로부터 1,000,000,000원을 한도로 투자받기로 결의하였으며, 2018. 3. 13. 위 1,000,000,000원의 약속어음금 채무를 공증하였다(공증인가 법무법인 I 작성 2018년 증서 제78호).
- 2) 원고는 2016. 5. 16. C가 이 사건 각 채권 및 근저당권을 3,900,000,000원에 매입하는데 돈을 투자하되 C는 제1 경매사건의 4차 경매기일에 5,500,000,000원 이상으로 입찰하여 이 사건 각 토지를 낙찰 받고 원고에게 연 48%의 투자 수익률로 계산한 돈을 가산하여 반환하기로 하는 투자약정을 체결하고, 같은 날 C에 250,000,000원을 투자하였으며, C는 같은 날 원고에게 액면금 250,000,000원의 약속어음을 발행하였다.

다. 피고의 C에 대한 대출, C의 이 사건 각 채권 및 근저당권 매수 등

- 1) C는 2016. 5. 10. D로부터 이 사건 각 채권 및 근저당권을 3,900,000,000원에 양수하기로 하는 채권양수도계약을 체결하였다.
- 2) C는 2016. 7. 15.경 피고로부터 여신과목 일반자금대출, 변제기 2017. 7. 15., 대출금리 연 7.5% 등으로 정하여 3,400,000,000원을 대출받아 위와 같이 원고로부터 투자받은 250,000,000원 및 2016. 6. 20.경 J로부터 투자받은 310,000,000원(J 또한 원고와 같은 내용으로 C가 이 사건 각 채권 및 근저당권을 매입하는 데 돈을 투자하기로 하는 투자약정을 체결하고 C에 310,000,000원을 투자하였다)을 더하여 이 사건 각 채권 및 근저당권 양수대금 합계 3,900,000,000원을 피고에게 지급하였다.
- 3) C는 이 사건 각 근저당권설정등기에 관하여 2016. 7. 15. 확정채권양도를 원인으로 하여 같은 날 각 근저당권이전등기를 마쳤다.

라. C와 피고의 근저당권부질권설정계약 및 근저당권부질권설정등기

- 1) 피고와 C는 2016. 7. 15. 이 사건 각 채권 및 근저당권에 관하여 각 근저당권부질권설정계약을 체결하였는데(이하 '이 사건 각 근저당권부질권설정계약'이라 한다), 주된 내용은 아래 표 기재와

같다[아래 표에 기재된 것은 제1 채권 및 제1 근저당권설정등기에 관한 근저당권부질권설정계약서의 내용이다. 같은 날 제2 채권 및 제3 근저당권설정등기에 관한 근저당권부질권설정계약서도 함께 작성되었는데, 채권(금)액, 채권최고액이 1,300,000,000원인 것 외에는 아래 표 기재와 같은 내용이다].

근저당권부질권설정계약서

채권자(질권자) 피고

채무자 겸 질권설정자 C

제1조 피담보채무의 범위(혹은 질권의 효력 범위)

채무자는 채권액 4,745,000,000원의 범위 안에서 채권자(질권자)에 대하여 과거, 현재 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서 각서 지급증서 등의 채무와 발행배서, 보증한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무, 이자, 위약금, 질권실행 비용, 질물 보전의 비용 및 채무불이행 또는 질물의 하자로 인한 손해배상의 채권을 위 금액을 한도로 하여 이를 변제하기로 한다.

제2조 전조 차입금의 변제는 2017년 7월 15.일로 하고, 이자는 연 7.5%이며 그 지급시기는 매월 15일로 하기로 하며, 위 약정대로 이행이 되지 않을 시 연 19.5%의 지연이자를 지급기로 한다.

제3조 채무자는 제1조의 채무의 이행을 담보하기 위하여 별지 기재 부동산(이 사건 각 토지이다)에 관한 아래와 같은 근저당권부채권에 질권을 설정하고 채권자는 채무자로부터 당해 채권증서의 교부를 받았다.

아래

- 근저당권부 채권의 표시 -

(가) 채권의 표시

1. 채권자(근저당권자) 겸 채무자(근저당권부채권의 채무자): C
2. 채권의 표시: 2016. 7.자 여신거래약정에 의한 일반자금대출채권
3. 채권금액: 4,745,000,000원
4. 변제기: 20 .

(나) 근저당권의 표시

1. 부동산의 표시: 이 사건 각 토지
2. 근저당권의 표시: 제1근저당권설정등기
3. 채권최고액: 4,745,000,000원

2) C는 피고에게 2016. 7. 15. 설정계약을 원인으로 같은 날 제1 근저당권설정등기에 관하여 채권자 피고, 채무자 C, 채권액 4,745,000,000원인 근저당권부질권설정등기를, 제3 근저당권설정등기에 관하여 채권자와 채무자는 같고 채권액 1,300,000,000원인 근저당권부질권설정등기를 각 마쳐주었고(청구취지 기재 각 근저당권부질권설정등기이다. 이하 순서에 따라 '제1 또는 3 근저당권부질권설정등기'라 하고, 위 근저당권부질권을 통틀어 '이 사건 각 근저당권부질권', 그 등기를 '이 사건 각 근저당권부질권설정등기'라 한다), 같은 날 채무자 G에게 내용증명을 발송하여 이를 통지하였다.

마. 이 사건 각 토지에 관한 후속 경매

- 1) 제1 경매절차에서 F조합을 승계한 C는 2017. 1. 11. 제1경매신청을 취하하였다.
- 2) C는 2017. 7. 10. 이 사건 각 토지에 관하여 부동산 임의경매를 신청하여 2017. 8. 7. 경매개시결정(의정부지방법원 K, 이하 '제2 경매'라 한다)을 받았다.
- 3) 피고도 2018. 12. 26. 이 사건 각 토지에 관하여 부동산 임의경매를 신청하여 2018. 12. 28. 경매개시결정(의정부지방법원 L, 이하 '제3 경매'라 한다)을 받았다.
- 4) C는 2019. 4. 5. 제2 경매신청을 취하하였고, 현재 제3 경매절차가 진행 중인데, 2021. 3. 2. 매각금액 4,567,889,000원으로 최고가매각허가결정이 내려졌다.

바. 원고의 채권압류, 추심 및 처분금지가처분

- 1) 원고는 2018. 7. 20. 이 사건 약속어음금 1,000,000,000원을 청구금액으로 하여 제2 경매절차에서의 C의 배당금청구채권 또는 공탁금청구채권에 대하여 채권압류 및 추심명령(이 법원 2018타채58606호)을 받았다.
- 2) 원고는 2019. 3. 25. 근저당권부질권설정등기 말소등기청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 각 근저당권부질권설정등기에 관하여 근저당권부질권 처분금지가처분결정(이 법원

2019카합5088호)을 받았고, 이에 대하여 피고는 2019. 4. 5. 이 법원 2019카합5139호로 이의하였다.

3) 원고는 2019. 5. 28. 이 사건 약속어음금 1,000,000,000원을 청구금액으로 하여 제1 채권 중 1,000,000,000원의 지급청구채권에 대하여 근저당권부채권압류 및 추심명령(서울중앙지방법원 2019타채108391호)을 받았다.

4) 이 법원은 위 가처분이의 사건에서 2020. 2. 10. 위 2)항 기재 처분금지가처분결정을 인가하였고, 이에 대하여 피고가 2020. 2. 21. 서울고등법원 2020라20273호로 항고하였다.

5) 서울고등법원은 2020. 6. 5. 'C가 피고에게 이 사건 각 채권에 대하여 다른 일반 채권자들보다 선순위로 질권을 설정하여 준 행위는 일반 채권자들을 위한 책임재산에 해당하는 부분을 피고에게 담보로 제공한 것으로서 사해행위에 해당하는 것으로 볼 여지가 있다.'는 등의 이유로 피고의 항고를 기각하는 결정을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9, 13, 14, 16, 17, 21, 24, 28, 30호증, 을 제1 내지 4, 8, 13호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구

C는 그 채권액이 합계 5,682,250,342원으로 확정된 이 사건 각 채권 및 근저당권을 D으로부터 39억 원에 매수함에 있어 피고로부터 대출받은 3,400,000,000원뿐만 아니라 원고를 비롯한 투자자들로부터 편취한 500,000,000원을 더하여 매수대금을 지급하였다. 그런데 C는 3,400,000,000원의 실제 채무가 아니라 6,045,000,000원의 허위의 채무를 만들어 피고에게 6,045,000,000원을 채권액으로 하는 이 사건 각 근저당권부질권을 설정해주었으므로, 이 사건 각 채권은 C의 적극재산이 될 수 없게 되었다. 이 사건 각 근저당권부질권설정계약 당시 C의 적극재산은 존재하지 않았던 반면, 소극재산은 별지3 표 기재와 같은 소극재산 현황(갑 제11호증)의 채무 합계 9,323,568,160원 중 4,510,000,000원에 이르러 채무초과 상태였다. 그런데 C의 이 사건 각 근저당권부질권설정계약에 따라 소극재산이 위 4,510,000,000원 및 6,045,000,000원 합계 10,550,000,000원이 되어 채무초과 상태가 심화되고 일반 채권자들의 공동담보가 감소되었다.

또한, C와 피고는 실제 3,400,000,000원의 채권에 비해 약 두 배에 가까운 채권액 총 6,045,000,000원의 이 사건 각 근저당권부질권을 설정하였으므로 그 사해의사도 인정된다. 따라서 이 사건 각 근저당권부질권설정계약은 사해행위로서 취소되어야 하고, 피고는 그 원상회복으로 C에 이 사건 각 근저당권부질권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 예비적 청구

이 사건 각 근저당권부질권설정등기는 아래와 같이 통정허위표시에 해당하거나 위와 같은 강행규정들에 위반하여 무효인 이 사건 각 근저당권부질권설정계약에 기초하고 있으므로 무효이다. 따라서 피고는 원고에게 위 각 근저당권부질권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

1) C는 피고로부터 3,400,000,000원을 대출받아 각 4,421,494,799원, 1,260,755,543원의 확정채권인 이 사건 각 채권 및 그 지급을 담보하는 이 사건 각 근저당권을 매수하였다. 그런데도 피고는 담보력을 극대화하기 위하여 실제 채권액인 3,400,000,000원 대신 위 각 근저당권의 채권최고액과 동일한 액수인 4,745,000,000원, 1,300,000,000원의 각 허위 채권을 만들어 내어 이 사건 각 근저당권부질권설정계약서에 위 각 허위 채권액을 기재하였고, 이를 기초로 채권액이 각 4,745,000,000원, 1,300,000,000원으로 기재된 이 사건 각 근저당권부질권설정등기를 마쳤으므로, 이 사건 각 근저당권부질권설정계약은 통정허위표시에 해당한다.

2) 공동저당에 관한 규정이 있는 저당권과 달리 질권은 공동질권에 관한 규정이 없어 하나의 채권의 지급을 담보하기 위하여 공동질권이 설정될 수는 없는 것임에도 피고는 채권액이 3,400,000,000원인 하나의 채권의 지급을 담보하기 위하여 공동질권을 설정받았을 뿐만 아니라, 실제 채권액이 아닌 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원을 각 채권액으로 기재하여 등기부의 공시기능을 해하였다.

3) 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 않는다. 그런데 이 사건 각 근저당권부질권의 목적은 이 사건 근저당권이 확정된 후에 피고와 C가 이 사건 각 근저당권부질권설정계약을 체결하면서 만들어 낸 4,745,000,000원, 1,300,000,000원의 허위채권으로서 이 사건 각 근저당권에 의하여 담보되지 않는데, 이 사건 각 근저당권부질권설정등기는 이 사건 각 근저당권이 위 허위 채권을 담보하는 것을 전제로 하여 위

허위채권을 목적으로 설정되었는바, 이 사건 각 근저당권부질권은 무담보의 채권을 목적으로 한 것이어서 물권법정주의 및 민법 제348조, 제361조에 위반된다.

4) 피고는 C와 이 사건 각 근저당권부질권설정계약을 체결하고 이 사건 각 근저당권부질권설정등기를 마침으로써, C가 3,400,000,000원의 채무를 변제하지 못할 경우 각 4,421,494,799원, 1,260,755,543원의 확정채권인 이 사건 각 채권 전부를 청구할 수 있게 되었다. 따라서 위 각 근저당권부질권설정계약은 유질계약을 금지하는 민법 제355조, 제339조, 차주에 불리한 대물반환의 예약을 무효로 하는 민법 제607조, 제608조를 모두 위반하였고, C에 부당하게 불리한 조항으로 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관이어서 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다) 제6조에 따라 무효이다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 본안전항변에 대한 판단

1) 피고의 주장 원고가 2019. 2. 15. 이 사건 각 부동산에 관한 부동산등기부를 열람하여 이 사건 각 근저당권부질권설정등기가 마쳐진 사실을 알게 되었으므로 그 무렵 취소원인을 알았다고 보아야 하고, 그로부터 1년이 지난 2020. 2. 27. 제기된 이 사건 소는 채권자취소권의 제척기간을 도과하여 위법하므로 각하되어야 한다.

2) 판단 가) 관련 법리

채권자취소권의 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미하고, 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위하여서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요하며, 사해의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정할 수는 없다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

살피건대, 피고가 주장하는 바와 같이 원고가 2019. 2. 15. 이 사건 각 부동산에 관한 부동산등기부를 열람하여 이 사건 각 근저당권부질권설정등기가 마쳐진 사실을 알게 되었다고

하더라도, 그러한 사정만으로는 그 시점에 원고가 C의 채무초과상태, C와 피고 사이의 이 사건 각 근저당권부질권설정계약으로 인해 공동담보의 부족이 생기거나 그 부족이 심화되었다는 사실 및 C의 사해의사까지 알게 되었다고 보기는 어렵다. 그 밖에 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 취소원인을 안 날로부터 1년이 지난 후에 이 사건 소를 제기하여 채권자취소권의 제척기간을 도과하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 본안전항변은 받아들일 수 없다.

나. 본안에 관한 판단

1) 피보전채권 위 인정사실 제1의 나항에 의하면, 원고는 이 사건 근저당권부질권설정계약 당시 C에 대하여 1,000,000,000원의 약속어음금채권[피고는 이 사건 약속어음의 발행인은 M이고 C는 위 약속어음을 발행한 적이 없다는 취지의 주장을 하나, 이 사건 약속어음(갑 제4호증)의 기재에 의하면 C도 M과 함께 위 약속어음을 공동 발행한 것으로 보이므로, C는 M과 합동하여 위 약속어음 액면금을 지급할 의무가 있다고 할 것인바, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다], 250,000,000원의 투자금반환채권 및 이에 대한 투자수익금채권을 가지고 있었으므로, 위 각 채권은 이 사건 근저당권부질권설정계약에 대한 사해행위취소를 구할 피보전채권에 해당된다.

한편 원고는 위 각 채권 이외에 C에 대하여 대전 유성구 N, O에 있는 P 오피스텔에 관한 투자약정에 따라 180,000,000원의 투자금반환채권 및 이에 대한 투자수익금채권도 가지고 있었다고 주장한다. 그러나 갑 제23호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2015. 12. 12. 주식회사 Q(이하 'Q'라 한다)가 위 P오피스텔 8개 호실의 1순위 우선수익권부질권을 매입하는데 180,000,000원을 투자하기로 하되 Q는 원고에게 투자수익금의 60%를 지급하기로 하는 투자약정을 체결하고, 같은 날 위 회사 대표이사 M에게 180,000,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있는데, 원고와 위 투자약정을 체결한 것은 C가 아닌 Q이므로, 위 투자금반환채권 등은 Q에 대한 것이어서 피보전채권으로 인정할 수 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

2) 이 사건 근저당권부질권설정계약 당시 C의 채무초과상태 여부 가) 관련 법리

사해행위 취소소송에서 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지를 판단할 때 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의

채권에 물상담보로 제공되어 있다면, 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없어 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 하고(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결 등 참조), 채무자가 부담하는 채무의 경우에도 채권자에게 물적 담보 등으로 우선변제가 확보되는 범위 내에서는 그 채무는 소극재산에서 공제되어야 할 것이다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다84055 판결 참조). 그리고 사해행위 취소소송에서 채무자의 무자력 여부를 판단하기 위하여 적극재산을 산정함에 있어서는 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 특별한 사정이 없는 한 이를 제외하여야 하고, 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 확실성이 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 한다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다111401 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

(1) 갑 제11, 17, 19 내지 27호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 C의 소극재산이라고 주장하는 별지3 표 기재 각 채무 중 C가 채무자인 것은 ① 2015. 12. 12.자 1,000,000,000원(원고에 대한 이 사건 약속어음금 채무), ② 2016. 1. 27.자 70,000,000원 및 이에 대하여 위 2016. 1. 27.부터 2016. 7. 15.까지 월 1.5%의 비율로 계산한 수익금 5,886,885원[= 70,000,000원 × (1.5% × 12월) × (171/366), 원 미만 버림(이하 같다)], ③ 2016. 2. 1.자 1,120,000,000원, ④ 2016. 2. 24.자 530,000,000원, ⑤ 2016. 3. 11.자 300,000,000원, ⑥ 2016. 3. 12.자 80,000,000원, ⑦ 2016. 5. 16.자 250,000,000원(원고에 대한 위 투자금 채무), ⑧ 2016. 6. 20.자 310,000,000원(J에 대한 위 투자금 채무) 및 이에 대하여 위 2016. 6. 20.부터 2016. 7. 15.까지 월 1.5%의 비율로 계산한 수익금 3,963,934원[= 310,000,000원 × (1.5% × 12월) × 26/366] 합계 3,663,963,934원의 채무이고, 2) 나머지 각 채무는 채무자가 주식회사 S, Q, M인 사실을 알 수 있다(이에 관하여 원고는 C 및 위 각 회사가 대표자가 동일하거나 대표자의 주소가 동일한 등 모두 C의 대표인 M이 운영하는 동일한 회사이므로 별지3 표 기재 각 채무는 모두 C의 채무로 보아야 한다는 취지로 주장하기도 하였으나, 위 각 회사가

형해화되어 그 법인격을 부인하여야 할 정도에 이르렀다는 점에 관한 원고의 주장·증명이 없으므로, 위 주장을 받아들이지 아니한다). 따라서 이 사건 각 근저당권부질권설정계약일인 2016. 7. 15. 무렵 C의 소극재산은 위 3,663,963,934원이라고 볼 수 있다.

(2) 이에 대하여 피고는 이 사건 각 근저당권부질권설정계약일인 2016. 7. 15. 무렵 C의 적극재산으로 다수의 근저당권부채권이 있었으므로 위와 같은 소극재산에도 불구하고 C가 채무초과상태에 있다고 볼 수 없다고 주장한다. 갑 제15, 20호증, 을 제5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, C는 이 사건 각 근저당권부질권설정계약일인 2016. 7. 15.을 기준으로 ① 파주시 T 전 1,901m²에 설정된 채권최고액 975,000,000원의 근저당권부채권을, ② 대전 서구 U외 1필지에 있는 V건물 W동 제지하1층 X호에 설정된 채권최고액 780,000,000원의 근저당권부채권을, ③ 공주시 Y 대 1,729m²에 설정된 채권최고액 715,000,000원의 근저당권부채권을, ④ 서울 금천구 Z건물 제4층 AA호에 설정된 채권최고액 182,000,000원의 근저당권부채권을, ⑤ 오산시 AB건물 제1층 AC호에 설정된 채권최고액 315,900,000원의 근저당권부채권을 각 가지고 있었던 사실을 인정할 수는 있다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위 각 근저당권부채권을 담보하는 각 근저당권이전등기에는 채무자가 C이고 채권자가 금융기관이며 각 채권액이 해당 근저당권의 피담보채권액과 동일한 근저당권부질권설정등기가 부기되어 있는데, 이에 비추어 보면 C가 해당 금융기관으로부터 돈을 차용하여 위 각 근저당권부채권을 매입한 것으로 보이므로, 이 사건 각 근저당권부질권설정계약 당시 위 각 근저당권부채권이 C의 적극재산으로서 가치가 실제로 있었는지 의문이다. 이와 같은 사정에 위 각 근저당권이전등기의 각 채권최고액 합계 2,967,900,000원은 앞서 본 바와 같은 C의 소극재산 3,663,963,934원에 미치지 못하여 위 각 근저당권이전등기에 관한 근저당권부질권설정등기를 고려하지 않더라도 이 사건 각 근저당권부질권설정계약 당시 C의 소극재산이 위 각 근저당권부채권의 합계액을 초과하는 것으로 보이는 점까지 더하여 보면, 피고의 주장과 같이 위와 같은 근저당권부채권의 존재만으로 이 사건 각 근저당권부질권설정계약일 당시 C가 채무초과상태에 있지 않았다고 볼 수 없다.

(3) 그밖에 이 사건 각 근저당권부질권설정계약 당시 C의 적극재산은 존재하지 않았던 것으로

보이므로, C는 채무초과 상태에 있었다고 할 것이다.

3) 사해행위 인정 여부 가) 사해행위성 여부

(1) 관련 법리

채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족 상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지에 따라 최종 판단하여야 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다48467 판결).

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되려면 그 행위로 채무자의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보가 부족한 상태를 유발 또는 심화시켜야 하는 것이므로, 채무자가 제3자로부터 자금을 차용하여 부동산을 매수하고 해당 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 채무자가 제3자로부터 부동산을 매수하여 매매대금을 지급하기 전에 소유권이전등기를 마치고 해당 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우와 같이 기존 채권자들의 공동담보가 감소되었다고 볼 수 없는 경우에는 그 담보제공행위를 사해행위라고 할 수 없다(대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다272261 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다26324 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정을 종합하면, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 주장하는 여러 사정을 고려하더라도 이 사건 각 근저당권부질권설정계약이 사해행위에 해당한다고 보기 부족하다.

① C는 근저당권부채권을 저가에 매수한 후 이를 실행하여 이익을 얻는 것을 주된 영업으로 하는 회사이고, C는 그 영업의 일환으로 피고로부터 3,400,000,000원을 차용하여 그 차용금으로 이 사건 각 채권 및 근저당권을 매수하고 위 각 채권 및 근저당권을 3,400,000,000원의 차용금채무에 대한 담보로 제공한 것이다. 이와 같은 C가 영위하는 사업의 내용, 피고에 대한 담보 제공 경위 및 목적을

앞서 본 법리에 입각하여 보면, C가 피고와 이 사건 각 근저당권부질권설정계약을 체결하고 피고에게 이 사건 각 근저당권부질권설정등기를 마쳐주었다고 하여 기존 채권자들의 공동담보가 감소되었다고 보기는 어렵다.

② 원고 및 J은 C가 이 사건 각 채권 및 근저당권의 매수에 사용할 것을 전제로 각 250,000,000원, 310,000,000원을 투자한 것이므로, C가 이 사건 각 채권을 취득하기 전에는 위 각 돈은 기존 채권자들의 공동담보가 아니었다고 볼 수 있고, C가 위 각 돈을 받아 이 사건 각 채권을 취득한 이후에는 위 각 돈의 액수를 상당히 초과하는 이 사건 각 채권이 기존 채권자들의 공동담보가 되었다. 이러한 사정을 고려하면, 비록 C가 원고 및 J으로부터 위 각 돈을 투자받을 당시 'C가 5,500,000,000원 이상으로 직접 또는 C가 지정하는 자 명의로 제1 경매의 입찰에 참가하여 이 사건 각 토지를 낙찰받기로 한다.'는 취지의 약정을 한 사실, 이후 C가 제1 경매절차에서 이 사건 각 토지를 낙찰 받지 않은 사실은 인정할 수는 있으나, 이러한 사실관계만을 들어 이 사건 각 근저당권부질권설정계약이 사해행위라고 단정하기는 어렵다.

③ 피고가 C에 3,400,000,000원을 대출하면서 그 대출 원리금 채권을 담보하기 위하여 위 피담보채권보다 많은 이 사건 근저당권의 채권최고액 합계 6,045,000,000원을 채권액으로 하여 근저당권부질권을 설정하기는 하였다. 그러나 피고가 이 사건 각 근저당권부질권에 기초하여 이 사건 각 채권의 채무자인 G에게 직접 청구한다 하더라도 피고는 C에 대한 실제 채권액의 한도 내에서 청구할 수 있을 뿐이고(민법 제353조 제2항 참조), 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 근저당권부질권설정등기에 기재된 '채권액'은 C가 피고에게 부담하거나 장래 부담할 채무를 포괄적으로 담보하는 한도인 '채권최고액'을 의미하는 것으로 보이므로, 이 사건 근저당권부질권의 채권액이 위 대출 원리금 채권액보다 많다고 하여 그 차액 부분만큼 일반채권자들의 공동담보가 감소한다고 볼 수 없다.

④ 원고와 피고 사이의 가처분이의 항고 사건(서울고등법원 2020라20273호)에서 위 법원은 피고의 항고를 기각하였음은 앞서 본 바와 같으나, 이는 본안 판단 전의 가처분단계에서 원고의 사해행위취소권 존재 여부에 관하여 필요한 소명은 일응 있다는 취지의 잠정적 판단에 불과한데다, 그 판시 내용에 의하더라도 이 사건 근저당권부질권설정계약이 사해행위에 해당하는 것으로 볼 '여지가

있다'는 것이고, 위 설정계약 당시 C의 선의 여부 등은 향후 본안소송에서 증거조사를 통하여 검토되어야 할 것으로 보인다는 취지여서, 위 항고기각 결정을 근거로 하여 이 사건 각 근저당권부질권설정계약의 사해행위성을 인정할 수도 없다.

나) 사해의사 여부

(1) 피고가 C와 이 사건 근저당권부질권설정계약을 체결하면서 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 각 허위 채권을 만들어 내어 이를 기초로 채권액이 위 각 금액으로 기재된 이 사건 각 근저당권부질권설정등기를 마쳤다고 보기 어려움은 아래 제4항에서 자세히 보는 바와 같다.

(2) 이러한 사정에 더하여 갑 제12호증, 을 제9호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정, 즉 ① C가 피고와 이 사건 각 근저당권의 채권최고액 합계 6,045,000,000원을 채권액으로 하여 이 사건 근저당권부질권설정계약을 체결하였다 하더라도 이는 C가 피고로부터 이 사건 각 채권 및 근저당권의 매입에 사용할 신규자금을 대출받기 위한 목적 하의 부득이한 행위로 보이는 점, ② 제1 경매절차에서 이 사건 각 토지는 C가 D에 지급한 이 사건 각 채권 매수대금 3,900,000,000원을 상당히 초과하는 8,159,758,580원으로 감정된 바 있으므로, C가 이 사건 각 채권 및 근저당권을 3,900,000,000원에 매수한 것이 불합리한 의사결정이라고 단정하기는 어려운 점, ③ 원고 스스로도 C가 이 사건 각 채권을 3,900,000,000원에 매수하여 수익을 낼 것을 기대하거나 예상한 상태에서 C에 250,000,000원을 투자하는 약정을 체결한 것으로 보이는 점, ④ 제2 경매절차에서 주식회사 AD는 위 각 토지를 6,300,000,000원에 매각 받았으나 이후 매각대금을 납입하지 못하여 그 매각허가결정이 취소된 것으로 보이고, 제3 경매절차에서도 주식회사 AE가 위 각 토지를 4,567,889,000원에 매각 받기도 한 점 등을 고려하면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 근저당권부질권설정계약 당시 C에 사해의사가 있었다고 보기도 어렵다.

4) 소결론 따라서 원고의 주위적 청구는 받아들이지 아니한다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

가. 통정허위표시 주장

1) 관련 법리 의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에

관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다27923 판결). 그리고 법률행위가 통정허위표시라는 사실에 대하여는 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다80989 판결).

2) 구체적 판단 나) 위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정을 종합하면, 피고가 C와 이 사건 근저당권부질권설정계약을 체결하면서 그 피담보채권으로 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 각 허위 채권을 만들어 내어 이를 피담보채권으로 하여 채권액이 위 각 금액으로 기재된 이 사건 각 근저당권부질권설정등기를 마쳤다고 인정하기 어려운바, 이와 다른 전제에 서서 이 사건 각 근저당권부질권설정계약이 통정허위표시에 해당되어 무효라는 원고 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고와 C는 이 사건 각 근저당권부질권설정계약서 제1조에서 피담보채무 또는 질권의 효력 범위에 관하여 '채무자는 채권액 4,745,000,000원 또는 1,300,000,000원의 범위 안에서 채권자(질권자)에 대하여 과거, 현재 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서 각서 지급증서 등의 채무와 발행배서, 보증한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무, 이자, 위약금, 질권실행 비용, 질물 보전의 비용 및 채무불이행 또는 질물의 하자로 인한 손해배상의 채권을 위 금액을 한도로 하여 이를 변제하기로 한다.'고 정하였다. 위 조항의 내용에 비추어 보면, 원고의 주장과 같이 피고는 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 각 확정채권을 허위로 만들어 낸 것이 아니라, 위 각 금액을 한도로 피고가 C에 대하여 갖고 있거나 장래 갖게 될 채권의 담보 범위를 포괄적으로 정한 것일 뿐이다.

② C가 이 사건 각 채권 및 근저당권을 매입하기 위하여 피고로부터 3,400,000,000원을 대출금리 연 7.5%로 정하여 대출받았음은 앞서 본 바와 같은데, 이와 같은 사정에 이 사건 근저당권의 채권최고액이 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원이라는 점까지 고려하면, 피고는 C에 위 3,400,000,000원을 대출하면서 그 대출원리금 채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권에 질권을 설정하였고, 이 사건 근저당권부질권설정계약에서 위 근저당권의 채권최고액 합계 6,045,000,000원을 위 대출원리금 채권 담보 범위의 한도로 정한 것으로 보일 뿐이며, 달리 원고의

주장과 같이 피고와 C가 이 사건 근저당권부질권을 설정하기 위하여 허위의 피담보채권을 만들어 내었다는 정황이나 자료는 발견되지 않는다.

③ 결국 이 사건 각 근저당권부질권설정계약의 체결 경위 및 과정 등을 통하여 이 사건 각 근저당권부질권의 피담보채권은 위 대출금채권 및 이에 대한 이자채권이라고 해석할 수 있으므로, 이 사건 각 근저당권부질권설정계약에서 피고가 C에 대여한 3,400,000,000원의 대출금채권을 명시하지 않고 위 채권 담보 범위의 한도만을 위 근저당권의 채권최고액 합계로 정하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 피고가 C와 이 사건 각 근저당권부질권설정계약을 체결하면서 위 채권최고액 합계 상당액의 채권을 허위로 만들어 내었다고 볼 수는 없다(피고도 이 사건 근저당권부질권의 피담보채권은 위 대출 원리금 채권이라 일관되게 주장하고 있다).

나. 공동질권을 설정할 수 없고 등기부의 공시기능을 해하였다는 주장

1) 민법은 근저당권부질권에 관하여 제345조 본문에서 '질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다.'고 정하면서, 제348조에서 '저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.'고 정하고 있을 뿐, 공동질권을 설정하지 못한다는 제한을 두고 있지 않다. 사적자치의 원칙에 따라 하나의 채권의 지급을 담보하기 위하여 여러 개의 근저당권부채권에 공동질권을 설정하는 것도 충분히 가능하고, 공동저당의 경우 각 부동산의 경매 대가에 비례하여 피담보채권의 부담이 나누어지는 것에 비추어(민법 제368조 제1항), 공동질권 역시 질물로 확보하려는 담보가치 가액에 비례하여 피담보채권의 부담을 안분함이 상당하다고 보일 뿐이다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2019다217322 판결 및 그 하급심판결 등 참조).

2) 나아가 앞서 든 증거들의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 각 토지에 관한 등기사항전부증명서에 이 사건 각 근저당권부질권설정등기의 채권액이 각 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원으로 기록된 사실을 인정할 수는 있다. 그러나 한편 위 인정사실에 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음의 사실이나 사정을 더하여 보면, 위와 같이 기록된 사실관계만을 들어 이 사건 각 근저당권부질권설정등기가 무효라고 보기는 어렵다.

① 부동산등기법 제76조 제1항 제1호는 등기관이 저당권부채권에 대한 질권의 등기를 할 때에는 '채권액 또는 채권최고액'을 기록하도록 정하고 있다. 그런데 위와 같이 피고와 C가 이 사건 각

근저당권부질권설정계약서 제1조에 피고가 C에 대여한 3,400,000,000원의 실제 채권액 등을 명시하지 않고, 이 사건 각 근저당권의 피담보채무 채권최고액에 해당하는 각 4,745,000,000원, 1,300,000,000원을 '채권액'이라고 칭하면서 그 범위 안에서 C가 피고에게 부담하거나 장래 부담할 채무를 포괄적으로 기재함에 따라 등기관이 위 각 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원을 이 사건 각 근저당권부질권의 '채권액'으로 기록하게 된 것으로 보인다.

② 그런데 '채권최고액'으로 기록되어야 할 것이 '채권액'으로 기록되었다고 하더라도 이러한 사정만을 들어 이 사건 각 근저당권부질권설정등기에 무효에 이를 정도의 중대한 하자가 있다고 보기는 어렵다. 나아가 위 각 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원은 이 사건 각 근저당권설정등기의 각 채권최고액에 해당하는 액수여서, 부동산을 열람하는 사람으로서는 위 각 채권최고액과 이 사건 각 근저당권부질권설정등기의 각 채권액이 같다는 사실을 쉽게 확인할 수 있어 실제로는 위 '채권액'이 '채권최고액'을 의미한다고 예상할 수 있을 것이므로, 등기사항전부증명서의 공시기능을 해하였다고 단정하기도 어렵다.

③ 입질채권이 금전채권인 경우 질권자는 '자기의 채권액의 한도에서' 제3채무자에 대하여 직접 청구할 수 있다(민법 제353조 제2항). 따라서 설령 피고가 이 사건 각 근저당권부질권에 기초하여 이 사건 각 근저당권부채권의 채무자인 G에게 직접 청구한다 하더라도 피고는 C에 대한 실제 채권액의 한도 내에서 청구할 수 있을 뿐이므로, 이러한 측면에서도 피고의 C에 대한 채권의 지급을 담보하는 위 각 근저당권부질권설정등기는 유효하다고 볼 수 있다.

다. 담보가 없는 채권에 질권을 설정하였다는 주장

1) 원고는 피고와 C가 이 사건 근저당권부질권설정계약을 체결하면서 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 허위채권을 만들어 내어 이 사건 각 근저당권부질권의 목적으로 하였음을 전제로 이 부분 주장을 하고 있다.3) 2) 그러나 위 인정사실 제1의 가, 다항에 의하면, 이 사건 근저당권부질권은 이 사건 근저당권이 담보하는 이 사건 각 채권, 즉 4,421,494,799원인 제1 근저당권의 피담보채권, 1,260,755,543원인 제3 근저당권의 피담보채권을 목적으로 하여 설정된 것으로, 피고로서는 위 각 근저당권부질권설정등기의 채권액 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 범위 내에서 위 근저당권의 피담보채권인 4,421,494,799원 및

1,260,755,543원의 이 사건 각 채권에서 우선변제 받을 권한이 있다고 할 것이고, 달리 원고의 주장과 같이 위 근저당권부질권이 이 사건 근저당권의 확정 이후에 만들어진 4,745,000,000원 및 1,300,000,000원의 허위채권을 목적으로 하는 등 무담보의 채권을 목적으로 하여 설정되었다고 볼 만한 사정을 찾을 수 없으므로, 이를 전제로 한 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(이와 같이 이 사건 근저당권부질권이 이 사건 근저당권에 의하여 담보되는 이 사건 각 채권을 목적으로 하여 설정되었다고 볼 수 있는 이상, 원고가 들고 있는 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결은 무담보의 채권에 질권을 설정한 사안으로 이 사건과 사실관계를 달리하여 원용하기에 적절하지 않다).

라. 유질계약 금지, 대물반환의 예약 및 약관규제법 위반 주장

1) 채권매입 및 매각자산관리를 목적으로 하는 회사인 C가 금융기관인 피고로부터 대출을 받아 이 사건 각 채권을 매수하고, 피고에 대한 대출 원리금 채무의 지급을 담보하기 위하여 피고와 이 사건 각 근저당권부질권설정계약을 체결한 것은 상행위에 해당한다. 그런데 상법 제59조는 '민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다.'고 규정하여 유질계약을 허용하고 있으므로, 위 각 근저당권부질권설정계약이 유질계약 금지에 관한 민법 제355조, 제339조를 위반하였다고 볼 수 없다.

2) 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 근저당권부질권설정계약에 의하더라도 피고는 C에 대한 채권액의 한도 내에서 이 사건 각 근저당권부채권의 채무자인 G에게 직접 청구할 수 있을 뿐이므로, 위 각 근저당권부질권설정계약이 민법 제607조가 규정하고 있는 '차용물의 반환에 관하여 차주가 금전에 갈음하여 다른 재산을 이전할 것을 예약한 경우'에 해당한다고 볼 수도 없다.

3) 이 사건 각 근저당권부질권설정계약이 약관규제법 제2조 제1호가 규정하고 있는 약관, 즉 '그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용'이라고 볼만한 자료는 제출되지 않았다. 나아가 설령 위 각 근저당권부질권설정계약이 약관이라고 하더라도, 앞서 본 바와 같은 여러 사실이나 사정에 비추어, 갑 제29호증을 포함한 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 근저당권부질권설정계약이 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃었다거나 C에 부당하게 불리한 내용을 정하고 있어

무효라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

마. 소결론

따라서 이 사건 근저당권부질권설정계약이 통정허위표시에 해당하여 무효여서 이를 기초로 한 이 사건 근저당권부질권설정등기가 무효라거나, 이 사건 각 근저당권부질권설정등기가 강행규정 등에 위반하여 무효라고 볼 수 없다. 그러므로 이와 다른 전제에 선 원고의 예비적 청구는 받아들이지 아니한다.

5. 결론

이 사건 주위적 청구 및 예비적 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사조영기

판사강희구

판사정재우

별지

1) 원고는 2020. 11. 2.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여 피고에 대하여 주위적으로 위 근저당권부질권설정등기가 강행규정 등에 위배되어 무효라고 주장하면서 위 근저당권부질권설정등기의 말소를 구하는 한편, 예비적으로 위 근저당권부질권설정계약의 사해행위취소 및 원상회복으로 위 근저당권부질권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 것으로 청구취지 및 청구원인을 변경한 후 수차례 청구취지 및 청구원인을 변경하였다가, 2021. 6. 8. 제7회 변론기일에서 피고에 대하여 주위적으로 위와 같은 사해행위취소 및 원상회복을 구하고, 예비적으로 위 근저당권부질권설정계약이 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장하면서 C 유한회사를 대위하여 위 근저당권부질권설정등기의 말소를 구한다는 취지로 청구취지 및 청구원인을 최종 정리하였다. 이와 같은 원고의 청구취지 및 청구원인 변경 경위 및 과정, 이 사건 소송의 경과 등에 비추어 위 근저당권부질권설정등기가 강행규정 등에 위배되어 무효라는 원고의 주장은 위 근저당권부질권설정등기의 말소를 구하는 예비적 청구 중 하나의 청구원인으로 보아 판단한다.

2) C는 주식회사 R(이하 'R'이라 한다)과 체결한 순번 3 내지 5의 투자약정에서 'R의 수익금은 연

48%로 기간 계산하여 지급하기로 한다.'고 각 정하였고, 원고와 체결한 순번 7의 투자약정에서 '원고의 투자 수익률은 연 48%로 정하고 투자금 반환 시 정산 지급하기로 한다.'고 정하였는데, 원고는 위 각 약정의 의미가 C가 근저당권의 실행으로 얻게 될 수익의 48%를 배분하는 것임을 전제로 이 사건 근저당권부질권설정계약으로 인하여 이 사건 각 근저당권의 실행이 어렵게 되어 위 수익금 배분의 전제가 되는 수익을 산정하는 것이 불가능하게 되었다는 취지로 주장하는바(2021. 3. 8.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 참조), 이와 같은 원고의 주장 내용에 비추어보면 위 각 약정의 의미는 C가 원고 또는 R에 위 투자원금에 대하여 연 48%의 비율로 계산한 돈을 지급하는 것이 아닌 위 각 투자약정에서 정한 근저당권의 실행으로 얻게 될 수익의 48%를 배분하는 것으로 보이므로, 이 사건 근저당권부질권설정계약 당시 C가 위 각 근저당권의 실행으로 수익을 얻었다는 점에 관한 원고의 주장 증명이 없는 이상 위 각 투자약정에 기한 수익금지급채무는 C의 소극재산으로 고려하지 않기로 한다.

3) 원고는 앞서 본 바와 같은 통정허위표시 주장을 하면서는 피고와 C가 이 사건 근저당권의 채권최고액 합계와 같은 6,045,000,000원의 허위채권을 만들어 내어 이 사건 근저당권부질권의 '피담보채권'으로 하였다고 주장하였다가, 이 부분 주장을 하면서는 피고와 C가 위와 같은 6,045,000,000원의 허위채권을 이 사건 근저당권부질권의 '목적'으로 하였다고 주장하고 있는바, 위 주장은 그 자체로 모순되는 면이 있다.