

서울고등법원 2018. 5. 2 선고 2017나2048315(본소), 2017나2048322(반소) 판결
[근저당권설정등기말소 · 약정금]

재판경과

서울고등법원 2018. 5. 2 선고 2017나2048315(본소), 2017나2048322(반소) 판결
서울중앙지방법원 2017. 8. 9 선고 2015가합26738 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인1. A

2. B

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인C 주식회사

변론 종결 2018. 3. 14.

판결 선고 2018. 5. 2.

제1심판결 서울중앙지방법원 2017. 8. 9. 선고 2015가합26738(본소), 2016가합500189(반소)
판결

주 문

1. 원고(반소피고)들의 항소 및 피고(반소원고)의 원고(반소피고)들에 대한 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 각자 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소 청구취지: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)들에게, (1) 별지1 목록 기재 각 부동산(이하에서는 통틀어 '이 사건 D 부동산'이라고 한다)에 관하여 서울중앙지방법원 2015. 3. 11. 접수 제60804호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하고, (2) 각 237,255,105원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소 청구취지: 피고에게, (1) 원고 A은 200,000,000원 및 이에 대하여 2013. 10. 23.부터 2016. 1. 26.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, (2) 주위적으로, 원고들은 공동하여 2,333,087,350원 및 이에 대하여 2015. 9. 23.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 예비적으로 원고들은 공동하여 2,333,087,350원 및 이에 대하여 2015. 10. 1.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고들의 항소취지

1) 제1심 판결의 본소에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다. 피고는 원고들에게, (가) 이 사건 D 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2015. 3. 11. 접수 제60804호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하고, (나) 각 237,255,105원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일의 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2) 제1심 판결의 반소에 대한 부분 중 원고 B의 패소 부분 전부 및 아래에서 지급을 명하는 돈을 초과하는 원고 A의 패소 부분을 각 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 원고들에 대한 반소 청구를 각 기각한다. 원고 A은 피고에게 200,000,000원 및 이에 대하여 2013. 10. 23.부터 2016. 1. 26.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을

지급하라.

나. 피고의 항소취지

제1심 판결의 반소에 대한 부분을 반소 청구취지 기재와 같이 변경한다.

이 유

1. 이 법원의 심판 범위

원고들은 이 사건 본소로써, ① 이 사건 근저당권설정등기의 말소, ② 하자보수에 갈음하는 손해배상금 및 이에 대한 지연손해금의 지급, ③ 지체상금 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 각 구하고, 피고는 이 사건 반소로써, ① 원고 A에 대하여 대여금 200,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을, ① 원고들에 대하여 (i) 주위적으로 이 사건 약정서, 합의이행각서 및 구두 약정에 따른 약정금 합계 2,333,087,350원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을, (ii) 예비적으로 미지급 공사대금, 이 사건 이행합의서에 따른 투자금 및 투자수익금 합계 2,333,087,350원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 각 구하였다.

제1심 판결은 원고들의 본소 중 ① 청구를 일부, ② 청구를 전부 각 인용하고, 위 ① 청구 중 나머지 청구 및 ③ 청구 전부를 각 기각하였으며, 피고의 반소 중 ① 청구 전부와 ① 항의 주위적 청구 중 일부를 각 인용하고, ② 항 중 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구 전부를 각 기각하였다.

이에 대하여 원고들은 본소 중 원고들 패소 부분 전부에 대하여, 반소에 관한 원고들 패소 부분 중 일부(위 ① 항 중 주위적 청구를 인용한 부분)에 대하여 각 항소하였을 뿐, 반소 중 ① 청구를 인용한 부분에 대해서는 불복하지 않았으며, 피고는 반소에 관한 피고 패소 부분 전부에 대하여만 항소하였을 뿐, 본소에 관한 피고 패소부분에 대해서는 불복하지 않았다.

따라서, 이 법원의 심판범위는 원고들의 본소 중 원고들 패소 부분 전부, 피고의 반소 중 ① 항 청구 부분에 한정되고, 본소에 관한 피고 패소부분(위 ① 청구의 일부, ② 청구 전부)과 반소 중 ① 청구 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다.

2. 제1심 판결의 인용

이 사건에 관하여 이 법원이 적을 이유는, 아래와 같이 일부 추가, 삭제하거나 고치는 것 외에는 제1심 판결 이유의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

가. 간단한 추가·삭제·수정 부분

전체	각 "증인", "감정인", "이 법원"	각 "제1심 증인", "제1심 감정인", "제1심 법원"
제7면 제10, 11행 중	"다음과 내용의"	"다음과 같은 내용의"
제8면 제10행 중	"3호증", "32호증"	"3, 45, 46호증", "32, 40호증"
제12면 제3행 중	"아래 3.의 다.항에서"	"아래 3.의 나.항에서"
제13면 마지막 줄 중	"(갑 제4호증의 2)"	"(갑 제14호증)"
제16면 제5행부터 제11행까지	3. 피고의 반소 청구에 관한 판단가. 피고의 주장 및 반소 청구원인1) 주위적 청구가) 대여금 청구피고는 원고 A에게 200,000,000원을 대여하였으므로, 원고 A은 피고에게 위 대여금 200,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.나) 약정금 청구2) 예비적 청구가) 대여금 청구위 1)의 가)항 기재와 같다.나) 미지급 공사대금, 투자금, 투자수익금 청구1) 피고가 이 사건 약정서를 작성한 후 원고들로부터 교부받은 근저당권설정계약서(을 제9호증의 1) 제1조에는 '근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에게 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래에 부담하게 될 단독 혹은 연대채무자나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행배서, 보증인수한 모든 어음채무 및 수표상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보하고자 .. 근저당권을 설정한다'라고 기재되어 있는바(무제한적 포괄근저당권설정계약으로 보인다), 원고들과 피고가 작성한 이 사건 E 토지에 관한 근저당권 및 이 사건 근저당권의 각 설정계약서가 증거로 제출되지 않았지만, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고들과 피고는 적어도 이 사건 공사와 관련하여 현재 및 장래에 발생할 일체의 채권을 채권최고액 한도까지 담보하는 내용의 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보인다.	3. 피고의 반소 중 2,333,087,350원 및 이에 대한 지연손해금 청구에 대한 판단가. 피고의 주장 요지1) 약정금 청구(주위적 청구) 부분
제17면 제9행부터 제12행까지		2) 미지급 공사대금, 투자금 및 투자수익금 청구(예비적 청구) 부분
제17면 제16행 중	"피고에게 이 사건 이행합의서에 따른 투자금 1,000,000,000원을 반환할 의무가 있다"	"이 사건 이행합의서에 따른 F에 대한 투자금 1,000,000,000원 반환의무를 피고에게 이행하기로 약정하였다"
제18면 제9행부터 제18행까지	나. 주위적 및 예비적 청구에 공동되는 대여금 청구에 관한 판단피고는 원고 A에게 2013. 9. 17. 100,000,000원, 2013. 10. 23. 100,000,000원 합계 200,000,000원을 변제기 2014. 9. 30.로 정하여 대여하고, 원고 A은 2013. 10. 23. 피고에게 위 차용사실을 증명하는 내용의 차용증을 작성하여 준 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 을 제8호증의 기재에 의하여 인정된다.따라서 원고 A은 피고에게 대여금 200,000,000원 및 이에 대하여 피고가 구하는 바에 따라 최종	나. 약정금 청구(주위적 청구)에 대한 판단

전체	각 "증인", "감정인", "이 법원"	각 "제1심 증인", "제1심 감정인", "제1심 법원"
	차용일인 2013. 10. 23.부터 이 사건 반소장 부분 송달일인 2016. 1. 26.까지는 상법에 의한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 의한 연 15%의 각 비율로 계산한 법정이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.다. 대여금 청구를 제외한 주위적 청구에 관한 판단	
제20면 제1행 중	"갑 제4호증의 2의"	"갑 제14호증의"
제22면 제16, 17행 중	"위 확인서가 F 또는 피고의 강박에 의하여 작성되었다는 점을 인정할 만한 증거가 없는 점"	"갑 제39호증, 을 제25호증의 각 기재 등 원고들이 제출 또는 원용한 증거들만으로는 위 확인서가 F 또는 피고의 강박에 의하여 작성되었다는 점을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없는 점"
제23면 제15행 중	"투자수익금 채무도"	"투자수익금 채무도 합의한 약정금 범위 내에서"
제24면 제10행 중	"판시한 바 있으나"	"판시한 바 있으나, 이는 위 약정서상 '공사대금으로 지급한다'는 부분의 의미를 오해하였기 때문에 그 의미는 위 ①에서 본 바와 같은바"
제25면 제3, 4행 중	"피고의 위 강박 사실을 인정할 만한 증거가 없으며"	"갑 제39호증, 을 제25호증의 각 기재 등 원고들이 제출 또는 원용한 증거들만으로는 이 사건 약정서가 피고의 강박에 의하여 작성되었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려"
제25면 제13, 14행 중	"을 제23호증의 기재만으로는"	"을 제23, 30호증의 각 기재 등 피고가 제출한 증거들만으로는"
제26면 제3행부터 제7행까지	"설령 위 700,000,000원을 약정금으로 별도로 지급하기로 한 것으로 보더라도, 원고들과 피고는 2015. 3. 9. 이 사건 합의이행각서를 작성한 이후 2015. 9. 21. 원고들이 피고에게 3,000,000,000원을 지급한다는 내용의 이 사건 약정서를 다시	삭제함

전체	각 "증인", "감정인", "이 법원"	각 "제1심 증인", "제1심 감정인", "제1심 법원"
중	작성하였는데, 위 3,000,000,000원에는 위 700,000,000원도 포함시켜 정산하기로 합의하였다고 볼 가능성을 배제하기 어려운 점"	
제27면 제4행	라. 대여금 청구를 제외한 예비적 청구원인에 관한 판단	다. 미지급 공사대금, 투자금 및 투자수익금 청구(예비적 청구)에 대한 판단
제28면 제17행 중	"합의이행각서에 따른"	"이행합의서에 따른"

나. 그 밖에 추가·삭제·수정하는 부분

○ 제1심 판결문 제8면 제9행과 제10행 사이에 다음의 내용을 추가한다.

『바. 원고 A에 대한 관련 형사사건 진행 경과

1) 원고 A은 2016. 8. 19. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄로

기소되었는데(서울중앙지방법원 2016고합821호, 이하 '관련 형사사건'이라 한다), 공소사실은 다음과 같다.

피고인은 2015. 9. 21.경 서울 강남구 E에 있는 'J' 오피스텔 공사현장 사무실에서, 피해자 C(주) 대표이사 F에게, "위 오피스텔에 설정되어 있는 40억 원의 근저당권을 우선 해지해 주면 우리은행 송실대역지점에서 10억 원, 제2금융권에서 20억 원을 대출받아 변제하고, 변제되지 않은 부분이 있으면 추가로 근저당권을 설정해 주겠다"고 거짓말을 하였다.

그러나 피고인은 2015. 7. 하순경 이미 새마을금고로부터 위 오피스텔을 (주)무궁화신탁에 신탁하는 조건으로 새마을금고로부터 102억 원의 대출을 받기로 약정하였고, 새마을금고로부터 대출금으로 우리은행의 대출금 등 다른 채무를 우선 변제할 계획이었으므로 피해자 명의의 근저당권을 해지하더라도 이를 담보로 우리은행이나 저축은행에서 대출을 받아 피해자에 대한 공사대금 채무를 변제하고 미변제된 채무에 대하여 추가로 근저당권을 설정하여 줄 의사나 능력이 없었다. 그럼에도 피고인은 이와 같이 피해자를 기망하여 이에 속은 피해자로 하여금 위 오피스텔에 설정된 채권최고액 40억 원인 피해자 명의의 근저당권을 해지하게 한 후, 이를 (주)무궁화신탁에 신탁하고

새마을금고에서 받은 대출금으로 피해자에 대한 채무 중 13억 원만을 변제하여 피해자에 대한 나머지 채무인 10억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

2) 제1심은, ① 원고 A은 이 사건 약정 이후 새마을금고에 대출을 신청할 때까지 근저당권 설정 방식이 아닌 담보신탁 방식으로 진행되어야 피고에 대한 공사대금 잔액을 지급할 수 있을 정도의 금액이 대출 가능하다는 사실을 알지 못하여 공소사실 기재와 같은 계획이 있었다고 보기 어려운 점, ② 원고 A은 새마을금고 대출금으로 상환이 불가피했던 선순위 근저당권의 피담보채무 등을 공제한 나머지 대부분을 피고에게 공사대금 잔금 명목으로 지급한 점, ③ 원고 A은 이 사건 약정 당시 다른 부동산 등을 소유하고 있어서 피고 또는 F에 대한 채무를 변제할 능력이 있는 것으로 보이고, 또한 본건 민사소송이 진행되고 있는 관계로 추가 변제를 하지 않은 점, ④ 원고들과 피고 사이에 2015.

3. 11.자 각 근저당권의 피담보채무에 이 사건 이행합의서에 따라 F에 대하여 부담하는 채무를 포함시키기로 하는 약정이 있었다고 볼 명확한 증거가 없는 점(이하 이 부분을 '위 ④의 사정'이라 한다) 등에 비추어 보면, 원고 A의 기망행위나 편취의 범의가 있었다는 점에 대한 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고하였다.

3) 위 제1심 판결에 대한 항소심(서울고등법원 2017노1194호)은 2018. 2. 8. 위와 같은 이유(다만 위 ④의 사정은 무죄 판시 이유에서 제외하였다)로 검사의 항소를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다.』

○ 제1심 판결문 제10면 제7행부터 제12면 제1행까지를 다음과 같이 고친다.

『살피건대, 앞서 든 증거 및 을 제27, 31호증의 각 기재, 제1심 증인 G의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 고려하면, 이 사건 근저당권을 설정할 당시 원고들과 피고는 이 사건 도급계약 및 각 변경계약에 따른 공사대금채무만이 아니라 이 사건 공사와 관련하여 원고들이 피고에 대하여 이미 부담하고 있거나 장래에 부담하게 될 채무를 모두 그 피담보채무로 약정하였다고 봄이 타당하다.

① 원고들은 2015. 3. 9. 이 사건 합의이행각서 작성 당시 우리은행 시설자금 대출액 36억 원 중 18억 원을 피고에게 지급한 후에 이 사건 E 토지에 채권최고액 40억 원의 근저당권을, 이 사건 D 부동산에 채권최고액 20억 원의 근저당권을 설정하여 주기로 하였는데, 이 사건 도급계약에 따른

공사대금 약 40억 원 중 당시까지 지급된 공사대금은 5,000만 원이었으므로, 위 5,000만 원과 위 시설자금 대출금에서 지급받기로 한 18억 원을 공제하면 약 21억 5,000만 원의 공사대금채권이 남게 되는 바, 선순위근저당권이나 담보부동산의 가치 등을 감안하더라도 위 각 근저당권의 채권최고액 합계액과 피고의 이 사건 도급계약 및 각 변경계약에 따른 공사대금채권액 사이에는 큰 차이가 있다.

② 이 사건 합의이행각서의 작성에 참여하였던 제1심 증인 G는 '원고들이 이 사건 합의이행각서에 따라 피고에게 18억 원을 지급하더라도 공사대금과 수익금 채권이 남아 있으므로, 이에 대한 담보를 위하여 이 사건 E 토지에 40억 원, 이 사건 D 부동산에 20억 원의 근저당권을 설정하기로 약정하였다'는 취지로 증언하였다. 또한 위 G는 '이 사건 합의이행각서와 약정서에는 공사대금이라는 용어가 계속 사용되는데 공사대금이 순수한 공사대금만을 말하는지, 아니면 원고들과 피고 사이의 공사대금, 수익금채권, 대여금채권을 포함한 것인가요'라는 질문에 '포함한 것이다'라는 취지로 답변하였다.

③ 원고 A도 이 사건 공사와 관계된 관련 형사사건의 경찰 조사에서 '피고에게 공사대금은 전부 지급하였으나, 차용금, 수익금은 지급하지 않았고, 그래서 이 사건 D 부동산에 채권최고액 2,000,000,000원의 근저당권을 설정한 것이다'라는 취지로 진술하였다.

④ 위와 같은 사정들과 원고들은 당시 피고의 대표이사인 F에 대하여 이 사건 이행합의서에 따른 투자금 및 수익금 합계 23억 원의 채무를 부담하고 있었던 점 등을 종합해보면, 원고들과 피고가 이 사건 E 토지에 관한 근저당권 및 이 사건 근저당권의 각 채권최고액을 합계 60억 원으로 약정한 것은, 피고의 위 공사대금채권만이 아니라 위 이행합의서에 따라 발생한 F의 위 투자금 및 수익금 채권 등도 장차 피고의 채권으로 정해지는 경우 역시 피담보채권에 포함될 것을 고려하였기 때문으로 보인다.2) ⑤ 한편 관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거자료가 되나, 민사재판에 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있는 것이고, 더욱이 형사재판에서의 유죄판결은 공소사실에 대하여 증거능력 있는 엄격한 증거에 의하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가지게 하는 증명이 있다는 의미인 반면, 무죄판결은 그러한 증명이 없다는 의미일

뿐이지 공소사실의 부존재가 증명되었다는 의미는 아니다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다99112 판결 등 참조). 이러한 법리에 비추어 보건대, 관련 형사사건의 무죄판결은 2015. 9. 21. 이 사건 약정 체결 당시 원고 A에게 편취의 범의나 10억 원의 편취행위가 있었다는 점에 대한 증명이 부족하다는 의미일 뿐 이 사건 근저당권의 피담보채권의 범위에 관한 증거자료가 된다고 보기는 어렵다. 특히 위 형사사건의 항소심은 판결 이유에서 이 사건 근저당권의 피담보채무 범위에 관한 제1심 판결의 이유 설시 부분(위 ④ 사정)을 제외하였다. 나아가 위 형사사건 제1심 판결의 이 부분 이유 설시를 살펴보더라도 '이 사건 근저당권의 피담보채무에 원고들이 이 사건 이행합의서에 따라 F 개인에게 부담하는 투자금 반환 및 수익금 지급채무를 포함시키기로 하는 약정이 있었다고 볼 명확한 증거가 없다'는 내용에 불과한바, 이 사건 근저당권을 설정할 당시 공사대금채무뿐만 아니라 이 사건 공사와 관련하여 원고들이 (F이 아닌) 피고에 대하여 이미 부담하고 있거나 장래에 부담하게 될 채무를 그 피담보채무로 약정하였다고 봄이 타당하다는 판단과는 모순되지 않는다.

2) 피담보채무의 소멸 여부

원고들이 2015. 9. 21. 피고에게 이 사건 공사와 관련하여 합계 30억 원을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 약정서를 작성해 준 사실은 위 기초사실에서 본 바와 같고, 아래 3.의 나.4)항에서 보는 바와 같이 위 약정금액 30억 원은 당시 원고들이 피고에 대하여 부담하고 있던 미지급 공사대금채무액에다가 이 사건 이행합의서에 따라 F에 대하여 부담하고 있던 투자금 및 투자수익금 채무액 중 일부를 더하여 정해진 금액인 점, 이 사건 이행합의서도 이 사건 공사를 계속 진행하기 위하여 체결된 약정인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 약정서에 따른 원고들의 위 채무도 이 사건 공사와 관련하여 원고들이 피고에 대하여 추가로 부담하게 된 채무로서, 이 사건 근저당권의 피담보채무에 포함된다고 보아야 한다.

그런데 아래 3.의 나.4)항에서 보는 바와 같이 원고들은 현재 피고에 대하여 이 사건 약정서에 따른 약정금으로 1,581,265,000원(= 1,637,265,000원 ~ 56,000,000원) 및 이에 대한 2015. 9. 23.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채무가 모두 소멸되었다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.』

○ 제1심 판결문 제16면 제2행 중 "2016. 1. 9.부터"의 다음에 "{원고들은 이 사건 소장 부분

송달일부부터의 지연손해금을 구하고 있으나, 민법 제667조가 정하는 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있는 것이므로(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결 등 참조), 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다)"를 추가한다.

○ 제1심 판결문 제28면 제5행 중 "뿐이고"부터 제8, 9행 중 "보이는 점"까지를 "뿐인 점, ④ 원고 A이 2015. 10. 8. '우선 10억 원을 맞춰드리고 나머지는 I 호텔 급매라도 해서 처리하겠다'라는 문자메시지를 보냈다 하더라도, 이를 이 사건 약정서에 따른 약정금과는 별도의 지급약정이라고 단정하기 어려울 뿐만 아니라 F 개인이 아닌 피고에게 지급하겠다는 의사를 표시한 것이라고 볼 근거도 부족한 점, ⑤ 원고들과 피고, F 사이에 이 사건 약정서의 작성을 통해 이 사건 공사잔대금 채무 및 이 사건 이행합의서에 따른 원고들의 F 개인에 대한 채무 중 일부를 합한 30억 원을 원고들이 피고에게 지급하겠다는 합의가 이루어진 것으로 보이는 점(F이 이 사건 이행합의서에 따른 나머지 채권을 포기하였다고 볼 증거는 없음)"으로 고친다.

3. 결론

그렇다면 제1심 판결이 원고들의 본소 중 지체상금 및 이에 대한 지연손해금 청구를 전부 기각하고 근저당권설정등기 말소청구를 일부 기각한 것, 피고의 반소 중 약정금 청구(주위적 청구)를 일부 인용하고 그 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구를 각 기각한 것은 모두 정당하므로, 원고들의 항소 및 피고의 원고들에 대한 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

재판장판사권순형

판사한소영

판사정경근

별지

1) 피고가 이 사건 약정서를 작성한 후 원고들로부터 교부받은 근저당권설정계약서(을 제9호증의 1) 제1조에는 '근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에게 대하여 기왕 현재 부담하고

또는 장래에 부담하게 될 단독 혹은 연대채무자나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행배서, 보증인수한 모든 어음채무 및 수표상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보하고자 .. 근저당권을 설정한다'라고 기재되어 있는바(무제한적 포괄근저당권설정계약으로 보인다), 원고들과 피고가 작성한 이 사건 E 토지에 관한 근저당권 및 이 사건 근저당권의 각 설정계약서가 증거로 제출되지 않았지만, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고들과 피고는 적어도 이 사건 공사와 관련하여 현재 및 장래에 발생할 일체의 채권을 채권최고액 한도까지 담보하는 내용의 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보인다.

2) 피고가 이 사건 약정서를 작성한 후 원고들로부터 교부받은 근저당권설정계약서(을 제9호증의 1) 제1조에는 '근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에게 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래에 부담하게 될 단독 혹은 연대채무자나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행배서, 보증인수한 모든 어음채무 및 수표상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보하고자 .. 근저당권을 설정한다'라고 기재되어 있는바(무제한적 포괄근저당권설정계약으로 보인다), 원고들과 피고가 작성한 이 사건 E 토지에 관한 근저당권 및 이 사건 근저당권의 각 설정계약서가 증거로 제출되지 않았지만, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고들과 피고는 적어도 이 사건 공사와 관련하여 현재 및 장래에 발생할 일체의 채권을 채권최고액 한도까지 담보하는 내용의 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보인다.