

대전고등법원 2021. 6. 16 선고 2020나12705(본소), 2020나12712(반소) 판결
[손해배상(기) · 부당이득(계약금)반환청구의 소]

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인

1. 주식회사 A

2. 주식회사 B

원고들 소송대리인 법무법인 융평 담당변호사 김민수

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인

C 아파트 입주자대표회의

소송대리인 법무법인 씨케이 담당변호사 이영주

변 론 종 결 2021. 5. 12.

판 결 선 고 2021. 6. 16.

제1 심판결 대전지방법원 서산지원 2020. 6. 4. 선고 2018가합51166(본소),
2018가합51173(반소) 판결

주 문

1. 이 법원에서 확장 및 감축된 반소청구를 포함하여 제1심 판결 중 반소에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고) 주식회사 A은 피고(반소원고)에게 138,785,702원 및 이에 대한 2021. 1. 20.부터 2021. 6. 16.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로

계산한 금원을 지급하라.

나. 피고(반소원고)의 원고(반소피고) 주식회사 B에 대한 반소청구 및 원고(반소피고) 주식회사 A에 대한 나머지 반소청구를 각 기각한다.

2. 원고(반소피고)들의 본소에 관한 항소를 기각한다.

3. 소송총비용은 본소, 반소를 통틀어 그중 50%는 원고(반소피고)들이, 50%는 피고(반소원고)가 각 부담한다.

4. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)들에게 38,121,753원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

나. 반소

피고에게, 원고 주식회사 A은 231,598,000원 및 그중 188,214,000원에 대하여는 2016. 11. 22.부터 다 갚는 날까지 연 12%의, 43,384,000원에 대하여는 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날(2018. 7. 28.)부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하고, 원고 주식회사 B은 43,384,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날(2018. 7. 28.)부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 금원을 지급하라(피고는 이 법원에서 원고 주식회사 A에 대한 반소 청구취지를 확장하고, 원고 주식회사 B에 대한 반소 청구취지를 감축하였다).

2. 항소취지

가. 원고들

제1심 판결의 본소에 관한 부분을 취소한다. 본소 청구취지 기재와 같다. 제1심 판결의 반소에 관한 부분 중 원고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 원고들에 대한 반소청구를 모두 기각한다.

나. 피고

제1심 판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고 패소 부분을 취소한다. 원고들은 피고에게 각 35,297,708원 및 이에 대하여 2016. 8. 22.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 아래에서 고쳐 쓰는 이외에는, 제1심 판결 이유 중 해당 부분(해당 부분이 인용하는 별지 포함, 제1심 판결문 제3쪽 1행부터 제5쪽 13행까지 및 제15쪽 1행부터 제19쪽 마지막 행까지)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심 판결문 제4쪽 18~19행의 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다)”를 “구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2020. 2. 4. 법률 제16919호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘집합건물법’이라 한다)”로 고쳐 쓴다.

2. 당사자들 주장의 요지

가. 피고(반소 청구원인)

피고는 이 사건 도급계약에 따라, 공용부분 공사대금으로 원고들에게 각 131,780,000원(합계 263,560,000원)을, 전유부분 공사대금으로 원고 주식회사 A(이하 ‘원고 A’이라 한다)에게

199,379,000원을 지급하였다(전유부분 공사대금은 이 사건 아파트의 전유부분 세대들이 개별적으로 지급하는 방식으로 지급하였다). 그런데 이 사건 도급계약이 집합건물법에 따른 구분소유자 등의 동의 요건을 갖추지 못하여 무효가 되었으므로, 원고들은 피고에게 위 각 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

다만, 부당이득 반환액을 산정함에 있어서는, 원고들이 이 사건 도급계약에 따라 공용부분과 전유부분의 공사를 시행한 기성고 상당액인 176,792,000원, 그리고 원고 A이 이 사건 아파트의 전유부분 세대들 중 일부에 환불하여 준 공사대금 상당액인 11,165,000원을 공제하여야 한다. 따라서 피고에게 부당이득의 반환으로, 원고 A은 $231,598,000\text{원} [= \{131,780,000\text{원} - (176,792,000\text{원} \div 2)\} + (199,379,000\text{원} - 11,165,000\text{원})]$ 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 주식회사 B(이하 ‘원고 B’이라 한다)은 $43,384,000\text{원} [= 131,780,000\text{원} - (176,792,000\text{원} \div 2)]$ 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(아래에서 보는 바와 같이 원고들은 본소로써 피고로부터 지급받을 금액에 관한 주장을 정리하지 아니한 채, 피고의 원고들에 대한 채권을 원고들의 피고에 대한 채권으로 상계하면 원고들의 채권이 남지 아니할 것이라는 취지로 주장하므로, 반소 청구원인을 먼저 판단한 다음, 원고들의 그에 대한 항변 및 본소 청구원인을 판단한다).

나. 원고들(반소 청구원인에 대한 항변 및 본소 청구원인)

원고들은 이 사건 도급계약에 따라 공사를 시행하면서 상당한 손해를 입었는데, 인건비 손해 28,393,160원(부가가치세 별도), 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 불가능 자재비 손해 18,616,278원(부가가치세 별도), 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 가능 자재비 손해 44,704,171원(부가가치세 별도), 이 사건 아파트에서 F로 반출하여 보관하다가 처분한 자재비 손해 44,482,689원(부가가치세 포함)이다. 이를 계산하면, 원고들이 입은 손해는 합계 145,367,658원($= 28,393,160\text{원} \times 1.1 + 18,616,278\text{원} \times 1.1 + 44,704,171\text{원} \times 1.1 + 44,482,689\text{원}$, 원 미만 버림, 이하 같다)이다.

원고들은 위 손해배상채권으로 피고가 반소청구로써 원고들에게 구하는 채권을 대등액에서 상계하며, 남는 금원이 있을 경우 이를 본소로써 청구한다[원고들과 피고는 제1심 법원과 이 법원에서

명시적인 상계의 의사표시를 하는 대신, 상대방의 채권을 공제하고 남은 금원의 지급을 청구한다는 방식으로 주장하여 왔다. 그런데 원고들이 이 법원 제5회 변론기일에서 원고들의 피고에 대한 채권으로 피고의 원고들에 대한 채권을 대등액에서 상계하고, 그 경우 원고들의 피고에 대한 채권은 남지 아니할 것이라는 취지의 진술을 함으로써 비로소 명시적으로 상계의 의사표시를 하였다. 한편, 원고들은, 피고가 원고 A에 대한 채권과 원고들의 피고에 대한 채권을 상계하여 정산하고자 한다면, 이에 응할 의사가 있다는 취지로 주장한 바도 있다(원고들의 2020. 4. 21.자 준비서면)].

3. 판단

가. 반소 청구원인에 관한 판단

1) 원고들의 피고에 대한 부당이득반환책임의 발생

위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 도급계약은 이 사건 아파트의 난방 방식을 중앙난방에서 개별난방으로 전환하는 것으로서, 공용부분에 가스공급관을 확장하는 것과 함께 전유부분에 개별난방을 위한 가스 배관 및 보일러 배관을 교체설치하는 것을 그 내용으로 하고, 공사대금은 13억 1,780만 원에 이른다. 따라서 이 사건 도급계약은 공용부분의 형상 또는 효용을 실질적으로 변경시키는 공용부분의 변경에 관한 사항이라 할 것이다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다86597 판결 참조). 이러한 경우 집합건물법 제15조 제1항, 제41조 제1항에 따라 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 3/4 이상의 결의로써 결정하거나, 구분소유자 및 의결권의 각 4/5 이상의 서면에 의한 합의가 있어야 한다. 피고는 이 사건 도급계약의 체결을 위하여 이 사건 아파트 전체 1,153세대 중 915세대의 서면 동의만을 받았는데, 이는 관리단집회에서의 결의가 아니고, 구분소유자 및 의결권의 각 4/5 이상의 서면에 의한 합의에 해당하지도 아니하여, 이 사건 도급계약은 무효로 볼 수밖에 없다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다85133 판결 참조). 따라서 원고들은 이 사건 도급계약에 따라 지급받은 공용부분 및 전유부분의 공사대금을 피고에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다(전유부분의 공사대금은 원고 A이 전유부분 세대들로부터 개별적으로 지급받았으나, 그 부당이득의 반환을 전유부분 세대들이 아닌 피고에게 하여야 함은 당사자들 사이에 다툼이 없다).

2) 원고들의 피고에 대한 부당이득반환책임의 범위

피고가 이 사건 도급계약에 따라, 공용부분 공사대금으로 2016. 8. 22. 원고들에게 각 131,780,000원(합계 263,560,000원)을, 전유부분 공사대금으로 2016. 9.경부터 10.경까지 원고 A에게 199,379,000원을 지급한 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다(전유부분 공사대금은 이 사건 아파트의 전유부분 세대들이 개별적으로 지급하는 방식으로 지급하였다). 따라서 원고들은 피고에게 위 각 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

다만, 피고는, 원고들이 이 사건 도급계약에 따라 공용부분과 전유부분의 공사를 시행한 기성고 상당액과 원고 A이 이 사건 아파트의 전유부분 세대들 중 일부에 환불하여 준 공사대금 상당액을 공제한 다음 그 잔액만을 부당이득으로 청구한다고 주장하고 있다. 그런데 원고들이 이 사건 도급계약에 따라 공용부분과 전유부분의 공사를 시행한 기성고 상당액이

176,792,000원(부가가치세 포함)인 사실 및 원고 A이 이 사건 아파트의 전유부분 세대들 중 22세대에 환불하여 준 공사대금 상당액이 11,165,000원인 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다. 따라서 피고에게 부당이득의 반환으로, 원고 A은 $231,598,000\text{원} [= \{131,780,000\text{원} - (176,792,000\text{원} \div 2)\} + (199,379,000\text{원} - 11,165,000\text{원})]$ 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B은 $43,384,000\text{원} [= 131,780,000\text{원} - (176,792,000\text{원} \div 2)]$ 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 반소 청구원인에 대한 원고들의 항변에 관한 판단

1) 피고의 원고들에 대한 손해배상책임의 발생

가) 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하면, 피고는 집합건물법 제15조 제1항, 제41조 제1항에 따라 공용부분의 변경을 위한 이 사건 도급계약의 체결을 위하여 적법한 관리단집회의 결의 등을 경유하였어야 할 것인데, 이를 제대로 갖추지 아니한 채 이 사건 도급계약을 체결함으로써, 이를 믿고 도급계약을 이행한 원고에게 손해를 가하였다고 할 것이다. 피고는 공동주택의 입주자대표회의로서 비법인사단이고, 비법인사단에 대하여는 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 원칙적으로 준용된다. 따라서 이 사건 도급계약의 체결을 위한 요건이

갖추어지지 아니하였음에도, 피고의 대표자가 피고의 사무 집행으로서 원고들과 이 사건 도급계약을 체결하였으므로, 피고는 민법 제35조에 의하여 이 사건 도급계약으로 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

나) 피고는 불법행위책임(민법 제35조)이 아닌 계약체결상의 과실책임(민법 제535조)이 적용되어야 함을 전제로 하여, 원고들이 이 사건 도급계약이 무효임을 알았거나 알 수 있었으므로, 피고는 민법 제535조 제2항에 따라 아무런 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 주장한다. 그러나 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 도급계약을 체결할 당시를 기준으로 원고들이 이 사건 도급계약이 무효임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없어, 피고가 계약체결상의 과실책임을 면한다고 볼 수도 없다.

(1) 주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이고, 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부 절차는 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 일반 경험칙에 부합한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결 참조). 같은 법리를 비법인사단인 피고에 원용한다면, 원고들로서는 피고가 이 사건 도급계약 체결을 위한 내부 절차(집합건물법 제15조 제1항, 제41조 제1항에 따라 공용부분의 변경을 위한 관리단집회의 결의 등)를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합하고, 원고들이 피고의 적법한 내부 절차 경유 여부를 확인할 의무를 부담한다고 볼 근거가 없다. 더욱이, 피고는 이 사건 아파트 1,153세대 중 923세대(약 80.1%)의 구분소유자들이 개별난방전환공사에 동의하였다고 주장하여 온 바 있으므로(을 제1호증), 설령 그러한 내부 절차를 확인할 의무가 있다고 가정하더라도, 원고들로서는 위와 같이 적법하게 내부 절차를 마쳤다고 믿을 수밖에 없다.

(2) 을 제2호증의 기재에 나타나는 절차적 하자, 즉 피고가 이 사건 도급계약과 관련하여 장기수선충당금을 사용하기로 하였음에도 적격심사를 실시하지 않은 잘못이 있다거나, 원고 B은 낙찰자로 선정되지 않았음에도 공동수급체로 이 사건 도급계약을 체결하였다는 사정은, 그로 인하여 피고가 일정한 공법상 제재를 받을 수 있음은 별개 문제로 하고, 이 사건 도급계약이 무효가 될 만한 사정에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 뒤에서 보는 바와 같이 원고들은 이 사건 도급계약을 체결한 이후에 그것이 무효가 될 가능성을 점차로 인식하게 되었는데, 도급계약 체결 이후에 사후적으로 그 무효 가능성을 인식하였다는 사정만으로 이 사건 도급계약 체결 당시에 원고들이 그것이 무효임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수는 없다.

2) 피고의 원고들에 대한 손해배상책임의 범위

(1) 항목별 검토

원고들은 피고의 불법행위와 상당인과관계가 인정되는 손해가 다음 표 기재와 같다고 주장하고 있다. 이 법원은 원고들이 주장하는 부가가치세의 가산 주장을 배척하는 이외에는, 원고들이 주장하는 손해를 모두 인정한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

항목	내용	원고들 주장 손해액
----	----	---------------

항목	내용	원고들 주장 손해액
인건비 손해	인건비 손해	28,393,160원 (부가가치세 별도)
자재비 손해	이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 불가능 자재	18,616,278원 (부가가치세 별도)
	이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 가능 자재	44,704,171원 (부가가치세 별도)
	이 사건 아파트에서 F로 반출하여 보관하다가 처분한 자재	44,482,689원 (부가가치세 포함)

(가) 인건비 손해

원심 감정인 H의 감정 결과와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들은 이 사건 도급계약에 따라 2016. 8.부터 2017. 6.까지 현장소장(1명)과 총사업관리자(1명)에 대한 인건비로 합계 40,843,000원을 지출한 사실, 원심 감정인 H은 위 비용 중 기성고 산출에 포함되는 기간(2016.

10.까지)의 급여 상당액을 제외하고 그 이후부터 2017. 6.까지 지출된 급여 상당액의 50%인 합계 28,393,160원을 원고들이 입은 손해로 감정한 사실, 그 근거로 현장소장 등은 공사가 중단되더라도 공사의 재개 가능성에 대비하여 일정 기간 현장이나 본사에서 대기하는 경우가 많기 때문에, 공사가 재개될 여지가 있는 기간 동안의 현장 기여도를 50%로 산정하였다고 감정한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 감정 결과는 그 타당성을 인정할 수 있으므로, 위 28,393,160원은 원고들이 이 사건 도급계약이 유효할 것으로 믿고 지출한 비용으로서, 피고의 불법행위와 상당인과관계가 인정되는 손해로 인정한다.

(나) 자재비 손해

위 인정사실, 갑 제5, 6, 10, 17 내지 20호증의 각 기재, 원심 감정인 H의 감정 결과, 제1심 법원의 감정인 H에 대한 감정보완촉탁 결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고들이 주장하는 자재비 손해는 모두 피고의 불법행위와 상당인과관계가 인정되는 손해에 해당한다고 볼 수 있다.

① 이 사건 도급계약에 따른 공사기간은 약 3개월이고, 원고들이 공사를 수행한 기간은 1개월 미만이다. 이 사건 도급계약에 따른 기성고가 약 14%임을 감안하여 보면(원심 감정인 H의 감정 결과), 원고들은 공사를 수행한 기간 동안 이 사건 아파트에 자재를 반입하고 이를 가공하는 작업을 주로 하였을 것으로 추정할 수 있다. 실제로 원고 A은, 2016. 10. 4.자 공문에서 이미 절단 및 조립이 진행된 배관 자재는 피고가 이를 인수하여야 한다고 통보한 바 있고(갑 제5호증), 2016. 10. 7.자 공문에서 전유부분 공사(세대 가스 공사)는 자재 조립이 약 70% 정도 완료되었음을 통보한 바 있으며(갑 제6호증), 2016. 10. 26.자 공문에서 공사 준비를 위해 제작된 자재는 폐기 처분할 수밖에 없음을 통보한 바 있다(갑 제10호증). 이와 같이 원고들이 이 사건 아파트에 자재를 반입하여, 공사를 위해 절단과 조립 등 일정한 가공을 진행한 바 있고, 해당 자재를 이 사건 아파트의 공사에 사용하지 못한다면, 이를 다른 공사 현장에 전용하는 것이 현저히 어려우므로, 원고들이 그 가액 상당의 손해를 입게 된다고 볼 수 있다.

② 원심 감정인 H의 감정 결과에 의하면, 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용이 불가능한 자재와

사용이 가능한 자재로 나누어, 사용 불가능 자재의 가액은 합계 18,616,278원 상당, 사용 가능 자재의 가액은 합계 44,704,171원 상당으로 감정된 바 있다. 사용 불가능 자재는 주로 합성수지 자재로서, 이들은 보증기간이 1년이고 열화 현상으로 인하여 내구성이 보장되지 않으며 신뢰성이 떨어져, 위험성이 있는 가스 배관 공사의 자재로는 사용 자체가 부적합하다는 것이다(즉, 이 사건 아파트뿐 아니라, 어떤 공사 현장에서도 사용이 불가능하다). 사용 가능 자재는 주로 금속 자재로서, 이들은 부식이 진행되지 아니하여 이 사건 아파트에서의 사용은 적합하다. 그러나 이들 자재는 이미 가공된 자재로서 다른 공사 현장에 사용하기는 어렵고, 발주자(피고)의 사유로 공사를 타절시키는 경우에 그 전용이 불가능한 자재는 정산에 반영하는 것이 타당하나, 그 반영 여부는 재판부의 판단에 따른다는 것이다(즉, 사용 가능 자재는 이 사건 아파트의 공사에 맞게 가공되어 있어 이 사건 아파트의 공사에 사용될 수는 있으나, 다른 공사 현장에 전용하는 것은 어렵다). 결국 이 사건 아파트에 보관된 자재는 모두 다른 공사 현장에서는 사용이 불가능하거나 현저히 곤란한 것으로서, 원고들은 그 자재비 상당의 손해를 입었다고 보는 것이 타당하다.

③ 피고는 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 가능 자재의 소유권이 원고들에게 있고 그 사용이 가능하므로 원고들에게 손해가 발생하지 아니하였다고 주장한다. 그러나 앞서 감정인이 사용 가능 자재의 가액을 감정한 결과(44,704,171원)는 그 자재를 이 사건 아파트에 사용할 경우의 가액일 뿐이므로, 피고의 불법행위로 이 사건 도급계약이 무효가 되어 원고들이 위 자재를 이 사건 아파트에 사용할 수 없는 이상, 원고들이 그 소유권을 보유하고 있더라도, 원고들에게는 위 가액 상당의 손해가 발생하였다고 보아야 한다. 다만, 위 자재는 금속으로서 고철 가액 상당의 가치는 있을 것이고, 피고가 원고들에게 손해배상을 완료할 경우 민법 제763조, 제399조에 의하여 그 자재에 관한 권리를 취득할 수는 있다.

④ 원고들은, 피고가 2016. 10. 18.경 이 사건 아파트의 자재를 반출하도록 요청하자, 일부 자재(전유부분 공사 자재)를 반출하여 김포시 EK에 있는 F 공장에 보관하여 왔다. 원고들은 이 사건 도급계약이 무효라는 취지의 가처분 결정이 2018. 1. 고지되어 확정되고, 이 사건 도급계약에 따른 공사 재개 가능성이 희박해지자, 2018년 1/4분기에 그 자재를 처분하였다. 원고들은 자재의 재고 상태와 노후도 등을 감안하여 신품 가격에서 약 30~50% 감액된 가격에 자재를 처분하였고, 그로

인하여 원고들이 입은 손해는 44,482,689원이다(갑 제17 내지 20호증, 제1심 법원의 감정인 H에 대한 감정보완촉탁 결과). 위 손해 역시 피고의 불법행위와 상당인과관계가 인정되는 손해로 볼 수 있다.

(다) 부가가치세 상당액 손해

원고들은 앞서 본 인건비 손해와 자재비 손해 중 일부에 대해 부가가치세 상당액이 손해로 가산되어야 한다고 주장한다. 그러나 원고들이 피고로부터 손해배상금을 지급받는 것이 부가가치세의 과세 대상인 '재화 또는 용역의 공급'에 해당하지 아니하고, 그것이 세금계산서의 교부 대상인 거래도 아니므로(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19720 판결 참조), 원고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 손해배상책임의 제한 여부

(가) 피고는 원고들에게도 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으며, 원고들이 합리적인 이유 없이 손해경감조치 의무를 이행하지 아니하였으므로, 제1심과 같이 피고의 손해배상책임을 70%로 제한하는 것이 타당하다고 주장한다.

(나) 그러나 위 인정사실, 갑 제9, 11, 12, 13호증, 을 제1, 12호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고들로서는 이 사건 도급계약 체결 무렵부터 이 사건 도급계약이 무효라는 취지의 가처분 결정이 고지되어 확정된 2018. 1.경까지는 이 사건 도급계약의 이행을 기대할 만한 합리적인 이유가 있었다고 볼 수 있다. 2018. 1.경 이후에는 원고들도 이 사건 도급계약이 무효일 가능성이 상당히 높고, 그 이행 가능성이 매우 낮음을 인식하였다고 볼 수 있으나, 그 무렵 원고들이 할 수 있는 손해경감조치는 모두 이행하였다고 보아야 하고, 더 이상의 손해경감조치를 기대하기는 어렵다고 판단된다. 따라서 원고들의 과실을 감안하여 피고의 손해배상책임을 제한해야 한다는 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

① 앞서 본 바와 같이, 원고들로서는 피고가 이 사건 도급계약 체결을 위한 내부 절차(집합건물법 제15조 제1항, 제41조 제1항에 따라 공용부분의 변경을 위한 관리단집회의 결의 등)를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합하고, 원고들이 피고의 적법한 내부 절차 경유 여부를 확인할 의무를 부담한다고 볼 근거가 없다. 더욱이, 피고는 이 사건 아파트 1,153세대 중 923세대(약

80.1%)의 구분소유자들이 개별난방전환공사에 동의하였다고 주장하여 온 바 있으므로(을 제1호증), 설령 그러한 내부 절차를 확인할 의무가 있다고 가정하더라도, 원고들로서는 위와 같이 적법하게 내부 절차를 마쳤다고 믿을 수밖에 없다.

② 원고들이 이 사건 도급계약을 체결한 다음 공사를 시행하면서 일부 입주자들의 반대에 부딪힌 바 있기는 하다. 그러나 대부분 입주자들의 동의에 따라 시행되는 공사에서 일부 입주자들이 반대하거나 공사를 방해한다는 사정이 그 도급계약의 효력을 의심해야 하는 사정이라고 볼 수 없다. 또한, 원고들과 피고는 여러 차례 공문을 주고받고, 회의를 하기도 하였으나, 이 사건 도급계약이 무효가 될 수 있음을 의심할 만한 사정이 드러난 바는 없다.

③ 피고는 2017년까지는 이 사건 도급계약을 종료시키겠다는 명시적 의사표시를 한 바 없고, 오히려 이 사건 도급계약에 따른 공사 재개 가능성을 언급하여 왔다. 즉, ㉠ 피고는 2016. 10. 18.

원고들에게 이 사건 아파트에 보관 중인 자재 반출을 요청한 바 있다(을 제12호증). 그러나 그 내용은 입주자들의 반대로 인하여 공사가 ‘잠시’ 중단되었는데, 자재의 손실이나 안전 문제가 있으므로 이를 반출해 달라는 것으로서, 이 사건 도급계약 종료에 따른 영구 자재 반출 요청이 아니라, 조만간 공사가 재개될 것임을 전제로 한 임시 자재 반출 요청이다. ㉡ 피고는 며칠 후인 2016. 10. 25. 원고들에게 개별난방공사를 원하는 세대를 파악하여 공사를 재개하여 달라는 공문을 발송하였다(갑 제9호증). ㉢ 피고는 2017. 4. 12. 원고들과 변경계약을 체결하면서, 그동안 공사 중단으로 원고들이 입은 손해는 중앙난방 보일러와 관련 배관을 철거한 후 발생하는 고철 판매 수익으로 충당하기로 합의하였다(갑 제11호증). ㉣ 피고는 2017. 5. 17. 원고들에게 위 변경계약을 취소하고, 이 사건 도급계약 내용대로 공사를 진행해 달라는 공문을 발송하였다(갑 제12호증). ㉤ 피고는 G 등으로부터 이 사건 도급계약이 무효라는 취지의 가처분 신청을 받았으나, 이 사건 아파트 1,153세대 중 923세대(약 80.1%)의 구분소유자들이 개별난방전환공사에 동의하였으므로, 이 사건 도급계약이 유효라는 입장을 견지하였다(을 제1호증).

④ 원고들은 이 사건 도급계약이 무효라는 취지의 가처분 결정이 고지되어 확정된 2018. 1.경 이후에는 이 사건 도급계약이 무효일 가능성이 상당히 높고, 그 이행 가능성이 매우 낮음을 인식하였다고 볼 수 있다. 그런데 그 시점에서 원고들은 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위한

나름대로의 조치를 시행하였다. 즉, ㉔ 원고들은 이 사건 아파트에서 F로 반출하여 보관하던 자재를 2018년 1/4분기에 처분하였다. 원고들이 이 사건 도급계약의 이행 가능성이 매우 낮게 되었음을 인식한 직후에 위 자재를 처분한 것은 원고들의 손해를 감경하기 위한 적절한 조치로 볼 수 있다. ㉕ 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 불가능 자재는 주로 합성수지 자재로서 보증기간이 1년인데, 2018. 1.경에는 이미 이 사건 아파트에 보관된 지 1년 이상이 경과한 상황이었으므로, 그 사용이 불가능하고, 이를 처분함으로써 손해를 감경할 여지도 없었다. ㉖ 이 사건 아파트에 보관된 자재 중 사용 가능 자재는 주로 금속 자재로서 이 사건 아파트에서의 사용은 적합하나, 이미 가공된 상태이기 때문에 다른 공사 현장에 사용하기는 어렵다. 따라서 이를 처분함으로써 손해를 감경할 여지가 있었다고 보이지는 아니하며, 이들 자재가 이 사건 아파트에 사용되지 않는다면 더 이상 자재로서의 가치는 없고, 고철로서의 가치가 있음에 불과한데, 고철로서의 처분을 신속하게 함으로써 손해를 감경할 수 있다고 보이지는 아니한다.

(3) 손해배상액의 계산

따라서 피고는 원고들에게 민법 제35조에 따른 손해배상으로 합계 136,196,298원(= 28,393,160원 + 18,616,278원 + 44,704,171원 + 44,482,689원)을 지급할 의무가 있다. 그런데 원고들의 피고에 대한 채권은 그 지분 비율(각 50%)로 귀속됨에 다툼이 없으므로, 원고들의 피고에 대한 손해배상채권은 각 68,098,149원(= 136,196,298원 ÷ 2)이다.

3) 원고들의 상계 항변에 관한 판단

가) 앞서 본 바와 같이 원고들은 피고에게 각 68,098,149원의 손해배상채권을 가지고 있는데, 원고들은 이로써 피고의 원고 A에 대한 231,598,000원의 부당이득반환채권과 원고 B에 대한 43,384,000원의 부당이득반환채권을 대등액에서 상계하고, 남은 금원의 지급을 본소로써 청구한다고 주장한다.

나) 원고들은 피고의 불법행위로 인하여 손해배상채권을 가지게 되었는데, 피고의 불법행위는 2016. 8.경부터 원고들이 최종적으로 인건비를 지출한 2017. 6.경까지 있었으므로, 각 그 무렵 변제기가 도래하였다. 피고의 원고들에 대한 부당이득반환채권은 피고가 원고들에게 이 사건 도급계약에 따른 공사대금을 지급한 2016. 8.경부터 2017. 6.경까지 변제기가 도래하였다. 따라서 양 채권은 늦어도

2017. 6.경에는 상계적상에 있었고, 원고들이 이 법원 제5회 변론기일(2021. 5. 12.)에 피고에 대하여 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시한 사실은 기록상 명백하다. 이로써 양 채권은 상계적상일인 2017. 6.경에 소급하여 대등액에서 소멸하였다(피고의 원고들에 대한 부당이득반환채권의 변제기가 먼저 도래하나, 아래에서 보는 바와 같이 상계적상일 무렵까지는 법정이자나 지연손해금이 발생하지 아니한다).

다) 한편, 원고들은, 피고가 원고 A에 대한 채권과 원고들의 피고에 대한 채권을 상계하여 정산하고자 한다면, 이에 응할 의사가 있다는 취지로 주장한 바 있고(원고들의 2020. 4. 21.자 준비서면), 원고들의 피고에 대한 채권으로 피고의 원고들에 대한 채권을 대등액에서 상계하면, 원고들이 반환받을 채권이 남지 아니할 것이라고 진술한 바도 있다(이 법원 제5회 변론기일). 이에 비추어 보면, 비록 원고들의 채권이 지분 비율대로 귀속되더라도, 원고들의 피고에 대한 채권과 피고의 원고들에 대한 채권을 전체적으로 정산한 다음 원고들의 각 채권을 확정하는 데 이의가 없다는 것이 원고들의 의사로 볼 수 있다. 한편, 피고는 원고들의 피고에 대한 채권, 채무가 각 지분 비율대로 귀속됨에 다툼이 없다고 진술하기는 하였으나, 원고들의 공동수급 표준협정서(갑 제2호증의 5)에 의하면, 공동수급체의 대표자인 원고 A만이 대외적인 채권, 채무의 귀속자라는 주장을 하기도 하였다(피고의 2021. 5. 10.자 준비서면). 이에 비추어 보면, 피고 역시 원고들의 피고에 대한 채권과 피고의 원고들에 대한 채권을 전체적으로 정산하고자 하는 의사가 있다고 볼 수 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 원고들의 상계 항변에 따라 양 채권을 상계하고 나면, 원고 B의 피고에 대한 채권이 24,714,149원(= 68,098,149원 - 43,384,000원)이고, 피고의 원고 A에 대한 채권이 163,499,851원(= 231,598,000원 - 68,098,149원)이 된다. 따라서 원고들과 피고의 위와 같은 의사를, 양 채권 원본을 대등액에서 상계하기로 하는 묵시적 합의로 보고 양 채권을 상계하여 정산하면, 피고의 원고 A에 대한 채권만 138,785,702원(= 163,499,851원 - 24,714,149원)이 남는다(이 경우 원고들 상호간에는 위 공동수급 표준협정서에 따라 정산할 수 있을 것이다).

4) 소결론

따라서 원고 A은 피고에게 138,785,702원 및 이에 대한 이 사건 2021. 1. 18.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날인 2021. 1. 20.부터 원고 A이 이행의무의 존재 여부나

범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2021. 6. 16.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[피고는 반소청구 중 183,510,000원 부분에 대하여는 2016. 11. 22. 원고 A에게 그 이행을 청구하였으므로, 그날부터 지연손해금이 발생한다고 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피고는 2018. 1.경까지도 원고들에게 이 사건 도급계약이 무효임을 명시적으로 통보한 바 없고, 을 제19호증의 기재에서 원고 A이 전유부분 세대들로부터 지급받은 공사대금을 반환하겠다고 답변한 것은 이 사건 도급계약에 관하여 피고와 다양한 논의를 하는 과정에서 하나의 방안으로 제시한 것이며, 오히려 그 조건으로 기성금의 선 지급을 요청한 사실을 인정할 수 있으므로, 이로써 피고가 원고 A에게 이 사건 도급계약이 무효임을 전제로 위 금원의 반환을 확정적으로 청구하였다고 볼 수 없다. 한편, 피고의 위 주장을, 부당이득반환의무를 부담하는 원고 A에게 악의의 수익자로서 손해배상책임을 구하는 취지라고 보더라도, 원고 A이 악의의 수익자라는 점은 이를 주장하는 피고가 입증책임을 부담한다. 그런데 여기에서 ‘악의’라고 함은 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다24187, 24194 판결 등 참조). 따라서 원고 A이 이 사건 도급계약이 무효이고 자신이 법률상 원인 없이 이익을 보유하고 있음을 분명하게 인식하였음이 입증되지 아니하는 이상, 원고 A이 2016. 11. 22.경부터 악의였다고 단정할 수도 없다. 따라서 피고의 이 부분 지연손해금 지급 청구는 받아들일 수 없다].

다. 본소 청구원인에 관한 판단

앞서 본 바와 같이, 원고들의 피고에 대한 채권으로 피고의 원고들에 대한 채권을 대등액에서 상계하고 나면, 원고들의 피고에 대한 채권은 더 이상 남아 있지 아니하게 된다. 따라서 원고들의 피고에 대한 본소청구는 모두 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고의 원고 A에 대한 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고들의 피고에 대한 각 본소청구, 피고의 원고 B에 대한 반소청구 및 피고의 원고 A에 대한 나머지 반소청구는 각 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심 판결 중 반소청구에 관한 부분은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 원고 A에 대한 항소를 일부 받아들이고, 이 법원에서 확장 및 감축된 반소청구를 포함하여 제1심 판결 중 반소에 관한 부분을 위와 같이 변경하며, 제1심 판결 중 본소청구에 관한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하고 원고들의 본소에 대한 항소는 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 박선준, 판사 박진환, 판사 이흥주