

서울고등법원 2023. 4. 13 선고 2022나2026296 판결 [공사대금 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2023. 4. 13 선고 2022나2026296 판결

서울중앙지방법원 2022. 6. 9 선고 2020가합532558 판결

전문

원고, 피항소인 겸 항소인

1. A

원고, 항소인 2. B

원고들 소송대리인 법무법인 참본 담당변호사 장지현

피고, 항소인 겸 피항소인

1. C

피고, 피항소인 2. D

피고들 소송대리인 법무법인 신촌 담당변호사 김종길

변론종결 2023. 3. 9.

판결선고 2023. 4. 13.

제1심판결 서울중앙지방법원 2022. 6. 9. 선고 2020가합532558 판결

주 문

1. 제1심판결 중 원고 A의 피고 C에 대한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 A 패소 부분을 취소한다. 피고 C은 원고 A에게 76,780,993원 및 이에 대하여 2020. 3. 9.부터 2023. 4. 13.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고 A의 피고 C에 대한 나머지 항소 및 피고 D에 대한 항소, 원고 B의 이 법원에서 추가한 청구 및 피고들에 대한 항소, 피고 C의 원고 A에 대한 항소를 각 기각한다.
3. 원고 A와 피고 C 사이에 생긴 소송 총비용 중 1/3은 원고 A가, 나머지는 피고 C이 각 부담하고, 원고 A와 피고 D 사이에 생긴 항소비용은 원고 A가 부담하며, 원고 B와 피고들 사이의 항소제기 이후의 소송비용은 모두 원고 B가 부담한다.
4. 제1항 중 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주위적으로, 피고들은 연대하여, (1) 원고 A에게 330,908,774원 및 이에 대하여 2020. 3. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, (2) 원고 B에게 211,280,608원 및 그중 210,000,000원에 대하여 이 사건 2023. 3. 9.자 청구취지 변경신청서 부분 송달일부터 이 법원 판결선고일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

예비적으로, 피고들은 연대하여, (1) 원고 A에게 30,908,774원 및 이에 대하여 2020. 3. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, (2) 원고 B에게 511,280,608원 및 그중 300,000,000원에 대하여는 2018. 9. 12.부터, 210,000,000원에 대하여는 이 사건 2023. 3. 9.자 청구취지 변경신청서 부분 송달일부터 각 이 법원 판결선고일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을

지급하라.

[제1심에서는, 주위적 원고 A가 피고들에 대하여 공사대금 청구(청구금액 603,780,000원)를 하고, 그중 300,000,000원 부분이 인용되지 아니할 경우를 대비하여 예비적 원고 B가 근저당권설정자로서 피담보채무의 채무자들인 피고들에 대하여 구상금 청구(청구금액 300,000,000원)를 하였다. 이 법원에서는, (1) 주위적으로 원고 A가 피고들에 대하여 청구금액을 감축하여 공사대금 청구(청구금액 330,908,774원)를 하고, 원고 B가 선택적으로 약정 불이행에 따른 손해배상 청구 또는 근저당권설정자로서 구상금 또는 사전구상금 청구(청구금액 210,000,000원)를 추가하며, (2) 원고 A의 공사대금 청구 중 300,000,000원 부분이 인용되지 아니할 경우를 대비하여, 예비적으로 원고 B가 주위적 청구의 청구금액(210,000,000원)에 300,000,000원을 증액하여 약정 불이행에 따른 손해배상 청구 또는 근저당권설정자로서 구상금 또는 사전구상금 청구(청구금액 510,000,000원)를 하였다]

2. 항소취지

가. 원고들

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고들 패소 부분을 취소한다.

주위적으로, 피고들은 연대하여 원고 A에게 349,763,570원¹⁾ 및 이에 대하여 2020. 3. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

예비적으로, 피고들은 연대하여, (1) 원고 A에게 49,763,570원 및 이에 대하여 2020. 3. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, (2) 원고 B에게 300,000,000원 및 이에 대하여 2018. 9. 13.부터 이 사건 2021. 12.

16.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고 C

제1심판결 중 피고 C 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고 A의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결의 이유 제1항과 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 4쪽 표 아래 1, 2행을 다음과 같이 고친다.

“나. 피고 C의 아들인 피고 D은 2014. 9. 29. 이 사건 토지 중 분할 후 인천 웅진군 E 토지(이하 ‘이 사건 제1 토지’라고 한다)에 관하여, 피고 C은 같은 날 이 사건 토지 중 분할 후 위 F, G 토지(이하 ‘이 사건 제2 토지’라고 한다)에 관하여 각 2014. 9. 26.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤다.

원고 A는 2014. 9. 3. 이 사건 공사에 착공하여 2015. 5.경 완공하였고, 2015. 5. 4. 이 사건 각 주택에 관하여 준공검사가 이루어졌다.

피고 D은 이 사건 제1 토지 위에 신축된 다세대주택 1개동(W건물 X호실)에 관하여, 피고 C은 이 사건 제2 토지 위에 신축된 다세대주택 1개동(W건물 Y호실)에 관하여 2015. 5. 28. 각 명의의 소유권보존등기를 경료하였다.”

2. 당사자들의 주장

가. 원고들의 주장

1) 주위적 청구

가) 원고 A

(1) 이 사건 공사계약서에서 정한 바와 같이 이 사건 공사대금은 본 공사대금 2,300,000,000원과 지하 공사대금 70,000,000원을 합한 2,370,000,000원이다.

(2) 피고들은 아래 각 항목과 같이(이하 각 항목을 ‘항목 ① 내지 ⑤’로 지칭한다) 원고 A에게 위 공사대금 중 합계 2,039,091,226원(= 항목 ① 527,009,142원 + 항목 ② 296,940,274 + 항목 ③ 244,673,810원 + 항목 ④ 961,638,000원 + 항목 ⑤ 8,830,000원)을 지급하였다.

① 피고 C은 2014. 9. 25. 이 사건 공사계약서 제5조 제1항에 따라 원고 A의 배우자인 피고 B 소유의 서울 동작구 I 토지 및 그 지상 건물(이하 'H동 부동산'이라고 한다)을 담보로 J조합(이하 'J조합'이라고 한다)으로부터 510,000,000원을 대출받고, 그중 509,187,740원을 공사대금으로 원고 B 명의의 계좌로 송금하였다. 원고 B가 위 509,187,740원 중 15,000,000원을 H동 부동산에 대한 근저당설정비용으로 피고들을 대신하여 지출하였고, 피고들도 이 사건 토지 매입을 위한 부수비용 16,025,650원 및 이 사건 공사의 준공 전까지의 J조합 관련 금융비용(은행대출이자) 부담분 16,795,752원(이율 연 5%)을 원고 C을 대신하여 지출하였다. 따라서 이 항목 공사대금 수수액은 527,009,142원(= 509,187,740원 - 15,000,000원 + 16,025,650원 + 16,795,752원)이 된다.

② 피고들은 2014. 11. 21. 원고 B 명의의 계좌로 합계 293,000,000원을 공사대금으로 송금하였다. 위 돈 중 153,000,000원은 피고 D이 Z조합 영흥지점(이하 'Z'이라고 한다)²⁾ 으로부터 대출받아 마련한 것인데, 피고들이 이에 대한 이 사건 공사의 준공 전까지의 금융비용(은행대출이자) 부담분 3,940,274원(이율 연 5%)을 원고 C을 대신하여 지출하였다. 따라서 이 항목 공사대금 수수액은 296,940,274원(= 293,000,000원 + 3,940,274원)이 된다.

③ 피고 C은 2015. 2. 17. 대부업체인 주식회사 M(이하 'M'라고 하고, 주식회사 기재를 생략한다)로부터 대출받은 290,758,620원을 공사대금으로 원고 B 명의의 계좌로 송금하였다. 원고 B는 피고들의 요청에 따라 피고 C에게 27,394,400원을 반환하고, 위 대출금에 대한 이자 12,000,000원을 지출하며, N에 대한 대출수수료 10,800,000원을 피고들을 대신하여 지출하였다. 위 대출금에 대한 이자 중 원고 A의 부담액은 이 사건 공사의 준공 전까지의 금융비용(은행대출이자) 부담분(이율 연 5%) 4,109,590원으로 제한되므로, 이를 제외한 7,890,410원(= 12,000,000원 - 4,109,590원)은 피고 C을 대신하여 지출된 것이다. 따라서 이 항목 공사대금 수수액은 244,673,810원(= 290,758,620원 - 27,394,400원 - 7,890,410원 - 10,800,000원)이 된다.

④ 피고들은 2015. 5. 28. O조합(이하 'O'이라고 한다)으로부터 대출받은 539,480,000원을 공사대금으로 피고 B 명의의 계좌로 송금하였고, 같은 날 원고 A를 대신하여 이 사건 공사 관련 채무 422,158,000원을 변제하였다. 따라서 이 항목 공사대금 수수액은 961,638,000원(=

539,480,000원 + 422,158,000원)이 된다.

⑤ 피고들은 2018. 9. 11. Z로부터 대출받은 340,000,000원을 원고 B 명의의 계좌로 송금하였다. 원고 B는 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 변제를 위하여 301,170,000원을 지출하였고, 피고 C의 요청에 따라 Q에 대한 대출수수료 20,000,000원, R에 대한 대출수수료 10,000,000원을 피고들을 대신하여 지출하였다. 따라서 이 항목 공사대금 수수액은 8,830,000원(= 340,000,000원 - 301,170,000원 - 20,000,000원 - 10,000,000원)이 된다.

(3) 피고 C은 이 사건 공사계약의 도급인이고, 피고 D은 피고 C의 아들로서 묵시적 합의에 따른 연대책임 또는 부진정연대책임, 이 사건 각 주택 사업에 관한 동업자에 해당하여 조합채무에 대한 연대책임 또는 상법 제24조에 정한 명의대여자의 책임을 부담한다.

따라서 피고들은 연대하여 원고 A에게 미지급 공사대금 330,908,774원(= 2,370,000,000원 - 2,039,091,226원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 원고 B

원고 B 소유의 H동 부동산에 관하여 2014. 9. 25. 채무자 피고 C, 채권자 J조합, 채권최고액 663,000,000원의 근저당권이 설정되어 있었는데, 위 항목 ⑤ 관련 주장에서 보는 바와 같이 2018. 9. 12. 실제 채무원금 510,000,000원 중 300,000,000원이 변제되었고, 현재 남아 있는 실제 채무원리금은 211,280,608원(= 원금 210,000,000원 + 이자 1,280,608원)이다.

피고들은 이 사건 공사계약 제8조에 따라 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하여야 할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하므로, 연대하여 원고 B에게 약정 불이행에 따른 손해배상으로 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원 및 그중 원금 210,000,000원에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

선택적으로, 물상보증인인 원고 B가 H동 부동산에 설정된 근저당권의 채무자인 피고 C을 상대로 사전구상권을 행사하므로, 피고들은 연대하여 원고 B에게 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원 및 그중 원금 210,000,000원에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 예비적 청구

만일 항목 ⑤ 중 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 변제를 위한 지출액 300,000,000원 부분이 공사대금 수수액으로 인정되어 원고 A의 공사대금 청구 중 동액 상당이 인용되지 아니할 경우, 피고들은 다음과 같은 책임을 부담한다.

피고들은 연대하여 원고 A에게 미지급 공사대금은 30,908,774원(= 330,908,774원 - 300,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

원고 B는 물상보증인으로서 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 중 300,000,000원을 대위변제한 것이 된다. 따라서 피고들은 연대하여 원고 B에게 위에서 본 바와 같은 약정 불이행에 따른 손해배상으로, 또는 구상금 또는 사전구상금으로 대위변제한 300,000,000원 및 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원의 합계액 511,000,000원(= 300,000,000원 + 211,280,608원) 및 그중 원금 500,000,000원에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고들의 주장

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결 7쪽 14행부터 9쪽 13행까지와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

- 제1심판결 8쪽 7행의 “P조합 상록지점”을 “Z”으로 고친다.
- 제1심판결 8쪽 각주 5)의 “2022. 4. 14.자 준비서면”을 “2022. 4. 14.자 준비서면, 항소이유서”로 고친다.
- 제1심판결 8쪽 13행 및 9쪽 4행의 “원고 A의 주장과 같이”를 각 삭제한다.
- 제1심판결 9쪽 1행의 “39,394,400원”을 “39,394,400원(= 27,394,400원 + 12,000,000원, 항목 ③ 관련 원고 A 주장 참조)”로 고친다.
- 제1심판결 9쪽 10행부터 14행까지를 다음과 같이 고친다.

“2) 설령 이 사건 공사계약에 따른 미지급 공사대금채무가 존재한다고 하더라도, 피고 C만이 이 사건 공사계약의 당사자일 뿐, 피고 D은 그 당사자가 아니다.

피고 D은 피고 C과 동업관계에 있지 아니하고, 피고 C의 미지급 공사대금채무에 대하여 연대책임을 부담할 아무런 법적 근거가 없다.

3) 원고 B 소유의 H동 부동산에 관하여 2014. 9. 25. 채무자 피고 C, 채권자 J조합, 채권최고액 663,000,000원의 근저당권이 설정되어 있었는데, 2018. 9. 12. 실제 채무원금 510,000,000원 중 300,000,000원이 변제처리되고, 현재 대출원리금 211,280,608원이 남아 있으나, 피고 C은 2018. 9.경 원고 A에게 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 및 위 피담보채무 상환에 필요한 금액을 전부 지급하였고, 현재까지 위 근저당권의 채무자로서 대출채무를 부담하고 있으므로, 물상보증인의 지위에 있는 원고 B가 구상권 또는 사전구상권을 행사할 수 없다.”

3. 원고 A의 청구에 관한 판단

가. 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결 9쪽 16행부터 19쪽 19행까지와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 10쪽 20행의 “(을 제11호증)”을 “(을 제11, 17, 22, 23호증)”으로 고친다.○

제1심판결 11쪽 14행의 “(을 제15호증)”을 “(을 제18호증)”으로 고친다.

○ 제1심판결 11쪽 19행의 “2회 변론기일” 및 12쪽 12행의 “위 2회 변론기일”을 “제1심 2회 변론기일”로 각 고친다.

○ 제1심판결 12쪽 15, 16행의 “서울 동작구 I 토지 및 건물(이하 ‘통틀어 ’H동 부동산’이라고 한다)”을 “H동 부동산”으로 고친다.

○ 제1심판결 13쪽 4행의 “대출 관련 비용”을 “대출 관련 비용(인지대, 수수료 등 812,260원)”으로 고친다.

○ 제1심판결 13쪽 18행부터 16쪽 3행까지를 다음과 같이 고친다.

“(2) 갑 제6호증, 을 제2, 3호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고 D은 2014. 9. 26. V으로부터 이 사건 제1 토지를 155,000,000원에 매수하였고, 피고 C은 같은 날 V으로부터 이 사건 제2 토지 등을 165,000,000원에 매수하였으며, 피고들은 2014. 9. 29. 위 각 토지에 관하여 각 명의의 소유권이전등기를 마친 사실, ② 원고 B 명의의 계좌에서 2014. 9. 26. 이 사건 토지 매매대금 지급을 위하여 피고 C에게 155,000,000원, 피고 D에게 145,000,000원 합계

300,000,000원이 송금되었고, 같은 날 법무사 AA에게 15,000,000원이 송금된 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 위 각 증거에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 원고 A는 배우자인 원고 B 명의의 계좌를 이 사건 공사대금 수수를 위해 사용한 것으로 보이는 점, ② 이 사건 공사계약에 따르면, 공사대금 2,300,000,000원에 ‘토지대금’ 및 ‘취득세 및 등록세’가 포함되어 있는 것으로 명시되어 있는 점(제1조 제3항), ③ 법무사 AA는 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기절차를 수임하여 처리하였는데, 당시 취득세 및 등록세, 법무사수수료 등으로 합계 16,025,650원[= 7,762,650원(이 사건 제1 토지) + 8,263,000원(이 사건 제2 토지 등)]이 소요되었고, 이는 원고 B 명의의 계좌에서 법무사 AA에게 송금된 15,000,000원에 매우 근접한 액수인 점, ④ 피고들과 V 사이의 위 매매계약 및 소유권이전등기절차의 대상이 되는 토지에는 이 사건 토지 외에도 인천 옹진군 U 토지 지분도 포함되어 있었던 점, ⑤ 거래관념에 비추어 볼 때, 부동산에 관하여 금융기관 명의의 근저당권 설정을 위하여 법무사비용으로 15,000,000원의 금액이 소요된다고 보기 어려운 점 등을 더하여 보면, 원고 A는 피고 C으로부터 이 사건 공사 대금 510,000,000원을 지급받았고, 피고 C와 협의를 거쳐 그중 315,000,000원을 이 사건 공사계약에 정한 바에 따라 토지대금(취득세 및 등록세 포함) 명목으로 지출하였다고 봄이 타당하다.

(3) 을 제12호증의 기재에 의하면, 피고 C은 위 J조합 대출금에 대한 이자로 2014. 10.분부터 2015. 5.분까지 합계 16,795,752원을 지출한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 이 사건 공사계약에 따르면, 이 사건 공사의 준공 전까지의 금융비용(은행대출이자) 중 연 5% 이하 부분에 대하여는 원고 A가 이를 부담하도록 되어 있으므로, 위 J조합 대출금 이자 중 원고 A의 부담 부분은 17,186,301원(= 510,000,000원 × 246일3) / 365일 × 연 5%, 원 미만 버림, 이하 같음)이 되고, 원고 A가 위 15,439,726원을 공사대금으로 지급받은 것으로 보아 정산함이 타당하다.

(4) 따라서 항목 ①과 관련한 공사대금 수수액은 527,186,301원(= 510,000,000원 + 17,186,301원)이 된다.

다) 항목 ② : Z 대출금, 대출금 이자 부분

(1) 갑 제7호증의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 C은 2014. 11. 21. 원고 B 명의의 계좌로 합계 293,000,000원을 송금하여 원고 A에게 위 공사대금을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 한편, 을 제5호증의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 C은 2014. 11. 21. Z으로부터 그 아들인 피고 D 명의로 153,000,000원을 대출받아 자금을 조달한 사실, 피고 C은 위 Z 대출금에 대한 이자로 2014. 12.분부터 2015. 5.분까지 합계 4,129,948원, 지연이자로 877원을 각 지출한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 이 사건 공사계약에 따르면, 이 사건 공사의 준공 전까지의 금융비용(은행대출이자) 중 연 5% 이하 부분에 대하여는 원고 A가 이를 부담하도록 되어 있으므로, 위 Z 대출금 이자 중 원고 A의 부담 부분은 3,961,232원(= 153,000,000원 × 189일4) / 365일 × 연 5%)이 되고, 원고 A가 위 3,961,232원을 공사대금으로 지급받은 것으로 보아 정산함이 타당하다.

다만, 피고 C이 Z 대출금의 지연이자로 지급한 877원은 피고 C이 대출원리금 변제를 지체함에 따라 발생한 것이므로, 이를 정산 대상에서 제외한다.

(3) 따라서 항목 ②와 관련한 공사대금 수수액은 296,961,232원(= 293,000,000원 + 3,961,232원)이 된다.”

○ 제1심판결 16쪽 9행의 “주식회사 M(이하 ‘M’라고 한다)”를 “M”로 고친다. ○ 제1심판결 16쪽 17행부터 17쪽 4행까지를 다음과 같이 고친다.

“(2) 앞에서 본 증거들에 의하면, 원고 A가 원고 B 명의의 계좌를 통해 M에 대한 이자로 2015. 3. 17. 6,000,000원, 2015. 4. 17. 3,000,000원, 2015. 5. 17. 3,000,000원 합계 12,000,000원을 지출한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 이 사건 공사계약에 따르면, 이 사건 공사의 준공 전까지의 금융비용(은행대출이자) 중 연 5% 이하 부분에 대하여는 원고 A가 이를 부담하도록 되어 있으므로, 위 M 대출금 이자 중 원고 A의 부담 부분은 4,022,824원(= 290,758,620원 × 101일5) / 365일 × 연 5%)이 되고, 원고 A가 위 4,022,824원을 초과하여 부담한 7,977,176원(= 12,000,000원 - 4,022,824원)은 피고 C을 대신하여 지출된 것이므로, 위 7,977,176원을 기지급 공사대금에서

제외하여 정산함이 타당하다.”

○ 제1심판결 17쪽 21행부터 19쪽 19행까지를 다음과 같이 고친다.

“(4) 따라서 항목 ③과 관련한 공사대금 수수액은 244,587,044원(= 290,758,620원 - 7,977,176원 - 27,394,400원 - 10,800,000원)이 된다.

마) 항목 ④ : 2015. 5. 28.경 지급된 961,638,000원 부분

(1) 갑 제8, 9호증, 을 제18호증의 각 기재에 의하면, ① 피고들은 2015. 5. 28. 이 사건 각 주택에 관하여 각 명의로 소유권보존등기를 마친 후, 같은 날 AB과 부동산담보신탁계약을 체결하고, 우선수익자인 O조합으로부터 자금을 대출받은 사실, ② 피고들은 2015. 5. 28. 원고 B 명의의 계좌를 통해 원고 A에게 합계 539,480,000원을 송금하였고, 같은 날 원고 A를 대신하여 이 사건 공사 업자들에게 합계 422,158,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 따라서 항목 ④와 관련된 공사대금 수수액은 961,638,000원(= 539,480,000원 + 422,158,000원)이 된다.

바) 항목 ⑤ : 대환에 따른 대출금 340,000,000원 부분

(1) 갑 제7, 10호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고들이 2018. 9. 11. 및 2018. 9. 12. 원고 B 명의의 계좌로 합계 340,000,000원을 송금한 사실, ② 원고 B 명의의 계좌에서 2018. 9. 12. 합계 301,170,000원이 출금되어, 앞서 나)항에서 본 바와 같이 원고 B 소유의 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 원금 510,000,000원 중 300,000,000원 및 이자 1,170,000원의 변제에 제공된 사실, ③ 또한, 원고 B 명의의 계좌에서 Q에게 20,000,000원, R에게 10,000,000원이 각 송금된 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 이 사건 공사계약에 따르면, 피고 C은 이 사건 공사가 준공된 후 30일 이내에 이 사건 토지와 이 사건 각 주택을 담보로 약 20억 원을 대출받아 원고 A에게 미지급 공사대금을 지급하고, 원고 A 측이 담보로 제공한 H동 부동산을 공동담보에서 제외시키도록 되어 있는 점(제8조), ② 피고 C은 이 사건 각 주택에 관하여 2015. 5. 4. 준공검사가 이루어졌음에도 H동 부동산을 공동담보에서 제외시키지 아니하고 있었던 점 등을 더하여 보면, 피고들은 2018. 9. 12. 물상보증인인 원고 B에게 340,000,000원을 송금하고, 원고 B가 같은

날 그중 300,000,000원으로 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하였다고 봄이 타당하다.

한편, 위 각 증거들에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 이 사건 공사계약에 따르면, 공사대금 2,300,000,000원에 ‘준공 전까지의 금융비용(은행대출이자)’이 포함되어 있는 것으로 명시되어 있는바(제1조 제3항), 원고 A는 이 사건 공사의 준공 전에 발생한 금융비용(은행대출이자)에 한하여 그 지급의무를 부담할 뿐인 점, ② Q에 대한 송금액 20,000,000원, R에 대한 송금액 10,000,000원이 피고들 명의의 대출 관련 수수료 등의 명목으로 수수되었다는 데 대하여는 당사자들 사이에 다툼이 없는 점 등을 더하여 보면, 원고 A가 특별한 사정이 없는 한 이 사건 공사의 준공검사일(2015. 5. 4.) 이후 수수된 Q에 대한 20,000,000원, R에 대한 10,000,000원의 부담책임을 부담한다고 보기 어렵다.

따라서 원고 B 명의의 계좌로 송금된 340,000,000원 중 8,830,000원(= 340,000,000원 - 300,000,000원 - 1,170,000원 - 20,000,000원 - 10,000,000원)이 공사대금 명목으로 수수되었다고 봄이 타당하다.

3) 소결론

피고 C이 원고 A에게 지급한 공사대금은 2,039,202,577원(= 항목 ① 527,186,301원 + 항목 ② 296,961,232원 + 항목 ③ 244,587,044원 + 항목 ④ 961,638,000원 + 항목 ⑤ 8,830,000원)이 된다.

따라서 피고 C은 원고 A에게 미지급 공사대금 330,797,423원(= 2,370,000,000원 - 2,039,202,577원) 및 그중 제1심 인용금액 254,016,430원에 대하여는 이 사건 공사 완공 이후로서 원고 A가 구하는 바에 따라 2020. 3. 9.부터 피고 C이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 제1심 판결선고일인 2022. 6. 9.까지 상법에 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을, 당심 추가 인용금액 76,780,993원(= 330,797,423원 - 254,016,430원)에 대하여는 위 2020. 3. 9.부터 피고 C이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당심 판결선고일인 2023. 4. 13.까지 위 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 위 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 각

지급할 의무가 있다(피고 C은 2018. 9.경 이 사건 각 주택을 담보로 20억 원을 대출받은 후, 원고 A에게 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 및 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 상환에 필요한 금액을 전부 지급하였다고도 주장한다. 그러나 을 제1, 16, 18호증의 각 기재에 의하면, 피고 C이 2018. 9. 11. Z으로부터 900,000,000원, AC저축은행으로부터 80,000,000원을 대출받았고, 피고 D이 같은날 Z으로부터 940,000,000원, AC저축은행으로부터 80,000,000원을 대출받은 사실을 인정할 수 있으나, 피고들이 당시 위 대출금 2,000,000,000원 전액을 원고들에게 제공하였다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 피고 C의 위 주장은 이유 없다).”

나. 피고 D에 대한 청구에 관한 판단

앞에서 본 사실관계와 위 각 증거들을 종합하면, ① 피고 C과 피고 D은 부자지간인 점, ② 이 사건 공사계약의 이행으로 피고 D 소유인 이 사건 제1 토지 위에 다세대주택 1동, 피고 C 소유인 이 사건 제2 토지 위에 다세대주택 1동이 각 신축된 점, ③ 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 수수과정에서 피고 C뿐만 아니라, 피고 D도 관련 대출을 받아 자금을 조달하였고, 피고 D의 명의로 원고 B 명의의 계좌로 공사대금이 송금되기도 한 점 등은 인정된다.

그러나 앞에서 본 사실관계와 위 각 증거들, 제1심의 인천세무서에 대한 각 과세정보제공 결과 등을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 공사계약서에 원고 A와 피고 C만이 당사자로 기재되어 있음은 문언상 분명한 점, ② 피고들은 이 사건 공사계약 체결 이전부터 현재에 이르기까지 각자의 사업장에 대하여 사업자등록을 마치고 각자 주택임대업 등을 영위하고 있을 뿐인 점 등을 모두 고려하여 볼 때, 원고 C이 제출한 증거들만으로는 피고 D이 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 지급채무를 연대하여 부담하기로 묵시적으로 합의하였다거나, 피고 C과 동업관계에 있음을 전제로 한 연대책임을 부담한다거나, 피고 C에게 자신의 명의를 사용할 것을 허락하였고 원고 A가 피고 D을 본인으로 오인하여 이 사건 도급계약을 체결하였다고 보기도 어려우므로, 원고 A의 피고 D에 대한 청구는 받아들일 수 없다.

3. 원고 B의 청구에 관한 판단

가. 인정사실

이 사건 공사계약 제5조 제1항에 따라 공사대금을 조달하기 위하여 원고 B 소유의 H동 부동산에 관하여 2014. 9. 25. 채무자 피고 C, 근저당권자 J조합, 채권최고액 663,000,000원의 근저당권이 설정되었음은 앞에서 본 바와 같고, 갑 제7, 10호증의 각 기재와 이 법원의 J조합에 대한 금융거래정보회신결과에 의하면, 위 근저당권의 피담보채무 원금 510,000,000원 중 300,000,000원이 2018. 9. 12. 변제처리되었고, 2022. 10. 31. 현재 원금 210,000,000원, 이자 1,280,608원 합계액 211,280,608원이 남아 있는 사실을 인정할 수 있다.

나. 근저당권의 피담보채무 중 변제처리된 300,000,000원 부분

원고 A의 피고 C에 대한 청구에 관한 판단 중 “항목 ⑤” 부분에서 본 바와 같이 피고 B는 2018. 9. 12. 피고 C으로부터 송금받은 340,000,000원 중 300,000,000원 상당을 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 변제를 위하여 지출하였고, 이를 피고 C이 이 사건 공사계약 제8조에 따른 의무이행의 일환으로 보아 피고 C의 원고 A에 대한 공사대금 지급액에서 제외하였다.

따라서 원고 B가 2018. 9. 12. 위 300,000,000원 상당을 출연하여 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하였음을 전제로 한 원고 B의 약정 불이행에 따른 손해배상 청구 또는 구상금 청구는 모두 이유 없다.

나. 근저당권의 피담보채무 중 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원 부분1) 약정 불이행에 따른 손해배상 청구

채무불이행으로 인하여 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로 채무불이행으로 인하여 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 되었음을 이유로 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 채무액과 동일한 금액을 손해배상금으로 청구하기 위하여는 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 하고, 그와 같은 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 것인지의 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2020다294516 판결 참조).

앞에서 본 증거들을 종합하여 인정되는 사정들, 즉 ① 피고 C의 출연으로 2018. 9. 12. H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 300,000,000원 부분이 변제처리된 점, ② 채무자 피고 C은 2014. 9.

25. 위 근저당권이 설정된 이후 2022. 10. 31. 현재까지 피담보채무 원리금을 제때 변제하여 왔고, 달리 근저당권 실행에 관한 자료는 제출되지 않은 점, ③ 근저당권설정자인 피고 B가 이 법원 변론종결일 현재 위 피담보채무 원리금을 변제한 것은 아닌 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 B에게 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 중 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원 상당의 재산상 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 단정할 수 없다. 따라서 원고 B의 약정 불이행에 따른 손해배상 청구는 이유 없다.

2) 구상금 또는 사전구상금 청구

민법 제370조에 의하여 민법 제341조가 저당권에 준용되는데, 민법 제341조는 타인의 채무를 담보하기 위한 저당권설정자가 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃은 때에 채무자에 대하여 구상권을 취득한다고 규정하여 물상보증인의 구상권 발생 요건을 보증인의 경우와 달리 규정하고 있는 점, 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로 물상보증인은 담보물로서 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아닌 점, 물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점 등을 종합하면, 원칙적으로 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 물상보증인에게 적용되지 아니하고 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다19802, 19819 판결 참조).

위 법리에 비추어 볼 때, 원고 B 소유의 H동 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 중 현재 남아 있는 피담보채무 원리금 211,280,608원 상당이 존재한다고 하더라도, 원고 B가 위 채무를 변제하거나 근저당권의 실행으로 H동 부동산의 소유권을 잃은 상황에 처하지 아니한 이상, 물상보증인의 지위에서 채무자를 상대로 구상금 또는 사전구상금 청구를 할 수 없다. 따라서 원고 B의 구상금 또는 사전구상금 청구도 이유 없다.

4. 결론

원고 A의 피고 C에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고 A의 피고 C에 대한 나머지 청구 및 원고 B의 피고들에 대한 주위적 및 예비적 청구는 이유 없어 이를 각 기각하여야

한다.

제1심판결 중 원고 A의 피고 C에 대한 패소 부분 중 이와 결론을 일부 달리한 부분은 부당하므로 원고 A의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고, 피고 C에 대하여 이 법원에서 추가로 인정한 위 돈의 지급을 명하며, 원고 A의 피고 C에 대한 나머지 항소 및 피고 D에 대한 항소, 원고 B의 이 법원에서 추가한 청구 및 피고들에 대한 항소, 피고 C의 원고 A에 대한 항소는 이유 없어 이를 각 기각한다.

재판장 판사 홍승면, 판사 김영현, 판사 조 인

1) = 603,780,000원(제1심의 주위적 청구금액 원금) - 254,016,430원(제1심의 인용금액 원금)

2) 원고들은 'T조합', 'P조합' 등으로 혼용하고 있으나, 을 제5호증을 참조하여 위와 같이 특정한다.

3) 대출실행일(2014. 9. 25.)부터 원고 A가 자인하는 이자 계산 종료일(2015. 5. 28.)까지 246일

4) 대출실행일(2014. 11. 21.)부터 원고 A가 자인하는 이자 계산 종료일(2015. 5. 28.)까지 189일

5) 대출실행일(2015. 2. 17.)부터 원고 A가 자인하는 이자 계산 종료일(2015. 5. 28.)까지 101일