

서울중앙지방법원 2024. 3. 21 선고 2020가합510015(본소), 2020가합588438(반소) 판결
[공사대금 등 청구의 소 · 지체상금 등 청구의 소]

전 문

원고(반소피고) 1. 주식회사 A

2. 주식회사 B

원고(반소피고)들 소송대리인 법무법인(유한) 중부로

담당변호사 서남철, 강성윤

변호사 이예빈, 김지연

법무법인 확인

담당변호사 민혁준, 황석현

피고(반소원고) 1. C 주식회사

2. D 주식회사

피고 3. E

피고(반소원고)들 및 피고 소송대리인 법무법인(유한) 광장

담당변호사 강을환, 정재훈, 오승훈

변론 종결 2024. 3. 7.

판결 선고 2024. 3. 21.

주 문

1. 피고(반소원고) C 주식회사는 신탁재산의 범위 내에서, 피고(반소원고) D 주식회사와 공동하여
가. 원고(반소피고) 주식회사 A에게 2,876,341,108원 및 그 중 1,092,031,224원에 대하여는
2019. 9. 19.부터 2024. 3. 21.까지는 연 7%의, 1,000,000원에 대하여는 2020. 2. 28.부터

2024. 3. 21.까지는 연 7%의, 1,718,728,884원에 대하여는 2023. 10. 19.부터 2024. 3. 21.까지는 연 7%의, 64,581,000원에 대하여는 2020. 2. 28.부터 2024. 3. 21.까지는 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고,
- 나. 원고(반소피고) 주식회사 B에게 702,940,027원 및 그 중 273,007,806원에 대하여는 2019. 9. 19.부터, 1,000,000원에 대하여는 2020. 2. 28.부터, 428,932,221원에 대하여는 2023. 10. 19.부터 각 2024. 3. 21.까지는 연 7%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고(반소원고) D 주식회사는 피고 E와 연대하여, 피고(반소원고) C 주식회사는 신탁재산의 범위 내에서 피고(반소원고) D 주식회사, 피고 E와 공동하여 원고(반소피고) 주식회사 A에게 1,669,308,975원, 원고(반소피고) 주식회사 B에게 417,327,243원 및 위 각 돈에 대하여 2020. 2. 28.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.
3. 원고(반소피고)들의 피고 E에 대한 나머지 청구, 피고(반소원고)들에 대한 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)들의 반소청구를 각 기각한다.
4. 원고(반소피고)들과 피고(반소원고)들 사이에 생긴 소송비용은 본소와 반소를 합하여 그 중 30%는 원고(반소피고)들이, 나머지는 피고(반소원고)들이 각 부담하고, 원고(반소피고)들과 피고 E 사이에 생긴 소송비용 중 25%는 원고(반소피고)들이, 나머지는 피고 E가 각 부담한다.
5. 제1항 및 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

[본소]

1. 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) C 주식회사(이하 'C'이라 한다), 피고 D 주식회사(이하 'D'이라 한다)는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다) 주식회사 A(이하 'A'이라 한다)에게 4,446,969,726원 및 그 중 1,764,642,664원에 대하여는 2019. 9. 19.부터 이 사건

판결선고일까지는 연 7%의, 2,490,146,062원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일부터 이 사건 판결선고일까지는 연 7%의, 192,181,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일부터 이 사건 판결선고일까지는 연 6%의, 원고 주식회사 B(이하 '원고 B'이라 한다)에게 1,068,172,181원 및 그 중 444,535,666원에 대하여는 2019. 9. 19.부터 이 사건 판결선고일까지는 연 7%의, 622,536,515원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일부터 이 사건 판결선고일까지는 연 7%의, 1,100,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일부터 이 사건 판결선고일까지는 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

2. 피고 C은 원고 A에게 793,184,000원, 원고 B에게 198,296,000원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일부터 이 사건 판결선고일까지는 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

3. 피고 D, 피고 E은 연대하여 피고 C은 위 피고들과 공동하여,

가. 원고 A에게 2,173,421,890원 및 그 중 1,366,131,087원에 대하여는 2020. 2. 28.부터, 나머지 807,290,801원에 대하여는 2023. 10. 17.자 청구취지변경 신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을,

나. 원고 B에게 543,355,471원 및 그 중 341,532,771원에 대하여는 2020. 2. 28.부터, 나머지 201,822,700원에 대하여는 2023. 10. 17.자 청구취지변경 신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

[반소]

1. 원고들은 연대하여 피고 C에게 5,290,960,677원 및 그 중 4,085,047,392원에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을, 나머지 1,205,913,295원에 대하여 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고들은 연대하여 피고 D에게 692,156,863원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 당사자들의 지위

가. 원고들은 피고 D로부터 양산시 F 등 지상에 공동주택(이하 '이 사건 공동주택'이라 한다)을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 수급받아 이를 완성한 시공사이다.

나. 피고 C은 이 사건 공동주택을 신축, 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)과 관련하여 피고 D과 사이에 분양형 신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결한 수탁자이고, 피고 D은 위 신탁계약의 위탁자이며, 피고 E은 피고 D의 대표이사이다.

2. 이 사건 사업에 관한 신탁계약 및 공사도급계약의 체결 등

가. 피고 D은 2016. 3. 30. 피고 C과 사이에 이 사건 사업을 수행하기 위하여 분양형 토지신탁계약(이하 '이 사건 최초 신탁계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 원고들은 2016. 7. 26. 피고 D과 사이에 이 사건 공사에 관하여 공사도급계약(이하 '이 사건 공사계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

이 사건 공사계약서

3. 공사기간 : 실착공일로부터 32개월

4. 총 공사계약금액 : 일금칠백팔십억삼천구백만원(₩78,039,000,000원)-부가세별도 [평당 3,500,000원, 연면적/평: 73,708.94㎡/22,296.95평]

6-1. 수급인의 공사범위 및 출자비율

① 원고 A(계약금액의 80%): 건축

② 원고 B(계약금액의 20%): 건축, 전기, 통신, 소방공사

10. 지체상금율 : 공사도급금액에 대하여 매 1일당 1/1,000

(단, 전체공사비의 5%를 초과할 수 없음)

11. 공사비지급 지연이자율 : 연 7%

이 사건 공사계약 일반조건

제10조(공사기간)

① 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.

③ 준공일은 "을"(원고들, 이하 같다)이 건설공사를 완성하고 "갑"(피고 D, 이하 같다)에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 말한다. 다만, 제27조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 경우에 한한다.

제21조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)

① 설계서의 내용이 공사현장의 상태와 일치하지 않거나 불분명, 누락, 오류가 있을 때 또는 시공에 관하여 예기하지 못한 상태가 발생되거나 사업계획의 변경 등으로 인하여 추가 시설물의 설치가 필요한 때에는 "갑"은 설계를 변경하여야 한다.

② 제1항의 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 다음 각 호의 기준에 의하여 계약금액을 조정하며, 필요한 경우 공사기간을 연장하거나 단축한다.

1. 증감된 공사의 단가는 제9조의 규정에 의한 산출내역서상의 단가를 기준으로 상호 협의하여 결정한다.

2. 산출내역서에 포함되어 있지 아니한 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가로 한다.

3. 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤 등은 산출내역서상의 율을 적용한다.

제23조(기타 계약내용의 변동으로 인한 계약금의 조정)

① 제21조 및 제22조에 의한 경우 이외에 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정하며, 이 경우 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤 등은 산출내역서상의 율을 적용한다.

② 제1항과 관련하여 "을"은 제21조 및 제22조에 규정된 계약금액 조정사유 이외에 계약체결 후 계약조건의 미숙지 등을 이유로 계약금액의 변경을 요구하거나 시공을 거부할 수 없다.

제27조(준공검사)

① "을"은 공사를 완성한 때에는 "갑"에게 통지하여야 하며 "갑"은 통지를 받은 후 지체없이 "을"의 입회하에 검사를 하여야 하며, "갑"이 "을"의 통지를 받은 후 10일 이내에 검사 결과를 통지하지 아니한 경우에는 10일이 경과한 날에 검사에 합격한 것으로 본다. 다만, 불가항력으로 인하여 검사를 완료하지 못한 경우에는 당해 사유가 존속되는 기간과 당해 사유가 소멸된 날로부터 3일까지는 이를

연장할 수 있다.

제28조(대금지급)

- ① "을"은 "갑"의 준공검사에 합격한 후 즉시 잉여자재, 폐기물, 가설물 등을 철거, 반출하는 등 공사현장을 정리하고 공사대금의 지급을 "갑"에게 청구할 수 있다.
- ② "갑"은 특약이 없는 한 계약의 목적물을 인도받음과 동시에 "을"에게 공사대금을 지급하여야 한다.

제30조(지체상금)

- ① "을"은 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 "갑"에게 납부하여야 한다. 다만 "갑"의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우와 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 공사가 지체된 경우에는 그 해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다.

1. 불가항력의 사유에 의한 경우
2. "을"이 대체하여 사용할 수 없는 중요한 자재의 공급이 "갑"의 책임있는 사유로 인해 지연되어 공사진행이 불가능하게 된 경우
3. "갑"의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우
4. 기타 "을"의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

이 사건 공사계약 특약사항

제2조(공사계약금액 등)

- ① 도급계약서에 기재된 총 공사계약금액 {금 78,039,000,000원(부가세별도), 평당 3,500,000원}은 갑이 제공한 기본설계도면을 기초로 하여 산정된 개략적인 금액이며, 구체적인 견적 조건은 첨부한 '공사원가 개산견적'에 상세히 기재되어 있다.
- ② 보강토 옹벽, 전석쌓기, 자연석쌓기, 구거공사, 산책로 조성공사 등은 "을"이 공사비를 산정한 후 "갑"과 "을"이 협의하여 공사비를 결정하기로 한다. 또한 방음벽 공사는 방음벽 설계도서가 완성된 후 "갑"과 "을"이 협의하여 공사비를 책정하기로 한다.
- ③ 아파트 마감재의 기준은 "을"이 제시한 견적서 상의 마감재 수준으로 한다. 다만, 모델하우스 설치과정에서 "을"이 제시한 마감재 보다 상위의 등급을 사용하거나, 추가적인 품목이 설치될 경우

"갑"과 "을"이 협의하여 공사비를 조정하기로 한다.

⑤ "갑"은 "을"에게 공사비를 지급하지 못할 경우 공사비 미지급에 따른 지연이자율은 연 7%로 하되, 지연 이자율 기준은 기성을 청구한 날로부터 이자율을 적용한다.

⑥ "갑"과 "을"은 상기 1항에서 정한 도급공사 금액 외 추가 및 별도 공사비는 사용검사(준공) 후 "을"에게 지급하기로 한다.

다. 피고 D은 2016. 7. 28. 피고 C과 사이에 이 사건 최초 신탁계약의 변경계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하면서 제1순위 우선수익자로 G조합을, 제2순위 우선수익자로 H조합을, 제3순위 우선수익자로 I조합을, 공동시공사 겸 제4순위 우선수익자로 원고들을 각 지정하였다. 이 사건 신탁계약 특약사항 중 주요 내용은 아래와 같다.

이 사건 신탁계약 특약사항

제2조(업무분담)

① "갑"(피고 D, 이하 같다), "을"(피고 C, 이하 같다), "병"(원고들, 이하 같다), "정"(제1순위 내지 제3순위 우선수익자들, 이하 같다)은 본 사업의 목적 달성을 위하여 본조 각 항에서 정하는 바에 따라 업무를 분담하고 상호 협력한다. 단, "갑"은 "특약사항"에 따라 "을"이나 "병"에게 수탁/위임한 업무를 제외하고, 본 사업 시행과 관련된 일체의 업무를 "갑"의 책임과 부담으로 수행한다. 또한, "갑"이 자신의 역할 및 업무 중 일부 또는 전부를 제3자에게 위임하고자 하는 경우 "을", "병" 및 "정"의 사전 동의를 얻어야 한다.

② "갑"은 본 사업과 관련하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

4. 본 사업의 제반 인허가(교통·환경영향평가, 지구단위계획, 사업계획승인, 분양승인등) 업무 및 이에 필요한 비용의 부담

5. 본 사업 관련 각종 인허가에 따른 조건이행 의무(진입도로 매입, 도로포장비 부담 등 사업승인조건 사항 일체의 이행)

6. 공사도급계약(승계계약을 포함하며, 이하 같음) 및 감리용역계약 등 사업시행주체(또는 건축주) 명의로 체결되어야 하는 계약을 제외한 일체의 용역계약 체결

④ "병"은 본 사업과 관련하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 본 사업 건축물에 대한 공사도급계약에서 정한 공사기간 내 책임준공(주택건설사업계획 승인 내지 건축허가 조건에 부합하는 일체의 준공의무 및 인허가 조건사항 이행의무를 포함하며, 이하 같음)

3. 본 사업의 인허가에 대한 협조

4. 본 사업의 분양과 관련된 일체의 행위에 대한 협조

제10조(도급공사의 범위, 공사기간 및 책임준공)

① "책임준공"이라 함은 천재지변, 내란, 전쟁 등 불가항력적인 경우를 제외하고는 공사비 적기 지급 지연 또는 민원 등 여하한 이유로도 공사를 중단하거나 지연할 수 없고 예정된 기간 내에 사용승인(임시사용승인을 제외, 이하 같음) 또는 준공인가를 득하는 것을 말한다.

③ 공사도급계약에서 정한 "병"의 공사범위에도 불구하고 "병"이 이행해야 할 공사의 범위에는 본 사업 건축물의 완성(사업계획승인 조건상 제반 시공의무 완료 및 인허가 조건사항 이행을 포함하며, 사용승인을 득하여 "본 사업"의 사용승인 및 수분양자에게 곧바로 인도할 수 있는 수준의 공사 완성을 말한다)을 위한 공사 일체를 포함한다. 한편, "갑"과 "병"간에 체결한 공사도급계약에서 "병"의 업무범위에 포함되지 아니한 업무, "갑"이 처리기로 한 업무에 대하여 "갑"이 그 책임과 비용을 부담하고, 불이행시 "병"이 대리 또는 대행하여 처리하되, 이에 소요된 비용을 "갑" 또는 신탁재산에 청구하여 충당한다.

④ "본 사업"의 공사기간은 착공계 승인일로부터 32개월로 한다. 다만, 본조 제2항의 사유 등으로 공사지연이 불가피하다고 인정되는 경우, "갑", "을", "병", 및 "정"의 합의하에 공사기간을 조정할 수 있다.

제12조(공사비)

① "병"이 수행하는 "본 사업"의 공사비는 3.3㎡당 [3,500,000원, 부가세별도](발코니확장 공사비, 방음벽 공사비, 보강토 옹벽 및 성토비 등 사업부지 내 부대토목공사비 일체 포함)로 산정하여 계산한다.

② 건축허가·설계변경 등으로 인하여 건축연면적에 증감이 있을 경우 "갑", "을", "병", "정"이 합의하여 공사비를 조정한다.

제13조(공사지체 손해배상금 등)

① "병"은 공사도급계약에서 정한 바에 따라 공사지연에 따른 지체상금의 지급의무를 부담하며, 이와는 별도로 입주지연 등에 따라 "갑" 및 "을"에게 발생하는 손해에 대하여 그 배상의무를 부담한다.

제14조(설계변경 및 공사비 조정)

- ① "본 사업"에 대한 설계변경은 없는 것으로 한다.
- ② 본조 제1항에도 불구하고 "갑"과 "병"의 요청이 있고 "을"이 필요하다고 인정하여 "을"이 "병"에게 설계변경을 지시하는 경우에는 설계변경을 할 수 있다.
- ③ 본조에 따른 설계변경으로 인하여 공사비가 증액되는 경우에 증액분은 "병"의 공사비에 포함하되, 동 공사비의 최종 지급 시에 지급한다.

제23조(자금의 집행 순서)

① 신탁계좌에 입금된 분양수입금을 포함한 일체의 자금은 "갑", "병" 및 "정"의 동의 없이 다음 각 호의 순서에 따라 "을"이 집행한다.

1. 본 사업 관련 제세공과금 및 각종 부담금
2. "을"이 지급의무를 부담하는 신탁사무처리비용, 신탁보수, 수분양자의 분양대금(청약금 포함) 반환금
3. 설계비, 감리비, 분양대행수수료, 광고홍보비 등 "병"의 공사비를 제외한 필수사업비

제24조(준공 후 정산)

③ 본 사업의 정산은 준공일로부터 [4]개월 이내에 실시한다. 다만, 정산은 계약당사자간 협의로 연장할 수 있다.

제36조(우선 적용)

- ① "신탁계약 본문"과 "특약사항"은 상호보완의 효력을 가지되, 계약내용이 상충되는 경우에는 "특약사항"이 "신탁계약 본문"에 우선하여 적용된다.
- ② "본 사업"과 관련하여 체결되는 공사도급계약 등 타 약정서(또는 계약서)와 "본 신탁계약" 사이에 상충되는 부분이 있을 경우 "본 신탁계약"을 우선하여 적용하기로 한다.

라. 피고 C은 2016. 9. 12. 피고 D 및 원고들과 사이에 피고 C이 이 사건 공사계약상 피고 D의

권리와 의무를 승계하는 내용의 공사도급계약 승계계약(이하 '이 사건 승계계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 승계계약의 주요 내용은 아래와 같다.

이 사건 승계계약

제2조【계약의 승계】

- ① "갑"(피고 C, 이하 같다)은 공사도급계약에서 "을"(피고 D, 이하 같다)이 가지는 권리와 의무를 "을"으로부터 승계받기로 한다.
- ② 전항에도 불구하고 "갑"은 공사도급계약 및 본 승계계약에서 정하는 공사대금 지급의무를 포함한 일체의 의무 및 책임을 신탁재산 중 현금 범위 및 신탁계약의 업무범위 내에서만 부담하며, 이를 초과하는 부분은 "을"이 전적으로 그 책임을 부담하고, 어떠한 경우에도 "갑"은 그 고유계정에 속하는 재산으로 공사대금 지급 등의 일체의 의무를 부담하지 아니한다.
- ③ "을" 및 "병"(원고들, 이하 같다)은 본조 제2항의 사실을 충분히 인지하고 있으며, 이와 관련하여 "갑"에게 일체의 청구나 이의를 제기치 아니한다.

제3조【계약금액】 본 승계계약에 따른 계약금액은 하기와 같다.

- ① 계약금액(공사도급금액): 금칠백팔십억삼천구백만원정

【₩78,039,000,000, 부가가치세 별도】

- ② 상기 계약금액(공사도급금액)을 초과하여 발생된 공사비의 경우 "갑"의 신탁계정대상환 이후 잔여신탁재산 범위 내에서 "을"의 사업수익보다 우선하여 지급하기로 한다.

제7조【공사비의 지급】

- ① 공사비 지급은 "신탁계약" 특약사항 제12조(공사비)에 따라 "갑"이 최종확정한 공사비를 지급하기로 한다.

제8조【기타사항】

- ② 본 승계계약과 신탁계약이 상충(공사비 지급, 하자보수책임 등 포함)되는 경우에는 신탁계약이 우선하며, 본 승계계약에서 정하지 아니한 사항은 "갑", "을" 및 "병"이 협의하여 정하기로 한다.
- ③ 본 승계계약의 체결에도 불구하고, 본건 사업과 관련한 세금계산서 발행은 분양형 토지신탁계약에서 정한 바에 따라 "을"이 발행하기로 한다.

3. 이 사건 공동주택에 관한 공사 완료 및 사용검사 등

가. 이 사건 공사에 관하여 2016. 11. 9. 착공신고필증이 발급되었다.

나. 원고들은 이 사건 공사를 완료하여 2019. 8. 20. 이 사건 공동주택에 관한 사용검사를 받았다.

다. 원고 A은 2019. 9. 19. 피고 C에게 당시까지 지급받지 못한 준공기성금 1,764,642,664원을, 원고 B도 같은 날 피고 C에게 위와 같은 준공기성금 444,535,666원을 각 청구하였으나, 피고 C은 원고들에게 위 각 준공기성금을 지급하지 아니하였다.

4. 원고들과 피고 D 사이의 금전소비대차계약 체결 등

가. 원고 B은 2016. 3. 30. 피고 D과 사이에 1,000,000,000원에 관하여 대여기간 2016. 3.

30.부터 36개월 또는 사업정산시로, 이자 연 7.5%로 정하여 대여하는 내용의 금전소비대차계약을 체결하였고, 피고 D의 대표이사였던 J이 피고 D의 위 채무를 연대보증하였다.

나. 원고들은 2016. 7. 28. 피고 D과 사이에 위 금전소비대차계약을 대여금 총

7,200,000,000원(원고 A과 원고 B의 분담비율 8:2), 대여기간 '2016. 3. 30.부터 이 사건

신탁계약의 신탁정산일'로, 이자 연 4.5%로, 지연이자율 연 12%로 변경하는 내용의

금전소비대차계약(변경)을 체결(이하 '이 사건 금전소비대차계약'이라 한다)하였고, 피고 E이 피고 D의 위 채무를 연대보증하였다. 원고들은 위 금전소비대차계약에 따라 피고 C에게 2016. 3. 30.

322,000,000원을, 2016. 3. 31. 7,000,000원을, 2016. 7. 29. 6,871,000,000원을 각 지급하였다.

다. 피고 D은 2016. 7. 26. G조합, H조합, I조합(대주단)으로부터 이 사건 사업의 사업부지 매입자금

등 명목으로 7,200,000,000원을 이자 연 8% 등으로 정하여 대출받는 내용의 대출약정(이하 '이 사건 대출금 약정'이라 한다)을 하였고, 원고들은 피고 D의 위 채무를 연대보증하였다. 한편, 피고

D은 2016. 7. 28. 이 사건 대출금 약정에 따른 원리금 상환을 위하여 원고들로부터

7,200,000,000원을 이자 연 4.5%, 지연이자 연 12%, 상환기한 '이 사건 신탁계약서에 따른

신탁정산일'로 정하여 차용하는 내용의 대여금 약정(원고 A과 원고 B의 분담비율 8:2, 이하 '이 사건 대여금 약정'이라 한다)을 하였고, 피고 E은 피고 D의 위 채무를 연대보증하였다. 원고들은 2016.

10. 27.부터 2019. 4. 30.까지 이 사건 대출금 약정 및 이 사건 대여금 약정에 따라 아래 표 기재와 같이 I조합(대주단)에게 피고 D의 원리금 합계 8,126,067,157원을 지급하였다.

2016. 10. 27.	96,000,000
2016. 12. 28.	47,213,112
2017. 1. 31.	48,920,547
2017. 2. 28.	263,042,980
2017. 4. 28.	322,408,141
2017. 6. 29.	428,500,932
2017. 8. 29.	567,674,894
2017. 10. 30.	556,447,724
2017. 12. 29.	630,419,385
2018. 2. 28.	668,592,042
2018. 4. 29.	714,944,141
2018. 6. 29.	675,412,990
2018. 8. 31.	664,573,765
2018. 10. 31.	672,215,928
2018. 12. 28.	676,108,881
2019. 2. 28.	648,217,102
2019. 4. 30.	445,374,593
합계	8,126,067,157

라. 원고 A은 2019. 12. 23. 피고 C으로부터 이 사건 금전소비대차계약에 따른 대여원금으로 1,500,000,000원을 변제받았다.

마. 원고들은 2020. 6. 20. 피고 D과 사이에 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정에 따른 나머지 대여원금 13,826,067,157원 중 2,028,163,267원은 현금으로 변제받고 나머지 11,797,904,000원(= 13,826,067,157원 - 2,028,163,267원, 정확히는 11,797,903,890원이나 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 공동주택 67세대를 매매대금 11,797,904,000원에 매수하기로 한 점에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없다)은 이 사건 공동주택 중 미분양 67세대로 대물변제받기로 하는 내용의 대여금 대물변제 계약을 체결하였다.

바. 원고들은 2020. 7. 28. 피고 C, D과 사이에 이 사건 공동주택 67세대를 매매대금

11,797,904,000원에 매수하고 위 매매대금은 소유권이전등기에 필요한 서류 교부시를 기준으로 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정 원금에 충당하는 내용의 신탁재산 처분에 따른 일괄 매매계약을 체결하였다.

사. 위 대여금 대물변제 계약 및 신탁재산 처분에 따른 일괄 매매계약에 따라 원고 A은 2020. 7. 29. 피고 C으로부터 1,587,733,725원을 변제받았고, 원고 B도 같은 날 피고 C으로부터 440,429,432원을 변제받았으며, 같은 날 67세대에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 갑 제30 내지 39호증, 갑 제49호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제5, 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

II. 본소 청구에 관한 판단

1. 미지급 공사대금 청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단 1) 피고 C 및 D의 관계

위 인정사실 및 앞서 든 증거에 을 제2 내지 4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들과 피고 C, D은 이 사건 공사계약, 신탁계약, 승계계약을 체결함으로써 피고 C이 이 사건 공사계약에 따른 피고 D의 권리와 의무를 승계하되 신탁재산의 범위 내에서 원고들에 대한 공사대금 지급채무를 부담하고, 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 부진정연대채무의 관계에 있다고 봄이 상당하다.

가) 이 사건 승계계약 제2조 제2항은 '피고 C은 이 사건 공사계약 및 승계계약에서 정하는 공사대금 지급의무를 포함한 일체의 의무 및 책임을 신탁재산 중 현금 범위 및 신탁계약의 업무범위 내에서만 부담하며, 이를 초과하는 부분은 피고 D이 전적으로 그 책임을 부담하고, 어떠한 경우에도 피고 C은 그 고유계정에 속하는 재산으로 공사대금 지급 등의 일체의 의무를 부담하지 아니한다.'고 정하고 있다.

나) 이 사건 사업과 관련하여 체결된 이 사건 신탁계약 및 승계계약에는 피고 C이 이 사건 공사계약상 피고 D의 권리와 의무를 승계함으로써 피고 D의 위 공사계약상 책임이 면제된다는 약정이 확인되지

아니하는 반면, 이 사건 승계계약 제4조는 '본 승계계약에 관한 피고 C의 권리 및 의무는 신탁계약이 종료되는 경우에 면책적으로 피고 D에게 자동 귀속되며, 이와 관련하여 피고 D와 원고들은 피고 C에게 일체 이의를 제기치 아니한다.'고 정하여 '면책'에 관한 용어를 구분하고 있다.

다) 원고들은 2017. 6. 29., 2017. 9. 28., 2018. 5. 23. 피고 D에게 설계변경 등으로 인한 공사계약금액 변경 요청을 하였고, 피고 D은 이에 대하여 공사비 증액이 불가하다는 취지의 회신을 하였을 뿐 위 피고가 이 사건 공사계약으로 인한 공사대금채무가 면책되었다는 취지의 회신을 하지는 아니하였다.

2) 판단

위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하면, 특별한 사정이 없는 한 피고 C과 D은 공동하여 원고 A에게 미지급 공사대금 1,764,642,664원 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 미지급 공사대금 444,535,666원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

나. 피고 C, D의 항변 등에 관한 판단 1) 공사 지연 또는 책임준공의무 위반으로 인한

지체상금채권과의 상계 항변

가) 항변의 요지

원고들은 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 제4항에 따른 공사기간 종기인 2019. 7. 8.까지 준공을 마쳐야 했음에도 그로부터 43일이 지연된 2019. 8. 20. 이 사건 아파트의 사용검사를 받고 같은 날 피고 C에게 서면으로 준공검사를 요청하여 이 사건 신탁계약에서 정한 공사기간을 준수하지 못하였다. 따라서 원고들은 피고 C에게 공사지체에 따른 지체상금으로 3,691,244,700원[= 총공사계약금액 85,842,900,000(부가가치세 포함) × 지체상금율 0.001 × 지체일수 43일] 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 피고 C은 위 지체상금채권을 자동채권으로 하여 원고들의 미지급 공사대금 채권과 상계한다.

나) 판단

공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가

완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 아니한다고 해석함이 상당하고, 예정된 최후의 공정을 종료하였는지 여부는 수급인의 주장이나 도급인이 실시하는 준공검사 여부에 구애됨이 없이 당해 공사 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없고, 이와 같은 기준은 공사 도급계약의 수급인이 공사의 준공이라는 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 지체상금에 관한 약정에 있어서도 그대로 적용된다고 할 것이다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결, 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 공사계약상 공사기간은 '실착공일로부터 32개월'이고 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 제4항은 이 사건 사업의 공사기간을 '착공계 승인일로부터 32개월로 한다.'고 정한 사실, 이 사건 공사계약 제10조 제3항은 '준공일은 원고들이 건설공사를 완성하고 피고 D에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 말한다. 다만, 제27조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 경우에 한한다.'고 정하고 있는 사실, 이 사건 공사에 관하여 2016. 11. 9. 착공신고필증이 발급된 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실에 갑 제42호증, 갑 제61 내지 65호증, 을 제25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고 C이 제출한 증거만으로는 원고들이 공사를 지연하였다거나 책임준공의무를 위반하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고 C의 이 부분 항변은 더 나아가 살펴보지 아니하고 받아들이지 아니한다.

(1) 원고들과 피고 C, D은 2019. 5. 14., 같은 달 29. 준공일정 지연에 관한 회의를 하였는데, 위 각 회의에서 이 사건 공동주택의 공사가 아닌 기반시설의 준공 지연으로 인하여 이 사건 공동주택의 사용승인 일정이 지연되고 있음이 논의되었다.

(2) 한편, 이 사건 공사계약 특약사항 제2조 제4항은 '기반시설 공사는 피고 D과 원고들이 상호 협의하여 추후 결정하기로 한다.'고 정한 점, 이 사건 공사계약 체결 이후 원고들과 피고 C, D 사이에 원고들이 기반시설 공사를 수행하는 것으로 약정한 자료는 제출되지 아니한 점, 이 사건 신탁계약 특약사항 제2조 제2항 제5호에 따르면 진입도로 매입 등 각종 인허가에 따른 조건이행 의무는 피고 D이 부담하는 점 등에 비추어 보면, 기반시설의 공사 및 이에 대한 준공 신청은 이 사건 공사계약에 따른 원고들의 공사 의무에 포함된다고 볼 수 없다.

(3) 원고 A은 이 사건 공동주택의 공사를 완료하여 이 사건 공사계약 및 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 제4항이 정한 공사기간 종기인 위 착공신고일로부터 32개월만인 2019. 7. 8. 피고 C에게 기반시설을 제외한 원고들이 시공한 이 사건 공동주택 건물에 관한 사용검사 승인 서류를 제출하였다.

(4) 피고 C은 2019. 7. 26.에서야 기반시설에 관한 준공검사필증을 받았고, 이후 2019. 8. 20. 이 사건 공동주택 전체에 관한 사용검사 확인을 받았다.

2) 입주지연에 따른 손해배상채권과 상계 항변

가) 항변의 요지

원고들이 공사를 43일 지연하여 이 사건 공동주택의 입주지정 개시일도 43일 지연된 2019. 8. 26.로 지정됨으로써 피고 C은 중도금대출이자를 추가로 부담하는 손해를, 피고 D은 피고 C에게 추가 이자를 지급하게 되는 손해를 각각 입었다. 따라서 원고들은 피고 C에게 위 손해 393,802,692원[= 대출금 원금 65,983,758,000원 × 지연일수 43일 × 이자 5.06601%/365] 및 이에 대한 지연손해금을, 피고 D에게 위 손해 692,156,863원[= 신탁계정대상환 총액 69,121,000,000원 × 지연일수 43일 × 이자 8.5%/365]을 배상할 의무가 있고, 피고 C과 피고 D의 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고들의 미지급 공사대금 채권과 상계한다.

나) 판단

살피건대, 위 나. 1)항에서 살펴본 바와 같이 피고 C이 제출한 증거만으로는 원고들이 이 사건 공사를 지연하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 나아가 갑 제43 내지 45호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고 C이 2016. 11. 24. 이 사건 공동주택의 입주자 모집공고시 이 사건 아파트의 입주예정일을 '2019년 8월 예정(정확한 입주일자는 추후 통보함)'으로 기재하였고 공급계약서에도 입주예정일을 '2019. 8월 예정(사용승인 이후, 단 입주예정일은 공정에 따라 변경될 수 있으며, 정확한 입주일자는 추후 개별 통보함)'이라고 기재한 점, ② 이 사건 공동주택의 입주지정 개시일은 위 입주자 모집공고 및 공급계약서에 기재된 시기인 2019. 8. 26.로 지정된 점, ③ 피고 C은 2020. 1. 21. 원고들에게 발송한 이 사건 사업정산 관련 검토의견 회신에서 '당초 수분양자에게 입주자모집공고 및 공급계약서에 입주예정일을 2019년 08월로 안내하였고, 입주지정기간의 시작일 역시 2019. 8.

26.로 지정함에 따라 입주지연은 발생하지 않았다고 보여집니다.'라고 기재한 점 등을 종합하여 보면, 피고 C, D이 제출한 증거들만으로는 원고들의 귀책사유로 인하여 이 사건 공동주택의 입주지연이 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 위 피고들의 이 부분 항변도 받아들이지 아니한다.

3) 방음벽 미시공에 따른 손해배상채권과의 상계 항변

가) 항변의 요지

원고들은 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제1항에 따라 방음벽을 시공할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하고 그 이행을 거절하였으므로 피고 C에게 방음벽 설치공사 비용 1,205,913,285원 및 이에 대한 지연손해금 상당의 손해를 배상할 의무가 있다. 따라서 피고 C은 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고들의 미지급 공사대금 채권과 상계한다.

나) 방음벽 미시공으로 인한 손해배상채권의 발생

앞서 본 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제1항, 이 사건 공사계약 특약사항 제2조 제2항의 내용에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 원고들은 이 사건 공사계약 및 신탁계약상 방음벽 설치 공사 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원고들은 특별한 사정이 없는 한 피고 C에게 방음벽 미시공의 채무불이행으로 인하여 위 피고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다.

이에 대하여 원고들은 방음벽 설치에 이 사건 공사계약에 포함되지 아니한 설계변경 사항이고 피고 C과 사이에 이 사건 공동주택에 방음벽을 설치하지 아니하기로 합의하였으므로 방음벽 설치 의무가 존재하지 아니한다고 주장한다. 그러나 위 인정사실 및 앞서 든 증거, 을 제11호증, 을 제13 내지 16호증의 각 기재, 양산시의 2022. 11. 17.자 사실조회회신결과에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들과 피고 C 사이에 방음벽 미설치 합의가 있었다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

(1) 이 사건 공사계약 특약사항 제2조 제2항 후단은 '방음벽 공사는 방음벽 설계도서가 완성된 후 피고 D과 원고들이 협의하여 공사비를 책정하기로 한다.'고 정하여 방음벽 공사를 이 사건 공사계약의 공사 범위에 포함하였고, 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제1항은 '원고들이 수행하는

본 사업의 공사비는 3.3㎡당 [3,500,000원, 부가세별도](발코니확장 공사비, 방음벽 공사비, 보강토
옹벽 및 성토비 등 사업부지 내 부대토목공사비 일체 포함)으로 산정하여 계산한다.'고 정하여 방음벽
공사를 공사비 내역에 포함하고 있다.

(2) 피고 C은 2019. 4. 24. 양산시에 방음벽 설치와 관련하여 발송한 공문을 지적하며 원고들과
피고들 사이에 이 사건 공동주택에 방음벽을 설치하지 아니하기로 합의하였다고 주장한다. 피고 C이
2019. 4. 24. 양산시에 발송한 공문의 내용은 아래와 같다.

3. 당 현장의 방음벽설치 조치계획서와 관련하여 당사에서는 국지도 K 개통과 더불어 골조공사 완료
후 "공동주택 소음 측정 기준"으로 소음측정을 실시하였습니다.

4. 주택건설기준 등에 관한 규정에 의거 법적소음도(첨부. 도로소음평가보고서)를 만족하는 것으로
평가되어 방음벽을 설치할 필요가 없습니다.

5. 단, 사용승인 후 사업부지의 완충녹지 식재 추가 계획이 발생(민원 및 양산시)할 시 [첨부2.
소음측정에 따른 조치계획서]와 같이 수풀림을 조성하여 자연친환경 유도 및 주변 환경이 개선될 수
있도록 별도의 실시계획 인가를 양산시와 협의하여 시행토록 할 예정이오니 업무 참조하시기
바랍니다.

한편, 위 공문의 기재에 따르더라도, 피고 C은 이 사건 공사가 완료되기 전에 임의로 실시한 소음측정
결과를 토대로 양산시에 방음벽 설치가 불필요하다는 의견을 개진한 것일 뿐이다. 피고 C은 위
공문에서 사용승인 후 수풀림 조성 등의 환경 개선 대안을 제시하였는바 양산시와 사이에 확정적으로
방음벽을 포함한 소음 저감 조치를 이행하지 아니하기로 합의한 것으로 볼 수 없다.

(3) 이 사건 공동주택에 관하여 2019. 8. 20. 방음벽이 미시공된 상태에서 준공검사가 완료되었다는
사실만으로 원고들과 피고 C 사이에 방음벽 공사가 이 사건 공사계약상 공사 대상에 해당하지
않는다거나 공사 대상에서 제외하기로 합의한 것으로 볼 수 없다.

(4) 오히려 양산시는 2020. 7. 16. 피고 C에게 이 사건 공동주택의 방음벽 미설치로 인한 민원이
제기되었음을 통보하고 방음벽 설치에 관한 검토 및 조치계획을 적극적으로 요구하였다. 이에 피고
C은 2020. 7. 27. 원고들에게 방음벽 설치 검토 및 조치계획 의견을 회신해줄 것을 요청하였고,
원고들은 이 사건 공동주택 입주민들과 방음벽 등 설치에 관한 논의를 하였다.

(5) 원고들과 피고 C 사이에 이 사건 공사와 관련하여 방음벽을 설치하지 아니하기로 최종적, 확정적으로 합의한 서면 등 자료는 제출되지 아니하였다.

다) 손해배상의 범위

감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다(대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결 등 참조).

앞서 든 증거에 감정인 L의 감정 결과(각 감정보완회보 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고들의 이 사건 반소 제기 시점인 2020. 10. 15. 기준 이 사건 공동주택에 국지도 K 방면으로 방음벽을 설치함에 소요되는 비용은 총 1,205,913,285원(부가가치세 포함)인 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 원고들은 방음벽 공사비는 원고 A이 피고 D에 설계변경 관련 공문을 최초로 제출하여 설계변경이 논의된 2017. 6. 29.를 기준으로 산정되어야 하고, 방음벽 설치가 필요한 구간은 '6m 이상의 둔덕이 형성되어 있는 M동 앞쪽 완충녹지 부분'과 '국지도 K보다 20m 이상 낮은 곳에 위치하고 있고 입주민이 거주하는 주동이 위치하지 않은 N동 우측 휴게공간 및 주민운동시설 부분'의 방음벽 길이가 제외된 297m가 되어야 한다고 주장한다.

그러나 방음벽 공사는 이 사건 공사계약 및 신탁계약에 포함되었던 공사로 설계변경사항이 아님은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거에 감정인 L의 감정 결과, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 6m 이상의 둔덕이 형성된 곳에 위치한 아파트에 방음벽 설치가 필요한지 여부는 각 지점 둔덕의 지형과 아파트가 위치하는 환경적인 여건과의 관계에 따라 달라질 수 있는 점, ② 6m 이상의 둔덕이 형성된 곳이라고 하더라도 아파트 상층부의 소음 방지를 위해서 높이 4~6m 높이의 방음벽을 설치할 필요가 있는 점, ③ 감정인 L의 현장조사 결과 이 사건 공동주택 중 N동 우측의 휴게공간 및 주민운동시설 부분에서도 국지도 K상 주행하는 대형차량이 육안으로 보이고 소음이 발생하는 것이 확인된 점 등을 종합하여 보면, 반소 제기시인 2020. 10. 15.를 기준으로 하여 높이 4~6m, 방음벽 길이 550m의 방음벽 설치 비용을 산정한 감정인 L의 2023. 3. 20.자 감정결과가 부당하다고 볼 수 없다. 따라서 원고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

라) 책임의 제한

앞서 든 증거, 을 제2, 4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고들은 2017. 6. 19. 피고 D에 방음벽 공사와 관련하여 방음벽 설계도서를 요청하였음에도 피고 D은 방음벽 설계도서를 제공하지 아니하였던 점, ② 원고들이 재차 2017. 6. 29. 피고 D에 방음벽 공사로 인한 공사비 증액을 요청하였으나, 피고 C은 이에 대하여 설계 변경 및 공사계약금액 증액이 불가하다고 답변하여 방음벽 공사의 진행이 상당히 지연된 점 등을 종합하여 보면, 원고들의 피고 C에 대한 손해배상책임은 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해액의 70%로 제한함이 상당하다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 원고들은 피고 C에게 방음벽 공사의무 불이행으로 인한 손해배상으로 844,139,299원[= 1,205,913,285원(부가가치세 포함) × 70%, 원 미만 버림, 이하 같다] 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

마) 상계적상 및 상계의 의사표시

원고들의 미지급 공사대금채권과 피고 C의 방음벽 미시공에 따른 손해배상채권은 모두 이 사건 공동주택에 관한 사용검사 허가를 받은 2019. 8. 20. 성립하고 이행기가 도래하여 같은 날 상계적상에 있었다고 할 것이다. 피고 C이 이 사건 반소장에서 위 피고의 원고들에 대한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고들의 위 피고에 대한 공사대금채권과 대등액에서 상계한다는 의사를 표시하였고 위 반소장이 2020. 10. 19. 원고들에게 송달된 사실은 기록상 분명하다.

따라서 원고들의 피고 C, D에 대한 공사대금채권은 피고 C의 원고들에 대한 위 손해배상채권과 대등액에서 상계로 소멸하여 1,365,039,031원(= 2,209,178,330원 - 844,139,299원)만 남게 되고, 이를 원고들이 구하는 바에 따라 원고들의 분담 비율로 계산하면 원고 A에게는

1,092,031,224원(= 1,365,039,031원 × 0.8), 원고 B에게는 273,007,806원(=

1,365,039,031원 × 0.2)이 된다. 따라서 피고 C의 상계 항변은 위 인정범위 내에서 이유 있다[위 피고들의 원고들에 대한 공사대금 지급채무는 부진정연대의 관계에 있음은 앞서 보았다. 그런데 피고 C의 상계 항변에 따라 원고들의 위 피고에 대한 공사대금지급채권이 위 피고의 원고들에 대한 손해배상채권과 대등액에서 소멸하였고, 이는 피고 D에게 절대적 효력을 가진다(대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결 참조)].

4) 소결

결국 피고 C와 D은 특별한 사정이 없는 한 공동하여 원고 A에게 미지급 공사대금 1,092,031,224원 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 미지급 공사대금 273,007,806원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

2. 추가공사대금 지급 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장 1) 원고들 주장의 요지

이 사건 신탁계약 제14조 제2항에 따라 원고들은 피고 C의 승인으로 설계변경이 이루어진 아래 표 기재 추가공사를 하였다. 이에 피고 C, D은 연대하여 원고 A에게 추가공사대금 2,490,146,062원(= 3,112,682,577원 × 0.8) 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 추가공사대금 622,536,515원(= 3,112,682,577원 × 0.2) 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

1-1	토목공사	지하층 층고 변경에 따른 터파기 물량증가	112,572,671
1-2	비탈면 경사 변경에 따른 정치물량 증가	77,260,356	
1-3	현황측량결과에 따른 지반고 반영으로 인한 절취 물량 증가	607,938,384	
1-4	흙막이 가시설의 설치	647,922,715	
1-5	발파공법의 변경	92,254,269	
2-1	건축공사	기초 및 기둥 규격 증가에 따른 물량 증가	648,730,626
2-2	철근배근 간격 변경으로 인한 물량 증가	-17,258,024	
3-1	마감공사	전동형 빨래건조대 설치	56,215,692
3-2	59A, 59B, 59C, 70타입 화장대 설치	148,396,973	
4-1	특화공사	동출입구 장식벽	45,011,651
4-2	부대동 외동 마감 공법 변경	12,642,635	
4-3	누드 EV 골조 변경, 외부 계단 벽체 마감 변경	2,074,961	
4-4	아파트 측벽 BI 수량 증가	14,223,314	
4-5	필로티 바닥 마감 변경	43,007,419	
4-6	사인물 수량 증가	11,864,339	
4-7	주차장 램프지붕 추가	82,584,419	
5	연면적 증가분	129,425,758	
6-1	조경공사	포장 공사	321,982,075
6-2	시설물 공사	30,229,692	

1-1	토목공사	지하층 층고 변경에 따른 터파기 물량증가	112,572,671
6-3	식재 공사	45,602,652	
합계	3,112,682,577		

2) 피고 C, D 주장의 요지

이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제1, 2항, 제14조에 따르면, 추가공사대금 청구가 인정되기 위해서는 '계약서 규정에 따른 설계변경' 및 '설계변경에 따른 연면적의 증가'가 있어야 한다.

원고들이 주장하는 추가공사 부분은 위 절차와 요건을 갖추지 아니하였으므로 연면적 증가분을 제외한 나머지 주장은 받아들일 수 없다.

나. 관련 법리 이 사건 도급계약과 같이 총 공사대금을 정하여 한 공사도급계약의 경우 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인에게 당초의 공사대금을 초과하는 금원을 공사대금으로 지급할 의무는 없고, 다만 수급인이 본계약 내용에 없는 추가공사를 하였다면 그에 대한 추가공사비를 지급할 여지가 있을 뿐이다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005다63870 판결 등 참조). 그리고 추가공사에 관하여 도급인과 수급인 사이의 사전합의가 없었던 이상 일부 변경시공으로 공사비가 증가되었다고 하더라도 그 증가분을 당연히 공사대금으로 청구할 수 있는 것은 아니다(대법원 1998. 2. 24. 선고 95다38066, 38073 판결 등 참조). 한편 어떠한 공사 부분이 원래의 계약내용에 포함된 공사인지 아니면 추가공사인지에 관하여 다툼이 있는 경우에는, 공사도급계약의 목적, 수급인이 추가·변경공사를 하게 된 경위, 도급인의 지시나 묵시적 합의 여부, 약정 도급계약의 내용과 추가·변경공사의 내용, 추가공사에 소요된 비용이 전체 공사대금에서 차지하는 비율 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다[대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다70223(본소), 2010다70230(반소) 판결 등 참조]. 위와 같은 추가공사 사실과 추가공사의 시행 및 추가공사대금의 지급에 관한 합의의 존재 사실은 추가공사 대금을 청구 또는 주장하는 당사자가 증명책임을 부담한다. 다. 청구원인에 관한 판단 이 사건 공사계약 제21조는 설계서의 내용이 공사현장의 상태와 일치하지 않거나 누락, 오류가 있을 때 등 설계변경으로 인한 계약금액의 조정을 정하고 있고, 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제2항은 설계변경 등으로 인하여 건축연면적에 증감이 있을 경우 원고들, 피고 C,

D, 대주단이 협의하여 공사비를 조정하도록 정하고 있다. 또한 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제2, 3항은 원고들과 피고 D의 요청이 있고 피고 C이 필요하다고 인정하여 피고 C이 원고들에게 설계변경을 지시하는 경우 설계변경을 할 수 있으며, 그 설계변경으로 인한 공사비 증액분은 공사비에 포함하도록 정하고 있다. 위 각 계약의 규정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들이 주장하는 공사 항목에 관하여 피고 C, D의 추가공사 대금 지급의무가 인정되기 위해서는, ① 피고 D와 원고들의 설계변경 요청이 있고 피고 C이 명시적 또는 묵시적으로 설계변경을 요구 또는 승인한 사실, ② 추가공사 사실이 인정되어야 한다[한편, 피고 C, D은 건축연면적의 증가가 있어야 추가공사 대금 지급의무가 인정된다고 주장하나, 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제2항과 제14조는 각 별개의 공사비 조정에 관한 규정인 점, ② 이 사건 신탁계약 제14조 제2항은 설계변경으로 인한 공사비 증액에 '건축연면적의 증감'을 요건으로 정하지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 건축연면적의 증가가 있는 경우에만 추가공사대금 청구가 가능한 것으로 볼 수 없다].

1) 추가공사로 인정되는 부분

가) 인정사실

갑 제6 내지 16호증, 갑 제54, 55, 59, 60호증의 각 기재, 감정인 O의 감정결과(감정보완회신 포함, 이하 같다)에 변론 전체의 취지를 종합하면, 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 토목공사 관련

(가) 원고 A은 2016. 10.경 토목공사 착공도면을 수령하였다.

(나) 감리인 주식회사 P(이하 'P'라 한다)는 2017. 3. 28. 원고 A에게 토목 시공도면의 검토 및 보완사항을 구체적으로 지적하면서 '현재 토목 시공도면이 부재한 가운데 시공을 위하여 착공도면을 검토하였으나 제 규정에 적합하지 않은 부분, 누락된 부분, 현장상황과 일치되지 않는 부분이 과도하게 많아 감리업무에 지장이 많고 규정 적합여부 검토 및 검측 기준 적용이 모호해 공정준수에 지장이 많은 바, 실제 시공에 적용할 수 있는 도면 및 누락된 구조계산서와 시방서를 작성하여 제출하시기 바랍니다.'라는 내용의 공문을 발송하였다. 이에 원고 A은 2017. 3. 28. 피고 C, D에게 P의 위 공문을 첨부하여 실시설계에 위 지적사항이 반영될 수 있도록 요청하는 내용의 공문을

발송하였다.

(다) 토목 설계사인 주식회사 Q은 위 착공도면을 수정하여 2018. 1. 24. 원고 A과 피고 C에게 토목실시설계도면을 납품하였다.

(라) 감리인 P는 2018. 2. 6. 원고 A에게 위 토목실시설계도면에 관하여 '상기변경사항은 당초 착공도면의 불합리한 사항을 바로잡고 누락사항 및 제 토목 관련 규정을 적용하고 사업승인조건과 사업권자의 의견을 반영하여 수정 보완한 경미한 설계변경사항으로서 적합하다'는 의견을 개진하였다.

(마) 원고 A은 2018. 2. 6. 피고 C에게 토목공사 착공도면과 실시도면의 변경내용과 설계검토 의견서를 첨부하여 사업변경승인 신청을 할 것을 요청하였다.

(바) 피고 C은 양주시에 위 변경된 토목실시설계도면으로 사업계획변경신청을 하였으나, 지하층 층고 변경 부분은 2017. 8. 30.자 사업계획변경승인의 건축설계변경승인에 반영되어 있고 나머지 부분은 경미한 설계변경으로 처리하라는 이유로 반려되었다.

(2) 건축공사 관련

(가) 원고 A은 2017. 3. 31. 건축 설계사인 R건축사사무소로부터 건축공사의 실시설계도면을 수령하였고, 2017. 4. 11. 피고 D에게 위 건축공사 실시설계도면에 따라 공사계약 금액의 증액이 예상된다는 내용의 실정보고를 하였다.

(나) R건축사사무소는 2017. 6. 13. 원고들에게 최종 지반조사보고서를 반영하여 변경한 건축 및 구조도면을 송부하였고, 같은 달 21. 원고들에게 주요 구조부 변경이 있으니 이를 반영할 것을 요청하였다.

(다) 감리인 P는 2017. 7. 17. 위 건축공사 실시설계도면에 관하여 '적합'의견을 개진하였다.

(라) 피고 C은 2017. 7. 27. 위 건축공사 실시설계도면을 근거로 양산시에 이 사건 사업의 사업계획변경신청을 하여 2017. 8. 30. 사업계획변경승인을 받았다.

(3) 마감공사 및 특화공사 관련

(가) 이 사건 공사계약에 관한 견적도면 및 실시도면상 전동 빨래건조대 설치에 대한 기재는 없으나, 피고 C, D은 이 사건 공동주택의 모델하우스에 전동 빨래건조대를 설치하였다.

(나) 피고 D은 2017. 8. 24. 원고 A에게 특화설계도면을 송부하였고, 원고들은 위 특화설계도면에 따라 공사를 하였다.

나) 판단

위 인정사실 및 앞서 든 증거에 감정인 O의 감정결과, 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래 각 표 '판단' 부분의 사정들을 종합하여 보면, 아래 표 기재 각 공사 항목에 관하여 원고들 또는 피고 D의 설계변경 요청에 따라 피고 C이 명시적, 묵시적으로 설계변경을 요구, 승인하여 추가공사가 이루어졌다고 봄이 상당하다.

1-1	지하층 층고 변경에 따른 터파기 물량증가	112,572,671	견적 건축도면과 실시 건축도면상 지하1층 및 지하2층 층고가 각 3,600m에서 3,800m로 변경된 것이 확인된다.
1-4	흙막이 가시설의 설치	647,922,715	① 감정인 O의 감정결과에 따르면, 흙막이 벽체가 설치되었던 북측 경사지반의 기울기가 급격하고, 건물과 대지 경계선까지 여유 공간이 부족하여 흙막이 설치 없이는 본공사 실시가 불가능할 것으로 보인다. ② 또한, P가 2018. 1. 6. 작성한 설계변경 검토 의견서(갑 제8호증)에 도면변경내용으로 '가설 흙막이 신설'이 포함되어 있다.
1-5	발파공법의 변경	92,254,269	P가 2018. 1. 6. 작성한 설계변경 검토의견서(갑 제8호증)에 도면변경내용으로 '발파 패턴 상향 조정'이 포함되어 있다.
2-1	기초 및 기둥 규격 증가에 따른 물량 증가	648,730,626	① 견적 구조계산서와 실시도면 구조계산서에 따르면 기초부재의 설계변경이 확인되고, ② 견적구조도면과 실시구조도면을 대조하면 기둥의 종류가 변경되고 변경된 기둥 사이즈 및 배근이 증가 되거나 축소된 것이 확인된다.
2-2	철근배근 간격 변경으로 인한 물량 증가	-17,258,024	실시도면의 지하주차장 주요 벽체, 지하주차장 보, 지하주차장 주요슬라브, 단위세대 주요기둥, 단위세대 주요벽체, 단위세대 주요보 부재의 사이즈, 배근, 개수 등이 변경된 것이 확인된다.
3-1	전세대에 전동형 빨래건조대 설치	56,215,692	① 이 사건 공사계약 특약사항 제2조 제3항은 '아파트 마감재의 기준은 원고들이 제시한 견적서 상의 마감재 수준으로 한다. 다만 모델하우스 설치과정에서 원고들이 제시한 마감재보다 상위의 등급을 사용하거나, 추가적인 품목이 설치될 경우 피고 양산 투자개발과 원고들이 협의하여 공사비를 조정하기로 한다.'고 정하고 있다. ② 견적 도면 및 실시도면에는 전동형 빨래건조대 설치에 대한 지시는 없다. ③ 피고 C, D은 모델하우스에 전동형 빨래건조대를 설치하였고 이에 따라 원고들이 이 사건 공동주택 전세대에 전동형 빨래건조대를 설치하였다.
4-1	동출입구 장식벽	45,011,651	① 견적 건축도면 동출입구 외벽 마감은 돌출이 없는 건식 석재 마감으로 지시되어 있으나, 실시건축도면 동출입구 외벽마감은 돌출이 표현된 입체적인 건식 석재 마감으로 확인된다. ② 특화설계도면에도 아파트 동출입구 외벽 마감이 돌출형 석재 장식벽 설계 지시가 확인된다.
4-2	부대동 외부 마감 공법 변경	12,642,635	① 견적 건축도면 부대동 외부 마감은 돌출이 없는 건식 석재 마감으로 지시되어 있고, 실시 건축도면에는 돌출이 표현된 입체적인 건식 석재 마감으로 확인된다. ② 특화설계도면에 따르면 부대동 외벽 마감이 돌출형 석재 마감 지시가 확인된다.
4-3	누드 EV 골조 변경, 외부 계단 벽체 마감 변경	2,074,961	① 견적 건축도면 및 실시도면에는 누드EV 프레임 설치 지시가 확인되지 아니하고, 해당 위치에 콘크리트 구조물이 위치하고 있다. ② 특화설계도면에는 누드 엘리베이터 프레임 설치사항이 확인된다. ③ 견적 건축도면과 실시도면에는 외부 계단 벽체 마감이 수성페인트로 확인되나 특화설계도면에는 외부 계단 벽체 마감이 석재뿔칠로 확인된다.

1-1	지하층 층고 변경에 따른 터파기 물량증가	112,572,671	견적 건축도면과 실시 건축도면상 지하1층 및 지하2층 층고가 각 3,600m에서 3,800m로 변경된 것이 확인된다.
4-4	아파트 측벽 BI 수량 증가	14,223,314	① 견적 건축도면 및 실시 건축도면상 아파트 측벽 BI 설치 지시는 확인되나 BI 품목에 대한 규격 확인이 불가하다. ② 기성내역서에서 도장BI 설치 규격이 확인된다. ③ 특화설계도면상 S동, T동 외벽에 입체 문자 BI설치 지시가 확인된다.
4-5	필로티 바닥 마감 변경	43,007,419	① 견적 건축도면과 실시 건축도면에는 필로티 바닥에 소형고압블럭 설치가 확인된다. ② 특화설계도면상 필로티 바닥에 인조화강석 블록 마감과 탄성고무칩 포장 설치가 확인된다.
4-6	사인물 수량 증가	11,864,339	견적 건축도면, 기성내역서와 특화설계도면을 대조하였을 때 특화설계도면상 단지내 사인물의 개수 및 성능이 증가, 향상된 것으로 확인된다.
4-7	주차장 램프지붕 추가	82,584,419	① 견적 건축도면과 실시 건축도면상 아파트 지하주차장 램프에 지붕 설치 사항이 없다. ② 특화설계도면상 아파트 지하주차장 출입램프 2곳에 지붕 설치지시 확인된다.
6-1	포장 공사	321,982,075	견적 포장공사도면과 실시 포장공사도면을 대조한 결과 삭제, 추가신설, 물량 변경이 확인된다.
6-2	시설물 공사	30,229,692	견적 포장공사도면과 실시 포장공사도면을 대조한 결과 삭제, 추가신설, 물량 변경이 확인된다.
6-3	식재 공사	45,602,652	견적 포장공사도면과 실시 포장공사도면을 대조한 결과 삭제, 추가신설, 물량 변경이 확인된다.
합계	2,149,661,106		

2) 추가공사로 인정되지 아니하는 부분

앞서 든 증거에 감정인 O의 감정결과, 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래 표 '판단' 기재와 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들이 제출한 증거만으로는 아래 표 기재의 각 공사가 피고 C이 명시적, 묵시적으로 설계변경을 요구, 승인하였거나 원고들이 이에 따라 추가로 공사한 것이라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

1-2	비탈면 경사 변경에 따른 정치 물량 증가	견적 도면과 실시 도면상 비탈면 경사의 변경에 대한 사항이 확인되지 아니한다.
1-3	현황측량결과에 따른 지반고 반영으로 인한 절취 물량 증가	견적 도면상 이 사건 공사 목적 대지 레벨 변화가 확인되지 아니하고, 실제 대지 레벨에 관한 현황측량보고서도 확인되지 아니한다.
3-2	59A, 59B, 59C, 70타입 화장대 설치	견적 건축도면상 59A, 59B, 59C, 70타입에도 화장대가 표기되어 있다.
5	연면적 증가	원고들과 피고 C, D 사이에 설계변경으로 인한 추가공사에 관하여 위에서 인정하는 바와 같은 개별 공사에 대한 공사대금 외에 연면적 증가에 따른 일정 금액 비율로 계산하여 대금을 지급하는 구체적 합의가 있었다고 불만한 자료는 확인되지 아니한다.

라. 소결 따라서 피고 C, D은 특별한 사정이 없는 한 공동하여 원고 A에게 추가공사대금 1,719,728,884원(= 2,149,661,106원 × 0.8) 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 추가공사대금 429,932,221원(= 2,149,661,106원 × 0.2) 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

3. 피고 C에 대한 손해배상청구

가. 원고들 주장의 요지 이 사건 승계계약을 통해 이 사건 공사의 도급인 지위를 승계한 피고 C와 원고들 사이에는 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다)이 적용되는데, 이 사건 공사계약 특약사항 제2조 제2항은 보강토 옹벽 등 공사비가 이 사건 공사계약의 공사대금에 포함되지 않는 것으로 정하고 있음에도 피고 C은 이 사건 공사계약보다 우선 적용되는 이 사건 신탁계약 특약사항 제12조 제2항에 보강토 옹벽 등 공사비도 이 사건 공사계약의 공사대금에 포함하는 것으로 정하였다. 이는 실질적으로 이 사건 공사계약의 공사대금 중 위 보강토 옹벽 등 공사비를 아무런 이유 없이 부당하게 감액하는 부당한 특약을 설정한 것으로 하도급법 제11조, 제3조의4를 위반한 것이다. 따라서 피고 C은 하도급법 제35조에 따라 손해배상으로 보강토 옹벽 공사비 214,790,000원, 전석 쌓기 공사비 47,390,000원, 자연석 쌓기 공사비 49,180,000원, 구거공사 공사비 251,150,000원, 옹벽공사 공사비 428,980,000원을 합한 총 991,480,000원 중 원고 A에게 793,180,000원(= 991,480,000원 × 0.8) 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 198,296,000원(= 991,480,000원 × 0.2) 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

나. 판단 살피건대, 이 사건 공사계약, 신탁계약의 각 체결 경위와 내용, 이후 이 사건 공사의 진행 상황 등 앞서 본 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고 C이 우월적 지위를 이용하여 원고들에게 부당한 감액을 요구하거나 현저히 불리한 계약의 체결을 강요한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 원고들이 제출한 증거들만으로는 위와 같은 점을 인정하기 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 피고 C, D에 대한 업무대행비 청구

가. 당사자들 주장의 요지 1) 원고들 주장의 요지

이 사건 신탁계약 특약사항 제2조에 따르면, 원고들은 인허가에 대한 '협조', 사용승인 관련 '업무

수행'만을 담당할 뿐이고, 피고 D이 이 사건 사업의 제반 인허가 일체, 인허가에 따른 조건이행 의무, 감리용역계약 등 사업시행주체 명의로 체결되어야 하는 계약을 제외한 일체의 용역계약 체결 등을 담당한다. 그럼에도 불구하고 원고들은 아래 표 기재와 같이 피고 D이 부담하는 업무를 대행하여 처리하고 비용을 지출하였으므로, 피고 D은 원고들에게 위 업무대행비를 지급할 의무가 있다. 한편, 피고 C은 신탁계좌에 입금된 자금을 이 사건 신탁계약 특약사항 제23조 제1항 각 호의 순서에 따라 집행하여야 하고, 같은 항 제3호는 '설계비, 감리비, 분양대행수수료, 광고홍보비 등 원고들의 공사비를 제외한 필수사업비'를 정하고 있다. 원고들이 지출한 위 업무대행비는 '원고들의 공사비를 제외한 필수사업비'에 해당하므로 피고 C은 피고 D과 연대하여 원고들이 지출한 위 업무대행비를 지급할 의무가 있다. 따라서 피고 C, D은 연대하여 원고 A에게 192,281,000원 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 1,100,000원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

경관, 색채 비용	(주)U	22,000,000	원고 A
색채조경자문	V건축사사무소	11,000,000	원고 A
산지복구 설계 및 감리	(주)W	18,700,000	원고 A
공기연장에 따른 감리용역	P	13,200,000	원고 A
토목설계 변경 및 인허가	Z	22,000,000	원고 A
사용승인 및 도면 및 인허가	R건축사사무소	49,500,000	원고 A
설계변경 판넬제작비	Y	6,600,000	원고 A
사용승인 변경 및 준공업무	V건축사사무소	19,800,000	원고 A
토목설계 변경 및 인허가	Z	22,000,000	원고 A
구조감리 용역 및 날인	(주)AA	11,000,000	원고 A
분할측량 자문용역	Z	5,500,000	원고 A
분할측량비	한국국토정보공사	12,881,000	원고 A
합계	193,281,000		

2) 피고 C, D 주장의 요지

원고들이 대행하였다고 주장하는 업무는 이 사건 신탁계약 제2조 제4항 제1호가 원고들의 업무로 정한 '본 사업 건축물에 대한 공사도급계약에서 정한 공사기간 내 책임준공(주택건설사업계획승인

내지 건축허가 조건에 부합하는 일체의 준공의무 및 인허가 조건사항 이행의무를 포함하며, 이하 같음)' 중 '인허가 조건사항 이행 의무'에 포함되는 것으로, 원고들은 이 사건 신탁계약상 책임준공의무를 다하기 위하여 그 비용을 지출한 것뿐이다. 따라서 위 피고들은 원고들의 위 주장을 받아들일 수 없다.

나. 청구원인에 관한 판단 이 사건 신탁계약 특약사항 제2조 제2항 제5호는 피고 D의 업무로 '이 사건 사업 관련 각종 인허가에 따른 조건이행 의무(진입도로 매입, 도로포장비 부담 등 사업승인 조건 사항 일체의 이행)'로 정하고, 같은 조 제4항 제1호는 원고들의 업무로 '본 사업 건축물에 대한 공사도급계약에서 정한 공사기간 내 책임준공(주택건설사업계획승인 내지 건축허가 조건에 부합하는 일체의 준공의무 및 인허가 조건사항 이행의무를 포함)'으로 정하여 '인허가 조건 이행 의무'를 원고들과 피고 D의 업무로 모두 기재하여 그 범위에 관한 해석이 문제된다.

살피건대, 앞서 본 바와 같은 이 사건 공사계약 및 승계계약의 목적과 구체적 내용, 이 사건 신탁계약 특약사항 제23조 제1항은 신탁계좌의 자금 집행 순서 중 '설계비, 감리비 등 원고들의 공사비를 제외한 필수 사업비'를 정하고 있는 점 등에 비추어 이 사건 신탁계약의 특약사항 제2조 제2항 제4 내지 6호, 같은 조 제4항 제1, 3, 4호를 규범 조화적으로 해석하면, 이 사건 신탁계약의 특약사항 제2조 제4항 제1호가 정한 원고들의 업무는 건축허가 또는 인허가 조건에 부합하는 공사를 완료하여 사용승인 또는 준공인가를 받는 책임준공으로 한정하고, 공사 또는 사용승인, 준공인가 이외의 각종 인허가에 따른 조건 이행 의무는 피고 D이 부담하는 것으로 봄이 상당하다.

또한, 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 제3항 후문은 '피고 D과 원고들 간에 체결한 공사도급계약에서 원고들의 업무범위에 포함되지 아니한 업무, 피고 D이 처리기로 한 업무에 대하여 원고들이 그 책임과 비용을 부담하고, 불이행시 원고들이 대리 또는 대행하여 처리하되, 이에 소요된 비용을 피고 D 또는 신탁재산에 청구하여 충당한다.'고 정하고 있는바, 원고들이 이 사건 공사와 관련하여 피고 D을 대행하여 처리한 업무용역비를 신탁재산을 관리하는 피고 C에 청구할 수 있고, 피고 C과 피고 D의 위 각 채무는 부진정연대채무 관계에 있는 것으로 봄이 상당하다.

1) 원고들이 대행하여 부담한 것으로 인정되는 업무용역비

위 법리에 비추어 보건대, 아래 표 기재의 각 용역비는 이 사건 공사계약 및 신탁계약상 원고들의 업무

범위에 포함되지 아니함에도 원고들이 수행한 업무에 소요된 비용으로 봄이 상당하다.

공기연장에 따른 감리 용역	P	13,200,000	갑 제21호증
토목설계 변경 및 인허가	Z	22,000,000	갑 제26호증
구조감리 용역 및 날인	(주)AA	11,000,000	갑 제27호증
분할측량 자문용역	Z	5,500,000	갑 제28, 29, 68호증
분할측량비	한국국토정보공사	12,881,000	
합계	64,581,000		

2) 원고들이 대행하여 부담한 것으로 인정되지 않는 업무용역비

위 법리에 비추어 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래 표의 '판단' 기재 사정들을 종합하여 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로는 아래 표 기재의 용역비는 이 사건 공사계약 및 신탁계약상 원고들의 업무 범위에 포함되지 아니함에도 원고들이 수행한 업무에 소요된 비용으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

경관, 색채 비용	(주)U	갑 제19호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 부분 용역은 원고들이 공사한 이 사건 공동주택의 색채, 축벽 디자인, 조경, 담장 등이 양산시의 색채 및 조경자문을 거쳐야 하는 사업계획승인 조건에 따른 것으로 원고들의 업무에 포함된다고 봄이 상당하고, 피고 C, D의 업무 범위에 포함된다고 보기 어렵다.
색채조경자문	V건축사사무소	
산지복구 설계 및 감리	(주)W	갑 제20호증의 기재만으로는 산지 복구 설계 및 감리계약의 내용, 체결 경위 등을 확인하기 어렵다.
설계변경 판넬제작비	Y	갑 제24호증의 기재만으로는 제작 대상인 판넬의 구체적 내용, 용도 등을 확인하기 어렵다.
전기준공도서	(주)X	갑 제22호증의 기재에 따르면, 이 부분 용역 계약은 전기 준공도면 작성에 관한 것으로 원고들의 업무에 포함된다고 봄이 상당하고, 피고 C, D의 업무에 포함된다고 보기 어렵다.
사용승인 및 도면 및 인허가	R건축사사무소	갑 제23호증의 기재에 따르면, 이 부분 설계 용역 계약은 사용승인(준공)에 필요한 설계도면 작성 및 검토를 용역 범위로 하고 있으므로 원고들의 업무에 포함된다고 봄이 상당하고, 피고 C, D의 업무에 포함된다고 보기 어렵다.
사용승인 변경 및 준공업무	V건축사사무소	갑 제25호증의 기재에 따르면, 이 부분 용역계약은 이 사건 공사의 준공 관련 인허가 대관업무를 용역 대상으로 하고 있으므로 원고들의 업무에 포함된다고 봄이 상당하고, 피고 C, D의 업무에 포함된다고 보기 어렵다.

다. 소결 따라서 피고 C, D은 특별한 사정이 없는 한 공동하여 원고 A에게 업무대행비 64,581,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 원고 B의 위 피고들에 대한 이 부분 청구는 받아들이지 아니한다.

5. 대여금 청구에 관한 판단

가. 당사자들 주장의 요지 1) 원고들 주장의 요지

이 사건 신탁계약의 특약사항 제24조 제3항 본문에 따라 이 사건 사업의 정산은 준공일인 2019. 8. 20.로부터 4개월 후인 2019. 12. 20.에 실시되어야 하므로, 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정의 변제기는 2019. 12. 20. 도래하였다. 따라서 피고들은 연대하여 원고들에게 위 변제기의 다음날인 2019. 12. 21.부터 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정이 정한 연 12%로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 구체적으로 피고 D 및 피고 E은 연대하여 원고 A에게 2,173,421,890원(= 1,213,387,395원 + 960,034,495원) 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 543,355,471원(= 303,346,848원 + 240,008,623원) 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있고, 이 사건 신탁계약 특약사항 제6조 제1항 제2호, 제2항에 따라 피고 C은 피고 D, E과 공동하여 위 채무를 지급할 의무가 있다.

2) 피고들 주장의 요지

이 사건 금전소비대차계약 제2조, 이 사건 신탁계약 특약사항 제24조 제3항은 실제 정산일을 정한 것이 아니라 정산예정일을 정하고 있는 것인데, 원고들과 피고 C 사이에 공사대금 액수에 관한 다툼이 있어 정산에 이르지 못하고 있다. 따라서 원고들이 주장하는 2019. 12. 20.은 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정의 변제기가 될 수 없고, 실제 정산이 이루어지는 날까지 이 사건 금전소비대차계약 및 대여금 약정이 정한 연 12%의 지연이자율이 아닌 이 사건 금전소비대차계약이 정한 연 4.5%의 이자율이 적용되어야 한다.

나. 판단 1) 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정상 변제기의 성격

부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이

상당한 경우에는 그 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다50199 판결 등 참조), 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사실이 발생한 때뿐만 아니라 그 사실의 발생이 불가능한 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다(대법원 1989. 6. 27. 선고 88다카10579 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고 D, E의 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 계약에 따른 변제채무는 '불확정기한이 있는 채무'로 봄이 상당하다.

가) 이 사건 금전소비대차계약 제2조는 대여기간을 '2016. 3. 30.부터 이 사건 신탁계약의 신탁정산일'로, 이 사건 대여금 약정 제2조도 대여금 상환기한을 '이 사건 신탁계약서에 따른 신탁정산일'로 각각 정하고, 이 사건 신탁계약서 제24조 제3항은 '이 사건 사업의 정산은 준공일로부터 4개월 이내에 실시한다. 다만, 정산은 계약당사자가 협의로 연장할 수 있다.'고 정하여 이 사건 금전소비대차계약 및 대여금 약정은 준공 후 이 사건 신탁계약에 따른 원고들과 피고 C, D 사이의 정산 절차를 예정하고, 그 정산이 완료된 시점에 변제가 이루어지도록 정하고 있다.

나) 이 사건 신탁계약 제24조 제1, 2항에 따르면 이 사건 신탁계약의 정산을 위해서는 신탁사무처리비용, 신탁보수, 원고들의 미지급 공사비 등이 확정, 협의가 되어야 하고, 미분양분 환가를 위해서는 할인분양 또는 공매절차를 통한 매각 등 절차를 거쳐야 한다.

다) 이 사건 금전소비대차계약 제2조, 이 사건 대여금 약정 제2조, 이 사건 신탁계약 제24조 제3항은 피고 C와 D의 사업비 정산을 하지 아니하는 한 위 피고들이 원고들에게 대여금을 변제하지 않아도 된다는 것을 의미하는 것이 아니라, 이 사건 신탁계약에 따른 정산을 실시하지 아니하는 것으로 확정된다거나 합리적으로 예상되는 기간이 지났는데도 위 피고들이 정산을 하지 않는다면, 이 사건 금전소비대차계약 및 대여금 약정의 변제기가 도래한다는 의미로 해석하여야 한다.

2) 불확정기한의 도래 여부

살피건대, 이 사건 신탁계약에 따른 정산이 마쳐졌다거나 정산이 최종적으로 불가능하게 되었다고 볼만한 증거는 없다. 따라서 이 사건 금전소비대차계약 및 대여금 약정의 변제기는 도래하지

아니하였으므로 위 계약 및 약정상 연 12% 비율의 지연이자는 발생하지 아니한다.

3) 피고 C의 원금 변제에 따른 잔여 채무원리금

피고 C이 2019. 12. 23. 원고들에게 이 사건 금전소비대차계약에 따른 대여원금으로 1,500,000,000원을 변제한 사실, 피고 C이 2020. 7. 29. 원고들에게 대여금 대물변제계약 및 신탁재산처분에 따른 일괄 매매계약에 따라 총 현금 2,028,163,157원을 변제하고, 11,797,904,000원 상당의 채권의 대물변제 명목으로 이 사건 공동주택 67세대에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부한 사실은 앞서 본 바와 같다. 또한, 원고들과 피고 C은 위 2019. 12. 23.자 변제가 이 사건 금전소비대차계약의 원금에 대한 변제인 점과 2020. 7. 29.자 변제가 이 사건 금전소비대차 및 대여금 약정의 원금에 대한 변제인 점을 다투지 아니하므로 위 각 변제 이후 남은 이자액수는 아래와 같다.

가) 이 사건 금전소비대차계약에 따른 이자 : 1,257,275,342원(① + ②)

① 원금 7,200,000,000원에 대한 2016. 7. 29.부터 2019. 12. 23.까지(1243일) 연 4.5%의 이자
= 1,103,375,342원

② 일부 변제 후 잔여 원금 5,700,000,000원에 대한 2019. 12. 24.부터 2020. 7. 29.까지(219일)
연 4.5%의 이자 = 153,900,000원

나) 이 사건 대여금 약정에 따른 이자 : 829,360,877원

2016. 10. 27.	96,000,000	1372일(=2016. 10. 27.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	16,238,465
2016. 12. 28.	47,213,112	1310일(=2016. 12. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	7,625,240
2017. 1. 31.	48,920,547	1276일 (=2017. 1. 31.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	7,695,939
2017. 2. 28.	263,042,980	1248일 (=2017. 2. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	40,472,585
2017. 4. 28.	322,408,141	1189일 (=2017. 4. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	47,261,500
2017. 6. 29.	428,500,932	1127일 (=2017. 6. 29.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	59,538,150
2017. 8. 29.	567,674,894	1066일 (=2017. 8. 29.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	74,606,478
2017. 10. 30.	556,447,724	1004일(=2017. 10. 30.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	68,877,556
2017. 12. 29.	630,419,385	944일 (=2017. 12. 29.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	73,370,453
2018. 2. 28.	668,592,042	883일(=2018. 2. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	72,784,944
2018. 4. 29.	714,944,141	822일 (=2018. 4. 30.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	72,454,202
2018. 6. 29.	675,412,990	762일 (=2018. 6. 29.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	63,451,812

2016. 10. 27.	96,000,000	1372일(=2016. 10. 27.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	16,238,465
2018. 8. 31.	664,573,765	699일 (=2018. 8. 31.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	57,271,692
2018. 10. 31.	672,215,928	638일 (=2018. 10. 31.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	52,874,847
2018. 12. 28.	676,108,881	580일 (=2018. 12. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	48,346,415
2019. 2. 28.	648,217,102	518일 (=2019. 2. 28.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	41,397,097
2019. 4. 30.	445,374,593	457일(=2019. 4. 30.부터 2020. 7. 29.까지)	4.5%	25,093,502
합계			829,360,877	

4) 소결

따라서 피고 D, E은 이 사건 금전소비대차계약 및 이 사건 대여금 약정에 따라 연대하여, 피고 C은 이 사건 신탁계약의 수탁자로서 위 피고들과 공동하여 특별한 사정이 없는 한 우선수익자권자인 원고들에게 이 사건 소비대차계약 및 대여금 약정에 따른 이자를 지급할 의무가 있고, 구체적으로 원고 A에게 1,669,308,975원[= (1,257,275,342원 + 829,360,877원) × 0.8] 및 이에 대한 지연손해금을, 원고 B에게 417,327,243원[= (1,257,275,342원 + 829,360,877원) × 0.2] 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6. 피고 C의 유한책임 항변에 관한 판단

수탁자가 신탁재산의 한도 내에서 책임을 부담하기로 한 경우 이는 수탁자가 그 고유재산으로 채무를 부담하지 아니한다는 것이므로, 채권자의 수탁자에 대한 이행판결 주문에서는 수탁자의 고유재산에 대한 강제집행을 할 수 없도록 집행력을 제한하기 위하여 신탁재산의 한도 내에서 지급을 명하는 취지를 명시하여야 한다. 그리고 신탁재산의 가액을 특정 시점을 기준으로 평가해야 할 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라 신탁재산의 한도를 금액으로 특정하여 표시할 경우 그 주문의 기재로는 수탁자인 피고가 신탁재산 뿐 아니라 자신의 고유재산으로도 변제해야 할 위험이 있으므로 피고에 대하여 신탁재산의 한도에서 원고에게 지급을 명하는 것으로 족하고 신탁재산의 한도를 금액으로 특정할 필요는 없다(대법원 2020. 2. 25. 선고 2009다82797 판결 참조).

피고 C은 원고들의 이 사건 청구에 관하여 신탁재산 중 현금 범위에서만 책임을 부담한다고 항변하므로 살피건대, 이 사건 승계계약 제2조 제2항은 '피고 C은 이 사건 공사계약 및 승계계약에서

정하는 공사대금 지급의무를 포함한 일체의 의무 및 책임을 신탁재산 중 현금 범위 및 신탁계약의 업무범위 내에서만 부담하며, 이를 초과하는 부분은 피고 D이 전적으로 그 책임을 부담하고, 어떠한 경우에도 피고 C은 그 고유계정에 속하는 재산으로 공사대금 지급 등의 일체의 의무를 부담하지 아니한다.'고 정한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 C은 이 사건 신탁계약에서 정한 신탁재산의 범위 내(신탁재산 중 현금 범위 내로 제한하지 아니한다)에서 피고 D과 공동하여 원고들에게 위 미지급한 공사대금, 추가공사대금, 업무대행비, 대여금에 관한 이자 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 피고 C의 위 항변은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

7. 결론

가. 원고 A의 미지급 공사대금, 추가공사대금, 업무대행비 청구 인용금액

따라서 피고 C은 신탁재산의 범위 내에서, D과 공동하여 원고 A에게 미지급 공사대금, 추가공사대금, 업무대행비를 합한 총 2,876,341,108원(= 1,092,031,224원 + 1,719,728,884원 + 64,581,000원) 그 중 미지급 공사대금 1,092,031,224원에 대하여는 위 원고가 구하는 바에 따라 2019. 9. 19.부터 위 피고들이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2024. 3. 21.까지는 이 사건 공사계약이 정한 연 7%의, 추가공사대금 1,000,000원¹⁾에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날인 2020. 2. 28.부터 위 2024. 3. 21.까지는 이 사건 공사계약이 정한 연 7%의, 나머지 추가공사대금 1,718,728,884원에 대하여는 이 사건 2023. 10. 17.자 청구취지변경신청서 부분 송달일 다음날인 2023. 10. 19.부터 위 2024. 3. 21.까지는 이 사건 공사계약이 정한 연 7%의, 업무대행비 64,581,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날인 2020. 2. 28.부터 위 2024. 3. 21.까지는 상법이 정한 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 원고 B의 미지급 공사대금, 추가공사대금 청구 인용금액

따라서 피고 C은 신탁재산의 범위 내에서, D과 공동하여 원고 B에게 미지급 공사대금과 추가공사대금을 합한 총 702,940,027원(= 273,007,806원 + 429,932,221원) 및 그 중 미지급 공사대금 273,007,806원에 대하여는 위 원고가 구하는 바에 따라 2019. 9. 19.부터, 추가공사대금

1,000,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날인 2020. 2. 28.부터, 나머지 추가공사대금 428,932,221원에 대하여는 이 사건 2023. 10. 17.자 청구취지변경신청서 부분 송달일 다음날인 2023. 10. 19.부터 각 위 피고들이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2024. 3. 21.까지는 이 사건 공사계약이 정한 연 7%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 원고들의 대여금 청구 인용금액

따라서 피고 D, E은 연대하여, 피고 C은 신탁재산의 범위 내에서 위 피고들과 공동하여 원고 A에게 1,669,308,975원, 원고 B에게 417,327,243원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날인 2020. 2. 28.부터 다 갚는 날까지 이 사건 금전소비대차계약 및 대여금약정, 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

III. 반소 청구에 관한 판단

1. 원고들의 공사지체 및 책임준공의무 위반에 따른 지체상금 및 손해배상 청구

위 II. 1. 나. 1)항 및 2)항에서 본 바와 같이, 피고 C, D이 제출한 증거들만으로는 원고들이 공사를 지연 또는 책임준공의무를 위반하였다거나 이 사건 공동주택에 입주지연이 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고 C, D의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴보지 아니하고 받아들이지 아니한다.

2. 방음벽 미설치에 따른 손해배상청구

위 II. 1. 나. 3)항에서 본 바와 같이, 피고 C에게는 원고들에게 방음벽 미시공으로 인한 손해배상채권 844,139,299원[= 1,205,913,285원(부가가치세 포함) × 70%]이 인정되나, 피고 C의 이 사건 반소장의 상계의사표시에 따라 위 손해배상채권으로 원고들의 피고 C에 대한 미지급 공사대금채권과 상계하면, 피고 C의 위 손해배상채권은 전액 소멸하였다. 따라서 피고 C의 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다.

IV. 결론

그렇다면, 원고들의 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고들의 피고 E에

대한 나머지 청구 및 피고 C, D에 대한 나머지 본소청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하며, 피고 C, D의 반소청구는 이유 없어 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이오영

판사황윤정

판사전현진

1) 원고들은 이 사건 소장에서 추가공사대금 각 1,000,000원 및 이에 대하여 소장 부분 송달일을 기산일로 한 지연손해금의 지급을 구하였고, 이후 2023. 10. 17.자 청구취지변경신청서에서 원고 A은 청구금액을 2,490,146,062원, 원고 B은 청구금액을 622,536,515원 및 각 이에 대한 소장 부분 송달일을 기산일로 한 지연손해금을 지급을 구하는 것으로 청구취지를 확장하였다. 이에 원고들이 당초 소장에서 청구한 금액에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날을, 나머지 금액에 대해서는 2023. 10. 17.자 청구취지변경신청서 부분 송달일 다음날을 각 지연손해금 기산일로 인정한다.