

울산지방법원 2023. 5. 18 선고 2021나13165(본소), 2021나13172(반소) 판결 [지체상금 등
청구의 소 · 공사대금]

재판경과

울산지방법원 2023. 5. 18 선고 2021나13165(본소), 2021나13172(반소) 판결

울산지방법원 2021. 5. 25 선고 2019가단113054 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인 1. A

2. B

원고(반소피고)들 소송대리인 변호사 김경아

피고, 피항소인 주식회사 C

소송대리인 법무법인(유한) 강남

담당변호사 조한정

소송복대리인 변호사 허순민

피고(반소원고), 피항소인 D 주식회사

소송대리인 법무법인 백석

담당변호사 최재형

소송복대리인 변호사 김종욱, 김명수

변론 종결 2023. 4. 13.

판결 선고 2023. 5. 18.

제1심판결 울산지방법원 2021. 5. 25. 선고 2019가단113054(본소), 2020가단105509(반소)

판결

주 문

1. 제1심판결의 피고(반소원고) D 주식회사에 대한 본소 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고(반소피고)들 패소 부분을 취소한다.
피고(반소원고) D 주식회사는 원고(반소피고)들에게 30,000,000원 및 이에 대하여 2020. 3. 10.부터 2023. 5. 18.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.
2. 제1심판결의 반소 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 원고(반소피고)들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고) D 주식회사의 반소청구를 기각한다.
원고(반소피고)들은 연대하여 피고(반소원고) D 주식회사에게 9,100,000원 및 이에 대하여 2019. 4. 10.부터 2023. 5. 18.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.
3. 원고(반소피고)들의 피고(반소원고) D 주식회사에 대한 본소 및 반소에 관한 각 나머지 항소, 피고 주식회사 C에 대한 항소를 각 기각한다.
4. 원고(반소피고)들과 피고(반소원고) D 주식회사 사이에 생긴 소송 총비용은 본소, 반소를 합하여 그 중 1/3은 원고(반소피고)들이, 나머지는 피고(반소원고) D 주식회사가 각 부담하고,
원고(반소피고)들과 피고 주식회사 C 사이에 생긴 항소비용은 원고(반소피고)들이 부담한다.
5. 제1항의 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고 주식회사 C(이하 '피고 C'라고 한다)와 피고(반소원고) D 주식회사(이하 '피고 D'이라고만 한다)는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)들에게 99,172,000원 및 이에 대하여 2020. 3. 6.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 금원을 지급하라.

나. 반소

원고들은 연대하여 피고 D에게 147,990,000원 및 이에 대하여 2019. 3. 26.부터 반소장 부분 최종 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

가. 제1심판결의 본소 부분을 취소하고, 본소 청구취지와 같은 판결을 구한다.

나. 제1심판결의 반소 부분 중 원고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고 D의 반소청구를 기각한다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고들은 L 주식회사(이하 'L'이라 한다)의 임원들인데, 위 회사의 대표이사 M을 통하여 알게 된 부동산중개업소 사무장 I의 소개로 2017. 7. 19.경 평택시 F 토지를 매수하면서, 공동하여 2017. 7. 28. I의 처남 N가 대표자인 피고 C와 사이에 위 토지 지상에 5층 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하는 내용의 다음과 같은 공사도급계약을 체결하고, 같은 날 피고 C의 계좌로 계약금 150,000,000원 중 50,000,000원을 송금하였다.

○ 착공년월일 : 2017. 9.

○ 준공예정년월일 : 착공일로부터 6개월

○ 공사지체금 : 착공일로부터 6개월이 지난 1일부터 일 100,000원

○ 공사금액 : 921,500,000원

- 계약금 150,000,000원 2017. 7. 28, 지불하기로 한다.

○ 특약사항 : 설계비, 감리비, 한전불입금, 수도인입비, 측량비(공사비 포함됨)

위 계약(이하 '이 사건 1공사계약'이라 한다) 체결 당시 현장에는 원고들을 대리한 M과 I, N가 참석하였다.

나. 그런데 피고 C가 종합건설면허가 없어 이 사건 건물 신축을 진행할 수 없게 되자, 다시 I의 소개로 원고들은 2017. 9. 11. 사내이사 E이 실 경영자인 피고 D과 사이에 이 사건 건물을 신축하는 내용의 다음과 같은 공사도급계약을 체결하였다.

○ 공사기간 : 착공 2017. 9., 준공 2018. 2. 28.까지

○ 계약금액 : 1,024,650,000원(공급가액 931,500,000원, 부가가치세 93,150,000원)

○ 대금의 지급

- 선금금(계약금) 150,000,000원

계약체결 후 50,000,000원은 2017. 7. 28. 지급하였고, 나머지 100,000,000원은 2017. 9. 15. 지급한다.

- 기성부분금

1차 중도금 : 200,000,000원은 2층 바닥골조 완료 후 지급한다.

2차 중도금 : 200,000,000원은 3층 바닥골조 완료 후 지급한다.

3차 중도금 : 200,000,000원은 4층 바닥골조 완료 후 지급한다.

4차 중도금 : 150,000,000원은 외장 시공 완료 후 지급한다.

잔금 : 31,500,000원은 건물 준공완료시 15일 이내 지급한다.

지급방법 : 현금지불조건. 다만, 은행기성조건에 의해 달라질 수 있다.

○ 지체상금율 : 0.1 % (매일)

피고 D이 계약서에서 정한 준공기한 내에 공사를 완성하지 못하였을 때에는 계약금액에 계약서에 정한 지체상금율과 지체일수를 곱한 금액(지체상금)을 원고들에게 현금으로 납부한다. 단, 원고들이

지급키로 한 지급재료의 공급이 지연되어 공사진행이 불가능하였을 경우, 원고들의 귀책사유로 인하여 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우, 기타 피고 D의 책임에 속하지 아니하는 사유로 인하여 지체된 경우 등에는 그 해당일수에 상당한 일수를 지체일수에 산입하지 아니한다.

위 계약의 체결 장소 및 참석한 사람의 범위, 특히 피고 C의 대표자인 N가 참석하였는지 여부 등에 대하여는 다툼이 있는데, 적어도 원고들을 대리한 M과 L 소속 직원 O, 그리고 I, 피고 D의 현장소장 겸 대리인 P[뒤에서 보듯이 피고 D이 이 사건 건물 신축 공사 중 철근콘크리트 공사 부분을 하도급 준 Q 주식회사(이하 'Q'이라고 한다)의 사내이사이기도 한 사람이다]는 위 계약(이하 '이 사건 2공사계약'이라 한다)의 체결에 참석하였다.

다. 이 사건 건물의 신축 공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다)는 피고 D이 건축법상 공사시공자로 건축허가가 이루어진 후 2017. 9. 23. 착공되었고 2019. 3. 25. 준공되었다.

라. 이 사건 공사와 관련하여 원고들 측에서 피고들의 계좌로 이체되었거나 피고 D을 위해서 대납된 금원은 다음과 같다.

2017. 7. 28.	원고 B	피고 C	50,000,000원
2017. 9. 21.	"	피고 D	20,000,000원
2017. 9. 29.	"	"	39,990,000원
2017. 10. 20.	"	"	90,010,000원
2017. 11. 1.	"	"	40,000,000원
2017. 11. 14.	"	"	40,000,000원
2017. 11. 21.	"	"	69,000,000원
2017. 12. 1.	"	"	51,000,000원
2018. 1. 8.	"	"	40,000,000원
2018. 1. 29.	"	"	100,000,000원
2018. 1. 29.	"	"	20,000,000원
2018. 2. 28.	원고 측(무통장입금)	"	18,900,000원

2017. 7. 28.	원고 B	피고 C	50,000,000원
2018. 3. 26.	원고 B	"	100,000,000원
2018. 4. 2.	"	"	50,000,000원
2018. 4. 19.	"	"	19,000,000원
2018. 4. 25.	원고 측(무통장입금)	"	18,890,000원
2018. 5. 17.	원고 B	"	20,000,000원
2018. 10. 19.	원고 A	"(대답)1) 피고 D이 G 주식회사에 레미콘비용으로 지급하여야 할 것을 대납한 것	2,000,000원
2018. 10. 31.	원고 B	피고 D	20,000,000원
2018. 12. 10.	"	"	30,000,000원
2019. 4. 16.	원고 A	"	60,000,000원
2019. 4. 29.	"	"	46,760,000원
합계	945,550,000원		

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 6, 8, 9, 13, 14, 29호증, 을나 8호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고들의 주장(본소 청구원인)

1) 전제 사실에 관한 주장 원고들은 먼저 피고 C와 이 사건 건물에 대한 공사도급계약을 체결하였는데, 피고 C가 종합건설면허가 없어서 종합건설면허를 가진 피고 D를 추가하여 피고들이 공동으로 이 사건 건물을 공사하는 내용의 도급계약을 체결하여 피고들이 공동으로 이 사건 공사를 하였다. 따라서 이 사건 공사로 인한 책임은 피고들이 공동으로 부담한다.

2) 초과 지급 공사대금의 반환 청구 가) 원고들은 이 사건 공사를 위하여 원고 B 명의의 계좌 등을 개설하여 이를 I에게 맡기면서 공사대금이 필요하다고 하면 위 계좌에 입금하고 I이 이를 자유롭게

지출함으로써 공사를 진행하도록 하였다. 따라서 원고들이 위와 같이 개설하여 1이 관리하던 원고 B 명의의 계좌 등에 금원을 입금한 것은 그 자체로 이 사건 공사대금으로 지출한 것으로 보아야 할 것인바, 2017. 7. 28.부터 2019. 6. 7.까지 해당 계좌에 입금함으로써 공사대금으로 지출한 수액이 1,232,806,000원에 달한다. 다만 그 금원 중 2018. 1. 29.자로 대체 입금된 120,000,000원과 원고들이 부담하기로 한 엘리베이터 비용으로 지출된 27,984,000원을 제외하면 1,084,822,000원(= 1,232,806,000원 - 120,000,000원 - 27,984,000원)이 된다.

따라서 피고들은 연대하여 원고들에게, 이 사건 2공사계약상 공사대금 1,024,650,000원보다 원고들이 초과 지출한 60,172,000원(= 1,084,822,000원 - 1,024,650,000원)을 지급하여야 한다(이하 '원고들의 주장①'이라 한다).

나) 한편, 피고들은 이 사건 공사대금 명목으로 원고들로부터 다음과 같은 금원을 지급받았다.

- 피고 C에게 입금된 금원 : 2017. 7. 28.자 50,000,000원
- 피고 D의 현장소장 P의 요청으로 아래와 같이 지출된 50,000,000원
- △ 2017. 9. 15. Q에게 지출된 30,000,000원
- △ 2017. 9. 15. R에게 지출된 10,000,000원
- △ 2017. 10. 18. R에게 지출된 10,000,000원
- 피고 D의 계좌에 직접 입금된 금원 합계 988,550,000원
- 합계 1,088,550,000원

그리고 이 사건 2공사계약에 포함되는 것으로서 원고들이 피고들 대신 지출한 설계감리비 26,070,000원, 에어컨구입비 5,280,000원이 있다.

이를 합하면 피고들이 원고들로부터 직·간접적으로 이 사건 공사대금으로 수령한 금원은 총 1,119,900,000원(= 1,088,550,000원 + 26,070,000원 + 5,280,000원)이 된다.

그렇다면 피고들은 연대하여 원고들에게 이 사건 2공사계약상 공사대금 기준으로 초과 수령한 95,250,000원(= 1,119,900,000원 - 1,024,650,000원)을 반환하여야 할 것인데, 원고들의 계산으로 위 가)항의 금원에 해당하는 60,172,000원의 반환만을 청구한다(이하 '원고들의 주장②'라 한다).

3) 지체상금 청구 이 사건 건물은 약정된 준공예정일인 2018. 2. 28.로부터 390일이 지난 2019. 3. 25.에서야 준공되었으므로 이 사건 1, 2공사계약에 따라 피고들은 연대하여 원고들에게 지체상금으로 39,000,000원[= 1일 100,000원(이 사건 1공사계약에서 정한 지체상금 기준) × 390일]을 지급하여야 한다.

4) 주장의 결론 결국 피고들은 이 사건 건물 공사에 대한 공동수급인으로서 연대하여 원고들에게 99,172,000원(= 60,172,000원 + 39,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다.

나. 피고 C의 주장

피고 C는 원고들과 이 사건 1공사계약을 체결한 사실은 있으나, 이 사건 건물 공사의 설계를 담당한 건축사로부터 종합건설면허가 없는 피고 C는 이 사건 건물 공사를 수급할 수 없다고 하여 이 사건 1공사계약을 구두로 해지하였고, 피고 D로부터 특정 공사를 하도급받아 공사를 하였다. 따라서 피고 C는 이 사건 건물 공사의 수급인이 아니므로 원고들의 피고 C에 대한 청구는 이유 없다.

다. 피고 D의 주장

1) 미지급 공사대금의 청구(반소 청구원인) 피고 D은 이 사건 건물 공사의 수급인으로서, 원고들로부터 공사대금으로 지급받은 총 금액은 876,660,000원²⁾ 이므로, 원고들은 피고 D에게 적어도³⁾ 미지급 공사대금 147,990,000원(= 공사대금 1,024,650,000원 - 기지급 공사대금 876,660,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 지체상금 귀책사유 여부에 관한 항변 이 사건 2공사계약에 따라 4차 중도금이 지급되어야 하는 외장공사 완료 시점은 2018. 2. 26.경이라고 할 것인데, 이때까지 원고들이 피고 D에게 지급한 공사비는 이 사건 2공사계약상 지급하기로 한 기성금의 액수의 합에 미달하고, 원고들의 대리인인 I이 피고 D의 설계변경에 따른 추가공사비를 인정하지 않은바, 이 사건 공사가 지연된 데에 피고 D의 귀책사유가 없다.

3. 원고들의 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

앞서 인정되는 사실 및 제출된 증거들로 알 수 있는 아래 사정들을 종합하면, 원고들과 피고 C 사이의 이 사건 1공사계약은 이 사건 2공사계약이 체결되기 이전에 적법하게 해지되었다고 봄이 상당하고, 제출된 증거만으로는 이 사건 2공사계약이 피고 D을 수급인으로 추가하여 피고들이 공동으로 이

사건 건물을 공사하는 내용의 도급계약을 체결하는 취지였다고 보기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고들의 피고 C에 대한 이 사건 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

가. 증인 I의 증언에 의하면, 원고들이 원고 B 명의의 S조합계좌(T조합, (계좌번호 1 생략))를 개설하여 I에게 이를 맡기며 이 사건 2공사계약 체결 이후에도 I의 요청시 공사대금에 사용하게 할 용도로 해당 계좌에 금원을 입금해 온 사실, 이 사건 1공사계약의 당사자였던 피고 C의 대표자인 N가 간혹 피고 D에게 원고 B의 명의로 금원을 이체하기도 한 사실(구체적인 횟수 및 금원에 대해서는 아래에서 따로 본다)이 인정되고, 갑 제24호증의 기재에 의하면, 원고들을 대리하여 이 사건 1, 2공사계약을 체결한 M이 이 사건 공사의 진행과 관련하여 I과 수시로 카카오톡 메시지 등으로 연락해 온 사실이 인정된다. 이와 같이 이 사건 1공사계약의 당사자였던 피고 C의 대표자 N와 인척 관계에 있는 I이 이 사건 2공사계약 이후에도 이 사건 공사를 계속적으로 관리해 왔던 사정, 그리고 그 과정의 금원 송금에 피고 C의 대표자 N가 일부 관여하기도 했던 사정 등에 비추어 보면, 피고 C의 종합건설면허 문제로 피고 D와 이 사건 2공사계약이 체결된 이후에도 피고 C 역시 계약의 당사자로서의 지위를 유지하고 있었던 것이 아닌가라는 원고들의 의문이 충분히 제기될 수 있는 상황이었다고는 보여 진다. 그러나 한편, 원고들의 토지 매수와 그에 이은 이 사건 공사의 계획 자체가 I의 소개로 추진된 것이었고 그 과정에 피고 C의 소개와 그에 따른 이 사건 1공사계약 역시 I의 소개로 이루어지게 되었던 점, 피고 C의 종합건설면허 문제로 피고 D를 소개한 것도 I이었던 점, 원고들 및 그 대리인 역할을 한 M은 모두 울산에 거주하며 별도의 직업에 종사하던 사람들인 한편 이 사건 공사의 현장은 울산과 거리가 먼 평택시이어서 원고들 및 M이 직접 이 사건 공사를 챙기기는 현실적으로 어려웠던 것으로 보이는 점, 증인 I, N의 각 증언에 의하면 N가 원고 B 명의로 피고 D에게 금원을 이체한 것은 I의 요청에 따라 N가 단발적으로 심부름한 것에 불과하다는 것인 점 등을 종합하여 보면, 앞서 인정되는 이 사건 2공사계약 이후의 I의 역할 등은 이 사건 공사의 소개 내지 알선자로서의 지위 등에 따른 것일 가능성도 상당하다고 보인다. 또한 그러한 것이 반드시 피고 C가 계약의 당사자로서의 지위 유지와 필연적으로 연결되는 것은 아니어서, 위와 같은 사정만으로는 피고 C가 피고 D와 공동의 계약 당사자에 해당한다고 인정하기에는 부족하다.

나. 이 사건 공사는 피고 D이 건축법상 공사시공자로 건축허가가 이루어진 후 2017. 9. 23.

착공되었고 2019. 3. 25. 준공되었다.

다. 피고 C는 종합건설면허가 없어 이 사건 건물에 대한 공사 진행이 불가능하므로, 피고 C가 여전히 수급인의 지위에서 피고 D와 공동수급인으로서 이 사건 공사를 진행하였다고 보기 어렵다. 이 사건 2공사계약의 내용은 이 사건 1공사계약의 내용과는 공사대금, 그 지급에 관한 내용, 특약사항 등에 있어서 서로 일치하지 않는다.

라. 피고 D도 이 사건 건물의 공사계약 당사자는 피고 D로서, 이 사건 2공사계약 이후에 피고 C에게는 석공사 등에 대하여 하도급을 주었을 뿐이라고 밝히고 있고, 실제로 그에 따른 세금계산서도 발행되었다.

마. 피고 C는 이 사건 1공사계약과 관련하여 계약금 중 일부인 50,000,000원을 지급받은 것 외에는 원고들로부터 이 사건 건물 공사와 관련된 금원을 지급받은 적이 없었다.

바. 원고들이 I에게 연락한 것을 두고 앞서 보듯이 피고 C에게 연락한 것이라고 단정하기에도 부족한 이 사건에서, 원고들이 이 사건 공사 진행에 필요한 내용 등과 관련하여 피고 C에게 직접 연락한 적은 없다. 이에 반하여 피고 D에게는 공사 진행과 관련하여 필요한 내용, 공사대금 지급에 관한 내용, 준공 후 하자에 관한 내용 등에 관한 직접적인 연락이 이루어졌다(을나 제3 내지 6호증 등).

사. 원고들은 피고 C가 공동수급인이라고 주장하면서 피고 C가 이 사건 건물에 관하여 어느 정도 공사에 관여하였는지 설명하지 못하고 있다.

아. 원고들의 주장 자체에 의하더라도 이 사건 공사가 2018. 3.경 중단된 후 원고들은 2018. 9.경 피고 D에게만 나머지 공사를 완공해 달라고 요구하였다.

자. 원고들을 대리하여 이 사건 2공사계약 체결에 참석한 ○ 또한 2018. 9. 5.경 원고들을 포함하여 I, N, E 등이 있는 자리에서 원고 A로부터 '피고 C와 계약이 지금 있는 것인지'라는 질문을 받아 '계약이 변경되었기 때문에 피고 C와는 현재 계약이 없다'고 진술하고 있다(갑 제30호증 19쪽).

차. 원고들은 피고 D의 현장소장 P에 대한 당심 증인신문 이후에 제출한 2023. 1. 4.자 준비서면에서 '원고들은 당초 이 사건 공사를 피고 C와 계약했으나 피고 C가 종합건설업 면허가 없어 공사를 수행할 수 없다고 하자, 피고 C가 피고 D의 명의를 빌려 피고 D와 공동하여 이 사건 공사를 진행하는 것으로 알았다. 그러나 사실은 피고 C의 대표이사인 N와 I이 이 사건 공사를 P로 하여금 진행케 하였고, 피고

D은 P에게 피고 D의 명의를 대여한 것이었다'라고 주장을 일부 변경하였는바, 이와 같이 변경된 주장에 의하면 피고 D과 계약 당사자로서 책임을 져야 하는 주체가 원고들이 언급한 위 사람들 중 누가 되는지는 별론으로 하고 더 이상 피고 C에 책임을 물을 수 없음은 그 주장 자체로도 분명하다.

4. 원고들과 피고 D 사이의 각 청구에 관한 판단

가. 공사대금 관련 부분

1) 원고들의 주장①에 관한 판단 원고들이 이 사건 공사를 위하여 원고 B 명의의 계좌를 개설하여 이를 I에게 맡기면서 공사대금이 필요하다고 하면 원고 B 명의의 계좌에 입금하고 I이 이를 관리하였음은 앞서 본 바와 같으나, I을 피고 D의 대리인으로 인정할 만한 증거가 없는 이상, 원고들이 위와 같이 개설하여 I에게 관리를 맡긴 계좌에 금원을 입금한 것 자체를 피고 D에 대한 이 사건 공사대금 지급과 동일하게 평가할 수는 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장①은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 원고들의 주장②에 기초한 원고들 및 피고 D의 공사대금 주장에 관한 판단 가) 이 사건 2공사계약이 이 사건 1공사계약의 내용(특히 특약 부분 및 지체상금 부분)을 승계하는지 여부에 관한 판단

공사대금 주장에 관한 구체적인 판단에 앞서 선행 쟁점이 되는 이 사건 2공사계약이 이 사건 1공사계약의 내용(특히 특약 부분 및 지체상금 부분)을 승계하는지 여부에 관하여 살피건대, 갑 제2, 3, 6, 15호증(가지번호 포함)의 각 기재 및 증인 I, N, P의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래의 사정들에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로는 이 사건 2공사계약이 이 사건 1공사계약의 내용을 승계한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(1) 이 사건 1공사계약서와 이 사건 2공사계약서상에는 공사대금 외에도 지급방법이나 지체상금에 관하여 차이가 존재한다. 따라서 특약사항에 관하여 계약서상에서 단순 누락하였을 뿐 이를 그대로 승계한다는 점에 관한 의사의 합치가 있었다고 보기 어렵고, 공사주체가 바뀌어 계약서를 새로 작성하는 상황에서 삭제된 특약사항이 새로운 공사주체에게 승계된다고 볼 아무런 증거가 없다(원고들은, 이 사건 2공사계약 당시 I이 이 사건 2공사계약서는 형식적인 것일 뿐 그 내용은 이 사건 1공사계약과 동일하다고 하였다고 주장하나, 달리 이를 인정할 증거가 없고, 설령 I이 위와 같이

말하였다고 하더라도, 이 사건 2공사계약의 계약 당사자는 원고들과 피고 D이므로, I의 위 말대로 원고들과 피고 D 사이에 계약의 내용을 승계하기로 하는 의사 합치가 있었다고 볼 아무런 증거가 없다).

(2) 이 사건 2공사계약에서는 원고들이 이 사건 1공사계약에 따라 피고 C에게 지급한 50,000,000원을 이 사건 2공사계약의 계약금으로 지급된 것으로 정하고 있다. 그러나 이러한 사실만으로는 이 사건 2공사계약이 이 사건 1공사계약을 승계한다고 인정하기에 부족하고, 오히려 증인 N나 피고 D은 위 50,000,000원을 피고 C가 피고 D에게 지급해야 한다고 진술하는 것으로 보아, 정산의 문제를 간편히 하기 위하여 이 사건 2공사계약 당시 피고 C가 지급받은 50,000,000원을 피고 D이 이 사건 2공사계약의 계약금으로 지급받았다고 정한 것으로 보인다.

나) 피고 D에게 지급된 공사대금의 수액에 관한 구체적인 판단

위 가)항의 판단을 전제로 피고 D에게 지급된 공사대금의 수액을 앞서 본 원고들의 주장②의 순서에 따라 살펴본다.

(1) 원고들이 이 사건 1공사계약에 따라 2017. 7. 28. 피고 C에게 지급한 50,000,000원에 관한 판단

원고들과 피고 D 사이의 이 사건 2공사계약에서 선금금(계약금) 150,000,000원 중 50,000,000원은 2017. 7. 28. 피고 C에 대한 위 50,000,000원 지급으로 이미 지급된 것으로 정하였음은 앞서 본 바와 같으므로, 위 금원은 이 사건 공사와 관련하여 피고 D에게 지급된 것으로 보아야 한다.

이에 대하여, 피고 D은 위 50,000,000원 중 12,210,000원은 아직 피고 C로부터 지급받지 못하였으므로 그 부분에 한하여는 원고들에 의하여 지급된 금원으로 평가될 수 없다는 취지의 주장을 하나, 위 50,000,000원의 구체적인 처리와 관련하여 피고들 사이에 아직 정리되지 않은 부분이 있다고 하더라도 피고 D은 그로써 원고들에 대하여 이 사건 2공사계약에 의하여 위 50,000,000원을 지급된 공사대금으로 정한 위 합의의 내용을 다룰 수는 없다. 따라서 피고 D의 위 주장은 이유 없다.

(2) 2017. 9. 15. Q에게 지급된 30,000,000원에 관한 판단

을나 제2호증의 1의 기재에 의하면, 피고 D이 2017. 9. 10. Q과 이 사건 건물의 철근콘크리트

공사와 관련하여 계약금액 330,000,000원으로 하는 하도급계약을 체결한 사실이 인정된다. 따라서 Q이 이 사건 건물의 철근콘크리트 공사를 하게 된 이상, 원고들이 Q에게 지급한 위 금원은 이 사건 공사와 관련하여 지급된 것이라고 봄이 타당하다.

이에 대하여 피고 D은 이 사건 공사 건설표준계약서(갑 제3호증) 제20조에서 하청업체에 대한 직접 지급이 금지되어 있다고 주장하나, 위 제20조는 수급사업자는 발주자에 대하여 하도급대금의 직접 지급을 청구할 수 없다는 것으로서 원고들이 Q에게 하도급대금을 지급하는 것을 금지하는 것은 아니므로, 피고 D의 위 주장은 이유 없다.

(3) R에 대하여 지급된 2017. 9. 15.자 10,000,000원 및 2017. 10. 18.자 10,000,000원 합계 20,000,000원에 관한 판단

원고들은 R에게 석자재비로 위 금원들을 지급하였다고 주장하나, 원고들이 R에게 지급한 위 금원이 석자재비라는 점을 인정할 아무런 증거가 없다. 오히려 피고 D이 이 사건 건물의 석공사 등과 관련하여 피고 C에게 하도급을 준 사실은 앞서 본 바와 같고, 을가 제2호증의 2의 기재에 의하면, 피고 C가 U에게 이 사건 건물의 석재대금으로 2018. 1. 3. 27,000,000원, 2018. 2. 14. 5,000,000원을 각 지급한 사실이 인정된다. 또한 피고 D의 현장소장이었던 P의 증언에 의하면, P 역시 R에게 지급한 금원에 관하여 모른다는 것이다. 이에 대하여 원고들은 석자재의 원활한 공급을 위하여 미리 구입해 둔 것이라고 하나 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

(4) 피고 D의 계좌로 입금된 부분에 관한 판단

원고들은 이 사건 공사와 관련하여 피고 D의 계좌로 총 988,550,000원을 지급하였다고 주장한다. 이에 대하여 피고 D은 앞서 본 반소 청구원인에서 876,660,000원을 지급받았다고 주장하였으나, 2023. 1. 9.자 준비서면 등을 통해서 895,550,000원을 이 사건 공사와 관련하여 지급받았음을 자인하고 있다.

그 차액은 93,000,000원(= 988,550,000원 - 895,550,000원)인데, 이는 원고들이 이 사건 공사와 관련하여 피고 D의 계좌에 무통장입금하였다고 주장하는 2018. 4. 19.자 15,000,000원과 38,000,000원, 2018. 5. 21.자 20,000,000원, 2018. 6. 8.자 20,000,000원의 합계이다(2023. 3. 31.자 원고들 준비서면 첨부 공사비 내역 정리와 피고 D의 2023. 1. 9.자 준비서면 참조).

살피건대, 위 93,000,000원은 N가 피고 D의 계좌로 현금을 무통장 입금한 것인 사실, 그 중 2018. 5. 21.자 20,000,000원, 2018. 6. 8.자 20,000,000원은 원고 B의 명의로 피고 D의 계좌에 입금되었는데 나머지 금원은 원고들의 명의로 입금되지 않은 사실은 원고들과 피고 D 사이에 다툼이 없는바, 2018. 5. 21.자 20,000,000원 및 2018. 6. 8.자 20,000,000원 합계 40,000,000원은 원고 B 명의로 피고 D의 계좌에 입금된 이상, 이 사건 공사와 관련하여 지급된 금원이라고 봄이 타당하다고 판단된다. 반면 나머지 2018. 4. 19.자 53,000,000원은 원고 B의 명의로 입금되지 않은 이상 N가 원고 B 명의로 무통장입금 한 경우와 달리 이 사건 공사와 관련하여 피고 D에게 지급된 금원이라고 단정할 수 없고, 증인 I, N, P의 각 증언만으로는 위 53,000,000원이 이 사건 공사와 관련하여 피고 D의 계좌에 지급되었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 이에 대하여 피고 D은, 원고 B의 명의로 입금된 위 40,000,000원도 피고 D의 계좌에 입금된 직후 N에게 송금되었으므로 이 사건 공사와 관련이 없는 금원이라고 주장하나, 그 주장과 같은 사정만으로 위 금원이 이 사건 공사와 관련 없이 피고 D의 계좌로 입금되었다고 보기는 어려우므로, 피고 D의 위 주장은 이유 없다.

결국 이 사건 공사와 관련하여 원고들이 피고 D의 계좌로 직접 입금한 금원은 935,550,000원(= 895,550,000원 + 40,000,000원)이다.

(5) 설계감리비 26,070,000원 및 에어컨구입비 5,280,000원에 관한 판단

원고들은 건축사사무소 J에 설계감리비로 2019. 4. 10. 22,000,000원, 2019. 4. 29. 4,070,000원 합계 26,070,000원을 지급하였고, K에 에어컨구입비로 2019. 5. 16. 200,000원, 2019. 5. 17. 3,320,000원, 2019. 6. 7. 1,760,000원 합계 5,280,000원을 지급하였는바, 이러한 비용도 피고 D에게 이 사건 공사대금으로 지급된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 2공사계약이 이 사건 1공사계약의 내용(특약 부분)을 승계하지 않는다는 판단은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 1공사계약 당시 특약 부분에서 정한 설계비, 감리비, 안방에어컨 비용이 공사비에 포함된다는 내용은 이 사건 2공사계약에 승계되지 않으므로, 원고가 지급한 위 금원은 이 사건 공사와 관련하여 피고 D에게 지급한 금원이라고 볼 수 없다. 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결론

원고들이 이 사건 공사와 관련하여 피고 D에게 지급한 금원은, 피고 D의 계좌로 지급되지는 않았지만 이 사건 공사와 관련하여 지출된 80,000,000원(= 2017. 7. 28. 피고 C에게 지급된 50,000,000원 + 2017. 9. 15. Q에게 지급된 30,000,000원)과 피고 D의 계좌에 직접 지급된 935,550,000원 합계 1,015,550,000원(= 80,000,000원 + 935,550,000원)이다.

따라서 원고들은 연대하여 피고 D에게 이 사건 건물의 총 공사대금 1,024,650,000원에서 기지급된 공사대금 1,015,550,000원을 공제한 금액인 9,100,000원(= 1,024,650,000원 - 1,015,550,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다.

나. 본소 청구 중 지체상금 관련 부분

1) 관련법리 건물 신축의 도급계약에서 지체상금에 관한 약정이 있는 경우, 수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 않는 한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 지체상금을 지급할 의무가 있으므로(대법원 1995. 9. 5. 선고 95다18376 판결 참조), 수급인이 약정된 기간 내 일을 완성하지 않았음에도 귀책사유가 없음을 이유로 지체상금의 책임을 면하려면, 그와 같은 귀책사유가 없음을 수급인 스스로 증명하여야 한다.

수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼 지체일수에서 제외되어야 할 것이나, 지체일수가 공제되는 수급인에게 책임지울 수 없는 사유란 공사도급계약에서 예상하지 못하였던 사정이 발생하였고, 그 사정으로 인하여 일정한 기간 동안 예정된 공사를 진행할 수 없어 공사의 지연이 불가피하였음을 증명하였어야 하는 것이지 단지 어떤 사유가 수급인의 귀책사유와 경합하여 공사기간이 연장될 가능성만 있는 때에는 배상예정액의 감액에서 고려할 수 있을 뿐이다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003다60136 판결 참조).

2) 지체상금 지급의무 발생여부 피고 D이 이 사건 2공사계약에서 정한 준공기한인 2018. 2. 28.까지 이 사건 공사를 완성하지 못한 사실, 지체상금률은 계약금액의 0.1%(매일)인 사실, 2019. 3. 25. 사용승인을 받을 무렵 이 사건 건물이 완공된 사실은 앞서 본 바와 같다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 피고 D은 원고들에게 이 사건 공사의 지체에 따른 손해배상으로 이 사건 2공사계약에서 정한 지체상금률의 범위 내로서 원고들이 구하는 일 100,000원의 비율에 의한

지체상금을 지급할 의무가 있다.

3) 피고 D의 주장 및 판단 이에 대하여 피고 D은, 이 사건 2공사계약에 따라 4차 중도금이 지급되어야 하는 외장공사 완료 시점은 2018. 2. 26.경이라고 할 것인데, 이때까지 원고들이 피고 D에게 지급한 공사비는 이 사건 2공사계약상 지급하기로 한 기성금의 액수의 합에 미달하고, 원고들의 대리인인 I이 피고 D의 설계변경에 따른 추가공사비를 인정하지 않은바, 이 사건 공사가 지연된 데에 피고 D의 귀책사유가 없다는 취지로 주장한다.

그러나, 앞서 본 인정사실에 갑 제15, 17, 19, 21, 24호증, 을나 제8호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 증인 I, N, P의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래의 사정에 비추어 보면, 피고 D이 제출한 증거만으로는 이 사건 공사가 지연된 데에 피고 D의 귀책사유가 없다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

가) 이 사건 건물의 2018. 1. 20. 기준 기성율은 75%이며 4층 전체 골조 공사가 완료되었는데, 이 당시까지 원고들이 공사비로 지급한 금원은 470,000,000원으로 이 사건 2공사계약상 지급되어야 할 기성금 합 750,000,000원(= 계약금 150,000,000원 + 1차 기성금 200,000,000원 + 2차 기성금 200,000,000원 + 3차 기성금 200,000,000원)에 미달하는 사실, 이 사건 건물의 2018. 3. 20. 기준 기성율은 약 88%이며 이 무렵 샷시공사가 완료되어 이 사건 건물의 외장이 시공된 것으로 보이는데(피고 D은 2018. 2. 26.경 샷시공사가 완료되어 이 사건 건물의 외장이 시공되었다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없다), 이 당시까지 원고들이 공사비로 지급한 금원은 608,900,000원으로 이 사건 2공사계약상 지급되어야 할 기성금 합 900,000,000원(= 3차 기성금까지 지급하여야 할 합계 750,000,000원 + 4차 기성금 150,000,000원)에 미달하는 사실이 인정된다. 이에 비추어 보면, 원고들은 피고 D에게 지급해야 할 기성금에 관하여 연체해 온 것으로는 보인다.

나) 그런데 이 사건 공사대금이 지급되는 방식에 관하여 보건대, 피고 D의 현장소장 P가 기성금 청구서를 작성하여 I에게 제시하면, 원고 B의 계좌를 관리하던 I이 원고 B의 명의로 V조합에 한도범위 내 대출청구를 하며 기성금 청구서를 함께 제출하여 대출심사를 받아 이 사건 공사비 계좌로 대출을 받고, 그 금원을 피고 D의 계좌로 입금해 온 것이었다. 이와 같이 공사대금이 지급되는 방식과

V조합의 원고 B에 대한 대출 약정의 한도금액은 1,000,000,000원인 점, 이 사건 2공사계약에서 대금의 지급과 관련하여 '은행기성조건에 의해 달라질 수 있다'라고 정한 점, P나 I은 원고들에게 이 사건 공사의 기성금 지급을 독촉하거나 요구한 적이 없는 점, 원고들의 대리인 M은 I에게 이 사건 공사를 서둘러 마무리할 것을 계속 요구한 점 등을 종합하여 보면, 피고 D은 이 사건 공사의 기성율에 따라 충분히 기성금을 지급받을 수 있었던 상황으로 보이고, 피고 D의 현장소장으로서 실질적으로 이 사건 공사 현장에서 공사를 수행해 온 P가 2017. 12.경 이 사건 공사를 중단하였는데, 그 이유는 원고들이 기성금을 제때 지급하지 않아서가 아니라 I과의 개인적인 금전적 갈등 때문이었던 것으로 보인다.

다) 또한 피고 D의 설계변경에 따른 공사대금 증액 요청이 정당하다고 볼 아무런 증거가 없고, 증인 P의 증언만으로는 피고 D이 원고들에게 이 사건 공사계약의 기존 공사대금 외에 설계변경에 따른 추가 공사대금 20,000,000원을 증액해 줄 것을 요청하였다고 보기에는 부족하고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다(피고 D은 I이 원고들의 대리인이라고 주장하나 I은 공사대금 지급과 관련하여 원고들의 통장을 관리하는 자일 뿐 원고들의 대리인이라고 볼 아무런 증거가 없다).

라) 이러한 사정을 종합하여 볼 때, 원고들이 기성고 해당 기성금을 전혀 지급하지 아니하였다거나 당시까지 지급 현황에 비추어 앞으로의 채무이행이 곤란할 현저한 사유가 있었다고 볼 아무런 증거가 없는 이 사건에서, 원고들이 기성고 해당 기성금 지급의무의 이행을 일부 지체하였다고 하더라도 수급인인 피고 D이 이 사건 공사의 완성의무의 이행을 거절할 수 있다고 볼 수 없어(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 참조), 피고 D이 주장하는 사유는 지체상금 지급채무의 발생에 영향을 주지 아니한다. 따라서 원고들이 적시에 기성금을 지급하지 아니하여 피고 D이 원고들에 대하여 지체상금 채무를 부담하지 않는다는 취지의 피고 D의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 지체상금의 산정 지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니하여 지체상금을 지급할 의무가 있는 경우, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 지체상금액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정한 지체상금액이 일반

사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 참조).

이 사건 2공사계약상 준공예정일은 2018. 2. 28.인데 그로부터 391일이 되는 2019. 3. 25.

사용승인되었으므로 원고들이 구하는 비율에 따른 지체상금은 39,100,000원이 되지만, 이 사건 공사 기간 중 기성금이 제때 지급되지 못한 앞서 본 사실 등 이 사건 공사가 진행된 제반 사정을 고려하여, 피고 D이 지급해야 할 지체상금을 30,000,000원으로 감액한다.

다. 중결론

따라서 피고 D은 이 사건 본소청구에 따라 원고들에게 지체상금 30,000,000원 및 이에 대하여 2020. 3. 6.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날인 2020. 3. 10.부터 피고 D이 원고들의 본소청구에 대하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 5. 18.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급할 의무가 있다.

한편, 원고들은 이 사건 반소청구에 따라 피고 D에게 이 사건 2공사계약에 따른 미지급금 9,100,000원 및 이에 대하여 이 사건 2공사계약상 잔금지급기일인 '이 사건 건물의 사용승인 완료일부터 15일'이 경과한 날인 2019. 4. 10.부터 원고들이 피고 D의 반소청구에 대하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 5. 18.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 금원을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면, 원고들의 피고 C에 대한 이 사건 본소청구는 이유 없어 이를 기각하고, 원고들의 피고 D에 대한 이 사건 본소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 한편 피고 D의 이 사건 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결의 원고들의 피고 D에 대한 본소 중 피고 D에게 지급의무가 있음이 인정되는 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 해당되는 원고들 패소 부분을 취소하여 피고 D에 대해서 원고들에게 위 인정되는 부분의 금원의 지급을 명하고, 피고 D의

반소 중 원고들에게 지급의무가 있음이 인정되는 부분을 초과하는 원고들 패소 부분 역시 이와 결론을 달리하여 부당하므로 해당되는 원고들 패소 부분을 취소하여 그 취소 부분에 해당하는 피고 D의 반소청구를 기각하고, 제1심판결 중 나머지 부분은 정당하므로 원고들의 피고 D에 대한 본소 및 반소에 관한 각 나머지 항소, 피고 C에 대한 항소를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사유진현

판사이정목

판사박주연

- 1) 피고 D이 G 주식회사에 레미콘비용으로 지급하여야 할 것을 대납한 것
- 2) 1의 라.항 표 금원 합계 945,550,000원 중 2017. 7. 28. 피고 C에게 지급된 50,000,000원과 2018. 4. 25.자 무통장입금된 18,890,000원을 제외한 금액이다.
- 3) 피고 D은 2023. 4. 8.자 준비서면에서 이 사건 공사와 관련하여 석공사 설계변경으로 인한 추가 공사대금 20,000,000원도 이 사건 공사계약상 공사대금 외에 추가로 인정되어야 한다고 주장한다. 이에 의하면 미지급 공사대금은 167,990,000원(=계약상 공사대금 1,024,650,000원 + 설계변경으로 인한 추가 공사대금 20,000,000원 - 기지급 공사대금 876,660,000원)이 되어야 하나, 반소청구취지를 확장하지는 않았다.