

부산고등법원 2020. 6. 10 선고 2019나55401(본소), 2019나55418(반소) 판결
[공사대금 · 손해배상(기)등 청구의 반소]

재판경과

부산고등법원 2020. 6. 10 선고 2019나55401(본소), 2019나55418(반소) 판결
부산지방법원 2019. 7. 24 선고 2017가합42022 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인1. 주식회사 A

원고, 피항소인 겸 항소인

2. B 주식회사

원고들(반소피고 포함) 소송대리인 변호사 이강민

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인C

소송대리인 법무법인(유한) 국제

담당변호사 조현재

변론 종결2020. 4. 29.

판결 선고2020. 6. 10.

제1심판결부산지방법원 2019. 7. 24. 선고 2017가합42022(본소), 2019가합45605(반소) 판결

주 문

1. 원고(반소피고 포함)들의 본소에 대한 항소와 피고(반소원고)의 본소 및 반소에 대한 항소를 모두

기각한다.

2. 항소비용 중 원고(반소피고 포함)들의 항소로 인한 부분은 원고(반소피고 포함)들이,
피고(반소원고)의 항소로 인한 부분은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

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) 주식회사 A(이하 '원고 A'이라 한다)에게 345,000,000원, 원고 B 주식회사(이하 '원고 B'이라 한다)에게 69,300,000원 및 위 각 금원에 대한 2017. 2. 2.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

나. 반소

원고 A은 피고에게 151,724,693원 및 이에 대한 이 사건 반소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고들

제1심 판결의 본소에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 원고들 패소부분을 취소한다. 피고는 원고 A에게 149,296,659원, 원고 B에게 23,870,000원 및 위 각 금원에 대한 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

나. 피고

제1심 판결 중 본소에 관한 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고들의 피고에 대한 본소청구를 모두 기각한다. 제1심 판결 중 반소에 관한 부분을 취소한다. 원고 A은 피고에게

반소청구취지 기재 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 당사자의 지위

- 1) 원고 A은 일반 건축공사업, 부지조성공사업 등을 영위하는 회사이고, 원고 B은 실내인테리어공사업, 일반 건축공사업 등을 영위하는 회사이다.
- 2) 피고는 원고들과 사이에 공사도급계약을 체결한 도급인이다.

나. 원고들과 피고 사이의 공사도급계약의 체결 등

- 1) 피고는 2016. 2. 23.경 원고 A과 사이에 피고가 원고 A에게 부산 영도구 D 일원에 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 계약금액 1,450,000,000원(부가가치세 별도)에 도급주기로 하는 내용의 공사도급계약(이하 '이 사건 건축도급계약'이라 한다)을 체결하였는데, 이 사건 건축도급계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

공사명 : 영도구 D 근생 다세대주택 신축공사

2. 공사범위 : 지하 1층 주차장 지상 1-2층 근생 3-5층 다세대주택 및 부대시설

4. 착공년월일 : 2016년 3월 1.일

5. 준공예정년월일 : 2016년 9월경 준공

6. 계약금액 : 1,450,000,000원(부가가치세 별도)

7. 계약금 : 200,000,000원, 2/29

8. 중도금 : 200,000,000원, 3/29

: 100,000,000원, 4/29 + 50,000,000원

: 300,000,000원, 5/29

: 300,000,000원, 6/29

9. 잔금 : 300,000,000원, 6/29 전세금 + 준공 후 지불

10. 하자담보책임 : 1년, 3/1000

11. 지체상금률 : 1/1000

<도급계약 일반조건>

제1조(공사범위)

첨부된 설계서 및 산출내역서에 근거한 시공

제9조(공사대금 지급)

가. 원고 A은 피고의 준공검사에 합격한 후 공사대금의 지급을 청구하면 피고는 즉시 공사대금을 정산, 지급과 동시에 시설물 및 현장을 인수한다.

제10조(지체상금)

원고 A은 준공기한 내에 공사를 완성하지 못했을 때 지체일수마다 공사계약서상의 지체상금률을 곱하여 피고에게 납부하여야 한다.

단, 피고의 귀책사유로 인한 공사 지체 및 준공검사 지연, 천재지변 및 불가항력으로 인한 지체, 피고의 귀책사유로 인한 착공지연 및 시공 중단, 설계변경으로 인한 지체, 기타 원고 A의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우는 지체상금을 부과하지 아니한다.

제11조(하자 보증 및 보수)

나. 원고 A은 하자보수기간 내에 발생하는 하자에 대해 피고의 요청이 있을 시 즉시 응해야 한다. 단, 공사목적물 인도 후 천재지변, 불가항력에 의한 하자 보수 및 피고의 귀책이나 원고 A의 책임이 아닌 사유로 인해 발생한 하자보수는 대가를 지급해야 한다.

제14조(특약사항)

* 건축공사 외 포함공사

1. 각 층별 도시가스 인입 배관공사(도로굴착별도)
2. 다세대주택3~4층(벽걸이에어컨, 전자제품, 싱크대, 붙박이장, 신발장)
3. 1층 외부테크 마감공사(임야부분제외)
4. 준공 후 별도공사(1층 주방확장, 창호확장)

5. 한전불입금(계량기 및 기타)

6. 시수도 인입공사

* 건축공사 외 별도공사

1. 1층-2층 근린생활시설 인테리어공사

2. 제세공과금(각종세금)

* 협의사항공사

1. 외부마감재 계단부분 티타늄에서 대리석으로 변경

2. 지하1층 우수배관 1층 외부 우수배관설치

2) 피고는 2016. 11. 26.경 원고 B와 사이에 피고가 원고 B에게 이 사건 건물의 인테리어공사(이하 '이 사건 인테리어공사'라 한다)를 계약금액 70,000,000원(부가가치세 별도)에 도급주기로 하는 내용의 공사도급계약(이하 '이 사건 인테리어도급계약'이라 한다)을 체결하였는데, 이 사건 인테리어도급계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

공사명 : J중국요리점 인테리어공사

2. 공사범위 : 지상 1층 및 주방부대시설공사

4. 착공년월일 : 2016년 12월 2.일

5. 준공예정년월일 : 2017년 1월 30.일

6. 계약금액 : 70,000,000원(부가가치세 별도)

7. 계약금 : 20,000,000원

8. 중도금 : 40,000,000원

*중도금 분할일정 1차 20,000,000원

2차 20,000,000원

9. 잔금 : 10,000,000원

10. 하자담보책임 : 1년, 3/1000

11. 지체상금률 : 1/1000

〈도급계약 일반조건〉

제1조(공사범위)

첨부된 설계서 및 산출내역서에 근거한 시공

제10조(지체상금)

원고 B은 준공기한 내에 공사를 완성하지 못했을 때 지체일수마다 공사계약서상의 지체상금률을 곱하여 피고에게 납부하여야 한다.

단, 피고의 귀책사유로 인한 공사 지체 및 준공검사 지연, 천재지변 및 불가항력으로 인한 지체, 피고의 귀책사유로 인한 착공지연 및 시공 중단, 설계변경으로 인한 지체, 기타 원고 B의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우는 지체상금을 부과하지 아니한다.

제11조(하자 보증 및 보수)

나. 원고 B은 하자보수기간 내에 발생하는 하자에 대해 피고의 요청이 있을 시 즉시 응해야 한다. 단, 공사목적물 인도 후 천재지변, 불가항력에 의한 하자 보수 및 피고의 귀책이나 원고 B의 책임이 아닌 사유로 인해 발생한 하자보수는 대가를 지급해야 한다.

제14조(특약사항)

(공란)

다. 이 사건 건축공사 및 인테리어공사의 진행과정 등

- 1) 원고 B은 2015. 12. 1.경 피고와 사이에 원고 B이 피고로부터 부산 영도구 D, K에 건물을 신축하는 공사를 계약금액 1,400,000,000원(부가가치세 별도)에 도급받기로 하는 내용의 공사도급계약을 체결하였는데, 당초의 공사계획이 변경됨에 따라 원고 A이 피고와 사이에 이 사건 건축도급계약을 체결하게 되었다.
- 2) 피고는 2016. 2. 17.경 관할관청인 영도구청에 이 사건 건물에 대한 건축허가를 신청하였으나, 신청 당일에 이 사건 건물의 대지소유권을 모두 확보하지 못하였음을 이유로 이 사건 건물에 대한 건축허가의 보완을 요구받았고, 이에 따라 원고 A은 이 사건 건축도급계약에 의한 공사를 중단한 채 진행하지 못하였다.
- 3) 피고는 2016. 5. 26.경 대한민국으로부터 이 사건 공사에 필요한 국유지인 부산 영도구 F 잡종지

7㎡, G 잡종지 3㎡, H 잡종지 12㎡를 각 매수한 다음, 그 다음날인 2016. 5. 27.경 이 사건 건물에 대한 건축허가를 다시 신청하여 2016. 6. 15. 이 사건 건물에 대한 건축허가를 받았고, 이에 따라 원고 A은 2016. 6. 22. 착공신고필증을 교부받아 그 무렵부터 이 사건 공사를 재개하였으며, 원고 B은 2016. 12. 2.경부터 이 사건 인테리어공사를 시작하였다.

4) 피고는 2017. 1. 16.경 영도구청으로부터 이 사건 건물에 대한 사용승인을 받았는데, 그 무렵 원고 A은 확장공사 등 추가공사를 진행하고 있었고, 원고 B은 이 사건 건물 1층의 인테리어공사를 진행하고 있었다.

5) 원고들은 2017. 2.경 피고가 그때까지 지급하기로 약정한 잔여공사대금을 미지급하였다는 이유로 이 사건 건물에 대한 해당 공사를 중단하였고, 그 무렵 피고는 원고 B에게 이 사건 인테리어도급계약을 해제한다는 통지를 하였다.

라. 이 사건 건축도급계약에 의한 공사대금 지급내역

피고가 이 사건 건축도급계약에 따라 원고 A에게 아래 표 기재와 같이 2016. 2. 29.경부터 2017. 1. 26.경까지 11회에 걸쳐 직접 또는 다른 업체를 통하여 합계 1,250,000,000원의 공사대금을 지급하였다.

2016. 2. 29.	원고 A	중도금	200,000,000
2016. 6. 10.	원고 A	건축, 토목	200,000,000
2016. 7. 15.	L	가구/수장공사	90,000,000
2016. 7. 22.	M	건축골조	110,000,000
2016. 9. 6.	M	건축골조	100,000,000
2016. 9. 6.	L	가구/수장공사	100,000,000
2016. 9. 9.	N	수장공사	100,000,000
2016. 9. 30.	N	수장공사	130,000,000
2016. 10. 31.	L	가구/수장공사	100,000,000
2016. 11. 25.	L	가구/수장공사	60,000,000
2017. 1. 26.	L	가구/수장공사	60,000,000
합계	1,250,000,000		

마. 제1심 감정인 E의 감정의견

제1심 감정인 E(이하 '감정인 E'이라 한다)은 원고들이 실시한 이 사건 공사 및 이 사건 인테리어공사로 인한 미시공, 부실시공 및 기타 하자에 관하여 감정을 하였는데, 감정인 E의 감정의견의 주요 내용은 다음과 같다.

◆ 종합의견

- 공사비의 산출 : 원고측이 2018. 5. 18. 제출한 최종 공사내역서의 단가를 적용함에 있어서 '정부표준품셈 일위대가'를 적용하여 내역을 산출하였고, 원가계산도 '원가계산 제비율 적용기준'을 적용하여 산출하였으므로, 감정인은 관급공사의 경우 '정부표준품셈 일위대가와 원가계산 제비율 적용기준'을 적용하여 공사비를 산출할 경우 추정가격 1,000,000,000원 이상 5,000,000,000원 미만일 경우 1차 낙찰률 86.75%를 적용하므로, 원고측의 본 공사비 산출 시 1차 낙찰률 86.75%를 적용하여 공사비를 산출하였음
- 설비공사 중 기계장비 설치공사 : 원고측이 시공 부분을 특정하지 못하여 원고측 시공 인정 주장 부분으로 공사비 산출하여 보고하였음(재판부 판단)
- 철거공사의 경우 : 현재까지 세금계산서 등 증빙자료가 제출되지 아니하여 원고측 시공 인정 주장 부분으로 공사비 산출하여 보고하였음(재판부 판단)
- 인테리어공사 : 최종 공사내역서를 근거로 원고측이 시공한 부분과 미시공 부분을 구분하여 감정내역서를 산출하고, 원가계산은 계약서의 요율을 적용하였음
- 인테리어공사 중 가구공사 : 현재까지 자료가 제출되지 아니하여 원고측 시공인정 주장 부분으로 분리하여 내역 산출하였음(재판부 판단)
- 기존도로보수공사, 에어컨 설치, 가전제품 설치, 상수도 인입공사, 도시가스 인입공사, 설계 및 감리비, 측량의 추가공사 : 원고측이 지급한 부분과 미지급한 부분을 감정내역으로 산출하였음
- 하자보수비 산정 : 소장접수일 2017. 2. 21. 기준으로, 2017년 상반기 정부표준품셈에 의한 일위대가를 적용하여 내역 산출하고, 원가계산 제비율 적용하였으며, 일위대가와 원가계산 제비율을 적용하여 공사비를 산출할 경우 추정가격 1,000,000,000원 미만일 경우 수의계약 시 1차 낙찰률 87.75%를 적용하므로, 위 하자보수비 산출 시 1차 낙찰률 87.75%를 적용하여 하자보수비 산출하는 것으로 감정하였음

◆ 감정결과

본공사	원고측 시공 부분	1,217,714,847	
원고측 미시공 부분	87,639,332		
원고측 주장 부분	기계장비 설치공사	11,490,037	시공 부위 불특정
철거공사	20,897,283	철거된 상태라 판단 곤란	
인테리어공사(1층 근린생활시설, 주방, 창고)	원고측 시공 부분	76,705,189	
원고측 미시공 부분	48,917,685		
원고측 주장 부분	가구공사	4,387,197	원고측 제작, 미입고
원고측 지급 부분	102,189,950		
추가공사	원고측 미지급 부분	1,200,000	기존도로 보수공사 부분
하자보수공사	부실시공, 기타 하자	12,330,435	

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 11호증(가지번호 포함, 이하 같음), 을 제1호증의 각 기재, 감정인 E의 감정결과, 제1심 법원의 감정인 E에 대한 사실조회결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고들의 주장

1) 원고 A은 2016. 2. 23.경 피고와 사이에 원고 A이 피고로부터 이 사건 공사를 계약금액 1,450,000,000원(부가가치세 별도)에 도급받기로 하는 내용의 이 사건 건축도급계약을 체결한 다음, 2017. 1. 16.경 이 사건 건축도급계약에 의한 이 사건 공사를 모두 완료하였는데, 피고는 원고 A에게 이 사건 건축도급계약에 의한 공사대금(부가가치세 포함) 1,595,000,000원(=공사대금 1,450,000,000원 + 부가가치세 145,000,000원) 중 1,250,000,000원만을 지급하였으므로, 피고는 원고 A에게 미지급 공사대금 345,000,000원(=1,595,000,000원 - 1,250,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고 B은 2016. 11. 26.경 피고와 사이에 원고 B이 피고로부터 이 사건 인테리어공사를 계약금액 70,000,000원(부가가치세 별도)에 도급받기로 하는 내용의 이 사건 인테리어도급계약을 체결한 다음, 이 사건 인테리어도급계약에 따라 이 사건 인테리어공사를 진행하였는데, 피고의 공사대금

미지급으로 인하여 공사가 중단됨에 따라 이 사건 인테리어도급계약이 해제되었고, 해제 당시의 기성고 비율이 90%이었으므로, 피고는 원고 B에게 기성 공사대금(부가가치세 포함) 69,300,000원 $\{=(\text{공사대금 } 70,000,000\text{원} + \text{부가가치세 } 7,000,000\text{원}) \times \text{기성고 비율 } 90\%\}$ 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 원고 A에 대한 주장 가) 추가변제 주장

피고는 원고 A이 피고로부터 지급받았음을 자인하는 공사대금 1,250,000,000원 외에도 원고 A에게 2015. 12. 2.경 2회에 걸쳐서 30,000,000원, 50,000,000원 합계 80,000,000원 $(=30,000,000\text{원} + 50,000,000\text{원})$ 을 추가로 변제하였다.

나) 부가가치세 면제 부분의 공제 주장

이 사건 건축도급계약에서 공사대금을 1,450,000,000원으로 하되 부가가치세는 별도로 하기로 약정하였는데, 이 사건 건물의 3층 내지 5층 부분은 부가가치세가 면제되는 국민주택규모에 해당하여 위 공사대금의 부가가치세 145,000,000원 $(=1,450,000,000\text{원} \times 1/10)$ 중 위 국민주택규모에 해당하는 부가가치세 58,693,276원 $\{=145,000,000\text{원} \times (133.38\text{m}^2 + 133.38\text{m}^2 + 112.52\text{m}^2) / 937\text{m}^2\}$ 이 면제되므로, 부가가치세 면제 부분은 위 공사대금(부가가치세 포함)에서 공제되어야 한다.

다) 상계 주장 및 상계 후 잔액의 반소청구 주장

(1) 축소시공에 의한 채무불이행으로 인한 손해배상채권 부분

원고 A은 피고와 사이에 이 사건 건축도급계약을 체결하면서 설계서 및 산출내역서에 근거하여 시공하기로 약정하였고, 원고 A과 피고는 이 사건 건물의 건축물대장 등의 공부(이하 '이 사건 공부'라 한다)에 등재되는 '연면적'을 937㎡로 시공하기로 합의하였는데, 원고 A이 무단으로 축소시공을 함으로써 이 사건 공부상의 연면적이 849.41㎡에 불과하게 되었으므로, 원고 A은 채무불이행으로 인한 손해배상으로서 피고에게 축소시공한 연면적인 87.59㎡에 상응하는 공사대금 149,099,472원1) $\{=\text{공사대금(부가가치세 포함)} 1,595,000,000\text{원} \times (87.59\text{m}^2 / 937\text{m}^2)\}$ 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 피고는 원고 A에 대한 채무불이행으로 인한

손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위에서 상계한다.

(2) 지체상금채권 부분

원고 A은 피고와 사이에 이 사건 건축도급계약을 체결하면서 준공예정기한인 2016. 9. 30. 내에 이 사건 공사를 완료하지 못하는 경우 지체일수마다 계약금액의 1/1000에 해당하는 지체상금을 지급하기로 약정하였는데, 원고 A은 준공예정기한을 경과하여 2017. 1. 17.경에 이르러 비로소 이 사건 공사를 완료하였으므로, 원고 A은 피고에게 준공예정기한 다음날인 2016. 10. 1.부터 이 사건 공사의 실제 완료일인 2017. 1. 17.까지 109일 동안에 발생한 지체상금

173,855,000원{=공사대금(부가가치세 포함) 1,595,000,000원 × 지체상금률 0.1% × 109일}을 지급할 의무가 있고, 피고는 원고 A에 대한 지체상금채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위에서 상계한다.

(3) 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 부분

이 사건 공사에는 미시공, 부실시공 등으로 인한 하자가 존재하고, 그 하자보수비용으로 115,076,945원(=미시공 부분 101,025,167원 + 하자 부분 14,051,778원)이 소요되므로, 원고 A은 하자보수에 갈음하는 손해배상으로서 피고에게 하자보수비용 115,076,945원을 지급할 의무가 있고, 피고는 원고 A에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위에서 상계한다.

(4) 반소청구

원고 A이 피고에게 청구하는 공사대금 345,000,000원에서 부가가치세 면세 부분인 58,693,276원을 공제하고 남은 잔액 286,306,724원(=345,000,000원 - 58,693,276원)을 수동채권으로 하고, 피고의 원고 A에 대한 채무불이행으로 인한 손해배상채권 149,099,472원, 지체상금채권 173,855,000원, 하자보수에 갈음한 손해배상채권 115,076,945원을 각 자동채권으로 하여 대등액의 범위에서 상계하면, 오히려 피고의 원고 A에 대한 채권이 151,724,693원{=438,031,417(=149,099,472원 + 173,855,000원 + 115,076,945원) - 286,306,724원}이 남게 되므로, 원고 A은 피고에게 상계 후 잔액 151,724,693원 및 이에 대한

자연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고 B에 대한 주장 가) 기성고 산정 오류에 관한 주장

감정인 E은 원고 A이 이 사건 공부상의 연면적 849.41㎡를 초과하여 증축한 면적을 산정함에 있어 이 사건 인테리어공사의 기성 부분이 포함되어 있다는 취지의 감정의견을 제시하고 있는데, 이는 원고 A이 이 사건 건축도급계약에 따라 건축한 면적을 이 사건 인테리어공사의 기성고를 산정함에 있어 중복하여 포함시킨 것이므로, 감정인 E의 감정결과에는 이 사건 인테리어공사의 기성고를 과다하게 산정한 잘못이 있다.

나) 변제 주장

피고는 2017. 1. 26.경 원고 B에게 이 사건 인테리어공사대금 중 일부인 60,000,000원을 변제하였다.

다) 상계 주장

원고 B은 피고와 사이에 이 사건 인테리어도급계약을 체결하면서 준공예정기한인 2017. 1. 30. 내에 이 사건 공사를 완료하지 못하는 경우 지체일수마다 계약금액의 1/1000에 해당하는 지체상금을 지급하기로 약정하였는데, 원고 B의 기성 공정률은 약 64%에 불과하여 기성 공정률에 대비한 잔여공사기간이 약 21일이 소요될 예정이므로, 결국 원고 B은 준공예정기한로부터 21일이 경과하여서 비로소 이 사건 인테리어공사를 완료한 것으로 보아야 할 것이어서, 원고 B은 피고에게 지체상금 1,670,000원{=공사대금(부가가치세 포함) 77,000,000원 × 지체상금률 0.1% × 21일}을 지급할 의무가 있다. 또한 이 사건 인테리어공사에는 미시공, 부실시공 등으로 인한 하자가 존재하고, 그 하자보수비용으로 148,917,685원이 소요되므로, 원고 B은 하자보수에 갈음하는 손해배상으로서 피고에게 하자보수비용 48,917,685원을 지급할 의무가 있다. 피고는 원고 B에 대한 지체상금채권 및 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 각 자동채권으로 하여 원고 B의 피고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위에서 상계한다.

3. 판단

가. 본소청구의 청구원인에 관한 판단

1) 원고 A의 미지급 공사대금청구에 관한 판단 가) 계약금액 부분

살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고 A은 2016. 2. 23.경 피고와 사이에 원고 A이 피고로부터 이 사건 공사를 계약금액 1,450,000,000원(부가가치세 별도)에 도급받기로 하는 내용의 이 사건 건축도급계약을 체결한 다음, 2017. 1. 16.경 이 사건 건축도급계약에 의한 이 사건 공사를 모두 완료하였으므로, 피고는 원고 A에게 이 사건 건축도급계약에 의한 계약금액 잔액 200,000,000원(=계약금액 1,450,000,000원 - 원고 A이 지급받았음을 자인하는 금액 1,250,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나) 부가가치세 부분

(1) 관련 법리

(가) 일반적으로, 수급인이 공사대금의 총액만을 기재하고 부가가치세가 포함되었다는 내용의 공사도급계약을 체결한 경우 당사자의 의사는 부가가치세의 실제 수액이 총 공사대금의 1/10에 해당하는지에 상관없이 도급인이 수급인에게 약정 공사대금을 전액 지급하기로 합의한 것으로 볼 수 있는 반면에, 수급인이 공사대금의 총액을 정하고 부가가치세는 별도로 지급하기로 하는 공사도급계약을 체결한 경우 당사자의 의사는 도급인이 수급인에게 수급인이 납부하여야 할 부가가치세에 해당하는 금액만 별도로 지급하기로 약정한 것으로 볼 수 있다.

(나) 한편 구 조세특례제한법(2016. 12. 20. 법률 제14390호로 개정되기 전의 것) 제106조 제1항 제4호, 같은 법 시행령(2017. 2. 7. 대통령령 제27848호로 개정되기 전의 것) 제106조 제4항, 제51조의2 제3항, 구 주택법(2016. 12. 2. 법률 제14344호로 개정되기 전의 것) 제2조 제6호에 의하면, 주거의 용도로만 쓰이는 주거 전용면적이 국민주택 규모인 1호 또는 1세대당 85㎡ 이하인 주택과 그러한 주택의 건설용역으로서 건설산업기본법 등에 의하여 등록을 한 자가 공급하는 주택건설용역에 대하여는 부가가치세를 면제하도록 규정하고 있다.

(2) 판단

(가) 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고 A과 피고는 이 사건 건축도급계약을 체결하면서 계약금액을 1,450,000,000원으로 정하되 부가가치세는 별도로 지급하기로 약정하였는데, 이는 도급인인 피고가 수급인인 원고 A에게 원고 A이 납부하여야 할 부가가치세에 해당하는 금액만을 계약금액과 별도로 지급하기로 약정한 것으로 볼 수 있다.

(나) 살피건대, 갑 제15호증, 을 제8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 건물의 다세대주택 부분 중 3층, 4층(연면적 331.64㎡)의 세대별 주거전용면적이 국민주택 규모인 85㎡ 이하인 사실, 원고 A은 건설산업기본법에 의하여 등록을 한 회사로서 이 사건 건물 중 3층, 4층에 관한 건설용역을 공급하였던 사실을 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 건물 중 3층, 4층에 관한 공사는 관련 법령에 의하여 부가가치세 면제대상에 해당되므로, 원고 A은 그 공사비에 상응하는 부가가치세를 납부할 의무가 없고, 나머지 과세대상 연면적인 643.24㎡(=전체 연면적 974.88㎡ - 3층, 4층 연면적 331.64㎡)에 해당하는 부가가치세인 95,673,108원(=계약금액 1,450,000,000원 × (과세대상 연면적 643.24㎡ / 총 연면적 974.88㎡) × 1/10)만을 납부할 의무가 있다고 할 것이어서, 피고의 이 부분 주장은 이유 있다.

(다) 나아가 피고는, 이 사건 건물 중 5층의 세대별 주거전용면적이 국민주택 규모인 85㎡ 이하이어서 이 사건 건물 중 5층에 관한 공사도 관련 법령에 의하여 부가가치세 면제대상이라는 취지로 주장하므로 살피건대, 앞서 든 각 증거 및 당심 법원의 감정인 E에 대한 각 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 건물 중 5층에 관한 이 사건 공부상의 연면적이 112.52㎡(전용면적 84.75㎡)이기는 하지만, 실제 연면적은 30.38㎡가 확장된 142.90㎡(전용면적 85㎡ 초과)인 사실을 인정할 수 있고, 관련 법령에 의한 면제대상 여부를 판단하기 위한 국민주택 규모의 전용면적이란 공부상의 전용면적이 아니라 실제 전용면적을 의미한다고 할 것이므로(대법원 1998. 4. 10. 선고 97누19489 판결 등 참조), 이 사건 건물 중 5층에 관한 공사는 관련 법령에 의하여 부가가치세 면제대상에 해당된다고 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 소결

따라서 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 계약금액 잔액 및 부가가치세 합계 295,673,108원(=200,000,000원 + 95,673,108원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고 B의 기성 공사대금청구에 관한 판단 가) 관련 법리

수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사대금을 정산하여야

할 경우에, 그 공사대금 또는 기성고 비율 산정에 관하여 특약이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 공사대금은 이미 완성된 부분에 소요된 공사비와 미시공 부분의 완성에 소요되는 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 이미 완성된 부분에 소요된 공사비가 차지하는 기성고 비율을 약정 총공사대금에 적용하여 산정하여야 한다고 할 것이다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다225561 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고 B은 2016. 11. 26.경 피고와 사이에 원고 B이 피고로부터 이 사건 인테리어공사를 계약금액 70,000,000원(부가가치세 별도)에 도급받기로 하는 내용의 이 사건 인테리어도급계약을 체결한 다음, 이 사건 인테리어도급계약에 따라 이 사건 인테리어공사를 진행하였는데, 피고의 공사대금 미지급으로 인하여 공사가 중단됨에 따라 피고는 2017. 2.경 원고 B에게 이 사건 인테리어도급계약을 해제한다는 통지를 하였고, 위 해제 통지 당시의 기성고 비율은 59%²⁾ {=시공 부분 공사비 76,705,189원 / (시공 부분 공사비 76,705,189원 + 미시공 부분에 소요될 공사비 48,917,685원 + 가구공사에 소요될 공사비 4,387,197원)}임이 계산상 분명한 것으로 보이므로, 피고가 원고 B에게 지급하여야 할 기성금은 45,430,000원{=(이 사건 인테리어공사대금 70,000,000원 + 부가가치세 7,000,000원) × 기성고 비율 59%}이 된다고 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 기성 공사대금 45,430,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(2) 나아가 원고 B은, ① 기성고 비율이 90%임을 전제로 한 기성 공사대금 및 부가가치세 합계 23,870,000원과 ② 이 사건 공사가 중단된 2017. 2. 2.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지의 지연손해금을 추가로 구한다.

(가) 먼저 기성고 비율이 90%인지 여부에 관하여 보건대, 원고 B이 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고 B의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(나) 다음으로 지연손해금 부분에 관하여 보건대, 건축공사도급계약에서 기성 부분에 대한 공사대금을 공사단계에 따라 도급인이 확인·검사하여 구분지급하기로 약정한 경우에 기성검사가 이미 마쳐진 부분이 있으면 그 부분의 공사대금은 그 계약에서 정한 날에 지급할 의무가 생기므로 그

다음날부터 지연손해금이 발생하지만, 공사 도중에 도급계약이 해제 또는 해지되어 수급인은 해제된 상태 그대로 목적물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 목적물의 기성고 등을 참작하여 상당한 보수를 지급할 의무를 지게 되는 경우에 그에 대한 보수지급의무는 특별한 사정이 없는 한 계약 해제 또는 해지의 효력이 발생한 날 또는 기성부분이 도급인에게 인도된 날에 이행하여야 하고

지연손해금은 그 다음날부터 발생한다고 볼 것인바(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다34043, 34050 판결 등 참조), 이 사건에 있어서 원고 B이 이 사건 인테리어공사를 중단한 2017. 2.경이 기성 공사대금의 지연손해금 기산일이라고 할 수 없고, 달리 이 사건 인테리어도급계약의 해제 효력 발생일이나 이 사건 건물의 인도일에 관한 원고 B의 주장·증명이 없으므로, 이 사건 건물의 인도일 이후로서3) 원고 B이 피고에게 기성 공사대금의 이행을 청구한 이 사건 소장 부분 송달 다음날을 지연손해금의 기산일로 보아야 할 것이므로, 원고 B의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. 피고의 원고 A에 대한 본소에 관한 주장 및 반소청구에 관한 판단

1) 추가변제 주장에 관한 판단 살피건대, 을 제7호증에 의하면, 피고가 원고 B에게 2015. 12. 2.경 2회에 걸쳐 30,000,000원, 50,000,000원 합계 80,000,000원을 송금하였던 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실과 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 2015. 12. 2.경 원고 A에게 이 사건 건축도급계약에 의한 공사대금으로 80,000,000원을 변제하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 상계 주장에 관한 판단 가) 축소시공에 의한 채무불이행으로 인한 손해배상채권 부분 살피건대, 앞서 든 각 증거 및 갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 건축도급계약의 체결 당시 이 사건 건물의 연면적이 937㎡임을 전제로 하여 작성된 견적서가 제출되었던 사실, 이 사건 공부상의 연면적이 849.41㎡로 등재되어 있는 사실을 인정할 수 있다. 그러나 한편 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실과 피고가 제출한 증거들만으로는 원고 A이 이 사건 공사를 함에 있어 이 사건 건물을 축소시공하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(1) 건축주가 작성하여 관할관청의 인·허가를 받은 건축설계도서상에 기재된 연면적에 대하여

건축주의 사전 설계변경을 거치지 아니하고 시공자가 임의로 이를 축소하여 시공할 수 없으며, 관할관청의 인·허가를 받은 건축설계도서상의 연면적이 사용승인서와 집합건축물대장에 그대로 등재되게 되고, 발코니 확장공사 등이 있는 경우 실제 시공면적과 공부상의 연면적이 일치하지 아니하게 된다고 할 것이다.

(2) 감정인 E은 이 사건 공부상의 연면적이 849.41m²로 등재되어 있으나, 사용승인 이전의 실제 시공면적이 944.65m², 사용승인 후 증축 포함된 시공면적이 977.72m²라는 감정의견을 제시하고 있으므로, 원고 A의 실제 시공면적이 937m²를 초과하고 있는 것으로 보인다.

(3) 원고 A과 피고가 이 사건 건축도급계약의 체결 당시 실제 시공면적이 아닌 공부상의 연면적을 937m²로 시공하기로 약정하였다고 볼 만한 자료가 없는 것으로 보인다.

나) 지체상금채권 부분

(1) 관련 법리

수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 경우에는 그 기간에 대하여 지체책임을 부담하지 아니한다고 할 것이다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003다60136 판결 등 참조).

(2) 판단

(가) 살피건대, 원고 A은 피고와 사이에 이 사건 건축도급계약을 체결하면서 준공예정기한인 2016. 9. 30. 내에 이 사건 공사를 완료하지 못하는 경우 지체일수마다 계약금액의 1/1000에 해당하는 지체상금을 지급하기로 약정하였던 사실, 원고 A은 준공예정기한을 경과하여 2017. 1. 16.경에 이르러 비로소 이 사건 공사를 완료하였던 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고 A은 피고에게 준공예정기한 다음날인 2016. 10. 1.부터 이 사건 공사의 실제 완료일인 2017. 1. 16.까지 108일에 대한 지체상금을 지급할 의무가 있다.

(나) 나아가 이 사건 공사의 지연이 원고 A의 귀책사유로 인한 것인지 여부에 관하여 보건대, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 공사가 지연된 기간인 108일은 원고 A이 책임질 수 없는 사유로 인하여 지연된 것이라고 봄이 상당하므로, 결국 원고 A은 피고에 대하여 공사지연으로 인한 지체책임을 부담하지 아니한다고 할 것이다.

- ① 이 사건 건축도급계약의 도급계약 일반조건 제10조에서는 '피고의 귀책사유로 인한 공사 지체', '피고의 귀책사유로 인한 착공지연 및 시공 중단', '설계변경으로 인한 지체', '기타 원고의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우'에는 지체상금을 부과하지 아니한다고 규정하고 있다.
- ② 피고는 2016. 2. 17.경 관할관청에 이 사건 건물에 대한 건축허가를 신청하였으나, 신청 당일에 이 사건 건물의 대지소유권을 모두 확보하지 못하였음을 이유로 이 사건 건물에 대한 건축허가의 보완을 요구받았고, 이에 따라 원고 A은 이 사건 건축도급계약에 의한 공사를 중단한 채 진행하지 못하였던 것으로 보인다. 이후 피고는 대한민국으로부터 이 사건 공사에 필요한 국유지들을 취득한 다음, 2016. 5. 27.경 이 사건 건물에 대한 건축허가를 다시 신청하여 2016. 6. 15. 이 사건 건물에 대한 건축허가를 받았고, 이에 따라 원고 A은 2016. 6. 22. 착공신고필증을 교부받아 그 무렵부터 이 사건 공사를 재개하였던 것으로 보인다.
- ③ 착공신고 없이 건축물의 착공을 개시할 경우 건축주나 시공자는 시정명령, 이행강제금 및 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있는 등 불안정한 지위에 놓이게 되는 점을 감안할 때, 원고 A은 착공신고를 하지 아니한 채 이 사건 공사를 제대로 진행할 수 없었을 것으로 보이고, 피고로서도 원고 A에게 착공신고 없이 이 사건 공사를 진행할 것을 요구할 수 없었을 것으로 보인다.
- ④ 원고 A이 이 사건 건물에 대한 건축허가가 지연되는 동안에 이 사건 공사현장에 일부 가벽을 설치하는 등의 일부공사를 진행한 것으로 보이긴 하나, 이는 관할관청으로부터 토사붕괴 방지 등을 위한 조치를 요구받아 이루어진 것으로 보인다.
- ⑤ 설령 원고 A이 착공신고 없이 스스로 위와 같이 불이익을 감수하면서 일부 공사를 진행하였다고 하더라도, 그 공사기간을 이 사건 건축도급계약에 의한 공사기간에 포함시킬 수는 없다고 할 것이다. 왜냐하면 만약 원고 A이 착공신고 없이 일부 공사를 진행하였다는 사실만으로 그 공사기간을 이 사건 건축도급계약에 의한 공사기간에 포함시킨다면, 건축허가가 없었다는 이유로 공사를 전혀 진행하지 아니한 경우에는 지체상금이 면제되는 반면에, 일부 공사를 진행한 경우에는 지체상금을 부담하게 되는 부당한 결과에 이르기 때문이다.
- ⑥ 결국 이 사건 건물에 대한 건축허가에 필요한 대지소유권 확보는 전적으로 피고에게 속한

영역이므로, 원고 A의 착공 지연 및 시공 중단은 이 사건 건축도급계약의 도급계약 일반조건 제10조 소정의 '피고의 귀책사유로 인한 착공지연 및 시공 중단'에도 해당된다고 할 것이므로, 이에 해당하는 기간인 2016. 3. 1.부터 2016. 6. 22.까지의 기간인 114일은 지체일수에서 공제되어야 할 것으로 보인다.

(3) 소결

결국 피고의 원고 A에 대한 지체상금채권은 성립하였다고 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

다) 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 부분

(1) 손해배상채권의 성립과 범위

(가) 하자보수비의 범위

살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고 A은 피고와 사이에 이 사건 건축도급계약을 체결한 다음 이 사건 건축도급계약에 의한 이 사건 공사를 모두 완료하였는데, 원고 A의 미시공, 부실시공 등으로 인하여 이 사건 건물에 하자가 발생하였고, 이에 대한 하자보수비용은 미시공 부분이 87,639,332원, 하자 부분이 12,330,435원 합계 99,969,767원(=87,639,332원 + 12,330,435원)이 소요될 것으로 보이므로, 특별한 사정이 없는 한 수급인인 원고 A은 민법 제667조4)에 의한 하자보수에 갈음하는 손해배상으로서 도급인인 피고에게 하자보수비용 99,969,767원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(나) 낙찰률 적용에 관한 판단

① 피고는, 관급공사가 아닌 민간공사의 경우 미시공 부분이나 하자 부분에 관한 하자보수비용을 산정함에 있어 낙찰률을 적용하여서는 아니됨에도 감정인 E은 하자보수비용을 산정함에 있어 낙찰률 87.75%를 적용한 잘못이 있다는 취지로 주장한다.

② 살피건대, 감정인의 감정결과에 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 하는바(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다92866 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실에 의하면, 감정인 E은 하자보수비용의 산정에 있어 소장접수일인 2017. 2. 21.을 기준으로 정부표준품셈에 의한 일위대가를 적용하여 내역을 산출하고 원가계산에 제비율을 적용한

다음, 추정가격이 1,000,000,000원 미만일 경우 수의계약시 적용되는 낙찰율 87.75%를 적용하여 하자보수비를 산정하였던 것으로 보이는데, 이는 감정인 E이 하자보수비용을 산정함에 있어 임의로 낙찰률을 적용한 것이 아니라 '정부표준품셈'을 그대로 적용하는 것이 과다하다고 보아 일위대가를 일부 조정하여 적용한 것으로 보이고, 달리 감정인 E의 감정결과가 현저히 불합리하거나 부당하다고 볼 만한 사정도 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 원고 A의 주장에 관한 판단

(가) 공사비단가 건설표준품셈 적용 불가 주장

① 원고 A은 관급공사가 아닌 민간공사의 경우 미시공 부분이나 하자 부분에 관한 하자보수비용을 산정함에 있어 원고 A과 피고가 계약의 근거로 삼았던 공사내역서 내지 원가계산서를 기준으로 보수비용을 산정하여야 하고, 정부표준품셈을 적용할 수 없음에도 감정인 E의 감정결과는 하자보수비용을 산출함에 있어서 정부표준품셈을 적용한 잘못이 있다는 취지로 주장한다.

② 살피건대, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 감정인이 정부표준품셈 등 객관적 기준에 의하여 산정된 수량과 단가 등을 적용하는 방법으로 하자보수비용을 산정한 이상 그 감정결과는 충분히 수긍할 수 있는 것으로 보이는 점, 원고 A은 하자보수비용의 감정이 이루어질 당시 공사단가에 정부표준품셈을 적용하는 것에 대하여 이의를 제기하지 아니하였을 뿐만 아니라, 감정인 E의 도면 및 공사내역서 제출요구에 대하여 정부표준품셈 일위대가 및 원가계산 제비율 적용기준을 적용한 단가를 제출하였던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 감정인 E의 감정결과가 현저히 불합리하거나 부당하다고 보기 어려우므로, 원고 A의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 추가공사에 관한 주장

① 원고 A은, 원고 A과 피고는 이 사건 건축도급계약의 일부 내용을 변경하여 최종적으로 도급계약서(갑 제2호증의 1)를 작성하였는데, 위 도급계약서에는 각층별 도시가스 인입 및 각층별 배관 설치공사, 근생 1~2층 냉난방 시스템 설치공사, 다세대주택 3~5층(냉난방시스템, 전자제품, 침대, 식탁, 블라인드 설치), 1층 외부테크 마감공사, 준공 후 별도공사(1층 주방확장, 창호확장), 한전불입금(계량기 및 기타), 시수도 인입공사, 제세공과금이 별도공사로 기재되어 있으므로, 이러한

공사들은 미시공 부분의 하자에서 제외되어야 한다는 취지로 주장한다.

② 살피건대, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 건축도급계약의 진정한 계약서는 원고 A이 제출한 도급계약서(갑 제2호증의 1, 이하 '원고제출계약서'라 한다)가 아니라 피고가 제출한 도급계약서(을 제1호증, 이하 '피고제출계약서'라 한다)이고, 이 사건 건축도급계약의 내용도 피고제출계약서의 기재내용과 같다고 봄이 타당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고 A의 이 부분 주장 역시 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

③ 원고제출계약서에는 계약금액이 1,450,000,000원임에도 분할 지급금액의 합계가 1,400,000,000원으로 불일치하고 있는 것에 비하여, 피고제출계약서에는 계약금액과 분할 지급금액의 합계가 정확하게 일치하고 있다.

④ 피고제출계약서에 기재된 협의내용이 원고제출계약서에 기재된 것보다 구체적인 것으로 보이고, 이 사건 공사자금을 대출받으면서 1조합에 첨부서류로 제출되었던 도급계약서도 피고제출계약서였던 것으로 보인다.

④ 원고 A이 별도공사라고 주장하는 각 공사의 대금이 대부분 지급되었던 것으로 보이고, 원고 A은 피고에게 위 각 공사에 대한 별도의 견적서도 제출하지 아니하였다.

(다) 2층 바닥 몰탈 및 2층 조명 공사 제외 주장

원고 A은 피고와 사이에 2층 바닥 몰탈 및 2층 조명 공사 부분을 시공하지 아니하기로 하는 대신에 1층과 2층 계단실에 고벽돌을 사용하여 마감하기로 약정하였다는 취지로 주장하나, 원고 A이 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고 A의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 상계적상 및 상계 의사표시

(1) 관련 법리

도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고, 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 공사대금채권과 동시이행관계에 있는 것이므로, 이와 같이

도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사대금 지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하고, 도급인이 하자보수나 손해배상 채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사잔대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다고 보아야 할 것이다(대법원 1996. 7. 12. 선고 96다7250, 7267 판결 등 참조).

(2) 판단

(가) 살피건대, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권은 이 사건 건축도급계약에 의한 이 사건 공사가 완료되어 이 사건 건물에 대한 사용승인을 받은 2017. 1. 16.경에 성립함과 동시에 그 변제기가 도래하였고, 한편 피고는 이 사건 2018. 11. 6.자 준비서면의 제출을 통하여 원고 A에게 피고의 원고 A에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위에서 상계한다는 의사표시를 하였고, 같은 날 위 준비서면이 원고 A에게 송달되었던 사실이 기록상 분명하므로, 피고의 원고 A에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권도 이 사건 2018. 11. 6.자 준비서면의 송달로써 그 다음날인 2018. 11. 7. 그 변제기5)가 도래하였다고 할 것이어서(대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결 등 참조), 원고 A과 피고의 양채권은 2018. 11. 7.경에 모두 변제기가 도래하여 상계적상에 있게 되었다고 할 것이다.

(나) 한편 도급인의 하자보수에 갈음한 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 동시이행관계에 있어 서로간에 지체책임을 부담하지 아니하므로, 피고의 위 상계의 의사표시에 따라 원고 A의 피고에 대한 공사대금채권은 상계적상일인 2018. 11. 7.경 피고의 원고 A에 대한 손해배상채권 99,969,767원과 대등액의 범위에서 소멸하였다고 할 것이어서, 결국 피고의 원고A에 대한 공사대금채권은 195,703,341원(=295,673,108원 - 99,969,767원)이 남게 된다.

2) 피고의 원고 B에 대한 본소에 관한 주장에 관한 판단 1) 변제 주장에 관한 판단

살피건대, 갑 제19호증, 을 제12호증의 각 기재에 의하면, 피고가 2017. 1. 26.경 주식회사 L에게 60,000,000원을 지급하였던 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실과 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 2017. 1. 26.경 원고 B에게 이 사건 인테리어도급계약에 의한 공사대금으로 60,000,000원을 변제하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로,

피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 상계 주장에 관한 판단

가) 지체상금채권 부분

살피건대, 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 인테리어공사가 이 사건 인테리어공사계약에서 정한 준공기한 내에 완성되지 못할 것이 객관적으로 분명한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 하자보수에 갈음한 손해배상채권 부분

살피건대, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고 B이 실시한 이 사건 인테리어공사에 미시공, 부실시공 등의 하자가 발생하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장 역시 더 나아가 살피볼 필요 없이 이유 없다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고 A에게 공사대금 잔액 195,703,341원, 원고 B에게 기성 공사대금 45,430,000원 및 위 각 금원에 대하여 이 사건 건물의 인도일 이후로서 이 사건 소장 부분 송달 다음날인 2017. 3. 7.부터 피고가 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2019. 7. 24.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%6)의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고 A은 2017. 2. 2.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지의 지연손해금을 구하나, 이 사건 건축도급계약 제9조에서는 피고가 이 사건 건물을 인도받음과 동시에 공사대금을 지급하기로 규정하고 있는데, 이 사건 건물의 인도일에 관한 원고 A의 주장·증명이 없으므로, 이 사건 건물의 인도일 이후로서 원고 A이 피고에게 공사대금의 이행을 청구한 이 사건 소장 부분 송달 다음날을 지연손해금의 기산일로 보아야 할 것이므로, 원고 A의 위 주장은 받아들일 수 없다).

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 본소청구는 이유 없어 이를 기각하며, 피고의 원고 A에 대한 이 사건 반소청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고들의 본소에 대한 항소와 피고의

본소 및 반소에 대한 항소는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김문관

판사김재형

판사박선영

- 1) 계산상 정확한 금액은 149,099,306원이다.
- 2) 이에 대하여 피고는, 감정인 E의 감정결과는 이 사건 인테리어공사의 기성고를 산정함에 있어 원고 A이 이 사건 건축도급계약에 따라 건축한 면적을 중복하여 포함시켜 이 사건 인테리어공사의 기성고를 과다하게 산정한 잘못이 있다는 취지로 주장하나, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 감정인 E은 원고들이 시행한 해당 공사별로 구별하여 시공 부분의 공사비와 미시공 부분의 공사비를 산정하였던 것으로 보이므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.
- 3) 이 사건 건물의 인도일을 인정할 만한 증거자료는 없지만, 이 사건 소가 제기되기 이전에 피고가 이 사건 건물을 인도받은 사실에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 없다.
- 4) 제667조(수급인의 담보책임)
 - ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.
 - ② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다.
 - ③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다.
- 5) 건축공사에 있어 수급인의 공사대금채권의 변제기는 건물의 준공, 인도일이라 할 것이나 도급인의 하자보수채권의 변제기는 도급인이 그 권리를 행사한 때라고 보아야 할 것이다.
- 6) 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정이 2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되어 2019. 6. 1. 시행됨에 따라 2019. 6. 1.부터는 개정 규정에 따른 법정이율인 연 12%가 적용되므로, 연 12%를 초과하여 구하는 원고들의 지연손해금 청구는 받아들일 수 없다.