

부산고등법원(창원) 2022. 10. 27 선고 2021나12783(본소), 2021나12820(반소) 판결
[청구이의 · 공사대금]

재판경과

부산고등법원(창원) 2022. 10. 27 선고 2021나12783(본소), 2021나12820(반소) 판결
창원지방법원 진주지원 2021. 7. 27 선고 2020가합12113 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인주식회사 A

소송대리인 법무법인 세헌 담당변호사 김수정

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인주식회사 B

소송대리인 법무법인 대로 담당변호사 이승찬

변호사 박흥대, 김현호

변론 종결2022. 8. 18.

판결 선고2022. 10. 27.

제1심판결창원지방법원 진주지원 2021. 7. 27. 선고 2020가합12113(본소),

2020가합12373(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)의 원고(반소피고)에 대한 공증인가 법무법인 C이 2019. 4. 25. 작성한 2019년

제155호 금전소비대차계약공정증서에 기초한 강제집행은 '43,241,949원과 이에 대한 2019. 12. 31.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율로 계산한 돈'을 초과하는 부분에 한하여 불허한다.

나. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 257,735,968원과 이에 대하여 2020. 6. 5.부터 2022. 10. 27.까지는 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

다. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구와 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 모두 기각한다.

라. 창원지방법원 진주지원이 2020카정10011 강제집행정지 신청사건에 관하여 2020. 5. 26. 한 강제집행정지 결정을 '43,241,949원과 이에 대한 2019. 12. 31.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율로 계산한 돈'을 초과하는 부분에 한하여 인가한다.

2. 소송 총비용은 본소와 반소를 합하여 50%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각각 부담한다.

3. 제1의 나, 라항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)의 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에 대한 주문 제1항 기재 공정증서에 기초한 강제집행을 불허한다.

나. 반소

원고는 피고에게 1,308,200,000원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 반소청구를 기각한다.

나. 피고

- 1) 제1심판결의 본소에 관한 부분을 취소하고, 원고의 본소청구를 기각한다.
- 2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고에게 424,697,750원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰는 외에는 제1심판결 이유 제1항 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

<고쳐 쓰는 부분>

○ 제1심판결문 제3쪽 제15행부터 제19행까지를 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『피고는 2018. 7. 31. 원고에게 300,000,000원을 변제기 2018. 12. 31., 이자 연 1%로 정하여 대여하기로 하고(이하 위 대여 약정을 '최초 대여 약정'이라고 한다), 다음 날인 2018. 8. 1. 원고에게 270,000,000원(이하 '이 사건 대여금'이라고 한다)을 대여하였으며, G은 원고의 피고에 대한 이 사건 대여금채무를 연대보증하였다.』

○ 제1심판결문 제4쪽 제5~6행의 "(이하 '이 사건 인증서'라 한다)"를 삭제한다.

○ 제1심판결문 제4쪽 제6행의 "②"부터 제11행까지를 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『② 원고가 피고에게 이 사건 대여금을 2019. 5. 30.까지 원고 대표이사 F 명의 아파트 매도대금에서 담보대출금 250,000,000원을 공제한 나머지 돈으로 변제하고, 부득이한 사정으로 위 아파트 처분이

늦어질 경우 그 매매대금 지급일까지 변제하며, 변제되지 않은 나머지 대여금은 준공 후 2개월 이내에 분양대금으로 변제하되, 이러한 합의 기간 내 변제되지 않으면 월 3%의 연체 가산이자를 지급한다는 내용의 합의를 하여 인증서(법무법인 C 등부 2019년 제407호 인증서, 이하 '이 사건 인증서'라고 한다)를 작성하고, ③ 원고가 피고에게 차용금 270,000,000원을 2019. 7. 말일까지 변제하고, 연 24%의 이자를 지급하며, 원금 또는 이자의 변제 지체 시 원금 또는 이자에 대하여 연 24%의 지연손해금을 지급한다는 내용의 금전소비대차계약 공정증서(공증인가 법무법인 C 작성 2019년 제155호 공정증서, 이하 '이 사건 공정증서'라 한다)를 작성하였다.』

○ 제1심판결문 제4쪽 제13 내지 15행을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『1) 피고는 이 사건 대여금채무의 연대보증인인 G을 상대로 하여 이 사건 대여금 270,000,000원과 이에 대하여 2018. 7. 31.부터 2018. 12. 31.까지는 연 1%의 약정이자, 그다음 날부터 지급명령 정본 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 구하는 지급명령을 신청하였고, 현재 창원지방법원 2020가합50389호로(이하 '이 사건 관련소송'이라 한다) 소송계속 중에 있다.』

2. 본소청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

1) 피고는 준공예정일이 2019. 7. 30.임에도 불구하고 2019. 12. 30. 이 사건 공사를 완료하였고, 이 사건 건물의 사용승인은 2020. 1. 31.에야 이루어졌는바, 원고는 피고에 대하여 준공예정일 다음 날인 2019. 7. 31.부터 사용승인일인 2020. 1. 31.까지의 185일분의 지체상금 1,687,200,000원(= 공사대금 4,560,000,000원 × 지체상금률 2/1000 × 185일)과 이에 대한 지연손해금채권을 가진다.

2) 이 사건 대여금채무의 연대보증인인 G이 이 사건 관련소송에서 원고의 피고에 대한 위 지체상금채권을 자동채권으로 하여 피고의 원고에 대한 이 사건 대여금채권과 상계하였고, 이에 따라 피고의 원고에 대한 이 사건 대여금채권은 전부 소멸하였으므로, 이 사건 공정증서에 기한 강제집행은 불허되어야 한다.

나. 원고의 지체상금채권에 관한 판단

1) 지체상금의 발생과 범위 가) 원고와 피고가 이 사건 제2차 연장계약 시 이 사건 공사의 계약금액을 4,560,000,000원으로 변경하고, 지체상금률을 1일당 총 계약금액의 2/1000로 약정하였으며, 이 사건 제3차 연장계약으로 이 사건 공사의 준공예정일을 2019. 7. 30.로 정하였음은 앞서 본 바와 같으나, 이 사건 공사가 2019. 12. 30.에야 완료된 사실은 갑 제7호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되거나 원고가 자인하고, 1) 피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 공사가 2019. 12. 30. 이전에 완성되었음을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 제2, 3차 연장계약에 따라 계약금액 4,560,000,000원에 대하여 지체상금률 0.002를 적용한 준공예정일 다음 날인 2019. 7. 31.부터 이 사건 공사 완료일인 2019. 12. 30.까지 153일분의 지체상금 1,395,360,000원(= 4,560,000,000원 × 0.002 × 153일)을 지급하여야 한다.

나) 원고는 이 사건 공사 완료일 다음 날부터 이 사건 건물의 사용승인을 받은 2020. 1. 31.까지도 지체상금이 발생한다고 주장하나, 원고와 피고 사이에 지체상금 종기를 통상의 건축공사 도급계약과 달리 사용승인일로 정하였다고 볼 만한 특별한 사정을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 한편 피고는, 이 사건 공사의 진행 과정이나 이 사건 제3차 연장계약의 체결 경위 등을 고려하면 이 사건 제3차 연장계약에서 정한 바와 같이 공사대금 기성지급 원칙이 적용되므로 원고의 공사대금 지급 의무와 피고의 공사완료 의무는 동시이행관계에 있고, 설령 피고의 공사완료 의무를 선이행의무로 보더라도, 공사완료가 지체된 것은 공사대금을 제 때에 지급하지 않은 원고의 귀책사유로 인한 것이거나 피고가 책임질 수 없는 사유로 인한 것인바, 원고는 피고에게 이 사건 공사의 지체책임을 물을 수 없다고 주장한다.

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 입증하였어야 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).

앞서 인정한 사실과 갑 제1호증의 2, 제6, 18, 19, 29호증, 을 제5, 9호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고는 이 사건 제3차 연장계약 시 원고가 이 사건 공사를 진행할 만한 충분한 자금을 보유하고 있지 않다는 점을 인식하고, 이에 따라 원고와 사이에 공사대금 지급이 원활히 이루어지지 않는 경우를 예상하여 이 사건 공사 완료 후 이 사건 건물의 분양대금 또는 담보대출금 등으로 공사대금을 지급받는 내용의 이 사건 제3차 연장계약을 체결하였고, 원고는 이 사건 제3차 연장계약 이후에는 피고의 기성금 청구에 따른 공사대금을 지급하고, 하수급인들에게 공사대금 지급을 약정하는 등 이 사건 제3차 연장계약에서 정한 의무를 다하였다고 봄이 타당하며, 피고가 제출한 증거만으로는 피고의 이 사건 공사 완료 의무가 원고의 공사대금 지급 의무와 동시이행관계에 있다거나 오로지 원고의 귀책사유나 피고가 책임질 수 없는 사유로 이 사건 공사가 지연되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 다만, 원피고가 약정한 공사대금 지급의 유예 사유인 '공사대금 지급이 원활하지 않은 사정'은 원고의 책임 있는 사유로 볼 수 있으나, 이는 피고의 귀책사유와 경합하여 이 사건 공사 완료가 늦어진 데 영향을 미친 것으로서 지체상금의 감액에서 고려할 사정에 불과하다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

① 피고는 2019. 3. 18.경 이 사건 공사를 중단하면서 원고에게 미지급 공사대금의 지급과 이 사건 대여금의 반환을 요청하였다. 원고와 피고는 그로부터 약 1개월 후인 2019. 4. 25. 중단된 이 사건 공사를 재개하는 합의를 하면서 이 사건 제3차 연장계약을 체결하게 되었는데, 이 사건 대여금에 대하여는 합의 기간 내에 변제되지 않을 시 월 3%의 지연이자를 지급한다는 내용의 인증서를 작성하였을 뿐만 아니라 이 사건 대여금의 변제기를 2019. 7. 말일로 특정한 이 사건 공정증서까지 작성한 반면, 그 당시까지 미지급된 공사대금이 1,391,984,000원(= 434,392,000원 + 253,176,000원 + 241,456,000원 + 178,480,000원 + 284,480,000원)에 이름에도 불구하고 그 지급일이나 지체 시 지연이자 등에 관하여는 특정하지 않았다.

② 이 사건 제3차 연장계약서에는 공사대금 지급에 관하여 '공사대금은 기성지급이 원칙이나 원활하지 않을 경우 준공 후 2개월 이내에 지급하도록 한다'고 기재되어 있을 뿐이다. 이는 공사대금이 기성고에 따라 지급되지 않는 경우에는 이 사건 공사 완료 후 미지급 공사대금을

지급한다는 것임이 문언 상 분명하다.

피고는 기성 지급이 원활하지 않은 경우가 원고의 주관적 의사에 따라 좌우되므로 위 약정은 효력이 없다는 취지로도 주장하나, 피고는 이 사건 공사대금 대부분을 PF 대출금으로 지급받은 데다 그 대출채무의 연대보증인으로서 대출금이 이 사건 공사대금에 미치지 못한다는 점과 원고가 위 대출금 외에 이 사건 공사대금을 지급할 만한 자금을 보유하고 있지 않다는 것을 알고 있었던 점, 아래 ③, ④항과 같이 원고가 공사대금을 지급하지 못할 경우에 관한 여러 규정을 둔 점에 비추어 보면, 위 규정의 효력을 부인하기는 어렵다.

③ 이 사건 제3차 연장계약서에는 '시행사는 시공사의 협력업체들에게 미지급분에 대하여 지급보증에 서명한다. 시공사에게도 지급보증을 입보해야 하고, 그에 따라 시행사는 준공일로부터 45일 내에 지급하여야 한다'고 기재되어 있는바, 원고와 피고는 하수급업체들에 대한 하도급대금도 준공 이후 원고가 지급하는 것으로 약정하였다.

④ 이 사건 제3차 연장계약서에는 '분양대금은 공사대금으로 우선 지급되도록 한다'고 기재되어 있는바, 원고와 피고가 준공 후 공사대금 지급방법에 관하여 구체적으로 논의하였음을 알 수 있다.

⑤ 이 사건 제3차 연장계약서에는 공사대금이 준공 후 지급되는 경우에 관한 규정은 여럿 있으나, 이 사건 공사 완료에 관하여는 준공예정일을 2019. 7. 30.로 연장하였을 뿐이고, 피고의 지체책임 면제에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다.

⑥ 이 사건 제3차 연장계약 후 피고는 원고에게 2019. 5. 28. 330,000,000원, 2019. 9. 10. 180,000,000원의 기성금을 청구하였고, 이에 대하여 원고는 PF 대출금으로 2019. 5. 31. 306,900,000원, 2019. 9. 11. 150,000,000원을, 원고의 자금으로 2019. 10. 16. 60,000,000원 합계 516,900,000원을 지급하여 원고가 청구한 기성금 510,000,000원(= 330,000,000원 + 180,000,000원)을 초과하여 공사대금을 지급하였다.

⑦ 피고의 현장소장인 AA은 하수급인들이 원고의 대표이사 F를 사기 혐의로 고소한 사건의 참고인으로 수사기관에 출석하여 '2019. 7.경 PF 대출금이 바닥나자 시행사(원고)가 더 이상 공사대금을 지불할 능력이 되지 않고, 그렇다고 시공사(피고)가 공사대금을 충당할 능력이 되는 것도 아니어서 더 이상 공사를 진행할 수 없어 시행사, 하도급협력업체와 이야기가 된 것이 일단 준공을

받을 수 있도록 공사를 진행하고, 미지급된 공사대금은 시행사에서 공증을 서고, 준공 후 대출이 발생되면 하도급 협력업체의 공사대금을 지급하기로 약정하였다'라고 진술하였다.

⑧ 원고는 2019. 6.경부터 2019. 11.경까지 피고의 하수급인들에게 원고가 하도급대금을 지급한다는 내용의 채무변제계약공정증서 또는 직불합의서를 작성하여 주었다.

2) 지체상금의 감액 가) 지체상금이 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 공사도급액에 대한 지체상금의 비율, 지체상금의 액수, 지체의 사유, 당시의 거래관행 등 여러 사정에 비추어 부당히 과다하다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 감액할 수 있다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결 등 참조).

나) 다만 앞서 든 각 증거에 을 제8호증 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 위 1)항에서 산정한 지체상금액 1,395,360,000원은 부당히 과다하다고 인정되므로, 위 지체상금액의 20%인 279,072,000원(= 1,395,360,000원 × 20%)으로 감액한다.

① 원고는 이 사건 공사계약, 제1, 2차 연장계약 시 피고에게 공사대금을 기성지급하기로 약정하였다. 그러나 원고는 이 사건 공사대금을 지급할 만한 자금도 없이 피고와 이 사건 공사계약을 체결하였고, 피고를 연대보증인으로 하여 PF 대출을 받아 공사대금 일부만 지급하다가 결국 1,391,984,000원에 이르는 기성금을 지급하지 못하였으며, 이 때문에 피고는 2019. 3. 18. 이 사건 공사를 중단하게 되었다.

② 원고와 피고는 이 사건 제3차 연장계약 시에도 공사대금의 기성지급을 원칙으로 약정하였고, 예외적으로 공사대금 지급이 어려운 경우 이를 준공 후 지급하는 것으로 약정하였다. 비록 피고가 원고의 자금 사정을 고려하여 위와 같은 예외 약정을 하였으나, 위 예외는 '원고의 자금 사정 악화'라는 원고의 책임 있는 사유가 발생한 때 적용된다는 점을 고려하여야 한다. 원고와 피고는 이 사건 제3차 연장계약 시 위 예외 약정에 관하여 피고의 하수급인들로부터 동의를 받지도 아니하였는바, 공사대금 지급이 준공 후로 미뤄질 경우 하수급인들의 반발이 있을 수 있고 이에 따라 공사 진행에 어려움을 겪을 수 있다는 것도 예상할 수 있었다.

③ 원고와 피고는 이 사건 제3차 연장계약 시 피고의 하수급인들에 대하여 지급보증 등을 하여 이 사건 공사를 진행하기로 약정하였고, 이에 따라 원고는 피고의 하수급인들과 직불합의 등을 하여 이

사건 공사에 직접 관여하였는바, 이러한 경위로 진행된 공사의 지체에는 피고뿐만 아니라 원고의 책임도 경합하였다.

④ 원고와 피고는 이 사건 공사계약 시 지체상금률을 1일당 0.002로 약정하였고, 이는 이 사건 제1, 2차 연장계약에서도 그대로 유지되었는데, 일반적으로 공사도급계약에서 정하는 지체상금률(1일당 0.001)보다 높은 지체상금률을 약정한 특별한 사정은 보이지 않는다. 게다가 이 사건 제3차 연장계약은 원고의 공사대금 미지급에 따른 공사중단을 해소하기 위하여 체결된 것이고, 피고가 원고의 자금 사정을 고려하여 공사대금 지급에 앞서 이 사건 공사를 완료하기로 약정하는 등 종전계약과는 다른 사정도 인정되므로, 종전계약에서 정한 지체상금률에 따라 지체상금을 산정하여 이를 그대로 피고에게 부담케 하는 것은 부당하고, 그와 같이 산정된 지체상금액이 약정 공사대금의 약 1/3에 이르는 매우 큰 금액이라는 점에서도 그렇다.

다. 피고의 이 사건 대여금채권에 관한 판단

1) 인정사실에 의하면, 원고는 피고에게 이 사건 대여금 270,000,000원과 이에 대하여 대여일인 2018. 8. 1.부터 최초 대여 약정에 따른 변제기인 2018. 12. 31.까지는 최초 대여 약정에 따른 연 1%의 약정이자를, 그다음 날인 2019. 1. 1.부터 이 사건 공정증서 작성 전날인 2019. 4. 24.까지는 상법에 따른 연 6%의 지연손해금을, 이 사건 공정증서를 작성한 2019. 4. 25.부터 이 사건 공정증서에 따른 변제기인 2019. 7. 31.까지는 연 24%의 약정이자를 지급하여야 하고, 이 사건 공정증서에 따른 변제기 다음 날인 2019. 8. 1.부터는 이 사건 대여금 270,000,000원과 이에 대한 2019. 4. 25.부터 2019. 7. 31.부터의 연 24%의 약정이자 합계액에 대하여 연 24%의 약정 지연손해금을 지급하여야 한다.

2) 원고는, 원고 대표이사 F가 그 명의의 아파트를 2019. 12. 5. 매도하여 2019. 12. 6. 그 매매대금 400,000,000원을 모두 수령하였으므로, 이 사건 인증서에 따라 이 사건 대여금 중 400,000,000원에서 담보대출금 250,000,000원을 공제한 금액인 150,000,000원에 대하여는 위 매매대금 수령일 다음 날인 2019. 12. 7.부터, 나머지 대여금 120,000,000원에 대하여는 이 사건 건물 사용승인일로부터 2개월 후인 2020. 4. 1.부터 약정 지연손해금을 부담한다고 주장한다. 이 사건 인증서에서 합의 기간 내 이 사건 대여금이 변제되지 않는 경우 월 3%의 지연 이자를

부담한다는 약정을 하였음은 인정사실에서 본 바와 같고, 갑 제4호증의 기재에 의하면, F가 2019.

12. 5. AB과 부산 부산진구 AC 외 AD아파트 AE호에 관하여 매매대금 4억 원, 잔금 지급일을 2019.

12. 6.로 정하여 매매계약을 체결한 사실은 인정된다.

그러나 ① 이 사건 인증서와 같은 날 작성된 이 사건 공정증서에는 연 24%의 이자 및 지연손해금 약정을 명시적으로 한 점, ② 원고는 이 사건 공정증서가 강제집행을 위하여 작성된 것에 불과하므로 원피고의 실제 합의 내용을 담은 이 사건 인증서를 따라야 한다고 주장하나, 이 사건 인증서에는 이 사건 대여금 변제 시까지의 이자에 관한 규정이 존재하지 않을 뿐이고 그 이자를 면제한다는 규정도 존재하지 않으므로, 이 사건 공정증서와 이 사건 인증서의 내용이 양립할 수 없다거나 배치되는 것도 아닌 점, ③ 피고가 이 사건 인증서와 이 사건 공정증서를 작성한 것만으로는 최초 약정에 따른 이자 또는 지연손해금을 포기하였다고 보기 어렵고 달리 그렇게 볼 만한 사정에 대한 주장이나 증거가 없는 점 등에 비추어 원고는 피고에게 최초 약정에 따른 연 1%의 약정이자, 최초 약정에 따른 변제기 이후의 상법에 따른 연 6%의 지연손해금, 이 사건 공정증서에 따른 연 24%의 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무를 부담한다고 봄이 타당하다[오히려 이 사건 인증서에 따르면, 이 사건 인증서에서 정한 변제기(F의 아파트 매매대금 수령일 또는 준공 후 2개월) 이후에는 이 사건 공정증서보다 높은 월 3%의 지연이자를 지급하여야 한다. 그러나 당시 이자제한법상 최고이자율 연 24%를 넘는 부분은 무효이므로, 원고는 이 사건 인증서에 따르더라도 연 24%의 지연이자를 부담하면 족하다]. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

라. 원고의 지체상금채권과 피고의 이 사건 대여금채권과의 상계

1) 원고의 지체상금채권은 이 사건 공사가 완료된 2019. 12. 30., 피고의 이 사건 대여금채권은 변제기인 2019. 7. 31. 각 이행기에 도달하였으므로, 위 각 채권은 2019. 12. 30. 상계적상에 있게 된다.

2) 갑 제5호증의 기재에 의하면, 이 사건 대여금채무에 대하여 원고와 연대채무자의 관계에 있는 G이 이 사건 관련사건에서 답변서를 제출하여 원고의 피고에 대한 지체상금채권을 자동채권으로 하여 피고의 이 사건 대여금채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시를 한 사실, 위 답변서 부분이 2020. 4. 27. 피고에게 도달한 사실이 인정된다.

이로써 피고의 이 사건 대여금채권 중 상계적상일인 2019. 12. 30.까지의 이자 또는 지연손해금 52,313,949원[= ① 270,000,000원에 대한 2018. 8. 1.부터 2018. 12. 31.까지(153일) 연 1%의 약정 이자 1,131,780원(= 270,000,000원 × 0.01 × 153/365, 원 미만 버림) + ② 270,000,000원에 대한 2019. 1. 1.부터 2019. 4. 24.까지(114일) 연 6%의 지연손해금 5,059,726원(= 270,000,000원 × 0.06 × 114/365, 원 미만 버림) + ③ 270,000,000원에 대한 2019. 4. 25.부터 2019. 7. 31.까지(98일) 연 24%의 약정 이자 17,398,356원(= 270,000,000원 × 0.24 × 98/365, 원 미만 버림) + ④ 287,398,356원(= 270,000,000원 + ③의 약정 이자 17,398,356원)에 대한 2019. 8. 1.부터 2019. 12. 30.까지(152일) 연 24%의 약정 지연손해금 28,724,087원(= 287,398,356원 × 0.24 × 152/365, 원 미만 버림)]과 원금 226,758,051원(= 279,072,000원 - 52,313,949원)은 위 상계적상일에 소급하여 원고의 지체상금채권 279,072,000원과 대등액의 범위에서 순차로 소멸하였다.

3) 따라서 피고의 이 사건 대여금채권은 원고의 지체상금채권과 상계 후 상계적상일 2019. 12. 30. 기준 원금 43,241,949원(= 270,000,000원 - 226,758,051원)이 남게 되므로, 원고는 피고에게 위 나머지 원금 43,241,949원과 이에 대하여 2019. 12. 31.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 약정 지연손해금을 지급하여야 한다.

마. 소결론

따라서 피고의 원고에 대한 이 사건 공정증서에 기초한 강제집행은 43,241,949원과 이에 대한 2019. 12. 31.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율로 계산한 돈을 초과하는 부분에 한하여 불허되어야 한다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 공사대금 가) 원고와 피고가 이 사건 공사계약 및 제1, 2, 3차 연장계약으로 이 사건 공사대금을 4,560,000,000원으로 약정하였고, 이 사건 공사가 2019. 12. 30. 완료되었음은 앞서 본 바와 같으며, 피고는 이 사건 공사대금 중 3,354,900,000원을 지급받은 사실을 자인하므로, 원고가 피고에게 미지급한 공사대금은 1,205,100,000원(= 4,560,000,000원 - 3,354,900,000원)이다.

나) 한편, 원고는 제1심에서는 피고가 2019. 12. 30. 이 사건 공사를 완료하였음을 자인하다가,2) 이 법원에 이르러 원고가 마무리 공사를 하고 준공절차를 진행하였으므로 피고는 이 사건 공사를 완료하였음을 전제로 공사대금을 청구할 수 없다고 주장한다.3) 건물신축공사의 미완성과 하자를 구별하는 기준은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 그것이 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 그 주요구조부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 건물로서 완성되고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 않고(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결 참조), 이와 같이 공사가 완성된 때에는 일부 미시공된 하자 부분에 관하여도 수급인의 공사대금채권은 성립하고, 도급인은 위 하자 부분에 관하여 하자보수청구 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구를 할 수 있을 뿐이다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다214691, 214707 판결 참조).

아래 나의 4) 내지 6)항에서 보는 바와 같이 피고가 이 사건 공사 중 일부를 시공하지 않았고, 원고가 하자보증보험증권 발급비용을 부담한 사실은 인정되나, 이는 원고의 주장에 따르더라도 마무리 공사에 불과하고 그 내역을 보더라도 주요구조 부분에 관한 것이 아니며, 2019. 12. 30. 이 사건 공사가 완료되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 이 사건 건물의 주요구조부분을 약정대로 시공하였고 위와 같이 미시공한 부분은 하자에 불과하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 공사의 미완성을 전제로 한 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 원고는, 피고가 지급해야 하는 감리비 및 설계용역비 23,100,000원을 원고가 대신 지급하였으므로 위 23,100,000원도 기지급 공사대금이라고 주장한다.

다툼 없는 사실, 을 제6호증의 9의 기재에 의하면, 원고가 2019. 5. 31. 이 사건 공사의 감리인 H에게 감리비 등의 명목으로 23,100,000원을 지급한 사실은 인정되나, 피고가 이 사건 공사의 감리비 및 설계용역비 지급의무를 부담한다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

2) 대여금 피고가 아래 표 1과 같이 합계 103,100,000원을 원고에게 대여하거나 원고를 위하여 대납한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제6호증의 기재에 의하여 인정된다.

〈표 1: 피고가 원고에게 대여하거나 원고를 위하여 대납한 내역〉

2018. 9. 21.	30,000,000	원고	대여	을 제6호증의 1
2018. 9. 21.	23,100,000	AF회사 H(감리)	대납	을 제6호증의 2
2018. 9. 21.	7,700,000	AF회사 H(감리)	대납	을 제6호증의 3
2018. 9. 21.	10,000,000	AG(설계)	대납	을 제6호증의 4
2018. 9. 21.	3,700,000	AH	대납	을 제6호증의 5
2018. 9. 21.	13,200,000	AI	대납	을 제6호증의 6
2018. 12. 31.	10,000,000	원고	대여	을 제6호증의 7
2019. 2. 1.	5,000,000	원고	대여	을 제6호증의 8
2019. 6. 26.	400,000	원고	대여	을 제6호증의 9
합계	103,100,000			

3) 소결론 원고는 특별한 사정이 없는 한 피고에게 공사대금과 대여금 합계 1,308,200,000원(= 1,205,100,000원 + 103,100,000원)과 그 지연손해금을 지급하여야 한다.

나. 원고의 공제 또는 상계 주장에 관한 판단

1) 원고의 주장 요지 원고는 피고에 대하여, ① 원고가 피고를 위하여 하수급업체에 대납한 105,240,000원, ② 원고가 인수한 피고의 하수급업체에 대한 하도급대금채무 1,347,687,599원, ③ 원고가 직접 공사한 피고의 미시공 부분 공사금액 114,220,400원, ④ 피고가 미시공한 부분 공사금액 297,155,882원, ⑤ 원고가 피고 대신 지출한 하자보증보험증권 발급비용 5,077,750원과 지연손해금, ⑥ 피고의 이 사건 대여금채권과 상계하고 남은 지체상금, ⑦ 하자보수에 갈음한 손해배상금 20,140,000원의 채권을 가지는바, 이로써 피고의 공사대금 및 대여금채권과 상계하거나, 위 금액 상당이 피고의 위 채권에서 공제되어야 한다.

2) 원고가 대납한 공사대금: 105,240,000원(원고 주장 인용) 가) 원고는 피고의 요청에 따라 아래 표 2와 같이 피고가 지급하여야 할 하수급업체에 대한 공사대금 합계 105,240,000원을 대납하였다고 주장한다.

〈표 2: 원고의 대납 내역〉

1	2019. 10. 31.	4,000,000	I	레미콘
2	2019. 12. 12.	2,000,000	AJ	전기업체
3	2019. 12. 13.	3,000,000	M	인테리어
4	2019. 12. 26.	5,500,000	AK	E/V잔금
5	2019. 12. 26.	25,000,000	주식회사 AL	단열재
6	2020. 2. 18.	10,000,000	AM	에어컨
7	2020. 3. 9.	8,500,000	I	레미콘
8	2020. 3. 9.	37,240,000	AN	시공사 노무비
9	2020. 3. 9.	10,000,000	J(AO)	시멘트
합계	105,240,000			

나) 다툼 없는 사실, 갑 제7호증의 1, 2, 제11호증의 2, 4 내지 9, 제21호증, 제43호증, 을 제14호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 표 2 기재 각 금액을 해당 수령인에게 지급한 사실이 인정된다. 나아가 원고가 해당 공사내역, 공사금액, 수령인을 구체적으로 주장한 데 대하여 피고는 표 2 기재 순번 8 외에는 구체적으로 다투지 않은 점4), 원고는 위 순번 8이 이 사건 공사 현장의 2019. 6.분부터 2019. 12.분까지의 노무비 37,240,000원이라고 주장하고,5) 이에 대하여는 피고의 현장소장 AA이 그 금액을 확인한다는 기재와 함께 서명을 한 확인서(갑 제7호증의 2)와 확인자란에 서명한 출력확인서(갑 제21호증)가 존재하는 점을 더하여 보면, 원고가 표 2와 같이 피고가 이 사건 공사의 하수급업체에 지급해야 할 공사대금 합계 105,240,000원을 대납하였다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

3) 원고가 인수한 공사대금: 653,210,000원(원고 주장 일부 인용) 가) 원고는, 피고의 하수급업체에 대한 하도급대금채무 1,347,687,599원을 면책적으로 인수하였으므로, 피고에 대한 위 금액 상당의 공사대금 지급 의무가 소멸하였다고 주장한다.

나) 직불합의

① 갑 제19호증의 1, 2, 제32호증, 을 제10, 18호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 피고가 2019. 10. 14. M(X)와 사이에 이 사건 공사의 전기등 납품 공사대금 30,000,000원, Z(Y)과

사이에 이 사건 공사의 도기 자재대금 57,860,000원, 주식회사 R(대표이사 AQ)와 사이에 이 사건 공사의 전기공사대금 147,000,000원 중 잔여대금 47,000,000원6) 에 관하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」제14조에 따라 원고가 이를 위 하수급업체들에게 직접 지급하기로 합의하고, 발주자(원고)의 수급인(피고)에 대한 대가지급채무와 수급인(피고)의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 소멸한다는 내용의 직불합의를 한 사실, 위 하수급업체들이 각 해당 공사를 완료한 사실이 인정되는바, M(X), Z(Y), 주식회사 R가 각 해당 공사를 완료한 무렵 원고의 피고에 대한 공사대금채무는 피고의 위 하수급업체들에 대한 하도급대금 지급채무 합계 134,860,000원(= 30,000,000원 + 57,860,000원 + 47,000,000원)의 범위에서 소멸하였다.

② 원고는, 피고의 하수급업체인 주식회사 T와도 145,000,000원에 관하여 직불합의를 하였다고 주장하면서 주식회사 T(대표이사 AJ)의 이 사건 공사의 설비공사대금 230,000,000원에 관한 2019. 10. 14. 자 직불합의서 사본(갑 제57호증)을 증거로 제출하였다.

그러나 변론 전체의 취지에 의하면, 주식회사 T는 피고를 상대로 위 설비공사대금을 청구하는 소(창원지방법원 2021가단106701)를 제기하였고, 위 소송에서 위 직불합의서 사본에 대하여 그 원본의 존재 및 진정성립 여부를 다툰 사실이 인정되고, 피고가 이 사건에서 이러한 사정을 주장하였음에도 불구하고 원고는 별다른 주장을 하지 아니할 뿐만 아니라 그 원본도 제출하지 아니한 점에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 원피고와 주식회사 T가 위 설비공사대금에 관한 직불합의를 하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

다) 면책적 채무인수

① 채무인수가 면책적인가 중첩적인가 하는 것은 채무인수계약에 나타난 당사자 의사의 해석에 관한 문제이고, 채무인수에 있어서 면책적 인수인지, 중첩적 인수인지가 분명하지 아니한 때에는 이를 중첩적으로 인수한 것으로 볼 것이며, 면책적 채무인수라고 보아야 할 특별한 사정이 있다는 점에 대한 입증책임은 이를 주장하는 측에게 있다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015다30596 판결 참조).

② 갑 제18호증의 2, 4, 5, 6, 제34, 45, 46, 47호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 피고는 2019. 7. 15.경 이 사건 공사의 하수급인 M와 사이에 150,000,000원의, 2019. 7. 19.경 이

사건 공사의 하수급인 O, P(대리인 AR), Q와 사이에 190,000,000원, 65,000,000원, 36,300,000원의 피고의 공사대금채무를 원고가 면책적으로 인수하는 내용의 합의를 한 사실이 인정된다. 따라서 원고가 면책적으로 인수함으로써 피고가 면하게 된 하도급대금채무액은 합계 441,300,000원(= 150,000,000원 + 190,000,000원 + 65,000,000원 + 36,300,000원)이다.

③ 원고는, 주식회사 R의 경우 위 나)항에서 본 바와 같이 직불합의한 47,000,000원에 추가공사대금을 더하여 74,560,000원을 면책적으로 인수하였으므로 47,000,000원을 초과한 부분인 27,560,000원(= 74,560,000원 - 47,000,000원)도 원고의 피고에 대한 공사대금채무에서 공제되어야 한다고 주장한다.

갑 제18호증의 7의 기재에 의하면, '원고가 2019. 7. 19. 주식회사 R에 대하여 공사대금 74,560,000원의 채무를 부담하고 있음을 승인하고, 주식회사 R는 원고가 2019. 9. 10.까지 이를 변제할 것을 승낙하였다'는 내용의 채무변제계약공정증서를 작성한 사실은 인정되나, 이후 2019. 10. 14. 최초 계약금액인 147,000,000원만을 기재하여 직불합의를 한 점에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 피고가 주식회사 R에 대하여 추가공사대금 27,560,000원을 지급할 의무가 있다거나 원고가 이를 면책적으로 인수하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

④ 갑 제18호증의 1, 3, 8 내지 11, 제19호증의 3의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 2019. 6. 25.부터 2019. 11. 4.까지 이 사건 공사의 하수급업체인 L에 대하여 246,579,800원, N 주식회사에 대하여 77,000,000원, 주식회사 S에 대하여 90,000,000원, 주식회사 T에 대하여 145,000,000원, 주식회사 U에 대하여 72,000,000원, 주식회사 V에 대하여 106,337,799원의 공사대금채무를 부담하고 있음을 승인하고 각 하수급업체들이 원고가 이를 변제할 것을 승낙하였다는 내용의 채무변제계약공정증서를 작성한 사실, 원고가 2019. 11. 25. 주식회사 W에 이 사건 공사 중 주차장 천장 공사대금 잔액 7,050,000원을 준공 후 지급한다는 내용의 확인서를 작성하여 준 사실은 인정되나, 이러한 사실만으로는 원고가 피고의 위 각 하수급업체들에 대한 하도급대금 지급채무를 면책적으로 인수하고, 위 각 하수급업체들이 피고의 하도급대금 지급채무를 면제하여 주었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다만 갑 제11호증의 2, 제12, 48호증의 각 기재에 의하면, 원고가 위 공정증서 및 확인서 작성 후 2019. 10. 16. 주식회사 T에 20,000,000원, 2019. 10. 25. L에게 20,000,000원, 2020. 3. 9. 주식회사 U에 30,000,000원, 2022. 4. 13. 주식회사 W에 7,050,000원을 지급한 사실이 인정되므로, 원고의 변제로 피고의 하도급채무는 위 지급액 합계 77,050,000원(= 20,000,000원 + 20,000,000원 + 30,000,000원 + 7,050,000원)의 범위에서 소멸하였고, 원고는 피고에 대하여 위 금액 상당의 구상금채권을 취득한다 할 것이므로, 위 범위에서 원고의 주장은 이유 있다.

라) 따라서 원고의 이 부분 주장은 직불합의금액 134,860,000원, 면책적 채무인수금액 441,300,000원, 원고의 변제금 77,050,000원 합계 653,210,000원(= 134,860,000원 + 441,300,000원 + 77,050,000원)의 범위에서 이유 있다.

4) 원고가 직접 공사한 부분 : 94,146,400원(원고 주장 일부 인용) 가) 원고는 피고가 미시공한 부분 중 일부에 대하여 114,220,400원의 공사대금을 지출하여 직접 공사를 완료하였다고 주장한다.

나) 다툼 없는 사실, 갑 제7호증의 2, 제11호증의 9, 제13호증의 1, 3 내지 6, 9, 10, 13, 16 내지 19, 21, 22, 29, 30, 제35, 36호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 공사에 아래 표 3 내용란 기재 각 공사가 포함되어 있는 사실, 원고가 위 부분 공사대금으로 합계 94,146,400원을 지출한 사실이 인정되는바, 위 94,146,400원은 원고의 피고에 대한 공사대금채무에서 공제되어야 한다.

이에 대하여 피고는, 피고가 위 부분 공사를 완료하였고 그 공사대금 지급의무를 부담하므로, 원고가 이를 지출하였더라도 피고에게 이를 구할 수 없다고 주장한다. 설령 피고가 그 주장처럼 위 부분 공사를 완료하였다고 하더라도 이를 직접 수행한 하수급업체에 그 공사대금을 지급하였음을 인정할 만한 증거가 없는 이상 원고의 위 부분 공사대금 지출은 피고를 위하여 대납한 것이거나 이 사건 공사대금의 일부로서 지급한 것이라고 봄이 타당하므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

〈표 3: 원고가 직접 공사한 내역〉

1	실외기 대금	3,000,000	AS	갑 제13호증의 1
2	웬스자재	880,000	AT	갑 제13호증의 3, 4
3	웬스설치	990,000	AS	갑 제13호증의 5, 6
4	도기설치작업	3,000,000	AU	갑 제13호증의 9

1	실외기 대금	3,000,000	AS	갑 제13호증의 1
5	싱크대	10,000,00020,000,000	AV	갑 제13호증의 9, 10
6	옥상난간규격미달	283,000	AW	갑 제13호증의 13, 16
7	준공청소	3,000,000	AX	갑 제13호증의 17, 19
8	화장실천정커버	1,423,400	AY	갑 제13호증의 21, 22
9	준공청소	7,000,000	AX	갑 제13호증의 18, 19
10	미작업분 노무비	30,400,000	AN	갑 제7호증의 2,
11	현장정리 노무비	4,170,000	갑 제11호증의 9	
12	폐기물업체 사장지급	10,000,000	AZ	갑 제13호증의 29, 30
소계	94,146,400			

다) 원고는 아래 표 4 기재 공사도 직접 그 공사대금을 지출하여 완료하였다고 주장한다. 그러나 표 4 기재 순번 1은, 갑 제13호증의 2, 제56호증의 각 기재만으로는 원고가 13,480,000원 상당의 위 순번 1 공사를 직접 완료하고 그 공사대금을 지출하였다거나 그 금액 상당의 피고의 공사대금채무를 면책적으로 인수하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 표 4 기재 순번 2 내지 11은, 원고가 제출한 증거만으로는 각 공사가 이 사건 공사에 포함된 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

<표 4: 원고 주장 직접 공사내역 중 배척하는 부분>

1	실외기 대금	13,480,000	AS
2	칸막이시공	880,000	AS
3	호실번호판	155,000	BA
4	물탱크청소	300,000	BB
5	욕조실리콘작업	1,500,000	BC
6	물탱크청소	195,000	BB
7	우편함	1,000,000	M
8	화장실인조대리석	495,000	BD
9	욕조실리콘작업	1,000,000	BC
10	방화문실리콘작업	1,000,000	BC
11	대피시설표	69,000	BA

5) 피고가 미시공한 부분 : 172,649,882원(원고 주장 일부 인용) 가) 원고는, 피고가 이 사건 공사 중

에어컨, 홈오토, 싱크대 및 가구 공사를 하지 않았고, 그 부분 공사대금이 297,155,882원(= 에어컨 공사 59,818,182원 + 홈오토 공사 106,337,700원 + 싱크대 및 가구 공사 131,000,000원)이라고 주장한다.

나) 에어컨 공사에 관하여 본다.

갑 제35, 37, 38호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 에어컨 설치 공사가 이 사건 공사에 포함된 사실, 이 사건 공사 원가계산서상 에어컨 설치공사 대금은 78,000,000원인 사실, 이 사건 건물의 준공 당시 에어컨이 설치되지 않은 사실이 인정된다. 따라서 피고가 미시공한 에어컨 공사대금을 위 78,000,000원 중 원고가 주장하는 59,818,182원으로 본다.

다) 홈오토 공사에 관하여 본다.

갑 제26, 31, 39호증, 을 제4, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 피고는 이 사건 제1차 연장계약 후 2018. 8. 16. 홈오토 공사, 암반 깨기 공사 등을 추가하면서 공사대금을 4억 원 증액한 4,560,000,000원으로 변경하는 내용의 이 사건 제2차 연장계약을 체결한 사실, 피고는 2018. 10. 23. 주식회사 V와 이 사건 공사 중 홈오토 공사에 관하여 계약금액을 106,337,700원(부가세 포함)으로 한 하도급계약을 체결한 사실, 피고와 주식회사 V는 2020. 3. 13. 계약금액을 94,500,000원(부가세 별도)으로 변경하는 합의를 하고, 그중 주식회사 V가 공사한 금액이 64,472,000원(부가세 별도), 미시공 부분 공사금액이 30,028,000원(부가세 별도)이라는 정산합의를 한 사실, 홈오토 공사 중 월패드(10인치) 등 일부 홈네트워크 기기, 공용부 홈네트워크, 무인택배시스템, 소프트웨어시스템 세팅, 원격제어검침설비, 주차관제시스템 등이 시공되지 않은 사실이 인정된다. 따라서 피고가 미시공한 홈오토 공사대금은 피고와 주식회사 V가 합의한 30,028,000원에 부가세 3,002,800원(= 30,028,000원 × 10%)을 더한 33,030,800원(= 30,028,000원 + 3,002,800원)으로 본다.

라) 싱크대 및 가구 공사에 관하여 본다.

갑 제27호증의 1 내지 3, 제37, 40, 54호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 2019. 12. 16. AV(대표 BE)와 사이에 이 사건 공사 중 아파트 가구 및 시스템가구 공사에 관하여 계약금액을 161,000,000원(부가세 포함)으로 하여 공사계약을 체결한 사실이 인정되고, 원고가

2019. 12. 9. 및 2019. 12. 10. 위 공사대금 중 30,000,000원을 지급하였음은 위 4)의 나)항(표 3 순번 5)에서 본 바와 같다.

그러나 갑 제35호증의 기재에 의하면, 이 사건 공사 중 싱크대 및 가구 공사대금은 신발장 10,400,000원, 붙박이장 11,523,000원과 18,096,000원, 싱크대 59,800,000원 합계 99,819,000원(= 10,400,000원 + 11,523,000원 + 18,096,000원 + 59,800,000원)인 사실이 인정되는바, 원고가 이를 초과하여 AV와 계약을 체결하였다고 하여 이 부분 미시공 공사금액을 원고가 계약한 금액으로 인정할 수 없고, 달리 이 사건 공사 중 싱크대 및 가구 공사대금이 위 99,819,000원을 초과한다고 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고가 미시공한 싱크대 및 가구 공사대금은 위 99,819,000원에 부가세 9,981,900원(= 99,819,000원 × 10%)을 더한 109,800,900원에서 위 4)의 나)항에서와 같이 원고의 직접 시공부분으로 인정한 30,000,000원을 공제한 79,800,900원(= 109,800,900원 - 30,000,000원)으로 봄이 타당하다.

마) 원고의 이 부분 주장은 172,649,882원(= 59,818,182원 + 33,030,800원 + 79,800,900원)의 범위에서 이유 있다.

6) 하자보증보험증권 발급 비용: 5,077,750원(원고 주장 일부 인용) 갑 제2, 8호증, 을 제1, 2호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 공사계약에 따라 피고는 준공 검사 후 하자보수보증금률을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 현금 또는 보증기관이 발행한 보증서로서 원고에게 교부할 의무가 있는 사실, 피고가 원고에게 하자보증보험증권을 교부하지 않은 사실, 원고가 2020. 1. 29. 이 사건 건물에 대한 하자보증보험증권 발급 비용으로 5,077,750원(= 320,700원 + 1,282,800원 + 1,336,250원 + 2,138,000원)을 지출하여 피고 대신 하자보증보험증권을 발급받은 사실이 인정되는바, 피고는 원고에게 하자보증보험증권 발급 비용 5,077,750원을 지급할 의무가 있으므로 위 금액 범위에서 원고의 주장은 이유 있다(원고는 피고가 위 비용에 대한 지연손해금도 지급하여야 한다고 주장하나, 원고가 하자보증보험증권 교부와 동시이행관계에 있는 이 사건 공사대금을 미지급한 이상 위 비용에 대한 지연손해금이 발생한다고 볼 수 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

7) 상계 후 남은 지체상금(원고 주장 배척) 원고의 피고에 대한 지체상금채권은 279,072,000원이고, 이는 이 사건 대여금채권과의 상계로 모두 소멸하였음은 위 제2항에서 본 바와 같으므로, 상계 후 남은 지체상금을 전제로 한 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

8) 하자보수에 갈음하는 손해배상채권: 20,140,000원(원고 주장 인용) 갑 제41호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 2019. 8. 16. 주식회사 BF에 이 사건 공사 중 조경공사를 공사금액 42,900,000원(부가세 포함)에 하도급한 사실, 주식회사 BF가 피고를 상대로 창원지방법원 마산지원 2020가단102917호로 위 조경공사대금을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 위 소송에서 시행된 하자감정 결과에 따라 위 조경공사에 상품성 없는 수목의 식재, 수목의 고사 및 수량 부족의 하자가 있고, 이러한 하자를 고려한 위 조경공사대금을 22,154,000원(부가세 포함)으로 인정하여 '피고는 주식회사 BF에 22,154,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 판결을 선고한 사실, 위 판결은 쌍방이 모두 항소하지 않아 그대로 확정된 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 공사 중 조경공사 부분에 위와 같이 감액된 공사대금 20,746,000원(= 42,900,000원 - 22,154,000원) 상당의 하자가 존재한다고 봄이 타당한바, 원고는 피고에게 위 조경공사에 관하여 위 20,746,000원 범위 내에서 주장하는 20,140,000원의 손해배상을 구할 수 있다고 할 것이므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

9) 공제 또는 상계 결과 가) 위 3)항의 원고가 면책적으로 인수한 피고의 공사대금채무 653,210,000원은 원고가 피고에게 지급해야 할 공사대금 1,205,100,000원에서 공제되어야 한다. 나) 피고의 공사대금채권은 이 사건 공사 완료일인 2019. 12. 30., 대여금채권은 그 성립일인 2018. 9. 21.부터 2019. 6. 26.까지의 각 대여일에, 원고의 위 2)항 대납채권은 그 성립일인 2019. 10. 31.부터 2020. 3. 9.까지 각 대납일에, 위 4)항 직접 공사 채권과 5)항 미시공 채권, 8)항 하자보수 손해배상채권은 늦어도 그 하자 발생이 인정되는 이 사건 공사 완료일인 2019. 12. 30.에, 위 6)항 하자보증보험증권 발급비용은 그 지출일인 2020. 1. 29.에 각 이행기에 도래하였으므로, 원피고의 양 채권은 2019. 12. 30.부터 2020. 1. 29.까지 순차로 상계적상에 있게 된다. 원고가 원피고의 위 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시가 기재된 원고의 2021. 3. 23. 자 및 2022. 3. 21. 자 준비서면이 2021. 3. 23.과 2022. 3. 22. 피고에게 도달한 사실은 기록상

분명하다. 이로써 피고의 대여금채권 103,100,000원과 공사대금채권 중 294,154,032원은 상계적상일에 소급하여 원고의 위 2), 4), 5), 6), 8)항 채권 합계 397,254,032원(= 105,240,000원 + 94,146,400원 + 172,649,882원 + 5,077,750원 + 20,140,000원)과 대등액의 범위에서 소멸하였다.

다) 위와 같은 공제 및 상계로 피고의 대여금채권 전부와 공사대금채권 일부가 소멸하였고, 피고의 원고에 대한 공사대금채권은 257,735,968원(= 1,205,100,000원 - 653,210,000원 - 294,154,032원)이 남게 되는바, 원고의 공제 또는 상계 주장은 위 범위에서 이유 있다.

다. 소결론

따라서 원고는 피고에게 공사대금 257,735,968원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날인 2020. 6. 5.부터 원고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2022. 10. 27.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 「소송촉진등에 관한 특례법」이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 결론

원고의 본소청구와 피고의 반소청구는 위 각 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 본소청구와 나머지 반소청구는 이유 없어 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고와 피고의 각 항소를 일부 받아들여 제1심판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장판사최승원

판사박성준

판사조미화

- 1) 2020. 7. 10. 자 및 2021. 3. 23. 자 준비서면
- 2) 2020. 7. 10. 자 및 2021. 3. 23. 자 각 준비서면
- 3) 2022. 3. 21. 자, 2022. 6. 14. 자 및 2022. 8. 9. 자 각 준비서면
- 4) 2020. 9. 14. 자 준비서면
- 5) 원고가 2020. 3. 9. AN(AP)에 지급한 102,000,000원에 포함되어 있다.
- 6) 주식회사 R는 2018. 11. 27.부터 2019. 1. 31.까지 피고로부터 위 전기공사대금 중 1억 원을

지급받았는바, 2019. 10. 14. 직불합의 당시 잔여대금은 47,000,000원이었다.