

부산지방법원 2022. 9. 7 선고 2021가합47567 판결 [공사대금 및 채무부존재 확인 청구의 소]

전 문

원고1. A 주식회사

2. 주식회사 B

원고들 소송대리인 법무법인 해인

담당변호사 정영석

피고C자치단체

소송대리인 법무법인(유한) 국제

담당변호사 임한수, 홍성주

변론 종결2022. 8. 17.

판결 선고2022. 9. 7.

주 문

1. 2017. 6. 7. 자 'D 생태하천 복원(수질개선) 사업' 공사계약 및 그 변경계약 일체와 관련하여 원고들이 연대하여 피고에 대하여 부담하는 지체상금 지급채무는 130,675,119원과 이에 대하여 2021. 2. 25.부터 다 갚는 날까지 연 6%의 비율로 계산한 돈을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.

2. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 피고는 원고 A 주식회사(이하 '원고 A'이라 한다)에게 14,691,000원, 원고 주식회사 B(이하 '원고 B'이라 한다)에게 9,794,000원과 각 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 2. 원고들의 피고에 대한 2017. 6. 7. 자 'D 생태하천 복원(수질개선) 사업' 공사계약 및 그 변경계약 일체에 따른 지체상금 지급채무는 존재하지 아니함을 확인한다.

이 유

1. 기초사실

가. 피고의 D 생태하천 복원 사업 공사 발주

피고는 2017. 4. 28. 피고 관할 지방하천인 D 주변의 악취로 인한 시민의 생활 불편을 해소하기 위하여, D 하류 북향 합류점부터 D 미북개구간 최상류 지점인 E까지 바닷물을 끌어와서 다시 하류로 흘려보낼 수 있는 해수도 펌프장 및 도수관로를 설치하는 것을 내용으로 하는 D 생태하천 복원(수질개선)사업 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 발주하였다.

나. 원고들과 피고의 공사계약 체결

원고들은 원고 A을 대표자로 하는 공동수급체(지분율: 원고 A 60%, 원고 B 40%)를 구성하여 2017. 6. 7. 피고와 사이에 공사기간을 2017. 6. 9.부터 2018. 6. 8.까지, 공사금액을 12,304,047,000원, 지체상금(지연배상금)률을 0.05%로 하여 이 사건 공사를 도급받는 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다.

다. 이 사건 도급계약의 내용

이 사건 도급계약에는 아래 표 기재와 같은 일반조건이 포함되어 있다.

공사도급계약 일반조건

제8절 계약이행의 지체와 계약의 해제·해지

1. 지연배상금

가. 계약상대자는 계약서에 정한 준공기한(계약서상 준공신고서 제출기일을 말한다. 이하 같다) 안에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서에 정한 지연배상금률을 계약금액(장기계속공사 계약은 연차별 계약금액)에 곱하여 산출한 금액(이하 "지연배상금"이라 한다)을 현금으로 납부해야 한다.

바. 계약담당자는 "가"에 따른 지체일수를 다음 각호에 따라 산정해야 한다.

1) 준공기한 안에 준공신고서를 제출한 때에는 제9절 "1"에 따른 준공검사에 소요된 기간은 지체일수에 산입하지 아니한다. 다만, 준공기한 이후에 제9절 "1"에 따른 시정조치를 한 때에는 시정조치를 한 날부터 최종 준공검사에 합격한 날까지의 기간(검사기간이 제9절 "1"에 정한 기간을 초과하는 경우에는 같은 규정에 정한 기간을 말한다. 이하 같다)을 지체일수에 산입한다.

2) 준공기한을 지나서 준공신고서를 제출한 때에는 준공기한의 다음 날부터 준공검사(시정조치를 한 때에는 최종 준공검사)에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입한다.

사. 계약담당자는 "가"부터 "다"까지에 따라 산출된 지연배상금은 계약상대자에게 지급될 대가, 대가지급지연에 대한 이자나 그 밖의 예치금 등과 상계할 수 있다.

제9절 검사와 대가지급

1. 검사

가. 준공검사

1) 계약상대자는 공사를 완성한 때에는 그 사실을 준공신고서등 서면으로 계약담당자(「건설기술 진흥법」 제39조 제2항에 따라 감독 권한대행 등 건설사업관리를 하는 공사에 있어서는 해당 공사의 건설사업관리용역업자를 말한다. 이하 아래의 "2)", "3)", 및 "6)"에서 같다)에게 통지하고 필요한 공사를 받아야 한다.

2) 계약담당자가 "1)"의 통지를 받은 때에는 계약서, 설계서, 준공신고서 그 밖의 관계 서류에 따라 그 날로부터 14일 이내에 계약상대자의 입회하에 그 이행을 확인하기 위한 검사를 해야 한다. 다만, 천재지변 등 불가항력적인 사유로 인하여 검사를 완료하지 못한 경우에는 해당사유가 존속되는 기간과 해당사유가 소멸된 날로부터 3일까지는 이를 연장할 수 있으며, 공사계약금액(관급자재가

있는 경우에는 관급자재 대가를 포함한다)이 100억 원 이상이거나 기술적 특수성 등으로 인하여 14일 이내에 검사를 완료할 수 없는 특별한 사유가 있는 때에는 7일 범위 안에서 검사기간을 연장할 수 있다.

3) 계약담당자는 "2)"의 검사에 있어서 계약상대자의 계약이행 내용의 전부 또는 일부가 계약에 위반되거나 부당함을 발견한 때에는 필요한 시정조치를 해야 한다. 이 경우에는 계약상대자로부터 그 시정을 완료한 사실을 통지받은 날로부터 "2)"의 기간을 계산한다.

4) "3)"의 경우에 계약이행기간이 연장될 때에는 계약담당자는 제8절 "1"에 따른 지연배상금을 부과해야 한다.

6. 준공 대가의 지급

가. 계약상대자는 공사를 완성한 후 "1"에 따른 검사에 합격한 때에는 정한 절차에 따라 대가지급을 청구할 수 있다.

다. 공사변경계약 체결

원고들과 피고는 이 사건 공사 진행 중 작업구간 연장, 물량 증가에 따른 설계변경, 우천과 태풍 등의 영향으로 인한 공사 중단 등을 반영하여 이 사건 도급계약에서 정한 공사기간과 공사금액을 수차례 변경하였다. 이 과정에서 원고들과 피고는 아래 표 기재와 같이 공사기간을 3회로 나뉘어 연차별로 변경계약을 체결하였고, 최종적으로는 준공예정일을 2020. 12. 15., 지체상금률을 0.05%, 총 공사대금을 16,868,130,000원으로 정하였다.

1	2017. 6. 9. ~ 2018. 6. 8.	3,276,900,000	2018. 6. 25.	갑2-2 ~ 갑2-4
2	2018. 6. 9. ~ 2019. 6. 8.	7,347,362,000	2019. 6. 24.	갑3-1 ~ 갑3-5
3	2019. 6. 9. ~ 2020. 12. 15.	6,243,868,000	2020. 12. 15.	갑4-1 ~ 갑4-8
공사금액 계	16,868,130,000			

라. 준공검사 진행 경과

원고들이 이 사건 공사의 최종 준공예정일인 2020. 12. 15. 피고에게 준공검사를 제출하였으나,

이 사건 공사에 관한 시공관리, 감리 등의 용역 업무를 수행하던 주식회사 F의 책임건설사업관리기술자인 G은 2020. 12. 15. 예비준공검사 실시 결과 공사 지적사항이 발견되었다는 등의 이유로 준공검사신청을 반려하였다. 이후 원고들이 G의 지적사항을 보수하고, 준공검사 신청을 하면 다시 G이 보수를 요청하는 등 아래 표 기재와 같이 준공검사 신청과 보수 요청을 서로 반복하다가 최종적으로는 2021. 2. 24. 이 사건 공사에 관한 준공검사가 완료되었다.

1	원고 A	2020. 12. 15.	준공검사원 3차 제출	갑8-1
F	2020. 12. 15.	예비준공검사 실시 결과 지적사항 발생	갑8-2	
원고 A	2020. 12. 23.	지적사항 조치	갑8-3	
2	F	2020. 12. 28.	해수도수관로에 누수가 발견, 공사는 미완료이므로 준공검사 불가, 보수 요청	갑8-4
원고 A	2020. 12. 30.	준공검사 실시 요청	갑8-6	
3	F	2021. 1. 5. 1) 갑 제8호증의 7에는 시행일자가 2020. 1. 5.로 기재되어 있으나, 2021. 1. 5.의 오기로 보인다.	해수도수관로 누수는 중대한 하자, 보수해야 준공검사 실시	갑8-7
원고 A	2021. 1. 8.	준공검사 실시 요청	갑8-8	
5	F	2021. 1. 8.	도수관로 관보호공 벽체 연결부위에서 누수, 콤프레샤 공조시스템 문제 발생, 조치 요청	갑8-9
원고 A	2021. 1. 18.	보수 완료	갑8-10	
F	2021. 2. 8.	준공검사원 제출	갑12	
H본부	2021. 2. 24.	준공검사	갑5	

마. 공사대금의 미지급

피고는 원고들에게 1, 2차수 공사분의 공사대금은 모두 지급하였다. 2019. 6. 9.부터 2020. 12. 15.까지 발생하는 3차수 공사분에 대한 공사대금(이하 '3차수 공사대금'이라 한다)은

6,243,868,000원인데, 피고는 원고들에게 그중 6,219,383,000원만 지급하여, 24,485,000원(= 6,243,868,000원 - 6,219,383,000원)을 미지급하였다.

바. 지체상금 통지 등

피고는 2021. 5. 21. 원고들에게 원고들이 이 사건 공사를 지체하였으므로 피고에게 지체상금을 지급해야 하는데, 피고가 미지급한 공사 잔대금과 위 지체상금을 상계한다는 의사표시를 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 1 내지 제5호증, 제7호증의 1 내지 제8호증의 4, 제8호증의 6 내지 10, 제11호증의 1, 갑 제12호증, 을 제1, 2, 5호증의 각 기재 및 영상, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고들의 주장

1) 피고가 공사대금 24,485,000원을 미지급한 사실에 대해서는 다툼이 없으므로 피고는 원고 A에게 14,691,000원, 원고 B에게 9,794,000원과 각 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다. 피고는 2021. 2. 24. 공사가 완성되었고, 지체상금을 미지급 공사대금과 상계한다고 주장하나, 지체상금은 발생하지 않았다.

2) 원고들은 약정 준공일인 2020. 12. 15. 이 사건 공사를 완성하였는데, 피고는 시운전검사를 통과할 때까지 준공검사를 마쳐주지 않았다. 피고가 지적한 누수, 도색, 청소 등은 완공된 목적물의 하자에 불과하다. 따라서 지체상금은 발생하지 않는다. 그런데 피고가 지체상금 채무의 존재와 범위를 다투므로 피고의 원고들에 대한 지체상금 지급채무는 존재하지 않는다는 확인을 구한다.

3) 가사 지체상금이 발생하더라도 ① 공사 종기는 도수관로의 누수 보수작업에 실제로 소요된 기간인 2021. 2. 4.까지이거나, 늦어도 원고들이 관로 누수에 대한 보수작업을 완성한 날인 2021. 2. 8. 또는 그와 같이 보수작업이 완성되었음을 확인할 수 있었던 시운전 종료일인 2021. 2. 13.로 보아야 하고, ② 원고들은 시운전 절차를 제외한 모든 공정을 완료하였으므로 지체상금을 계산하는 기준이 되는 공사대금은 시운전 비용 2,056,760원이 되어야 한다.

나. 피고의 주장

이 사건 공사는 최종적으로 시운전까지 완료하는 검사과정을 모두 거쳐 이를 통과하여야 완성된

것으로 볼 수 있다. 시운전 결과 도수관로에 누수가 확인되어 검사를 통과하지 못하였고, 2021. 2. 24. 피고가 실시한 준공검사에 합격하였으므로, 이 사건 공사는 2021. 2. 24. 완성된 것이다. 따라서 준공예정일 다음 날인 2020. 12. 16.부터 준공검사일인 2021. 2. 24.까지 71일 동안 공사가 지체되었다. 이 사건 도급계약의 지체상금률은 0.05%이고, 기납 부분에 대하여 검사를 거쳐 인수한 경우에는 그 부분에 상응하는 금액을 계약금액에서 뺀 금액을 기준으로 지체상금을 계산하여야 하므로, 이미 인수된 1, 2차수를 제외한 3차수 공사대금 6,243,868,000원을 기준으로 지체상금을 계산하여야 한다. 따라서 원고들이 피고에게 지급해야 하는 지체상금은 221,657,314원(= 6,243,868,000원 × 0.05% × 71일)이고, 이를 미지급 공사대금과 상계하면, 피고가 원고들에게 지급할 공사대금은 존재하지 아니하므로, 원고들의 청구는 기각되어야 한다.

3. 판단

가. 원고들의 미지급 공사대금 청구에 관한 판단

피고가 원고들에게 24,485,000원을 미지급하였다는 사실에 대하여는 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고들이 청구하는 바에 따라 원고 A에게 14,691,000원과 그 지연손해금을, 원고 B에게 9,794,000원과 그 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 지체상금 공제 주장에 관한 판단

1) 이 사건 공사 완성 시기에 관한 판단 가) 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료되고 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 공사도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없고, 이와 같은 기준은 공사도급계약의 수급인이 공사의 준공이라는 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 지체상금에 관한 약정에 있어서도 그대로 적용된다(대법원 1997. 10. 10. 선고 97다23150 판결 등 참조). 다만 당사자 사이에 건축공사의 완공 후 부실공사와 하자보수를 둘러싼 분쟁이 일어날 소지가 많음이

예상됨에 따라 그러한 분쟁을 사전에 방지할 의도로 통상의 건축공사 도급계약과는 달리 도급인의 준공검사 통과를 대금지급의 요건으로 삼음과 동시에 하자보수 공사 후 다시 합격을 받을 때까지 지체상금까지 부담하게 함으로써 공사의 완전한 이행을 담보하기 위해 지체상금의 종기를 도급인의 준공검사 통과일로 정하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 그에 따라야 할 것이다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다7212, 7229 판결 등 참조).

나) 앞선 증거들에 더하여 갑 제10호증, 을 제6, 8호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 당사자들 사이에 원고들이 하자보수 공사 후 다시 합격을 받을 때까지 지체상금까지 부담하게 함으로써 공사의 완전한 이행을 담보하기 위해 지체상금의 종기를 피고의 준공검사 통과일로 하는 특별한 약정이 있었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 공사는 피고가 시운전을 마치고 이 사건 공사 목적물에 이상이 없음을 확인하여 최종 준공검사를 완료한 2021. 2. 24. 무렵 완성되었다고 보아야 한다.

① 이 사건 도급계약 일반조건에는 '계약상대자는 공사를 완성한 때에는 그 사실을 준공신고서등 서면으로 계약담당자(「건설기술진흥법」 제39조 제2항에 따라 감독 권한대행 등 건설사업관리를 하는 공사에 있어서는 해당 공사의 건설사업관리용역업자를 말한다)에게 통지하고 필요한 공사를 받아야 한다.'고 기재되어 있고(제9절 1. 가. 1), 3)}, 이에 이 사건 공사에 관한 시공관리, 감리 등의 용역 업무를 수행하던 주식회사 F의 책임건설사업관리기술자인 G이 목적물을 검사하였다. 또한 위 일반조건에는 검사 결과 계약담당공무원이 계약이행내용의 전부 또는 일부가 계약에 위반되거나 부당함을 발견할 때에는 필요한 시정조치를 하여야 하며, 이러한 시정조치가 이루어졌을 경우에는, 시정조치를 한 날부터 최종 준공검사에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입하여야 한다거나(제9절 1. 가. 3)}, 원고들은 공사를 완성한 후 준공검사에 합격한 때에 대금지급을 청구할 수 있다고 정하고 있다(제9절 6. 가.). 이와 같은 원고들과 피고는 G이 시정조치를 한 날로부터 최종 준공검사에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입하기로 약정하였다고 볼 수 있다.

② 이 사건 도급계약에서 공사대금을 정하는 자료로 쓰인 것으로 보이는 예산내역서(을 제6호증)에도 시운전비 5,000,000원(= 1,000,000원/일 × 5일)이 기재되어 있고, 원고들이 최초 준공검사를 원을 제출하기 전인 2020. 12. 11. 제출한 기성검사신청서에도 해수도수펌프장 공사 중 시운전비가

제외된 금액이라는 표기가 있어 별도로 시운전비가 예정되어 있음을 알 수 있으며, 이 사건 사업 확보를 위한 예산내역서에도 시운전비용이 책정되어 있다(을 제8호증, 제21면). 이러한 사정에 비추어 보면, 당사자들은 이 사건 공사에 해수펌프와 도수관로의 시운전 등을 포함하여 이 사건 도급계약을 체결하였다고 봄이 상당하고, 시운전을 마쳐야 이 사건 공사가 완성된 것으로 볼 의사였던 것으로 보인다.

③ 이 사건 공사의 목적은, 해수를 D 상류로 끌어 올리고 D에 다시 방류하여 D에 누적된 노폐물들을 바다로 내보내는 방법으로 D 수질을 개선하기 위하여 펌프장, 도수관로 등을 설치하는 것이다. 그런데, 원고들이 준공검사를 신청한 후 누수가 발생하거나 분산방류장치의 문제가 발생하였다. 해수를 퍼 올리는 펌프장 시설이나 해수가 통과하는 도수관로에 누수가 있고, 분산방류장치가 중지되었다면, 피고로서는 이 사건 공사의 목적을 전혀 달성할 수 없다. 이와 같이 이 사건 공사의 목적을 고려하면, 완공된 시설이 제대로 작동하였는지 확인하는 절차는 반드시 필요하다고 할 것이고, 만약 해수를 퍼 올릴 수 없다면, 이는 단순한 하자를 넘어 미완성으로 봄이 상당하다. 이 사건 공사 진행 중 발생시킨 이물질이 해수펌프의 흡입구를 막아 이 사건 공사의 가장 중요한 시설인 펌프에 고장이 발생할 것이 우려되어, 이를 시정하기 위하여 원고들에게 요청한 청소 작업 또한 이 사건 공사의 목적에 비추어 보면 단순 정리 작업이나 하자보수에 불과하다고 보기 어려운 면이 있다.

④ 원고들은 지체일수가 도수관로의 누수 보수작업에 실제로 소요된 약 1개월(2021. 1. 5.부터 2021. 2. 4.까지, 31일)이라거나, 공사 종기가 보수작업을 완성한 날인 2021. 2. 8. 또는 그와 같이 보수작업이 완성되었음을 확인할 수 있었던 시운전 종료일인 2021. 2. 13.로 보아야 한다고 주장하지만, 이 사건 도급계약 일반조건에는 '준공기한을 지나서 준공신고서를 제출한 때에는 준공기한의 다음 날부터 준공검사(시정조치를 한때에는 최종 준공검사)에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입한다'고 다른 해석의 여지가 없게 분명히 정하고 있으므로, 지체일수는 최종 준공검사에 합격한 날인 2021. 2. 24.까지의 기간을 산입하여야 함이 타당하다.

⑤ 대한민국이나 피고와 같은 지방자치단체를 상대로 한 유사 사건에서 이 사건과 같은 내용의 공사도급계약 일반조건을 계약의 내용으로 삼은 경우 앞서 본 법리와 같은 특별한 사정이 있다는 이유로 수급인의 주장을 배척한 다수의 하급심 판결례가 있다[서울고등법원 2022. 7. 6. 선고

2019나2017896 판결(대법원 계류 중), 광주지방법원 2020. 11. 26. 선고 2018나63807 판결(2020. 12. 15. 확정), 서울중앙지방법원 2020. 11. 20. 선고 2018가합534339 판결(2020. 12. 10. 확정) 등 참조].

2) 지체상금의 범위에 관한 판단 가) 지체상금의 발생

이 사건 공사가 2021. 2. 24. 완성된 사실, 이 사건 도급계약에서 정한 지체상금률은 0.05%인 사실은 앞서 보았다. 지체상금을 산정하는 계약금액은 장기계속공사 계약인 경우 연차별 계약금액이고, 3차수 공사대금은 6,243,868,000원이므로, 원고들이 부담하여야 할 지체상금은 221,657,314원(= 6,243,868,000원 × 0.05% × 71일)이다.

원고들은 지체상금이 시운전비용 2,056,760원을 기준으로 계산하여야 한다고 주장하나, 이 사건 도급계약 일반조건에는 계약상대자는 계약서에 정한 준공기한 안에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서에 정한 지연배상금률을 계약금액(장기계속공사 계약은 연차별 계약금액)에 곱하여 산출한 금액을 현금으로 납부해야 한다(제8절 1. 가.)고 정하고 있으므로 원고들의 위 주장은 받아들이지 않는다.

나) 손해배상액의 감액

(1) 지체상금 약정은 수급인이 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상의 예정이므로, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 그것이 부당하게 과다하다고 인정되는 경우에는 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다34043, 34050 판결 등 참조).

(2) 앞서 든 증거들과 갑 제6, 9호증, 을 제3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 도급계약 체결 이후 다방면의 설계변경이 수차례 이루어졌을 뿐만 아니라 이 사건 공사의 3차수 공사기간 중 일어난 우천, 태풍 등 기후문제로 공사기간이 연장된 것으로 보이기도 하는 점, ② 원고들은 D 바닥에 설치된 도수관로 곡선 부분의 경우 수압시험을 할 방법이 없어 공사 진행 중에는 누수를 발견하기 어려웠다고 주장하는데, 피고도 이를 특별히 다투지 않고 있는 점, ③ 이 사건 공사의 감리자가 2021. 1. 16. 시행한 점검결과 누수 장소를 찾거나 분산방류장치의 문제점을 발견하기까지 20일 이상 소요되었고, 공사 부산물인 이물질이 해수펌프 흡입구를 막고 있는 것을 2021. 2. 17. 시운전 과정에서야 발견한 것을 전적으로 원고들의

귀책사유로만 보기는 어려운 점, ④ 원고들이 최대한 빨리 준공검사를 받기 위해 피고의 보수 요청에 적극 협조하였던 것으로 보이는 점과 그 밖에 이 사건 공사 진행 과정, 경위 등을 고려할 때 원고들이 피고에게 지급하여야 할 지체상금을 70%로 감액함이 타당하다.

(3) 따라서 책임감경 후 원고들이 피고에게 부담하는 지체상금은 155,160,119원(= 221,657,314원 × 70%)이다.

3) 상계항변에 관한 판단 원고들이 피고에 대해 24,485,000원의 공사대금채권을 가지는 사실, 피고가 원고들에 대해 155,160,119원의 지체상금채권을 가지는 사실, 피고가 2021. 5. 21. 원고들에 대해 상계의 의사표시를 하고 그 무렵 원고들에 송달된 사실은 앞서 보았다. 자동채권인 피고의 지체상금채권과 수동채권인 원고들의 공사대금채권이 모두 이 사건 공사가 완성되고, 준공검사를 마친 2021. 2. 24. 각 성립하고 이행기가 도래하여 같은 날 상계적상에 있으므로, 위 채권들은 상계적상일에 소급하여 대등액의 범위에서 상계로 소멸한다. 따라서 원고들의 피고에 대한 채권은 소멸하고, 원고들의 피고에 대한 지체상금 채무는 130,675,119원(= 155,160,119원 - 24,485,000원) 남게 된다.

4) 원고들의 책임 관계 가) 건설공사를 위한 공동수급체의 경우 공사를 도급받아 이행하는 방식 등을 기준으로 '공동이행방식'과 '분담이행방식'으로 나눌 수 있다. 먼저 공동이행방식이란 공동수급체의 구성원이 미리 정한 출자비율에 따라 자금, 인력 등을 출자하여 공동으로 공사를 수행하고, 이에 따른 이익 또는 손실도 출자비율에 따라 산정하며, 도급인에 대한 책임도 원칙적으로 연대하여 부담하는 방식이다. 반면 분담이행방식이란 공동수급체 구성원 각자가 전체 공사 중 분담 부분을 정하여 공사를 수행하고, 도급인에 대하여 각 분담 부분에 대하여만 책임을 부담하는 방식이다.

나) 앞선 인정사실과 앞서 든 증거들, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 입찰공고에는 공동이행방식임을 분명히 정하고 있는 점(을 제1호증, 제2면), ② 원고들은 원고 A이 60%, 원고 B이 40%로 지분율을 정하였고, 이에 따라 자금, 인력 등을 출자하여 이 사건 공사를 공동으로 수행한 것으로 보이는 점, ③ 공사계약서에도 원고 A은 대표(공동) 계약자이고, 원고 B은 도급(공동) 계약자로 기재되어 있어 공동이행방식임을 전제로 계약을 체결한 것으로 보이는 점, ④ 원고들이 전체 공사 중 분담 부분을 정하였다고 볼만한 증거가 없는 점 등을 종합하면, 원고들은

공동이행방식으로 공사를 수행하기로 하고 이 사건 공동수급체를 구성하여 이 사건 공사를 진행하였다고 봄이 타당하다.

다) 공동이행방식의 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지고, 조합채무가 특히 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 부담하게 되었다면 상법 제57조 제1항에 따라 조합원들이 연대책임을 부담하는 것이 원칙이므로(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다97898 판결 참조), 원고들은 연대하여 피고에게 지체상금에서 미지급 공사대금을 상계한 나머지 돈과 그 지연손해금을 지급할 의무를 부담한다.

다. 소결론

원고들이 피고에게 청구하는 미지급 공사대금은 피고에 대한 지체상금과 상계되어 존재하지 않는다. 한편, 원고들이 부존재확인을 구하는 목적인 이 사건 지체상금 지급채무는 나눌 수 있고 또 분량적으로 일부만이 존재하는 경우이므로, 원고들의 이 사건 지체상금 지급채무가 인정되는 범위 내에서 일부패소의 판결을 하여야 한다. 원고들은 연대하여 피고에게 상계 후 나머지 지체상금 130,675,119원과 이에 대하여 상계적상일 다음 날인 2021. 2. 25.부터 다 갚는 날까지 상법에서 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 이 사건 도급계약에 관한 원고들의 피고에 대한 지체상금 지급채무는 위 범위를 초과하여서는 존재하지 아니한다고 할 것이며, 피고가 이를 다투고 있는 이상 원고들에게 그 확인을 구할 이익이 인정된다.

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사신형철

판사박광일

판사재판장

1) 갑 제8호증의 7에는 시행일자가 2020. 1. 5.로 기재되어 있으나, 2021. 1. 5.의 오기로 보인다.