

서울동부지방법원 2021. 2. 17 선고 2019가합109429(본소), 2020가합100091(반소) 판결

[지체상금 청구의 소 · 공사대금]

전 문

원고(반소피고)A

소송대리인 변호사 이계진

피고(반소원고)B 주식회사

소송대리인 변호사 최형락

변론 종결2020. 12. 23.

판결 선고2021. 2. 17.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 400,000,000원 및 이에 대하여 2019. 8. 2.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소: 주문 제1항과 같다.

반소: 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)에게

1,783,701,000원 및 이에 대한 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

원고는 피고에게 서울 은평구 C에 위치한 D호텔(이하 '이 사건 호텔'이라 한다) 및 서울 송파구 E, F에 위치한 G건물(이하 '이 사건 G건물'라 한다)의 건설을 발주한 도급인이고, 피고는 건축공사, 토목공사 등을 영위하는 회사로서 원고로부터 이 사건 호텔 및 G건물의 신축공사를 도급받아 공사를 실시한 수급인이다.

나. 이 사건 D 공사계약의 체결 등

- 1) 원고는 2017. 4. 25. 주식회사 H과 이 사건 호텔의 신축공사 관하여 공사대금 57억 원(부가세별도)에 공사도급계약을 체결하였다.
- 2) 현재 피고의 대표이사인 I은 당시 기존 건물 철거공사의 감리를 담당하고 있었는데, I은 원고와 사이에서 당초 지하 1층, 지상 8층으로 설계되었던 이 사건 호텔을 위 공사도급계약과 동일한 공사대금인 57억 원에 지하 1층, 지상 9층으로 설계를 변경하여 공사해주기로 하였다.
- 3) 위 협의에 따라 원고는 2017. 5. 초순경 I이 사내이사로 있는 J주식회사에 건축설계와 토목설계 변경 및 건축변경허가 용역을 주었고, K 주식회사는 이 사건 호텔을 지하 1층, 지상 9층으로 설계를 변경한 후 관할 구청으로부터 건축(변경)허가를 받았다.
- 4) 원고는 건축(변경)허가를 받은 후 2017. 6. 2. I과 이 사건 호텔 공사에 관하여 공사대금 5,700,000,000원(부가세 별도)으로 공사도급계약을 체결하면서{다만, 공사계약서는 건설업 면허를 대여해 준 L 주식회사(이하 'L'이라 한다) 명의로 작성되었다}, 계약체결일은 원고가 주식회사 H과 공사도급계약을 체결한 일자인 2017. 4. 25.로 소급하여 기재하였다.

5) I은 L의 건설업 면허를 대여 받아 공사를 진행하던 중 건설업 면허를 가지고 있는 주식회사 M를 인수하였고, 이에 2017. 7. 20.경 이 사건 D 공사의 수급인을 L에서 M로 변경하는 계약서를 작성하였다. 이후 M의 상호가 2017. 8. 23. 피고의 현 상호(B 주식회사)로 바뀌면서 같은 날 수급인의 명의를 피고로 변경하는 변경계약서를 작성하였으며, 2017. 11. 20. I이 피고의 대표이사로 취임하면서 같은 달 23. 수급인의 대표이사를 변경하는 변경계약서를 작성하였다.

6) 원고와 피고는 2018. 7. 20. 과 2018. 10. 23. 공사기간을 연장하는 변경계약을 각 체결하였는바, 원고와 피고 사이에 최종적으로 합의된 공사계약의 주요 내용은 아래와 같다(이하 2018. 10. 23.자로 변경된 계약을 '이 사건 D 공사계약'이라 한다).

제1조 [공사내용]

3. 공사기간

1) 착공: 2017년 6월 5.일

2) 준공: 2019년 1월 31.일

4. 계약금액: 일금 오십칠억원정(₩5,700,000,000) VAT 별도

6. 선금: 칠억원(₩700,000,000) VAT 별도

(전 L 기 지급된 계약금 칠억원에 대하여 인정한다) ※ 단, 계약 변경에 따른 오억원(₩500,000,000)은 선지급하고 3차 기성부분에서 차감한다.

7. 기성부분금: (매)월 1회, 공사정도에 따른 기성확인(세금계산서 발행)후 마지막 주중에 결재하기로 한다.

1차(2017년 8월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

2차(2017년 9월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

3차(2017년 10월) 십억원(₩1,000,000,000) VAT 별도

4차(2018년 1월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

5차(2018년 2월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

6차(2018년 3월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

7차(2018년 6월) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

8차(2018년 7월) 삼억원(₩500,000,000) VAT 별도

9차(2018년 12월) 칠억원(₩500,000,000) VAT 별도

잔금(2019년 1월) 정산시 VAT 일괄 지급하기로 한다.

10. 지체상금율: 매 지연 1일당 계약금액의 1/1000

제9조[공사기간]

1. 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.

3. 준공일은 을(피고, 이하 같다)이 건설공사를 완성하고 갑에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 말한다. 다만, 제24조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 경우에 한한다.

제22조[기성부분금]

1. 계약서에 기성부분금에 관하여 명시한 때에는 을은 이에 따라 기성부분에 대한 검사를 요청할 수 있으며, 이때 갑은 지체 없이 검사를 하고, 그 결과를 을에게 통지하여야 하며, 14일 이내에 통지가 없는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.

2. 기성부분은 제2조 제8호의 산출내역서의 단가에 의하여 산정한다. 다만, 산출내역서가 없는 경우에는 공사 진척율에 따라 갑과 을이 협의하여 산정한다.

3. 갑은 검사완료일로부터 14일 이내에 검사된 내용에 따라 기성부분금을 을에게 지급하여야 한다.

제24조[준공검사]

1. 을은 공사를 완성한 때에는 갑에게 통지하여야 하며 갑은 통지를 받은 후 지체 없이 을의 입회하에 검사를 하여야 하며, 갑이 을의 통지를 받은 후 10일 이내에 검사결과를 통지하지 아니한 경우에는 10일이 경과한 날에 검사에 합격한 것으로 본다.

2. 을은 제1항의 검사에 합격하지 못한 때에는 지체없이 이를 보수 또는 개조하여 다시 준공검사를 받아야 한다.

제27조[지체상금]

1. 을은 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 갑에게 납부하여야 한다. 다만, 갑의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우와 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 공사가 지체된 경우에는 그

해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다.

3) 갑의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우

제31조[갑의 계약해제 등]

1. 갑은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

2) 을의 책임있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우

4) 기타 을의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

제34조[을의 동시이행 항변권]

1. 갑이 계약조건에 의한 선금과 기성부분금의 지급을 지연할 경우 을이 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 갑이 이를 지급치 않을 때에는 을은 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할 수 있다.

2. 제1항의 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정 시 공사기간에서 제외되며, 갑은 공사중지에 따른 비용을 을에게 지급하여야 한다.

다. 이 사건 N 공사의 체결 등

원고와 피고는 2018. 9. 17. 이 사건 G건물의 신축공사(이하 '이 사건 N 공사'라 한다)에 관하여 계약금액 38억 5,000만 원(부가가치세 별도), 공사기간 2018. 9. 17.부터 2019. 5. 18.까지로 하는 공사도급계약(이하 '이 사건 N 계약'이라 한다)을 체결하면서, 기성금의 지급 시기와 금액을 아래와 같이 정하였다.

기성부분금의 시기 및 방법

1차(2018. 10. 22.) 사억오천만원(₩450,000,000) VAT 별도

2차(2018. 11. 22.) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

3차(2018. 12. 22.) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

4차(2019. 1. 22.) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

5차(2019. 3. 22.) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

6차(2019. 4. 22.) 오억원(₩500,000,000) VAT 별도

7차(2019. 5. 18.) 이익원(₩200,000,000) VAT 별도

라. 공사대금의 지급방법 등

1) 원고는 이 사건 D 공사대금 중 45억 원 및 이 사건 N 공사대금 중 28억 원을 ○은행으로부터 대출받아 지급하기로 하였는데, 구체적으로 ① 피고가 원고에게 기성청구를 하고, ② 위 기성청구에 대하여 원고가 기성확인서를 작성하여 주면, ③ 피고는 위 기성확인서에 따라 세금계산서를 발행한 후 ○은행에 기성확인서 및 세금계산서를 제출하고, ④ ○은행은 그 세금계산서에 기재된 기성금을 피고 명의의 은행 계좌(○은행(계좌번호 1 생략), 이하 '기성고 계좌'라 한다)로 입금하는 방법으로 지급하였다.

2) 위와 같은 방법으로 ○은행으로부터 기성고 계좌에 입금된 내역은 아래와 같다.

D 공사	1	2017. 6. 22.	7억 원	계약금
2	2017. 7. 21.	5억 원	변경계약에 따른 3차 기성금 선지급분	
3	2017. 8. 31.	5억 원	1차 기성금	
4	2017. 9. 28.	5억 원	2차 기성금	
5	2017. 10. 26.	5억 원	3차 기성금	
6	2018. 1. 18.	5억 원	4차 기성금	
7	2018. 2. 14.	5억 원	5차 기성금	
8	2018. 3. 22.	5억 원	6차 기성금	
9	2018. 7. 19.	3억 원	8차 기성금	
합계	45억 원			
N 공사	1	2018. 10. 22.	8억 원	계약금, 1차 기성금
2	2018. 11. 14.	5억 원	2차 기성금	
3	2018. 12. 10.	5억 원	3차 기성금	
4	2019. 1. 15.	5억 원	4차 기성금	
5	2019. 2. 14.	3억 원	5차 기성금	
합계	26억 원			

3) 기성고 계좌의 통장과 도장은 원고가 보관하였고, 피고의 공사대금 이체 요청이 있는 경우에

원고는 위 기성고 계좌에 입금된 기성금을 피고의 다른 O은행 계좌(O은행(계좌번호 2 생략), 이하 '공사용 계좌'라 한다)로 송금해주었고, 피고는 최종적으로 공사용 계좌에서 공사대금을 집행하였다.

마. 하수급업체들의 유치권행사 및 원고의 해지 통보 등

1) 피고와 이 사건 D 공사에 관한 하도급계약을 체결하고 공사를 진행하던 하수급업체들이 2019. 4. 24.경 피고로부터 하도급금액을 지급받지 못하였음을 이유로 D 건물에 유치권을 행사하기 시작하였고, 그 무렵 이 사건 D 공사는 중단되었다.

2) 원고는 이 사건 D 공사와 관련하여, 2019. 5. 20. 피고에게 이 사건 D 공사도급계약 제31조 제1항 제2호 내지 제4호 해지사유에 해당함을 이유로 2019. 5. 31.까지 위 각 해지사유를 해소할 것을 촉구하는 내용증명을 발송하였고, 2019. 6. 7. 이 사건 공사도급계약 제31조 제1항 제2호 내지 제4호 사유를 이유로 피고에게 이 사건 D 공사계약을 해지한다는 내용증명(이하 '이 사건 D 해지통보'라 한다)을 발송하였다.

3) 원고는 이 사건 N 공사와 관련하여, 2019. 5. 20. 피고에게 이 사건 N 공사계약 제26조 제1항 2호 및 4호의 해지사유에 해당함을 이유로 이 사건 N 공사계약을 해지한다는 내용의 내용증명을 발송하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 13, 16 내지 18, 89, 90, 93 내지 95호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 7, 25, 26호증의 각 기재 및 영상, 변론 전체의 취지

2. 본소에 관한 판단

가. 원고의 청구원인에 관한 판단

1) 원고의 주장 이 사건 D 공사의 약정 준공일은 2019. 1. 31.이었으나 피고는 위 준공일 이후 지금까지 원고에게 서면으로 준공검사를 요청하거나 준공검사에 합격한 사실이 없으므로, 피고는 원고에게 이 사건 D 공사계약에서 정한 지체상금을 지급하여야 한다. 피고가 지급하여야 할 지체상금액수는 원고가 계약해지를 통보한 2019. 6. 7. 기준으로 790,020,000원{= 이 사건 D 공사계약금액 6,270,000,000원(부가가치세 포함) x 지체상금율 1/1000 x 지체일수 126일}인바, 원고의 청구에 따라 피고는 원고에게 위 돈 중 4억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단 살피건대, 이 사건 D 공사의 계약금액이 57억 원이고, 준공일이 2019. 1. 31., 지체상금율이

1/1000인 사실, 위 준공일에 관하여 '피고가 공사를 완성하고 원고에게 서면으로 준공검사를 요청한 날'로 정한 사실(이 사건 D 공사계약 제9조 제3항)은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 D 해지통보가 있었던 2019. 6. 7.까지 피고가 원고에게 서면으로 준공검사를 요청한 적이 없음은 당사자 사이에 다툼이 없다.

따라서 특별한 사정이 없는 이상 피고는 원고에게 이 사건 D 공사계약에서 정한 바에 따라 지체상금 7억 1,820만 원(= 계약금액 57억 원 x 지체상금율 1/1000 x 지체일수 126일(2019. 2. 1. ~ 2019. 6. 7.))을 지급할 의무가 있다(원고는 부가가치세를 포함한 62억 7,000만 원이 계약금액임을 전제로 지체상금의 지급을 구하고 있으나, 이 사건 D 공사계약서에는 계약금액이 57억 원으로 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같고, 원고가 피고에게 공사대금의 부가가치세를 별도로 지급하기로 약정하였고 이에 따라 원고가 실제 지급하여야 하는 금액이 위 계약금액 보다 증가된다고 하더라도, 이로써 이 사건 D 공사계약의 계약금액 자체가 증가한 것으로 보기는 어렵고, 달리 지체상금의 기준이 되는 계약금액을 부가가치세를 포함한 공사금액으로 볼만한 별다른 근거가 없는바, 지체상금의 기준이 되는 계약금액은 부가가치세를 제외한 계약금액 57억 원으로 봄이 상당하다).

나. 피고의 주장 및 판단

1) 피고의 주장 가) 피고는 준공예정일까지 이 사건 D 공사를 99.7% 완료하여 사실상 공사를 완성하였으나, 원고가 기성금으로 지급하여야 하는 약 18억 원의 공사대금을 지급하지 아니하였기에 피고는 잔여공사를 미루고 원고에게 준공검사를 요청하지 않은 것이다. 피고는 2019. 4. 15. 사용승인 신청을 하기도 하였으나, 원고가 공사대금을 지급하지 않아 사용승인 신청을 취하하였다. 결국 이 사건 건물이 준공되지 않은 것은 전적으로 공사대금의 지급을 연체한 원고의 책임에 의한 것이므로, 피고는 이 사건 D 공사계약 제27조 제1항 단서에 의하여 지체상금 책임을 부담하지 않는다.

나) 지체상금 책임이 인정된다고 하더라도, 지체상금 산정의 기초가 되는 공사대금은 부가세를 포함한 62억 7,000만 원이 아닌 57억 원이 되어야 하고, 지체상금이 인정되는 기간은 원고가 이 사건 D 공사계약을 해제할 수 있었던 약정 준공일 다음날부터 원고가 잔여 공사를 완성할 수 있었던 때까지로서 지체상금의 종기는 감정을 통해서만 밝혀질 수 있는바, 원고의 지체상금 계산은

잘못되었다. 나아가 피고가 이 사건 D 공사를 중단하고 준공검사를 요청하지 않은 것은 마무리 공사만을 남겨둔 상황에서 원고가 20억 원의 기성금을 지급하지 않았기 때문인바, 이러한 사정을 고려할 때 지체상금은 대폭 감액되어야 한다.

2) 판단 가) 공사 완성에 관한 주장

살피건대, 을 제10호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고가 2019. 4. 15. 이 사건 D 공사에 관한 사용승인 신청을 하였다가 취하한 사실은 인정되나, 한편 갑 제10호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 피고가 위 사용승인 신청 시 제출한 서류에는 사용승인을 받기 위하여 필수적으로 제출되어야 하는 승강기, 전기, 정보통신공사, 가스공사, 소방시설 등의 완성검사필증, 준공도면 등이 포함되지 않았고, 피고 스스로도 사용승인 신청 당시에 일부 잔여공사가 남아 있음을 인정하고 있는 점 등에 비추어 보면 위 인정사실만으로는 피고가 이 사건 D 공사를 완성하였다고 인정하기에 부족하고, 가사 공사가 사실상 완성된 상태였다고 하더라도 피고가 원고에게 서면으로 준공검사를 요청하지 않은 이상 이 사건 D 공사가 준공되었다고 볼 수 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 공사 지연에 피고의 귀책이 없다는 주장

(1) 관련 법리

(가) 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 등 참조).

(나) 계속적 거래관계에 있어서 재화나 용역을 먼저 공급한 후 일정 기간마다 거래대금을 정산하여 일정 기일 후에 지급받기로 약정한 경우에 공급자가 선이행의 자기 채무를 이행하고 이미 정산이 완료되어 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받지 못하였거나 후이행의 상대방의 채무가 아직 이행기가 되지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불안한 사유가 있는 경우에는 민법 제536조

제2항 및 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 공급자는 이미 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받을 때 또는 전기에 대한 상대방의 이행기 미도래채무의 이행불안사유가 해소될 때까지 선이행의무가 있는 다음 기간의 자기 채무의 이행을 거절할 수 있다고 해석되나(대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결 등 참조), 민법 제536조 제2항에서의 '상대방의 채무이행이 곤란할 현저한 사유'라 함은 계약 성립 후 상대방의 신용불안이나 재산상태의 악화 등 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없게 될지도 모를 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평의 관념과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말하므로(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결 참조), 만약 도급인이 기성고 해당 중도금을 전혀 지급하지 않았고 당시 재산상태에 비추어 앞으로도 공사대금을 지급할지 여부가 불투명한 상태에 있었다면 수급인은 이미 이행기가 지난 기성공사대금을 지급받을 때까지 또는 도급인의 공사대금지급에 관한 이행불안사유가 해소될 때까지 잔여 공사의 완성을 거절할 수 있다고 볼 것이지만, 도급인의 위 중도금 지급채무 이행이 곤란할 현저한 사유가 있었다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없는 경우에는 도급인이 기성고 해당 중도금 지급의무의 이행을 일부 지체하였다고 하여 바로 수급인이 일 완성의무의 이행을 거절할 수 있다고 볼 수는 없고, 따라서 도급인이 중도금 지급채무를 일부 불이행하였다고 하여 그것만으로 수급인의 공사 중단이나 지연에 대하여 수급인에게 귀책사유가 없다고 할 수는 없다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조).

(2) 판단

피고는 원고가 이 사건 D 공사의 기성금을 지급하지 아니하여 이 사건 D 공사를 중단하고 원고에게 준공검사 요청을 하지 않은 것이므로 피고에게 공사지연의 책임이 없다고 주장한다.

살피건대, '3. 반소에 관한 판단'에서 보는 바와 같이 이 사건 D 해지통보 시를 기준으로 원고가 피고에게 이 사건 D 공사대금 중 일부가 지급되지 않은 사실은 인정되나, 한편, 앞서 든 각 증거, 갑 제14, 99, 100호증, 을 제43호증, 이 법원의 주식회사 O에 대한 금융거래제출명령 회신 결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고의 공사 중단 당시에도 이 사건 D 공사의 계약금액 57억 원 중 45억 원이 지급되었음은 당사자 사이에 다툼이 없었던 점, ② 피고는 이 사건 D 공사와 N 공사 대금을 공사용 계좌로 지급받아 공사별 구분 없이 공사자금을 혼용하여

집행하였는데, 피고의 주장에 의하더라도 피고가 이 사건 N 공사 대금으로 지급받은 기성금은 26억 원이고, 피고가 스스로 산정한 이 사건 N 공사에 소요된 공사대금은 1,625,013,758원인바, 피고는 이 사건 N 공사대금으로 실제 사용한 금액을 초과하여 지급받은 점, ③ 실제로 피고는 N 공사대금으로 지급된 26억 원 중 상당 금액을 D 공사를 위하여 사용한 것으로 보이는 점, ④ 원고와 피고의 계좌거래는 굉장히 빈번하였는바, 원고가 잔여 공사대금이 있는지 여부를 확인하기 위해서는 피고가 지출한 내역을 정리하여 제공하여야 하는데, 원고가 피고에게 공사대금의 정산을 요청하였음에도 정산이 이루어지지 않은 것으로 보이는 점, ⑤ 피고와 원고가 주고받은 2019. 5.

1.자 문자내역에 의하면, 원고가 하수급업자들의 유치권 해소를 위하여 적극적으로 개입하려고 하였으나, 피고는 스스로 해결할테니 원고에게 기다려달라고만 하였을 뿐 원고에게 기성금의 지급을 구하지 않은 점, ⑥ 원고는 피고에게 공사계약 해지를 통보한 이후 하수급업체들에게 공사대금을 직접 지급하여 유치권을 해소하고 신규 공사업체와 잔여 공사에 관한 공사계약을 체결하여 공사를 진행하였는바 원고는 피고에게 미지급 잔여 공사대금을 지급할 자력이 충분하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 피고에게 일부 기성금을 지급하지 못하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고에게 중도금 및 잔금 지급채무 이행이 곤란할 현저한 사유가 있었다고 보기 어려운바, 피고가 이를 사유로 하여 곧바로 바로 이 사건 D 공사의 이행을 거절할 수 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 D 공사의 중단이나 지연에 피고의 귀책사유가 없다고 할 수는 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

다) 지체상금의 종기가 잘못되었다는 주장

수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 완공기한을 넘겨 도급계약이 해제된 경우에 있어서 그 지체상금 발생의 시기는 완공기한 다음날이고, 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 이를 해제할 수 있었을 때를 기준으로 하여 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 같은 건물을 완공할 수 있었던 시점이다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다56112 판결 등 참조).

살피건대, 갑 제100호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고는 피고와 하도급업자들의 이 사건 D 공사현장에 대한 유치권 행사를 해결하기 위하여 노력하였고, 그 과정에서 피고는 2019. 5.

15.까지는 유치권을 해소할 수 있다고 말한 사실이 인정되고, 원고는 2019. 5. 20. 피고에게 이행을 최고하고 2019. 6. 7. 이 사건 D 해지통보를 한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원고가 지체상금의 발생 종기로 주장하는 2019. 6. 7.은 원고가 이 사건 D 공사계약을 해제할 수 있었던 때로서 위 관련 법리에 따라 인정되는 지체상금의 발생 종기의 범위 내에 있다 할 것이다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 이유 없다.

라) 지체상금이 감액되어야 한다는 주장

지체상금 약정은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로서의 성격을 가지는데, 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 지체상금액의 대비, 그 당시의 거래 관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정한 지체상금액이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정되는 경우에는 직권으로 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다15940, 15957 판결 등 참조).

위에서 인정한 바와 같은 공사 지체의 경위, 공사완성의 정도, 원고가 일부 대금을 미지급한 사정, 그밖에 원고와 피고의 지위, 원고가 입은 실제 손해의 규모 등 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 여러 사정을 모두 고려하여 보면, 위 지체상금 7억 1,820만 원은 부당하게 과다하다고 판단되므로 이를 70%의 범위에서 5억 274만(=7억 1,820만 × 70%)으로 감액하는 것이 타당하다.

4) 소결 따라서 피고는 원고에게 이 사건 D 공사의 지연으로 인한 지체상금으로 5억 274만원을 지급할 의무가 있는바, 원고가 구하는 바에 따라 4억 원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 다음날임이 기록상 분명한 2019. 8. 2.부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 반소에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 피고의 주장 원고는 피고의 공사지체를 이유로 이 사건 D 공사계약을 해지하였는데, 해지 당시의 이 사건 D 공사의 기성고는 99.29%였으므로 기성고에 해당하는 공사대금은 5,659,530,000원(=

57억 원 x 99.29%)이다. 따라서 원고는 피고에게 피고가 이 사건 D 공사대금으로 지급받은 3,875,829,280원²⁾ (= 원고가 피고에게 입금하였다고 주장하는 금액 10,183,385,600원 - 원고가 제3자에게 이체한 금액 273,791,580원 - 피고가 원고에게 이체한 금액 2,415,002,080원 - 피고가 원고 채무를 대납한 금액 448,762,660원 - 피고가 원고 대신 납부한 부가가치세 570,000,000원 - N 공사대금 26억 원)을 공제한 나머지 1,783,701,000원(= 5,659,530,000원 - 3,875,829,280원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고의 주장 가) 이 사건 D 공사계약은 해지되었으므로 피고는 해지 당시의 기성고에 따른 공사대금의 지급을 구할 수 있을 뿐인데, 피고가 주장하는 기성고(99.29%)는 믿을 수 없고, 원고가 피고의 2018. 12. 31.자 기성청구에 대하여 같은 날 기성확인서를 작성해주기는 하였으나, 위 기성확인서는 O은행에서 기성금을 대출받기 위하여 형식적으로 작성된 것에 불과하므로 위 기성확인서에 기재된 바에 따라 기성고 95%를 인정할 수도 없다.

나) 원고는 피고에게 이 사건 D 및 N 공사대금 명목으로 8,019,283,510원(= 원고가 피고 또는 피고의 요청에 따라 제3자에게 지급한 금액 10,193,385,600원 - 피고가 원고에게 이체한 금액 2,164,102,090원)을 지급하였고, 이 중 N 공사대금으로 사용된 돈이 1,522,810,587원(= 피고가 자인하는 N 기성대금 26억 원 - 26억 원 중 D 공사에 사용된 금액 1,077,189,413원)이므로, 원고는 피고에게 이 사건 D 공사대금으로 이미 6,506,472,923원(= 8,019,283,510원 - 1,522,810,587원)을 지급한 것이다. 또한 원고는 피고의 하도급대금 미지급으로 인하여 이 사건 D 공사의 하도급업체들에게 727,305,082원을 직접 지급하였는바, 이로써 피고에 대한 이 사건 D 공사대금은 위 범위에서 소멸하였다. 따라서 원고가 피고에게 추가로 지급하여야 하는 이 사건 D 공사의 미지급 대금은 남아 있지 않다.

다) 예비적으로, 이 사건 D 공사대금이 일부 미지급 되었다고 판단되는 경우 원고는 피고에 대하여 다음과 같은 채권, 즉 ① 피고의 이 사건 N 공사지연으로 인한 지체상금 채권 $985,600,000\text{원}\{=3,850,000,000\text{원(이 사건 N 공사도급계약상 공사대금)} \times 256\text{일(지체일수)} \times 1/1000(\text{지체상금율})\}$, ② 피고의 이 사건 D 공사계약 불이행으로 인한 손해배상 채권 1,007,352,936원(= 이 사건 D 공사 완성을 위하여 지출한 비용 합계 601,287,200원 + 피고의 D

공사도급계약 위반으로 인하여 원고가 지출한 비용 합계 406,065,736원), ③ 피고의 이 사건 N 공사도급계약 불이행으로 인한 손해배상 채권 962,210,587원(= 피고의 N 공사 중단으로 인하여 증가된 공사비용 572,810,587원 + 이 사건 공사 완성을 위하여 원고가 추가로 지출한 비용 389,400,000원), ④ 원고가 이 사건 D 공사의 하수급업체들에게 직접 지급한 금원 합계 652,130,082원이 이 사건 D 공사대금으로 인정되지 않는 경우에 피고에 대하여 가지는 위 652,130,082원 상당의 부당이득반환 채권, ⑤ 원고가 이 사건 N 공사의 하수급업체들에게 직접 지급한 183,664,958원 상당의 부당이득반환채권, ⑥ 원고가 대납한 전기요금 및 수도요금 합계 14,250,350원이 공사대금으로 인정되지 않는 경우에 피고에 대하여 가지는 위 14,250,350원 상당의 부당이득반환채권, ⑦ 이 사건 N 기성금 중 피고가 D 공사대금으로 사용한 1,077,189,413원이 D 공사대금으로 인정되지 않는 경우에 피고에 대하여 가지는 위 1,077,189,413원 상당의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 위 미지급 공사대금 채권과 상계하는바, 원고가 피고에게 지급하여야 하는 미지급 공사대금은 남아 있지 않다.

나. 공사대금에 관한 판단

살피건대, 이 사건 D 공사계약은 산출내역서가 없는 경우에는 공사 진척율에 따라 당사자가 기성부분을 협의할 수 있다고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제8, 9호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고가 2018. 12. 31. '건축공사 공정 95% 완료함에 따른 기성 청구'를 하였고, 원고가 같은 날 위 기성청구에 대하여 '공사공정 95% 이상 완료'라는 기성확인서(이하 '이 사건 기성확인서'라 한다)에 원고의 인장을 날인하여 준 사실이 인정된다. 성립이 진정한 것으로 인정되는 처분문서는 그 내용을 부정할 만한 분명하고 수긍할 수 있는 이유가 없는 한 그 내용되는 법률행위의 존재를 인정하여야 하는바(대법원 1981. 6. 9. 선고 80다442 판결 등 참조), 위 인정사실에 의하면 이 사건 D 공사의 해지 시에 가까운 2018. 12. 31.경 이 사건 D 공사의 기성고는 원고와 피고의 협의에 따라 95%로 정하여 졌다고 봄이 상당하므로 원고는 특별한 사정이 없는 한 피고에게 이 사건 D 공사대금으로 54억 1,500만 원 (= 57억 원 x 95%)을 지급할 의무가 있다. 이에 관하여 피고는 이 사건 D 공사의 순공사 원가가 5,200,844,320원이고, 이 사건 D 공사의 해지 당시 미시공 부분의 잔여공사비는 37,069,200원이므로 이 사건 기성고율이 99.29% {=

5,200,844,320원 / (5,200,844,320원 + 37,069,200원))라고 주장한다.

살피건대, 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 한다. 따라서 이와 달리 기성고에 따른 공사대금에 대하여, 이미 완성된 부분에 소요된 공사비를 합산하여 산정하거나 약정 총공사대금에서 미시공 부분의 완성에 소요되는 공사비를 공제하여 산정하기 위해서는, 이에 관한 약정이 있는 등의 특별한 사정이 인정될 수 있어야 한다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다225561 판결 등 참조). 원고와 피고 사이에는 기성고 산정에 관한 특약이 있다고 볼 만한 증거가 없는바, 피고가 기성고율을 산정한 방식 즉, '공사원가계산서에 의한 이 사건 D 공사의 순공사원가에 미시공 부분의 완성에 소요될 공사비를 합친 공사금액에서 이 사건 D 공사의 순공사원가가 차지하는 비율'을 기성고 비율로 인정할 수 없다(더욱이 피고가 제출한 증거만으로는 피고가 주장하는바와 같이 이 사건 D 공사가 위생기구설치공사 및 소화설비공사를 제외한 나머지 공사가 전부 이행되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다).

결국 이 사건 D 공사의 기성고율은 '이미 완성된 부분에 소요된 공사비와 미시공 부분의 완성에 소요되는 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 이미 완성된 부분에 소요된 공사비가 차지하는 비율'로 산정해야 할 것인데, 이에 관한 피고의 주장·증명이 없으므로, 이 사건 D 공사가 해지될 당시에 앞서 인정한 기성고 95%를 초과하는 공정이 이루어졌다는 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

다. 원고의 주위적 변제 주장 등에 관한 판단

1) 원고가 피고에게 이 사건 D 공사대금으로 지급한 금원 가) 갑 제23 내지 29, 104호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 별지 [표 1] 계좌거래내역 '상대방'란 기재 상대방에게 '거래금액(지급)'란 기재 금원을 각 이체하거나 입금하였고, 그 금액이 합계 10,193,385,600 원(이하 '원고 이체 총액'이라 한다)인 사실이 인정된다.

나) 원고가 피고 아닌 제3자에게 지급한 금원

(1) 원고는 이 사건 D 공사에 관한 계약을 L에서 주식회사 M로 변경하는 과정에서 I이 L과 계약하면서 지출한 비용은 모두 공사대금으로 인정하여 주겠다고 약정하였는바, L과 계약 당시에 원고가 (주)P, Q(주), (주)R, S, J, L 등에 지급한 금원 합계 208,084,300원은 이 사건 D 공사대금에 포함되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제96호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, I이 주식회사 M 명의로 변경하는 계약을 체결하기 전인 2017. 6. 26. 원고에게 D 공사의 2017. 3. ~ 6. 지급 내역을 메일로 보낸 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로는 피고가 이 사건 D 공사계약에 첨부된 원가계산서 외에 원고가 제3자에게 지급한 금원을 공사대금으로 인정하여 주겠다고 약정하였다고 볼 수 없고(오히려 원고와 피고 사이에 최종적으로 작성된 이 사건 D 공사계약서에는 원고가 L에 기 지급한 계약금 7억 원을 인정한다고 기재되어 있을 뿐이다), 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 208,084,300원은 원고가 제3자에게 지급한 금원으로서 이 사건 D 공사대금으로 지급되었다고 볼 수 없으므로 원고 이체 총액에서 제외되어야 한다.

(2) 원고는 2017. 5. 24. T에게 지급한 830,000원은 시공사 사무실 컨테이너의 에어컨 구입비용으로, 당시 아직 공사를 위한 대출금이 나오지 아니하자 I이 원고에게 먼저 지급해주면 추후 공사대금으로 인정해주겠다고 하여 지급한 것이고, 2018. 7. 16. 주식회사 U에게 지급한 1,197,660원은 I이 CCTV 설치가 필요할 것 같은데 지금 당장 돈이 없으니 원고가 지급해주면 공사대금으로 인정해주겠다고 하여 지급한 돈이라고 주장하나, 위 지출내역에 비추어 위 금원은 이 사건 D 공사에 실질적으로 투입된 돈이라고 보기 어렵고, 달리 I이 위 돈을 공사대금으로 인정하여 주겠다고 약정하였다고 인정할 증거가 없는바, 원고의 위 주장은 이유 없다. 따라서 위 2,027,660원(= 830,000원 + 1,197,660원)은 원고가 제3자에게 지급한 금원으로서 이 사건 D 공사대금으로 지급되었다고 볼 수 없으므로 원고 이체 총액에서 제외되어야 한다.

(3) 원고는 원고가 이 사건 D에서 사용된 전기요금과 수도요금 합계 18,929,620원을 대신 납부하였다고 주장한다.

살피건대, 공사현장에서 사용되는 전기나 수도에 관한 요금은 별도의 약정이 없는 한 수급인인 피고가 부담하는 것으로 보아야 할 것이다. 앞서 든 각 증거 및 갑 제44, 45호증의 각 기재 및 변론 전체의

취지에 의하면, 원고가 이 사건 D 공사 착공일부터 공사 계약 해지시까지 사이에 2017. 9. 25., 2017. 8. 3., 2018. 8. 9., 2019. 2. 2. 전기요금 합계 14,177,060원을 납부한 사실을 인정할 수 있으므로, 위 금액은 이 사건 D 공사대금으로 지급한 것으로 봄이 상당하다. 그러나 이 사건 D 공사의 착공일이 2017. 6. 5.인 점에 비추어 보면, 원고가 2017. 5. 24.부터 2017. 6. 23.까지 납부한 전기요금 합계 2,725,540원 및 2017. 6. 23. 납부한 수도요금 2,027,020원은 이 사건 D 공사현장에서 피고가 사용한 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고가 제3자에게 지급한 금원으로서 이 사건 D 공사대금으로 지급되었다고 볼 수 없는 4,752,560원(= 2,725,540원 + 2,027,020원)은 원고 이체 총액에서 제외되어야 한다.

(4) 원고는 이 사건 D 공사도급계약에는 이 사건 호텔 운영에 필요한 전자제품, 소모품까지 전부 포함되어 있는 것이므로 원고가 이 사건 호텔의 비품을 구매한 V(W 조합)와 린넨을 구매한 X(Y)에게 지급한 대금 합계 44,750,000원은 원고가 실질적으로 피고에게 D 공사대금을 지급한 것으로 보아야 한다고 주장하나, 을 제26호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 I이 L 명의로 체결한 공사계약에 첨부된 '건축공사 견적 조건'에 '소모품(커튼, 침대 및 침구류, 비품 기타 등) 별도', '전자제품(컴퓨터, TV, 냉장고, 기타 등) 별도'라고 기재되어 있고, 이후 피고 명의로 변경계약이 체결되면서 공사대금의 변경이 없이 실질적으로 동일한 계약이 체결되었음이 인정되는바, 위 인정사실에 비추어 볼 때 갑 제100호증의 기재만으로는 원고가 이 사건 호텔의 전자제품이나 비품까지 설치해주기로 약정하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(원고는 피고가 스스로 작성하여 제출한 을 제30호증에 에어컨의 설치비가 기재되어 있음을 근거로 이 사건 D 공사에 전자제품이 포함된 것이라고도 주장하나, 위 건축공사 견적 조건에 '객실당 천정형 에어컨 설치'가 기재되어 있다). 따라서 위 44,750,000원은 원고가 제3자에게 지급한 금원으로서 이 사건 D 공사대금으로 지급되었다고 볼 수 없으므로 원고 이체 총액에서 제외되어야 한다.

(6) 소결

따라서 원고 이체 총액에서 원고가 피고 아닌 제3자에게 지급한 금원으로서 이 사건 D의 공사대금으로 지급된 것이라고 볼 수 없는 259,614,520원(= 208,084,300원 + 2,027,660원 + 4,752,560원 + 44,750,000원)은 공제되어야 한다.

다) 피고가 원고에게 이체함으로써 공제되어야 하는 금액

원고는 별지 [표 1] 계좌거래내역 표 '거래내역(입금)'란 기재 금액 합계 2,164,102,090원이 이 사건 D 및 N의 공사대금에서 공제되어야 함을 자인하고 있다(위 자인 금액에는 피고가 주장하지 아니하는 Z, (주)Q, AA로부터 지급 받은 돈이 포함되어 있다).

나아가 피고는 피고가 2017. 9. 4. AB(주)에 입금한 2억 7,000만 원, 2018. 10. 23. 피고가 원고에게 입금한 500만 원, 피고가 2019. 2. 26. X에게 입금한 1,640만 원 역시 피고가 원고에게 지급한 돈이므로 추가로 공제되어야 한다고 주장한다.

살피건대, O은행에 대한 금융거래정보회신 결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고가 2018. 10. 23. 원고에게 원고가 자인하는 금액 외에 추가로 500만 원을 이체한 사실이 인정되고, 원고는 피고가 2017. 9. 4. AB(주)에 입금한 2억 7,000만 원을 피고로부터 차용한 금액이라고 자인하고 있다. 위 인정사실에 의하면, 원고 이체 총액 중 피고가 원고에게 다시 이체하여 공사대금에서 공제되어야 하는 금액은 2,439,102,090원(= 원고 자인 금액 2,164,102,090원 + 추가 인정금액 2억 7,500만 원3))이라고 봄이 상당하다.

나아가 피고가 2019. 2. 26. X에게 입금한 1,640만 원은 피고가 제출한 증거만으로는 피고가 원고에게 입금한 것이라고 볼 증거가 없는바, 이 부분 피고의 주장은 이유 없다.

라) 피고가 원고 채무를 대납하였다고 주장하는 금액

피고는 원고 이체 총액에는 포함되어 있지 않지만, 피고가 원고의 요청에 따라 별지 [표 2] 대납금액 목록(피고 주장)의 '대납 금액'란 기재 금원 합계 448,762,660원을 대납하였으므로 공사대금에서 공제되어야 한다고 주장하나, 피고가 제출한 증거만으로는 피고가 납부한 금원이 원고가 부담하여야 할 돈으로서 공사대금에서 당연히 공제되어야 하는 돈이라거나, 원고가 피고에게 대납을 요청하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

마) D 공사대금에 관한 부가가치세

피고는 원고가 부담하여야 하는 이 사건 D 공사대금에 관한 부가가치세 5억 7,000만 원을 피고가 대신 납부하였는바, 원고가 이체한 금원 중 위 5억 7,000만 원 상당은 공사대금의 지급으로 볼 수

없으므로 원고 이체 총액에서 공제되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 원고와 피고는 이 사건 D 공사계약에서 계약금액에 대한 부가가치세를 별도로 지급하기로 하되, 잔금 정산시 일괄 지급하기로 약정한 사실, 이 사건 D 공사가 준공에 이르지 못한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 이 사건 D 공사의 공사대금 57억 원에 대한 10%상당의 부가가치세를 납부하였다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 이 사건 D 공사가 해지되어 기성금 정산 의무가 발생한 이상 기성고 상당의 공사대금에 관한 부가가치세는 위 약정에 따라 원고가 부담하여야 할 것이므로, 피고가 이미 납부한 부가가치세 중 앞서 인정한 이 사건 D 공사의 기성고에 따른 공사대금 54억 1,500만 원의 부가가치세 상당액 5억 4,150만 원(= 5,415,000,000원 x 0.1)은 피고가 원고 대신 납부한 것으로 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 D 공사대금이 아닌 부가가치세 명목으로 지급된 것으로 볼 수 있는 5억 4,150만 원은 원고 이체 총액에서 공제되어야 한다.

바) N 공사대금

원고는 이 사건 N 기성금으로 지급된 26억 원이 아닌 1,522,810,587원이 공제되어야 한다고 주장한다. 살피건대, 이 사건 N 공사의 기성금으로 지급된 26억 원은 이 사건 N 공사의 기성청구 및 기성확인에 따라 O은행에서 대출받아 지급한 금원으로서 기성고 계좌에 입금될 당시에 N 공사대금으로 특정된 것으로 봄이 타당한바, 이후에 피고가 위 돈을 공사용 계좌에서 혼용하여 사용하면서 그 돈을 D 공사에 전용하여 사용하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 지급한 공사대금이 소급하여 D 공사대금으로 지급되었다고 볼 수 없다.

따라서 원고 이체 총액에서 이 사건 N 공사대금으로 지급된 26억 원을 공제한다.

사) 소결

따라서 원고는 피고에게 이 사건 D 공사대금으로 4,353,168,990원 (= 원고 이체 총액 10,193,385,600원 - 제3자에게 지급된 금원으로서 피고에게 지급한 것으로 볼 수 없는 금액 259,614,520원 - 부가가치세로 지급된 금액 5억 4,150만 원 - 원고가 피고로부터 지급받은 금액 2,439,102,090원 - N 기성금 26억 원)을 지급하였다.

2) 하수급업자에 대한 직접 지급으로 소멸한 금원 가) 원고는 2019. 6. 9. AC 주식회사(이하

'AC'이라 한다), AD, AE, AF, 주식회사 AG, AH, AI, AJ, AK, AL(이하 'AC 외 9인'이라 한다)에게 미지급된 하도급대금 명목으로 639,430,082원을 직접 지급하였고, AM에게 650만 원, AN에게 620만 원 등 그 밖의 하수급업자들의 대금지급 청구에 따라 합계 87,875,000원을 지급하였으므로, 원고의 피고에 대한 이 사건 D 공사대금 채무는 727,305,082원(= 639,430,082원 + 87,875,000원)의 범위에서 소멸하였다고 주장한다.

나) 살피건대, AC 외 9인 및 AM이 이 사건 D 공사의 하수급업자인 사실에는 당사자 사이에 다툼이 없고, 갑 제30, 31, 98호증, 을 제51호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 AC 외 9인이 피고로부터 하도급대금을 지급받지 못하여 이 사건 D 공사현장에 유치권을 행사하였고, 원고가 2019. 6. 9. AC 외 9인에게 2019. 6. 7.부터 2019. 7. 20.까지 5회에 걸쳐 하도급 대금 명목으로 439,430,082원을 지급한 사실, AM이 이 사건 D 공사현장에 미장 업무를 수행하였음에도 하도급대금을 지급받지 못하여 원고가 AM에게 650만 원을 지급한 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면 원고의 AC 외 9인 및 AM에 대한 하도급 대금 지급은 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항 제3호4)에 따라 지급된 것으로서 원고의 피고에 대한 이 사건 D 공사대금의 지급의무는 위 직접 지급 청구권이 발생한 445,930,082원(= 439,430,082원 + 650만 원)의 범위에서 소멸하였다(원고는 AC 주식회사 외 9인에게 639,430,082원을 지급하였다고 주장하나, 갑 제30호증의 기재에 의하면 위 639,430,082원 중 2억 원은 AC의 유치권 행사에 따른 손해배상에 대한 합의금 명목으로 지급된 사실이 인정되는바, 위 손해배상금은 하수급업자들의 하도급 대금으로 볼 수 없으므로 2억 원 부분은 하도급대금의 직접지급에 해당한다고 볼 수 없다).

나아가 원고가 AN 등 나머지 하수급업체들에게 합계 81,375,000원을 지급하였다는 주장은 갑 제31 내지 37호증의 각 기재만으로 하도급법상의 직접 지급 요건을 충족하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 소결 이 사건 D 공사대금으로 4,353,168,990원이 지급되었고, 이 사건 D 해지통보 이후에 하도급 대금의 직접지급으로 인하여 이 사건 D 공사대금 채무 중 445,930,082원이 소멸하였는바, 이로써 원고가 피고에게 지급하여야 하는 공사대금은 615,900,928원(= 54억 1,500만 원 - 4,353,168,990 - 445,930,082원)이 남는다.

라. 예비적 상계항변에 관한 판단

1) 원고는 피고가 이 사건 N 공사에 실제 투입된 공사비를 초과하여 이 사건 N 공사의 기성금을 수령하였는바, 그 초과된 금원은 부당이득으로 원고에게 반환하여야 하고, 위 부당이득반환 채권을 자동채권으로 하여 피고에 대한 이 사건 D 공사의 미지급 대금과 상계한다고 주장한다.

2) 살피건대, 피고는 이 사건 N 공사의 기성금으로 26억 원을 지급받았고, 이 사건 N 공사와 관련하여 피고가 지출한 공사비가 1,625,013,758원 임을 자인하고 있는바, 피고는 이 사건 N 공사와 관련하여 974,986,242원(= 26억 원 - 1,625,013,758원)을 초과하여 지급받았음이 인정되므로, 피고는 원고에게 위 974,986,242원을 부당이득으로 반환하여야 할 의무가 있다(이에 관하여 피고는 이 사건 N 공사의 해지 당시 피고가 원고에게 이 사건 N 공사의 공사대금을 정산할 것을 요청하였으나 원고가 응하지 아니하였으므로 원고는 더 이상 이 사건 N 공사대금을 다투지 못한다는 취지로 주장하나, 원고가 피고의 정산요청에 응하지 아니하였다는 사정만으로 원고가 위 부당이득반환채권을 포기하는 의사를 표시한 것으로 볼 수 없는바, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다. 한편, 원고는 피고가 이 사건 N 기성금으로 받은 26억 원 중 1,077,189,413원이 이 사건 D 공사에 사용되었으므로 위 금액을 부당이득으로 구하고 있으나, 피고가 이 사건 D 공사대금과 N 공사대금을 공사용 계좌에서 혼용하여 집행하였는바, 피고가 이 사건 N 기성금을 수령한 이후에 D 공사와 관련된 업체에 공사대금을 지급하였다고 하여, 그러한 사실만으로 곧바로 그 금액이 N 기성금에서 사용된 것으로 단정할 수 없는바, 피고가 자인하는 금액을 초과하는 부당이득반환 청구는 받아들이지 않는다).

나아가 원고의 피고에 대한 위 부당이득반환채권으로 이 사건 D 공사대금 채권을 상계한다는 내용의 의사표시가 담긴 2020. 12. 2.자 준비서면이 그 다음날 피고에게 송달되었음은 기록상 분명하고, 위 상계의 의사표시 당시에 양 채권은 모두 변제기에 도달하여 상계적상에 있었는바, 이 사건 D 공사의 미지급 공사대금 615,900,928원은 원고의 피고에 대한 위 부당이득반환 채권 974,986,242원과 대등액의 범위에서 소멸하였다.

3) 따라서 이 사건 D 공사대금 채권은 모두 소멸하였는바, 원고의 위 항변은 이유 있다(이와 같이 원고의 예비적 상계항변 중 일부 자동채권만으로도 상계항변이 인정되는바, 원고가 이와 선택적으로 주장하고 있는 나머지 상계항변에 대하여는 나아가 판단하지 않는다).

4. 결론

그렇다면 원고의 본소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 본소 청구 및 피고의 반소 청구는 이유 없으므로 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박미리

판사천지성

판사이영곤

별지

- 1) 이 사건 D 계약서에 기재된 기성금 지급 차수에 따라 기재하였다.
 - 2) 이 사건 D 공사대금으로 지급된 금원을 산정함에 있어 원고와 피고 모두 원고가 피고에게 이체한 돈 총액에서 이 사건 D 공사대금으로 볼 수 없는 돈을 공제하는 방식으로 공사대금을 산정하고 있는바, 당사자들의 공사대금 산정 방식에 따라 이 사건 D 공사대금으로 지급된 금원을 판단한다.
 - 3) 이 금액은 원고가 피고에게 지급한 공사대금에서 공제되어야 하는 것은 아니나 계산의 편의상 피고의 주장대로 공제하기로 한다.
 - 4) 제14조(하도급대금의 직접 지급) ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금을 그 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다.
3. 원사업자가 제13조제1항 또는 제3항에 따라 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 수급사업자에게 지급하지 아니한 경우로서 수급사업자가 하도급대금의 직접 지급을 요청한 때