

서울북부지방법원 2020. 8. 13 선고 2018가합20983(본소), 2018가합24183(반소) 판결
[근저당말소 등 청구의 소 · 공사대금]

전 문

원고(반소피고) 1. A

2. B

원고(반소피고)들 소송대리인 법무법인 범증

담당변호사 이영민, 김윤기

원고(반소피고)들 소송대리인 법무법인 덕민

담당변호사 최찬실

피고(반소원고) C 주식회사

소송대리인 법무법인 에스애평트너스

담당변호사 서가희, 이승형

변론 종결 2020. 6. 25.

판결 선고 2020. 8. 13.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)들로부터 공동하여 181,192,745원 및 이에 대하여 2018. 3. 3.부터 2020. 8. 13.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음, 원고(반소피고)들에게 남양주시 D 대 451m²에 관하여 의정부지방법원 남양주등기소 2017. 11. 8. 접수 제103294호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고(반소원고)는 원고(반소피고) A에게 88,267,798원 및 이에 대하여 2019. 11. 13.부터 다

값는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고(반소피고)들은 공동하여 피고(반소원고)에게 181,192,745원 및 이에 대하여 2018. 3.

3.부터 2020. 8. 13.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

4. 원고(반소피고)들의 각 나머지 본소 청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소 청구를 각 기각한다.

5. 소송비용 중 원고(반소피고) A와 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 2/5는 위 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담하고, 원고(반소피고) B와 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 1/2은 위 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.

6. 제2, 3항은 각 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)들에게 남양주시 D 대 451m²에 관하여 의정부지방법원 남양주등기소 2017. 11. 8. 접수 제103294호로 마친 근저당권설정등기에 대하여 2019. 11. 12. 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라. 피고는 원고 A에게 231,547,798원 및 이에 대하여 2019. 11. 12.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소 : 원고들은 공동하여 피고에게 472,590,589원 및 그중 378,990,589원에 대하여는 2017. 12. 23.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을, 93,600,000원에 대하여는 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

원고들은 남양주시 ㄹ 대 526m²(이하 '이 사건 제1 토지'라 한다) 및 D대 451m²(이하 '이 사건 제2 토지'라 하고, 이 사건 제1 토지와 함께 '이 사건 각 토지'라 한다) 중 각 1/2 지분의 공유자들이고, 피고는 건설업을 영위하는 회사이다.

나. 도급계약의 체결

원고 A은 2007. 1. 1. 피고를 대리한 F과 사이에 피고가 이 사건 각 토지 지상에 Q동의 다세대주택을 신축하고(이하 위 다세대주택의 신축 공사를 '이 사건 공사'라 한다) 공사대금 1,635,000,000원(부가가치세 별도, 이하 '이 사건 공사대금'이라 한다)을 지급받는 내용의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 하다)을 체결하였다. 이 사건 도급계약의 주요 내용은 다음과 같고, 이 사건 도급계약서의 하단에는 피고의 대리인 F의 이름과 주민등록번호가 자필로 기재되어 있고 F의 서명이 되어 있다.

(갑) 원고 A, (을) 피고

1. 공사명 : G공사

2. 공사장소 : 경기도 남양주시 D, H (2필지)

3. 공사기간

1) 착공 : 2017. 2. 1.

2) 준공 : 2017. 7. 15.

4. 계약금액 : 1,635,000,000원(부가가치세 별도)

5. 계약금 : 150,000,000원(1차 계약금 50,000,000원, 2차 계약금 2. 10. 100,000,000원)

6. 잔금 : 721,400,000원

공종별계약금액

금액

2층 슬라브 완성

200,000,000원

5층 슬라브 완성

200,000,000원

골조완성 후 30일

360,000,000원

10. 지체상금율 : 2/10001) 제10조(공사기간)

1. 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.

3. 준공일은 을이 건설공사를 완성하고 갑에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 말한다. 다만

제27조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 경우에 한한다.

제27조(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. 다만, 천재지변 등 불가항력적인 사유로 인하여 검사를 완료하지 못한 경우에는 당해 사유가 존속되는 기간과 당해 사유가 소멸된 날로부터 3일까지는 이를 연장할 수 있다.

제30조(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

4) 기타 을의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

다. 공사대금의 지급

1) 이 사건 공사대금과 관련하여 2017. 1.경부터 2017. 7.경까지 아래와 같은 내용의 영수증이 작성되었다.

1	2017. 1. 11.	50,000,000	피고 법인인감, 대리인 F 무인
2	2017. 2. 23.	100,000,000	"
3	2017. 3. 10.	50,000,000	피고 법인인감, 대리인 F 서명
4	2017. 3. 31.	100,000,000	"
5	2017. 4. 10.	30,000,000	"
6	2017. 5. 8.	150,000,000	"
7	2017. 5. 24.	50,000,000	"
8	2017. 6. 9.	50,000,000	"
9	2017. 6. 22.	100,000,000	"
10	2017. 7. 7.	150,000,000	"
11	2017. 7.	50,000,000	대리인 F 서명
합계	880,000,000		

2) 원고 A은 2017. 5. 19. 이 사건 공사의 도시가스 내부 공사비로 합계 14,000,000원을 지출하였고 피고와 사이에 위 비용을 이 사건 공사대금에서 공제하기로 합의하였다.

라. 합의약정서의 작성 및 근저당권의 설정 등

1) 원고들과 피고는 2017. 11. 6. 이 사건 공사대금을 776,650,000원으로 정산하는 내용의 합의약정서(이하 '이 사건 합의약정서'라 한다)를 작성하였다.

1. 원고들은 피고에게 공사대금 776,650,000원을 2017. 11. 30.까지 지급하기로 한다.(단, 위 기일이 경과할 경우 민법에 따라 지급한다)

2. 원고들은 위 공사대금에 대하여 피고를 채권자로 하여 다세대주택 신축 토지에 근저당권을 설정한다(단 120%로 설정한다)

3. 공사대금에 대하여 당사자간 이견이 있는 부분(F) 93,600,000원에 대하여는 추후 합의 정산하고 정리한다.

2) 이 사건 합의약정서가 정한 바에 따라 원고들은 2017. 11. 6. 피고와 위와 같이 정산한

공사대금을 담보하기 위해 이 사건 각 토지에 근저당권을 설정하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하였고, 2017. 11. 8. 이 사건 각 토지에 관하여 채권최고액 931,800,000원, 채무자 원고들, 근저당권자 피고로 한 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)이 설정되었다.

3) 이후 원고 A은 2017. 12. 22. 피고에게 공사대금 400,000,000원을 지급하였고, 피고는 이 사건 근저당권 중 이 사건 제1 토지에 마친 근저당권설정등기를 말소하였다.

마. 이 사건 공사의 완성

피고는 2017. 10. 11. 원고 A에게 '사용승인 목록'이라는 제목의 문서와 함께 건축물 현황 측량성과도 외 14개의 준공 서류를 제공하였다. 원고 A은 2017. 11. 7. 이 사건 공사로 신축된 건물에 대하여 사용승인을 신청하였고, 이 사건 제1 토지 지상의 건물에 대하여 2017. 11. 23., 이 사건 제2 토지 지상의 건물(이하 위 각 건물을 합하여 '이 사건 각 건물'이라 한다)에 대하여 2017. 12. 21. 각 사용승인이 이루어졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소 및 반소 청구에 관한 당사자들 주장의 요지

가. 원고들 주장의 요지

이 사건 공사대금 채권은 원고들이 피고와 작성한 이 사건 합의약정서에 따른 공사대금 776,650,000원에서 2017. 12. 22. 변제된 400,000,000원을 공제한 376,650,000원이 남아 있다. 이 사건 공사는 이 사건 도급계약의 준공 예정일인 2017. 7. 15.보다 159일이 지연된 2017. 12. 21. 이 사건 각 건물에 대한 사용승인이 완료됨에 따라 준공되었으므로 원고 A은 피고에 대하여 519,930,000원($= 1,635,000,000\text{원} \times 159\text{일} \times 2/1000$) 상당의 지체상금 채권을 가지고 있다. 원고 A은 이 사건 소장 부분의 송달로써 피고에 대한 위 지체상금 채권을 자동채권으로 하여 피고의 위 나머지 공사대금 채권을 대등액에서 상계한다. 그 결과 원고 A의 지체상금 채권은 143,280,000원($= 519,930,000\text{원} - 376,650,000\text{원}$)이 남아 있다.

한편 피고가 건축한 이 사건 각 건물에는 하자가 존재하고 위 하자보수비용은 88,267,798원 상당에 이른다.

따라서 피고에 대한 본소 청구로서, 원고 A은 위 나머지 지체상금 143,280,000원 및 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 위 하자보수비용 상당인 88,267,798원의 합계 231,547,798원(= 143,280,000원 + 88,267,798원) 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하고, 원고들은 이 사건 근저당권이 담보하는 이 사건 공사대금이 모두 변제 내지 상계되어 소멸하였음을 이유로 이 사건 근저당권의 말소등기절차를 이행을 구한다.

나. 피고 주장의 요지

이 사건 공사는 피고의 책임 없는 사유로 지연된 것이므로 피고가 원고 A에게 지체상금을 지급할 의무를 부담하지 않는다. 피고는 2017. 10. 11. 원고 A에게 준공에 필요한 서류를 모두 제공하여 이 사건 도급계약의 이행을 완료하였다. 이 사건 공사대금은 피고가 원고들과 작성한 이 사건 합의약정서에 따라 나머지 공사대금 776,650,000원 및 원고 A이 F에게 지급하여 추후 정산하기로 한 93,600,000원이 남아 있고, 원고들은 이 사건 합의약정서를 작성한 이후 2017. 12. 22. 400,000,000원을 지급하였을 뿐이다.

따라서 피고는 원고들에 대한 반소 청구로서, 이 사건 공사대금 채권의 최종 변제일인 2017. 12. 22. 기준으로 최종 변제된 위 400,000,000원을 변제충당하고 남은 나머지 공사대금 합계 472,590,589원(= 776,650,000원 + 이 사건 합의약정서가 정한 지급기일 다음 날인 2017. 12. 1.부터 2017. 12. 22.까지 지연손해금 2,340,589원 + 93,600,000원 - 400,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

3. 본소 청구에 관한 판단

가. 이 사건 근저당권의 말소 및 지체상금 청구에 관한 판단

1) 이 사건 공사대금 채권에 관하여 가) 당사자들의 주장

(1) 원고들

원고 A은 2017. 1. 11.부터 2017. 7. 20.까지 피고를 대리한 F을 통해 피고에게 이 사건 공사대금 합계 880,000,000원을 지급하였다. 이후 원고 A은 2017. 11. 6. 피고와 이 사건 합의약정서를 작성하여 나머지 공사대금을 776,650,000원으로 정산하였고 2017. 12. 22. 400,000,000원을 변제하였으므로, 이 사건 공사대금은 376,650,000원이 남아 있다.

(2) 피고

원고 A은 이 사건 공사대금을 수령할 권한이 없는 F에게 2017. 1. 11. 계약금중 43,600,000원 및 2017. 7. 20. 50,000,000원을 지급하였으므로, 피고에게 이 사건 합의약정서를 작성하여 정산한 공사대금 776,650,000원에서 이미 변제한 400,000,000원을 공제한 나머지 337,650,000원 및 위 합의약정서를 작성하기 전까지 지급되지 않은 위 공사대금 합계 93,600,000원(= 43,600,000원 + 50,000,000원)을 지급할 의무를 부담한다.

나) 판단

갑 제4, 23호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 A은 2017. 1. 11. F에게 50,000,000원을 지급하였고, 2017. 7. 20. I 명의의 계좌로 50,000,000원을 송금한 사실, 이에 대하여 F은 원고 A에게 피고 대리인의 지위에서 위 각 돈을 이 사건 공사대금으로 영수한다는 내용의 영수증을 각 작성하여 준 사실이 인정되고, 위 인정사실에다가 갑 제13, 21, 24 내지 26호증, 을 제38호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고 A이 2017. 1. 11. 지급한 50,000,000원 중 43,600,000원 및 2017. 7. 20. 송금한 50,000,000원 합계 93,600,000원은 이 사건 공사대금으로 지급된 것이라고 봄이 타당하다.

(1) 이 사건 도급계약은 피고를 대리한 F에 의해 체결되었고, F은 피고의 이사 명함을 사용하면서 이 사건 공사 현장에 상주하며 하도급업체를 선정하고 공사대금을 지출하는 등 이 사건 공사를 전반적으로 관리하였다.

(2) 이 사건 공사대금과 관련하여 2017. 1. 11.부터 2017. 7. 7.까지 작성된 영수증에는 모두 피고와 대표이사 J의 이름이 기재되어 있고 피고의 법인인감이 날인되어 있으며, 그 아래쪽에 자필로 기재된 '대리인 F(주민등록번호)'의 이름 옆에 F의 무인이 찍혀있거나 서명이 되어 있다. 피고가 다투는 43,600,000원을 포함하여 원고 A이 2017. 1. 11. 지급한 50,000,000원에 대하여도 위와 동일한 양식의 영수증이 작성되어 있는데, 피고는 위 43,600,000원을 제외한 나머지 금액에 대하여는 영수증의 효력을 부인하고 있지 않고, 이 사건 도급계약의 체결 경위와 이 사건 공사와 관련된 F의 역할 등에 비추어 원고 A은 2017. 1. 11. 이 사건 공사대금을 수령할 권한이 있는 F에게 위 43,600,000원을 포함하여 합계 50,000,000원을 지급하였다고 볼 것이다.

(3) 원고 A은 2017. 7. 20. I 명의의 계좌로 50,000,000원을 지급하였고, 이에 대한 영수증에는 'I 통장 입금'이라고 기재되어 있다. I 명의의 계좌와 관련하여 피고의 사내이사 K는 다른 공사현장의 도급인인 L 등에 대하여 공사대금의 지급을 구하는 사건에 증인으로 출석하여, '도급인들이 피고에게 공사이행보증보험증권을 요구하였으나 피고가 이 요구를 들어주지 않자, 도급인들은 공사대금을 피고에게 직접 송금하는 대신 재력가로 알려진 I 명의의 계좌로 송금하겠다고 하였고 피고를 대리한 F은 이를 승낙하며, I에게 수수료 명목으로 30,000,000원을 지급하기로 합의하였다'고 증언한 바 있고, 이 사건 공사와 관련하여서도 원고 A이 I 명의의 계좌로 공사대금을 송금하면 I가 이를 피고에게 송금하는 방식으로 공사대금이 지급되기도 하였다.

(4) I는 원고 A으로부터 지급받은 50,000,000원 중 30,000,000원을 2017. 7. 25. M 명의의 계좌로 송금하였고, 나머지 20,000,000원은 2017. 7. 27. 피고에게 송금하였다. 위 M 명의의 계좌는 피고 직원들의 급여와 이 사건 공사 등에 소요된 자재대금과 하도급대금 등이 지출되거나 피고가 직접 이 사건 공사에 필요한 비용을 입금하였던 계좌로 피고가 F을 통해 이 사건 공사에 사용되는 자금을 관리하였던 계좌라고 봄이 상당하고, 2017. 7. 25. 위 M 명의의 계좌로 입금된 30,000,000원도 이 사건 공사의 하도급대금 등으로 사용된 것으로 보인다. 결국 원고 A이 2017. 7. 20. I 명의의 계좌로 송금한 50,000,000원은 이 사건 공사에 필요한 자금을 관리하는 계좌로 송금되어 지출되거나 이 사건 공사대금 명목으로 피고에게 직접 송금되었다.

(5) 다만 피고가 2017. 6. 30. 원고 A에게 '이 사건 도급계약의 수급인인 피고의 통장으로 입금되지 않는 금액은 공사대금으로 인정하지 않을 것이니 공사대금을 피고의 통장으로 송금하여 달라'고 통보하기는 하였으나, 이는 공사대금의 지급과 관련하여 분쟁이 발생하는 것을 방지하기 위한 취지로 보이고 위와 같이 2017. 7. 20. 송금된 50,000,000원이 이 사건 공사와 관련하여 모두 지출된 것으로 봄이 상당한 이상, 위 50,000,000원이 이 사건 공사대금으로 지급된 것이 아니라고 보기는 어렵다.

따라서 원고들이 이 사건 합의약정서에 따라 정산한 이 사건 공사대금 776,650,000원 및 이에 대한 이 사건 합의약정서가 정한 지급기일 다음 날인 2017. 12. 1.부터 2017. 12. 22.까지의 지연손해금 2,340,589원(= 776,650,000원 × 연 5%2) × 22/365일)에서 2017. 12. 22. 변제된

400,000,000원을 변제충당하면, 위 지연손해금 2,340,589원에 먼저 충당되고 남은 397,659,411원(= 400,000,000원 - 2,340,589원)이 위 공사대금 원금에 충당되어, 이 사건 공사대금 채권은 378,990,589원(= 776,650,000원 - 397,659,411원) 및 이에 대한 2017. 12. 23.부터의 지연손해금이 남게 된다.

2) 이 사건 도급계약의 지체상금 채권에 관하여 가) 지체상금의 시기

이 사건 도급계약은 준공 예정일을 2017. 7. 15.로 하고, 피고가 이 사건 공사의 준공을 지체할 경우 1일당 공사계약금액의 2/1000에 해당하는 지체상금을 지급하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건에서 지체상금의 시기는 위 준공 예정일 다음 날인 2017. 7. 16.이 된다.

나) 지체상금의 종기

지체상금의 종기인 공사 완료일은, 수급인의 주장이나 도급인이 실시하는 준공검사 여부에 구애됨이 없이 당해 공사도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료되고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었다고 판단할 수 있는 시점으로 보는 것이 원칙이지만, 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 한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다7212, 7229 판결, 대법원 1996. 7. 12. 선고 94다58230 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 도급계약 제10조 제3호 및 제27조 제1항은, 피고가 이 사건 공사를 완료한 후 원고 A에게 서면으로 준공검사를 요청한 경우 그에 따라 원고 A이 시행하는 준공검사에 합격하거나 원고 A이 피고로부터 공사완성 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 검사결과 통지를 하지 아니하여 합격한 것으로 간주되는 경우, '서면에 의한 준공검사 요청일'을 준공일로 인정하기로 규정한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 피고가 2017. 10. 11. 원고 A에게 '사용승인 목록'과 함께 준공에 필요한 서류를 제공한

사실, 원고 A이 2017. 11. 7. 이 사건 각 건물의 사용승인을 신청한 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들과 이 법원의 주식회사 N에 대한 각 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고는 2017. 10. 11. 원고 A에게 준공 서류를 제공함으로써 준공검사를 서면으로 요청한 것이라고 봄이 타당하고, 원고 A이 그에 대하여 10일 이내에 검사결과 통지를 하지 아니하여 합격한 것으로 간주되므로 이 사건 도급계약에 따른 이 사건 공사의 준공일은 위 2017. 10. 11.이 된다.

(1) 건축주는 건축물의 건축공사를 완료한 후 그 건축물을 사용하기 위하여 감리완료보고서와 공사완료도서를 첨부하여 허가권자에게 사용승인을 신청하여야 하고(건축법 제22조 제1항), 위 허가권자는 당해 건축물이 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지 여부 등을 검사한 후 그 검사에 합격된 건축물에 대하여 사용승인서를 내주어야 한다(건축법 제22조 제2항). 따라서 원고 A은 2017. 10. 11. 피고로부터 준공에 필요한 서류를 제공받은 다음 이 사건 각 건물의 준공 여부를 검사한 후에 감리완료보고서와 공사완료도서를 첨부하여 사용승인 신청을 한 것으로 볼 수 있다.

(2) 이 사건 공사는 피고가 준공 서류를 제공한 2017. 10. 11.경에는 대부분 마무리 되어 이 사건 각 건물의 주요 구조 부분이 예정된 대로 시공된 상태였던 것으로 보인다.

(3) 원고들은, 피고가 원고 A에게 제공한 준공 서류에 하자보수보험증권은 포함되어 있지 않았고, 이 사건 각 건물에 대한 사용승인은 2017. 11. 7. 원고 A이 사용승인을 신청한 이후에도 보완을 거쳐 2017. 12. 21.에서야 최종적으로 완료되었으므로 위 2017. 12. 21.이 지체상금의 종기가 되어야 한다고 주장한다. 그러나 사용승인 절차에서는 이 사건 각 건물의 건축 과정에서 사용된 자재에 대한 납품확인서나 증빙서류, 성능확인서 등의 보완이 요구되어 피고와 건축사사무소 측에서 관련 서류를 추가하여 제출하는 작업이 이루어졌을 뿐, 그 과정에서 피고가 이 사건 공사를 추가로 수행하였다고 볼 만한 증거는 없다. 또한 이 사건 도급계약에서 원고 A과 피고가 이 사건 각 건물에 대한 준공검사 외에 피고가 허가권자의 사용승인이 완료될 때까지 지체상금을 부담하게 함으로써 피고의 책임으로 관련 행정절차가 종료될 것을 담보하기 위해 지체상금의 종기를 사용승인일로 정하였다고 볼 만한 특별한 사정도 인정되지 않는다.

다) 지체일수의 공제 여부

(1) 피고의 주장

이 사건 도급계약이 골조완성 30일 후에 공사대금으로 360,000,000원을 지급하도록 정하고 있고 2017. 4. 25.경 골조가 완성되었음에도 원고 A은 기성금 중 273,600,000원을 지급하지 않았으며 이 사건 공사와 무관한 1 명의의 계좌로 공사대금을 지급하는 등 피고가 이 사건 공사를 완공한다고 하더라도 공사대금을 온전히 지급받을 수 없는 현저한 위험이 있어 2017. 7. 6.부터 2017. 7. 22.까지 공사를 중단하였던 것이고, 2017. 8. 중순경 이후에는 원고 A이 직접 시공할 도시가스 인입, 상하수도, 배수설비공사, 도로 석축 공사 등을 시공하지 않거나 민원이 발생하여 준공이 지연되었으므로 피고의 책임 없는 사유로 이 사건 공사가 지연된 것이어서 지체상금이 발생하지 않는다(피고는 그 밖에도 원고 A이 이 사건 각 건물 부지의 도로를 확보하지 못해 사용승인이 지연되었다는 취지로도 주장하나, 앞서 본 바와 같이 사용승인일을 지체상금의 종기로 보기 어려우므로 피고의 이 부분 주장은 나아가 판단하지 않는다).

(2) 판단

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 증명하여야 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).

앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 도급계약은 골조완성 후 30일에 360,000,000원을 지급하는 것으로 정하고 있는데, 원고 A은 이 사건 각 건물의 골조가 완성된 이후에도 2017. 6. 30. 무렵까지 합계 680,000,000원을 지급하여 계약금 150,000,000원 및 기성금 400,000,000원을 제외하면 위 360,000,000원 중 230,000,000원[= 360,000,000원 - (680,000,000원 - 150,000,000원 - 400,000,000원)]을 미지급한 상태였던 사실은 인정된다. 그러나 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공사도급계약에서 도급인이 기성고 해당 중도금 지급의무의 이행을 일부 지체하였다고 하여 바로 수급인이 일 완성의무의 이행을 거절할 수 있는 것은

아닌 점(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조), ② 원고 A은 2017. 7. 7. 피고에게 공사대금 150,000,000원을 지급하였고, 앞서 본 바와 같이 2017. 7. 20.에도 1 명의의 계좌를 통해 50,000,000원을 추가로 지급하였던 점, ③ 이 사건 공사대금 중 피고가 공사를 중단하였다고 주장하는 2017. 7. 6.경 무렵 미지급된 공사대금의 액수 등에 비추어 피고가 불안의 항변권을 행사할 수 있을 정도로 원고 A이 부당하게 피고의 시공 정도에 따른 정당한 기성 공사대금 지급을 계속적으로 거절하였거나, 이에 따라 피고가 도저히 이 사건 공사를 진행할 수 없을 정도의 상황에 이른 것으로 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고 A이 이 사건 공사대금 중 일부를 지급하지 않은 사정만으로는 이로 인하여 공사의 지연이 불가피하였다거나 지체상금이 발생되지 않을 정도로 원고 A에게 귀책사유가 있다고 볼 수 없다.

또한, 을 제16호증의 각 기재 또는 영상 및 피고가 제출한 증거들만으로는 원고 A이 직접 시공해야 하는 공사를 지연하고 관련된 민원이 발생하였다거나 그로 인하여 피고가 이 사건 공사를 진행할 수 없었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

라) 지체상금의 계산 및 감액

위 인정사실에 의하면, 피고는 원고 A에게 이 사건 도급계약에 따른 준공 예정일 다음 날인 2017. 7. 16.부터 이 사건 공사의 준공일인 2017. 10. 11.까지 88일간의 지체상금으로 287,760,000원(= 1,635,000,000원 × 2/1000 × 88일)원을 지급할 의무가 있다(이와 달리 2017. 12. 21.까지 159일간 지체상금의 지급을 구하는 원고 A의 주장은 앞서 본 바와 같이 이유 없다).

한편 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 거래관행 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 있는데(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다15940, 15957 판결 등 참조), 이 사건 도급계약이 정한 지체상금의 비율, 준공이 지체된 경위 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 70%로 감액한다.

따라서 원고 A의 피고에 대한 지체상금 채권은 201,432,000원(= 287,760,000원 × 70%)이 된다.

마) 피고의 지체상금 채권 포기, 경계 주장에 관하여

(1) 피고의 주장

원고 A은 2017. 8. 17. 이 사건 공사대금의 지급현황을 정리하여 통보하면서 지체상금을 전혀 언급하지 않아 피고에 대한 지체상금 채권을 포기하였고, 2017. 11. 6. 피고와 이 사건 합의약정서를 작성하면서도 지체상금을 포함하지 않았으므로 이를 통해 기존의 채권채무관계를 소멸하는 내용의 경계계약이 체결되었다.

(2) 판단

갑 제3, 7호증의 각 기재에 의하면, 원고 A이 2017. 8. 17. 정리한 이 사건 공사대금의 지급현황이나 2017. 11. 6. 작성된 이 사건 합의약정서에 이 사건 공사의 지체상금이 기재되어 있지 않은 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로 원고 A이 지체상금 채권을 포기하였다거나 이 사건 도급계약의 지체상금을 포함하여 기존의 채권채무관계를 소멸시키고 새로운 채권채무관계를 성립시키는 경계계약이 체결되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 상계 결국 원고 A의 지체상금 채권 201,432,000원을 자동채권으로 하여 피고의 나머지 공사대금 채권 378,990,589원 및 이에 대한 2017. 12. 23.부터의 지연손해금을 수동채권으로 하여 상계하면, 원고 A의 상계 의사표시가 기재된 이 사건 소장 부분이 2018. 3. 2. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 지체상금 채권은 위 상계적상일까지의 이 사건 공사대금 채권 이자 3,634,156원[= 378,990,589원 × 연 5% × 70/365일(2017. 12. 23.부터 2018. 3. 2.까지)] 및 원금 197,797,844원(= 201,432,000원 - 3,634,156원)에 충당되어 모두 소멸하고, 그 결과 이 사건 공사대금 채권은 원금 181,192,745원(= 378,990,589원 - 197,797,844원) 및 이에 대한 2018. 3. 3.부터의 지연손해금이 남게 된다.

4) 소결 이 사건 근저당권의 피담보채무인 공사대금 채권은 위와 같이 181,192,745원 및 이에 대한 2018. 3. 3.부터의 지연손해금이 남아 있다. 따라서 피고는 이 사건 합의약정서에 따라 이 사건 공사대금을 부담하기로 한 원고들로부터 공동하여 이 사건 도급계약의 나머지 공사대금

181,192,745원 및 이에 대하여 2018. 3. 3.부터 원고들이 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 8. 13.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급받은 다음(피고가 반소 청구로서 미지급 공사대금의 지급을 구하고 있으므로 그에 따라 지연손해금 비율을 계산한다), 이 사건 제2 토지에 관하여 설정한 이 사건 근저당권에 관한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 원고들의 이 사건 근저당권설정등기 말소청구는 위 피담보채무의 선이행 후 말소를 구하는 취지도 포함하므로, 원고들의 이 부분 청구는 위 인정범위 내에서 받아들인다.

나. 하자보수에 갈음한 손해배상 청구에 관한 판단

1) 손해배상책임의 발생 및 범위 갑 제11 내지 18호증의 각 기재 또는 영상 및 이 법원의 감정인 O에 대한 감정결과에 의하면, 별지 하자보수비 집계표 기재와 같이 이 사건 각 건물에 원고의 부실시공 내지 미시공으로 인한 하자가 존재하고 그 하자보수비로 88,267,798원이 소요되는 사실이 인정된다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고 A에게 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 88,267,798원 및 이에 대한 지연손해금을 배상할 의무가 있다.

2) 피고의 주장에 대한 판단 가) 피고는, 별지 하자보수비 집계표 중 항목 [1-2] 건물 외벽 백화현상, [1-3] 창틀 주위에 방수 작업 미비, [1-5] 도배에 곰팡이 존재(병합 산정된 부분 포함), [1-10] 등기구 자재 불량 추가항목(병합 산정된 부분 포함), [추가항목2/P동/전유2] 수도관 누수로 인한 도장 오염, [추가항목2/P동/전유7] 천정지 붉은 반점, [추가항목4/Q동/전유1] 창호 유리 미시공 부분에 대하여는 담보책임기간이 1년인데 위 기간이 도과하기 이전에 하자가 발생되었다는 증거가 없으므로 피고가 부담하는 하자담보책임의 범위에서 제외되어야 한다고 주장한다. 그러나 이 사건 각 건물이 2017. 11. 23. 및 2017. 12. 21. 각 사용승인을 받은 사실은 앞서 본 바와 같고 원고 A은 그로부터 1년이 도과하기 이전인 2018. 2. 12. 이 사건 각 건물의 누수 등의 하자를 주장하면서 이 사건 소를 제기한 사실은 기록상 명백한데, 건축에 관한 전문지식이 없는 원고 A이 이 사건 각 건물에 존재하는 개개의 하자를 일일이 특정하여 그 발생 시기를 증명할 것을 기대하기는 어려우므로, 위와 같이 하자를 주장하면서 하자보수비에 갈음하는 손해배상청구를 한 이상 위 각 하자는 하자담보책임 기간

내에 발생한 것으로 추인할 수 있다고 봄이 타당하다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 그 밖에 피고는, 아래 표 '항목'란 기재 각 하자(각 병합 산정된 부분 포함)에 대하여 같은 표 '주장 요지'란 기재와 같이 주장한다. 그러나 감정인의 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 존중하여야 하고(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608, 84615, 84622, 84639 판결 등 참조), 이 법원의 감정인 O에 대한 감정결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 사정들에 비추어 보면, 아래 표 '판단'란 기재와 같이 하자로 인정할 수 있으므로, 피고의 아래 주장도 모두 이유 없다.

[1-6] 욕실에 변기 및 위생기구 부착 불량	소모적인 하자로 입주인들이 유지·관리를 철저히 하지 않아 발생한 것이다.	[하자 인정] 이 부분 하자에 입주인들의 사용상 부주의로 볼 만한 사정이 없으며 여러 세대에 걸쳐 동일한 하자가 나타난다면 이를 부실시공 하자로 본 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[1-7] 욕실 환기 배관 미시공	원고들의 출입거부로 인해 시공하지 못한 것이다.	[하자 인정] 피고의 주장과 같이 원고들이 이 사건 공사 현장에 피고의 출입을 방해했다고 볼 만한 증거가 없고 달리 피고의 책임을 인정하지 않을 근거가 없다.
[1-11] 건물 내부 계단부분 벽체 균열 존재 여부	콘크리트를 시공하는 과정에서 공법상 발생하는 필연적인 현상이고, 방충망의 경우 유지관리상의 하자에 해당한다.	[하자 인정] 시공 당시 재료 배합, 시공관리 등을 철저히 하여 균열이 발생하는 문제를 사전에 억제할 수 있고, 벽체 균열을 장시간 방치할 경우 내구성이 저하되는 등 건물의 기능상·안전상 지장을 가져올 수 있다. 또한, 방충망 훼손 하자에 입주인들의 사용상 부주의로 볼 만한 사정이 없으며 여러 세대에 걸쳐 동일한 하자가 나타난다면 이를 부실시공 하자로 본 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[1-12] 창문 주변 벽체의 균열 여부 및 창문의 방충망 훼손		
[1-14] 식재고사목 발생	설계도면에 표기되어 있지 않고 별도의 의뢰를 받아 노무비만 지급받고 조달한 것이며 관리상의 부주의로 인한 하자에 해당한다.	[하자 인정] 수목의 경우 생육에 지장을 초래할 만한 부실시공이 있지 않은 이상 단순히 입주민 등이 유지·관리를 소홀히 하였다는 사정만으로 조경수가 단기간에 고사하지 않는 것이 일반적이고, 이 부분 하자에 유지·관리상의 주의의무를 소홀히 하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없으며, 감정인은 피고가 노무비만 지급받고 식재를 시공한 것을 고려하여 공사비를 이 부분 하자보수비로 산정하였는데, 이러한 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[2-5] R호 화장실 배수구 역류현상	입주민 등이 하자보수를 요청한 사실이 없다.	[하자 인정] 원고 A은 사용승인 후 1년이 경과하기 전인 2018. 2. 12. 하수구 역류 등을 하자로 지적하며 이 사건 소를 제기하였고, 이 부분 하자는 주택법 등에 따라 담보책임기간이 2년이므로, 피고가 주장하는 사정만으로 책임을 부담하지 않는다고 볼 수 없다.
[2-6] S호 창문틀 오염된 자재로 시공	창문틀이 오염된 원인이 불분명하다.	[하자 인정] 시공 단계에서 오염된 자재가 사용되지 않은 이상 단순히 입주민의 사용상의 부주의로 창문틀 자재가 오염되었다고 보기 어렵고, 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[2-8] T호 주방 발코니 마감불량, 화장실	입주민 등이 하자보수를 요청한	[하자 인정] 위 [2-5] 부분과 같고, 이 부분 하자가 입주민의 사용상의 부주의로 볼 만한 사정이 없다.

[1-6] 욕실에 변기 및 위생기구 부착 불량	소모적인 하자로 입주인들이 유지·관리를 철저히 하지 않아 발생한 것이다.	[하자 인정] 이 부분 하자에 입주인들의 사용상 부주의로 볼 만한 사정이 없으며 여러 세대에 걸쳐 동일한 하자가 나타난다면 이를 부실시공 하자로 본 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
샤워기 불량, 작은방 천장 누수 흔적	사실이 없고, 사용자의 과실에 의한 것이다.	
[추가항목 1/P동/공용1] 외벽 단열재 두께 부족 등	외벽체 단열재를 50mm로 시공하였으나 수축으로 인해 40mm로 측정된 것이다.	[하자 인정] 을 제18호증의 기재만으로는 피고가 이 사건 각 건물에 두께 50mm의 단열재를 시공하였음에도 수축으로 인해 40mm로 측정된 것이라고 단정하기 어렵고 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[추가항목1/P동/공용2] 옥상 안전난간대 간격변경, 녹발생, 바닥 구배불량 등	원고 A의 요구에 따라 변경 시공한 것이고 관리상의 하자에 해당한다.	[하자 인정] 원고 A의 요구에 따라 변경시공 하였다고 볼 만한 증거가 없고, 단기간 내에 발생한 녹발생, 구배불량 등의 하자가 사용·관리상의 부주의로 인한 것이라고 볼 만한 사정이 없다.
[추가항목1/P동/공용3] 창호 규격 변경 등	설계도면상 파벽돌을 시공하는 것으로 정하였으나 원고 A의 요청으로 적벽돌로 시공함에 따라 규격이 변경된 것이다.	[하자 인정] 이 사건 도급계약서 제42조의 특약사항 제1호는 이 사건 각 건물의 외장을 적벽돌로 한다고 정하고 있고(피고가 이 사건 도급계약서에 첨부된 문서가 아니라고 다투는 '특약사항'과 같은 내용이다) 달리 원고 A이 사후적으로 요청하여 적벽돌을 시공하게 된 것이라고 볼 만한 증거가 없다.
[추가항목1/P동/공용4] 바닥 콘크리트 균열 등	입주민 등의 지속적인 사용에 의해 발생한 하자이다.	[하자 인정] 단기간 내에 발생한 바닥 콘크리트 균열이 단지 입주민 등의 사용·관리상의 부주의로 인한 것이라고 보기 어렵고 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[추가항목 2/P동/전유1] U호 발코니 배수구 미설치 등	설계도면상 주방쪽 발코니에는 배수구가 설치되어 있지 않다.	[하자 인정] 다른 세대와 달리 U호, R호, T호의 경우에만 배수구가 제외된다고 보기 어렵고 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[추가항목2/P동/전유7] 거실창호 고정불량으로 인한 흔들림	사용상의 부주의로 인한 것이다.	[하자 인정] 단기간 내에 발생한 거실창호 고정불량이 단지 입주민 등의 사용·관리상의 부주의로 인한 것이라고 보기 어렵고 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
[추가항목2/P동/전유7] 보일러 난방 출력기 부족	설계도면상의 하자이고 원고 A의 동의를 받아 3개만 설치한 것이다.	[하자 인정] 설계도면과 달리 난방출력기 4개를 설치할 공간이 부족했다거나 원고 A의 동의를 받았다고 볼 만한 증거가 없고, 달리 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.

다) 피고는, 별지 하자보수비 집계표 중 항목 [추가 4/Q동/전유4] 단열불량으로 인한 곰팡이 오염 부분이 중복 감정되었다고 주장하나, 위 하자보수비 집계표에 의하더라도 위 항목은 [1-5]에 포함된 것으로 감정되었으므로, 피고의 위 주장도 이유 없다.

3) 소결 따라서 피고는 원고 A에게 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 88,267,798원 및 이에 대하여 원고 A이 구하는 바에 따라 2019. 11. 12.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분이 피고에게 송달된 다음 날임이 기록상 명백한 2019. 11. 13.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 반소 청구에 관한 판단

이 사건 도급계약의 공사대금 채권이 181,192,745원 및 이에 대한 지연손해금이 남아 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고들은 공동하여 피고에게 위 181,192,745원 및 이에 대하여 2018. 3. 3.부터 원고들이 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 8. 13.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정된 소송촉진 등에 관한 특레법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정 및 위 부칙 제2조에 따라 2019. 6. 1.부터는 위 특레법에 따른 법정이율이 연 12%가 되었으므로, 이를 초과하는 지연손해금 청구는 받아들일 수 없다).

5. 결론

그렇다면, 원고들의 각 본소 청구 및 피고의 반소 청구는 각 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고들의 각 나머지 본소 청구 및 피고의 나머지 반소 청구는 각 이유 없으므로 이를 각 기각한다.

재판장판사이재은

판사항민웅

판사장윤실

별지

1) 이 사건 도급계약서에는 '2/100'으로 기재되어 있으나 '2/1000'의 오기임은 당사자들 사이에 다툼이 없다.

2) 이 사건 공사대금 채권에 대하여는 상법이 정한 연 6%의 지연손해금률이 적용될 것이나, 이 사건

공사대금 채권의 지급을 구하는 피고가 주장하는 바에 따라 민법이 정한 연 5%의 지연손해금률을 적용하여 계산한다.