

서울중앙지방법원 2021. 10. 27 선고 2019가합529273(본소), 2021가합521555(반소) 판결
[지체상금 청구의 소 · 공사대금]

전 문

원고(반소피고)주식회사 A

소송대리인 법무법인(유한) 지평 담당변호사 김태형, 사물관

원고(반소피고)승계참가인1. 주식회사 B

소송대리인 변호사 최종호

2. 주식회사 C

3. D

원고(반소피고)승계참가인 2, 3의 소송대리인 변호사 이아

피고(반소원고)주식회사 E

소송대리인 법무법인 한신 담당변호사 조창권

변론 종결2021. 9. 1.

판결 선고2021. 10. 27.

주 문

1. 원고(반소피고)의 본소 중 57,853,985원 및 이에 대한 지연손해금 청구 부분을 각하한다.
2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 7,887,624,095원 및 이에 대하여 2019. 10. 31.부터 2021. 4. 12.까지는 연 15%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구, 원고(반소피고)승계참가인들의 각 청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 모두 기각한다.

4. 소송비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 각자 부담하고, 원고(반소피고)승계참가인들과 피고(반소원고) 사이에 생긴 부분은 원고(반소피고)승계참가인들이 부담한다.

5. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

- 본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 18,318,954,598원 및 그중 201,000,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 18,117,954,598원에 대하여는 2021. 1. 26.자 청구취지 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 원고승계참가인 주식회사 B: 피고는 원고승계참가인 주식회사 B(이하 '참가인 B'라 한다)에게 520,888,185원을 지급하라.1) ○ 원고승계참가인 주식회사 C: 피고는 원고승계참가인 주식회사 C(이하 '참가인 C'라 한다)에게 525,955,374원 및 그중 493,847,043원에 대하여는 2020. 7. 13.부터, 32,108,331원에 대하여는 2021. 8. 30.자 청구취지 변경 신청서 송달일 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 원고승계참가인 D: 피고는 원고승계참가인 D(이하 '참가인 D'라 한다)에게 326,352,272원 및 그중 294,400,336원에 대하여는 2020. 7. 13.부터, 31,952,236원에 대하여는 2021. 8. 30.자 청구취지 변경 신청서 송달일 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 반소 : 원고는 피고에게 15,822,529,726원 및 그중 13,125,344,094원에 대하여 2019. 10. 30.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 15%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 사업약정 및 대리사무계약의 체결

원고는 강원 정선군 F 일대에 G 호텔(이하 '이 사건 호텔'이라 한다)을 신축하여 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)의 시행사로서, 2014. 10.경 H 주식회사, 주식회사 I, 시공사 J 주식회사 등과 이 사건 사업에 관한 사업약정 및 대리사무계약을 체결하였고, 이후 시공사가 피고로 변경되어 원고는 2015. 4.경 피고 등과 사업약정 및 대리사무계약을 체결하고, 2015. 6.경 1차 사업약정 및 대리사무변경계약을 체결하였다.

나. 공사도급계약의 체결

1) 원고는 2015. 4. 15. 피고와 이 사건 호텔을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관하여 착공년월일 2015년 4월, 준공(예정)년월일 2017년 8월(단, 실착공일로부터 28개월 이내), 계약금액 45,944,360,000(부가가치세 포함), 지체상금율 : 1/1,000, 대가지급 지연 이자율 : K은행 최고 지연이자율로 정하여 공사도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였고, 그 특약사항에는 아래와 같은 내용이 포함되어 있다.

□ 공사기간 : 착공예정일 2015년 4월 ~ 준공예정일 2017년 8월

1. 본 계약금액은 총공사금액 41,767,600,000원으로 확정하며, 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 하되 공사진척상황을 고려하여 피고가 준공일의 연장 또는 단축을 요청하면 2개월의 기간 안에서 연장 또는 단축할 수 있고 연장기간에 대하여는 지체상금을 부과하여서는 아니 된다.

7. 피고는 계약과 동시에 실제 착공(가설 및 웬스 포함) 준비를 하여 7일 이내에 착수(관할관청 시공사 변경절차 완료 후)하며, 원고는 실제 공사에 착수 후 4개월 내에 분양률 80%를 달성하여야 하며, 이를 이행하지 못하는 경우 피고는 기존의 도급계약 및 신탁계약을 해지할 수 있으며 여기에 따르는 모든 비용과 책임은 원고의 부담으로 한다. 이 경우 피고는 책임준공의무를 부담하지 않으며

피고의 판단으로 공사진행을 재개할 경우에는 원고와 책임준공의무 이행에 대하여 협의하여 진행한다. 또한 분양이 저조하여 공사가 늘어지고 이로 인하여 준공이 지연될 경우 발생하는 제반문제 및 손실비용(기 체결한 공사도급계약서, 분양계약서, 신탁계약서 등에 정한 책임준공 의무부담 및 이로 인한 지체상금, 중도금 대출이자 및 수분양자에 대한 손실보상 등)은 원고의 책임으로 피고는 하등의 책임이 없다.

8. 원고와 피고는 다음 각 사항에 대하여 합의하며 성실히 이행하기로 한다.

① 공사 관련 제반 민원처리 관련사항은 피고의 책임과 비용으로 처리하며 피고의 준공검사 의무는 원고의 준공검사합격통지서를 받거나, 준공검사신청서 제출 이전에 관공서 등의 모든 사용승인을 득하였을 경우 원고의 검사에 합격한 것으로 하며, 피고의 책임준공은 해당 인·허가 기관의 사용검사 승인을 득함을 준공으로 한다. (이하 생략)

⑥ 공사 진행 중 공사 기성금을 3개월 이상 미지급 시 피고는 공사를 중단할 수 있으며 또한 확정 수익률 보장 등 광고, 홍보 관련하여 수분양자에게 제시한 제반내용과 관련한 문제로 인하여 발생하는 일체의 사항에 대하여는 원고의 책임으로 처리한다.

⑨ 본 사업이 원고의 제반사정(중도금대출 불가 등)으로 인하여 계약이 해지(해제)되거나 중도에 중단 또는 장기간 중지되거나 기타 계속 사업을 진행하지 못하는 상황이 발생할 경우 제반계약 관련조항(신탁관련제반약정서 및 기타계약서 등)에도 불구하고 그 즉시 피고는 책임준공의무로부터 면탈됨은 물론 이로 인하여 발생하는 모든 문제에 대하여 사업관계자는 물론 기타 제3자에 대하여도 일체의 책임을 부담하지 아니하며, 이와 관련된 모든 것은 원고의 책임과 비용부담으로 처리하기로 한다.

13. 피고는 상기의 제반 사항이 충족(이행)되지 않거나 상기 사항에 위배되는 사항 발생 시는 피고의 책임준공의무는 면탈되며, 원고와 피고의 추가합의로 공사 진행을 재개할 경우에도 책임준공의무를 부담하지 않는 것으로 한다.

14. 상기 특약사항의 제반내용은 원고, 피고 당사자 사이에 있어서는 본 사업과 관련한 어떠한 문서나 그 내용(신탁관련 제반 계약 및 약정서, 분양계약서, 대출약정서, 본 사업의 제반 이해 당사자와의 약정 및 약속내용, 기타 본 사업관련 일체의 관련서류 등)보다 우선적인 효력을 갖는 것으로 합의

확정한다.

2) 원고는 2016. 11. 7. 피고와 이 사건 도급계약의 계약금액을 45,000,000,000원(부가가치세 별도)으로 변경하면서 아래와 같은 내용이 포함된 공사도급계약 변경합의서(이하 '도급계약 변경합의'라 한다)를 작성하였다.

2. 합의서 날인 일까지의 모든 공사비용은 45,000,000,000원에 포함하며, 추후 도급금액 변경은 상호 연면적의 증감에 따른 정산변경 외에는 요청할 수 없다. (추후 설계변경으로 인하여 도급 공사비가 증감될 경우 요청자의 부담으로 한다)

3. 피고는 이 사건 도급계약 특약사항에 명기된 인테리어 공사 입찰 시 도급계약서 공사대금(82억 원)에서 공사비가 증감될 경우 가감 정산한다. 정산방법은 증액 시 사업비에서 지급함에 동의하며, 감액 시에는 총 도급계약 공사비(450억 원)에서 차감 공제한다.

4. 원고는 본 합의 후 지하층 구조변경을 승인하고 공사도급 변경계약을 체결한다. 피고는 구조설계변경 및 공사 진행과 관계된 모든 사항(안전, 시공, 품질, 공기, 공사비 등)에 대하여 책임을 지기로 하며, '지하구조물설계변경' 공사 관련자료 일체를 합의서 날인 후 4주 이내 감리단에 제출하기로 한다.

9. 상기 제반내용은 원고, 피고 당사자 사이에 있어서 본 사업과 관련한 어떠한 문서나 그 내용(신탁관련 제반 계약 및 약정서, 분양계약서, 대출약정서, 본 사업의 제반 이해 당사자와의 약정 및 약속내용, 기타 본 사업관련 일체의 관련서류 등)보다 우선적인 효력을 갖고, 합의되지 않은 사항은 기존 계약서를 준수한다.

다. 공사 중단 및 변경계약 체결

이 사건 공사 진행 중 원고와 피고 사이에 기성금 미지급, 준공기한 도과 등으로 인한 갈등이 발생하였고, 원고가 2018. 1. 7. 밤부터 이 사건 공사 현장을 점거하며 피고의 공사 진행을 막아 공사가 중단되었다.

원고와 피고는 2018. 3.경 공사를 재개하기로 하는 합의를 하면서 2차 사업약정 및 대리사무변경계약을 체결하였고, 위 계약 제37조 제2항에는 '원고와 피고는 조속한 공사재개를 위해

1차 사업약정 및 대리사무변경계약서의 일부 내용을 변경 및 삭제하고 2차 사업약정 및 대리사무변경계약서를 작성하나 향후 책임준공이나 공사대금 정산에 관한 협의 또는 소송이 진행될 경우에는 1차 사업약정 및 대리사무변경계약서에 해당 내용에 관하여 기재된 원안을 기준으로 한다'고 규정하고 있다.

위 2차 사업약정 및 대리사무변경계약에 따라 이 사건 도급계약의 계약금액은 인테리어 공사 증가부분을 반영하여 49,665,000,000원(= 공급가액 45,150,000,000원 + 부가가치세 4,515,000,000원)으로 변경되었다.

라. 이 사건 호텔의 사용승인 및 인도

이 사건 호텔은 2018. 10. 30. 사용승인을 받았고, 피고는 2019. 2. 22. 원고에게 이 사건 호텔을 인도하였다.

마. 승계참가신청

1) 참가인 B는 원고에 대한 2019가합524025 대금 사건의 집행력 있는 판결정본에 기초하여 2020. 2. 20. 서울중앙지방법원 2020타채103071호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 520,888,185원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 채권압류 및 추심명령은 2020. 2. 24. 피고에게 송달되었다. 참가인 B는 이 사건 소송 계속 중인 2020. 4. 2. 이 법원에 승계참가신청을 하였다.

2) 참가인 C는 서울중앙지방법원 2020차전192301 보증채무금 사건의 집행력 있는 지급명령정본에 기초하여 ① 2020. 6. 10. 서울중앙지방법원 2020타채112743호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 493,847,003원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2020. 6. 15. 피고에게 송달되었고, ② 2021. 3. 25. 서울중앙지방법원 2021타채107093호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 19,599,383원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2021. 3. 31. 피고에게 송달되었으며(위 법원은 2021. 9. 1. 위 채권압류 및 추심명령 중 청구금액을 19,633,583원으로 경정하는 결정을 하여 위 경정결정은 2021. 9. 6. 피고에게 송달되었다), ③ 2021. 6. 14. 서울중앙지방법원 2021타채116038호로 원고가 피고에

대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 12,474,748원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2021. 6. 17. 피고에게 송달되었다. 참가인 C는 이 사건 소송 계속 중인 2020. 7. 10. 이 법원에 승계참가신청을 하였다.

3) 참가인 D는 서울중앙지방법원 2020차전193705 대여금 사건의 집행력 있는 지급명령정본에 기초하여 ① 2020. 6. 18. 서울중앙지방법원 2020타채112741호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 295,400,336원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2020. 6. 22. 피고에게 송달되었고, ② 2021. 3. 25. 서울중앙지방법원 2021타채107096호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 24,566,803원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2021. 3. 29. 피고에게 송달되었으며, ③ 2021. 6. 14. 서울중앙지방법원 2021타채116039호로 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권 중 7,385,433원에 이를 때까지의 금액에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 채권압류 및 추심명령이 2021. 6. 17. 피고에게 송달되었다. 참가인 D는 이 사건 소송 계속 중인 2020. 7. 10. 이 법원에 승계참가신청을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4 내지 6, 11호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 갑나 제5호증, 갑다 제3, 5 내지 10호증, 을 제12, 26호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 당사자적격 여부에 관한 판단

직권으로 채권압류 및 추심명령으로 인한 원고의 당사자적격 여부에 관하여 본다.

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다60417 판결 참조).

참가인들이 받은 원고가 피고에 대하여 갖는 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권에 대한 각 채권압류 및 추심명령 청구금액의 합계액이 1,374,196,091원²⁾인 사실은 앞서 본 바와 같다.

그런데 원고는 본소청구를 하면서 위 참가인들의 청구금액 중 1,316,342,106원³⁾ 부분은 제외하였으나, 그 차액인 57,853,985원(= 1,374,196,091원 - 1,316,342,106원) 및 이에 대한

자연손해금은 여전히 청구하고 있으므로 그 지급을 구하는 부분은 부적법하다.

3. 본소청구 관련 채권에 관한 판단

가. 지체상금의 기준금액

갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 도급계약 제30조는 '피고가 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 원고에게 납부하여야 한다'고 규정하고 있는 사실이 인정되고, 이 사건 도급계약상 계약금액이 2018. 3.경 49,665,000,000원으로 변경된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 도급계약에서 정한 지체상금의 기준금액은 계약금액인 49,665,000,000원이라고 봄이 타당하다.

이에 대하여 피고는 인테리어 공사비는 계약금액에서 제외되어야 한다고 주장하나, 피고가 주장하는 사정, 즉 원고가 입찰을 통해 인테리어 공사업체를 선정하기로 한 사정만으로는 이 사건 도급계약상 계약금액에서 인테리어 공사비가 제외된다고 보기 어렵고, 오히려 인테리어 공사 증가부분을 반영하여 계약금액이 변경된 사정 등을 고려할 때, 인테리어 공사비는 계약금액에 포함된다고 봄이 타당하다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 지체상금의 발생시기

이 사건 도급계약에서 준공일을 '2017년 8월(단, 실착공일로부터 28개월 이내)'로 정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고와 피고는 이 사건 도급계약을 체결하면서 착공일과 준공일을 명확히 특정하지 않은 채 실착공일로부터 28개월 이내라는 조항을 둔 점, 그 특약사항 제7조에서 '피고는 계약과 동시에 착공 준비를 하여 시공사 변경절차 완료 후 7일 이내에 착수한다'고 정한 점, 2015. 4.경 체결한 사업약정 및 대리사무계약 제10조 제1항은 '이 사건 공사의 공사기간은 실착공일(실착공일은 시공사변경절차를 완료한 후 시공사가 착공신고서를 제출한 날을 말한다)로부터 28개월로 한다'로 규정하고 있는 점, 이 사건 공사의 시공사가 J 주식회사에서 피고로 변경되면서 시공사 변경절차, 현장 인수절차 등을 거쳐야 할 필요가 있던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 도급계약상 준공일은 실착공일로부터 28개월이 종료되는 시점으로 봄이 타당하다.

갑 제16호증의 기재, 이 법원의 정선군수에 대한 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면,

피고는 2015. 5. 29. 건축관계자 변경절차를 완료하고 그 무렵 이 사건 공사에 착공한 사실을 인정할 수 있고, 한편, 갑 제7호증의 기재에 의하면, 피고가 원고에게 책임준공 기일을 25일 단축하겠다는 내용의 약속서를 작성해 준 사실이 인정되는바, 이 사건 도급계약에 따른 지체상금의 발생시기는 2015. 5. 29.부터 28개월이 종료되는 시점인 2017. 9. 28.에서 25일을 단축한 2017. 9. 3.이다(따라서 지체상금의 발생시기를 2017. 8. 30.에서 25일을 단축한 2017. 8. 5.로 보아야 한다는 원고의 주장은 받아들이지 아니한다).

이에 대하여 피고는, 이 사건 도급계약 특약사항 제1항에 따라 준공일이 2개월 연장되었다고 주장하므로 살피건대, 위 특약사항 제1항은 피고가 준공일의 연장을 요청하면 2개월의 기간 안에서 연장할 수 있다는 것인데, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고의 연장 요청에 따라 이 사건 도급계약상 준공일이 2개월 연장되었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 지체상금의 발생종기

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 도급계약은 공사기간을 착공일부터 준공일까지의 기간이라고 명시하면서 준공일은 준공검사에 합격하는 것을 전제로 피고가 건설공사를 완성하고 원고에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 의미한다고 정하고 있는 점, 이 사건 도급계약 특약사항 제8조 제1항은 '준공검사 신청서 제출 이전에 관공서 등의 모든 사용승인을 득하였을 경우 원고의 검사에 합격한 것으로 하며, 피고의 책임준공은 해당 인·허가 기관의 사용검사 승인을 득함을 준공으로 한다'고 정하고 있는 점, 이 사건 호텔은 2018. 10. 30. 사용승인을 받은 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공사는 2018. 10. 30. 무렵 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료되어 완성되었다고 봄이 타당하나, 한편, 갑 제6, 13호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 2차 사업약정 및 대리사무변경계약을 체결하면서 공사대금의 미지급을 이유로 이 사건 호텔에 관하여 유치권을 행사하지 않기로 하였음에도(제11조 제6항) 위 공사 완성시점 무렵부터 이 사건 호텔에 관하여 유치권을 행사하다가 2019. 2. 22.에 이르러서야 이 사건 호텔을 원고에게 인도한 사실을 인정할 수 있고, 수급인의 의무는 완공된 건물을 인도하는 것까지 포함하는 것이라 할 것이므로, 이 사건 도급계약에 따른 지체상금의 발생종기는 이 사건 공사의

완성물을 원고에게 인도한 시점인 2019. 2. 22.이라고 할 것이다4).

이에 대하여 피고는, 유치권을 행사하지 않기로 한 것은 이 사건 호텔의 준공일까지의 기간에 한정된 것이지 준공 후의 유치권 행사를 포기한 것이 아니라고 주장하나, 피고가 위와 같이 기간을 한정하여 유치권을 행사하지 않겠다고 약정하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

라. 지체일수의 공제

1) 원고의 실시설계도면 납품 지연으로 인한 지연 피고는, 원고가 2015. 9. 25. 실시설계도면을 납품하기로 하였으나 2016. 1. 14.에서야 납품하였는바, 2015. 9. 25.부터 2016. 1. 14.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다. 갑 제21, 22, 24, 25호증, 을 제1, 2호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고는 2015. 5. 8.경 토목 실시설계도면을 공급받아 토목공사를 진행한 점, 원고는 하도급계약의 견적을 산출하기 위한 설계도서의 제공을 요청하였고 이에 원고는 2015. 9. 4. 피고에게 견적 검토용 도면을 제공한 점, 이후 원고는 피고에게 2015. 9. 22. 허가완료 도면을, 2015. 9. 25. 건축, 토목, 구조, 조경 실시설계도면을, 2015. 10. 20. 전기통신, 기계설비, 소방 실시설계도면을 각 제공하였고, 2015. 10. 24. 실시설계도면을 납품하였으나 피고가 보완수정을 요청하여 협의 및 보완을 계속하다가 2016. 1. 14. 납품을 완료한 점, 이 사건 공사는 2016. 9.에서야 기초 토목공사가 마쳐진 점 등에 비추어 보면, 피고는 최종 실시설계도면 납품 전에 원고가 제공한 도면을 기초로 하도급업체 선정 등의 착공준비는 할 수 있었던 것으로 보이고, 당시 공사 진행 상황 등에 비추어 원고가 실시설계도면의 납품을 지연하여 이 사건 공사가 지연되었다고 보기는 어려우며, 달리 위 기간이 피고의 책임 없이 지체된 것이라고 인정할 만한 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 굴착 깊이 변경으로 인한 지연 피고는, 굴착 깊이 변경에 따른 안전성 확보를 위하여 2015. 12. 23. 원고에게 설계변경을 요청하였는데 감리단이 2016. 1. 18. 보강방법이 확정될 때까지 공사를 중지하라고 하였고 2016. 1. 27. 설계변경 도서가 제공되었는바, 2015. 12. 23.부터 2016. 1. 27.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고

주장한다.

을 제3, 4호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고가 이 사건 공사 중 지하 4층 구간의 굴착 깊이를 1m 더 굴착하는 내용으로 설계변경 요청을 하였고 피고가 토질상태를 확인하니 해당 부분이 지질조사보고서와 상이한 것으로 추정된 점, 이에 피고는 2015.

12. 23. 원고에게 안전성 문제로 지하 4층의 터파기 시공이 불가능한 상태이므로 보강방안 검토 후 설계변경 등의 조치를 취해줄 것을 요청한 점, 감리단은 2016. 1. 18. 굴착 깊이가 변경된 부분은 보강방안이 확정될 때까지 공사를 중지하고 공사가 가능한 서측 29m 굴착부분을 집중적으로 공사 진행한 후 보강방안이 확정되고 위 서측 터파기 공사가 완료되는 시점과 동측 기초공사 시공 직전에 보강공사 및 최종 굴토공사를 완료한 후 기초공사를 진행하는 것이 바람직하다는 의견을 제출한 점, 이 부분 공사는 안전성의 문제로 위와 같은 감리단의 검토 없이 피고가 공사를 진행하기는 어려웠던 것으로 보이고 터파기 공사는 건축물의 신축에 선행되는 작업으로서 그 이후의 공종과는 병행되기 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고가 원고에게 보강방안 검토를 요청한 2015. 12. 23.부터 감리단이 공사가 가능한 굴착부분만 우선 공사 진행하라는 의견을 제출한 2016. 1. 18.까지의 27일은 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연된 기간으로서 지체일수에서 공제함이 타당하다. 피고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

3) 원고의 잘못된 지질조사보고에 의한 흙막이 붕괴 및 공사중지 기간 피고는, 원고의 굴착 깊이 변경에 의한 지하 4층 공사의 동측 구간에서 변위가 발생하였고 흙막이가 붕괴되는 사태가 발생하여 중부지방고용노동청 영월출장소에 명령에 의하여 공사가 중지된 2016. 6. 10.부터 2016. 8. 23.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

감정인 L의 감정결과에 의하면, 원고가 피고에게 제공한 지질조사보고와 실제 지질 사이에 차이가 있는 사실이 인정되기는 하나, 갑 제7, 9, 20, 29, 32, 60호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고는 이 사건 공사 중 흙막이 공사에 관하여 공법변경을 제안하였고 이에 원고는 원래의 도면대로 시공할 것을 요청하였으나 피고가 토목공법 변경으로 인한 문제발생 시 모든 책임을 지기로 하는 내용의 확약서를 작성한 후 공법을 변경하기로 한 점, 감리단은

피고에게 변경된 공법으로 시공하기 전 시험시공을 실시하여 지층 상태를 확인한 후 설계 시 적용된 지층조건과 상이할 경우 재검토되어야 한다는 의견을 밝힌 점, 피고가 선정한 업체인 M는 피고에게 실 시공 시 당초 검토조건보다 더 확인하여야 하고 예상했던 지반과 상이하게 다를 경우나 현장여건이 달라질 경우에는 반드시 재검토 하여야 하며 배면에 장비 및 자재 등의 적재는 금지하여야 한다는 의견을 밝힌 점, 원고는 2015. 10. 26. 현장을 점검한 후 피고에게 부실시공 등으로 흠막이공사의 하자 및 안전이 우려되므로 검토와 시정조치할 것을 여러 차례 요청한 점, 결국 2016. 2. 1.경 변위가 발생하여 사단법인 N가 그 발생원인을 검토한 후 '설계 시 예측한 앵커력보다 과도하게 앵커력이 증가한 이유는 비교적 약한 굴착 배면지반을 견고한 연암과 보통암으로 평가하여 설계한 원인과 지지체를 설치하기 이전의 터파기 깊이를 설계에서 예상한 50cm보다 더 깊게 시공함으로써 비비지장 길이가 길게 형성된 것 때문으로 추정되고, 상세도면과 달리 시공불량(브라켓 및 용접부위, H-PILE 수직도, 간격 불량 등), 나대지구간의 H-PILE 토류판시공(CIP 삭제), 토사 과대 적재 등 총체적인 원인으로 변위가 발생한 것으로 판단되고, H-PILE의 수직도 불량으로 인하여 띠장과의 간격이 크게 벌어져 앵커띠장 지지용 브라켓이 변형되고 이로 인해 띠장의 처짐이 발생되었으며 이는 다시 앵커 좌대의 처짐과 앵커 인장력 감소로 이어지게 되어 흠막이 벽체의 수평변위가 증가되는 주요 요인이 된 것으로 판단된다'는 의견을 제시한 점, 중부지방고용노동청 영월출장소는 2016. 6. 10.부터 2016. 8. 23.까지 붕괴 등에 의한 위험방지 미조치를 이유로 이 사건 공사에 대하여 전면작업중지 명령을 한 점 등에 비추어 보면, 변위가 발생하여 전면작업중지 명령을 받은 기간이 피고의 책임 없이 지체된 것이라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 승강기 사양 결정 및 인테리어 추가공사 발주 지연으로 인한 지연 피고는, 원고가 승강기 공사 설계변경 승인을 늦게 처리하고 모델 결정을 지체하여 제작 및 설치기간이 지체되었는바, 원고가 결정을 지체한 35일, 제작 및 설치기간 120일의 합계 155일은 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연된 것이므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

을 제9호증의 기재에 의하면, 승강기 제작 및 설치업체가 2017. 11. 28. 피고에게 승강기 제작 기간이 90일 이상 소요되고 설치기간까지 반영하면 최소 120일 이상 소요되므로 납기를 2017. 12.

31.에서 2018. 4. 30.로 변경해 줄 것을 요청한 사실이 인정되기는 하나, 갑 제33호증, 을 제6, 7, 35호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고는 원고에게 2017. 10. 31.까지 승강기 사양을 승인해 줄 것을 요청하여 원고는 2017. 10. 31. 피고에게 위 승강기 사양을 승인하는 내용으로 회신한 점, 피고가 2017. 11. 24. 이메일로 다시 승인을 요청하자 원고가 승인을 통보한다는 내용의 답장을 한 점, 원고가 2017. 12. 5. 피고에게 승강기 모델을 변경하여 공사에 반영하여 줄 것을 요청하기는 하였으나 이로 인하여 승강기 공사 납기가 다시 변경되었음을 인정할 자료는 없는 점, 피고는 승강기 공사 납기 지연기간 동안 이 사건 공사 중 다른 공정을 진행한 것으로 보이고 승강기 공사 지연기간이 이 사건 공사 준공을 지연시켰음을 인정할 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 승강기 사양 승인 처리를 늦게 하였다거나 위 155일이 피고의 책임 없이 공사가 지연된 기간에 해당한다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

5) 사우나 시설 변경 및 식당 변경 설계도서 제공 지연으로 인한 지연 피고는, 원고가 사우나 시설을 삭제하는 설계변경을 하고 지상 2층 식당의 평면 설계변경을 하였음에도 그 설계도서를 지연 제공하였는바, 그 기간인 2017. 8. 30.부터 2017. 12. 6.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

갑 제34, 35호증, 을 제10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고는 2017. 6. 8. 피고에게 이 사건 공사 중 사우나 시설을 삭제하기로 하였으므로 공사에 반영하라는 공문을 보낸 점, 피고는 2017. 7. 24. 원고에게 설계변경된 지하 2층 사우나 시설에 대한 설계도서 배포가 지연되어 후속 공정의 작업이 불가하므로 2017. 8. 30.까지 설계도서를 배포하여 줄 것을 요청한 점, 원고는 2017. 11. 14. 피고에게 지하 2층 관련 설계도서를 제출한 점, 지하 2층 공사 진행을 위해서는 사우나 시설 삭제를 반영한 설계도서가 제공되어야 하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고가 위 설계도서 제공을 지연한 기간인 2017. 8. 30.부터 2017. 11. 14.까지의 77일은 피고의 책임 없이 공사가 지연된 기간으로서 지체일수에서 공제함이 타당하다. 한편, 지상 2층 식당의 평면 설계변경과 관련한 피고의 주장은 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

6) 원고의 불법적인 공사현장 점거로 인한 지연 피고는, 원고가 이 사건 공사현장을 불법적으로 점거하여 공사를 중지할 수밖에 없었는바, 그 공사중지 기간인 2018. 1. 7.부터 2018. 4. 2.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다. 을 제12, 13, 20, 21, 56호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고는 2018. 1. 7. 밤부터 이 사건 공사현장을 점거하고 피고에게 2018. 1. 8.부터 이 사건 공사의 시공사가 교체되었다고 통지하며 피고 및 하도급업체의 출입을 금지한 점, 위와 같은 조치는 이 사건 도급계약이나 1차 사업약정 및 대리사무변경계약에 정한 요건이나 절차를 거치지 않은 것인 점, 이후 이 사건 사업의 관계자들은 합의를 거쳐 2차 사업약정 및 대리사무변경계약을 체결하였고 피고는 2018. 4. 2. 공사를 재개한 점에 비추어 보면, 원고의 공사현장 점거로 인한 공사중지 기간인 2018. 1. 8.부터 2018. 4. 2.까지의 85일은 피고의 책임 없이 공사가 지연된 기간으로서 지체일수에서 공제함이 타당하다. 원고가 2018. 1. 7. 밤부터 공사현장을 점거하기는 하였으나 이로 인하여 피고의 공사가 중지된 것은 2018. 1. 8.부터로 인정함이 타당하므로, 피고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

7) 인테리어 공사 지연으로 인한 지연 피고는, 원고가 인테리어 시공업체를 늦게 선정하고 인테리어 도면을 늦게 제공하여 2017. 8. 20.부터 2018. 4. 4.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

을 제60 내지 63호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 공사 중 인테리어 공사에 관하여는 원고가 시공업체를 선정하기로 한 점, 피고는 2017.

5.경부터 원고에게 인테리어 시공업체 선정을 요청해 오다가 2017. 8. 10.에는 '현재 지상 5층 골조공사가 진행 중이고 공정 협의 및 발주를 위해 2017. 8. 20.부터는 인테리어 공사가 투입되어야 하므로 업체를 선정해 줄 것'을 재요청한 점, 이 사건 공사는 2017. 11. 27.경부터 골조공사에 관한 마무리 작업을 한 것으로 보이고 그 무렵부터는 인테리어 공사를 진행할 수 있던 것으로 보이는 점, 피고는 2018. 3. 9. 원고가 선정한 인테리어 업체인 주식회사 O와 인테리어 공사에 관한 하도급계약을 체결하였고 사전준비기간 30일 내에 도면과 내역서를 확정하고 2018. 4. 16.부터 착공하기로 한 점 등에 비추어 보면, 원고가 인테리어 업체 선정을 지연하여 공사가 늦어진 기간으로

인정되는 2017. 11. 27.부터 2018. 1. 7.까지(2018. 1. 8.부터 2018. 3. 9.까지의 기간은 위 6)항에서 제외하였으므로 중복하여 제외하지 아니한다)의 42일은 피고의 책임 없이 공사가 지연된 기간으로서 지체일수에서 공제함이 타당하다. 피고의 이 부분 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

8) 원고의 감리비 미지급으로 인한 지연 피고는, 원고가 감리인에게 지급하여야 할 감리비를 연체함에 따라 공사중지명령을 받았는바, 그 공사중지 기간인 2018. 10. 1.부터 2018. 10. 5.까지 피고의 귀책사유 없이 공사가 지연되었으므로 위 기간은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

갑 제4, 38호증, 을 제72호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 공사현장의 감리인에게 12 내지 15차 감리비가 지급되지 않아 2018. 10. 1.부터 2018. 10. 5.까지 이 사건 공사가 중지된 점, 원고의 12 내지 15차 감리비 집행 요청에 피고가 거부하였으나 2차 사업약정 및 대리사무변경계약 제22조 제1항 단서에 의하면 피고가 자금 집행을 거부하더라도 대주단의 대리은행의 동의만으로 감리비를 지급할 수 있는 점, 대리은행도 12 내지 15차 감리비 집행을 거부하여 감리비가 지급되지 못한 점 등에 비추어 보면, 위 공사중지 기간인 2018. 10. 1.부터 2018. 10. 5.까지의 5일은 피고의 책임 없이 공사가 지연된 기간으로서 지체일수에서 공제함이 타당하다.

9) 공사비 미지급에 의한 지연 피고는, 이 사건 도급계약 제37조에서 동시이행항변권을 규정하면서 공사대금 지연에 의한 공사중지 기간은 지체상금 산정 시 공사기간에서 제외하기로 하였는바, 비록 피고가 공사를 계속 진행하였더라도 공사대금이 지체된 기간에 대하여는 지체상금 청구를 할 수 없다고 주장한다.

그러나 이 사건 도급계약 제37조에 따라 지체상금 산정 시 제외되는 기간은 피고가 공사중지 기간을 정하여 원고에게 통보하고 공사를 중지한 경우 그 기간이므로, 위 규정을 들어 공사대금이 지체된 기간을 지체일수에서 공제할 수는 없다. 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

마. 지체상금 액수

따라서 이 사건 도급계약에 따른 지체상금은 14,998,830,000원[= 49,665,000,000원 × 1/1,000 × 302일{= 538일(2017. 9. 3.부터 2019. 2. 22.까지의 기간) - (27일 + 77일 + 85일 + 42일 + 5일)}]이다.

바. 지체상금의 감액

지체상금에 관한 약정은 특별한 사정이 없으면 손해배상액의 예정으로서의 성격을 가진다고 할 것인바, 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 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조).

위 인정사실, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고의 기성금 지급이 원활하게 이루어지지 않아 피고가 비용을 지출하며 이 사건 공사를 진행하여 왔고 결국 준공까지 완료한 점, 준공일까지도 상당한 액수의 공사대금 지급이 이루어지지 않은 점, 이 사건 공사현장의 지질 특성상 터파기 공사 진행에 어려움이 있었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위 지체상금액은 과다하다고 인정되므로, 그 50%인 7,499,415,000원(= 14,998,830,000원 × 50%)으로 감액함이 상당하다.

사. 책임준공의무 면책 주장에 관한 판단

피고는, 원고가 피고의 공사 착수 후 4개월 내에 분양률 80%를 달성하지 못하였고, 기성금을 3개월 이상 미지급하였으며, 원고의 공사현장 점거로 장기간 공사가 중지되었는바, 이 사건 도급계약 특약사항이 정한 바에 따라 피고의 책임준공의무가 면책되었으므로, 지체상금도 면책되었다고 주장한다.

이 사건 도급계약 특약사항 제7조에서 원고가 공사 착수 후 4개월 내에 분양률 80%를 달성하지 못하는 경우 피고가 이 사건 도급계약 및 신탁계약을 해지할 수 있고, 이 경우 피고가 책임준공의무를 부담하지 않는다고 정한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 문언에 비추어 피고의 책임준공의무가 면책되는 것은 피고가 분양률 미달성을 이유로 이 사건 도급계약 등을 해지하는 경우라 할 것인데, 피고는 분양률 미달성을 이유로 이 사건 도급계약을 해지하지 않았으므로 위 조항을 들어 책임준공의무가 면책된다고 볼 수는 없고, 달리 원고와 피고 사이에 분양률 미달성에 불구하고 피고가 공사를 진행하는 경우에도 책임준공의무를 면책하기로 합의하였다고 볼 만한 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 받아들이지 아니한다.

또한 이 사건 도급계약 특약사항에 기성금 미지급 시 피고의 책임준공의무가 면책된다는 규정이 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다.

이 사건 도급계약 특약사항 제8조 제9항에서 이 사건 사업이 원고의 제반사정으로 인하여 계약이 해지되거나 중도에 중단 또는 장기간 중지되거나 기타 계속 사업을 진행하지 못하는 상황이 발생할 경우 피고가 책임준공의무를 부담하지 않는다고 정한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 규정은 이 사건 사업이 계속 진행되기 어려운 상황을 전제한 것으로 보이는 점, 원고가 현장을 점거하여 공사가 중지된 기간인 85일이 사업을 계속 진행하기 어려울 정도로 장기간이라고 보기 어렵고 실제로 사업이 계속 진행되기도 한 점, 피고는 이 사건 사업 관계자들과 합의를 거쳐 2차 사업약정 및 대리사무변경계약을 체결하면서 '1차 사업약정 및 대리사무변경계약의 책임준공일을 변경하는 것이 아니다'라는 규정을 둔 점 등에 비추어 보면, 위와 같이 공사가 중지되었다고 하여 피고의 책임준공의무가 면책되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장 역시 받아들이지 아니한다(다만, 이는 앞서 살핀 바와 같이 지체일수에서 공제하였다).

아. 소결

결국 원고는 피고에 대하여 7,499,415,000원 상당의 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 채권을 가지고 있다.

3. 반소청구 관련 채권에 관한 판단

가. 미지급 공사대금 채권

원고가 피고에게 지급하여야 할 기성금 액수 및 지급기한, 지연손해금율은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제2호증, 을 제24호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 별지 '채권 정보' 표 기재와 같이 인정되고, 원고가 피고에게 기성금을 지급한 액수와 그 일자는 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제18호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 별지 '충당 정보' 표의 변제일, 변제액 기재와 같이 인정된다.

원고는, 5, 6, 9 내지 17회 기성금은 원고가 자금집행을 요청하였으나 피고가 이에 동의하지 않아 지급이 지체된 것이므로 지연손해금이 발생하지 않는다고 주장하므로 살피건대, 갑 제49, 50호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 피고가 청구한 이 부분 기성금에 관하여 피고와 대주단

대리은행에 대하여 자금인출 요청을 하였으나 피고가 이에 동의하지 않아 자금인출이 되지 않은 사실이 인정되므로, 위 기성금에 대하여는 지연손해금이 인정되지 않는다고 봄이 타당하다. 다만, 5회 기성금에 관하여는 그 지급기한이 2015. 11. 10.이었으나 원고의 자금인출 요청이 2015. 12. 9. 이루어진 사실이 인정되므로, 2015. 11. 11.부터 2015. 12. 9.까지의 지연손해금은 인정하기로 한다.

또한 원고는, 19 내지 30회 기성금에 관하여, 건축물의 분양에 관한 법률(이하 '건축물분양법'이라 한다) 시행령 제11조에 따라 분양사업자는 기성율이 50%가 되지 않으면 중도금을 받을 수 없는데 피고가 위 기성율을 달성하지 못하여 기성금을 지급하지 못하였다거나, 피고가 과 기성율을 주장하며 기성금 청구를 하여 기성금을 지급하지 못하였으므로, 이에 대하여는 지연손해금이 발생하지 않는다고 주장한다. 그러나 건축물분양법은 분양대금의 수령시기 및 관리에 관한 사항을 규정한 것이지 공사도급계약의 공사대금 지급을 유예해 준다는 내용이 아니고, 갑 제2호증, 을 제24호증의 각 기재에 의하면, 피고는 이 사건 도급계약에서 정한 바에 따라 감리단의 기성확인서를 첨부하여 원고에게 기성금을 청구한 사실이 인정되며, 달리 이 부분 기성금 미지급이 피고의 귀책사유로 인한 것임을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

원고는, 31회 이후의 기성금에 관하여는, 2차 사업약정 및 대리사무변경계약 제22조에서 원고가 자금집행을 요청하지 않는 경우 공사비는 대리은행과 피고의 요청만으로 신탁사가 지급할 수 있다고 규정하고 있는바 피고가 스스로 신탁사에 공사비 자금집행을 요청하여 이를 수령할 수 있었으므로, 이에 대하여는 지연손해금이 발생하지 않는다고 주장한다. 그러나 위 규정을 원고의 피고에 대한 기성금 지급의무를 면제하는 것이라거나 피고에게 신탁사에 기성금을 요청하여 수령할 의무를 부여한 것이라고는 볼 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

위와 같은 사정을 고려하여 원고가 피고에게 지급한 기성금을 법정충당의 방법으로 충당하면 별지 '충당 정보' 표 기재와 같이 2019. 10. 30. 기준으로 원금 15,521,417,143원이 남게 된다.

나. 추가 공사대금 채권

이 사건 공사에 관하여 원고가 피고에게 지급하여야 할 추가 공사대금이 882,000,900원이라는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

다. 미시공 부분 공사대금 공제 주장

원고는, 피고의 미시공 부분 공사비는 미지급 공사대금에서 공제되어 한다고 주장한다.

1) 객실 미장공사 부분 갑 제11호증의 기재, 감정인 P의 감정결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고와 피고는 2016. 11. 7. 도급계약 변경합의를 하면서 '추후 설계변경으로 인하여 도급공사비가 증감될 경우 요청자의 부담으로 한다'고 정한 점, 피고는 2017. 10. 12. 원고에게 벽체마감 공법 변경에 관한 승인을 요청하였고 원고가 이를 승인하여 공법이 변경된 점, 위 공법 변경에 따라 이 부분 공사비가 191,378,948원 감액된 점 등에 비추어 보면, 위 감액된 191,378,948원은 미지급 공사대금에서 공제함이 타당하다.

2) 지하 2층 사우나 부분 갑 제11, 66, 67호증의 각 기재, 감정인 P의 감정결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고와 피고가 2016. 11. 7. 실시설계도면 기준물량 및 단가를 적용하여 도급금액을 확정하였을 때 사우나 시설이 반영되어 있던 점, 당시 원고와 피고는 '추후 설계변경으로 인하여 도급공사비가 증감될 경우 요청자의 부담으로 한다'고 정한 점, 그 후 원고는 피고에게 사우나 시설 삭제를 요청한 점, 원고가 2018. 5. 17. 피고에게 지하 2층 용도변경을 요청하면서 추후 정산하자는 내용의 공문을 보내고 이에 근거하여 공사가 진행되기는 하였으나 피고가 2018. 5. 4. 원고에게 증액 정산의 취지로 지하 2층 사우나 용도변경 정산내역 집계표를 제출한 점 등에 비추어 위와 같은 원고의 공문에 따라 공사가 진행되었다는 점만으로 원고와 피고 사이에 묵시적으로 이 부분 설계변경으로 인한 공사비 감액 부분을 피고가 정산해 주기로 하는 합의가 이루어졌다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 사우나 시설 삭제로 인하여 감액된 공사비를 미지급 공사대금에서 공제할 수는 없다고 봄이 타당하다. 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

3) 강제급기, 탈취유닛 부분 갑 제67호증, 을 제38호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고와 피고는 2015. 12. 24. 실시설계도면 검토 협의를 하면서 급기 및 배기에 관한 사항을 변경하기로 한 점, 이후에도 여러 차례 협의를 거쳐 객실 환기시스템을 자연환기방식으로 변경하고 탈취유닛 설비를 삭제하기로 확정된 점, 이 부분 설계변경이 이루어진 경위나 과정 등을 고려하면 위 설계변경을 고려하여 도급금액이 정해진 것으로 보이는 점, 원고가 2017. 6. 8. 피고에게 강제급기, 탈취유닛 삭제에 따라 변경된 공사비를 추후 정산하자는 취지의

공문을 보낸 사정만으로 원고와 피고 사이에 묵시적으로 이 부분 설계변경으로 인한 공사비 감액 부분을 피고가 정산해 주기로 하는 합의가 이루어졌다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 강제급기, 탈취유닛 삭제로 인하여 감액된 공사비를 미지급 공사대금에서 공제할 수는 없다고 봄이 타당하다. 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 급수급탕 배관 부분 갑 제67호증, 을 제39호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고와 피고는 2015. 11. 13. 실시설계도면을 검토하여 협의하는 과정에서 급수급탕 배관재 재질에 관하여 범레(스테인리스)와 도면(PB) 사이에 차이가 있으니 범레를 보완하기로 한 점, 위 협의 내용에 따라 급수급탕 배관을 PB관으로 하여 공사가 진행된 점, 원고가 2017. 6. 8. 피고에게 급수급탕 배관 자재변경에 따라 변경된 공사비를 추후 정산하자는 취지의 공문을 보낸 사정만으로 원고와 피고 사이에 묵시적으로 급수급탕 배관 자재변경으로 인한 공사비 감액 부분을 피고가 정산해 주기로 하는 합의가 이루어졌다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 급수급탕 배관 자재 변경으로 인하여 감액된 공사비를 미지급 공사대금에서 공제할 수는 없다고 봄이 타당하다. 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

5) 전기통신공사 부분 갑 제2, 47, 48호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 도급계약에서는 전기통신공사를 Q에게 4,840,000,000원에 도급하는 것으로 예정하였으나 위 업체가 시공불참을 통보한 점, 이에 피고는 2016. 11. 16. 원고에게 '원고가 공사비의 가감정산을 전제로 제3의 전기통신공사업체를 직접 선정하여 알려주든지 아니면 원고의 추천업체를 포함하여 입찰을 통하여 업체를 정하고 예정 도급금액에서 가감 정산하는 것에 동의한다'는 내용의 공문을 보낸 점, 피고는 2017. 9. 1. 주식회사 R와 전기통신공사에 관하여 계약금액 4,015,000,000원으로 한 하도급계약을 체결한 점 등에 비추어 보면, 전기통신공사에 관한 당초 예정 도급금액과 실제 계약금액의 차액인 825,000,000원(= 4,840,000,000원 ~ 4,015,000,000원)은 미지급 공사대금에서 공제함이 타당하다.

이에 대하여 피고는, 전기통신공사에 관하여 위 계약금액을 초과하는 공사비를 지급하였으므로 실 지급액과의 차액이 공제되어야 한다고 주장하나, 원고와 피고 사이에 실 지급액을 기준으로 전기통신공사비를 정산하기로 합의하였음을 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은

받아들이지 아니한다.

라. 소결

따라서 피고는 원고에 대하여 15,387,039,095원(= 15,521,417,143원 + 882,000,900 - 191,378,948원 - 825,000,000원) 상당의 이 사건 도급계약에 따른 공사대금 채권을 가지고 있다.

5. 상계

원고가 피고에 대한 지체상금 채권으로 피고가 반소로써 구하는 공사대금 채권을 상계한다는 의사표시가 담긴 원고의 2021. 5. 6.자 준비서면이 2021. 5. 7.피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하다.

원고의 지체상금 채권은 그 성질상 이행기의 정함이 없는 채권으로서 성립과 동시에 이행을 청구할 수 있는바 이 사건 호텔의 인도일이자 지체상금의 종기인 2019. 2. 22. 그 이행을 청구할 수 있어 이행기가 도래하였다. 한편, 피고의 공사대금 채권은 앞서 본 바와 같이 원고의 기성금 지급으로 변제충당되었는데, 상계의 소급효는 상계의 의사표시 전에 이미 발생한 사실을 복멸시키지는 아니하므로(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결 참조), 원고의 상계의 의사표시에 의한 상계적상일은 기성금에 관하여 마지막으로 변제가 이루어진 2019. 10. 30. 이전으로 소급할 수는 없다.

즉 2019. 10. 30. 원고의 지체상금 채권과 피고의 공사대금 채권이 상계적상에 있었다고 할 것이므로, 쌍방의 채권이 위 상계적상일에 소급하여 대등액 범위에서 소멸하고, 피고의 공사대금 채권 7,887,624,095원(= 15,387,039,095원 - 7,499,415,000원5))만 남는다.

6. 원고의 나머지 본소청구, 참가인들의 각 청구 및 반소청구에 관한 판단

가. 원고의 나머지 본소청구, 참가인들의 각 청구에 관한 판단

앞서 본 바와 같이 원고의 피고에 대한 지체상금 채권은 피고의 원고에 대한 공사대금 채권과 상계되어 전부 소멸하였으므로, 원고의 위 채권이 존재함을 전제로 하는 원고의 나머지 본소청구 및 참가인들의 각 청구는 모두 받아들이지 아니한다.

나. 반소청구

앞서 본 바와 같이 피고의 원고에 대한 공사대금 채권은 상계적상일인 2019. 10. 30.에 소급하여

7,887,624,095원이 남게 되었으므로, 원고는 피고에게 위 7,887,624,095원 및 이에 대하여 상계적상일 다음날인 2019. 10. 31.부터 원고가 구하는 바에 따라 약정이율의 범위 내에서 이 사건 반소장 부분 송달일인 2021. 4. 12.까지는 연 15%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6. 결론

그렇다면 원고의 본소 중 57,853,985원 및 이에 대한 지연손해금 청구 부분은 부적법하므로 각하하고, 원고의 나머지 본소청구와 참가인들의 각 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하며, 피고의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 반소청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이성호

판사오택원

판사박예지

- 1) 소송승계참가신청서 기재에 비추어 이와 같이 선해한다.
- 2) = 참가인 B 520,888,185원 + 참가인 C 525,955,334원(= 493,847,003원 + 19,633,583원 + 12,474,748원) + 참가인 D 327,352,572원(= 295,400,336원 + 24,566,803원 + 7,385,433원)
- 3) = 참가인 B 464,000,000원 + 참가인 C 525,989,534원(= 493,847,003원 + 32,108,331원 + 34,200원) + 참가인 D 326,352,572원(= 294,400,336원 + 31,952,236원)
- 4) 원고의 예비적 주장인 유치권 불행사 약정 위반으로 인한 손해배상 주장에 관하여는 살피지 아니한다.
- 5) 원고의 지체상금 채권은 이행기의 정함이 없는 채권으로 원고가 청구하기까지는 지연손해금이 발생하지 않는데, 위 상계적상 발생시점까지 원고가 피고에게 그 이행을 청구하였음을 인정할 증거가 없으므로, 지연손해금 부분은 별도로 고려하지 아니한다.