

의정부지방법원 2021. 1. 20 선고 2018가합1381(본소), 2019가합58544(반소) 판결

[공사대금 · 이행지체금 등 청구의 소]

전 문

원고(반소피고)A 주식회사

소송대리인 변호사 배선경

소송복대리인 변호사 이자영

원고승계참가인B 주식회사

피고(반소원고)C

소송대리인 법무법인 좋은사람

담당변호사 김리라

변론 종결2020. 12. 2.

판결 선고2021. 1. 20.

주 문

1. 원고(반소피고)의 피고에 대한 본소 중 30,574,778원과 이에 대한 지연손해금 청구 부분을 각하한다.
2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 58,237,888원 및 이에 대하여 2019. 10. 3.부터 2021. 1. 20.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고승계참가인의 청구와 원고(반소피고)의 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
4. 소송비용 중 본소와 반소로 인하여 생긴 소송비용은 이를 통틀어 60%는 원고(반소피고)가, 40%는 피고(반소원고)가 각 부담하고, 승계참가로 인하여 생긴 소송비용은 원고승계참가인이

부담한다.

5. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소1) : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 158,333,112원 및 이에 대하여 2017. 5. 30.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소 : 원고는 피고에게 406,247,888원 및 그 중 162,000,000원에 대하여는 2017. 5. 18.부터, 127,076,888원에 대하여는 2017. 6. 1.부터, 37,171,000원에 대하여는 2018. 11. 23.부터, 80,000,000원에 대하여는 2019. 10. 3.부터 각 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

원고승계참가인 : 피고는 원고승계참가인에게 30,574,778원 및 이에 대하여 이 사건 승계참가신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

본소, 반소 및 승계참가신청을 함께 본다.

가. 원고와 피고 사이의 공사계약 체결

1) 원고는 2016. 2. 29. 피고로부터 서울 도봉구 D 및 E 지상 다세대주택(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 계약금액 1,575,000,000원(부가가치세 포함, 이하

같다), 공사기간은 착공일로부터 7개월, 지체상금을 1일당 계약금액의 1/1,000으로 정하여
도급받았다.

2) 이후 이 사건 공사계약은 여러 차례의 변경계약을 거쳐 2017. 3. 30. 최종적으로 계약금액
2,075,000,000원, 준공서류 접수기한 2017. 4. 12.까지, 지체상금 1일당
4,500,000원(계약금액의 2/1,000)으로 변경되었다(이하 '이 사건 공사계약'이라 한다). 원고와
피고는 위와 같이 변경계약을 체결하는 과정에서 세금 혜택 등을 통하여 피고의 손실을 보전하기
위하여 공사계약 금액을 2,357,580,000원(= 약정 공사금액 2,075,000,000원 + 피고에 대한
반환예정금액 250,080,000원 + 이에 대한 13% 부가가치세 32,500,000원)으로 부풀려 기재한
소위 '업계약서'를 작성하였다.

나. 이 사건 공사의 준공 및 피고의 공사대금 지급

1) 원고는 2017. 5. 17. 서울 도봉구청에 준공서류를 접수하였고, 2017. 5. 29. 이 사건 건물에 대한
사용승인이 이루어졌다.

2) 피고는 별지 각[표] 기재와 같이 원고에게 이 사건 공사대금 중 2,197,316,888원(= F에서 지급한
공사대금 1,716,071,048원 + 피고가 직접 원고에게 지급한 공사대금 306,000,000원 + 피고가
직접 하도급업체들에게 지급한 공사대금 175,245,840원)을 지급하였고, 원고는 2016. 9.부터
2016. 12.까지 기간 동안 그 중 1억 8,000만 원을 피고에게 현금으로 돌려주었다.

다. 관련 형사사건의 경과

1) 피고의 남편이자 이 사건 건물의 실질적 건축주인 G은 "원고의 실질적인 운영자인 H이 원고의
대표자인 I와 이 사건 공사계약서를 이용하여 실제 공사금액보다 부풀려진 공사대금을 편취하기로
공모하고, 이 사건 소장을 제출하였으나 미수에 그쳤다."라는 취지로 위 H을 사기미수 혐의로
고소하였다.

2) 성남지청 담당검사는 2019. 6. 11. H에 대하여 "원, 피고가 탈세를 목적으로 부풀린
282,580,000원(부가세 13%, 32,500,000원 포함)을 제외하면 실제 공사계약금액은
2,075,000,000원으로 산출되고, 피의자가 실제로 지급받은 1,916,666,888원을 제외하면
158,333,112원을 더 받아야 할 것으로 추정되므로, 이 사건 소를 제기한 것이 금원을 편취하기 위한

행위로 보기 어렵다."라는 이유로 혐의없음(증거불충분) 불기소처분을 하였다(수원지방법검찰청 성남지청 2019형제7860호).

3) G은 위 불기소처분에 대하여 항고하였고, 수원고등검찰청은 2019. 8. 29.

"이 사건 공사계약서는 사실과 다른 계약서일 가능성이 높고, 이 사건 공사계약서 작성에 관여하는 등 주요한 참고인인 J을 상대로 이 사건 계약서의 작성 경위, 당사자 간의 진의, 실제 수수한 공사대금 등에 대하여 조사할 필요가 있으며, H 측이 이 사건 소를 제기하기 전에 잔여 공사대금을 받기 위한 어떠한 조치를 취한 사실이 있는지 확인할 필요가 있다."는 취지의 재기수사를 명하는 결정을 하였다(수원고등검찰청 2019고불항 제1508호).

4) 수원지방법검찰청 담당검사는 2020. 4. 13. H에 대하여 "참고인 J 등 관련자들 진술 및 계약 진행 경과에 의하면 업계약에 따라 증액된 2억 5,008만 원이 H이 돌려주기로 약정하였던 2억 5,000만 원에 해당하는 금원으로 판단되고, G의 진술만으로는 이 사건 소를 제기한 H에게 기망에 대한 인식 및 편취 범의가 있다고 보기 어렵다."라는 이유로 혐의없음(증거불충분) 불기소처분을 하였다(수원지방법검찰청 성남지청 2019형제32144호, 이하 '관련 형사사건'이라 한다).

라. 채권압류 및 추심명령

원고승계참가인(이하 '승계참가인'이라 한다)은 원고에 대한 수원지방법원 성남지원 광주시법원 2017차1605 물품대금 사건의 집행력 있는 지급명령정보에 기초하여 2020. 4. 17.

2020타채2259호로 원고의 피고에 대한 이 사건 공사대금채권 중 30,574,778원에 관하여 채권압류 및 추심명령(이하 '이 사건 추심명령'이라 한다)을 받았고, 이 사건 추심명령은 2020. 4. 24. 피고에게 송달되었다.

[인정 근거] 다툴 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 7, 8, 10호증(각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 5, 7, 8 내지 10, 12, 14, 15, 19, 22, 26, 27호증의 각 기재, 이 법원의 수원지방법검찰청 성남지청에 대한 문서송부촉탁 회신결과, 변론 전체의 취지

2. 본소 중 승계참가인이 이 사건 추심명령을 받은 부분의 소에 관한 판단

가. 직권으로 살피건대, 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을

상실한다(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다60417 판결 등 참조). 이와 같은 당사자적격에 관한 사항은 직권조사사항으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(대법원 1994. 9. 30. 선고 93다27703 판결, 대법원 2004. 3. 26. 선고 2001다51510 판결 등 참조).

나. 원고는 이 사건에서 피고에 대하여 미지급 공사대금 158,333,112원과 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하나, 앞서 본 바와 같이 승계참가인이 이 사건 소송 도중인 2020. 4. 17. 원고의 피고에 대한 이 사건 공사대금채권 중 30,574,778원에 관하여 이 사건 추심명령을 받아 그 통지가 2020. 4. 24. 피고에게 송달되었으므로, 원고의 본소 중 이 사건 추심명령의 청구금액인 위 30,574,778원과 이에 대한 지연손해금을 구하는 부분에 관하여 원고는 그 이행을 구할 당사자적격을 상실하였다. 따라서 원고의 본소 중 승계참가인이 위와 같이 이 사건 추심명령을 받은 부분은 부적법하다.

3. 나머지 본소청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

앞에서 인정한 사실에 의하면, 피고는 2017. 5. 29. 이 사건 건물에 관한 사용승인을 받고 현재 위 건물을 사용하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 공사계약에 따른 약정 공사대금 2,075,000,000원(이 사건 공사계약서가 이른바 업계약서에 해당한다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 원고 스스로도 위와 같이 업계약을 통하여 부풀린 282,580,000원은 청구금액에서 제외하였다)에서 원고가 피고로부터 공사대금으로 이미 지급받았음을 자인하는 2,017,316,888원(= 2,197,316,888원 - 원고가 현금으로 피고에게 반환한 1억 8,000만 원)을 제외한 나머지 57,683,112원(= 2,075,000,000원 - 2,017,316,888원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 변제 등 항변에 관한 판단

1) 피고가 되돌려 받은 1억 8,000만 원을 변제금액에 포함하여야 한다는 주장에 관한 판단 가) 이에 대하여 피고는, 이 사건 공사계약 금액인 2,075,000,000원에 피고가 되돌려 받기로 한 2억 5,000만 원이 이미 포함되어 있고, 세금혜택 등을 위하여 다시 2억 5,000만 원을 부풀려 업계약서를 작성한 것이므로, 피고가 되돌려 받은 위 1억 8,000만 원 또한 변제금액에 포함되어야 한다는 취지로

주장한다.

나) 그러나 위 인정 사실, 앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 각 사실 또는 사정, 즉 ① 이 사건 공사계약에 관하여 2016. 2. 29. 계약금액을 15억 7,500만 원으로 하는 공사계약이 체결되었다가, 공사계약 금액이 2016. 4. 20. 19억 4,250만 원, 2016. 4. 29. 18억 9,000만 원으로 각각 변경되었는데, 이는 원고의 추가공사 및 PF 자금 대출을 위한 것으로 보이고, 위와 같이 증액된 공사대금에 피고가 되돌려 받기로 한 2억 5,000만 원이 이미 포함되었다고 볼 아무런 증거가 없는 점, ② 이 사건 공사계약 특약사항 제2조에 의하더라도 '부가가치세를 공급가액 18억 원에 대해서는 5%인 9,000만 원, 추가공사 등으로 증액되는 계약금액 1억 7,000만 원에는 세액 보전분 포함이며, 나머지 공급가액 약 2.5억원에 대해서는 13%에 해당하는 3,250만 원, 그리고 1억 5,000만 원에 대해서는 별도 10%를 가산하여 1,500만 원으로 한다.'고 규정되어 있는바, 이에 의하면 이 사건 공사계약 체결 당시 당사자들의 의사도 위 계약금액 중 2억 5,000만 원 및 부가세 3,250만 원을 제외한 나머지 금액은 실제 공사대금으로 지급하기로 하였다고 보는 것이 해석상 자연스러운 점, ③ 이 사건 공사계약에 관여하였던 J 또한 관련 형사사건 참고인조사에서 "2016. 8.경 약 25억 원 상당의 PF 대출을 받아 공사 착공에 들어갔고, 공사대금을 재산정하는 과정에서 원고가 피고에게 돌려주기로 합의되었던 2억 5,000만 원을 반영하여 이 사건 공사계약이 체결되었다. 원고가 피고에게 2억 5,000만 원을 모두 돌려준다면 원고가 피고로부터 2,357,580,000원을 지급받아야 하는 것이 맞다."라는 취지로 진술한 점, ④ 관련 형사사건에서도 피고의 남편인 G이 위 피고 주장과 같은 전제 하에 원고의 실질적인 운영자인 H을 사기미수 혐의로 고소하였으나, 기망에 대한 인식 및 편취의 범의가 없다는 등의 이유로 혐의없음의 불기소처분이 이루어진 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 을 제6, 13, 17, 23, 24호증의 각 기재나 그 주장하는 사정만으로는 이 사건 공사계약 금액인 2,075,000,000원에 피고가 되돌려 받기로 한 2억 5,000만 원이 이미 포함되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이를 전제로 한 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

2) 하도급대금을 추가로 직접 지급하였다는 항변에 관한 판단 가) 피고는, 원고가 하도급업체를 통하여 직접 지급받았음을 자인하여 청구금액에서 제외한 별지 [표3] 기재 175,245,840원 외에도,

피고가 주식회사 K에 지급한 176만 원과 L에게 지급한 창호공사대금 300만 원 또한 미지급 공사대금에서 공제되어야 한다고 주장한다.

나) 살피건대, 피고가 제출한 을 제15, 19호증의 각 기재에 의하면 피고가 2017. 4. 3. 주식회사 K에 176만 원을, 2017. 5. 8. L에게 300만 원을 각각 송금한 사실은 인정되나, 위와 같은 송금사실만으로 곧바로 피고가 위 업체들에게 원고를 대신하여 이 사건 공사에 관한 하도급대금을 지급하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

4. 본소 청구원인에 대한 피고의 상계항변 및 반소청구에 관한 판단

가. 반소 주장의 요지

원고는 피고에게 ① 원고가 피고에게 초과 지급한 공사대금 127,076,888원, ② 지체상금 162,000,000원, ③ 하자보수비용 37,171,000원, ④ 건축주에게 지급하기로 약정한 80,000,000원 합계 406,247,888원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있는바, 위 각 채권으로 원고의 미지급 공사대금채권과 상계함과 아울러 반소로 그 지급을 구한다.

나. 초과 지급된 공사대금 부분에 관한 판단

피고는, 피고가 원고에게 이 사건 공사대금 2,075,000,000원을 초과하는 2,202,076,888원(= F 대출금 1,716,071,048원 + 피고가 원고에게 직접 지급한 공사대금 306,000,000원 + 피고가 직접 하도급업체들에게 지급한 공사대금 180,005,840원2))을 지급하였으므로 오히려 원고가 피고에게 초과 지급된 공사대금 127,076,888원을 반환하여야 한다고 주장하나, 피고가 여전히 원고에게 미지급 공사대금 57,683,112원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있음은 앞서 본 바와 같으므로(피고가 되돌려 받은 1억 8,000만 원을 변제금액에 포함하여야 한다는 주장 및 피고가 하도급대금을 추가로 직접 지급하였다는 주장은 모두 배척되었다), 이와 다른 전제에 있는 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다. 지체상금 부분에 관한 판단

1) 피고의 주장 원고는 이 사건 공사계약에 따른 공사기한인 2017. 4. 12.을 도과한 2017. 5. 17.에야 비로소 위 공사에 대한 준공서류를 관할 관청에 접수하였으므로, 이 사건 공사계약의

지체상금 약정에 의하여 피고에게 지체일수 1일당 450만 원(2/1,000)으로 계산한 지체상금 162,000,000원(= 450만 원 × 36일) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 지체상금의 존부에 관한 판단 이 사건 공사계약에서 지체상금율을 1일당 450만 원으로 정한 사실, 원고가 공사기한인 2017. 4. 12.보다 35일3) 이 지난 2017. 5. 17. 비로소 위 공사에 대한 준공서류를 관할 관청에 접수한 사실은 앞서 인정하였거나 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 지체상금으로 일응 157,500,000원(= 450만 원 × 35일)을 지급할 의무가 있다.

3) 원고의 지체일수 공제 주장에 관한 판단 가) 이에 대하여 원고는, 피고가 이 사건 공사계약 특약사항 제5조에 따라 1억 5,000만 원을 즉시 하도급업체에게 직접 지불하기로 하였음에도 그 대금 지급을 지연하여 공사가 지연된 것이므로, 위와 같이 원고가 책임질 수 없는 사유로 의무 이행이 지연된 기간은 지체상금 발생기간에서 제외하여야 한다고 주장한다.

나) 살피건대, 건물 신축의 도급계약에서 수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼을 지체일수에서 공제하여야 할 것이나, 이에 대한 입증책임은 수급인이 부담하고(대법원 1995. 9. 5. 선고 95다18376 판결, 대법원 1989. 7. 25. 선고 88다카6273, 6280 판결 등 참조), 이때 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 뿐인바(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003다60136 판결 등 참조), 원고가 제출한 갑 제5, 6호증의 각 기재만으로는 피고 측의 귀책사유로 이 사건 공사가 지연되었다는 원고의 주장을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

4) 지체상금의 감액 지체상금에 관한 약정은 수급인이 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 그것이 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에는 이를 적당히 감액할 수 있는바(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다34043 판결 참조), ①

이 사건 공사계약에서 정한 지체상금율은 1일당 계약금액의 2/1,000에 달하는 450만 원으로 통상적인 공사도급계약에서의 지체상금율인 1일당 1/1,000보다 2배 정도 높은 비율인데, 이 사건 공사와 관련하여 지체상금율을 일반적인 경우보다 높게 정해야 할 특별한 사정을 찾기 어려운 점, ② 피고가 이 사건 공사 완공의 지연으로 인하여 실제로 입은 손해액이 위 약정에 따라 산정한 지체상금액에 이르지 않는 것으로 보이는 점, 그 밖에 원고와 피고의 지위, 이 사건 공사의 내역 및 진행 경과 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 위와 같이 1일당 450만 원으로 산정한 지체상금은 지나치게 과다하여 부당하므로, 위 지체상금율을 통상적인 공사도급계약에서와 같이 1일당 225만 원(약 1/1,000)로 감축하여 적용하기로 한다.

5) 소결론 따라서 준공서류 접수기한 다음날인 2017. 4. 13.부터 2017. 5. 17.까지 35일에 대한 지체상금은 78,750,000원(= 225만 원 × 35일)이 된다[원고는 위 준공서류 접수 다음날인 2017. 5. 18.부터의 지연손해금의 지급 또한 구하나, 지체상금은 이행기의 정함이 없는 채권으로서 민법 제387조 제2항에 의하여 그 이행청구를 받은 날부터 위 지체상금의 지급의무가 지체에 빠진다고 보아야 한다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다11582 판결 참조). 그런데 피고가 이 사건 반소장 제출 전에 지체상금의 이행청구를 하였다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 준공서류 접수기한 이후로 원고가 구하는 2017. 5. 18.부터 피고가 확정된 지체상금의 이행청구를 한 이 사건 반소장 부분 송달일인 2019. 10. 2.까지의 지연손해금 청구 부분은 받아들이지 않는다].

라. 하자보수비용 상당 부당이득 부분에 관한 판단

1) 피고의 주장 피고는 원고를 대신하여 이 사건 공사에 대한 하자보증보험증권을 발급받는 과정에서 M 주식회사(이하 'M'이라 한다)에 보험료로 2,662,560원을 납부하였고, 정기예금 합계 37,139,000원을 담보물로 제공하였으며, 그 후 M 주식회사가 하자보수비용으로 이 사건 건물 입주자대표회의에 37,171,000원을 지출하였다. 이는 본래 시공사인 원고가 부담하여야 하는 비용이므로, 원고는 M이 지급한 위 하자보수비용 37,171,000원을 피고에게 부당이득(이하 '하자보수비'라 한다)으로 지급할 의무가 있다.

2) 판단 하자보증보험증권의 발급을 위한 비용 또는 담보금은 원래 이 사건 건물의 시공책임을 지고 있는 원고가 부담하여야 한다. 그런데 을 제11, 16, 28호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면,

이 사건 계약일반조건 제2조에 "계약범위는 허가도면 및 첨부내역서 등에 따라 수분양자가 분양계약을 하는 대상이 되는 일체의 시설공사가 포함되며, 준공 후 하자보수 비용도 포함된다. 단, 건축주 명의의 제세공과금, 인입비, 분담금, 예치비와 설계·감리비, 대관업무비, 측량비, 지질조사비는 피고가 별도 부담한다."고 규정되어 있는 사실, 피고는 2017. 6. 1. M으로부터 하자보증보험증권을 발행받기 위하여 M에 그 보험료로 총 2,663,560원(= 84,090원 + 336,390원 + 350,410원 + 560,650원 + 84,120원 + 336,510원 + 350,530원 + 560,860원)을, 위 하자보증보험증권 발급을 위한 담보물로 N은행에 기명정기예금으로 총 37,139,000원(= 2,785,000원 + 7,426,000원 + 4,642,000원 + 3,713,000원 + 2,786,000원 + 7,429,000원 + 4,643,000원 + 3,715,000원)을 각 지출한 사실, M은 이 사건 건물 입주자대표회의에게 이 사건 건물의 하자보험금으로 2018. 10. 18. 18,571,000원을, 2018. 11. 22. 18,600,000원을 각 지급한 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면 원고는 피고에게 위 하자보수비 합계 37,171,000원(= 18,571,000원 + 18,600,000원)을 지급할 의무가 있다[원고는 위 하자보수비 37,171,000원에 대한 2018. 11. 23.부터의 지연손해금의 지급 또한 구하나, 이는 이행기의 정함이 없는 채권이고, 앞서 본 바와 같이 피고가 이 사건 반소장 제출 전에 그 이행청구를 하였다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 위 2018. 11. 23.부터 피고가 확정된 위 이행청구를 한 이 사건 반소장 부분 송달일인 2019. 10. 2.까지의 지연손해금 청구 부분은 받아들이지 않는다].

마. 건축주 약정금 8,000만 원 부분에 관한 판단

1) 이 사건 공사계약 체결 당시 원, 피고는 순공사대금을 1,550,000,000원으로 합의하였고, 다만 O은행 대출을 받아 그 중 일부를 건축주 여유자금으로 돌려주기로 합의하여 1,890,000,000원의 공사계약서를 작성하였다. 원고는 피고와 피고의 남편인 G에게 위와 같이 돌려주기로 약속한 대출금 2억 5,000만 원 중 1억 8,000만 원만을 지급하였을 뿐, 나머지 7,000만 원을 반환하지 않았으므로, 피고에게 이를 지급할 의무가 있다고 주장한다.

2) 그러나 위와 같은 피고의 주장은 이 사건 공사계약 금액인 2,075,000,000원에 피고가 되돌려 받기로 한 2억 5,000만 원이 이미 포함되어 있고, 세금혜택 등을 위하여 다시 2억 5,000만 원을 부풀려 업계약서를 작성한 것을 전제로 하는 취지의 주장인바, 앞서 3. 나.항에서 살펴본 바와 같이

원고가 돌려준 1억 8,000만 원은 이미 이 사건 공사대금에서 제외되어 있고, 이 사건 공사계약 금액인 2,075,000,000원에 피고가 되돌려 받기로 한 2억 5,000만 원이 이미 포함되어 있다고 보기 어려운 이상, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 받아들이지 않는다.

바. 상계적상 및 상계충당

1) 원고가 피고에게 57,683,112원의 미지급 공사대금채권을 가지고 있는 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 미지급 공사대금채권 57,683,112원과 피고의 원고에 대한 지체상금채권 78,750,000원 및 하자보수비채권 37,171,000원은 위 원고의 미지급 공사대금채권이 2017. 5. 29. 공사가 완료되어 변제기가 도래함으로써 모두 변제기에 도달4) 하여 상계적상에 있었다고 할 것이고, 위 양 채권을 대등액에서 상계한다는 피고의 의사표시가 기재된 이 사건 반소장 부분이 2019. 10. 2. 원고에게 송달된 사실은 기록상 분명하므로, 이로써 원고의 미지급 공사대금채권은 위 상계적상일에 소급하여 대등액의 범위에서 소멸하여, 피고의 채권 중 58,237,888원(= 78,750,000원 + 37,171,000원 - 57,683,112원)만이 남게 된다.

2) 따라서 원고의 피고에 대한 미지급 공사대금채권이 소멸하였다는 피고의 상계항변 및 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있고, 원고의 피고에 대한 본소청구는 모두 이유 없다.

사. 소결론

따라서, 원고는 피고에게 위 58,237,888원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음날인 2019. 10. 3.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 2021. 1. 20.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 승계참가인의 청구에 대한 판단

승계참가인은, 피고가 승계참가인에게 이 사건 추심명령에 따라 이 사건 청구채권인 미지급 공사대금 30,574,778원 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 추심명령이 2020. 4. 24. 피고에게 송달되어 그 효력이 발생한 사실은 앞서 본

바와 같은바, 앞서 살펴본 바와 같이 위 추심명령의 피추심채권인 원고의 피고에 대한 미지급 공사대금채권은 피고의 상계 의사표시로 인해 2017. 5. 29. 이미 모두 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 이 사건 추심명령은 이미 소멸한 채권에 대한 것이어서 효력이 없으므로, 승계참가인의 주장은 받아들이지 않는다.

6. 결론

그렇다면 원고의 본소 중 30,574,778원과 이에 대한 지연손해금 부분은 부적법하여 각하하고, 피고의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하며, 승계참가인의 청구, 원고의 나머지 본소청구 및 피고의 나머지 반소청구는 각 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김경희

판사김동현

판사신은진

별지

- 1) 원고는 2020. 9. 22.자 준비서면에서 피고가 원고에게 지급하여야 하는 돈은 57,683,112원이라고 주장하면서도 별도로 청구취지를 감액하지는 않았다
- 2) 원고가 직불받았음을 자인하여 청구금액에서 제외한 별지 [표3] 기재 175,245,840원에 피고가 앞서 3의 나. 2)항과 같이 추가로 직접 지급하였다고 주장하는 467만 원을 더한 금액이다.
- 3) 피고는 준공서류 제출기한인 2017. 4. 12.부터 2017. 5. 17.까지 총 지체일수를 36일로 산정하였으나, 위 준공서류 제출기한의 다음날인 2017. 4. 13.부터 지체상금이 발생하므로 총 지체일수는 35일이다.
- 4) 피고의 지체상금채권은 기한의 정함이 없는 채권으로서 매일 발생과 동시에 이행기에 놓이나, 그 지체책임은 앞서 본 바와 같이 이행청구 다음 날부터 생긴다.