

서울중앙지방법원 2021. 11. 5 선고 2020나77611(본소), 2020나77628(반소) 판결
[공사대금 · 구상금 청구 등]

재판경과

서울중앙지방법원 2021. 11. 5 선고 2020나77611(본소), 2020나77628(반소) 판결
서울중앙지방법원 2020. 10. 20 선고 2017가단5153502 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인주식회사 A

소송대리인 변호사 강용섭, 장세진

피고(반소원고), 피항소인1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 우성

담당변호사 오승준

변론 종결2021. 10. 22.

판결 선고2021. 11. 5.

제1심판결서울중앙지방법원 2020. 10. 20. 선고 2017가단5153502(본소),
2019가단5270951(반소) 판결

주 문

1. 원고(반소피고)의 본소에 대한 항소를 각 기각한다.

2. 제1심판결 중 반소에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고)는, 피고(반소원고) B에게 31,389,375원 및 그 중 13,645,032원에 대하여 2020. 9. 22.부터 2021. 11. 5.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 피고(반소원고) C에게 25,618,250원 및 그 중 12,722,032원에 대하여 2020. 9. 22.부터 2021. 11. 5.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

나. 피고(반소원고)들의 나머지 반소청구를 각 기각한다.

3. 소송 총비용은 본소, 반소를 통틀어 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분 중 9/15는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고) B이 각 부담하고, 원고(반소피고)와 피고(반소원고) C 사이에 생긴 부분 중 2/3는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고) C이 각 부담한다.

4. 제2의 가항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소 : 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게, 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) B은 71,999,709원, 피고 C은 31,999,709원 및 위 각 돈에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소 : 원고는 피고 B에게 88,745,564원, 피고 C에게 30,879,714원 및 각 이에 대하여 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고 항소취지

가. 본소 : 제1심판결의 본소에 대한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게 피고 B은 54,255,366원, 피고 C은 19,103,491원 및 위 각 돈에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소 : 제1심판결의 반소에 대한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고들의 반소청구를 각 기각한다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 2015. 7. 13. 피고들, D, E, F, G(이하 '이 사건 건축주들'이라 한다)와 서울 서초구 H에 있는 I빌라 철거 및 신축공사(이하 철거되는 건물을 '이 사건 기존 건물'이라 하고, 신축되는 건물을 '이 사건 건물'이라 한다. 위 공사를 '이 사건 공사'라 한다)를 공사대금 1,200,000,000원에 도급받기로 하는 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결했고, 위 계약은 3차에 걸쳐 변경되어 공사기간은 최종적으로 2015. 7. 15.부터 2016. 10. 15.까지로 정해졌다.

나. 당시 이 사건 기존 건물의 소유자는 다음과 같았다.

다. 2015. 7. 13. 이 사건 도급계약에는 다음과 같은 내용의 추가 특약사항이 포함되어 있었다.

추가 특약사항(시공계약 조건)

2. 본건 공사대금 12억 원에는 공사비, (이하 생략) 금융비용[건축주들이 대출받은 이자, (이하 생략)] 분양수수료, 분양세대(J동 L호, N동 L호)에 대한 보존등기비용, 취득세, 양도소득세 등 제세공과금 일체가 포함되고(이하 생략).
3. 1) 건축주들은 대출금(6억 5,000만 원)으로 계약금 10%(1억 2,000만 원)를 지급하고 대출금 잔액(5억 3,000만 원)을 한도로 하여 공사대금 중도금을 지급하되(이하 생략)

3) 공사대금 잔금 (5억 5,000만 원)은 분양세대가 분양되어 잔금 지급 및 소유권 이전이 된 날 중 늦은 날로부터 10일 이내에 지급 혹은 정산한다.

4) 분양세대의 분양은 시공사가 책임지되, 3)항의 공사대금잔금 및 분양대금 정산은 위 분양대금에서 1)항의 대출원리금을 우선 공제하고, 나머지 잔액에서 공사대금 미지급 잔액을 공제한 후(단, 5) 항에 따른 정산 후 남은 돈을 지급한다. 돈이 남을 경우 원고가 이 사건 건축주들에게 반환하고, 만일 돈이 부족한 경우에는 이 사건 건축주 6인이 균분하여 부담한다.

5) 1)항의 대출금의 이자는 분양대금 정산 시까지 시공사가 부담하며, 만일 2), 3), 4)항에 따른 공사대금의 지급 시 연체된 이자, 2항에서 시공사가 부담하기로 한 제반 비용을 시공사가 지급한 영수증 혹은 지급영수증을 제시하지 않는 금액은 위 기성공사대금에서 공제하고 나머지 금액을 지급한다(중도금 지급 시는 당시 미지급된 이자 및 비용, 잔금 지급시는 최종 미지급된 이자 및 비용을 공제하고, 추후 위 금액을 지급하였다는 증빙을 시공사가 정산일로부터 7일 이내에 이 사건 건축주들에게 제출할 경우 그에 대한 금액을 추가로 지급한다.)

라. 2016. 9. 27. 이 사건 도급계약을 3차로 변경할 당시 다음과 같은 추가 특약사항이 포함되어 있었다.

추가 특약사항(시공계약 조건)

1. 본건 도급계약 및 첨부특약사항, 추가 특약사항에 관하여 약정하며, 다만 시공현장 책임자인 '0'과 '건축주들' 간에 기존에 도급계약 및 첨부특약사항, 추가 특약사항에 관하여 0이 시공사를 대리하여 체결 및 0이 시공사의 책임에 대하여 보증한 약정은 본 약정에 불구하고 종전 약정에 따라 유효하다.

2. 본건 공사대금 12억 원에는 공사비, (이하 생략), 금융비용 등을 원고가 부담한다.

3. 1) 건축주들은 대출금(7억 2,000만 원)으로 계약금 10%(1억 2,000만 원)를 지급하고, 대출금 잔액(6억 원)을 한도로 하여 공사대금 중도금을 기성고 청구에 따라 지급한다.

2) 분양세대의 분양은 건축주들이 분양을 책임지되, 공사대금잔금 및 분양대금 정산은 위 분양대금에서 1)항의 대출원리금을 우선 공제하고 나머지 잔액에서 공사대금 미지급 잔액을 공제한 후(단 5)항1)에 따른 정산 후 남은 돈을 지급한다. 돈이 남을 경우 건축주들 전세대 균분하며, 만일 돈이 부족한 경우에는 건축주 6인이 균분하여 부담한다. 건축주들은 준공 완료 후 70일 이내에

시공사에게 공사 잔금을 완료한다. 단 시공사에 의한 지연(시공사의 작업 미흡에 의한 지연 등)은 날짜에 포함되지 아니한다.

11. 본 계약 중 지체상금(계약금액의 1/1,000) 약정의 기산일은 본건 변경계약 시 인허가 등을 고려하여 2015. 9. 4. 착공한 점을 감안하고, 시공사 운영 문제로 지연되어 2차 협의 때 2016. 6. 30.을 준공예정일로 하였으나 시공사의 자금문제로 3차 협의 때 2016. 8. 30. 요청하였고, 시공사의 자금 및 작업 지연으로 4차 협의하여 2016. 10. 15. 이후부터 실제 준공일까지 지체일을 산정하여 위 지체상금을 산정하며, 건축주들이 공사대금 지급액에서 위 지체상금 기타 손해 등이 있을 경우 위 금액을 공제한 나머지 잔액을 지급한다.

마. 이 사건 건물에 대하여 2016. 11. 14. 사용승인을 받았고, 2016. 11. 28. 소유권 보존등기를 마쳤다.

바. 이 사건 건물에 대하여는 다음과 같이 소유권보존등기가 마쳐졌다.

사. 원고는 2016. 12. 10. 이 사건 건축주들과 이 사건 공사 중 당시까지 시공되지 않았던 부분에 대한 마무리 공사를 공사기간 2016. 12. 12.부터 2016. 12. 26.까지, 공사대금 42,096,770원으로 정하여 수행하기로 하는 계약(이하 '이 사건 준공 후 계약'이라 한다)을 체결하였다.

아. 원고는 피고들로부터 2016. 9. 3.부터 2017. 2. 13.까지 공사금액 중 919,750,000원을 송금 받았다.

자. 원고는 2017. 1. 7. 피고 B과 이 사건 도급계약, 이 사건 준공 후 계약의 공사범위 외의 공사로서, 이 사건 건물 V호, W호 확장공사에 관하여 공사대금 50,000,000원, 공사기간 2017. 1. 2.부터 2017. 1. 21.까지로 정하여 도급받기로 하는 도급계약(이하 '이 사건 별도 확장공사 계약'이라 한다)을 체결했다.

[인정 근거] 당사자 사이에 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제1 내지 7, 10 내지 12호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 미지급 공사대금

1) 위 인정사실에 의하면, 원고와 이 사건 건축주들 사이에는 이 사건 공사와 관련하여 총 공사대금을 1,200,000,000원으로 하되, 그 중 사용승인 전 공사와 사용승인 후 공사를 구분하여, 사용승인 전 공사는 2015. 7. 15.부터 2016. 10. 15.까지, 사용승인 후 공사는 2016. 12. 12.부터 2016. 12. 26.까지 각 수행하기로 하는 내용의 도급계약이 체결되었다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 건축주들은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 도급계약의 공사대금 중 미지급금 상당액인 280,250,000원(= 공사대금 1,200,000,000원 - 기지급 공사대금 919,750,000원)을 지급할 의무가 있다.

2) 이에 대하여 원고는, 이 사건 준공 후 계약은 이 사건 도급계약과는 별개의 계약이므로 공사대금 1,200,000,000원에 이 사건 준공 후 계약 공사대금 42,096,770원이 추가로 인정되어야 한다고 주장한다. 살피건대, 갑 제1호증, 을 제3, 4, 7, 10호증의 각 기재, 제1심법원의 X에 대한 사실조회 회신 결과에 의하면, ① 이 사건 도급계약의 각 추가 특약사항에 '완성도면 후 약속된 각 세대 현관 캐노피, 에어컨 실외기 전 세대 설치, 새시, 강마루, 1층 데크신설, 주차장 전동 샷더 설치, 주차장 상부 데크, 주차장 환풍구 보안창 설치, 주차장 창고 전세대 설치, Q호 쪽 턱 철거 후 데크 설치, 계단실 턱 가벽 설치, 4층 2세대 다락방, 화장실 신설(벽, 문짝, 강마루, 천정, 마무리시공)' 등을 하기로 약정되어 있었던 점, ② 이 사건 준공 후 계약의 내역서는 대부분 위 3차 추가 특약사항의 내용으로 이뤄져 있고 이 사건 준공 후 계약서 역시 원고와 이 사건 건축주들이 함께 계약을 체결한 점, ③ 이 사건 도급계약의 추가 특약사항에는 '테라스 보유 세대가 허가도면에 따른 사용 승인 후 원고는 완성도면(부엌 확장, 다락, 문, 벽, 마루, 천정마감) 시공 후 이외 테라스 확장 공사는 이 사건 건축주들이 책임지되 테라스 확장 이외 바닥 데크 시공은 원고가 책임진다. 완성도면 이외의 확장 면적에 대하여는 이 사건 건축주들이 부담한다.'는 내용의 규정이 있고, 이 사건 준공 후 계약 이후 2개 세대에 대한 테라스 확장 공사 계약이 이 사건 별도 확장공사를 통해 따로 체결된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 준공 후 계약의 내용은 이 사건 도급계약에 원래 포함되어 있던 것임이 인정되고, 달리 반증이 없다.

3) 나아가 원고는, 피고 B이 원고와 이 사건 공사에 관하여 40,000,000원을 별도로 부담하기로 약정하였다고 주장하나, 이러한 점을 증명할 증거가 없으므로 원고의 위 추가 주장은 이유

없다(원고는, 이 사건 도급계약 외에 추가로 발생한 공사비 내지 소송비용 등이 인정되어야 한다고 주장하나, 이에 대한 청구근거가 불분명하고 이를 증명할 증거도 없다).

나. 피고들의 공제 주장에 관한 판단

1) 미시공 부분 보수비 가) 피고들은 이 사건 공사 중 원고가 미시공한 부분이 존재하고, 그 부분에 대한 보수비는 공용부분 5,645,000원 상당, 전유부분 중 P호 부분 945,000원, Q호 부분 1,494,000원, U호 부분 1,120,000원, W호 부분 7,744,000원 상당으로 총 합계 16,948,000원 상당인바, 이에 대한 이 비용은 원고의 공사대금에서 공제되어야 한다고 주장한다.

나) 살피건대, 앞서 든 증거들, 피고들이 제출한 증거들에 의하더라도 이 사건 도급계약서, 추가 특약사항 등에 공제의 근거가 있는 아래에서 보는 다른 공제항목들과 달리 이 사건 도급계약상 공사대금액 산정에서 위 미시공 부분의 시공에 필요한 비용을 공제하기로 약정하였다고 볼 증거가 없다. 피고들의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다[이 부분은 오히려 다음과 같은 이유에서 하자에 해당하는 것으로 보이는바, 이에 대하여는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 발생할 뿐인 것으로 보인다. 즉 건물 신축공사의 미완성과 하자를 구별하는 기준은 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 그것이 당초 예정된 최후의 공정까지 일단 종료하고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 건물로서 완성되고, 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 않는다고 해석함이 상당하고, 개별적 사건에 있어서 예정된 최후의 공정이 일단 종료하였는지 여부는 당해 건물 신축 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결, 대법원 1996. 2. 23. 선고 94다42822, 42839 판결 등 참조). 그런데 원고가 공사를 중단할 당시 이미 이 사건 건물에 대한 사용승인이 이루어졌고 이 사건 준공 후 계약은 이 사건 도급계약에 포함된 공사 중 미시공 부분을 구체화하여 재계약한 것에 불과하며, 원고가 주장하는 미시공 부분의 내용에 비추어 보면 이 사건 공사가 완성되었으나 하자가 있는 것에 불과한 정도라고 봄이 상당한바, 사회통념상 이 사건 건물은 완성되었다고 보아야 할 것이고 피고들이 공제를 주장하는 미완성 부분은 단지 하자에 불과한 것으로 보인다].

2) 대출금에 대한 이자 비용 가) 을 제3, 4, 6, 11 내지 16호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 이 사건 건축주들 사이에 이 사건 공사의 공사대금에 이 사건 건축주들이 공사비를 위해 대출받은 대출금에 대한 분양대금 정산 시까지의 이자를 포함하기로 한 사실, 원고와 이 사건 건축주들 사이에 이 사건 건축주들이 원고에게 공사대금을 지급할 때 연체된 이자와 위와 같은 대출금의 이자를 제하고 나머지 금액을 지급하기로 한 사실, 원고와 이 사건 건축주들 사이에 최초 계약에서 공사대금 중 대출금을 제외한 잔금은 분양세대가 분양된 후 잔금지급일이나 소유권이전일로부터 10일 내에 정산하기로 합의한 후 3차 변경계약에서 준공 완료 후 70일 이내에 잔금을 지급하기로 약정한 사실, 이 사건 건축주들이 2015. 7. 28. 618,882,049원을 대출받아 원고에게 공사대금으로 지급한 사실, 원고는 2015. 8. 26. 이 사건 건축주들에게 1차 대출금에 대한 이자를 월 1,854,471원으로 보아 8개월 상당에 해당하는 14,835,770원을 송금한 사실, 피고 B은 2016. 6. 28.부터 2016. 10. 28.까지 이 사건 건축주들에게 월 평균 1,854,472원 상당을 대출금에 대한 이자 상당액으로 송금한 사실, D, 피고 B은 2016. 12. 1. 910,000,000원을 대출받아 1차 대출금을 변제한 사실이 각 인정된다.

나) 위 인정사실에 의하면, 우선 이 사건 건축주들(이후 대출금은 피고 B, D가 부담하기로 한 것으로 보인다)이 618,882,049원 상당을 이 사건 공사와 관련하여 대출받았고, 원고와 이 사건 건축주들 사이에 이 사건 공사 관련 대출금 이자 상당액을 월 1,854,472원으로 합의한 것으로 봄이 상당하다.

다) 다음으로 원고가 부담하기로 한 대출금 이자의 시적 범위에 관하여 보건대, '분양대금 정산시까지'의 의미에 관하여 본다. 앞서 본 바에 의하면 이 사건 건축주들은 이 사건 분양세대 분양 후 분양대금을 재원으로 하여 잔금을 정산하기로 하였는데 이러한 점에 비추어 보면, 결국 위 '분양대금 정산시'라 함은 공사대금 잔금을 정산할 때라고 봄이 상당하고, 최초 계약과 3차 변경계약을 종합하여 보면, 공사대금 잔금의 정산시는 분양세대 분양 후 잔금지급일이나 소유권이전일로부터 10일 내 또는 준공 완료 후 70일 중 먼저 도래하는 날까지로 약정했다고 봄이 상당하다.

라) 그런데 우선 준공 완료 후 70일이 도래하였는지에 관하여 보면, 원고와 이 사건 건축주들 사이에는 앞서 본 바와 같이 이 사건 공사를 사용승인 전 공사와 사용승인 후 공사로 나누어

수행하기로 약정한 사실이 인정되고, 결국 위 두 공사가 모두 완료되고 나서야 이 사건 건축주들이 입주할 수 있음을 감안하면, 원고와 이 사건 건축주들 사이에는 준공 완료 후 70일이라 함은 사용승인 전까지의 공사와 사용승인 후까지의 공사를 모두 완료한 후 70일이라고 합의하였다고 해석함이 상당한바, 감정인 X의 각 감정 결과, 제1심법원의 X에 대한 각 사실조회 결과에 의하면 원고가 사용승인 후의 공사를 모두 완료하였다고 보기 어려우므로, 결국 준공 후 70일이 경과되었다고 보기는 어렵다.

마) 다음으로 분양세대에 대한 분양 잔금지급일이나 소유권이전일로부터 10일이 도래하였는지에 관하여 보건대, 위 기한은 불확정기한을 정한 것으로 봄이 상당하고, 분양세대에 관하여는 2017. 5. 19. 피고 B이 단독으로 소유권이전등기를 마침으로써 당시에 분양세대에 대한 분양이 불가능해졌다고 할 것이므로, 그 시기인 2017. 5. 19.로부터 10일이 경과한 2017. 5. 29.에 위 기한이 도래했다고 봄이 상당하다.

바) 결국, 원고는 이 사건 공사와 관련된 618,882,049원 상당 대출금에 대한 이자로서 피고들이 주장하는 2016. 6.경부터 2017. 4.경까지의 11개월 동안 월 1,854,472원 상당의 이자를 부담하여야 하고 그 이자 상당액 20,399,192원(= 1,854,472원 × 11개월)은 이 사건 공사대금의 잔금에서 공제하여야 한다(이와 달리 2017. 1.경까지만 대출금에 대한 이자를 지급할 책임이 있다는 원고의 주장을 받아들이지 아니한다).

3) 분양세대(P호, Q호)에 대한 제세공과금 가) 을 제1, 3, 17호증의 각 기재에 의하면 원고와 이 사건 건축주들 사이에서 분양세대(P호, Q호)에 대한 제세공과금을 원고가 부담하기로 약정한 사실, 피고 B이 위 분양세대에 대한 소유권보존등기비용, 제세공과금 등으로 9,936,041원을 지출한 사실은 인정된다.

나) 위 인정사실에 의하면 분양세대에 대한 위 9,936,041원은 이 사건 공사대금의 잔금에서 공제하여야 한다.

4) 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 가) 앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 도급계약에 의하면 원고는 사용승인 전 공사를 2016. 10. 15.까지 완료하기로 한 사실, 이 사건 도급계약에서 지체상금률을 지연일 1일당 계약금의 0.1%로 정한 사실, 이 사건 건축주들이 원고에게 지체상금

등을 공제한 나머지 공사대금을 지급하기로 약정한 사실, 원고가 사용승인 전 공사를 2016. 11. 14. 완료하여 사용승인을 받은 사실이 인정된다.

나) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 도급계약의 지체상금의 시기는 2016. 10. 16.이고 종기는 2016. 11. 14.이며, 이 사건 도급계약에 따른 지체상금액은 36,000,000원($= 1,200,000,000\text{원} \times 0.1\% \times 30\text{일}$)이다.

다) 다만, 지체상금이 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 공사도급액에 대한 지체상금의 비율, 지체상금의 액수, 지체의 사유, 당시의 거래관행 등 여러 사정에 비추어 부당히 과다하다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 감액할 수 있는바(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결 등 참조), 원고가 2016. 10. 18. 사용승인신청서를 제출한 점, 사용승인이 지연된 데에는 이 사건 건축주들이 제공한 설계도면에도 일부 원인이 있다고 봄이 상당한 점 등을 고려하여, 이 사건 도급계약에 의한 지체상금은 그 지급 책임을 80%로 제한함이 상당하다.

라) 따라서 원고는 이 사건 건축주들에게 이 사건 도급계약에 따른 지체상금 28,800,000원($= 36,000,000\text{원} \times 80\%$)을 지급할 의무가 있고, 위 지체상금액 상당은 이 사건 공사대금의 잔금에서 공제되어야 한다.

마) 이에 대하여 원고는, 사용승인이 늦어진 것은 원고의 귀책사유 때문이 아니고 오로지 이 사건 건축주들의 귀책사유 때문이라는 취지로 주장하나, 을 제2, 4호증의 각 기재에 비추어 보면 이 사건 공사의 지연이 대부분 원고의 자금 사정으로 지연된 것으로 보이는바, 갑 제15, 17, 18호증의 각 기재만으로는 사용승인이 지연된 책임이 이 사건 건축주들에게만 있다고 보기 부족한바, 이는 단지 앞서 본 바와 같은 책임 제한의 사유로만 참작함이 상당할 뿐이다. 원고의 주장은 이유 없다.

5) 이 사건 준공 후 계약에 따른 지체상금 가) 앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 준공 후 계약에 따라 원고와 이 사건 건축주들은 사용승인 후 공사를 2016. 12. 26.까지 완료하기로 한 사실, 당시 이 사건 준공 후 계약에서 지체상금률을 지연일 1일당 계약금의 1%로 정한 사실, 이후 원고가 이 사건 준공 후 계약에 따른 잔여공사를 완료하지 못하고 공사를 중단한 사실이 인정되고, 이 사건 준공 후 계약에서 약정한 지체상금의 시기는 2016. 12. 27.이며, 종기는 원고가 공사를 중단한 것으로 보이는 2016. 12. 27.경부터 다른 업자에게 의뢰하여 사용승인 후 공사를 완성할 수 있었던 것으로

보이는 30일 상당이 경과한 2017. 1. 25.경이라고 봄이 상당하다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2015다231672, 231689 판결 등 참고).

나) 결국 이 사건 준공 후 계약에 따른 지체상금액은 12,629,031원(= 42,096,770원 × 1% × 30일)이다.

다) 그러나 지체상금이 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 공사도급액에 대한 지체상금의 비율, 지체상금의 액수, 지체의 사유, 당시의 거래관행 등 여러 사정에 비추어 부당히 과다하다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 감액할 수 있는바(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결 등 참조), 통상의 공사계약에서 지체상금률이 0.1%인데 비하여 이 사건 준공 후 계약의 지체상금률이 10배 정도로 과다하고, 이 사건 도급계약의 지체상금률도 0.1%에 해당하는 점, 다만 이 사건 준공 후 계약의 약정된 원래 공사기간이 14일로 짧은 점 등을 감안하면, 이 사건 준공 후 계약에 따른 지체상금은 그 지급 책임을 30%로 제한함이 상당하다.

라) 따라서 원고는 피고들에게 이 사건 준공 후 계약에 따른 지체상금 3,788,709원(= 12,629,031원 × 30%)을 지급할 의무가 있고, 이 사건 준공 후 계약은 이 사건 도급계약에서 미이행된 부분을 정리하여 다시 체결한 계약으로 보이는바 이 사건 도급계약상 지체상금 공제에 관한 앞서 본 약정의 효력도 여전히 유효하다고 봄이 상당한바, 위 지체상금액 상당은 이 사건 공사대금의 잔금에서 공제되어야 한다.

6) 이 사건 건축주들이 원고 대신 지급한 비용 갑 제3호증, 을 제11, 12, 18호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 이 사건 건축주들이 원고 대신 설계비용, 마루시공 비용, 씽크대 및 신발장 제작 비용 등 55,300,000원을 지급한 사실이 인정된다. 따라서 위와 같이 이 사건 건축주들이 원고 대신 지급한 금액 상당은 이 사건 공사대금의 잔금에서 공제되어야 한다.

다. 공제 후 미지급 공사대금액의 계산

이 사건 도급계약상 미지급 공사대금액에서 위 각 금원을 공제하면, 미지급 공사대금액은 결국 162,026,058원(= 280,250,000원 - 20,399,192원 - 9,936,041원 - 28,800,000원 - 3,788,709원 - 55,300,000원)이다. 나아가 을 제1 내지 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 원고와 이 사건 건축주들 사이에는 미지급 공사대금액을 이 사건 건축주들이 균분하여

지급하기로 한 것으로 봄이 상당하므로, 피고들은 특별한 사정이 없는 한 원고에게 각 27,004,343원(= 162,026,058원 × 1/6) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

라. 피고 B의 상계 항변에 대한 판단

- 1) 이에 대하여 피고 B은, 원고에 대한 구상금채권 중 9,260,000원으로 원고의 피고 B에 대한 공사대금채권을 상계한다고 항변한다.
- 2) 살피건대, 을 제12, 19, 20, 21호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 피고 B이 원고 대신 이 사건 공사 중 현관도어록 교체비용, 도배비용, 주차장 오버헤드도어 설치 비용, 도시가스인입비용 등으로 9,260,000원을 지급한 사실이 인정된다. 따라서 피고 B은 원고에 대하여 위 9,260,000원 상당의 구상금채권이 있다. 피고 B의 원고에 대한 구상금채권과 원고의 피고 B에 대한 공사대금채권은 앞서 본 공사대금 지급기일 무렵 상계적상에 있었다고 보인다. 피고 B의 상계의 의사표시가 담긴 2019. 11. 10.자 준비서면이 원고에게 도달한 사실은 이 법원에 현저한바, 이로써 위 두 채권은 상계적상시로 소급하여 대등액에서 소멸하였다.
- 3) 따라서 피고 B의 상계 항변은 이유 있고, 원고의 피고 B에 대한 공사대금채권액은 17,744,343원(= 27,004,343원 - 9,260,000원)이 남는다.

마. 피고 C의 상계 항변에 관한 판단

- 1) 피고 C은 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 14,108,125원으로 원고의 위 공사대금채권을 상계한다고 항변한다.
- 2) 살피건대, 감정인 X의 각 감정 결과, 제1심법원의 X에 대한 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 공사로 인하여 이 사건 건물의 공용부분과 전유부분에는 별지 '하자목록표' 기재와 같은 오시공, 부실시공의 하자가 발생하였다. 그 중 공용부분의 하자보수비는 125,019,000원이고, 피고 C의 전유부분인 W호의 하자보수비는 24,099,000원인 사실이 인정된다. 피고 C은 수급인인 원고에게 전유부분인 W호의 하자보수비를 도급인의 지위에서 독자적으로 청구함에 대하여 달리 원고가 다투지 않고 있는바, 수급인인 원고는 W호의 도급인인 피고 C에 대하여 W호의 하자보수비 상당인 24,099,000원 상당의 손해를 배상할 의무가 있고, 도급인인 피고 C이 수급인인 원고에게 공용부분의 하자보수비에 관하여 이 사건 건축주들 사이의

지분으로서 1/8에 해당하는 하자보수비를 독자적으로 청구함에 대하여 달리 원고가 다투지 않고 있는바, 수급인인 원고는 도급인인 피고 C에게 1/8 지분에 상당하는 15,627,375원(= 125,019,000원 × 1/8) 상당의 하자보수에 갈음하는 손해를 배상할 의무가 있다. 결국 피고 C의 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상액은 39,726,375원(= 15,627,375원 + 24,099,000원)인바, 그 중 피고 C이 구하는 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 14,108,125원과 원고의 피고 C에 대한 공사대금채권은 하자보수 청구 무렵 서로 상계적상에 있었다고 할 것이다. 피고 C의 상계의 의사표시가 담긴 2019. 11. 10.자 준비서면이 원고에게 도달한 사실은 이 법원에 현저한바, 이로써 위 두 채권은 상계적상시로 소급하여 대등액에서 소멸하였다. 피고 C의 상계 항변은 이유 있고, 원고의 피고 C에 대한 공사대금채권액은 12,896,218원이 남는다(= 27,004,343원 - 14,108,125원).

바. 소결론

결국 원고에게, 미지급 공사대금으로 피고 B은 17,744,343원, 피고 C은 12,896,218원을 각 지급할 의무가 있다(원고는 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 지연손해금의 지급을 구하나, 공사대금채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 동시이행관계에 있고, 이들 채권이 동시이행관계에 있는 금액 범위 내에서는 상호 지체책임을 부담하지 않는데, 아래 반소청구에 관한 판단 부분에서 보는 바와 같이, 원고의 공사대금채권액보다 피고들의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권액이 더 크므로 공사대금채권에 대하여는 지체책임을 부담하지 아니한다. 따라서 원고의 지연손해금 청구 부분은 이유 없다).

3. 반소청구에 관한 판단

가. 피고 B의 청구에 관한 판단

1) 구상금 청구에 관한 판단 살피건대, 을 제12, 22 내지 24호증의 각 기재에 의하면, 피고 B이 이 사건 공사에서 발생한 하자를 보수하기 위하여 원고 대신 에어컨 실외기 교체비용, 우수관 폐쇄로 인한 Q호 거실 도배 비용 등으로 9,000,000원을 지급한 사실이 각 인정된다. 원고는 피고 B에게 위 금원 합계 9,000,000원 상당 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(피고 B은 나아가 추가로 371,339원의 구상금도 구하고 있으나, 위 금원 상당은 앞서 본 바와 같이 상계로

소멸하였으므로 이 부분 주장은 이유 없다).

2) 하자보수에 갈음하는 손해배상 청구에 관한 판단 가) 감정인 X의 각 감정 결과, 제1심법원의 X에 대한 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 공사로 인하여 이 사건 건물의 공용부분과 전유부분에는 별지 '하자목록표' 기재와 같은 오시공, 부실시공, 미시공의 하자가 발생하였다. 그 중 공용부분의 하자보수비는 125,019,000원이고, 피고 B의 전유부분인 U호의 하자보수비는 6,472,000원인 사실이 인정된다.

나) 한편 원고는 아래 <표> '항목'란 기재 하자에 대하여 아래 <표> '주장의 요지'란 기재와 같이 하자에서 제외되거나 그 하자보수비가 감액되어야 한다고 주장하는바, 감정인 X의 각 감정 결과, 제1심법원의 X에 대한 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 그에 대한 판단은 아래 <표> '판단'란 기재와 같다.

1층 방수공사 하자	지하주차장 빗물 누수현상이 없고, 보수공사 자료가 신뢰성이 없다. 공사비도 과다계산되었다.	[배척: 하자 인정]감정인의 감정 결과에 의하면 피고 B이 일부 보수공사를 한 것으로 보이고, 달리 원고가 제출한 자료만으로 감정인의 감정 결과가 부당하다고 보기 어렵다.
지하주차장 도어 전기공사 하자	설계도면에 따른 시공으로 아니다.	[배척: 하자 인정]원고 주장을 인정할 증거가 없다. 달리 감정인의 감정결과를 배척하기 부족하다.
지하층 출입문 인터폰 파손	사용승인 당시 파손되지 않았다. 피고들의 사용상 부주의에 의해 파손된 것이다.	[배척 : 하자 인정]원고 주장을 인정할 증거가 없다. 달리 감정인의 감정결과를 배척하기 부족하다.
외벽 페인트 얼룩이 심함	피고 B의 방수공사 이전에 있었던 것이 아니다.	[배척 : 하자 인정]이 부분은 누수현상으로 인한 얼룩으로 보인다. 누수현상은 원고의 시공에 하자가 있어 발생한 것이다.
정문 출입구 통로의 천장 하자	인접지 주민의 민원으로 피고 B의 지시에 따라 대지 경계선에서 이격하여 시공한 것이다. 천정 넥산은 설계도에 없다.	[배척: 하자 인정]피고 B의 지시에 의해 이격해 시공한 것임은 원고가 입증해야 한다. 원고 주장을 인정할 증거가 없다. 원고 주장에 의하더라도 피고 B와 합의하여 원고가 넥산을 시공한 이상, 이 부분은 이 사건 도급계약에 따른 시공이다. 이 부분에 대하여 빗물처리 시공이 제대로 이뤄지지 않아 장애가 발생함이 인정된다.
정문 출입구 화단 위배수로 하자	설계도면에는 화단 윗부분을 비워 화단의 식물이 비를 맞도록 되어 있다. 나무데크 설치 후 배수로를 어디로 하는지는 설계도에 없다.	[배척 : 하자 인정]원고의 주장에 의하더라도 이 부분은 원고와 피고 B의 합의에 따라 나무데크를 시공한 것이다. 설계도에 없더라도 나무데크 부분 시공에 대한 계약이 성립했다. 그럼에도 불구하고 나무데크에서 배수된 물에 의하여 장애가 발생하였다. 하자에 해당한다.
주출입구 외벽이 찍혀 있음	이 사건 건축주들의 관리상 하자이다.	[배척 : 하자 인정]원고 주장을 인정할 증거가 없다. 외벽 도장재 피막 사이로 빗물이 스며들어 생긴 것으로 보인다. 하자에 해당한다.
1층 중앙 공용	피고 측이 지하층 누수에 따른 방수공사를 하면서 휴게실을	[배척: 하자 인정]원고 주장을 인정할 증거가 없다. 오히려 피고 B이 방수공사를 한 부분의 범위는 휴게실 부분과 무관하다고 보인다.

1층 방수공사 하자	지하주차장 빗물 누수현상이 없고, 보수공사 자료가 신뢰성이 없다. 공사비도 과다계산되었다.	[배척: 하자 인정]감정인의 감정 결과에 의하면 피고 B이 일부 보수공사를 한 것으로 보이고, 달리 원고가 제출한 자료만으로 감정인의 감정 결과가 부당하다고 보기 어렵다.
휴게실 배수 하자	재시공하여 배수 불량에 발생한 것이다.	
조경나무 상당부분 고사	피고 측이 지하층 누수에 따른 방수공사를 하면서 조경수를 다른 곳에 옮겨다가 재식재한 후 고사한 것이다.	[인정 : 하자 불인정]피고 측의 방수공사 과정에서 조경수가 다른 곳으로 옮겨진 후 재식재한 사실이 인정된다. 원고의 조경공사에 문제가 있어 발생한 하자라고 보기 부족하다.
주차장 부분에 존재하는 기타 하자	피고 측이 지하층 누수에 따른 방수공사를 하면서 발생한 것이다	[배척 : 하자 인정]바닥 에폭시 들뜸, 배관 노출은 1층 누수로 인한 것으로 보이고, 주차장 내부 외벽 도장재 들뜸 역시 지하층 누수로 인한 것이다. 원고의 시공으로 인한 하자이다.
기타공사	자재 품질이 저급임을 확인하지 않았다. 지붕의 경우 아연도 징크로 시공되었음을 현장조사시 확인하였다. 유리공사는 로이유리를 시공하였다.	[배척 : 하자 인정]감정인이 현장 조사에 따라 실제 시공된 상태를 적절하게 확인하여 판단한 것으로 보인다. 제공된 서류와 실제 시공된 자재가 다를 수 있다는 점을 감안하면, 갑 제11호증의 각 기재만으로는 감정인의 감정 결과를 배척하기 부족하다.

다) 피고 B은 수급인인 원고에게 전유부분인 U호의 하자보수비를 도급인의 지위에서 독자적으로 청구함에 대하여 달리 원고가 다투지 않고 있는바, 수급인인 원고는 U호의 도급인인 피고 B에 대하여 U호의 하자보수비 상당인 6,472,000원 상당의 하자보수에 갈음하는 손해를 배상할 의무가 있다.

또한 도급인인 피고 B이 수급인인 원고에게 공용부분의 하자보수비에 관하여 이 사건 건축주들 사이의 피고 B의 지분으로서 1/8 상당에 해당하는 하자보수비를 독자적으로 청구함에 대하여 달리 원고가 다투고 있지 않은바, 수급인인 원고는 도급인인 피고 B에게 1/8 지분에 상당하는 15,627,375원(= 125,019,000원 × 1/8) 상당의 하자보수에 갈음하는 손해를 배상할 의무가 있다.

라) 나아가 피고 B은 P호, Q호의 구분소유자의 지위에서 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제9조에 따라 시공자인 원고에게 대하여 P호, Q호의 전유부분에 대한 하자보수비와 공용부분에 대한 하자보수비의 일부에 상당하는 53,270,750원 상당의 하자보수에 갈음하는 손해배상을 구하고 있으나, 집합건물법 제9조 제1항은 분양자와 시공자는 구분소유자에 대하여 하자보수에 갈음하는 손해배상책임을 담보책임으로 지도록 하되, 같은 조 제2항은 시공자의 경우 하자보수에 갈음하는 손해배상책임을 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력

또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지도록 하고 있는바, 원고는 P호, Q호의 구분소유자인 피고 B에 대하여 집합건물법상 시공자의 지위에 있다고 봄이 상당하고, 피고들이 제출한 증거들만으로는 P호, Q호의 분양자들인 이 사건 건축주들에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없는바, 이 부분에 대한 피고 B의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

마) 결국 원고는 피고 B에 대하여 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 22,099,375원(= 6,472,000원 + 15,627,375원)을 지급할 의무가 있다.

3) 이 사건 별도 확장공사 계약 관련 부당이득반환 청구에 관한 판단 피고 B은 이 사건 별도 확장공사 계약 관련 미시공 부분에 대하여 290,000원 상당의 부당이득반환 내지 원상회복을 구하고 있다.

앞서 거시한 증거 및 을 제27호증의 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 B은 이 사건 별도 확장공사 계약에 따라 원고에게 10,000,000원을 지급한 사실, 원고가 이 사건 별도 확장공사의 거의 대부분을 하지 않고 공사를 중단했고, 피고 B은 2019. 9. 24.경 타 회사(주식회사 Y)와 W호의 확장공사를 도급하는 계약을 체결한 사실이 인정되는바, 이 사건 별도 확장공사 계약은 그 무렵 묵시적으로 해제되었다고 봄이 상당하고, 비록 명확한 기성고를 산출할 수 있는 근거 자료는 부족하나(감정인의 감정결과는 단지 미시공 부분에 소요될 비용만을 구한 것이어서 그것만으로 기성고를 산정할 수 없다), 위 인정사실에 의하면 원고가 수행한 이 사건 별도 확장공사의 기성고에 따른 공사대금이 피고 B이 인정하는 9,710,000원보다 적을 것임은 명백하다고 보이므로, 원고는 피고 B에게 피고 B이 구하는 290,000원 상당을 원상회복으로 반환할 의무가 있다.

4) 이 사건 별도 확장공사 계약 관련 손해배상청구에 관한 판단 피고 B은 원고에 대하여 원고가 미시공한 부분을 시공하는데 필요한 비용이 15,290,000원이고, 원고가 공사를 중단함으로써 피고 B이 다른 업자에게 공사를 맡겨 소요된 비용이 18,923,100원이므로 원고는 피고 B에게 그 차액 상당인 3,663,100원을 배상하여야 한다고 주장한다.

살피건대, 감정인의 감정 결과는 단지 미시공 부분에 소요될 실제 공사비를 감정한 것에 불과하고, 원고의 공사 중단으로 증가한 비용을 계산하기 위해서는 원고가 시공한 부분의 기성고를 산정하고, 이를 적용하여 이 사건 별도 확장공사 계약에서 정한 계약금을 기준으로 하여 미시공 부분에 대한

비용이 어느 정도인지를 산정한 다음, 이 비용에 비하여 다른 업자에게 미시공 부분에 대한 공사를 맡겨 소요된 비용이 어느 정도 증가했는지를 따져야 할 것이나, 이에 대한 증거가 없고, 오히려 감정인의 감정 결과에 의하면 이 사건 별도 확장공사 계약에 따른 공사가 거의 이루어지지 않았으므로 미시공 부분에 소요되는 비용은 계약금을 기준으로 할 때 18,923,100원을 초과할 수도 있었다고 보이는바, 피고 B의 이 부분 주장은 이유 없다.

5) 소결론 결국 원고는 피고 B에게 31,389,375원(= 9,000,000원 + 22,099,375원 + 290,000원) 및 그 중 13,645,032원²⁾에 대하여 피고 B가 구하는 바에 따라 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날인 2020. 9. 22.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2021. 11. 5.까지는 민법이 정한 연 5%³⁾

그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고 C의 청구에 관한 판단

1) 살피건대, 앞서 인정한 바와 같이 피고 C의 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권액은 총 39,726,375원임이 인정되고, 피고 C의 상계 항변의 행사로 그 중 14,108,125원 상당이 소멸하였음은 앞서 본 바와 같으므로 피고 C의 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권액은 25,618,250원(= 39,726,375원 - 14,108,125원)이 남는다.

2) 따라서 원고는 피고 C에게 25,618,250원 및 그 중 12,722,032원⁴⁾에 대하여 피고 C가 구하는 바에 따라 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날인 2020. 9. 22.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2021. 11. 5.까지는 민법이 정한 연 5%⁵⁾, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 본소청구와 피고들의 원고에 대한 반소청구는 각 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 각 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것이다. 제1심판결 중

본소에 대한 부분은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하나 원고만이 항소한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 제1심판결 중 본소에 대한 부분을 항소인인 원고에게 불이익하게 변경할 수 없으므로, 원고의 본소에 대한 항소를 기각하기로만 하고, 제1심판결 중 반소에 대한 부분은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 반소에 대한 항소를 일부 받아들여 제1심판결 중 반소에 대한 부분을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사주채광

판사석준협

판사권양희

별지

- 1) 이 추가 특약사항에는 '5)항'이 존재하지 않는다.
- 2) 앞서 본 바와 같이 원고의 공사대금채권액에 상응하는 피고들의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 권능이 있는바, 동시이행관계에 있는 부분을 제외한 나머지 부분인 13,645,032원(= 31,389,375원 - 원고의 피고 B에 대한 공사대금채권액 17,744,343원)에 대하여만 지연손해금 책임이 인정된다.
- 3) 상법상 연 6%를 적용하여야 할 것이나, 원고만이 항소한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 민법이 정한 연 5%를 적용한다.
- 4) 앞서 본 바와 같이 원고의 공사대금채권액에 상응하는 피고들의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 권능이 있는바, 동시이행관계에 있는 부분을 제외한 나머지 부분인 12,722,032원(= 25,618,250원 - 원고의 피고 C에 대한 공사대금채권액 12,896,218원)에 대하여만 지연손해금 책임이 인정된다.
- 5) 상법상 연 6%를 적용하여야 할 것이나, 원고만이 항소한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 민법이 정한 연 5%를 적용한다.