

서울고등법원 2022. 2. 16 선고 2020나2024388(본소), 2020나2024395(반소) 판결 [공사대금
및 사해행위취소 · 공사지체상금]

재판경과

서울고등법원 2022. 2. 16 선고 2020나2024388(본소), 2020나2024395(반소) 판결
의정부지방법원 2020. 6. 10 선고 2018가합54576 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인주식회사 A

피고(반소원고), 항소인B

소송대리인 법무법인 로우

담당변호사 송민재

변론 종결 2022. 1. 19.

판결 선고 2022. 2. 16.

제1심판결의정부지방법원 2020. 6. 10. 선고 2018가합54576(본소), 2018가합1725(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결 중 본소에 관한 피고(반소원고) 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고(반소피고)의 본소청구를 기각한다.
2. 제1심판결 중 반소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 피고(반소원고) 패소부분을 취소한다.

- 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 55,990,041원 및 이에 대하여 2020. 8. 5.부터 2022. 2. 16.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 피고(반소원고)의 나머지 항소를 기각한다.
4. 소송총비용은 본소, 반소를 통틀어 그 중 70%는 원고(반소피고)가 부담하고, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
5. 제2항의 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 제1심 공동피고 C(이하 'C'라 한다)와 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 350,912,577원 및 이에 대하여 2017. 5. 17.부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%¹⁾의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소

원고는 피고에게 139,321,944원 및 이에 대하여 반소장 부분 송달 다음날부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 본소

제1심판결 중 본소에 관한 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 본소청구를 기각한다.

나. 반소

제1심판결 중 반소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 피고 패소부분을 취소한다.
원고는 피고에게 139,321,944원 및 이에 대하여 이 사건 항소장 부분 송달 다음날부터 항소심 판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2016. 2. 4. 피고로부터 의정부시 F(이하 '이 사건 부지'라 한다) 지상에 다세대주택 및 오피스텔(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 다음과 같은 내용으로 도급받는 공사계약을 체결하였다(이하 '이 사건 공사계약'이라 한다).2)

[민간건설공사 표준도급계약서(갑 제2호증)]

- 착공년월일: 건축허가 완료 후 10일 이내
- 준공예정일: 착공 후 240일
- 도급금액: 1,400,000,000원, 계약금액 140,000,000원(각 부가가치세 별도)
- 지체상금율: 1/1000(1일당), 대가지급 지연이자율: 1/1000(1일당)
- 준공이란 준공시 필요한 서류를 도급인이나 건축설계사에게 양도한 날을 준공일로 적용한다.

[특약사항]

1. 도급금액 1,400,000,000원의 산출근거는 다음과 같고, 지상층 면적은 변경이 없는 것으로 하고, 추후 지하층 면적에 변경이 있을 시에는 다음의 평당 공사비에 따라 증감을 인정한다.

$(324\text{평} \times 330\text{만 원}) + (70\text{평} \times 165\text{만원}) + (121\text{평} \times 180\text{만 원}) = 1,402,500,000\text{원}$

- 건축허가면적: 평당 330만 원, 확장형 발코니 면적: 평당 165만 원, 지하 계단실을 제외한 면적: 평당 180만 원

4. 지하층 터파기는 일반 토사기준이며, 암 발생시 추가 공사비는 협의하여 결정한다.

[이 사건 공사계약에 첨부된 '민간건설공사 표준도급계약 일반조건']

제2조(공사기간)

- ① 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.
- ③ 준공일은 도급인이 준공에 필요한 요건을 갖춰 준공 시 필요서류를 수급인이나 설계사에게 전달 시점으로 한다.

제6조(공사예정공정표와 공사비 산출 내역서)

- ① 수급인은 계약체결 후 착공신고서 제출 시까지 설계도서(설계도면, 공사시방서 등 건축법 제2조 제14호의 규정에 의한 설계도서와 현장설명서를 말한다)를 기초로 작성한 공사예정 공정표와 공사비 산출 내역서를 도급인에게 제출한다(단, 계약체결시 산출내역서를 제출하고 계약금액을 정한 경우에는 제외한다).

제13조(공사기간의 연장)

- ① 도급인의 책임 있는 사유 또는 천재지변(호우 및 태풍·영하 5℃ 이하 날씨 등), 불가항력의 사태 등 수급인의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 지체일수를 적용치 않으며, 도급인은 그 지체일수만큼 공제하여 준다.

제16조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)

- ① 설계서의 내용이 공사현장의 상태와 일치하지 않거나 불분명, 누락, 오류가 있을 때 또는 시공에 관하여 예기하지 못한 상태가 발생되거나 사업계획의 변경 등으로 인하여 추가 시설물이 설치에 필요한 때에는 도급인은 설계를 변경하여야 한다.
- ② 제1항의 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 다음 각 호의 기준에 의하여 계약금액을 조정하며, 필요한 경우 공사기간을 연장하거나 단축한다.
 - ① 증감된 공사의 단가는 제6조의 규정에 의한 공사가격 내역서상의 단가를 기준으로 한다.
 - ④ 공사가격 내역서에 포함되어 있지 아니한 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가로 한다.
- ③ 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤 등은 산출 내역서상의 율을 적용한다.

제18조(기타 계약내용의 변동으로 인한 계약금액의 조정)

① 제16조 및 제17조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정)에 의한 경우 이외에 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정하며, 이 경우 제15조 제2항과 제16조 제2항을 적용한다.

제21조(준공)

⑥ 준공일은 수급인이 준공에 필요한 요건을 갖추어 준공 시 필요서류를 도급인이나 건축 설계사에게 양도한 날을 준공일로 적용한다.

제22조(대가지급)

① 수급인은 준공검사에 합격한 후 즉시 잉여자재, 폐기물, 가설물 등을 철거, 반출하는 등 공사현장을 정리하고 공사대금의 지급을 도급인에게 청구할 수 있다.

② 도급인은 특약이 없는 한 계약의 목적물을 인도받음과 동시에 수급인에게 공사대금을 지급하여야 한다.

제31조(특약사항) 기타 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 도급인과 수급인이 합의하여 별도의 특약을 정할 수 있다.

나. 피고는 2016. 2. 5. C와 이 사건 부지를 공동 소유로 이전하여 이 사건 건물을 신축·분양하는 내용의 동업계약서를 작성하였고, C를 건축주로 하여 2016. 5. 26. 이 사건 공사에 관한 건축허가를 받았다.

다. 원고는 이 사건 건물을 완공하여 2017. 4. 21. 피고 측에 사용승인에 필요한 서류를 교부하였고, 2017. 5. 16. 이 사건 건물에 사용승인이 내려졌다.

라. 한편, 원고는 이 사건 공사 외에 이 사건 건물의 주차기 및 승강기공사, 금융기관 예치금 대납비용 등으로 159,683,830원을 지출하였다.

마. 피고와 C는 2017. 9. 12.경까지 원고에게 공사대금으로 1,582,076,000원을 지급하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4, 5, 6, 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고 피고는 원고에게 아래 ① 내지 ④의 각 금액을 더한 1,932,988,577원에서 원고가 피고 측으로부터 지급받은 1,582,076,000원을 공제한 잔여 공사대금 350,912,577원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

① 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 1,497,328,000원(부가가치세 포함, 이하 같다)

② 원고와 피고의 별도 약정에 따른 주차기·승강기공사비 및 금융기관 예치금 대납비용 159,683,830원

③ 원고와 피고가 2016. 10. 18.자 건축주 회의록(이하 '이 사건 회의록'이라 한다)을 통해 증액하기로 한 지하층공사비 증가액 271,060,336원

④ 지하층 골조공사에 사용된 철근 105톤의 자재비 중 원고의 착오로 이 사건 회의록에서 누락된 4,916,411원

2) 피고 가) 원고 주장의 공사대금 중 ②의 159,683,830원은 인정한다. 그러나 이 사건 공사계약에서 추후 공사면적이 변경될 경우 그 비율에 따른 공사비를 증감하기로 하였는바, ①의 1,497,328,000원에서 공사면적 감소비율에 해당하는 65,277,000원(= 지상층 면적감소에 따른 감소 환산액 20,691,000원 + 지하층 면적감소에 따른 감소 환산액 44,586,000원)은 제외되어야 한다. ③, ④는 별도의 공사비 증액약정이 없었으므로 공사대금에 포함될 수 없고, 이 사건 회의록은 원고의 내부 자료에 불과하고 피고가 위 회의록에 기재된 ③ 부분 공사비를 추가 지급하겠다는 의사로 서명한 것이 아니다.

결국 이 사건 공사계약에 따른 원고의 잔여 공사대금채권액은 9,658,830원[= (①의 1,497,328,000원 - 65,277,000원) + ②의 159,683,830원 - 기지급 공사대금 1,582,076,000원]에 불과하다.

나) 한편 원고는 2016. 5. 5. 이 사건 공사에 착공하였고, 그로부터 240일이 지난 2016. 12. 30.까지 이 사건 공사를 마치고 사용승인을 받아야 함에도 그로부터 137일이 경과한 2017. 5. 16.에서야 사용승인을 받았다. 위 137일에서 강수 또는 추위로 공사 진행이 어려웠다는 원고의 주장이 받아들여지더라도 그 공제일수는 18일에 불과하므로 최소 119일에 관한 지체상금이 발생하는데, 피고의 지체상금채권 166,600,000원(= 이 사건 공사계약상 공사대금

1,400,000,000원 × 지체상금율 1/1,000 × 119일)을 자동채권으로 하여 원고의 잔여 공사대금채권과 대등액에서 상계하면 원고의 공사대금채권은 더 이상 존재하지 아니한다.

나. 판단

1) 이 사건 공사에 따른 잔여 공사대금 가) 공사면적 감소로 인한 공사대금 감액 여부

이 사건 공사계약의 특약사항에서 '지상층 면적은 변경이 없는 것으로 하고, 지하층에 관한 공사대금은 평당 1,800,000원으로 하되, 지하층 면적이 변경될 경우 그에 따른 공사비 증감을 인정한다'고 정한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제2, 6, 33호증의 각 기재에 의하면 이 사건 건물 중 지하 1, 2층의 공사면적은 당초의 400.150m²(121평, 평 단위로 환산시 소수점 아래 버림, 이하 같다)3) 에서 318.24m²(96평)4) 으로 감소하였고, 이에 따른 공사비 차액은 45,000,000원[= (121평 × 1,800,000원) - (96평 × 1,800,000원)]인 사실이 인정되므로, 위 범위 내에서 피고가 주장하는 지하층의 공사비 감소액인 44,586,000원은 이 사건 공사계약에서 정한 공사대금에서 감액되어야 한다.

이에 대해 원고는 실제 지하층의 시공면적에는 변동이 없고, 다만 건축물대장에는 주차장, 엘리베이터 등을 제외한 면적이 기재되기 때문에 공사면적이 감소된 것처럼 보이는 것에 불과하다고 주장하나, 원고가 제출한 건축허가 설계도면(갑 제33호증의 3)에 의하더라도 지하 1, 2층의 면적은 주차장, 계단, 복도, 엘리베이터홀 등을 모두 포함하여 318.24m²(96평)로 건축물대장상에 기재된 면적과 같은 사실이 인정되고, 이 사건 공사계약서상의 지하층 면적이 위 설계도면 및 건축물대장과는 별도의 다른 기준으로 산출된 수치라고 볼 근거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

한편 피고는 지하층 외에 지상 1 내지 6층의 공사면적 감소 부분에 관해서도 공사비를 감액해야 한다고 주장하나, 이 사건 공사계약의 특약사항에는 '지상층 면적은 변경이 없는 것으로 한다'고 명시되어 있는바, 이는 지상층의 경우에는 실제 공사면적이 달라지더라도 당초 합의한 금액으로 공사대금을 유지한다는 취지로 해석되므로, 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나) 별도 약정으로 인한 공사대금 증액 여부

(1) 이 사건 회의록상 지하층공사비 증가액 271,060,336원

(가) 갑 제3호증의 기재와 당심 증인 T의 증언에 의하면, 원고가 2016. 10. 18. 다음과 같은 내용이

포함된 이 사건 회의록을 작성하였고, 피고가 이 사건 회의록의 참석자란에 서명한 사실은 인정된다.

건축주회의록(갑 제3호증)

1. 외장재료를 4. 8. 결정한 상부 이미지에서 하부 이미지의 자재로 변경하고, 공사비가 추가되는 부분은 추가 정산하기로 한다. [별첨 : 이미지(변경 전, 변경 후)]

2. 지하층공사와 소방공사의 증감 부분은 추후 정산하기로 한다.

- 지하층 투입금액

· 토목공사 250,000,000원 : 사토반출 40km 미적용

· 골조공사 112,000,000원 : 형틀자재 + 노임

· 철근자재(105톤) 53,195,510원: J + K

· 레미콘자재(732m²) 46,045,600원: L

· 지하1층 보변경 10,000,000원 : 장비 + 인건비

소계 471,241,110원

- 증감액

지하층 계약금액 217,800,000원, 투입금액 471,241,110원, 증감액 253,441,110원

(지하층 계약금액: 121평 × 180만 원)

- 상기 투입정산 금액은 지하층 마감공사비 별도 금액임

- 별첨: 건설공사하도급계약서(M), 기성내역서, 세금계산서 등

(나) 그러나 앞서 든 증거들과 갑 제26, 27, 28호증, 을가 제14 내지 19호증의 각 기재, 당심 증인 T의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정에 비추어 보면, 2016. 10. 18. 원고와 피고 사이에서 이 사건 회의록이 작성되었다는 사실만으로 이 사건 공사의 지하층공사비를 253,441,110원 증액하기로 하는 확정적 합의가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 수 있는 뚜렷한 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 이 사건 회의록 작성일인 2016. 10. 18. 의정부시 U 소재 V부동산 사무실에서 원고의 전무이사 R, 이사 S, 현장소장 T과 피고가 이 사건 건물의 외벽 마감재료 변경과 지하층공사, 소방공사비의 증감에 관하여 회의를 하였고, 그 결과를 기재한 이 사건 회의록을 작성한 후 회의참석자가 이에

서명하였다.

② 그런데 지하층공사의 증감에 관련하여 이 사건 회의록에는 "지하층공사와 소방공사의 증감부분은 추후 정산하기로 한다."고 기재되어 있고, 그 아래에 지하층공사에 관한 피고의 투입액이 토목공사, 골조공사, 철근자재, 레미콘자재 등으로 구분하여 기재되어 있으며, 그 합계액 471,241,110원에서 이 사건 공사계약에서 정한 지하층 계약금액 217,800,000원을 공제한 253,441,110원이 지하층 증감액으로 기재되어 있을 뿐이다. 위와 같이 이 사건 회의록에는 지하층공사와 관련하여 피고가 주장하는 투입비용이 항목별로 정리되어 있을 뿐 원, 피고 사이에 피고의 투입비용을 지하층공사비로 증액한다는 취지의 기재는 없고, 지하층공사비의 증감부분을 추후 정산하기로 합의한 사실이 적시되어 있다. 따라서 이 사건 회의록만으로 지하층공사비를 위 회의록에 기재된 지하층공사비 증감액만큼 증액하기로 합의하였다고 보기 어렵다.

③ 이 사건 건물이 완공되고 사용승인 된 이후인 2017. 5. 19. 원고 회의실에서 원고측 R, S, T 등과 피고의 직원 W가 이 사건 건물의 준공 및 취득세 신고와 관련한 회의를 하고, 그 결과를 기재한 건축주회의록(을가 제14호증의 1, 이하 '2017. 5. 19.자 회의록'이라 한다)을 작성하였는데, 2017. 5. 19.자 회의록에는 "5월 19일자 정산내역의 토목, 골조 추가공사대금 문제는 원고, 피고, C의 삼자 협의 결정사항에 따르기로 한다."고 기재되어 있다. 그런데 2017. 5. 19.자 회의록에 첨부된 2017. 5. 19.자 정산내역서(을가 제14호증의 2)에는 원고, 피고, C가 추후 협의하여 결정해야 할 토목, 골조 공사금액이 253,441,110원(부가가치세 제외)으로 기재되어 있다. 위와 같은 2017. 5. 19.자 회의록의 기재에 따르면 이 사건 건물의 공사가 완료된 이후까지도 지하층공사비 증액에 관하여 원, 피고 사이에 합의가 이루어지지 아니한 것으로 보인다.

④ 원고는 2018. 7. 19. 원고의 대표이사 X와 피고 사이의 통화내용을 녹음한 녹취록(갑 제26호증)을 근거로 피고가 지하층공사 투입금액 전액을 지급하겠다는 취지로 이야기하여 왔다고 주장하나, 위 녹취록에 의하면, 피고는 이 사건 건물을 신축·분양사업을 통해 이익이 발생할 경우 원고가 지출한 지하층공사 투입금액을 일부 보전해주겠다는 취지로 말한 사실이 인정될 뿐이다. 따라서 위 녹취록의 기재만으로 피고가 원고의 주장과 같이 지하층공사 투입금액 전액을 지급하겠다고 약정하였다고 볼 수 없다.

⑤ 원고의 현장소장 T은 당심에서 '이 사건 공사계약 체결 직후 원고의 Y 회장에게 공사대금 14억 원으로 공사를 수행하기 힘들다고 이야기하였으나, Y이 공사대금 문제는 피고와 이야기해 볼 테니 일단 공사를 진행하라고 지시하였다. 지하층공사와 관련하여 설계도면대로 시공하였고, 별도 추가공사는 없었다'는 취지로 증언하였고, 원고의 하수급업체로 토목공사, 골조공사를 수행한 M 주식회사, Z 주식회사도 지하층공사에 관한 계약변경 없이 당초 원고와 체결한 하도급계약대로 공사를 수행하였다.

이상의 점에 미루어 보면, 지하층공사 중에 설계도면과 현장상황의 차이, 설계변경 등 이 사건 공사계약에서 정한 계약금액 조정사유가 발생하지 않았으나, 원고가 공사계약 당시 낮게 산정된 지하층공사비로 인한 손실을 피하기 위해 지하층공사비의 증액을 요구하였다가 이 사건 공사계약에서 정한 계약금액 조정사유가 발생하지 않았다는 피고와의 견해 차이로 합의에 이르지 못한 것으로 보인다.

⑥ 한편 원고는 2017. 5. 16. 피고를 공급받는 자로 하여 공급가액을 211,005,220원, 34,368,599원으로 한 세금계산서를 발행함으로써 이 사건 공사와 관련하여 공급가액 기준 1,704,000,000원의 세금계산서를 발행하였다. 원고는 위와 같은 세금계산서 발행액에 비추어 볼 때 원, 피고 사이에 지하층공사비 증감액 253,441,110원(부가가치세 제외)을 이 사건 공사금액에 포함하기로 합의하였다고 주장한다.

그러나 피고는 2016. 5. 18. AA은행으로부터 부족한 공사대금 등을 조달할 목적으로 이 사건 공사대금을 실제 계약금액보다 많은 16억 원으로 하여 원고의 연대보증 아래 위 돈을 대출받았다. AA은행으로부터 받은 공사비 대출금액과 '2017. 5. 19. 정산내역은 AA은행의 대출신고 도급가액이 16억 원으로 책정되어 빌라 신축의 부가세 안분내역으로 변경이 불가하다'는 취지의 2017. 5. 19.자 회의록의 기재내용 등에 비추어 볼 때, 공사비 대출금 16억 원에 맞추기 위하여 2017. 5. 16. 위 각 세금계산서를 허위 발행하였다는 피고 주장이 설득력 있다.

따라서 2017. 5. 16.자 세금계산서 발행경위가 피고 주장과 같다면 이 사건 공사계약에서 정한 공사대금보다 다액의 세금계산서가 발행되었다는 사정만으로는 피고가 지하층공사비로 253,441,110원을 추가 지급하기로 합의하였다고 단정할 수 없다.

(2) 지하층 골조공사에 사용된 철근 자재비 4,916,441원

원고는 자신과 피고 사이에 이 사건 공사계약의 공사대금을 증액하기로 하는 합의가 있었음을 전제로, 이 사건 회의록에서 누락된 철근 자재비 4,916,441원의 지급을 구하나, 앞서 본 바와 같이 원고와 피고 사이에 이 사건 공사계약의 공사대금을 증액하기로 하는 합의가 있었다고 보기 어렵고, 달리 원고와 피고 사이에 위 철근 자재비를 추가 지급하기로 합의하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다) 소결론

그러므로 피고는 원고에게 특별한 사정이 없는 한 이 사건 공사에 따른 잔여 공사대금 30,349,830원(= 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 1,497,328,000원 - 지하층 공사면적 감소로 감액된 공사대금 44,586,000원 + 주차기·승강기 공사비 및 금융기관 예치금 대납비용 159,683,830원 - 변제된 공사대금 1,582,076,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 상계항변 가) 자동채권의 발생과 범위

(1) 지체상금 산정의 기초가 되는 공사대금

이 사건 공사계약에 따른 공사대금은 1,400,000,000원(부가가치세 제외)이나, 이 사건 공사계약의 특약사항에서 정한 바에 따라 지하층 공사면적 감소로 공사대금 44,586,000원이 감액되었음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 지체상금 산정의 기초가 되는 공사대금은 1,400,000,000원에서 지하층 공사면적 감소로 감액된 44,586,000원을 공제한 나머지 1,355,414,000원(= 1,400,000,000원 - 44,586,000원)이 된다.

(2) 지체상금의 시기

이 사건 공사계약에서 공사기간을 '착공일(건축허가 완료 후 10일 이내)'부터 '준공예정일(착공 후 240일)'까지로 정하였고, 2016. 5. 26. 이 사건 공사에 관한 건축허가를 받은 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제27호증의 기재에 변론 전체의 취지에 의하면, 원고는 2016. 5. 26. 이 사건 공사에 관한 건축허가를 받기 전부터 이 사건 공사를 진행하고 있었다.

살피건대 이 사건 공사계약서에서 규정하고 있는 '착공일(건축허가 완료 후 10일 이내)'은 그 문언상

공사기간을 착공일부터 기산하되, 착공을 건축허가일로부터 10일 이내에 하여야 한다는 의미로 보일뿐, 건축허가일로부터 10일간은 수급인인 원고의 지체책임을 묻는 기간에서 제외한다는 취지로 보이지 아니한다.

그러므로 건축허가 전에 이미 공사에 착수하였던 이 사건 공사의 경우 공사계약상 착공일은 건축허가일인 2016. 5. 16.이고, 그로부터 240일 후인 2017. 1. 20.을 공사기간의 만료일인 약정준공일로 봄이 상당하므로, 이 사건 공사에 관해 지체상금이 발생하는 지체일수의 시기는 위 약정준공일 다음날인 2017. 1. 21.이 된다.

이에 대해 피고는, 원고가 2016. 3. 23.부터 이 사건 공사를 진행하다 중단하였고 2016. 5. 5.부터 다시 공사를 재개하였다고 하면서 위 2016. 5. 5.을 이 사건 공사의 착공일로, 그로부터 240일 후인 2016. 12. 30.을 약정준공일로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 이 사건 공사계약에서 정한 착공일을 계약내용에서 배제하기로 하는 별도 합의가 있었다거나 착공일을 피고 주장의 2016. 5. 5.로 변경하였다는 점에 관하여 아무런 주장·증명이 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 지체상금의 종기

이 사건 공사계약서에서는 준공일을 '준공에 필요한 서류를 피고나 건축설계사에게 전달한 날을 준공일로 한다'고 규정하고 있고, 원고가 2017. 4. 21. 피고 측에 이 사건 건물의 준공에 필요한 서류를 전달한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 공사에 관한 지체일수의 종기는 2017. 4. 21.이 된다.

이에 대해 피고는 원고의 귀책사유로 인하여 이 사건 건물에 관한 사용승인이 늦어졌으므로 2017. 4. 21.부터 사용승인일인 2017. 5. 16.까지의 기간이 지체일수에 포함되어야 한다는 취지로 주장하나, 원고의 귀책사유로 이 사건 건물에 관한 사용승인이 늦어졌음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 지체일수 공제 주장에 관한 판단

이 사건 공사계약서에 '도급인의 책임 있는 사유 또는 천재지변(호우 및 태풍·영하 5℃ 이하 날씨 등), 불가항력의 사태 등 수급인의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 지체일수를 적용치 않으며, 도급인은 그 지체일수만큼 공제하여 준다(제13조 제1항)'는 조항(이하 '이 사건

면책조항'이라 한다)이 포함된 사실은 앞서 본 바와 같고, 천재지변이나 이에 준하는 경제사정의 급격한 변동 등 불가항력으로 인하여 목적물의 준공이 지연된 경우에는 수급인은 지체상금을 지급할 의무가 없다고 할 것이지만, 일반적으로 수급인이 공사도급계약상 공사기간을 약정함에 있어서는 통상 비가 와서 정상적으로 작업을 하지 못하는 등 날씨로 인한 변수까지 감안하고 이를 계약에 반영하는 점 등에 비추어 볼 때(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조), 이 사건 면책조항의 의미는 '공사기간 내에 공사 진행을 도저히 할 수 없는 천재지변에 준하는 불가항력적인 이상 강우나 폭한, 이 사건 공사계약 체결 당시로서는 예상할 수 없었던 도급인이 유발한 사정 등으로 인하여 공사가 지연된 경우에 한해 지체상금의 면책사유로 한다'는 의미라고 봄이 상당하다.

그런데 이 사건 공사계약 체결 당시 공사기간에 여름철이 끼어 있어 일정한 강우를 충분히 예상할 수 있었던 점, 이 사건 면책조항에서 천재지변의 예 중 하나로 '영하 5℃ 이하 날씨'를 든 부분을 원고의 주장대로 '하루 중 최저기온이 영하 5℃ 이하'인 날을 모두 지체일수에서 공제하는 취지로 해석하기는 어려운 점(이 사건 공사가 진행된 321일 중 '하루 중 최저기온이 영하 5℃ 이하'인 날은 71일에 달한다) 등을 고려할 때, 갑 제17, 18호증의 각 기재만으로는 이 사건 공사계약의 공사기간 내에 공사 진행을 도저히 할 수 없는 천재지변에 준하는 불가항력적인 이상 강우나 폭한이 있었음을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(다만 강우나 추위로 이 사건 공사가 어느 정도는 지연되었을 것으로 보이므로, 지체상금의 감액에서 이를 반영한다).

또한 원고는 사토 반출거리 증가, 토목공사의 공법 변경, 지하 1층 보 두께의 변경 등 피고의 귀책사유로 인하여 공사가 지체되었으므로, 이로 인하여 지체된 기간 동안은 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장하나, 원고가 공사 지체사유로 내세우는 위 사유들이 오로지 도급인인 피고의 귀책사유에 해당한다거나 이로 인하여 이 사건 공사가 지체되었다는 점을 인정할 수 있는 증거가 없으므로, 원고의 주장도 받아들일 수 없다.

(5) 지체상금의 산정 및 감액

결국 이 사건 공사에 관해 지체상금이 발생하는 지체일수는 2017. 1. 21.부터 2017. 4. 21.까지 91일이므로, 이 사건 공사 지연에 따른 지체상금액은 123,342,674원(= 1,355,414,000원 × 지체상금률 1/1,000 × 91일)이 된다.

다만, 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 등 참조), 갑 제17, 18호증의 각 기재에 의하면 이 사건 공사가 진행된 기간 중 최저기온이 -10℃ 이하로 내려간 날이 23일, 30mm 이상의 비가 내린 날이 6일인 사실이 인정되어 이로 인해 공사의 진행에 어느 정도 방해를 받았을 것으로 보이고, 기타 이 사건 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 보면 위에서 인정한 지체상금은 부당히 과다하다고 판단되므로, 그 70%에 해당하는 86,339,871원(= 123,342,674원 × 70%, 원 단위 미만 버림)으로 감액한다.

나) 상계적상 및 상계의 의사표시

상계의 자동채권인 피고의 지체상금채권은 그 성질상 이행기의 정함이 없는 채권으로서 성립과 동시에 이행을 청구할 수 있는바, 지체상금의 종기인 2017. 4. 21. 그 이행기가 도래하였고, 수동채권인 원고의 잔여 공사대금채권은 늦어도 이 사건 건물의 사용승인일인 2017. 5. 16.5) 경에는 그 이행기가 도래하였다고 할 것이므로, 위 각 채권은 2017. 5. 16.경에 상계적상에 있었다 할 것이다. 한편, 위 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사표시가 기재된 피고의 반소장이 2018. 11. 20. 원고에게 도달한 사실은 기록상 명백하므로, 원고의 잔여 공사대금채권은 위 상계적상일에 소급하여 피고의 지체상금채권과 대등액 범위에서 모두 소멸하였다.6) 3) 소결론 결국 원고의 잔여 공사대금채권은 모두 소멸하였고, 피고의 지체상금채권은 55,990,041원(= 지체상금채권 86,339,871원 - 잔여 공사대금채권 30,349,830원)이 남게 되었다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 피고의 주장

피고의 지체상금채권 166,600,000원(= 이 사건 공사계약에서 정한 공사대금 1,400,000,000원 × 지체상금률 1/1,000 × 119일)을 자동채권으로 하여 원고의 잔여 공사대금채권 27,278,056원7) 과 대등액에서 상계하고 남은 지체상금인 139,321,944원(= 166,600,000원 - 27,278,056원) 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

나. 판단

피고가 원고에 대하여 원고의 공사대금채권과 상계하고 남은 55,990,041원의 지체상금채권을 갖고 있음은 앞서 본 바와 같다.

따라서 원고는 피고에게 잔존 지체상금 55,990,041원 및 이에 대하여 피고가 구하는 바에 따라 이 사건 항소장 부분 송달 다음날인 2020. 8. 5.부터 원고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2022. 2. 16.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.

4. 결론

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 없어 기각하고, 피고의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하며, 나머지 반소청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결 중 이와 결론을 달리한 부분은 부당하므로 피고의 항소를 일부 받아들여, 제1심판결 중 본소에 관한 피고 패소부분을 취소하고 그 취소부분에 해당하는 원고의 본소청구를 기각하며, 반소에 관하여 위에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 피고 패소부분을 취소하고 피고에게 위 돈의 지급을 명하며, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박영주

판사김형배

판사김종기

1) 원고는 2020. 3. 23.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에 피고와 C에 대하여 위 돈에 대한 2017. 5. 17.부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 구한다고 기재하였으나, 제1심판결 선고일이 2020. 6. 10.이므로 위 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 구하는 부분은 역수상 오기임이 명백하므로 이를 삭제하여 바로잡는다.

2) 이 사건 공사계약서상의 H 주식회사는 현재의 상호로 변경되기 전 원고의 상호이다.

3) 이 사건 공사계약서(갑 제2호증)에 첨부된 2015. 8.경 Q건축사사무소 작성의 설계개요상 지하 1,

2층 면적

4) 건축허가 설계도면(갑 제33호증의 3)상의 지하 1,2층 면적 및 집합건축물대장상 지하 1, 2층 건축면적

5) 이 사건 공사계약서에는 "원고는 준공검사에 합격한 후 공사현장을 정리하고 공사대금의 지급을 피고에게 청구할 수 있다. 피고는 특약이 없는 한 계약의 목적물을 인도받음과 동시에 수급인에게 공사대금을 지급하여야 한다(제22조 1, 2항)."고 정하고 있으나, 원고는 2017. 1. 30.경 이 사건 공사를 완성하여 이 사건 건물을 피고에게 인도하였다고 주장하면서도 잔여 공사대금채권에 대한 지연손해금이 사용승인일 다음날인 2017. 5. 17.부터 발생함을 전제로 하고 있고, 피고도 이를 다투지 아니하며 이에 관한 다른 주장·증명이 없으므로, 늦어도 위 사용승인일인 2017. 5. 16.경에는 잔여 공사대금채권의 이행기가 도래하였다고 봄이 상당하다.

6) 지체상금채권은 이행기의 정함이 없는 채권으로 피고가 이행을 청구하기까지는 지연손해금이 발생하지 않는데, 위 상계적상일까지 피고가 원고에게 그 이행을 청구하였음을 인정할 증거가 없으므로, 상계충당 문제는 발생하지 않는다.

7) 피고는, 제1심에서 원고의 잔여 공사대금채권이 27,278,056원임을 전제로 하여 반소로 139,321,944원의 지급을 구하였는데(피고의 2020. 3. 12.자 답변서 및 반소청구취지변경신청서 참조), 당심에서 원고의 잔여 공사대금채권이 9,658,830원이라고 주장하면서도(피고의 2020. 7. 15.자 항소이유서 참조) 반소 청구취지금액을 위 139,321,944원으로 유지하고 있다.