

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건 2019나27155 지체상금
원고, 피항소인 A
대구 동구
소송대리인 법무법인 ○○
담당변호사 ○○
소송복대리인 변호사 ○○

피고, 항소인 유한회사 B종합건설
전주시 완산구
대표이사 C
소송대리인 법무법인 ○○ 담당변호사 ○○
소송복대리인 변호사 ○○, ○○

제 1 심 판 결 대구지방법원 2019. 11. 15. 선고 2016가합688 판결
변 론 종 결 2021. 4. 21.
판 결 선 고 2021. 6. 2.

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
피고는 원고에게 142,450,000원 및 이에 대하여 2016. 3. 8.부터 2021. 6. 2.까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송 총비용은 각자 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 300,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2.항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다(제1심판결 중 제1심 공동피고 C, 주식회사 전주○○호텔, D에 대한 부분은 항소 없이 분리·확정되었다).

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2013. 4. 3. 제1심 선정자 C, D, 주식회사 전주○○호텔(변경 전 상호: 주식회사 ○○펠리스이다. 이하 '전주○○호텔'이라 한다), 피고(이하 제1심 선정자들과

피고를 통틀어 '피고 등'이라 한다)와 사이에, 아래와 같은 내용을 약정서를 작성하였고 (갑 제3호증 제4면), 위 약정서에 C는 약정인으로, 피고와 D, 전주◎◎호텔은 연대보증인으로 각 날인하였다.

약정서
약정인 : C (중략)
2013. 4. 3. 원고가 C에게 대여하는 금원 3억 원은 2013. 4. 18.까지 전액 상환하기로 한다.
2013. 4. 3.
연대보증으로서 약정인 D 약정인 전주◎◎호텔 약정인 피고
원고 귀하

나. 원고는 2014. 5. 9. 피고 등과 사이에, 아래와 같은 합의(갑 제3호증 제2, 3면, 이하 '도급전합의'라 한다)를 하였고, 그 합의서에 피고와 전주◎◎호텔은 각서인으로, C와 D은 연대보증인으로 각 날인하였으며, 위 가항 기재 약정서 사본을 '첨부 1'로 첨부하였다.

합의서
1. 첨부1의 약정서 사본과 같이 채무자 C[B종합건설]는 원고에게 채무 3억 원이 있음을 재차 확인합니다.
2. 채무를 변제하기 위하여 C[B종합건설]는 대표 소재지 전북 완주군 이서면 은교리 과 연접한 필지에 숙박시설(무인텔: 일명 드라이빙모텔)을 신축(객실 수 약 40실)하여,
3. 그중 첨부2의 지적도상 위치에 객실 약 20실(지적도상에 약식으로 토지 면적과 건물연면적 별도표기)의 건물을 2015. 2. 28.까지 준공하여 그 토지와 건물을 원고에게 인도하기로 양 당사자는 합의합니다.

4. 준공시 건물과 토목상태는 위 2조의 소재지에 건축되는 또다른 숙박시설(약칭 수협지점장 건물: 객실 20실)과 동일하게 건축하고,
5. 무인시스템(cctv 포함한 무인장비일절)공사와 인테리어를 마친 내장공사에 가구, 침구, 전자제품, 비품 등의 모든 것을 완비하여 원고에게 인도(턴키방식)한다.
6. 위 3,4,5조의 목적을 이루기 위하여 아래의 제비용을 지출하되, 4억 1,000만 원은 다음과 같이 원고가 처리하고 그 외의 금원은 위 3조의 건물과 토지를 원고가 은행에 담보로 제공하여 C[B종합건설]이 시설자금대출을 발생시켜 건축공사비로 총당하고 이자부분은 C[B종합건설]가 선지출 후 정산하기로 한다.

[다 음]

■ 4억 1,000만 원의 처리

- 1) 3억 원은 첨부1의 약정서 금액으로 상계 처리하고,
- 2) 8,800만 원은 토지계약금 및 중도금으로 원고가 기 지출하였고,
- 3) 나머지 2,200만 원은 원고가 지출할 금액임.
7. 이때 C[B종합건설]는 어떠한 경우에도 4억 1,000만 원과 위 6조의 담보물로 제공되는 부동산의 금원 외 추가의 금원을 원고에게 요구할 수 없다.
8. 모든 공사비용은 위 3조의 토지, 건물을 담보로 대출받은 금액에서 선지출하고, 후 서류 정산, 정리하기로 한다.
9. 공사계약서는 2014. 5. 20.까지 작성한다.
10. 본 합의사항에 각서된 부분의 이행이 지켜지지 않을 경우 아래 각서인 및 연대보증인들은 민형사상 책임을 지며 강제집행 등에 이의를 제기하지 않는다.

첨부1. 약정서 사본

2. 지적도(토지와 건물위치 및 토지연면적 약식 표기)

각서인 피고 (인), 전주○○호텔 (인)

연대보증인 C (인), D (인)

원고 귀하

다. 원고는 2014. 5. 16. 피고와 사이에, 원고가 피고에게 전북 완주군 이서면 은교리 ○○-3 토지, ○○-73 토지, ○○-74 토지(이하 통틀어 '이 사건 토지'라 한다)에 숙박시설(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 도급 주는 계약을 체결하였는데, 그 내용은 아래와 같다(갑 제2호증의 1).

민간건설공사 표준도급계약서

1. 공사명: 전북 완주군 이서면 은교리(○○-3, ○○-73, ○○-74필지 1/2) 숙박시설 신축 공사
2. 공사장소: 전북 완주군 이서면 은교리(○○-3, ○○-73, ○○-74)의 합필 후 1/2
3. 착공년월일: 2014. 6. 16.
4. 준공예정일: 2015. 2. 15.
5. 계약금액: 2,420,000,000원 (부가세 포함)
6. 계약보증금: 건설공제조합 계약이행보증서로 같음
7. 선금금: 계약금액에 20%를 현금지급하기로 함
8. 기성금: ○○수협 월기성대출로 지급하기로 함
11. 지체상금율: 일일당 도급금액의 1/1000
12. 대가지급 지연이자율: 일일당 도급금액의 1/1000
13. 기타사항: - 잔금지불: 유치권포기각서와 동시에 은행권 직불처리
- 공사중 변경 및 추가분: 확인서 첨부 공사금액 증가분 정산

라. 원고는 2014. 10. 2. 피고와 사이에, 위 다항 기재 도급계약을 아래와 같이 변경하는 계약(이하 변경 후의 도급계약을 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다(갑 제2호증의 3).

3. 착공년월일: 2014. 12. 11.
4. 준공예정일: 2015. 6. 10.
5. 계약금액: 2,035,000,000원 (부가세 포함)
7. 계약금: 계약금액의 20% 현금지급하기로 한다.
8. 기성금: 전북대학교 새마을금고 월기성대출로 지급하기로 한다.
13. 변경포함사항: - 특수한 기상이변시 준공예정일은 변동가능
- 설계 및 대관수수료 별도금액으로 한다.

마. 피고는 2014. 9. 24. 건축허가를 받은 후 공사를 진행하여(갑 제2호증의 2) 완공하였다. 원고는 2015. 9. 18. 이 사건 건물에 관한 사용승인을 받았고(을 제2호증), 2015. 9. 25. 원고 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다(갑 제1호증의 4). 피고는 2016. 1.

20. 내부집기 등을 완비하여 원고에게 이 사건 건물을 인도하였다(다툼 없는 사실).

바. 피고 등은 2016. 3. 10. 원고를 상대로 민사소송을 제기하였는데(이하 '선행소송'이라 한다), ㉠ 피고 등의 청구는, 원고와 피고 등 사이에 작성된 2014. 5. 9.자 금전소비대차계약 공정증서(○○종합법률사무소 증서 2014년 제567호, 을 제28호증)에 기한 원고의 강제집행을 불허한다는 것이고, ㉡ 피고의 청구는, 원고는 피고에게 이 사건 계약이 정한 공사대금 미지급액과 설계비·감리비 등 채권 합계 528,062,965원(=미지급 공사대금 417,213,389원 + 설계비·감리비 등 채권 110,849,576원)과 그 지연손해금을 지급하라는 것이다.

피고 등은 2017. 9. 29. 제1심에서 일부승소판결을 받고(전주지방법원 2016가합 713 판결, 갑 제5호증), 항소하여 2018. 12. 20. 일부승소판결을 받았으며[광주고등법원 (전주) 2017나12290 판결, 갑 제9호증], 2019. 4. 11. 상고기각 판결을 받아 위 항소심 판결이 확정되었다(이하 '선행소송 확정판결'이라 한다).

피고가 선행소송에서 주장한 청구의 원인은 '① 원고는 피고에 이 사건 공사를 2,035,000,000원에 도급 주었고, 피고가 납부한 부가가치세 199,724,012원을 환급받았으므로, 피고에게 지급하여야 하는 공사대금은 위 금액 합계인 2,196,964,132원 및 이에 대하여 2015. 9. 26.부터 약정지연이자율 연 36.5%로 계산한 지연손해금인데, 원고가 2014. 5. 9.부터 2016. 9. 28.까지 피고에게 지급한 합계 2,057,648,454원을 변제충당하면 미지급 공사대금 417,213,389원 및 이에 대한 2016. 9. 29.부터 갚는 날까지 연 36.5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, ② 피고는 원고를 대신하여 설계비, 감리비 등으로 110,849,576원을 지출하였으므로, 원고는 피고에게 110,849,576원 및 이에 대한 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다'는 것인데, 선행소송 확정판결

은, '피고는 도급전합의 제7조에 따라 원고에 대하여, 원고가 이미 부담한 4억 1,000만 원을 초과하는 공사대금을 지급할 것을 구할 수 없다'는 이유로 피고의 청구를 모두 기각하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같음), 을 제2, 4호증의 각 기재 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

도급전합의와 이 사건 계약에 의하면, 피고는 이 사건 건물을 완공하고, 무인텔 운영에 필요한 무인시스템, 인테리어 공사를 마치고, 비품도 완비한 후 이 사건 계약이 정한 준공일(2015. 6. 10.)에 원고에게 이 사건 건물을 인도할 의무를 부담한다.

피고는 위 의무를 뒤늦게 이행하여 2016. 1. 20.에 이 사건 건물을 원고에게 인도하였으므로, 이 사건 계약이 정한 지체상금 455,840,000원(= 도급금액 2,035,000,000원 × 1일당 지체상금을 1/1000 × 지체일수 224일) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 원고는 위 지체상금 455,840,000원 중 3억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

3. 지체상금채무의 존부 (일부 인용)

가. 법리

수급인은 일을 완성할 의무를 부담하고(민법 제664조), 도급인은 완성된 목적물의 인도와 동시에 수급인에게 보수를 지급하여야 한다(민법 제665조 제1항).

건축법 제22조 제1, 2항의 규정에 의하면, 건축주가 허가를 받은 건축물의 건축공사를 설계도서대로 완공한 경우 허가권자는 사용승인을 한다.

쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상

대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이고, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것도 아니다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다43370 판결 등 참조).

공사도급계약상 지체상금 약정의 적용범위를 정하는 것은 도급계약에 나타난 당사자 의사의 해석문제로서, 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 다음 그 적용 여부를 결정하여야 하고, 지체일수 산정 시 수급인이 책임질 수 없는 사유로 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼 공제되어야 한다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다23306 판결 등 참조).

타인의 물건을 점유한 자는 그 물건에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 권리가 있다(민법 제320조). 유치권자는 채권전부의 변제를 받을 때까지 유치물전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(민법 제321조).

주택건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있다고 할 것이고, 이러한 유치권은 수급인이 점유를 상실하거나 피담보채무가 변제되는 등 특단의 사정이 없는 한 소멸되지 않는다(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202, 95다16219 판결 등 참조).

나. 준공지체로 인한 지체상금채무의 존부 (긍정)

1) 건축법 제22조 제1, 2항의 규정에 의하면, 건축주가 허가를 받은 건축물의 건축공사를 설계도서대로 완공한 경우 허가권자는 사용승인을 하는데, 앞서 본 바와 같이

이 사건 건물의 사용승인일은 2015. 9. 18.이므로, 피고는 2015. 9. 18. 이 사건 건물을 준공하였다고 인정된다.

이 사건 계약이 정한 준공예정일은 2015. 6. 10.이므로, 피고는 2015. 6. 11.부터 2015. 9. 18.까지 100일간 이 사건 건물의 준공을 지체하였다고 봄이 타당하고, 따라서 피고는 위 준공지연으로 인한 손해배상으로 원고에게 이 사건 계약이 정한 지체상금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 주장에 대한 판단

가) 피고의 주장은, 이 사건 건물의 설계가 2015. 2. 29. 변경되었으므로, 설계변경에 따라 이 사건 건물의 준공일은 2015. 8. 31.로 변경되었으니, 준공 지체일수는 2015. 9. 1.부터 기산하여야 한다는 것이다.

살피건대, 위 인정사실과 인용증거에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ② 기재 사정에 비추어 볼 때, 을 제1호증 등 피고가 제출한 증거로는 준공기한이 변경되었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

① 도급전합의 제2조 내지 제5조에 의하면, 피고는 자기의 책임 하에 이 사건 건물을 설계하기로(턴키방식) 합의하였다고 봄이 타당하므로, 피고는 약정한 준공일에 준공할 수 있도록 설계를 변경하여 약정한 준공일까지 이 사건 건물을 준공할 의무가 있다.

② 이 사건 계약(갑 제2호증의 1, 3)은, 설계변경 시 준공일이 변경된다고 명시하지 않았고, 원고와 피고 사이에 준공일을 변경하기로 하는 별도의 처분문서가 작성되지도 않았다.

나) 피고의 주장은, 피고는, 원고가 미리 공사대금을 제대로 지급하지 아니하여 이

사건 건물의 준공을 지연하였으므로, 준공지연으로 인한 손해를 배상할 의무가 없다는 것이다.

살피건대, 위 인정사실과 갑 제1호증의 1 내지 4, 갑 제2호증의 1 내지 5, 갑 제3호증, 갑 제6호증의 1 내지 6, 을 제2호증의 각 기재에 의하여 인정되는 아래 ①, ② 기재 사실 내지 사정을 종합하면, 피고가 원고에게 책임 있는 사유로 인하여 이 사건 건물의 준공을 지체하였다고 볼 수 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

① 도급인은 완성된 목적물의 인도와 동시에 수급인에게 보수를 지급하여야 한다(민법 제665조 제1항). 이 사건 계약은, 피고는 준공일까지 이 사건 건물을 완공한다고만 정하고 있고, '특수한 기상이변 시 준공예정일은 변동가능'하다는 점을 명시하였을 뿐(갑 제2호증의 3, 제13조), 그밖에 위 준공을 지체할 수 있는 특별한 사정을 명시하지 않았다.

② 아래 ㉠ 내지 ㉡ 기재 사정을 종합하면, 원고는 이 사건 토지와 장차 완성될 건물을 담보로 하여 대출을 받아 피고에게 그 대출금 상당의 공사대금을 지급할 의무가 있는데, 원고는 이 사건 건물 준공시까지 이 사건 토지를 담보로 대출받은 돈을 모두 피고에게 공사대금으로 지급하였으므로, 원고가 공사대금 지급의무를 지체한 것으로 볼 수 없다.

㉠ 피고는 2014. 9. 24. 건축허가를 받은 후 이 사건 공사에 착공하여 2015. 9. 18. 준공하였다.

㉡ 도급전합의 제6조에 의하면, 원고는 공사대금 중 4억 1,000만 원 중 3억 원 8,800만 원은 원고가 피고에 대하여 가지고 있던 약정금 채권으로 상계처리 하거나 (3억 원), 이미 원고가 지출하였음을 확인하는 방식(8,800만 원)으로 부담하고, 나머지

2,200만 원을 원고가 지출하기로 하였으며, 위 2,200만 원을 지출하는 시기는 별도로 정하지 아니하였다.

도급전합의 제7조에 의하면, 원고는 위 4억 1,000만 원 외에는 이 사건 토지와 장차 완공될 건물을 담보로 하여 대출받은 돈에 한하여 공사대금을 지급할 의무가 있고, 만일 대출을 받지 못할 경우 공사대금을 지급할 의무가 없다.

이 사건 계약 제7조가 정한 계약금 407,000,000원(= 2,035,000,000원 × 20%)은 위 4억 1,000만 원에 미달하므로, 원고가 위 407,000,000원을 피고에게 실제로 지급하지 않더라도 공사대금채무를 불이행한 것은 아니다.

㉔ 원고는 2015. 2. 17.부터 2015. 4. 29.까지 이 사건 토지를 담보로 제공하여 대출받은 돈 합계 786,236,540원(갑 제6호증의 2, 3)을 피고에 대한 공사대금으로 지급하였다. 원고는 2015. 2. 17. 전북대학교새마을금고에 이 사건 토지에 관한 근저당권을 설정하고(갑 제1호증의 1, 2, 3), 합계 8억 원을 대출받기로 하는 대출계약을 체결하였으며(갑 제6호증의 2, 대출계좌번호 9301-1909-2944-1), 2015. 2. 17.부터 2015. 4. 29.까지 사이에 순차로 대출받은 8억 원 중 필요비용을 공제한 나머지 786,236,540 원을 피고에게 지급하였다.

㉕ 원고가 이 사건 건물의 준공일까지 추가로 대출을 받지 못한 이유는, 이 사건 건물이 완공되지 않은 상태에서 이 사건 토지만으로는 담보가치가 부족하였기 때문이다. 도급전합의와 이 사건 계약에 의하면, 원고는 이 사건 토지와 장차 완공될 이 사건 건물의 담보가치가 허용하는 한도 내에서 대출을 받을 경우에 한하여 공사대금을 지급할 의무가 있으므로, 원고가 담보가치 부족으로 대출을 받지 못한 이상 원고가 준공일까지 발생한 기성금 상당의 공사대금을 지급하지 않은 것이 원고의 잘못이라고 볼

수 없다.

다. 인도지체로 인한 지체상금채무의 존부 (부정)

1) 당사자의 주장

원고의 주장은, 피고는 이 사건 건물이 준공된 다음 날(2015. 6. 11.)부터 2016. 1. 20.까지 224일간 이 사건 건물의 인도를 지체하였으므로, 위 지체로 인한 손해배상으로 이 사건 계약이 정한 지체상금을 지급할 의무가 있다는 것이다.

피고의 주장은, 원고는 피고로부터 이 사건 건물을 인도받기 전에 이 사건 토지를 담보로 금융기관으로부터 대출을 받아 피고에게 공사대금을 지급할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하였고, 피고는 이 사건 건물을 준공한 후 원고에게 인도할 때까지 원고에 대한 공사대금채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 건물에 대한 유치권을 행사하였으므로, 피고는 위 인도지체로 인한 손해를 배상할 의무가 없다는 것이다.

2) 판단

가) 위 인정사실 및 갑 제2, 3, 5, 9호증의 각 기재에 의하여 인정되는 아래 ①, ② 기재 사실에 의하면, 피고는 특별한 사정이 없는 한 2015. 6. 11.부터 2016. 1. 20.까지 224일간 이 사건 건물의 인도를 지체하였으나, 아래 나)항에서 보는 바와 같이 피고의 위 인도지체는 적법하므로, 원고에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 없다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 있고, 원고의 주장은 이유 없다.

① 도급전합의에 의하면, 피고는 준공예정일까지 이 사건 토지에 무인텔을 신축하고, 무인시스템·인테리어 공사를 마치고 가구, 침구, 전자제품 등을 완비하여 원고에게 인도하여야 한다(제5조).

이 사건 계약에 첨부된 내역서(갑 제2호증의 5)에는, 직접공사비 합계

1,462,737,206원의 세부항목으로, ㉠ 건축공사(토목공사 포함) 1,172,366,347원, 냉난방 설비공사 39,895,367원 외에, ㉡ 부가공사부분의 내역으로 객실자동화·주차관제시스템 42,000,000원, 월풀 및 욕실천정SMC공사 3,500,000원, 주차장샷터공사 16,500,000원, 객실천정·수직창 19,700,000원, 옥외간판·내외부표찰 66,000,000원, 가구 36,300,000원, 비품 12,394,492원, 린넨 17,661,000원, 전자제품 36,420,000원 합계 250,475,492원의 내역이 포함되어 있다.

㉢ 피고는 무인시스템·인테리어 공사를 마치고 가구, 침구, 전자제품 등을 완비한 후 준공예정일 다음 날부터 기산하여 224일이 지난 2016. 1. 20.에 이 사건 건물을 원고에게 인도하였다.

나) 위 인정사실, 인용증거, 갑 제2, 3, 5, 9, 15, 16, 17호증, 을 제2, 3, 4, 6, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래 ㉠ 내지 ㉤ 기재 사실 또는 사정에 의하면, 피고는 동시이행항변권 및 유치권에 기하여 이 사건 건물의 준공일부터 인도일까지 이 사건 건물을 점유하였으므로, 피고가 인도일 전에 건물을 인도하지 않은 것은 적법하다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 있고, 원고의 주장은 이유 없다.

㉠ 도급전합의에 의하면, 원고는 이 사건 공사대금 중 2,200만 원[=4억 1,000만 원 - (기존 약정금 채권과 상계한 3억 원 + 원고가 이미 토지계약금 및 중도금으로 지급한 8,800만 원)]을 준공 전에 선지급하고, 그 나머지 공사대금은, 피고가 원고 명의로 이 사건 토지와 건물을 금융기관에 담보로 제공하여 대출을 받아 변제에 충당하여야 한다(제6조). 이 사건 계약 제13조는 '잔금지불: 유치권포기각서와 동시에 은행권 직불처리'라고 정하고 있는데, 이는 '피고는, 피고의 유치권을 포기하는 각서를 은행에 제

출하고 원고 명의로 대출을 받아 잔금 변제에 충당한다'는 것을 의미한다.

위와 같은 공사대금의 지급방법에 의하면, 피고는, 원고 명의로 금융기관에 이 사건 토지와 건물을 담보로 제공하여 대출을 받아 잔금변제에 충당할 수 있을 뿐 위와 같은 대출을 받기 전에 미리 유치권을 포기할 의무는 없다고 할 것이다.

따라서 피고의 이 사건 건물 인도의무와 원고의 공사대금 지급의무는 동시 이행관계에 있고, 피고는 원고로부터 공사대금을 지급받을 때까지 이 사건 건물을 유치할 수 있다.

② 피고는 2014. 9. 24. 건축허가를 받은 후 이 사건 공사에 착공하여, 2015. 2. 17.부터 2015. 4. 29.까지 원고 명의로 이 사건 토지를 담보로 제공하여 금융기관으로부터 대출받은 합계 786,236,540원(갑 제6호증의 2, 3)을 공사대금의 변제에 충당하였으나, 그 후 담보가치 부족으로 추가 대출을 받지 못하였다.

③ 이 사건 토지 중 전북 완주군 이서면 은교리 ○○-3 토지(원고와 E가 각 1/2 지분 소유함)에 관하여, 원고와 E에 대한 채권자가 2015. 5. 7.자 가압류결정(전주지방법원 2015카단1000294호)을 받아 그 기입등기가 종료되었다가 원고 지분에 관한 가압류등기는 2015. 8. 26.에 말소되고, E 지분에 관한 가압류등기는 2016. 2. 25.에 말소되었는바, 이 사건 건물이 완공되기 전에 위 가압류된 토지만을 담보로 대출받는 것이 곤란하였다.

④ 원고는 2015. 9. 25. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마치고, 같은 날 이 사건 건물을 담보로 제공하여 전북대학교새마을금고로부터 대출금 1억 9,000만원(대출계좌번호 9301-1950-9902-1, 갑 제6호증의 2, 제4면)을 수령하여 같은 날 위 금액 중 110,519,870원을 지급하였고(갑 제6호증의 3, 제3면), 2015. 11. 27. 전북대학

교새마을금고로부터 8,000만 원의 신규대출(대출계좌번호 9301-1962-2870-3, 갑 제6호증의 2, 제5면)을 받아 같은 날 피고에게 8,000만 원을 지급하였다(갑 제6호증의 3, 제4면).

원고는 2016. 1. 4. 및 2016. 1. 7. F, G에게 이 사건 토지 및 건물에 관한 근저당권설정등기를 마쳐주고 차용한 돈으로 합계 139,519,990원(=50,000,000원 + 42,899,990원 + 230,000원 + 46,390,000원)을 피고에게 지급하였다(갑 제6호증의 6).

⑤ 원고는 2016. 1. 20. 피고로부터 이 사건 건물을 인도받고, 2016. 9. 28.부터 2016. 9. 28.까지 사이에 피고에게 피고가 수령을 자인하는 445,920,000원(피고 주장 지급액, 2020. 10. 5.자 준비서면)을 지급하였다.

라. 지체상금 액수

피고는 앞서 본 바와 같이 2015. 6. 11.부터 2015. 9. 18.까지 100일간 이 사건 건물의 준공을 지체하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 계약 제11조가 정한 지체상금 203,500,000원(= 공사도급금액 2,035,000,000원 × 100일 × 1/1000) 및 이에 대한 지연손해금을 원고에게 지급할 의무가 있다.

피고의 주장은, 이 사건 계약이 정한 지체상금은 부당히 과다하므로 감액되어야 한다는 것이다.

당사자의 지위, 계약의 목적 및 내용, 지체상금을 예정한 동기, 공사도급액에 대한 지체상금의 비율, 지체상금의 수액, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정에 비추어 부당히 과다하다고 인정되는 경우는 이를 감액할 수 있다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다 23306 판결 등 참조).

살피건대 위 인정사실에 의하여 인정되는 아래 ①, ② 사정을 종합하면 이 사건 계

약 제11조가 정한 지체상금이 과다하다고 인정되므로, 위 인정액의 70%에 해당하는 142,450,000원으로 감액하기로 한다.

① 이 사건 계약에 의하면, 피고는 준공을 지연하거나 인도를 지연할 경우 원고에게 지체상금을 지급할 의무 있고(제11조), 원고가 공사대금의 지급을 지체할 경우 피고에게 지체상금을 지급할 의무가 있다(제12조).

② 도급전합의에 의하면, 원고는 이 사건 토지와 건물을 담보로 하여 대출을 받을 경우에 한하여 피고에게 공사대금을 지급할 의무가 있으므로, 원고가 위와 같은 대출을 받지 못할 경우 피고가 준공을 지체하면 그로 인한 지체상금채무를 부담하는 반면 원고는 공사대금지급을 지체하더라도 그로 인한 지체상금채무를 부담하지 않는다. 대출 여부는 피고가 좌우할 수 있는 사정이 아님을 고려하면, 위와 같은 차별은 피고에게 일방적으로 불리하다.

마. 피고의 기타 주장 (배척)

1) 금반언 주장 (배척)

피고의 주장은, 원고가 선행소송에서 자신은 이 사건 계약을 체결하지 않았다고 주장하였으므로, 이 사건 계약이 정한 지체상금을 청구하는 것은 금반언 원칙에 반하여 허용될 수 없다는 것이다.

살피건대 원고가 선행소송에서 한 주장과 모순되는 주장을 하는 것이 금지되는 것은 아니므로, 피고의 주장은 이유 없다.

2) 상계 주장 (배척)

가) 피고의 주장

피고는 원고에 대하여 공사대금채권 147,833,888원(2020. 10. 5.자 준비서면), 공

사대금 지급지체로 인한 지연손해금 채권 966,625,000원(2021. 2. 18.자 준비서면), 설계비·감리비 등 채권 150,849,576원(2016. 3. 11.자 답변서)을 가지고 있는데, 이를 자동채권으로 하여 원고의 지체상금채권과 상계한다는 것이다.

나) 기판력에 저촉되는 자동채권에 의한 상계 주장 (배척)

기판력이라 함은 기판력 있는 전소 판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않음과 동시에, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이다(대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결, 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 피고가 선행소송에서 주장한 청구의 원인은 '㉔ 원고는 피고에 이 사건 공사를 2,035,000,000원에 도급 주었고, 피고가 납부한 부가가치세 199,724,012원을 환급받았으므로, 피고에게 지급하여야 하는 공사대금은 위 금액 합계인 2,196,964,132원 및 이에 대하여 2015. 9. 26.부터 약정지연이자율 연 36.5%로 계산한 지연손해금인데, 원고가 2014. 5. 9.부터 2016. 9. 28.까지 피고에게 지급한 합계 2,057,648,454원을 변제충당하면, 원고는 피고에게 미지급 공사대금 417,213,389원 및 이에 대한 2016. 9. 29.부터 갚는 날까지 연 36.5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, ㉕ 피고는 원고를 대신하여 설계비, 감리비 등으로 110,849,576원을 지출하였으므로, 원고는 피고에게 110,849,576원 및 이에 대한 법정 지연손해금을 지급할 의무가 있다'는 것인데, 선행소송 확정판결은 피고의 청구를 모두 기각한 사실이 인정된다.

피고가 자동채권으로 주장한 채권 중 공사대금채권 147,833,888원, 공사대금 지체로 인한 지연손해금 채권 966,625,000원[$=2,035,000,000\text{원} \times 1/1000\text{일} \times 475\text{일}$ (2015. 6. 11.부터 2016. 9. 28.까지] 중에서 750,915,000원[$=2,035,000,000\text{원} \times 1/1000\text{일} \times 369\text{일}$ (2015. 9. 26.부터 2016. 9. 28.까지)] 부분, 설계비·감리비 등 채권 중 110,849,576원은, 선행소송 확정판결이 채권이 존재하지 않는다고 판단하였으므로, 선행소송 확정판결의 기판력에 의하여 자동채권으로 인정될 수 없다.

다) 나머지 자동채권에 의한 상계 주장 (배척)

(1) 피고가 자동채권으로 주장한 채권 중 215,710,000원(=966,625,000원 - 750,915,000원)은 준공예정일 다음날인 2015. 6. 11.부터 2015. 9. 25.까지 도급금액을 미지급함으로써 발생한 지체상금에 관한 것이므로, 그 존부에 관하여 본다.

이 사건 건물이 2015. 9. 15. 준공되고 2015. 9. 25. 원고 앞으로 소유권보존등기가 마쳐진 사실, 원고는 2015. 9. 25. 이 사건 건물을 담보로 제공하고 전북대학교 새마을금고로부터 대출금을 받아 피고에게 공사대금을 지급한 사실은 앞서 본 것과 같고, 이는 공사대금을 대출을 받아 지급하기로 한 도급전합의, 이 사건 계약에 기한 것이어서 원고가 대가지급의무 이행을 지연하였다거나 그에 귀책사유가 있다고 볼 수 없으므로, 위 기간 발생한 피고의 지체상금 채권은 존재하지 않으니, 피고의 주장은 이유 없다.

(2) 피고가 자동채권으로 주장한 나머지 설계비·감리비 등 40,000,000원의 청구채권(= 150,849,576원 - 기판력 발생한 110,849,576원)의 존부에 관하여 본다.

살피건대, 아래 (나) 기재 사실에 비추어 볼 때, 아래 (가) 기재 사실 및 피고가 제출한 증거로는 피고의 나머지 설계비·감리비 등 40,000,000원의 청구채권이 존

제한다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이를 자동채권으로 한 피고의 상계 주장은 이유 없다.

(가) 갑 제5, 9호증, 을 제4호증의 1, 2, 을 제16 내지 24, 26호증의 각 기재에 의하면, 아래 ① 내지 ③ 기재 사실 내지 사정이 인정된다.

① 이 사건 계약(갑 제2호증의 3) 제13조는 '설계 및 대관수수료 별도금액으로 한다'고 정하고 있으므로, 원고는 피고에게 위 금액을 지급하여야 한다.

② 아래 표에서 보듯이, 피고는 설계비·감리비 등 채권액 합계 150,849,576원을 자동채권으로 하여 상계주장을 하는데(피고 답변서 제5면, 을 제4호증의 1 제4, 8면), 증거에 의하여 피고가 이 사건 공사에 실제로 지출하였다고 인정되는 금액은 아래 표 '지출인정금액'의 합계란 기재 62,759,320원이다.

순번	피고 주장 지출일자	피고 주장 명목	주장 금액	지출인정금액	증거
1	2014. 5. 19.	원고	40,000,000	-	-
2	2014. 11. 12.	경계측량비	1,702,800	1,702,800	을17
3	2014. 12. 8.	농지보전분담금	11,928,600	11,928,600	을19
4	2014. 12. 23.	1·2차 감리비	14,872,000	14,872,000	을21
5	2015. 1. 29.	분할측량비	1,100,000	1,100,000	을26
6	2015. 2. 17.	공유물분할이전등기비	818,920	818,920	을26
7	2015. 4. 3.	설계비	25,000,000	25,000,000	을16
8	2015. 4. 30.	상하수도신청비	1,419,200	1,419,200	을18
9	2015. 5. 1.	전기신청비 (전기시설부담금)	4,461,600	2,417,800	을22
10	2015. 7. 8.	근저당권설정비 (토지잔금대출시)	535,600	-	-
11	2015. 9. 18. (또는 2015. 11 9.)	개발부담금 용역비	1,500,000	1,500,000	을23
12	미상	소방감리비	2,000,000	2,000,000	을20
13	미상	새마을금고정상이자	2,243,020	-	-
14	미상	시설자금대출이자	38,136,380	-	-
15	미상	수협이자	5,131,456	-	-
합계			150,849,576	62,759,320	

③ 위 ② 기재 표 중 순번 1 내지 15번의 피고 주장금액은 피고가 선행소송에서 소장 부분에 첨부하여 최초로 주장하였던 설계비·감리비 등의 지출내역과 같다(을 제4호증의 1, 제4면 및 8면). 선행소송 확정판결은 위 표 중 순번 2 내지 15번의 피고 주장금액 채권 110,849,756원이 존재하지 않는다는 이유로 피고의 청구를 기각하였으나, 피고 주장금액 4,000만 원(위 표 순번 1)에 대하여는 아무런 판단을 하지 않았으므로, 위 4,000만 원의 존부에 대하여는 기판력이 미치지 않는다.

(나) 위 인용증거 및 변론 전체의 취지에 의하면, 아래 ①, ② 기재 사실 내지 사정이 인정된다.

① 피고는, 이 사건 토지 및 건물의 담보대출금을 출처로 하여 원고로부터 받은 공사대금과 별도로 2016. 6. 28.부터 2016. 9. 28.까지 사이에 원고로부터 445,920,000원(=190,920,000원 + 100,000,000원 + 20,000,000원 + 135,000,000원)을 더 변제받았다고 자인하고 있다. 위 가)의 ②항에서 피고가 실제로 지출하였다고 인정한 62,759,320원은 피고가 위와 같이 자인한 변제에 의하여 소멸하였다고 볼 수 있다.

② 피고가 위 표 순번 1 기재 피고 주장금액 4,000만 원을 실제로 지출하였는지 또는 무슨 용도로 지출하였는지를 인정할 만한 증거가 제출되지 않았으므로, 위 주장금액 상당의 자동채권이 발생한 것으로 볼 수 없다.

바. 소결

따라서 피고는 원고에게 지체상금으로 142,450,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분 송달 다음날인 2016. 3. 8.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 당심판결 선고일인 2021. 6. 2.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법'이 정한

연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심판결 중 위에서 인정한 돈을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 피고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 진성철

 판사 권형관

 판사 김규화