

서울중앙지방법원

제 27 민 사 부

판 결

사 건 2021가합540839(본소) 공사대금 등 청구의 소
2022가합549284(반소) 부당이득반환 등

원고(반소피고) 주식회사 A
소송대리인 법무법인(유한) 바른
담당변호사 김지희, 이창민

피고(반소원고) 주식회사 B
소송대리인 법무법인(유한) 로고스
담당변호사 우지민, 전용희

변 론 종 결 2022. 12. 16.

판 결 선 고 2023. 1. 13.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 1,274,422,875원 및 이에 대하여 2022. 9. 21. 부터 2023. 1. 13.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 본소청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용은 본소와 반소를 합하여 그 중 55%는 원고(반소피고)가, 나머지 45%는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

[본소]

피고(반소원고, 이하 피고라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 원고라고만 한다)에게 300,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[반소]

원고는 피고에게 3,038,640,875원 및 이에 대하여 2018. 1. 31.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 공사도급계약의 체결

원고와 피고는 2016. 10. 24. 원고가 서울 성동구 C 소재 지하2층, 지상 10층 규모의 B 서비스센터(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 공사기간 2016. 10. 24.부터 2017. 11. 30.까지, 계약금액 12,100,000,000원으로 정하여 피고로부터 도급 받는 내용의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을

체결하였고, 계약의 주요 내용은 아래와 같다.

민간건설공사 표준도급계약서

7. 선금 : 10% 일금 일십이억일천만원정

8. 기성부분금 : 매월 1회 지급(기성검사 후 14일 이내)

10. 하자담보책임

공종	공종별계약금액	하자보수보증금율(%) 및 금액	하자담보책임기간
건축공사	내역서	5%(₩605,000,000)	건축구조물 5년 기타공사 3년
설비공사			
전기공사			

11. 지체상금율 : 1/1,000/일

민간건설공사 표준도급계약 일반조건(이하 '이 사건 일반조건'이라 한다)

제9조(공사기간)

- ① 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.
- ③ 준공일은 원고가 건설공사를 완성하고 피고에게 서면으로 준공검사를 요청한 날을 말한다. 다만 제24조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 경우에 한한다.

제10조(선금)

- ① 피고는 계약서에서 정한 바에 따라 원고에게 선금을 지급하여야 하며, 피고가 선금지급 시 보증서 제출을 요구하는 경우 원고는 제4조 제2항 각호의 보증기관이 발행한 보증서를 제출하여야 한다.
- ④ 선금은 기성부분에 대한 대가를 지급할 때마다 다음 방식에 의하여 산출한 금액을 정산한다(선금정산액 = 선금액 × 기성부분의 대가 / 계약금액)
- ⑤ 피고는 선금을 지급한 경우 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 당해 선금잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있다.
 - 1. 계약을 해제 또는 해지하는 경우
 - 2. 선금지급조건을 위반한 경우

- ⑥ 피고는 제5항의 규정에 의한 반환청구시 기성부분에 대한 미지급금액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급금액에 우선적으로 충당하여야 한다.

제16조(공사기간의 연장)

- ① 피고의 책임있는 사유 또는 천재지변, 불가항력의 사태 등 원고의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 원고는 서면으로 공사기간의 연장을 피고에게 요구할 수 있다.
- ② 피고는 제1항의 규정에 의한 계약기간 연장의 요구가 있는 경우 즉시 그 사실을 조사·확인하고 공사가 적절히 이행될 수 있도록 계약기간의 연장 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- ④ 피고는 제1항의 계약기간의 연장을 승인하였을 경우 동 연장기간에 대하여는 지체상금을 부과하여서는 아니된다.

제22조(기성부분금)

- ① 계약서에 기성부분금에 관하여 명시한 때에는 원고는 이에 따라 기성부분에 대한 검사를 요청할 수 있으며 이때 피고는 지체 없이 검사를 하고 그 결과를 원고에게 통지하여야 하며 14일 이내에 통지가 없는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.
- ② 기성부분은 제2조 제8호의 산출내역서의 단가에 의하여 산정한다. 다만 산출내역서가 없는 경우에는 공사 진척률에 따라 피고와 원고가 합의하여 산정한다.
- ③ 피고는 검사완료일로부터 14일 이내에 검사된 내용에 따라 기성부분금을 원고에게 지급하여야 한다.
- ④ 피고가 제3항의 규정에 의한 기성부분금의 지급을 지연하는 경우에는 제25조 제3항의 규정을 준용한다.

제26조(폐기물의 처리)

원고는 공사현장에서 발생한 폐기물을 관계법령에 의거 처리하여야 하며, 피고는 폐기물처리에 소요되는 비용을 계약금액에 반영하여야 한다.

제27조(지체상금)

- ① 원고는 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 피고에게 납부하여야 한다. 다만, 피고의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우와 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 공사가 지체된 경우에는 그 해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다.

1. 불가항력의 사유에 의한 경우
2. 원고가 대체하여 사용할 수 없는 중요한 자재의 공급이 피고의 책임있는 사유로 인해 지연되어 공사진행이 불가능하게 된 경우
3. 피고의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우
4. 기타 원고의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

제28조(하자담보)

- ① 원고는 공사의 하자보수를 보증하기 위하여 계약서에 정한 하자보수보증금률을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '하자보수보증금'이라 한다)을 준공검사 후 그 공사의 대가를 지급할 때까지 현금 또는 제4조 제2항 각호의 보증기관이 발행한 보증서로서 피고에게 납부하여야 한다.

제30조(하도급대금의 직접 지급)

- ① 피고는 원고가 제29조의 규정에 의하여 체결한 하도급계약 중 하도급거래공정화에 관한 법률과 건설산업기본법에서 정한 바에 따라 하도급대금의 직접 지급사유가 발생하는 경우에는 그 법에 따라 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 지급한다.
- ② 피고는 제1항의 규정에 의하여 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 피고의 원고에 대한 대금지급채무는 하수급인에게 지급한 한도 내에서 소멸한 것으로 본다.

제31조(피고의 계약해제 등)

- ① 피고는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.
 2. 원고의 책임있는 사유로 인하여 준공기일내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우
 4. 기타 원고의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우
- ② 제1항의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지는 피고가 원고에게 서면으로 계약의 이행기한을 정하여 통보한 후 기한내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 원고에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

제33조(계약해지시의 처리)

- ① 제31조 및 제32조의 규정에 의하여 계약이 해지된 때에는 피고와 원고는 지체없이 기성

부분의 공사금액을 정산하여야 한다.

- ② 제31조 및 제32조의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지로 인하여 손해가 발생한 때에는 상대방에게 그에 대한 배상을 청구할 수 있다.

제34조(원고의 동시이행 항변권)

- ① 피고가 계약조건에 의한 선금과 기성부분의 지급을 지연할 경우 원고는 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 피고가 이를 지급치 않을 때에는 원고는 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할 수 있다.
- ② 제1항의 공사 중지에 따른 기간은 지체상금 산정 시 공사기간에서 제외되며 피고는 공사중지에 따른 비용을 원고에게 지급하여야 한다.

제39조(특약사항) 기타 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 피고와 원고가 합의하여 별도의 특약(공사계약특수조건 포함)을 정할 수 있으며, 본 계약과 특약의 내용이 상이할 경우 특약이 우선한다.

공사계약특수조건(특약사항)(이하 '이 사건 특수조건'이라 한다)

7. 공사시공범위

가. 공사계약도면 외 내역에 포함된 공사

- 1) 설계변경(예정)에 따라 변경되는 공사
- 2) 지하2층 기계식 주차(48대) 설치 및 연관공사
- 12) 마감재의 사양은 건축주의 사전 동의 후 변경할 수 있다.

나. 공사계약내역에서 제외되는 공사

- 3) 지하 토질(폐기물, 뿔층, 호박돌 등) 및 지하수위가 조사서와 상이하여 발생하는 비용
- 다. 공급가액에 포함된 사항
- 3) 폐기물처리비

나. 변경계약의 체결

원고와 피고는 2017. 11. 29. 이 사건 공사의 내용을 아래와 같이 변경하는 변경계약(이하 '이 사건 변경계약'이라 한다)을 체결하였다.

민간건설공사 변경계약서

피고와 원고는 이 사건 공사를 원고가 계약기간 내에 시공완료하지 못함에 따라 원고의 책임하에 준공 및 잔여공사를 종료하기 위하여 계약내용을 다음과 같이 변경한다. 단, 본 변경계약서의 내용과 기존 계약서의 내역이 상이할 경우 본 변경계약서가 우선하며, 본 변경계약에 명시하지 아니한 사항은 2016. 10. 24. 체결한 이전 계약의 내용과 같다.

제1조(도급금액) : 변동 없음

제2조(공사기간의 연장기한) : 2017. 12. 1.부터 2017. 12. 30.까지 준공완료

제3조(공사의 종료) : 잔여공사가 종료되었음을 피고가 서면 동의함으로써 최종 공사를 종료하기로 한다.

제5조(계약기간의 연장에 따른 비용) : 계약기간의 연장에 따른 직접 또는 간접적으로 발생하는 비용은 모두 원고의 책임으로 한다. 기간연장에 따른 일체의 비용을 피고에게 청구할 수 없다.

제6조(직접발주 공사) : 피고와 원고는 원고의 요청에 따라 총공사 중 일부 공사를 피고와 원고의 합의된 내용으로 직접발주하였음을 확인한다.

- 1) 직접발주총액 : 일금일십팔억원(₩1,800,000,000)(부가세별도)
- 2) 공사금의 지급방법 : 피고는 해당 공사액을 해당발주처에 직접 지급하기로 하고, 원고의 총공사기성금액에서 직접발주총액 일금일십팔억원(₩1,800,000,000)(부가세별도)을 공제하기로 한다.
- 3) 직접발주처 및 공사내역
 - (1) ㈜D - 전기공사, 통신공사, 전기소방공사(₩785,000,000-부가세별도)
 - (2) E 유한회사 - 카리프트(2대), 템웨이터(2대), 엘리베이터(3대-17인승, 15인승, 11인승)(₩624,000,000-부가세별도)
 - (3) F주식회사 - 지하2층 기계식 주차기(48대)(₩266,000,000-부가세별도)
 - (4) ㈜G - 렉설치 공사(₩142,000,000-부가세별도)

제7조(직접발주공사에 대한 원고의 관리 감독 책임)

- 1) 원고는 피고가 직접발주한 공사 업체의 업무 수행에 따른 주요 공정의 적합성을 확인하고 관리, 감독 책임을 진다.
- 2) 원고는 피고가 직접발주한 공사 업체와 진행되는 주요사항을 주1회 이상 피고에게 서면으로 통지한다.
- 3) 원고는 피고가 직접발주한 공사의 공정에 대하여도 원고가 도급받은 공사에 준하여 관리하여야 하며 위 공사로 인한 공사지연이 발생하지 않도록 관리, 감독 책임을 진다.
- 4) 원고의 책임하에 피고가 직접발주업체를 지정함에 따라 피고가 직접 발주한 모든 계약으로 발생할 수 있는 공사이행책임, 지체상금, 손해배상, 돌발관리비(공사기일단축비용), 추가공사비용, 직간접비의 발생, 민형사상의 법적책임 등 모든 문제에 대해 원고는 피고가 직접발주한 업체와 함께 연대책임을 지기로 한다.

제8조(설계변경 범위) 본 변경계약을 통하여 공사중 구두 또는 서면으로 협의한 내역에 대하여 아래와 같이 합의하기로 한다.

- 1) 모든 설계변경으로 인한 직, 간접적인 공사비용의 추가, 공사기간의 연장은 없는 것으로 합의한다.
- 3) F, E유한회사에서 발생하는 돌발관리비, 추가비용과 이로 인해 발생하는 모든 직, 간접비용은 원고가 전액 지급하기로 한다.

다. 피고의 공사대금 지급 등

1) 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에 따른 선금으로 1,210,000,000원을 지급하였고, 이 사건 공사대금으로 아래 [표 1] 기재와 같이 10회차 기성금까지 합계 6,195,970,000원을 지급하였다.

[표 1]

기성회차	지급일자	금액 (원)
1	2017. 1. 18.	593,010,000
2	2017. 2. 28.	317,790,000
3	2017. 3. 27.	584,100,000
4	2017. 4. 28.	628,650,000

5	2017. 5. 25.	594,000,000
6	2017. 6. 29.	455,400,000
7	2017. 7. 27.	750,420,000
8	2017. 8. 31.	475,200,000
9	2017. 9. 28.	752,400,000
10	2017. 10. 31.	1,045,000,000
합계		6,195,970,000

2) 원고와 피고는 11회차 기성금을 피고가 원고의 하수급업체에게 하도급대금을 직접 지급하는 방식으로 지급하기로 합의하였고, 피고는 2017. 12. 23. 및 2018. 1. 10. 아래 [표 2] 기재 7개 하수급업체에게 합계 766,134,600원을 지급하였다.

[표 5]

하수급업체	지급일자	지급액 (원)
H(주)	2017. 12. 23.	231,000,000
(주)I	2017. 12. 23.	104,500,000
(주)J	2017. 12. 23.	217,000,000
(주)K	2017. 12. 23.	135,000,000
(주)L	2017. 12. 29.	30,800,000
M(주)	2018. 1. 10.	14,834,600
N	2018. 1. 10.	33,000,000
소계		766,134,600

라. 사용승인 및 피고의 계약해제

1) 피고는 2018. 1. 21. 이 사건 건물에 대하여 사용승인을 신청하였고, 2018. 1. 29. 성동구청으로부터 사용승인을 받았다.

2) 피고는 2018. 1. 30. 원고에게 '원고의 귀책사유로 원고가 2017. 11. 30.까지 공

사를 완료하지 못하여 공사완료일인 2017. 12. 30.까지 공사기간을 연장하는 변경계약을 체결하였으나, 원고는 위 2017. 12. 30.과 계약이행보증기간인 2018. 1. 30.까지도 공사를 완료하지 못하였고, 완공을 위하여는 1~2개월이 소요될 예정이다. 원고는 주요 공사에 대한 계약조차 체결하지 않았고 계약을 체결한 업체에 대해서도 공사대금을 지급하지 않고 있다. 따라서 피고는, 원고가 계약이행보증기간인 2018. 1. 30.까지 공사를 완료할 수 없고, 향후에도 이행의사가 없는 것으로 판단하여, 이 사건 도급계약을 타절한다'는 내용의 내용증명우편을 발송함으로써 이 사건 도급계약의 해제를 통보하였고(이하 '이 사건 해제통지'라 한다), 그 해제통지는 다음 날인 2018. 1. 31. 원고에게 도달하였다.

마. 공사 중단 및 기성고율

1) 원고는 2018. 2. 2.까지 이 사건 공사를 진행하였으나, 2018. 2. 3. 피고로부터 공사대금을 지급받지 못하였음을 이유로 이 사건 공사현장에 유치권을 행사하였고, 원고와 피고는, 원고가 하수급업체에게 미지급한 하도급대금을 피고가 위 하수급업체들에게 직접 지급하기로 합의하면서, 원고는 2018. 2. 9. 유치권행사를 중단하고 이 사건 건물을 피고에게 인도하였다. 그후 피고는 아래 [표 3] 기재와 같이 원고의 하수급업체들에게 합계 289,752,100원을 직접 지급하였다.

[표 3]

하수급업체	지급일자	지급액
O	2018. 2. 23.	28,419,600
P	2018. 4. 6.	7,700,000
M(주)	2018. 4. 13.	20,900,000
H(주)	2018. 2. 14.	121,000,000
(주)J	2018. 4. 6.	29,232,500

Q	2018. 3. 9.	27,500,000
(주)L	2018. 3. 9.	27,500,000
(주)K	2018. 4. 6.	27,500,000
소계		289,752,100

2) 피고가 이 사건 도급계약에 따른 계약보증금 납부의무를 보증한 R공제조합을 상대로 제기한 보증금청구의 소의 항소심(서울고등법원 2019나2058521) 사건의 감정인 S(이하 '관련사건 감정인'이라 한다)의 감정결과에 의하면, 원고가 이 사건 공사를 중단하고 피고에게 이 사건 공사현장을 인도한 2018. 2. 9. 기준으로 이 사건 변경계약에 따른 기성고율은 78.6%이다.

바. 성동구청장의 시정지시 등

1) 성동구청장은 2018. 3. 16. '대지조경 미설치(건축법 제42조 위반), 건축물 마감재료 미설치(건축법 제52조 및 건축물의 에너지절약설계기준 제2조 위반, 미관지구 후퇴선 건축자재 등 적치(도시계획조례 제46조 제1항 위반)'을 위반사항(이하 '이 사건 위반사항'이라 한다)을 하여 이 사건 건물을 건축물대장상 위반건축물로 표기하고, 피고에게 2018. 4. 16.까지 위 위반사항을 시정할 것을 지시하였으며, 피고가 공사를 완료하지 않았음에도 거짓으로 이 사건 건물에 관한 사용승인을 신청하였다고 하여 이 사건 건물의 사용중지명령을 내렸다. 또한 성동구청장은 피고를 건축법 제111조(벌칙)에 따라 성동경찰서에 고발하였고, 감리업무를 수행한 건축사 T는 위와 같은 사유로 서울동부지방법원으로부터 벌금 300만 원을 선고받고, 서울특별시장으로부터 업무정지 1개월의 징계처분을 받았다.

2) 성동구청장은 2018. 5. 3. 이 사건 위반사항의 시정완료를 이유로 이 사건 건물

에 관하여 위반건축물 포기를 해제하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑3, 5 내지 7, 10, 12, 을2 내지 9, 11, 13, 31호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 본소청구

1) 미지급 공사대금 청구

피고의 이 사건 해제는 부적법하여 이 사건 도급계약은 여전히 유효하므로 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에 따른 미지급 공사대금을 지급할 의무가 있다. 2018.

1. 30. 기준으로 원고가 지급받아야 할 총 기성금은 9,518,300,000원이고, 원고는 피고로부터 10회차 기성까지 총 6,195,970,000원을 지급받은 후 11회차 기성금 766,134,600원, 13회차 기성금 289,752,100원 합계 1,055,886,700원을 지급받아서 이 사건 공사대금으로 총 7,251,856,700원을 지급 받았고, 이미 선금으로 1,210,000,000원을 지급받았다. 따라서 원고가 피고로부터 지급받아야 할 미지급 공사대금은 1,056,443,300원[= 기성금 9,518,300,000원 - 기지급 공사대금 8,461,856,700원(= 선금 1,210,000,000원 + 기지급 기성금 7,251,856,700원)]이다.

2) 추가공사비 청구

이 사건 특수조건 7. 나.3)에 의하면 지하토질(폐기물, 땀층, 호박돌 등) 및 지하수위가 조사서와 상이하여 발생하는 비용은 공사계약내역에서 제외되는데, 원고는 이 사건 공사 중 굴토과정에서 폐기물과 자갈 등이 발견되어 바닥철거공사 및 폐기물을 처리하는데 220,374,000원의 추가공사비를 지출하였으므로, 피고는 원고에게 추가공사비로 위 220,374,000원을 지급할 의무가 있다.

3) 청구금액

따라서 피고는 원고에게 1,276,817,300원(= 미지급 공사대금 1,056,443,300원 + 추가공사비 220,374,000원)을 지급할 의무가 있으나, 그 중 일부인 300,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

나. 피고의 반소청구

1) 부당이득반환청구

가) 이 사건 변경계약에 따라 피고가 이 사건 공사 중 공사금액 1,980,000,000원(부가가치세 포함)에 해당하는 일부공사를 직접발주하기로 하였으므로, 피고가 원고에게 지급해야 할 공사대금은 10,120,000,000원(= 기존 계약금액 12,100,000,000원 - 직접발주금액 1,980,000,000원)이다. 이 사건 도급계약은 피고의 이 사건 해제통지에 의하여 적법하게 해제되었고, 해제 시점 당시 원고의 기성고율은 78.6%이므로, 원고의 기성고 공사대금의 액수는 7,954,320,000원(= 10,120,000,000원 $\times$ 78.6%)이다. 피고는 원고에게 이미 공사대금으로 8,461,856,700원(= 선금 1,210,000,000원 + 기성금 7,251,856,700원)을 지급하였으므로, 원고는 피고에게 기성고 공사대금보다 과지급 받은 507,536,700원(= 8,461,856,700원 - 7,954,320,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

나) 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에 따라 선금 1,210,000,000원(= 계약금액 12,100,000,000원 $\times$ 10%)을 이미 지급하였는데, 이 사건 변경계약에 따라 피고가 원고에게 지급해야 할 공사대금이 1,980,000,000원 감축되어 10,120,000,000원으로 변경되었으므로, 원고는 피고에게 감축된 부분의 선금에 해당하는 198,000,000원(= 1,980,000,000원 $\times$ 10%)을 부당이득으로 반환하여야 한다. 또한 이 사건 일반조건 제10조에 따라 이

사건 도급계약이 해제된 경우 피고는 원고에 대하여 선금잔액의 반환을 청구할 수 있는바, 변경된 공사금액 10,120,000,000원을 기준으로 원고의 기성고율은 78.6%이므로, 원고는 피고에게 선금잔액 216,568,000원(= 선금 1,012,000,000원 × 남은 공사비율 21.4%)을 부당이득으로 반환하여야 한다. 따라서 원고는 피고에게 총 414,568,000원(= 198,000,000원 + 216,568,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

2) 지체상금청구

원고가 이 사건 도급계약에 따른 공사를 제대로 이행하지 아니하여 이 사건 건물에 관하여 2018. 1. 29. 내려진 사용승인이 취소되었고 2018. 5. 3.에서야 재사용승인을 받을 수 있었는바, 위 2018. 5. 3.경 이 사건 공사가 완료되었다고 봄이 타당하다. 따라서 원고는 피고에게 총 123일(이 사건 변경계약에 따른 준공일 다음 날인 2017. 12. 31.부터 재사용승인을 받은 2018. 5. 3.까지)에 해당하는 지체상금 1,488,300,000원(= 계약금액 12,100,000,000원 × 이 사건 도급계약상 지체상금율 1/1,000 × 123일) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) 하자보수에 갈음하는 손해배상청구

원고는 피고의 지시나 동의 없이 설계도면과 달리 임의로 저급 자재를 사용하거나 설계변경을 하여 이 사건 건물의 옥상 및 1층에는 누수가 발생하였는바, 이와 같은 하자를 보수하기 위하여 피고는 방수공사 등을 시행하여 22,736,175원을 지출하였다. 따라서 원고는 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상으로 위 22,736,175원을 지급할 의무가 있다.

4) 하자이행보증금청구

이 사건 일반조건 제28조 제1항에 의하면 원고는 피고에게 하자보증이행의 의무로서 하자보증금을 현금 또는 보증기관의 보증서로 제출하여야 함에도 불구하고 이를 이행하지 않았다. 이 사건 도급계약에서 정한 하자보수보증금율은 5%이므로, 원고는 피고에게 하자이행보증금으로 605,500,000원¹⁾(= 계약금액 12,100,000,000원 × 5%)을 지급할 의무가 있다.

5) 반소청구금액

위와 같이 원고는 피고에게 합계 3,038,640,875원(= 과지급 공사대금 부당이득 반환 507,536,700원 + 선급금반환 414,568,000원 + 지체상금 1,488,300,000원 + 하자보수에 갈음하는 손해배상 22,736,175원 + 하자이행보증금 605,500,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 이 사건 도급계약의 해제 및 그 책임의 귀속

가. 이 사건 도급계약의 해제

1) 계약해제사유 존부

이 사건 일반조건 제21조 제2항은 원고는 이 사건 도급계약서에 규정된 계약금액의 조정사유 이외의 계약체결 후 계약조건의 미숙지 등을 이유로 계약금액의 변경으로 요구하거나 시공을 거부할 수 없다고 정하고 있고, 제31조 제1항은 피고는 원고의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우(제2호) 및 원고의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우 이 사건 도급계약을 해제(해지)할 수 있는 것으로 정하고 있는 사실, 원고는 이 사건 변경계약에서 정한 준공예정일인 2017. 12. 30.까지 공사를 완료하지 못하였

1) 계약금액 12,100,000,000원 × 5%을 계산하면 605,000,000원이나 피고가 구하는 바에 따른다.

고, 2018. 2. 9. 이 사건 공사를 중단하고 피고에게 이 사건 건물을 인도한 후 더 이상 공사를 진행하지 않은 사실은 앞에서 인정한 바와 같다.

위 인정사실에 의하면, 원고는 이 사건 변경계약에서 정한 준공일 내에 공사를 완료하지 못하였을 뿐만 아니라 계약금액의 조정사유 이외의 사유로 공사를 중단함으로써 위 도급계약서에서 정한 계약조건을 위반하였고, 이에 피고가 이 사건 일반조건 제31조 제1항 제2호, 제4호에 따라 도급계약을 해제할 수 있는 사유가 발생하였다고 할 것이다.

2) 이 사건 해제통지의 적법 여부

가) 관련 법리

이 사건 일반조건 제31조 제2항에 의하면, 같은 조 제1항의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지는 피고가 원고에게 서면으로 계약의 이행 기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 원고에게 통지함으로써 효력이 발생한다. 한편 이행의 최고란 채무자에 대하여 채무의 내용인 급부를 실현할 것을 요구하는 행위 이른바 의사의 통지로서, 그 방법에 특별한 제한이 없고, 이행이 없으면 해제한다는 표시 또한 필요하지 않은바, 이행지체를 이유로 계약을 해제할 경우에 그 전제조건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여야 하는 것은 아니고, 최고한 때부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다고 보아야 한다. 또한 채권자가 채무자의 채무불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 특별히 그 급부의 수령을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고가 있었다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다(대법원 1990. 1. 12. 선고 89다카11685 판결, 대법원

1994. 11. 25. 선고 94다35930 판결, 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002다24942 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 다음과 같은 사실은 갑3, 5, 13호증, 을2, 39호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있다.

① 원고는 이 사건 도급계약에서 정한 최초 준공예정일인 2017. 11. 30.까지 공사를 완료하지 못하였고, 이에 따라 원고와 피고는 원고의 책임하에 준공 및 잔여공사를 종료하기 위하여 이 사건 변경계약을 체결하였다. 원고는 이 사건 변경계약 체결 이후로도 하도급대금을 제때 지급하지 아니하는 등 공사를 제대로 진행하지 않았고, 피고는 2017. 12. 26. 및 27.경 원고로부터 하도급대금 직불동의를 받은 후 수장, 소방 및 기계설비, 타일, 단열재, 판넬설치업체 등의 하수급업체에 대하여 하도급대금을 직접 지급하였다. 원고는 이 사건 변경계약에 따른 준공예정일인 2017. 12. 30.까지 공사를 완료하지 못하였다.

② 피고는 2017. 12. 28. 원고에게 이 사건 건물의 사용승인을 위한 신청서류 및 관련 제반서류를 2017. 12. 29.까지 제출해 줄 것과 건축물 사용승인을 위한 서류와 공사 중 완성되지 않은 부분에 대한 사유 및 향후 상세일정을 서면으로 제출하여 줄 것을 요청하는 이메일을 작성하여 송부하였다(이하 '2017. 12. 28.자 이메일'이라 한다).

③ 피고가 공사 과정에서 작성한 회의록에는 피고와 원고가 공사진행에 관하여 수시로 회의를 진행하면서 논의한 내용이 기재되어 있는데, 2017. 12. 29.자 회의록에는 '원고가 피고에게 산재보험의 연기를 위해 계약기간을 연장하여 줄 것을 요청

하였으나, 계약기간 및 보증기간 연장요청은 수용할 수 없음을 통보하였다'는 내용이, 2018. 1. 3.자 회의록에는 '하수급업체들이 원고로부터 계약금을 지급받지 못하였거나 정식계약을 체결하지 못하였다는 이유 등으로 문제를 제기하고 있다. 신규공사계약 체결 미비 혹은 보류로 인한 공사 중단은 원고의 실질적인 계약이행포기의사로 판단할 수밖에 없어 피고 입장에서는 계약을 해제하는 수밖에 없음을 통보하였다'는 내용이, 2018. 1. 8.자 회의록에는 '하도급계약 체결 보류 또는 계약금 미지급행위는 원고가 계약이행을 포기한 것으로 간주할 것이며, 계약이행보증기간이 2019. 1. 30.임을 재확인하고 그 이전 공사를 완료해야 함을 통보하였다'는 내용이 각 기재되어 있다.

④ 피고는 2018. 1. 10. 공사완료일을 2018. 1. 25.로 하는 공사일정 및 준공일정을 작성하여 원고에게 이메일로 송부하였다(이하 '2018. 1. 10.자 이메일'이라 한다).

⑤ 피고는 2018. 1. 23.경 원고에게 '하도급공사 계약이 체결되지 않고 공사가 진행되지 않은 것은 이 사건 공사의 포기의사로 판단하겠다'는 통보를 하였고, 2018. 1. 30.에는 원고에 대하여 이 사건 해제통지를 하였다.

(2) 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고는 2017. 12. 28.자 이메일을 통해 원고에게 완료되지 않은 부분의 상세일정을 요청하였고, 원고의 계약기간 및 보증기간 연장요청을 수용하지 아니한 상태에서 2018. 1. 10.자 이메일을 통해 공사완료일을 2018. 1. 25.로 하는 공사일정을 송부하였는데, 이는 2018. 1. 25.경까지 피고가 송부한 일정에 따라 공사를 완성할 것을 요구하는 것으로 볼 수 있는 점, ② 이 사건 도급계약에서 서면으로 이행최고를 할 것을 요구하는 취지는 계약이행의 의사를 명확히 하고 이행최고의 존부와 내용에 대한 증명

을 용이하게 하려는 것인데, 이메일 형태의 전자문서는 가독적 부호에 의해 계속적으로 의사나 관념이 표시된 것으로 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에 있어서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수도 있어 서면에 준한다고 봄이 타당하여 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지에 해당하지 않는다고 볼 것은 아닌 점을 고려하면, 피고가 원고에 대하여 이메일 등에 의해 이행의 최고를 하였음에도 원고가 이행을 완료하지 못함으로써 이 사건 일반조건 제31조 제1항에서 정한 해제권이 발생하였다 할 것이고, 이 사건 해제통지에 따라 이 사건 도급계약은 적법하게 해제되었다.

나. 이 사건 도급계약 해제 사유가 원고의 귀책사유로 인하여 발생한 것이 아니라는

원고의 주장에 대한 판단

1) 주장의 요지

① 원고는 이 사건 해제통지를 수령한 후인 2018. 2. 4.경까지도 이 사건 공사현장에서 공사를 수행하였고, 피고는 2018. 2. 9.경 원고, 하수급업체들과 대책회의를 하면서 원고의 2017. 12.경까지의 공사비를 모두 인정하고 위 공사비를 설 연휴인 2018. 2. 15. 이전까지 지급하며 2018. 1. 이후의 공사대금은 다시 협의하기로 함으로써 원고와 사이에 묵시적으로 이 사건 공사기간을 연장하기로 하였음에도 불구하고 2018. 2. 9. 이후 이 사건 공사현장을 통제하여 원고가 공사를 완료하지 못하였다. ② 피고는, 원고에게 10회차 기성금까지 정상적으로 지급한 후 11회차 기성금의 지급을 지체하였고, 이에 따라 원고는 하수급업체에게 공사대금을 제때 지급할 수 없었다. 또한 피고는 감리원에게 원고의 기성금청구서를 승인하지 아니하도록 부당한 압력을 행사하여 원고의 기성금청구를 방해하였다. ③ 피고의 무리한 요구로 당초부터 예정일 내 완공이 불

가능한 공사기간이 설정되었고, 피고의 수차례 설계변경으로 인하여 공사기간이 늘어날 수밖에 없었다. ④ 피고가 직접발주한 공사를 지연함으로써 원고는 후속공정을 진행할 수 없었고, 피고는 마감자재 등 건축주가 결정해 주어야 하는 제반 사항들에 대한 결정을 번복하거나 미룸으로써 원고는 관련 공정을 진행할 수 없었다. 이와 같은 사유로 원고는 이 사건 공사를 공사기간 내에 완료할 수 없었는바, 이 사건 도급계약의 해제 사유는 피고에게 그 원인이 있고, 원고의 귀책사유로 인하여 발생한 것이 아니다.

2) 판단

가) 이 사건 공사기간이 묵시적으로 연장되었다는 주장에 관하여

갑15호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 해제통지를 받은 이후인 2018. 2. 2.경까지 이 사건 공사를 진행한 사실, 피고는 2018. 2. 9. 원고 및 하수급업체들과의 대책회의에서 피고가 원고의 하수급업체들에게 공사대금을 직접 지급하기로 합의하였고, 이에 원고가 유치권행사를 중단하였으며, 그후 피고가 원고의 하수급업체들에게 공사대금을 지급한 사실은 인정된다. 그러나 원고가 2018. 1. 31. 이 사건 해제통지를 받은 후에도 이 사건 공사의 일부를 진행한 것은 원고의 독단적인 결정에 의한 것으로 보이는 점, 피고가 원고의 하수급업체들에게 공사대금을 지급하기로 한 것은 원고의 유치권행사를 중단시키고 이 사건 공사현장을 인도받기 위한 것으로 보이고, 실제로 원고는 위와 같은 합의 후 이 사건 건물을 피고에게 인도한 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 원고와 피고 사이에 이 사건 공사기간을 연장하기로 묵시적으로 합의하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 공사기간이 연장되었음을 전제로 한 원고의 위 주장은 이유 없다.

나) 피고가 공사대금의 지급을 지체하였다는 주장에 관하여

(1) 피고가 공사대금의 지급을 지체하여 원고에게 동시이행항변권이 인정되는지 여부

(가) 이 사건 일반조건 제34조는 피고가 계약조건에 의한 선금과 기성부분금의 지급을 지연할 경우, 원고가 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 피고가 이를 지급치 않을 때에는 원고는 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할 수 있고(제1항), 제1항의 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외된다(제2항)고 정하고 있는 사실은 앞에서 본 바와 같다.

(나) 갑3호증, 을2, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 이 사건 도급계약 당시 피고는 선금으로 공사대금의 10%인 1,210,000,000원을 원고의 청구를 받은 날부터 14일 이내에 지급하고 나머지 공사대금은 '기성부분금'으로 정하여 원고의 기성부분의 검사요청에 따라 검사 후 14일 이내에 매월 1회 기성금을 지급하기로 약정한 사실, ② 피고는 2017. 1. 18.부터 2017. 10. 31.까지 매월 1회씩 총 10회차 기성금으로 합계 6,195,000,000원을 지급하였는데, 원고가 기존 준공예정일인 2017. 11. 30.까지 이 사건 공사를 완료하지 못하자, 2017. 11. 29.경 준공예정일을 2017. 12. 30.로 연장하는 변경계약을 체결한 사실, ③ 이 사건 변경계약 체결 이후로도 원고가 하수급업체에게 공사대금을 제때 지급하지 아니하였고, 이에 피고는 2017. 12. 26. 및 27. 원고로부터 하도급대금 직불동의서를 작성받은 후 11회 기성금을 하수급업체에 직접 지불하여 지급처리한 사실, ④ 원고가 공사를 중단한 2018. 2. 9. 기준으로 원고의 기성고 비율은 78.6%에 불과하나, 피고는 위 2018. 2. 9. 기준으로 합계 8,172,104,600원(= 선금 1,210,000,000원 + 1 내지 10회차 기성금 합계 6,195,970,000원 + 11회차

기성금 766,134,600원)을 지급하였고, 이는 이 사건 변경계약에 따른 감축된 계약금액의 80.75%(= 8,172,104,600원 / 10,120,000,000원 × 100, 소수 셋째 자리에서 반올림)에 해당하여 이 사건 건물의 기성고보다 피고가 원고에게 지급한 공사대금이 더 많은 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 피고는 원고의 기성고에 따라 기성고 대금을 지급하기로 한 약정에 따라 원고에게 기성금을 지급하였고 공사 중단시까지 피고가 원고에게 지급한 기성금은 원고의 기성고 비율을 초과한 사실이 인정될 뿐이다. 따라서 원고의 12회, 13회 기성금 청구가 정당한 청구라거나 피고가 이 사건 도급계약에서 정한 기성금의 지급을 지체하였음을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다.

(2) 피고의 기성금 청구 방해로 공사대금 지급이 지체된 것인지 여부

갑39호증의 기재에 의하면 피고가 감리원으로 하여금 원고의 기성금청구에 대해 결재를 하지 않도록 요청한 사실은 인정할 수 있으나, 이를 두고 피고가 원고의 기성금 청구를 위법하게 방해한 것이라고 평가할 수 없고(이 사건 일반조건 제22조 제1항, 3항에 따르면 원고가 기성부분에 대한 검사를 요청하면 피고가 지체없이 검사를 하여 그 결과를 원고에게 통지하여야 하고 14일 이내에 통지가 없는 경우에는 검사에 합격한 것으로 보며 피고가 검사완료일로부터 14일 이내에 검사된 내용에 따라 기성부분금을 원고에게 지급하면 기성금 청구와 지급 절차는 완료되는 것일 뿐이고 달리 그 청구에 있어서 감리원의 결재를 요건으로 하는 것도 아니다), 그와 같은 방해행위가 원인이 되어 피고가 원고에게 기성금을 지급하지 않은 것이라고 볼 수도 없다. 오히려 앞에서 본바와 같이 원고가 기성금청구를 한 2018. 1.경에는 원고의 기성고율은 피고가 지급한 기성대금에 못미치는 사실, 원고가 공사를 제대로 이행하지 않아서 피고는 원고의 하수급업체에 하도급대금을 직접 지급하기로 합의한 사실 등이 인정될 뿐이다.

다) 무리한 공사일정과 설계변경이 공사지연의 원인이라는 주장에 관하여

(1) 이 사건 도급계약 체결시부터 준공예정일인 2017. 11. 30.까지 원고가 이 사건 도급계약에 따른 공사를 완료하는 것이 불가능하다거나, 그럼에도 피고가 무리하게 요구하여 위와 같은 공사기간을 정하였다고 인정할 증거가 전혀 없다. 오히려 을39호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 공사의 시공사 선정 시 피고는 3개 회사로부터 입찰신청서를 받았는데, 원고는 입찰제안서에 공사예정기간을 15개월로 기재하여 제출하였고, 입찰에 참가하였던 다른 건설회사는 각 12개월 및 14개월로 공사예정기간을 기재하였던 사실, 이 사건 도급계약은 2016. 10. 24. 체결되어 같은 날 착공하였고, 당초 공사완료기간은 2017. 11. 30.까지였으나, 이후 원고의 요청에 따라 이 사건 변경계약을 통하여 2018. 12. 30.로 1개월이 더 연장된 사실을 인정할 수 있을 뿐이다.

(2) 또한 갑4, 38, 40호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 2017. 3. 27.경 주차장의 주차대수를 61대(지하는 30대, 지상 31대)에서 80대(지하 48대, 지상 32대)로 증가하는 1차 설계변경이, 2017. 7. 13. 전면 1~4층 엘리베이터를 추가하는 내용의 2차 설계변경이, 2017. 12. 1. 외부 마감재를 '테라코타'에서 '아키타일'로 변경하는 내용의 3차 설계변경이 각 이루어진 사실은 인정할 수 있으나, 한편 위 증거들 및 갑3호증, 을12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 추론되는 사정, 즉 ① 이 사건 특수조건 7. 공사시공범위 '가. 공사계약도면 외 내역에 포함된 공사'에는 '1) 설계변경(예정)에 따라 변경되는 공사, 2) 지하 2층 기계식 주차(48대) 설치 및 연관공사'가 명시되어 있으므로, 이 사건 도급계약 당시부터 1차 설계변경은 예정되어 있었던 것으로 보이는 점, ② 엘리베이터의 추가는

2017. 3.경부터 예정되어 있었던 것으로 보이는데, 당시에는 골조공사가 진행되기 전이므로 이로 인하여 공사가 지연되었을 것으로 보이지는 않는 점, ③ 외장마감재를 변경한다고 하더라도 시공방법에 큰 차이가 없는 이상 그로 인하여 공사기간의 연장이 필요하다고 보기는 어려운 점, ④ 당초 이 사건 공사 중 철근콘크리트공사는 2016. 12.경부터 2017. 7.경까지 진행될 예정이었으나, 토목공사의 지연으로 인한 착수지연과 골조공사 하도급대금의 미지급에 따른 공사 중단 등으로 2017. 11. 27.경에서야 완성되었고, 이에 따라 나머지 공정들도 순차적으로 지연되었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 피고의 설계변경으로 인하여 이 사건 공사가 현저히 지연되었다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라) 직접발주공사 지연 등이 공사지연의 원인이라는 주장에 관하여

피고가 직접발주한 공사를 지연함으로써 원고가 후속공정을 진행할 수 없었다거나, 피고가 마감자재 등을 결정하지 않거나 번복함으로써 원고가 관련 공정을 진행할 수 없었다는 사실을 인정할 증거가 전혀 없다. 오히려 원고와 피고는, 원고가 최초 준공예정일인 2017. 11. 30. 내에 공사를 완료하지 못함에 따라 원고의 책임하에 공사를 완료하기 위하여 준공예정일을 2017. 12. 30.로 연장하는 내용으로 이 사건 변경계약을 체결하였고, 위 변경계약에 따라 피고가 일부 공사를 직접발주하기로 하면서 원고는 위 직접발주공사에 대하여 원고가 도급받은 공사에 준하여 관리하고, 나아가 직접발주공사로 인한 공사지연이 발생하지 않도록 관리, 감독 책임을 지기로 한 사실은 앞에서 인정한바와 같으므로, 설령 피고가 직접발주공사를 지연하였다고 하더라도 이를 피고의 책임으로 볼 수는 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

마) 소결론

그렇다면 이 사건 도급계약은 원고가 이 사건 변경계약에 따른 공사기간 내에 공사를 완료하지 못하고 일방적으로 공사를 중단하여 피고의 해제통지에 따라 해제되었다고 할 것이므로, 그 해제의 귀책은 원고에게 있다.

4. 본소청구에 대한 판단

가. 미지급 공사대금 청구

1) 관련 법리

건축공사도급계약이 수급인의 채무불이행을 이유로 해제된 경우에 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에 도급계약은 미완성부분에 대하여만 실효되고 수급인은 해제한 상태 그대로 건물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의 무관계가 성립한다. 건축공사도급계약이 중도해제된 경우 도급인이 지급하여야 할 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총 공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이지 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 등 참조).

2) 미지급 공사대금의 범위

가) 원고가 이 사건 공사를 중단하고 피고에게 이 사건 공사현장을 인도한 2018. 2. 9. 당시 이 사건 변경계약에 따른 기성고율이 78.6%인 사실은 앞에서 인정한 바와 같으므로, 이에 따라 계산한 원고의 기성공사대금은 7,954,320,000원(= 10,120,000,000원 × 78.6%)이라고 봄이 타당하다. 그런데 원고가 피고로부터 이 사건 도급계약에 따른 선금으로 1,210,000,000원, 나머지 공사대금으로 7,251,856,700원(= 1

회차 내지 10회차 기성금 합계 6,195,970,000원 + 11회차 기성금 766,134,600원 + 하도급 직접 지급대금 289,752,100원) 합계 8,461,856,700원을 지급받은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 피고는 원고에게 원고의 기성대금을 초과한 공사대금을 지급하여, 피고의 원고에 대한 미지급 공사대금 채무는 더 이상 남아있지 않다. 따라서 원고의 미지급 공사대금청구는 이유 없다.

나) 이에 대하여 원고는, 2018. 1. 29. 성동구청장으로부터 이 사건 건물에 관하여 사용승인을 받았던 사실, 성동구청장은 2018. 3. 16. 이 사건 건물에 대하여 사용중지명령을 내리고 이 사건 위반사항을 시정할 것을 지시하였으나, 그 위반사항은 '대지조경 미설치, 건축물 마감재료 미설치, 미관지구 후퇴선 건축자재 등 적치'에 불과한 사실 등에 비추어 보면, 위 사용승인을 받을 당시 이 사건 건물은 대부분 완공된 것으로 보이는바, 관련사건 감정인의 감정결과에 따른 기성고율은 원고의 기성고에 비해 너무 낮아서 믿을 수 없고, 이 사건 공사의 기성고율은 U단체의 감정결과(갑25, 27호증)에 따른 90.13%라고 주장한다.

살피건대, 감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 하는바(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결 등 참조), 갑43 내지 48호증의 각 기재만으로는 감정인의 감정방법 등에 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 있다거나 원고 주장과 같이 기성고 비율이 90.13%에 달한다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 갑15, 26호증, 을12호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 위반사항은 '대지조경 미설치(건축법 제42조 위반), 건축물 마감재료 미설치(건축법 제52조 및 건축물의 에너지절약설계기준 제2조 위반, 미관지구 후퇴선 건축

자재 등 적치(도시계획조례 제46조 제1항 위반)'이나, 건축주 측에서 내부를 공개하지 않아서 내부위반은 확인하지 못하였던 사실, 원고측에서 작성한 2018. 2. 2.자 공사일보에 의하더라도 여전히 조적공사, 인테리어 공사 등 여러 공사가 남아 있던 것으로 보이는 점, 이 사건 도급계약이 해제된 이후 피고로부터 감정을 의뢰받은 V 건축사사무소는 2018. 2. 20.경 이 사건 공사현장을 방문하여 2018. 1. 30. 기준 이 사건 공사의 기성율을 72.82%로 추산한 사실, 위 건축사사무소의 건축물조사보고서에 의하면 원고가 이 사건 공사를 중단하고 이 사건 건물을 피고에게 인도한 2018. 2. 9. 당시 이 사건 건물의 외부뿐만 아니라 벽체마감, 도장, 화장실, 인테리어 등 이 사건 건물의 내부에도 여전히 미완성 부분이 남아있던 사실, 성동구청장은 2018. 5. 3. 위 위반사항의 시정완료를 이유로 이 사건 건물에 관하여 위반건축물 표기를 해제하였으나, 피고는 2018. 7. 4.경부터 이 사건 건물의 1, 2층에서만 정비소를 운영하였고, 2018. 12.경이 되어서야 이 사건 건물의 잔여공사를 완료한 것으로 보이는 점 등이 인정될 뿐이다.

나. 추가공사비 청구에 대한 판단

이 사건 특수조건 7. 공사시공범위 '나. 공사계약내역에서 제외되는 공사'에는 '3) 지하토질(폐기물, 뿔층, 호박돌 등) 및 지하수위가 조사서와 상이하여 발생하는 비용'이 명시되어 있고, 이 사건 일반조건 제26조에 의하면 원고는 공사현장에서 발생한 폐기물을 관계법령에 의거, 처리하여야 하며, 피고는 폐기물처리에 소요되는 비용을 계약금액에 반영하여야 한다고 정한 사실, 갑18 내지 23호증의 각 기재에 의하면, 원고는 2016. 12. 20. W회사와 이 사건 공사 중 바닥철거공사를 계약금액 38,500,000원에 하도급주는 계약을 체결하고 2016. 12. 30. W회사에 38,500,000원을 지급하였고, 2016. 11. 19., 2017. 2. 13., 2017. 3. 1., 2017. 3. 4.경 주식회사 X에 합계 171,347,000원을

지급하고, 폐토사처리비용으로 세금계산서를 발행한 사실, 피고는 2016년과 2017년 폐콘크리트 및 혼합건설폐기물 배출 및 처리실적보고서를 성동구청장에게 제출한 사실은 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로는 위 비용들이 이 사건 공사범위에서 제외되는 '지하토질(폐기물, 뽕층, 호박돌 등) 및 지하수위가 조사서와 상이하여 발생하는 비용'에 해당한다거나, 원고와 피고 사이에 추가공사의 시행 및 추가공사대금 지급에 관하여 합의를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 이 사건 특수조건 7. 공사시공범위 '다. 공급가액에 포함된 사항'에는 '폐기물처리비용'이 포함되어 있으므로, 폐기물처리공사는 기존 계약에 포함된 공사로 보일 뿐이다. 나아가 원고가 위와 같은 비용을 지출하였다고 하더라도, 이 사건 변경계약 제8조 제1항에 따라 원고와 피고는 '모든 설계변경으로 인한 직·간접적인 공사비용의 추가, 공사기간의 연장은 없는 것으로 합의'함으로써 원고는 피고에게 추가공사비를 청구하지 않는 것으로 합의하였다고 봄이 타당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 반소청구에 대한 판단

가. 부당이득반환청구

1) 과지급 공사대금청구

가) 공사도급계약의 경우 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우 도급인이 계약을 해제하더라도 계약은 미완성 부분에 대하여서만 실효되므로, 수급인은 해제한 상태 그대로 공사물을 도급인에게 인도하면 되고, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 공사물의 완성도나 기성고 등을 참작하여 이에 상응하는 보수를 지급하여

야 함은 앞에서 본바와 같고, 한편 공사도급계약에서 선급금을 지급받은 후 계약이 해제 또는 해지될 경우에는 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그 때까지 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선급금으로 충당되고, 선급금이 남을 경우 수급인은 도급인에게 남은 선급금을 반환할 의무가 있다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 등 참고).

또한 이 사건 일반조건 제10조 제5항은 피고는 선금을 지급한 경우 계약을 해제 또는 해지하는 경우에는 당해 선금잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있으나, 제6항에 의하면 이 경우 기성부분에 대한 미지급금액이 있는 경우에는 선금잔액을 그 미지급금액에 우선적으로 충당하여야 한다고 정하고 있다. 따라서 도급인이 수급인을 상대로 선급금의 반환을 구하기 위해서는 공사를 중단할 당시 기성고에 해당하는 공사대금이 선급금에 미치지 못하여 반환받을 금원이 있음을 입증하여야 한다.

나) 원고가 이 사건 공사를 중단한 2018. 2. 9. 당시 이 사건 변경계약상의 기성고 비율은 78.6%이고, 이에 따라 원고의 기성고대금은 7,954,320,000원(= 10,120,000,000원(= 이 사건 도급계약상 계약금액 12,100,000,000원 - 피고 직접발주부분 1,980,000,000원) $\times$ 78.6%)인 사실, 그런데 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에 따른 선금으로 1,210,000,000원, 나머지 공사대금으로 7,251,856,700원(= 1회차 내지 10회차 기성금 합계 6,195,970,000원 + 11회차 기성금 766,134,600원 + 2차 하도급 직접 지급대금 289,752,100원) 합계 8,461,856,700원(= 선금 1,210,000,000원 + 공사대금 7,251,856,700원)을 지급한 사실은 앞에서 본바와 같다. 따라서 원고는 피고로부터 507,536,700원(= 8,461,856,700원 - 7,954,320,000원)을 초과 지급받음으로써 동액 상당을 법률상 원인 없이 취득하였다고 할 것이고 이를 피고에게 부당이득으로 반환할 의

무가 있다.

2) 선금금 반환청구

가) 위 1)항에서 본바와 같이, 이 사건 도급계약이 해제됨에 따라 별도의 상계 의사표시 없이 그 때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 당연히 선금으로 충당되므로, 선금 1,210,000,000원은 전부 원고의 기성고대금 7,954,320,000원에 충당되었고, 피고 역시 이를 전제로 기성고대금을 초과하여 지급받은 선금의 반환을 위 1)항에서 구하고 있다. 그럼에도 위 선금 1,210,000,000원 중 남은 공사비율 21.4%에 해당하는 216,568,000원을 선금잔액으로 하여 추가로 반환을 구하는 피고의 주장은 이와 다른 전제에 선 것으로 받아들이지 않는다.

나) 또한 이 사건 도급계약에서 선금은 1,210,000,000원으로 정하였고, 이 사건 변경계약에서 선금에 대하여 달리 정한바 없으며, 이 사건 일반조건 제10조에서도 선금잔액의 반환을 청구할 수 있는 경우를 '계약을 해제 또는 해지하는 경우'와 '선금지급조건을 위반한 경우'로 정하고 있을 뿐 '계약변경으로 인해 계약금액이 감액되었을 경우'를 기재하고 있지는 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 변경계약에 따라 피고 원고에게 지급하여야 할 공사대금이 1,980,000,000원 감축되어 10,120,000,000원으로 변경되었다하더라도, 선금 또한 198,000,000원($= 1,980,000,000\text{원} \times 10\%$)이 감액되는 것으로 변경되었다고 보기 어렵고, 설령 이 사건 도급계약에 따른 선금을 감액된 공사대금에 해당하는 198,000,000원을 뺀 나머지 금액으로 보아야 한다고 하더라도 위 선금은 모두 원고의 기성고대금에 충당되었음은 마찬가지이므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 지체상금 청구

1) 지체책임의 발생

가) 건물 신축의 도급계약은 건물의 준공이라는 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로서 그 지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대하여 손해배상액을 예정한 것이라 할 것이므로, 수급인이 약정된 기간 내에 일을 완성이 도급인에게 인도하지 않는 한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 지체상금을 지급할 의무가 있고, 따라서 수급인 스스로 공사를 시행하는 동안 완공이 지체된 경우는 물론 수급인의 귀책사유로 인하여 도급계약이 해제되고 그에 따라 도급인이 수급인을 다시 선정하여 공사를 완공하느라고 완공이 지체된 경우에도 지체상금의 약정은 적용되어야 하는 것이다(대법원 2001. 12. 14. 선고 99다58129 판결 등 참조).

나) 원고와 피고 사이에 이 사건 도급계약을 체결할 당시 지체상금 약정을 한 사실, 원고는 이 사건 변경계약의 준공기한인 2017. 12. 30.까지 공사를 완공하지 못하였고, 결국 2018. 2. 9. 공사를 중단한 사실, 피고가 이 사건 도급계약을 해제한 사실은 앞에서 본 바와 같으므로, 원고는 피고에게 이 사건 도급계약에서 정한 지체상금을 지급할 의무가 있다.

2) 지체상금의 산정

가) 수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 완공기한을 넘겨 도급계약이 해제된 경우에 있어서 그 지체상금 발생의 시기는 완공기한 다음날이고, 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 이를 해제할 수 있었을 때를 기준으로 하여 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 같은 건물을 완공할 수 있었던 시점이다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다56112 판결 등 참조).

나) 피고는 최초 준공예정일인 2017. 11. 30.까지 이 사건 공사를 완료하지 못하

였고, 이에 따라 원고와 피고는 원고의 책임하에 준공 및 잔여공사를 종료하기 위한 이 사건 변경계약을 체결하였는데, 원고는 변경계약 체결 이후로도 공사를 제대로 진행하지 않아서 피고는 2017. 12. 26. 및 27.경 원고로부터 하도급대금 직불동의를 받은 후 원고의 하수급업체들에게 하도급대금을 직접 지불한 사실, 원고는 이 사건 변경계약에 따른 준공예정일인 2017. 12. 30.까지도 공사를 완료하지 못한 사실, 피고는 2018. 1. 30. 이 사건 도급계약의 해제를 통보하였으며 그 해제통지는 다음 날인 2018. 1. 31. 원고에게 도달한 사실, 2018. 2. 9. 기준으로 이 사건 공사의 기성고율은 78.6%인 사실, 이 사건 도급계약상 지체상금은 매 지체일수마다 계약금액에 1/1,000을 곱하여 산출하는 것으로 정한 사실은 앞에서 인정한 바와 같고, ① 피고는 적어도 원고가 변경된 계약에 따른 준공예정일인 2017. 12. 30.부터는 원고에게 상당한 기간을 정하여 공사계약의 이행을 최고하여 공사계약을 해제할 수 있었다고 보이므로, 피고가 원고에게 공사의 이행을 최고한 후 원고의 미이행에 따라 이 사건 도급계약을 해제하고 제3의 업체를 물색, 협상하여 잔여공사에 관하여 공사도급계약을 체결하는 데에 소요되는 기간은 30일로 인정하고, ② 위 2017. 12. 30. 기준으로 이 사건 공사의 정확한 기성고율을 확인할 자료는 없으나, 2018. 2. 9. 기준으로 산정한 기성고율 78.6%를 반영하여, 제3의 업체가 나머지 공사를 시공하여 건물을 완공하는 데까지 소요되는 기간은 93일 [= 이 사건 도급계약상 공사기간 433일(2016. 10. 24.부터 2017. 12. 30.까지) × 남은 공사비율 21.4%(= 100% - 78.6%), 소수점이하 반올림]로 인정하여, 이 사건 공사가 지체된 기간은 합계 123일(= 30일 + 93일)로 봄이 타당하다.

한편 이 사건 변경계약은 제1조에서 도급금액은 '변동 없음'으로 정하고 있고, 다만 원고가 이 사건 공사의 총공사기성금액에서 피고의 직접발주금액

1,980,000,000원(부가가치세 포함)을 공제하기로 한 사실, 위 변경계약 제7조에서 원고는 직접발주공사에 대하여 원고가 도급받은 공사에 준하여 관리하여야 하며 위 공사의 지연이 발생하지 않도록 관리, 감독책임을 지고, 피고가 직접발주한 공사의 계약에서 발생할 수 있는 지체상금 등 모든 문제를 피고가 직접발주한 업체와 함께 연대책임을 지기로 한 사실 등에 비추어 보면, 지체상금의 산정 기준이 되는 계약금액은 이 사건 도급계약에 따른 최초 계약금액인 12,100,000,000원으로 봄이 타당하다.

다) 따라서 원고가 피고에게 지급하여야 하는 지체상금은 1,488,300,000원(= 계약금액 12,100,000,000원 $\times$ 지체상금률 1/1,000 $\times$ 지체일수 123일)이다.

라) 이에 대하여 원고는, 이 사건 공사가 지체된 데에 원고의 귀책사유가 없으므로, 원고는 피고에 대하여 지체상금을 지급할 의무가 없다는 취지로 주장하나, 이 사건 공사가 중단됨에 있어서 피고가 공사대금 지급의무를 불이행한 잘못이 있다고 볼 수 없고 이 사건 도급계약은 원고가 이 사건 도급계약에 따른 공사를 제대로 이행하지 못하여 해제된 것으로 그 해지의 귀책은 원고에게 있음은 앞에서 본 바와 같으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

3) 지체상금의 감액

가) 지체상금에 관한 약정은 수급인이 그와 같은 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 수급인이 약정된 기간 내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니하여 지체상금을 지급할 의무가 있는 경우, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약 당사자의 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 넘

어 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 1999. 10. 12. 선고 99다14846 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 공사는 원고가 먼저 자신의 비용을 투입하여 진행하고 피고로부터 기성고에 따라 공사대금을 후불로 지급받는 것으로 되어 있는 점, 피고는 3차례 설계변경을 하였고, 이에 따라 공사가 다소 지체되기도 한 것으로 보이는 점, 이 사건 건물에 관하여 최초 사용승인이 2018. 1. 29. 내려졌고, 이 사건 위반사항 외 미비사항이나 다른 위반사항이 구체적으로 확인되지 않는 점, U단체는 이 사건 공사의 기성고율이 90.13%라는 의견을 밝히기도 한 점 등에 비추어 보면, 위에서 정한 지체상금은 부당하게 과다하다고 인정되므로 그 중 50%인 744,150,000원(= 1,488,300,000원 × 50%)으로 감액한다.

다. 하자보수에 갈음하는 손해배상 청구

을12, 23, 37호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, V 건축사사무소는 2018. 1. 30. 기준으로 이 사건 건물에는 옥상 방수의 누수, 지하 외벽 방수의 누수 등 여러 곳에 누수 하자가 발생하였음을 확인하고 예상 보수공사비로 23,000,000원을 산정한 사실, 피고는 2018. 10. 30. Y회사와 이 사건 건물의 배수관로 보수공사에 관하여 공사금액 22,736,175원으로 하는 도급계약을 체결하였고, Y회사는 기존배수관로를 철거하여 배수관로를 다시 시공하고 방수공사를 시공한 사실, 피고는 위 방수공사, 시설물보수공사에 대한 대금으로 2018. 11. 16. 15,840,000원, 2019. 1. 10. 6,896,175원 합계 22,736,175원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고의 시공상 잘못으로 인하여 이 사건 건물의 옥상 등에 누수가 발생하였고, 피고는 이와 같은 하자를 보수하기 위하여 방수공사, 시설물보수공

사 등을 시행하여 22,736,175원을 지출하였으므로, 원고는 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상으로 위 하자보수비 22,736,175원을 지급할 의무가 있다.

라. 하자이행보증금청구

갑3호증의 기재에 의하면 이 사건 도급계약에서는 하자보수보증금율을 5%, 금액을 605,000,000원, 하자담보책임기간을 건축구조물 5년, 기타공사 3년으로 정하고 있는 사실, 이 사건 일반조건 제28조 제1항에는 피고는 공사의 하자보수를 보증하기 위하여 계약서에서 정한 하자보수보증금률 5%를 계약금액 12,100,000,000원에 곱하여 산출한 금액 605,000,000원을 하자보수보증금으로 하여 준공검사 후 그 공사의 대가를 지급할 때까지 현금 또는 보증기간이 발행한 보증서로 피고에게 납부하여야 한다고 정하고 있는 사실은 인정할 수 있다. 그러나 나아가 원고와 피고 사이에, 이 사건과 같이 이 사건 공사가 완성되지 않은 상태에서 그 도급계약이 해제된 경우에도 원고가 피고에게 위 계약에 따른 하자보수보증금을 지급할 의무가 있는지 여부 및 그 지급시기에 관하여 정하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없는 이상, 원고가 공사를 완료한 부분에 대하여 하자보수책임이 필요하다는 이유만으로 원고가 피고에게 기성 공사대금에 대한 준공시를 기준으로 하여 하자보수보증금율을 적용한 하자보수보증금을 지급할 의무가 있다고 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

마. 소결론

따라서 원고는 피고에게 ① 기성고대금을 초과하는 공사대금 지급의 부당이득 반환으로 507,536,700원, ② 지체상금으로 744,150,000원, ③ 하자의 보수에 갈음하는 손해배상으로 22,736,175원 합계 1,274,422,875원(= 507,536,700원 + 744,150,000원 +

22,736,175원) 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날인 2022. 9. 21.부터 원고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 1. 13.까지는 민법에서 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[피고는 원고가 이 사건 계약의 해제일부터는 '악의의 수익자'에 해당함을 전제로 이 사건 도급계약의 해제 다음 날인 2018. 1. 31.부터의 법정이자 및 지연손해금을 구한다. 살피건대, 부당이득의 경우에 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 하는데(민법 제748조 제2항), 부당이득의 수익자가 악의라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 증명책임을 지고, 여기서 '악의'는, 민법 제749조 제2항에서 악의로 의제하는 경우 등은 별론으로 하고 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하며, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족한바(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결 등 참조), 원고가 이 사건 반소가 제기되기 전까지 원고 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하였다고 인정할 증거가 없다. 다만 선의의 수익자가 패소한 때에는 그 소를 제기한 때부터 악의의 수익자로 보는데(민법 제749조 제2항 참조), 이 경우 '소를 제기한 때'란 부당이득의 반환을 청구하는 소송이 계속된 때, 즉 소장 부분이 피고에게 송달된 때를 말하는 것이므로(대법원 2016. 8. 18. 선고 2016다4181 판결 등 참조), 원고는 피고의 반소장 부분을 송달받은 시점부터 악의의 수익자로 간주되어 법정이자 반환의무를 부담한다. 그리고 부당이득반환채무, 지체상금채무, 하자보수에 갈음하는 손해배상채무는 기한의 정함이 없는 채무로서 그 이행청구를 받은 다음 날부터

이행지체의 책임을 지는바(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다33431 판결 등 참조), 피고가 이 사건 반소제기 이전에 원고에게 위 청구를 하였다고 볼 자료가 없으므로, 위에서 인정한 범위를 초과하는 피고의 법정이자 및 지연손해금 청구는 이유 없다].

6. 결론

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 없어 기각하고, 피고의 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하며 나머지 반소청구는 이유 없어 기각한다.

재판장 판사 손승온

판사 양소영

판사 오정훈