

서울중앙지방법원 2022. 11. 15 선고 2021나40500(본소), 2021나40517(반소) 판결
[계약금반환청구의 소 · 용역비]

재판경과

서울중앙지방법원 2022. 11. 15 선고 2021나40500(본소), 2021나40517(반소) 판결
서울중앙지방법원 2021. 6. 18 선고 2020가단5148821 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인A

소송대리인 변호사 조판제

소송대리인 법무법인(유한) 광장 담당변호사 이규석, 장재윤

피고(반소원고), 피항소인주식회사 B

소송대리인 법무법인 와이케이 담당변호사 이민우

변론 종결2022. 10. 18.

판결 선고2022. 11. 15.

제1심판결서울중앙지방법원 2021. 6. 18. 선고 2020가단5148821(본소),
2020가단5282318(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 4,000만 원과 이에 대하여 2020. 6. 13.부터 2022. 11.

15.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 원고(반소피고)의 나머지 본소 청구와 피고(반소원고)의 주위적, 예비적 반소 청구를 모두 기각한다.

2. 소송총비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.

3. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 4,000만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소 : 원고는 피고에게 5,280만 원 및 그중 440만 원에 대해서는 2016. 6. 18.부터, 4,840만 원에 대해서는 2016. 8. 3.부터 각 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결의 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 본소 청구취지 기재의 돈을 지급하라.

제1심판결의 반소에 관한 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고의 반소 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2009. 2. 5. 제주시 C 과수원 301m², R 과수원 304m², S 과수원 423m², O 과수원 995m², K 과수원 4,681m²의 합계 6,704m²(이하 위 토지들을 통칭할 때는 '이 사건 토지'라고 한다)에 관하여 소유권이전등기를 마친 토지 소유자이다. 피고는 건축설계 및 감리업, 주택 건설업 등을 영위하고 있는 법인이다.

나. 별지 도면과 같이 원고 소유의 제주시 ○ 토지 안에는 M 묘지 93m²(이하 '제1토지'라고 한다)가 위치하고 있고, 원고 소유의 제주시 K 토지 안에는 N 묘지 83m²(이하 '제2토지'라고 한다)가 위치하고 있다. 제1, 2토지는 모두 미등기인 토지로서 그 지상에는 분묘들(이하 '이 사건 분묘들'이라고 한다)이 있었다. 각 토지대장에 따르면 T은 1913. 8. 1. 제1토지를 사정받았고, U은 1913. 8. 1. 제2토지를 사정받았다.

다. 원고는 이 사건 토지의 소유자로서 매도요청을 받아오던 중, 매도할 경우 양도소득세액이 매매대금의 약 50%에 달할 것이라는 말을 듣게 되었고, 이에 원고의 아들 D은 세금을 덜 내고 수익을 창출하는 방안으로 공동주택 개발사업을 진행하고자 하였다.

라. D은 이 사건 토지 위에 공동주택을 건축·분양하는 사업(이하 '이 사건 개발사업'이라 한다)을 진행하고자 E대학교 건축학과 선배이자 직장 동료인 F에게 이 사건 개발사업에 관하여 말하였고, F는 D에게 F와 같은 대학교 건축학과 동기이자 피고의 대표자인 G을 소개하였다.

마. 피고는 2015. 8.경 D에게 '제주시 H동 공동주택 기획안'이라는 제목 아래 '총괄설계개요, 사업성 검토(토지비, 공사비, 분양금액), 주요 법규체크, 단계별 설계개요, 배치도'로 이루어진 4쪽의 문서(을 제10호증)를 교부하였다.

바. D은 G에게 이 사건 개발사업에 관하여 원고를 설득하려면 수지분석이 포함된 사업계획서가 필요하니 사업계획서를 작성해달라고 요청하였다. G은 2016. 5.경 같은 대학교 건축학과 동기이자 주식회사 I(이하 'I'이라고 한다)의 대표인 J에게 이 사건 개발사업에 관한 사업계획서 작성을 부탁하여, 2016. 5. 13. I의 도움을 받아 작성한 '제주 H동 공동주택 개발사업 계획(안)'(을 제11호증, 이하 '이 사건 사업계획서'라고 한다)을 D에게 교부하였고, 이후 D으로부터 이 사건 토지 주변이 1종 일반주거지역으로 변경될 경우의 수지분석표 작성을 추가로 요청받아 2016. 5. 18. 다시 I의 도움을 받아 위 사업계획서 뒤쪽에 추가검토사항을 덧붙여 작성한 사업계획서(을 제12호증)를

D에게 교부하였다.

사. 이 사건 사업계획서(을 제12호증)는 19쪽 분량으로 되어 있는데, 사업 전체의 책임 관리역할을 PM1) 이 맡고, 피고가 건축설계를 맡으며, I이 분양을 맡는 사업구조를 제안하고 있다. 한편 I은 제주도에서 다른 분양사업을 하고 있었다.

아. F는 D의 요청으로 위 PM 역할을 하기로 하였고, 원고는 2016. 6. 10. 피고와 사이에 제주시 K, N, S, O, M의 5필지(대지면적 6,275m²) 위에 신축하고자 하는 지상 4층 연면적 5,410m² 건물(이하 '제1건물'이라고 한다)과 C, R의 2필지(대지면적 605m²) 위에 신축하고자 하는 지상 4층 연면적 600m² 건물(이하 '제2건물'이라고 한다)의 각 설계계약(이하 위 각 설계계약을 통틀어 '이 사건 설계계약'이라고 한다)을 체결하였다. 이 사건 설계계약의 주요 내용2) 은 아래와 같다.

제3조(계약의 범위 등)

① 피고가 원고에게 제공할 용역의 범위는 목적물 시공을 위한 관계기관의 인허가 및 실시설계도서를 작성, 처리하는 것으로 한다.

② 용역업무

- 1 기본계획 : 법규검토, 계획안 구상
2. 기본설계 : 기본설계도면 작성
3. 인허가설계 : 인허가도면, 대관업무(심의, 허가)
4. 실시설계 : 실시설계도면, 인테리어 도면, 각종 계산서(구조, 설비, 전기 등)
5. 준공도서 작성 : 준공도서 및 준공서류

③ 원고가 피고에게 위임시, 피고는 현지 토목업체와 협력하여 수행하며 비용은 발생 때마다 피고가 원고에게 보고하고, 실비로 원고가 피고에게 지불한다.

1. 개발행위허가 수행 토목설계비

제4조(특약사항)

① 피고는 다음의 업무를 성실히 이행한다.

1. 견본주택 및 샘플하우스 건립을 위한 분양 관련 지원 업무
2. 시공시 구조기술 등 자문 역할

3. 설계 착오 및 현장 여건에 맞게 shop dwg 지원 및 준공도서 납품, 준공서류 지원 업무

4. 묘지 이전 및 필요시 도로 확보를 위한 전반적인 업무(비용은 원고와 협의 후 진행)

② 묘지 이전절차 완료 전 관련 법규가 변경되어 사업진행에 차질이 생겼을 경우엔 피고의 귀책사유가 없는 것으로 한다.

③ 피고는 묘지 이전절차 완료 후(3개월) 1주일 이내에 허가 접수 미이행하여 사업에 영향을 끼칠 경우 손해배상 책임을 감수한다.

제6조(대가의 지불방법)

① 대가의 지불시기 및 지불금액은 다음과 같이 정한다.

[제1건물]

계약시(20%)	40,000,000원	계약 후 7일 이내
건축심의 완료시(20%)	40,000,000원	심의완료 후 7일 이내
허가완료시(20%)	40,000,000원	건축허가 완료 후 7일 이내
실시설계 납품시(30%)	60,000,000원	실시설계 제출 후 7일 이내
사용승인완료 및 준공도면, 서류 납품시(10%)	20,000,000원	사용승인완료 후 7일 이내
계(100)	200,000,000원	부가가치세 별도

[제2건물]

계약시(20%)	4,000,000원	계약 후 7일 이내
건축심의 완료시(20%)	4,000,000원	심의완료 후 7일 이내
허가완료시(20%)	4,000,000원	건축허가 완료 후 7일 이내
실시설계 납품시(30%)	6,000,000원	실시설계 제출 후 7일 이내
사용승인완료 및 준공도면, 서류 납품시(10%)	2,000,000원	사용승인완료 후 7일 이내
계(100)	20,000,000원	부가가치세 별도

제12조(원고의 계약해제·해지)

① 원고는 다음 각 호의 경우에 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 피고가 금융기관의 거래정지 처분, 어음 및 수표의 부도, 제3자에 따른 가압류·가처분·강제집행, 금치산·한정치산·파산선고 또는 회사정리의 신청 등으로 계약이행이 불가능한 경우

2. 피고가 상대방의 승낙 없이 계약상의 권리 또는 의무를 양도한 경우

3. 사망, 실종, 질병, 기타 사유로 계약이행이 불가능한 경우

② 천재지변 등 부득이한 사유로 계약이행이 곤란하게 된 경우에는 상대방과 협의하여 계약을 해제·해지할 수 있다.

제13조(피고의 계약의 해제·해지)

① 피고는 다음 각 호의 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다.

1. 원고가 피고의 업무를 방해하거나 그 대가의 지불을 지연시켜 피고의 업무가 중단되고 30일 이내에 이를 재개할 수 없다고 판단된 때

2. 원고가 계약 당시 제시한 설계요구조건을 현저하게 변경하여 약정한 피고의 업무수행이 객관적으로 불가능한 것이 명백할 때

3. 원고가 상대방의 승낙 없이 계약상의 권리 또는 의무를 양도한 경우

4. 원고가 피고의 업무수행상 필요한 자료를 제공하지 아니하여 피고의 업무수행이 곤란하게 된 경우

5. 사망, 실종, 질병, 기타 사유로 계약이행이 불가능한 경우

② 천재지변 등 부득이한 사유로 계약이행이 곤란하게 된 경우에는 상대방과 협의하여 계약을 해제·해지할 수 있다.

제13조(손해배상)

원고와 피고는 상대방이 계약의 해제·해지 또는 계약 위반으로 인하여 손해를 발생시킨 경우에는 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다.

제14조(피고의 면책사유)

피고는 다음 각 호의 사항에 대하여는 책임을 지지 아니한다.

1. 원고가 임의로 설계업무 대가의 지불을 지연시키거나 요구사항을 변경함으로써 설계업무가 지체되어 손해가 발생한 경우

2. 천재지변 등 불가항력적인 사유로 인하여 업무를 계속적으로 진행할 수 없는 경우

제15조(설계업무 중단 시의 대가 지불)

① 제13조 및 제14조에 따라 설계업무의 전부 또는 일부가 중단된 경우에는 원고와 피고는 이미 수행한 설계업무에 대하여 대가를 지불하여야 한다.

② 피고의 귀책사유로 인하여 설계업무의 전부 또는 일부가 중단된 경우에는 원고가 피고에게 이미 지불한 대가에 대하여 이를 정산·환불한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 대가 지불 및 정산·환불은 제15조의 손해배상과는 별도로 적용한다.

자. 원고는 피고에게, 2016. 6. 11.경 1,500만 원, 같은 달 12.경 1,500만 원, 같은 달 13.경 1,000만 원, 합계 4,000만 원을 이 사건 설계계약의 계약금으로 지급하였다.

차. 한편 2016. 5.경에서 7.경까지 사이에3) 제2토지 위의 나무에 '묘지 이전 관련으로

연락바랍니다. 7월 이내 미연락시 불이익이 발생할 수 있습니다. 연락처 1) 토지주 D

010-xxxx-xxxx, 2) B 대학겸임교수 G 소장 010-xxxx-xxxx'라고 기재된 안내문이 설치되었다.

카. 피고는 2016. 6.경 제주시청 담당 직원과 이 사건 개발사업에 관하여 협의를 한 후 그 내용을 정리한 서면(을 제18호증, 별지 '제주시청 협의내용'은 그중 일부이다)을 D에게 전달하였는데4), 여기에는 제1, 2토지의 묘지를 이전할 예정이라는 내용과 함께 도로예정지를 비롯한 인근 토지 소유자들의 성명까지 기재되어 있었다.

타. 피고는 2016. 7.경 제주도 건축계획 심의 기준과 심의도면 작성기준에 따라 도면을 작성하여 건축법 제4조의2 제1항에 따른 건축심의를 신청하였고, 2016. 7. 26.경 '한국표준색상표로 색채 표기 바랍니다.'라는 종합의견으로 조건부동의를 받아 건축심의를 통과하였다.

파. 원고는 2017. 2. 18.경 Q으로부터 제2토지를 4,000만 원5) 에 매수하였고, Q은 제2토지 위 분묘를 이장하였으나, Q이 위 분묘의 소유자임을 입증할 자료가 부족하여 제2토지에 관한 소유권이전등기를 마치지지는 못하였다.

하. 피고의 대표자 G은 2020. 5. 11.경 D에게 "~~우리도 사실 손해를 많이 본 상황이지만, 이 프로젝트에 인발브했던 사람들이 모두 손해를 보고 끝난 프로젝트라고 생각했음, D씨 만나서 입장을 들어보니 D씨 입장도 이해는 되고, 학교 선후배 사이인데 마냥 우리도 손해를 봤다고만 이야기하기도 그래서 성의 표시 정도는 할 생각이니 D씨가 생각하는 금액을 알려주길 바랍니다~~"라는

이메일(이하 '이 사건 이메일'이라 한다)을 보냈다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 10, 11, 16호증(각 가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 을 제1 내지 12, 14 내지 20호증의 각 기재 또는 영상, 갑 제13, 15호증의 각 1의 각 일부 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고의 주장

- 1) 원고는 피고에게 제1, 2토지가 원고의 소유라고 말한 적이 없다. 피고는 이 사건 설계계약을 체결하기 전부터 또는 늦어도 피고가 제주시청과의 협의내용을 D에게 전달한 2016. 6. 15.경에는 제1, 2토지가 원고의 소유가 아님을 잘 알고 있었다.
- 2) 이 사건 설계계약은, 원고가 건축비만 부담하면 피고가 설계도서의 작성 등 일반적인 설계용역 업무뿐만 아니라, 이 사건 개발사업에 필요한 건축허가부터 시공, 분양 업무까지 맡아서 진행하기로 하여 체결된 것이다. 이에 피고는 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호 및 제3항에 기재된 바와 같이 '묘지 이전을 위한 전반적인 업무'를 수행하여 이 사건 설계계약 체결 후 3개월이 경과하기 전까지 제1, 2토지의 연고자를 찾아 위 각 토지를 원고가 매수할 수 있도록 하고, 이 사건 분묘들의 이장까지 완료하기로 하였다.
- 3) 피고는 원고로부터 이 사건 설계계약에 따른 계약금을 지급받고도 제1, 2토지의 소유권 확보를 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 제주시청에 건축심의를 신청하였는바, 건축심의 통과는 조건부일 뿐만 아니라 원고가 제1, 2토지의 소유권을 취득하지 못하는 이상 이 사건 개발사업을 수행할 수 없어 심의완료라고 볼 수도 없으며, 이후 피고는 제1, 2건물에 관한 건축허가 등 이 사건 설계계약에 따른 의무를 전혀 이행하지 않고 있다. 설령 피고가 제1, 2토지의 소유자를 원고로 생각하였고, 이에 따라 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호의 '묘지 이전을 위한 전반적인 업무'를 단지 원고 소유의 토지에 있는 무연고 분묘들을 이장하는 것이라고 해석하더라도, 피고는 건축사로서 제1, 2건물 부지에 관한 부동산등기부등본, 토지대장 등을 발급받아 그 소유관계를 확인할 성실의무 또는 주의의무가 있음에도 이를 위반하여 제1, 2토지의 소유관계를 확인하지 아니하였고, 피고가 이 사건 설계계약 체결 후 3개월이 경과하기 전까지 지체없이 개장허가신청을 위한 공고 등 '장사 등에

관한 법률'에 따른 절차에도 착수한 바가 없다.

4) 피고는 이 사건 설계계약 체결 후 제1, 2토지의 소유권을 확보하는 것이 쉽지 않자 이 사건 설계계약의 이행을 지체하던 중 이 사건 이메일을 통하여 이 사건 설계계약에 따른 의무의 이행을 하지 아니할 의사를 명백히 하였으므로, 원고는 피고의 귀책사유를 이유로 이 사건 소장 부분 송달에 의하여 이 사건 설계계약을 해제하는바, 피고는 원고에게 원고가 지급한 계약금 합계 4,000만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5) 또한 피고는 제1, 2토지가 원고의 소유가 아니어서 이 사건 분묘들의 이장이 쉽지 않을 것임에도 불구하고 원고를 속여 이 사건 설계계약을 체결함으로써 계약금 합계 4,000만 원을 편취하는 불법행위를 저질렀으므로, 원고에게 불법행위로 인한 손해배상으로 4,000만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6) 피고는 주위적 반소로 제2건물에 관한 계약금과 건축심의 통과시 지급하기로 한 용역대금의 합계 5,280만 원의 지급을 구하나, 제1, 2토지 지상의 이 사건 분묘들을 이전하지 아니하고서는 이 사건 설계계약의 목적 달성이 불가능하므로, 이러한 상황에서 건축심의를 통과하였다는 사정만으로 건축심의를 완료된 것이라 볼 수 없는바, 이 사건 설계계약에 따른 용역대금 채무는 발생하지 아니하였을 뿐만 아니라, 가사 발생하였다고 하더라도 피고가 해제의 의사표시를 하기 전에 3년의 단기소멸시효가 완성되어 소멸하였다[용역대금 채무가 시효로 소멸한 이상 대법원 2021. 5. 6. 선고 2020다259209(본소), 2020다259216(반소) 판결의 법리에 따라 피고는 원고의 용역대금 채무 불이행을 전제로 반소장 부분의 송달로써 이 사건 설계계약을 해제하고 그 손해배상을 예비적 반소로 구할 수도 없다]. 따라서 피고의 주위적, 예비적 반소 청구는 모두 이유 없다.

나. 피고의 주장

1) 이 사건 설계계약은 제1, 2건물의 설계도면을 완성하여 납품하는 것을 목적으로 한 도급계약일 뿐이고, 원고가 건축주로서 제1, 2토지를 포함한 제1, 2건물의 부지의 소유자임을 전제로 체결된 것이다.

2) 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호에서 정한 '묘지 이전을 위한 전반적인 업무'는 원고가 제1, 2토지의 소유자임을 전제로 무연고 분묘의 이장절차를 완료하는 것일 뿐, 묘지의 소유권 확보를 위한

업무라고 해석할 수 없고, 이 사건 설계계약 제4조 제3항에서 정한 '3개월'도 피고의 위 의무 이행기가 아니라 그 예시에 불과하다.

3) 그런데 피고는 제1, 2토지의 토지대장을 확인한 2016. 9. 16.에서야 제1, 2토지의 소유자가 원고가 아님을 알게 되었고, 위 사실을 D에게 알린 후 이 사건 설계계약에 따른 설계업무를 중단하였는바, 원고가 오히려 제1, 2토지의 소유자라는 취지로 피고를 기망하여 이 사건 설계계약을 체결한 것이고, 원고가 제1, 2토지의 소유권을 확보하지 못한 것은 원고의 귀책사유에 해당한다.

4) 제1, 2건물의 건축허가를 받기 위해서는 건축주인 원고가 제1, 2토지를 포함한 그 부지를 적법하게 확보하여야 하므로, 제1, 2건물 부지의 소유관계를 파악하는 것은 피고의 의무에 해당하지 않는다. 제1, 2토지의 소유자가 원고인지 여부를 파악하지 아니하였다고 하여 피고가 이 사건 설계계약에서 정한 의무를 위반하였다고 볼 수 없다.

5) 피고는 도로 확보를 위한 모든 업무를 완료하였으나 원고가 도로 부지 매입을 위한 계약 진행을 거부하여 담보 상태에 있다.

6) 이 사건 설계계약에 의해 원고는 피고에게 제2건물에 관한 계약금 440만 원(부가가치세 포함)을 계약 후 7일 이내에, 제1, 2건물에 관한 건축심의 완료에 따른 대가 4,840만 원(부가가치세 포함)을 건축심의 완료 후 7일 이내에 각 지급할 의무가 있으므로, 주위적 반소로 위 용역대금 합계 5,280만 원의 지급을 구한다.

한편 원고가 제2토지를 매수하는 절차를 진행하고 있었기 때문에 피고는 위 절차의 완료를 기다릴 수밖에 없어 위 용역대금 합계 5,280만 원을 청구하지 아니한 것이므로, 위 용역대금 채권의 소멸시효는 제1, 2토지의 매수 실패가 확정된 때로부터 진행되어야 하고, 3년의 단기소멸시효는 완성되지 않았다. 위와 같이 원고는 피고에게 시효 중단의 조치가 불필요하다고 믿게 하였고, 위와 같은 상황에서는 거래관행상 피고가 위 용역대금을 청구할 수 없으며, 원고는 피고에게 책임을 전가하기 위해 이 사건 소송을 제기한 것이므로 원고의 채무이행 거절을 인정하는 것은 현저히 부당하고 불공평하므로, 원고의 소멸시효 항변은 권리남용에 해당한다.

7) 건축심의가 완료되었음에도 원고는 피고에게 용역대금을 지급하지 않은 채 피고의 귀책사유를 이유로 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 설계계약을 해제하고 계약금의 반환을 구하고 있어 이

사건 설계계약에 따른 의무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다. 이에 피고는 원고에게 최고 없이 이 사건 반소장 부분의 송달로써 이 사건 설계계약을 해제하고, 그 이행이익의 배상으로 제2건물에 관한 계약금 및 제1, 2건물에 관한 건축심의 완료에 따른 용역대금 합계 5,280만 원의 지급을 예비적 반소로 구한다.

또한, 이 사건 설계계약은 건축물의 설계를 완성하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정한 도급계약인바, 원고는 위와 같이 일방적으로 계약을 해제하였으므로, 민법 제673조에 따라 피고에게 그 손해배상으로 위 5,280만 원을 지급할 의무가 있다.

3. 본소 청구에 관한 판단

가. 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호의 의미(피고가 제공하기로 한 용역의 내용)

제2토지 위 나무에 설치된 안내문에는 D이 '토지주'로 표현되어 있고(을 제1호증), P이 작성한 사실확인서(갑 제13호증의 1)에도 '토지주는 본인 땅에 남의 소유 묘가 있다는 것을 알고 있었다.'고 기재되어 있기는 하지만, 위 기초사실 및 앞서 든 증거들과 이 법원의 제주시장 및 국토교통부장관에 대한 사실조회 결과를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 설계계약 체결 당시 원고는 피고에게 제1, 2토지가 원고의 소유가 아니라는 사실을 알렸고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 피고는 제1, 2토지가 원고의 소유가 아님을 알고서 계약을 체결하면서 제1, 2토지의 소유자를 확인하여 매매 등을 통하여 원고로 하여금 그 소유권을 취득하도록 하고 제1, 2토지에 설치된 이 사건 분묘들을 이전하는 업무를 담당하여 처리해 주기로 약속하였다(매매대금 등의 비용은 원고가 부담하기로 하였다)고 봄이 타당하다.

- 1) 이 사건 토지 및 제1, 2토지의 각 면적 및 위치 등에 비추어 보면, 이 사건 개발사업을 진행함에 있어서 제1, 2토지의 소유권 확보와 그 지상에 있는 이 사건 분묘들의 이전 없이는 그 사업 추진이 곤란하다. 원고가 제1, 2토지의 소유자가 아니라는 사실은 토지등기부와 토지대장 등에 의하여 쉽게 확인할 수 있는데(다만, 제1, 2토지는 미등기토지인 관계로 토지등기부가 없었다), 이 사건 개발사업의 성공을 바라는 원고가 피고에게 제1, 2토지를 자신의 소유라고 거짓말할 이유는 없다.
- 2) 피고는 2015. 8.경 F를 통하여 원고가 다른 설계사무소에 검토를 의뢰하여 받은 서류(을 제14호증, 규모 검토안)를 전달받았는데, 위 서류에는 제1, 2토지를 제외한 원고 소유의 토지들의

면적 합계 6,704m²만이 기재되어 있었다.

- 3) 피고가 이 사건 설계계약을 체결하기 전에 작성하여 원고 측에 교부한 '기획안', '이 사건 사업계획서' 등(을 제10 내지 12호증)에는 제1, 2토지를 포함하여 개발하는 것으로 기재되어 있고, 사업대상 부지의 구체적인 면적(을 제10호증의 총괄 설계개요에는 대지면적이 6,880m²로, 을 제11, 12호증의 설계개요에는 제1건물의 대지면적으로 6,275m², 제2건물의 대지면적으로 605m²가 기재되어 있다)과 원고 소유의 이 사건 토지와 제1, 2토지의 위치 및 경계까지 표시되어 있다(특히 설계개요의 비고란에 'M묘, N묘 포함'이라고 기재되어 있다). 피고는 위와 같은 '기획안', '이 사건 사업계획서' 등을 작성하면서 토지대장 등의 각종 공부와 실제 현황을 확인하였을 것으로 보인다.
- 4) 2015. 1. 1.부터 2016. 9. 26.까지 사이에 제1, 2토지의 토지대장에 관한 열람 및 발급 내역 결과는 아래 표와 같다(다만, 누가 토지대장을 열람·발급받았는지는 확인되지 아니한다).

2016. 2. 13.		열람(인터넷 민원 24)
2016. 4. 28.		발급(인터넷 민원 24)
2016. 5. 30.	열람(인터넷 민원 24)	열람(인터넷 민원 24)
2016. 6. 9.	발급(방문)	발급(방문)
2016. 9. 19.	열람(인터넷 민원 24)	열람 2회(인터넷 민원 24)
2016. 9. 21.	발급(인터넷 민원 24)	발급(인터넷 민원 24)

제1, 2토지는 그 지목 자체가 '묘지'일 뿐만 아니라 면적이 작고, 원고 소유의 토지 안에 위치하여 제1, 2토지 자체만으로는 독자적인 개발이 어려울 것으로 보이는바, 제3자가 토지대장을 열람·발급받았을 가능성은 크지 않다. 또한 피고가 이 사건 사업계획서를 작성하거나 원고와 이 사건 설계계약을 체결할 무렵에 열람 및 발급이 이루어진 점6), 2016. 5. 30. 및 2016. 6. 9. 열람 및 발급이 제1, 2토지 모두에 대하여 이루어진 점 등에 비추어 보면, 피고가 제1, 2토지에 관한 토지대장을 발급받았을 가능성이 높다(제1, 2토지를 자신의 소유인 것으로 알고 있었던 원고가 열람하였다면 계약 당시 피고에게 이를 알리지 않았을 이유가 없다).

- 5) 피고는 2016. 6. 10. 원고와 이 사건 설계계약을 체결하기 전 원고의 요구사항에 대해

검토하였다. 검토 당시(2016. 6. 7.경) 작성된 서류(을 제17호증)에는 원고가 피고에게 '묘지 및 도로 확보의 업무 전담(비용은 원고와 협의 후 진행)'을 요구한 것으로 기재되어 있다. 비록 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호에서는 문언이 약간 변경되어 "묘지 이전 및 필요시 도로 확보를 위한 전반적인 업무(비용은 원고와 협의 후 진행)"로 표현되기는 하였지만, 검토 당시 작성된 서류(을 제17호증)에는 피고가 원고의 요구사항에 이의 없이 동의한 것으로 기재되어 있다. 또한, 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호의 앞부분에서 "묘지 이전"이라는 용어가 사용되기는 하였지만, 제1, 2토지의 지목 자체가 '묘지'인 점, 뒷부분에서 "전반적인 업무"라는 포괄적인 용어가 사용된 점 등에 비추어, 이 사건 설계계약 제4조 제1항 제4호에 따라 피고가 제공하기로 한 용역이 피고가 주장하는 바와 같이 '원고가 제1, 2토지의 소유자이거나 그 소유권을 취득하는 것을 전제로 피고는 무연고 분묘의 이장절차만을 맡기로 한 것에 불과하다.'고 단정하기 어렵다.

6) 피고는 통상적인 설계용역 계약과 달리 설계용역만을 수행하기로 한 것이 아니고(이 사건 개발사업의 PM은 F가, 분양은 I이 하기로 하였는바, 피고의 대표 G은 F 및 I의 대표 J와 같은 대학교 선후배 관계에 있다. 또한, 피고는 도로 부지의 매수를 위해 노력한 것이 자신인지7) J인지8) 구별하지 아니하고 있다), "묘지 이전 및 필요시 도로 확보를 위한 전반적인 업무"까지 담당하기로 하였고, 위 업무는 계약서에 특약사항 형태로 추가되었다. 실제로 피고는 통상적인 경우와 달리 이 사건 설계계약의 내용대로 도로 부지의 매수를 위해서 적극적으로 노력하였다.

7) 피고는 제주시청과 업무협의 후 그 협의사항을 정리하여 2016. 6. 15. D에게 전달하였다고 주장하고 있는바, 제주시청과의 협의사항을 정리한 서면(을 제18호증)에는 "허가 접수 때 묘지 필지의 소유주를 증명하는 등기부 등본 제출"이라는 내용과 구적표의 제1, 2토지에 관한 비교란에 '묘지 이전 예정'이라는 내용이 기재되어 있는바, 피고는 늦어도 제주시청과의 협의 당시 제1, 2토지의 소유자가 원고가 아님을 알고 있었다고 봄이 타당하다(제주시청과의 협의사항을 정리한 서면에는 이 사건 개발사업에 관계된 토지들의 지목 및 면적뿐만 아니라 도로를 개설할 부지의 소유자 성명까지 기재되어 있는바(을 제18호증의 3, 4면), 피고는 당시 토지대장 등 공부까지 확인하였다고 봄이 타당하다).

8) 피고는 원고가 알려준 대로 제1, 2토지의 소유자를 원고로 알고서 이 사건 설계계약을

체결하였다고 주장한다. 그러나, 앞서 본 바와 같이 피고는 늦어도 제주시청과의 협의 당시 제1, 2토지의 소유자가 원고가 아님을 알고 있었다고 봄이 타당하다. 그런데, 피고는 원고가 제1, 2토지의 소유자가 아니라는 것을 알게 되었음에도 원고에게 아무런 이의제기를 하지 아니하였다.

9) 피고는 무연고 분묘를 이장하는 업무만을 담당하기로 하였을 뿐 원고에게 제1, 2토지에 대한 소유권을 취득시켜 주기로 한 사실이 없다고 주장한다. 그러나 피고는 제주시청과의 업무협의 후 '장사 등에 관한 법률'에 따라 무연고 분묘를 이장하기 위하여 구체적으로 어떤 일을 하였는지 전혀 밝히지 못하고 있다.9) 10) 이 사건 설계계약 후 건축심의를 통과하였으나, 원고는 계약 체결 무렵 계약금의 일부인 4,000만 원만을 지급하였을 뿐 나머지 계약금 및 건축심의 완료시 지급하기로 한 용역대가를 지급하지 아니하였고, 피고도 건축심의 완료에 따른 용역대금을 청구하지 아니하였다.

나. 피고의 채무불이행 및 계약해제

앞서 본 바와 같이 이 사건 설계계약 체결 당시 피고는 제1, 2토지의 소유자를 확인하여 매매 등을 통하여 원고로 하여금 그 소유권을 취득하도록 하고 제1, 2토지에 설치된 이 사건 분묘들을 이전하는 업무를 담당하여 처리해 주기로 약속하였다고 봄이 타당한데, 아래와 같은 사정들을 종합하여 보면 피고가 위 약속과 달리 그 의무를 불이행함으로써 원고가 제1, 2토지에 대한 소유권을 취득하지 못하게 되고, 제1, 2토지 위에 있던 이 사건 분묘들도 이전하지 못하게 되어, 결국 이 사건 설계계약에서 정한 목적 달성이 불가능하게 되었으므로, 원고는 피고의 채무불이행을 이유로 이 사건 설계계약을 해제할 수 있고, 따라서 해제의 의사표시가 담긴 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 설계계약은 적법하게 해제되었다고 봄이 타당하다.

1) 원고가 제1, 2토지의 소유권을 취득하고 그 지상에 설치된 분묘들을 이전하지 못하게 될 경우, 이 사건 설계계약에 따른 건물의 신축은 불가능하게 된다. 피고는 이 사건 설계계약 체결 당시 이러한 사정을 잘 알고 있었고, 피고가 작성한 이 사건 사업계획서나 설계도서도 모두 제1, 2토지까지 포함하여 이 사건 개발사업을 진행하는 것을 전제로 작성되었다.

2) 원고와 피고 사이에서는 묘지 이전 절차를 계약 체결 후 3개월 내에 하기로 하였다는 점에 관하여 다툼이 없는바, 이는 묘지 이전 절차가 우선적으로 해결되어야 한다는 점을 계약당사자들이 인식하고 있었음을 나타낸다.

3) 이 사건 설계계약 제4조 제2항은 "묘지 이전절차 완료 전 관련 법규가 변경되어 사업진행에 차질이 생겼을 경우엔 피고의 귀책사유가 없는 것으로 한다."고 규정하고 있는바, 반대해석상 법규 변경 이외의 사정으로 인하여 묘지 이전이 불가능하게 되어 사업진행에 차질이 생겼을 경우에는 피고에게 책임이 있는 것으로 보아야 한다.

4) 피고는 무연고 분묘를 이장하는 업무만을 담당하기로 하였다고 하면서 원고에게 제1, 2토지에 대한 소유권을 취득시켜 주기로 한 사실이 없다고 주장한다. 그러나 피고는 무연고 분묘를 이장하기 위하여 어떤 일을 하였는지조차 밝히지 못하고 있다.

다. 원상회복의무

당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다(민법 제548조 제1항). 그러나 공사도급계약이 해제된 경우에 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되고 수급인은 해제한 상태 그대로 공사물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 공사물의 완성도나 기성고 등을 참작하여 이에 상응하는 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립하고(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결 참조), 이는 설계계약에서도 마찬가지라고 보아야 한다.

이 사건의 경우 원고가 제1, 2토지에 대한 소유권을 취득하지 못함으로써(특별한 사정이 없는 한 앞으로도 원고가 제1, 2토지의 소유권을 취득할 가능성은 높지 않다), 이 사건 설계계약에서 정한 목적을 달성하지 못하게 되고, 피고가 기왕에 완성한 설계도면은 원고에게 전혀 도움이 되지 아니한다.

따라서 피고는 민법 제548조 제1항에서 정한 원칙으로 돌아가 원고에게 지급받은 계약금을 반환하여야 한다. 결국 피고는 원고에게 원상회복으로 4,000만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날인 2020. 6. 13.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 당시 판결 선고일인 2022. 11. 15.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 반소 청구에 관한 판단

앞서 본 바와 같이 이 사건 설계계약은 피고의 채무불이행을 이유로 해제되었다고 보아야 하므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 주위적, 예비적 반소 청구는 모두 이유 없다.10)

5. 결론

그렇다면, 원고의 본소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 피고의 주위적 및 예비적 반소 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하여야 한다.

제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장판사이관형

판사이상아

판사조성필

별지

- 1) Project Manager의 약자이다.
- 2) 계약서 중 일부 조항에 오기가 있으나 계약서에 기재된 대로 적는다.
- 3) 위 안내문이 설치된 시기에 관하여, 원고는 '피고가 제주시에서 조건부허가를 받은 후(소장 제5면)', '2019. 5.경(2020. 11. 16.자 준비서면 제4면)', '이 사건 설계계약을 체결하기 전(2021. 4. 27.자 준비서면 제12면)'으로 주장하고, 피고는 '이 사건 설계계약을 체결하기 전(2020. 7. 8.자 답변서 제3면)'이라고 주장하고 있다.
- 4) 피고는 2016. 6. 15.경 D에게 전달하였다고 주장한다.
- 5) 매매계약서에는 4,200만 원으로 기재되어 있지만, 원고는 4,000만 원에 매수하였다고 주장한다.
- 6) 한편, 피고는 당초 건축허가 접수를 위한 준비과정에서 토지대장을 출력하여 제1, 2토지의 소유자가 원고가 아님을 알게 되었다고 주장하다가, 2022. 5. 12.자 사실조회신청서를 통해서 2016. 9. 19.(을 제2, 3호증의 열람일이다)에서야 제1, 2토지에 관한 토지대장을 확인하고서 설계도서 작성 작업을 중단하였다고 주장하고 있다(그러나, 피고가 변론종결 후 제출한 참고자료에는

2016. 8. 23. 용역을 중단한 것으로 기재되어 있다).

7) 2020. 7. 8.자 답변서 제9면, 2021. 3. 25.자 준비서면 제5면, 2022. 4. 11.자 답변서 제9면

8) 2020. 12. 21.자 준비서면 제14면

9) 피고는 제1, 2토지가 원고의 소유가 아님을 확인하고 F에게 이를 전달한 다음날 묘지의

후손으로부터 전화를 받아 그 사람에게 묘지 이전 의사가 있는지 확인하여 원고에게 그 연락처를 알려 주었을 뿐이라고 주장한다(2021. 3. 25.자 준비서면 제12면).

10) 피고는 원고가 민법 제673조에 의하여 해제권을 행사한 것처럼 주장하기도 하나, 원고는 피고의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하였다. 또한, 피고는 예비적 반소 청구로서 계약해제와 아울러 이행이익의 배상을 구하고 있는바, 이행이익이란 그 계약의 이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익을 말하는 것인데, 피고는 제2건물에 관한 계약금 440만 원과 건축심의 완료 후 지급받기로 한 4,840만 원의 합계 5,280만 원이 이행이익과 같다는 취지로 주장할 뿐 손해액에 관한 입증을 하지 않았다.