

광주고등법원 2020. 10. 7 선고 2020나20387(본소), 2020나20394(반소) 판결

[공사대금 · 선급금 반환 청구 등]

재판경과

광주고등법원 2020. 10. 7 선고 2020나20387(본소), 2020나20394(반소) 판결

광주지방법원 2019. 12. 27 선고 2018가합567 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 부대피항소인A 주식회사

소송대리인 변호사 이정학

피고(반소원고), 피항소인 겸 부대항소인주식회사 B

소송대리인 법무법인 맥

담당변호사 박강희

변론 종결 2020. 8. 19.

판결 선고 2020. 10. 7.

제1심판결 광주지방법원 2019. 12. 27. 선고 2018가합567(본소), 2019가합58358(반소) 판결

주 문

1. 이 법원에서 확장 · 감축한 피고(반소원고)의 반소청구를 포함하여 제1심 판결의 반소에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 401,593,171원과 그중 307,731,583원에 대하여 2019.

11. 13.부터, 93,861,588원에 대하여 2020. 8. 19.부터 각 2020. 10. 7.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 기각한다.

2. 반소로 인한 소송총비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

3. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 , 항 소 취 지 및 부 대 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 제1심 공동피고 C와 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 875,085,798원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소

원고는 피고에게 401,593,171원 및 이에 대하여 2018. 4. 4.부터 2020. 8. 18.자 반소청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고는 이 법원에서 선급금 반환청구를 확장하고, 하자보수에 갈음한 손해배상청구를 감축하였는데, 청구를 확장한 부분은 부대항소를 한 것으로 본다).

2. 항소취지

제1심 판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 반소청구를 기각한다.

이 유

1. 이 법원의 심판범위

제1심에서 원고는 본소로서 피고에게 공사대금 및 이 사건 도급계약의 부당해지로 인한 손해배상을, C에게 피고의 위 채무에 대한 연대보증채무의 이행을 각 청구하였고, 피고는 반소로서 원고에게 선급금 반환 및 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하였다. 제1심 법원은 원고의 본소청구와 C에 대한 청구를 각 기각하고, 피고의 반소청구를 일부 인용하였다. 이에 대하여 원고가 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분에 대하여 항소를 하였다. 그리고 피고는 이 법원에서 선급금 반환청구를 확장하고, 하자보수에 갈음한 손해배상청구를 감축하였는데, 청구를 확장한 부분은 부대항소를 한 것으로 보아야 한다. 결국 이 법원의 심판범위는 제1심 판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분(피고가 반소청구를 감축한 부분은 제외)과 피고가 이 법원에서 반소청구를 확장한 부분이다.

2. 기초 사실

가. 원고는 2017. 10. 26. 피고로부터 전남 해남군 D 외 2필지 지상 오피스텔을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 공사대금은 4,193,817,800원, 이행(계약)보증금은 공사대금의 10%, 하자보수보증금은 공사대금의 2%, 공사기간은 2017. 11. 1.부터 2019. 2. 28.까지로 정하여 도급받는 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 피고의 대표이사 C은 같은 날 원고에게 이 사건 도급계약에 따른 피고의 의무를 연대보증하였다.

나. 이 사건 도급계약의 일반조건 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

제4조 [계약보증금]

① 원고는 계약상의 의무이행을 보증하기 위해 계약서에서 정한 계약보증금을 계약 체결 전까지 피고에게 현금 등으로 납부하여야 한다. 다만, 피고와 원고가 합의에 의하여 계약보증금을 납부하지 아니하기로 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 계약보증금은 다음 각 호의 기관이 발행한 보증서로 납부할 수 있다.

1. 건설산업기본법 제54조 제1항의 규정에 의한 각 공제조합 발행 보증서
2. 보증보험회사, 신용보증기금 등 이와 동등한 기관이 발행하는 보증서

제10조 [선금]

① 피고는 계약서에서 정한 바에 따라 원고에게 선금을 지급하여야 하며, 피고가 선금 지급 시 보증서 제출을 요구하는 경우 원고는 제4조 제2항 각 호의 보증기관이 발행한 보증서를 제출하여야 한다.

③ 원고는 선금을 계약 목적 달성을 위한 용도 이외의 타 목적에 사용할 수 없으며, 노임 지급 및 자재확보에 우선 사용하여야 한다.

⑤ 피고는 선금을 지급한 경우 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 당해 선금 잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있다.

1. 계약을 해제 또는 해지하는 경우
2. 선금지급조건을 위반한 경우

⑥ 피고는 제5항의 규정에 의한 반환청구 시 기성부분에 대한 미지급금액이 있는 경우에는 선금 잔액을 그 미지급금액에 우선적으로 충당하여야 한다.

제31조 [피고의 계약해제 등]

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

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 이행 기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 원고에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

제33조 [계약해지 시의 처리]

① 제31조 및 제32조의 규정에 의하여 계약이 해지된 때에는 피고와 원고는 지체 없이 기성부분의 공사금액을 정산하여야 한다.

다. 피고는 원고에게 주식회사 G(이하 'G'이라 한다) 명의 계좌를 통하여 이 사건 도급계약에 따른 선금금으로 2017. 9. 26. 100,000,000원, 2018. 2. 1. 319,381,700원 합계 419,381,700원을 지급하였다.

라. 피고는 2018. 2. 20. 원고에게 '원고가 계약이행보증증권 등 이 사건 공사의 착공 전에 피고에게 제공해야 할 서류의 제출의무를 이행하지 않고 있다. 1주일 내에 이행되지 않을 경우 계약해지 및

법적 조치를 강구할 수밖에 없다'는 공문을 내용증명우편으로 발송하였고, 그 공문은 그 무렵 원고에게 도달하였다.

마. 피고는 2018. 4. 2. 원고에게 '원고는 피고가 지급한 선급금을 이 사건 공사가 아닌 다른 용도에 사용하였고, 계약보증서와 선급금보증서를 제출하지 않고 있으므로 이 사건 도급계약을 해지한다'는 통보문을 내용증명우편을 통해 발송하였고, 그 통보문은 그 무렵 원고에게 도달하였다.

바. 원고는 2018. 2.경부터 이 사건 공사 중 파일공사, 흙막이공사를 시행하다가 2018. 4. 3. 무렵 공사를 모두 중단하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제7, 12호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 가지번호의 특징이 필요하지 않는 경우 이와 같다)의 각 기재, 제1심 증인 L의 일부 증언, 제1심 법원의 주식회사 E에 대한 2018. 6. 19.자 금융거래정보제출명령결과, 변론 전체의 취지

3. 피고의 반소청구에 관한 판단

가. 피고의 주장 요지

- 1) 선급금 반환청구 피고는 원고의 귀책사유에 의한 채무불이행을 이유로 이 사건 도급계약을 적법하게 해지하였다. 원고는 피고에게, 피고로부터 지급받은 선급금 419,381,700원에서 이 사건 도급계약 해지 시까지 원고가 수행한 이 사건 공사의 기성고에 해당하는 공사대금 185,809,240원을 충당하고 남은 233,572,460원(= 선급금 419,381,700원 - 기성고 공사대금 185,809,240원) 및 이에 대하여 원고의 공사중단 다음날인 2018. 4. 4.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.
- 2) 하자보수에 갈음한 손해배상청구 원고가 수행한 파일공사, 흙막이공사에 하자가 있다. 원고는 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상금 168,020,711원(= 파일공사 관련 하자보수비용 155,909,391원 + 기존 흙막이 벽체 철거비용 12,111,320원) 및 이에 대하여 원고의 공사중단 다음날인 2018. 4. 4.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 선급금 반환청구에 관한 판단

- 1) 이 사건 도급계약 해지의 적법성 인정 여부 가) 원고의 선급금 유용 여부
앞서 든 증거, 을 제6호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 원고가 2017. 9. 26. 피고로부터 선급금 100,000,000원을 지급받은 직후 같은 날 위 100,000,000원 전액을 "전주공사선수금" 및

"M값음" 등 이 사건 공사와 무관한 명목으로 타인에게 이체한 사실, ② 원고가 2018. 2. 1.

피고로부터 선급금 319,381,700원을 지급받은 직후 같은 날 위 319,381,700원 전액을 F(피고에게 공사대금을 대여해 준 G의 대표이사 H의 처) 명의의 계좌로 이체한 사실을 인정할 수 있다. 이러한 사실관계에 의하면, 원고는 선급금을 노임지급 및 자재확보 등에 우선 사용하지 않고, 이 사건 공사와 관계없는 다른 목적에 사용함으로써 이 사건 도급계약 일반조건 제10조 제3항이 정한 의무를 위반하였음을 알 수 있다.

나) 원고의 계약보증서 및 선급금보증서 제출의무 위반 여부

(1) 이 사건 도급계약은 이행(계약)보증금을 공사대금의 10%, 하자보수보증금을 공사대금의 2%로 정하였고, 이 사건 도급계약 일반조건 제4조 제1항, 제2항, 제10조 제1항은 '원고는 피고에게 계약보증금을 현금으로 지급하거나 그에 갈음하여 공제조합 등이 발행한 보증서를 제출하여야 하고, 피고의 요구에 따라 선급금 반환에 관한 보증서를 제출하여야 한다'고 정하였다. 그런데 원고가 이 사건 도급계약을 체결할 당시부터 피고로부터 계약해지를 통보 받을 때까지 위 각 보증서를 피고에게 제출하지 않은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다. 이러한 사실에 의하면, 원고는 이 사건 도급계약 일반조건 제4조 제1항, 제2항, 제10조 제1항이 정한 계약보증서, 선급금보증서 제출의무를 위반하였음을 알 수 있다.

(2) 이에 대해 원고는, C 소유인 이 사건 공사 부지에 근저당권 및 지상권이 설정되어 있어서 원고가 위 각 보증서를 발급 받을 수 없었다는 취지로 주장하나, 갑 제16호증의 2의 기재, 제1심 법원의 I공제조합, J 주식회사에 대한 각 사실조회결과만으로는 원고의 위 주장처럼 이 사건 공사 부지에 근저당권 및 지상권이 설정되어 있어서 원고가 위 각 보증서를 발급받을 수 없었다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 위 주장을 받아들이지 않는다.

다) 이 사건 도급계약 해지의 절차적 요건 충족 여부

이 사건 도급계약 제31조 제2항은 '피고가 원고에게 서면으로 계약의 이행기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 원고에게 통지함으로써 해지의 효력이 발생한다'고 정하고 있다. 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하면, ① 피고가 2018. 2. 20. 원고에게 1주일의 기한을 정하여 계약이행보증증권의 제출 등 이 사건 도급계약상 의무이행을

서면으로 요구한 사실, ② 원고가 위 기한 내에 피고에게 계약보증서 및 선급금보증서를 제출하지 않은 사실, ③ 원고의 선급금 유용과 계약보증서 및 선급금보증서 미제출을 원인으로 한 피고의 2018. 4. 2.자 이 사건 도급계약 해지통지가 그 무렵 원고에게 도달한 사실을 인정할 수 있다. 이러한 사실관계에 의하면, 피고의 2018. 4. 2.자 해지통보는 그 절차적 요건도 충족하였음을 알 수 있다.

라) 소결

이 사건 도급계약은 피고의 2018. 4. 2.자 해지통보가 그 무렵 원고에게 송달됨으로써 적법하게 해지되었다고 봄이 타당하다.

2) 피고의 선급금 반환의무 가) 이 사건 도급계약이 2018. 4. 2. 무렵 위와 같이 해지되었으므로, 원고는 피고에게 피고로부터 지급받은 선급금을 반환할 의무가 있다.

나) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당된다(대법원 1999. 12. 7. 선고 99다55519 판결, 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결 등 참조).

앞서 든 증거, 제1심 감정인 K의 감정결과에 변론 전체의 취지를 더하면, ① 피고가 원고에게 선급금 419,381,700원을 지급한 사실, ② 이 사건 도급계약의 해지 당시 이 사건 공사의 기성고에 해당하는 공사대금이 합계 185,809,240원(= PHC 파일공사 170,162,864원 + 부대공사 15,646,376원)인 사실을 인정할 수 있다[K는 기성고 공사대금을 PHC 공사 170,162,864원, SCW 공사 93,861,588원, 부대공사 15,646,376원 합계 279,670,828원으로 감정하였다. 그러나 아래에서 보는 것처럼 SCW 공법으로 시공된 흠막이공사는 그 하자의 정도가 중대하여 이를 전부 철거하고 CIP 공법으로 재시공해야 하므로, SCW 공사가 시공된 부분은 도급인인 피고에게 이익이 되는 경우에 해당하거나, 이를 원상으로 회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하는 경우에 해당하지 않는다. 따라서 SCW 공사가 시공된 부분은 이 사건 공사의 기성고에서 제외해야 한다].

이 사건 공사의 기성고에 해당하는 공사대금 185,809,240원은 선급금 419,381,700원으로 충당되므로, 원고는 피고에게 위와 같이 충당되고 남은 선급금 233,572,460원(= 선급금 419,381,700원 - 기성고 공사대금 185,809,240원) 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 하자보수에 갈음한 손해배상청구에 관한 판단

1) 건축물의 하자라 함은 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는 것으로, 하자 여부는 당사자들 사이의 계약 내용, 해당 건축물이 설계도대로 건축되었는지 여부, 건축 관련 법령에서 정한 기준에 적합한지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결 참조). 한편 감정인의 감정결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결 참조).

2) 앞서 든 증거, 이 법원의 K에 대한 2020. 5. 28.자 감정보완촉탁결과에 변론 전체의 취지를 더해 보면, 원고가 수행한 이 사건 공사의 기성고 부분에는 PHC 파일1)의 지지력이 부족한 하자와 흠막이 벽체가 부실하게 시공된 하자가 존재하고, 위 각 하자를 보수하는 데 합계 168,020,711원(= PHC 파일 지지력 보수공사비 155,909,391원 + 기존 흠막이 벽체 철거비용 12,111,320원)이 드는 사실을 인정할 수 있다[앞서 나.의 2), 나)항에서 살펴본 것처럼 이 사건 공사의 기성고에 해당하는 부분은 PHC 파일공사와 부대공사에 한정되고, 원고가 SCW 공법2)으로 시공한 흠막이공사는 그 하자의 중대성으로 인하여 시공된 흠막이 벽체를 모두 철거한 후 CIP 공법3)으로 재시공해야 할 상태로서 도급인인 피고에게 이익이 되는 경우에 해당한다고 보기 어려워 기성고에서 제외되었다. 그렇다면, SCW 공법으로 시공한 흠막이공사를 기성고에서 제외하는 것에 대응하여 CIP 공법으로 흠막이공사를 새로 하는 데 드는 비용 역시 하자보수비용에서 제외되는 것이 타당하다].

따라서 원고는 특별한 사정이 없는 이상 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상으로 168,020,711원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) PHC 파일의 지지력이 부족한 하자와 관련하여 원고는, 원고가 2018. 3.경 PHC 파일 중 NO. 46, NO. 133 PHC 파일에 대한 동재하시험4)을 실시한 결과, 그 값이 각 105t, 91t으로 측정되어 이

사건 공사 설계도면에서 요구하는 지지력(90t)을 초과하였으므로, 원고의 파일공사 부분에 하자가 없고, 설령 피고의 주장대로 PHC 파일의 지지력이 부족한 하자가 존재한다 하더라도, 이를 PHC 파일로 보수하면 충분하고, K의 감정의견처럼 PHC 파일보다 공사비가 더 드는 마이크로 파일5)로 보수할 필요가 없다고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거, 갑 제15, 17호증, 을 제8, 9, 10, 19호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정·추론할 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정에 비추어 볼 때, PHC 파일의 지지력에 관한 K의 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 있다고 보이지 않으므로, 그 감정결과에 나타난 파일공사 부분의 하자를 인정함에 타당하다. 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

가) 먼저 원고는, 이 사건 공사 현장의 지하 6.0m에 위치한 NO. 46 PHC 파일 본체에 센서를 직접 부착하지 않고 위 파일에 연결 파일을 설치하고 그 연결 파일을 지상으로 돌출시킨 후 그 연결 파일에 센서를 부착하여 전달파를 측정하는 방법으로 동재하시험을 실시하였다. 그런데 이에 관해 K는 '동재하시험은 파일에 항타 하중을 가하여 파일 본체에서 발생하는 전달파를 분석하여 파일 선단의 지지력을 분석하는 시험이므로, 파일 본체에서 직접 전달파를 측정하지 않고 다른 매개체를 통하여 간접적으로 전달파를 측정하면 상당한 오차가 발생할 수 있다'는 의견을 제시하였다. 동재하시험에 대한 KS기준도 동재하시험을 위해 시험 말뚝 본체에 센서를 부착해야 한다고 정하고 있다. 원고가 자체적으로 실시한 동재하시험에 오류가 있을 가능성이 상당한 이상, 그 시험결과와 다른 결과가 나타났다는 점을 들어 K가 실시한 동재하시험의 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없다고 볼 수는 없다.

나) 원고는, K가 이 사건 공사 현장에서의 감정 당시 원고가 한 동재하시험 결과지를 참조하지 않고 142본의 PHC 파일 중 4본의 파일에 대하여만 동재하시험을 실시한 후 그 결과를 토대로 142본의 PHC 파일 전체의 지지력이 부족하다는 감정의견을 제시하였으므로 이를 신뢰할 수 없다고 주장한다. 그러나 K가 감정 당시 원고가 수행한 동재하시험 결과지를 참조하지 못한 것은 원고가 이를 K에게 제공하지 못하였기 때문이다. 또한, 원고는 142본의 PHC 파일 중 NO. 46, NO. 133 2본의 PHC 파일에 대하여 앞서 살펴본 방법으로 동재하시험을 한 것으로 보이는데, K는 이 사건 공사 현장을 A구역(시공 길이 15m, 79본, 지지층 풍화토, 설계하중 90t)과 B구역(시공 길이 21m, 63본, 지지층

풍화토, 설계하중 90t)으로 나눈 후, A구역 샘플 2본(NO. 21, NO. 22), B구역 샘플 2본(NO. 97, NO. 103)의 파일 본체에 센서를 부착하고 동재하시험을 실시한 후 그 결과를 토대로 위 각 파일의 지지력(76.5t, 72.9t, 72.4t, 79.0t)이 설계도면에서 요구한 지지력(90t)에 미달된다고 감정하고, 이를 토대로 원고가 시공한 142본의 PHC 파일에 지지력 부족의 하자가 있다는 감정결론을 냈는데, 이러한 샘플링 감정방법과 감정결과 도출이 경험칙에 반하거나 합리성이 없다고 보기도 어렵다.

다) 이 사건 공사의 감리인 L은 PHC 파일공사에 대한 검토의견서(을 제19호증)에서 'PHC 파일은 풍화암 선단보다 50cm 이상 더 깊이 관입해 지지력을 보장해야 하나, 원고의 작업일보(갑 제15호증)에 의하면, 원고는 시추주상도상 풍화암의 선단 심도가 31.6m인 A구역에 파일의 관입깊이 19.7m로 77본을 시공하고, 풍화암의 선단 심도가 24.4m인 B구역에 파일의 관입깊이 21m로 65본을 시공하였다'는 검토의견을 냈다.

라) 한편 원고는, SIP 공법6)에 따라 PHC 파일공사를 시공하다가 천공 부위의 흙이 무너지고 지하수위가 높아 SIP 공법으로는 공사를 진행할 수 없다고 판단하여 피고 측과 협의한 후 DRA 공법7)으로 변경해 공사를 진행하였다고 주장한다. 그러나 그러한 공법 변경 협의 사실을 인정할 객관적인 자료를 찾을 수 없다. 나아가 원고의 주장처럼 피고가 그와 같은 공법 변경을 승인하였다고 가정하더라도, 그 승인은 시공되는 PHC 파일의 지지력이 설계도면에서 요구하는 수치 이상으로 확보되는 것을 당연한 전제로 하여 이루어진 것으로 보아야 할 것이고, 관입깊이가 짧아 안전성이 결여되도록 PHC 파일을 시공하는 공법에 대해 이를 승인하였다고 볼 수는 없을 것이므로, 피고가 PHC 파일의 지지력 부족이라는 하자를 용인하면서 공법 변경을 승인하였다고 보기는 어렵다.

마) 원고는, PHC 파일의 지지력이 부족한 하자의 보수는 PHC 파일로써 보완하면 족하고, 이를 고가의 마이크로 파일로 보수할 필요가 없다고 주장한다. 그런데 K는 이 법원에서 '지반에 구멍을 뚫고 시멘트 반죽을 부은 후 PHC 파일을 삽입해 완전히 경화된 상태이므로, 기존에 시공한 PHC 파일을 뽑아내거나 지반 속으로 더 박을 수 없다. 한편 파일의 지지력을 보완하기 위해서는 인접 파일 간 거리를 파일 직경의 2.5배 이상으로 하여 파일이 추가로 시공되어야 하는데, 원고가 이 사건 공사 현장에 설치한 PHC 파일은 직경이 45cm이므로 파일의 중심에서 인접한 파일의 중심까지 112.5cm 이상의 공간이 필요하다. 그러나 이 사건 공사 현장에 시공된 PHC 파일 사이에는 최소 이격거리인

112.5cm가 확보되지 않아 부족한 지지력을 만회할 수 있는 수의 PHC 파일을 시공하기 어렵다. 마이크로 파일은 PHC 파일에 비하여 직경이 작아 이 사건 공사 현장의 파일 간 최소 이격거리를 확보한 시공이 가능하다. 파일 공법에는 PHC 파일공법, 강관 파일공법, 현장 타설 파일공법, 마이크로 파일공법 등이 있는데 앞의 3가지 공법은 파일의 직경이 45cm 정도로서 이 사건 공사 현장의 보수공법으로 적용하기 어렵다'는 보완감정의견을 제시하였는바, 그 의견은 합리적인 것으로 수긍할 수 있다. K가 하자보수공사의 방법으로 마이크로 파일공법을 제시한 것 역시 경험칙에 반하거나 합리성이 없다고 보기 어렵다.

4) 흙막이 벽체가 부실하게 시공된 하자과 관련하여 원고는, 피고의 승인을 받아 흙막이공사를 CIP 공법에서 SCW 공법으로 변경하여 시공하였고, 원고가 시공한 흙막이 벽체에 안전성을 갖추지 못한 하자가 있다고 볼 수도 없다고 주장한다.

그러나 아래와 같은 사정을 고려하면, 원고는 피고의 승인 없이 흙막이공사를 이 사건 공사의 설계도면 기재와 달리 SCW 공법으로 시공하였고, 시공된 흙막이 벽체에 배후 토압을 견딜 수 있을 정도의 구조적 안전성이 확보되지 못한 하자가 있다고 봄이 타당하다. 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

가) 이 사건 공사의 설계도면은 흙막이공사를 CIP 공법으로 시공하도록 지시하고 있다. 앞서 살펴본 것처럼 CIP 공법은 지반 천공기를 사용하여 소정의 심도까지 천공해 토사를 배출시킨 후 그 구멍 안에 H-Pile 또는 철근망을 삽입한 다음 콘크리트 또는 모르타르를 붓고 콘크리트 기둥을 만들어 흙막이 시설을 설치하는 공법으로서 통상 SCW 공법에 비해 공사비용이 더 많이 소요된다. 앞서 든 증거에 의하면, 이 사건 공사의 설계도면상 흙막이 벽체는 지하 1층보다 8.6m 더 깊게 시공하도록 되어 있음을 알 수 있다.

나) 앞서 든 증거, 갑 제14호증의 기재에 의하면, ① 원고는 2018. 2.경 이 사건 공사 허가도면 기재와 달리 SCW 공법으로 흙막이공사를 시공하기 시작한 사실, ② L이 2018. 3. 초경 이와 같은 공법 변경 사실을 인지하고, 원고에게 SCW 공법의 구조적 안전성을 증명하라고 요구한 사실, ③ 그러나 그 이후 L이나 C이 원고에게 SCW 공법으로의 변경을 명시적으로 승인하거나, 원고의 시공방법에 대해 구조적 안전성을 수긍하는 의사를 표시한 적은 없는 사실, ④ 오히려 L은 2018. 4.

26. 원고의 현장소장에게 '설계도면을 준수하여 시공하고, 만약 시공상 설계도면과 상이하게 시공할 경우 건축주와 감리자에게 보고하여 행정처리(설계변경 승인) 후 시공해야 한다'는 내용의 공문을 보낸 사실, ⑤ L은 이 사건 공사가 중단된 2018. 4. 3. 이후에야 주식회사 N이 작성한 SCW 공법 관련 구조계산서(갑 제14호증, 이하 '이 사건 SCW 구조계산서'라 한다)를 제공받은 사실, ⑥ 한편 K는 아래에서 보는 것처럼 '이 사건 SCW 구조계산서 내용과도 다르게 H형강이 불규칙한 간격으로 설치되어 있어 흙막이 벽체는 토압을 지지할 정도의 안전성을 갖추지 못하므로 모두 철거하고 다시 시공해야 한다'는 감정의견을 제시한 사실을 인정할 수 있다. 이러한 사실관계에 비추어, L이나 C이 원고에게 흙막이공사를 SCW 공법으로 변경 시공하도록 승인하였다고 보기 어렵다. 설령 L, C이 이 사건 공사 현장에 수시로 들러 원고의 흙막이공사 시공 과정을 둘러보았다는 사실에 터 잡아 피고가 원고의 공법 변경을 묵인하였다고 보더라도, 그것은 원고가 구조적 안전성이 확보된 흙막이공사를 시공함을 전제로 원고의 공법 변경을 제지하지 않았다고 볼 수 있을 뿐, 위와 같은 사정을 들어 피고가 안전성을 갖추지 못해 모두 철거해야 할 정도의 시공 방법과 결과를 아무런 이의 없이 수용하였다고 볼 수는 없다.

한편 흙막이공사의 공법 변경에 관하여 허가 관청의 변경허가가 이루어졌다는 자료도 찾을 수 없다.

다) K는 '이 사건 SCW 구조계산서에 의하더라도 이 사건 공사 현장에서 SCW 공법으로 흙막이공사를 시행함에 있어서는 H형강이 1.2m 간격으로 설치되어야 하는데, 실제로는 H형강이 1.2m~2.8m 간격으로 불규칙하게 설치되고, 그 사이에 배후 토압을 지지하는 구조체로서 아무런 의미가 없는 직경 100mm의 소형 강관이 배치되어 있어, 콘크리트 벽체가 구조적으로 불안하다. 슈미트해머8)를 이용해 콘크리트 벽체의 강도를 측정한 결과 지상에 노출된 콘크리트 벽체 12곳의 압축강도가 17.58Mpa~19.27Mpa(평균 18Mpa)로 측정되었고, 양생조건이 불리한 지중 콘크리트 벽체의 압축강도는 이보다 낮을 것으로 사료된다. 시공된 콘크리트 벽체의 구조를 분석하고 토압의 강도를 계산해 보면, 원고가 시공한 콘크리트 벽체는 압축강도 18Mpa를 기준으로 산정해 보아도 H형강 사이의 간격이 2.8m에 이를 경우 그 인장응력(14.794kg/cm^2)이 허용 인장응력(5.635kg/cm^2)을 초과하여 배후 토압에 의해 발생하는 인장응력을 버티지 못한다'는 감정의견을 제시하였다.

K가 코어채취법에 의하지 않고, 위와 같이 현재 장비보급이 많이 되어 있는 슈미트해머를 사용해 콘크리트 벽체의 압축강도를 측정하거나, H형강 사이의 간격 등을 고려해 콘크리트 벽체의 인장응력을 산정한 것이 경험칙에 반하거나 합리성이 없다고 보이지 않는바(K는 이 법원에 '슈미트해머를 이용한 콘크리트 강도 측정법이 코어채취법에 비해 정밀도는 약간 떨어지나, 슈미트해머법도 신뢰할 만한 값을 주므로 콘크리트 강도 측정에 많이 사용된다'는 보완감정의견을 제시하였다), 원고가 시공한 흙막이 벽체는 SCW 공법으로서도 구조적 안전성이 확보될 정도로 시공되지 못하였다고 보인다.

라) L은 흙막이공사에 대한 검토의견서(을 제4호증)에서 '흙막이공사는 설계도면에 따라 콘크리트 타설 후 H-BEAM과 철근을 설치해야 하나, H-BEAM 간격이 지켜지지 않은 채 일부 매설되어 있으며, 철근 대신 일반 강관이 시공되어 있다. 현장은 설계도면에서 지정된 공법대로 시공되지 않았고, 공사비 절감을 이유로 공법을 임의 변경하여 시공함으로써 안정성이 검증되지 않아 차후 붕괴 위험성이 내재되어 있는 상태이다'라는 검토의견을 제시하였다.

라. 원고의 변제 주장에 관한 판단

가집행으로 인한 변제의 효력은 확정적인 것이 아니고, 상소심에서 그 가집행의 선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하여 발생하므로, 항소심 법원에서는 가집행선고부 제1심 판결에 기하여 가집행된 사정을 참작하지 않고 해당 청구의 당부를 판단하여야 한다(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다26175, 93다26182 판결 참조).

갑 제21 내지 23호증의 각 기재에 의하면, ① 피고가 2020. 1. 17. 제1심 판결의 집행력 있는 판결정본에 기초하여 광주지방법원 2020타채50679호로 원고의 O에 대한 공사대금채권에 관해 압류 및 추심명령을 받은 사실, ② 피고가 2020. 1. 23. 위 압류 및 추심명령에 따라 5,500만 원을 추심한 사실, ③ 피고가 2020. 3. 18. 제1심 판결의 집행력 있는 판결정본에 기초하여 광주지방법원 2020타채55247호로 원고의 주식회사 P에 대한 공사대금채권 중 224,000,032원에 관해 압류 및 전부명령을 받은 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 본 법리, 원고가 제1심 판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분에 대해 항소를 하고, 이 법원에서도 여전히 피고의 반소청구를 다투고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 피고의 원고에 대한

선급금 반환채권 및 손해배상금채권 중 위 추심 또는 전부금액에 해당하는 부분이 변제로 인해 확정적으로 소멸되었다고 할 수는 없다. 따라서 원고의 변제 주장은 받아들이지 않는다.

마. 소결론

1) 원고는 피고에게 ① 선급금 233,572,460원 및 그중 제1심 인용금액 139,710,872원에 대하여 피고가 위 돈의 이행을 구하는 의사표시를 기재한 2019. 11. 11.자 반소청구취지 및 청구원인 변경신청서가 원고에게 송달된 다음날인 2019. 11. 13.부터, 이 법원의 추가 인용금액 93,861,588원에 대하여 피고가 위 돈의 이행을 구하는 의사표시를 기재한 2020. 8. 18.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 원고에게 송달된 다음날인 2020. 8. 19.부터 각 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2020. 10. 7.까지 피고가 구하는 바에 따라 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금, ② 하자보수에 갈음한 손해배상금 168,020,711원 및 이에 대하여 피고가 위 돈의 이행을 구하는 의사표시를 기재한 2019. 11. 11.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 원고에게 송달된 다음날인 2019. 11. 13.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2020. 10. 7.까지 피고가 구하는 바에 따라 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[피고는 제1심에서 하자보수에 갈음한 손해배상금으로 합계 342,813,401원(= PHC 파일 지지력 보수공사비 155,909,391원 + 기존 흠막이 벽체 철거비용 12,111,320원 + CIP 공법에 의한 흠막이 공사비 174,792,690원)을 청구하였고, 제1심 법원은 피고의 청구를 모두 받아들였다. 그런데 원고는 이 법원에서 CIP 공법에 따른 흠막이 공사비 174,792,690원이 하자보수에 갈음한 손해배상금에서 제외되어야 한다고 주장하였고, 피고는 원고의 이러한 주장을 받아들여 2020. 8. 18.자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 제출 및 진술을 통해 손해배상 청구금액을 342,813,401원에서 168,020,711원으로 감축하였다. 따라서 이 법원이 감축된 손해배상 청구금액을 모두 인용하지만, 이 법원 판결 선고일까지 원고는 피고의 이 부분 청구에 대하여 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하였다고 보아야 한다].

2) 피고는, 원고의 선금금 반환의무와 하자보수에 갈음하는 손해배상금 지급의무의 이행기는 원고의 공사중단일인 2018. 4. 3.로 보아야 하므로, 원고는 그 다음날인 2018. 4. 4.부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장한다. 그리고 이 법원 변론종결일 이후인 2020. 9. 7. 변론재개신청서를 제출하며 원고의 선금금 반환의무는 이 사건 도급계약의 해제로 인한 원상회복의무에 해당하므로, 원고는 피고로부터 선금금을 최종적으로 지급받은 날인 2018. 2. 1. 이후의 상사법정이율에 따른 이자를 가산하여 지급해야 한다고도 주장한다.

그러나 ① 계약이 해제되어 원상회복의무를 이행할 경우에 민법 제548조 제2항에 따라 지급받은 금전에 받은 날로부터의 이자를 붙여 반환하는 것이 원칙이지만, 도급계약에 있어서 선금금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되어 수급인이 선금금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액이 선금금으로 충당되고, 그와 같이 정산하고 남은 선금금을 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선금금 그 자체와는 성질을 달리하는 것인 점(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결 참조), ② 선금금 잔액에 대하여 선금금 지급 시부터 이자를 가산하여 반환할지 여부는 당사자들 사이의 약정에 따라야 할 것인데(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다74110 판결 참조), 이 사건 도급계약 일반조건은 제10조 제5항에서 '피고가 선금을 지급한 후 계약을 해제 또는 해지하는 경우 원고에게 선금 잔액에 대하여 반환을 청구할 수 있다'고만 정하고 있을 뿐, 선금금 잔액에 대해 선금금 지급 시부터의 이자를 가산하여 반환한다는 내용은 규정되어 있지 않고, 원고와 피고 사이에 그러한 약정이 있다고 볼 만한 다른 자료도 찾을 수 없는 점 등을 고려하면, 원고의 피고에 대한 선금금 반환에 관하여 민법 제548조 제2항이 그대로 적용된다고 보기 어렵다(따라서 피고의 변론재개신청은 받아들이지 않는다).

그리고 원고의 선금금 반환의무와 하자보수에 갈음한 손해배상금 지급의무의 이행기가 원고의 공사중단일인 2018. 4. 3. 도래했다고 볼 만한 근거도 찾을 수 없다. 이 사건 도급계약 일반조건 제10조 제5항이 피고는 계약을 해지하는 경우 선금금 잔액의 반환을 청구할 수 있다고만 규정한 점, 수급인의 하자보수의무가 기한의 정함이 없는 채무에 해당하는 점을 고려하면, 원고는 앞서 인정된 선금금 및 손해배상금에 대하여 피고가 원고에게 반환 또는 지급을 청구한 다음날부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 봄이 타당하다.

피고의 위 주장 중 앞에서 인용한 지연손해금 부분을 초과하는 부분은 받아들이지 않는다.

4. 결론

피고의 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 반소청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 이 법원에서 확장·감축된 피고의 반소청구를 포함하여 제1심판결의 반소에 관한 부분을 주문과 같이 변경한다.

재판장판사유현종

판사최항석

판사김승주

- 1) PHC(Prestressed High Strength Concrete) 파일은 콘크리트 파일에 미리 압축력을 가하여 힘에 대한 저항력을 특별히 증가시킨 말뚝으로 보통 '고강도 콘크리트 파일'이라 한다.
- 2) SCW(Soil Cement Wall) 공법은 지반을 굴착하여 천공하고 그 천공한 구멍에 시멘트와 물을 부어 굴착경계선에 토사, 시멘트, 물 등을 혼합하는 방법으로 벽체를 만드는 공법이다.
- 3) CIP(Cast In Place) 공법은 지반 천공기를 사용하여 소정의 심도까지 천공해 토사를 배출시킨 후 그 구멍 안에 H-Pile 또는 철근망을 삽입한 후 콘크리트 또는 모르타르를 붓고 콘크리트 기둥을 만들어 흠막이 시설을 설치하는 공법이다.
- 4) 동재하시험은 파일 향타 분석기(P.D.A: Pile Driving Analyzer)를 이용하여 파일에 작용하는 압축력 및 인장력, 예상지지력, 파일의 손상 정도를 측정하는 방법이다.
- 5) 마이크로 파일은 일반적으로 직경 300mm 이하의 파일을 지칭하는데, 소형 장비를 사용하여 시공하기 때문에 협소한 공간에서도 시공이 가능하다.
- 6) SIP(Soil cement Injected Precast Pile) 공법은 크레인에 오거 스크류(auger screw)를 장착하여 천공하고 시멘트(페이스트) 밀크를 주입한 후 Precast Pile을 넣고 드롭해머로 경타하여 타일을 시공하는 공법이다.
- 7) DRA(Double Rod Auger) 공법은 상부 오거 스크류와 하부 캐스팅 스크류(casting screw)로 동시에 천공한 후 파일을 근입한 다음 시멘트 모르타르를 주입하는 공법이다.
- 8) 슈미트해머는 콘크리트에 반발 타격 에너지를 가하여 그 반력을 측정함으로써 콘크리트의 강도를

추정하는 기구이다.