

광주지방법원 2023. 2. 9 선고 2017가합52165(본소), 2020가합57122(반소) 판결

[공사대금 · 하자보수에 갈음하는 손해배상 등 청구]

전 문

원고(반소피고)주식회사 A

소송대리인 변호사 강기원, 이민지

피고(반소원고)B 주식회사

소송대리인 법무법인 초석

담당변호사 장권

법무법인(유한) 대륙아주

담당변호사 김용현, 김형길, 용순덕, 현소정, 신송현

법무법인(유한) 맥

담당변호사 박강희, 강철일

변론 종결2023. 1. 13.

판결 선고2023. 2. 9.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 593,972,150원 및 이에 대하여 2020. 8. 4.부터 2023. 2. 9.까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 주위적, 예비적 본소청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 감정비용을 포함하여 본소, 반소를 통틀어 70%는 원고(반소피고)가, 나머지 30%는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

[본소청구]

주위적 및 예비적으로, 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게 2,897,482,699원 및 그중 2,596,860,000원에 대하여는 이 사건 지급명령正本 송달 다음 날부터, 300,622,699원에 대하여는 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[반소청구]

원고는 피고에게 1,701,759,305원 및 이에 대한 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 전제가 되는 사실

가. 당사자의 지위

- 1) 원고는 건축공사업 등을 목적으로 설립된 법인으로, C는 2016. 4. 무렵 원고의 경영권을 인수하였다.
- 2) 피고는 의약 및 생명과학 관련 사업 등을 목적으로 설립된 법인이고, D은 2014. 8. 무렵부터 2017. 10. 무렵까지 피고의 이사로 근무하였다.

나. 피고의 리모델링 공사 추진 및 건축허가

- 1) 피고는 2014. 7. 22. 주식회사 E로부터 전남 화순군 F 대 4,148m² 및 그 위에 있는 건물 등을 매수하고 2014. 8. 22. 소유권이전등기를 마쳤다. 기존의 온천호텔을 리모델링하여(이하 '이 사건 공사'라고 한다) 수치료가 가능한 요양병원을 운영하기 위함이었다.
- 2) 피고는 2015. 4. 20. 건축사 G(H건축사 사무소)에게 이 사건 공사에 관한 설계와 감리를 맡기기로 하였다.

3) 피고는 주식회사 I(이하 'I'라고 한다)에 이 사건 공사에 관한 견적을 의뢰하였고, I는 2015. 5. 20. 무렵 피고에게 스파 관련 특수설비공사 925,000,000원(부가가치세 제외)을 포함한 이 사건 공사의 비용을 50억 원(부가가치세 제외)으로 산정한 견적서를 제출하였다.1) 4) 피고는 위 견적서를 기초로 2015. 9. 무렵2) 유한회사 J과 이 사건 공사를 공사대금 55억 원으로 정하여 도급하는 내용의 계약서를 작성하였으나(을 제18호증), 위 계약은 무산되었다.

5) 피고는 2015. 12. 무렵 스파 시설 전문업체인 K 주식회사(이하 'K'라 한다)에 이 사건 공사 중 스파 시설공사에 관한 견적과 설계를 의뢰하였고, 2016. 2. 22. 무렵 수치료 특수설비 공사를 626,000,000원(부가가치세 별도), 사우나 인테리어 공사를 1,221,671,000원(부가가치세 포함)으로 산정한 견적서와 설계도면을 제출받았다.

6) G은 위 설계도면을 반영하여 전체 설계도면을 완성한 다음 화순군청에 피고를 대리하여 건축허가 신청을 하였고, 피고는 2016. 3. 무렵 화순군수로부터 이 사건 공사에 관한 건축허가를 받았다.

다. 피고와 원고의 도급계약 체결 및 공사의 시작

1) 피고는 2016. 4. 21.3) 무렵 원고와 사이에 금융기관 대출에 필요한 신용보증기금 보증을 받을 목적으로 이 사건 공사에 관하여 공사대금을 66억 원(부가가치세 포함)으로 정한 도급계약서를 작성하였다(갑 제11호증). 피고는 2016. 4. 27. 위 계약서를 기초로 신용보증기금에 신용보증신청을 하였고, 2016. 4. 28. 40억 원의 보증이 승인되었다.4) 한편 피고는 2016. 4. 18. 무렵 원고와 이 사건 공사를 공사대금 15억 원(부가가치세 포함)에 도급하는 내용의 계약서도 작성하였으나(을 제8호증), 이는 화순군청과 L협회에 제출·신고할 목적으로 형식상 작성한 것이다.

2) 원고와 피고는 2016. 5. 4. 무렵부터 이메일을 주고받거나 만나서 이 사건 공사에 대한 도급계약서를 수정하는 과정을 거쳤다.

3) 피고는 2016. 5. 12. 무렵 원고와 이 사건 공사를 공사대금 55억 원(부가가치세 포함)으로 정하여 원고에게 도급하는 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다)을 체결하였다(을 제5호증). 이 사건 도급계약에는 아래와 같은 내용이 포함되어 있다.

1. 공사명: N공사

2. 공사장소: 전남 화순군 F, O

4. 도급금액: 금 오십오억 원정(₩5,500,000,000)

* 공급가액: 일금 오십억 원정(₩5,000,000,000)

* 부가가치세액: 오억 원정(₩500,000,000)

5. 선금금: 착공시 10%(₩550,000,000) 계약체결 후

6. 기성금: 월기성 80% (₩4,400,000,000) 월 기성청구 후 익월 5영업일 지급

7. 잔금: 완료 후 10%(₩550,000,000) 개원 후 15일 이내 지급

민간건설공사 표준도급계약 일반조건

갑: 피고, 을: 원고

제1조[총칙]

6. 계약원칙

① 갑은 공사비용 60억 원(신보보증증권 40억 원 + 현금 20억 원)을 공사비용으로 책정하여 50억 원의 공사비용과 10억 원의 예비비로 정하고, 공사 기간 단축과 공사비용 절감을 원칙적으로 상호합의하여 약정계약서를 체결한다.

② 공사는 상기 비용으로 기준을 정하되, 상호 협의하여 증감할 수 있도록 한다.

④ 갑과 을은 공사의 도급금액을 50억 원으로 실행하며 을은 이에 대한 내역과 관련 도면을 갑에게 제출한다.

⑥ 을은 본 공사와 관련하여 2016년 4월 21.일에 작성된 신용보증기금 보증서 발급을 위한 공사도급표준계약서는 본 표준계약서 체결 후 갑에게 반환하고 이에 따른 어떠한 주장과 이의도 제기하지 않는다.

제4조 [공사예정공정표와 공사가격 내역서]

1. 을은 계약체결 후 5월 30일까지 설계도서(설계도면, 공사시방서 등 건축법 제2조 제14호의 규정에 의한 설계도서와 현장설명서를 말한다. 이와 같다)를 기초로 작성한 공사예정 공정표와 내역서를 갑에게 제출하여야 한다.

제13조 [설계변경으로 인한 계약금액의 조정]

1. 설계서의 내용이 공사현장의 상태와 일치하지 않거나 불분명, 누락, 오류가 있을 때 또는 시공에

관하여 예기하지 못한 상태가 발생되거나 사업계획이 변경된 때에는 설계를 변경한다.

2. 제1항의 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 다음 각 호의 기준에 의하여 계약금액을 조정한다.

- 1) 증감된 공사의 단가는 제4조의 규정에 의한 공사가격 내역서상의 단가를 기준으로 한다.
- 2) 공사가격 내역서에 포함되어 있지 아니한 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가로 한다.
- 3) 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤은 산출내역서상의 율을 적용한다.

제14조 [기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정]

제13조에 의한 경우 이외에 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정하며, 이 경우 제13조 제2항 제3호를 준용한다.

제26조 [특약사항]

상기 계약 일반사항 이외에 아래 내용을 특약사항으로 정하며, 일반사항과 특약사항이 상충되는 경우에는 특약사항을 우선하여 적용하도록 한다.

1. 이 공사의 전반적인 부분은 시행사 피고가 직접적인 자금 및 시설운영계획에 의하여 시행하되, 시공사 원고를 통한 직접공사에 준하여 시행한다. 그러므로, 을은 갑에게 모든 사항을 보고 및 승인을 얻어 공사를 진행하도록 한다.
2. 시공사 선정의 원칙은 상기에 명시된 공사비 절감 및 공사 기간의 단축을 목적으로 선정되었으므로, 공사비용과 공사 기간은 갑의 요구에 따라야 한다.
3. 공사비용과 공사 기간 단축을 위해서 을은 갑에게 비용절감과 공사 기간 단축을 위한 방법을 제시하고 상호 간에 끊임없이 보고 및 실행되어야 한다. (주 2회 이상 TF 미팅)
6. SPA공사는 발주처에서 직접 발주하기로 하며, 전체 도급공사비에서 SPA 공사비를 제외하는 것으로 한다.
- 4) 한편 원고는 2016. 4. 19. 무렵부터 이 사건 공사를 시작하였다(다만, 2016. 4. 29. 그 착공신고가 되었다).

라. 공사의 진행 및 추가공사 등

- 1) 원고는 2016. 4. 19. 무렵부터 피고의 이사 D과 지속적으로 회의를 하면서 협의하여 이 사건 공사를 진행하였고, 2016. 5. 31., 2016. 6. 7., 2016. 8. 16., 2016. 8. 18., 2016. 8. 29.에는 피고 대표이사 P이 위 회의에 직접 참석하여 공사의 진행에 대하여 지시 또는 협의하였다.
- 2) 피고는 K의 스파시설의 바데풀이 공중위생시설로 분류되어 의료법에 의해서 건축공사에 포함하는 것이 불가능하게 되자, 2016. 5. 4. Q(R, 이하 'R'라고 한다)와 '2인용 보행훈련 전용풀 외 8종'의 시설 설치를 1,621,250,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 도급하는 계약을 체결하였다. R는 2017. 3. 무렵 위 시설 설치를 완료하였고(다만, 수치료실 바닥 및 벽면 타일공사와 건식사우나실의 시공은 원고가 하였다), 원고는 2016. 7. 19.부터 2018. 3. 9.까지 R에 위 대금을 포함하여 합계 1,985,400,000원을 지급하였다.
- 3) 피고는 2016. 8. 무렵 원고에게 지하주차장 용도변경공사, 1층 화장실 증축공사, 야외약국 공사 등의 추가공사(이하 '이 사건 추가공사'라고 한다)⁵⁾를 도급하였다. 다만, 그 계약서는 작성하지 않고 추후 실비를 정산하기로 약정하였다.
- 4) 원고는 2016. 10. 12.까지 이 사건 공사를 완성하였고, 같은 날 증축된 건물에 대해 사용승인이 되었다. 그리고 이 사건 추가공사는 2016. 11. 무렵 완성되었다.
- 5) 한편 원고는 2016. 5. 26. 무렵부터 2016. 6. 27.까지 이 사건 공사의 설계를 도급받은 G에게 수차례 변경된 설계도면을 보냈다. 그리고 2016. 9. 6. 무렵 G에게 사용승인 신청에 제출될 도면(갑 제18호증의 1)을 보냈으며, 2016. 9. 26. 최종적으로 변경된 도면(갑 제17호증의 1)을 보냈다. 그리고 위 최종적으로 변경된 도면은 사용승인을 위해 화순군에 제출된 도면(갑 제19, 20호증)과 같다.

마. 공사대금의 지급

피고는 원고에게 이 사건 공사 및 추가공사에 대한 대금으로 아래와 같이 지급하였고, 원고는 전자세금계산서를 발급하였다.⁶⁾ 세금계산서상 품목은 전부 'S 의료시설 증축공사'라고 기재되어 있다.

1	2016. 5. 12.	350,000,000	2016. 6. 15.
2	2016. 6. 3.	1,255,000,000	2016. 6. 3.
3	2016. 7. 22.	1,100,000,000	2016. 7. 19.

1	2016. 5. 12.	350,000,000	2016. 6. 15.
4	2016. 8. 18.	1,100,000,000	2016. 8. 17.
5	2016. 9. 12.	45,000,000	2016. 9. 9.
6	2016. 9. 13.	500,000,000	2016. 9. 13.
7	2016. 9. 29.	1,000,000,000	2016. 10. 1.
합계	5,350,000,000		

바. 원고와 D의 도급계약서 작성 및 관련 형사사건 경과 등

- 1) 한편, 원고는 2016. 9. 8. D과, 피고가 원고에게 이 사건 공사를 공사대금 7,480,000,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 도급하는 내용의 계약서(이하 '이 사건 변경계약서'라고 한다)를 작성하였다(갑 제1호증). 여기에는 피고의 인감이 날인되어 있는데, 이는 D이 피고 대표이사인 P의 승낙 없이 날인을 한 것이다.
- 2) 피고는 2017. 3. 31. 무렵 광주북부경찰서에 이 사건 변경계약서 작성에 관하여 원고 대표이사인 C를 사문서위조, 소송사기 등의 혐의로 고소하였고, 그 이후 D을 공범으로 고소하였다.
- 3) 광주지방법검찰청은 D에 대하여는 사문서위조 범죄사실로 공소를 제기하였으나(광주지방법원 2020고단2232), C에 대하여는 2017. 8. 22. 불기소처분을 하였다.
- 4) 한편 광주지방법원은 2021. 5. 13. 'D이 T협회에 실적 제출용으로 필요하다는 원고 대표이사 C의 부탁을 받고 피고 대표이사 P의 승낙 없이 피고의 사용인감을 날인하여 이 사건 변경계약서를 작성하였다(사문서위조)는 사실'을 유죄로 인정하고 D에 대하여 징역 10개월, 집행유예 2년을 선고하였다. D의 항소로 진행된 항소심(광주지방법원 2021노1372)에서 위 법원은 2022. 7. 12. D의 항소를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 그대로 확정되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 7, 11, 12, 14, 17 내지 22, 26호증(이상 가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 6, 9, 13, 14, 16 내지 19, 22, 23, 36, 40, 41, 49, 50, 69, 74, 87, 91 내지 93호증의 각 기재 및 영상, 증인 D, U의 각 증언, 화순군에 대한 각 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 청구원인의 요지

1) 주위적 청구 이 사건 공사에 대한 대금은 아래와 같이 74억 8,000만 원이고, 그 범위는 준공도면 내용과 같다. 그 밖의 이 사건 추가공사의 대금은 444,847,309원으로 감정되었고, 이 사건 공사에 관한 하자보수에 갈음하는 손해배상액은 660,942,987원이라고 할 것이므로, 피고는 원고에게 미지급 공사대금에서 위 손해배상액을 제외한 1,913,904,322원(= 이 사건 공사대금 74억 8,000만 원 + 추가공사대금 444,847,309원 - 지급한 공사대금 53억 5,000만 원 - 하자보수에 갈음하는 손해배상 660,942,987원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

가) 원고는 2016. 5. 12. 피고와 이 사건 공사에 대한 대금을 55억 원으로 정한 이 사건 도급계약을 체결하였으나, 이는 통정허위표시에 의한 계약이므로 무효이다. 그 이후 원고는 2016. 9. 6. 피고를 대리한 D와 이 사건 변경계약을 체결함으로써 공사대금을 74억 8,000만 원으로 정하였다.

나) 설령 D이 이 사건 변경계약 체결에 관한 대리권이 없다고 하더라도 원고는 D을 통해 피고와 계약을 체결해 왔고, D은 이 사건 공사와 관련된 여러 건의 계약을 체결하였으므로, 원고는 D이 이 사건 변경계약 체결에 관하여 대리권이 있다고 믿는 데 정당한 이유가 있다. 따라서 민법 제126조의 표현대리가 성립하여 이 사건 변경계약은 피고에게 효력이 있다.

다) 피고는 2016. 6.부터 2016. 10.까지 원고로부터 이 사건 공사에 관하여 합계 74억 8,000만 원의 세금계산서를 발행받았고, 2017. 4. 12. 외부감사를 거쳐 이 사건 공사로 증축한 건물의 취득가액을 7,562,533,493원으로 기재한 재무제표를 공시하였으므로, 늦어도 위 무렵 공사대금을 74억 8,000만 원으로 정한 이 사건 변경계약에 대한 피고의 추인이 있었다.

2) 예비적 청구 원고와 피고 사이에 공사대금에 관한 합의가 없다면 이 사건 공사 및 추가공사를 합하여 전체 공사대금은 전체 공사비 감정액인 8,908,425,686원으로 인정하여야 한다. 따라서 피고는 원고에게 미지급 공사대금에서 하자보수에 갈음하는 손해배상을 제외한 2,897,482,699원(= 이 사건 공사대금 8,908,425,686원 - 지급한 공사대금 53억 5,000만 원 - 하자보수에 갈음하는 손해배상 660,942,987원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 이 사건 공사에 관한 공사대금 액수에 대한 판단

1) 이 사건 도급계약이 통정허위표시로서 무효인지(= 부정) 앞선 인정 사실에 제출된 증거 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래와 같은 사실 및 사정을 종합하여 보면, 원고가 제출된

증거만으로는 이 사건 도급계약이 통정허위표시로서 무효라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

○ 이 사건 도급계약에 대한 계약서를 피고의 위임을 받은 D와 원고 대표이사 C가 작성한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

○ 이 사건 도급계약은 원고와 피고가 수차례 계약서의 문구를 수정하는 과정을 거쳐 작성하였다. 계약서의 내용도 당사자들의 실제 이해관계를 반영하여 구체적으로 기재되어 있다(제1조 제6항 및 제26조 참조).

○ 피고 대표이사 P이 2016. 5. 31. 무렵 원고 대표이사 C 등과 있는 자리에서 이 사건 도급계약에서 정한 공사대금이 확정적이지 않다는 취지로 말한 것으로 보이나, 이는 이 사건 도급계약 제1조 제6항과 같이 예비비 10억 원을 추가로 지급할 수 있다거나, 추가공사에 따라 그 공사대금을 지급할 수 있다는 취지로 해석할 수도 있다. 그러므로 위와 같은 사정만으로 이 사건 도급계약이 통정허위표시에 의하여 체결되었다고 단정할 수 없다.

○ 피고는 2016. 5. 12. 원고에게 계약금으로 3억 5,000만 원을 지급하였다. 이는 이 사건 도급계약에서 정한 대금 50억 원에서 스파시설 공사비로 예정한 15억 원을 공제한 35억 원의 10% 상당액으로 보인다.

○ 원고는 2016. 7. 1. 피고에게 제2차 기성 공사대금을 청구하면서 도급금액을 부가가치세 포함 35억 원이라고 기재하였다(을 제24호증).

2) 이 사건 변경계약이 피고에게 효력이 있는지(= 부정) 가) 유권대리 여부

민사재판에서 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다(대법원 1991. 1. 29. 선고 90다11028 판결, 대법원 1996. 5. 28. 선고 96다9621 판결 등 참조).

앞서 보았듯이 D은 관련 형사사건에서 이 사건 변경계약서를 위조한 사실로 유죄를 선고받았고, 그 판결이 확정되었다. 그리고 원고의 부가가치세·법인세 신고내역, 도급계약이 없음을 전제로 하는

공사비 감정결과 등 원고의 주장 및 제출된 증거만으로는 위 확정된 형사판결의 사실과 달리 이 사건 변경계약서가 피고의 의사에 기초하여 작성되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 변경계약서가 진정한 계약서임을 전제로 한 원고의 유권대리 주장은 이유 없다.

나) 민법 제126조의 표현대리 성립 여부

(1) 앞선 인정 사실에 제출된 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 금융기관 대출을 위한 신용보증기금 보증을 받을 목적으로 작성한 2016. 4. 21. 자 도급계약서(공사대금 66억 원)는 D이 피고를 대리하여 작성한 적이 있는 점, D이 지속적으로 원고 측과 이 사건 공사의 진행에 관한 회의에 참석하는 등 이 사건 공사의 전반에 관여한 점 등에 비추어 D에게 피고를 위한 기본대리권이 존재하고, 원고는 D에게 피고를 대리하여 이 사건 변경계약을 체결할 권한이 있다고 믿었다고 볼 여지가 있다.

(2) 그러나 앞선 인정 사실에 제출된 증거 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래와 같은 사실 및 사정에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 원고가 위와 같이 믿은 데 정당한 이유가 있다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

○ D은 위 2016. 4. 21. 자 도급계약서를 작성하였을 때는 피고 대표이사의 승낙을 받았고, 이는 원고도 알고 있었던 것으로 보인다(증인 D에 대한 2020. 4. 2. 자 녹취서 10쪽).

○ 이 사건 도급계약은 공사대금을 55억 원으로 정하고 있었는데, 이 사건 변경계약서에서 정한 공사대금은 74억 8,000만 원으로 무려 20억 원가량의 차이가 있다. 그러므로 원고는 D에게 그것에 관한 대리권이 있는지 더욱 면밀하게 확인할 필요가 있었다. 그럼에도 원고는 피고 대표이사에게 이를 확인하지 않았다.

다) 무권대리행위의 추인 여부

갑 제28호증, 을 제36, 37, 95호증의 각 기재에 의하면, 원고는 2016. 6.부터 2016. 10.까지 피고에게 이 사건 공사에 관하여 합계 53억 5,000만 원의 전자세금계산서와 21억 3,000만 원의 종이세금계산서를 발행한 사실, 피고가 2017. 4. 12. 외부감사를 거쳐 공시한 2016년도 재무상태표 중 유형자산 항목에 2015년도 대비 '건물'은 1,712,982,120원에서 9,522,595,799원으로(+7,809,613,679원), '기계장치'는 0원에서

720,000,000원으로(+720,000,000원), 시설장치는 19,081,972원에서 899,634,995원으로(+880,553,023원) 각 증가한 것으로 기재되어 있는 사실, 피고가 R를 통해 설치한 수치료시설은 시설장치 및 기계장치 계정에 반영되어 있는 사실이 인정된다.

그러나 원고가 발행한 세금계산서 중 21억 3,000만 원의 종이세금계산서는 피고가 이를 인정하였다고 볼 증거가 없고 외부감사 과정에서도 검토되지 않은 것으로 보이는 점(을 제95호증), 피고는 이 사건 공사가 완성되자 2016. 10. 14. 이 사건 공사로 증축한 건물에 관하여 '건설중인 자산' 계정에서 '건물' 계정으로 대체하는 회계처리를 하였는데 그 취득가액을 5,041,036,902원으로 기재한 점(을 제90호증), 피고가 2016년도에 취득한 건물은 이 사건 공사로 증축한 건물 외에도 게스트하우스, V 카페건물, W모텔 등이 더 있었던 것으로 보이는 점(을 제90호증) 등에 비추어 보면, 앞선 인정 사실만으로는 피고가 계약금액이 74억 8,000만 원인 이 사건 변경계약의 내용을 추인하였거나, 원고와 사이에 이 사건 변경계약의 효력을 인정하기로 묵시적으로 합의하였다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 이 사건 도급계약에 따른 공사대금의 확정 가) 앞선 인정 사실에 제출된 증거 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래의 사실 및 사정을 종합하여 보면, 이 사건 도급계약에 따른 공사대금은 66억 원(부가가치세 포함)에서 피고가 분리 발주한 수치료시설 공사비용 1,621,250,000원(부가가치세 포함)을 제외한 4,978,750,000원으로 봄이 타당하다.

(1) 설계변경으로 인한 공사대금의 증액: 예비비 10억 원 인정

○ 이 사건 도급계약 제1조 제6항 제1호는 이 사건 공사에 대한 공사대금을 60억 원으로 정하면서, 그중 50억 원은 공사비용, 10억 원은 예비비로 하였다. 예비비를 정한 이유는 이 사건 도급계약 체결 당시부터 공사대금이 증액될 수 있음을 고려하였기 때문이다. 그리고 이 사건 도급계약에서 도급금액은 부가가치세를 포함하여 55억 원으로 정해져 있으므로, 위 50억 원의 공사비용은 부가가치세를 제외한 금액이다. 따라서 공사비용에 예비비를 더한 위 60억 원은 부가가치세가 포함되지 않은 금액으로, 부가가치세를 포함할 경우 66억 원이 된다.

○ 이 사건 도급계약 제1조 제6항 제2호는 원고와 피고가 협의하여 공사대금을 증감할 수 있다고 정하고 있다. 또한 제13, 14조는 설계변경이나 그 밖의 계약내용 변경으로 인하여 공사물량이 증감할

경우 그에 따라 공사대금이 증감될 수 있다고 정하고 있다.

○ 이 사건 도급계약 당시 건축허가를 받은 기본설계도면은 존재하였으나 착공에 필요한 실시설계도면은 확정되지 않은 상태였다(피고가 제출한 을 제5호증 계약서에는 '별첨 설계도와 시방서'라는 문구가 들어 있으나, 위 계약서에 설계도와 시방서가 첨부되어 있었다고 볼 증거가 없고, 오히려 위 계약서 내용들은 전반적으로 설계도면이 확정되지 않은 상태임을 전제로 하고 있다).

○ 이에 따라 원고는 피고 측과 지속적으로 회의를 진행하면서 이 사건 공사를 진행하였고(이는 이 사건 도급계약 제26조 특약사항 제1 내지 3항에서 이미 예정하고 있었다), 피고 대표이사는 위 회의에 직접 참석하여 수차례 설계변경 사항을 구체적으로 지시하였다. 이러한 과정을 통해 원고는 이 사건 공사에 대한 설계도면 및 변경도면을 수차례 작성하였고, 이를 피고로부터 설계 업무를 도급받은 G에게 보냈다. 그리하여 사용승인을 얼마 남겨두지 않은 2016. 9. 하순에야 실시설계도면이 최종 확정되었다.

○ 이 사건 공사에 대한 설계변경의 내용은, 주로 요양병원 운영에 필요한 구체적인 시설을 추가, 변경하기 위한 것으로서, 이로 인하여 공사물량이 증가되었음은 분명하다.

○ 감정인 X은 이 사건 도급계약이 존재하지 않는다고 가정할 경우 이 사건 공사 및 추가공사 비용에 대하여 감정한 결과 8,908,425,686원이라는 의견을 제시하였다. 이 사건 추가공사 부분의 비중이 크지 않은 점(뒤에서 보듯이 438,410,873원 상당에 불과하다)을 고려하면, 설계변경으로 인한 공사대금의 증가는 적어도 이 사건 도급계약 당시 예비비로 정한 10억 원(부가가치세 별도)에 이른다고 봄이 타당하다.

○ 피고는 2016. 5.부터 2016. 9.까지 원고에게 이 사건 공사의 대금으로 합계 53억 5,000만 원을 지급하였고, 그에 상응하여 전자세금계산서도 발급받았다. 그리고 2016. 10. 14. 이 사건 공사로 증축한 건물에 관하여 '건설중인 자산' 계정에서 '건물' 계정으로 대체하는 회계처리를 하면서 취득가액을 5,041,036,902원으로 기재하였다(여기에는 수치료시설은 포함되어 있지 않다). 이는 피고 역시 이 사건 공사의 공사비가 약 50억 원에 이른다는 점을 인정하고 있었음을 뒷받침한다.

피고는 이 사건 공사가 마무리되어 갈 무렵 원고 대표이사 C가 이 사건 공사를 포함한 V 카페공사, Y 주택공사 자금이 부족하여 공사를 할 수 없다고 하여, 피고는 위 3건의 공사에 대한 추가공사비용으로

2016. 9. 13. 5억 원, 2016. 9. 29. 10억 원을 우선 지급하고 추가공사의 구체적인 내역서는 추후 제출받아 정산하기로 하였다고 주장하나, 위 합계 15억 원에 관한 전자세금계산서에는 품목이 전부 이 사건 공사라고 기재되어 있으므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

○ 이상의 사정을 종합해 보면, 이 사건 공사의 공사대금은 이 사건 도급계약 당시 예비비로 정해 놓은 10억 원(부가가치세 별도)을 합한 60억 원(부가가치세 별도)으로 인정함이 타당하다.

(2) 스파 공사비 1,621,250,000원(부가가치세 포함) 공제

○ 원고가 이 사건 공사에 관여하기 전부터 피고는 K로부터 수치료 특수설비공사 및 사우나 인테리어 공사에 대하여 합계 1,847,671,000원의 견적을 받아 둔 상태였고, 이를 반영한 설계도면으로 건축허가를 받은 것으로 보인다. 그리고 원·피고는 이 사건 도급계약을 체결하면서 스파시설 공사는 피고가 직접 발주하되 그 공사비를 공사대금에서 제외하기로 하였다(제26조 특약사항 제6항). 위 특약사항에 대하여 원고는 공사대금 액수에 관하여 전체 공사대금에서 스파시설 공사비를 공제하기로 하는 취지가 아니라 공사 범위에 관하여 원고가 시공해야 하는 공사의 범위에서 스파시설 공사를 제외한다는 취지라고 주장하나, "전체 도급공사비에서 SPA 공사비를 제외하는 것으로 한다."라는 문언에 객관적 의미에 부합하지 않아 받아들이기 어렵다.

○ 그런데 스파시설 공사는 관련 법령에 따라 시공할 수 없게 되었고, 피고는 스파시설 공사를 수치료시설 공사로 변경하기로 하여 2016. 5. 4. R와 수치료 설비 및 설치를 1,621,250,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 도급하는 계약을 체결하였다. 피고 대표이사는 2016. 6. 7. 원고와의 회의에서 원고 측에게 R와 협의하여 평면도를 확정할 것을 지시하였고(갑 제21호증의 1, 10쪽), 그 이후 건물에 대한 평면도가 변경되어 설계에 반영된 것으로 보인다.

○ 그러므로 이 사건 공사 중 피고가 별도로 R에 맡긴 수치료시설 공사 부분(부가가치세 포함하여 1,621,250,000원)에 관하여는 처음부터 원고의 공사대금채권이 발생하지 않는다고 봄이 타당하다.

(3) 결국 이 사건 공사에 관한 약정 공사대금은 위 (1)의 66억 원(부가가치세 포함)에서 (2)의 1,621,250,000원(부가가치세 포함)을 공제한 4,978,750,000원으로 인정한다.

다. 이 사건 추가공사에 관한 공사대금 액수에 대한 판단

공사도급계약에서 반드시 구체적인 공사대금을 사전에 정해야 하는 것은 아니고 실제 지출한 비용에

거래관행에 따른 상당한 이윤을 포함한 금액을 사후에 공사대금으로 정할 수 있다(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다112138, 112145 판결 등 참조).

이 사건 추가공사의 공사대금은 사전에 약정하지 않고 추후 정산하여 지급하기로 하였음에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없다. 그런데 추가공사의 구체적 범위에 관하여, 원고는 준공도면을 기준으로 거기에 포함되지 않은 공사(2020. 4. 24. 자 감정사항 정정서 3~6쪽 항목)는 전부 추가공사라고 주장하는 반면, 피고는 지하주차장 용도변경공사, 1층 화장실 증축공사, 야외약국 공사만 이 사건 추가공사에 속한다고 다룬다.

살피건대, 원고가 제출한 증거만으로는 피고가 사후에 정산을하기로 하고 원고에게 추가로 공사를 도급한 범위가 피고가 자인하는 부분을 넘어서 원고가 주장하는 부분에 이른다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그렇다면, 이 사건 추가공사의 범위는 지하주차장 용도변경공사, 1층 화장실 증축공사, 야외약국 공사에 한정되는데, 감정인 X의 감정 결과 및 위 감정인에 대한 사실조회 결과(2021. 12. 29. 자 사실조회 회보서 204쪽 참조)에 의하면 위 추가공사 부분의 적정 공사비는 438,410,873원인 사실이 인정되므로, 이 사건 추가공사에 관한 대금은 438,410,873원으로 인정함이 타당하다.

라. 원고의 주위적 청구에 관하여

원고의 주위적 청구는 이 사건 변경계약이 유효함을 전제로 미지급 공사대금의 지급을 구하는 것이나, 원고의 주장과 달리 이 사건 변경계약이 피고에게 효력이 없음은 앞서 보았다. 따라서 원고의 주위적 청구는 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

마. 원고의 예비적 청구에 관하여

1) 원고의 예비적 청구는 이 사건 변경계약이 무효라 하더라도 이 사건 도급계약 역시 통정허위표시로서 무효이므로 이 사건 공사에 관하여 유효한 계약이 존재하지 않게 됨을 전제로 한다. 그러나 이 사건 도급계약이 유효함은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 예비적 청구 역시 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

2) 다만, 원고의 예비적 청구에는 이 사건 변경계약이 무효이나 이 사건 도급계약은 유효할 경우 이 사건 도급계약에 따른 공사대금의 지급을 구하는 취지도 포함되어 있다고 봄이 합리적이므로, 이를

전제로 원고의 예비적 청구에 대하여 살펴본다.

앞서 보았듯이 이 사건 공사에 관한 약정 공사대금은 4,978,750,000원(부가가치세 포함)이고, 이 사건 추가공사에 관한 대금은 438,410,873원(부가가치세 포함)이므로, 원고는 피고에 대하여 5,417,160,873원의 공사대금채권을 갖는다.

그런데 피고는 원고에게 이 사건 공사 및 추가공사에 대한 대금으로 5,350,000,000원을 변제하였으므로, 남은 공사대금은 67,160,873원(= 5,417,160,873원 - 5,350,000,000원)이다. 그러므로 피고는 원고에게 특별한 사정이 없는 한 67,160,873원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고의 항변 및 반소청구에 관한 판단

가. 피고의 주장 요지

1) 이 사건 도급계약에서 정한 대금은 50억 원(부가가치세 별도)이었고, 위 금액에서 스파 공사비용 15억 원(부가가치세 별도)을 제외하기로 하였으므로, 이 사건 공사에 대한 대금은 35억 원(부가가치세 별도)인데, 피고는 원고에게 위 금액을 초과한 53억 5,000만 원을 지급하였다. 또한 이 사건 공사 이후 하자가 발생하였고, 감정결과에 따르면 그 하자보수에 갈음하는 손해배상액은 1,601,759,305원이다. 따라서 설령 원고의 공사대금채권이 남아 있다고 하더라도 피고는 위 손해배상채권으로 상계하므로, 원고의 본소청구는 이유 없다.

2) 원고는 이 사건 공사에 관하여 초과하여 지급받은 공사대금을 반환할 의무가 있는데 일부청구로서 그중 1억 원의 지급을 구한다. 또한 원고는 피고에게 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 1,601,759,305원을 지급할 의무가 있다. 따라서 원고는 피고에게 합계 1,701,759,305원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 초과 변제 주장에 관하여(= 부정)

앞서 보았듯이 이 사건 공사에 관한 약정 공사대금은 4,978,750,000원, 이 사건 추가공사에 대한 대금은 438,410,873원이어서, 변제된 5,350,000,000원을 제외하더라도 원고의 공사대금채권은 67,160,873원이 남는다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 하자보수에 갈음하는 손해배상채권(= 660,942,987원) 및 상계

1) 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 감정인 Z의 감정 결과 및 위 감정인에 대한 사실조회 결과에 따르면 원고가 이 사건 공사를 완성한 부분에 각종 미시공, 변경시공 등의 하자가 존재하는 사실이 인정된다.

그런데 감정인 Z는 하자보수에 소요되는 비용은 1,601,759,305원이라는 의견을 제시하였다.

그리고 위 감정인에 대한 각 사실조회 결과까지 종합하면, 하자보수에 소요되는 비용은 일응 1,576,728,651원(= 2018. 6. 7. 자 감정서 1,451,880,634원 + 2018. 8. 7. 자 사실조회회신 149,878,671원 - 2021. 8. 9. 자 사실조회회신 25,030,654원)으로 볼 수 있다.

그러나 이중에는 준공도면대로 시공이 되었거나 준공도면에는 누락되어 있지만 원고가 피고와 협의하여 시공을 하였을 여지가 있음에도, 허가도면(건축허가 당시 제출된 도면)과 달리

시공되었다는 이유만으로 하자로 인정된 항목이 포함되어 있고, 그 부분 합계액은

915,595,628원이다. 공사도급계약에서 하자 판단의 기준이 되는 도면이 무엇인지는 계약의 해석에

달려 있는바, 7) 이 사건 도급계약서에는 당시 이미 건축허가를 받은 상태였음에도 기준 도면이

명시되어 있지 않고, 오히려 원고가 설계도면을 별도로 제출하게 되어 있는 점(제1조 제6항 계약원칙 제4호), 원고는 피고와 지속적으로 협의를 하면서 공사를 진행한 점, 철거 후 최초 공사인 창호공사가

2016. 6. 무렵 시공되었는데 이것부터 건축허가도면과 상이하게 시공된 점(준공도면과는 동일하다.

갑 제13, 14호증) 등을 고려하면, 원고와 피고 사이에는 최종적으로 준공도면대로 공사가 되면

피고로서는 그 시공 부분을 원래의 설계와 다르다는 이유만을 들어 하자라고 주장하지 않겠다는 점에

관하여 의사 합치가 있었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건에서 하자 판단은 준공도면을 기준으로

하여야 하므로 준공도면대로 시공이 된 부분은 하자로 인정할 수 없고, 또한 준공도면에 누락된

부분도 원고가 피고의 동의를 받아 시공하였을 것으로 보이므로 하자로 인정하기 어렵다. 그렇다면,

하자보수에 갈음하는 손해배상액은 661,133,023원(= 1,576,728,651원 - 915,595,628원)으로

봄이 타당하다.

2) 상계 원고의 남은 공사대금채권(67,160,873원)과 피고의 하자보수에 갈음하는

손해배상채권(661,133,023원)은 모두 원고가 이 사건 공사를 완성한 때인 2016. 10. 12. 무렵

발생하여 같은 날 상계적상에 있었고, 양 채권을 대등액에서 상계한다는 피고의 의사표시가 담긴

피고의 2021. 7. 15. 자 준비서면이 2021. 7. 15. 원고에게 도달한 사실은 기록상 분명하다.

그러므로 원고의 공사대금채권과 피고의 손해배상채권은 위 상계적상일에 대등액의 범위에서 소멸하였고, 원고의 피고에 대한 공사대금채권은 모두 소멸하였다. 이 점을 지적하는 피고의 상계 항변은 이유 있고, 원고의 예비적 본소청구는 이유 없게 되었다.

라. 반소청구에 관한 판단

1) 앞서 보았듯이 원고는 피고로부터 초과 지급받은 공사대금이 없다. 따라서 이와 다른 전제에 있는 피고의 부당이득반환 청구는 이유 없다.

2) 한편 피고의 원고에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 상계로 인해 상계적상일인 2016. 10. 12. 기준으로 593,972,150원(= 661,133,023원 - 67,160,873원)이 남았다. 따라서 원고는 피고에게 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 593,972,150원 및 이에 대하여 피고가 구하는 바에 따라 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날인 2020. 8. 4.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2023. 2. 9.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 주위적, 예비적 본소청구는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 피고의 반소청구는 위 인정 범위에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사노재호

판사나상아

판사박건훈

1) 을 제17호증 외에 피고의 2023. 1. 26. 자 참고서면에 첨부된 전체 견적서 참조.

2) 다만, 그 계약서의 작성일은 2015. 5. 20.로 기재되어 있다.

3) 다만, 그 계약서의 작성일은 2016. 4. 18.로 기재되어 있다.

4) 다만, M은행에서 최종 대출받은 금액은 35억 원으로 보인다.

5) 추가공사의 범위에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 있다.

6) 원고는 2016. 10. 15. 자로 21억 3,000만 원의 종이 세금계산서(을 제37호증)도 발행한 것으로

보이나, 이를 피고가 인정하였다고 볼 증거는 없다.

7)대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결은, 특별한 사정이 없는 한 아파트에 하자가 발생하였는지는 원칙적으로 준공도면을 기준으로 판단함이 타당하다고 판시하였으나, 이는 아파트 분양계약에서 분양자의 하자담보책임 등이 문제 된 사안에 관한 것으로서, 도급인과 수급인 사이의 공사도급계약에서 완성된 공사에 하자가 있는지를 판단할 때는 그대로 적용할 수 없다. 다만, 본문에서 보듯이 이 사건의 경우에는 원고와 피고 사이의 계약 해석상 준공도면을 기준으로 하자를 판단함이 타당하므로 결론은 같다.