

대전고등법원 2022. 5. 25 선고 2021나13781(본소), 2021나13798(반소) 판결

[공사대금 · 하자보수비 등 청구의 소]

---

## 재판경과

대전고등법원 2022. 5. 25 선고 2021나13781(본소), 2021나13798(반소) 판결

대전지방법원 2021. 7. 7 선고 2019가합105508 판결

## 전문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인

주식회사 A

소송대리인 법무법인 청린, 담당변호사 이수완

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인

농업회사법인 주식회사 B

소송대리인 변호사 황교영, 김성래

소송대리인 법무법인 화인, 담당변호사 류지원

변론종결 2022. 4. 27.

판결선고 2022. 5. 25.

제1심판결 대전지방법원 2021. 7. 7. 선고 2019가합105508(본소), 2019가합 106747(반소)

판결

## 주 문

1. 원고(반소피고)와 피고(반소원고)의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용 중 원고(반소피고)의 항소로 인한 부분은 원고(반소피고)가 부담하고, 피고(반소원고)의 항소로 인한 부분은 피고(반소원고)가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### [청구취지]

#### 1. 본소

피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고만 한다)에게 1,010,186,100원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

#### 2. 반소

원고는 피고에게 783,848,460원 및 그중 441,539,460원에 대하여는 2019. 6. 11.부터, 나머지 342,309,000원에 대하여는 2019. 11. 23.부터 각 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### [항소취지]

#### 1. 원고

제1심판결의 본소에 관한 부분 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 803,985,100원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

#### 2. 피고

제1심판결의 본소에 관한 부분 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고의 청구를

기각한다. 제1심판결의 반소에 관한 부분을 취소하고, 반소 청구취지와 같은 판결을 구한다.

## 이 유

본소와 반소를 함께 본다.

### 1. 기초사실

가. 원고는 2018. 6. 11. 피고와 사이에 세종특별자치시 C 일대 택지조성공사(이하 ‘이 사건 공사’라고 한다)에 관하여 공사대금 2,074,600,000원(부가가치세 포함), 완공기한 2019. 6. 10.로 정하여 수급받는 내용의 공사도급계약(이하 ‘이 사건 도급계약’이라 한다)을 체결하였다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

3. 기성부분금: 공사 진행에 따라 매월 말일 청구하여 다음 달 10일에 지급

민간건설공사 표준도급계약 일반조건

제20조(공사의 변경·중지)

① 피고가 설계변경 등에 의하여 공사내용을 변경·추가하거나 공사의 전부 또는 일부에 대한 시공을 일시 중지할 경우에는 변경계약서 등을 사전에 원고에게 교부하여야 한다.

② 피고가 제1항에 따른 공사내용의 변경·추가 관련 서류를 교부하지 아니한 때에는 원고는 피고에게 도급받은 공사내용의 변경·추가에 관한 사항을 서면으로 통지하여 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 원고의 요청에 대하여 피고는 15일 이내에 그 내용에 대한 인정 또는 부인의 의사를 서면으로 회신하여야 하며, 이 기간 내에 회신하지 아니한 경우에는 원래 원고가 통지한 내용대로 공사내용이 변경·추가된 것으로 본다.

③ 피고의 지시에 의하여 원고가 추가로 시공한 공사 물량에 대하여는 공사비를 증액하여 지급하여야 한다.

제30조(지체상금)

① 원고는 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지

채상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 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.

### 3, 피고의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우

#### 제34조(피고의 계약해제 등)

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

2. 원고의 책임 있는 사유로 인하여 준공기일 내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우

4. 기타 원고의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

② 제1항의 규정에 의한 해제 또는 해지는 피고가 원고에게 서면으로 계약의 이행기한을 정하여 통보한 후 기한 내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 원고에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

#### 제35조(원고의 계약해제 등)

① 원고는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

3. 피고가 정당한 이유 없이 계약 내용을 이행하지 아니함으로써 공사의 적정이행이 불가능하다고 명백히 인정되는 때

② 제1항의 규정에 의하여 계약을 해제 또는 해지하는 경우에는 제34조 제2항 및 제3항의 규정을 준용한다.

#### 제37조(원고의 동시이행항변권)

① 피고가 계약조건에 의한 선금과 기성부분금의 지급을 지연할 경우 원고가 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 피고가 이를 지급치 않을 때에는, 원고는 공사중지 기간을 정하여 피고에게 통보하고 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할

수 있다.

② 제1항의 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외된다.

나. 원고는 2019. 6. 28. 이 사건 공사를 완공하지 못한 채 중단하였고, 2019. 7. 5. 피고에게 다음과 같은 내용의 내용증명을 발송하였다.

2. 이 사건 도급계약과 관련하여 피고가 미지급한 공사대금 876,907,721원을 청구하오니 2019. 7. 12.까지 원고에게 지급하여 주시기 바라며, 피고가 위 기한까지 미지급금 전액을 지급하지 않는 경우 원고는 이 사건 도급계약 제35조 제1항 제3호 및 제4호에 따라 이 사건 도급계약을 해지하며 아울러 피고에 대하여 공사대금 청구 소송을 제기할 예정임을 알려드립니다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 본소청구에 관한 판단

가. 당사자들 주장의 요지

1) 원고

가) 피고는 원고에게 이 사건 공사의 설계변경을 요청하였고, 이 사건 도급계약 제20조 제3항에 따라 공사대금을 2,727,080,000원으로 증액하기로 합의하였다. 원고는 그 중 1,649,620,000원 상당의 공사를 수행하였고, 추가 성토공사비로 70,510,000원, 폐기물 처리비로 84,590,000원을 지출하였는데, 피고는 공사대금 중 870,000,000원만 지급하였을 뿐이다.

한편, 원고가 시공한 공사에 관하여 합계 16,369,000원 상당의 보수비용이 필요한 하자가 발생하였으므로, 이를 미지급 공사대금에서 공제하면, 피고는 원고에게 미지급 공사대금으로 부가가치세를 더한 1,010,186,100원[= (1,649,620,000원 + 70,510,000원 + 84,590,000원 - 870,000,000원 - 16,369,000원) × 1.1]을 지급할 의무가 있다.

나) 설령 피고의 설계변경 지시나 원피고 사이의 공사대금 증액 합의가 인정되지 않더라도, 피고는 2019. 5. 15. 이후 발생하는 공사자재를 지급하기로 약정하였으므로, 피고는 원고에게 원고가 2019. 5.부터 2019. 6.까지 수행한 공사에 반입한 자재대금 330,035,750원을 지급할 의무가 있다.

## 2) 피고

피고는 원고에게 설계변경을 지시하거나 공사대금을 증액하기로 합의한 사실이 없고, 원고가 임의로 변경시공 및 추가시공을 한 것이다. 원고는 이 사건 공사 중 기성율 46.49%에 해당하는 964,481,540원 상당의 공사를 하였고, 피고는 원고에게 957,000,000원(부가가치세 포함)을 지급하였으므로, 대부분의 공사대금을 모두 지급하였다.

### 나. 피고의 설계변경 지시 및 공사대금 증액 합의 여부

1) 먼저 피고의 설계변경 지시가 있었다거나, 원고와 피고 사이에 공사대금 증액에 관한 합의가 있었는지에 관하여 살펴본다.

앞서 든 각 증거, 을 제12호증의 기재, 제1심 감정인 D(이하 '감정인'이라 한다)의 감정결과에 의하면, 원고가 추가로 공사하거나 변경하여 공사한 부분의 공사대금이 합계 639,080,000원(= 423,970,000원 + 215,110,000원)으로 계약금액의 30%를 초과하는 등 상당히 많고, 피고가 선임한 현장감독원인 E이 2019. 3.부터 이 사건 공사 현장에서 공사를 감리하면서 공사 진행과정 전반을 감독한 것으로 보여, 원고가 피고의 지시 없이도 위와 같이 추가 또는 변경공사를 수행하였을지 의문이 드는 것은 사실이다.

그러나 앞서 든 각 증거, 을 제1, 4, 5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 종합하여 보면, 원고가 제출한 갑 제2, 12 내지 20호증 등의 기재만으로는 피고가 원고에게 설계도면과 다르게 설계변경을 지시하거나 공사대금을 증액할 것을 약정하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 원고와 피고 사이에 추가공사 또는 변경공사에 관하여 피고가 이를 지시하거나 그 공사대금의 지급을 약정하는 내용의 처분문서가 작성된 사실이 없다.

또한 이 사건 도급계약 제20조는 피고가 설계변경 등에 의하여 공사내용을 변경추가하는 경우 사전에 원고에게 변경계약서를 교부하여야 하고(제1항), 원고는 피고가 관련 서류를 교부하지 아니할 경우 피고에게 그 내용을 서면으로 통지하고 확인을 요청할 수 있으며, 피고가 15일 이내에 이에 회신하지 아니하면 원고가 통지한 대로 공사를 변경추가한 것으로 본다고 정하고 있다(제2항). 위

규정은 피고가 구두로 설계변경을 요청하여 공사대금이 증액되는 경우 발생할 수 있는 분쟁을 방지하기 위하여, 피고에게는 사전 변경계약서 교부 의무를 부과하고, 원고는 피고가 변경계약서를 교부하지 않을 경우 서면에 의한 일방적인 통지만으로 그 효력이 발생할 수 있음을 정함으로써 수급인인 원고의 권리를 보장하고 있는 것으로 보인다. 원고는 피고의 구두에 의한 설계변경 지시에 대하여 위와 같은 확인 절차를 거칠 수 있었음에도 불구하고 서면에 의한 통지를 통하여 이를 계약내용으로 확정하였다고 인정할 자료가 없다.

나) 이 사건 도급계약서에는 공사대금을 산출한 근거로 재료비, 노무비, 경비 등이 상세하게 기재된 ‘내역서’가 첨부되어 있다. 그런데, 원고가 추가공사 또는 변경공사를 함에 있어서는 피고에게 증액되는 공사대금에 관한 견적서 등을 제시하였다고 인정할 자료가 없고, 피고가 공사대금이 얼마나 증가될지도 모르는 상태에서 아무런 내역서를 받아보지 아니하고 설계변경을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 원고는 건설분쟁조정위원회에 이 사건 공사대금에 관하여 조정신청을 하였고, 이후 2019. 3.경 원고 대표이사 F, 피고 측 G(피고 대표이사 I의 어머니이다), 감리 E 사이에 이 사건 공사와 관련하여 대화가 이루어졌다. 그 대화에 관한 녹취록(을 제5호증)에 의하면 G은 ‘저희가 20억 7천 공사예요’(2쪽), ‘지금 돈이 8억 5천만 원 나갔어요. 그렇죠? 20억 7천만 원 중에. 나머지 갖고 일하실 수 있으시겠어요?’(3쪽), ‘일단 토털 계산하기 쉽게 부가세 포함해서 20억 7천 정도야’(3쪽), ‘나는 상식적으로 20억 7천 공사에서 8억 5천 나갔는데 공사된 것 별로 없어’(7쪽)라고 말하는 등 공사대금이 증액되지 않은 상태임을 말하고 있고, F 역시 ‘타당한 사유가 있어서 부득이 설계변경을 더 해야겠습니다. 그건 당연히 사모님하고 상의해서 해야 되겠지요?’(3쪽), ‘도급공사 계약 입금액이 18억 8,600만 원이에요. 그런데 저희들이 지금 8억에서 3천만 원 덜 받은거 아니에요. 부가세는 나중 제쳐놓고’, ‘내가 만약에 일을 잘못해가지고 29억 원 들어갔으면 내가 책임져야지요. 공사 맡은 사람이’(4쪽), ‘설계도면대로 끝내서 준공 날만 맞춰드리면 되는거 아니에요?’(8쪽), ‘제가 다 설계내역대로 그거 보고 일하는데’(9쪽), ‘지금부터는 18억 8,600만 원에서 사모님이 3천만 더 주시면 8억 받은 거예요. 부가세 말고. 그러면 10억 8,600이 남았잖아요’(14쪽)라고 말하는 등 공사대금이 부가가치세를 제외한 계약금액인 18억 8,600만 원이고, 설계도면대로 공사하고 있음을

전제로 하고 있다.

또한 F가 말하는 주된 내용은 피고 측에 공사대금을 지급해 줄 것을 요청하는 것이고, 피고 측 G이 말하는 주된 내용은 그때까지 지급한 공사대금에 해당하는 만큼의 공사가 이루어지지 않았다는 것으로서, 피고가 설계도면과 다르게 설계변경을 지시하였다는 내용이나 공사대금 증액에 관한 합의가 이루어졌다는 내용은 찾아볼 수 없다.

라) 원고는 2019. 5. 15. 피고와 사이에 ‘원고는 합의서 작성일 현재 일부 공사대금이 과기성된 것을 인정한다. 원고와 피고는 향후 감리 E이 인정한 기성고에 따라 공사대금을 정산기로 한다.’는 내용이 포함된 조정 전 합의를 작성하였는바, 이는 원고가 2019. 3.경 피고 측이 주장하던 내용을 인정한 것이라고 볼 수 있다.

원고의 직원 J과 E 사이에 2019. 6. 12. 이루어진 대화에 관한 녹취록(갑 제17호증)에 의하면, E은 ‘현재 시공 물량이 12억 원 정도 된다,’ ‘현장에서 눈으로 확인된 부분은 증액을 해 준다’는 취지로 말한 사실은 인정된다. 그러나 위 인정사실만으로 E이 감리로서 원고의 추가공사 부분을 전부 인정하였다고까지 인정할 수는 없고, 달리 위 조정 전 합의서 작성 이후 감리 E이 원고가 주장하는 추가공사에 관한 기성고를 인정하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

마) 위 다)항에서 본 바와 같이 원고와 피고가 2019. 3.경까지 이 사건 공사대금을 증액하기로 합의한 사실은 없고, 원고는 2018. 11. 말경부터 2019. 3.경까지 공사를 중단하고, 건설분쟁조정위원회에 이 사건 공사대금에 관하여 조정신청을 하여 2019. 5. 15. 피고와 사이에 조정 전 합의를 작성하였으며, 공사를 재개한 후 2019. 6.경 다시 공사를 중단하였는바, 원고와 피고 사이에 공사대금에 관한 분쟁이 계속 중이던 2019. 3.경 이후 또는 조정 전 합의를 작성한 2019. 5. 15. 이후 공사대금 증액에 관하여 별도의 처분문서 없이 설계변경을 지시하고 합의하였다는 것을 선뜻 수증하기 어렵다.

바) 피고 소속 H 이사가 추가공사 및 설계변경을 인정하였다는 증거로 제출된 녹취록(갑 제12호증)은, H이 설계변경의 필요성을 인정하는 내용이 아니라 ‘설계변경에 관한 이야기를 하는 도중 대화 상대방이 들어왔다’는 내용으로 피고 측에서 설계변경의 필요성을 인정하였는지 여부에 관하여는 알 수 없고, 오히려 전체적인 내용을 보아도 원고 측에서 설계변경의 필요성을 이야기하고

H은 이에 관하여 묻고 답하는 내용으로 보이며, 그 외의 녹취록 등도 원고가 설계변경에 따른 공사대금의 증액을 요청할 계획에 관한 대화를 나눈 것일 뿐, 이미 피고와 공사대금을 증액하기로 합의하였다고 단정할 수 있는 대화 내용으로 보기 어렵다.

2) 다음으로 원고가 이 사건 공사 현장에 반입하였다는 공사자재대금 청구 부분에 관하여 살펴본다. 을 제4호증의 기재에 의하면, 원고와 피고 사이에 2019. 5. 15. 작성된 조정 전 합의서에 '향후 발생하는 공사자재에 대한 부분은 피고가 지급하기로 한다.'는 내용이 포함된 사실은 인정된다. 그러나 원고가 그 주장에 부합하는 듯한 증거로 제출한 갑 제23호증은 원고가 품목, 업체명, 자재비, 지급금액 등에 관하여 정리하여 작성한 내역서이고, 갑 제24호증은 원고를 공급받는 자로 하여 발행된 전자세금계산서와 원고가 위 세금계산서 발급자에게 송금한 금융거래내역인바, 위 증거들만으로는 위 조정 전 합의서 작성 이후 이 사건 공사 현장에 원고가 주장하는 바와 같은 공사자재가 반입되었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 한편, 감정인은 원고가 2019. 6. 28. 공사를 중단한 때까지 수행한 공사에 관한 기성고를 산출하였는바, 설령 이 사건 공사 현장에 원고가 주장하는 공사자재가 반입되었다고 하더라도 감정인의 감정결과에 위 공사자재가 반영되었다고 봄이 타당하고, 달리 원고가 위 감정결과에 반영되지 않은 공사자재를 추가로 투입하였다고 인정할만한 자료는 없다.

#### 다. 기성 공사대금

1) 앞서 살펴본 바와 같이 피고의 추가공사에 대한 지시가 있었다고 보기 부족하므로, 원고가 청구하는 공사대금 중 추가 공사대금 423,970,000원, 추가 성토공사비 70,510,000원, 폐기물 처리비 84,590,000원 부분은 피고가 지급을 약정한 기성 공사대금에 포함되지 않고, 감정인의 감정결과에 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 공사의 기성금액은 1,179,570,000원(= 설계도면대로 시공된 부분 964,460,000원 + 설계도면에 표기된 구조물을 다른 구조물로 변경하여 시공한 부분 215,100,000원)임을 인정할 수 있다.

2) 피고는 이 사건 공사 중 설계도면대로 시공된 기성율 46.49%에 해당하는 964,481,540원만이 기성 공사대금이라면서 변경시공 부분의 공사비를 기성 공사대금으로 인정할 수 없다는 취지로

주장한다.

그러나 위 변경시공 부분은 설계도면에 표기되어 있지만 표기된 것과 다른 구조물로 변경하여 시공한 부분으로서 이 사건 도급계약에서 정한 공사의 범위에 포함되어 있다고 봄이 상당하고, 감정인의 감정서에도 변경시공 부분을 포함하여 ‘기성금액’으로 기재되어 있다. 목적물의 주요부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추었고 당초 예정된 공정까지 마쳤다면 일이 완성되었다고 보아야 할 것이고(대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결 등 참조), 미시공, 오시공, 변경시공 등은 하자의 범주에 해당한다고 할 것이므로, 계약 내용에는 포함되어 있고 원고가 시공하였으나 다만 설계도면과 다르게 시공한 부분에 대하여는 변경시공으로 인한 하자의 보수에 필요한 비용을 청구할 수 있는 여지가 있을 뿐, 공사가 이루어지지 않은 부분이라고 볼 수는 없다.

피고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

3) 한편 원고는 감정결과에 따른 공사대금에 부가가치세를 더하여 청구하고 있으나, 감정인이 산출한 기성 공사대금은 이 사건 도급계약에 따라 부가가치세를 포함한 공사대금 2,074,600,000원을 기준으로 산출한 것이므로 이에 이미 부가가치세 상당액이 포함되어 있다. 따라서 산출된 기성 공사대금에 부가가치세를 다시 더할 수는 없다.

#### 라. 미지급 공사대금

1) 원고는 피고로부터 부가가치세를 포함하여 공사대금 957,000,000원을 지급받은 사실을 자인하고 있고, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지에 의하면 원고가 시공한 부분 중 보강토 옹벽 침하 및 전도 구간 하자보수비로 10,800,000원, 보강토 옹벽 상부 지반균열 하자보수비로 1,870,000원, 보강토 옹벽 기초 두께 부족 하자보수비로 3,234,000원, 원고가 임의시공한 부분 중 22구역 상부 토사 하자보수비로 385,000원이 각 소요되는 사실을 인정할 수 있으며, 원고는 미지급 공사대금에서 위 하자보수비 합계 16,369,000원(= 10,880,000원 + 1,870,000원 + 3,234,000원 + 385,000원)을 상계하여 공사대금을 청구하고 있다.

2) 피고는 감정인이 이 사건 소제기 시점의 ‘조달청 발표 토목조경산업환경설비공사 원가계산

제비율 적용기준'의 원가요율을 적용하지 않고, 낙찰률을 적용해서 산정한 하자보수비에 문제가 있다는 취지로 주장한다.

감정인의 감정결과에 의하면, 감정인은 이 사건 공사대금과 이 사건 소 제기일을 기준으로 이 사건 공사비를 산출하여 이 사건 공사의 공사비 계약율을 82.30%로 산정하였고, 위 계약율과 이 사건 도급계약에서 정한 원가계산서에 적용한 비율을 기준으로 하자보수 및 미시공에 필요한 공사대금을 산정한 사실은 인정된다.

감정인의 감정결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다92866 판결 등 참조). 하자보수공사에 대한 원가계산 제비율 등의 적용은 사실심의 전권에 속하는 증거의 취사와 사실인정에 관한 것이고, 하자보수금을 산정하기 위한 원가계산 제비율 등은 각 하자보수공사의 종류, 난이, 기간 등에 따라 달리 적용될 수도 있다(이윤율 적용에 관한 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다48384 판결 등 참조). 앞서 든 증거, 이 법원의 감정인에 대한 감정보완촉탁결과에 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① '조달청 발표 토목조경산업환경설비공사 원가계산 제비율 적용기준'은 조달청에서 예정가격산정 시 활용하는 자료일 뿐 하자보수비를 산정하는 데에 반드시 이를 따라야만 하는 것은 아닌 점, ② 감정인은 이 사건 공사의 기성고율과 그에 따른 공사대금을 산정하면서 이와 동시에 하자보수에 필요한 비용을 산정하였는바, 이 사건 공사에서 표준품셈을 그대로 적용하는 것이 과다하다고 보아 이를 일부 조정하여 적용한 것으로 볼 수 있고, 달리 감정인의 감정결과가 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저히 불합리하거나 부당하다고 보이지는 않는 점, ③ 피고는 항소심에서 감정인의 감정결과에 대하여 건축공사 원가계산 제비율 적용기준의 적용, 낙찰률의 적용 등에 관하여 이의를 제기하면서 감정인에게 감정보완을 신청하였고, 이에 감정인은 2021. 12. 13.

감정보완결과를 제출하였는데 이는 피고가 요청하는 내용의 계산결과를 제출한 것일 뿐 감정인이 피고가 제기한 이의를 받아들여 종전 감정결과를 변경한 것이라고 보이지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 감정인의 감정결과에 잘못이 있다는 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

마. 소결론

따라서 피고는 원고에게 기성 공사대금 1,179,570,000원에서 기지급 공사대금 957,000,000원 및 하자보수비 16,369,000원을 제외한 나머지 206,201,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2019. 7. 25.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 제1심판결 선고일인 2021. 7. 7.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 3. 피고의 상계항변 및 반소청구에 관한 판단

가. 당사자들 주장의 요지

#### 1) 피고

피고는 다음과 같이 원고에 대하여 채권이 있으므로, 이를 미지급 공사대금에서 상계하거나 반소로 청구한다.

가) 원고가 시공한 공사 중 16,369,000원의 보수비용이 드는 하자가 발생하였고, 원고의 변경시공 또는 임의시공한 부분을 철거하는 데에 149,083,000원, 설계도면대로 재시공하는 데에 합계 283,569,000원이 필요하므로, 원고는 피고에게 합계 449,021,000원을 지급할 의무가 있다.

나) 원고는 2018. 11. 말경부터 2019. 3. 18.까지, 2019. 6. 28.부터 위 2019. 7. 12.까지 아무런 이유 없이 이 사건 공사를 중단하고, 피고에게 2019. 7. 5.자 내용증명을 통하여 2019. 7. 12.까지 미지급 공사대금을 지급하지 않으면 이 사건 도급계약을 해지할 것을 통보하여 이행을 거절하였으며, 준공기한 내에 공사를 마치지 못하고 설계도면과 다르게 변경시공 하는 등 이 사건 도급계약을 위반하였다. 이에 피고는 이 사건 반소장 부분 송달로써 이 사건 도급계약을 해지하였다.

피고는 원고의 이행거절로 다른 수급인을 선정하기까지 14일, 나머지 공사를 완공하기까지 120일이 필요하므로, 원고는 이 사건 도급계약에 따른 약정 완공기한 다음날인 2019. 6. 11.부터, 피고가 위 2019. 7. 12. 이후 다른 공사업자에게 공사를 맡겨 이를 완공할 수 있었던 기간인 134일(= 14일 + 120일)이 경과한 2019. 11. 22.까지의 165일간의 공사 지연에 대한 책임이 있다. 따라서 원고는 피고에게 지체상금으로 342,309,000원(= 2,074,600,000원 × 1/1000 × 165일)을 지급하여야

한다.

## 2) 원고

가) 원고와 피고는 설계변경 및 공사대금 증액에 합의하였고, 22구역 상부토사 철거 외에는 변경시공 및 임의시공한 부분을 철거 및 재시공할 필요가 없다.

나) 원고의 공사 중단은 피고가 공사대금을 제때 지급하지 않았기 때문이므로 원고가 지체상금을 지급할 의무는 없다.

## 나. 하자보수비 청구에 관한 판단

1) 원고가 시공한 부분 중 보강토 옹벽 침하 및 전도 구간 하자보수비로 10,800,000원, 보강토 옹벽 상부 지반균열 하자보수비로 1,870,000원, 보강토 옹벽 기초 두께 부족 하자보수비로 3,234,000원이, 원고가 임의시공한 부분 중 22구역 상부 토사 하자보수비로 385,000원이 각 소요되어, 피고의 미지급 공사대금에서 위 하자보수비 합계 16,369,000원이 상계되었음은 앞서 살펴본 바와 같다(감정인이 산정한 하자보수비에 문제가 있다는 피고의 주장은 앞서 본 바와 같이 받아들일 수 없다).

결국 피고의 반소청구 중 위 16,369,000원의 지급을 구하는 부분은 이유 없게 되었다.

2) 피고는 원고가 변경시공 및 임의시공한 부분을 철거하고 재시공하는 비용을 구하고 있으나, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 종합하여 보면, 변경시공 및 임의시공 부분을 철거하고 재시공하는 방법으로 하자를 보수할 필요가 있다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 피고는 당초 ‘원고가 임의시공한 부분을 철거하고 재시공하여야 하는지 및 철거 및 재시공하여야 할 경우의 비용, 철거가 필요 없는 경우 재시공 비용’ 등에 관하여 감정을 신청하였고, 이에 감정인은 2020. 8. 24.자 감정서를 통하여 ‘임의시공 부분에 관한 안전성 검토 결과 22구역의 경우 상부 토사를 0.30m 철거하여야 한다’면서 그 비용을 385,000원으로 산출하였는바, 1) 위 385,000원 외에는 임의시공 부분을 철거 및 재시공할 필요성이 있다고 보기 어렵다.

나) 하자가 중요하지 아니하면서 동시에 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우에는 도급인은

하자보수나 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 없고 그 하자로 인하여 입은 손해의 배상만을 청구할 수 있다고 할 것인데, 이러한 경우 그 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 수급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물의 교환가치와 하자가 있는 현재 상태대로의 교환가치와의 차액이다(대법원 1997. 2. 25. 선고 96다45436 판결, 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결 참조).

앞서 본 바와 같이 감정인은 임의시공한 내역 중 22구역의 상부 토사를 0.30m 철거하여야 하는 부분 이외에 철거가 필요한 부분이 확인되지 않는다는 의견을 밝혔고, 2021. 1. 25.자 감정서는 피고의 감정신청에 따라 단순히 이를 철거하고 재시공한 비용을 산출한 것에 불과하며, 달리 변경시공 및 임의시공 부분을 철거하고 재시공할 필요가 있다고 인정할만한 자료가 없다.

또한 감정인의 감정결과에 의하면, 변경시공 부분의 기성금액은 215,110,000원인데, 변경시공 부분의 철거비는 44,146,000원, 재시공비는 173,998,000원으로 그 합계액인 218,144,000원은 위 기성금액을 초과하는바, 이는 변경시공 부분 하자의 보수에 기성금액 이상의 과다한 비용을 요하는 경우에 해당함에도 적정한 손해배상액인 교환가치와의 차액을 알 수 있는 자료가 없다.

다) 피고는 항소심에서 이 사건 공사 현장의 보강토 옹벽에 침하, 붕괴 등의 하자가 발생하였다면서 이를 해체 및 재시공하는 비용에 관한 감정신청을 하였는데, 감정인은 피고가 주장하는 하자 부분은 이미 해체 후 재시공이 완료되어 하자 여부를 판단할 수 없으나, 피고의 감정신청에 따라 이를 철거하고 재시공하는 데에 소요되는 비용을 산출하여 그 감정결과를 제출하였다. 위 감정결과만으로는 이 사건 공사 현장의 보강토 옹벽에 피고가 주장하는 하자가 발생하였고, 이를 철거하고 재시공하여야 한다는 점을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

#### 다. 지체상금 청구에 관한 판단

앞서 든 각 증거에 의하면, 원고가 2018. 11. 말경부터 2019. 3. 18.까지 이 사건 공사를 중단하였다가 재개하고, 2019. 6. 28.부터 현재까지 이 사건 공사를 중단하였으며, 이 사건 도급계약에서 정한 완공기한인 2019. 6. 10.까지 이 사건 공사를 완공하지 못한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 든 각 증거, 갑 제5, 7 내지 11, 21, 22호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각

기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 종합하여 볼 때, 이 사건 공사의 중단은 피고의 공사대금 미지급으로 인한 것으로서 원고에게 공사 지연에 대한 책임이 있다고 인정할 수 없다.

1) 이 사건 도급계약은 기성부분금에 관하여 공사 진행에 따라 매월 말일 청구하여 다음 달 10일에 지급하도록 정하고 있고, 제37조에서 피고가 기성부분의 공사대금 지급을 지연할 경우, 원고가 기한을 정하여 독촉하고 공사 중지 기간을 정하여 통보한 후 공사를 중지할 수 있으며, 이는 지체상금 산정시 공사기간에서 제외한다고 규정하고 있다. 따라서 원고의 공사 중단이 피고의 공사대금 지급 지연에 의한 것이라면 피고는 원고에게 이에 대하여 지체상금을 청구할 수 없다.

2) 원고는 2018. 11. 말경 공사를 중단하였는데, 원고가 공사대금 지급 내역으로 제1심에서 제출한 갑 제7호증2), 항소심에서 제출한 갑 제25호증에 의하면 피고는 원고에게 그때까지 발생한 것으로 보이는 기성금 합계 880,000,000원(2018. 12. 30.까지 발행한 세금계산서상 공사대금을 합한 금액이다) 중 740,000,000원만을 지급하였을 뿐이다(피고는 2018. 12. 31. 원고에게 80,000,000원을 추가로 지급하였다). 이에 원고와 피고 사이에 2019. 1.경 및 2019. 3.경 원고는 피고가 기성 공사대금을 지급하지 않아 공사진행의 어려움을 호소하고, 피고는 경제적 상황으로 돈을 마련할 수 없다는 취지의 대화가 이루어졌다. 원고는 2018. 12. 21. 피고에게 ‘공사대금 결제가 이루어지지 않아 공사를 중단하고 있으며, 결제를 하면 동절기 공사도 시행하겠다’는 내용의 내용증명을 발송하기도 하였다(갑 제8호증).

결국 원고가 2018. 11. 말인 2018. 11. 30.경부터 2019. 3. 18.까지 약 109일간 이 사건 공사를 중단한 것은 피고의 기성대금 지급 지연 때문인 것으로 보이므로, 피고는 원고에게 위 기간 동안의 공사 중단에 관하여 책임을 물을 수 없고, 원고는 최초 완공기한인 2019. 6. 10.부터 109일이 지난 2019. 9. 26.까지 공사 지연에 대하여 지체상금을 지급할 책임이 없다.

3) 원고는 2019. 3. 18.경 공사를 재개하였다가 2019. 6. 28.경부터 다시 공사를 중단하였는데, 피고는 2019. 5. 28. 부가가치세 7,000,000원을 지급한 이후 원고에게 공사대금을 지급한 사실이 없는 것으로 보이고, 앞서 살펴본 바와 같이 기성 공사대금 중 하자보수비를 상계하더라도 206,201,000원이 미지급된 상태이며, 원고는 2019. 7. 5.경 피고에게 미지급 공사대금을 청구하는

내용증명을 발송하기도 하였다. 따라서 위 공사 중단 역시 공사대금 지급 지연에 의한 것으로 보이므로, 이에 대한 책임 역시 원고에게 있다고 할 수 없다.

4) 피고는 이 사건 도급계약이 해제되었다고 하면서, 수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 완공기한을 넘겨 도급계약이 해제된 경우임을 전제로 지체상금을 청구하고 있으나, 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 이 사건 도급계약이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 해제되었다고 인정하기 어렵다.

가) 이 사건 도급계약 제35조 제2항, 제34조 제2항은 계약을 해제하기 위하여는 이행기한을 정하여 통보한 다음에도 이행되지 않을 경우 다시 해제의 통지를 해야 한다고 정하고 있다. 원고가 2019. 7. 5. 피고에게 미지급 공사대금을 청구하면서 '2019. 7. 12.까지 공사대금을 지급하지 않는 경우 이 사건 도급계약을 해지할 것'이라는 취지의 내용증명을 발송하기는 하였으나, 이는 피고의 이행지체에 대하여 이행을 최고한 것에 해당할 뿐 원고가 실제로 피고에게 해제의 의사표시를 한 것으로 볼 수 없고, 원고와 피고가 해제의 의사표시 없이 자동으로 계약을 해제할 수 있다는 약정을 하였다고 인정할만한 자료도 없으므로, 원고의 위 통지로 이 사건 도급계약이 해제되었다고 인정하기 어렵다.

나) 피고가 원고에게 이 사건 반소장 부분의 송달로 이 사건 도급계약을 해제하겠다는 의사표시를 하였으나, ① 앞서 살펴본 바와 같이 원고의 공사 중단은 피고의 공사대금 미지급으로 인한 것이고, 원고가 시공한 공사 중 하자보수에 필요한 비용은 합계 16,369,000원에 불과하여 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 보기 어려운 점, ② 원고가 2019. 5. 15.경 피고와 사이에 조정 전 합의서를 작성하면서 향후 재생토와 재생골재를 사용하지 않을 것을 약정하기는 하였지만, 그 이전에도 재생토와 재생골재를 사용하지 않기로 하였다거나 위 약정일 이후에도 재생토와 재생골재를 사용하였다고 볼만한 자료가 없으며, 원고가 위 합의 전 사용한 재생토와 재생골재는 성능 검사에 합격하여 그 사용에 별다른 문제가 없는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 원고의 귀책사유로 인하여 계약을 해제할 수 있다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 계약해제 의사표시로서 이 사건 도급계약이 해제되었다고 인정하기 어렵고, 달리 이 사건 도급계약이 해제되었다고 인정할만한 증거가 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 본소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하며, 피고의 반소청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고와 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 이준명, 판사 모성준, 판사 이해성

- 1) 이는 위 1)항과 같이 미지급 공사대금에서 상계된 하자보수비에 포함되었다.
- 2) 원고가 작성한 내역으로 보이나, 피고는 원고의 주장과 같이 공사대금을 기지급하였다는 사실에 관하여 다툼이 없으므로, 그 기재 내용을 인정하는 것으로 보인다.