

대전지방법원 2021. 7. 7 선고 2018가합107774(본소), 2018가합107781(반소) 판결 [지체상금
등 청구의 소 · 공사대금]

전 문

원고(반소피고)A

소송대리인 법무법인 원

담당변호사 김광식, 이종오

피고(반소원고)B 주식회사

소송대리인 법무법인 청남로

담당변호사 김영호, 김희숙

변론 종결 2021. 5. 12.

판결 선고 2021. 7. 7.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 50,809,845원 및 이에 대하여 2018. 6. 27.부터 2021. 7. 7.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 나머지 본소 청구 및 피고(반소원고)의 반소 청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용 중 본소에 관하여 생긴 부분 중 1/5은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담하고, 반소에 관하여 생긴 부분은 피고(반소원고)가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 283,792,500원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소: 원고는 피고에게 283,690,333원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 18%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위 등

원고는 세종특별자치시 C 소재 D어린이집(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축 공사의 도급인이고, 피고(변경전 상호: E 주식회사)는 건축공사업 등을 영위하는 회사로서 이 사건 건물 신축 공사의 수급인이다.

나. 이 사건 건물 신축 관련 계약의 체결 및 경과

1) 원고는 2017. 2. 28. F건축사사무소와 이 사건 공사에 관한 설계·감리 계약을 체결하였다.
2) 원고는 2017. 6.경 피고에게 이 사건 건물 신축 공사에 관하여 도급을 주는 계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 도급계약의 주요 내용은 아래와 같다.

1. 공사명: G어린이집 신축공사
3. 착공년월일 : 2017. 6. 22.
4. 준공 예정년월일 : 2017. 12. 31.
5. 계약금액: 2,106,500,000원(VAT 포함)
7. 선금: 계약금액 10% (210,650,000원)
10. 하자담보책임(복합공종인 경우 공종별로 구분기재)

건축, 토목	2,106,500,000원	3%, 63,195,000원	2년
--------	----------------	-----------------	----

11. 지체상금률: 0.1%

3) 원고는 피고에게 이 사건 도급계약과 관련하여 2017. 6. 26. 90,000,000원, 2017. 7. 28.

10,000,000원 등 합계 100,000,000원을 지급하였다.

4) 피고는 원고와 건축자금대출계약을 체결한 H조합에 기성금을 청구하여 2017. 9. 28.

1,100,000,000원, 2017. 10. 31. 600,000,000원, 2017. 11. 10. 400,000,000원 등 합계

2,100,000,000원을 지급받았다.

5) 원고는 2018. 3. 14. 이 사건 건물에 대하여 사용승인을 받았고, 2018. 4. 10. 이 사건 건물에

어린이집을 개원하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 7, 9호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의

각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

1) 피고는 이 사건 도급계약의 준공기한인 2017. 12. 31.을 준수하지 못하였으므로, 이행을 지체한

2018. 1. 1.부터 2018. 3. 14.까지 73일에 대한 지체상금 153,774,500원(= 계약금액

2,106,500,000원 × 지체상금률 0.1% × 지체일수 73일) 및 이에 대한 지연손해금을 원고에게

지급할 의무가 있다.

2) 피고는 원고에게 이 사건 건물에 발생한 하자에 대하여 손해배상으로 130,018,000원을 지급할

의무가 있다.

3) 그러므로 피고는 원고에게 손해배상금으로 283,792,500원(= 153,774,500원 +

130,018,000원)을 지급할 의무가 있다.

나. 피고

1) 원고와 피고는 준공일을 2018. 1. 31.로 변경하는 계약을 체결하였는데, 위 변경된 준공일을

기준으로 피고에게 귀책사유 있는 지체일수는 14일에 불과하고, 위 지체일수에서 원고가 선급금 지급을 지연한 99일을 공제하면 피고는 원고에 대하여 지체상금을 지급할 의무가 없다.

2) 피고는 이 사건 도급계약상의 미지급 공사대금 뿐만 아니라, 이 사건 공사에 관하여 설계변경에 따라 추가공사를 수행하였으므로 원고는 피고에게 추가공사대금 177,100,000원을 지급할 의무가 있다.

3) 원고는 피고에게 지급한 후 반환받은 500,000,000원에 대한 부가가치세 50,000,000원 및 법인세 71,500,000원을 지급할 의무가 있다.

4) 피고는 원고에게 이 사건 건물에 발생한 하자 중 피고의 귀책사유로 발생한 21,409,667원 상당의 손해배상금을 지급할 의무가 있을 뿐이다.

5) 결국 피고는 원고에게 피고의 귀책으로 발생한 하자로 인한 손해배상금 21,409,667원과 상계하고 남는 나머지 금액 283,690,333원{= 미지급 공사대금 등 합계 305,100,000원(= 이 사건 도급계약상의 공사대금 2,106,500,000원 + 부가가치세 50,000,000원 + 법인세 71,500,000원 + 추가공사대금 177,100,000원 - 기지급 공사대금은 2,100,000,000원) - 하자로 인한 손해배상금 21,409,667원}을 반소로 구한다.

3. 본소 청구에 관한 판단

가. 피고의 원고에 대한 지체상금 지급의무

1) 지체상금 발생의 시기 을 제1호증(원고는 위 도급계약서의 진정성립을 부인하나, 감정인 I의 인영 감정 결과에 의하면, 위 도급계약서는 문서 전체의 진정성립이 추정되고, 원고가 제출하는 자료들만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하다)의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 피고 사이에 이 사건 도급계약의 준공기한을 2018. 1. 31.로 변경하였다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 공사와 관련하여 변경된 준공일인 2018. 1. 31.의 다음 날인 2018. 2. 1.을 지체상금 발생의 시기로 봄이 타당하다.

이에 대하여 원고는, 위 계약서(을 제1호증)에서 이 사건 도급계약의 준공기한을 2018. 1. 31.로 변경한 것은 통정허위표시에 의한 것이라는 취지로 주장하나, 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재

내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다76825 판결 등 참조), 법률행위가 통정허위표시라는 사실에 대하여는 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결 등 참조)는 점 등에 비추어, 원고가 내세우는 사정 및 제출된 증거들만으로는 이 사건 도급계약의 준공기한을 2018. 1. 31.로 변경하기로 하는 의사표시가 원, 피고 사이의 통정허위표시에 의한 것이라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 지체상금 발생의 종기 이 사건 도급계약 제24조에서는 '피고는 공사를 완성한 때에는 원고에게 통지하여야 하고, 원고는 토지를 받은 후 지체 없이 피고의 입회 하에 검사를 하여야 하며 원고가 피고의 통지를 받은 후 10일 이내에 검사결과를 통지하지 아니한 경우에는 10일이 경과한 날에 검사에 합격한 것으로 본다'고 규정하므로 '준공일'은 피고가 공사를 마치고 원고에게 준공검사를 받아 합격한 날로 봄이 타당한데, 피고가 원고에게 공사의 완성을 통지하였는지 여부, 피고가 준공검사 합격 통지를 받았는지 여부 및 그 일자를 알 수 있는 객관적인 증거가 없는 점, 일반적으로 실제 사용승인은 공사의 완료 후 관련 서류를 관할관청에 제출하는 등의 절차를 통해 이루어지게 되는 것이어서 이 사건 건물의 사용 승인일을 이 사건 공사의 완공일이라고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면 이 사건 공사는 늦어도 이 사건 건물의 사용승인 신청이 이루어진 2018. 3. 7.경에는 완공되었다고 봄이 상당하므로 2018. 3. 7.이 지체상금 발생 종기라고 볼 것이다.

3) 지체일수의 산정 가) 우천 등으로 인한 지체일수 공제 여부

피고는 2018. 2. 1.부터 2018. 3. 7.까지의 기간 중 우천으로 인하여 공사를 수행하지 못한 21일은 피고의 책임 있는 사유로 인한 지체가 아니므로 공제되어야 한다고 주장한다. 살피건대, 을 제6호증의 기재만으로는 피고의 주장사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 원고의 선금 지연일수 공제 여부

피고는 원고가 착공일 전에 약정된 선급금을 지급하였어야 함에도 착공일로부터 99일이 지난 후에야 금원을 지급하였으므로 원고가 선급금 지급을 지연한 일자만큼 피고의 지체일수에서 공제되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 수급인이 납품기한 내에 납품을 완료하지 못하면 지연된 일수에 비례하여 계약금액에 일정 비율을 적용하여 산정한 지체상금을 도급인에게 지급하기로 약정한 경우, 수급인이 책임질 수 없는 사유로 의무 이행이 지연되었다면 해당 기간만큼은 지체상금의 발생 기간에서 공제되어야 한다.

그리고 도급계약의 보수 일부를 선급하기로 하는 특약이 있는 경우, 수급인은 그 제공이 있을 때까지 일의 착수를 거절할 수 있고 이로 말미암아 일의 완성이 지연되더라도 채무불이행책임을 지지 않으므로, 도급인이 수급인에 대하여 약정한 선급금의 지급을 지체하였다는 사정은 일의 완성이 지연된 데 대하여 수급인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다. 따라서 도급인이 선급금 지급을 지체한 기간만큼은 수급인이 지급하여야 하는 지체상금의 발생 기간에서 공제되어야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결).

위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 도급계약 상 착공일은 2017. 6. 22.인 점, 이 사건 도급계약 제10조에 의하면 계약금액의 10%인 210,650,000원을 선급금으로 지급하기로 한 점, 원고가 피고에게 2017. 6. 26. 90,000,000원, 2017. 7. 28. 10,000,000원 등 합계 100,000,000원을 지급하였고, 피고가 2017. 9. 28. 원고와 건축자금대출계약을 체결한 H조합에 기성금을 청구하여 1,100,000,000원을 지급받은 점을 고려하면 원고가 이 사건 도급계약상 약정된 선급금의 지급을 99일 지체한 사실이 인정되고 따라서 위 기간만큼 수급인인 피고가 지급하여야 하는 지체상금 발생 기간에서 공제된다고 봄이 타당하다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 있다.

4) 소결론 결국 원고가 선급금 지급을 지체한 기간(99일)이 피고의 지체일수(35일)를 초과하므로 피고는 원고에게 지체상금을 지급할 의무가 없다. 따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

나. 피고의 원고에 대한 하자로 인한 손해배상 의무

1) 관련 법리 하자보수의 대상이 되는 '하자'란, 일반적으로 완성된 건축물 등에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나 거래관념상 통상 갖추어야 할 내구성, 강도 등의 품질을 제대로 갖추고 있지 아니하여 그 사용가치 또는 교환가치를 감쇄시키는 것을 말하고, 하자 여부를 판단할 때는 당사자 사이의 계약 내용, 해당 건축물이 설계도대로 건축되었는지 여부, 건축 관련 법령에서 정한 기준에 적합한지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결 참조). 한편 감정인의 감정 결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나

합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 존중하여야 한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608, 84615, 84622, 84639 판결 등 참조).

2) 하자의 발생 및 범위에 관한 판단 가) 원고의 주장

이 사건 건물에 다음과 같은 하자가 존재하고, 감정인의 감정 결과에 의하면 이 사건 하자를 보수하는데 소요되는 직접 공사비는 89,045,000원인데, 이에 공사잡비 및 이윤, 부가가치세를 더하면 130,018,000원이다. 따라서 피고는 원고에게 하자보수비용으로 130,018,000원을 지급할 의무가 있다.

1	전체 건물 창호개폐 각도 90도에서 45도로 임의변경 오시공	4,063,000원
2	전층 계단 방화문 개폐 안됨	665,000원
3	전층 화장실 발수 미시공	1,666,000원
4	전층 창구 발수 미시공 및 마감 누락	3,982,000원
5	외부 벽면 라임스톤 발수작업 미시공	16,203,000원
6	지하 1층 천정 누수 및 결로	2,601,000원
7	지하 1층 발전실 누수	1,069,000원
8	1층 주차장 물고임(지하 1층 누수의 원인)	8,243,000원
9	1층 주차장 벽면 누수	232,000원
10	1층 주차장 실리콘 미시공	674,000원
11	1층 주차장 하부석 공사 미시공	155,000원
12	1층 주차장 옆 PT실 누수	(8항 비용에 포함)
13	1층 보도블럭 균열 등	1,192,000원
14	1층 토사유실	192,000원
15	1층 나무벽 스테인 미시공	557,000원
16	2, 3층 발코니에 배수구 미설치	801,000원
17	4, 5층 내부 누수	4,022,000원
18	옥상 바닥방수 공사 오시공	23,379,000원
19	옥상벽체 방수 미시공(드라이비트 상도 마감 및 기타)	13,910,000원
20	가) 북, 서측 외부 창문 4개소 편칭판 설치	2,970,000원
나) 계단실 벽체 및 옥상 벽, 기둥부 균열	1,345,000원	
다) 4, 5층 테라스 출입구 상부 차양설치	731,000원	

1	전체 건물 창호개폐 각도 90도에서 45도로 임의변경 오시공	4,063,000원
라) 유리면 백화 및 누수 흔적 제거	18,000원	
21	골재대	375,000원
합계	89,045,000원	

나) 피고의 주장

다음과 같이 감정인의 감정 결과를 인정할 수 없으므로 이 사건 건물에 관하여 하자가 발생하였다고 볼 수 없다.

3	전층 화장실 발수 미시공	부인. 도면 및 시방서 상 발수제 도포 규정 없음.
4	전층 창구 발수 미시공 및 마감 누락	부인. 도면대로 시공함.
5	외부 벽면 라임스톤 발수작업 미시공	발수제 시공은 하자가 아닌 추가공사임.
8	1층 주차장 물고임(지하 1층 누수의 원인)	일부 부인(2,662,000원만 인정). 도면상 외부 빗물이 내부로 들어오는 오픈형으로 설계됨. 빗물을 막는 트렌치 시공은 하자가 아닌 추가공사임.
10	1층 주차장 실리콘 미시공	부인. 도면, 실내마감재료표, 시방서 상 관련 내용 없음. 실리콘 시공은 하자가 아닌 추가공사임
13	1층 보도블럭 균열 등	부인. 원고의 관리부실로 인한 결과임
16	2, 3층 발코니에 배수구 미설치	부인. 도면상 오픈형 창문으로 배수구 설치 기재 없음. 배수구 설치하는 하자가 아닌 추가공사임
17	4, 5층 내부 누수	부인. 누수 부분 관련 원고가 이미 보수를 하여 정확한 원인을 알 수 없음. 원고의 에어컨 실외기 설치로 인한 누수일 가능성 있음
18	옥상 바닥방수 공사 오시공	부인. 누수 부분 관련 원고가 이미 보수를 하여 정확한 원인을 알 수 없음.
19	옥상벽체 방수 미시공(드라이비트 상도 마감 및 기타)	부인, 도면에 따라 시공함. 드라이비트상도 마감은 도면에 기재되어 있지 아니하므로 하자가 아닌 추가공사임
20	가) 북, 서측 외부 창문 4개소 편칭판 설치	부인. 도면에 따라 투명유리 마감으로 시공함

다) 판단

이 법원의 감정인 J의 감정 결과 및 사실조회 회신에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 원고가 주장하는 이 사건 건물에 관한 하자 중 인정되는 하자 및 하자보수비용은 다음과 같다.

1	전체 건물 창호개폐 각도 90도에서 45도로 임의변경 오시공	이 사건 건물은 어린이집으로 신축된 것이고, 외부 창문의 경우 유사시 어린이 대피 등을 위하여 90도 개폐가 필요하다고 인정되므로, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정]4,063,000원
2	전층 계단 방화문 개폐 안됨	감정인은 방화문 설치시 점자 블록의 마감 등을 고려하여 하부 이격을 확보하여야 함에도 피고가 이를 고려하지 아니하여 전층 계단 방화문이 처짐으로 인해 개폐가 원활하지 아니하다고 인정하는바, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정]665,000원
3	전층 화장실 발수 미시공	감정인은 이 사건 건물의 용도가 어린이집이고, 화장실 이용대상이 영유아인 점을 고려하여 이 부분 하자에 대한 양 당사자의 책임을 50%로 산정한 바, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 일부 인정, 피고 주장 일부 인정]833,000원
4	전층 창구 발수 미시공 및 마감 누락	감정인은 바닥, 벽, 천장 마감이 제대로 시공되어 있지 아니하고 내부 문틀 등 주변 틈 메움 부실 등 부실시공이 인정되며, 바닥 등 일부 시멘트 몰탈 미장이 부실하게 되어 습기, 곰팡이, 박테리아 발생이 예상되는 분은 발수 시공이 필요할 것으로 보인다고 하는바, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]3,982,000원
5	외부 벽면 라임스톤 발수작업 미시공	라임스톤 공사시 발수제 도포를 포함하여 발주하는 것이 통례이고 라임스톤 특기 시방서에 의하면 시공 마감 청소 후 발수제 도포하도록 기재되어 있으므로, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]16,203,000원
6	지하 1층 천정 누수 및 결로	피고의 부실시공으로 인한 하자가 인정되나 원고의 인테리어 비용 등을 감안하여, 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]2,601,000원
7	지하 1층 발전실 누수	감정인은 이 부분에 대한 피고의 미시공을 인정하는바, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정]1,069,000원
8	1층 주차장 물고임(지하 1층 누수의 원인)	감정인은 건물의 필로티 구조 등을 고려하였을 때 피고는 도면의 오류가 있다 하더라도 우수의 역류나 침입을 방지하기 위한 시공을 하거나 필요시 설계변경을 요청하였어야 함에도 그러한 조치를 취하지 않은 과실이 인정된다고 하는바, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]8,243,000원
9	1층 주차장 벽면 누수	피고 미시공 부분으로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]232,000원
10	1층 주차장 실리콘 미시공	감정인은 일반적으로 실내마감재료표나 시방서에 몰딩이나 실리콘 시공위치까지 명시하지 않으며, 건물 1층이 필로티 구조라는 점 등을 고려하였을 때 이 부분 미시공에 대한 피고의 책임이 인정된다고 하는바, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]674,000원
11	1층 주차장 하부석 공사 미시공	피고 미시공 부분으로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]155,000원
12	1층 주차장 옆 PT실 누수	8항과 중복	-
13	1층 보도블럭 균열 등	감정인은 원고의 관리부실 책임과 피고의 부실시공으로 인한 출입구 문틀 하부 누수 및 1층 주차장 물고임으로 인한 트렌치 연결시공에 따른 영향을 고려하여 양 당사자의 책임을 50%로 인정한바, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 일부 인정, 피고 주장 일부 인정]596,000원

1	전체 건물 창호개폐 각도 90도에서 45도로 임의변경 오시공	이 사건 건물은 어린이집으로 신축된 것이고, 외부 창문의 경우 유사시 어린이 대피 등을 위하여 90도 개폐가 필요하다고 인정되므로, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정]4,063,000원
14	1층 토사유실	피고의 부실시공 부분으로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]192,000원
15	1층 나무벽 스테인 미시공	피고의 미시공 부분으로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]557,000원
16	2, 3층 발코니에 배수구 미설치	도면상 배수구 설치 관련 내용이 없으나, 피고는 시공과정에서 건물의 구조, 기능상 문제가 있을 경우 건축주와 협의 하거나 설계변경을 요청하여야 함에도 이를 간과하였으므로 양 당사자의 책임을 50%로 산정한 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 일부 인정, 피고 주장 일부 인정]400,500원
17	4, 5층 내부 누수	피고의 부실시공이 인정되는 한편, 옥상 에어컨 실외기 설치 과정에서 발생한 누수 가능성도 인정되므로 양 당사자의 책임을 50%로 산정한 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 일부 인정, 피고 주장 일부 인정]2,011,000원
18	옥상 바닥방수 공사 오시공	옥상 잔디 설치 부분의 누수 등으로 4, 5층 누수 현상이 발생하였으므로 피고의 부실시공이 인정되기는 하나, 원고가 피고 대신 보수한 방법이 적절하였는지 등을 확인하기 어려워 피고의 부담 부분을 50%로 산정한 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 일부 인정, 피고 주장 일부 인정]11,689,500원
21	옥상벽체 방수 미시공 (드라이비트 상도 마감 및 기타)	피고는 드라이비트 시스템 중 메시 작업까지 완료하고 이후 상도마감 공정 등을 미시공하였으므로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]13,910,000원
22	가) 북, 서측 외부 창문 4개소 편칭판 설치	감정인은 미관을 위한 이 부분 창문 시공시 피고가 공사 잔재물을 제거하지 아니하여 옹벽이 노출되는 등 미관을 해쳤으므로 피고의 책임을 인정하는바, 감정인의 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정, 피고 주장 배척]2,970,000원
나) 계단실 벽체 및 옥상 벽, 기둥부 균열	구조·안전상 문제는 없으나 미관상 문제를 해결하기 위한 보수가 필요할 것으로 보이므로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]1,345,000원	
다) 4, 5층 테라스 출입구 상부 차양설치	외부 여닫이문으로 설계된 도면과 달리 내부 여닫이문이 시공됨에 따라 우천시를 대비한 차양 설치등이 필요할 것으로 보이므로 감정결과를 인정한다.	[하자 인정]731,000원	
라) 유리면 백화 및 누수 흔적 제거	피고의 미시공으로 인한 것으로 감정 결과를 인정한다.	[하자 인정]18,000원	
23	골재대	-	375,000원
직접 공사비 합계	73,515,000원		
공과잡비 및 이윤	24,039,405원1) 위 계산은 원, 피고 사이에 별다른 다툼이 없거나		

1	전체 건물 창호개폐 각도 90도에서 45도로 임의변경 오시공	이 사건 건물은 어린이집으로 신축된 것이고, 외부 창문의 경우 유사시 어린이 대피 등을 위하여 90도 개폐가 필요하다고 인정되므로, 감정인 의견이 현저히 부당하다고 보이지 않는다.	[하자 인정]4,063,000원
	감정인의 감정결과에 의하여 인정된다.)		
총 공사비	97,554,405원		
부가가치세	9,755,440원		
총 하자보수비용	107,309,845원		

라) 소결론

따라서 피고는 원고에게 이 사건 건물의 하자에 관하여 손해배상으로 107,309,845원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 피고의 상계 항변 및 반소 청구에 관한 판단

가. 원고의 피고에 대한 이 사건 공사대금지급의무

1) 이 사건 도급계약상 공사대금은 2,106,500,000원이라는 점에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없고, 갑 제9호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고가 이 사건 도급계약 관련하여 기성금으로 2,100,000,000원을 수령한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 6,500,000원을 지급할 의무가 있다.

2) 부가가치세 및 법인세 지급의무에 관한 판단

피고는 이 사건 공사 관련하여 원고가 피고에게 계좌이체 하였다가 현금으로 반환받은 500,000,000원에 관하여 발생한 부가가치세 50,000,000원(= 500,000,000원 × 10%)과 법인세 71,500,000원(= 550,000,000원 × 13%)을 원고가 부담하기로 하였으므로 원고는 피고에게 121,500,000원(= 50,000,000원 + 71,500,000원)을 지급하여야 한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제7, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 피고 명의의 계좌로 2017. 6. 26. 90,000,000원, 2017. 7. 28. 10,000,000원, 2017. 9. 1. 400,000,000원 등 합계 500,000,000원을 송금한 사실을 인정할 수 있고, 원고가 2018. 2.경 피고로부터 현금으로

500,000,000원을 반환받은 사실을 자인하고 있다. 한편, 원고가 피고에 대하여 위 500,000,000원에 관하여 발생하는 부가가치세를 부담하기로 한 사실에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없으나, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 위 금원에 관한 법인세까지 부담하기로 약정하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 추가공사대금 지급의무에 관한 판단

가) 피고는 이 사건 도급계약과 관련하여 원고는 피고에게 설계변경에 의한 추가공사대금을 지급하여야 한다고 주장하고, 이에 대하여 원고는 피고가 주장하는 추가공사는 원고의 동의 없는 설계변경에 따라 임의로 진행된 것이므로 원고는 추가공사대금을 지급할 의무가 없다고 주장한다.

나) 살피건대, 원칙적으로 수급인의 추가 공사대금채권이 인정되기 위하여는 준공된 공사의 내용에 당초 계약에 없던 추가적인 공사가 있었고, 그에 관해 도급인과 수급인 사이에 합의가 있었음이 전제되어야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005다63870 판결 등 참조). 그리고 도급인과 수급인 사이에 추가공사에 대한 합의가 있었는지 여부는 공사도급계약의 목적, 수급인이 추가·변경공사를 하게 된 경위, 약정 도급계약의 내용과 추가·변경공사의 내용, 도급인의 지시나 묵시적 합의 여부, 추가공사에 소요된 비용이 전체 공사대금에서 차지하는 비율 등 제반사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다[대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다70223(본소), 70230(반소) 판결 등 참조].

갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 도급계약 일반조건 제19조에서는 '설계변경으로 인한 계약금액의 조정'이라는 표제 하에 '설계서의 내용이 공사현장의 상태와 일치하지 않거나 불분명, 누락, 오류가 있을 때 또는 시공에 관하여 예기하지 못한 상태가 발생되거나 사업계획의 변경 등으로 인하여 추가 시설물의 설치가 필요한 때에는 원고는 설계를 변경하여야 하고, 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 계약금액을 조정한다'고 정하고, 이 사건 도급계약 특약사항에서는 '건축바닥면적(연면적)의 증감 및 원고의 요청에 의하여 설계도서와 다른 별도의 자재 및 기타 변경사항이 있을 시 설계변경을 하여야 한다'고 규정하여 이 사건 공사에 관한 설계변경 및 그에 따른 계약금액 조정 가능성을 예정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 계약 문언상 설계변경의 주체를 '원고'로 한정하고 있어 위 제19조가 원고의 동의 또는 승인 없는 일방적인 설계변경의 경우까지 모두 포괄하는 조항이라고 해석하기에는 무리가 있다. 따라서 최소한 원고의 명시적·묵시적 동의 하에

이루어진 설계변경에 따라 피고가 추가공사를 시행할 경우에만 그에 따른 추가공사대금을 지급하기로 약정하였다고 봄이 상당하다. 그러나 한편, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건에서 주장하는 설계변경에 의한 추가공사 부분을 원고가 사전에 동의하였다거나 최소한 원고에게 통지를 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 이 사건 공사에 관한 설계변경은 원고를 배제한 채 이 사건 공사를 설계·감리한 F건축사사무소와 피고의 협의에 따라 이루어진 것으로 보이고, 구체적인 설계변경 내용 및 항목, 추가공사 수행내역 등을 확인하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 한편, 이에 대하여 피고는, 이 사건 설계변경 및 추가공사는 원고로부터 이 사건 공사를 총괄하여 관리·감독할 권한을 부여받은 원고의 대리인 K와 합의하여 이루어진 것이므로 원고는 피고에게 추가공사대금을 지급할 의무가 있고, 설령 K의 대리권이 인정되지 않는다고 하더라도 원고는 민법 제126조 및 제129조에 따른 표현대리 책임이 있다고 주장한다.

살피건대, 권한을 넘은 표현대리(민법 제126조)에 있어서는 대리권이 있는 자가 그 권한을 넘어서 어떠한 행위를 하였을 경우에 적용되는 것이고 대리권이 없는 자가 한 행위에 대하여는 적용할 수 없으며(대법원 1963. 9. 19. 선고 63다383 판결 참조), 기본적인 어떠한 대리권도 없는 자에 대하여 대리권한의 소멸 후의 표현대리(민법 제129조)는 성립할 여지가 없는바(대법원 1984. 10. 10. 선고 84다카780 판결), 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 설계변경 및 추가공사 당시 K가 원고를 위한 것임을 표시하고, 원고를 대리하여 이 사건 공사를 관리·감독하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 각 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 모두 이유 없다.

4) 소결론 그러므로 원고는 피고에게, ① 이 사건 도급계약 상 미지급 공사대금 6,500,000원, ② 500,000,000원에 대한 부가가치세 상당액 50,000,000원 등 합계 56,500,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 소결론

따라서 원고의 본소청구에 따라, 피고는 원고에게 상계 후 남은 손해배상채권 50,809,845원(= 하자로 인한 손해배상채권 107,309,845원 - 미지급 공사대금 등 채무 56,500,000원)2) 및 이에

대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2018. 6. 27.부터 피고가 이행의무의 존부와 범위에 대하여 항쟁함이 타당한 이 사건 판결 선고일인 2021. 7. 7.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 본소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 본소 청구 및 피고의 반소청구는 이유 없어 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사서봉조

판사김가영

판사박지원

- 1) 위 계산은 원, 피고 사이에 별다른 다툼이 없거나 감정인의 감정결과에 의하여 인정된다.)
- 2) 자동채권과 수동채권의 변제기에 따라 지연손해금 우선 총당 문제가 발생할 수 있으나, 원고와 피고는 자동채권으로 인정되는 채권액만큼 원금에서 상계 총당한다는 사실에 대하여 별다른 다툼이 없다.