

서울고등법원 2022. 11. 10 선고 2021나2034665(본소), 2021나2034672(반소) 판결
[공사대금청구의 소 · 부당이득금]

전 문

원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인

주식회사 A

소송대리인 변호사 김삼범, 최용호

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인

주식회사 B

소송대리인 법무법인(유한) 동인 담당변호사 김성근, 문해리

소송대리인 법무법인 삼현 담당변호사 서중석, 이지숙

변 론 종 결 2022. 9. 22.

판 결 선 고 2022. 11. 10.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2021. 8. 12. 선고 2018가합580240(본소), 2021
가합500282(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결의 본소에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 35,749,257원과 이에 대하여 2018. 11. 30.부터 2022.

11. 10.까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구를 기각한다.

2. 피고(반소원고)의 반소에 대한 항소를 기각한다.
3. 소송 총비용은 본소와 반소를 합하여 그중 90%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게 5,572,083,858원 및 그중 4,656,954,520원에 대하여는 2018. 6. 24.부터 2018. 11. 26.까지 연 6%, 2018. 11. 27.부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%, 915,129,338원에 대하여는 2018. 11. 27.부터 2019. 5. 31.까지 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소

원고는 피고에게 130,621,920원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결의 본소에 관한 부분을 본소 청구취지와 같이 변경한다.

나. 피고

제1심판결의 본소에 관한 부분 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 본소청구를 기각한다. 제1심판결의 반소에 관한 부분을 취소한다. 원고는 피고에게 130,621,920원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 제4면 표 안 제18행의 “원고는 피고가”를 “피고는 원고가”로 고치는 것을 제외하고는 제1심판결 제3면 제2행부터 제7면 제7행까지의 부분(“1. 기초사실”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

2. 본소청구에 관한 판단

가. 돌관공사비 청구에 관한 판단

1) 당사자들 주장의 요지

가) 원고

당초 원고와 피고는, 피고가 2015. 7.경부터 2015. 10.경까지 이 사건 아파트 신축을 위한 토목공사(이하 ‘이 사건 토목공사’라고 한다)를 수행하면, 원고가 2015. 11.경부터 2018. 2.경까지 이 사건 건축공사를 수행하기로 하였다. 그런데 이 사건 토목공사가 지연되었고, 이에 원고와 피고는 2016. 4. 21.경 이 사건 토목공사 및 건축공사를 병행하여 진행하되, 공사 기간 단축을 위한 돌관공사를 수행할 경우에 피고가 돌관공사비를 지급하기로 하는 내용의 이 사건 합의를 하였다. 이러한 합의에 따라 이 사건 공사 기간 지연을 만회하기 위하여 2016. 5.경부터 2018. 6. 24.경까지 돌관공사를 실시하였다. 따라서 피고는 원고에게 위와 같이 공사 기간 단축 목적으로 원고가 수행한 돌관공사비 4,656,954,520원을 지급할 의무가 있다.

나) 피고

원고의 돌관공사비 청구가 인정되기 위해서는 이 사건 합의에 따라 피고가 공사 기간 단축을 위한 추가자원투입 등을 요청하고 원 · 피고 합의로 돌관공사비를 정해야 하나, 피고는 원고에게 추가자원투입 등을 요청한 바 없고, 따라서 원 · 피고 사이에 돌관공사비를 합의한 바도 없다. 무엇보다도 피고는 이 사건 토목공사와 건축공사의 병행과 더불어, 공사 기간 단축을 위한 토목설계 변경, 입주예정월 변경 등의 조치를 취하여 이 사건 건축공사 기간을 단축할 수 있는 여건을

조성하였기 때문에 돌관공사의 필요성도 존재하지 않았다.

2) 판단의 기초가 되는 사실관계

가) 이 사건 토목공사의 지연

(1) 피고는 2015. 7.경부터 이 사건 토목공사에 착수하였다. 이 사건 사업약정에서는 이 사건 토목공사의 기간을 5개월로 정하고 있었고, 이 사건 계약에서는 이 사건 토목공사가 완성된 후에 원고가 피고로부터 현장을 인도받아 실제로 착공한 날인 건축공사 실착공일로부터 29개월 동안 이 사건 건축공사를 진행하는 것으로 정하고 있었다. 즉 당초 원고와 피고는 피고가 2015. 6.경 이 사건 토목공사에 착수하여 2015. 10.경 이 사건 토목공사를 완성하고, 원고가 2015. 11.경부터 이 사건 건축공사에 착수하여 28개월 후인 2018. 2.경 이 사건 건축공사를 완성하기로 하였다. 그런데 이 사건 토목공사의 완성이 지연됨에 따라 원고는 당초 예상하였던 시기에 이 사건 건축공사에 착수할 수 없게 되었다.

(2) 이 사건 사업약정 제6조 제6항은 ‘피고의 선행공사(이 사건 토목공사) 공정율이 제2조에서 정한 토목공사 기간에 기초한 예정 공정율의 80%에 미달될 경우 원고는 피고를 대신하여 선행공사를 수행하기로 한다.’고 규정하고 있었고, 이에 원고는 2015. 12. 4.경 피고에게 이 사건 토목공사를 인수하여 수행할 것임을 통보하였다. 이에 대하여 피고는 2015. 12. 9.경 원고에게 원고가 이 사건 토목공사를 인수할 경우에 오히려 이 사건 건축공사의 착수 시점이 지연될 수 있다는 취지로 회신한 후 이 사건 토목공사를 계속하여 진행하였다. 이후 피고는 원고에게 2016. 1. 7.경 ‘이 사건 아파트의 기계실, L동, M동, N동, O동, P동 순서로 2016. 3. 말경 이 사건 토목공사를 완성할 것’이라고 통보하였고, 이어 2016. 2. 17.경 이 사건 토목공사의 예정공정계획표가 포함된 공문을 보냈으나, 피고는 위 각 공문상의 계획과는 달리 이 사건 토목공사를 완성하지 못했다.

나) 이 사건 합의의 내용

이 사건 토목공사가 지연되자, 원고와 피고는 2016. 4. 21. 이 사건 토목공사와 이 사건 건축공사를 병행하여 진행하기로 하는 내용의 이 사건 합의를 하였고, 그 주요 내용은 다음과 같다.

합 의 서

피고와 원고는 이 사건 아파트 건립공사 중 피고가 수행하는 토목공사가 이 사건

계약 체결시 예정일보다 상당기일 지연되고 있는바, 원고는 이 사건 계약상 토목공사 완성 후 건축공사를 착공하여야 함에도, 피고의 업무에 협조하기 위하여, 다음과 같이 토목공사와 병행하여 일부 건축공사를 수행하고자 아래와 같이 합의한다.

제1조 (피고의 업무)

피고는 2016. 5. 20.까지 다음 각 호의 업무를 완성하기로 한다.

1. 원고와 합의하여 건축공사에 지장이 없도록 토목 안전시설물 설치
2. 원고가 2016. 4. 12. 요청한 지진등토압을 반영하여 L동, M동 지하 구조물 실시설계
3. 기계실, L동 건축공사가 가능하도록 터파기 완성
4. 현장관리비를 포함하여 원고와 공사도급금액 변경합의 완성

제2조 (원고의 업무)

원고는 피고가 제1조 제1, 3항 업무를 기한 내 완성하는 즉시 본 사업 건축공사를 병행수행(기계실 버림 콘크리트타설)하기로 한다.

제4조 (입주예정일)

① 피고는 2016. 5. 31.까지 원고와 합의하여 입주예정월을 확정하되, 합의가 되지 않는 경우 신탁사인 K에서 정한 바에 따라 2016. 6. 30.까지 입주예정월을 확정하여 공급계약서 변경 및 수분양자에 대해서는 입주자 모집공고상 4차 중도금수납예정일인 2016. 12. 10.까지 입주예정월을 통지하여야 한다.

③ 원고는 공기단축을 위해 피고에게 공법변경, 설계변경 등을 제안할 수 있다.

④ 본 사업의 총 공사기간 증가는 피고의 토목공사 지연에 따른 것이므로, 입주자모집공고 대비 입주예정월 지연에 따른 모든 법적 책임은 피고가 지며, 이로 인하여 원고에게 발생하는 모든 손해를 배상하여야 한다.

제5조 (Incentive 돌관공사비 등)

① 피고는 본 사업 건축공사기간을 단축시키기 위하여 원고에게 추가자원투입 등을 요청하는 경우 피고는 원고와 합의하여 정한 Incentive(돌관공사비, 추가자원투입

비 등)를 원고에게 지급하기로 한다.

② 원고는 피고가 본조 제1항의 Incentive 지급 시 돌관공사 또는 추가자원을 투입하여 공사를 수행하여야 한다.

다) 돌관공사 관련 원고와 피고의 논의 등 경과

(1) 피고는 이 사건 합의 전인 2016. 3. 24. 원고에게 이 사건 토목공사의 예상 완성 시기에 따라 이 사건 건축공사의 완공이 약 2~3개월 지연될 것(입주예정월을 2018. 2.경에서 2018. 4.경 또는 같은 해 5.경으로)으로 봄이 타당함에도, 원고가 이 사건 건축공사의 완성 시기를 2018. 7.경으로 전제하면서 2018. 5.경까지 완성할 경우 2개월의 공사 기간 단축을 위한 돌관공사비를 확정해 달라고 요구하는 것은 부당하다는 취지로 통보하였다.

(2) 이 사건 합의 이후 토목공사와 건축공사가 병행되기는 하였으나, 원고는 2016. 6. 3.경 피고에게 이 사건 아파트 중 O동, N동, M동의 터파기 공사가 진행 중이어서 건축공사 착수가 지연되고 있으니 토목공사를 완성하여 줄 것을 통보하였고, 2016. 11. 2.경 피고에게 2016. 10. 28.까지도 토목공사가 완성되지 못하고 있음을 통보하였다.

(3) 원고는 2016. 12. 6.경 피고에게 이 사건 토목공사의 공정 중 마지막 토목공사인 이 사건 아파트 P동에 관한 토목공사가 2016. 11. 8. 완성됨으로써 이 사건 건축공사의 준공예정월도 2018. 9. 말경으로 예상된다는 취지로 통보하였다.

(4) 한편 수원지방법원은 2016. 12. 6. 이 사건 아파트에 관한 주택건설사업계획승인처분을 취소하는 판결을 선고하였고, 같은 날 위 승인처분에 대한 효력을 정지하는 집행정지결정을 하였다. 이에 원고는 2017. 1. 17.경 피고에게 위 판결 및 집행정지결정 등을 고려할 때 이 사건 건축공사 준공예정월이 2018. 10.경으로 예상된다는 취지로 통보하고, 피고로 하여금 수분양자들에게 입주예정월 연장을 통보할 것을 요청하였다.

(5) 이후 수분양자들에 대한 입주예정월이 변경되지 않고 있던 상황에서 원고와 피고 측은 2017. 6. 2. 위 입주예정월 관련 회의를 소집하였고, 원고 측은 2018. 10.경 건축공사가 완성될 예정이므로 입주예정월이 연장되어야 하는 것이 우선이며, 공사 기간 단축을 위해서는 돌관공사가 필요하므로, 피고의 공사 기간 단축 요청이 있어야 한다는 입장을 밝혔다. 이에 대하여 피고는 토목공사 지연으로

인한 전체 공사 기간 지연에 대한 책임을 통감하나, 입주예정월의 지연으로 수분양자에게 피해가 발생하게 되고 아직 입주시까지의 시간이 많이 남아 있으며, 공사 기간 단축을 요청하는 공문의 발송과 원고가 제안한 돌관공사비의 확정은 수용이 불가능하다는 의견을 밝혔다.

(6) 피고는 2017. 8. 11.경 원고에게 “피고가 작년부터 계속 원고에게 말했던 바와 같이 공사기간을 최대한 단축시키기 위하여 피고의 직원을 현장에 파견하여 원고와 긴밀한 협의 등을 통하여 원고의 돌관공사 수행을 지원하는 방식을 희망하여 왔다. …(중략)… 현장 실정에 맞추어 돌관공사의 범위나 방법이 합리적이라면 피고가 반대할 이유가 없을 것이다.”라며 일부 동에 대한 토목공사가 늦게 마무리되어 건축공사 일정에 차질이 발생하고 소송으로 공사가 중단되는 문제가 발생하기는 하였으나 원고의 돌관공사가 없더라도 2018. 5.경에는 임시사용승인을 받는 것이 가능할 것이라는 입장을 밝혔다.

(7) 원고는 2017. 9. 5.경 피고에게 피고가 원고의 자체자금을 투입하여 공사기간을 단축하라는 압박을 가하는 것은 부당하다는 주장과 함께 “피고의 지시 없이는 원고의 마음대로 돌관공사를 수행할 권한이 없고, 피고가 돌관공사 필요성 여부에 대하여 의문을 제기하고 있는 상황에서 원고가 독자적으로 돌관공사를 수행할 수 없다.”라며 입주예정월이 2018. 10.경임을 전제로 이 사건 합의 제5조 제1, 2항에 따라 돌관공사요청 공문을 발송하고 돌관공사비 등을 확정할 것을 요청하였다.

(8) 피고는 2017. 9. 14.경 원고에게 “현재의 공사 상황에서 열심히 하면 2018. 5.경 이전에 입주가 가능하다고 판단되고, 입주예정자나 취학자녀 등 편의를 위해서 공사기간을 더 단축시킬 수 있으면 좋겠다는 기대감을 가지고 합의서 등에 따라 2017. 8. 11. 돌관공사 진행방법을 제안하였던 것이다. 원고는 구체적인 계획을 제시하지도 않은 채 공기단축 금액을 확정하여 주면 최선을 다하여 공기단축을 추진하겠다는 주장만 하고 있다.”라며 2018. 5.경 임시사용승인이 가능할 것으로 판단된다는 입장을 계속하여 유지하였다.

(9) 원고는 2017. 9. 26.경 피고에게 현장여건상 준공예정일은 2018. 10.말경(2016. 11. 18.자 P동 터파기 완성 시점 기준 22개월 후, 공사중단 1개월 추가)이지만, 공사 기간을 단축하는 경우 준공예정일이 2018. 8. 31.임이 될 수 있음을 전제로 공사 기간 단축을 위한 돌관공사비로 13억여 원이 소요될 것임을 통보하면서 피고로 하여금 돌관공사 진행을 승인해 줄 것을 요청하였다.

- (10) 피고가 원고의 2017. 9. 26.자 통보에 아무런 답변을 하지 않자, 원고는 2017. 10. 25.경 피고에게 동절기 공사불능기간 전에 돌관공사에 착수하지 못하는 경우 2개월의 공사 기간 단축(2018. 10.에서 2018. 8.로)도 불가능할 수 있으므로, 원고 측에서 해당 비용(약 13억 원)을 선투입하여 2개월의 공사 기간 단축을 추진하고 해당 비용은 향후 청구할 예정임을 통보하면서, 이러한 추진 계획에 이견이 있으면 1주일 내에 회신할 것을 요청하였다.
- (11) 피고는 2017. 11. 1. 원고에게 2018. 5.경 임시사용승인이 가능할 것으로 판단된다는 입장을 유지하면서, “원고가 돌관공사를 하면서도 2018. 8.경 입주 가능함을 주장하면서 13.1억 원을 돌관비용으로 요청하였다. 잔여 공종이 가구, 주방가구, 위생기구 등 자재비용이 대부분인데, 노무비를 136.2억 원으로 책정하여 13.1억 원을 요청하는 것은 이치에 맞지 않는 주장이라고 생각되며 더군다나 돌관공사를 하고서도 2018. 5.경이 아닌 같은 해 8.경 입주가 가능하다는 것은 피고로서 이해가 되지 않는다.”라며 원고의 돌관공사비 선투입 계획에 대한 이견을 표명하였고, 이 사건 아파트 중 P동의 초과공사분에 대해서는 피고가 돌관공사비를 부담하여 2018. 5. 말경까지 임시사용승인을 통한 입주가 되도록 해 달라는 ①안과, 이 사건 아파트 중 O 내지 M동에 대해서는 2018. 2.경부터 2018. 5.경까지의 동별 임시사용승인을, P동에 대해서는 2018. 5.말경까지의 층별 임시사용승인을 받아 입주할 수 있도록 해 달라고 요청하는 ②안을 제안하였다.
- (12) 피고는 2018. 1. 11. 원고에게 “원고가 지금부터라도 2018. 5. 말경 이전까지 좀 더 공기를 단축하기 위하여 시간외 공사 등에 투입되는 돌관공사비를 논리적이면서 합리적으로 산출하여 상호 협의가 된다면 피고가 수용할 수 있을 것이다.”라며 기존의 입장을 계속하여 유지하였다.
- (13) 이후 원고는 2018. 2. 6. 공사 기간 단축을 위한 자체비용을 선투입하여 돌관공사를 수행하고 있고, 피고 측이 주장하는 입주예정월 단축은 어려우며, 2018. 8.경 임시사용승인이 가능하다는 취지로 통보하였다.
- (14) 이에 대해 피고는 2018. 2. 8. 원고에게 “피고는 원고가 청구한 돌관공사비를 지급할 예정이니 입주자사전점검 등의 절차를 거친 후 2018. 5.경 임시사용승인을 통하여 입주가 될 수 있도록 원고의 적극적인 업무협조를 바란다.”라고 통보하였다.
- (15) 원고는 2018. 2. 27. 피고에게 공문을 발송하여 이 사건 아파트의 임시사용승인이 2018.

8.경이라는 주장을 계속하여 유지하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2, 제4호증의 1, 2, 제17호증의 1 내지 4, 제18호증의 1 내지 3, 제19호증, 제21 내지 25호증, 제26호증의 1 내지 3, 제30, 32호증, 제36호증의 1, 2, 제36호증의 1, 2, 제37호증, 제38호증의 1, 2, 을 제4, 5, 9, 10, 17, 18, 20, 22, 23, 25, 41호증의 각 기재, 변론 전체의 취지3) 판단가) 이 사건 합의의 해석(1) 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하면, 이 사건 합의 제5조는 원고와 피고가 당시 이 사건 건축공사의 공사 기간 단축을 위한 돌관공사가 필요하다는 점에 관하여는 의견의 일치를 보았으나, 다만 돌관공사 시행으로 인한 이 사건 건축공사의 예상 완성일에 관하여는 서로 의견이 달라 추후 돌관공사가 시행될 수 있음을 전제로 원고의 돌관공사 시행의 요건과 그 방법, 돌관공사비 확정 방법 및 그 지급 절차를 규정한 것으로 보인다.① 이 사건 합의는 피고의 토목공사 지연으로 인한 전체 공사 기간의 지연을 해소할 목적으로 이루어진 것이다.② 이 사건 합의에 따라 원고와 피고는 이 사건 토목공사 및 건축공사를 병행하여 진행하게 되었다. 또한 이 사건 합의가 이루어진 2016. 4. 21.경을 기준으로 이 사건 계약상 건축공사 기간은 건축공사 실착공일로부터 29개월(구두 합의에 따른 건축공사 기간은 28개월) 후인 2018. 9. 21.경(구두 합의에 따른 건축공사 기간인 28개월로 계산하면 2018. 8. 21.경)이 되는데, 이 시점은 그 무렵 이 사건 아파트에 관한 주택건설사업계획변경승인상의 사용검사에정일인 2018. 2. 28.경 및 이 사건 아파트의 수분양자들과 체결한 분양계약서상의 입주예정일인 2018. 2.경보다 늦은 시점으로서 당초 이 사건 사업약정 및 계약에 따라 통상적인 방식으로 공사를 진행하게 될 경우에는 이 사건 아파트의 준공 지연이 예상되었던 상황으로 보인다.③ 이 사건 합의 이전 이 사건 건축공사의 완성일을 원고는 2018. 7.경 또는 2018. 8.경으로 예상하였고, 피고는 2018. 4.경 또는 2018. 5.경으로 예상하였다. 원고는 피고의 예상과 같이 2018. 5.경 이 사건 건축공사를 완성하려면 2~3개월 공사기간 단축을 위한 돌관공사가 필요하다고 판단한 것으로 보이고, 피고는 이 사건 건축공사가 2018. 4.경 또는 2018. 5.경 완성될 것을 전제로 이 사건 아파트의 수분양자들과 체결한 분양계약서상의 입주예정일인 2018. 2.경까지 이 사건 건축공사의 완성을 위하여 공사기간 단축을 위한 돌관공사가 필요하다고 판단하였다.(2) 이 사건 합의 제5조의 이러한 성립 경위, 문언 등에 의할 때, 돌관공사는

피고의 요청(또는 그와 동일시할 수 있는, 원고의 필요성 제기 내지 실행에 대한 피고의 승인 내지 용인)과 돌관공사비에 관한 원고와 피고의 사전 합의가 전제되어야 한다고 판단된다. 피고뿐만 아니라 원고 역시 앞서 본 의견 대립과 조율 과정(특히 원고의 2017. 9. 5.자 공문)에서 이 점을 명시하거나 당연히 전제하였는데, 이러한 판단을 더욱 뒷받침한다.나) 돌관공사비 청구에 관한 구체적 판단(1) 먼저 돌관공사에 관한 원고와 피고의 합의가 있었는지 여부를 살펴 본다. 원고가 제출한 모든 증거들에 의하더라도 그러한 합의가 있었다거나 혹은 원고가 피고에게 돌관공사의 필요성을 제기한 데 대하여 피고가 돌관공사를 승인 내지 용인하였다고 인정하기는 어렵다.① 원고는 이 사건에서 2016. 5.경부터 2018. 6. 24.까지 돌관공사를 실시하였다고 주장하면서 이러한 기간에 해당하는 돌관공사비를 청구하고 있다. 그러나 앞서 본 바에 따르면 원고 스스로 2017. 9. 5. 피고에게 피고의 돌관공사 요청과 돌관공사비 확정 없이는 돌관공사에 착수할 수 없음을 밝힌 바 있고 2017. 10. 25.에야 비로소 원고 측에서 해당 비용(약 13억 원)을 선투입하여 2개월의 공사 기간 단축을 추진하고 해당 비용은 향후 청구할 예정이니 피고의 이의 여부를 밝혀 달라고 요청하였으므로(나아가 2018. 2. 6.에는 공사 기간 단축을 위한 자체비용을 선투입하여 돌관공사를 수행하고 있다는 취지를 밝힌 바 있다), 적어도 2017. 10. 25. 이전에는 돌관공사 실시 여부에 관한 의견 대립만 있었을 뿐이고 원고도 돌관공사를 한 바가 없다고 보아야 한다. 따라서 원고가 돌관공사를 하였다고 주장하는 한 기간 중 2016. 5.경부터 2017. 10. 25.까지는 피고의 돌관공사 요청(또는 승인 내지 용인)은 고사하고 원고의 돌관공사 자체를 인정할 수가 없다. 그리고 2017. 10. 25.부터 2018. 6. 24.까지는 돌관공사의 필요성과 수행에 관한 원고의 일방적인 주장만 있을 뿐이고 이에 대하여 피고의 돌관공사의 요청이나 승인 내지 용인이 있었다고 인정하기 어렵다. 오히려 갑 제26호증의 1, 을 제34호증(가지번호 포함)의 각 기재에 의하면, 피고가 2017. 11. 1. 원고에게 “2017. 10. 30. 피고의 직원이 현장공사상황 점검 시 이렇게 긴박한 상황임에도 불구하고 타일공사 인력이 총 3명 나와서 일하고 있다는 것은 상식적으로 납득하기가 쉽지 않은 게 사실입니다.”라고 통보한 사실 및 이에 대하여 원고가 이 사건 건축공사의 하수급업체에 인력 투입 부족, 작업요청 이행 지연 등으로 공사기간이 지연되고 있어 업무협조를 요청한 사실이 인정되므로, 피고는 원고가 주어진 공사 기간마저 최대한 활용하지 않고 있다고 생각하면서 원고 주장의 돌관공사 필요성 자체를

인정하지 않은 것으로 보일 뿐이다.② 원고가 2018. 2. 6. 피고에게 공사 기간 단축을 위하여 원고의 자체비용을 선투입하여 돌관공사를 시행하겠다는 취지를 통보한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피고의 이 사건 토목공사 지연으로 시작된 공사 기간의 연장과 관련하여 원고와 피고 사이에서 2016. 초경부터 2018. 초경까지 약 2년 동안 이 사건 아파트의 입주예정월에 관하여 첨예하게 의견이 대립되는 상황이었고, 당시에 원고와 피고는 모두 입주예정월에 관한 각자의 태도를 일관되게 유지하면서 의견의 차이를 좁히지 못하는 상황이었다. 이러한 상황 속에서 입주예정월에 관한 원고의 의견 내지 태도를 전제로 한 앞서 본 통보만으로 돌관공사에 관한 원고와 피고 사이의 합의가 성립하였다거나 또는 피고의 승인 내지 용인이 있었다고 볼 수는 없다.③ 그리고 피고가 2018. 2. 8. 원고에게 돌관공사비를 지급할 예정이라는 표현이 포함된 통보를 한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 전후의 피고의 입장과 태도 및 위 통보의 전체적인 취지 등을 살피면, 피고는 돌관공사 시행 시 이 사건 건축공사가 2018. 5.경 완성될 것을 전제하면서 원고가 그러한 조건을 수용한다면 돌관공사비를 지급하겠다는 뜻을 밝힌 것으로 보는 것이 타당하다. 그런데 피고의 이러한 통보에 대하여 원고가 2018. 2. 27. 피고에게 이 사건 아파트의 임시사용승인이 2018. 8.경이라는 주장을 계속하여 유지한 사실은 역시 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 피고의 2018. 2. 8.자 통보와 관련하여 돌관공사 또는 돌관공사비 지급에 관한 원고와 피고 사이의 합의가 성립하였다거나 또는 피고의 승인 내지 용인이 있었다고 보기는 어렵다.④ 이 사건 합의 제5조에 규정된, 돌관공사비에 관한 원고와 피고의 사전 합의는 돌관공사비 지급의 또다른 요건이라고 할 것인데 원고의 막대한 금액 제시 정도만 있었을 뿐 어떤 구체적 합의가 있었다고 볼 수 없다.(2) 원고가 실제로 돌관공사비 청구를 전제로 돌관공사를 시행하였다고 보기도 어렵다.① 원고와 피고 사이에서 돌관공사의 필요 여부와 이로 인한 최종 입주예정월 등에 관한 의견과 이해관계가 첨예하게 대립되는 상황 속에서 원고 스스로 돌관공사비 지급의 요건으로 앞서 본 피고의 돌관공사 요청과 돌관공사비에 관한 사전 합의 등을 명확히 인식하면서, 피고에게 이러한 요건을 이유로 들어 피고의 돌관공사 요청 등에 관한 명확한 태도 표명을 계속하여 요구하였다. 하지만 피고는 돌관공사에 관한 불명확한 태도를 계속 유지하였다. 이러한 상황 속에서 원고가 돌관공사를 수행하였고 나아가 향후 돌관공사비를 청구할 생각이 있었다면 돌관공사의 수행 내역 등 자료를 구비하여 두는 것이 마땅하다. 더구나 장비와 인원을

집중적으로 투입하여 한달음에 해내는 돌관공사의 성격과 원고의 건설업체로서 규모 등을 고려하면 원고로서는 그러한 집중적으로 투입된 장비와 인력에 관한 보다 직접적이고 객관적인 자료를 어렵지 않게 확보할 수 있었을 것이다. 그러나 원고는 돌관공사에 관한 구체적인 수행 내역 등 직접적이고 객관적인 자료를 소송과정에서 제출하고 있지 못하고 있다.㉔ 제1심 감정인 U(이하 ‘감정인’이라고 한다)의 감정 결과 중 돌관공사비를 인정하는 부분이 있기는 하지만, 다음과 같은 이유에서 원고의 돌관공사비를 인정할 근거로 삼기 어렵거나 부족하다.㉕ 감정인은 원고의 돌관공사가 시행되었음을 전제로 돌관공사비를 산정한 것에 불과하고, 실제 원고가 돌관공사를 수행하였는지는 감정 대상에 포함되지 않았다. 원고는 구체적인 돌관공사의 수행 내역 등 자료를 소송과정에서 제출하지 못하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 나아가 감정과정에서도 돌관공사비와 직접적으로 관련된 구체적인 자료를 제출하지 못하였던 것으로 보인다. ㉖ 감정인의 감정 결과, 제1심법원의 감정인에 대한 2021. 3. 5.자 사실조회결과에 의하면, 감정인은 ‘안전작업 사전허가서’를 기초로 돌관공사에 투입된 작업 인원의 근로시간을 파악하여 그 노무비를 돌관공사비로 산정하였다. 그러나 ‘안전작업 사전허가서’는 근로자의 공사현장 투입 이전에 작성된다는 점을 고려할 때 ‘안전작업 사전허가서’에 기재된 인원과 그 후 실제 출근한 인원을 기재한 ‘작업 일보’상 인원이 서로 다를 수 있다. 실제로 그러한 사례를 확인할 수 있다. 을 제44호증의 1 기재에 의하면 2016. 10. 2.자 V 주식회사에 대한 ‘안전작업 사전허가서’에 총 52명의 작업 인원이 휴일근로를 하였다고 기재된 사실이 인정되고, 감정인은 이를 기초로 52명의 휴일근로에 대한 노무비를 돌관공사비로 산정하였다. 그러나 을 제44호증의 2 기재에 의하면, 2016. 10. 2.자 V 주식회사에 대한 ‘작업 일보’에는 총 13명의 작업 인원이 휴일근로를 하였다고 기재된 사실이 인정된다. 그렇다면 감정인이 ‘안전작업 사전허가서’에 기재된 작업 인원이 돌관작업에 투입된 실제 작업 인원이라는 점을 전제로 그 노무비를 돌관공사비로 산정한 것은 그 전체 사실에 오류 내지 비약이 있다. ㉗ 제1심법원의 감정인에 대한 2021. 3. 5.자 사실조회결과에 의하면, 감정인은 평일근로 미비에 따른 초과근로 등 ‘통상적인 초과근로’와 ‘돌관공사 시행에 따른 초과근로’를 구별하여 돌관공사비를 산정하지 않은 사실이 인정된다. ‘통상적인 초과근로’에 따른 비용은 돌관공사비 산정에 포함될 수 없음에도 이를 포함하였는지 여부조차 불분명한 셈이다.(3) 그렇다면 원고의 돌관공사비 청구는 이유 없다.

나. 동절기 보양공사 추가공사비 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 제21면 제7행부터 제22면 아래에서 제4행까지의 부분(“나. 동절기 보양공사 추가공사비 청구에 관한 판단”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

다. 소방배관 증설 설계변경으로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부 고치거나 추가하는 것을 제외하고는 제1심판결 제22면 아래에서 제2행부터 제28면 아래에서 제6행까지의 부분(“다. 소방배관 증설 설계변경으로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

[고치거나 추가하는 부분]

- 제1심판결 제25면 아래에서 제1행의 “일반조건” 다음에 “제5조”를 추가한다. ○ 제1심판결 제26면 제7행의 “1.2Mpa”를 “1.2MPa”로 고친다.
- 제1심판결 제27면 제12, 13행의 “이 사건 공사도급계약서”를 “이 사건 계약”으로 고친다.

라. 바닥완충재 두께 설계변경으로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부 고치는 것을 제외하고는 제1심판결 제28면 아래에서 제4행부터 제32면 제10행까지의 부분(“라. 바닥완충재 두께 설계변경으로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

[고치는 부분]

- 제1심판결 제28면 아래에서 제1행과 그 이하의 “천정고”를 모두 “천장고”로, 제29면 아래에서 제5행과 그 이하의 “천정”을 모두 “천장”으로 고친다.
- 제1심판결 제31면 아래에서 제3행의 “이 법원의”를 “제1심법원의”로 고친다.

마. 법면보호공사로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 제32면 아래에서 제4행의 “이 법원의”를 “제1심법원의”로 고치는 것을 제외하고는 제1심판결 제32면 제12행부터 제33면 아래에서 제6행까지의 부분(“마. 법면보호공사로 인한 추가공사비 청구에 관한 판단”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

바. 소결론

따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 추가공사대금 합계 166,371,177원(= 소방배관 증설 설계변경으로 인한 추가공사비 76,765,246원 + 바닥완충재 두께 설계변경으로 인한 추가공사비 72,883,731원 + 법면보호공사로 인한 추가공사비 16,722,200원)과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부 고치는 것을 제외하고는 제1심판결 제34면 제3행부터 제35면 제11행까지의 부분(“가. 청구원인에 관한 판단”) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

[고치는 부분]

○ 제1심판결 제34면 제4행의 “갑 제3호증의 기재”를 “갑 제3, 30호증의 각 기재”로 고친다.

나. 상계 항변에 관한 판단

1) 원고의 피고에 대한 추가공사대금 채권을 자동채권으로 하여 피고의 원고에 대한 현장관리비 정산금 채권과 대등액의 범위에서 상계한다는 의사표시가 담긴 원고의 2021. 3. 8.자 반소에 대한 답변서가 2021. 3. 9. 피고에게 도달한 사실은 기록상 분명하다.

2) 상계의 의사표시가 있는 경우, 채무는 상계적상시에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계 총당은 상계적상의 시점을 기준으로 하게 된다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결 등 참조). 그리고 민법 제492조 제1항의 '채무의 이행기가 도래한 때'라 함은 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하는 것이지 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것이 아니고(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카10 판결 등 참조), 이행기의 정함이 없는 채권의 경우 그 성립과 동시에 이행기에 있다고 봄이 타당하다(대법원 1968. 8. 30. 선고 67다1166 판결 등 참조).

3) 이 사건에 대하여 보건대, 자동채권인 원고의 피고에 대한 추가공사대금 채권의 이행기는 원고의 이 사건 건축공사의 완료일이자 이 사건 아파트의 사용검사일인 2018. 8. 3.이고, 수동채권인 피고의 원고에 대한 현장관리비 정산금 채권의 이행기는 이 사건 아파트의 사용검사일인 2018. 8. 3.이다. 그렇다면 원고와 피고의 양 채권이 2018. 8. 3. 모두 이행기에 도래하여 상계적상에 있게 된다.

4) 따라서 피고의 원고에 대한 현장관리비 정산금 채권 130,621,920원은 원고의 피고에 대한 추가공사대금 채권 합계 166,371,177원 중 130,621,920원에 충당되어 소멸하고, 이로써 원고의 피고에 대한 추가공사대금 채권은 35,749,257원(= 166,371,177원 - 130,621,920원)이 남게 된다.

다. 소결론

따라서 피고의 반소청구에 대한 원고의 상계 항변에 따라 피고의 현장관리비 정산금 채권은 원고의 추가공사대금 채권과 상계되어 소멸하였으므로, 피고의 반소청구를 받아들이지 않는다.

4. 결론

그렇다면 피고는 원고에게 추가공사대금 35,749,257원과 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 다음 날인 2018. 11. 30.부터 피고가 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2022. 11. 10.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

원고의 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 본소청구는 이유 없어 이를 기각하며, 피고의 반소청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결 중 본소에 관한 부분은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 위와 같이 변경하고, 제1심판결 중 반소에 관한 부분은 이와 결론을 같이하였으므로 이에 대한 피고의 항소를 기각한다.

재판장 판사 마용주, 판사 임종효, 판사 주선아