

서울남부지방법원 2021. 5. 11 선고 2018가합112575(본소), 2020가합116600(반소) 판결
[공사대금 · 손해배상 청구의 소]

전 문

원고(반소피고)A 주식회사

소송대리인 법무법인 신율

담당변호사 정슬기, 차희정

피고(반소원고)B

소송대리인 법무법인(유한) 광장

담당변호사 연제현, 유혜인

변론 종결2021. 4. 13.

판결 선고2021. 5. 11.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 241,494,990원 및 이에 대하여 2020. 11. 13.부터 2021. 5. 11.까지 연 5%의, 2021. 5. 12.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 본소청구와 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
3. 소송비용 중 본소로 인하여 생긴 부분은 원고(반소피고)가 부담하고, 반소로 인하여 생긴 부분의 3/8은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게 622,600,000원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날부터 다 갚을 때까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소: 원고는 피고에게 832,150,000원 및 이에 대하여 2018. 9. 1.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 피고는 2016. 10. 11. 피고가 원고에게 서울 영등포구 C, D, E 지상 F 오피스텔 및 근생시설(이하 "이 사건 건물"이라고 한다)을 신축하는 사업(이하 "이 사건 사업"이라고 한다)을 위임하는 내용의 개발업무대행계약(이하 "이 사건 PM계약"이라고 한다)을 체결하였다. 이 사건 PM계약에 따라 원고가 수행하여야 하는 업무는 아래와 같다("을"은 원고를, "본 사업"은 이 사건 사업을, "갑"은 피고를 의미한다).

제3조(업무분담 및 협력의무)

2. "을"은 "본 사업"의 개발업무대행사(P.M)로서 다음 각 호의 업무를 수행한다.

- (1) 개발기획(사업방향 및 규모 조연 및 "갑"과 협의 결정) 및 사업타당성 분석
- (2) 건축인허가 업체(건축설계사무소) 추천
- (3) 시공("본 협약" 후 "을"과 도급계약체결 조건)
- (4) 대출금융기관 추천 및 대출금융기관으로부터 토지비 및 "본 사업" 관련 비용 "갑"을 대신해 대출 협의
- (5) "갑"이 대출금융기관으로부터 "본 사업" 관련 대출받는데 협력

(6) "본 사업" 분양 관련 일체의 업무(분양, 광고/홍보, 모델하우스 운영 등)

단, 분양가는 "갑"과 "을"이 분양시점에 상호 협의하여 결정함

(7) 모델하우스 "갑"에게 임대(방식은 협의 후 결정)

(8) 착공신고 및 분양신고 등 제반업무 대행

(9) 수분양자 관리, 입주관리, 준공 후 건물관리

(10) "본 사업" 관련 자금관리

(11) 기타 "본 사업" 시행 관련 업무 대행

나. 피고는 2016. 10. 29. G(원고 회사의 감사, 원고 회사의 대표이사 H의 친인척)와 아래와 같은 내용의 통화를 하였다.

피고: 예, 끝자리는 떼어주시고요, 말씀하신 대로 62억에 진행하기로 하겠습니다.

G: 예, 그래요, 제가 잘해서.

피고: 그러면 도장 찍을 거고, 예.

G: 잘 할게요, 예. 예.

피고: 예, 그리고 사장님, 제가 간절히. 약속을 해주실 거는 그 특약에 적지 못했는데 또 그것도 그냥 구두로 약속하신다고 하셔서.

G: 예, 맞아요, 저 한번 믿어보세요.

피고: 예, '일체 공사비 요구하지 않겠다.'

G: 예, 예.

(중략)

피고: 예, 그리고 그 외에 바닥에 좀 해달라고 하는 거는 할 수도 있고 안 할 수도 있지만 그것도 좀 적극 협조해주시고.

G: 예, 예, 알겠습니다.

피고: 예, 옥상층에 상부에 보일러 이런 거 하는 거는, 상층에 보일러 하는 거, 또 인테리어 조금 요구하는 거 그때 좀.

G: 아, 예, 예.

원고: 제가 좀 살 것이니까, 그것도 좀 잘 좀 해주세요.

G: 아이고, 염려 마십시오.

(중략)

피고: 그런데 그냥 사실 오늘 한 1억이라도 깎아달라 하는 부분은 그냥 좀 자존심의 문제였어요, 계속 좀 많이.

G: 제가 다른 부분으로 세이브 시켜드릴게요, 사모님.

피고: 정말이지요?

G: 아이, 그럼요, 저 한번 믿어보세요, 속는 셈치고.

다. 피고는 이 사건 사업과 관련하여 I(J건축사사무소)에게, 2016. 10.경 이 사건 건물의 설계를 의뢰하고(계약금액 부가가치세 별도 7,600만 원, 연면적 합계 4,272.41m²), 2016. 11.경 이 사건 건물의 공사감리를 의뢰하였다(계약금액 부가가치세 별도 7,600만 원, 연면적 4,272.41m²).

라. 원고와 피고는 2016. 11. 7. 피고가 원고에게 이 사건 건물의 신축공사를 계약금액 68억 2,000만 원, 착공연월일 2016. 12. 1., 준공예정일 2018. 9. 30.로 정하여 도급주는 내용의 공사계약(이하 "이 사건 공사계약"이라고 한다)을 체결하였다. 계약금액 중 부가가치세 6억 2,000만 원을 제외한 공사비 62억 원은 평당 공사비 450만 원, 면적 1,277평으로 계산한 공사비 57억 4,500만 원에 기계주차설치비 4억 5,500만 원을 더한 금액이다. 이 사건 공사계약에는 아래와 같은 내용이 포함되어 있다("갑"은 피고를, "을"은 원고를 의미한다).

제19조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)

① 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 "갑"은 설계를 변경하여야 한다.

② 제1항의 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 다음 각 호의 기준에 의하여 계약금액을 조정하며 필요한 경우 공사기간을 연장하거나 단축한다.

1. 증감된 공사의 단가는 산출내역서상의 단가를 기준으로 상호 협의하여 결정한다.
2. 산출내역서에 포함되어 있지 아니한 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가로

한다.

3. 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤 등은 산출내역서상의 율을 적용한다.

제21조(기타 계약내용의 변동으로 인한 계약금액의 조정)

① 제19조 및 제20조에 의한 경우 이외에 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정하며, 이 경우 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤 등은 산출내역서상의 율을 적용한다.

② 제1항과 관련하여 "율"은 제19조 및 제20조에 규정된 계약금액 조정사유 이외에 계약체결 후 계약조건의 미숙지 등을 이유로 계약금액의 변경을 요구하거나 시공을 거부할 수 없다.

마. 한편, 원고와 피고는 2016년경 대리사무신탁사인 주식회사 K(이하 "K"이라고 한다), 대주인 L은행 양재역지점(이하 "L은행"이라고 한다)과 함께 이 사건 사업을 원활하게 진행하기 위하여 사업약정 및 대리사무계약(이하 "이 사건 사업약정"이라고 한다)을 체결하였는데1), 주요내용은 아래와 같다("시공사"는 원고, "시행사"는 피고를 의미한다).

제3조(업무분담 및 협력의무)

② "시공사"는 "본 사업"의 시공자로서 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 공사기성금의 지급과 관계없이 공사완료기한 내 책임준공("본 약정서"에서 "책임준공"이라 함은 천재지변, 내란, 전쟁 등 불가항력적인 경우를 제외하고는 공사비 적기 지급 지연 또는 민원 등 여하한 이유로도 공사를 중단하거나 지연할 수 없고 예정된 기간 내에 소유권보존등기를 취득하는 것을 말함)

제4조(약정서 효력 및 개별계약체결)

② "본 약정서"는 계약당사자 전부 또는 일부를 당사자로 하여 체결하는 다음 각 호의 계약을 포함한 각종 계약에 우선하여 적용된다.

1. 공사수행을 위한 공사도급계약

제9조(공사도급계약의 체결)

① "시행사"와 "시공사"는 "본 약정서" 체결 및 사업 인허가 후 즉시 허가면적을 기준으로

공사도급계약을 체결하며, 도급공사금액은 금육십이억원정(₩6,200,000,000 / 부가세별도)으로

한다. 단, 물가변동에 따른 공사도급금액의 변경은 없기로 하며 평당 공사도급금액을 증액하는 경우에는 "본 약정서" 당사자 전원의 서면합의로 정한다.

⑤ 공사도급계약과 관련한 세부사항은 "시행사"와 "시공사"간에 체결하는 공사도급계약에서 정하기로 한다.

제10조(책임준공)

② "시공사"는 제1항에 따른 공사기간 내에 건축물을 "책임준공"하여야 하며 공사비 지급의 지연, 민원 등을 이유로 공사를 중단할 수 없다. (단서 생략)

③ "시공사"는 "본 사업"의 준공에 필요함에도 불구하고 "시공사"의 도급 및 업무범위에서 제외된 추가공사에 대하여는 "시행사"와 협의하여 공사를 진행하되, "본 사업"의 준공에 지장이 없도록 조치하여야 한다.

제13조(설계변경)

① "본 사업" 건축물에 대한 설계변경은 "시행사"가 "시공사"와 협의하여 수행한다.

③ 설계변경에 대한 책임은 "시행사"와 "시공사"가 부담하며, 제12조의 감리업체가 타당하다고 인정하는 경미한 설계변경을 제외한 일체 변경사항은 "L은행"의 승인을 득하여야 한다. 또한, 설계변경으로 인한 공사대금의 변경은 인정하지 아니하며, 설계변경에 따른 공사대금의 정산은 "L은행" 대출금 상환 후 "시행사"와 "시공사"가 상호 정산하여야 한다.

바. 이 사건 건물은 2018. 8. 30. 사용승인을 받았고, 사용승인 당시 이 사건 건물의 연면적 합계는 4,289.24m²이다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3호증, 을 제1 내지 3, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고는 ① 철거공사(예상하지 못한 폐기물, 석면의 발견, 인접건물의 붕괴위험, 현장 특성 등으로 인한 인력투입, 장비설치), ② 토목공사(예상하지 못한 폐기물 처리, 계약에서 누락된 후면도로 아스콘 포장, 전면도로 보도블럭 공정 추가), ③ 건축공사(건축법상 연면적에서 제외된 면적에 대한 시공, 계약에서 누락된 신재생에너지시설 설치, 설계변경으로 인한 엘리베이터 추가설치, 건축주의

요청으로 인한 15층 세대 공사, 동절기 한파 등으로 인한 추가 가설공사비 등), ④ 전기공사(설계 변경 및 누락으로 인한 발전기용량변경 등), ⑤ 설비공사(건축주의 요청으로 위생기구 설치공사, 설계 누락 및 변경으로 인한 우수처리시설 급배기덕트 설치공사 등)를 추가로 수행하였고, 이에 따라 622,600,000원의 추가공사대금이 발생하였다. 이 사건 공사계약 제19조, 제21조에 따라 피고는 원고에게 추가공사대금 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 관련 법리

총 공사대금을 정하여 체결한 공사도급계약의 경우 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인에게 당초 공사대금을 초과하는 금액을 공사대금으로 지급할 의무가 없고, 다만 수급인이 본 계약내용에 없는 추가공사를 하였다면 그에 대한 추가공사비를 지급할 수 있을 뿐이다. 공사계약상 계약금액의 증감을 도급인과 수급인이 협의하여 결정하도록 정하고 있다면 공사내용의 변경, 추가로 인한 추가공사비의 지급을 위해서는 준공된 공사의 내용에 당초 계약에 없던 추가공사가 있었고 그에 관한 합의가 있었음이 전제되어야 한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005다63870 판결 등 참조).

다. 추가공사대금 청구 가능성에 관한 판단

1) 갑 제2호증, 을 제5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 따라 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정에 비추어 이 사건 공사계약은 총 공사대금을 정하여 체결한 것으로 원고와 피고가 협의를 거쳐 공사금액을 조정할 수 있음을 알 수 있다. 따라서 당초 이 사건 공사계약의 범위를 벗어나는 추가공사가 있었고 추가공사 수행 및 추가공사대금 지급에 관한 원고와 피고의 합의가 있었다면, 원고는 피고에게 추가공사대금의 지급을 청구할 수 있다.

① 원고와 피고는 이 사건 공사계약에서 별도 내역서를 첨부하지 아니하고 총 공사금액을 62억 원(부가가치세 별도)으로 정하였다.

② 이 사건 공사계약에서는 '설계서의 내용에 누락이 있을 때 또는 시공에 관하여 예기치 못한 상태가 발생하여 추가시설물의 설치가 필요한 때 설계를 변경하고 이러한 설계변경으로 공사량의 증감이 발생한 경우 증감된 공사의 단가를 상호 협의하여 결정하는 등 계약금액을 조정하고(제19조), 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정할 필요가 있는 경우 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정한다(제21조)'라고 정하고 있는데, 원고가 일방적으로 계약금액을 조정할 수 있도록 한 것이라고

보기는 어렵다.

③ 이 사건 공사계약보다 우선하여 적용되는 이 사건 사업약정에서는 '설계변경은 원고와 피고가 협의하여 수행하는데, 경미한 설계변경을 제외한 일체 변경사항은 L은행의 승인을 얻어야 하며(제13조 제1항, 제3항), 원고는 추가공사에 대하여 피고와 협의하여 공사를 진행한다(제10조 제3항)'라고 정하여, 설계변경 및 추가공사에 관하여 원고가 단독으로 결정할 수 없고 원고와 피고가 협의하여야 함을 명시하였다.

2) 한편 피고는, 원고와 피고가 이 사건 공사계약과 관련하여 62억 원 외에는 추가공사비가 없음을 구두로 약정하였고, 원고는 피고로부터 이 사건 사업에 관한 업무를 일괄 위임받은 자로서 단순한 시공의무를 넘어 소위 턴키계약(설계·시공 일괄계약)에서 수급인과 유사한 책임을 부담하여, 이 사건 건물을 62억 원 범위 내에서 준공할 책임준공의 의무가 있으므로, 원고가 추가공사대금의 지급을 청구할 수 없다고 주장한다.

을 제1, 4, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 비추어, 원고 측과 피고의 2016. 10. 29. 통화 시 피고가 '62억 원에 진행할 것, 일체의 공사비를 요구하지 아니할 것'을 말하자 원고 측에서 '예'라고 답하였고, 피고가 원고에게 이 사건 사업에 관한 '건축인허가 업체(건축설계사무소) 추천' 업무 등을 위임하였으며(이 사건 PM계약 제3조 제2항 제2호), 이 사건 사업약정에 원고의 책임준공의무(제3조 제2항 제1호, 제10조), 물가변동에 따른 공사금액 변경은 없다는 내용(제9조 제1항 단서), 설계변경으로 인한 공사대금 변경은 인정하지 아니한다는 내용(제13조 제3항 2문)이 포함되어 있음을 알 수 있다. 그러나 아래와 같은 사정까지 종합하면 원고와 피고가 이 사건 공사계약에서 공사금액을 62억 원으로 한정하고 일체의 추가공사대금 지급을 허용하지 아니한 것으로는 보기 어렵다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

① 원고 측과 피고의 2016. 10. 29. 통화는 이 사건 공사계약이 서면으로 체결되기 전의 것으로 이를 근거로 이 사건 공사계약에 관한 처분문서인 계약서의 문언을 효력을 부인할 수 없다.

② 을 제2호증의 각 기재, 이 법원의 사실조회에 대한 M(J건축사사무소)의 회신결과, 변론 전체의 취지에 따르면 J건축사사무소가 피고로부터 가설계 의뢰를 받아 가설계를 한 후 피고와 협의를 거쳐 설계안을 확정하고 설계계약을 체결함으로써 이 사건 건물 신축공사의 설계를 담당하게 되었는바,

피고가 J건축사사무소를 추천한 것을 넘어 이 사건 건물의 설계와 시공을 일괄하여 담당하였다고 볼 수 없다.

③ 원고의 책임준공의무는 이 사건 사업약정 제3조 제2항 제1호에 정의된 바와 같이 공사비 지급 지연, 민원 등을 이유로 공사를 중단하거나 지연할 수 없고 예정된 기간 내에 소유권보존등기가 이루어져야 한다는 의미로, 원고가 피고에 대하여 추가공사비의 지급을 청구하는 것을 원천적으로 배제하는 의미로 이해할 수는 없다.

④ 비록 이 사건 사업약정이 이 사건 공사계약에 우선하여 적용되지만(이 사건 사업약정 제4조 제2항), 이 사건 사업약정 제13조 제3항은 설계변경으로 인한 공사대금의 변경을 인정하지 아니한다고 하면서도, 설계변경에 따른 공사대금은 L은행 대출금 상환 후 원고와 피고가 상호 정산하여야 한다고 정하고 있는바, 이는 설계변경으로 인한 공사대금 변경이 가능하되 이로써 L은행에게 대항할 수 없는 것이라고 해석함이 타당하다.

라. 개별적인 공사내역에 관한 판단

1) 먼저 건축공사 중 건축법상 연면적에서 제외되었지만 실제로는 시공하여야 하는 면적 781.13m²(236.29평)에 대한 추가공사대금 청구에 관하여 살피건대, 건축법상 면적은 필로티, 승강기탑, 계단탑, 정화조, 기계실, 전기실 등을 제외하고 산정하고(건축법 제84조, 동법 시행령 제119조), 갑 제2, 6호증, 을 제5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 따르면 이 사건 공사계약에서는 단순히 평당 금액만을 기재하였으나 이 사건 사업약정 제9조 제1항 본문에서 원고와 피고가 허가면적을 기준으로 공사도급계약을 체결한다고 정한 점, 이 사건 사업약정에 기재된 연면적보다 이 사건 공사계약에 관한 계약서에 표기된 연면적이 더 넓음에도 건물 공사계약금액은 변동이 없는 점, 원고가 추가로 시공하였다는 면적이 이미 도면에 표시되어 있는 점, 원고와 피고가 계약금액을 정함에 있어 바닥면적이 아닌 연면적을 기준으로 삼은 점을 알 수 있다. 그렇다면 원고와 피고는 실제 시공면적이 아닌 건축법상 허가면적을 기준으로 이 사건 공사계약의 공사금액을 정한 것으로 보이고, 건축법상 연면적에서 제외된 부분에 대한 시공이 이 사건 공사계약의 범위를 벗어난 것이라고 인정할 증거가 없으므로, 건축법상 연면적에서 제외된 부분에 대한 시공이 추가공사에 해당한다고 볼 수 없다.

2) 다음으로 건축주의 요청으로 인한 창호공사 및 15층 세대 공사(건축공사)와 위생기구, 급수급탕배관, 오배수배관, SP헤드, 알람벨브 추가공사(설비공사)에 따른 청구에 관하여 살피건대, 을 제4호증의 기재와 변론 전체의 취지에 비추어 15층 세대 공사는 피고가 직접 거주하기 위하여 이 사건 공사계약 체결 전에 시공을 약속하였던 것임을 알 수 있다. 그런데 이 부분 시공은 15층 세대 공사에 관한 것이어서 이미 예정되어 있었던 시공으로 보이고, 이에 관하여 이 사건 공사계약 체결 이후에 피고의 새로운 요청이 있었다고 인정할 증거가 없으므로, 위 건축공사 및 설비공사 역시 추가공사에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 원고가 추가공사라고 주장하는 나머지 철거공사, 토목공사, 건축공사, 전기공사, 설비공사의 경우에는 예기치 못한 상황의 발생, 설계누락 및 변경으로 인하여 원고가 추가로 시공한 것이라고 볼 여지가 있으나, 이 법원의 사실조회에 대한 M(J건축사사무소)의 회신결과 및 변론 전체의 취지에 비추어 원고가 이 부분 시공을 함에 있어 설계누락 및 변경에 관하여 피고와의 협의를 거쳤는지 여부가 불분명하고, 달리 피고가 이 부분 시공을 보고받거나 지시, 협의, 승인함으로써 추가공사 수행 및 추가공사대금 지급에 관하여 합의하였다는 사실을 인정할 만한 증거가 없다.

마. 소결

원고는 이 사건 사업약정, 이 사건 공사계약에 따라 피고와 추가공사에 관하여 합의한 경우에 한하여 추가공사대금의 지급을 청구할 수 있는 것인데, 원고와 피고 사이에 원고가 추가로 공사하는 부분의 내역 및 그에 대한 추가공사대금의 계산방법이나 금액에 관한 합의가 있었다고 볼 수 없으므로, 원고의 추가공사대금 청구는 이유 없다.

3. 반소 청구에 관한 판단

가. 피고의 주장

피고는 이 사건 건물의 설계변경을 승인한 바가 없으므로 건축허가도면을 기준으로 하자 여부를 판단하여야 하고, 이에 따르면 원고가 이 사건 건물의 각종 공사를 미시공하였거나 시공하였더라도 임의변경시공 내지 부실시공을 하는 등으로 이 사건 건물의 하자가 발견되었으므로, 원고는 피고에게 감정에 따른 하자보수비용 832,150,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 하자의 존재 여부에 관한 판단

1) 하자 판단 기준이 되는 도면에 관한 판단 신축건물에 하자가 발생하였는지 여부는 공사시공자가 건축법 및 위 법에 따른 명령이나 처분, 그 밖의 관계 법령에 맞지 아니하거나 공사의 여건상 불합리하다고 인정되는 사항이 아님에도 건축주나 공사감리자의 동의도 받지 않은 채 임의로 설계도서를 변경한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공사시공자와 건축주 사이의 명시적 또는 묵시적 합의에 의한 설계변경을 거쳐 최종적으로 확정된 도면을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다92866 판결 등 참조).

원고는, 준공도면이 아닌 건축허가도면을 기준으로 하자 여부를 판단한 감정인 N의 감정결과가 부당하다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 건물의 설계변경에 관하여 원고와 피고의 합의가 있었다고 볼 수 없는 이상, 원고와 피고가 합의한 공사내용은 이 사건 공사계약 체결 시점에 근접하여 작성된 건축허가도면을 기준으로 보는 것이 타당하다. 그렇다면 건축허가도면을 기준으로 하자 여부를 판단하였다는 것만으로는 감정인 N의 감정결과가 부당하다고 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장을 받아들이지 아니한다.

2) 개별 하자 항목에 관한 판단 건축물의 하자라고 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 당사자 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 등 참조). 한편 감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2004다70420, 70437 판결 등 참조).

원고는, 피고가 주장하는 미시공 또는 변경시공으로 인하여 이 사건 건물에 기능상 하자가 발생하거나 사용수익상 장애가 발생하지 아니하였고, 아래 표 '주장 요지'란 각 기재와 같이 감정에 따른 각 해당 항목은 하자에서 제외되어야 한다고 주장한다. 이에 관한 판단은 아래 표 '판단'란 각 기재와 같다.

1. 담장 및 미장 미시공	기존 담장이 존재할 시 추가 설치가 불가능한 것이므로 미시공이 아닌 시공불가이다.옹벽두께 증가로 변경시공한 것이므로 대체시공비를 고려하여야 한다.	[인정 - 하자 제외]인접대지 경계선상에 이미 블록 담장이 설치되어 있고[감정인 N의 2020. 8. 20.자 감정 결과(이하 "감정"이라고 한다) 제34쪽], 달리 추가 담장 설치가 필요한 사정이 보이지 아니하므로, 미시공으로 인한 구조적·기능적 결함이 존재한다고 보기 어렵다.[배척]흡음판 미설치로 기능적 결함이 존재하는 것으로 보이고, 옹벽두께 증가로 흡음판 설치와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.강관비계서치비가 차감되어야 한다는 점을 확인할 수 있는 자료가 없다.
----------------	---	---

1. 담장 및 미장 미시공	기존 담장이 존재할 시 추가 설치가 불가능한 것으므로 미시공이 아닌 시공불가이다.옹벽두께 증가로 변경시공한 것으므로 대체시공비를 고려하여야 한다.	[인정 - 하자 제외]인접대지 경계선상에 이미 블록 담장이 설치되어 있고[감정인 N의 2020. 8. 20.자 감정 결과(이하 "감정"이라고 한다) 제34쪽], 달리 추가 담장 설치가 필요한 사정이 보이지 아니하므로, 미시공으로 인한 구조적·기능적 결함이 존재한다고 보기 어렵다.[배척]흡음판 미설치로 기능적 결함이 존재하는 것으로 보이고, 옹벽두께 증가로 흡음판 설치와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.강관비계서치비가 차감되어야 한다는 점을 확인할 수 있는 자료가 없다.
2. 기계식 주차장 흡음판 미시공	흡음판 시공은 기계식주차장 시공완료 후 리프트를 이용한 시공이므로 강관비계설치비는 차감사유이다.	[배척]흡음판 미설치로 기능적 결함이 존재하는 것으로 보이고, 옹벽두께 증가로 흡음판 설치와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.강관비계서치비가 차감되어야 한다는 점을 확인할 수 있는 자료가 없다.
3. 기계식 주차장 폼타이 미제거 및 면처리 불량	허가도면상 폼 타이 제거나 면처리 관련 명기사항이 없다.흡음판 설치 시 면정리는 불필요하다.	[인정 - 하자 제외]도면상 폼타이제거나 면처리가 명기되어 있는지 확인되지 아니한다.흡음판 설치 시 면정리는 불필요한 것으로 보이고, 흡음판 미설치에 관한 부분은 2번 항목에서 판단하였다.
4. O, P, Q 미시공 및 시공불량	식재변경 및 수량변경은 구청과 협소한 사항으로 준공도면에 반영되었다.	[배척]식재변경 등에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 잔디가 심어져 있지 아니하거나 목재데크가 설치되어 있지 아니하여(감정 제36, 37쪽) 품질을 제대로 갖추지 못한 것으로 보인다.
5. 지상 및 옥상 인공조경지반 높이 부족	지상층은 4번 항목에서 적용되었고, 옥상층은 조경위치별 높이차이로 차별 적용하였다.	[인정 - 하자 제외]원고의 주장을 확인할 자료는 없다.다만, 도면상 90cm로 되어있는 화단 높이가 50cm로 시공된 것만으로(감정 제37쪽) 구조적·기능적 결함을 인정하기 어렵다.
8. 지상 및 옥상 수층 변경 및 부족시공	식재변경 및 수량변경은 구청과 협소한 사항으로 준공도면에 반영되었다.	[배척]식재변경 등에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 수량 부족이 현저하여 품질을 제대로 갖추지 못한 것으로 보인다.
9. 지상 및 옥상 수목 고사	조경수에 대한 하자보수기간 종료시까지 고사한 품목은 하자처리 예정이다.	[배척]조경에 대한 하자담보책임기간은 2년인데(이 사건 공사계약, 건설산업기본법 제28조, 동법 시행령 별표4), 준공일로부터 2년 내 실시한 현장조사에서 일부 식재의 고사가 확인하였다(감정 제38쪽).
11. 지상 및 옥상 조경시설물 미시공 및 부족	의자의 옥상 조경시설물은 구청과 협소한 사항으로, 준공도면에 반영되었다.	[배척]조경시설물 삭제에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 다수 시설물이 설치되지 아니하여(감정 제39쪽) 품질을 제대로 갖추지 못한 것으로 보인다.
12. 옥상정원 목재 포장 미시공	시설물과 면적의 표기가 명확하지 아니하다.	[배척]목재 데크 자체가 설치되어 있지 아니하여(감정 제40쪽), 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.
13. 옥상정원 디딤석 변경시공	디딤석 두께에 대한 사양 등이 명기되어 있지 아니하다.	[인정 - 하자 제외]도면보다 작은 규격으로 시공된 것만으로(감정 제40쪽), 구조적·기능적 결함을 인정하기 어렵다.
15. 오배수관 규격 부족	구청 담당자와 협의하였고, 규격이 부족하다면 사용승인이 안 된다.	[인정 - 하자 제외]피고가 촬영한 사진으로 판단한 것이어서(감정 제41쪽) 도면보다 작은 규격으로 시공되었다고 단정할 수 없고, 사용승인을 받은 이상 구조적·기능적 결함이 존재한다고 보기 어렵다.
16. 옥외	고정구조물의 표기가	[배척]도면과 달리 미시공된 것이 확인되고(감정 제41쪽), 감정인의 판단이

1. 담장 및 미장 미시공	기존 담장이 존재할 시 추가 설치가 불가능한 것으므로 미시공이 아닌 시공불가이다.옹벽두께 증가로 변경시공한 것으므로 대체시공비를 고려하여야 한다.	[인정 - 하자 제외]인접대지 경계선상에 이미 블록 담장이 설치되어 있고[감정인 N의 2020. 8. 20.자 감정 결과(이하 "감정"이라고 한다) 제34쪽], 달리 추가 담장 설치가 필요한 사정이 보이지 아니하므로, 미시공으로 인한 구조적·기능적 결함이 존재한다고 보기 어렵다.[배척]흡음판 미설치로 기능적 결함이 존재하는 것으로 보이고, 옹벽두께 증가로 흡음판 설치와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.강관비계서치비가 차감되어야 한다는 점을 확인할 수 있는 자료가 없다.
광고물 고정구조 미시공	없다.옥외광고물은 건축물 준공 후 진행되는 과정이므로 사전설치 불가하다.	현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.준공 후에도 설치되지 아니한 상태이다.
18. 방재실 미시공	준공도면에는 삭제되었다.	[배척]방재실 삭제에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.
19. 각층 DA 미시공	면적증가로 이익이 발생하였고, DA 기능은 별도의 공간으로 확보함으로써 기능적인 면에서 사용상 문제가 없다.	[배척]도면과 달리 미시공된 것이 확인되고(감정 제43쪽), 당초 도면대로 시공하였을 경우와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.
20. 근린생활시설 칸막이 및 창호 미시공	건축주의 요청으로 미시공 처리하였다.	[배척]피고의 요청 사실을 인정할 증거가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.
21. 남녀화장실 내부칸막이 미시공	장애인법에 저촉되어 R협회와 협의를 거쳐 변경시공한 것이다.	[배척]기존 도면의 어떠한 부분이 장애인법에 저촉되는지 확인할 자료가 없고, 변경시공에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없다.
22. 1층 계단실 콘크리트구조물 미시공 및 출입문 임의 변경시공	유리창호 시공으로 인한 공사비는 제외되어야 하고, 방화문의 위치변경은 기능상 이상이 없다.	[배척]유리창호 시공 및 방화문 위치변경에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 당초 도면대로 시공하였을 경우와 동일한 기능을 한다고 볼 자료가 없다.
23. 1층 주차장 투수블럭 미시공	구청의 요구사항을 수용한 것이고 미이행시 사용승인 불가하다.	[배척]도면에 투수블럭이 표기되어 있으나 아스콘으로 변경시공한 사실이 확인되고(감정 제44쪽), 사용승인을 위한 필수적인 변경인지 확인할 자료가 없다.
24. 1층 자전거 거치대 미시공	관리 차원에서 철거되었다.	[배척]철거에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.
25. 각층 오피스텔 욕실 PD 미시공	불필요 또는 사용상 현저한 기능저하로 시공 변경하였다.화장실 면적증가로 인한 분양 이익과 타일면적 증가로 인한 비용이 고려되어야 한다.	[배척]시공변경에 관하여 피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 불필요한 사항인지 확인할 자료가 없다.변경시공으로 인한 이익을 확인할 자료가 없고, 협의되지 아니한 변경시공으로 인한 비용을 고려하여야 한다고 보기 어렵다.
26. 각층 TPS 폼타이 미제거 및 면처리 불량	마감상세에는 표기되어 있지 아니하다.	[인정 - 하자 제외]도면상 폼타이제거나 면처리가 명기되어 있는지 확인되지 아니한다.
27. 각층 외벽 화강석 미시공	동일현장 외벽 화강석 시공 관련 하도급 계약단가 적용하여야 한다.	[배척]관련 하도급 계약단가를 확인할 수 있는 자료가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.

1. 담장 및 미장 미시공	기존 담장이 존재할 시 추가 설치가 불가능한 것으므로 미시공이 아닌 시공불가이다.옹벽두께 증가로 변경시공한 것으므로 대체시공비를 고려하여야 한다.	[인정 - 하자 제외]인접대지 경계선상에 이미 블록 담장이 설치되어 있고[감정인 N의 2020. 8. 20.자 감정 결과(이하 "감정"이라고 한다) 제34쪽], 달리 추가 담장 설치가 필요한 사정이 보이지 아니하므로, 미시공으로 인한 구조적·기능적 결함이 존재한다고 보기 어렵다.[배척]흡음판 미설치로 기능적 결함이 존재하는 것으로 보이고, 옹벽두께 증가로 흡음판 설치와 동일한 수준의 기능을 갖추었다고 인정할 자료가 없다.강관비계서치비가 차감되어야 한다는 점을 확인할 수 있는 자료가 없다.
28. 각종 승강장 PS 미시공	소화전함 매립시공으로 필요성을 상실하였다.승강장 면적증가 및 사용상 편의증진에 대한 이익이 발생하였다.	[배척]필요성 상실 여부를 확인할 자료가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.이익 발생 여부를 확인할 자료가 없다.
29. 각종 날개벽 콘크리트 구조물 미시공	표기되어 있지 아니하다.각층 실외기 바닥형틀 설치 및 방수턱, 스텐레스 난간대 설치 비용은 추가발생금액을 산정하여야 한다.	[배척]도면에 표기되어 있음에도 미시공된 사실이 확인되고(감정 제47쪽), 감정인의 판단이 특별히 불합리하다고 보이지 아니한다.피고와 협의되지 아니한 변경시공에 따른 비용을 고려하여야 한다고 보기 어렵다.
37. 각종 장애인시설 미시공 및 변경시공	구청과 협의하여 진행하였다.	[배척]피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 장애인에 대한 편의 기능이 저하된 것으로 보인다.
38. 방화문 방화용 도어체크 미시공	필수사항이 아니고, 도면에 명기되어 있지 아니하다.	[배척]도면에 방화문 도어체크로 표기되어 있음에도 미시공된 사실이 확인되었고(감정 제51쪽), 감정인의 판단이 특별히 불합리하다고 보이지 아니한다.
41. 각종 단열재 재료변경 및 두께 부족	내부 외벽 부분 내단열 시공한 점을 고려하여야 한다.	[배척]내부 외벽 부분 내단열의 시공 여부와 그 기능을 확인할 수 있는 자료가 없다.
43. 옥탑층 화강석 구조물 미시공	마감상세에는 표기되어 있지 아니하다.	[배척]도면에 표기되어 있음에도 미시공된 사실이 확인되고(감정 제53쪽), 감정인의 판단이 특별히 불합리하다고 보이지 아니한다.
44. 옥탑층 난간 미시공	옥탑층 오피스텔 복층형 구조로 변경하여 공용공간의 기능을 상실하였다.	[배척]구조 변경을 확인할 수 있는 자료가 없다.
45. 지상1층 옥외 콘크리트벽 미시공	건축주와 협의를 거쳐 변경시공한 것이다.	[배척]피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.
46. 옥탑층 화단 길이 오시공	구청 조경담당자와 협의 하에 건축주와 협의하여 변경한 것이다.	[배척]피고와 협의한 사실을 인정할 증거가 없고, 감정인의 판단이 현저히 불합리하다고 보이지 아니한다.

다. 손해배상액의 범위에 관한 판단

1) 하자로 인한 손해액 원고는 미시공 및 변경시공으로 인한 피고의 손해액은 재시공 보수공사비가 아닌 미시공 및 변경시공으로 절감된 재료비, 노무비, 경비 등 직접공사비로 한정되어야 한다고 주장한다. 그러나 건설원가는 건설목적물을 취득하는 과정에서 소요되는 직접 또는 간접비용을 모두 포함하는 것이고, 간접비는 시공을 위하여 공통적으로 소요되는 법정 경비 및 기타 부수적인 비용이므로, 이를 하자보수비용 산정에 있어서 제외하여야 할 특별한 이유가 없다. 그렇다면 간접비용을 포함하여 산정한 감정인 N의 감정결과가 부당하다고 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장을 받아들이지 아니한다.

감정인 N의 2020. 8. 20.자 감정결과에 따르면, 앞서 살펴본 바와 같이 하자로 보기 어려운 항목을 제외한 이 사건 건물의 하자보수비용은 별지 보수공사비 집계표와 같다. 이에 따라 이 사건 건물의 하자로 인한 피고의 손해액은 804,983,300원이다.

2) 책임제한 손해배상 사건에서 책임제한은 신의성실의 원칙, 형평의 원칙, 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념의 견지에서 이루어지는 것이다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결, 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결 등 참조).

앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 설계, 시공, 감리 등 업무를 사실상 주관하면서 공사의 주체적인 역할을 수행한 반면 피고는 이 사건 건물 신축공사의 총 공사대금만을 정한 채 세부적인 사항을 면밀하게 확인하지 아니하고 공사 중에도 관리, 감독을 제대로 하지 아니한 것으로 보이는 점, ② 건축공사에 관한 하자 항목의 대부분이 설계변경으로 인한 미시공 또는 변경시공과 관련되는데, 피고가 설계변경으로 인한 추가 공사대금 지급에 관하여 합의하지 아니하였더라도, 피고 스스로 원고의 턴키유사책임을 주장하고 준공도면에 따라 사용승인이 이루어지는 등 설계변경 자체가 공사 과정에서 크게 문제되지 아니한 것으로 보이는 점, ③ 앞서 살펴본 하자로 인하여 이 사건 건물의 기능 및 사용수익성이 크게 저하되었다고 보기 어려운 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합적으로 고려하였을 때, 원고가 피고에게 배상하여야 할 손해액은 신의성실의 원칙, 공평의 원칙 등에 따라 위에서 인정한 하자보수비용의 30%인 241,494,990원(= 804,983,300원 × 30%)으로 제한함이 타당하다.

라. 소결

원고는 피고에게 이 사건 건물의 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 241,494,990원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 다음 날임이 기록상 분명한 2020. 11. 13.부터 원고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 2021. 5. 11.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날인 2021. 5. 12.부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

피고는 위 돈에 대하여 이 사건 건물의 준공 다음 날인 2018. 9. 1.부터 지연손해금을 구하나, 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무는 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있다 할 것인데 피고가 이 사건 반소 청구 전에 원고에게 하자보수비용을 청구하였다는 사실을 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 2020. 11. 13. 전의 지연손해금 청구 부분은 이유 없다.

4. 결론

피고의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고의 본소청구 및 피고의 나머지 반소청구는 각 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이영풍

판사김현주

판사강창호

별지

1) 사업개요에 기재된 이 사건 건물의 연면적은 4,181.51㎡이고, 원고와 피고가 공사도급계약을 체결하기로 하는 내용이 포함되어 있으므로 이 사건 사업약정은 이 사건 공사계약 전에 이루어졌음을 알 수 있다.