

서울동부지방법원 2024. 10. 11 선고 2021가합113476(본소), 2021가합114691(반소) 판결
[정산금 청구의 소 · 공사대금]

전 문

원고(반소피고) A 주식회사
소송대리인 법무법인 예현
담당변호사 이계형, 정무건, 김지효

피고(반소원고) 주식회사 B
소송대리인 법무법인 수호
담당변호사 이영대, 김지수, 김양만
소송대리인 법무법인 트리니티
담당변호사 최원석, 최예나
변 론 종 결 2024. 8. 23.
판 결 선 고 2024. 10. 11.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 1,418,217,616원 및 이에 대하여 2021. 11. 10.부터 다
값는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의 반소청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

1. 본소

피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고만 한다)에게 1,430,034,665원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 반소

원고는 피고에게 100,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고는 주식회사 C 등과 공동수급체를 구성하여 2014. 4. 4. 한국도로공사로부터 수도권 제2순환 고속도로 D 간 건설공사(E공구)를 수주하였고, 2015. 6. 15. 피고에게 위 공사 중 F의 굴착 및 공동구 공사를 포함하는 토공 및 구조물공사(I)를 공사기간 2015. 6. 15.부터 2020. 12. 31.까지, 계약금액 31,333,500,000원(부가가치세 포함, 이하 같다)으로 하여 하도급하였다(이하 ‘이 사건 하도급계약’이라고 하고, 피고가 계약 부속서류로 제공받아 확인함으로써 이 사건 하도급계약의 내용으로 편입된 ‘현장설명서’ 중 ‘별첨1. 현장특기사항’ 제5, 6항을 ‘이 사건 특약’이라고 한다). 이 사건 하도급계약 및 이 사건 특약의 내용 중 이 사건과 관련된 주요 부분은 아래와 같다.

건설공사표준하도급계약서

1. 발 주 자: 한국도로공사수도권건설사업단

원도급공사명: 수도권 제2순환고속도로 D간 건설공사 E공구

2. 하도급공사명: 토공 및 구조물공사(I)

3. 공 사 장 소: 경기도 양평군 G

4. 공 사 기 간: 착공 2015. 6. 15.

준공 2020. 12. 31.

5. 계약금액: 31,333,500,000원

○ 공급가액: 28,485,000,000원

○ 부가가치세: 2,848,500,000원

당사자는 위 내용과 별첨 공사하도급 계약조건, 설계도, 시방서 책에 의하여 이 공사하도급 계약을 체결하고 계약서 2통을 작성하여 기명날인 후 각각 1통씩 보관한다.

건설공사 하도급계약서(본문)

제2조(계약변경)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 원사업자와 수급사업자는 상호 합의하여 이 계약 및 개별계약의 내용을 서명 또는 기명날인한 서면으로 변경할 수 있다.

1. 합리적이고 객관적인 사유가 발생하여 부득이하게 계약변경이 필요하고, 이를 원사업자와 수급사업자가 모두 인정하는 경우

② 계약의 변경으로 공사내용, 공사기간, 공사물량 등이 변경되어 하도급대금의 조정이 필요한 경우, 원사업자와 수급사업자는 협의하여 계약내용의 변경에 따른 하도급대금을 합리적으로 조정한다. 다만, 원사업자는 공사내용 등이 변경되기 전에 수급사업자가 이미 수행한 부분은 정산하여 지급한다.

제9조(계약금액 등의 결정)

① 원사업자는 이 계약 외에 추가로 공사를 위탁하는 경우 공사목적물의 내용, 물량, 지식재산권 소유, 인건비, 관리비, 물가, 적정 수익 등을 고려하여 합리적으로 수급사업자와 협의하여 하도급대금을 정한다.

제21조(설계변경 등에 따른 계약금액의 조정)

① 원사업자는 이 계약 체결 후 발주자의 요청 혹은 자신의 설계변경 등을 이유로 대금을 증액받은 경우에 같은 이유로 수급사업자 목적물의 완성에 추가비용이 든다면 그가 받은

추가금액의 내용과 비율에 따라 계약금액을 증액한다. 발주자로부터 감액을 받은 경우에는 그 내용과 비율에 따라 계약금액을 감액할 수 있다.

⑥ 원사업자의 지시에 따라 공사량이 증감되는 경우 원사업자와 수급사업자는 공사시공 전에 증감되는 공사량에 대한 대금 및 공사기간 등을 확정한다. 다만, 긴급한 상황이나 사전에 대금을 정하기가 불가능할 경우에는 원사업자와 수급사업자는 서로 합의하여 시공 완료 후 즉시 대금 및 적정 공사기간 등을 확정한다.

현장설명서

별첨1. 현장특기사항

5. 자재관리

1) 지급자재

- 설계수량(할증 포함) 외 추가수량에 대하여는 수급인의 부담으로 시행한다.
- 추가수량은 도급인이 지급하고 도급인의 구입 단가를 적용하여 기성에서 공제한다(공제는 매회 기성지급 시마다 시행한다).
- 철근고재는 할증수량만큼 정산한다.

6. 공사관리

2) 터널공사

- 터널 굴착 시 발생하는 설계여굴량 초과 굴착에 따른 추가비용은 수급인이 부담한다(굴착, 버력 처리, 사토 처리, 숏크리트, 터널 바닥정리, 도상콘크리트 등).
- 도급인은 수급인이 터널 굴착 시 설계여굴을 초과하여 굴착한 수량에 대해, 향후 라이닝 콘크리트 타설 시 추가 소요되는 자재비(레미콘) 및 타설비에 해당되는 비용을 굴착 공종에서 매월 기성 공제한다(내공측량자료 기준으로 공제).

나. 원고와 피고는 2016. 1. 8.부터 2021. 1. 28.까지 9차례에 걸쳐 이 사건 하도급계약의 변경계약을 체결하였다. 위와 같은 변경계약을 통하여 H의 굴착 공사가 이 사건 하도급계약의 공사 내용으로 추가되고(2017. 1. 11.자 2차 변경계약, 계약금액 7,756,210,000원 증액), 이 사건 하도급계약의 계약금액이 최종 55,601,700,000원으로 변경되었다.

다. 이 사건 하도급계약의 공사 내용 중 F 및 H의 굴착 및 공동구 공사(이하 ‘이 사건 공사’라고 한다)는 발파에 의한 굴착 방식으로 이루어졌고, 그 구체적인 공정은 ① 막장면의 암질 확인(암석의 강도, 절리면의 상태, 지하수 유입 여부 등), ② 암질을 고려한 천공 및 장약(裝藥), ③ 장약 발파, ④ 버력 처리(발파로 인하여 발생한 폐석인 버력을 막장 바깥으로 옮겨 정리하는 작업), ⑤ 여굴(발파 시 터널면을 초과하여 굴착되는 부분) 채움, ⑥ 록볼트 설치, ⑦ 숏크리트 처리의 순서로 진행되었다. 그런데 이 사건 공사기간 중 당초 설계한 암질과 상이한 암질이 지속적으로 확인되었고, 피고는 매 발파 때마다 원고와 한국도로공사로부터 막장면의 암질과 그에 따른 천공 및 장약 위치의 변경에 관하여 확인을 받아 이 사건 공사를 진행하였다.

라. 한편 이 사건 하도급계약에 따른 공사는 원고가 피고에게 철근, 콘크리트, 골재 등의 자재를 제공하면 피고가 이를 이용하여 시공하는 방식으로 진행되었는데, 그중 이 사건 공사와 관련하여 이 사건 하도급계약에서 예정한 양을 초과하는 콘크리트, 골재 등의 자재가 사용되었다. 이에 원고는 피고에게, 2016. 10. 31., 2017. 3. 3. ‘이 사건 공사의 여굴관리에 만전을 기하여 달라’는 취지의 공문을 발송하고, 2020. 11. 20. ‘설계여굴량 초과 굴착에 따라 추가로 사용된 자재비의 지급방안에 관하여 회신하여 달라’는 공문을 발송하였는데, 피고는 2020. 11. 25. 원고에게 ‘원고 주장의 설계여굴량 초과에 따른 추가 자재비 공제는 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 관하여 피고에게 책임을 전가하는 경우여서 이를 받아들일 수 없고, 추가 자재비를 정산하는 경우 피고가 추가로 투입한 시공비도 동일하게 정산에 반영하여야 하며, 위 추가 자재비에 관한 내용은 이 사건 하도급계약의 기성금에 관한 정산과 별개이므로 기성금의 정산 완료 후 협의를 통해 진행하여 달라’는 취지의 공문을 발송하였다.

마. 피고는 2020. 12. 31.경 이 사건 하도급계약에 따른 공사를 완료하였다.

바. 원고와 피고는 2021. 1. 28. 이 사건 하도급계약의 최종 계약금액을 55,601,700,000원으로 정산하되 위 정산금에 원고가 주장하는 추가 자재비 등에 관한 내용은 고려되지 않았다는 취지의 정산합의(이하 ‘이 사건 정산합의’라고 한다)를 하였고, 같은 날 이 사건 하도급계약의 최종적인 계약금액을 앞서 나항에서 본 바와 같이 위 55,601,700,000원으로 변경하였다(9차 변경계약).

원고는 피고에게 이 사건 정산합의 내지 변경된 이 사건 하도급계약의 내용과 같이 2015. 9. 7.부터 2021. 2. 24.까지 이 사건 하도급계약의 계약금액으로 합계 55,601,700,000원을 지급하였다. 이 사건 정산합의의 내용 중 이 사건과 관련된 주요 부분은 아래와 같다.

정산합의서

1. 현장명: D간도로 E공구
2. 공사명: 토공 및 구조물공사(Ⅰ)

상기 공사를 정산함에 있어 (중략) 50,547,000,000원(부가가치세 별도)으로 최종 정산함에 확인하며, 향후 여하한 명목으로도 민 형사상의 이의를 제기하지 아니할 것을 확약합니다.

상기 공사와 관련하여 도급인이 수급인에게 추가 지급할 비용은 부존재하고, 수급인이 부담하여야 할 노임, 자재, 중기, 식대 등 일체의 체불금이 없음을 보증하며, 만약 이와 관련하여 제3자가 도급인에게 위 체불금을 청구할 경우 수급인이 책임지고 이를 정산하겠습니다.

다만, 도급인이 수급인에 대하여 주장하고 있는 수급인의 레미콘 등 지급자재 초과사용 및 이로 인한 비용 반환 발생여부는 상호 주장내용이 달라 본 정산 시 고려되지 않았으므로 이에 대해 향후 제3자의 판단에 따라 분쟁을 해결할 수 있음을 확인합니다.

사. 피고는 2021. 12.경 공정거래위원회에 ‘이 사건 공사 중 암질 악화로 인하여 여굴량이 증가하는 한편 작업량, 공사속도 등이 모두 증가하여 재료비 및 시공비가 추가로 발생하였는데, 원고가 이 사건 특약을 근거로 추가 자재비, 시공비를 모두 피고의 부담으로 주장하고 있는바, 위 계약내용은 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라고 한다)에 반하는 부당한 특약이고, 원고가 위와 같은 암질 변경으로 인한 피고의 계약금액 증액 요청을 거부한 것도 하도급법에 위반하는 부당한 행위이다’라고 신고하였는데, 공정거래위원회는 2024. 1. 5.경 이 사건 특약의 하도급법 위반 혐의에 관하여 위 특약 설정행위가 부당한 특약을 금지하는 하도급법 제3조의4 제1항에 위반되지 아니하나 장래의 법령 위반을 예방한다는 이유로 ‘주의촉구’ 처리를 하였고, 기존의 하도급계약 외 별도의 하도급계약을 체결하지 않은 혐의에 관하여 계약서 발급 의무를 정한 하도급법 제3조 제1항에 반하지 아니한다는 이유로 ‘무혐의’ 처리를 하였으며, 원고의 하도급대금 부당 감액 혐의에 관하여 위 혐의의 사실관계 확인이 곤란하다는 이유로 ‘심사절차종료’ 처리를 하였다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 11, 13 내지 15, 21, 26 내지 28호증(가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 3, 4, 7 내지 9, 15호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

이 사건 특약에서 설계수량을 초과하는 추가 자재비를 피고의 부담으로 정하고 있고, 피고의 시공책임 범위에서 발생한 설계여굴 초과 굴착으로 추가 자재가 소요되었으므로, 피고는 원고에게 이 사건 추가 자재비 합계 1,418,217,616원1) (이하 ‘이 사건 추가 자재비’라고 한다)을 지급할 의무가 있다. 한편 피고는 이 사건 반소로 추가 시공비(이하 ‘이 사건 추가 시공비’라고 한다)의 지급을 구하고 있으나, 설계와 상이한 암질이 확인된 경우 원고가 피고에게 설계변경 및 이 사건 하도급계약의 변경계약 체결을 통하여 암질 변경과 관련된 정산을 모두 완료하여 주었고, 설령 정산되지 않은 추가 시공비가 있더라도 이는 이 사건 특약에 따라 피고의 부담으로 정하여져 있으며, 특히 원고와 피고 사이에 이 사건 정산합의를 통하여 이 사건 하도급계약과 관련된 계약금액 중 이 사건 추가 자재비에 관한 것을 제외한 나머지 부분을 모두 정산하기로 합의하였으므로, 피고의 이 사건 반소청구는 이유 없다.

나. 피고의 주장

이 사건 공사 중 설계 당시 예상하지 못했던 암질 악화로 피고의 귀책사유 없이 대규모 붕락(이하 ‘피고 주장 붕락’이라고 한다)이 발생하여 이 사건 추가 시공비와 자재비가 발생하였고, 위와 같은 추가 비용을 피고에게 전가시키는 이 사건 특약은 하도급법 제3조의4 제2항 제4호, 건설산업기본법 제22조 제5항 제3호에서 금지하는 부당한 특약 내지 불공정한 계약에 해당하여 무효이다. 따라서 원고는, 피고에 대하여 이 사건 특약에 따른 이 사건 추가 자재비의 지급을 구할 수 없고, 오히려 피고에게 이 사건 하도급계약 공사계약 일반조건에 따라 설계변경으로 인한 계약금액의 증액으로서 이 사건 추가 시공비 중 피고가 구하는 100,000,000원을 지급할 의무가 있다.

설령 이 사건 특약이 무효가 아니라고 하더라도 원고는 위 관련 법령 위반행위로 인하여 발생한 이

사건 추가 시공비와 자재비 상당액을 피고에게 불법행위로 인한 손해배상으로 지급할 의무가 있고, 피고가 그중 이 사건 추가 자재비에 관한 손해배상채권을 자동채권으로 원고의 이 사건 추가 자재비 채권과 상계하는바, 이 사건 추가 자재비의 지급을 구하는 원고의 이 사건 본소청구는 이유 없고 이 사건 추가 시공비의 지급을 구하는 피고의 이 사건 반소청구는 인용되어야 한다.

한편 원고는 이 사건 정산합의를 근거로 피고의 이 사건 반소청구가 이유 없다고 주장하나, 이 사건 정산합의의 경우 피고는 이 사건 추가 시공비를 청구할 수 없는 반면 원고만 이 사건 추가 자재비를 청구할 수 있다는 내용으로서 하도급법 제11조 제1항, 건설산업기본법 제22조 제5항 제6호에 반하는 부당한 특약 내지 불공정한 계약에 해당하여 무효이므로, 원고는 이 사건 정산합의에도 불구하고 앞서 살핀 이 사건 추가 시공비 100,000,000원을 피고에게 지급할 의무가 있다.

3. 관련 법령

별지 기재와 같다.

4. 본소청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 이 사건 공사와 관련하여 이 사건 하도급계약에서 예정한 양을 초과하는 콘크리트, 골재 등의 자재가 사용된 사실, 이 사건 특약에서 설계여굴 초과 굴착 등 당초 설계수량을 초과하는 공사로 인하여 소요되는 자재비를 피고의 부담으로 정하여 기성고에서 공제하기로 한 사실, 이 사건 추가 자재비의 부담에 관한 다툼이 있어 원고가 이 사건 추가 자재비를 공제하지 않은 이 사건 하도급계약의 계약금액 전액을 피고에게 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 이 사건 추가 자재비 상당액을 지급할 의무가 있다.

2) 이 사건 추가 자재비의 범위와 관련하여, 위 기초 사실 및 앞서 본 증거와 갑 제22, 23호증의 각 기재, 감정인 I(이하 '감정인'이라고만 한다)의 감정 결과 및 이 법원의 감정인에 대한 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 공사와 관련하여 이 사건 하도급계약상 설계 수량을 초과하는 추가 자재비로 합계 1,418,217,616원(굴착 중 발생한 버력의 가액은 반영하지 않은 금액이다)이 소요된 점, 굴착 중 114,106,300원 상당의 버력이 발생하였고

원고가 이를 J 주식회사에 매각하기는 하였으나 원고는 한국도로공사의 대리인으로서 위 매각행위를 한 것일 뿐이고 위 돈은 발주처인 한국도로공사에 귀속되었는바 원고가 피고에게 지급을 구할 수 있는 추가 자재비에서 위 버력 매각대금을 공제하여야 한다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고가 원고에게 지급하여야 할 이 사건 추가 자재비는 위 1,418,217,616원이라고 봄이 상당하다.

3) 따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 추가 자재비로 1,418,217,616원을 지급할 의무가 있다.

나. 이 사건 특약의 하도급법 및 건설산업기본법 위반 주장에 대한 판단

위 기초 사실 및 앞서 본 증거와 갑 제20, 25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 특약이 하도급법 및 건설산업기본법의 관련 규정을 위반하여 피고의 책임 없는 암질 악화 및 피고 주장 봉락으로 인해 소요된 이 사건 추가 자재비와 시공비를 모두 피고의 부담으로 전가하는 부당한 특약 내지 불공정한 계약으로서 무효라거나 그 특약설정행위가 위 법령을 위반한 불법행위에 해당한다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 특약의 하도급법 및 건설산업기본법 위반을 전제로 한 피고의 주장은 모두 이유 없다.

① 원고는 이 사건 공사 굴착면의 실제 암질이 당초 설계한 암질과 다른 사실이 확인되면 실제 암질에 맞추어 천공 및 장약 위치, 발파 깊이, 설계여굴량 등의 항목에 관한 설계를 변경하였고, 이를 반영하여 당초 계약금액에 16,511,990,000원²⁾ 상당의 거액을 증액하였으며, 증액된 계약금액을 모두 지급하였는바, 암질 변경으로 인한 공사비는 이 사건 특약과 별개로 모두 정산하여 준 것으로 보인다.

② 피고는 이 사건 공사 중 계약 당시 예상하지 못한 피고 주장 봉락이 발생하여 이 사건 추가 자재비가 소요되었다고 주장한다. 그러나 ㉞ 터널공사 중 봉락이 발생하는 경우 공사 안정성에 중요한 영향을 미치고 공사기간, 공사금액 등에도 큰 영향을 미치기 때문에 이를 시공하는 수급사업자로서는 발주처나 원사업자에게 봉락 사실을 즉시 보고하고 봉락 정도를 확인할 수 있는 자료를 보존하여 두었다가 사후에 이를 바탕으로 설계 및 계약내용에 반영하는 것이 통상적이라 할 것인데, 피고는 이

사건 공사기간 중 원고에게 피고 주장 봉락 발생을 고지한 사실이 없을 뿐만 아니라 봉락 위치, 체적, 단면적 등을 확인할 수 있는 자료의 보존 조치도 일절 하지 않았던 점, ㉞ 이와 달리 2018. 3.경 발생한 봉락과 관련하여서는 피고가 원고에게 봉락 사실을 고지하였고, 원고가 설계를 변경하여 봉락으로 인한 부분을 이 사건 하도급계약의 계약금액에도 반영하였던 점, ㉟ 피고는 통상적으로 굴착면에 도포되어야 하는 슛크리트량을 상당히 초과하는 설계량 대비 150% 이상 슛크리트 타설 구간이 피고 주장 봉락 발생 구간이라고 주장하고 감정인이 그 구간 중 일부에서 봉락이 발생하였을 가능성이 있다는 의견을 밝히기는 하였으나, 감정인이 확인한 위 일부 구간 이외의 나머지 구간에서도 봉락이 발생하였다고 보기 어렵고, 특히 피고가 주장하는 구간은 이 사건 공사의 상당 부분(F의 경우 피고가 주장하는 봉락 구간은 그 전체 터널 길이 중 1/3에 해당하는 구간으로 보인다)에 걸쳐 있는바 그 주장과 같이 빈번하고 광범위한 봉락이 있었다면 이와 관련하여 원고에게 고지하거나 자료의 보존 조치를 일절 취하여 두지 않았다는 것은 이례적이며, 슛크리트 타설량은 굴착면의 성상에 따른 슛크리트 흡착 정도, 배합량의 과생산 혹은 사용 후 잉여분, 사용 보관 손실 등의 요인으로 인하여 증감할 수 있는 것이므로 슛크리트 타설량을 기준으로 봉락 발생 여부를 확인할 수는 없는바, 피고 주장 구간 전반에 봉락이 발생하였다거나 이로 인하여 이 사건 추가 자재비가 발생한 것이라고 단정하기 어려운 점, ㊱ 감정인도 피고 주장 봉락의 경우 이 사건 공사 대상 터널 전구간에 걸쳐 발생한 것이 아닌 부분적으로 발생한 것으로 보이고 이 사건 추가 자재비는 설계여굴량 초과 굴취 부분에 관한 것이 대부분인 것으로 보인다는 의견을 밝힌 점 등에 비추어 보면, 피고 주장 봉락의 발생으로 인하여 이 사건 추가 자재비가 소요되었다고 인정하기 어렵다.

㉡ 피고는 '암질 상태에 따른 천공 기준점 측량, 장약량 등에 관해 원고와 한국도로공사의 승인 하에 천공 및 장약 작업을 실시하였고, 구체적인 천공 및 장약 작업은 작업자의 임의적인 개입 없이 컴퓨터 점보드릴에 의해 위와 같이 승인된 설계도서 기재 그대로 이루어졌으므로 허용 설계여굴을 초과하는 여굴은 피고의 귀책사유로 인한 것이 아니고, 그로 인한 추가 자재비와 시공비를 모두 피고의 부담으로 전가하는 이 사건 특약은 하도급법 및 건설산업기본법에 반한다'라고 주장한다. 그러나 ㉢ 피고는 터널공사 관련 면허와 경험을 갖춘 회사로서 원고에 비하여 터널공사에 관한 전문성을 가지고 있고, 이러한 전문성을 기초로 이 사건 하도급계약의 당사자로 선정되어 이 사건 공사의 시공을

진행한 점, ㉔ 이 사건 공사는 발파에 의한 굴착 방식으로 이루어져 발파 과정에서 터널면을 초과하는 여굴이 필연적으로 발생할 수밖에 없고, 이에 원고와 피고가 발파 시 예상되는 초과 굴착 수치에 상응하는 충분한 수량을 허용되는 설계여굴량으로 이 사건 하도급계약에 반영하여 두었는바, 이 사건 특약은 위와 같이 허용되는 설계여굴량을 초과하여 추가 자재비와 시공비가 발생하는 경우에만 이를 시공자인 피고의 부담으로 정한 약정으로 보이는 점, ㉕ 원고와 한국도로공사가 천공 위치, 장약량의 검측에 관하여 승인하였다고 하더라도 이는 발주자 내지 원사업자로서 피고의 시공계획에 관하여 사전 보고를 받고 그 타당성에 관하여 확인하는 것에 그치는 점, ㉖ 원고와 한국도로공사의 천공 위치 등에 관한 승인이 있었고 피고가 위와 같이 승인된 도면을 컴퓨터 기계장치에 의하여 굴착면에 그대로 반영하였다고 하여 이 사건 하도급계약에 따라 시공자로 선정되어 실제 발파 등 굴착공정을 수행한 피고가 굴착공정과 관련하여 발생한 일체의 책임을 부담하지 않게 된다고 보는 것은 부당한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 특약에서 예상치를 기준으로 설정한 설계여굴량 대비 초과 굴착 부분의 추가 자재비를 피고의 부담으로 정한 것이 위탁시점에 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키고[구 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(2022. 7. 11. 대통령령 제32798호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 하도급법 시행령’이라고만 한다) 제6조의2 제2호], 수급사업자에게 책임 없는 사유에 의하여 추가로 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는(구 하도급법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약 고시 Ⅱ. 5의 바항) 부당한 특약에 해당한다거나 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 건설공사 도급계약[구 건설산업기본법(2020. 6. 9. 법률 제17453호로 개정되기 전의 것) 제22조 제5항 제3호]에 해당한다고 보기 어렵다.

다. 소결론

결국 피고는 원고에게 추가 자재비 1,418,217,616원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2021. 11. 10.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 반소청구에 관한 판단

가. 이 사건 정산합의에 ‘상기 공사와 관련하여 도급인이 수급인에게 추가 지급할 비용은 부존재하고

(중략) 도급인이 수급인에 대하여 주장하고 있는 수급인의 레미콘 등 지급자재 초과사용 및 이로 인한 비용 반환 발생여부는 상호 주장내용이 달라 본 정산 시 고려되지 않았으므로 이에 대해 향후 제3자의 판단에 따라 분쟁을 해결할 수 있음을 확인합니다'라고 기재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 기초 사실 및 앞서 본 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 원고의 이 사건 추가 자재비 요청에 대하여 '이 사건 추가 자재비를 정산하는 경우 이 사건 추가 시공비도 정산되어야 하고, 이러한 추가 비용에 관한 부분은 기성금의 정산을 완료한 후 별개로 진행하여 달라'는 취지의 공문을 발송한 사실, 이후 원고와 피고가 이 사건 추가 자재비 등을 제외한 기성 부분에 관하여 이 사건 정산합의를 한 사실을 인정할 수 있는바, 원고와 피고 사이에 다툼이 있는 이 사건 추가 자재비와 추가 시공비는 모두 이 사건 정산합의의 정산 대상에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다.

나. 그러나 이 사건 특약에서 피고가 추가 시공비를 부담하는 것으로 정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 제4의 나항에서 본 바와 같이 이 사건 추가 시공비가 계약 당시 예측하지 못한 피고 주장 불량이나 암질 악화로 인하여 발생하였다고 인정하기 어려우며, 이 사건 특약이 하도급법이나 건설산업기본법에 반하는 부당한 특약 내지 불공정한 계약에 해당한다고 보기도 어려우므로, 이 사건 특약의 하도급법 및 건설산업기본법 위반을 전제로 한 피고의 이 사건 반소청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

6. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 본소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 본소청구 및 피고의 이 사건 반소청구는 각 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김정곤, 판사 장동규, 판사 유지윤

별지

관련 법령

▣ 하도급거래 공정화에 관한 법률

제3조(서면의 발급 및 서류의 보존)

- ① 원사업자가 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 및 제조등의 위탁을 한 이후에 해당 계약내역에 없는 제조등의 위탁 또는 계약내역을 변경하는 위탁(이하 이 항에서 "추가·변경위탁"이라 한다)을 하는 경우에는 제2항의 사항을 적은 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 다음 각 호의 구분에 따른 기한까지 수급사업자에게 발급하여야 한다.
3. 건설위탁의 경우: 수급사업자가 제조등의 위탁 및 추가·변경위탁에 따른 계약공사를 착공하기 전

제3조의4(부당한 특약의 금지)

- ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 "부당한 특약"이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 부당한 특약으로 본다.
4. 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정

제11조(강액금지)

- ① 원사업자는 제조등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 강액하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 강액할 수 있다.

▣ 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령(2022. 7. 11. 대통령령 제32798호로 개정되기 전의 것)

제6조의2(부당한 특약으로 보는 약정)

법 제3조의4제2항제4호에서 "이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정을 말한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 비용이나 책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정
가, 관련 법령에 따라 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 인·허가, 환경관리 또는 품질관리 등과 관련하여 발생하는 비용
나, 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용
다, 원사업자의 지시(요구, 요청 등 명칭과 관계없이 재작업, 추가작업 또는 보수작업에 대한 원사업자의 의사표시를 말한다)에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용
라, 관련 법령, 발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임 또는 손해배상책임
2. 천재지변, 매장문화재의 발견, 해킹·컴퓨터바이러스 발생 등으로 인한 작업기간 연장 등 위탁시점에 원사업자와 수급사업자가 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정
3. 해당 하도급거래의 특성을 고려하지 아니한 채 간접비(하도급대금 중 재료비, 직접노무비 및 경비를 제외한 금액을 말한다)의 인정범위를 일률적으로 제한하는 약정. 다만, 발주자와 원사업자 사이의 계약에서 정한 간접비의 인정범위와 동일하게 정한 약정은 제외한다.
4. 계약기간 중 수급사업자가 법 제16조의2에 따라 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 권리를 제한하는 약정
5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지의 규정에 준하는 약정으로서 법에 따라 인정되거나 법에서 보호하는 수급사업자의 권리·이익을 부당하게 제한하거나 박탈한다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 약정

■ 부당특약 고시(2019. 6. 19. 공정거래위원회고시 제2019-4호로 제정된 것)

II. 부당특약의 유형

5. 수급사업자의 계약상 책임을 가중하는 경우

- 바, 원사업자가 수급사업자에게 제공한 자재등의 인도지연, 수량부족, 성능미달 등 수급사업자의 책임없는 사유에 의해 추가로 발생한 비용, 지체책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정

■ 구 건설산업기본법(2020. 6. 9. 법률 제17453호로 개정되기 전의 것)

제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙)

- ⑤ 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.
- 3. 도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우
- 6. 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우. 끝.

1) 원고는 이 사건 소송 중 이루어진 감정 결과에 따라 위와 같이 1,418,217,616원의 추가 자재비가 발생하였다고 주장하면서도, 당초 소장에서 구한 1,430,034,665원의 청구금액을 감액하지는 않고 있다.

2) 최종 계약금액 55,601,700,000원에서 H 굴착 공사로 추가된 것으로 보이는 7,756,210,000원(2차 변경계약상 증액된 계약금액)과 당초 계약금액 31,333,500,000원을 공제한 금액.