

서울북부지방법원 2023. 5. 9 선고 2019가단153456(본소), 2022가단133704(반소) 판결
[공사대금 · 부당이득반환 등 청구의 소]

전 문

원고(반소피고) A

소송대리인 법무법인 피앤케이

담당변호사 김권규, 김원진, 정홍철

피고(반소원고) B

소송대리인 법무법인 송경

담당변호사 최승만, 김태우, 김민재, 변수진

변 론 종 결 2023. 3. 14.

판 결 선 고 2023. 5. 9.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 26,203,082원 및 이에 대하여 2022. 8. 25.부터 2023. 5. 9.까지 연 5%의, 2023. 5. 10.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 본소청구와 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 본소 및 반소를 통하여 각자 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

본 소 청구 취 지

피고(반소원고, 이하 '피고'라고 줄여 쓴다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 줄여 쓴다)에게 123,002,373원 및 이에 대하여 2019. 12. 1.부터 이 판결 선고일까지 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

반 소 청구 취 지

원고는 피고에게 176,294,568원 및 이에 대하여 2019. 7. 19.부터 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

1) ① 원고는 병원 등에 관한 인테리어 공사업을 종사하는 사람이고, ② 소외 C는 원고의 주소지를 영업소로 하여 “D”라는 상호로 같은 업에 종사하는 사람으로 원고의 직원이다. ③ 소외 E은 “F”이라는 상호로 역시 같은 업에 종사하는 사람으로 원고의 친아들이다(이하 C 및 E을 통칭하여 ‘C 등’이라고 줄여 쓴다).

2) 피고는 “G치과의원”이라는 상호로 치과병원을 경영하는 치과의사이다.

나. 컨설팅 계약의 체결 및 경과

피고는 2019. 3.경 원고 또는 C 등과 사이에서 치과 병원 운영에 관한 컨설팅계약을 구두계약의 형식으로 체결하고(이하 '컨설팅 계약'이라고 줄여 쓴다), 2019. 4. 1. E 명의 계좌로 그 용역비 명목으로 31,000,000원을 송금하였다.

다. 인테리어 도급계약의 체결 및 경과

1) 계약 체결

가) 원고 또는 C 등은 2019. 4.경 피고로부터 서울 성북구 H 소재 지하 1층, 지상 3층 건물의 인테리어 공사를 도급금액 평당 3,000,000원(부가가치세 상당액 별도), 공사기간 2019. 7. 31.까지로 약정하여 도급받았다(이하 그 공사를 '이 사건 공사'로, 그 대상 건물을 '이 사건 건물'로, 그 계약을 '이 사건 계약'으로 각 줄여 쓴다).

나) 이 사건 계약은 도급계약서 등 아무런 처분문서 작성 없이 구두로 이루어졌다.

2) 이행상황

가) 이에 따라 피고는 원고 또는 C 등에게 2019. 3.경부터 2019. 7.경까지 이 사건 공사대금 명목으로 합계 450,000,000원을 지급하였다.

나) 원고 또는 C 등은 2019. 5.경 이 사건 공사에 착수하였다가 2019. 11. 28.경 피고로부터 아래 항에서 보는 바와 같은 통지를 받고 그 무렵 공사를 중단하였다. 당시 원고 또는 C 등은 공사중단 자체에 관하여는 별다른 이의를 보유함이 없이 이에 응하였다.

라. 피고의 해지통지

피고는 2019. 11. 28.경 원고와 C 등에게 다음과 같은 이유로 이 사건 공사를 중단 및 타절할 것과 아울러 피해변상을 구하는 내용의 통지를 하였다. 즉 수급인측에서 ① 공사면적을 등기사항전부증명서상 면적 127.96평보다 부풀리고, ② 정상적인 설계도면 없이 공사를 진행하였으며, ③ 피고는 공사대금을 약정대로 450,000,000원 전액을 지급하였음에도 공사가 지체되어 피고에게 다액의 손해가 계속 누적되고 있다. ④ 더욱이 시공 품질상 다수의 하자가 발견되기까지 하여 상당한 기간에 걸쳐 여러 차례에 걸쳐 시정을 요구하였음에도 이를 이행하지

않으므로, 2019. 11. 26.자로 이 사건 공사를 중단 및 타절할 것과 2019. 12. 6.까지 피고가 입은 손해액 291,921,818원의 지급을 구한다(이하 '이 사건 해지통지'라고 줄여 쓴다).

마. 관련 민사사건

한편 피고는 C 등을 상대로 하여 이 법원 2020가단120834호로 손해배상(기) 청구의 소를 제기하여 현재 소송계속 중이다(이하 '관련 사건'이라고 줄여 쓴다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 17호증의 각 기재 및 영상, 감정인 I의 감정결과와 이 법원의 위 감정인에 대한 사실조회결과(이하 'I 감정'이라고 줄여 쓴다), 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

이 사건 계약의 당사자로서 수급인인 원고는 피고에 대하여 미지급 공사대금 즉 기성고 공사대금 잔액 123,002,373원[= (I 감정에 따른 기성고 상당 공사대금 539,492,527원 + 부가가치세 상당액 53,949,252원) - 피고의 변제액 450,000,000원 - 이 사건 공사에 관한 하자보수비 20,439,406원, 원고의 계산방식에 따라 원 미만은 버린다(피고도 이 점에서는 동일하다). 이하 같다] 및 지연손해금의 지급을 구한다.

나. 피고

다음과 같은 이유로 본소 청구에 응할 수 없다고 다툼과 아울러, 반소로써 아래에서 보는 바와 같이 합계 176,294,568원의 지급을 구한다.

1) 이 사건 계약 및 컨설팅 계약의 당사자는 원고가 아니라 C 등이므로 원고가 계약당사자의 지위에

있지 않다.

2) 그렇지 않다 하더라도, 기성고 상당 공사대금액은 원고 주장과 같은 539,492,527원이 아니고 385,846,293원(기성고 비율 85.74362%)이다. 결국 원고에게 64,153,707원(= 피고의 지급액 450,000,000원 - 385,846,293원) 상당이 초과지급되었으므로 그 부당이득반환을 구한다.

3) 또한 원고의 시공상 잘못으로 이 사건 건물에는 다수의 하자가 발생하였는바, 그 하자보수에 갈음하는 손해배상금 83,959,043원의 지급을 구한다.

4) 컨설팅 계약에 관하여 원고는 자신의 채무를 이행하지 아니하였는바 그 채무불이행을 이유로 한 해제를 원인으로 앞서 본 바와 같이 지급된 컨설팅 비용 31,000,000원 중 부가가치세 상당액을 제외한 28,181,818원의 원상회복을 구한다.

결국 피고가 원고에게 지급할 잔여 공사대금은 모두 소멸하고 오히려 원고가 반소에 기하여 피고에게 합계 176,294,568원(= 64,153,707원 + 83,959,043원 + 28,181,818원) 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 판 단

가. 원고의 계약당사자 지위

1) 관련 법리

계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질 · 내용 · 목적 · 체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44059 판결 등 참조).

2) 이 사건의 경우

위 법리를 토대로 살피건대, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정,

즉 ① C는 원고의 직원으로 원고의 주소지를 영업소로 사용하고, E은 원고의 아들인 점, ② 원고는 자신이 계약당사자임을 들어 이 사건 소를 제기하였고, 이후 제기된 관련 사건에서도 C 등은 실질적 계약당사자는 원고이고 자신들은 피고와 일면식도 없으며 원고는 단지 절세 등 세무관계를 위하여 자신들의 명의를 사용하였을 뿐이라고 진술하고 있는 점, ③ 이 사건 공사의 시공 및 컨설팅에 관하여 원고가 주도적인 역할을 수행했던 점, ④ 원고 자신의 진술에 의하더라도 병원 인테리어 경력 30년 이상, 시공건수 약 1,000건의 베테랑 병원 인테리어업자라는 것인 점, ⑤ 이 사건 해지통지의 체계, 전체적인 맥락 및 내용 등을 고려하면, '대리인 A 사장님'이라는 일부 표현에도 불구하고 이 사건 공사 및 컨설팅을 실질적으로 주도하고 있는 사람이 원고로서 원고가 결정권한을 가지고 있는 것을 전제로 내용이 전개되는 점 등에 비추어 피고도 이 사건 계약 및 컨설팅 계약의 실질적 당사자가 원고임을 어느 정도 알고 있었다는 취지인 점 등의 사정에다가, 비록 세금계산서가 C 등 명의로 발행되기는 하였으나, ① 공사현장의 실무상 서로의 필요 등에 따라 세금계산서의 내용을 일부 사실과 다르게 작성하는 사례가 빈번하고 원고 및 C 등의 진술도 이에 부합하는 점, ② 세금계산서는 일반적으로 부가가치세법에서 정한 사업자가 공급받는 이에게 재화 또는 용역을 공급한 과거의 사실을 증명하기 위하여 작성되는 보고문서에 불과한 점(대법원 2011. 6. 24. 선고 2008다68890 판결, 대법원 2001. 12. 14. 선고 2001다53714 판결 등 참조) 등을 더하여 보면, 이 사건 계약 및 컨설팅 계약의 각 당사자에 관하여 C 등이 아니고 원고를 계약당사자로 하는 쌍방 의사 합의가 있었거나, 그렇지 않다 하더라도 위와 같은 사정에 비추어 원고를 각 계약의 당사자로 봄이 상당하고, C 등은 단지 원고의 지휘를 받는 협력업체 또는 피용자 지위에 있다고 봄이 상당하다.

3) 소결

따라서 이 사건 계약 및 컨설팅 계약의 당사자는 원고로서 원고가 그 권리의무 관계의 주체가 된다.

나. 각 계약의 종료 여부

1) 채무불이행을 원인으로 한 이 사건 계약의 해지

가) 관련 법리

공사도급계약에서 수급인의 공사중단이나 공사지연으로 약정된 공사기한 내의 공사완공이

불가능하다는 것이 명백하여진 경우에는 도급인은 그 공사기한이 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있지만, 그에 앞서 수급인에 대하여 위 공사기한으로부터 상당한 기간 내에 완공할 것을 최고하여야 하고, 다만 예외적으로 수급인이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 때에는 위와 같은 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다21393, 21409 판결 참조).

나) 이 사건의 경우

(1) 이 사건 해지통지의 적법성

살피건대, 앞서 본 듯이 원고는 450,000,000원의 이 사건 공사대금을 수령하고도 이 사건 계약상 약정 준공일인 2019. 7. 31.이 지나도록 이 사건 공사를 완성하지 못하였던 점, 피고는 앞서 본 바와 같은 원고의 채무불이행 상황을 들어 상당한 기간 동안 그 정상적 이행을 최고하다가 2019. 11. 28.경 이 사건 해지통지를 하였다 할 것인바, 결국 이 사건 계약은 이 사건 해지통지에 의하여 적법하게 종료되었다 할 것이다.

(2) 덧붙이는 판단

가사 그렇지 않다 하더라도, 앞서 본 사실관계(특히 이 사건 해지통지에 대하여 원고가 계약의 종료에 관하여는 별다른 이의를 하지 아니하고 다만 이 사건 소로 기성고 상당 공사대금의 지급만을 구하는 점 등)에 의하면, 이 사건 계약은 이 사건 해지통지 무렵 계약당사자들의 상호 의사합치에 의하여 묵시적으로 합의해지되었다고 봄이 상당하다.

2) 컨설팅 계약 해제의 적법성 여부

가) 당사자의 구체적 주장

앞서 본 듯이 피고는 원고의 채무불이행을 들어 이 사건 해지통지 또는 이 법원 2020가단120834호의 소장 송달로 해제의 의사표시를 하였음을 들어 계약해제를 주장함에 대하여, 원고는 컨설팅 계약상의 자신의 의무를 다음과 같이 성실히 이행하였다고 주장한다.

- ① 원고는 컨설팅 초기 단계인 2019. 3. 14.경 피고에게 5시간가량 치과개설을 위한 브리핑을 하고 즉시 계약금 명목으로 10,000,000원을 송금받았다.
- ② 피고가 병원개업을 할 장소를 원고가 직접 물색하여 이 사건 장소를 알려 주었고 피고가 이에 응하여 부동산 계약을 하기에 이르렀다.

③ 원고가 이전에 시공하였던 4곳의 치과병원을 피고와 함께 방문한 결과 피고는 J 소재 ○○치과를 모델로 시설해 줄 것을 원고에게 요청하였다.

④ 이에 원고는 원고가 개발한 빌트인 시스템 장으로 시설하기로 하고 곧바로 설계에 착수하여 철거공사와 아울러 자재준비를 하였다.

나) 이 사건의 경우

살피건대, 계약이 일단 성립한 후 그 해제원인의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 계약해제권을 주장하는 자가 이를 증명하여야 하는바(대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다67602, 67619 판결 등 참조), 앞서 든 각 증거 등 이 사건 변론에 현출된 모든 증거들에 의하여도 원고의 채무불이행을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 한편 원고가 컨설팅의 결과물이라고 주장하는 이 사건 공사를 앞서 본 듯이 착공하여 일부 시공을 한 사실이 인정될 뿐이다. 따라서 이 점을 전제로 한 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

3) 소결

결국 이 사건 계약은 어느 모로 보나 적법하게 종료되었다. 그러나 피고의 컨설팅계약의 해제는 위법하므로 피고 주장과 같이 계약종료가 되었다고 할 수는 없다.

다. 본소에 관한 판단

1) 관련 법리

가) 추가공사대금에 관하여

총공사대금을 정하여 공사도급계약을 한 경우, 즉 단가계약이 아닌 총액계약인 경우 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인에게 당초의 약정 공사대금을 초과하는 금원을 공사대금으로 지급할 의무가 없다. 다만, 준공된 공사의 내용에 '당초 계약의 내용에 포함되지 않는 추가적인 공사'가 실제로 있었고, 또 도급인과 수급인 사이에 '추가공사의 시공 및 별도 공사대금의 지급'에 관한 '합의'가 있는 경우에 한하여 도급인의 추가공사대금 지급의무가 인정된다고 할 것이며(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005다63870 판결 등 참조), 이때 위와 같은 추가 공사사실 및 합의의 존재 사실은 추가 공사대금을 청구 또는 주장하는 당사자가 입증책임을 부담한다.

추가공사에 관하여 원, 피고 사이의 사전합의가 없었던 이상 일부 변경시공으로 공사비가 증가되었다고 하더라도 그 증가분을 당연히 공사대금으로 청구할 수 있는 것은 아니다(대법원 1998. 2. 24. 선고 95다38066, 38073 판결 등 참조).

어떠한 공사 부분이 원래의 계약내용에 포함된 공사인지 아니면 추가공사인지에 관하여 다툼이 있는 경우, 공사도급계약의 목적, 수급인이 추가·변경공사를 하게 된 경위, 약정 도급계약의 내용과 추가·변경공사의 내용(통상적인 범위를 넘는지 여부), 물량내역서나 산출내역서와의 비교, 도급인의 공사현장예의 상주 여부(도급인의 지시나 묵시적 합의), 추가공사에 소요된 비용이 전체 공사대금에서 차지하는 비율 등 제반 사정을 종합하여 추가공사 여부를 판단하여야 한다[대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다70223(본소), 2010다70230(반소) 판결, 확정판결인 서울고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016나2019105 판결 등 참조].

나) 기성고에 관하여

건축공사도급계약이 해제될 당시, 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 된다면, 해당 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되어 수급인은 해제한 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다(대법원 1997. 2. 25. 선고 96다43454 판결, 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결 등 참조). 이와 같은 경우 도급인이 지급하여야 할 미완성 건물에 대한 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총공사대금에 기성고 비율을 적용한 금액이 되고(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 등 참조), 그 기성고 비율은 공사대금 지급의무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들어간 공사비에다 미시공 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하여야 한다(대법원 1996. 1. 23. 선고 94다31631, 31648 판결 등 참조).

이와 같이 도급인이 지급하여야 할 보수는 특별한 사정이 없는 한 위와 같이 기성고 비율에 따른 산식을 적용한 금액이 되는 것이지 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 등 참조).

다만 만약 공사도급계약에서 설계 및 사양의 '변경'이 있는 때에는 그 설계 및 사양의 변경에 따라 공사대금이 변경되는 것으로 '특약'하고, 그 변경된 설계 및 사양에 따라 공사가 진행되다가 중단되었다면 설계 및 사양의 변경에 따라 변경된 공사대금에 기성고 비율을 적용하는 방법으로 기성고에 따른 공사비를 산정하여야 한다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다87713 판결, 2003. 2. 26. 선고 2000다40995 판결 등 참조).

다) 감정 결과가 다른 경우

감정인의 감정 결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다.

한편 어떤 특정한 사항에 관하여 상반되는 여러 개의 감정 결과가 있는 경우 각 감정 결과의 감정 방법이 적법한지 여부를 심리·조사하지 않은 채 어느 하나의 감정 결과가 다른 감정 결과와 상이하다는 이유만으로 그 감정 결과를 배척할 수는 없다(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다34561 판결 등 참조). 그리고 동일한 감정사항에 대하여 2개 이상의 감정기관이 서로 모순되거나 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우 법원이 그 감정 결과를 증거로 채용하여 사실을 인정하기 위해서는 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 각 감정기관에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 증인신문이나 사실조회 등의 방법을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등 적극적인 조치를 강구하여야 한다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다64181 판결, 대법원 1994. 6. 10. 선고 94다10955 판결 등 참조). 이러한 법리는 전문적인 학식과 경험이 있는 사람이 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우에 사실심 법원이 이를 채택하여 사실인정의 자료로 삼으려 할 때에도 마찬가지로 적용될 수 있다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결, 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017다204490, 204506 판결 등 참조).

동일한 사항에 관하여 상이한 여러 개의 감정 결과가 있을 때 (위와 같은 조치에도 불구하고) 그 감정방법 등이 논리와 경험칙에 반하거나 합리성이 없다는 등의 잘못이 없는 한, 그중 어느 감정 결과를 채택할 것인지는 원칙적으로 사실심 법원의 전권에 속한다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2016다32582 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다243115 판결 등 참조).

2) 미지급 공사대금의 존부

가) 원고 주장의 추가공사 인정여부

(1) 주장의 구체적 내용

원고는 ① 맨홀 청소, ② 3개층 확장공사(철거, 칸막이, 새시 포함), ③ 입구 캐노피 2곳(확장계단

포함), ④ 내부 그래픽, ⑤ IT 배선, ⑥ 인터폰 설치에 관하여 추가로 공사하였으므로 그 공사대금액 상당을 기성고에 반영할 것을 주장한다.

(2) 이 사건의 경우

위 법리를 토대로 보건대, 앞서 본 듯 이 사건 계약은 구두계약으로 아무런 처분문서도 없고 다만 약정 공사대금이 450,000,000원(150평 × 3,000,000원/평, 부가가치세 상당액 별도)이라는 총공사대금이 정하여진 계약이라는 점에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없을 뿐이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 계약은 구두계약의 형식이지만 원칙적으로 정산을 예정하지 않은 '총액계약'이므로 도급인과 수입인 사이에 별도의 합의가 있는 경우에 한하여 예외적으로 추가공사대금 지급의무가 인정되는 점, ② 원고 주장의 추가 공사에 관하여 '합의'가 있었음을 인정할 아무런 자료가 존재하지 않는 점, ③ 같은 맥락에서 아래 항에서 보는 바와 같이 을 제10호증의 기재(관련 사건의 감정서, 이하 'K 감정'이라고 줄여 쓴다)에서도 당사자들이 제출한 서류들을 모두 검토한 다음 감정인이 별도 공사대금의 지급에 관한 합의가 없었다고 판단되는 부분에 관하여 '재판부 판단금액'으로 분류하였던 점, ④ 도급인인 피고 측에서 공사현장에 상주하였다고 볼 자료도 없는 점, ⑤ 이 부분 공사비가 전체 공사비에서 차지하는 비중이 상대적으로 크다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 앞서 든 각 증거 등 이 사건 변론에 현출된 모든 증거들에 의하여도 '재판부 판단금액'이나 원고가 주장하는 공사비를 추가공사비로 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 앞서 본 사정을 고려하면 앞서의 총공사대금에 포함되어 있다고 봄이 거래의 관념과 평균적인 거래당사자의 의사에 부합한다.

결국 추가 공사대금 약정에 관한 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 상이한 각 감정결과 사이의 증명력 판단

앞서 본 법리를 토대로 보건대, ① 앞서 든 각 증거에 의하면, 원고가 들고 있는 I 감정은 앞서 본 바와 같은 기성고 산정의 법리에 따르지 않고 단순히 원고가 구하는 바에 따라 원고가 시공하였다고 지적하는 부분의 공사비를 산정한 것에 불과한 점(특히 이 법원의 위 감정인에 대한 사실조회결과에 의하면 이 점을 명시하고 있다), ② 원고는 이 사건 계약의 공사대금 지급방식은 기성고 비율에 따르지

않기로 특약하였고 그에 따라 피고가 450,000,000원의 공사대금을 지급하게 된 것이라고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 피고의 지급액 위 450,000,000원은 아래 항 기재 기성고 상당 공사대금 평가액 444,031,830원에 금액상 근접하여 이를 지적하는 피고의 주장에 신빙성이 실리는 점, ③ I 감정의 기성고 그 감정평가액 539,492,527원(부가가치세 상당액 별도, 이하 특별히 달리 기재하지 않는 한 같다)은 위 약정 총공사대금 450,000,000원마저 현저히 초과하는 등 합리적·논리적이라고 보기 어려운 점, ④ 이에 반하여 K 감정에서는 위와 같은 법리를 충실하게 따른 점, ⑤ 이에 따라 원고가 이미 시공한 부분의 공사비를 332,299,288원으로, 미시공 부분에 소요될 공사비를 38,142,956원으로 각 산정하여 기성고 비율을 $89.7034\% [= 332,299,288원 / (332,299,288원 + 38,142,956원)]$ 로 산정하고 최종적으로 기성고 공사대금을 403,665,300원($= 450,000,000원 \times 89.7034\%$)으로 산정한 점, ⑥ K 감정에서 원고 주장의 추가공사 등 다툼 있는 부분을 인정하여 줄 경우, 원고의 기성고 비율 및 금액이 85.74362% 및 385,846,293원으로 오히려 줄어들어 위 ⑤항 기재 금액보다 상당부분 감소되는 점 등에 비추어 보면, K 감정의 위 403,665,300원($= 450,000,000원 \times 89.7034\%$)으로 기성고 공사대금을 산정하는 것이 위 법리뿐만 아니라 경험칙과 사회통념에도 부합한다.

3) 소결론

따라서 기성고 공사대금 444,031,830원($= 403,665,300원 \times 1.1$, 부가가치세 상당액 반영)에서 피고가 그 전에 변제한 위 450,000,000원을 공제하면 피고의 책임액은 남지 않게 된다.

라. 반소에 관한 판단

1) 하자보수에 갈음한 손해배상채권

가) 관련 법리

도급인이 '부가가치세 면세사업자'로서 그 하자보수에 소요되는 부가가치세가 부가가치세법 제39조 제1항 제7호에서 규정한 '면세사업과 관련된 매입세액' 등에 해당하여 이를 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 없는 때에는 그 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담이 되므로, 도급인은

수급인에게 그 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 있다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다210195 판결 등 참조).

나) 인정 부분

위 법리에 비추어 보건대, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 도급인인 피고는 부가가치세법상 면세사업자인 사실, 이 사건 계약의 원고 시공 부분에 그 보수에 22,483,236원[= (K 감정 19,436,645원 + K 추가 감정 1,002,661원) × 1.1, 부가가치세 상당액 반영]이 드는 하자가 존재하는 사실을 각 인정할 수 있으므로, 결국 원고의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무액은 위 22,483,236원이 된다.

다) 배척 부분

(1) 피고의 주장 요지

나아가 K 감정에서 쌍방 다툼이 있는 등의 사정에 따라 재판부가 판단할 사항으로 감정금액에서 '재판부 판단금액'으로 유보된 1,959,255원과 K 추가 감정에서 같은 경위로 유보된 판단이 유보된 54,931,503원에 관하여도 원고가 책임질 하자보수에 갈음한 손해배상액에 포함되어야 한다.

(2) 판 단

그러나 하자에 해당한다는 점은 그 주장자인 피고에게 있다 할 것인바, 이 부분 하자로 인정을 구하는 것은, 바닥을 천연대리석으로 시공하기로 약정하였음에도 복합대리석으로 잘못 시공되었다는 점, 가구 재질을 '하이그로시'로 하기로 약정하였음에도 J에 있는 ○○ 치과 기준으로 잘못 시공되었다는 점 등으로, 앞서 든 각 증거 등 이 사건 변론에 현출된 모든 증거들에 의하여도 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

라) 책임의 제한

(1) 관련 법리

책임의 제한은 직권조사사항으로 그 존재 여부가 자백이나 자백간주의 대상이 될 수 없으므로, 손해배상책임을 지는 당사자가 이러한 책임제한에 관한 사정을 주장하지 않는 경우에도 소송자료에 의하여 책임을 제한할 사정이 인정되는 경우에는 이를 법원이 직권으로 심리·판단하여야

한다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결, 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다37479 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결 등 참조). 수급인의 하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 여기에 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수는 없다 하더라도 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상 하자발생 및 그 확대에 가공한 도급인의 잘못을 참작할 수 있다(대법원 1980. 11. 11. 선고 80다923, 924 판결 등 참조).

(2) 이 사건의 경우

위 법리를 토대로 보건대, 앞서 본 사실관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉 ① 원고가 이 사건 공사를 진행하면서 일부 내역을 미시공하거나 변경시공하기는 하였으나 피고가 이를 제대로 감독하지 못한 적어도 단순 '부주의'가 없었다고 보기도 어려운 점, ② 원고가 이 사건 공사를 완성하기 전에 피고가 이 사건 계약을 해지함에 따라 원고는 마감공사를 제대로 진행하지 못한 채 이 사건 건물을 인도할 수밖에 없었던 점, ③ 공사중단일로부터 현재까지의 시간적 간격 등을 고려하면, 도급인인 피고 등 사용자의 관리상 잘못으로 하자가 확대되었을 가능성을 완전히 배제할 수도 없는 점, ④ 시간적 간격 등 같은 맥락에서 현존하는 하자 중 원고의 시공상 잘못으로 인한 하자와 자연적으로 발생한 하자를 엄격하게 구분하는 것이 현실적으로 어려운 부분이 존재하는 점, ⑤ 원고가 이 사건 계약을 체결하고 이 사건 공사를 착공한 후 중단하기까지의 과정 및 그 이후의 정황 등 이 사건 공사의 진행 경과, 하자의 발생 경위, 기타 이 사건 변론에 나타난 제반 사정 등에 비추어 보면, 형평의 원칙상 원고의 책임을 90%로 제한함이 상당하다.

(3) 소결

따라서 원고의 이 사건 공사에 관한 하자보수에 갈음한 손해배상금책임액은 20,234,912원(= 위 22,483,236원 × 90%)이 된다.

2) 소결론

가) 배척 부분

앞서 본 듯이 컨설팅 계약에 관하여 피고가 한 채무불이행을 원인으로 한 해제 의사표시는 위법하므로 28,181,818원의 원상회복 청구 부분은 배척된다.

나) 원고의 책임액

결국 피고가 초과지급함으로써 원고가 법률상 원인 없이 취득한 부당이득액 5,968,170원(피고의 변제액 위 450,000,000원 - 기성고 상당 공사대금 위 444,031,830원)과 하자보수에 갈음한 손해배상금책임액 20,234,912원의 합산액 26,203,082원이 원고의 책임액이 된다.

따라서 원고는 피고에게 26,203,082원 및 이에 대하여 그 지급을 구한 이 사건 반소장 송달 다음날인 2022. 8. 25.부터 원고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 5. 9.까지 민법이 정한 연 5%의, 2023. 5. 10.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다) 지연손해금 기산일에 관한 피고 주장의 배척

피고는 2019. 7. 19.을 기산일로 그 날부터 지연손해금의 지급을 구하나, 부당이득반환의무 및 수급인의 하자보수에 갈음한 손해배상채무는 각 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 지므로(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결 등 참조), 그 지급을 구한 이 사건 반소장 송달 다음날부터 지체책임을 진다(이 사건 해지통지에는 해당 부분 지급최고를 구하는 내용이 없다). 따라서 전항 기재 인정범위를 초과하는 피고의 주장은 받아들이지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 없으므로 이를 기각하고 피고의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하며 나머지 반소청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 김양호