

서울중앙지방법원 2023. 3. 22 선고 2020가합603016(본소), 2021가합517297(반소) 판결
[공사대금 · 공탁금 출급청구권 확인]

전 문

원고(반소피고)주식회사 A

소송대리인 법무법인 한중

담당변호사 안병희, 임제순

피고(반소원고)유한회사 B

소송대리인 법무법인 지엘

담당변호사 이경아, 허윤정

변론 종결2023. 2. 8.

판결 선고2023. 3. 22.

주 문

1. 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 사이에 C 주식회사가 2020. 8. 4. 서울중앙지방법원 2020년 금제17772호로 공탁한 4,000,507,500원 중 2,103,881,628원의 공탁금출급청구권이 원고(반소피고)에게, 나머지 1,896,625,872원의 공탁금출급청구권이 피고(반소원고)에게 있음을 확인한다.
2. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용 중 50%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 본소

원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)와 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) 사이에 C 주식회사가 2020. 8. 4. 서울중앙지방법원 2020년 금제17772호로 공탁한 4,000,507,500원 중 3,940,517,965원의 공탁금출급청구권이 원고에게 있음을 확인한다.

2. 반소

원고와 피고 사이에 C 주식회사가 2020. 8. 4. 서울중앙지방법원 2020년 금제17772호로 공탁한 4,000,507,500원 중 3,838,473,417원의 공탁금출급청구권이 피고에게 있음을 확인한다.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자의 지위

원고는 건축공사업, 토목공사업 등의 사업을, 피고는 부동산 임대업 등의 사업을 각 영위하는 법인이다.

나. 이 사건 건물 신축공사에 관한 약정의 체결 등

1) 원고, 주식회사 D(이하 통틀어 '원고'라 한다) 및 피고는 2019. 2. 12. 대구 수성구 E 지상 'F빌딩'(이하 '이 사건 건물'이라 한다) 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관하여 향후 확정적으로 체결할 공사도급계약의 주요 사항을 정하는 내용의 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 약정의 주요 내용은 아래와 같다.

도급인(피고를 지칭한다, 이하 '갑')과 수급인 및 그 연대보증인(원고를 지칭한다, 이하 '을')은 아래 공사를 위한 최종 인허가를 득한 즉시 '시공도급계약'을 체결하고 이행하기 위해서, 그 '도급계약'의 주요 내용을 다음과 같이 정하고 인허가와 동시에 계약서를 작성, 날인하여 이행하기로 약정하였다.

1. 공사명: F빌딩(근린생활·업무시설) 신축공사.

2. 공사장소: 대구광역시 수성구 E.

3. 사업개요:

5) 공사기간: 착공일로부터 13개월이 되는 날까지 공사종료 한다.

2019. 3. 착공(착공은 철거와 흙막이 공사 등 토공사를 의미한다) ~

2020. 4. 공사종료(공사종료는 주무관청의 사용승인을 득하는 것까지를 의미한다) 공사기간 연장·지연 불가.

4. 계약금액: 9,000,000,000원, 부가가치세 10% 별도.

최종인허가도면 기준으로 조정예정.

5. 도급조건

1) 갑이 사업지 부동산 자산을 'G 주식회사'에 신탁하고 공동사업자로서 시공, 분양 - 관리형토지신탁계약, 관리형토지신탁 사업약정서, 대출약정서 등 필요한 약정체결 예정(2019. 2.).

2) 을에게 PF를 통하여 계약금액의 80%(7,200,000,000원)를 보장(부가세 10% 별도).

3) 공사비 선급금은 을이 '공사비 선급금보험'을 가입 후 증서를 제출한 후 위 2)항의 10% 지급.

6) 잔금 20%는 사용승인 및 대출원리금 상환 후 현금지급(부가세 10% 별도)하며, 사용승인 후 최장 3개월이 초과하도록 잔금을 정산하지 못할 경우는 연 5%의 지연이자를 가산하여 을에게 지급한다.

11) 공사기간 연장 또는 지연 불가 - 약정공사기간이 끝나는 다음 날부터 사용승인일까지 지체상금율(매 1일마다 위 4항 계약금액의 1/1000)에 따른 지체상금 부과.

12) 갑의 요청이나 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의 사유로 인한 설계변경 외 설계변경 또는 그에 따른 도급계약금액 변경 불가.

2) 이 사건 건물을 신축하여 분양하는 사업에 관하여 2019. 3. 7. 피고를 위탁자 겸 시행사, 원고를 시공사 및 책임준공확약사, C 주식회사(변경 전 상호 주식회사 G, 이하 'C'이라 한다)를 수탁자로 하는 관리형 토지신탁 사업약정(이하 '이 사건 신탁' 및 '이 사건 사업약정'이라 한다)이 체결되었다. 또한 같은 날 피고가 위 사업에 관하여 주식회사 H, I, J, K로부터 총 160억 원을 차용하고, 원고(주식회사 D는 제외)가 이를 연대보증하기로 하는 내용의 대출약정(이하 '이 사건 대출약정'이라

한다)이 체결되었다.

3) 이후 원고, 피고는 2019. 3. 7. 이 사건 약정의 내용을 구체적으로 확정하는 내용의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 도급계약의 주요 내용은 아래와 같다.

시공도급계약

1. 도급인(피고를 지칭한다)과 수급인(원고를 지칭한다)은 2019. 2. 12. 체결한 'F빌딩 신축공사 도급약정서'(이하 "약정서"라 한다)에 따라 최종 인허가 도면을 기준으로, 다음과 같이 "계약조건" 및 기타 설계·공사관련 문서들을 계약문서로서 작성·날인하고, 동 "약정서"에 첨부함으로써, "약정서"에서 예정한 "시공도급계약"에 갈음하여 계약 내용을 최종 확정한다.

3. 수급인은 2018. 12.경부터 본 사업과 관련한 검토를 시작하였고, 양 계약당사자들이 목적으로 하는 사업을 성공시키기 위하여 도급계약금액의 산출과 시공준비 및 검토를 포함한 일체의 협력을 거쳤으며, 약정한 도급계약금액 한도 내에서 13개월 내에 본 계약을 이행 완료하기로 확약하였다.

계약조건

제3조(계약문서)

① 계약문서는 "약정서(2019. 2. 12. 체결)", "계약조건", "설계서" 및 "산출내역서"로 구성되며, 상호보완의 효력을 가진다. 단, "약정서", "계약조건", "기타 계약문서"의 순서로 차등 적용하며, 상위 계약문서와 하위 계약문서가 정한 바가 상호 배치되거나 해석 등에 이견이 있을 경우는 상위계약문서를 적용한다.

제10조(공사기간)

① 공사착공일과 준공일은 약정서와 특약조건에 명시된 일자로 한다.
② 준공일은 수급인이 건설공사를 완성하고 제23조의 규정에 의하여 준공검사에 합격한 후 주무관청의 승인을 득한 날에 한한다.

제18조(공사의 변경·설계변경으로 인한 계약금액의 조정)

① 공사 또는 설계의 변경은 원칙적으로 불가하나, "약정서 5-12)"의 사유로 도급인이 설계변경 등에 의하여 공사내용을 변경, 추가하거나 공사의 전부 또는 일부에 대한 시공을 일시 중지할 경우에는 변경계약서 등을 사전에 수급인에게 교부하여야 한다.

② 도급인이 제1항에 따른 공사내용의 변경·추가 관련 서류를 교부하지 아니한 때에는 수급인은 도급인에게 도급받은 공사내용의 변경·추가에 관한 사항을 서면으로 통지하여 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 수급인의 요청에 대하여 도급인이 15일 이내에 그 내용에 대한 인정 또는 부인의 의사를 서면으로 회신하여야 하며, 이 기간 내에 회신하지 아니한 경우에는 원래 수급인이 통지한 내용대로 공사내용의 변경·추가된 것으로 본다. 다만 불가항력으로 인하여 회신이 불가능한 경우는 제외한다.

③ 도급인의 지시에 의하여 수급인이 기존의 공사계획을 대체하거나, 기존에 없던 공사를 신규로 추가하여 시공한 공사물량이 있을 경우는 공사비의 순증감 부분에 대하여 다음 각 호의 기준에 따라 증·감액하여 지급한다.

1. 증감된 공사의 단가는 산출내역서상의 단가를 기준으로 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.

제19조(기타 계약내용의 변동)

① 본 계약은 도급금액 한도를 정하고 상호간에 변경치 않기로 하였으므로, 본 계약의 다른 조항에서 정한 사유들 외의 어떠한 도급금액과 공사기간의 변동도 없으며, 자재가격의 하락이나, 공사의 품질을 향상시키면서 공사비를 절약하는 등에 따른 이익은 수급인에게 귀속한다.

특약조건

1. (최종) 사업개요

"약정서 3. 사업개요" 중 2019. 2. 19. 수성구청에 제출한 인허가 도면을 기준으로 최종 확정하며 다음과 같다.

2) 착공일: 2019. 2. 28. 석면철거 시작, 2019. 3. 8. 착공(착공계 접수 후 철거 및 토공사 시작) 예정

3) 공사종료: 13개월 후(2020. 4. 7.)까지 주무관청의 사용승인 완료

4) 원고, 피고는 이 사건 도급계약의 체결일과 같은 날인 2019. 3. 7. 원고가 이 사건 건물의 인테리어 등을 시공하고 피고가 그 대가로 5억 5,000만원(부가가치세 별도)을 지급하기로 하는 내용의 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 체결하였다.

다. 이 사건 수정계약의 체결

원고는 2019. 4. 25.경 피고에게 견적서, 물량산출서, 철골물량산출서를 송부하였고, 원고와 피고는 2019. 5. 8. 이와 관련한 회의를 진행한 다음 2019. 5. 29. 아래와 같은 내용의 수정계약(이하 '이 사건 수정계약'이라 한다)을 체결하였다.

2. 수정(그리고/또는 보완)의 내용 1: 부속계약서1) 상 계약금액을 6억 5,000만원으로 상향함.

1) 약정서2) 와 그 부속계약서상의 각각의 계약금액을 합한 총 95억 5,000만원의 계약금액을 1억 원만큼 상향하고, 이를 약정서상의 계약금액은 변경하지 아니하고 부속계약의 계약금액을 증액하는 방법으로 반영하기로 하였음.

3. 수정(그리고/또는 보완)의 내용 2: 갑(피고를 지칭한다, 이하 같다)과 을(원고를 지칭한다, 이하 같다)은 다음과 같이 확인하고 진술하였음.

1) (최종) 인허가 도면은 하나이며, 주계약3) 및 그 계약조건4) (2019. 3. 7. 날인 첨부)에서 정한 바에서와 같이 설계변경은 없었음. 을이 갑에게 제출한 2019. 4. 25.자 견적서와 물량산출서는 을의 내부사유들로 인한 사업추진·착수 지연 등 여러 귀책으로 누락되었던 부분을 약 2개월 늦게 반영한 것이며, 갑은 신의성실에 입각하여 이를 양해하고 성공적인 사업종료를 위하여 2019. 5. 8. 회의에서 ① 정화조 및 ② 창호관련 공사비 일체 부분을 포함한 공사비 증액부분 등 2가지만을 포괄적으로 인정하여 계약금액 총액을 1억 원만큼 증액해주기로 한 것임.

2) 위 1)의 인허가 도면은 이후 사용승인을 득하는 날까지, 을은 ① 갑이 법인감을 날인하여 서면으로써 요청하는 사안 또는 ② 2019. 5. 8. 이후에 사용승인을 위한 법령의 변경이 있고 그 법령이 소급적용될 것을 관련 정부기관이 합법적으로 강제하는 사안을 제외하고는 설계변경 또는/그리고 계약금액의 변경이 없을 것임을 확인하며,

동 인허가 도면은 현재와 앞으로도 그 분야와 부분을 막론하고 변경해야 할 사유가 없음과 따라서 동 도면에 표시된대로 공사를 마치고 사용승인을 득할 의무가 있음을 확인하였음.

3) 시공의 품질을 향상시키면서 건물의 기능과 미관의 수준을 유지하는 것을 전제로 공사기간의 단축, 공사비의 절감 등을 목적으로 하는 설계변경은 을이 감리, 설계, CM과 협의하여 구체적인 내용을 복수의 대안들과 비교, 견적하여 갑에게 제출한 뒤, 갑이 서면 승인을 하는 경우에 한하여 가능하며, 갑은 이러한 을의 선의의 노력의 결과로서 절감된 시공비용이 있을 경우는 이를 을의 이익으로 인정해

주기로 확인하였음.

라. 이 사건 공사의 진행경과

1) 이 사건 공사에 관한 건축허가가 2019. 3. 13. 이루어졌고, 그 무렵 원고는 이 사건 공사를 개시하였다.

2) 원고는 2020. 5. 12. 이 사건 공사를 완료하였고, 2020. 5. 15. 이 사건 건물에 대한 사용승인이 이루어졌다.

마. C의 공탁

이 사건 사업약정상 수탁자인 C은 원고와 피고 사이 이 사건 공사의 대금에 관한 다툼이 발생하자, 2020. 8. 4. 서울중앙지방법원 2020년 금제17772호로 피공탁자를 원고 및 피고로 하여 민법 제487조 후단에 따라 채권자불확지를 이유로 4,000,507,500원을 공탁(이하 '이 사건 공탁금'이라 한다)하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 7, 9, 10호증, 을 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 청구원인의 요지

가. 본소

피고는 원고에게 아래 1) 내지 3)항에서 보는 바와 같이 총 3,985,286,231원을 지급하여야 한다. 여기에서 원고가 피고에 대하여 부담하는 하자보수를 갈음한 손해배상금 44,768,266원을 공제하면 3,940,517,965원이 남으므로, 이 사건 공탁금 4,000,507,500원 중 3,940,517,965원의 출급청구권은 원고에게 있다.

1) 이 사건 약정 및 부속계약상 공사대금의 미지급액 피고는 이 사건 약정 및 부속계약에 따라 원고에게 합계 10,505,000,000원(이 사건 약정에 따른 90억 원에 이 사건 부속계약에 따른 5억 5,000만원을 합한 95억 5,000만원에 부가가치세 10%를 가산)을 지급하여야 한다. 그런데 피고는 이 중 7,920,000,000원만을 지급하였으므로, 원고에게 나머지 2,585,000,000원을 지급할 의무가 있다.

2) 추가공사비 및 돌관공사비 원고는 이 사건 약정 및 부속계약상 공사대금에는 포함되지 않은 각종

추가공사를 실시하였으므로, 피고는 원고에게 위 추가공사대금 1,047,947,190원을 지급할 의무가 있다.

또한 기존 도면에 없던 정화조를 설치하기 위해 더 깊이 굴착작업을 하던 중 발견된 암반의 존재 및 주변 민원과 코로나바이러스감염증-19(이하 '코로나19'라 한다)로 인하여 공사가 지연되었고, 이에 따라 원고는 정해진 공사기한을 준수하기 위해 장비와 인원을 집중적으로 투입하여 시행하는 이른바 돌관공사를 할 수밖에 없었다. 따라서 피고는 원고에게 돌관공사비 27,921,158원을 지급할 의무가 있다.

3) 지연이자 및 손해배상금 피고는 원고에게 위 1)항 기재 미지급액 2,585,000,000원에 이 사건 수정계약에서 증액한 1억 원을 합산한 2,685,000,000원에 대하여 2020. 5. 12.부터 C이 4,000,507,500원을 공탁한 2020. 8. 4.까지 이 사건 도급계약이 정하고 있는 연 5%의 비율로 계산한 지연이자를 지급할 의무가 있다.

한편 피고는 원고가 이 사건 공탁금 중 위 2,685,000,000원을 지급받을 수 있도록 협조할 의무가 있음에도 이를 위반하였으므로, 2020. 8. 5.부터 2023. 1. 31.까지 그 손해배상으로 위 2,685,000,000원에 대하여 연 5%의 비율로 계산한 지연이자를 지급할 의무가 있다.

결국 피고는 원고에게 2,685,000,000원에 대하여 2020. 5. 12.부터 2023. 1. 31.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연이자 352,339,041원을 지급할 의무가 있다.

나. 반소

피고는 원고에게 이 사건 공사대금으로 10,615,000,000원(부가가치세 포함)을 지급할 의무를 부담하는데, 피고는 이 중 7,920,000,000원을 지급하였으므로, 미지급 공사대금은 2,695,000,000원에 해당한다. 위 미지급 공사대금 2,695,000,000원에서 아래 1) 내지 3)항에서 보는 바와 같이 원고가 피고에게 지급할 의무를 부담하는 2,532,965,917원을 공제하면 162,034,083원이 남으므로, 이 사건 공탁금 4,000,507,500원에서 위 162,034,083원을 제외한 나머지 3,838,473,417원의 출급청구권은 피고에게 있다.

1) 지체상금 원고는 약정 준공일인 2020. 4. 19.로부터 23일이 도과한 2020. 5. 12.에서야 이 사건 공사를 완료하였다. 따라서 원고는 피고에게 지체상금 244,145,000원[이 사건 공사대금

10,615,000,000원(계약금액 9,650,000,000원에 부가가치세를 포함한 금액이다) × 1/1000 × 23일]을 지급할 의무가 있다.

2) 이 사건 사업약정 위반을 원인으로 하는 손해배상금 또는 이 사건 수정계약에 따른 약정금 이 사건 사업약정에 따라 체결된 이 사건 대출약정 제12-6항 마목에 의하면 원고는 대출 원리금의 상환 전에 공사대금의 지급을 구할 수 없고, 대출 원리금의 상환을 방해해서도 안 된다. 또한 이 사건 수정계약 제3조 제4항에 의하면 원고는 설계변경 및 그에 따른 추가공사대금 요구로 인해 발생한 일체의 비용을 부담하여야 한다.

그런데 원고는 설계변경으로 인한 추가공사대금을 요구하면서 이 사건 신탁의 종료를 방해하고 이 사건 분쟁을 일으켰으므로, 이 사건 사업약정 위반을 원인으로 하는 손해배상 또는 이 사건 수정계약 제3조 제4항에 따른 약정금으로, 피고에게 ① 기존의 대출을 더욱 낮은 이자의 대출로 대환한 시점까지 발생한 이자 차액 상당의 손해 100,554,621원, ② C의 공탁으로 인하여 지출한 이자 상당의 손해 308,798,626원, ③ 이 사건 분쟁 과정에서 지출한 각종 비용 상당의 손해 17,375,500원, 합계 426,728,747원을 지급할 의무가 있다.

3) 하자보수를 갈음한 손해배상금 원고는 이 사건 공사를 수행하면서 약정에 따라 시공하여야 할 부분을 시공하지 않거나 약정한 내용과 다르게 또는 부실시공을 하였다. 따라서 원고는 피고에게 하자보수를 갈음한 손해배상금으로 1,862,092,170원을 지급할 의무가 있다.

3. 판단

본소와 반소를 함께 본다.

가. 이 사건의 쟁점

채무자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에는 변제의 목적물을 공탁하면 채무를 면하고(민법 제487조 후단), 채권자는 공탁소에 대하여 공탁금출급청구권을 가지게 된다. 이때 피공탁자가 된 채권자가 가지는 공탁금출급청구권은 채무자에 대한 본래의 채권을 갈음하는 권리이므로, 그 귀속 주체와 권리 범위는 본래의 채권이 성립한 법률관계에 따라 정해진다. 따라서 채무자가 누가 진정한 채권자인지를 알 수 없어 상대적 불확지의 변제공탁을 하여 피공탁자 중 1인이 다른 피공탁자들을 상대로 자기에게 공탁금출급청구권이 있다는 확인을 구한 경우에, 피공탁자들 사이에서 누가 진정한

채권자로서 공탁금출급청구권을 가지는지는 피공탁자들과 공탁자인 채무자 사이의 법률관계에서 누가 본래의 채권을 행사할 수 있는 진정한 채권자인지를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다270049 판결 등 참조).

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 건물을 신축하여 분양하는 사업을 시행한 결과 이 사건 신탁의 정산금 4,000,507,500원이 발생한 사실, 신탁 관련 자금의 집행순서에 관하여 이 사건 사업약정 제25조 제2항은 기성 공사비가 우선 지급된 다음 사업이익을 지급하도록 정하고 있는 사실이 인정되고, C은 원고에 대한 공사대금 지급범위에 관한 분쟁이 있음을 원인으로 하여 2020. 8. 4. 서울중앙지방법원 2020년 금제17772호로 피공탁자를 원고 및 피고로 하여 4,000,507,500원을 공탁한 사실은 앞서 본 바와 같다.

결국 이 사건의 쟁점은 원고가 가지는 공사대금채권의 구체적인 액수이다(원고가 공사대금채권에서 지체상금, 손해배상금 등을 공제한 액수만큼을 우선 지급받고, 피고가 나머지 잔액을 지급받는 점에 대하여 당사자 사이 다툼이 없다). 한편 피고가 원고에게 이 사건 공사대금의 일부인 7,920,000,000원을 지급한 사실은 당사자 사이 다툼이 없는데, 원고는 이에 더하여 추가공사대금, 돌관공사비, 지연이자, 손해배상금 채권을 주장하는 반면, 피고는 추가공사대금의 존재를 부정하면서 미지급 공사대금에서 지체상금, 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상금(또는 약정금), 하자보수를 갈음한 손해배상금이 공제되어야 한다고 주장하므로, 이하 각 주장을 차례대로 살펴본다.

나. 잔여 공사대금 외 추가채권이 인정되는지 여부에 관한 판단

1) 추가공사대금 부분 가) 이 사건 도급계약의 성질

총공사대금을 정하여 한 공사도급계약의 경우 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인에게 당초의 공사대금을 초과하는 금원을 공사대금으로 지급할 의무는 없고, 다만 수급인이 본계약내용에 없는 추가공사를 하였다면 그에 대한 추가공사비를 지급할 여지가 있을 뿐이다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005다63870 판결 참조).

원고와 피고가 이 사건 약정, 도급계약, 부속계약(이하 통칭할 때에는 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하는 과정에서, 그 공사대금을 개별공정의 단가에 따라 정한 것이 아님은 당사자 사이 다툼이 없다. 또한 이 사건 약정 제5조 제12항은 '피고의 요청 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의

사유로 인한 설계변경 이외의 설계변경 또는 그에 따른 도급계약금액의 변경이 불가능하다'고 정하고 있는 사실, 이 사건 도급계약 제19조 제1항은 '본 계약은 도급금액의 한도를 정하고 상호간에 변경치 않기로 하였으므로, 본 계약의 다른 조항에서 정한 사유들 외의 어떠한 도급금액과 공사기간의 변동도 없다'고 정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같다.

그렇다면 이 사건 계약은 총공사대금의 한도를 정한 계약에 해당하며, 피고의 요청 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의 사유가 없는 이상 공사대금의 변경이 불가능하다고 볼 수 있다. 따라서 원고가 재료비 등으로 당초 예상보다 많은 공사비용을 들었다고 하여도 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 계약상 공사대금을 초과하는 금원을 공사대금으로 요구할 수 없고, 공사내용의 변경, 추가로 인한 추가공사대금을 지급받기 위해서는 이 사건 도급계약에서 예정하고 있는 위의 사정(피고의 요청 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의 사유)이 존재하거나, 당초 계약에 없던 추가공사가 있었고 그에 관하여 원고, 피고 사이에 합의가 있었음이 인정되어야 할 것이다. 그리고 위와 같은 특별한 사정의 존재는 추가공사대금을 청구하는 원고가 입증하여야 한다.

나) 추가공사대금의 인정 여부

원고가 제출한 증거만으로 원고가 피고의 요청 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의 사유(이 사건 도급계약 제15조 제1항에 의하면 이는 태풍, 홍수, 전쟁, 사변, 지진, 전염병, 폭동 등에 준하는 사유를 뜻하는 것으로 볼 수 있다)에 기하여 추가공사를 수행하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

그렇다면 추가공사대금을 청구하기 위해서 원고로서는 당초 계약에 없던 추가공사가 있었고, 그에 관하여 원고, 피고 사이에 합의가 있었음을 입증하여야 한다.

(1) 당초 계약에 없던 추가공사가 이루어졌는지 여부

(가) 우선 이 사건 계약에 따라 원고가 수행하기로 한 공사의 기준이 되는 도면이 무엇인지를 살펴본다.

이에 관하여 원고는 2018. 12. 24.자 개략공사비 산출용 도면(을 제17호증) 및 이를 토대로 작성된 2019. 1. 22.자 견적서(갑 제27호증)가 기준이 된다고 주장한다. 그러나 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 약정 제4조는 '최종

인허가도면'을 기준으로 계약금액을 조정할 예정이라고 정하였던 점, ② 이후 체결된 이 사건 도급계약 특약조건 제1조도 '2019. 2. 19. 수성구청에 제출한 인허가도면'을 기준으로 삼는다고 하여, 여전히 '인허가도면'이 기준이 되었던 점, ③ 이 사건 공사에 관한 2019. 3. 26.자 최종 인허가도면(갑 제29호증, 이하 '최종 인허가도면'이라 한다)이 이 사건 도급계약이 체결되고 나서 확정된 사실은 인정되나, 원고는 위 도면을 토대로 2019. 4. 25.자 견적서(갑 제10호증)를 작성하여 피고에게 송부하였고, 원고와 피고 사이에서 2020. 5. 8. 이와 관련한 회의가 진행되었던 점, ④ 위 회의 이후 체결된 이 사건 수정계약은 계약금액을 1억 원 증액하면서 '최종 인허가도면5)에 표시된 대로 공사를 마치고 사용승인을 얻을 의무가 있음을 확인한다'고 명시하였던 점(제3조 제1, 2항 참조) 등을 종합하면, 이 사건 계약에 따라 원고가 수행하여야 하는 공사의 범위는 최종 인허가도면을 기준으로 정해진다고 인정할 수 있다.

이에 대하여 원고는 이 사건 수정계약은 건설산업기본법 제22조 제5항 제1 내지 4호6) 및 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라 한다) 제4조 제2항 제6호7)를 위반하여 효력이 없다고 주장한다. 그러나 앞서 든 증거, 갑 제28호증, 을 제17, 18, 20, 22호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 계약은 총공사대금의 한도를 정한 계약으로, 원고와 피고는 이 사건 약정을 체결할 때부터 피고의 요청 또는 중대하고 객관적으로 명백한 불가항력의 사유가 없는 이상 공사대금의 변경은 불가능하다고 정하였던 점(제5조 제12항), ② 피고는 이 사건 도급계약을 체결하기 수개월 전인 2018. 12.경부터 원고에게 개략공사비 산출용 도면, 건축심의용 도면, 지질조사보고서, 구조상세도면 등을 제공하였던 점, ③ 원고는 이 사건 도급계약을 체결하기 이전인 2019. 3. 4. 피고에게 건축허가용 도면의 일부(갑 제28호증)를 제공하였는데, 위 도면은 최종 인허가도면과 건축면적, 연면적, 건폐율, 용적율 등이 동일하거나 미세한 차이만 있을 뿐인 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 원고로서는 이 사건 도급계약을 체결하기 전 피고로부터 제공받은 각종 자료를 토대로 대략의 견적을 산출할 수 있었을 것으로 봄이 상당하고, 원고가 제출한 증거만으로 이 사건 수정계약을 통하여 공사대금을 1억 원 증액하기로 한 것이 원고에게 현저하게 불공정하다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 또한 하도급법 제4조 제2항 제6호 및 동법 시행령 제7조 제1항에 의하면 정당한 사유

없이 원사업자의 도급내역상의 재료비, 직접노무비 및 경비의 합계보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위는 부당한 하도급대금의 결정에 해당하는데, 원고는 이 사건 공사가 이에 해당하는지 여부에 관한 구체적인 주장 및 입증을 전혀 하고 있지 않다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 원고는 최종 인허가도면에 따라 이 사건 공사를 수행할 의무를 부담하므로, 당초 계약에 없던 추가공사가 이루어졌는지 여부를 판단하기 위해서는 위 최종 인허가 도면과 원고가 실제로 수행한 공사내역을 비교하여야 한다.

그러나 원고의 신청에 따라 이루어진 감정인 L(이하 '감정인'이라 한다)의 추가공사감정은 원고의 주장에 따라 2019. 1. 9.자 건축심의용 도면(이는 2018. 12. 24.자 개략공사비 산출용 도면과 동일한 것으로 보인다) 및 이를 토대로 작성된 2019. 1. 22.자 견적서를 기준으로 이루어진 것이어서, 그 감정결과를 토대로 추가공사가 이루어졌는지 여부를 판단할 수는 없다. 이와 달리 원고는, 피고가 최종 인허가도면에 시공지시가 없음을 인정하고 있는 아래 표 기재 항목들을 제외한 나머지 추가공사내역들에 관하여('외부 시스템 비계' 항목에 관하여는 아래 (2)항에서 별도로 본다), 해당 내역들이 최종 인허가도면에 존재하지 않는다는 점에 관하여 구체적인 입증을 하고 있지 않다.

가. 가설공사와 관련하여 설계변경으로 인한 추가공사비	
(1-2) 사인물 부착공사	4,751,560
다. 설계변경에 따른 기타공사비와 관련하여 설계변경으로 인한 추가공사비	
(10) 전기공사	
라. 공사진행시 추가된 항목과 변경공사에 대한 추가공사비	
(7) 각 층 발코니 난간대 디자인 변경에 따른 증가된 공사금액	38,867,312
(11) 각층 화장실 천정형 히터 설치 금액	12,744,772
(16) 외부 전면 화단 설치금액	741,789
(17) 주차 진입로 가로수나무 이식 금액	2,993,483
(20) 전층 화장실 액세서리 및 화장실 순간온수기 추가 설치에 따른 공사비 증가	11,319,137
(22) 층별 노대 우수드레인 설치를 위한 코어작업에 따른 공사비 증가	1,913,228
(23) 외부 후면 적벽돌 담벼락 추가시공에 따른 공사비 증가	5,259,973

설령 위 일부 항목이 최종 인허가도면에 존재하지 않았고 이에 관하여 추가공사가 이루어졌다고

인정하더라도, 위와 같은 추가공사 시행에 관한 합의가 존재하여야 한다.

그러나 이 사건 수정계약은 '2019. 4. 25.자 견적서와 물량산출서는 원고의 귀책사유로 누락되었던 부분을 사후적으로 반영한 것이고, 피고는 정화조 및 창호관련 공사비만을 인정하여 계약금액을 1억 원 증액하기로 한 것'이며(제3조 제1항), '향후 피고가 서면으로 요청하거나 법령의 변경이 있는 경우를 제외하고는 설계변경 및 계약금액의 변경이 없음을 확인하며, 최종 인허가도면은 향후 변경할 사유가 없음을 확인한다'(제3조 제2항)고 명시하고 있으므로, 원고와 피고는 이 사건 수정계약을 체결함으로써 이 사건 공사범위의 기준은 최종 인허가도면이며 공사대금은 96억 5,000만원임을 확정하였다고 볼 수 있다. 이와 달리 원고가 제출한 증거만으로 원고와 피고가 이 사건 수정계약 체결 이후 위 각 항목의 추가공사 시행 및 그 대금 지급에 관한 별도의 추가합의를 하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(2) '외부 시스템 비계' 항목의 경우

다만 원고가 주장하는 추가공사내역들 중 '외부 시스템 비계' 항목의 경우, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고는 최종 인허가도면에 없는 시스템 비계를 사용하였고, 그 사용에 관하여 원고와 피고 사이에 합의가 있었다고 봄이 타당하다.

① 최종 인허가도면에는 시스템 비계가 아닌 곤돌라를 사용하도록 지시되어 있다. 이에 대하여 피고는 원고가 작성한 2019. 4. 11.자 시공계획서 및 2019. 3.자 안전관리계획서에 시스템 비계에 관한 기재가 있다고 주장하나, 추가공사 여부는 최종 인허가도면을 기준으로 판단하는 것이 타당함은 앞서 본 바와 같다.

② 원고는 2019. 4. 25.자 견적서에서 시스템 비계 사용 및 그 견적에 관한 의견을 피고에게 제시하였다. 이후 이 사건 수정계약에서 '정화조 및 창호관련 공사비 일체 부분을 포함한 공사비 증액부분 등 2가지만을 포괄적으로 인정하여 계약금액 총액을 1억 원만큼 증액'하기로 하였음은 앞서 본 바와 같은데, 위 수정계약에서 시스템 비계는 언급되지 않은 점, 위 견적서에 의하면 정화조와 창호관련 공사비만으로도 약 1억 원에 달하므로 위 1억 원에 시스템 비계 공사비까지 포함되었다고 단정하기는 어려운 점 등을 고려하면, 이 사건 수정계약을 통해 증액된 공사비 1억 원에 시스템 비계

사용비용까지 포함되었다고 보기는 어렵다.

③ 원고는 이 사건 공사현장에서 시스템 비계를 사용하였고, 감정인은 이에 관한 추가공사비로 185,310,840원을 산정하였다. 그런데 시스템 비계를 사용하는 과정에서 상당한 비용이 소요되는 점, 이 사건 공사는 상주감리자 및 건설사업관리자(CM)가 감독·관리하였으므로 원고가 시스템 비계를 사용하는 사실은 피고도 충분히 인식할 수 있었을 것으로 보이는 점(시스템 비계의 경우에는 그 형태, 사용위치 등을 고려할 때 그 사용 여부를 쉽게 알 수 있다), 원고와 피고는 2019. 4. 및 5.경 시스템 비계 사용에 관하여 이미 논의를 거치기도 하였던 점 등을 종합하면, 이 사건 공사를 진행하는 과정에서 원고와 피고 사이에 시스템 비계 사용에 관한 합의가 이루어졌다고 봄이 타당하다. 그렇다면 피고는 원고에게 시스템 비계 사용과 관련한 추가공사비로 159,550,840원(감정인이 산정한 추가공사비 185,310,840원 - 인허가도면에 표시된 곤돌라 관련 비용 25,760,000원)을 지급할 의무가 있다.

(3) 소결론

피고는 원고에게 시스템 비계 사용과 관련한 추가공사비로 159,550,840원을 지급할 의무가 있다. 추가공사대금에 관한 원고의 나머지 주장은 이유 없다.

2) 돌관공사비 부분 이른바 '돌관공사(突貫工事)'란 일반적으로 예정된 공사일정을 맞추거나 단축시키기 위하여 장비와 인원을 집중적으로 투입하여 시행하는 공사를 의미한다. 수급인의 돌관공사로 인한 공사대금채권이 인정되는지 여부는 계약상 명문의 규정이 있다면 그에 따라야 할 것이나, 명문의 규정이 없는 경우에도 도급인이 돌관공사를 지시하고, 돌관공사의 시행에 따라 공사기간이 단축되었으며, 그 돌관공사의 비용에 관한 합리적인 산정 근거가 있다면, 수급인은 돌관공사로 추가 지출한 비용을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다. 또한 도급인이 수급인에게 명시적으로 돌관공사를 지시하지 않았더라도, 수급인에게 책임지울 수 없는 사유로 공사가 지연되었음에도 도급인이 수급인의 공사기간 연장 요청을 거절하거나 예정된 공기를 준수하도록 지시함으로써 수급인으로서 공사기간 준수를 위하여 부득이하게 돌관공사를 할 수밖에 없었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 마찬가지로 수급인은 그 비용을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고가 공기지연의 사유로 주장하는 정화조는 2019. 4. 25.자 견적서에 포함되어 있으므로 원고는 늦어도 그 때에는 정화조 관련 공사가 필요함을 인식하였다고 볼 수 있는데, 원고는 이 사건 수정계약 체결 당시 그와 관련한 공기 연장의 필요성 등을 주장하지 않았던 것으로 보이는 점, ② 원고가 이 사건 도급계약 체결 전 피고로부터 지질조사보고서를 제공받았음은 앞서 본 바와 같은데, 그렇다면 원고로서는 암반의 존재를 포함하여 이 사건 공사 현장의 지질 상태를 파악할 수 있었을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 공사는 도심에서 이루어지므로 건설업을 전문으로 하는 원고로서는 공사진행 과정에서 주변의 민원이 제기될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었을 것으로 볼 수 있는 점, ④ 이 사건 공사가 2020. 2. 말경부터 코로나19를 원인으로 일부 지연되었을 것으로 볼 수는 있으나, 당시는 이 사건 공사의 약정 준공일(2020. 4. 19.)을 얼마 남기지 않은 시점이었으며 위 코로나19로 인하여 이 사건 공사 중 원고가 돌관공사비를 구하고 있는 철골공사 및 경량공사가 지연되었는지 여부를 확인하기는 어려운 점 등을 종합하면, 원고가 제출한 증거만으로 원고의 책임질 수 없는 사유로 철골공사 및 경량공사가 지연되어 원고가 부득이 돌관공사를 할 수밖에 없었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 지연이자 및 손해배상금 부분 가) 지연이자

원고는 이 사건 계약에서 정한 공사대금 중 아직 지급이 이루어지지 않은 2,685,000,000원에 대하여 2020. 5. 12.부터 공탁일인 2020. 8. 4.까지 이 사건 도급계약이 정하고 있는 연 5%의 비율로 계산한 지연이자를 구하고 있다.

그러나 이 사건 부속계약 특약조건 제1조는 '사용승인이 완료되고 3개월을 초과하도록 공사대금 채권을 지급하지 못한 경우, 잔여 공사대금에 대하여 연 5%의 지연손해금을 지급한다'고 정하고 있으므로, 피고는 이 사건 공사에 관한 사용승인이 이루어진 2020. 5. 15.부터 3개월이 도과한 2020. 8. 15.부터 지체책임을 부담한다고 봄이 타당하다. 따라서 2020. 5. 12.부터 2020. 8. 4.까지의 지연이자를 구하는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 손해배상금

원고는, 피고는 원고가 이 사건 공탁금 중 2,685,000,000원을 지급받을 수 있도록 협조할 의무가

있음에도 이를 위반하였으므로, 이에 대한 손해배상책임을 부담한다고 주장한다.

그러나 피고는 원고를 상대로 하자보수를 갈음한 손해배상을 청구하고 있는데 위 손해배상금과 원고의 공사대금채권은 서로 동시이행의 관계에 있는 점, 원고가 피고에 대하여 부담하는 하자보수를 갈음한 손해배상금의 대략적인 액수는 하자감정 등을 통하여 비로소 파악할 수 있게 되므로 피고가 잔여 공사대금 전액에 대하여 원고의 출금을 거부하였다고 하여 곧바로 원고에 대한 채무불이행 또는 불법행위가 성립한다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고가 원고에 대하여 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 하는 손해배상책임을 부담한다고 인정할 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 피고의 공제주장에 관한 판단

1) 지체상금 부분 가) 지체상금의 발생

이 사건 약정 제5조 제11항은 지체상금율을 매1일마다 총 도급금액의 1/1000로 정하고 있는 사실, 원고는 이 사건 계약의 약정 준공일인 2020. 4. 19.로부터 23일이 도과한 2020. 5. 12. 이 사건 공사를 완료한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 244,145,000원[총 도급금액 10,615,000,000원(계약금액 9,650,000,000원에 부가가치세를 포함한 금액이다) × 1/1000 × 23일]을 지급할 의무가 있다.

이에 대하여 원고는 2020. 2.말경 피고에게 코로나19로 인한 공사지연을 원인으로 공사기간 연장을 요청하였고, 피고가 이를 받아들여 약정 준공일이 2020. 5. 19.로 연장되었다고 주장한다. 갑 제40, 41호증의 각 기재에 의하면 원고가 2020. 2. 25. 및 같은 달 28. 피고에게 코로나19로 인하여 이 사건 공사가 지연되고 있으므로 공사기간의 연장이 필요하다는 취지의 문서를 보낸 사실, 이 사건 공사의 감리자인 M가 2020. 3. 31.경 원고에게 보낸 문서에는 "공사기간 연장(2020. 5. 19.)에 따라 주무부서의 처리기간을 고려하여 2020. 5. 1.경에 사용승인(준공) 접수를 하기로 설계사무소와 논의하였다"는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거, 을 제2, 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 위 인정사실만으로 피고가 약정 준공일을 2020. 5. 19.로 연장하면서 원고의 지체상금을 면제해주었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서

원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 원고의 2020. 2. 25. 및 같은 달 28.자 각 문서에 대하여 피고는 2020. 3. 2. 원고에게 '2020. 4. 19.부터 사용승인일까지의 지체상금을 납부하는 것을 조건으로 원고의 공사기간 연장에 동의한다'고 답변하였다. 이에 대하여 원고는 2020. 3. 11. 피고에게 위와 같은 조건에 관하여 추가 협의가 필요하다고 답변하였는데, 제출된 증거만으로는 이후 해당 조건에 관하여 원고와 피고 사이 협의가 이루어졌는지 여부를 확인할 수 없다. 그렇다면 이 사건 공사가 2020. 5. 19.까지 연장되었다고 하여 해당 시점까지의 지체상금도 면제되었다고 단정하기는 어렵다(공사기간이 합의에 따라 연장된 경우 별도의 지체상금이 발생하지 않는 것이 통상적이라고 보이나, 이 사건의 경우에는 지체상금 부과를 조건으로 공사기간 연장이 논의되었기 때문에 통상적인 경우와 달리 봄이 타당하다).

② 원고는 코로나19가 이 사건 계약에서 정한 불가항력의 사유에 해당함을 전제로 공사기간 연장을 요청하였는데, 앞서 든 증거에 의하면 이 사건 도급계약 제15조는 불가항력의 사태 등으로 현저히 계약이행이 어려운 경우 원고가 피고에게 공사기간의 연장을 요구할 수 있고 피고는 공사가 적절히 이행될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다고 정하고 있는 사실은 인정된다. 그러나 원고의 2020. 2. 25. 및 같은 달 28.자 각 문서에 의하더라도 이 사건 공사현장에서 코로나19 확진자나 의심환자 등이 발생하여 공사가 중단되었던 것은 아니었고 일부 공정에 필요한 인력을 수급하는 데 어려움을 겪는 정도였던 것으로 보이므로, 당시의 상황이 불가항력의 사태 등으로 현저히 계약이행이 어려운 경우에 해당한다고 단정하기는 어렵다(다만 이를 아래 책임제한 사유로 고려한다).

나) 책임의 제한

지체상금은 손해배상의 예정이므로 부당하게 과다하다고 인정되는 경우 민법 제398조 제2항에 의하여 이를 적당히 감액할 수 있다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조).

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 원고는 코로나19로 인하여 일부 공정에 필요한 인력을 수급하는 데 어려움을 겪었고 이로 인하여 이 사건 공사가 일부 지연되었을 것으로 보이는 점, 피고도 2020. 3. 2. 원고에게 보낸 문서에서 '코로나19로 인한 인력 수급의 차질을 인지하고 있고, 공사가 불가피하게 지연되는 부분을 반영하고자 할 것'이라고 하여, 지체상금 산정 시 코로나19의 영향을 고려할 필요가 있음을 인식하고 있었던 것으로 보이는 점 등을

종합하면, 원고의 책임을 50%로 제한함이 타당하다. 따라서 원고는 피고에게 지체상금으로 122,072,500원(244,145,000원 × 1/2)을 지급할 의무가 있다.

2) 이 사건 사업약정 위반을 원인으로 하는 손해배상금 및 이 사건 수정계약에 따른 약정금 부분 가) 이 사건 사업약정 위반을 원인으로 하는 손해배상금

피고는 원고는 이 사건 대출약정에 기한 대출 원리금의 상환 및 이 사건 신탁의 종료에 협조할 의무를 부담하는데, 위와 같은 협조의무를 이행하지 않았고 오히려 C에 허위공문을 보냈다고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거, 갑 제44 내지 46, 49호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고는 원고가 이 사건 대출약정에 기한 대출 원리금의 상환 및 이 사건 신탁의 종료와 관련하여 어떠한 협조의무를 다하지 않았는지에 관하여 구체적인 주장 및 입증을 하고 있지 않은 점, ② 오히려 원고는 이 사건 공사가 완료된 이후에도 위 대출이자의 상환 및 신탁의 종료에 필요한 것으로 보이는 각종 완납증명서, 유치권포기각서, 자금집행동의서 등을 작성해주었던 점, ③ 피고가 2020. 6. 30. C에 보낸 공문에 허위의 사실이 포함되어 있다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 피고가 제출한 증거만으로 원고가 위와 같은 협조의무를 이행하지 않아 이 사건 약정을 위반하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 이 사건 수정계약에 따른 약정금

피고는 원고가 이 사건 수정계약 제3조 제4항에 따른 약정금을 지급하여야 한다고 주장한다.

이 사건 수정계약 제3조 제4항은 '제3조 제3항 이외의 사유로 설계가 변경될 경우는, 그에 따른 공사금액의 증가나 공사기간의 연장 등에 따르는 모든 비용과 책임을 원고가 전적으로 부담할 것이며, 이에는 공사지연에 따르는 지체상금은 물론, 금융비용, 분양·임대의 차질에 따라 피고에게 발생하는 손실과 법률상 분쟁이 발생할 경우 그에 따른 비용 등 모든 비용과 손실이 포함'된다고 정하고 있으므로, 이는 '제3조 제3항 이외의 사유로 설계가 변경된 경우'에 관한 규정이라고 봄이 타당하다. 그런데 이 사건 공사가 이에 해당한다고 볼 만한 아무런 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3) 하자보수를 갈음한 손해배상금 가) 관련 법리

도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 목적물의 하자를 보수하기 위한 비용은 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해배상에 해당한다. 따라서 도급인은 하자보수비용을 민법 제667조 제2항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결 등 참조)

나) 판단

(1) 사용검사 전 하자의 기준 도면

원고는 2018. 12. 24.자 개략공사비 산출용 도면 및 이를 토대로 작성된 2019. 1. 22.자 견적서를 기준으로 사용검사 전 하자에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다고 주장한다.

그러나 이 사건 계약에 따라 원고가 수행하여야 하는 공사의 범위는 최종 인허가도면을 기준으로 정해진다고 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원칙적으로 최종 인허가도면을 기준으로 사용검사 전 하자에 해당하는지 여부를 판단한다. 다만 앞서 든 증거와 갑 제35호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 수정계약에서도 '공사기간의 단축, 공사비의 절감 등을 목적으로 하는 설계변경'의 가능성(제3조 제3항)과 그 이외의 사유로 인한 설계변경의 가능성(제3조 제4항)을 열어두고 있고, 다만 이 경우 피고가 고용한 상주감리자, 설계사무소, 건설사업관리자와 협의하여 구체적인 내용을 제출하도록 정하고 있으며, 이 경우 그 절감된 시공비용을 원고의 이익으로 인정해 주기로 하였던 점, ② 이 사건 건물에 관하여 피고는 건축사무소 N(대표자 M)와 감리계약을 체결하여 설계도서대로 시공되는지 등의 감리 업무를 맡겼던 점, ③ 이 사건 공사 현장에서는 매주 수요일 건설사업관리자가 주재한 공정회의가 열렸고, 상주감리가 이 사건 공사를 관리, 감독하면서 감리일지를 작성하고 보고하였으므로 피고로서도 원고의 공사 현황을 알고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 최종 인허가도면은 착공을 위한 도면이고, 실제 건축과정에서는 공사의 개별적 특성이나 시공 현장의 여건 등을 감안하여 공사 항목간의 대체시공이나 가감시공 등의 설계변경이 빈번하게 이루어지고 있는 점, ⑤ 이러한 설계변경이 이루어지면 변경된 내용이 모두 반영된 최종설계도서에 의하여 사용검사를 받게 되는 점 등을

종합하면, 사용검사 전 하자를 판단하는 원칙적인 기준은 최종 인허가도면이지만, 당사자 사이에서 공사기간의 단축이나 공사비 절감 등을 이유로 하는 적법한 설계변경이 이루어졌다면 그와 같이 설계변경 된 내용이 하자판정의 기준이 되는 것으로 봄이 타당하다.

(2) 하자보수비 산정의 기준 단가 등

(가) 원고는 당사자 사이 체결된 계약서 및 견적서상의 단가를 적용하여 하자보수비를 산정하여야 한다고 주장하는 반면, 피고는 표준품셈에 따른 단가를 적용하여야 한다고 주장한다.

이에 관하여 감정인은 원고와 피고가 최종 인허가도면 및 2019. 4. 25.자 견적서상의 단가를 적용하기로 합의하였다고 하면서, 위 단가를 적용하여 하자보수비용을 산정하였다. 그러나 ① 원고는 2018. 12. 24.자 개략공사비 산출용 도면 및 이를 토대로 작성된 2019. 1. 22.자 견적서가 기준이 되어야 한다고 주장하고 있으므로, 원고가 최종 인허가도면 및 2019. 4. 25.자 견적서상의 단가를 적용하는 것에 동의하였다고 보기는 어려운 점, ② 하자 판단의 기준과 단가의 기준은 서로 별개의 것인데, 피고는 하자판단의 기준으로 최종 인허가도면 및 2019. 4. 25.자 견적서가 사용되어야 한다고 주장하였을 것으로 보이는 점, ③ 원고와 피고 사이 단가의 기준을 정하는 별도의 합의서 등이 작성되지 않는 점 등을 고려하면, 원고와 피고가 위와 같은 합의를 하였다고 인정하기는 어렵다. 오히려 하자보수비용은 이 사건 공사를 시행하는 과정에서 소요되는 비용이 아니라 이미 완공된 건물에 발생한 하자를 보수하는 과정에서 소요되는 비용에 관한 것임을 고려하면, 당사자 사이 별도의 합의 또는 특별한 사정이 없는 한 소제기 시점의 표준품셈, 정부 공인 물가조사기관의 물가정보지, 시중 노임단가를 적용하는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 따라서 표준품셈, 정부 공인 물가조사기관의 물가정보지, 시중 노임단가를 적용하여 하자보수비를 산정한다.

(나) 한편 원고는 간접비를 산정할 때에는 위 2019. 1. 22.자 견적서상의 원가계산 제비율이 적용되어야 한다고 주장한다. 그러나 위 견적서가 아닌 최종 인허가도면(또는 최종 인허가도면에서 적법하게 설계변경된 내용)이 하자판정의 기준이 되어야 함은 앞서 본 바와 같으므로, 위 견적서를 기준으로 간접비를 산정해야 한다는 원고의 주장은 이유 없고, 조달청 발표 공사원가계산 제비율을 적용한 감정인의 판단이 경험칙에 반한다거나 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.

(3) 하자의 존부 및 범위에 관한 구체적인 판단

(가) 피고의 주장에 관한 판단

하자의 존부 및 범위에 관한 피고의 주장 및 그에 관한 판단은 아래와 같다.

[추가감정신청 08] 계단바닥 러버타일에서 에폭시 코팅으로 변경시공	감정인은 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 비교하여 이 부분 항목은 상향시공된 것이라고 판단하였으나, 2022년도 표준품셈에 의하면 에폭시코팅의 단가가 에폭시라이닝보다 낮으므로 이는 하향시공에 해당한다.	[배척/하자 제외]수비를 산정하는 것이 타당함은 앞서 본 바와 같으므로, 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 기준으로 이 부분 항목이 상향시공 되었다고 단정하기는 어렵다.그러나 건축물의 하자는 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는데(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결 참조), 설계도면의 지시와 불일치한다고 하여 무조건 하자에 해당하는 것은 아니고, 그로 인하여 기능상, 미관상, 안전상 지장 등이 초래되어야 한다고 볼 수 있다. 피고가 제출한 증거만으로 원고가 이 부분 항목을 변경시공하여 어떠한 기능상, 미관상, 안전상 지장이 발생하였는지 확인하기 어렵다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[계약변경 10] 지하굴착깊이 변경 축소시공,[임설변상 27] 무소음 풍화암 굴착공사 미시공,[추가감정신청 10] 풍화암 굴착공사 미시공	원고는 터파기 시공과정에서 임의로 굴착 깊이를 줄였으므로, 이는 하자에 해당한다.	[배척/하자 제외]감정인은 최종 인허가도면 대비 굴착 깊이가 부족하게 시공되었다고 볼 만한 자료가 없다고 답변하고 있고, 원고의 이 부분 항목 시공으로 인하여 어떠한 기능상, 미관상, 안전상 지장이 발생하였는지 확인하기 어렵다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[계약미시공 3] 타일공사 조적공사 변경시공에 따른 타일압착 불임 물량 미시공	감정인은 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 비교하여 이 부분 항목은 상향시공된 것이라고 판단하였으나, 2022년도 표준품셈에 의하면 접착붙이기 단가가 압착붙이기보다 낮으므로 이는 하향시공에 해당한다. 또한 감정인은 이 사건 수정계약이 지시하고 있는 몰탈시공 18mm 부분을 누락하였다.	[배척/하자 제외]표준품셈, 정부 공인 물가조사기관의 물가정보지, 시중 노임단가를 적용하여 하자보수비를 산정하는 것이 타당함은 앞서 본 바와 같으므로, 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 기준으로 이 부분 항목이 상향시공되었다고 단정하기는 어렵다.그러나 건축물의 하자는 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는데(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결 참조), 설계도면의 지시와 불일치한다고 하여 무조건 하자에 해당하는 것은 아니고, 그로 인하여 기능상, 미관상, 안전상 지장이 초래되어야 한다고 볼 수 있다. 피고가 제출한 증거만으로 원고가 이 부분 항목을 압착붙이기 공법이 아닌 접착붙이기 공법으로 시공하여 어떠한 기능상, 미관상, 안전상 지장이 발생하였는지 확인하기 어렵다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[임설변상 1] 지하주차장 무기질 불연바닥재에서 에폭시코팅 하향시공	감정인은 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 비교하여 이 부분 항목은 상향시공된 것이라고 판단하였으나, 피고는 위 견적서상 단가를 기준으로 삼는 것에 동의한 적이 없다. 또한 대구 수성구는 건축물 내부에 유독가스가 발생하지 않는 재료를 사용할 것을 요구하여 이 부분 항목에 무기질불연바닥재를 사용하도록 한 것이므로, 이를 임의로 변경시공한 것은 하자에 해당한다.	[인용/하자 인정]표준품셈, 정부 공인 물가조사기관의 물가정보지, 시중 노임단가를 적용하여 하자보수비를 산정하는 것이 타당함은 앞서 본 바와 같으므로, 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 기준으로 이 부분 항목이 상향시공 되었다고 볼 수 없다.또한 에폭시 코팅은 불연바닥재에 비하여 열기에 대한 내구성이 상당히 떨어질 것으로 봄이 타당하므로, 이 부분 항목은 기능상, 안전상 하자에 해당한다고 봄이 타당하다.
[임설변상 7] 지붕 및 홍통공사: 선홍통 판넬내부시공	이 부분 항목은 미관상 하자에 해당하며, 그 보수에 과다한 비용이 소요되지 않으므로,	[배척/하자 제외]감정인은 이 부분 항목이 미관상 하자에 해당한다고 판단하면서도, 시공비의 차이가 존재하지 않는다고 하면서 하자보수비를 산정하지 않았다.한편 피고는 이 부분

[추가감정신청 08] 계단바닥 러버타일에서 에폭시 코팅으로 변경시공	감정인은 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 비교하여 이 부분 항목은 상향시공된 것이라고 판단하였으나, 2022년도 표준품셈에 의하면 에폭시코팅의 단가가 에폭시라이닝보다 낮으므로 이는 하향시공에 해당한다.	[배척/하자 제외]수비를 산정하는 것이 타당함은 앞서 본 바와 같으므로, 2019. 4. 25.자 견적서상 단가를 기준으로 이 부분 항목이 상향시공 되었다고 단정하기는 어렵다. 그러나 건축물의 하자는 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는데(대법원 2010. 12. 9. 선고 2008다16851 판결 참조), 설계도면의 지시와 불일치한다고 하여 무조건 하자에 해당하는 것은 아니고, 그로 인하여 기능상, 미관상, 안전상 지장 등이 초래되어야 한다고 볼 수 있다. 피고가 제출한 증거만으로 원고가 이 부분 항목을 변경시공하여 어떠한 기능상, 미관상, 안전상 지장이 발생하였는지 확인하기 어렵다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
판넬외부 변경 시공	재시공 비용이 인정되어야 한다.	항목을 재시공하는 비용으로 112,295,346원이 소요된다고 주장하고 있으나 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없고, 달리 이 부분 항목의 재시공비, 시공비 차액, 교환가치의 차액을 인정할 만한 아무런 자료가 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.
[추가감정신청 13] 부실시공 각층 각실 누수하자	① 옥상방수 부분옥상 바닥 및 벽면의 우레탄 방수 공사가 부실하게 시공되어 누수가 발생하였다. 감정인은 보수비용을 별도로 산정하지 않고 외부 업체의 견적을 반영하겠다고 하였으므로, 가장 낮은 견적에 해당하는 O의 공사비 26,620,000원이 인정되어야 한다. ② 창틀 부실시공 부분창호공사 하자로 인하여 창호 부분에 누수가 발생하였다. 따라서 외벽창틀 방수작업에 필요한 10,670,000원이 하자보수비로 인정되어야 한다.	[일부 인용]감정인은 현장 조사 결과 이 부분 항목에 관하여 습식(누수) 균열, 창호 방수, 누수 보수에 따른 마감재 교체 비용으로 1,836,788원을 산정하였는데, 이러한 감정인의 판단이 경험칙에 반한다거나 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 이와 달리 피고가 사적으로 제출받은 외부업체의 견적을 기준으로 하자보수비를 산정할 근거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.
[추가감정신청 14] 부실시공: 소방점검 지적사항 하자	소방시설 등 종합정밀점검에서 지적사항이 발생하여 피고는 하자보수비로 3,436,900원을 지출하였으므로, 위 금액이 하자보수비로 인정되어야 한다.	[일부 인용]감정인은 피고가 제출한 선보수 자료 중 실제로 이 부분 항목의 보수에 사용된 1,870,000원만을 하자보수비로 인정하였다. 피고가 제출한 증거만으로 위 1,870,000원 외 나머지 금액이 이 부분 항목에 사용되었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.
[계약미시공 6,7] 미장공사 몰탈 바름, [추가감정신청 01] 주차타워 내벽 경량벽체 미시공, [임설변상 5] 방화구획 충전틈새	이 부분 항목의 보수에 과다한 비용이 소요되는 것이 아니므로, 표준품셈에 따라 산정한 재시공비가 인정되어야 한다.	[배척/시공비차액 인정]감정인은 이 부분 항목에 관하여 시공비 차액을 하자보수비로 산정하였는데, 이러한 감정인의 판단이 경험칙에 반한다거나 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.

(나) 원고의 주장에 관한 판단

하자의 존부 및 범위에 관한 원고의 주장 및 그에 관한 판단은 아래와 같다.

[계약변경 7] 창호공사 - 외벽창호	이 사건 도급계약 체결 당시 기준이 되는 도면에는 '일반 FSW구조'를 적용하도록 되어 있다. 이후 착공도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경되었으나, 이후 진행된 협의 결과 실제로 설계변경이 이루어지지 않았다. 따라서 원래대로 '일반 FSW 구조'로 시공한 이상, 이 부분 항목은 하자에서 제외되어야 한다.	[배척/하자 인정]감정인은 최종 인허가도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경된 사실이 확인된다고 답변하고 있다. 또한 이 사건 수정계약 제3조 제1항은 '정화조와 창호관련 공사비 부분의 공사비 증액을 인정한다'고 명시하고 있으므로, 원고와 피고는 최종 인허가도면에 따라 창호관련 공사를 시공하기로 정한 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
[계약변경 8] 유리공사 - 삼중로이유리 창호 → 복층유리로 변경시공	이 사건 도급계약 체결 당시 기준이 되는 도면에는 '24mm 복층유리'를 시공하도록 되어 있다. 이후 착공도면에서 '39mm 삼중로이유리'로 변경되었으나, 이후 진행된 협의 결과 실제로 설계변경이 이루어지지 않았다. 따라서 원래대로 '24mm 복층유리'를 시공한 이상, 이 부분 항목은 하자에서 제외되어야 한다.	[인용/하자 제외]감정인은 최종 인허가도면에 '39mm 삼중로이유리'의 시공지시가 존재한다고 답변한 사실은 인정된다.그러나 앞서 든 증거, 갑 제31, 32호증, 을 제45호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고는 2019. 5. 7. 원고에게 보낸 메일(을 제45호증)에서 "'39mm가 아닌 24mm 창호로 해도 되고, 다만 필름을 추가로 시공하면 에너지등급과 관련한 점수가 나올 것 같다'는 것이 CM이 당사에 보고한 사안이므로 이를 확인하고, 최종 확인이 되면 그에 따라 도면을 수정"하라는 의견을 밝힌 점, ② P 건축사사무소는 2019. 4. 30. 원고에게 두께 24mm로 작성된 도면을 송부하였고, 이 사건 공사의 감리업무를 수행한 것으로 보이는 Q 또한 2019. 12. 9. 원고에게 두께 24mm로 작성된 도면을 송부하였던 점 등을 종합하면, 원고와 피고는 이 부분 항목을 두께 24mm 유리로 시공하기로 협의하였고, 그에 따라 적절한 설계변경이 이루어졌다고 봄이 타당하다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[계약변경 1, 2, 3] 조적공사 콘크리트 방수턱 → 콘크리트 벽돌로 변경 시공	이 부분 항목은 적절한 설계변경을 통해 시공한 것이다. 또한 상주감리가 이를 확인하였다.	[인용/하자 제외]사용검사 전 하자를 판단하는 원칙적인 기준은 최종 인허가도면이지만, 적절한 설계변경이 이루어졌다면 그와 같이 설계변경된 내용이 하자판정의 기준이 되는 것으로 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같다. 이에 더하여 갑 제23, 39호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 2020. 2. 12. 이 사건 공사의 감리자 측에 '이 부분 항목을 조적으로 시공 후 방수 시공을 하겠다'는 취지를 명확하게 기재한 시공상세도 승인요청서를 송부한 점, ② 이후 감리자는 2020. 2. 13. 원고가 시공한 공사의 설치위치까지 확인하였던 점 등을 종합하면, 이 부분 항목은 원고의 주장대로 설계변경된 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[계약변경 4, 5] 조적공사 벽돌쌓기 → 경량벽체로 변경시공[계약미시공 2] 조적공사 - 조적공사 변경시공에 따른 벽돌 운반 물량 축소시공[계약미시공 4, 5] 미장공사 조적공사 변경시공에 따른 몰탈바름 물량 미시공[01 미시공] 주차타워 내벽 경량벽체 미시공	이 부분 항목의 경우, 조적벽체 대신 경량 석고보드벽체를 시공하는 것으로 설계변경이 이루어졌고, 감리자는 원고의 시공내역을 확인하였다. 따라서 이 부분 항목은 하자에 해당하지 않는다.	[일부 인용]사용검사 전 하자를 판단하는 원칙적인 기준은 최종 인허가도면이지만, 적절한 설계변경이 이루어졌다면 그와 같이 설계변경된 내용이 하자판정의 기준이 되는 것으로 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같다. 이에 더하여 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 2020. 1. 7. 이 사건 공사의 감리자 측에 '공사기간 단축 및 구조 경량화를 위해 기존 조적조를 건식벽체로 변경하겠다'는 취지를 명확히 기재한 시공상세도 승인요청서를 송부한 점, ② 이후 감리자는 2020. 2. 13. 원고가 시공한 공사내역을 확인하면서 그 자체도 확인하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 부분 항목 중 [계약변경 4, 5], [계약미시공 2], [계약미시공 4, 5] 부분은 적법하게 설계변경된 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 위 각 항목은 하자에서 제외한다.반면 [01 미시공] 항목은 조적벽을 경량벽체로 변경시공한 것이 아니라 경량벽체를 미시공한 항목이므로, 위와 같은 설계변경의

[계약변경 7] 창호공사 - 외벽창호	이 사건 도급계약 체결 당시 기준이 되는 도면에는 '일반 FSW구조'를 적용하도록 되어 있다. 이후 착공도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경되었으나, 이후 진행된 협의 결과 실제로 설계변경이 이루어지지 않았다. 따라서 원래대로 '일반 FSW 구조'로 시공한 이상, 이 부분 항목은 하자에서 제외되어야 한다.	[배척/하자 인정]감정인은 최종 인허가도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경된 사실이 확인된다고 답변하고 있다. 또한 이 사건 수정계약 제3조 제1항은 '정화조와 창호관련 공사비 부분의 공사비 증액을 인정한다'고 명시하고 있으므로, 원고와 피고는 최종 인허가도면에 따라 창호관련 공사를 시공하기로 정한 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
		대상에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
[계약변경 6] 타일공사 노대 바닥에 자기질타일 → 에폭시 페인트로 변경시공	이 사건 도급계약 당시의 도면에는 마감재에 관한 지시가 없었고, 도급계약 체결 이후 제공받은 착공도면에는 '몰탈 + 우레탄방수'로 기재되어 있었으며, 이후 공정회의를 통해 '우레탄방수 + 몰탈 + 에폭시 코팅'으로 시공하기로 정하였다. 또한 상주감리가 확인하였다.도급계약서상 타일공사 비용보다 오히려 더 높은 금액으로 시공한 것이다.	[배척/하자 인정]감정인의 감정결과에 의하면, 이 부분 항목에 관하여 설계도면은 자기질타일을 시공하도록 지시하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.다만 감정인은 최초 감정에서의 보수비 산정오류(에폭시 라이닝이 아닌 에폭시 페인트가 시공되었다고 잘못 판단함)를 바로 잡았으므로, 그와 같이 수정된 하자보수비를 인정한다.
[계약미시공 1] 철골공사 내화도장 미시공	원고가 제출한 2019. 4. 25.자 견적서대로 실제 설계변경이 이루어지지 않았다.	[배척/하자 인정]갑 제10호증의 기재에 의하면 2019. 4. 25.자 견적서에는 이 부분 항목에 내화도장을 시공하도록 기재되어 있는 사실이 인정되고, 이 사건 수정계약을 통하여 원고가 최종 인허가도면 및 위 견적서에 따라 이 사건 공사를 수행하기로 하였다고 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
[계약미시공 13] 경량벽체(내화 1시간) 125T 내 흡음재 미시공[계약미시공 14] 경량벽체(내화 2시간) 130T 내 흡음재 미시공[계약미시공 15] 경량벽체(내화 2시간) 151T 내 흡음재 미시공[계약미시공 16] 경량벽체 100T 내 흡음재 미시공	이 사건 도급계약 체결 이후 접수한 도면에 "내부 충전재 유무는 건축주 협의"로 기재되어 있어, 2020. 2. 12. 도면승인요청(갑 제23호증의 3)을 통하여 상주감리 및 건설사업관리자와 협의한 후 진행하였다.	[인용/하자 제외]이 사건 감정결과에 의하면 감정인은 흡음재 시공여부를 파취조사 등의 방법을 통해 직접 확인하지 않았고, 원고가 현장조사 당시 '흡음재를 미시공하였다'고 이야기하였다는 이유로 이 부분 항목을 미시공 하자로 판단하였다. 그런데 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 최종 인허가도면은 이 부분 항목에 관하여 '내부 충전재 유무는 건축주 협의'라고 기재하고 있는 점, ② 원고는 2020. 2. 12. 이 사건 공사의 감리자 측에 '그라스울 시공 부위는 화장실쪽 빨간 선으로 마감되어 있는 부위만 시공'하겠다는 취지의 시공상세도 승인요청서를 송부한 점, ③ 원고는 위와 같이 적법하게 변경된 설계에 따라 시공을 하였으므로 이 부분 항목은 하자가 아니라고 다두고 있는 점 등을 종합하면, 원고는 현장조사 당시 '설계변경으로 인하여 시공하지 않기로 한 부분에는 흡음재를 시공하지 않았다'는 취지로 이야기하였던 것으로 볼 여지가 있고, 이와 달리 피고가 제출한 증거만으로 이 부분 항목이 적법하게 설계 변경된 내역과 달리 미시공되었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 부분 항목은 하자에서 제외한다.
[계약미시공 19] 전등설비공사 조명기구 'A' →	감정인은 2019. 4. 25.자 견적서에 따라 감정하였는데, 실제로	[배척/하자 인정]이 사건 수정계약을 통하여 원고가 최종 인허가도면 및 위 견적서에 따라 이 사건 공사를 수행하기로 하였다고 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유

[계약변경 7] 창호공사 - 외벽창호	이 사건 도급계약 체결 당시 기준이 되는 도면에는 '일반 FSW구조'를 적용하도록 되어 있다. 이후 착공도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경되었으나, 이후 진행된 협의 결과 실제로 설계변경이 이루어지지 않았다. 따라서 원래대로 '일반 FSW 구조'로 시공한 이상, 이 부분 항목은 하자에서 제외되어야 한다.	[배척/하자 인정]감정인은 최종 인허가도면에서 '반자동 FSW 구조'로 변경된 사실이 확인된다고 답변하고 있다. 또한 이 사건 수정계약 제3조 제1항은 '정화조와 창호관련 공사비 부분의 공사비 증액을 인정한다'고 명시하고 있으므로, 원고와 피고는 최종 인허가도면에 따라 창호관련 공사를 시공하기로 정한 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
조명기구 미시공[임설변경 24] 복도/화장실 전등/감지기/스피커 가요전선관 미시공	그와 같이 설계변경되지 않았다.	없다.다만 감정인은 최초 감정에서의 보수비 산정보류를 바로 잡았으므로, 그와 같이 수정된 하자보수비를 인정한다.
[임설변상 19] 옥상 경관석 미시공[임설변상 22] 옥상 화강석 벤치미시공	피고가 주장하는 최종 인허가도면에도 옥상조경 내역은 없다. 감정인은 계약 이후 작성된 옥상조경 도면만을 기준으로 감정하였다.	[배척/하자 인정]갑 제25호증의 15에 의하면 최종 인허가도면에 옥상조경에 관한 시공지시가 존재하는 사실이 인정되므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(4) 책임제한

결국 이 사건 건물에는 별지 하자목록표 집계표 기재와 같은 각 항목의 하자가 존재하고, 이를 보수하는데 필요한 비용이 합계 785,745,890원(원감정항목 606,660,892원 + 추가감정항목 179,084,998원)인 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 하자보수에 갈음하는 손해배상으로 피고에게 위 돈을 지급할 의무가 있다(위 (3)항에서 별도로 판단하지 않더라도 감정인이 감정보완을 통하여 오류를 수정하거나 견해를 변경한 경우 그와 같이 수정 및 보완된 결과를 반영하였다).

다만 이 사건 건물의 사용승인일인 2020. 5. 15.부터 이 사건 건물에 대한 하자감정 현장조사가 마무리된 2021. 9. 29.경까지 약 1년 4개월이 경과하여 이 사건 건물에 자연발생적인 노화현상이 발생하거나, 인도받아 사용한 피고의 과실이 경합하여 하자가 확대되었을 개연성을 배제할 수 없는 점, 각 하자 항목의 발생경위 및 내용 등 이 사건의 변론에 드러난 제반 사정들을 종합하면, 원고가 피고에게 배상하여야 할 손해액은 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 따라 위에서 인정한 하자보수비용의 80%로 제한함이 상당하다.

그렇다면 원고는 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상으로 628,596,712원(785,745,890원 × 0.8)을 지급할 의무가 있다.

4) 구체적인 공제 결과 원고는 피고에 대하여 총 2,854,550,840원[미지급 공사대금 2,695,000,000원{이 사건 계약에 따른 공사대금 10,615,000,000원(96억 5,000만원에 부가가치세 10%를 가산한 금액이다) - 기지급액 7,920,000,000원} + 추가공사대금 159,550,840원] 상당의 채권을, 피고는 원고에 대하여 총 750,669,212원(지체상금 122,072,500원 + 하자보수에 갈음한 손해배상금 628,596,712원) 상당의 채권을 가지고 있다. 원고, 피고는 위 각 채권의 원본을 서로 상계함을 다투지 않으므로8), 상계 결과 피고의 원고에 대한 각 채권이 전액 소멸하고, 원고의 피고에 대한 미지급 공사대금 및 추가공사대금 채권은 2,103,881,628원이 남게 된다.

라. 결론

그렇다면 이 사건 신탁의 정산금 4,000,507,500원 중 원고가 미지급 공사대금 및 추가공사대금 채권액 상당에 해당하는 2,103,881,628원을 우선 지급받고, 나머지 1,896,625,872원이 피고에게 귀속된다.

따라서 이 사건 공탁금 중 2,103,881,628원의 공탁금출급청구권이 원고에게, 나머지 1,896,625,872원의 공탁금출급청구권이 피고에게 있고, 쌍방이 상대방의 공탁금출급청구권을 다투고 있는 이상 확인의 이익도 인정된다.

4. 결론

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

재판장판사황순현

판사김민수

판사정중원

별지

1) 이 사건 부속계약을 지칭한다.

2) 이 사건 약정을 지칭한다.

조 제1항에는 "(최종) 인허가도면"이라고 기재되어 있다.

6) ⑤ 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

1. 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우
2. 계약체결 이후 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우
3. 도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 떠넘기는 경우
4. 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우

7) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.

6. 수의계약으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위

8) 원고는 미지급 공사대금에 대한 지연이자 및 손해배상금을 별도로 구하였으나, 이를 인정할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.