

서울중앙지방법원 2023. 7. 12 선고 2020가합572891(본소), 2020가합607667(반소),
2021가합508026(병합) 판결 [손해배상(기) · 공사대금 청구의 소 · 유치권 부존재 확인]

전 문

원고(반소피고)주식회사 A

소송대리인 법무법인 휘명

담당변호사 김명진

피고(반소원고)주식회사 B

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 강선주, 유관동, 이승용

변론 종결2023. 4. 12.

판결 선고2023. 7. 12.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 63,804,077원 및 이에 대하여 2021. 1. 9.부터 2023. 7. 12.까지 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 본소 청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소 청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 90%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

1. 본소

가. 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 3,421,305,230원 및 그중 1,079,096,826원에 대하여 2020. 8. 28.부터, 나머지 2,342,208,404원에 대하여 본소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일부 터 각 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 피고의 유치권이 존재하지 아니함을 확인한다.

2. 반소

원고는 피고에게 365,109,749원 및 그중 201,000,000원에 대하여 반소장 부분 송달일 다음 날부터, 나머지 164,109,749원에 대하여 반소 청구취지 및 원인변경 신청서 부분 송달일 다음 날부터 각 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

1) 원고는 호텔 운영 영업 및 숙박업, 외국인 전용 관광기념품 판매업 등을 하는 회사로, 서울 중구 C, D 지상에 관광호텔 본관 및 별관(이하 '이 사건 본관', '이 사건 별관'이라고 하되 본관과 별관을 합하여 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하고자 하였다.

2) 피고는 건축공사업을 하는 회사로 원고로부터 이 사건 건물에 관한 공사를 도급받은 자이다.

3) 건축사사무소 E(대표 F, 이하 'E 설계사무소'라고 한다)은 이 사건 건물의 설계 및 감리업무를 담당하는 회사이다.

나. 공사도급계약 및 변경계약의 체결

1) 원고는 2018. 4. 26. 피고에게 이 사건 건물에 관한 설계도면(이하 '2018. 4. 26.자 도면'이라 한다)을 메일로 발송하였다. 메일의 내용은 다음과 같다.

제목: G HOTEL(C, D) 변경구조도면건

내용: 2017년 하반기에 강화된 지진관련 설계기준에 따라 변경된 구조도면을 보내드리오니 변경견적서에 반영해 주십시오. C 2층 확장부와 D 지상2층 신설부위 구조물물량(바닥, 벽체 등)은 변경견적에 반영되었고, 천정부와 바닥타일 및 벽체페인팅 등이 미반영됨. 기존 도면을 기준으로 물량산출해서 반영해주시고, 조경은 설계비 반영된 물량이 있어 보내니 변경견적에 반영하십시오. 전체 공사금액 조정은 다음주 당사 사장과 피고 회장님 참석한 회의에서 결정하고 바로 계약을 할 계획입니다. (하락)

2) 원고와 피고는 2018. 5. 4. 이 사건 본관(지하2층, 지상6층)에 관하여 공사금액 1,999,800,000원(부가가치세 포함, 이하 같다), 이 사건 별관(지하2층, 지상5층)에 관하여 공사금액 805,200,000원, 준공예정일을 2019. 4. 30.로 정하여 이 사건 건물 신축에 관한 공사도급계약(이하 '이 사건 공사도급계약'이라 한다)을 체결하였다. 다만 원고와 피고는 2019. 6. 4. 위 준공예정일을 2019. 8. 20.로 연장하기로 합의하였다. 이 사건 공사도급계약의 주요 내용은 다음과 같다(도급인은 원고를, 수급인은 피고를 각 의미한다).

민간건설공사 표준계약서

4. 준공예정연월일: 2019. 4. 30.

13. 대가지급지연이자율: 일반조건 제28조에 따른다(시중은행 연체이자율)

일반조건

제11조(선금)

① 도급인은 계약서에서 정한 바에 따라 수급인에게 선금을 지급하여야 하며, 도급인이 선금 지급시 보증서 제출을 요구하는 경우 수급인은 제4조 제2항 각 호의 보증기관이 발행한 보증서를 제출하여야 한다.

② 제1항에 의한 선금지급은 수급인의 청구를 받은 날부터 14일 이내에 지급하여야 한다. 다만, 자금사정 등 불가피한 사유로 지급이 불가능한 경우 그 사유 및 지급시기를 수급인에게 서면으로

통지한 때에는 그러하지 아니하다.

제17조(공사기간의 연장)

① 도급인의 책임있는 사유 또는 태풍·홍수·악천후·전쟁·사변·지진·전염병·폭동 등 불가항력(이하 '불가항력'이라고 한다)의 사태, 원자재 수급불균형 등으로 현저히 계약이행이 어려운 경우 등 수급인의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 수급인은 서면으로 공사기간의 연장을 도급인에게 요구할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의거 공사기간이 연장되는 경우 이에 따른 현장관리비 등 추가경비는 제23조의 규정을 적용하여 조정한다.

제20조(공사의 변경·중지)

① 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 공사의 내용의 변경·추가에 관한 사항을 서면으로 통지하여 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 수급인의 요청에 대하여 도급인은 15일 이내에 그 내용에 대한 인정 또는 부인의 의사를 서면으로 회신하여야 하며, 이 기간 내에 서면으로 회신하지 아니한 경우에는 원래 수급인이 통지한 내용대로 공사내용의 변경·추가된 것으로 본다. 다만, 불가항력으로 인하여 회신이 불가능한 경우에는 제외한다.

③ 도급인의 지시에 의하여 수급인이 추가로 시공한 공사물량에 대하여서는 공사비를 증액하여 지급하여야 한다.

④ 수급인은 동 계약서에 규정된 계약금액의 조정사유 이외의 계약체결 후 계약조건의 미숙지, 덤핑수주 등을 이유로 계약금액의 변경을 요구하거나 시공을 거부할 수 없다.

제21조(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 도급인은 설계를 변경하여야 한다.

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

1. 증감된 공사의 단가는 제9조의 규정에 의한 산출내역서상 단가를 기준으로 상호 협의하여 결정한다.
2. 산출내역서에 포함되어 있지 아니한 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가로 한다.
3. 증감된 공사에 대한 일반관리비 및 이윤은 산출내역서상의 율을 적용한다.

제23조(기타 계약내용의 변동으로 인한 계약금액의 조정)

① 제21조에 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 수급인은 제21조에 규정된 계약금액 조정사유 이외에 계약체결후 계약조건의 미숙지 등을 이유로 계약금액의 변경을 요구하거나 시공을 거부할 수 없다.

제28조(대금지급)

③ 도급인이 공사대금을 지급기한내에 지급하지 못하는 경우에는 그 미지급금액에 대하여 지급기한의 다음날부터 지급하는 날까지의 일수에 계약서상 정한 대가지급 지연이자율(시중은행의 일반대출시 적용되는 연체이자율 수준을 감안하여 상향 적용할 수 있다)을 적용하여 산출한 이자를 가산하여 지급하여야 한다.

제30조(지체상금)

① 수급인은 준공기한내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 도급인에게 납부하여야 한다. 다만 도급인의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우와 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 공사가 지체된 경우에는 그 해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다.

3. 도급인의 귀책사유로 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우
4. 기타 수급인의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

제34조(도급인의 계약해제 등)

① 도급인은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

3. 제30조 제1항의 규정에 의한 지체상금이 계약보증금 상당액에 도달한 경우로서 계약기간을

연장하여도 공사를 완공할 가능성이 없다고 판단되는 경우

4. 기타 수급인의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

② 제1항의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지는 도급인이 수급인에게 서면으로 계약의 이행기한을

정하여 통보한 후 기한내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 수급인에게 통지함으로써

효력이 발생한다.

제37조(수급인의 동시이행의 항변권)

① 도급인이 계약조건에 의한 선금과 기성부분금의 지급을 지연할 경우 수급인이 상당한 기한을

정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 도급인이 이를 지급치 않을 때에는 수급인은

공사중지기간을 정하여 도급인에게 통보하고 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할 수 있다.

② 제1항의 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외된다.

③ 도급인은 제1항의 공사중지에 따른 비용을 수급인에게 지급하여야 하며, 공사중지에 따라

발생하는 손해에 대해 수급인에게 청구하지 못한다.

특약사항

2) 공사표준계약서 계약내역물량은 당현장 견적시 수급인이 도급인에게 수령한

변경설계도면(2018.4.26.)을 기준으로 확인, 산출한 물량이므로 공정의 설계변경 없이는

물량증감을 인정하지 않으며 계약물량으로 책임시공 및 책임준공을 하여야 한다.

3) 제20조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정): ESCALATION 불인정.

단 건축주의 사정 및 문화재 발견으로 공사중단 시에 발생하는 현장관리비용은(실투입비용기준) 상호

협의하여 결정한다.

4) 공사 중 사업주 및 유관기관법령으로 인한 설계변경 사유가 발생시 증감되는 물량은 실공사

물량으로 변경하고 기 견적단가를 기준으로 상호협의 하여 결정하고 기존 단가보다 높을 수 없다. 단,

신규공정 및 신규품목 발생 시에는 신규단가를 상호 협의하여 결정한다(예: 경암 출토, 인테리어 자재

변경 등)

5) 제10조(선금 및 지체상금율)

당 공사는 선금금, 기성금, 준공금으로 구성하며 선금금은 10%로 하고 선금금보증증권을 건축주에게 제출하여야 한다.

지체상금율은 1/1000으로 적용한다.

6) 기성금의 지급은 매월 말일기준으로 기성청구하고 기업은행(명동지점) 결제일에 (15일 소요) 직불한다.

7) 2018년 문화체육관광부의 관광기금 관련 불가항력으로 인한 신청, 예산배정, 집행 등 공사 진행 및 공사대금 지급이 지연되는 경우 선공사집행, 공사중지 등 공사진행 전반에 대하여 상호 협의하여 결정하고 이에 따른 지연이자금은 인정하지 아니하며 이의제기 또한 할 수 없다.

당사는 2018년 상반기 관광기금을 1월에 신청, 배정이 완료됨(당사의 건설공사비가 확보되어 공사수행 및 공사비집행에는 문제가 없다고 판단되나 하반기에 관광기금 조기집행으로 공사대금 지급지연이 발생할 수 있음)

다. 이 사건 건물에 관한 설계도 전달 내역

1) 원고는 2018. 5. 8. 피고에게 이 사건 건물에 관한 설계도면(이하 '2018. 5. 8.자 도면'이라 한다)을 메일로 발송하였다. 메일의 내용은 다음과 같다.

제목: H동 호텔 수정도면(토목제외)

내용: 토목도면 제외한 건축, 구조, 전기, 설비, 기계, 소방, 조경 도면이 도착하여 보내드리니 업무에 참고해주시기 바랍니다. 토목도면은 금주중에 완료해서 구조검토서와 같이 납품예정입니다. (하략)

2) 원고는 아래 표와 같은 각 일시에 피고에게 이 사건 건물에 관한 설계도면을 메일로 발송하였다(이하에서는 아래 각 메일을 합하여 '추가메일'이라 하고, 특정이 필요한 경우 '추가메일 순번 1'과 같은 방식으로 지칭한다). 주요 내용은 다음과 같다.

1	2018. 5. 28.	제목: H동호텔 파일 첨부
2	2018. 7. 12.	제목: H동(복공계획 평, 단면도)

1	2018. 5. 28.	제목: H동호텔 파일 첨부
3	2018. 12. 10.	제목: C 금일 기준 도면 첨부내용: C 관련하여 금일기준까지의 도면을 첨부하였습니다. 현재 진행상황은 장애인협의 완료, 에너지 협의 진행중, 소방서 협의 예정입니다. 반영사항은 장애인, 에너지 반영하였으며, 소방서는 협의 내용에 따라 변경될 수 있습니다. 또한 도면상 아직 정화조의 도면화가 미반영 되어있습니다. 건축부분의 정화조 도면은 있으나 저희 건축도면 상에 미반영 되어있습니다. 금주 내에 정화조 반영도면을 발송 예정입니다. (하락)
4	2018. 12. 13.	제목: 지하층 도면 첨부내용: C 관련하여 지하층도면을 수정하였습니다.
5	2019. 1. 8.	제목: 1차 설계변경도면 첨부
6	2019. 4. 8.	제목: 추가도면 첨부
7	2019. 5. 17.	제목: 2차 설계변경 협의도서(190517)
8	2019. 5. 23.	제목: 설계변경 관련첨부파일: C설계변경(190523), D설계변경(190523)
9	2019. 7. 11.	제목: 변경사항 체크도면 첨부

3) 원고가 피고에게 전달한 설계도면의 구체적인 내역은 아래와 같다.

2016. 6.	본관	건축/구조/전기/통신/소방/기계/토목	
2018. 4. 18.	본관	지하2층~지상1층 평면도, 주단면도	건축도면 일부
별관	지하2층~지상3층 평면도, 주단면도		
2018. 4. 26.	본관	건축/구조	2018. 4. 26. 도면
별관			
2018. 5. 7.	본관	건축/구조/전기/통신/소방/기계	2018. 5. 8.자 도면
별관			
2018. 7. 12.	본관	복공판 평, 단면도	
2018. 12. 10.	본관	확인불가	
2018. 12. 13.	본관	지하층 수정도면	
2019. 1. 8.	본관	건축/구조/전기/통신/소방/기계/토목	
별관			
2019. 4. 8.	본관	추가도면	설계도면 미제출
2019. 5. 17.	본관	건축	설계변경 협의도면
2019. 5. 23.	본관	건축	설계변경도면
별관			

2016. 6.	본관	건축/구조/전기/통신/소방/기계/토목	
2019. 7. 11.	본관	건축	변경사항 체크 도면

라. 이 사건 건물에 관한 건축허가 변경 내역

원고는 서울특별시 중구청장으로부터 2018. 12. 27. 이 사건 건물의 연면적을 1,009.03m²에서 1,076.10m²로 변경하고, 2019. 7. 4. 다시 1,047.78m²으로 변경하는 각 건축허가를 받았다.

마. 피고의 유치권 행사

1) 피고는 원고에게 2019. 2. 25. 및 2019. 4. 12. 이 사건 공사의 공기연장 및 설계도면변경에 따른 공사비증액을 요청하는 실정보고서를 각 송부하였고, 2019. 6. 10. 공사대금 346,800,000원을 증액해 달라고 요청하였으며, 2019. 9. 2. 추가공사대금으로 위 증액된 금액에 부가치세를 포함한 381,480,000원의 지급을 재차 요구하였다.

2) 피고는 2019. 9. 6.경부터 이 사건 공사를 중단하고, 호텔 출입구와 외벽에 '유치권을 행사 중'이라는 안내문구와 플랜카드를 부착하였다.

3) 또한 피고는 2019. 9. 10. 원고에게 '당초 수장공사(천정텍스 등)에 대해 원고가 직접 시공한다고 하여 추가요청 공사 금액에서 감액하였으나, 다시 시공을 요청하여 시공을 완료한 바 이에 따른 추가공사비 재산정 및 공사기간 연장(수급인의 귀책사유가 아닌 연장)에 따른 현장관리비 증가로 최종 추가공사비를 산정하여 제출하니(₩480,370,000, 부가세 포함) 검토 후 즉시 지급해 달라. 추가공사비 지급완료시까지 공사 중지를 통보한다'는 취지의 내용증명을 보냈다.

바. 원고의 공사도급계약 해제 통지

원고는 2020. 6. 17. 피고에게 이 사건 공사도급계약을 해제하겠다는 내용증명을 발송(이하 '이 사건 해제통보'라고 한다)하였고 그 무렵 피고에게 도달하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 22호증, 을 제2, 10, 12, 14, 16호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 감정인 I의 감정결과 및 보완감정결과(이하 위 감정결과 및 보완감정결과를 합하여 '감정인 I의 감정결과'라고 한다), 변론 전체의 취지

2. 본소 및 반소의 청구원인의 요지

가. 본소

1) 유치권 부존재 확인 피고는 2019. 9. 6.경 이 사건 공사를 일방적으로 중단하고 무단으로 별지 목록 기재 각 부동산(건축 중인 이 사건 건물과 그 대지이다, 이하 '이 사건 건물'이라고만 한다)을 점유하면서 추가공사비를 지급하지 않아 유치권을 행사한다고 주장하고 있다. 그러나 원고는 이 사건 공사도급계약 이후 설계를 변경하지 아니하여 추가공사대금을 지급할 의무가 없고, 피고가 공사를 중단할 당시 기성고율을 초과하여 공사대금을 지급하였으므로 피고는 원고에 대하여 아무런 채권이 없다. 또한 피고는 이 사건 건물을 점유하고 있지도 아니하므로 유치권이 성립하지 아니하였다.

피고의 점유는 불법점유에 해당할 뿐 아니라 설령 유치권이 성립하였다고 하더라도, 2021. 3.경 이 사건 건물의 점유를 상실함으로써 유치권이 소멸하였다. 따라서 피고의 유치권이 존재하지 아니함의 확인을 구한다.

2) 지체상금 청구 이 사건 공사도급계약에 의하면 피고는 2019. 8. 20.까지 공사를 완료하여야 하나 기한 내 공사를 완료하지 못하였고, 현재까지 공사가 완성되지 아니하였다. 따라서 피고는 원고에게 준공예정일 다음날인 2019. 8. 21.부터 본소 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 피고에게 도달한 2022. 8. 10.까지 총 1,085일에 대한 지체상금 3,043,425,000원(= 공사계약금액 2,805,000,000원 × 지체상금율 0.001 × 1,085일)을 지급하여야 한다.

3) 과기성금 반환 청구 피고는 2019. 9. 10. 추가공사비 지급 시까지 공사를 중단할 것을 원고에게 통보하고 유치권을 주장하고 있다. 그러나 아무런 근거 없는 공사 중단으로 오히려 피고가 지급하여야 할 지체상금이 계약보증금을 초과하였고, 피고의 계약조건 위반으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정된다. 이는 이 사건 공사도급계약의 일반조건(이하 '일반조건'이라고만 한다) 제34조 제1항 3호, 제4호의 약정해제사유 또는 민법상의 채무불이행사유에 해당하므로 원고의 이 사건 해제통보로 계약이 해제되었다. 한편 원고는 피고에게 이 사건 본관 공정률을 91.25%, 별관 공정률을 89.20%로 보아 기성금 합계 2,543,200,000원을 지급하였으나 감정인 J의 감정결과 및 보완감정결과(이하 위 감정결과 및 보완감정결과를 합하여 '감정인 J의 감정결과'라고 한다)에 따르면 이 사건 본관의 기성고는 86.282%, 별관의 기성고는 86.367%인 사실이 밝혀졌다. 따라서 피고는 원고에게 과지급한 기성금 122,305,408원을 부당이득 또는 불법행위를 원인으로 한 손해배상으로 반환하여야 한다.

4) 이 사건 공사도급계약 해제에 따른 손해배상 청구 원고는 이 사건 공사의 준공예정일 이후부터 이 사건 건물에서 호텔을 운영하기 위하여 직원을 뽑고 가구 등을 구입하였다. 그런데 피고가 이 사건 공사의 완공을 지연하고 불법으로 유치권을 행사함에 따라 기존 직원들은 사직하게 되었고, 가구 구입비는 원고가 불필요하게 지출한 비용이 되었으며, 기존 대출금의 대출이자를 계속 부담하게 되었다. 따라서 일반조건 제36조 제2항 및 채무불이행에 의한 손해배상으로 피고는 원고에게, 원고가 지출한 직원들의 급여 82,184,920원, 4대 보험료 12,099,630원, 이 사건 공사를 위한 대출금 이자 74,715,200원, 가구 구입비 63,310,000원의 합계 232,309,750원을 배상하여야 한다.

5) 하자보수에 갈음하는 손해배상청구 피고가 공사를 수행한 부분에는 하자가 존재하므로, 피고는 민법 제667조 제2항에 따라 원고에게 하자보수에 갈음하는 손해배상금 23,265,000원을 지급하여야 한다.

나. 반소

1) 설계변경으로 인한 추가공사비 청구 이 사건 공사도급계약에 따른 공사대금은 2018. 4. 26.자 도면을 기준으로 산정된 것이다. 그런데 2018. 4. 26.자 도면은 2018. 4.경 있었던 공사면적 증가에 따른 주요 구조물공사, 조경공사 증가분만 반영되었을 뿐 나머지 설비, 전기, 소방, 토목 등의 증가분은 반영되지 않아 이 사건 공사도급계약 체결 당시부터 설계변경 및 공사대금 증액이 예정되어 있었다. 그 후 2018. 5. 8.자 도면을 비롯하여 추가메일을 통하여 원고는 수시로 피고에게 설계변경을 지시하였다. 따라서 원고는 피고에게 일반조건 제20조 제2, 3항, 제21조에 따라 위와 같은 설계변경으로 인한 추가공사비 193,917,388원을 지급하여야 한다.

2) 공기연장으로 인한 추가공사비 청구 이 사건 공사는 피고의 책임 없는 사유로 당초 2019. 4. 30.에서 2019. 8. 20.로 연장되었고, 피고는 위 공기연장으로 인한 공사대금 증액의 조정신청을 하였으나, 원고는 이에 응하지 않았다. 따라서 원고는 피고에게 일반조건 제17조, 제23조에 따라 공기연장 기간 동안 피고가 지출한 현장관리비 등 추가공사비 61,322,419원을 지급하여야 한다.

3) 유치권 행사에 따라 지출한 현장관리비 청구 피고는 원고가 추가공사비를 지급하지 않아 이 사건 공사를 중단한 뒤 유치권을 행사하였고, 유치권 행사기간(2019. 8. 21.부터 이 사건 반소 제기일인 2020. 12. 22.까지) 동안 100,475,442원의 현장관리비를 지출하였다. 따라서 원고는 피고에게

민법 제325조 제1항에 따라 피고가 지출한 위 필요비를 지급하여야 한다.

4) 선급금 지연손해금 청구 원고는 피고에게 2018. 5. 17.까지 선급금으로 280,500,000원을 지급하여야 하나, 2018. 5. 31. 200,200,000원을, 2018. 8. 24. 나머지 25,500,000원을 지급하였다. 이 사건 공사도급계약의 특약사항(이하 '특약'이라고만 한다) 5항은 지체상금율을 1/1000으로 정하고 있고, 피고가 부담하는 지체상금율과의 균형상 위 비율은 1일당 적용될 지연손해금의 비율이라고 봄이 상당하다. 따라서 원고는 피고에게 선급금에 관한 지연손해금으로 6,094,500원¹⁾을 지급하여야 한다.

5) 감리비 상환금 청구 피고는 2019. 1. 11. 원고를 대신하여 이 사건 공사에 관하여 소방감리비 3,300,000원을 지급하였다. 따라서 원고는 피고에게 민법상 사무관리 또는 구상금으로서 위 돈을 지급하여야 한다.

3. 판단의 방법 및 순서

원고가 피고에게 유치권의 피담보채권이 존재하지 않는다고 주장함에 대하여, 피고는 앞서 본 2의 나.

1), 2)항과 같이 설계변경 및 공기연장으로 인한 각 추가공사비 채권이 존재하고, 이를 지급받을 때까지 일반조건 제37조에 따라 이 사건 공사의 중지를 통보하였으며, 적법하게 유치권을 행사하고 있다고 주장하면서 이를 반소로 청구하고 있다. 유치권 부존재 확인소송에서 유치권의 요건사실인 피담보채권의 존재에 대해서는 피고가 주장·증명하여야 하고, 피고가 주장하는 추가공사비 채권의 존재는 원고의 각 본소 청구원인의 당부를 판단하는데 전제가 된다. 따라서 본소의 유치권 부존재 확인청구 부분에서 반소의 추가공사비 채권을 함께 살펴보고, 나머지 본소 및 반소 청구원인을 검토하여 각 인용금액을 정한 다음 그와 같이 인정된 본소와 반소의 각 금액을 상계하여 최종적인 결론을 도출하기로 한다.

4. 본소의 유치권 부존재 확인 청구(반소의 추가공사비 청구)에 관한 판단

가. 피담보채권의 존재에 관한 판단

1) 설계변경으로 인한 추가공사비 채권의 존부 가) 원고의 주장

앞서 본 반소 청구원인 1)항의 추가공사비 청구에 대하여 원고는 이 사건 공사도급계약 체결 이전에 원고가 교부한 2018. 4. 26.자 도면에는 건축허가 변경에 따른 면적 증가분과 공사물량 등이 이미

반영되었고, 계약 후 발송한 2018. 5. 8.자 도면은 기존에 작성·전달되었던 개별 도면들을 통합하여 하나로 송부한 것에 불과하며, 별도의 설계변경을 하거나 추가공사를 합의한 사실이 없다고 주장한다.

나) 추가공사비 지급의무의 발생

그러나 앞서 인정한 기초사실과 을 제3호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 2018. 5. 8.자 도면 및 추가메일에 첨부된 각 설계도면에는 2018. 4. 26.자 도면 및 그 이전에 원고가 피고에게 전달했던 기존도면에 포함되지 않는 새로운 설계변경이 포함되어 있고, 이는 일반조건 제20조 제3항, 제21조 제1항의 설계변경 또는 일반조건 제20조 제3항이 정한 '도급인의 지시'에 해당한다고 봄이 타당하다. 또한 감정인 1의 감정결과에 의하면 위와 같은 설계변경으로 인한 추가공사비가 별지 2의 각 구체적 항목 기재와 같이 합계 193,917,388원(=본관 154,705,935원 + 별관 39,211,452원)인 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원고는 피고에게 위 돈을 추가공사비로 지급하여야 한다.

① 원고는 2016. 6.경 작성된 최초 설계도면에 따라 피고로부터 견적서(부가가치세를 포함한 총 공사대금 28억 4,900만원)를 제출받아 계약 체결을 협의하던 중, 2018. 4.경 이 사건 본관 공사는 지하2층 부분을 일부 공사에서 전체 공사로, 이 사건 별관 공사는 지하1층에서 지하2층으로 공사면적을 확대하는 내용의 설계변경을 하였다. 이 사건 공사도급계약은 위와 같이 설계변경을 한 이후인 2018. 5. 4. 총 공사대금 28억 500만원으로 체결되었다. 위 공사대금은 피고가 2018. 4. 26.자 도면을 기준으로 산출한 물량에 따른 것인 점에 대하여 당사자 사이 다툼이 없고, 특약 2항도 이 점을 명확히 하고 있다. 그런데 원고가 발송한 2018. 4. 26.자 메일에서는 '본관 지하2층 확장부와 별관 지하2층 신설부위에 대한 구조물물량(철근, 레미콘)과 설계된 조경부분은 2018. 4. 26.자 도면에 따라 장차 체결할 계약금액에 반영하여 물량을 산출하되, 천정부와 바닥타일 및 벽체페인팅 등은 위 도면에 반영되지 않았으므로 일단 기존도면에 따라 물량을 산출하여 반영해 줄 것'을 요청하고 있다. 여기서 '기존도면'이란 위와 같이 공사면적이 증가하기 이전에 작성되어 피고에게 교부된 2016. 6.자 및 2018. 4. 18.자 설계도면을 말한다. 이에 의하면 계약 당시 변경도면이 제공되지 않은 부분은 이 사건 공사대금 산정에 반영되지 못한 것으로 보아야 하고, 추후 변경도면이 제출될 경우 이에 따른 공사대금의 변경을 예정하였다고 볼 수 있다.

② 특약 4항은 '공사 중 사업주 및 유관기관법령으로 인한 설계변경 사유가 발생하면 증감된 물량을 실공사 물량으로 변경하여 기 견적단가를 기준으로 협의하여 결정'하도록 정하고 있다. 일반조건 제20조 제3항도 '원고의 지시에 의하여 피고가 추가로 시공한 공사물량에 대하여서는 공사비를 증액하여 지급'하도록 하고, 일반조건 제21조, 제23조에서 설계변경으로 인한 계약금액의 조정을 허용하면서 구체적인 조정기준까지 제시하였다. 이는 원고와 피고도 이 사건 공사도급계약 체결 당시 설계변경에 따른 공사대금의 증액을 예상하면서 그 요건과 기준을 명확히 하여 계약내용에 포함시킨 것이라고 해석함이 합리적이다.

③ 계약 체결 직후인 2018. 5. 8. 원고는 건축, 구조, 전기, 설비, 기계, 소방, 조경에 대한 설계변경도면을 피고에게 송부하였는데, 위 메일에는 위 각 도면이 '(설계사무소로부터) 도착하여 보낸다'는 취지가 기재되어 있다. 원고는 위 도면이 단순히 기존에 작성하여 전달한 개별 도면을 통합한 것이라고 주장하나 그 주장을 뒷받침할 자료를 전혀 제출하지 못하였다. 오히려 위 메일 내용에 의하면 위 도면은 계약 후 작성된 것으로 보일 뿐이다.

④ 실제로 위 설계도면을 작성한 E 설계사무소의 F는 '2018. 4. 25. 원고(대리인 K)의 요청에 따라 납품한 도면에는 건축평면계획도 및 구조도면을 제외한 건축마감재와 관련한 도면, 전기, 설비, 통신, 소방, 토목 등의 도면이 없었고, 2018. 5. 7.에서야 토목 및 기계설비를 제외한 도면을 납품할 수 있었다'라고 확인하고 있어 피고의 주장과 일치한다. 그렇다면 2018. 5. 8.자 도면에 따른 설계변경은 원고의 요청에 의하여 계약 당시 누락된 부분을 추가한 것으로 일반조건 제20조 제3항, 제21조 제1항의 설계변경 사유에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

⑤ 또한 앞서 본 바와 같이 원고는 2018. 5. 28.부터 2019. 7.경까지 수차례 E 설계사무소로부터 받은 변경된 설계도면을 피고에게 그대로 전달하였고, 피고는 그 변경된 도면의 지시에 따라 시공하였다. E 설계사무소의 F도 '원고의 요청으로 평면도 수정, 연면적 수정, 냉난방시스템변경, 장애인 규정 등에 따라 도면의 수정이 수시로 발생하여 공사 진행 도중 협의 및 확인하여 납품한 사실이 있다'고 확인하고 있다. 그렇다면 이는 원고의 요청에 의하여 설계변경이 이루어진 것으로 일반조건 제20조 제3항이 정하고 있는 '도급인의 지시'로 볼 수 있다.

⑥ 원고는 2018. 4. 26.자 도면에 이미 면적 증가분을 반영하였다고 주장하면서도 2018. 12.

27.에서야 연면적 증가에 관한 건축허가를 받은 이유를 설명하지 못한다. 또한 피고는 2019. 1. 8. 원고로부터 추가메일 순번 5와 같이 '1차 설계변경도면'이라는 메일을 받은 후 2019. 2. 25. 원고에게 설계변경사항과 그에 따른 추가공사비를 포함하여 계약금액의 조정을 요청하는 취지의 실정보고서를 송부하였다. 원고가 이에 대해 특별한 답변이 없자 피고는 2019. 4. 12. 재차 회신을 요청하기도 하였다(원고는 추가메일 순번 5에 첨부된 2019. 1. 8.자 설계변경도면의 경우 피고가 건설도급을 맡아 진행하기 전 다른 업체가 진행하며 건축허가를 위해 2016. 6.자 도면을 기준으로 피고와 체결한 2018. 4. 26.자 도면이 설계변경도면이라고 주장하기도 하나 이러한 원고의 주장을 인정할 아무런 근거가 없다).

⑦ 감정인 I은 2018. 4. 26.자 메일의 내용을 '원고가 지진관련 설계기준에 따라 변경된 건축, 구조도면을 발송하면서 면적증가로 인한 구조물 물량은 변경 견적에 반영되었으나, 이를 제외한 나머지 공사부분은 기존도면을 기준으로 물량 산출하여 변경된 견적서에 반영하도록 요청한 것'이라고 해석하고, 2018. 4. 26.자 도면에 없는 부분은 그 이전에 전달받은 2016. 6.자 및 2018. 4. 18.자 도면을 기준으로 내역을 비교하여 추가공사비를 별지 2기재와 같이 합계 193,917,388원으로 산정하였다.

다) 구체적인 추가공사비 항목에 관한 원고의 주장

(1) 별지 2 항목 중 1-11-1 트리콘 비트 공법 관련 추가공사비

원고는 'CIP 공법 중 트리콘 비트 공법 변경' 항목은 이 사건 공사도급계약 특약에 따라 피고가 부담하여야 하거나 당초 계약내용에 포함되었던 흙막이 가시설 설계서 및 시방서에 따른 시공이므로 트리콘 비트를 활용함에 따라 발생한 추가공사비를 지급할 의무가 없다고 주장한다.

앞서 든 증거에 의하면, 피고가 T-4 해머를 이용하여 CIP 공법(Cast In Place pile 공법, 이하 'CIP 공법'이라 한다)에 필요한 천공작업을 하던 중 2018. 12.경 인근주민으로부터 소음 등 민원이 발생하자 그 후 트리콘 비트를 활용하여 천공작업을 진행한 사실, 특약 1항에 '공사 중 발생한 민원처리비용을 도급공사비에 포함한다'는 내용이 기재된 사실이 인정되기는 한다.

그러나 감정인 I의 감정결과에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, CIP 공법으로 흙막이 공사를 수행함에 있어서 천공 도구를 T-4에서 트리콘 비트로 변경한

것은 설계변경에 해당한다고 봄이 상당하고, 갑 제24, 25호증의 각 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다. 이에 반하는 원고의 주장은 이유 없다.

① CIP 공법이란 주열식 현장타설 말뚝 중 하나로, 굴착장비를 사용하여 일정 심도까지 지반을 천공해 토사를 배출시킨 후 H-pile 말뚝 또는 철근망을 삽입하고 콘크리트 또는 모르타르를 타설하는 공법이다. 천공 작업에는 일반적으로 T-4 해머가 사용되는데 커다란 드릴과 같은 스크류가 강한 압력으로 지반을 뚫고 들어가는 굴착도로구로 천공속도가 빠르고 천공효율이 우수하다. 한편 트리콘(Tri-corn) 비트란 원뿔 형상의 3개의 콘이 지반을 갈아내면서 천공하는 굴착도로구로 T-4 해머에 비하여 천공속도가 느리지만 저소음, 저진동의 도구여서 인구밀집지역에서 사용하기에 적합하다.

② 이 사건 건물의 토목공사 중 흙막이 공사와 관련하여 2016. 6.자 설계도면에는 'CIP+LW 공법'으로 표기되어 있다. 원고는 피고에게 이 사건 공사도급계약 체결 전 주식회사 L이 2016. 8.경 작성한 흙막이 가시설 구조검토 보고서를 전달하였는데, 위 보고서에 따르면 CIP 공법에 따른 천공은 T-4 장비를 사용할 것임을 명시하였다.

③ 시공과 직접 관련된 민원은 시공업자가, 사업 시행과 관련한 민원은 발주자가 부담하는 것이 통상적인 점에 비추어 보면, 앞서 본 특약 규정을 '민원이 발생하게 된 귀책사유가 발주자에게 있는 경우'에까지 그 민원을 처리하기 위한 일체의 비용을 모두 시공자의 부담으로 약정한 것이라고 해석하기는 어렵다.

④ 이 사건 천공장비가 변경된 것은 주변 민원뿐만 아니라, 이 사건 공사현장의 지반에 위치한 풍화암이 당초 예상보다 단단하여 T-4 해머를 활용한 천공 시 발생하는 진동이 인접 건물에도 영향을 줄 수 있었기 때문인 것으로 보인다. 원고 측과 피고 현장대리인, 감리자 사이에 위와 같은 굴착도로구 변경에 대해 협의하였던 점까지 보태어 보면, 위 특약을 근거로 이 항목으로 발생한 추가비용을 피고의 부담으로 하는 것은 공평하지 않은 것으로 보인다.

⑤ 원고가 제시하는 갑 제24, 25호증은 주식회사 M가 2018. 5.경 작성한 흙막이 가시설 설계서 및 시방서이다. 이 사건 공사도급계약은 2018. 4. 26.자 도면을 기준으로 체결되었으므로 위 설계서 등이 계약 내용에 편입되었다고 볼 수 없고 그 이후에도 이를 포함시키기로 한 증거를 찾아볼 수 없다.

(2) 별지 2 항목 중 1-11-2 복공판 신규 추가 관련 추가공사비

원고는 '복공판 추가 설치'는 피고가 원고와의 협의 없이 임의로 설치한 것이고, 감정결과 산정된 추가공사비도 과하다는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 본 기초사실과 같이 원고는 2018. 7. 12. 피고에게 복공계획 평·단면도를 송부하였고(추가메일 순번 2), 위 복공판 설계도는 2018. 4. 26.자 도면 및 기존 도면에 포함되어 있지 않은 사실이 인정된다. 그렇다면 앞서 인정한 바와 같이 복공판의 추가 설치에 원고의 지시에 의한 설계변경이라고 봄이 상당하다.

또한 감정인의 감정결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 하는데(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결 등 참조), 원고가 제출한 증거만으로는 감정인 I의 감정결과가 경험칙에 반한다거나 현저히 불합리하다고 보기에 부족하다. 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

2) 공기연장으로 인한 추가공사비 채권의 존부 앞서 든 증거, 감정인 I의 감정결과에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공사기간은 피고의 귀책사유 없는 사유로 인하여 2019. 5. 1.부터 2019. 8. 20.까지 연장되었고, 피고가 이로 인하여 현장관리비(간접비)로 별지 3 기재와 같이 61,322,419원을 지출한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원고는 피고에게 위 돈을 추가공사비로 지급하여야 한다.

① 일반조건 제17조는 수급인인 피고의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 피고가 서면으로 공사기간의 연장을 요구하면 그 연장으로 인한 현장관리비 등 추가경비(간접비)를 지급하도록 정하고 있다. 특약 3항 단서도 건축주의 사정이나 문화재의 발견으로 공사가 중단되는 경우 그 기간 동안 발생하는 현장관리비용은 실투입비용기준으로 상호 협의하여 결정하도록 명시하고 있다.

② 피고는 2019. 2. 25. 및 2019. 4. 12. 원고에게 '변경허가 및 문화재 발굴조사로 인하여 지연된 부족한 공사기간에 대하여 준공예정일을 2019. 4. 30.2) 에서 2019. 8. 31.까지로 변경해 달라'는 공기연장 요청의 공문을 발송하였는데, 위 공문에서는 지연사유를 '문화재발굴조사기간, 기존건축물 철거 후 관련부서 신고 후 허가기간, 우천 및 고온, 저온에 따른 공사 미 실시 기간, 주변 민원에 따른

공사 미실시 기간, 설계변경에 따른 공사 지연기간'으로 명시하면서 각 사유별 기간까지 구체적으로 기재하고, 근거자료를 첨부하였다.

③ 원고와 피고는 2019. 6. 4. 지체상금 없이 공사기간만을 2019. 8. 20.까지로 연장하는 변경계약을 체결하였다. 그런데 위 변경계약이 당초 예정된 준공기간을 이미 경과한 상태에서 체결되었고, 피고의 공기연장 요청에 대하여 원고가 검토할 충분한 시간적 여유가 있었던 사정까지 보태어 보면, 위와 같이 피고에게 지체상금도 부과하지 않은 채 공기를 연장한 것은 공기지연이 피고의 귀책사유 없는 사유로 인한 것이었기 때문으로 보인다.

④ 감정인 I은 실급여 지급내역, 현장배치 입증자료, 월별 안전관리비 사용내역 등의 구체적 자료를 확인한 후 간접노무에 실제 종사한 근무인원에 한하여 공사기간 연장과 객관적으로 관련성이 있고 상당한 범위 내에 있다고 판단되는 간접노무비로 61,322,419원을 산정하였다. 특약 3항 단서에서 실투입비용 기준으로 지급액을 협의하도록 정하고 있는 점에 비추어 보더라도 위와 같은 감정인의 판단이 경험칙에 반한다거나 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.

3) 소결 건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고, 또 그 건물에 관하여 생긴 공사대금채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있다(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202, 16219 판결 등 참조).

위 인정사실에 의하면 피고는 원고에게 추가공사비 255,239,807원(= 193,917,388원 + 61,322,419원)의 채권을 가지고 있고, 아래 7항에서 살펴보는 바와 같이 현재까지 63,804,077원의 채권이 잔존하고 있으므로, 피고는 위 돈을 전액 지급받을 때까지 이 사건 건물을 유치할 권리가 있다.

나. 피고의 점유가 인정되는지 여부에 관한 판단

점유는 유치권의 성립요건이자 존속요건이므로 성립 시는 물론 존속하는 동안 유치권자는 유치권의 목적물을 계속하여 점유하여야 하고, 만일 그 점유를 상실하면 유치권은 소멸한다. 유치권 성립의 요건이 되는 물건에 대한 점유라고 함은 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보이는 객관적 관계에 있는 것을 말하는 것으로서, 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니라 물건과 사람과의 시간, 공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다44788 판결 등

참조).

앞서 든 증거, 갑 제17호증, 을 제16, 21호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고는 현재까지 이 사건 건물을 적법하게 점유하고 있다고 판단된다(원고는 피고의 점유가 불법으로 개시된 것이므로 유치권이 성립하지 않는다고도 주장하나, 피고의 점유가 불법으로 개시되었음을 인정할 아무런 증거가 없다).

① 피고는 이 사건 건물 내부 및 외부 곳곳에 유치권행사를 알리는 현수막과 알림판을 부착하여 현재까지 이를 유지하고 있다. 이 사건 건물 1층에 차량이 드나들 수 있도록 설계된 외부 필로티 입구에는 출입금지용 테이프와 표지판이 설치되었다. 이 사건 건물 내부로 출입할 수 있는 문은 봉쇄되었으며 '유치권 행사 중입니다. 무단출입 시 형사고발할 것'이라는 안내문과 피고의 연락처가 붙어있다.

② 위 안내문의 촬영시점은 2019. 9. 26.이고 원고 역시 피고가 2019. 9.경 이 사건 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하겠다고 주장하였음을 자인하고 있다. 위 ①항에서 본 것과 같이 이 사건 건물에는 현재까지 피고가 설치한 현수막과 알림판이 존재하므로 앞서 본 법리에 비추어 피고는 2019. 9.경부터 현재까지 이 사건 건물을 사실상 지배하면서 점유하고 있다고 보아야 한다.

③ 이에 대하여 원고는 2021. 1.경 점유가 중단되었다고 주장한다. 갑 제32, 34호증의 각 기재 및 갑 제33호증의 영상을 종합하면 원고가 2021. 1.경 이 사건 건물 주변에 버려진 담배꽂초 등 쓰레기를 치운 사실은 인정할 수 있으나, 이러한 점만으로 피고의 점유가 중단되었다고 보기에는 부족하다. 오히려 원고가 제출한 갑 제33호증의 영상에 의하더라도 여전히 이 사건 건물은 외부로부터 출입이 봉쇄되어 있고 그 외벽에는 피고가 유치권을 행사하고 있다는 현수막이 부착되어 있음을 알 수 있다.

④ 피고가 이 사건 건물 1층 필로티 구조 출입구에 외부인의 출입을 금지하기 위하여 설치한 안전제일 표지판이나 유치권 행사 사실을 표시하는 현수막은 2021.경 촬영된 사진 및 2022.경 촬영된 사진에서도 모두 확인할 수 있다.

⑤ 피고는 2022. 1. 26.경 이 사건 건물 부지 내 적치 폐기물 정비권한을 서울특별시 중구청장에게 위임하는 '적치 폐기물 관리(정비) 위임장'을 작성하여 명동 주민센터 담당자에게 송부하였는데, 이에 의하면 관할 자치단체 역시 피고가 이 사건 건물을 점유하고 있다고 인식하였던 것으로 보인다.

다. 소결론

그렇다면 피고에게 추가공사비 등의 채권이 존재하고, 이 사건 건물을 점유하고 있으므로 피고의 유치권이 인정된다. 따라서 유치권 부존재의 확인을 구하는 원고의 이 부분 본소 청구는 이유 없고, 추가공사비를 청구하는 피고의 반소 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

5. 원고의 나머지 본소 청구에 관한 판단

가. 지체상금 청구에 관한 판단

1) 지체책임의 발생 이 사건 공사도급계약에서 피고가 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율(0.001)을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 원고에게 납부하도록 약정한 사실, 이 사건 공사의 준공예정일이 2019. 8. 20.로 변경된 사실은 앞서 보았고, 이 사건 공사가 완성되지 않은 사실은 당사자 사이 다툼이 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 2019. 8. 21.부터의 지체상금을 지급하여야 한다.

2) 피고의 주장에 관한 판단 가) 피고 주장의 요지

원고는 수차례의 설계변경과 공기연장에 따라 추가공사대금이 상당히 발생하였음에도 그 지급을 요구하는 피고의 정당한 요청을 모두 거부하였고, 이에 피고는 원고의 위와 같은 공사비 미지급을 이유로 일반조건 제37조 제1항에 따라 이 사건 공사를 적법하게 중단하였으므로 같은 조 제2항에 의하여 위와 같이 중단된 기간 동안 지체상금을 부담하지 않는다. 또한 피고는 공사대금채권의 보전을 위하여 불안의 항변권 행사의 일환으로 어쩔 수 없이 공사 중단 조치를 취하였을 뿐이므로 지체상금 책임이 없다.

나) 공사 중단기간의 면책 주장에 관한 판단

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 피고는 일반조건 제37조의 동시이행의 항변권 약정에 따라 추가공사비를 지급받을 때까지 이 사건 공사를 적법하게 중지하였다고 보아야 하므로, 이 사건 공사가 중지된 2019. 9. 10. 이후부터는 지체책임을 부담하지 않는다고 봄이 상당하다. 이 부분 피고의 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

① 일반조건 제37조 제1항에 의하면 원고가 선금이나 기성금의 지급을 지연할 경우 피고는 상당한 기간을 정하여 지급을 독촉하였음에도 불구하고 원고가 이를 지급하지 아니하면 원고에게 통보하고 공사의 일부 또는 전부를 중지할 수 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 피고가 설계변경 및 공기연장으로

인하여 2억 원이 넘는 추가공사비 채권을 가지고 있음에도 원고가 이를 지급하지 않았고, 피고는 수회 그 지급을 독촉하다가 최종적으로 2019. 9. 10. '추가공사비가 지급 완료될 때까지 공사를 중지한다'고 서면으로 통보하였음을 알 수 있다. 그렇다면 위 통보가 원고에게 도달한 이후부터는 이 사건 공사는 적법하게 중지된 상태에 있다고 보아야 한다.

② 일반조건 제37조 제2항은 공사 중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외하도록 정하고, 일반조건 제30조 제1항 단서 및 제3호는 '도급인의 귀책사유로 시공이 중단된 경우' 그 해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다고 정하고 있다.

다) 불안의 항변권 주장에 관한 판단

불안의 항변권에서의 '상대방의 채무이행이 곤란할 현저한 사유'라 함은 계약 성립 후 상대방의 신용불안이나 재산상태의 악화 등 사정으로 반대급부를 이행 받을 수 없게 될지도 모를 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평의 관념과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말하므로(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결 참조), 도급인이 기성고 해당 중도금 지급의무의 이행을 일부 지체하였다고 하여 바로 수급인이 일완성 의무의 이행을 거절할 수 있다고 볼 수는 없다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결 등 참조).

피고가 원고에게 255,239,807원의 추가공사비 채권을 가지고 있음은 앞서 인정한 바와 같다.

그러나 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 피고에게 이 사건 본관 공사비로 1,824,900,000원을, 이 사건 별관 공사비로 718,300,000원을 각 지급하였고, 이는 본관 기성지급율 91.25%, 별관 기성지급율 89.2%에 달하는 점, ② 감정인 J의 감정결과(2022. 6. 15.자 사실조회회신)에 의하면 피고가 중단한 이 사건 공사의 기성고율이 본관의 경우 86.408%, 별관의 경우 86.302%이므로 당초 약정한 공사대금을 기준으로 한다면 이 사건 본관 공사비로 96,912,816원(= 1,824,900,000원 - 1,727,987,184원3)), 이 사건 별관 공사비로 23,396,296원(= 718,300,000원 - 694,903,704원4)) 합계 120,309,112원이 초과지급된 것으로 보이는 점, ③ 피고는 2019. 6. 10. 및 2019. 9. 2.에는 부가가치세 포함 381,480,000원이 추가공사비라고 주장하다가 2019. 9. 10.에는 480,370,000원이라고 주장하기도 하여서

당사자들로서도 피고가 공사를 중단할 무렵 추가공사비의 범위에 관하여 명확하지 않았던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 원고가 위 추가공사비 지급채무를 일부 불이행하였다고 하여 그것만으로 피고가 이 사건 공사도급계약에 따라 적법하게 공사 중단을 통보하기 이전까지 발생한 지체상금에 관하여 피고에게 불안의 항변권이 존재한다고 볼 수는 없다. 이 부분 피고의 주장은 이유 없다.

3) 소결 위 인정사실을 종합하면, 피고는 2019. 8. 21.부터 2019. 9. 10.까지의 지체상금을 지급하여야 한다. 이에 따라 계산하면 피고가 원고에게 지급해야 할 지체상금은 58,905,000원(=총 공사비 2,805,000,000원 × 지체상금율 0.001 × 지체일수 21일)이다.

나. 과기성금 반환 청구에 관한 판단

1) 불법행위에 의한 손해배상청구 불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그 행위와 손해발생과의 인과관계에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있으므로, 피고가 실제 공정률보다 공정률을 부풀려 기성금을 지급 받을 고의를 가지고 허위의 기성금을 청구하였다는 사실에 관한 입증책임은 원고에게 있다.

그러나 피고가 허위의 공정확인서를 작성하는 등의 불법행위를 하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고의 이 부분 손해배상 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 부당이득 반환청구 가) 당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효, 취소, 해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 한다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결 등 참조).

나) 원고는 이 사건 해제통보에 따라 이 사건 공사도급계약이 해제되어 법률상 원인이 없게 되었음을 전제로 과기성금의 부당이득반환을 청구하면서, 그 해제사유로 일반조건 제34조 제1항 제3, 4호 및 피고의 채무불이행을 주장한다.

그러나 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ①

일반조건 제34조 제1항 제3호는 '지체상금이 계약보증금 상당액에 도달한 경우'를 해제사유로

정하고 있는데 앞서 보았듯이 지체상금액이 계약보증금에 미치지 못하는 점, ② 같은 조항의 제4호는

'수급인의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우'를 해제사유로 정하고 있으나, 이 사건은 피고에게 추가공사비 채권이 발생하였고 이에 대하여 정산을 요구하였음에도 원고가 이에 응하지 아니하여 피고가 공사를 중단하고 유치권을 행사하기 시작한 것이어서 '피고에게 귀책사유 있는 계약조건 위반'이 존재한다고 볼 수 없는 점, ③ 이 사건 공사 중단은 일반조건 제37조에 따른 권리행사인 점 등을 종합하면, 원고의 이 사건 해제통보는 그 해제사유를 충족하였다고 볼 수 없다.

이와 같이 원고의 이 사건 해제통보가 부적법한 이상 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 피고가 지급받은 기성금에 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다. 따라서 피고가 이를 원고에게 반환할 의무가 생기는 것은 아니다(다만, 7항에서 살펴보는 바와 같이 원고가 약정공사대금보다 초과 지급한 부분은 피고의 나머지 채권에 충당되었다고 봄이 상당하다). 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 계약 해제에 따른 손해배상 청구에 관한 판단

원고의 이 부분 청구는 이 사건 공사도급계약이 약정해제사유 또는 피고의 귀책사유 있는 채무불이행을 이유로 해제되었다고 주장하면서 원고가 지출한 직원들의 급여, 4대 보험료, 대출금이자, 가구 구입비 등을 구하는 것이다. 그러나 앞서 살핀 것처럼 피고의 귀책사유 있는 채무불이행사유를 인정할 수 없고, 이 사건 해제통보도 부적법하므로 이와 다른 전제에 선 원고의 위 손해배상청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

라. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 관한 판단

1) 손해배상책임의 발생 감정인 J의 감정결과에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고는 이 사건 건물을 건축하면서 설계도면에 따라 시공하여야 할 부분을 시공하지 않거나 설계도면과 다르게 또는 부실시공을 하였고, 그로 인하여 이 사건 건물에서 누수 등 별지 1 기재와 같은 하자가 발생하였고, 이 사건 건물에 기능상·안전상·미관상 지장이 초래된 사실, 이 사건 건물에 발생한 위와 같은 하자를 보수하기 위하여 23,265,000원의 비용이 필요한 사실을 각 인정할 수 있다.

따라서 이 사건 건물의 수급인인 피고는 민법 제667조 제2항에 따라 이 사건 건물의 도급인인 원고에게 하자보수에 갈음하는 위 보수비 상당의 손해를 배상하여야 한다.

2) 책임의 제한 다만 이 사건 건물은 피고가 일반조건 제37조에 따라 적법하게 공사를 중지한 2019.

9. 10.경 이후부터 하자감정 현장조사가 마무리된 2021. 10.경까지 약 2년 이상이 경과하여 이 사건 건물에 자연발생적인 노화현상이 발생하였을 것으로 보이는 점, 위 기간 동안 이 사건 건물에 유치권이 행사되고 있어 외부에서의 자유로운 출입이 통제되는 등으로 인하여 위 노화현상이 가속화 되었을 것으로 보이는 점, 이 사건 하자 대부분은 환기 부족 등 관리부실로 인한 곰팡이로 보이는 점, 이 사건 건물에 발생한 개별하자 중 시공상 잘못으로 인한 부분과 자연발생적인 노화현상으로 인한 부분을 엄격히 구분하는 것은 현실적으로 어려운 점 등 이 사건 변론에 드러나 모든 사정을 종합하면, 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해액은 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 따라 위에서 인정한 하자보수비용의 70%로 제한함이 상당하다.

3) 소결 따라서 피고는 원고에게 16,285,500원(= 23,265,000원×70%)을 지급하여야 한다.

마. 소결론: 본소 인정 채권

그러므로 피고는 원고에게 합계 75,190,500원(= 지체상금 58,905,000원 + 하자보수비 16,285,500원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6. 피고의 나머지 반소청구에 관한 판단

가. 유치권 행사에 따라 지출한 현장관리비 청구

민법 제325조 제1항은 "유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다. 여기에서 필요비란 건물의 수선비 등과 같이 물건의 유지·보존에 필요한 비용 등 선량한 관리자의 주의로 물건을 보관하는 데 불가결한 비용을 말한다. 즉 물건을 통상의 용법에 적합한 상태로 유지·보존·관리하는 데 필요한 지출이 필요비이다.

그런데 감정인 I의 감정결과는 2019. 8. 21.부터 2020. 12. 22.까지 피고가 유치권을 행사한 기간 동안에 피고 소속 현장관리인 및 노무관리인, 총무 등 간접노무 인력의 인건비 등을 집계한 것인데, 유치권을 행사하는 기간 동안 위와 같은 비용이 이 사건 건물의 유지·보존을 위하여 필요하였다고 인정할 아무런 증거가 없고, 그와 같은 비용이 위 규정에서 말하는 필요비에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 선급금 지연손해금 청구에 관한 판단

1) 선급금 지연손해금 지급의무의 발생 앞서 든 증거에 의하면, ① 이 사건 공사도급계약에서 정한

선급금이 280,500,000원5) 인 사실(특약 5항 참조), ② 피고는 계약 당일인 2018. 5. 4. 이 사건 본관 공사에 관하여 보증금액 199,980,000원, 별관 공사에 관하여 보증금액 80,520,000원의 각 선급금보증서를 발급받아 원고에게 제출하면서 선급금의 지급을 청구한 사실, ③ 일반조건 제11조 제2항에 의하면 원고는 피고에게 위 2018. 5. 4.부터 14일이 경과한 2018. 5. 17.까지 위 선급금 전액을 지급하여야 하는 사실, ④ 그런데 원고는 2018. 5. 31. 피고에게 280,500,000원을 지급함으로써 14일간 선급금의 지급을 지체한 사실을 각 인정할 수 있다(피고는 2018. 5. 31. 원고에게 25,500,000원을 대여해 주었다가 2018. 8. 24.이 되어서야 위 금원을 받았으므로 2018. 5. 31.에 지급된 선금은 사실상 지급된 금액만을 근거로 200,200,000원이라고 보아야 하고, 2018. 8. 24. 지급된 선금이 25,500,000원이라고 주장한다. 그러나 피고가 2018. 5. 31. 원고에게 대여한 25,500,000원은 별개의 채권이고, 원고가 2018. 8. 24. 피고에게 지급한 25,500,000원 역시 위 대여금의 변제라고 판단함이 상당하고 이를 근거로 원고가 2018. 5. 31. 지급한 선금이 200,200,000원이라고 인정하기에는 부족하다).

그렇다면 원고는 피고에게 280,500,000원에 대하여 14일 동안의 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 지연이자율 및 지연손해금의 액수 도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급할 공사비 등에 대한 지체이율에 관하여는 시중은행의 연체이자율을 적용하기로 약정 기재한 경우, 그 약정의 문언상 구체적으로 도급인·수급인 어느 일방이 은행으로부터 대출받는 경우의 이자율을 적용한다는 점에 관하여 명시되어 있지 않고, '시중은행의 연체이자율'이 공사비 지급 지체 당시 기업의 신용상태에 따라 여러 가지가 있을 수 있다면, 도급인이 수급인에게 지급할 공사비 등에 대한 지체이율에 관하여는 그 당시 시중은행의 연체이자율 중 가장 최소한의 이자율을 적용할 수밖에 없고, 이 경우 가장 최소한의 이자율이 구체적으로 어느 정도인지에 관한 입증책임은 위 약정을 적용하여 지연손해금을 주장하는 당사자가 부담한다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결 등 참조). 이 사건 공사도급계약에서는 원고가 공사대금의 지급을 지체하는 경우 '시중은행 연체이자율'을 적용하기로 약정하였을 뿐이다. 그런데 특약 6항에 의하면 이 사건 공사의 기성금은 기업은행을 통해 피고에게 직접 지불된 점, 원고는 기업은행으로부터 대출을 받음에 있어 연 3.716% 내지는 연

4.484%(갑 제13호증)의 이율로 대출을 받았던 점, 기업은행의 연체이자율을 '대출금리+3%'로 정해져 있는 점 등 변론에 드러난 모든 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고의 특별한 입증이 없는 이상 이 사건에서의 '시중은행 연체이자율'은 원고의 기업은행에 대한 대출금 이자율의 평균값인 연 4.1%에 연체가산금리 3%를 더하여 연 7.1%로 봄이 타당하다.

그렇다면 피고는 원고에게 763,882원($=280,500,000\text{원} \times \text{연 } 7.1\% \times 14\text{일} \div 365\text{일}$)을 지급하여야 한다.

3) 원고의 면제 주장에 관한 판단 원고는 이 사건 공사도급계약에 문화체육관광부의 관광기금 관련 특약이 존재하므로, 그 특약의 내용에 따라 원고에게 선급금 지연손해금이 면제된다는 취지로 주장한다.

그러나 특약 7항에 의하더라도 문화체육관광부의 관광기금 관련 "불가항력으로 인한 신청, 예산배정, 집행 등 공사진행 및 공사대금 지급이 지연되는 경우(이하 "예외조항"이라 한다)에 지연이자 면제되는 것인데, 원고가 이와 같은 예외조항에 해당하는 사유로 말미암아 선급금의 지급을 지연하였음을 인정할 아무런 근거가 없다. 원고의 선급금 지연이자 면제 주장은 이유 없다.

다. 감리비 상환금 청구에 관한 판단

관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있고(민법 제739조 제1항), 원고는 이 사건 건물을 건축함에 있어서 공사감리자를 지정하여 공사를 감리하게 할 의무가 있다(건축법 제25조 제1항 참조).

을 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 2019. 1. 11. 이 사건 공사에 관한 소방감리비 3,300,000원을 원고를 위하여 대납한 사실을 인정할 수 있다(원고가 제출한 갑 제17호증의 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다).

따라서 원고는 피고에게 위 감리비 상당액 3,300,000원을 지급하여야 한다.

라. 소결론: 반소 인정 채권 총액(앞선 4항의 추가공사비 포함)

그러므로 원고는 피고에게 합계 259,303,689원(= 추가공사비 255,239,807원 + 선급금 지연손해금 763,882원 + 감리비 상환금 3,300,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

7. 상계에 따른 최종결과 및 결론

가. 원고의 본소 청구에서 인정되는 채권액이 75,190,500원이고, 피고의 반소 청구에서 인정되는 채권액이 259,303,689원이다. 원고와 피고의 위 각 채권을 원본에서 대등액으로 상계하면, 원고의 채권은 모두 소멸하고, 피고의 채권은 184,113,189원(= 259,303,689원 - 75,190,500원)이 남는다.

나. 한편 앞서 5의 가. 2)다)항에서 살펴본 바와 같이 피고가 공사를 중단한 시점의 기성고율에 따라 계산하면 원고가 당초 약정한 공사대금보다 120,309,112원을 초과 지급한 사실을 인정할 수 있고, 변론에 드러난 모든 사정을 종합하면 이 부분 원고의 상계 주장에는 기성고율을 초과하여 지급한 공사대금이 있다면 이를 나머지 피고의 남아있는 채권에 충당하여 변제하였다는 주장도 포함되어 있는 것으로 설행할 수 있다. 따라서 이를 추가적으로 충당하면 결국 피고가 지급받지 못한 채권은 63,804,077원(= 184,113,189원 - 120,309,112원)이 남게 된다.

다. 따라서 최종적으로 원고는 피고에게 63,804,077원 및 이에 대하여 피고가 구하는 바에 따라 반소장 부분 송달일 다음 날인 2021. 1. 9.부터 원고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 사건 판결 선고일인 2023. 7. 12.까지 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

라. 그렇다면 피고의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고의 본소 청구 및 피고의 나머지 반소 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사황순현

판사최정윤

판사정중원

별지

$$1) = (280,500,000\text{원} \times 0.001 \times 14\text{일}) + (25,000,000\text{원} \times 0.001 \times 99\text{일})$$

2) 을 제8호증에는 '2019년 4월 31.일'로 기재되어 있으나 오기임이 명백하다.

$$3) = \text{본관 공사대금 } 1,999,800,000\text{원} \times 0.86408$$

$$4) = \text{별관 공사대금 } 805,200,000\text{원} \times 0.86302$$

$$5) = \text{본관 공사의 선급금 } 199,980,000\text{원} + \text{별관 공사의 선급금 } 80,520,000\text{원}$$