

제주지방법원 2021. 7. 15 선고 2018가합10377(본소), 2018가합10759(반소) 판결
[공사대금 · 지체상금 등 청구]

전 문

원고(반소피고)A 주식회사

소송대리인 법무법인 민 담당변호사 김선우

피고(반소원고)주식회사 B

소송대리인 변호사 한정빈

변론 종결2021. 5. 20.

판결 선고2021. 7. 15.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 1,289,886,945원 및 이에 대하여 2018. 2. 10.부터 2021. 7. 15.까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의 반소청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 그 2/10은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

○ 본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게

1,708,026,764원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

○ 반소 : 원고는 피고에게 100,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

원고는 2002. 4. 3. 건축공사업 등을 목적으로 설립된 회사이고, 피고는 1996. 5. 11. 전기기기 제조업 등을 목적으로 설립된 회사이다.

나. 이 사건 토목공사 계약의 체결

1) 원고는 2016. 8.경 피고로부터 제주시 C(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 토목공사(이하 '이 사건 토목공사'라고 한다)를 공사대금 1억 2,500만 원에 도급받기로 하는 공사계약을 체결하였다. 이 사건 토목공사 계약의 주요 내용은 다음과 같다.

1. 공사명 : C 토목공사

3. 착공년월일 : 2016년 8월 3.일

4. 준공예정년월일 : 2016년

5. 계약금액 : 125,000,000원

6. 계약보증금 : 12,500,000원

* 준공금은 공사완료후 14일이내에 지급조건

11. 지체상금율 : 1/1,000 지체일당

12. 대가지급 지연이자율 : 12%

[계약내역서]

공사범위 : 토목공사

면적 : 건물 43.58×60.7 (터파기 46.58×63.7×3.5)

-특기사항-

1. 건축주 민원 해결조건
2. 가시설(흙막이)공사 별도
3. 되메우기공사 별도
6. 공사 완료후 터파기 물량 정산조건
8. 암파쇄는 1.0m³장비 뿌레카 사용조건

[세부내역서]

B 터파기공사 0102. 토 및 지정공사 부분

터파기	토사(1.0m ²)	m ³	10,385	
	암(1.0m ³ 뿌레카)	m ²	-	
잔토처리	토사	m ³	10,385	
	암	m ³	-	
상차비	-	m ³	10,385	
청소비 및 정리	-	인	60	
되메우기 및 야적정리	-	m ³	-	

다. 이 사건 건축공사 계약의 체결

1) 원고는 2017. 2. 13. 피고로부터 이 사건 토지상에 피고의 사옥을 신축하는 건축공사(이하 '이 사건 건축공사'라고 한다)를 공사대금 34억 3,380만 원¹⁾ (부가가치세 포함)에 도급받기로 하는 내용의 공사계약을 체결하였다. 그 주요내용 및 표준도급계약 일반조건 중 이 사건과 관련된 부분은 다음과 같다(이하에서 '갑'은 피고, '을'은 원고를 뜻한다).

민간건설공사 표준도급계약서

1. 공사명 : B 사옥 신축공사
3. 착공년월일 : 2017. 2. 20.
4. 준공예정년월일 : 2017. 12. 20.
8. 기성부분금 : 매월에 1회(공정율 따른) 신청
10. 하자담보책임 (복합공종인 경우 공종별로 구분 기재)

건축	3,433,800,000원정	3% 103,014,000원정	2년
부대 토목	125,000,000원정	3% 3,750,000원정	1년

11. 지체상금율 : 지체일당 0.5/1,000

12. 대가지급 지연이자율 : 12%

13. 기타사항

- 공종별 도급인이 직접 분리발주 할 수 있음
- 발주처 요청에 의한 설계변경 이외 금액변경 없음
- 수급인은 사업비와 관련한 각종 지원 사업 성격에 맞도록 행정업무를 지원함

[민간건설공사 표준도급계약 일반조건]

제10조(공사기간) ② "을"의 귀책사유 없이 공사착공일에 착공할 수 없는 경우에는 "을"의 현장인수일자를 착공일로 하며, 이 경우 "을"은 공사기간의 연장을 요구할 수 있다.

제17조(공사기간의 연장) ① "갑"의 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 "을"의 책임이 아닌 사유로 공사수행이 지연되는 경우 "을"은 서면으로 공사기간의 연장을 "갑"에게 요구할 수 있다.

제18조(부적합한 공사) ① "갑"은 "을"이 시공한 공사중 설계서에 적합하지 아니한 부분이 있을 때에는 이의 시정을 요구할 수 있으며, "을"은 지체없이 이에 응하여야 한다. 이 경우 "을"은 계약금액의 증액 또는 공기의 연장을 요청할 수 없다.

② 제1항의 경우 설계서에 적합하지 아니한 공사가 "갑"의 요구 또는 지시에 의하거나 기타 "을"의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 때에는 "을"은 그 책임을 지지 아니한다.

제20조(공사의 변경 · 중지) ③ "갑"의 지시에 의하여 "을"이 추가로 시공한 공사물량에 대하여서는 공사비를 증액하여 지급하여야 한다.

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 "갑"은 설계를 변경하여야 한다.

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

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

제22조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정) ① 계약체결후 90일 이상 경과한 경우에 잔여공사에 대하여 산출내역서에 포함되어 있는 품목 또는 비목의 가격 등의 변동으로 인한 등락액이 잔여공사에 해당하는 계약금액의 100분의3 이상인 때에는 계약금액을 조정한다. 다만, 제17조제1항의 규정에 의한 사유로 계약이행이 곤란하다고 인정되는 경우에는 계약체결일(계약체결후 계약금액을 조정할 경우 그 조정일)부터 90일 이내에도 계약금액을 조정할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 계약금액의 조정에 있어서 그 조정금액은 계약금액 중 물가변동기준일 이후에 이행되는 부분의 대가에 적용하되, 물가변동이 있는 날 이전에 이미 계약이행이 완료되어야 할 부분에 대하여는 적용하지 아니한다. 다만, 제17조제1항의 규정에 의한 사유로 계약이행이 지연된 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 제1항의 규정에 의하여 계약금액 조정을 청구하는 경우에는 조정내역서를 첨부하여야 하며, 청구를 받은 날부터 30일 이내에 계약금액을 조정하여야 한다

제24조 (기성부분금) ① 계약서에 기성부분금에 관하여 명시한 때에는 "을"은 이에 따라 기성부분에 대한 검사를 요청할 수 있으며, 이때 "갑"은 지체없이 검사를 하고 그 결과를 "을"에게 통지하여야 하며, 14일이내에 통지가 없는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.

② 기성부분은 제2조 제8호의 산출내역서의 단가에 의하여 산정한다. 다만, 산출내역서가 없는 경우에는 공사진척율에 따라 "갑"과 "을"이 합의하여 산정한다.

③ "갑"은 검사완료일로부터 14일이내에 검사된 내용에 따라 기성부분금을 "을"에게 지급하여야 한다.

④ "갑"이 제3항의 규정에 의한 기성부분금의 지급을 지연하는 경우에는 제28조제3항의 규정을 준용한다.

제28조(대금지급) ③ "갑"이 공사대금을 지급기한내에 지급하지 못하는 경우에는 그 미지급금액에 대하여 지급기한의 다음날부터 지급하는 날까지의 일수에 계약서 상에서 정한 대가지급 지연이자율(시중은행의 일반대출시 적용되는 연체이자율 수준을 감안 하여 상향 적용할 수 있다)을 적용하여 산출한 이자를 가산하여 지급하여야 한다.

제30조(지체상금) ① "을"은 준공기한내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서상의 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 '지체상금'이라 한다)을 "갑"에게 납부하여야 한다. 다만, "갑"의 귀책사유로 준공검사가 지체된 경우와 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 공사가 지체된 경우에는 그 해당일수에 상당하는 지체상금을 지급하지 아니하여도 된다.

4. 기타 "을"의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체된 경우

③ "갑"은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 산출된 지체상금은 제28조의 규정에 의하여 "을"에게 지급되는 공사대금과 상계할 수 있다.

제34조("갑"의 계약해제 등) ① "갑"은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

2. "을"의 책임있는 사유로 인하여 준공기일내에 공사를 완성할 가능성이 없음이 명백한 경우

4. 기타 "을"의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

② 제1항의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지는 "갑"이 "을"에게 서면으로 계약의 이행기한을

정하여 통보한 후 기한내에 이행되지 아니한 때 계약의 해제 또는 해지를 "을"에게 통지함으로써 효력이 발생한다.

제35조("을"의 계약해제 등) ① "을"은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

3. "갑"이 정당한 이유없이 계약내용을 이행하지 아니함으로써 공사의 적정이행이 불가능하다고 명백히 인정되는 때

② 제1항의 규정에 의하여 계약을 해제 또는 해지하는 경우에는 제34조제2항 및 제3항의 규정을 준용한다.

제36조(계약해지시의 처리) ① 제34조 및 제35조의 규정에 의하여 계약이 해지된 때에는 "갑"과 "을"은 지체없이 기성부분의 공사금액을 정산하여야 한다.

제37조("을"의 동시이행 항변권) ① "갑"이 계약조건에 의한 선금과 기성부분금의 지급을 지연할 경우 "을"이 상당한 기한을 정하여 그 지급을 독촉하였음에도 불구하고 "갑"이 이를 지급치 않을 때에는 "을"은 공사중지기간을 정하여 "갑"에게 통보하고 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지할 수 있다.

② 제1항의 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외된다.

③ "갑"은 제1항의 공사중지에 따른 비용을 "을"에게 지급하여야 하며, 공사중지에 따라 발생하는 손해에 대해 "을"에게 청구하지 못한다.

* 특기사항-1 *

9. 유타리공사 별도

14. 전기, 통신, 소방, 엘리베이터, 설비공사 제외

라. 이 사건 토목공사의 완성 및 공사대금 지급 내역

1) 피고는 원고에게 이 사건 토목공사대금으로 2016. 8. 31. 2,500만 원, 2016. 9. 30. 3,750만 원의 합계 6,250만 원을 지급하였다.

2) 원고는 2017. 5. 22.경 이 사건 토목공사를 완료하였다.

3) 피고는 2017. 9. 22. 원고에게 이 사건 토목공사대금의 잔금 6,250만 원을 지급하였다.

마. 이 사건 건축공사 기성금 신청 및 지급 내역

1) 원고는 2017. 6. 13. 피고에게 이 사건 건축공사에 대한 기성금액으로 3억 2,810만 원(전회기성금액 6,250만 원, 누계기성금액 3억 9,060만 원)을 청구하였다. 당시 원고가 제출한 제2회 기성검사원에는 '계약금액 35억 5,880만 원, 기성총액 3억 9,060만 원, 현재공정 : 2017. 5. 31. 현재 10.96%'라는 내용이 기재되어 있으나 감리자의 서명, 날인은 기재되지 않았다.

2) 원고는 2017. 8. 21. 피고에게 이 사건 건축공사에 대한 기성금액으로 7억 8,251만 원(누계기성금액 7억 8,251만 원)을 청구하였다. 당시 원고가 제출한 제2회 기성검사원2)에는 '계약금액 35억 5,880만 원, 기성총액 9억 751만 원(=토목 1억 2,500만 원 + 건축 7억 8,251만 원), 현재공정 : 2017. 8. 16. 현재 25.50%'라는 내용이 기재되어 있으나 감리자의 서명, 날인은 기재되지 않았다.

3) 피고는 2017. 9. 22. 원고에게 이 사건 건축공사대금으로 2억 6,560만 원을 지급하였다.

4) 원고는 2017. 11. 9. 피고에게 이 사건 건축공사 3차 기성금액으로 7억 8,963만 원3) (누계기성금액 15억 7,214만 원)을 청구하였는데, 그 신청서에는 1차 기성금은 2017. 6. 13. 2억 6,560만 원을 청구하여 2017. 9. 22. 수령하였고, 2차 기성금은 2017. 8. 21. 5억 1,751만 원을 청구하였으나 수령하지 못한 것으로 기재되어 있다. 당시 원고가 제출한 제4회 기성검사원에는 '계약금액 35억 5,880만 원, 기성총액 18억 1,953만 원(= 토목 1억 2,500만 원 + 건축 15억 7,214만 원 + 토목정산금 1억 2,239만 원), 현재공정 : 2017. 11. 6. 현재 49.43%'라는 내용이 기재되어 있으나 감리자의 서명, 날인은 기재되지 않았다.

바. 원고의 이 사건 건축공사계약 해지 통보 및 최종 기성금 정산 청구

1) 원고는 2017. 12. 12. 이 사건 건축공사를 지하1층 골조공사까지 시공한 상태에서 중단하고, 피고에게 '피고의 귀책사유로 이 사건 건축공사 표준도급계약 일반조건 제35조 제3항에 의해 계약을 해지하겠다'는 뜻이 기재된 계약해지 통보서를 내용증명우편으로 발송하였다. 이에 대해 피고는 2017. 12. 19. 원고에게 '원고의 계약해지 통보를 수용할 수 없으며, 부실시공한 부분에 대하여 감리원의 승인을 거쳐 보완시공 또는 재시공을 하여 공사가 지체되지 않도록 하라'는 내용으로

회신하였다.

2) 원고는 2017. 12. 20. 피고에게 '(계약해지)정산기성 내역서(건축)'를 제출하여 이 사건 건축공사에 대한 2017. 11. 9.자 제3차 기성청구 후 진행된 공사 부분에 대한 기성금액으로 3,043만 원(누계기성금액 16억 257만 원)을 추가 청구하였다.

3) 원고는 2018. 1. 3. 피고에게 이 사건 건축공사계약은 2017. 12. 12. 피고의 책임 있는 사유로 해지되었으므로 기성금 및 손실비용 1,798,373,489원을 2018. 1. 10.까지 지급하여 줄 것을 청구하였다.

사. 원고의 채권가압류 및 피고의 가압류해방공탁

원고는 2018. 1. 10. 피고에 대한 14억 2,893만 원의 공사대금채권을 청구채권으로 하여 피고의 주식회사 D에 대한 예금반환채권에 대하여 제주지방법원 2017카합10312호로 가압류결정을 받았다. 피고는 2018. 1. 17. 위 채권가압류에 대한 해방공탁금으로 14억 2,893만 원을 공탁(제주지방법원 2018년 금 제95호)하고 2018. 1. 18. 위 채권가압류에 대한 집행취소 결정을 받았다.

아. 이 사건 공사 현장에 관한 증거보전 절차에서의 기성고 감정 등 실시

피고는 2018. 1. 12. 제주지방법원 2018카기8호로, 원고는 2018. 5. 24. 제주지방법원 2018카기150호 및 2018. 10. 5. 제주지방법원 2018카기334호로 각 이 사건 공사 현장에 관한 증거보전 신청을 하여 이 사건 추가토목공사 여부 및 이 사건 건축공사의 기성고, 하자 발생 여부 등에 관한 감정이 실시되었다.

자. 피고의 다른 업체와의 새로운 공사도급계약 체결 및 이 사건 건축공사의 완료

1) 피고는 2019. 8.경 E(F)에게 이 사건 건축공사 중 부대토목공사(방수/되메우기)에 관하여 공사금액 2,750만 원, 착공일 2019. 9. 1., 준공예정일 2019. 9. 15.로 정하여 도급하는 내용의 공사계약을 체결하였다.

2) 피고는 2019. 8. 23. 주식회사 G(이하 'G'라 한다)에게 이 사건 건축공사에 관하여 계약금액 33억 원(부가가치세 포함), 착공일 2019. 8. 25., 준공예정일 2020. 5. 31.로 정하여 도급하는 내용의 공사계약(이하 '이 사건 잔여공사계약'이라고 한다)을 체결하였다.

3) G는 이 사건 잔여공사계약에 따라 이 사건 건축공사를 완료하였고, 완성된 건물은 2020. 4. 21. 사용승인 되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 11, 12호증, 을 제1, 8 내지 10, 29, 30, 32, 39, 41호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 이 법원의 감정인 H의 2020. 10. 19.자 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 원고의 본소청구에 관한 판단

가. 다툼 없는 공사대금

원고가 구하는 공사대금 중 건축공사 관련 지내력 테스트비용 209만 원, 피고 감독관의 지시에 따라 원고가 추가 시공한 토목공사 추가성토비용 286만 원의 발생 및 지급의무에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 피고는 원고에게 495만 원(= 지내력 테스트비용 209만 원 + 추가성토비용 286만 원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 미지급 건축공사대금 청구에 관한 판단

1) 관련법리 가) 계약의 합의해제는 당사자가 이미 체결한 계약을 체결하지 않았던 것과 같은 효과를 발생시킬 것을 내용으로 하는 또 다른 계약으로서, 당사자 사이의 합의로 성립한 계약을 합의해제하기 위하여서는 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 기존 계약의 효력을 소멸시키기로 하는 내용의 해제계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 그 요건으로 하는 것이고, 이러한 합의가 성립하기 위하여서는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 서로 객관적으로 일치하여야 하며, 계약의 합의해제는 명시적으로 이루어진 경우뿐만 아니라 묵시적으로 이루어질 수도 있는 것으로 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현의사의 결여 또는 포기로 인하여 쌍방 모두 이행의 제공이나 최고에 이름이 없이 장기간 이를 방치하였다면, 그 계약은 당사자 쌍방이 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치됨으로써 묵시적 합의해제되었다고 해석함이 상당하다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10197, 10203 판결, 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다28836 판결 등 참조).

나) 공사도급계약이 해제된 경우에 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적, 경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에

도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되고, 수급인은 해제한 상태 그대로 공사물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 공사물의 완성도나 기성고 등을 참작하여 이에 상응하는 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립하고, 수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우, 기성 부분과 미시공 부분에 실제로 들어가거나 들어갈 공사비를 기초로 산출한 기성고 비율을 약정 공사비에 적용하여 공사비를 산정하여야 한다(대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결 참조).

다) 수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사대금을 정산하여야 할 경우 도급인이 지급하여야 할 미완성 건물에 대한 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이 되는 것이지, 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다. 이때의 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, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다225561 판결, 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 판결 등 참조).

라) 감정인의 감정 결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 뚜렷한 잘못이 없는 한 존중되어야 한다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2013다21642 판결 등 참조).

2) 이 사건 건축공사계약의 묵시적 합의해지 및 기성고 공사대금 채권의 발생 가) 원고와 피고가 2017. 2. 13. 이 사건 건축공사계약을 체결하면서 계약금액을 34억 3,380만 원으로 하고 공사대금을 기성고율에 따라 월 1회 지급하기로 약정한 사실, 원고는 2017. 12. 12.경 피고에게 이 사건 건축공사계약의 해지를 통보하고, 같은 날 이 사건 건축공사를 중단한 사실, 피고는 2019. 8.경 원고로부터 이 사건 토지의 점유를 이전받고, 2019. 8. 23. G와 이 사건 잔여공사계약을 체결하여 G가 이 사건 건축공사를 완성한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 한편 피고는 자신에게 이 사건 건축공사계약 해지에 관한 책임이 없다고 다투면서도 이 사건 건축공사계약의 종료 사실 자체에 대하여는 특별히 다투지 않고 있고, 원고가 수행한 이 사건 건축공사의 기성고 비율과 미지급 공사대금 액수에 대하여만 다투고 있다.

나) 위와 같은 인정사실을 앞서의 법리에 비추어 보면, 이 사건 건축공사계약은 적어도 피고가 원고로부터 이 사건 토지의 점유를 이전받아 G와 이 사건 잔여공사계약을 체결한 2019. 8. 23. 무렵에는 원, 피고 사이에 이 사건 건축공사계약을 실현하지 아니할 의사가 일치됨으로써 묵시적 합의해지되었다고 볼 것이고, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 건축공사계약에 따른 계약금액 34억 3,380만 원에 기성고 비율을 적용한 기성고 공사대금 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) 기성고 비율 및 기성고 공사대금에 대한 판단 가) 갑 제5호증의 기재, 이 법원의 감정인 H에 대한 2019. 2. 20.자. 2019. 5. 3.자 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 건축공사를 중단한 시점의 이 사건 건축공사 기성고 비율은 46.03% [= 기시공 부분에 들어간 공사비 2,442,325,630원 ÷ (기시공 부분에 들어간 공사비 2,442,325,630원 + 미시공 부분에 들어갈 공사비 2,863,227,845원) × 100%, 소수점 둘째자리 이하 버림]임을 인정할 수 있고, 이를 약정공사비에 적용하면 이 사건 건축공사의 기성고 공사대금은 1,580,694,227원 (= 계약금액 34억 3,380만 원 × 기성고 비율 46.03%)⁴⁾ 이 된다.

나) 피고는 감정인이 기성고 비율을 산정할 때 전제로 삼은 기시공 부분에 관한 물량이나 비용(투입한 철근 물량, 산업안전관리비, 환경보전비 관련 비용 등)이 실제보다 과다하게 반영되었으므로 위 기성고 비율 산정에 오류가 있고, 이 사건 건축공사의 기성고 비율로 41.66%가 적용되어야 한다고 주장한다. 그러나 앞서 관련 법리에서 본 바와 같이 미완성 건물에 대한 보수는 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것이 아니라 약정한 총공사비에 기성고 비율을 적용하여 산출한 금액으로 정하여야 하고, 기성고 비율은 공사대금 지급의무가 발생한 시점을 기준으로 이미 완성된 부분에 관한 공사비와 미완성 부분을 완성하는 데 소요될 공사비를 평가하여 그 전체 공사비 가운데 이미 완성된 부분에 소요된 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하는 것이다. 감정인은 위와 같은 법리에 따라 현장 실측 및 도면 분석을 통해 물량을 산출하였고, 계약내역 단가 및 국토교통부의 건설공사 표준품셈 등을 적용하여 비율을 계산하였으며, 달리 감정인이 택한 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성에 의심을 가질 만한 사정은 인정되지 않는다. 이러한 사정을 종합하여 보면, 을 제6, 22, 24, 46호증의 각 기재, 이 법원의 감정인 H에 대한 2019. 5. 3.자, 2020. 10. 19.자 각 사실조회

결과만으로는 위 기성고 비율에 관한 사실인정을 뒤집기에 부족하고, 달리 반증이 없다. 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 소결 피고는 원고에게 이 사건 건축공사에 관한 기성고 공사대금 1,580,694,227원에서 원고가 변제 받았음을 자인하는 기지급 공사대금 2억 6,560만 원을 공제한 나머지 1,315,094,227원(= 1,580,694,227원 ~ 2억 6,560만 원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 추가물량에 따른 추가 토목공사대금 청구에 관한 판단

1) 당사자들의 주장 가) 원고의 주장 요지

이 사건 토목공사계약에서 공사완료 후 터파기 물량을 정산하기로 특약하였고, 원고는 이 사건 건축공사 설계도면이 나온 후 그에 맞추어 터파기 공사를 추가 수행하였으므로, 피고는 원고에게 추가물량에 따른 추가 토목공사대금으로 102,688,585원을 지급할 의무가 있다.

나) 피고의 주장 요지

이 사건 토목공사계약 특약사항의 '터파기 물량 정산조건'이라는 것은 건축면적의 증가 또는 예측할 수 없었던 과다한 수량의 암(암석)이 발견되는 등 대금의 증액이 불가피한 특별한 사정이 있는 경우에 추가정산을 할 수 있다는 내용을 기재한 것에 불과하다. 그런데 위와 같은 특별한 사정이나 피고가 원고에게 추가공사를 요청한 사실이 없고, 원고가 추가 공사한 물량에 대한 객관적인 자료도 없으므로 원고의 추가 토목공사대금 청구는 받아들일 수 없다.

2) 인정사실 갑 제1, 2, 5, 21호증, 을 제2, 3, 5, 9, 19호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음 각 사실을 인정할 수 있다.

가) 이 사건 토목공사계약의 특기사항에는 '터파기 면적 46.58×63.7×3.5, 공사 완료후 터파기 물량 정산조건'이라고 기재되어 있고, 세부내역서상 터파기 수량은 10,385m²로 기재되어 있다.

나) 원고는 2017. 5. 10. 피고에게 '토공사 물량 정산 요청 건'이라는 제목의 문서로 이 사건 토목공사계약의 견적과 실제 공사 집행결과가 상이하므로 계약금액 변경을 요청하면서, 변경된 터파기 수량은 18,829m², 변경금액은 235,960,149원이라고 기재하였다. 위 문서에는 '현재 터파기로는 암에 대한 정확한 수량이 확정되지 않아 추후 승인 요청한다'는 내용이 기재되어 있다.

다) 피고는 2017. 5. 31. 원고에게 '토공사 물량 정산 검토결과 회신'이라는 제목의 문서로 건축 바닥

면적의 변경이 없으므로 터파기 공사 물량 등의 변경 내용을 인정할 수 없다고 회신하였다.

라) 원고는 2017. 6. 23. 다시 피고에게 '토공물량산출서'를 이메일로 송부하였는데, 위 산출서에는 터파기 수량이 16,891㎡로 기재되어 있다.

마) 이 사건 공사 감리자인 I건축사사무소 대표 J(이하 '이 사건 공사 감리자'라 한다)은 원고에게, 2017. 7. 25. "(이 사건 토목공사 물량 정산과 관련하여) 실제 시공된 내용으로 설계변경을 진행 중이나, 명확한 근거자료 부족으로 건축주와 시공사 간의 의견 차이를 보이고 있으므로, 설계변경 관련 자료 일체(증감내역서, 수량산출서, 산출근거도면)를 건축감리 측으로 제출해 달라"고 요청하고, 2017. 8. 11. 다시 "토공사물량 변경과 관련하여, 관련 검토자료를 요청하였으나, 현재까지 제출되지 않아 재차 요청드립니다(당초 계약내역, 증가부분에 대한 변경내역 및 산출근거 도면)."라는 내용의 문서를 발송하였다.

바) 원고는 2017. 8. 21. 피고에게 토목공사에 대한 기성금액으로 6,250만원(전회기성금액 6,250만 원, 금회기성금액 6,250만 원, 누계기성금액 1억 2,500만 원)을 청구하였다.

사) 원고는 2017. 8. 30. 피고에게 '토공사 설계변경의 건'이라는 제목으로 이 사건 토목공사 물량정산과 관련한 정산내역서를 다시 제출하였는데, 위 정산내역서에는 터파기 수량은 18,830㎡, 토공사에 대한 정산금액은 180,588,750원으로 기재되어 있다.

아) 이 사건 공사 감리자는 2017. 9. 1. 피고에게 "피고사옥 신축공사 토공 정산 검토요청 회신"이라는 제목으로, 시공사와의 원만한 합의/절충안을 위한 참고자료라면서 '터파기 물량 14,675㎡'로 기재된 문서를 발송하였다.

자) 원고는 2017. 9. 12. 피고에게 '토공사 정산관련 및 공사기성금 지급관련 건'이라는 제목으로 '2017. 5. 22. 토공사를 완료하고 실제 터파기한 근거로 산정한 토목공사 정산내역서를 제출하였으나 피고의 공사감독관이 해당 정산 내역이 부당하다고 하면서 정산내역을 다시 제출할 것을 요구하여 재산출 후 정산 요청하였으나 여전히 피고가 설계변경승인을 해주지 않으면서 근거자료 제출을 요구하고 있으므로 감정을 제안하며, 이를 받아들이지 않는다면 공사를 중단하겠다'는 내용의 문서를 발송하였다.

차) 원고는 2017. 11. 9. 피고에게 이 사건 토목공사대금에 대한 2017. 6. 12.자 정산금으로 1억

2,239만 원의 지급을 요청하였다.

카) 피고는 2017. 12. 28. 원고에게 "귀사에서 요청한 토공물량정산과 관련한 검토 결과를 통보하였으나 수용의지가 없는 연유로 그동안 타 토목업체를 물색하여 정식 의뢰 후 토공 물량 산출 결과를 공유하오니 의견을 회신 바랍니다"라는 내용이 기재된 문서를 발송하였다. 이 때 피고는 '토목 물량 정산 비교표'라는 문서를 첨부하였는데, 위 문서에는 원고가 피고에게 터파기 공사 물량에 관하여 정산 요청한 내용, 이에 대한 피고의 검토 내용이 각 기재되어 있고, 이 사건 공사 감리자의 검토 물량으로 14,675m², 타 토목업체 검토 물량으로 13,128m²가 기재되어 있다.

타) 감정인 H는 이 사건 토목공사의 암부분의 물량을 전체 물량 중 5%로 전제한 후 계약물량과 실제 시공된 터파기 공사 전체 물량을 비교하여 추가 시공된 터파기 물량 및 이에 따른 잔토처리 작업의 추가물량에 따른 공사비로 85,438,636원을 산정하였다.

3) 판단 가) 앞서 인정한 사실에 이 법원의 감정인 H에 대한 2020. 10. 19.자 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고와 피고 사이에 이 사건 토목공사계약의 실제 터파기 시공 물량을 정산하여 추가 물량에 따른 공사대금을 지급하기로 하는 합의가 존재하고, 원고가 이 사건 토목공사계약에서 당초 예정된 물량보다 많은 물량의 토목공사를 시공하였다고 봄이 타당하다. 따라서 피고는 원고에게 추가 물량에 따른 추가 토목공사대금으로 85,438,636원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(1) 원고와 피고가 여러 차례에 걸쳐 주고받은 토목공사대금 정산에 관한 서류들의 내용을 살펴보면, 원고가 약정한 토목공사보다 많은 물량의 토목공사를 시공한 것을 전제로 추가 물량과 그에 따른 공사대금을 정산하고자 하는 합의가 있었음을 알 수 있다. 특히 이 사건 공사의 감리자는 원고에게 실제 시공된 공사에 따라 물량을 정산하기 위한 근거자료의 제출을 요청하였고, 피고도 이 사건 공사의 감리자뿐만 아니라 타 토목공사 업체에도 의뢰하여 실제 시공된 터파기 공사 물량을 검토하였다.

(2) 이 사건 토목공사계약서에 첨부된 세부내역서에는 암(암석)은 존재하지 않고 토사만 존재하는 것을 전제로 하여 터파기 수량 및 단가가 산정되어 있는데, 특기사항에는 '공사 완료 후 터파기 물량 정산조건'이라는 내용 뿐만 아니라 '암파쇄는 1.0m² 장비 뿌레카 사용조건'이라고 기재되어 있어

실제 터파기 시공 과정에서 암(암석)이 존재할 수 있음을 전제로 물량 정산을 예정하고 있었다고 보인다.

(3) 감정인 H는 이 사건 터파기 시공 자료에 암(암석) 부분이 확인됨을 근거로 전체물량 중 5%에 해당하는 물량이 암(암석)이었음을 전제로 추가 시공된 터파기 공사 및 잔토처리 물량과 이에 대한 공사비용을 산정하였는데 위와 같은 감정인의 감정방법 등에 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 잘못이 있다고 볼 뚜렷한 근거가 없다.

(4) 피고는 이 사건 토목공사계약서에 명시된 터파기의 깊이가 3.5m임을 주장하면서 원고가 추가 터파기를 하였다고 볼 수 있는 객관적 근거가 없다고 주장하나, 감정인 H는 원고가 한 터파기 공사 중 가장 깊은 구간의 깊이는 8.92m, PIT 공간이 시공되지 않은 구간의 평균 깊이는 4.83m가 될 것으로 판단하고 있으므로, 피고가 주장하는 깊이보다는 더 깊은 구간의 터파기 공사를 시공하였을 것으로 보인다.

라. 기성금에 대한 지연이자 청구에 관한 판단

1) 원고의 주장 피고는 이 사건 토목공사 및 건축공사 기성금을 지급함에 있어 아래와 같이 대금지급기한을 경과하였으므로 각 지연일수에 따라 연 12%의 비율로 계산한 지연이자를 원고에게 지급할 의무가 있다.5) ① 토목공사비에 대한 지연이자 1,479,452원(= 62,500,000원 × 12% × 72/365일)6) ② 추가 토목공사대금에 대한 지연이자 4,353,859원 (= 85,438,636원 × 12% × 155/365일)7) ③ 건축공사 2차 기성청구금에 대한 지연이자 14,445,156원(= 516,910,000원 × 12% × 85/365일)8) ④ 건축공사 3차 기성청구금에 대한 지연이자 1,298,021원(= 789,630,000원 × 12% × 5/365일)9) 2) 관련법리 가) 채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고 과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이나, 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47615 판결 참조)

나) 도급계약에 있어서 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구하거나 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이다(민법 제667조, 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결, 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다7250, 7267 판결, 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001다21632, 21649 판결 등 참조).

다) 기성고에 따라 공사대금을 분할하여 지급하기로 약정한 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 이와 달리 본다면 도급인이 하자발생사실을 모른 채 하자가 발생한 부분에 해당하는 기성공사의 대금을 지급하고 난 후 뒤늦게 하자를 발견한 경우에는 동시이행의 항변권을 행사하지 못하게 되어 공평에 반하기 때문이다(대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결 참조).

3) 판단 가) 토목공사비에 대한 지연이자(①부분) 청구에 관한 판단

원고가 이 사건 토목공사를 2017. 5. 22.경 완료하고 2017. 6. 13. 피고에게 위 토목공사 잔금 6,250만 원의 지급을 청구한 사실, 피고가 2017. 9. 22. 원고에게 위 청구에 따라 6,250만 원을 지급한 사실, 이 사건 토목공사계약이 대가지급에 대한 지연이자율을 연 12%로 정하고 있는 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 그러나 을 제9호증, 앞서 든 증거 및 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 피고가 위 토목공사잔금의 지급을 지체한 것에 책임이 있다고 보기 어렵고, 달리 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

(1) 원고가 2017. 5. 10. 피고에게 토목공사비의 증액을 최초로 요청한 이후 2017. 9. 12.경까지 수차례에 걸쳐 원고와 피고 사이에 추가 토목공사대금 정산에 관한 논의가 이루어졌다.

(2) 위 논의 과정에서 이 사건 공사의 감리자는 원고가 신청한 기성금 청구의 내용 및 기성공사 완료 여부가 다소 불명확하므로 이미 진행된 공사 부분에 대한 대금을 우선 수령하고 나머지는 추가 정산하는 내용의 조정을 원고에게 권고하기도 하였다.

(3) 원고는 위 조정권고안을 수용하지 않고, 피고와 이 사건 공사의 감리자가 물량 정산을 위해 근거자료를 요청하는 회신 등이 부당하다고 주장하면서 토목공사 물량 감정 의뢰를 하자고 피고에게 제안하고, 피고가 이를 받아들이지 않을 경우에는 공사를 중단하겠다는 의사를 밝히는 등으로 추가 토목공사 물량에 대한 분쟁이 계속되었다.

(4) 피고는 원고에게 토목공사대금을 수령하고 세금계산서를 발행할 것을 요청하였으나 원고가 이를 거절하자 2017. 9. 22. 기준에 알고 있던 원고의 계좌로 이 사건 토목공사대금 잔금 6,250만 원을 지급하였다.

나) 추가 토목공사대금 및 건축공사 기성금에 대한 지연이자(②, ③, ④부분) 청구에 관한 판단
을 제9, 12, 16 내지 18, 21, 22, 28, 34 내지 38, 52, 53호증의 각 기재 및 앞서 든 증거에 앞서 인정한 사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정에 비추어 보면, 원고의 이 부분 추가 토목공사대금 및 건축공사 기성금 청구는 유효한 채무 이행 최고라고 볼 수 없고, 설령 유효한 채무 이행 최고라고 하더라도 원고의 미지급공사대금 채권과 뒤에서 볼 피고의 하자보수에 갈음한 손해배상채권은 동시이행관계에 있으므로 피고는 그 지급의무의 이행지체에 빠지지 않는다고 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 청구 역시 이유 없다.

(1) 이 사건 토목공사의 추가 공사대금에 관하여 원고와 피고 사이에 다툼이 있었고, 원고의 정산 물량과 그에 따른 청구금액이 수차례 변경되었다. 특히, 원고는 피고에게 추가 토목공사대금으로 2017. 8. 30. 1억 8,058만 원 상당을, 2017. 11. 9. 1억 2,239만 원을 구하는 등 이 법원의 감정을 통해 실제로 인정된 8,543만 원 상당의 추가 토목공사대금보다 다액의 공사대금을 청구하면서 피고가 요청한 공사대금의 수령 및 세금계산서의 발행 요청을 거절하기도 하였다.

(2) 원고는 피고에게 추가 토목공사대금 및 건축공사 기성금을 청구하면서 이 사건 공사 감리자로부터 기성부분에 관한 검사나 승인을 받지 않았다. 이에 피고는 원고에게 이 사건 공사 감리자의 확인을 거쳐 기성금을 청구할 것을 요청하였으나 원고는 계속하여 감리자의 확인 없이 피고에게 누계기성금액을 추가하여 청구하였고, 피고는 감리자의 조정 권고에 따른 일부 토목공사대금과 건축공사 기성금을 원고에게 지급하였다.

(3) 이 사건 공사의 감리자는 2017. 9.경 현장 점검 과정에서 1층 기둥 철근의 부적절한 배근 및 불량

시공 등으로 인한 하자를 발견하여 원고에게 재시공을 통한 보수를 지시하였다. 이에 원고는 감리자가 제시한 재시공 방법이 아닌 보완시공 방법을 주장하다가 결국 2017. 11.경 재시공을 하였는데, 원고가 재시공한 부분에도 추가적인 보완이 필요하였고, 원고가 공사를 중단한 이후에도 원고가 시공한 부분에 하자로 인한 보수가 필요한 부분들이 존재하였다.

(4) 원고는 피고에게 이 사건 토목공사계약 제31조에서 정한 하자보수보증금 또는 하자보수보증서를 제공하지도 않았다.

마. 원고의 나머지 청구 부분에 대한 판단

원고는, 피고에게 책임 있는 사유로 이 사건 건축공사 착공이 지연됨으로 인한 손해 등 아래 표 '원고 주장 손해'란 기재와 같은 손해가 발생하였음을 전제로, 피고는 원고에게 아래 표 '원고 주장 손해액'란 금액 합계 252,275,109원을 손해배상금으로 지급할 의무가 있다고 주장하나, 아래 표 '판단이유'란 기재와 같은 사유로 원고가 제출한 증거 및 주장하는 사유만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족하므로, 원고의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

1	착공지연 기간 동안의 관리비 등 손실금	83,869,986원	피고의 귀책사유로 이 사건 건축공사 착공이 지연되었다는 점에 대해 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 갑 제12호증의 기재, 감정인 H의 2019. 5. 3.자, 2020. 10. 19.자 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 원고의 오시공으로 인한 이음철근 등 재시공 사유가 발생하여 이 사건 건축공사의 지연이 발생하였던 것으로 보일 뿐이다.
2	가설울타리 재설치 및 유지비용	11,442,355원	원고는 토목공사 터파기 물량증가로 인해 가설울타리 규모를 늘려 재설치하였고, 재설치한 가설울타리를 건축공사 진행 중에도 계속 사용하여 유지비용을 원고가 부담하였다면서 이를 피고에게 청구하고 있으나, 갑 제5호증의 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 인정할 증거가 없다.
2	폐기물처리비	1,521,000원	원고의 주장이 불분명하나 이 사건 건축공사 과정에서 발생한 폐기물 처리 비용을 청구하는 것으로 선행하여 보더라도, 갑 제5호증의 기재에 의하면 현장 자재 정리 및 폐기물의 청소 등 비용은 기성고 공사대금 산정에 이미 포함되어 있는 비용인 사실이 인정되므로, 중복 청구에 해당한다.
3	미기성 부분에 대한 일일이익금(5%)	94,633,124원	이 사건 건축공사계약은 원고와 피고 사이의 묵시적 합의에 의해 해지된 사실, 이 사건 건축공사 중단 당시 피고는 원고가 시공한 부분에 하자가 있다는 이유로 하자 보수를 요구하며 기성고 공사대금의 지급을 거절한 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로 피고의 귀책사유로 인해 이 사건 공사계약이 해지되었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.
4	2018. 1.부터 같은 해 9.까지 이 사건 공사현장의 관리인 인건비	35,571,000원	원고는 피고의 요청으로 공사현장의 안전관리비를 지출하였으므로 피고가 원고에게 이를 지급해야한다고 주장하나 갑 제15, 16호증의 기재만으로는 위 주장사실을 인정하기 부족하고 달리 인정할 만한 증거가 없다.
5	레미콘 영업손실금	24,458,999원	원고가 제출한 증거만으로는 이 부분 손해 발생 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 인정할 증거가 없다.
6	펌프카 영업손실금	6,655,000원	

1	착공지연 기간 동안의 관리비 등 손실금	83,869,986원	피고의 귀책사유로 이 사건 건축공사 착공이 지연되었다는 점에 대해 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 갑 제12호증의 기재, 감정인 H의 2019. 5. 3.자, 2020. 10. 19.자 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 원고의 오시공으로 인한 이음철근 등 재시공 사유가 발생하여 이 사건 건축공사의 지연이 발생하였던 것으로 보일 뿐이다.
7	형틀공, 콘크리트공 노임 손실금	5,566,000원	
합계	252,275,109원		

바. 피고의 상계 항변에 대한 판단

1) 피고의 주장 요지10)이 사건 건축공사계약은 원고에게 책임 있는 사유로 해지되었고 원고가 일방적으로 공사를 중단하여 건축공사대금이 1,262,181,931원(= E이 시공한 되메우기 공사 부분 대금 2,750만 원 + G가 시공한 이 사건 잔여공사대금 32억 5,810만 원 + 피고가 인정하는 기성고율에 따른 원고의 기성고 공사대금 1,430,381,931원 - 이 사건 건축공사계약금액 34억 3,380만 원) 증가하였다. 결국 원고의 부당한 이행거절로 인해 피고는 위 증가된 공사대금 상당액의 손해를 입었으므로, 원고는 피고에게 위 1,262,181,931원을 손해배상금으로 지급할 의무가 있는바, 피고는 원고에 대한 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고의 본소청구채권과 대등액에서 상계한다.

2) 판단 원고와 피고가 2017. 2. 13. 이 사건 건축공사계약을 체결하면서 계약금액을 34억 3,380만 원으로 하고 공사대금을 기성고율에 따라 월 1회 지급하기로 약정한 사실, 원고는 피고의 기성금 미지급을 이유로 2017. 12. 12.경 이 사건 건축공사계약의 해지를 통보하고, 그 무렵 이 사건 건축공사를 중단한 사실, 원고가 이 사건 건축공사를 중단한 시점의 이 사건 건축공사 기성고 비율은 46.03%인 사실, 원고가 이 사건 건축공사를 중단할 때까지 피고는 원고에게 1회 2억 6,560만 원의 기성금만을 지급하였고, 기성고 건축공사대금 중 1,315,094,227원을 미지급한 사실, 이 사건 건축공사계약은 원고와 피고의 묵시적 합의에 의해 해지된 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 달리 이 사건 건축공사계약이 원고에게 책임 있는 사유로 인하여 해지되었다거나 중단되었다고 볼 증거가 없다. 따라서 원고가 피고에 대하여 위 증가된 공사대금 상당의 손해배상채무를 부담한다고 볼 수

없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 상계항변은 이유 없다.

사. 소결론

피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 1,405,482,863원(= 다툼 없는 공사대금 495만 원 + 미지급 기성고 공사대금 1,315,094,227원 + 추가 토목공사대금 85,438,636원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 하자보수에 갈음하는 손해배상 청구에 관한 판단

- 1) 피고의 주장 요지 원고가 수행한 이 사건 건축 공사부분 하자 보수에 소요되는 비용은 154,395,192원이므로 원고는 피고에게 하자보수에 갈음한 손해배상으로 위 154,395,192원을 지급할 의무가 있다.
- 2) 관련법리 가) 도급계약에 따른 수급인의 하자보수책임은 완성 전의 성취된 부분에 관하여도 성립되는바, 완성 전의 성취된 부분이라 함은 도급계약에 따른 일이 전부 완성되지는 않았지만 하자가 발생한 부분의 작업이 완료된 상태를 말하는 것이고, 도급인이 하자보수를 주장하는 경우 법원은 보수하여야 할 하자의 종류와 정도를 특정함과 아울러 그 하자를 보수하는 적당한 방법과 그 보수에 요할 비용 등에 관하여 심리하여 봄으로써, 그 하자가 중요한 것인지 또는 그 하자가 중요한 것은 아니더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 않는 것인지를 가려보아 수급인의 하자보수책임을 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결 참조).
- 3) 판단 가) 갑 제11호증의 기재 및 이 법원의 감정인 H의 2019. 2. 20.자, 2019. 5. 3.자 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 수행한 이 사건 건축공사 부분에 아래 표 '구분항목'란 기재 각 하자가 존재하고, 위 하자를 보수하기 위하여 소요되는 비용은 아래 표 '인용금액'란 기재와 같이 합계 115,595,918원인 사실을 인정할 수 있다.

1	1층 기둥 및 벽체 등에 발생한 철근 및 피복두께 하자	78,134,757	78,134,757	갑 제11호증(원고는 이 부분 하자 보수 비용과 관련하여, 피고가 실제로 하자 보수를 함에 있어 감정인이 비용 산정시 전제한 보수 방법인 케미칼양카공법이 아닌 밴딩 공법으로 보수하였으므로 하자보수비가 과다 산정된 것이어서 위 금액을 인정할 수 없다고 주장하나, 감정인은 골조공사의 철근배근에 관한 사항은 구조적 안정성과 직접적인 관련이 있고, 보다 구조적으로 안전한 케미칼양카공법을 적용하여 보수비를 산정한 것이라고 하며, 피고가 밴딩공법으로 위 하자에 대한 보수를 하였음을 인정할 근거도 없으므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.)
---	--------------------------------	------------	------------	---

1	1층 기둥 및 벽체 등에 발생한 철근 및 피복두께 하자	78,134,757	78,134,757	갑 제11호증(원고는 이 부분 하자 보수 비용과 관련하여, 피고가 실제로 하자 보수를 함에 있어 감정인이 비용 산정시 전제한 보수 방법인 케미칼양카공법이 아닌 밴딩 공법으로 보수하였으므로 하자보수비가 과다 산정된 것이어서 위 금액을 인정할 수 없다고 주장하나, 감정인은 골조공사의 철근배근에 관한 사항은 구조적 안정성과 직접적인 관련이 있고, 보다 구조적으로 안전한 케미칼양카공법을 적용하여 보수비를 산정한 것이라고 하며, 피고가 밴딩공법으로 위 하자에 대한 보수를 하였음을 인정할 근거도 없으므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.)
2	위 1번 철근의 하자로 인한 재시공이 불가피한 전기, 통신, 소방공사 부분 하자	3,259,862	3,259,862	이 법원의 감정인 H의 2019. 5. 3.자 사실조회 결과
3	위 1번 철근 하자 보수 기간 동안 발생하는 H-beam 추가임대료	40,700,000	1,900,726	갑 제11호증, 이 법원의 감정인 H의 2019. 5. 3.자 사실조회 결과(피고는 흠막이공사를 위해 H-beam을 설치하였는데 원고의 공사 중단으로 위 H-beam을 유지하는 기간 동안에 총 40,700,000원이 소요되었으므로 철근하자보수기간 뿐만 아니라 원고의 공사 중단으로 인해 발생한 H-beam추가 임대료까지 원고가 부담해야 한다고 주장하면서 위 추가임대료 40,700,000원의 지급을 구하나, 감정인이 인정한 하자보수기간을 초과하는 기간에 대한 임대료 청구는 받아들이지 아니한다.)
4	인근 토지 적재 건축 폐기물 처리 비용 및 잔디, 조경수, 가로등 훼손 등으로 인해 원상복구가 필요한 부분 하자	30,697,845	30,697,845	갑 제11호증(원고는 이 사건 건축공사와 관련된 민원을 건축주가 모두 해결하기로 특약하였는데 건축주가 해결하기로 한 민원에는 인접 부지 소유자의 원상복구에 관한 내용도 포함되는 것이며, 인접부지 복구비용을 피고가 부담하기로 이미 합의하였을 뿐만 아니라 인접 부지의 훼손은 이 사건 건축공사 하자에 해당하지 않으며, 훼손된 인접부지 면적은 인접부지의 전체가 아니라 그 중 15% 정도에 불과하다고 주장하나, 원고의 주장을 인정할만한 증거가 없으므로 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.)
5	거푸집 붕괴로 인한 하자	1,602,728	1,602,728	갑 제11호증(원고는 거푸집 일부가 이 사건 건축공사계약 해지 이후 강풍에 의해 60도 정도 기울어졌을 뿐이며, 이는 거푸집 설치 형틀공들이 거푸집을 설치하는 도중에 피고가 철근 오시공 하자를 이유로 일방적으로 공사중지를 지시하여 발생한 하자이므로 이 부분 하자보수 비용은 인정할 수 없다고 주장하나, 원고의 주장을 인정할 만한 증거가 없으므로 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.)
합계	154,395,192	115,595,918		

나) 따라서 원고는 피고에게 이 사건 건축공사의 하자보수에 갈음한 손해배상으로 위 115,595,918원을 지급할 의무가 있다.

나. 지체상금 청구에 관한 판단

1) 당사자들의 주장 가) 피고의 주장 요지

원고는 피고에게 이 사건 건축공사를 준공예정일인 2017. 12. 20.까지 완료하여야 함에도 공사기한 내에 마무리하지 못하고 준공예정일보다 8일 전인 2017. 12. 12. 공사를 중단해 버렸고, 그리하여 피고는 원고가 공사를 중단한 후 2019. 8. 23. G와 이 사건 잔여공사계약을 체결하여 약 8개월 후인 2020. 4. 21.경 공사를 완성하였으므로, 원고는 피고에게 공사지연으로 인한 지체상금으로 412,056,000원(=계약금액 34억 3,380만 원×지체상금률 0.5/1,000×지체일수 240일)을 지급할 의무가 있다.

나) 원고의 주장 요지

건축공사가 지연된 것은 피고가 원고에게 지급하여야 할 기성금을 전혀 지급하지 않았기 때문이다. 피고가 먼저 계약을 위반하여 원고가 공사를 중단한 것이므로 피고는 공사 지연을 이유로 지체상금을 청구할 수 없다. 특히 원고는 피고의 기성금 미지급으로 인해 현저한 불안을 느끼는 상황이었으므로 민법 제536조 제2항에 따라 피고로부터 이행기가 지난 기성공사대금을 지급받을 때까지 잔여공사의 이행을 거절할 수 있었으므로 지체상금은 발생하지 않았다.

2) 판단 가) 공사도급계약에서 수급인의 목적물 인도 의무와 도급인의 공사대금 지급 의무는 특별한 사정이 없는 이상 동시이행의 관계에 있으므로(민법 제665조 제1항) 수급인이 목적물의 인도를 지연하였다 하여도 도급인이 공사대금 지급 의무를 이행하지 아니하였다면 수급인의 지체 책임은 발생하지 않는다.

나) 갑 제1, 5호증의 각 기재 및 이 법원의 감정인 H에 대한 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 건축공사의 준공예정기일은 2017. 12. 20.이었는데, 원고는 이 사건 건축공사의 지하 1층 골조공사까지만 시공을 하고 2017. 12. 12.경 공사를 중단한 사실, 공사 중단 시점의 이 사건 건축공사의 기성고 비율은 46.03%이고, 이 사건 공사계약에서 약정한 지체상금률은 0.5/1,000인 사실은 인정된다.

다) 그러나 한편으로 앞서 든 각 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 건축공사계약에서 피고는 원고에게 월 1회 기성률에 따른 기성고 공사대금을 지급하기로 약정한 사실, 원고는 2017. 6. 13.부터 2017. 12. 20.까지 사이에 4회에 걸쳐 누계기성금으로 총 16억 257만 원을 청구하였으나

피고는 2017. 9. 22. 1차례 기성금으로 2억 6,560만 원을 지급하였을 뿐 현재까지 나머지 기성금을 전혀 지급하지 않은 사실, 원고는 피고의 기성금 미지급을 이유로 공사를 중단하였고, 공사 중단 시점을 기준으로 원고는 피고에 대하여 1,315,094,227원의 기성고 공사대금을 가지고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 결국 원고가 피고에 대하여 위와 같이 기성고 공사대금채권을 가지고 있었던 이상 피고는 이 사건 공사의 완공이 지연되었다는 사정만으로 원고에게 지체책임을 물을 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 원고의 상계 항변에 관한 판단

1) 원고는 2020. 6. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여 피고의 반소청구채권이 인정될 경우 원고의 본소청구채권과 피고의 반소청구채권을 같은 금액에서 상계하겠다는 취지로 항변하였으므로 이에 관하여 본다.

2) 상계의 의사표시가 있는 경우, 채무는 상계적상 시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계충당은 상계적상의 시점을 기준으로 하게 된다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결 등 참조). 민법 제492조 제1항에서 채무의 이행기가 도래한 때라 함은 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하는 것이고, 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것은 아니므로 기한의 정함이 없는 채무는 성립과 동시에 변제기에 있으므로 그 채권자는 언제든지 이를 가지고 상계할 수 있으며, 상계요건으로서 청구에 의하여 상대방을 지체에 빠뜨릴 필요는 없다(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카10 판결 등 참조).

3) 앞서 본 바와 같이 자동채권인 원고의 피고에 대한 미지급 공사대금채권은 늦어도 원고가 기성금 청구를 하면서 계약해제를 통보하고 공사를 중단한 2017. 12. 12. 변제기에 도달하고, 수동채권인 피고의 하자보수 비용 상당의 손해배상 채권은 기한의 정함이 없는 채권으로서 원고가 이 사건 공사를 중단할 무렵 성립과 동시에 변제기에 도달하였으므로 2017. 12. 12.을 상계적상일로 본다. 한편 위 상계의 의사표시가 기재된 원고의 2020. 6. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 2020. 6. 4. 피고에게 도달한 사실은 기록상 분명하다.

4) 따라서 원고의 상계항변은 이유 있고, 피고의 원고에 대한 115,595,918원의 채권은

상계적상일인 2017. 12. 12.에 소급하여 원고의 미지급 공사대금 중 대등액 115,595,918원의 범위에서 상계되어 소멸하고, 원고의 이 사건 본소 청구 중 인용금액은 1,289,886,945원(= 다툼 없는 공사대금 495만 원 + 미지급 기성고 공사대금 1,315,094,227원 + 추가 토목공사대금 85,438,636원 - 상계된 금액 115,595,918원)이 남는다.

3. 결론

그렇다면 피고는 원고에게 1,289,886,945원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 다음 날인 2018. 2. 10.부터 피고가 그 이행의무의 존재여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 7. 15.까지는 상법에서 정한 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 원고의 본소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 본소 청구 및 피고의 반소 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사류호중

판사강동훈

판사민양이

- 1) 이 사건 건축공사 계약서에 계약금액은 57억 1,977만 원으로 기재되어 있으나, 이는 원고가 피고로부터 도급받지 않은 전기설비, 통신설비, 소방설비, 기계설비, 냉난방설비, 엘리베이터 공사와 이 사건 토목공사 비용을 합한 총 공사금액이다.
- 2) 2017. 6. 13. 제출한 제2회 기성검사와 다른 내용의 문서이다.
- 3) 갑 제2호증의 2에는 2017. 11. 9. 3차(금회) 기성청구금금액이 7억 8,903만 원으로 되어 있으나, 동시에 기재되어 있는 전회기성청구금액 및 누계기성청구금액을 고려할 때 이는 7억 8,963만 원의 오기인 것으로 보인다.
- 4) $(3,433,800,000\text{원} \times 46.03\%)$ 를 계산하면 1,580,578,140원이 된다. 그러나 위 기성고 비율 46.03%는 기성고 비율 계산식인 $\{2,442,325,630\text{원} \div (2,442,325,630\text{원} +$

2,863,227,845원))를 소수점 둘째자리까지 백분율로 표시한 값일 뿐이고, 3,433,800,000원 × {2,442,325,630원 ÷ (2,442,325,630원 + 2,863,227,845원))로 계산하면 1,580,694,227원(원 미만 올림)이 되므로 이하에서는 그 차이를 무시하고 원고의 청구에 따른다.

5) 원고는 실제 지연일수에서 이 사건 토목공사 및 건축공사계약의 표준도급계약 일반조건 제24조 제1항에서 정한 28일을 공제한 일수를 기준으로 지연이자를 산정했다고 주장한다.

6) 청구일 2017. 6. 13., 지급일 2017. 9. 22., 지연일수 72일

7) 원고는, 청구일 2017. 6. 12., 지연일수 만료일 2017. 12. 12.로 계산한 지연일수에서 28일을 제외한 지연일수가 163일이라고 주장하면서도 실제 계산에서는 155일을 기준으로 지연이자를 계산하고 있다.

8) 원고는, 청구일 2017. 8. 21., 지연일수 만료일 2017. 12. 12.로 계산한 지연일수에서 28일을 제외한 지연일수가 93일이라고 주장하면서도 실제 계산에서는 85일을 기준으로 지연이자를 계산하고 있다.

9) 원고는, 청구일 2017. 11. 9., 지연일수 만료일 2017. 12. 12.로 계산한 지연일수에서 28일을 제외한 지연일수가 13일이라고 주장하면서도 실제 계산에서는 5일을 기준으로 지연이자를 계산하고 있다.

10) 피고는 원고의 본소청구채권과 상계할 자동채권으로 주위적으로는 증가된 공사대금 상당의 손해배상채권, 철근 하자 보수 지연으로 인한 H-beam 임대료채권, 지체상금채권을 주장하고, 예비적으로는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권(철근 하자 보수 지연으로 인한 H-beam 임대료채권 포함)과 지체상금채권 주장하였으나 피고의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 및 지체상금채권에 관하여는 반소청구에 관한 판단에서 판단하므로 여기서는 판단하지 아니한다.