

서울고등법원 2018. 6. 15 선고 2017나2071940 판결 [구상금 반환 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2018. 6. 15 선고 2017나2071940 판결

서울동부지방법원 2017. 11. 8 선고 2015가합106699 판결

전문

원고, 항소인 겸 피항소인 에스케이임업 주식회사

피고, 피항소인 겸 항소인 주식회사 전원엔지니어링

변론 종결 2018. 5. 4.

판결 선고 2018. 6. 15.

제1심판결 서울동부지방법원 2017. 11. 8. 선고 2015가합106699 판결

주문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고에게 570,441,639원 및 그 중 550,408,689원에 대하여는 2017. 5. 31.부터 2017. 11. 8.까지, 나머지 20,032,950원에 대하여는 2017. 5. 31.부터 2018. 6. 15.까지 각 연 6%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용의 40%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

3. 제1항 중 금전 지급을 명한 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 941,353,700원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 셈한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고 : 제1심 판결의 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 390,945,011원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 셈한 돈을 지급하라.

나. 피고 : 제1심 판결의 피고 패소 부분을 취소하고, 취소 부분에 해당하는 원고 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실 및 당사자의 주장

우리 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제2면 제11행의 "15호증" 다음에 "(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)"를 추가하고, 제11, 12행의 "감정 결과"를 "제1심 감정인 A(이하 '감정인'이라 한다)의 감정결과(이하 '제1심 감정결과'라 한다)"로, 제5면 제7행과 제6면 제4행의 "70,455,100원"을 "70,445,100원"으로, 제6면 제3행의 "268,919,300원"을 "268,909,300원"으로, 제5행의 "26,064,000원"을 "26,064,200원"으로 각 고치는 것을 빼면 제1심 판결의 해당 부분 이유 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

2. 원고의 주장에 관한 판단

가. 구상금 청구에 대한 판단

1) 피고 대신 재하수급인들에게 지급한 노무비 등 가) 이 사건 합의 전 재하수급인들에게 지급한 193,377,627원

원고가 피고를 대신하여 피고의 재하수급인들에게 자재비 등 명목으로 합계

193,377,627원(=188,125,737원 + 1,179,730원 +4,072,160원)을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 대위변제금 193,377,627원을 지급할 의무가 있다.

이에 대하여 피고는, 원고가 피고에게 2014. 9.경 이후부터 이 사건 하도급공사와 관련하여 발생하는 공사비를 모두 책임지겠다고 약속하였고, 가사 그렇지 않더라도, 원고가 피고에게 지급하여야 할 잔여 공사대금의 범위에서 재하수급인들에게 직불 처리한 것이므로, 그에 관하여 피고에게 구상권을 행사할 수는 없다고 주장한다.

그러나 원고가 피고에게 위와 같은 약속을 하였다고 볼 증거가 전혀 없고, 갑 제8호증의 기재만으로는 원고가 피고에게 지급할 잔여 공사대금 중에서 피고의 재하수급인들에게 자재, 장비대금 등을 직접 지급하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 갑 제11호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 피고에게 설계 변경에 따른 잔여 공사분을 빼고는 기성금을 모두 지급한 사실을 알 수 있으며, 원고가 미지급 기성금 70,445,100원을 공제하여 피고를 상대로 이 사건 청구를 하고 있고, 피고 또한 원고에 대한 미지급 기성금 70,445,100원이 남아 있음을 전제로, 이를 자동채권으로 한 상계 항변을 하고 있는 사실은 기록상 명백하므로, 피고의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

나) 이 사건 합의에 따라 재하수급인들에게 지급한 229,322,840원

원고가 이 사건 합의를 한 다음 2015. 5. 11.과 5. 12. 이틀에 걸쳐 피고의 재하수급인들에게 합계 229,322,840원을 지급한 사실은 앞서 본 것과 같으므로, 피고는 원고에게 대위변제금 229,322,840원을 지급할 의무가 있다.

이에 대하여 피고는, 원고가 원·피고 내부관계에서도 원고가 피고의 재하수급들에 대하여 공사비를 부담하고 피고의 구상책임을 면제하는 취지의 이 사건 합의를 하였으므로, 피고에 대하여 어떠한 구상권도 행사할 수 없다고 주장한다.

살피건대, 갑 제10호증, 을 제2호증의 각 기재와 당심 증인 B의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 그의 재하수급인들에게 장비, 자재대금 등을 계속 체불하자, 피고의

재하수급인들이 원고와 서울시에 지속적으로 민원을 제기한 사실, 원·피고는 2015. 3. 23. 전국

건설기계 서울 자주식 굴삭기 협회 대표, 책임감리원, 서울시 공무원들이 입회한 가운데 체불금 329,398,652원(부가가치세 제외)의 70%를 원고가, 20%를 피고가 지급하기로 합의하였고, 최종적으로 2015. 4. 30. 서울시 공무원들이 입회한 가운데 합계 291,325,420원의 체불금 중 원고가 229,322,840원, 피고가 62,002,580원을 지급하되, 원고는 2015. 5. 8.까지, 피고는 2015. 5. 15.까지 지급을 완료하고, 지급 지연으로 인하여 발생하는 모든 문제는 각자 책임지기로 합의한 사실, 한편 이 사건 합의 당시 전국 건설기계 서울 자주식 굴삭기 협회의 대표들이 10%를 양보하여 위와 같이 원·피고가 각 70%, 20% 상당의 체불금을 지급하는 것으로 합의에 이르게 된 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사실들에 드러난 다음의 여러 사정, 즉, ① 원고는 피고의 재하수급인들에 대한 공사대금 체불 및 그에 따르는 재하수급인들의 온갖 민원 제기로 공사 진행에 차질이 빚어지자, 일단 이러한 상태를 해소하여 공사 진행을 정상화하는 것이 급선무라 생각하여 피고와 이 사건 합의를 진행한 것이지, 피고가 재하수급인들에게 부담하는 그의 고유한 채무 자체를 면책적으로 일부 인수하겠다는 취지에서 이 사건 합의를 한 것으로는 볼 수 없는 점(원고가 이 사건 하도급계약에서 정한 공사대금을 초과한 부분에 대해서까지 피고의 재하도급대금을 부담할 만한 특별한 사정은 엿볼 수 없다), ② 원·피고는 이 사건 합의에서 그들 각자의 대외적인 책임비율을 정한 위 2015. 3. 23.자 합의에 따라 그들의 재하수급인들에 대한 지급금액을 정하였던 점, ③ 이 사건 합의서의 '지급 지연으로 인하여 발생하는 모든 문제는 원·피고가 각 책임진다'는 문구는 피고가 체불한 공사대금을 재하수급인들에게 책임지고 지급할 것을 원·피고가 확약한다는 취지에서 부기한 것일 뿐, 그 밖에 이 사건 합의가 원·피고 간의 내부적 책임비율을 정하였다고 볼 만한 근거가 없는 점 등을 참작할 때, 이 사건 합의가 원·피고의 내부관계에서도 원고가 재하수급인들에 대하여 공사비를 부담하고 피고의 구상책임을 면제하는 취지라고 보기 어렵다.

따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 관부속 자재비 및 레미콘 초과사용비 갑 제16, 17호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 2015. 1. 26. 피고에게 이 사건 하도급공사와 관련하여 피고 대신 납부한 관부속 자재비, 레미콘 초과사용비 등의 지급을 요청하는 내용의 공문을 보낸 사실, 원고가 피고에게

분기구(300mm, 150mm) 등 관부속 자재를 공급한 주식회사 평화파이프상사 발행의 2014. 12. 9.자 세금계산서(공급가액 1,056,000원, 부가가치세 포함), 레미콘 초과사용 물량 및 금액과 원고 명의의 하나은행 통장 사본 등을 위 공문에 첨부하여 보낸 사실, 한편 이 사건 하도급공사에 레미콘을 공급한 업체인 건설기업 주식회사가 2015. 6. 9. 원고에게 레미콘 공급대금 합계가 4,984,200원(부가가치세 별도)이라는 내용의 견적서를 작성하여 준 사실을 인정할 수 있고, 그에 따르면, 원고가 피고를 대신하여 관부속 자재 구매대금으로 1,056,000원, 레미콘 사용대금으로 5,482,620원($=4,984,200\text{원} \times 1.1$)을 지급한 사실을 넉넉히 인정할 수 있으며, 갑 제17호증(견적서)의 작성일자가 '2015. 6. 9.'로 되어 있다는 점만으로 그와 달리 볼 것은 아니므로, 피고는 원고가 피고 대신 변제한 관부속 자재비 및 레미콘 초과사용비 합계 6,538,620원($=1,056,000\text{원} + 5,482,620\text{원}$)을 지급할 의무가 있다.

3) 소결 결국, 피고는 그를 대위하여 원고가 이 사건 하도급공사에 관하여 변제한 합계 429,239,087원($=193,377,627\text{원} + 229,322,840\text{원} + 6,538,620\text{원}$)을 원고에게 구상금으로 지급할 의무가 있다.

나. 지체상금 청구에 대한 판단

1) 지체상금의 발생 가) 피고가 준공기한까지 공사를 완성하지 못하였을 때에는 지체일수마다 0.3%의 지체상금률을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 원고에게 지급하기로 약정한 사실, 그런데 피고가 준공기한인 2014. 11. 30.까지 이 사건 하도급공사를 완성하지 못하고 2014. 12. 30.경 공사를 중단하였고, 원고가 피고에게 이 사건 하도급계약의 해지를 통지한 후 잔여 공사를 직접 진행한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고에게 공사지체로 인한 지체상금을 지급할 의무가 있다.

나) 피고는 원도급계약 변경에 따른 설계 변경의 지연과 원고의 정산 약속 불이행 등 원고의 귀책사유로 이 사건 하도급공사를 중단하거나 지연한 것이므로, 원고의 지체상금 청구는 부당하다고 주장한다. 그러나 위에서 인정한 사실들 및 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음의 사실들까지 종합하여 보면, 이 사건 하도급공사의 중단 및 지연과 그에 따른 하도급계약의 해지는 모두 피고의 귀책사유에 기인한 것이라고 보아야 하므로, 피고의 위 주장은

받아들이지 아니한다.

(1) 피고는 전에도 재하수급인들에 대한 체불 문제로 2014. 8. 14.경부터 1주일 넘게 이 사건 하도급공사를 중단한 바 있다. 이에 원고와 피고는 2014. 9. 4. 원고가 일부 공사를 직영으로 전환하고 피고에게 선급금을 지급하되, 피고는 8월분 투입비를 지급하기로 합의하였음에도, 피고는 위 합의 사항마저 준수하지 못하였다.

(2) 원고와 피고는 2014. 9. 27. 이 사건 하도급계약의 2차 변경계약을 체결하여 이 사건 하도급공사 중 포장, 철거공사를 제외한 나머지 공사의 준공기한을 2015. 1. 30.에서 2014. 11. 30.로 단축하였다. 그러나 피고는 그 이후에도 끝내 체불 문제를 해결하지 못하였고, 그에 따라 재하수급인들이 원고와 서울시에 지속적으로 민원을 제기하였으며, 급기야 피고는 위 나머지 공사를 완성하지 못한 상태에서 2014. 12. 30. 이 사건 하도급공사를 재차 중단하기에 이르렀다.

(3) 이 사건 하도급계약의 일부인 건설공사 하도급 계약조건 제22조 제1항 및 특약사항 제1조는 피고가 원고에게 선급금을 청구할 경우 재하수급인들에게 부담하는 채무 내역과 그 지급에 관한 증빙서류 등을 원고에게 제출할 것을 규정하고 있다. 그러나 피고는 원고가 지속적으로 요구하였음에도, 그와 관련한 자료의 제출을 계속 늦추어 원고 또는 서울시의 대금 지급 절차까지 늦어지게 하였다.

(4) 원고는 피고에게 원도급계약의 3차 변경에 맞추어 종전 하도급계약도 변경할 것을 요청하였으나, 피고는 2015. 1. 7. 원고에게 재하수급인들에 대한 투입비로 1,369,793,828원 상당이 들었고, 원고로부터 783,505,928원을 지급받기 전까지는 변경계약 체결에 응할 수 없다는 공문을 보내는 등 변경계약 체결을 거부하였으며, 결국 원고는 3차 변경계약을 체결하지 못하였다.

2) 지체상금의 산정 가) 관련 법리

수급인이 완공기한까지 공사를 완성하지 못한 채 공사를 중단하고 계약이 해제에 이른 결과 완공이 늦어진 경우 지체상금은 약정 준공일 다음 날부터 발생하되 그 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 공사도급계약을 해제할 수 있었을 때부터 도급인이 다른 업자에게 맡겨서 공사를 완성할 수 있었던 시점이다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다41137, 41144 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 지체의 판단 기준이 되는 공사의 범위

원고와 피고가 이 사건 하도급공사 중 포장, 철거공사의 준공기한을 2015. 5. 15.로 연장하기로 약정한 사실, 피고가 공사를 중단한 2014. 12. 30. 이후 원고는 직영으로 공사를 수행하여 2015. 5. 15. 이 사건 하도급공사를 포함한 원도급공사까지 모두 완료한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 제1심 감정결과와 당심의 감정인에 대한 사실조회결과를 포함하여 원고가 제출하거나 신청한 증거들만으로는 피고의 공사 중단으로 인하여 포장, 철거공사가 지체되었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 포장, 철거공사를 제외한 나머지 공사(토공사, 구조물공사, 우수공사, 상수도공사, 부대공사)만을 기준으로 지체일수를 산정하기로 한다.

(2) 지체상금 발생의 시기와 종기

위 인정사실에 의하면 지체상금의 시기(始期)는 약정준공일 다음날인 2014. 12. 1.이라 할 것이다. 다음으로 지체상금의 종기(終期)에 관하여 보건대, 원고가 2014. 12. 30. 피고에게 3차 변경계약의 체결과 재하수급인들에 대한 체불금 지급 또는 원고의 직접 지급을 위한 자료의 제출을 요청한 사실, 이에 피고는 2015. 1. 7. '원고가 피고에게 미지급 공사비 783,505,928원 또는 피고의 기투입비용을 정산하기 전까지는 원고의 요구에 응할 수 없다'는 취지로 회답한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 그와 더불어 앞서 본 사실들에 드러난 이 사건 하도급계약의 해지 및 공사 진행 경과 등을 고려할 때, 원고는 적어도 피고의 3차 변경계약 거부 의사가 담긴 공문을 받았을 당시인 2015. 1. 7.경 이 사건 하도급계약을 해지할 수 있었을 것으로 보인다.

나아가 도급인이 다른 업자에게 맡겨서 공사를 완성할 수 있었던 시점에 관하여 보건대, 제1심은 이 사건 하도급계약서에 첨부된 내역서와 잔여공사내역서(감정서 제3권 제14, 15쪽)에 따라 포장, 철거공사를 제외한 나머지 부분의 기성률을 90.47%=[(기시공 금액(직접비) 440,724,940원÷계약 공사대금(직접비) 487,129,240원)×100%]로 계산한 다음, 약정 공사기간 332일(2014. 1. 3.부터 2014. 11. 30.까지)에 잔여 공정률 9.53%(=100%-90.47%)을 곱하여 잔여공사에 필요한 기간을 31일로 산정하고, 여기에 후속 업체를 선정하거나 직영공사를 위한 준비일 10일(감정서 제1권 제33쪽)을 더하여 위 2015. 1. 7.부터 41일이 경과한 2015. 2. 17.을 지체상금의 종기로 보았다.

그런데 제1심의 판단 중 위와 같은 기성률 산정 방식은 '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 비율'을 산정하여 기성고 비율을 확정하여야 한다는 대법원 판례(2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결 등 참조)의 법리에 어긋나 일견 타당하지 않은 듯한 느낌도 있으나, 위 판례의 법리는 수급인이 공사를 완공하지 못하여 도급계약이 해제에 이른 경우, 도급인이 수급인에게 공사비를 정산할 때 적용하는 법리이지, 지체상금의 종기를 추산하는 과정에서 기성 부분을 제외한 나머지의 예상 공사기간을 구하는 경우까지만 이를 엄격히 적용할 것은 아니다.

또한 갑 제1호증의 2, 3, 갑 제11호증, 을 제7호증의 2의 각 기재와 제1심 감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 제출한 기성현황표(갑 제11호증)에 나와 있는 잔여 기성고에 대한 공사대금이 70,445,100원이고, 피고가 제출한 기성신청서(을 제7호증의 2)에 따른 이 사건 하도급공사의 누계공정률은 84.78%인 사실, 이 사건 원도급공사는 토목공사를 완료한 후 조경공사를 하기로 되어 있었는데, 봄철에 수목을 식재하기로 정하여 2015. 3.경부터 조경공사에 착수할 것을 예정에 둔 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실과 앞서 살펴본 사실을 종합하여 알 수 있는 다음의 사정 즉, 공사 중단 무렵 피고는 이미 상당 부분의 공사를 수행하여 원고가 수행하여야 할 잔여 공사는 많지 않았을 것으로 보이는 점(더욱이 포장, 철거공사 부분을 제외하면 잔여 공사 내역은 더욱 줄어든다), 원고는 2015. 2. 9. 이 사건 하도급계약을 해지하고, 잔여공사를 직영하여 2015. 5. 15.까지 이 사건 원도급공사를 모두 완료하였는바, 조경공사 착수시점인 2015. 3.경 이전에 토목공사를 비롯한 기타 제반공사를 모두 완료하였을 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고가 다른 업자에게 맡기거나 직영으로 공사를 하여 2015. 2. 17.경에는 이 사건 하도급공사를 완성할 수 있었다고 봄이 상당하므로, 위와 같은 제1심의 판단을 유지하기로 한다. [이에 대하여 원고는 제1심 감정결과에 따라 2015. 4. 17.을 지체상금의 종기로 보아야 한다고 주장하나 제1심 감정결과는 준공기한이 2015. 5. 15.로서 피고의 공사 지체 사실을 인정할 수 없는 포장 및 철거공사를 제외하지 않았을 뿐더러(당심의 감정인에 대한 사실조회결과를 보면, 감정인은 준공기한이 2015. 5. 15.임에도 불구하고 포장, 철거공사가 지체되었다고 볼 만한 구체적인 근거는 제시하지 못하고 있다),

이 사건 하도급공사의 주공정(Critical Path)을 우수공사로 보면서, 그중 5개 품목만 선별하여 품목별 수량이나 가격 차이를 반영하지 않고 단순평균한 공정률을 기준으로 지연된 공사기간을 산정하였으며, 이 사건 하도급계약상 준공기한과 부합하지 않는 원고 제출 공정표(감정서 제3권 제51~52쪽)를 그대로 수용하여 감정자료로 삼았다. 여기에 이 사건 원도급공사는 이 사건 하도급공사의 완료 이후에도 2~3달의 기간이 필요한 수목 식재 등 추후 공사를 예정하고 있었는데, 원고가 이 사건 원도급공사를 2015. 5. 15. 완료한 사정까지 고려하면, 지체상금의 종기를 2015. 4. 17.로 산정한 제1심 감정결과는 그 감정 방법 등이 합리성이 없어 이를 그대로 채택하기 어렵다. 또한, 피고는 동절기(2015. 1. 10.부터 같은 해 2. 28.까지)에 해당하는 50일을 위 지체일수에서 공제하여야 한다고 주장하나, 앞서 본 사실에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 동절기로 인한 공사의 중단은 수목의 식재를 주 내용으로 하는 조경공사를 염두에 둔 것일 뿐, 이 사건 하도급공사인 토목공사와는 큰 관련이 없는 것으로 보이고, 원고는 실제로 위 기간에 직접 토목공사를 수행하기도 하였으므로, 피고의 위 주장 또한 받아들이지 아니한다.]

따라서 지체상금의 종기는 2015. 1. 7.부터 41일이 경과한 2015. 2. 17.이 되고, 지체상금 발생기간은 총 79일(2014. 12. 1. ~ 2015. 2. 17.)이 된다.

(3) 소결

그렇다면 피고는 원고에게 지체일수 79일에 해당하는 지체상금 137,202,509원[=포장, 철거공사를 제외한 계약 공사대금 578,913,544원{= 전체 계약 공사대금 712,987,000원×(포장, 철거공사를 제외한 직접비 487,129,240원÷전체 공사대금 직접비 599,945,914원)}×79일×0.003]을 지급할 의무가 있다.

3) 지체상금의 감액 지체상금에 관한 약정은 수급인이 일의 완성을 지체한 데 대한 손해배상액의 예정이므로, 수급인이 약정한 기간에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니함으로써 지체상금을 지급할 의무가 있는 경우, 법원은 민법 제398조 제2항의 규정에 따라 계약 당사자의 지위, 계약의 목적과 내용, 지체상금을 예정한 동기, 실제의 손해와 그 지체상금액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 약정에 따라 산정한 지체상금액이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘어 부당하게 과다하다고 인정하는 경우에는 이를 적당히 감액할 수

있다(대법원 1999. 10. 12. 선고 99다14846 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 하도급계약에서 정한 일당 지체상금률인 0.3%는 통상의 도급계약이 정하는 0.1%보다 3배나 높은데, 이 사건 하도급공사의 지체상금률을 위와 같이 높게 정할 특별한 사정을 발견할 수 없는 점, 원도급계약에 대한 2차 변경계약 체결 후 원고가 작성한 공정계획 내 공정표에 따르면 이 사건 하도급공사 중 부대공사 부분의 완료일을 2014. 12. 15.로 예정하고 있어 포장, 철거공사를 제외한 나머지 공정도 이 사건 하도급계약의 약정 공사기한인 2014. 11. 30.까지 완료하기 어려운 것으로 보이는 점, 서울시가 원고에게 공사 지연으로 인한 지체상금을 청구한 사실도 없을뿐더러 원고가 이 사건 원도급계약상 준공기한을 준수하기 위하여 돌관공사를 하면서 투입한 비용 등으로 인한 손해는 아래 마. 기재의 손해배상청구로서 상당 부분 보전할 수 있을 것으로 보이는 점, 지체상금은 전체 계약 공사대금을 기초로 산정하는데, 피고가 이 사건 하도급공사를 중단할 무렵 포장, 철거공사를 제외한 나머지 공사는 이미 상당 정도 수행한 상태였던 점, 원고는 피고에게 발주처인 서울시와 설계변경을 예정하고 있음을 알리며 최소한의 기초 공사만 하도록 지시하였는데, 이 사건 원도급공사에 관한 설계변경의 지연으로 이 사건 하도급계약의 변경절차가 늦어진 점도 이 사건 하도급공사의 지연에 일부 기여한 것으로 보이는 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정들에 비추어 보면, 위 지체상금액 137,202,509원은 과다하므로 이를 위 지체상금액의 30%인 41,160,752원(= 137,202,509원×0.3)으로 감액하기로 한다.

다. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구에 대한 판단

1) 갑 제14, 18, 19호증의 각 기재와 제1심 감정 결과에 변론 전체의 취지를 더하면, 이 사건 하도급공사에는 아래 표의 '하자 항목' 기재와 같은 기능상 또는 미관상 하자가 존재하고, 위 각 하자에 관한 하자보수비가 합계 38,048,000원인 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 원고에게 위 각 하자보수에 갈음한 손해배상으로서 38,048,000원을 지급할 의무가 있다. [피고는 원고가 발주자인 서울시의 요청에 따라 실제로 하자보수에 투입한 비용을 넘어서 감정금액 전부에 관하여 하자보수를 청구하는 것이 부당하다고 주장하나, 피고는 서울시의 하자 요청 여부를 불문하고 이 사건 하도급계약(계약조건 제23조 제2항)에 따라 그의 귀책사유로 인하여 발생한 하자에 대한 보수비용을 원고에게 지급할 의무를 부담하는 것이므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.]

①	시점부 기존 옹벽 벽면	322,000	322,000
②	집수정 및 빗물받이 시공위치 조정 및 미관처리	25,834,000	25,834,000
③	집수정, 빗물받이 위치 재조정	4,039,000	4,039,000
④	옹벽 G, H 철길 산책로에 침범한 콘크리트 구조물 철삭	86,000	86,000
⑤	새터언덕 토끼굴 옹벽 주변 정비	4,057,000	4,057,000
⑥	신설 옹벽 마감처리 불량	3,710,000	3,710,000
⑦	관로 하수관 준설	14,324,000	0
합계	52,372,000	38,048,000	

2) 당사자들의 주장에 관한 판단

가) 표 순번 ⑦ 하자에 관하여

원고는 관로 내 이물질로 인하여 폐쇄회로 텔레비전(CCTV) 카메라 촬영 조사를 할 수 없게 되어 총 길이 1,450m의 하수관을 준설하였고, 감정인 또한 이를 공종상 하자로 보았으므로, 위 ⑦ 항목의 하자를 인정하여야 한다고 주장한다. 그러나 감정인은 구체적인 근거나 자료를 제시하지 않고서 이를 관리부실로 인한 공종상 하자로 보았고, 관로 내 이물질은 피고가 이 사건 하도급공사를 중단한 이후에도 원고 측의 관리 소홀 또는 자연적인 요인으로 인하여 발생할 수 있는 것인바, 갑 제13호증의 기재와 제1심 감정결과 및 당심의 감정인에 대한 사실조회결과만으로는 피고의 시공 관리상 잘못으로 관로 내 이물질이 발생하였다고 단정하기 어려우므로, 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

나) 표 순번 ①, ④, ⑤ 하자에 관하여

피고는 위 각 하자 항목에 관하여 원고가 미관 등 개선을 위한 현장자문 과정에서 지적한 것일 뿐이고, 이 사건 하도급계약이 예정하는 공사도 아니므로, 피고에게 하자 보수책임이 없다고 주장한다. 그러나 위 각 하자는 피고가 이 사건 하도급공사의 설계 도면에 나와 있는 구조물, 시설물의 표시와 달리 시공하여 발생한 것이고, 위 현장자문 결과도 단순한 미관개선요청이 아닌 하자보수요청으로 봄이 타당하므로(피고는 제1심의 감정 과정에서 위 각 하자에 관하여 반대의견을 개진하지도 않았다), 피고의 위 주장은 이유 없다.

다) 피고의 기타 주장에 관하여

피고는, 제1심 감정결과가 '집수정 덮개 미시공' 하자로 인한 하자보수비용을 아래 마. 기재의 추가공사비와 중복 산정하여 부당하다고 주장하나, 감정인은 하자보수비 항목에서 이를 제외하였고(감정서 제1권 제19쪽), 원고 또한 하자보수비 청구금액에서 그 부분을 제외하고 있으므로, 피고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

라. 하자보수보증금 예치금 청구에 대한 판단

우리 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결의 이유 중 제2항 가. 4)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

마. 잔여공사 수행에 따라 증가한 공사비 청구에 대한 판단

1) 당초의 시공 회사가 공사를 중단하여 도급인이 그 미시공 부분에 대하여 비용을 들여 다른 방법으로 공사를 시행할 수밖에 없고 그 비용이 당초 시공 회사와 약정한 공사대금보다 증가되는 경우라면 증가한 공사비용 중 합리적인 범위의 비용은 시공 회사의 공사도급 계약 위반으로 인한 손해라고 할 것이다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다31885 판결 등 참조).

2) 이 사건 하도급계약에 따른 최종적인 공사대금이 712,987,000원이고, 피고가 이 사건 하도급공사를 중단할 당시 기성 공사대금 중 원고의 1~4회차 지급금액 및 선금금으로 충당한 금액을 제외한 잔여 기성금이 70,445,100원인 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이 사건 하도급계약에 첨부한 하도급공사내역서와 원고가 감정 당시 제출한 잔여공사 내역서를 비교하여도, 특별히 공사량의 증감을 찾아볼 수 없는 사실, 한편 원고는 이 사건 원도급계약에서 정한 준공기한을 준수하기 위하여 피고의 공사 중단으로 소진한 공기를 만회하여야 하는 상황이었고, 그에 따라 잔여공사 시공 과정에서 돌관 작업이 불가피하였던 사실, 이 사건 하도급계약의 해지 후 원고가 직영 또는 다른 업체를 투입하여 이 사건 공사를 완성하는 데까지 202,884,000원 상당의 공사비가 필요한 사실을 인정할 수 있다.

이상의 사실들에 따르면, 원고가 직영으로 잔여공사를 수행한 내역은 이 사건 하도급공사 중 피고가 시공하지 못한 부분과 공사 범위가 거의 일치하고, 공종별 단가에서만 일부 차이가 있음을 알 수 있는바, 원고는 발주자와 체결한 원도급계약의 공기를 준수하기 위해 돌관작업이 불가피하였고, 그로 말미암아 노무비 등 공사비로 132,438,900원(=202,884,000원 -70,445,100원)을 당초 예상보다

추가 지출하였는데, 공사기한까지 후속공사를 완료하기 위한 돌관작업의 특성상 상당한 정도의 비용 증가가 불가피하고, 하수급인이 공사를 중단함에 따라 수급인이 직영으로 잔여공사에 관하여 돌관공사를 할 경우에는 종전 수급인이 기존에 시공한 공사 중 부적합한 부분의 해소작업이 추가로 필요함은 물론, 공사 중단 기간에 발생할 수 있는 변형·변질·부식·박리 등에 대한 부수작업이 필요하며, 상이한 시공방법으로 인한 잔여공사의 효율 저하 및 야간작업 및 돌발변수로 인한 위험 증가 등으로 공사비의 증가요인이 다수 발생하게 되므로, 위 증가액은 합리적인 범위를 벗어나지 않는 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고가 공사를 중단하여 원고가 직영으로 공사를 수행함에 따라 증가한 공사비용 132,438,900원은 피고의 채무불이행으로 인하여 원고에게 발생한 손해라 할 것이므로, 피고는 원고에게 위 손해배상금 132,438,900원을 지급할 의무가 있다. (피고는 위 손해에 대한 감액을 주장하나, 특별히 감액할 사정을 찾아볼 수 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.)

바. 소결

따라서 피고는 원고에게 합계 640,886,739원(=구상금 429,239,087원+지체상금 41,160,752원 + 하자보수비 38,048,000원 + 잔여공사 증가비용 132,438,900원)을 지급할 의무가 있다.

3. 피고의 상계 주장에 관한 판단

1) 자동채권의 존재

가) 공사대금 채권

원고가 피고에게 지급하여야 할 공사대금이 70,445,100원이라는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 원고는 피고에게 70,445,100원을 지급할 의무가 있다.

나) 추가공사비 및 돌관공사비

앞서 본 바와 같이 피고의 공사 중단 시점인 2014. 12. 30. 이후에는 추가공사는 없었던 점, 피고가 이 사건 하도급계약 해지나 정산 과정에서 원고와 이에 관한 협의를 하였다고 볼 자료도 없는 점 등을 종합할 때, 을 제6부터 8호증의 각 기재만으로는 피고가 실제로 추가공사나 돌관공사를 하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 상계 후 원고의 잔존 채권

그렇다면 피고의 공사대금 채권 70,445,100원과 원고의 구상금채권, 하자보수에 갈음한 손해배상채권 및 지체상금 채권, 잔여공사 증가비용 상당의 손해배상채권 합계 640,886,739원을 대등액에서 상계하면, 피고가 원고에게 지급할 금액은 570,441,639원이 남게 된다. 따라서 피고의 상계 항변은 위 인정 범위에서 이유 있다.

3) 소결론

따라서 피고는 원고에게 위 570,441,639원 및 그 중 제1심이 인용한 550,408,689원에 대하여는 원고가 구하는 바에 따라 변제기 이후로서 이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서 부분 송달일 다음날인 2017. 5. 31.부터 제1심 판결 선고일로서 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당한 2017. 11. 8.까지, 나머지 20,032,950원에 대하여는 역시 원고가 구하는 바에 따라 변제기 이후로서 이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서 부분 송달일 다음날인 2017. 5. 31.부터 당심 판결 선고일로서 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당한 2018. 6. 15.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위에서 이유 있어 인용하고, 나머지는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론이 일부 달라 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 주문과 같이 변경하기로 한다.

재판장판사심준보

판사정총령

판사김갑석