

수원지방법원 성남지원 2021. 9. 30 선고 2020가단231415(본소), 2021가단200234(반소) 판결
[계약금 지급 청구의 소 · 계약금반환]

재판경과

수원지방법원 2022. 8. 11 선고 2021나97542(본소), 2021나97559(반소) 판결

수원지방법원 성남지원 2021. 9. 30 선고 2020가단231415 판결

전 문

원고(반소피고)A

소송대리인 변호사 김연기

소송복대리인 변호사 김가람, 이정미

피고(반소원고)주식회사 B

소송대리인 법무법인 의현

담당변호사 오세운

소송복대리인 변호사 민태호

변론 종결2021. 9. 2.

판결 선고2021. 9. 30.

주 문

1. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 92,000,000원 및 이에 대하여 2020. 8. 25.부터 2021. 9. 30.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고(반소피고)의 본소청구와 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 그 중 1/3은 피고(반소원고)가, 2/3는 원고(반소피고)가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소 청구취지 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라고 부른다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 부른다)에게 50,000,000원 및 이에 대한 2020. 8. 1.부터 이 사건 소장 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소 청구취지 : 원고는 피고에게 150,000,000원 및 이에 대한 2020. 8. 25.부터 이 사건 반소장 송달일까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

- 원고는 'C'라는 상호로 건설업을 하는 개인사업자이고, 피고는 낚시 및 수렵용구 제조업 등을 사업목적으로 하는 법인이며, D 주식회사(이하 'D'이라 부른다)는 건축 및 토목공사업 등을 사업목적으로 하는 법인이다.
- 피고는 2020. 3. 30. D에게 광주시 E 토지에 지하 2층, 지상 4층, 연면적 약 587.4평 규모의 건물을 신축하는 공사(이하 '이 사건 공사'라고 부른다)를 착공일 2020. 3. 30., 준공예정일 2020. 11. 30., 공사대금 2,803,900,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 도급주었다.
- D은 2020. 7. 15.경 신축공사 중 지하 2층 및 지하 1층까지만 공사가 진행된 상태에서 공사대금

기성금이 제대로 지급되지 않자 이 사건 공사를 중단하였고, 원·피고 및 D 3자는 원고가 D의 건설업 면허를 이용해 남은 공사를 이어받아 진행하기로 합의하고 2020. 7. 31. 아래와 같은 요지의 합의를 작성하였다.

합의서

건축주 : 피고

전시공사 : D

현시공사 : 원고

건축주와 전시공사는 2020. 7. 15.자로 공사타절을 함으로 인해 2020. 8. 1.부터는 현시공자가 공사를 진행기로 한바 이에 따른 건축주, 전시공사, 현시공사간 아래와 같이 합의한다.

1. 시공건설사는 D 면허로 건축주의 감독 하에 시공한다.
2. 건축주와 현시공자는 서로 쌍방이 새로 계약체결을 한다. 단 계약체결 이후에는 계약내역 및 기타 내용에 대해서는 전시공사에게 아무런 책임이 없음을 확인한다.
3. 현시공자는 현장대리인을 선임하여 D에 등록기로 하고 현 시공사 대표는 이사로 등재기로 한다.
2020. 7. 31.

○ 원고는 위 합의서 작성일인 2020. 7. 31. 피고와 사이에 D이 하고 있던 이 사건 공사에 관하여 착공일을 2020. 3. 30., 준공예정일을 2020. 11. 30.로 하는 한편 피고가 원고에게 2020. 7. 31. 계약금 200,000,000원, 중도금 200,000,000원은 2층 스라브 완료시, 200,000,000원은 2020. 8. 5. 어음을 발행해 지급하고, 잔금 1,325,000,000원은 준공 시 지급하기로 하는 총 공사대금 1,925,000,000원 규모의 공사도급계약을 체결하였다.1) ○ 피고는 이 사건 공사계약에 정해진 계약금 200,000,000원 중 일부인 150,000,000원을 약정한 계약금 지급일보다 늦은 2020. 8. 3.에 지급하였다.

○ 피고는 2020. 8. 25. 원고에게 '원고가 D의 이사로 등재하여 공사를 진행하기로 한 약정을 이행하지 않았고, 원고의 본인자금이 8월 중 가능하다 했지만 늦어지고 있어 건축자금이 확보되지 못하여 공사 진행이 불가능한 점, 다른 건설사의 면허를 빌려 시공하겠다는 내용을 수용할 수 없는 점'을 사유로 공사도급계약을 해제하고 지급된 계약금의 반환을 구하는 취지의 내용증명을 발송하여,

그 무렵 원고에게 도달하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제5, 6, 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 계약금 지급청구 부분 : 주위적 청구

위 인정사실에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 도급계약에서 약정한 바에 따라 미지급 계약금 50,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 항변에 관한 판단

(1) 채무불이행을 이유로 하는 해제 주장 (가) 주장

피고는 원고가 계약금 150,000,000원을 받고도 공사를 시작하지도 않고, 현장소장을 등록하고 원고를 D의 이사로 등재하기로 하는 약정도 이행하지 않아 채무불이행으로 이유로 2020. 8. 23.자 내용증명 우편으로 이 사건 도급계약을 해제하였다고 주장한다.

(나) 판단

○ 이 사건 도급계약에서 계약금 지급일을 계약 체결일인 2020. 7. 31.로 정하는 한편, 원고와 피고, D 사이의 2020. 7. 31.자 합의서에서 '2020. 8. 1.부터는 현 시공사(원고)가 상기공사를 진행하기로 한바'라고 기재한 점에 비추어 보면, 피고의 계약금 지급의무는 원고의 공사 착공의무보다 선이행의무라고 봄이 상당하다.

○ 그리고 공사도급계약에 있어서 수급인의 공사중단이나 공사지연으로 인하여 약정된 공사기한 내의 공사완공이 불가능하다는 것이 명백하여진 경우에는 도급인은 그 공사기한이 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있지만, 그에 앞서 수급인에 대하여 위 공사기한으로부터 상당한 기간 내에 완공할 것을 최고하여야 하고, 다만 예외적으로 수급인이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 때에는 위와 같은 최고 없이도 계약을 해제할 수 있는데(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다21393, 21409 판결 참조), 이 사건에서 원고가 공사 착수일로 정한 2020. 8. 1.에 공사에 착수하지 않았다고 하더라도 원고가 수급인으로서의 시공의무를 이행하지 않을 의사를 명백히 표시하였거나 공사 착수의 지연으로 인하여 약정한 공사기한 내에 공사완공이 불가능하다는 것이 명백하였다고 볼 만한 사정이 없는 이상 피고의 2020. 8. 23.자 내용증명에 의한 계약해제는 효력이 없다.

○ 한편 이 사건 도급계약 당시 원고와 피고는 원고가 현장대리인을 선정해 D에 등록하고 원고를 위 회사의 이사로 등재하고 공사를 진행하기로 약정하였는데 실제로 현장대리인을 등록하거나 원고가 D의 등기부상 이사로 등재되지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그런데 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없는바(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 등 참조), 원고가 선임한 현장대리인을 도급계약서상 수급인으로 표시된 D 주식회사의 직원으로 등록하고, 원고를 위 회사의 이사로 등재하는 것이 원고와 피고 사이의 공사도급계약의 목적을 달성함에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 않으면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 피고가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무가 아닌 부수적 채무에 지나지 않는다고 보이고, 따라서 그 불이행을 이유로 이 사건 도급계약을 해제할 수는 없다 할 것이다.

○ 피고의 주장을 약정 공사기한인 2020. 11. 30.까지도 공사의무를 이행하지 않았음을 이유로 하는 계약해제의 취지로 이해한다고 하더라도, ① 앞서 본 바와 같이 피고가 D에게 이 사건 공사를 도급주었다가 자금 부족으로 기성금을 제 때 지급하지 못해 공사가 중단되고 D와 타절하여 도급계약을 합의해제하고 원고가 공사를 이어받기로 하고 이 사건 도급계약을 체결하였고, 원고가 공사자금 마련을 위해 700,000,000원을 빌리는 것을 주선하고 피고의 채무를 연대보증해 주기도 하였으므로 2) 원고로서는 이 사건 공사도급계약에 따른 공사를 진행하더라도 공사대금이 제 때 이루어질 수 있을지 의문을 품을 만한 사정이 충분히 존재하였다고 보이는 점, ② 이 사건 도급계약에 따르면 피고가 계약 체결일인 2020. 7. 31. 계약금 명목으로 200,000,000원을 지급하는 것으로 되어 있는바, 수급인의 자금사정으로 공사에 필요한 자재 등 구입을 위해 공사 착수에 앞서 공사대금의 일부가 계약금 또는 선금금 등의 명목으로 지급되는 것이 통상적임에도 피고는 위 약정을 위반하여 2020. 8. 3.에 약정한 계약금 중 150,000,000원을 지급하였을 뿐이고, 원고의 주선으로 공사자금 마련을 위해 700,000,000원을 빌린 상태에서도 나머지 50,000,000원을 지급하지 않은

점, ③ 원고는 피고의 계약해제 통보를 받고도 2020. 9. 8. 이 사건 본소를 제기하여 이 사건 공사도급계약에 따라 지급받기로 한 50,000,000원의 미지급 계약금의 지급을 청구하면서 위 돈이 지급될 경우 이 사건 공사를 시행할 뜻을 명확히 한 점 등을 고려할 때, 원고가 준공기한인 2020. 11. 30.까지 이 사건 공사를 완료하지 못한 것에 관하여 원고에게 귀책사유가 있거나 그것이 위법한 것이어서 채무불이행에 해당한다고 보기 어렵다.

○ 따라서 피고의 채무불이행으로 이유로 한 계약해제 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 이행거절에 의한 실효 주장 피고는 원고가 공사에 착수하지 않고 이 사건 소를 제기함으로써 계약에 관한 이행거절의 의사를 명확하게 밝혀 이 사건 도급계약이 실효되었다고 주장하나, 원고의 이 사건 본소청구는 계약이 유효하게 존속하는 것을 전제로 한 것이어서 원고의 제소가 이행거절 의사의 표시에 해당한다고 보기 어렵고, 또 이행거절의사를 밝힌 것에 해당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 공사계약이 당연히 실효된다고 볼 수도 없다. 따라서 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 도급인의 임의해제권 행사에 의한 해제 주장 수급인이 일을 완성하기 전에는 도급인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다(민법 제673조).

민법 제673조에 따라 이 사건 도급계약을 해제하는 피고의 의사가 담긴 피고의 2021. 2. 2.자 준비서면이 2021. 2. 3. 원고에게 송달된 사실은 기록상 명백하다. 한편 원고는 이 사건 도급계약서에 첨부된 민간건설공사 표준도급계약 제29조 제1항이 귀책사유를 전제로 하는 계약해제사유를 정하고 있어 민법 제673조에 따른 계약해제권을 배제하는 약정이 있었다는 취지로 주장하나, 위 계약서 제29조가 귀책사유에 의한 채무불이행이 있을 경우 상대방이 계약을 해제 또는 해지할 수 있음을 정하였다고 하여 민법 제673조에 의한 해제권을 배제하는 취지의 약정으로 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 도급계약은 피고의 민법 제673조에 따른 해제권 행사로 2020. 2. 3. 해제되었다고 할 것이어서, 이 사건 도급계약이 유효하게 존속하는 것을 전제로 약정에 따른 미지급 계약금 50,000,000원의 지급을 구하는 원고의 주장은 결국 이유 없다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 채무불이행을 이유로 하는 계약해제에 따른 계약금 반환 주장

○ 피고는 2020. 8. 3. 원고에게 200,000,000원의 계약금 중 150,000,000원을 지급하였음에도 원고가 도급계약상의 공사 완료시기인 2020. 11. 30.까지도 공사를 개시하지 않았고, 현장소장을 D에 등록하고 원고가 D의 이사로 등재되기로 하는 약정도 이행하지 않았으므로, 이러한 채무불이행을 이유로 하는 피고의 2020. 8. 23.자 내용증명 우편에 의하여 이 사건 도급계약은 해제되었고 주장하면서 해제에 따른 원상회복으로 원고에게 지급한 150,000,000원의 반환을 구하나, 앞서 본소청구에 관한 판단 부분에서 본 바와 같이 채무불이행을 이유로 하는 계약해제 주장은 이유 없다.

○ 피고는 원고가 이 사건 본소를 제기함으로써 이 사건 공사에 관한 이행거절의 의사를 명확하게 하여 이 사건 도급계약이 실효되었다고 주장하나, 위 주장 역시 이유 없음은 앞서 본소청구에 관한 판단 부분에서 본 바와 같다.

나. 도급인의 임의해제에 따른 계약금 반환 주장

(1) 청구원인에 관한 판단 앞서 본소청구에 관한 판단 부분에서 본 바와 같이 이 사건 도급계약은 피고의 민법 제673조에 따른 도급인의 임의해제권 행사로 2020. 2. 3. 해제되었다고 할 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 이 사건 도급계약에 따라 지급받은 계약금 150,000,000원을 반환할 의무가 있다.

(2) 원고의 주장에 관한 판단 (가) 원고의 주장 요지

민법 제673조에 의해 도급계약을 해제하는 도급인은 수급인의 손해를 배상하여야 하므로, (1) 주위적으로 이 사건 도급계약의 계약금에 해당하는 위약금 200,000,000원을 배상하여야 하고, (2) 예비적으로 ① 공사에 필요한 석재공급을 위해 2020. 8. 4. F에게 지급한 계약금 10,000,000원, ② 피고가 공사자금을 마련할 수 있도록 피고가 G로부터 700,000,000원을 빌리도록 주선하고 그 대가로 G에게 지급한 20,000,000원, 일을 완성하였을 경우 피고로부터 지급받을 공사대금 17억 5천만 원에서 재료비 등을 뺀 이익 48,000,000원을 합한 78,000,000원을 지급하여야 한다. 따라서 이를 자동채권으로 피고의 계약금 반환채권과 상계한다.

(나) 판단

1) 관련 법리

민법 제673조에서 도급인으로 하여금 자유로운 해제권을 행사할 수 있도록 하는 대신 수급인이 입은 손해를 배상하도록 규정하고 있는 것은 도급인의 일방적인 의사에 기한 도급계약 해제를 인정하는 대신, 도급인의 일방적인 계약해제로 인하여 수급인이 입게 될 손해, 즉 수급인이 이미 지출한 비용과 일을 완성하였다면 얻었을 이익을 합한 금액을 배상하게 하는 것이라 할 것이다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다37296, 37302 판결 참조).

2) 약정 계약금 200,000,000원 상당 손해 주장에 관한 판단

○ 원고는 민법 제565조 제1항이 당사자 일방이 계약금을 상대방에게 교부한 경우에는 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하여 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있는 점, 거래 실무상 계약금이 위약금으로 통용되는 점 등에 비추어 피고가 이 사건 도급계약을 해제하기 위하여 원고에게 배상하여야 하는 손해배상액은 약정 계약금인 200,000,000원이라고 주장한다.

○ 민법 제565조 제1항은 매매의 당사자 일방이 계약당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다고 규정하고, 위 규정은 민법 제567조에 따라 유상계약인 도급계약에도 준용된다. 그러나 피고의 계약해제는 민법 제565조 제1항에 의한 것이 아니라 민법 제673조에 의한 것이어서 민법 제565조 제1항에 따라 약정 계약금 상당 200,000,000원의 지급의무가 발생한다고 볼 수 없다.

또한 위약금의 지급을 구하기 위해서는 위약금 약정이 있어야 하고, 한 약정이 없는 경우 일방의 귀책사유에 의한 채무불이행이 있더라도 실제 손해를 주장, 증명하여 손해배상을 구할 수 있을 뿐 일정한 금전을 기준으로 위약금을 구할 수는 없는 것인데, 이 사건에서 피고가 지급하기로 한 200,000,000원을 위약금으로 하는 당사자 사이의 약정이 있었음을 인정할 증거가 없다. 따라서 위약금 약정의 존재를 전제로 하는 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 지출한 비용 및 영업이익 상당 손해 주장에 관한 판단

○ 석공사 계약금 10,000,000원

갑 제9, 10, 11, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 공사를 하기 위해서 2020. 8. 4.경 'H'를 운영하는 F과 석공사 하도급계약을 체결하고 계약금 명목으로

10,000,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있고, 위 10,000,000원은 이 사건 공사를 위해 원고가 지출한 비용에 해당한다고 보는 것이 옳다. 따라서 피고가 배상할 손해의 범위에 포함된다 할 것이어서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

○ G에게 지급한 20,000,000원

갑 제4, 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 원고가 공사자금 마련을 위해 피고의 대표이사 1 명의로 2020. 7. 31. G로부터 700,000,000원을 빌리는 데 대하여 원고가 피고의 채무에 대한 연대보증을 하는 한편 그 대가로 G에게 20,000,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다. 그런데 원고가 G에게 지급한 위 돈은 원고가 피고로부터 이 사건 건물 신축공사를 수급하기 위해 지출한 돈으로 보일 뿐 이 사건 도급계약에 따른 의무의 이행을 위해 지출한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 도급계약이 해제됨이 없이 원고가 일을 마무리하고 피고로부터 약정한 공사대금을 전액 지급받게 된다면 원고가 얻게 될 수익을 고려하여 원고 스스로 지출한 것으로서 피고에게 그 비용에 대한 반환을 청구할 수 있는 성격의 돈이라고 보기도 어렵다. 따라서 원고가 G에게 지급한 20,000,000원은 이 사건 도급계약의 이행을 위해 지출한 비용으로서 피고가 배상할 손해의 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

○ 공사를 완성하였더라면 얻었을 이익 상당 손해

갑 제1, 7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 이 사건 공사를 맡고 있던 D과 사이에 기성 공사금을 산정, 타절하는 한편 원고와 사이에 원고가 작성한 계약내역서(갑 제7호증)상의 공사원가계산서를 기준으로 1,925,000,000원을 총 공사대금으로 정하여 공사계약을 체결하였는데, 위 공사원가계산서에 따르면 재료비, 노무비, 경비를 합한 순공사원가를 1,667,523,427원으로 산정하는 한편, 이에 일반관리비 35,000,000원과 이윤 48,000,000원을 합한 1,750,523,427원을 총 공사대금으로 산정하고, 위 금액에서 단수정리 명목으로 523,427원을 뺀 1,750,000,000원을 공사대금으로 원고가 제시하였고, 피고가 이를 받아들여 부가가치세 10% 상당액을 합한 1,925,000,000원을 총 공사대금으로 정한 것으로 보인다. 위 공사원가계산서상의 이윤 48,000,000원은 총 공사대금의 약 2.74% 정도로 총 공사대금 대비 이윤율이 높다고 보이지 않고, 수급인이 예상 이윤을 과다하게 산출한 내역을 도급인에게 제시할 가능성이 희박하므로, 위

공사원가계산서상 이윤 48,000,000원을 원고가 공사를 완성하였더라면 얻었을 이익액으로 본다.

따라서 이 사건 공사계약을 해제하기 위하여 피고가 원고에게 배상할 손해는 58,000,000원(= F에게 지급한 계약금 10,000,000원 + 공사이윤 48,000,000원)이라 할 것이다.

4) 소결 : 상계

피고의 원고에 대한 계약해제에 의한 계약금 150,000,000원의 반환채권과 원고의 피고에 대한 위 손해배상채권은 모두 피고의 임의해제권 행사의 의사가 담긴 이 사건 2021. 2. 2.자 준비서면이 송달된 2021. 2. 3.에 모두 변제기에 도달하였다고 할 것이므로, 위 각 채무는 대등액의 범위에서 상계로 소멸하여 원고의 피고에 대한 계약금 반환채무는 92,000,000원(= 150,000,000원 ~ 58,000,000원)이 남게 된다.

따라서 원고는 피고에게 92,000,000원 및 이에 대하여 이를 지급받은 날 이후로써 피고가 구하는 바에 따라 2020. 8. 25.부터 원고가 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁하는 것이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 9. 30.까지는 상법에 정해진 연 6%의 비율로 계산한 법정이자를3), 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법에 정해진 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

이 사건 본소청구는 이유 없으므로 이를 기각하고, 이 사건 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 반소청구는 이유 없어 이를 기각한다.

판사정상철

1) 당시 원고에게는 이 사건 공사에 필요한 면허가 없어 D의 건설업 면허를 이용해 위 공사를 진행하기로 하고, 계약서상 수급인을 D로 표시하고 원고는 D의 대리인으로 표시하였다. 이하 위 계약을 '이 사건 도급계약'이라고 한다.

2) 갑 제4, 8호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

3) 피고는 이 부분 청구원인을 명확히 하지 않았으나 계약 해제일로 주장하는 2020. 8. 25.부터 지급을 구하고 있어 법정이자를 구하는 취지로 본다.