

부산고등법원 2020. 11. 26 선고 2020나52057(본소), 2020나53302(반소) 판결 [계약금 반환 등
청구의 소 · 위약금]

재판경과

부산고등법원 2020. 11. 26 선고 2020나52057(본소), 2020나53302(반소) 판결
울산지방법원 2020. 2. 20 선고 2018가합26471 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인A지역주택조합

소송대리인 법무법인(유한) 현

담당변호사 유지혜

소송대리인 변호사 정희권

피고(반소원고), 항소인주식회사 B

소송대리인 변호사 박홍대, 김예은

변론 종결2020. 9. 24.

판결 선고2020. 11. 26.

제1심판결울산지방법원 2020. 2. 20. 선고 2018가합26471 판결

주 문

1. 피고(반소원고)의 항소와 이 법원에서 제기한 피고(반소원고)의 반소청구를 모두 기각한다.
2. 항소비용과 반소로 인한 비용은 모두 피고(반소원고)가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지

[본소]

피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 45억 원 및 그중 10억 원에 대하여는 2016. 12. 12.부터, 3억 원에 대하여는 2016. 12. 28.부터, 2억 원에 대하여는 2017. 6. 7.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 30억 원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달 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 44억 2,170만 원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고는 이 법원에서 반소를 제기하였다).

항소취지

제1심판결을 취소하고, 원고의 본소청구를 기각한다.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고의 토지 매수 등

1) 원고는 울산 북구 C 일대에서 주택건설사업(이하 '이 사건 사업'이라고 한다)을 추진하기 위하여 주택법에 근거하여 2015. 9. 18. 주택조합설립인가를 받아 설립된 지역주택조합인데, 피고의 전신인 '가칭 M 지역주택조합 추진위원회'(원고는 2015. 5. 17. 창립총회를 개최하여 위 추진위원회의 권리·의무를 승계하였으므로, 이하 '위 추진위원회의 행위'와 '피고의 행위'를 구분하지 아니하고 모두

피고의 행위로 본다)는 2015. 5. 8. 주식회사 D(이하 'D'이라 한다)과 "이 사건 사업의 부지로 편입될 울산 북구 E지구 도시개발사업지구 내 체비지 F(이후 환지처분에 따라 울산 북구 C 대 15101.4m²로 확정되었다. 이하 '이 사건 토지'라 한다)을 13,742,274,000원에 매수하되, 이 사건 사업의 시공권을 D의 관계회사인 피고에게 부여하기로 하는 내용"의 매매계약을 체결하였고, 위 매매계약상의 약정에 따라 피고와 이 사건 사업의 아파트 신축공사(이하 '이 사건 신축공사'라고 한다)를 38,511,158,400원에 도급하기로 하는 도급계약을 체결하였다.

2) 원고는 위 매매계약에 따라 2015. 9. 9. 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기를 마쳤다[위 매매대금 중 100억 원은 피고가 2015. 9. 9. 주식회사 G(이하 'G'이라 한다)에 '2015. 6. 29. 신탁계약'을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주고 G으로 하여금 H조합(이하 'H조합'이라 한다)과 I조합(이하 'I조합'이라 한다)에 각 65억 원의 우선수익권증서를 발급하게 한 다음 H조합과 I조합으로부터 50억 원씩 합계 100억 원을 대출받은 것이다(위 각 대출에 관한 약정은 위 신탁계약과 같은 날인 2015. 6. 29. 이미 체결되어 있었다)].

나. 원고와 D 사이의 분쟁 발생 및 선행소송 결과 등

1) 원고는 2015. 12. 27. 임시총회를 개최하여 '피고가 지역주택사업에 대한 이해도와 경험 부족으로 무리한 계약조건들을 제시하고 있다'는 등의 이유로 '피고와 체결한 위 2015. 5. 8.자 도급계약을 해제하고 주식회사 N을 새로운 시공사로 선정하는 내용의 안건'을 결의한 다음 그 무렵 피고에게 '위 2015. 5. 8.자 도급계약을 해제한다'는 취지의 통지를 하였다.

2) 이에 D은 원고와 G을 상대로 하여 이 사건 매매계약 해제 등을 주장하면서 '이 사건 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 것'을 구하는 소(울산지방법원 2016가합20059)를 제기하였다.

3) 위 소송절차에서 2016. 12. 23. 피고가 조정참가인으로 참가한 가운데 원고와 D, 피고 사이에 조정이 성립되었는데(이하 '이 사건 조정'이라 한다), 그 조정조항 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

1. 이 사건 토지는 원고와 D 사이의 매매계약에 따라 원고의 소유로 한다.

다만, 원고가 본 조정조서를 위반하여 피고의 사업참여가 불가능하게 되거나 공사도급계약서 제34조에서 정한 해제 또는 해지사유가 없음에도 원고가 도급계약을 해제 또는 해지할 경우 원고는

이 사건 토지를 매매계약 제10조 제1항에 따라 원상회복 처리한다. 이때 각종 세금이 발생되지 않도록 상호 협조한다.

2.

가. 이 사건 토지를 기반으로 한 A지역주택조합사업의 시행권은 원고(실질적인 사업주체)에게 있다.

나. 피고를 공동사업주체로 하는바 이로 인한 비용 및 권리, 의무를 피고에게 발생하지 않도록 하고 만약에 공동사업주체로 인해 피고에게 발생하는 불이익(소송, 고소, 고발 등)은 원고의 비용으로 대응할 수 있다.

다. 원고는 피고를 공동사업주체로 선정할 경우 형식적 사업주체로 하여 주택법 제5조, 동법시행령 제16조에 의해 사업협약을 체결해야 한다.

7.

가. 공사도급계약서 제34조에서 정한 바에 따라 D 또는 피고의 귀책사유로 도급계약이 적법하게 해제 또는 해지될 경우 D 또는 피고는 원고를 상대로 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기청구 등 어떠한 권리를 주장할 수 없다.

나. 원고와 피고 사이의 공사도급계약서는 조정과 동시에 효력이 발생하는 것으로 한다.

4) 원고는 이 사건 조정 성립 무렵인 2016. 12.경 피고와 '이 사건 신축공사를 442억 1,700만 원에 도급하기로 하는 내용'의 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 다시 체결하였는데, 그 도급계약서의 주요 내용은 아래와 같다(이 사건 조정조항에 기재된 '공사도급계약'이나 '공사도급계약서'는 '이 사건 도급계약'이나 '이 사건 도급계약서'를 말한다).

민간건설공사 표준도급계약서

3. 착공년월일: 2018. 6. 30. 범위내에서 갑1)의 사업계획승인 및 분쟁의 해결 후 착공수리일

5. 계약금액: 44,217,000,000원, 발코니확장 포함, 부가가치세 별도(단, 부가가치세는 해당 공사에 한함)

6. 계약보증금: 4,421,700,000원

민간건설 표준도급계약서 일반조건

제4조(계약보증금 등)

① 을2) 은 계약상의 의무이행을 보증하기 위해 계약서에서 정한 계약보증금을 계약 체결 전까지 갑에게 현금 등으로 납부하여야 한다(단서 생략).

② 제1항의 계약보증금은 다음 각 호의 기관이 발행한 보증서로 납부할 수 있다.

1. 건설산업기본법 제54조 제1항의 규정에 의한 각 공제조합 발행 보증서

(이하 생략)

제9조(착공신고 및 공정보고)

① 을은 계약서에서 정한 바에 따라 착공하여야 하며, 착공 시에는 다음 각 호의 서류가 포함된 착공신고서를 갑에게 제출하여야 한다.

제10조(공사기간)

① 공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다.

제34조(갑의 계약해제 등)

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

1. 을이 정당한 이유 없이 약정한 착공기일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니한 경우

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

제35조(을의 계약해제 등)

① 을은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

3. 갑이 정당한 이유 없이 계약내용을 이행하지 아니함으로써 공사의 적정이행이 불가능하다고 명백히 인정되는 때

공사계약특수조건

제4조(소송해지 등)

① 공사계약금 중 최소 1,500,000,000원의 지급이 완료되면 을은 D로 하여금 본 사업관련 2건의 가처분(울산지방법원 2016카합19 및 2016카합20) 사건을 갑의 요청시점에 해지하여야 한다.

② 또한 갑은 2018년 6월 30.일까지 을이 공사를 착공할 수 있도록 사업승인 및 법적인 분쟁을 해결하여야 하고 이를 이행치 않을시 갑이 을에게 지급한 공사계약금은 을에게 귀속하고 본 공사계약

일반조건 제35의 규정에 따라 계약 해지한다.

제7조(계약보증금 등)

① 민간건설공사 표준도급계약 일반조건 제4조 제①항의 계약보증금 또는 계약보증보증서3) 는 사업계획승인 후 착공신고완료시까지로 한다.

제8조(시공보증서제출)

을은 집단중도금대출 등 필요시 관련기관으로부터 시공보증서를 발급받아 갑에게 제출하여야 한다.

제11조(위약벌)

① 갑의 귀책사유로 공사도급계약이 해지될 경우 울산지방법원 2016가합20059호 소유권이전등기 소송의 화해결정에 따라 갑은 토지를 반환하여야 하며, 토지반환이 불가능할 경우 본 공사도급계약상의 공사도급금액의 10%에 해당하는 위약금을 별도로 지급한다.

② 을의 귀책사유로 공사도급계약이 해지될 경우 을은 본 공사도급계약상의 계약금의 배액을 배상하고 을은 D의 토지에 대한 소유권청구권도 포기하도록 한다.

제12조(갑의 계약 해지 및 해제)

을이 정상적인 시공사로서 결격사유(기업개선작업, 법정관리신청, 부도 및 시공사 사유로 중도금대출 거절)가 발생한 경우에는 갑은 즉시 계약을 해지하고 을과 을의 계열사의 갑4) 에 대한 모든 권리(시공권, 부지환매권 등)를 포기한다.

5) 원고는 이 사건 도급계약에 따라 피고에게 계약금으로 2016. 12. 12. 10억 원, 2016. 12. 28. 3억 원, 2017. 6. 7. 2억 원 합계 15억 원을 지급하였다.

6) 원고와 D은 2017. 1. 31. 이 사건 조정조항에 따라 '피고에게 이 사건 사업의 공동사업주체로서의 지위를 부여하고 당사자 사이의 업무, 비용, 책임의 분담 등을 정하는 내용'의 협약(이하 '이 사건 협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이 사건 협약서의 주요 내용은 아래와 같다.

사업협약서

제1조(목적)

본 협약서는 본 사업의 인허가절차에서 요구되는 갑5) 과 을6) 이 공동사업주체간의 업무, 비용 및 책임의 부담 등에 관한 내용을 규정하고, 이를 신의성실의 원칙에 따라 이행함으로써 본 사업의

원활한 사업추진을 도모함에 그 목적이 있다.

제3조(당사자의 지위)

① 갑은 사업 부지를 매입하여 공동주택 신축사업의 제반 업무(행정, 설계 등)를 추진하는 시행자의 지위를 가지며, 을은 공동시행사 및 시공사의 지위를 가진다.

② 을은 관련법규에 따른 공동사업주체로서의 행정절차에 협조한다.

제4조(업무, 비용, 책임의 분담)

① 갑은 아래 각호의 업무, 비용, 책임으로 이행한다.

2. 사업계획(변경)승인 등 인허가에 지장이 없도록 사업부지에 대한 소유권이외의 권리 말소, 갑7) 으로 소유권등기 경로 및 배타적 사용권 확보

5. 본 사업과 관련하여 소요되는 사업시행에 관한 전체사업비(공사비 포함)의 조달

② 을은 본 사업의 공동시행사 및 시공자로서 아래 각호의 업무를 이행한다.

5. 중도금 집단대출 관련 업무 지원

제6조(공사의 기준 공사기간)

③ 착공이라 함은 착공계 접수 여부와 관계없이 실제 착공일을 말한다.

다. 이 사건 조정 이후 이 사건 토지에 관한 권리관계 등의 변동 사항

1) 원고는 이 사건 협약서 제4조 제1항 제2호에 따라 2017. 4. 14. 이 사건 토지에 관하여 '2017. 4. 14. 신탁재산의 귀속'을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

2) 또한 원고는 2017. 4. 14. 위와 같이 소유권이전등기를 마친 직후 이 사건 토지에 관하여, ① H조합과 I조합에 각각 '2017. 4. 14. 근저당권설정계약'을 원인으로 한 채권최고액 65억 원의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, ② H조합에 '2017. 4. 14. 지상권설정계약'을 원인으로 한 지상권설정등기를 마쳐주었다[원고는 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약에 따른 매매대금을 마련하기 위하여 2015. 6. 29. H조합 및 I조합과 각 대출에 관한 약정을 체결하고 2015. 9. 9.경 50억 원씩을 대출받았는데, 위 각 약정 당시 '추후 원고 명의로 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐지면 이 사건 토지에 관하여 근저당권설정등기를 마쳐주기로 하는 내용'의

약정이 되어 있는 상태였는바(H조합과는 지상권설정등기를 마쳐주기로 하는 약정도 되어 있었다), 이 사건 토지가 G에 신탁되어 있을 당시에는 H조합과 I조합에 각 65억 원의 우선수익권증서를 발행해 주도록 하였다가 이 사건 토지가 2017. 4. 14. 피고에게 다시 귀속됨에 따라 위 근저당권설정 등에 관한 약정에 따라 H조합과 I조합에 위와 같이 근저당권설정등기 등을 마쳐준 것으로 보인다].

라. 이 사건 도급계약의 해제 및 이후의 경과

- 1) 원고는 2017. 12. 5. 울산광역시 북구청장으로부터 이 사건 사업의 사업계획승인을 받은 다음 피고에게 '중도금집단대출을 위해 필수적인 문서인 시공보증서를 제출해 줄 것'과 '이 사건 신축공사에 착공할 것'을 요구하였으나, 피고는 시공보증서를 교부해주지 아니하였고 이 사건 도급계약에서 정한 착공기일인 2018. 6. 30.까지 이 사건 신축공사에 착수하지도 아니하였다.
- 2) 이에 원고의 이사회는 2018. 10. 8. '피고가 이 사건 도급계약에서 정한 착공기일인 2018. 6. 30.까지 이 사건 신축공사에 착수하지 아니하였고, 시공보증서를 제출하지도 아니하였다'는 등의 이유로 이 사건 도급계약을 해제하기로 결의하였고, 원고는 2018. 10. 17. 피고에게 '착공기일 미준수, 시공보증서 제출의무 위반, 계약이행보증서 미제출 등을 이유로 이 사건 도급계약을 해제한다'는 취지가 담긴 공문을 보냈으며, 위 공문은 2018. 10. 18. 피고에게 도달되었다.
- 3) 원고는 위와 같이 이 사건 도급계약 해제 통보를 한 이후 2018. 11. 4. 임시총회를 개최하여 "피고와 체결한 이 사건 도급계약을 해제하고(기존 시공사 타절의 건, 제1호 안건), 새로운 시공사로 주식회사 O(이하 'O'이라 한다)을 선정한다(시공사 선정의 건, 제2호 안건)."는 등의 안건을 가결하였다.

마. 이 사건 도급계약 해제 이후 변동 사항 등

- 1) 원고는 2019. 2. 26.경 P조합, Q조합, R조합, S조합, T조합로부터 143억 원을 대출받아 그 무렵 H조합 및 I조합에 대한 위 100억 원의 대출채무를 변제하였고, H조합 및 I조합에 설정해 준 근저당권설정등기는 위 5개 U조합에 이전되었으며, H조합에 설정해 준 지상권설정등기는 P조합에 이전되었다.
- 2) 울산광역시 북구청장은 이 사건 제1심판결이 선고된 2019. 10. 16. 이후 이 사건 사업의 공동사업주체를 O로 변경하는 것을 허가하였다.

3) O은 2019. 11. 4. 원고에게 시공보증서를 제출하였고, 원고는 2019. 12. 5. 울산광역시 북구청장으로부터 착공신고필증을 교부받았으며 2019. 12. 12. J은행으로부터 중도금집단대출을 승인받아 이 사건 사업을 진행하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 4 내지 10, 16, 17, 26, 41, 43, 47, 48, 49호증(각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 6, 14, 40, 41호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

1) 원고는 이 사건 도급계약에 따라 피고에게 계약금 합계 15억 원을 지급하였고 울산광역시 북구청장으로부터 이 사건 사업의 사업계획승인을 받았음에도, 피고는 정당한 이유 없이 이 사건 도급계약에서 정한 착공기일인 2018. 6. 30.까지 이 사건 신축공사에 착수하지 않았고(이 사건 도급계약서 제3항 등 위반), 중도금집단대출을 받기 위해 필요한 시공보증서를 발급받아 이를 원고에게 제출하지도 않았으며[이 사건 도급계약에 편입된 공사계약특수조건(이하 '특수조건'이라 한다) 제8조 위반], 계약이행보증서도 발급받아 제출하지 않았다[이 사건 도급계약에 편입된 민간건설 표준도급계약서 일반조건(이하 '일반조건'이라 한다) 제4조, 특수조건 제7조 위반]. 위와 같이 피고는 이 사건 도급계약에서 정한 의무를 이행하지 않았으므로, 이 사건 도급계약은 피고의 채무불이행을 원인으로 한 원고의 해제통지로 해제되었다.

2) 따라서 피고는 원고에게 ① 이 사건 도급계약의 해제에 따른 원상회복으로 계약금 15억 원 및 이에 대한 법정이자 또는 지연손해금을 반환할 의무가 있고, ② 특수조건 제11조 제2항에 따른 위약벌로 계약금의 배액인 30억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

1) 피고가 부담하는 의무 및 그 위반 여부 가) 이 사건 도급계약서 제3항은 '착공년월일: 2018. 6. 30. 범위 내에서 원고의 사업계획승인 및 분쟁의 해결 후 착공수리일'이라고 정하고 있고, 일반조건 제9조 제1항은 '피고 계약서에서 정한 바에 따라 착공하여야 한다'고 정하고 있으며, 일반조건 제10조 제1항은 '공사착공일과 준공일은 계약서에 명시된 일자로 한다'고 정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 이 사건 도급계약에 따라 '2018. 6. 30.까지 이 사건

신축공사에 착수하여야 할 의무'를 부담한다고 보아야 한다.

이에 대하여 피고는 "이 사건 도급계약서 제3항에서 정한 '2018. 6. 30.'은 실제 착공기일이 아니라 '사업계획승인 및 분쟁해결과 관련된 피고의 의무이행기일'이거나 '착공신고 수리기일'이므로, 원고가 2018. 6. 30.까지 실제로 이 사건 신축공사에 착수하여야 할 의무는 없다"는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 도급계약서 제3항은 '착공년월일'이라는 표제 아래 '2018. 6. 30.'이라는 일자를 명시하고 있고, 다만 피고가 이 사건 신축공사에 착공하기 위해서는 원고가 이 사건 사업에 관한 사업계획승인을 받고 이 사건 토지와 관련된 원고와 D 사이의 분쟁을 해결할 필요가 있었으므로, 위와 같은 원고의 의무 이행도 2018. 6. 30.까지 모두 마쳐져야 한다는 의미에서 "원고의 사업계획승인 및 분쟁의 해결 후 착공수리기일"이라는 문구가 부가된 것으로 보이는 점(같은 취지에서 특수조건 제4조 제2항에는 '원고는 2018. 6. 30.까지 피고가 공사를 착공할 수 있도록 사업승인 및 법적인 분쟁을 해결하여야 한다'는 취지로 규정하고 있기도 하다), ② 실제로 원고는 특수조건 제4조 제1항에 따라 2016. 12. 12.부터 2017. 6. 7.까지 피고에게 이 사건 도급계약에 따른 계약금으로 합계 15억 원을 지급하는 등으로 이 사건 토지와 관련된 분쟁을 해결하였다고 보이고, 2017. 12. 5. 울산광역시 북구청장으로부터 이 사건 사업에 관한 사업계획승인을 받은 점, ③ 이 사건 협약서 제6조 제3항에도 '착공이라 함은 착공계 접수 여부와 관계없이 실제 착공일을 말한다'라고 규정하여 '실제 착공'을 '착공계 접수'와 구분하고 있고, 특수조건 제7조에는 '일반조건 제4조의 계약보증금 또는 계약보증보증서는 사업계획승인 후 착공신고완료시까지로 한다'고 규정하여 '착공신고 완료8)'를 '실제 착공'과 구분하고 있는 점 등을 감안하면, 보조참가인은 이 사건 도급계약서 제3항, 일반조건 제9조 제1항, 제10조 제1항에 따라 늦어도 2018. 6. 30.에는 이 사건 신축공사에 착수하여야 할 의무를 부담하고 있었다고 할 것이고, 원고가 제출한 증거들만으로 위 '2018. 6. 30.'이 실제 착공기일이 아닌 '피고의 의무이행기일'이라거나 '착공신고 수리기일'이라고 보기는 어렵다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 또한 특수조건 제8조는 '피고는 집단중도금대출 등 필요시 관련기관으로부터 시공보증서를 발급받아 원고에게 제출하여야 한다'고 정하고 있고, 이 사건 협약서 제4조 제2항 제5호는 이 사건

사업의 공동시행사 및 시공자로서의 피고의 업무 중 하나로 '중도금집단대출 관련 업무 지원'을 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 '원고의 요구가 있을 경우 수분양자(조합원 및 일반수분양자)들의 중도금집단대출을 위한 필수적인 서류인 시공보증서를 교부해 줄 의무'를 부담한다고 할 것이다.

다) 그런데 앞서 본 바와 같이 피고는 2018. 6. 30.까지 이 사건 신축공사에 착수하지 아니하였고 원고의 요구가 있었음에도 원고에게 시공보증서를 교부해 주지 아니하였으므로, 피고에게 귀책사유가 없음을 증명하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피고가 위 각 의무를 위반하였다고 보아야 한다.

2) '의무 위반에 귀책사유가 없다'는 피고의 주장에 관한 판단 가) 피고는 먼저 '원고가 2018. 6. 30.까지 이 사건 토지에 설정된 제한물권(H조합 및 I조합에 설정해 준 근저당권등기 및 지상권등기)을 말소하지 아니하고 착공신고를 위한 감리계약을 체결하지 아니하여, 이 사건 신축공사에 착수하지 못한 것이므로, 피고에게는 귀책사유가 없다'는 취지로 주장한다.

앞서 든 증거들, 을 제46호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 원고가 이 사건 매매계약에 따른 매매대금을 마련하기 위하여 2015. 6. 29. H조합과 I조합으로부터 50억 원씩 합계 100억 원을 대출받아 2017. 4. 14. 이 사건 토지에 관하여 H조합 및 I조합에 각 근저당권설정등기를, H조합에 지상권설정등기를 각 마쳐준 사실, ② 원고가 이 사건 도급계약에서 정한 착공기일인 2018. 6. 30.까지 위 각 근저당권설정등기와 지상권설정등기를 말소하지 못하였고, H조합 및 I조합으로부터 이 사건 토지에 관한 사용승낙 또는 이 사건 토지상에 이 사건 신축공사를 실시하는 것에 대한 동의를 받지 못한 사실, ③ 원고가 2018. 6. 30.이 지난 2018. 8. 16.에 비로소 L과 이 사건 신축공사와 관련한 감리계약을 체결한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 인정하였거나, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 2015. 6. 29. H조합 및 I조합으로부터 이 사건 토지를 담보로 50억 원씩을 대출받을 당시 위 각 K조합과 '위 대출금은 추후 원고가 중도금집단대출을 받아 그 대출금으로 4차에 걸쳐 12억 5,000만 원씩 균등 분할상환하기로 하는 내용'의 약정이 되어 있었던 점, ② 특수조건 제8조는 '피고는 집단중도금대출 등 필요시 관련기관으로부터 시공보증서를 발급받아 원고에게 제출하여야

한다'는 취지로 정하고 있고, 이 사건 협약서 제4조 제2항 제5호도 이 사건 사업의 공동시행사 및 시공자로서의 피고의 업무 중 하나로 '중도금집단대출 관련 업무 지원'을 규정하고 있으므로, 피고는 원고가 금융기관으로부터 중도금집단대출을 받고자 하는 경우 원고에게 시공보증서를 제출하는 등으로 이에 협조할 의무가 있다고 해석되는 점, ③ 따라서 만약 피고가 원고의 요구에 따라 중도금집단대출에 필수적인 서류인 시공보증서를 교부해 주는 등으로 협조하여 원고가 중도금집단대출을 제때 받았더라면 그 대출금으로 이 사건 토지에 설정된 각 근저당권의 피담보채무를 변제하거나 H조합 및 I조합과 위 대출금의 상환계획을 협의하는 등으로 이 사건 토지에 관한 사용승낙 등을 받을 수 있었을 것이라고 충분히 기대할 수 있었던 점, ④ 원고가 L과 감리계약을 체결한 것은 2018. 8. 16.이긴 하지만, L은 2018. 1. 23. 이미 이 사건 신축공사의 감리자로 지정되어 있었는데 이 사건 신축공사의 착공지연으로 감리계약 체결에 이르지 못한 것으로 보일 뿐이고, 감리계약 체결 지연이 원인이 되어 피고가 착공에 나아가지 못한 것으로는 보이지 아니한 점 등에 비추어 보면, 위와 같이 피고의 이 부분 주장에 부합하는 듯한 일부 인정사실이나 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건 도급계약에 따라 2018. 6. 30.까지 이 사건 신축공사에 착수하여야 할 의무를 이행하지 못한 것이 전적으로 원고의 귀책사유라거나 거기에 피고의 귀책사유가 없었다고 단정하기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 또한 피고는 '원고가 이 사건 토지에 설정된 각 근저당권의 피담보채무(H조합 및 I조합에 대한 대출채무)를 변제하지 아니하였고, 시공보증서 발급에 필요한 서류를 준비해 주지 아니하였으며, 정당한 사유 없이 시공보증약정서에 날인을 해주지 아니하였을 뿐만 아니라, 이 사건 도급계약 체결 이후 물가상승과 변경된 공사규모 등을 반영하여 도급계약서를 다시 수정할 필요가 있었는데 2018. 6. 30.까지 도급계약서 수정이 이루어지지 아니하였기 때문에 시공보증서를 발급받지 못한 것이므로, 시공보증서를 발급받아 원고에게 제출하지 못한 데에 원고의 귀책사유는 없다'는 취지로 주장한다. 앞서 든 증거들에 을 제17호증의 기재를 더하면, 원고가 2017. 12.경부터 2018. 9.경까지 피고에게 중도금집단대출에 필요한 시공보증서의 발급을 요청할 당시 원고는 H조합과 I조합에 대하여 이 사건 토지를 담보로 한 대출금 채무를 여전히 부담하고 있었던 사실, 원고가 2018. 1. 17. 피고에게 '시공보증서보다 먼저 변경된 공사규모를 반영하여 공사도급계약서를 변경하는 것이 우선이므로

피고가 먼저 2018. 1. 22.까지 변경 공사도급계약서(협의용)를 제출해주기 바란다'는 내용의 공문을 보낸 사실은 인정된다.

그러나 앞서 인정하였거나 앞서 든 증거들, 갑 제11, 14, 20, 34호증, 을 제59호증의 각 기재, 제1심법원의 J은행에 대한 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정, 즉 ① 원고는 J은행과 '최초 실행되는 중도금집단대출에 따른 대출금으로 이 사건 토지를 담보로 받은 대출금 전액을 상환할 것'을 조건으로 중도금집단대출에 관한 협의를 한 바 있었는데, 이에 따르면 원고가 이 사건 토지에 설정된 제한물권이나 그 담보대출금 때문에 금융기관으로부터 중도금집단대출을 받을 수 없었다고는 보이지 않는 점, ② 원고는 이 사건 도급계약을 해제한 후 울산광역시 북구청장으로부터 이 사건 사업의 공동사업주체를 O로 변경하는 내용의 허가를 받았는데, 실제로 이 사건 토지에 관한 위 담보대출금을 변제하지 않은 상태에서 2019. 11. 4. O로부터 시공보증서를 제출받아 2019. 12. 12. J은행으로부터 중도금집단대출을 승인받은 점, ③ 그럼에도 피고는 원고에게 먼저 이 사건 토지를 담보로 제공하고 받은 H조합 및 I조합에 대한 100억 원의 담보대출금 채무를 변제하여 이 사건 토지에 설정된 제한물권을 말소할 것을 요구하면서 이를 이유로 시공보증서 제출을 거부하여 왔고, 주택도시보증공사에 이 사건 신축공사와 관련된 시공보증서의 발급을 신청조차 하지 않은 점, ④ 피고의 요청에도 불구하고 원고가 피고에게 시공보증서 신청에 필요한 관련 서류를 제출하지 않았거나 정당한 이유 없이 시공보증약정서에 날인하지 않았다고 인정할 만한 객관적이고 명확한 자료가 없는 점, ⑤ 원고가 2018. 1. 17. 피고에게 '도급계약서를 변경하여야 한다'는 취지의 공문을 보낸 사실은 앞서 본 바와 같고, 이에 대하여 피고가 2018. 1. 25. 원고에게 '변경계약에 관하여 협의할 의사가 있다'는 취지로 답변한 바 있기는 하지만, 그 이후 원고는 피고에게 지속적으로 공문을 보내어 시공보증서 제출을 요구하였고, 이에 대하여 피고도 공문으로 '이 사건 토지에 관한 담보대출금 변제, 감리계약 체결 등이 이루어지지 않아 착공을 할 수 없는 상황이고, 위 사항이 해결되면 관계 법령에 따라 착공신고 수리일까지 시공보증서를 제출할 예정이며, 이 사건 사업 관련 자금조달은 원고의 의무이다'라는 취지로 다투어 왔으나, 그 과정에서 '도급계약서 변경'에 관하여는 서로 아무런 언급이 없었던 것으로 보아, 도급계약서 변경이 이루어지지 않아 시공보증서를 발급받을 수 없는 상황이었다고는 보이지 않는 점

등을 감안하면, 위와 같이 피고의 이 부분 주장에 부합하는 듯한 일부 인정사실이나 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건 신축공사에 관한 시공보증서를 발급받아 원고에게 제출하는 등으로 원고가 중도금집단대출을 받는 데 협조할 의무를 이행하지 않은 것이 원고의 귀책사유 때문이라거나 거기에 피고의 귀책사유가 없었다고 단정하기 어렵다. 피고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다) 피고는 다시 '설령 원고가 피고로부터 시공보증서를 교부받아 금융기관으로부터 중도금집단대출을 받을 수 있었고, 그 대출금 중 일부로 H조합 및 I조합에 대한 100억 원의 담보대출금을 변제하여 이 사건 토지에 관하여 설정된 제한물권을 말소하거나 H조합, I조합으로부터 이 사건 토지에 관한 사용승낙 등을 받을 수 있었다고 가정하더라도, 그 경우 이 사건 신축공사의 공사비가 부족하게 되어 피고가 공사비를 제때 지급하지 못하게 될 것이 명백한바, 피고가 공사대금을 지급받지 못할 손해나 위험을 감수하면서까지 시공보증서를 제출하여 원고의 중도금집단대출에 협조할 의무는 없고, 특수조건 제8조도 이 사건 사업에 관한 중도금집단대출금이 공사비로 사용되는 것을 당연한 전제로 시공보증서 제출의무를 규정한 것이다'는 취지로 주장한다.

그러나 당사자 사이에 다툼이 없거나 앞서 든 증거들에 갑 제29, 47호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정, 즉 ① 이 사건 도급계약상 도급금액은 부가가치세를 제외하고 442억 1,700만 원(부가가치세는 '해당공사'에 한한다고 규정되어 있으나 '해당공사'가 무엇인지 특정할 만한 자료가 없다), 기성금은 2개월 단위로 지급하도록 정해져 있고(다만 특수조건 제5조에 따르면 추석, 설명절 등 특별한 사정이 있는 경우 당사자 합의에 따라 1개월 단위로 지급할 수 있다), 일반조건 제28조 제2항에는 '원고는 특약이 없는 한 계약의 목적물을 인도받음과 동시에 피고에게 공사대금을 지급하여야 한다'고 규정되어 있으므로('선금'에 관한 조항인 일반조건 제11조는 원·피고가 합의하여 삭제하였다), 원고로서는 이 사건 도급계약에 따른 공사대금을 일괄 지급하는 것이 아니라 공사의 진척 정도에 따라 순차적으로 지급하면 되는 것으로 보이는 점(원고는 중도금집단대출 외에도 수분양자로부터 계약금이나 잔금 명목으로 지급받는 분양수입이 있게 된다), ② 한편 이 사건 사업에 따른 원고의 예상 분양수입은 746억 원 가량으로, 여기서 이 사건 토지를 담보로 대출받은 100억 원(이 사건 도급계약 해제 이후 143억 원으로 증액되었다)과 이 사건 도급계약에 따른 피고의 나머지 공사대금(15억 원은 계약금으로 이미

지급되었다)을 공제하더라도 100억 원 이상이 남을 것으로 보이는 점, ③ 특수조건 제8조에서 규정한 '중도금집단대출'이 모두 공사비로 사용되는 것을 당연한 전제로 하고 있다고 볼 만한 자료가 없고, 그 밖에 일반조건, 특수조건을 포함한 이 사건 도급계약 내용 전체를 살펴봐도 피고가 이 사건 신축공사에 착공하기 전에 원고가 피고에게 지급할 공사대금 전액을 확보할 의무가 있다거나 원고가 공사대금 전액을 확보하지 못하는 경우 피고가 시공보증서를 발급받는 등 원고의 중도금집단대출에 협조할 의무가 없다고 해석될 만한 조항은 찾을 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로 피고가 중도금집단대출에 협조하였더라도 공사비를 제대로 지급받지 못할 것이 명백하다거나 중도금집단대출금이 모두 공사비로 사용되어야 한다는 취지의 위 주장 사실을 인정하기 부족하다. 피고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

3) 원고의 이 사건 도급계약 해제 가) 피고가 이 사건 도급계약서 제3항, 일반조건 제9조 제1항, 제10조 제1항에 따른 착공의무와 특수조건 제8조, 이 사건 협약 제4조 제2항 제5호에 따른 시공보증서 제출의무 내지 중도금집단대출 협조의무를 제대로 이행하지 아니하였음은 앞서 본 바와 같고, 이는 일반조건 제34조 제1항 제1호, 제4호에 정해진 해제권 발생사유인 '피고가 정당한 이유 없이 약정한 착공기일을 경과하고도 공사에 착수하지 아니한 경우' 또는 '기타 피고의 계약조건위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우'에 해당한다고 판단된다. 나아가 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 피고에게 상당한 기간을 정하여 이 사건 신축공사에 착수하거나 중도금집단대출에 필요한 시공보증서를 제출하여 달라고 요구하였으나, 피고가 그 요구에 응하지 아니한 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 도급계약은 위와 같은 피고의 채무불이행을 이유로 한 원고의 해제통지가 피고에게 도달된 2018. 10. 18. 적법하게 해제되었다고 할 것이다.

나) 이에 대하여 피고는 '원고의 조합규약 제24조 제1항 제4호, 제44조 제3항에서 시공자의 변경 또는 공사도급계약의 변경을 총회의 의결사항으로 규정하고 있고, 이 사건 도급계약의 해제는 시공자 또는 공사도급계약의 변경에 준하므로 총회의 의결사항이라고 할 것인데, 원고는 총회 의결을 거치지 아니한 채 이 사건 도급계약을 해제하였으므로 이는 위 조합규약에 위반된다'는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고는 2018. 11. 4. 임시총회를 개최하여 '기존 시공사(피고) 타절의

건'을 제1호 안건으로 상정하여 이를 가결하였으므로, 원고의 위 임시총회에서 이 사건 도급계약 해제가 추인되었다고 할 것이다. 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 피고는 다시, 설령 피고의 채무불이행이 인정된다고 하더라도, 원고로서는 자신의 채무에 관한 이행제공을 하여야만 이 사건 도급계약을 해제할 수 있는 것인데, 원고가 자신이 준비해야 하는 착공관련 서류들을 모두 구비하고, 공사비 조달의무를 이행한 다음 이를 피고에게 통지한 바 없으므로, 이 사건 도급계약을 해제할 수 없다는 취지로 주장한다.

앞서 든 증거들에 따르면 이 사건 협약 제4조 제1항 제5호에 원고가 이행하여야 할 업무(책임)로 '이 사건 사업과 관련하여 소요되는 사업시행에 관한 전체사업비(공사비 포함)의 조달'이 규정되어 있는 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고는 특수조건 제4조 제1항에 따라 피고에게 15억 원을 지급하여 이 사건 토지와 관련된 D과의 분쟁을 해결하고, 울산광역시 북구청장으로부터 이 사건 사업의 사업계획승인을 받음으로써 착공기일인 2018. 6. 30. 전에 원고가 이행하여야 할 의무를 이행하였다고 할 것이고, 원고가 착공관련 서류들을 준비하지 아니하여 피고가 착공기일인 2018. 6. 30.까지 착공을 하지 못하였다고는 인정하기 어렵다. 한편 '피고가 시공보증서를 발급받아 원고에게 제출함으로써 원고가 중도금집단대출을 받는 데 협조할 의무를 이행하는 것'은 원고가 사업비를 조달하기 위한 방편으로 중도금집단대출을 받는 데 필요한 행위임이 명백하고, '원고의 사업비 조달'과 '피고의 시공보증서 제출'이 동시이행관계에 있다고 볼 수는 없다. 따라서 '원고가 선이행하여야 할 채무를 이행하지 않았거나 원고의 채무가 피고의 채무와 동시이행관계에 있음'을 전제로 하는 피고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

4) 이 사건 도급계약의 해제에 따른 원상회복의무 위와 같이 이 사건 도급계약이 해제되었으므로, 피고는 원고에게 원상회복으로 계약금 15억 원 및 이에 대한 법정이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5) 피고의 위약벌 지급의무 발생 여부 가) 피고의 주장

설령 피고의 채무불이행을 이유로 한 이 사건 도급계약의 해제가 유효하다고 하더라도, 특수조건 제11조는 채무불이행으로 인한 위약금에 관한 규정으로 '이 사건 도급계약이 원고의 귀책사유로 해제될 경우 원고는 계약금을 포기하고(특수조건 제11조 제1항), 피고의 귀책사유로 해제될 경우

피고는 계약금 배액을 상환하여야 한다(특수조건 제11조 제2항)'는 취지이므로, 피고는 특수조건 제11조 제2항에 따라 원고에게 원상회복으로 계약금 15억 원을 반환하고 채무불이행으로 인한 위약금으로 계약금 상당액인 15억 원을 지급할 의무가 있다. 이와 달리 피고의 채무불이행으로 인한 위약금을 계약금 배액인 30억 원으로 볼 경우, 이는 부당하게 과다한 손해배상액의 예정이므로 적절히 감액되어야 한다.

나) 특수조건 제11조의 법적 성격

(1) 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 그 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약별인지는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약별로 보아야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결 등 참조).

(2) 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 특수조건은 이 사건 도급계약서에서 정하지 아니한 사항을 정하는 데 그 목적이 있고, 일반조건에 우선하여 적용되며, 특수조건에 규정되지 아니한 사항은 일반조건에 따르는데(특수조건 제1조), 특수조건 제11조는 '위약벌'이라는 표제 아래 '이 사건 도급계약이 원고의 귀책사유로 해제될 경우 원고는 이 사건 토지를 반환하거나 이 사건 도급계약에서 정한 공사대금의 10%를 별도로 지급하여야 하고(제1항), 이 사건 도급계약이 피고의 귀책사유로 해제될 경우 피고는 이 사건 도급계약에서 정한 계약금의 배액을 배상하고 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기청구권을 포기한다(제2항)'는 취지로 규정하고 있는 점, ② 일반조건은 제36조 제2항에서 '제34조(피고의 귀책사유로 인한 해제 또는 해지) 및 제35조(원고의 귀책사유로 인한 해제 또는 해지)의 규정에 의한 계약의 해제 또는 해지로 인하여 손해가 발생한 때에는 상대방에게 그에 대한 배상을 청구할 수 있다'고 규정함으로써 특수조건

제11조와 별도로 실손해의 배상에 관한 규정을 두고 있어 특수조건 제11조를 손해배상의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어질 여지가 있는 점, ③ 당초 원고와 피고는 2015. 5. 8. 이 사건 신축공사에 관한 도급계약을 체결하였다가 원고가 2015. 12. 27. 위 도급계약을 해제하자, 이 사건 토지의 원 소유자인 D이 원고와 주식회사 G을 상대로 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였고, 위 소송에서 '이 사건 토지는 원고의 소유로 하되, 원고와 피고 사이의 도급계약은 조정과 동시에 효력이 발생하는 것으로 한다'는 내용이 포함된 조정이 성립되어 위 조정에 따라 2016. 12.경 이 사건 신축공사에 관하여 재차 이 사건 도급계약이 체결되기에 이르렀는바, 이러한 이 사건 도급계약의 체결 경위를 고려하면 원고와 피고로서는 이 사건 도급계약 체결 당시 이 사건 사업의 신속하고 원활한 추진을 위하여 위약벌로써 쌍방의 의무이행을 강제할 필요가 있었던 것으로 보이는 점[이와 달리 당초 체결된 2015. 5. 8.자 도급계약서(을 제4호증의 1)에는 위약벌에 관한 규정이 없다] 등을 종합하여 보면, 특수조건 제11조는 원고와 피고로 하여금 이 사건 도급계약에 따른 채무를 이행하도록 강제하는 위약벌 규정이라고 보는 것이 옳다. 따라서 위 조항이 손해배상액의 예정에 관한 규정임을 전제로 하는 피고의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

(3) 따라서 피고는 원고에게 특수조건 제11조 제2항에서 정한 위약벌로 계약금 배액인 30억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6) 소결론 따라서 피고는 원고에게 이 사건 도급계약이 해제됨에 따라 원상회복과 위약벌 합계 45억 원(= 15억 원 + 30억 원) 및 그중 계약금 10억 원에 대하여는 이를 지급받은 2016. 12. 12.부터, 계약금 3억 원에 대하여는 이를 지급받은 2016. 12. 28.부터, 계약금 2억 원에 대하여는 이를 지급받은 2017. 6. 7.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일인 2018. 11. 29.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(이하 '특례규정'이라 한다) 부칙 제2조 제2항, 구 특례규정(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되기 전의 것)이 정한 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 법정이자 또는 지연손해금을, 나머지 30억 원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달 다음 날인 2018. 11. 30.부터 2019. 5. 31.까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조

제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(이하 '특례규정'이라 한다) 부칙 제2조 제2항, 구 특례규정(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되기 전의 것)이 정한 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 피고의 주장 요지

1) 원고는 이 사건 도급계약에 따라 피고가 이 사건 신축공사에 착공할 수 있도록 착공관련 서류(이 사건 토지에 관한 사용승낙동의서, 시공보증약정서)를 준비하고 감리계약을 체결할 의무가 있으나 이를 이행하지 아니하였고, 이는 일반조건 제35조 제1항 제3호에서 정한 해제권 발생사유인 '원고가 정당한 이유 없이 계약내용을 이행하지 아니함으로써 공사의 적정이행이 불가능하다고 명백히 인정되는 때'에 해당한다.

2) 이에 피고는 위와 같은 원고의 채무불이행을 이유로 이 사건 반소장 부분의 송달로써 이 사건 도급계약을 해제하는바, 특수조건 제11조 제1항은 '원고의 귀책사유로 이 사건 도급계약이 해제될 경우 원고는 이 사건 토지를 반환하여야 하고, 그 반환이 불가능할 때에는 이 사건 도급계약에서 정한 공사대금의 10%에 해당하는 위약금을 별도로 지급한다'는 취지로 규정하고 있고, 현재 이 사건 토지에는 주택법에 따른 금지사항 부기등기가 마쳐져 있어 이로 인하여 원고의 이 사건 토지 반환이 불가능하다고 본다면, 원고는 피고에게 채무불이행으로 인한 위약금으로 이 사건 도급계약에서 정한 공사대금의 10%인 44억 2,170만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

이 사건 도급계약이 피고의 채무불이행으로 인하여 적법하게 해제되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 있어 인용하고, 피고의 반소청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 원고의 본소청구에 관한 제1심판결은 이와 결론이 같아 정당하므로 이에 대한 피고의 항소를 기각하고, 이 법원에서 제기한 피고의 반소청구 역시 기각한다.

재판장판사김재형

판사홍승구

판사최현종

- 1) '원고'를 지칭한다.
- 2) '피고'를 지칭한다.
- 3) '계약이행보증서'의 오기로 보인다.
- 4) 원문에는 "조합"이라고 기재되어 있으나 '피고'를 지칭하는 것임이 분명하다.
- 5) '원고'를 지칭한다.
- 6) '피고'를 지칭한다.
- 7) 원문에는 "조합"이라고 기재되어 있으나, '피고'를 지칭하는 것임이 분명하다.
- 8) 착공신고가 수리되는 것을 의미한다고 보인다.