

광주고등법원(전주) 2020. 2. 6 선고 2018나12266 판결 [공사대금 청구의 소]

재판경과

광주고등법원(전주) 2020. 2. 6 선고 2018나12266 판결

전주지방법원 군산지원 2018. 10. 18 선고 2016가합10362 판결

전문

원고, 항소인A 주식회사

소송대리인 법무법인 예현 담당변호사 김재승, 박병선

소송복대리인 법무법인 모악 담당변호사 박일지

피고, 피항소인주식회사 B

소송대리인 법무법인 명경 담당변호사 신상훈

소송복대리인 변호사 곽영수

변론 종결2020. 1. 23.

판결 선고2020. 2. 6.

제1심판결전주지방법원 군산지원 2018. 10. 18. 선고 2016가합10362 판결

주문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.

피고는 원고에게 654,379,726원과 그중 473,649,726원에 대하여는 2013. 6. 13.부터,

180,730,000원에 대하여는 2016. 4. 7.부터 각 2020. 2. 6.까지는 연 6%, 그다음 날부터 다 갚는

날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송 총비용 중 65%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항의 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1,794,110,093원과 그중 1,613,380,093원에 대하여는 2013. 6. 12.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%, 180,730,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라[원고는 2019. 2. 25.자 준비서면에서 부당이득반환주장을 철회하였으나, 명시적으로 청구취지 및 항소취지를 감축하지 않았으므로, 청구취지 및 항소취지를 그대로 유지한 것으로 본다].

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 다음을 고치거나 추가하는 외에는 제1심 판결의 해당부분(2쪽 9행부터 7쪽 4행까지) 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

◎ 제1심 판결 3, 4쪽 표 3)의 하도급계약 내용 중 계약일반조건 제14조 제2항의 '제2항'을 '제1항'으로 고치고, 계약일반조건 제23조, 계약특수조건 제15, 17조를 추가한다.

[계약일반조건]

제23조(이행지체)

① 을이 각 공구별 예정공정표상 납기기준일을 준수하지 못하였을 때에는 발주처로부터 적용받는 손해배상금을 갑에게 현금으로 납부한다.

② 다음 각 호에 해당되는 사유로 공사가 지체되었다고 인정될 때에는 그 해당일수에 상당한 일수를 지체일수에 산입하지 아니한다.

3. 갑의 귀책사유로 인하여 착공이 지연되거나 시공이 중단된 경우(단 서면으로 확인된 경우에 한함).

4. 기타 을의 책임에 속하지 아니하는 사유로 인하여 지체된 경우

[계약특수조건]

제15조

이 공사의 원활한 진행과 하수급인의 근로자, 자재공급자, 임대인 등을 보호하기 위하여 다음의 각 호의 경우 갑은 을에게 사전 통지 후 을의 제3자에 대한 채무를 을의 기성채권의 범위 안에서 직접 지급할 수 있으며, 을은 이에 대하여 이의를 제기하지 않는다.

마. 갑의 자체조사나 제3자의 제보 등 여하간의 방법으로 을이 제3자에 대하여 채무의

이행지체(체불)에 있음을 갑이 알게 된 경우

제17조

갑이 제15조 및 제16조에 의하여 선의로 제3자에게 하도급금을 지급한 경우, 갑에게 중과실이 없는 한 지급된 금액을 을에게 변제한 것으로 보고 이에 대하여 을은 이의를 제기하지 못한다.

◎ 제1심 판결 6쪽 [표 2]를 다음과 같이 고친다.

토사	540,000	224,294	-315,706
풍화암	1,000,000	32,208	-967,792
연암	2,860,000	4,145,600	+1,285,600

◎ 제1심 판결 6쪽 2)항부터 마.항까지를 다음과 같이 고친다.

ㄱ 2) 이와 같이 공사단가가 높은 연암의 실제 물량이 공사계약금액 산정 기초가 된 공내역서 물량보다 많은 사실이 확인되자, 원고는 B에 실제 물량대로 공사대금을 증액해줄 것을 요청하였으나, B은 이에

응하지 않았다.

3) B은 2013. 6. 10. 원고에게, 원고가 2013. 6. 7. 이 사건 공사를 일방적으로 중단하였다는 이유로 2013. 6. 12.자로 이 사건 하도급계약을 해지한다고 통보하였다.

4) B은 이 사건 하도급계약 중도 해지 이후 직접 공사를 진행하여 2013. 10. 22.경 이 사건 공사를 완공하였고 C로부터 공사대금을 지급받았다.』

라. B의 이 사건 공사대금 지급내역

B은 2013. 3. 11.부터 2013. 6. 14.경까지 원고 또는 원고에 대해 주유대금, 노무비, 장비대금, 화약대금 채권 등을 가진 채권자들에게 이 사건 공사대금으로 합계 9,099,463,395원을 지급하였다.

마. 원고의 공사대금 채권 양도 및 관련사건 진행 경과

1) 원고는 2013. 6. 5. 주식회사 H(이하 'H'라고 한다)에 이 사건 공사대금채권 중 1,100,000,000원을 양도하고 2013. 6. 10. B에 위 채권양도 사실을 통지하였다. 또한 원고는 2013. 6. 14. I에게 이 사건 공사대금채권 중 1,012,130,290을 양도하고 같은 날 B에 위 채권양도 사실을 통지하였다.

2) 2016. 5. 13. 원고는 합자회사 B의 무한책임사원인 L을 상대로 이 사건 공사대금의 지급을, 채권양수인인 H와 I은 피고를 상대로 원고로부터 양수받은 이 사건 공사대금의 지급을 구하는 소를 제기하였고(전주지방법원 군산지원 2016가합10737호, 이하 '관련사건'이라 한다), 위 사건의 수소법원은 원고가 시공한 공사 물량을 확인하기 위해 M를 감정인으로 지정하였다.』

◎ 제1심 판결 7쪽 3행에 '갑 제13호증, 을 제10호증'을 추가한다.

2. 청구에 관한 판단

가. 추가공사대금 청구 가부

1) 주장의 요지 가) 원고

원고와 피고는 이 사건 하도급계약 체결 당시 이 사건 공사현장에 토사 540,000m², 풍화암 1,000,000m³, 연암 2,860,000m³가 각 존재함을 전제로 각 토석의 물량에 토석별 계약단가를 적용하여 공사대금을 산정하였고, 토석 물량이 달라지는 등 공사내용이 변경되는 경우 위 공사대금 산정방식에 따라 공사대금을 증액할 수 있도록 약정하였다. 그런데 계약 체결 이후 피고는 원고에게

이 사건 공사현장에 실재하는 토석의 양, 즉 토사 224,294m², 풍화암 32,208m², 연암 4,145,600m³가 기재된 설계도면을 교부하면서 이와 같은 물량의 토공사를 해달라고 요구하였고, 원고가 이에 응함으로써 이 사건 하도급계약의 내용이 설계도면과 같은 물량의 토석을 제거하는 것으로 변경되었다.

따라서 피고는 원고에게, 원고가 2013. 3.경부터 2013. 6. 12.까지 변경된 공사계약에 따라 실제로 공사를 완료한 각 물량에 계약단가를 적용하여 산정한 공사대금 13,226,419,848원에서 이미 피고로부터 지급받은 9,099,463,395원 및 원고가 H, I에게 각 양도한 채권을 공제한 2,014,826,163원(= 13,226,419,848원 - 9,099,463,395원 - H에 양도한 1,100,000,000원 - I에게 양도한 1,012,130,290원) 중 청구취지 기재 돈을 지급할 의무가 있다.

나) 피고

(1) 이 사건 원도급계약은 공사대금의 총액만을 정할 뿐 개별 토석 물량별로 정산을 예정하지 않은 총액계약 방식으로 체결되었고, 이 사건 하도급계약 역시 원도급과 마찬가지로 체결되었다. 따라서 이 사건 공사현장의 토석 물량에 따른 위험은 원고가 부담하고, 원고는 공사계약금액 이상의 공사비를 지출하더라도 피고에게 공사대금 증액을 청구하지 않기로 하였다.

(2) 또한 설계도면 작성 전후에 걸쳐 계약단가가 높은 연암의 물량이 증가되기는 하였으나 피고는 원고의 이 사건 공사대금 증액 요청을 거절하였고, 원고는 이를 수용하여 이 사건 공사를 진행한 것이므로, 원고는 피고에게 추가 공사대금을 청구할 수 없다.

(3) 설령 원고가 추가 공사대금을 청구할 수 있다고 하더라도, 이 사건 하도급계약 일반조건 제14조에 의하면 피고는 발주자인 C로부터 증액 받은 범위 내에서만 추가 공사대금 지급의무를 부담하는데, C로부터 공사대금을 증액 받지 못한 이상 피고에게 추가 공사대금 지급의무가 있다고 할 수 없다.

2) 판단 가) 위 기초사실 및 설시증거와 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제16, 17호증의 각 기재에 의해 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 이 사건 공사현장의 토석별 물량 변경은 이 사건 하도급계약의 공사내용 변경에 해당하고 이 사건 하도급계약은 계약의 요소가 된 공사내용이 변경되는 경우 그로 인한 공사대금 변경을 허용하고 있으므로 원고는 토석별 물량 변경에 따른 추가 공사대금을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.

- ① 이 사건 공사는 F를 건축할 부지를 조성하기 위해 토석을 제거, 운반하는 공사이므로 특별한 설계가 필요하지 않고, 제거·운반해야 할 토석의 물량 자체가 곧 이 사건 공사의 내용이 된다.
 - ② 이 사건 하도급계약 체결 이전 피고는 원고에게 이 사건 공사현장에 토사 540,000m³, 풍화암 1,000,000m³, 연암 2,860,000m³가 있다는 내용의 공내역서만을 교부하였고, 원고는 이를 기초로 토석별 각 계약단가를 산정하여 이 사건 하도급계약의 공사대금을 정하였다. 한편 이 사건 하도급계약의 토석별 흙깎기 공정 계약단가는, 토사는 1m³당 475원인 반면 연암은 1m³당 1,710원으로 토사 계약단가의 3배가 넘고, 토사 및 풍화암과는 달리 연암은 화약을 이용해 파쇄 해야 하는 등 그 작업 내용도 상이하여 토석별 물량 변경은 공사내용의 중요한 변경에 해당한다.
 - ③ 더욱이 이 사건 하도급계약 일반조건 제14조는 '피고가 필요하다고 인정하거나 발주자의 요청에 의하여 공사내용을 변경하거나 추가하는 경우에는 변경계약서 등 서면을 사전에 원고에게 교부하여야 하고(제1항), 이에 따른 계약금액의 증감은 C로부터 조정 받은 범위 내에서 원고가 작성한 계약단가에 따라 결정한다(제2항 제1호).'고 규정하여 공사내용 변경 및 그에 따른 공사대금 조정을 예정하고 있다.
 - ④ 피고가 원고에게 이 사건 공사현장의 실제 토석 물량이 기재된 설계도면을 교부한 것은 이 사건 공사가 시작된 이후였는데, 설계도면의 토석별 물량은 기존 공계약서상의 토사 및 풍화암 물량 합계보다 1,283,498m³ 적은 반면, 연암 물량은 1,285,600m³이나 많은 것이었다.
 - ⑤ 그럼에도 피고는 위 설계도면에 따른 공사를 원고에게 요구하였고, 원고는 이에 응하여 이 사건 공사를 계속 수행하였는바, 이에 의하면 이 사건 하도급계약 내용은 설계도면에 기재된 물량의 토석을 제거하는 것으로 변경되었다고 봄이 타당하다(공정거래위원회 역시 이 사건 하도급계약이 공사물량 변경으로 그 내용이 변경되었음을 전제로 피고가 하도급거래 공정화에 관한 법률이 정한 변경 계약서를 발급하지 않은 점에 대해 2016. 1. 4. 시정명령을 하였다).
- 나) 이에 대해 피고는, 이 사건 하도급계약은 총액계약으로 이 사건 공사현장의 토석 물량에 따른 위험은 원고가 부담하기로 하였고, 원고는 설계도면 교부 이후 피고의 공사대금 증액 거절을 수용하여 이 사건 공사를 진행하였으므로 추가 공사대금 청구는 이유 없으며, 발주처인 C로부터 공사대금을 증액 받지 못한 이상 추가 공사대금 지급 의무가 없다고 주장한다.

그러나 갑 제3호증(계약내역서) 기재에 의하면 이 사건 하도급계약의 공사대금은 공계약서상 토석별 물량에 토석별 계약단가를 적용하여 산출된 것이고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 하도급계약상에 공사내용 변경에 따른 공사대금 증감을 예정하고 있는 사정을 더하여 보면, 피고가 주장하는 사정 및 제출 증거만으로는 이 사건 하도급계약을 총액계약이라거나 원고가 이 사건 공사현장의 토석 물량에 대한 위험을 부담하기로 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제6호증 기재에 의하면 원고는 이 사건 공사가 시작된 이후에서야 피고로부터 설계도면을 교부받았고, 2013. 5. 14. 피고에게 연암 물량 증가에 따른 추가 공사대금 지급을 요구한 사실이 있으며, 원고에게 제공된 공계약서 및 설계도면은 이 사건 공사의 발주처인 C의 책임 하에 작성된 것으로서 그 작성 및 내용에 관여하지 않는 원고가 설계도면 등의 변경에 따른 위험부담을 온전히 부담하게 되는 것은 극히 부당하다는 점에 비추어 보더라도 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

또한 갑 제16, 17호증, 을 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 의하면 피고가 C로부터 공사대금을 증액 받지 못하였음을 이유로 하는 피고 주장 역시 받아들이기 어렵다.

- ① 이 사건 원도급계약 제20조 단서는 'C의 귀책사유로 인한 설계변경으로 공사량이 증감된 경우 계약금액을 협의하여 조정한다.'고 규정하고 있다.
- ② 이 사건 공사현장의 실제 토석별 물량에 관해서는 발주자인 C가 (하)수급인에게 제공하여야 한다. C는 이 사건 원도급계약 체결 이후에서야 이 사건 공사현장의 토석 물량을 알 수 있는 설계도면을 작성하였고, 그 설계도면은 피고를 통해 원고에게 교부된 기존의 공계약서와는 그 내용이 크게 달라 이 사건 공사 내용이 그로 인해 변경되었다. 이는 지반조사 등을 통한 정확한 토석 물량을 확인해 주어야 할 C의 귀책사유에 따른 공사량 증가에 해당한다(피고 역시 토석별 물량 변경이 원도급계약 계약금액 조정 사유에 해당한다는 점에 대해서는 명시적으로 다투지 않는다).
- ③ 이 사건 하도급계약 일반조건 제14조에 의하면 이 사건 하도급계약의 공사대금 증액은 발주처인 C로부터 조정 받는 금액에 한정되는데, 발주처와의 공사대금 조정 권한은 그 계약당사자인 피고에게만 있을 뿐 하수급인인 원고에게는 부여되지 않으므로 피고로서는 원고를 위해 C와 사이에

성실하게 공사대금을 조정할 의무를 부담한다. 그럼에도 피고는 C가 공사금액을 증액하지 않아 추가 공사대금을 지급할 수 없다고 주장할 뿐, 피고가 C에 공사대금 증액을 요청한 사실이나 공사대금 증액과 관련하여 C와 성실하게 협의하였다고 인정할 만한 증거를 전혀 제출하지 않고 있다. 따라서 C가 공사대금을 증액하지 않았다는 결과만을 들어 피고가 추가 공사대금 지급의무를 면한다고 단정할 수 없다.

나. 미지급 공사대금 금액

1) 공사대금 산정 방법 이 사건 하도급계약은 토석별 각 계약단가에 물량을 적용하는 방식으로 공사대금을 산정하였고, 설계도면 교부 이후 설계도면에 기재된 물량의 토석을 제거하는 것으로 이 사건 하도급계약 내용이 변경된 사실은 앞서 본 바와 같다. 따라서 원고가 실제 공사한 토석별 물량을 확정하고 여기에 이 사건 하도급계약에서 정한 토석별 계약단가를 적용하는 방식으로 원고의 공사대금을 산정함이 타당하다.

2) 원고 시공 물량 가) 주장의 요지

원고는, 설계도면을 토대로 이 사건 공사에 사용된 전체 화약량 중 원고가 사용한 화약량의 비율을 연암의 전체 수량에 적용하는 방식으로 원고가 시공한 물량을 산정하여야 한다고 주장한다. 이에 대해 피고는, 설계도면상 연암 물량이 실제 시공한 물량과 같지 않다고 주장하며 이 사건 하도급계약 해지 이후 피고가 K 주식회사(이하 'K'라 한다)에 의뢰하여 측량한 결과나 건설공사 표준품셈에 따른 일반발파 방식으로 암석 1㎡를 발파하는 데 필요한 평균 화약량을 기준으로 원고가 시공한 물량을 산정하여야 한다고 다툰다.

나) 판단

(1) 이 사건 공사로 시공된 연암 물량

원고는 설계도면상 연암 물량 4,145,600㎡가 실제 이 사건 공사로 시공된 연암의 물량과 같다는 전제에서 이를 기준으로 원고가 시공한 물량을 산정할 수 있다고 주장하고, 피고는 이에 대해 다투므로 이에 관하여 본다. 갑 제6호증, 을 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 의하면 이 사건 공사로 시공된 연암 물량은 설계도면 기재와 같다고 봄이 타당하고, 반증이 없다.

- ① 발주처인 C는 주식회사 N(이하 'N'라 한다)에 F 건설공사의 토목설계를 용역대금 15억원(부가가치세 별도)에 발주하였고, N는 그 용역을 수행하여 설계도면을 작성하였다.
- ② C는 N가 작성한 설계도면을 토공사인 이 사건 공사 수급인인 피고에게 교부하였고, 이 사건 하도급계약 중도 해지 전까지는 원고가, 해지 이후에는 피고가 설계도면대로 이 사건 공사를 진행하였고 준공이 이루어졌다. 이 사건 공사 과정에서 설계도면의 오류가 지적되거나 설계도면이 변경되었다는 점에 관한 주장 및 증거가 없다.
- ③ 원고는 이 사건 공사를 진행하던 중 2013. 5. 14.경 피고에게 실제 연암 물량에 따른 공사대금 지급을 요구하는 공문을 보냈는데, 그 문서에는 '이 사건 공사현장의 지질 상태가 설계도면과 일치한다.'고 기재되어 있다. 피고는 당시부터 이 법원에 이르기까지 설계도면상 연암 물량이 이 사건 공사로 시공된 연암 물량과 일치하지 않는다는 주장을 한 적이 없다(피고는 설계도면 기재를 기준으로 설계도면 작성 전후에 걸쳐 이 사건 공사로 시공해야 하는 연암 물량이 크게 증가한 사실에 대해 다투지 않을 뿐만 아니라 관련사건에서도 이 사건 공사로 시공된 연암 물량이 설계도면 기재와 같다는 점에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 없다고 정리된 바 있다).
- ④ 이에 대해 피고는, 설계도면상 연암 수량은 추정치에 의한 개략적인 수량일 뿐이고 이 사건 공사현장의 경우 설계도면 기재 전체 연암이 파쇄 되지 않았으므로 설계도면을 기준으로 원고가 시공한 물량을 산출할 수 없다고 주장한다.
- 그러나 을 제66, 67호증만으로 위 설계도면이 지질조사 등을 거치지 않은 채 작성되었다거나 이 사건 공사 진행과정에서 설계도면에 기재된 연암의 일부가 파쇄 되지 않았다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 토목설계 용역업무는 건설기술 진흥법에 따라 수행되는 용역업무로서, 위 법 시행령과 '설계공모, 기본설계 등의 시행 및 설계의 경제성 등 검토에 관한 지침'(국토교통부고시)에 의하면 이 사건 F와 같은 단지조성의 기본 및 실시설계 당시 지표·지질조사 등을 통한 지반조사를 반드시 하도록 규정되어 있는 점(제45조 제1항, 별표3), 피고는 설계도면을 기준으로 이 사건 공사를 완공하여 C로부터 공사대금을 모두 지급받았고, 설계도면 외에 이 사건 공사 완공 여부를 확인할 만한 자료가 없는 사실은 피고 역시 다투지 않고 있는 점, 피고가 객관적인 문건이라고 주장하는 K 작성 보고서에도 이 사건 공사현장의 연암 절토 설계량은 설계도면과 유사한

4,145,602㎡으로 기재되어 있고, K도 이를 기준으로 원고의 시공량과 잔여량을 측량한 것으로 보이는 사실 등을 종합하면, 설계도면상의 연암 물량이 이 사건 공사현장 및 실제 시공한 연암 물량과 다르다는 피고 주장은 받아들이기 어렵다.

또한 피고는, 피고와 C 사이에 진행되었던 공사대금 청구 소송에서 C는 '재배사 유효 작업공간 미확보' 등 이 사건 공사의 하자를 주장하였는데, 이는 이 사건 공사현장의 전체 연암이 파쇄 되지 않았다는 반증이라고 주장한다(2019. 4. 2.자 준비서면 17쪽). 그러나 피고가 주장하는 사정 및 제출 증거만으로 C가 주장한 이 사건 공사의 하자가 설계도면상 파쇄하기로 한 연암이 일부 파쇄 되지 않아 발생한 것으로 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 피고는 2019. 5. 22.자 준비서면에서, 원고가 흙쌓기 공사를 제대로 수행하지 않아 이 사건 공사현장이 침하되고 재배사 유효 작업공간이 확보되지 않은 하자가 발생하였다고 주장하기도 하는바, 위와 같은 하자를 근거로 연암 일부가 절토되지 않았다고도 볼 수 없다). 따라서 이 사건 공사 완공 사실에도 불구하고 설계도면 기재 연암 일부가 절토되지 않았다는 피고의 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) K 작성 보고서(갑 제24호증, 을 제13호증) 신빙성

피고는, K가 이 사건 하도급계약 해지 이후 기시공된 토공사 수량을 실측하여 보고서를 작성하였으므로 이는 객관적인 자료에 해당하고, 그 보고서에 의하면 원고가 시공한 물량은 토사 53,368㎡, 풍화암 27,664㎡, 연암 2,908,969㎡ 등 합계 2,990,001㎡이므로 이를 기준으로 공사대금이 산정되어야 한다고 주장한다.

그러나 갑 제2 내지 4, 11, 12, 21, 23, 25, 27호증, 을 제5, 14, 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면 K 작성 보고서는 이를 그대로 믿기 어렵다.

① 피고는 이 사건 하도급계약 해지 이후 원고와 협의 없이 일방적으로 K를 측량업체로 선정하였는바, 법원이 선정한 감정인과 달리 그 전문성과 선정과정에서 공정성 및 그 측량결과의 객관성을 담보할 만한 자료가 없다['감정인 등 선정 및 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재판예규)'에 의하면 법원행정처장은 매년 일정한 자격과 결격사유에 해당하지 않은 사람 중 적절하다고 판단되는 사람을 감정인 명단에 등재하고(제4조의2, 제5조), 법원은 전산프로그램에 의해 무작위로 감정인을

선정함을 원칙으로 한다(제4조). 또한 민사소송법과 민사소송규칙에 의하면, 당사자는 법원이 선정한 감정인에 대해 기피신청을 하거나 감정인에게 필요한 자료를 제공할 수 있고 감정진술에 관해 의견진술기회가 있으며(법 제336조, 규칙 제101조의2, 3), 법원에서 선정된 감정인은 거짓 감정의 경우 그에 따른 제재를 받고(법 제338조), 감정사항을 다른 사람에게 위임할 수 없다(법 제355조의2)].

② K는, 원고가 2013. 6. 12.까지 합계 2,990,001m²의 토석을 절토하고, 이를 이용하여 4,388,218m²의 성토 공사를 시공하였다고 보고서에 기재하였는데 이는 원고가 절토한 물량 대비 약 146%에 해당하는 물량을 성토하였다는 것을 의미한다.

그런데 절토 물량과 성토 물량 사이에 차이가 있으면 그 차이에 따라 추가 성토 또는 추가 사토 비용이 발생하게 되어 공사비가 증액되므로, 대부분의 토공사는 절토한 토석만으로 성토 물량을 채울 수 있도록 계획고(절토 및 성토하고자 하는 높이)를 설계하는 것이 일반적이다. 이 사건 공사 역시 하도급계약 체결 당시 피고가 교부한 공내역서에 의하면 절토 물량은 4,400,000m²(= 토사 540,000m² + 풍화암 1,000,000m² + 연암 2,860,000m²)인데 반해, 성토 물량은 4,424,753m²(= 다짐도 95% 5,753m², 다짐도 90% 19,000m² + 토사 540,000m² + 풍화암 1,000,000m² + 연암 2,860,000m²)이고, 설계도면 역시 이 사건 공사현장 각 공구의 절토량과 성토량을 아래 표 기재와 같이 기재하여 절토량 합계 4,402,102m²과 성토량 합계 5,026,023m²이 크게 차이나지 않는다(이 사건 공사는 1공구부터 3공구까지의 토공사를 내용으로 한다).

1공구	절토	36,787	3,862	696,319	736,968
성토	다짐도 95%2,377	다짐도 90%220,389	비다짐619,220	841,986	
2공구	절토	108,155	28,346	2,235,460	2,371,961
성토	다짐도 95%-	다짐도 90%302,524	비다짐2,407,088	2,709,612	
3공구	절토	79,352	-	1,213,821	1,293,173
성토	다짐도 95%520	다짐도 90%425,168	비다짐1,048,737	1,474,425	

또한 원고는 성토를 위한 토사 매입비용을 애초 이 사건 하도급계약의 공사대금에 포함시킨 적이

없고, 실제로 이 사건 공사를 진행하면서 외부에서 토사를 매입하거나 피고에게 토사 매입비용을 기성공사대금으로 청구한 사실도 없다[피고가 원고의 기성공사대금 내역으로 작성한 을 제18호증(정산내역서) 기재에도 그와 같은 토사 매입비용은 포함되어 있지 아니하다. 오히려 피고는 위 자료에서 원고가 시공한 흙깎기(절토) 공사 물량을 K 측량보고서 기재와 마찬가지로 2,990,001m²로 작성하면서도, 흙쌓기(성토) 공사 물량은 위 보고서와 달리 흙깎기 물량과 똑같이 작성하기도 하였다].

③ 이에 대해 피고는, 모든 종류의 토석은 '자연상태와 흐트러진 상태, 그리고 다져진 상태'에서의 체적(부피)이 모두 다르고 원고는 하도급계약 해지 전까지 다짐작업 없이 토석을 부리는 방법으로 비다짐 성토를 하였으므로, 원고가 절토한 물량(자연상태 토량)에 건설공사 표준품셈에 따른 체적변화율 L값(= 흐트러진 상태의 토량 : 자연상태의 토량)인 1.30~1.50을 적용하면 K가 측량한 성토 물량과 유사한 결과가 나오므로, 절토 물량에 비해 성토 물량이 많다는 이유로 K 작성 보고서를 믿을 수 있다고 다툰다.

그러나 K는 관련사건에서 '이 사건 공사현장의 원 지반상태 및 당시 지반에 대한 평면위치를 종·횡단으로 측량하여 이를 토대로 작업 물량을 측정하고 보고서를 작성하였다.'고 회신하였고, 갑 제24호증 기재에 의하더라도 K는 운반상태의 토량(흐트러진 상태)이 아니라 다져진 상태의 토량을 측량한 것으로 보인다. 더욱이 이 사건 하도급계약상 원고가 수행하기로 한 흙쌓기 품명은 '단지정리 및 다짐'이고, 피고 스스로도 성토 물량은 다짐상태 체적을 기준으로 측정함을 인정하고 있는 점(이는 건설공사 표준품셈의 규정과도 일치한다), 피고 또한 을 제18호증(정산내역서)을 작성하면서 다짐상태의 체적변화율 C값(= 다져진 상태의 토량 ÷ 자연상태의 토량)을 1.0으로 적용하여 K 보고서와 달리 원고의 성토 물량을 절토 물량과 같게 기재한 것으로 보이는 사실을 종합하면, K 보고서상 성토 물량은 다짐상태의 체적을 기준으로 작성된 것으로 봄이 타당하므로 이에 반하는 피고 주장은 이유 없다. 설령 피고 주장대로 K가 성토 물량으로 기재한 토량이 운반상태의 체적을 기준으로 하였다 하더라도, 이 사건 공사에 대한 공내역서 및 설계도면에 의하면 그 체적변화율 L값은 아래 표 기재와 같이 피고가 주장하는 표준품셈의 1.30~1.50에 현저히 미치지 못하는 사실이 인정되므로 피고 주장은 여러모로 받아들이기 어렵다(표준품셈은 보편적이고 일반적으로 적용될 수 있는 사항을

기재한 일종의 통계적 자료에 불과하므로 모든 공사현장에서 표준품셈이 정한 수치가 적용되는 것이 아니다).

공내역서	흙깎기 공사	540,000	1,000,000	2,860,000	4,400,000	1.083
흙운반 공사	452,000	1,120,000	3,192,000	4,764,000		
설계도면	흙깎기 공사	224,294	32,208	4,145,600	4,402,102	1.142
흙운반 공사	224,294	34,624	4,766,440	5,025,358		

④ 또한 피고는, 건설공사 표준품셈에 따르면 암석 1m³당 0.31kg 화약이 사용되므로 원고가 이 사건 공사현장에서 사용한 화약량을 표준품셈에 따른 화약량으로 나누면 K 보고서상 절토 물량 2,990,001m³와 유사한 2,887,490m³로 산정되므로 결국 K 보고서는 믿을만하다고 주장한다. 그러나 건설공사 표준품셈의 사용 화약량을 기준으로 한 시공 물량 산정은 아래와 같은 이유로 이 사건에 그대로 적용하기 적절하지 않다고 봄이 타당하므로, 표준품셈을 적용한 시공 물량 수치와 유사하다는 이유로 K 보고서를 채택할 수는 없다.

㉠ 표준품셈은 정부 등 공공기관이 시행하는 건설공사의 적정한 예정가격 산정을 위한 기준을 제시하기 위해 만들어진 것으로, 이에 해당되지 않은 건설공사나 해당되는 공사라도 개별계약의 특수성 및 당사자 간 합의가 있다면 적용하지 않을 수 있다.

㉡ 표준품셈에 의하면 한 번의 발파로 파쇄 되는 암석량이 서로 다른 일반발파(TYPE-V)와 대규모발파(TYPE-VI) 모두 1m³당 0.31kg의 폭약이 사용되는 것으로 기재되어 있는바, 피고 주장대로 표준품셈의 사용 화약량을 기준으로 시공 물량을 산출하면 일반발파와 대규모발파를 불문하고 모두 같은 물량의 암석을 발파한 것이 되어 이는 논리적으로 모순된다.

㉢ 또한 동량의 화약을 사용하더라도 암석의 종류에 따라 파쇄 물량은 달라질 수밖에 없는데, 표준품셈은 이와 같은 암석의 강도 등 그 종류에 대한 구별 없이 평균 화약 사용량을 제시한 것이어서 이 사건 공사현장의 연암 발파에 필요한 화약량이 이와 같다고 단정하기 어렵다.

㉣ 관련사건 감정인 역시 '표준품셈은 이 사건 공사현장 여건을 고려하지 않은 보편적인 데이터를 제기한 자료에 불과하다.'는 취지의 감정의견을 밝히기도 하였다.

㊤ 원, 피고가 이 사건 공사현장에서 실제 사용한 각 화약량을 기준으로 표준품셈을 적용할 경우, 원고는 전체 화약량 중 83.78%(소수점 이하 셋째 자리 반올림, 이하 같다)에 해당하는 화약 895,122kg을 사용하여 설계도면 기준 전체 시공 연암 4,145,600㎥ 중 69.65%에 불과한 2,887,490㎥의 연암을 파쇄 하였다는 결론에 이른다(이에 반해 피고는 전체 화약량 중 16.22%에 해당하는 화약 173,307kg만을 사용하여 나머지 30.35%에 이르는 연암을 파쇄한 결론이 된다). 그런데 피고가 이 사건 하도급계약 중도 해지 이후 원고가 고용했던 화약팀을 그대로 투입하여 원고와 같은 발파방식으로 이 사건 공사를 완료한 이상 같은 현장에서 같은 방식으로 암석 파쇄 작업을 한 원, 피고가 사용한 화약량 대비 시공 물량 비율이 이와 같이 다르다고 볼 만한 합리적인 이유가 없는 한, 결국 표준품셈을 통한 이 사건 공사의 시공 물량 산출은 적정한 것으로 보기 어렵다.

(3) 원고가 시공한 물량(설계도면 연암 물량대비 사용 화약량 비율)

원고가 시공한 물량에 대한 당사자 주장이 서로 다르고, 원고가 작성한 을 제5호증(기성청구서)은 이 사건 하도급계약 중도 해지시가 아닌 2013. 5. 15.까지 시공한 물량에 대한 것인데다가 전체 시공 물량 중 공내역서상 토사와 풍화암 해당 물량을 제외한 나머지 시공물량을 연암 물량으로 산정한 것으로 토석별 시공물량을 정확히 반영하고 있지 않으며, 피고가 작성한 을 제18호증(정산내역서) 역시 K 보고서를 기준으로 절토 물량을 산정한 것이어서 이를 모두 믿기 어렵다(관련사건의 감정인도 '이 사건 공사현장에서 원고가 시공한 물량을 산정하기 위한 명확한 근거자료가 없다.'고 밝히며 원고가 작성한 기성청구서 및 피고가 제출한 K 보고서를 기준으로 시공 물량을 각 산출한 바 있다). 그런데 이 사건 공사현장의 토석별 시공물량은 설계도면 기재와 같음은 앞서 본 바와 같고, 원고가 토사와 풍화암 절토작업을 완성하였으며 연암 절토작업 중 이 사건 하도급계약이 중도 해지된 사실, 또한 토사와 풍화암을 제외한 연암 절토작업은 예외 없이 화약이 사용된 사실, 피고는 이 사건 하도급계약 중도 해지 이후 원고가 고용했던 화약팀을 그대로 투입하여 원고와 같은 발파방식으로 이 사건 공사를 완료하였고, 원, 피고는 각자 관계 법령에 따라 이 사건 공사현장 관할경찰서에 실제 사용한 화약량을 보고한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 따라서 원고가 시공한 물량 산정방법에 있어 원, 피고가 사용한 화약량과 이 사건 공사의 연암 전체 물량을 비교하여 원고가 시공한 연암 물량을 산출하는 것이 보다 객관적이고 합리적이다.

원고가 사용한 화약량에 관하여 보건대, 갑 제12호증, 을 제19호증의 각 기재에 의하면 이 사건 공사에서 원, 피고가 사용한 화약은 895,122kg과 173,307kg인 사실이 인정된다. 이에 대해 피고는, 원고가 이 사건 공사를 중단한 시점은 2013. 6. 5.이므로, 원고가 2013년 6월 사용한 것으로 신고한 화약량 일부는 피고가 사용한 것이라고 주장한다. 그러나 갑 제9, 12호증, 을 제15, 19호증의 각 기재에 의하면 피고가 2013. 6. 10. 원고에게 내용증명 우편을 통해 원고가 2013. 6. 7.부터 공사를 중단하였다고 주장하며 2013. 6. 11.까지 공사 이행을 최고하였고, 이를 이행하지 않을 경우 2013. 6. 12.자로 이 사건 하도급계약을 해지하겠다고 통지한 바 있는 사실, 원고는 2013. 4. 3.부터 2013. 6. 12.까지 총 4차례 영월경찰서에 이 사건 공사현장에서 2013년 3월부터 6월까지 이미 사용한 폭약과 뇌관의 수량을 신고하였고, 그 신고내용 중에는 원고의 화약 사용종료 예정일자가 2013. 6. 15.로 표시된 사실이 인정되고, 달리 반증이 없다. 여기에 아래에서 보는 바와 같이 당시 시행중이던 구 총포·도검·화약류 등 단속법(2014. 11. 19. 법률 제12844호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 및 그 시행령, 시행규칙에 의하면 화약은 그 사용자가 관할 경찰서장에 허가를 받고 화약 사용상황을 매월 보고하는 방식으로 엄격하게 관리하는 위험물질인 사정을 더하여 보면, 위 신고 내용과 달리 원고가 사용하였다고 신고한 화약 일부를 실제로는 피고가 사용하였다고 보기 어렵다. 따라서 사용 화약량에 대한 피고 주장은 이유 없다.

○ 구 총포·도검·화약류 등 단속법

제18조(화약류의 사용)

① 화약류를 발파 또는 연소시키려는 사람은 안전행정부령이 정하는 바에 의하여 화약류의 사용지를 관할하는 경찰서장의 화약류의 사용허가를 받아야 한다.

○ 구 총포·도검·화약류 등 단속법 시행령(2013. 10. 10. 대통령령 제24789호로 개정되기 전의 것)

제71조(제조·판매·사용보고)

총포·도검·화약류·분사기·전가충격기·석공의 제조업자 및 판매업자와 화약류 사용자는 매월의 제조, 판매 또는 사용상황을 다음 달 7일까지 관할경찰서장을 거쳐 허가관청에 보고하여야 한다.

○ 구 총포·도검·화약류 등 단속법 시행규칙(2013. 10. 22. 안전행정부령 제20호로 개정되기 전의 것)

제55조(제조·판매·사용상황의 보고) 영 제71조의 규정에 의한

총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 제조·판매 또는 사용상황의 보고는 별지 제30호 서식의 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 제조·판매 또는 사용상황 보고서에 의한다.

[별표 30호]

3. 화약류사용현황

--	--	--	--	--	--

결국, 이 사건 공사현장의 연암 절토작업에 사용된 총 화약은 1,068,429kg(= 원고 사용 화약 895,122kg + 피고 사용 화약 173,307kg), 원고는 전체 화약량 중 약 83.78%에 해당하는 895,122kg를 사용하여 연암 절토작업을 한 사실, 이 사건 공사에서 절토된 연암의 물량은 설계도면 기재와 같이 합계 4,145,600m³인 사실은 앞서 본 바와 같고, 이에 의하면 원고는 이 사건 공사현장에서 토사 224,294m³, 풍화암 32,209m³ 및 전체 화약 사용량 대비 원고가 사용한 화약량 비율에 따라 산정한 연암 3,473,183m³(= 전체 연암 시공 물량 4,145,600m³ × 83.78%)의 범위에 드는 것으로 관련 사건의 감정보완회신서(갑 제26호증) 기재와 같이 연암 3,473,153m³를 시공한 것으로 인정함이 타당하다.

3) 미지급 공사대금 가) 갑 제26호증 기재에 의하면 앞서 본 원고 시공 물량에 각 토석별 계약단가를 적용하여 공사대금을 산정하면 그 공사대금은 13,226,419,848원인 사실이 인정되고, 여기에 원고가 이 사건 공사대금으로 직접 또는 원고의 채권자들을 통해 합계 9,099,463,395원을 이미 지급받은 사실 및 이 사건 공사대금 채권 중 2,112,130,290원(2013. 6. 5. H 1,100,000,000원, 2013. 6. 14. I 1,012,130,290원)을 제3자에게 양도한 사실은 원고가 자인하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 2,014,826,163원(= 13,226,419,848원 - 9,099,463,395원 - 2,112,130,290원)과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[원고는 2019. 11. 15.자 준비서면에서 피고의 요구에 따른 추가공사 공사대금 98,380,000원을 예비적 청구원인으로 추가하였으나, 원고의 주위적 청구원인에 따른 공사대금 청구를 받아들이는 이상 이에 관해 따로

나아가 판단하지 않는다).

나) 이에 대해 피고는, 관련사건에서 원고가 합자회사 B의 무한책임사원이었던 L(피고의 대표이사)을 상대로 이 사건 공사대금의 지급을 청구하였으나 원고가 피고로부터 지급받을 공사대금이 남아 있지 않다는 이유로 원고의 청구가 기각되었고 그 판결은 그대로 확정되었으므로, 관련사건의 확정판결에 반하여 원고에게 공사대금채권이 있다고 판단할 수 없다는 취지로 주장한다.

민사재판에 있어서 이미 확정된 다른 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없으나(대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다25185 판결 등 참조), 관련사건 판결은 이 법원이 앞서 본 바와 같이 믿기 어렵다고 판단한 K 측량보고서를 근거로 원고의 공사대금을 산정하였던 것이므로, 이 법원이 K 보고서를 배척하고 화약량을 기준으로 원고가 시공한 물량 및 그 공사대금을 인정하는 것이 관련사건의 확정판결 효력에 반한다고 할 수 없다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

3. 상계 주장에 관한 판단

가. 주장의 요지

피고는 원고에 대한 아래의 채권을 자동채권으로 하여 원고의 공사대금 채권과 그 대등액에서 상계를 주장한다(피고의 상계 의사표시가 담긴 2018. 5. 29.자 준비서면은 같은 날 원고에게 송달되었다).

- ① 피고가 원고를 대신하여 장비업체에 지급한 장비대금 1,486,300,250원의 구상금채권
- ② 원고가 이 사건 하도급계약의 이행을 중단함으로 인해 이 사건 공사가 지연되었고, 그로 인해 원고가 발주처인 C에 부담하게 된 지체상금 514,200,000원(2020. 1. 14.자 준비서면으로 주장하는 지체상금 내용이 변경되었다)
- ③ 원고가 시공한 부분의 하자로 인한 5,197,981,000원의 손해배상채권

나. 구상금채권 존부 및 상계

1) 구상금채권 성립 여부 가) 위 인정사실 및 갑 제31 내지 36호증, 을 제6, 20 내지 62, 72호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 이 사건 하도급계약의 계약특수조건으로 피고는 원고에게 부담하는 공사대금 범위 내에서 이 사건 공사와 관련된 원고의 제3자에 대한 채무를 대위변제할 수 있고, 이에 대해 원고는 이의를 제기할 수 없다고 합의한 사실, ② 원고는 이 사건 공사를 위해

장비업체들과 장비사용계약을 체결하였고, 장비업체들은 2013. 5. 1.부터 2013. 6. 6.까지 이 사건 공사현장에서 발생한 장비대금(구체적인 장비내역 및 기간은 별지1 표 기재와 같다)을 피고에게 청구한 사실, ③ 이에 피고는 2013. 7. 3.부터 2013. 9. 13.까지 별지2 장비대금 지급내역 표 기재와 같이 계좌이체나 어음 및 외상매출채권 발행 형식으로 장비대금을 지급하여 부가가치세를 제외한 금액 합계 1,351,182,050원을 지급한 사실이 인정된다. 이에 의하면 피고는 원고에게 장비업체들에 지급한 위 장비대금 합계 1,351,182,050원에 대해 구상금채권을 갖는다[피고는 피고가 위 장비업체에 실제 지급한 부가가치세 포함 1,486,300,250원 전액에 대해 상계를 주장한다. 그러나 수급인의 도급공사상 하자로 인하여 그 하자보수를 요하는 경우에 도급인이 부가가치세법상의 납세의무자인 사업자로서 그 하자보수가 자기의 사업을 위하여 사용되었거나 사용될 용역의 공급에 해당하는 때에는 그 하자보수에 소요되는 부가가치세는 부가가치세법상의 매입세액에 해당되는 것이어서 도급인이 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있으므로 위 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담으로 돌아가지 않게 되어, 이러한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 도급인이 수급인에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 없다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다47328 판결 등 참조). 이와 같은 법리는 도급인이 도급계약에 근거하여 하수급인이나 제3자의 수급인에 대한 채무를 대위변제함에 따라 수급인에게 구상금채권을 갖게 되는 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 따라서 피고가 위 장비업체에 지급한 돈 중 부가가치세 상당 금액은 구상금채권으로 인정할 수 없다].

나) 이에 대해 원고는, 위 장비업체가 실제 장비대금 상당의 채권을 가지고 있었음을 인정할 증거가 없고, 설령 장비업체의 장비대금 채권을 인정한다 하더라도 피고가 장비업체들에 지급한 장비대금은 원고가 지급받았음을 자인하여 미지급 공사대금에서 공제한 바 있는 9,099,463,395원에 포함되어 있으므로 위 장비대금 상당의 구상금채권을 인정할 수 없다고 주장한다.

그러나 별지1 표 기재 각 증거들에 의하면 해당 장비업체들은 이 사건 공사현장에 장비를 투입하여 작업을 진행한 업체들로서 원고에 대해 장비대금 채권을 취득한 사실이 넉넉히 인정되고(원고가 제출한 장비임대차계약서와 작업일보 등 작업기록에 의하더라도 원고와 위 장비업체들과의 계약 사실, 장비업체의 작업 진행사실이 인정된다) 달리 반증이 없다. 또한 갑 제10호증, 을 제6호증의 각

기재에 의하면 원고가 지급받았음을 자인한 공사대금 9,099,463,395원은 피고가 2018. 9. 3.자 준비서면을 통해 원고의 재하수급인에게 지급하였다고 주장한 공사대금 등인데, 이는 피고가 2013. 6. 6.까지 원고의 채권자들에게 지급한 돈과 2013. 6. 14.까지 원고에게 지급한 돈에 한정되는 것이어서 2013. 7. 3. 이후에 지급한 별지2 표 기재 장비대금은 이에 포함되지 않음이 명백하다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

2) 상계적상 및 상계의 효과 가) 민법 제492조 제1항의 상계적상으로서의 '채무의 이행기가 도래한 때'라 함은 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하는 것으로 이행기의 정함이 없는 채권은 그 성립과 동시에 변제기가 도래한다. 원고의 공사대금 채권은 이 사건 하도급계약이 중도 해지된 2013. 6. 12. 그 이행기가 도래하였다고 할 것이고, 피고의 구상금채권은 이 사건 하도급계약 중도 해지일 이후로 피고가 장비업체에 장비대금을 실제 지급한 날에 이행기가 도래하였으므로 원고의 공사대금채권과 피고의 구상금채권은 구상금채권 성립일에 상계적상에 있었다 할 것이다.

나) 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. 한편 상계의 경우에도 민법 제499조에 의하여 민법 제476조, 제477조에 규정된 변제충당의 법리가 준용된다. 따라서 여러 개의 자동채권이 있고 수동채권의 원리금이 자동채권의 원리금 합계에 미치지 못하는 경우에는 우선 자동채권의 채권자가 상계의 대상이 되는 자동채권을 지정할 수 있고, 다음으로 자동채권의 채무자가 이를 지정할 수 있으며, 양 당사자가 모두 지정하지 아니한 때에는 법정변제충당의 방법으로 상계충당이 이루어지게 된다. 그런데 상계를 주장하면 그것이 받아들여지든 아니든 상계하자고 대항한 액수에 대하여 기판력이 생긴다(민사소송법 제216조 제2항). 따라서 여러 개의 자동채권이 있는 경우에 법원으로서도 그중 어느 자동채권에 대하여 어느 범위에서 상계의 기판력이 미치는지 판결 이유 자체로 당사자가 분명하게 알 수 있을 정도까지는 밝혀 주어야 한다. 그러므로 상계항변이 이유 있는 경우에는, 상계에 의하여 소멸되는 채권의 금액을 일일이 계산할 것까지는 없다고 하더라도, 최소한 상계충당이 지정충당에 의하게 되는지 법정충당에 의하게 되는지 여부를 밝히고, 지정충당이 되는 경우라면 어느 자동채권이 우선 충당되는지를

특정하여야 할 것이며, 자동채권으로 이자나 지연손해금채권이 함께 주장되는 경우에는 그
기산일이나 이율 등도 구체적으로 특정해 주어야 할 것이다(대법원 2013. 2. 28. 선고
2012다94155 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보건대, 기록에 의하면 피고는 원고의 공사대금채권 원금과 구상금채권 원금과의
상계를 주장하고 있음이 명백하고, 원고 역시 피고의 구상금을 원고에 대한 공사대금채권 원금에서
공제하는 데 이의가 없으므로(2019. 8. 23.자 준비서면 및 이 법원 제5회 변론기일에서의 진술)

피고의 구상금채권은 공사대금채권 원금과 대등액 범위 내에서 상계로 소멸한다고 봄이 타당하다.

다) 한편, 원고의 청구가 일부 청구인 경우에 피고가 반대채권으로 상계함에 있어서는 원고가 구하는
금전채권 전액에서 상계를 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 아니할 경우에는 그 잔액을 인용할
것이고 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하는 것이 일부
청구를 하는 당사자의 통상적인 의사라 할 것이다(대법원 1984. 3. 27. 선고 83다323, 83다카1037
판결 등 참조).

원고는 피고에게 2,014,826,163원의 미지급 공사대금채권이 있다고 주장하면서도 다만 이 사건
소를 통해서는 그 일부인 청구취지 금액만을 청구하고 있는바, 위 법리 및 앞서 인정한 바에 따라
원고의 공사대금채권 2,014,826,163원에서 피고의 구상금채권 원금 1,351,182,050원을 상계하면
결국 피고는 원고에게 663,644,113원(= 2,014,826,163원 - 1,351,182,050원)과 이에 대한
지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 지체상금채권 존부 및 상계

1) 지체상금채권 성립 및 금액 가) 피고의 지체상금 주장에 대해 원고는, ① 피고의 주장과 같이 이
사건 공사의 연암 물량을 공내역서 기재대로 2,860,000㎡로 산정할 경우 원고는 이 사건 공사 중단
이전 이미 위 물량에 대한 공사를 완료하였으므로 공사를 지체한 것으로 볼 수 없고, ② 이 사건
공사가 지체된 것은 원고의 공사 중단 이후 피고가 이를 직영 방식으로 진행하는 과정에서 피고의
시공경험 부족으로 인한 것이거나 설계도면 작성으로 연암 물량이 크게 증가함에 따라 이 사건 공사의
공사기간은 당초보다 연장될 수밖에 없었으므로 이는 원고의 책임에 속하지 않는 사유로 공사기간이
연장된 경우에 해당하며, ③ 연암 물량 증가는 이 사건 원도급계약 제23, 31조가 정한 공사기간 연장

및 지체상금 면책사유에 해당하므로 결국 원고에게 지체책임이 없다고 주장한다.

그러나 앞서 본 인정사실 및 설시증거에 의해 인정되는 다음과 같은 사정에 의하면 원고가 이 사건 공사를 중단함으로 인해 이 사건 공사의 완공이 지연된 것으로 봄이 타당하고, 원고는 공사중단으로 인한 지연으로 볼 수 있는 상당한 일수에 해당하는 지체상금을 피고에게 지급할 의무가 있다.

① 설계도면 교부 이후 설계도면에 기재된 물량의 토석을 제거하는 것으로 이 사건 하도급계약 내용이 변경되었음은 앞서 본 바와 같으므로 공내역서에 기재된 연암 물량을 기준으로 이 사건 공사를 완공하였다는 원고 주장은 받아들이기 어렵다.

② 이 사건 하도급계약은 공사기간을 2013. 2. 18.부터 2013. 5. 15.까지(이후 2013. 6. 15.로 변경되었다)로 정하여 체결되었는데, 원고는 2013. 2. 18.경부터 이 사건 공사를 진행하다가 이 사건 하도급계약이 중도 해지된 2013. 6. 12. 이전 공사를 중단하고, 피고의 공사진행 촉구에도 불구하고 공사를 재개하지 않았다. 원고의 공사 중단으로 피고가 이 사건 공사를 직접 진행하였으나 이 사건 공사는 약정기한인 2013. 6. 15.을 넘긴 2013. 10. 22.에서야 완공되었다.

③ 원고는 연암 물량 증가로 인해 이 사건 공사기간이 당초 약정보다 연장될 수밖에 없었다고 주장하나, 원고와 피고 사이에 공사기간 연장에 관한 합의가 이루어졌음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상 물량 증가만으로 지체책임을 면할 수 없다. 더욱이 원고의 지체책임은 이 사건 공사를 중단한 사정에 기인한 것이므로 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

④ 또한 원고는 연암 물량 증가로 인해 이 사건 공사가 지연된 것이므로 이는 이 사건 하도급계약이 정한 원고의 책임에 속하지 않는 사유로 공사가 지체된 경우이거나 이 사건 원도급계약이 정한 지체상금 면책사유에 해당한다고 주장한다. 살피건대 이 사건 하도급계약 계약일반조건 제23조는 원고가 예정 시공일을 준수하지 못하였을 때에는 이행지체에 따른 책임을 부담하되, 원고의 책임에 속하지 아니하는 사유로 공사가 지체되었다고 인정되는 경우에는 예외적으로 해당일수에 상당한 일수를 지체일수에 산입하지 않는다고 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 약정기한을 넘기도록 이행을 완료하지 못한 경우 채무자가 스스로 그와 같은 채무불이행에 관하여 자신에게 귀책사유가 없음을 증명하여야 한다는 법리와 동일하다. 그런데 원고의 지체책임은 이 사건 공사 중단에 따른 준공 지연을 원인으로 하는 것임은 앞서 본 바와 같고, 원고가 제출한 증거만으로는 물량 증가가 공사

중단에 대한 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 없으므로 원고의 면책을 인정하기 어렵다.

나) 나아가 원고가 부담하는 지체상금의 액수에 관하여 보건대, 앞서 본 인정사실 및 설시증거와 을 제2, 70, 71호증의 각 기재를 종합하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 의하면 원고는 피고에게 지체상금으로 9,264,387원을 부담한다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 하도급계약 제23조 제1항은 '을(원고)이 각 공구별 예정공정표상 납기기준일을 준수하지 못하였을 때에는 발주처(C)로부터 적용받는 손해배상금을 갑(피고)에게 현금으로 납부한다.'고 규정하여 이 사건 하도급계약의 지체상금을 피고가 C에 대해 부담하는 공사지연에 따른 손해배상금과 같은 금액으로 정하였다(원고는 위 규정이 피고의 지체상금 부담을 원고에게 전가한 것이어서 그 자체로 부당하다고 주장하나, 피고가 발주처에 부담하는 지체상금 전액이 아닌 원고의 공사 중단으로 인한 지연 기간에 대해서만 지체상금 책임을 인정하는 것으로 해석하는 한 위 규정이 부당하다고 할 수 없으므로 위 주장은 받아들이지 아니한다).

② 이 사건 원도급계약 제46조 제1, 3항에 의하면 준공지연의 경우 피고는 C에 준공 지연기간 동안의 전력매출 손실액[= 미준공 용량(MW) × 1년차 최저보장 발전시간(H) × 준공지연일수 × 준공지연기간 동안의 일 평균 SMP(원/kWH) × 1.05 × 1,000]을 배상하도록 약정하였다. 이 사건 발전소 공사는 2013. 12. 28. 완공되었는데, 이 사건 원도급계약의 공사기한 다음 날인 2013. 7. 1.부터 완공일인 2013. 12. 28.까지 총 181일간의 전력매출손실금은 4,107,520,242원이다.

③ 한편 피고와 C는 2014. 8. 5. 지체상금과 관련하여, 피고가 C에 대해 갖는 공사대금 중 1,714,000,000원을 지체상금 명목으로 유보하되, 피고와 이 사건 발전소 공사를 공동으로 수급한 주식회사 O(이하 'O'라 한다)가 C를 상대로 제기한 소송(서울중앙지방법원 2014가합22685)에서 결정되는 지체상금 중 피고의 공사지분인 17.01%에 해당하는 금원 중 50%를 지체상금으로 공사대금에서 상계하기로 합의하였다.

④ O가 C를 상대로 제기한 소송에서는 O의 지체상금이 1,232,256,072원으로 확정되었고, 이후 피고가 C를 상대로 제기한 공사대금 청구사건(서울중앙지방법원 2019가합501756)에서는 피고가 C에 부담하는 지체상금이 104,803,378원(= 1,232,256,072원 × 17.01% × 50%, 원 이하 버림)으로서 이를 상계한 나머지 금액 중 피고가 구하는 금원이 피고의 C에 대한 공사대금 채권으로

인정되었다(위 판결은 2019. 9. 7. 확정되었다).

⑤ 수급인이 완공기한 내에 공사를 완성하지 못한 채 공사를 중단하고 계약이 해제된 결과 완공이 지연된 경우에 있어서 지체상금은 약정 준공일 다음 날부터 발생하되 그 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 공사도급계약을 해제할 수 있었을 때(실제로 해제한 때가 아니다)부터 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 공사를 완성할 수 있었던 시점까지이다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다39511 판결 등 참조).

⑥ 위 법리에 비추어 앞서 본 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 하도급계약이 정한 공사시작일은 2013. 2. 18.이나 연암 파쇄 이전 토사와 풍화암 파쇄작업이 먼저 이루어졌던 점, 영월경찰서에 신고된 내역에 의하더라도 연암 파쇄에 필요한 화약은 2014. 3.에서야 비로소 사용되기 시작하였고, 3~5월 동안 사용 화약량이 크게 차이나지 않는 점, 한편 원고와 장비 사용계약을 체결한 장비업체들이 2013. 6. 6.까지 이 사건 공사현장에서 작업을 하였던 점, 이 사건 하도급계약은 2013. 6. 12. 해지되었고 원고는 같은 날에서야 이 사건 현장에서 6월에 사용한 화약량을 경찰서에 신고하였던 점 등에 비추어 보면, 원고가 이 사건 공사현장에서 연암 파쇄 시공을 한 기간은 2013. 3. 1.부터 이 사건 하도급계약이 중도 해지되기 전날인 2013. 6. 11.까지 총 103일간으로 봄이 타당하다. 이에 의하면 원고의 공사 중단 이후 이 사건 공사현장에 남아 있던 연암 물량(16.22%)을 시공하는 데 필요한 상당한 기간은 20일($= 103\text{일} \times 16.22\% \div 83.78\%$, 소수점 이하 올림, 원고와 피고가 이 사건 공사현장에서 각 사용한 화약량 895,122kg, 173,307kg을 기준으로 계산하더라도 결과는 이와 같다)로서 원고가 공사를 중단하지 않았다면 2013. 7. 1. 이 사건 공사를 완료할 수 있었을 것으로 추정된다(피고는 피고가 실제 이 사건 공사를 완공한 2013. 10. 22.까지의 지체상금을 주장하나, 원·피고가 실제 사용한 월 평균 화약량에 상당한 차이가 있는 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면 피고가 이 사건 공사를 실제 완공한 날을 이 사건 공사 완공에 필요한 기간으로 인정하여 그 전체 일수에 대해 원고에게 지체책임을 부담시킬 수는 없다).

⑦ 결국 원고가 이 사건 공사 중단으로 인해 피고에게 부담하는 지체상금 일수는 이 사건 하도급계약상 약정 준공일 다음 날인 2013. 6. 16.부터 2013. 7. 1.까지 16일이라 할 것이고, 피고가 181일간의 공사 지연으로 인해 C에 부담하는 약정 지체상금 104,803,378원 중 위 지체일수

16일에 해당하는 지체상금 9,264,387원(= 104,803,378원 × 16/181일, 원 미만 버림)은 원고가 피고에게 이를 지급해야 할 의무가 있다.

2) 상계의 효과 피고는 원고의 공사대금채권 원금과 지체상금 원금과의 상계를 주장하고, 원고 역시 지체상금을 공사대금 원금에서 공제하는 데 이의가 없는 사정은 앞서 본 바와 같으므로, 피고의 지체상금채권은 원고의 공사대금채권 원금과 대등액 범위 내에서 상계로 소멸한다고 봄이 타당하다. 결국 피고는 원고에게 654,379,726원(= 663,644,113원 - 9,264,387원)과 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라, 그중 473,649,726원에 대하여는 이 사건 하도급계약이 중도 해지된 다음 날인 2013. 6. 13.부터[공사 도중에 도급계약이 해제된 경우 기성부분이 이미 도급인에게 인도되었다면 그에 대한 보수지급의무는 다른 특별한 사정이 없는 한 계약해제의 효력이 발생한 날에 이행하여야 하고 지연손해금은 그다음 날부터 발생한다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다34043, 34050 판결 등 참조)], 180,730,000원에 대하여는 위 해지일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 부분 송달 다음 날인 2016. 4. 7.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 법원 판결 선고일인 2020. 2. 6.까지는 상법이 정한 연 6%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 및 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되기 전의 것)이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

라. 손해배상채권 주장에 대한 판단

피고는 원고가 시공한 이 사건 공사의 하자에 대한 보수비용이 5,197,981,000원이라고 주장하며 그 손해배상채권과의 상계도 주장하나, 갑 제65, 66호증만으로는 원고의 시공으로 인해 하자가 발생하였거나 그 하자에 대한 보수비용이 위 금액에 이른다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 손해배상채권과의 상계 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결 중 위 인정금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고, 피고에게 위 인정금액의 지급을 명하며,

원고의 나머지 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사남성민

판사박세진

판사양시호

별지