

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2014다83890 공사대금
원고, 상고인 용진건설 주식회사
소송대리인 변호사 이해연 외 1인
피고, 피상고인 피고
소송대리인 법무법인 양지
담당변호사 황성주 외 3인
원 심 판 결 대전고등법원 2014. 11. 11. 선고 (청주)2013나264 판결
판 결 선 고 2017. 12. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유 보충서 등은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 원심 판결이유와 적법하게 채택한 증거에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2007. 11.경 피고로부터 청주시 상당구 (주소 생략) 외 13필지 위에 '○○

○○노인복지타운'을 신축하는 공사 중 토공사와 부대토목공사(이하 위 공사들을 통칭하여 '이 사건 공사'라 한다)를 47억 3,000만 원(부가가치세 포함)에 도급받았다(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다).

나. 이 사건 공사는 크게 토공사와 가시설공사(그 위치에 따라 1차, 2차, 3차로 나뉘는데, 1차 부분이 A동, 2차 부분이 B동, 3차 부분이 C동이다)로 나눌 수 있고, 가시설 공사는 터파기공사와 흙막이 공사(흙쌓기나 터파기의 붕괴나 미끄러움을 방지하기 위한 공사를 말한다)로 나눌 수 있다.

다. 원고는 2007. 12. 6.경부터 이 사건 공사를 진행하다가, 2008. 6. 초순 이 사건 공사를 중단하였다. 이 사건 공사 중단 당시 가시설공사의 경우 터파기공사에 해당하는 부분은 대체로 마무리되었으나 흙막이 공사 부분은 이루어지지 않았다. A, B동의 경우 그 벽면 부분에 보통암과 경암이 노출되어 있는 등 마치 암발파 방법에 의한 오픈컷(Open Cut) 공사가 이루어진 것과 유사한 외관을 띄고 있고, 이에 따라 굳이 흙막이 공사를 하지 않아도 되는 상태이다.

라. 원심의 사실조회결과에 따르면, 제1심 감정인은 이 사건 공사 중 A, B, C동의 흙막이 공사가 암발파 방법에 의한 오픈컷 공사로 대체되었다면 기성고가 53.44%이고, A, B, C동의 흙막이 공사가 이루어지지 않았다고 본다면 기성고는 33.3%라고 회신하였다.

2. 이 사건 공사에 관한 대체시공 합의가 있었는지 여부

가. 원심은 아래와 같은 이유로 이 사건 공사 현장의 지반이 설계도와 달리 대부분 경암과 강암으로 구성되어 있어 원고와 피고가 이 사건 공사 중 가시설공사를 암발파 방법에 의한 오픈컷 공법으로 대체시공하기로 합의하였다는 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

(1) 이 사건 공사 현장의 지반상태가 오류 없이 이 사건 공사에 관한 설계에 반영되었다.

(2) 원고 주장과 같은 대체시공에 따른 설계변경이 이루어진 적이 없다.

(3) 원고가 피고나 이 사건 공사의 감리단에 설계변경을 요구한 적이 없고 이 사건 공사에 관한 공사일보에도 이에 관한 기재가 전혀 없다.

나. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 위 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 대체시공 합의의 존부와 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 따라서 원고의 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

3. 기성고와 기성 부분 공사대금 산정의 적법 여부

가. 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 그 공사물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 공사물의 완성도나 기성고 등을 참작하여 이에 상응하는 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다(대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카4819 판결, 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다42630 판결 등 참조). 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 그 공사비를 산정하여야 한다. 그 기성고 비율은 공사대금 지급의무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들

어간 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 2017. 1. 12. 선고 2014다11574, 11581 판결 등 참조).

나. 원심은 원고 주장과 같은 대체시공 합의를 인정할 수 없는 이상 이 사건 공사 중단 당시 흠막이 공사는 이루어지지 않았다고 보아야 하므로, 당시의 기성고율은 33.3%라고 보고, 그 기성공사대금은 15억 7,509만 원(= 47억 3,000만 원 × 33.3%)이라고 판단한 다음, 원고가 피고로부터 기성공사대금을 넘는 대금을 지급받았다고 보아 원고의 청구를 받아들이지 않았다.

다. 그러나 원심의 위 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 받아들이기 어렵다.

(1) 일반적으로 건물신축 공사에서 토공사는 건물을 건축하기 위한 전단계의 공사이다. 비록 이 사건에서 원고와 피고 사이에 이 사건 가시설공사를 암발과 방법에 의한 오픈컷 공법으로 대체 시공하기로 하는 합의가 없었다고 하더라도, 원고가 암발과 방법으로 시공한 공사 부분이 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 피고에게 이익이 되는 경우에 도급계약은 미완성 부분에 대해서만 실효되고 도급인인 피고는 특별한 사정이 없는 한 인도받은 공사물의 완성도나 기성고 등을 참작하여 이에 상응하는 공사대금을 지급해야 한다.

(2) 기록에 의하면, 이 사건 가시설공사 중 흠막이 공사 부분은 현장의 지반여건 변화에 따라 설계도면에 따른 터파기공사와 흠막이 공사의 방법이 아닌 암발과 오픈컷 방법으로 시공된 것으로 보인다. 원심의 판결 이유와 같이 이 사건 A동과 B동의 경우 원고의 암발과 방법에 의한 오픈컷 공사가 이루어져서 굳이 흠막이 공사를 하지 않아도 되

는 상태이고, 이와 같은 상황에서 흠막이 공사가 없더라도 가시설공사가 예정한 목적과 기능이 달성될 수 있어 후속 공정을 진행하는 데 별다른 문제나 장애가 없다면, 흠막이 공사 부분이 미완성 부분으로서 공정율에서 제외되어야 한다고 보기 어렵다.

(3) 이와 같은 경우 원심으로서는 다음 세 가지를 추가로 심리하여 공사의 시공 부분과 미시공 부분을 구별하여 이미 완성된 부분에 든 공사비와 미완성 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 각각 산출한 다음 기성고를 산정하여야 한다. 첫째, 이 사건 A동과 B동의 경우 이 사건 가시설공사 중 흠막이 공사 없이도 그 공사가 예정한 목적과 기능이 달성될 수 있어 후속 공정을 진행하는 데 별다른 문제나 장애가 없는지 또는 흠막이 공사가 아닌 다른 추가 공정이나 절차가 필요한지를 심리하여 흠막이 공사 부분이 미완성된 부분인지를 판단하여야 한다. 둘째, 이 사건 C동의 경우에도 벽면이 보통암과 경암 등으로 구성되어 흠막이 공사가 필요하지 않은 부분인지 또는 연암이나 풍화암 등으로 이루어져 흠막이 공사가 필요한 부분인지를 밝혀야 한다. 셋째, 흠막이 공사 또는 다른 추가 공정이나 절차가 필요하다고 판단되는 경우 그와 같은 미시공 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비가 얼마인지를 산정하여야 한다.

그런데도 원심은 이 사건 공사 중단 당시 물리적으로 흠막이 공사가 이루어지지 않았다는 이유만으로 흠막이 공사 부분이 기성고 산정의 공정율에서 제외되어야 한다고 판단하고, 미완성 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 산출하는 방법을 사용하지 않고 이 사건 가시설공사의 공사계약금액에서 단순히 흠막이 공사에 해당하는 공사계약 금액을 뺀 나머지 공사금액을 기준으로 기성고를 산정하였다.

원심의 판단에는 필요한 심리를 다하지 않은 채 공사도급계약이 중도 해제된 경우에 도급인이 수급인에게 지급하여야 할 기성 부분에 대한 보수의 산정방법에 관한 법리를

오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점에 관한 원고의 상고이유의 주장은 정당하다.

4. 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석

 대법관 이기택

주 심 대법관 김재형