

서울중앙지방법원

제 37 민 사 부

판 결

사	건	2020가합539085 손해배상(기)
원	고	에이치디씨현대산업개발 주식회사 서울 용산구 한강대로23길 55(한강로3가) 대표이사 정익희, 최익훈, 김희언 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 범현, 최기훈
피	고	반포아파트(제3주구) 주택재건축정비사업조합 서울 서초구 신반포로 38, J동 205호(반포동) 대표자 조합장 노사신 소송대리인 법무법인(유한) 충정 담당변호사 김지은, 이상균, 최준용 소송복대리인 변호사 기은아
변	론	종 결
판	결	선 고

주 문

1. 피고는 원고에게 16,440,627,631원 및 그 중 10,000,000,000원에 대하여는 2020. 5. 28.부터, 6,440,627,631원에 대하여는 2023. 5. 13.부터 각 2023. 9. 7.까지는 연 6%

의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고에게 41,101,569,078원 및 그 중 10,000,000,000원에 대하여는 2019. 12. 24.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 31,101,569,078원에 대하여는 2019. 12. 24.부터 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

가. 당사자의 지위

원고는 주택건설업 등을 목적으로 하여 설립된 회사이고, 피고는 서울 서초구 반포동 1109 외 166필지 지상 반포아파트(제3주구)단지의 재건축사업(이하 '이 사건 재건축 사업'이라 하고, 위 사업에 따른 공사를 '이 사건 재건축 공사'라 한다)을 위하여 2014. 12. 1. 조합설립인가를, 2017. 9. 25. 사업시행인가를 각 받은 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)에 따른 재건축정비사업조합이다.

나. 원고의 입찰제안서 제출

1) 피고는 2017. 10. 2. 이 사건 재건축 공사의 예정가격을 808,713,243,000원(부가가치세 별도, 이하 같다)으로 하여 이 사건 재건축 사업의 시공사 선정을 위한 1차 입찰공고를 하였으나 입찰 마감일인 2017. 11. 25.까지 원고만 단독 입찰하여 유찰되었고, 2017. 12. 5. 2차 입찰공고를 하였으나 마찬가지로 입찰 마감일인 2018. 1. 29.까지 또다시 원고만 단독 입찰하여 2차 유찰되었으며, 2018. 2. 12. 3차 입찰공고를 하였으나 입찰마감일인 2018. 4. 9.까지 역시 원고만 단독 입찰하여 3차 유찰되었다(이하 위 각 입찰절차를 합하여 '이 사건 입찰절차'라 한다).

2) 이처럼 공개경쟁입찰에서 원고만이 단독 입찰하여 2회 이상 유찰되자 피고는 원고를 수의계약체결을 위한 우선협상대상자로 선정하기로 하고,¹⁾ 2018. 4. 23. 원고에게 시공사 선정을 위한 입찰안내서를 교부하면서 2018. 5. 2.까지 입찰제안서를 제출할 것을 요청하였다. 위 입찰안내서 중 시공사 선정 입찰 참여규정(이하 '이 사건 참여규정'이라 한다) 및 입찰제안서 작성기준(이하 '이 사건 작성기준'이라 한다)의 주요 내용은 아래와 같다.

II. 시공사 선정 입찰 참여규정

제5조(입찰의 무효) 다음 각 호의 하나에 해당하는 입찰은 무효로 하며 입찰자 및 낙찰자는 발주기관(피고를 말한다)의 결정에 어떠한 이의도 제기하지 못한다.

2. 예정가격 이상으로 입찰금액을 제시한 업체

7. 입찰참여안내서에 따른 참여규정(제한사항) 및 제반 조건을 위반한 때

IV. 입찰제안서 작성기준

2. 공사비 산출내역

1) 도시정비법령은 2회 이상 경쟁입찰에서 입찰자가 없거나 단독입찰로 2회 이상 유찰이 될 경우 사업시행자는 수의계약을 체결할 수 있도록 규정하고 있다(도시정비법 제29조 제1항, 제4항, 도시정비법 시행령 제24조 제1항 제2호 바목).

- 가. 입찰자는 설계도를 면밀히 검토하여 물량내역을 직접 작성하고, ㎡당 단가를 기재한 산출내역을 제출하여야 하며, 조합(피고를 말한다, 이하 같다)이 제공한 물량내역서는 당연히 참고용으로서 낙찰자는 향후 계약체결 및 계약후 시공자가 제출한 물량내역서의 누락 또는 오류 등을 이유로 설계변경(공사비 증액)을 요구할 수 없다.
- 나. 발주자가 제공한 품목, 내역 등이 설계도면과 상이한 부분이 발생하거나 내역서상 항목이 누락된 경우 설계도면 또는 내역서상 많은 쪽을 기준으로 삼아야 하며, 추가되는 부분은 입찰자가 직접 검토 후 추가하여 물량내역서 및 산출내역서 등을 작성하여야 한다. (후략).
- 라. 입찰자는 입찰참여견적서 제출 시 공사비 입찰조건은 사업시행구역 안에 건립하는 공동주택(부대·복리시설 등 포함) 및 정비기반시설(도로, 공원, 공공청사, 보도교 포함)과 상가(주구중심)를 구분하여 작성 제출하여야 한다.
- 마. 지하철 연결통로, 사업부지와 연접한 반포천변 조경개선 공사비를 반영하여 제출한다.

6. 특화 및 대안 계획에 관한 사항

- 가. 입찰참여자는 예정가격의 범위 내에서 특화 또는 대안을 제시할 수 있다. (후략)
- 나. 특화란 입찰참여자가 조합이 작성한 원안설계 외에 무상제공할 항목으로서 입찰금액과 구분하여 공사원가명세서를 별도로 작성하고, 그 품목(또는 공사항목)의 규격, 수량 및 금액 등 산출조서와 설계도면을 제출하여야 하며, 이는 계약체결 시 기초자료가 된다. 특화는 공동주택(부대·복리시설 등 포함) 및 정비기반시설(도로, 공원, 공공청사, 보도교 포함)과 상가(주구중심)를 구분하여 제출한다.
- 다. 대안이란 원안설계와 비교하여 동등 이상의 기능 및 효과가 있고, 공기단축 또는 비용절감이 가능한 설계를 말하여 입찰참여자는 설계도면, 수량산출서 및 산출내역서 등 입찰서와 대안설계 설명서를 제출하여야 한다. (후략)

3) 원고는 2018. 4. 30. 피고에게 시공사 선정을 위한 입찰제안서를 제출하였는데 (이하 '이 사건 입찰제안'이라 한다), 이 사건 입찰제안을 통하여 피고가 건축심의 및 사업시행인가를 받은 설계원안(이하 '조합 원안'이라 한다)과 함께 대안설계로 스카이

브릿지가 설치되고 커뮤니티 시설이 최상층에 있는 등의 혁신안, 특화안을 제시하였다. 조합 원안 및 혁신안, 특화안의 세부 내용은 아래와 같다.

구분	설계면적(㎡)			세대수	공사비 (원)
	아파트	상가	합계		
원안	439,451	53,802	493,253	2,091	808,713,243,000
혁신안	439,763	54,327	494,090	2,092	808,682,215,000
특화안	437,642	54,327	491,969	2,111	808,682,215,000

다. 피고의 선정결의 및 도급계약 체결을 위한 협상

1) 피고는 2018. 7. 28. 정기총회를 개최하고 이 사건 재건축 사업의 시공자로 원고를 선정한 후 향후 원고와의 도급계약을 체결하는 권한을 대의원회에 위임하고, 조합 원안 및 원고가 제시한 혁신안, 특화안 중 혁신안을 이 사건 재건축 사업의 설계로 채택하는 내용의 결의를 하였다(이하 '이 사건 결의'라 한다).

2) 피고는 2018. 8. 28. 대의원회를 개최하여 시공사 계약협상단을 구성하는 결의를 한 후 2018. 8. 29.부터 2018년 12월경까지 원고와 이 사건 재건축 사업을 위한 도급계약의 세부내용에 관하여 협의를 진행하였고, 위와 같은 협의 결과 별지 기재와 같은 최종 도급계약서 초안(이하 '이 사건 계약서 초안'이라 한다)을 도출하였다.

3) 피고는 원고와 추가 협의를 거친 후 2018. 12. 12. 이사회를 개최하여 원고와 이 사건 계약서 초안과 같은 내용의 도급계약 체결을 승인하는 안건을 대의원회 및 조합 총회에 상정하기로 하는 결의를 하였다.

라. 선정취소 결의 등

1) 피고는 2018. 12. 13. 원고가 두 차례(2018. 11. 16. 및 2018. 12. 7.)에 걸쳐 일방적으로 협상종료를 통보하였고, 원고가 시공사 선정 및 계약체결을 위한 과정에서

한 약속을 지키지 않음에 따라 도급계약 체결을 위한 협상이 결렬되었다는 취지의 공문을 송부하였다.

2) 피고는 2019. 1. 7. 임시총회를 개최하여 원고에 대한 시공사 선정 취소를 결의하였다. 이에 원고는 서울중앙지방법원 2019카합20079호로 위 선정취소결의의 효력정지를 구하는 가처분을 신청하였고, 위 법원은 2019. 5. 30. 위 결의는 의사정족수인 조합원 총수의 과반이 출석하였다고 볼 수 없다는 이유로 위 가처분 신청을 인용하였다.

3) 이에 피고는 2019. 12. 23. 임시총회를 개최하여 다시 원고에 대한 시공사 선정 취소 결의(이하 '이 사건 취소결의'라 한다)를 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 8, 9, 11, 13, 17, 18, 21, 24, 42호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 가지번호를 특정하지 않는 한 같다), 을 제1 내지 3, 11 내지 13, 15, 20, 24호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고의 주장

원고는 피고에게 이 사건 재건축 사업의 시공사 선정을 위한 입찰제안서를 제출하였고, 피고 조합 총회의 이 사건 결의에 따라 이 사건 재건축 사업의 시공사로 선정되었으므로, 원고와 피고 사이에 공사도급 본계약의 체결에 관한 예약이 성립하였다. 그럼에도 피고는 공사도급 본계약 체결에 응하지 아니하다가 끝내 이 사건 취소결의를 함으로써 원고와 공사도급 본계약을 체결할 의무를 이행하지 아니하였다. 따라서 피고는 원고에게 공사도급 본계약이 체결되어 원고가 이 사건 재건축 공사를 그대로 진행하여 완성할 경우 얻을 수 있었을 이행이익 상당의 손해배상으로, 시공이익 합계 41,101,569,078원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) 다음과 같이 원고의 주장과 같은 피고의 공사도급 본계약 체결 거절로 인한 손해배상책임은 발생하지 않는다.

가) 다음과 같은 사정에 비추어 원고가 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정되었다고 보기 어려우므로, 원고와 피고 사이에 공사도급 본계약 체결에 관한 예약이 성립하였다고 볼 수 없다.

(1) 원고는 입찰금액을 산출함에 있어 이 사건 작성기준 제2의 마.항에 따라 반드시 포함시켜야 할 지하철 연결통로 공사비를 포함시키지 않았을 뿐만 아니라, 피고가 입찰참여자들에게 제시한 마감재보다 낮은 수준의 것을 적용하였다. 이 사건 입찰제안은 위 기준 조항에 어긋나 이 사건 참여규정 제5조 제7호에 반할 뿐만 아니라, 그 입찰금액에 위 지하철 연결통로 공사비를 포함하고 피고가 제시한 마감재를 기준으로 마감재 비용을 다시 산출하면 예정가격을 초과하게 되어 이 사건 참여규정 제5조 제2호에도 반한다. 따라서 이 사건 입찰제안은 무효이고, 이에 기초한 이 사건 결의도 무효이다.

(2) 정비사업 계약업무 처리기준 제8조²⁾에 의하면 피고가 시공자와 수의계약을 하는 경우 최초 입찰 시의 가격 기타 조건을 변경할 수 없다. 그런데 이 사건 입찰제안은 위 (1)항 기재와 같이 입찰금액에 포함하여야 할 비용을 누락하였을 뿐만 아니라 피고가 입찰참여자들에게 제시한 마감재 기준에도 어긋나는바, 원고를 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정하는 것은 이 사건 입찰절차에서 정한 가격과 마감재 기준을 변경하여 수의계약을 체결하는 결과를 초래하게 되어 정비사업 계약업무 처리기준

2) 그 규정의 내용은 '제6조제1항에 따라 수의계약을 하는 경우 보증금과 기한을 제외하고는 최초 입찰에 부칠 때에 정한 가격 및 기타 조건을 변경할 수 없다.'는 것이다.

제8조에 위배될 뿐만 아니라, 시공사 선정을 위한 입찰의 공정성을 심하게 훼손하는 것이므로, 이 사건 결의 고유의 무효사유가 존재한다.

나) 설령 원고와 피고 사이에 공사도급 본계약 체결에 관한 예약이 성립하였다고 하더라도, 원고는 시공사 계약협상단과의 협상 과정에서 이 사건 입찰제안을 통하여 피고에게 한 확약을 번복하였을 뿐만 아니라, 이 사건 계약서 초안을 도출함에 있어서도 피고에게 불리한 내용의 계약조건을 일방적으로 강요하였고, 그로 인하여 이 사건 계약서 초안 중 이 사건 작성기준에 부합하지 않은 항목들이 발생하였다. 따라서 피고로서는 부득이하게 원고에 대한 시공사 지정을 취소할 수밖에 없었으므로, 피고가 원고와 공사도급 본계약 체결을 거절한 데에는 정당한 이유가 있다.

2) 설령 피고가 공사도급 본계약 체결 거절로 인한 손해배상책임을 진다고 하더라도, 다음과 같은 이유로 원고가 주장하는 손해액을 인정할 수 없다.

가) 원고와 피고는 공사도급 본계약을 체결하기 위한 협상을 진행하다가 그 협상이 결렬되어 도급계약의 체결이 무산되었는바, 원고와 피고 사이에는 이 사건 재건축 공사의 내용 및 범위에 관한 합의가 이루어졌다고 볼 수 없으므로, 시공이익 산정의 기준이 존재하지 않아 이를 산정하는 것이 불가능하다.

나) 설령 시공이익을 산정하는 것이 가능하다고 하더라도, 원고가 주장하는 시공이익은 원고가 조합 원안 설계대로 이 사건 재건축 공사를 시공하는 것을 전제로 산정된 금액이다. 그런데 피고는 이 사건 결의에서 혁신안을 이 사건 재건축 사업의 설계로 채택하였으므로, 원고가 피고와 공사도급 본계약을 체결하였다면 이 사건 결의 내용에 따라 혁신안 설계대로 이 사건 재건축 공사를 시공하였어야 할 것이다. 따라서 시공이익도 원고가 혁신안 설계대로 위 공사를 시공하는 것을 전제로 산정되어야 한다.

다) 감정인 손태운(이하 증거를 거시할 경우 외에는 '감정인'이라고만 한다)의 감정결과(이하 증거를 거시할 경우 외에는 '이 사건 감정결과'라 한다)에는 시공원가 산정에 관한 오류가 있으므로 이를 신빙할 수 없다.

라) 원고는 이 사건 재건축 사업에 관한 공사도급 본계약의 체결이 무산되고 시공자 선정이 취소됨에 따라 이 사건 재건축 사업의 공사를 위해 투입하여야 할 시간적, 금전적 비용의 지출을 대부분 면하게 되었으므로, 피고의 손해배상책임은 제한되어야 한다.

3. 손해배상책임의 발생

가. 관련 법리

공사도급계약의 도급인이 될 자가 수급인을 선정하기 위해 입찰절차를 거쳐 수의계약의 상대방으로 결정한 경우 입찰을 실시한 자와 수의계약의 상대방으로 결정된 자 사이에는 도급계약의 본계약 체결의무를 내용으로 하는 예약의 계약관계가 성립하고, 어느 일방이 정당한 이유 없이 본계약의 체결을 거절하는 경우 상대방은 예약채무불이행을 이유로 한 손해배상을 청구할 수 있다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다41659 판결의 취지 참조).

나. 원고와 피고 사이의 예약 성립 여부

1) 이 사건 입찰제안이 무효인지 여부

가) 지하철 연결통로 공사비 미포함에 관하여

(1) 이 사건 작성기준 제2의 마.항은 입찰 참여업체로 하여금 공사비 산출내역에 지하철 연결통로 공사비를 반영하도록 하고 있는데, 원고가 입찰금액을 예정가격과 같은 808,713,243,000원으로 제시하면서도 이에 지하철 연결통로 공사비를 포함하지

않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제3호증의 4, 6의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

(2) 그러나 갑 제44호증, 을 제9호증의 각 기재, 을 제25호증의 일부 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 입찰금액을 808,713,243,000원으로 산출하여 이 사건 입찰제안을 하였고 피고가 원고를 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정한 이상, 이 사건 참여규정 제5조 제2호 및 이 사건 작성기준 제2의 마.항의 규정을 고려하더라도 원고가 그 입찰금액에 지하철 연결통로 공사비를 포함하지 않았다는 사정만으로 이 사건 입찰제안의 효력을 부정하기는 어려우므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 피고의 이 부분 주장은 원고가 지하철 연결통로 공사비를 입찰금액에 포함하지 않은 것이 입찰 참여조건을 위반한 것이고, 그 공사비를 사후적으로 입찰금액에 포함시킬 경우 예정가격을 반드시 초과한다는 취지이다. 그런데 이 사건 입찰절차는 피고가 이미 건축심의 및 사업시행인가를 받은 설계도서(조합 원안) 및 물량내역서를 제공하고, 입찰자가 이를 검토한 후 공사원가를 산정하여 단가 등을 적은 산출내역서를 제출하는 '내역 입찰 방식'으로 이루어졌고(이 사건 작성기준 제2의 가.항), 원고도 피고로부터 제공받은 조합 원안 설계도서 및 물량내역서를 토대로 입찰금액을 산출한 것이므로, 원고가 지하철 연결통로 공사비를 산출하여 입찰금액에 반영하기 위해서는 이에 관한 설계도면 등 공사비 산정의 기초자료를 피고로부터 제공받아야 한다.

(나) 그런데 이 사건 입찰제안 당시 이 사건 재건축 사업 부지와 인근 지하철역인 서울9호선 구반포역 사이의 연결통로 신설공사의 계획조차 수립되지 않은 상태였고, 연결통로 신설에 관하여 서울9호선의 운영주체인 서울시메트로9호선 주식회사와

협의로도 전혀 이루어진 바 없었다. 자연히 위 연결통로 공사의 인허가도 이루어진 바 없고, 그 설계도면도 존재하지 않았다. 원고는 이와 같은 사정을 고려하여 2018. 6. 18. 피고에게 지하철 운영주체와의 협의를 이루어지지 않은데다가 연결통로의 설계도면도 없는 관계로 공사비를 산정할 수 없어 입찰금액에서 제외할 수밖에 없다는 입장을 밝혔고(을 제9호증), 피고와 지하철 연결통로 공사의 인허가를 받고 설계도면이 확정된 후 그 공사비에 관하여 다시 논의하기로 정한 것으로 보인다(갑 제44호증).

(다) 위와 같은 지하철 연결통로 공사비 미반영의 경위 및 이유를 고려하면, 이 사건 작성기준 제2의 마.항의 문언만을 고집하여 공사비 산정의 기초자료가 없는 상태에서 입찰자로 하여금 지하철 연결통로 공사비를 산출내역에 포함하도록 강제하고, 그 공사비를 입찰금액에 포함하지 않았다는 이유로 그 입찰이 참여조건을 준수하지 않았다고 보는 것은 이 사건 입찰절차가 취하는 내역입찰의 방식에 부합하지 않은 측면이 있을 뿐만 아니라, 입찰자에게 예측할 수 없는 공사비의 산정을 강요하는 결과가 되어 부당하다.³⁾ 또한 이 사건 작성기준 제2의 마.항의 문언 및 취지를 보더라도 그 입찰금액에 지하철 연결통로 공사비를 반영하지 않는다고 하여 논리필연적으로 그 공사비를 사후적으로 입찰대금에 포함시켜야 한다는 결론이 도출된다고 보기 어렵다.

(라) 그밖에 피고는 서초구청장으로부터 '이 사건 입찰제안에서 지하철 연결통로 공사비를 그 입찰금액에 포함하지 않아 그 공사비를 입찰금액에 포함하면 예정가격을 초과한다'는 내용의 시정명령(을 제21호증)을 받은 점을 이 사건 입찰제안이 무효임을 뒷받침하는 근거로 들고 있으나, 서초구청장의 시정명령은 피고로 하여금 이 사

3) 이와 관련하여 피고는 지하철 연결통로의 설계도면 없이도 그 공사비를 산출하는 것이 가능하다고 주장하면서 그 근거로 각 견적서(을 제25, 39호증)를 제출하였으나, 각 견적서에 기재된 공사비가 84억 5,000만 원 및 165억 원으로 그 차이가 80억 5,000만 원에 달하는 점에다가 그 공사비의 산정 근거도 분명하지 않은 점까지 고려하면 위 각 견적서의 기재는 믿기 어렵다.

건 입찰제안의 예정가격 초과 소지가 있으니 그 내용을 재차 검토하도록 권고하는 내용에 불과하고, 그 내용을 보더라도 이 사건 입찰제안에 위법사유가 있다는 점을 확인하는 취지는 아닌 것으로 보이므로, 피고가 위와 같은 시정명령을 받았다는 사정만으로 앞서 인정한 바와 달리 이 사건 입찰제안의 효력을 부정할 수는 없다.

나) 피고가 요구한 마감재 미적용에 관하여

(1) 피고가 현장설명회에서 이 사건 입찰절차의 입찰참여자에게 요구하는 마감재 목록을 배포하는 방법으로 이 사건 재건축 사업에 요구되는 마감재를 제시하였고, 원고가 이 사건 입찰제안을 하면서 피고가 제시한 마감재와 일치하지 않는 것을 일부 적용하여 재료비를 산출하였음은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제6호증의 3의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

(2) 그러나 갑 제45호증, 을 제7호증, 제8호증의 1, 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 입찰절차에서 입찰을 함에 있어 피고가 요구하는 마감재를 반드시 적용하여야 한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 입찰제안에서 피고가 제시한 마감재를 일부 적용하지 않았다고 하더라도 이를 이유로 원고가 피고로부터 제시받은 마감재를 기준으로 이 사건 입찰제안의 입찰금액을 다시 산출하여야 한다거나, 이 사건 입찰제안이 피고가 제시한 참여조건을 위반하여 무효라고 보기 어려우므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다. 그 구체적인 근거는 다음과 같다.

(가) 이 사건 작성기준 제2의 가.항은 피고가 입찰자에게 제공하는 물량내역서는 '단순 참고용'에 불과하다고 할 뿐만 아니라, 제2의 나.항은 입찰자로 하여금 피고로부터 제공받은 물량내역서를 검토한 후 그 품목, 내역을 추가할 수 있도록 규정하고 있다. 그밖에 이 사건 작성기준에서 입찰자가 피고로부터 제공받은 물량내역서의 품목,

내역을 임의로 변경하여 물량내역서 및 산출내역서를 작성·제출하는 것을 명시적으로 금하는 부분을 찾아볼 수 없다.

(나) 피고는 2017. 12. 13. 입찰자들을 대상으로 현장설명회를 개최하였는데, 당시 참석자로부터 '피고가 제시하는 마감재와 다른 것을 적용하여 입찰할 경우 입찰위반이 되는지'에 관한 질문을 받았다. 이에 대하여 피고는 '피고가 제시하는 마감재에 상응하고 입찰자가 책임질 수 있는 수준으로 제시하면 될 것이고, 입찰위반은 아니다.'라는 취지로 명시적으로 답변하였는데, 이와 같이 피고로서도 제시한 마감재와 다른 것을 적용한 입찰제안이 이 사건 작성기준을 위반한 것이 아니라는 견해를 표명하였다.

(다) 피고는 2018. 5. 30. 원고에게 이 사건 입찰제안 당시 제출한 마감재 목록의 회사명, 모델명을 제출할 것을 요구하였고, 이에 따라 원고는 2018. 6. 8. 피고에게 이 사건 입찰제안에서 적용한 마감재는 제1, 2, 4주구 등 인근 단지와 비교할 때 동등 이상의 수준임을 밝히며 그 세부내역 비교표(을 제8호증의 3)를 제출하였다. 위 세부내역 비교표에서 알 수 있는 원고가 적용한 마감재가 피고로부터 요구받은 마감재에 뒤떨어지는 것이라는 등 위 마감재 적용이 부적절하다고 볼 근거도 없다.

(라) 피고는 서초구청장으로부터 '이 사건 입찰제안에서 마감재 비용을 일부 미반영하여 이를 입찰금액에 포함하면 예정가격을 초과한다'는 내용의 시정명령(을 제 21호증)을 받은 점을 이 사건 입찰제안이 무효임을 뒷받침하는 근거로 들고 있으나, 서초구청장의 시정명령은 피고로 하여금 이 사건 입찰제안의 예정가격 초과 소지가 있으니 그 내용을 재차 검토하도록 권고하는 내용에 불과하고, 그 내용을 보더라도 이 사건 입찰제안에 위법사유가 있다는 점을 확인하는 취지는 아닌 것으로 보이므로, 피고가 위와 같은 시정명령을 받았다는 사정만으로 앞서 인정한 바와 달리 이 사건 입찰

제안의 효력을 부정할 수는 없다.

2) 이 사건 결의에 고유의 무효사유가 있는지 여부

가) 강행규정 위반으로 무효인지 여부

을 제11 내지 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 결의를 통하여 원고가 피고와 공사도급 본계약을 체결하더라도 그 계약 내용이 이 사건 입찰절차의 최초 입찰에서 정한 가격 기타 조건과 다르다고 보기 어려우므로, 이 사건 결과가 최초 입찰에서 부친 가격 기타 조건을 변경하는 결과를 초래한다고 보기 어렵다. 따라서 이를 전제로 이 사건 결의가 정비사업 계약업무 처리기준 제8조를 위반하여 무효라는 피고의 주장은 이유 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 원고가 입찰금액에 지하철 연결통로 공사비를 포함하지 않았다고 하여 이를 이 사건 참여규정을 위반한 것이라 볼 수 없을 뿐만 아니라, 논리필연적으로 그 입찰금액에 지하철 연결통로 공사비를 포함시켜야 한다고 볼 수 없음은 앞서 1)가)항에서 인정한 바와 같으므로, 위와 같은 사정만으로 원고와 피고가 체결하려 하였던 도급계약 본계약의 계약금액 또한 이 사건 계약서 초안에 기재된 금액에다가 차후 산정될 지하철 연결통로 공사비가 포함시킨 금액이라 보아야 하는 것은 아니다. 따라서 위 조항의 위반 여부를 판단하기 위하여 이 사건 입찰절차의 최초 입찰금액과 비교할 계약금액은 원고와 피고가 체결하려 하였던 이 사건 계약서 초안에 기재된 금액 자체만을 기준으로 하여야 한다.

(2) 이 사건 결의 당시 제공된 총회 책자에는(을 제11호증) 원고와 피고가 체결할 도급계약 본계약의 계약금액이 입찰금액과 같은 808,713,243,000원으로 제시되었고, 이는 원고와 시공사 계약협상단이 협의를 거쳐 도출한 이 사건 계약서 초안에도

계약금액이 입찰금액과 같은 808,713,243,000원으로 기재되어 있으므로(을 제13호증), 이 사건 입찰절차의 최초 입찰에서 정한 예정가격 808,713,243,000원과 동일하다. 원고와 피고는 이 사건 계약서 초안을 도출하면서 지하철 연결통로 공사계획이 확정되지 않은 사정을 고려하여 계약금액에 지하철 연결통로 공사비를 반영하지 않는 대신, 공사계약 일반조건(이하 '일반조건'이라 한다) 제66조 제13항에서 원고가 그 중 일부를 부담하는 내용의 규정을 둔 것으로 보인다.

(3) 또한 이 사건 입찰절차에서 입찰을 함에 있어 피고가 제시한 마감재를 적용하는 것이 입찰 참여조건이라고 보기 어려우므로, 이 사건 입찰제안이 피고가 제시한 마감재를 일부 적용하지 않았다고 하더라도 입찰 참여조건을 위반하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고가 제시한 마감재를 기준으로 이 사건 입찰제안의 입찰금액을 다시 산출하여야 하는 것도 아님은 앞서 1)나)항에서 본 바와 같다. 따라서 원고와 피고가 이 사건 입찰제안에서 적용한 마감재를 기준으로 도급계약 본계약을 체결하더라도 최초 입찰에서 부친 마감재에 관한 조건에 변동이 있다고 보기 어렵고, 피고가 제시한 마감재를 기준으로 원고와 피고가 체결할 이 사건 계약서 초안의 계약금액을 다시 산정하여야 함을 전제로 하여 그 계약금액이 808,713,243,000원에서 변동된다고 볼 수도 없다.

나) 현저하게 공정성을 잃어 무효인지 여부

갑 제2호증, 제4호증의 11, 16, 17, 을 제13 내지 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정들에 비추어 보면, 피고의 주장과 같이 원고를 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정한 이 사건 결의가 경쟁입찰에 의하여 시공자를 정하도록 한 도시정비법령의 취지를 몰각하였다거나, 시

공사 선정 절차의 공정성을 현저하게 상실시켰다고 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(1) 이 사건 입찰절차에서 이 사건 재건축 사업의 시공사 선정을 위한 공개경쟁입찰이 이루어졌으나 원고만 단독 입찰하여 3회 유찰되었고, 이에 원고가 수의계약 체결을 위한 우선협상대상자로 선정된 후 이 사건 결의를 통하여 이 사건 사업의 시공사로 선정된 것인바, 이와 같은 이 사건 입찰절차의 진행 과정에 어떠한 문제가 있다고 보기 어렵다. 또한 피고가 입찰참여 대상자들을 상대로 현장설명회를 개최한 것이 확인되는 등 입찰참여 대상자들에게 원고와 동일한 정보와 기회가 제공되지 않았다고 볼 만한 정황도 달리 드러나지 않는다.

(2) 앞서 인정한 바와 같이 원고가 입찰금액에 지하철 연결통로 공사비를 포함하지 않은 것은 이 사건 입찰제안 당시 지하철 연결통로 공사계획이 수립되지 않은 상황 때문인 것으로 보일 뿐이고, 이를 두고 원고가 입찰금액을 의도적으로 축소하였다고 보기 어렵다. 따라서 원고가 피고와 계약체결 후 지하철 연결통로 공사에 관한 설계도면이 확정되면 그 공사비에 관하여 다시 논의하기로 협의한 것을 두고 피고가 사실상 원고의 입찰절차 위반을 용인하였다거나, 시공사 선정 과정에서 원고에게 특혜를 주었다고 보기는 어려울 것이다.

(3) 피고의 시공사 계약협상단은 이 사건 결의를 통하여 원고가 이 사건 재건축 사업의 시공사로 선정된 이후 지하철 연결통로 공사를 이 사건 재건축 사업의 공사 범위에 포함하는 것을 쟁점사안으로 보고 원고와의 협상 전략을 수립한 후 여러 차례 이에 관하여 논의하였고, 그 결과를 토대로 앞서 본 바와 같이 지하철 연결통로 공사비 중 일부를 원고가 부담하는 내용의 조항을 이 사건 계약서 초안에 삽입하기로 한

것으로, 이와 같은 협상 경위 및 과정에 비추어 보더라도 원고에 대한 시공사 선정 과정이 공정성을 상실한 것이라 보기는 어렵다.

3) 소결론

이 사건 결의를 무효라고 볼 수 없는 이상 원고는 이 사건 결의를 통하여 이 사건 사업의 재건축 시공사 지위를 취득하였다고 보아야 하므로, 원고와 피고 사이에 공사도급 본계약 체결에 관한 예약이 성립하였다.

다. 본계약 미체결에 관한 정당한 이유가 있는지 여부

1) 도급계약 체결 협상 과정

갑 제4 내지 8호증, 을 제13 내지 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 재건축 사업의 시공사로 선정된 후 피고와의 도급계약 체결 협상 과정에 관하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 시공사 계약협상단이 2018. 8. 28. 결성된 후 시공사 계약협상단은 2018. 8. 29.부터 2018. 11. 12.까지 26차례에 걸친 회의를 하면서 도급계약의 각 개별적 조항에 관하여 자체적으로 논의하거나 원고와 함께 협상하는 시간을 가졌다.

나) 원고와 시공사 계약협상단은 2018. 11. 15. 회의를 개최하여 최종적으로 쟁점 사항 및 상호간 요청 사항에 관하여 논의한 뒤, 향후 도급계약서 초안에 관한 법률자문을 거친 후 피고의 조합 총회에 도급계약 체결 안건을 상정할 수 있도록 노력하기로 합의하였다.

다) 시공사 계약협상단은 2018. 11. 22. 무렵 도급계약서 초안 중 상호 이견이 있는 부분에 관하여 법률자문을 거친 후 2018. 12. 3. 원고에게 일부 조항에 관한 수정을 요구하는 공문을 보내면서 '원고가 공문으로 회신하는 계약서를 시공사 계약협상단

에서는 최종 도급계약서 초안으로 총회 상정을 요청 할 것이다.'라는 입장을 밝혔다.

라) 이에 대하여 원고는 2018. 12. 7. 시공사 계약협상단에게 '시공사 계약협상단으로부터 추가로 요구받은 내용을 상당 부분 최종적으로 수용한다.'라는 취지의 공문을 보내면서 그 공문에 이 사건 계약서 초안을 첨부하였고, 시공사 계약협상단은 이 사건 계약서 초안을 그대로 이사회에 상정하기로 하였다.

마) 시공사 계약협상단은 피고의 2018. 12. 12. 자 이사회에서 그동안의 계약 협상 경위 및 과정, 각 계약 조항의 내용에 관하여 설명하였고, 그 후 이사회는 이 사건 계약서 초안대로 원고와 도급계약 체결을 승인하는 안건을 대의원회 및 조합 총회에 상정하기로 하는 결의를 하였다.

2) 원고가 피고에게 불리한 내용의 계약조건을 강요하였는지 여부

가) 피고는 원고에게 이 사건 계약서 초안에 '향후 조합 원안에서 혁신안으로 설계를 변경하더라도 공사금액의 변동이 없다'는 취지의 조항 및 원고에게 이행보증보험증권의 발급 의무를 지우는 조항을 삽입하여 달라고 요구하였음에도 원고가 이를 무시하였을 뿐 아니라, 협상 과정에서 원고가 피고의 승인 없이 통지만으로 하도급을 할 수 있는 조항(제38조), 이 사건 계약서 초안의 내용 중 일반분양의 선분양 후시공을 전제로 하는 조항(제30조 제1항), 지장물철거 공사비를 10억 원의 한도 내에서만 부담하는 조항(제5조 제2항 제2호) 등 피고에게 불리한 계약조건을 일방적으로 강요하였다고 주장한다.

나) 그러나 앞서 1)항에서 본 바와 같은 원고와 시공사 계약협상단 사이의 도급계약 체결에 관한 협상 과정 및 이 사건 계약서 초안의 내용에다가 갑 제44호증, 을 제9, 10, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 협상 과정에서 계

약조건 수정에 관한 피고의 요구를 무시하였다거나 피고에게 불리한 내용의 계약조건을 일방적으로 강요하였다고 보기 어려우므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 피고가 위 가)항 기재와 같이 문제 삼는 부분은 2018. 12. 3. 원고에게 수정을 요구한 조항 중 이 사건 계약서 초안에 반영되지 않은 부분이 대부분이다(그 중 이행보증보험증권의 발급에 관한 조항, 선분양 후시공에 관한 조항에 관하여는 피고의 수정요구조차 없었던 것으로 보인다). 그런데 원고는 2018. 12. 7. 피고에게 이 사건 계약서 초안을 송부하면서 이 사건 계약서 초안과 시공사 계약협상단의 2018. 12. 3. 자 수정요구안을 비교하고, 그 요구사항을 수용하는지 여부 및 수용하지 않거나 절충안을 제시하는 경우 그 이유를 기재한 비교표를 첨부한 것으로 보이는바(을 제14호증, 이하 '이 사건 비교표'라 한다), 피고는 이를 검토하고서 원고로부터 송부 받은 이 사건 계약서 초안의 내용 그대로 이사회에 상정하였다. 즉 피고로서는 원고에 대한 요구사항이 반영되지 않은 부분의 적정성·타당성에 관하여 충분히 숙고하는 기회를 가진 후 원고로부터 송부 받은 이 사건 계약서 초안을 이사회에 상정하기로 판단한 것으로 보인다.

(2) 원고는 피고에게 2018. 11. 16. '시공사 계약협상단과 15회에 걸쳐 계약서의 세부 사항에 관하여 협의를 진행한 결과, 2018. 11. 15.부로 계약 협의가 종료되었다. 이제는 도급계약서 초안을 조합 총회에 상정하여 주실 것을 요청 드린다.'는 취지의 공문을(갑 제5호증), 2018. 12. 7. '시공사 계약협상단으로부터 추가로 요구받은 내용을 상당 부분 최종적으로 수용하니, 다가오는 조합 총회에 도급계약서 초안을 상정하여 사업이 신속히 추진될 수 있도록 하여 주시기 바란다.'는 취지의 공문을(갑 제6호증) 각 보냈다. 피고는 위 각 공문을 원고가 더 이상의 협상은 불가능하다는 의사를 표

시한 것이므로, 이를 원고가 피고에게 불리한 계약내용을 강요하였음을 뒷받침하는 정황으로 볼 수 있다고 주장한다. 그러나 앞서 1)나)항에서 본 바와 같은 원고와 시공사 계약협상단의 2018. 11. 15. 자 회의의 내용, 그 이후에 이루어진 피고의 2018. 12. 3. 자 수정요구 및 원고가 위 2018. 12. 7. 피고에게 이 사건 계약서 초안과 함께 송부한 이 사건 비교표의 내용 등을 고려하면, 피고가 들고 있는 위 각 공문의 취지를 그 주장과 같이 받아들이기는 어렵다.

(3) 원고는 시공사 선정 과정 중 2018. 6. 18. 자 공문 및 홍보 동영상에서 피고에게 향후 피고와 도급계약 체결에 관하여 '서울시 정비사업 공사표준계약서'(이하 '서울시 표준계약서'라 한다)를 기준으로 협의를 진행하겠다는 입장을 밝힌 바 있는데 (을 제9, 10호증), 이 사건 계약서 초안 중 위 하도급 및 선분양에 관한 조항 등의 내용은 서울시 표준계약서의 내용과는 차이가 있다. 피고는 이를 문제 삼으면서 위 각 조항이 원고가 시공사 선정 과정에서 한 확약을 번복하고 원고에게 유리한 계약조건을 강요한 결과라고 주장하나, 아래와 같은 이유로 위 주장은 수긍하기 어렵다.

(가) 원고의 '서울시 표준계약서를 기준으로 협의를 진행하겠다'는 취지의 확약이 서울시 표준계약서의 내용 그대로 도급계약을 체결하겠다는 의미라고 볼 수 없음은 명백하므로, 이 사건 계약서 초안의 일부 내용이 서울시 표준계약서의 내용과 다르다는 사정만으로 원고가 위 확약을 번복하였다거나, 그 계약 조항이 피고에게 불리하다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 비교표에는 이 사건 계약서 초안의 내용을 서울시 표준계약서의 내용과 비교하고 있고, 그 중 서울시 표준계약서 내용을 수용하여 초안 내용을 수정한 부분이 여럿 발견될 뿐만 아니라, 서울시 표준계약서 내용을 따르지 않는 부분에

관하여는 그 이유가 설명되어 있다. 이를 고려하면, 원고와 시공사 계약협상단은 협상을 진행함에 있어 서울시 표준계약서의 내용을 중요하게 고려하였다고 보인다.

(다) 시공사 계약협상단이 위 이사회에서 설명한 협상 경과에 의하더라도 원고와 시공사 계약협상단이 일반적인 내용에 있어서는 서울시 표준계약서의 내용을 따르고, 상호 이견이 있는 부분에 관하여는 상호 협상을 통해 계약 내용을 확정하였음을 알 수 있는데, 이와 관련하여 위 이사회에서 상호 이견이 있는 부분까지 서울시 표준계약서의 내용을 따르지 않았다는 취지의 이의는 제기되지 않은 것으로 보인다.

(4) 아래와 같이 이 사건 계약서 초안 중 피고가 문제 삼는 내용을 개별적으로 살펴보더라도, 피고의 2018. 12. 3. 자 수정 의견과 달리 이 사건 계약서 초안에 삽입되거나 삽입되지 않은 내용이 피고에게 특별히 불리하다거나 원고가 일방적으로 강요한 것이라고 인정하기 어렵다.

(가) 혁신안으로 변경 시 공사금액의 변동에 관한 조항 : 앞서 본 바와 같이 이 사건 결의에서는 혁신안을 이 사건 재건축 사업의 설계로 채택하였으나, 피고가 조합 원안설계로 건축심의 및 사업시행인가를 이미 받은 탓에 원고와의 계약체결 협상은 조합 원안설계를 토대로 진행되었고, 이 사건 계약서 초안도 조합 원안설계대로 시공함을 전제로 하고 있다. 그런데 원고는 이 사건 입찰절차에서 조합 원안뿐만 아니라 혁신안에 대한 입찰금액을 808,682,215,000원으로 제시하였고, 일반조건 제66조 제12항은 피고가 혁신안으로 사업시행변경인가를 받은 후 그에 따라 원고와 공사도급변경계약을 체결한다고 규정하고 있으므로, 원고와 피고로서는 위 입찰금액의 범위 내에서 그때까지의 변동사항을 반영하여 위 도급계약에 대한 변경계약을 체결하면 될 것으로 보일 뿐이고, 피고의 요구와 같이 이 사건 계약서 초안에 '향후 조합 원안에서 혁신안

으로 설계가 변경되더라도 공사금액의 변동이 없다'는 조항이 반드시 삽입되어야 한다고 보기 어렵다.

(나) 선분양 후시공에 관한 조항(제30조 제1항) : 이 사건 계약서 초안 제30조 제1항은 피고로 하여금 착공신고 즉시 분양승인 신청을 하도록 하고 있어 선분양·후시공 방식을 따르고 있는데, 피고가 입찰안내서에서 제시한 도급계약서안 제30조 제1항에는 위와 같은 취지의 조항이 없었다. 그러나 이 사건 계약서 초안의 내용이 피고가 입찰안내서에서 제시한 도급계약서안 내용과 다르다는 사정만으로 그 내용이 피고에게 일방적으로 불리하다고 볼 수는 없고, 대규모 공동주택 분양에 있어서의 대부분이 '선분양 후시공' 방식을 채택하는 것으로 보이는 점 및 원고가 이 사건 비교표를 통하여 피고에게 '선분양 후시공'의 방식이 업계의 관행에 부합한다는 점을 충분히 설명한 것으로 보이는 점까지 고려하면, 위 조항이 피고에게 특별히 불리하다거나 원고가 일방적으로 강요한 것이라고 인정하기 어렵다.

(다) 이행보증보험증권 발급 의무에 관한 조항 : 원고는 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정되는 과정에서 피고에게 입찰보증금 50,000,000,000원을 현금으로 납부한데다가, 이 사건 계약서 초안 제10조, 제11조 제2항에 의하면 원고는 착공 시 계약금액의 30%에 해당하는 보증금액으로 하여 주택도시보증공사가 발행한 시공보증서를 피고에게 제출하여야 하므로, 이와 별도로 원고가 피고에게 계약금액의 10%에 해당하는 이행보증보험증권을 제출함으로써 계약이행을 보증하여야 할 필요성이 있다고 단정하기 어렵고, 인근 재건축정비사업의 사례를 보더라도 시공자에게 이행보증보험증권을 발급할 의무를 부과하는 곳은 없는 것으로 보이므로(갑 제44호증 참조), 원고가 위 조항을 이 사건 계약서 초안에 삽입하지 않은 것이 피고에게 일방적으로 불리하다

고 보기 어렵다. 원고와 시공사 계약협상단은 협상 과정에서 이와 같은 사정을 고려하여 원고에게 이행보증보험증권 제출 의무를 부과하지 않되, 피고 조합 임원이 원고에 대하여 공사대금의 지급을 연대보증하지 않기로 합의한 것으로 보이는바[을 제15호증 8쪽(전자기록뷰어 기준, 이하 같다)], 이는 위 조항이 원고의 강요에 의하여 제외되었다는 피고의 주장에 명백히 반하는 정황이다.

(라) 하도급에 관한 조항(제38조) : 이 사건 계약서 초안 제38조 제1항은 원고가 공사의 일부를 하도급 하고자 하는 경우 피고에게 통지만 하면 된다고 규정하고 있다. 그러나 같은 조 제2항은 하도급으로 인한 분쟁 발생 시 원고로 하여금 모든 책임을 지도록 하고 있고, 제4항은 피고에게 하수급인의 시공능력, 하도급 계약금액의 적정성 등을 심사할 수 있는 권한을 주어 도급인인 피고를 보호하고 있으므로, 위 조항이 피고에게 일방적으로 불리하다고 보기 어렵다. 또한 이 사건 비교표에 따르면 원고는 피고의 요구대로 하도급에 있어 도급인의 사전 서면승낙을 요할 경우 원고의 하도급 업체 선정 및 공기 준수에 지장이 있고, 원활한 공사 진행이 곤란하다는 입장을 충분히 설명하였고, 하도급의 요건을 피고에 대한 통지만으로 규정하는 대신 피고의 요구에 따라 위 제2, 4항의 보호 장치를 추가하였음이 확인되는바, 결국 위 조항 또한 상호의 의견을 절충한 결과로 보일 뿐이다.

(마) 지장물철거 및 매립폐기물 공사비에 관한 조항(제5조 제2항 제2호) : 이 사건 계약서 초안 제5조 제2항 제2호는 원고가 지장물철거 및 매립폐기물 공사비를 10억 원의 한도에서 부담한다고 규정하고 있는데, 원고가 지장물철거 및 매립폐기물 공사비를 무한정 부담하지 않는다고 하여 그 취지를 규정한 계약 조항이 피고에게 일방적으로 불리하다고 볼 만한 근거가 전혀 없다. 또한 원고는 시공사 선정 과정 중인

2018. 6. 18. 피고에게 '지장물철거 및 매립폐기물 공사는 입찰지침서 및 클린업 시스템에 관련 공사에 관한 정보가 없으므로 10억 한도 내에서 부담한다.'는 입장을 밝혔고, 위 조항은 원고의 위와 같은 확약의 내용이 반영된 것으로 보일 뿐이다.

3) 원고가 확약을 번복하였는지 여부

가) 반포천 특화공사 비용 부담

(1) 을 제6호증의 3의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 재건축 공사 중 반포천 특화공사의 총 비용은 8,066,528,922원, 그 중 하천정비조경공사 부분의 비용은 443,241,300원임을 인정할 수 있고, 이 사건 계약서 초안 제66조 제14항은 혁신안으로 설계를 변경하는 경우 반포천 특화공사의 총 비용 중 하천정비조경공사 부분만 원고가 부담하는 것으로 규정하고 있다.

이와 관련하여 피고는 원고가 시공사 선정 과정에서 피고 조합원들에게 반포천 특화공사에 관하여 홍보하면서 반포천 특화공사비 약 81억 원을 무상제공하기로 확약하였음에도, 이 사건 계약서 초안 제66조 제14항에 위 반포천 특화공사비 중 약 4억 원 상당의 하천정비조경공사 비용만 부담한다고 명시함으로써 그 확약을 번복하였다는 취지의 주장을 한다.

(2) 그러나 갑 제46호증, 을 제3호증의 6, 제7, 10, 31, 32호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 원고는 시공사 선정 과정에서 피고에 대하여 조합 원안의 설계대로 이 사건 재건축 공사를 시공하는 경우에만 반포천 특화공사 비용을 부담한다고 확약하였음이 인정되므로, 혁신안으로 설계가 변경되는 경우에 관한 위 조항을 두고 원고가 확약을 번복하였다고 보기 어렵다. 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(가) 피고가 원고로부터 제출받은 입찰참여제안서를 토대로 작성한 각 설계별 비교표(을 제7호증) 중 조합 원안 부분에만 원고가 반포천 특화공사를 무상 제공한다는 내용이 명시되어 있는데, 이 사건 결의 당시 피고가 배포한 총회 책자에 위 비교표가 수록되어 있으므로 피고 조합원들로서도 위 비교표를 확인할 수 있었을 것으로 보인다(을 제11호증 38~42쪽). 원고가 2018. 6. 18. 피고를 대상으로 진행한 간담회 설명자료에 첨부된 각 설계별 비교표(갑 제46호증)에도 원고가 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시공하는 경우에만 반포천 특화공사를 무상 제공한다는 취지가 명시되어 있다.

(나) 원고가 이 사건 입찰제안을 하면서 제출한 입찰참여제안서를 통하여 반포천 특화공사에 관하여 중점적으로 홍보하였고(을 제3호증의 6 22~55쪽), 위 입찰참여제안서 말미에 첨부되어 있는 사업참여제안서에는 반포천 특화공사를 무상 제공한다는 내용이 포함되어 있다(을 제3호증의 6 128쪽). 그러나 위 사업참여제안서에 기재된 사업개요, 공사금액 등에 비추어 이는 조합 원안설계를 전제로 작성되어 있는 것으로 보이므로, 위 홍보 및 기재 내용만을 들어 원고가 혁신안으로 시공하는 경우에도 반포천 특화공사 비용을 부담한다고 확약하였다고 보기는 어렵다.

(다) 피고는 원고가 입찰참여제안서 중 혁신안 설계를 설명하는 부분에서 '반포천과 연계한 조경혁신안'을 제시하는가 하면, '반포천 광장과 단지의 광장을 유기적으로 연결하여 반포천을 입주민의 생활 속으로 들어오게 한다.'는 등 반포천을 활용한 독창적인 단지 계획을 제시하였으므로(을 제31, 32호증), 원고가 혁신안의 경우에도 반포천 특화공사를 무상 제공한다는 내용의 확약을 하였다고 주장한다. 그러나 피고가 위와 같이 문제 삼는 부분을 살펴보더라도 원고가 반포천을 활용하여 신축될 아파트

단지의 가치를 높이는 방안을 혁신안 설계의 일부로 제시한 것에 불과한 것으로 보일 뿐이고, 그 공사비를 원고가 부담한다는 의사를 추단할 수 있는 내용은 전혀 없으므로, 피고의 위 주장은 쉽사리 수증하기 어렵다.

(라) 피고는 원고가 이 사건 결의 당시 상영된 홍보동영상에서 혁신안의 설계화면을 보여주면서 '무상특화금액'이라는 내용의 자막을 제시하였으므로, 조합원들로서는 원고가 혁신안의 경우에도 반포천 특화공사를 무상 제공하리라 믿을 수밖에 없었다고 주장한다. 위 홍보동영상의 해당 부분 내용에 비추어 위 총회 당시 조합원들로서 하여금 다소 혼동을 야기할 수 있었다고 보이기는 하나, 그렇다고 하더라도 위 (가)항 기재와 같은 비교표가 조합원들에게 제공되어 조합원들로서는 위 홍보동영상의 내용과 달리 혁신안의 경우에는 반포천 특화공사가 무상 제공되지 않는다는 점을 인지할 수 있었을 것으로 보이는바, 피고의 위 주장도 쉽사리 납득하기 어렵다.

나) 지장물철거 및 매립폐기물 공사비 부담

앞서 본 바와 같이 이 사건 계약서 초안 제5조 제2항 제2호는 원고가 지장물 철거 및 매립폐기물 공사비를 10억 원의 한도 내에서 부담한다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 피고는 시공사 선정 과정에서 정비기반시설 공사비를 모두 원고가 부담하기로 약속하였음에도 지장물철거 및 매립폐기물 공사비에 관하여 위와 같은 한도를 설정함으로써 위 약속을 반복하였다고 주장한다.

그러나 을 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 원고가 시공사 선정 과정 중인 2018. 6. 18. 피고에게 정비기반시설, 공공청사, 보도교 등의 공사비를 예정금액 범위 내에서 부담하겠다는 입장을 밝히면서도, 별도로 첨부한 표에서 '지장물 철거 및 매립폐기물 공사비는 입찰안내서 및 클린업 시스템에 관련 공사에 관한 정보

가 없으므로 10억 원을 한도로 부담한다.'고 명시하였음을 알 수 있다. 따라서 원고가 시공사 선정 과정에서 위 지장물철거 및 매립폐기물 공사비에 관하여는 10억 원을 한도로 부담하겠다는 확약만을 하였음이 인정되므로, 위 조항을 두고 원고의 확약을 번복한 것이라 보기 어렵다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 일부 조항이 이 사건 작성기준에 부합하지 않는지 여부

피고는 이 부분에서도 앞서 나.항에서 살펴본 바와 같은 지하철 연결통로 공사비 및 마감재에 관한 부분을 문제 삼으면서, 결국 이 사건 계약서 초안이 이 사건 작성기준에 부합하지 않는 하자가 있다는 취지의 주장을 한다. 그러나 앞서 나.항에서 자세히 인정한 바와 같은 사실 또는 사정에다가 원고와 피고 사이에 이 사건 계약서 초안이 도출될 당시까지도 지하철 연결통로 공사계획이 전혀 수립되지 않아 그 내용 및 범위를 전혀 확정할 수 없었던 것으로 보이는 점, 이 사건 계약서 초안의 공사범위에 '지하철 연결통로 공사'가 명시되었을 뿐만 아니라 일반조건 제66조 제13항에 그 공사비 중 일부를 원고가 부담하는 취지의 조항이 도입된 점까지 더하여 보면, 이 사건 계약서 초안에 이 사건 작성기준을 위반한 하자가 있다고 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

5) 소결론

따라서 피고가 원고와의 도급계약 체결을 거절할 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로, 피고는 공사도급 본계약 체결 거절로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임을 진다.

4. 손해배상책임의 범위

가. 관련 법리

1) 공사도급계약의 도급인이 될 자가 수급인을 선정하기 위해 입찰절차를 거쳐 수의계약의 상대방으로 결정한 경우, 입찰을 실시한 자가 수의계약의 상대방으로 결정한 자와의 본계약 체결의무를 위반함으로써 인한 손해배상의 범위는 원칙적으로 예약채무불이행으로 인한 통상의 손해를 한도로 하는데, 만일 입찰을 실시한 자가 정당한 이유 없이 수의계약의 상대방으로 결정된 자에 대하여 본계약의 체결을 거절하는 경우라면 수의계약의 상대방이 본계약의 체결 및 이행을 통하여 얻을 수 있었던 이익, 즉 이행이익 상실의 손해는 통상의 손해에 해당한다(위 대법원 2011다41659 판결의 취지 참조).

2) 감정인의 감정결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 존중하여야 한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608, 84615, 84622, 84639 판결 등 참조).

나. 시공이익 산정의 기준

1) 시공이익 산정이 가능한지 여부

가) 앞서 인정한 사실에 의하면 원고와 피고가 도급계약 본계약을 체결하기 위한 협상을 진행하다가 그 계약 체결이 무산되어 최종적으로 도급계약을 체결하지 못하였음을 알 수 있기는 하다.

나) 그러나 갑 제2 내지 8호증, 을 제11 내지 16호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 피고 사이에 계약체결이 무산될 당시에 도급계약 체결의 기준이 되는 이 사건 재건축 공사의 내용 및 범위에 관한 합의는 이루어진 상태였다고 봄이 상당하다. 따라서 원고의 시공이익을 산정하는 것이 가능하므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 피고의 조합 총회는 이 사건 결의를 통하여 원고를 이 사건 재건축 사업

의 시공자로 선정하면서 향후 원고와의 도급계약을 체결할 권한을 대의원회에 위임하였고, 대의원회는 이 사건 결의 다음 날 원고와의 도급계약 체결을 협상할 시공사 계약협상단의 구성을 승인하는 결의를 하였다. 즉 시공사 계약협상단은 조합 총회로부터 원고와의 도급계약 체결을 위임받은 대의원회 결의를 통하여 구성되었는바, 그 구성 경위에 비추어 대의원회로부터 피고를 대표하여 원고와 도급계약 체결에 관하여 협상할 권한을 위임받았다고 봄이 상당하다.

(2) 앞서 본 바와 같이 시공사 계약협상단은 원고와 도급계약 체결에 관한 협상을 진행한 후 법률자문을 거쳐 원고에게 2018. 12. 3. 일부 계약 조항의 수정을 요구하는 공문을 보냈고, 그 공문의 말미에 '귀사에서 공문으로 회신하는 계약서를 시공사 계약협상단에서는 최종 계약서 안으로 조합 총회에 상정할 것임을 알려 드린다.'는 입장을 밝혔다. 이는 시공사 계약협상단이 원고에게 도급계약서 초안의 최종적인 검토 및 수정을 요구하면서 원고로부터 회신 받는 계약서를 최종 도급계약서 초안으로 조합 총회에 상정하겠다는 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다.

(3) 이에 원고는 2018. 12. 7. 시공사 계약협상단에게 이 사건 계약서 초안을 송부하였고, 시공사 계약협상단은 이를 검토한 후 원고로부터 송부 받은 이 사건 계약서 초안을 그 내용 그대로 이사회에 상정하였다. 위와 같이 원고와 시공사 계약협상단이 도급계약서 초안을 이사회에 상정하기 전에 주고받은 과정은 원고와 피고가 향후 체결할 도급계약에 포함될 이 사건 재건축 공사의 범위 및 내용을 확정하는 의미를 가지고 있다고 봄이 상당하고, 이 사건 계약서 초안은 그와 같은 확정 작업의 결과물이라고 보아야 한다.

(4) 이와 같이 피고 조합 총회로부터 계약 체결에 관한 협상 권한을 위임받은

대의원회가 구성한 시공사 계약협상단이 피고를 대표하여 원고와의 협상을 진행한 후 그 협상을 통하여 이 사건 계약서 초안을 도출하고 이를 이사회에 상정한 이상, 이와 같은 행위로 인하여 원고와 피고 사이에 향후 체결할 도급계약에 포함될 이 사건 재건축 공사의 범위 및 내용을 확정하는 합의가 이루어졌다고 봄이 상당하고, 원고와 피고 사이에 최종적으로 도급계약의 체결이 무산되었다는 사정만을 가지고 이와 달리 보기는 어렵다.

2) 산정의 기준이 되는 설계안

가) 원고는 시공이익 산정의 근거로 이 사건 감정결과를 원용하고 있다. 그런데 감정인 손태운의 감정결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 감정결과는 원고가 조합 원안 및 혁신안, 특화안 중 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 산정되었음을 알 수 있다. 이에 대하여 피고는 원고가 혁신안대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 그 시공이익을 산정하여야 하므로, 이와 달리 조합 원안을 전제로 산정된 이 사건 감정결과를 원고가 원용할 수 없다고 주장한다.

나) 그러나 갑 제2, 8, 41호증, 을 제3호증의 4, 6, 제13호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건에서 원고의 시공이익은 원고가 조합 원안 설계대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 산정되어야 한다고 봄이 타당하다. 따라서 이와 다른 전제에 서서 원고의 시공이익이 혁신안 설계를 전제로 산정되어야 하므로 원고가 이 사건 감정결과를 원용할 수 없다는 취지의 피고의 이 부분 주장은 이유 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 피고는 조합 원안을 기초로 건축심의 및 사업시행인가를 받은 후 조합 원안대로 시공함을 전제로 시공사 선정 입찰공고를 하였고, 원고가 우선협상대상자로 선

정된 후 이 사건 입찰제안을 하면서 이 사건 작성기준 제6의 다.항에 따른 대안설계로서 혁신안, 특화안을 제안하였다. 피고는 이 사건 결의에서 원고를 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정하면서 이 사건 사업의 설계로 조합 원안, 혁신안, 특화안 중 혁신안을 채택하였으므로, 원고가 피고와 향후 도급계약 본계약을 체결할 경우 이 사건 결의에서 채택된 혁신안에 따라 이 사건 재건축 공사를 시공하는 것이 예정되어 있었고, 원고와 피고가 최종적으로 혁신안대로 이 사건 재건축 공사를 진행하기로 합의하기는 한 것으로 보인다.

(2) 그러나 원고는 이 사건 입찰제안을 하면서 피고에게 혁신안의 계획설계⁴⁾만을 제출한 상태였고, 이 사건 결의 당시 혁신안의 계약 및 공사에 필요한 설계도서는 작성되지 않은 상태였다. 뿐만 아니라 이 사건 재건축 사업의 설계를 조합 원안에서 혁신안으로 변경하기 위해서는 혁신안의 실시설계가 확정된 후 이를 바탕으로 건축심의 및 사업시행변경인가를 받아야 한다. 이를 고려하여, 원고와 피고는 일단 원고가 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 도급계약을 체결하고, 추후 이 사건 재건축 사업의 사업시행변경인가가 이루어진 후 위 도급계약에 대한 변경계약을 체결하기로 합의하였다(갑 제41호증 4~5쪽 참조).

(3) 원고와 시공사 계약협상단의 계약 체결에 관한 협상도 원고가 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 이루어졌다. 그를 통해 도출된 이 사건 계약서 초안의 건축 연면적, 계약금액 등에 비추어 그 전체적인 내용은 이 사건 재건축 공사가 조합 원안대로 시공됨을 전제하고 있다고 보아야 한다(을 제13호증). 다만 추후 원고와 피고가 도급계약에 대한 변경계약을 체결할 것에 대비하여 일반조건 제66

4) 건축사가 건축주로부터 제공된 자료와 기획업무 내용을 참작하여 건축물의 규모, 예산, 기능, 질, 미관 및 경관적 측면에서 설계목표를 정하고 그에 대한 가능한 계획을 제시하는 단계를 말한다.

조 제12, 14항에서 혁신안을 기초로 한 사업시행변경인가를 받은 후 원고와 피고로 하여금 도급계약에 대한 변경계약을 체결하도록 정하고, 그 경우 원고가 반포천 특화공사 비용을 무상 제공하지 않음을 전제로 그 공사비 중 하천정비조경공사비용만 부담하는 것으로 정하였다.⁵⁾

(4) 원고와 피고는 이 사건 계약서 초안의 내용대로 도급계약을 체결할 것을 예정하였고, 위 도급계약 체결의 건을 조합 총회에 상정한다는 피고 이사회의 결의까지 이루어졌으나, 피고 조합 총회의 결의를 받지 못하여 원고와 피고 사이의 도급계약 체결이 무산되었다. 이를 고려하면, 이 사건 계약서 초안의 내용을 계약체결 무산 전까지 원고와 피고의 최종적인 합의 내용으로 봄이 상당하고, 그 내용을 기준으로 하여 원고의 시공이익을 산정하여야 한다. 즉 이 사건 계약서 초안이 원고가 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시공함을 전제로 규정되어 있으므로, 원고가 피고와 위 도급계약을 체결한 후 혁신안의 실시설계를 확정하고 이를 전제로 한 변경계약의 체결까지 나아가지 아니한 이상 원고의 시공이익 또한 조합 원안을 기초로 산정하여야 한다.

(5) 이에 대하여 피고는 원고와 피고가 이 사건 결의 내용에 따라 추후 이 사건 재건축 사업의 설계를 혁신안으로 변경하기로 예정하였으므로 이를 이행이익의 산정에 반영하여야 한다는 취지의 주장을 한다. 그러나 도급계약 체결이 무산될 당시에 도 원고와 피고 사이에는 향후 혁신안으로 이 사건 재건축 사업의 설계가 변경될 경우 도급계약에 대한 변경계약을 체결하기로 하는 추상적인 합의만이 있었던 것으로 보이고, 이 사건 계약서 초안의 일반조건 제66조 제12, 14항의 취지도 그러하다. 또한 위

5) 이와 관련하여 최종 도급계약서 제5조 제2항은 반포천 특화공사를 원고가 그 도급계약에 따라 시공해야 할 범위에서 제외하고 있고, 다만 그 중 보도교 공사만을 제6호에서 포함하고 있다. 위 조항은 향후 원고가 혁신안으로 이 사건 재건축 공사를 시공할 경우 반포천 특화공사 비용을 부담하지 않음을 전제한 것이라고 볼 수 있으나, 도급계약서에 기재된 건축 연면적, 계약금액 및 일반조건 제66조 제12, 14항의 내용에 비추어 위 반포천 특화공사에 관한 내용만을 들어 최종 도급계약서가 혁신안을 전제로 작성되었다고 보기는 어려울 것이다.

혁신안에 관하여는 계획설계만 이루어졌을 뿐 실시설계도서, 시공계획서, 상세내역서는 전혀 작성되지 않은 상태여서 원고가 이 사건 재건축 공사를 혁신안대로 시공하는 경우 그 구체적인 공사의 범위 및 내용조차 구체화되지 않았던 상태였으므로, 원고와 피고가 추후 혁신안으로 설계를 변경하는 것을 예정하였다는 사정만으로는 앞서 인정한 바와 달리 혁신안을 기초로 원고의 시공이익을 산정하여야 한다고 보기 어렵다.

다. 시공이익의 구체적 산정

1) 이 사건 감정결과의 내용

가) 감정인 손태운의 감정결과, 이 법원의 감정인 손태운에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 재건축 사업의 시공자로서 조합 원안 설계대로 이 사건 재건축 공사를 진행하여 완성하였을 경우 얻을 수 있었던 시공이익은 47,731,000,000원임을 인정할 수 있다.

나) 한편 원고가 조합 원안대로 이 사건 재건축 공사를 시행할 경우 반포천 특화공사를 무상 제공하여야 하고, 반포천 특화공사의 총 비용이 8,066,528,922원임은 앞서 본 바와 같으므로, 위 반포천 특화공사 비용은 원고가 얻었어야 할 위 시공이익에서 차감되어야 한다.

다만 반포천 특화공사에는 보도교 공사, 하천정비조경공사가 포함되어 있는데, 이 사건 감정결과에 의하면 감정인이 이 사건 계약서 초안의 내용대로 원고가 이 사건 재건축 공사를 시공하더라도 일반조건 제5조 제2항 제6호에 따라 원고가 위 보도교 공사를 시공하여야 하고, 일반조건 제66조 제14항에 원고가 하천정비조경공사 비용을 부담하여야 함을 고려하여, 위 각 공사비의 합계 1,437,098,000원(= 보도교 공사비 부분 1,006,135,000원 + 하천정비조경공사비 부분 430,963,000원)을 시공이익 산정의 기초가

된 시공원가에 산입하였음을 알 수 있다. 즉 반포천 특화공사 비용 중 위 1,437,098,000원은 이미 시공원가에 산입되어 원고의 시공이익에서 차감되었으므로, 이를 고려하지 않고 반포천 특화공사 비용 전액을 차감할 경우 위 1,437,098,000원이 중복 차감되어 시공이익이 과소하게 산정되게 된다.

이와 같은 사정을 고려하여, 반포천 특화공사 비용 8,066,528,922원에서 이미 시공원가에 포함된 위 1,437,098,000원을 제외한 6,629,430,922원(= 8,066,528,922원 - 1,437,098,000원)을 위 시공이익에서 차감하기로 한다.

2) 이 사건 감정결과의 신빙성

이에 대하여 피고는 감정인의 공사비용 산정 과정에 오류가 있어 이 사건 감정 결과를 신빙할 수 없다고 주장하는데, 아래에서는 앞서 살펴본 감정결과 존중에 관한 법리를 고려하여 피고의 각 주장이 이 사건 감정결과의 신빙성을 뒤집을 수 있을 정도인지 여부를 항목별로 살펴본다.

가) 지하철 연결통로 공사비 미반영

피고는 이 사건 재건축 공사의 범위에 지하철 연결통로 공사가 포함되어 있음에도 감정인이 이를 반영하지 않았다고 주장한다. 그러나 원고가 부담해야 할 시공원가는 원고와 피고 사이의 이 사건 재건축 공사의 내용 및 범위에 관한 합의 내용이라고 볼 수 있는 이 사건 계약서 초안에 따라 판단하여야 하는데, 이 사건 계약서 초안 제66조 제14항은 원고가 지하철 연결통로 공사비를 200,000,000원의 한도 내에서 부담한다고 정하고 있고, 감정인은 위 금액을 기초로 지하철 연결통로 공사비를 194,460,000원으로 산정한 다음 이를 시공원가에 반영하였다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 마감재 공사비(시공원가) 반영 오류

피고는 원고가 시공사 선정 과정에서 이 사건 재건축 공사에 사용될 마감재는 인근의 1, 2, 4주구와 동등하거나 그 이상의 수준이고, 강남 지역의 최신 경향에 따라 마감재를 적용하겠다고 약속하였으므로, 그 시공원가를 산정함에 있어서도 위와 같은 약속을 반영하였어야 하는데 이 사건 감정결과는 강남 지역과 동떨어진 현장의 시공원가를 반영하는 등 이에 관한 고려가 없었다고 주장한다.

그러나 이 사건 감정결과에 의하면 감정인이 원고가 시공한 사업장인 서울 서초구 반포동 소재 반포래미안아이파크, 서울 강남구 삼성동 소재 삼성동센트럴아이파크, 서울 마포구 아현동 소재 아현아이파크의 각 시공원가 증빙자료를 원고로부터 제출받아 이를 평균하여 이 사건 재건축 공사의 직접공사비를 산정하였음을 알 수 있는바, 원고가 이 사건 재건축 공사에서 시공할 마감재 부분에 관하여도 위 각 사업장에서 사용된 마감재의 평균을 기준으로 그 단가가 산정되었다고 보아야 한다. 그런데 위 각 사업장 중 2곳은 서울 강남구 삼성동 또는 서울 서초구 반포동에 위치하는 점에다가 위 각 사업장의 착공 시기까지 고려할 때 원고가 위 각 사업장과 동일한 마감재를 사용한다면 1, 2, 4주구와 동등한 수준 또는 강남 지역의 최신 경향을 반영한 마감재를 사용하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 원고가 감정인에게 제출한 위 각 사업장에 관한 시공원가 증빙자료를 살펴보더라도 피고가 주장하는 바와 같이 반포래미안아이파크 및 삼성동센트럴아이파크와 아현아이파크에 사용된 마감재에 유의미한 차이가 있다고 보기도 어려우므로, 감정인이 이 사건 재건축 공사의 직접공사비를 산정함에 있어 위 각 사업장의 시공원가를 기초로 한 것을 두고 어떠한 하자가 있다고 보기 어렵다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

다) 금융비용 상당액 미반영

피고는 원고가 이 사건 입찰제안을 하면서 피고에게 3,500억 원의 범위에서 무이자로 사업비를 대여하고, 그 외에도 소요경비를 업계 최저 금리로 대여하기로 약속하였으므로, 원고가 위 각 약속을 이행함에 따른 금융비용 상당액도 시공원가에 포함되어야 하는데 이 사건 감정결과는 이를 반영하지 않았다고 주장한다.

그러나 시공원가라 함은 시공 과정에서 발생한 재료비, 노무비, 경비의 합계액을 말하는바, 원고의 피고에 대한 사업비 대여는 이 사건 재건축 사업의 시공자로 선정되기 위한 일종의 유인책에 불과할 뿐 이 사건 재건축 공사의 시공과정에서 발생하는 재료비, 노무비, 경비와는 직접적인 관련이 없으므로, 설령 원고가 피고에게 위 사업비를 대여하지 않게 됨으로 인하여 이에 대한 이자비용을 지출하지 않는 결과가 되었다고 하더라도, 그 금융비용 상당액을 이 사건 재건축 공사의 시공원가에 포함되어야 한다고 보기는 어렵다(다만 아래에서 보는 바와 같이 이와 같은 사정을 책임제한에서 고려할 수 있음은 별개의 문제이다). 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

라) 착공 목표일 이후의 물가 상승분 미반영

피고는 최근 우크라이나 전쟁, 원화가치 하락 등으로 인하여 자재비가 크게 상승한 점에 비추어 보면 이 사건 감정결과가 시공원가를 산정함에 있어 착공 목표일인 2021년 8월 이후의 물가 상승분을 반영하지 않음으로써 시공원가를 과소하게 산정한 잘못이 있다고 주장한다.

그러나 이 법원의 감정인 손태운에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 감정인은 2021. 11. 16. 감정회의를 진행하면서 원고와 피고에게 이 사건 재

건축 공사의 착공 목표일인 2021년 8월을 기준으로 물가변동에 따른 지수조정을 한다는 취지의 설명을 하였고, 원고와 피고가 이에 동의함에 따라 감정인이 이 사건 계약서 초안에서 정한 착공일인 2019년 6월과 위 2021년 8월의 건설공사비지수를 각 적용하여 시공원가를 16.39% 증액하였음을 알 수 있다. 이와 같은 감정인의 감정 경위에다가 통상 시공원가를 산정함에 있어서는 일정한 물가변동의 기준시점을 정한 후 지수조정률을 곱하는 방식으로 물가변동을 반영하는 것으로 보이는 점까지 고려하면, 감정인이 위 2021년 8월 이후의 물가 상승분을 이 사건 감정결과에 반영하지 않은 것이 그 신빙성 전체를 부정할 정도로 현저하게 경험칙에 반한다거나 합리성을 상실하였다고 보기 어렵다(다만 아래에서 보는 바와 같이 이와 같은 사정을 책임제한에서 고려할 수 있음은 별개의 문제이다). 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

마) 혁신설계 특화비용 미반영

피고는 원고가 시공사 선정 과정에서 이 사건 재건축 사업의 설계로 조합 원안이 채택되는 경우 사업시행계획의 경미한 변경 범위 내에서 특화평면 설계를 적용하기로 약속하였는데, 이 사건 감정결과에는 원고가 조합 원안의 설계도서 그대로 시공하는 것을 전제로 시공원가를 산정한 잘못이 있다고 주장한다.

그러나 위 특화평면 설계를 적용하기 위해서는 각 세대의 평면설계를 변경하여야 하는데, 도시정비법 시행령 제46조 제4호는 각 세대의 평면설계 변경에 관하여 '세대수와 세대당 주거전용면적을 변경하지 않고 세대당 주거전용면적의 10%의 범위에서 세대 내부구조의 위치 또는 면적을 변경하는 경우'를 사업시행계획의 경미한 변경의 범위로 규정하고 있는바, 특화평면 설계를 적용하여 각 세대의 평면설계를 변경하더라도 그 주거전용면적이 동일한 점과 내부구조가 변경되는 범위가 주거전용면적의

10%에 한정되는 점에 비추어 보면, 위 특화평면 설계 적용으로 인하여 시공원가가 현저하게 증가한다고 단정하기는 어렵다. 따라서 감정인이 위 특화평면 설계에 관한 부분을 별도로 시공원가에 반영하지 않은 것이 이 사건 감정결과와 신빙성 전체를 부정할 정도로 현저하게 경험칙에 반한다거나 합리성을 상실하였다고 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

바) 스카이트리프 공사비 미반영

피고는 원고가 시공사 선정 과정에서 혁신안에 관한 소개를 하면서 스카이트리프 부분을 혁신안의 주된 특징으로 내세웠으므로, 그 공사비 또한 이 사건 재건축 공사의 시공원가를 산정함에 있어 고려되어야 하는데, 이 사건 감정결과는 이를 고려하지 않은 잘못이 있다고 주장한다.

그러나 앞서 인정한 사실에 의하면 위 스카이트리프 공사는 혁신안의 공사 범위에만 포함되고, 조합 원안의 공사 범위에서는 제외되어 있다. 그런데 앞서 나.항에서 본 바와 같이 원고의 시공이익 및 시공원가 산정의 기준이 되는 설계는 조합 원안이므로, 그 공사 범위 밖인 위 스카이트리프 공사비를 시공원가에 포함하여야 한다고 보기 어렵고, 원고가 시공사 선정 과정에서 혁신안에 관한 소개를 하면서 스카이트리프 부분을 중점적으로 강조하였다는 사정만으로 달리 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

사) 물량, 단가, 공종의 누락 또는 단가의 과다한 산정

(1) 피고는 감정인이 시공원가를 산정함에 있어 일부 자재의 물량 또는 단가를 누락함에 따라 시공원가를 과소하게 산정한 잘못이 있다고 주장하고, 감정인이 시공원가를 산정하는 과정에서 피고가 주장하는 자재 항목의 물량, 단가를 누락한 것으

로 보이기는 한다.

그러나 이 법원의 감정인 손태운에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 감정인이 2021. 11. 16. 감정회의를 진행하면서 원고로부터 제출받은 산출내역서를 기초로 직접공사비를 산정한다는 설명을 하였음을 알 수 있고, 이에 대하여 피고가 감정인에게 이의를 제기하거나 다른 감정방식을 제안한 것으로 보이지는 않는다. 감정인이 위 회의 이후 원고로부터 제출받은 자료를 살펴보면, 위와 같이 이 사건 감정결과에서 시공원가를 산정함에 있어 일부 자재의 물량, 단가가 누락된 것은 원고로부터 제출받은 산출내역서의 세부 내용 중 해당 자재에 관한 부분이 누락됨에 따른 것으로 보인다. 이와 같은 감정인의 감정 경위를 고려하면, 감정인이 위와 같이 일부 자재의 물량, 단가를 누락한 것이 이 사건 감정결과와 신빙성 전체를 부정할 정도로 현저하게 경험칙에 반한다거나 합리성을 상실하였다고 보기 어렵다. 피고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

(2) 피고는 감정인이 시공원가를 산정함에 있어 일부 자재의 단가를 과다하게 산정한 잘못이 있다는 취지의 주장도 하나, 이에 대하여 감정인이 시공원가 산정에 사용한 자재의 단가를 재검토한 결과 '일부 항목에서는 원고가 산출내역서에서 자재의 단가를 과다하게 산정하였다거나 과소하게 산정하였다고 볼 수 있는 부분도 있으나, 전체적으로 볼 때 원고가 적정 단가를 적용한 것으로 판단하였으므로, 피고가 일부 과다하게 산정되었다고 문제 삼는 부분만을 대상으로 하는 단가 재산정은 필요하지 않다고 사료된다.'는 취지의 의견을 밝힌 점을 고려하면(이 법원의 감정인 손태운에 대한 사실조회결과 참조), 피고의 위 주장도 받아들이기 어렵다.

(3) 피고는 감정인이 시공원가를 산정함에 있어 이 사건 재건축 공사의 시공

에 필요한 일부 공종을 누락한 잘못이 있다는 취지의 주장도 하나, 이 사건 기록을 살펴보면 원고가 이 사건 재건축 공사를 시공함에 있어 피고가 주장하는 바와 같은 공종이 반드시 필요하다고 인정할 수 있는 자료가 없으므로, 피고의 위 주장도 받아들이지 않는다.

3) 소결론

따라서 이 사건 감정결과를 통하여 인정되는 원고의 시공이익 47,731,000,000원에서 위 1)나)항과 같이 차감되어야 할 반포천 특화공사 비용 6,629,430,922원을 제외한 41,101,569,078원을 원고의 이행이익으로 인정하기로 한다.

라. 책임의 제한

앞서 인정한 사실 및 사정과 앞서 든 증거들 및 갑 제47호증, 을 제41, 44호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 이 사건 재건축 사업에 관한 도급계약 본계약의 체결이 무산되고 시공사 선정이 취소됨에 따라 이 사건 재건축 공사를 위해 투입하여야 할 시간적, 금전적 비용의 지출을 대부분 면하게 된 점, ② 시공사 선정까지 이루어진 사업의 초기 단계에서 예약의 계약관계가 해소됨에 따라 원고가 사실상 이 사건 사업을 위하여 지출한 비용이 거의 없었던 점, ③ 원고는 도급계약 본계약이 체결되고 이 사건 재건축 공사가 진행될 경우 부담할 가능성이 있었던 사업비나 이주비 등의 추가적인 대출의무나 보증의무 및 기타 사업상 위험을 면할 수 있게 되었고, 피고로부터 대여금으로 전환된 입찰보증금 50,000,000,000원도 반환받을 수 있게 된 점, ④ 대규모 주택재건축정비사업의 통상적인 시행 과정을 고려할 때 본계약이 체결된 후 이 사건 재건축 사업이 진행되는 과정에서 당사자들 모두가 예견하지 못한 변수가 발생하여 추가적인 비용부담이 발생할 가

능성도 충분한 수준으로 상존하고 있었다고 보이는 점, ⑤ 원고가 제출한 입찰참여제안서의 기재 내용 및 이 사건 계약서 초안에 의하면 원고는 착공시기를 2019년 6월로, 공사기간을 착공 후 38개월 이내로 예정하고 있었던바, 원고가 이 사건 재건축 사업의 시공자로서 공사를 진행하였더라도 최근의 우크라이나 전쟁으로 인한 원자재 가격 폭등과 건설경기 불황 등 여러 사정을 고려할 때 위 기대 시공이익 전부를 회수할 수 있었을 것이라고 보기 어려운 점, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 여러 가지 사정을 참작하면, 피고의 원고에 대한 손해배상책임은 손해액의 40%로 제한함이 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 상당하다. 따라서 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해액을 위 시공이익의 40%에 해당하는 16,440,627,631원(= 41,101,569,078원 × 40%, 원 미만 버림)으로 제한하기로 한다.

마. 소결론

따라서 피고는 원고에게 최종 손해액 16,440,627,631원 및 그 중 10,000,000,000원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2020. 5. 28.부터, 6,440,627,631원에 대하여는 원고가 이 부분 청구를 확장한 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일 다음 날인 2023. 5. 13.부터 각 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 9. 7.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(한편 피고의 본계약 체결의무 불이행에 기한 손해배상채무는 이행기의 정함이 없는 채무로서 피고는 그 이행청구를 받은 때에 비로소 그 지체책임을 지는데, 원고가 이 사건 소제기 및 청구취지 확장 전에 피고에 대하여 위 각 부분의 이행청구를 하였다고 볼 만한 증거가 없으므로, 위와 같이 인정한 범위

를 초과한 지연손해금 청구는 받아들이지 않는다).

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머
지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장

판사

이상원

이 상 원



판사

정재우

정 재 우



판사

이덕균

이 덕 균



별지

도급계약서 초안

반포아파트(제3주구) 주택재건축정비사업 도급계약서

사업주체인 피고와 원고는 반포아파트(제3주구) 주택재건축정비사업에 필요한 사항을 정하기 위하여 상호간에 아래 및 별첨 공사계약조건과 같이 약정한다. (후략)

- 아 래 -

1. 사업의 명칭 : 반포아파트(제3주구) 주택재건축정비사업
2. 내지 3. (생략)
4. 사업의 내용 : 관할 자치단체장이 인가한 사업구역의 철거 및 건축시설의 신축공사
 - 건축 연면적 : 493,253.17㎡
 - 건축규모 : (1) 지하 3층 ~ 지상 35층 / 17개동 / 공동주택(2,091세대)
 - (2) 정비기반시설(도로, 공원)
 - (3) 공공청사(보도교, 지하철 연결통로 포함)
5. 계약금액 : 808,713,243,000원(부가가치세 별도)

공사계약 일반조건

제5조(공사의 범위 및 비용부담) ② 피고가 제1항의 공사를 시공함에 있어 (중략) 시공해야 하는 범위는 다음과 같다.

2. 토목공사비(파일공사, 흙막이공사, 매립폐기물 및 오염토양 처리비용 포함. 단 지장물 철거/매립폐기물 처리 10억한도 기준)

6. 보도교(피고가 제출한 사업참여제안서의 반포천 특화공사 내 보도교공사 산출내역서 기준)

제10조(계약이행의 보증) 원고는 실제 착공 시 도시정비법에서 정한 시공이행보증증권을 피고에게 제출하되 보증금액은 공사도급금액의 30%로 한다.

제11조(계약이행 보증기관) 제10조의 시공보증서는 다음 각 호의 기관이 발행한 보증서를 제출할 수 있다.

1. 「주택도시기금법」에 따른 주택도시보증공사가 발행한 보증서

제30조(일반분양) ① 피고의 조합원에게 분양하고 남은 건축시설은 일반분양하고 분양시기, 분양방법, 분양절차 등은 「주택공급에 관한 규칙」에 따르며 일반분양 가격은 피고와 원고가 합의하여 결정하되 일반분양 관련 업무는 제28조에 따른다. 피고는 원고의 별도의 요청이 없는 한, 착공신고 즉시 일반분양 아파트에 대한 분양승인을 신청하여야 한다.

제38조(공사의 하도급 등) ① 원고는 계약된 공사의 일부를 제3자에게 하도급하고자 하는 경우에는 피고에게 통지하여야 한다. (후략)

② 원고가 제1항에 따라 본 공사를 제3자에게 하도급 하고자 하는 경우에는 (중략) 하수급인의 선정, 하도급계약의 체결 및 이행, 하도급 대가의 지급에 있어 관계 법령의 제 규정을 준수하여야 하며 하도급으로 인한 분쟁 발생 시에는 원고가 모든 책임을 지고 시공에 지장이 없도록 해결한다.

③ 피고가 본 공사의 시공이 현저히 부적당하다고 인정하는 하수급인이 있는 경우에는 하도급의 통보를 받은 날 또는 그 사유가 있음을 인지한 날로부터 30일 이내에 서면으로 그 사유를 명시하여 하수급인의 변경 또는 하도급 계약내용의 변경을 요구할 수 있다. 이 경우 원고는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

④ 피고는 제3항에 따라 본 공사의 시공에 있어 현저히 부적당한 하수급인이 있는지 여부를 판단하기 위하여 하수급인의 시공능력, 하도급 계약금액의 적정성 등을 심사할 수 있다.

제66조(공사계약특수조건 등) ⑫ 혁신안에 따른 사업시행인가 변경 후 원고와 피고는 그에 따른 공사도급변경계약을 체결하며, 피고는 변경계약을 위해 필요한 절차(총회결의 등)를 거쳐야 한다.

⑬ 지하철 연결통로는 단지 내 연결구간에 한하여 공사비 2억 범위 내에서 원고가 부담한다.

⑭ 혁신안으로 변경시 ‘반포천특화공사 산출내역서’상의 ‘하천정비조경공사’ 내용을 원고가 부담한다.

⑮ 혁신안으로 설계변경시, 우수디자인을 받을 수 있도록 원고는 최선을 다하여 지원한다.

⑯ 일반분양 시 원고와 피고는 후분양제 관련하여 별도 협의할 수 있다.