

부산고등법원(창원) 2022. 7. 21 선고 2021나13236(본소), 2021나13243(반소) 판결 [퇴거청구
등 · 공사대금]

재판경과

부산고등법원(창원) 2022. 7. 21 선고 2021나13236(본소), 2021나13243(반소) 판결
창원지방법원 마산지원 2021. 9. 8 선고 2019가합101595 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인

주식회사 A

소송대리인 법무법인 더킴로펌 담당변호사 정태규

피고(반소원고), 피항소인

B

소송대리인 법무법인 지승 담당변호사 문일환, 박지원

변론종결 2022. 7. 7.

판결선고 2022. 7. 21.

제1심판결 창원지방법원 마산지원 2021. 9. 8. 선고 2019가합101595(본소),
2020가합101294(반소) 판결

주 문

1. 이 법원에서 확장한 피고(반소원고) B의 반소 청구를 포함하여 제1심판결 중 반소에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 294,991,709원 및 이에 대하여 2019. 7. 1.부터 2021. 9. 8.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고(반소원고) B의 나머지 반소 청구를 기각한다.

2. 반소에 관한 소송 총비용 중 3/4은 원고(반소피고)가, 1/4은 피고(반소원고) B가 각 부담한다.

3. 제1의 가항 중 제1심에서 가집행이 선고되지 아니한 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

[본소]

피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다) B는 별지 목록 기재 각 건물에서 퇴거하고, 위 각 건물에 출입하여서는 아니 된다.

[반소]

원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)는 피고 B에게 294,991,709원 및 이에 대하여 2019. 7. 1.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라[피고 B는 제1심에서 반소로 ① 294,991,709원의 미지급 공사대금 청구, ② 공사대금 미지급으로 인한

142,822,680원의 손해배상청구, ③ 계약의 부당파기로 인한 30,000,000원의 위자료 청구를 하다가, 이 법원에서 ‘반소 청구취지 및 청구원인 변경신청’을 제출함으로써 공사대금 미지급으로 인한 손해배상청구, 계약의 부당파기로 인한 위자료 청구를 각 취하하고, 미지급 공사대금 청구의

자연손해금 부분을 확장하였다. 한편, 제1심판결 중 반소에 관한 부분에 대하여 원고만이 항소한 이 사건에서 피고 B가 반소청구취지를 확장하였으므로, 그에 따라 원고에게 불리하게 되는 한도에서 피고 B가 부대항소를 한 것으로 보되(대법원 1992. 12. 8. 선고 91다43015 판결 등 참조), 피고 B가 부대항소장을 따로 제출하지는 않았으므로 형식적 기재사항에 피고 B와 원고를 부대항소인 및 피부대항소인으로 표시하거나, 따로 부대항소의 취지를 기재하지는 않는다].

2. 항소취지(원고)

제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 피고 B의 반소 청구를 기각한다(원고는 제1심판결 중 본소에 관한 부분에 대하여도 항소하였으나, 이 법원에서 제출한 항소취지 변경신청서에 의하여 본소에 관한 항소를 취하하였다).

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원의 판결 이유는, 제1심 판결문의 해당 부분을 아래와 같이 고치고, 아래 제2항에서 원고가 이 법원에서 항소이유로 새롭게 주장한 사항에 관하여 추가로 판단하는 이외에는 제1심 판결문의 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

[고치는 부분]

○ 제1심 판결문 제10면의 표 아래에 다음과 같은 내용을 추가하고, 같은 쪽 표 아래 제1행부터 제4행까지의 [인정근거]에 ‘을 제51호증’을 추가한다.

『아. 원고에 대한 과징금 부과 처분

피고 B는 경상남도에 ‘원고가 이 사건 공사에 관하여 일괄 하도급 금지를 규정한 건설산업기본법을 위반하였다’는 내용의 민원을 제기하였고, 경상남도는 2022. 2. 4. 원고에게 ‘건설공사 전부를 다른 건설사업자에게 하도급하여 건설산업기본법을 위반하였다’는 이유로 건설산업기본법 제82조 제2항 제3호에 따라 과징금 16,916,000원을 부과하는 처분을 하였다.』

○ 제1심 판결문 제18면 제6행과 제7행 사이에 다음과 같은 내용을 추가한다.

『한편, 원고는 제1심 법원 증인 J이 불만을 품고 원고의 회사를 퇴직하여 허위의 증언을 할 동기가 있으므로 J의 증언을 믿을 수 없다고 주장하나, J이 증언 당시 원고 회사에서 퇴직한 상태였다는 점만으로는 J의 증언의 신빙성을 배척하기에 부족하고, 달리 그 증언의 신빙성을 의심할 만한 사정은 보이지 않는다.』

○ 제1심 판결문 제18면 제9행의 “불과다”를 “불과하다고”로 고친다.

○ 제1심 판결문 제18면 제13행의 “이 사건 각서 작성 이후”를 삭제한다.

○ 제1심 판결문 제18면 제17행과 제18행 사이에 다음과 같은 내용을 추가한다.

『(4) 또한 원고는, 피고 B의 주장대로 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약이 체결된 것이라면 피고 B가 본인 명의로 하도급계약의 이행에 필요한 계약을 체결하고, 본인 명의의 계좌에서 비용을 지출하였을 것이나 실제로 원고 명의로 이 사건 공사에 필요한 모든 계약이 체결되었으며, 원고 명의의 계좌에서 이 사건 공사에 필요한 비용 역시 지출되었는바, 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약관계가 없었다는 취지의 주장을 한다.

그러나 발주처인 경상남도에게는 E이 여전히 이 사건 공사의 하수급인으로 신고되어 있었고, 원고는 공식적으로는 건설산업기본법상 등록된 건설업자가 아닌 피고 B에게 하도급을 할 수 없는 상태였으므로, 원고로서는 피고 B와 체결한 하도급계약의 존재를 숨기기 위해 피고 B로 하여금 원고 명의로 계약을 체결하게 하거나, 비용을 지출하게 하였을 것으로 보인다. 따라서 원고가 주장하는 위와 같은 사정만으로는 원고와 피고 B 사이에 이 사건 공사에 관한 직접적인 하도급계약이 체결되었다는 인정을 뒤집기에 부족하다.』

○ 제1심 판결문 제19면 제16행과 제17행 사이에 다음과 같은 내용을 추가한다.

『한편, 원고는 이 사건 2차수 공사를 원고, O회사, 주식회사 P이 직접 진행하였고, 피고 B는 이 사건 2차수 공사를 완성한 사실이 없다고 주장한다.

살피건대, 원고와 O회사, 원고와 주식회사 P 사이에 이 사건 공사에 관한 것으로 보이는 하도급계약서, 시공용역계약서(갑 제92, 103호증)가 존재하기는 하나, 피고 B는 이 사건 2차수 공사 현장에 필요한 경비를 요청받고, 향후 업무추진현황을 보고받는 등 하수급인으로서 이 사건 2차수

공사를 진행한 것으로 보이는 점(을 제54호증 내지 76호증), O회사, 주식회사 P이 원고로부터 하도급받은 공사(옹벽공사, 암파쇄방호시설공사)는 이 사건 공사의 일부에 불과한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고가 주장하는 사정만으로는 피고 B가 이 사건 2차수 공사를 완성하였다는 인정을 뒤집기에 부족하다.』

○ 제1심 판결문 제23면 제11행부터 제20행까지를 다음과 같이 고친다.

『 3) 소결론

따라서 원고는 피고 B에게 이 사건 2차수 계약에 따른 공사대금 1,544,462,240원의 82%에 해당하는 1,266,459,036원(= 1,544,462,240원 × 0.82, 원 미만 버림)의 범위 내에서 피고 B가 구하는 294,991,709원 및 이에 대하여 이 사건 2차수 공사 준공일인 2019. 5. 31. 이후로서 피고 B가 구하는 2019. 7. 1.부터 제1심판결 선고일인 2021. 9. 8.까지는(피고 B는 제1심에서 공사대금의 지연손해금에 관하여 반소장 부분 송달일 다음날부터 판결 선고일까지는 연 5%의 법정이율을 적용하여 청구하였다가, 이 법원에서 지연손해금 청구를 확장하면서 반소장 부분 송달일 다음날부터 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 법정이율을 적용하여 청구하였다. 그러나 위와 같은 확장의 취지가 기재된 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 송달되기 이전의 기간인 반소장 부분 송달일 다음날부터 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 법정이율을 적용할 수 없으므로, 제1심판결이 선고한 바에 따라 제1심판결 선고일까지는 법정이율의 근거법률만 민법에서 상법으로 변경하여 인정할 수 있을 뿐이다) 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[피고 B의 주위적 청구인 공사대금 청구를 받아들이는 이상, 예비적 청구인 부당이득반환청구에 관하여는 따로 판단하지 않는다(일부 기각된 부분인 지연손해금 청구 부분에 관하여 부당이득반환청구라고 하여 추가로 인정될 수 있는 것도 아니다)].』

2. 원고의 새로운 주장에 관한 추가 판단

가. 원고 주장의 요지

설령 원고가 피고 B에 대하여 공사대금을 지급할 의무가 있다고 하더라도, 원고는 피고 B에 대하여 아래와 같이 1) 부당이득반환채권, 2) 불법행위로 인한 손해배상채권, 3) 5억 원의 위약벌채권이 있는바, 원고는 위 채권들을 자동채권으로 하여 피고 B의 원고에 대한 공사대금채권과 대등액의 범위 내에서 상계한다.

1) 부당이득반환채권

피고 B의 주장대로 원고와 피고 B가 이 사건 공사에 관하여 직접 하도급계약을 체결하였다면, 하수급인인 피고 B는 하도급인인 원고로부터 하도급 공사대금 이외에 급여, 인건비를 별도로 지급받을 수 없음에도 원고 명의의 계좌에서 급여 등 명목으로 합계 44,900,000원을 인출하였고, 이 사건 2차수 공사가 진행되지 않은 기간에도 원고 명의의 계좌에서 현장경비 명목으로 합계 5,550,000원을 인출하였다. 그렇다면 피고 B는 법률상 원인없이 50,450,000원(= 44,900,000원 + 5,550,000원)의 이득을 얻고, 원고는 위 금액만큼 손해를 입은 것이므로, 원고는 피고 B에게 위 50,450,000원에 상당하는 부당이득반환채권이 있다.

2) 불법행위로 인한 손해배상채권

현장인부에 대한 노무비는 이 사건 공사의 발주처인 경상남도에 의해 지급될 뿐 원고의 현장경비 계좌에서 지급되지 아니함에도, 피고 B는 원고 명의의 계좌를 보관하고 있음을 기화로 2018. 2. 12.부터 이 사건 공사 현장인부에 대한 노무비 명목으로 Q 등에게 총 35,583,740원을 송금하여 원고에게 동액 상당의 손해를 입혔으므로 원고는 피고 B에게 위 35,583,740원에 상당하는 불법행위로 인한 손해배상채권이 있다.

3) 5억 원의 위약벌채권

피고 B와 원고는 2018. 7. 24. 이 사건 공사와 관련하여 공금 횡령 등의 문제가 발생할 경우 피고 B가 원고에게 5억 원을 지급하기로 하는 위약벌을 약정하였는데, 피고 B는 원고 명의의 계좌에 보관된 자금을 개인채무변제, 생활비 등 개인적인 용도로 소비함으로써 업무상 횡령죄를 범하였으므로 원고는 위 위약벌 약정에 따라 피고 B에게 5억 원의 위약벌 채권이 있다.

나. 판단

살피건대, 앞서 든 증거, 갑 제83호증, 을 제77호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 원고가 주장하는 자동채권이 존재한다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에 서 있는 원고의 상계 항변은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

1) 부당이득반환채권, 손해배상채권

피고 B가 피고 B의 급여, 현장인부에 대한 노무비 명목으로 원고 명의의 계좌에서 돈을 인출함으로써 원고에게 손해가 발생하였다고 보기 위해서는 피고 B가 관리하고 있는 원고 명의의 계좌의 돈이 원고 소유인 사실이 전제되어야 한다. 원고 명의의 계좌의 돈이 원고 소유가 아니라면 피고 B의 인출 행위로 원고에게 어떤 손해가 발생한다고 볼 수 없다.

살피건대, 원고가 원고 명의의 계좌로 입금한 돈은 이 사건 공사에 관한 하수급인이었던 E 또는 피고 B에게 지급한 하도급 공사대금으로 보이고(앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 2차수 공사와 관련하여 피고 B가 보관관리하는 원고의 법인통장에 2019. 1. 3. 5,000만 원, 2019. 4. 16. 1,200만 원을 송금하여 공사대금으로 지급하였다고 주장하였고, 이러한 원고의 일부 지급 사실 자체도 이미 인정된 바 있다. 원고가 손해가 발생하였다고 주장하는 원고 명의 계좌는 공사대금으로 지급하였다고 주장한 계좌와 같은 계좌이다), 하도급 공사대금은 그 지급 즉시 하수급인인 E 또는 피고 B에게 귀속되는 것으로 봄이 타당하므로, 원고가 제출한 증거만으로는 원고 명의의 계좌의 돈이 원고 소유인 사실을 인정하기에 부족하다. 따라서 피고 B가 원고 명의의 계좌에서 돈을 인출하는 행위로 인하여 원고에게 손해가 발생하였거나, 그로 인하여 피고 B가 법률상 원인 없는 이득을 얻었다고 보기 어렵다.

2) 5억 원의 위약벌채권

피고 B는 '2018. 3.경부터 원고 명의 계좌를 관리하면서 원고를 위하여 그 자금을 업무상 보관하던 중 이를 피고 B의 개인 채무 변제, 생활비 등 개인적인 용도로 임의 소비하였다'는 업무상 횡령의 혐의로 약식기소되어 약식명령을 받았고, 이에 대하여 정식재판을 청구하였으나 벌금 500만 원의 유죄판결을 선고받았다(부산지방법원 동부지원 2021. 11. 18. 선고 2021고정170 판결). 그러나 피고 B는 이에 항소하여 '하수급인인 피고 B가 하도급인인 원고로부터 지급받은 하도급 공사대금은 그 즉시 피고 B에게 귀속되어야 하는 점을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 원고 명의의 계좌에

입금된 돈이 원고 소유의 돈이라는 점이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 볼 수 없다'는 이유로 무죄판결을 선고받았고(부산지방법원 2022. 6. 14. 선고 2021노3915 판결), 위 무죄판결은 그 무렵 확정되었는바, 원고가 제출한 증거만으로는 위 확정된 무죄판결의 사실 인정 및 판단을 뒤집고 피고 B가 원고 명의의 계좌에 보관된 자금을 횡령하였다는 사실을 인정하기는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

원고는, 피고 B가 위와 같이 업무상 횡령죄에 대하여 무죄판결을 선고받았다고 하더라도 그 무죄판결은 피고 B가 횡령한 금액 중 일부에 대한 것일 뿐이고, 그 외에도 피고 B는 원고 명의의 계좌에서 본인 인건비 등의 명목으로 금전을 무단인출 또는 이체하여 횡령죄를 범하였으므로 원고는 피고 B에게 5억 원의 위약벌 채권이 있다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 원고가 제출한 증거만으로는 원고 명의의 계좌에 있는 돈이 원고 소유인 사실을 인정하기에 부족한 이상, 피고 B가 원고 명의의 계좌에서 일부 금원을 인출하였다고 하더라도 횡령죄를 범하였다고 보기는 어렵다.

3. 결론

그렇다면 피고 B의 반소 청구는 위 인정 범위에서 이유 있어 이를 인용하여야 하고, 나머지 반소 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 이 법원에서 확장한 피고 B의 반소 청구를 포함하여 제1심판결 중 반소에 관한 부분을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 최승원, 판사 박성준, 판사 조미화

별지

1) 제1심 법원은 원고(반소피고)의 본소 청구를 기각하고, 피고(반소원고) B의 반소 청구를 일부 인용하였는데, 원고(반소피고)는 본소 및 반소 패소 부분에 관하여 항소하였다가 이 법원에서 본소에 관한항소취지를 제외하는 내용의 항소취지 변경신청서를 제출하여 본소에 관한 항소를 취하하였다. 원고(반소피고)가 항소를 취하한 피고(반소원고) B에 대한 본소 부분도 이 법원에 이심되었지만 이 법원의심판범위에 속하지 아니하므로, 이 법원은 반소에 관한 원고(반소피고)의 항소에 대하여만 판단한다. 한편, 원고의 제1심 공동피고 C에 대한 본소는 원고의 본소에 관한 항소취하에 따라

제1심판결이 확정되었다.