

창원지방법원 마산지원 2021. 9. 8 선고 2019가합101595(본소), 2020가합101294(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) 주식회사 A

소송대리인 변호사 변범식

피고(반소원고) B

피 고 C

피고(반소원고) 및 피고 소송대리인 법무법인 지승

담당변호사 문일환

변 론 종 결 2021. 7. 21.

판 결 선 고 2021. 9. 8.

주 문

1. 원고(반소피고)의 피고(반소원고) B, 피고 C에 대한 본소청구를 모두 기각한다.
2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 294,991,709원 및 이에 대하여 2020. 11. 14.부터 2021. 9. 8.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 피고(반소원고) B의 나머지 반소청구를 기각한다.
4. 소송비용 중 본소로 인한 부분은 원고(반소피고)가 부담하고, 반소로 인한 부분 중 2/3는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고) B가 각 부담한다.
5. 제2항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

[본소] 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) B, 피고 C는 별지 목록 기재 각 건물에서각 퇴거하고, 위 각 건물에 출입하여서는 아니 된다.

[반소] 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)는 피고 B에게 467,814,389원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 이 판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

본소와 피고 B의 반소를 같이 본다.

1. 기초사실

가. 당사자 등의 지위

- 1) 원고는 경상남도로부터 D 도로 확 · 포장공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 수주하여 주식회사

E(이하 'E'이라 한다)에 위 공사를 일괄하여 하도급을 준 회사이다.

2) 피고 B는 구 건설산업기본법(2018. 12. 31. 법률 제16136호로 개정되기 전의것, 이하 '구 건설산업기본법'이라 한다) 제25조 제2항의 '등록한 건설업자'가 아님에도 E로부터 이 사건 공사를 일괄하여 재하도급 받은 자이고, 피고 C는 피고 B의 직원이다.

나. 원고와 E의 원도급계약 체결 및 E의 재하도급 등

- 1) 원고는 F 주식회사(이하 'F'이라 한다)와 공동수급체를 형성한 후(원고 지분51%, F 지분 49%), 2017. 7. 6. 경상남도와 이 사건 공사에 관하여 장기계속공사의 형태로 총 공사대금을 15,901,085,900원, 총차준공일을 2024. 7. 9., 1차수 계약의 공사금액을 173,264,000원, 1차수 계약의 공사기간을 2017. 7. 12.부터 2018. 7. 11.까지로 정한 공사도급계약을 체결하였다(갑 제2호증, 이하 '이 사건 공사계약'이라 하고, 위 공사계약에 따라 각 차수별로 체결되는 계약을 '이 사건 ○차수 계약'이라 하며, 그에 해당하는 공사를 '이 사건 ○차수 공사'라 한다).
- 2) 원고는 2017. 11. 27. E에 공사대금을 위 총 공사대금의 85%로 정하여 이 사건공사를 일괄하여 하도급을 주었는데(갑 제3호증, 이하 '이 사건 하도급계약'이라 한다), 위 하도급계약 중 이 사건과 관련한 부분은 아래와 같다.

(아래에서 '갑'은 원고를, '을'은 'E'을 의미한다)

제1조[공사의 내용 및 하도급 사항]

1. 공 사 명 : D 도로 확포장공사
2. 발 주 처 : 경상남도
3. 공사기간 : 2017. 7. 12. ~ 2024. 7. 9.
4. 계약금액: ₩15,901,085,900
5. 하도급 관리계획서 제출 하도급 사항
철근 콘크리트: ₩2,002,783,076, 토공: ₩751,403,321, 상하수도: ₩2,570,868,850

제5조 현장운영

3. 갑의 회사 소속 투입인원 급여(4대보험료 포함) 및 경비 등의 지급은 갑의 통장을 받아 을이 매월 지급한다.
4. 계약 및 준공, 수금 등에 필요한 제반 서류는 '을'에서 책임지고 처리한다.

제6조 실행 이익금 산정

1. 본 공사의 원활한 수행을 위해 하도급사인 을이 하도급부분은 물론 갑의 직영부분의 시공을 을이 책임지고 관리한다.
2. 갑과 을은 상기공사의 하도급부분 포함 전체 공사부분 실행을 85%에 합의하며, 을은 실행률 85%에 책임지고 시공한다(단, 도급금액은 산재보험료, 고용보험료, 건강보험료, 연금보험료, 퇴직공제부금, 노인장기요양보험료, 건설기계대여대금지급보증서 발급수수료, 건설하도급보증수수료 등을 제외한 공급가액 기준)

제7조 공사자금 및 회계관리

3. 선금을 수령할 경우 하도급직불을 원칙으로 하고, 현장관련 자재, 외주, 선금 또는 현장 원가투입금액 등의 비용은 발생한 근거에 따라 이익금을 제외한 선금의 범위 내에서 5항에 따라 을에게 지급하도록 한다.
4. 갑의 이익금 정산은 기성(실수령액), 준공금 입금시마다 기성내역서에 근거하여 을에게 정산처리한다.
5. 기성금 및 준공금 수령 후 을이 정산하여 통보하고, 갑이 검토하여 을이 지정하는 을의 계좌로 통보일로부터 20일 이내에 지급하도록 한다.

3) 한편, E은 피고 B로부터 1억 원을 차용하면서 2017. 11. 29. 피고 B에게 “E 대표이사 G은 이 사건 공사와 관련하여 피고 B로부터 1억 원을 차용한다. E은 원도급사인 원고와 약정한 85% 중 82%를 피고 B에게 모작공사 형식으로 이 사건 공사를 위임한다. 차용금 변제는 상기공사 선급금 수령과 동시에 변제한다.”라는 내용의 차용증(갑제4호증)을 작성해 주었다.

4) E은 같은 날 원고의 동의 없이 피고 B에게 원고로부터 하도급 받은 이 사건공사를 공사대금의 82%¹⁾로 정하여 일괄하여 재하도급 주었는데(을 제2호증, 이하 '이 사건 재하도급계약'이라 한다), 위 재하도급계약의 내용은 공사대금이 위와 같이 82%로 정하여진 것을 제외하고는 이 사건 하도급계약과 동일하다.

다. 이 사건 1차수 공사의 진행 및 준공

1) 피고 B는 2018. 1.경 이 사건 공사 중 2017년도분인 이 사건 1차수 계약에 포함된 별지 목록 기재 각 건물(이하 일괄하여 '이 사건 각 건물'이라 한다)의 신축공사에 착공하였다.

2) E은 그 과정에서 원고에게 피고 B를 E의 기술상무이자 이 사건 공사의 현장관리자로 소개하였다. 이에 원고는 이 사건 하도급계약에 따라 이 사건 공사의 자금집행에 사용할 원고 명의의 농협은행

통장(계좌번호 1 생략) 및 도장을 피고 B에게 교부하였고, 피고 B는 위 법인통장과 도장을 보관하면서 피고 C 등으로부터 차용한 금원을 위 법인통장에 입금하여 이 사건 공사와 관련한 비용 등에 사용하였다.

3) 이 사건 각 건물의 건축을 위한 가설건축물 축조신고서(갑 제19호증)가 2018.1. 15.경 창원시 마산합포구청에 접수되었는데, 위 신고서에는 건축주가 원고로 기재되어 있고, 그로부터 약 1개월이 지난 2018. 2.경 이 사건 각 건물이 완공되었다.

4) 피고 B가 위 각 건물의 건축공사를 포함한 이 사건 1차수 공사를 진행하여, 이 사건 1차수 공사는 2018. 9. 8.경 준공되었고, 그 무렵 원고와 발주처인 경상남도 사이의 정산을 통하여 이 사건 1차수 공사대금이 최종적으로 171,970,190원으로 변경되었다(갑 제64호증의 2).

라. E의 공사포기와 이 사건 2차수 공사의 진행 및 준공

1) 원고는 이 사건 1차수 공사에 관한 준공이 되기 전인 2018. 3. 13. 경상남도과 공사대금 1,570,771,240원, 공사기간 2019. 3. 19.부터 2019. 5. 31.까지로 정하여 이 사건 2차수 계약을 체결하였다(갑 제65호증의 2).

2) 피고 B는 이 사건 재하도급계약에 따라 이 사건 2차수 공사도 진행하였는데, 원고는 위 공사가 진행 중이던 2018. 4.경 E이 구 건설산업기본법상 수급인으로서의 자격을 갖추지 못한 피고 B에게 이 사건 공사를 일괄 재하도급 준 사실을 알게 되었다.

3) E은 2018. 5. 4. 원고 및 F에 이 사건 2차수 공사와 관련한 선급금 324,894,000원(= 원고에 대한 청구금액 165,696,000원 + F에 대한 청구금액 159,198,000원)의 지급을 요청하는 서면(갑 제86호증의 3)을 발송하였다. 이후 원고는 E에 이 사건 공사의 선급금으로 2회에 걸쳐 합계 324,894,000원2) 을 지급하였고, E로부터 H공제조합이 발급한 선급금보증서를 교부받았다.

4) 한편, 원고와 E 사이에 E이 피고 B에게 이 사건 공사를 일괄 재하도급한 사실이 계속하여 문제되자, E은 2018. 5. 25.경 원고에게 “당사(E)는 귀사(원고)와 2017.11. 27. 약정한 내용(D 도로확포장공사)에 대하여 모든 권리를 포기하며, 이에 포기각서를 제출합니다.”라는 내용의 공사계약포기각서(을 제3호증)를 작성하여 원고에게 제출하였다[원고는, 위 포기각서에 E의

대표이사가 아닌 부사장 I의 서명만이 기재되어있으므로, 위 포기각서는 효력이 없다는 취지로 주장하나, 당시 E의 부사장이던 I에게공사포기여부에 관한 실질적인 권한이 있었던 것으로 판단되고, E은 위 포기각서 이후로는 이 사건 공사에 관여하지 않은 것으로 보이는 점(증인 I에 대한 증인신문 녹취서13 내지 15쪽 참조) 등을 고려해보면, 원고의 위 주장은 이유 없다].

5) 피고 B는 E이 위와 같은 공사포기각서를 작성한 이후에도 여전히 이 사건 공사 현장에 남아 공사를 진행하였고, 2018. 7. 24.경 아래와 같은 내용의 각서(을 제4호증, 이하 '이 사건 각서'라 한다)를 작성한 다음 원고의 상무인 J과 함께 공증인 사무소를 찾아가 인증을 받은 후 위 각서를 원고에게 교부하였다.

▶ 공사명 : D 도로 확포장공사
▶ 발주처 : 경상남도
▶ 공사기간 : 2017. 7. 12. ~ 2024. 7. 9.
▶ 공사금액 : 15,901,085,900원(최초계약금액임, 변경시 변경금액 적용)

각서인 본인(피고 B)은 이 사건 공사의 현장을 시공하여 완공할 책임자로서, 현장에 필요한 기술자 및 인원을 책임지고 투입하며, 설계도서 및 관련법에 의거 시공할 것이며, 만약 부실시공으로 인하여 문제가 발생시 및 추후 하자보수 사항이 발생할 시 전적으로 각서인이 책임질 것이며, 또한 중도 포기하지 아니하고 본 공사를 끝까지 책임지고 완료할 것이며, 만약 중도 공사포기시 회사의 어떠한 처분도 감수할 것이며, 공사 완료시까지 적자 등의 명분으로 금전적 추가 요구를 아니할 것을 확약합니다.

또한 본사(원고)로부터 지급받는 공사 전도금에 대하여 당 현장에만 사용할 것이며, 공금유용이나 공금횡령, 배임 등으로 문제가 발생 시, 또한 허위세금계산서의 수취 등으로 금전적으로 문제가 발생시 모든 민, 형사상 책임을 질 것을 각서로서 확약합니다.

※ 위 각서 보증금으로 액면금 5억 원(₩500,000,000) 증서 2018년 제427호 집행력 있는 공정증서를 작성하고 각서인은 각서대로 이행되지 않을 시 즉시 집행되며 해당공사가 준공되고 하자보수기간이 만료되면 자동으로 효력을 상실한다.

6) 또한, 피고 B는 원고에게 위 각서에 따라 원고 앞으로 5억 원의 공사보증금 채무가 있다는 취지의 공정증서(을 제5호증)를 작성하여 주었다.

7) 피고 B가 이 사건 2차수 공사를 진행하여, 이 사건 2차수 공사는 2019. 5. 31.준공되었는데, 그 무렵 원고와 경상남도 사이에 공사대금에 관한 정산을 하여 최종적으로 이 사건 2차수 공사대금이

1,544,462,240원으로 변경되었다(갑 제65호증의 2).

마. 이 사건 3차수 공사의 중단 경위 및 그 이후의 경과

- 1) 원고는 위 2차수 공사가 진행 중이던 2019. 4. 18. 경상남도와 공사기간을 2019. 4. 24.부터 2020. 4. 22., 공사금액을 1,632,585,000원으로 정하여 이 사건 3차수계약을 체결하였다.
- 2) 피고 B가 이 사건 3차수 공사를 진행 중이던 2019. 7.경 이 사건 공사현장에서 일하던 인부들이 경상남도에 원고가 이 사건 2차수 공사와 관련한 선급금을 공사현장에 지급하지 않아 임금이 체불되었다며 탄원서(을 제18호증)를 제출하였고, 이에 경상남도는 2019. 9. 10.경 원고에게 '현장노무자들의 임금, 장비임대료, 자재대 등의 체불로 인한 민원이 지속적으로 제기되고 있는바 임금체불을 조속히 해결해 주시기 바랍니다'라는 내용의 공문(을 제34호증)을 보냈다.
- 3) 원고는 2019. 9. 27. 공동수급인인 F과 이 사건 3차수 공사 진행을 협의하였고, 그 결과 F이 이 사건 공사 현장을 인수하여 그 공사 전부를 직영으로 진행하는 한편, 기존에 이 사건 공사를 진행하고 있던 피고 B를 위 공사에서 배제하는 것으로 정하여졌다(갑 제23호증). 위와 같은 합의에 따라 피고 B는 이 사건 공사에서 배제되었고, 그이후부터는 F이 직접 공사를 진행하였다.

바. 이 사건 각 건물의 점유 현황

- 1) 이 사건 각 건물은 이 사건 공사를 위한 현장사무실과 직원들 숙소로 사용되기 위하여 건축되었는데, 피고들은 이 사건 각 건물을 완공하였을 무렵부터 그곳에 가구 및 개인 소지품 등을 두고 이를 이 사건 공사 현장의 사무실 및 숙소로 사용하였다.
- 2) 피고들은 피고 B가 이 사건 공사에 배제된 이후에도 이 사건 건물 중 일부를 사용하고 있고, “관계자의 승인 없이 무단출입을 금지한다.”라는 내용의 경고문(갑 제60호증)을 부착하기도 하였다.

사. 관련 법령

구 건설산업기본법

제25조(수급인 등의 자격 제한)

- ① 발주자는 도급하려는 건설공사의 종합적인 계획·관리·조정 필요성, 시공기술상의 특성 및 현지여건 등을 고려하여 공사내용에 상응하는 업종을 등록한 건설업자에게 도급하여야 한다.
- ② 수급인은 공사내용에 상응하는 업종을 등록한 건설업자에게 하도급하여야 한다.

제29조(건설공사의 하도급 제한)

- ① 건설업자는 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 건설업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도급하는 경우에는 예외로 한다.
- ④ 도급받은 공사의 일부를 하도급(제3항 단서에 따라 다시 하도급하는 것을 포함한다)한 건설업자와 제3항 제2호에 따라 다시 하도급하는 것을 승낙한 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 발주자에게 통보를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 제2항 단서에 따라 발주자가 하도급을 서면으로 승낙한 경우
 2. 하도급을 하려는 부분이 그 공사의 주요 부분에 해당하는 경우로서 발주자가 품질관리상 필요하여 도급계약의 조건으로 사전승인을 받도록 요구한 경우

제82조(영업정지 등)

- ② 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 1년 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자(제5호의 경우 중 하도급인 경우에는 그 건설사업자와 수급인을, 다시 하도급한 경우에는 그 건설사업자와 다시 하도급한 자를 말한다)의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액(제3호·제6호 또는 제7호의 경우에는 하도급금액을 말한다)의 100분의 30에 상당하는 금액(제5호의 경우에는 5억 원) 이하의 과징금을 부과할 수 있다.
3. 제25조 제2항 및 제29조 제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 하도급 제한을 위반한 경우

제96조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제25조제2항 및 제29조제1항부터 제5항까지의 규정을 위반하여 하도급한 자

[인정근거]다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 4, 19, 22 내지 25, 53, 60, 63 내지 66, 69, 86, 87호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제2 내지 5, 7, 8, 18, 31, 34, 36, 38, 47, 48호증의 각 기재, 갑 제60호증의 영상, 증인 I의 증언, 증인 J의 일부 증언, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 일반적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축한 사람은 그 건물의 소유권을 원시취득하는 것이고, 다만 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다24804 판결 등 참조).

2) 위 기초사실, 앞서 든 각 증거, 갑 제88호증, 을 제41호증의 각 기재 및 변론전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 각 건물에 관한 건축신고서(갑 제19호증)에 건축주가 원고로 기재되어 있는 점, ② 이 사건 각 건물은 주식회사 K를 통하여 건축된 것으로 보이는데, 원고와 주식회사 K 사이에 세금계산서(갑 제22호증의 1)가 발행되었고, 그 대금도 모두 원고 명의의 계좌에서 지급된 점(갑 제22호증의 2), ③ 원고는 이 사건 각 건물의 완공 이후 위 각 건물에 대한 소유자임을 전제로 이 사건 각 건물에 대한 취득세, 재산세를 납부한 점(갑 제22호증의 5) 등을 고려하여 볼 때, 원고와 E, 피고 B 사이에 이 사건 각 건물의 소유권을 원고에게 귀속시키기로 하는 묵시적인 합의가 있었다고 볼 수 있으므로, 이 사건 각 건물의 소유권은 원고에게 있다고

판단된다[원고는 이 사건 각 건물이 발주처인 경상남도의 소유라는 취지로 주장하였으나(원고의 2021. 5. 6.자 답변서 제6면 참조), 소유권의 귀속에 관한 것은 자백의 대상이 되지 아니하므로, 법원이 이에 기속되지 않는다(대법원 1979. 6. 12. 선고 78다1992 판결 등 참조)].

3) 따라서 이 사건 각 건물의 소유자인 원고는 소유권에 기한 방해배제로서 이 사건 각 건물 중 일부를 사용하고 있는 피고들에 대하여 퇴거청구를 할 수 있으므로, 피고들은 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 각 건물에서 퇴거할 의무가 있다.

나. 피고들의 유치권 항변에 관한 판단

1) 피고들의 주장

피고 B는 원고에 대하여 이 사건 공사와 관련한 미지급 공사대금 채권을 가지고 있으므로, 위 미지급 공사대금 채권을 변제받을 때까지 이 사건 각 건물을 유치할 권리가 있다. 또한, 피고 C는 피고 B의 점유보조자로서 피고 B의 권원에 기하여 이 사건 각 건물에 대한 점유할 권원을 가지고 있다.

2) 판단

가) 피고 B의 유치권

아래 반소 청구에 관한 판단에서 보는 바와 같이, 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약 관계 및 피고 B의 원고에 대한 미지급 공사대금 채권을 인정할 수 있다.

다만, 이 사건 공사는 각 차수별로 별도의 계약이 체결될 것을 전제로 한 장기계속공사이고, 원고와 경상남도 사이에 매년 차수별 계약이 체결되었으며, 이 사건 각 건물은 최초 2017년도 공사인 이 사건 1차수 공사와 관련된 것인데, 아래 반소 청구에 관한 판단에서 보는 바와 같이, 원고와 피고 B 사이에 이 사건 1차수 계약에 따른 공사대금은 모두 정산된 것으로 볼 여지가 있기는 하다.

그러나 민법 제320조 제1항에서 '그 물건에 관하여 생긴 채권'은 유치권 제도본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함한다(대법원 1976. 9. 28. 선고 76다582 판결, 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결 참조).

이 사건의 경우, 이 사건 1차수 계약도 장기계속공사인 이 사건 공사계약의 일부인 점, 이 사건 각

건물은 이 사건 공사가 종료될 때까지 이 사건 공사와 관련하여 현장사무실 및 숙소로 사용되는 것이 예정된 시설물인 점 등을 고려해보면, 원고와 피고 B 사이에 이 사건 1차수 계약에 따른 공사대금이 정산되었다고 하더라도 아래반소 청구에 관한 판단에서 보는 바와 같이, 피고 B가 원고에 대하여 이 사건 2차수계약에 따른 공사대금을 보유한 것으로 보는 이상, 이와 관련된 공사대금 채권도 이 사건 각 건물에 관하여 생긴 채권이라고 봄이 상당하다.

나) 피고 C의 유치권

점유보조자란 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자로서, 점유보조자가 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 지시를 하는 타인만을 점유자로 하는바, 유치권자의 지시를 받아 점유를 하는 점유보조자의 점유는 소유자에게 대항할 수 있는 적법한 권원(유치권)에 기한것이라 할 것이다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다45920 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이, 피고 B는 이 사건 각 건물에 관한 유치권을 취득하였으므로, 피고 B의 직원인 피고 C는 피고 B의 점유보조자로서 위 유치권에 기한 점유로 원고의 청구에 대항할 수 있다고 봄이 타당하다.

3) 원고의 불법점유 주장에 관한 판단

원고는, E이 피고 B에게 재하도급을 준 것이 구 건설산업기본법을 위반한 것으로 무효라고 주장하는바, 이를 피고 B의 점유가 불법점유에 해당한다는 취지의 주장으로 선행하여 판단하기로 한다.

민법 제320조 제2항은 목적물에 대한 점유가 '불법행위'로 인한 경우에는 유치권이 성립하지 않는 것으로 규정하고 있고, E과 피고 B 사이의 이 사건 재하도급계약 또는 아래 반소 청구에 관한 판단에서 보는 바와 같이, 원고와 피고 B 사이의 직접적인 계약이 모두 구 건설산업기본법 제25조 제2항 또는 제29조 제1항을 위반한 것이라고 하더라도, 그로 인한 사법상의 효력까지 배제할 수는 없는 이상, 그로 인한 피고 B의 점유가 불법점유라고 보기는 어려우므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

4) 소결론

그렇다면, 피고들의 유치권 항변은 이유 있으므로, 결국 원고의 피고들에 대한 본소 청구는 모두 이유 없다[원고는 피고들에 대하여 이 사건 각 건물에서의 퇴거 및 출입금지를 구하고 있으나, 피고들이 위 각 건물을 점유할 정당한 권리를 보유하고 있어 그 퇴거의무가 인정되지 않는 이상, 피고들에 대한 출입금지청구 역시 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다].

3. 피고 B의 반소 청구에 관한 판단

가. 피고 B의 주장

1) 미지급 공사대금 또는 부당이득반환 청구

피고 B는 E이 이 사건 공사를 포기한 이후 원고와 직접적인 공사계약을 체결하고 이 사건 공사를 진행하였으므로, 원고는 피고 B에게 위 미지급 공사대금을 지급할 의무가 있고(주위적 청구), 설령 직접적인 공사계약 관계가 인정되지 않는다면, 원고는 피고 B가 투입한 공사비 상당액을 부당이득 하였으므로, 피고 B에게 위 미지급 공사대금 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다(예비적 청구).

2) 손해배상 청구

원고가 피고 B에게 공사대금을 제대로 지급하지 않아 피고 B가 어쩔 수 없이 돈을 차용하여 차용금에 대한 이자로 142,822,680원을 부담하게 되는 손해를 입게 되었고, 원고가 피고 B와의 계약을 일방적으로 파기하여 피고 B가 정신적 고통을 입게 되었으므로, 위자료로 3,000만 원이 인정되어야 한다.

나. 공사대금 또는 부당이득반환 청구에 관한 판단

1) 청구원인에 관한 판단

위 기초사실, 앞서 든 각 증거, 갑 제18호증, 을 제6, 14호증, 을 제37호증의 2의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 볼 때, 원고와 피고 B 사이에 2018. 7. 24.경 원고가 피고 B에게 이 사건 공사를 일괄하여 하도급을 주는 내용의 계약이 체결되었다고 봄이

타당하고, 피고 B가 그 중 이 사건 1, 2차수 공사를 완료하였음이 분명하므로, 원고는 피고 B에게 이 사건 1, 2차수 계약에서 정한 공사대금 중 적어도 82%에 해당하는 금원을 공사대금으로 지급할 의무가있다.

가) 원고는 F과 공동수급체를 형성하였는바(원고 지분 51%, F 지분 49%), 이는 민법상 조합에 해당한다. 원고는 민법 제709조에 따라 업무집행조합원으로서 위 공동수급체를 대표하여 경상남도과 이 사건 공사계약 및 이 사건 각 차수계약을 체결하였고, E과 이 사건 하도급계약을 체결하였으며, E은 피고 B와 다시 이 사건 재하도급계약을 체결하였다.

나) 이 사건 공사와 같은 장기계속공사 계약에서 이른바 총괄계약은 전체적인사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 계약상대방이 각 연차별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 한다. 따라서 총괄계약의 효력은 계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을거절할 수 없고, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 보아야 한다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결 참조). 이 사건의 경우, 원고와 경상남도는 위와 같은 법리에 따라 최초 총괄계약인 이 사건 공사계약을 체결한이후, 이 사건 1, 2, 3차수 계약을 별도로 체결하였고, 이 사건 1, 2차수 공사 준공 시점에 별도의 변경계약을 체결하는 방식으로 차수별 공사대금을 정산하여 왔다.

다) 그렇다면 원고는 경상남도과 개별적으로 차수계약을 함에 따라 E과도 개별적으로 차수계약을 체결하는 것이 원칙이다. 그런데 원고는 이 사건 하도급계약을 통하여 이 사건 공사를 전체 공사대금 중 85%로 일괄하여 E에 하도급을 주었고, E은 이 사건 재하도급계약을 통해 다시 피고 B에게 전체 공사대금 중 82%로 일괄하여 재하도급을 주었는바, 이는 구 건설산업기본법 제25조 제2항 및 제29조 제1항을 위반한 것임이 분명하다.

이러한 이유로 원고는 발주처인 경상남도에는 원고가 이 사건 공사를 일괄하여 E에 하도급을 준 것이 아니라, 이 사건 공사 중 토공사 부분만을 하도급을 준것으로 신고하였고, 실제로 원고와 E 사이에 이 사건 2차수 공사 중 토공사 부분에 관하여 공사대금 955,570,000원으로 된 하도급계약서(갑 제86호증의 1)가 작성되기도 하였다. 따라서 위와 같은 955,570,000원의 하도급계약서에도 불구하고 원고와 E 사이에는 이 사건 하도급계약서의 내용대로 전체 공사대금 중 85%에 해당하는 공사금액을내용으로 한 하도급계약 관계가 성립되었고, E과 피고 B 사이에는 다시 전체 공사대금중 82%에 해당하는 공사금액을 내용으로 한 재하도급계약 관계가 성립한 것으로 보아야 한다.

라) 위와 같이 이 사건 하도급계약 및 재하도급계약이 구 건설산업기본법에 위반되어 대외적으로 그 계약 내용을 공개하기 어려웠던 것으로 보이는 점에다가 위 각계약의 내용 등을 고려해보면, 원고는 경상남도와 각 차수계약을 체결할 때마다 각 차수계약에서 정한 공사대금의 85%에 해당하는 금액으로 E에 일괄하여 하도급을 준 것으로 보아야 하고, 다시 순차로 E은 각 차수 계약에서 정한 공사대금의 82%에 해당하는 금액으로 피고 B에게 재하도급을 준 것으로 보아야 한다.

마) 그런데, 아래와 같은 사정들을 고려해보면, E이 2018. 5.경 공사를 포기함에따라, 그 이후 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약이 체결된 것으로 봄이 상당하다.

(1) E의 부사장인 증인 I는 이 법정에서 “E은 2018. 5. 25. 이 사건 공사를 포기하였고, 그 이후 위 공사에 관여한 사항이 없다.”는 취지로 진술하였다. 이러한 증인 I의 진술에 의하면, 이 사건 하도급계약은 2018. 5. 25. 원고와 E 간의 합의 아래 해지되었고, 2019. 9.경 작성된 공사포기각서(갑 제18호증)는 원고가 경상남도에 하도급업체의 변경신청을 지체하는 과정에서 추후에 작성된 서류에 불과한 것으로 보인다(더욱이 2019. 9.경 작성된 공사포기각서에는 원고가 경상남도에 신고한 것과 같이, E이 이사건 공사 중 토공사 부분만 하도급받은 것처럼 기재되어 있는바, 위 공사포기각서는경상남도에 하도급업체 변경 신고를 위하여 작성된 것으로 보일 뿐이다).

(2) 피고 B는, 2018. 7. 24. 원고와 이 사건 하도급계약과 동일한 내용의 약정서를 작성하였는데, 이를 원고가 가져간 까닭에 피고 B가 E과 작성한 이 사건 재하도급계약서에 수기로 그 약정한 사항을 기재한 후 보관하였다고 주장하는데(을 제6호증참조), 원고의 상무로써 이 사건 공사와 관련한 계약 및 현장관리를 담당하였던 증인 J도 이 법정에서 피고 B와 동일한 취지로 진술한 점, 증인 J이 2019.

1. 28. 피고 B와기성금 지급에 관한 언쟁을 하다가 피고 B의 휴대전화로 전송한 사진(을 제14호증)에도 위와 같은 약정서로 보이는 문서가 촬영되어 있는 점은 피고 B의 위 주장에 부합한다.

(3) 원고는, 피고 B가 보관한 약정서(을 제6호증)는 피고 B를 원고의 직원으로입사시켜 이 사건 공사현장의 현장실행책임자로서 위 공사를 진행토록 하는 것을 협의하는 과정에서 만들어진 초안에 불과하다고 주장한다.

그러나, 이 사건 각서에는 피고 B가 이 사건 공사를 완공할 책임자로서 부담해야 하는 의무에 관련한 사항이 기재되어 있을 뿐 아니라, 원고의 직원으로 입사하는것임에도 원고에게 5억 원이라는 공사대금채무를 부담하는 공정증서를 작성하여 준다는 것은 상당히 이례적인 점, 피고 B는 이 사건 각서 작성 이후 L 주식회사로부터 이 사건 공사에 사용할 2억 원을 차용한 다음 이를 원고의 법인통장으로 이체 받아 위 공사의 비용으로 지출하기까지 하였던 점 등을 고려해보면, 피고 B는 원고와의 직접적인하도급계약이 확정적으로 체결되었음을 전제로 위와 같이 행동한 것으로 보인다.

바) 결국 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약 관계를 인정할 수 있고, 이 사건 하도급계약에서 정한 공사대금이 전체 공사대금 중 85%이고, 이 사건 재하도급계약에서 정한 공사대금이 전체 공사대금 중 82%인 점을 고려해보면, 원고와 피고B 사이에는 적어도 이 사건 재하도급계약에서 정한대로 전체 공사대금 중 82%에 해당하는 금액에 관하여 하도급계약 관계가 인정된다.

사) 한편, 앞서 본 바와 같이, 원고와 F은 민법상 조합관계에 있으므로, 위와 같은 원고와 피고 B 사이의 하도급계약도 원고가 업무집행조합원의 자격으로 조합을 대표하여 체결한 것으로 볼 수 있고, 조합채무가 특히 조합원 전원을 위하여 상행위가되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 그 채무에 관하여 조합원들에 대하여 상법 제57조 제1항을 적용하여 연대책임을 인정함이 마땅하다(대법원 1991. 11. 22. 선고91다30705 판결 참조). 따라서 원고는 피고 B에게 위 하도급계약에 따른 공사대금 전부에 관하여 이를 지급할 의무가 있다.

아) 그런데 피고 B는 이 사건 공사 중 이 사건 1차 및 2차수 공사를 진행하여 위 각 공사는 준공되었고, 원고와 경상남도 사이에 공사대금이 정산되어 이 사건 1차수 공사 대금은 171,970,190원으로, 이 사건 2차수 공사 대금은 1,544,462,240원으로각 확정되었으므로, 원고는 피고 B에게 이 사건 1차수 공사 대금 171,970,190원의82%에 해당하는 141,015,555원(=

171,970,190원 × 0.82, 원미만 버림, 이하 같다)과 이 사건 2차수 공사 대금 1,544,462,240원의 82%에 해당하는 1,266,459,036원(=1,544,462,240원 × 0.82), 합계 1,407,474,591원의 범위 내에서 피고 B가 구하는 294,991,709원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고의 항변에 관한 판단

가) 하도급 계약의 무효 주장에 관한 판단

(1) 원고는, 피고 B가 구 건설산업기본법에 따른 자격을 갖추지 못하였으므로, 이 사건 재하도급계약 내지 원고와 피고 B 사이의 하도급계약이 무효라는 취지로 주장한다.

(2) 살피건대, 구 건설산업기본법 제25조 제2항에 의하면, 수급인은 등록된 건설업자에게 하도급을 하여야 하고, 같은 법 제29조 제1항에 의하면, 건설업자가 도급받은 공사 전부를 일괄하여 하도급을 줄 수 없으며, 이를 위반하면 영업정지나 형사처벌까지 받도록 되어 있는 사실, 피고 B가 구 건설산업기본법 제25조 제2항의 '등록한건설업자'가 아닌 사실은 각 앞서 본 바와 같다. 따라서 원고와 E 사이의 이 사건 하도급계약과 E과 피고 B 사이의 이 사건 재하도급계약 및 원고와 피고 B 사이의 직접적인 하도급계약 모두 위와 같은 법을 위반하여 체결된 것임이 분명하다.

다만, 위와 같은 규정의 취지는, 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한발전을 도모함을 그 목적으로 하는 것이고, 위 규정에 위반한 하도급계약 행위 자체가 그 사법상의 효력까지도 부인하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 행위의 사법상의 효력을 부인하여야만 비로소 구 건설산업기본법의 입법목적을 달성할 수 있다고도 볼 수 없으므로, 위 규정은 하도급계약의 효력을 제한하는 효력규정이 아니라 단속규정에 지나지 아니하고, 따라서 위 규정들에 위반하여 법률행위가 이루어졌다 하더라도 그 행위의 사법상 효력에는 아무런 영향이 없다고 판단된다.

(3) 따라서 이 사건 재하도급계약과 원고와 피고 B 사이의 직접적인 하도급계약의 사법상의 효력까지도 모두 무효임을 전제로 한 원고의 위 주장은 이유 없다.

나) 공사대금 정산 주장에 관한 판단

(1) 원고의 주장

이 사건 1, 2차수 계약에 따른 공사대금은 모두 원고가 피고 B에게 변제하였거나 직불 처리함으로써

정산되었다.

(2) 이 사건 1차수 계약에 따른 공사대금 정산 여부에 관한 판단

살피건대, 을 제8호증의 기재에 의하면, 원고는 경상남도로부터 이 사건 1차수 계약의 기성금을 수령한 다음 피고 B가 보관관리하는 원고의 법인통장에 4회에 걸쳐 합계 124,186,674원을 송금한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에다가, 원고는 이 사건 1차수 계약상 공사대금 171,970,190원 중 시공 측량비 29,904,734원을 제외한 나머지 142,065,456원의 85%에 해당하는 120,755,637원을 넘는 금원을 지급하였다고 주장하고 있고, 이에 대하여 피고 B도 이 사건 1차수 공사 대금이 전부 변제되었다는 점에 대하여는 이를 인정하고 있는 점(을 제41호증 참조) 등을 고려해보면, 이 사건 1차수 공사와 관련하여서는 공사대금이 전부 변제된 것으로 봄이 상당하다. 따라서 원고의 이 부분 항변은 이유 있다.

(3) 이 사건 2차수 계약에 따른 공사대금의 정산 여부에 관한 판단

살피건대, 갑 제65호증, 을 제8호증의 각 기재에 의하면, 원고가 이 사건 2차수 공사와 관련하여 피고 B가 보관관리하는 원고의 법인통장에 2019. 1. 3. 5,000만 원을, 2019. 4. 16. 1,200만 원을 각 송금한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 위와 같은 사정만으로 원고와 피고 B 사이에 이 사건 2차수 계약에 따른 공사대금이 모두 정산되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 원고는 2018년도 공사인 이 사건 2차수 공사와 관련하여 경상남도와의 1,544,462,240원으로 공사도급계약을 체결한 후, 그 중 토공 및 상하수도 공사 및 부대공사 부분에 대하여 E에 610,719,808원에 하도급을 주었고, E에 합계 665,242,262원을 지급하였다고 주장한다. 그러나 이는 E이 이 사건 공사 중 토공사 부분만 하도급 받은 것을 전제로 한 주장인데, 앞서 본 바와 같이 E이나 피고 B는 이 사건 공사 중 토공사 부분만 하도급 받은 것이 아니라 이 사건 공사 전체를 일괄하여 하도급을 받았을 뿐이다.

② 설령 E이나 피고 B가 토공사 부분만 하도급 받은 것으로 보더라도, 원고와 E 사이에 955,570,000원의 하도급계약서(갑 제86호증의 1)가 작성되었으므로, 위 공사대금을 기준으로 하면, 원고의 주장에 따르면 공사대금이 전부 변제되지 않았음이 분명하다.

③ 또한, 원고가 제출한 갑 제65호증의 3(지급내역서)에는 원고가 피고 B가관리하는 계좌로 이 사건 2차수 공사와 관련하여서 6,200만 원을 지급한 것으로 되어있고, 나머지 488,523,262원은 공사대금 직불 처리한 것으로 되어 있으며, 2019. 9. 10.공사대금 정산 후 원고가 E에 114,719,000원을 지급하였다는 취지로 기재되어 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 E은 2018. 5.경 이미 공사를 포기하였고, 그 이후에는 원고와 피고 B 사이에 직접적인 하도급계약 관계가 인정되므로, 원고가 2019. 9. 10. E에 114,719,000원을 변제한 것은 공사대금 변제로서의 효력이 인정될 수 없다.

④ 원고는 경상남도로부터 이 사건 2차수 공사와 관련하여 선급금을 지급받은 것으로 보이고, E에 324,894,000원을 선급금으로 지급하였다. 그럼에도 E은 이를 피고 B에게 지급하지 아니하여 피고 B는 L 등으로부터 2억 원 이상의 금원을 차용하여 이 사건 공사 현장에 투입한 것으로 보인다. 원고가 피고 B를 업무상횡령으로 고소한 사건에서 원고의 직원으로서 이 사건 공사의 현장소장으로 근무한 M는 수사기관에서 '2018. 5.경 E이 공사선급금 3억 2,500만 원 가량을 지급받았음에도 이를 공사현장에 사용하지 않아 피고 B가 E을 대신해서 공사현장에서 개인 돈을 지출하게 되었다'는 취지로 진술하여 위와 같은 사정을 뒷받침하고 있다(을 제43호증 중 6쪽 참조). E이 위와 같은 선급금을 지급받은 직후 이 사건 공사를 포기하였고, 원고는 이후 피고 B와 직접적인 하도급계약을 체결하였으므로, 원고는 E로부터 선급금을 회수하여 이를 피고B에게 지급해야 하나, 그렇게 하지 않음으로써 피고 B가 상당한 금원을 차용하였다고 판단된다. 위 선급금도 이 사건 2차수 공사대금에 포함되는 금원이므로, 적어도 위 금원만큼 공사대금이 정산되지 않았다고 볼 여지가 있다.

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)의 범위 내에서 피고B가 구하는 294,991,709원 및 이에 대하여 이 사건 2차수 공사 준공일 이후로써 피고B가 구하는 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날인 2020. 11. 14.부터 이 판결 선고일인 2021. 9. 8.까지는 민법에서 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율로

계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(위와 같이 원고와 피고 B 사이의 직접적인 하도급계약 관계를 인정한 이상, 피고 B의 예비적 청구인 부당이득 반환 청구에 관하여는 판단하지 않기로 한다).

다. 손해배상 청구에 관한 판단

- 1) 피고 B는, 원고가 계약 해제 또는 해지사유가 없음에도 피고 B와의 하도급계약을 일방적으로 해제하였고, 공사대금도 지급하지 않아 피고에게 손해가 발생하였다는 취지로 주장한다.
- 2) 살피건대, 위 인정사실에 의하면, 피고 B는 2019. 9.경 이 사건 공사에서 배제되었는바, 이는 원고가 피고 B와의 하도급계약을 해제하거나 해지한 것으로 보아야 한다. 그런데 도급인은 일이 완성되기 전에는 계약을 해제할 수 있으므로(민법 제673조), 원고는 이 사건 공사가 완성되지 않은 이상, 피고 B와의 하도급계약을 해제할 수 있다. 또한, 앞서 본 바와 같이, 일괄하도급을 주는 행위와 무자격자에게 하도급을 주는 행위는 구 건설산업기본법을 위반하는 행위이고, 이를 위반한 경우에는 형사처벌까지 받도록 규정하고 있는 점 등을 고려해보면, 비록 원고 스스로 일괄하도급을 주는 행위가 위법하고 피고 B가 무자격자라는 점을 알면서도 이 사건 공사를 피고 B에게 일괄하여 하도급을 주었다고 하더라도, 이러한 불법적인 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것은 신의칙에 반하므로, 원고는 신의칙을 이유로 계약 해제권 내지 해지권을 행사할 수 있다고 판단된다. 따라서 원고의 계약해제권 행사가 위법함을 전제로 한 피고 B의 손해배상 청구는 이유 없다.
- 3) 또한 원고가 위와 같이 피고 B에게 공사대금 중 일부를 미지급한 점은 인정되나, 그로 인한 피고 B의 손해는 미지급 공사대금에 대한 지연손해금이라고 할 것이고, 피고 B가 다른 사람으로부터 돈을 차용하여 발생한 지연이자 등은 특별한 사정에 의한 손해라고 보아야 할 것인데, 이에 관하여 원고가 알았거나 알 수 있었음을 인정할 증거가 없는 이상, 위와 같은 사정만으로 원고에게 손해배상을 지급할 의무가 있다고 보기는 어렵다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 본소청구는 이유 없어 모두 기각하고, 피고 B의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 반소 청구는 이유없어 기각하기로 하여 주문과 같이

판결 한다.

재판장 판사 김영욱 판사 정수미 판사 손주완

별지

목 록

1. 창원시 마산합포구 N 지상 조립식판넬구조 단층 공사용가설건축물 현장사무실 403.2㎡
2. 창원시 마산합포구 N 지상 조립식판넬구조 단층 공사용가설건축물 현장숙소 151.2㎡. 끝.

1)갑 제4호증(차용증)에는 E이 하도급 받은 금액(최초 공사대금 중 85%)의 82%라는 취지로 기재되어 있기는 하나, 원고와 경상남도 사이의 이 사건 공사계약에서 정한 공사대금(15,901,085,900원)의 82%라고 판단된다.

2)2018. 5. 15. 165,696,000원 + 2018. 5. 25. 159,198,000원(을 제48호증 참조)