

서울동부지방법원 2023. 2. 10 선고 2021나31707 판결 [이행보증금청구]

---

### 재판경과

서울동부지방법원 2023. 2. 10 선고 2021나31707 판결

서울동부지방법원 2021. 8. 25 선고 2017가단128771 판결

### 전문

원고, 피항소인 A 주식회사

소송대리인 변호사 홍판기

피고, 항소인 B공제조합

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 이종순

변론종결 2022. 12. 9.

판결선고 2023. 2. 10.

제1심판결 서울동부지방법원 2021. 8. 25. 선고 2017가단128771 판결

### 주문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### [청구취지]

피고는 원고에게 150,810,000원 및 이에 대하여 이 사건 2020. 6. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 제1심판결 선고일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### [항소취지]

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

## 이 유

### 1. 제1심판결의 인용

피고의 항소이유는 제1심에서의 주장과 크게 다르지 않고, 제1심에서 제출된 증거에 이 법원에 제출된 증거를 보태어 보더라도, 제1심판결의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 판단된다.

따라서 이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 아래 제2., 3.항과 같이 피고가 당심에서 새롭게 주장하거나 강조하는 주장에 관한 판단을 추가하는 이외에는 제1심판결의 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

### 2. 본안 전 항변에 관한 판단

#### 가. 피고의 주장

원고가 2016. 11. 25. 회사를 분할하여 설립한 E 주식회사는 건축공사업, 철근콘크리트공사업 등을 목적으로 하는 건설업체이므로 원고는 자신의 건축공사업, 철근콘크리트 공사업 등의 건설업을 양도하여 E 주식회사를 설립한 것이고, 이러한 건설업 양도시 건설사업기본법 제17조에 따라 하자에 관한 권리·의무도 이전되는 바, 이 사건 보증금 청구 소송은 소외 E 주식회사가 원고로 되어야 할 것인바, 원고는 이 사건 소송에서 원고적격이 없다.

## 나. 판단

살피건대, 이행의 소에서는 자기가 이행청구권자임을 주장하는 자가 원고적격을 가지는 것이므로 아래 3. 가.항에서와 같이 원고에게 하자담보추급권이 인정되는지 여부에 관한 판단은 별개로 하더라도, 피고의 위 본안전항변은 이유 없다.

## 3. 추가판단

### 가. 하자담보추급권 관련 주장에 관한 판단

#### 1) 피고의 주장

원고의 건축공사업이 원고로부터 분할되어 신설된 회사에게 양도되었으므로 원고가 소외회사에 대하여 가지는 하자담보추급권도 신설된 회사에 양도된 것으로 보아야 한다.

#### 2) 판단

이 사건 소 제기 전인 2016. 11. 25. 원고가 회사 일부를 분할하여 E 주식회사를 설립한 점은 당사자 사이에 다툼이 없기는 하나, 원고가 E 주식회사를 분할한 이후에도 해당 목적을 계속 유지하고 있으므로, 반드시 E 주식회사가 원고의 건축공사업, 철근콘크리트 공사업 등의 건설업을 모두 양수한 것으로 보기에는 무리가 있고, 갑 제29호증의 1(인증서)의 기재에 의하더라도 원고가 분할기일에 ‘건축공사업 면허’를 E 주식회사에 양도하고 ‘양도하는 영업부분’에 대한 채권을 이전한다는 내용인 바, 원고가 이 사건 건축공사에 관련된 채권채무관계까지 신설법인에 모두 귀속시키기로 명시적으로 분할 결의를 하였다고 볼 증거가 없는 이 사건에서, 위와 같은 회사분할로 인하여 원고가 이미 완공한 공사에 관련된 이 사건 하자담보추급권까지 당연히 행사할 수 없게 된다고 해석하기는 어렵다고 보인다.

또한 원고는 구 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률(2014. 3. 25. 법률 제12516호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 가축분뇨법’이라 한다) 법 제34조 제1항이 정한 가축분뇨처리시설 설계·시공업(갑 제18호증)으로 발주처로부터 퇴·액비 시스템, 토목 및 건축공사를 일괄하여 도급받은 것이지 건축공사업만으로 공사를 도급받은 것이 아니고, 원고가 E 주식회사에 건설업 부분을 양도함으로써

인하여 이 사건 하자담보추급권까지 E 주식회사에 양도되는 것으로 본다면 원고가 발주처로부터 이 사건 전체 공사를 일괄 도급받아 그 중 건축공사 부분을 하도급을 맡긴 원래의 계약목적에도 반한다 할 것이므로 이 부분 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

## 나. 일괄 하도급 주장에 관한 판단

### 1) 피고의 주장

이 사건 공사에 관한 원고와 소외회사 간의 이면계약은 건설산업기본법 제29조 제1항, 제2항에 의해 금지되는 ‘일괄하도급’ 내지 ‘동종업종간 하도급’에 해당하고, 원고와 소외회사가 이러한 이면계약 사실을 숨기고 피고로부터 보증서를 발급받은 것은 기망에 해당하므로, 피고는 보증계약을 취소할 수 있다.

### 2) 판단

앞에서 살펴본 사실 및 갑 제17호증, 23호증, 25호증, 을 제9호증(각 가지번호를 포함한다)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하면 원고와 소외회사 간의 계약이 일괄하도급에 해당한다고 보이지 아니하고, 원고는 동종업종간 하도급에 대해 발주처의 승인을 받았으므로 건설산업기본법 제29조 제1항, 제2항을 위반하였다고 판단하기도 어렵다.

① 원고는 2015. 4. 28. F(감리)에게 건축공사를 시공비 기준 3,850,000,000원(전체 공사비 중 자재비 부분 제외)에 소외회사에게 하도급하여 공사를 진행하고자 하니 검토 후 승인여부를 알려 달라고 요청하였고, 발주처는 2015년 6월경 원고가 도급받은 퇴액비 시스템, 토목 및 건축공사 중 건축공사 부분의 소외회사에 대한 하도급 및 하도급대금 직불을 서면으로 승인하였고, F(감리)은 2015. 7. 7. 이를 원고에게 서면으로 통보하였다(갑 제17호증의 1 내지 3).

② 소외회사는 위 건축공사 하도급 및 하도급대금 직불 승인 이후인 2015. 9. 22. 감리와 발주처에게 원고가 자재비(철근, 레미콘)를 제외한 금액에 대해서만 발주처에 하도급 계약승인을 득하였고 자재비(철근, 레미콘)를 포함한 금액으로 변경계약 체결을 요청하였으나 이를 원고가 미뤘다고 주장하면서 변경계약 체결을 요청하였다(갑 제23호증).

- ③ 이후 원고와 소외회사의 합의에 따라 2015년 12월경 하도급 공사 계약금액이 3,850,000,000원에서 4,493,021,000원으로 변경되었고, 2016년 1월경 위 계약금액이 4,493,021,000원에서 5,176,250,000원으로 다시 변경되었다(을 제9호증).
- ④ 2016. 3. 8.경 원고가 건축공사의 하도급 금액이 당초 3,850,000,000원에서 5,176,250,000원으로 변경되었음을 감리사와 C조합(이하, 'C'이라 한다)에 통보하였고(감리에 대한 2020. 12. 9.자 사실조회회신), C은 건축공사 하도급 금액을 3,850,000,000원(건축공사 중 자재비 제외)에서 5,176,250,000원(자재비 포함)으로 변경하는 것을 승인하였으며(감리에 대한 2021. 2. 16.자 사실조회회신), 소외회사는 2016년 3월경 C에 계약금액 5,176,250,000원을 기준으로 그 일부인 420,000,000원의 직불대금의 지급을 청구하기도 하였다(갑 제25호증).
- ⑤ 원고와 소외회사는 2016. 10. 25. 정산을 거쳐 최종 공사대금을 5,176,250,000원에서 5,027,000,000원으로 변경·확정하고(을 제1호증), 소외회사가 2016. 10. 28. 위 최종 계약을 기초로 피고로부터 이 사건 하자보증서를 발급받았다(갑 제1호증, 갑 제2호증).

다. 보증약관에 따른 면책 주장에 관한 판단

#### 1) 피고의 주장

이 사건 감정결과에 따른 하자보수비는 보증서 발급 이전에 기발생하여 있던 하자들로서 피고는 보증약관 제9조 제1항 제4호에 따라 면책된다.

#### 2) 판단

갑 제1 내지 2호증의 기재에 의하면 이 사건 하자보증서가 2016. 10. 28. 발급되었고, 이 사건 하자보증서 제9조 제1항 4호에 “보증서 수령일 이전에 이미 하자가 발생한 경우 면책된다”고 기재되어 있는 사실이 인정되고, 을 제7호증의2, 을 제10호증, 을 제13호증 내지 18호증의 3의 각 기재에 의하면, 원고가 소외회사에게 2016. 4. 27.경부터 여러 차례에 걸쳐 벽체 누수 및 균열 등의 하자 보수 요청을 해왔으며 2016. 10. 25. 소외회사와 원고 사이에 최종 정산을 하면서 하자보수비용(잔손보기 직접보수비)으로 30,000,000원을 산정한 사실을 각 인정할 수 있다. 그러나, ① 원고가 발주처로부터 하자보수를 요구받은 시점은 2016. 11. 14.이고, 그에 따라 원고가

소외회사에게 하자보수를 요구한 시점은 2016. 11. 17.이며(갑 제3호증), 소외회사가 하자보수를 약속하는 문건을 원고에게 보내온 시점은 2017. 1. 2.이고(갑 제5호증), 소외회사 G 상무가 하자 및 보수에 대하여 확인·서명한 시점은 발주처, 원고, 소외회사 관계자가 참석한 가운데 하자보수 관련 회의가 열린 2017. 2. 27.인 점(갑 제4호증). ② 감정인 H이 2018. 8. 6. 제1심법원에 제출한 감정서에 의하면, 반입동, 관리동, 퇴비동, 소화조동, 액비화조, 미생물동 등에서 발생한 누수 및 균열 등이 문제되어 총 59,226,220원의 하자보수비가 산정되었는데 그 세부 내역은 원고가 2016. 10. 28. 이전에 소외회사에 하자 보수를 요청한 내용과 그 발생 장소나 내용 등이 조금씩 상이하고, 같은 감정인이 2019. 5. 1. 제1심법원에 제출한 감정서에서는 하자보수비 합계액이 39,735,400원으로 변경되어 산정되었으며, 원고가 소화동 습식 소화조 크랙이 보수 후에도 계속 진행되며, 신규균열이 발생함을 이유로 추가로 신청한 감정신청에 따라 같은 감정인이 다시 시행하여 2020. 2. 19. 제1심법원에 제출한 감정서에서는 “기존 현장조사시 발생한 균열은 이미 보수가 되었으나, 신규균열이 발생하는 현상은 소화동 내부의 방수층이 파괴 또는 콘크리트 벽체 균열로 인해 누수균열이 발생하는 것으로 판단됩니다. 이는 외부에서 보수를 하더라도 근본적인 해결책이 될 수 없는 것으로 판단되어, 소화동의 내부를 비운 후 내부 방수공사를 재 실시 하여 보수하는 것이 적정하다고 판단되어, 보수비용을 산정하였습니다.”라고 하면서 하자보수비 총 151,164,980원으로 산정한 점, ③ 2020. 5. 28.자로 제1심법원에 제출된 같은 감정인에 대한 사실조회회신에서는 총 보수비용을 213,470,210원(= 2019. 5. 1.자로 제출된 감정서 상의 보수비용 39,735,400원 + 2020. 2. 19.자로 제출된 감정서 상의 보수비용 151,164,980원 + 2020. 4. 2.자 감정보완회보서에서 반입동 옥상 누수 하자에 관한 보수비용 증액분 22,569,830원 )으로 최종 산정하였다는 점 등을 종합하면 피고의 주장과 같이 보증약관 체결 이전부터 존재하던 하자가 일부 있다 하더라도 그 범위를 최대로 인정하여도 39,735,400원 부분에 그친다 할 것이고, 이는 신규균열로 인한 하자보수 비용인 151,164,980원에 비하면 미미한 수준이며, 보증약관 체결 이전부터 존재하던 하자로 면책될 수 있는 부분을 총 보수비용에서 제외하더라도 보증금액인 150,810,000원을 초과하는 바, 이 부분 피고의 주장 역시 이유 없다 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하고, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 한정훈, 판사 이지현, 판사 오덕식