

서울고등법원 2021. 4. 21 선고 2019나2036286 판결 [사해행위취소]

전 문

원고, 항소인 A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 현 담당변호사 김민영, 김미현

피고, 피항소인 1. B 주식회사

2. C

3. D

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 현진 담당변호사 주경진

변론 종결 2021. 3. 17.

판결 선고 2021. 4. 21.

제 1 심판결 서울남부지방법원 2019. 7. 12. 선고 2017가합106337 판결

주 문

1. 원고의 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고 B 주식회사는 원고에게 472,657,557원과 이에 대하여 2017. 8.

19.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고 B 주식회사와 피고 C, D 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2016. 8. 2. 체결된 매매계약을 459,457,557원의 한도에서 취소한다. 피고 C, D은 원고에게 각 229,728,778원과 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 위와 같이 청구취지를 감축하였고, 그에 따라 항소취지도 감축된 것으로 본다).

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

2. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 원고 주장 요지

1) 이 사건 조경공사에 관한 과지급 기성금청구

2016. 7.경 이 사건 조경공사에 대한 기성고율은 59.5%에 불과하였다. 피고 B은 이 사건 조경공사를 계속할 의사나 능력 없이 원고에게 '공사를 계속하는 데 물품구매 등자금이 필요하다'라고 거짓말하여 이에 속은 원고로부터 실제 기성고율을 초과한 공사대금을 지급받았다. 따라서 피고 B은 원고에게 불법행위에 기한 손해배상으로 기성고율을 초과하여 지급받은 419,998,357원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 또는 피고 B은 법률상 원인 없이 이 사건 조경공사에 대한 기성고율 59.5%를 초과 하는 공사대금을 지급받았으므로 기성고 초과 부분에 해당하는 위 419,998,357원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 이 사건 조경공사에 관한 지체상금청구

피고 B은 이 사건 조경공사 준공 예정일인 2016. 7. 23. 무렵 기성고율 59.5% 상태에서 이 사건

조경공사를 중단하였다. 이후 원고는 이 사건 조경공사의 미시공 부분 및 발주자로부터 지적받은 사항 등에 관하여 직영으로 공사를 완료하여 2016. 8. 30. 준공검사를 받았다. 따라서 피고 B은 38일(= 2016. 7. 24.부터 2016. 8. 30.까지)에 해당하는 지체상금 39,459,200원[= 38일 × (계약금액 1,038,400,000원 × 1일 당 지체상금률 0.1%)]을 지급할 의무가 있다.

3) 양수금청구

원고는 주식회사 F의 피고 B에 대한 13,200,000원의 물품대금채권을 양수하였으므로, 피고 B은 원고에게 위 돈과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

1) 과지급 기성금청구에 대한 판단

가) 원고의 이 부분 청구는 피고 B이 수행한 이 사건 조경공사의 기성고율이 59.5%에 불과함을 전제로 하여 불법행위에 기한 손해배상 또는 부당이득반환을 구하는 것이므로, 이러한 전제 사실에 대한 증명책임은 원고에게 있다. 먼저 이에 관하여 본다.

나) 다툼 없는 사실, 갑 제16 내지 21호증, 갑 제44호증의 각 기재(가지번호가 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 이 법원의 발주자에 대한 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 아래와 같은 사실과 사정이 인정되고, 이에 의하면 피고 B이 이 사건 조경공사의 일부를 완성하지 못했다고 볼 여지가 있다.

① 원고는 2016. 4. 8.부터 2016. 7. 13.까지 사이에 6차례에 걸쳐서 피고 B에 이 사건 조경공사의 현장대리인을 상주하게 할 것, 수목식재 및 조경시설물 설치 지연에 대한 공정만회대책을 수립할 것을 촉구하였고, 2016. 7. 20.에는 조경 시설물 중 파고라, 등 의자, 평 의자, 자전거보관소에 대하여 발주 및 설치가 이루어지지 않고 있음을 지적하는 공문을 보냈다.

② 원고는 2016. 8. 15. 피고 B에 이 사건 조경공사와 석공사의 잔여공사를 2016. 8. 17.까지 완료할 것을 요구하는 공문을, 2016. 8. 19. 이 사건 조경공사 중 약 7,000㎡의 잔디공사가 남아있으므로 2016. 8. 22.까지 잔디 자재가 반입 및 시공되지 않을 경우 원고가 직영하고 추후 기성 공제하겠다는 내용의 공문을, 2016. 8. 23. 이 사건 조경공사 및 석공사와 관련된 계약이행보증금을 청구하겠다는

내용의 공문을 각 발송하였다.

③ 원고는 2016. 10. 14. 피고 B에 보낸 공문에서 이 사건 조경공사와 관련하여 원고가 93,409,000원을 투입하였다는 취지로 주장하였고, 실제 일부 직영공사비를 부담한 것으로 보인다.

④ 발주자는 원고 등 원수급인들로부터 기성금 지급 신청을 받은 후 기성고 검사를 거쳐 기성금 총액을 정하고, 그 기성금 총액 중 원고 등 원수급인들과 그 하수급인들사이에 합의된 기성금액을 하수급인들에게 직접 지급하는 방식으로 기성금을 지급하여 왔다.

다) 그러나 한편, 갑 제1, 2, 31), 15, 16, 20, 40, 42, 44호증, 을 제22호증의 각 기재, 제1심 감정인 G(이하 '감정인'이라 한다)의 감정결과 및 각 감정보완결과(이하통칭하여 '이 사건 감정결과'라 한다), 이 법원의 발주자에 대한 각 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 모아 보면, 피고 B이 2016. 7.말경까지 수행한 이 사건 조경공사의 실제 기성고율이 59.5%에 불과하여 원고로부터 419,998,357원을 과다하게 지급받은 것이라고 단정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다[위 나)항에서 본 사실만으로는 이러한 인정을 뒤집기에 부족하다].

(1) 외주비 정산서(갑 제2호증)와 관련하여

원고는, 공사 지연에 따른 지체상금 지급의무를 부담하지 않기 위하여 피고 B의 요청에 따라 과기성금을 지급하였고, 그 과정에서 실제 기성고율과 무관하게 외주비 정산서를 작성하였다고 주장한다. 그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 외주비 정산서를 실제의 기성고율과 무관하게 작성하였다고 단정하기 어렵다.

① 외주비 정산서는 원고의 직원으로 이 사건 조경공사 현장대리인인 L가 이 사건조경공사에 한정하여 작성한 것이다. 여기에는 계약내역, 전회 기성, 금회 기성(2016.7. 1.부터 2016. 7. 31.), 누계 기성 항목이 구분되어 있고, 금회 기성 지급액은 644,790,000원, 누계 기성고율은 96.8%로 각 기재되어 있다. 피고 B은 2016. 8. 2. 발주자로부터 2016. 7.분 기성금 명목으로 644,790,000원을 지급받았다.

외주비 정산서와 같은 서류는 원고가 발주자에게 제출하는 서류가 아니므로, 원고가 단순히 피고 B의 요청에 따라 과기성금을 지급하려고 하였다면 실제 기성고보다 수량,기성액, 기성고율 등이 과다

계상된 외주비 정산서를 별도로 작성할 필요가 있었다고보기 어렵다.

② 원고는 앞서 본 바와 같이 2016. 4. 8.경부터 2016. 7. 20.경까지 수차례에 걸쳐 피고 B에 대하여 이 사건 조경공사의 신속한 진행을 독촉하여 왔다.2) 이러한 상황에서 공사 지연에 따른 지체상금을 부담하지 않기 위하여 실제 기성고율보다 37.3% 과다계상된 기성고율을 기준으로 기성금을 지급하였다는 것도 이례적이지만, 더 나아가 피고 B의 공사 수행에 대한 보증이나 담보는 물론 과기성금을 지급하였다는 취지의 확인서나 영수증 등을 교부받지도 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

③ 갑 제38호증의 기재만으로는 피고 B의 요청에 따라 공사대금을 선급하였다는 원고의 주장을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 객관적인 증거가 제출되지않았다.

(2) 이 사건 감정결과에 대하여

이 사건 감정결과는, 피고 B이 수행한 이 사건 조경공사의 기성고율은 59.5%이고 원고가 지급한 과기성금은 419,998,357원이라는 것이다. 그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 조경공사의 기성고율에 관한 감정결과를 그대로 받아들이기는 어렵다.

① 감정인은 '현장조사 결과 공사가 이미 완성되었음이 조사되었으므로 외주비 정산서상 기재된 수량이 실제 시공된 수량으로 볼 수 있는지 여부는 현재의 시점에서 감정인이 임의적으로 판단할 수 없다'고 전제하였다. 그러면서도 갑 제3호증의 기성물량을 기준으로 한 누계 기성금액(617,711,643원)과 외주비 정산서(갑 제2호증)를 기준으로 한 누계 기성금액(선급금 포함 1,037,710,000원)을 비교하여 그 차액 419,998,357원을 초과 지급된 기성금으로 판단하였다.

② 이러한 감정결과는 외주비 정산서에 기재된 수량이 과다 계상된 것임을 전제로 하지만, 앞서 본 바와 같이 원고가 실제 기성고율과 무관하게 외주비 정산서를 작성하였다고 단정하기 어렵다. 또한 이 사건 감정결과는 갑 제3호증의 기성물량이 외주비 정산서의 작성 기준일과 같은 날짜를 기준으로 산정되었음을 전제로 하고, 외주비 정산서의 기재 내용, 이 사건조경공사의 규모, 외주비 정산서 작성 주체, 피고 B이 기성금을 지급받은 날짜 등에 비추어 보면 외주비 정산서는 2016. 7. 31.까지의 물량을 기초로 작성된 것으로 볼 수있다. 그런데 갑 제3호증은 공사대금이 약 290억 원에 달하는 E 건설공사 전체 공사에 대한 것으로, 모든 공사 부분의 기성자료를 취합하고 이를 기초로 기성고를 집계하여 그 세부내역을 기재한 문서를 완성하는 데 일정한 시간이 걸릴 것으로 보이는 점,

감리사가 작성한 'E 신축공사 2차 11회 기성검사 결과 보고서'에 첨부된 서류에 기재된날짜도 '2016. 7. 25.' 또는 '2016. 7. 28.'로 일관되지 않은 점, 이 사건 조경공사는 그특성상 전체 공사의 막바지에 이루어져 단기간에 기성고율이 급격히 올라갈 가능성이 있는 점 등을 고려하면, 갑 제3호증의 기성물량이 외주비 정산서의 기준일과 같거나 근접한 일자를 기준으로 산정되었다고 단정하기 어렵다.

③ 원고는 이 사건 소장에서 '피고 B의 기성고율이 86.1%였는데, 피고 B의 요청에 따라 과기성금으로 144,325,500원을 지급하였고, 원고는 잔여 공사를 완료하는 데 추가적으로 131,205,000원을 부담하였다'는 등의 취지로 주장하였다. 원고가 소장에서 주장한 기성고율은 이 사건 감정결과에 따른 기성고율보다 26.6%나 높는데 토목공사도급업 등을 목적으로 하는 원고가 그 정도의 기성고율 차이를 인식하지 못하였다고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 조경공사 공사대금이 1,038,400,000원인 점에 비추어 기성고율 59.5%의 상태에서 중단된 공사를 완료하는 데 불과 131,205,000원이 소요되었다는 것도 납득하기 어렵다. 더욱이 이 사건 감정결과에 따른 과기성금 419,998,357원은원고가 소장에서 주장한 과기성금 144,325,500원보다 275,672,857원이나 많은 액수이다

(3) 기타의 사정에 관하여

① 원고는 2016. 10. 14. 피고 B에 '이 사건 석공사 및 조경공사와 관련하여 직영공사를 실시하였고 정산결과 잔여기성보다 원고의 직영공사 투입비용이 초과한다'는 취지를 통보하면서, 이 사건 조경공사와 관련하여 직영공사비로 93,409,000원이 투입되었다고 주장하였다. 원고가 2016. 10. 14.에 산정한 직영공사비는 이 사건 소장에서 주장한 직영공사비보다 적은 액수이다.

② 원고는 피고 B와 사이에 이 사건 조경공사와 관련하여 수차례 공문을 주고받으면서도 피고 B의 요구로 과기성금을 지급하였다는 언급을 하지 않았다. 또한 이 사건소제시까지 피고 B의 요구로 이 사건 조경공사에 대하여 과기성금을 지급하였다는 취지의 주장을 하였다고 볼만한 자료도 제출되지 않았다.

라) 결국 피고 B이 수행한 이 사건 조경공사의 기성율이 59.5%에 불과하다고 단정하기 어려우므로 이를 전제로 하는 이 부분 불법행위로 인한 손해배상 또는 부당이득반환청구는 받아들일 수 없다.

2) 이 사건 조경공사에 관한 지체상금청구에 대한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 6쪽 아래에서 3행부터 7쪽아래에서 6행까지의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한 다.

3) 양수금청구에 대한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 8쪽 2행의 "H"를 "F"로 고치는 외에는 제1심판결 7쪽 아래에서 4행부터 8쪽 10행까지의 기재와 같으므로, 민사소송법제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

4) 피고 B의 상계 주장에 대한 판단

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 일부를 고쳐 쓰거나 추가로 판단하는 외에는 제1심판결 8쪽 12행부터 11쪽 8행까지의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다[다만 목차는 이 항목에 맞추어 일률적으로 수정된 것으로 본다].

[고쳐 쓰는 부분]

○ 제1심판결 8쪽 아래에서 6행부터 2행까지를 다음과 같이 고쳐 쓴다.

『피고 B이 원고로부터 이 사건 석공사를 1,457,500,000원에 하수급한 사실은 앞서본 바와 같고, 피고 B은 이 사건 석공사와 관련하여 원고로부터 1,058,310,000원을 지급받은 사실을 자인하고 있다. 한편 갑 제15, 21, 44호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2016. 8.경 피고 B에 대하여 이 사건 석공사 중 바닥석재 재시공, 줄눈, 코킹 등의 잔여공사를 신속히 완료할 것을 요구하는 공문을, 2016. 10. 13.원고가 35,840,000원을 투입하여 이 사건 석공사를 완료하였다는 취지의 공문을 각 발송한 사실을 인정할 수 있다. 이 사건 석공사의 규모에 비추어 보면, 피고 B이 위와 같은 잔여공사를 완료하지 못하였더라도 이 사건 석공사의 주요 구조 부분이 약정된대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었다고 봄이 타당하다(대법원 2009. 6. 25. 선고2008다18932 판결 등 참조). 결국 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고 B이 주장하는 미지급 공사대금 399,190,000원(= 1,457,500,000원 - 1,058,310,000원)을 지급할 의무가 있다.』

○ 제1심판결 10쪽 9행의 "1,100,000,000원"을 "1,140,000,000원(부가가치세 별도)"으로 고쳐 쓴다.

○ 제1심판결 10쪽 12행부터 11쪽 8행까지를 아래와 같이 고쳐 쓴다.

『위 인정사실에 의하면, 원고는 발주자가 제시한 설계에 따라 오픈조인트 공법을 전제로 피고 B와 이 사건 석공사에 관한 하도급계약을 체결하였다. 다만 그 당시 피고B은 클로우즈조인트 공법으로 설계가 변경될 수 있음을 예상하였고, 위와 같이 두 개의 견적서를 제출함으로써 설계변경에 따른 공사대금 변경에 동의하였다고 봄이 타당하다. 결국 이 사건 석공사대금은 피고 B이 제출한 견적서에 따라 1,140,000,000원(부가가치세 별도)으로 변경되었다.

그러나 원고가 지급하여야 할 공사대금은 195,690,000원(= 이 사건 석공사대금1,140,000,000원 + 부가가치세 114,000,000원 - 기지급 공사대금 1,058,310,000원)이남아있으므로 13,200,000원의 상계를 인정한 앞선 결론에 아무런 영향을 주지 않는다.원고의 이 부분 주장은 이유 없다.』

[추가판단 부분]

원고는 이 사건 석공사의 설계변경으로 인하여 계약금액이 1,036,700,000원(부가가치세 별도)으로 감액되어야 하고, 피고 B은 959,600,000원을 지급받은 이후 공사를 중단하여 원고가 직접 이 사건 석공사를 완료하였는바, 미지급된 공사대금이 존재하지않는다고 주장한다. 그러나 이 사건 석공사대금이 1,140,000,000원(부가가치세 별도)으로 변경되었고 원고의 미지급 공사대금이 195,690,000원임은 앞서 본 바와 같다. 원고의 위 주장은 이유 없다.

3. 피고 C, D에 대한 청구에 관한 판단

이 부분 사해행위취소 및 원상회복청구의 전제가 되는 원고의 피고 B에 대한 피보전채권이 인정되지 아니한다는 점은 앞서 본 바와 같으므로 원고의 이 부분 청구는 받아들일 수 없다.

[한편 원고는, 피고 B과 피고 C, D 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매계약이 2016.8. 2.

체결되었다고 주장한다. 확정된 민사판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 이 사건에서도 유력한 증거자료가 되는 것인데, 신용보증기금이 피고 C, D을 상대로 하여 이 사건 부동산에 관하여 제기한 사해행위취소 및 원상회복청구사건(을 제23호증, 서울중앙지방법원 2018나32820 판결)의 확정판결에 의하면, 이 사건 부동산에 관한 피고 B과 피고 C 사이의 매매계약은 2015. 12. 30.에 체결되었고 2016. 8. 2.자매매계약서는 위 매매계약의 이행과정에서 피고 C, D의 공동 명의로 이

사건 부동산의 소유권이전등기를 마치기 위해 다시 작성된 사실을 인정할 수 있다. 갑 제28, 31, 32호증, 을 제6, 7, 8, 9호증의 각 기재만으로는 위 확정판결에서 인정된 사실을 뒤집기에 부족하고, 달리 원고의 주장 사실을 인정할 증거가 없다. 따라서 설령 원고의 피고 B에 대한 채권이 인정된다고 하더라도 2016. 8.경 발생한 원고의 채권이 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이라고 단정하기도 어렵다. 원고의 이 부분 청구는 어느 모로 보나 이유 없다.]

4. 결론

원고의 피고들에 대한 청구는 이유 없어 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하였으므로 원고의 항소를 모두 기각한다.

재판장 판사 홍승구, 판사 홍지영, 판사 김영훈

별지

부동산의 표시

[토지]

1. 서울특별시 영등포구 I 대 129㎡

[건물]

2. 서울특별시 영등포구 I 대 129㎡

[건물의 표시]

서울특별시 영등포구 I

[도로명주소]

서울특별시 영등포구 J

벽돌조 및 철골판넬구조 슬래브지붕 3층

근린생활시설,주택

1층 92.65㎡

2층 63.38㎡

3층 32.94㎡

지층 16.44㎡ 끝

1) 갑 제3호증(발주자 기성집계표 및 내역서)은 E 건설공사의 감리사인 주식회사 K가 2016. 7. 29. 발주자에게 발송한 'E 신축공사 2차 11회 기성검사 결과 보고'의 일부이다(갑 제42호증, 발주자의 2019. 10. 17.자 사실조회회신 참조). 위 보고서의 표지 공문에는 '기성검사자 : 책임감리원

M(약식기성검사), 기성검사일 2016. 7. 28.(목),기성검사결과 : 금회사정기성 50억 원, 누계기성율(2차) 85.27%'라고 기재되어 있고, '감리원 기성 감리조서', '감리검토의견서', '공사 기성부분 검사원'이 각 첨부되어 있다. 위 보고서에 첨부된 '감리원 감리조서'에는 '2016. 7.25.까지 현장 감리한 결과'라는 취지가 기재되어 있고, '공사기성 부분 검사조서'에는 '위 공사 제2차 11회 기성부분검사의 명을 받아 2016. 7. 28. 검사한 결과'라는 취지가 기재되어 있다. 한편 갑 제3호증은 원고 등 원수급인들이 발주자에 제출하는 '공사 기성부분 검사원' 중 이 사건 조경공사에 해당하는 부분인데, 위 '공사 기성부분 검사원'을 원고 등 원수급인들이 책임감리원에게 제출한 날짜는 '2016. 7.'로 기재되어 있다.

2) 더욱이 갑 제38호증(원고의 직원이 작성한 사실확인서)의 기재에 의하면, 피고 B은 근로자 임금과 장비대, 자재대 체불이 자주 발생하는 업체로 하도급 받은 공사를 성실히 이행하지 않았다고 한다.