

# 대 구 지 방 법 원

## 제 3 민 사 부

### 판 결

사 건 2014나2837 계약금반환  
원고, 피항소인 원고 주식회사  
피고, 항소인 피고 주식회사  
소송대리인 변호사 여한수  
제 1 심 판 결 대구지방법원 2014. 1. 24. 선고 2013가단33550 판결  
변 론 종 결 2014. 6. 3.  
판 결 선 고 2014. 6. 26.

### 주 문

1. 제1심 판결 중 피고 패소부분을 취소한다.
2. 위 취소부분에 대한 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

#### 1. 청구취지

피고는 원고에게 5,000만 원 및 이에 대하여 2010. 3. 22.부터 이 사건 소장 부분 송

달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

## 2. 항소취지

주문과 같다.

# 이 유

## 1. 인정사실

가. 정보통신공사업 등을 하는 회사인 원고는 2010. 3. 23.경 호텔운영업 등을 하는 회사인 피고의 당시 공동대표이사(소외 1, 소외 2) 중 한 명인 소외 2와 사이에, 피고가 구미시 원평동 일대에서 진행할 예정인 호텔 신축공사(이하 '이 사건 공사'라고 한다) 중 전기·통신공사를 원고에게 금 28억 원에 도급하되, 위 공사의 시공사가 선정되면 그 시공사로 하여금 원고와 사이에 같은 내용의 하도급계약을 체결하도록 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 계약'이라고 한다)을 체결하였다.

나. 이 사건 계약에 관하여 작성된 약정서 중 피고의 명의 부분은 소외 2 한 명만 피고의 대표이사로 기재되어 있는데, 소외 2는 당시 자신의 이름 옆에 단독으로 날인을 하였고, 피고의 다른 공동대표이사인 소외 1은 이 사건 계약에 전혀 관여하지 않았다.

다. 이 사건 계약에는 원고가 계약의 대가로 피고에게 3억 원을 지급하되, 그 중 5,000만 원은 체결 시 현금으로 바로 지급하고, 나머지는 피고로부터 이 사건 계약에 따른 선급금을 지급받은 후 3회에 나누어 지급하는 내용이 포함되어 있다.

라. 원고는 이 사건 계약 체결 전날인 2010. 3. 22.경 소외 2에게 이 사건 계약에서 현금으로 지급하기로 한 5,000만 원을 미리 지급하였고, 소외 2는 자신을 단독 대표이

사인 것처럼 기재한 피고 명의의 영수증을 작성하여 원고에게 교부하였다.

마. 한편, 피고는 2010. 1. 26. 이 사건 공사에 관하여 소외 주식회사와 사이에, 피고가 이 사건 공사의 대·내외적 사업주체로서 전반적인 기획·계획수립·집행을 맡아서 하고, 소외 주식회사가 공사비용 조달 및 시공사 선정을 맡아서 하되, 사업은 공동으로 상의하여 진행하고, 사업종료 후 사업이익을 분배하기로 하는 내용의 공동사업계약을 체결하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제1, 4호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장

### 가. 계약해제로 인한 원상회복 주장

(1) 소외 2는 피고의 공동대표이사 중 한 사람일 뿐만 아니라, 피고로부터 이 사건 공사 현장 운영에 대한 일체의 업무를 단독으로 수행할 수 있는 권한을 위임받았으므로, 소외 2가 단독으로 피고를 대표하여 체결한 이 사건 계약은 유효하다.

(2) 소외 2가 단독으로 피고를 대표하여 이 사건 계약을 체결할 권한이 없었다고 하더라도, 2010. 5. 29.경 피고 공동대표이사에서 사임한 소외 2가 2010. 9. 6.경 다시 공동대표이사로 취임하였으므로, 피고가 이 사건 계약을 추인한 것으로 보아야 한다.

(3) 가사 그렇지 않다고 하더라도, 피고는 소외 2가 단독으로 대표이사라는 명칭을 사용하는 것을 용인 내지 방임하였으므로, 상법 제395조에 의한 표현대표이사의 행위로 인한 책임을 부담한다.

(4) 위와 같이 피고는 이 사건 계약에 따른 책임을 부담하는바, 이 사건 계약은 피고의 채무불이행을 이유로 해제되었으므로, 피고는 그 원상회복을 위해 원고에게 위

5,000만 원을 반환할 의무가 있다.

나. 불법행위로 인한 손해배상 주장

이 사건 계약이 피고에 대하여 효력이 없다고 하더라도, 당시 피고의 대표기관이던 소외 2의 직무상 불법행위에 의해 원고는 위 5,000만 원 상당의 손해를 입게 되었으므로, 피고는 원고에게 민법 제35조에 기하여 위 손해를 배상할 의무가 있다.

3. 판 단

가. 소외 2가 피고의 명의로 이 사건 계약을 체결할 권한이 있었는지 여부

소외 2는 이 사건 계약 체결 당시 피고의 공동대표이사 중 한 명에 지나지 아니하였으므로, 소외 2 단독으로 피고를 대표하여 이 사건 계약을 체결할 권한이 있다고 할 수 없다.

나아가 소외 2가 피고로부터 별도로 이 사건 계약을 체결할 권한을 위임받았는지 여부에 관하여 보건대, 갑 제5호증, 을 제2호증의 각 기재에 의하면, 피고가 소외 주식회사에게 이 사건 공사 현장운영에 관한 일체의 권한을 수여하는 취지로 작성한 2010. 1. 28.자 위임장에 소외 2가 소외 주식회사 대표이사의 대리인으로 기재되어 있는 사실, 소외 2가 위 권한 수여 이후인 2010. 3. 3.경 피고의 현재 대표이사인 소외 1과 함께 피고의 대표이사로 취임한 사실을 인정할 수 있으나, 소외 2가 소외 주식회사 대표이사의 대리인으로서가 아니라 피고를 대표하여 이 사건 계약을 체결한 것이고, 위 위임장에 소외 주식회사가 수임업무를 집행함에 있어 피고와 협의를 거쳐 결재를 받아야 한다고 기재되어 있는 점, 피고가 소외 2에게 이 사건 공사 현장운영을 단독으로 하게 할 의도였다면 굳이 대표권 행사에 제한이 있는 공동대표이사로 등기할 이유가 없었을 것으로 보이는 점 등의 앞서 든 증거에 의하면 알 수 있는 사정에 비추어보면, 위 인

정사실만으로는 피고가 소외 2에게 이 사건 계약을 단독으로 체결할 권한을 수여하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 나. 주인 여부

갑 제5호증의 기재에 의하면, 소외 2가 2010. 5. 29.경 피고 공동대표이사직을 사임하였다가 2010. 9. 6.경 다시 소외 1과 함께 피고의 공동대표이사로 취임한 사실을 인정할 수 있으나, 그와 같은 사정만으로는 피고가 이 사건 계약에 관한 소외 2의 무권대리행위를 추인하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

#### 다. 표현대표이사 책임

수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고 이를 등기한 경우에도, 공동대표이사 중의 1인이 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 회사가 명시적으로나 묵시적으로 승인, 또는 용인하거나 방임하는 등 그와 같은 외관의 존재에 대하여 귀책사유가 있는 경우에는, 그 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 한 법률행위에 관하여 회사가 선의의 제3자에 대하여 상법 제395조에 따른 책임을 진다.

그러나 회사의 위와 같은 승인·용인·방임 없이 임의로 대표이사라는 명칭을 사용한 공동대표이사의 행위에 대하여는, 비록 그 사용을 알지 못하고 제지하지 못한 점에 있어 회사에게 과실이 있다고 할지라도 그 회사의 책임으로 돌려 선의의 제3자에 대하여 책임을 지게 할 수 없다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47653 판결, 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다7621, 94다7638 판결, 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다50908 판결 등 참조).

나아가 이 사건에 대하여 살피건대, 갑 제3호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하

면, 소외 2가 자신을 피고 및 소외 주식회사 등의 CEO로 기재한 명함을 원고에게 교부한 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로는 소외 2가 위와 같은 명함을 사용하면서 단독으로 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 피고가 명시적·묵시적으로 승인·용인·방임하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고가 상법 제395조의 표현대표에 기한 책임을 진다는 원고의 주장도 받아들이지 아니한다.

#### 라. 불법행위로 인한 손해배상책임 성립 여부

위 인정사실에 의하면, 소외 2는 이 사건 계약 체결 당시 피고의 공동대표이사 지위에 있었고, 피고가 추진하던 이 사건 공사 중 전기통신공사에 관하여 전기통신공사업체인 원고와 사이에 하도급 계약을 체결하는 것은 소외 2의 단독 대표행위가 유효한지와는 별개로, 외형상·객관적으로 보아 회사 대표자의 직무에 관한 행위라고 볼 수 있으므로, 공동대표이사 중 한 명에 지나지 않고 피고로부터 권한을 수여받은 바도 없는 소외 2가 피고를 단독으로 대표하여 이 사건 계약을 유효하게 체결할 수 있는 권한을 보유하고 있는 것처럼 원고를 속여 이 사건 계약을 체결한 후 원고로부터 위 5,000만 원을 수령하였다면, 피고에게 민법 제35조 제1항에 의한 손해배상책임이 귀속될 여지는 있다고 할 것이다.

그러나 한편, 불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 상대방 수령자가 그 '불법의 원인'에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 받

생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결 참조).

그런데 앞서 본 사실에 의하면, 이 사건 계약은 시행사인 피고가 향후 선정하는 시공사와 이 사건 공사에 관한 도급계약을 체결할 경우 그 시공사에 영향력을 행사하여 그 시공사로 하여금 이 사건 공사 중 전기·통신공사를 대금 28억 원에 원고에게 하도급을 하도록 해주는 대가로 3억 원을 지급하기로 하는 불법 리베이트 약정이고, 원고가 소외 2에게 지급한 5,000만 원은 그 리베이트 중 일부를 선급이라고 할 것인바, 이는 이후에 선정될 시공사가 적합한 시공능력을 갖춘 하도급자의 선택을 시행사인 피고가 임의로 제한하고 시공사 선정의 공정성, 투명성이 훼손될 수 있는 부당한 약정으로 서 형사적으로도 처벌이 가능한 위법행위에 해당하고, 도급인인 피고로 하여금 비자금을 조성하여 탈세를 유발하거나 공사대금을 왜곡하는 등의 폐해도 초래할 수 있는 사회적으로 유해한 결과를 야기하는 것이므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 해당하여 민법 제103조에 따라 무효이고, 그 제공자와 수령자 중 어느 누구의 불법성이 더 크다고 볼 수도 없으므로, 원고로서는 상대방인 소외 2의 불법행위를 이유로 위 5,000만 원의 지급으로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상한 것을 피고에 대하여 주장할 수 없다고 할 것이다.

이에 대하여 원고는, 위 5,000만 원이 계약이행보증금의 성격도 있으므로 반환을 구할 수 있다는 취지로 다투나, 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 피고는 하도급계약의 당사자가 될 수 없어 원고로부터 계약이행보증금을 지급받을 이유도 없으므로, 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

따라서 피고가 소외 2의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담함을 전제로 한 원고

의 주장도 결국 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 달리한 제1심 판결 중 피고 패소부분은 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 이를 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      김기현

                 판사      홍은아

                 판사      이기홍