

서울고등법원 2021. 4. 28 선고 2020나2027172 판결 [부당이득금반환청구]

재판경과

서울고등법원 2021. 4. 28 선고 2020나2027172 판결

서울중앙지방법원 2020. 7. 9 선고 2019가합569059 판결

전문

원고, 항소인 서울특별시

소송대리인 법무법인 해냄

담당변호사 김형선

피고, 피항소인 A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 클라스

담당변호사 남영찬

소송복대리인 변호사 김종광

제1심판결 서울중앙지방법원 2020. 7. 9. 선고 2019가합569059 판결

변론종결 2021. 3. 17.

판결선고 2021. 4. 28.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 246,702,000원 및 이에 대하여 2017. 8. 9.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 제1심판결의 인용 및 수정

이 법원이 이 사건에 관하여 쓸 이유는, 제1심 판결이유 중 일부를 아래와 같이 고쳐 쓰고 원고_가 당심에서 주장하는 내용에 관하여 아래 제2항과 같은 판단을 해당 부분에 추가하는 이외에는 제1심판결의 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

[고쳐 쓰는 부분]

- 제1심판결문 제7면 8행, 11행, 14행의 "예정가격 작성준칙"을 "예정가격 작성기준"으로 고친다.
- 제1심판결문 제8면 13행부터 15행까지의 "이 사건 공사의 ... 조달청의" 부분을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

「이 사건 공사의 입찰 공고 당시 입찰참가자들에게 제공된 입찰설명서의 자료에는 최저가낙찰제의 입찰금액 적정성 심사기준(재정경제부 회계예규 2200.04-156-5, 2007. 10. 12.)이 포함되어 있었는데, 위 심사기준 제4조에 따라 마련된 최저가낙찰제 대상공사에 대한 입찰금액의 적정성심사세부기준(조달청 시설총괄팀-9394, 2007. 11. 21.)은 제2조 제8호에서

"세부시행요령이란 법정경비, PS단가 등 공사건별로 입찰금액적정성심사를 위하여 작성하여야 할 사항과 기타 유의사항을 설명한 자료를 말한다."라고 규정하고 있다. 한편 위 적정성심사세부기준 제2조 제8호 소정의 세부시행요령에 해당하는 '최저가입찰공사의 적정성심사 세부시행요령(을 제4호증의2)'과 조달청의」

○ 제1심판결문 제9면 3행의 "이 사건 산출내역서에도 ... 표기되어 있다."부분을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

「피고가 이 사건 도급계약을 최초로 체결할 당시 제출한 산출내역서(갑 제4호증)에도 간접노무비로 위 1,324,577,407원이 기재되어 있고 그 산정기준이 된 비율인 5.512%가 표기되어 있다.[이에 대하여 원고는 "원고가 제1심에서 제출한 최초내역서(갑 제4호증)는 이 사건 도급계약을 최초로 체결할 당시에 작성된 것이 아니고, 이 사건 도급계약을 최초로 체결할 당시의 산출내역서에는 간접노무비율이 전혀 기재되어 있지 않은 채 간접노무비 금액만 기재되어 있었다."는 취지로 주장한다. 그러므로 보건대, 재판상 자백은 상대방의 동의가 없는 이상 자백을 한 당사자가 자백이 진실에 어긋난다는 사실과 자백이 착오로 말미암은 것이라는 사실을 증명해야 취소할 수 있다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2015다47389 판결 참조). 이 사건의 경우, 기록에 의하면 원고 소송대리인은 제1심 3차 변론기일에 출석하여 2020. 5. 12.자 준비서면을 진술하였는데, 위 준비서면(2면)에는 "피고가 제출한 최초내역서에도 간접노무비 산정비율이 5.512%로 기재되어 있었기 때문에 원고 담당공무원으로서는 간접노무비 산정비율에 대해서 착오를 일으킬 수밖에 없었던 것입니다(갑 제4호증)."라는 내용이 포함되어 있는 사실, 원고 소송대리인은 제1심 4차 변론기일에 출석하여 2020. 6. 9.자 준비서면을 진술하였고, 피고 소송대리인은 위 변론기일에 출석하여 2020. 6. 2.자 준비서면을 진술하였는데, 위 각 준비서면1)에는 "갑 제4호증이 최초의 산출내역서에 해당한다."는 내용이 각각 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있다.2) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 도급계약을 최초로 체결할 당시의 산출내역서가 갑 제4호증이라는 사실에 대하여는 재판상 자백이 성립되었다고 보아야 한다. 한편 갑 제10호증의 기재만으로는 위와 같은 자백이 진실에 반하고 착오로 인한 것이라는 사실을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.]」

○ 제1심 판결문 제11면 17행의 "원고의 ... 이유 없다." 부분을 아래와 같이 고쳐 쓴다.

「원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다. 설령 원고가 착오를 일으켜 이 사건 각 변경계약을 체결하였다고 하더라도 아래와 같은 이유로 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

마) 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다 12259 판결 참조). 다시 이 사건으로 돌아와 보건대, 갑 제1호증, 갑 제2호증의 1 내지 11, 갑 제5호증의 1 내지 10, 갑 제11호증, 을 제12, 13, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 주장하는 바와 같은 착오가 중요한 부분에 관한 착오에 해당한다고 보기는 어렵다.

❶ 설계변경으로 인하여 계약금액이 증감되는 경우에 그 증감분에 대한 간접노무비를 어떻게 산정할 것인지는 변경계약을 체결하는 계약당사자들의 사적 자치의 영역에 속한다. 따라서 변경계약을 체결하는 과정에서 반드시 원고가 주장하는 바와 같은 간접노무비율(간접노무비/직접노무비)을 적용하여 그 증감분을 산정하여야 하는 것은 아니다.

❷ 직접노무비 증감분에 원고가 주장하는 바와 같은 간접노무비율(간접노무비/직접노무비)을 적용하여 간접노무비 증감분을 산정하는 방식이 순공사비(재료비 + 직접노무비 + 산출경비) 합계액 증감분에 합계액 대비율을 적용하여 간접노무비 증감분을 산정하는 방식보다 원고에게 항상 유리한 것도 아니다(직접노무비 증가액이 20,000원이고 재료비와 산출경비의 증가액이 각각 15,000원인 경우에 원고가 주장하는 간접노무비율을 적용하여 산출한 간접노무비 증가액은 2,491원3) 이 되고, 합계액 대비율을 적용하여 산출한 간접노무비 증가액은 그보다 더 많은 2,756원4) 이 된다. 반면에 직접노무비 증가액이 20,000원이고 재료비와 산출경비의 증가액이 각각 10,000원인 경우에는 원고가 주장하는 간접노무비율을 적용하여 산출한 간접노무비 증가액은 2,491원이 되지만, 합계액

대비율을 적용하여 산출한 간접노무비 증가액은 그보다 더 적은 2,204 원5) 이 된다). 이 사건 각 변경계약의 경우에도 원고가 일부 취소를 주장하는 3건의 변경계약 이외에는 오히려 원고에게 유리한 내용으로 변경계약이 체결된 바 있다.

③ 원고가 간접노무비 산정방식을 잘못 적용함에 따라 과다하게 지급하였다고 주장하는 공사대금(246,702,000원)은 이 사건 도급계약의 총공사대금(57,703,261,000원)의 0.42%에 불과하다.

④ 원고는 이 사건 도급계약 이외에도 여러 건의 계약들에서 합계액 대비율을 적용하는 방식으로 간접노무비 증감분을 산정하여 변경계약을 체결하여 왔던 것으로 보인다. 또한 원고 이외의 다른 지방자치단체나 공기업들도 관급공사의 변경계약을 체결하는 과정에서 합계액 대비율을 적용하는 방식으로 간접노무비 증감분을 산정하여 변경계약을 체결하기도 하였던 것으로 보인다.

바) 민법 제146조 전단은 "취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다."고 규정하는 한편, 민법 제144조 제1항에서는 "추인은 취소의 원인이 종료한 후에 하지 아니하면 효력이 없다."고 규정하고 있는바, 위 각 규정의 취지와 추인은 취소권의 포기를 내용으로 하는 의사표시인 점에 비추어 보면, 민법 제146조 전단에서 취소권의 제척기간의 기산점으로 삼고 있는「추인할 수 있는 날」이란 취소의 원인이 종료되어 취소권 행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때를 가리킨다고 보아야 한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다7421 판결 참조). 한편 취소권 행사의 기산점이 되는 취소의 원인이 종료되어 취소권 행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률 행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태라는 의미는 취소권 발생의 요건에 해당하는 사실 자체를 알고 있는 상태를 의미하는 것이지 그로 인하여 법률상 취소권 행사가 가능하다는 것까지를 알고 있는 상태를 의미하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99다66342 판결 참조).

다시 이 사건으로 돌아와 보건대, 이 사건에서 취소의 원인이 종료되어 취소권행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때라 함은 결국 원고가 간접노무비 산정방식이 잘못되었음을 안 때를 말하는 것이라고 볼 수 있다. 그런데 갑 제6호증의 1, 2, 을 제8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 서울특별시

감사위원회는 2016. 11.경부터 2017. 3.경까지 이 사건 공사에 대한 감사를 진행한 사실, 위 감사위원회는 감사 진행 도중인 2016. 12.경 기획재정부장관과 행정자치부장관에게 '설계변경 시 간접 노무비율 산정방법'에 대한 질의를 한 사실, 기획재정부장관은 2017. 1. 19. "기획재정부 계약에 규인 공사계약일반조건 제20조 제5항에 따르면 간접노무비 승률비용은 산출내역서상의 간접노무비율에 의하되 설계변경 당시의 기획재정부장관이 정한 율을 초과할 수 없습니다. 동 예규 예정가격작성기준 제10조 제4항에 의하면 상기 간접노무비율은 간접노무비/직접노무비를 의미합니다."라는 내용의 회신을 하였고, 행정자치부장관은 2017. 2. 24. "간접노무비율은 직접노무비 대비 간접노무비(간접노무비/직접노무비)의 비율을 의미하며, 설계변경에 따른 간접노무비의 계산은 지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준 제13장 공사계약 일반조건 제7절 1-마.에 따라 직접노무비의 증감분에 대하여 산출내역서의 간접노무비율을 곱하여 산정하는 것임을 알려드립니다."라는 내용의 회신을 한 사실, 서울특별시 감사위원회는 2017. 3. 20. 원고 산하 도시기반시설본부6)에 대하여 감사결과 처분요구를 하였는데, 그 처분요구서에는 앞서 본 바와 같은 질의회신내용을 구체적으로 적시하면서 "이 사건 도급계약과 관련하여, 산출내역서상의 승률비용을 초과하여 246,702,000원이 과다하게 계상·지급되었으므로, 위 금액 상당을 부당이득 내지 손해배상 청구 등을 통해 환수조치하라."는 내용이 포함되어 있는 사실, 한편 원고 산하 도시기반시설본부는 2017. 3. 29. 위와 같은 감사결과 처분요구서를 첨부하여 피고에게 'B 재설치 사업 건설공사장 감사결과 지적사항 및 처분 통보'라는 제목의 공문을 발송한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 원고는 늦어도 2017. 3. 29.에는 간접노무비 산정방식이 잘못되었음을 알게 되었다고 봄이 상당하다. 그런데 원고는 그때로부터 3년이 이미 경과한 2020. 3. 31.에 이르러서야 같은 날 제출한 준비서면 송달을 통해 이 사건 각 변경계약 중 일부를 취소한다는 의사표시를 한 바 있으므로, 위 취소의 의사표시는 3년의 제척기간이 경과된 이후에 이루어진 것으로서 그 효력을 인정할 수 없다.

이에 대하여 원고는 "이 사건 소장 부분의 송달을 통해 묵시적으로 취소의 의사표시를 하였다."는 취지로 주장한다. 그러나 기록에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들 즉, ❶ 원고가 제출한 이 사건 소장에는 이 사건 각 변경계약이 착오로 인하여 체결되었다는 점에 관하여는 어떠한 내용도 기재되어

있지 아니한 점, ❷ 오히려 이 사건 소장의 전체적인 내용은 "이 사건 일반조건 제 120조 제4항에 따라 최초 산출내역서상의 간접노무비율(간접노무비/직접노무비)에 따라 간접노무비의 증가액을 산정하여야 함에도 불구하고, 피고는 자의적인 방법으로 높은 간접노무비율을 적용하여 부당이득을 얻은 것"이라는 취지에 불과한 점, ❸ 원고가 2020. 1. 30. 제출한 준비서면에도 착오로 인한 계약취소에 관하여는 아무런 언급도 되어 있지 아니하며, 위 준비서면의 내용 역시 "간접공사비 산정방법이 당사자 사이에서 공평·정의의 원칙에 반하여 피고에게 수익을 보유할 권한이 없는 경우에 해당한다면 법률상 원인 없는 수익에 해당한다."라거나 "당사자 사이에 체결된 계약조건에 위반된 것이므로 법률상 원인 없는 부당이득에 해당한다."는 내용에 불과한 점 등에 비추어 보면, 원고가 이 사건 소장 부분의 송달을 통해 묵시적으로 취소의 의사표시를 한 것이라고 볼 수는 없다. 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.]

2. 추가판단사항

가. 원고의 주장

원고와 피고는 이 사건 일반조건 제20조 제4항에 규정된 간접노무비 산정방식에 대한 쌍방 착오로 인하여 잘못된 산정방식을 적용한 것일 뿐이다. 즉 당사자 쌍방은 착오에 빠져 이 사건 일반조건 제20조 제4항에 규정된 '산출내역서상의 간접노무비율'을 '산출내역서에 기재된 간접노무비/직접노무비의 비율'이 아니라 '산출내역서에 기재된 간접노무비를 산출하는 비율'로 잘못 판단한 것이다. 이와 같이 당사자 쌍방의 공통된 동기의 착오가 발생한 이 사건의 경우에는 당사자 쌍방이 위 '산출내역서상의 간접 노무비율'에 대한 의미를 제대로 파악하였더라면 -산출내역서에 기재된 간접노무비/직접노무비의 비율'을 적용하여 설계변경에 따른 계약금액(간접노무비)의 조정을 하였을 것임이 분명하다고 보아야 한다. 따라서 당사자 쌍방의 공통된 착오로 인하여 간접노무비 증감액 산정방식을 달리 적용한 결과 피고가 청구취지 기재 금액과 같은 부당이득을 얻었으므로 의사표시의 보충적 해석에 관한 법리 등에 따라 피고는 원고에게 부당이득을 반환하여야 한다.

나. 판단

계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있는바, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다13288 판결 참조).

다시 이 사건으로 돌아와 보건대, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원고와 피고 쌍방이 간접노무비 산정방식에 대하여 공통의 착오에 빠졌다가 원고와 피고 쌍방이 그와 같은 착오가 없었더라면 원고가 주장하는 바와 같은 방식의 간접노무비 산정방식을 적용하여 이 사건 각 변경계약을 체결하였을 것이 명백하다고 단정할 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

❶ 이 사건 일반조건 제20조 제4항은 설계변경에 따른 간접노무비 증감분을 산정하는 방식에 관하여 계약당사자 사이에서 정한 하나의 약정에 불과하다. 따라서 계약당사자는 이와 같은 내용의 약정에도 불구하고 그 이후의 변경계약을 체결하는 과정에서는 간접노무비 산정방식을 이와 달리 정하는 것이 충분히 가능하다.

❷ 이 사건 각 변경계약은 지방자치단체가 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것이므로, 설계변경에 따른 간접노무비 증감분을 산정함에 있어서 어떠한 방식을 취할 것인지는 여전히 계약당사자가 선택할 수 있는 범주를 벗어나지 않는다.

❸ 이 사건 일반조건 제20조 제4항은 "제1항 및 제2항의 규정에 의한 계약금액의 증감분에 대한 간접노무비 등 승률비용은 산출내역서상의 간접노무비율 등의 승률비율에 의한다."고 규정하고 있다. 이와 같이 이 사건 일반조건 제20조 제4항은 간접노무비 등 승률비용을 산정함에 있어서 '간접노무비율 등의 승률비율'을 적용하도록 규정하고 있을 뿐 반드시 '간접노무비율(직접노무비/간접노무비)'만 적용하도록 규정하고 있지 않다. 한편 이 사건 각 변경계약 당시 적용된 '합계액 대비율' 역시 이 사건 일반조건 제20조 제4항에서 정하고 있는 '승률비율'의 하나에 해당하는 것이므로, 간접노무비율의 의미에 대하여 쌍방당사자가 원고가 주장하는 바와 같은

의미로 인식하였다고 하더라도 직접공사비에 간접노무비율을 곱하는 방식으로만 간접노무비 증감분을 산정하였을 것이라고 단정할 수는 없다.

④ 원고를 비롯한 여러 지방자치단체들과 공기업들은 이 사건 도급계약 이외의 다른 계약들에서도 원고가 주장하는 바와 같은 간접노무비율을 적용하는 방식이 아니라 합계액 대비율을 적용하는 방식으로 변경계약을 체결한 바 있다. 사정이 이와 같다면, 원고가 주장하는 바와 같은 사정만을 들어 원고와 피고가 다수의 계약관행과는 달리 이 사건 각 변경계약에 한정하여 간접노무비 산정방식을 달리하였을 것이라고 단정하기는 어렵다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각한다.

재판장 판사 김형배 판사 김종기 판사 박영주

1)원고의 2020. 6. 9.자 준비서면 8면, 피고의 2020. 6. 2.자 준비서면 1~2면.

2)원고 소송대리인은 항소심 제1회 변론기일에 출석하여 2020. 9. 4.자 준비서면을 진술하였는데, 위 준비서면(21면)에도 "피고가 원고에게 제출한 최초내역서(갑 제4호증)에는 별다른 설명 없이 5.512%라는 숫자만 기재되어 있었다."는 내용이 포함되어 있다.

3) $20,000\text{원} \times 12.457\% = 2,491\text{원}$ (원 미만 버림, 이하 같다).

4) $(20,000\text{원} + 15,000\text{원} + 15,000\text{원}) \times 5.512\% = 2,756\text{원}$

5) $(20,000\text{원} + 10,000\text{원} + 10,000\text{원}) \times 5.512\% = 2,204\text{원}$

6)이 사건 도급계약의 수요기관이다.