

국가계약법상 물가변동에 따른 계약금액 조정규정의 법적 성질*

-대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076

전원합의체 판결을 중심으로-

The Legal Nature of the Adjustment Provision of the Contract Amount due to Price Fluctuation under the National Contract Law

-Centered on the Ruling of the Supreme
Court 2017.12.21.-

김 태 관**

Kim, Tae-Kwan

목 차

- | | |
|--|--------------------------|
| I. 대상판결의 쟁점 | IV. 강행규정(효력규정)과 단속규정의 구분 |
| II. 국가계약법상 물가변동으로 인한 계약
금액의 조정제도 | V. 국가계약법 제19조는 단속규정인가? |
| III. 대상판결에서 나타난 다수의견(보충의
견 포함)과 반대의견의 논거들 | VI. 대상판결의 의의와 한계 |

투고일 : 2018. 6. 19. / 심사회의일 : 2018. 7. 10. / 게재확정일 : 2018. 7. 25.

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의해 연구되었음.

이 논문은 “부동산 관련 분쟁의 최근 판례 경향”이라는 주제로 건국대학교 법학연구소
주최 학술대회(2018.5.25.)에서 발표한 내용을 수정·보완하였음.

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사, 법학박사

Associate Professor, Attorney at Law, Ph.D. in Law, School of Law, Dong-A University

대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결(이하 “대상 판결”이라 한다)의 다수의견은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제19조의 물가변동에 의한 계약금액 조정규정은 국가 등이 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 계약담당자 등이 지켜야 할 사항을 정한 내부규정으로 보고, 이를 계약당사자인 국가 등이 계약에 의해 일방적으로 그 적용을 배제할 수 있으며, 또한 그러한 특약이 원칙적으로 유효하다고 한다. 그 주된 근거로 공공계약이 사법상 계약인 점, 국가계약법 제19조의 입법목적, 사적 자치의 원칙 등을 들고 있다.

반면, 대상판결의 반대의견은 국가계약법 제19조는 강행규정으로 이를 배제하는 특약은 무효라고 한다. 그 근거로 법률을 위반한 법률행위의 원칙적 무효, 국가계약법 제19조의 문언, 입법경위와 목적 등을 들고 있다.

반대의견의 논거 중 법률을 위반한 법률행위의 효력이 원칙적 무효라는 입장에 동의하기는 힘들지만, 효력규정과 단속규정의 구별기준에 관하여 학설과 판례에서 고려하고 있는 요인들에 비추어 보면, 다수의견이 제시하는 논거들에 비해 반대의견이 제시하는 논거들이 훨씬 설득력이 있다고 생각한다. 특히 다수의견과 같이 국가계약법 제19조가 내부규정이라고 하더라도 그 규정의 형식과 입법연혁에 비추어 계약담당공무원에게 의무를 부과한 규정을 사적 자치를 내세워 사법규정 중 임의규정과 같이 계약담당공무원의 자의에 의해 배제를 허용하는 것은 반대의견이 제시하는 바와 같이 법치주의나 민주주의원리에 반하는 결과를 초래할 것이다.

[주제어] 물가변동, 계약금액 조정, 효력규정, 단속규정, 국가계약법

[사건의 개요]

1. 원심의 인정사실과 판단

1.1 원심의 인정사실과 소송경과

(1) 원고들은 2007년 4월 16일 피고 한국토지주택공사¹⁾와 사이에 아산배방지구 집단에너지시설 건설공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)를 도급받기로 하는 도급계약(이하 ‘이 사건 도급계약’이라 한다)을 체결하였다.

(2) 이 사건 도급계약의 내용에 포함된 공사계약특수조건(Ⅱ) 제15조에서 “입찰예정금액 중 국외업체와 계약하는 부분(이하 ‘국외 공급분’이라 한다)과 관련된 금액은 계약기간 중의 물가변동을 고려한 금액으로서 물가조정으로 인한 계약금액 조정이 필요하지 아니한 고정불변금액이므로, 입찰자는 입찰 전에 전 계약기간 동안 발생할 수 있는 물가변동(환율변동 등)을 감안하여 입찰금액을 작성하여야 하고, 국외 공급분의 계약금액 고정에 대하여 민·형사상 이의를 제기할 수 없다.”라고 규정하고 있다(이하 ‘이 사건 특약’이라 한다). 위와 같은 내용은 이 사건 도급계약 체결 6개월 전에 개최된 현장설명회에서 원고들을 비롯한 참가기업들에 배부된 입찰안내서에도 동일하게 기재되어 있었다.

(3) 원고들은 장기간의 대형설비공사에 관한 계약을 체결한 경험이 많은 1군 건설업체로서 피고가 배부한 입찰안내서를 검토하여 이 사건 특약을 포함한 계약조건을 잘 알면서 이 사건 도급계약을 체결하였다.

1) 이 사건 공사를 발주한 것은 대한주택공사인데, 2009.10.1. 한국토지주택공사법(법률 제9706호) 부칙 제8조에 따라 그 지위를 피고가 승계하였다.

(4) 원고들은 2007년 6월 경 국외업체인 지멘스(SIEMENS)로부터 가스터빈을 매수하고 매매대금으로 스웨덴화 274,530,117크로나를 지급하였고, 2008년 1월 경 국외업체인 에스.엔.엠(S. N. M)으로부터 스팀터빈을 매수하고 매매대금으로 일본화 623,278,000엔을 지급하였다.

(5) 원고 경남기업 주식회사는 2008년 발생한 세계적인 금융위기로 환율이 상승하자 2009년 5월 7일 이 사건 도급계약의 계약금액 조정을 요청하였으나 이 사건 특약을 이유로 거절당하였다.

(6) 이 사건 공사와 관련하여 계약금액이 고정된 국외 공급분의 예상 구입 및 설치금액은 전체 계약금액의 4분의 1에도 미치지 못하였고, 나머지 금액에 대하여는 수차례 물가변동에 따른 계약금액 조정이 이루어졌다.

(7) 피고는 이 사건 도급계약의 공사계약특수조건(Ⅱ)에서 가스터빈과 스팀터빈의 공급업체의 범위를 제시하였을 뿐 결제통화를 특정하지는 아니하였다. 그러나 원고들은 외국기업과 스웨덴화 크로나화 및 일본국 엔화를 결제통화로 정하여 가스터빈과 스팀터빈에 관한 매매계약을 체결하고도 환위험을 회피하기 위한 조치를 하지 아니하였다.

(8) 이에 원고들은 이 사건 특약이 물가변동에 따른 계약금액 조정에 관한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 제19조에 위반하여 무효라고 주장하며 피고에게 부당이득금의 반환을 구하였다.

1.2 원심의 판단

(1) 원심은 위 인정사실과 사정에 비추어 위 규정이 국가 등이 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 계약담당자 등이 지켜야 할 사항을 정한 것에 지나지 않고, 국가 등과 계약상대자(국가계약법은 국가 등과 계약을 체결하는 상대방을 ‘계약상대자’라

한다. 국가계약법 제2조)들이 계약금액 조정대상을 일부 품목으로 제한하거나 조정요건을 국가계약법과 달리 정하는 별도의 합의를 한 경우 그 합의가 국가계약법의 규정 내용과 다르다는 사실만으로는 무효라고 단정할 수 없고, 나아가 이 사건 특약이 국가계약법령에서 계약금액 조정을 규정한 취지를 몰각시키거나 동종 업계의 일반적 거래관행에 비추어 볼 때 합리성을 상실하여 정의나 형평의 관념에 반하는 정도에 이르렀다고 보이지 아니한다고 판단하였다.

(2) 또한 이 사건 도급계약의 체결경위, 국가계약법에서 정한 계약금액 조정조항의 적용제한 정도 등에 비추어 볼 때 이 사건 특약이 “공사계약특수조건에 회계규칙, 공사 관계 법령 및 이 조건에 의한 계약자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 내용은 효력이 인정되지 아니한다.”라고 정한 이 사건 도급계약의 공사계약일반조건 제3조 제3항을 위반하여 원고들의 이익을 부당하게 제한한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(3) 따라서 원심은 이 사건 특약이 무효가 아니므로 원고들의 부당이득반환청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

2. 원고들의 상고이유 요지

이 사건 특약은 물가변동 등에 의한 계약금액 조정을 규정하고 있는 국가계약법 제19조, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령(이하 ‘국가계약법 시행령’이라 한다) 제64조 제1항 제2호, 제7항에 위반하거나, 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 공사계약특수조건은 무효라고 정한 공사계약일반조건 제3조 제3항에 반하여 효력이 없다.

3. 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결 (이하 “대상판결”이라 한다)의 요지

3.1 다수의견²⁾ 및 보충의견

3.1.1 다수의견

국가를 당사자로 하는 계약이나 공공기관의 운영에 관한 법률의 적용 대상인 공기업이 일방 당사자가 되는 계약(이하 편의상 ‘공공계약’이라 한다)은 국가 또는 공기업(이하 ‘국가 등’이라 한다)이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 계약을 체결하여야 하고 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하는 등(국가계약법 제5조 제1항) 사적 자치와 계약 자유의 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 참조).

한편 국가계약법상 물가의 변동으로 인한 계약금액 조정 규정은 계약 상대방이 계약 당시에 예측하지 못한 물가의 변동으로 계약이행을 포기하거나 그 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되는 것을 막기 위한 것이다. 이와 더불어 세금을 재원으로 하는 공공계약의 특성상 계약체결 후 일정 기간이 지난 시점에서 계약금액을 구성하는 각종 품목 또는 비목의 가격이 급격하게 상승하거나 하락한 경우 계약담당자 등으로 하여금 계약금액을 조정하는 내용을 공공계약에 반영하게 함으로써 예산 낭비를 방지하고 계약상대자에게 부당하게 이익이나 불이익을 주지 않으려는 뜻도 있다.

2) 대법원장 김명수, 대법관 김용덕, 대법관 박보영, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 조희대(주심), 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 조재연, 대법관 박정화.

따라서 계약담당자 등은 위 규정의 취지에 배치되지 않는 한 개별계약의 구체적 특성, 계약이행에 필요한 물품의 가격추이 및 수급상황, 환율변동의 위험성, 정책적 필요성, 경제적 변동에 따른 위험의 합리적 분배 등을 고려하여 계약상대자와 물가변동에 따른 계약금액 조정 조항의 적용을 배제하는 합의를 할 수 있다고 보아야 한다.

계약금액을 구성하는 각종 품목 등의 가격은 상승할 수도 있지만 하락할 수도 있는데, 공공계약에서 위 조항의 적용을 배제하는 특약을 한 후 계약 상대방이 이를 신뢰하고 환헤징(hedging) 등 물가변동의 위험을 회피하려고 조치하였음에도 이후 물가하락을 이유로 국가 등이 계약금액의 감액조정을 요구한다면 오히려 계약상대자가 예상하지 못한 손실을 입을 수 있는 점에 비추어도 그러하다.

위와 같은 공공계약의 성격, 국가계약법령상 물가변동으로 인한 계약금액 조정 규정의 내용과 입법 취지 등을 고려할 때, 위 규정은 국가 등이 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 계약담당자 등이 지켜야 할 사항을 규정한 데에 그칠 뿐이고, 국가 등이 계약상대자와의 합의에 기초하여 계약당사자 사이에만 효력이 있는 특수조건 등을 부가하는 것을 금지하거나 제한하는 것이라고 할 수 없으며, 사적 자치와 계약자유 원칙상 그러한 계약 내용이나 조치의 효력을 함부로 부인할 것이 아니다.

다만 국가계약법 시행령 제4조는 “계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 국가계약법령 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있으므로, 공공계약에서 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약은 효력이 없다고 할 것이다.

여기서 어떠한 특약이 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 것으로서 국가계약법 시행령 제4조에 위배되어 효력이 없다고 하기 위해서는 그 특약이 계약상대자에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부

족하고, 국가 등이 계약상대자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 특약을 정함으로써 계약상대자에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다.

그리고 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약인지는 그 특약에 의하여 계약상대자에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 불이익 발생의 가능성, 전체 계약에 미치는 영향, 당사자들 사이의 계약 체결과정, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다15695 판결, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다206270, 206287 판결 참조).

3.1.2 대법관 김창석의 보충의견

(1) 국가계약법상 물가변동으로 인한 계약금액 조정 규정의 주된 목적은 계약상대자의 보호에 있다기보다는 오히려 예측하지 못한 물가상승에도 불구하고 당초 약정된 계약금액에 따른 계약상대자의 계약상 의무이행을 고수함으로써 발생할 수 있는 부실한 의무이행을 막아 공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되는 것을 방지하고, 다른 한편 물가하락의 경우에는 계약금액을 감액함으로써 예산을 절약하기 위한 국가 등의 필요에 있다고 보아야 한다.

국가계약법 제19조를 계약상대자를 보호하기 위한 규정으로 해석할 수는 없고, 결국 위 조항을 계약상대자에 대하여도 직접적인 효력을 갖는 강행규정으로 해석하여야 할 근거가 있다고 보기 어렵다.

비록 계약상대자의 보호가 입법의 동기가 되었을 수 있다고 하더라도 위와 같은 국가계약법 제19조 규정 내용은 물론 국가계약법 전체의 규정 내용과 체계에 비추어 그러한 입법동기만으로 위와 달리 해석할 수는 없다.

(2) 시장경제질서 아래에서 국가의 개입은 경제활동을 시장에만 맡겨둘 경우 경제적 효율성을 확보하지 못하거나 거기에서 파생되는 사회적 문제들을 스스로 해결하지 못할 때에 이를 보완하는 수단으로 사용되어

야 한다. 국가의 개입이 언제나 효율성을 담보하는 것도 아니다. 특히 계약자유에 대한 국가의 개입이, 공공복리 또는 정의나 형평의 관념에 비추어 정당화될 수 없는 예외적인 사정이 존재하지 아니하는 상황임에도, 계약의 본질적 부분인 급부와 반대급부의 등가관계에 대한 구체적이고도 직접적인 통제라는 방법을 통하여 일반적으로 이루어지게 되면, 이는 사적 자치를 근본적으로 허무는 것이어서 우리의 헌법질서 아래에서 쉽사리 정당화될 수 없다.

개별적·구체적 사안에서 계약상대자의 보호와 계약정의를 실현에 대한 요청은 반대의견과 같은 위헌적인 해석을 따르지 아니하더라도, 다수의견에서 살펴본 것처럼 “계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 국가계약법령 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 된다.”라고 규정된 국가계약법 시행령 제4조에 관한 대법원의 해석에 근거하여 통제를 하여도 충분히 충족될 수 있다.

3.1.3 대법관 조희대의 보충의견

(1) 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법률 규정에 위반하여 법률행위가 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인지 여부는 당해 규정이 가지는 넓은 의미의 법률효과에 관한 문제로서 그 규정의 해석에 따라 정해진다. 그 법률행위의 무효 여부에 관하여 명문의 규정이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이나, 명문의 규정이 없다면 그 의무규정 또는 금지규정의 목적과 의미를 고려하여 그 무효 여부를 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결 참조).

이와 같이 그 법률행위의 유·무효에 관한 명문의 규정이 없는 경우 그 법률행위의 무효 여부는 해당 법률의 해석 문제로서 법원의 판단에 맡겨져 있다. 법원이 그 법률행위를 유효라고 판단하더라도, 이는 법질서 내에서 법원에 주어진 법률 해석 권한에 기초하여 판단한 것으로서,

그러한 판단이 법질서의 모순을 초래한다고 볼 것은 아니다.

대법원은 종래 의무규정 또는 금지규정에 위반되는 법률행위의 사법상(사법상) 효력을 일률적으로 부정하지는 않는 태도를 유지하여 왔다. 대법원이 해당 규정의 해석에 따라 그 법률행위의 사법상 효력을 인정한 사례는 많이 있다(인용 선례 생략).

(2) 법률이 특정 사안과 관련하여 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는, 해당 법률 규정의 입법목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속하는지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다(대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결 참조).

규정의 형식과 내용, 체계 및 취지에 비추어 보면, 국가계약법 제19조 수권을 받은 시행령에 정해질 내용은 물가변동 등에 따른 계약금액의 조정기준 및 방식에 관한 것이라고 예상될 뿐, 환율변동이라는 계약금액 조정 사유를 정하는 내용까지 규정될 것으로 예상되지는 않는다. 그리고 환율변동에 따른 계약금액 조정사유를 법률에 규정하는 데 어려움이 있다거나, 세부적·기술적·가변적인 사항이어서 이를 법률의 형식으로 규정하기에 부적절하다고 볼 수도 없다.

따라서 국가계약법 시행령 제64조 제7항으로 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 환율변동을 원인으로 하여 제1항에 따른 계약금액 조정요건이 성립된 경우에는 계약금액을 조정한다.”라는 규정을 신설한

것은 모법조항의 위임 없이 이루어진 것이거나 모법조항의 위임범위를 벗어난 것이어서 그 효력이나 구속력을 인정하기 어렵다.

3.2 대법관 고영한, 김재형의 반대의견

계약 등 법률행위의 당사자들에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규가 증가하고 있다. 이러한 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다.

이와 달리 금지규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법 규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다.

특히 법률행위의 양쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반하여 법률행위를 한 경우에는 특별히 예외적인 사정이 없는 한 그 법률행위를 무효로 보아야 한다. 한쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반한 경우에는 거래의 안전과 상대방의 보호를 고려하여 그 법률행위의 효력을 판단하여야 하는데, 그 법령의 주된 목적이 상대방을 보호하기 위한 것이라면 이를 위반하는 법률행위는 원칙적으로 무효로 보아야 한다.

국가계약법령은 물가변동이나 환율변동에 따른 계약금액 조정의 요건과 효과에 관하여 명확한 규정을 두고 있다. 공공계약 체결 후 계약금액을 구성하는 각종 품목 등의 가격이 물가변동이나 환율변동으로 급격

하게 상승하면, 상대방이 경제적 어려움으로 계약의 이행을 중단·포기하여 계약의 목적을 달성할 수 없거나 계약을 부실하게 이행할 우려가 있다. 반면 물가변동이나 환율변동으로 위와 같은 품목 등의 가격이 급격하게 하락하면, 세금을 재원으로 하는 공공계약의 특성상 국가나 공공기관의 예산이 불필요하게 과다 집행될 수 있다.

물가변동이나 환율변동으로 인해 계약을 통해서 달성하고자 하는 목적이 좌절되거나 더 큰 사회적 비용이 들지 않도록 하고 적정 예산이 집행되도록 하려는 공익적 목적을 달성하기 위하여 계약담당공무원에게 계약 체결 후 일정 기간이 지난 시점에서 계약금액을 구성하는 각종 품목 등의 가격 변동을 반영하여 계약금액을 조정하는 의무를 부과하는 규정이 도입된 것이다.

공공계약을 체결할 당시에 약정으로 물가변동이나 환율변동으로 인한 위험을 미리 배분하는 것이 효율적인 경우도 있을 수 있다. 그러나 국가계약법 제19조는 그러한 약정을 허용하는 것보다 조정을 강제하는 것이 바람직하다는 입법적 선택을 한 것이다. 이러한 입법이 헌법에 반한다거나 감당할 수 없이 부당한 극히 예외적인 상황이 아니라면 국가가 그 상대방은 이에 따라야 한다.

이 규정에 따른 계약금액 조정은 ‘물가의 변동이나 환율변동으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때’라는 법률요건을 충족한 경우에 한하여 적용되고, 그 요건에 관해서는 법률의 위임에 따라 시행령과 시행규칙에서 구체적으로 명확하게 규정하고 있다.

따라서 위 요건의 해석·적용과 시행령과 시행규칙에 있는 세부적인 규율을 통하여 계약금액 조정을 둘러싼 부당한 결과를 회피할 수 있는 장치가 마련되어 있다.

이러한 규정은 공공계약에 대하여 사적 자치와 계약 자유의 원칙을 제한하는 것으로서 강행규정 또는 효력규정에 해당한다.

따라서 공공계약의 당사자인 국가와 그 상대방은 공공계약 체결 이후

물가변동이나 환율변동에 따른 손실의 위험을 공정하고 형평에 맞게 배분하기 위하여 계약금액을 조정하여야 하고, 이를 배제하는 약정은 효력이 없다.

이러한 결론은 법 규정의 문언에서 명백하게 드러나 있을 뿐만 아니라, 공공계약과 국가계약법의 성격, 입법 경위에서 알 수 있는 입법자의 의사, 법 규정의 체계와 목적 등에 비추어 보아도 타당하다.

[연구]

I. 대상판결의 쟁점

대상판결은 이른바 공공계약에서 인정되어 온 물가변동으로 인한 계약금액조정청구의 법적 근거가 되는 국가계약법 제19조의 법적 성질과 동조를 위반한 특약의 효력에 대해 판시한 것이다. 다수의견과 반대의견 그리고 보충의견은 국가계약법 제19조의 법적 성질과 동조를 위반한 특약의 효력을 판단하기 위해 매우 상세한 논증을 하고 있다. 특히 반대의견은 법률을 위반한 법률행위의 효력에 대해 원칙적 유효의 입장을 취하고 있던 종래의 통설과 판례와 달리 원칙적 무효의 입장을 취하면서 그 입장을 상세히 논증하고 있다.

이하에서는 대상판결에서 나타난 다수의견과 반대의견의 각 당부를 살펴보고자 한다. 이를 위한 논의의 전제로 먼저 대상판결에서 문제되고 있는 국가계약법상 물가변동으로 인한 계약금액 조정제도 일반을 소개하고, 대상판결에서 나타난 다수의견, 보충의견 및 반대의견의 각 논거들을 소개한다. 그리고 법률위반의 법률행위의 효력에 관한 강행규정(효력규정)과 단속규정의 구분기준에 관한 논의를 살펴보고, 그 기준에

따라 대상판결의 쟁점인 국가계약법 제19조가 강행규정(효력규정)인지, 아니면 단속규정인지 여부를 검토한 다음, 마무리를 하고자 한다.

Ⅱ. 국가계약법상 물가변동으로 인한 계약금액의 조정제도

1. 의의 및 관련 규정

국가계약법은 1997년 1월 1일부터 발효된 WTO 정부조달협정을 대비함과 동시에 별도의 독립된 법체계를 갖는 것이 국가계약의 국제화, 개방화 흐름에 합치하고, 당시 사회간접자본시설 확충이 필요하므로 이에 따른 국가계약에 대한 예산과 업무량도 급속하게 증가할 것이라는 사정³⁾ 등을 종합하여 1995년 1월 5일 구 예산회계법 제6장 계약편을 분리하여 독립된 단행법률로 국가계약법을 제정하고, 같은 해 7월 6일 동법 시행령 및 시행규칙을 제정하게 되었다.

국가계약법 제19조는 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사계약·제조계약·용역계약 또는 그 밖에 국고의 부담이 되는 계약을 체결한 다음 물가변동, 설계변경, 그 밖에 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 계약금액을 조정한다.”라고 규정하여 물가변동에 따른 계약금액 조정을 규정하고 있다. 물가변동으로 인한 계약금액 조정은 계약체결 후 일정기간이 경과한 상황에서 계약금액을 구성하는 품목 또는 비목의 가격이 일정범위 이상 변동되는 경우 그에 따른 계약금액을 증감시켜 줌으로써 계약당시 예측할 수 없었던 부담을 계약당사자가 나누어 갖게 한 것이다.⁴⁾ 관련 규정으로 국가계약법 시행령 제64조, 동법 시행규칙

3) 장훈기, 정부계약제도 해설, 법신사, 1998, 95쪽.

제74조, 정부 입찰·계약 집행기준 제67조 내지 제70조의5 등이 있고, 공사계약일반조건 제22조에서도 이러한 국가계약법령의 관련 규정을 수용하고 있다. 이 사건과 같이 피고와 같은 공기업 등이 체결한 계약에 관하여도 공공기관의 운영에 관한 법률의 위임을 받은 ‘공기업·준정부 기관 계약사무규칙’에 의하여 국가계약법이 준용된다.

2. 물가변동으로 인한 계약금액의 조정요건 및 조정방법

2.1 계약금액의 조정요건

2.1.1 실체적 요건

(1) 계약체결일로부터 90일 이상 경과할 것

국고의 부담이 되는 계약을 체결(장기계속공사 및 장기물품제조 등의 경우에는 제1차 계약의 체결을 말한다)한 날로부터 90일 이상 경과하여야 하고, 최초 조정 이후에는 직전 조정기준일로부터 90일 이상 경과하여야 한다(국가계약법 시행령 제64조 제1항). 위 기간을 계산함에 있어서 계약체결일은 산입하지 않고, 계약체결일 다음날부터 기산한다(민법 제158조). 이에 대한 특례로 국가계약법 시행령은 천재·지변 또는 원자재의 가격급등 등으로 인하여 당해 조정제한기간 내에 계약금액을 조정하지 아니하고는 계약이행이 곤란하다고 인정되는 경우에는 계약체결일 또는 직전 조정기준일로부터 90일 이내에 계약금액을 조정할 수 있도록 하고 있다(국가계약법 시행령 제64조 제5항).⁵⁾ 또한 국가계약법 시행령은 공사계약에서 특정규격의 자재(해당 공사비를 구성하는 재료비·

4) 정원, 공공조달계약법 I, 법률문화원, 2016, 482쪽.

5) 원자재 가격급등 등으로 계약이행이 곤란한 경우 계약금액 조정에 관해서는 정부 입찰·계약 집행기준 제70조의4에서 구체적인 계약금액 조정 요건 등을 규정하고 있다.

노무비·경비 합계액의 100분의 1을 초과하는 자재만 해당한다)별 가격 변동으로 인하여 입찰일을 기준으로 하여 산정한 해당 자재의 가격증감률이 100분의 15 이상인 때에는 계약담당공무원이 그 자재에 한하여 계약금액을 조정하도록 하고 있는데(소위 단품물가조정 또는 단품슬라이딩 제도⁶⁾), 이 역시 특정자재의 가격증감률이 15% 이상인 때에는 계약체결일로부터 90일 이상 경과할 필요가 없이 계약금액 조정을 인정한다는 점에서 특례에 해당한다.⁷⁾

(2) 기획재정부령에 따라 산출되는 품목조정률 또는 지수조정률이 100분의 3 이상 증감될 것

물가변동으로 인한 계약금액을 조정하기 위해서는 ‘입찰일’(수의계약의 경우에는 계약체결일을, 2차 이후의 계약금액 조정에 있어서는 직전 조정기준일을 말한다)을 기준으로 하여 기획재정부령이 정하는 바에 의하여 산출된 품목조정률이 100분의 3 이상 증감하거나 지수조정률이 100분의 3 이상 증감하여야 한다(국가계약법 시행령 제64조 제1항). ‘계약체결일’이 아닌 ‘입찰일’을 조정률 산정기준일로 한 것은 입찰 이후 계약체결일까지 장기간이 소요되는 설계시공일괄입찰 등을 고려한 것이다.⁸⁾ 이와 관련하여 계약담당공무원은 계약금액을 조정함에 있어서 동일한 계약에 대하여는 품목조정률이나 지수조정률 중 하나의 방법에 의하여야 하며, 계약을 체결할 때에 계약서에 계약상대자가 지수조정률의 방법을 원하는 경우 외에는 품목조정률의 방법으로 계약금액을 조정한다는 뜻을 명시하여야 한다(국가계약법 시행령 제64조 제2항, 공사계약일반조건 제22조 제2항).⁹⁾

6) 김성근, 정부계약법 해설Ⅱ, 건설경제, 2013, 156쪽.

7) 특정규격 자재의 가격변동으로 인한 계약금액 조정에 관해서는 정부 입찰·계약 집행 기준 제70조의3에서 구체적인 계약금액 조정방법과 총액중액조정과의 관계 등을 규정하고 있다.

8) 김성근, 앞의 책(주6), 157쪽.

9) 국가계약법 시행령 제64조 제6항에 따라 특정규격의 자재별 가격변동으로 계약금액

2.1.2 절차적 요건

계약상대자가 물가변동으로 인하여 계약금액을 증액받기 위해서는 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령 전까지 조정신청을 하여야 조정금액을 지급받을 수 있으며, 계약금액 조정내역서를 첨부하여야 한다(공사계약일반조건 제22조 제3항 및 제4항). 반면, 계약금액이 감액될 경우에는 계약담당공무원이 계약상대자에게 통보하여 감액조정을 하여야 한다.¹⁰⁾ 대법원도 “물가변동으로 인한 계약금액 조정에 있어, 계약체결일부터 일정한 기간이 경과함과 동시에 품목조정률이 일정한 비율 이상 증감함으로써 조정사유가 발생하였다 하더라도 계약금액조정은 자동적으로 이루어지는 것이 아니라, 계약당사자의 상대방에 대한 적법한 계약금액 조정신청에 의하여 비로소 이루어진다.”라고 판시하고 있다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다28825 판결). 계약담당공무원은 계약상대자의 계약금액 조정청구 내용이 일부 미비하거나 분명하지 아니한 경우에는 지체없이 필요한 보완요구를 하여야 하며, 계약상대자의 계약금액조정 청구내용이 계약금액 조정요건을 충족하지 않았거나 관련 증빙서류가 첨부되지 아니한 경우에는 그 사유를 명시하여 계약상대자에게 해당 청구를 반송하여야 하며, 이 경우에 계약상대자는 그 반송사유를 충족하여 계약금액 조정을 다시 청구하여야 한다(공사계약일반조건 제22조 제5항 및 제6항).

2.2 계약금액의 조정방법

위의 실체적 요건이 충족되는 날이 ‘조정기준일’이 되며, 계약금액을 조정함에 있어서 그 조정금액은 계약금액 중 ‘조정기준일’ 이후에 이행되는 부분의 대가(이를 ‘물가변동적용대가’라고 한다)에 품목조정률 또

을 조정(단품물가조정)할 경우에는 본문에도 불구하고 ‘품목조정률’에 의한다.

10) 정부 입찰·계약 집행기준 제70조의5 제1항.

는 지수조정률을 곱하여 산출하되, 계약상 조정기준일 이전에 이행이 완료되어야 할 부분(시공 또는 제조 개시 전에 제출된 공정예정표상 조정기준일 이전에 이행이 완료되어야 할 부분을 말한다. 정부 입찰·계약 집행기준 제70조 제2항)은 이를 물가변동적용대가에서 제외한다. 다만, 정부에 책임 있는 사유 또는 천재지변 등 불가항력의 사유로 이행이 지연된 경우에는 물가변동적용대가에 이를 포함한다(국가계약법 시행규칙 제74조 제5항). 물가변동에 따른 계약금액 조정시 일부품목을 제외하는 것이 가능한지 여부에 관하여 기획재정부 유권해석은 “물가변동으로 인한 계약금액 조정시 품목 또는 지수조정률은 조정기준일 이후에 이행될 부분의 산출내역을 구성하는 모든 품목 또는 비목을 대상으로 산출하여야 하므로, 일부 품목 또는 비목을 물가변동으로 인한 계약금액 조정시 제외한다는 특약을 할 수 없”다고 한다.¹¹⁾

발주기관은 계약금액을 증액하는 경우에는 계약상대자의 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 계약금액을 조정하여야 한다. 이 때 예산배정의 지연 등 불가피한 경우에는 계약상대자와 협의하여 그 조정기간을 연장할 수 있으며, 계약금액을 증액할 수 있는 예산이 없는 때에는 공사량 등을 조정하여 그 대가를 지급할 수 있다(국가계약법 시행규칙 제74조 제9항).

2.3 환율변동과 물가변동에 의한 계약금액의 조정

2.3.1 환율변동과 물가변동

물가의 변동은 없지만 환율의 변동이 심하게 발생한 경우에도 물가변동에 의한 계약금액 조정을 할 수 있는지 여부와 관련하여 종래의 실무는 환율변동은 물가변동과 마찬가지로 계약당사자가 어떻게 할 수 없는 외부적 요인에 의해 계약금액에 영향을 미친다는 공통점을 가지고 있다는 점에서 환율변동을 원인으로 한 물가변동에 의한 계약금액 조정을 관행

11) 회계 41301-3587, 1997.12.26.

적으로 허용해왔다. 그러나 2008년 9월 2일 법제처의 유권해석에서 “물가변동에 의한 계약금액 조정은 그 요건에 있어 환율변동은 예정하고 있지 않으며, 공기가 장시일 소요되는 해외공사계약에서 계약금액을 원화로 하여 계약을 체결한 경우 환율변동은 계약체결 당시 계약당사자가 예측할 수 있는 것”이라고 하면서 “환율변동을 이유로 국가계약법 제19조에 따른 계약금액조정을 할 수 없습니다.”라고 함으로써 환율변동에 따른 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 불허하였다. 이에 기획재정부는 2008년 12월 31일 국가계약법 시행령 개정(대통령령 제21202호)으로 국가계약법 시행령 제64조 제7항의 신설을 통해 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 환율변동을 원인으로 하여 물가변동 계약금액 조정요건이 성립된 경우에는 계약금액을 조정한다.”는 것을 명문화하였다.¹²⁾

2.3.2 환율변동을 원인으로 하여 물가변동 계약금액 조정

환율변동으로 인한 계약금액의 조정은 해당 물품을 직접 수입하는 경우 등 계약금액 결정에 있어 환율의 변동이 영향을 미치는 경우에 한하여 적용된다. 단순히 수입물품이 존재하고, 환율이 변동되었다는 사실만으로는 환율변동에 의한 계약금액 조정사유가 되지 않는다.¹³⁾

기획재정부¹⁴⁾도 “국내에서 수입·판매하고 있는 외국산 상용장비류에 대하여 거래실레가격이 존재하여 이를 기초로 예정가격을 작성하였고, 계약상대자도 국내 수입·판매업체로부터 이를 구입하여 계약을 이행하고 있는 경우라면 국가계약법 시행령 제64조 제7항의 환율변동에 의한 계약금액 조정을 하는 것이 아니라 동조 제1항의 요건이 충족되는지 여부에 따라 물가변동에 의한 계약금액 조정을 적용하여야 함”이라고 하고 있다.

12) 정원, 앞의 책(주4), 506쪽.

13) 강성용 외 5인, 국가계약의 주요쟁점, 세창출판사, 2011, 147-148쪽.

14) 기획재정부 유권해석(회계제도과-1031, 2010.7.2.).

수입물품에 대한 환율적용시점과 관련하여 기획재정부¹⁵⁾는 일관되게 변동 후 가격을 ‘통관시점’의 환율을 적용하여야 한다는 의견이나, 법원은 이에 대해 “재정경제부의 질의회신은 행정청 내부의 지침을 정한 것으로 대외적으로 법원이나 일반국민을 기속하는 효력은 없다고 보아야 할 것이므로 어떠한 법률적 기준이 될 수 없고, (중략) 원고가 수입계약에 따라 해외공급자에게 실제로 대금을 지급할 때의 환율에 의하여 산출한 가액을 기초로 원자재의 물가변동가격을 산정하는 것이 물가변동으로 인한 계약금액 조정 규정의 취지에 비추어 타당하다”고 판시하고 있다.¹⁶⁾

Ⅲ. 대상판결에서 나타난 다수의견(보충의견 포함)과 반대의견의 논거들

1. 다수의견과 보충의견의 논거들

1.1 다수의견

다수의견과 보충의견은 물가의 변동으로 인한 계약금액 조정에 관한 국가계약법 제19조는 국가 등이 사인과의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 계약담당자 등이 지켜야 할 사항을 규정한 국가의 내부규정¹⁷⁾ 또는 단속규정¹⁸⁾으로 이해한다. 따라서 계약담당자

15) 기획재정부 유권해석(회계 41301-2342, 1997.8.20.).

16) 서울고등법원 2007. 3. 28. 선고 2006나76776 판결(상고기각 확정).

17) 다수의견의 표현이다. 종래 대법원의 기본입장은 국가계약법령은 계약담당공무원의 행위준칙이 되는 내부규범에 불과할 뿐이라고 보아 그 위반행위는 무효가 되는 것이 아니지만, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가

등은 국가계약법 제19조의 취지에 배치되지 않는 한 계약상대자와 물가변동에 따른 계약금액조정 조항의 적용을 배제하는 합의를 할 수 있고, 그 특약의 효력은 사적 자치와 계약자유 원칙상 유효하다. 다만 공공계약에서 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약은 국가계약법 시행령 제4조 위반으로 효력이 없다고 한다.

1.2 다수의견과 보충의견의 논거들

다수의견과 보충의견의 주된 근거는 다음과 같다.

첫째, 국가를 당사자로 하는 계약이나 공공기관의 운영에 관한 법률의 적용대상인 공기업이 일방 당사자가 되는 공공계약은 사법(私法)상의 계약으로서 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다(공공계약의 성격).

둘째, 국가계약법상 물가의 변동으로 인한 계약금액 조정 규정의 주된 목적은 계약상대자가 계약 당시에 예측하지 못한 물가의 변동으로 계약이행을 포기하거나 그 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되지 않도록 함에 있으며, 더불어

보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를당사자로하는계약에관한법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결)는 것이었다. 대법원이 취하고 있는 내부규정설은 행정법규를 내부규범과 외부규범으로 구분하는 것을 전제로 외부규범을 위반한 법률행위의 효력은 종래의 단속규정과 효력규정을 위반한 법률행위의 효력론으로 국한하고, 내부규범을 위반한 법률행위의 효력에 대해서는 그 무효사유를 외부규범을 위반한 법률행위의 효력에 관한 종래의 단속규정과 효력규정 위반한 법률행위의 효력론보다 더 엄격하게 무효사유를 제한하여 독자적 법리를 구축하고 있는 것으로 보인다. 조병학, “국가계약제도개관: 낙찰자결정에 관하여”, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원, 2006, 339-340쪽.

18) 반대의견의 표현이다.

예산 낭비의 방지와 계약상대자에 대한 부당한 이익이나 불이익 수여 방지도 목적으로 하고 있다(입법목적).¹⁹⁾ 따라서 국가계약법 제19조를 계약상대자를 보호하기 위한 규정으로 해석할 수는 없고, 위 조항을 계약상대자에 대하여도 직접적인 효력을 갖는 강행규정으로 해석하여야 할 근거가 있다고 보기 어렵다고 한다.²⁰⁾

셋째, 국가계약법 제19조를 강행규정으로 해석할 경우, 자유에 대한 국가의 개입이, 공공복리 또는 정의나 형평의 관념에 비추어 정당화될 수 없는 예외적인 사정이 존재하지 아니하는 상황임에도, 계약의 본질적 부분인 급부와 반대급부의 등가관계에 대한 구체적이고도 직접적인 통제라는 방법을 통하여 일반적으로 이루어지게 되고, 이는 헌법 제10조와 제119조 제1항에 기한 사적 자치의 원칙과 시장경제질서를 근본적으로 허무는 위헌적 해석의 소지가 있다(합헌적 법률해석의 원칙).²¹⁾

넷째, 대법원은 종래 의무규정 또는 금지규정에 위반되는 법률행위의 사법상(私法上) 효력을 일률적으로 부정하지는 않는 태도를 유지하여 왔다(법률을 위반한 법률행위의 효력). 특히 국가계약법 제19조가 ‘조정

19) 대법관 김창석의 보충의견은 “국가계약법상 물가변동으로 인한 계약금액 조정 규정의 주된 목적은 계약상대자의 보호에 있다기보다는 오히려 예측하지 못한 물가상승에도 불구하고 당초 약정된 계약금액에 따른 계약상대자의 계약상 의무이행을 고수함으로써 발생할 수 있는 부실한 의무이행을 막아 공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되는 것을 방지하고, 다른 한편 물가하락의 경우에는 계약금액을 감액함으로써 예산을 절약하기 위한 국가 등의 필요에 있다고 보아야 한다.”고 하면서, 그 근거로 ① 물가의 변동으로 인하여 “계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는” 그 계약금액을 조정한다는 국가계약법 제19조의 문언, ② 국가계약법 제19조의 수범자로 ‘중앙관서의 장 또는 계약담당공무원’만을 규정하고 있다는 점, ③ “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 계약업무를 원활하게 수행할 수 있도록” 한다(제1조)는 국가계약법의 입법 목적, ④ 국가계약법은 제19조와 다른 내용으로 체결된 계약의 효력에 관하여 아무런 규정을 두지 아니한 점을 들고 있다.

20) 대법관 김창석의 보충의견은 “비록 계약상대자의 보호가 입법의 동기가 되었을 수 있다고 하더라도 위와 같은 국가계약법 제19조의 규정내용은 물론 국가계약법 전체의 규정내용과 체계에 비추어 그러한 입법동기만으로 위와 달리 해석할 수는 없다.”고 한다.

21) 대법관 김창석의 보충의견.

할 수 있다’는 문구 대신 ‘조정한다’는 문구를 사용하고 있더라도, 예를 들어 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(1995년 1월 5일 법률 제4860호로 개정되기 전의 것) 제16조는 원사업자가 제조 등의 위탁을 한 후에 발주자로부터 설계변경 또는 경제상황의 변동 등의 이유로 추가금액을 지급받는 경우 동일한 사유로 목적물의 완성에 추가비용이 소요되는 때에는 그가 받은 추가금액의 내용과 비율에 따라 ‘하도급대금을 증액하여야 한다’고 규정하고 있으나, 대법원은 위 문구에도 불구하고 위 조항에 위반된 계약의 사법상 효력을 인정한 선례가 있다(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다20434 판결 참조).

다섯째, 국가계약법 시행령 제4조는 “계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 국가계약법령 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는 바, 국가계약법 제19조를 배제하는 특약의 효력을 인정하더라도 위 국가계약법 시행령 제4조가 효력규정 또는 강행규정임을 전제로 동 규정에 의해 공공계약에서 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약에 한하여 그 효력을 부인하는 것으로 충분히 계약상대자의 이익을 보호할 수 있다(대체적 구제방법의 존재).

여섯째, 환율변동을 원인으로 한 계약금액 조정 규정의 적용을 배제하는 약정의 효력을 인정하더라도, 계약담당공무원이 우월한 지위를 남용하거나 계약금액 조정의 책무를 포기할 가능성이 높지 않다(환율문제의 특수성). 왜냐하면, 환율변동의 경우 전문가들조차 그 방향성을 예측하기가 대단히 어려우므로, 환율변동에 따른 계약금액의 조정을 하지 않기로 하는 약정이 누구에게 유리한지는 계약 당시 당사자 쌍방 모두 알기 어렵고, 위 배제 약정이 환율변동에 따른 위험을 계약상대자에게 부담시키는 결과가 된다고 하더라도, 그에 따른 위험을 회피할 수 있는 수단이 존재하므로, 계약상대자로서는 그 회피 수단의 사용 여부 및 그 비용 등을 고려하여 계약을 체결할 수 있기 때문이다.

2. 반대의견과 그 논거들

2.1 반대의견

반대의견은 국가계약법 제19조는 공공계약에서 물가변동이나 환율 변동으로 인한 위험을 당사자 사이의 약정(사적 자치)에 맡겨 배분하기 보다는 국가계약법 제19조에 의해 그 위험의 배분을 강제하는 것이 바람직하다는 입법적 선택에 의해 제정된 효력규정 또는 강행규정이므로, 국가계약법 제19조에서 정한 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약은 무효라고 한다.

2.2 반대의견의 논거들

반대의견은 다음과 같은 논거를 들고 있다.

첫째, 법률에서 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 규정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다. 그런데 법률을 위반한 법률행위의 효력을 판단하는 과정에서 위에서 본 여러 사정을 고려해서도 판단하기 어려운 사안에서는 원칙적으로 그 효력을 부정함으로써 법질서의 통일성과 일관성을 확보하여야 한다(법질서의 자기모순금지의 원칙).

둘째, 국가계약법령은 물가변동이나 환율변동에 따라 계약금액을 ‘조정한다’고 규정하고 있는데, ‘조정한다’의 의미는 일반적으로 ‘조정하여야 한다’와 같은 뜻으로 이해되고, ‘조정할 수 있다’는 의미로 해석되지

않는다. ‘한다’를 ‘할 수 있다’고 해석하는 것은 문언에서 나올 수 있는 의미, 즉 ‘문언의 가능한 의미’를 벗어난다(법률문언의 해석).

셋째, 국가계약법령은 공공계약체결 단계부터 계약 내용의 성립과 실현에 이르기까지 공공성을 유지하고 궁극적으로 공익을 실현함을 주된 목적으로 하므로 계약법을 보충하여 계약담당공무원의 재량을 적정하게 제한하고 통제하기 위해 공공계약에 직접 적용될 것을 전제로 마련된 것이다(국가계약법령의 특징).²²⁾ 특히 국가계약법령 규정은 주로 공공계약의 방법과 절차, 공공계약에 포함되어야 할 내용 등에 관하여 규율하고 있는데, ‘물가변동 등에 따른 계약금액 조정 규정’은 이미 체결된 공공계약 내용을 일부 조정하도록 ‘중앙관서의 장 또는 계약담당공무원’에게 의무를 부여하면서, 변경될 계약의 내용을 직접 규율하고 있다는 점에서 국가계약법령의 다른 규정들과 구별된다. 이는 공공계약에서 국가와 그 계약상대방의 거래상 지위의 차이와 그 남용 가능성을 고려하여 계약상대방의 이익을 보호하고 공무원의 재량을 통제하여 계약의 이행과 실현 과정에서 공공성을 유지·확보하기 위한 규정이다.

넷째, 국가계약법 제19조를 단속규정으로 해석하는 것은 헌법상의 민주주의와 법치주의에 반하는 해석이다(합헌적 법률해석). 국가계약법의 1차적인 수범자는 국가 등의 계약담당공무원이지만, 중앙관서의 장이나 계약담당공무원에게 당연히 계약의 자유가 인정되는 것이 아니라,

22) 국가계약법령이 적용되는 공공계약 자체는 사법의 영역에 속하고 그 성립, 이행과 소멸에 관해서는 원칙적으로 사법 규정이 적용되지만, 공공계약과 관련한 재원은 국민으로부터 강제적으로 징수하는 세금으로 충당되는 점, 계약담당공무원은 ‘최선의 계약 체결’이라는 동기를 갖는 것은 아니므로 부패와 비리, 자의와 전횡에 빠지는 것을 막기 위해 엄격한 법적 규율이 필요한 점, 공공계약에서는 경비의 절감 외에 계약이행 결과의 건전성, 품질과 안전의 확보 등 공공 일반의 이익까지 중요한 고려요소가 되는 점, 공공계약의 상대방을 누구로 정할지는 경제와 사회에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 공공계약은 국가의 중요한 정책 수단이 되는 점 등 공공계약에는 사법상의 계약과 구별되는 특성이 있기 때문에 물가변동 등에 따른 계약금액 조정 규정은 국가 등이 체결하는 계약에 당연히 적용되고 이를 배제하는 약정은 무효라고 보는 것이 공공계약의 특성에 부합한다고 한다.

민주주의원리와 법치주의원리에 따라 국회가 제정한 법률에 기속되고, 법률상 의무가 있는데도 단순히 그에 어긋나는 조치를 한 데 그치는 것이 아니라, 사전에 그 의무 자체를 완전히 배제하는 특약을 하는 것은 민주주의원리와 법치국가원리에도 반할 뿐만 아니라 개인이나 기업이 행정법규를 위반한 계약을 체결하는 경우보다 더욱 쉽게 그 계약의 효력을 부정하여야 한다. 계약담당공무원이 공공계약의 공정성·형평성을 달성하기 위하여 공공계약의 내용을 규제하려는 입법부, 나아가 민주주의원리와 법치국가원리에 어긋나는 조치를 취하는 것은 그 위법성이 더욱 중대하기 때문이다.

다섯째, 물가변동 등에 따른 계약금액 조정 규정을 도입한 예산회계법의 입법자료에 기재된 제안이유에 따르면, 위 규정은 중소기업자와 계약 상대방을 보호하기 위하여 도입된 것이며, 처음에는 ‘계약금액을 조정하여 지급할 수 있다’고 하여 재량적 규정 형태로 되어 있었던 규정을 ‘당초의 계약금액에서 조정한다’고 하여 재량의 여지가 없는 강행적 의무 부과 형태로 문언이 변경된 경위를 살펴보면, 국가의 계약담당공무원에게 일정한 요건에 해당하면 재량의 여지를 두지 않고 물가변동 등에 따른 계약금액의 조정 의무를 부과하는 강행규정으로 이해된다(입법연혁과 입법목적).

여섯째, 국가기관은 물가변동에 따른 계약금액의 조정 규정이 강행규정이라고 유권해석을 하였다(종래의 실무관행).²³⁾

23) 기획재정부는 국가기관이 체결하는 공사계약에서 물가변동으로 인한 계약금액 조정은 발주기관과 계약상대방의 의무사항으로 규정되어 있어 계약당사자 사이에 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약을 정하는 것은 법령의 규정에 위배된다고 유권해석을 하였다(회제 41301-622, 2007.6.19.). 또한 물가변동 적용 대가의 산정은 계약금액 중 조정기준일 이후에 이행되어야 하는 품목 또는 비목 전체를 대상으로 하므로, 일부 품목을 물가변동 산정에서 제외하는 특약은 무효라는 유권해석을 하였다(회제 41301-131, 2007.6.19.). 그 후 조달청도 같은 내용으로 유권해석을 하였다. 공공계약을 체결하는 다수의 계약상대방은 이러한 유권해석을 바탕으로 법률관계를 형성해 왔다.

IV. 강행규정(효력규정)과 단속규정의 구분

1. 의의

각종 법령을 위반한 법률행위의 효력에 판단함에 있어서는 당해 법령이 강행규정, 효력규정 또는 단속규정인지 여부가 문제된다. 강행규정은 민법 제105조, 제106조에 규정된 임의규정²⁴⁾에 대응하는 용어로 사용되는데, 강행규정은 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계있는 규정으로서, 당사자의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 규정이므로 이에 위반된 법률행위는 무효가 된다고 한다.²⁵⁾ 다른 한편, 강행규정은 단속규정과 대응되는 용어로 사용되기도 하는데, 이 둘의 관계에 관하여 다수설은 단속규정도 강행규정의 일종으로 보아 강행규정을 효력규정과 단속규정으로 구분하고,²⁶⁾ 소수설에는 강행규정과 단속규정을 별개로 파악하는데, 사법규정을 강행규정과 임의규정으로, 공법규정(행정규정)인 단속규정을 다시 이에 위반하는 법률행위를 무효로 하는 효력규정과 법률행위를 무효로 하지 아니하고 단지 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌 등 불이익을 가하는 ‘단순한 단속규정’으로 구분하는 견해²⁷⁾와 사법규정을 강행규정과 임의규정으로 구분하고, 강행규정을 다시 법률행위의 성립에 관한 효력규정과 계약의 내용에 관한 내용강제규정으로 구분하며, 행정법규정을 단속규정으로 파악하는 견해²⁸⁾도 있다.

24) 임의규정은 법률 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계 없는 규정을 말하는데, 임의규정과 다른 법률행위를 하더라도 유효하다.

25) 민법 제289조와 제652조는 표제에서 강행규정이라는 용어를 사용하고 있다.

26) 집필대표 김용담, 주석민법 민법총칙 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 506쪽.

27) 고상용, 민법총칙 제3판, 법문사, 2003, 323쪽; 김기선, 한국민법총칙 제3전정판, 법문사, 1991, 228쪽; 김상용, 민법총칙 전정판증보, 법문사, 2003, 387쪽; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 337쪽; 이영준, 한국민법론(총칙편), 박영사, 2003, 177쪽.

28) 이은영, 민법총칙 제5판, 박영사, 2009, 384쪽 이하; 이은영, “규제법령에 위반된 법률행위의 무효,” 민사재판의 제문제(상): 송천 이시윤 박사 화갑기념, 박영사, 1995, 19쪽

법규정의 체계에 비추어 소수설 중 전자가 타당하다고 생각하지만, 위 학설에 따른 실익이 크지 않으므로 다수설에 따라 여기에서는 효력규정이라 함은 법령의 규정을 위반한 법률행위의 사법상의 효과를 부인하여 다시 범위반 이전의 상태로 되돌림이 마땅한 규정을 가리키고, 단속규정은 국가가 일정한 행위를 단속할 목적으로 그것을 금지하거나 제한하는데 지나지 아니하여 이를 위반하더라도 제재를 받음은 별론으로 하고 그 법률행위의 사법상의 효과에는 영향이 없는 규정으로 파악한다.²⁹⁾

2. 효력규정과 단속규정의 구별기준

2.1 학설과 판례

2.1.1 일반론

종래의 통설은 행정적인 규제를 내용으로 하는 법령에 위반된 행위에 대해 원칙적으로 사법적 효력을 부정하지 않고(유효), 예외적으로

이하에서는 “효력규정은 강행규정 중에서 법률행위의 성립을 부인하는 무효에 관한 규정이다. 이에 반하여 내용강제규정은 계약은 유효하게 성립하지만 그 내용의 형성에 개입하는 규정을 말하는데, 단순히 합의내용 중 일부분을 무효로 하는 일부무효에 그치지 않고 법률에서 약정에 대신할 계약내용을 지정, 강제한다는 점에 특색이 있다.”고 한다.

- 29) 박준용, “법정한도초과 부동산중개수수료 약정의 효력”, 판례연구 제20집, 부산판례연구회, 2009.2, 580-581쪽에 의하면, “우리 대법원 판결에서는 ‘이른바 강행규정(법규)’, ‘임의규정’, ‘효력규정’, ‘강행법규인 효력규정’, ‘단속규정(법규)’, ‘단순한 단속규정’ 등의 용어가 혼용되고 있는데, 거의 대부분이 법령의 규정과 배치되는 내용의 법률행위의 사법상의 효과(구체적으로는, 그 중에서도 법령상의 금지·제한 규정을 위반하여 적극적으로 어떤 행위를 하거나 결과를 야기한 경우, 그로 인하여 이미 이행 또는 초래된 결과를 그대로 용인할 것인가 여부)가 다투어진 경우이고, 이를 부인(무효화)하여, 다시 범위반 이전의 상태로 되돌림이 마땅한 규정을 이른바 강행규정 또는 효력규정이라고 하고, 그렇지 않은 규정을 단속규정 또는 단순한 단속규정이라고 하고 있는 것으로 파악되며, 특히, 각종규제법령위반과 관련한 최근의 판례들에서는 이러한 의미로만 한정하여 강행규정(효력규정)이라는 용어를 단속규정과 대비하여 사용하는 경향인 것으로 보인다.”라고 한다.

부정된다(무효)는 입장을 취하는데,³⁰⁾ 그 근거로는 공법과 사법의 준별, 사법의 독자성과 계약관계의 보호 등을 들고 있다.³¹⁾ 그러나 최근에는 법령의 성질이 거래와 직접 관련이 없는 가치를 실현하기 위한 경찰법령으로 부터 거래와 밀접한 관련을 갖는 경제법령으로 변화하고 있는데, 경제법령의 위반에 있어서는 거래의 효력을 부정하여 규제의 실효성을 확보할 필요성이 높다거나³²⁾ 사법(私法)의 해석에서도 공법(公法) 규정을 최대한 존중함으로써 공법과 사법의 유기적인 협력을 통하여 좀 더 바람직한 법환경을 구축하고, 법질서는 모순이 없어야 하는데 법률에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 계약을 유효라고 하는 것은 법질서의 자기모순이고, 법률적으로 금지된 의무를 계약에 의하여 부담하게 하는 것은 부당하다는 이유로 사법상의 거래를 규제하는 법령에 위반한 법률행위는 원칙적으로 무효라고 보아야 한다는 견해³³⁾가 등장하고 있다.

생각건대, 단속규정(행정법규)이 규율로서의 법률행위가 아니라 행위로서의 법률행위를 금지하는 것이 아닌 이상 단속규정(행정법규)을 위반하는 행위는 원칙적으로 유효하다고 보아야 한다. 다만, 이로 인해 법질서가 금지하는 행위에 대해 당사자가 기도한 대로 법률효과를 부여하게 되어 법질서가 자기모순을 드러내게 되는데, 그 모순의 정도가 커서 법질서를 해키는 경우에는 예외적으로 무효로 함이 타당하다. 따라

30) 고상용, 앞의 책(주27), 336쪽; 이은영, 앞의 책(주28), 391쪽.

31) 박준용, 앞의 글(주29), 583쪽; 김동훈, “단속규정과 효력규정, 무효의 효과”, 고시연구 제30권 제2호, 고시연구사, 2003.2, 126쪽은 “대부분의 금지규정은 일정한 행정목적 달성을 위한 수단으로 만들어진 것이어서 사법(私法)상의 판단에 있어서는 이러한 것에 얽매이지 않고 독자적인 기준에 입각하여 판단하여야 한다. 행정 목적을 달성하기 위하여 사인 간의 법률행위를 금지하는 것은 매우 행정편의적인 발상이며 민사법원은 이에 일정한 제동을 걸 필요도 있다.”고 한다.

32) 이은영, 앞의 글(주28), 19쪽.

33) 박윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2015, 279쪽; 김재형, “법률에 위반한 법률행위”, 민사판례연구 제26권, 민사판례연구회편, 박영사, 2004, 17쪽.

서 단속규정의 위반으로 인해 법률행위의 효력이 부인되기 위한 기준의 파악이 필요하다.

2.1.2 효력규정의 판단 기준

법률에서 그 규정에 위반한 법률행위의 효력을 정하고 있으면 그에 따른다. 하지만 법률에서 이에 위반한 법률행위의 효력을 정하지 않은 경우에는 법률에 위반된 법률행위의 효력을 정하는 것은 해당 법률규정의 해석문제로 돌아간다. 그런데 대체로 법규정의 입법취지와 기능에 따라 강행규정 또는 효력규정에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다고 하면서, 다양한 고려요소를 들고 있다.³⁴⁾ 학설에서는 그 고려요소로 그 법률행위를 유효·무효로 함으로써 생기는 사회경제적 영향, 그 법규의 입법취지가 법규의 규정하는 내용 그 자체의 실현을 금지하고 있는지, 아니면 단순히 그러한 행위를 하는 것을 금지하고 있는지 여부, 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난의 정도, 거래의 안전, 당사자 간의 신의, 공평 등을 들고 있다.³⁵⁾

한편, 대법원은 다양한 사안에서 다양한 이유를 제시하면서 대상규정을 강행규정(효력규정) 또는 단속규정이라고 판단하고 있어 그 일의적 기준을 파악하기 어렵다. 하지만 사안별로 입법취지와 입법목적 및 그

34) 박윤직, 민법총칙 제7판, 박영사, 2002, 211쪽; 고상용, 앞의 책(주27), 326쪽; 김상용, 앞의 책(주27), 390쪽; 김주수, 민법총칙 제3판, 삼영사, 1991, 276쪽; 민형기, “단속법규 위반행위의 사법상 효력”, 대법원판례해설 제12호, 법원도서관, 1990, 337쪽 이하.

35) 日本의 경우, 行政的取締法規에 위반된 행위의 사법상 효력에 대하여 다음과 같은 3가지 기준 즉, ① 법령위반행위를 무효로 하는 것이 금지목적 달성을 위하여 필요한지 여부, ② 위반행위가 공서양속에 반하는지 여부, ③ 위반행위를 무효로 함에 의하여 당사자 상호간에 불공정이 발생하는지 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다는 견해가 제시된 이후로 대략 그와 같은 기준의 틀 안에서 효력 유무가 검토되어 오고 있으며, 일반적으로는 당해 법규의 입법취지, 위법행위에 대한 사회의 윤리적 비난의 정도, 일반거래에 미치는 영향, 당사자간의 신의·공정 등을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다고 한다(吉川榮一, “無免許の宅建業者による不動産賣買の仲介と報酬請求權”, JURIST 1090号, 有斐閣, 1996, 157-159쪽).

침해정도, 이익형량, 사법상의 효력을 부인할 필요성, 거래의 안전, 반사회성, 반도덕성, 공서양속, 범죄행위, 불법성에 대한 주관적 인식, 사회적 요구, 공익적 요청의 강도, 실효성 있는 제재의 유무, 사회·경제적 여건의 변화 등 다양한 기준을 제시하고 있다.³⁶⁾

2.2 소결

학설과 판례에서 제기하는 여러 판단기준들이나 고려요소들은 모두 상대적인 것으로 이러한 요소들을 모두 종합·고려하여 그 위반행위에 대한 제재나 형사처벌만으로 그 실효를 거둘 수 없고, 그 사법상의 효력 까지도 부인하여야만 비로소 그 목적을 이룰 수 있는지 여부에 따라 효력규정인지 단속규정인지를 판단하고 있다고 생각된다. 최근 대법원이 법령을 위반하여 체결된 사법상 법률행위의 효력 유무에 관하여 당해 법령에 관한 명문의 정함이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이고, 그러한 정함이 없는 때에는 중국적으로 그 규정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 법률행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 이를 정할 것이라고 하면서, 그 판단기준에 관하여 당해 금지규정의 배경이 되는 사회경제적·윤리적 상황과 그 추이, 금지규정으로 보호되는 당사자 또는 이익, 그리고 반대로 그 규정에 의하여 활동이 제약되는 당사자 또는 이익이 전형적으로 어떠한 성질을 가지는지 또 그 이익 등이 일반적으로 어떠한 법적 평가를 받는지, 금지되는 행위 또는 그에 기한 재화나 경제적 이익의 변동 등이 어느만큼 반사회적인지, 금지행위에 기하여 또는 그와 관련하여 일어나는 재화 또는 경제적 이익의 변동 등이 당사자 또는 제3자에게 가지는 의미 또는 그들에게 미치는 영향, 당해 금지행위와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도

36) 박준용, 앞의 글(주29), 585-603쪽; 김재형, 앞의 글(주33), 43-52쪽에서 우리 대법원 판결의 흐름을 잘 분석·정리하고 있다.

기타 관계 법상황 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하고 있는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결).

V. 국가계약법 제19조는 단속규정인가?

1. 공공계약의 의의와 법적 성질

1.1 공공계약의 의의

대상판결에서 언급하고 있는 공공계약(public contract)은 영미에서 주로 사용되는 표현인데,³⁷⁾ 중앙정부나 지방자치단체 또는 공공기관이 계약의 일방당사자가 되어 체결하는 계약을 말한다. 그 명칭과 관련해서 다양한 견해가 존재하는데, 국가, 지방자치단체 및 공공기관을 당사자로 하는 계약을 총칭하여 이를 ‘정부계약’이라고 하는 견해,³⁸⁾ 주로 국가가 필요로 하는 행정수요를 충족시키기 위해 일반사인과 체결하는 예산지출의 원인이 되는 계약이 이에 해당하지만, 행정목적을 달성하거나 효율적인 행정수행에 방해되지 않는 범위 내에서 국유재산을 처분하는 등의 세입의 원인이 되는 계약도 포함하여 ‘정부조달계약’이라고 하는 견해,³⁹⁾ 국가, 지방자치단체 및 기타 행정주체의 조달계약을 총칭하는 의미로 ‘행정조달계약’이라고 하는 견해⁴⁰⁾ 등이 주장되고 있다. 한편, 판례에서는 ‘국가계약’⁴¹⁾ 또는 ‘공공계약’⁴²⁾이라는 표현을 사용하고 있다.

37) 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007, 30-32쪽.

38) 김성근, 앞의 책(주6), 9쪽.

39) 정원/류남욱/온주, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제2조 주석, 로앤비

40) 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 4쪽.

41) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결.

1.2 공공계약의 법적 성질

공공계약의 법적 성질과 관련해서, 독일에서는 행정조달은 행정의 재정적 보조수단, 다시 말해 행정의 ‘수요충족’(Bedarfsdeckung)의 수단에 불과하므로 이는 사법적인 성격을 갖는다고 보는 것이 전통적인 견해였기 때문에 사법상 계약으로 보고 있었지만, 프랑스에서는 대부분 공법상 계약으로 보고 있다고 한다. 그러나 최근 영국과 독일 등의 국가에서도 공공계약에서 공법적 특수성을 강조하는 견해가 등장하고 있다고 한다.⁴³⁾

국내에서도 독일의 국고이론의 영향으로 공공계약을 사법상 계약으로 보는 것이 우리나라의 통설,⁴⁴⁾ 판례⁴⁵⁾의 입장이다. 하지만 공공계약이 재정정책의 수단으로 작용하고 있다는 점, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에서 정부조달계약의 투명성을 확보하기 여러가지 특별한 조항을 두고 있다는 점, 재량통제의 필요성이 강하다는 점 등을 고려할 때 공공조달계약을 순수한 사법상 계약으로 보는 것은 문제가 있다는 견해도 등장하고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 견해 중에는 공공계약을 공법상 계약으로 보아 공법상 당사자소송의 대상이 된다고 볼 경우 국가계약법의 관련규정을 원칙적으로 강행규정으로 볼 수 있게 되며, 이를 통해 공공계약의 투명성확보취지를 보다 잘 반영할 수 있게 된다고 하는 입장도 있지만,⁴⁷⁾ 공공계약의 공법적 성격을 긍정한다고 해서 그 사법적 성격을 완전히 부정하는 것은 아니므로 공공계약의 성립과 이행,

42) 대법원은 2017. 1. 25. 선고 2015다205796 판결.

43) 박정훈, 앞의 글(주40), 163-241쪽; 김대인, 앞의 책(주37), 275-306쪽.

44) 가령 김성수, 일반행정법, 법문사, 2008, 132쪽.

45) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등.

46) 박정훈, 앞의 글(주40), 173-200쪽; 김대인, “행정계약에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2006, 290-332쪽 참조.

47) 김대인, “지방계약과 공법소송”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 8쪽.

그리고 소멸에 관해서는 거의 대부분 사법적 규율이 적용되고, 이러한 사법적 규율을 모두 프랑스에서와 같이 공법적인 것으로 파악할 필요는 없으므로 공공계약은 공법과 사법의 접점영역으로서 양자는 상호보완 관계에 있다고 보는 것이 타당하다고 하는 입장⁴⁸⁾도 존재한다.

1.3 소결

생각건대, 우리나라에서 사법상 계약과 공법상 계약의 구별기준에 관한 논의는 계약의 주체가 아니라 계약의 성질과 대상을 기준으로 해야 한다는 것이 일반적인데,⁴⁹⁾ 주로 독일에서의 논의에 기초한 것이라고 할 수 있다. 즉, 독일에서는 연방행정절차법에서 공법상의 계약에 관한 특별한 규정을 두고 있기 때문에 공법상의 계약과 사법상의 계약의 구별할 실익이 매우 크다고 할 수 있는데, 공법상 계약과 사법상 계약의 구별과 관련하여 현재 독일의 통설, 판례의 입장은 계약의 ‘대상’(Gegenstand)을 기준으로 하는 것이다. 이는 계약의 내용에 초점을 맞추어 내용이 공법적인 성격을 가질 경우 공법상 계약으로 본다는 것이다.⁵⁰⁾ 결국 이 기준에 의하더라도 다시 공사법구별의 일반론으로 돌아가게 되지만, 대상판결에서와 같이 국가 등이 예산을 수반하는 매매, 도급 등의 계약을 체결하는 경우에는 사법상 효과를 목적으로 한 이상 사법상 계약으로 볼 수 밖에 없다. 그렇다고 하더라도 공공계약에 적용되는 국가계약법이 공공계약의 특징, 즉 공공계약이 재정정책의 수단으로 작용하고 있다는 점, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에서 정부조달계약의 투명성을 확보하기 여러가지 특별한 조항을 두고 있다는 점, 재량통제의 필요성이 강하다는 점 등과 국가 등이 사인에 비해

48) 박정훈, 앞의 글(주40), 227쪽.

49) 가령 김성수, 앞의 책(주44), 417쪽.

50) 김대인, 앞의 글(주47), 53-54쪽.

사실상 우월한 지위에 있고, 이러한 지위남용에 대한 우려가 상존하는 사정을 감안할 때, 국가 등이 당사자인 공공계약을 사인간의 사법상 계약과 실질적으로 동일하게 파악할 수는 없다고 생각한다. 따라서 공공 계약에 대해서는 국가계약법을 엄격하게 적용할 필요가 있다.⁵¹⁾

2. 국가계약법 제19조의 입법목적과 그 침해정도

(1) 대수판결의 다수의견은 물가변동으로 인한 계약금액 조정에 관한 국가계약법 제19조의 입법목적은 계약상대자가 계약 당시에 예측하지 못한 물가의 변동으로 계약이행을 포기하거나 그 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 “공공계약의 목적 달성에 지장이 초래되는 것을 막기 위”함이며, 이와 더불어 세금을 재원으로 하는 공공계약의 특성 상 계약 체결 후 일정 기간이 지난 시점에서 계약금액을 구성하는 각종 품목 또는 비목의 가격이 급격하게 상승하거나 하락한 경우 계약담당자 등으로 하여금 계약금액을 조정하는 내용을 공공계약에 반영하게 함으로써 “예산 낭비를 방지”하고 “계약상대자에게 부당하게 이익이나 불이익을 주지 않”기 위함이라고 한다. 즉, 국가계약법 제19조는 계약상대자를 특별히 보호하기 위한 규정이 아니라 “계약업무의 원활한 수행”을 위한 규정이라는 것이다.

이러한 다수의견은 국가계약법은 공공계약의 기본적인 사항을 정함으로써 계약업무를 원활하게 수행할 수 있도록 함을 목적으로 한다는 국가계약법 제1조의 목적규정과 국가계약법은 정부조달협정의 타결에 따른 정부조달시장의 개방에 대비하여 정부조달협정의 차질 없는 이행과 계약업무의 원활한 수행을 도모하기 위해 정부조달협정 및 국제규범

51) 반대의견의 입장이기도 하다. 이영선, “국가계약법령상 물가변동에 따른 계약금액 조정 규정의 적용을 배제하는 합의의 효력(대상판결: 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다 74076 전원합의체 판결)”, 사법 제43호, 사법연구재단, 2018.3, 600쪽.

을 반영하여 공정하고 효율적인 정부계약에 관한 제도를 마련하고자 예산회계법(2006년 10월 4일 법률 제8050호 국가재정법의 제정으로 폐지)상 계약에 관하여 규정한 제6장을 대체하여 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률을 별도로 제정(1995년 1월 5일 법률 제4846호)한 것이라는 국가계약법 제정이유⁵²⁾를 국가계약법 제19조의 입법목적에 대한 해석을 함에 있어서 고려한 것으로 보인다.

(2) 그러나 국가계약법 제19조의 입법연혁을 살펴보면, 당초 “조정할 수 있다”는 표현을 사용하여 계약담당공무원이 재량으로 조정 여부를 결정할 수 있도록 규정하다가 이를 의무화하여 “조정한다”라는 표현으로 변경하였다.⁵³⁾ 즉, 계약금액 조정제도는 국가계약법의 전신인 구 예산회계법 시행령(1977년 4월 1일 대통령령 제8524호) 제95조의2가 제정되면서 도입되었다. 1983년 3월 28일 대통령령 제11081호로 개정되기 전에는 계약금액 조정에 대해 구 예산회계법 시행령 제92조의2 제1항(물가변동으로 인한 계약금액 조정), 제95조의3 제1항(설계변경으로 인한 계약금액의 조정) 및 제4항(그 밖에 계약내용 변경으로 인한 계약금액 조정)에서 “...계약금액을 조정하여 지급할 수 있다.”, “...계약금액을 조정할 수 있다.”, “...이를 조정할 수 있다.”고 규정하여 물가변동 등으로 인한 계약금액의 조정은 계약담당공무원의 재량으로 결정할 수 있도록 규정하고 있었다.

그런데, 먼저 1983년 3월 28일 대통령령 제11081호로 개정하면서 구 예산회계법 시행령 제92조의2 제1항을 “...그에 상당하는 금액을 당초의 계약금액에서 조정한다.”라고 변경하여 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 의무화하고, 그 후 1987년 4월 1일 대통령령 제12123호로 개정되면서 구 예산회계법 시행령 제95조의3 제1항(설계변경으로 인한 계약금액 조정)은 “...계약금액을 조정한다.”, 제94조의4 제1항(그 밖에 계약내용

52) 법무법인(유한) 태평양 건설부동산팀, 주석국가계약법, 박영사, 2017, 1쪽.

53) 법무법인(유한) 태평양 건설부동산팀, 위의 책(주52), 304쪽.

변경으로 인한 계약금액 조정)도 “...이를 조정한다.”라고 변경함으로써 모두 의무화하였다.

위 시행령의 내용은 1989년 3월 31일 구 예산회계법(법률 제4102호)이 전부 개정되면서 제92조로 옮겨졌는데, 예산회계법의 입법자료에 기재된 제안이유에는 ‘중소업자와 계약상대방을 보호하기 위하여’ 도입한다고 기재되어 있다. 이후 1995년 1월 5일 제정된 국가계약법과 1995년 7월 6일 제정된 국가계약법 시행령에 그 내용이 반영되었고, 의무화형태의 문언도 그대로 유지되었다.

이러한 입법경과와 개정목적에 비추어 보면, 이는 계약담당공무원이 계약금액 조정 여부에 대해 갖는 재량권의 행사 여지를 없애고, 의무화하여 계약상대자가 법령에 따라 계약금액 조정권을 행사할 수 있도록 보장한 것이다. 결국 이러한 입법조치는 국가를 당사자로 하는 계약에서 국가 등에 비해 상대적 약자인 계약상대자를 보호하기 위함이라고 할 수 밖에 없다.⁵⁴⁾

(3) 그런데 만일 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 발주기관의 지위에 있다는 점을 악용하여 법률에서 보호하고 있는 계약금액 조정권 자체를 박탈하는 내용의 약정을 하게 되면, 계약당사자의 계약금액 조정권을 인정하고자 하는 입법목적은 몰각하게 된다. 이러한 점에 비추어 국가계약법 제19조에서 정하고 있는 계약금액 조정 규정을 위배되는 개별약정의 효력을 부인하여야만 입법 목적을 달성할 수 있다.

3. 이익형량, 거래의 안전, 당사자 간의 신의·공평

(1) 대상판결에서 문제가 되고 있는 국가계약법 제19조는 국가 등으로 하여금 계약금액을 조정할 의무를 부과하여 강제하는 것을 내용으로 하는 규정으로 그 수범자가 계약담당공무원 등이지만, 조정의 상대방이

54) 김성근, 앞의 책(주6), 142쪽.

계약상대방임이 법률문언상 충분히 짐작이 되는 점과 그 내용이 종래 규제법령에서 특정행위의 금지를 명하는 것이 아니라 계약금액 조정이라는 특정한 법률관계를 형성하고자 하는 것이라는 점에서 종래 주로 문제가 된 금지규정의 위반과 차이가 있다.

(2) 국가계약법 제19조에 의해 국가 등이 계약상대자에게 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 강제하는 이익과 사적 자치의 원칙에 따라 당사자 간의 별도 약정에 맡겨 물가변동으로 인한 위험을 부담·회피시키는 것을 인정하는 이익을 형량해 볼 필요가 있다. 즉, 당초 국가계약법 제19조에 의한 물가변동으로 인한 계약금액 조정은 사정변경의 원칙을 고려하여 그 대금을 조정하는 것이 상호 간의 공평에 부합하기 때문에 이러한 규정을 둔 점, 또한 국가계약법 제19조와 같이 항상 물가변동으로 인한 위험을 법률에 의해 그 내용을 강제할 때 물가가 특별한 사정이 없는 한 상승한다고 보면, 그로 인해 국가 등의 재정적 부담이 증가할 수 있지만, 그로 인해 공공계약에서 그 목적물의 품질, 안전성 등을 얻을 수 있어서 결코 국가 등에게 불리하지 않은 점, 반면, 계약담당공무원이 물가변동에 의한 계약금액 조정에 관한 국가계약법 제19조에도 불구하고 공공계약이 사법상 계약임을 이유로 물가변동에 의한 계약금액 조정을 할 것인지 여부를 임의로 결정하여 조정을 거부함으로써 재정낭비(물가하락)나 공공계약의 목적물의 품질저하(물가상승)가 생기는 사태를 방지하기 위해 계약담당공무원이 계약상대자에게 물가변동에 대한 위험을 회피하기 위한 보험 등을 가입하게 할 경우 자신의 우월적 지위를 이용하여 사실상 예측하기 어려운 물가변동의 위험을 계약상대자에게 전가하게 되고, 이러한 전가된 비용은 결국 공공계약의 목적물의 조달에 전가되어 결국 목적물의 품질저하로 이어지게 되는 점 등을 고려하면, 사적 자치의 원칙에 따라 당사자 간의 별도 약정에 맡겨 물가변동으로 인한 위험을 부담·회피시키는 것을 인정하는 이익이 국가계약법 제19조에 의해 국가 등이 계약상대자에게 물가변동으로 인한 계약금액

조정을 강제하는 이익보다 우월하다고 하기 어렵다.

(3) 또한 국가계약법 제19조에 의한 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 금지 또는 제한하는 당사자 간의 약정의 효력을 부정하고, 계약금액 조정을 강제하더라도 그로 인해 공공계약의 효력에는 아무런 영향이 없고, 계약당사자 외 제3자에 미치는 영향이 없으므로 거래 안전에 문제가 될 소지가 없다.

(4) 이상의 사정에 비추어 보면, 국가계약법 제19조에 의한 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 금지 또는 제한하는 당사자 간의 약정의 효력을 부정하고, 계약금액 조정을 강제함으로써 물가변동이라는 예상할 수 없는 위험을 서로 분담하게 하는 것이 당사자 간의 형평에도 부합하는 것이므로 계약금액 조정을 금지하는 사법상 효력을 부인할 필요성이 크다고 생각한다.

4. 사회적 요구, 공익적 요청의 강도, 사회·경제적 여건의 변화

(1) 공공계약에 있어 국가는 결코 사인과 동일한 입장일 수는 없음에도 국가가 사인과 동일한 지위에 선다고 하는 것은 사적 자치를 빙자하여 행정관료의 자의를 방치할 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 국가계약법령의 법규적 효력을 인정하고, 이를 위반하여 체결된 공공계약에 관한 제재 또한 원칙적으로 계약 자체를 무효화하는 방향으로 강화해야 할 필요가 있다.

(2) 또한 공공계약이 정액계약을 원칙으로 하고 있으면서 물가변동에 따른 계약금액 조정을 해주지 않으면 장기계속계약이나 계속비계약에서 상대방은 부실공사나 부실한 내용을 가진 것을 납품할 위험이 있고,⁵⁶⁾ 이러한 피해는 중국에는 국민에게 미치기 때문에 공익적 견지에

55) 이러한 입장이 설득력이 있다는 견해로 이영선, 앞의 글(주51), 617쪽.

56) 계승균, “정부계약법상 계약금액조정제도”, 경영법률 제16집 제2호, 한국경영법률학회, 2006.4, 674쪽.

서도 계약금액 조정을 강제할 필요성이 있다.

(3) 물가변동에 의한 계약금액 조정금지특약을 통해 계약담당공무원으로 하여금 일시적으로 예산을 절감할 수 있을지 모르지만, 국가 전체로 보아 오히려 공익적 견지에서 계약금액 조정조항을 강제하여 물가변동에 따른 위험을 계약당사자인 국가 등과 계약상대자에게 분담하게 하는 게 사회 전체의 이익이 증가시킬 수 있다.

5. 반사회성, 반도덕성, 공서양속, 범죄행위, 불법성에 대한 주관적 인식, 실효성 있는 제재의 유무

규제나 금지를 내용으로 하는 법률을 위반한 법률행위의 효력을 판단함에 있어서 학설이나 판례는 금지를 위반한 행위의 “반사회성, 반도덕성, 공서양속, 범죄행위, 불법성에 대한 주관적 인식, 실효성 있는 제재의 유무”를 고려요소를 파악하고 있지만, 대상판결과 같이 특정한 법률관계의 형성을 목적으로 하는 법률규정을 위반한 경우의 효력과 관련해서는 이러한 요소들이 중요한 고려요소가 되기 어렵다.

6. 소결

국가계약법 제19조에 의한 계약금액 조정을 통해 실현하고자 하는 공익은 계약상대방이 예측하지 못한 물가상승으로 인해 입게 되는 경제적 곤란으로 계약이행을 포기하거나 계약을 이행하지 못하여 계약목적물의 품질이 저하되는 것을 막는 한편, 물가하락으로 인해 불필요하게 발주기관 예산이 과다집행되는 것을 막아 경제적 변동에 따른 위험의 합리적 분배하는 것에 있다. 또한 공공계약에 관하여 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 강제함으로써 사실상 우월한 지위에 있는 계약담당공무원 등의 사적 자치를 빙자한 자의를 방지함으로써 계약상대자의 이익

을 보호함에 있다. 따라서 국가계약법 제19조는 국가의 내부규정 또는 단속규정이 아니라 강행규정이나 효력규정으로 해석됨이 타당하다.

Ⅵ. 대상판결의 의의와 한계

대상판결의 다수의견은 국가계약법 제19조를 내부규정으로 이해하고, 이를 계약당사자인 국가 등이 계약에 의해 (원칙적으로 경쟁입찰에 의해 계약상대방을 선택한다는 점에서 사실상 국가 등이 일방적으로) 그 적용을 배제할 수 있으며, 또한 그러한 특약이 원칙적으로 유효하다고 판시하고 있다. 그 주된 근거로 공공계약이 사법상 계약인 점, 국가계약법 제19조의 입법목적, 사적 자치의 원칙 등을 들고 있다. 이러한 대상판결의 다수의견에 의하면, 향후 공공계약의 계약담당자는 공공계약의 운용에 있어서 계약상대자에게 부당한 특약으로 판단되지 않는 한 그 재량의 폭이 확대되어 자유롭게 공공계약의 내용을 형성할 수 있게 된 점에 대상판결의 의의가 인정된다.

그러나 대상판결의 다수의견은 수요독점적 행정조달시장에서 계약담당자의 재량의 확대가 재량권의 남용으로 이어지는 현실을 인식하지 못하고 있을 뿐만 아니라 그 위험을 과소평가하고 있는 것으로 보인다. 또한 공공계약의 계약담당자에게 허용되는 재량의 한계로 계약상대자에 대한 부당한 특약이라는 매우 추상적인 기준만을 제시하고 있다는 문제점도 있다.

반면, 대상판결의 반대의견이 제시하는 법률을 위반한 법률행위의 효력을 원칙적으로 무효라고 보는 의견에 동의하기는 힘들지만, 앞서 살펴 본 효력규정과 단속규정의 구별기준에 비추어 보면, 다수의견이 제시하는 논거들에 비해 반대의견이 제시하는 논거들이 훨씬 설득력이 있다. 특히 다수의견과 같이 국가계약법 제19조가 내부규정이라고 하더

라도 그 규정의 형식과 입법연혁에 비추어 계약담당공무원에게 의무를 부과한 규정을 마치 사적 자치를 내세워 마치 사법규정 중 임의규정과 같이 계약담당공무원의 자의에 의해 배제를 허용하는 것은 법치주의나 민주주의원리에 반하는 것이다.

또한 다수의견은 국가계약법 제19조가 아니라 국가계약법 시행령 제4조에 의해 불가변동으로 인한 계약금액 조정 배제특약의 효력을 심사하고자 한다. 그런데 “계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 ... 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다.”고 규정한 위 시행령 제4조의 규정형식을 살펴보면, 오히려 계약담당공무원이 계약업무를 함에 있어서 부당특약을 부가하여서는 안된다는 일종의 계약업무의 처리기준을 규정한 것으로 보일 뿐이다. 그런데도 동 규정의 입법취지가 계약상대자의 이익을 보호하려는 것으로 해석되기 때문에 그 규정형식을 뛰어넘어 이를 효력규정이라고 보고 있다. 이에 반해 국가계약법 제19조의 규정형식상 국가와 계약상대자를 수범자로 예정하고 있을 뿐만 아니라 입법연혁이나 개정경과에 더해 이와 같은 규정을 두지 않을 경우 불가변동으로 인한 위험은 전적으로 계약상대자가 부담하여야 할 것을 위 규정을 통해 일정범위의 위험은 계약상대자, 그 범위를 넘어선 위험은 국가가 각 부담하도록 함으로써 계약상대자가 부담하여야 할 불가변동의 위험 중 일부를 국가에게 부담지워 계약상대자의 이익을 보호하고자 함이 명확함에도 불구하고 이를 눈감고 있는 대상판결의 다수견해는 납득하기 어렵다.

참고문헌

1. 단행본, 주석서

- 강성용 외 5인, 국가계약의 주요쟁점, 세창출판사, 2011.
- 고상용, 민법총칙 제3판, 법문사, 2003.
- 곽윤직, 민법총칙 제7판, 박영사, 2002.
- _____/김재형, 민법총칙, 박영사, 2015.
- 김기선, 한국민법총칙 제3전정판, 법문사, 1991.
- 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2007.
- 김상용, 민법총칙 전정판증보, 법문사, 2003.
- 김성근, 정부계약법 해설Ⅱ, 건설경제, 2013.
- 김성수, 일반행정법, 법문사, 2008.
- 김재형, “법률에 위반한 법률행위”, 민사판례연구 제26권, 민사판례연구회편, 박영사, 2004.
- 김주수, 민법총칙 제3판, 삼영사, 1991.
- 민형기, “단속법규위반행위의 사법상 효력”, 대법원판례해설 제12호, 법원도서관, 1990.
- 박정훈, “행정조달계약의 법적 성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000.
- 법무법인(유한) 태평양 건설부동산팀, 주석국가계약법, 박영사, 2017.
- 이영준, 한국민법론(총칙편), 박영사, 2003.
- 이은영, “규제법령에 위반된 법률행위의 무효”, 민사재판의 제문제(상): 송천 이시윤박사 화갑기념, 박영사, 1995.
- _____, 민법총칙 제5판, 박영사, 2009, 384.
- 집필대표 김용담, 주석민법 민법총칙 제4판, 한국사법행정학회, 2010.

장훈기, 정부계약제도 해설, 범신사, 1998.

정원, 공공조달계약법 I, 법률문화원, 2016.

조병학, “국가계약제도개관: 낙찰자결정에 관하여”, 건설재판실무논단, 서울중앙지방법원, 2006.

2. 학술지

계승균, “정부계약법상 계약금액조정제도”, 경영법률 제16집 제2호, 한국경영법률학회, 2006.4, 647-672쪽.

김대인, “지방계약과 공법소송”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 1-26쪽.

김동훈, “단속규정과 효력규정, 무효의 효과”, 고시연구 제30권 제2호, 고시연구사, 2003.2, 119-130쪽.

박준용, “법정한도초과 부동산중개수수료 약정의 효력”, 판례연구 제20집, 부산판례연구회, 2009, 567-625쪽.

이영선, “국가계약법령상 물가변동에 따른 계약금액 조정 규정의 적용을 배제하는 합의의 효력(대상판결: 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결)”, 사법 제43호, 사법연구재단, 2018.3, 587-625쪽.

3. 학위논문

김대인, “행정계약에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2006.

[Abstract]

The Legal Nature of the Adjustment Provision of the Contract Amount due to Price Fluctuation under the National Contract Law

**—Centered on the Ruling of the Supreme
Court 2017.12.21—**

Kim, Tae-Kwan*

The majority opinion of the Supreme Court 2017.12.21. Judgment (hereinafter referred to as “this ruling”) is based on the adjustment of the contract amount due to the price fluctuation of article 19 of the law concerning the contract with the country (hereinafter referred to as the “national contract law”) The regulation sees in the internal regulation that stipulates matters to be observed by contract managers etc. so that the state and others can process contractual relationships with private persons fairly, rationally and efficiently. In addition, countries that are contracting parties can unilaterally eliminate the application of article 19 of national contract law. Its main reasons are public contracts are private contracts, legislative objectives of Article 19 of the national contract law, and principles of private autonomy.

* Associate Professor/ Attorney at Law/ Ph.D. in Law, School of Law, Dong-A University

On the other hand, the opposition to this ruling shall be invalidated in the mandatory provision of Article 19 of the national contract law, which shall exclude it. The grounds mentioned are the invalidity of the principle of a contract which violated the law, the wording form of Article 19 of the national contract law, the circumstances of legislation and the purpose. contracts that violate the law can not in principle agree with the position of ineffectiveness. However, in light of theories and judicial precedents on the distinction criteria between mandatory provisions and enforcement provisions, I think the majority opinion is more convincing than the dissenting opinion.

[Key Words] Price fluctuation, Adjustment provision of the contract, Mandatory provisions, Enforcement provisions, National contract law