

## 민간건설공사 도급계약에서의 물가변동으로 인한 계약금액조정 배제 특약의 효력 등 제반 법률문제



윤성철 법무법인 로베이스 대표변호사, yoonsc30@hanmail.net

### 1. 들어가며

2021년도부터 주요 건설 자재인 철근, 콘크리트 파일 등 금속성 자재를 중심으로 가격상승이 2022년 현재에 이어지고 있고, 특히 올해에는 유연탄 가격 폭등으로 인한 시멘트 및 레미콘 가격도 연쇄적으로 가격이 상승하고 있다. 이러한 건설 자재의 가격상승을 구체적으로 살펴보면, 2020년 6월 기준 톤(ton) 당 약 700,000원 수준이던 국내 철근 유통가격은 2021년 6월 기준 톤(ton) 당 약 1,300,000원까지 치솟았고, 2022년 6월 기준 톤(ton) 당 약 1,200,000원으로 2021년도의 상승된 가격이 현재에 유지되고 있다. 또한 시멘트 고시가격은 2021년 4월 기준 톤(ton)당 약 75,000원 수준이었는데, 2022년 6월 기준 톤(ton) 당 95,000원으로 상승한 것을 확인할 수 있다. 즉, 지난 2년 동안의 철근과 시멘트 가격의 상승분만 놓고 본다면, 건설자재의 가격이 많게는 약 85%, 적게는 약 26% 상승한 것이고, 이러한 건설 자재의 상승기조는 당분간 지속될 것으로 예상된다.

계약기간이 장기간이고, 계약 체결 당시의 사정이 그러한 장기간의 계약기간 도중에 변경될 수 밖에 없는 특성을 가진 건설공사 도급계약의 특성상 도급인 및 수급인 사이에서는 계약금액을 조정해야 하는 필요성이 있고, 특히 위와 같은 물가변동으로 인한 계약금액 조정 사유가 발생할 여지가 많기

때문에 관급건설공사 도급계약에 적용되는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'라고 한다)」 제19조는 물가변동 등에 따른 계약금액 조정에 관하여 규정하고 있고, 동법 시행령 제64조는 '지수조정' 또는 '품목조정'의 방식에 따른 계약금액 조정에 관하여 규정하고 있다.<sup>1)</sup>

한편 민간건설공사 도급계약에 적용<sup>2)</sup>되는 「민간건설공사 표준도급계약서(국토교통부고시 제2021-1122호, 2021. 9. 30. 일부개정, 시행 2021. 9. 30., 이하 '표준도급계약서'라고 한다)」 제22조는 물가변동으로 인한 계약금액 조정에 관하여 규정하고 있고, 다만 그 조정방식에 대하여는 구체적으로 규정하고 있지 않다.<sup>3)</sup>

그런데 만약 민간건설공사 도급계약 체결시 도급인 및 수급인이 ① 표준도급계약서를 계약내용에 편입시키지 않음과 동시에 계약서상 물가변동으로 인한 계약금액의 조정을 할 수 없는 것으로 정하거나, ② 표준도급계약서를 계약내용에 편입시키면서, 다만 물가변동으로 인한 계약금액 조정 조항만을 배제시키는 것으로 합의(이하 '물가변동 계약금액조정 배제 특약'라고 한다)를 하였다고 한다면, 수급인은 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구할 수 없는 것일까?

최근과 같이 주요 건설 자재의 가격이 폭등하는 상황에서

1) 물가변동에 의한 계약금액조정을 실무상 escalation (축약하여 'esc')라고 많이 사용하고 있다.  
 2) 도급인 및 수급인, 즉 공사도급계약의 당사자가 표준도급계약서를 계약의 내용으로 편입하기로 합의한 경우에만 적용된다.  
 3) 표준도급계약서는 구체적인 계약금액 조정방식에 관하여 규정하고 있지 않기 때문에, 도급인 및 수급인의 합의에 의하여 계약금액 조정 방식이 정해져야 하고, 그 방식은 ① 국가계약법에서 정한 방식, ② 한국은행의 생산자물가지수를 적용하는 방식, ③ 한국건설기술연구원의 건설공사비지수를 적용하는 방식, ④ 한국은행의 소비자물가지수를 적용하는 방식 등을 생각해볼 수 있다.



수급인이 물가변동으로 인한 계약금액 조정 청구권을 갖는 지 여부는 수급인의 재정과 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다. 이하에서는 첫째, 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력에 관하여 살펴보고, 둘째, 만약 물가변동 계약금액 조정 배제 특약의 효력이 없다고 한다면 어떠한 방식으로 계약금액 조정이 이루어져야 하는지 여부 등에 관하여 살펴보고자 한다.

## 2. 민간건설공사에서의 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력 여부

### 2.1. 쟁점의 정리

물가변동 계약금액조정 배제 특약에도 불구하고, 수급인이 도급인에게 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구하기 위해서는 당사자간 합의에 의하여 체결된 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력이 부정되어야 한다.

한편 당사자간 합의의 효력이 부정되기 위해서는 합의의 무효사유가 존재해야 하는데, 일반적으로 민법 제104조(불공정한 법률행위) 규정이 있고, 건설공사도급계약의 특징으로 건설산업기본법 제22조 제5항에서 건설공사도급계약의 무효사유에 관한 규정을 두고 있다.

대법원 판례의 태도에 의하면 민법 제104조(불공정한 법률행위)에 해당하여 무효가 되기 위해서는 현저한 불공정한 행위에 대한 지나친 엄격한 해석으로 건설도급계약 물가변동 배제 특약의 정도에 대해서는 해당하기가 어렵다고 보인다.<sup>4)</sup> 따라서 이하에서는 건설산업기본법 제22조 제5항의 내용을 검토해보기로 한다.

### 2.2. 건설산업기본법 제22조 제5항

건설산업기본법 제22조 제5항은 '건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각

호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다'라고 규정하고 있고<sup>5)</sup>, 그 중 제1호는 '계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우', 제2호는 '계약체결 이후 공사 내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우', 제3호는 '도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 떠넘기는 경우'라고 규정하여, 구체적인 건설공사도급계약의 무효사유를 정하고 있다<sup>6)</sup>.

건설산업기본법이 계약자유의 원칙을 후퇴시키면서까지 위와 같이 계약의 무효사유를, 특히나 '당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우'를 무효사유로서 규정하고 있는 이유는 건설공사에 있어서 만약 수급인이 경제적 불공정으로 인하여 공사에 투입할 비용이 부족해진 까닭에 공사의 시공을 부실, 조잡하게 한다면, 이로 인하여 건축물의 소유자 및 이용자의 안전 및 재산이 심각하게 훼손되고, 그 훼손의 범위가 광범하여 사회 경제적으로 막대한 손실이 야기될 가능성이 크기 때문이다.

따라서 위 건설산업기본법 제22조 제5항의 해석에 있어서, 민법 제104조가 정한 불공정한 법률행위로서 무효인지 여부를 판단하는 기준을 그대로 적용할 것은 아니고, 건설공사도급계약의 내용이 특히 수급인에게 불리하여 그러한 계약의 내용으로는 수급인의 적정한 시공을 기대할 수 없는지 여부를 기준으로 무효 여부를 판단해야 할 것이다.

### 2.3. 관련 판례

건설산업기본법 제22조 제5항의 적용과 관련하여 수원지방법원 안산지원은 '피고는 공사계약 제25조 제1항에 따라 공사 도중 발생한 추가비용은 모두 원고가 부담하여야 한다고

4) 민법 제104조는 '당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.'라고 규정하고 있고, 민법에서 정한 불공정한 법률행위로서 무효라고 인정된 사례는 거의 없다.  
 5) 건설산업기본법 제22조 제5항의 무효 규정은 법률행위 무효이론과 관련하여 본래 일부무효 사유가 있는 경우에도 전부 무효가 원칙이지만, 건설도급계약의 특성상 특정 조항이 무효사유가 존재하는 경우 일부만 무효로 하는 것이 거래실정에 부합한다는 면에서 무효부분만 무효로 보는 입법 태도를 취하고 있다(민법 제137조 단서). : 민법 제137조(법률행위의 일부무효) '법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.'  
 6) 건설산업기본법 제22조 제5항은 무효사유로 제1호 내지 제6호를 규정하고 있으나, 물가변동 계약금액조정 배제 특약과 관계있는 것은 제1호 내지 제3호이므로, 본고에서는 제1호 내지 제3호의 내용만을 기재한다.

주장한다. 그러나 위 조항은 앞서 본 바와 같이 공사 도중 최초 설계도와 현황의 차이 및 수량집계의 오류 등이 발견되어 계약체결 당시 예상하기 어려운 사항이 나타났음에도 이를 모두 원고의 책임으로 전가하는 규정<sup>7)</sup>이므로, 건설산업기본법 제22조 제5항 제3호에 위반되어 무효로 봄이 타당하다.라고 하여, '도급인 및 수급인 사이에 공사 도중 발생한 추가비용을 모두 수급인이 부담한다'라는 취지의 약정, 즉, '계약금액의 조정을 인정하지 않는다'라는 취지의 약정을 하였다고 하더라도 그 약정은 건설산업기본법 제22조 제5항에 위반하여 무효라는 취지의 판시를 하였다<sup>7)</sup>.

위 사건은 비록 물가변동으로 인한 계약금액 조정이 아닌, 설계변경으로 인한 계약금액 조정에 관한 사례이기는 하지만, 물가변동 계약금액조정 배제 특약이 건설산업기본법 제22조 제5항의 무효사유에 해당하는지 여부에 관하여 시사하는 바가 매우 크다.

결국 위와 같은 법원의 판결례의 취지에 따를 때, 물가변동 계약금액조정 배제 특약은 계약체결 당시의 건설자재의 물가수준과 현재의 물가수준에 현저한 차이가 있고, 그러한 현저한 차이를 계약체결 당시에 도급인 및 수급인이 예상하기 어려웠음에도 불구하고<sup>8)</sup>, 이를 전적으로 수급인에게 전가하는 것은 건설산업기본법 제22조 제5항의 무효사유에 해당할 가능성이 높다고 판단된다.

또한 최근 대한건설협회의 '물가변동 계약금액조정 배제 특약이 건설산업기본법 제22조 제5항에 위반되는 무효인 특약인지 여부 질의'에 대한 '상당한 이유가 없는 한 물가변동 배제특약이 무효가 될 수 있다'라는 국토교통부 유권해석도 위 사건 판결과 그 궤를 같이한다.

## 2.4. 소결

결국 상기한 바와 같이 ① 건설산업기본법 제22조 제5항이 건설공사도급계약의 무효사유를 규정하고 있는 점, ② 이러한 무효사유 입법목적은 계약당사자의 손익의 관점이 아닌, 공사의 적정한 시공의 담보를 그 목적으로 한다고 보아야 하는 점, ③ 유사한 사례(설계변경으로 인한 계약금액 조정 배제 특약)에서 법원이 건설산업기본법 제22조 제5항을 적용한 점, ④ 행정기관(국토교통부) 역시, 물가변동 계약금액 조정 배제 특약이 건설산업기본법 제22조 제5항에 위반될 가능성이 있다라고 유권해석을 한 점 등을 종합하면, 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력은 도급인 및 수급인의 합의에도 불구하고 그 효력이 없다고 보아야 한다.

## 3. 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력이 부정될 경우, 계약금액 조정 방법

### 3.1. 쟁점의 정리

민간건설공사 도급계약에 있어서, 도급인 및 수급인 사이의 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력이 부정된다고 하더라도, 분쟁의 소지는 여전히 남아있다. 왜냐하면 수급인은 도급인을 상대로 물가변동 계약금액조정 배제 특약의 효력이 부정됨을 전제로 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구할 것이고, 그 청구는 소송의 방식으로 할 가능성이 높으며<sup>9)</sup>, 소송절차에서 물가변동으로 인한 계약금액 조정분이 구체적으로 얼마인지 여부는 감정절차에 의하여 규명될 것인데, 감정의 기준이 되는 조정을 적용에 관하여 관계법령에서 정한 바가 없기 때문이다<sup>10)11)</sup>.

특히나 최근 물가변동 폭이 매우 클 뿐만 아니라, 어떠한 조정 방식을 적용하는지 여부에 따라 계약금액 조정 청구 금

7) 수원지방법원 안산지원 2016. 11. 10. 선고 2015가합21810 판결 참조. 참고로 이 사건은 수급인인 원고가 일부승소한 사안으로, 원고 및 피고 쌍방이 항소하지 않아 제1심 판결이 그대로 확정되었다.

8) 특히 현재의 철근가격의 상승분(2020년 6월 대비 약 85% 상승)은 계약 체결할 당시 전혀 예상하지 못하였다고 봄이 상당하다.

9) 계약당사자 사이에 물가변동 계약금액조정 배제 특약이 있기 때문에 도급인은 수급인의 물가변동으로 인한 계약금액 조정 청구에 불응할 가능성이 크고, 양 당사자간 협의가 이루어질 가능성은 적으며, 따라서 수급인은 소송상 청구를 할 가능성이 높은 것이다.

10) 앞서 언급한 것과 같이 민간건설공사에서 물가변동으로 인한 계약금액 조정의 방식을 어떻게 정할지 여부에 관하여 관계법령이 정한바는 없고, 당사자의 합의에 의하여 결정된다. 이에 반하여 관급건설공사는 국가계약법이 조정의 방식을 정하고 있다.

11) 원사업자 및 수급사업자 간의 표준하도급계약서 역시 '공급원가 변동으로 인한 하도급대금의 조정'에 관하여 규정하고 있고, 구체적인 조정 방식에 관하여는 규정하고 있지 않다. 다만, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제16조는 '원사업자가 발주자로부터 증액받은 계약금액의 내용과 비율에 따라 하도급대금을 증액하여야 한다'라는 취지로 규정하고 있으므로, 만약 발주자와 원사업자간의 계약이 관급건설공사에 해당한다면, 수급사업자는 원사업자가 발주자에게 조정을 청구하는 기준이 되는 국가계약법에서 정한 조정 방식에 따라 원사업자에게 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 만약 발주자와 원사업자간의 계약이 민간건설공사에 해당한다면, 수급사업자의 물가변동으로 인한 계약금액 조정 청구의 방식이 무엇이 되어야 하는지 여부에 관한 문제는 일반적인 민간건설공사 도급계약에서의 도급인 및 수급인의 분쟁 양상과 동일하다.



액은 크게 차이날 수 밖에 없다. 예를 들어 소비자물가지수는 2020년 6월 기준 99.71에서 2022년 6월 기준 108.22으로 약 8.5%가 상승했으나, 건설공사비지수는 2020년 6월 기준 118.07에서 2022년 6월 기준 147.33으로 약 24.7%가 상승했는데, 2년 동안의 물가상승분에 대하여 소비자물가지수 8.5%를 적용하여 계약금액 조정을 할 것인지, 아니면 건설공사비지수 24.7%를 적용하여 계약금액 조정을 할 것인지에 따라 계약금액 조정 청구 금액에 큰 차이가 발생하는 것이다.

결국 물가변동분을 산정하기 위한 감정절차에 돌입하면 원고 및 피고, 즉 수급인 및 도급인 사이에 어떠한 기준을 적용하여 물가변동으로 인한 계약금액 상승분을 감정해야 하는지 여부에 관하여 다툼이 있을 수 밖에 없고, 본격적인 감정에 앞서서 재판부는 감정기준을 정해야 하는데, 소송의 양당사자가 감정기준에 대하여 합의에 이르는 것은 불가능하다고 예상되고, 결국은 재판부가 합리적이라고 판단한 감정기준을 제시할 수 밖에는 없을 것이다.

### 3.2. 계약금액 조정 기준의 설정 방법

한편 건설산업기본법<sup>12)</sup>, 표준도급계약서 등에서 물가변동으로 인한 계약금액 조정 방식을 도급인 및 수급인이 합의에 의하여 결정하도록 한 것은 입법의 불비라고 볼 것이 아니라, 물가가 일정 이상 상승하였을 경우, 수급인에게 계약금액 조정 청구권을 인정하고, 다만 구체적인 조정금액은 당사자가 알아서 결정하라는 취지인 것으로 보아야 한다. 그런데 다만 당사자 사이에 조정 방식 결정에 의사의 합치가 일어

나기 어려울 뿐인 것이다.

위와 같은 문제점에 관하여 '국가계약법에서 정하는 지수조정 또는 품목조정의 방식으로 계약금액을 조정하면 되는 것이 아닌가'라는 의견이 있을 수 있다. 그러나 ① 국가계약법이 적용되지 않는 민간건설공사에 있어서 지수조정 또는 품목조정의 방식으로 계약금액을 조정할 아무런 법적 근거가 없고, ② 관급건설공사에는 국가계약법이 적용되어 지수조정 또는 품목조정의 방식으로 계약금액이 조정되는 것일 뿐<sup>13)</sup>, 지수조정 또는 품목조정 방식이 다른 방식에 비하여 합리 공평하다라는 근거가 없기 때문에<sup>14)</sup> 도급인 및 수급인 사이에 계약금액 조정 기준에 대한 명백한 합의가 없다고 하여 국가계약법에서 정한 방식을 그대로 적용할 수는 없는 것이다.

그렇다면 결국 조정 방식을 정함에 있어서 원칙적으로 도급인 및 수급인이 어떠한 방식을 적용할지에 관한 합의가 가능하다면 그 합의에 따라서 하면 될 것이고, 만약 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않는다고 한다면, 법원은 ① 개별공사의 특수성을 고려하여<sup>15)</sup>, ② 도급인 및 수급인 일방의 이익 또는 신뢰를 부당하게 침해하지 않는 선에서, ③ 여러 가지 조정 방식 중 특정한 방식을 적용하기 보다는 여러 방식이 상호 정확도 및 신뢰도를 보완할 수도 있다라는 점을 고려하여 정하여야 할 것이다.

### 3.3. 소결

결국 상기한 바와 같이 물가변동으로 인한 계약금액 조정금

12) 건설산업기본법 제36조 제1항은 '수급인은 하도급을 한 후 설계변경 또는 경제 상황의 변동에 따라 발주자로부터 공사금액을 늘려 지급받은 경우에 같은 사유로 목적물의 준공에 비용이 추가될 때에는 그가 금액을 늘려 받은 공사금액의 내용과 비율에 따라 하수급인에게 비용을 늘려 지급하여야 하고, 공사금액을 줄여 지급받은 때에는 이에 준하여 금액을 줄여 지급한다.'라고 규정하고 있다.

13) 참고로 국가계약법 시행령 제64조는 원래 계약 체결일을 기준으로 품목조정률 또는 지수조정률이 100분의 5 이상 증감된 때 계약금액을 조정하되(제1항), 계약을 체결할 때에 계약상대자와 협의하여 계약금액 조정방법을 계약서에 명시하도록 정하고 있었으나(제2항), 2005. 9. 8. 대통령령 제19035호로 개정하면서 첫째, 물가변동에 따른 계약금액 조정기준을 완화하고 물가변동률 산정의 기준시점을 입찰일로 조정함으로써 계약상대자의 부담을 완화하였고, 둘째 계약금액 조정방법에 관하여 원래 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원에게 부여하였던 협의·결정에 관한 의무와 권한을 없애고 계약상대자가 지수조정률 방법을 원한다는 의사표시를 하는 경우에는 그 의사대로, 그러한 의사표시가 없는 경우에는 품목조정률 방법을 계약서에 명시할 의무를 부여하는 것으로 개정되었다. 따라서 계약상대자(건설회사)는 원래 계약금액 조정방법을 선택할 권리가 부여되었으나 대법원은 계약체결시 지수조정률 방법을 선택할 권리를 보장받게 되었다고 해석하여 권리 행사에 아무런 장애사유가 없는 데도 지수조정률 방법을 원한다는 의사를 표시하지 않았다면 품목조정률 방법으로 계약금액을 조정해야 한다고 보고 있다(대법원 2019. 3. 28. 선고 2017다213470 판결 참조).

14) 실제 국가계약법이 적용되는 사업장에서 지수조정 방식에 의한 계약금액 조정을 하는 경우가 압도적으로 많은데, 이는 지수조정 방식이 원가구조를 정확하게 반영하기 때문이 아니라, 적산에 있어서 더 간이하기 때문으로 추측된다.

15) 예를들어 BTO 민간투자사업의 경우, 소비자물가지수를 계약금액 조정의 기준 지수로 활용하는 경우가 많다.

액 산정은 여러 가지 산정 기준 중 당사자의 의사의 합치에 따라, 또는 개별 사안에서 가장 합리적인 기준이라고 판단되는 단일 또는 복수의 기준을 적용하여 이루어져야 할 것이다.

#### 4. 결론

이제 세계적인 차원에서의 경제위기는 주기적으로 발생하고 있고, 그 원인은 여신, 전쟁, 전염병 등 다양하다. 이러한 경제위기 때마다 물가의 변동폭이 큰 것은 이미 수차례 경험해왔다. 결국 큰 폭의 물가변동은 향후 반복적으로 발생할 가능성이 큰데, 건설공사에 있어서 물가변동에 관한 도급인 및 수급인의 위험(risk)관리는 경제적인 관점에서 중요하지만, 사회적 중요자산인 건축물 및 그 이용자를 보호해야 한다는 관점에서도 중요하다고 생각한다. 그렇다면 객관 및 공평이라는 견지에서 지금 계속 중인, 그리고 향후 반복될 물가변동으로 인한 계약금액 조정 관련 정책이 필요할 것으로 본다. 또한 도급계약의 당사자는 물가변동으로 인한 계약금액 조정의 방식을 계약체결 이전에 충분히 협의하여 정해놓고, 이에 따라 준공 정산시 물가변동분을 계약금액에 추가할 수 있도록 준비해야 할 것이고, 조정 방식에 관한 쌍방 간 다툼으로 인하여 준공 정산 절차가 지연되어 일방이 불측의 손해를 입지 않도록 해야 할 것이다<sup>16)</sup>.

#### 참고문헌

1. 이재섭외1, 「물가변동제도 운영방식 개선방안」 한국건설관리학회 논문집 제12권 제2호(2011년 3월)
2. 한국신용평가, 「건설산업 2022년 상반기 정기평가」, 2022년 7월

16) 실무상 준공정산 절차가 지연되면, 영세한 건설업자의 경우 재정이 악화되어 도산할 위험이 크고, 세계적 수준의 경제위기 상황에서는 그러한 국면에 직면할 가능성이 더욱 커진다.