

法治行政의 原理와 公法上 契約

－ 獨逸 行政節次法の 內容을 중심으로 －

정 하 중*

목차

- I. 머리말
- II. 獨逸의 公法上 契約의 發展과 行政節次法상의 規律
- III. 公法上 契約과 行政의 法律適合性の 原則
 - 1. 行爲形式으로서 公法上 契約의 可能性
 - 2. 公法上 契約의 內容形成
- IV. 公法上 契約의 瑕疵의 效果에 관한 聯邦行政節次法の 規律
 - 1. 公法上 契約의 無效의 概念
 - 2. 행정절차법 제59조 제1항의 無效사유
 - 3. 行政節次法 제59조 제2항의 無效事由
 - 4. 公法上 契約의 部分無效
 - 5. 제59조 제1항과 제2항과의 關係
- V. 行政節次法 제59조의 違憲性與否에 대한 論爭
 - 1. 批判的 見解
 - 2. 肯定的 見解
- VI. 헌법적합적 해석을 통한 행정절차법의 존속
 - 1. 行政의 法律適合性の 原則과 法的 安定性の 原則의 타당한 衡량
 - 2. 民法 제134조의 準用
 - 3. 行政節次法 제59조 제2항의 擴大解釋
- VII. 違法한 公法上 契約의 法的 效果
- VIII. 結 語

I. 머리말

공법상 계약이란 행정법상의 권리와 의무의 형성·변경·폐지를 내용으로 하는 행정법관계를 대상으로 하는 계약을 의미한다.¹⁾ 그것은 행정주체가 사법행정의 영역에서 행정의 상대방과 체결하는 사법상 계약과 대응되는 개념이다. 오늘날 행정의 행위형식으로서 공법상 계약의 필요성에 대하여는 여러 가지 타당한 논거들이 제시되고 있다. 무엇보다도 공법상 계약은 행정의 상대방인 개인을 행정결정과정에 참여시키고 이를 통하여 탄력적인 해결, 특히 비정형적인 경우의 합목적적인 해결을 가능하게 한다.²⁾ 우리 시대의 복잡한 생활관계는 행정에 대한 개인의 의존을 증가시킬 뿐 아니라, 개인에 대한 행정의 의존도 심화시키고 있다. 공법상 계약은 복잡하고도 어려운 사실관계와 법적 상황에 있어서 구체적인 사안에 정통한 개인의 특별한 인식과 경험을 활용하고, 다양한 해결가능성 및 대안에 대한 토론을 통하여, 그리고 상호간의 이익의 조정과 양보를 통하여 계약당사자를 만족시키는 적절한 규율을 실현시킬 기회를 부여한다. 개인은 공법상 계약을 통하여 행정책임을 분담하지 않는다고 할지라도 행정결정에 참여하게 됨으로써 그가 원하는 행정결정을 달성하게 된다. 이를 통하여 행정결정에 대한 개인의 수인도(受忍度)를 높이고, 그를 준수하려는 자세를 고양시킨다. 이러한 국가와 개인간의 협력을 전제로 하는 공법상 계약은 헌법상의 기본권보호에 기여하고, 민주주의 원리 및 법치국가원리와 합치된다.³⁾

우리 학설은 이미 오래전부터 공법상의 계약의 필요성을 인식하여 왔고, 이와 관련된 외국의 법제도에 대하여 소개를 하여왔으나,⁴⁾ 실무상으로는 여전히

1) 독일의 경우에는 공법상 계약을 행정법관계 뿐만 아니라 국가와 국가간의 계약을 포함하는 넓은 의미로 사용하고 행정법관계를 대상으로 하는 계약을 행정계약(Verwaltungsvertrag)으로 표현하고 있다. 반면 우리 문헌에서는 행정계약을 행정주체의 공법상 계약과 사법상의 계약을 포함하는 넓은 의미로 사용하고 있는 견해가 있음을 고려하여(박규하, 행정계약이론과 공법상 계약이론, 고시연구, 1993. 4, 62면 이하), 본 연구에서는 행정법관계를 대상으로 하는 계약을 공법상 계약으로 표현하고자 한다.

2) Schenke, JuS 1977, S. 281.

3) Maurer, DVBL 1989, S. 806.

4) 이에 대한 주요문헌으로는 : 金南辰, 公法上の契約, 考試界 1984. 8, 49면 이하 ; 金東熙, 프랑스 행정법상의 행정계약에 관한 고찰, 서울대 法學 제32권 3·4호, 1991, 26면 이하 ; 金炳圻, 독일 행정법상 위법한 행정계약과 그 법적 효력, 행정법연구 제3호, 1998, 137면 이하 ; 金大仁, 行政契

행정행위가 지배적인 역할을 하여 왔으며 공법상 계약은 단지 주변적인 역할을 하여 왔을 뿐이다. 현재 실무상 공법상 계약은 전문직 공무원의 채용계약,⁵⁾ 폐기물의 발생억제 및 처리를 위한 협약체결,⁶⁾ 토지수용절차에 있어서 사업시행자와 토지소유자 및 관계인간의 협의,⁷⁾ 공공단체상호간의 사무위탁에 관한 협정,⁸⁾ 행정권한의 민간위탁을 위한 계약⁹⁾ 등 매우 한정된 분야에서만 발견되고 있다. 이와 같은 상황은 행정의 중심이 질서행정으로부터 급부행정 및 유도행정으로 이동하고 있으며, 이를 실현하는 행정수단도 명령과 강제로부터 상대방의 협력과 동의를 필요로 하는 공법상 계약이나 행정지도로 변화되어 가는 오늘날의 사회적 법치국가에 있어서 비정상적이라고 볼 수밖에 없다. 한국의 행정실무에 있어서 공법상 계약이 발달하지 못한 이유는 학계의 연구부진에도 그 원인을 찾을 수 있으나 무엇보다도 공법상 계약의 허용성, 성립 및 효력요건, 하자 등에 관한 법제적 뒷받침이 결여되고 있는 것이 가장 큰 원인이라고 할 것이다. 1996년 12월 31일에 제정된 행정절차법은 순수한 절차법적 규율에만 한정되었으며, 더욱이 행정계획과 공법상 계약에 관한 규정을 생략하여 시대적인 낙후성을 면하고 있지 못하고 있다. 본 논문의 목적은 1976년 5월 25일에 제정된 독일 행정절차법상 공법상 계약에 관한 규율에 있어서 문헌의 논쟁의 중심이 되었던 행정의 법률적합성의 원칙과 공법상 계약과의 관계 및 공법상 계약의 하자의 효과에 관하여 연구함으로써 향후 한국 행정절차법 개정에 있어서 공법상 계약의 규율에 대한 법리적인 기반을 마련하는데 있다.

II. 獨逸의 公法上 契約의 發展과 行政節次法상의 規律

독일의 고전적 행정법학에 있어서는 공법상 계약의 가능성은 일반적으로 부인되었다. 특히 O. Mayer는 행정주체와 개인과의 종속관계로 특징되고 있는 행정법관계에서는 당사자간에 대등한 관계를 전제로 하는 계약이 성립한다는

約에 관한 研究, 2006(박사학위논문).

5) 계약직 공무원규정(대통령령 제20715호) 및 지방전문직공무원규정(대통령령 제20924호).

6) 폐기물관리법 제16조.

7) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제26조.

8) 지방자치법 제151조.

9) 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제12조의2.

것은 불가능하다고 하였다.¹⁰⁾ 이러한 입장은 지배적인 견해가 되었으며 이후 공법상 계약의 발전에 큰 걸림돌이 되었다. 그러나 20세기 초에 들어와 견해의 변화가 나타나기 시작하였으며 F. Fleiner,¹¹⁾ W. Jellinek¹²⁾ 등은 비록 예외적이기는 하나 공법상 계약을 행정의 행위형식으로 인정하였으며, 이에 대하여 법률의 수권을 요구하였다. 이후 Apelt,¹³⁾ Imboden,¹⁴⁾ Stern,¹⁵⁾ 그리고 Salzwedel¹⁶⁾ 등 일련의 근본적인 저서들이 출간된 이후에는 더 이상 공법상 계약의 가능성과 필요성에 대하여는 의문이 제기 되지 않았으며, 이러한 입장은 판례에 의하여 반영되었다.

근본적인 변화는 1976년에 제정된 연방과 각 주의 행정절차법에 의하여 야기되었다. 이들은 공법상 계약을 행정행위와 대등한 행정의 행위형식으로 인정하고 그의 유형과 적법요건 및 하자를 규율함으로써 그동안 공법상 계약의 발전에 장애가 되어왔던 일련의 문제들을 실정법적으로 해결하였다. 우선 공법상 계약의 체결에 있어서 법적 근거가 요구되는지의 문제는 오랫동안 논쟁이 되어왔는 바, 이는 연방행정절차법 제54조에 의하여 해결되었다. 동 조항에 따르면 공법상 계약은 실정법에 반대되는 규정이 없는 한 일반적으로 허용된다고 규정함으로써, 공법상 계약의 광범위한 적용영역을 열어놓았다. 동법 제55조와 제56조는 계약유형으로서 화해계약과 교환계약(쌍무계약)을 특별히 규정하고, 남용방지를 위하여 이들의 성립을 추가적인 요건에 의존시키고 있다. 동법 제57조는 법적 명확성과 증거확보의 이유에서 모든 계약에 대하여 원칙적으로 문서의 형식을 요구하고 있다. 또한 동법 제58조는 제3자의 권리를 침해하는 계약이나 다른 행정청의 동의나 승인을 요하는 계약에 있어서는 문서에 의한 동의가 있는 경우에만 그 유효성을 인정하고 있다. 다른 한편 동법 제59조는 위법한 공법상 계약의 효과에 대하여, 제60조는 사정변경시에 공법상 계약의 해제 및 해지가능성에 대하여 각각 규율하고 있다. 아울러 동법 제61조는 양당사자는 합

10) O. Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR Bd. 3(1888), S. 3 ff.

11) F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1. Aufl. S. 175 ff.

12) W. Jellinek, Verwaltungsrecht. 3. Aufl., 1931. S. 253 ff.

13) Apelt, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, 1920.

14) Imboden, Der verwaltungsrechtlicher Vertrag, 1958.

15) Stern, VerwArch 49(1958), S. 106 ff.

16) Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags, 1958.

의에 의하여 계약상의 의무위반이 있는 경우에 즉시집행에 예속될 수 있도록 규정하고 있고, 제62조는 공법상 규율에 관하여 행정절차법에 규정이 존재하지 않는 경우에는 민법규정을 준용하도록 하고 있다. 이러한 행정절차법의 규정들은 대체적으로 학계에 긍정적인 평가를 받았으나 일부규정에 관하여는 상당한 비판을 받았다. 무엇보다도 공법상 계약의 하자의 효과에 관한 규율은 행정의 법률적합성의 원칙 및 계약당사자의 권리구제의 관점에서 그 비판의 중심을 이루고 있다. 다음에서는 이들에 대하여 보다 구체적으로 다루기로 한다.

III. 公法上 契約과 行政의 法律適合性の 原則

오늘날 여전히 공법상 계약에 대하여 지속적으로 제기되는 우려는 행정주체와 개인이 계약체결을 통하여 법적 기속으로부터 벗어날 수 있다는 것이다. 즉, 공법상 계약 역시 사법상 계약과 마찬가지로 계약자유에 기초하고 있으며 이는 필연적으로 법적 기속을 완화시킨다는 것이다.¹⁷⁾ 이러한 문제는 한편으로 행위형식으로서 공법상 계약의 가능성과 다른 한편으로 계약의 내용형성과 관련하여 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙을 명확하게 구별함으로써 해명될 수 있다.

1. 行爲形式으로서 公法上 契約의 可能性

행정의 행위형식으로서 공법상 계약의 가능성에 관하여는 법률우위의 원칙이 명확하게 적용된다. 행정청은 법령이나 일반적인 법원칙에 위배되지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있다. 공법상 계약을 체결하기 위하여 법률의 근거를 요하는지의 문제는 법률유보에 관련된 문제로서 이것은 독일에서 행정절차법과 사회법전의 제정을 통하여 실정법적으로 해결되었다. 그러나 이들 법률들이 적용되지 않는 경우에는 여전히 논란이 되고 있다. 오늘날 지배적인 견해는 공법상 계약의 체결을 위하여 법률의 개별적 수권을 요하지 않는다는 입장을 취하고 있다. 오히려 법률유보의 원칙은 공법상 계약의 가능성에 관련된 것

17) Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt 1962, S. 19 ff.

이 아니라 공법상 계약의 내용형성과 관련되어 문제가 되고 있다.¹⁸⁾ 전통적인 행위형식인 행정행위 역시 그의 발급을 위하여 반드시 법률의 수권을 요하지 않는다. 만일 구체적인 경우에 행정행위의 발급이나 공법상 계약의 체결에 개별적인 법률의 수권을 요한다면, 행정청은 특정한 행정작용을 할 의무가 있음에도 불구하고 이에 대한 수권이 없기 때문에 전혀 활동할 수 없게 된다는 결론에 도달하게 된다. 더욱이 공법상 계약은 당사자의 합의에 의하여 체결되며, 계약체결에 대한 상대방의 동의는 법률의 수권을 불필요하게 만든다.

2. 公法上 契約의 內容形成

공법상 계약에 있어서 행정의 법률적합성과 관련하여 제기되는 어려운 문제는 공법상 계약의 내용형성에서 나타난다. 공법상 계약의 체결가능성은 아직 계약의 내용적 형성에 대한 자유를 의미하는 것은 아니다. 만일 양 당사자가 사법상 계약을 체결한다면, 그들은 계약자유 원칙에 따라 급부와 반대급부를 자유롭게 교섭하고 중국적으로 그들에게 합목적적이고 유용하게 보이는 것을 합의할 수 있다. 계약자유 원칙은 사적 자치에 뿌리를 두고 있으며, 기본권에 의하여 보호되고 있다. 그러나 공법상 계약의 체결에 있어서 상황은 이와 다르다. 행정주체는 민법의 당사자와는 달리 어떠한 사적 자치를 갖고 있지 않으며 계약내용의 형성에 있어서 자유를 갖고 있지 않다. 행정주체의 의사를 결정하는 행정청은 단지 법에 의하여 구성되고 부여된 권한과 관할권만을 갖고 있을 뿐이다. 이에 따라 행정청은 공법상 계약의 내용형성에 있어서도 법률우위에 기속된다고 보아야 할 것이다. 계약의 내용형성에 있어서 자유의 여지는 단지 임의법규가 존재하거나 또는 행정에게 재량과 형성의 자유가 부여된 곳에 존재한다고 보아야 할 것이다. 그러나 이것은 한 측면에 지나지 않는다. 행정청의 계약상대방인 개인에게는 계약의 자유가 존재한다. 공법상 계약은 행정의 행위 형식이기는 하나, 쌍방적 법적 행위이고 행정청과 개인인 두 당사자에 의하여 내용적으로 결정된다는 특성을 갖고 있다. 공법상 계약에 있어서 행정청의 입장에만 초점을 맞춘다면, 행위형식으로서 공법상 계약을 단호하게 반대한 O.

18) Göldner, JZ 1976, S. 352 ff. ; Maurer, DVBL 1989, S. 804 ; Scherzberg, JuS 1992, S. 210.

Mayer의 입장을 크게 벗어나지 못한다. O. Mayer는 공법상 계약에 있어서 행정청의 의사표시를 결정적인 요소로 간주하고 개인의 동의를 단지 장식물로 보았다.¹⁹⁾ 그러나 개인을 동등한 권리를 가진 계약당사자로 그리고 절차의 주체로 진지하게 고려한다면, 그의 법적인 행위가능성과 자유를 전제하여야 한다. 개인의 계약자유는 사법상 영역에만 제한되는 것이 아니라, 공법영역에도 확대된다. 그의 자유권행사에 있어서 그것이 자신의 특정한 이익의 달성에 기여하는 것처럼 보이는 경우에는 그는 계약방식으로 행정청에게 양보를 하고 계약으로부터 나오는 제한을 수인할 수 있는 것이다. 이것은 기본권포기를 의미하는 것이 아니라 주고받는 상호과정으로서 기본권행사에 해당한다. 물론 개인의 계약내용의 형성의 자유에는 한계가 있다. 왜냐하면 그의 계약의 상대방은 사인이 아니라 법적으로 기속된 국가이기 때문이다. 공법상 계약의 체결에 있어서 한편으로는 국가의 법적 기속 그리고 다른 한편으로는 개인의 계약의 자유가 준수되어야 하고 조화되어야 한다.²⁰⁾

(1) 公法上 契約의 内容形成과 法律優位

법률우위의 원칙은 공법상 계약의 내용형성에도 적용된다. 행정청에 의하여 약속된 급부나 개인의 반대급부는 법률에 위반되어서는 안 된다. 행정청은 개인이 계약상의 의무이행을 위하여 위법하게 행동하여야만 하는 그러한 내용을 갖는 공법상 계약을 체결하여서는 안 된다. 행정청은 스스로도 그가 계약상으로 이행하여야 할 급부에 있어서 법에서 규정된 행위가능성의 범위를 유지하여야 한다. 그것은 계약상으로 약속된 급부가 법에 의하여 구속적으로 명하여지거나 행정청의 재량의 범위 내에 있는 경우에 그러하다. 강행법규로부터의 이탈은 법률에서 그 면제나 예외를 명시적으로 규정한 경우에 허용된다.

그를 넘어서서 일부의 학설에 따르면 법률에 이탈하는 내용의 계약체결은 법제정에 있어서 고려되지 않은 사적 또는 공적 이익의 달성을 위하여 필요하거나 또는 법률의 사소한 위배가 계약상 규율의 보다 높은 수인도 및 개인의 반

19) O. Mayer, aaO, S. 42.

20) Maurer, DVBL 1989, S. 805.

대급부와 결부된 공익에 의하여 상쇄되는 경우에 허용된다고 한다.²¹⁾ 일반적으로 행정법의 내용규범은 행위형식과 무관한 행위기준들을 마련하고 있다. 입법자는 이러한 행위기준들을 통하여 어떠한 공익 또는 사익이 행정작용을 조정하는지, 그리고 어떤 요건하에서 행정청이 규범적으로 완전히 기속되지 않은 형량결정을 내려도 되는지에 대하여 종국적인 결정을 내리고 있다. 행정청이 특정한 법률집행에 대한 의무가 지워지고, 기속결정을 내려야 한다면, 행정청에게는 법률적으로 명하여진 조치의 목적적합성에 대한 고유한 판단의 권한이 없으며, 규범목적에 벗어난 행위는 금지된다. 이것은 공법상 계약에 있어서도 그대로 적용된다고 할 것이다. 법률의 우위의 원칙은 엄격한 기속법규에서보다도 재량규범의 집행에 있어서 더욱 문제가 된다. 재량규범은 행정주체에 대하여 무제한한 결정의 자유를 부여하지 않는다. 예를 들어 관할 행정청이 공해법이나 하천법 등과 같은 중요법률에 있어서 위법한 상태를 잠정적으로 수인하도록 계약상으로 의무지워진다면, 이러한 의무가 재량규범 내에서 추구한 목적 설정의 범위 내에 있는지를 항상 검토되어야 한다. 사안에 고유한 그리고 기본권보호의무를 실현을 위하여 설정된 이들 법률의 입법목적은 법적 기준의 이탈을 아주 예외적인 경우에 허용할 뿐이다.²²⁾

(2) 公法上 契約의 내용적 형성과 法律留保

공법상 계약의 내용적 형성에 있어서 법률의 수권 없이 상대방에게 의무를 부과할 수 있는지 심각하게 논쟁이 되어 왔다. 연방행정법원은 1973년의 판결에서 계약상의 의무부담은 계약당사자의 자발적인 합의 때문에 법률의 수권이 요구되는 침해에 도달하지 않는다고 판시하였다.²³⁾ 이는 바로 동의에 의한 법률유보의 제한을 의미한다. 일부의 학설은²⁴⁾ “동의를 위법성을 조각한다 (volenti non fit injuria)”라는 로마법의 법언에 의하여 공법상 계약에 있어서 법률유보의 문제가 상당히 해결될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 물론 이러

21) Bleckmann, NVwZ 1990, S. 601.

22) Scherzberg, aaO, S. 210.

23) BVerwG 42, 331.

24) A. Bleckmann, VerwArch n63(1972), S. 431.

한 법언은 나름대로 일리가 있고 중요한 의미를 갖고 있으나, 그렇다고 하여 실정법의 체계 및 이익평가를 대체할 수 없는 것이다. 이러한 법언은 다만 침해에 동의하는 자에게는 어떠한 불법도 행하여지지 않는다고만 이야기 하고 있을 뿐이다. 그것은 제3자의 권리를 침해하는 경우 또는 객관적인 법원칙에 반하는 경우, 궁극적으로 이미 발생된 침해의 경우에는 불법이 존재한다는 사실을 배제시킬 수 없는 것이다. 그렇다면 공법상 계약에 있어서 법률유보의 문제는 이러한 로마법의 법언에 의하여 해결될 수 없는 것이다.

법률유보의 원칙은 기본권보호와 불가분의 관계에 있다. 공법상 계약에 있어서는 기본권포기이론을 근거로 법률유보가 적용되지 않는다는 견해가 부분적으로 주장되어 왔다. 그러나 유력설은 이른바 기본권포기는 허용되지 않으며, 이에 따라 공법상 계약의 내용적 형성에 관련하여 법률유보가 요구된다는 견해를 주장하고 있다.²⁵⁾ 즉, 기본권포기이론을 통하여 공권력의 한계는 위법하게 이동되며, 이를 통하여 의회의 권한이 침해된다. 더욱이 기본권은 주관적 공권에 해당할 뿐만 아니라 그 자체로 포기할 수 없는 공공복리의 객관적 구체화에 해당한다는 것이다.²⁶⁾

그러나 기본권포기가 도대체 허용되느냐의 문제는 법률의 근거없이 계약상 의무를 부담하는 것이 도대체 기본권포기에 해당하는가의 문제가 먼저 대답되는 경우에 비로소 제기될 수 있는 것이다. 예를 들어 개인이 법적 근거가 없이 공법상 계약을 통하여 행정주체에게 부동산의 소유권이나 사용권을 넘겨줄 수 있는가? 행정공무원에게 자신의 주거의 출입을 허용하는 계약상의 의무를 법적 근거없이 부담할 수 있는가? 이러한 예들을 보다 정확하게 살펴본다면 계약당사자는 추상적 의미에서 기본권을 포기하는 것도 아니며, 또한 구체적으로 기본권에서 도출되는 권능, 즉 기본권행사를 포기하는 것도 아니다. 오히려 역으로 그는 자신의 기본권을 근거로 계약상의 의무를 부담함으로써 기본권을 행사한다고 보아야 할 것이다. 토지소유자는 행정주체에게 자신의 토지에 대한 소유권을 넘기거나 사용하게 함으로써 그의 재산권을 행사한다. 누구든지 자신의 기본권을 근거로 계약상의 의무를 부담하는 자는 이를 통하여 자신의 기본

25) Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S.45 ff. ; Erichsen, in : Erichsen, Allg. VerwR, S. 408.

26) Sturm, FS für W. Geiger, S. 173 ff.

권을 행사한다고 보아야 할 것이다. 계약상의 기속이 긍정적인 기본권구체화로 이해될 때 그것은 기본권행사로써 허용된다고 보아야 할 것이다.²⁷⁾ 국가에 대한 개인의 자기결정적인 권리형성의 권한을 본질적으로 부인하기를 원하지 않는다면, 공법영역에 있어서 계약체결은 사법영역에서와 마찬가지로 기본권적인 자유행사로 이해되어야 한다. 계약상의 의무부담이 기본권적으로 허용되는 자유행사에 해당하는 한 기본권의 어떠한 침해에 해당하지 않으며, 이에 따라 법적 근거를 요하지 않는다.²⁸⁾ 이것은 물론 기본권주체가 스스로에게 부과한 계약상의 기속이 관련된 기본권의 객관법적인 조정기능에 반하지 않고, 행정청의 의사의 우월성에 의하여 개인의 의사의 결정자유가 침해되지 않는 것을 전제로 한다. 법률의 수권은 반대로 사실상의 계약강제가 존재하거나, 계약체결이 실패하고 행정청이 개인에게 요구한 급부의 일방적인 집행을 계고하거나 또는 제3자의 권리를 침해하는 경우에 요구된다.

물론 계약상의 의무부담이 기본권침해에 해당하지 않는다고 할 지라도 법률의 근거가 요구되는 경우가 있다. 왜냐하면 법률유보의 원칙은 기본권보호뿐만 아니라 법치국가원리 및 민주국가원리에서도 도출되기 때문이다. 법률유보의 원칙은 헌법상의 기능질서의 부분으로 입법과 행정의 권한배분의 기능을 수행하고 있다. 이것은 입법자로 하여금 근본적인 규범영역에 있어서 모든 중요한 결정을 스스로 내리도록 의무지운다. 여기서 일정한 생활영역에서 공법상의 계약의 내용형성에 법적 근거가 요구되는지 여부는, 객관적인 기본권적인 가치질서의 실현에 있어서 계약대상의 일반적인 의미에 따라 결정된다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

IV. 公法上 契約의 瑕疵의 效果에 관한 聯邦行政節次法の 規律

위법한 공법상 계약의 효과에 관한 규율에 있어서 한편으로 행정의 법률적합상의 원칙과 다른 한편으로 계약기속의 원칙(*pacta sunt servanda*) 및 법적 안정성의 원칙과의 비교형량이 필요하다. 위법한 공법상 계약의 허용성과 한계의

27) Göldner, JZ 1976, S. 355.

28) Bleckmann, NVwZ 1990, S. 601.

29) Scherzberg, JuS 1992, S. 211 ; Göldner, JZ 1976, S. 352.

문제는 이미 행정절차법 제정전에 심각하게 논쟁의 대상이 되었으며 명확하게 해결되지 않았다. 행정의 법률적합성의 원칙과 법적 안정성은 원칙적으로 동일한 서열을 가지며, 입법자는 사례별로 타당한 형량에 따라 어느 한쪽에 우선권을 부여하거나 또는 타협책을 제시할 수가 있다. 위법한 공법상 계약에 있어서 행정의 법률적합성의 원칙과 신뢰보호의 원칙의 긴장관계의 해결에 있어서 두 가지 상반되는 해결방안을 생각할 수 있다. 행정의 법률적합성의 원칙을 일방적으로 강조하면 모든 실체법 및 절차법에 위반되는 공법상 계약은 무효로 되어야 하며, 이에 따라 계약당사자의 급부에 대한 어떤 법적 근거가 되어서는 안 된다. 이에 대하여 계약기속의 원칙에 일방적인 우월성을 부여한다면, 공법상 계약은 그의 위법성에도 불구하고 원칙적으로 유효하게 된다.

행정절차법 제정전에 연방행정법원은 위법한 공법상 계약은 그 하자의 중대성에 불문하고 무효라는 입장을 취하여 왔다.³⁰⁾ 그렇지 않은 경우에는 행정청은 위법한 공법상 계약을 체결함으로써 법률의 기속을 회피할 수 있다는 점이 강조되었다. 여기서 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙과의 한계설정에 대하여 전혀 언급이 되지 않았으며, 행정의 법률적합성의 원칙의 일방적인 관철로부터 발생하는 문제점들을 묵인하였다. 다만 행정법규에 친숙하지 않은 개인에게 발생하는 계약위험에 대한 유일한 수정방안으로서 신뢰보호의 원칙이 제시되었다.³¹⁾

연방행정절차법은 이러한 관례를 따르지 않고 있다. 동법 제59조는 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙의 타협적인 의미에서 중도의 해결방안을 제시하고 있다. 즉 특수하게 고양된 법률위반이 있는 경우에만 공법상 계약을 무효로 하고 있다. 동법 제59조는 종속계약과 대등계약의 구별을 전제로 하여 제1항에서는 모든 공법상 계약에 대하여 민법상의 무효사유를 준용시키고 있으며, 제2항에서는 종속계약에만 적용되는 특별한 무효사유로서 4가지를 열거하고 있다. 제2항 제1호는 상응된 내용의 행정행위가 무효인 경우에, 제2호는 상응된 내용의 행정행위가 절차상 또는 형식상으로 하자가 있고 이러한 하자가 계약당사자에게 알려진 경우, 제3호는 화해계약의 체결의 요건이 충족되지 않

30) BVerwG 4, 111 ; 8, 239 ; BVerwG, DVBL 1976, S. 217.

31) BVerwG DVBL 1976, S. 218 ff.

은 경우에, 제4호는 교환계약에 있어서 개인의 반대급부가 부당결부금지의 원칙에 반하는 경우에 각각 공법상 계약을 무효로 하고 있다. 동 규정은 무효사유를 현저하게 축소시킴으로써 그의 비판자에게 비난의 계기를 제공하였다. 동법 제59조에서 규정된 무효사유 이외에는 위법한 공법상 계약은 유효하며 이에 따라 존속력을 인정받게 되었다. 즉, 계약이 위법하다고 하더라도 상호간에 합의된 사항은 존속하게 되며, 단지 행정절차법 제60조 1항 후단에 따라 공공복리의 수인할 수 없는 손실을 예방하거나 제거하기 위한 경우에만 행정청에게 해지권이 주어진다.

다음에서는 행정절차법 제59조의 무효사유를 구체적으로 살펴보고, 동 규정의 합헌성여부를 둘러싸고 제기된 학설의 논쟁을 다루기로 한다.

1. 公法上 契約의 無效의 概念

개념적으로 공법상 계약의 무효란 실정법질서가 행정주체를 포함하여 모든 사람에 대하여 계약체결에 의하여 의도된 법률효과가 발생되지 않음을 처음부터 그리고 종국적으로 결부시키는 모든 종류의 하자를 의미한다. 무효인 공법상 계약은 계약당사자에게 어떠한 구속력을 발생시키지 않는다. 무효인 공법상 계약에 있어서는 기이행된 급부의 반환문제나 손해배상청구권의 문제를 발생시킨다. 계약당사자는 공법상 계약의 무효를 확인소송을 통하여, 경우에 따라서는 이행소송을 통하여 주장할 수 있다.

2. 행정절차법 제59조 제1항의 무효사유

제59조 제1항은 공법상 계약의 무효사유로서 민법규정의 무효사유를 준용하고 있다. 동 조항의 무효사유는 종속계약에 대하여만 적용되는 제59조 제2항에서 열거된 특별한 무효사유들이 존재하지 않는 한 모든 공법상 계약에 적용된다. 민법규정의 무효사유의 준용가능성 및 그 범위는 공법상 계약의 성격을 조건지우는 이익상환을 고려하여 해당되는 민법규정들을 개별적으로 검토하여야 한다. 민법상 계약의 무효사유의 분류에 상응하여 제59조 제1항의 무효사유는

계약당사자의 人的인 瑕疵, 의사표시의 하자, 형식상의 하자, 내용상의 하자로 구분될 수 있다.³²⁾

(1) 契約當事者の 人的인 瑕疵

계약당사자의 인적인 하자로는 독일 민법 제105조(행위무능력자의 의사표시, 심신상실자의 의사표시), 제108조 제1항(동의없는 미성년자의 법률행위), 제177조 1항(무권대리인의 법률행위) 등이 준용된다.

(2) 意思表示의 瑕疵

공법상 계약을 무효로 하는 공법상의 의사표시의 하자로는 민법 제116조 제2항(진의를 아닌 의사표시를 상대방이 안 경우), 제117조 제1항(통정한 허위의사표시) 등이 준용된다.

(3) 形式上の 瑕疵

계약체결시에 행정절차법 제57조에서 요구하고 있는 문서형식에 위반하거나 다른 법률에서 요구하고 있는 보다 엄격한 형식에 위반되는 경우에는 민법 제125조 제1항의 준용에 의하여 공법상 계약은 형식하자로 무효가 된다. 형식상의 하자의 치유는 민법 제313조 제1항 및 제2항의 준용에 따라 가능하다.

(4) 民法 제134조의 준용가능성

독일민법 제134조는 다른 법률에서 달리 규정하지 않는 한 금지법률(Verbotgesetz)에 반하는 법률행위는 무효가 된다고 규정하고 있다. 이러한 무효사유는 공법상 계약에서는 사법상 계약과 다른 의미를 갖고 있다. 사법에서

32) Obermayer, FS zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofes, 1979, S. 275 ff.

법률적 금지는 계약내용의 형성에 관련하여 원칙적으로 보장된 자유를 제한하는 반면에, 공법에서는 행정의 법률적합성의 원칙에 따라 계약의 내용적 형성의 자유는 법률에 반하지 않는 범위내에서 허용한다. 학설에서는 제59조 제1항에서 민법 제134조가 준용될 수 있는지 여부에 대하여 심각하게 논쟁의 대상이 되고 있다. 법안이유서나 일부의 학설은³³⁾ 종속계약에 있어서 제59조 제2항의 무효사유를 완결규정으로 보고 민법 제134조의 준용을 통하여 이를 확대하는 것을 반대하고 있다. 민법 제134조를 준용하는 경우에는 모든 위법한 공법상 계약은 무효가 되며, 이에 따라 제59조 제2항의 열거적 규율은 무의미하게 된다는 것이 그 주된 논거다. 반면 다수설은 행정의 법률적합성의 원칙과 개인의 권리보호의 관점에서 제134조의 준용을 요구하고 있다.³⁴⁾ 다수설은 모든 강행법규가 민법 제134조의 의미의 금지규정에 해당하지 않으며, 구체적인 경우에 형량이 요구된다고 주장하고 있다. 이에 대하여 상세한 것은 후술하기로 한다.

(5) 민법 제138조의 준용

공법상 계약에 의하여 합의된 사항이 공서양속에 위반되는 경우에는 민법 제138를 준용하여 계약이 무효가 된다. 이러한 무효사유는 공법상 계약에 있어서는 사법상의 계약에 비하여 현저하게 사소한 의미를 갖고 있다. 민법 제138조는 일반조항으로서 기본법의 가치질서의 표출로서 특별한 중요성이 부여되고 있는 반면, 공법에서는 윤리적 가치는 이미 특정한 헌법규범이나 개별법의 특별규정에 의하여 구체화가 되고 있다. 공법에서 공서양속에 위반되는 계약은 일반적으로 법률적으로 금지되며, 이에 따라 그의 무효는 이미 금지규범의 위반사실로부터 나온다. 종속계약에 있어서는 무효사유가 제59조 제2항에서 도출되지 않는 한 비로소 민법 제138조의 준용이 가능하다고 할 것이다. 여타의 공법상 계약에 있어서는 그 비윤리성이 특정한 법규정에 근거하지 않는 한 민법 제138조를 준용할 수 있을 것이다.

33) Götz, DÖV 1973, S. 299 ; Maurer, JuS 1976, S. 494.

34) Schenke, JuS 1977, S. 281; Bleckmann, NVwZ 1990, S. 362; Scherzberg, JuS 1992, S. 205; Frank, DVBL 1977, S. 682; Gusy, DVBL 1983, S. 1222.

(6) 민법 제306조의 준용

불가능한 급부를 대상으로 하는 공법상 계약은 민법 제306조를 준용하여 무효가 된다. 종속계약에 있어서는 계약상대방인 개인의 급부가 법적 또는 사실상으로 불가능한 경우에만 무효가 된다. 이에 대하여 행정청의 급부에 대하여는, 민법 제306조의 준용이 가능하지 않다. 왜냐하면 행정행위는 그가 위법하고 불가능한 급부를 대상으로 하고 있다고 할 지라도 항상 그 발급 자체는 가능하기 때문이다. 여타의 공법상 계약에 있어서는 모든 계약당사자의 급부는 법적으로 사실상으로 불가능할 수가 있으며, 이에 따라 민법 제306조의 준용이 가능하다.

3. 行政節次法 제59조 제2항의 無效事由

행정절차법 제59조 제2항은 행정행위 대신에 체결되는 공법상 계약, 즉 종속계약을 그 대상으로 하여 네 가지 무효사유를 규정하고 있다.

(1) 제59조 제2항 제1호

제59조 제2항 제1호는 상응된 내용의 행정행위가 무효인 경우에는 종속계약을 무효로 규정하고 있다. 여기서 상응된 행정행위란 행정청이 그 발급 또는 불발급에 대하여 계약상으로 의무지워지는 행정행위를 의미한다. 행정행위의 발급의무가 부과되는 경우에도 행정청이 유효하게 발할 수 없는 경우에는(예: 관할위반의 이유로) 공법상의 계약은 무효로 된다.

(2) 제59조 제2항 제2호

제59조 제2항 제2호는 상응된 내용의 행정행위가 행정절차법 제46조에 해당하지 않는 절차나 형식상의 하자로 위법할 뿐만 아니라³⁵⁾ 이것이 계약상대방

35) 독일 행정절차법 제46조는 절차나 형식상의 하자가 실체적 결정에 전혀 영향을 주지 않는 것이

에게 알려진 경우에 당해 계약을 무효로 규정하고 있다. 위 규정은 계약당사자의 담합을 통하여 위법하게 된 행정행위(제1호와 행정절차법 44조에 따라 무효가 아닌)가 존속력을 갖는 것을 방지하는 목적을 갖고 있다. 동 규정은 계약체결자가 의도적이거나 또는 의식적인 협력속에서 공법상 계약의 방법으로 우회적으로 위법한 법률효과를 발생시키는 경우에 법률우위를 확보하기 위한 것이다. 계약당사자의 인식은 바로 그들에게 의도된 법률효과의 위법성에 확대된다. 담합적 행위가 있는 경우에는 계약의 존속은 처음부터 그의 남용적인 행사 때문에 정당화되지 못한다.

여기서 무효는 다음의 요건하에서 발생된다.

① 공법상 계약에 근거하여 발급된 행정행위가 절차상으로 그리고 형식상으로 하자가 있어야 한다. 여기서 하자는 계약체결시에 나타난 그러한 하자를 의미하며, 행정행위의 발급시에 비로소 나타나는 하자는 이에 해당하지 않는다. 또한 하자는 행정절차법 제46조에 의하여 행정행위의 취소를 정당화시키지 않는 그러한 절차나 형식상의 하자에 근거하여서는 안 된다.

② 계약을 체결하는 자가 합의된 행정행위의 위법성을 인식하여야 한다. 여기서 너무 엄격한 기준이 요구되어서는 안 된다. 합의된 행정행위가 법질서에 의하여 위반될 가능성이 있고 당사자가 이를 수인함으로써 충분하다. 위반된 법규정 및 하자의 정도에 대한 인식은 요구되지 않는다. 위법성의 인식은 모든 계약당사자에게 존재하여야 한다. 여기서는 계약당사자가 다른 당사자의 결정의 위법성을 인식하는 것은 반드시 요구되지 않는다. 위법성 인식에 결정적인 시점은 계약체결시점이다.

(3) 제59조 제2항 제3호

제59조 제2항 제3호는 화해계약에 있어서 특별한 무효사유를 규정하고 있다. 동 규정은 화해계약의 요건이 존재하지 않고 상응된 내용을 가진 행정행위가 단지 행정절차법 제46조의 의미의 절차나 형식상의 하자를 이유로 위법하지 않

명백한 경우에는 그러한 절차나 형식상의 하자를 이유로 하여 취소소송의 본안에서 행정행위를 취소할 수 없다고 규정하고 있다.

은 경우에 공법상 계약은 무효가 된다. 이 규정은 화해계약의 체결시에 존재하는 법률위반의 위험을 최소한도로 제한시키는 것을 목적으로 하고 있다. 이에 따라서 모든 화해계약은 계약상으로 합의된 행정행위가 제3호의 의미에서 위법한 경우에 무효가 된다. 제3호의 무효사유가 존재하기 위하여는 다음의 요건이 충족되어야 한다.

① 행정절차법 제55조의 의미의 화해계약, 즉 상호간의 양보를 통하여 법적 인 또는 사실상의 불확실성을 제거하는 것을 목적으로 하는 종속계약이 존재하여야 한다.

② 화해계약의 체결의 요건이 충족되지 말아야 한다. 이러한 경우는 법적·사실적 불확실성의 제거를 위하여 화해계약의 체결이 합목적적으로 판단되지 않은 경우에 존재한다.

(4) 제59조 제2항 제4호

제4호는 교환계약에 있어서 무효사유를 규정하고 있다. 동규정은 행정절차법 제56조에 의하여 허용되지 않는 반대급부를 계약상대방에게 약속하게 하는 경우에 계약의 무효를 규정하고 있다. 즉, 제4호는 행정청의 계약상대방을 부당결부금지의 원칙에 반하는 급부요구로부터 보호하고, 공익의 보호를 위하여 이른바 “고권적 행위의 매각”³⁶⁾을 피하려는 목적을 갖고 있다. 제56조에 의하여 허용되지 않는 모든 반대급부는 공법상 계약의 무효를 야기시키기 때문에 그러한 한도에서 법적 안정성의 원칙보다 실질적 정의의 원칙에 우월성을 부여하고 있다. 실무상 대부분의 종속계약이 교환계약에 해당됨을 고려할 때, 위법한 공법상 계약의 유효성에 대하여 제기되는 이의는 그만큼 설득력이 약화된다고 할 것이다.³⁷⁾ 제4호의 무효사유가 존재하기 위하여는 제56조 제1항의 교환계약이 존재하여야 하며, 반대급부가 전체적인 상황을 고려할 때 상당성을 결여하거나 또는 행정청의 반대급부와 실질적 관련성이 없어야 한다.

36) Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 140.

37) Obermayer, aaO, S. 288.

4. 公法上 契約의 部分無效

행정절차법 제59조 제3항은 민법 제139조와 행정절차법 제44조 제4항의 규율을 참조하여 언제 공법상 계약의 부분적 무효가 계약 전체의 무효를 야기하는지 또는 무효부분을 제외한 잔여계약이 유효할 수 있는지에 관하여 규정하고 있다. 제59조 제3항이 적용되기 위하여는 ① 무효인 부분과 무효가 아닌 부분이 하나의 공법상 계약에 속하여야 하며, ② 무효가 계약의 한 부분에만 관련되고, ③ 무효에 관련되지 않은 잔여부분이 여전히 독자적인 공법상의 계약으로서의 의미가 있어야 한다.

계약의 잔여부분에 대한 유효성의 요건이 충족되지 않은 경우에는 계약전체가 무효가 된다. 공법상 계약이 무효인 부분이 없이 체결될 수 있다고 인정되는 경우에 잔여계약은 유효하게 된다. 이러한 인정은 물론 계약당사자의 추정적 의사에 상응하여야 한다. 여기서 계약당사자들이 계약대상에 관련하여 잔여내용을 갖는 계약을 체결할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 그러한 전제가 타당한지는 모든 상황과 그와 관련된 이익들의 고려하여 결정하여야 한다.³⁸⁾ 행정청의 추정적 의사는 항상 공공복리에 결부되기 때문에 이러한 공공복리는 잔여부분의 계약의 인정을 통하여 침해되어서는 안 된다. 그것은 잔여부분이 무효가 아니라고 할지라도, 위법하거나 또는 행정절차법 제60조 제1항 제2호에 따라 행정청의 해지권한이 주어지는 경우에 해당될 것이다.

5. 제59조 제1항과 제2항과의 관계

행정절차법 제59조의 해석에 있어서 어려운 문제는 제59조 제1항과 제2항의 관계와 그리고 제2항이 어느 정도로 종속계약에 대한 특별규율을 담고 있는지의 문제에 관련되고 있다. 제59조 제2항은 종속계약의 무효를 행정청의 급부와 계약상대방의 반대급부의 위법성의 관점에서 중국적으로 규율하고 있다. 여기서 언급되지 않은 하자가 종속계약을 무효화 한다면 제1호 내지 제4호의 규정은 의미가 없을 것이다. 법률에 언급된 단어 “더욱이”라는 용어는 종속계약에

38) Obermayer, aaO, S. 289; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 59, Rdn. 29.

있어서 제1항의 무효사유에 제2항의 무효사유가 추가되어야 한다는 의미는 아니라, 공법상 계약의 무효판단에 있어서 제1항 이외에 제2항도 적용되어야 한다는 것을 의미한다. 제2항의 적용을 통하여 제1항의 적용범위가 변경되거나 배제되는 것은 아니다. 제1항의 적용가능성은 제2항의 유보하에 있기 때문에 종속계약의 유효성이 제1호 내지 제4호의 관점에서 문제가 되는 경우에는 제1항의 적용은 배제된다. 예를 들어 공서양속에 위배되거나 불가능한 급부를 대상으로 하는 종속계약은 제59조 제2항이 적용되지 않는 경우에 비로소 제59조 제1항의 적용대상이 된다.

합의된 계약내용에 따라 행정청이 발하여야 하는 행정행위나 계약상대방의 급부가 금지법률에 위배된다면, 계약의 무효는 제59조 제1항 및 민법 제134조가 아니라 우선적으로 제59조 제2항에 따라 판단된다. 공서양속위반은 제59조 제2항에 따라 행정행위나 반대급부만을 위법하게 하는 것이 아니라 계약자체를 위법하게 하는 경우에 비로소 제59조 제1항 및 제138조에 따라 공법상 계약을 무효로 한다.

V. 行政節次法 제59조의 違憲性與否에 대한 論爭

위에서 설명한 바와 같이 행정절차법 제59조는 공법상 계약을 일정한 위법사유에 한정하여 무효로 규정하고 있고, 여타의 위법사유에 대하여는 그 유효성을 전제로 하고 있다. 이와 같은 제59조의 규율은 법치행정의 원리와 기본법 제19조 제4항에서 요구하고 있는 흠결없는 권리구제와 관련하여 심각한 논쟁이 제기되었다.

1. 批判的 見解

비판설은 제59조의 규율은 행정행위의 하자에 관한 효과에 관한 규율, 즉 행정절차법 제43조 및 제44조와 비교할 때 타당성이 결여하고 있다고 지적하고 있다. 위법한 행정행위는 우선적으로 유효성을 인정받으나, 행정청은 직권으로 취소할 수 있으며, 상대방인 개인은 행정쟁송을 통하여 취소시킬 수가 있다. 이

에 대하여 위법하고 유효한 공법상 계약에 대하여 행정청은 제61조 제2항을 제외하고 해제 및 해지권을 행사할 수 없으며, 계약상대방인 개인 역시 행정쟁송을 통하여 다룰 수 없다. 이러한 결과는 파국적일 수밖에 없다. 공법상 계약이 행정행위와 동가치적인 행위형식으로 인정받고 있는 오늘날에 있어서 행정청은 행정행위 대신에 공법상 계약으로 도피하게 될 뿐만 아니라 의회에서 제정된 법률은 행정청과 개인의 합의에 의하여 훼손될 우려가 존재한다. 이에 따라 위법한 공법상 계약의 유효성은 법치행정의 원리와 개인의 권리보호의 관점에서 수인할 수 없다고 비판을 받았다.

(1) 基本法 제19조 제4항

개인의 위법한 공법상 계약의 유효성에 대한 이의는 무엇보다도 기본법 제19조 제4항과 관련하여 제기되었다.³⁹⁾ 비판설은 무효가 아닌 위법한 공법상 계약에 대하여는 하자있는 행정행위와 비교할 때, 어떠한 권리구제의 가능성이 존재하지 않는 바, 이것은 기본법 제19조 제4항과 합치되지 않는다고 주장한다. 기본법 제19조 제4항은 행위형식에 불문하고 권리보호를 부여하며,⁴⁰⁾ 이에 따라 위법한 공법상 계약을 사법통제로부터 벗어나게 하는 것은 허용되지 않는다. 위법한 공법상 계약의 유효성의 문제점은 단순히 제소가 배제되는 것에 있는 것이 아니라, 오히려 실체법적 차원에서 존재하고 있다. 일부 학설에 따라 기본법 제19조 제4항에 대하여 단지 소송법적인 의미만을 부여한다면, 위법한 공법상 계약은 그의 보호영역 밖에 존재하게 된다. 그러나 동 규정에 최소한도 실체법의 放射的 效力을 인정한다면 달리 판단하여야 한다. 왜냐하면 기본법 제19조 제4항의 기초가 되는 것은 어디까지나 실체법이기 때문이다.⁴¹⁾ 위법한 공법상 계약에 대하여는 제59조의 규정을 제외하고는 어떠한 실체법적인 제재가 결부되고 있지 않는 바, 이를 통하여 소송법상의 권리구제의 실체법적 기초가 결여되고 있다.

39) Götz, DÖV 1973, S. 302.; Schenke, JuS 1977, S. 281; Erichsen, in : Erichsen, Allg. VerwR, S. 417.

40) Schenke, aaO, Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 332.

41) Schenke, aaO, S. 284.

(2) 結果除去請求權의 意味

위법한 공법상 계약의 유효성의 인정에 대하여는 더욱이 헌법상으로 보장된 결과제거청구권의 관점에서 이의가 제기되고 있다. 결과제거청구권은 이미 실무상 행정행위에 의하여 야기된 위법한 결과의 제거로부터 사실행위에 의하여 야기된 결과의 제거로 확대되었다. 이에 따라 결과제거청구권은 개인의 자유권을 침해하는 위법한 계약상의 의무부담에도 당연히 적용되어야 한다. 왜냐하면 공법상 계약에 의한 의무부과는 다른 고권적 행위와 마찬가지로 공권력의 행사로 보아야 하기 때문이다.⁴²⁾ 행정주체를 위한 새로운 행위형식의 개발은 개인의 권리보호의 축소와 결부되어서는 안 된다. 오늘날 자유권보호는 공권력에 의한 침해형태가 아니라, 그의 침해의 효과에 초점을 두어야 한다는 이미 지배적인 견해가 되었다. 즉 자유권보호는 고전적인 명령과 강제수단에 의한 침해에 한정되는 것이 아니라, 이른바 간접적 또는 사실상의 자유권침해에도 확장되고 있다. 변화된 기본권이해에 따라 결과제거청구권은 개인의 자유권을 침해하는 위법한 계약상의 의무부과에도 당연히 적용되어야 할 것이다. 이에 따라 결과제거청구권은 위법한 공법상 계약에 있어서 개인에게 공법상 계약의 무효를 주장하거나 최소한도 계약을 소멸시킬 가능성을 부여한다. 결과제거청구권의 관점에서 제기되는 제59조의 위헌성은 동 규정이 개인의 법적 영역을 합헌적으로 제한하는 경우에만 피할 수 있다. 위법한 계약상의 의무부담이 유효성을 인정받기 위하여는 자유권 침해가 그 내용, 목적 및 범위에 있어서 법률에 의하여 충분히 구체화되어야 한다. 그러나 제59조의 규율은 이러한 구체성과 명확성이 결여되고 있다.

(3) 行政의 法律適合性の 原則

① 法律優位の 原則

법률우위의 원칙은 행정청과 개인 간에 합의에 의하여 내려진 계약상의 규율이 법률에 이탈하는 것을 금지하고 있다. 물론 이것은 법률 그 자체가 공법상

42) Schenke, aaO, S. 284.

계약에 규범이탈적인 효력을 부여하는 경우에는 그러하지 않다. 이러한 경우에는 계약에 의하여 야기된 법률효과는 법률에 근거하기 때문에 행정의 법률적 합성의 원칙과 어떠한 충돌이 나타나지 않는다. 그러나 이러한 의사는 법치행정의 원리의 헌법적인 효력때문에 법률에서 명확하게 표현되어야 한다. 더욱이 공법상 계약에 대하여 법률의 무제한적인 후퇴는 결코 허용되지 않는다. 이에 따라 특정한 경우를 제외하고 개괄적으로 위법한 공법상 계약의 유효성을 전제하고 있는 제59조는 법률우위의 관점에서도 이의가 제기될 수밖에 없다.

② 法律留保의 原則

다른 한편 법률유보의 원칙은 입법자에 의하여도 극복할 수 없는 한계에 해당한다. 공법상 계약에 의하여 법률규정을 무제한하게 변경할 수 있도록 백지수권을 부여하는 것은 법률유보의 원칙에 의하여 구현되고 있는 의회의 지도적 역할의 포기를 의미한다. 비록 법률유보의 원칙이 공법상 계약에 있어서 제한적으로 적용될 수밖에 없다고 할지라도 개인의 자유영역을 침해하는 공법상 계약에 있어서는 그 내용이 법률규정에 이탈되는 경우에는 충분히 구체화된 수권을 필요로 하고 있다. 급부행정영역에 있어서는 물론 이러한 수권의 구체화가 보다 관대할 수가 있다. 그러나 급부행정의 영역에 있어서는 위법한 공법상 계약의 유효성의 무제한한 인정은 허용되지 않는다. 의회민주주의 원칙에 따라 법률유보의 원칙은 근본적인 의미가 있는 모든 급부에 확대되어야 한다. 제59조는 이러한 관점에서 이의를 벗어날 수가 없다.

③ 동의에 의한 위법한 공법상 계약의 유효성의 인정

일부의 학설은 위법한 공법계약의 유효성은 계약상 규율에 대한 계약당사자인 개인의 동의에 의하여 정당화 될 수 있다고 주장한다. 그러나 동의가 위법성을 조각한다는 원칙은 계약상 규율이 그의 유효성에도 불구하고 여전히 위법하게 존재하기 때문에 설득력이 없다. 더욱이 기본권은 개인의 자유로운 의사에 의하여 포기될 수 있다는 논거는 타당성이 없다. 기본권포기를 인정하는 입장은 극단적인 개인주의적인 기본권관에 입각하고 있는 바, 이는 오늘날의 지배적인 기본권이해에 반하고 있다.⁴³⁾ 기본권의 포기가능성을 인정한다고 하더

라도, 여기서 요구되는 포기의 자발성이 문제가 되는 바, 이러한 자발성은 현대 산업사회에 있어서 허구적인 성격만을 갖게 되는 경우가 빈번하다. 오늘날 모든 국가의 기본권에 관련된 행위는 입법자에 의한 정당화를 필요로 하는 바, 그것은 기본권주체의 동의가 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 비록 기본권에 의하여 보장된 자유에는 자신의 결정을 근거로 자신을 스스로 구속하는 가능성이 포함된다고 하더라도, 국가와 관계에 있어서는 그러한 형태의 자유의 축소의 허용성과 범위는 법률로 규정되어야 한다. 이것은 특히 우월한 의사를 갖는 행정청에 의하여 개인이 기망되고, 도구화될 위험성이 큰 공법상 계약에 있어서 더욱 적용된다고 할 것이다.

④ 신뢰보호의 원칙에 의한 위법한 공법상 계약의 유효성

위법한 공법상 계약의 유효성은 신뢰보호의 원칙에 의하여 허용되어야 한다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 그러나 신뢰보호의 원칙은 단지 국가의 위법한 급부의무의 구속력이 문제가 되는 경우에만 고려된다. 신뢰보호원칙을 개인의 위법한 계약상의 급부의무에 적용하는 것은 동 원칙의 목적을 근본적으로 왜곡하는 것이다. 개인에 대한 국가의 위법한 급부의무는 사실상 신뢰보호의 원칙의 관점에서 행정의 법률적합성의 원칙을 완화시킬 수가 있다. 그렇다고 하여 신뢰보호의 원칙에 대하여 행정의 법률적합성의 원칙은 일괄적으로 후퇴될 수 없는 것이다. 행정의 법률적합성의 원칙의 후퇴를 정당화하기 위하여 특별한 신뢰보호의 요건이 입증되어야 하며, 이러한 경우는 그렇게 빈번하게 발생되지 않는다. 왜냐하면 공법상 계약은 개인의 급부의무를 내용으로 하는 경우가 대부분이며, 이것은 국가의 급부의무와는 달리 신뢰보호의 지위를 발생시키지 않기 때문이다. 이에 따라 위법한 계약의 유효성을 신뢰보호의 원칙에 의하여 개괄적으로 정당화 시키는 것은 타당성이 없다.

⑤ 行政行爲의 瑕疵效果의 유추적용

또한 일부의 학설은 법적 안정성으로부터 도출되는 위법한 행정행위의 원칙

43) Sturm, FS Geiger, 1974, S. 173 ff.; Erichsen, in : Erichsen, Allg. VerwR, S. 408.

44) Frank, DVBL 1977, S. 684; Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 59, Rdn. 1 ff.

적인 유효성의 논거를 공법상 계약의 원칙적인 유효성에 적용하고 있으나 타당성이 없다고 할 것이다. 왜냐하면 행정행위의 유효성은 판결과 유사한 인식행위로서 행정행위의 특수한 성격에 기인되고 있기 때문이다.⁴⁵⁾ 또한 위법한 행정행위의 유효성은 잠정적이며 행정청에 의한 일방적인 취소에 의하여 그 시정이 이루어진다. 여기서 행정청은 개인의 어떠한 보호가치있는 신뢰가 형성되지 않는 경우에 위법한 행정행위를 취소하여야 한다. 반면, 위법하고 유효한 공법상 계약에 대하여는 행정절차법 제62조를 제외하고 행정청에게 어떠한 시정기회가 주어지지 않는다.

⑥ pacta sunt servanda의 원칙에 의한 공법상 계약의 유효성

정부의 이유서 및 상당수의 학설에서 주장하는 바와 같이 위법한 행정계약의 유효성을 계약기속의 원칙(pacta sunt servanda)에 의하여 근거지우는 견해⁴⁶⁾ 역시 타당성이 없다. 우선 계약기속의 원칙이 과연 헌법상의 원칙에 해당하며, 이에 따라 행정의 법률적합성의 원칙을 제한할 수 있는지 의문이다. 이러한 원칙을 법치국가에 근거를 두고 있는 실질적 정의의 원칙으로 근거지우는 견해가 있다. 그러나 계약기속의 원칙은 계약의 유효성에 대하여 어떠한 것도 이야기하지 않으며, 단지 유효한 계약의 법률효과에 대하여만 언급하고 있을 뿐이다. 사법에 있어서도 계약상의 규율이 법률에 의하여 제한을 받고 있으며, 이것은 계약자유의 원칙이 제한되는 공법 영역에서는 더욱 그러하다.

2. 肯定的 見解

위와 같은 비판설에 대하여 상당수의 학설은 위법한 공법상 계약의 원칙적인 유효성에 대하여 긍정적인 입장을 취하고 있으며, 행정절차법 제59조의 규율에 대하여는 행정의 법률적합성의 원칙과 효과적인 권리구제의 관점에서 헌법상의 이의가 존재하지 않는다고 반박하고 있다.⁴⁷⁾

45) Renck, NJW 1970, S. 737 ff.

46) BT-Dr VII/910, S. 81; Frank, aaO, S. 684; Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 59, Rdn. 1 ff.

47) Frank DVBL 1977, S. 687; Obermayer, aaO, S. 278; Fluck, Die Verwaltung, 1989, S. 198.

(1) 行政의 法律適合性の 原則

우선 행정절차법은 제55조(화해계약)에서 볼 수 있는 바와 같이 공법상 계약의 내용형성에 있어서 규범을 이탈할 수 있도록 규정하였기 때문에 행정의 법률우위의 원칙에 대한 이의는 존재하지 않는다. 마찬가지로 법률유보의 원칙에 대한 위반 역시 부인된다. 왜냐하면 제59조는 단순히 위법한 계약의 하자의 효과에 대하여만 규정하였을 뿐 위법한 계약을 체결할 수권을 포함하고 있지 않기 때문이다. 비판자들은 행정절차법 제59조에서 한정적으로 규정된 경우를 제외하고는 위법한 공법상 계약은 무효나 취소가능성으로 이끌지 않기 때문에 동조항은 법치국가적인 관점에서 수인할 수 없다고 주장하고 있다. 그러나 중대하고 명백하지 않은 하자가 있는 경우에 공법상 계약의 유효성을 인정하는 것이 왜 법치국가에 대한 위협에 해당하는지 이해할 수가 없다. 입법자는 행정행위와 마찬가지로 중대하고 명백한 하자의 형식을 선택함으로써 법치국가의 기대가능성의 한계를 세심하게 설정하였다. 이러한 한계 내에서는 위법한 공법상 계약은 법적 안정성의 원칙과 계약기속의 원칙(*pacta sunt servanda*)에 따라 유효한 것으로 수인되어야 한다.⁴⁸⁾ 그렇지 않다면 공법상 계약의 행위형식은 그가 내포한 위험성 때문에 효용성을 상실하게 될 것이다. 특히 종속계약은 기능상 행정행위를 대체하는 계약이기 때문에, 유효성요건과 관련하여 행정행위와 동일하게 규율하는 것은 법치국가원리의 관점에서 문제가 되지 않는다. 경미한 법률위반에 있어서는 계약내용에 대한 양 당사자의 합의 때문에 취소에 대한 어떠한 필요성이 존재하지 않는다.

입법자는 중대한 하자만을 무효로서 제재를 하면서 이를 필요한 범위내에 한정시켰다. 입법자는 한편으로 유효한 공법상 계약과 무효인 계약에 대하여 명확한 기준을 제시하였으며, 다른 한편으로 판례에 의하여 그동안 고수되어온 행정의 법률적합성의 원칙의 무제한 관철에 대하여 반대하였다. 사법영역과는 달리 공법상 계약의 체결은 개인에게 불확실한 출발과 더불어 하나의 모험에 해당한다. 종래의 판례의 입장에 따라 행정의 법률적합성의 원칙을 엄격하게 고수하는 경우에는 그는 사소한 하자의 경우에도 무효를 예견하여야 한다. 그

48) Frank, aaO, S. 685.

가 이미 급부를 이행한 경우에는 사후에 그에게 부여되는 보상청구권은 빈번하게 그의 계약상의 위험을 수인할 수 있기에 충분하지 못하다. 왜냐하면 개인에게는 공법상의 계약에 구체적으로 준수되어야 하는 행정법규정들에 대하여 상당한 정도로 무지하기 때문이다. 행정절차법 제59조의 규율과 더불어 공법상 계약에 대한 국민의 신뢰는 현저하게 상승되었다. 이에 따라 행정청은 더 많은 활동의 여지를 갖게 되었으며, 종래와 같이 일방적인 고권적 규율에만 의존할 필요가 없게 되었다. 입법자는 행정청과 개인 양쪽 당사자에게 공법상 계약에 대한 고양된 이익의 조건을 창설하였다. 개인의 입장에서서는 행정행위와 같이 더 이상 행정청의 일방적인 취소나 철회가능성을 예견할 필요가 없다. 특히 행정청은 행정행위와 비교할 때, 상대방의 쟁송제기의 위험으로부터 완화되고 종래 빈번하게 발생되어온 사업계획의 수인할 수 없는 지연을 방지할 수 있을 것이다. 행정청과 개인은 예견할 수 없는 경미한 법률위반에 있어서 계약상으로 합의된 내용의 무효의 위험을 두려워 할 필요가 없다. 공법상 계약에 있어서 발생하는 분쟁의 해결은 의사결정의 초기단계로 이전된다. 계약내용의 형성에 있어서 계약당사자에게 주어진 영향력은 이후의 개인적인 권리구제의 배제를 보완한다.

(2) 基本法 제19조 제4항의 違反

① 위법하나 유효한 공법상 계약을 다룰 법적 수단이 존재하지 않는다는 사실은 또한 기본법 제19조 제4항에 반하지 않는다. 연혁적으로 볼 때에, 헌법제정자는 기본법 제19조 제4항의 규율에 있어서 오토마이어의 행정법체계에 영향을 받으면서 단순히 일방적·고권적 작용을 전제하였다. 기본법 제19조 제4항은 우선적으로 개인에게 이러한 일방적인 고권적 작용에 대한 방어기회를 부여하는 것을 목적으로 하고 있다. 기본법 제19조 제4항의 권리보호의 보장은 그러한 한도에서 국가의 일방적인 규율권에 대한 보완이며 보상이다. 이에 대하여 행정작용이 일방적 고권적 규율에 의하여 행하여지는 것이 아니라 개인의 협력을 요구하는 곳에서는 사후적 권리구제를 필요로 하지 않는다. 공법상 계약의 체결에 있어서 당사자는 대등한 차원에서 교섭을 한다. 당사자는 자신의

권리가 침해받을 우려가 있는 경우에는 계약체결에 강제되지 않는다. 그러나 그가 이의 없이 계약을 체결한다면 위법한 공법상 계약에 대한 자신의 기속은 행정청의 일방적인 의사에 근거하는 것이 아니라, 양 계약당사자의 합의에서 나오는 것이다.⁴⁹⁾ 공법상 계약의 체결에 있어서는 제19조 제4항에서 요구되는 고권적 행위가 존재하지 않으며 이에 따라 헌법상의 권리구제의 결정적인 요건이 충족되지 않는다고 주장한다.⁵⁰⁾

② 공법상 계약의 체결에 있어서는 전통적으로 행정행위의 발급 후에 제소기간 내에 행정소송의 제기를 포기하는 것과 동일하게 간주되었다. 이에 대하여 비판설은 기본법 제19조 제4항의 기본권포기는 허용되지 않거나 또는 개인의 계약상의 의사표시는 유효한 포기의 요건을 일반적으로 충족시키고 있지 않으며, 특히 계약당사자인 개인은 자신이 무엇을 포기하는지에 대하여 구체적으로 인식하지 못한다고 지적하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 위에서 설명한 바와 같이 기본법 제19조 제4항은 공법상 계약에 적용되지 않을 뿐만 아니라, 적용을 인정한다고 하더라도 행정절차법 제59조는 제19조 제4항의 유효한 제한에 해당된다고 할 것이다. 입법자에 의한 기본법 제19조 제4항의 제한가능성은 행정행위의 존속력에 관한 규정에서 이미 입증되고 있다. 행정소송법 제70조, 제74조에 따라 행정심판과 행정소송은 제소기간이 경과된 경우에는 더 이상 제기할 수 없다. 이러한 권리보호의 제한은 권리보호의 포기의 사상에서 도출되는 것이 아니라, 법치국가원리의 법적 안정성의 원칙에 근거하고 있다. 법적 안정성의 원칙에 따라 개인이 자신의 권리를 방어하는데 충분한 가능성을 갖는 조건하에서 기간설정을 통하여 권리보호의 제한을 가하는 것은 기본법 제19조 제4항에 반하지 않는 것이다. 마찬가지로 자신에 대한 부담적 법률효과의 발생이 완전히 자신의 의사에 의한 경우에도 권리보호의 제한이 허용된다고 하여야 할 것이다.⁵²⁾ 행정절차법 제59조는 위법한 공법상 계약에 대한 권리보호의 허용되는 제한을 포함하고 있으며, 이에 따라 위법한 공법상 계약의 원칙적인 유효성은

49) Frank, aaO, S. 686.

50) Fluck, aaO, S. 198; Obermayer, aaO, S. 278.

51) Götz, aaO, 298 ff.; Schenke, aaO, 281 ff.

52) Martens, JuS 1978, 607; Frank, DVBL 1977, S. 682.

문제되지 않는다고 하여야 할 것이다.⁵³⁾

“공법상 계약에 있어서 명시적으로 표현된 당사자의 동의에 대하여는 행정행위에 대한 취소소송의 포기라든지 또는 기간 내에 제소의 부작위와 거의 동일한 비중이 부여된다”는 Stein의 지적은⁵⁴⁾ 입법자에 의하여 선택된 해결방안을 설득력있게 조명하고 있다. 행정행위는 개인에게 강요되며, 그것이 위법한 경우에는 개인은 그에 대하여 취소소송을 통하여 방어할 수 있다. 그에 반하여 계약의 체결은 관련된 개인의 자유로운 의사결정에 근거하고 있다. 개인은 미리 계약체결시점에서 계약에 대한 자신의 이의를 제기할 수 있다. 그는 이러한 이의가 제거되도록 계약에 영향을 줄 수가 있거나 또는 아예 계약을 포기할 수가 있다. 개인이 위법성을 알면서 계약을 체결한 경우에 비로소 슈타인의 지적이 타당하다는 비판은⁵⁵⁾ 설득력이 없다. 개인이 계약대상이나 그것의 법률효과에 대하여 부분적인 착오에 빠졌다면, 그는 행정절차법 제62조 및 민법 제119조에 따라 취소권을 행사할 수가 있다. 반면 그가 위법성을 완전히 인식하면서 계약을 체결하였다면 그는 더 이상 보호할 가치가 없는 것이다.

③ 행정소송법은 위법하나 무효가 아닌 행정행위에 있어서도 상대방으로 하여금 언제든지 이것을 문제삼을 수 있도록 하지 않고, 오히려 권리보호를 위한 기간을 설정하였다. Schenke는 결과제거청구권을 무효인 경우뿐만 아니라 위법하나 유효한 계약에도 적용할 것을 주장함으로써 동 청구권의 한계를 명확하게 함이 없이 계약의 유효성에 대한 개인의 처분가능성을 확대하였다. 그뿐만 아니라 결과제거청구권이 공법상 계약에 적용이 될 수 있다는 주장은 동 청구권의 연원에 비추어 의심스럽다. 결과제거청구권은 행위의 위법성이 아니라 위법한 결과의 제거를 목적으로 하고 있다. 왜 이것이 행정행위를 대체하는 공법상 계약에 있어서 달리 적용되어야 하는지 납득이 되지 않는다.⁵⁶⁾ 더욱이 계약의 체결에 있어서는 결과제거청구권의 성립요건이 되는 자유권에 대한 일방적

53) Fluck, aaO, S. 198.

54) Stein, AöR 86, 321.

55) F. Weiß, Der Öffentliche-rechtliche Vertrag, im Musterentwurf eines
Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1963, S. 72.

56) Frank, aaO, S. 686.

인 고권적 침해가 결여된다. 이에 따라 논리적으로 위법한 공법상 계약의 무효는 결과제거청구권제도로부터 나오지 않는다고 비판설을 반박하고 있다.⁵⁷⁾

VI. 헌법적합적 해석을 통한 행정절차법의 존속

이와 같은 행정절차법 제59조를 둘러싼 치열한 논쟁과정에서 다수설은 헌법적합적인 해석을 통하여 동 규정의 존속을 시도하였다.⁵⁸⁾ 우선 다수설은 행정절차법의 규율을 행정의 법률적합성의 원칙과 법적 안정성의 원칙의 타당한 형량으로 보고, 아울러 법치행정의 원리에서 도출되는 헌법적인 이의를 민법 제134조의 유추적용과 제59조 제2항의 확대해석을 통하여 완화시켰고, 이러한 입장은 판례에 의하여도 반영되었다.⁵⁹⁾

1. 行政의 法律適合性の 原則과 法的 安定性の 原則의 타당한 형량

입법자는 공법상 계약의 하자의 효과와 관련하여 종래에 지배적이었던 위법한 계약의 무효이론도 또한 일부의 학설에 의하여 주장된 즉 행정행위의 하자 규율에 따라 중대한 하자에 결부된 무효와 단순위법에 결부된 취소가능성의 구분방식을 채택하지 않았다. 그는 제59조에서 오히려 고유한 제재규율을 선택하였다. 그에 따르면 단지 특정하게 고양된 위법성의 경우에만 공법상 계약을 무효로 인정하였으며, 여타의 위법한 공법상 계약은 제한없는 기속력을 인정하였다. 동 규정에 대한 법치행정의 원리와 기본법 제19조 제4항에서 요구하는 흠결없는 권리구제의 관점에서 이의제기는 나름대로 타당성이 있다. 그러나 행정의 법률적합성의 원칙은 행정에 대한 법률기속의 명령이외에 위법한 행정작용의 효과에 대하여 어떠한 구체적인 기준을 마련하고 있지 않다. 동 원칙으로부터 기껏하여야 적절한 제재규율을 통하여 법률기속의 효과적인 관철에 대한 원칙적인 지지를 얻어낼 수 있을 뿐이다. 하자의 종류와 심각성 및 침해된 규범

57) Obermayer, aaO, S. 280.

58) Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 59, Rdn. 1 ff.; Kopp/Raumsauer, VwVfG, § 59, S. 1 ff.; Scherzberg, JuS 1992, S. 205 ff.; Bleckmann, NVwZ 1990, S. 362.

59) BVerwG DVBL 1990, 438; BVerwGE 89, 7; BVerwG NVwZ 2000, 1285.

의 보호목적에 따른 제58조 이하의 세분화된 규율은 입법자에게 부여된 형성의 여지를 이탈하지 않는다.⁶⁰⁾

헌법에 의하여 보장된 사법적 권리보호의 기능은 효과적인 실체법상의 제재 체계(유효, 무효)를 전제로 하고 있다. 기본법 제19조 제4항은 행정작용의 하자의 효과에 관한 규율체계를 헌법에서 의도된 권리보호수준을 고려하여 형성하도록 하는 입법자에 대하여 요구하고 있다. 기본법 제19조 제4항은 행정작용의 하자의 효과에 관한 실체법적 규율에 대한 선제효과를 나타내고, 실체법상의 권리침해에 대하여 제재가 없도록 하는 것을 금지시킨다. 그러나 기본법 제19조 제4항으로부터 입법자에 의하여 제재가 되는 위법성의 종류와 범위에 대한 종국적인 규율을 도출하는 것은 우선적으로 기본법 제19조 제4항의 절차법적인 의미를 오해하고 법적 안정성과 신뢰보호를 통한 권리보호의 상대화를 고려하지 않도록 한다.

입법자는 결코 공법상 계약에 존재하는 모든 위법사유에 대하여 계약의 무효나 취소가능성을 규정하고, 이에 따라 실질적 정의의 원칙에 대하여 법적 안정성의 원칙보다 일방적인 우월성을 부여하도록 의무지워지지 않는다. 일정한 경우에 위법한 행정행위가 유지되어야 하고 취소되어서는 안 되는 것과 같이, 한편으로 행정의 법률적합성의 원칙과 다른 한편으로 신뢰보호의 원칙 및 계약기속의 원칙과의 형량은 행정의 법률적합성의 원칙에 일방적인 우월성을 부여하지 않는다. 행정절차법 제59조는 위법하지만 무효가 아닌 공법상 계약을 법적으로 존속력 있게 하고, 이에 따라 계약당사자와 행정청의 급부에 대한 법적 근거가 될 수 있도록 하였다. 반면, 심각한 절차 및 형식상의 하자를 포함하여 모든 본질적이고 중대한 법률위반은 무효에 이르기 때문에 공법상 계약으로의 도피 및 그를 통한 위법한 행정작용의 법치국가적으로 참을 수 없는 수인으로 이끌게 된다는 비판은 타당성이 없다고 할 것이다. 제59조의 규정은 계약기속의 원칙과 행정작용의 적법성에 대한 타당한 형량의 결과로서 평가되어야 하며 이에 따라 결론적으로 행정절차법에 대한 이의제기는 설득력이 없다는 것이 다수설의 입장이다.

60) Scherzberg, aaO, S. 213.

2. 民法 제134조의 準用

일부의 학설은⁶¹⁾ 행정절차법 제59조 제1항의 범위 내에서 민법 제134조를 준용하는 것을 부인하고 있다. 공법상 계약의 무효는 행정절차법 제59조 제1항과 제59조 제2항에서 일반법과 특별법의 관계에 따라 완결적으로 규율되고 있다. 만일 민법 제134조가 준용된다면, 금지법률에 위반되는 모든 공법상 계약은 무효가 되며, 이에 따라 종속계약의 무효사유에 대하여 한정적으로 규율하고 있는 행정절차법 제59조 제2항은 의미가 없게 된다는 것이 그 논거로 주장되고 있다. 아울러 부정설은 자신의 논거를 행정절차법안의 이유서에서 찾고 있다.

이에 대하여 다수설은⁶²⁾ 제59조가 헌법상의 법치행정의 원리와 기본법 제19조 제4항에 위반되는 것을 피하기 위하여 민법 제134조의 준용을 주장하였다. 이미 행정절차법의 제정전에도 민법 제134조가 준용되어 왔는 바, 입법자가 이로부터 이탈하기를 바라다면 이를 명확하게 표현하여야만 하였다. 특히 대등계약의 무효는 오로지 행정절차법 제59조 제1항의 사유에서만 주어지는 바, 여기서 민법 제134조의 준용이 부인된다면 위법한 대등계약은 거의 제재가 없게 될 것이다. 행정청은 제한없이 대등계약을 통하여 법률을 침해할 수 있으며, 이것은 행정의 법률적합성의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 입법자에 의하여 의도되지 않은 결과가 될 것이다. 대등계약에 있어서 민법 제134조의 준용이 불가피하다면, 이것은 행정절차법 제59조 제1항에서 함께 규율되고 있는 종속계약에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다. 또한 행정절차법 제59조 제2항으로부터 민법 제134조의 제한이 도출될 수가 없다. 제59조 제2항의 문구는 제59조 제2항 제1호 내지 제4호가 존재한다면, 공법상 계약은 “더욱이” 무효라고 규정하고 있다. 이것은 제59조 제1항의 무효범주의 확대를 의미한다. 반대설은 제59조 제2항을 민법 제134조의 특별규정으로 또는 금지법률의 제한으로 보고, 민법 제134조가 적용되는 경우에는 제59조 제2항에서 특별한 무효사유를 열거하는 것은 의미가 없다고 한다. 그러나 이러한 주장은 모든 위법한 공법상 계약이 금지법률의

61) Götz, DÖV 1973, S. 299; Maurer, JuS 1976, S. 494.

62) Schenke, aaO, S. 281; Bleckmann, aaO, S. 362.; Scherzberg, aaO, S. 205.; Frank, aaO, S. 682; Gusy, DVBL 1983, S. 1222; BVerwGE 89, 7; 92, 56; 98, 58.

위반에 해당하는 경우에 비로소 설득력을 갖는 것이다. 그러나 민법에 있어서 모든 위법한 계약이 동시에 금지법률의 위반을 의미하지 않는 것과 같이, 모든 위법한 공법상 계약이 금지법률을 위반하는 것이 아니다. 제59조 제2항은 양당사자에 의하여 의도적으로 체결되었으나 동시에 금지법률의 위반에 해당하지 않는 그러한 계약에 있어서 의미가 있는 것이다.

이러한 해석의 타당성은 제59조의 체계적 해석에도 합치된다. 행정절차법 제54조에 따라 공법상 계약과 행정행위는 상당한 범위에서 대체될 수 있기 때문에 위법한 공법상 계약에 민법 제134조를 적용하지 않을 경우에는 행정청에게는 공법상 계약을 선택함으로써 상당한 정도로 위법한 행정행위에 대한 제재를 피할 가능성이 부여된다. 이러한 문제점은 민법과 비교하면 명확하여진다. 사적 자치가 지배하는 민법에서도 강행법규의 위반은 대부분 계약을 무효로 이끄는 반면, 공법에서는 개인의 계약상의 의무가 위법하다고 하더라도 유효하게 취급될 수밖에 없다. 이에 따라 공법상 계약에는 민법상 계약보다 유효성의 범위가 훨씬 더 넓게 인정될 수밖에 없다. 민법 제134조의 준용과 관련하여 제59조에 대한 정부의 입법이유서는 결정적인 논거가 되지 못한다. 행정절차법 제59조 제1항에 대한 법안이유서는 명확하지 않을 뿐만 아니라, 연혁적 해석은 현대법학에 있어서 그 의미가 점차 상실되고 있다. 무엇보다 헌법합치적 해석이 민법 제134조의 준용에 대한 결정적인 논거를 제시한다. 그렇지 않은 경우에는 법률은 그의 범위에서 개관할 수 없는 정도로 계약상의 규율에 후퇴될 수밖에 없다.

민법 제134조가 제59조 제1항에 준용된다면, 언제 이러한 의미의 금지법률이 존재하는지 문제가 된다. 이에 대한 답변은 민법 제134조에서 도출되지 않으며 오히려 공법상 계약의 위법성을 근거지우는 법규범의 의미와 목적에서 찾아야 한다.⁶³⁾ 모든 강행법규가 민법 제134조의 의미의 금지규정에 해당되지 않는다. 민법 제134조의 준용에 따라 공법상의 모든 강행법규의 위반을 무효로서 간주하는 경우에는, 제59조 제2항의 특별한 무효요건의 열거는 의미가 없게 될 것이다. 여기서 강행법규가 존재하는 것으로 충분하지 않으며, 오히려 계약당사자의 존속보호의 이익의 고려속에서, 강행법규의 보호목적이 이에 이탈하는 내용

63) BVerwG DVBL 1990, 438; BVerwGE 89, 7.

의 공법상 계약의 무효를 요구하고 있는지를 물어야 한다. 여기서 당해 규범이 공법상 계약에서 의도된 법률효과의 발생을 부인하는지, 또는 법률효과의 발생의 방식만을 부인하고 있는지는 중요한 관점을 제공한다.⁶⁴⁾ 비록 이러한 기준은 명확하지 않다고 하더라도 그의 개방성은 행정절차법 제59조의 하자규율에 대하여 제기된 헌법상의 이의를 헌법에 적합한 해석의 방식으로 고려하는 것을 가능하게 한다. 즉, 민법 제134조의 준용에 있어서 입법자에 의하여 의도된 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙의 형량을 행하고 그리고 하자있는 계약의 제한된 무효의 원칙을 적합한 방식으로 고려하는 것이 가능하게 될 것이다.⁶⁵⁾

금지법률의 범위에는 개별법의 규정뿐만 아니라 헌법규정도 당연히 포함된다. 특히 자유권은 국가권력의 침해에 대하여 개인의 자유영역을 보호하기 때문에 헌법상의 금지법률에 해당한다.⁶⁶⁾ 기본권해석의 모든 새로운 발전에도 불구하고, 자유권은 최소한도 방어기능, 즉 금지내용을 제시한다는 점에서 어떠한 이의가 존재하지 않는다. 자유권의 이러한 방어기능은 일반적으로 국가의 일방적인 행정작용에 적용되어 왔다. 그러나 행정절차법 제54조 제2항에 따라 공법상 계약은 기능적상으로 행정행위를 대체하기 때문에 자유권은 민법 제134조의 의미의 금지법률에 해당된다고 보아야 한다. 만일 그렇지 않다면 행정행위에서 허용되지 않는 기본권침해는 공법상 계약의 형식으로 행하여질 수 있을 것이다.

공법상 계약에 의한 자유권침해는 보다 상세한 고찰을 요구한다. 한편으로 자유권은 개인에게 이를 행사할 수 있는 자유를 보장한다. 개인이 그의 자유를 어떻게 행사하는가는 법률의 범위 내에서 그에게 맡겨져 있다. 다른 한편으로 자유권은 국가의 활동영역에 관하여 실질적이고 형식적인 한계를 설정한다. 국가는 개인의 기본권보호영역을 침해하여서는 안 되며, 그가 이를 원하는 경우에는 법률의 근거를 필요로 한다. 국가가 공법상 계약의 방식으로 법률의 허용된 범위를 넘어서서 개인의 자유를 침해한다면 바로 이러한 근본적인 요청에 반하는 것이다. 기본권이 국가권력을 법에 의하여 허용된 한계를 넘어서서 개

64) Scherzberg, JuS 1992, S. 212; Schenke, aaO, S. 288.

65) Scherzberg, JuS 1992, S. 212; Weyreuther, FS W. Reimers, S. 383 ff.

66) Gusy, DVBL 1983, S. 1227.

인에 부담적으로 행사되는 것을 금지시킨다면, 기본권을 행정절차법 제59조 제1항 및 제134조의 의미의 금지규범으로 성격화하는 것에 반대되지 않는다.

이러한 결론은 개인은 공법상 계약에 동의하고 그러한 한도에서 그의 기본권을 포기하였다는 이유에서 이익이 제기되고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 공법상 계약에 있어서 개인의 동의라는 요소는 기본권보호영역에 대한 국가의 침해를 정당화 할 수 없는 것이다. 비록 개인은 자신에게 부여된 자유를 임의적으로 행사할 수 있다. 그렇다고 하여 이러한 상황은 국가의 지배영역의 확대를 의미하는 것은 아니다. 개인이 그의 기본권을 행사하지 않는다고 할지라도, 국가는 법률적으로 허용된 범위 이상의 침해에 대한 권한을 갖는 것이 아니다. 즉, 개인이 자신의 권리를 포기한다고 하더라도 이는 국가의 행위영역의 확대를 의미하는 것은 아니다. 특히 사적 자치가 지배하는 민법과는 달리 공법상 계약에 있어서는 자신의 권리에 대한 처분가능성의 필연적 요건인 법적인 자발성이 결여되는 경우가 빈번하다. 국가의 우월적 의사를 근거로 선언된 동의는 기본권적으로 보호되고 있는 자유와 평등에 대한 침해를 정당화 시킬 수가 없는 것이다. 공법상 계약이 양 당사자의 합의에 의하여 체결된다는 특수성은 계약내용의 대등한 형성을 보장하지 못한다. 이에 따라 방어적 권리로서 기본권을 제134조의 의미의 금지규범으로서 부인할 수 있는 어떠한 논거도 발견하지 못한다.⁶⁸⁾

3. 行政節次法 제59조 제2항의 擴大解釋

다수설은 제59조 제2항에 의하여 포섭되지 않는 위법한 공법상 계약을 동 조항의 확대해석 및 유추해석을 통하여 무효화함으로써 법치행정의 원리에 부합하도록 노력하였다.

(1) 個人에게 違法한 負擔을 부과하는 公法上 契約

우선 개인에게 위법한 의무부과를 내용으로 하는 위법한 공법상 계약 중의

67) Göldner, JZ 1976, S. 355.

68) Schenke, aaO, S. 288; Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswodrigkeit, 1982, S. 33 ff.

일부는 제59조 제2항의 확대 및 유추해석을 통하여 무효를 도출할 수 있을 것이다.

① 예를 들어 행정청이 자신의 판단에 따르면 도로상에 위법하게 설치된 가판대를 발견하였다고 하자. 행정청은 1년 동안 철거명령을 발하지 않을 의무를 부담하고, 이에 대하여 가판대의 소유자는 1년 이내에 그것을 철거할 의무를 부담하는 교환계약을 체결하였다. 이후에 가판대설치의 적법성이 밝혀진다면, 행정절차법 제59조 제2항 제4호의 확대해석을 통하여 철거의무의 무효를 인정할 수 있을 것이다. 개인은 철거의무가 없기 때문에 제56조 제1항 단서에 따라 이러한 반대급부를 계약내용으로 하여서는 안된다.

그러나 위 사례에서 계약상으로 행정청에게 부작위의무가 부과되지 않고, 단지 그의 부작위를 개인의 계약상의 의무부담의 조건으로 내용으로 하는 공법상 계약을 체결하였다고 가정하자. 이제 1년이 지난 후에 소유주가 가판대설치의 적법성을 주장한다면, 상황판단은 보다 어렵게 된다. 여기서는 국가의 계약상의 의무가 존재하지 않기 때문에 제56조의 의미의 교환계약이 결여되고, 이에 따라 제59조 제2항 제4호는 직접 적용이 안된다. 그러나 이 경우에 개인의 계약상의 열악한 지위 때문에 제59조 제2항 제4호의 유추해석이 요구된다. 그렇지 않은 경우에는 행정청에게는 제59조 제2항 제4호를 회피하는 길이 열리게 된다. 이러한 공법상 계약에 있어서는 행정청의 상응된 반대급부가 존재하지 않기 때문에 계약존속에 대한 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다.⁶⁹⁾

② 화해계약의 범위 내에서 화해대상과 어떠한 실질적 관련성이 없는 위법한 급부에 대하여 개인이 계약상으로 의무지워지는 경우에 해당 계약의 유효성 여부가 문제가 된다. 여기서는 해당 계약이 교환계약에 해당하지 않기 때문에 제59조 제2항 제4호가 직접 적용이 되지 않는다. 그러나 여기서 개인의 반대급부는 국가의 급부와 어떠한 실질적인 연관관계가 있지 않기 때문에 행정절차법 제56조 제1항 단서 및 제59조 제2항 제4호의 유추적용을 통하여 위 계약의 무효를 인정할 수 있을 것이다.

69) Schenke, aaO, S. 287 ff.

③ 한편 교환계약에 있어서 비록 행정절차법 제56조의 요건이 충족된다고 할 지라도 개인의 계약상의 의무의 위법성이 다른 이유에서 나온다면 계약의 무효는 이상 제59조 제2항 제4호에 근거지을 수 없다. 무효여부의 판단은 단지 제59조 제1항에 따라 민법 제134조의 준용을 통하여만 가능할 것이다. 여기서 개인이 공법상 계약의 위법성을 알고 있는 경우에는 계약존속에 대한 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다.

(2) 개인의 違法한 受益을 내용으로 하는 계약

(국가의 위법한 계약상의 급부의무) - 61조 1항 2문의 적용

여기서는 위법한 건축허가의 발급, 조세의 위법한 면제, 평등의 원칙에 반하는 보조금급부 등을 내용으로 하는 공법상 계약을 생각할 수 있을 것이다. 이들 경우에는 제59조 2항 제1호에 따라 상응된 행정행위의 내용이 중대하고 명백한 경우에만 무효가 된다. 그러나 언제 그러한 무효사유가 존재하는지 명확하지 않으며, 이에 따라 이러한 경우에는 일반적으로 계약은 유효하고 존속력을 갖게 된다. 물론 개인의 위법한 수익을 내용으로 하는 공법상 계약의 경우, 이에 대한 개인의 신뢰는 보호되어야 할 것이다. 그러나 개인의 신뢰보호를 위하여 제59조 제2항은 위법한 수익적 공법상 계약을 일괄적으로 유효화 될 수는 없는 것이다. 제59조 제2항은 위법한 수익적 규율에 대한 개인의 특별한 신뢰가 있는 경우뿐만 아니라 개인이 그 위법성을 알고 있거나 또는 수익을 전혀 신뢰하여서는 안되는 경우에도 위법한 계약의 유효성을 인정하고 있다. 이는 행정의 법률적합성의 원칙과 관련하여 심각한 이의가 제기될 수밖에 없다.

이에 따라 국가의 위법한 계약상의 급부의무에 대한 개인의 신뢰가 보호가치가 없는 경우에는 국가로 하여금 이러한 의무로부터 벗어나도록 하는 가능성을 부여한다면 여기서 발생되는 문제점을 상당히 제거하게 될 것이다. 행정절차법 제60조 제1항 제2문이 그에 대한 해결방안을 제공한다. 동 조항은 행정청에게 공공의 복리를 위하여 중대한 손해를 방지하거나 제거하기 위하여 계약의 해제 및 해지권을 부여한다. 일부의 학설에서는 동 조항은 계약체결 이후에 발생한 사실관계에 대하여만 적용된다는 견해를 취하고 있는 바,⁷⁰⁾ 이러한 견해는 타

당성이 없다고 할 것이다. 계약체결 후에 비로소 공공복리에 중대한 손해의 발생 또는 위험이 발생하였다면, 해제 및 해지권은 이미 동법 제60조 제1항 제1문으로부터 나온다. 제60조 제1항 제2문을 계약체결 이후에 발생한 사유에 제한시킨다면 제60조 제1항 제1문은 의미가 없거나 불필요하게 될 것이다. 이에 따라 동 규정은 공공복리에 대한 중대한 손해가 이미 계약당시에 존재한다는 것을 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 행정청의 해제·해지권행사는 개인의 신뢰가 보호가치가 있는 경우에는 행정절차법 제48조 제3항(행정행위의 취소규정)을 유추적용하여 보상청구권을 발생시킬 것이다. 이에 따라 이미 계약체결 시에 제60조 제1항 제2호의 요건이 충족되는 경우에 위법하고 유효한 행정계약의 해제 및 해지가 허용된다고 할 것이다. 그렇다고 하여도 이러한 방식으로 행정의 법률적합성의 원칙은 충분히 관철될 수 없다. 왜냐하면 개인의 위법한 수익을 내용으로 하는 모든 공법상 계약에 있어서 공공복리에 심각한 손해가 임박하거나 위험이 존재하지 않기 때문이다. 이러한 방식으로 개인의 위법한 계약상의 수익의 유효성의 문제점을 충분히 해결할 수 없다면, 개인의 신뢰가 보호가치가 있는 위법한 공법상 계약의 유효성을 인정하고 여타의 경우에는 민법 제134조의 준용을 통하여 무효로 하는 것이 타당한 해결방안이 될 것이다.

VII. 違法한 公法上 契約의 法的 效果

공법상 계약이 무효에 해당한다면 그것은 계약당사자의 급부나 이행청구권의 근거로서 탈락한다. 무효인 공법상 계약이 이미 이행되었다면, 급부관계는 원상회복관계로 전환되며, 공법상의 부당이득반환청구권을 발생시킨다. 누구든지 공법상 계약의 무효를 주장할 수 있으며, 다만 예외적으로 신의성실의 원칙에 의하여 제한된다. 공법상 계약의 무효 여부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 확인소송을 통하여 다툴수 있거나 또는 일반적 이행소송 범위 내에서 부수적으로 심사될 수 있다.⁷¹⁾

한편, 무효인 계약을 근거로 이미 행정행위가 발하여졌다면, 행정행위가 자동

70) Ule - Becker, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, 1964, S. 65 ff.

71) Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG* § 59 Rn. 12.

적으로 무효가 되지 않는다. 그러한 행정행위가 무효인지, 취소될 수 있는지, 또는 적법한지는 행정절차법 제44조를 따른다.⁷²⁾ 일반적으로 계약의 무효는 행정행위를 위법하게 만들며, 그에 대하여는 행정절차법 제48조(직권취소)가 적용이 가능하다. 행정청이 무효인 계약을 근거로 행정행위를 발하였고, 그 무효를 사후에 알게 되었다면 그는 원칙적으로 취소의 의무가 있다. 여기서 일반적으로 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다. 법질서가 공법상 계약을 부인하고, 그의 존속에 대한 신뢰가 보호되지 않는다면 그의 이행행위는 그와 무관하게 존재할 수 없는 것이다. 이에 따라 신뢰보호의 원칙과 그에 관련된 보상은 적용되지 않는다.

이에 대하여 위법하나 무효가 아닌 공법상 계약이 유효하고 존속력이 있으며, 그의 이행행위 또는 행정행위의 발급의 근거가 된다. 이러한 경우에 계약 당사자의 해제·해지권이나 철회 및 취소권은 원칙적으로 존재하지 않는다. 위법한 공법상 계약의 원칙적인 유효성은 급부에 대한 권리와 의무의 성립근거 및 그의 집행을 목적으로 하는 이행행위의 기준이 되지 않는다면 상당한 정도로 그 의미를 상실하게 될 것이다. 공법상 계약은 그를 이행하는 행위에 대한 법적 근거가 되며, 그것이 상위법에 위반된다고 하더라도 계약에 적합한 행위는 적법하게 된다.⁷³⁾ 이에 따라 행정청은 위법한 계약에 근거하여 발하여진 행정행위를 행정절차법 제48조에 따라 취소할 수가 없다. 왜냐하면 공법상 계약의 유효성은 행정행위의 적법성을 결과하기 때문이다.⁷⁴⁾

VIII. 結 語

공법상 계약과 행정의 법률적합성의 원칙과의 관계는 오랜 기간동안 논쟁이 되어왔다. 이 문제는 한편으로 공법상 계약의 가능성과 다른 한편으로 공법상 계약의 내용형성을 구별함으로써 명확하게 답변될 수 있다.

우선, 공법상 계약의 가능성에 대하여는 법률우위의 원칙이 제한없이 적용된

72) Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 59 Rn. 12.

73) Fluck, aaO, S. 196.

74) Obermayer, aaO, S. 278.

다. 행정청은 법령이나 일반적인 법원칙에 위배되지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있다. 이에 대하여 공법상 체결을 위하여 법률유보의 원칙은 적용되지 않는다는 것은 지배적인 견해이다. 공법상 계약은 당시자의 합의에 의하여 체결되며, 계약체결에 대한 상대방의 동의는 법률의 수권을 불필요하게 만든다.

공법상 계약의 내용형성에 있어서도 법률우위의 원칙은 적용된다. 행정청에 의하여 약속된 급부나 반대급부는 법률에 위반되어서는 안 된다. 강행법규의 이탈은 법률에서 그 면제나 예외를 명시적으로 규정한 경우에 허용된다. 재량규범 역시 행정청에 대하여 무제한한 결정의 자유를 허용하지 않으며, 계약당사자의 의무는 재량규범에 의하여 추구된 입법목적의 범위 내에 있어야 한다. 이에 대하여 공법상 계약의 형성에 있어서 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부는 심각하게 논쟁이 되어왔다. 일부의 학설과 판례는 계약상의 의무부담에 대하여는 계약당사자의 자발적인 합의 때문에 법률의 근거가 불필요하다는 입장을 취하고 있다. 그러나 이른바 기본권포기이론은 오늘날 타당성이 없는 것으로 비판받고 있다. 오히려 다수설에 따르면 개인의 계약상의 의무부담은 그것이 법률의 위배되지 않는 한 헌법에서 보장하는 기본권행사에 해당한다. 계약상의 의무부담이 기본권적으로 허용되는 자유행사에 해당하는 한, 그것은 기본권침해에 해당하지 않으며, 이에 따라 법률의 근거를 요하지 않는다. 물론 이것은 계약상의 기속이 관련된 기본권의 객관적 조정기능에 반하지 않고, 행정청의 의사의 우월성에 의하여 개인의 의사결정의 자유가 침해되지 않으며, 또한 계약내용에 의하여 제3자의 권리가 침해되지 않을 것을 전제로 한다.

공법상 계약의 하자에 관한 규율에 있어서 한편으로 행정의 법률적합성의 원칙과 다른 한편으로 법적 안정상의 원칙 및 계약기속의 원칙과의 형량이 요구된다. 독일 연방행정절차법 제59조는 행정의 법률적합성의 원칙과 계약기속의 원칙의 타협적인 의미에서 중도의 해결방안을 제시하고 있다. 제59조는 특정하게 고양된 위법사유가 있는 경우에만 공법상 계약의 무효를 인정하고, 여타의 위법한 공법상 계약의 경우에는 제한없는 기속력을 인정하고 있다. 이러한 행정절차법 제59조의 규율에 대하여는 행정의 법률적합성의 원칙과 흠결없는 권리구제의 관점에서 비판이 제기되었으나, 다수설은 합헌적 해석을 통하여 그 존속을 지지하고 있다. 즉, 제59조 제1항에서는 민법 제134조(금지법률의 위반)

의 준용을 통하여, 제59조 제2항에서는 개별 무효사유의 확대해석 및 유추적용을 통하여 법치행정의 원리에서 도출되는 헌법상의 이의를 완화시키고 있다. 이러한 독일에서의 공법상 계약에 관한 행정절차법의 규율내용과 그를 둘러싼 논쟁은 향후 한국의 공법상 계약에 관한 법제마련에 있어서 입법정책적인 방향을 제시하고 있다.

[논문투고일 : 2009. 5. 30, 논문심사일 : 2009. 6. 18, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]

▶ **주제어** 공법상 계약, 대등계약, 종속계약, 화해계약, 교환계약, 계약기속의 원칙, 기본권포기

■ 참고문헌 ■

- 金南辰, 公法上の 契約, 考試界, 1984, 49면 이하.
- 金大仁, 行政契約에 관한 研究, 2006(박사학위논문).
- 金東熙, 프랑스 행정법상의 행정계약에 관한 고찰, 서울대 法學 제32권 3·4호, 1991, 26면 이하.
- 金炳圻, 獨逸 行政法上 違法的 行政契約과 그 法的 效力, 行政法研究 제3호, 1998, 137면 이하.
- 朴圭河, 行政契約理論과 公法上 契約理論, 考試研究, 1993. 4, 62면 이하.
- 鄭夏重, 行政法概論, 法文社, 2009.
- Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.
- Bleckmann, Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages, NVwZ 1980, S. 601 ff.
- Bullinger, Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, 1962.
- Ericksen, in : Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998.
- Frank, Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBL 1977, S. 682 ff.
- Götz, Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, DÖV 1973, S. 298 ff.
- Göldner, Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, JZ 1976, S. 352.
- Gusy, Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern, DVBL 1983, S. 1222 ff.
- Henke, Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts, DÖV 1985, S. 41 ff.
- Imboden, Der verwaltungsrechtlicher Vertrag, 1958.
- Kopp/Raumsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2000.
- Maurer, Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten, DVBL 1989, S. 798 ff.
- O. Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR 3, 1888, S. 3 ff.
- Obermayer, Der nichtige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59 VwVfG,

Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, 1979, S. 275 ff.

Renck, Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, JuS 1971, S. 77 ff.

Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags, 1958.

Schenke, Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, JuS 1977, S. 281 ff.

Scherzberg, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205 ff.

Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 33 ff.

Stein, Der verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR 86, 320 ff.

Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl, 2001,

G. Sturm, in : Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, FS für W. Geiger, 1974, 173 ff.



Zusammenfassung

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der öffentlich-rechtliche Vertrag

Ha-Joong Chung

(Professor, Sogang University Law school)

Das Verhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlichen Vertrag und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann mit der Unterscheidung zwischen der Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages und der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages klar erklärt werden. Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs gilt unbegrenzt für die Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Demgegenüber gilt der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes nicht. Für die inhaltliche Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Vertrages gilt der Grundsatz des Gesetzesvorrangs auch. Eine Abweichung von den zwingenden Gesetzes ist zulässig, wenn das Gesetz eine Befreiung oder eine Ausnahme ausdrücklich vorsieht. Im Ermessensnorm müssen die vertraglichen Verpflichtungen sich innerhalb der gesetzlichen verfolgten Zwecksetzungen halten. Umstritten ist aber die Geltung des Gesetzesvorbehaltesprinzips für die inhaltlichen Gestaltung des Vertrages. Nach der heutigen herrschenden Meinung bedeuten die vertraglichen Verpflichtungen des Bürgers den Grundrechtsgebrauch, soweit es den Gesetzen nicht widerspricht. Soweit es ein grundrechtlicher zulässigen Freiheitsgebrauch bedeutet, fordert es nicht die gesetzlichen Regelungen. Demgegenüber gilt der Vorbehaltesprinzip, wenn die vertraglichen Verpflichtungen den objektiven Steuerungsfunktionen des betreffenden

Grundrechts widerspricht, oder der Bürger zum Vertragsschluß gezwungen wird, oder der Grundrecht des Dritten berührt wird.

Bei der gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Rechtsfolgen der rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Vertrages bedeutet § 59 BVwVfG eine Kompromislösung zwischen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit. Nach § 59 BVwVfG führen die besonderen qualifizierten Rechtsverstöße zur Nichtigkeit des Vertrages und kommt den übrigen rechtsfehlerhaften Vereinbarungen uneingeschränkte Verbindlichkeit zu. In Bezug auf diese Regelung setzt die Meinungen aus dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des lückenlosen Rechtsschutzes auseinander. Die herrschende Meinung unterstützt § 59 durch die verfassungskonforme Auslegung. Die gesetzliche Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im BVwVfG und Auseinandersetzungen hinsichtlich § 59 BVwVfG zeigen die rechtspolitische Richtung für die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in Korea.

▶ Key words öffentlich-rechtlicher Vertrag, koordinationsrechtlicher Vertrag, subordinationsrechtlicher Vertrag, Vergleichsvertrag, Austauschvertrag, Grundrechtsverzicht