

확약

확언, 확약의 개념

- 확언 - 행정주체가 사인에 대해 장래에 일정한 행정작용을 행하거나 행하지 않겠다고 약속하는 공법상 자기구속의 의사표시
- 확약 - 행정주체가 사인에 대해 특정 행정행위의 발령이나 불발령에 관하여 행하는 공법상 일방적인 자기구속의 의사표시
 - 약속의 대상이 행정행위에 제한
 - 확언의 하위개념

구별개념

		확약
단순고지	구속력이 없는 단순한 특정사실 또는 법적 상태에 대한 행정청의 고지	일정한 행정작용에 대한 구속적 의사표시
예비결정 구분허가	다단계행정결정의 단계적 절차로서 종국결정 시설일부에 대한 중간단계적 허가인 부분허가와 구별	특정한 행정행위에 대한 약속
가행정행위	행정행위를 잠정적으로 확정하는 효력을 가짐	특정 행정행위에 대한 약속에 불과, 종국적인 의사표시 아님
내부결정	내부적인 효력만을 가짐	사인에 대한 대외적 행정행위
공법상계약	복수당사자의 의사의 합치	일방적인 행위
행정지도	사실행위	일정한 법적 효과를 발생시킴

확언, 확약의 법적 성질

- 행정행위 - 행정행위의 개념적 징표들을 대부분 충족하기 때문에 다수설은 행정행위성을 인정
- 독자적인 행위형식으로 보는 견해에 의하면 확약은 일정한 행정행위를 하겠다는 약속
 - 상황이 변하면 사정변경의 원칙에 따라 확약의 구속력이 상실된다는 점에서 행정행위와 구별
- 판례는 처분성 부정

법적 근거

- **실정법 - 일반법 없음**
(명문규정이 없는 경우에 인정될 수 있는지의 여부가 문제됨)
- **학설!**
 - 부정설 - 명문규정 없으면 허용될 수 없음
 - 긍정설
 - 신의칙 내지 신뢰보호가 근거(신뢰보호설)
 - **본처분권한내재설 - 본 처분의 권한에는 확약의 대상이 되는 본행정행위를 확약할 권한도 포함**
 - 확약에 의하여 관계인이 갖는 예견가능성은 헌법상 보호

요건

- 주체 - 정당한 권한을 가진 행정청의 행위
- 내용 - 법의 일반원칙에 부합, 법령에 적합, 명확, 실현가능
- 절차 - 약속의 내용인 본행정행위에 대하여 이해관계인의 청문이나 다른 기관과의 협의 등의 절차가 필요한 경우에는 따라야 함
- 형식 - 규정이 없으면 구두가능, 문서가 원칙

효과

- 일반적 효과 - 상대방에게 통지됨으로써
- 구속력 - 행정청은 이행의무를 부담하고, 상대방은 그 이행을 청구할 수 있음
- 실효, 철회, 취소 가능
 - 확약이 주어진 후 사실 또는 법상태가 변경되면 그 구속성은 별다른 의사표시가 없어도 상실(→)
 - 취소나 철회 가능 (구속성의 사후적인 제거 가능)

- 행정청이 상대방에게 장차 어떤 처분을 하겠다고 확약 또는 공적인 의사표명을 하였다고 하더라도 그 자체에서 상대방으로 하여금 언제까지 처분의 발령을 신청을 하도록 유효기간을 두었는데도 그 기간 내에 상대방의 신청이 없었다거나 확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다.(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결【주택건설사업승인거부처분취소】[집44(2)특,606;공1996.10.1.(19),2874])

권리보호

■ 행정쟁송

- 확약을 이행하지 않는 부작위
 - 의무이행심판 또는 부작위위법확인소송

- 본행정행위의 발령을 거부한 경우
 - 신의칙위반의 거부처분취소소송

■ 손해전보

- 확약의 불이행 또는 위법한 확약 - 손해배상 청구
- 공익상의 이유로 철회, 실효 - 손실보상 인정가능

공법상 계약

행정의 행위형식

행정입법

행정계획

행정행위

공법상 계약

단순고권행정(비권력행위)

공법상 사실행위

행정지도

사법형식의 행정작용

공법상 계약의 개념

- 비권력적 행위이면서도 법적 행위
- 공법상 효과의 발생을 목적으로 하는 복수당사자의 의사의 합치에 의해 성립되는 공법행위
- 성질
 - 공법상의 법률효과를 내용으로 함
 - 행정법의 영역에서 이루어지는 계약적 규율

■ 기능

- 행정을 개별적, 구체적 사정에 따라 탄력적으로 처리하게 함(오늘날 행정이 복잡해짐에 따라 정형적인 행정만으로 적절한 행정을 하기 어려운 경우가 많음)
- 사실관계, 법률관계가 불명확한 경우 해결을 용이하게 함(입법적 불비가 있는 경우 공익의 실현을 위한 행정을 가능하게 함)
- 법률지식이 없어도 교섭을 통하여 계약의 내용을 이해시킬 수 있음
- 반면에, 공법상 계약에 대한 법적 규율 및 재판에 의한 통제에 어려움은 있음

구별개념

		공법상 계약
사법상 계약	사인간의 이해조절	공법상의 권리효과 발생 목적
행정행위	일방이 우월한 지위	대등한 지위
공법상 합동 행위	같은 방향의 의사 합치	반대의사의 합치

법적 성질

■ 공법상 계약의 가능성과 자유성

행정주체와 사인간의 의사합치에 의한 계약성립이 가능한가(가능성)와 그 체결에 법률의 근거가 있어야 할 것(자유성)의 문제가 논의되었지만;

- (부정설) - 종래에는 국가와 사인간에는 계약상 의사의 대등성이 인정될 수 없다는 견해가 지배적이었음
- 긍정설 - 공법상 계약을 권력작용을 보완하는 행정의 행위형식으로 새기기 때문에 법령에 반하지 않는 한 공법상 계약이 인정된다는 것이 오늘날의 통설

공법상 계약도 법률우위의 원칙에 대한 예외가 될 수 없음

■ 한계

- ① 법 위반할 수 없음
- ② 절대적 평등이 요구되는 대량적이고 지속적인 사안에 대해서는(군입대 여부, 복무기간) 가능한 한 행정행위에 의해야 하며;
- ③ 제3자의 권익을 제한하는 내용의 행정행위를 할 것을 내용으로 하는 공법상 계약은 제3자의 동의가 없는 한 인정될 수 없음

공법상 계약의 종류

■ 성질에 따른 구분

대등계약 - 행정주체 상호간, 행정주체와 사인 상호간

- 1) 공공단체 상호간의 사무위탁
- 2) 공공시설의 관리(도로법 23조)
- 3) 경비부담협의(도로법 58조)
- 4) 계약직 공무원 채용계약, 행정사무의 위탁, 특별 행정법관계의 설정 등

종속계약 - 행정주체와 사인간에 성립하는 계약으로
행정행위 대신에 체결할 수 있는 계약

주체에 따른 구분

1) 행정주체 상호간의 공법상 계약

국가와 공공단체 또는 공공단체 상호간

2) 행정주체와 사인간

공물 또는 영조물 이용관계, 행정사무의 위탁

(별정우체국), 보조금지급에 관한 계약

3) 사인 상호간의 공법상 계약

공무수탁사인과 다른 사인간의 계약(토지수용에 있

어 사업시행자와 토지소유자와 관계인과의 협의)

성립요건

1. 주체상 요건 - 정당한 관할권 보유 행정주체
2. 형식상 요건 - 가능한 문서로
3. 절차상 요건 - 의사표시와 계약의 일반원칙
(공법상 계약에는 행정절차법이 적용되지 X)
4. 내용상 요건 - 모든 국민에게 공평하고 평등,
부당결부금지

계약관계의 변경과 하자

- 변경, 해제
 - 공법상 계약도 일정한 경우에 계약내용의 변경이나 해제 및 해지가 인정됨(해제는 소급적, 해지는 장래적)
 - 행정청은 해제의 자유가 있음
 - 사인이 일방적으로 계약관계를 해소하는 건 원칙적으로 인정 X, 그러나 국가에 의해 손실을 입은 사인은 손실보상청구권이 인정됨
- 이행과 강제집행
 - 이행, 불이행에 대해 민법규정 유추적용
 - 계약의 형식을 한 이상 법원의 판결 없이 강제집행 할 수 없음

• 계약의 하자!

- 의사표시 하자의 경우에는 민법상 계약에 관한 규정 적용
- 합의한 공법상 계약내용이 법령에 저촉되는 경우?

→ 행정의 법적합성 vs. 계약내용을 신뢰한 당사자 보호

- 무효로 보는 견해 - 공법상 계약은 공정력이 인정되는 행정행위가 아니므로 취소라는 개념은 있을 수 없고 전부 무효
- 무효 또는 취소
 - 하자가 명백하면 무효, 하자가 비교적 경미하고 당사자가 이를 인식하고 합의했다면 취소로 봄
 - 위법이 계약의 일부에만 존재하면 위법부분만 분리가능, 위법부분 없이 계약을 체결하지 않았을 것같으면 계약전체가 무효

공법상 계약과 행정소송

- 공법상 계약에 관한 분쟁은 당사자소송으로 해결 가능
- 공법상 계약의 무효확인, 의무확인소송 및 이행을 구하는 소송 모두 당사자소송에 의함
- 공법상 계약에 의한 의무불이행으로 인한 손해배상청구 및 불법행위로 인한 손해배상도 공법상 당사자소송에 의하는 것이 이론적으로 맞지만 실무상으로는 민사소송으로 보고 있음