

# 프랑스行政法上の 行政契約

金 東 熙\*

## <目 次>

序 論	A. 契約自由原則의 制限
I. 行政契約과 行政上契約의 區分	B. 契約當事者平等原則의 制限
A. 概 要	Ⅲ. 行政契約의 履行
B. 區別基準	A. 行政廳의 特權
1. 法定基準	B. 契約의 財政의 均衡原則
2. 判例上の 基準	1. 大公의 行爲理論
Ⅱ. 行政契約의 締結	2. 不可豫見事態理論

## 序 論

行政의 주된 手段은 물론 行政行爲이다. 그러나 프랑스 行政法에 있어서는 이에 못지않게 중요한 比重을 차지하고 있는 것이 非權力的 手段으로서의 行政契約이다.<sup>(1)</sup>

프랑스 行政法上の 行政契約은 獨逸의 行政法上契約 (Verwaltungsrechtlicher Vertrag) 또는 公法上契約 (öffentlich-rechtliches Vertrag)보다 그 範圍가 훨씬 넓고 또한 그 內容도 보다 體系化되어 있는 것으로 보인다.

프랑스 行政法上 行政主體를 一方으로 하고 他行政主體 또는 私人과의 사이에 체결되는 契約이 모두 公法으로서의 行政法의 規制를 받는 行政契約 (contrat administratif)은 아니고 이와 並列적으로 行政上契約 (contrat de l'Administration)이 存在하고 있다. 行政上契約은 그 內容上 私人相互間에 締結되는 契約과 同一한 것으로 그 締結廳 및 節次에 관한 극히 制限的인 公法上の 規制를 除外한다면 全적으로 私法에 의하여 規制되고 또한 그 爭訟은 一般司法裁判所의 管轄로 되어 있다.

이러한 行政上契約으로서의 協議에 의한 土地買入, 國有雜種財産의 賣却, 特定行政職員에 관한 勤勞契約, 地方自治團體에 의한 保險契約 등을 들 수 있다. 또한 商工業의 公役務와 관련되어 체결되는 契約은 原則적으로 行政上契約으로 간주되고 있다.

\* 서울大學校 法科大學 副教授

(1) 이에 관한 基本書는 다음과 같다.

Jèze, *Les contrats administratifs* vol. 3., 1927~1934; A de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, vol. 3, 1956; Péquignot, *Théorie générale des contrats administratifs*, 博士學位論文, Montpellier, 1945; Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, *Mélanges Mestre; Jurisclasseur de droit administratif*.

이러한 行政上契約은 公役務의 私的 管理上의 基本의 手段으로서, 실제 行政上 이 方法이 使用되는 경우는 프랑스에 있어서도 적지 아니한 것이다.

行政契約도 主觀的인 法的地位를 創設하는 意思의 合致라는 점에서는 契約의 一種임에는 틀림없다. 그러나 後述하는 바와 같이 行政契約은 公務員의 必要에 따라 그 締結, 執行 또는 終了의 諸側面에 있어서 一般私法上의 契約과는 다른 公法上의 規制를 받고 있는 것이다.

이러한 行政契約 中에서 傳統的이고 基本的인 類型은 成文法令에 의하여 規制되고 있다. 이러한 成文法令은 行政判例에 의하여 補完되고 있는 것으로, 行政契約에 관한 基本原則은 오히려 判例에 의하여 定立되었던 것이다.

行政契約의 내용은 매우 多様な 것이나 그 典型的인 것으로서는 公土木工事契約, 物品 및 用役納付契約, 公債發行, 公企業特許, 任意的公用負擔 등을 들 수 있다. 이 중에서 公企業特許에 관하여는 部分的인 行政契約의 性格만을 認定하는 學者도 있다.<sup>(2)</sup>

前述한 傳統的인 行政契約에 附加하여 近代以後의 科學·技術의 發達로 自然科學部門의 特定問題에 관한 研究契約, 特定計劃의 事前研究를 내용으로 하는 調査契約 등이 重要한 契約類型으로 등장하게 되었다.

行政作用의 基本手段의 하나로서의 行政契約은 最近에 들어 여러가지 새로운 目的을 위하여 매우 활발하게 使用되고 있다. 例컨대 行政權은 私立學校와의 관계에 있어 그 教育을 一定方向으로 誘導하기 위하여 行政契約手段을 使用하고 있는 것이다.<sup>(3)</sup> 보다 重要한 것으로서 經濟分野에 있어서 專門職團體 또는 私企業과의 관계에서의 行政契約의 機能 또는 役割을 들 수 있다. 이러한 行政契約은 原則적으로 行政命令에 의하게 되는 價格決定制度의 緩和 및 代替手段으로서, 또는 前記한 專門職團體 또는 私企業의 活動을 經濟計劃 또는 國土開發計劃과 附合하도록 誘導하기 위한 目的에서 使用되고 있는 것이다.<sup>(4)</sup> 또한 同一한 目的을 위하여 行政契約을 公企業(計劃契約), 一群의 地方自治團體(都市區域의 現代化를 위한 租稅契約) 또는 特定市(中間市 開發에 관한 契約)와의 관계에서도 使用될 수 있는 것이다.<sup>(5)</sup>

以上으로 行政契約에 관한 序論的 考察을 마지기로 한다.

다음에 本論에서는 우선 行政契約과 行政上契約의 區別問題에 관하여 檢討하고 이어서 行政契約의 締結 및 履行에 관하여 살펴보기로 한다.

## I. 行政契約과 行政上契約의 區分

### A. 概 要

行政契約과 行政上契約의 區別의 實益은 實定制度上 兩者에 대한 適用法規 및 裁判管轄을

(2) Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, 1970, p. 299.

(3) 1959. 12. 31의 法律 및 1971. 6. 1의 法律에 基한 行政契約

(4) 1945. 6. 30의 法律에 基한 行政契約

(5) 1970. 12. 23의 行政命令에 基한 行政契約

달리하고 있다는 점에 있다. 즉 既述한 바와 같이 行政上契約은 基本的으로는 一般私法上の 契約과 同一한 것으로 私法에 의하여 規制되고 또한 그에 관한 爭訟은 一般司法裁判所の 管轄로 되어 있다. 이에 反하여 行政契約은 一般私法과는 그 法原理를 달리하는 行政法의 規制를 받고 또한 그에 관한 裁判管轄은 行政裁判所に 속하고 있는 것이다.

이러한 行政契約과 行政上契約에 관해서는 兩者間的 本質的인 差異를 否認하고 그 差異는 단순히 그 對象의 相異에 基因하는 裁判管轄上的의 것에 不過한 것이라는 主張도 있다. Duguit에 의하면 「私法上の 契約과 行政契約間에는 本質的인 差異는 없는 것으로,」 그것은 「그 本質的인 要素에 있어서는 契約은 항상 同一한 性格과 同一한 效果를 發生하는 것이기 때문이다.」<sup>(6)</sup> 이러한 Duguit의 理論에 의하면 私人相互間에 체결되는 私法上の 契約과 本質的으로 區分되는 意味의 行政契約은 存在하지 아니하며, 다만 그것이 公役務를 對象으로 하기 때문에 行政裁判所の 裁判管轄에 속하는 契約類型만이 存在할 뿐이라는 것이다. 그런데 Duguit에 따르면 이러한 契約과 一般私法上の 契約과의 差異는 後者和 그 商事的目的에 基因하여 商事裁判所の 管轄에 속하는 商事契約과의 差異와 같은 것이라는 것이다.

이러한 Duguit의 主張은 주로 判例에 의하여 그 基本原理가 定立되어 있는 實定制度에 正面으로 背馳되는 것으로 현재 이러한 理論을 채택하고 있는 學者는 거의 없다.

大部分의 學者들은 그에 관한 行政判例에 依據하여 相對的인 것은 하나 行政契約과 行政上契約 내지는 私法契約과의 差異를 인정하고 그에 따라 行政契約의 獨自性을 認定하고 있다.<sup>(7)</sup>

이러한 行政契約과 私法上の 契約과의 相違는 基本的으로는 對立되는 利益의 差異에 基因하는 것이다. 그것은 私法上の 契約에 있어서는 兩契約當事者의 利益은 對等價値를 가지는 것인데 비하여 行政契約에 있어서는 行政主體에 의하여 代表되는 利益은 私益에 대하여 優越的인 地位를 가지는 公益이기 때문이다.

前述한 바와 같이 行政主體가 一方當事者가 되어 체결되는 契約을 그 法的性質에 따라 行政契約과 行政上契約으로 區分하는 경우에 있어 가장 基本的인 問題의 하나는 兩者의 區別基準인 것이다. 그런데 이에 관하여는 뒤에서 具體的으로 檢討될 것이나, 一定의 法定 行政契約을 除하고는 兩者의 區別에 관한 形式的 또는 法定基準은 存在하지 아니하는 것이다. 따라서 兩者의 區別基準은 學說 또는 判例에 의하여 定立되어야 하는 것인 바, 프랑스의 경우는 다른 部門도 그러한 것처럼 行政契約에 관하여도 주로 Conseil d'Etat의 判例에 의

(6) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 44.

(7) 行政契約과 行政上契約間的 差異는 Duguit의 主張과 같이 形式的 또는 裁判管轄上的의 差異에 그치는 것이 아니라 本質的인 差異를 인정하고 이를 理論的으로 體係化한 것은 Jèze教授이었다. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. III, 1926.

다만 行政契約의 獨自性이 認定된다고 해서 이에 대하여는 항상 私法上の 原理와는 다른 行政法이 全的으로 適用되는 것은 아니다. 그 實際에 있어서는 法院이 行政契約에 대하여 私法上の 特定原理를 類推適用하는 경우는 적지 아니한 것이다.

하여 定立되어 있는 것이다. 이러한 判例上的 行政契約과 行政上契約 내지는 私法上的 契約과의 區別基準은 다음의 두 가지이다.

그 첫째는 契約當事者에 관한 것으로 行政契約에 있어서는 적어도 그 一方當事者는 行政主體이어야 하는 것임은 물론이다. 다음에는 選擇的인 基準으로 契約의 內容 또는 目的과 特別條項의 存在 如否에 관한 것이다.

다음에 行政契約과 行政上契約 내지는 私法上的 契約에 관한 區別基準으로서 前述한 法定行政契約 및 判例上 定立된 위의 세가지 基準에 관하여 보다 具體的으로 檢討하기로 한다.

## B. 區別基準

### 1. 法定基準

行政主體가 一方當事者로 되어 있는 一定契約은 法律의 規定에 따라 行政契約의 性格을 가지는 것으로 關係法은 이들 契約에 대하여 行政裁判所의 裁判管轄로 하고 있는 것이다<sup>(8)</sup>. 이러한 行政契約으로서는 公土木工事契約(marché de travaux publics), 國有不動產賣却<sup>(9)</sup> 및 公土木工事に 準하는 것으로 取扱되고 있는 公役務參與契約(offre de concours)과 公物占有 契約을 들 수 있는 바,<sup>(10)</sup> 이들은 行政裁判所(Tribunal administratif)의 管轄로 되어 있다. 이에 反하여 國債에 관한 것은 Conseil d'Etat의 管轄로 되어 있다.<sup>(11)</sup>

### 2. 判例法上的 區別基準

앞에서 檢討한 一定의 法定行政契約을 除外하고는 行政契約과 行政上契約 乃至는 私法上的 契約의 區分은 前述한 判例上 定立된 基準으로서 契約當事者 및 選擇의 基準으로서 契約의 內容 또는 特別條項의 存在 如否에 依據하여 決定된다.<sup>(12)</sup>

#### (1) 契約當事者

前述한 바와같이 特定契約이 行政契約으로서의 性格을 가지기 위해서는 적어도 그 契約當事者의 一方은 行政主體이어야 한다. 따라서 私人 또는 私法人間에 締結되는 契約은 行政契約이 될 수 없는 것임은 물론이다.<sup>(13)</sup> 이것은 Conseil d'Etat의 一慣된 判例로서 同裁判所는 最近에 있어 醫師團體와 社會保障地方金庫間에 締結된 醫療酬價協定에 관하여 이러한 原則을 再闡명한 바 있다.<sup>(14)</sup>

이에 관하여는 管轄裁判所(Tribunal des conflits)도 同一한 原則에 立脚하고 있는 것이다.

(8) 이에 反하여 法定的 私法上契約도 存在하는 바, 士兵의 食事に 관한 契約이 그러한 것이다.

(9) 共和歷 第 8 年 兩月 28 日의 法律

(10) 1938. 6. 17의 行政命令

(11) 1790. 7. 17의 法律 및 1793. 9. 26의 法律

(12) 參照 : Weil, Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés, *Mélanges Siassinopoulos*; Le critère du contrat administratif, *Mélanges Waline*, 1974, t. II.

(13) 그러나 行政主體 相互間에 締結되는 契約이 항상 行政契約의 性質을 가지는 것은 아니다. Sarla會社 判決(C.E., 13 février 1942)

(14) Nord州 齒科醫聯合 判決(C.E., 13 décembre 1963) 프랑스 社會保障制度에 있어서 全國金庫는 公法人인에 反하여 初級 및 地方金庫는 私法人으로 되어 있다.

同裁判所는 私人間에 締結된 特定契約에 있어서 그 一方當事者는 그에 委託된 公役務의 執行者의 地位에 있는 경우에도 그에 대한 行政契約의 性格을 否認하였다.<sup>(15)</sup> 然이나 이러한 基本原則에 대해서는 약간의 例外가 認定되고 있다. 그러한 것으로서 管轄裁判所는 高速道路 建設에 當하고 있는 公私合同會社(société d'économie mixte)와 特定企業間에 締結된 特定契約에 있어서 兩契約當事者가 私法人임에도 不拘하고 同契約은 行政契約이라고 判示한 바 있다.<sup>(16)</sup> 그러나 最近의 判例의 趨勢에 의하면 이러한 例外的 경우는 매우 制限的으로 認定되고 있는 것으로 特定契約이 行政契約으로 看做되는 것은 그 一方當事者가 行政主體의 代理人으로서 그 業務를 遂行하는 경우에 限定되는 것이다.<sup>(17)</sup>

行政主體가 一方當事者인 契約은 行政契約일 수도 있으나 또한 行政上契約이 될 수도 있는 것이다. 換言하면 그것은 必要條件이기는 하나 그것만으로 充分條件이 되지는 못하는 것이다. 따라서 行政主體가 그 一方當事者인 特定契約이 行政契約이 되기 위해서는 다음의 選擇的 條件中의 一者를 充足하여야 한다.

## (2) 契約의 內容 또는 目的

行政主體가 一方當事者로 되어 있는 契約은 그 相對方에 의한 公役務의 執行에의 直接的 參與를 그 內容으로 하는 경우에만 行政契約의 性格을 가지게 되는 것이다. 그것은 이러한 私人的 公役務遂行에의 直接參與는 一般私法契約에서는 볼 수 없는 특별한 것이기 때문이다.<sup>(18)</sup> 이러한 公役務遂行에의 直接參與라는 基準에 관한 基本判例은 「베르맹」夫婦判決이다. 그런데 이 判決은 Conseil d'Etat의 「베르맹」夫婦에 대한 소련避難民收用所에의 食品供給業務의 委託을 그 內容으로 하는 것이었다.<sup>(19)</sup>

「베르맹」夫婦判決에 의하여 定立된 本原則은 以後 여러 分野에 適用되고 있는 바, 例컨데 行政主體와 私人間의 顧用契約에 있어서 그것이 公役務執行에의 直接參與를 內容으로 하는 것인 경우에는 原則的으로 被用者의 職位如何를 不問하고 同契約은 行政契約으로 看做되고 있는 것이다.<sup>(20)</sup>

特定契約이 前述한 要件을 充足하는 경우에는 그 內容上 後述하는 特別條項의 存在 有無를 不問하고 行政契約으로 되어 行政法上의 特別한 法的規制를 받고 또한 그 裁判管轄은 行政裁判所에 속하게 되는 것이다.

(15) Interlat株式會社 判決(C.E., 3 mars 1969)

(16) Peyrot會社 判決(T.C., 8 juillet 1963), 同旨의 Conseil d'Etat의 判決로서는 參照 : Peyrot會社 判決(24 avril 1968)

(17) 「몽펠리에」地區 建設會社 判決(T.C., 7 juillet 1975); Agde 會社 判決(T.C., 7 juillet 1975)

(18) Conseil d'Etat는 特定市가 그 道路를 補修하기 위하여 체결한 火崗岩購買契約은 그것이 私人的 公役務에의 直接的 參與를 內容으로 하는 것은 아니기 때문에 當該契約은 行政契約이 아니라고 判決한 바 있다. 「보즈」火崗岩株式會社 判決(C.E., 31 juillet 1912)

(19) 「베르맹」夫婦 判決(C.E., 20 avril 1956)

(20) Lauthier判決 (C.E., 20 mars 1959)

(3) 特別條項의 存在<sup>(21)</sup>

特定契約은 그 一方當事者가 行政主體이고 또한 公役務에 관한 것인 경우에도 그것이 前述한 바와 같이 契約相對方에 의한 公役務遂行에의 直接參與를 내용으로 하지 아니하는 경우에는 行政契約으로는 되지 아니한다. 그러나 同契約이 一般私法上的 契約에서는 原則적으로 볼 수 없는 特別條項을 內包하고 있는 경우에는 그 契約은 行政契約이 되는 것이다. 그것은 이러한 契約에 있어서는 契約當事者는 一般私法上的 規制를 排除하려는 意思가 있는 것으로 보아야 하기 때문이다.

然이나 어떠한 條項이 特別條項의 性格을 가지는 것인가의 判斷問題가 容易한 것은 아니다. 그것은 私法上的 契約에 있어서도 契約自由原則에 따라 그 契約條項의 內容은 매우 多様한 것이기 때문이다. 이에 관하여 行政判例은 다음의 諸條項을 特別條項으로 보고있다.

우선 그 內容上 私法上으로는 任意同意의 對象이 될 수 없는 契約相對方의 義務를 規定하고 있는 결과 私法上的 契約에는 合法的으로 包含될 수 없는 條項은 行政條項으로 看做된다.<sup>(22)</sup> 또한 契約相對方과의 관계에 있어 行政主體에 대하여 強制執行權, 契約의 任意的 解除權 또는 特別統制權 등의 公權의 特權을 부여하거나<sup>(23)</sup> 또는 行政主體의 契約相對方과 第三者와의 關係에 있어서 手數料徵收權 또는 排他的 權利를 부여하는 등의 契約條項도 特別條項으로 본다.<sup>(24)</sup> 보다 一般的으로는 關係條項이 私法上的 契約에서는 原則적으로 볼 수 없는 公益觀念에 基한 것인 경우에는 同條項은 行政條項으로 看做되는 것이다.<sup>(25)</sup>

最近의 行政判例에 있어서는 特別條項의 觀念이 보다 擴大解釋되고 있는 것으로 特定特別條項이 없는 경우에도 關係契約이 그 全體로서 私法과는 다른 特別한 法的規制를 받고 있는 것으로 判斷되는 때에는 同契約은 行政契約으로 보는 것이다.<sup>(26)</sup>

然이나 前述한 基本原則에는 한가지 중요한 例外가 있다. 그것은 商工業公役務에 관한 것으로 이에 관한 契約은 그것이 特別條項을 內包하고 있는 경우에도 항상 私法契約으로서 一般私法上的 規制를 받고 또한 그에 관한 爭訟은 司法裁判所의 管轄에 속하고 있는 것이다. 이처럼 商工業의 公役務에 관한 契約을 진부 私法上的 契約으로 取扱하는 것은 基本的으로는 論理的인 것이기 보다는 實質的 考慮에 基因하는 것이다.<sup>(27)</sup>

以上으로 行政契約과 行政上契約 내지는 私法上的 契約에 관한 區別問題에 관한 考察을

(21) 參照: Vedel, Remarques sur la notion de clause exorbitante, *Mélanges Mestre*; Lamarque, Le déclin du critère de la clause exorbitante, *Mélanges Waline*, 1974, t. II.

(22) 「프랑스」建設株式會社 判決 (C.E., 15 février 1935), 「코르시카」鑛山會社 判決 (C.E., 29 juin 1951)

(23) de Mestral 判決 (3 juillet 1925); Peulabeuf 判決 (C.E., 27 juillet 1950); 燃料株式會社 判決 (C.E., 19 juin 1952); 프랑쓰公園 鼓輪場會社 判決 (T.C., 16 janvier 1967)

(24) 前掲 de Mestral 判決 및 프랑쓰公園 鼓輪場會社 判決

(25) 「파리」市 判決 (C.E., 18 janvier 1924); Lillo 寡婦判決 (C.E., 23 décembre 1953)

(26) Saut開發株式會社 判決 (C.E., 19 janvier 1973)

(27) Bertrand 婦人 判決 (T.C., 17 décembre 1962)

마치고 다음에는 行政契約의 締結에 관한 問題를 檢討하기로 한다.

## II. 行政契約의 締結

이 側面에 있어서 行政契約은 一般私法上의 契約과는 매우 相異한 獨自의 特性을 띠우는 것으로 行政契約에 있어서는 契約自由原則과 契約當事者의 平等原則은 大幅的인 修正을 받고 있는 것이다.

### A. 契約自由原則의 制限

行政主體에 의한 契約締結行爲도 法令上 規定된 權限의 行使로서 그러한 權限은 行政廳의 自由裁量에 全적으로 一任되어 있는 것은 아니고 關係法規上의 一定한 制約下에 行使되는 것이다. 다음에 이를 契約締結權者와 契約相對方의 選定이라는 두가지 側面에서 살펴보기로 한다.

#### 1. 契約締結權者

行政契約의 締結權者는 公法人에 限定되고 있다. 따라서 例컨대 國家機關이 契約을 締結하는 경우에도 그 契約上의 權利·義務의 主體가 國家임은 물론이다.

各公法人에 의한 行政契約締結에 관해서 關係法令은 그를 위하여 契約을 締結할 수 있는 行政官廳의 契約締結節次에 있어서의 이들 行政官廳의 役割, 契約締結形式, 이에 관한 技術的·財政的 統制등에 관하여 一定한 規定을 두고 있다.

行政主體에 의한 契約締結에 있어서는 政行契約과 行政上契約間의 選擇은 항상 任意的인 것은 아닌 것으로 그 對象에 따라서는 行政契約의 形式이 義務化되어 있는 경우가 적지 아니하다. (例, 公土木工事)

#### 2. 契約相對方의 選定

行政主體에 의한 契約相對方의 選定은 例컨대 公役務特許(concession de service public)와 같이 相對方의 人的 條件이 決定的 要素가 되는 경우에는 자유로운 것이다. 그러나 大部分의 行政契約(公土木工事契約, 物品納込契約, 運送契約등)에 있어서는 關係法令에 의하여 一定의 契約形式이 規定되어 있는 바 이러한 法定形式에 있어서는 行政主體에 의한 契約相對方의 選擇의 自由는 그 程度의 差異는 있으나 상당히 엄격한 制約을 받고 있는 것이다. 이러한 國家 및 地方自治團體에 의한 行政契約締結形式에 관한 法令은 1964. 7. 17의 行政命令(décret)에 의하여 法典化되었고, 이는 以後 1966. 11. 23, 1969. 6. 12, 1971. 1. 18 및 1976. 1. 21의 行政命令에 의하여 修正된 바 있다. 다음에 이러한 法定行政契約締結形式에 관하여 그 種類 및 選定에 관한 基本原則을 檢討하기로 한다.

##### (1) 法定契約形式의 種類

法定行政契約은 그 內容을 入札과 隨意契約으로 大別할 수 있다.

① 入札(adjudication)<sup>(28)</sup>

이것은 行政主體가 公告한 契約의 對象(公土木工事, 納品)에 대하여 應札者間的 一定한 公開競爭後에 궁극적으로 가장 낮은 價格의 契約條件을 提示한 應札者에게 落札되는 것이다. 이러한 入札契約에는 다시 다음의 두가지 種類가 있다.

## (i) 公開入札(adjudication publique)

公開入札에 있어서는 公告된 契約對象에 대하여 關係職種の 모든 利害關係者가 應札할 수 있다. 應札者는 封緘封套에 應札價格 기타 條件을 記載하여 提出하게 된다. 他面에 行政廳은 最高入札價格을 決定하여 이를 入札日까지 비밀로 하여 둔다.

入札日에 있어 모든 應札價格이 前記한 行政側의 最高價格을 上回하는 것인 때에는 入札契約은 成立되지 아니한다. 그러나 應札價格이 最高價格內의 것인 경우에는 가장 낮은 價格을 提示한 者가 自動적으로 落札者로 되는 것이다. 行政廳은 이 경우 契約締結意思를 拋棄할 수 있다. 그러나 그러한 意思를 堅持하는 한에 있어서는 가장 낮은 價格을 提示한 應札者를 그 契約相對方으로 하여야 하는 것이다. 이러한 意味에서는 入札에 있어서의 行政廳의 行爲는 羈束行爲라 할 수 있다.

## (ii) 制限入札制(adjudication restreinte)

制限入札도 基本的으로는 前述한 公開入札과 同一하다. 그러나 制限入札에 있어서는 應札者의 資格은 行政廳이 任意的으로 指定하는 者에 限定된다는 점에서 兩者의 差異가 있는 것이다. 그러나 이러한 制限入札에 있어서도 궁극적인 落札者는 가장 낮은 價格을 提示한 應札者가 되는 것이다.

## ② 隨意契約(marché de gré à gré)

隨意契約에 있어서는 前述한 入札과는 달리 그 契約相對方의 選定上 自動성이 排除된다는 점에 그 特性이 있다.

## (i) 制限隨意契約(appel d'offres)

이 방식에 있어서는 契約締結의 前段階에 있어서는 앞에서 檢討한 入札의 경우와 같이 公開 또는 制限競爭의 방식에 의한다. 그러나 契約의 相對方은 入札에서와 같이 最低價格의 應札者가 自動적으로 決定되는 것이 아니고 行政廳은 應札價格 뿐만 아니라 技術的, 經濟的인 諸與件을 勘案하여 가장 適切한 者로 判斷되는 者를 자유로이 選定할 수 있는 것이다. 이 경우 行政廳은 必要하다고 認定되는 경우에는 實技競爭을 實施할 수도 있다.

## (ii) 隨意契約(marché de gré à gré)

이 契約形式에 있어서는 行政廳은 契約相對方의 選定에 있어 거의 完全한 自由를 享有한다. 이 形式에 있어서는 行政廳은 자유로이 모든 必要한 協議를 거쳐 궁극적으로 契約相對方을 選定할 수 있는 것이다. 이 契約形式에 있어서도 行政廳은 可能한 限度內에서는 豫定

(28) Quancard, *L'adjudication des marchés publics*, 博士學位論文, Paris, 1945.



契約內容의 公告 및 그에 대한 契約申請者間의 競爭原則을 遵守할 原則的인 義務를 지고 있으나 이 경우에도 行政廳이 반드시 申請者中에서 契約相對方을 選定할 義務는 없는 것이다.

隨意契約의 한 形態로서 1976. 1. 21의 行政命令에 의하여 新設된 協議契約(marché négocié)에 있어서는 行政廳에 의한 契約相對方의 選定의 自由는 보다 擴大되고 있다.

## (2) 法定契約形式의 使用에 관한 一般原則

① 앞에서 檢討한 法定行政契約中 特定形式의 選定에 있어서는 여러가지 利害가 相衝되고 있는 것이나, 그 基本的인 것으로는 다음의 두가지를 들 수 있을 것이다.

一面에 있어 國家의 財政上의 利益의 觀點에서는 行政契約은 가장 經濟的인 條件下에서 締結되어야 하며 따라서 行政廳은 最低價格의 應札者와 契約을 체결하도록 羈束되는 것이 바람직한 것이다. 이러한 目標은 入札契約 方式에 의하여 達成될 수 있는 것임은 물론이다.

그러나 他面에 있어서 行政上의 利益의 觀點에서는 契約은 그 義務를 가장 잘 履行할 수 있는 者와 締結되어야 하며, 그 결과 行政廳은 契約相對方의 選定에 있어 最大限의 自由를 享有하여야 하는 것이다. 그런데 이러한 目標은 隨意契約 形式에 의하여 가장 잘 達成될 수 있는 것이다.

國家 또는 地方自治團體에 의한 行政契約의 締結이 法的으로 規制된 以來 상당히 長期間에 걸쳐 前者가 支配의 要素로 作用하여 入札方式이 基本原則이었고 隨意契約은 매우 制限的인 경우에만 適用되었던 것이다.

然이나 以後 점차로 적어도 國家를 一方當事者로 하는 行政契約에 있어서는 前記한 基本原則은 많은 修正을 받게 되었다. 그러한 要因으로서는 실제 業者間의 競爭은 이들 사이의 事前談合으로 歪曲되는 경우가 적지 않다는 사실, 最低價格이 항상 가장 有利한 것은 아니라는 사실의 認識 또는 行政契約에 있어서 行政廳과 契約相對方과의 關係는 그 정도의 差異는 있으나 그 紐帶가 상당히 긴밀한 一種의 同業關係라는 觀念의 形成 등을 들 수 있는 것이다. 그 결과 入札方式의 基本的 行政契約으로서의 性格이 쇠퇴하고 隨意契約의 適用範圍가 점차 擴大되었던 것이다.

② 地方自治團體에 의한 行政契約의 締結에 관한 한 入札方式이 여전히 基本原則으로 되어 있다. 그것은 比較的 협소한 地域社會에 있어서의 行政廳과 特定業者間의 談合現狀에 대한 憂慮에 基因하는 것이다. 그러나 地方自治團體의 行政契約에 관한 基本法令인 1960. 7. 25의 行政命令(décret)은 이에 관한 例外的인 경우를 擴大하고 있다.

③ 國家의 行政契約에 있어서는 入札方式의 衰退現狀이 보다 뚜렷이 나타나고 있다. 例컨대 1956. 3. 13의 行政命令은 主務長官에 대하여 具體的인 경우에 있어서의 入札方式과 制限隨意契約方式間의 選擇權을 부여하고 있는 바 實際上으로는 後者が 一般的으로 使用되고 있다. 隨意契約에 관한 한 그 適用分野는 前記한 1956년의 行政命令에 의하여 상당히 制限

적으로 烈擧되어 있으나, 실제 그 使用頻度는 점차 增大하고 있으며, 入札方式은 實際慣行上으로는 그 比重이 매우 制限되어 있는 것이다.

### B. 契約當事者平等原則의 制限

傳統的인 私法上的 契約에 있어서는 兩契約當事者는 자유로운 協議를 거쳐 共同으로 그 契約條件을 決定하는 것으로 되어 있다. 그러나 특히 오늘날의 實際慣行上으로는 이러한 協議의 要素는 排除되어 約契의 一方은 他方이 決定한 條件을 전체로서 受諾하거나 拒否할 수 밖에 없는 경우가 적지 아니하다. 이것이 附合契約(contrat d'adhésion)이다.

行政契約에 있어서는 이러한 契約條項의 一方的 決定은 原則인 것으로 되어있으며 契約相對方인 私人是 다만 價格에 대한 意思表示만을 할 수 있을 뿐이다. 더우기 이에 관한 私人的 行爲에 있어서는 어떠한 協議節次도 排除되는 것이다. 要件대 行政契約締結上의 私人的 自由는 行政廳이 提示한 全體條件에 대한 受諾 또는 拒否에 限定되는 것이다.

이러한 條件을 規定한 文書를 條件明細書(cahier des charges)라 하는 바, 이는 嚴格한 意味의 契約의 附屬文書의 形式으로 되어 있다.

行政契約에 있어 이러한 條件明細書는 基本的으로 다음의 세가지 文書를 包含하고 있다.

#### 1. 一般行政條件明細書(cahier des clauses administratives générales)

이것은 1956. 3. 13의 行政命令 以前에는 一般條件明細書로 呼稱되던 것으로 各部 또는 廳에 의하여 締結되는 同一類型의 모든 契約에 適用되는 條件을 規定하고 있다. 이 明細書는 各部 또는 廳에 의하여 制定되는 것이나 中央契約委員會(commission centrale des marchés)는 標準明細書(cahier-type)를 作成할 수 있으며 이것이 總理令에 의한 認可를 받는 경우에는 모든 部に 대하여 拘束力을 가지게 된다.<sup>(29)</sup>

然이나 이러한 一般行政條件明細書는 行政命令(règlement)은 아닌 것으로 이의 契約相對方에 대한 拘束力은 오로지 同文書가 契約의 一部로 編入되어 있다는 事實에서 導出되는 것이다. 따라서 이러한 條件明細書가 修正되는 경우에는 修正明細書는 以前の 契約에는 適用되지 아니하는 것이다.

#### 2. 共通條件明細書

이 文書는 各範疇의 行政契約에 適用되는 共通的인 條件을 規定하고 있다.

#### 3. 特別條件明細書

이 文書는 各契約에 適用되는 特別條件을 規定하는 것이다. 이 明細書는 前述한 一般行政條件明細書 및 共通條件明細書의 내용을 보다 具體化하며 때로는 그에 대한 例外規定을 設置하기도 한다.

(29) 이러한 방식에 의하여 國家를 當事者로 하는 公土木工事契約에 있어서는 各部間的 一般行政條件明細書는 內容上 매우 실질적인 統一을 이룩한 바 있다.

### Ⅲ. 行政契約의 履行

行政契約의 一般私法上の 契約에 대한 特徵은 이 段階에서 가장 뚜렷이 浮刻되는 것으로, 그것은 基本的으로 다음의 두가지로 要約될 수 있다.

一面에 있어 行政廳은 그 契約相對方에 대하여 一般私法上の 契約에서는 찾아 볼 수 없는 公權力上の 特權을 行使한다. 이러한 行政廳의 特權은 契約上の 條項에 依據하거나 또는 行政契約에 內在하는 것으로 모든 行政契約에 適用되는 一般法原則에서 導出되는 것이다. 또한 이 特權은 契約의 正常的인 執行時에도 發動될 수 있고 또한 契約履行上の 瑕疵에 대한 制裁措置로서도 行使될 수 있다. 이러한 行政廳의 特權은 行政契約은 公役務의 遂行을 그 內容으로 한다는 사실에서 그 理論的 根據를 찾을 수 있다.

他面에 있어 이러한 行政廳에 대한 私人的 不對等性은 財政的 側面에서 補償되고 있다. 財政上으로는 行政契約의 當事者인 私인은 私法契約에는 存在하지 아니하는 一定한 保護를 받고 있는 것이다. 이러한 保護措置는 私인에 대하여, 前述한 行政廳의 特權에도 不拘하고 契約上の 利益을 確保하여 주려는 데에 그 基本目的이 있는 것이다. 다음에 이러한 行政契約의 特性에 관하여 具體적으로 檢討하기로 한다

#### A. 行政廳의 特權

##### 1. 契約의 正常的 履行

(1) 行政廳은 모든 契約當事者와 같이 契約相對方에 대하여 契約上の 義務를 충실히 履行하도록 要求할 수 있는 權限을 가진다. 契約履行義務는 個人的인 것으로 下請契約은 行政廳의 承認이 있는 경우에만 可能하다. 이러한 契約履行義務는 不可抗力의 경우에만 解消되는 것이다. 不可抗力에 基因하여 契約의 目的物이 消滅되는 경우에는 그 履行義務도 당연히 消滅하는 것이나, 餘他的 경우에는, 私인은 不可抗力을 理由로 法院에 대하여 그 解除請求를 할 수 있을 뿐이다.

(2) 原則적으로 行政廳은 그 相對方에 의한 契約履行上에 있어 監督·統制權을 가진다. 行政廳은 또한 一定한 限度內에 있어서의 指揮權도 行使할 수 있으나 그 程度는 契約의 種類에 따라 相異하다. 例컨대 公土木工事契約에 있어서는 建設部의 技士는 工事場에 자유로이 出入하고 또한 工事進行에 관하여 職務命令(ordre de service)을 發할 수 있는 것이다.<sup>(30)</sup>

(3) 行政廳은 一方的으로 相對方の 契約上の 義務를 增減할 수 있다. 이러한 行政廳에 의한 契約內容의 一方的變更權은 私法上の 契約不變更原則(principe de l'immutabilité des contrats)에 正面으로 背馳되는 것으로 學說의 一部는 行政契約上の 이러한 一方的變更權의 存在에 관하여 매우 심각한 疑問을 提起한 바 있다.<sup>(31)</sup> 그러나 이 原則은 判例上 계속 確認

(30) Ingrand方式開發會社 判決(C.E., 22 février 1952)

(31) L'Huillier, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration?, *Dalloz Chrononicle* 1953; Benoit, *Jurisclasser périodique*, 1963, I, 1775.

되고 있는 것으로 그 理論的 根據은 公役務의 必要性에서 求하고 있다. 즉 公役務의 必要는 可變的인 것으로 그에 따라 公益의 觀點에서는 行政契約의 相對方에 대하여 最初의 契約上에는 規定되지 아니한 새로운 義務가 負課될 수 있다는 것이다.

이러한 判例上的 基本原則은 公役務特許에 관한 判決에서 定立된 것으로 이 事件은 行政廳이 가스燈供給者에 대하여 電氣發明에 따라 이를 電氣燈으로 代替하도록 命命한 것을 그 內容으로 한 것이었다.<sup>(32)</sup> 以後 Conseil d'Etat는 다른 하나의 公役務特許와 관련된 事件에서 市는 그 市의 擴張에 따라 電車軌道業者에 대하여 새로운 路線을 增設하도록 命命할 수 있다고 判示한 바 있다.<sup>(33)</sup> 然이나 行政廳에 의한 契約相對方의 契約義務의 一方的變更權은 前述한 公役務特許에 限定되는 것은 아니고 行政契約 전체에 대하여 一般的으로 認定되는 權限이다.<sup>(34)</sup> 그러나 이러한 一方的變更權은 他面에 있어서는 매우 制限된 限度內에서만 認定되는 觀念인 것이다. 前述한 바와 같이 行政廳의 一方的變更權은 公役務의 새로운 狀況에의 適應必要性에 基하여 認定되는 것이므로 그러한 動機에 基하지 아니한 契約義務의 變更은 不法이 되는 것이다. 따라서 行政廳은 그 一方的變更權에 의하여 相對方의 契約上の 財政的 利益을 減少시키는 結果를 惹起하는 處分은 할 수 없는 것이다.<sup>(35)</sup>

行政廳의 一方的變更權의 行使에 따라 그 契約上の 義務의 變更程度가 일정한 限界를 넘는 경우에는 契約相對方인 私人是 法院에 대하여 當該契約의 解除를 請求할 수 있다.<sup>(36)</sup> 또한 새로 負課된 義務에 대하여는 行政廳이 이를 補償할 義務를 진다.

## 2. 契約履行上の 瑕疵에 대한 制裁

(1) 契約履行上の 瑕疵가 行政廳의 過失에 基因한 경우에도 私法上の 契約에서와는 달리 契約相對方은 그 履行을 中斷할 수 없다. 行政契約에 있어서는 行政廳의 過失의 程度 如何를 不問하고 私人是 當該契約을 계속 執行할 義務를 지는 것이다. 그러나 私人是 法院에 대하여 當該契約의 解除請求를 하거나 또는 國家를 相對로 損害賠償을 請求할 수는 있다.

(2) 契約履行上の 瑕疵가 例컨대 怠慢, 欺瞞, 遲延등의 私人的 過失에 基因한 것인 경우에는 行政廳은 私法上の 契約에서와는 달리 매우 廣範한 制裁措置를 취할 수 있다.

이 制裁措置는 損害賠償 뿐만 아니라 公役務의 必要에 附合하는 契約의 實效的 履行의 確保措置도 包含한다.

이러한 行政廳의 制裁權은 契約上の 根據條項의 有無에 관계 없이 당연히 存在하는 것이다. 따라서 行政廳은 契約上の 關係條項이 없는 경우에도 相對方의 契約違反行爲에 相應하는 制裁措置를 取할 수 있는 것이다.

(32) Déville-lès-Rouen 「가스」燈會社 判決(C.E., 10 janvier 1902)

(33) 「프랑스」電車會社 判決(C.E., 21 mars 1910)

(34) 前掲「프랑스」電車會社 判決; 國防部長官 判決(C.E., 14 avril 1948)

(35) Morelli判決(C.E., 7 août 1891)

(36) Corre 判決(C.E., 8 février 1889); Ravier 判決(C.E., 16 novembre 1928)

이러한 制裁措置의 發動에는 그 前段階로서 契約相對方에 대한 警告節次를 거쳐야 하는 것이나 그 違反事實에 대한 法院의 確認節次는 필요하지 아니하고, 行政廳의 判斷에 따라 一方的으로 행하여지는 것이다. 이는 契約의 履行節次上 行政廳에는 그 履行確保手段으로 公權力的인 行政處分權이 부여되고 있음을 의미하는 것이다.

行政廳의 이러한 制裁權의 行使는 權利인 동시에 또한 義務인 것이다. 따라서 行政廳은 特定契約違反行爲에 대하여 그 一方的制裁權의 行使를 拋棄하고 法院에 대하여 필요한 制裁措置를 宣告하도록 訴求할 수는 없는 것이다.<sup>(37)</sup> 다만 이에 대해서는 한가지 重要的 例外가 認定되고 있다. 그것은 公土木工事契約에 관한 것으로 그 契約目的物의 重要性에 基因하여 同契約上の 義務違反如否는 法院만이 이를 判斷할 수 있고 또한 그에 相應하는 制裁措置를 宣告할 수 있는 것이다.

行政廳의 相對方은 前述한 制裁措置가 不當하다고 생각되는 경우에는 法院에 提訴할 수 있으며 法院은 그러한 主張이 理由 있다고 判斷되는 경우에는 그에 대한 賠償金支給判決을 할 수 있다.<sup>(38)</sup>

(3) 이러한 制裁措置의 基本的인 것으로서는 다음의 세가지를 들 수 있다.

#### ① 金錢的 制裁<sup>(39)</sup>

이것은 內容上 罰課金과 損害賠償金의 두가지 要素를 包含하고 있다. 兩者의 區別은 罰課金은 契約上 規定되는 것으로 이러한 契約上の 義務違反行爲의 發生時에는 그로 인한 行政廳에 대한 損害의 發生如否에 관계 없이 당연히 負課된다는 점에 있다.<sup>(40)</sup>

#### ② 強制的 制裁措置

이것은 相對方의 契約不履行에도 不拘하고 強制手段에 의하여 그 履行을 確保하려는 手段이다. 이러한 強制措置는 契約의 內容인 公役務는 어느 경우에도 그 遂行이 確保되어야 한다는 것을 그 理論的 根據로 하고 있다. 一般的으로 이러한 強制措置는 義務不履行者인 契約相對方에 代身하여 行政廳에 의한 直接的인 契約의 執行 또는 第三者에 의한 契約履行의 確保를 그 內容으로 하고 있다. 그러나 그 形式은 契約의 種類에 따라 相異한 것으로 公土木工事契約의 경우에는 國營 또는 公營化(mise en régie), 物品納込契約에 대해서는 闕席執行(exécution par défaut), 그리고 公役務特許에 관해서는 委託管理(mise en séquestre)의 方式에 의하고 있다. 그러나 어느 경우에 있어서나 그 經費는 契約相對方의 負擔으로 되어있는 것이다.

이러한 強制措置는 契約相對方의 契約履行上の 欠缺이 重過失에 基因하는 경우에만 適用

(37) 建設部長官 判決 (C.E., 21 juillet 1970)

(38) Loir-et-Cher 電車會社 判決(C.E., 12 décembre 1930). 다만 公役務特許契約에 관한 한 法院은 當該制裁處分을 取消할 수도 있다. Société d'entreprise 判決(C.E., 21 janvier 1944)

(39) Bosc, Le régime des pénalités dans les marchés de fourniture, *Revue de droit public*, 1925.

(40) Skouloukos 判決 (C.E., 14 juin 1944)

될 수 있는 것이다.<sup>(41)</sup> 또한 強制措置에 의한 契約의 代行使가 契約의 解除를 意味하는 것은 아니다. 法的으로는 關係契約은 여전히 存續하며 또한 契約相對方은 契約當事者로서의 法的地位를 가지고 있는 것이다.<sup>(42)</sup> 따라서 이러한 代行使措置는 短期的이고 暫定的인 것인 性質을 가지는 것이다.

### ③ 契約의 解除

이것은 制裁措置로서는 가장 重大한 것으로 契約相對方의 重過失의 경우에만 行使될 수 있다. 이러한 契約의 解除는 餘他の 制裁와 마찬가지로 行政廳의 一方的 決定에 의하여 행하여지는 것이다. 然이나 公役務特許에 관해서는 契約上의 別但의 規定이 없는 한에 있어서는 法院의 判決에 의해서만 행하여질 수 있다.<sup>(43)</sup>

이러한 相對方의 契約義務違反에 대한 制裁措置로서의 解除는 公益上의 必要에 基한 解除와는 區別되어야 한다. 後者는 公役務의 必要性에 附應하여 行政廳이 裁量的 處分으로서 행하는 것으로서 그 動機가 相對方의 契約義務의 違反에 基因하는 것은 아니다. 따라서 後者에 있어서는 그로 인하여 相對方에게 惹起된 損害는 行政廳이 이를 賠償할 義務를 지는 것이다<sup>(44)</sup>

## B. 契約의 財政的均衡原則

앞에서 檢討한 바와 같이 行政契約의 一方當事者인 行政廳은 그 相對方에 대하여 그 契約上의 義務를 一方的으로 變更할 수 있는 權限을 가지고 있다. 이러한 一方的變更權은 公役務의 必要性에 基하여 正當化되는 것이기는 하나 그 결과 負擔된 새로운 契約上의 義務를 全的으로 相對方의 負擔으로 하는 경우에는 契約上의 財政收支上의 均衡은 파괴되는 것이다. 따라서 이에 대해서는 行政廳은 原則적으로 그에 相當하는 金錢上의 補償을 하여야 하는 것이다. 이것이 契約의 財政的均衡原則의 理論的 根據로 되고 있다. 그러나 上述한 바가 同原則의 유일한 根據는 아닌 것이다. 그것은 特定契約에 있어서는 契約上 規定되지 아니한 새로운 負擔의 發生이 行政權의 行爲에 基因하지 아니한 경우에도 前記原則이 適用되어 行政廳은 그 契約相對方에 대하여 一定補償을 할 義務를 지기 때문이다. 뒤의 경우에 있어서는 그 理論的 根據는 다른 側面에서의 公役務의 必要性, 換言하면 公役務는 어떠한 경우에도 계속 遂行되어야 한다는 事實에서 求하고 있는 것이다.

前述한 契約의 財政的均衡原則에 관한 두가지 理論的 根據 중에서 前者에 依據하여 判例上 定立된 理論이 大公의 行爲理論(théorie du fait du prince)이며 後者에 依據하고 있는 것

(41) Guyat判決 (C.E., 22 janvier 1919)

(42) Genest判決(C.E., 3 mai 1911)

(43) Avallon市 判決 (C.E., 17 novembre 1944)

(44) 이러한 行政部의 契約解除權은 公役務의 必要性에 그 理論的 根據를 두고 있는 것으로 契約上의 規定이 없는 경우에도 모든 行政契約에 대하여 一般的으로 認定되고 있다. 國防部長官 判決(C.E., 13 février 1930); Demouchy判決(C.E., 6 février 1925); Gargiuls判決(C.E., 9 décembre 1927); Margnac-Laval釀造場 判決(2 mai 1958); Guinard 判決(C.E., 10 novembre 1927)

이 不可豫見事態理論(théorie de la situation de l'imprévision)이다. 어느 경우에 있어서나 契約上の 權利·義務는 確定的인 것이고 그 履行上の 危險變數(aléa)로 인한 負擔은 그 事業者가 진다는 私法上の 原則은 行政契約에 있어서는 크게 修正되고 있는 것이다. 다음에 이들 두가지 理論을 具體적으로 檢討하기로 한다.

### 1. 大公의 行爲理論<sup>(45)</sup>

#### (1) 概 要

廣義에 있어서의 大公의 行爲란 契約相對方에 의한 契約履行上の 負擔을 보다 加重시키는 결과를 惹起하는 公權力主體에 의한 모든 措置를 指稱하는 것이다. 이러한 措置는 後述하는 不可豫見事態理論上の 經濟變數(aléa économique)에 對比하여 行政變數로 呼稱되고 있다. 그런데 이들 措置는 그 內容上 매우 多様な 것이다. 먼저 그것은 契約의 一方當事者인 行政廳 자신의 行爲일 수도 있으며 또한 다른 國家機關의 行爲일 수도 있는 것이다. 그 性格上으로는 이들 措置는 特定處分일 수도 있고 그 반대로 法律 또는 法規命令일 수도 있는 것이다(契約相對方의 負擔을 加重시키는 稅法 또는 勞動法의 改定). 이들 措置는 또한 契約에 直接的으로 關聯된 것일 수도 있고(行政廳의 一方的變更權에 의한 契約相對方의 契約上の 義務의 增大) 또는 그에 대하여 間接的인 效果만을 미치는 것일 수도 있다.

이러한 여러가지 措置中에서 特定措置는 그것이 契約相對方의 負擔을 加重시킨 경우에는 行政廳은 一定條件下에서 契約相對方에 대하여 그로 인한 財政上 損失을 全部 補償할 義務를 지는 것이다. 이를 大公의 行爲理論이라고 한다.

#### (2) 適用範圍

大公의 行爲理論의 適用範圍에 관해서는 一般的으로 要因이 되는 措置의 內容과 關聯하여 이들 契約當事者로서의 公權力主體의 行爲와 其他 公權力主體의 行爲로 區分하여 考察되고 있다.

##### ① 契約當事者인 公權力主體의 行爲

그 典型的인 例로서는 既述한 行政廳의 契約의 一方的變更權에 基因하는 相對方의 契約義務가 加重되는 경우를 들 수 있다. 이 경우에는 大公의 行爲理論은 완전히 適用되며 그 適用上 별다른 問題點은 없는 것이다.<sup>(46)</sup> 同理論은 또한 關聯措置가 直接的으로 契約의 變更을 目的으로 하는 것은 아닌 것이나 結果적으로 그에 一定한 影響을 미치는 경우에도 適用된다. 그러나 이에 관한 判例는 비교적 복잡한 편이다.

個別處分の 경우에는 大公의 行爲理論은 原則적으로 適用되어 契約相對方은 그로 因한 財政的 損失을 補償받을 수 있다. 그러한 例로서 警察處分 또는 事實行爲에 基因하여 契約

(45) Furtuna, *Le fait du prince*, 博士學位論文, Paris, 1924; Vegleri, *Le fait du prince*, 博士學位論文 Paris, 1927; Badaoui, *Le fait du prince*, 博士學位論文, Paris, 1951.

(46) Delpon判決 (C.E., 6 juin 1913)

(47) Ajaccio市判決 (C.E., 28 avril 1948)

相對方의 負擔이 加重되는 경우를 들 수 있다.<sup>(47)</sup>

이에 反하여 一般的 性格의 措置(新法의 制定 또는 租稅·社會法上의 規制)로 인한 契約相對方의 財政上의 損失은 原則적으로 補償되지 아니한다. 그것은 이러한 措置는 國民 전체를 그 規制對象으로 하기 때문이다.<sup>(48)</sup> 그러나 이러한 措置도 그것이 契約締結時에 있어 그前 提로 되어 있는 基本的 與件을 變更시킬 정도로 契約의 本質의 要素에 影響을 미치는 것일 때에는 契約相對方은 例外的으로 그로 因한 財政的 損失을 補償받을 수 있는 것이다. 그러한 例로서는 契約履行上 必須的인 原資材에 대한 租稅의 新設措置를 들 수 있을 것이다.<sup>(49)</sup>

## ② 其他 公權力主體의 行爲

契約當事者가 아닌 行政廳 其他 公權力主體의 行爲로 인하여 契約相對方의 負擔이 加重된 경우에는 大公의 行爲理論은 適用되지 아니하고 따라서 그로 因한 損失은 補償되지 아니한다. 그 例로서는 國家가 制定한 特定法規命令으로 인하여 地方自治團體를 一方으로 하는 契約相對方의 負擔이 加重되는 경우를 들 수 있다.

然이나 이러한 경우에는 이들 措置는 經濟變數로 看做되어 後述하는 不可豫見事態理論에 基하여 一定한 補償을 받을 수 있는 素地가 있는 것이다.<sup>(50)</sup>

다시 重言하는 것이나 大公의 行爲理論이 適用되는 경우에는 特定措置로 인하여 財政上의 損失을 받은 契約相對方은 그 損失額 全부를 補償받을 수 있는 것이다. 그러나 契約上 特定金額이 規定되어 있는 경우에는 그에 따라야 하는 것은 물론이다.

## 2. 不可豫見事態理論(théorie de la situation de l'imprévision)<sup>(51)</sup>

### (1) 概要

앞에서 檢討한 大公의 行爲理論에서는 行政變數가 問題되는 것이었으나 여기서 考慮되는 것은 經濟變數인 것이다.

比較的 長期間에 걸친 行政契約에 있어서는 그 履行過程上 契約當事者의 意思와는 無關한 經濟的 變動으로 인하여 契約相對方에 대하여 매우 破局的인 負擔이 加重되는 경우가 있다. 이 경우 契約의 履行이 物理적으로 不可能한 것은 아니다. 그렇지 않으면 이러한 事態는 不可抗力으로 되어 關係契約은 解除되게 되는 것이다. 그러나 이러한 事態에도 不拘하고 全的으로 契約相對方의 負擔下에 契約이 계속 履行되어야 하는 경우에는 그것은 當국

(48) Aurran 判決(C.E., 10 février 1943); Chouard 判決 (C.E., 17 juillet 1950)

(49) Bardy 判決(C.E., 29 décembre 1905); Degraeve 判決(C.E., 31 mai 1918); Tanti判決 (C.E., 28 novembre 1928); Société chimique判決 (C.E., 8 novembre 1957)

(50) 大公의 行爲理論과 不可豫見事態理論의 區分에 관해서는 參照: Toulon市 判決(C.E., 4 mars 1949); Elbeuf市 判決 (C.E., 15 juillet 1949)

(51) Alibert, *L'imprévision dans les concessions de services publics*, 1926; Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1937; de Soto, *Imprévision et économie divigée*, *Jurisqueur périodique*, 1950, I, 817.



적으로 相對方의 破産事態를 惹起할 수 밖에 없는 것이다.

私法上으로는 이러한 事態가 發生하는 경우에도 그것이 契約上의 義務에는 影響을 미치지 아니하는 것이 原則이다. 그러나 行政法上으로는 이러한 原則의 嚴格한 適用은 排除되고 있다. 그것은 私法上의 契約과 行政契約의 關係利益이 相異하다는 事實에 基因하는 것이다. 즉 行政契約上의 關係利益은 公役務에 의하여 代表되는 公益으로서 이러한 公役務에 대한 國民의 需要는 어느 경우에도 계속 充足되어야 하는 것이다.

그런데 行政契約에 대하여도 前述한 事態의 發生에도 不拘하고 私法上의 原則을 嚴格히 適用하는 경우에는 그것은 必然적으로 契約相對方의 破産事態를 惹起하게 될 것이며 그결과 公役務의 繼續性은 確保될 수 없는 것이다. 이러한 觀念에 基하여 判例上 定立된 理論이 不可豫見事態理論인 것으로 同理論은 私法上의 契約에 대한 行政契約의 가장 특징적인 側面의 하나인 것이다.

이러한 不可豫見事態理論이 適用되는 期間은 判例上 契約外의 期間(période extracontractuelle)으로 呼稱되고 있는 바, 그것은 그 造成要因인 經濟的 事態는 當初의 契約에 의하여 規制될 수는 없는 것이기 때문이다. 然이나 契約外의 期間이라는 用語는 誤解되어서는 아니 되는 것으로 同期間內에 있어서도 契約의 基本要素로서의 相對方의 契約履行義務는 存續하는 것이다. 다만 그 결과 發生하는 財政上의 損失에 대하여는 公役務繼續性의 確保라는 觀點에서 行政廳은 合理的으로 判斷되는 範圍內에서 그 一部를 補償할 義務를 지게 된다.

이러한 不可豫見事態理論은 基本的으로 Conseil d'Etat의 判例上의 所産인 것이다. 이 理論은 「보르도」가스會社 判決에서 定立된 것으로 이 判決에서 Conseil d'Etat는 第一次大戰의 勃發로 인한 石炭價의 暴騰으로 契約上의 價格을 維持하는 경우는 破産에 直面하게 된 가스 供給業者에 대하여 行政廳은 그 事業의 계속적 遂行에 필요한 限度內에서 一定한 補償金을 支給하여야 한다고 判決하였다.<sup>(52)</sup>

「보르도」가스會社 判決에 의하여 定立된 不可豫見理論은 以後 多數의 判決에 의하여 그 내용이 具體化된 바 있다.

오늘날에는 一般的으로 條件明細書上에 經濟與件의 變化에 따른 契約의 變更에 관한 規定이 包含되어 있다. 그러나 이러한 慣行으로 同理論의 有用성이 전혀 사라지는 것은 아니다. 그것은 경우에 따라서는 法院이 그內容上 契約變更에 관한 關係規定의 범위를 逾越하는 경우에도 同理論을 適用하기 때문이다.<sup>(53)</sup> 또한 同理論은 條件明細書上에 契約上의 價格이 「不變價格」으로 規定되어 있는 경우에도 適用되고 있다.<sup>(54)</sup>

다음에 이러한 不可豫見理論에 관하여 그 要因인 事態의 成立要件, 그 效果 및 終了의 세 가지 觀點에서 보다 具體的으로 檢討하기로 한다.

(52) 「보르도」가스會社 判決(C.E., 24 mars 1916)

(53) Côtes-du-Nord道 判決 (C.E., 5 novembre 1937)

(54) Vienne 公立病院 判決(C.E., 10 mars 1948)

## (2) 不可豫見事態의 成立要件

不可豫見事態理論이 適用되기 위해서는 그 要因인 事態는 非正常的이고 豫見할 수 없는 性格의 것이고 契約相對方의 意思와는 無關한 것으로서 契約의 財政的 均衡을 破壞하는 結果를 招來하는 것이어야 한다.

① 事態는 非正常的이고 豫見할 수 없는 것이어야 한다.

契約의 履行過程上 發生하는 여러가지 變數(aléa)中에서 契約當事者가 그 危險負擔을 受諾한 것으로 思料되는 正常變數(aléas ordinaires)는 不可豫見事態理論上의 變數에는 해당되지 아니한다. 同理論上의 變數는 例外的變數(aléas extraordinaires)로서 그것은 契約締結時에 合理的으로 想定될 수 없었던 事態를 意味하는 것이다.<sup>(55)</sup> 例컨대 資本主義體制下에서의 通常의 景氣變動에 基因하는 價格變動은 正常變數에 해당하는 것이다. 이에 反하여 그러한 價格變動이 非正常的, 例外的 事態에 基因하고 또한 그것이 契約締結時에는 豫見될 수 없는 性質의 것인 때에는 그것은 例外的變數가 되는 것이다. 그 典型的인 例로서는 戰爭으로 인한 物價引上, 貨幣價値의 評價切下, 經濟危機 등을 들 수 있다.<sup>(56)</sup>

不可豫見事態理論上의 變數는 大公의 行爲理論上의 行政變數에 對比되는 經濟變數인 것이다. 그러나 그 觀念의 廣義의 것은 반드시 經濟的 事態에 限定되는 것은 아니다. 例컨대 그것은 災害와 같은 自然的 事態 또는 前述한 戰爭과 같은 政治的 事態일수도 있다. 그것은 또한 既述한 바와 같이 契約의 當事者가 아닌 다른 公權力主體에 의한 一般的 措置(價格統制)에 基因하는 것일 수도 있는 것이다.<sup>(57)</sup> 특히 이러한 行政作用으로 인한 經濟變數는 오늘날에 있어 國家에 의한 經濟分野에 대한 干與내지 指導政策과 더불어 그 例가 增大하고 있다.

② 事態는 契約相對方의 意思와는 無關한 것이어야 한다.

契約相對方은 그 자신이 財政上損失의 어떠한 要因이 되었거나, 더 나아가서는 그 防止를 위한 努力을 傾注하지 아니한 경우에는 不可豫見理論을 援用할 수 없는 것이다.<sup>(58)</sup> 그러나 실제 判例上으로 「契約雙方의 意思와는 無關한 事態(circonstances indépendantes de la volonté des parties)」라는 表現을 使用하고 있음에도 不拘하고<sup>(59)</sup> 同理論上의 事態는 契約의 一方當事者인 行政廳의 意思와 無關한 것임을 要하지는 아니한다 할 것이다. 다만 그 事態가 行政廳의 行爲에 基因하는 경우에는 契約相對方에 대해서는 보다 條件이 有利한 大公의

(55) 例外的變數는 「契約締結時에 當事者가 할 수 있었던 모든 豫測을 벗어나는 事態」를 指稱하는 것이다. Fromassol 判決(C.E., 3 décembre 1928)

(56) 郵送車會社 判決(C.E., 25 novembre 1925); 大陸가스會社 判決(C.E. 22 juin 1934); 「벨모르」市 判決(C.E., 30 mars 1938); 中央電氣會社 判決(C.E., 30 november 1938)

(57) Elbeuf市 判決(C.E., 15 juillet 1949)

(58) Lagny市 判決(C.E., 8 novembre 1935); Vinay電氣會社 判決(C.E., 25 octobre 1935); Abdel Messih判決(C.E., 16 juillet 1943)

(59) 前揭 Elbeuf市 判決

行爲理論이 原則적으로 適用되는 것이다. 그러나 그것이 不可豫見理論이 撥用될 수 없다는 의미는 물론 아니다. 이는 特定理由로 大公의 行爲理論이 適用될 수 없는 경우에 그 實質的 意義가 있는 것이다. (60)

③ 事態는 契約外의 事態(situation extracontractuelle)가 造成될 수 있다고 볼 수 있을 정도로 契約上의 財政收支上의 均衡을 破壞하는 결과를 惹起하는 것이어야 한다. 따라서 利潤의 喪失이나 단순한 赤字의 發生事實만으로는 充分하지 아니한 것이다. (61) 不可豫見理論이 適用되기 위해서는 赤字의 幅과 그 期間이 契約相對方이 合理的으로 豫見할 수 있었고 또한 豫見하였어야 하는 程度를 초과하는 것이어야 한다. 이와 관련하여 法院은 合理的으로 豫見될 수 있는 物價의 上昇幅인 限界價格(prix-limite)을 決定하고 그를 超過하는 경우에만 不可豫見理論을 適用하는 것이다. (62)

### (3) 不可豫見事態의 法的效果

既述한 바와같이 不可豫見事態의 發生에도 不拘하고 그 契約上의 義務를 계속 이행하여야 한다. 그러나 他面에 있어 行政廳은 그로 인한 財政上의 損失의 一部를 補償할 義務를 지는 것이다.

#### ① 契約의 履行義務

契約相對方의 契約義務의 存續原則은 不可豫見理論의 당연한 歸結인 것이다. 그것은 同理論은 그에 대한 障礙要因의 發生에도 不拘하고 契約의 內容인 公役務의 繼續의 遂行의 確保를 그 目的으로 하여 定立된 것이기 때문이다.

#### ② 不可豫見事態에 대한 補償

既述한 바와같이 行政廳의 相對方은 그 契約履行義務에 對應하여 一定한 金錢上의 補償을 받을 수 있는 權利를 가지는 것이다. 이러한 補償金의 算定基礎로 되는 財政上의 損失은 前述한 限界價值(prix-limite)의 超過以後의 損失에 限定되는 것임은 물론이다. 또한 不可豫見理論에 있어서는 이러한 損失의 金額이 補償되는 것은 아닌 것으로 이것이 大公의 行爲理論과의 基本的 差異點인 것이다.

不可豫見理論에 있어서는 不可豫見事態에 基因한 「契約外의 負擔」은 行政廳과 私人間에 分擔되는 것이다. 그 分擔比에 관하여 兩契約當事者間에 合意가 成立되지 아니하는 경우에는 法院이 「契約의 合理的 解釋」에 따라 이를 決定한다. 그러나 實際上으로는 行政廳이 그 大部分을 負擔하고 있는 것이다.

補償金의 支拂義務者는 關係契約의 當事者인 行政廳이 된다. 이것은 例컨대 地方自治團體가 契約當事者인 경우에서 볼 수 있는 바와 같이 不可豫見事態가 立法 또는 法規命令등의

(60) 工業「에너지」會社 判決(C.E., 8 décembre 1944)

(61) Courtine 會社 判決 (C.E., 13 juin 1928)

(62) Brive 가스會社 判決 (C.E., 8 août 1924)

他公權力主體의 行爲에 基因한 경우에도 또한 그러하다. 이 경우 地方自治團體는 後者에 過失이 없는 限 그에 대한 求償權行使의 可能性은 排除되어 있다.<sup>(63)</sup>

(4) 不可豫見事態의 終了

不可豫見理論의 適用은 基本的으로 暫定的인 性質을 가지는 것이다. 그것은 判例上 定立된 同理論이 合理的으로 豫見할 수 없었던 重大한 事態에 當面한 契約當事者로 하여금 兩者間의 暫定的協定(modus vivendi temporaire)에 의하여 契約의 正常的 履行이 確保될 수 있을 때까지 이에 對處하게 하려는 데에 그 基本目的이 있는 것이기 때문이다. 이러한 暫定的 性格은 同理論의 適用期間은 判例上 契約外的期間으로 指稱된다는 事實으로써도 잘 알 수 있는 것이다. 따라서 그 期間은 永續的인 것이 될 수는 없는 것으로 不可豫見事態가 確定的인 性質을 띄우게 되어 그로 인한 契約相對方의 財政上 損失이 固定되는 경우에는 同理論은 더 이상 適用되지 아니하는 것이다. 이 경우에는 契約當事者인 行政廳 또는 私人是 法院에 대하여 그 解除를 請求할 수 있는 것이다.<sup>(64)</sup> 이 경우의 契約의 解除는 不可抗力에 基因하는 것으로 간주되고 있다.

이러한 不可豫見事態와 관련된 法院에 의한 契約의 解除方式과 並列的으로 制限된 分野 이기는 하나 行政節次에 의한 解除方式이 存在하는 바 그것은 地方自治團體를 一方當事者로 하는 公役務特許에 관한 것이다. 이 行政契約은 契約當事者의 申請에 基하여 特別委員會에서 諮問을 거친 후에 行政命令(décret)에 의하여 解除되는 것이다. 前述한 司法的 節次와 行政的 節次에 의한 契約의 解除는 어느 경우에나 當事者의 明示的 請求에 依據한 것이어야 한다. 또한 行政廳은 어느 경우에 있어서나 適正節次에 따른 契約相對方의 損失의 固定性이 確認되기 전에는 補償金支給을 中斷할 수 없는 것이다.<sup>(65)</sup>

以上으로 프랑스 行政法上的 行政契約에 관한 概括的인 考察을 마치고로 한다. 一般私法上的 契約과 對比한 行政契約의 特殊性이라는 觀點에서는 行政契約의 終了問題에 관하여서도 章을 달리하여 考察할 수도 있겠으나 本稿에서는 이에 관한 基本的인 側面은 앞에서 契約의 履行과 관련하여 記述한 바 있으므로 그 以上の 具體的인 檢討는 省略하기로 한다.

(63) 前掲 Elbeuf市 判決

(64) Cherbourg 電車會社 判決 (C.E., 9 décembre 1932)

(65) Rhône 道知事 判決 (C.E., janvier 1950); Montagnac會社 判決 (C.E., 27 juillet 1951)