

## 행정법관계에 대한 사법의 적용과 한계에 관한 고찰

### A study on the limitation and application of private law for administrative law relations

고 현 환\*

Ko, Heon-hwan

#### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 행정법관계 이론
- III. 공법과 사법의 구별
- IV. 행정법 관계에 대한 사법규정의 적용
- V. 사법규정 적용의 한계
- VI. 결 론

#### 국문초록

행정법관계는 공법으로서의 행정법에 의하여 규율되는 관계이다. 우리나라의 실정법은 영미법계와는 달리 대륙법계의 영향을 많이 받아 행정법 관계에 있어서 공법관계와 사법 관계를 구별하는 이원적 체계를 이루고 있다. 따라서 공법과 사법이 구별이 있는 한 행정법관계에 있어서 사법의 침투를 막고 그 독자적 기능을 최대한 보장해야 한다. 행정법 관계에 대한 법률의 적용은 행정법의 일반 원리 규정의 결여뿐만 아니라 사법상 규정되어 있는 내용들이 규정되고 있지 않아 구체적인 사건 해결에 문제가 되고 있다. 그리고 행정법에 사법규정의 적용을 명문으로 인정하고 있는 경우에는 별다른 문제가 없지만 행정법의 규정에 흠결·공백이 있는 경우 사법의 규정을 유추적용하는 것을 통상적으로 행하여 왔지만 어느 정도 까지 사법의 침투를 허용할 것인가 하는 점과 사법의 침투를 막고 공

논문접수일 : 2008.11.4

심사완료일 : 2009.2.2

게재확정일 : 2009.2.9

\* 법학박사, 제주대학교 법과정책연구소 전임연구원, 법학부 강사

법의 규정에 의해 법률의 흠결·공백을 채울 수 없을 까 하는 문제가 제기된다.

따라서 본 연구는 행정법관계에 대한 사법의 적용 규정을 살펴보고, 사법적용을 배제하고 행정법 규정의 적용여부를 검토함으로써 법적 안정성과 행정법의 독자적 기능을 실현하고자 하였다.

주제어 : 행정법관계, 공법, 사법, 법적안정성

## 1. 문제의 제기

우리나라의 행정법은 오랜 역사와 완비된 법전과 발전된 이론을 갖고 있는 민법이나 상법과는 달리 법전화 되어 있지 않고,<sup>1)</sup> 행정법관계에서 적용될 통칙적 규정이 없을 뿐만 아니라 구체적인 법규정이 없는 경우가 많다. 따라서 공법분야에 적용될 법규정의 흠결과 공백이 있는 경우에 그 흠결을 보충하기 위하여 오랫동안 발전해온 사법규정이나 사법의 일반원리를 적용하거나 또는 유추적용 할 것인가 아니면 행정법의 규정에서 찾아 보아야 할 것인가 하는 문제가 남는다. 이와 관련하여 행정법관계에서 사법 분야에서의 일반원리를 비롯하여 법률행위·기간·시효·계약·사무관리·부당이득 등 사법상의 규정을 널리 적용하고 있다. 이러한 행정법관계에 대한 사법규정의 적용은 행정상법률관계와 관련해서 공법적 법규의 흠결이 있는 경우의 문제이기 때문에 시장경제적 관계 즉, 국고관계와 관리관계에서는 문제가 되지 않는다. 공법규정의 흠결로 인하여 사법규정이 문제가 되는 것은 주로 권력적 행정행위 관계에서 나타나고 있다.

행정법관계는 사법의 규정을 적용할 것을 법령에 규정한 것도 있고 그렇지 않은 경우도 있다. 그러므로 사법규정의 적용을 두고 있는 경우에는 문제가 되지 않으나 사법규정의 적용을 두지 않는 경우에만 문제가 된다. 따라서 사법규정의 적용을 두고 있지 않는 경우에도 사법의 규정을 유추적용 해야만 하는가 또는 우리나라는 공법과 사법의 이원적 체계를 구성하고 있고, 오랫동안 공법으로서의 기능을 유지해옴에 따라 공

1) 우리나라에 근대적 민법이 시행되게 된 것은 1912년 3월에 조선총독부령 제7호 「조선민사령」에 의해 일본의 민법전을 의용해오다가 198년 2월 22일 법률 제471호로 공포되었으며, 2년 후인 1960년 1월1일부터 시행을 보게 되었으며, 현재까지 9차에 걸쳐 개정이 있었다. 반면에 행정법은 각 행정관련 개별법을 총칭한 것으로 통일된 법전을 갖고 있지 않다. 행정법은 2000년 역사의 민법에 비해 150년 정도의 역사를 지니고 있을 뿐이지만 행정법 역시 역사적으로 발전된 법이다. 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2007, 27면.

법관계에서 행정법의 독자적 기능을 중시할 필요성에 의하여 우선적으로 공법상의 규정의 적용문제를 찾아보아야 하는가 하는 문제도 생각할 수 있다.<sup>2)</sup>

본 연구는 이와 같은 문제점에 대하여 행정법관계에서 공법과 사법의 구별의 필요성 그리고 사법규정의 적용을 두고 있는 경우와 사법규정의 적용을 두고 있지 않는 경우의 사법의 내용을 검토하고, 사법의 규정을 적용하는 경우 그 한계에 대하여 공법상의 독자적 기능을 살리는 방향으로 전개하고자 한다.

## II. 행정법관계이론

### 1. 행정법관계의 의의

행정상법률관계는 행정상 공법관계와 행정상 사법관계로 구분되어 있는데 이 중 행정상 공법관계를 행정법관계라고 한다. 행정법관계는 행정상 법률관계 중 행정법관계에 해당하는 것은 행정조직법적관계와 행정작용법관계 중의 권력관계·관리관계이다. 그런데 관리관계는 행정법의 규율을 받기도 하지만 사법의 규율을 받기도 한다. 그러나 행정상 사법관계<sup>3)</sup>는 행정상법률관계의 일종이지만 행정법 관계는 아니다.<sup>4)</sup> 즉, 행정법관계는 행정주체가 국민에 대하여 행정작용을 하는 경우에 형성되는 법률관계 중 그 작용의 공공성·공익성으로 인하여 사법과 다른 공법으로서의 행정법에 의하여 규율되는 권리의무관계이다.<sup>5)</sup>

2) 박종국, 「일반 행정법론」, 법지사, 2004, 102면 ; 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2004, 76면. ; 홍정선, 전계서, 96면..

3) 행정사법은 공행정작용을 사법적 형식에 의하여 수행하는 경우에 그에 관하여 일정한 공법규정 내지는 공법원리가 적용되는 사법적 관계를 말한다. Wolf는 "행정의 주체가 공법상의 의무규정에 의해 자신에게 부여된 공행정 목적을 달성하기 위해 사법상의 법률관계에 들어서게 되면, 그것은 형식적으로 "국고적" 활동이나 내용적으로 그렇지 않다. 여기에는 특별한 행정사법이 적용된다. 행정사법의 특수성은 행정주체가 법률행위상의 사적자치를 완전히 누리지 못하며 오히려 약간의 공법상의 기속을 받게 된다."는 말로서 행정사법을 설명하고 있다. 그리고 Maurer는 "행정주체가 행정 과제를 수행하는 경우에 적용되는 공법적으로 중첩 되고 기속을 받게되는 사법이다."라고 설명하고 있다. 행정사법이론은 공행정을 수행하는 행정의 사적 자치원칙이 지배하는 사법세계로 도파라는 폐단을 막아보자는 의도에서 나온 이론이다. 즉 행정사법의 이론은 현대국가에서 사법적 형식에 의한 행정활동이 증가함에 따라 그것을 행정법학의 영역으로 끌어들이어 일정한 범위 내에서 공법적 규제를 하려는 의도에서 만들어진 것이다. Wolff Hans J/Bachof Otto. Verwaltungsrecht III. 1978. S. 238. ; Maurer Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck. München. 1994. S. 41.

4) 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007, 120면.

5) 김남진, 전계서, 75면.

행정법관계에서는 공공목적달성을 위하여 행정주체가 우월한 입장에서 국민에 대하여 활동을 하게 되므로, 행정주체 당사자간에 있어 대등하지 못하고, 사법관계와는 다른 행정행위의 공정력·존속력·집행력 등의 특별한 성질을 지닌다.

행정법관계는 행정법규 및 행정법원리가 적용되는 법률관계로서 행정법이론의 기본적인 요소가 되는 것이다. 즉, 행정주체가 행하는 행정작용에 관한 여러 가지 이론이나 행정의 실효성확보수단·행정구체제도에 관한 이론 등 많은 행정법이론이 행정법관계를 토대로 하여 논의되고 있다.<sup>6)</sup> 그러나 행정법은 사법에 비하여 역사도 짧고, 또한 총칙적 규정도 없는 결과, 구체적인 경우에 적용법규가 결여되어 있는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 경우에 사법규정의 적용에 의하여 그 흠결상태를 보완할 수 있는가의 문제가 제기된다.

## 2. 행정법관계의 종별

### (1) 권력관계

권력관계는 국가 기타의 행정주체가 공권력주체로서 우월적인 지위에서 행정작용의 상대방인 국민에 대하여 일방적으로 권리·의무를 발생시키거나 명령·강제하는 관계를 말한다. 이러한 권력관계는 불대등한 당사자간의 권리·의무관계로서 경찰행정·보건행정·세무행정·공용부담행정 등의 분야에서 많이 나타난다.

권력관계에서는 행정주체는 상대방인 국민에 대하여 일방적으로 명령·강제하며<sup>7)</sup>, 일반적으로 행정주체의 행위는 공정력·존속력·집행력 등과 같은 법률상 우월한 효력, 또는 행정객체를 제재할 수 있는 여러 가지 강제 내지 제재의 방법과 같은 특수한 공법적 원리의 규율이 인정된다.<sup>8)</sup> 권력관계는 원칙적으로 사법규정의 적용 없이 특수한 공법적 규율을 받는다. 그러나 권력관계는 그것이 권력관계라는 이유만으로 사법규정이 배제되어야 하는 것은 아니며, 그 성질과 본질에 반하지 않는 한 사법규정의 적용이 가능하다고 볼 것이다.<sup>9)</sup> 그리고 행정주체의 행위에 관한 쟁송은 항고쟁송에 의하게 되는 점 등의 특색이 인정된다.

6) 윤양수, 상계서, 120면.

7) 대법원은 국유재산무단점유자에 대한 변상금부과처분은 관리청이 공권력을 가진 우월한 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 하였다. (대판 1988. 2.23. 87누1046 : 대판 1992. 4. 14. 91다42197 : 대판 1998. 2. 27. 97누1105)

8) 한견우, "행정상법률관계(행정법관계)의 종류", 『자치행정』, 한국지방자치학회, 2005, 8면.

9) 석종현, 『행정법강의 I』, 삼영사, 1998, 106면.

## (2) 관리관계

관리관계는 일반적으로 행정주체가 재산관리주체의 지위에서 특정한 공공복리의 실현을 위하여 공적인 재산 또는 사업을 관리·경영하는 비권력적 관계이지만, 그러한 공공복리의 실현이라는 행정목적의 달성에 필요한 한도 내에서 특수한 공법적 규율을 받게 되는 행정법관계를 말한다. 이러한 관리관계는 대등한 당사자간의 법률관계를 수정·보완한 관계라 할 수 있다. 예컨대 공용주택·학교·요양원·등 공공시설을 경영하거나 우편·수도 등 공공사업을 경영하는 경우 공법상 신분 또는 지위 등의 확인 관계 등을 들 수 있다.

관리관계는 본질적으로는 경제주체로서 사인에 대하여는 경제적 관계이고, 또한 비권력적 관계인 점에서 사법관계와 차이가 없다.

그러므로 관리관계에는 일반적으로 사법원리가 적용되지만, 그러나 당해 작용은 공행정작용으로서 공공복리의 실현과 밀접한 관련이 있는 것이므로, 그 한도 내에서 특별한 공법적 규율을 받는다. 따라서 이 관계에서 특수한 공법적 규율이 인정되기 위해서는 명문규정이 있거나 또는 명문규정이 없는 경우에는 이것이 순수 사경제적 관계와는 다른 공공성이 있다는 것이 입증되어야 한다. 그러하지 아니한, 당해 관계는 사법에 의하여 규율되고 그에 관한 다툼은 일반 민사소송에 의하게 된다.<sup>10)</sup>

## 3. 행정법관계의 특수성

### (1) 개설

행정법관계란 공법인 행정법의 규율을 받는 법률관계를 말하며, 행정법관계나 사법관계는 본질적으로 권리·의무관계라는 점에서 차이가 없다.

그러나 행정법관계는 국가 또는 공공단체 등의 행정주체가 행정목적의 달성을 위한 관계로서 행정주체가 우월한 의사주체로서 국민에게 일방적으로 명령·강제하는

10) 대판 1995. 5. 12. 94누 5281 “국유잡종재산에 관한 관리·처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이지 행정청이 공권력의주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이라고 볼 수 없다.” 이밖에 대법원은 행정주체 당사자로서의 공법상계약 (대판1952. 9. 23 4285행상3), 수도료의 부과징수에 따른 수도료의 납부관계(대판 1977. 2. 22. 76다2517), 농지개발조합직원의 근무관계(대판 1977. 7. 26 76다3022), 국가 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 근무관계(대판 1993. 7. 23. 92다 47564), 지방기능직공무원의 신분 또는 지위(대판 1998. 10. 23. 98두12932) 등은 공법상의 권리의무관계이고 이에 관한 소송은 공법상의 문제로서 당사자 소송으로 다루어야 한다고 판시하였다.

부대등관계이기 때문에, 대등한 당사자 사이의 법률관계인 사법관계에서 볼 수 없는 여러 법적 규율상의 특질이 주어진다.

일반적으로 이와 같은 행정법관계의 특질로서 법적합성, 행정의사의 공정력, 행정의사의 존속력, 행정의사의 강제력, 권리의무의 특수성, 권리구제의 특수성 등을 들 수 있다.

## (2) 행정법관계의 특수성의 내용

### 1) 법적합성

사법상의 법률관계는 사적 자치의 원칙에 의하여 그 의사표시가 자유로우나, 행정법 관계는 공익목적의 달성을 위하여 국민에게 일방적으로 명령·강제하는 관계이므로 법치행정의 관점에서 행정의사의 발생요건·형식·절차 등에 있어서나, 실체법적·절차법적으로나 법률에 저촉되어서는 아니 된다.(예컨대 인·허가나 그 취소의 요건을 법령에 상세히 규정하고, 청문 등의 절차를 거치게 하며, 반드시 문서에 의하여 행하도록 하는 것 등).

### 2) 공정력

공정력<sup>11)</sup>이라함은 행정행위에 있어 그 성립에 흠이 있는 경우에도, 그 흠이 중대·명백하여 당연무효로 되는 경우를 제외하고는, 일단 유효한 행위로 통용되어, 권한 있는 기관(직권 또는 재송수단에 의하여)이 이를 취소하기 전까지는 누구도(상대방·행정청 및 제3자) 그 효력을 부인할 수 없는 힘, 즉 상대방·행정청 뿐만 아니라 제3자에 대하여 구속력을 가진다.<sup>12)</sup> 이러한 행정행위의 공정력을 인정하는 직접적인 규정은 없다. 그러나 행정법관계의 안정성, 상대방의 신뢰보호, 행정의 원활한 운용 등의 정책적 필요에 따라, 위법한 행정행위에 대하여 직권취소나 취소심판 또는 취소소송에 의하여 행정행위의 효력을 다룰 수 있게 한 실정법의 간접적 근거<sup>13)</sup>에 의하여 인정되는 것이다.<sup>14)</sup>

11) 공정력 대신에 "예선적 효력", "잠정적 효력"이라는 용어를 사용하기 한다. 김남진, 전거서, 256면.

12) 우리나라에서 통용되고 있는 "공정력이론"은 일본학계의 영향을 받은 것인데, 田中二郎은 공정력을 "행정행위가 위법한 행정행위임에도 불구하고, 권한 있는 기관에 의한 취소가 있기 까지 일용 적법의 추정을 받아 상대방은 물론 제3자나 국가기관도 그 효력을 부정할 수 없는 효력을 말한다."라고 설명하고 있다. 田中二郎, 「行政法總論」, 酒井書店, 1994, 321~322면.

13) 행정심판법 제4조, 행정소송법 제4조 : 현행법이 행정심판과 행정소송제도를 두고 있는 것이 행정행위의 공정력을 인정하고 있는 간접적 근거가 될 수 있다. 김도창, 「일반행정법론(상)」, 청운사, 2000, 440면.

14) 대판 1994. 4. 12. 93누 21088 "공정력이란 행정행위가 위법하더라도 취소되지 않는 한 유효한 것으로 통용되는 효력을 의미하는 것인바, 행정청의 후행거부처분은 소극적 행정행위로서 현존하는 법률관계에

### 3) 존속력(Bestandskraft)

행정법관계에서 행정청이 행하는 행정행위는 일단 유효하게 성립되면 그에 의거하여 많은 법률관계가 형성된다. 따라서 법적 안정성과 행정목적달성을 위해, 일정한 경우에 상대방이 그 효력을 다룰 수 없고(불가쟁력), 행정청도 취소·변경시키지 못하게 되어(불가변력), 그 효력을 계속적으로 존속시킬 수 있게 되는 데, 이를 행정행위의 존속력이라고 한다. 종래 이를 확정력이라고도 하였다. 행정의사의 존속력은 불가쟁력(또는 형식적 존속력)과 불가변력(또는 실질적 존속력)을 포함한다.

#### 가. 불가쟁력(Unanfechtbarkeit)

불가쟁력이란 행정행위에 대하여 쟁송을 제기할 수 있는 기간이 경과함으로써 행정행위의 효력을 더 이상 다룰 수 없게 하는 힘을 말한다. 법치국가의 원리를 실현하기 위하여는 위법 또는 부당한 행정주체의 행위에 대하여 행정쟁송을 통한 취소나 변경을 구하는 불복수단을 인정하고 있다. 그러나 행정심판법과 행정소송법은 행정심판청구기관<sup>15)</sup> 또는 제소기간<sup>16)</sup>을 규정하고 있음에도 불구하고, 이와 같은 불복기간을 경과한 경우에는 당해 행위의 효력을 더 이상 법적으로 다룰 수 없으며, 이 경우에 확정된 행정의사는 불가쟁력을 가진다. 그러나 이는 행정주체의 직접적인 상대방에 대한 구속력의 의미를 가지며,<sup>17)</sup> 행정주체를 구속하지는 않는다. 따라서 행정주체, 즉 처분청은 직권으로 당해 행위를 취소할 수 있다. 한편, 무효인 행정행위는 쟁송제기기간의 제한을 받지 않으므로 불가쟁력이 발생하지 않는다.<sup>18)</sup>

#### 나. 불가변력

일반적으로 위법 또는 부당한 행정주체의 행위는 행정청이 직권으로 취소 또는 변경하거나 후발적 사정을 이유로 철회할 있는 것이 원칙이나, 행정행위 중 일정한 행위는 그 성질상<sup>19)</sup> 행정청이 직권으로 취소·변경할 수 없는 행위가 있는 바, 이와 같이 취소

아무런 변동도 가져오는 것이 아니므로 그 거부처분이 공정력이 있는 행정행위로서 취소되지 아니하였다 고 하더라도, 원고가 그 거부처분의 효력을 직접 부정하는 것이 아닌 한 선행거부처분보다 뒤에 된 동일내용의 후행거부처분 때문에 선행거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 할 수는 없다.”

15) 행정심판법 제18조

16) 행정소송법 제20조

17) 그러나 상대방에 대하여 구속력을 가지는 경우에도 단지, 당해 행정의사의 효력을 다룰 수 없을 뿐이며, 그 위법성을 이유로 하여 행정상 손해배상의 청구를 부인하는 것은 아니다. 김동희 「행정법 I」, 박영사, 2004, 80면.

18) 행정심판법 제18조 제7항, 행정소송법 제20조, 제38조.

19) 예컨대 일정한 쟁송절차를 거쳐 행하여지는 행정심판의 재결, 소청심사위원회·국세심판원의 결정, 토지수용위원회의 재결 등의 확인행위, 특정 사실 또는 법률관계의 存否·正否에 대한 공적 권위에 의한 확인행위로서의 국가시험합격자결정·당선인결정·발명특허 등.

또는 철회를 허용하지 않는 힘을 불가변력이라고 한다.

불가변력은 행정행위는 법률관계를 형성하기 때문에 법률생활의 안정성이나 당사자들의 신뢰보호를 위하여 인정되며, 이는 특히 수익적 행정행위 및 확인적 행위에 강하게 요구된다.

#### 4) 강제력

행정상의 의무를 상대방이 이행하지 아니할 경우, 행정청은 직접 실력을 행사하여 그 이행을 확보하거나(자력집행력), 일정한 제재를 가하여 간접적으로 그 의무이행을 담보할 수 있는 바, 행정의사의 강제력이라고 한다.

##### 가. 자력집행력

행정주체의 의사는 상대방 또는 제3자를 구속할 뿐만 아니라 만약 상대방 또는 제3자가 행정의사에 의하여 부과된 의무를 이행하지 않을 때에는 사법관계에 있어서와는 달리 사법권의 힘을 빌림없이 자력으로 행정의사의 내용을 강제하고 실현할 수 있는 힘을 가지는데, 이를 자력집행력이라고 한다.

자력집행력은 행정목적의 신속·원활한 실현을 위하여 인정되는 것이나, 행정법관계 자체에서 당연히 자력집행력이 인정되는 것이 아니라, 법치주의원칙상 별도의 실정법적 근거(행정대집행법·국세징수법 등)가 있어야만 한다.

##### 나. 제재력

행정법관계에서 행정주체가 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 법률규정에 의하여 행정벌(행정형벌·행정질서벌)을 과할 수 있는 힘을 제재력이라고 한다. 예컨대 허가를 받지 않고 영업을 하거나 건축을 하는 경우이다.<sup>20)</sup>

행정법관계에서 이러한 제재력이 인정되는 것은 사법관계에 있어서 불법행위자에 대하여 손해배상의 청구만이 인정되는 것과 다른 점이다.

##### 다. 권리·의무의 특수성

행정법관계에서 권리·의무는 사법관계에서처럼 권리자와 의무자가 상호반대의 이해관계로 대립되는 것이 아니라, 다같이 공공복리의 향상이나 사회질서의 유지를 위하여 인정되는 것이기 때문에 권리가 동시에 의무라는 상대적 관계에 있게 된다.

이와 같이 행정법관계에 있어서의 권리와 의무는 권리인 동시에 의무라는 상대성을 가지기 때문에 사법상의 권리·의무와는 달리 그 이전이나 포기가 제한되거나 특별한

20) 식품위생법 제78조, 건축법 제80조.



보호가 행하여지는 경우가 있다.

#### 5) 권리구제수단의 특수성

사법상의 권리가 침해된 경우에는 민법상 손해배상 및 민사소송에 의하지만, 행정법 관계에 있어서 국가 등의 행정작용으로 인한 국민의 권리·이익의 침해에 대하여는 실정법상 특별한 구제수단이 마련되어 있는 바, 이것은 행정작용으로 인한 손해전보제도와 위법한 행정작용의 효력을 다투는 쟁송제도에 있어 모두 그러하다.

##### 가. 행정상 손해전보

행정법관계에 있어서 위법한 행정작용에 의하여 개인이 입은 손해에 대해서는 민법 규정과는 다른 국가배상법에서 국가 또는 지방자치단체의 손해배상책임을 규정하고 있는 특수성을 가지고 있다. 즉 위법한 행정작용으로 인한 손해배상에 관한 일반법으로서 국가배상법이 있다.

아울러 적법한 행정행위에 의한 개인의 재산권에 대한 공용침해(수용·사용·제한)에 대해서는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 하도록 규정하고 있다(헌법 23조 3항). 이에 따라 손실보상에 관하여는 일반법이 존재하지 않고, 「공익사업의 목적을 위한 토지등의취득및보상에관한법률」, 「하천법」 등 개별법이 규정하고 있다.

따라서 행정법관계에서 손해전보제도는 민사상의 손해배상제도와는 책임의 요건·배상범위·배상절차 등을 달리하는 특수성을 지닌다.

##### 나. 행정쟁송절차의 특수성

위법한 행정처분의 효력을 다투는 쟁송제도는 국가에 따라 다른바, 공사법의 이원적 법제를 취하지 아니하는 영미 등의 국가에서는 행정사건과 사인사이의 분쟁의 경우와 마찬가지로 일반법원에서 다루고 있다.

이에 대하여 독일·프랑스 등의 대륙법계 국가에서는 행정재판소를 설치하여 그의 관할로 하고 있다.

우리헌법은 행정사건에 관하여 영·미식 사법제도국가주의를 채택하여 일반법원이 행정행위의 적법성을 심판하도록 하고 있다. 그러나 행정사건에 대해서는 민사소송과는 달리 행정소송법의 규정이 적용되기 때문에 민사소송절차에 대한 여러 가지 특례가 인정되고 있다. 즉, 행정심판입주의, 제소기간의 제한(단기출소기간), 직권심리주의, 집행부정지의 원칙 등의 절차상의 특수성이 인정된다.

### Ⅲ. 公法과 私法の 區別

#### 1. 公법과 사법의 혼돈의 유래

우리나라에 있어서 공법과 사법의 적용에 있어 혼돈에 빠지게 된 근본적인 이유는 우리나라가 독일의 행정법이론을 일본을 통하여 계수하였기 때문이다. 독일의 행정법은 공·사법의 구별을 모르는 게르만법의 영향을 받았고, 전제권력에 대항하는 이데올로기에 기초하고 있다. 즉, 국민의 자유와 재산을 지키기 위한 주관적 권리를 강조하면서도 군주의 특권을 인정하기 위하여 특별권력관계를 존치시키는 등 이중성을 그 특징으로 하고 있다. 그리고 독일은 최근에 와서 통일을 이루었기 때문에 행정법체계를 발달시킬 시간적 여유가 없어 과거에 제정분야에 한정되어 적용되었던 국고이론을 행정법의 일반이론으로 활용하게 되었다.<sup>21)</sup> 또한 독일의 행정법은 행정에 관한 일반법이 아니라 독일의 관습과 입법에 의하여 구체적으로 규정되기 때문에 행정주체의 필요성에 의하여 공법으로서의 행정법이 되므로 그 범위가 매우 좁았다. 이러한 영향으로 인하여 공법질서에 대한 이론적 체계를 확립하지 못한 채, 사법의 적용을 인정하게 되었다.<sup>22)</sup>

독일은 프랑스의 민사법으로부터의 독립과는 달리 공법과 사법의 구별을 구분하지 못하였다. 마이어는 전제국가 및 야경국가시대의 유물인 민사법적 요소를 논리적으로 타파하는데 역점을 두고 노력하였으나 오히려 연구방법과 용어에 있어 민사법의 틀을 벗어나지 못하는 결과를 초래하였다. 이러한 결과로 바이마르 공화국 이후 행정법에 사법적 요소를 채택하여 행정법을 더욱 혼미하게 만들었고, 2차 세계대전 이후 사법적 통제를 강화하고 특별권력관계를 축소시키고, 행정소송의 유형을 민사소송의 유형과 비슷하게 만들었다. 그 결과 행정소송에 있어 집행금지원칙의 채택, 행정소송유형의 민사소송화 등을 채택함으로써 행정제도의 통일성과 연속성이 결여 되었다.<sup>23)</sup>

21) 강현오 "공법인과 사법인의 구별에 관한 기초적 논의", 「공법연구」 제32집 제11호 한국공법학회, 2003. 436면.

22) 영·미에서는 일찍이 법치주의와 권력분립이 이루어졌지만, 전통적인 법의 지배 원리에 따라 행정권도 사인과 동일한 법원에서 동일한 법에 따라 재판하였다. 그러나 현재의 시점에서 공·사법 구별문제에 관한 영미법계에 대한 평가에서는 견해가 나뉠 수도 있을 것이다. 영국의 경우에는 1977년 사법개혁으로 종래의 사법적 구제와 대권적 구제를 통합한 사법심사소송(Application for Judicial review) 제도를 창설하고, 2000년 CJR 로 개편함에 따라 적어도 소송법적인 측면에서는 공법과 사법을 구별하고 있다고 할 수 있다. Emery Carl. Administrative law-Legal challenges to official action. london, 1999. p.51.

## 2. 공법과 사법의 구별의 필요성

오늘날 법률관계에서 공법과 사법의 구별의 필요성은 행정주체의 당사자로서 국가와 개인간의 관계에 있어서 공공목적의 효율성을 달성하기 위하여 특수한 법적 규율이 요구되고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 행정소송법은 행정소송의 특수성을 감안하여 그 관할과 절차 등에 관하여 민사소송법과는 다른 특칙을 규정하고 있고, 공무원의 불법행위가 있는 경우에 일반사인의 불법해위의 경우와는 달리 다른 원리의 법적용이 있게 되고, 법인의 법형식에는 공법인과 사법인의 구분이 있으며,<sup>24)</sup> 행정법은 국내공법으로서의 범위를 정함에 있어서 공법과 사법의 구별의 필요성이 인정된다.<sup>25)</sup> 그리고 우리나라는 현행 법질서체계에서 공법관계와 사법관계에 따라 적용될 법규나 법원칙을 달리하는 면이 있기 때문에 구체적 법률관계에 적용할 법규나 법원칙을 결정하기 위하여서도 공법과 사법의 구별은 엄격히 구별할 필요성이 있다.<sup>26)</sup> 이러한 면에서 공법은 사법과 다른 특수성을 인정하여 사법의 침투를 막고 공법으로서의 고유영역을 갖고 있는 독자성을 인정하여야 한다.

공법과 사법을 구별하는 방법론에 관하여는 이론적 구별론<sup>27)</sup>과 제도적 구별론이 있다.<sup>28)</sup> 여기에서는 실정법질서가 공법과 사법의 이원적 체계로 분류되고 있는 현실을

23) 이광윤, 「행정법이론」, 성균관대학교 출판부, 2000, 16면.

24) 현재 2001. 1. 18. 98헌바75-89. "서울대학교병원, 국립대학교병원, 지방공사병원은 공법인, 민법상 비영리법인인 사법인인 점에서 법률적 성격에 본질적 차이가 있고, 양자사이에는 설립목적, 경영원칙, 목적사업, 운영 형태, 재정지원 및 감독 등의 점에서도 규율을 달리하고 있으므로, 지방세의 면제여부에 관하여 이들의 공법인과 민법상의 비영리법인인을 달리 취급하는 것은 양자의 본질적 차이에 따른 것이므로 합리적인 이유가 있다."

25) 공법·사법의 구별론은 공법으로써의 행정법이 규율하는 법률관계에 사법으로써의 민법의 적용을 부정하는 것으로서 기능해 왔습니다. 예를 들면 田中二郎(다나카 지로) 박사는 행정법은 국내 공법이라고 해서 행정법관계를 행정법이 규율하는 공법관계와 그렇지 않은 사법관계로 구별하고, 더욱이 공법관계를 사법적 규율의 낮은 영역에 있다. (민법의 일반 원칙과 기술적 규정밖에 적용할 수 없다.) 지배관계와 대등한 개인 상호간과 다르지 않지만 공공의 복지를 위하여 특수한 규율로 되어 있는 관리관계의 두 가지로 구별하고 있다. 小林博志, 「行政法講義」, 成文堂, 2004, 11면.

26) 윤양수, 전계서, 113면.

27) 행정상 법률관계를 공법관계와 사법관계로 구별하는 실익이 인정되는 경우에도, 구체적으로 양자의 구별기준이 무엇인가의 문제는 당연히 제기된다. 독일의 경우 관련학설은 30여 개에 이르고 있으나, 대표적인 것으로는 다음을 들 수 있다. 주체설, 성질설, 이익설, 귀속설이다. 공법과 사법의 구별에 대한 여러 학설을 위해서 살펴보았지만, 그 어느 것도 완벽한 기준을 제시하지 못하고 있다. 따라서 위 계학설을 상호보완적으로 적용하여 그 합리적인 결론을 도출하고자 하는 것이 우리학자들의 일반적 견해이다

28) 이는 행정법에서의 공법과 사법의 구별 문제는 제도적 구별임을 전제하는 문헌들에서 그 구체적 구별 기준을 논의함에 있어 거의 예외 없이 주체설·이익설·권력설 등과 같은 19세기 이래의 독일 학설을 들고 있는 것에서 보아도 그러하다. 위의 학설들은 결국 역사적으로 자리잡아온 공법상의 이념적 표

전제로 하여 그 구별기준을 검토하기로 한다.

### 3. 공법과 사법의 제도적 구별론

공법과 사법의 차이는 선험적·절대적인 것이라 하기보다 제도적·상대적인 것이므로 공법과 사법의 구별을 제도적인 측면에서 찾아볼 필요가 있다.<sup>29)</sup>

실정법이 명문으로 행정행위의 실효성확보수단, 행정쟁송, 손실보상, 손해배상, 사인에 대한 일방적인 의무의 부과, 사권의 제한에 관한 규정 등과 같이 공법관계임을 나타내는 특별한 규정을 두고 있는 경우에 그러한 규정은 공법사의 규정으로 볼 수 있다. 실정법에 이와 같은 공법적인 특별한 규정이 없을 때에는 당해법규의 목적 및 규율내용에 따라 개별적·합리적으로 판단하여야 할 것이다. 그리하여 공공목적을 위하여 행정주체에게 공권력을 행사할 수 있게 하며 그에 따르는 특수한 효력을 인정하고 있는 법과 공익의 실현을 위하여 사법적 규율과 달리 특수한 법적 규율을 하고 있는 법은 공법이고 특수한 규율을 하고 있지 않는 법은 사법이라 할 것이다.

이와 같이 행정법에서의 공법과 사법의 구별을 제도적 구별의 문제로 이해한다고 하더라도 개개의 실정법규가 그 자체 내에 공법 또는 사법임을 명시하는 규정을 두어 스스로 구분하고 있지 않는 한 공법과 사법에 대한 이념적 징표나, 법관념으로서 공법과 사법에 대한 최대공약수를 필요로 할 것이다. 그렇다면 제도적 구별은 결국 그 대상 또는 목적으로 하는 것이 당대의 실정법이라는 것을 의미하는 것일 뿐이다. 이러한 의미에서 볼 때 이론적 구별이 목적으로 하는 것은 결국 제도적 구별이며, 제도적 구별의 내용은 바로 이론적 구별이라고 정리할 수 있다. 따라서 행정법에서의 공법과 사법의 구별문제는 항상 이론적 구별임과 동시에 제도적 구별이며, 또한 제도적 구별임과 동시에 이론적 구별이라 할 것이다.

지를 무엇으로 할 것 인가에 관한 논의이기 때문이다. 즉, 역사적 또는 실정법적 공법현상의 최대공약수는 무엇인가에 대한 이론들로서, 결국 이는 행정법에서의 공법과 사법의 구별문제에 있어서 공법의 기능적 본질은 무엇인가에 다름 아니기 때문이다. 일부 학자들의 교과서에는 공법과 사법의 구별을 이론적 구별과 제도적 구별로 대별하여, 위의 기준들을 이론적 구별의 기준의 예로 들고 있다. 그러나 이러한 기준들은 결국 제도적 구별의 내용적 측면에서 별다른 차이를 가지지 않는다고 볼 것이다. 정호경 "공·사법구별의 의미에 관한 고찰", 『법학논총』, 제23집 제1호, 한양대학교출판부, 2006, 23면.

29) 홍준형, 『행정법총론』, 한울, 2001, 53면 ; 윤양수, 전계서, 115면.

## IV. 행정법관계에 대한 사법규정의 적용

### 1. 행정법상 규정이 있는 경우

행정법관계에 법의 흠결이 있는 경우에 행정법 스스로 사법규정의 적용을 규정하고 있는 때에는 당해 사안에 대하여 사법규정이 직접 적용된다. 예컨대 국가배상법 제8조는 “국가 또는 지방자치단체의 손해배상의 책임에 관하여는 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다.”고 하고 있는 규정이나 예산회계법 제97조는 “금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리에 있어서는 소멸시효의 중단·정지 기타의 사항에 관하여 적용할 다른 법률의 규정이 없을 때에는 민법이 규정을 준용한다.” 그리고 국세기본법 제4조는 “이법 또는 세법에 규정하는 기간의 계산은 이법 또는 세법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법의 규정에 의한다.” 국세기본법 제54조 제2항은 “소멸시효에 관하여 이법 또는 세법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법의 규정에 의한다.”는 규정 등을 들 수 있다.

이와 같이 행정법관계에 법규정이 결여된 경우에 사법규정을 적용할 것을 실정법이 명문으로 규정하고 있는 경우에는 문제될 것이 없다.

### 2. 행정법상규정이 없는 경우

행정법상 규정이 없을 때에도 사법규정의 적용 또는 유추적용을 하기 위해서는 사안의 유사성이 있어야 하며, 학설은 부정설(소극설)과 긍정설(적극설)이 대립하고 있다.

#### (1) 관련학설

##### 1) 부정설

부정설을 취하고 있는 Mayer는 “공법과 사법의 절대적인 분리·독립을 강조하여, 공법과 사법사이에 공통적인 법제도의 존재를 부인하고 유추의 방법으로 사법규정을 끌어들이므로써 공법제도를 개선하거나 보충하려고 의도하는 것은 허용되지 않는다.”라고 하여 사법규정의 공법관계의 준용을 철저히 배격하였다.<sup>30)</sup> 마이어의 이러한 견해는

30) Mayer Otto. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I. 1924. S. 117.

공법과 사법은 각각 분리·독립된 별개의 법체계이므로, 공법에 있어서 물건·계약·손해 배상 등 사법상의 관념과 비슷한 관념이 사용되어도, 그것은 전혀 별개의 법적 기초위에 선 것이며, 또한 행정법관계는 공익을 위한 부대동자간의 이타적(利他的)·사회적·윤리적 관계이므로, 공법규정에 흠결이 있는 경우에도 사법규정의 유추적용을 하여서는 안 된다고 한다.

부정설의 입장에서는 행정법관계에 흠결이 있는 경우 공법의 사고 영역에서 도출되는 규칙으로서 보충되어야 한다고 하였다.<sup>31)</sup> 부정설을 소극설 또는 공법적용설이라고도 한다.<sup>32)</sup>

## 2) 적극설

적극설은 공법과 사법은 본질적·절대적인 차이가 있는 것이 아니라, 오히려 양자의 공통성·유사성을 인정하여 사법규정에 의하여 공법규정이 흠결을 보충할 수 있다는 견해로서, Jellinek에 의하면 행정법관계에서 법률의 흠결 시 경우에 따라서는 민법이 적용될 수 있다고 하였다. 그는 기간계산에 관한 예를 들면서 기간계산은 사법의 영역에서만 고유한 것이 아니라 공법의 영역에서도 가능한 것이며, 그 밖에 내용상의 유추적용도 가능하다고 하였다. 다만 국가의 권력적 행정작용에는 공법과 사법의 유사성이 인정되기 곤란하다고 하였다.<sup>33)</sup> 적극설은 내용적으로는 사법규정의 일반적·직접적 적용을 인정하는 직접적용설과 그 한정적인 적용만을 인정하는 유추적용설로 나뉘어 진다.

### 가. 직접적용설

이 견해는 행정법관계에 관한 법규정에 흠결이 있는 경우에 사법규정의 일반적·직접적 적용을 긍정한다. 왜냐하면, 사법규정에는 모든 법분야를 통하여 타당할 수 있는 일반법원리적 내용의 규정(예컨대, 신의성실·권리남용금지의 원리)이 대부분이며, 또 공법관계와 사법관계사이에는 본질적인 차이가 없기 때문이다.

그러나 직접적용설은 공법과 사법을 구별하는 이원적 법체계에 입각한 실정법하에서는 공법관계와 사법관계에 각각의 특수성을 인정하지 않을 수 없음에도 불구하고 그 특수성을 도외시 하는 것이기 때문에 무리가 있는 학설이다.

31) Fleiner Fritz. Institutionen des Deutsches Verwaltungsrechts. 1928. S. 56.

32) 홍정선. 전계서. 96면 : 김남진. 전계서. 117면.

33) Jellinek Walter. Verwaltungsrecht. Verlag Dr. Max Gehlen. Berlin. Neudruck der 3. Auflage Von 1966. S 153.

나. 유추적용설(제한적 적용설)

이 견해는 행정법관계에 대한 사법규정의 적용을 인정하면서도 공법의 사법에 대한 특수성을 중시하여 직접·일반적 적용을 인정하지 않고 제한적·유추적용 되어야 한다는 입장이다.<sup>34)</sup> 다만 죄형법정주의와 관련하여 행정벌과 징계벌의 경우에는 유추가 금지된다고 한다.<sup>35)</sup> 유추적용설은 다시 반대규정이 없는 한 사법규정이 일반적으로 유추적용 된다는 일반적 유추적용설과 법령상 특별한 규정이 있거나 또는 내용이 유사한 경우에 사법규정이 유추적용 된다는 한정적 유추적용설로 나누어지며 한정적 유추적용설이 일반적인 입장이다.<sup>36)</sup>

3) 개별적 판단설

개별적 판단설은 당해 법률관계가 권력관계인가 비권력관계인가, 또는 공법관계인가 사법관계인가의 문제와는 무관하게 각각의 법률관계의 구체적 성격과 기능에 따라 판단되어야 한다는 견해이다. 생각하건데, 권력관계는 그 대등성에 의하여 특징지어지는 사법관계와는 그 성질이 다른 것이고 보면, 여기에 법일반원리적 규정이나 법기술적 규정 이외의 사법규정은 원칙적으로는 적용될 수 없다고 본다. 그러나 권력관계도 법주체간의 법률관계라는 점에 있어서는 사인 상호간의 법률관계와는 다르지 않다. 또한 권력관계라 하여도 그 모든 측면에 있어서 사법관계와 다른 특질이 부각되는 것은 아니라고 본다. 이러한 관점에서 권력관계에 대하여도 그 성질과 기능에 반하지 않는 한도 내에서는 사법규정의 유추적용이 인정될 수 있다고 본다.<sup>37)</sup>

4) 검토

지금까지 기술한 공법관계에 있어 법률의 흠결 시 사법규정의 적용에 관한 학설을 고찰하였다. 생각하건데 기술한바와 같이 우리나라는 현행 법질서체계에서 공법관계와 사법관계에 따라 적용될 법규나 법원칙을 달리하는 면이 있기 때문에 구체적 법률관계에 적용할 법규나 법원칙을 결정하기 위하여서도 공법과 사법의 구별은 엄격히 구별할 필요성이 있다 그런데 공법과 사법의 구별은 법의 본질적인 것이 아니라 제도

34) 대판 1961. 10. 5 4292형상6. "행정주체가 공권력의 주체로서 국민에 대하는 관계에 있어서는 대등한 사사로인 국민 상호간의 경제적 이해를 조정함을 목적으로 하는 사법이 전면적으로 그대로 적용될 수는 없고 국가공익의 실현을 우선적으로 하는 특수성을 고려하여 특수한 법규와 법원칙이 인정되어야 할 것이다."

35) 홍정선, 전거서, 97면.

36) 한견우, 「일반행정법 강의」, 박영사, 2006, 106면.

37) 이병철, 「행정법강의」, 유스티누아스, 2002, 86면.

적·기술적으로 구별된 것에 불과하여 양자는 법률의 일반원리에 의하여 통일된 전체로서의 법질서의 부분으로 행정법관계에 있어서도 유추적용될 가능성은 존재한다.

따라서 행정법관계에 대한 사법규정의 적용을 전면적으로 부정하는 부정설이나 또는 그 작용을 전면적으로 긍정하는 긍정설 중의 직접적용설은 타당하지 않고, 유추적용설 중 일반유추적용설은 행정법의 독자적 기능을 저해하는 측면이 있어 타당하지 않으며, 개별적 판단설은 어떤 개별적·구체적인 법률관계에 대한 사법규정의 유추적용의 범위는 당해법률관계의 구체적 내용·기능에 따라 판단되어야 함은 당연함으로 유추적용설을 구체화한 것에 지니지 않는다.<sup>38)</sup> 그러나 행정법 관계에 대한 사법규정의 적용을 법률의 제도적·기술적 측면을 고려하여 법령상 특별한 규정이 있거나 또는 내용이 유사한 경우에 한정적으로 유추적용 할 수 밖에 없다 하겠다. 그리고 사법규정의 적용문제에 있어 고려해야 할 사항은 법률의 흠결 시 유추적용이 문제가 되면 우선 헌법과 관련이 있는 공법의 규정을 유추적용하고, 관련 공법규정이 없거나 미흡함이 있으면 사법규정의 적용을 검토하여야 할 것이다.

### 3. 행정법관계에 대한 사법규정의 적용

#### (1) 개설

민법을 비롯한 사법의 규정은 일반적으로 사적자치의 원칙아래 대등한 당사자간의 이해 조정을 목적으로 하는 것이라 할 수 있다. 그러나 사법의 규정 중에는 단순히 사법의 관계에 대한 규율에만 그치지 않고 법질서 전체로서의 일반원리의 표현으로 볼 수 있는 규정으로 행정법관계에 적용되고 있으며, 공법상의 재산관계에 있어서 민법의 채권에 관한 규정 중의 일부는 공법상의 재산관계에 준용되는 경우가 많은데 원래 채권법의 규정은 재산관계를 규율하는 재산법의 일반법적인 성질을 띠는 것으로서 유사한 공법상의 재산관계에 적용되고 있다.

행정법관계에 적용되는 일반원리적 사법규정의 적용례로서는 신의성실·권리남용금지 원칙, 법률행위, 무효·취소, 대리 자연인·법인, 주소, 동산·부동산, 조건, 기한, 시효제도, 등에 관한 민법상 규정이 있고, 재산권관계에 있어서의 채권규정의 적용례로서는 금전채권의 효력, 사무관리, 부당이득에 관한 민법상의 규정들을 들 수 있다. 이하에서는 공법관계에서 사법의 규정의 적용되고 있는 기술한 민법상의 규정을 고찰하

38) 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2002, 180면.



기로 한다.

## (2) 일반원리의 적용례

### 1) 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙

신의성실의 원칙은 사법에서 발전된 것이나,<sup>39)</sup> 행정법의 영역에도 적용하는 법원칙이라고 할 수 있다. 행정법상의 신의성실의 원칙은 행정법관계에 있어서 모든 당사자가 권리의 행사나 의무의 이행에 있어 신의에 따라 성실하게 하여야 한다는 원칙이다. 신의성실의 원칙은 오늘날 모든 법의 일반원칙이 되고 있기 때문에 행정법분야에서도 비권력관계는 물론 권력관계에도 이 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다.<sup>40)</sup>

행정절차법은 제4조 제1항에서 “행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라 성실히 하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 국세기본법도 제15조에서 “납세자가 그 의무를 이행함에 있어서는 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. 세무공무원이 그 직무를 수행함에 있어서도 또한 같다.”고 규정하여 신의성실의 원칙을 명문화 하고 있다.

권리남용금지의 원칙은 신의성실이 원칙이 인정되고 있는 이상 양자는 표리관계에 있기 때문에 당연히 인정된다고 볼 수 있다.<sup>41)</sup>

### 2) 자연인·법인

자연인·법인 모두 권리의무의 주체라는 점에서 행정법관계에서도 차이가 없다. 자연인에 관하여는 호주와 가족·상속인·출생·사망·실종 등의 신분에 관한 규정은 행정법 관계에서도 적용되고 있다.

능력에 관하여는 미성년자·한정재산자·금지재산자의 관념이 행정법관계에도 적용되고 있음은 물론이다. 의사능력이 없는 자의 행위는 무효이고 행위능력을 결여한자의 행위에 관하여는 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 행정법관계에도 민법의

39) 민법 제2조는 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 수행하여야 한다.”고 규정하고 있다.

40) 대판 1994. 3. 24 93누22517 “국세청장이 훈련교육영역의 제공이 사업경영상담업에 해당하는 것으로 본다는 회신을 동종의 인근 사업자에게 하였고, 원고는 사업양수 시에 이를 상담업으로 본다고 하는 위의 견해를 신뢰하여서 면세사업자로 등록을 마치고 부가가치세를 거래징수하거나 신고 납부하지 아니하였다면 국세청장이 위와 같은 회사는 위 용역의 제공이 상담업에 해당한다고 보는 공적인 견해를 표명한 것이고, 이 후 이와 같은 사업장의 사업자들이 과세관청의 견해에 따라서 이 후의 거래 시에 거래상대방으로부터 부가가치세를 징수하거나, 신고 납부하지 아니하였다면 거기에 귀책사유가 있다고 하기도 어려울 것이므로 위와 같은 경위로 사업을 하다가 폐업한 후에는 비로소 종전의 견해와는 반대로 위 용역의 제공이 상담업에 해당하지 않는다고 하면서 과세처분에 이른 것은 신의성실의 원칙에 위배된다.”

41) 김남진, 전계서, 56면. : 윤양수, 전계서, 109면. : 박종국, 전계서, 114.면

규정이 적용된다 할 것이다. 그러므로 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 민법의 경우와는 달리 행정법관계에서 유효한 것으로 보아야 할 것이며, 우편법 제10조<sup>42)</sup>는 이에 관한 명문규정을 든 예라 하겠다.

이것은 행위무능력자가 한 법률행위의 효력에 관한 규정은 권력관계에서는 적용되지 않음을 의미하며, 이는 행정행위의 공정력에 의한 제약을 받기 때문이다. 법인에 관하여는 사법인의 대표권은 행정법관계에서도 인정되며, 법인의 주소·능력 등에 관한 규정도 원칙적으로 적용되며, 법인의 등기·청산에 관한 규정도 법률에 특별한 규정이 없는 한 적용된다 하겠다.

### 3) 물건

권리의 객체로서의 물건의 관념도 행정법관계에 적용된다. 다만 사물과 공물과는 그 관리·처분의 방법이라든가 몰상권리의 내용에 있어 차이가 있으므로 사물에 관한 규정이 그대로 공물에 적용되는 것은 아니다.<sup>43)</sup> 동산과 부동산, 주물과 종물, 법정과실과 천연과실 등 물건에 관한 총칙적 규정<sup>44)</sup>은 행정법상의 공물에도 적용된다.

### 4) 법률행위

법률행위·준법률행위·의사표시·대리·무효·취소·조건·기한 등 민법상의 법률행위에 관한 여러 관념들은 행정법관계에도 적용된다. 그 적용관계를 설명하면 다음과 같다.

#### 가. 의사표시의 효력발생시기

행정법관계에서 의사표시의 효력 발생시기는 사법관계에서와 마찬가지로 도달주의가 원칙이나 발신주의를 취하는 경우도 있다.<sup>45)</sup>

#### 나. 대리

행정법관계에서는 법률의 규정 또는 행위의 성질상 일신전속성이 인정되어 대리가 허용되지 않는 경우가 있다. 그러나 개인의 자격과 직접관계가 없는 행위는 일반적으로

42) 우편법 제10조 “우편물의 발송·수취 기타 우편이용에 관하여 무능력자가 우편관서에 대하여 행한 행위는 능력이 행한 것으로 본다.”

43) 공물은 직접공공목적에 제공된 것이므로 공공목적상 필요한 범위 내에서 사법의 적용을 배제되고 특수한 공법적 규율을 받게 된다. 윤양수, 전거서, 753~754면.

44) 민법 제98조 이하

45) 국세기본법 제5조의 2 제1항 “우편으로 과세표준신고서·과세표준수정신고서 경정청구서 또는 과세표준신고·과세표준수정신고·경정청구와 관련된서류를 제출할 경우 우편법에 따른 통신일날인이 찍힌 날에 신고된 것으로 본다.”

로 대리가 인정된다고 할 것이고, 그 한도 내에서 민법상의 법률행위에 관한 규정이 유추적용될 수 있을 것이다.

다. 의사의 흠결·하자있는 의사표시

행정법관계에 있어서 행위자의 의사표시가 하자가 있을 경우 대체로 민법의 규정을 준용할 수 있다. 그러나 민법 제10조가 규정하고 있는 진의 아닌 의사표시인 경우 행정법관계에 적용되지 않는다고 판시한바 있다.<sup>46)</sup>

라. 무효인 법률행위

행정법관계에서도 민법 제138조의 무효행의 전환, 민법 제139조의 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다는 원칙이 적용된다.

마. 기간·시효

기간의 계산에 관하여 행정법에 특별한 규정이 없는 한 민법의 규정이 적용된다. 민법 제166조의 소멸시효의 가산점, 민법 제167조의 소멸시효의 소급효, 민법 제169조의 시효중단의 효력 등에 관한 규정도 민법의 규정이 적용되나 다만 행정법상의 금전채권의 소멸시효기간은 예산회계법 제71조에서 5년을 원칙으로 하였다.<sup>47)</sup>

#### 4. 재산관계에 있어서의 사법의 적용

##### (1) 행정법상 재산권의 이전

행정법상의 권리는 일신전속적 성질을 가진 권리이므로 원칙적으로 이전성이 없으나 급여청구권·연금청구권 등과 같이 권리주체의 신분을 증시하는 경우를 제외하고는 이전성이 인정된다. 예를 들면 하천사용권·공원지사용권·공유수면매립면허권·특허기업경영권 등이 그것이다. 이러한 권리는 행정법상의 것이지만 재산성이 강하게 인정되기 때문에 사권과 같이 이전성이 허용된다.

##### (2) 금전채권의 효력

46) 대판 1997 12. 12. 97누 13962. "공무원의 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로, 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다."

47) 민법 제162조 제1항에서 채권의 소멸시효기간을 10년으로 규정하고 있다.

행정법상의 연대채무·담보물권의 효력도 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법의 규정이 적용된다. 또한 조세 등에 있어서는 민법 제469조의 제3차변제가 가능하다. 이는 공의무가 일신전속적인 원칙에 대하여 그 예외가 되는 것이다.

### (3) 사무관리

사무관리란 법률상 의무 없이 타인의 사무를 관리하는 행위를 말한다. 이것은 사법상의 개념이나 행정법분야에도 사무관리가 있을 수 있다. 강제관리 수난구호, 조세의 대체납부, 행여병사자의 취급 등이다. 행정법상의 사무관리에 대하여는 행정법에 특별한 규정이 없는 한 민법 제754조 이하의 사무관리에 관한 규정을 준용하여, 사무관리기관의 피관리자측에 대한 통지의무가 인정되고 사무관리비용의 상환 기타 이해조정이 이루어져야 할 것이다.

### (4) 부당이득

행정법상의 부당이득이란 행정법관계에서 법률상의 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이득을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 끼치는 행위를 말한다. 예를 들면 조세과오납·봉급과액수령의 경우나 행정주체가 권원 없이 타인의 토지를 도로로 조성한 경우에<sup>48)</sup> 행정법상의 부당이득이 발생할 수 있다.

행정법상의 부당이득에 관하여 행정법에 특별한 규정이 없는 한 민법상의 부당이득에 관한 규정이 준용될 수 있을 것이다.<sup>49)</sup>

48) 대판 1980. 7. 8 80다790 “피고가 원고들 소유의 토지를 법률상 원인 없이 임의로 자기필요에 의한 도로로 조성하여 점용·사용하고 있는 것이라면, 피고는 자기의 목적달성을 위하여 이 사건 토지를 이용하고 있는 것이라고 할 것이므로 여기에는 벌써 객관적으로 이 토지에 대한 이용의 대가만큼의 이득을 보고 있는 것이라고 아니할 수 없고 뿐만 아니라, 수익자의 반환범위를 규정하고 있는 민법 제748조 제2항에 의하면 악의의 수익자는 그가 받은 이익 외에 손해가 있으면 이를 배상하도록 되어 있고 이 사건에서 원고들은 피고에게 이 조문에 의하여 자기들이 입고 있는 손해배상까지를 청구하고 있는 것이라고 볼 수도 있다.”

49) 대판 2000. 4. 11. 99다4238 “부당이득의 수익자가 이익을 받은 후 그 이익의 법률상 원인 없음을 안 때에는 그 때부터 받은 이익에 민법 소정의 연 5%의 이자를 붙여 반환하여야 하고 이와 같은 수익자의 악의는 구체적인 사건에서 증거에 의하여 개별적으로 인정할 성질의 것이라고 할 것이나, 행정청이 부과처분에 의하여 어떠한 급부를 받은 후 사후에 그 부과처분의 전부 또는 일부를 직권으로 취소하였다면 그 행정청이 속한 행정주체는 특별한 사정이 없는 한 적어도 그 부과처분의 취소 당시에는 그 처분에 의하여 받은 이익이 법률상 원인이 없음을 알았다고 보아야 할 것이다.”

## V. 사법 규정 적용의 한계

### 1. 개설

행정법관계에 대한 사법규정의 적용한계의 문제는 기술한 바와 같이 어느 학설에 의하여 일률적으로 설명할 수 없으며 다음과 같은 두 가지 관점에서 고찰되어야 한다. 첫째, 사법규정 속에 포함되고 있는 일반법원리를 발견할 필요가 있고, 둘째는 공법관계 그 자체의 성질을 검토할 필요가 있다.

행정법관계에 있어서 일반원리적 규정도 아니고 법기술적 규정도 아닌 기타의 순수한 사법규정들이 어떠한 경우에 어느 범위 까지 행정법관계에 적용될 수 있는가는 행정법관계의 내용·종별에 따라 달라질 수 있다.

그런데 공법관계는 그 성질상 권력관계와 관리관계로 분류할 수 있으므로 권력관계와 관리관계간에 어느 한도까지 사법규정이 적용될 것이냐를 결정하기 위하여는 행정법관계의 자체의 성질을 검토할 필요가 있다.

행정법관계에 대한 일반법의 원리의 사법규정의 적용한계는 앞에서 고찰하였고 여기서는 다만 행정법관계의 그 자체의 성질로부터 오는 한계를 고찰하고자 한다. 그리고 행정법관계에 있어서 사법규정의 적용에 앞서 가능한 한 행정법의 규정을 유추적용 하는 것도 행정법관계의 독자성을 확보하는 차원에서 중요한 사항이므로 여기에 대해서도 검토하기로 하겠다.

### 2. 사법규정 적용의 한계

#### (1) 권력관계와 사법의 규정

권력관계에서는 행정주체가 상대방에게 우월한 의사주체로서 나타는 것이 특징으로서 행정주체가 일방적으로 법률관계를 발생·변경·소멸시키는 관계로 권력관계에 있어서 대등한 사인간의 사법관계에서는 거의 그 유례를 찾아 볼 수 없는 것이므로 대등한 당사자간의 이해조정을 기하려는 목적에서 설정된 사법규정은 행정법관계에 적용될 수 있는 일반원칙을 제외하고는 행정법관계에 적용될 여지가 없다.

행정법관계 중 순수한 권력관계는 사법관계와 다른 공법적 특수성이 가장 강하게 인정된다. 따라서 기술한 일반법원리적 규정이 적용되는 외에는 원리적으로 사법규정이

적용되지 않는다.

권력관계는 경찰행정·보건행정·조세행정·공용부담 등 전통적인 질서행정분야에서 많이 발견되는데 허가·특허·인가 내지 그들 행정작용의 취소·철회, 과세처분, 토지수용 등의 전형적인 예이다. 이러한 권력관계에는 특별한 규정이 없는 한 행정법규정 및 행정법원리가 적용되며, 그에 관한 분쟁은 행정소송을 통해 다루어져야 한다.<sup>50)</sup>

## (2) 관리관계와 사법규정

행정법관계중에서 관리관계는 국가 또는 공공단체 등의 행정주체가 공권력을 발동하지 아니하고 다만 관리권의 주체로서 사업을 경영하거나 공물을 관리하는 경제관계로서 외형상은 사인 상호간의 관계와 유사하지만 오직 그것이 공공의 이익과 직접적인 관계를 형성하기 때문에 행정법관계로 취급하는 것이다. 이와 같이 관리관계는 공공복리와 직접적인 관계를 가지기 때문에 행정법상 특별한 취급을 받을 뿐이지 그 본질에 있어서는 사법관계와 별 다른 차이가 없으며, 따라서 유사한 성질의 법률관계는 같은 법에 의하여 규율되는 것이 타당 하는 의미에서 관리관계에 대하여는 사법의 적용 내지 유추적용은 보다 넓게 인정될 것이다. 그러나 관리관계는 공공의 이익과 밀접한 관계가 있으므로 공익목적 달성을 위하여 필요한 한도 안에서 사법적 규율을 배제하여 실정법 전체의 구조로 볼 때 특별한 행정법적 취급을 하지 않으면 안 될 취지가 명백한 경우에는 행정법적 규율을 받아야 한다.

## (3) 공법의 유추적용

행정법관계에서 법의 흠결·공백이 있는 경우에 사법의 준용을 통하여 문제를 해결하려고만 했을 뿐 행정법규정의 준용 또는 유추해석을 통하여 해결하려고 하지 않았음이 일반적이다. 행정법관계에서 법의 흠결·공백이 있는 경우에 우선적으로 생각해야 할 것이 공법적 규정이다.

행정법은 헌법의 구체화된 법률이므로 행정법규의 결여 시에는 무엇보다도 헌법상의 기본원칙, 헌법상의 최상위의 가치가 중요한 의미를 가진다. 이러한 것으로 법적 안정성, 신뢰보호, 법적명확성, 기본권보호 등을 들 수 있다.<sup>51)</sup> 생각하건대 행정법관계에서 유추적용의 기본적인 관심방향은 법해석의 방법에 관한 것이지 법의 흠결의

50) 김남진, 전계서, 83면.

51) 홍정선, 전계서, 60면.

보충에 관한 것은 아니지만 기능적으로 본다면 유추해석 역시 법의 흠결을 보충하는 기능을 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 행정법의 흠결의 보충의 문제로서 공법규정의 유추적용을 언급하는 것도 가능하다.<sup>52)</sup> 만약 행정법규가 흠결되어 유추적용이 문제된다면, 우선 헌법과 관련 있는 공법의 규정을 유추적용하고, 관련 공법규정이 없거나 미흡함이 있으면 사법규정의 적용을 검토하여, 가능한 한 사법규정의 적용을 배제하여야 한다.

## VI. 결 론

지금까지 행정법관계에 대한 사법규정의 적용과 한계에 대하여 살펴보았다.

행정법관계에 대한 사법규정의 적용문제는 법률의 흠결에 대한 적용여부의 문제가 아니라 법률의 흠결 시 그 법률의 내용을 해석함에 있어서 합리적이고 타당한 해석을 구하느냐의 문제인 것이다.

우리나라는 공법과 사법의 이원화를 처음부터 인정해왔기 때문에 행정법관계는 국가 기타 행정주체가 법률상 우월한 의사의 주체로서 국민에 대하여 불대등 관계이기 때문에 사법관계에서 찾아볼 수 없는 행정법적 고유한 특성이 있다. 이러한 행정법적 특수성이 있기 때문에 그 독자적 기능을 중요시해야 한다. 그러기 때문에 그러한 특성과 독자성을 중요시하여 되도록이면 사법의 공법화, 공법의 사법화가 되지 않도록 하여야 할 것이다.

물론 법전체로서의 통일성 갖는 일반적 원리는 어떠한 법제도하에서도 공법과 사법의 구별 없이 그 적용이 가능하다 하겠지만, 앞에서 기술한 바와 같이 행정법관계에서 법률의 흠결 시 그 해석과 적용에 있어 일반적으로 사법 규정의 적용만을 생각해 왔지만 행정법관계에서 법의 흠결·공백이 있는 경우에 우선적으로 생각해야 할 것이 공법적 규정이다. 따라서 행정법규가 흠결되어 유추적용이 문제된다면, 우선 헌법과 관련 있는 공법의 규정을 유추적용하고, 관련 공법규정이 없거나 미흡함이 있으면 사법규정의 적용을 검토하여, 가능한 한 사법규정의 적용을 배제하여야 한다.

52) 대판 2004. 12. 23. 2002다73821. "사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면에서 허가어업을 영위하던 어민들에게 피해를 입힐 수 있는 공유수면매립공사를 시행함으로써 어민들이 더 이상 허가 어업을 영위하지 못하는 손해를 입게 된 경우에는, 어업허가 취소 또는 정지되는 등의 처분을 받았을 때 손실을 입은 자에 대하여 보상의무를 규정하고 있는 수산업법 제81조 제1항을 유추적용하여 그 손해를 배상하여야 할 것 이고 이 경우 그 손해액은 공유수면매립사업의 시행일을 기준으로 삼아 산정하여야 한다."

## 참고문헌

- 강현오 "공법인과 사법인의 구별에 관한 기초적 논의", 「공법연구」, 제32집 제11호, 한국공법학회, 2003.
- 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2004.
- 김도창, 「일반행정법론(상)」, 청운사, 2000.
- 김동희 「행정법 I」, 박영사, 2004.
- 박윤흔, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2002.
- 박종국, 「일반 행정법론」, 법지사, 2004.
- 석종현, 「행정법강의 I」, 삼영사, 1998.
- 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007.
- 이광윤, 「행정법이론」, 성균관대학교 출판부, 2000.
- 이병철, 「행정법강의」, 유스티누아스, 2002.
- 정호경 "공·사법구별의 의미에 관한 고찰", 「법학논총」, 제23집 제1호, 한양대학교출판부, 2006.
- 한건우, "행정상법률관계(행정법관계)의 종류", 「자치행정」, 한국지방자치학회, 2005.
- 한건우, 「일반행정법 강의」, 박영사, 2006.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2007.
- 홍준형, 「행정법총론」, 한울, 2001.
- Emery Carl, Administrative law-Legal challenges to official action, london, 1999.
- Wolff Hans J/Bachof Otto, Verwaltungsrecht III, 1978.
- Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C.H. Beck, München, 1994.
- Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924.
- Fleiner Fritz, Institutionen des Deutsches Verwaltungsrechts, 1928.
- Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, Verlag Dr. Max Gehlen, Berlin, Neudruck der 3. Auflage Von 1966.
- 田中二郎, 「行政法總論」, 酒井書店, 1994.
- 小林博志, 「行政法講義」, 成文堂, 2004.



[Abstract]

## A study on the limitation and application of private law for administrative law relations

Ko, Heon-hwan

*Researcher at Law and Policy Research Institute of Jeju National University*

Administrative relation is concern in regulations by administrative law as public law. Our nation's positive law consisted of dualistic system. The regulations of law for administrative law relations have problems to solve that is not only lack of a provision but also do not regulate to an individual law. as it regulate to private law in administrative law, it is not problem. as it was lack of a provision in administrative law, should have regulated as a rule. but it was presented to problem that limit to permit of regulate to private law or full up lack of a provision with regulations of administrative law.

Accordingly this study should be consider it in application of private law for administrative law relations. as considerate do not or be regulations of administrative law exclude to regulate of private law. should be realize to limit to permit of regulate to private law. legal stability and loneness function in administrative law.

**Key words** : Administrative law relation, Public law, Private law, Legal stability.