

# 2019 이우진 행정법총론 핵심정리

A C L C O M M U N I C A T I O N

이우진 편저

\*에이씨엘커뮤니케이션

## PREFACE

언제나 수험생활은 힘들고 지치게만 되는 것 같습니다. 용어가 생소하고 내용도 잘 이해가 되질 않는 과목인 행정법을 공부하다 보면 수험생활의 피로감은 더욱 더 가중된다고 느낄 수 있을 것입니다. 하지만 여러분은 합격을 향해 달려가고 있으며 절대로 시간을 허투루 보내서는 안 된다는 사실을 잊지 말고 공부하여야 할 것입니다.

이번 행정법총론 핵심정리는 방대하게 느껴지는 행정법을 조금 더 쉽게 암기할 수 있도록 핵심적인 내용을 정리한 교재입니다. 가장 좋은 것은 자신이 계속 보던 기본서를 잘 정리해서 그 내용을 시험장까지 가지고 가는 것이지만, 혼자서 방대한 내용을 정리하기 힘들어 하는 분들을 위한 교재입니다. 적어도 핵심정리의 내용을 정리하여 여러분의 것으로 만들 수 있다면 최소한의 합격을 위한 득점을 할 수 있을 것입니다.

다만 여러분이 주의해야 할 것은 이러한 핵심정리의 내용을 무작정 암기하는 것은 매우 위험할 수 있습니다. 내용이 압축적으로 요약되어 있는 교재이므로 적어도 기본서의 내용을 충분히 숙지한 상태에서 핵심정리를 활용하는 것이 필요합니다. 단순히 나열된 단어를 암기하여 문제를 푸는 것은 한계가 있습니다. 고득점을 위해서는 중요한 내용은 수업 등을 통하여 충분히 숙지하고, 암기를 하는 데 이 교재를 이용하시면 좋겠습니다.

수험에서는 막판 정리가 매우 중요하기 때문에 최근에 나온 판례들은 최신판례라고 표시해 두었습니다. 최신판례의 내용도 잘 기억할 수 있어야 할 것입니다. 또한 최근에는 평소 강조되지 않던 행정법 관련 조문들도 출제가 되고 있습니다. 따라서 조문의 내용은 모두 훑기려고 하였습니다. 지루한 조문의 공부에도 신경을 써 주시길 바랍니다.

열심히 공부하고 노력한 사람은 반드시 합격을 할 수 있습니다. 여러분이 당당히 합격하여 웃으면서 편안하게 이야기 할 수 있게 되리라 믿습니다. 끝까지 포기하지 않고 최선을 다하는 여러분이 되길 바랍니다.

이 책이 출간될 수 있도록 해 주신 김중근 원장님께 항상 감사드리며, 예쁜 책이 빠르게 출판될 수 있도록 신경 써주신 ACL커뮤니케이션 직원분들께도 감사드립니다. 마지막으로 쌍둥이를 임신해서 고생하고 있는 령희에게 고맙다는 말을 지면을 빌려 하고 싶습니다.

모두 끝까지 최선을 다하는 여러분의 합격을 기원하며 글을 마칩니다.

2018년 봄날에  
인천에서 이우진

## CONTENTS

01. 행정의 개념	6	23. 제3자효 행정행위	58
02. 통치행위	7	24. 기속행위와 재량행위의 구별	59
03. 법치행정의 원리	9	25. 재량권 행사의 한계(재량권의 일탈·남용)	62
04. 행정법의 법원(法源)	11	26. 불확정개념과 판단여지	65
05. 신뢰보호의 원칙	14	27. 명령적 행정행위	67
06. 부당결부금지의 원칙, 행정의 자기구속의 원칙	18	28. 형성적 행정행위	72
07. 평등의 원칙	20	29. 준법률행위적 행정행위	75
08. 비례의 원칙	21	30. 행정행위의 부관	77
09. 행정상 법률관계	23	31. 행정행위의 적법요건	82
10. 행정법관계의 당사자	24	32. 행정행위의 효력발생요건	84
11. 특별권력관계(특별행정법관계)	25	33. 행정행위의 공정력	86
12. 공법관계와 사법관계의 구별	27	34. 행정행위의 불가쟁력·불가변력·강제력	89
13. 개인적 공권	29	35. 행정행위의 무효와 취소	90
14. 행정법의 효력	32	36. 하자의 치유, 하자의 전환	97
15. 행정법상의 사건	34	37. 하자의 승계	99
16. 사인의 공법행위의 일반	37	38. 행정행위의 취소	101
17. 사인의 공법행위로서 신고	39	39. 행정행위의 철회·실효	105
18. 법규명령	42	40. 확약	107
19. 행정규칙	48	41. 다단계행정결정(단계적 행정행위)	108
20. 행정규칙형식의 법규명령과 법규명령형식의 행정규칙	51	42. 행정지도	110
21. 법규명령과 행정규칙의 비교	54	43. 공법상 계약	113
22. 행정행위의 개념	55	44. 행정계획	115

## CONTENTS

45. 행정절차법	119	64. 손실보상청구권의 요건	217
46. 행정정보공개	133	65. 토지보상법의 내용	220
47. 개인정보보호법	143	66. 행정소송 일반론	227
48. 행정상 강제집행	156	67. 취소소송 일반론(적법요건, 소송물 등)	228
49. 행정상 즉시강제	165	68. 원고적격	229
50. 행정형벌	167	69. 피고적격	234
51. 행정질서벌로서의 과태료	170	70. 협의의 소의 이익(권리보호이익)	236
52. 행정조사	176	71. 대상적격	239
53. 새로운 실효성 확보수단	185	72. 행정심판전치주의	245
54. 국가배상제도 일반	189	73. 제소기간	248
55. 공무원의 위법한 직무행위로 인한 손해배상책임의 요건 (국가배상법 제2조의 책임)	191	74. 재판의 관할과 소의 변경	250
56. 국가배상책임의 손해배상책임자의 문제	200	75. 집행정지(취소소송의 가구제)	253
57. 국가배상책임의 성질과 가해공무원의 책임	202	76. 취소소송의 심리	258
58. 국가배상책임의 내용	204	77. 처분사유의 추가·변경	260
59. 군인 등의 이중배상금지	206	78. 취소소송의 판결의 종류	263
60. 국가배상책임과 자동차손해배상보장법의 관계	208	79. 판결의 효력	265
61. 국가배상법 제5조 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 손해배상책임	209	80. 무효확인소송의 특징	270
62. 국가배상청구의 절차	214	81. 부작위위법확인소송의 특수성	272
63. 손실보상 일반론	215	82. 당사자소송	274
		83. 객관소송	276
		84. 행정심판법	277

# 01 행정의 개념

## 1. 행정개념의 발생

행정의 개념은 역사적으로 성립·발전된 개념으로 근대입헌주의국가의 성립으로 행정 개념의 논의가 시작.

## 2. 형식적의미의 행정·실질적 의미의 행정

형식적 의미의 행정은 행정부의 모든 행위, 실질적 의미의 행정은 모든 국가작용에서 입법작용과 사법작용을 제외한 것(소극설, 공제설)  
 통치행위는 입법, 사법, 행정행위 어디에도 속하지 않는 제4의 작용으로 분류된다(O.Mayer).

형식적 의미의 행정	실질적 의미의 행정	운전면허정지·취소처분, 조세부과처분, 체납처분, 징발처분, 건축허가, 영업허가, 예산의 편성·집행, 공무원의 임용, 토지의 수용, 취소·철회·공증 ⇒ 각종의 처분행위, 행정행위를 포함
	실질적 의미의 입법	대통령령·총리령·부령의 제정, 긴급재정경제명령의 제정, 행정규칙의 제정 ⇒ 행정입법의 제정 등
	실질적 의미의 사법	행정심판의 재결, 통고처분, 소청심사위원회의 재결, 토지수용위원회의 수용재결
형식적 의미의 입법	실질적 의미의 행정	국회사무총장의 직원임명
	실질적 의미의 입법	법률의 제정, 국회규칙의 제정
	실질적 의미의 사법	국회의원의 징계의결
형식적 의미의 사법	실질적 의미의 행정	대법원장의 법관임명, 직원임명, 등기사무
	실질적 의미의 입법	대법원 규칙의 제정
	실질적 의미의 사법	법원의 재판

## 02 통치행위

### 1. 통치행위의 의의

국가행위 중 고도의 정치성으로 인해 사법심사가 제한되는 행위, 판례에 의하여 발전된 이론

### 2. 통치행위는 행정소송의 개괄주의를 전제로 해야 논의가 가능

### 3. 인정여부에 관한 학설

- ① 통치행위 부정설－행정소송에서 개괄주의 채택, 국민의 재판청구권이 보장으로 인해 사법심사가 배제되는 통치행위는 인정할 수 없다.
- ② 통치행위 긍정설－사법자제설, 내재적한계설, 재량행위설, 대권행위설 등이 주장됨

### 4. 외국의 통치행위

- ① 미국－정치문제는 사법심사불가, Luther v. Boden 사건
- ② 일본－개괄주의채택 후 통치행위 논의시작, 砂川 판결
- ③ 독일－열기주의에서 개괄주의로 변경된 후 논의 시작
- ④ 프랑스－통치행위 개념의 발상지(시작), 라피트판결
- ⑤ 영국－왕은 소추되지 않는다는 전제하에 대권행위이론이 발전

### 5. 판례

- ① 대통령의 비상계엄의 선포나 확대행위는 고도의 정치적·군사적 성격의 행위로 위헌·위법이 명백한 경우를 제외하고 계엄선포의 요건 구비여부나 선포의 당·부당을 사법부가 판단할 수 없다. [비교] 비상계엄의 선포나 확대가 범죄행위에 해당하는지는 사법심사 가능
- ② 대통령의 긴급재정경제명령은 통치행위이나, 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 행위도 국민의 기본권침해와 직접 관련되면, 사법심사 가능

- ③ 신행정수도건설이나 수도이전의 문제가 정치적 성격을 가지고 있으나, 사법심사의 대상으로 하기에는 부적절한 문제는 아니다. 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상인 경우 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외되지는 않음. 신행정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 붙일지 여부에 관한 대통령의 의사결정이 사법심사의 대상이 될 경우 위 의사결정은 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제함이 바람직하다고는 할 수 있고, 이에 따라 그 의사결정에 관련된 흠을 들어 위헌성이 주장되는 법률에 대한 사법심사 또한 자제함이 바람직하다고는 할 수 있다. 그러나 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다.
- ④ 남북정상회담의 개최과정에서 이루어진 대북송금행위는 사법심사의 대상이나, 남북정상회담의 개최는 사법부가 그 당부를 심사할 수 없다.
- ⑤ 대통령의 2007년 전시증원연습을 하기로 한 결정은 통치행위가 아니다.
- ⑥ 서훈취소는 대통령이 국가원수로서 행하는 행위이나, 통치행위가 아니다.
- ⑦ 유신헌법에 근거한 긴급조치는 법률에 해당하지 않으며, 대법원이 이에 대한 위헌여부를 최종적으로 심사가능
- ⑧ 사면은 국가원수의 고유의 권한으로 사법부의 판단을 변경시키는 제도로 권력분립의 원리에 대한 예외
- ⑨ 외국에의 국군의 파견결정은 고도의 정치적 결단이 요구되는 사항으로 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하며, 헌법재판소가 사법적기준만으로 이를 심사하는 것은 자제되어야 한다.
- ⑩ 군사시설보호구역의 설정, 변경, 해제는 통치행위이다.

## 6. 기타 쟁점

- ① 국회나 대통령은 통치행위의 주체가 될 수 있으나 사법부는 통치행위의 주체가 될 수 없다.
- ② 통치행위의 인정은 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만이 할 수 있다.
- ③ 헌법에 통치행위의 인정규정은 없으며, 대통령선거는 통치행위가 아니다.
- ④ 대통령의 법률안거부권 행사, 선전포고, 강화, 국가의 승인, 대통령의 외교행위가 통치행위로 논해진다.

## 03 법치행정의 원리

### 1. 법치주의원리

- ① 법치주의원리는 법에 의한 지배를 의미, 근대입헌국가의 자유주의적 통치원리로 권력분립의 원리를 근거로 하며, 인권보장의 목적을 가짐
- ② 형식적 법치주의는 행정과 재판이 법률에 의할 것만을 요구하며, 법률의 내용이나 이념은 중요시 하지 않음
- ③ 실질적 법치주의는 법률의 목적과 내용도 정의에 합치할 것을 요구. 이는 국민의 기본적 인권의 보호를 강조하는 입장 ⇨ 위헌법률심판, 합헌적 법률우위, 개판주의, 국가의 손해배상 책임인정과 관련.

### 2. 법률의 법규창조력은 국민을 구속하는 법규를 창조하는 것은 의회에서 제정된 법률만이라고 하는 것

### 3. 법률우위의 원칙(소극적 법률적합성의 원칙)-근거법률이 존재하는 경우의 문제

- ① 모든 행정작용은 법률에 구속을 받아야 한다. '법률'은 헌법, 법률, 성문·불문의 모든 법규와 행정법의 일반원칙도 포함, 행정규칙 제외
- ② 법률우위의 원칙은 공법상 계약, 행정입법, 행정행위, 행정계획 등 모든 행정작용에 예외 없이 적용됨
- ③ 이에 위반되는 행정행위는 위법하며, 무효 또는 취소이며, 공법상 계약이나 행정입법은 위법 무효가 된다.

- 判例** ㉠ 지자체와 사인사의 사법상 계약은 법령의 절차와 요건을 준수하지 않으면 무효이다.  
 ㉡ 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 요건과 절차를 거치지 않고 체결한 국가와 사인 간의 사법상 계약은 무효이다.

### 4. 법률유보의 원칙(적극적 법률적합성의 원칙)-근거법률이 없는 경우에 문제

- ① 행정작용은 법적 근거를 가지고 이루어져야 한다. 민주주의 원리와 법치주의 원리에 근거를 둬.
- ② '법률'은 원칙적으로 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미, 법규명령은 포함되나 불문법은 제외. 문제가 되는 것은 작용법적 근거임
- 判例** 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다. 법률에 의한 개별적 구체적 위임을 받은 경우 위임입법에 의한 기본권 제한도 가능
- ③ 적용범위에 관하여 침해유보설, 전부유보설, 급부행정유보설, 권력행정유보설, 중요사항유보설의 견해의 대립이 있으나 통설과 판례는 중요사항유보설(본질성설)의 입장이며, 중요사항유보설은 의회유보론을 포함한다.

**判例** 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다 (의회유보원칙).

④ 판례의 입장

중요사항에 해당	중요사항이 아닌 경우
㉠ 수신료금액의 결정, 수신료납부의무자의 범위 ㉡ 병의 복무기간 ㉢ 도시환경정비사업의 시행자인 토지등소유자가 사업시행인가를 신청하기 전에 얻어야 하는 토지등 소유자의 동의요건 ㉣ 지방의회에서 유급보좌인력을 두는 것, 기간제 근로자의 보수 ㉤ 구 토지초과이득세법상이 기준시가 ㉥ 과세를 위한 조세의 종목, 세율 ㉦ 조세의 신고의무를 부과하고 있는 경우의 신고의무에 필요한 기본적인 사항과 불이행시 불이익	㉠ 수신료의 징수업무를 누구에게 위탁할 것인지 ㉡ 국가유공자 단체의 대의원선출에 관한 사항 ㉢ 조합의 사업시행인가 신청시의 토지 등 소유자의 동의요건

**判例** ㉠ 명문이 규정이 없는 경우 관할관청으로서는 비록 개인택시운송사업자에게 운전면허 취소사유가 있다 하더라도 그로 인하여 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 개인택시운송사업면허를 취소할 수는 없다.  
 ㉡ 사법상 계약의 성격을 가지는 청원경찰이 징계에 관한 내용은 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다.  
 ㉢ 공무원이 국가를 상대로 실질이 보수에 해당하는 금원의 지급을 구하려면 공무원의 '근무조건 법정주의'에 따라 국가공무원법령 등 공무원의 보수에 관한 법률에 그 지급근거가 되는 명시적 규정이 존재하여야 하고, 나아가 해당 보수 항목이 국가예산에도 계상되어 있어야만 한다(최신판례).  
 ㉣ 검사가 구체적 사건과 관련된 상급자의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이의한 상황에서 검찰청의 장이 아닌 상급자가 이의를 제기한 사건에 관한 검사의 직무를 다른 검사에게 이전하기 위해서는 검사 직무의 이전에 관한 검찰청의 장의 구체적·개별적인 위임이나 그러한 상황에서의 검사 직무의 이전을 구체적이고 명확하게 정한 위임규정 등이 필요하다고 보아야 한다(최신판례).

⑤ 법률유보의 원칙에 위반시 위법한 행정작용으로 무효나 취소가 된다.

참고

※ 행정유보론 ※	※ 과소보호금지의 원칙 ※
일정한 행정영역에서 법률이 수권이 없는 경우에도 행정권에게 독자적인 명령 제정권을 인정하는 것을 의미하는데, 현행 법률 또는 상위명령의 근거가 없는 법규명령은 집행명령을 제외하고는 인정될 수 없다고 보는 것이 일반적이다.	국가는 국민의 기본권을 보호할 의무가 있는데, 기본권보호의무를 이행하지 아니하였는지에 대하여 헌법재판소가 판단하는 기준이 과소보호금지의 원칙이다. 국가가 최소한의 기본권 보호의무를 이행하지 않은 경우 위헌이 된다.

## 04 행정법의 법원(法源)

### 1. 개념

행정법의 법적 근거를 어디서 찾을 수 있는가의 문제이다. 행정법은 단일법전이 없기 때문에 특히 행정법이 구체적으로 어떤 모습으로 존재하는지 문제된다.

### 2. 우리의 법체계는 성문법주의원칙을 취하고 있다. 성문법주의원칙은 국민의 예측가능성을 보장하여 국민의 권익을 보장하는 의미가 있다.

성문법이 규정하고 있는 부분은 성문법이 적용되나, 성문법의 규정이 없는 경우에는 관습법, 판례법, 조리 등과 같은 불문법이 보충적으로 적용됨.

### 3. 성문법원

- ① 「헌법」은 최고규범성을 가진 성문법으로 행정법의 법원이 되며, 행정법의 해석의 지침이 되므로, 행정법을 구체화된 헌법이라고 한다.
- ② 「법률」은 형식적 의미의 법률을 의미한다. 국회입법의 원칙과 법치행정의 원칙에 따라 법률은 행정법의 가장 중요한 법원이다.
- ③ 「법규명령」은 국민의 권리·의무와 관련된 내용을 규정하고 있어 행정법의 법원이 된다.
- ④ 「행정규칙」의 법원성은 원칙적으로 부정된다고 보는 것이 판례이나, 행정법의 법원을 넓은 의미로 파악하면 법원성을 인정할 수 있다.
- ⑤ 지방의회의 의결을 거쳐서 제정되는 「조례」와 지방자치단체의 장이 정하는 「규칙」 또는 교육감이 규정하는 「교육규칙」은 법원성이 인정됨.

### 4. 조약과 일반적으로 승인된 국제법규(국제법)

- ① 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정.
- ② 「조약」은 그 명칭여하를 불문하고 국가와 국가사이 또는 국가와 국제기구 사이의 문서에 의한 합의를 의미하며, 행정법의 법원성이 인정됨
- ③ 「일반적으로 승인된 국제법규」는 국제사회에서 일반적으로 규범성이 승인된 것과 국제관습법을 의미하며, 법원성이 인정된다.
- ④ 국회의 동의를 얻어야 하는 조약은 헌법보다는 하위이나, 법률과 동위의 효력이 인정되며, 동의를 요하지 않는 조약은 명령의 효력을 가지고 있다고 보는 것이 일반적이다. 조약이 헌법에 위반되는 경우 국내법적인 효력은 부정되며, 국제법적 효력은 인정될 수 있다.

- ⑤ 조약은 국내법적으로 효력을 가지기 위해서는 조약의 체결, 비준, 동의나 승인 등의 절차가 요구되나, 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법으로 도입되는 특별한 절차를 요구하지 않고 국내법으로 당연히 편입된다는 점에서 차이가 있다.
- ⑥ 조약이나 국제법규가 동일한 효력을 가지는 국내법과 충돌하는 경우에는 신법우선의 원리와 특별법우선의 원리가 적용된다.

- 判例**
- ① 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 '우수농산물'을 우선적으로 사용하도록 하고, 이러한 자에게 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 조례안이 내국민대우원칙을 규정 한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(G.A.T.T.)에 위반되어 그 효력이 없다.
  - ② 남북합의서는 공동성명 또는 신사협정으로 조약이 아니므로, 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.
  - ③ WTO 협정 위반을 이유로 사인이 직접 국내 법원에 처분의 취소를 구하거나 협정 위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수 없다.
  - ④ 마라케쉬협정은 적법하게 체결된 조약이므로 이에 따라 처벌을 하는 것은 죄형법정주의에 위반되지 않는다.
  - ⑤ '서비스 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services, GATS)' 및 '한-유럽연합 자유무역협정(Free Trade Agreement)'은 국가와 국가 사이의 권리·의무관계를 설정하는 국제협정으로 이에 위반된 행위는 위법하다.

### 5. 불문법원

- ① 「행정관습법」은 행정에 관한 관행이 반복됨으로 인하여 일반국민이나 관계인들의 법적 확신을 얻어 법규범으로서의 승인을 받은 것으로 아직 법적 확신을 얻지 못한 '사실인 관습'과 구별됨
- ② 관습법의 성립에는 국가의 승인을 요구하는 국가승인설이 있으나 국가에 의한 승인을 요구하지 않는 법적확신설이 통설과 판례
- ③ 관습법의 법원성을 인정하는 것이 통설과 판례이나, 다만 보충적인 효력만 인정하고 있다(보충적 효력설).
- ④ 「행정선례법」은 행정사무처리상의 관행이 법적 성격을 갖게 되는 경우이며, 비과세의 관행을 들 수 있다.
- ⑤ 「민중관습법」은 민중사이에 공법관계에 관한 관행의 반복이 법적확신을 얻게 되는 것이며, 관행어업권, 입어권, 하천용수권 등이 있다.
- ⑥ 현행법은 행정선례법의 존재를 명문으로 인정하고 있다(국세기본법, 행정절차법). 수산업법도 입어권의 존재를 인정하는 규정을 두고 있다.

- 判例**
- ① 관습법은 법원으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 경우 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.