

공인노무사 시험 대비

[특강 1]

행정쟁송법 “기초튼튼” 행정법 원리

2022. 8. 20.

박이준

공법관계는 사적자치와 평등관계를 전제로 하는 사법관계와 구별되는 것으로서 여러 특징을 지닌다. 그 주된 이유는 공익목적의 달성을 위해 행정주체에게 일정한 우월적인 지위가 부여되어야 하기 때문이다. 반면, 행정주체에게는 법에 의한 엄격한 기속과 엄격한 국가배상책임이라는 특별한 부담이 가해진다.

1. 행정의 법률적합성

행정법관계에서 행하는 행정주체의 작용은 일반적으로 공익실현작용이라는 점에서 엄격한 법적 기속을 받는다. 특히 권력관계는 공권력을 보유한 행정주체가 침해적이고 권력적인 수단을 동원할 수 있으므로 반드시 법률에의 기속을 요한다.

2. 일방적 조치권

행정주체는 일방적으로 국민의 자유와 재산에 물리력을 행사할 수 있는 권한이 부여된다(㉞ 화재진압에 장애가 되는 물건을 일방적으로 파괴). 또한 행정주체는 행정결정에 의해 일방적으로 법질서에 변경을 가할 수 있는 권한이 부여된다(㉞ 이미 발생된 권리를 철회권 행사로 상실시킴). 이러한 일방적 조치권은 원칙상 법률의 근거를 요한다.

3. 행정행위의 제특질

(1) 행정행위의 구속력

행정주체가 법에 근거하여 발급한 행정행위는 행정주체의 의사대로 일방적으로 당사자를 구속하는 힘을 갖는다.

(2) 행정행위의 공정력

행정행위는 그 성립에 비록 흠이 있더라도 그 흠이 중대·명백하여 당연무효가 되는 경우를 제외하고는, 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지 일응 적법한 것으로 추정된다. 이는 행정목적의 효율적인 달성과 법적 안정성 및 관계자의 신뢰보호라는 정책적인 이유에서 인정되는 효력이다.

(3) 행정행위의 불가쟁력

행정행위는 비록 하자가 있을지라도 쟁송제기기간이 경과하거나 쟁송절차가 종료된 경우에는 상대방이 더 이상 그 행정행위의 효력을 다툴 수 없게 된다. 이는 행정법관계를 신속히 확정하여 법적 안정성을 도모하기 위해 인정된다.

(4) 행정행위의 불가변력

일정한 행정행위는 흠이 있더라도 처분청이 사후에 직권으로 자유로이 취소·변경할 수 없는 효력이 있다. 불가변력은 행정심판위원회의 결정과 같은 준사법적 행위, 발명특허와 같은 공적 판단행위에 인정된다.

4. 행정주체의 강제력

(1) 제재력

행정법관계에서는 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 법률규정에 의하여 행정벌을 과할 수 있는 힘이 행정주체에게 있다. 사법관계에서 손해배상청구만이 가능한 점과 구별된다.

(2) 자력집행력

행정법상의 의무를 불이행하는 자에 대하여 행정청이 법원의 힘을 빌리지 않고 자력으로 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현시킬 수 있는 힘을 말한다. 다만 법치주의원칙상 별도의 법적 근거가 필요하다.

5. 권리·의무의 포기 또는 이전의 제한

행정법관계에서 개인적 공권이나 공의무는 공익을 위해 인정되는 측면도 있기 때문에 이를 임의로 포기 또는 양도하는 것이 제한 또는 금지되는 것이 많다. 다만 순수한 경제적 성질을 갖는 의무(예 납세의 의무) 등은 상속이 인정될 수 있다.

6. 행정상 권리구제의 특징

(1) 행정상쟁송

행정청 스스로가 자신이 행한 행정작용의 위법 내지 부당성을 심판하는 행정심판과 소송절차에 따라 행정작용의 위법성을 심리하는 행정소송이 있다. 헌법소원도 광의의 행정쟁송에 속한다. 행정소송법은 행정사건의 특수성에 비추어 민사소송에 대한 여러 가지 특례를 규정하고 있다(예 출소기간의 제한, 집행부정지의 원칙, 사정판결).

(2) 행정상 손해전보

위법한 행정작용으로 인한 피해는 행정상 손해배상을, 적법한 공권력행사로 인한 특별한 재산상의 손실에 대하여는 손실보상을 청구하여 구제받을 수 있다. 국가배상책임에는 손해의 원인이 되는 행위가 우월한 공권력 행사라는 점 등 사법상의 불법행위책임(예 민법 제758조의 공작물 등 점유자 또는 소유자의 책임)과는 다른 점이 있기 때문에 다르게 규율되고 있다. 사법관계에서는 일방 당사자가 타방의 재산권을 강제로 침해하는 것은 불허되므로 행정상 손실보상은 행정법에 고유한 제도이다.

법치행정의 원리란 국민의 대표기관인 의회가 제정하는 법률에 행정이 기속되며, 법률에 의한 행정을 보장하기 위하여 행정작용에 대한 사법심사가 이루어짐을 말한다. 여기서의 법률은 당연히 합헌적 법률을 의미한다.

법치행정은 역사적으로 실체법 중심의 법치행정에서 절차법적 법치행정으로 발전해 왔다. 1924년 오토 마이어(O. Mayer)는 이러한 법치행정의 원리를 세 가지 요소, 즉 법률의 법규창조력, 법률우위의 원칙, 법률유보의 원칙으로 이론화하였다. 그러나 오늘날 그 구체적 적용 모습은 많이 변화되었다.

1. 법률의 법규창조력

- (1) 이는 본래 ‘국민의 대표기관인 국회만이 국민을 구속하는 규범인 법률을 만들 수 있고, 국민의 대표기관인 국회가 만든 법률만이 국가의 의사로서 국민을 구속한다는 것’을 의미하였다. 헌법은 입법권이 국회에 속한다는 것(제40조)과 법규명령의 발령에 법률의 근거를 요한다는 것(제75조, 제95조)을 규정하고 있다.
- (2) 그러나 오늘날 법률 이외에도 행정법의 일반원칙이나 관습법이 국민생활을 기속하게 된 점, 행정권도 긴급명령이나 긴급재정경제명령과 같이 법률의 효력을 갖는 법규명령을 제정할 수 있게 된 점에서 논의의 실익은 크지 않게 되었다.

2. 법률우위의 원칙

(1) 의의

법률은 의회가 제정한 것이므로 다른 국가기관의 의사보다 우월하다. 법률우위란 ‘국가의 행정은 합헌적 절차에 따라 제정된 법률에 위반되어서는 아니된다는 것’을 의미한다. 이는 행정작용의 법률종속성을 나타내는 것으로서 소극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고도 한다. 그러나 여기서의 법률에는 헌법, 국회제정의 형식적 법률, 법률의 위임에 따른 법규명령, 행정법의 일반원칙 등 모든 법규범을 포함한다. 또한 집행권은 법률을 개정할 수 없다는 것을 의미한다.

(2) 적용범위

법률우위의 원칙은 수익적 행위·침익적 행위, 공법적 행위·사법적 행위를 불문하고 모든 행정의 영역에 적용된다. 또한 조직상의 행위인가도 가리지 않으며, 공법형식뿐 아니라 사법형식의 국가작용에도 적용되는 원칙이다.

(3) 위반의 효과

위법한 법규명령이나 조례는 무효에 해당하고, 위법한 행정행위는 하자의 중대성이나 명백성에 따라 무효 또는 취소할 수 있는 행정행위가 된다. 또한 공법계약은 무효 또는 해제될 수 있다. 그리고 위법한 행정작용으로 개인에 손해가 발생할 경우 국가배상의 책임을 지게 된다. 다만 이 경우 법률개념은 실질적 법치주의 이념에 따라 그 내용에서의 합헌성을 요하므로 위헌법률심사제(헌법 제107조 제1항)가 존재한다.

<관련판례>

마을버스 운수업자 값이 유류사용량을 실제보다 부풀려 유가보조금을 과다 지급받은 데 대하여 관할 시장이 값에게 부정수급기간 동안 지급된 유가보조금 전액을 회수한 처분

마을버스 운수업자 값이 유류사용량을 실제보다 부풀려 유가보조금을 과다 지급받은 데 대하여 관할 시장이 갑에게 부정수급기간 동안 지급된 유가보조금 전액을 회수하는 내용의 처분을 한 사안에서, 구 여객자동차 운수사업법 제51조 제3항에 따라 국토해양부장관 또는 시·도지사는 여객자동차 운수사업자가 '거짓이나 부정한 방법으로 지급받은 보조금'에 대하여 반환할 것을 명하여야 하고, 위 규정을 '정상적으로 지급받은 보조금'까지 반환하도록 명할 수 있는 것으로 해석하는 것은 문언의 범위를 넘어서는 것이며, 규정의 형식이나 체재 등에 비추어 보면, 위 환수처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사가 지급받은 보조금을 반환할 것을 명하여야 하는 기속행위라고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례(대판 2013.12.12. 2011두3388).

3. 법률유보의 원칙

(1) 의의

이 원칙은 '국가의 행정은 법적 근거를 갖고서 이루어져야 한다는 것'을 말한다. 즉 행정권의 발동에 있어서 작용규범의 근거가 필요하다는 것을 의미한다. 법률우위 원칙이 소극적으로 기존법률의 침해를 금지하는 것이라면, 이 원칙은 적극적으로 행정기관이 행위를 할 수 있게 하는 법적 근거를 요구한다는 점에서 적극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고 한다.

(2) 근거

- ① 이론적 근거 : ㉠ 국민에 의하여 선출된 의회가 국가와 국민에 대하여 중요한 결정을 내리도록 요구하는 민주주의 원리, ㉡ 국가의 행정작용은 가능한 한 명확하고 예견가능하여야 하므로 행정법관계도 법률에 의하여 규율되어야 한다는 법치주의 원리에서 도출되고 있다.
- ② 헌법적 근거 : 우리 헌법은 기본권 제한(제37조 제2항), 재산권의 내용과 한계(제23조 제1항), 재산권의 수용·사용 제한과 보상(제23조 제3항), 공무담임(제25조), 교육제도(제31조), 납세의무(제38조), 국방의무(제39조), 행정각부조직(제96조), 행정심판절차(제107조 제3항) 등 여러 조문에서 입법사항을 규정하고 있다.

(3) 적용범위

헌법이 입법사항으로 규율하고 있지 아니한 영역에서 법률유보 원칙을 적용하는 문제에 관하여 여러 견해가 존재하여왔다.

침해유보설	개인의 권익을 침해하거나 의무를 과하는 등 개인에게 불이익을 가져오는 침해행정의 경우에만 법률의 근거를 요하고 수익적 행정이나 개인의 권리나 의무에 직접 관련 없는 행정작용은 반드시 법률의 근거를 요하지 않는다는 견해
전부유보설	민주주의원칙에 의하면 행정의 모든 영역이 법률유보의 대상이 된다는 견해
사회유보설	침해행정 이외에 복리행정·생활배려행정(사회보험·공적부조)도 법률유보에 속하는 행정이라는 견해
권력행정 유보설	당해 행정작용이 침익적인가 수익적인가를 가리지 않고, 행정권의 일방적 의사에 의거하여 국민의 권리·의무를 결정하게 되는 권력적 행정작용은 법률적 근거를 요한다는 입장
중요사항 유보설 (본질성설)	법률유보의 원칙을 행정의 전영역에 확대시키는 것은 현실적으로 불가능하므로, 국가와 국민에게 중요하고 본질적인 사항들은 국회가 정한 법률의 수권을 요한다는 견해

<관련판례>

기준시가의 산정방법을 대통령령에 위임한 토지초과이득세법 제11조 제2항이 위임입법의 범위와 한계를 정한 헌법규정에 위반

토초세법상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로 이를 하위법규에 백지위임하지 아니하고 그 대강이라도 토초세법 자체에서 직접 규정해 두어야만 함에도 불구하고, 토초세법 제11조 제2항이 그 기준시가를 전적으로 대통령령에 맡겨 두고 있는 것은 헌법상의 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법 제75조의 취지에 위반된다 (헌재 1994.7.29. 92헌바49).

KBS 수신료 금액결정은 국회가 스스로 행하여야 하는 사항

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재결 1999.5.27. 98헌바70).

국가유공자 단체의 대의원의 선출에 관한 사항은 법률유보 영역이 아님

각 국가유공자 단체의 대의원의 선출에 관한 사항은 각 단체의 구성과 운영에 관한 것으로서, 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항이나 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적으로 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로, 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 할 수 없다. 따라서 각 단체의 대의원의 정수 및 선임방법 등은 정관으로 정하도록 규정하고 있는 국가유공자등단체설립에관한법률 제11조가 법률유보 혹은 의회유보의 원칙에 위배되어 청구인의 기본권을 침해한다고 할 수 없다(헌재 2006.3.30. 2005헌바31).

병의 복무기간은 국방의무의 본질적 내용

병의 복무기간은 국방의무의 본질적 내용에 관한 것이어서 이는 반드시 법률로 정하여야 할 입법사항에 속한다고 풀이할 것인바 육군본부 방위병소집복무해제규정(육군규정 104-1) 제23조가 질병휴가, 청원휴가, 각종사과(군무이탈, 구속, 영창, 징역, 유계결근), 1일 24시간 이상 지각, 조퇴한 날, 전속 및 보직변경에 따른 출발일자부터 일보변경 전일까지의 기간 등을 복무에서 제외한다고 규정하여 병역법 제25조 제3항이 규정하지 아니한 구속 등의 사유를 복무기간에 산입하지 않도록 규정한 것은 병역법에 위반하여 무효라고 할 것이다(대판 1985.2.28. 85초13).

(4) 법률유보의 한계

법률로 규율하기에 기술상·사실상 어려운 영역(㉞ 과학기술분야행정, 환경행정), 규율은 가능하나 정책적 측면에서 법률의 규율이 바람직하지 않은 영역(㉞ 문화·예술, 개별적 교육내용)이 있다.

(5) 위반의 효과

법률유보의 원칙에 반하는 행정권 행사는 무권한의 행사로서 위법하다. 다만 그 법적 효과는 행정의 행위형식에 따라 다르다.

<관련판례>

신고납세방식 조세에서 과세표준 등의 신고행위나 이에 기초한 과세처분이 객관적으로 타당한 법적 근거와 합리성이 없는 경우

신고납세방식 조세에서 신고내용에 의하더라도 과세대상이 되는 법률관계나 사실관계가 전혀 없어서 납세의무 자체가 성립하지 아니하는 경우와 같이 과세표준 등의 신고행위나 이에 기초한 과세처분이 객관적으로 타당한 법적 근거와 합리성이 없는 때에는 그 하자는 중대할 뿐 아니라 명백하여 무효이다(대판 2017.11.14. 2014두47099).

4. 법치행정 원리의 내용의 확대

고전적인 법치행정의 원칙이 행정에 대하여 금지적이고 소극적이었다면 오늘날 행정은 법을 적극적으로 실현할 의무를 인정하기에 이르렀다(㉞ 행정입법부작위의 문제). 또한 국가작용에 대한 실체법적 규율에서 더 나아가 적법절차에 의한 절차적 통제를 강조하고 있다.

《성문법원의 종류》

1. 헌법

헌법은 국가의 기본조직과 작용에 관한 기본법이다. 헌법은 다른 어떠한 국내법보다 우위에 놓인다. 특히 행정조직에 관한 규정(대통령, 국무총리, 국무회의, 행정각부, 지방자치단체에 관한 규정 등)과 행정작용에 관한 규정(대통령과 정부의 권한과 의무, 경제관계에 관한 규정, 국민의 기본권보장)은 행정법의 법원으로서의 지위를 가진다. 특히 헌법의 일부조항들(제11조의 평등의 원칙, 제37조의 비례의 원칙)은 행정작용에 기준을 제시하는 중요한 법원으로 기능한다.

2. 법률

- (1) 여기서의 법률은 형식적 의미의 법률, 즉 **국회가 헌법상의 입법절차에 따라 제정하는 법률**을 의미한다. 이는 행정법의 성문법주의, 법치행정의 원칙에 비추어 가장 중요한 법원이다. 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리를 침해하는 국가작용은 반드시 법률의 근거를 두도록 하고 있다. 그러나 현실적으로 행정법상의 모든 제도가 법률로 정해져 있지는 않다. 여기서 행정의 자유영역의 문제가 발생한다.
- (2) 법률은 법규명령이나 조례·규칙에 대하여 상위의 효력을 가진다. 그러나 긴급명령, 긴급재정경제명령 등은 형식적으로는 행정입법이지만 법률과 같은 효력을 가진다.

3. 명령(행정입법)

(1) 행정입법의 증대

행정은 법률에 근거하는 것이 원칙이지만 행정기능이 확대되고 전문성·기술성이 강화됨에 따라 국회는 법률로 대강만을 정하고(골격입법) 세부사항을 행정입법에 위임하는 경향이 증대되고 있다.

(2) 법규명령

법규명령은 **헌법이나 법률의 위임에 근거하여 국가행정권에 의하여 정립된 일반법규**이다. 법규명령은 국민의 권리와 의무에 대하여 규율하므로 실질적 의미의 입법에 해당한다. 법규명령에는 법률종속적인 법규명령 외에도 법률동위적 효력의 긴급명령, 긴급재정경제명령이 인정된다. 그리고 내용상 상위법령의 위임을 필요로 하는 위임명령과 법령을 집행하기 위한 사항을 정하는 집행명령이 있다. 법규명령은 행정의 고도의 전문성·기술성에 신속적으로 대처할 필요성에서 그 중요성이 부각되고 있다. 법규명령에는 형식적으로 대통령령, 총리령, 부령이 있다.

(3) 행정규칙

행정규칙은 **상급행정기관이 법령의 수권이 없이 하급행정기관의 조직과 임수수행에 대하여 규율하는 일반적·추상적 규율**이다. 행정규칙은 국가와 국민과의 관계가 아니라 행정조직 내부관계를 규율하는 것이므로 그 법규성·법원성에 대하여 많은 다툼이 있다. 법원의 개념을 외부법에 제한시키는 입장에서는 행정규칙의 법규성을 부인한다. 그러나 행정운영의 많은 부분이 행정규칙의 형식을 취하고 있는 지침·훈령 기타 내부규정 등에 의해 행해지고 있음을 감안하

면 행정사무처리준칙으로서 그 법원성을 인정해야 한다는 주장도 유력하다.

(4) 기타의 명령

행정법의 연구영역은 아니나 광의의 명령 속에는 중앙선거관리위원회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙 등이 있다.

4. 조약과 국제법규

(1) 의의

조약은 조약·협정·협약 등 그 명칭 여하를 불문하고 **국가와 국가 사이 또는 국가와 국제기구 사이의 법적 구속력 있는 합의**를 말한다. 국제법규는 **우리나라가 당사국이 아닌 국제조약으로서 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 승인된 것과 국제관습법**을 말한다. 우리나라가 당사국인 조약이나 일반적으로 인정된 국제법규는 그 내용이 국내행정에 관한 사항을 포함하는 한 법원으로 기능한다. 헌법 제6조 제1항은 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 갖는다’라고 규정하고 있는데, 이는 국제법규가 별도의 입법절차 없이 일반적으로 국내법으로 수용된다는 것을 의미한다.

(2) 국제법규의 행정법관계에 대한 예외적 직접적용가능성

국제법규가 국내의 행정법관계에 직접 적용될 수 있을 정도로 명확한 경우에는 국내의 행정법관계에 직접적인 구속력을 갖는다(㉞ 비자면제협정, 난민의 지위에 관한 협약).

(3) 조약·국제법규와 국내법과의 효력관계

이원론	국제법과 국내법을 전혀 별개의 법질서로 보아 각각 별도의 효력을 갖는다고 보는 견해.
일원론	양자를 하나의 법질서로 보아 통일적으로 그 효력을 보아야 한다는 견해. 일원론은 다시 ㉠ 국제법우위설, ㉡ 국내법우위설, ㉢ 동위설로 나뉜.
헌법 제6조	‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다’라고 규정하여 국제법과 국내법의 동위성을 인정

<관련판례>

1992. 2. 19. 발효된 남북기본합의서는 법률적 효력이 없고, 조약으로서의 성격도 없음

[1] 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북사이의화해와불가침및교류협력에관한합의서’는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가지에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다(헌재 2000.7.20. 98헌바63).

[2] 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서는 남북관계가 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의문서로서, 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(대판 1999.7.23. 98두14525).

지방자치단체가 제정한 조례가 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'이나 '정부조달에 관한 협정'에 위반되는 경우, 그 조례는 효력이 없음

‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 같은 달 23. 대통령의 비준을 거쳐 같은 달 30. 공포되고 1995. 1. 1. 시행된 조약인 ‘세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정’(Agreement Establishing the WTO)(조약 126제5호)의 부속 협정(다자간 무역협정)이고, ‘정부조달에 관한 협정’(Agreement on Government Procurement)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포시행된 조약(조약 136제3호, 복수국가간 무역협정)으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다 - 학교급식을 위해 국내 우수농산물을 사용하는 자에게 식재료나 구입비의 일부를 지원하는 것 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례안이 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’에 위반되어 그 효력이 없다고 한 사례(대판 2005.9.9.

2004추10).

‘대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정’의 성격

이 사건 조약은 그 명칭이 ‘협정’으로 되어 있어 국회의 관여없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 하나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다(헌재 1999.4.29. 97헌가 14).

5. 자치법규

지방자치단체가 자치입법권에 의하여, 법령의 범위 안에서 제정하는 자치에 관한 법규를 말한다. 이에에는 지방의회가 제정하는 조례와 지방자치단체의 집행기관인 장이 제정하는 규칙이 있다. 규칙에도 일반규칙과 교육규칙의 두 종류가 있다. 조례는 자치사무와 단체위임사무에 관하여 제정될 수 있고, 규칙은 기관위임사무에 관하여도 제정될 수 있다. 자치법규는 그 효력에 있어 상위법령에 위반되지 못하는 한계를 가진다(지방자치법 제24조).

《법원의 단계구조》

1. 법원의 상호 관계

(1) 상위법우선의 원칙

- ① 형식적 효력이 최상위인 헌법을 정점으로 법률-명령(법규명령)-자치법규의 순서로 형식적 효력의 피라미드를 이루고 있다.
- ② 자치법규는 광역자치단체의 자치법규(조례-규칙)-기초자치단체의 자치법규(조례-규칙)의 순서로 상위법과 하위법의 효력관계에 있다.
- ③ 국제법과 국내법 간에는 위에서 본 바와 같이 이원설, 일원설 등의 견해가 있다.

(2) 신법우선의 원칙

- ① 형식적 효력이 같은 성문법원 간에는 신법이 구법에 우선한다. 신법은 과거의 결정을 현재의 입법자가 바꾼 것이므로 신법이 먼저 적용되는 것이 원칙이다.
- ② 상위법우선원칙과 신법우선원칙이 충돌하는 경우 상위법이 우선한다.

(3) 특별법우선의 원칙

- ① 형식적 효력이 같은 성문법원 간에는 신법우선의 원칙에 대한 예외로서 특별법이 일반법에 우선한다. ‘특별’하다는 말은 효력이 더 우월하다는 것이 아니라 일반법보다 구체적으로 대상을 규율한다는 의미이다(㉠ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 대한 수도권정비계획법)
- ② 구법이 일반법이고 신법이 특별법인 경우에는 특별신법이 우선한다. 구법이 특별법이고 신법이 일반법인 경우에도 특별구법이 우선한다.
- ③ 형식적 효력이 하위인 성문법원이 특별법인 경우 형식적 효력이 상위인 일반법인 성문법원보다 우선할 수 있다.

2. 위헌·위법인 법령의 효력과 통제

(1) 효력

- ① 상위법에 위반되는 하위법규정은 위법한 법규정이 된다.
- ② 상위법(㉡ 대통령령)이 그보다 상위의 법(㉢ 법률)에 반하는 위법한 경우에는 하위법(㉣ 자

치법규)은 최상위의 법에 위반하지 않는 한 위법하지 않다.

- ③ 하위법 규정이 상위법 규정에 반한다고 판단되는 경우에 행정기관이 하위법 규정을 적용하지 않아야 하는지 적용해야 하는지의 문제가 있다(법령심사권의 문제). 행정이 법에 종속하는 것이므로 법령의 위법성이 명백한 경우에 한하여 행정기관이 그 적용을 배제할 수 있다고 봄이 타당하다.

(2) 통제

- ① 헌법에 위반되는 법률의 통제를 위해 헌법재판소의 위헌법률심사제가 있다.
- ② 헌법 및 상위법령에 위반되는 명령 또는 자치법규는 법원의 구체적 규범통제의 대상이 된다.
- ③ 처분적 법규명령에 무효확인판결이 내려지면 처음부터 효력이 없는 것으로 된다.
- ④ 법규명령에 대하여도 헌법소원이 가능하다.
- ⑤ 상위법령에 반하는 조례안은 지방자치단체의 장이 대법원에 제소할 수 있다(기관소송).

《평등원칙》

1. 의의

- (1) 평등의 원칙은 **행정작용을 함에 있어서 특별한 합리적인 사유가 없는 한, 상대방인 국민을 동등하게 대우하여야 한다는 원칙**으로 나타난다. 이는 절대적 평등이 아니라 본질적으로 동일한 것을 자의적으로 불평등하게, 본질적으로 동일하지 않는 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하는 실질적 평등(상대적 평등)을 의미한다. 특히 행정규칙에 있어서 자기구속의 법리와 재량권행사의 한계와 관련하여 중요한 의미가 있다.
- (2) 평등원칙은 시간적으로 동시에 이루어지는 행정작용에 대하여 특정인에 대한 차별금지를 의미하거나, 오랜 기간을 통하여 확립된 행정적 관행이 특정인의 동일한 사건을 차별하지 못하도록 하는 의미도 있다.

2. 근거

헌법 제11조는 ‘모든 국민은 法앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’라고 규정하여 평등의 원칙을 천명하고 있다. 여기서의 法이란 성문법과 불문법을 포함한 모든 법을 의미한다. 행정기본법에도 평등의 원칙을 명시하고 있다.

3. 내용

(1) 합리적 이유없는 차별취급 금지

합리적 이유없는 차별취급은 ① 동일한 사항을 다르게 취급하는 경우(예 같은 정도의 비위를 저지른 자들 사이에서 징계의 종류의 선택과 양정에 있어서 차별적 취급), ② 사정이 달라 차별취급이 허용될 수 있으나 비례원칙에 위반하여 과도하게 차별취급을 하는 경우(예 국가유공자의 가족에게 일률적으로 10% 가산점 부여)가 있다.

(2) 적극적 원칙으로의 확대

오늘날 평등원칙은 소극적 원리뿐 아니라 적극적 원칙으로 확대된다(예 여성할당제와 같은 우대조치). 다만 우대조치가 차별취급에 합리성이 없으면 역차별의 문제를 야기할 수 있다.

(3) 적용례

- ① **재량권 통제원칙** : 이미 행해진 동종 사안에서의 제3자에 대한 처분과 비교하여 불합리하게 불리한 처분을 하는 것은 평등원칙에 반한다.
- ② **재량준칙과 평등원칙** : 재량권 행사의 기준(재량준칙)은 행정규칙으로서 직접 대외적인 구속력을 갖지 않지만 평등원칙을 매개로 하여 간접적인 대외적 효력을 갖는다(다수설).

<관련판례>

<평등의 원칙에 위반된 경우>

[1] 지방의회의 조사·감사를 위해 채택된 증인의 불출석 등에 대한 과태료를 그 사회적 신분에 따라 차등 부과할 것을 규정한 조례는 무효

조례안이 지방의회의 감사 또는 조사를 위하여 출석요구를 받은 증인이 5급 이상 공무원인지 여부, 기관(법인)의 대표나 임원인지 여부 등 증인의 사회적 신분에 따라 미리부터 과태료의 액수에 차등을 두고 있는 경우, 그와 같은 차별은 증인의 불출석이나 증언거부에 대하여 과태료를 부과하는 목적에 비추어 볼 때 그 합리성을 인정할 수 없고 지위의 높고 낮음만을 기준으로 한 부당한 차별대우라고 할 것이어서

헌법에 규정된 평등의 원칙에 위배되어 무효이다(대판 1997.2.25. 96추213).

[2] 함께 화투놀이를 한 3명은 견책처분임에 비하여 파면처분을 한 것은 재량하자

원심은 원고가 원판시와 같이 부산시 영도구청의 당직 근무 대기중 약 25분간 같은 근무조원 3명과 함께 시민 과장실에서 심심풀이로 돈을 걸지않고 점수따기 화투놀이를 한 사실을 확정된 다음 이것이 국가 공무원법 제78조 1, 3호 규정의 징계사유에 해당한다 할지라도 당직 근무시간이 아닌 그 대기중에 불과 약25분간 심심풀이로 한 것이고 또 돈을 걸지 아니하고 점수따기를 한데 불과하며 원고와 함께 화투놀이를 한 3명(지방공무원)은 부산시 소청심사위원회에서 견책에 처하기로 의결된 사실이 인정되는 점등 제반 사정을 고려하면 피고가 원고에 대한 징계처분으로 파면을 택한 것은 당직근무 대기자의 실정이나 공평의 원칙상 그 재량의 범위를 벗어난 위법한 것이라고 하였는바, 이를 기록에 대조하여 검토하여 보면 정당하고 징계종류의 선택에 관한 법리를 오해한 위법 있다는 논지는 맞지 아니하여 이유없다(대판 1972.12.26. 72누194).

[3] 제대군인가산점 사건

가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위배되며, 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해된다(헌재 1999.12.23. 98헌마 363).

<평등의 원칙에 위반되지 않는 경우>

[1] 국민연금수급권미해당처분 사건

국민연금법 제58조 제1항이 질병으로 인한 장애의 경우 초진일 현재 가입기간이 1년 이상인 자에 한하여 장애연금 수급권을 인정한 취지는 가입기간 1년 미만의 국민연금기금 조성에 기여도가 아주 적은 자를 장애연금의 수급권자에서 제외함으로써 장기간의 가입으로 오랫동안 각출료를 부담하여 온 자와의 관계에서 형평을 기하고, 한편 장애의 원인질병을 가진 자가 오로지 장애연금을 지급받을 부정한 목적으로 연금에 가입함으로써 기금의 안정유지를 위태롭게 함을 방지하려는 데 있으므로, 위 법규정이 국민연금 가입자 사이의 불합리한 차별 또는 권리의 제한이라고는 보여지지 아니하여 헌법상의 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다(대판 1991.11.26. 91누2205).

[2] 국유 잡종재산을 무단 점유한 사람에게 통상 대부료의 20%를 할증한 변상금을 부과하도록 정한 국유재산법 제51조 제1항은 평등권을 침해하지 아니함

이 사건 법률조항인 법 제51조 제1항이 대부계약 등을 맺지 아니하고 국유 잡종재산을 무단 점유한 자에 대하여 통상의 대부료에 20%를 할증한 변상금을 부과·징수하도록 하고 있는 데에는 국유재산의 효율적인 보존·관리라는 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반한다고 볼 수 없고, 이 사건 법률조항으로 인하여 잃게 되는 무단 점유자의 재산권이라는 사익보다 그로 인하여 얻게 되는 국유재산의 효율적인 관리·보존이라는 공익이 크다고 할 것이므로 헌법 제23조 제1항 및 제 37조 제2항에 위반하여 재산권을 과도하게 침해하였다고 볼 수도 없다(대판 2008.5.15. 2005두11463).

[3] 개인택시면허기준변경 사건

매년 그 때의 상황에 따라 적절히 면허 숫자를 조절해야 할 필요성이 있는 개인택시 면허제도의 성격상 그 자격요건이나 우선순위의 요건을 일정한 범위 내에서 강화하고 그 요건을 변경함에 있어 유예기간을 두지 아니하였다 하더라도 그러한 점만으로는 행정청의 면허신청 접수거부처분이 신뢰보호의 원칙이나 형평의 원칙, 재량권의 남용에 해당하지 아니한다(대판 1996.7.30. 95누12897).

4. 위반의 효과

평등원칙을 헌법에 명시된 법원칙이라는 견해에 따르면, 이에 위반한 행정작용은 위헌·위법이 된다. 평등원칙에 반하는 법률은 위헌이다.

《비례원칙》

1. 의의

- (1) 과잉금지원칙이라고 불리우는 비례의 원칙이란 **‘행정목적의 실현을 위한 구체적인 수단의 선택에 있어서 달성하고자 하는 공익과 이로 인하여 제한되는 개인의 이익 사이에 일정한 비례관계가 있도록 하여야 한다는 원칙’**을 말한다. 흔히 ‘대포로 참새를 쏘아서는 안된다’라고 표현된다. 이는 입법과 행정작용에 적용된다.
- (2) 비례의 원칙은 독일의 경찰행정법분야에서 판례를 통하여 발전되어 왔으며, 특히 재량행위인 부담적인 행정작용의 통제수단으로 중요한 의미를 가진다. 그러나 오늘날 급부행정 등 행정의 전영역에 적용되는 일반원칙이 되었다.

2. 근거

비례의 원칙은 헌법상의 기본권 보장규정, 헌법 제37조 제2항 및 법치국가원칙으로부터 도출되는 법원칙이다. 비례의 원칙은 단순한 일반조리상의 원칙에 그치는 것이 아니라 헌법의 기본규범이나 이념에서 도출되는 헌법의 원리이다. 행정기본법에 비례원칙을 명시하고 있다.

3. 내용

비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙을 그 내용으로 하고 있고, 각 내용은 단계적인 심사과정을 거쳐야 한다. 따라서 적합성이 부정되는 수단은 다음 단계인 필요성이나 상당성 심사를 거칠 필요가 없게 된다.

(1) 적합성의 원칙

실무상 행정기관은 다양한 수단 중에서 선택할 수 있는바, 적합성의 원칙이란 **행정작용이 행정목적에 적합하게 행사되어야 한다는 원칙**이다. 수단은 추구하는 목표의 달성에 법적으로나 사실적으로 유용한 것이어야 한다. 어떤 수단의 적합성 여부가 불확실한 경우에는 이미 알려져 있는 수단 또는 이론에 근거하여 그 적합성 여부를 심사해야 하며, 이러한 심사가 행하여졌다면 이 요건은 충족된 것으로 본다.

<관련판례>

수돗물에 대한 불안감 방지 내지 식수공급행정에 대한 혼란 방지를 위하여 보존음료수의 국내판매를 금지하는 것은 식품위생법의 목적에 부합하지 아니함

보존음료수의 국내판매를 금지하는 것이 수돗물에 대한 국민의 불안감을 해소시키기 위한 필요하고도 적절한 방법이라고 할 수 없으므로, 보존음료수의 국내판매를 금지하는 것은, 보존음료수제조업의 허가를 받은 자의 헌법상 보장된 기본권인 직업의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 뿐 아니라 식품위생법의 목적(제1조)에 비추어 보더라도, 보건사회부장관이 구 식품위생법 제23조의3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 제1항 제4호에 따라 보존음료수제조업의 허가를 받는 자의 직업의 자유를 제한하는 고시를 발한 것이, 질서유지나 공공복리를 위하여 꼭 필요하고 합리적인 것이라고 볼 수도 없으므로, 위 고시는 효력이 없다(대판 1994.3.8. 92누1728).

특정 운전학원을 졸업한 사람들 중 교통사고를 일으킨 비율이 일정기준을 초과하는 때에 학원등록을 취소할 수 있도록 하는 것은 비례원칙에 위배

운전교육 및 기능검정의 내실화 및 이를 통한 교통사고 예방은 이 사건 조항이 아니더라도 운전전문학원의 지정 요건과 교육내용, 기능검정 등에 관하여 마련되어 있는 도로교통법과 동법시행령·시행규칙의 구체적이고 자세한 규정들이 제대로 집행된다면 가능하다. 이 사건 조항은 입법목적 달성을 위한 수단으로서 부적절하며, 운전전문학원의 영업 내지 직업의 자유를 필요 이상으로 제약하는 것이다(헌재 2005.7.21. 2004헌가30).

(2) 필요성의 원칙(최소침해의 원칙)

행정작용이 행정목적 실현하기 위하여 필요한 한도 이상으로 행하여져서는 안된다는 원칙이다. 즉, 행정목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 권력이 행사되어야 한다는 것이다. 예컨대 위험한 건물에 대하여 개수명령으로써 목적을 달성할 수 있음에도 철거명령을 발령하는 것이나, 음식점영업허가의 신청에 대하여 부관으로서의 부담을 붙이면 공익목적이 달성될 수 있음에도 불구하고 그 허가를 거부하는 것은 이 원칙에 위배된다. 이 경우 제한되는 법익의 내용, 의무위반의 정황 및 위반 의무의 중요성 등 개별사정을 고려하여 이를 판단한다.

<관련판례>

예비군 동원훈련 도중 군무이탈한 공무원에 대한 해임처분과 재량권 일탈

공무원이 예비군동원훈련도중 2시간 30분간 군무이탈하여 구명가게에서 술을 마신 사실은 공무원의 신

분을 보유케 할 수 없을 정도로 공무원의 품위를 손상케 한 것이라고 단정하기 어렵고 그보다 가벼운 징계처분으로서도 능히 기강확립의 행정목적에 달할 수 있다 할 것이므로 공무원의 신분을 박탈하는 해임 처분은 이른바 비례원칙에 어긋난, 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이다(대판 1983.6.28. 83누94).

출입시킨 미성년자를 외관상 미성년자라고 판단하기 어렵고, 한 번도 허가조건을 위반한 바 없음에도 허가를 취소함은 비례원칙 위반

원고가 경영하는 전문음식점에서는 미성년자에게 주류를 제공할 수 없고 또한 1인 독주이외의 악단을 둘 수 없는데 원고가 미성년자 몇사람에 대하여 술을 제공하고 또한 2인조 내지 5인조의 악단이 연주한 사실이 있다고 하더라도 당시 외관상 미성년자라고 판단하기 어렵고, 업주로서 손님들의 신분증을 확인하기도 곤란하여 성년자인줄 알고 술을 제공하고 또한 악단의 규모도 대단치 아니하고 뿐만 아니라 원고가 많은 시설비를 투입하여 영업을 하면서 한 번도 허가조건을 위반한 바가 없었던 점을 참작해 볼때 위에서 인정한 허가조건 위반사실만으로써 원고에게 영업허가 자체를 취소함은 너무 가혹하여 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 영업허가 취소처분은 위법하다(대판 1979.7.10. 79누126).

(3) 상당성의 원칙(협의의 비례의 원칙)

어떤 행정조치가 설정된 행정목적에 위하여 필요한 경우일지라도 그 행정조치를 취함으로써 얻는 불이익이 그것에 의해 초래되는 이익보다 큰 경우에는 당해 행정조치를 취해서는 안 된다는 것을 말한다. 따라서 당사자에 대한 불이익이 더 크다고 평가되는 경우 더 완화된 수단을 선택하도록 요청받게 된다. 예컨대 건축법에 위배된 건축물이라 하더라도, 공익을 심히 침해하지 않는 한 철거하여서는 안된다.

<관련판례>

무면허 의료행위를 일률적·전면적으로 금지하고 이에 위반할 경우 처벌하는 규정이 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니함

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의기술 이상의 '인체 전반에 관한 이론적 뒷받침'과 '인간의 신체 및 생명에 대한 외경심'을 체계적으로 교육받고 이점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회부할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다(헌재 1996.10.31. 94헌가7).

주유소 영업의 양도인이 등유가 섞인 유사휘발유를 판매한 위법사유를 들어 그 양수인에게 대하여 한 6월의 석유판매영업정지처분은 재량권 일탈로서 위법

주유소 영업의 양도인이 등유가 섞인 유사휘발유를 판매한 바를 모르고 이를 양수한 석유판매영업자에게 전 운영자인 양도인의 위법사유를 들어 사업정지기간 중 최장기인 6월의 사업정지에 처한 영업정지처분은 석유사업법에 의하여 실현시키고자 하는 공익목적의 실현보다는 양수인이 입게 될 손실이 훨씬 커서 재량권을 일탈한 것으로서 위법하다(대판 1992.2.25. 91누13106).

4. 권리의 구제

비례원칙에 반하는 명령·처분 등은 위헌·위법을 면할 수 없다. 따라서 이로 인하여 권리·이익이 침해된 자는 행정쟁송이나 손해배상을 청구할 수 있다. 그리고 이 위반에 대하여는 항고소송의 대상이 되며, 행정작용의 결과로서 남아있는 상태로 인해 법률상 이익을 침해받은 자는 행정상 결과제거청구권을 행사할 수 있다.

《신뢰보호원칙》

1. 의의

(1) 신뢰보호원칙이란 행정청이 국민에 대하여 행한 언동의 정당성 또는 계속성에 대한 개인의 가치있는 신뢰는 보호되어야 한다는 원칙을 말한다. 이는 독일의 학설·판례로 발전된 원칙으로 영미법상의 금반언의 법리와 유사하다. 또한 이는 민법상의 신의성실의 원칙(제2조)의 행정법상 표현으로 이해되기도 한다. 이 원칙을 적용하는 경우에 있어서는 특히 위

법한 행정작용을 신뢰한 경우에 행정의 합법성원칙과 갈등하게 되는 문제점이 있다.

- (2) 신뢰보호원칙은 예컨대 인근주민들의 동의서가 불필요하다는 공무원의 말을 믿고 허가신청을 하여 허가를 취득하였는데 후에 법령검토가 잘못되었다며 다시 주민동의서를 요구하는 것은 상대방의 신뢰를 침해하여서 허용되지 않는다는 것이다.

2. 근거

(1) 실정법적 근거

국세기본법 제18조 제3항은 “세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석 또는 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 과세되지 아니한다”라고 규정하였다. 신뢰보호원칙의 실정법적 근거는 행정절차법 제4조 제2항에도 마련하고 있다. 그런데 판례는 이러한 실정법이 제정되기 전부터 신뢰보호원칙을 인정하고 있었다.

(2) 이론적 근거(법적 안정성설-다수설)

신뢰보호의 원칙을 법치국가원리의 요소인 법적 안정성의 원리에서 도출하는 견해이다. 개인은 국가작용이 법에 따라 그가 예측한대로 집행되고 존속될 것을 기대하므로 이로부터 신뢰보호의 요건이 조성된다.

3. 요건

(1) 행정청의 선행조치

- ① **행정청의 의미** : 판례는 행정조직법상의 의미가 아니라 기능적으로 파악하여 ‘행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단함에 있어서는, 반드시 행정조직상의 형식적인 권한 분장에 구애될 것은 아니고, 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적 인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다’(대판 2008.10.9. 2008두6127)고 하였다. 따라서 처분청 자신이 아니라 보조기관인 담당공무원의 조치도 신뢰의 대상이 될 수 있다.
- ② **선행조치의 의미** : 사인의 신뢰의 대상이 될 수 있는 행정기관의 선행조치가 존재하여야 한다. 선행조치에는 국가의 모든 작용(법령, 행정계획, 수익적 행정행위, 확약, 행정지도, 법령해석적 행정규칙, 공법상 계약 등)이 해당되며, 이에 명시적·묵시적 또는 적극적·소극적이든 모두 포함된다. 그런데 판례는 행정기관의 선행행위를 「명시적 또는 묵시적 공적 견해의 표명」에 국한시켜, 추상적 질의에 대한 일반적 견해표명은 이러한 공적 견해의 표명으로 볼 수 없다고 한다. 또한 행정행위의 경우는 적법한 것인가 위법한 것인가도 가리지 않으나, 무효행위는 신뢰보호의 대상이 되지 아니한다. 공적 견해의 표명이 있었다는 사실은 신뢰보호원칙을 원용하고자 하는 자가 이를 주장·입증해야 한다.

(2) 보호가치 있는 사인의 신뢰

이해관계인이 선행조치에 대하여 그 정당성 또는 존속성을 사실상 신뢰하여야 한다. 그런데 선행조치의 정당성 또는 존속성에 대한 관계인의 신뢰가 보호가치 있는 것이어야 한다. 예컨대 당사자가 사기·강박·뇌물제공·신청서의 허위 기재 등에 의해 행정처분을 받은 경우처럼 당사자의 책임에 기인하는 경우에는 보호받을 가치가 없다. 또한 당사자가 위법한 행정행위임을 알았기에 선행조치의 취소가능성을 알고 있었던 경우이거나, 행정행위의 위법성을 중대한 부주의로 인식하지 못한 경우도 신뢰를 보호받지 못한다.

<관련판례>

수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 경우 당사자의 신뢰이익을 고려할 수 없음

수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면, 당사자는 처분에 의한 이익을 위법하게 취득하였음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었을 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론, 행정청이 이를 고려하지 않았다 하여도 재량권의 남용이 되지 않고, 이 경우 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 제3자를 통하여 소극적으로 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다 - 생물학적 동등성 시험 자료 일부가 조작되었음을 이유로 해당 의약품의 회수 및 폐기를 명한 사안에서, 그 행정처분으로 제약회사가 입게 될 경제적 손실이라는 불이익과 생물학적 동등성이 사전에 제대로 확인되지 않은 의약품이 유통되어 국민건강이 침해될 수 있는 위험을 예방하기 위한 공익상의 필요를 단순 비교하기 어려운 점 등에 비추어, 위 처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수 없다고 한 사례(대판 2008.11.13. 2008두8628).

개인택시운송사업면허자격이 없음을 숨기고 면허신청하여 면허를 받은 경우 처분청이 당사자의 신뢰이익을 고려하지 않고 그 면허를 취소할 수 있음

그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰이익을 수용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다(대판 1990.2.27. 89누2189).

(3) 신뢰에 기한 사인의 처리

상대방이 선행조치를 믿은 것만으로 부족하고 처분행위(자본투자, 건축개시, 이주, 직원의 고용 등)가 존재하여야 한다. 즉 비과세를 신뢰하고 조세로 납부할 금전을 다른 용도로 소비한 경우나 행정청의 흠 있는 건축허가를 믿고 건축에 착수한 경우이거나 자본을 투자한 경우에 적용된다. 이런 상대방의 처분행위가 존재하지 않는 경우에 사인은 그 예상이익의 보호를 주장할 수 없다.

(4) 신뢰에 기초한 인과관계가 있는 행위

사인의 선행조치에 대한 신뢰와 처리사이에는 인과관계가 존재하여야 한다. 즉, 선행조치에 대한 신뢰와 선행조치에 대한 정당성과 존속성을 믿고서 일정한 조치를 하여야 한다. 이러한 인과관계는 일반 통상인을 기준으로 상당한 경우에 인정된다(대판 1992.10.13. 92누114). 만일 그 조치가 다른 사정에 근거한 경우이거나, 행정청의 선행조치와 무관하게 우연히 행해진 것이라면 신뢰보호원칙에 근거하여 보호받을 수 없다.

(5) 선행조치에 반하는 처분 또는 부작위

행정청이 선행조치에 의하여 약속한 행위에 반하는 행위를 하거나 약속한 행위를 하지 않으므로써 선행조치를 신뢰한 관계인의 권익이 침해된 경우에 인정된다. 그리고 선행조치를 행한 행정청과 그에 반하는 후행처분을 한 행정청이 서로 다른 경우에도 신뢰보호원칙을 주장할 수 있다(대판 2000.2.25. 99두10520). 일부 견해는 이를 신뢰보호원칙의 성립요건이 아니라 그 적용요건으로 보기도 한다(김동희).

5. 한계

(1) 행정의 법률적합성의 원칙과의 관계

위법한 수익처분은 법치주의원리에 의하면 이를 취소하여 적법성을 회복하여야 하지만, 신뢰보호원칙에 의하면 취소가 제한된다. 즉 법적합성의 원칙과 법적 안정성의 원칙이 충돌한다. 이 경우에 어떠한 해결이 타당한 것인가에 관하여 ① 행정의 합법성의 원칙이 행정의 법적 안정성의 원칙 및 그로부터 도출되는 신뢰보호의 원칙보다 우월하다고 보는 견해(**법적합성우위설**), ② 법적합성의 원칙과 법적 안정성은 다 같이 법치국가원리의 내용을 이루는 것이므로 동일한 효력을 갖는다고 보는 견해(**동위설**, **이익형량설**)가 대립한다. 다수설인 동위설에 따르면 적법상태의 실현이라는 공익과 상대방의 신뢰이익간에 비교형량하여 구체적으로 결정하여야 한다.

(2) 제3자의 보호

제3자의 정당한 이익을 희생시키면서까지 신뢰보호의 원칙이 관철되어야 하는 것은 아니다. 판례는 이를 신뢰보호 원칙의 적용요건으로 보고 있다. 개인의 신뢰보호는 행정청의 선행조치가 제3자요 행정행위로서 제3자에 의하여 취소·생송의 제기가 있거나 예상되는 경우에는 그 기속력을 상실한다. 한편 행정절차법은 신뢰보호원칙이 “공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고” 적용된다는 취지로 규정하고 있다(제4조).

(3) 사정변경

확약 또는 공적인 의사표명이 있는 후에 사인의 신뢰형성에 기초가 된 사실관계·법률상태가 변경되고 관계 당사자가 그 변화를 알게 되었다면, 그 후로는 관련 사인도 변화전의 상태를 이유로 신뢰보호를 주장할 수 없다(대판 1996.8.20. 95누10877). 그러나 이러한 단순한 사실적·법률적 상태의 변경으로는 신뢰보호의 기속력을 배제시키기에 불충분하고 관계인이 이를 예견하였거나 예견할 수 있는 상황에 있어야 한다는 반대 견해가 있다.

(4) 적용의 제한

- ① **무효인 처분** : 판례는 무효인 처분에는 신뢰보호원칙이 적용되지 않는다는 입장이다.
- ② **법령의 특수성** : 신뢰보호 원칙의 근거를 신의성실 원칙에서 찾는 견해에 의하면 행정기관과 국민 사이에 구체적인 신의관계가 형성되어야 국민의 신뢰가 보호되므로, 불특정 다수를 대상으로 하는 법령(행정규칙 포함)에 대한 신뢰는 보호되지 않는다.

6. 위반의 효과

- (1) 신뢰보호의 원칙에 위반하는 행정처분은 법의 기본이념에 위반하는 행위이기 때문에 위법이 되어 취소 또는 무효가 될 것이다. 신뢰보호원칙에 반하는 행정입법이나 공법상 계약은 무효이다.
- (2) 신뢰보호 원칙이 인정되는 경우에는 선행조치에 반하는 처분 또는 부작위의 소멸 등으로 인하여 개인의 손해가 발생한 경우 이를 전보하여야 한다.

《행정의 자기구속원칙》

1. 의의

(1) 개념

행정의 자기구속의 원칙이란 **동일한 사안에 대하여 제3자에게 한 것과 같은 결정을 상대방에게도 하도록 행정청이 구속받음**을 의미한다. 행정청은 스스로 정하여 시행하고 있는 기준을 합리적인 이유 없이 이탈할 수 없다는 원칙이다. 이는 평등원칙에 근거해서 판례와 학설에 의해 발전된 법리이다.

(2) 기능

- ① 이 법리는 행정조직 내부규범인 행정규칙을 국가와 국민과의 관계를 구울하는 법리로 전환시키는「전환법리」 또는「매개규범」으로서의 기능을 한다. 행정기관이 재량행사에 관련된 행정규칙인 재량준칙에 의거하여 일정한 행정관행을 형성하였다면, 합리적인 사유 없이 종전의 행정관행에 반하는 행정행위를 할 수 없고 스스로 구속을 받게 된다. 따라서 이러한 행정규칙에 반하는 처분시 상대방은 당해 처분의 위법을 이유로(행정규칙 위반이 아니라 자기구속원칙위반으로) 취소소송을 제기할 수 있게 된다.
- ② 그 외에도 행정의 통일성 유지, 행정에 대한 국민의 신뢰보호, 행정의 예측가능성 확보와

행정법관계의 안정에 기여하게 된다.

<관련 판례>

사무처리준칙에 따르지 않고 특정한 개인에 대하여만 초과하는 처분을 한 경우에는 재량권의 한계를 일탈

식품위생법시행규칙 제53조에 따른 별표 15의 행정처분기준은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하기는 하지만 규칙 제53조 단서의 식품 등의 수급정책 및 국민보건에 중대한 영향을 미치는 특별한 사유가 없는 한 행정청은 당해 위반사항에 대하여 위 처분기준에 따라 행정처분을 함이 보통이라 할 것이므로, 행정청이 이러한 처분기준을 따르지 아니하고 특정한 개인에 대하여만 위 처분기준을 과도하게 초과하는 처분을 한 경우에는 재량권의 한계를 일탈하였다고 볼 만한 여지가 충분하다. 영업허가 이전 1개월 이상 무허가 영업을 하였고 영업시간위반이 2시간 이상이라 하더라도 위 행정처분기준에 의하면 1월의 영업정지사유에 해당하는데도 2월 15일의 영업정지처분을 한 것은 재량권일탈 또는 남용에 해당한다고 한 사례(대판 1993.6.29. 93누5635).

실제의 공원구역과 다르게 경계측량 및 표지를 설치한 십수년 후 착오를 발견하여 지형도를 수정한 조치가 자기구속의 법리에 반하는 것이라 할 수 없음

경주시장이 한 때 실제의 공원구역과 다르게 경계측량 및 표지를 설치함으로 인하여 원고들이 그 잘못된 경계를 믿고 행정청으로부터 초지조성허가를 받아 초지를 조성하고 축사를 신축하여 그러한 상태가 십수년이 경과하였다 하여도, 이 사건 토지가 당초 화랑공원구역 안에 있는 것으로 적법하게 지정, 공고된 이상 여전히 이 사건 토지는 그 공원구역 안에 있는 것이고, 따라서 그 후 위와 같은 착오를 발견한 피고가 이 사건 토지는 그 공원구역 안에 있는 것으로 지형도를 수정한 조치를 가리켜 신뢰보호의 원칙에 위배된다거나 행정의 자기구속의 법리에 반하는 것이라고도 할 수 없다(대판 1992.10.13. 92누2325).

2. 행정의 자기구속의 근거

(1) 학설

이에는 ① 신뢰보호의 원칙에서 구하는 견해, ② 평등의 원칙에서 구하는 견해가 있다. 행정의 자기구속은 행정의 동등한 재량권 행사의 문제이므로 평등의 원칙에서 구하는 것이 일반적이다.

(2) 판례

헌법재판소와 대법원은 평등의 원칙과 함께 신뢰보호의 원칙을 종합하여 행정의 자기구속의 법리를 명시적으로 인정하고 있다.

3. 행정의 자기구속의 요건

(1) 동종의 사안일 것

법적으로 비교할 수 있는 생활관계에서 문제된다. 처분의 상대방에 대한 상황과 선례의 상황이 법적인 의미·목적에서 동종으로 취급될 수 있는 것이어야 한다. 또한 동일한 행정청에 대해서만 적용되므로 상이한 행정청에 대하여는 주장할 수 없다.

(2) 선례의 존재

선례의 존재필요성에 대하여는 ① 선례 없이 자기구속의 법리를 인정하면 재량준칙의 법규성을 인정하는 결과가 되므로 선례가 필요하다는 견해(선례필요설), ② 재량준칙 자체만으로 '미리 정해진 행정관행(선취된 예기관행)'이 성립되는 것으로 보고 자기구속의 법리를 인정하는 견해(선례불필요설), ③ 재량준칙이 존재하는 경우에 1회의 선례만으로 예기된 관행이 현실화 된다고 볼 수 있으므로 1회의 처분이 있어야 한다는 견해(1회선례충분설)가 있다.

(3) 재량행위의 영역일 것

행정의 자기구속 법리는 기속영역에는 인정할 수 없고(이견 있음), 재량영역에서만 인정된다. 특히 행정규칙의 하나인 재량준칙에서 중요한 의의를 갖는다. 그러나 법령해석의 최종적 권한은 법원에 있으므로 법령해석규칙에는 원칙적으로 인정되지 않는다.

4. 행정의 자기구속의 한계

(1) 불법에 있어서의 동일취급금지

행정의 자기구속의 법리는 근거되는 행정관행이 적법한 경우에 적용된다(다수설). ‘불법에는 평등이 없다’라는 법언이 바로 그것이다. 불법행위에 대한 자기구속의 요구는 행정의 법률적 합성원칙에 반하기 때문이다. 그러나 자기구속원칙의 근거에 관한 신뢰보호원칙설을 따르는 경우에는 신뢰보호원칙의 요건충족에 의하여 계속되는 위법한 행정권 행사에 대한 자기구속의 원칙이 적용될 여지가 있다.

(2) 새로운 상황의 한계

기존의 관행과 다른 결정을 해야 할 명백한 이유가 있는 경우 자기구속의 법리는 적용되지 않을 수 있다. 즉 자기구속의 법리를 적용하는 경우의 법적 안정성보다, 다른 결정을 할 이익이 크고 형평과 합리성에 적합한 경우에 동일칙은 적용되지 않는다.

5. 위반의 효과

재량권의 범위 내의 행위는 부당인 문제에 그치는 것이나, 행정의 자기구속의 법리를 위반한 법령이나 행정권 행사는 위법한 것이 된다. 처분이라면 항고소송의 대상이 되고, 그 밖에 국가배상청구권, 불평등배제청구권, 동종의 급부청구권, 무하자재량행사청구권이 생길 수 있다.

《부당결부금지원칙》

1. 의의

행정작용과 사인이 부담하는 반대급부는 부당한 내적인 관련을 가져서는 안되고 또한 부당하게 상호 결부되어서도 안된다는 원칙을 말한다. 이 법원칙은 행정목적 달성을 위한 수단이 다양해지면서 그 수단의 선택이나 급부에 일정한 한계를 설정하려는 의도에서 구성되었다. 예컨대 건축허가를 하면서 다른 토지의 기부채납을 부관으로 부담하게 하는 것, 체납된 공과금의 이행담보를 위하여 여권교부를 거부하는 것, 교통법규위반을 이유로 건축허가를 거부하는 것 등이 이에 해당한다.

2. 법적 근거

(1) 종래 부당결부금지의 원칙이 법률적 효력을 가지는 법원칙이라는 견해, 행정법상의 비례의 원칙 중 적합성의 원리로 이해하는 견해, 헌법상 법치국가원리와 자의금지의 원칙에서 나오는 헌법적 지위를 갖는 일반원칙이라는 견해 등이 있었다.

(2) 법률은 예컨대 “행정기관은…그 민원사무와 관련 없는 공과금 등을 미납하였다는 이유로 민원사무의 처리를 지연시켜서는 아니된다.”(민원 처리에 관한 법률 제6조 제1항), “사업계획 승인권자는 사업계획을 승인할 때 사업주체가 제출하는 사업계획에 해당 주택건설사업 또는 대지조성사업과 직접적으로 관련이 없는 공공청사 등의 용지의 기부채납이나 간선시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하도록 요구하여서는 아니된다.”(주택법 제16조 제7항)는 식으로 표현하고 있다.

3. 요건

부당결부금지원칙은 행정기관의 행정작용이 있고 행정작용이 상대방의 반대급부와 결부되는 경우에 문제된다. 특히 행정작용과 반대급부 사이에 부당한 내적 관련(실질적 관련성)이 있는 경우 이 원칙에 위반한 것이 된다. 여기서 관련성의 의미는 원인적 관련성과 목적적 관련성을

의미한다.

	의의	사례
원인적 관련성	행정작용과 반대급부사이에는 직접적인 인과관계가 있을 때 정당한 내적 관계가 존재함	도로점용허가를 발령하면서 과거에 체납한 자동차세를 납부하라는 조건을 부과한 경우에는 주된 행정행위와 부과의 부과 사이에는 직접적인 인과관계가 부존재
목적적 관련성	사인의 급부가 행정작용과 특정의 목적을 같이할 때 정당한 내적 관계가 존재함	특정영업을 가능하도록 하는 특허행위의 발령과 함께 부과할 수 있는 부담은 영업질서유지를 위한 목적에 제한되는 것이지만 범죄예방의 목적을 위해서는 부과할 수 없음

4. 법적 평가의 문제

실정법이 이 원칙과 모순되는 규정을 두는 경우(㉞ 국세징수법 제7조의 관허사업제한)에는 부당결부금지원칙에 반하는 것이 아닌가의 법적 평가의 문제가 제기된다. 그러나 부당결부금지원칙을 무조건적으로 적용한다면 국세징수행정의 무력화를 초래할 수 있으므로 동법조항은 국가재정의 안정을 위하여 입법정책상 불가피한 것이라는 해석이 가능하다.

5. 적용영역

부당결부금지원칙은 ① 당해 행정행위의 목적과 무관한 다른 목적의 부관제한(㉞ 건축허가와 토지의 기부채납), ② 공법상 계약의 체결에 있어서 계약상의 급부와 무관한 반대급부의무 부과제한(㉞ 허가요건을 면제하고 금전을 납부토록 하는 경우), ③ 당해 행정작용과 실질적 관련이 없는 행정의 실효성 확보수단의 제한(㉞ 공급거부, 관허사업의 제한), ④ 급부행정을 하면서 당해 급부와 관련 없는 반대급부의무 부과 제한 등에 있어서 문제가 될 수 있다.

<관련판례>

주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우 부당결부금지원칙 위반

지방자치단체장이 사업자에게 주택사업계획승인을 하면서 그 주택사업과는 아무런 관련이 없는 토지를 기부채납하도록 하는 부관을 주택사업계획승인에 붙인 경우, 그 부관은 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하지만, 지방자치단체장이 승인한 사업자의 주택사업계획은 상당히 큰 규모의 사업임에 반하여, 사업자가 기부채납한 토지 가액은 그 100분의 1 상당의 금액에 불과한 데다가, 사업자가 그 동안 그 부관에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 지방자치단체장이 업무착오로 기부채납한 토지에 대하여 보상협조요청서를 보내자 그 때서야 비로소 부관의 하자를 들고 나온 사정에 비추어 볼 때 부관의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고는 볼 수 없다(대판 1997.3.11. 96다49650).

송유관 매설을 허가하면서 송유관 시설 이전비용을 상대방에게 부담하도록 하는 협약을 체결한 것은 위법하지 아니함

고속국도 관리청이 고속도로 부지와 접도구역에 송유관 매설을 허가하면서 상대방과 체결한 협약에 따라 송유관 시설을 이전하게 될 경우 그 비용을 상대방에게 부담하도록 하였고, 그 후 도로법 시행규칙이 개정되어 접도구역에는 관리청의 허가 없이도 송유관을 매설할 수 있게 된 사안에서, 위 협약이 효력을 상실하지 않을 뿐만 아니라 위 협약에 포함된 부관이 부당결부금지의 원칙에도 반하지 않는다고 한 사례(대판 2009.2.12. 2005다65500).

6. 위반의 효과

이 원칙은 헌법상 법치주의와 자의금지의 원칙에서 도출되는 것이므로 이에 위반한 행위는 위헌·위법의 사유가 된다. 이 원칙을 위반한 부관부 행정행위는 무효 또는 취소할 수 있는 행위이고 항고소송의 대상이 된다. 그리고 실효성확보수단을 규정하는 법률이 이 원칙에 반하면 위헌심사의 대상이 된다. 행정권 행사에 반대급부를 결부시키는 경우에는 부당결부금지의 원칙뿐 아니라 비례원칙 위반도 문제가 될 수 있다.

- 처분의 신청
 - 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다.
- 처분의 이유 제시
 - 행정청은 처분을 할 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
- 처분의 사전 통지
 - 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 등을 당사자에게 통지하여야 한다.
- 송달
 - 우편, 교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법으로 하되, 송달받을 자의 주소.거소(居所).영업소.사무소 또는 전자우편주소로 한다.
- 청문
 - 행정청이 어떠한 처분을 하기 전에 당사자들의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차
- 공청회
 - 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자들, 전문지식과 경험을 가진 사람, 그 밖의 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차
- 의견제출
 - 행정청이 어떠한 행정작용을 하기 전에 당사자들이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차
- 신고
 - 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
- 행정상 입법예고
 - 법령등을 제정.개정 또는 폐지하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다.
- 행정예고
 - 행정청은 정책, 제도 및 계획(이하 “정책등”이라 한다)을 수립.시행하거나 변경하려는 경우에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.
- 행정지도
 - 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.

《행정형벌》

1. 개념

행정형벌은 행정법상 의무위반에 대하여 일반통치권에 근거하여 일반사인에게 사후적인 제재로써 과하는 처벌로서, 형법에 규정되어 있는 형벌(☹ 징역·금고·자격정지·벌금·구류·과료·몰수)이 가해지는 행정벌을 말한다. 행정벌의 대상이 되는 범죄를 행정범이라고 한다.

2. 형법총칙과 형사소송법의 적용문제

- (1) 행정형벌에 관한 일반법이 없으므로 형법총칙의 적용 여부가 문제된다. 형법 제8조는 '본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용된다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다'고 규정하고 있다. 따라서 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한, 행정범에 대해서도 형법총칙이 적용된다. 여기서 특별한 규정이란, 개별법률에서 범의 책임능력·법인범죄능력·공범·경합범·작량감경 등에 관해서 형법총칙과 다른 내용을 정한 것을 말한다.
- (2) 행정형벌도 원칙적으로는 형사소송법이 정하는 절차에 따라 과해지는 것이나, 이에는 예외적인 과벌절차로서 통고처분과 즉결심판절차가 있다.

3. 행정형벌의 특수한 과벌절차 - 통고처분

행정형벌의 일반적인 과벌절차는 형벌과 마찬가지로 형사소송법에 의하는 것이 원칙이다. 특별과벌절차로서 통고처분이 있다.

(1) 의의

- ① 개념 : 통고처분이란 일반형사소송절차에 앞서 행정청(예 세무서장, 경찰서장)이 일정한 위법행위의 범법자에게 형벌(예 벌금, 과료)을 대신하여 범칙금을 납부토록 하고, 범칙자가 그 범칙금을 납부하면 처벌이 종료되고 '일사부재리의 원칙'에 따라 다시 소추할 수 없는 제도를 말한다.
- ② 적용범위 : 통고처분은 교통사범(도로교통법 제163조), 조세범(조세범처벌절차법 제9조), 관세범(관세법 제227조), 출입국사범(출입국관리법 제102조)의 경우에 적용되는 예외적인 과벌절차이다.
- ③ 제도의 취지 : 통고처분은 대량의 실정법 위반사건을 간이·신속하게 처리하는 의미를 가지며, 일반절차에서 나타나는 범법자의 신용실추나 전과자의 발생의 방지에 기여한다. 또한 검찰 및 법원의 과중한 업무 부담을 덜어준다.
- ④ 통고처분의 합헌성 : 통고처분은 국민의 재판받을 권리를 침해하는 것이므로 위헌이라는 견해가 있으나, 헌법재판소는 통고처분을 합헌으로 판단하고 있다(헌재 2003.10.30. 2002헌마275).

(2) 통고처분에 의한 과벌절차

- ① 범칙자가 범칙금을 납부하면 과벌절차는 종료되고, 일사부재리 원칙에 따라 범칙자는 다시 형사소추되지 아니한다. 통고처분에 의해 부과된 범칙금은 행정제재금이며 벌금이 아니다.

판례는 통고처분을 할 것인지의 여부는 권한행정청의 재량에 속한다는 입장이다(대판 2007.5.11. 2006도1993). 또한 판례는 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력을 인정한다(대판 2002.11.22. 2001도849).

- ② 그러나 범칙자가 통고처분의 내용을 이행하지 아니하면 권한행정청(☹ 세무서장, 세관장)은 고발할 수 있고, 일반과형절차인 형사소송절차로 넘어간다. 이 경우 즉결심판(☹ 도로교통법 제165조) 또는 정식의 형사재판에 의해 형벌이 부과될 수 있다.

(3) 법적 성질

통고처분의 법적 성질에 관하여 ① 과별절차의 하나로서 독자적인 행위가 아니라고 보는 **과별절차설**, ② 법정기간 내에 납부하지 않는 것을 해제조건으로 하는 행정행위라고 보는 **행정행위설**이 있다. 판례는 통고처분을 행정소송법상 처분으로 보지 않는다.

(4) 불복절차

통고처분에 불복하는 경우, 법정기간이 지나면 통고처분 자체는 효력이 소멸되고 즉결심판 청구 또는 고발에 의해 형사소송절차로 이행되므로 통고처분은 행정소송의 대상이 되지 않는다(통설·판례). 일부견해는 통고처분에 불복하면 곧바로 형사절차로 이행되도록 하여 형사절차에서 다투라고 하는 것은 가혹하기 때문에 통고처분을 항고소송의 대상으로 할 필요가 있다고 한다.

《행정질서벌》

1. 의의

- (1) 행정질서벌은 **행정법상의 의무위반에 대한 제재로 과태료를 과하는 경우**를 말한다. 행정형벌은 그 행정법규위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과해지는 반면, 행정질서벌은 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 행위(☹ 신고·등록서류비치 등 의무를 해태)에 대해 과해진다. 과태료부과처분은 행정청을 피고로 하는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대판 2012.10.11. 2011두19369).
- (2) 과태료는 금전벌이라는 점에서 형법상 형벌인 벌금 및 과료와 같으나, 형식적으로는 형벌이 아니므로 형사법의 적용이 없다는 점에서 구별된다.

2. 법적 근거

(1) 일반법과 개별법

행정질서벌의 총칙으로「질서위반행위규제법」이 있으며, 행정질서벌의 구체적인 종류와 내용을 정하는 각칙은 개별 법률에서 규정 되고 있다. 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 질서위반행위규제법의 규정에 저촉되는 것은 질서위반행위규제법에 따른다(동법 제5조). 질서위반행위규제법은 특히 종래의 비송사건절차방식과 달리 과태료 재판에 당사자의 진술청취(제31조)와 행정청의 출석(제32조) 근거를 두어 대심구조를 강화하였고, 증거조사(제33조)는 민사소송법에 따르도록 하는 등 절차를 대폭 정비하였다.

(2) 조례에 의한 과태료

지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있으며(지방자치법 제27조 제1항), 사기나 그 밖의 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 금액의 5배 이내의 과태료를, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 조례로 정할 수 있다(동법 제139

조 제2항). 이러한 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 사항도 질서위반행위법이 규율하는 바에 따른다(동법 제139조 제3항). 규칙으로는 행정질서벌을 규정할 수 없다.

《행정대집행》

1. 개념

행정대집행은 '의무자가 행정상 의무(법령등에서 직접 부과하거나 행정청이 법령등에 따라 부과한 의무를 말한다. 이하 이 절에서 같다)로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 아니하는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방치하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것'을 말한다(행정기본법 제30조 제1항 제1호). (예 폐기물을 법령에 위반되게 처리한 경우 행정청이 발령한 조치명령을 위반한 때의 대집행, 위법광고물의 철거행위).

2. 법적 근거

일반적인 근거법으로 행정대집행법이 있고, 특별규정으로「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제89조, 건축법 제85조, 도로법 제74조, 자연공원법 제31조, 폐기물처리법 제49조, 도로교통법 제31조의2, 옥외광고물등관리법 제10조의2 등이 있다.

3. 대집행의 요건

(1) 공법상 의무의 불이행이 있을 것

- ① 사법상 의무의 불이행은 대집행의 대상이 되지 않는다. 의무의 불이행이 요건이므로 대집행절차의 개시 후에 의무이행이 있게 되면 대집행은 중지되어야 한다.
- ② 공법상 의무는 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함)에 의하여 직접 명령되었거나 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위를 말한다(행정대집행법 제2조).

(2) 불이행된 의무는 대체적 작위의무일 것

- ① 대체적 작위의무는 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 말한다(예 건축물의 철거, 입간판·현수막·벽보·전단지 제거, 입목의 벌채, 방재시설의 설치, 공장시설의 개선, 공작물 가타물건의 제거·이전·개수, 토지형질의 원상회복). 대체적 작위의무가 노무제공의무(예 사람의 구조)인 경우에도 대집행의 대상이 된다.
- ② 그러나 ㉠ 일신전속적 또는 전문기술적이어서 의무자만이 이행가능한 비대체적 작위의무(예 병역의무, 의사의 진료의무), ㉡ 부작위의무(예 야간소음금지 의무), ㉢ 수인의무의 불이행의 경우는 대집행의 대상이 되지 못한다.

(3) 다른 수단으로는 그 이행확보가 곤란할 것

대집행에는 대집행으로 인한 당사자의 불이익을 취소화하기 위한 비례원칙(특히 보충성의 원칙)이 적용되어, 불이행된 의무를 다른 수단으로는 이행을 확보하기 곤란하여야 한다. 이러한 보충성요건의 주장·입증책임은 처분행정청에게 있다(대판 1993.9.14. 92누16690). 이때의 다른 수단이란 대집행보다 경미한 수단을 의미하므로, 직접강제나 행정벌은 이에 해당하지 않는다.

(4) 그 불이행의 방치가 심히 공익을 해하는 것으로 인정될 것

이 역시 비례원칙(특히 상당성의 원칙)의 구체적인 적용에 따르는 요건이라 할 수 있다. 따라서 경미한 의무위반에 대하여는 대집행을 하는 것은 위법한 것이 된다. 이 요건의 충족 여부

는 사안에 따라 구체적으로 판단해야 하나, 그 판단은 행정기관의 재량에 일임되는 것이 아니라 기속적이라고 보아야 한다. 따라서 그 요건의 주장·입증책임은 처분 행정청에 있고, 요건의 존부에 관해서는 전면적인 사법심사의 대상이 된다.

4. 대집행의 절차

(1) 계고

계고는 **의무이행을 최고함과 동시에 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 문서로 통지하는 것을 말한다.** 계고는 대집행이 행하여지는 것을 미리 통지하여 의무이행을 독촉하고, 대집행에 대한 예측가능성을 부여하는 기능을 한다.

(2) 대집행영장에 의한 통지

의무자가 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을 의무자에게 통지하여야 한다.

(3) 대집행의 실행

의무자가 지정된 기한까지 의무를 이행하지 않은 경우에는 당해 행정청은 ① 스스로 의무자가 할 행위를 하거나, ② 제3자로 하여금 그 행위를 하게 한다.

《행정상 강제징수》

1. 의의와 근거

- (1) 행정상 강제징수는 '의무자가 행정상 의무 중 금전급부 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것'을 말한다(행정기본법 제30조 제1항 제4호). 행정상 강제징수는 부작위의무위반에 대하여 제재를 가하는 행정벌과 구별되고, 의무자의 신체에 대하여 실력을 가하는 행정대집행, 직접강제, 행정상 즉시강제 등과 구별되며, 작위의무불이행에 대하여 금전적 제재를 가하는 이행강제금과 구별된다.
- (2) 행정상 강제징수에 관한 실질적인 일반법으로서 국세징수법이 있다. 국세징수법은 원래 국세의 강제징수에 관한 일반법이지만, 여러 법률(☞ 지방자치법, 지방세법, 관세법)이 강제징수에 관하여 국세징수법을 준용하고 있으므로 국세징수법은 행정상 강제징수에 관한 일반법적인 지위를 갖는다.

2. 절차

(1) 독촉

- ① 국세를 그 납부기한까지 완납하지 아니한 때에는 세무서장·시장 또는 군수는 납부기한 경과 후 10일내에 독촉장을 발부하여야 하고, 독촉장에 의한 납부기한을 발급일부터 20일 내로 한다(국세징수법 제23조 제1항.제3항).
- ② 독촉은 **의무자에 대하여 의무의 이행을 최고하고, 그 불이행시에 체납처분을 할 것을 예고하는 통지행위**로서 준법률행위적 행정행위의 하나이다.

(2) 재산의 압류

의무자의 재산에 대하여 **사실상 및 법률상 처분을 금지시키고 의무자의 재산을 확보하는 강제적인 보전행위**이다. 권력적 사실행위로서 처분성을 가진다.

(3) 매각(공매)

매각은 압류한 체납자의 재산(동산, 유가증권, 부동산, 무체재산권 등)을 금전으로 바꾸는 절차이다.

(4) 청산

청산은 매각대금 등 체납처분절차로 획득한 금전에 대하여 조세 기타 공과금, 담보채권 및 체납자에게 배분하는 행정작용이다

《이행강제금》

1. 의의

이행강제금은 '의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기한까지 행정상 의무를 이행하지 아니하면 금전급부의무를 부과하는 것'이다(행정기본법 제30조 제1항 제2호).^(㉔) 배출허용기준을 위반하는 경우의 부과금). 집행벌이라 부르기도 한다. 그러나 행정법상의 제재로서의 처벌에 해당하는 것은 아니다.

2. 이행강제금의 대상

전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 판례는 이행강제금이 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다는 입장이다. 건축법 제80조도 건축물의 철거·개축·증축 등 대체적 작위의무에 대하여 이행강제금을 인정하고 있다.

3. 법적 근거

이행강제금제도는 의무자에 대한 침익적인 행정작용이므로 법률유보의 원칙상 법적 근거를 요한다. 건축법(제80조), 농지법(제62조), 「부동산 실권리자명의등기에 관한 법률」(제6조), 주차장법(제32조), 옥외광고물 등 관리법(제10조의3), 은행법 제65조의9, 장사등에관한법률 제43조 등에서 나타나고 있다.

4. 이행강제금의 특징

(1) 행정벌과의 병과

이행강제금은 강제집행수단이지 처벌이 아니므로 일종의 처벌이라 할 수 있는 행정벌과 병과될 수도 있다.

(2) 일신전속성

이행강제금의 납부의무는 일신전속적인 성격을 갖기 때문에 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없다.

(3) 일사부재리원칙의 예외 등

- ① 이행강제금은 의무자가 이를 이행하지 않는 한 반복해서 부과할 수 있고, 법정최고액의 한도 내에서 그 금액이 증액될 수도 있다(㉕ 건축법 제80조 : 허가권자는 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 그 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·징수할 수 있다).
- ② 공무원이 위법건축물임을 알지 못하여 공사 도중에 시정명령이 내려지지 않아 위법건축물이 완공되었다 하더라도, 위법건축물 완공 후에도 시정명령을 할 수 있고, 그 불이행에 대

하여 이행강제금을 부과할 수 있다(대결 2002.8.16. 2002마1022).

《직접강제》

직접강제는 ‘의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 신체나 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 것’을 말한다(행정기본법 제30조 제1항 제3호). 예컨대 무허가영업소의 강제폐쇄, 실력에 의한 예방접종, 촬영금지지역에서 촬영한 필름의 즉각적 압수, 불법시위자에 대한 물대포에 의한 해산, 불법주차 자동차의 견인, 외국인의 강제퇴거조치 등이 있다.

《행정상 즉시강제》

1. 의의

행정상 즉시강제는 ‘현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 ① 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우이거나, ② 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우에 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 하는 것’이다(행정기본법 제30조 제1항 제5호).(㉠ 경찰관직무집행법상의 범죄의 제지, 전염병예방법상의 전염병환자의 강제격리, 소방장애물의 제거, 불법게임물의 수거·폐기, 장마철에 축대가 무너지려는 위험에 처하여 주민대피의 긴급조치).

2. 법적 성질

행정상 즉시강제는 권력적 사실행위로서의 실력행사인 동시에 상대방에 대하여 수인의무도 발생시키는 행위이다. 즉 사실행위와 법적 행위가 결합된 **합성행위**이다. 따라서 행정상 즉시강제는 항고소송의 대상이 되는 처분성을 갖는다. 다만 항고소송의 대상으로서 처분의 개념을 쟁송법적으로 이해하면 굳이 합성행위설을 취할 필요가 없다는 견해도 있다.

3. 실정법적 근거

경찰행정작용 영역에서는 일반법으로 경찰관직무집행법이 있다. 그 밖에도 마약류 관리에 관한 법(제47조), 소방기본법(제25조), 식품위생법(제56조), 전염병예방법(제42조) 등이 있다. 다만 경찰분야에서 개괄조항에 의한 수권을 인정하는 입장에서는 구체적인 법적 근거가 없어도 개괄적 수권규정에 근거하여 즉시강제가 행해질 수 있다.

4. 행정상 즉시강제의 요건

행정상 즉시강제는 ① 행정상의 장애가 존재할 것, ② 장애가 급박하여 의무를 부과할 시간적 여유가 없거나 성질상 의무를 부과해서는 목적달성이 곤란할 것 등을 일반적 요건으로 한다. 이에 더하여 각 개별법은 구체적 요건을 규정하고 있다.

《그 밖의 실효성확보수단》

1. 가산세

가산세란 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 위반한 경우에 세법에 의하여 산출한 세액에 가산하여 징수하는 금액을 말한다. 이는 의무 불이행에 대한 제재로서의 성격보다 추가적인 금전적 부담을 통해 성실한 의무이행을 확보하는 의미가 강하다.

2. 가산금

가산금이란 국세나 지방세를 납부기한까지 납부하지 않은 경우에 국세징수법에 의해 납부기한경과 즉시 고지세액에 가산해서 징수하는 금액(가산금)과 납부기한경과 후 일정기한까지도 납부하지 않은 경우에 시간경과에 비례해서 추가적으로 가산하여 징수하는 금액(증가산금)을 말한다.

3. 과징금

과징금이란 '행정법상 의무를 불이행하였거나 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하거나 또는 사업의 취소·정지에 갈음하여 부과하는 금전상의 제재'를 말한다.

4. 관허사업의 제한

특정한 행정법상의 의무와 직접 관련이 없는 각종 인가·허가 등을 거부·정지·철회함으로써 위반자에게 불이익을 가하여 행정법상 의무의 이행을 간접적으로 확보하는 경우를 관허사업의 제한이라 한다.

5. 공급거부

공급거부는 '행정법상의 의무를 위반하거나 불이행한 자에 대하여 일정한 행정상의 서비스나 재화의 공급(☞ 전기, 수도, 도시가스)을 거부하는 행정작용'이다. 공급거부는 행정법상 의무위반자·불이행자에게 사업이나 생활상의 어려움을 주어 간접적으로 의무이행의 확보를 도모하는 수단이 된다.

6. 위반사실 등 공표

행정상 공표란 '행정법상 의무위반 또는 의무불이행이 있는 경우에 그 의무위반자 또는 불이행자의 명단과 그 위반 또는 불이행한 사실을 공중이 알 수 있도록 알리는 것'을 말한다(☞ 고액체납자 명단공개, 청소년대상범죄인의 명단공개, 공직자 재산의 허위등록사실의 공개, 환경위반업체 공개).

7. 기타

그 외에도 행정법규위반에 사용된 자동차의 사용정지(산림법 제94조), 국외여행의 제한(여권법 제8조), 수익적 행정행위의 취소·정지(도시가스사업법 제9조), 취업제한(병역법 제66조 제1항), 행정지도·홍보, 세무조사 등 다양한 방법이 행정법상의 간접적인 의무이행확보수단으로서 기능한다. 다만 이러한 수단들은 비례성의 원칙과 부당결부금지원칙의 준수하에 활용되어야 하는 한계가 있다.

제1절 개설

01 행정상 손해배상의 의의

- (1) 행정상 손해배상이란 국가 등 행정주체의 활동으로 발생한 손해에 대하여 행정주체가 피해자에게 손해를 배상해 주는 제도를 말한다. 국가가 공적 임무를 수행하는 과정에서 개인에게 가한 위법한 침해에 관하여 배상하고 피해자를 구제한다는 것은 재산권 등 기본권 보장을 중시하는 오늘날의 법치국가에서 당연한 것이다.
- (2) 손해배상제도는 위법한 침해로 인한 재산이나 생명·신체에 대한 피해를 대상으로 한다는 점에서 ① 적법한 침해로 인한 재산상 피해에 대한 손실보상제도, ② 적법한 침해로 인한 생명·신체상의 피해에 대한 희생보상제도와 각각 구별된다.

02 행정상 손해배상의 근거

1. 헌법적 근거

(1) 헌법규정

- ① 우리 헌법은 제헌당시부터 국가배상제도를 계속 규정하여 왔다. 헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 않는다”라고 하여 국가배상책임주의의 원칙을 선언하고 있다.
- ② 그러나 동조 제2항은 ‘군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대해서는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다’고 규정하여 이중배상의 배제를 규정하고 있다.

(2) 국가배상청구권의 성격

- ① **청구권설과 재산권설** : 국가배상청구권은 헌법 제29조 제1항에서 청구권적 기본권으로 보장되고 있다는 견해가 통설이다. 재산권설은 국가배상청구권을 헌법 제23조 제1항에 규정되어 있는 재산권의 한 내용으로서 이해하는 입장이다.
- ② **직접효력규정설과 입법방침규정설** : 헌법 제29조는 손해배상의 요건 등이 법률에 의해 보완되지 않는 한 소위 입법자의 명령에 불과하다는 견해(소수설)도 있으나, 다수설인 직접효력규정설은 이 규정에 의해 직접 국가배상을 청구할 수 있고 ‘법률이 정하는 바에 의하여’라는 표현은 구체적 기준과 방법을 규정한다는 의미라고 한다. 판례 역시 직접효력규정설과 같다.

(3) 헌법 제37조 제2항 등에 의한 제한

국가배상청구권은 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있고(제37조 제2항), 또한 국가긴급시 긴급명령에 의하여 제한될 수 있다(헌법 제76조 제2항).

2. 국가배상법

(1) 국가배상의 법체계

- ① 국가배상법은 국가배상에 관한 일반법으로서, 제8조는 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다” 규정하였다. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우로는, 무과실책임을 인정하는 경우(공무원연금법 제51조, 원자력손해배상법 제3조, 산업재해보상보험법 제4조)와 배상금액을 정형화 또는 경감하는 경우(우편법 제38조, 전기통신사업법 제33조)가 있다. 국가배상에 관하여 특별법이 있는 경우에는 특별법 → 국가배상법 → 민법의 순서로 적용된다.
- ② 한편, “...자동차손해배상보장법의 규정에 의하여 손해배상의 책임이 있는 때에는 이법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다”(국가배상법 제2조 제1항 본문 후단)고 규정하고 있는 바, 공무원이 공무수행의 목적으로 관용차운행도중 사고를 일으킨 경우에는 국가가 자동차손해배상보장법에 따라 배상책임을 지나, 그 청구절차나 손해배상액은 국가배상법에 따른다고 해석된다.

(2) 외국인 관련 국가배상청구

국가배상법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다(제7조). 한국 주둔의 미합중국군대의 구성원·고용원 또는 카투사의 공무집행중의 행위로 피해를 받은 경우에도 국가배상법에 따라 대한민국을 상대로 배상을 청구할 수 있다(아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정의 시행에 관한 민사특별법 제2조, SOFA 제23조).

(3) 국가배상법의 내용

국가배상법은 행정상 배상책임의 유형으로 ① 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상책임(제2조), ② 공공시설 등의 설치·관리상의 하자로 인한 배상책임(제5조)의 두 가지를 규정하고 있다. 그 밖에 국가배상법은 배상기준, 배상액, 생명·신체의 침해로 인한 국가배상청구권의 양도·압류의 금지, 배상절차 등 사항을 규정하고 있다.

(4) 국가배상책임과 민법상 불법행위책임

- ① 사용자 책임 : 민법 제756조 제1항 단서는 사용자에게 피용자의 선임감독에 과실이 없었는 것을 사용자의 면책사유로 규정하나(다만 실무상 사용자의 면책은 잘 인정되지 않는다) 국가배상책임에는 이러한 규정이 없다.
- ② 점유자의 책임 : 민법 제758조 제1항 단서는 공작물 등의 점유자에게 과실이 없는 경우 점유자의 책임이 면책되는 것으로 규정하나 국가배상책임에는 이에 상응하는 규정이 없다.

제2절 공무원의 직무행위로 인한 손해배상책임

국가배상법 제2조는 “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 자동차손해배상보장법에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다”고 규정하고 있다.

1. 공무원 (최광의의 공무원)

- (1) 종래의 판례와 학설은 ‘공무를 위탁받은 사인’의 위법행위로 인한 손해에 대해 배상책임을 인정하여 왔으나, 개정 국가배상법은 ‘공무를 위탁받은 사인’의 위법행위로 인한 손해도

국가나 지방자치단체가 배상하여야 한다는 것을 명시적으로 규정하였다. 따라서 공무원의 위탁이 일시적이고 한정적이라고 할지라도 공무원이 될 수 있다. 이에 대하여, 공무수탁사인이 독립적으로 권한을 행사하는 대행이나 특히 행정주체의 지위를 갖는 공무수탁사인의 경우에 배상책임 주체는 국가 또는 지방자치단체가 아니라 공무수탁사인이 된다는 견해 있음

- (2) 행정부 및 지방자치단체소속의 공무원뿐만 아니라 입법부·사법부 소속의 공무원도 포함되고, 행정관청의 지위에 있는 자나 보조기관의 지위에 있는 자 및 의결기관을 구성하는 자 모두 공무원에 포함된다.
- (3) 공무원은 1인일 수도, 다수인일 수도 있다. 공무원은 자연인인 경우가 일반적이거나, 기관 그 자체도 포함된다(☞ 지방의회, 선거관리위원회).

2. 직무

통설·판례는 권력작용 이외에 사경제적 작용과 공공시설 등의 설치·관리작용을 제외한 모든 공행정작용을 의미한다는 입장이다(광의설).

3. 직무를 집행하면서

(1) 외형설

‘직무를 집행하면서’의 관념 속에는, 당해 행위가 현실적으로 정당한 권한 내의 것인지 또는 행위자인 공무원이 주관적으로 직무집행의 의사를 가지고 있는지의 여부와는 관계없이, 널리 외형상으로 직무집행과 관련 있는 행위를 포함하는 의미로 새기는 것이 통설·판례의 입장이다. 외형설은 직무관련성의 범위를 넓혀 국민의 권리구제의 확대에 기여한다.

(2) 판례의 태도

- ① 외형설을 취한 경우 : 판례의 대부분은 행위자인 공무원의 주관적 의사와 관계없이 공무원의 불법행위가 외형상 직무행위라고 판단될 수 있는지 여부를 판단기준으로 하고 있다.
- ② 실질적 직무관련을 기준으로 한 경우 : 직무와 공무원의 불법행위 사이의 내용면에서의 관련 여부와 시간적·장소적·도구적 관련 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 직무가 공무원의 불법행위에 원인을 제공하였는지를 판단기준으로 삼기도 한다(☞ 수사관이 수사 중 행한 성고문행위는 외형상 직무행위가 아니나 ‘직무를 집행하면서’ 행한 행위임).

4. 고의·과실

- (1) 고의란 자신의 행위로 일정한 결과의 발생을 인식하면서 그 결과의 발생을 용인하고 그 행위를 하는 심리상태를 말하고, 과실이란 자신의 행위로 일정한 결과가 발생할 것을 알 수 있었음에도 부주의로 그 결과의 발생을 인식하지 못하고 그 행위를 하는 심리상태를 말한다.
- (2) 과실에는 중과실은 물론 경과실이 포함된다. 또한 과실은 ㉠ 주의의무의 위반에 있어서 행위자의 주관적 인식능력에 초점을 맞추는 구체적 과실, ㉡ 그 직업에 종사하는 평균인에게 요구되는 주의의무를 게을리 하는 경우에 인정되는 추상적 과실로 구분된다. 추상적 과실에서 요구되는 주의의무의 정도는 구체적 과실의 경우보다 높은데, 판례는 국가배상법상 과실을 추상적 과실의 의미로 파악한다.
- (3) 고의·과실의 유무는 국가가 아니라 당해 공무원을 기준으로 판단하므로 공무원에게 고의·과실이 없으면 국가는 배상책임이 없다.

(4) 민법 제756조 제1항 단서는 사용자에게 피용자의 선임감독에 과실이 없었다는 것을 사용자의 면책사유로 규정하고 있으나, 국가배상책임에는 이러한 규정이 없다.

5. 법령위반

(1) '법령'의 범위

협의설(일원설)	법률과 명령, 즉 법규를 의미. 여기에는 성문법과 불문법, 행정법의 일반원칙이 포함됨
광의설(이원설)	엄격한 의미의 법령 외에도 인권존중, 권리남용의 금지, 신의성실, 공서양속 등도 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우를 의미(대판 2008.6.12. 2007다64365)

(2) 법령에 '위반'

위반이란 법령에 위배됨을 의미하는바, 위반의 태양에는 작위에 의한 위반과 부작위에 의한 위반이 있다. 그러나 재량남용이나 재량일탈에 이르지 아니한 부당한 재량행사는 여기서의 위반이 아니다.

(3) 위법성 판단의 기준

결과불법설	손해배상소송이 민법과 마찬가지로 손해전보를 목적으로 하는 것이라는 전제하에, 국가배상법상의 위법은 침해행위의 결과인 손해의 불법을 의미한다는 견해. 국민이 받은 손해가 결과적으로 시민법상의 원리로부터 수인되어야 하는가를 기준으로 위법성 여부를 판단.
행위위법설 (다수설)	민법상 불법행위책임과 달리 법률에 의한 행정의 원리 또는 국가배상소송의 행정통제기능을 고려하여, 공무원의 행위가 규범에 합치하는지 여부에 따라 위법성을 판단하는 견해 ① 협의의 행위위법설 : 공권력 행사 자체의 '법'에의 위반으로 이해 ② 광의의 행위위법설 : 법에의 위반뿐 아니라 공무원의 '직무상 손해방지의무(안전관리의무)'의 위반을 포함하는 개념으로 이해
상대적 위법성설	행위 자체의 적법·위법뿐만 아니라 피침해이익의 성격과 침해의 정도 및 가해행위의 태양 등을 고려하여 위법성 여부를 판단하는 견해. 이 견해에 따르면 행위의 위법성이 근거법령과 피해자에 대한 관계에서 서로 다를 수 있음.

6. 타인

여기에서 타인이란 가해자인 공무원 및 그의 직무상의 위법행위에 가담한 자 이외의 모든 사람을 말한다. 공무원도 피해자의 입장이 될 수 있다. 다만 피해자가 군인·군무원 등인 경우에는 이중배상금지의 특례규정이 있다(헌법 제29조 제2항).

7. 손해

(1) 손해의 의미

손해는 공무원의 가해행위로 인해 피해자가 입은 모든 불이익으로서, 적극적·소극적 손해인가, 재산상의 손해인가 생명·신체·정신상의 손해(위자료)인가를 불문한다.

(2) 인과관계

가해행위인 직무집행행위와 손해의 발생 사이에는 상당인과관계가 있어야 한다. 일반적인 경험칙에 비추어 볼 때 일정한 선행사실이 있으면 후행사실이 발견되는 경우에 상당인과관계가 인정된다. 인과관계유무의 판단은 관련법령의 내용, 가해행위의 태양, 피해의 상황 등 제반사정을 복합적으로 고려하면서 이루어져야 한다는 것이 판례의 입장이다(대판 1997.9.9. 97다12907).

제3절 공공시설 등의 설치·관리의 하자로 인한 손해배상책임

01 국가배상법 제5조의 의의

1. 규정내용

국가배상법 제5조는 “① 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물의 설치나 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 제2조 제1항 단서, 제3조 및 제3조의2를 준용한다. ② 제1항을 적용할 때 손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있으면 국가나 지방자치단체는 그 자에게 구상할 수 있다”고 규정하여 공공시설 등의 설치·관리의 하자로 인한 국가 또는 지방자치단체의 배상책임을 명시하였다.

2. 입법취지와 특징

- (1) 민법 제758조에 ‘공작물 책임’이 규정되어 있으나, 국가배상법 제5조는 공공시설의 설치·관리의 하자로 인한 손해에 대하여는 민법 제758조의 ‘공작물’에 포함될 수 없는 것도 포함됨으로써 적용범위를 확대하는 데에 의의가 있다.
- (2) 또한 민법규정과 달리 점유자의 면책규정을 두지 않은 점, 공공시설의 설치·관리를 맡은 공무원의 고의·과실을 묻지 않고 공공시설의 설치·관리의 하자라는 객관적 사실에 의하여 국가·지방자치단체의 배상책임을 지움으로써 책임을 가중한 데에 특징이 있다.

02 배상책임의 요건

1. 공공시설

(1) 공공시설 의의

국가배상법 제5조 제1항은 도로·하천을 공공시설의 일종으로 규정하고 있는데, 도로·하천은 공물에 해당한다. 따라서 제5조에서의 공공시설이란 학문상 ‘공물’, 즉 행정주체에 의하여 직접 행정목적에 제공된 유체물과 무체물 및 물건의 집합체를 의미한다.

(2) 공물의 종류

- ① 공물의 개념에는 동산·부동산, 인공공물(예 도로)·자연공물(예 하천), 동물(예 경찰견) 등도 포함된다. 이 점에서 ‘공공의 영조물’은 민법 제758조의 ‘공작물’보다는 넓은 개념이다.
- ② 사소유물이라도 공물인 한 여기에 포함된다. 그러나 국가나 지방자치단체의 소유물일지라도 공공의 목적에 사용되지 않는 것(일반재산)은 본조의 영조물에 포함되지 않는다.
- ③ 국가 등이 소유권·임차권 등 권원에 기하여 관리하는 경우 뿐 아니라 사실상의 관리를 하는 경우도 포함된다.

<관련판례>

국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자의 의미(객관설에 입각한 판례)

국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자라 함은 영조물의 설치 및 관리에 불안정한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있는 것을 말하는 것이다. 지방자치단체가 관리하는 도로 지하에 매설되어 있는 상수도관에 균열이 생겨 그 틈으로 새어 나온 물이 도로 위까지 유출되어 노면이 결빙되었다면 도로로서의 안전성에 결함이 있는 상태로서 설치·관리상의 하자가 있다(대판 1994.11.22. 94다32924).

국가배상법 제5조 제1항에 정한 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’의 의미 및 그 판단 기준 (주관적 요소를 개입시킨 판례)

트럭 앞바퀴가 고속도로상에 떨어져 있는 자동차 타이어에 걸려 중앙분리대를 넘어가 사고가 발생한 경우에 있어서 한국도로공사에게 도로의 보존상하자로 인한 손해배상책임을 인정하기 위하여는 도로에 타이어가 떨어져 있어 고속으로 주행하는 차량의 통행에 안전상의 결함이 있다는 것만으로 족하지 않고, 위 공사의 고속도로 안전성에 대한 순찰 등 감시체제, 타이어의 낙하시점, 위 공사가 타이어의 낙하사실을 신고받거나 직접 이를 발견하여 그로 인한 고속도로상의 안전성 결함을 알았음에도 사고방지조치를 취하지 아니하고 방치하였는지 여부, 혹은 이를 발견할 수 있었음에도 발견하지 못하였는지 여부 등 제반 사정을 심리하여 고속도로의 하자 유무를 판단하여야 함에도 이에 이르지 않은 채 위 공사의 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기한 사례(대판 1992.9.14. 92다3243).

2. 설치 또는 관리의 하자

(1) 하자의 의의

영조물의 설치상의 하자는 당해 영조물의 건조 이전의 하자로서 설계상 또는 축조상의 하자이고, 영조물의 관리상의 하자는 당해 시설이 건조된 후의 후발적인 하자로서 유지·수선에 불완전한 점이 있는 경우의 하자이다. 학설과 판례는 영조물의 설치·관리의 하자를 ‘영조물이 통상적으로 갖추어야 할 안전성을 결여’한 것으로 이해한다. 문제는 안전성의 결여상태를 판단함에 있어서 공무원의 귀책사유를 함께 고려하느냐에 있다. 이를 둘러싸고 아래와 같은 견해의 대립이 있다.

① 학설

객관설	공공시설물이 통상의 용법에 따라 이용될 때 통상 갖추어야 할 안전성을 결여한 것
주관설	공물주체가 안전확보 내지 사고방지의무를 게을리한 잘못, 이른바 설치·관리상의 귀책사유로 인한 하자
절충설	공공시설물 자체의 하자뿐만 아니라 관리자의 안전관리의무위반이 독립적으로 손해를 야기해도 하자로 이해(예) 도로상태에 하자가 없어도 폭설에 대한 사전경고의 의무를 해태한 경우에도 하자로 파악)

② 판례 : 판례는 전통적으로 객관설을 취한다. 하지만 근래 일부 판례는 관리자의 손해 발생에 대한 객관적 예견가능성 및 회피가능성이라는 주관적 요소를 개입시켜 판단하기도 한다.

(2) 안전성의 정도

안전성은 완전무결한 정도를 요하는 것이 아니라 ‘통상의 용법’에 따른 이용에 있어서 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 요구되는 정도의 것을 말한다. 따라서 ‘비정상적인 이용’을 하다가 발생한 사고에 있어서 통상 갖추어야 될 안전성만 갖추면 배상책임을 지지 않는다.

<관련판례>

갑이 함께 술을 마신 을과 떡살을 잡고 시비하다가 국가가 설치·관리하는 제방도로에서 아래로 추락하여 지방자치단체가 설치·관리하는 우수토실에 빠져 익사한 사안에서, 제방도로와 우수토실을 설치·관리하는 피고들로서는 이 사건 제방도로에서의 정상적인 이용방법이 아닌 술에 취하여 싸우다가 도로 밑으로 추락하는 이례적인 사고가 있을 것까지 예상하여 방호울타리나 추락방지표지판 등을 설치할 의무는 없다 (대판 2013.4.11. 2012다203133).

제1절 행정상 손실보상의 의의 및 성질

1. 행정상 손실보상의 의의

(1) 개념

행정상 손실보상이란 ‘적법한 공권력 행사에 의해 국민에게 가해진 특별한 손해를 공적 부담 앞의 평등의 원칙에 근거하여 국가나 지방자치단체 또는 공익사업의 주체가 그 손해를 보상하여 주는 것’을 말한다.

(2) 특색

손실보상은 ① 공권력 행사로 인한 손실의 보상, ② 적법행위로 인한 손실의 보상, ③ 재산상의 손실을 전보하는 제도, ④ 특별한 희생에 대한 조절적 보상이라는 특색이 있고, ⑤ 공권력 행사로 인한 직접손실뿐 아니라 ‘간접손실’도 보상의 대상이 된다.

2. 손실보상청구권의 성질

(1) 학설

공권설	손실보상의 원인행위가 권력작용이므로 그 효과로서 손실보상 역시 공권으로 보아야 한다는 견해. 이에 따르면 그에 관한 소송은 행정소송인 당사자소송임.
사권설	손실보상의 원인은 공법적이나 그에 대한 손실보상은 당사자의 의사 또는 법률규정에 의거한 사법상의 채권채무관계라는 견해. 이에 따르면 그에 대한 소송은 민사소송의 문제가 됨.

(2) 판례

전통적으로 대법원은 손실보상의 원인이 공법적이라도 손실의 내용이 사권이면 손실보상금의 지급을 구하는 권리는 사법상의 권리라는 입장을 취해왔으나(사권설), 최근에는 당사자소송으로 보는 판례들이 나타나고 있다.[대판 2011.10.13. 2009다43461(농업손실에 대한 손실보상청구); 대판 2014.5.29. 2013두12478(어업손실보상청구)]

제2절 행정상 손실보상의 근거

1. 이론적 근거

과거에는 **기득권설**(공공필요에 의해 자연법적인 기득권을 침해하는 경우 그 경제적 가치에 의한 보상을 해야 한다는 견해), **은혜설**(보상은 절대적인 국가권력이 은혜적으로 부여하는 것이라는 견해) 등이 이론적 근거로 주장되었으나, 오늘날의 일반적 견해는 **특별희생설**이다. 행정상 손실보상은 사유재산권을 보장하는 법질서 아래에서 공공필요에 의해 손실을 받은 자에게 전체의 부담으로 그의 특별한 희생인 손실을 보상해 줌으로써 공적 부담에 관한 평등원칙을 실현하고 법적 안정성을 보장해 주는 제도로 이해되고 있다.

2. 헌법적 근거

(1) 헌법상의 보상규정

헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.’고 규정하여 보상청구권의 근거뿐만 아니라

보상의 기준과 방법에 관해서도 법률에 유보하고 있다(대판 1993.7.13. 93누2131).

(2) 헌법 제23조 제3항과 불가분조항

- ① 동조문을 해석하면 수용규율과 보상규율이 하나의 동일한 법률에서 규정될 것이 요구된다. 즉 재산권제한 등의 사항을 규정한 법률에는 보상의 기준·방법 등이 함께 규정되어 있어야 한다. 이와 같이 양자를 함께 규정해야 하는 원칙을 불가분조항(또는 부대조항·동시조항)의 원칙이라 한다. 독일 기본법 제14조 제3항 2문에서 유래한다. 불가분조항원칙은 ㉠ 개인의 권리보호기능, ㉡ 입법자에 대한 경고기능, ㉢ 국가재정 보호기능이 있다.
- ② 동조문을 불가분조항으로 이해하면 보상규정을 두지 않거나 불충분한 보상규정을 두는 수용법률은 헌법위반이 된다. 그러나 ㉣ 독일기본법과 달리 우리 헌법은 공용수용뿐만 아니라 사용·제한도 함께 규정하고 있으므로 불가분조항이 아니라는 견해, ㉤ 수용과 사용의 경우는 불가분조항이나 제한의 경우는 불가분조항이 아니라는 견해도 있다.

제3절 손실보상청구권의 성립요건

1. 공공필요

- (1) 공공필요란 공공의 이익을 위한 공익사업을 실현시키거나 국가안전보장·질서유지 등의 공익목적 달성을 위해서 재산권의 제한이 불가피한 경우를 말한다. 널리 일반공익을 위한 것이라면 공공필요에 해당하는 것으로 보아야 한다.
- (2) 순수 국고목적이나 특정한 사익을 도모하기 위한 재산권의 수용은 여기에 해당하지 않는다. 그러나 특정 사기업이 생활배려영역에서 복리적인 기능을 수행한다면 수용이 이루어질 수 있다(㉥ 사기업인 원자력발전소가 전기공급을 위한 경우).
- (3) 공공의 필요 여부는 공익과 재산권자의 재산권보유에 따른 이익으로서의 사익간의 이익형량을 통해 결정되어야 하며, 이때에는 비례성의 원칙이 주요한 의미를 갖게 된다.

2. 침해의 적법성·의도성

- (1) 헌법 제23조 제3항에 따라 보상이 주어지는 침해는 형식적 법률 또는 법률의 수권에 따른 법규명령이나 조례에 의한 적법한 공권력의 행사에 의한 것이어야 한다. 위법한 침해의 경우는 손실보상이 아니라 손해배상 또는 취소소송의 대상이 된다. 공익사업법 제4조는 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 열거하고 있으며, 개별법률에 수용 또는 사용의 근거가 규정되어 있다.
- (2) 또한 침해는 공권력의 주체에 의해 직접적으로 의도된 것이어야 한다(다수설). 비의도적인 침해의 보상은 수용적 침해보상의 문제가 된다.

3. 재산권에 대한 침해

(1) 재산권

여기서의 재산권이란 소유권은 물론이고, 그밖에 법에 의해 보호되는 모든 재산적 가치 있는 권리를 말한다. 이러한 재산권에는 물권·채권·유가증권·무체재산권을 포함하며, 공법상 권리·사법상 권리인가를 가리지 않는다(대판 1989.13. 88누5495). 그러나 헌법 제23조 제1항의 재산권이란 구체적으로 개인에게 현존하는 재산적 가치가 있는 권리이므로 영업기회나 이득가능성에 불과한 것은 여기에 포함되지 않으며(헌재 1997.11.27. 97헌바10), 자연적·문화적인 학술적 가치는 원칙적으로 손실보상의 대상이 되지 않는다(대판 1989.9.12. 88누11216).

(2) 공행정작용에 의한 침해

- ① 보상청구권이 성립하기 위해서는 재산권에 대한 공행정작용에 의한 침해가 있어야 한다. 따라서 행정주체의 사법적 작용은 제외된다. 여기서의 침해란 재산적 가치를 파괴하거나 감소시키는 것과 같은 실질적 침해뿐 아니라 재산권자의 재산의 향유·사용을 박탈·억제하는 것도 포함되는 개념이다.
- ② 헌법 제23조 제3항은 침해의 유형으로 재산권을 박탈하는 ‘수용’, 일시사용을 의미하는 ‘사용’, 개인의 사용·수익을 한정하는 ‘제한’을 들고 있으나, 이외에도 재산권이 제약되는 모습은 다양하게 나타날 수 있다(㉞ 도시개발사업으로 행해지는 환지나 도시환경정비사업으로 행해지는 환권에 의해 재산적 가치가 감소).
- ③ 침해의 방식으로는, 법률 자체의 효력으로써 집행행위 없이 사인의 개별·구체적인 권리를 침해하는 ‘법률수용’, 법률의 수권에 근거하여 사인의 구체적인 재산권을 박탈하는 ‘행정수용’이 있다. 행정수용이 일반적이다.

4. 특별한 희생일 것

타인의 재산권에 대한 공권적 침해로 인하여 특별한 희생이 발생하여야 한다. 이는 행정상 손실보상이 사인의 재산권에 발생한 특별한 희생을 재산권보장과 사회적 공평부담의 관점에서 조절적으로 행하는 보상을 의미하기 때문이다. 따라서 재산권 행사의 제약정도가 재산권의 사회적 제약에 해당하는 경우에는 손실보상을 요하지 않게 된다. 민법상 재산권에 대한 상린관계에서의 제한은 재산권의 사회적 제약에 해당하는 한 예이다.

5. 보상규정이 있을 것

(1) 보상규정이 있는 경우

불가분조항의 논의에 따르면, 행정상 손실보상을 위해서는 재산권을 제한하는 법률에 손실보상의 기준·방법·내용 등에 관한 사항이 함께 규정되고 있어야 한다. 현행법상 이러한 유형의 법률들이 적지 않다(㉞ 공익사업법 제40조, 도로법 제92조, 하천법 제75조).

(2) 보상규정이 없는 경우

재산권의 사회적 기속과 특별희생의 구별에 관한 절대적 기준의 결여로 인하여 보상규정을 두지 않는 경우가 현실적으로 존재한다. 특정법률이 보상규정을 두지 않고 다만 공용침해만을 규정한 경우에도 손실보상을 가능케 하는 여러 이론구성(직접효력설·유추적용설·위헌무효설 등)이 있다.

- 끝 -