

1. 수업 목표

- 법의 이념, 법과 사회규범의 차이, 법의 성질에 따른 분류를 알아보자.

2. 강의 내용

□ 법의 이념

1. 법의 어원

법이란 무엇인가에 관한 이해를 돕기 위하여 법의 문자적 어원에 대해 살펴본다.

(1) 서양에서의 유래

고대 그리스인들의 자연의 질서를 의미하는 physis(피시스)에 대응되는 개념으로 인간의 행위를 규율하는 관행이나 규범을 구분하기 위해 nomos(노모스)라는 말을 사용함. 즉, nomos는 오래전부터 해 오는 관습적인 모든 행동과 인간이 사회생활을 하는데 있어 구속되고 준거하도록 강요되는 제정된 행동양식을 모두 포괄하는 말이다. 이처럼 nomos는 인위적이고 강제적이라고 하는 의미가 내포되어 있으며, 지금의 규범(norm)과 유사한 말이다.

규범 norm

규범은 영어로 'norm' 이다. 이 어원에서 두 가지의 사뭇 다른 의미의 형용사가 나온다. 하나는 'normative(노머티브)' 라는 규범적이라는 뜻의 단어이고 다른 하나는 'normal(노멀)' 이라는 정상적이라는 뜻의 단어이다. 전자의 'normative' 는 말 그대로 무엇을 하는 게 옳다는 식의 당위적인 판단을 의미하고, 후자인 'normal' 은 현재의 어떤 표준적인 상태나 혹은 다수 유형을 지칭할 때 쓰인다.

로마시대 이후 법이라는 말이 두 가지 이상의 대립적인 용어로 확립됨.

▷ 라틴어로 *jus*는 추상적이고 일반적인 의미의 법을 표현

▶ 라틴어로 *lex*는 권위 있는 기관에 의해서 제정된 실정규범이나 명령

라틴어 *jus*, 독일어 *Recht*(레흐트), 프랑스어 *droit*(드와), 이탈리아어 *diritto*(디릿토) 등은 모두 올바름 · 정의 · 공평 · 권리라는 의미를 가지고 있다. 결국 법이 지향하는 바가 옳은 것이라는 점과 이를 지키는 것이 권리라는 의미를 지니고 있다고 할 수 있다.

더 알아두기

□ justice

- 정의, 공평성
- 법과 권리를 포괄 *jus*에서 유래

□ 자연법

- 보편성, 항구성, 불변성

□ 실정법 (성문법, 불문법)

- 특수성

□ 자연법과 실정법의 보완 관계

- 구체화와 타당성 인정

나만의 강의 노트

더 알아두기

□ 법식

- 법도와 양식
- 일정한 방법이나 형식

□ 법전

- 국가가 제정한 실정법 자체
- 성문법 그 집합
- 헌법·법률·명령·규칙

나만의 강의 노트

(2) 동양에서의 유래

동양에서 법이라는 말의 글자는 법(灋)이라는 복잡한 점자였다. ‘물수(水)’와 ‘해태 치(廌: 외뿔 양)’, 그리고 ‘갈 거(去)’의 결합이라고 볼 수 있는데, 廌는 중국의 전설적 외뿔동물인 해태라는 동물에서 유래한 것으로, 해태는 시시비비를 가릴 수 있는 능력을 지닌 동물로서 죄가 있는 자에게 가서 뿔로 떠받았다고 함. 동양에서 글자의 유래에 비추어 보면 법이란 평평한 물처럼 공정하게 분쟁을 해결하는 규범, 옳고 그름을 분별하여 악을 제거하는 규범이라는 의미를 지니고 있다.

‘가두는 법(法)’과 ‘거두어야 할 법(法)’

‘法’자에서 ‘갈 거(去)’자의 전서인 ‘𠂔’자를 ‘어떤 통에 무엇인가를 거두어 덮어두거나 치워둔다, 혹은 사람을 통에 넣어 (물에)버린다.’라는 뜻으로 해석되고 있다. 또한 ‘法’자의 삼수변으로 남아 있는 물(水)은 그 짐승을 가두어 두기 위해 물로 둘러싸는 호(濠:해자 호)를 나타냈던 것으로 밝혀졌다.

지금의 법(法)자는 최초의 법(法)자에서 그 짐승만을 생략한 글자가 되지만, 실은 아직도 또 다른 ‘법 법(灋)’자로 같이 남아 있으며 그 짐승(廌: 진기한 외뿔 양) 역시 청나라 때 까지만 해도 궁정에 그냥 남아 있었다고 한다.

따라서 ‘법’이란 결국 그 짐승(廌: 진기한 외뿔 양)을 가두듯이 ‘사람을 가두고 단속하거나, 아니면 물에 버리는 행위’에서 부터 시작되었다.

그런데 우리는 이 법(法)자를 ‘법이란 물(水)처럼 자연스레 흘러가는(去) 것으로, 누구든 당연히 따라야 한다.’는 식의 교육을 받아 왔다. 이는 아마도 옛날의 권력자들과 그들을 추종하는 지식인 집단들이 그 ‘법’을 비호하기 위해 그럴듯하게 꾸며낸 거짓말을 그대로 가르쳐 왔기 때문일 것이다.

글자의 유래보다도 법이 갖는 의미나 기능이 보다 구체화된 것은 유가와 법가의 사상적 대립에 의해서였다. 유가의 ‘예’는 인위적으로 만들어지기보다는 자연적인 원리에 따라 인간의 행위를 지도하는 원리로, 법가의 ‘법’은 주어지고 생성되는 것이 아니라 인위적으로 만들어지는 것으로 국가 통치의 최상위 원리로 보았다. 결국 예는 서양의 *jus*의 의미를, 법은 *lex*의 의미와 비슷함.

중국의 한대 이후 실정법으로 율령제도의 법체계가 완성됨. 율은 항상 지켜야 할 법식을 뜻하고, 령은 수시로 고지되는 교칙을 가리켰다. 이후 율은 형법전을, 령은 그 이외의 법규(행정법규)에 해당하는 법전을 의미함.

2. 법의 목적(내면)

법의 이념이란 법이 법으로서 효력을 가지기 위해 지향해야 하는 법의 목적이다. 독일 법학자 라트브루흐가 법의 이념을 ‘정의’, ‘법의 합목적성’과 ‘법적 안정성’ 세 가지로 정립함.

(1) 정의

법이 추구하는 궁극적인 이념으로 사회를 구성하고 유지하기 위해 사회 구성원들이 공정하고 올바른 상태를 추구해야 한다는 가치

* 율피아누스 - 정의란, 각자에게 그 몫을 돌려주려는 항구적인 의지

* 아리스토텔레스 - 정의의 본질은 평등이다.

평균적 정의	모든 인간을 동등하게 취급
배분적 정의	능력과 공헌도에 따라 차등 취급

▶ 오늘날 일반적으로 평등, 공정 및 기본적 인권의 존중을 정의로 파악

(2) 합목적성

법이 따라야 할 가치 또는 기준으로 자유방임주의 시대에는 개인의 자유를 최대한 보장함을 삼았으며, 독일 나치 히틀러 시대에는 개인보다 국가와 민족을 강조하였고, 현대 복지 국가 시대에는 개인의 이익과 사회의 공공복리 증진을 그 목적으로 삼고 있다.

(3) 법적 안정성

사회생활이 법에 의해 안정되게 보호 또는 보장되고 있는 상태로 사람들이 법의 권위를 믿고 안심하고 행동할 수 있게 한다. 이를 위해 법의 내용이 명확해야 하고, 법이 함부로 변동되는 일이 없어야 하며, 실현 가능해야 하고, 국민의 법의식과 합치되어야 한다.

(4) 법이념 간의 상호 관계

정의와 합목적성, 법적 안정성은 상호 모순되면서 협력·보완하는 관계이다. 법이념 모두를 존중해 주는 가운데 법의 합목적성에 따라 정의를 실현, 법적 안정성을 유지해 나간다. 법이념 간의 충돌이 발생하는 경우 조화로운 조정이 원칙이나, 궁극적으로 정의의 원칙인 인간의 자유와 권리를 우선시한다.

「자유, 권리의 제한」

대한민국헌법 제37조 ①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

더 알아두기

□ 인권

- 인간이 인간답게 존재하기 위한 보편적인 인간의 모든 정치·경제·사회·문화적 권리 및 지위와 자격을 총칭하는 개념

나만의 강의 노트

더 알아보기

□ 당위성

- 마땅히 그렇게 하거나 되어야 할 성질

□ 작위

- 의식적인 의사에 의한 적극적 행동

□ 부작위

- 마땅히 해야 할 것으로 기대되는 조치 취하지 않음

나만의 강의 노트

□ 법과 사회규범의 차이

1. 법의 개념

(1) 법은 규범이다.

사물을 지배하는 법칙에는 자연법칙과 규범법칙이 있다. 자연법칙은 “밤이 지나가면 아침이 온다.”와 같이 원인이 있으면 일정한 결과가 반드시 지배하는 필연의 법칙이다. 반면 규범법칙은 “사람을 살해하지 말라.”와 같이 사람에게 작위 또는 부작위를 명하는 당위의 법칙이다. 자연법칙은 예외가 없지만 규범법칙은 사실의 발생을 예견하고 있는 법칙으로 결국 법은 자연법칙이 아닌 규범이다.

(2) 법은 사회규범이다.

규범에는 개인규범과 사회규범으로 나눌 수 있다. 개인규범은 개인이 자신의 사생활을 위하여 정한 것으로 그 개인에게만 적용되는 규범이다. 반면 사회규범은 사회 유지를 위해 사회일반에게 적용되기 위한 규범이다. 결국 법은 개인규범이 아닌 사회규범이다.

(3) 법은 강제규범이다.

사회규범에는 비강제규범과 강제규정이 있다. 비강제규범은 도덕·종교 등과 같이 규범에 위반행위에 대해 외부적 제재가 가해지지 않는 규범이다. 반면 강제규범은 규범을 위반하는 행위에 대해 외부적 제재가 가해지는 규범이다. 법은 국가권력에 의해 승인되고 그 위반행위에 대하여 일정한 제재를 가하여 집행한다. 결국 법은 강제규범이다.

2. 법과 사회규범

인간은 사회를 구성하고 사회 속에서 함께 살아가는 존재로서 당연히 서로 이해관계가 발생한다. 이러한 이해관계를 평화적으로 해결하는 데에 사회 규범이 필요하다. 사회 규범이란 사회 구성원이 사회생활의 과정에서 지켜야 하는 행위에 관한 당위의 법칙을 말한다.

이해관계 충돌



질서 유지 필요



사회 규범 등장

(1) 관습 : 일정한 행위가 사회 구성원 사이에 오랫동안 반복됨에 따라 사회적 행위의 기준으로 인정된 행동 양식

(2) 도덕 : 선의 구현과 사회의 존속과 평화를 위해 필요한 가치 기준

(3) 종교 규범 : 종교상의 계율이 사회 구성원에게 정착된 행위 기준

(4) 법 : 내용과 집행의 방법을 명확하게 제도화시켜 놓은 규범으로 국가에 의해 강제되며, 인간의 외적인 행위를 규율

「법의 사회적 기능」

1. 사회 통제적 기능 : 법은 일정한 제재를 바탕으로 사회 구성원으로 하여금 국가나 사회가 바람직한 것으로 규정하는 방향을 행하도록 규율
2. 분쟁 해결 기능 : 법은 사회 내의 다양한 이해관계의 대립 또는 생활양식의 대립에 개입하여 해결함으로써 사회 전체의 평화를 실현
3. 사회 변화 기능 : 일정한 이념 아래, 사회의 변화 방향을 미리 설정하고 이를 목적으로 입법을 행함으로써 법은 사회변화의 유효한 수단이 됨

3. 법과 도덕의 관계

법과 도덕의 본질적인 구별은 강제성의 여부이다. 이 밖에 스스로 자각에 의하여 실천되는 도덕의 자율성과, 외부의 강요에 의해 규율되는 법의 타율성이 구별된다. 또 규범의 형식이 표시되지 않은 채 의무만을 규율하는 점에서 도덕이 일면성을 띠는 것과 달리, 법은 대부분 문자로 표시되고 권리와 의무 양자를 모두 규율하는 양면성을 띤다.

도덕이 비강제성 · 내면성 · 자율성 · 일면성을 띠고 문자로 표시되지 않는 규범인데 비하여 법은 강제성 · 외면성 · 타율성 · 양면성을 띠고 문자로 표시되는 규범이다.

「착한 사마리아인의 법」

강도를 당하여 길에 쓰러진 유대인을 보고 당시 사회의 상류층인 제사장과 레위인은 모두 그냥 지나쳤으나 유대인과 적대 관계인 사마리아인이 구해 주었다는 신약성서의 이야기에서 유래한 명칭. 세계 여러 나라에서는 제사장과 레위인과 같은 행위를 구조거부죄 또는 불구조죄로 처벌한다. 착한 사마리아인의 법은 근본적으로 곤경에 처한 사람을 외면해서는 안 된다는 도덕적 · 윤리적인 문제와 연결된다. 그러나 법과 도덕은 별개라는 입장에서는 개인의 자율성을 존중하여 법이 도덕의 영역에 간섭해서는 안 된다는 반론을 편다.

□ 법의 성질에 따른 분류

1. 성문법과 불문법

(1) 불문법(영미법계)

문장의 형식을 취하지 않은 법규범의 존재 형식이 제정되지 않은 법

① 관습법 : 사회생활에서 반복되는 관행이 법으로 승인된 것. 관습법의 성립하기 위해서는 ㉠관행이 상당히 오랫동안 넓은 지역에 걸쳐 반복적으로 행해질 것 ㉡불특정 다수인이 준수하여야 할 관행에 따라 행하는 것이 권리 · 의무라는 법적 확신이 존재할 것 ㉢공서양속(선량한 풍속 기타 사회질서) 및 강행법규에 합치할 것

더 알아보기

□ 도덕과 법

- 선의 실현 vs 정의 실현
- 양심과 동기 vs 행위의 결과
- 자율성 vs 강제성
- 사회적 비난 vs 국가의 처벌
- 자기 자신 vs 국가

□ 도덕의 최소 = 법

□ 강행법규

- 당사자 의사와 관계없이 강제적으로 적용되는 규정
예) 사람을 살해한 자는 처벌

나만의 강의 노트

더 알아두기

□ 상위법우선의 법칙

- 1번 헌법
- 2번 법률
- 3번 시행령(대통령령)
- 4번 시행규칙(부령)
- 5번 조례(지방의회)
- 6번 규칙(지방단체의장)
- 7번 고시
- 8번 예규(관례)
- 9번 민속습관

□ 사인(私人) 私-사사로울사

- 개인 자격으로서의 사람

□ 근대 산업사회

- 자유방임주의
- 야경국가, 소극적 국가

□ 현대 복지사회

- 국가의 개입, 적극적 국가
- 행정국가, 복지국가

나만의 강의 노트

② 조리 : 사람의 건전한 상식으로 판단할 수 있는 사물의 본질적 원리 또는 도리로서, 경험적 · 사회관념 · 정의 · 형평 · 이성 등의 모습으로 표시된다. 법관에게 보충입법권을 부여

③ 판례 : 일정한 법률문제에 대하여 같은 판결이 반복됨으로써 재판의 선례가 된 규범(선례구속의 원칙)

(2) 성문법(대륙법계)

일정한 입법 절차에 따라 조문의 형식으로 제정된 법(제정법)

- 헌법, 법률, 명령, 조례, 규칙, 조약

(3) 불문법과 성문법의 보완

▶ 민법 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

2. 법이 규율하는 생활 관계 : 공법, 사법 및 사회법

(1) 공법

공권력 관계를 다루는 법으로, 법적 주체의 한 당사자가 국가 또는 공공단체인 경우에 해당한다. - 국가생활관계를 규율하는 법 (헌법, 행정법, 형법, 형사소송법, 민사소송법)

(2) 사법

사적인 관계를 다루는 법으로, 법적 주체가 자연인, 사법인(비영리법인, 상법에 의해 설립되는 회사) 등의 사인(私人)인 경우에 해당한다. - 개인적인 사회생활관계를 규율하는 법 (민법, 상법)

(3) 사회법(제3의 법)

사법적 생활 영역에 정부가 적극 개입하여 공법적 제재를 가미한 법으로, 산업사회의 등장 이후 나타난 자본주의의 모순인 빈부 격차 등을 해결하기 위해 사회법의 필요성이 대두되었다. 사법과 공법의 조화 또는 중간적인 성격을 가진다. (노동법, 경제법, 사회 보장법 등)

① 노동법 : 근로자의 단결권 · 단체교섭권 · 단체행동권(쟁의권)의 보장과 근로조건의 최저기준을 정하는 것을 핵심으로 함. (근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법, 산업재해보상보험법, 최저임금법 등)

② 경제법 : 국민경제의 균형 있는 경제발전을 꾀하기 위하여 사적인 경제활동에 대하여 국가의 규제를 핵심으로 함. (독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 물가안정에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 등)

③ 사회보장법 : 국가가 국민의 생존권을 확인하고 빈곤·질병 등의 위험으로부터 국민의 생활을 보장하기 위한 국가의 정책을 수행하는 것을 핵심으로 함. (사회보장기본법, 국민연금법, 국민건강보험법 등)

3. 법이 규율하는 내용 : 실체법과 절차법

(1) 실체법 - 주법(主法)

법률관계 자체, 즉 권리와 의무의 실체(내용, 종류, 주체, 발생, 변경, 소멸)를 규정한 법을 말한다. (민법, 형법, 상법 등)

(2) 절차법 - 조법(助法)

실체법에 의해 규정된 권리와 의무를 실현하기 위한 수단과 방법을 규율하는 법을 말한다. (민사 소송법, 형사 소송법, 행정 소송법 등)

4. 법이 효력 범위 : 일반법과 특별법

(1) 일반법

사람, 장소, 사물에 대하여 보편적으로 적용되는 법을 말한다. (민법, 형법)

(2) 특별법

특수한 사람, 장소, 사물에 대해 제한적으로 적용되는 법을 말한다. (상법, 교육 공무원법, 군형법 등)

* 일반법과 특별법의 구별은 상대적이다.

- 상법은 민법에 대해서는 특별법이나, 은행법에 대해서는 일반법임

5. 법의 지배 영역 : 국내법과 국제법

(1) 국내법

한 나라의 주권이 미치는 범위 내에서 적용되는 법으로 국가와 국민 사이 또는 국민 상호간의 권리·의무 관계를 규율한다.

(2) 국제법

다수 국가 사이에 적용되는 법으로 국가 상호간의 관계 또는 국제 조직 등을 규율한다. 국제법은 국가·국제조직만이 이를 정립하는 주체가 되고, 개인은 수동적인 주체가 되는데 불과하다.

더 알아두기

□ 특별법우선의 원칙

- 일반법과 특별법이 충돌 시 특별법이 우선한다.

□ 주권

- 국가의 의사 최종 결정 권력
- 군주주권
- 국민주권

나만의 강의 노트