

1주차

# 법이란 무엇인가?/ 법의 이념

2018년 1학기 토지공법

신한대학교 공공행정학과

---

## 학습도입(intro)

이번 주 부터는 본격적으로 법에 대한 일반론을 배운다.  
우선 법이란 무엇인가? 라는 질문에 대하여 답해보고, 그 것에 대한 연장선에서 법이 추구하는 것 또는 법의 이념에 대해서 알아본다.

## 학습목표(object)

법의 일반적인 특징을 파악한다.  
법이 다른 사회규범과 다른 점을 안다.  
법이 추구하는 정의, 합목적성, 법적안정성에 대하여 알고 그 관계를 말할 수 있다

# 법이란 무엇인가?

---

(1) 법은 규범이다.

법은 인간 스스로의 이성에 의해 사회생활에 필요한 룰(rule)을 정한다던가, 사회생활을 영위하는데 지켜져야 하는 임무를 명령한다던가, 사회목적을 달성하는데 필요한 그 방향과 목표를 설정한다든가 하여 사람들 스스로가 만들어 낸 규범이다.

예컨대 도로교통법에는, "도로를 통행하는 보행자나 차마는 신호기 또는 안전표지가 표시하는 신호 또는 지시와 교통정리를 하는 경찰공무원과 행정자치부령이 정하는 경찰공무원을 보조하는 사람의 신호나 지시를 따라야한다."라고 규정하고 있는데, 이처럼 「...해야한다」라든가, 「...해서는 안 된다」라는 식의 법칙은 사회의 구성원으로서 사람이 해야만 할 일 또는 해서는 안될 일을 정하는 규범이다.

따라서 법은 「겨울이 끝나면 봄이 온다」라든가 - 「태양은 동쪽에서 뜨고 서쪽으로 진다」라고 하는 필연(Sein)의 법칙과는 달라서 「사람을 살해하거나 상해하여서는 안된다」라고 하는 당위(Sollen)의 법칙인 것이다.

# 법이란 무엇인가?

---

## (2) 법은 국가적, 사회규범이다

종교나 도덕은 물론 풍속이나 관습도 똑같이 모든 인간의 행동을 규율하는 사회규범이다. 그러나 법은 단지 사회규범임에 그치지 아니하고 국가에 의하여 승인된, 그러면서도 국가권력을 배경으로 한 유일한 규범인 것이다.

“법은 국가사회의 질서를 유지하고 형성하며 나아가 이를 담보로 하는것을 그 목적으로 하지 않으면 안 된다.”라고 정의하는 사람도 있는 것처럼, 법은 국가사회의 질서유지를 위한 강제규범인 것이고, 또 이 강제규범이 국가규범이기 위하여는 사회 전체의 공통적 가치판단에 의한 요구에 따라 정립되어야 할 것이고 또한 그리 되지 안 된다.

# 법이란 무엇인가?

---

## (3) 법은 일반적 규범이다

사람들은 흔히 그가 살아온 일생에 대하여 장편소설을 여러 권을 써도 모자란다고 들 말할 정도로, 우리 인간이 살아가면서 부딪치는 문제들은 많기도 하고 또한 끊임없이 이어지지만, 이는 사람의 집합체인 사회에 있어서도 마찬가지이다. 상상할 수도 없는 일들이 현실적으로 일어나기도 하는데, 이는 결코 불가사의한 것들은 아니다.

복잡하게 발생하는 사회현상에 대하여 법이 대응할 수 있기 위하여는 자연히 추상적 · 유형적 · 일반적인 규범으로 표현할 수밖에 없다. 그 위에 이와 같은 법의 일반성은 평등성과 안정성의 확보를 동시에 요청하는 것이기 때문에 법은 일반적 규범으로 하여 구성할 수밖에 없는 숙명을 지니고 있다고 할 수 있다.

# 법이란 무엇인가?

---

## (4) 법의 인접영역(법과 도덕, 종교, 관습과의 관계)

① 법과 도덕은 의무가 지워지는 대상을 달리한다. 도덕은 사람의 내면적 행위를 규율하지만, 법은 사람의 외면적 행위를 규율한다. 그러나 도덕적 평가는 사람의 내면만이 아니고 외면으로 나타나는 것도 평가된다고 하는 반대설도 있지만, 도덕 규범은 결국 내면의 동기에 가치가 두어짐에 반하여 법규범은 외부로 나타난 현상에 대하여 가치판단이 이루어진다고 행동대상설은 주장한다.

② 법의 목적은 사회공동생활에 있어서 질서형성에, 도덕의 목적이라고 하는 것은 개인생활에 있어서 인격적 가치완성에 있다고 하는 목적설이 있다.

# 법이란 무엇인가?

---

(4) 법의 인접영역(법과 도덕, 종교, 관습과의 관계)

③ 법은 사실적인 것을 기반으로 하고 인간의 본성을 척도로 하여 정립된 규범인 반면, 도덕은 이상적인 것을 기반으로 하여 고도의 이상추구를 희망하는 무한의 척도로서 정립된 규범이라고 하는 기반설도 있다.

④ 법은 국가권력에 의하여 사람에게 대한 강제력을 발휘하는 것임에 대하여, 도덕은 자기의 양심이나 사회적 압력에 의해 강제된다고 하는 강제설도 있다.

이상에서 살펴 본 법과 도덕간의 규범적 차이는 분명히 존재한다고 말할 수 있지만 반드시 대립적인 것은 아니다. 어쨌든 법은 명령적 성격이 있고 도덕은 순규범적 성격이 있는 것이라고 말 할 수 있다.

# 법의 이념

---

## (1) 법의 이념(목적)이란?

법의 이념은 법개념의 출발점이요, 법이 지향하는 바 그 도달코자 하는 목표, 즉 목적(법질서의 확립)을 의미하는 것으로, 법의 이념과 목적은 동일개념의 표리라고 할 수 있다. 물론 국가제정법은 각각 개별적인 목적을 가지고 제정되지만, 여기서 말하는 법의 이념 내지 목적은 개별적 . 구체적인 개개의 법의 목적을 추상적으로 통일 . 체계화한 궁극적인 법의 이념을 말한다.

이러한 법의 이념에 대하여 독일의 법철학자 Gustav Radbruch(1878 ~ 1949)는 정의, 합목적성, 법적 안정성의 세 가지를 들고 있다.

# 법의 이념

---

## (2) 정의

정의는 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 라는 말로 함축될 수 있으며, 평균적 정의와 배분적 정의로 나눌 수 있다.

평균적 정의란 급부와 반대급부(예컨대 상품과 그 대금), 손해와 배상, 범죄와 형벌 등에 있어서 그들간의 등가관계를 요구하는 교환적·보상적·산술적 정의를 의미하며, 이는 개인간의 거래에 있어서 “사람”에 따라서가 아닌 “물과 물의 동가”원리에 따라 이루어지는 것으로, 결과적으로는 형식적·기계적 평등을 추구하는 것이 된다. 이러한 평균적 정의는 인간사이의 동위적 가치질서의 존재를 전제로 하는 개인간의 횡적 질서관계에 타당하며, 사법영역에서의 정의의 관념이 이에 해당한다.

배분적 정의란 단체(사회)가 재화나 명예 또는 공정하게 그 몫을 인정하는 기하학적 정의를 말하는 것으로, 이는 사람의 가치·능력에 따른 개인차를 인정하고, 그와 같은 개인차는 국가사회에의 공헌도(비율)에 따라 정해지며 구체적·실질적으로 판단되는 것이기 때문에 결국 비례적·실질적 평등을 추구하는 것이 된다. 이러한 배분적 정의는 분배하는 자와 분배받는 자와의 관계, 즉 종적 상하질서관계에 타당하며, 공법영역에서의 정의의 관념이 이에 해당한다.

# 법의 이념

---

## (2) 정의

정의는 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게라는 말로 함축될 수 있으며, 평균적 정의와 배분적 정의로 나눌 수 있다.

평균적 정의(rectificatory)란 급부와 반대급부(예컨대 상품과 그 대금), 손해와 배상, 범죄와 형벌 등에 있어서 그들간의 등가관계를 요구하는 교환적 · 보상적 · 산술적 정의를 의미하며, 이는 개인간의 거래에 있어서 "사람"에 따라서가 아닌 "물과 물의 동가"원리에 따라 이루어지는 것으로, 결과적으로는 형식적 기계적 평등을 추구하는 것이 된다. 이러한 평균적 정의는 인간사이의 동위적 가치질서의 존재를 전제로 하는 개인간의 횡적 질서관계에 타당하며, 사법영역에서의 정의의 관념이 이에 해당한다.

배분적 정의(distributive justice)란 단체(사회)가 재화나 명예 또는 공정하게 그 몫을 인정하는 기하학적 정의를 말하는 것으로, 이는 사람의 가치 · 능력에 따른 개인차를 인정하고, 그와 같은 개인차는 국가사회에의 공헌도(비율)에 따라 정해지며 구체적 · 실질적으로 판단되는 것이기 때문에 결국 비례적 · 실질적 평등을 추구하는 것이 된다. 이러한 배분적 정의는 분배하는 자와 분배받는 자와의 관계, 즉 종적 상하질서관계에 타당하며, 공법영역에서의 정의의 관념이 이에 해당한다.

# 법의 이념

---

## (3) 합목적성

「법은 본질적 부분에 있어서 국가의 의사이고, 국가는 그 본질적 부분에 있어서 법적 제도」이므로, 법의 목적은 곧 국가의 목적이 되고, 따라서 법은 국가(법)의 목적에 맞추어 형성되고 운용될 것이 요구되는데, 이것이 합목적성의 이념인 것이다.

그러나 Radbruch에 따르면 어떤 법질서가 개인주의 · 초개인주의 · 초인격주의의 세 가지 세계관 중 어느 것의 실현을 목적으로 하느냐에 따라 정의의 내용은 정하여진다.

Radbruch는 위 세 가지의 가치체계 중 어느 것을 선택하느냐는 결국각자의 주관적인 태도결정의 문제라고 한다. 그러니까 이는 인식의 문제가 아니고 귀의의 문제인 것으로, 이른바 상대주의(Relativismus)를 의미하게 된다.

# 법의 이념

---

## (4) 법적 안정성

법적 안정성의 요청도 법의 이념의 하나로 들어진다. 여기의 법적 안정성이란 법에 의한 안정(예컨대, 살인, 절도로부터의 안전)을 뜻하는 것이 아니고 법 자체의 안정성을 의미한다. 인간의 사회생활을 규율하는 법이 안정되어 있어야 사람들이 그 법을 믿고 법에 따라 생활을 해 나갈 수 있기 때문에 법의 안정성은 인간들의 법률생활 안정을 확보하기 위하여 절실히 요구되는 것이다.

이러한 법적 안정성의 이념은 다음 네 가지를 필요로 한다.

첫째, 법의 내용이 명확해야 한다. 법이 명하는 바가 명료하지 않을 때에는 사람들은 어떻게 행동하는 것이 적법한가 아닌가를 판단하기 어렵게 되며 안심하고 법에 따라 활동할 수도 없게 된다 근대법이 제정법(성문법)을 중심으로 이루어져 있는 것도 그것이 다른 법 형식(불문법)에 비하여 명확성의 정도가 높고, 또 그 만큼 법적 안정성의 요구에 더 합치하기 때문이다.

# 법의 이념

---

## (4) 법적 안정성

둘째, 법이 너무 쉽게 변경될 수 있어서는 안된다. 특히 입법자의 자의나 전단에 의하여 조령모개로 되어서는 아니되며, 설사 그 변경이 합리적인 이유에 의하더라도 너무 간단히 개정되거나 하면 법의 기능에 장애로 될 뿐만 아니라 사회에 혼란을 가져오게 된다. 근대국가가 권력을 분립시켜 서로 견제토록 하고 있는 점이라든가 신중한 입법절차를 두고 있는 점등은 모두 법의 변경을 어렵게 함으로써 법적 안정성을 제도적으로 보장하려는 취지에서이다.

셋째, 법이 실제로 실행 가능한 것이어야 하며 너무 높은 이상만 추구해서는 안된다. 아무리 법의 내용이 훌륭한 것이라 하더라도 사실상 행해질 수 없는 것이라면 사회의 질서를 유지하는 기능을 다할 수 없으며 안정성을 확보할 수도 없게 된다.

# 법의 이념

---

## (4) 법적 안정성

넷째, 법은 사람들의 의식에 맞는 것이어야 한다. 국민의 의식과 동떨어진 법은 사회를 규율할 수 없으며 안정된 질서를 실현할 수도 없다. 이러한 법적 안정성의 요구는 사실적인 상태를 법적 상태로 전화시키기도 하고, 대단히 역설적이긴 하지만 불법상태가 적법상태로 되는 모순된 결과를 초래하기도 한다. 예컨대 제정법을 개폐하는 관습법이나 혁명정부의 법과 같이 종래의 실정법을 희생시키고 법적 안정성의 고려 하에 사실상 행해지는 법이 새로운 현행법으로 승인되게 되는 경우가 그러하다.

민법상의 점유(물건에 대한 사실상의 지배)와 같은 사실상태는 점유자가 적법한 권리에 기하여 점유하고 있는 것인지의 여부와는 관계없이 법의 보호를 받는 점, 소멸·취득시효제도에 의하여 일정한기간의 경과가 법에 맞지 않는 상태를 적법상태로 만드는 점, 쟁송을 우선 끝맺게 하기 위하여 잘못된 판결에도 기판력을 부여, 구속력을 갖게 함으로써 더 이상 다툴 수 없게 하는 점 등은 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다.

# 법의 이념

---

## (5) 법이념들의 상호관계

결론부터 말하면, 위의 세 가지 이념(정의, 합목적성, 법적 안정성)은 상호모순이 되어 대립적 긴장관계에 있으면서도 상호보완적 관계에 있다.

예컨대, 정의만을 강조하여 「비록 세상은 망하더라도 정의는 행하여져라」라든가 「정의만이 통치(국가)의 기초이다」라는 주장이 있고, 합목적성을 강조하여 「대중의 행복이 최고의 법률이다」라는 법언이라든가 「국민이 원하는 것이 법이다」라는 주장, 그리고 법적 안정성은 「악법도 법이다」라는 말에 설득력을 부여함으로써 「정의(법)의 극치는 부정의(불법)의 극치」라는 주장 등을 보면 앞에서 말한 세 이념 사이의 긴장감과 모순성을 발견하게 된다.

결국 정의만을 강조하면 법적 안정성을 해하게 되고 안정성만 강조하면 정의를 망각하는 수가 생긴다. 실정법이 제아무리 안정적으로 시행된다 하더라도 그것이 부정의한 것이라면 이는 시체의 정숙과 묘지의 평화에 지나지 않는다.