

법의 존재형식(법원)

2018년 1학기 토지공법

신한대학교 공공행정학과

학습도입(intro)

지난주에는 법의 특징과 법의 이념에 대해서 배웠습니다.
이번 주에는 현실에서 법은 어떻게 존재하는가?, 무엇이 법인가?
라는 질문에 대해 답할 수 있도록 공부하겠습니다.

학습목표(object)

법의 존재형식을 안다.
성문법과 불문법과의 차이를 안다.
관습법과 판례법에 대해서 설명할 수 있다.

법원 (法源)

법원 (法源) 은 법의 존재형식을 말한다.

법원(法源)이라 함은 글자 그대로 법의 연원(source of law)을 말하는 것이지만 여러 가지 의미로 쓰이기도 한다.

그 중 주요한 것을 들면, ① 법을 제정하는 힘, ② 입법자의 의지, ③ 법에 관한 지식과 법을 판단할 자료, ④ 직접 재판의 기준이 되는 법의 성립형식 등이 있다.

여기서는 가장 일반적인 ④에 관하여 알아보되 이를 성문법(written law)과 불문법(unwritten law)으로 분류하여 그 개요를 살펴보기로 한다.

성문법

성문법은 문서로서 일정한 형식과 절차를 거쳐 공포된 법으로 헌법, 법률, 규칙, 명령, 자치법규, 조약이 이에 포함된다

(1)헌 법

헌법은 국가의 조직, 통치기구, 국민의 권리와 의무에 대해 규정한 국가의 기본법이다.

(2)법 른

법률은 광의로는 법과 동일한 의미로 사용되며 성문법, 불문법 모두를 일컫는 경우가 있지만, 여기서 말하는 법률이라 함은 국회의 의결절차를 거쳐 공포된 성문법을 말한다.

성문법

(3)명 령

명령은 일반적으로 그 제정권자를 기준으로 하여 대통령령, 총리령, 부령으로 나뉜다.

이러한 명령은 국회의 의결을 거치지 않고 행정기관에 의해 제정되는 성문법으로, 명령의 형식적 효력은 법률보다 하위이며, 따라서 명령이 법률이나 헌법에 위배할 수 없을 뿐 아니라 그것을 개폐할 수도 없다. 다만 예외로 대통령의 긴급처분 명령권은 법률을 개폐하거나 새로운 입법사항을 정할 수 있다.

대통령령은 총리령 . 부령보다는 상위의 법이고 총리령과 부령은 동등한 효력을 갖는다.

성문법

(4)규 칙

규칙에는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 등이 있다.

헌법 제64조 1항에 의하여 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있는데, 이른바 의사규칙과 내부규칙은 국회 안에서만 효력을 가지고 공포되지는 않으나 그 효력은 국회의원에게만 미치는 것이 아니라 국회 안에 오는 모든 사람에게 적용됨으로써 당연히 법규로서의 성질을 갖는다.

또한 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위에서 소송에 관한 절차라든가 법원의 내부규율 및 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다. 이것도 법규로서의 성질을 갖는다.

역시 헌법재판소와 중앙선거관리위원회도 헌법재판소의 심판에 관한 절차 및 내부규율과 사무처리, 그리고 선거판리와 국민투표관리 또는 정당사무관리에 관한 규칙을 제정할 수 있다. 정당법시행규칙도이 종류에 속함은 물론이다.

성문법

(5) 자치법규

자치법규는 지방자치단체가 법령의 범위안에서 제정하는 자치에 관한법규로서, 그 제정의 주체가 지방의회일 경우에는 조례라 하고 지방자치단체의 장일 경우에는 규칙이라고 한다.

(6)조 약

조약은 국가간에 국제법상의 관계를 설정하기 위하여 이루어지는 명시적 합의(계약)인 관계로 당연히 국가 전체를 구속한다. 따라서 국민의 권리 의무에 영향을 미치기 때문에 국내법으로서 역할을 갖는 것이고, 이는 협약 . 헌장 . 협정 . 결정서 . 의정서 . 각서 등 여러 가지 명칭으로 불리어 진다.

우리 나라는 헌법에 의하여 체결 . 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 갖는다(헌법 제6조 1항)라고 규정하고 있다.

불문법

불문법은 문자나 문장의 형식으로 되어 있지 않고 적법한 입법기관에 의해 일정한 절차를 거쳐 제정되지 아니한 법을 말한다.

우리 나라를 비롯하여 오늘날 널리 성문법 주의가 지배되고 있지만, 복잡하고 다양하게 변하는 생활관계와 고정된 성문법규 간에는 필연적으로 간극이 생기게 되어 불문법의 필요성이 따르게 되고 어느 사회나 끊임없이 형성되고 있다.

이러한 불문법에는 관습법, 판례법, 조리 등이 있다.

불문법

(1) 관습법

관습법이란 인간의 사회적 행동이 반복 . 누적되어 이것이 관습으로 되면서 사회 생활규범화된 것이지만, 성문화되지 않고 법원으로서 승인된 것을 말한다.

이러한 관습법에 대하여 그 성립근거에 관한 학설이 나뉘어져 있다

국가승인설에 입각하여 관습법 성립요건을 보면 다음과 같다.

① 관습(관행)이 존재할 것

여기서 관습이라 함은 장기간에 걸쳐 다수인에 의해 동종의 행위가 반복 . 누적되는 사실을 말한다. 이 사실이 관습법외 내용이 되는 것으로 대개는 자연 발생적이다.

불문법

- ② 그 관습이 법적 내용에 관한 것일 것
관습이 관습법으로 되기 위하여는 그 관습이 사회질서를 유지 . 발전시키는데 필요한 법적 가치를 지닌 것이어야 한다.
- ③ 관습이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않을 것
선량한 풍속이란 일반적 도덕관념을 말하고 사회질서란 국가생활의 일반적 이익을 의미한다.
- ④ 법령의 규정에 의하여 명문으로 인정된 관습이거나, 아니면 법령에 규정이 없는 사항에 관한 관습일 것.
- ⑤ 마지막으로 그 관습에 대하여 국민일반이 법규범으로서의 확신을 가질 뿐만 아니라 국가가 그 관습을 관습법으로 승인할 것이 필요하다. 이점에서 관습법은 "사실인 관습" 과 다르다.

불문법

관습법의 효력에 관한 문제는 관습법과 성문법의 관계에 관한 문제이다.

① 보충적 효력 :

관습법은 성문법에 대하여 원칙적으로 보충적 효력을 갖는데 불과하다. 현행 민법이 「민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다」(동법 제1조)라고 규정하고 있는 점을 보아도 관습법이 보충적 제2차적 효력을 지니고 있음을 알 수 있다. 다만 형사에 관하여는 죄형법정주의가 철저히 지켜지고 있어서 관습법은 아무런 효력을 갖지 못한다.

② 우선적 효력 :

상법 제1조는 「상사에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다」라고 하여 상사에 관하여는 상관습법이 상법의 다음 순으로 적용되지만 성문의 민법보다는 우선하여 적용됨을 말한다. 이는 극히 예외적인 경우로서 관습법이 성문법보다 우선적 효력을 갖는 예가 된다.

③ 법률개폐적 효력 :

성문법의 내용과 모순되는 관습법은 그 효력이 없는 것이 원칙이고 따라서 관습법의 법률개폐적 효력도 부인된다.

불문법

(2) 판례법

판례법이란 법원의 판결례를 통하여 형성된 법규범을 말한다.

법원이 특정의 소송사건에 대해 법을 해석·적용하고 내린 판단을 판결례(판례)라 하고, 이러한 판례가 유사·동종사건에 반복 누적되면서 일정한 방향과 원칙을 가지게 되고 결과적으로는 그 원칙이 일반적 법규범(판례법)으로의 성립을 보게 된다.

판례에 대한 태도는 법계(후술)에 따라 차이가 있다.

예컨대 대륙법계에서는 성문법을 1차적 법원으로 보기 때문에 판례는 법적 구속력이 없고 사실상 존중될 뿐이다.

이와는 달리 영미법계에서는 판례법을 제1차적 법원으로 삼고 있어서 판례는 성문법이 갖는 정도의 동등한 법적 구속력을 갖는다. 그러니까 단 한번의 판례가 곧 법규로 되며 최고법원의 판례는 모든 다른 법원을 구속하는 것으로 되고, 따라서 상급법원의 판례는 하급법원을 구속하게 마련이다(선결례구속의 원칙).

영미법의 근간을 이루는 보통법(common law)과 형평법(equity)은 바로 이 판례에 나타난 제 원칙의 집적인 것이다. 물론 영미법원에서도 최고법원이 그 자신의 판례를 변경하는 기능을 인정받고 있다.

불문법

(2) 판례법

판례의 법원성 인정여부에 관한 우리 나라 학자들의 견해는, 판결이 되풀이됨으로써 관습법의 발생을 촉진할 뿐 판례가 곧 법은 아니라는 입장과 제도상으로는 판례의 법적 구속력이 인정되지 않는다고는 하더라도 위에서 본 바와 같이 상급법원 특히 최고법원의 판례는 "사실상의 구속력"을 갖는다는 점에서 법원성을 인정할 수 있다고 한다.

생각건대 오늘날 대륙법계 제국에서도 사실상의 힘을 통하여 많은 판례법이 생겨나고 있고, 우리 나라에서도 판례의 구속력은 사실상의 것에 불과하지만 이러한 사실상의 구속력을 토대로 하여 많은 판례법이 쏟아져 나오고 있는 점을 감안하면 판례를 하나의 '살아있는 법'으로서 중요시 하지 않을 수 없음을 절감케 한다.

불문법

(2) 판례법

한편 우리나라의 법제상으로는 대법원의 심판에서 판시한 법령의 해석을 당해 사건에 대하여 하급심을 기속할 뿐이고(법원조직법 제8조), 게다가 모든 법관은 독립적으로 심판할 수 있기 때문에(헌법 제103조), 판례의 법적 구속력이 제도적으로 보장되어 있지는 않다.

그러나 동종내용의 사건에 대하여 상급법원의 판례와 다르게 재판을 하게 되면 상급심에서 파기되는 일이 많으므로 하급법원은 스스로 상급법원, 특히 대법원의 판례를 존중하게 된다. 또한 대법원에서도 자체의 판례변경에는 신중한 절차를 밟는다.

(3) 조리

조리란 사람의 건전한 상식으로 판단할 수 있는 사물이나 자연의 이치 내지 본질적 법칙 또는 도리를 말하는 것으로, 인간의 이성에 따른 규범이다.

이는 경험법칙, 사회통념, 공서양속, 정의형평, 신의성실, 사회적 타당성, 사회질서, 법의 일반원칙 등으로 표현되기도 한다. 이러한 조리는 광의로는 자연법과 동의로 사용되어 실정법 존립의 근거로 되고, 또한 그의 평가척도를 의미하기도 하나, 일반적으로는 법의 흠결을 보완하는 해석상 재판상의 기준을 뜻한다.

조리의 법원성에 대하여 법실증주의자들은 이를 부정하나, 자연법론자들은 긍정하는 입장이며 다수의 학설도 이와 같다. 이에 의하면 법관은 적용할 법이 없음을 이유로 재판을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 성문법이나 관습법 또는 판례법 모두가 없을 때에는 조리에 의하여 재판을 하지 않을 수 없기 때문에 결국 조리를 하나의 법규범으로 인정하지 않을 수 없다는 것이다.

실정법인 우리 민법 제1조에서도 「....관습법이 없으면 조리에 의한다」라고 하여 조리의 법원성을 인정하고 있다. 그러나 형법에서는 죄형법정주의의 원칙상 조리가 직접 법원으로는 되지 않는다.