



임용전공사회

# Jump

## 법교육

이을 편저

PMG 박문각에듀스파

# Preface

## 머리말

매년 개정판을 내는 것이 민망하기도 하지만 정작 본인도 매우 괴롭다. 정작 책을 써 놓고도 불만스러움이 드는 것은 어찌할 수가 없다. 올해도 수험생들에게 비기가 될 수 있는 책을 만들어 보기 위해 노력을 했다. 하지만 시간 제약상 머릿속에 있는 모든 것을 구현하지는 못했다. 아마도 수업 자료로 보완해야할 듯하다.

이번 개정판의 특징은 좀 더 파격적인 글쓰기를 하는 것이었다. 작년에 나왔던 초판에 대해 본인은 '개론서인 듯 개론서 아닌 책'이라는 평가를 했었다. 그리고 연결흐름, 단권화 효과, 시험에 적합한 표현과 키워드 사용 등 수험서로서 갖춰야하는 것은 모두 작년 책과 동일하다. 다만 더 파격적이라는 것은 제목을 더 강화했으며, 제목을 개조식이나 명사형으로 마무리하는 관습적 형식을 포기했다. 이유는 간단하다. 개론서인 듯 아닌 듯한 이 교재를 수험생들이 좀 더 효과적으로 사용하기를 바라기 때문이다.

고상한 먹물들이 이 책을 보면 “책이 뭐 이래? 이걸 책이라고..” 하며 비웃을지도 모르겠다. 하지만 파격적인 푸코의 글쓰기가 처음부터 인정받은 것은 아니었다. 물론 적절한 비유가 아닌 줄 안다. 하지만 나도 고상한 글쓰기 할 줄 안다. 그것도 아주 잘할 수 있다. 거듭 말하지만 저자는 학회 논문대상 출신이다.

이런 비웃음에도 불구하고 고상한 글쓰기보다 책의 도구성에 좀 더 무게를 두고자 했다. 이 책은 나를 위한 책이 아니라 수험생을 위한 책이기 때문이다. 또한 내가 알고 있는 지식을 아는 척하기 위함이 아니라 오로지 수험생들의 편의를 위한, 그리고 합격을 위한 도구로서의 충실성!!!!!!!!!!!!!! 이 목적하에 안타깝지만 고상한 책은 일단 접어두었다.

이런 저자의 충심을 이해하여 넓은 아량으로 오타가 있는 부분은 미소로 넘겨 주고, 최선을 다해 도구로 잘 사용해주시기를 진심으로 바란다. 그리고 합격의 영광도 함께 하기를 진심으로 기원한다.

2017년 1월  
이윽 드림





Contents

차례



# 01 법의 기초

## Section 01 법의 의의와 이념 ... 28

### 01 법의 의미와 특징 28

- 1. 법의 필요성과 법의 지배 28
- 2. 법의 의미 및 특성 29
- 3. 법의 기능 30

### 02 법이념 31

- 1. 정의 31
- 2. 합목적성 33
- 3. 법적 안정성 33
- 4. 법이념 상호 간의 관계 35
- 5. '악법도 법인가'에 대한 논쟁 36

### 03 법의 효력(법의 현실적 실현 가능성의 문제) 37

- 1. 실질적 효력 37
- 2. 형식적 효력 37

## Section 02 법원과 법의 체계 ... 42

### 01 법원 42

- 1. 성문법(written law) 42
- 2. 불문법(unwritten law) 44
- 3. 성문법과 불문법의 관계 45

### 02 실정법 체계 46

- 1. 자연법과 실정법 46
- 2. 국내법과 국제법 47

3. 공법, 사법, 사회법	48
4. 실체법과 절차법	49
5. 일반법과 특별법	49

## Section 03 법의 적용과 해석 ... 51


<b>01 법치주의</b>	<b>51</b>
1. 법치주의의 의미	51
2. 형식적 법치주의와 실질적 법치주의	51
<b>02 법의 해석</b>	<b>52</b>
1. 법 해석의 의미	52
2. 유권해석과 학리해석	53
3. 이론적 해석	54
<b>03 법의 적용</b>	<b>56</b>
1. 법 적용의 의미 및 논리	56
2. 사실의 확정	56
3. 법 적용 시 유의해야 하는 원칙	58

## Section 04 법률관계 ... 60

<b>01 법률관계</b>	<b>60</b>
1. 법률관계의 의미	60
2. 권리와 의무 또는 권한과 의무	60
3. 법률관계의 발생원인	60
<b>02 국민과 국가의 법률관계</b>	<b>62</b>
1. 일반권력관계	62
2. 헌법적 관계	62
3. 행정법적 관계	62
4. 형법적 관계	62

# Contents

## 차례

<b>03</b> 국민 대 국민의 법률관계	63
1. 계약을 통한 사적 자치의 구성	63
2. 민법상 법률관계	63
3. 사회법상 법률관계	63
 기출문제	64

## Chapter 02 헌법

### Section 01 헌법총론 ... 72

<b>01</b> 헌법의 개념적 특성 및 역사적 전개	72
1. 헌법의 의미 및 성격	72
2. 헌법관	72
3. 헌법의 역사적 전개	73
<b>02</b> 헌법의 제정과 개정	76
1. 헌법 제정	76
2. 헌법 개정	77
3. 헌법 변천	80
<b>03</b> 대한민국 헌법의 제정과 개정	80
1. 대한민국 헌법의 탄생	80
2. 제1공화국 헌법	81
3. 제2공화국 헌법	81
4. 제3공화국 헌법	82
5. 제4공화국 헌법	82
6. 제5공화국 헌법	82
7. 제6공화국 헌법	83
<b>04</b> 헌법보장을 위한 제도	84
1. 헌법보장의 의미 및 분류	84
2. 평상시 헌법보장을 위한 제도	84
3. 비상시 헌법보장을 위한 제도	86

<b>05</b>	<b>대한민국의 국가형태 및 구성요소</b>	<b>90</b>
	1. 대한민국은 민주공화국	90
	2. 국가의 구성요소	91
<b>06</b>	<b>헌법의 기본원리</b>	<b>94</b>
	1. 기본권 존중의 원리	94
	2. 국민주권의 원리	94
	3. 대의제의 원리	95
	4. 권력분립의 원리	96
	5. 법치주의의 원리	98
	6. 사회국가의 원리	100
	7. 문화국가의 원리	100
	8. 평화국가의 원리 및 평화통일주의	101
<b>07</b>	<b>헌법의 기본질서</b>	<b>103</b>
	1. 민주적 기본질서	103
	2. 경제적 기본질서	103
	3. 평화주의적 국제질서	104
<b>08</b>	<b>헌법의 기본제도</b>	<b>106</b>
	1. 의 미	106
	2. 제도 보장의 유형	106

Section 02

기본권 총론

... 108

<b>01</b>	<b>기본권의 의미와 유형</b>	<b>108</b>
	1. 기본권의 의미와 법적 성격	108
	2. 기본권 목록	109
<b>02</b>	<b>기본권 주체</b>	<b>112</b>
	1. 기본권 주체의 의미	112
	2. 기본권 보유능력과 기본권 행사능력	112
	3. 국 민	113
	4. 외국인의 기본권 주체성	113
	5. 법인의 기본권 주체성	113

<b>03 기본권의 효력</b>	<b>115</b>
1. 기본권의 대국가적 효력 및 대사인적 효력	115
2. 기본권 보호의무	116
3. 기본권의 경합(경쟁)	117
4. 기본권의 충돌(상충)	118
<b>04 기본권의 보호영역 및 제한</b>	<b>120</b>
1. 기본권의 보호영역	120
2. 기본권 한계(제한) 유형 및 방법	121
3. 기본권의 내용 형성을 입법에 맡긴 경우	123
4. 헌법 제37조 제2항	123
<b>05 기본권 침해와 구제</b>	<b>126</b>
1. 기본권 침해의 의미 및 유형	126
2. 기본권 구체 청구의 근거	126
3. 개인이나 집단이 기본권을 침해하는 경우	127
4. 입법부의 기본권 침해와 구제	127
5. 집행부의 기본권 침해와 구제	128
6. 사법부의 기본권 침해와 구제	128

**Section 03**

**기본권 각론**

<b>01 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권</b>	<b>131</b>
1. 기본권 보장의 이념적 가치로서의 인간의 존엄성	131
2. 행복추구권	132
3. 평등의 원칙	134
4. 평등권	137
<b>02 생명권</b>	<b>138</b>
1. 생명권의 개념	138
2. 생명권의 특징	139
3. 생명권의 주체	139
4. 생명권의 근거	139
5. 생명권을 둘러싼 논쟁	140
<b>03 신체의 자유</b>	<b>145</b>
1. 신체의 자유의 의미	145
2. 신체의 자유의 실체적 보장	146
3. 신체의 자유의 절차적 보장	148
4. 형사피의자와 형사피고인의 절차적 권리	151




<b>04</b>	<b>사생활의 자유</b>	<b>155</b>
	1. 사생활의 비밀의 자유	155
	2. 거주·이전의 자유	156
	3. 주거의 자유	157
	4. 통신의 자유	157
<b>05</b>	<b>정신적 자유권</b>	<b>158</b>
	1. 양심의 자유	158
	2. 종교의 자유	159
	3. 언론·출판의 자유	160
	4. 집회·결사의 자유	163
	5. 학문과 예술의 자유	165
	6. 지적재산권의 보호	165
<b>06</b>	<b>경제적 자유권</b>	<b>166</b>
	1. 직업선택의 자유	166
	2. 재산권의 보장	168
<b>07</b>	<b>정치적 자유권</b>	<b>170</b>
	1. 선거권	170
	2. 공무담임권	172
	3. 직접참정권	173
<b>08</b>	<b>청구권</b>	<b>174</b>
	1. 청원권	174
	2. 재판청구권	175
	3. 국가배상청구권	177
	4. 손실보상청구권	179
	5. 형사보상청구권	179
	6. 범죄피해자구조청구권	180
<b>09</b>	<b>사회적 기본권</b>	<b>181</b>
	1. 인간다운 생활을 할 권리	182
	2. 근로의 권리	183
	3. 노동 3권	185
	4. 교육을 받을 권리	187
	5. 환경권	189
	6. 혼인·가족·모성보호·보건에 관한 권리	189
<b>10</b>	<b>국민의 의무</b>	<b>190</b>

**Section 04** 통치구조론 ... 191

<b>01</b>	<b>우리나라의 정부형태 및 통치구조</b>	<b>191</b>
	1. 정부형태	191
	2. 대한민국 정부형태	192
	3. 우리나라 대통령제와 미국 대통령제 비교	193
<b>02</b>	<b>국 회</b>	<b>194</b>
	1. 국회의 의의	194
	2. 국회의 권한	194
	3. 국회의원의 헌법상 지위와 권한	197
<b>03</b>	<b>대통령과 정부</b>	<b>199</b>
	1. 대통령의 헌법상 지위	199
	2. 대통령의 권한	199
	3. 대통령의 권한행사 방법과 통제	202
	4. 정 부	204
<b>04</b>	<b>법 원</b>	<b>205</b>
	1. 사법권의 의미	205
	2. 법원의 헌법상 지위	205
	3. 사법권의 독립	206
	4. 법원의 조직	207
	5. 법원의 권한	208
	6. 사법의 절차와 운영	208

**Section 05** 헌법재판론 ... 210

<b>01</b>	<b>헌법재판의 의의</b>	<b>211</b>
	1. 헌법재판의 개념	211
	2. 헌법재판과 일반재판의 차이	212
<b>02</b>	<b>헌법재판소 구성과 헌법재판의 유형</b>	<b>213</b>
	1. 헌법재판소의 구성과 조직	213
	2. 헌법재판의 유형	214
<b>03</b>	<b>위헌법률심판</b>	<b>215</b>
	1. 위헌법률심판의 의미	215
	2. 위헌법률심판의 요건	215
	3. 위헌법률심판의 절차 진행 및 결정	217

<b>04 탄핵심판</b>	220
1. 탄핵제도의 의의	220
2. 탄핵심판절차	220
<b>05 정당해산심판</b>	222
1. 정당해산심판의 의의	222
2. 정당제도와 방어적 민주주의	222
3. 정당해산심판의 의미	222
4. 정당해산절차	223
<b>06 권한쟁의심판</b>	224
1. 권한쟁의심판의 의의 및 필요성	224
2. 권한쟁의심판의 의미	224
3. 권한쟁의심판의 종류	225
4. 권한쟁의심판 청구요건 및 절차	225
5. 결정 및 효력	225
<b>07 헌법소원심판</b>	226
1. 헌법소원심판의 의미 및 특징	226
2. 헌법소원의 종류와 청구사유	227
3. 헌법재판소법 제68조 제1항 권리구제형 헌법소원	228
4. 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원(위헌법률심사형 헌법소원)	230
 <b>기출문제</b>	232

Chapter  
**03** 행정법

Section 01

행정법의 의의

... 254

<b>01 행정법의 개념적 특성 및 행정법 관계</b>	254
1. 행정법의 의미	254
2. 행정법의 특성	255
3. 행정법관계	256

# Contents

## 차례

<b>02 행정법의 기본원리와 일반원칙</b>	<b>259</b>
1. 행정법의 기본원리	259
2. 법치행정의 원리	260
3. 행정법의 일반원칙 내용	260

### Section 02 행정작용 ... 262


<b>01 행정작용의 의미</b>	<b>262</b>
<b>02 행정계획</b>	<b>263</b>
<b>03 행정입법</b>	<b>263</b>
1. 법규명령	263
2. 행정규칙	263
<b>04 행정절차</b>	<b>264</b>
1. 행정절차의 의미	264
2. 행정절차법의 주요 내용	264
<b>05 행정계약 및 행정지도</b>	<b>264</b>
1. 행정계약	264
2. 행정지도	264
<b>06 행정행위</b>	<b>265</b>
1. 행정행위의 의미 및 특질	265
2. 행정행위의 적법요건	266
3. 행정행위의 효력	267

### Section 03 행정상 의무이행확보수단 ... 269

<b>01 행정상 의무이행확보수단의 의미 및 유형</b>	<b>269</b>
1. 행정상 의무이행확보수단	269
2. 행정상 의무이행확보수단의 유형	269

<b>02 행정강제</b>	270
1. 행정상 강제집행	270
2. 행정상 즉시강제	271
3. 행정조사	271
<b>03 행정벌</b>	272
1. 행정벌의 의미	272
2. 행정형벌	272
3. 행정질서벌	272

**Section 04 행정구제 ... 274**

<b>01 행정구제제도의 의미 및 유형</b>	274
1. 의 미	274
2. 사전·사후구제제도	275
<b>02 사전적 구제제도</b>	275
1. 의 미	275
2. 행정절차	275
3. 청 원	275
4. ombudsman제도	275
<b>03 행정상 손해전보제도</b>	276
1. 행정상 손해배상제도	276
2. 행정상 손실보상제도	277
<b>04 행정쟁송</b>	279
1. 행정심판	279
2. 행정소송	280
 <b>기출문제</b>	283

Chapter  
**04** 형사법

**Section 01** 법의 기본개념 ... 292

**01** 형법의 의미 및 구조 292

- 1. 형법의 의미 292
- 2. 형법의 구조 292

**02** 형법의 기능 295

- 1. 보호적 기능 295
- 2. 보장적 기능 295
- 3. 규제적 기능 295

**03** 죄형법정주의 296

- 1. 죄형법정주의의 사상적 배경 296
- 2. 죄형법정주의의 의미 296
- 3. 죄형법정주의의 기능 296
- 4. 죄형법정주의의 파생원칙(내용) 296

**04** 형법의 적용범위 298

- 1. 시간적 적용범위 298
- 2. 장소적 적용범위 300
- 3. 인적 적용범위 301

**Section 02** 범죄의 성립 ... 303

**01** 범죄의 의의 및 성립요건 303

- 1. 범죄의 의의 303
- 2. 범죄의 성립요건 · 처벌조건 · 소추조건 304

**02** 범죄의 종류 및 성립 306

- 1. 범죄의 종류 개관 306
- 2. 범죄의 성립 여부 검토 307

<b>03</b>	<b>구성요건론</b>	<b>307</b>
	1. 구성요건과 구성요건 해당성	307
	2. 구성요건의 요소	308
<b>04</b>	<b>위법성론</b>	<b>313</b>
	1. 위법성의 의미	313
	2. 위법성 조각사유의 의미와 종류	314
	3. 정당방위	314
	4. 긴급피난	316
	5. 자구행위	318
	6. 피해자의 승낙	320
	7. 정당행위	321
<b>05</b>	<b>책임론</b>	<b>323</b>
	1. 책임의 의미 및 요소	323
	2. 책임능력	324
	3. 위법성의 인식과 법률의 착오	325
	4. 기대 가능성	326
<b>06</b>	<b>범죄실현단계</b>	<b>327</b>
	1. 예비·음모	328
	2. 미수	328
<b>07</b>	<b>범죄참가형태</b>	<b>330</b>
	1. 정범과 공범의 관계	330
	2. 공동정범	331
	3. 간접정범	332
	4. 교사범	333
	5. 방조범(종범)	333
	6. 공범과 신분	333

**Section 03**


**형벌과 형사절차**

... **335**

<b>01</b>	<b>형사피의자와 형사피고인의 절차적 권리</b>	<b>335</b>
	1. 무죄추정의 원칙	335
	2. 변호인의 조력을 받을 권리	335
	3. 영장주의	336
	4. 체포·구속이유 등을 고지받을 권리	336

# Contents

## 차례

5. 체포·구속적부심사청구권	337
6. 진술거부권(묵비권)	337
7. 고문을 당하지 아니할 권리	338
8. 자백의 증거능력 및 증명력 제한의 원칙	338
9. 형사기록의 열람·복사청구권	339
10. 신속한 공개재판을 받을 권리	339
11. 형사보상청구권	339
<b>02 형사사법절차</b>	<b>339</b>
1. 수사개시	339
2. 체포영장 발부 및 집행	340
3. 구속영장 발부 및 집행	341
4. 공소제기	342
5. 공 판	345
<b>03 형 집행</b>	<b>347</b>
1. 판결확정 시 형 집행 시작	347
2. 형 벌	347
3. 보안처분	349
4. 가석방	349
<b>04 국민참여재판</b>	<b>350</b>
1. 의 의	350
2. 국민참여재판의 특징	351
3. 국민참여재판으로 진행되는 사건	351
4. 재판의 배심제	352
 <b>기출문제</b>	<b>353</b>

Chapter

# 05

## 민사법

### Section 01

### 민법총칙

... 368

<b>01 민법의 기초개념</b>	<b>368</b>
1. 민법의 개념적 특성	368
2. 민법의 법원	369



<b>02</b>	<b>민법의 기본원리</b>	<b>370</b>
	1. 사적 자치의 원칙	370
	2. 공공복리(사회적 형평의 이념)	371
	3. 우리 민법의 기본원리	372
<b>03</b>	<b>법률관계와 법의 일반원칙</b>	<b>373</b>
	1. 법률관계의 개념적 특성	373
	2. 권 리	374
	3. 법의 일반원칙	376
<b>04</b>	<b>권리의 주체</b>	<b>379</b>
	1. 권리의 주체의 의미	380
	2. 권리능력	380
	3. 법률행위에 필요한 능력	383
	4. 제한능력자 제도	385
	5. 제한능력자 상대방 보호	388
<b>05</b>	<b>권리의 객체</b>	<b>390</b>
	1. 권리의 객체의 의미	391
	2. 물 건	391
	3. 동산과 부동산	391
	4. 주물과 종물	393
	5. 원물과 과실	394
<b>06</b>	<b>권리의 변동과 변동요인</b>	<b>395</b>
	1. 권리의 변동의 의미	395
	2. 법률요건	395
	3. 법률사실의 의미	396
	4. 법률사실의 분류	396
<b>07</b>	<b>법률행위</b>	<b>397</b>
	1. 법률행위의 의미	398
	2. 법률행위의 유형	398
	3. 법률행위의 요건	402
<b>08</b>	<b>법률행위의 목적</b>	<b>404</b>
	1. 개 념	404
	2. 내용의 확정	405
	3. 내용의 가능성	405
	4. 목적의 적법성	405
	5. 사회적 타당성	406

# Contents

## 차례

<b>09</b>	<b>의사표시</b>	<b>408</b>
	1. 의사표시의 의미	408
	2. 비정상적인 의사표시	409
	3. 의사와 표시의 불일치	409
	4. 하자 있는 의사표시(제110조, 사기·강박에 의한 의사표시)	411
<b>10</b>	<b>법률행위의 부관</b>	<b>412</b>
	1. 부관의 의미(협의)	412
	2. 부관의 효력	412
	3. 조 건	412
	4. 기 한	413
	5. 기 간	413
<b>11</b>	<b>시 효</b>	<b>414</b>
	1. 시효제도의 의의	414
	2. 시효제도의 종류	415

## Section 02

### 물권법

... 416

<b>01</b>	<b>물권법의 의미와 특징</b>	<b>416</b>
	1. 물권법의 의미	416
	2. 물권법의 특성	416
<b>02</b>	<b>물권의 의미와 특징</b>	<b>417</b>
	1. 물권의 의미	417
	2. 물권의 특징	417
	3. 물권의 주체	418
	4. 물권의 객체	418
<b>03</b>	<b>물권의 종류</b>	<b>418</b>
	1. 물권법정주의(物權法定主義)	418
	2. 물권의 종류	419
<b>04</b>	<b>물권의 효력</b>	<b>423</b>
	1. 우선적 효력	423
	2. 물권적 청구권	424
	3. 담보물권의 특질과 효력	425

<b>05</b>	<b>물권의 변동</b>	<b>426</b>
	1. 물권변동의 의미	426
	2. 채권행위와 물권행위	426
	3. 물권변동과 공시	426

**Section 03** **채권법** ... **429**


<b>01</b>	<b>채권의 특징</b>	<b>429</b>
	1. 채권관계	429
	2. 채권과 물권의 비교	430
<b>02</b>	<b>채권 · 채무관계 발생원인</b>	<b>431</b>
	1. 계약	431
	2. 사무관리	432
	3. 부당이득	432
	4. 불법행위	432
<b>03</b>	<b>채권의 효력</b>	<b>435</b>
	1. 대내적 효력	435
	2. 대외적 효력	436
<b>04</b>	<b>책임재산보전(제3자에 대한 영향력)</b>	<b>436</b>
	1. 채권과 책임재산보전의 문제	436
	2. 채권자 대위권	437
	3. 채권자 취소권	437
<b>05</b>	<b>채무불이행책임 및 관련 문제</b>	<b>438</b>
	1. 채무불이행책임	438
	2. 하자담보책임	441
	3. 제조물 책임	441
<b>06</b>	<b>주택임대차보호법</b>	<b>443</b>
	1. 주택임대차보호법의 의의 및 필요성	443
	2. 주택임대차보호법의 적용범위	443
	3. 존속기간	444
	4. 주택임대차보호법의 대항력 및 우선변제적 효력	444
	5. 임차권 등기명령	445

**Section 04 친족법 ... 447**

<b>01 친족(법률관계)</b>	<b>447</b>
1. 친족관계	447
2. 친족의 종류	447
3. 친족의 범위	448
<b>02 혼인</b>	<b>449</b>
1. 혼인의 의미 및 요건	449
2. 혼인의 효과	450
<b>03 이혼</b>	<b>451</b>
1. 협의 이혼과 재판상 이혼	451
2. 이혼의 효과	452
<b>04 부모와 자</b>	<b>452</b>
1. 친자관계	452
2. 친권과 상속	454

**Section 05 상속법 ... 455**

<b>01 상속의 의의</b>	<b>455</b>
1. 상속의 개시	455
2. 상속의 유형	455
<b>02 유언</b>	<b>456</b>
1. 유언의 의의	456
2. 유언방식	456
<b>03 상속인</b>	<b>458</b>
1. 상속인의 자격	458
2. 법정상속인 순위	459
3. 대습상속	459
<b>04 상속분</b>	<b>460</b>
1. 상속분의 의의	460
2. 유류분 제도	460
3. 상속분의 조정	461

<b>05 상속의 승인과 포기</b>	462
1. 상속의 승인	462
2. 상속의 포기 효과	463
3. 상속상황에 따른 적절한 합리적 선택	463
 <b>기출문제</b>	464

Chapter  
**06** 사회법

**Section 01** 노동법 ... 484


<b>01 노동법의 의의 및 목적</b>	484
1. 노동법의 의의	484
2. 노동법의 목적	484
<b>02 노동법의 헌법상 근거와 체계</b>	485
1. 근로의 권리	485
2. 노동 3권(헌법 제33조)	485
3. 노동법 체계	487
<b>03 개별적 근로관계에서 근로자 보호</b>	488
1. 근로기준법의 목적과 효력	488
2. 근로계약의 주요 내용	488
3. 사용자와 근로자의 법률관계	490
4. 미성년자 특별보호	491
5. 모성보호	491
6. 차별금지	492
<b>04 집단적 근로관계에서 근로자 보호</b>	493
1. 노정법의 목적	493
2. 단결권과 노동조합	493
3. 단체교섭권과 단체협약	493
4. 단체행동권과 노동쟁의	494

# Contents

## 차례

<b>05</b> 노동자 구제방안	496
1. 부당해고와 구제방안	496
2. 부당노동행위와 구제	497

### Section 02 경제법 ... 500

<b>01</b> 독점규제 및 공정거래에 관한 법률	500
1. 도입 배경	500
2. 주요 내용	500
<b>02</b> 소비자 보호	501
1. 소비자의 8대 권리	501
2. 취소 및 철회권	501
3. 소비자 구제방안	502
 기출문제	504

## Chapter 07 국제법


### Section 01 국제법 ... 512

<b>01</b> 국제법의 법원	512
1. 법원의 의미	512
2. 유형	512
<b>02</b> 국제법의 지위와 성격의 헌법상 근거	513
1. 헌법 제6조 제1항	513
2. 헌법에 의하여 체결·공포된 조약	513
3. 일반적으로 승인된 국제법규	513

<b>03</b> 인권보장의 현대적 경향과 현대적 상황	514
1. 배경	514
2. 인권보장의 현대적 경향	514
3. 인권보장의 현대적 상황	515

**Section 02**    **국제사법**    ... 516

<b>01</b> 국제사법의 목적 및 규율하는 법률관계	516
<b>02</b> 국제재판관할 결정(국제사법 제2조)	516
1. 국제재판관할권 결정	516
2. 본국법 결정(국제사법 제3조)	516
3. 외국법의 적용 및 배제	517
4. 준거법의 범위(국제사법 제6조)	517
5. 대한민국 법의 강행적 적용(국제사법 제7조)	517

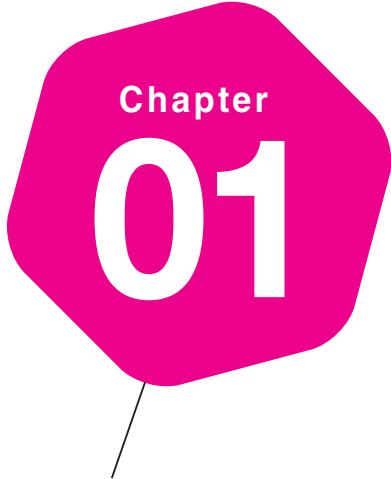
 기출문제	518
--	-----

# Jump-UP

법학교육







# 법의 기초

- Section 01 법의 의의와 이념
- Section 02 법원과 법의 체계
- Section 03 법의 적용과 해석
- Section 04 법률관계 : 법이 규율하는 사회적 관계



Chapter  
**01**

# 법의 기초

## 가 실정법의 의의

현재 우리가 살고 있는 세계의 대부분은 관습, 도덕을 지키며 살아간다고 보기 어려울 뿐만 아니라 모호한 자연법이 우리의 삶을 규율한다고 볼 수도 없다.

## 나 법치주의

현실적인 삶은 실정법이 대부분 규율하고 있는데, 실정법은 다양한 정치적 상호작용을 통해 의회가 만드는 것이 원칙이다(법률의 우위). 정치과정을 통해 만들어진 법에 따라 행정부는 집행하고(법률에 의한 행정), 사법부는 법에 따라 재판을 한다(법원에 의한 재판). 이처럼 의회가 만든 법이 행정부와 사법부에 의해 실현되어 가는 과정이 법치주의이다.

## 다 법의 해석

법의 집행과 재판은 법의 해석을 통해서 이루어진다. 특히, 재판과정에서 법의 해석은 가장 기본적인 것이다. 이런 법의 해석을 바탕으로 재판의 대상이 되는 사건에 관련되는 법을 적용한다. 사법부가 재판을 할 때 기본적인 대원칙이 증거재판주의이다. 증거는 법과 관련되는 사실을 입증하는 것으로, 때로는 입증이 어려운 경우가 있다. 이 경우를 대비하여 만들어 둔 법적 장치가 추정과 간주이다. 이와 같이 재판부는 사실의 입증, 추정, 간주 등을 통해서 사실을 확정된 후 법원(法源)에서 확정된 사실에 적용할 법을 찾아 적용할 때 주의할 사항이 있다.

## 라 법 적용원칙

상위법과 하위법을 구분하고(상위법 우선의 원칙), 일반법과 특별법의 관계를 따져 특별법을 적용하고(특별법 우선의 원칙), 신법과 구법을 비교하여 신법을 적용할 것인지를 결정하고(신법 우선의 원칙), 신법을 적용하는 것이 소급효 금지의 원칙에 반하는 것은 아닌지를 판단해야 한다. 이러한 법의 수립과 적용과정이 법치주의이다.

## 마 법교육지식의 주요 내용

이와 같이 법치주의에 따라 적용되는 법이 국내에서 작용하면 국내법이 되고, 국제 사회에서 기능을 수행하면 국제법이 된다. 하지만 국제 사회의 무정부성으로 인해 국내법만

크의 강제력과 집행력을 국제법에 기대할 수는 없다. 법교육학의 주요 내용은 기본적으로 주권을 염두에 둔 국내법으로서, 실정법인 국내법은 크게 공법(公法), 사법(私法), 사회법(社會法)으로 분류할 수 있다.

**바 공법**

공법은 국가와 사회의 관계를 규율하는 법으로 헌법, 행정법, 형법, 각종 소송법 등이 주요 내용이다. 헌법은 국가와 사회의 관계를 가장 추상적·총체적으로 기본적인 방향을 제시하고 있는 법이다. 행정법은 공동체의 유지와 발전을 위해 사회에 권력적으로 개입하는 것을 규율하는 법이다. 형법은 야경국가로서 국가의 기능을 수행하는 데 필요한 법이다. 각종 소송법 역시 국가가 권력기관으로서 사회를 강제할 수 있는 절차법이다.

**사 사법**

한편 사법은 사회적 관계를 규율하는 법으로서 대표적인 것이 민법, 상법 등이다. 따라서 전적으로 자유를 누리는 개인들 간의 다툼이 벌어졌을 때 보충적으로 적용되는 법이다.

**아 사회법**

하지만 사법이 이렇게 보충적으로만 적용되었을 때 사회적 약자가 피해를 보는 경우가 많이 발생하였고, 그 결과 나타난 법이 사회법이다. 사회법은 사회적 강자와 사회적 약자라는 사회적 관계의 형평을 추구하는 법으로서 대표적인 것으로는 경제법, 노동법 등이 있다.

**자 법교육내용학 지식구조**

자연권 보장 ⇒ 정치현상 ⇒ 실정법 법률관계			
국가와 사회의 관계 (법치주의)	공법	헌법	헌법적 관계, 기본질서, 기본원리, 기본권, 통치구조, 헌법재판
		행정법	행정법적 법률관계, 법치행정, 행정작용, 행정강제, 행정구제
		형사법	형사상 법률관계, 죄형법정주의, 범죄성립, 형사절차
사회적 관계 (사적 자치)	사법	민법	민법상 법률관계, 민법총칙, 채권, 물권, 친족권, 상속권
사회적 관계에 국가의 개입	사회법	경제법	경제법상 법률관계, 공정한 경쟁, 사회적 약자 보호
		노동법	노동법상 법률관계, 노동자의 권리 보호
국가와 국가의 관계	국제법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국제법규</li> <li>• 국제관습</li> <li>• 국제조약</li> </ul>	국가 간의 이익 도모



Section

# 01

## 법의 의의와 이념

### 01 법의 의미와 특징 : 기능적인 특징

#### 1. 법의 필요성과 법의 지배

##### (1) 법의 필요성 : 갈등해결, 질서유지, 권리보호

“사회가 있는 곳에 법이 있다.”는 법의 필요성과 관련된 유명한 법 격언이다. 이 격언의 의미는 법의 구체적인 내용이 다르더라도 시간과 장소를 초월하여 모든 사회에 요구되는 것이 법이라는 것이다. 예컨대 고대 그리스의 아리스토텔레스도 사람들 사이의 갈등을 해결하는 방안으로 법을 강조하였고, 준법을 덕성으로 제시하였다.

만약 법이 없다면, 사람들은 저마다 자신의 가치와 이익만을 주장하게 되어 갈등하게 되고 사회는 큰 혼란에 빠질 수 있다. 법은 모두의 이익과 가치를 조정해 준 정치의 결과로 만들어지는 공적인 것이다. 따라서 법의 내용이 자신의 가치와 이익에 맞지 않는다는 이유로 사람들이 법을 지키지 않는다면, 그 사회의 질서는 유지될 수 없을 것이다.

##### (2) 법의 지배 : 권리를 보장하기 위한 사법권과 실정법이 필요 ⇨ 법의 지배

이러한 법이 필요한 이유는 다양한 가치와 이익을 추구하는 인간들은 불완전하고, 그 불완전함으로 인해 갈등하고, 이 갈등을 해결하는 과정에서 폭력 등과 같은 방법으로 다른 사람, 사회, 국가 등에 해를 끼칠 수 있기 때문이다. 이런 불완전함을 근거로 영국의 철학자 로크는 “자신의 권리를 보다 효율적으로 누릴 수 있기 위해서는 법과 정부가 필요하다.”라고 하였다. 이는 사법권이 부재한 자연상태에서는 각자의 권리를 온전하게 보호할 수 없는 불완전한 상태이기 때문이다. 이런 불완전한 상태를 극복하기 위해서는 갈등과 분쟁을 해결할 수 있는 법이 있어야 하고, 그 기준을 적용하여 진정한 권리자를 보호해 줄 사람이나 기관이 필요하며, 나아가 진정한 권리자의 권리를 보호하고 보장해 줄 권력이 있어야 한다.

이와 같이 법으로 갈등과 분쟁을 해결하여 권리를 보호하는 것을 법의 지배라고 한다. 민주주의 사회에서 법은 자기 지배의 결과물이며, 각 구성원들은 자기 지배의 결과물인 법을 존중하고 따라야 한다. 이때의 법은 누구에게나 동일한 것이며, 법 위에 군림하는 자는 존재할 수 없다.

## 2. 법의 의미 및 특성

### (1) 법의 어원 : 정의롭고 공정한 법칙의 의미를 지닌 사회규범

법의 어원은 다음과 같다. 그리스어로는 ‘Physis(법칙)’이고, 라틴어로는 ‘Jus(정의, 옳음)’이다. 이를 종합적으로 정리해 보면 법은 ‘정의로운 법칙’ 또는 ‘옳은 법칙’이다. 이런 자연법적인 정의를 인간의 이성으로 정립한 것이 법률(Nomos)이다. 따라서 인간 스스로 판단해 보았을 때 정의롭고 공정한 법칙이 법이라고 할 수 있다. 이때의 법은 정치공동체 구성원들의 지혜와 합의의 결과물로서, 개인이나 지역 단위의 법칙이 아니라 정치공동체와 구성원 전체를 구속하는 사회규범인 것이다. 따라서 정치공동체와 구성원 전체는 법에 복종해야 한다.

### (2) 사회규범인 법의 특성

#### ① 정치공동체(통치권)와 구성원들을 복종시키는 법

정치공동체와 구성원들이 모두 법에 복종해야 한다는 것은 법이 강제력을 지닌다는 것을 의미한다. 법이 정의롭고 공정한 법칙이라는 점에서 정치공동체 구성원들의 자발적인 복종을 이끌어낼 수 있다. 하지만 언제든지 만인의 만인에 대한 투쟁상태가 될 수 있는 상태, 극대로 변할 수 있는 통치권을 감안할 때 정치공동체 구성원들에게 자발적인 복종만을 기대할 수 없다. 따라서 사회의 안정과 발전을 위해서 법은 정치공동체의 통치권과 구성원들을 강제할 수 있는 사회규범이어야 한다. 이런 필연성을 감안하여 라 드브루흐는 법이란 국가권력을 기초로 한 강제력을 가진 사회규범이라고 정의하였다. 이런 정의에 비추어 보면 법은 사회성, 조직성, 강제규범성을 지닌다.

#### ② 사회성 및 조직성 : 사회를 체계적으로 조직화하는 기능

사회성 및 조직성 측면에서 법은 사람들의 생활을 체계적으로 구성하여 조직화하는 규범이다. 규범은 공동체를 어떻게 운영할 것인지, 정치적 차원의 조직들을 어떻게 구성하고 운영할 것인지에 대해 정한다. 그리고 공동체 구성원들이 사람들과 더불어 살아가기 위해 필요한 규칙들을 제시하고, 그 규칙을 어겼을 경우에는 책임을 묻기 위해 제재를 가한다.

#### ③ 강제규범으로서 법의 구조 : 행위규범, 조직규범, 재판규범

강제규범성 측면에서 법의 본질은 강제력(정당성)에 있는데, 강제력의 근거는 신의 뜻, 인간이성, 지배자 통치, 강자의 힘, 합의 등 역사 속에서 다양하게 제시되었다. 이런 법의 구조는 세 가지 내용으로 구성되어 있는데, 그 내용은 다음과 같다. 법은 사람들이 할 수 있는 행위를 정해주고, 이렇게 정해진 규칙을 어기지 못하도록 강제한다(행위규범). 행위를 강제하는 힘은 법에 의해 조직된 정부가 지니게 된다(조직규범). 이런 물리적인 힘은 재판을 통해서 이루어지는데, 재판의 기준이 되는 것이 법이다(재판규범).



#### ④ 법과 도덕의 구별 : 실정법 대 자연법

법은 정치공동체 전체의 지혜와 합의의 결과를 강제하기 위함이라고 한다면, 도덕은 무엇이 선인지에 대한 주관적 판단이다. 그 결과, 일반적으로 법은 외면적 행위와 결과를 중시하지만 도덕은 내면적 양심과 동기를 중시한다. 또한 법은 강제성을 가지지만, 도덕은 자율성을 중시한다. 이런 점을 감안하여 순수 의미의 법과 도덕을 비교해 보면 다음과 같다.

구분	법	도덕
객관성 및 일반성	동기와 행위를 공식적으로 제시	동기와 행위를 개인 스스로 결정
실천 방안	통치권이 개인에게 법을 적용	개인이 스스로 개인에게 적용
책임	행위로 인한 결과에 대해 법적 책임	행위로 인한 결과에 대해 비난, 사적 복수
자율성 여부	타율성을 전제로 하는 자율성	자율성을 전제로 하는 자율성 또는 타율성
강제성 여부	법 집행의 강제성, 법 준수의 자율성	도덕 준수의 자율성, 타율적 도덕

하지만 법과 도덕이 서로 무관한 순수한 형태로 존재하는 것만은 아니다. 역사적으로 도덕이 법에게 그만큼 많은 영향을 미쳤기 때문이다. 법과 도덕이 일치되는 경우, 법과 도덕이 서로 중복되는 윤리나 법, 최소한의 도덕으로서의 법, 최대한의 도덕으로서의 법과 같은 다양한 모습으로 나타난다.

### 3. 법의 기능

#### (1) 분쟁 해결 기능

법은 분쟁을 해결한다. 분쟁의 당사자들은 저마다 나름의 논거를 제시하면서 자신에게 유리한 방향으로 갈등을 해결하고자 할 것이므로, 판단기준은 객관적이고 공정해야 한다. 즉, 법은 공적인 관심사의 결과물이다. 따라서 공적인 관심사로 볼 수 없는 도덕, 관습<sup>1)</sup>, 종교 등은 넓은 영토와 많은 인구로 구성된 현대 사회의 분쟁을 합리적으로 해결할 수가 없다.

#### (2) 평화와 질서 유지 기능

법은 사회의 평화와 질서를 유지하는 기능을 하는데, 이 기능은 분쟁 기능의 결과적인 측면이라고 할 수 있다. 법을 통한 질서 유지 기능의 대표적인 경우는 범죄로부터 개인적 법익, 사회적 법익, 국가적 법익을 보호하는 형법이다.

1) 관습법은 사회적 관행이 계속되어 법적 확신 내지 법적 인식을 획득한 사회규범을 말한다.

### (3) 공익과 공공복리의 추구 기능

법은 공익과 공공복리를 추구한다. 앞서 밝힌 바와 같이 공적 관심사에 대한 정치적 결과물이 법이라고 했을 때, 그 법의 내용은 공적인 것이다. 이런 측면에서 법치주의는 공적인 것의 표현이고, 그 내용은 공익과 공공복리에 관한 것이다. 만약 자의적으로 법을 만들거나 다수의 구성원의 자유와 권리를 통제할 목적으로 만들어지는 법은 공적인 것이라고 할 수 없다. 이것은 법의 타락이며, 이런 법의 타락을 막기 위해서 둔 대표적인 제도가 헌법재판소이다. 헌법재판소는 법이 타락하지 못하도록 규범을 통제하는 기능을 한다.

### (4) 정의와 인권 수호 기능

법은 정의와 인권을 수호하는 기능을 한다. 일찍이 인간은 자신의 결핍을 보완하기 위해 공동체를 만들었고 공동체를 통해서 인간의 이상향, 즉 존엄성과 행복을 실현하고자 하였다. 즉, 인권을 보장받는 것이며, 정의가 실현되지 않으면 인권보장이 효과적으로 이루어질 수 없다. 이를 위해 고대 그리스 때부터 공동체에서 발생하는 갈등과 분쟁을 정치적으로 해결하는 과정을 통해 법을 만들어 인간의 이상을 실현하고자 했다. 근대에 와서는 시민들이 정의와 인권을 법의 형식으로 약속받았다. 법은 정치적 자유를 보장하였고, 각종 재판제도 및 청원제도 등은 정의 및 인권 수호를 위한 공식절차를 규정하였다.

#### 생각해 볼 문제

- ▶ 라드브루흐가 규정한 법의 의미를 서술하시오.
- ▶ 국가가 집행하는 법의 본질이 무엇인지 쓰시오.
- ▶ 법에 복종해야 하는 대상들이 구체적으로 누구인지 열거하시오.
- ▶ 도덕이 법에 어떤 영향을 미치게 되었는지 구체적인 사례를 들어 설명하시오.

## 02 법이념

### 1. 정의 : 윤리

#### (1) 정의의 본질 : 각자의 몫은 각자에게

정의는 인간 생활 최고의 궁극적·절대적 가치로서, 인간이 이루고자 하는 최고의 가치를 의미한다. 역사적으로 다수의 학자들이 제시한 ‘정의’들을 정리해 보면, ‘정의’의 본질은 ‘각자의 몫은 각자에게’라는 표현이라고 할 수 있다. 즉, 정의의 본질은 평등이다.



## (2) 아리스토텔레스의 정의

### ① 일반적 정의

인간의 심정 및 행동을 정치공동체의 일반원칙에 적합하게 하는 것을 의미한다.

### ② 특수적 정의 : 평균적 정의와 배분적 정의

아리스토텔레스는 정의를 평균적(형식적) 정의와 배분적(실질적) 정의로 구분하여 설명하였다.

#### ㉠ 평균적 정의 : 절대적 · 산술적 평등

평균적 정의라는 것은 절대적 · 산술적 평등을 의미한다. 평균적 정의는 모든 사람을 동일하게 대우하는 형식적인 평등으로, 이것은 절대적 · 산술적 평등을 기초로 한다. 인간은 누구나 동일한 가치를 가지기 때문에 평등하게 다뤄져야 하는 것이 평균적 정의이다. 예컨대 일정한 연령에 도달하면 누구에게나 1표의 선거권을 부여한다. 헌법에서는 토지 수용에 있어서 정당한 보상을 규정하고 있다. 또한 매매를 할 때 대등한 당사자는 동등한 대가를 교환한다. 불법행위로 손해를 야기한 자는 손해와 동등한 수준의 손해배상을 해야 한다.

#### ㉡ 배분적 정의 : 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게

평균적 정의는 모든 영역에서 정의를 실현할 수 없으며 오히려 불만을 유발하고 갈등을 부추길 우려가 있다. 따라서 각 구성원들의 노력과 희생을 비교하는 것이 필요할 때가 있다. 즉, '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 취급하는 비교적 정의가 필요하다. 이런 비교적 정의가 바로 배분적 정의이다. 따라서 배분적 정의는 상대적 · 비례적 평등을 의미한다.

배분적 정의는 구성원들이 서로 다른 능력과 가치를 가지고 있음을 전제로 각 개인을 다르게 취급한다. 예컨대 전과자의 가중처벌, 유공자와 비유공자를 다르게 대우하는 것 등이다.

정의 = 평등 (각자에게 각자의 몫을 나누어 주는 것)	
모든 것을 동등하게 (같은 것도, 다른 것도 모두 같게 취급)	같은 것은 같게, 다른 것은 다르게
절대적 평등, 형식적 평등	상대적 평등, 실질적 평등
선거권, 손해배상	성과급, 국가유공자 제도



## 2. 합목적성 : 공리, 개별화 경향

### (1) 합목적성의 의미 : 실질적 정의

법이념으로서의 정의는 평등을 의미하지만, 이것은 취급의 비례를 의미할 뿐 구체적인 취급의 내용이나 방식, 기준에 대해서는 말해주지 않는다. 즉, 무엇이 같고, 무엇이 다른지에 대해서는 확실한 내용이 없다. 이에 따라 법이념으로서 합목적성이 필요하게 된다.

### (2) 합목적성의 의미 : 무엇에 따라 평등을 실현할 것인가?

실질적 정의로서 합목적성이란 목적에 맞도록 방향을 설정하는 것으로, 법이 따라야 할 가치 또는 기준을 의미한다. 즉, 정의의 실질적 의미가 바로 합목적성이다.

정의의 실질적 의미는 시대와 사회의 지배적 가치에 따라 결정된다. 그동안 역사적 과정에서 나타난 대표적인 가치로는 개인주의(자유주의), 공동체주의, 문화주의 등이 있는데, 개인주의는 개인의 자유를 우선시하는 것이고, 공동체주의는 공동체를 우선시하는 것이며, 문화주의는 그 공동체의 문화적 유산을 중시하는 입장이다.

#### ✦ 합목적성과 가치

구분	중요하게 생각하는 가치	강조하는 내용
개인주의	자유	기회
공동체주의	공동체의 가치	결과
문화주의	생활양식	

## 3. 법적 안정성 : 부정의로운 법은 무질서보다는 낫다(괴테). 법의 기능 및 형식

### (1) 합목적성의 문제점과 법적 안정성

합목적성(실질적 정의)은 시대와 사회의 지배적 가치관에 따라 달라진다는 점에서 상대적이며, 또한 개인마다 다른 가치를 추구한다. 이런 가치들에 따라 법이 수시로 바뀐다면 어떤 일이 발생할까? 이런 가치들의 차이는 갈등과 분쟁을 유발해 사회를 혼란에 빠뜨릴 수 있다. 이런 위험을 막기 위해서 법적 안정성이 법의 이념으로 제시된다.

### (2) 법적 안정성의 의미

#### ① 생활 안정성 보장 : 현 상태와 기득권 보호

법적 안정성이란 법이 보호하는 생활의 안정성을 말한다. 즉, 법적 안정성은 구성원들이 예측 가능한 범위 내에서 법이 국민의 생활관계를 안정시킬 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이런 법적 안정성은 현 상태와 기득권을 보호하고자 하는 것으로, 관련된 제도로는 공소시효, 소멸시효, 취득시효, 소급효 금지 원칙 등이 있다.



## ② 공소시효

공소시효는 형사시효의 하나이다. 공소시효가 완성되면, 실체법상 형벌권이 소멸되므로 검사는 공소를 제기할 수 없게 되고, 만약 공소제기 후에 이러한 사실이 발견된 때에는 실체적 소송조건의 흠결(欠缺)을 이유로 면소(免訴) 판결을 하게 된다(형사소송법 제326조).

## ③ 소멸시효

소멸시효란 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리 불행사의 상태를 일정 기간 계속함으로써 권리소멸의 효과를 생기게 하는 제도이다. 취득시효와 함께 널리 시효라고 불린다.

## ④ 취득시효

취득시효란 타인의 물건을 일정 기간 계속하여 점유하는 자에게 그 소유권을 취득케 하거나 소유권 이외의 재산권을 일정 기간 계속하여 사실상 행사하는 자에게 그 권리를 취득케 하는 제도이다.

## ⑤ 소급효 금지의 원칙

소급효 금지의 원칙은 법규가 시행된 이후의 행위에 대해서만 그 법규를 적용해야 하고 법 시행 이전의 행위에 대해서 소급적용해서는 안 된다는 원칙이다. 이는 국민들로 하여금 법적 안정성을 부여하고, 예측 가능성을 담보하게 됨으로써 국민들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다.

### (3) 법적 안정성을 유지하기 위한 법의 요건

#### ① 법 내용의 명확성

법 내용이 명확해야 한다. 법이 다양하게 해석될 수 있다면 혼란을 초래할 수밖에 없다.

#### ② 국민의 법의식과 일치하는 법 내용

법의 내용이 국민의 법의식과 일치되어야 한다. 국민의 법의식과 일치하지 않는 법 내용은 국민들로부터 지지를 받을 수 없다.

#### ③ 실현 가능한 법 내용

법 내용이 실현 가능한 것이어야 한다. 법이 만약 실효성이 없는 것이라면 국민 대다수가 법을 지키지 않을 것이다.

#### ④ 쉽게 변경되지 않는 법

법이 쉽게 변경되어서는 안 된다. 오늘과 어제에 따라 불법과 합법이 바뀌면 구성원들은 안정된 생활을 할 수 없다.

(4) 법적 안정성의 한계

법적 안정성을 지나치게 강조할 경우 구체적 타당성이 결여되어 심한 경우에는 부정의한 법도 법으로 유지되는 경우가 발생할 수 있다.

4. 법이념 상호 간의 관계

(1) 법 내용적 측면과 법 기능적 측면(김향기, 2008:25-26)

법이념은 법 기능적인 측면의 이념과 법 내용적인 측면의 이념으로 나눌 수 있다. 정의와 합목적성은 법 내용적인 측면의 이념이고, 법적 안정성은 법 기능적인 측면의 이념이다.

(2) 상호 간 긴장 · 모순관계임과 동시에 상호보완 및 협력관계

정의만을 강조하면 법적 안정성이 훼손되고, 법적 안정성만 강조하면 정의가 사라진다.

(3) 극단적인 경우

① 정의를 극단적으로 강조하는 경우

“세상은 망하더라도 정의는 세우라. 정의만이 통치의 기초이다.”

② 합목적성을 극단적으로 강조하는 경우

“국민이 원하는 것이 법이다. 민중의 행복이 최고의 법률이다.”

③ 법적 안정성을 극단적으로 강조하는 경우

“악법도 법이다. 정의(법)의 극치는 부정의(불법)의 극치이다.”

(4) 법이념 간의 조화

법이념 간의 조화를 추구하되 가장 우선적으로 고려해야 할 것은 정의이다. 정의롭지 않은 법을 통해 법적 안정성을 보장할 수 없기 때문이다.

(5) 우리 헌법의 태도

① 헌법 제37조 제2항 조문

국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하지 못한다.

② 의의

법의 이념인 자유와 권리, 공공복리, 질서유지, 국가안전보장의 상관관계를 규정한 것이다.



- ③ 해석 : 자연법 원리에 따라 기본권의 천부인권성 인정과 본질적 내용 침해 금지 규정 정의·합목적성·법적 안정성이 충돌하는 경우, 이의 조화로운 조정을 원칙으로 하면서 궁극적으로는 정의의 원칙인 인간의 자유와 권리의 본질적 내용을 우선한다고 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

## 5. '악법도 법인가'에 대한 논쟁

### (1) 자연법주의

정의를 무시하는 법은 법률의 모습은 띠고 있으나 불법이다. 따라서 더 이상 법으로서의 효력은 인정될 수 없다.

### (2) 법실증주의

법이 적법한 절차에 따라 제정된 경우 악법도 법이라고 할 수 있다. 다만, 국민은 도덕적 양심에 따라 악법을 거부하고 저항할 수 있다.

#### 생각해 볼 문제

- ▶ 평균적 정의가 반영된 법적 제도들을 제시하시오.
- ▶ 합목적성이 야기할 수 있는 문제점에 대해 설명하시오.
- ▶ 법적 안정성을 보장받기 위한 요건을 제시하시오.
- ▶ 법적 안정성의 문제점에 대해 설명하시오.
- ▶ 침해를 금지하고 보호하는 것과 관련된 법이념이 무엇인지 쓰시오.
- ▶ 행정법에서 특히 강조되는 법이념이 무엇인지 쓰시오.
- ▶ 법이념 상호 간의 관계에 대해 헌법 제37조 제2항이 취하고 있는 태도를 설명하시오.

### 03 법의 효력(법의 현실적 실현 가능성의 문제)

1. 실질적 효력 : 국민들의 삶에서 법이 실효성을 갖기 위해서는 타당한 법이어야 한다.

(1) 타당성과 실효성의 의미

타당성이란 법이 구속력을 가질 수 있는 정당한 자격 내지 권능을 의미하며, 실효성이란 법이 현실로 지켜지고 실현되는 것을 의미한다.

(2) 타당성과 실효성의 관계 : 법이 실질적 효력을 갖기 위해서는 타당성과 실효성이 모두 필요

타당성이 없는 법은 실효성이 있다 하더라도 악법에 불과하고 반대로 실효성이 없는 법은 타당성이 있다 하더라도 실정법으로서의 임무를 다하지 못하면 하나의 공문에 불과하게 되므로 법이 효력을 갖기 위해서는 규범적 타당성과 사실적 실효성을 동시에 갖추어야 한다.

(3) 법의 실질적 효력의 근거와 관련되는 학설 : 사회계약설

현재 법의 실질적 효력 근거는 여러 학설 중에서 주로 사회계약설에서 찾는다. 사회계약설에 따르면 국민은 개인의 자유를 보호하기 위해 국가와 계약을 맺고, 계약의 당사자인 국가는 위임받은 권한에 따라 국민들을 보호할 수 있는 법을 만들어 집행하는 것으로 본다.

### 2. 형식적 효력

(1) 형식적 효력의 의미 : 존재하는 법의 효력범위 문제 ⇨ 시간, 사람, 장소

법의 형식적 효력으로는 시간에 대한 효력, 사람에 대한 효력, 장소에 대한 효력이 있다. 즉, 법의 형식적 효력은 효력범위를 정하는 문제이다.

(2) 시간적 효력

법이 언제부터 언제까지 법으로서의 효력을 가지느냐의 문제이다. 시간적 효력은 법률안의 의결 제정에서부터 관보의 공포, 그리고 시행과 폐지에 이르는 것을 말한다.

① 법의 시행

법의 효력은 시행일부부터 폐지일까지 계속된다. 법의 공포일부부터 시행일까지의 기간을 ‘주지기간’이라고 하며, 시행일부부터 폐지일까지의 기간을 ‘시행기간’ 또는 ‘유효기간’이라고 한다.



## ② 법의 폐지

법의 효력을 없애는 것을 폐지라 하며, 폐지 사유에 따라 명시적 폐지와 묵시적 폐지가 있다.

### ㉠ 명시적 폐지 : 한시법 ⇨ 추급효의 문제

명시적으로 폐지되는 대표적인 사례가 한시법이다. 한시법<sup>2)</sup>은 법 제정 시에 효력의 종기를 정하여 특정 시기에 특정 사건에 대해 규율하면서, 언제부터 효력이 상실되는지를 명시해 놓는다. 예컨대 “이 법은 시행된 날로부터 1년이 경과한 날로부터 효력을 상실한다.”와 같이 규정한다.

### ㉡ 묵시적 폐지

묵시적으로 폐지되는 것은 신법이 자연스럽게 구법을 폐기하는 경우이다. 즉, 동일한 사항에 대하여 동일한 형식을 가지는 신법과 구법이 공존할 때, 구법이 자연스럽게 신법에 의해 폐기되는 것을 말한다.

## ③ 경과법 : 구법의 효력 지속을 규정하고 있는 법

신법이 만들어졌을 때 구법이 즉시 폐지되지 않고 구법의 효력을 일정 기간 동안 유지시키는 경우가 있는데, 이런 규정을 두고 있는 법을 경과법이라고 한다. 법령의 제정 및 개폐가 있었을 때, 구법 시행 시의 사항에는 구법을 그대로 적용하고, 신법 시행 후의 사항에 대해서는 신법을 적용하는 것이 원칙이지만, 구법 시행 시에 발생한 사항이 신법 시행 후에도 계속 진행되고 있다면 구법, 신법 중에 어느 것을 그 사항에 적용해야 하는지가 문제된다. 이 점을 해결하기 위해서 등장한 것이 경과법이다.

## ④ 법률불소급의 원칙

### ㉠ 의미 : 신법의 소급효 제한

묵시적 폐지와 같이 신법이 자연스럽게 구법을 폐지시키는 경우도 있지만, 신법의 효력이 제한되는 경우도 있다. 이 경우가 바로 법률불소급의 원칙이다. 법률불소급의 원칙은 새로 제정된 법률이 그 이전에 발생한 사실에 소급하여 적용되지 아니한다는 것을 말하는 것으로, 이 원칙은 법률생활의 안정과 기득권 존중의 요구로 인정되는 것이다. 특히 죄형법정주의를 기본으로 하는 형사법에서 법률의 소급효는 엄격히 금지된다. 그러나 법률불소급의 원칙이 절대적인 것은 아니다. 사회의 실정이나 국민의 정의 및 형평의 요구가 있을 때에는 소급효를 인정하는 예외도 있다.

2) 이 법이 거의 폐지된다는 생각에 범죄가 급증하게 되는데, 이때 “법 폐지 이후에도 이 법의 효력을 계속 인정할 것인가?”라는 ‘추급효’의 문제가 발생하게 된다.

㉔ 법률불소급 원칙의 내용 : 사후법 제정금지, 기득권 존중의 원칙

이런 법률불소급의 원칙은 다음과 같은 두 가지 내용을 포함한다.

첫째, 사후법 제정금지이다. 행위 시에는 범죄로 인정되지 않는 것이 사후에 제정된 법률에 의하여 범죄가 될 수 없다(죄형법정주의).

둘째, 기득권 존중의 원칙이다. 구법에 의하여 취득한 기득권은 신법의 시행으로 소급하여 박탈하지 못한다. 이는 역사적으로 사유재산의 확립에 기여하였다.

Plus 알고가기

법률불소급의 원칙

1. 법률불소급의 원칙이 적용되는 경우

헌법에서는 신체의 자유와 참정권에 대해서 소급박탈을 금지하고 있다. 그리고 신체의 자유와 밀접한 관련이 있는 형법과 같은 제재조항을 가진 법에서는 법률불소급의 원칙이 강조되고 있다.

2. 소급입법이 허용되는 경우

주로 법적 안정성의 이익이 별로 없는 경우와 바뀐 법의 적용이 범죄자에게 더 유리한 경우에 법률불소급의 원칙을 적용하지 않는 경우가 있다. 예를 들면, 민법의 경우에는 원칙적으로 소급효를 인정하면서 예외적으로 소급효를 제한하고 있다.

헌법재판소의 결정사례

기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후 입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 과거의 상황에서 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다.

3. 법률불소급의 원칙을 보는 시각

법적 안정성이라는 관점에서 법률불소급의 원칙은 굉장히 중요한 원칙이다. 그러나 이것 역시 가치판단이나 법의 종류에 따라서, 그리고 법이 보호하려는 취지에 따라서 달라진다는 것을 기억해야 한다. 따라서 모든 법에서 법률불소급의 원칙이 적용되는 것이 아니며, 법적 안정성이 무조건 보호되어야 한다는 생각을 가져서는 안 된다.



### (3) 장소적 효력

#### ① 장소적 효력의 의미

장소적 효력이란 우리의 법률이 자국 영토 내의 모든 사람, 사물, 사건 등에 적용되는 속지주의를 말하는 것으로, 우리나라는 속지주의를 기본원칙으로 하되 속인주의, 보호주의 등을 가미하고 있다. 그 이유는 우리나라 영토만을 기준으로 했을 때 자국 국민에 대한 보호나 제재, 외국인이 우리나라의 법익을 침해했을 때 처벌하기 어렵기 때문이다.

#### ② 장소적 효력의 한계 및 확장

##### ㉠ 형법의 속지주의

우리나라 형법은 범죄인의 국적 여부를 불문하고, 자국 영토 내에서 발생한 일체의 범죄에 적용되지만 실질적으로는 북한에는 효력이 미치지 못한다. 하지만 우리나라 영토 밖이지만 외국에 있는 자국의 선박과 항공기는 자국의 영토 연장으로 본다(기국주의). 또한 법률은 모든 영토에 적용되는 반면에 지자체가 제정한 조례와 규칙은 지자체에만 적용된다.

##### ㉡ 형법의 속인주의

형법에서는 범죄지역을 불문하고 자국민의 범죄에 대해 우리나라 법을 적용한다(속인주의).

##### ㉢ 형법의 보호주의

범죄인의 국적, 범죄지역 여부를 불문하고 자국 또는 자국민의 법익을 침해하는 범죄에 대해 우리나라 법을 적용한다(보호주의).

##### ㉣ 형법의 세계주의

반인류적 범죄에 대해 우리나라의 법이 적용된다(세계주의).

##### ㉤ 치외법권 지역

치외법권 지역은 우리나라 영토 내이지만 조약이나 협정에 의하여 우리나라 법 적용이 제한되는 지역을 말한다. 예컨대 ‘대한민국과 미국 사이의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정’에 의해 미군부대에 대한 우리나라 법 적용은 제한된다.

### (4) 인적 효력

#### ① 인적 효력의 의미

인적 효력이란 법이 우리나라의 국민에게 적용되는 속인주의를 말한다.



② 인적 효력의 한계 및 확장

㉠ 대통령의 불소추특권


대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 않는 불소추특권을 가진다.

㉡ 국회의원의 불체포특권

국회의원은 현행범인 경우를 제외하고는 회기 중에 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며, 회기 전에 체포 또는 구금된 때에도 현행범이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중에는 석방되는 불체포특권을 가진다.

㉢ 특별법

공무원법, 근로기준법, 미성년자 보호법 등과 같은 특별법으로서 이 특별법은 모든 국민이 아니라 특정한 국민에게만 적용된다.

생각해 볼 문제 

- ▶ 법이 실질적 효력을 가지기 위해 지녀야 할 조건들을 쓰시오.
- ▶ 자연법과 실정법의 관계를 설명하시오.
- ▶ 소급효 금지의 원칙에 대해 설명하시오.
- ▶ 우리 형법이 장소적 효력의 범위를 벗어나 적용되는 예를 제시하시오.
- ▶ 미문화원에 불을 지른 대학생들에 대한 처벌은 속지주의나 속인주의 중 어느 원칙에 따라 집행되어야 하는지에 대해 설명하시오.
- ▶ 법의 시간적 효력과 관련해서 발생하는 주요 문제를 쓰시오.
- ▶ 우리나라에서 강도를 저지른 미국인에게는 어느 나라의 법이 적용되는지 쓰시오.
- ▶ 미국에서 절도를 저지른 한국인에게는 어느 나라의 법이 적용되는지 쓰시오.