

현대사회의 법과 권리

(강의자료)

2016년 2학기

(화4, 목5,6)

연세대학교

학부교양

제1장 법의 기초이론

제2장 재산관계와 법

제3장 가족관계와 법

제4장 형사관계와 법

제5장 기본권관계와 법

제1장 법의 기초이론

제1절 서론

- “사회가 있는 곳에 법이 있다.”

① 사회 => 법

② 각 ‘사회’ 마다 => 다른 ‘법’이 있음

제2절 법의 기본원리와 가치

I. 법의 의의 및 기능

1. 법의 의의

- 법(法)은 일종의 규칙이며 사회규범의 하나

- 도덕규범, 종교규범, 관습규범 등 다른 사회규범과 구별

- “법이 무엇인가”에 대한 정의를 한 마디로 이야기 하기는 어려움

-> 법의 어원에 관한 라틴어 “ius”, “jus”

독일어 “Recht”

프랑스어 “droit”

동양에서의 법 “法” (𡵓 삼수변, 鷹 해치 치, 去 갈 거)

=> 법은 옳은 것, 즉 정의를 실현하는 사회규범

2. 법의 기능

(1) 분쟁의 해결

- 객관적인 분쟁처리기준으로서 기능

(2) 질서의 유지

- 사회구성원이 안정된 생활을 영위하도록 함

(3) 공익의 추구

- 공익과 공공복리를 추구

(4) 정의와 인권의 수호

- ex) 해태

II. 법의 기본개념과 원리

1. 법의 분류

(1) 대륙법계와 영미법계

1) 대륙법계

- 로마는 일찍부터 정치의 기초가 되는 법문화를 발전시켰고, 이 법문화가 로마주변, 대륙으로 전파됨

-> 이를 대륙에서 형성된 법체계라고 하여 대륙법계라고 함

-> 유럽대륙에 있는 국가들과 이후 대륙법을 계수한 국가들이 대륙법계에 속하는 법질서를 가짐

-> 독일, 프랑스, 일본, 우리나라 등

2) 영미법계

- 로마법은 잉글랜드로도 전파되어 그 곳의 고유법인 보통법(Common Law)과 융합하여 법체계를 형성

-> 이를 영미법계라고 함

-> 영국과 영국인들이 이주하여 건설하고 독립한 국가들(미국, 호주, 캐나다, 뉴질랜드 등)이 이에 속함

(2) 성문법과 불문법

1) 성문법(成文法)

- 입법기관에서 일정한 절차에 따라 조문의 형식으로 제정한 법
문자로 쓰였으며 문서의 형식을 갖춘 법
ex) 헌법, 법률, 명령, 자치법규, 국제조약 등
- 우리나라, 일본, 독일, 프랑스 등은 거의 성문법주의를 취하고 있음
- 우리나라에는 현재 약 4,000여개의 조문화된 법령이 있음

* ‘상위법 우선의 원칙’

- 법단계의 상위법은 하위법에 우선함
- 하위법이 상위법에 모순·저촉되는 경우에는 그 효력이 부인된다는 의미
- 헌법 > 법률(국제조약) > 명령 > 자치법규
- 법률이 그 상위법인 헌법에 모순·저촉되는가에 대한 심사권 -> 헌법재판소 (위헌법률심사권)
- 명령, 조례, 규칙이 법률이나 헌법에 저촉되는가에 관한 심사권 -> 대법원

2) 불문법(不文法)

- 문서화되어 있지 않은 법
대헌장, 권리장전 등과 같이 역사적인 합의 또는 타협이 헌법으로 통용되는 경우
ex) 관습법, 판례법, 조리

관습법	<ul style="list-style-type: none"> - 한 사회에서 그 구성원들에 의하여 장기간 반복적으로 행하여진 행위가 그들 사이에 구속력을 얻어 법적인 효력을 가지는 것으로 확신을 얻은 규범
판례법	<ul style="list-style-type: none"> - 법원의 판결이 계속 쌓여서 만들어진 법 - 법원에서 법관이 행한 판결의 내용이나 취지가 여러 판결을 통해 반복적으로 확인된 경우, 그 판결의 내용이나 취지를 일컫는 것
조 리	<ul style="list-style-type: none"> - 사물의 본질적 법칙 - 많은 사람들이 승인하는 공동생활의 원리인 도리(道理), 사회통념, 선량한 풍속, 기타 사회질서라는 말로 표현되기도 함

- 미국, 영국, 오스트레일리아 등은 거의 불문법주의를 취하고 있음
현재 불문법주의 국가들에서도 성문법이 급격하게 증가하고 있음

- 우리나라도 민법 제1조에서 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고, 관습법이 없으면 조리에 의한다”라고 규정하여 불문법의 효력을 인정

(3) 실체법, 절차법

1) 실체법

- 국민의 권리 및 의무의 실체를 규정하는 법
- > 권리 및 의무의 내용, 발생, 변경, 소멸 등을 대상으로 하는 법

ex) 민법, 형법, 상법 등

- 민법 제5조는 “미성년자가 법률행위를 할 때에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다”라고 규정

2) 절차법

- 권리 및 의무를 실현하는 절차를 규정한 법
- > 실체법에 의해 발생된 권리와 의무를 실현하기 위한 법

ex) 민사소송법, 형사소송법, 행정소송법 등

(4) 공법, 사법, 사회법

1) 공 법(公法)

- 국가와 국민 사이의 관계를 규율하는 법

-> 국가나 공공단체 등이 공권력을 행사하는 것에 대해 자세히 규정한 법

ex) 형법, 헌법, 행정법, 형사소송법, 민사소송법 등

2) 사 법(私法)

- 개인과 개인 사이의 관계를 규정한 법

-> 개인 간의 분쟁을 조정하고 피해를 구제하려는 법

ex) 민법, 상법 등

3) 사회법

- 독일의 바이마르 헌법에서 국민의 생활권을 인간이 누려야 할 기본적인 권리로 선언하면서 본격적으로 등장

-> 사회·경제적으로 불리한 입장에 놓인 약자를 보호하는 법

ex) 노동법, 사회보장법, 경제법 등

(5) 헌법, 민법, 형법

1) 헌 법

- 법 중에서 가장 기본이 되는 법
- > 다른 법들과 국가기관들의 원칙이 잘 자리 잡을 수 있도록 하는 기초와 같은 역할을 함
- > 국가의 운영과 모든 법의 제정은 헌법의 테두리 안에서 이루어짐
- 크게 두 가지 내용으로 이루어져 있음
- ① 국가의 통치조직과 통치작용의 원리를 정함, ② 국민의 기본권 보장

2) 민 법

- 사인(私人)들, 즉 국가기관이 아닌 사람들 간의 권리관계에 관한 사항을 법으로 만든 것
- > 이러한 권리관계에 문제가 생기면 민법에 따라 해결
- > 내가 사고 싶은 것을 사고, 먹고 싶은 것을 먹고, 결혼하고 싶은 사람과 결혼하고, 살고 싶은 집에서 사는 것을 어떻게 해결하는가를 정한 것이 민법의 기본정신
- 근대 민법의 3대원칙: ① 사유재산권 존중주의, ② 사적자치의 원칙, ③ 과실책임의 원칙
- 현대에 수정된 원칙: ④ 신의성실의 원칙, ⑤ 권리남용의 금지
- 민법은 개인의 사적인 (i) 재산관계와 (ii) 가족관계에 관하여 정하고 있음
- (i) 재산관계: 재산권의 종류, 계약의 종류 및 내용, 위반시의 효과, 타인에게 미친 손해에 대한 배상 등
- (ii) 가족관계: 약혼, 혼인, 친족, 유언, 상속 등

3) 형 법

- 어떤 행위가 범죄이며, 범죄를 저지른 경우에 어떠한 처벌을 받는지에 관하여 정해 둔 법

ex) 형법 제329조(절도죄)- 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

- ‘**죄형법정주의(罪刑法定主義)**’: 법에 규정된 범죄만이 범죄에 해당하고 처벌을 받는다는 것

-> ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.’

-> 도덕적으로 비난받을 행위라 할지라도 그것이 법률에 규정되지 않는 한 범죄가 되지 않음. 그러므로 어떤 행위가 범죄가 되는지, 또 그러한 범죄를 저지른 경우에 어떤 형벌을 받는지는 명확하게 법률로 정해야 함

-> 형법은 이러한 부분을 명확하게 규정해 놓은 법

- 일반 국민에 대하여 형법에 규정되어 있는 범죄 이외에는 어떤 행위를 하더라도 범죄자로 처벌하지 않겠다고 보장하며, 범죄인에 대해서도 형법에서 정하고 있는 형벌의 범위 안에서만 처벌하겠다고 보장하는 역할을 함

- ① 법률불소급의 원칙, ② 명확성의 원칙, ③ 유추해석의 금지

2. 법의 기본 개념

(1) 법률관계 및 법률행위

- 사람과 사람 사이의 관계를 규율하는 규범이 '법'

-> 사람과 사람 사이의 관계 중에서 법적으로 의미 있는 관계가 '법률관계'

권리 + 의무 = 법률관계

- 권 리: 상대방에게 무엇인가를 요구하거나 행하도록 함으로써 이익을 누리는 것

- 의 무: 반대로 상대방이 요구하는 바를 해 주어야 하는 것

* 법률행위: 권리를 변동시키기 위하여 하는 대표적인 행위 (예: 계약)

(2) 권리능력

- 권리의 주인이 될 수 있는 자격

-> 일정한 이익을 누리기 위하여 법이 인정하는 권리의 주체가 될 수 있는 지위나 자격

-> 보통 출생에서 사망에 이르는 동안 가지는 것으로 함 (민법 제3조)

-> 살아있는 ① ‘**사람(자연인)**’이 가지는 것이 원칙이지만, 사회적·경제적 필요성이 있는 경우에는 ② ‘**법인(法人)**’(일정한 사람의 모임(사단)이나 재산(재단))에게도 권리능력을 부여할 수 있음

[사례1] 가족이 전혀 없는 A는 결혼도 하지 않고 오로지 진돗개 땡칠이와 둘이서 살아왔다. 그런 A가 암에 걸리자 그동안 자신이 모은 재산을 달리 상속받을 사람도 없고 하여, 자신이 죽고 나면 땡칠이에게 모든 재산을 남기겠다는 유언을 하였다. 이러한 유언은 유효한가?

(3) 의사능력

- 이 세상 사람들은 모두 그 권리능력에 있어서는 평등 권리를 가질 자격은 모두에게 있음
- 그러나 권리능력을 가지고 있다고 하여 모든 사람이 계약 등의 법률행위를 하여 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있는 것은 아님
- 권리능력이 있는 사람이 이러한 행위를 할 수 있으려면 일정한 지적 수준에 이르러야 함
 - > 이러한 정신적 능력 내지 지적 능력을 ‘**의사능력**’이라 함
 - > 의사능력이 없는 자의 법률행위는 ‘**무효**’
 - > 의사능력이 없는 자 ex) 정신병자, 만취자 등
- 그러나 의사능력 유무의 판단은 민법에 규정이 따로 없음
 - > 따라서 구체적인 행위와 관련하여 개별적으로 정할 수밖에 없음

[사례2] 1. B는 술에 만취하여 자신이 무슨 소리를 하는지도 모르는 상태에 있었다. 그 상태에서 B는 자신의 다이아몬드 목걸이를 친구에게 공짜로 주기로 약속하였다.

2. 7세의 어린이가 부모로부터 받은 용돈을 가지고 과자를 사 먹었다.

3. 10세의 어린이가 상속받은 부동산을 매각하였다.

(4) 행위능력

- 독자적으로 완전 유효한 법률행위를 할 수 있는 능력
- > 행위능력이 없는 자는 그 자신뿐만 아니라 거래 상대방에게 예기치 않은 손해를 줄 수 있기 때문에 이를 구분할 필요가 있음
- > 따라서 민법은 외부에서도 쉽게 알 수 있도록 일정한 경우에 행위능력이 없는 것으로 일률적으로 취급해 왔음 => '행위무능력자제도'(현행: 제한능력자)

행위무능력자제도: 행위능력 유무를 묻지 않고 행위무능력자라는 사실만으로 그 행위를 '취소'할 수 있도록 한 제도

* 제한능력자 (★행위무능력자)	
① 미성년자	만 19세 미만인 자 (★20세)
② 피한정후견인 (★한정치산자)	사무를 처리할 능력이 <u>부족한</u> 사람으로 일정한 절차를 거쳐 법원에 의하여 심판을 받은 사람
③ 피성년후견인 (★금치산자)	질병, 노령 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 <u>지속적으로 결여된</u> 사람으로 일정한 절차를 거쳐 법원에 의하여 심판을 받은 사람
④ 피특정후견인	<u>일시적</u> 또는 <u>특정한 사무에</u> 관한 후원이 필요한 사람으로 일정한 절차를 거쳐 법원에 의하여 심판을 받은 사람

[사례3] 18세의 C는 하교길에 영어어학테이프를 구입하였다. 이 행위의 효력은 어떠한가?

(5) 자연인과 법인

- 민법상 권리능력이 있는 자: ① 자연인, ② 법인(사단법인, 재단법인)이 있음

① 자연인: 우리가 보통 ‘사람’이라고 하는 ‘생존 중인 사람’

출생에서 사망까지 자연인이라 불림

② 법 인: ‘법이 정한 사람’

법률관계를 간단하게 하기 위하여 어떤 집단이나 재산을 사람처럼 취급하는 경우가 있음. 이런 경우 사람들의 모임이나 어떤 사람이 내놓은 재산을 법인이라 하여 법률에서 사람처럼 다룸

(i) 사단법인: 사람의 집단

(ii) 재단법인: 재산의 집단

(6) 동산과 부동산

① 부동산(不動產): 토지와 건물

② 동 산(動產): 부동산이 아닌 물건

(7) 고의와 과실

① 고 의(故意): 범죄 또는 불법행위의 행위상태 사실을 인식하고, 이러한 범죄 또는 불법행위를 실현하려는 의사

② 과 실(過失): 법률적으로는 어떤 사실(결과)의 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 그것을 인식하지 못한 심리상태

- 민법에서는 고의와 과실을 엄격하게 구분하지는 않으나, 형법에서는 이를 엄격하게 구별

-> 민사상으로는 고의든 과실이든 손해배상을 하도록 함

그러나 형법의 경우 원칙적으로 고의로 범죄를 저지른 경우만 처벌하고, 과실은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한해서만 형사책임을 짐

(8) 무효와 취소

① 무 효: 법률행위에 일정한 흠(하자)이 있어 당사자가 의도한 법률상의 효과가 처음부터 발생하지 않는 것

처음부터 끝까지 그러한 행위가 없었던 것과 같은 효과

② 취 소: 일단 유효하게 성립한 법률행위의 효력을 일정한 사유를 근거로 하여 사후에 처음의 법률행위시로 소급하여 소멸하게 하는 의사표시

ex) 미성년자가 법률행위를 한 경우

3. 법의 기본 원리

(1) 비례의 원칙

- 두 이해관계가 충돌할 경우에 어느 한쪽에 치우치지 않고 균형 있게 양자를 보장하기 위한 원칙

- 헌법상 명시되지는 않았지만 판례를 통해 형성된 원칙

- 국가가 정책 등의 달성을 위해 국민의 기본권을 법률로 제한할 경우: 헌법재판소는 법률의 위헌성 여부를 판단함에 있어 비례의 원칙을 적용

ex) 국가가 토지거래허가구역을 설정하여 국민의 토지 취득을 제한하는 경우, 이는 헌법에 위배되는가?

(2) 적법절차의 원칙

- 법령의 내용은 물론 그 집행절차도 정당하고 합리적이어야 한다는 원칙

- 헌법에 명시 (헌법 제12조 제1항, 제3항)

[헌법 제12조] ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

ex) 미란다의 원칙

(3) 죄형법정주의(罪刑法定主義)

- ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.’
- 아무리 사회적으로 비난받을 만한 행위라고 할지라도 국회에 제정한 법률이 그러한 행위를 범죄로 규정하고 있지 않으면 처벌할 수 없고, 죄에 대해 법률이 규정한 형벌 이외에는 부과할 수 없다는 원칙 (형법의 기본 원리)

① 법률불소급(法律不遡及)의 원칙: 법이 만들어지기 이전의 사건을 법이 만들어진 후에 거슬러 올라가서 처벌할 수 없다는 원칙

-> 법의 소급효를 인정한다면 법적 안정성을 해치고 필요에 따른 소급입법으로 이해당사자들의 신뢰를 깎아 위험이 있기 때문

=> 다만, 이 원리는 국가에 대해 개인의 인권과 권익을 보장하기 위한 것이므로, 신법을 적용하는 것이 사회의 현실에 적합하고 정의관념에 합치되는 경우 등에는 소급적용이 허용될 수 있음 (민법 부칙 제2조 전단¹⁾, 형법 제1조 제2항²⁾)

② 명확성의 원칙: 법률에 있는 명확한 내용을 근거로 처벌해야 함

③ 유추해석의 금지: 비슷한 내용이라고 유추해석해서는 안 됨

1) 민법 부칙 제2조(본법의 소급효) 본법은 특별한 규정이 있는 경우 외에는 본법 시행일전의 사항에 대하여도 이를 적용한다. 그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

2) 형법 제1조(범죄의 성립과 처벌)

① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.

② 범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

③ 재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.

(4) 신의성실의 원칙

- 신의칙(信義則)
- ‘신의성실(信義誠實)’이라 함은 사회공동생활의 일원으로 서로 상대방의 신뢰를 배반하지 않도록 성의를 가지고 행동해야 하는 것을 말함

- 민법은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 따라 성실하게 할 것을 규정

ex) 채무자가 채권자에게 골탕을 먹일 의도로 일부러 수십 개의 동전자루로 빚을 갚는 경우

민법 제2조(신의성실)

① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

[사례4] C는 별장을 지으려고 D의 임야 2,000평을 2,000만원에 사기로 하고 매매계약을 체결, 계약금과 중도금을 치렀다. 그런데 잔금 100만원이 부족하여 C는 D에게 3개월 후에 100만원을 주되 월 5푼의 이자를 물어주기로 하고 등기를 하였다.

그 후 한 달이 지났을 때, 그 일대에 어느 대기업이 쇼핑몰을 짓는다는 소문이 돌자 땅값이 폭등하였다. 이렇게 되자 D는 땅을 싸게 판 것이 억울해서 잔금을 안 주었다는 이유로 계약을 해제한다는 내용증명을 C에게 보냈다.

이 계약은 해약된 것인가?

① 아직 잔금을 치루지 않았으므로 D의 해약 통고로 계약은 해제되어, 땅은 다시 D의 소유가 된다.

② 매매대금 중 못 받은 100만원이 차지하는 비율만큼 D의 소유가 된다.

③ 여전히 C가 땅의 소유권자이다.

(5) 권리남용금지의 원칙

민법 제2조

② 권리는 남용하지 못한다.

- 겉으로 보기에는 권리를 행사하는 것 같지만 실제로는 타인에게 고통을 주기 위한 행위를 막기 위한 원칙

- ‘권리남용’: 외형상으로 허용되는 권리의 행사인 것처럼 보이지만 실질적으로는 권리가 가지고 있는 본래의 사회적 목적을 위반하여 정당한 권리행사로 인정될 수 없는 경우

- 이 원칙을 지키지 않는 권리 행사는 법이 보장하지 않으며, 경우에 따라서는 권리 행사 자체를 불법행위로 보고 상대방에게 손해배상을 하도록 함

[사례5] A는 자기 땅 100평 중 50평을 B에게 떼어 팔았다. B는 A가 지적해 준 위치에 주택을 신축하여 잘 살고 있었다. 몇 년 후 A가 남은 자기 땅에 주택을 지으려고 측량을 해보니 B의 주택 중 안방 부분 약 3평이 자기 땅으로 들어와 있는 것을 알게 되었다.

이에 A는 B에게 주택을 헐고 땅 3평을 내놓든지, 아니면 평당 500만원씩 쳐서 돈을 물어내라고 매일 으름장을 놓고 있다. 응하지 않으면 철거소송을 하겠다고 엄포도 놓았다.

현재 그 땅의 시가는 평당 100만원이라면 B는 어떻게 해야 하는가?

① A의 철거 요구에 응하지 않아도 된다.

② 남의 땅에 집을 지은 이상 철거하든가, A가 부르는 가격으로 땅을 사는 수밖에 없다.