법학기초이론

제1편 법학이론의 기초

제 2 장
법의 연원

목 차

- 제1절 성 문 법
- 제2절 불 문 법

제1절 성문법

- **성문법**

  ❖ 문서로 작성되어 일정한 절차와 형식에 의하여 공포된 법

  ❖ 성문법은 법의 제정을 목적으로 하는 행위, 즉 입법행위에 의하여 제정되어 성립하는 법이므로 이를 제정법이라고도 함

제1절 성문법

- **헌법**

  ❖ 국가의 근본법으로 국가통치의 기본조직과 작용의 원리를 규정하고 국민의 기본권을 보장하는 국가의 최상위법

  ❖ 하위법인 법률, 명령, 규칙 등은 헌법에 저촉되어서는 아니 됨

제1절 성문법

- **법률**

  ❖ 제정권은 헌법 제40조에서 「입법권은 국회에 속한다」고 규정하고 있으므로 입법기관인 국회의 의결을 거쳐 대통령(또는 국회의장)이 서명 · 공포함으로써 제정된 성문법

  ❖ 법률은 헌법보다 하위에 있기에 헌법에 위배되는 법률은 무효

제1절 성문법

- **명령**

  ❖ 명령은 행정권에 의하여 국회의 의결을 거치지 않고 제정 되는 법형식

  ✓ 법규명령 : 법규의 성질을 갖는 명령

  ✓ 행정규칙 : 행정조직 내부에서의 조직이나 절차를 상세히 규율하거나 상급관청이 하급 행정청에 대한 규율 내용을 설정하는 명령

제1절 성문법

- **자치법규**

  ❖ 지방자치단체가 법령과 명령의 범위 안에서 제정하는 자치에 관한 법규로서 조례와 규칙

  ❖ 조례란 지방의회가 제정하는 것이며, 규칙은 지방자치단체의 장이 제정하는 법규

제1절 성문법

- **조약, 일반적으로 승인된 국제법규**

  ❖ 의의

  ✓ 조약이란 명칭 여하를 불문하고 국가 간 또는 국가와 국제기구 간의 문서에 의한 합의

  ❖ 법원성 여부

  ✓ 헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과
  일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력

제1절 성문법

- **조약, 일반적으로 승인된 국제법규**

  ❖ 효력

  ✓ 조약이 헌법보다 우선하는 효력을 갖는다는 주장도 있으나 우리의 통설은 조약 등은 헌법보다 하위이고 법률 또는 명령과 동등한 효력을 가짐

제2절 불문법

- **관습법**

  ❖ 의의

  ✓ 국가 기타의 입법기관의 법정립행위를 기다리지 아니하고 사회 생활 속에서 관행적으로 행하여지고 있는 법

  ✓ 국민 사이에 장기적 · 계속적 관행이 반복되고, 그 관행이 국민 일반의 법적 확신을 얻어 법적 규범으로 승인된 것

제2절 불문법

- **관습법**

  ❖ 관습법의 성립요건

  1. 관행이 있어야 함
  2. 관행이 법적 확신에 의하여 지지되어야 함
  3. 관습이 사회질서에 위반되지 않아야 함

제2절 불문법

- **관습법**

  ❖ 관습법의 효력

  ✓ 관습법이 법규범으로서 효력이 있느냐 없느냐에 관한 것이 아니고, 성문법과 관습법의 관계에 그 효력의 우열에 관한 것을 의미

  ✓ 로마시대에는 관습법 우위 -> 18세기~19세기 성문법주의 채택

제2절 불문법

- **판례법**

  ❖ 법원이 일정한 법률문제에 관하여 같은 취지의 판결을 되풀이하여 내림으로써 성립되는 법규범

  ✓ 첫째, 법적 경험의 저장소와 같은 것이며

  ✓ 둘째, 법원이 법이라고 생각한 것을 구현한 것이며

  ✓ 셋째, 판례의 존중은 질서 있는 법운용의 본질인 계속성과 안정성에 공헌한다고 보기 때문

제2절 불문법

- **조리**

  ❖ 법의 모든 체계에 일관하여 내재하고 있는 객관적인 정의 · 공평의 관념, 즉 법에 내포되어 있는 객관적 타당성을 가지는 근본이념

  ❖ 법실증주의자들은 조리의 법원성을 부인하나, 자연법론자들은 이를 긍정함

제3절 불문법에서 성문법으로

- **불문법에서 성문법으로**

  ❖ 우르남무법전, 함무라비법전 등 초기법은 대개 관습법이 지배

  ❖ 근대에 와서 프랑스혁명 후 프랑스에서 나폴레옹이 민법(1804년)을 비롯하여 많은 법전을 편찬

  ❖ 프러시아 보통국법(1794년)을 비롯하여 독일에서도 근대적 입법사업이 활발히 진행됨

  ❖ 독일과 프랑스를 중심으로 성문법주의가 확립되었고, 영· 미의 불문법주의와 대립하게 됨 -> 법의 발달: 불문법에서 성문법으로 변화