

법의 효력론

- 장애인차별금지법 효력 고찰을 시도하기 위하여 -

발표자 : 김광이

I. 들어가며

법 효력론은 어떤 법이 따를 만한 법인가, 어떤 법이 강제력을 동원할 만큼 정당한 법인가를 묻는 것이다. 여기에는 법에 대한 다양한 가치관이 제시되고, 나아가서 법 질서 및 준수와 법의 존립과 직결된다.

법의 효력을 일반적으로 형식적 효력과 실질적 효력으로 나누어서 말한다. 형식적 효력은 사람, 시간, 장소에 관한 논의로서 실정법에서 규율하는 권리·의무에 관한 것이다. 실질적 효력은 법으로서의 진정한 자격을 추구하고 형성하고자 측면에서의 실효성과 타당성에 관한 것이다.

따라서 법효력의 개념을 살펴본다는 것은 형식적으로 현행법을 분석하는 것이 아니라, 실질적 효력을 갖추기 위해서 법의 정당성 혹은 가치에 대해 고찰하는 것이 된다. 이 글에서는 법 효력의 개념론을 우선 살펴보고, 법이 효력에 대한 근거는 어디에서 나오는가 하는 논의들을 살펴본다. 이어서 장애인차별금지법의 효력을 담보하기 위하여 법효력론에 대입하여 고찰해보고자 한다.

II. 법효력론 개관

1. 법효력의 개념

법 효력의 개념에 대해 대체로 사회학적 효력개념, 법률학적 효력개념, 존재론적 효력개념으로 나누어 설명되고 있다. 즉 법 효력에 대해 학계의 논의를 실효성, 합법성, 당위적 구속성¹⁾으로 분류할 수 있다. 이는 “우리가 따를 만한 법의 자격은 무엇으로 결정되는가”에 관한 문제이다.

1) 사회학적 효력개념

사회학적 효력개념은 법의 실효성을 말하는 것으로 법 효력의 사실적 측면을 중시하는 개념이다. 어떤 법이 효력이 있다는 것은 당위적 구속성이나 규범적 힘을 말하는 것이 아니라, 법의 자격은 법을 따를 필요와 이익 등에 의해 결정된다. 즉 당위적 근거와는 다른 사실적 이유 - 제제에 대한 두려움이나 이해타산, 습관적 준수 등²⁾과 같은 -로 법이 사실적으로 지켜지고 집행되고 있다는 것에 초점을 둔 개념

1) 심헌섭 강경선, 법철학, 한국방송대학교출판부, 1996, p150.

념이다.

사회학적 법효력 개념에서는 법의 실효성은 수범자의 준수와 준수되지 않을 경우에 그에 대한 제재로 구성되기 때문에 보통 사회학적 법실증주의로 불린다. 이 개념에서 법의 규범성이 소홀히 되고 있는 것은 아쉬운 점이지만, 법의 현실성과 실증성을 강조하고 법의 이해에서 현실의 중요성을 부각하였다는 점을 평가할 수 있다.³⁾

2) 법률학적 효력개념

법률학적 효력개념은 합법성으로서의 효력을 말하는 것이다. 여기서 법이 효력이 있다는 말은 상위법규에 따라 적법하게 제정되었음을 의미한다. '상위법에 의한 수권' 혹은 '법체계의 구성원으로서의 지위'로 표현한다.⁴⁾ 이 효력개념에서는 합법성의 요건만 갖추었다면 준수되어야 한다는 것으로 풀이된다. 즉 행정기관은 자신의 행정처분의 효력을 근거 법령에서 구하고, 그 근거 법령의 효력은 다시 상위의 법률에서 나오는 것으로 이해하게 된다. 합법성 개념은 '법적 안정성'의 이념을 기반으로 한 실정법적 질서를 중시한다.⁵⁾

이러한 합법성으로서의 효력개념은 실효성의 경우보다 법의 규범성을 잘 드러내 준다. 그러나 여기서의 규범성은 형식적 차원이다. 즉 그 요구와 집행의 내용이 어떠한 형식만 갖추어지면 효력을 부여받게 된다. 이들의 논의는 결국 '국가가 법으로 인정하는 것은 법의 자격이 있다'라는 동어반복적 결론에 이른다. 이들은 보통 법률실증주의로 불리운다.

이 개념으로는 법의 내용성을 소홀히 하고 또 권위에 의한 명령성을 강조하여 독재정치의 법이론으로도 이용당할 수 있다는 약점이 있다. 반면 법의 형식성 즉 법적 실증성을 강조하고, 법의 명령성과 권위의 필요성을 부각한 점은 평가될만하다고 한다.⁶⁾

3) 존재론적 효력개념

존재론적 효력개념은 '당위적 구속성'을 말한다. 여기서 법의 효력이란 단지 실효성이나 합법성이 아닌 의무부과력이 된다. 즉 아무리 실효성이 있고 법의 형식성을 갖추고 있더라도 수범자들로 하여금 의무감을 불러일으키지 못하는 법은 법으로서의 자격이 없다고 한다. 당위적 구속성(혹은 단순히 구속성)이라 함은 '필연적 구속성'과 구분되어야 한다. 전자는 의무와 관계하는 것이고, 후자는 필연적 결과와

2) 이기우, "법의 실효성과 법교육", 사회와 교육21, 한국사회과교육학회, 1995.8.

3) 심헌섭 강경선, 법철학, 한국방송대학교출판부, 1996, p151.

4) 심헌섭 강경선, 전거서, p151.

5) 법의 내재적 이념인 법적 안정성, GBC 사상과 철학, 2004.01.12 :<http://blog.naver.com/uuuau/40004083796>
참조

6) 심헌섭 강경선, 전거서, p151-152.

관계한다. 여기서의 당위적 구속성은 바로 법의 정당성 혹은 근원적으로 법의 도덕성을 가리킨다고 할 수 있다. 따라서 여기서의 법의 자격은 정당성 혹은 도덕성에 의하여 결정되고 수범자들에게 의무부과력이 생기는 것으로 판단된다.

그렇다면 구속성은 사회학적 법실증주의의 실효성과 법률실증주의의 합법성만큼 실증적이지는 않지만 우리의 정신에 실재한다고 보지 않을 수 없다.⁷⁾

의무부과력으로서의 당위적 구속성 효력개념은 법의 효력을 단지 현실적 실효성과 형식적 합법성의 차원이 아니라 규범성과 정당성의 차원까지 끌어올렸다는 평이 있다. 반면 자칫 이상에 치우쳐 법의 현실적 기반을 도외시하거나 ‘정당한 힘’인 법 효력에서 다만 ‘정당성’에만 치우쳐 오히려 법을 무기력한 것으로 만들 수 있다는 우려가 있다.⁸⁾

2. 법효력의 근거

법 효력의 개념에 관한 견해들은 법 효력의 근거에 관한 논의로 연결된다. 이는 법의 수용, 즉 법준수의무의 근거에 관한 것이다. “무엇을 근거로 법은 우리에게 준수를 명할 수 있는가” 혹은 “무엇 때문에 우리는 법에 따라야 하는가”의 문제이다. 그 근거로서는 실력설, 합법성설, 범이념설, 승인설이 있다.

1) 사회학적 법실증주의와 실력설

여기서 실력설이란 법효력이란 사실적인 실효성을 말하는데, 단순히 따를 필요와 그 이익에 의한 사실적 실효성에 그치지 않고, “법 효력이란 지배 권력의 사실적 우월성”이라는 사회학적 분석이나, “법을 따라야 하는 것은 그것이 곧 강자의 명령이기 때문”이라는 철학적 평가에 근거한다는 것을 지칭한 것이다.⁹⁾ 켈젠이 법이란 “하나의 일정한 힘의 질서”라고 언급한 것을 보면, 법은 그것을 실현시킬 수 있는 힘에 의하여 명령되었기 때문에 효력이 발생한다고 할 수 있겠다.¹⁰⁾

실력설을 주장하는 사회학적 법실증주의자들에 의하면 “어째서 법을 따라야 하는가”의 문제는 현실적 문제일 뿐이지, 과학적으로 다루어질 수 없다고 한다. 사회학적 법실증주의를 통해 사람들이 법을 따르는 현실적인 이유들에 대하여는 많은 시사성이 있으나, 사회학적 법실증주의는 그러한 현실적 동기들이 올바른 것인지 그릇된 것인지에 대하여는 침묵한다. 즉 정당성이나 도덕 등의 내면의 고상한 동기들 보다는 사실적 힘의 우열관계 혹은 현실적 이해관계 등에 보다 초점을 맞춘다. 여기서 인간의 법관계는 “사람들은 법의 제재가 두려워 준수한다”라든가 “법준수의

7) 이에 해당하는 이론은 전통적으로 자연법론을 들 수 있고, 최근의 현상학적 법존재론, 라트브루흐의 가치철학적 법철학 등을 꼽는다.(심현섭 강경선, 전게서)

8) 심현섭 강경선, 전게서, p152.

9) “제18장 법의 효력”, <http://blog.naver.com/ururu-do>, 참조

10) 문종욱, “법효력론과 ‘5·18’ 헌재결정”, 법학연구 제12권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2001.12., p139.

현실적 동기는 우월한 공권력의 제재를 피하기 위한 것이다”라는 등의 사실적 관계에 의한다.¹¹⁾

2) 법률실증주의와 합법성설

이 이론은 같은 실증주의 계통이면서도 법효력의 당위적 근거에 대하여 긍정적인 태도를 취한다. “법을 왜 준수해야 하는가”는 아주 중요한 문제이며, 이에 대하여 “상위의 법규가 명하였기 때문”이라는 과학적이고 실정법 내재적인 설명을 한다. 실제로 우리의 법생활은 법률실증주의적 기제로 움직이게 된다. 법률실증주의는 법적 현실을 중시한다. 사회적 법실증주의가 단지 현실을 중시한 것에 비하면 법의 독자적 영역을 확보해주는 것이어서 법 효력의 당위적 근거에 대한 물음은 법효력에 있어 의미있다.¹²⁾

그러나 법률실증주의도 여전히 책임회피적인 요인을 지니고 있다. 어쩌서 어떤 내용의 법도 그것이 법적 기관에 의하여 공식적으로 인정되어서 합법성이 부여되면 의무부과력이 생기는지 납득할만한 설명이 없다. 또한 내재적 한계로서 헌법의 효력근거는 어니에 있는지도 문제이다. 법률실증주의는 법의 명령자는 훌륭히 대우하였지만 법의 수범자는 완전히 무시하고 있는 것은 아닌지, 법적 기관의 권위만 중시하고 그 책임은 소홀히 여긴 것은 아닌가 재고해보아야 한다.¹³⁾

3) 법이념설과 당위적 구속성설

법이념설¹⁴⁾은 규범적(당위적) 구속성 효력개념의 근거를 설명하는 것으로서 정당성설이라고도 한다. 자연법론의 입장이기도 하다. 당위적 구속성의 효력개념은 법효력의 당위성을 명확히 인정하되, 법 효력을 실정법 체계로 파악하는 것이 아니라, 그 법이 옳기 때문이며 그 법을 지키는 것이 우리의 도덕적 의무이기 때문이라고 한다. 우리의 생경한 때로는 법 현실 속에서도 언제나 이념과 이상이 숨쉬고 있는 것이다¹⁵⁾.

법효력의 근거로서 법이념을 강조한 법이념설은 법이 되기 위한 높은 수준의 의식을 요구하고 있어 법 질서를 고양하는데 중요한 기능을 하는 근거라 할 수 있다. 그러나 이러한 법 이념설은 법의 현실성을 소홀히 하였고, 법에 대하여 지나친 기

11) 심헌섭 강경선, 전계서, p154-155.

12) 심헌섭 강경선, 전계서, p156-157.

13) 문종욱, “법효력론과 ‘5·18’ 헌재결정”, 법학연구 제12권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2001.12., p140.

14) 법효력의 근거로서 법이념설을 이해함에 있어서 주의할 것은, 법적안정성과 정의로 구분되는 법철학적 근본개념인 법이념과 구별해야 한다. 라트브루흐는 법이념의 세 요소를 정의, 합목적성, 법적 안정성으로 구분하였다. 여기서 정의는 평등이념에 따른 각자에 대한 올바른 대우로서 윤리적 가치가 뚜렷한 반면에, 법적안정성은 법질서의 안정과 계속성 등을 목적으로 하여서 정의에 비해 윤리적 가치가 작다고 할 수 있다. 따라서 법이념에 기초를 두고 있다고 해서 여기서 논하는 법이념설은 아니다. 즉 법이념에서 법적 안정성을 강조하면 법이념설이 아니라 법률실증주의에 가까워진다. 법이념의 강조가 법률실증주의와 다른 법이념설이 되기 위해서는 법적 안정성 보다 정의가 우월적으로 전제되어야 한다.(심헌섭 강경선, 전계서)

15) 문종욱, 상계서, p141.

대를 한 것이라는 비판이 있다. 최선의 윤리적 기준에 비추어 정당치 못하다고 하여 법의 효력을 부인하는 것은 법과 법생활의 존립을 허무는 결과가 될 것이기 때문이다. 법이 가진 형식성과 절차성 그리고 공식성은 그 정당성을 보충하고, 그 자체로도 정당성을 갖는다. 그리하여 법 이념설의 대표하고 할 수 있는 자연법론은 경우에 따라 현실의 부당한 법을 온존시키는 이데올로기로 기능하기도 한다.¹⁶⁾

4) 승인설

앞에서 법효력의 근거를 이루는 요소로서 명령자의 권위, 법의 실효성 및 정당성 등을 거론하였다. 이를 통해 법효력의 근거는 어느 하나에만 있지 않다는 것을 알게 한다. 이를 종합적으로 설명하려는 시도가 승인설이다. 따지고 보면 모든 힘과 강제도 궁극적으로는 정신의 힘이며, 자발적이든 억지로든 힘에 복종하는 수범자의 승인, 즉 그의 존중 내지 시인에서 찾으려는 입장이라 하겠다. 따라서 수범자의 승인은 법을 지키는 이에게 자율성을, 법을 명하는 이에게 권위를 보장해 주게 된다.

승인설은 개개인의 개별적 승인을 중시하는 개별적 승인설과 수범자 전체의 평균적 관념을 중시하는 일반적 승인설로 나뉜다. 전자는 개개인의 인격과 자율성을 존중하는 장점을 지니고 있으나, 각각의 윤리적 확신이 다르기 때문에 법적 일관성이 저해되고 속임수와 이기주의가 지배하는 사회가 될 우려가 있다.

따라서 승인설에서 중시하는 것은 메르켈이나 엘리네크의 일반적 승인설이 오늘날 가장 지배적인 법효력의 근거가 되어있다. 여기서 승인이란 국민 평균의 지배적 윤리관 다수의 도덕적 확신을 뜻하게 된다.개개의 법규범에 개별적으로 승인이 이루어질 필요는 없다고 본다. 그리하여 일반적 승인설에서는 어떤 객관적 규범적 척도보다 사회심리적인 법공동체의 지배적인 혹은 다수의 법관념이 결정적인 요소가 되고, 결국 당해사회의 주도층의 지배적 의사로 귀결된다¹⁷⁾. 여기서는 법의 승인이 법의 효력 자체의 한 요소인가, 아니면 단지 없어서는 안될 조건에 지나지 않는가 하는 문제가 있다. 또한 그 법에 동의하지 않은 이에게도 준수되어야만 하는가 하는 물음에 답하기 위하여는 법의 효력이 발생하려면 승인만이 아니라 그 법의 내용이 “정당한 것”인가 하는 것도 불가결하게 생각해야 할 점이다.

III. 장애인차별금지법 효력을 위한 고찰

1)실력설에서 볼 때

이에 따르면 장애인차별금지법이 사회 주류층의 승인을 얻지 못하더라도 그 자체로 법이 된다. 이는 법적 안정성에서의 요청에서가 아니라 권위자의 우월성에 의해 강제되기 때문이다. 법은 강자의 힘에서 나오고, 강자의 힘에서 나온 법은 정당한 것

16) 심현섭 강경선, 전게서, p157-158.

17) 문종욱, 상게서, p142.

이 된다. 여기서 장애인차별금지법의 제정은 수범자의 의지와 상관없이 법의 구현이다. 여기서 장애인차별금지법을 만드는 입법자의 의사를 권위자가 인정한다면, 실효성을 갖는 법이 되는 것이다.

정부의 힘의 우위가 지속되는 한 정당한 것이 되고 법은 유효하다. 그러나 사회적 합의의 과정없이 다수의 수범자를 고려한 절차적 당위성을 확보하지 못한 것에 대해 권위자의 교체에 따라 위기감이 고조될 것이며, 끊임없이 회의하게 될 것이다.

2) 합법성설에서 볼 때

합법성설은 개별적으로 대립하는 가치관과 이해관계의 분란을 종식시킨다. 또한 분쟁과 토론 등에 소요되는 시간과 비용을 줄일 수도 있다. 합법성의 형식은 법적 안정성에 이익을 가져오고 이것이 법적 구속력의 당위적 근거가 된다. 합법성설에 의해서 장애인차별금지법 제정의 근거는 실정법체계 내의 최고규범인 헌법에서 말하는 인간존엄성과 평등권의 실현에서부터 찾게 될 것이다. 실제로도 다른 집단의 이익들과 상충될 수 있는 소지는 있지만, 장애인차별금지법의 제정이 실정법을 무시한 것이라는 근거를 찾기는 어렵다. 따라서 법의 제정이 합법적이지 못하다고 말할 수 없다.

이 법이 실질적 효력을 갖기 위해서는 합법성설로는 부족한 점이 있다. 즉 법체계의 상위법의 권위만 중시할 것이 아니라 상위법의 책임, 상급기관의 책임이 명백해야 할 것이다. 그러한 점에서 우리의 헌법재판소는 장애인의 사회권-이동권, 노동권 등-과 생존권에 대해 국가의 책임을 면피시키고 있다는 점이 문제가 된다. 모든 국민의 평등권에 대한 헌법상의 권리에도 불구하고, 차별이 헌재결정에 의해 일부용인되어야 하는가. 법률에 의해 제한받을 만한 근거도 없이, 실제로 상당히 제한받고 있는 삶을 합법성설로는 이 법제정의 효력근거를 만족하기 어렵다. 법률실증주의의 한계를 여기에서도 알게 한다.

3) 당위적 구속성설에서 볼 때

인간존엄성에 기초하여 사회학적인 다양성을 보장하고 소수자의 인권 보장을 실현하기 위하여는 법이념설의 당위성이 그 맥을 잇는다고 할 수 있겠다. 장애인차별금지법 제정에 있어서도 다수 혹은 주류의 요구이기 보다는 도덕적 관념을 실현하기 위한 제언이자 이들에게 의무를 부과하는 규범이다. 이는 정당성 측면에서도 그야말로 정당하다고 할 수 있다. 내용의 정당성이 확보된다면 제기될 수 있는 입법주체의 하자도 정부에 의해 치유될 수 있을 것이다.

그러나 당위적 구속성설에 의한다면, 장애인차별금지법은 합법성 특 절차적 정당성을 도외시하게 되는 결과가 될 수 있다. 또한 법의 실효성을 약화시킬 수 있으므로, 자칫 이는 전체 법적 안정성과 정의를 해치는 입법이 될 수도 있다.

4) 승인설에서 볼 때

장애인차별금지법 효력의 근거를 승인설에 의할 수 있다면 일견 가장 합리적으로 여겨질 수 있을 듯하다. 다수의 도덕적 확신이 형성되었기 때문에 법 제정이 가능해진 것이고, 승인을 주저하는 사람들까지 설득될 수 있기 때문이다. 그러나 승인설에서의 문제는 현실적으로 사회적 비용이 요구되는 장애인차별금지법 제정에 대해 폭넓은 지지를 확보할 수 있겠는가 하는 점이다. “장애인이 차별이 없어야 한다고 생각하십니까”라는 여론조사와 같은 사실적인 인식만으로는 충분치 않고, 법적인 의사표시로서 승인이 되어야 하기 때문이다. 이렇게 볼 때 승인설에 의해 장애인차별금지법이 제정되려면 다수의 승인과 더불어 지키지 않으면 안될 당위적으로 인정할 수 밖에 없는 규제장치로서의 정당성 확보 수단이 강구되어야 한다.

IV. 나오며

- 법 효력의 실효성을 확장하기 위한 소견

헌법은 가장 상위에 있는 법규범이므로 모든 법률은 헌법에 부합하는 범위 내에서 합법성을 취득한다. 그러나 합법성이 바로 정당성을 의미하는 것은 아니므로 합법성이 있다 하여 반드시 정당성이 있는 규범이라고 말할 수는 없다. 헌법의 배후 도는 사위에는 정의와 선 그리고 평화의 원리를 내용으로 하는 자연법이 있다. 이 자연법에 부합하는 내용의 헌법과 법률만이 정당성을 갖게 된다.

그러나 자연법은 만고불변의 진리로 인식되지만, 인간 이성의 개화정도에 따라 그 인식의 정도는 차이가 있게 된다. 국가의 헌법 내지 인간 생활의 법질서가 자연법에 어긋나고 부당하다는 인식이 팽배해지려면 자기와 관련하여서 헌법적 질서 수호에 자긍심을 갖고 감흥이 있도록하는 일정한 의식과 형식을 갖춘 방법이 강구되어야 한다. 이러한 점이 소수장의 인권존엄성을 실현하는데 가장 마땅하면서도 한계 요소가 된다. 사람들은 직접 경험하지않은 실제 즉 존재에 대해 당위를 인정하기 주저할 수밖에 없기 때문이다¹⁸⁾.

법이 효력을 갖기 위해서는 승인설에 입각하되, 그 승인과 절차는 합법적이고 민주적인 절차에 의하고, 형식적 법효력의 한계는 법이념설의 관점에서 사회공동체 실현을 위한 도덕적 기준에 따르도록 노력해야 할 것이다.

장애인차별금지법의 제정을 위해 논의의 시작부터 계산하면 3년 이상의 시간이 소요되었다. 차별을 경험하고 차별이 실재했던 상황들에 주목해서 규범적 당위성을 제시하기 위함이었다. 지금부터는 가능한 다수의 도덕적 관념- 자기와 관련하여 미래를 담보한다는 인식에 바탕을 둔- 승인을 필요로 한다. 법제정 이후에는 행정구제절차나 헌법제판제도들의 장치가 법적 질서를 한층 바로잡도록 하는 역할을 하여야 할 것이다.

18) 김대휘, 법원론에 관한 연구, 서울대 대학원 박사논문, 1992.,p96-97