

〈논문〉

## 법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성

金赫基\*

### 요약

해석은 본질적으로 법관의 창조적 활동이기 때문에, 법의 정합성과 권위를 위해서는 해석의 기준이 필요하다. 법학에서는 문언, 의도, 목적 등을 중심으로 하는 방법들이 유력한 기준으로 제시되어 왔다. 다른 한편, 법이 불확정적이라는 말은 법적 물음에 대해 유일한 정답이 존재하지 않음을 뜻한다. 법의 불확정성은 필연적으로 사법 재량을 초래하기 때문에, 해석이 불확정성을 제거할 수 있는지가 문제가 된다. 이에 대한 대답은 법적 불확정성의 대표적 연원인 모호성에 대한 분석으로부터 구할 수 있다. 법의 모호성은 필연적이고, 감축불가하며, 광범위하기 때문에, 법의 불확정성 역시 심각하다.

특히 법의 모호성은 각 해석론이 사법 재량의 특징을 제대로 포착하지 못함을 보여준다. 첫째, 문언주의는 기술적 의미 이론에 기초하는 점에서 결함이 있다. ‘가능한 의미의 한계’라는 개념은 상위 모호성의 문제를 무시하고 있으므로, 문언은 재량의 한계를 설정하지도 못한다. 둘째, 의도주의는 법의 권위와 민주주의에 충실하다는 점을 장점으로 내세우지만, 양자는 의도주의에 근거하지 않고도 지지될 수 있다. 또한 문언과 마찬가지로 입법 의도도 모호하다. 셋째, 법이 전적으로 해석적이라는 목적주의의 주장은 법은 해석 없이도 이해가능하다는 점을 무시하고 있다. 나아가 법은 화용론적 모호성도 가지기 때문에, 목적이나 맥락은 사법재량을 제거하지 못한다.

그러나 해석방법론이 법학에서 무용하다고 결론짓는 것은 성급한 일이다. 해석방법은 사후 합리화의 수단에 불과한 것이 아니다. 해석방법들은 비록 사법 재량을 통제할 수는 없지만, 법적 논증의 필수적 규칙이며 법을 이해하는데 있어 불가결하다.

주제어: 법해석, 모호성, 사법재량, 문언주의, 의도주의, 목적주의

\* 이화여자대학교 법과대학 강사, 법학박사.

## I. 법해석과 법의 불확정성

이 글에서는 법의 모호성(vagueness)에 대한 이해에 기초해 몇 가지 법해석 이론들을 비판적으로 살펴보려 한다. 우선 논의의 이론적 배경으로서, 법의 불확정성(indeterminacy)이 어떻게 법해석과 결부되는지를 설명할 것이다(I). 여러 해석론의 기본적 주장은 널리 알려져 있으므로 상세한 설명을 생략하고 주제와 관련된 한에서만 개관하기로 한다. 본격적인 내용은 모호성의 개념과 특징을 설명하는 부분과(II), 이를 바탕으로 기존 법해석 이론의 문제점을 검토하는 부분으로(III) 나뉜다. 마지막으로 결론을 대신해 해석 기준의 의의를 재고해 본다(IV). 이러한 논의 과정을 통해 논증하려는 바는 두 가지다. 하나는 법은 필연적으로 광범위하게 모호하다는 주장이며, 다른 하나는 해석의 목표를 재량의 방지에 두는 이론들은 司法의 실재를 잘못 설명한다는 비판이다.

### 1. 법해석의 방법

구체적인 법적 판단은 개별 사안에서 법규범의 적용 여부를 결정하는 것이다. 법적 판단을 내리려면, 우선 법률과 같은 法源들로부터 사안의 사실관계와 유관한 법규범을 찾을 수 있고 그 의미를 알 수 있어야 한다. 예를 들어, “자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자”<sup>1)</sup>를 처벌하도록 규정하고 있는 형법 조문이 뜻하는 바를 이해하는 경우에만, 장모를 살해한 홍길동이 존속살해를 범한 것인지 판단할 수 있다. 그런데 법률 자체만으로 적용 여부를 판단하기 어려운 사안들도 존재한다. 앞의 사례에서, 조문에 포함된 “배우자”라는 단어가 홍길동이 아내와 사실혼 관계이거나 그의 아내가 사망한 경우도 지시하는지는 간단한 문제가 아니다. 이와 같은 경우에 법적 판단의 가능성을 확보하기 위해서는 법을 해석할 필요가 있다. 그러므로 법해석이란 일반적 법규범이 의미하는 바를 다양한 구체적 사안들에 적용가능하게 만드는 것을 말한다.

법관이 법이해, 법해석, 법적용의 순서로 단절된 과정에 따라 법적 결론을 내리는 것은 아니다. 하지만 법적 판단에 있어 이해, 해석, 적용은 적어도 개념적으로 구별되는 것처럼 보인다. 이러한 구별은 법을 이해한다고 해도 해석 없이 그대로 적용하기는 어려운 사안이 있기 마련이라는 생각과 부합한다. 물론 법이론

1) 형법 (2005. 7. 29 일부개정) 제250조 제2항.

에 따라서, 세 개념의 상호 관계는 달리 파악되기도 한다. 예를 들어, 법해석과 법적용의 구분 자체를 실증주의적 법관념의 소산이라고 비판하는 견해도 있으며,<sup>2)</sup> 비트겐슈타인(R. Wittgenstein)의 사용(use) 이론에 의거해, 법을 이해한다는 것은 법을 적용할 줄 아는 것이라고 보기도 한다.<sup>3)</sup> 이러한 견해 대립은 해석의 본질에 대한 철학적 견해 차이뿐 아니라, 법에 있어 해석의 대상과 목적이 무엇인가에 대한 법이론적 입장 차이에서 비롯된 것이므로, 여기에서 모든 논점을 다루는 것은 불가능하다. 이하의 논의를 위해서는 어떤 입장이든 받아들일 만한, 법해석의 기본적 특징을 짚어보는 것으로 족할 것이다.

해석은 원본(original)의 존재를 필수적으로 요청하지만, 해석의 결과는 원본의 의미와는 다른 의미를 가지게 된다. 이러한 조건을 법에 적용하면 두 가지 테제를 얻을 수 있다. 첫째, 법해석은, 법의 개념을 어떻게 보든지 간에, 법으로부터 비롯된 것이어야 한다. 무에서 유를 만들어내는 것은 해석이 아니다. 따라서 법관이 판단을 부분적으로 법에 구속시킬 때에만, 그가 법을 ‘해석’한다고 말할 수 있다. 또한 법관이 법 또는 법률의 의미를 대략적으로라도 이해하지 못한다면 그가 ‘법’을 해석한다는 말 자체가 부적절해진다.

둘째, 법해석은 사안마다 정도의 차이는 있을지라도 창조적이다. 해석의 결과가 해석자에 의해 일부 좌우되는 것처럼, 법해석도 법관에게 맡겨진 일이다. 법관은 이성에 의존하든 상상력에 의존하든 간에 적절한 법적 결론을 구성해 내야 하며, 그 결론은 법관에 따라 차이가 있을 수 있다.<sup>4)</sup> 물론 법해석을 순전히 각

<sup>2)</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986), 특히 pp.31-73 참조. 드워킨에 따르면, 법실증주의는 법이 법률에 의해 결정되고 해석은 보조적이라고 본다. 그러나 드워킨이 보기에 법률은 해석의 재료일 뿐이며 법은 법률에 대한 고려를 포함하는 해석 과정을 통해 확정된다. 즉, 법은 해석의 대상이 아니라 해석의 결과이다. 나아가 드워킨은 해석의 주관성에 대한 우려에 대해, 도덕 원리에 비추어 더 나은 해석을 항상 판정할 수 있다고 주장한다. 이처럼 법이 사안에 대한 가장 좋은 해석적 결론이라고 보면, 해석 이후에 별도의 적용 단계가 남지 않는다.

<sup>3)</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford University Press, 1992), 특히 pp.13-34 참조. 비트겐슈타인의 후기 철학을 흔히 ‘사용 이론’이라고 하는 까닭은, 비트겐슈타인은 ‘이해’가 마음속에서 일어나는 내적 상태를 가리키는 것이 아니며, 표현의 의미는 실천적 맥락 속에서 그 표현의 사용을 통해 정해진다고 주장했기 때문이다. 마머는 이러한 견해에 기초하여, 법의 이해를 법을 사용할 줄 아는 것, 즉 법에 따르는 행위가 무엇인지 분별할 줄 아는 것과 동일시한다.

<sup>4)</sup> 해석이란 단어는 수학이나 과학에서는 연역적 또는 분석적 방법을 지칭하기도 한다. 그런 영역에서는 해석자가 다르더라도 해석은 대개 동일한 결과를 낳는다. 법학방법론에서도 논리적 추론을 해석이라고 말하는 경우도 있지만, 여기서는 그러한 용법을

법관의 개인적 활동으로 받아들여서는 안 될 것이다. 법관은 자신의 결론이 전체 사법부의 판단과 모순되지 않도록 노력해야 한다. 그러나 그러한 노력에도 불구하고 해석의 결과는 다를 수 있다는 점은 부인하기 어렵다. 이러한 사실은 심급제와 합의제, 대법관들의 투표와 같은 사법 제도에 반영되어 있다.<sup>5)</sup>

법관의 창조적 법해석을 요구하는 사안이 있다고 해도, 그러한 사안에서 법관들이 동일한 법을 달리 해석한다면 전체 사법의 정합성과 법의 권위가 훼손된다. 따라서 법실무는 역사적·관행적으로 형성된 해석의 방법(methods) 내지 규칙(rules)을 통해 법의 일관성과 예측가능성을 도모하며, 법학은 그에 대한 理論化와 평가를 통해 사법 해석의 발전에 기여한다. 통상 범규범의 해석 방법으로는 문리해석, 논리적·체계적 해석, 역사적 해석(주관적·목적론적 해석), 목적론적 해석이 거론된다. 이 중에서 논리와 체계를 중시하는 해석은 별도로 구분할 실익이 적다. 이를 법문에 사용된 단어의 의미를 그 단어가 속한 조문 내지 법률과 모순되지 않게 해석하라는 좁은 의미로 이해하면, 문리해석과 별반 다르지 않다. 다른 한편, 단어의 의미를 해당 법 영역의 법원리 내지 전체 법질서와 모순되지 않게 해석하라는 넓은 의미로 이해하면, 목적론적 해석과 흡사해진다.<sup>6)</sup>

이들 외의 다른 해석방법도 가능하지만, 나머지 세 해석방법, 즉 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석은 어떤 법체계 또는 어떤 분야에서든 쉽게 발견된다는 점에서 법해석의 전형적 모델에 해당한다. 각 해석방법에 대응하여 법해석에 관한 이론도 크게 문언주의 해석론, 의도주의 해석론, 목적주의 해석론으로 나눌 수 있다.<sup>7)</sup> 어떤 해석론도 자신이 지지하는 방법만이 유일하게 가능한 법해석이

---

무시하기로 한다. 통상적으로 해석이 필요하다고 인정되는 법적 문제들은 논리학에 의존해서 결론을 구할 수 없는 사안들이기 때문이다. 특히 어떠한 이론도 법해석의 결론이 법관에 따라 달라질 가능성이 있음을 부정할 수 없기 때문에, 법해석은 앞서의 수학적·과학적 해석과 성격이 다르다.

- 5) 법해석의 범구속성 테제와 법관창조성 테제 중에 하나만을 강조하는 견해는 사법 판단의 실재를 기술하는데 약점을 갖기 쉽다. 전자를 소홀히 하여 해석을 법관의 자의적 판단이 투영되는 계기로만 보면, 법적 추론을 논리적 추론과 동일시하는 좁은 시각을 갖게 된다. 반면 후자를 경시하면, 이른바 ‘법형성’ 내지 ‘법창조’와 같이 법해석과 질적으로 구별되는 개념을 추가적으로 설정하고 입증할 부담을 지게 된다.
- 6) 같은 취지의 견해로는 심헌섭, **분석과 비판의 법철학** (법문사, 2001), p.216 참조.
- 7) 법해석에 대한 논의는 관심사에 따라 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 추상적, 일반적 차원에서 법해석이 무엇인지를 다루는 것이다. 이런 논의들은 다시 (1) 해석의 본질에 대한 관점으로부터 법해석에 관한 함의를 구하는 것과, (2) 법 영역에 특유한 해석의 성격과 역할을 해명하려는 것으로 구분된다. 둘째는 실제적, 구체적 차원에서 법해석의 방법을 탐구하는 것이다. 이 경우도 (3) 모든 법해석에 보편적으로 적용되는

라고 주장하지는 않는다. 예를 들어, 아무리 철저한 문언주의자라고 해도 문언만으로 결론을 도출하는 것이 항상 옳다고 보는 것은 아니다.<sup>8)</sup> 그러나, 법해석에 관한 논의에서는 단순한 강조점의 차이를 넘어서는 날카로운 견해 충돌이 종종 일어난다. 이는 각 해석론이 법의 본질적 특징이 무엇이고, 그 특징에 비추어볼 때 왜 해석이 요구되는가라는 근본적 물음에 대해 상이한 관점을 취하고 있기 때문이다.

문언주의 해석론은 법이 언어적 표현으로 이루어져 있다는 점을 중시하며, 해석이 필요한 까닭을 의미를 불명확하게 만드는 언어 자체의 여러 결함에서 찾는다. 반면, 의도주의 해석론은 법은 입법자에 의해 제정되었다는 사실을 중시한다. 이 관점에서 보면, 법의 의미는 法典의 글자에 내재된 것이 아니라 입법자가 말하려고 한 바이다. 그런데 언어적 표현으로부터 의도를 직접 파악하기 어렵고, 현실의 변화에 맞게 입법의도를 적절히 재구성할 필요도 있기 때문에 해석이 필요해지는 것이다. 마지막으로 목적주의 해석론은 법이 어떠한 목표나 결과를 합리적으로 지향한다는 점을 강조한다. 그런데 법이 성취하려는 목적이 무엇인지, 나아가 구체적 사안에서 목적을 어떻게 추구하는 것이 가장 합리적이고 정합적인지를 결정하기 위해서는 구체적 맥락이나 역사적 사회적 배경을 고려해야만 한다. 따라서 목적주의에서는 고정된 법 문언이나 입법 의도보다 법을 실제 적용하는 법관의 목적과 수단에 대한 평가적 가치 판단이 중시된다.

각 해석론의 장단점에 대해서는 많은 문헌이 존재하지만, 어떤 해석론이 더 나은가를 가리는 것은 연구 주제가 아니므로 해석론 자체를 더 이상 詳論할 필요는 없을 것이다. 만일 법해석이 어려운 사안에서 법적 결론을 도출하기 위한 것이라면, 법의 불확정성 또는 모호성은 그러한 목표에 심각한 곤란을 초래한다. 이제 그 이유를 살펴볼 차례다.

방법론에 대한 연구와, (4) 보다 좁게 특정한 법 영역이나 사안 유형에 적절한 해석방법론의 연구로 구분할 수 있다. 본문의 세 해석론을 포함하여 법철학에서의 해석론은 주로 (2)와 (3)의 차원에서 논의되는 것이다. 이러한 설명을 요약하면 아래의 표와 같다.

법해석 본질론	(1) 법초월적 해석론	철학의 과제
	(2) 법내부적 해석론	법철학의 과제
법해석 방법론	(3) 일반 해석방법론	
	(4) 특수 해석방법론	

8) 이런 점에서 보면, “문언중심적”, “의도중심적”, “목적중심적”이라는 표현이 적절할 수 있다. 예를 들어, 최봉철, **현대법철학** (법문사, 2007) 참조.

## 2. 불확정성과 사법재량

지금까지 설명한 대로, 법해석은 법의 인식에 관한 것이다. 즉 법해석이란 올바른 법적 결론을 알아내거나 범명제의 眞僞를 판정하는 방법을 다루는 인식론적 주제다.<sup>9)</sup> 그런데 모든 법적 사안에 인식 대상인 진리가 존재할까? 법의 불확정성에 대한 논의는 바로 이러한 존재론적 의심에서 비롯한다.

법이 불확정적이라는 말은 법적 물음에 대해 유일한 정답이 존재하지 않음을 뜻한다. 법으로부터 결론을 구할 수 없거나 둘 이상의 결론이 가능한 사안에서의 판결은 참이라고도 거짓이라고도 말하기 어렵다. 예를 들어, “이 계약은 유효하다”와 같은 구체적 범명제에 참이나 거짓의 진리치를 부여할 수 없을 경우에, 그 범명제는 불확정적이다. 물론 법관이 그러한 명제를 사안의 결론으로 삼으면, 당연히 그 명제는 실효적인 힘을 갖게 되며 계약은 유효한 것으로 확정된다. 하지만 법이 불확정적인 한, 그러한 법적 결정은 법 이외의 다른 근거에 의존하여 내려진 것에 불과하다. 이처럼 非法的 요소를 근거로 하는 사법 판단은 무엇을 근거로 삼을지가 법관에게 맡겨져 있기 때문에 재량 판결이라고 한다. 법관은 판결을 거부할 수 없으므로 법의 불확정성은 필연적으로 사법 재량을 초래한다.

통념적으로 사법 재량은 매우 부정적인 가치를 갖는다. 사법 재량은 법의 중립성과 자율성을 훼손하는 것처럼 보이며, 나아가 국민에 의해 승인된 법의 통치가 아니라 法服을 입은 사람의 통치를 유발하기 때문에 법치주의와 민주주의에도 반한다고 평가된다. 그래서 법의 탄력적 운용을 위해 재량이 불가피하다고 보는 입장에서도, 명시적으로 위임된 경우 이외의 사법 재량은 가능한 축소되는 것이 바람직하다고 여긴다.

이 통념은 법해석에 관한 논의에서 더욱 두드러진다. 법해석은 어려운 사안에서 불분명한 정답을 인식하려는 시도다. 하지만 만일 법이 불확정적이라면, 특정 해석론이 자신의 방법에 따른 해석 결과를 유일한 법적 정답으로 주장할 수 없을 것이다. 따라서 해석론은 법의 불확정성을 제거함으로써 사법 재량을 감축하려고 노력한다. 해석론의 장단을 평가할 때 사법재량을 확대하거나 축소하는지를 중요한 척도로 삼는 경향도 이런 측면에서 이해할 수 있다. 예를 들어, 문언주의나 의도주의는 각기 쓰여진 법전 또는 입법사와 같은 경험적 자료가 법관을 구

9) 철학에서의 인식론을 법학에서는 흔히 법학방법론이라고 부른다. 심헌섭은 법학방법론을 “법에 대한 내용적인 언명으로 이른 사고절차와 그 분석에 대한 진술의 총체”라고 정의한다. 심헌섭, 전게서(각주 6), p.207.

속하기에 더 적합한 수단이라고 주장하면서 목적주의가 법관의 주관적 가치 판단을 끌어들이고 비판한다. 반대로 목적주의는 문언이나 입법 의도의 활용은 재량을 배제하기보다는, 오히려 불가피한 법관의 가치 판단을 감추는 수단이 되기 쉽다고 반박한다.

더구나 하나의 해석방법이 아닌 다양한 해석방법을 인정하면 사법재량은 더 심각한 문제가 된다. 사실상 여러 해석방법들이 相補的 관계를 이룬다는 점은 법해석론에서 널리 받아들여진다. 하지만 해석방법 간에 우선순위를 정하는 것이 아예 불가능하다고 보면,<sup>10)</sup> 해석 순위에 근거해 결론을 내리는 것 자체가 재량에 다르지 않을 것이다. 또한 순위를 정할 수 있다고 보더라도,<sup>11)</sup> 어떤 상황에서 다른 해석 방법으로 넘어갈 지는 여전히 재량에 달려 있다.

결론적으로 법해석은 사법재량에서 법적 불확정성과 만나게 된다. 만일 법해석의 역할이 정답을 발견하고 사법재량을 차단하는 것이라면, 법해석의 성패는 불확정성을 감축할 수 있는지에 달려 있다. 반면 불확정성이 통제 불가능한 것이라면, 법해석의 의의를 달리 이해되어야 할 것이다. 이런 문제들에 올바르게 답하기 위해서는, 우선 법의 불확정성 또는 사법재량의 성격을 파악해야 한다. 이것이 법적 불확정성의 근본적 淵源(source)인 모호성에 대한 분석이 필요한 까닭이다.

## II. 법의 모호성

이하에서는 기존 논의가 법적 불확정성의 발생 원인으로 제시해 온 세 가지 淵源들을 살펴보고, 그 중에서도 특히 모호성의 특징과 법적 의의를 규명하고자 한다. 분석을 통해 법은 광범위하게 모호하며, 모호한 법은 필연적으로 불확정적인 사안을 초래한다는 점이 드러날 것이다.

### 1. 불확정성의 연원

규율하는 범규범이 어떤 의미에서든 불완전할 때, 즉 규율되는 현실에서 예기

10) 이상돈, **새로 쓴 법이론** (세창출판사, 2005), p.85-86 참조.

11) 통상 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 순으로 적용되어야 한다고 본다. 이러한 순서도 법의 구속성 또는 재량 통제의 유용성에 근거를 둔다. 심헌섭, **전개서(각주 6)**, p.217; 김영환, **법철학의 근본문제** (홍문사, 2008), pp.276-277, 286-287 참조.

치 못한 사태가 발생할 때 법이 불확정적이기 쉽다. 현실이 복잡하고 변화한다는 점은 불확정성 발생의 일차적 원인일 것이다. 그러나 법학은, 현실 그 자체 보다, 복잡다단한 현실을 규율하려는 법의 목표가 실패하게 되는 규범적 조건들을 따져보는데 주력한다. 대부분의 법학자들은 특정한 규범적 상황에서만 법이 불확정적일 수 있다는 점에 동의하는데, 그러한 상황들을 불확정성의 연원이라고 말할 수 있다. 달리 말하면, 법적 불확정성의 연원은 법적 물음에 대해 유일한 대답을 제시하지 못할 가능성이 있는 규범 상황들이다. 라즈는 불확정성의 연원을 다음 세 가지로 구분한다.

결론적으로 법의 欠缺(gap)은 가능할 뿐 아니라, 원천 테제에 따라 경우 불가피하다. 그러나 이 흠결이 생기는 것은 ① 법이 불확실한 목소리(with an uncertain voice)로 말할 때(단순한 불확정성) 또는 ② 법이 여러 목소리로(with many voices) 말할 때(해결되지 않는 충돌)이다. 일반적으로 생각되는 것과는 달리, ③ 법이 침묵할(silent) 때는 흠결은 존재하지 않는다. 그러한 사안에서는 실정적 법 규칙이라기 보다 분석적 참인 종결 규칙들이 작동하여 흠결의 발생을 저지한다.<sup>12)</sup>

불확정성의 연원인 ①, ②, ③을 각각 법의 모호성, 법의 충돌, 법의 空白이라고 부를 수 있다. 법의 모호성은 법규범의 의미가 법의 적용 여부를 확정하기에 충분할 만큼 분명하지 못한 것을 말한다. 모호한 문언의 의미를 아예 이해할 수 없는 것은 아니다. 대부분의 법률은 그 의미를 쉽게 알 수 있으며, 입법자가 무엇을 말하려는지 짐작할 수 있다. 그러나 의미를 잘 아는 법률도 특정 사안에서는 적용하는 것이 맞는지 불확실할 수 있다. 따라서 법의 모호성을 일반조항과 같이 의미가 원래 불분명한 추상적 법규범만 갖는 속성으로 보아서는 안 된다.

사안과 유관한 법이 다수 존재하고 그 법들이 각각 양립할 수 없는 결과를 지시하는 것을 법의 충돌이라고 한다. 이런 경우는 둘 이상의 법적 결론이 존재하

<sup>12)</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford University Press, 1979), p.76. 연번은 필자. ‘흠결(gap)’은 두 가지 의미를 갖는다는 점에 유의해야 한다. 본문과 같이 광의로 쓰일 경우에는 불확정성의 모든 연원들을 뜻한다. 이런 용례에서는 불확정성과 흠결은 동의어에 가깝다. 예를 들어, 김영환은 흠결을 “입법자의 계획의 [모든 유형의] 불완전성”으로 정의한다. 전게서(각주 11), p.272. 다른 한편 흠결을 협의로 사용할 경우에는, 불확정성의 연원 중에서도 법규범이 존재하지 않는 경우, 즉 본문의 ③만을 의미한다. 예를 들어, 심현섭은 “한 사태가 법에 의해 규제되어 있지 않으나 그 규제가 ‘기대’될 경우”로 정의한다. 전게서(각주 6), p.251. 달리 설명하면, 광의의 흠결은 질적 불완전성과 양적 불완전성을 모두 포함하나, 협의의 흠결은 양적 불완전성만을 뜻한다. 이런 점에 비추어 볼 때, 협의의 흠결은 ‘空白’이라고 표현하는 편이 적절해 보인다.

기 때문에 불확정적이다. 법률과 판례가 누적되어 전체 법적 근거는 더 풍부해질수록 법적 충돌의 가능성은 점차 증가할 것이다. 소송에서의 법적 주장들은 법에 근거를 두기 마련이므로, 대부분의 재판은 법의 충돌을 드러낸다. 하지만 법이 충돌한다고 해서 반드시 불확정적인 것은 아니다. 각각의 법적 근거들의 비중, 즉 근거의 사안에 대한 관련성과 중요성을 비교할 수 있다면, 더 우월한 근거가 지시하는 결론이 정답일 것이기 때문이다. 따라서 법이 충돌할 뿐만 아니라 충돌하는 규범들이 제시하는 법적 근거의 가치가 통약불가능(incommensurable)할 때만 법은 불확정적이다.<sup>13)</sup> 가치의 통약불가능성은 한 가치가 다른 가치보다 우월하다는 명제의 모호성 문제로 이해할 수 있다. 예를 들어, 표현의 자유와 명예 보호 간에 통약불가능성은 ‘표현의 자유가 명예의 보호보다 중요하다’는 명제를 적용하기 어려운 사안이 있다는 말로 표현할 수 있다.

충돌과 반대로, 법의 공백은 법규범이 빈약할 때 발생한다. 특히 다른 연원과 달리 법의 공백에서는 아예 법규범이 존재하지 않기 때문에, 불확정성이 더 두드러져 보인다. 그러나 공백은 법체계가 발전하여 법규범이 증가할수록 감소할 가능성이 크다. 또한 법이 부재하는 영역에서는 개인의 자유를 보장하는 것이 자유주의 정신에 부합한다는 점에서, 공백이란 관념을 인정하는 것 자체가 부적절한 측면이 있다. 결정적으로, 공백에서의 실질적 쟁점은 다른 영역의 규범을 유추할 수 있는지 여부이므로, 적용규범의 공백은 유추 규범의 모호성 문제로 이해하는 편이 낫다.

충돌이나 공백이 모호성으로 환원된다고 보지 않는다 해도, 모호성이 불확정성의 주요한 연원임은 틀림없다. 하트(H. Hart)는 법적 술어(predicate)의 모호성 때문에 법이 불확정적이라고 설명한다.<sup>14)</sup> 그에 따르면, 법 언어를 포함한 모든 언어는 “확실성의 핵심(core of certainty)과 의심의 주변(penumbra of doubt)으로 이루어진 이중성”<sup>15)</sup>을 갖는다. 법은 그것을 표현하는 언어의 의미의 핵심에서는 적

13) 충돌하는 법규범의 비중이 서로 동일한 경우도 불확정적이지만, 그러한 사안은 실제로는 거의 발생하지 않을 것이다. 드워킨은 무승부의 이론적 가능성은 존재하지만 법체계가 무승부를 배제하는 규칙을 가진다고 생각하는 편이 합리적이라고 본다. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), pp.285-287. 라즈는 논리적인 측면에서 무승부는 아예 규범 충돌이 아니라고 간주한다. J. Raz, 전계서(각주 12), p.75.

14) Herbert Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1994) Ch. 7, 특히 pp.124-136 참조.

15) 상계서, 123면. 하트의 예를 소개하면, ‘자동차(automobile)’는 ‘탈것(vehicle)’의 핵심이

용이 확정적인 반면, 주변에서는 불확정적이다. 그러므로 법적 개념은 적용 여부가 불확정적인 영역을 필연적으로 갖기 마련이다. 더욱이 의미의 불명확성을 유발하는 것으로 평가되는 언어의 여러 속성 중에서도 모호성은 가장 위협적이다. 언어 철학적 논의를 빌어 그러한 까닭을 잠시 살펴보기로 하자.

## 2. 모호성의 특징

통상 어떤 술어의 적용 범위나 대상이 불분명할 때 그 술어를 모호하다고 말한다. 대표적인 예로는 ‘대머리인(bald)’, ‘빨간(red),’ ‘큰(tall)’ 등의 형용사나 ‘더미(heap)’, ‘아이(child)’와 같은 명사가 있다. 술어 외에도 ‘빨리’, ‘매우’와 같은 부사는 물론 ‘서울에서 제일 멋진 산’과 같은 구절도 모호할 수 있다. 정확히 어떤 표현이 모호한지, 또는 모든 자연 언어가 모호한 것인지에 대해서는 모호성 이론에 따라 견해가 다르다.

일상 언어에서는 모호한 표현도 곧잘 사용하지만, 철학적 개념 분석에 있어서는 모호성이 곤란한 문제를 유발한다. 우선, 모호한 문장은 논리 원칙에 위배되는 경우가 있다. 예를 들어, ‘홍길동은 크거나 크지 않다’와 같은 문장은 논리적으로는 排中律에 따라 항상 참이어야 한다.<sup>16)</sup> 그러나 키가 크다는 것은 모호하기 때문에, 일상에서는 키가 큰 것도 아니고 크지 않은 것도 아닌 홍길동도 얼마든지 있을 수 있다. 더 중요한 문제는 모호성은 제거하기 어렵다는 점이다. 유관한 사실들에 대한 모든 정보가 주어진다 하더라도 모호성은 사라지지 않는다. 어떤 사람이 ‘대머리’인지 불분명하다고 생각해 보자. 이때 설령 그 사람의 머리카락이 모두 몇 개인지 정확히 안다고 해도 그러한 정보는 그가 ‘대머리’인지 판정하는데 도움이 되지 못한다. 이러한 특징을 반영하여 모호성을 다음과 같이 좀 더 엄밀하게 정의할 수 있다.

대략적으로, 어떤 표현이 (넓은 의미에서) 모호하다고 말하는 것은 아마도 그 표현을 적용할지 말지를 알지 못하며 그 알지 못함이 사실에 대한 무지(ignorance)에 기인한 것이 아닌 (현실적이거나 가능한) 경우들이 존재한다고 말하는 것이다.<sup>17)</sup>

고 ‘자전거’나 ‘롤러스케이트’는 주변에 해당한다.

16) ‘배중률’은 어떤 명제와 그것의 부정 가운데 하나는 반드시 참이라는 형식논리학의 기본 법칙이다.

17) Herbert Paul Grice, *Studies in the Way of Words* (Harvard University Press, 1989), p.177.

이런 정의도 완전한 것은 아니다. 적용 여부를 “알지” 못한다는 말의 의미도 모호하며, 심지어 이 정의와 반대로 모호성이 “무지”에서 비롯된 것으로 보는 인식론적 모호성론도 있다. 사실상 모든 모호성 이론들이 동의할 수 있는 모호성의 필요충분조건을 제시하는 것은 불가능하다. 하지만 대부분의 이론들은 모호한 표현이 다음과 같은 몇 가지 특징을 갖는다는 점을 받아들인다.

첫째, 모호한 표현은 적용이 불확정적인 ‘경계 사례들(borderline cases)’을 갖는다. 모호한 표현의 적용이 항상 불확정적인 것은 아니다. 어떤 개념이나 표현이 모호하다고 해도, 이 표현이 적용되는지를 알 수 없는 사례에서만 불확정성이 발생한다. ‘똥똥하다’는 것은 모호한 술어이지만, 우리는 몸무게가 40kg인 대학생이 똥똥하지 않다는 것과 100kg인 대학생이 똥똥하다는 것을 안다. 이러한 사례에 대한 명제의 진리치는 참이거나 거짓이다. 반면, 어떤 사람이 똥똥한지 분명치 않은 경우에는 그가 똥똥하다는 명제는 참이거나 거짓이라고 말하기 곤란하다. 앞서 말했듯, 이러한 곤란은 정확한 체중을 알더라도 사라지지 않는다. 이처럼 표현의 적용 여부가 불분명한 경우를 ‘경계 사례’라고 한다. 많은 모호성 이론이 경계 사례의 존재를 모호성의 핵심적 징표로 받아들이며, 따라서 경계 사례에 어떤 성격을 부여할지가 모호성 논의의 주된 논점이 된다.<sup>18)</sup>

둘째, 모호한 표현의 외연(extension)은 뚜렷한 경계선(boundary)을 갖지 못한다. 일상 언어에서 모호한 표현이 많은 까닭은 ‘관용 원리(tolerance principle)’가 작동하기 때문이다. 관용 원리란 아주 작은 변화는 술어의 적용에 영향을 미치지 않는다는 원리이다. 예를 들어, 0.1gram의 변화는 똥똥한지를 결정하는데 차이를 낳지 않는다. 우리가 어떤 술어를 관용적으로 사용한다는 것은 그 술어에 명확한 외연이 없다고 생각할 근거가 된다. 외연이 뚜렷하다면, 경계선에서 일어나는 아주 작은 변화도 적용 여부에 차이를 가져올 것이기 때문이다.

셋째, 모호한 표현은 ‘더미 역설(sorite paradox)’<sup>19)</sup>에 취약하다. 더미 역설이란 타당한 전제로부터 추론을 거듭하면 부당한 결과에 이르게 되는 역설의 한 종류이다. 똥똥한 사람보다 체중이 0.1gram 덜 나가는 사람도 똥똥하다고 관용적으로 말하는 것은 옳아 보인다. 그러나 이러한 전제를 반복하여 0.1gram씩 줄여나갈 경우, 중국에는 마른 것이 명백한 사람에 대해서도 똥똥하다고 말해야 하는데,

18) 모호성 이론은 크게 의미론적 모호성 이론과 인식론적 모호성 이론으로 나눌 수 있다. 전자는 경계 사례가 불확정적 진리치를 갖는다고 설명하는 반면, 후자는 경계 사례도 참이거나 거짓이지만 그것을 알 수 없을 뿐이라고 본다.

19) ‘더미(heap)’를 뜻하는 그리스어 ‘soros’에서 유래했다. ‘연쇄논법 역설’이라고도 한다.

그런 진술은 거짓이거나 비합리적이다.<sup>20)</sup>

결론적으로 모호한 표현은 불확정적인 경계 사례를 갖는 반면, 뚜렷한 외연을 갖지는 않는다고 말할 수 있다. 이 연구의 관심사는 이런 특징이 법에 어떻게 반영되는지를 고찰하는 것이기 때문에, 모호성에 대한 상세한 철학적 논쟁은 생략하고 모호성이 법에 대해 갖는 의의의 문제로 넘어가기로 한다.<sup>21)</sup>

### 3. 법의 광범한 모호성

가상 사례를 통해 모호한 법의 특징을 파악해 보자. 어떤 판사 앞에 도박죄로 기소된 천만 명의 피고인이 일렬로 서 있는 가상의 법정을 상상해 보자. 맨 왼쪽의 피고인은 10원이 걸린 내기를 했으며 무죄임이 분명하다. 그 오른쪽에는 20원의 내기를 한 피고인이 서 있다. 이처럼 내기 액수가 10원씩 더 커진다는 점 외에 다른 모든 사실관계는 동일한 피고인들이 나란히 서 있다. 가장 오른쪽에 선 피고인은 1억원의 내기를 했으므로 유죄임이 분명하다. 그러나 법이 관용 원리에 따른다면, 어깨를 대고 있는 한 쌍의 피고인 중에 한 명은 유죄로 다른 한 명은 무죄로 판결하는 것은 자의적으로 보인다. 이 예를 ‘도박’의 모호성을 보여주는 법적 더미 역설이라고 할 수 있을 것이다. 법적 더미 역설로부터 모호성과 관련한 몇 가지 결론을 끌어낼 수 있다.

첫째, 모호한 법은 적용 여부가 불확정적인 사안을 갖는다. 10원이나 1억원의 경우와 달리 몇만 원의 내기가 도박인지는 확실하지 않다. 그러나 어떤 법적 표현이 모호하다고 해서, 의미를 이해하지 못하거나 적용이 항상 불확정적인 것은 아니다. 모호한 법은 단지 적용상의 경계 사례에서만 불확정적이다. 도박 사례에서 보듯, 우리는 ‘도박’의 의미를 잘 알고 있지만 그럼에도 일부 사안에서는 유무죄의 판단이 불확정적이다. 따라서 엄격히 보면, 모호성은 법 또는 법적 표현이 갖는 속성인 반면 불확정성은 법의 적용에서 나타나는 특성이다.

둘째, 불확정적인 사안의 판결은 법관의 재량에 의존하게 된다. 10원에서 1억원 사이의 중간 지점에 속하는 일부 사안들은 도박죄의 조문에 비추어 보아서

20) 더미 역설의 간단한 형태는 다음과 같다. 술어 F에 대하여 대상  $X_i$ 가 연쇄를 이루고 있다고 하자. 첫 번째 전제는 ' $Fx_1$ '이고, 두 번째 전제는 '모든  $i$ 에 대하여, 만일  $Fx_i$ 이면,  $Fx_{i+1}$ '이다. 두 전제는 모두 참으로 보이지만, 어떠한 적당히 큰  $n$ 에 이르면, 추정적 결론 ' $Fx_n$ '은 거짓으로 보인다.

21) 모호성 이론의 입장과 쟁점을 소개하는 논문으로는 Rosanna Keefe, Peter Smith (eds.), *Vagueness: A Reader* (The MIT Press, 1996), pp.1-57 참조.

유죄라고 말할 수도 무죄라고 말할 수도 없다. 이 때 법관은 법 이외의 다른 근거에 기초하여 법적 결론을 내려야 하기 때문에, 사법재량이 발생한다. 경계 사례의 진리치는 불확정적이므로, 재량 판결은 법적으로 옳거나 틀렸다고 평가할 수 없다.

셋째, 재량 영역은 뚜렷한 경계선을 갖지 않는다. 앞의 예에서 나란히 선 두 피고인 중 어느 한 사람만 무죄라고 말할 수는 없으므로, 재량이 시작되는 정확한 금액과 같은 것은 존재하지 않는다. 예를 들어 9,990원까지는 무죄가 확정적이지만 10,000원부터는 유무죄가 불확정적이라고 말할 수 없다. 그러므로 법에 따른 확정적 판결과 재량에 의존하는 불확정적 판결의 영역은 명확하게 구별되지 않는다.

넷째, 모호성에 대한 연구는 재량이 어떻게 행사되어야 할지에 대해서는 직접적으로 알려주지 못한다. 모호성 이론의 관심사는 모호한 표현의 특징이 왜 발생하며 논리적으로 어떻게 다룰 것인지와 같은 문제들이다. 이런 이유로 철학자들은 모호성에 대한 연구가 법에 도움이 되지 못한다고 보는 경향이 있다. “법이론에 유관한 것이라고는 p가 불확정적이라면 p인지 not p인지 알 수 없다는 진부한 원칙이 전부”<sup>22)</sup>라는 것이다. 말하자면, 법학이 필요로 하는 것은 법 적용 여부에 대한 정답이지만, 철학이 줄 수 있는 것은 적용 여부에 대한 정답이 없는 상황을 설명하는 방식들일 뿐이라는 것이다.

법에 정답이 있지 않은데, 이론이 법적 정답을 구할 방법은 제시하지 못하는 것은 어쩌면 당연한 일이다. 그러나 법학이 모호성에 관심을 기울여야 하는 다른 이유들이 존재한다. 먼저 모호성에 대한 이해는 불확정적이거나 불확실한 사안들과 주로 씨름하는 법학자나 법률가들에게 영향을 미칠 수 있다. 정합적인 이론이라면, 모호한 개념의 경계 사례가 지니는 지위에 대한 견해와 어려운 법적 문제에 대한 정답의 가능성에 대한 견해가 상호 관련될 것이다. 예를 들어, 정답 테제를 주장하는 드위킨은 인식론적 모호성론과, 재량을 인정하는 법실증주의는 의미론적 모호성론과 경계 사례를 이해하는 방법이 유사하다. 또한, 모호한 개념이나 특정 법적 쟁점에 정답이 없다고 생각하는 법관은 재량을 인정하고 법 외적 자원들을 적극적으로 사용할 것이지만, 항상 정답이 있을 것으로 기대하는 법관은 법 이외의 사항을 고려하기를 주저할 것이다. 이런 이유로 한 법학자는 모호성에 대해 어떤 관점을 택하느냐는 적어도 “판단 스타일”과 “법 외부로 나가려

22) Stephen Schiffer, “A Little Help from Your Friends?”, *Legal Theory* 7 (2001), p. 423.

는 적극성”에 영향을 미친다고 평가한다.<sup>23)</sup>

모호성이 법체계의 운용에서 더 적극적인 역할을 감당한다고 보는 견해도 있다. 정답의 존재론적不在 때문이든 정답의 인식론적 불가능성 때문이든, 법이 모호한 사안에서 법적 결정을 하려면 법을 창조해야만 한다. 어떠한 모호성 이론도 이러한 필요성을 부인할 수는 없다. 이런 점에서, 적용 규범이 모호할 때는 법관은 어떤 의미에서든 법을 만들 힘을 갖는다고 볼 수 있다. 이처럼 법제정을 입법부와 사법부간의 협업으로 이해하면, 모호성은 분업을 가능하게 하는 기능을 수행하고 있다는 점이 뚜렷해진다.<sup>24)</sup>

마지막으로, 모호성은 사법재량의 문제를 진지하게 고민할 필요가 있음을 시사한다. 대개의 법이론은 법이 부분적으로 불확정적임을 인정한다. 법규범은 일반적이거나 추상적이어서, 구체적 사안에서는 조금의 불확정성을 감수할 수밖에 없다는 것이다. 그런 관점에서 서면, 사법재량은 사소한 필요악에 불과하다. 사법재량이 법치에 반한다고 인정하면서도, 법관의 직관이나 재량을 크게 염려하지 않는 것은 재량 영역이 매우 협소하다는 믿음에 기초한다. 그러나 법은 광범위하게 모호하며, 따라서 사법은 불확정적 사안을 다루게 될 가능성이 크다. 모호성은 도덕적 추상적 규범표지에 한정되지 않으며 경험적 기술적 규범표지에서도 나타나기 때문에, 사실상 거의 모든 법적 개념들은 모호하다. 모호성은 본성상 사실 관계에 대한 정보가 주어진다고 해서 감소되지 않으므로 선례나 입법과 같은 법제정행위를 통해 約定的으로 제거하기도 곤란하다. 오히려 규정이 모호할 때에만 다양한 사안들을 규율할 수 있다는 점에서 모호성은 법에 필연적이고 바람직한 측면이 있다. 무엇보다, 재판에까지 이른 사안들은 주로 경계 사례일 것이므로, 司法에서의 불확정성은 더욱 심각할 것이다. 결과적으로 모호성은 사법재량의 광범성을 주장할 근거가 된다.

지금까지 모호성에 대한 설명을 통해 모호성이 사법재량을 어떻게 발생시키고 특징짓는지 살펴보았다. 이제 모호성에 대한 이해에 기초하여, 사법재량을 제한하려는 여러 해석론들의 시도가 성공할 수 있는지 따져볼 차례다.

<sup>23)</sup> Kent Greenawalt, “Vagueness and Judicial Responses to Legal Indeterminacy”, *Legal Theory* 7 (2001), p.444-445.

<sup>24)</sup> Joseph Raz, “Sorensen: Vagueness has No Function in Law”, *Legal Theory* 7 (2001), p.419.

### III. 법해석론의 검토

특정한 해석방법론을 지지하는 주장은 두 가지 차원에서 이해할 수 있다. 하나는 자신의 해석방법론이 해석을 통한 법인식의 본질에 부합한다는 적극적 주장이며, 다른 하나는 사법재량을 제한하는데 다른 해석방법론보다 유용하다는 소극적 주장이다. 그러나 모호성의 관점에서 각 이론을 고찰해 보면, 어떠한 주장이든 해석과 재량의 성격을 적절히 설명하지 못하는 부분이 있다는 점이 드러날 것이다.

#### 1. 문언주의

문언주의에 따르면 해석이란 법문의 ‘語義’를 파악하는 것이다. 법해석의 직접적 재료는 헌법이나 법률임은 분명하다. 그러나 ‘문언의 의미’가 의미하는 바가 무엇인지는 좀 더 따져볼 필요가 있다. 문언주의는 특히 법실증주의와 결합되어 여타의 도덕적 정책적 고려들을 배제하고 법 텍스트만을 法源으로 삼는 태도로 나타난다. 브링크는 그러한 견해가 전통적 의미론(semantic)에 의거해 법을 이해하고 있다고 본다.<sup>25)</sup> 전통적 의미론에 따르면, 단어나 구절의 의미는 화자가 그것에 연관시키는 記述이나 속성의 집합이며, 그 외연은 화자가 그 名辭에 연관시킨 기술을 충족하는 모든 것들에 한정된다. 예를 들어 “총각”의 의미는 사람들이 그 것과 연관시키는 기술인 “결혼하지 않은 남자”이며, “총각”의 외연은 이 기술에 맞는 사람의 총합, 즉 결혼하지 않은 모든 남자들이다. 법문언의 의미도 마찬가지로 설명할 수 있다. “도박”의 의미는 “서로 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 그 재물의 득실을 결정하는 것”이다. 법률가들이 ‘도박’이라는 단어에 관행적으로 그러한 설명을 결부시키고 있기 때문이다. 나아가 ‘도박’의 외연은 설명에 부합하는 모든 행위들로 확정지어질 수 있다.

브링크는 언어 철학적 측면에서 기술 이론(descriptive theory of meaning)의 약점을 지적한다. 첫째, 기술 이론은 우리가 무지하거나 잘못된 믿음을 가진 경우를 설명하지 못한다. 예를 들어, ‘아리스토텔레스’를 ‘플라톤의 스승’이라고 잘못 기술하는 것도 가능하다. 하지만 이것이 잘못이라는 점을 밝히려면 ‘아리스토텔레스’는 기술을 충족시키는 방법 말고 다른 방식으로 의미를 획득해야 한다. 즉

<sup>25)</sup> 이하 설명은 David Brink, “Legal Interpretation and Morality”, Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals* (Cambridge University Press, 2001), pp21-23 참조.

기술 이론은 화자의 단어가 지칭하는 바(플라톤의 제자)와 화자가 믿는 바(플라톤의 스승)를 구별하지 못한다. 둘째, 기술 이론은 불일치(disagreement)의 문제를 설명하지 못한다. 불일치란 명사의 의미를 동일하게 보면서도 그것이 지칭하는 바의 본질에 대해서는 양립 불가능한 믿음을 갖는 것이다. 대부분의 사람이 ‘G’라는 명사의 속성이 ‘XYZ’로 보더라도 어떤 사람은 그에 반대하여 ‘G’가 지칭하는 바는 ‘ABC’라고 주장할 수 있다. 예를 들어, ‘도박’이 지칭하는 바가 ‘우연성’을 속성으로 하는지에 대해 법적 불일치가 존재할 수 있는 것이다. 그러나 기술 이론은 관행적 기술에 의미를 결부시키기 때문에 불일치의 가능성이 애초에 배제된다. 이러한 의미론으로는 법적 불일치와 그를 통한 법의 변화를 설명할 수 없게 된다.

여러 의미론이 나름의 약점을 갖기 때문에, 오류와 불일치를 설명할 수 없다는 기술 이론의 약점에 기초하여 문언주의를 비판하는 것이 부당할 수 있다. 그러나 기술 이론이 타당하다고 하더라도 기술 이론이 모호성을 배제할 수 있는 것은 아니다. 모호성은 특정한 의미론과 무관하다. 더 정확히 말하자면 모호성은 어떤 의미론에 의해서든 의미를 얻은 후에야 발생하는 문제다. 모호한 법은 법문의 의미를 알 수 없는 것이 아니라, 의미를 알고 있음에도 어떤 경우는 적용하기 곤란한 것이다. 그러므로 언어가 의미를 가진다는 것이 무엇인가라는 문제는 모호성의 문제로부터 독립되어 선행한다. 법해석 역시 모호한 법을 적용가능하게 만들려는 시도에 있어서는 의미 이론으로부터 얻을 것이 적다.

언어 철학적 논의와는 별개로, 문언주의는 법해석에 기여하는 바가 거의 없는 것처럼 보인다. 만일 법문의 의미가 모든 사람이 동의할 만큼 명확하다면, 그러한 의미를 확인하는 것은 ‘해석’이라고 불리기 어렵다. 즉 어떤 해석자가 법률의 유일한 의미에 의해서만 법적용이 결정되어 있다고 주장한다면, 역설적으로 그는 법률을 해석한 것이 아니다. 어려운 어휘와 복잡한 구문으로 이루어진 법조문의 의미를 밝히는 일도, 해석자의 창조적 역할이 발휘되지 않았다면 실질적으로 해석은 아니기 때문이다.

더욱이 소송에서는 대개 의미나 적용에 대한 다툼이 있는 사안을 다루어지기 때문에, 문언주의는 사법 해석에 기여하기 어렵다. 하지만 문언을 중시하는 견해들은 문언이 적어도 ‘가능한 의미의 한계’를 제공할 수 있음을 강조하는 경향이 있다.<sup>26)</sup> 만일 그러한 한계가 존재한다면, 문언주의는 해석자의 자유를 제약하는

26) 구모영, “형법해석의 한계에 관한 방법적 성찰”, **비교형사법연구**, 제4권 제1호 (2002),

소극적 역할을 할 수 있을 것이다. 대표적인 예로, 형법에서 해석과 유추를 구분하여 유추를 금지하자고 주장하거나, 또는 법관에 의한 법해석과 법형성을 구별하여 법형성에는 더 큰 정당화가 필요하다고 말할 수 있다.

이러한 견해들은 ‘의미의 한계’라고 표현할 때, 언어의 애매성(ambiguity)을 염두에 두고 있는 것처럼 보인다. 말하자면, 한 단어가 복수의 의미를 갖는다는 점은 인정하지만, 적용 가능한 의미들과 적용 불가능한 의미들이 뚜렷이 구별된다고 생각한다. 따라서 한 단어가 多義的일 때 그 중 하나를 고르는 것은, 비록 일종의 선택이지만, 법의 ‘해석’이고, 그 이외의 선택지를 고르는 것은 ‘해석’이 아니라고 보는 것이다.<sup>27)</sup>

애매성은 불확정성에 큰 영향을 미치지 못한다. 표현이 애매하다는 것은 同音異議語처럼 한 단어가 구별되는 여러 개념을 갖고 있는 것을 말한다. 하지만 애매한 단어는 대개 맥락을 생각해보면 어떤 뜻이 맞는지 알 수 있다. 물론 일상 대화와는 달리, 여러 뜻 가운데 무엇을 의도했는지 입법자에게 문의할 수 없고 立法史도 맥락을 알려 주기에 부족한 경우가 많기 때문에, 법의 애매성은 해석상의 곤란을 초래할 수 있다. 그러나 법해석을 통해서 올바른 의미를 선택할 가능성이 존재하기 때문에, 법문의 애매성이 불확정성을 필연적으로 수반하지는 못한다.

반면 법의 모호성이 불확정성을 초래한다고 보면, 법은 의미의 한계를 갖지 못한다. 예를 들어 ‘과속’이라는 단어가 의미의 한계를 갖는지 살펴보자. ‘과속’을 애매한 단어로 보면, ‘과속’은 ‘시속 60km 이상’, ‘시속 70km 이상’, ‘시속 80km 이상’ 등의 여러 의미를 갖게 된다. 이 중 하나를 법관이 선택하는 것은 적법한 것으로 보인다. 더욱이 법관이 ‘시속 30km 이상’을 기준으로 삼는다면 허용되는 해석의 범위를 넘는 것이 분명하기 때문에, 이러한 경우에 ‘과속’이란 단어는 의미의 한계를 갖는 것처럼 보인다.

그런데 모호한 단어는 ‘상위 모호성(higher-order vagueness)’의 문제를 발생시킨다는 점에서 애매한 단어와는 구별된다. 상위 모호성이란 적용이 분명치 않은 경우와 적용 여부가 분명한 경우가 뚜렷이 구별되지 않는 특징을 말한다. 달리 말하자면, 모호한 경우와 모호하지 않은 경우 사이가 마찬가지로 모호하다는 것

pp.359-360; 오세혁, “한국에서의 법령해석”, **법철학연구**, 제6권 제2호 (2003), p.129; 김영환, 전게서(각주 11), pp.268-269.

27) “예컨대 일상용어적인 의미가 a, b, c, d를 포함한다면, 그 중에서 하나의 의미인 a를 해당 법문의 전문용어적인 의미로 받아들여지게 된다.” 김영환, 전게서(각주 11), p. 268.

이다. 앞의 사례에서 30km와 90km의 경우는 적용 여부가 확정적이라 하더라도 그 중간의 어떤 영역에서는 적용 여부가 불확정적이기 때문에 ‘과속’은 모호하다. 그런데, 만일 ‘시속 50km 이상’이 과속인지가 불확정적이라고 해도, 확정적 영역과 불확정적 영역을 나누는 어떤 선이 있는 것은 아니다. 즉, 적용되는 영역과 적용되지 않는 영역 사이가 불명확한 것처럼, 적용이 확정적인 영역과 불확정적인 영역 사이도 불명확하다. 이처럼 허용되는 기준(해석적 선택)과 허용 불가능한 기준(재량적 선택) 사이에 뚜렷한 경계가 없기 때문에, 모호한 표현인 ‘과속’은 한계의 역할을 하지 못한다. 따라서 ‘가능한 의미의 한계’가 법관의 해석이나 재량의 명료한 경계선을 의미한다면, 그러한 뜻에서의 한계는 존재하지 않는다.

흔히 문언은 해석의 출발점이자 한계라고 말해진다.<sup>28)</sup> 해석의 출발점이라는 말은 해석이 법률을 대상으로 한다는 측면에서는 타당하다. 이런 점에서 사실상 모든 해석은 문언주의적이다. 하지만 일의적 문언이 법관을 구속하는 경우는 법해석이라고 부를 수는 없으며, 문언의 애매성은 불확정성에 큰 영향을 미치지 못한다. 더욱이 모호성이 문제되는 사안에서는 문언의 의미는 도움이 되지 못한다. 모호한 법은 그 의미 내용을 알 수 있지만 적용 방향은 모르는 것이기 때문이다. 또한 법의 모호성은 ‘가능한 의미의 한계’를 부정하므로 문언은 사법재량을 정밀하게 제한할 수단이 되지 못한다.

## 2. 의도주의

일견 의도주의는 매우 타당한 주장처럼 보인다. 어떤 표현이 무엇인가를 표상하려면 의도가 필요하다. 바위의 무늬가 우연히 ‘입산금지’처럼 보인다면, 신기한 일이지는 해도 그 무늬가 산에 들어서지 말도록 행위를 지시하는 것은 아니다. ‘입산금지’라는 글자는 누군가에 의해 특정한 의도로 쓰인 경우에만 경고의 의미를 전달한다. 그런데 좀 더 자세히 살펴보면, 이러한 맥락에서의 의도와 의도주의 법해석론에서 강조하는 의도는 구별된다. 의도주의 해석론은 단순히 의미의 발생에 의도가 필요하다는 점을 말하는 것이 아니라, 문언상 불분명한 입법자의 규율 의도를 추적하여 밝히는 것이 법해석의 본령이라는 주장이다.

의도주의는 민주주의에 충실하다는 점을 주된 근거로 삼는다. 입법자는 선출된 반면 법관은 그렇지 않기 때문에, 법관은 입법자의 의도를 존중하는 것이 마땅하

28) 우리 법원도 “문언의 일상적 의미를 해석의 출발점으로 삼고 있고 문언의 가능한 의미를 해석의 한계로 삼고 있다.” 오세혁, 전제논문(각주 26), p.128.

다는 것이다. 그러나 입법자들의 의도는 상충할 수도 있고, 입법 과정 중 어느 단계의 증거를 어떻게 해석하느냐에 따라 의도가 달리 파악될 수도 있다. 따라서 표결을 통해 최종적으로 효력을 갖게 된 법률 이전에 존재하는 의도들은 불완전한 것으로 평가할 수 있다. 그렇다면 민주적 의사는 입법 의도 보다 최종적인 법률 문언에 구체화되어 있다고 볼 여지도 있는 것이다.

다른 한편 마머(A. Marmor)는 라즈의 권위 이론에 근거하여 의도주의가 법의 권위(authority)를 설명하는데 적합하다고 주장한다. 라즈에 따르면, ‘甲’이 자기 자신의 근거보다 ‘乙’의 지시에 따르면, ‘甲’의 행위에 관계된 여타 근거들도 더 잘 충족되는 경우에 ‘乙’의 ‘甲’에 대한 권위는 정당화된다.<sup>29)</sup> 예를 들어, 건강을 지키기 원할 때 자기 생각보다 의사의 지시에 따르는 것이 건강을 더 잘 지키게 될 때, 의사는 전문가로서의 권위를 갖는다. 마머는 이 테제가 ‘갑’의 권위적 지시 뿐 아니라 지시를 내리는 ‘갑’의 의도에 대해서도 적용된다고 주장한다. 즉, 한 사람이 다른 사람에게 권위를 갖기 위한 조건이 성취되기 위해서는 권위자의 의도에 대한 존중이 반드시 필요하다는 것이다.<sup>30)</sup>

그러나 왈드론(J. Waldron)은 라즈와 마머의 설명이 권위(authority)와 권위를 발하는 權威者(authorship)의 관계를 과도하게 결부시킨다고 비판한다. 왈드론에 따르면, 개인이 법률의 지시에 따를 때 여타 근거도 더 잘 충족된다면 법률은 개인에 대해 권위를 가진다고 볼 수 있다. 이 때 법률은 권위를 갖기 위해 권위의 저자(author)를 필요로 하지 않으며, 굳이 가상의 권위자가 문언에 권위를 불어 넣었다고 상정할 필요도 없다. 따라서, 왈드론과 같은 입장에서는 입법 의도에 대한 존중은 법에 개념 필연적인 것도 아니다.<sup>31)</sup>

의도주의가 정치적으로나 개념적으로 정당화되지는 못하더라도, 법률이 모호할 때에 의도에 문의하여 재량을 제한할 수 있다고 기대할 수 있다. 그러한 기대가 타당한지 알기 위해서는 우선 입법 의도의 개념을 세분할 필요가 있다. 첫째, 구체적 의도는 개별 사안의 적용 여부에 대한 입법자의 생각을 말한다. 예를 들어 입법자가 내기 골프의 사례를 미처 생각하지 못했다면, 내기 골프는 법적으로 도박에 해당하지 않는다. 둘째, 일상적 의도는 문언이 통상적으로 포함하는 영역에

<sup>29)</sup> 라즈는 이를 ‘정상적 정당화 테제(normal justification thesis)’라고 한다. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), p.53 참조.

<sup>30)</sup> A. Marmor, 전게서(각주 3), pp.176-180 참조.

<sup>31)</sup> Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), pp. 130-132 참조.

법이 적용되기를 의도하는 것을 말한다. ‘도박’이라는 단어가 스포츠를 포함하지 않는 것이 통념이라면, 내기 골프에 도박죄가 적용되지 않는다. 셋째, 추상적 의도는 입법자가 염두에 둔 법의 목적을 말한다. 도박죄의 제정 목적이 “건전한 근로의식의 배양”이라면, 내기 골프를 한다고 하여 근로관이 타락하는 것으로 도박죄는 적용되지 않는다.<sup>32)</sup>

세 종류의 의도들은 모두 입법자 개인이나 집단의 현실적 심리 상태를 뜻한다. 의도주의는 현실적 의도는 실재하므로 그에 따르는 것이 모호한 법률의 적용을 법관의 주관에 맡기는 것보다 낫다고 주장한다. 의도주의에 의하면, 법관은 자신에게 맡겨진 사안을 입법자가 고려했다라면 어떻게 결정했을까를 생각해 보아야 한다. 그런데 해석자는 이러저러한 증거에 의존해서 입법자의 마음을 추측할 수 있을 뿐이다. 즉 의도에 대한 증거는 경험적인 것이라 해도, 의도 자체는 해석자가 증거를 통해 재구성한 것이다. 그러므로 법해석에서 활용가능한 의도는 실제로는 반사실적 조건문(counterfactuals)에 근거한 비현실적 의도이다.<sup>33)</sup>

반사실적 추론은 여러 가지 이유로 의도주의 해석의 중요한 수단이 된다. 첫째, 현실적 의도를 파악할 경험적 증거가 아예 존재하지 않거나 또는 왜곡되어 있기 때문에 필요하다. 둘째, 입법자 개인의 의도를 전체 입법 의도로 결합하기 위해서도 필요하다. 입법자 간의 의도의 차이는 구체적 의도에서 두드러지겠지만, 동일한 법률을 여러 입법자 집단이 다른 목표를 가지고서 통과시키는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 셋째, 일반성의 차원을 달리하는 여러 의도들이 충돌할 때도 필요하다. 예를 들어, 입법자가 자신의 구체적 의도가 법의 목적과 위배되는 것을 알았다면 그 의도를 유지했을 것인지 의문스런 상황에서는, 입법자가 무엇을 우선할지에 대해 반사실적 추론이 요구된다. 결과적으로, 의도가 해석의 확고한 기준이 되려면 의도에 대한 반사실적 조건문이 확정적 진리치를 가져야 한다.

32) 물론 어떠한 차원의 의도든지 간에, 입법 의도를 달리 볼 여지가 있다. 예를 들어 우리 대법원은 내기 골프에 도박죄를 적용한다. 대법원 1983. 3. 22. 선고 83도2151 판결. 따라서 이 사례는 입법 의도에 따라 법적용 여부를 결정하는 것이 간단한 일이 아님을 이미 보여주는 셈이다.

33) 반사실적 조건문은 “만일 ..... 한 것이 성립되었더라면, ..... 한 것이 성립되거나 되지 않았을 것이다”라는 형식으로 된 명제를 말한다. 전건은 사실과 상반되는 ‘반사실적’ 사태를 말하며, 후건은 그랬을 경우 사태가 어떻게 달라졌을 것인가를 말한다. 예를 들어, “만일 입법자가 내기 골프의 사례를 (실제는 아니지만) 생각했다라면, 법을 적용하지 않았을 것이다”와 같은 명제를 말한다. 법에서는 사실관계의 인과성을 확정할 때도 반사실적 추론을 널리 사용한다.

반사실적 조건문이 참일 수 있다고 보는 견해는 이를 증명하기 위해 ‘가능 세계(possible worlds)’라는 장치를 끌어들인다.<sup>34)</sup> 가능 세계란 사물들이 현실 세계에서와 다른 방식으로 존재할 수 있었을 수많은 세계들을 말한다. 반사실적 조건문이 참인지 여부는 현실 세계와 가능 세계의 유사성에 달려 있다. “연필을 놓치면, 땅에 떨어질 것이다”라는 명제를 생각해 보자. 이 조건문의 전건에 해당하는 사태, 즉 연필을 놓치는 일 말고는 물리 법칙을 포함한 여타의 모든 조건이 현실 세계와 매우 유사한 어떤 가능 세계에서는, 연필을 놓치면 땅에 떨어질 것이다. 이러한 경우에만 반사실적 조건문은 참이 될 수 있다. 마찬가지로, 입법 의도에 대한 반사실적 조건문의 진리치도 가능 세계와 현실 세계의 유사성에 따라 결정된다.

그런데 반사실적 조건문의 진리치는 유사성에 의존하기 때문에 모호성을 발생시킨다. 예를 들어, ‘공원에 탈것 진입 금지(no vehicles in the park)’라는 법률의 현실적 입법 의도는 중형차를 금지하는 것이었다고 가정해 보자. 이 때 “입법자가 소형차에 대해 생각했다라면, 진입을 금지했을 것이다”라는 반사실적 조건문은 참이기 쉽다. 왜냐하면, 이 명제를 판단하는데 필요한 가능 세계는 현실 세계와 거의 차이가 없기 때문이다. 하지만, “입법자가 구급차에 대해 생각했다라면, 진입을 금지했을 것이다” 또는 “진입을 허용했을 것이다”와 같은 반사실적 조건문은 어느 쪽이 참인지 판정하기 어렵다. ‘구급차’라는 차이는 입법자의 의도에 영향을 미칠 만큼 심각한 것이기 때문이다. 이러한 경우의 반사실적 조건문은 불확정적 진리치를 갖기 쉽다.

통상적으로 입법 의도에 대한 반사실적 명제는 후자처럼 불확정적일 가능성이 훨씬 크다. 첫째, 입법 의도에 문의하게 되는 사안들은 대개 입법자들이 전혀 예상하지 못한 경계 사례들이기 때문이다. 경계 사례에 대한 고려가 입법자의 마음에 영향을 미치게 되는 가능 세계에서, 입법자는 현실 세계와는 전혀 다른 믿음과 의도를 갖게 될 것이다.<sup>35)</sup> 둘째, 가능 세계와 현실 세계에서 법적 규율이 되는 사태가 유사한지는 대개 매우 복합적인 기준에 의해 결정되기 때문이다. 유사성의 판단 기준이 많을수록 유사성 판단은 더 모호하기 마련이다. 예를 들어, ‘크다’는 키가 크거나 덩치가 크다는 두 가지 기준에 의해 판정되기 때문에 그만큼 더 모호해진다. 규범 현실에 대한 평가는 수많은 고려사항들을 요구하므로 그

34) 이하 설명은 주로 Natalie Stoljar, “Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation”, *Legal Theory* 7 (2001), pp.457-465를 따랐다.

35) 이런 논거는 상계논문, pp.459-460 참조.

만큼 더 모호할 것이다. 결론적으로 의도주의는 반사실적 조건문에 광범위하게 의존하기 때문에 모호성을 해소하기보다는 증가시킨다.

### 3. 목적주의

목적주의 해석론은 해석자가 법률의 목적이 실현되도록 해석할 것을 요구한다. 목적주의 해석론에서의 목적은 입법자의 목적이 아니라 법률 자체의 이성적 객관적 목적을 말한다. 이런 점에서 추상적 입법 의도는 입법 목적과 개념적으로 중첩된다. 즉 입법자의 현실적인 목적이 아니라 합리적 입법자라면 이러저러했을 것이라는 식의 의도주의는 사실상 목적주의로 볼 수 있다. 이러한 해석론도 여러 측면에 비판할 수 있다. 우선, 일반적으로 법의 목적은 추상적이기 때문에 법의 적용이 목적에 맞는 것인지는 모호하기 쉽다. 더욱이 법률의 목적이 여러 가지인 경우에, 각각의 목적에 따라 상이한 해석적 결론이 나올 수 있다. 가장 흔한 비판은 해석의 주관성을 피하기 어렵다는 것이다. 법률이 이성을 가질리 없으므로, 목적이 이성적이라는 판단은 해석자에게 맡겨진다. 그런데 가치 다원주의적 관점에서 보면, 해석자에 따라 목적을 달리 평가하기 마련이며 유일하게 합당한 목적이란 존재할 수 없는 것이다. 결국 이러한 비판들은 목적이 사법재량을 제한하는 역할을 할 수 없음을 보여준다.

그러나 법해석에 있어서는 목적에 대한 고려가 본질적인 요소라고 볼 수 있다. 법은 특정한 사회적 문제를 해결하기 위해 만들어진 것이기 때문이다. 목적을 강조하는 해석관은 풀러의 하트 비판에서 잘 나타난다.<sup>36)</sup> 풀러가 보기에, 하트는 첫째 법해석이 단어들의 의미에 달려 있으며, 둘째 단어의 핵심에서는 해석이 필요하지 않다고 주장한다. 첫 번째 주장에 대해 풀러는 법해석은 하나의 단어에 대한 것이 아니고 적어도 문장 이상의 단위를 대상으로 한다고 반박한다. 예를 들어, “전시용 트럭”은 “탈것(vehicle)”이란 단어의 의미에 있어서는 핵심에 속하지만, 공원에 탈것의 진입을 금지하는 규칙의 목적에 비추어 보면 법이 적용되면 안 되는 사안에 해당한다. 때로 단어가 고정된 핵심을 갖는 것처럼 보이는 것은 법률의 목적이 무엇이든 간에 당해 사안은 거기에 포함될 것이 분명하기 때문이다. 두 번째 주장에 대해 풀러는 법률의 목적을 모른다면 아예 단어의 해석 자체

<sup>36)</sup> Herbert Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71 (1958); Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review* 71 (1958). 하트의 주장에 대해서는 앞의 각주 14, 15의 본문 참조.

가 불가능하다고 비판한다. “모든 개선사항은 …에게 즉시 보고되어야 한다(All improvements must be promptly reported to …)”와 같은 규칙을 생각해 보자. 하트의 주장이 옳다면 이 문장에서 ‘개선’의 ‘핵심’을 알 수 있어야 한다. 그러나 법의 목적을 모른다면 ‘개선’이란 단어는 ‘…’라는 미지수와 마찬가지로 아예 의미를 갖지 못한다.

풀러는 법해석에 있어 목적의 필요성을 적절히 지적하고 있지만, 하트가 말하려는 바를 오해하고 있다. 하트의 ‘핵심’은, 풀러가 생각하는 것처럼 단어의 고정된 의미를 뜻하는 것이 아니라, 적용상의 ‘모범례(paradigm)’를 의미한다. 의미의 핵심이 있다는 하트의 주장은 모범례가 존재해야만 언어를 이해하거나 소통할 수 있음을 지적하는 것이다. 예를 들어, ‘자동차’와 같은 모범례를 알지 못하는 사람은 ‘탈것’의 의미를 전혀 다르게 이해할 것이다. 그러나 모범례를 통해 의미를 이해한다고 해서 주변에 속하는 ‘전시용 트럭’이 ‘탈것’인지 여부가 자동적으로 결정되는 것은 아니다. 주변 영역에 속하는 사례는 모범례와의 유사성에 따라 적용 여부가 결정되며, 목적을 통한 해석은 바로 그러한 유사성 판단에 기여한다.

이렇게 보면, 결국 견해 차이는 해석에서 목적을 고려해야 하는지가 아니라 해석 없이도 의미를 이해할 수 있는지에 달려 있다. 양자 모두 인정하듯, 해석에서 목적을 고려할 필요가 있음은 당연하다. 하지만 이해에 항상 해석이 필요한 것은 아니다. 하트의 모범례는 법을 적용하는데 해석이 불요한 쉬운 사안이 존재한다는 점을 나타낸다.

[쉬운 사안은] 일반 명사의 해석을 필요로 하지 않아 보이고 구체적 예(instance)로 인정하는 일은 미심쩍지 않거나 ‘자동적’인 것처럼 보[인다. 또한 쉬운 사안은] 유사한 맥락에서 부단히 재발하기에 익숙해진 사안들이어서, 분류(classifying) 명사의 적용을 판단하는데 있어 일반적인 동의가 존재한다.<sup>37)</sup>

하트에 따르면, 판단이 일치하는 모범례를 안다면 의미를 이해한 것이다. 그러나 법률의 의미를 이해한다고 하더라도 모범례 이외의 사안에서는 적용 여부가 불분명기 때문에 해석이 필요하다. 이러한 설명은 법의 모호성이 갖는 특징과 잘 들어맞는다. 모호성은 언어의 의미를 모르는데서 기인하는 것이 아니다. 우리 법률의 의미를 이해하지만, 그럼에도 불구하고 적용하기 곤란한 사안은 존재하기

37) H. Hart, 전게서(각주 14), 126면. 강조는 필자.

마련이다. 따라서 단어의 의미를 아는 것과 단어의 올바른 적용을 아는 것은 구별되는 개념이다.<sup>38)</sup>

다른 한편 해석에서 목적을 고려할 필요가 있다고 해서, 목적이 항상 정답을 제공할 수 있는 것은 아니다. 해석은 의미를 맥락에 맞게 수정하지만, 맥락에 의존하더라도 불확정적 사례는 발생할 수 있다. 그러한 사례에서는 의미론적(semantic) 모호성이 아니라 화용론적(pragmatic) 모호성이 문제가 된다. 전자는 진술이 참인지를 모르는 것을 말하며 후자는 그러한 진술을 하는 것이 상황에 적절한지를 모르는 것을 말한다.<sup>39)</sup> 예를 들어, 내 술잔에 술이 조금 남았을 때 상대방이 내게 ‘잔이 비었습니까?’라고 물어보았다고 하자. ‘술잔이 비지 않았다’는 대답은 의미론적으로 참이다. 한 방울의 술이 남았더라도 마찬가지다. 그러나 그렇게 말하는 것이 적절한지는 불분명할 수도 있다. 이 때 적절한 대답을 하기 위해서는 맥락을 따져 보아야 한다. 상대가 술을 더 권하려는 것이라면 긍정의 대답을 하는 편이, 술을 더 이상 먹고 싶지 않다면 부정의 대답을 하는 것이 적절할 것이다. 그러나 각각의 맥락마다 적절한 답변이 무엇인지 불확실한 정도의 술이 남은 경우가 있기 마련이다.

결론적으로, 목적을 고려한다고 해서 모호성이 감축되지는 않는다. 모호한 법을 적용할 때 목적이나 맥락에 의존하여 해석할 필요가 있음은 분명하다. 목적에 따른 해석은 의미론적 해석이 초래할 수 있는 불합리한 결과를 방지할 수 있지만, 화용론적 모호성으로 인해 여전히 재량 사안은 존재한다. 따라서 목적에 대한 고려가 해석을 항상 주관적으로 만든다든지, 반대로 모든 경우에 목적이 정답을 제공한다고 보는 견해는 잘못된 것이다.

#### IV. 해석기준의 의의

지금까지 문언주의, 의도주의, 목적주의 해석론의 주된 근거들을 검토하고, 특히 각각의 해석방법이 사법재량을 감소시킬 수 있는지를 살펴보았다. 이를 아래

<sup>38)</sup> 하트의 설명에 따라서 양자를 구분하자면, 단어의 의미를 아는 것은 모범례를 아는 것이며 단어의 올바른 적용은 모범례와 유사한 대상들에 적용하는 것이다. Timothy Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford University Press, 2000), p.32 참조.

<sup>39)</sup> 이런 점에서 “화용론적 모호성은 ‘적절한’ 또는 ‘합리적인’과 같은 명사의 의미론적 모호성으로 볼 수도 있다” 상계서, p.51.

의 표로 요약할 수 있다.

해석론	핵심 근거	재량의 필연성
문언주의	기술적 의미론	상위모호성 (high-order vagueness)
의도주의	입법자 권위론	의도의 모호성 (intentional vagueness)
목적주의	전반적 해석론	화용론적 모호성 (pragmatic vagueness)

어떠한 해석방법도 법해석에 유일하게 본질적인 것은 아니다. 문언주의가 의존하는 기술적 의미론은 법의 불일치와 변화를 설명하기에 적합하지 않다. 의도주의는 법해석이 개념적으로 입법자의 권위를 존중하는 방향으로 이루어져야 한다고 주장하지만, 법의 권위는 입법자가 없이도 설명가능하다. 법의 의미는 항상 목적에 대한 고려에 의해서만 획득된다고 보는 견해도 언어는 해석 없이도 이해 가능한 모범례를 가진다는 점을 간과하고 있다. 이러한 비판은 각각의 해석방법들이 전적으로 잘못되었다고 주장하는 것이 아니라, 법해석은 여러 방법들을 함께 고려해야 한다고 말하는데 그친다.

다른 한편, 해석에 관한 기존 논의는 해석방법의 평가 기준을 사법 재량을 제한할 수 있는지에 두는 경향이 있다. 그러나 해석방법들은 재량을 완전히 배제할 수 없으며, 심지어 감축시키는 것도 쉽지 않다. 사법재량은 법의 모호성에 기인하는데 각각의 해석방법은 모호성의 특정한 양상에 취약하기 때문이다. 상위 모호성은 문언주의가 상정하는 가능한 의미의 한계가 존재하지 않음을 보여준다. 입법 의도의 확인은 그 자체가 매우 모호한 반사실적 추론에 의존한다. 목적에 대한 고려는 법적용에 필수적이지만, 화용론적 모호성으로 인해 여전히 경계 사례는 발생한다. 따라서 여러 해석방법은 모호성을 제거하거나 사법재량을 제한하는 수단이 되지 못한다.

여러 해석방법이 공존한다는 사실과 모호성을 제거하지 못한다는 사실은 해석방법을 사법재량의 통제수단으로 받아들여서는 안된다는 점을 시사한다. 그러나 이로부터 해석방법이 무가치하다는 결론을 끌어내는 것은 성급한 일이다. 해석방법의 의의는 법적 논증의 기본 규칙이라는 점에서 찾을 수 있기 때문이다.<sup>40)</sup> 판

<sup>40)</sup> 이와 유사한 견해로는 Dennis Patterson, "Interpretation in Law", *San Diego Law Review* 42 (2005) 참조. 패터슨은 법적 논증의 형식을 문언(textual), 선례(doctrinal), 의

단은 근거가 있을 때에만 정당화된다. 어떤 근거가 법적 정당화의 힘을 갖기 위해서는 근거로부터 결론에 이르는 추론이 법적 관행에 의해 준수되는 형식에 맞아야 한다. 해석방법은 그러한 법적 정당화의 필수적 형식 또는 범명제로서 인정되기 위해 갖추어야 할 기본 문법에 해당한다. 법적 논증이 어떠한 해석방법과도 부합하지 않는다면, 법적 정당화의 힘을 갖지 못한다. 법관이 그러한 형식을 무시하고 판결을 내리더라도 판결은 유효하겠지만, 그의 견해는 누구에게도 설득력을 갖지 못할 것이다.

해석방법에 대한 부정적인 견해를 검토하는 것이 논증형식으로서의 해석방법이라는 개념을 이해하는 데 도움이 될 것이다. 이 견해에 따르면, 첫째 해석카논은 정치적, 윤리적, 정책적 판단에 의해 “법관 자신이 이미 행한 범발견(범률해석)의 결론을 사후적으로 정당화하는데 사용되는 수단에 불과하[며],” 둘째, 여러 해석카논 중 무엇을 사용할 지는 법관의 자유이고 카논 사이의 위계질서를 정하는 것도 불가능하다.<sup>41)</sup> 그러나 첫 번째 비판은 법적 판단의 인과적 동기와 정당화를 혼동하는 것처럼 보인다. 법관이 자신의 특정한 윤리관이나 심지어 편견에 의해 특정한 결론을 내렸다 하더라도 법에서 중요한 것은 실제 동기가 아니라 그러한 결론이 법적으로 정당화될 수 있는냐이다. 심지어 법관이 판결의 실제 동기와 다른 근거를 제시하더라도 그 근거가 타당하다면 판결은 정당화되는 것이다. 따라서 만일 부정적인 의미로 ‘사후적 정당화’라는 용어를 사용했다면 정당화의 의의를 오해하고 있는 것이다. 또한 우선순위 없는 해석카논들이 다원적으로 사용되는 것도 부정적인 것은 아니다. 사법부가 유사한 사안에 대해 상이한 결론을 도출한다고 하더라도 이것은 법의 불확정성 때문이지 해석카논 때문이 아니다. 해석카논은 법관의 재량을 감축하거나 정답을 보장하는 수단이 아니며, 법적 결론이 무엇이든 간에 그것에 법적 논증으로서의 자격을 부여할 뿐이다. 그러한 형식을 갖추지 못한 판결은 재량 판단이 아니라 아예 법적 판단이 아니다.

지금까지 모호성에 기인한 법의 불확정성과 그에 따른 사법 재량이 불가피하다는 전제로부터 해석방법의 의의를 새롭게 재구성해 보았다. 그러한 전제를 인정한다고 할 때, 재량 판단은 어떻게 이루어지는지 또는 이루어져야 하는지는 별도의 연구가 필요한 과제이다. 여기에서는 재량 판결의 記述的, 規範的 측면에 대해서 각각 한 가지 점만을 언급하고자 한다. 첫째, 법이 불확정적인 경우, 법관

도(intentional), 결과(prudential), 체계(structural), 도덕(ethical)의 6가지로 구분하고, 이 형식에 부합하느냐에 따라 범명제의 참과 거짓이 판정된다고 본다.

41) 이상돈, 전게서(각주 10), pp.77-98.

은 사실 관계에 주목하는 경향이 있다. 법적 관점에서는 일견 유사해 보이는 유형의 사안들을 사실 관계의 특징에 따라 이리저리하게 분류하여 법의 적용 여부를 달리 판정하는 것이다. 그러한 분류의 기준은 물론 법에 의한 것일 수 없으며, 법관의 가치 판단에 달려 있게 된다. 그러나 객관적 사실 관계를 기준으로 삼음으로써 사법부는 이후 판결에 대해 일정한 예측가능성을 제공할 수 있다. 둘째, 이와 같은 재량 사안에서 사법 판단은 소송 당사자나 시민의 판단과 다를 수 있기 때문에, 법관은 판단의 근거들을 고려함에 있어 중립적이어야 한다. 중립성의 강조는 법관이 중립적 가치를 가지라는 불가능한 요구를 뜻하는 것이 아니라, 소송에 있어 절차적 중립성을 최대한 확보하는 것이 재량 판결이 훼손할 수 있는 사법의 권위를 보장하는데 필수적임을 시사하는 것이다.

투고일 2009. 2. 21	심사완료일 2009. 3. 12	계재확정일 2009. 3. 13
-----------------	-------------------	-------------------

## 참고문헌

- 구모영, “형법해석의 한계에 관한 방법적 성찰”, *비교형사법연구* 제4권 제1호 (2002).
- 김영환, *법철학의 근본문제* (홍문사, 2008).
- 김혁기, *법의 모호성 연구*, 박사학위논문, 서울대학교 (2009. 2).
- 심헌섭, *분석과 비판의 법철학* (법문사, 2001).
- 오세혁, “한국에서의 법령해석”, *법철학연구* 제6권 제2호 (2003).
- 이상돈, *새로 쓴 법이론* (세창출판사, 2005).
- 최봉철, *현대법철학* (법문사, 2007).
- 최봉철, *현대법철학* (법문사, 2007).
- David Brink, “Legal Interpretation and Morality”, Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals* (Cambridge University Press, 2001).
- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977).
- Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Harvard University Press, 1986).
- Timothy Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford University Press, 2000).
- Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review* 71 (1958).
- Kent Greenawalt, “Vagueness and Judicial Responses to Legal Indeterminacy”, *Legal Theory* 7 (2001).
- Herbert Paul Grice, *Studies in the Way of Words* (Harvard University Press, 1989).
- Herbert Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71 (1958).
- Herbert Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1994).
- Rosanna Keefe, Peter Smith (eds.), *Vagueness: A Reader* (The MIT Press, 1996).
- Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford University Press, 1992).
- Dennis Patterson, “Interpretation in Law”, *San Diego Law Review* 42 (2005).
- Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford University Press, 1979).
- Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986).
- Joseph Raz, “Sorensen: Vagueness has No Function in Law”, *Legal Theory* 7 (2001).

Stephen Schiffer, “A Little Help from Your Friends?”, *Legal Theory* 7 (2001).

Natalie Stoljar, “Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation”,  
*Legal Theory* 7 (2001).

Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999).

<Abstract>

## The Impossibility of Eliminating Vagueness through Legal Interpretation

Hyeok-ki Kim\*

Since interpretation is essentially creative, the law requires interpretive methods to achieve coherence and authority. Many theories of legal interpretation have emphasized text, intention, and purpose. Nevertheless, indeterminate law cannot lead to one conclusion when it comes to a legal dispute. The indeterminacy of law entails judicial discretion. The vagueness of law is the fundamental source of legal indeterminacy. Vagueness is necessary, irreducible, and desirable therefore, the range of indeterminacy is far-reaching. In addition, vagueness shows that each theory of legal interpretation does not explicate the practice of law suitably.

First, textualism is mistakenly based on the descriptive theory of meaning. Legal texts cannot even determine the limit of judicial discretion, because the notion “boundary of possible meanings” disregards the problem of high-order vagueness. Second, although intentionalism highlights the authority of law and democracy, both of them can be supported without legislative intention. Moreover, legislative intention is as vague as the text. Lastly, purposivism ignores the fact that law can be understood without interpretation. Since the law is vague pragmatically as well as semantically, purpose and context cannot exclude judicial discretion.

However, the methods of interpretation are worth examining. Appeals to them are not mere ex post rationalizations of judicial decisions. They are indispensable for understanding law and necessary rules of legal arguments, although they cannot constrain judicial discretion.

Key words: Legal Interpretation, Vagueness, Judicial Discretion, Textualism, Intentionalism, Purposivism

---

\* Doctor of Law, Lecture in Ewha Womans University.