

# 「漠然해서 無效」인 法律

全在慶\*

## 차 례

### I. 法律文言은 왜 漠然해지는가?

1. 法律言語는 日常言語의 漠然性을 이어받고 있다.
2. 漠然性은 法律文化의 소산이다.
3. 立法戰略上의 必要 때문에 法律文言이 漠然해진다.

### II. 「漠然한 法律」이 왜 問題되는가?

1. 言語批判을 거치지 아니한 法律文言은 無意味하다.
2. 漠然한 法律規定은 法的安定性을 해친다.
3. 法律文言의 漠然性은 憲法裁判의 課題이다.

### III. 어떠한 法律이 漠然한가?

1. 概念 및 範圍
2. 判例分析
3. 事例分析

### IV. 「漠然한 法律」은 왜 違憲인가?

1. 適法節次에 반한다.
2. 租稅法律主義·罪刑法定主義·行政의 法律適合性에 반한다.
3. 立法權의 濫用이다.

### V. 法律의 漠然性을 어떻게 解消할 것인가?

1. 委任立法의 具體化·明確化
2. 有權解釋準則의 整備
3. 適法節次原理에 의한 憲法裁判의 活性化

\* 한국법제연구원 수석연구원, 법학박사

法の意思是言語로 표현된다. 따라서 법률은 어느 일면 언어의 불확실성에 의하여 지배된다. 法律文言의 불확실성·추상성 또는 광범성을 완전히 배제할 수는 없다. 그러나 法律規範이 불확실하면 불확실할수록 受範者는 자기 행위의 의미와 결과를 예측하기 곤란하다. 즉 명확하지 아니한 규범은 이미 규범이 아니다. 요컨대 法律文言은 기본적으로 명확하여야 한다. 종래 獨逸法學에서는 J.W.Hedemann의 『一般條項에로의 逃避』(1933)가 출간된 이래 법철학과 형법학에서 「一般條項」(*clausula generalis*)이라는 관점에서 법률문언의 명확성의 문제가 활발하게 논의되고 있다.<sup>1)</sup> 美國 연방대법원은 CONNALLY判決(1926)<sup>2)</sup> 이후 확립된 「漠然해서 無效」(Void for Vagueness)理論을 통하여 법률문언의 불명확성에 대하여 비판적 가치평가를 내리는 實踐意志를 보였다. 「漠然해서 無效」理論의 원리와 실제에 관한 고찰은 법률생활의 안정성과 예측가능성을 보장하고 입법과 법집행의 실효성을 증진시키는데 기여할 것이다.

## I. 法律文言은 왜 漠然해지는가 ?

### 1. 法律言語는 日常言語의 漠然性을 이어받고 있다.

法律言語는 日常言語와 다른 뜻으로 사용되는 경우가 많다. 예컨대, 일반 생활관계에서는 “무효·취소·철회·해지·해제”를 혼동하는 경우가 많지만 법률관계에서는 이를 엄격하게 구분한다. 그러나 대부분의 법률언어는 일상언어를 근간으로 한다. 일상언어는 문화의 한 요소로서 학습되는 사회적 약속이지만 사용자의 주관적 의미가 강하게 반영되고 용법에 대한 강제가 불가능하기 때문에 부정확하거나 다의적으로 사용된다. 일단의 記號學者들은 意思傳達과 意味作用의 科學化를 위하여 모든 문화적 실재를 기호로 대치할 수 있다고 믿었지만 「바벨」塔의 神話가 상징하는 바와 같이 언어의

1) 「一般條項」理論에 관한 최근의 논의는 沈憲燮, 「刑法과 一般條項」 東山孫海睦博士華甲記念 『刑事法學的 現代的 課題』 (법문사:1993), 579쪽 이하, 참조

2) Connally v. General Construction Co., 269 U.S.385(1926).

불확실성은 언어생활의 본질적 현상이 되고 말았다. 법률언어 또한 일상언어의 불명확성을 이어 받음으로써 그 규범의미가 막연하여진다.

## 2. 漠然性은 法律文化의 소산이다.

한국의 법률문화는 여러가지 측면에서 법률문언의 막연성을 증가시켰다. 근대 서구법의 대대적 계수와 비교법학의 발달은 문화적 검증을 거치지 아니한 법률개념들의 유입과 그에 따른 법적개념의 혼란을 초래하였다. 한국법은 「일본법을 통한 독일법의 계수」라고 볼 수도 있는데, 독일법의 문언이 詩라면 영미법의 그것은 小說과 같다. 영미식 법률문언은 장황하고 具體的인데 비하여 독일식 법률문언은 간결하고 抽象的이다.<sup>3)</sup> 전자가 解說的이라면 후자는 綱領的이다. 법률문언에 관한 「해석의 여지」는 후자가 많다. 한국의 법제는 일본의 그것과 접근하고 있기 때문에 영미법제에 비하여 “막연한 개념과 친하다”고 단정지을 수 있다. 그렇지만 한국의 법률문화는 오히려 법률문언의 막연성이 별로 문제되지 아니하는 분위기가 보편화되었다.

법률문언의 막연성은 법률체계 및 표현방식과도 관련이 깊다. 법률의 체계는, G.RADBRUCH의 표현을 빌리면, 대체적으로 ‘構成的’이다. 예컨대, 民法 총칙상의 규정들은 물권·채권 관계규정에서 구체화된다. 특히 대륙법계는 특별법에 의한 일반법의 보충과 수정을 예정한다. 이러한 체계에서는 법률 상호간의 유기적 관계를 확보하기 위하여 법률문언이 포괄적으로 될 수 밖에 없다. 한편 한국의 법률문언들은 대체적으로 고답적이고 난해하

3) 예컨대, 현행 民事訴訟法(제242조)은 反訴에 관하여 “피고는 변론의 종결까지 本訴의 계속한 법원에 反訴를 제기할 수 있다”고 규정할 뿐 反訴의 종류에 관하여 별도 규정이 없다. 이에 비하여 美國 聯邦民事訴訟規則(28 U.S.C.A. Rules 1 to 86)(제13조)은 反訴(counterclaim)와 관련하여 (a) 強制反訴 (b) 任意反訴 (c) 反對請求를 넘는 反訴 (d) 合衆國에 대한 反訴 (e) 期間의 終了 또는 準備書面 다음의 反訴 (f) 失機한 反訴 등을 규정하고 있다[法務部 法務資料 제54집, 참조].

한편 현행 刑法은 故意와 過失에 관한 정의규정이 없으나, 美國模範刑法典(M.P.C. § 2.02)은 「故意로」·「情을 알면서」·「無謀히」·「過失로」에 관하여 개별 정의규정을 두고 있다[法務部 法務資料 제50집, 참조].

다. 법률문언이 어려워야 법률가의 지위가 높아지고 법의 권위 또한 유지된다는 생각은 법률문언의 구체화에 장애요인으로 작용하였다.

### 3. 立法戰略上의 必要 때문에 法律文言이 漠然해진다.

법률 입안자들은 합리적인 법률장치의 확보보다 『어떻게 하면 반대자들을 무마시키고 신속하게 법안을 통과시킬 수 있는가』에 관심을 경주한다. 결과적으로 사법부에 의하여 불리한 쪽으로 판결이 날 것을 감안하면서 의도적인 모호함(intentional vagueness)에 의존할 수도 있다. 또한 특정 법률규정이 무용하게 되었지만 신속한 대안을 마련할 수 없을 때에는 낡은 규정을 폐기한다는 법안만을 통과시키고 법적공백은 사법부의 판단에 일임할 수도 있다(half bills). 「변죽법안」(house keeping bill)에 의하여 막연성이 초래될 수도 있다 : 입안자들은 수많은 조문들을 통하여 개선안을 제시한 다음 법안 어디엔가 깊숙히 신중한 사고를 요하는 함축적인 말 몇마디를 끼워 넣을 수 있다.<sup>4)</sup>

한편 정부 관계자들은 정책수행에 적합한 입법양식을 선호한다. 예컨대, 신중범죄에 골머리를 앓는 수사관들은 법규의 포괄성 내지 추상성을 지지할 것이다. 또한 발전적·동적 성격을 지향하는 행정법규는 한정적·일의적 법률용어보다 불확정적·다의적인 법률문언에 매력을 느낄 것이다.<sup>5)</sup> 예비조사의 미흡·졸속입법·창의성의 결핍 등으로 인하여 법률규정이 추상적으로 되기도 한다. 때로는 법규의 공백을 막기 위하여 포괄적 규정을 두는 경우도 있다. 예컨대, 1987년 憲法(제89조)은 국무회의의 16가지 심의사항을 열거하고 마지막에 『17. 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항』을 규정함으로써 모호한 표현에 의존하고 있다. 그러나 이러한 태도는, MONTESQUIEU의 표현대로, 『王의 재판권에 전속하는 사건』을 정확히 열거한 후 「그리고 王의 판사가 재판한 사건」을 덧붙이는 것과 같이,

4) Jack Davies, 『Legislative Law and Process』(St. Paul, Minn.:West Publishing Co., 1975), pp.140-147.

5) 田村悅一, “不確定(多義)概念”, 『行政法の爭點』(JURIST 増刊:法律學の爭點SERIES 9., 1980), 88-89頁.

“이제 갓 빠져나온 恣意 속으로 되돌아가는 것이다.”<sup>6)</sup>

## Ⅱ. 「漠然한 法律」이 왜 問題되는가 ?

### 1. 言語批判을 거치지 아니한 法律文言은 無意味하다.

법을 이해하고 그 구체적 표현인 재판의 논리적 구조를 명확히 이해하기 위하여서는 법률문언의 논리적 구조와 기능을 명확히 파악하여야 한다. L. WITTGENSTEIN의 영향을 받아 M.SCHLICK·R.CARNAP 등에 의하여 조직된 비엔나學團(Wiener Kreis)의 論理實證主義者들에 의하면, “형이상학적 명제는 論理的 構文法을 어긴 似而非 命題(pseudo-proposition)로서 아무런 인식적 의미도 없고 따라서 그 진위를 따질 수 없다.”<sup>7)</sup> “道德的 言明에 관한 논의 역시 사실은 아무 것도 말하는 것이 없다(CARNAP).” 이러한 논리를 법학에 원용한다면 모든 입법과 법집행에 앞서서 입안자와 법률가들은 법률체계와 법률언어의 논리적 분석을 수행하여야 한다. H.L.A.HART에 의하여 대표되는 新分析的 法學(Neo-Analytic and Linguistic Jurisprudence)에서는 論理實證主義의 「언어비판」과 「의미의 추구」의 방법론을 법률개념의 분석에 적용하고 기호논리학 및 컴퓨터과학을 법학에 응용한다.<sup>8)</sup>

6) MONTESQUIEU, 『法の 精神』, 신상초 옮김(울유문화사:1963), 제29면제16장, 492-496쪽.

7) 論理實證主義者들은 명제를 檢證論理에 의하여 그 진위를 결정할 수 있는 事實的 命題(종합적 명제)와 논리적 형식에 의하여 진위가 밝혀지는 論理的 命題(분석적 명제)의 두 가지로 나누고 그외의 모든 진술은 그 진위를 따질 수 없는 무의미한 명제로 본다. 논리실증주의자들이 검증논리를 표방한 것은 科學의 概念과 方法을 명료화하여 모든 지식을 하나의 理想的 言語로 환원시킬 것을 의욕하였기 때문이다.

8) 현대 法哲學에서의 新實證主義的 傾向과 言語分析的 方法論에 관한 개요는 H.J.van Eikema Hommes, 『Major Trends in the History of Legal Philosophy』 (North-Holland Publishing Company:Amsterdam·New York·Oxford:1979), pp. 358-360, 참조.

## 2. 漠然한 法律規定은 法的安定性を 해친다.

法的安定性的의 이념은 흔히 正義에 우선할 수 없으며 惡法에 봉사하는 概念法學 시대의 이데올로기로 배척되기도 한다. 그러나 근대의 개념법학과 법적안정성의 이념은 근대 자본주의의 발전에 현저히 기여함으로써 나름대로의 시대적 사명을 완수하였다. 현대 산업사회에 있어서도 법적안정성의 이념은 합리주의적 전통이 일천한 개발도상국가의 법질서를 뒷받침하고 시민들의 법률생활의 豫測可能性을 지향함으로써 자본주의 경제체제를 안정시키는데 이바지한다. 朝令暮改式 법률 또는 규범의 의미가 불투명한 법률은 바로 이러한 법적안정성의 이념을 저해한다. 법 자체의 안정성이 결여된 법질서는 기업가의 투자와 생산활동을 위축시키고 일반시민들의 인신의 자유를 약화시킨다.

## 3. 法律文言의 漠然性은 憲法裁判의 課題이다.

막연한 법률문언 또는 一般條項이 법철학자들의 사유 속에서 관념적으로 존재하거나 행정의 편의성 내지 재량권을 확보하는 법적장치로 존속한다면 사회건설에 유용한 「道具(Werkzeug)로서의 法」(HEIDEGGER)은 제 기능을 발휘할 수 없을 것이다. 입법기술상 법률문언의 막연성 또는 일반조항이 불가피한 측면도 있겠지만 기본권 보장이라는 측면에서는 막연한 법률문언 또는 일반조항의 억제가 필요하다. 권리의식이 향상된 현대사회에서 明示的 惡法에 의하여 개인의 자유와 권리가 침해되는 경우는 상상하기 힘들다. 오히려 우호적 해석이 가능한 법률문언이 敵對的 解釋의 근거로 돌변하는 사태야 말로 현대 법치국가의 함정이다. 다의적 해석이 가능한 또는 독소를 감추고 있는 법률조항은 변형된 형태의 「默示的 惡法」이며 基本權保障의 敵이다. 따라서 法治國家를 수호하는 최후의 법적장치로 기능하는 憲法裁判은 막연한 법률의 기본권 침해 여부를 묻지 않을 수 없다.

### Ⅲ. 어떠한 法律이 漠然한가 ?

#### 1. 概念 및 範圍

규범의 의미가 막연한 법률 또는 적용범위가 지나치게 광범위한 법률은, 美國 聯邦大法院의 판례(*Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278(1961))에 의하면, 그 자체가 違憲이다. “정부가 무엇을 명령하고 금지하였는지를 알려주지 못함으로써 무효이다”( *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360(1964)). 여기서 “漠然하다”고 함은 “보통의 지식인들로 하여금 반드시 그 규범의 의미를 추측하게 만들고 그 적용에 관하여 각자 의견을 달리하게 되는 경우”( *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385(1926))를 말하며 「내용이 불확실한 경우」를 포함한다.

一般條項의 법리에 있어서도 抽象性·廣範性 또는 不確定性은 一般條項(*clausula generalis*)의 주요한 징표이다.<sup>9)</sup> 즉 일반조항은 「커다란 外延과 보잘 것 없는 內包의 구성요건징표를 포함한 규범」이다.<sup>10)</sup> 또한 내용과 범위가 명확하지 아니한 개념을 담은 법률표현 역시 일반조항이다.<sup>11)</sup> *H.Garstka*는 이러한 一般條項을 「緩和的(救濟的) 一般條項」·「擴張的(授權的) 一般條項」·「規律的 一般條項」으로 類型化하고 있다.<sup>12)</sup> 다만 一般條項이론에서는 어느 정도 일반조항의 불가피성을 인용한다. 즉 일반조항이라고 하여 바로 무효라는 논리는 확립되지 아니하였다.

9) 沈憲燮, 앞에 든 글, 581-582쪽, 참조

10) 集會및示威에관한法律(제5조)의 “선전하거나 선동하여서는...”이 이러한 廣範性的의 예에 해당한다. 경찰법상의 개괄적 수권조항으로서의 ‘공공의 안녕과 질서유지’(警察官職務執行法 제2조제5호) 문언 역시 이러한 계열에 속하는 古典的 一般條項이다.

11) ‘夜間’(형법 제330조)·‘危險’(형법 제258조)·‘淫亂’(형법 제245조)·‘不當한’(형법 제349조) 등은 不確定的 一般條項의 예이다.

12) 一般條項의 類型別 概念과 實例에 관하여서는 沈憲燮, 앞에 든 글, 588-589쪽, 참조.

## 2. 判例分析

### (1) 美聯邦大法院判決 : LANZETTA 對 NEW JERSEY 事件<sup>13)</sup>

[事實概要] 피고인들은 「gangster」(갱단의 일원)임을 범죄로 규정한 주법에 의해 유죄판결을 받았다. 이 법률은 'gangster'를 다음과 같이 정의하였다 : 『gangster란 합법적으로 고용된 것이 아닌 사람으로서 2인 이상으로 조직된 gang의 構成員으로 알려져 있으며 안정질서를 해친 혐의로 최소한 3회 이상의 有罪決定을 받은 적이 있거나 또는 어떠한 범죄로 인해서 이미 有罪決定을 받은 사실이 있는 자이다.』 항소심은 원심을 인정하였다. 이에 피고인들은 상고하였다.

[判決理由] 형법조문의 漠然性(vagueness in wording of a penal statute)은 적법절차의 가장 핵심적인 요소에 위반되는 것이다... 'gang'이란 단어는 너무 막연하며 이 법률에서 충분히 정의되지 않고 있다. "구성원으로 알려진" (known to be a member)이라는 표현은 막연한 것이며, 또한 무엇이 구성원에 해당하는 것인가 또는 어떻게 한 것이 갱단에 가입한 것인가를 표시하지 않고 있다.

### (2) 美聯邦大法院判決 : BAGGETT 對 BULLITT 事件<sup>14)</sup>

[事實概要]<sup>15)</sup> 原告(위싱턴大學의 교수 및 학생단체)는 2개의 州法이 위헌이라고 주장하여 이에 대한 위헌선언 판결과 그 집행의 금지를 청구하는 소송을 제기하였다. 1931년법의 규정은 교원에 대하여 헌법의 지지 및 정부에 대한 충성의 서약을 요구하였다. 또한 1955년법의 규정은 모든 주공무원에 대하여 '파괴적 인물'(subversive person)이 아님을 서약할 것을 요구하였다. 이 법은 '파괴적 인물'을 다음과 같이 정의하였다 : 『합중국 또

13) 306 U.S. 451, 83 L. Ed. 888(1939); 金哲洙, 『판례교과 憲法』(법문사 : 1980), 185쪽.

14) 377 U.S.360. 12L. Ed 2d 377(1964).

15) 金哲洙, 앞의 책, 185쪽.

는 주의 헌법형태를 전복·파괴 또는 전복을 방조하거나 하려고 한 자 또는 그같은 목적을 가진 단체를 돕거나 또 혁명·폭력을 목적으로 하는 단체를 방조하거나 그러한 목적을 가진 단체임을 알면서 가입하거나 회원으로 잔류하는 자를 말하여, 그 단체는 외국단체일 경우에도 같다.』 *Washington 西區地方法院*은 訴를 각하하였다.

이 사건은 연방대법원에 직소되었고 지방법원의 결정이 부당하다는 판결이 내려졌다. 다수의견을 대표한 *WHITE 判事*는 訴에서 다투어진 워싱턴州法은 “漠然하기 때문에 無效”라고 하였고 하급법원의 판결자체를 지지할 만한 상황이 존재하지 아니하였다고 판시하였다.

[判決理由]<sup>16)</sup> “상고인들은 선서요건 및 근거법의 법률문언이 부당하게 막연하고, 불확실하며 광범위하여 무효라고 주장한다. 우리는 이 주장에 찬성한다. 따라서 다른 쟁점들에 대해 언급하지 아니하고 이 문제에 관해서만 심의하였다. 법원은, *Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278(1961)에서, 州의 교사 및 공무원들에게 그들이 결코 공산당에 대해 원조·지지·조언·자문 또는 영향력의 행사를 하지 아니하겠다는 다짐을 요구하는 선서는 「客觀的 測定이 가능한 조건들」을 결여하였고 주가 무엇을 명령하고 금지하였는지를 알려주지 못함으로써 무효라고 판시하였다. ... 1955년 제정법도 같은 약점을 안고 있다. ... 이 제정법은 *Cramp* 사건에서와 마찬가지로의 漠然함을 안고 있다. ... 워싱턴州法은 ‘파괴적 인물’을 규정하는데 있어서도 막연하다. (이 문언을 그대로 따르면) ... 워싱턴의 교수가 강의실에서 행한 강의가 다른 사람에 의해 정부전복 활동에 이용되는 때 당해 교수는 ‘파괴적’이 되어 버릴 수도 있다. 국제 수학자 대회에 참석하여 공산권국가의 학자들과 의견교환을 해도 그럴 수 있다. ...”<sup>17)</sup>

16) Paul G. Kauper, 『*Constitutional Law cases and materials*』(Boston: Little, Brown and Company, 1972), pp.1034-1038.

17) 이 사건판결에 이어 美國 연방대법원은, *BAGGETT 事件*의 예에 따라, “情을 알면서 파괴적 조직의 형성을 돕거나 그 운영에 참여하거나 어떠한 파괴적 조직의 지지에 기여하는 것”을 불법으로 금지한 「루이지애나 파괴활동 및 공산주의자 통제법」의 규정을 위헌으로 판시하였다 : *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, 14L. Ed.2d 22(1965).

### 3. 事例分析

#### (1) 醫療法 및 保健犯罪團束에 관한 特別措置法上의 「醫療行爲」

보건범죄단속에 관한 특별조치법(이하 ‘특별조치법’이라 한다)은 의사가 아닌 자의 「醫療行爲」와 한의사가 아닌 자의 「韓方醫療行爲」를 의료법보다 무겁게 처벌하고 있다.<sup>18)</sup> 그러나 특별조치법은 그 어느 곳에서도 「의료행위」 또는 「한방의료행위」에 관한 명확한 정의를 규정하지 아니한 채 「부정 의료업자」를 처벌하고 있다. 첨단 醫療器機의 발달로 인하여 의료기기의 판매 및 광고행위와 의료행위 그 자체의 한계가 모호해 지고 있다. 그러나 특별조치법의 입법태도는 일반국민들로 하여금 “무엇이 금지되고 무엇이 허용되는지”를 알 수 없도록 한다.

한편 특별조치법(제5조)은 “의료법 제25조의 규정을 위반하여...의료행위...한방의료행위를 업으로 한 자는...징역에 처한다”고 규정함으로써 의료행위 또는 한방의료행위에 관한 개념정의를 의료법(제25조)에 의존하고 있는 듯한 입법태도를 취하고 있다. 그렇다면 의료법에 ‘의료행위’ 또는 ‘한방 의료행위’에 관한 개념정의를 규정되어 있어야 한다. 그러나 실제에 있어 의료법(제25조)은 「無免許醫療行爲」 등을 금지하면서 “누구든지 醫療行爲를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”고만 규정하고 있을 뿐, 의료행위 또는 한방의료행위에 관한 개념정의를 규정하고 있지 아니하다.<sup>19)</sup> 헌법이 보장하는 ‘신체의 자유’가 이른바 ‘價値充塡’을 요하는

18) 『保健犯罪團束에 관한 特別措置法 제5조(부정 의료업자의 처벌)』 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 韓方醫療行爲를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 1백만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다(1990.12.31 본조개정). 『醫療法 제66조(벌칙)』 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5백만원 이하의 벌금에 처한다(1981.12.31 본문개정). (이하생략).

19) 『醫療法 제2조(의료인)』 ② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다. (이하 각호생략). 『醫療法 제25조(무면허 의료행위 등 금지)』 ① 의료인이 아니면 누구든지 醫療行爲를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만

‘常識’ 내지 ‘社會常規’에 의하여 제한되고 있는 것이다.

## (2) 國家保安法上の「利敵行爲」

1980년의 國家保安法은 제7조제1항에 “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 讚揚·鼓舞 또는 이에 同調하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”고 규정하고 있어 法的安定性을 해친다는 비판을 받아 왔었다.<sup>20)</sup> 이는 國家安全保障 개념의 남용과도 밀접한 관련이 있다.

1990년 우리 헌법재판소는 이 조항에 대하여 “적용범위가 과도하게 廣範圍하고 多義的인 것이 되면 법운영 당국에 의한 恣意的 執行을 허용할 소지가 생길 것이다...과도한 廣範性은 잠재적인 明確性 결여의 경우로 볼 수... 있다...어떠한 것이 범죄인가를...입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 법운영 당국이 裁量으로 정하는 결과가 되어 法治主義에 위배되고 罪刑法定主義에 저촉될 소지가 생겨날 것이다”라고 판시하였다.<sup>21)</sup> 요컨대, 심판에 따르면, “국가보안법 제7조제1항이 國家安全保障이나 自由民主的 基本秩序의 수호에 관계 없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 具體性이 缺如되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조제2항을 어겨 헌법 제21조제1항의 言論·出版의 자유와 헌법 제22조제1항의 學問·藝術의 자유를 침해할 개연성 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제19조의 良心의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다.”

---

다음 각호의 1에 해당하는 자는 보건사회부령이 정하는 범위안에서 의료행위를 할 수 있다.(이하 각호생략) ②의료인이 아니면서 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사의 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다. ③누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 또는 이를 사주하는 행위를 할 수 없다.」

※ 참조판례 : 醫療技士法施行令 제2조에 대한 憲法訴願(1993.11.25. 92 헌마 87) “안경사의 시력검사 및 점안업무는 의료기사법에 면허된 의료행위로서 법적으로 보장받는다.”

20) 反國家犯罪 구성요건의 漠然性에 관한 상론은 拙稿, 「인신보호의 원리와 과제」 『법무자료 제102집 人身保護의 法理』(법무부:1988), 60-63쪽, 참조.

21) 國家保安法 제7조에 대한 違憲審判 (1990.4.2. 89헌가113 전원재판부); 헌법재판소판례집 제2권(1990), 55-60쪽.

이 판결은 明確性的의 原則을 통하여 罪刑法定主義와 適法節次原理가 조화될 수 있는 단서를 제공하는 한편, 國家安全保障의 관념을 擴大適用할 경우 憲法 제37조제2항을 위반하게 될 것이라는 점을 시사하고 있다. 헌법재판소는 이 문제를 헌법 제37조제2항에 근거하여 논함으로써, '적법절차의 확장'에 한걸음 다가섰다.

### (3) 租稅法律主義와 稅務行政規則

*Magna Carta*의 출발은 租稅抵抗이었으며 현대에 있어서도 합리적 課稅와 納稅는 재산권 보장의 중요한 과제이다. “적정한 法의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·재산을 박탈당하지 아니한다”는 원칙이 조세 분야에 적용될 경우, 같은 원칙은 이른바 ‘租稅法律主義’로 나타난다. 바꾸어 말해, “租稅의 종목과 세율은 法律로 정한다”는 1987년의 憲法 제59조는 이를테면 ‘課稅의 適法節次’를 표현한 것이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 바라볼 때, 1990년 大法院이 기준시가가 아닌 실거래가격으로 양도 및 취득세를 무겁게 매길 수 있도록 한 ‘국세청 재산세 조사사무처리규정’ 제72조제3항제8호를 租稅法律主義에 반한다고 보아 無效라고 판시한 것<sup>22)</sup>은 재산권보장을 위한 이른바 ‘實體的 適法節次’原理와 비슷한 이론구조이다.

大法院은 이 사건판결에서 문제의 규정이 “투기거래자 여부를 식별하기 위한 기준을 명시하지 아니하고 과세관청의 주관적 판단에 의해 투기거래자로 인정되기만 하면 양도 또는 취득가액을 實去來價로 잡도록 규정함으로써, 과세관청의 恣意的 裁量을 허용하고 있다”고 보고, 따라서 이러한 규정은 “납세자로 하여금 세금이 부과되기 전에 세액을 예측할 수 없도록 함”으로써 租稅法律主義의 원칙에 위배되어 무효라고 판시하였다.

이 판결은 適法節次原理와 租稅法律主義와의 상관관계에 대한 구체적 언급이 결여되어 있지만, 내면적으로는 재산권 내지 조세분야에서의 適法節次의 應用〔實體的 適法節次〕가능성을 선보였다는 측면에서 상당한 의의가 있으며, 아울러 재산권보장 분야에서는 법률생활의 豫測可能性이 ‘適正性’

22) 大法院 1990.5.8. 제1부판결 89누8149 讓渡所得稅賦課等處分取消請求事件.

의 요체임을 시사하고 있다.

## Ⅳ. 「漠然한 法律」은 왜 違憲인가 ?

### 1. 適法節次에 반한다.

美연방대법원은 聯邦憲法上的 適法節次 條項<sup>23)</sup>을 근거로 막연해서 무효 이론을 전개하였다.<sup>24)</sup> 그러나 미국 헌법상의 적법절차 규정과 다른 이론구조를 취하고 있는 한국 헌법에 있어서 어떠한 논리로 「막연해서 무효」 이론을 전개할 것인지 문제된다. 우리 법실무에 「막연해서 무효」이론을 본격적으로 도입하기 위하여서는 漠然性和 관련된 적법절차 이론을 검토한 후 한국헌법에의 수용을 위한 이론구조를 모색하여야 할 것이다.

23) 美國聯邦憲法 修正제5조(1791년 채택)는 “누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지…아니한다”(No Person shall…be deprived of life, liberty, or property, without due process of law)고 규정한다. 종래 이 조항은 연방정부와 그 권력행사를 제약하는 원리로 해석되었으며 따라서 연방법원에서만 적용된다.

州정부의 행위를 직접적으로 겨냥한 미국연방헌법 수정제14조(1868년 채택)는 “어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터 생명, 자유 또는 재산을 박탈하지 못한다”(Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law)고 규정한다. 이 조항의 주요 기능은 주들에게 기본적 자유들의 준수를 강제하는 것이다. 따라서 이 조항은 연방 공무원들 또는 절차들에 대하여 적용되지 아니한다.

24) 「우리는 1931년법의 宣誓가 막연하여 적법절차(due process)를 침해한다는 결론을 내린다…법률상 요구된 서약에 맞지 않는 것으로 간주할 수 있는 활동의 범위가 너무 넓다. 國旗의 디자인이 마음에 안든다고 비판하여도 서약에 어긋나게 된다…制度(institution)라는 용어도 문제이다. 이 선서는 교수가 자기 州의 司法制度도 비판하지 못하도록 만든다…Cramp사건의 표현처럼 「선서의 불확실한 의미는 선서자로 하여금 不法地帶를 해매게 만든다…」 선서를 의식하고 있는 자들은 不明確한 宣誓文言에 저촉될 위험에 민감한 나머지 의심의 여지 없이 안전한 것에 그들의 행동을 한정시킴으로써 실직의 위험을 피한다. 자유로운 언론이 이런 식으로 제한될 수는 없다…」: BAGGETT v. BULLITT, 377 U.S.360. 12L. Ed 2d 377(1964).

(1) 一般法律留保의 원칙을 침해한다.

미국 판례이론상의 적법절차원리가 우리에게 시사하는 바는 적법절차의 보장은 ‘身體의 自由’에만 국한되는 협의의 원리가 아니라는 점이다. 즉 美國 판례이론상의 이른바 結合理論(incorporation theory) 또는 (이의 다른 표현인) 吸收理論(absorption theory)이 구체적인 사건들에서의 漸進的인 選擇過程을 통하여 기본권 규정상의 自由와 權利들을 대부분 適法節次 조항에 의하여 보장되는 自由와 權利로 전환시켰던 역사적 경험을 감안한다면, 韓國 憲法體系에서 法律留保條項을 근거로 適法節次原理를 전개시킬 경우, 이를 지엽적인 헌법원리로 머물게 할 필요가 없다. 오히려 憲法解釋 또는 具體的 適用에 있어서 현저한 실익이 있다면, 헌법이 보장하는 自由와 權利 全般에 적법절차원리가 적용되도록 해석하여야 할 것이다.

다행히 우리 헌법체계는 一般法律留保條項(1987년 헌법 제37조제2항)을 적법절차의 일반적 근거규정으로 삼을 경우, 自由와 權利의 전반에 適法節次原理가 적용될 수 있도록 구성되어 있다. 즉 1987년의 憲法 제37조 제2항은 “국민의 모든 自由와 權利는 …‘法律로써’ 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 침해할 수 없다”는 규정 중 ‘국민의 모든 自由와 權利’라는 文言을 통하여 헌법이 보장하는 自由와 權利의 ‘대부분’이 適法節次保障과 연결될 수 있는 길을 열어 놓았다.<sup>25)</sup> 즉 우리 헌법구조상 「막연해서 무효」이론이 터잡고 있는 근거조항은 바로 一般法律留保條項(헌법 제37조제2항)이다.

(2) ‘公正한 通知’의 要件을 침해한다.

司法院은 適正性 분석에 있어서 늘 유연한 접근을 꾀해 왔지만, 適法節次에는 ‘변하는 가운데 변하지 않는’ 整然性(regularity)의 요소가 존재한다.<sup>26)</sup> 즉 適法節次는, ‘節次’保障이라는 측면에서, 종래 對立當事者 節次를

25) 拙稿, 「韓國에서의 適法節次的 受容과 展開」, 『法曹』(1989.10), 82-113쪽, 참조

26) L.H.Tribe, 『American Constitutional Law』, 2nd.ed.(Mineola, New York:

중심으로 하고 이 對審型은 정부행위에 의하여 法益을 침해당하는 개인이나 집단에 대한 ‘通知 및 聽聞’의 실시를 常數로 한다.<sup>27)</sup> 요컨대 通知는 그리고 聽聞을 받거나 抗辯할 기회(notice and opportunity to be heard or to defend)는 適法節次의 본질적 또는 필수적 요소들이거나 기본적인 또는 최소한의 요건들이다.<sup>28)</sup>

법률은 불특정 다수에 대한 公開通知로서의 측면을 지니고 있다. 막연한 법률문언은 어떠한 행위가 법률위반으로 되는지에 관한 정보를 제공하지 아니할 뿐만 아니라 영향을 받는 권리의 특성에 관하여서도 정확한 언급을 소홀히 하고 受範者가 법률위반으로 어떠한 불이익을 입을 것인가에 관한 예측을 불가능하게 하므로 적법절차가 표방하는 「공정한 통지」의 요건<sup>29)</sup>을 결여한다. 따라서 위헌이다.

## 2. 租稅法律主義 · 罪刑法定主義 · 行政의 法律適合성에 반한다.

韓國 憲法은 1987년의 憲法 제12조의 ‘適法한 節次’라는 문언의 규정 이전부터 適法節次의 여러 요소들이 규정되어 있었지만 이들은 다른 構造(주로 獨逸式의 法治國家原理)에 근거하여 전개되어 왔었다. 즉 法治國家原理

---

The Foundation Press, Inc., 1988), p.718. 여기에서 ‘整然性’은 ‘法的安定性’에 가까운 개념으로 이해된다. 治者측의 實定法尊重主義보다 被治者측의 法律生活의 安定에 비중을 둔다.

27) *Ibid.* p.719 ; Subrin & Dykstra, “Notice and the Right to be Heard : The Significance of Old Friends”, 9 *Harvard Civil Right-Civ.Lib.L. Rev.*449 (1974) 참조.

28) 16C *C.J.S.Constitutional Law* § 968, pp.257-59.

29) 通知(notice)는 적정절차의 요건을 충족시키기 위해 당해 목적에 비추어 합리적이고 적당하여야 하며 당해 절차의 本質에 대하여 그리고 그에 의하여 영향을 받을 수 있는 권리들의 特性에 대하여 정당한 고려가 행해져야 한다. 즉 通知는 필요한 정보를 합리적으로 전달할 수 있는 특성을 지녀야 한다. 또한 통지는 被通知者에게 영향을 미칠 수 있는 절차의 특성을 기술하여야 한다. 그리고 通知는 법이 규정하는 대로 피 통지자가 행동하지 아니하였을 경우의 결과를 기술하여야 한다 : 「公正한 通知」의 특성 및 요건에 관한 상세는, 16A *Am Jur 2d Constitutional Law* § 829, 참조.

또는 法治主義는 실정헌법상 ‘헌법과 법률에 의하여…’ 또는 ‘법률에 의하지 아니하고는…’이라는 이른바 法律主義(헌법 제37조제2항)로 일반화되었고, 형사분야에서는 罪刑法定主義로, 행정분야에서는 ‘法律의 優位’ 내지 ‘行政의 法律適合性’으로 그리고 稅制 분야에서는 租稅法律主義 등의 원리로 구체화되고 있는데, 이는 바로 美國의 적법절차원리가 ‘實體와 節次의 適正’을 통하여 추구해 온 여러 원칙이기도 하다.<sup>30)</sup> 즉 적법절차원리는 헌법 제37조제2항을 통하여 상기와 같은 법치국가의 개별적 원리들을 포섭한다. 따라서 「막연한 법률문언」이 적법절차원칙에 반한다는 것은 곧 경우에 따라 조세법률주의·죄형법정주의·행정의 법률적합성 등의 원칙에도 반하게 된다는 논리구조를 내포한다.

### 3. 立法權의 濫用이다.

의회는 입법권능은 適法節次保障을 존중하여 행사되어야 하며, 適法節次保障은 立法意志(legislative will)를 제약한다.<sup>31)</sup> 물론, “實體的 適法節次”는 특정한 기본권들과 관련된 모든 영역에서 의회의 입법권능을 배제하거나 제한하지만, 適法節次保障은, ‘適正한 法の 節次’가 입법권 및 그 행사를 전제하고 있으며 헌법규정은 입법의 금지가 아니라 법률에 의하지 아니한 행위들의 금지를 예정하므로, 국가로부터 모든 입법권을 박탈할 의도를 지니고 있지 아니하다. 地方條例들(local ordinances)도 국가제정법들과 같이 헌법원리에 의한 適法節次 分析의 대상이 된다. 어떠한 제정법이 適法節次를 위반하였는가의 여부는 당해 법의 제정 당시에 또는 당해 사건이 판정될 당시에 존재하는 社會經濟的 條件들을 감안하여 결정되어야 한다.<sup>32)</sup>

30) 法治國家原理와 適法節次의 調和에 관한 상론은 拙稿, 『韓國의 適法節次에 관한 研究』(東國大大學院:1991), 220쪽 이하 참조.

31) “헌법조문은…立法權도 제약하며 議會가 자유로이 그 의사만으로 어떠한 절차를 適法節次로 만들수 있도록 맡겨버린 것으로 해석할 수도 없다 : Murray’s Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co., 18 How.272(1856)(Benjamin R.Curtis, J.) : 『The Supreme Court and Individual Rights』, edited by Elder Witt (Washington D.C. : Congressional Quarterly, 1980), p.154.

32) 16C C.J.S. Constitutional Law § 970.

행정기관에 대한 立法權의 委任은 위임의 '基準'들을 포함하여, 適法節次條項을 충족시킬만한 보호장치들이 존재하는 경우에 한하여 타당하다.<sup>33)</sup> 適法節次는 입법부의 決議도 법률과 동일한 기본요건들을 충족시키도록 요구한다.<sup>34)</sup> 다만 입법부의 決議에 따라 창설된 委員會의 議事準則은 刑事制定法을 가능하는 것과 같은 엄격한 기준들의 적용을 받지 아니한다.<sup>35)</sup> 한편 緊急立法은 유용한 구제책들을 잠정적으로 제한할 수 있지만 적법절차의 항구적 부인을 모색하지 아니한다.<sup>36)</sup>

현행 헌법(제40조)은 國會에 입법권을 부여하고 있다. 地方議會도 조례 제정권을 향유한다(헌법 제117조). 그러나 중앙정부와 지방정부의 입법권은 다 같이 적법절차의 규율을 받기 때문에, 중앙정부와 지방정부의 의회가 의도적으로 또는 무의식중에 막연한 법률을 제정한다면 이는 입법권을 남용하는 것일 뿐만 아니라 적법절차 위반이다. 행정부가 委任立法의 범리에 의하여 施行令(헌법 제75조)과 施行規則(헌법 제95조) 또는 행정규칙을 제정하는 경우에 있어서도 마찬가지로 막연한 대통령이 또는 총리령·부령은 적법절차 위반이다.

## V. 法律의 漠然性を 어떻게 解消할 것인가 ?

### 1. 委任立法의 具體化·明確化

법률문언의 막연성은 기본적으로 「법률」의 立案 및 審査 과정에서 방지되어야 한다. 그러나 현실적으로 막연한 규정들은 이미 너무 많다. 또 법률은 빈번한 개정이 곤란하다. 그렇다고 하여 막연성 심사를 적용하여야 할 분야가 협소한 것은 아니다. 「漠然해서 無效」이론은 법률에 국한된 문제가 아니

33) Westervelt v. Natural Resources Commission, 263 N.W.2d 564, 402 Mich.412.

34) (Florida) In re Apportionment Law, 281 So.2d 484.

35) (Pennsylvania) Commonwealth ex rel.Carcaci v. Brandamore,327 A.2d 1,459 Pa.48.

36) Weisel v. Hagdahl Realty Co., 271 N.Y.S.629.

라 오히려 위임입법에 더욱 철저히 적용되어야 할 ‘분석들’이다. 현대 법치 국가는 行政의 전문성과 현장성 그리고 立法技術上的의 융통성으로 인하여 위임입법의 숫자가 母法을 압도하고 있지만, 위임입법의 경우는 법률과 달리 國會의 심의를 거치지 아니하고 때로 言論批判 過程을 생략한 채 담당 행정 기관의 재량에 거의 일임되고 있기 때문에 그 중요성과 적용빈도에 비하여 적정성의 심사가 소홀하다.

현행 헌법은 大法院에 명령·규칙의 합헌성에 관한 최종심사권을 부여하고 있기 때문에(제107조제2항), 위임입법의 漠然性이 사법심사의 대상이 될 수 있는 길이 열려 있으나, 사법심사의 구체성 내지 사건성 때문에 위임입법의 막연성에 대한 심사가 현저히 제한되어 있다. 장차 「委任立法의 立案 및 審査準則」 등이 마련되어 이러한 문제가 해소되어야 할 것으로 기대되지만, 그 이전에라도 기존 심사장치를 운용하는 과정에 있어서 각 부처의 위임입법과 지방정부의 조례·규칙 등에 관하여 「法律文言의 漠然性」을 극복하기 위한 각별한 주의를 기울여야 할 것이다.

## 2. 有權解釋準則의 整備

立法의 미비를 보완하고 분쟁해결을 예방하는 기능을 수행하는 有權解釋은 법률문언의 막연성을 극복할 수 있는 가장 손쉬운 事後的 救濟裝置의 하나이다. 그러나 현재 각 부처에서 수행하고 있는 유권해석의 실체는 대체적으로 부정적이다. 선행 유권해석과 후행 유권해석이 서로 모순되는 사례가 발생하고 형식적 답신으로 일관하는 등의 소극적 자세가 역력하다. 유권해석은 대체적으로 民願事務의 處理手段으로 인식되고 있을 뿐 「법령의 미비와 막연성을 극복한다」는 측면이 거의 망각되고 있다. 따라서 위임입법준칙과 마찬가지로 유권해석의 기준과 요건·효력 및 공표 등에 관한 통일된 준칙을 정비하여 법률과 명령·규칙 등의 막연성을 극복하는데 활용하여야 할 것이다.

## 3. 適法節次原理에 의한 憲法裁判의 活性化

법률문언의 막연성을 극복하고 법적안정성을 극복하기 위한 가장 강력한

법적장치는 바로 「막연한 법률문언」에 대한 違憲審査 또는 憲法訴願이다. 우리 법원과 헌법재판소는 앞에 열거한 판례 등을 통하여 법률문언의 막연성을 정면으로 문제삼고 있다. 다만 미국의 경우와 달리 위헌결정의 근거를 適法節次에서 구하지 아니하고 범일반 이론에서 도출하고 있다. 이는 법률가들이 미국식 적법절차의 확장에 아직 주저하고 있음을 의미한다. 그러나 적법절차는 종래의 법치국가원리와 충돌하지 아니하며 유연성과 안정성을 동시에 추구한다. 또한 우리 헌법은 이미 적법절차원리를 채용하고 있다. 따라서 우리 법학과 법실무가 「公正한 通知」라는 형식적 요소를 통하여 발달된 적법절차원리의 「漠然性 審査」이론을 수용하지 못할 이유가 없다.