

소논문 샘플 사용 안내 이 문서는 제출 형식과 논증의 밀도를 보여 주기 위한 교수자 제공 예시이다. 문장이나 논증을 그대로 재사용하기보다, 쟁점을 좁히고 원논증을 재구성하며 반론에 답하는 방식을 참고한다.

항목	기입 내용
과목·분반	2026 여름계절학기 고전에 길을 묻다 (002)
성명	예시 작성자
글 제목	무효는 제재인가: 권한부여 규칙의 구성적 기능
핵심 논제	무효가 행위자에게 불리하고 준수를 유도할 수 있다는 사실만으로는 그것을 제재로 분류할 수 없으며, 하트의 구별은 무효가 권한행사의 법적 결과를 구성하는 규칙의 일부라는 점에 의해 옹호되어야 한다. 다만 동일한 법적 장치가 별도의 책무도 부과할 수 있으므로 이 구별은 조항 전체가 아니라 규칙의 기능별로 적용되어야 한다.
중심 문헌	H. L. A. 하트, 『법의 개념』, 제3장 제1절, 원서 27-35쪽(특히 33-35쪽)

무효는 제재인가: 권한부여 규칙의 구성적 기능

1. 문제와 논제

유언의 증인 요건을 지키지 않으면 유언은 무효가 된다. 당사자는 자신이 의도한 법적 효과를 얻지 못하고, 그 가능성을 아는 사람은 요건을 지키려 할 것이다. 이 점만 보면 무효는 형벌과 마찬가지로 규칙 준수를 유도하는 불이익이고, 따라서 제재라고 부를 수 있어 보인다. 이런 설명이 성공한다면 계약·유언·혼인처럼 권한을 부여하는 규칙도 결국 불이익의 위협으로 뒷받침된 명령으로 환원할 수 있다. 하트가 제3장에서 맞서는 난점은 바로 여기에 있다.

이 글은 하트의 결론을 옹호하되 그 근거를 한정하여 이해한다. 무효와 형벌의 차이는 당사자가 결과를 불쾌하게 느끼는지, 또는 그 결과가 실제로 행위를 억제하는지에 있지 않다. 핵심은 규칙과 결과의 구조적 관계에 있다. 형벌은 그와 별도로 식별되는 행위 기준의 위반에 부가될 수 있지만, 무효는 권한행사의 성립 조건이 충족되지 않았다는 법적 결과 그 자체이다. 다만 이 구별은 한 범조항이나 한 사건 전체를 두 종류 중 하나로만 분류하라는 뜻은 아니다. 동일한 행위에 무효와 별도의 제재가 함께 연결될 수 있으며, 그 경우 각각의 규칙이 수행하는 기능을 나누어 분석해야 한다.

2. 하트의 논증

하트는 먼저 책무를 부과하는 규칙과 권한을 부여하는 규칙의 사회적 기능을 구별한다. 형사법은 수범자의 의사와 무관하게 일정한 행위를 하거나 삼갈 것을 요구하고, 위반에 형벌을 부과한다. 반면 유언·계약·혼인의 성립 요건은 사람들이 원한다면 일정한 절차를 사용하여 권리와 책무의 구조를 만들 수 있게 한다. 전자는 행위를 통제하는 기준이고, 후자는 법적 효과를 만들어 내는 편의수단이다(Hart, 제3장 제1절, 원서 27-32쪽).

이에 대한 환원주의자의 반론은 단순하다. 유언 방식에 따르지 않았을 때 발생하는 무효 역시 당사자에게는 위협된 해악이며, 수감의 위협이 형사법 준수를 유도하듯 무효의 가능성도 방식 준수를 유

도한다. 하트는 무효가 언제나 당사자에게 해악은 아니라는 점을 지적하지만, 스스로 이를 부차적인 반론으로 취급한다. 계약의 무효를 오히려 반기는 당사자도 있다는 사실만으로는 환원주의자가 말하는 일반적 유도 기능을 무너뜨리기 어렵기 때문이다.

더 중요한 논증은 두 단계로 이루어진다. 첫째, 형사법에서는 금지된 행위와 그 행위를 억제하기 위한 제재를 구별할 수 있다. 형벌 조항을 제거하더라도 무엇을 하지 말아야 하는지 말하는 행위 기준은 이해 가능하게 남는다. 둘째, 권한부여 규칙에서는 같은 분리가 불가능하다. 두 명의 증인을 갖추지 않아도 유언이 똑같이 유효하다면, 두 명의 증인을 유효 요건으로 정한 규칙이 존재한다고 말할 수 없다. 하트의 득점 규칙 비유도 같은 점을 보인다. 공이 골대 사이로 들어가지 않았는데도 득점이라면, 그것은 제재가 사라진 경기가 아니라 애초의 득점 규칙이 사라진 경기이다. 따라서 무효는 규칙 준수를 강제하기 위해 외부에서 부착된 불이익이 아니라, 그 규칙이 어떤 행위에 법적 효과를 부여하는지를 정하는 방식의 일부이다(Hart, 원서 33-35쪽).

3. 구성적 결과와 억지 효과

하트의 논증을 가장 강하게 만드는 것은 결과의 심리적 효과가 아니라 반사실적 제거 검사이다. 어떤 불리한 결과를 제거했을 때에도 독립적인 행위 기준이 남는다면 그 결과는 제재일 수 있다. 반대로 그 결과를 제거하는 순간 규칙이 정한 법적 행위의 성립 조건도 사라진다면, 그 결과는 그 규칙에 부착된 제재가 아니라 규칙이 구성하는 법적 지위의 반대면이다. 이 검사는 무효가 실제로 불쾌한지와 별개로 작동한다.

예컨대 유언자는 증인 요건 때문에 번거로움을 겪고, 무효를 피하기 위해 요건을 지킬 수 있다. 그러나 이런 인과적 효과만으로 규칙의 종류를 정할 수는 없다. 낮은 세율, 긴 등록 절차, 공개 의무도 사람의 선택을 바꾸지만, 선택에 영향을 준다는 이유만으로 모두 형벌이 되지는 않는다. 법이 행위를 유도한다는 사실과 법이 어떤 규범적 장치를 통해 그 일을 하는지는 구별되어야 한다. 유언 방식 규칙의 일차적 설명은 “증인을 세우지 말라”는 금지가 아니라 “이 조건을 갖춘 행위에 유언이라는 법적 효과를 부여한다”는 것이다. 무효는 이 효과 부여 기준의 논리적 보완항이다.

이 구별은 법적 권한을 독자적인 현상으로 보존한다. 권한부여 규칙을 제재의 우회적 표현으로만 읽으면, 계약 당사자가 규칙을 사용하여 자신의 법적 관계를 설계한다는 사실이 가려진다. 당사자는 처벌을 피하기 위해서만 움직이는 수범자가 아니라, 법이 제공하는 절차를 사용하여 이전에는 없던 권리와 책무를 만들어 내는 행위자이다. 그러므로 무효를 넓은 의미의 불이익이라고 부를 수 있더라도, 그 명칭만으로 권한부여 규칙을 강제명령으로 환원할 수는 없다.

4. 반론과 응답

가장 강한 반론은 무효가 단지 기술적인 성립 실패가 아니라 금지와 보호의 수단으로 설계되는 경우가 있다는 것이다. 미성년자의 일정한 계약을 무효로 하는 법은 취약한 사람의 거래를 억제하고 보호

하며, 관할권을 넘은 재판이나 헌법상 절차를 어긴 입법의 무효도 공적 권한의 남용을 막는다. 그렇다면 무효에는 구성적 기능과 제재적 기능이 함께 있으며, 하트의 이분법은 실제 법의 복잡성을 지나치게 단순화한다는 비판이 가능하다.

이 반론은 하트의 구별을 폐기하기보다 분석 단위를 더 세밀하게 정하도록 요구한다. 하나의 법조항이나 제도가 오직 한 기능만 수행해야 할 이유는 없다. 미성년자의 계약에 효력을 부여하지 않는 규칙은 계약 능력의 범위를 구성하고, 별도의 규칙은 특정 거래의 권유를 금지하여 과징금이나 손해배상을 부과할 수 있다. 관할권 초과 판결의 취소와 판사의 고의적 권한 남용에 대한 징계도 구별된다. 후자의 불이익은 전자의 무효와 같은 사실관계에서 발생할 수 있지만 별도로 식별되는 책무 위반에 대한 반응이다.

따라서 무효가 억지 목적이나 억지 효과를 가질 수 있다는 사실은 인정해야 한다. 그러나 그 사실에서 무효가 언제나 제재이고 권한부여 규칙이 언제나 금지명령이라는 결론은 나오지 않는다. 환원주의가 입증해야 하는 것은 두 장치가 때때로 같은 정책 목적을 돕는다는 약한 명제가 아니라, 권한부여 규칙의 법적 효과 구성 기능을 남김없이 제재 언어로 설명할 수 있다는 강한 명제이다. 반사실적 제거 검사는 바로 이 강한 명제를 막는다. 효력 발생과 불발을 가르는 기준을 제거하면 권한 자체의 내용이 사라지기 때문이다.

5. 결론

하트의 논증은 “무효는 누구에게도 해롭지 않다”거나 “무효는 행위를 전혀 억제하지 않는다”는 경험적 주장에 의존하지 않는다. 그의 핵심 통찰은 무효가 권한행사의 법적 결과를 구성하는 방식과 형벌이 독립적인 행위 기준에 부가되는 방식이 다르다는 데 있다. 이 차이를 인정하면 동일한 제도가 구성적 기능과 억지 기능을 함께 수행할 가능성도 설명할 수 있다. 필요한 것은 모든 조항을 권한부여 규칙 또는 책무부과 규칙 중 하나로 단번에 분류하는 일이 아니라, 각 규칙이 어떤 법적 결과를 구성하고 어떤 행위를 별도로 요구하거나 금지하는지를 나누어 묻는 일이다.

이 결론은 법 전체가 강제와 무관하다거나 두 규칙의 경계가 언제나 명료하다는 데까지 나아가지 않는다. 다만 무효가 불리하고 행위를 유도한다는 사실만으로 법의 모든 규칙을 제재가 부착된 명령으로 환원할 수는 없다는 점은 보여 준다. 이 한정된 결론만으로도 사람들이 법을 단지 피하거나 복종하는 데 그치지 않고 법적 관계를 형성하는 편의수단으로 사용한다는 하트의 통찰을 지킬 수 있다.

참고문헌

Hart, H. L. A. The Concept of Law. 3rd ed. Oxford University Press, 2012. Ch. III.