

〈번역〉

憲法과 社會變動\*  
—憲法解釋 方法論에 대한 몇 가지 생각—

Dieter Grimm\*\* 著

宋石允\*\*\* 譯

## I. 문제의 제기

본 강연에서 제기되는 질문은 사회변동이 헌법의 해석에 있어서 무엇을 의미하는가이다. 이러한 질문 뒤에는 세 가지 유형의 문제가 놓여있다.

첫 번째의 문제는 법이론적이고 방법론적인 성격을 지닌다. 법체계는, 적어도 민주적 헌정국가에서는, 자율적인 체계이다. 이는 법체계가 자신의 고유한 논리를 따르며 다른 체계의 논리에 복속되어서는 아니 됨을 의미한다. 법체계 내에서의 행위에 대해서는 법적인 관점만이 척도가 된다. 법의 해석과 적용에서 법 외적인 척도를 사용한다면 이는 체계정당성에 어긋나며, 이러한 행위는 정당하지 못하다. 그렇다면 이러한 상황 속에서 실정법의 이해가 어떻게 사회변동에 좌우될 수 있는가?

두 번째의 문제는 방법론적이고 헌법적인 성격을 지닌다. 이는 한편으로는 해석의 한계의 문제이며, 다른 한편으로는 법의 제정과 적용간의 기능분담, 헌법과 관련하여 보다 정확하게는 헌법개정 입법자와 헌법재판소간의 기능분담의 문제이다. 사회변동이 법에 영향을 주어 법을 변화된 상황에 조화시키는 것이 필요해진다고 생각한다고 하여 누가 이러한 반응을 행할 수 있다는 것이 바로 정해지는 것은 아니다. 법적용자가 이러한 조화를 피하는 것이 허용되는가 아니

---

\* 이 논문은 2001년 4월 4일 서울대학교 법과대학에서 “Verfassungsrecht und sozialer Wandel”이라는 제목으로 한 강연원고(법학21 연구단의 제13차 Foreign Authority Forum)를 수정·보완한 것이다.

\*\* 독일 베를린 훔볼트 대학 교수, 전 독일 연방헌법재판소 재판관

\*\*\* 성신여대 법학과 교수

면 이러한 권한은 헌법입법자에게만 있는 것인가?

세 번째의 문제는 실무적인 성격을 지닌다. 법의 적용자, 즉 사법부가 헌법을 해석하여 변화된 상황에 적용시킬 수 있는 권한을 지닌다는 입장에 설 때에, 사법부가 어떻게 사회변동과 그 변동이 법규범의 효율성에 미치는 영향, 그리고 법을 실현하기 위한 적절한 방법에 대해 신뢰할 만한 인식에 도달할 것인가라는 문제가 제기된다. 이러한 문제는 규범적인 것이 아니라 경험적인 성격을 지니고 있으므로 법적인 수단으로는 대답할 수 없다. 법적용행위가 사회과학을 행할 권한이 있는가 그리고 어떻게 하면 이를 성공적으로 수행할 수 있는가?

이에 대한 해답을 찾는 노력보다 먼저 사회변동을 어떻게 이해할 것인가의 문제를 해명하는 것이 합목적적이라고 보인다. 본 연구의 목적에 상응하는 사회변동이란 사고방식, 문화적 표준, 이념 등을 포함하는 사회적 현실의 변화 등 법의 외부에서만 일어나는 변화일 것이다. 사회변동을 포괄적으로 이해한다면 물론 법적인 변화도 포함될 것이다. 하지만 여기서는 사회변동에 대한 법적인 반응이 문제가 되므로 사회변동의 개념을 법질서의 밖에서이지만 법적으로 규율되는 대상의 영역 내에서 일어나는 변동과정이라고 미리 정하여 두는 것이 바람직할 것이다. 법적으로 규율되는 대상 밖에서 발생하는 사회변동은 여기서 논의되는 문제를 제기하지 않으므로 논외로 한다.

사회변동은 수많은 영역에서 발생하고 다양한 원인에서 비롯되며 여러 가지의 모습으로 나타난다.

- 사회변동은 자연과학의 진보의 형태로 가장 자주 나타난다. 헌법은 출판(Presse)의 자유를 규정하고 있다. 기술적 진보에 근거하여 전자적인 의사소통매체(방송, TV, 인터넷 등)가 발전한다. 법적용에 의하여 헌법적 보장이 이러한 영역으로 확장될 수 있는가?

- 종종 과학지식 또는 기술혁신을 정치적 또는 상업적으로 이용하는 것이 문제된다. 미국헌법은 “사람, 주택, 문서, 물건”(persons, houses, papers and effects)을 “수색, 압수”(search and seizure)함을 금지하고 있다. 경찰이 전화통화를 도청한다면 통화는 “사람, 주택, 문서, 물건”에 속하지 않으며 도청은 “수색, 압수”가 아니다. 그렇다면 헌법이 개정되지 않는 한 경찰이 자의로 행하는 것이 헌법적으로 허용되는가?

전자적인 정보처리의 도움으로 자동차산업은 대규모의 창고관리로부터 자유로워졌다. 부속품을 만드는 공장은 자동차부품을 필요한 시점에 맞추어서 배달한다. 전체 자동차산업(그리고 여타의 부품공장)을 마비시키기 위해서는 하나의 경미한 부속품 공장이 파업하는 것으로 충분하다. 파업하지 않았지만 마비된 공장의 사용자는 임금을 계속 지불해야 하는가 아니면 사용자는 지불의 무로부터 자유롭다(즉, 노동조합이 노조원에게 임금의 결손부분을 보완해야 한다)는 단결의 자유에 대한 헌법적 보장을 요구할 것인가?

- 사회변동은 종교적 내지 인종적 성격을 지니기도 한다. 상이한 문화와 종교를 지닌 이주민이 들어오면 주민들간의 동질성이 사라지게 된다. 이주민이 보유한 종교적 의무와 문화적 관습은 이들이 정착하는 국가에서 일반적으로 효력을 지니는 법규범과 충돌하게 된다. 그렇다면 법 적용에 의하여, 예를 들어 종교의 자유라는 기본권을 내세워, 실정법의 효력을 배제하는 것이 허용될 수 있는가?

- 사회변동은 정치적인 성격을 지니기도 한다. 정부는 점차 정치적 조치를 사적인 규율대상과의 협상을 통하여 행하는 방식(예를 들어 환경법의 영역에서는 경영자단체와의 협상)으로 이전하고 있다. 종종 협상의 결과는 국가가 법적 규율을 포기하는 대신 사적 행위주체가 적절하게 행동할 것을 약속하는 협약의 모습을 띤다. 협약은 법률적인 효력은 없지만 법률의 경우와 마찬가지로 (“법률대체 협약”) 작용한다. 헌법재판소는 이를 법률처럼 심사할 수 있는가?

- 사회변동은 가치의 변화일 수도 있다. 사회에서 동성애는 더 이상 비도덕적인 것으로 비판되지 아니한다. 따라서 동성의 파트너는 공개적으로 부부와 같은 관계 속에서 생활한다. 혼인의 자유(그리고 이와 연관된, 예를 들어 세법적 또는 상속법적 형태의 혜택)가 헌법해석을 통하여 동성의 파트너에게도 인정될 수 있는가?

## II. 법이론적이고 방법론적인 문제

### 1. 법의 효력과 사회변동

법이론적이고 방법론적인 문제점과 관련해서는 법의 효력과 해석을 구별하

는 것이 바람직하다. 법의 효력은 기본적으로 사회변동과는 무관하다. 법규범의 효력은 권한을 지닌 국가(또는 국가적으로 위임된)기관의 결단에 기인하는 것이 원칙이다. 이러한 국가기관이 법규범의 제정에 대한 헌법상의 전제조건을 준수하였다면 그 규범은 규율하는 대상영역에서 사회변동이 일어난 것과 무관하게 법적인 효력을 지닌다.

물론 경계선 상에 놓여있는 경우도 있다. 사회변동의 결과로 법규범의 규율영역이 사라지면 규범의 효력은 유지되지만 그것이 적용되는 사안은 더 이상 없게 된다. 이 때에 규범이 낡아서 쓸모 없게 되었다고 한다. 나아가 규범에 대한 사회의 동의가 사라지기도 한다. 이러한 경우는 무엇보다도 가치의 변화를 수반한다. 가치의 변화가 더 이상 논쟁되지 않고 폭넓은 이해에 기초하고 있다면, 낡은 가치질서에 속박된 규범을 계속 적용하기란 어려운 일이다. 이러한 규범은 국민들의 이해를 얻을 수도 없고, 또한 법률가 역시 그 정당성을 확신하지 못한다. 이러한 경우 규범의 적용은 간통에 대한 형사처벌에서처럼 은연중에 중지된다. 마지막으로 얼마 전부터 등장하고 있는 법에 준하는 규율이나 “부드러운 법”(soft law)을 들 수 있다. 이는 국가의 형식적인 결단이 아니라 합의와 관행을 그 원천으로 하며 관련된 집단의 동의에 의하여 법적인 성격을 획득한다. 이는 물론 이러한 동의가 사라지면 함께 없어진다.

## 2. 법의 텍스트중심적 해석

법의 효력에 대한 이러한 사항들이 법의 해석에도 마찬가지로 적용되는가? 그렇다고 보는 이론들이 있다. 그 중 하나가 법실증주의이다. 독일 카이저제국 국법학의 최고 권위자였던 Paul Laband가 독일에서 가장 순수한 형태로 대표적인 바 있는 법실증주의는 그 성질상 법적용설이었던 바, 규범텍스트만이 해석의 대상이며 문법과 논리만이 해석의 수단이라고 하였다.<sup>1)</sup> 이로써 그 이외의 모든 고려들, 예를 들어 역사적, 철학적, 경제적, 정치적, 규범목적 지향적 고려들은 배제되었다. 법실증주의는 법의 자율성에 대한 믿음을 고백하였고 법의 해석에서는 단지 법적인 범주만이 척도가 되었다. 사실상 법실증주의의 공

1) Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 2.Aufl., Tübingen 1888, S.XI; 실증주의에 대해서는 Dieter Grimm, “Methode als Machtfaktor,” in: *Festschrift für Helmut Coing*, Band I, München 1982, S.469(또한 in: Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt 1987, S.347) 참조.

격방향은 그 당시까지도 종종 나타나던 정치적 논증과 법적 논증의 혼돈이었다. 법적인 명령이 정치적 희망사항과 명백하게 분리되지 않았던 것이다. 오늘날의 법률가들도 역시 이러한 유혹으로부터 자유롭지 못하다. 그러한 한에서 법실증주의의 관심사는 여전히 적절하다고 할 수 있다.

법실증주의는 법과 법학의 자율성을 보장하려는 노력의 방식으로 인하여 뿐만 아니라 사회변동을 고려하는 문제와 관련된 결정으로 인하여 몰락하였다. 헌법규범이 그 텍스트와 동일시되고 그 해석에서 문법과 논리만이 사용될 수 있다면 사회변동은 규범이해를 위해 어떠한 역할도 수행할 수 없다. 규범의 해석은 단지 옳거나 틀릴 수 있을 뿐이고 사회변동에 따라서 변경될 필요가 생길 수는 없다. 규범의 규율영역과 이러한 영역에서의 변화과정을 감안하는 것이 허용되지 않는 범위 내에서 해석방법이 선별된다. 법적용자는 관련된 규범을 척도로 결정해야 하는 “사안들”의 형태로 현실과 만날 뿐이다. 하지만 이러한 현실은 규범의 이해에 영향을 미칠 수 없다. 법실증주의자도 사회변동에 의해 문제해결을 위한 법규범의 적합성이 영향을 받을 수 있음을 부정할 수 없을 것이다. 하지만 그는 이를 입법의 과업이지 법적용의 과업은 아니라고 간주하여, 법적용자가 이러한 기능을 담당하면 자신에게 금지된 법정책자의 역할 속으로 말려들어 간다는 결론에 도달할 것이다.

다른 하나의 이론은 이른바 오리지널리즘인데 이는 법의 자율성에 관한 사상보다는 입법과 법적용의 분리라는 사상에 기초하고 있다. 오리지널리스트에게도 규범은 텍스트와 동일하다. 하지만 이들은 실증주의자들과는 달리 헌법 제정자의 의도(“original intent”)를 역사적으로 확인하는 것만을 해석의 수단으로 인정한다. 여기서 사회변동을 감안하는 것에 대한 결정이 내려진다. 규범의 해석에서 제정자의 생각만이 기준이 되므로 상황의 변화는 문제되지 않는다. 변화된 상황에 대하여 규범이 적응해야 할 때가 오면 이는 헌법개정 입법자의 문제이지 헌법해석자의 문제는 아닌 것이다. 그렇지 않으면 헌법해석자는 자신에게 속하지 않은 역할을 부여받는 것이 된다.

이러한 방법론적 방향은 미국에서 중요한 역할을 하고 있다.<sup>2)</sup> 하지만 그 취약점은 명백하다. 무엇보다도 “원래의 의도”(original intent)를 파악해 내는 것이

2) Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton 1997 참조; 오리지널리즘에 대해서는 또한 Lawrence Lessig, “Fidelity and Constraint,” 65 *Fordham Law Review* (1997) 1365 참조.

어렵다. 이것이 진위를 판단하기 어려운 법적용자의 추측이 규범의 해석에 편입되는 지점이다. 다른 한편 이 방법론에 충실하다보면 헌법은 그 발효 이후에야 비로소 발생한 모든 문제들에 대하여 무의미하게 되어 법은 학습능력이 없는 것으로 된다. 이러한 문제는 헌법개정이 매우 어려워져서 헌법조문을 변화된 상황에 맞도록 변경하는 것이 거의 불가능해 보이는 미국에서는 더욱 심각하다. 따라서 미국에서 이러한 방법론이 호황을 누리는 것은 이 방법론이 질적으로 훌륭하기 때문이라고 설명될 수 없다. 이는 지나치게 “적극적”이라고 판단되는 위헌 대법원의 판결을 수정하는 수단인 것이다. 그러므로 오리지널리즘은 비정치적이라고 주장됨에도 불구하고 그 자신이 정치적인 동기를 지닌다.

독일에 오리지널리즘의 추종자는 없다. 또한 전술한 형태의 법실증주의 역시 더 이상 주장되지 않는다. 법실증주의의 신뢰상실은 사회변동을 인지하고 소화해내지 못하였다는 사실로부터 기인하는 바가 적지 않다. 이것이 취약점으로 인식된 것 자체가 또한 사회변동의 결과이기도 하다. 법실증주의의 쇠퇴는 제1차 세계대전의 종료와 함께 시작하였다. 세계대전으로 인한 광범위한 사회적 변화로 인하여 법질서는 실정법이 대답할 수 없고 또한 입법자 역시 단시일 내에 해결할 수 없는 수많은 문제에 봉착하였다. 이러한 상황 속에서 법적용에서의 보다 넓은 방법론적 자유를 인정함이 불가피해졌다. 유명한 바이마르공화국 국법학 방법론논쟁은 이러한 문제와 관련하여 진행되었다.

전술한 두 가지의 방법론들이 지닌 명백한 취약점에 직면하여 보다 영리한 변형들이 나타났음은 물론이다. 역사적 방법론은 새로운 유형의 문제들에 대하여 법제정자의 가정법적인 대답을 허용하였다. (법제정자는 그가 행하였던 문제해결 방식에서 출발하여 새로운 문제를 어떻게 해결했을까?) 법실증주의는 규범텍스트로부터 그 배후에 있는 개념을 논리적으로 추론해 내어 실정법의 흠결을 매우도록 허용함으로써, 엄격한 법률기속을 위반하지 않으면서도 개념으로써 법의 흠결을 봉합할 수 있었다.

### 3. 목적론적 해석

하지만 방법론은 일반적으로 다른 방향을 선택하였다. 방법론은 더 이상 법규범을 단극적으로 이해하여 텍스트와 동일시하거나 단지 역사적인 또는 논리적이고 문법적인 해석수단만을 허용하지 않고 규범이 추구하는 목적을 법규범의 두 번째의 구성요소로 인정하는 데에 익숙해졌다. 여기서의 목적은 헌법제

정자의 원래의 의도와 일치하는 것이 아니다. 오히려 이러한 의도를 확인하는 어려움을 고려하여 규범에 객관적으로 내재하고 있는 목적을 겨냥하고 있다. 이러한 목적은 법제정자의 의도와 동일할 필요가 없으며 법제정자의 인식을 넘어설 수 있다.

법조문은 여전히 해석의 출발점이다. 하지만 더 이상 절대적인 기준이 아니라 단지 규범목적의 —보다 더 또는 덜 성공한— 표현으로 이해된다. 해석은 물론 규범의 명문에 의해서 제한되지만 그 목적에 의해서 이끌어진다. 모든 새로운 방법론들은 이러저러한 형태의 목적론적 방향으로 전개된다. 이로써 변화된 상황에 대한 규범의 해석적 적용을 용이하게 하는 해석의 역동화가 이루어졌다. 규범의 의미는 최종적으로 확정되어 해석이 옳던 그르던 둘 중의 하나인 것만은 아니다. 오히려 이전의 해석이 변화된 상황 속에서 규범의 목적에 맞지 않는다면 전에 옳았던 해석도 틀리게 될 수 있는 것이다.

#### 4. 규범영역의 도입

지금까지의 설명으로 사회변동에 의해서 규범에 대한 변화된 이해가 발생하는 이유가 해명된 것은 아니다. 이는 목적론의 양극적인 규범이해를 넘어서 세 번째의 규범요소를 도입함으로써 비로소 가능하다. 이러한 요소는 (Friedrich Müller의 용어에 의하면<sup>3)</sup>) 규범영역(Normbereich), 즉 규범이 규율하면서 연관을 맺는 사회적 현실의 부분이다. 규범영역을 헌법규범의 구성요소로 인정하는 것을 정당화하는 사고의 과정은 다음과 같다. 모든 규범이란 입법자가 사회적 현실의 특정 분야를 바라보면서 이를 정형화한 것인 바 규범은 이러한 각 분야에서 그 규범적 목적을 완수하며 현실의 변화를 방지하거나 촉진하게 된다. 따라서 규범영역, 보다 정확하게는 입법자가 규범영역에 대해서 지녔던 생각과의 연관 없이는 규범의 의미를 이해할 수 없다. 이는 해석·적용되는 법이 오래 된 것일수록 더욱 그러하다.

규범의 목적은 현실 속에서 실현되기 마련이다. 법규범에 내재한 실현하려는 의도에 의해서 존재와 당위, 법과 현실간에 다리가 놓인다. 현실의 한 부분에서의 변화(또는 입법자가 이미 규범을 제정하면서 현실을 잘못 평가하였다는 인식)로 인하여 하나의 규범이 더 이상 그 목적에 제대로 도달할 수 없거

3) Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966.

나 심지어 목적에 반하는 결과를 가져오는 것으로 된다. 이전의 해석을 고집하는 것은 법률에 충실한 것이 아니라 오히려 거꾸로 법률을 약화시키는 일일 것이다. 변화된 상황 속에서 낡은 해석으로는 규범목적 달성을 할 수 없다면 바로 법률에의 충실이라는 이유에서 새로운 해석이 요구된다.

### Ⅲ. 법이론적이고 헌법적인 문제

#### 1. 헌법규범의 3요소와 헌법해석

이로써 헌법을 해석하고 적용함에 있어 사회변동을 감안하는 것에 대한 방법론적 기초가 놓여졌다. 하지만 법적용이 어디까지 가는 것이 허용되는지, 언제 법적용이 헌법개정 입법자에게만 유보되어 있는 영역으로 밀고 들어가는지의 문제는 아직 해결되지 않았다. 이러한 한계는 다시 규범텍스트, 규범목적, 규범영역으로 구성된 규범의 구조로부터 도출되어야 한다. 특정 문제와 관련된 규범의 의미를 탐구하는 것은 이 세 가지의 요소를 모두 함께 살펴야만 가능하다. 여기서 규범텍스트는 확정되어 있다. 규범텍스트는 모든 방법론적 경향에서 해석의 대상이 된다. 해석자는 텍스트를 개정하거나 —개정과 마찬가지로의 결과를 가져오는— 텍스트와 명백하게 불합치하는 해석론을 선택할 권한이 없다.

텍스트는 물론 규범으로써 추구하는 목적의 표현일 뿐이다. 이러한 목적 역시 기본적으로 입법자가 정한다. 법적용자에게는 규범목적이 이미 주어져 있다. 그는 입법자가 정한 목적을 다른 것으로 대체할 권리를 지니지 않는다. 이는 사회변동을 이유로도 정당화될 수 없다. 사회변동을 감안함에 있어 문제되는 것이 바로 그때 그때의 상황 하에서 —확정된— 목적에 최선으로 도달하는 일이다. 하지만 목적이 텍스트보다 덜 명확하게 확정되는 것은 당연하다. 텍스트 자체, 예를 들어 전문에 규범목적이 명시된 경우는 단지 예외일 뿐이다. 목적은 대부분 규범텍스트의 뒤에 은연중에 놓여있다. 따라서 대부분의 경우에 법률목적의 확정하는 일은 법적용자의 과업이다. 목적을 도출하기가 극도로 어려울 수 있다. 규범의 목적은 다른 규범들과의 연관 속에서만 확정될 수도 있는데 여기서 입법자가 이러한 연결을 스스로 인식했어야 하는 것은 아니다. 그렇다면 규범목적의 확인에는 목적부여가 일부 포함될 수 있다.

예를 들어 독일 연방헌법재판소는 방송의 자유의 목적을 기본법상의 다른 대부분의 자유권과는 다르게 규정하였다.<sup>4)</sup> 이에 따르면 방송의 자유는 그 주

체인 방송국과 기자의 이해관계와 관련된 자유가 아니라 공중, 보다 정확하게는 개인적이고 공적인 의사의 자유로운 형성에 봉사하는 자유이다. 이러한 목적은 상위의 헌법원리인 인격의 자유로운 발현과 민주주의로부터 도출되었다. 자유로운 의사형성이 보장되지 않으면 인격발현과 민주주의는 이루어질 수 없는 것이다. 헌법적인 자유의 보장은 따라서 일차적으로는 의사소통체계 전반의 문제이며, 방송영역에서 활동하는 사람들은 단지 이러한 한계 속에서만 부차적으로 문제될 뿐이다.

그러나 이러한 목적설정이 옳은가는 법도그마에서 논란되고 있다. 일련의 학자들은 방송의 자유의 목적이 여타 자유권보장의 목적과 다른지 의심하고 있다. 규범목적은 확보하는 어려움에 직면하여 법적용자의 선호에 따라 해석이 부지불식간에 영향을 받을 수 있는 위험이 있음을 실제로 항시 주의해야 한다. 따라서 특별한 주의가 요망된다.

규범목적이 확정되면 이제 규범의 (사실상의) 규율영역에서 규범이 공포되거나 지금까지 지배적인 해석이 통용된 이래에 새로운 변화가 발생하여 기존의 해석을 고집하는 것이 규범목적에 어긋나는지의 여부를 검토해야 한다. 만약에 그렇다면 변화된 상황 속에서 목적의 수행이 보장될 수 있도록 해석이 변경되어야 한다. 하지만 이는 텍스트의 범위 내에서이다. 해석적인 적용이 텍스트에 의해 허용되지 않는 경우에는 헌법개정을 통해서만 시정될 수 있다.

이로부터 헌법규범의 적용에 있어 다음과 같은 단계가 도식화된다.

- (1) 규범텍스트의 이해
- (2) 규범목적의 확정
- (3) 기존 해석의 확인 (I 1)
- (4) 규범영역에서 사회변동이 발생하였는지의 확인
- (5) I 1을 유지할 때 사회변동에 의해서 목적달성이 어려워지는지의 확인
- (6) 목적달성을 다시 가능하게 하는 새로운 해석 (I 2)
- (7) I 2가 규범목적에 합치하는지의 검토

## 2. 사회변동의 유형과 해석의 한계

독일 연방헌법재판소는 명시하지는 않지만 오래 전부터 위의 기준에 따라서

---

4) BVerfGE 57, 295 (319f.); 83, 238 (295ff.).

사안을 처리하고 있다. 가속화되는 사회변동에 직면하여 기본법의 효력을 유지하고 이를 위하여 폭넓은 현실분석 및 결과평가를 행하는 것이 독일 연방헌법재판소의 해석의 특징이다. 이는 “경미한” 사회변동이나 “중대한” 사회변동의 경우에 있어 마찬가지이다. 경미한 사회변동으로는 전화, TV, 원자력, 전자적 정보처리, 유전공학 등의 새로운 기술을 들 수 있다. 중대한 사회변동에는 사회의 구조변화나 가치전환이 포함될 것이다. 구조변화는 예를 들어 19세기의 산업혁명에서 발생하였다. 중간적 사회변동의 예로는 국가활동이 억제에서 예방으로 확대된 것이 포함될 것이다.

경미한 사회변동으로 인하여는 특별한 해석의 문제가 발생하지 않는 것이 보통이다. 예를 들어 헌법이 미국헌법처럼 출판의 자유(Freiheit der Presse)만을 보장하고 있는데 후에 방송이 생긴 경우 또는 독일에서처럼 방송의 자유도 보장되어 있는데 후에 TV가 나오는 경우에는 새로운 매체를 연관시키는 것은 어렵지 않다. 이는 의사소통 매체의 자유, 아니면 의사소통체계 전반의 자유가 이러한 보장의 배경을 이루는 목적으로 될 수 있기 때문이다. 만약에 이러한 상황에서 헌법제정의 시점에서 존재하는 매체만이 보호되고 새로운 매체는 정치에 의하여 자의적으로 지도될 수 있다면 이는 규범목적의 실현을 위협할 것이다. 미국 연방대법원이 금세기에도 이러한 경미한 사회변동과 관련하여 어려움을 겪는 것은<sup>5)</sup> 미국에서 법실증주의가 지배적임을 증명한다.

기본권의 대상에 있어 (출판에 방송이 추가되는 것처럼) 같은 범주 내에서 새로운 구성요소가 보충되는 것이 아니라 전혀 새로운 범주가 형성되는 경우에는 문제가 간단하지 않다. 전자적 정보처리가 그 예가 된다. 관청들은 이미 항상 시민들의 정보를 수집하고 사용해왔다. 하지만 전자적 정보처리에 의해서 전혀 새로운 차원의 위협이 형성된다. 거대한 양의 정보를 마음대로 저장하고 몇 초만에 이용 가능하게 만들며 이를 전달하고 다른 정보와 결합하고 이를 다시 결합하며 새로운 사용맥락으로 전환하는 것이 가능하다. 기본법 제 2조 1항(인격의 자유로운 발현)으로부터 정보 자기결정권이 발전한 것은 따라서 사회변동에 대한 해석론적 대응의 전형적인 예가 된다.<sup>6)</sup>

중대한 사회변동에 대한 대응은 또 한 차원을 넘어선다. 그 한 예는 산업혁

5) 한편으로는 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 다른 한편으로는 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 참조.

6) BVerfGE 65, 1 (41ff.).

명으로 촉진된 (매우 복잡한 양태를 간략히 요약한 표현으로서) 계급분화와 그 결과였다. 계급분화 역시 전술한 헌법규범 적용의 도식에 편입된다. “계급분화”는 기본권영역에서의 사회변동이다. 기본권에 의한 자유보장의 목적은 개인의 자기결정을 가능하게 하는 것이다. 이는 자유권이 형성되던 때에는 국가에 의해서만 위협되는 것으로 보였다. 따라서 자유권은 국가에 대한 주관적 방어권으로 이해되었다. 개인의 자유에 대한 위협이 국가로부터만이 아니라 사적인 행위주체와 사회적 권력으로부터 유래할 수도 있음이 명확해지자, 기본권의 목적은 해석의 방향을 전환할 것을 요구하였고 독일 연방헌법재판소는 1958년의 뤼트결정(Lüth-Urteil)에서 이를 받아들였다.<sup>7)</sup>

이후 기본권은 더 이상 국가에 대한 주관적 방어권에 그치는 것이 아니라 자유에 대한 모든 유형의 위협에 대하여 보호를 제공하는 객관적 원리인 것으로 이해되고 있다. 따라서 기본권은 그 효율적인 실현을 위한 사실적인 전제조건들을 포함하며 자유에 대한 사회적 위협의 방지도 지향하고 있다. 이것이 국가의 부작위에 의해서 뿐만이 아니라 국가의 작위에 의해서도 가능한 것은 물론이다. 그래서 국가에 의한 자유침해의 증지를 의무지우는 침범에 대한 방어(Eingriffsabwehr)의 요소 이외에도 국가로 하여금 자유에 대한 사회적인 위협에 적극적으로 대처하게 하는 보호의무(Schutzpflicht)가 등장한다.<sup>8)</sup> 독일 연방헌법재판소는 종종 법률이 기본권상의 자유를 지나치게 제한해서가 아니라 그 보호를 위하여 지나치게 소극적이라는 이유로 법률을 폐기한다. 이는 독일에서 널리 인정되고 있으며 독일식을 지향하는 많은 재판제도에서 수용되었지만 미국 연방대법원의 판결례와 같은 다른 경우에는 거부되고 있다.

전래의 해석(I 1)을 유지할 것인지 아니면 새로운 해석(I 2)으로 대체할 것인지를 결정하는 기준이 되는 것은 무엇보다도 두 가지의 해석이 규범의 목적에 대해서 지니게 될 결과를 비교하는 일이다. 결과에 대한 논증(Folgenargumente)은 사회변동에 기인한 해석변화의 가장 빈번한 이유이다.<sup>9)</sup> 결과지향적인 도그마틱이 독일에서 논란되지 않는 것은 아니다. 몇몇 학자들은 법률가가 규범의

7) BVerfGE 7, 198 (204ff.); 그 결과에 대해서는 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 2.Aufl., Frankfurt 1994, S.221-240 참조.

8) BVerfGE 39, 1 (41ff.).

9) Dieter Grimm, “Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Auslegungspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts,” in: Gunter Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, S.139와 여기서 소개된 판례 및 문헌 참조.

다양한 해석가능성 중 하나를 결과연관적인 관점으로 선택함으로써 법적용의 영역을 이탈하여 법정책의 영역으로 진입한다는 논거로 이를 비판한다. 하지만 이러한 논거는 과정에 대한 잘못된 평가에 기초하고 있다. 해석의 척도가 되는 것은 어떠한 결과가 법적용자에게 이익이 되고 또 손해가 되는 것으로 판단되는가가 아니다. 오히려 결정적인 것은 어떠한 결과가 규범목적에 접근하는가 또는 규범 목적을 보다 완벽하게 또는 보다 양호하게 실현하는가의 문제이다. 즉 결과에 대한 평가 자체도 규범목적에 의하여 통제되며 그러한 한에서 여전히 법적인 평가인 것이다.

이러한 상황 속에서 문제는 오히려 다양한 해석의 결과들이 미래에 놓여있고 단지 가정적으로 확신될 수밖에 없기 때문에 종종 불확실하다는 점에 있다. 불확실성이 있는 경우에는 입법자의 결과예측(Folgenprognose)이 법적용자의 결과예측에 우선하는 것이 기본원칙이다. 하지만 이러한 원칙은 입법이 결과에 대한 추측에 기초하고 있을 때에만 적용된다. 고도로 원리적이고 추상적인 헌법규범에서 이러한 경우는 드물다. 그렇다면 결과를 가정적으로 평가하고 규범목적에 대한 그 효과를 비교하는 것은 헌법해석의 문제로 남게 된다.

가장 어려운 문제는 헌법영역에서의 가치변화이다. 현재 많은 나라에서 문제되고 있는 동성간의 결혼문제는 이를 잘 보여주는 예이다. 독일의 기본법은 결혼과 가족을 국가의 특별한 보호 하에 두고 있다. 기본법의 전통적인 이해에 따르면 혼인관계는 다른 유형의 반려관계보다 경시되어서는 안 되며 오히려 반대로 특권을 누린다. 기본법의 제정에서와 그 이후 오랫동안 혼인이 한 남성과 한 여성간의 반려관계로서만 생각되어 왔다는 데에는 의심의 여지가 없다. 하지만 오늘날에는, 여전히 일부다처제는 혼인의 개념과 합치하지 않는다고 생각되는 반면, 두 남성간 또는 두 여성간에도 이러한 반려관계가 존재할 수 있다는 사실이 널리 인정되고 있다. 또한 동성간의 반려관계에 혼인이라는 법적 형식을 개방할 태세가 되어있는 사람들의 수도 늘고 있다. 문제는 이러한 변화가 헌법해석에 의해서 아니면 오직 헌법개정을 통해서만 반영될 수 있는가이다.

이러한 사회변동은 전술했던 예와는 다른 유형을 지닌다. 여기서 문제되는 것은 규범 또는 지배적인 규범해석과 연관되어 규범 목적을 달성하는 배경을 이루는 사실관계가 아니다. 오히려 규범목적 자체가 문제되고 있다. 규범목적은 한 남성과 한 여성의 반려관계로서 이해되는 결혼을 보호해야 한다는 것이다. 사회에서 더 이상 논쟁의 여지없이 받아들여지지 않는 것은 결혼에 대한

이러한 개념이다. 하지만 법적용자는 헌법제정자가 정한 목적에 기속된다. 이것이 이러한 유형의 변화를 헌법해석이 아니라 헌법개정을 통하도록 하는 이유이다. 법원은 사회적 변화의 선구자가 되기에 적절한 기관이 아니다. 법원은 민주적인 책임관계에 기속되어 있지 않으며 또한 헌법적인 문제인 경우에는 선출된 기관이 법원의 결정을 교정하는 것이 매우 어렵기 때문이다.

#### IV. 실무적인 문제

##### 1. 현실분석의 문제

여기서 제시된 바처럼 규범영역을 헌법규범의 한 요소로 파악하여 규범영역이 헌법규범의 이해와 해석에 불가피하다고 보면, 법실증주의나 오리지널리즘적 해석방법은 봉착하지 않는 몇 가지의 문제점이 발생한다. 법적용자는 규범영역과 규범영역에서 발생하는 사회변동을 알아야 하고, 또한 선택의 대상이 되는 다양한 해석론들이 규범목적에 대하여 지니는 현실적인 결과들을 평가해야 한다. 여기서 당연히 법적 방법론으로는 대답할 수 없는 질문이 제기된다. 또한 여기서는 증거와 증인을 통하여 밝힐 수 있는 개별적 사건이 문제되는 것이 아니므로 법원의 통상적인 입증절차로 해명될 수도 없다. 소송법상의 입증방식으로는 일반적 사실, 복잡한 구조, 장기적 발전, 미래상황에 대한 예측을 해낼 수 없다. 따라서 헌법해석의 모든 요소를 포기하고 현실분석을 전제로 하자는 제안들이 있는데, 이러한 현실분석은 법률가의 능력을 벗어나는 일이어서 법적용의 합리성을 위협하기 때문이다.<sup>10)</sup>

이러한 제안을 추종하기 전에 선택대상을 심사해 볼 필요가 있다. 이는 사회변동에 해석론적으로 대응하는 것을 포기하고 규범 목적을 달성하지 못하는 것을 감수할 것인가 아니면 논증할 수 없는 은밀한 현실을 추정하여 헌법을 해석·적용하는 과정에 도입할 것인가의 선택의 문제이다. 양자 모두 높은 대가를 요구할 것이다. 따라서 법적용에 있어 현실분석이 실제로 극복할 수 없

10) Niklas “Luhmann, Funktionale Methode und juristische Entscheidung,” in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 94 (1969), S.1; Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Band II, Reinbek 1972, S.240ff.; Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, 특히 S.31ff.; 또한 최근의 것으로는 Teubner, *Entscheidungsfolgen*(주 9)에 실린 루만의 논문, 19면 참조.

이 높은 장애에 직면하는가를 고려할 필요가 생긴다. 많은 영역에서 현실분석은 결코 어렵지 않다. 규범이해와 규범해석을 좌우하는 수많은 경험적 지식은 상식으로 접근할 수 있다. 사회변동에 대한 가정은 설득력을 잃지 않으면서도 확실한 경험이나 개연성고려에 기반할 수 있다.

이는 경미한 사회변동이나 중대한 사회변동에서 마찬가지로이다. 전화통화를 도청하는 것이 신서를 개봉하는 것보다 프라이버시를 덜 침해하지 않음은 그 자체로 명백하다. 도입부에서 언급한 미국의 예에서의 헌법적 유추의 결과는 정당화된다. 또한 독일 연방헌법재판소의 이해에 있어 재산권보장의 규범목적 을 이루는 인격발현의 경제적 기초가 오늘날 이전보다 훨씬 적게 민법상 의미의 물적 소유에 구속되고, 보다 강하게 근로생활과 사회보장체계로부터 나오는 청구권에 의존한다는 생각<sup>11)</sup>도 별다른 설명이 필요 없을 정도로 분명하므로 재산권보장의 보호영역이 확산되게 된다.

기본권적으로 보장된 개인의 자유가 국가로부터만이 아니라 사회적 영역에서 나오는 위협에 의하여 위협되는 것 역시 마찬가지로 자명하여 법적으로 확정된다. 자유권의 목적이 단지 형식적인 것이 아니라 실제로 향유할 수 있는 자유를 의미하고 따라서 자유를 향유하는 사실상의 전제조건을 포함하는 것이 확실하다면 보호의 방향을 확대하는 것이 요구된다. 기본권은 입법자가 실질적인 자유를 위하여 행하도록 의무 지운다. (물론 미국 연방대법원이 권력분립의 원칙을 고려하듯이 이러한 확대를 막는 논거는 여전히 존재한다.)

하지만 물론 명백하지 않거나 심지어 논란이 되는 가정도 있다. 방송의 자유에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정은 시장이 —개인적이고 공적인 의사의 자유로운 형성이라는— 기본권의 목적에 상응하는 방송프로그램을 생산해 낼 상황에 있지 못하다는 가정에 기초하고 있다. 연방헌법재판소는 방송영역에서의 실험의 실패는 개인의 인격발현과 민주주의 체제의 유지에 심각한 결과를 초래하고 동시에 이전의 체제로 복귀할 가능성을 낮출 것이라는 생각으로 입법자가 실험을 행하는 것 역시 급하였다. 이러한 가정은 물론 시장모델을 추구하는 외국의 방송제도를 적시함으로써 강화되었고 그로써 개연성을 획득하였다.

## 2. 인접 학문과의 공동작업

규범영역의 분석이 문제되면 법률가는 바로 사실인식의 방법을 다루고 그에

11) BVerfGE 50, 290 (339f.); 53, 257 (290).

상응하는 지식을 축적하고 있는 학문에 상당히 의존하게 된다. 하지만 인접학문(Nachbarwissenschaften)과의 공동작업에는 일련의 어려움이 따른다. 가장 흔히 나타나는 어려움은 법적으로 요구되는 경험적인 지식이 당해 전문영역에 존재하지 않거나 법적으로 관심있는 관점으로는 분석·평가되지 않았다는 점이다. 이러한 경우에 독일 연방헌법재판소는 때때로 전문가의 의견서를 청하여 도움을 얻는다. 하지만 일반적으로는 소송당사자와 입장표명을 요구받는(국가 및 사회) 기관이 헌법재판소에게 현실의 모습을 적절하게 제공한다고 믿어진다.

또 다른 어려움은 법학에서와 마찬가지로 인접학문에서도 학문의 방법론이나 연구결과가 동일하지 않다는 점이다. 오히려 이론과 방법론의 논쟁과 연구결과의 다양성, 그리고 평가의 차이는 정상에 속한다. 인접학문의 인식에 대한 신뢰할만한 평가는 이러한 방향성논쟁에 대한 충분한 지식과 그 중 적절한 것을 선별할 능력을 전제로 한다. 법률가들은 이러한 능력을 지니지 못하는 것이 일반적이다. 원자력의 안전도 계산처럼 복잡한 자연과학적 사항이나 기업의 가치평가와 같이 복잡한 경제학적 사항이 문제되면 법률가들은 종종 사과의 과정을 이해하는 것에서부터 막히고 만다.

인접학문, 특히 사회과학을 법학교육에 도입한다고 하더라도 이러한 어려움은 단지 제한적으로만 극복된다. 한편으로 법학교육에서 헌법의 해석과 관련될 가능성이 있는 모든 가능한 학문들을 그 기초만이라도 가르치는 것은 불가능하다. 다른 한편으로 이의 부분적인 도입도 한계에 봉착한다. 독일에서는 1970년대와 80년대에 법학교육령으로 사회과학을 법학교육에 도입할 것을 의무화한 바 있다. 대학들은 이에 두 가지의 길을 택하였다. 첫 번째는 사회학, 정치학, 경제학의 교수직을 법과대학에 설치하는 것이었다. 두 번째는 법과교수들이 인접학문을 법학강의에 통합하기를 기대하는 것이었다.

이 두 가지의 시도가 모두 대단히 성공적이었다고는 할 수 없다. 다른 학문 연구자에 의한 별도의 교과목은 인접학문과는 동일하지 않은 법학적 관심을 충족시키기에는 종종 너무 비법적이었다. 법과교수에 의한 통합교과목은 인접학문 영역에 대한 지식의 결여 내지 부족으로 종종 실패하였다. 인접학문 지식의 전달은 이루어지지 않거나 어중간하게 이루어졌다. 이 실험은 각자의 교수가 이중의 능력을 지닌 때에만 성공하였는데 이는 예외적인 경우에 속한다.<sup>12)</sup> 따라서 앞으로는 특히 이러한 이중능력을 장려해야 할 것이다.

### 3. 평가

법을 해석함에 있어 사회변동을 고려해야 하는 불가피성에 직면하여 이러한 경험으로부터 어떠한 결론을 도출할 것인가의 문제가 남는다. 여기서 우선 연방헌법재판소의 판결 및 법학연구서의 많은 예가 보여주듯이 인접학문분야를 헌법해석에 연관시키는 데에서의 어려움이 극복하지 못할 정도가 아니라는 사실이 중요하다. 또한 규범영역 분석과 결과고려를 포기함으로써 지불하는 비용이 매우 높으리란 것도 감안해야 한다. 여기서의 비용이란 헌법이 현실근접성을 상실하고, 그 결과로서 효율성과 적절성을 상실하는 것이다. 따라서 사회현실에 대한 인접학문영역의 지식을 그것이 존재하고 사용가능한 한 감안해야 한다는 결론에 이를 수밖에 없다. 이것이 가능하지 않다면 헌법학은 그럴듯하다는 생각(Plausibilitätsannahme)에 만족해야 하고, 또한 더 나은 지식이 활용되는 순간 스스로를 교정할 준비가 되어있어야 할 것이다.

---

12) 법학강의와 법학수업의 예로는 Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band II, München 1977; Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht*, Neuwied 1981.