

관습헌법의 존재와 효력

- ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정’을 중심으로 -*

The existence and force of the customary constitutional law

- Focusing on the decision of the Constitutional Court about ‘the statute for the construction of a new administration capital’ -

고 봉 진**
Ko, Bong-Jin

목 차

- I. 처음에
- II. 존재와 당위의 일치로서 ‘관습헌법’?
- III. 다수의견에 대한 비판적 고찰
- IV. 나가며

국문초록

‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마 554·556 결정)’에서 다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견은 ‘서울이 수도라는 관습헌법’의 “존재”와 “효력”에서 대립한다. 주요 쟁점은 두 가지이다. 첫 번째 쟁점은 서울이 우리나라의 수도인 것이 ‘헌법규범적 사실’로서 관습헌법에 해당 하는지 여부이다. 두 번째 쟁점은 서울이 우리나라의 수도인 것이 관습헌법이

논문접수일 : 2015. 06. 24.

심사완료일 : 2015. 07. 22.

게재확정일 : 2015. 07. 23.

* 이 논문은 2014년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음(This work was supported by the research grant of the Jeju National University in 2014).

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 부교수

라고 한다면, 이 관습헌법이 성문헌법과 '동등한' 효력을 갖는지 여부이다.

'신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정'은 '존재와 당위의 관계', '관습(헌)법에서 관행과 승인'이라는 중요한 법철학 문제를 담고 있다. 필자는 사실과 규범, 존재와 당위를 연결할 수 있는 유력한 후보가 '관습(헌)법'이라고 생각한다.

서울이 수도라는 점이 존재당위로서 관습헌법인지 아니면 '존재-당위 오류'에 해당하는지는 서울이 수도라는 (성문헌법과 동등한 효력을 갖는) 관습헌법이 존재하는지 여부에 달려 있다. 다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견은 이 점에서 크게 다투고 있다. 필자는 관습법의 성립요소인 '관행'과 '승인'을 갖추고 있지 않아 서울이 수도라는 '관습헌법'을 인정하기 어렵다고 본다. 다수의견은 관습헌법에 필요한 '승인'을 증명하지 않고, '실질적 헌법사항(핵심적 헌법사항)에 대한 국민의 결단'으로 설명하고 있다. 뿐만 아니라 서울이 수도라는 점을 '관행'이라고 보기 어렵다. '관행'이 되기 위해서는 행위가 계속, 반복될 것을 요하고, 관행을 지켜야 할 의무감과 관행을 어긴 것에 대한 부담감 등이 있어야 하는데, 서울이 수도라는 점에는 이런 점을 찾을 수 없다.

오히려 다수의견은 '관습헌법'이 아니라 '사실의 규범력'을 통한 '불문헌법'으로 논의를 전개하는 것이 더 바람직해 보인다. (관습헌법이 아닌 불문헌법으로 인정될 여지가 있다고 하더라도) 필자는 성문헌법 체계인 우리나라에서 불문헌법은 성문헌법을 보완하는 효력을 가지고 있다고 본다. 불문헌법의 인정 여부가 모두가 인정할 만큼 확실하지 않은 상태에서, 불문헌법에 성문헌법과 동등한 최고의 효력을 인정하기 어렵다.

주제어 : 관습헌법, 존재와 당위, 사실과 규범, 관행, 승인

1. 처음에

헌법재판제도가 우리나라에 도입된 이래 오늘날까지 수많은 헌법재판 결정이 있었다. 그 중에는 법철학 내용을 담고 있는 헌법재판이 적지 않다. 필자는

외국의 법철학적 소재를 대상으로 법철학을 연구하는 경향에서 벗어나, (가능하다면) 우리나라의 소재를 가지고 법철학 논의를 전개해야 하지 않을까 생각한다.¹⁾ 이 논문에서 다루는 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)’도 ‘존재와 당위의 관계’, ‘관습(헌)법에서 관행과 승인’이라는 중요한 법철학 문제를 담고 있다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐 아니라 효력유지의 요건이라는 특징이 있다. 따라서 관습헌법은 그 성립과 함께 효력을 발하고, 소멸과 함께 효력을 상실한다. 관습헌법의 성립과 소멸을 어떻게 확인할 수 있는지, 관습헌법이 성립하고 효력을 발하는 동안 성문헌법과 어떠한 관계를 갖는지에 대한 여러 문제가 발생한다.

‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정’에서 7인의 다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견은 ‘서울이 수도라는 관습헌법’의 “존재”와 “효력”에서 대립한다.²⁾ 다수의견은 성문헌법에 의거하지 않고 논란의 중심에 있는 ‘관습헌법’을 논거로 삼아 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’의 위헌성을 다루었다.³⁾ 주요 쟁점은 두 가지이다. 첫 번째 쟁점은 서울이 우리나라의 수도인 것이 ‘헌법규범적 사실’로서 관습헌법에 해당하는지 여부이다. 두 번째 쟁점은

- 1) 외국 법철학자의 이론이 아닌 우리나라 법철학자의 이론을 토대로 법철학의 논의를 전개하기에는 아직 너무 역부족이다. 외국의 법이론을 기초로 법철학적 논의를 전개할 수밖에 없는 것은 어쩔 수 없는 현실이다. 하지만 우리나라 소재를 법철학의 소재로 삼는다면 우리나라 학자들의 견해를 법철학적 논의에서도 활용할 수 있다. 헌법재판의 법철학적 의미에 대해서는 고봉진, “헌법재판과 법철학”, 『법과정채』 제19집 제1호, 제주대 법과정채연구원, 2013, 1면 이하.
- 2) 전효숙 재판관의 소수의견 외에도 김영일 재판관의 소수의견이 있다. 김영일 재판관의 소수의견은 ‘관습헌법의 존재와 효력’에 기초해 자신의 의견을 개진하지 않았다. ‘김영일 재판관의 소수의견은 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정하는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’에 해당하여 국민투표의 대상이 되고, 대통령이 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 헌법 제72조의 국민투표권을 침해한 것으로 보았다.
- 3) 김영일 재판관은 다수의견이 제시하는 관습헌법에 대한 견해를 비판하면서 현행헌법의 틀 내에서 위헌적 상황을 해결할 수 있다고 보았다(“보다 근본적으로 과연 수도의 위치가 언제나 헌법으로만 규율하여야 하는 헌법사항인지에 관하여 이견이 있을 수 있고, 그것이 관습헌법이라고 단정하기 어려운 면이 있다. 이러한 문제에 관하여 헌법 개정의 형식을 빌리지 않고 현행헌법의 틀 안에서 얼마든지 위헌적 상황을 교정할 방법이 있는데도 다수의견은 굳이 헌법개정의 방법을 논리적 전제로 하는 무리한 길을 택하고 있는 것이 아닌가 싶다.”).

서울이 우리나라의 수도인 것이 관습헌법이라고 한다면, 이 관습헌법이 성문헌법과 '동등한' 효력을 갖는지 여부이다.

다수의견은 서울이 수도라는 관습헌법의 존재를 인정하고, 성문헌법과 동등한 효력을 인정하였다. 관습헌법의 폐지는 헌법(제128조 내지 제130조)에서 규율하고 있는 헌법개정절차에 따라 국민투표를 거쳐야 하며, 특별법을 통한 관습헌법의 폐지는 위헌이다. 반면에 전효숙 재판관의 소수의견은 서울이 수도라는 관습헌법의 존재를 부정한다. (백보 양보하여) 서울이 수도라는 관습헌법이 존재하더라도, 이 관습헌법은 성문헌법과 동등한 효력을 가지지 않는다. 따라서 관습헌법의 변경은 법률의 제정, 개정을 통해서도 가능하다.

II. 존재와 당위의 일치로서 '관습헌법'?

1. 존재와 당위의 관계

사실과 규범, 존재와 당위는 어떠한 관계에 있는가? 존재(what is)에서 당위(what ought to be)는 이끌어지는가? 이 문제만큼 법철학에서 중요한 문제도 없다. 일찍부터 법철학이나 도덕철학에서는 존재와 당위는 서로 분리될 수 없고, 존재에서 당위가 추론될 수 있다는 견해(예컨대 존재론적 논의, 목적론적 논의)가 존재해 왔다(一元論).⁴⁾ 자연법론에 따르면 존재와 당위는 서로 분리될 수 없고, 존재와 당위는 서로 연결되어 있다. '자연법'은 '존재하는 당위(seiendes Sollen)'이기 때문에, 자연법의 존재 자체로 인해 자연법을 따라야 하는 당위가 발생한다.

자연법론의 강력한 영향에 의해 근대 이전 사람들은 존재와 당위의 구분, 사실과 규범의 구분, 현실과 가치의 구분을 알지 못했다. 근대 이후에야 존재와 당위는 구분되었는데, 이는 근대 몰가치적 자연과학의 산물이었다(二元論).⁵⁾

4) 심현섭, 「법철학I」, 법문사, 1998(1982), 183면.

5) Hans Welzel(박은정 역), 「자연법과 실질적 정의」, 삼영사, 2001, 90면; “사실과 규범, 존재와 당위는 어떠한 관계에 있는가? 존재에서 당위는 이끌어낼 수 있는가”에 대한 자세한 고찰은

근대 이전에는 [플라톤의 이데아론(Idea)이나 아리스토텔레스의 목적론(Entelechia)에서처럼] '자연'에서 규범을 이끌어냈지만, 근대 이후에는 자연은 '사실'의 영역으로 '규범'의 영역인 당위와는 차원을 달리 한다는 견해가 생겨났다. 여기서는 당위명제는 오로지 다른 당위명제에 의해 근거지워질 수 있고 또 증명될 수 있다고 주장되었다. 규범적 진술(normative statement)은 사실적 기술(factual description)로부터 도출될 수 없다.⁶⁾ 당위가 존재로부터 도출된다는 것에 최초로 의문을 제기한 사람은 흄(David Hume, 1711-1776)이다.⁷⁾ (인용하기에는 약간 길지만 중요하기에) 흄이 '존재-당위 오류'에 대해 쓴 부분을 인용하고자 한다.

“도덕 체계에서는 명제의 일반적인 계사인 ‘이다’와 ‘아니다’ 대신에 ‘해야만 한다’와 ‘해서는 안 된다’로 연결되지 않은 명제가 없다는 사실을 발견하고 나는 매우 놀랐다. 이러한 계사의 변화는 부지불식간에 이루어지지만 매우 중요한 것이다. ‘해야만 한다거나 해서는 안 된다’는 것은 어떤 새로운 관계 또는 단언을 표현하기 때문에 이는 반드시 지적되고 설명되어야만 한다. 동시에 이러한 새로운 관계가 자신과는 전혀 무관한 다른 관계들로부터 어떻게 연역되는가에 대한 근거도, 왜냐하면 이것은 거의 불가능한 듯이 보이기 때문에, 반드시 제시되어야만 한다. 그러나 도덕 체계의 저자들은 대체로 이러한 점에는 별로 주의를 기울이지 않았으므로 나는 독자들이 이 점에 유의하기를 바란다. 그리고 나는 이러한 조그만 주의가 도덕성에 관한 통속적인 체계 전체를 전복시키리라고 확신한다(인간 본성에 관한 논고, p. 469-70).”⁸⁾

이처럼 흄에 의해 “존재에서 당위를 도출할 수 없다”는 ‘존재-당위 오류’가

심헌섭, 「법철학I」, 법문사, 1998(1982), 177면 이하.

6) H. Stuart Hughes(김창희 역), 「지식인들의 망명」, 개마고원, 2007, 69-70면; 고봉진, 「법철학강의」, 제주대학교 출판부, 2012, 39면 이하 참조.

7) 흄은 26세의 나이에 ‘인간 본성에 관한 논고(A Treatise of Human Nature)’를 저술하나, (인쇄기로부터 바로 죽은 채로 태어났다는 그의 말처럼) 주목을 끌지 못했다. 이 후 흄은 ‘인간 본성에 관한 논고’를 토대로 더 대중적인 책을 저술하는데, ‘인간 오성에 관한 탐구(An Inquiry Concerning Human Understanding)’와 ‘도덕 원리에 관한 연구(An Inquiry Concerning the Principles of Morals)’이다. Robert L. Arrington(김성호 역), 「서양 윤리학사」, 서광사, 1998, 364-365면.

8) Robert L. Arrington(김성호 역), 「서양 윤리학사」, 서광사, 2003, 377-378면에서 재인용함.

처음으로 제기되었고,⁹⁾ 흄의 영향을 받은 칸트(Immanuel Kant, 1724-1804)는 '존재'와 '당위'를 구별했다. 신칸트주의의 영향을 받은 켈젠과 라트브루흐도 존재에서는 당위가 근거지울 수 없으며, 당위에서만 당위를 근거지울 수 있다고 주장했다.¹⁰⁾

켈젠(Hans Kelsen, 1881-1973)은 신칸트학파의 영향 하에 존재로부터 당위를 근거짓는 것을 반대하고, 당위에서 당위를 근거지울 것을 주장하면서, 당위 규범을 다루는 법학의 '방법순수성'을 주장하였다.¹¹⁾ 켈젠은 법규범을 근거지우는 당위를 '가치'로 파악하는 것에 반대하는데, 이는 법률학 이론이 저자들의 의식적이거나 무의식적인 정치적 경향들을 통해 크게 흐려지기 때문이었다.¹²⁾ '가치' 대신에 켈젠이 법규범을 근거짓는 당위로 구상한 것이 '근본규범'이다. 당위는 당위로부터만, 규범은 규범으로부터만 도출된다는 주장에 기초해, 켈젠은 사실에서 규범이 도출된다는 주장들, 엘리네크의 '사실의 규범력'이나 권위적 제정이라는 사실로부터 법규범의 효력을 이끌어내는 법실증주의의 주장을 물리친다.¹³⁾ 켈젠은 이들 주장들이 모두 이른바 '자연주의적 오류'를 범하고 있다고 비판한다.¹⁴⁾

9) 무어(George Edward Moore, 1873-1958) 또한 그의 책 'Principia Ethica'에서 '선'이란 본질상 정의할 수 없는 것이고, 선을 다른 방식으로 표현하려는 사람들이 범하는 오류를 '자연주의적 오류(natural fallacy)'라고 명하였다. 이는 18세기 철학자 데이비드 흄이 지적한 오류, '존재'에서 '당위'를, 사실에서 가치를 도출해내는 오류와 비슷하다. David Edmonds/John Eidinow(김태환 역), 「비트겐슈타인과 포퍼의 기막힌 10분」, 옥당, 2012, 92면.

10) '존재와 당위의 분리'를 주장한 또 다른 중요한 사상가로는 베버(Max Weber, 1864-1920)가 있다. 베버는 '가치와 연관된 규범적 논의'와 '가치와 무관한 경험적 연구'의 분리에 심혈을 기울였다. 그는 사실과 평가의 결합에서 오는 가치판단은 논리적으로 이질적인 두 개의 범주와 영역을 혼동하는 것이고, 이는 악마와도 같은 일이라고 보았다. 김덕영, 「막스 베버, 이 사람을 보라」, 인물과 사상사, 2008, 154면. 베버는 1909년 1월 3일에 창립된 독일 사회학회를 통해 가치판단을 중지하고 가치중립적인 태도로 사회과학을 연구하고자 하였다. "독일 사회학회는 공식적으로 1909년 1월 3일 창립되었다. 그런데 이 학회는 사회정책학회의 연장으로 볼 수 있다. 왜냐하면 독일 사회학회의 창립 멤버의 대다수가 사회정책학회의 젊은 세대 학자들이었기 때문이다. 다만 추구한 목표가 서로 달랐을 뿐이다. 사회정책학회가 가치판단을 추구한 반면 사회학회는 가치중립을 추구했기 때문이다(221면)." 하지만 이내 사회과학의 가치중립성이 훼손되는 모습에 실망하게 된다(225-226면).

11) Hans Kelsen(심헌섭 역), 「켈젠의 자기증언」, 법문사, 2009, 32-33면.

12) Hans Kelsen(심헌섭 역), 「켈젠의 자기증언」, 법문사, 2009, 83-84면.

13) 박은정, 한인섭 엮음, 「5.18, 법적 책임과 역사적 책임」, 이화여자대학교 출판부, 1995, 46면.

라드브루흐(Gustav Radbruch, 1878-1949)도 신칸트학파의 영향 하에 존재와 당위의 분리를 주장하고,¹⁵⁾ 존재에서 당위를, 사실에서 규범을 이끌어내는 것에 반대한다. 라드브루흐는 법규범을 근거지우는 당위를 ‘가치’로 파악하는 것에 반대하는 켈젠과는 달리, 법규범을 근거지우는 당위를 ‘가치’로 파악하였다. 라드브루흐에게 ‘방법이원론(존재와 당위의 구분)’은 ‘가치상대주의’로 자연스럽게 연결된다.¹⁶⁾ 라드브루흐 또한 켈젠과 마찬가지로 엘리네크의 ‘사실적인 것의 규범력’에 대해 반대했다. 라드브루흐는 엘리네크의 ‘사실적인 것의 규범력’에 대해서는 다음과 같이 말했다. “사실적인 것의 규범력’은 하나의 패러독스이다. 존재에서는 당위가 결코 발생될 수 없다. 어떤 일정한 시대의 견해와 같은 하나의 사실은 어떤 규범이 이것에 규범성을 부여했을 때에만 규범적으로 될 수 있다.”¹⁷⁾

(앞서 살펴본 바대로) 가치상대주의와 ‘존재와 당위의 二元論’을 핵심내용으로 하는 신칸트주의의 영향을 받은 켈젠과 라드브루흐는 존재에서는 당위가 발생될 수 없다고 주장하였다. 하지만 이는 라드브루흐의 주장처럼, 가치평가는 존재사실에서 유래하는(verursachen) 것이 아니라 사실은 주장하는 것이 아니라 오히려 가치평가는 존재사실 위에 정초하는(begründen) 것이 아니라 그것을 주장하는 것이다.¹⁸⁾ 켈젠 또한 ‘존재·당위 이원론’이 존재와 당위가 서로 무관하게 병렬적인 관계에 있음을 의미하는 것은 아니며, 존재는 당위와 일치할 수 있다는 점, 즉 어떤 것은 그것이 존재해야 하는 방식대로 존재할 수 있다고 주장하였다.¹⁹⁾

존재와 당위가 일치할 수 있는 가능성을 보여주는 예는 ‘관습법’의 예이다. ‘관습법’은 ‘사실적인 것의 규범력(normative Kraft des Faktischen)’을 잘 보여주는 예로 엘리네크(Georg Jellinek, 1851-1911)가 드는 예이기도 하다.²⁰⁾

14) 박은정, 한인섭 역음, 「5.18, 법적 책임과 역사적 책임」, 이화여자대학교 출판부, 1995, 46면.

15) Gustav Radbruch(최종고 역), 「법철학」, 삼영사, 2007, 37면.

16) Gustav Radbruch(최종고 역), 「법철학」, 삼영사, 2007, 39-40면.

17) Gustav Radbruch(최종고 역), 「법의 지혜」, 교육과학사, 1993, 43면.

18) Gustav Radbruch(최종고 역), 「법철학」, 삼영사, 2007, 39면.

19) Hans Kelsen(변종필, 최희수 역), 「순수법학」, 지산, 1999, 30-31면.

20) ‘사실적인 것의 규범력(normative Kraft des Faktischen)’을 주장하는 엘리네크(Georg

“사실적인 것의 규범적인 것에 대한 관계가 가장 날카롭게 나타나는 것은 법의 발생의 경우이다. 어떤 민족의 모든 법은 본래적으로는 사실적 관행 이외의 아무것도 아니다. 지속된 관행은 이러한 관행의 규범적합성의 관념을 창출하며, 또한 그것에 의해서 규범 그 자체가 공동체의 권위적 명령으로서, 즉 법규범으로서 보여지게 된다. 이로써 관습법의 문제 역시 그 해결을 보게 된다.”²¹⁾

‘사실의 규범력’의 또 다른 예로 엘리네크는 ‘교회와 국가의 권위들이 발하는 명령’을 들고 있다. “교회와 국가의 권위들이 발하는 명령은 먼저 최초는 - 그것이 두려움에서든 그 이외의 동기에서든 - 준수되고, 그리하여 그것으로부터 몇 번이나 반복된 명령 그 자체가 그 명령의 연원과는 떨어지게 되고, 그 내적인 의무화하는 힘에 의해서 하나의 여하튼 준수되어야 할, 그러므로 관습적인 규범이 된다는 생각이 발달해 온다.”²²⁾

(앞에서 살핀 바와 같이) 켈젠과 라드브루흐는 엘리네크의 ‘사실의 규범력’ 이른을 ‘존재와 당위의 분리(사실과 규범의 분리)’를 주장하면서 물리친다. 하지만 ‘존재와 당위의 분리’는 당위규범이 존재사실 위에 정초하는 것이 아님을 주장하는 것일 뿐, 당위규범이 존재사실에서 유래하는 것이 아님을 뜻하는 것은 아니다. (私見에 따르면) 엘리네크가 주장하는 ‘사실의 규범력’의 2가지 예(‘교회와 국가의 권위들이 발하는 명령’과 ‘관습법’) 중에서 ‘관습법’의 경우는 존재와 당위의 일치를 확인할 수 있다. ‘존재와 당위의 분리(사실과 규범의 분리)’를 주장하는 켈젠과 라드브루흐와 ‘사실의 규범력’을 주장하는 엘리네크가 ‘관습법’에서 조우할 가능성이 있는 것이다. ‘관습법’ 규범은 ‘관행’이라고 하는 존재사실에 기초해서 근거지울 수 있는 것은 아니지만, ‘관행’으로부터 유래하는 것이다.²³⁾

Jellinek)는 “처음에 순수한 사실력이 사람들의 머리 속에서 승인될 때, 다시 말해서 사실적인 것이 규범적이라는, 즉 ‘있는’ 그대로 ‘있어야’ 한다는 확신이 덧붙여질 때 법이 된다고 말했다.” Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl., 1959), 338면, 342면. [심헌섭, 법철학I [법문사, 1998(1982)], 92면에서 재인용함]

21) Georg Jellinek(김효전 역), 「일반 국가학」, 법문사, 2005, 278면.

22) Georg Jellinek(김효전 역), 「일반 국가학」, 법문사, 2005, 278면.

23) 다음과 같은 주장도 있다. “흄(Hume) 이래 많은 학자들은 사실로부터 정당함을 논리적으로 연역할 수 없으며, 있는 상태(존재)로부터 있어야 할 상태(당위)를 연역할 수 없다고 지적하여 왔다. 그러나 행동이 관습과 부합하는 경우 또는 상황이 전통적인 것인 경우에는 어찌

2. 존재당위로서 관습헌법 vs ‘존재-당위 오류’의 예로서 관습헌법

오늘날까지도 존재와 당위는 함께 한다는 주장과 서로 분리된다는 주장이 팽팽하게 대립한다. ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정’(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556)에서 우리는 그 대립의 일면을 엿볼 수 있다. 이 결정에서는 존재당위(Seinsollen)의 영역에서 ‘자연’이 문제되는 것이 아니라 ‘관습’이 문제된다. 관습은 규범적 사실인가? 더 나아가 어떤 관습은 헌법 규범과 같은 효력을 가지는 헌법규범적 사실인가?

다수의견은 ‘관습헌법’은 존재와 당위가 어느 순간 함께 한다는 점을 근거로 들어(‘서울이 수도인 사실’은 헌법적 효력을 가지는 불문의 헌법규범으로 승화된 것이라고 표현한다), 서울이 대한민국의 수도라는 점은 “헌법적 관습(헌법규범적 사실)”임을 주장한다.

“관습헌법의 제 요건을 갖추고 있는 ‘서울이 수도인 사실’은 단순한 사실명제가 아니고 헌법적 효력을 가지는 불문의 헌법규범으로 승화된 것이며, 사실명제로부터 당위명제를 도출해 낸 것이 아니라 그 규범력에 대한 다툼이 없이 이어져 오면서 그 규범성이 사실명제 뒤에 잠재되어 있을 뿐이다.”

반면에 전효숙 재판관의 소수의견은 존재와 당위가 분리된다는 점에 기초해, 서울이 대한민국의 수도라는 점은 “관행적 사실”일 뿐이며, 이로부터 관습헌법을 도출해내는 것은 ‘존재-당위 오류’ (자연주의적 오류, ‘사실-규범 오류’)에 해당한다고 보았다(법논리상의 비약이라고 표현한다).

“서울이 수도’라는 관행적 “사실”에서 관습헌법이라는 ‘당위규범’이 인정될 수 없다. 다수의견은 “서울이 수도이다”라는 사실명제로부터 “서울이 수도여야 한다”는

한 논리적 연역도 행하여지지 않는다. 있어야 할 것이 있는 것과 다르다고 주장할 때만 증명은 필요하다. 따라서 입증 책임은 관습적 행동이 부정의롭다고 주장하는 사람에게 주어지고, 관습과 부합하게 행동하는 사람에게 주어지는 것은 아니다. 있는 것은 있어야 할 것이라고 추정된다. 그 추정을 깨뜨릴 때만 증명은 주어져야 한다.” Chaim Perelman(심헌섭, 강경선, 장영민 역), 『법과 정의의 철학』, 종로서적, 1986, 79면.

헌법적 당위명제를 도출하는 데 있어서 법논리상의 비약을 피하지 못하고 있다.”

다수의견은 서울이 우리나라의 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년 간 우리나라의 국가생활에 관한 당연한 “규범적 사실”이라고 주장하며, 더 나아가 “헌법적 관습(헌법규범적 사실)”이라고 주장한다(그 가운데 ‘헌법적 관습’을 통한 존재와 당위의 일치 가능성을 주장한다). 다수의견은 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건(관행 내지 관례의 존재, 반복·계속성, 항상성, 명료성, 국민적 합의)을 모두 갖추고 있고, 대통령과 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성을 표현하는 ‘실질적 헌법사항’이라는 점을 그 근거로 한다(실질적 헌법사항 + 관행 + 승인).

반면에 전효숙 재판관의 반대의견은 서울이 수도라는 사실은 “헌법규범적 사실”이 아니라, “관행적 사실”에 지나지 않는다고 주장한다(따라서 서울이 수도라는 관행적 ‘사실’에서 관습헌법이라는 ‘당위규범’이 인정될 수 없다). 서울이 수도라는 것이 관행이지만, 우리 국민이 그것을 강제력 있는 법규범으로 확신하고 있었다고 인정하기 어렵다는 점(관습법의 5가지 요소 중 마지막 요소인 ‘국민적 합의’를 부정한다)과 수도의 소재지는 국가권력의 통제와 합리화를 통하여 국민의 자유와 권리를 최대한 실현하려는 목적을 위한 도구에 불과하다는 점(헌법사항임을 부정한다)을 그 근거로 든다.

다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견을 도표로 정리하면 다음과 같다.

표1: 다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견 비교

	다수의견	전효숙 재판관의 소수의견
관습헌법의 존재	① 관행, 계속성, 항상성, 명료성, 국민적 합의 ② 실질적 헌법사항 → 관습헌법의 존재 ○ 헌법적 관습(규범적 사실) 존재하는 당위(존재당위) (seiendes Sollen, Seinsollen)	① 법적 확신 × ② 실질적 헌법사항 × → 관습헌법의 존재 × 관행적 사실 존재-당위 오류 (Sein-Sollen Fehlschluss)

<p>관습헌법의 효력</p>	<p>성문헌법과 동등한 효력 ○ (헌법 제128조 내지 제130조는 헌법개정절차의 대상을 단지 '헌법'이라고만 규정하고 있고, 성문헌법'이라고 규정되어 있지 않음) → 헌법개정절차를 통해 개정해야 함 → 이 사건 법률은 헌법 제130조 제2항에 규정된 국민투표권을 침해하였음</p>	<p>(실사 성문헌법이 존재한다고 하더라도) 성문헌법과 동등한 효력 × (성문헌법 체제에서 관습헌법은 성문헌법에 대한 보완적 효력만을 가짐) → 관습헌법의 변경은 헌법의 개정에 속하지 않으며, 법률의 입법으로 다루어질 수 있음 → 이 사건 법률은 헌법 제130조 제2항에 규정된 국민투표권을 침해하지 않았음</p>
-----------------	---	---

III. 다수의견에 대한 비판적 고찰

다수의견은 서울이 대한민국의 수도라는 점이 관습법의 요건을 갖출 뿐만 아니라, 관습헌법의 요건을 갖춘다고 보았다.²⁴⁾ 이하에서는 관습법의 성립요소인 '관행'과 '승인'이 서울이 수도라는 관습헌법에도 해당되는지 여부를 살펴 보겠다. 서울이 수도라는 '관행'이 존재하는지 여부와 서울이 수도라는 점에 대한 '법적 확신'이 존재하는지, 더 나아가 서울이 수도라는 점이 관습헌법이라고 인정할 만한 강력한 '법적 확신'이 존재하는지 여부가 문제된다. 관습헌법의 존재를 증명하기 위해서는 관행과 승인의 존재를 증명할 수 있어야 하는데, 이는 객관적으로 명확하게 인식하기 어려운 난점이 있다. (필자가 보기에) 다수의견은 '관행과 승인'을 "핵심적 헌법사항에 대한 국민의 결단"이라는 모습으로 바꾸어 설명한다.

24) 헌법재판소 다수의견이 '헌법관습'과 '관습헌법'을 구별하지 않았다는 지적으로는 전학선, "헌법관습에 대한 일고찰", 『토지공법연구』 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 556-557면; 김기창, "성문헌법과 '관습헌법'", 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 72면.

1. (관습헌법을 인정할 만한) 승인?

관습법이 존재하기 위해서는 두 가지 요소가 필요하다. '관행'과 '승인'이다.²⁵⁾ 관행 그 자체로는 법적 효력을 발휘할 수 없다. 관행에 '승인'이 더해질 때 사실인 관행은 규범인 '관습법'이 될 수 있다. 이 때 승인은 '법적 확신'을 뜻한다.²⁶⁾ 한 사회의 구성원들이 관행의 법적 구속력을 인정할 때, '사실'인 관행은 '법규범'이 될 수 있다(승인설). 법적인 확신에 이르지 않으면 사회의 관행에 의하여 발생한 '사회생활규범'은 될 수 있지만 '관습법'은 될 수 없다. 이는 (잘 알려져 있듯이) 관습법과 사실인 관습의 차이에서 알 수 있다. 관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인 강행되기에 이른 것을 말한다. 반면에 사실인 관습은 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인될 정도에 이르지 않은 것이다.²⁷⁾ 관습법은 항상 반복된 사실적인 것을 규범적인

25) 관습법의 성립 요소인 '관행'과 '승인' 이외에도 '헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있을 것'이라는 요소를 필요로 하는지에 대해서는 대법원 판결 내에서도 견해 대립이 있다. 대법원 2003.07.24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(상속회복청구권) 다수의견과 소수의견이 이를 놓고 대립하였다. 대법원 2005.07.21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결[중회회원확인]은 '헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있을 것'이라는 요소를 필요로 한다고 보았다.

26) 이 논문에서 필자는 '승인'과 '법적 확신'을 동일한 것으로 보았다. 반면에 '법적 확신'을 확인하기가 매우 어렵기 때문에 관습법을 관행이라는 요소로만 살피자는 견해(관행설)와, 법적 확신을 법원의 판결과 같은 객관적 요건에 의해 확정하자는 견해(승인설)로 나누어 고찰하기도 한다. 이러한 승인설에 따르면, 승인의 주체는 국민이 아니라, 법원과 같은 국가기관이 되며, 법원의 판결에 의해 비로소 관습법이 승인된다. 대법원 2003.07.24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(상속회복청구권)에서 조무제 대법관의 '반대의견에 대한 보충의견'이 이에 해당하는 것으로 보인다. 조무제 대법관은 관습법이 법원으로서 성립, 존속하기 위해서는 사실인 관습의 생성, 존속이라는 요건 외에 법적 확신의 구체적 표현 방법으로서 법원의 판결이 필수적인 요건이 된다고 보고, 판결의 선고 존속이 관습법의 성립 존속과 직결된다고 본다. 이러한 승인설에 따르면, '법적 확신'과 '승인'은 의미가 다르다. 이에 대한 상세한 설명은 오세혁, "관습법의 현대적 의미", 「법철학연구」 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 154면 이하; 오세혁 교수는 법원의 판결에 의해 관습법을 승인하는 승인설이 관습법의 성립과 그 성립여부에 대한 판단 내지 확인을 혼동한 데에서 오는 그릇된 비판이며(158면), 소급효의 문제와 관련하여 그 자체 모순을 내재하고 있다고 본다(159면).

27) 대법원 1983.06.14. 선고 80다3231 판결, 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 대법원 2005.07.21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결[중회회원확인] 참조.

것으로 보는 일반적인 심리적 특성에서 발생한다.²⁸⁾

‘서울이 수도라는 관습헌법’이 존재하기 위해서는 국민들의 강력한 ‘법적 확신’이 필요한데, ‘관습헌법’이라고 확신할 만한 ‘법적 확신’이 있는지 의문스럽다. ‘법적 확신’에 대한 상세한 설명은 다수의견에서 찾아보기 어렵다.²⁹⁾ 관습헌법에 대한 승인은 관습법에서 요구하는 승인의 정도보다 더 강해야 하는데, 다수의견은 (전효숙 재판관의 소수의견이 주장하는 것처럼) 서울이 수도라는 점이 ‘헌법적으로 중요한 사항’이라는 점을 강조함으로써 이러한 요구에서 빠져 나간다.

(전효숙 재판관의 견해와 같이) 성문헌법은 국민주권의 명시적 의사가 특정한 헌법개정절차를 거쳐 제정되는 반면에, 관습헌법은 그러한 명시적 의사도, 특정한 절차도 거치지 않고 객관적으로 명확하게 인식되기 어려운 관행의 존재와 국민의 법적 확신이라는 요소로 인정된다는 특징이 있다.³⁰⁾ 관습이 사회의 법적 확신에 의하여 법적 규범으로 승인된 것이나 또는 그에 이르지 않은 것이나, 나아가 헌법 규범으로 승인된 것이나를 가리키는 매우 어려운 문제로서, 다수의견은 “이러한 문제를 우회하여” ‘관행에 대한 국민의 승인’을 ‘핵심적 헌법사항에 대한 국민의 결단’ 문제로 해결하는 방식을 취한다.

(1) 승인?

전효숙 재판관의 소수의견은 다수의견이 말하는 법적 확신(“모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하고 있는 것”)을 인정하려면, 법적 확신의 대상에는 성문헌법과 동등한 효력을 지니는, 즉 헌법개정절차에 의해서만 개정되어야 할 정도의 효력을 가져야 한다는 내용이 포함되어야 한다고 주장한다.³¹⁾

28) Georg Jellink(김효전 역), 『일반 국가학』, 법문사, 2005, 278면.

29) 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토”, 『공법연구』 제33집 제2호, 한국공법학회, 2005, 129-130면.

30) ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)’, 54면.

31) ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결

다수의견은 실질적 헌법사항(핵심적 헌법사항)에 대한 국민의 결단이라는 형태로 ‘승인’을 설명하고 있다. 다수의견은 수도의 문제는 국가의 정체성과 기본적 조직 구성에 관한 중요하고 기본적인 헌법사항으로서 국민이 스스로 결단하여야 할 사항이므로 대통령이나 정부 혹은 그 하위기관의 결정에 맡길 수 있는 사항이 아니라고 주장한다.³²⁾

다수의견의 이러한 주장은 ‘관습헌법’을 주장하는 것보다는, ‘핵심적 헌법사항’에 대한 국민의 결단을 표현하는 것처럼 들린다. 관습헌법에 필요한 국민의 ‘승인’이 어느 순간 국민의 ‘결단’으로 바뀌었다.³³⁾ 다수의견의 주장은 다음과 같다. “헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’고 규정한다. 이와 같이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있는 것이다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 이와 같이 관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면인 것이다.”³⁴⁾

다수의견은 “관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면이다”라고 주장하고 있지만, 전효숙 재판관의 소수의견은 그러한 국민주권의 행사가 과연 어느 범위의 국민의 의사인지, 그 의사를 수렴하는 절차가 헌법제·개정절차에 비금가는 것인지가 불명확하다는 점을 지적하였다.³⁵⁾ 또한

정), 53면; 이때 전효숙 재판관은 이 사건 법률의 입법과정에서 여야 국회의원들이 압도적 지지를 하였다는 점에 주목하였다.

32) ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)’, 34면.

33) 관습헌법의 성립과 관련하여 다수의견이 취한 결단주의적 이해, 주의주의적 헌법관에 대한 비판은 양선숙, “수도-서울 명제의 ‘관습헌법’ 성립에 대한 비판적 검토”, 「법철학연구」 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 246면 이하.

34) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 33면.

35) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 55면.

헌법에 제도화되지 않은 방식으로 국민주권의 행사를 인정할 경우, 절차적 정당성과 민주적 정당성을 담보할 수 없으며, 오히려 국민의 법적 생활 및 국가의 헌법질서에 혼란을 가져오게 되는 위험성이 있음을 지적하였다.³⁶⁾

국민주권이 어떻게 행사되었는지는 서울이 수도이어야 한다는 ‘법적 승인(법적 확산)’의 여부에 달려 있다. 다수의견은 ‘법적 승인(법적 확산)’을 제대로 드러내지 않고 ‘실질적 헌법사항에 대한 국민주권의 행사’로 문제 초점을 바꾸어 버린다. 하지만 성문헌법의 경우 헌법이 정하는 절차에 따라 국민투표권을 행사한 국민의 의사는 국민주권의 행사로 드러나지만, 관습헌법에 있어 ‘법적 승인’이 제대로 드러나지 않는다면 이를 국민주권의 행사라고 단정하기 어렵다.³⁷⁾ 이는 (다음에 설명되는) ‘실질적 헌법사항’을 정하는 문제에서도 드러난다.

헌법이 정하는 절차를 거치지 않으면 국민의 의사를 확인하기가 사실상 어렵다. 이는 다수의견이 서울이 수도라는 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실한 경우에 관습헌법이 자연히 사멸한다고 보았지만, 관습헌법의 사멸을 확인하기 위해 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지가 있다고 지적하는 점에서도 드러난다.³⁸⁾

(2) 실질적 헌법사항?

다수의견은 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항(실질적 헌법사항)이 되어야 한다고 주장한다. 다

36) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 56면. 비슷한 논거로 김기창, “성문헌법과 ‘관습헌법’”, 「공법연구」 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 111면.

37) 헌법이 정하는 절차에 의해 확정된 국민의 동의만이 최고법규를 성립시킨다는 논지에서(헌법이 정하는 절차를 거치지 않으면 국민의 동의를 확인하기 어렵다는 점을 근거로 든다), 국민의 동의에 의한 헌법적 관습법의 성립을 제헌권의 발동으로 보는 것에 반대하는 견해도 있다. 서보건, “헌법관습과 국민적 합의에 관한 연구 - 일본을 중심으로”, 「공법연구」 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004, 485-486면.

38) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 39면; 김기창, “성문헌법과 ‘관습헌법’”, 「공법연구」 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 107-108면.

수의견에 따르면, 헌법기관의 소재지, 특히 국가를 대표하는 대통령과 민주주의적 통치원리에 핵심적 역할을 하는 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다.³⁹⁾

하지만 대통령과 의회의 소재지가 '실질적 헌법사항'에 해당하는지는 의문이다. 전효숙 재판관의 소수의견은 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하는데, 수도의 소재지는 그러한 헌법의 목적 실현을 위한 '도구'에 불과하며 그러한 목적 실현에 직접 영향을 주는 사항이라 보기 어렵다고 보았다.⁴⁰⁾

다수의견은 헌법에 규정되어 있지 않은 국가의 정체성에 관한 실질적 헌법사항으로 '수도 서울' 외에도 우리말을 국어로 하고, 우리글을 한글로 하는 것을 들고 있다.⁴¹⁾ 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 헌법소원이 제기됐을 때 헌법재판소 선임연구관이었던 김승대 당시 연구부장은 관습헌법의 유형을 제정헌법 이전에 형성됐으나 헌법 제정 때 반영되지 못한 '선행적 관습헌법'과 제정헌법 이후 형성됐으나 헌법 개정 과정에서 반영되지 못한 '후행적 관습헌법'으로 나누고, 선행적 관습헌법의 사례로 '수도=서울', '태극기=국기', '애국가=국가', '한국어=국어'를 들었다.⁴²⁾

대통령과 의회의 소재지인 수도를 정하는 문제와 우리말을 국어로 하고, 우리글을 한글로 하는 것과는 차이가 있다. 생각건대 우리말을 국어로 하고, 우리글을 한글로 하는 것은 (관습헌법이 아닌) 불문헌법의 성격을 띠고 있다. 하지만 대통령과 의회의 소재지를 서울이 아닌 다른 곳에 둔다고 해서 국가의 정체성이 훼손되는 것은 아니다.⁴³⁾ 이는 우리말을 국어가 아닌 다른 말로 하

39) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 33-34면.

40) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 53면.

41) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 55면; 반면에 전효숙 재판관의 소수의견은 '대한민국 국기에 관한 규정', '한글전용에 관한 법률'이라는 법률에 의해 규정되어 있음을 언급하며 '실질적 헌법사항'이 아니라고 본다.

42) 김승대, "관습헌법의 법규범성에 대한 고찰", 「헌법논총」 제15집, 헌법재판소, 2004, 133면 이하.

43) 방승주, "서울이 수도라는 사실이 과연 관습헌법인가?", 「공법학연구」 제6권 제1호, 비교공

거나, 우리글이 한글이 아닌 다른 것으로 하는 것이 대한민국의 정체성을 훼손하는 것과 비교된다.

다수의견은 '일반적인 헌법사항'과 '기본적이고 핵심적인 헌법사항'을 구분하여 후자에게만 관습헌법이 될 자격을 부여하였다. 다수의견에 따르면, 관습헌법은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다. 또한 일반적인 헌법사항인지 아니면 '기본적이고 핵심적인 헌법사항'인지는 여부에 대한 결정은 일반추상적인 기준이 아니라, 개별적 문제사항에서 헌법적 원칙성과 중요성 및 헌법원리를 통하여 평가하는 구체적 판단에 의해 확정하도록 하였다.⁴⁴⁾

다수의견에 따르면, '실질적 헌법사항'은 "반드시" 헌법에 의하여 규율되어야 할 사항임에 반해, '실질적 헌법사항'에 해당되는지 여부는 일반·추상적인 기준이 아니라, 개별적이고 구체적인 판단에 의해 확정하도록 하였다. "반드시" 헌법에 의해 규율되어야 할 사항을 개별적·구체적 판단에 맡기는 것이 타당할까? 여기에는 '반드시' 헌법에 의해 규율되어야 할 사항임에도 개별적·구체적 판단에서 도외시될 가능성은 없는지, 또는 '반드시' 헌법에 의해 규율되어야 할 사항이 아님에도 개별적·구체적 판단에서 '반드시' 헌법에 의해 규율되어야 할 사항으로 둔갑할 가능성은 없는지 의문이다. 사안 사안에 따라 '실질적 헌법사항'이라는 잣대를 들이대어 '실질적 헌법사항' 해당 여부로 법정정책 판단을 할 수 있는 여지가 열릴 수 있다.⁴⁵⁾

법학회, 2005, 161면.

44) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 33-34면: '일반적인 헌법사항'과 '기본적이고 핵심적인 헌법사항'의 구분이 일반추상적인 기준에 의해 결정되는 것이 아니고, 개별적 문제사항에서 결정되는 것이라면, 관습헌법의 인정여부에 지나친 재량을 부여하는 것이라는 비판이 있다. 김배원, "국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰", 「공법학연구」 제5권 제3호, 비교공법학회, 2004, 177면.

45) "헌법재판소는 '반드시'의 개념을 엄밀히 논리필연성이라는 의미로 한정해서 사용하지 않고, 오히려 공리적 필요성 내지 입법 정책적 필요성이라는 이유로 또는 이러한 의미까지 포함해서 사용하고 있다는 인상을 지울 수 없다. ... 이상에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 '반드시'라는 용어를 사용하면서도 이것의 엄밀한 정의를 내리는 데는 결국 실패하였다고 본다. 그럼으로써 결과적으로 임의적 헌법사항임에도 불구하고 '반드시' 헌법으로 규율해야 할 핵심적 헌법사항'이 되어 버릴 가능성을 차단하지 못했다. 이점은 특히 수도=서울 규정

반면에 전효숙 재판관의 소수의견은 (보기에 정반대의) 비판을 행하고 있다. 전효숙 재판관의 소수의견에 따르면, '기본적이고 핵심적인 헌법사항'이라는 개념 한정은 "성문헌법을 보충하기 위해 필요한 관습헌법"을 지나치게 협소하게 만들고, 오히려 앞으로 관습헌법을 인정하기 어렵게 할 수 있다.⁴⁶⁾

2. 관행?

다수의견은 서울이 우리나라의 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년 간 우리나라의 국가생활에 관한 당연한 규범적 사실이 되어 왔으므로 우리나라의 국가생활에 있어서 전통적으로 형성되어있는 계속적 관행이라고 평가할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랜 기간 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없다고 주장하였다(항상성).⁴⁷⁾ 전효숙 재판관의 소수의견 또한 서울이 수도인 점을 '관행적 사실'이라 표현하여, 서울이 수도인 점이 '관행'이라는 점에 대해서는 의문을 제기하지 않았다.

하지만 서울이 대한민국의 수도라는 점이 조선시대 이래 600여 년 간 지속되었다고 하더라도 '관행'으로 평가하기는 어렵다. '관행'의 사전적 의미는 "오래전부터 해 오는 대로 함. 또는 관례에 따라서 함"으로,⁴⁸⁾ 관행은 어떠한 '행위'가 반복될 것을 요한다. 서울이 수도라는 점은 '사실'일 뿐, 어떠한 행위도 포함되어 있지 않아 관행이 될 수 없다.⁴⁹⁾

을 핵심적 헌법사항이라고 판단함을 통해서 현실로 나타나고 말았다." 김명재, "관습헌법의 성립가능성과 한계", 「토지공법연구」 제30집, 토지공법학회, 2006, 11-12면.

46) '신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)', 55면.

47) '신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)', 34면.

48) 두산백과(네이버 지식백과 참조)에 나오는 개념 정의는 다음과 같다. "일정한 지역이나 집단에 있어서의 항상적인 생활과정 속에서, 일정한 생활목적을 위하여 특정한 기회에 행하는 것을 말한다. 즉, 개인이나 가정에서의 성인 관행·혼인 관행·장송 관행 등 사람의 통과의례에 속하는 것, 또는 설·추석·단오·동지의 관행 등 연중행사나 제례에 속하는 것과, 지역집단에서의 입회 관행 등 생산활동상 중요한 기회에 행하는 작업과, 사회적 단체·조직 등에서의 거래관행·노사관행 등 그 조직의 존립에 특징적인 사업활동 등이 이에 포함된다."

49) 방승주, "서울이 수도라는 사실이 과연 관습헌법인가?", 「공법학연구」 제6권 제1호, 비교공

관행은 관행을 준수해야 할 의무감을 발생시키고, 이를 어기면 비난을 받을 것을 예상해야 하는데, 수도-서울 명제에는 이러한 것을 찾아볼 수 없다.⁵⁰⁾

3. 관습헌법의 효력

관습헌법이 성문헌법과 동등한 효력을 갖는지 여부도 논란의 대상이다. 다수의견은 서울이 수도라는 관습헌법이 성문헌법과 동등한 효력을 가지며, 관습헌법의 폐지는 헌법이 규율하고 있는 헌법개정절차에 따라 국민투표를 거쳐야 한다고 주장한다. 헌법개정절차는 ‘헌법’이라고 되어 있지, ‘성문헌법’이라고 규정되어 있지 않다. 이에 따라 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣어 관습헌법을 폐지하거나, 아니면 관습헌법에 대한 국민적 합의가 상실되어 자연히 사멸하는 경우 외에 특별법을 통해서 관습헌법을 바꿀 수 없게 된다.⁵¹⁾

반면에 전효숙 재판관의 소수의견은 (서울이 수도라는 관습헌법의 존재를 부정하지만) 서울이 수도라는 관습헌법이 존재하더라도, 관습헌법은 성문헌법과 동등한 효력을 인정하지 않는다. 성문헌법 체제에서 관습헌법은 성문헌법에 대한 보완적 효력을 가질 뿐이며, 관습헌법의 변경은 법률의 제정, 개정을 통해서도 가능하다. 헌법이 규율하고 있는 헌법개정절차는 ‘형식적 의미의’ 헌법인 성문헌법에만 해당된다.⁵²⁾

법학회, 2005, 164-165면; “이런저런 이유를 들어 일정 사태가 발생했고 그것이 일정 기간 동안 지속되어왔다고 해도 성립된 것은 사태일 뿐 관행은 아니다. 순전히 이전부터 지속적으로 그렇게 되어 왔다는 사실만을 존재이유로 갖는 명제는 관행이 될 수 없다(양선숙, “수도-서울 명제의 ‘관습헌법’ 성립에 대한 비판적 검토”, 『법철학연구』 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 242면).”

50) “일정 관행이 규범성을 발휘한다는 것은 관행의 존재 이유가 행위자에게 내재화되어 행위자가 관행 위반으로 인해 일정한 책무감을 느낀다는 것, 즉 타인의 비난이나 내면의 비난을 의식하는 것을 말한다. ... 하지만 우리는 어떻게 해야 수도-서울 명제에 반하는 행동을 하게 되어 일정한 규칙 준수 위반의 책무감을 느끼게 되는지에 대해 답할 수 없다.” 양선숙, “수도-서울 명제의 ‘관습헌법’ 성립에 대한 비판적 검토”, 『법철학연구』 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 242면.

51) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 39면.

52) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정), 54, 55면.

이처럼 ‘관습헌법의 효력’은 ‘관습헌법의 폐지’ 문제와 연결되어 있다. 관습헌법이 성문헌법과 동등한 효력을 가진다면 특별법에 의해 폐지할 수 없고, 성문헌법에 보완적 효력을 가진다면 특별법에 의해 폐지할 수 있다. 다수의견에 따르면, 관습헌법은 헌법개정절차를 거쳐야 하며, 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣어 서울이 수도라는 관습헌법을 폐지하게 된다. 이 경우 관습헌법은 사라지고 성문헌법이 된다.

필자는 성문헌법 체계인 우리나라에서 불문헌법인 관습헌법은 성문헌법에 보완적 효력을 가지고 있다고 본다.⁵³⁾ 민법과 상법은 관습법에 보완적 효력을 규정하고 있다. 민법 제1조(法源)는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”고 규정하고, 상법 제1조(상사적용범규)는 “상사에 관하여 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 의한다”고 규정하고 있다. 민법의 경우에 ‘관습법의 효력’에 대해서는 (민법 제1조의 법문언에 기초하여) 성문법 규범이 없는 경우에 한하여 보충적 효력을 인정하는 보충적 효력설과, (민법 제1조의 법문언에 반하여) 성문법과 대등한 효력을 인정하는 대등적 효력설이 대립하고 있다.⁵⁴⁾

민법의 경우 민법 제1조가 관습법의 보충적 효력을 규정하고 있지만, 판례에 의하여 효력이 부여된 분묘기지권이나 명인방법 등 법사회학적 현실에 기초해 (민법 제1조의 법문언에 반하더라도) 관습법에 성문법과 대등한 효력을 인정할 필요도 있다. 하지만 헌법의 경우는 민사법과 다르다고 생각된다. 민사관습법의 경우에도 관행과 승인을 확인하기 어렵다는 문제가 늘 제기된다. 관습헌법의 존재를 인정하는 문제가 ‘관행과 승인의 확인 문제’로 확실하지 않은 반면에, 그 효력은 성문헌법과 동등한 최고의 효력을 인정해야 한다면, 양자

53) 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 309면.

54) 판례는 보충적 효력설을 따르고 있다(대법원 1983.6.14 80다3231 판결). 지원림 교수는 법문에 비추어 제1조는 관습법에 보충적 효력만을 인정하는 것으로 이해되어야 할 것이고, 다만 관습법에 성문법과 대등한 효력을 부여하는 세계적 입법추세 및 법사회학적 현실(판례에 의하여 효력이 부여된 분묘기지권이나 명인방법 등) 등을 고려한다면, 제1조는 입법론적으로 재검토되어야 한다는 주장을 펼친다. 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2009, 13면.

간에 불균형이 발생하는 것은 아닐지 모르겠다.

서울이 우리나라의 수도인 것이 관습법이라면 특별법을 통해 바꿀 수 있지만, “성문헌법과 동등한 효력을 갖는” 관습헌법이라면 특별법을 통해 바꿀 수 없다. 바로 여기에 수도이전을 반대한 다수의견이 “서울이 수도인 것은 관습헌법이다”는 논거를 만든 이유가 있다.

IV. 나가며

필자는 사실과 규범, 존재와 당위를 연결할 수 있는 유력한 후보가 ‘관습법’이라고 생각한다. 관습법의 경우는 ‘사실의 규범력’이 인정될 수 있는데, 관행에서 생기는 규범력은 관습법이 될 수도 있고, 관습헌법이 될 수도 있다. 하지만 사실(관행)만에 의해서 규범력이 생기는 것이 아니라 사실(관행)에 대한 ‘승인’이 있을 때에야(있는 대로 있어야 한다는 확신에 의해) 비로소 ‘사실의 규범력’이 발생한다.

‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마 554·556 결정)’은 사실과 규범, 존재와 당위를 연결하는 ‘관습헌법’의 문제를 다루고 있다. 다수의견은 (성문헌법과 동등한 효력을 갖는) 관습헌법의 존재 증명을 통해 존재와 당위가 연결된다고 주장하는 반면에, 전효숙 재판관은 소수의견에서 서울이 수도라는 사실은 ‘관행적 사실’일 뿐, 관습헌법이 될 수 없다고 보았다. 따라서 서울이 수도라는 관습헌법을 주장하는 것은 ‘존재-당위 오류’에 해당한다.

서울이 수도라는 점이 존재당위로서 관습헌법인지 아니면 ‘존재-당위 오류’에 해당하는지는 서울이 수도라는 관습헌법이 존재하는지 여부에 달려 있다. 다수의견과 전효숙 재판관의 소수의견도 이 점에서 크게 다투고 있다. 필자는 (앞에서 살핀 것처럼) 관습법의 성립요소인 ‘관행’과 ‘승인’을 갖추고 있지 않아 서울이 수도라는 ‘관습헌법’을 인정하기 어렵다고 보았다.

다수의견은 관습헌법에 필요한 ‘승인’을 증명하지 않고, ‘실질적 헌법사항(핵심적 헌법사항)에 대한 국민의 결단’으로 설명하고 있다. 관습헌법에 필요한

‘승인’을 제대로 드러내 보이지 못하는 대신에, 헌법제정권력과 헌법개정권력인 국민이 ‘헌법적 결단’의 의사로 관습헌법을 형성한 것으로 이론을 구성하는 다수의견은 ‘승인’의 증명을 교묘하게 피하는 방법으로 관습헌법을 주장하고 있다.

뿐만 아니라 서울이 수도라는 점을 ‘관행’이라고 보기 어렵다. ‘관행’이 되기 위해서는 행위가 계속, 반복될 것을 요하고, 관행을 지켜야 할 의무감과 관행을 어긴 것에 대한 부담감 등이 있어야 하는데, 서울이 수도라는 점에는 이런 점을 찾을 수 없다.

관습헌법의 존재와 효력을 주장하기 위해 관행의 존재와 국민의 법적 확신을 증명해야 하는 문제는 꽤나 어려운 문제이다. 이 문제가 어렵다고 하여 헌법재판소의 다수의견처럼 우회통로를 통해 인정하는 것은 바람직하지 않다. 오히려 다수의견은 ‘관습헌법’이 아니라 ‘사실의 규범력’을 통한 ‘불문헌법’으로 논의를 전개하는 것이 더 바람직해 보인다. 서울이 수도라는 ‘사실’이 계속성, 항상성, 법적 확신 등에 의해 서울이 수도이어야 한다는 규범력을 갖춘 ‘불문헌법’이 되었다는 주장이다. 서울이 수도이어야 한다는 주장은 반드시 ‘관습헌법’으로부터만 인정되는 것은 아니고, (필자는 물론 반대하지만) 예외적이기는 하지만 ‘불문헌법’의 관점에서 정당화가 시도될 수 있다. 이는 무엇보다도 서울이 수도라는 점은 ‘관행’이 아니라(다수의견은 ‘관행적 사실’이라고 표현한다), ‘사실’이기 때문이다.

또한 (관습헌법이 아닌 불문헌법으로 인정될 여지가 있다고 하더라도) 필자는 성문헌법 체계인 우리나라에서 불문헌법은 성문헌법에 보완적 효력을 가지고 있다고 본다. 불문헌법의 인정 여부가 모두가 인정할 만큼 확실하지 않은 상태에서, 불문헌법에 성문헌법과 동등한 최고의 효력을 인정하기 어렵다고 본다.⁵⁵⁾

55) 마지막으로 필자 논문의 부족함을 솔직히 말씀드려야겠다. ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·556 결정)’이 담고 있는 법철학적 문제들에 대한 의미있는 성찰이 충분하지 않았다. 좀 더 나은 성찰과 논증은 이후의 과제로 삼겠다.

참고문헌

- 고봉진, “헌법재판과 법철학”, 법과정책 제19집 제1호, 제주대 법과정책연구원, 2013, 1면 이하
- 김기창, “성문헌법과 ‘관습헌법’”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 71면 이하
- 김명재, “관습헌법의 성립가능성과 한계”, 토지공법연구 제30집, 토지공법학회, 2006, 1면 이하
- 김배원, “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제5권 제3호, 비교공법학회, 2004, 147면 이하
- 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구”, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005, 295면 이하
- 김승대, “관습헌법의 범규범성에 대한 고찰”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004, 133면 이하
- 방승주, “서울이 수도라는 사실이 과연 관습헌법인가?”, 공법학연구 제6권 제1호, 비교공법학회, 2005, 153면 이하
- 서보건, “헌법관습과 국민적 합의에 관한 연구 - 일본을 중심으로”, 공법연구 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004, 469면 이하
- 양선숙, “수도-서울 명제의 ‘관습헌법’ 성립에 대한 비판적 검토”, 법철학연구 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 231면 이하
- 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 법철학연구 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 145면 이하
- 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토”, 공법연구 제33집 제2호, 한국공법학회, 2005, 113면 이하
- 전학선, “헌법관습에 대한 일고찰”, 토지공법연구 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 553면 이하

Georg Jellink(김효전 역), 「일반 국가학」, 법문사, 2005

Hans Kelsen(변종필, 최희수 역), 「순수법학」, 지산, 1999

Gustav Radbruch(최종고 역), 「법철학」, 삼영사, 2007

Hans Welzel(박은정 역), 「자연법과 실질적 정의」, 삼영사, 2001

[Abstract]

The existence and force of the customary constitutional law
- Focusing on the decision of the Constitutional Court about ‘the
statute for the construction of a new administration capital’ -

Ko, Bong-Jin

Professor, Jeju National Univ. Lawschool

In 2004 the Constitutional Court declared ‘the statute for the construction of a new administration capital’ unconstitutional. In this decision there were two opposing opinions on the ‘existence’ and ‘force and effect’ of the customary constitutional law. There are two main issues. The first issue is whether the capital Seoul belongs to the customary constitutional law as constitutional norm fact. The second issue is whether the ‘capital Seoul’ customary constitutional law has the same ‘force and effect’ as the written constitutional law, when the ‘capital Seoul’ is recognized as the customary constitutional law.

This decision has some important jurisprudential themata about ‘relation of fact and norm(Sein und Sollen)’ and ‘practice and recognition in the customary (constitutional) law’. I regard the customary (constitutional) law as a strong candidate that can connect between fact(Sein) and norm(Sollen).

Whether the ‘capital Seoul’ is recognized as SeinSollen or as Sein-Sollen

fallacy depends on the existence of the 'capital Seoul' customary constitutional law. Two opposing opinions are arguing on this issue.

I find it difficult to recognize the 'capital Seoul customary constitutional law'. The 'capital Seoul customary constitutional law' don't have two requisites for customary law, 'practice and recognition'. The major opinion explained it with 'determination of people' about substantial items of constitutional law. Besides I find it difficult to recognize 'capital Seoul' as practice. It is hard to find the repeated actions, a sense of duty and the burden of breaking in 'capital Seoul'.

It is rather desired that the major opinion develops the argument with an unwritten constitutional law. It has the normative power of the fact. I think that an unwritten constitutional law has the complementary effect under the system of a written constitutional law. The recognition of an unwritten constitutional law is not universal enough for a certain. Under those conditions it is hard to accept the best validity of an unwritten constitution in the system of a written constitutional law.

Key words : customary constitutional law, Sein und Sollen, fact and norm, practice, recognition